

הקדמה אמר אפרים אהללה את אלהי אשירה אתה אמרת אברא ארץ אמתח אנהל אכונן אור אאזור את אדתי אבהיק את אדמה אמלא ארץ אורה אפס אמר אחר אשר אנכי אהנה אויבי אדני אנשי אנון איה אגיה אורי אליהם אין איש אבני אדמה אשר אתונודע אליו אהבת איתן אט אליו אוכיל אותו אסבלנו אור אדיר אמין אף אגנוז אותו אל אוצרי אוציא אותו אל אנשי אמנה אחרי אשר אחיה אטומי אדמה אשמע אנקת אסור ארץ אופיל אליהם אפשיט אורי אעדין אותם ארפאם ארצה אכבד אותם.

אולם אני אל אל אדבר אותו אדרוש אכריע אליו אפים אלי ואננהו אלהי אבי ארוממנהו ארחיב ארשי אמלאנו אף אני אהודנו אשר אמר אברא אדם אליו אזיל אמרתי אולם אמר אני אמרתי אלהים אם אקצוף אפאיהם אשבית' אנוש אם אהיה אכזרי אשפוט אותם ארדוף אשיג אחלק איש איש אמדוד אותו אנולתו אמחץ אכלה אותם אף אשתף ארף אפי את אשר אאהב אותו אוכיח אתחסד אל אשר אחון אשר ארחם.

וכן אמרו חז"ל בראשית ברא אלהים שבתחלה עלה במחשבתו לבראו במדת הדין ונראה שאין העולם מתקיים והקדים מדת הרחמים ושתפו למדת הדין והיינו דכתיב ביום עשות ה' אלהים ארץ ושמים.

והענין מוכן על פי מ"ש בצל"ח פסחים דף מ"ט בשם הרב המפניקס מוהר"ר אפרים רישר ז"ל בהא דאמרין בפסחים דף נו"ן בעוה"ז על בשורות טובות הטוב והמטיב על בשורות רעות דין האמת לעולם הבא כולו הטוב והמטיב ופירוש שהוא ע"ד אודף ה' פי אנפת בי שאפילו הפורעניות אינה רעה אבל טובה להכניע יצרו הרע כו' אלא שהאדם אינו מבין כמו החולה שעושין תחבנות של פסורין השוטה צועק להסירו והחכם מקבל בשמחה כו'.

ולכן בעוה"ז על הרעה אמר דין אמת שלפי דעתו הוא מצד מדה"ד ולעוה"ב כולו הטוב והמטיב שיראה למפרע שהכל מדת טובו יתברך ע"ש והבאתי הדברים בקונטרס מספד רב וכתבתי שמתעם זה לא נזכר עונש הרוחני בתורה שהוא רע ומר בתכלית.

משא"כ עונש הגשמי שהוא כדי לפשפש במעשיו ויחזור בו וא"כ עיני ה' מראשית להטיב באחריתו. (ושוב מצאתי דברי הרב ז"ל בספר עוללות אפרים מאמר כ"א ע"ש בנעימות אמריו) ע"ש ומטעם זה כל העונש בהשגחה הוא בא במדה כנגד מדה שע"י העונש ירגיש אשר חטא על הנפש והעונש הזה הוא תקנתו וטובתו ולכן בא לפעמים נבואת הנביא על העונש בדרך שליחות אף שהנבואה שע"י שליחות אינו רק בנבואה לטובה כאשר פירשו ז"ל במ"ש ישעיה את מי אשלח כו': ועד"ז פירשתי בפרשת שמות מה שאמר משה למה הרעות כו' ופירש"י וא"ת מה איכפת לה קובל אני על מה ששלחתני שלכאורה הוא תמוה.

ולפי מ"ש נדרש כמין חומר על טעות מה איכפת לה שמסתמא הם ראויים לעונש ע"ז אמר קובל אני על מה ששלחתני שלא היה לנבואה זו לבא בדרך שליחות והשיב לו עתה תראה כו'. וכן כל נבואה לרעה אם היא לתכלית טוב שיהיה נרגש ויעשה תשובה או דלשקול למטרפסיה בעוה"ז כמ"ש דוד המע"ה ולא תוריד שיבתי בדם שאול יכולה היא להיות בדרך שליחות משא"כ עונש הסתרת פנים היא רעה בתכלית שמה שהגיע עליו

מעונשין המקריים אין בו די נקיון מעונותיו כמלה שפעס על עבדו וגרשו מעל פניו וכל מוצאו הכוהו פצוהו שאע"פ שהוא לקח כפלים ככל חטאתו אעפ"כ לא עלתה לו לשפך חמת המלה מעליו משא"כ פשהעונש בהשגחה הוא מנוקה מעון ע"י העונש והמופת ע"ז ששהעונש בהשגחה כשהוא בא שלא פדרה טבע העולם.

ועד"ז פירוש הגאון מוהר"ר יהונתן ז"ל מ"ש בפרכות מזמור לדוד בברחו כו' סתם ברא חיים על אבא כו'. וכינון שזה אינו חס ע"כ שהוא עונש בהשגחה והוא טובה לו לטהרו מחטאו והן צדיק בארץ ודפה"ח: ועד"ז פירשתי בפרשת קרח בזאת תדעון כי ה' שלחני לעשות כו' אם בריאה יברא ה'.

ור"ל כשהוא שלא בטבע אז הוא בהשגחה ואם פן הוא בא לטובה ויש בו נבואה על ידי שליחות משא"כ אם יהיה בטבע שקרוב הדבר שהיא על ידי הסתרת פנים שהוא רע בתכלית לא ה' שלחני ואינה רק בדרה הליכה) וכמ"ש ישעיה הנני שלחני והיגנו רק לטובה.

והשיב לו הקדוש ברוך הוא לה ואמרת השמן כו'. כי פשהחוטא אינו שב מרעתו על ידי העונש היא רעה בתכלית) וגם פירשתי בזה בפרשת חוקת כמה שאמר הפתוב ולו גווענו בגוע אחינו שנעשו חוץ לטבע ולכן הם לפני ה' ולא נדחו ממחיצתם מאחר שקיבלו עונשם ולמה העלתנו אל המדבר הרע כו' שהיא ציה ועיף בלי מים מצד הטבע ואנו מקבלים עונש שעון עצמו אינו נמחק למות שם רצה לומר לעולם הבא אנחנו ובעירנו כפהמות נדמו היורדת למטה לארץ.

וגם פירשתי בענין זה הפתוב בזכריה רני ושמחה בת ציון כי הנני בא כו' וידעת כי ה' צבאות שלחני אליה והמשכת הפתובים בדרים נאותים לעינים וקצרתי פאן: סוף דבר הפל נשמע פי על הרוב אין דבר רע יורד מן השמים להיות רע גמור ועיקרו אינו בא מתחלתו אלא לעורר האדם ולהקיצו לאמר מה לה נרדם ועל דרה שאמרו בפרכות אם רואה אדם שיסורין באים עליו יפשפש במעשיו.

ולפי מ"ש י"ל שיתן לב ב'סורים אילו להבין מתוכם מה חטאו שמשמא הוא נענש מדה כנגד מדה ולכן אמר פשפש ולא מצא רצה לומר שימצא לו עון אשר חטא במדת פורעניות הבא עליו יתלה בביתול תורה.

שהרבה פורעניות כלולים בעונש עון זה כאשר כתבו ז"ל בפסוק ומצאוהו רעות רבות כו' וזה ענין מה שכתוב שם ר"ה תקיפו ליה כו' אמר ליה לעיין מר במיליה ופירוש שרצה לומר בדרים עצמו דאיהו דאמר אם רואה אדם כו'.

ולפי מה שפכתתי יבואר יותר דהיגנו שיתן לב על עונשו במדה זאת ולכן אמרו שמיע לן דלא יהיב מר שבשמתא לארסיה כו'. שאף על פי שאין הדין נותן שישמעו ויקבלו לה"ר אף שעל ידי שהעונש במדה זו ששמע לן כו' רצה לומר שזה רגלים לדבר שפן הוא ולית ביה משום לישנא בישא ושמיע לן כלומר סבירא לן שפן הוא והוא לטובתה.

וכאשר פתרו פן הנה דכי קביל עליה הדר חלא כו'. ועל דרה זה פירשתי ב'רמיה (י"ח) נארד בית היוצר כו' ונשחת הפלי אשר הוא עושה כחומר ביד היוצר.

נָשַׁב וַיַּעֲשֵׂהוּ כְּלִי אַחֵר כַּאֲשֶׁר יִשָּׂר בְּעֵינָיו הַיּוֹצֵר לַעֲשׂוֹת. וְהַעֲנִין הוּא כִּי הַיּוֹצֵר הַזֶּה כַּאֲשֶׁר תִּשְׁמָיִט יָדוֹ וּמִתְקַלְקֵל הַכְּלִי מִתְבַּנֵּיתוֹ הַנְּרָצָה אֵלָיו בְּרִצּוֹתוֹ אוֹחֵז וּמִתְקַנּוֹ כִּלְאֵחֵר יָד בְּמִיעוּדָה וּמִשְׁמוּשׁ בְּחִלְקַת יָדוֹ בַּמָּקוֹם הַמְּעֻנּוֹת.

אָפֶס הֲלֹא אִם שָׁנָה פָּנָיו בַּמָּקוֹם הַהוּא בְּלִבָּד אֵינּוּ חוֹזֵר עָלָיו תְּבַנֵּית הַכְּלִי אֲשֶׁר עָלָה בְּמַחְשָׁבָה לְפָנָיו בְּתַחֲלָה וְלֹא כַּאֲשֶׁר דִּימָה כֵּן הוּא כִּי רוֹשֵׁם הַמָּקוֹם הַהוּא לֹא יִסּוּר מִמֶּנּוּ. וְהָאֵמֶן שְׂאֵינּוּ מוֹצִיא מִתַּחַת יָדוֹ דְּבָר שְׂאֵינּוּ מִתְקַנֵּן כְּרֹאֵי דְרַכּוֹ שְׂיֵאֱחֹז וְנִפְץ אוֹתוֹ לְגַמְרֵי וְאֵז יִקְרַב לַעֲשׂוֹתוֹ וְלֹא יִבְצֹר מִמֶּנּוּ כֹּל אֲשֶׁר יֵזֶם לַעֲשׂוֹת וְזֶהוּ שְׂאֵמֵר וְהִנֵּה נִשְׁחַת כּוֹ רִצָּה לֹמֵר הַשְּׁחַתָּה בְּעֵלְמָא וְהִיא בְּיָדוֹ בְּנִקְל לְתַמְנָן בְּהַעֲבַרְתָּ יָדוֹ.

אִךְ הוּא לֹא עָשָׂה כֵּן רַק נָשַׁב וַיַּעֲשֵׂהוּ כְּלִי אַחֵר כַּאֲשֶׁר יִשָּׂר כּוֹ וְעַל זֶה אָמַר הַנֵּה כַּחֲנוּמֵר בְּיָד הַיּוֹצֵר אֲתֵם בְּיָדֵי בֵּית יִשְׂרָאֵל רִצָּה לֹמֵר שְׂאֵם לֹא תִשׁוּבוּ תַעֲנִשׁוּ עוֹנָשׁ חֲזָק לְסַתְרָר עַל מְנַת לְתַמְנָן וְכַכְלִי יוֹצֵר תְּנַנְפְּצוּ רַגַע אֲדַבֵּר כּוֹ.

וְעַל זֶה אָמַר בְּרִישׁ יְרֵמְיָה רָאָה הַפְּקֻדָּתִיָּה כּוֹ לְהַאֲבִיד וְלְהַרְסֵם לְבָנוֹת וְלְנִטְוֵעַ לֹמֵר לָךְ שְׁהִרְסָה זֶה לְצוֹרָךְ בְּנִין וְנִטְיַעָה הִיא וְכֵן אָמַר מִקַּל שְׂקִיד אֲנִי רוֹאֶה וַיֹּאמֶר ה' אֵלֵי הִטְבַּת כּוֹ וְשִׁמְעֵתִי זֶה כְּבִיר מְכַבּוֹד דּוֹדֵי מ"ו הַגָּאוֹן ז"ל לְפָרֵשׁ עַל דְּרָךְ שְׂאֵמֵר בְּגִיטִין דְּרָף פ"ח וַיִּשְׁקֹד ה' כּוֹ שְׁהַקְדִּים ב' שָׁנִים לִוְגוֹשְׁנָתָם וְזֶה שְׂאֵמֵר הִטְבַּת לְרֹאוֹת כִּי שְׂקִיד אֲנִי כּוֹ שְׂשִׁקִידָה זֶה לְמַהֵר הַרְעָה הִיא טוֹבָה גְמוּרָה וְצִדְקָה מֵאֵת ה' וְכַמְדוּמָה שְׂרֵאִיתִי אַחֵר כָּךְ בְּאֵלְשֵׁיף שְׂמִפְרֵשׁ (כּוֹ): וְעַל דְּרָךְ זֶה שִׁמְעֵתִי לְפָרֵשׁ בְּתַהֲלִים (כ"ח) דּוֹבְרֵי שְׁלוֹם עִם רִיעֵיהֶם וְרַעָה בְּלִבָּבָם תֵּן לָהֶם כְּפַעֲלָם כּוֹ כִּי לֹא יִבְיִנוּ אֶל פְּעוּלוֹת ה' וְאֵל מַעֲשֵׂה יָדָיו יִהְרָסֵם וְלֹא יִבְנֵם וְהוּא עַל דְּרָךְ מ"ש שְׁהַעֲוֹנָשׁ מִדָּה כְּנִגְדַּת מִדָּה בְּכַדִּי לְעוֹרְרוֹ שְׂיַדַע אֵת חֲטָאוֹ וַיִּשׁוּב בְּתִשׁוּבָה.

וְאוּלָּם הַמְדַבְּרִים שְׁלוֹם עִם רִיעֵיהֶם וְלִבָּם חוֹרֵשׁ רַעָה שְׁלֹא יִרְגִישׁ שְׂהוּא שׂוֹקֵד עַל הַרְעָה. אֵז הַמְדָּה נְכוֹנָה לְתַת לוֹ עוֹנָשׁ גַּם כֵּן שְׁלֹא יִרְגִישׁ בּוֹ עַל חֲטָאוֹ וְאִם הַעוֹנָשׁ הִנֵּה בָּא בְּהַרְגָּשָׁה אֵז הַהִרְסָה הַהוּא עַל מְנַת לְבָנוֹת.

מֵה שְׂאֵין כֵּן כְּשֵׂאֵינּוּ מְרַגִּישׁ לְשׁוּב עַל חֲטָאוֹ הוּא הָרוּס עוֹלָם וְזֶה שְׂאֵמֵר דּוֹבְרֵי שְׁלוֹם כּוֹ תֵּן לָהֶם כְּפַעֲלָם כּוֹ רִצָּה לֹמֵר לְמַדּוֹת פְּעוּלוֹתֵם אֵל חִיקָם לְתַת לָהֶם גַּם כֵּן עוֹנָשׁ כְּזֶה אֲשֶׁר לֹא יִבְיִנוּ בּוֹ אֵל פְּעוּלוֹת ה' וּמַעֲשֵׂה יָדָיו וְאֵז יִהְרָסֵם וְלֹא יִבְיִנֵם.

מֵה שְׂאֵין כֵּן אִם הִנֵּה מְבִינִים בּוֹ שְׂהוּא לְעוֹנָשׁ עַל חֲטָאִים אֵין זֶה הַרִיסָה בְּהַחֲלֵט וְנִגְדוֹן ע"ש סוֹפּוֹ שְׂיִזְכָּה לְהַבְנוֹת מִמֶּנּוּ: וְאַחֲרֵי הוֹדִיעַ כֹּל זֹאת מוֹכֵן בְּפִשְׁיטוֹת דְּבָרֵי חֲכָמֵינוּ ז"ל שְׁעָלָה בְּמַחְשָׁבָה לְבָרוּא הָעוֹלָם בְּמַדַּת הַדִּין דְּהֵינּוּ הַדִּין גְּמוּר וְעוֹנָשׁ שְׂהוּא רַע בְּהַחֲלֵט.

וּלְפִי שְׂאֵין זֶה קִיּוּם הָעוֹלָם שְׂוִתָּף מַדַּת הַרְחָמִים לְמַדַּת הַדִּין וְהַקְדִּימוֹ רִצָּה לֹמֵר שְׁעַל יָדֵי מַדַּת הַרְחָמִים לְמַעַן יִיטֵב אַחֲרֵיתוֹ עוֹנָשִׁין מִן הַדִּין וְכַמ"ש לְעֵיל שְׁלַעוֹלָם הַבָּא כְּלוֹ הַטּוֹב וְהַמְטִיב אִף עַל בְּשׁוּרוֹת הַרְעוֹת כִּי אֵז יִשְׁפִּילוּ יִבְיִנוּ לְאַחֲרֵיתָם כִּי טְבוּתָא הוּא לְגַבִּיָּהוּ וְעַל דְּרָךְ זֶה נִרְאָה לִי לְפָרֵשׁ מ"ש חֲכָמֵינוּ ז"ל בְּשִׁבְתָּ כֹּל הַדִּין אֲמַת לְאַמְתוֹ נַעֲשֵׂה שְׂוִתָּף לְהַקְדוּשׁ בְּרוּךְ הוּא בְּמַעֲשֵׂה בְּרֵאשִׁית כּוֹ וְהַכְּוֹנָה הַפְּשׁוּטָה עַל דְּרָךְ שְׂאֵמֵר עַל שְׁלֹשָׁה דְּבָרִים הָעוֹלָם עוֹמֵד עַל הַדִּין וְעַל הָאֲמַת וְעַל הַשְׁלוֹם.

ועיין בטור ריש חלק חשן משפט בשם רבינו יונה דגרס העולם קנים ומה שכתוב שם בטור בזה ואני אבאר קצת יותר שהנה יש דין שיוכל להיות שאינו אמת כגון שודא דדייני או המע"ה וכיוצא שאף על פי שהדין הוא כן.

מכל מקום יוכל להיות שאין האמת כן. אבל יש דין שהוא אמת לאמתו שעל ידי חכמתם וחקירותם מתאמת להם הענין וכענין משפט שלמה המלך עליו השלום וכיוצא בזה.

וכיין שנעשה דין כזה נעשה שלום כדאמרין בסנהדרין האי מאן דשקליה לגלימא בבי דינא לזמר וליזל מנ"ל דכתיב וכל העם הזה על מקומו יבא בשלום. ולכן דין אמת לאמתו היא פולל השלשה דברים שהעולם עומד עליהם והנה מי שפנה בנגן מפואר ועל ידי סיבות המתהפכות הוא קרוב ליפול ולהתמוטט ובא אחד ובנה ויקף עמודים גדולים לסמוך הבנין שיעמוד על עמודו נעשה שנתף במעשה הזה בקיום הבנין ההוא.

ולכן המשילו הדין דין אמת לאמתו לשנתף במעשה בראשית לפי שזה קיומם וכן אמר הפתוב בתהלים שפטו דל כו' לא ידעו ולא יבינו רצה לומר שאם אינם רוצים לתת לב לדעת ולהבין לדין לאמתו אז בתשיכה ותהלכו רצה לומר פענין שהיה קודם בריאה והארץ הייתה תהו ובוהו וחושך כו' שעל ידי ריחוקם מדת אמת מוטו כל מוסדי ארץ רצה לומר אותן הדברים שהעולם עומד עליהם ולפי דרפינו על פי מה שכתב רש"י בסנהדרין שם לומר וליזל הואיל ודין אמת דנו לא הפסיד כלום אלא גזלה הוציאו מתחת ידו עכ"ל.

וכן אמרינו שם משפט לזה שהחזיר לו ממונו וצדקה לזה שהוציא גזלה מתחת ידו נמצא שזה הדין לאמתו אף על פי שדין לזה במדת הדין מכל מקום צדקה ורחמים הוא לו שעל ידי זה יצא הגזלה מתחת ידו ובזה משתתף עם הקדוש ברוך הוא שברא העולם גם כן בדרך הזה לקיים הדין על ידי מדת הרחמים.

ועל דרך זה י"ל מה שאמר הפתוב וליה ה' החסד ולפי מה שכתב רש"י שיש פנינים וקצרותי): וגם נראה לפרש על פי מה דאמרין בעירובין פרק פיצד מעברין מניין שחייב להראות לו פנים שנאמר אלה המשפטים אשר תשים לפניהם.

ופירש"י מדלא פתיב אשר תלמד מוכח שצריך להסביר ולתת טעם לדבריו המתנישב על לבם ולכאורה למאי דבסנהדרין מוקמינו הך קרא בדיינים ובחשן משפט מבואר דאף באמר כתבו לי מאיזה טעם דנתני אין צריך לכתוב לו הטעמים וראיות רק הטענות והפסק.

אף שם מבואר שיש חילוק בין אם דנו בכפיה או מרצון הבעל דין והוא על פי מה שכתבו התוספות והרא"ש בבבא מציעא דף ס"ט בעובדא דהגי פותאי דעבדי עסקא כו' דאמר רב פפא כגון דא צריך לאודעי.

ובסנהדרין אמרינו אשר תשים לפניהם נגד מקל ורצועה תהא זריז והיינו לדון בכפיה ואם כן בזה שפיר קאמר שצריך להסביר לו פנים אמנם שם מבואר דאף בדנו ברצון

אם יש מקום לחשדו לפי שרואה שני פסקים שאין הדין משנה מדותיו צריה להודיעו חילוק טעמים שביניהם.

ועל דרך זה כתב בצפנת פענח בשם מוהר"ר יחיאל מה שכתוב פי יבא אלי העם לדרוש האלהים זה חלוקה ראשונה שדנים ברצון בזה איני מודיע אף פי יהיה להם דבר בא אלי רצה לומר שאחד מבע"ד קובל על חברו ואז הדין בכפי' אז נשפטי בין איש ובין רעהו רצה לומר שאני צריה לשפוט חלוק לזה ולזה כף אף על פי שנדמה שהיא עגון אחד כיון שאיני משנה מדותי ובזה אני צריה להודיע טעם הדברים והודעתי כו' ודפח"ח.

ואמנם נראה שלא נאמרו הדברים אלא אם הבע"ד הם ע"ה ולפעמים נדמה להם שהדין מתנגד להשכל בזה חיוב על הדין להסביר לו פנים פי דרכי דרכי נועם. מה שאין פן אם הבעל דין תלמיד חכם אלא שהוא בא להתנכח אין חיוב על הדין רק לומר לו שורת הדין כף היא אלא שצריה לכתוב לו הטענות והפסק אם רוצה לשאול מבית דין הגדול ובזה יצא ידי שמים וחובת הבריות כמו שכתוב בסמ"ע סימן י"ד ס"ק כ"ד ויש לפרש מה שאמר הפתוב יורו משפטיה ליעקב ותורתה לישראל שע"ה הם מכוונים בשם יעקב וכדאמרינו ולבית יעקב חטאתם אלו עם הארצים כו' וישראל הוא פינוי לת"ח ולכן אמר שלע"ה צריכים להורות משפטים דהיינו להשמיע לאזנם הדברים בטעמים ולהעביר להם פנים למען דעת שצדקו יחדו ואין מתנגדים אל השכל ותורתה לישראל שלת"ח אין צריה לבא במשפט עמו בטעמי הדברים רק לומר לו כף הוא משפט התורה.

ואמנם הדין המתנהג בענוה תירה הוא דן דין אמת לאמתו ר"ל לאמת הדברים להבע"ד שייסבירו להם פנים עד שהם בעצמם יאמרו יפה דנתם יפה זכיתם יפה חייבתם. וזה היה עגון משה רבינו ע"ה שהיה עגיו מפל האדם שאע"פ שבמקום שלא היה משורת הדין שיתן טעם היה מטעים דבריו ולכן אמר פי יבא אלי העם כו' וכן פי יהיה להם כו' והודעתי את חוקי אלהים (וגם י"ל דכלפי מ"ש יתרו מדוע כו' שהיה לפלא בעיניו שפולם יהיה צריכים לדין זה עם זה וע"ז השיבו שהם מחולקים לשלש מחנות הא' פי יבא אלי העם לדרוש את אלהים והוא מה שצונו להם לשאול מפי הגבורה דרך נבואה ע"ד ותלך לדרוש את אלהים וגם בחליו לא דרש וכמוהו רבים והחלוקה השנית פי יהיה להם דבר כו' והוא מה שצריה לשפוט בעסקים שביניהם.

והשלישי הוא והודעתי כו' שהם באים ללמוד החוקים והתורות. וע"ז השיבו לא טוב הדבר כו' ר"ל שע"י שפולם באים בערבוביא יוכל להיות שיצא משפט מעוקל אלא יתחלק לחלקים היה אתה כו' וקצתתי ושוב ראיתי שכ"כ הרמב"ן בפירוש התורה על הדרך הזה ושמתתי מאד) וכיון שמסביר להם פנים עד שהם בעצמם מבינים הדברים בטעמים הרי הם בעצמם גומרים הדין עמו והוא א' ממדותיו של הקב"ה כשבא לשפוט את הארץ ע"ד שכתבתי במקום אחר לפרש מ"ש באיוב אף ע"ז פקחת עיניך ואותי תביא במשפט עמו.

והנה במ"ש הפתוב נעשה אדם אמרו חז"ל שהוא ללמד עגונים דרכו להיות הקטן נמלך כו' ולכן אע"פ ששעשה בעצמו אמר לשון נעשה כפיכול כאילו המלאכים נשתתפו עמו במעשה ההוא ולעומת זה אמר כל הדין כו' שאז אוחד מדת הענוה וע"י מדה זו נעשה שנתף כו': וגם י"ל ע"פ מה שמבואר בח"מ בדין שדן את הדין אי קם דינא אזי אמרתו

הוי פּמעשע משא"כ אם טענה בּדבר משנה שחוזר אמירתו לאו פּלום הוא וּלְאוּ מִיָּדִי קעביד.

ולכן בּדן דין אמת שאז בּדיבורו קעביד מעשה דוגמת בּריאת העולם שבעשרה מאמרות נברא העולם ואמרינו בּראשית נמי מאמר הוא והוי מעשה פּדכתיב בּדבר ה' שמים נעשו וּנְוַמְתִּק בּזָה מ"ש שותף במעשה בּראשית דאמירת בּראשית נמי מעשה הוא וַיֵּשׁ לִי עוֹד מִלִּין וּקְצַרְתִּי: ומה שאמר נעשה שותף כו' פּתיב הכא וַיַּעֲמֹד הָעָם עַל מִשָּׁה מִבְּקָר עַד עָרֵב וּכְתִיב וַיְהִי עָרֵב וַיְהִי בֶקֶר יוֹם א'.

ונראה ע"פ מה שפּרשתי ביחזקאל ועל ריב המה יעמודו למשפט במשפטי ישפּטוהו וי"ל ע"פ מה דאמרינו בשבועות שאם ת"ח בא לפּניו לדון יש לעמוד לפּניו ועיין בש"ע ח"מ סי' י"ז ובש"ף שם.

וגם מבואר בשבת בהא דקאמר תיתי לי כו' מהפּכינא בּזכותיה וכן פּסק בסי' ט"ו וכן הקב"ה פי בא לשפוט את הארץ מהפּף בּזכות ישראל כמ"ש ו"ל. ולזה אמר ועל ריב כו' שאם הריב הוא בענין שאם המה דהיינו הפּהנים היושבים על מדין יעמודו ג"כ למשפט לפי שהוא דין ת"ח אז במשפטי ישפּטוהו ר"ל שיהפּכו בּזכותו פּאשר אני עושה במשפטי וגם י"ל ע"פ מה שאמרו הוּו מתונים בּדין לפי שאז יצא לאור משפט ופּירשו בּזה מ"ש הפּתוב פי אקח מועד אני משרים אשפוט ועמידה הוא לשון מתנות ועפּכה ולכן אמר אם על ריב יעמודו למשפט שיהי' מתונים בּדין אזי במשפטי ישפּטוהו שפּנדאי יצא מתוקן ומקובל ע"פ משפטי התורה.

ולכן אמר וַיַּעֲמֹד הָעָם כו'. ויתרו הנה סוכר שהיו מתונים עד שיוציא אותם לאמתו ולכן אמר מדוע אתה יושב לבדיך וכל העם כו' שפּנדאי יש ביניהם ת"ח שצריף לעמוד לפניהם אף בשעת הדין והוא השיבו שאין פּולם על הדרך הזה רק שפּאים רובם למתבע אולפן ודינא הכי שהרב ביישיבה והתלמידים בעמידה.

ומ"ש וּכְתִיב וַיְהִי עָרֵב כו' נראה דא"ש ע"פ מ"ש שמה שאמרו נעשה שותף ענינו שבעשה בּראשית שיתף הדין בּרחמים והוא נרמז במ"ש וַיְהִי עָרֵב וַיְהִי בּוֹקֵר שניהם היו יום אחד. ועד"ז אמרו בּברכות להזכיר מצת לילה ביום כו' ולפי שמדה"ר בלילה וב"ד של מטא אין דנין בלילה פּדאמרינו בּסנהדרין מה נגעים ביום אף ריבים ביום ולכן אמר פּאן שנעשה שותף פּדכתיב וַיַּעֲמֹד כו' מן הפּוקר עד הערב והיינו לפי שיש דין ביום למטה.

ואמרו חז"ל בּמקום שיש דין למטה אין דין למעלה וְהָרִי זֶה פּאלוּ הם שותפים. ועד"ז י"ל מדוע אתה יושב כו' ע"פ מה שפּירשו וּשְׁפָטִי בֵּין אִישׁ וּבֵין רֵעֵהוּ שְׁאִינִי צָרִיף לעדות וראיה רק אפילו מה שנעשה בין הבע"ד לבד אני שופט מפי הגבורה ואמרינו דגמר דין מותר בלילה דכתיב וּשְׁפָטוּ אֶת הָעָם בְּכָל עֵת דְּהֵינּוּ אֶפְּלוּ בלילה לגמר דין פּמבואר בּסנהדרין דף ל"ד וא"כ י"ל שיתרו שאל שאין נצבים רק עד ערב לבד ומי לא מתרמי גמר דין שנמשך גם בלילה ולזה השיבו וּשְׁפָטִי כו' ואין פּאן תחלת דין וגמר דין פּלל שאפילו הטענות אני יודע שהדבר בעצמו בא אלי ולכן אין דינם רק ביום בלבד

וע"ז השיבו יתרו נבול תפול כו' אלא תעמיד שופטים ואע"פ שימשך ע"י הטענות ולא יספיקו לגמור ביום ע"ז אמר ונשפטו את העם בכל עת שהגמר דין יכול להיות אף בלילה.

והנה בסנהדרין שם אהא דקתני במתני' גומרינן בלילה אמרינן עלה מתני' דלא כר"מ דתניא ר"מ אומר על פיהם יהיה כל ריב וכל נגע מקיש ריבים לנגעים מה נגעים ביום דכתיב וביום הראות בו הנגע אף ריבים ביום ואכתוב פאן מה שהעלתה מצודתי בזה ענין נאה ומתקבל ואף שהכנסתי הדברים בדרך דרוש לחבר בלולאות הלכה ואגדה ולענבינהו מענב בהדדי מ"מ הענינים בעצמם הם במסילת יושר דברי אמת וינעמו לנפש היפה כי יתן את רוחו עליהם הנה בסנהדרין דף י"ד אמרינן ר' זירא הנה מטמר מלסמכי דאמר רבי אלעזר לעולם הוי קבל וקנים (פירש"י קבל לשון אפל ר"ל הוי עניו ושפל ותחין) פינן דשמעה להא דאמר ר' אלעזר אין אדם עולה לגדולה אא"כ מוחלין לו כל עונותיו אמצי ליה נפשיה עכ"ל ויש לדקדק דא"כ דברי ר"א סותרין זא"ז ומאי חזי ר' זירא דסמיך אהא דר"א טפי עד דאמצי ליה נפשיה ועוד קשה דלקמן בסנהדרין דף צ"ב איתא ג"כ להא דר"א דאמר לעולם הוי קבל וקנים ואמרי' עלה אמר ר' זירא אף אנן נמי תנינא בית אפל אין פותחין בו חלונות לראות נגעו ש"מ (פירש"י משום דכתיב פנגע נראה לי ואמרינן לי ולא לאורי אלמא אפלתו הצלתו מלטמא) וא"כ פינן דר"ז גופא מיייתי סייעתא להא דר"א ממתני' דבית אפל איך דחי הך קמיייתא דר"א מקמי איך דר"א דמוחלין לו דאפתי סייעתא דמתני' במאי קא דחי לה ולמה אמצי ליה נפשיה.

ונלענ"ד דהנה בחולין דף י' ע"ב אמרינן מנא הא מלתא דאמור רבנן אוקי מלתא אחזקין אמר ר' שמואל בר נחמני אמר ר' יונתן אמר קרא ויצא הפה מן הבית אל פתח הבית והסגיר את הבית שבעת ימים דלמא אדנפק ואתי בציר ליה שיעורא אלא לאו משום דאמרינן אוקי אחזקין'.

מתקיף ליה רב אחא ב"י ודלמא כגון שיצא דרך אחוריו דקא חזי ליה כי נפק א"ל אפיי שתי תשובות בדבר חדא יציאה דרך אחוריו ל"ש יציאה ועוד אחורי הדלת מאי איכא למימר וכי תימא דפתח ביה פנותא והתנן בית אפל אין פותחין בו חלונות לראות את נגעו א"ל רבא דקאמרת יציאה דרך אחוריו ל"ש יציאה כה"ג ביוה"כ יוכיח דכתיב ביה יציאה ותנן יצא ובא לו דרך פניסתו ודקאמרת בית אפל כו' ה"מ היכא דלא אתחזוק אכל היכא דאתחזוק אתחזוק (ופירש"י כ"ז שלא ראה הפה את הנגע שהיה במקום אנופל אין לראות ע"י גר וחלונות אכל עומד אחורי הדלת שפכר הכיר שהיא נגע וא"צ חלון רק להעמיד בחזקתו פותחין) ותו אמרינן מנ"ל דאזלינן בתר רובא דליתא קמן אמר ר"א אתיא מרישא של עולה וכן עוד שם כמה לימודים ולבסוף אמרינן אמר רב אשי אמריתא לשמעתייה קמיה דרב פהנא ואמר לי ודלמא היכא דאפשר (ופירש"י היכא דאפשר לעמוד על בירור הדבר בודקין כגון טריפות דבהמה או קטן וקטנה שאפשר להמתין עד שיגדלו ויתברר שאינו סריס היכא דלא אפשר לא אפשר כו' (ופירש"י אלא נדאי הלכה למשה מסיני הוא דסמכינן ארובא אפילו היכא דאפשר א"נ משום דאחרי רבים להטות משמע בכל גונוי כו').

והקשו התוס' אהא דפריך מנ"ל דאזלינן בתר רובא וא"ת פינן דמוכח דאזלינן בתר חזקה כ"ש דאזלינן בתר רובא דהא רובא וחזקה רובא עדיף (ור"ל וכינן שאין לנו לימוד ע"ז

ע"כ דמסברא אמרינו הכי דרוב עדיף מחזקה וכינו דמוכח חזקה מקרא כ"ש רנבא) וי"ל דלראב"י בעי דלא קים ליה חזקה מקרא (פי' מהרש"א דנדאי גם ראב"י לא פליג על חזקה רק דלא גליף ליה מקרא רק ס"ל דהוא הלכה ל"מ ואין דנין ק"ו מהלכה) ולמאי דמפרש רבינו חיים דמאי דאמרינו דרנבא עדיף מחזקה אינו מחמת סברא אלא גלפינו מפנה אנומה דאזלינו בטר רנבא אע"ג דאינא חזקה נגד הרוב דאוקי גברא שמזין עליו בחזקת טמא א"ש הקא עכ"ד התוס'.

ויש לדקדק בדבריהם שכ' ולפי מאי דמפרש ר"ח כו' ולא כתב ועוד י"ל וגם סייעו דבריהם א"ש הקא ולא כ' נמי א"ש משמע דלא ניחא להו בתירוץ קמא לבד אם לא בצירוף מ"ש לפי ר"ח וכ"כ המפורשים בסוגית התוספות בכה"ג שהם פותבין ועוד י"ל שני התירוצים צריכים להקדי.

ולכאורה צריף להבין כ"א הוא תירוץ נכון לעצמו ולמה צירפו התוס' שניהם יחד גם מ"ש התוס' א"ש הקא תיבת הקא הוא אף למותר. וכדי לינישב דברי התוס' נקדים פלוגתת הפוסקים בענין חזקה אם סומכין על החזקה אף במקום שיכולים לברר או לא.

ולכאורה מוכח מהתוס' דסומכין על החזקה אף במקום שיכולין לברר דאם נאמר דבחזקה לא אזלינו בתרה היכא שיכולין לברר א"כ מה קא קשיא להו דהא מוכח דרנבא מהני מק"ו מחזקה דהא רנבא עדיף מחזקה ומאי קושיא דהא בפשיטות י"ל דהא דקי"ל דרנבא עדיף מחזקה היינו למאי דמסקינן דאזלינו בטר רנבא אף היכי דאפשר וכינו דבחזקה לא אזלינו כ"א היכי דלא אפשר מוכח דרנבא עדיף מחזקה אבל כל כמה דלא ידעינן רנבא באמת מצד הסברא אין הכרח דרנבא עדיף פי היכא דגילף רנבא מק"ו מחזקה וא"כ לא מקשין התוס' מידי אלא ע"כ מוכח דהתוס' סוכרים דגם בחזקה מהני אף היכא שאפשר לברר וא"כ ע"כ הא דאמרינו דרנבא עדיף מחזקה ע"כ דהוא מצד הסברא ושפיר מקשין דגילף רנבא ק"ו מחזקה.

אף לפי"ז קשה על תירוץ דלפירוש ר"ח לא מסברא אלא משום דגליף מפנה כו' דלפי"ז קשה מאי פריף ודלמא היכא דאפשר אפשר כו' דהא פינו דע"כ מפנה גלפינו דרנבא עדיף מחזקה דלא מוקמינן לגברא שמזין עליו בחזקת טמא וכינו דחזינו דרנבא עדיף ממילא דאית לן למיזל בטר רנבא אף היכא דאפשר קל וחומר מחזקה דאזלינו בתרה אף היכא דאפשר פינו דרנבא עדיף פדמוכח מפנה (ואע"ג דרנבא דפנה הוא רנבא דלא אפשר מ"מ לענין זה דרנבא עדיף מחזקה אין מקום לחלק דס"ס מוכח דרוב עדיף מחזקה וממילא דאף באפשר גלפינו רוב ק"ו מחזקה דאזלינו בתרה אף היכא דאפשר) והוא תימא לכאורה על תירץ זה של התוס' ועל תירץ ראשון של תוס' דלרב אחא ב"י בעי דלא קים ליה חזקה מקרא קשה טובא דא"כ באמת תיקשי לר"ש בר נחמני א"ר יונתן ולאביי דסבירא להו דחזי שפיר גלפינו מקרא א"כ מ"ט דר"מ דלא אזיל בטר רנבא דהא גם ר"מ מודה דאזלינו בטר חזקה וא"כ מכ"ש רנבא פינו דרנבא וחזקה רנבא עדיף ופשיטא שאין סברא לומר דר"מ נרבנן פליגו בסברת הפוכות דר"מ ס"ל חזקה עדיף מרנבא ורבנן סברי רנבא עדיף ואף לפי מ"ש התוס' דף י"ב ד"ה פסח וקדשים דר"מ לא חייש למיעוטא רק מדרבנן נמי תיקשי פינו דבחזקה אזיל בתרה אף מדרבנן למה נחמיר

בְּרֹבָא מְדַרְבְּנֵי פִינֵן דְּרֹב עֲדִיף מְחֻזְקָה וְגַם בְּלֵא"ה דַּעַת הַתּוֹס' בְּכַמָּה דְּנֻכְתָּא וְכֵן דַּעַת הַרְאִישׁוֹנִים דַּר"מ מְדַאֲוֵרֵינְתָא לָא אֲזִיל בְּתַר רֹבָא.

וְעֵינֵן בְּתוֹס' דְּחֻלִּין דָּף פ"ו בַּד"ה סְמוּךְ מִיַּעוּטָא) וַא"כ אֲנִי צְרִיכִים לְתַרוּצֵי מְלֵתָא דַּרְשֵׁב"נ אָמַר ר' יוֹנְתָן וְאַבְיֵי אֵלִיבָא דַּר"מ פִּינֵן דְּלִדְיָהּ אִיפָא הוֹכְחָה גְמוּרָה מְנַגֵּעַ דְּאֲזִילֵינוּ בְּתַר חֻזְקָה א"כ כ"ש דָּאִית לָן לְמִיזַל בְּתַר רֹבָא לְפּוּם מַה דַּס"ל לְהַתּוֹס' בְּהַךְ תִּירוּצָא דְּמִסְבְּרָא אֲמַרִּינוּ דְּרֹבָא עֲדִיף מְחֻזְקָה: אָמְנָם בְּזָה יוֹבֵן לְשׁוֹן הַתּוֹס' דְּצָרִיף לְצָרִף שְׁנֵי הַתִּירוּצִים יַחַד דְּעַל כָּל תְּפִירוּץ בַּפ"ע קָשָׁה עַל תְּפִירוּץ קָמָא קָשָׁה לְאַבְיֵי אֵלִיבָא דַּר"מ אֲמַאי לָא יְלִיף רֹבָא ק"ו מְחֻזְקָה וְלְתִירוּץ הַב' קָשָׁה קוֹשְׁתָּה שֵׁ"ס דְּלָמָּא הֵיכָא דְּאַפְשָׁר אֲפָשָׁר דְּהָא מְפָרָה מוֹכַח דְּרֹבָא עֲדִיף וַא"כ אַף בְּאַפְשָׁר יְלִפִּינוּ רֹבָא ק"ו מְחֻזְקָה אַף בְּהַצְטָרֵף יַחַד שְׁנֵי הַתִּירוּצִים א"ש הַפַּל.

וְנִקְדִּים לִיִּישָׁב דְּבָרֵי הַרְמְב"ם פ"ג מֵהִלְכוֹת סְנֵהֲדָרִין שְׁפַתְב וַז"ל אִין מְתַחֲלִילִין אֶת הַדִּינִים בְּלִילָה מְפִי הַשְּׁמוּעָה לְמַדּוּ שְׁהַדִּינִים פְּנֻגְעִים שְׁנֹאֲמַר כָּל רִיב וְכָל נִגְעָה מָה רְאִיתָ נִגְעִים בְּיוֹם בְּלַבַּד אַף דִּינִים בְּיוֹם בְּלַבַּד עַכ"ל.

וְהַקָּשָׁה הַכ"מ עָלֵיו שְׁאַחַז הַחֲבֵל בְּשְׁנֵי רְאִשִׁים דְּפַסְק פְּרַבְּנֵן דְּגוּמְרִין בְּלִילָה וְנִקְטַת הַיִּקְשָׁא לְנִגְעִים דְּלְפּוּם הַךְ הַיִּקְשָׁא אֲפִילוּ ג"ד בְּיוֹם דְּנֻקָּא כַּמֶּש"ל דְּהַכִּי ס"ל לַר"מ מֵהַךְ הַיִּקְשָׁא וְכֵן תְּמַה הַלַּח"מ שָׁם וְהוּא תִּימָא גְדוֹל לְכַאוּרָה: וְנִלְעַנ"ד לִיִּישָׁב דְּבָרֵי הַרְמְב"ם עַל נִכּוֹן ע"פ מַה דָּאִיתָא בְּמוֹעֵד קָטָן דָּף ז' ע"ב דְּתַנְיָא וּבְיוֹם הַרְאוֹת בּוּ יֵשׁ יוֹם שְׁאַתָּה רוֹאֶה בּוּ וְיֵשׁ יוֹם שְׁאִי אַתָּה רוֹאֶה בּוּ מִפְּאֵן אֲמַרו חֲתָן שְׁנוּלֵד בּוּ נִגְעָה גוֹתְנִים לוּ ז' יָמֵי הַמְשֻׁתָּה לוּ וְלִבִּיתוֹ וְלִכְסוּתוֹ כּו' וּפְרִיף מַאי מְשַׁמַּע אָמַר אַבְיֵי אִם כֵּן לְכַתּוּב רַחֲמָנָא בְּיוֹם מַאי וּבְיוֹם שְׁמַע מִיָּנִיָּה יֵשׁ יוֹם שְׁאַתָּה רוֹאֶה בּוּ.

רְבָא אָמַר בְּנֻלָה וּבְיוֹם יִתִּירָא הוּא דַּא"כ לְכַתּוּב וּבְהַרְאוֹת כּו' וְאַבְיֵי הֵיא מְבַעֲרֵי בְּיוֹם וְלֵא בְּלִילָה וְרְבָא נִפְקָא לִיהָ מְכַנְגַּע נִרְאָה לִי וְלֵא לְאוּרֵי וְהַקְשׁוּ הַתּוֹס' דְּהַכָּא מְשַׁמַּע דְּרְבָא מְמַעַט לִילָה מְכַנְגַּע נִרְאָה לִי וּבְסִנְהֲדָרִין מִיָּתִי קְרָא דְּנֻבְיוֹם הַרְאוֹת וְהִינֵנוּ פְּאַבְיֵי וְנִדְחָקוּ לוֹמַר דְּדַרְשָׁא הַפְּשׁוּטָה נִקְטַת וְכֵן הַקְשׁוּ הַתּוֹס' וְתִירוּצוֹ בְּסִנְהֲדָרִין ע"ש וְלַעֲנ"ד יֵשׁ לְתַרְץ קו' הַתּו' ע"פ מַה שְׁהַקְשׁוּ הַתּוֹס' שָׁם בַּמ"ק דְּהַאִיף יְלִפִּינוּ בְּסִנְהֲדָרִין מֵהַיִּקְשָׁא דְּרִיבִים לְנִגְעִים דְּגָמַר דִּין בְּלִילָה בְּשֻׁלְמָא לְאַבְיֵי דַּס"ל לְמִילָף בְּנִגְעִים מְבִיוֹם הַרְאוֹת שְׁפִיר מְצִינוּ לְאוּקְמָא בְּגָמַר דִּין אֵלָא לְרְבָא דִּילִיף מִן פְּנֻגְעָה נִרְאָה לִי הִינֵנוּ תַּחֲלַת דִּין וְגָמַר דִּין מַנ"ל ע"ש.

וּלְפ"ז י"ל דְּקוֹשְׁיַת הַתּוֹס' חֲדָא מְתַרְצָא בְּיָרֵף חֲבָרְתָּה דְּהַתּוֹס' הַקְשׁוּ עוֹד דְּמִי הַכְּרִיחַ לְרְבָא לְמִימַר דְּמְפֻלָּה קְרָא דְּנֻבְיוֹם שְׁמִיעַ לָן פִּינֵן דְּבַפְּשִׁיטוֹת י"ל דְּדַרְשֵׁי וְאַ"ו וְתִירוּצוֹ דְּרְבָא בְּעֵי לְמִימַר דְּאַפִּילוּ אִי לָא דְּרִישׁ ר"י וְאַ"ו יֵשׁ לִיִּישָׁב לְהַךְ דְּרִישָׁא וְהַשְׁתָּא א"ש דַּר"מ דְּאָמַר בְּסִנְהֲדָרִין דְּמַקְשׁ רִיבִים לְנִגְעִים אֲזִיל לְשִׁיטְתוֹ בְּיוֹמָא דָּף מ"ה דְּאָמַר בְּכָל יוֹם הֵיזָה אַרְבַּע מְעַרְכוֹת א' לְאַיְבָרִים וּפְדָרִים שְׁלֵא נִתְעַפְּלוּ מְבַעֲרָב וְאַמְרִינוּ שָׁם דְּנִפְקָא לִיהָ מְדַכְתִּיב וְהָאֵשׁ וְאַ"ו יִתִּירָה וְרַבְּנֵן וְאַ"ו לָא דְּרִישׁוֹ.

וּלְפ"ז י"ל פְּאֵן פִּינֵן דַּר"מ דְּרִישׁ וְאַ"ו א"כ שְׁפִיר יְלִפִּינוּ הַךְ דְּרִישָׁא דִּישׁ יוֹם שְׁאַתָּה רוֹאֶה בּוּ כּו' מְנָא"ו דְּנֻבְיוֹם וְיְלִפִּינוּ מְבִיוֹם דְּדֻנְקָא בְּיוֹם וְלֵא בְּלִילָה וְלִכְךָ נִקְטַת ר"מ הַךְ דְּרִישָׁא

דוביוס למילף מינייה אף לגמ"ד דמכנגע נראה לי ליכא למילף רק תחלת הדין משא"כ רבא במ"ק דקאי אליבא דרבנן דלא דרשי וא"ו שפיר קאמר דכוליה וביום איצטריף לדרשא דיש יום שאמה רואה והא דלא בלילה ילפינן מפנגע נראה לי: והשתא מןושב דברי רמב"ם על נכון דהש"ס בסנהדרין קאי למ"ד דדריש וא"ו ואי דריש וא"ו א"כ ילפינן בנגעים מויום הראות בו דלא בלילה ואי מקשינן ריבים לנגעים אפילו ג"ד נמי ביום לכך ס"ל דלא מקשינן וילפינן מןושפטו משא"כ הרמב"ם פוסק פרבנן דלא דרשי וא"ו א"כ אין ילפיתא בנגעים דלא בלילה כ"א בכנגע נראה לי דהיינו תחלת דין א"כ שפיר כ' דילפינן מהיקשא לנגעים לענן תחלת דין והוא ברור ובחידושים הארכתי בזה לנישב דברי הרמב"ם פ"ט מהל' צרעת ובפירוש המשנה דנגעים דנקט דרשא דוביוס ושביק דרשא דרבא ע"פ דברי הש"ס במ"ק וקצרתי פאון).

ועפ"ז א"ש מה דקשה לפי מ"ש דעת הפוסקים דחזקה מהני אף באפשר וכן הוא דעת התוס' כמש"ל ולכאורה מנ"ל הא למאי דילפינן חזקה מנגע ובנגע הא לא אפשר ולכמ"ש א"ש דמוכח דאף באפשר מהני חזקה דלכאורה קשה אהא דילפינן חזקה מנגע מה שהקשו בתוס' שם דלמא דנקא לחומרא ומה שפירצו התוס' דמוכח אף לקולא מאם הנגע גדול וחסר בתוף ימי הסגר דלא אמרינן דלמא בשעת ההסגר בציר שיעורו ועתה עמד בעיניו וצריף הסגר שני זה אינו הוכחה דהא אמרינן דמצי למחזי ע"י פנותא אלא משום דבית אפל אין פותחין כו' והטעם כמ"ש רש"י משום לי ולא אורי ולפ"ז תינח לענן תחלת ההסגר לא מצינן להסגירו ע"י פנותא דהא הוי כתחלת דין ומוכח דאזלינן בתר חזקה להחמיר משא"כ לענן לטהרו בסוף הסגרו דהוא סוף דין שפיר י"ל דמטהרין אותו ע"י דחזינן בכנותא שלא נתחסר משיעורו דלענן סוף דין לא ילפינן מפנגע נראה לי וכמש"ל ואדרבה מקשינן נגעים לריבים מה ריבים גומרין בלילה אף נגעים גומרים בלילה או ע"י פנותא דחד מלתא הוא כמ"ש רש"י שם וא"כ י"ל דחזקה לקולא לא אמרינן כלל: אף י"ל דבשלתא אם הנה אפשר לומר שתחלת ההסגר ע"י פנותא שפיר מצינן לאוקמי דיני טומאה וטהרה דנגע ע"י פנותא אבל כיון דהא דמטמאין ומסגירין הנגע הוא אף בלא פנותא ולא איירי תורה בכנותא א"כ גם מה שאמרה תורה לטהר בחסר תוף ימי הסגר נמי בלא ראית פנותא הוא דומיא דרישא לענן טומאה וא"כ שפיר מוכח דאזלינן בתר חזקה לקולא ולפ"ז שפיר מוכח דחזקה מהני אף באפשר לברר דאל"כ קשה נהי דמוכח חזקה לקולא מדמטהרין בחסר שלא ע"י ראית פנותא מ"מ הוא גופא קשיא דלמה באמת לא הצריכה תורה לראות בכנותא לענן הטהרה דאף דלענן הטהרה א"א בפנותא שאין להסגיר ע"י פנותא דהוי כתחלת דין מ"מ יהיה מועיל לברר ענן הטהרה שהוא גמר דין ובזה סגי ליה בכנותא ואף דאזלינן בתר חזקה מ"מ הנה ראוי לצוות לראות בכנותא שיהיה ברור לענן טהרה דכל דאיכא לברורי לא סמכינן אחזקה אלא ע"כ פדעת התוס' שכתבתי דבמקום דאיכא חזקה א"צ לברר כלל ועיין מה שכתבתי בתשובה שבחלק יו"ד סימן וא"ו ועתה נבוא נא לבאר דברי התוס' שהתחלנו דשפיר צריכים אנו לצרף שני התירוצים יחד ובצירוף שני התירוצים א"ש הפל דעל תירוץ קמא לחוד הקשיתי דהאיך מצאנו דינו ורגלינו לר' יונתן ואבני אליבא דר"מ וע"ז י"ל דר' יונתן ואבני ס"ל דבאמת הא דעדיף רובא מחזקה אינו מסביר רק ממה דאשכחן בפרה.

וא"כ ממילא לר"מ דס"ל דלא אָזלינן בַּתּוֹרָה רַבָּא אִין פֿאן ק"ו וְאִי קוּשְׁיָא פֿינן דְּבִלָּא אָפְשָׁר
עכ"פ אָזלינן בַּתּוֹרָה אַף לר"מ א"כ מוכח דְּרַבָּא עֲדִיף מִחֻזְקָה א"כ מִמִּילָא גַם בְּלֹא
אָפְשָׁר גִּיליף ק"ו מִחֻזְקָה ז"א דְּאֵלִיבָא דר"מ דס"ל דְּאָף ג"ד בְּיוֹם א"כ שׁוֹב י"ל גַם
בְּחֻזְקָה לֹא אָזלינן בַּתּוֹרָה אֲלָא בְּלֹא אָפְשָׁר שְׁהָרִי מַה שְּׁפַתְבְּנוּ לְהוֹכִיחַ דְּחֻזְקָה מוֹעִיל
בְּמָקוֹם שְׁאָפְשָׁר לְבָרֵר אִינוּ אֲלָא לְרַבְּנָן דס"ל דג"ד בְּלִילָה וְשִׁפּוּר מִשְׁפַּחַת טְהָרָה ע"י
פְּנוּתָא מִשָּׂא"כ לר"מ לֹא מִשְׁפַּחַת גַם טְהָרָה ע"י פְּנוּתָא דְהָא ג"ד נְמִי בְּיוֹם וּא"כ י"ל דְּלֹא
אָזלינן בַּתּוֹרָה חֻזְקָה רַק בִּא"א לְבָרֵר וּא"כ שִׁפּוּר קְאָמֵר ר"מ דְּגַם רַבָּא הֵיכָא דְּאָפְשָׁר לֹא
אָזלינן בַּתּוֹרָה וּלפ"ז א"ש גַם תִּירָץ הֵב' דְּהַתּוֹס' דְּלַפְר"ח דִּילְפִינן מְפָרֵשׁ א"ש דע"ז
הַקְּשִׁיתִי עַל פְּרָכַת הַש"ס וְדָלָא הֵיכָא דְּאָפְשָׁר כּו' דְּפָרִיף עַל רַבְּנָן מנ"ל הֵיכָא דְּאָפְשָׁר
דְּהָא י"ל כְּתִירָץ קְמָא דְּהַתּוֹס' דְּקו' הַש"ס הוּא לְרַבֵּי ע"י דְּלֹא קִים לִי חֻזְקָה כָּלֵל מְקַרָּא
וּבְזָה מְדוּקְדָק לְשׁוֹן הַתּוֹס' שְׂכ' וּלְפָר"ח כּו' א"ש הֵכָא ר"ל דְּהֵכָא בְּהָךְ קוּשְׁיָא דְּתַחֲלַת
הַסְּנֵיגָא מנ"ל דְּאָזלינן ב"ר מֵא"ש בְּהָךְ תִּירוּצָא לְחוּד אַף לְתוּרָצִי סְנֵיגָא דְּלִקְמוֹן צָרִיף
לְבֹא גַם לְתִירוּץ הָרֵאשׁוֹן וּבְתִירוּץ קְמָא לְחוּד נְמִי לֹא סְגִי בְּלֹא תִירוּץ זֶה מִשׁוּם דְּכֵן צ"ל
לר"י וְאֲבִי אֵלִיבָא דר"מ וּכְמ"ש וְשִׁנֵּי הַתִּירוּצִים צָדְקוּ יַחְדָּיו וְהוּא כְּפִתּוֹר וְפָרַח בַּעֲזָה"י:
וּעַפ"ז יְבוֹאֵר מַה שְּׁהַתְּחַלְנוּ בְּהָא דְּאָמֵר ר"ז פֿינן דְּשִׁמְעָנָא כּו' דְּלְכָאוּרָה הָא דְּמִיָּתִי ר"ז
סִינְעָתָא מִמִּתְנִי דְּבֵית אֲנָפֵל כּו' פִּירֵשׁ"י אֲפֵלְתוֹ הַצְּלָתוֹ וּמִדְּמִי הָאֲדָם לְבֵית פְּמוֹ הַבֵּית
שְׁהוּא אֲפֵל אַף שְׁנוּפֵל בּוֹ נִגַע אִין טְוִמְאָה שׁוֹרָה עָלָיו כְּמוֹ כֵן הָאֲדָם כְּשִׁמְחֻזִיק עֲצָמוֹ אֲפֵל
וְשָׁפֵל אִין מְקַטְרִיגִים עָלָיו וּמִתְגָּרִים בּוֹ לְהַחְטִיאֻו וְהֵינּוּ דר"א דְּאָמֵר הָיִי קָבֵל וְקִיָּים
וְכֵה"ג אֲמַרִינן בְּקוּדוּשֵׁינָן דְּרַף מ"ם אִם רוּאָה שְׁיִצְרוּ מִתְגַּבֵּר עָלָיו יִלְךְ וְיִלְבַּשׁ שְׁחוּרִים כּו'.

וּפִירֵשׁ"י דְּגַם אִם יַחְטָא אִין אָדָם נוֹתֵן לֵב לְפִי שְׁאִינוּ חָשׁוּב בְּעֵינֵיהֶם וְהַגָּאוֹן בְּסִפְרֵי הַמִּקְנָה
פִּירֵשׁ מִשׁוּם דְּבְּאֲדָם חָשׁוּב וּמִתְגָּאָה הֵיזָה"ר מִתְקַנָּא בּוֹ וְנוֹתֵן עֵינָיו בּוֹ לְהַחְטִיאֻו
וְלְהַשְׁפִּילוֹ וּמֵאִי תִקְנִיתִי יִשְׁפִּיל א"ע וְיִכְנִיעַ עֲצָמוֹ וְעִי"ז לֹא יִתְגָּרָה בּוֹ הֵיזָה"ר פֿעֲנֵנָן יִתֵּן
לְמַפְהוֹ לְחֵי כּו' וְזֶהוּ שְׁאָמֵר וְיַעֲשֶׂה מַה שְּׁלַבּוֹ חִפְץ ר"ל הֵיזָה"ר וְאִין ר"ל שְׁיַעֲשֶׂה עֲבִירָה
רַק ר"ל מַה שְּׁחִפְץ הֵיזָה"ר שְׁיִהְיֶה שְׁפֵל וְה"נ דְּכִנּוּתִי שְׂאָם יִשְׁפִּיל עֲצָמוֹ לֹא יִתְגָּרָה בּוֹ
יֵצֵה"ר לְהַחְטִיאֻו וּלְטַמְאֻו וְהוּא דְּנוֹגְמַת בֵּית אֲפֵל שְׂאִין הַטְּוִמְאָה שׁוֹלְטַת בּוֹ: וְאָמַנְם יִשׁ
לְפָרֵשׁ דְּנֻדָּאִי אִין זֶה תִקְנָה שְׁלֵא יֵהָא יֵצֵה"ר מִתְגָּרָה בּוֹ מְכָאן וְלְהֵבָא רַק שְׁזָה תִקְנָה עַל
הָעֵבֶר שְׂאָם חֻטָּא וְהוּא מִשְׁפִּיל וּמְכַנִּיעַ עֲצָמוֹ אִזִּי אִין הַמְקַטְרִיגִים מִתְגָּרִים בּוֹ לְקַטְרֵג עָלָיו
וּכְעַנְנָן שְׁנֵאֵמֵר בְּאִיּוֹב וְהִנֵּה הָאִישׁ הַהוּא גָּדוֹל כּו' וַיֹּאמֶר ה' הַשְׁמֵת לְבָבְךָ כּו' וְכֵן אֲמָרוּ אִם
חֻטָּא מֵאִי תִקְנִיתִי יִשְׁפִּיל עֲצָמוֹ וְזֶה שְׁמֻדְמָה לְבֵית אֲפֵל כּו' שְׂאָם הַנִּגְעַע עוֹמֵד בְּמָקוֹם אֲפֵל
אִין פּוֹתְחִין בּוֹ חֲלוּבוֹת לְרֵאוּתָהּ וְכֵן הָעֲנָנָן בְּאֲדָם אִם מִשְׁפִּיל עֲצָמוֹ אִין הַחְטָאִים שְׁבוּ
נְזָרִים וְנִרְאִים.

וְלְכָאוּרָה מְוכַרְחַת כְּפִי הַשְּׁנֵי דָא"כ קִשָּׁה מֵאִי מִיָּתִי מִבֵּית אֲפֵל שְׁהָרִי אֲנִי יִלְפִינן חֻזְקָה
מְנַגַּע וְאֲמַרִינן דְּאֲחוּרֵי הַדְּלֵת נְמִי אִין רוֹאִין ע"י פְּתִיחַת פְּנוּתָא וּא"כ מוכח דְּלֹא בְּאֲפִילַת
הַבֵּית תִּלְיָא מִלְתָּא דְּאֲפִי כָּל הַבֵּית מְלֹא אוֹרָה רַק שְׁהַנִּגַּע עוֹמֵד בְּמָקוֹם שָׂא"א לְרֵאוּתָהּ
בְּשַׁעַת הַסָּגֵר אִין רוֹאִין אוֹתָהּ וְצ"ל כְּפִי הַשְּׁנֵי דְּמִיָּתִי מִיָּתִי מִיָּתִי מִיָּתִי עַל עֲזוֹנוֹתָיו
אִם מִאֲפִיל עֲצָמוֹ כְּמוֹ נִגַע הָעוֹמֵד בְּמָקוֹם אֲפֵל.

אף י"ל דלעולם כפי הראשון והה סייעתא היא לר"א ור"א היא דאמר גבי רנבא אתיא מרישא של עולה כו' ולא יליף ק"ו מחזקה וע"כ כמ"ש התוס' דלראב"י קאמר דלא קים ליה חזקה מקרא והיינו משום דאמרין דהא דבית אפל היינו בלא אסתחוק וכמו שאמר רבא וא"כ באפילות הבית תליא מלתא וא"כ למאי דאמרין תניא דלא כראב"י ממילא אין פאן סייעתא רק אם נאמר כפי השני דהנגע במקום אפל אין מקפידין והשתא א"ש דקאמר פיון דשמעה דר"א כו' מוחלין לו וא"כ אין קפידא מחמת עונות מכפר וע"כ דאי בעינו לסיועי היינו מחמת אפילות האדם על להבא וז"א רק לשיטת ר"א ור"ז ס"ל דלא כראב"י ולכך אמצעי ליה נפש' והוא דרוש יפה אף נעים בס"ד: והנה בהא דקאמר דהוי ר"ז משתמיט מלמספמי משום דר"א דאמר הוי קבל וקיים לכאורה צ"ע דאטו משום שיהיה מוסמך לא יוכל להיות קבל דהיינו עניו ושפל אנשים.

ונראה ע"פ מה שראיתי לפרש מ"ש בתהלים ימים על ימי מלך תוסף שנותיו כמו דור ודור עפ"י מ"ש בחגיגה גבי יש נספה כו' ושנותיה דר"י מה עבדית בהו א"ל חזינא לצורבא מרבנו דמעביר במילין מוסקפא ליה וזהו בכל אדם אבל מלך אין יכול להיות מעביר במילין כדאמרין ביומא מפני מה נענש שאול מפני שמחל על כבודו ולכן א"א להוסיף לו משנות דור רק מה שהקב"ה מוסיף בעצמו כדאמרין זכה מוסיפין לו.

ולז"א ימים על ימי מלך תוסף בעצמה פי שנותיו כמו דור ודור ולהוסיף א"א פיון דא"א להעביר במילין ודפח"ח: ועפ"י י"ל שזה ג"כ הטעם דאמר ר"א הוי קבל וקיים שע"י שיהי קבל ויהי מעביר על מדותיו יוסיפו לו משנות דור וא"כ י"ל דר"ז ס"ל כר"ח פ"ק דקידושין רב שמחל על כבודו אין כבודו מחול ועיין במהרש"א שם דאיפא איסורא למחול (ואפשר דמש"ה קאמר צורבא מרבנו דמעביר כו' שפיר בעלמא דהיינו בחור חריף ואינו מוסמך) וא"כ שפיר הוי משתמיט מלהיות סמוך לפי שלא יהיה יכול לעשות כד"ר דאמר הוי קבל וקיים שיהי לא יוכל לעבור על מדותיו.

וגם י"ל דסמוכין בא"י דוקא ואמרין בב"מ פד סליק יתיב ק' תעניתא דלשתכח מיניה תלמוד בבבלי והי צריך ללמוד תורת בני א"י שמקובלים איש מפי איש ואז לאו אורייתא דילין ואינו יכול למחול.

אף י"ל דטעמא דקבל וקיים עפ"י מה שאמרו כל המעביר על מדותיו מעבירין לו פשעיו ולכך מאריכין לו ימיו וכמבואר בר"ה שם. ולכן פיון דשמעה לדר"א דגם ע"י שעולה לגדולה מוחלין עונותיו אמצעי נפש' וגם זה נכון לענ"ד: והנה שם בקידושין אמרו דקב"ה כ"ע דילין הוא ומצוי מחלי ליקרין ובספר המקנה שם פי' בזה מ"ש פי לא ישא לפשעכם כו': וכן מ"ש ושמעו מצרים כו' ועד"ז אמר משה ילך נא ד' כו' וסלחת.

וכן פירשו במ"ש ונספר משה ליתרו את אשר עשה לפרעה ולמצרים אודות ישראל שר"ל שמחל על כבודו שאמר מי ד' וקינא לכבוד ישראל ויחד יתרו על כל הטובה כו' שעל הרעה שהגיע למצרים לא היה שמח כדאמרי אינשי גיורא כו' ואדרבא נעשה בשרו חידודין ולכך נקט לשון ויחד דמשמע תרנוהו לשון שמחה ולשון חידודין עתה ידעתי פי גדול ד' שבמקום גדולתו ענותנותו שהרי בדבר אשר זדו עליהם ר"ל שזה סימן לדבר שהי עליהם של ישראל פיון שהיה מדה פגוד מדה ממש וי"ל ע"פ מ"ש כמה טעמים למה נענשו המצריים אחר שפך נגור מאתו יתברך והראב"ד תירץ שמתחלה מסר

הקב"ה ביד מצרים שהיו אשמים מכפר שנתמלאה סאתם בכדי שבגאולתם יחזו נקם ע"ש.

(ועפי"ז י"ל קודש ישראל כו' כל אנכליו יאשמו דהיינו שאותן האנכלים אשמים מכפר בכדי שרעה תבא עליהם וכן פירשתי מ"ש. אף אלקים ימחז כו' מתהלה באשמו כו' והמשכתי הפתובים באופן נאות).

וגם פתבו פי מכות המצריים היו תועלת לישראל בראותם העונש הקשה שהגיע למצרים כמ"ש כל המחלה כו' וכן כל מדוי מצרים כו' וכמבואר בפרש"י ומדרש ע"ש. ולכן קאמר נתתן אותות ומופתים כו' לפי שזה הי' אות ומופת לישראל וכו' פירשו מ"ש בפרק ע"פ הללו את ד' כו' אנסים ונפלאות דעביד בהדיניהו כו' שנתחשב להם לזכות שמכותם היו רפואה וצרי לישראל כמ"ש הפתוב הכרתי כו' אמרתי אף אותי תראו תקחו מוסר.

ולפי מ"ש לעיל דעיקר ההרגש הוא כשהוא מדה במדה שאז אין תולין במקרה וזה הנה למען ידעו ב"י להשפיל להטיב. וז"ש ניחד יתרו על כל הטובה כו' פי בדבר אשר זדו עליהם זה הנה הטובה העיקרית: ואמנם בעיקר הקושיא למה נענשו המצרים י"ל ע"פ מה דאיתא במדרש שענוא שר של מצרים טען הללו ע"ז והללו ע"ז והשיב לו פלום אתה דן כו' ועל האונס פרצון דהיינו שהמצרים אנסו אותם לעבוד ע"ז ולכן שפיר נענשו דעבדות ועינוי נגזר אבל אונס ע"ז לא נגזר והיינו דקאמר יתרו פי בדבר אשר זדו עליהם ר"ל שאף מה שהזידו ישראל בע"ז הי' עליהם של מצרים ולכך קיבלו עונשם.

וכנה מתיישב מ"ש המפורשים דהאיך נענשו במיתה ובממון ובפ"ד האריף בזה ולפי מ"ש לק"מ דהא דכדי רשעתו היינו פשעניהם על מעשה אחד אבל הכא שני מעשים הם המיתה על אונס דע"ז והממון שכר השעבוד ובכה"ג פשיטא שאין פוטרין זא"ז ועיין בכתובות ר"פ א"נ במ"ש רב אשי שם פגון זר שאכל תרומה וקרע שיראין של חבירו ובתוס' שם: ואמנם אף אם נאמר ששניהם על ענין אחד באו נראה דא"ש ויתיישב ג"כ מ"ש בבבבכות דבר נא אין נא אלא לשון בקשה כו' שלא יאמר אותו צדיק ועבדים ועינו אותה קיים בהם ואחרי כן יצאו ברכוש גדול לא קיים בהם והתיימא בזה גלוי' דקאמר שלא יאמר אותו צדיק משמע שמדינא לא הי' מגיע להם והרי בסנהדרין אמרין מעשה בבני מצרים שפאו לדין כו' תנו לנו שכר שעבוד של ת' שנה.

ואפשר לומר עפ"י שי"ל בישוב הקושיא דהאיך נענשו במיתה וממון דבסנהדרין דף ע"א אמרין רבא איגבבו ליה הני דיקרי במחתרתא אהדרינהו ניהליה לא קבלינהו כו'. והקשו התוס' למה לא קבלינהו דהא אף דקלב"מ מ"מ חייב לצי"ש כדאמרי' בב"ק אתנו אסרה תורה ואפילו בא על אמו ותירצו ע"ש.

ובחידושי הר"ן שם בשם ה"ר דור בוני"ד ז"ל כתב לתרץ דגבי אתנו אדם מחויב לעמוד בדבורו אע"פ שאינו מן הדין. אבל בהני דיקרי פינן דבדמי קנינהו קנוי' לגמרי כו' ע"ש.

והנה מ"ש ועבדים ועינו אותם נראה ע"פ מ"ש במדרשים בפרך בפה רף שבתחלה הבטיחו להם שכר חלף עבודתם ואח"כ שעבדו בהם חנם אין כסף ולכן אמר בתחלה ועבדים דכיון שהיה ע"מ לקבל פרס עבודה מיקרי ולא ענוי ואח"כ נשמעבדו בהם בלא מחיר ושעבוד זה קרוי עינוי.

ולכן א"ש דאע"ג דהוי מיתה וממון לא נפטריו בי"ש פיון שהבטיחו להם שְכַר הַרִי הם מחנכים לעמוד בדבורם וכמ"ש הר"ד בַּהֵיא דְאֶתְנָן. והשתא א"ש דקאמר דאע"ג דמצד הדין הגמור לא הֵיָה אֶפְשָׁר לִיקַח שְכַר עֲמֶלָם מִשׁוּם דקלב"מ מ"מ עֲדִינן יֵשׁ פ"פ לאותו צדיק לטעון ועבדום ועינוי אותם קיים בהם ר"ל שמתחלה דרָךְ עבדות ע"מ לקבל פָּרָס וא"כ למה לא קיים ואחרי כן יצאו ברכוש גדול.

דאף שגענושו בתמורה מ"מ פיון שהבטיחו בשְכַר מתחייבין לשמים לקיים דבורם (וביזאר אחרון של פסח שְכַל זאת לא יבינו פוטים אֶשֶׁר בְּתַחַל הִתְקִינוּ כְּעָקְלוּ בַסּוּף כֶּף נְדוּנו שְׁעִיר וְטְפוּלֵיו כו' ור"ל שהדברים ק"ו ומה מצרים שבתחלה עשו פתיקון ופה רָךְ אעפ"כ בשביל שלבסוף קלקלו נדונו בעונש קשה וק"ו לאותן שנתכוננו לתרבה מתחלה ועד סוף ותיבת כֶּף נְדוּנו ר"ל שנדונו במפות עֶשֶׂר שֶׁהִזְכִּיר לְמַעַלָּה וְהוּא פְּשוּט וְלִפִּי שְׂרָאִיתִי וְשִׁמְפָּרְשִׁי הַפִּיט פְּתָבוּ לְפָרֵשׁ כֶּף נְדוּנו בְּנִיחוּתָא ר"ל שְׁהֵיָה דִינָם מְדָה כְּנֶגֶד מְדָה ע"ש ולא פיונו יפה): ועוד נראה עפ"י מ"ש חז"ל מדלג על ההרים שהיו צריכים להיות ת' שנה וה' ברחמיו הקדים להם הגאולה ועכ"פ שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וא"כ עכ"פ לענין השכירות היו צריכין להמתין כמה דורות ולכן אמר שלא יאמר ועבדום ועינוי אותם קיים בהם ר"ל באילו הדורות עצמם ואחרי כן כו' לא קיים בהם שאע"פ שלבסוף כמה דורות יטלו שְכַרָם מְשַׁלֵּם מ"מ בהם לא קיים הבטחה זו ובזה י"ל מ"ש הפתוב ושאלה אשה משכנתה כו' ושמתם על בניכם ועל בנותיכם כו'.

ויובן עפ"י מ"ש בחלק הזה בתשובה סימן ח' דעת התוס' דש"ר ואח"כ יאוש לא קני וטעמא משום דבאיסורא אתי לידן' משא"כ אם בהיתרא אתי לידן' נראה דגם אם הש"ר קודם היאוש ג"כ קונה.

ולכן בזה שעדיין לא הגיע הזמן לגבות השכירותזאת העצה היעוצה ושאלה אשה כו' דאז בהיתרה אתי לידניהו ושמתם על בניכם ועל בנותיכם כענין שאמרו. אזל אקני' לבנו קטן כו' וכשיצאו מצרים וליתא בחזרה יהי קנוי להם מחמת שאז יתיאשו כמ"ש ויוציאם בכסף וזהב כו' שמת מצרים בצאתם כו' ופי' ששמחו כמה שיצאו עם הכסף והזהב שע"ז לא הנה חוזרים וא"כ הנה יאוש וש"ר ואע"פ שהש"ר קודם ליאוש שפיר קנו פיון דבדרך שאלה אתי לידניהו וגם לא יחשב להם עון גזל פיון דמ"מ מגיע להם חלף עבודתם.

וגם מצרים גופא ניחא להו שיעפכו זה בשכרם כדי שלא יחזרו שמה לתבוע השְכַר ומעתה יש להם שְכַר טוב בעמלם ומה שמקשין דלמה לא טענו בני מצרים מביות הים שהיתה גדולה מביות מצרים.

ודןסק לומר שלא שאלו אלא מן המפורש במקרא. נראה דא"ש דע"ז לא הנה להם טענה כדאמרינן פ"ב דב"מ המציל מזוטו של ים כו' דאמר ר"י מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת שנאמר אֶשֶׁר תֹּאבֵד כו' וא"כ מהפקירא קא זכו ובזה א"ש ג"כ הָא דקאמר בבקשה מהם ושאלו כו' ע"פ מה דאמרינן התם וישאילום בע"כ דישראל משום משוי ופירשו לפי שהנה ידוע להם שעתידין ליטול חלקם בביות הים.

והנה במ"ש ועבדום כו' ואחרי כן יצאו כו' משמעות הדברים שע"י שיעבדו יצאו ברכוש. ואין זה מתקנים ע"י בינת הים שבינה יכולים לזפות בלא שזכר העבדות.

ולכן אמר בבקשה כו' שלא יאמר ועבדום כו'. וגם י"ל דה"ק ואחרי כן יצאו ברכוש גדול לא קיים שההבטחה הנה שמיד בשעת יציאה ממצרים יהיה להם רכוש גדול וזה לא תקנים בבינת הים בלבד וקצרתי והנה במש"ל מדברי הרמ"א והש"ך שאם ת"ח פא לפניו לדין צריף לעמוד לפניו לכאורה צ"ע דהא אמרינן בברכות ומנין לג' שישו שבין בדין ושכינה עמהם שנגאמר בקרב אלהים ישפוט.

והגאון מ' יהונתן ז"ל פ"י מה שאמרו חז"ל ואברהם יושב ביקש לעמוד א"ל הקב"ה שב אתה סימן לבניך שנגאמר אלקים נצב בעדת אל לפי שיש ליתן טעם למה תפלה בעמידה ודיינים בשיבה עפ"י מ"ש שם דבעשרה קדמא ושכינתא ואתיא ובתלתא עד דיתבי וקי"ל לענין תפלה כשהוא פא בגבולו א"צ לעמוד ולכן בתלתא שאין השכינה פאה עד דיתבי יכולים לישוב וזהו דקאמר שאברהם הנה יושב בעת ביאת השכינה וביקש לעמוד א"ל אתה סימן לבניך שנגאמר אלקים נצב כו' והם א"צ לעמוד ודפח"ח (אף צ"ע דבש"ס שם אמרינן דקרא דאלקים נצב בעדת אל קאי על עשרה שמתפללין וי"ל דאסיפא דקרא סמיה ולפי"ז למאי דאמרינן בשבת וקידושין דאורייה החתי מורד במלכות הנה דקא"ל נאדוני יואב דלאו אורח ארעא לקבל עליו מרות אחרים בפני המלך וא"כ פ"י דבשעה שישו שבין בדין ושכינה עמהם אין להם לחלק כבוד לת"ח הפא לשם דהשתא לפני מלך ב"ו אין עושין כן כו' ואפשר לומר עפ"י מה דאמרינן בב"ק פ"ק יש נוהלין פלוגתא אם חולקין כבוד לתלמיד במקום הרב ואמרינן שם דתרנונייהו איתנונייהו הא דפליג ליה רבי יקרא הא דלא פליג כו' ות"ח הוי כפליג ליה רבי יקרא פדכתיב פי מכבדי אכבד וגם מברכיניו ברוך שחלק מפבודו הלכך שפיר יכולין לחלוק כבוד לת"ח בעת ישיבת הדיינים ולעמוד מפניו: ובזה נ"ל מ"ש במדרש סוף פ' מסעי והובא בילקוט שמואל ז"ל אתה מוצא שכ' דוד ליואב הבו את אורי' אל מול פני המלחמה ועשה כן ונהרג נתקבצו כל שרי החיילים על יואב להרגו הראה להם את הפתב כו' ולכאורה הוא תמוה דלמה הוצרך להראות להם הפתב שהרי אם הנה אומר להם שעשה כן עפ"י צווי המלך ג"כ היו מאמינים לו ששר הצבא פיואב לא ישקר באמונתו ובפ"ט במלתא דעל"ג.

ולפמ"ש י"ל דכבר פתבתי דמה שאמר הקב"ה נעשה אדם הוא דרף ענוה. והר"א בן עזרא כתב פי נעשה בלשון רבים הוא דרף גדולה ונחשיבות שכן מנהג המלכים לדבר כו'.

וכן מצינו ויקח אדוני יוסף כו' והנה לפמ"ש דאורי' הנה מורד במלכות לפי שחלק כבוד ליואב וקיבל מרות עליו בפני דוד ושפיר הי' יואב רשאי להרגו אף אי דרש אכין ורקין פ"י דמדינא בר קטלא הוא.

אף י"ל מפ"י דחז"ל שדוד כתב ליואב הבו את אורי' בלשון רבים הא קמן דפליג ליה יקרא שפיר הנה גם אורי' רשאי לחלוק לו כבוד ולא מורד הוא אף זה תלוי באם הפתב הוא ביחוד ליואב לבד א"כ מ"ש לשון רבים הוא דרף גדולה ונחשיבות משא"כ אם הוא לכל שרי החיילים אין בזה חלוקת כבוד ליואב פלל ולכן מתחלה נתקבצו להרגו שאף שידעו שעושה כן עפ"י ציווי דוד שכתב לו כן מ"מ לא הנה לו לעשות דכ"י דדרשינן

אָכְנוּ וְרָקִין אֲמָרִינוּ דְבָרֵי הָרֵב כּו' וְלָכֵן נִתְחַכְּמָם יוֹאֵב וְהִרְאָה לָהֶם הַפְתָּב לֹמֵר שְׂלֵא לִי לְבַד פְּתַב זֶה וּא"כ מ"ש בְּלִשׁוֹן רַבִּים פְּלִיג לִי יִקְרָא אֱלָא שְׁהַמְצִינָה זֹאת הוּא לְכוֹלְנוּ יַחַד וְלָכֵן בָּא בְּלִשׁוֹן רַבִּים וְכִינּוֹן דְּלֵא פְּלִיג לִי יִקְרָא שׁוּב הוּ"ל מוֹרֵד בְּמַלְכוּת בַּמ"ש וְאֲדוּנֵי יוֹאֵב וְכַדִּין עֲשִׂינוּ לְקִינִים מְצוֹת הַמְלָךְ עֲלִינוּ וַיֵּשׁ לִי לְבָאָר יִתֵּר דְבָרֵי הַמַּד"ר שֵׁם וְקִצְרֵתִי: וְעַפ"י מ"ש בְּטַעֲמָא דַּהֲבַע"ד בְּעַמִּיד' פִּינּוֹן דְּשִׁלְשָׁה שְׂוִישְׁבִים בְּדִין שְׂכִינָה שְׂרוּיָה בִּינֵיהֶם וְלָכֵן פְּתִיב וְעַמְדוּ שְׁנֵי הָאֲנָשִׁים אֲשֶׁר לָהֶם הָרִיב לְפָנֵי ה' וּבָזָה י"ל מ"ש יִתְרוֹ מְדוּעַ אֶתְּהָ יוֹשֵׁב לְבַדְּךָ כּו' ע"פ מ"ש מִשָּׁה הִיא מִתְנַבֵּא בָּזָה הַדְּבָר אֲשֶׁר צָוָה ד' לְפִי שְׂשִׁכְינָה הַיְתָה מְדַבְּרַת מִתּוֹךְ גְּרוֹנוֹ שֶׁל מִשָּׁה וְעֵינָיִן בְּרִישׁ סֵפֶר הַפְּלָאָה דְבָרִים נִפְלְאִים.

וְעַפ"י דְבָרָיו פִּירְשֵׁתִי מ"ש בַּפ' עֵקֶב קוּם רַד מְזָה וְגַם פִּרְשֵׁתִי בְּעַבּוּר יִשְׁמַע הָעַם בְּדְבָרֵי עַמְךָ וְגַם בְּךָ שְׁמַדְרָגְתוֹ הִיָּה לְהַתְנַבְּאוֹת לְפַעְמִים בְּכָה שְׁהַדְבּוּר הוּא עֲמוֹ. וְגַם בְּךָ דִּהֵינּוּ מְדַרְגַת זֶה הַדְּבָר וְקִצְרֵתִי פֶּאֵן.

וַיִּתְרוֹ שְׂלֵא יַדַּע מְזָה הִיָּה סְבוּר שְׁפִינּוֹן שְׁהוּא יוֹשֵׁב לְבַדוֹ וְאִין שֵׁם ג' אִין שֵׁם הַשְּׂרָאָת שְׂכִינָה (וְגַם י"ל מ"ש וְכָל הָעַם נִצָּב שְׁהוּא עַל דְבָרֵי רִיבּוֹת שְׂפִינֵיהֶם וּמִשָּׁה ע"פ דִּינּוֹ עוֹשֶׂה שְׁלוֹם בִּינֵיהֶם וְאֲמָרִינוּ בְּבִרְכוּת שֵׁם מַהוּ דְתִימָא דִּינָא שְׁלָמָא בְּעַלְמָא הוּא וְלֵא אֲתִי שְׂכִינָה קַמ"ל דְדִין נְמִי הֵינּוּ תוֹרָה וְזָה שְׁהַשִּׁיבוּ מִשָּׁה פִי יָבֵא כּו' וְהוֹדַעְתִּי חֻקֵי אֱלֹקִים וְאֵת תּוֹרָתוֹ דְדִין הֵינּוּ תוֹרָה וַיֵּשׁ פֶּאֵן הַשְּׂרָאָת שְׂכִינָה וְלָכֵן צָרִיכִין לְעַמּוֹד) וְלָכֵן שְׂאֵל לוֹ פִּינּוֹן שְׂאֶתְהָ יוֹשֵׁב לְבַדְּךָ לְמָה הָעַם נִצָּב וְהַשִּׁיבוּ פִי יָבֵא אֵלֵי הָעַם מַה שְׁהָעַם בָּא אֵלֵי אִינוּ פֶּמּוֹ שְׂאֶתְהָ סוֹכֵר שְׁשׁוּמְעִים דְבָרֵי עֲצָמוֹ כ"א לְדַרוֹשׁ אֱלֹקִים פִּי דְבָרֵי אֲשֶׁר יִצְאוּ מִפִּי הֵן הֵן דְבָרֵי הַגְּבוּרָה פִי יִהְיֶה לָהֶם דְבָר בָּא אֵלֵי וְהוֹדַעְתִּי כּו' ר"ל שְׂאֵרְךָ הַדְבּוּר שְׁמַהֲצוֹרְךָ לֹמֵר לָהֶם הוּא בָּא אֵלֵי וְהוֹדַעְתִּי כּו' וְזָה הַדְּבָר בְּעַצְמוֹ אֲשֶׁר צָוָה ה' וְלָכֵן אַעֲפ"י שְׂאֲנִי יוֹשֵׁב לְבַדִּי צָרִיכִים הֵם לְעַמּוֹד וְעַפ"י אֲמַרְתִּי לְפָרֵשׁ דְבָרֵי הַמְדַרְשׁ וַיֵּאֱמִינוּ בַּד' וּבְמִשָּׁה אִם בְּמִשָּׁה הָאֲמִינוּ בַּה' לֵא כ"ש א"כ לְמָה נֶאֱמַר וּבְמִשָּׁה כּו' בְּאִנְפוֹן נְאוֹת.

וְהַמְשַׁכֵּיל יִבִּין פִּי הַדְּבָרִים עֲתִיקִים: טָרַם אֲחַלָּה לְדַבֵּר אַכְרַע בְּהוֹדָאָה לְצוּרֵי וְקוּנֵי. אֲשֶׁר כָּל טוֹב גְּמַלְנִי.

וּבְמַתְנַת חַנּוּם חַנּוּנִי. וַיַּעֲזְרֵנִי לְכַבְדּוֹ מֵהוּנִי.

לְקַחַת אֶת מִתְקֵי וְאֵת שְׂמִנִי. וּפְרִי עֵדוֹן גְּנִי.

אֲשֶׁר נִטְעָה יְמִינִי. לְהַקְרִיב אוֹתָם לְרִצּוֹנִי.

אֵל קָהֵל עֲדַת הַמוֹנֵי אֱלוֹפֵי מִינְדַעֵי וְגֵאוּנֵי. וְאֵרְךָ פִי יָדֵי יָד כְּהָה אֲמַנְנִי.

לְדַרוֹךְ קַסְתִּי בְּעַנּוּנִי. פִּי אֲשָׂא יָדֵי לְהוֹרִי וּמִלְפָנֵי וּבְעוֹדֵי בְּטַל יִלְדוּתִי אֲדָם כְּתוֹר הַמַּעֲלָה הָרֵאנִי.

וְאִם פִּי מִיָּמִי כָּל קָבֵל הֵייתִי. וְלִגְדוּלָה לֹא עָלִיתִי.

לְהִיּוֹת גְּבַר הוֹקֵם עַל אֲנִי לֹא נִקְרָאתִי וְגַם פִּי לֹא רַעֲיָתִי וְלֹא צְבִיתִי. בְּמַקּוּמִי שְׂבִיתִתִּי.

חֲפָצִי בְּבֵיתִי קוּוֹה קוּוִיתִי. פִּי יֵשׁ לִי שְׂכָר טוֹב בְּעַמְלֵי עִם תְּלַמִּידִים וְחַבְרִירִים מִקְשִׁיבִים.

בע"פ או בכתב למדים ומשיבים. אשר בעזה"י רנכם יפה פתם לעלות ראש גבעת המורים ולא יפנו דרך האתרים.

כי נכבשה דרך האמת לפניכם. אחר אשר ראו הליכותי כי כל מגמותי אל מחוז האמת ורוב סרעפי המה ינחוני אל חדר הוראות.

ובזאת אאות. ואם המצא ימצא באיזה מקומות מעשה חדודים.

אשר אין להם מהלכים בין העומדים הא דקטנותא הוא ואולם לבעבור זאת העמדתים כי אנכי ידעתי אפרים כי ימצאו בתוכם סברות שקולים. בטללי אורות כלולים.

ממעני השכל נוזלים. וגופי הפלפולים גם המה טובים כי יקבלו הרובים.

אשר ינמתק להם רגבי קושיות והניות להדדי על דרך ורבה לחדודי. ומתוכם ילמדו לעלות במסלול נתיב יושר מסילה.

וישם פניו אל מדבר האמת ויכוננה עד עולם סלה וכגון דא צריך למודעי כי כמעט שעברתי ראיתי כי רבו הדלוגים והטעויות שנפלו בדפוס מצד המעתיקים ומצד הדפוס והאנשים אשר עמי אשר נדבה רוחם אותם לסקל המסילה ולרשום על לוח הטעות.

וגם להציג ציונים על הש"ס ומפורשים לא הספיקו לגמור וכשאני לעצמי מה אני. כי כבד עלי הדבר לא אוכל עשהו לבדי לזאת אטלה פני המעיין לבו אל יבהל להוציא דבר לומר משגה הוא אפס ישם אל לבו בדוכתי דאיכא תינהא וכשירגיש בטעות יצא הדבר מתוקן.

וברצות ד' להדפיס אי"ה עוללות אפרים המה התשובות הנשארים תח"י שלא הספיק הזמן פעת לסדרם. וגם התשובות אשר חדשים מקרוב באו בעזה"י ואחבירה עליהם מילין אילין לוח הטעויות והשמטות וציונים כדרך שנהגו עתה להיות מראה מקום על ש"ס ופוסקים וחדושי ראשונים.

ואני תפלה לשוכן מעוננים למחות אבן הטועים ויצילני משגיונים. ויחזקני ויאמצנו אמיץ פת ורב אונים: דברי זעירא מן חברייהא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראדהלכות עדות ודיינים שאלה א שלום לכבוד אהובי ש"ב הרב הה"ג כו' מוה' יעקב צבי הירש נ"י: ראיתי מה שנשא ונתן כ"ת בענין ישיבה ע"י סמיכה והעיר בדברי התוס' בסוטה דף מ"ם ע"ב בד"ה והאמר אין ישיבה כו' ע"ש שא"ז מהרש"א מפרש בירושלמי שהוא דעה א' מתחלה מפרש לשון סמיכה ולבסוף לשון תפלה ולענ"ד אין הפירוש פן בירושלמי אלא ר"ל תפטר דמתני' מיירי בכה"ג שהיה יושב מתחלה היינו עמידה ע"י סמיכה וכן פירש בקרבן העדה כאן ובסוף פ' תמיד נשחט וכן מוכח לענ"ד מירושלמי פ"ג דיומא דקאמר וישן טעון טבילה לא כן תני ר"ח לא היתה ישיבה כו' תפטר שסמך עצמו לפותל וישן לו כו' ע"ש אף מלשון הש"ט שהביאו התוס' שם נראה דפירושו כמ"ש א"ז ואין המדרש ש"ט פעת לפני: ומ"ש א"ז מהרש"א שם שחסר בדברי התו' סיום דברי התוס' בזבחים ובא"ת סי' ד"ח כ' לישב דברי התוס' בענין אחר ע"ש.

אף לפענ"ד האמת בדברי א"ז אלא שלפענ"ד חסר הרבה בדברי התו' דלכאורה לדברי א"ז א"כ היא גופא קשי' בסוגי' דזבחים דמאי פריך אטו לא ס"ל הך דאין ישיבה פיון

דבסוטה לא ניקחא להו בתיירין התוספות דנבחים שר"ל ע"י סמיכה אף לפענ"ד דהתוס' דהקא ס"ל דנדאי שם לק"מ כמ"ש התוס' ביומא דף כ"ה דגיש לתרין הא דפריה וליתב מיתב משום דהנה צורף עבודה שרי וכמו אכילה דשרי לפי שהוא צורף עבודה.

ולפ"ז שפיר קשי' להו אהה דהקא בכ"ג דקריאה נמי אע"ג דלאו עבודה הוא מ"מ צורף עבודה הוא וכמבואר להקדיא ביומא ר"פ בא לו דלפיקה שרי לקרות בבגדי בוץ אע"פ שהוא פלאים ומה"ט שרי נמי שם למיכל בבגדי פהונה משום דהוי צורף עבודה ע"ש וא"כ גם לענין ישיבה בעזרה יש לנו לדמות אותם וזה פנונת התוס' פאן דבש"ס פריה וליתב מיתב אלמא דכל צורף עבודה שרי וא"כ קריאה נמי צורף עבודה היא: ונלענ"ד שזה ג"כ דעת הגהת התוס' בנבחים דף י"ט שהקשו שם וא"ת מה ליושב שפן אסור בעזרה כו' מוכח דלא ס"ל הך תירוץא שכ' בנבחים דף גבי וליתב מיתב דר"ל ע"י סמיכה דא"כ אפתי מצי למעבד ק"ו מעומד ע"י סמיכה שאוכל ואעפ"כ מחלל עבודה אלא נדאי דהה' הג"ה ס"ל לתרין הך דליתב מיתב כמ"ש ביומא דהיינו לפי שהוא צורף עבודה ובהכי א"ש מה שתירצו דשמא אינו מה"ת תדע דאל"כ ל"ל קרא לעכב ובשער המלך פ"ז מהל' בית הבחירה הקשה דהא י"ל דקר' אתי למעוטי סמיכה דמותר כה"ג בעזרה ומ"מ לעבודה אסור.

ולענ"ד דהתו' דהקא לא מחלקי בקה' דאל"כ מעיקר' לק"מ וגם שהרי כתבו באותו עמוד לעיל ומה שיושב ואוכל היינו במורם מקדשי' קלים והיינו פדי לתרין הך דאין ישיבה כו' וכמ"ש ג"כ ביומא לתירוץ א' ואלא ס"ל להתיר באכילה ישיבה משום דהוי צורף עבודה דבעלים מתפפרין ומ"מ בהה' דקידוש ידים שפיר י"ל כן פינו דצורף עבודה גמורה הוא ונהכי ס"ל להגהת התו' ולקה' שפיר קשי' להו דנימ' מה ליושב שפן אסור בעזרה והיינו עכ"פ שלא לצורף עבודה תאמר בזה שמותר ליכנס לעזרה אף שלא בשעת עבודה וע"ז שפיר תירצו דאפשר שאינו מ"ה ולקה' שפיר מחלקינין בין צורף עבוד' או לא וע"ז כתבו תדע דאי אמרת שהו' מה"ת א"כ אין מקום לחלק בין לצורף עבודה או לא א"כ ל"ל קרא דמצנה לעשות עבודה מעומד והוי מצי לאתויי גם מהא דפריה וליתב מיתב דמוכח דגיש מקום היתר.

ואמנם העיקר נלענ"ד כמ"ש המג"א סי' קמ"א דלענין מה דכתיב איסור ישיבה לא נתמעט עמידה ע"י סמיכה אבל מה דבעי עמידה בעינו עמידה ממש דסמיכה אינה לא פשיכה ולא פעמידה ולפ"ז נראה דאם הא דאין ישיבה כו' מדאוריית' מקראי דלעמוד לשירת כמ"ש רש"י ביומא הביאו המ"ל א"כ גם סמיכה אסור ואם הוא מדרבנן י"ל דלא אסרו רק ישיבה ממש וסמיכה מותרת ולפיקה שפיר הוכיחו דאינה דאורייתא דאל"כ ל"ל קרא למצנה וא"ל לסמיכה ז"א דאי מדאורייתא הסמיכה נמי אסור בעזרה ועיין בס' באר שבע פ"א דתמיד במ"ש בהא דעלי יושב על מזוזת היכל כו' י"ל דעל מזוזת ליפא איסור'.

ובאמת י"ל דר"ל שישב מחוץ להיכל אצל המזוזות כמ"ש רש"י דעל מזוזת היינו אצל ועיין בב"י סי' ק' מ"ש די"ל ועלי יושב היינו לשון עכב' פמו ותשבו בקדש: וראיתי מה שהקשה כ"ת ממ"ש התו' בשם הש"ט דמפרש ישיבה ממש ולק"מ דנדאי הש"ט ס"ל דישבה ממש הוא מיהו לדין י"ל דלאו ישיבה ממש ואפ"ה שפיר מוכח דעלי הי' מותר

לישב שם מהר דיוקא דהנצבת עמה דדייקינן דאסור לישב בתוך ד"א של תפלה וא"כ משמע דלולי זאת הי' יכול לישב.

והנה במ"ש עמידה מן הצד איפא בינייהו נלענ"ד דנדאי האיסור לעשות עבודה על דרך זה דאין שירות בכה וכדאמרין ביומא השתא לפני מלה ב"ו כו' והלכה משני דכתיב לשרת והלכה אפי' תימא דמחשב עמידה אין דרך שירות בכה ובהכי א"ש התוס' דנימא מה ליושב שפן פסול בעזרה וא"ל דיליף מעומד בסמיכה דז"א דשם הפסול דעבודה משום דאין דרך שירות בכה ואין מזה ראיה לזר וכן כתבו שפיר לתרץ דהוי דרבנן תדע דל"ל קרא למצוה דא"ל ע"י סמיכה ז"א דזה פסול בלא"ה משום שאין דרך שירות בכה וע"כ בעינן לעבודה או ישיבה ממש או עמידה ממש ונתם דפריה וליכתב מיכתב ופירשו התו' דע"י סמיכה קאמר היינו למאי דס"ד דאין בקידוש ידים משום שירות ושפיר י"ל פיון דאין פאן ישיבה ממש מותר הוא בעזרה: אמנם צ"ע בריב"ש דמיימי ראיה דסמיכה אינה פעמידה מדקי"ל כת"ק דר"י ב"ר יהודה דמן הצד ל"ש עמידה וא"כ ה"ל פשיכה ע"ש שכ' דלא גרע משחיה דאמרין במגילה פירק הקורא עומד פתוב א' אומר ואשב כו' אלא שוחה כו' ע"ש וא"כ משמע דלאו משום דאין דרך שירות בכה ונראה שר"ל דנדאי אי הנה קי"ל כר"י בר"י א"כ ע"כ דחשיב ליה עמידה ממש ולכה כתב דקי"ל כת"ק ומ"מ גם לת"ק מותר בעזרה דאינה ישיבה ממש אלא דלענין דינינים מיקרי ישיבה כמ"ש מהר דמגילה ועיין בטורי אבן שם במגילה: ועיין בפירוש הראב"ד למס' תמיד בארנה בזה בענין לשכת פרהדרין ודעתו שם כל דבר שמהצורה לעשות בישיבה מותר לכל אדם כגון פרישת מלואים כו' אבל מה שאפשר בלי זה כגון קריאת המלה ופרישת כה"ג אין לישב כו' ועיין בבאר שבע בתמיד שכ' דאפשר דהר דאין ישיבה הוא רק מדוד ואילך וצ"ע מקדושים גבי שמואל ועוד יש לעיין שם הרבה גם מ"ש בחלק אהא דגמירי כו' ולענ"ד אפשר דהר דמלכי ב"ד מותרין הוא מדברי קבלה אבל האיסור הוא דאורייתא ולפי מ"ש י"ל דגם התוס' ס"ל היכא דלא אפשר שרי ומ"ש גבי קידוש ידים לאו ישיבה דהא אין ישיבה כו' ר"ל דהא באמת אפשר בל"ז אף סמיכה או למעבד פרבנן ועיין בדרך הקודש שהביא דברי הראב"ד משם לקוטי ר"ב אשכנזי והם דברי הראב"ד הנ"ל וכעת אין פנאי להאריך:.

ומה שכתב כ"ת לענין מצות צריכות פנונה שכתב בהג"א ראיה מנדה שצאנסה דקי"ל פרב דטהורה עיין בר"ן חולין דף ל"א בשם הרמב"ן שכתב דפלוגמא דרב ור"י לא שנייה בהא דמצות צריכות פנונה דטבילה ושחיטה לאו מצות אלא מכשירים ולמר מצות חמירי ולמר מצות קולי ולא מעיילי נפשיהו בפלוגמא דמצות ולפ"ז צריה לומר דהג"א ה"ק דהתם קי"ל פרב א"כ עכ"פ אין להביא ראיה משם להחמיר להצריה פנונה ומ"מ ראיה גמורה אין פאן דאיפא למימר מצות חמירי ובאמת הרמב"ן גופי' במלחמות בר"ה מיימי הא דרב ור"י אפלוגמא דמצות צ"כ וצ"ל כמ"ש וקצת דברי ש"ב ידיו: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה ב שאלה עדים שהעידו והוזמו שלא בפניהם אם הם פשרים אח"כ לעדות אחרת או לא: תשובה דבר זה מתורת רבינו הריב"ש למדנו שכתב בתשובה סי' רס"ו שכ' דהא דאמרין אין מזימין את העדים אלא בפניהם זהו לחייבם כגוף או במקום מועשיתם לו כאשר זמם וטעמא משום דכתיב והועד כו' דמה"ט נמי אמרין אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אבל לבטל עדותן לא דכיון שהמזימים מעידים כגופם

של מוזמים עמנו הייתם והתורה האמינתם הרי הוא פאלו פסלם בגזלנות או בשאר פסול הגוף שיכולים לפסלם ולבטל עדותן כמ"ש הרמב"ן ז"ל ב"ה דעדים החתומים על השטר ומתו כו' ומשמע דכשם חיים דומי' דמתו דהיינו שלא בפניהם מצי למפסלינהו לבטל עדותן ולא אמרינו תרי ותרי ניהו כו' וה"נ אע"פ שהוזם שלא בפניו ואינו הזמה לענוש אותו מפאשר זמם מ"מ עדותן בטלה פינון שהעידו בגופן ע"ש והביאו הב"י בח"מ סי' ל"ח והש"ף כ' שאין דברי הריב"ש לדינ' ואפי' לדברי הריב"ש אין יכולים לפסלו רק לעדות שאין זה רק חוב להם ולא לשבוע' וגם בשו"ת מהר"ל וב"ח ומהר"ם אלשקר כתבו שדעת הפוסקים דלא פהריב"ש ובשו"ת נ"ב חלק אה"ע האריף בזה והביא ראיות דלא פהריב"ש ואידי דחביבין לי שמעתתיה דהגאון ז"ל ראייתי לישא וליתן בדבריו ז"ל: והנה הגאון ז"ל הביא ראיה מסנהדרין דף ח' ע"ב ד"ה והביא האב כו' קודם גמר דין דהשתא ליכא מיתה בזוממין ע"ש ואם איתא להא דהריב"ש לא הוצרכו לדחוק בזה דאיני קודם גמר דין דאפי' אחר ג"ד יכול להיות שהזימום שלא בפניהם דהם מוזמים ודאי לדעת הריב"ש וחיוב מיתה ליכא פינון דהוה שלא בפניהם אלא ודאי דלא פהריב"ש והזמה שלא בפניהם דהכחשה הני היינו בב' פתות עדים המכחישים זא"ז ובהפכחש' יכול לבא לידי נפשות כמ"ש ר"ת א"ח כ' בדבור ההוא כו' עכ"ל הנ"ב ז"ל ולכאורה ראיה גדולה הוא דעכ"פ ה"ל להתו' לינקט בדבריהם גם הזמה שלא בפניהם: ונלענ"ד ליישב דברי הריב"ש ז"ל ומתחלה אבאר מה שצריף להבין במ"ש התוס' דבהזמה קודם ג"ד ליכא נפשות דלמה לא נידוש ללעז שיבאו עדים אחרים ומה בין זה להכחשה ומה שחלקו התוס' דבהזמה סהדי שקרי ניהו עדיין יש פ"פ לומר דדוקא בהוזמו אחר ג"ד פינון שפך גזרה חקמת התורה שכל שהם מזימים העדים האחרונים נאמנים א"כ יש לנו לומר שעדות הראשונים שקר משא"כ בהוזמו קודם ג"ד פינון דאמרינו בב"ק אליבא דרבא גופא עד זומם חידוש הוא דמאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני וא"כ אין לה בו אלא חידוש דוק' לאחר ג"ד אבל קודם ג"ד אית לן למימר מאי חזית כו' ולהכחשה דמי וא"כ פי היכא דבהכחשה חוששין לומר שפא יבאו עדים אחרים כמו כן י"ל בהזמה קודם ג"ד ג"כ וא"כ איך אמרינו תבעו ממון דהיינו הזימום קודם ג"ד בשלשה ותבעו נפשות היינו בהכחשו בד"ג דמה בין זה לזה ובתרווייהו איכא למיחש שיבא לידי נפשות (ואע"פ שהרמב"ם פ"כ מהל' עדות כ' או שהוזמו שניהם קודם ג"ד כו' אין נענשין אע"פ שהוזמו ונפסלו לכל עדות שפתורה פמבנאר סי' רס"ו ע"ש מ"מ י"ל דזה באמת לדין דק"ל פאפי' דס"ל למפרע הוא נפסל ולדידיה אפשר דס"ל דלא הוי חידוש ע"ש בתו' משא"כ ה"א דאזיל אליבא דרבא דאיהו תרגמה שהביא האב עדים והזימום קשה): ולכן נראה לפענ"ד דלכאורה קשה למ"ש ר"ת דמיירי בהוכחשו עידי הבעל וכתב הר"ן בהידושיו דמיירי ששני העדים היו מכחישים זה את זה בהקירות דאל"כ אלא שהוכחשו מפי אחרים אין הבעל צריף ליתן ק' סלע אף לר"ת שיכול לומר עדים שלי אמיתיים הם ע"ש ולפ"ז קשה למה הצריכו רבנן ד"ג משום שחוששין ללעז שיבאו עדים אחרים ע"ש בתוס' באוקימתא דענלא ולכאורה מה בכך שהרי לקמן דף ל"א אמרינו לא נחלקו ב"ש וב"ה בב' פתות עדים א' אומרת מנה וכת אחת אומרת מאתים שיש בכלל מאתים מנה על מה נחלקו על פת א' אומר מנה וא' אומר מאתים שב"ש אומרים נחלקה עדותן כו' והקשו התוס' דהא פינון דב"ש ס"ל בכת א' נחלקה עדותן א"כ אף בב' פתות ה"ל פנמצא

כ"א קא"פ ותירצו פינן שאין הפסול ידוע לא אמרינן הכי ועוד י"ל דאיתא כמ"ד תתקנינן העדות בשאר ועוד י"ל דדוקא בהעידו תכ"ד כו' ע"ש.

ולפי"ז קשה בפסגיא דהכא דמאי גיחוש שיבאו עדים אחרים ומה בכך פינן שאלו הכחישו זא"ז שוב ה"ל פנמצא קא"פ ותירוצי התוס' לא שיניף פאן שמה שתירצו לחלק בין העידו תכ"ד ז"א דהסנג' לא ס"ל הכי שהרי בחד אוקימתא מוקי לה פנמצא א' קא"פ ולכך ס"ל לר"מ בג' וקשה דאפתי גיחוש ללעז שיבאו אחרים שלא יהיה פסול ביניהם וה"ל להתוס' להקשות פן אהי אוקימתא כמו שהקשו על אוקימתא דאיסתחוש בבדיקות אלא ע"כ דעל אוקימתא פנמצא קא"פ לא קשי' להו דנהי שיבאו עדי' אחרי' אח"כ פנולם יפסלו מחמת הפסול הנמצא בראשונים וא"כ ה"נ דכנותי' (וכ"כ התו' לקמן וגם במפות דארף לאחר כ"ד עדותן בטלה וגם בב"ב דף י"א השמיטו תירוץ זה לחלק בין תכ"ד ע"ש ובתשובה הארכתי לענן דינא) וגם התירוץ הב' דס"ל כמ"ד תתקנינן בשאר לא שיניף כ"א בד"מ משא"כ פאן דאמרינן שמה יבואו ויהי' ד"נ והא ליתא דבד"נ נמצא קא"פ בטל לכ"ע וגם תירוץ הא' לא שיניף פאן דהתם שפיר אין הפסול ידוע פינן ששנים מעידין כך ושנים מעידים כך ולא נתברר הפסול משא"כ פאן שא' אומר כך וא' אומר כך נאנן חיישינן שיבאו אחרים ויעידו כדברי האחד א"כ יתברר שהשני שהעיד להפוך הוא שקרן ופסול וא"כ יהיה הפסול ידוע ויתבטל כל העדות וא"כ מה חשש לעז שיניף פאן וצ"ל עפ"י מה שקשה לכאורה על התו' שהקשו בב' פתות עדים המכחישין ה"ל נמצא קא"פ שהרי באמת בעינן שנה פסול יצטרף עם הפשרים בראית המעשה וכאן הרי אנו אומרים דכת אחת משקרים וא"כ אפשר שאף בשעת מעשה ל' הי' שם ומעולם לא נצטרפו בראי' ומכ"ש שיש להקשות פן לפי מה שכ' הרמב"ם והתוס' דאם הוזהר א' מן הפת כל העדות בטל וקשה למה פינן שהוזהרו א"כ לא היה בשעת מעשה פלל והנ' בס"י נ"ח כתב הטעם דכיון שהם אומרים עכ"פ ראינו המעשה אלא שהוזהרו חשוב פהיו שם בשעת ראיה פינן שעכ"פ לפי דבריהם היו שם ע"ש ובתשובה תמהתי על הב"ח בזה דאטו מפייהם אנו חיים וכתבתי ליישב כ"ז באופן נאות ונכון מאוד ואין פאן מקומו): והשתא א"ש דדוקא בהוכחו או הוזהרו מפי עדים האומרים עמנו הייתם או הבע"ד הי' עמנו שפיר אמרינן פינן שלפי דברי המוכחשים הי' שם חשיב כהי' שם בשעת ראי' ולפיכך שפיר הקשו בב' פתי עדים המכחישים דה"ל נמצא קרוב או פסול פינן שעל שעה אחת מעידין ולפי דבריהם היו שם משא"כ פאן שפיר י"ל לרפנן דחיישינן ללעז שיבאו אחרי' וא"ל דהא הוי פנמצא קא"פ ז"א פינן דמיירי שהוכחו בתקירות דאיזה יום או שעה דהיינו שנה אומר מעשה פי הנה ביום ב' וזה אומר ביום ג' וכה"ג א"כ אם יבאו עדים ויעידו כדברי הא' שפיר קטלינן לה וכיון שנה הפסול אומר על יום אחר א"כ אף לפי דבריו לא הי' שם ולא נתבטל העדות פלל אף כ"ז בהכחשה דתקירות משא"כ בהוכחו בבדיקות דהיינו שנה אומר פליו שחורי' כו' שפיר קאמ' הש"ס דר"מ ס"ל פכון זכאי דהכחשה דבדיקות הנה הכחשה הלכך סגי בג' ואין לחוש ללעז שיבאו אחרי' דאף אם יבאו לא מהני פינן דלדינ' בבדיקות הנה הכחשה גמורה ולפיכך נחלקה העדות אף הבאים אחריהם יפסלו דה"ל נמצא קא"פ דהא פאן אין הכחשה ביניהם בזמן פדאמרינן דאמכחש בבדיקות ולא אמכחש בתקירות ופירש"י שפוננו באיזה יום ואיזה שעה (ומדוק דק הלשון דקאמר ולא אמכחש בתקירות ולכאורה היא שפת יתר ולפי מ"ש דבא

לאוריי פיון שפנונו על שעה קדא אין לחוש אף לסהדי אחרני ולפי שיטת ר"ת מדוקדק יותר משום דעד הך אוקימתא מיירי הסוגיא שהכחישו אז בתקירות כמ"ש הר"ן ולקף קאמר השתא ולא אתפחש בתקירות וק"ל) רק שזה אומר פליו שחור' כו' ועכ"פ לפי דבריו הי' שם בשעת מעשה ונפסל כל העדות וכמ"ש בשם הב"ח וזה נכון מאוד כפתור נפרח (ועיין בחלק אה"ע סימן נ"ד פתבתי מזה אף לפי שיש שם חסרון ודילוג הנחתי כאן הדברים ככתבם): ואחרי הודיע אותה את כל זאת ממילא דלק"מ מה שהקשיתי מה חילוק יש בין הכחשה להזמה קודם ג"ד ולפי החילוק נכון ומבואר דבשלמא בהכחשה דהיינו הכחשה דתקירות שפיר חוששין שיבואו עדי' אחרי' ויבוא לידי ד"נ על ידם שלא יהי' נפסל מחמת עדות המוכחש פיון שלא נצטרף ברא' אף לפי דבריו שהרי הוא מעיד על יום אחר משא"כ בהוזמו קודם ג"ד דאפי' תימא שיבואו עדי' אחרי' מ"מ אין בכף כלום פיון שעכ"פ יש כאן חשש עדי' פסולי' שהרי הוזמו מפי שני עדים ואעפ"י שהי' קודם ג"ד ותרי ותרי ניגהו מ"מ נפסלו מספק דשקמא סהדי שקרי ניגהו ולא היו שם כלל כמו שאומרים המזימין וא"כ אף הבאים אחריהם פסולים פיון דלפי דברי הפסולין היו עמיהם וכמ"ש הב"ח לענין אם הונם א' מהפתכל העדות בטל וה"נ פיון שהוזמו שנים מהפת מתבטל כל העדות ואעפ"י שהוזמו קודם ג"ד עדות פסולה הוא מספק ומתבטל הפל (ואעפ"י שמדברי התוס' ד"ה מש"ר וד"ה ויהי' מבואר החילוק דבהזמה טפי י"ל דשקרי ניגהו אף שהוא קודם ג"ד מ"מ החילוק שפתבתי הוא נכון בעצמו) ואעפ"י שבהזמה אין הפסול ידוע מ"מ שפיר י"ל פן לפי תירוץ הב' שהבאתי לעיל שכ' בדרך ל"א דאחי כמ"ד תתקנים בשאר וזה דוקא בד"מ: ולפי מ"ש י"ל לפי מ"ש באו"ת סימן ל"ח דאף לפי דעת הריב"ש דהזמה שלא בפניהם מבטל העדות דוקא לענין העדות שיעידו הם בעצמם אבל אין לחשוב שאר עדות הפשרי' כנמצא אחד קא"פ ע"ש ולפי"ז א"ש דלא מצוי לאוקמי בכה"ג דהריב"ש דס"ל דהזמה שלא בפניהם מבטל עדות האחרים היינו לדידן דקי"ל למפרע נפסל משא"כ ה"כא דקיימינן אליבא דרבא דס"ל דחידוש הוא ומאי חזית דסמכת אהני כו' א"כ בהזמה שלא בפניהם דלא חזית לן רחמנא אינו רק בהכחשה ובשלמא בהזמה קודם ג"ד אע"ג דאיבא למימר מאי חזית כו' כמ"ש ל"מ אין חשש שיבואו אחרי' דאפי' יבואו אחרי' הנה כנמצא קא"פ דהא עכ"פ פסולים מספק כמו בהכחשה משא"כ בהזמה שלא בפניהם שפיר חיישינן לרבא שיבואו אחרים ואפ"ה לא יהי' פסולים כמ"ש האו"ת אף קשה פיון דהריב"ש מדמה הזמה שלא בפניהם בהזמה קודם ג"ד ע"ש א"כ כמו בקודם ג"ד אמרינן דכיון דעכ"פ הנה בהכחשה והם פסולים מספק א"כ יש כאן ספק קא"פ ה"נ אית לן למימר בהזמה שלא בפניהם דעכ"פ פסולין מספק: ולכן נראה דלכאורה בלא"ה קשה דמי הכריחו לאוקמי הך דתבעו ממון בהזמה נימא דמיירי בהכחשה שפאו עידי האב והכחישום ואין חשש שיבואו אחרים דגם האחרים יהיו מוכחשים מפי אלו לפי מה שכ' מהרש"א ומהר"מ שיף בפירוש התוס' גבי דאתפחיש בבדיקות דמשפחת לה שלא יהיו מוכחשים מ"מ נימא דהכא לא מיירי בהך גוונא שכ' מהרש"א וממילא דאין לחוש לעדי' אחרים אף בהכחשה וצ"ל פתירוץ הר"ן דכה"ג שהעדי' לא הכחישו זא"ז רק שעדי' האב הכחישום הכחשה גמורה אף ר"ת יודה דלא מחייב מאה סלע דמצוי למימר עדי' שלי אמתיים ע"ש (וזה שלא פדברי התוס' שלפנינו דאף בהכחשה גמורה מחייב מאה סלע) וא"כ לפי מ"ש דלרבא דס"ל דחידוש

הוא דמאי חזית דסמכת כו' גם הנזמה קודם ג"ד למה יתחייב מאה סלע דהא מצי האב למימר האמת עם עדים שהבאתי אף שהוזמו מאי חזית דסמכת כו' פיון שהי' קודם ג"ד וצ"ל דבשלמא בהכחשה שפיר קאמר הר"ן פיון שפכר נגמר הדין עפ"י עידי הבעל אלא שאח"כ באו אלו והכחישום מ"מ מצי הבעל למימר פיון שעפ"י עדים שלי הוברר הדבר שזינתה אעפ"י שהכחישום סומך אני על עדי שלי משא"כ בהנזמה קודם ג"ד לא מצי למימר האמת כעדי שלי פיון שעדיין לא הוברר שיש ממש בעדותן שהרי עדיין לא נגמר הדין על פיהם וכן נראה מדברי התוס' דמפות דף ה' ד"ה וכו' לענן קנס דכל שלא נגמר הדין אינו ברור כ"כ שתתקיים ואפתי גברא לאו בר חיובא ע"ש (ועדיין צ"ע דדוקא בהכחישום עידי האב קודם ג"ד) ולפי"ז אין קושיא דדוקא בהנזמה שלא בפניהם ז"א דכיון שעכ"פ נברר הדין עפ"י עידי הבעל והנזמה שלא בפניהם אינה רק בהכחשה לרבא דס"ל מאי חזית כו' א"כ א"צ הבעל ליתן מאה סלע פיון שפסק הדין עפ"י עדי הבעל מצי למימר עדי שלי אמתים פיון שהוברר הדבר שיש ממש בעדותן ולכך מוקי לה בהנזמה קודם ג"ד (ואמנם מהתוס' מבואר דס"ל החילוק בין הכחשה להנזמה דבהנזמה נדאי שקרי נינהו והיינו כמ"ש הרמב"ן והריב"ש דהנזמה שלא בפניהם והנזמה קודם ג"ד מבטל עדות הראשונים אלא שאין נענשי' ולפי"ז לכאורה שפיר מדייק בנ"ב מהתו' דנקטו דוקא הנזמה דקודם ג"ד אף לקמן אבאר שגם לפי טעמא דהתוס' א"ש: ומלתא אגב אורחין' ראיתי להעתיק מ"ש בחידושי לסוגיא זו ביישוב קושית אא"ז מהרש"א דלמה לי לאוקמא תבעו נפשות בהוכחשו דשפיר מצי לאוקמא בהנזמה ואחר גמר דין דאיכא עידי לעזו שיצטרכו להוסיף עד ד"ג להרוג העדים ונלענ"ד ליישב והוא עפ"י מה שיש לדקדק בלשון רש"י שכ' עידי האב נהרגין ומשלמין לבעל ק' סלע שרצו להפסידו וק' למה נקט ק' סלע דוקא דהא רצו להפסידו ג"כ שיתחייב ליתן פתובה דמינה מיירי לענן עידי הבעל כמ"ש רש"י שם אף י"ל דלכאורה הא דאמרין גבי עידי הבעל נהרגין ואין משלמין ממונ היינו הפתובה מיירי אע"ג דהבעל טוען פ"פ מצאתי מ"מ לא מהימן להפסידה מחמת חזקה אין אדם טורח כמ"ש התוס' דבאשת ישראל דאיכא ס"ס ומותרת לו לא שייך הך חזקה והלכך שפיר הפסד הפתובה בא ע"י עדים אלא שא"צ העדי' לשלם דקלב"ם ולפי"ז י"ל דהיכא שהביא הבעל עדי שזינתה ואח"כ הוזמו מ"מ אין הבעל צריך ליתן הפתובה דאע"ג דהעדים הוזמו מ"מ פיון שהוא הביא עדי' לאוסרה על עצמו אמרינו דמסתמא קושטא קאמר שפ"פ מצא ואין לנו לחשדו שמשקר במזיד ומהדר בתר סהדי שיקרי דהא חזקה אין אדם טורח ואע"ג דהשתא שבאו עדים והזימום באמת היא מותרת לו מ"מ איהו אייתי סהדי למיסרי עלי' אית לן למימר דקושטא קאמר דפ"פ מצא והנה סהדי שיקרי לא באו מחמת גרמא דידי' כ"א מעצמם משנאת האשה או הבעל ולאוסרה עליו באו והוא לא ידע והלכך לענן פתובה דאיכא למימר הם אמרו כו' יש לפטרו מחמת חזקה דאין אדם טורח והלכך הוצרך רש"י לפרש דמיירי לענן ק' סלע אף קשה דהא רש"י גופא בהא דמוקי ובאו עידי האב והזימום כ' דאפי' להפסיד פתובה לא מהימן דאיגלאי מלתא דשקורי משקר ואסהדי שקרי קא מהדר כו' וצ"ל דהתם קאי לחכמי' דפליגי על ר"מ דהיינו ר' יהודה ור"י ס"ל בכתובות דאינו חייב עד שישפוך עדי' וכיון שהאב בא להוציא ק' סלע ע"כ הוא מברר שהבעל שכר העדים ופשיטא דלא מהימן

פָּלַל וְהִינּוּ דְאִסְתְּדֵי שְׁקָרֵי קָא מְהַדָּר מִשָּׂא"כ בְּהָא דְרַב יוֹסֵף י"ל דְּלֹא ס"ל כְּרַבֵּי יְהוּדָה וְלִכְּה פִירֵשׁ"י לְעִנּוּן מְאָה סְלַע.

וְאָמְנָם י"ל דַּא"ש אַף לַר"י שְׁהָרֵי הַתּוֹס' הַקְּשׁוּ דְלָמָּה נְהַרְגִין דְּלִימְרֵי דְלַחֲיִיב הַבְּעַל בְּאִין וְהִנֵּה הַמַּהֲר"מ שִׁיר תְּיַרְץ דָּאָם אֵיתָא הִי' לָהֶם לְהַכְחִישׁוּ דְאָף בְּהַכְחָשָׁה חֲיִיב ק' סְלַע לְשִׁיטַת הַתּוֹס' וְהִנֵּה לְפִי שִׁיטַת הָר"ן דְּבַכָּה"ג אִין חֲיִיב ק' סְלַע א"א לֹאמַר פֶּן וְגַם דְּאִפְתִּי הִנֵּה קְשָׁה דְּלִימְרֵי דְלַחֲיִיב הַבְּעַל פְּתוּבָה בְּאִנּוּ וְדוֹחֵק לֹאמַר דְּלֹא אֲתִי כַר' יְהוּדָה וַא"כ אַף הַשְּׂתָא אִין לָהּ פְּתוּבָה דְחֻזְקָה דְאִין אָדָם טוֹרַח בְּמִקּוּמָה עוֹמְדַת אַף לְאַחַר הַזְּמָה וְכַמְש"ל וְלָכֵן נִרְאָה לְפַעֲנָ"ד דְּשִׁפִּיר אֲתִי דְרַב יוֹסֵף אַף כַּר"י דְּהִנֵּה לְכַאוּרָה קְשָׁה לְפִי מֵאֵי דְקִי"ל הַנּוֹטָל שְׂכָר לְהַעֲיֵד עֲדוּתוֹ פְּסוּל א"כ אִם הָאָב בָּא לְקַחַת ק' סְלַע צְרִיךְ לְבָרַר שְׁעֲדֵי אֵילוּ בְּאוּ בְּשִׁכְרָם וְמָה יִתֵּן וְמָה יוֹסִיף אַח"כ הַזְּמַתְ עֲדֵי אֵלוּ כִּינּוּן שְׂפָכָר נְפִסָּל וְלֹא שְׂיָיֵךְ בְּהוּ דִין הַזְּמָה כְּדֵאִיתָא בַב"ק בְּסוּגִיא דְמִיפָּךְ וְהַזְּמָה וְצ"ל דְּמִתְחַלְּהָ הִיוּ אֵלוּ עֲדֵי הַזְּמָה וְאַח"כ מְבָרַר הָאָב שְׁהַבְּעַל שְׂכָר עֲדִיו וּלְפִי"ז ק' דְּלָמָּה מְשַׁלְּמִין מְמוֹן ק' סְלַע וּכְתוּבָה הָרִי הֵם יְכוֹלִים לֹאמַר מִי הִנֵּה יִדְעִינּוּ דְאֲתִי עֲדִי שְׁהַבְּעַל שְׂכָר עֲדִיו כְּסַבּוּרֵי הִינּוּ שְׂלֵא יְהִיו עֲדִי כְּאֵלָה לְבַעַל וַא"כ אִין כָּאֵן הַפְּסֵד מְמוֹן דְּהָא לִיכָּא ק' סְלַע וְגַם מְכַתוּבָה יְהִי פְּטוּר מִחֻזְקָה דְאִין אָדָם טוֹרַח כו' כִּינּוּן שְׂאִפְתִּי לֹא הִנֵּה עֲדִים שְׁהַבְּעַל שְׂכָר עֲדִיו כְּנ"ל וְצ"ל שְׁהֵן הֵן עֲדִיו גַּם ע"ז שְׁהַבְּעַל שְׂכָר עֲדִי וַא"כ בְּאוּ לְהַפְּסִיד מְמוֹן וּלְפִי"ז מִתְנַרְץ קוֹשְׁיַת הַתּוֹס' שְׁהַקְּשׁוּ דְלִימְרוּ לְחֲיִיבוּ מְמוֹן בְּאִנּוּ י"ל דְּז"א דָּאָם לֹא בְּאוּ רַק לְחֲיִיבוּ מְמוֹן א"כ לָמָּה תְּפִסּוּ הַשְּׂקָר בְּאִנּוּן זֶה לֹאמַר מִתְחַלְּהָ עֲמִנּוּ הֵייתֶם וְאַח"כ שְׁקָר שְׂרָאוּ שְׁהַבְּעַל שְׂכָר הַעֲדִי הו"ל לְתַפְּסֵי הַשְּׂקָר לְהִיפָּךְ וְלְהַעֲיֵד מִתְחַלְּהָ לְפִסּוּל הַעֲדִים בְּטַעֲנַת שְׂקִיבְלוּ שְׂכָר וְאַח"כ לְהַזְּמִים אוּ שְׂלֵא לְהַזְּמִים פָּלַל וְאַפ"ה יִתְחַיֵּיב הַבְּעַל מְאָה סְלַע דְּלֹא גִרַע מִהַכְחָשַׁת עֲדִיו אֵלָא ע"כ שְׂבָאוּ לְהַרְגוּ וְלְהַפְּסִיד מְמוֹן וְלִכְּה הַנְּצָרְכוּ לְהַעֲיֵד כְּסֻדְרָה הִנֵּה דוֹקָא וּלְפִי"ז מִינּוּשׁ בְּקוֹשְׁיַת מְהַרְש"א דְּהוּל"ל הֵךְ דְּבְמִקּוּם נְפִשׁוֹת בְּד"ג בְּהַזְּמָה לְאַחַר ג"ד דְּאִיכָּא חֲשֵׁשׁ לְעַז שְׂיִצְטָרְכוּ לְהוֹסִיף עַד ד"ג לְהַרְגוּ הַעֲדִי וְלְפִי מ"ש י"ל דְּלֹא מְצִי לְאוּקְמָא בְּהִכִּי מִשׁוּם דְּאִפְתִּי תִיקְשִׁי כִּינּוּן שְׁלַע"ע הָאָב אִינוּ תוֹבַע אֵלָא מְמוֹן ק' סְלַע א"כ שְׁפִיר הו"ל לְדוֹן בַּג' וַא"ל דְּאֲתִי לִידֵי נְפִשׁוֹת שְׂיִצְטָרְכוּ ד"ג לְהַרְגוּ הַמוֹזְמִין ז"א דָּאָם יוֹצִיא הָאָב ק' סְלַע לְפָנֵי ג' אֵילוּ א"כ ע"כ יִצְטָרְכוּ הָאָב לְבָרַר בְּפִנְיָהֶם שְׁהַבְּעַל שְׂכָר הַעֲדִי וַא"כ לְעוֹלָם לֹא אֲתִי לִידֵי נְפִשׁוֹת דְּאָף שְׂיִחְזוּרוּ וְיַעֲיֵדוּ הַזְּמָה זוּ לְפָנֵי ד"ג אִין לָהֶם מְשַׁפֵּט מְנוֹת כִּינּוּן דְּכָבֵר נְפִסְלוּ בְּלֹא"ה לְפָנֵי ג' מְפָנֵי שְׂנַטְלוּ שְׂכָר תוּ לֹא קְטַלִּינּוּ לְהוּ אִם הוּזְמוּ וְלִכְּה הַנְּצָרְכוּ לְאוּקְמֵי בְּהַכְחָשָׁה וְחִיּוּשֵׁינּוּ שְׂיִבּוּאוּ עֲדִי אַחֲרֵי כְּדָבְרֵי הַבְּעַל וְאִיכָּא נְפִשׁוֹת לְהַרְגוּ הַאֲשָׁה וְאִין לְהַקְּשׁוֹת דְּלְפִי"ז לָמָּה הַנְּצָרְכוּ הַתו' לֹאמַר דְּמִיּוּרֵי תְּבַעוּ מְמוֹן בְּהַזְּמִינּוּם קוֹדָם ג"ד דְּהָא בְּהַזְּמִינּוּם אַחַר ג"ד נְמִי א"ש דְּלִיכָּא לְמִיתֵי לִידֵי נְפִשׁוֹת כַּמְש"ל שְׁהָרֵי יִצְטָרְכוּ לְבָרַר שְׂשִׁכְרָה הַעֲדִים וְכָבֵר נְפִסְלוּ י"ל דַּס"ל לְהַתּוֹס' דְּאִדְרַבָּה מְהֵאֵי טַעֲמָא גּוּפָא יֵשׁ לְנוּ לְהוֹשִׁיב ב"ד שְׁל ד"ג תְּיַכְּף כִּינּוּן שְׂאָם יִקְוֵבַל הַעֲדוּת לְפָנֵי ג' שׁוּב לֹא אֶפְשָׁר לְהַרְגוּ הַעֲדִים וּמְצָנָה לְקַיִים וּבַעֲרַתְ כו' וּבַכָּה"ג אַף ר"מ דַּס"ל דְּאִין חוֹשְׁשִׁין לְלַעַז מוֹדָה דְּבַעֲרֵי ד"ג דְּאִין זֶה עִנּוּן לְחֲשֵׁשׁ לְעַז פָּלַל: וְעַפ"י מ"ש יֵשׁ לְיִישָׁב מ"ש בְּסַפֵּר פְּתוּבָה לְהַגְּאוּן אַבְד"ק פַּפְד"מ בְּשֵׁם בְּנוּ חַד"ז הַגְּאוּן מוֹהַר"ר צְבִי הֵירֶשׁ נ"י דְּבָאוּקְמָתָא דְרַב אֲשִׁי דְּהִתְרוּ לְמַלְקוֹת קְשָׁה דְּהו"ל עֲדוּת שִׂא"א י"ל דְּהָא הַעֲדִים אִין לֹאקִין כִּינּוּן שְׂמִשְׁלָמִין מְמוֹן מַה שְׂרָצוּ לְהַפְּסִיד הַפְּתוּבָה לְאַשָׁה וְנִלְעַנְד"ד לְתַרְץ עַפ"י מ"ש דְּלִכְּה פִירֵשׁ"י עֲיָדֵי הָאָב נְהַרְגִין

ומשלמין ממון דהיינו ק' סלע ולא פ'י שמשלמין מה שרצו להפסיד לבעל שיצטרף ליתן
פתובה וכתבתי דאף שהיינו עידי האב מ"מ פטור הבעל מפתובה דאעפ"י שעדין הונו
מ"מ כל כמה שלא נתברר ששכר עדי' לא איתרע חזקה דידן' שאין אדם טורח כו' והנה
המשנה למלך הביא דברי הריטב"א דס"ל דאף בעדות ממון אמרינו פאשר זמם ולא
פאשר עשה והקשה מזוממי עבד ע"ש ובמקום אחר פתבת, שיש תמו' ממתני' דמעידין
אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ונתן לה פתובה כו' ועיין באו"ת שהקשה מכל עידי
שובר ועידי פטור ע"ש ומוכח דבממון לא שייך פאשר עשה והטעם פתבו התוס' דף מ"ח
משום דאפאשר בחזרה לא מיקרי פאשר עשה ולפי"ז אתי שפיר דאתרו למלקות ולא ס"ל
עדות שא"א י"ל משום דשפיר לוקין העדי' ואין משלמין ממון משום דהו"ל פאשר עשה
וא"ל דבממון מתחייב אף אם כבר נעשה המעשה ז"א דטעמא מאי משום דאפאשר בחזרה
דהיינו אם יוזמו באמת יחזיר הממון לבעליו וכאן באמת אינו פו דאף אם יוזמו לא יצטרף
לשלם הפתובה דכיון שהביא עדים שזינתה תחתיו א"כ קושטא קאמר דפ"פ מצא ואיפא
חזקה דאין אדם טורח כו' והוא פאשר עשה וליתא בחזרה אף קשה לפי מ"ש התוס' דרב
אשי לית לי חזקה דאין אדם טורח כו' א"כ שפיר מתחייבין עידי הבעל לשלם הפתובה
ופטורין ממלקות וא"כ למה תלקה היא הא ה"ל עדות שא"א י"ל ונלענ"ד משום דהא
דעדים מחייבין לשלם הפתובה היינו טובת הנאה בלבד והתוס' בב"ק הקשו היא אמרינו
אומדי' כו' הא שום אדם לא ירצה לקנות דלקא מחלה ע"ש מה שפירצו ועכ"פ נקטינו
מהא דכשיש לומר ששום אדם לא ירצה לקנות אין העדי' צריכים לשלם דמצי אמרי מה
אפסדינה ולפי"ז כיון דבאמת השתא אזלי פולי סוגיא למימרא דכ"ע חוששין ללעז והיינו
כיון דהבעל טוען פ"פ אנו חוששין שפא יתברר ע"י עדי' שזינתה א"כ לק"מ דאף אם
הונו א"צ לשלם הפתובה דמצי אמרי מה אפסדינה דכיון שהבעל טוען פ"פ אף דנימא
דהבעל גופי' לא מהימן בטענת פ"פ כיון דרב אשי לית לי חזקה דאין אדם טורח כו'
מ"מ שום אדם לא ירצה לקנות דהא הלוקח יחוש לעצמו שפא יבואו עדי' שזינתה דהא
אנו השתא ס"ל דחוששין ללעז א"כ פשיטא שהלוקח יחוש שלא ישדי וזוי בכדי וכיון
ששום אדם לא ירצה לקנות א"צ לשלם ושפיר לוקין: ועפי"ז יש לתרץ קושית התוס'
דלמה קאמר אב"י חוששין ללעז דהא הו"מ למימר איפכא דכ"ע אין חוששין ללעז ולפי
מ"ש י"ל דכבר כתבתי שהתוס' הקשו דהא העדו' אין צריכי' התראה א"כ עידי האב
יכולי' לומר לחייב הבעל ממון באנו וכתבתי שמהר"מ שיף תירץ דא"כ ה"ל להכחישן
ואני פתבתי באופן אחר אף דאפתי קשה לימרו לחייב הבעל ממון באנו שיצטרכו לשלם
לאשה הפתובה שרצו להפסידה וא"ל דהא עידי הבעל נהרגין ואין משלמין ממון ז"א
דהא לפי טענתם של עידי האב לא באו לחייב לעידי הבעל מיתה פלל רק ממון לבד והיו
סבורי' שלא יתחייבו עידי הבעל מיתה רק ממון לחוד וא"כ כיון שעדי' הבעל יכולים
להתנצל פן שוב הו"ל עדות שא"א י"ל וצ"ל כמ"ש דכיון שהבעל טוען פ"פ מצאתי אין
העדי' צריכי' לשלם הפתובה פלל דלא הפסידוהו ולא מידי ששום אדם לא ירצה לקנות
שהלוקח יחוש ללעז שיתברר הננות ע"י עדי' ולכך עידי האב נהרגין ואין יכולים לומר
לחייב עידי הבעל לשלם הפתובה באנו משום דדינא הוא שא"צ לשלם הפתובה פלל
ושפיר הו"ל עדות שאתה י"ל ולפי"ז א"ש דהוצרך אב"י למימר דכ"ע חוששין ללעז
הלכך שפיר מיקטלי' לרבנן בהתראה סתם ולר"מ לא מיקטלי' משא"כ אם הנה אמר

דכ"ע אין חוששין אף לרבנן לא מיקטלי דהו"ל עדות שא"א י"ל שהרי עידי האב יהיו יכולין לומר לחיוב עידי הבעל ממון באנו שהרי יצטרכו לשלם הפתנפה שהיתה יכולה למפור בטובת הנאה פיו דנימא דאין חוששין ללעז דסברא הוא שלא יבואו עדי פלל שפיר תמצא מי שיקנה אותה בטובת הנאה: ונדאמאן עלה מה שהביא הנ"ב ראי' מהתוס' שלא כ' דמייירי בהנזמה שלא בפניהם ולפי מ"ש התוס' טעמא דהנזמה קודם ג"ד משום דסהדי שקרי נינהו וה"ה שלא בפניהם נלענ"ד דאף לפום הך טעמא שפיר נקטו התו' קודם ג"ד דבשלקמא קודם ג"ד אם הוזמו נתבטל העדות עי"ז וא"כ לעולם לא יבא לידי הנזמה גמורה כ פיו שהוזמו קודם ג"ד תו לא משפכת מיתה בזוממין פלל משא"כ בהוזמו שלא בפניהם אפתי איפא נפשות שהרי אם קבלו עדות שלא בפניו חוזרי' ומגידי' בפניו כדאית' בש"ע סי' ר"ח וא"כ יצטרכו להוסיף עד ד"ג ואיפא לעז כמ"ש מהרש"א בהוזמו לאחר ג"ד לפני ג' דאע"ג דהשתא ליפא מיתה פיו שאין פאן רק ג' מ"מ פיו שיצטרכו להוסיף עד ד"ג איפא לעז ע"ש (אף באמת יש חולקין וס"ל דאין חוזרי' ומגידי' בפניו וכבר הארכתי בזה בק"א לשו"ת ב"ח התדשות ע"ש) ומתוך מ"ש יש ליישב גם ראית הנ"ב מדברי התוס' דף ט' ע"ש וקצרתי ועיין בספרי בית אפרים על טרפו' בקונטרס התשובות סי' ל"ד ששם הארכתי בדברי הריב"ש וברתי הדברי' פשמלה שגם הריב"ש לא קאמר לפסול העדי' לעד לעולם בשביל הנזמה שלא בפניה' רק לענן ביטול אותה העדות שהוזמו עליו וגם הבאתי שם דברי האו"ת וע"ש שהמה דברים ברורים ואחרי שפבר באו בדפוס לא שניתתי אותם פה דברי זעירא מן חב"י: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות הלנאה וטוען ונטען שאלה ג לכבוד אהו' חתני ידידי ה"ה הרבני המופלג החריף ושגון האברך מוהרר חיים נחמן נ"י: אחז"ש כו' צופה הייתי במה שכתבת להשיב על הגאון בעל משנה למלך ז"ל פי"ח מהלכות גזילה ואבידה שכ' דכמו אם מסר השטר מתחלה ע"ד אמונה אין השיעבוד חל במסירת השטר עד שילנה פמו כן לאפני דס"ל עבחו"ל גמי אם מתחלה נכתב ונחת' ע"ד אמנ' אין השיעבוד חל משע' חתימ' דלא עדיף ממסיר' וע"ז פתבת שאין הנדון דומה דכיון שהנפיל' מטעם חתימת העדים ע"כ דמתלי תלי וקאי עד שיבא לידו וא"כ אה"נ דמתלי תלי עד שילנה לו וכשילנה לו הוא זוכה למפרע ולפ"ז פתבת דבס"ד דלא בעינן מטא לידו א"כ הנפיר בשעת חתימה ואם הוא לשם אמונה לא שייך זה והמסירה אינו מעלה ומוריד עכ"ד.

והנה ראיתי דבריה טובים ונכוחים ואוסיף באור שלא יהא פ"פ לפקפק ולומר דגם גבי מסר השטר מתחלה ע"ד אמונה גמי נימא הכי דאם לנה אח"כ אז זוכה למפרע ע"י מסירת השטר וגם במ"ש דבס"ד אי החתימה לשם אמונה אינה פלום ולכאורה הי' מקום לפקפק ולומר דאטו הורע פחו של המלנה למאי דס"ד דלא בעינן מטא לידו מלמסקנא אדברא למאי דס"ד יפה פחו של המלנה שהעדי' בחותמם זכו לו מיד ואף דאם נכתב לשם אמונה ליפא זכי' מיד מ"מ עכ"פ לכשילנה זכה למפרע ולמה יגרע ממה דקי"ל אליפא דמסקנא: ואמנם אני אפרש דבריה באר היטב שאין מקום לפקפק פלל בזה דהנה רב אסי מוקי לה בשטרי הקנאה ולא ס"ל לומר דכי מטא לידו' אמרינן למפרע עבחו"ל ולידידו' י"ל דאין סבר' פלל שיהא זוכה למפרע פל שאין אנו יכולין לומר שזכה מיד אף למפרע לא זכה והלכך במסר השטר ע"ד שזכה תיכף בשיעבוד הנכסי' שפיר זכה אף לרב אסי משא"כ במסר ע"ד אמונה לכשיצטרף ילנה א"כ אין מקום שזכה מיד לא אמרינן כשילנה אח"כ

זכה למפרע דלרב אסי אין סברא פלל שיינזפה המלוה בשיעבוד למפרע ולא זפה בשיעבוד אלא פשילנה וא"כ ה"ל מוקדם ולכך הוצרך רש"י לפרש דמייירי שכ' לו לכשילנה יהיו הנכסים משועבדים מעכשיו משא"כ לאבני דס"ל דאף שאי אפשר לומר שזכו לו העדים בחותמם מיד עד שיבוא לידו מ"מ מפי מטא לידו זכה למפרע א"כ גם לענין הלנואה י"ל דאף שנכתב ע"ד שילנה לכשיצטרף מ"מ פשילנה זכה למפרע והלא טוב אמנה לאבני אם באמת לנה אח"כ כמו אם נכתב מתחלה ע"ד שילנה מיד ולכך הקשה רש"י דמוקדמין היכא משפחת לה משא"כ בס"ד שהי' סבור לומר דלאבני לא בעינן מטא לידה וזכה מיד א"כ י"ל דגם לאבני אין סבר' פלל לומר שישחול השיעבוד למפרע כמו לרב אסי רק דאבני ס"ל דעבחו"ל מעכשיו וזה דוקא אם הוא בתורת אמנה ואין חיוב השיעבוד רק לכשילנה א"כ י"ל דאין סברא פלל לזכות למפרע משעת חתימה דלזכות למפרע לאו מלתא הוא פלל בין לרב אסי ובין לאבני וא"כ ניחא ההוא דמוקדמין פסולים אף לאבני היכא שנכתב ע"ד אמנה ויפה תרצת דברי רש"י בזה דנטר להקשות מוקדמין היכי משפח' לה עד לבתר דמשני דמטא לידן' בעינן והדברים נכונים חכם בני ישמח לפי גם אני: ואיברא פדי להצדיק הצדיק דמעיקרא הגאון בעל מ"ל ז"ל דלא תקשה עליו מ"ש מטא לידה דאמרינן דזכה למפרע משעת חתימה ומ"ש הלנוא' דלא אמרינן פשילנה דזכה למפרע נראה דהנה צריך לבאר פוננת המ"ל מ"ש דלאבני ל"א עבחו"ל כל שלא לנה מיד ולכאורה ז"א דהא להדיא משני אבני הכי אהא דפריה נוחש שמה לא לנה עד תשרי ועלה משני עבחו"ל אלמא דאף פשילא לנה מיד נמי אמרינן הכי.

אמנם הדברים פשוטי בכוננתו דדוקא היכא שכ' ללות בניסן והיינו שמתחלה עכ"פ ע"ד פן חתמו העדים שילנה מיד אז אע"פ שאח"כ נמשך הענין ולא לנה עד תשרי לית לן בה ואמרינן עבחו"ל והיינו דאמרינן ה"מ היכא דמטו לידן' כו' ר"ל דכשילנה לבסוף ומסר לו השטר זכה למפרע משעת חתימה והיינו דוקא פשנכתב מתחלה ע"ד שילנה ושימסור לו השטר מיד דהלנואה ומסירת השטר חד ענינא הוא דכל שילנה לו הוא מוסר השטר לידו וכמבואר במ"ל שם אח"כ ע"ש משא"כ אם מעיקרא חתמו העדים אדעתא דאמנה דהיינו שלא ילנה וימסור השטר מיד אלא לכשיצטרף אין אמרינן עבחו"ל ונפיר גליף המ"ל זה ממסירת השטר אליבא דרב אסי דכמו במקור השטר לידו פנין שלא מסרו ע"ד שילנה מיד אלא לכשיצטרף לא זכה מעתה כמו פן לאבני וא"ל דלאבני דמי הא דמתנה לכשילנה להא דבעינן מטא לידן' ז"א דלענין מטא לידן' הדין גופין' פן לאבני דהא דאמרינן עבחו"ל הפוננה דווקא אם מצנה לחתום ע"ד שילנה מיד וימסור מיד דממילא כל שילנה מוסר השטר בהא אמרינן דאף דאיתרמי שנמשך ולא לנה עד תשרי ולא מסר לו השטר עד אותו הזמן שילנה לית לן בה פנין דמעיקר' אדעתא דהכי חתמו זכו לו למפרע משעת חתימה משא"כ אם מעיקרא חתמו אדעתא שלא ילנה וימסור מיד אלא לכשיצטרף א"כ אין בדעת העדים לזכות לו עדיין פלל שגרי אין ידוע שייצטרף ללות ולמסור השטר והלכך אף שילנה ומסר אח"כ אין העדים זוכין למפרע פנין דלא הי' מקום לזכות לו בשעת חתימה פלל שגרי הנה ידוע שלא ילנה וימסור מיד: ומעתה אין מקום להקשות על המ"ל דמ"ש לענין מטא לידה דאמרינן דזכה למפרע ומ"ש לענין נכתב ע"ד אמנה ולפמ"ש אין חילוק ביניהם פלל דתרנויהו חד ענינא הוא דבעינן שיהא נכתב מתחלה ע"ד פן שילנה וימסור מיד ואז זכה למפרע משא"כ אם מתחלה נכתב שלא ע"ד

כּוֹן וְאִין הֶכְרַח לְפִי סְבֵרַת אַבְיֵי הַיְפּוּף הַמ"ל רַק דְּהֶרְאָלְ מְסִירַת הַשְּׁטֵר לְשֵׁם אַמְנָה
אֲלִיבָא דְרַב אַסִּי שְׁפִיר אִיפָא לְדַחוּיֵי דְשַׁמָּא לְרַב אַסִּי שְׁאֲנִי דְלֹא ס"ל כְּלָל דְשִׁינָה זְכִי
לְמַפְרַע מִשְׂא"כ לְאַבְיֵי אִין חִילוּק וְאַפְשָׁר דְּזוּכָה לְמַפְרַע אַף בְּנִכְתָּב ע"ד אַמְנָה וּכְדַכְתִּיבָנָא
וְאַמְנָם לְקַמְן אַי"ה אַכְתָּוּב מִקְלָתָא בְּטַעֲמָא וַיִּתְּכֵנוּ הַדְּבָרִים שֶׁכ' הַמ"ל ז"ל אַף לְאַבְיֵי:
וְהִנֵּה לְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת לְפִי דַעַת הַמ"ל דְּבָאֵם פְּתַב ע"ד אַמְנָה אִין עִבְחוּ"ל אַף לְאַבְיֵי
א"כ מֵאֵי פְרִיָּה עַל אַבְיֵי מִמַּתְנֵי דְמַצָּא גִיטֵי נְשִׁים כּו' וּמִמַּתְנֵי דְמַצָּא שֵׁט"ח דְּדִילְמָא שְׁאֲנִי
הֵתֵם דְּכִינּוֹן דְּנִפְל אִיתְרַע וְחִיּוּשֵׁינּוּ שְׁמָא מִתְחַלָּה נִכְתָּב ע"ד לְלוֹת פְּשִׁיטְרָה וּבַכַּה"ג לֹא
אַמְרִינוּ עִבְחוּ"ל אַף י"ל דָּאֵם שְׁמִתְחַלָּה נִכְתָּב הַשְּׁטֵר ע"ד אַמְנָה וְלֹא אַמְרִינוּ גְּבִיָּה עִבְחוּ"ל
א"כ הִיא אֶסּוּר לְעֵדִי לְמִסּוּר שְׁטֵר כְּזֶה לְלִנְה בְּלֹא מְלִנְה עִמּוֹ וְאַבְיֵי הָא ס"ל דְּדִילְמָא אִיקְרִי
וְכַתָּב לֹא אַמְרִינוּ: אַמְנָם לְכַאוּרָה יֵשׁ סְתִירָה לְדְבָרֵי הַמ"ל מְדַבְּרֵי הַתּוֹס' בְּכַתְּבוֹת דָּף
י"ט ד"ה אַעוּלָה לֹא חֲתָמוּ וְהָא דְכּוֹתְבִין שְׁטֵר לְלִנְה אַע"פ שְׁאִין מְלִנְה עִמּוֹ הִינּוּ לְמִסּוּר
לְלִנְה וְלֹא לְמִלְנָה עַכ"ל וְהִנֵּה וְדָאֵי שְׁאִין קְנוּשֵׁינָתָּה תּוֹ' אֲלִיבָא דְר"א דְמוֹקֵי בְּשִׁטְרֵי הַקְּנָאָה
דְּאַלִּיבָא אִין זֶה עִנְיָן לְשִׁטְר אַמְנָה כִּינּוֹן שְׁמִשְׁעָבֵד נְפִשֵׁי אַף אִם לֹא יְלִנְה וְאַף לְהַמְפְּרָשִׁים
שְׁטְרֵי הַקְּנָאָה שְׁטֵר שְׁיֵשׁ בּוֹ קִנְיָן ג"כ אִין מְקוּם לְקְנוּשֵׁי זֶה לְפִי מַה שְׁכַתְּבֵי בְּמְקוּם אַחַר
וְאִין מְקוּם לְהַאֲרִיף פֶּה וַע"כ דְּקְנוּשֵׁינָתָּם אֲלִיבָא דְאַבְיֵי וְאַהָא מְחַלְקֵי בֵּין אִם כּוֹתְבִין ע"ד
לְמִסּוּר לְלִנְה אוֹ לְמִלְנָה וּלְפ"ז מ"נ אִין מְקוּם לְדִין הַמ"ל דָּאֵם כּוֹתְבֵי הַשְּׁטֵר ע"ד אַמְנָה
לְמִסּוּר לְלִנְה בְּהָא הָא אַבְיֵי קְאָמֵר עִבְחוּ"ל וְכַדְמִשְׁמַע מְדַבְּרֵי הַתּוֹס' דְּכָל שְׁכּוֹתְבִין לְמִסּוּר
לְלִנְה אַף שְׁלֹא נִכְתָּב ע"ד לְמִסּוּר מִיָּד שְׁפִיר דְּמִי וְאִי בְּכּוֹתְבִין ע"ד לְמִסּוּר לְמִלְנָה א"כ
מֵאֵי אִירָא דְפְסוּלִין מִשׁוּם מְוַקְדָּם תִּיפּוּק לִי שְׁהֵרִי הַעֲדִי חֲתָמוּ אַעוּלָה: וְאַמְנָם נִרְאָה
בְּטַעֲמָא דְמִלְתָּא דְאַמְרִינוּ עִבְחוּ"ל הִיכִי שְׁפַתְבוּ ע"ד לְמִסּוּר לְלִנְה שְׁיִלְנָה פְּשִׁיטְרָה הוּא
עַפְמ"ש בְּחִידוּשֵׁי לְהֵרִיף וְהֵר"ן בְּכַתְּבוֹת אַהָא דְאַמְרִינוּ לְעוֹלָם דְּקְאָמְרֵי עֲדִי כּו' הַלְּפָךְ
כָּל שְׁמִפְרָשׁ לִנְה לְכַשְׁיִלְנָה כּו' וְהַעֲתִיקוּ הַרְמ"א א"ס ל"ט וְהַש"ף הַשִּׁיג עָלָיו דְּמַרְשֵׁי לֹא
מוֹכַח רַק הִיכָא דְכָבֵר מְסֵר הַשְּׁטֵר מִשְׂא"כ כְּשִׁלָּא מְסֵר דְלֹא קִי"ל כְּאַבְיֵי: וְלַעֲנֵ"ד אִין
קְנוּשֵׁי עַל הַר"ן כִּינּוֹן דְּבִשְׁטְרֵי אַקְנִייתָא דְהִינּוּ אִם מְשַׁעֲבֵד עִצְמוֹ אַף אִם לֹא יְלִנְה כּוֹתְבִין
מִיָּד וְהִינּוּ מִשׁוּם דְּאִין לְחוּשׁ שְׁמָא לֹא יְלִנְה כִּינּוֹן דְּשַׁעֲבֵד נְפִשֵׁי אַף אִם לֹא יְלִנְה וְאַ"כ
כִּינּוֹן דְּהֵר"ן בִּיָּרֵר לְפָנֵינוּ דְלִשְׁמָא לֹא יְלִנְה כְּלָל אִין לְנוּ לְחוּשׁ בְּשׁוּם אֲוֶפֶן וַע"כ לֹא יְמִסּוּר
לוֹ הַשְּׁטֵר אַ"כ יְלִנְה וְכַשְׁיִלְנָה הַשִּׁיעֵבוּד מִתְחִיל מַעֲכָשֵׁי אִין מְקוּם כְּלָל לְחַלֵּק בֵּין הַף
דְּהָא וּבֵין שְׁטְרֵי אַקְנִייתָא.

וּמַה שְׁהַקְשָׁה הַש"ף דְלֹא מְסַתְּבֵר דְמַעֲכָשֵׁי וְהָא עֲדִיף מְסַר מְעוֹת בְּפָנֵינוּ דַּש"ד כּו'
נִלְפַע"ד שְׁנִידוֹן זֶה דוֹמָה לְהָא דְאִית' בַּח"מ ס' ס"א סְעִיף ז' שְׁהוּא טוֹרָף מְזִמֵּן כְּתִיבַת
הַשְּׁטֵר שְׁמָאָה הִיא לְהֵם לְלִקּוּחוֹת לְמִנּוּעַ לִיקּוּחַ ע"ש וְה"נ דְּכּוֹנְתֵי כִּינּוֹן שְׁהַעֲדִים יוֹדְעִים
שְׁשַׁעֲבֵד עִצְמוֹ מַעֲכָשֵׁי אִם לֹא יְלִנְה אַע"פ שְׁאִין יוֹדְעִין אִם מְסֵר לוֹ מִיָּד הִנֵּה לְהֵם
לְלִקּוּחוֹת לְמִנּוּעַ מְלִיקּוּחַ שְׁהֵרִי אִם יְלִנְה יִתְחִיל הַשִּׁיעֵבוּד מַעֲכָשֵׁי אַבְל אִם לֹא שַׁעֲבֵד
נְכִסִּי מַעֲכָשֵׁי כְּשִׁילְנָה אַע"פ שְׁגַם בְּזֶה הִנֵּה לְהֵם לְחוּשׁ שְׁמָא יְמִסּוּר לוֹ מִיָּד וְאַ"כ הִנֵּה
מְוַתֵּר לְכַתְּוֹב לְלִנְה לְבַד וְאַע"פ שְׁלֹא יְלִנְה עַד תִּשְׁרִי מ"מ יְטָרוֹן כְּדִין ז"א דַּאע"פ
שְׁהַלְקוּחוֹת לֹא טוֹב עָשׂוּ שְׁלֹא חָשׂוּ לְכַף מ"מ אִם בְּאַמְתָּ לֹא לְנָה אֲלֵא לְאַחַר זְמַן וְאַז
מִתְחִיל הַשִּׁיעֵבוּד וְאַ"כ טוֹרָף שְׁלֹא כְּדִין מִשְׂא"כ אִם בְּאַמְתָּ שַׁעֲבֵד מַעֲכָשֵׁי וְדוּק עַכ"ל
בְּחִידוּשֵׁי הֵרִיף וְהֵר"ן שְׁלִי: וּמַעֲתָה כָּל זֶה אֲמִוֵּר אֲלִיבָא דְרַב אַסִּי מִשְׂא"כ לְאַבְיֵי דַס"ל

דע"ח מפקי לקלא וא"כ מצד הקול הי' להם ללקוחות למנוע מליקח דשמא ומסור הלנה השטר ומצד אמתת השעבוד ס"ל לאבניי דכל שמוסר לו זכה למפרע בשעבוד וא"כ הנה פאלו כותב לכשילנה ישמעבד מעכשיו דמשמעבד אף לרב אסי ולאבניי בסתמ' פן הוא ומשמעבד למפרע משעת חתימה ולפ"ז אף שכותבין השטר למסור ללנה שילנה בו פשיצטרף ללות מ"מ העדי' מפקי לקלא מיז שקראוהו ושמא תיקף שיקח השטר מיזם ומסרנו למלנה וילנה המעות וא"כ הנה להם ללקוחות למנוע מליקח וגם השעבוד הוא מתחיל מיז דכשילנה ומוסר השטר הוא זוכה למפרע כמש"ל דמסירת השטר וההלואה חד ענינא הוא וכן מבואר ממ"ש התוס' בד"ה ולא לנה עד תשרי ועתה רוצה ללות אחר הנפילה ואפ"ה פריף הש"ס לאבניי ממתני' דמצא שט"ח כו' והיינו דכשילנה בו עתה אית לן למימר עבחו"ל למפרע ולפ"ז אין מקום לחלק כמש"ל הואיל והעדים יודעין שחתימתן הוא אינו ללנה עכשיו רק פשיצטרף דז"א דלעגנו עיקר השעבוד אין הדבר תלוי בעדים פלל רק אנו אומרים שבדעת הלנה להשתעבד מעכשיו לכשילנה ומה שתלוי בעדים היינו דאינהו מפקי לקלא ובזה שפיר מפקי לקלא וזה היקף דברי הב"ח דס"ל דלא אמרינו עבחו"ל אלא פשהוא אומר שיתנו למלנה או שיהא ת"י העדים אבל כשאומר שימסרנו לידו לא ולפמ"ש אדרבא באומר שימסרנו לידו טפי הסבא נותנת שישמעבד מיז שפשמוסרין ללנה מוציאין הקול שהרי י"ל שימסרנו למלנה משא"כ אם מצוה שיהא ת"י העדים אפשר דלא איכפת להעדי' להוציא קול תיקף עד שעה שיצא מיזם דכל זמן שהוא ביזם ידוע להם שעדיין לא נגמר ההלואה ולא נשמעבד (ונקא היכי שאמר להעדים שיעמוד ביזם בשביל המלנה ס"ל לפוסקי' דזכה מיז כמ"ש בסמ"ע): ולפי"ז יש מקום ג"כ ליישב הא דמוקדמין פסולים היינו בהך גוונא שאמר לעדים כתבו וחתמו ויהא ביזכם עד שאצטרף ללות בו א"כ לא מפקי לקלא משעת חתימה עד שיבא הלנה ויקח השט"ח מיזם ואם נשתהה איזה זמן ה"ל מוקדמין ופסול ונדק' היכא שהעדי' חותמין ע"ד שישנה בו המלנה מיז אמרינו עבחו"ל: ואמנם לכאורה ז"א דאם נימא דכ"ז שהוא ביזם לא מפקי לקלא א"כ למה אבניי עבחו"ל דלמה באמת יזכה משעת חתימ' ויוציאו קול שזה לנה מזה ודי להם שיוציאו קול אחרי הלקח מאתם השט"ח ליד הלנה שאם יש להם להוציא קול שמא ימסרנו הלנה מיז אבל פשהוא ביזם מה צורך להשמיע קול ברמה שפלוני שעבד נכסיו פיון שעדיין לא נגמר הענין אע"כ דאבניי ס"ל דכך הוא המדה דלעולם העדי' מוציאין הקול מיז שחותמין אלא דאמיתות השעבוד לא נגמר עד דמטא לידן' ואז זכה למפרע וא"כ אף שאמר כתבו וחתמו ויהנה ביזכם ג"כ הם מוציאין קול תיקף משעת חתימה אף כ"ז במסקנא דבעינו מטא לידן' דווקא וא"כ ע"כ שגמר השעבוד אינו אלא אח"כ ואפ"ה אמרינו שמוציאין קול משעת חתימה משא"כ בס"ד דלא בעינו מטא לידן' וא"כ פירושו דעבחו"ל היינו שמיז בשעת החתימה נגמר כל השעבוד וא"צ לשום דבר ומיז מוציאין קול לפ"ז י"ל דכל שלא חתמו אדעתא שישנה מיז רק שאמר חתמו ויהא ביזכם עד שאצטרף ללות מה"ת נאמר שיוציאו הקול מיז טרם יכירו וידעו שילנה וא"כ אין הקול יוצא עד אותו הזמן וה"ל מוקדמין ולפ"ז א"ש דברי רש"י דנטר להקשות הך קושיא דמוקדמין פסולין היכא משפחת לה עד דמשני דבעינו מטא לידן' וא"כ מוכח שלעולם דרף העדי' להוציא קול משעת חתימה אף בזמן שהשטר ביזם ולא גמר השעבוד משא"כ בס"ד מצינו למימר

דכל שלא גמר השיעבוד בשעת חתימה אין מוציאים קול מההוא שעת' ודווקא במצוה לחתום סתם שהענין נגמר בחתימה זו דהא לא בעינן מטא לידיה וא"כ לא קשה מוקדם היכי משפחת לה דהא שפיר משפחת כשלא נגמר בשעת מעשה ואמר לעדים חתמו ויהא בינכם עד שאצטרף ללות ולא יהא עד ממהר להשמיע במרום קולו משעת החתימה וה"ל מוקדם: הנה הארכתי קצת בזה להשתעשע עמך ואולם כהנה רבות עמדי בסוגיא זו כו' ועתה קח נא את ברכתי כו' כנפשה ונפש חותנה מעתיר עבורה ועירא מן חברי: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה ד אלה שלומים לכבוד אהובי ידיד נפשי הקריף ובקי החכם השלם חד חד נחית לעומקא דדינא כש"ת מוהר"ר שמחה נתן נ"י פאור הבהיר: דבריו הנעימים הגיעני ביום אתמול וקראתי לשבת עונג ומריש הנה אמינא להתמיץ הדין כעת עד בואי אל מנוחתי פיזוע לכ"ת כי אני שומר יום יום יושב ומצפה מחכה וניגיע עת ותפרדו פועלי אבן וחדר הוראתי יבנה על מכונו וכעת רוב ספרי סוגרו וענין זה אשר כתב כ"ת מקצוע גדול והרבה מגדולי הספרדי הרחיבו הדבור בזה בתשובותיה' אף הלום ראיתי פי נפשו שוקקה לדברי אני שוקד על דבריו לעשותו כפי הזמן המוקשר כעת ועוד חזון למועד ב"נ להאריך מענית בעזה"י: פתח דבריו יאיר בנידון מי שמכר לחבירו סחורה ונקרף במלנה על טאליר טעקיש או ב"צ וכעת הפרעון הונלו הטאליר או הב"ץ וע"ז הביא דברי התוספות והרא"ש בב"ק במלנה מטבע ונפסל נותן לו מה שהלנהו וכ"ש בזה שהונל ולא נפסל לגמרי ושוב הבאת דברי מהרשד"ם סימן ע"ה שכתב להיפוך ותמהת עליו דאיך ידחה ראית התוספות מהך דא"נ מלנה אדם פור חטים הונלו נותן לו חטים הנקרו נותן דמיהם אלמא דאחריו' הונלו על הלנה וא"כ ה"ה במכירה ונקרף עליו במלנה דאין חילוק ביניהם כמ"ש התוספות בב"ק ועוד הארכתי בזה בדברים טובים ונכוחים ורוב הדברים כבר עמדו בזה גדולים חקרי לבב בתשובותיהם ואני עתיד לבארם אי"ה אחת לאחת אפס כי מדי עברי בדברי התוס' בב"ק נתקשו לי בדבריהם שפתבו לחלק בין גזילה להלנואה דמטבע שנפסל חשוב כהונל וכמעיקרא שנה ד' ולבסוף וזא גבי גזלן אמרינן דכי ליתנייהו בעין משלם כשעת הגזלה אבל גבי הלנואה משלם פי זולא דהשתא פדאמרינן בא"נ כו' ולענ"ד חילוק זה צ"ע דאע"ג דקי"ל לענין גזילה אי מעיקר' שנה ד' ולבסוף וזא גבי גזלן אמרינן דכי ליתנייהו בעין משלם כדמעיקר' היינו משום דכיון דלא מהדר הגזלה בעינא אשעתא דגזלה מחייבין ליה דמשעתא דגזלה אחייב ליה או שישוב הגזילה בעינא או שישלם דמי שוניה ודמי שוניה של הגזילה הם עליו במלנה ותו לא איכפת לן במה שהונל הגזילה אח"כ ולכך משלם ד' וא"כ הגע עצמך שדמי החפץ שגזל הוא שנה סלע נימא דמצי פטר נפשיה בסלע שנפסל בנתיים כמו בהלנה סלע ונפסל: ואמנם בזה י"ל דדוקא בהלנואה אמרינן הכי כיון שאותו מטבע עצמו שנפסל' עכשיו הוא שהלנה לו אבל בגזל חפץ שנתחייב לו סתם דמי שוניה של אותו חפץ באיזה מטבע שיהיה אינו יכול לפטור עצמו בסלע שנפסל וכמו אם הלנהו דינר זהב אין הלנה יכול לפטור עצמו בכ"ה דינרי פסולות דדווקא אותו מטבע שהלנה משלם לו אף שנפסל אבל לא כשלה ממונו מטבע אחרת והא דגזל ממונו חפץ פלנה ממונו מטבע אחרת דמי אף כל זה בגזל חפץ אבל בגזל מטבע פשיטא דלא מסתבר לומר שנתחייב מטבע אחרת והא ודאי שענין החיוב המוטל עליו הוא שאם לא יחזיר מטבע זה בעין יתן תמורתה מטבע אחרת מאותו מין מטבע גופא ואם איתא

דבמלנה ומכר כה"ג שפיר מצי פטר נפשי' במטבע שגפסל גם בגזל מטבע תסגי בהכי
ואחזי' לקרן פעין שגנב קרינו ביה ואע"ג דבגזל דבר מה והויל וליתא בעינא לא מהני
אם רוצה להחזיר חפץ אחר פיוצא בזה שגזל פינון שעכשיו פבר הויל וצריה לשלם כפי
שניה בשעת גזילה פמבואר פרק כ"ש גבי אוכל תרומה דקאמר היכא דמעיקרא שניה ד'
ולבסוף זוזא ודאי לפי דמים משלם דלא גרע מגזלן כו' היינו משום דכל שאינו מחזיר
גוף החפץ שגזל נתחייב בדמי שונו' שבשעת הגזלה ואין מועיל מה שימתו חפץ אחר בזה
תמורתו שדמים הוא שנתחייב לו וכמ"ש התוספות בב"ק דף י"א גבי אין שמין לגנב
ולגזלן כו' אבל בגזל מטבע מה בכך שנתחייב דמים מ"מ אין לנו לבדות ענין החיוב על
מטבע אחרת שלא מאותו מין שגזל ואם החיוב הוא על אותו מטבע למה לא יועיל לסלקו
במטבע שגפסל כמו לנה ולשיטות רש"י י"ל דא"ש דרש"י סובר דווקא בהלנהו אבל
במוכר לא והו' דגזל י"ל דכמוכר דמי: אף נראה שגם ז"א לפי הטעם שפתב בסה"ת
לחלק בין הלנואה למכר דבהלנואה מצי למימר אם הנה הפעות בינך ג"כ הנה גפסל
משא"כ במכירה דא"ל דאם הנה החפץ בינך הייתי מוכרו במטבע היוצא עכשיו ואם פן
גבי גזל מטבע להלנואה דמי דא"ל דגם בינך הנה גפסל וגם לפי שיטת התוספות אליבא
דרש"י משמע דטעמא משום דגבי מכר מתנה עמו בפירוש שימתו לו מעות ואמדינו דעתיה
דמטבע היוצא קאמר וא"כ גבי גזל לא שייך זה ודינו פהלנהו סתם ואפשר לומר דרש"י
סובר דבמלנה שנותן לו אותו מטבע ולא פירש סתמא דמלתא דדעתיה שיפרע לו מהו'
מטבע דאל"כ הו"ל לאתנויי שיפרע לו מטבע היוצא משא"כ במכר שאין נותן לו מטבע
רק שמחויב דמים בעד החפץ סתמא דמלתא שמחויב מטבע היוצא: ולפי"ז א"ש
בפשיטות החילוק בין גזל להלנואה דגזל לא שייך הו"ל לאתנויי שפיר מתחייב ליתן לו
מטבע היוצא משא"כ בהלנואה אף שיטת התוס' אינו פן וגם דהו' סברא דהו"ל לאתנויי
צ"ע דאנוסא דל"ש הוא דלא אסיק אדעתיה שתפסל מטבע זה פלל ולקמן אבאר בזה
והנה במאי דכתבנא דבגזל דבר מה והויל ונאבד מיזו לא מהני אף אם רוצה להחזיר
לו חפץ בזה והוכחתי פן מפרק כ"ש דאף שרוצה לשלם לפי מדה לא מהני ולכאורה אין
משום ראיה די"ל דשאני התם דבשעת אכילה שהוא שעת הוצאה מן העולם עדיין הנה
שנה ד' וא"כ האי שעמא איתחייב ליה ד' זוזי ושוב לא מהני מאי דבעי לאהדורי ליה
השטא גרינוי דתמרי שכבר נתחייב לו דמים דמים משא"כ אם בשעה שנאבד לא הנה
שנה רק זוזא י"ל דאף דבשעתא דגזלה הני שנה ד' מ"מ האי שעמא אפתי אין עליו חיוב
דמים פלל רק דליהדר ליה חפץ וחיוב דמים אינו בא אלא בשעה שנאבד מן העולם ואם
על שעת הגזילה אתה מחייבו הרי הוא נותן לו פאותו חפץ שגזלו ומה בכך שהוילו אח"כ
וכעין שגנב קרינו ביה פינון שהוא ממש פאותו חפץ שגזלו אלא דמסוגית הש"ס דב"ק
דף ס"ו דמוקי מילתא דרב דמעיקרא שנה ד' והשטא זוזא קרן פעין שגנב ומבואר שם
דהיינו פאותו שעה שגנב ממש אף שבשעה שטבחה ומכרה נמי לא הנה שנה רק זוזא
אפ"ה משלם לו ד' בשעת גניבה ואם איתא דאם מחזיר לו חפץ בזה פעין שגנב קרינו
ביה א"כ מה לי הן ומה לי דמיהן שיהי בזוזא יכול לקנות חפץ בזה וליתן לו וע"כ דרב
ס"ל דאחזי' לקרן פעין שגנב היינו לענין הדמים שצריה להשלים שיהיה שנה כ"כ דמים
כמו שהיה בשעת גניבה אע"ג דבהאי שעמא דגניבה הוי בעינא ולא הנה שם חיוב דמים
עדיין וכן מבואר בב"מ גבי שליחות יד דקאמר אי לימא בשעת הוצאה מן העולם וכי

לית ליה פל הגזלנים כו' ומבואר מזה דאף שהוול בשעת הוצאה מן העולה משלם כפי שוניה בשעה ששלח בה יד: ובאמת שצ"ע לפי זה מה שהוקשו בב"ק דמאי קמ"ל רב מתני' היא דמשלמין בשעת הגזילה וכן הקשו בב"מ ולפי מ"ש י"ל דשפיר קמ"ל רב דאף אם בשעה דתברא או איתבר ממילא כבר הוולא אפ"ה משלם בשעת הגזילה ממש ובמתני' י"ל דבשעתא דאיתבר אפתי לא הוולא ואתהווא שעתא מחייבין ליה: אף מדברי הש"ס דב"מ שהבאתי לעיל משמע דלישנא דכשעת הגזילה היינו אפילו בכה"ג שהוולא קודם שעת הוצאה מן העולם דאל"כ לא הוי פריה מידי: שוב מצאתי בפ"י בב"ק שעמד בזה על דברי התוספות וכתב ליישב בדוחק ע"ש ובמ"ש ד"ה לימא פליגא דרב אדרבה ואין פאן מקומו: ועכ"פ מבואר ממאי דכתבנא דאף אם הוולא קודם שנאבדה משלם בשעת הגזילה ולא מהני אף אם יתן לו חפץ בזה דמה דאמרי' פעין שגנב היינו דמי שיווי החפץ וצ"ל דהכי משמע לי' לישנא דקרא דגניבה וחיים אחי' לקרן של גניבה שיהא שלם בשיווי דמים כמו בשעת גניבה ומ"ש התוס' לפרש אדיוקא היינו לומר דרב קמ"ל דיוקא דקרא אבל מ"מ קרא גופא צריה לגופיה ג"כ וע"ש בדברי הרא"ש וצ"ל טעמא אע"ג דהאי שעתא לא איתייב בדמי' פלל מ"מ פשנאבד אח"כ איגלי מילתא למפרע דמהו' שעתא ברשותיה קאי ובדמי קנינהו ונהרי הוא פלוקח חפץ מחבירו ומתנה באם שלא יחזיר לו החפץ לזמן פלוני יהיה החפץ קנוי לו מעכשיו בעד סך פה וכה"נ אוקמי רחמנא ברשותיה דאי מגנב או מתביר לחייב עליו משעה שהוציאה מבית הפעלים ולפום ריקהטא יש ליישב בזה לשון רש"י בתולין דף מ"ם שכתב דלא מבציא הגביה והרביצה שקנאה בהגבהה ותמהו התוס' דא"כ מאי פריה לקמן מהמטמא כו' והמנסף דנימא מדאגביה קניה א"ו דקנין גזלן אינו רק לענין אחריות אונסין אבל לא להיות שלו וכדאמרינן גזל ולא נתיאשו כו' זה לפי שאינו שלו ולפי מ"ש י"ל דנדאי גם רש"י מודה דמה שקונה בשעת גזילה אינו קנין להיות שלו פמבואר בדוכתי טובי בש"ס אף כ"ז פשעדיין יש בידו לקיים מצות השבת חפץ בעיני' אבל אם כבר א"א להשיב החפץ בעין וחל עליו חיוב דמים נעשה שלו לגמרי למפרע משעת גזילה כדמוכח בש"ס מהא דמשלם בשעת הגזילה ולא מהני חזרת חפץ פזה פל שהוול וגזירת הפתוב הוא שיהא החפץ שלו והוא מחויב לשלם דמי שוניה בשעת הגזילה ולפי"ז א"ש בההוא דגזל ולא נתיאשו כו' שפיר קאמ' זה לפי שאינו שלו דהא החפץ איתא בעינא וחל עליו חיוב השבתו ולא קני' ליה רק לאחריות אונסין וכן בההוא דהמטמא כו' דמייירי שהיה אפתי בעינא לכן אע"ג דאגביה לא קני' כי אם לאחריות אונסין לבד משא"כ בהך דרבוצה דהשתא מיהא שחטה ומתחייב הוא למפרע הדמים בשעה שהגביה לגזלו ושפיר קניא ליה גם לענין שתהיה נאסר פשלו זה אמרתי בחפזי ועדיין לא נתחנור לי פל הצורה ועת לקצר: ותבנא לדינא דאף דהדין דין אמת דלא דמי גזל להלנואה דבגזל סאה חטים שוה ד' והוול ועמד על זוז ונאבדו אין יכול לשלם לו חטי דרחמנא חייביה בדמי שוניה שבשעת הגזילה ובהלנואה אינו פן אלא קי"ל שהוולו נותן לו חטים מ"מ בגזל מטבע ונפסל לא שייך לפלוגי בהכי דבגזל חפץ אמרינן דהוי פאלו לקח החפץ ונחחייב בדמיה שוניה וברשותי' הוול משא"כ בגזל מטבע ונפסל דנהי שתאמר דהוי פאלו נחחייב שיווי המטבע פאלו לקח ממנו המטבע ונתחייב ליתן אחר תמורתו מ"מ הא בקונה גופא הדין פן שייכול ליתן לו מטבע שנפסל וגדולה מזו נראה דאם גזל חפץ ונפסל המטבע שפני המדינה נושאין ונותנין בהם

שִׁיכוּל לְסִלְקוֹ בְּמִטְבַּע זֶה שֶׁנִּפְסַל אִם נֶאֱמַר דְּמוּכָר פְּרַקְמִטְיָא לְחַבְרִירוֹ שְׂיִתְנָן לֹו מְעוֹת יְכוּל לְתַת עֲבוּרִים מְטְבַע שֶׁנִּפְסַל וְהָיָה גִזְלוֹן לֹא גָרַע מְלוּקָח דְּלוֹי יְהִיָּה שְׁפָבֵר פְּסָקוֹ הַב"ד שְׁמַחְוִיב לְשַׁלֵּם לֹו וְהַחְיִיב עַל הַמְטְבַּע שְׁבָנִי הַמְדִינָה נוֹשְׂאִין וְנוֹתְנִין בָּהֶם וְהַשְׂתָּא אַע"ג שֶׁנִּפְסַל מְצִי לְסִלְוִקִי בִּיהַ וּמַכ"ש בְּגִזְלוֹ אוֹתוֹ מְטְבַע עֲצָמָה וְנִפְסַל שְׁיָכוּל לְסִלְקוֹ בְּאוֹתוֹ מְטְבַע עֲצָמָה וְכִינּוֹן דְּמַתְנִי דְקֶאֱמָרָה בְּגִזְלוֹ מְטְבַע וְנִפְסַל אוֹמֵר הַש"ל דְּמִשְׁמַע דְּאִי לִיתָא בְּעִינָא צָרִיף לִיתְנָן לֹו מְטְבַע הַחֲדָשׁ ע"כ דְּגַם בְּמוּכָר פְּרַקְמִטְיָא עַל מְעוֹת וְנִפְסַל שְׁצָרִיף לִיתְנָן לֹו מְטְבַע הַיּוֹצֵא (וּמִיָּרִי שְׁהַחֲדָשִׁים וְהַיְשָׁנִים שְׁוִים בְּמִשְׁקָלָם אַע"ג דְּזִילִי פִירִי מַחְמַת חֲרִיפּוֹת אִין בְּכָף פְּלוּם) וּלְפִי מ"ש הַתּוֹסְפוֹת דְּאִין סְבָרָא לְחַלְקָא בֵּין מוּכָר פְּרַקְמִטְיָא לְמַלְוָה מְעוֹת ע"כ דְּגַם בְּמַלְוָה דִּינָא הֵכִי וְזֶה נִרְאֶה דַּעַת הַרְאָב"ן וְהוּבָא ג"כ בְּמַרְדְּכִי שְׁכַתְבָּה בְּמַלְוָה עַל הַמְטְבַּע נוֹתְנָן לֹו מְטְבַע הַיּוֹצֵא וּמִיָּרִי שְׁהַחֲדָשִׁים שְׁוִים בְּמִשְׁקָלָם אַע"ג דְּזִילִי פִירִי מַחְמַת חֲרִיפּוֹת אִין בְּכָף פְּלוּם וּכְגוֹן שְׁהוּצִיא הַלְוָה הַמְטְבַּע דַּאֲל"כ לֹא גָרַע מְגִזְלוֹן שְׁאוֹמֵר לֹו הַש"ל וְגִזְלוֹן אִם הוּצִיא הַמְטְבַּע שְׁגִזְלוֹן לֹא עָדִיף מַלְוָה וְנוֹתְנָן הַמְטְבַּע שְׁיּוֹצֵא וְאִי קִשְׂיָא דַתְנּוֹן כָּל הַגִּזְלוֹנִים מְשַׁלְמִים כְּשַׁעַת הַגִּזְלוֹלָה י"ל פִּינּוֹן דְּהַחֲדָשִׁים וְהַיְשָׁנִים שְׁוִים בְּמִשְׁקָל כְּשַׁעַת הַגִּזְלוֹלָה הוּא עַכ"ל וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְתַמּוּהָ עַל מ"ש וְאִי קִשְׂיָא כּו' דְּהָא אַדְרָבָה מַה"ט צָרִיף לִיתְנָן לֹו מְטְבַע הַיּוֹצֵא דַאֲל"כ הֵיךָ נוֹתְנָן לֹו מְטְבַע שֶׁנִּפְסַל כְּמוֹ מַלְוָה סְתָם וּלְפִי מ"ש א"ש דְּהַרְאָב"ן וְז"ל ס"ל דְּגַם מַלְוָה סְתָם צָרִיף לְשַׁלֵּם מְטְבַע הַיּוֹצֵא וְהָאִי דְנִקְטָט עַל הַמְטְבַּע הֵינּוּ לּוֹמֵר שְׁלֹא הֵיךָ הַלְוֹאֹת פִּירוֹת לְשַׁלֵּם פִּירוֹת אֲלָא דְמִים וּכְמ"ש ה"ה בְּדַבְרֵי הַרְמַב"ם פ"ד מֵהַלְכוֹת מַלְוָה וְלוֹהָה קֶאֱמַר דְּאִי שְׁהַחֲדָשִׁים חֲרִיפִי וְזִילִי טְפִי שְׂאָף בְּעַת שְׁהֵיךָ הַיְשָׁנִים יּוֹצֵאִין בְּהוּצָאָה לֹא הֵיךָ נוֹתְנִין כ"כ פִּירוֹת כְּמוֹ בְּעַד הַחֲדָשִׁים דְּחֲרִיפִים טְפִי אִין בְּזֶה מְשׁוּם רִיבִית פִּינּוֹן דְּלֹא שְׁבַח לְעַנְיָן נִסְכָּא רַק מַחְמַת חֲרִיפּוֹת הַמְטְבַּע אִין בְּזֶה מְשׁוּם רִיבִית וְגִזְלוֹן שְׁהוּצִיא הַמְטְבַּע צָרִיף לְשׁוּם כְּדִין לְוָה מִמְטְבַּע הַחֲדָשׁ וְלוֹהָה כְּתַב וְאִי קִשְׂיָא דְלִהְיוּ מְשַׁלְמִים כְּשַׁעַת הַגִּזְלוֹלָה וְא"כ לֹא דְמִי לְלוֹהָה דְבַלְוָה אִם לְוָה סְאָה חֲטִיִּים וְהוּקְרוּ אִם לִית בִּיהַ מְשׁוּם רִיבִית כְּגוֹן שְׁיּוֹצֵא הַשְׁעָר מְשַׁלְמִים מִשָּׂא"כ בְּגִזְלוֹן אִי שְׁוָה זּוּזִי מְעִיקְרָא וְהַשְׂתָּא ד' וְאִתְפַּר מְמִילָא מְשַׁלְמִים זּוּזִי כְּשַׁעַת הַגִּזְלוֹלָה וְכִינּוֹן דְּהַיְשָׁנִים לֹא הוּי חֲרִיפִי כְּהֵנָּה דְחֲדָתִי עֲבָדִי לְהוּ וְזִינְלוֹ פִירִי מַחְמַתִּיהוּ א"צ לְתַת הַחֲדָשִׁים רַק כְּשַׁעַת הַגִּזְלוֹלָה וְלוֹהָה קֶאֱמַר הוּי כְּשַׁעַת הַגִּזְלוֹלָה פִּינּוֹן שְׁשׁוּיִם בְּמִשְׁקָל' וְלֹא יְהִי חוּטָא נְשַׁפֵּר מַה שְׁהַחֲדָשִׁי חֲרִיפִי וְזִילִי פִירִי מַחְמַת חֲרִיפּוֹת כְּנִלְעַנ"ד בְּפִירוּשׁ דְּבַרִי הַמְרָדְכִי וְהַרְאָב"ן בְּזֶה: וְהַנּוֹה בְּמ"ש הַרְאָב"ן וְהַמְרָדְכִי בְּשִׁמוֹ דְּגַם בְּמַלְוָה אוֹמֵר לֹו הַש"ל הוּא מְלַתָּא בְּלֹא טַעְמָא דְּהָא מַלְוָה לְהוּצָאָה נִתְנָה וְהוּי פְּאִינּוֹ בְּעִין וּכְמ"ש הַתּוֹס' וְהַסְמ"ג וְהַגְּהוֹת מִיָּמוֹנִי וְהַרְאָב"ן גּוּפִי' בַּפ"ק דְּקִדּוּשִׁין דְּאִפִּי' בְּמַלְוָה ע"פ בְּעִין אִינְהָ מְקוּדָשִׁת דְּלְהוּצָאָה נִיִּתְנָה וְאִינְהָ בְּרִשׁוֹת בְּעָלִים לְחַזְרָה ע"ש וְנִלְעַנ"ד שְׁהַרְאָב"ן סוֹבֵר דְּמַה שְׁאֲמָרוּ אִינְהָ בְּרִשׁוֹת בְּעָלִים לְחַזְרָה הֵינּוּ לְתַקְנַת הַלְוָה וְלֹא לְתַקְנַת הַמַּלְוָה וְהַלְכָּף מִיַּד שְׁהַמְלָכוֹת פּוֹסֵל הַמְטְבַּע אֲנּוֹ סְהָדִי דְנִיח' לִי לְלוֹהָה שְׁיִהָא בְּרִשׁוֹת מַלְוָה וְאִינּוֹ רַק כְּפִקְדוֹן גְּבִי' וְאַע"ג דְּמ"מ אֲפִתִי אַחֲרִיּוֹת אֲוֹנְסִין עָלְיוֹ וְכְמוֹ פְּקִדוֹן בְּמְעוֹת שְׂאִינָם צְרוּרוֹת פִּינּוֹן דְּאִי מְתַרְמִי עֵיִסְקָא זְכִי בִי מ"מ לְעַנְיָן זֶה שְׁהַמְטְבַּע בְּעִינָא רַק שֶׁנִּפְסַל אֲפִתִי לֹא פָקַע רִשׁוּתִי דְּמַלְוָה לְגַמְרִי וְשְׁפִיר מְצִי א"ל הַש"ל וְכִיּוֹצֵא בְּזֶה כְּתַב הַבַּעַה"ת בְּשֵׁם הַרְמַב"ן הוּבָא בְּטוֹר וּש"ע ח"מ ס' ע"ד לְעַנְיָן אִם בָּא לְפָרוּעַ תּוֹף הַזְמַן וְהַמַּלְוָה אִינּוֹ רוּצָה שְׁלֹא יְהִיךָ אַחֲרִיּוֹתוֹ עָלְיוֹ בְּתוֹף הַזְמַן אִין שׁוֹמְעִין לֹו דְקַבִּיעַת הַזְמַן לְתַקְנַת הַלְוָה הוּא וְע"ש שְׁהַרְמַב"ן כְּתַב שְׂאִם מְצִי וְנִיכְפֵר

לעינים חילוף המטבע אינו יכול לכופו לקבל חובו דמדמי ליהלפריעות מדבר מ"מ י"ל דמודה בזה דכל שהוא בעין אין אנו צריכין לפרעון אלא אפתי לא פקעי רשות' מינ' רק דלתקנו' הלנה אמרינו דלא מצי מלנה הדר בי' ואפשר דאפי' לענן פריעות מדבר גופי' י"ל דאם הוא בעין בידו ולא הוציאם פלל צריף לקבל ממנו ואפי' תימא דהתם א"צ לקבל לפי שהלנה לו בשוב מ"מ בזה שפיר מצי אמר הש"ל דכיון שאם לא הלנה הנה נפסל בידו וכסברת בעה"ת אליב' דרש' אלא דאיהו ס"ל דאף שאינו בעין אמרינו הכי והראב"ן ס"ל דאם כבר הוציא ודאי אדעתיה שיתן לו מטבע הינצא הוא ואם התנה בפירוש שיתן לו מטבע הינצא נראה דגם הראב"ן מודה דאפי' הוא בעין דצריף ליתן לו מטבע הינצא דכל תנאי שבממון קיים ונפלאתי על הסמ"ע ס"ק י"ט שהעתיק דברי המרדכי והראב"ן על דברי הרמ"א באם התנה ליתן לו מעות הינצא בהוצאה ובזה נראה שגם הראב"ן מודה וכמ"ש ואף לפי מאי דמשמע בד"מ ובש"ף דקאי אדברי המחבר דמיירי שהתנו ליתן לו מעות מ"מ צ"ע דלשיטתו הד"מ ודעימ' הני פהתנה ליתן לו מעות הינצא בהוצאה ובכה"ג הראב"ן מודה רק דהראב"ן לשיטתו דס"ל דמיירי בהלנה סתם בלי שום תנאי דהא מדמי לה לגזלן ואפ"ה ס"ל דצריף ליתן מטבע הינצא ובזה שלא התנה מחלק בין אם הוא בעין דאומר לו הש"ל ומצאתי באו"ת שהרגיש בזה על הש"ף והסמ"ע אלא שדבריו תמוהים במ"ש שם דהמרדכי לשיטתו דס"ל בשם רש"י דהתנאי הי' ליתן לו בתשלומין מעות ולא סחורה כו' וזה תימא שהרי שיטת רש"י שהביא המרדכי שם הוא שיטת התוס' דבהתנה ליתן מעות הני פאילו התנה ליתן מטבע הינצא ומ"ש שרש"י חזר בו כו' היינו פלפי מ"ש תחלה דבמוכר פרקמטיא ולא בלנה ע"ש בתוספות וסמ"ג ותבין: אף מ"ש הוא נכון דשיטת ראב"ן הוא אף בלא התנה פלל הדין פן שנותן מטבע הינצא ואין זה שיטת רש"י שהביא המרדכי מקודם ואף שהמרדכי הביא שניהם שלא בלשון פלוגתא ידוע שדרף המרדכי פן הוא לפעמים להביא דיעות שונות כ"א פלשונו אף שהם גופים מחולקים ובש"ף ס' רצ"ב ס"ק ט' פתב על דברי הר"י שכתב במעות פקדון שאינו צרורים הו"ל הלנואה גבי' דנ"מ אם נפסל משלם מטבע הינצא אפי' הוא בעין כמ"ש הג"מ והתוס' דף צ"ז וזה פמה שנים שנשאילתי ע"ז מהרבני החריף מוהר"ר דוד יוסף נ"י שהרי דברי התוס' הם לאיפוף דדוקא בהתנה הדין פן וכתב שפך חכמי לב לא מצאו מענה ובאמת דלק"מ שפך עיקרו של הש"ף להביא ראי' דבמלנה אף בעין הני פאינו בעין והרי"ף לשיטתו דלא ס"ל בזה פהתוס' אלא ס"ל דאף בלא התנה דינא הכי וכדעת הרמב"ן וכמ"ש ה"ה שם שפן נראה מן ההלכות שהפנונה בכל מי שחייב מעות לחבירו כו' ע"ש ועוד פתבתי שי"ל בפקדון גרע ואף התוס' מודו דלא בעינו התנה דדוקא במלנה שהלנה לו מעות מדעתו ולא התנה מוכחא מילתא דלא קפיד אצורתא אלא דלפ"ז ה"ל לחלק בפשיטות בין גזל למלנה דגזל דמי לפקדון פינו דלא שייף הו"ל לאתנויי סתמא דקפיד אצורה הינצא בהוצאה ואם הי' לו מלנה מדעתו הי' מתנה עמו ע"ז וע"כ לא מחלק בהכי וצ"ע: וממוצא הדברים אתה למד דהף דינא דהלנהו סתם ונפסל במחלוקת היא שנוי' שלדעת הר"י ומהרמב"ם והראב"ן אף בזה נותן לו מטבע הינצא ורש"י ותוס' וסמ"ג והרא"ש ונהטור חולקין בזה וכבר פתבתי שלפענ"ד דברי התוס' דמחלקין בין גזל להלנואה צ"ע בזה דאם נימא בהלנה סתם נותן לו מטבע שנפסל גם בגזל דליתא בעינא הני מצי לשלם מטבע שנפסל דמה דבגזל משלם כשעת

הגזילה היינו דהוי פהלונאה או פמכירה לגבי דנתחייב לו מעות תמורתם וא"כ לעגן זה לא גרע ממלנה וכמו שהארבתי לעיל: וגם דמצד הסברא צ"ע דהא ודאי אם הלנה לו מעות ובעי לשלומי לו בפירות פשיטא דצריה לו לשלם כפי דמיה הלונאה וכיון דקי"ל בדינרי ואניגרא שפוסלתן מלכות או מדינה הוי פירי לגבי טבעא ולפי דעת כמה פוסקים פל שאין יוצאין בהוצאה להדי' נקראו מטלטלין כמבואר בסי' ר"ג א"כ זה שהלנה לו מטבע איך הלה יכול לפרוע לו בפירו' או במטלטלין שאינם שוים כפי המטבע שהלנה לו ואף דלעגן גזל איתא בעינא מצי לומר הש"ל היינו פיון שבתורת גזל אתי לידן' וכיון שמתחזיר מה שגזל פטור דהא לא מינכר היזקא וכמבואר בש"ס ובהג"מ אבל היכא דחל עליו חיוב פרעון דמים אם ישלם במטבע שנופסל ה"ז כמשלם בפירות שצריה לשלם כפי שונו' הדמים שקיבל ומה לי התנה או לא ולא דמי למלנה פור חטים דהויזל' נותן חטים דחטים אוזפני' וחטים פרע לי' משא"כ בנפסל דמטבע אוזפני' ופירי קא פרע לי' ואפשר לומר דהתוס' ס"ל דאע"ג דמעו' פירי הוי היינו לגבי טבעא אבל לגבי דנפשי' כגון הכא שפא לפרוע בהן לא פקע מקלל טבעא ודכוותי' אמרינו הכא גבי דהבא לגבי כספא דפרי הוי ומ"מ לגבי נפשי' טבעא הוי אבל לא משמע פן בדברי הרמב"ם וש"ע דאמרינו הרי הם כפירי לכל דבר ולדעת הטור הוי ככלי וקונה בו קנין חליפין וגם כי בלא"ה דוחק לחלק בכף וצ"ע: אף כ"ז לעגן מעו' שנופסל אבל היכא שלא נפסלו רק שהוזלו ממש וכגון דנ"ד נראה לכאורה דכ"ע מודים דמשלם לו מה שהלנהו דמטבע אוזפני' ומטבע פרע לי' ואף שהוזל אין בכף פלום וכמו בלנה חטים שאם הוזלו אעפ"כ נותן חטים וראיתי בדברי מהרשד"ם חלק ח"מ סימן ע"ה שנהראה שטעמו דנדאי אומדן דעת הוא שלא נתרצו אא"כ יעמוד המטבע בשונו' ומה שלא התנה פן בפירוש אין בכף פלום דאונסא דל"ש לא רמי' עליו לאתנוי' ע"ש ולפי"ז י"ל דלא דמי למלנה חטים דאע"ג די"ל דאיכא אומדן דעת שלא הי' מתרצה לקבל חטים אם יוזלו מ"מ אינו אומדן דמוכח כ"כ וה"ל לאתנוי' דהאי וקרא וזילי שכיחא טובא בחטים וכל דלא אתגני' הוי כאילו גילה דעת' שאין רצונו רק בחטים כמות שהן משא"כ בנה דמהרשד"ם דלא אסיק אדעת' שיקפיד המלך וכריז בירידות שונו' המטבעות וממילא דאית לן למיזל בתר אומדן דעת שדעת המלנה והלנה שוים בנה שיהא הפרעון כשעת הלונאה שלא יבא לידי פסיד': אף מהרשד"ם שם בסוף התשובה הביא דברי התוס' בב"מ בריש פרק הזהב אסר אהד מכ"ד בדינר פסוף נ"מ למו"מ וכתבו התם שאם מכר חפץ בכ"ד אסרין כשהי' כ"ד אסרין בדינר ואח"כ זילא כו' צריה ליתן לו דינר פסוף או ל"ב אסרין כו' ע"ש ולפי ראיתו מהתוס' משמע דבכל גונוי צריה שיהא כשעת הלונאה דהא התם לא שניי' הו סברא דל"ש דהא להדיא אמרינו התם בקידושין ובהבאו התוס' בהזהב שם דזימנין אייסקין אסרין וזימנין דזל אסרין משמע דוקא בכה"ג לא הוי לי' לאתנוי' דסתמא הוא מתחייב ליתן לו כשער של עכשיו שהוא בשעת המכיר' ועל' דלוקח רמיא לאתנוי' שאם ירד השער אעפ"כ לא יתן לו כ"א כשעת הפרעון וכיון דלא התנה צריה לתת כדמעיקר' ולפ"ז צריה ליישב מה שאמרו הוזילו נותן חטים גימא דכיון דלא אתני צריה לתת דמים שונו' של שעת הלונאה: וראיתי בדברי כ"ת בשם שארי הגאון נ"י בספר חוות דעת לפרש דברי התוס' דאיירי בהתנה או שיתן דינר או ל"ב אסרין לא שמיע לי כמבואר

לכל מעיין ולפי דעתי אגב שישטפא רהיט לי' כדי להקל מעליו חומר הנושא שדברי התוס' סותרים זה"ז ודברי שאר פוסקים בגפסל.

ועתה שעוררנו כ"ת נתתי לב לעיין בדברי התוס' ובעזה"י תקנתי שדבריהם חיים וקיימים ועיילינא ברווחא באתרא דדרו ברוחק': והנה ראיתי בח"ד שפתב על דברי התוס' וז"ל והוא תמוה דמ"ש מאם מכר חפץ שיתן חטים והוזלו דאין נותן יותר ממה שהתנה ואפשר דמיינרי התוס' בהתנה לתת לו המטבע הינצא כשער של עכשיו דאז כשהוקרו והוזלו האיסרין צריף להשלים פפי תנאו כו' ע"ש ומלבד שאין דברי התוס' סובלין פירוש זה קשה דאיך יעלה על הדעת שזה יטען שהדינר איינקור ואיסרין במקומן עומדים פיון שהמכירה הי' ליתן איסרין ולדבריו אין האיסרין מקבלין שינויין' רק השינוי בדינר א"כ התנאי מה פעל שהרי התנה שיתן לו כשער של עכשיו וע"כ שהתנאי הי' כדי להשלים כשייוזלו נגד הדינר ודוחק לומר שלפי טענתו של זה לא הי' התנאי רק להועיל שאם יפסלו האיסרין דהוי פהוול לזה התנה שיתן לו כשער של עכשיו משא"כ בסתמא לא תלינו הזולא באיסרין כלל וקמ"ל דאף בסתמא תלינו הזול באיסרין וצריף לקיים באיסרין וצריף לקיים התנאי וזה דוחק גדול מבואר למעיין: ואמנם באמת יש לעיין לפי פי' התוס' דהא דקאמר האיסר אהד מכ"ד היינו לומר שהדינר במקומו עומד דבאמת מה"ת לומר פן שלעולם במקומו הדינר עומד.

ונחזי אנו שאם יוקר או זול הפירות הוא נגד האיסר ונגד הדינר לא נשתנה השער כלל אלא הוא פמקודם א"כ הדינר במקומו והאיסר הוא שעלה או ירד ואם היא להיפוף שיוקר או זול הפירות הוא נגד הדינר ונגד האיסר לא נשתנה השער כלל הא קמן שהאיסר במקומו והדינר הוא דאינקור או זול הפירות נגד הדינר ולכן נלענ"ד דהתוס' מפרשים הא דקאמר נ"מ למו"מ היינו שהתנא הי' בא להשמיענו שחשבון האיסר הוא משוער לפי ערף כ"ד בדינר לפי שהי' מקום לומר שאין האיסר תלוי בדינר כלל והאי לחודא קאי והאי לחודא קאי וכ"א הוא מטבע לעצמו ואין זה נתלה בזה כלל וא"כ בזה שהתנה לתת לו כ"כ איסרין מה איכפת לן ביוקר הדינרין שצריף ליתן בעדו ל"ב איסרין שהרי לא הזכיר בפסיקת דמים שם דינר כלל וא"כ אי חזינו דהפירות נמכרים בעד האיסר פמקודם הא קמן שהאיסר במקומו עומד ומה שנותנין בעד דינר ל"ב איסרין וכן פירות יותר היינו משום עלוני' דהדינר ונהרי זה מקיים מה שהוטל עליו לתת לו כ"כ איסרין כמו שהתנה לזה אמר התנא שהאיסר הוא אהד מכ"ד בדינר ור"ל שהאיסר הוא תלוי בדינר והאיסר מתחשב אהד מכ"ד בדינר בלשון ב"א וכשהוא מחייב עצמו ליתן איסר המכונן ממנו שיתן אהד מכ"ד בדינר ואם פן פשעמדו ל"ב בדינר אינו יכול ליתן לו איסר אהד ויפטור עצמו בזה שהרי עתה אינו רק אהד מל"ב ואם קנה ממנו בעד כ"ד איסרין המכונן בזה שיהי' עולה סכום דינר וצריף ליתן לו ל"ב איסרין או דינר ואף שהפירו' נמכרים בעד איסר פמקודם אין זה מועיל לומר שהאיסר במקומו עומד שעיקר חיובו שיתן לו איסור הינצא בהוצאה ואהד מכ"ד בדינר וכלל הדברים דלענין מו"מ המכונן של האיסר הוא אהד מכ"ד בדינר פספ שהוא אהד מכ"ה בדינר זהב וכן מבואר שם בדברי אא"ז מהרש"א וז"ל ולפי דרכינו למדנו דבכל מטבעות היוצאין בהוצאה וכ"א שם מטבע לעצמו ואין תלויים זה בזה שנותן לו אותו המטבע שנותנין וכגון מתחייב טאליר או ב"ץ נותן לו מה שהתנה דמה"ת נתלה אותם במטבע אחרת שלא נדבר והתנה

ע"ז פלל ומה איכפת לנו בזה שאם בא להחליפם במטבע אחרת צריף לתת לו יותר וכמו בהתנה לתת לו חטים שנותן לו חטים אף שהוולו רק דבאיסר פה למדנו רבותינו שהמכונן הוא אחד מכ"ד בדינר ואינו ענין לשאר מטבעות היוצאין בהוצאה פלל שאין נתליו זה בזה פלל ומעת' מה שהקש' בח"ד דהא בהתנה לתת חטי' נותן חטים לק"מ דהקא היינו טעמא לפי שחשבון האיסר הולך אחר הדינר והוא פשוט וברור.

איברא דאפתי איכא למידק מדברי התוס' שכתבו שא"י לפטור בכ"ד ולומר דדינר הוא דאיסקר והאיסרים במקומם עומדים דאף לפום מה דכתבנא שהפוננה שא"י לטעון בזה דמה איכפת לן ביוקר הדינר שאין האיסר נתלה בו והאיסר במקומו עומד ולוקחין בו פירות כפי השער מימי קדם מ"מ חזינן דאי לא הו' טעמא שהאיסר במקומו עומד לא הוי מצי פטר נפשין' והא בפשיטות י"ל דכיון שאין האיסור תלוי בדינ' ממילא הוא פוטר עצמו בכ"ד איסרין כמו שהתנה אף שהאיסר ירד ממקומו דלא גרע מנפסל ומדנקטו במילתיהו והאיסרין במקומן עומדין משמע דהכי דליכא למימר הכי פגון בנפסל או היכא דחזינן שהמטבע הוול שצריף להוסיף על הפירו' שקוני' עבור' הרב' וא"א לתלו' שהפירו' נתיקרו פינון דחזינן דלגבי שאר מטבעות לא הוקרו הפירו' פלל וכמו נ"ד בטאליר או ב"צ שעיינינו הרואות שאין היוקר מצד הפירות רק שהם הוולו וירדו ומשמע דבכה"ג צריף להשלים כפי השער דמעיקרא וזה מתנגד למ"ש התוס' בב"ק וילענין נפסל וכן דעת הפוסקים דנותן לו מטבע כזולא דהשתא: וראיתי בספר מחנה אפרים הל' ריבית סי' ק"ה הביא דברי מהרשד"ם שהביא מדברי התוס' דהנהב ראי' שצריף לשלם כדמעיקרא וכתב ע"ז שזה נגד מה שפירא מדברי התוס' פרק הגוזל מהטור וכד דייקנין מוכח מר"פ א"נ דקאמר דאזנפ' מאה בק"כ אי בטר מעיקרא אזלית כו' ויש דס"ל דהוי רבית דאורייתא משמע דמדינא אינו מחויב לשלם אלא מאה אע"פ שהוולו כו' ומדברי התוס' אין ראיה דהיה במוכר בכ"ד איסרין דסתמא פאומ' בדינר אני מוכר לה ולפיכך צריף ליתן לו דינר אע"ג דאיכ' למימר הדינר' הוקרו ולפי סברת מהרשד"ם אמאי לא מצי למפטר נפשיה בטענות הדינר' הם שהוקרו ואיסרין פשווי' שווי' אבל לפע"ד מ"ש התוס' פרק הגוזל במוכר פרקמטיא כל שלא פירש נותן לו מטבע שנפסל איירי במוכר לזמן בהקפה והמעות נעשו עליו מלנה אבל במוכר שלא בהקפה אלא עד שיבא בני או שאמצא מפתח לא מצי ליתן לו מטבע שנפסל דא"כ נמצא זה נתאנה וכ"נ מהתוס' דהנהב שכתבו דאיצטריף לאשמועינן שלא יאמר הדינר' הם שהוקרו כו' משמע דבל"ז צריף ליתן פדהוי שוי מעיקרא אלא בשביל שלא הוולו האיסרין רק הדינר' איצטריף לאשמועינן עכ"ל והעתקתי דבריו בקצרה כי אין הספר מצוי בידי כל אדם ובכלל דבריו דברי דאף שאין הכרע ממה דמפרשי התוס' לדינ' שצריף ליתן ל"ב איסרין דהתם טעמא דהתנא מלמדנו דמהמכונן של איסר היא אחד מכ"ד בדינר מ"מ מ"ש שא"י לפטור עצמו ולומר הדינר' הם שהוקרו מוכח דאי הוי זלי איסרין צריף ליתן כדמעיקרא: אף מ"ש לחלק בין כשמוכר בהקפה לזמן וכן בא בדבריו דיש חילוק בין היכא דזקף במלנה והתוס' בהנהב מיירי דלא זקף במלנה ונאנא לא חילוק ידענא דמה ענין זקף במלנה לכאן דכמו אם לקח חטים בסלע מיד שמשך עומד ברשותו ליוקרא וזולא כמו כן מתחייב הקונה מיד ליתן הסלע והרי היא עליו מלנה מיד ומה לי שצריף לשלם מיד או לאחר זמן.

ומ"ש המחנה אפרים דבכה"ג לא מצי ליתן לו מטבע שנפסל שנמצא זה נתאנה הוא תמוה דבכל קונה בדרכי הקונים נימא דאם מיז אחר שקנה הוקר או הויל הרי נתאנה א"ו דז"א דאונאה לא הוי כ"א בשעת קנין ממש אבל אי חלף שעמא דאקני' ליה מהאי שעמא ברשותיה דלוקח קאי וכל אונס או יוקרא וזולא מזלא דידן' גרם ונסתתפה שדהו וה"נ לענין המטבע שמתחייב הקונה ליתן להמוכר מה שהויל או הוקר אחר זמן קנין החפץ לא שייקא בי' אונאה ובמזלא תליא מלתא ואי בעלמ' במלנה דינא היא דמשלם לו כדהשטא ה"נ אית לן למימר הכא ועיין בב"ק דף צ"ז בתו' שם ועוד אומר ר"י פינן שהלנהו חטים ואמר או תחזור לי כו' ואלו במעו' לחודייהו קצב הי' משלם לו מטבע שנפסל אבל הכא שלא זקף עליו במלנה גמורה שייכול לפרוע לו חטים אם ירצה נותן לו מטבע היוצא באותו שעה וכ"כ בהג"א מבואר דוקא בכה"ג שייכול לפרוע לו חטים אם ירצה לא מחשיב זקיפת מלנה הא לא"ה שפיר משלם לו מטבע שנפסל ולא מחשב אונאה וא"ל דווקא בקצב לו זמן מייירי אלא נראה דמיז שמשך זה ונתחייב זה בדמים זהו זקיפתו במלנה ומה לי זמן ארוך או קצר ואף לפמ"ש שם בתחלה לחלק בין מוכר פרקמטיא להלונאה היינו לענין נפסל דבמוכר אף בסתם פשאומר כף מעות צריף לשלם מטבע היוצא משום דמסתמא דעת' על מטבע היוצאת בהוצאה ובין זקף עליו במלנה או לא זקף הדין כן משא"כ פשלא נפסל רק הויל דמשלם כמו שהיה בשעת הפקר אף שלא זקפו במלנה לזמן דינא הכי פינן דלא שייך טעמא דדעת' אמטבע היוצא ומה דהויל ברשות המוכר הויל: ואמנם כדי לבאר כ"ז ראיתי לבאר הא דר"פ א"ל דאמרין אי אונפי' ק' בק"ד כו' דמינה מיייתי ראי' במחנה אפרים ועוד תשובת אחרוני' וכן בא בדברי כ"ת שפאן ראיה דהויל נותן לו כמו שהלנהו דאל"כ אין פאן ריבית ולכאורה צריף להבין לפ"ז דמאי קאמר אי בתר בסוף אזלית לא נשך איכא כו' וצ"ע דכיון דאמרין דמדינ' נותן לו ק' פרוטות וכן הדין נותן שהרי לא הזכיר מעה בעת שנעשה הלנאה ומה לנו לחשבון המעה אם הוא ק' או ק"ד א"כ מאי מקום יש לפטור מדין ריבית ולמיזיל בתר חשבון המעה ואף לפי דעת הפוסקים דבתר מעיקרא אזלינן מ"מ מאי ס"ד למיזיל בתר בסוף פלל ומכ"ש לדעת המרדכי דהוי ספק דלא איפשוט אי בתר מעיקרא או בתר בסוף וא"ל דאי בתר בסוף אזלינן הרי אינו יכול לקנות פירות יותר השטא בק"ד ממה שהי' יכול לקנו' מעקרא בק' פינן דהשטא ק"ד בדנק' וישער הפירות נגד הדנקא לא עלה ולא ירד וכאז פן עתה ז"א דא"כ לא ה"ל לתלות הפרוטות במעה אלא ה"ל לתלות הפרוטות בפירות: ובאמת שהראב"ד רוצה לפרש ק' בדנקא היינו ק' איסרין בשתות הכור והרמב"ן והרשב"א השיגו עליו דאין משערין הפרוטות בפירא דנחנשת הוי טבעא ואמרין פירא הוא דאייקור וזל ולא טבעא ואפי' אזלינן בתר בסוף נשך ומרבית איכ' (ואף שלפי פרש"י שפיר י"ל כמ"ש שהדנקא דהיינו המעה לא עלה שנוי' לו לגבי פירות ומזה מוכח דהפרוטות ירדו מ"מ קשה כמ"ל דה"ל לפרושי דקיימו ק"ד בדנקא ולא הויל פירי לגבי דנקא) ולכן נראה דנדאי הדבר ידוע בזמנ' שעיקר המטבע שהי' נושאים ונותנים בהם אינם הפרוטות כ"א המעה והפרוטות אסוכי מסכי לחשבון המעה ולכך שפיר י"ל דאי אזלית בתר בסוף לא נשך ומרבית איכא דנדאי גם המעה דשקיל מעיקרא הי' על חשבון המעה וא"כ מעה יהיב ומעה שקיל וכן מבואר בחידושי המכונות להריטב"א על ב"מ שכתב בפרק א"נ דלסוגית רש"י בפרוטות לא שייכי למימר בהו

ריבוי אלא לענין מעה כסף לפי שאין אדם נושא נותן בהם אלא לחשבון כסף וא"כ אי בתר מעקרא אזלית איפא נשך ותרבית שממונו נתרבה מאותו שעה ואי בתר בסוף אין מתרבה דמעיה אונפן ומעה שקיל עכ"ל וענין בש"מ ב"מ שיש להקשות על התוס' שפירשו ק' איסרין בשתות דינרי זקב דא"כ איך קאמר דבסוף ליפא נשך ותרבית דהא האיסרין של כסף והוי טבעא לגבי דהבא ובאיסרין משערין וכתב לנישב דאיסרין הוא כסף סיגים ודהבא הוי טבעא לגבי ע"ש ונרא' שדעתו דכיון דהאיסרין הוי פיר' דינא הוא שישלם כזולא דהשתא כדאמרינן הוזלו נותן חטים ומ"מ אם באנו לשער על נשך ותרבית משערין שונו' הפרוטות שהם פירי בדינר זקב שהוא טבעא ואי לבתר בסוף אזלית ליפא נשך ותרבית ואנן קי"ל דבתר מעיקרא אזלינן והוי כאונפן סאתים חטים בג' והוזלו ג' ועמדו בדמי שתי דאפ"ה אסור: ואחרי הודיע כל זאת נלפע"ד דנדאי סכרא גדולה היא לומר דכל שאותו המין כגון הפרוטות וכיוצא בהם הם נתלים במטבע אחר' שבהם נושאים ונותנים לכאורה דינא הוא שמחויב להשלים לפי אותו החשבון דגם מעיקרא דיהיב ליה פרוטות לפי החשבון המעה חשבינן לי וצ"ל דכיון דהלוהו פרוטות פרוטה יהיב ופרוטה שקיל ואם היו הפרוטות אצל הלנה הי' מזולזליו מעצמם והלכך אי יהיב ליה כף דהיינו ק"ך הוי רבית וכמ"ש הבעה"ת בטעמא דרש"י דמחלק גבי נפסל לענין מכירה להלנואה וגם בלא ה"ט י"ל כיון דהלנואה היתה פרוטות ואתני עמו לשלם לו בפרוטות אין לנו לחשוב המעה כיון דמעה מאן דכר שמה ואפשר דאם הלנהו פרוטות סתם ולא התנה עמו באיזה מטבע ישלם ולא הנכיר פרוטות א"כ י"ל דדעתני אמעה ושפיר יהיב ליה ולית ביה משום רבית משא"כ אם התנה עמו ק' בק"ך דהא התנה עמו על פרוטות וממילא דאין לו ליתן יותר ממה שמגיע לו דהיינו ק' פרוטות ולפ"ז במו"מ שהתנה עמו בכ"ד איסרין דלא מבעיא להך טעמא דאם לא הלנהו הנה בידו פשער הזול א"כ גבי חפץ ליפא למימר הכי כמ"ש בבעה"ת שם אלא אפי' בלא האי טעמא (כדמשמע מתוס' ב"ק דלא ס"ל הכי) מ"מ כיון דלאו איסרין יהיב לי דנימא איסרין יהיב ואיסרין שקיל א"כ יש לנו לומר שהאיסרין הם תלוין בחשבון הדינר וצריך לתת לו לפי הדינר לזה כתבו התו' דס"ד דמצי למימר דינר אתניקור ואיסרין במקומם עומדין ר"ל שעיקר המטבע הם האיסרין ודינר הוא דאינקור וזל וכיון שאין הולכין לחשבון הדינר בכ"ד סגי ואי לאו ה"ט אלא איפכא שהאיסרין אינקור וזל ממילא הכי הוא דשם הולכין לחשבון הדינר וכיון דלאו איסרין יהיב ליה שפיר אזלינן בתר חשבון הדינר דתרונויהו בעינן שיתן לו הפרוטות או האיסרין דשייך למימר הא יהיב והא שקיל וגם שיתנה על פירעון במטבע זו והלכך באונפיה ק' בק"ך פרוטות יהיב וגם התנה בפירוש הפרעון על פרוטות שפיר אמרינן דאי בתר מעיקרא אזלית ה"ל רבית שאין לו ליתן פרוטות יותר ממה שהתנה שיתן לו בשעת מעשה ואין לנו לעשות חשבון על מטבע אחרת כיון שהפרעון הוא ג"כ על פרוטות כנלענ"ד: ומצאתי בשו"ת גינת ונרדים שהאריך בענין עליות וירידות המטבעות ומפלל דבריו מבואר דעיקר הוא מטבע המדינה שנושאים ונותנים בהם והביא ראיה מדברי הש"ג בשם ריא"ו בפירק הגוזל ויש לי לישא וליתן בדבריו הרבה וענין בס' פרח שושן ובשו"ת שמש צדקה שכולם האריכו בענינים אלו והביא מעכ"ת תשובת גדולי הספרדיים בענינים אלו ויש הולכים בשיטת מהרשד"ם ולפי שא"א לעמוד פעת על פרטי דבריהם קצתתי והנה הענין שאנו עסוקין בו כגון עליות וירידת הב"ץ

נראה ודאי שאין זה בכלל מטבע בפ"ע כי עיקר מטבע אדונינו הקיר"ה הוא מטבע פספ והב"ץ הם עולים ויורדים בו ומ"מ אחר דנהיגי עלמא שקל עיקר המו"מ וחובות והלנואות הוא בב"ץ אין לנו לדון אותם על ערף מטבע פספ פיון שבשעת הלנואה או המכירה לא התנו ביניהם מענין מטבע פספ פלל ואף שבכל עת משתנים השערים נגד מטבע פספ ע"פ נועד הסותרין בעיר המעוטרה ווינא וע"פ האיגרת הבאים משם משתנה השער בכללות המדינה מ"מ ידוע שאין דעת המוכר והמלנה והלנה לחשוב מחשבות בפספ ובזהב כי אם יתבי דעמניהו אדמי ניקרא פמות שהוא וה"ז פלנה פירות שיחזור לו פירות על דרך היתר דפירי יתיב ופירא שקול בין אם עלו או ירדו: ונלענ"ד דאף מהרשד"ם מודה בגנונא דנ"ד שמבואר למענין דכל חילי' דמהרשד"ם הוא שנותן לו פשער הלנואה הוא בגידון שלו לפי שפתאום גזר המלך עליית המטבע או ירידתה והוא אונסא דלא שכיח ולא ה"ל לאתנוי' וגם בזה יש לפקפק הרבה ועיין בשו"ת גינת וורדים מ"ש בזה אבל בנ"ד שזה עידן עדין שהשערים משתנים יום יום.

יום כה ויום כה וכיון שבשעת הלנואה גופא הי' הדבר ידוע שאפשר שישתנה למעליותא ולגריעותא ואם איתא שהיה דעתו על השער שהוא פעת פשיטא שהיה לו להתנות בשעת מעשה פיון שלא ידע מה יולד יום והי' לו לחוש שמא יעלה השער או ירד ח"ו דסבר וקיבל לקבל הב"ץ בעת פרעון ולא איכפת ליה אם יהיה נגרע מערכו נגד מטבע הפספ או תעלה וא"ל דהוי אומדנא דמוכח דאדעת' דהכי לא הוי שקיל דפשיט שאין כאן אומדנא פלל דזימנין דמצטרכי לי' זוזי או זביני דבעי למזבין וגמר ומשעבד נפש' וגם שלפעמים יש לו לקבל מאיזה מקום ב"ץ בזמן הפרעון וע"ד זה לנה או קנה לשלם בב"ץ וא"כ אפילו אם הדבר פן עכ"פ אין כאן אומדנא דמוכח פלל: וגם נראה שענינו הרואות נימוסי המדינה בין תגרי האומות לשלם מה שהלנוהו ואין משגיחין פלל בעלי' וירידה וכיון שזה נימוס המדינה ממילא אף בין ישראל לחבירו יש לדון פן דנדאי אדעתא דהכי שקליה וטרי בהדי אהדדי ולא עלתה על דעתם לשום דבר אחר פלל וסתמא בפירושו פמאן דאתני בהדיא דמי וגם יש לדון בזה מצד דינא דמלכותא ועיין באו"ת ר"ס כ"ז אבל באמת א"צ לזה שמוכן לכל מעיין דכל כה"ג יש לדון פמנהג המדינה: ועיין בשו"ת שבות יעקב ח"ב סי' קע"ה שכתב דבנדאי אם כתב בשטר סף החתיכות שישלם לו בין הוקרו ובין הוזלו פגון הלנה לו ראטים עשרים שהיו שוין ע"פ קביעות המלכיות ה' ר"ט בשעת הלנואה והוקרו לששה חתיכות או הוזלו לארבע חתיכות צריך לשלם החתיכות פמו שהם עכשיו פיון שמעות הוא באחריות הלנה עד שעת הפרעון כו' אכן אם הלנה סתם בע"פ דעת רש"י ותוס' משמע דמשלם פמו שהלנוהו כו' אף דעת הראב"ד כו' והוא נגד רוב הפוסקים אף שי"ל דכל סכום המעות במדינה זו על סף חתיכות ולא באופן אחר וכן פל הלנואות סתמא בפירושו על סמך מטבע היוצא בשעת הפרעון מפל מקום קשה להוציא מן המוחזק אם הוקרו.

אכן אם הותנו בפירוש לחזור ולשלם אותו מטבע שהלנוהו צריך לשלם לו אותו מטבע אפי' אם הוקרו יותר מחנמש אפי' אם זיילי פיר' עי"ז ואין זה ריבית פיון שיש לו עכ"פ אחת מן המטבע ואפי' שער סאה בסאה מותר פשיט לו ובשו"ת ב"ח דפוס פפ"ד סימן ט"ו בתוף התשובה כתב אפילו למנינו שהתחדשו מטבעות במדינות שלעזיא ובמדינותינו שקורין ערטור דמעט פספ מעורב בנחושת הרבה ואיכא אינשי דכותבין בשטרא חשבון

כָּה וְכָה עָרְטָר לְשֵׁלֶם לְזִמָּן כָּה וְכָה וְכוּתְבִין חֲשַׁבּוֹן עָרְטָר וְלֹא זָהוּב לְפִי שְׁאוּתָן עָרְטָר
עוֹלִין וְיוֹרְדִין בְּדַמְיָהוֹן כּו' וְאִי עֲרֵטָר קֶאֱמַר הָרִי מְבֹאָר שֶׁהִתְחַיֵּיב לְשֵׁלֶם בְּמִטְבֵּעַ פְּלוֹנִי
דְּנָקָא וְא"כ מֵאִי הָאִי דְקֶאֱמַר בְּמִטְבֵּעַ הָעוֹבְרָ לְסוּחַר כּו' ע"ש עכ"פ מְבֹאָר מְדַבְּרִיו דְּאָרְף
ע"פ שְׁאוּתָן הָעָרְטָר הָיוּ עוֹלִין וְיוֹרְדִין בְּדַמְיָהוֹם אָרְף ע"פ כֵּן הָיוּ כּוּתְבִין בְּשִׁטְרוֹת עֲרֵטָר
שְׁאֵז מְחֻיָּב לְשֵׁלֶם בְּמִטְבֵּעַ זֶה דְּנָקָא וְשֵׁם בְּתַשׁוּבָה סִימָן ט"ז מְבֹאָר לְהִדְיָא בְּכַה"ג שְׁהִיָּה
מִתְחַלָּה מְטְבֵּעוֹת גְּרוּעוֹת וְאִח"כ נַעֲשׂוּ טוֹבִים צָרִיף לְשֵׁלֶם בְּמִטְבֵּעַ חֲדָשָׁה וְכַתֵּב דְּאָרְף
דְּשַׁבַּח לְעֵנֵן נְסָא טְפִי מְחֻמָּשׁ מ"מ פִּינֵן דְּבִשְׁעַת הַלְלוּאָה הָיָה חֲשַׁשׁא קְרוּבָה שְׁתָּשׁוּב
הַמְטְבֵּעַ לְאִיתְנָה וְשִׁנְיָהם נִכְנָסוּ בְּסַפְקָא אִו הַמְלָנָה יְרוּוִיחַ וְהַלְלוּאָה יַפְסִיד אִו לְהִכְפֵּיָהּ וְהוּא
קְרוּב לְזָה וְלְזָה בְּשִׁנְיָה לְשִׁכָּר וְלְהַפְסֵד דְּמִי יוֹדֵעַ הַעֲתִידוֹת וְהַתְּחַדְּשׁוֹת הָעֵנִינִים לְפִי חֲנוּקָא
הַמְלַחֵם אִו הַשְּׁקֻטָתָה שֶׁע"י כָּה יוֹסִיפוּ עַל הַמְטְבֵּעַ אִו יַפְחָתוּ מִמֶּנָּה אִין פֶּאן אִיסוּר רִיבִית
וְע"ש שֶׁהִבִּיא דְּבָרֵי הַתּוֹסְפוֹת פ' נַעֲרָה מ"ש דְּהֵתָם אֲנִי סִהְדִי שְׁבֹאוֹתוֹ סַפְקָא הִי רֹזְעָה
לְכַנּוּס כּו' ע"ש וְהַעֲמַקְתִּי הַדְּבָרִים בְּקִיצוֹר כִּי הַסְפָּר, מְצוּי מִשָּׁם תְּדַרְשֵׁנוּ וּמִשָּׁם בְּאַרְהַ
בִּנ"ד דְּמִשְׁלֵם כְּפִי הַפְּתוּב בְּשִׁטְרָה וְהַרְבֵּה יֵשׁ לִי לִישָׂא וְלִיתָן בְּדְבָרִים אֵלֹו וְאִין הַפְּנֹאִי
מְסַפֵּים עֵמְדִי: סִימָא דְּפִסְקָא נִלְעַנ"ד דְּכַגּוֹן זֶה דִּנ"ד שְׁבִשְׁעַת הַהַלְלוּאָה אִו הַמְקַח ג"כ הָיָה
עוֹמֵד בְּסַפְקָא אִם בְּעַת הַפְּרָעוֹן יַעֲלֶה אִו יֵרֵד שְׁבִנְדָאִי מִשְׁלֵם בִּב"ץ הֵן אִם עֲלֶה אִו יֵרֵד
וְאִצ"ל אִם הַלְלוּהוּ בְּשִׁטְרָה וְכַתֵּב לְהִדְיָא בְּשִׁטְרָה הַתְּחַיֵּיבוֹת בִּב"ץ דְּלֹא אִיכְפַת לָן אִם הוּא
דְּרָף עֲלֶיהָ אִו יֵרֵדָה לְחַיֵּיבוֹ מִמּוֹן אִו לְפִינְטָרוֹ מִמּוֹן אֵלָא מֵהַשְׁהִלְלוּהוּ מִשְׁלֵם לוֹ אִם לֹא
הִכִּי שְׁלִפִי עֵינֵי רֵאוֹת הַב"ד הִי שִׁנְיָוִי הַשְּׁעָרִים גְּדוֹל מְאוֹד בְּאִנְפֵּן שְׁלֹא יִפּוֹל עַל לֵב אָדָם
שְׁיִהְיִ שִׁנְיָוִי כְּזֶה בְּמִשְׁפָּה הַזִּמָּן הַלְזוּ וְכִינּוֹן שֶׁהוּא סְבָה רְחוּקָה וְנִפְלְאָה י"ל כִּמ"ש מֵהֶרְשֵׁד"ם
דְּאִוְנָסָא דִּל"ש לֹא הו"ל לְאִסוּקִי אֲדַעְתִּיָּהּ וְגַם בְּזָה יֵשׁ מְקוֹם לְדוֹן וְטוֹב לְפָשֵׁר כְּמוֹ שְׁפַתְבוּ
מְקַצֵּת גְּדוֹלִים בְּתַשׁוּבוֹתֵיהֶם וּבְזָה יֵשׁ מְקוֹם קֶצֶת לִיתָן תְּבִלִין לְתַשׁוּבַת מַחְנֵה אֲפָרִים
בְּדְבָרֵי הַתּוֹסְפוֹת בְּפָרְק הַזֶּה דְּמִיָּרִי שְׁמֵכֵר ע"מ לְשֵׁלֶם מִיָּד וּבֵין כָּה יֵרֵד שְׁעַר הָאִיסוּרִין
דְּכִינּוֹן דִּל"ש שְׁלִשְׁעָה קֶלָה כְּזוֹ יִשְׁתַּנֵּה הַשְּׁעַר שְׁפִיר צָרִיף לְשֵׁלֶם כְּדַמְעִיקְרָא דֵאֵע"ג
דְּזִימְנִין דְּזִיל אִיסוּרִי ל"ש שְׁיִהֵא הַפּוּכָה כְּמוֹ רַגַע וְלֹא אִסִּיק אֲדַעְתִּיָּהּ וְאִנִּי מְסַתְּפֵק שְׁהִיכָא
שְׁרֵאוּבֵן הַתְּחַיֵּיב א"ע לְהַעֲמִיד סְחוּר' לְחַבְרִיו לְזִמָּן פְּלוֹנִי וְהוּא יִשְׁלֵם לוֹ בְּזִמָּן הַהוּא בִּב"ץ
וּבְזִמָּן עֲלֶה הַב"ץ אִו יֵרֵדוּ אִם מְחֻיָּב לְקַיֵּים הַמְקַח אִו יֵשׁ לְדוֹן לְפִי הַשְּׁעַר אֲשֶׁר בְּזִמָּן
הַהוּא וְיֵשׁ בּוֹ אוֹנָאָה אִו בִּיטוּל מְקַח וְעֵינֵן בְּשׁו"ת פְּנִים מְאִירוֹת ח"ב סִימָן שְׁהֶאֱרִיף בְּדִין
כִּינְצָא בְּזָה וְלְכַאוּרָה הָיָה אֲפָשֵׁר לְפָרֵשׁ דְּבָרֵי הַתּוֹסְפוֹת פְּרָק הַזֶּה ע"ד זֶה אָרְף לְשׁוֹן אִינוּ
יְכוֹל לְפָטוֹר עֲצָמוֹ בִּכ"ד אִיסוּרִין כּו' לֹא מִשְׁמַע כֵּן וְגַם כִּי לְפַעַנ"ד בְּכַגּוֹן וְנָא דִּנ"ד שְׁבִשְׁעַת
מו"מ הָיָה יְדוּעַ שְׁאֲפָשֵׁר שְׁבִעַת הַהוּא יַעֲלוּ אִו יֵרֵדוּ וְעֵשׂוּ הַמְקַח בִּינְיָהֶם בִּק"ג בְּאִנְפֵּן
שְׁאִינוּ יְכוֹל לְחַזֵּר גַּם בְּזָה לֹא מְצִי הַדֵּר בִּיָּה וְאִין בְּזָה דִין אוֹנָאָה דְּמַעֲיָקְרָא אֲדַעְתָּא דְּהִכִּי
נְחִית וְגַמְר וְאִקְנִיָּה אִם לֹא שְׁעֲלָה אִו יֵרֵד כְּפָה מַעֲלוֹת אֲחֻרָנִית שְׁלִפִי רֵאוֹת עֵינֵי הַב"ד
לֹא הו"ל לְאִסוּקִי אֲדַעְתִּיָּהּ שְׁיִהְיֶה שִׁנְיָוִי כְּזֶה וְכִמ"ש כָּה נִלְפַעַנ"ד בְּרִירוֹר הַדְּבָרִים הַק'
אֲפָרִים זִלְמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד שְׁאֵלָה הַ בְּהִגִּיעַ עַת דּוֹדִים.

אוּרָה וְשִׁמְחָה לִיהוּדִים הַחַיִּים וְהַשְּׁלוֹם יַחֲדָיו יִהְיוּ תָמִים. עַל רֵאשׁ יָדִיד לִידִידִים.

ה"ה כְּבוֹד אַהוּ' מַחוּ' הַחֲרִיף וּבְקִי חֲכָם וְסוֹפֵר. נוֹתָן אֲמָרִי שְׁפָר.

כש"ת מוהר"ר שְׁמֻחָה נָתַן נ"י פְּאוֹר הַבְּהִיר: אַחַד"ש אַעֲנֵן וְאוֹמֵר פִּי בְּעֵת הַגִּיעַ מִקְתָּבָךְ הַבְּהִיר לֹא מִצָּאָה יְדֵי דֵי הַשֵּׁב מְטַרְדַּת עֵינָי בְּעַסְק נוֹגַע לְמַעֲשֵׂה וְהַשְׁעָה הַצְּרִיכָה וְכַעַת לְאַהֲבָתָךְ נִתְתִּי פָּנַי לְעֵינָי בְּדַבְרֶיךָ וְרֵאִיתִי שְׁפַתְּךָ לְהַשִּׁיב עַל מ"ש בְּיָשׁוּב קְוֹשֵׁית הַתּוֹס' בְּסוּגְיָא דְרַבּוּצָה וְהַקְשִׁית ע"ז דְּהָא גַם בְּמִנְסָף א"י לֹמֵר הַש"ל וַא"כ נִימָא דְלִמְפְרַע הוּא קְנָה מִדְּאֲגַבְיָה כְּמוֹ בְּעוֹמְדַת הַבְּהִמָּה וְשִׁחְטָה וְקוֹשֵׁית הַתּוֹסְפוֹת בְּמִקוּמָא עוֹמְדַת עכ"ד.

וְנִפְלְאוֹתַי עָלֶיךָ שְׁהִיִּת גְּבַהֵל לְהַשִּׁיב וְאֲגַב שְׁיֻטְפִּי רַהִיט לָךְ מַה שְּׁמַבְנֹאֵר לְכָל מַעֲיָנָי בְּהַשְׁקָפָה רֵאשׁוּנָה פִּי דְבָרֵי גְבוּרִים וְבְרוּרִים דְּוַדַּאי לְמ"ד אָדָם אוֹסֵר דְּבַר שֵׁא"ש אוֹ לְמֵאֵי דְמוֹקֵי בְּשׁוֹתְפוֹ שְׁפִיר אֲמַרִּינָן דֵּא"י לֹמֵר הַש"ל ל"מ לְמ"ד הִיזְק שֵׁא"נ שְׁמִיָּה הִיזְק דְּהוּי פְּלִיתָא בְּעֵינָי אֶלָּא אַף לְמ"ד ל"ש הִיזְק מִטַּעַם שְׁלֵא יְהִיָּה כ"א הוֹלֵךְ כו' עֲשֹׂאוּהוּ פְּהִיזְק נִיפֵר כְּמַבְנֹאֵר בְּש"ס דְּגִיטִין וּבַתּוֹסְפוֹת שֵׁם וּבְחֻלְיִין פְּרִיָּה שְׁפִיר לְמ"ד אֵין אָדָם אוֹסֵר דְּש"ש וְלֹא אֲסִיק אֲדַעְתִּי דְּמִיָּרֵי בְּשׁוֹתְפוֹת א"כ ל"ש פֶּאן חֵיּוּב וּפְטוֹר דְּהָא אֵין פֶּאן הַתְּחִלָּה לְאִיסוֹר כְּלָל דֵּאֲע"ג דְּאֲגַבְיָה אֲפַתִּי בְּרֵשׁוֹתֵיהָ דְּמַרְיָה קֵאֵי דְלֹא קִנִּי לִיָּה רַק לְאוּנְסִין וְהָרֵי הוּא עֲדִינָן בְּעֵינָי בְּיָדוֹ וְרֵשׁוֹת בְּעֲלִיו עָלָיו וַא"כ אֲפִילוֹ לְמ"ד שְׁמִיָּה הִיזְק פְּשִׁיטָא דְל"ש לֹמֵר דַּע"י שְׁנַאָסֵר וּמִתְחַיִּיב לְשֵׁלֵם הוּי שְׁלוֹ לְמַפְרַע שְׁהָרֵי אֵין פֶּאן הִיזְק וְחֵיּוּב תְּשִׁלוּמִין כְּלָל דֵּאֵין אִיסוֹר חָל עַל דְּשֵׁא"ש וּמַכ"ש לְמ"ד ל"ש הִיזְק דְּל"ש לֹמֵר שְׁלֵא יְהִיָּה כ"א הוֹלֵךְ כו' דְּהָא לֹא אֲהֵנִי מַעֲשִׂיו וְהֵינָן שְׁרֵי בְּשִׁתְיָה לְבַעֲלִים כְּבָרֵאשׁוּנָה מִשֵׁא"כ בְּבַהֲמָה שְׁהַגְבִּיָּה וְהַרְבִּיצָה וְשִׁחְטָה לַע"ז דְּדַל מְהִכָּא מַחְשַׁבְתּוֹ לַע"ז הָרֵי עֲשֹׂה הִיזְק הַנִּיפֵר בְּמַעֲשֵׂה הַשְׁחִיטָה דְּהוּי כְּתָבְרָה אוֹ שְׁתִּיָּה כְּמַבְנֹאֵר בְּב"ח דָּף ס"ה וְשְׁפִיר קָמָא לִיָּה בְּרֵשׁוֹתֵי לְמַפְרַע וְנֶאֱסָרָה ע"י מַחְשַׁבְתּוֹ לַע"ז אַף לְמ"ד אֵין אָדָם אוֹסֵר דְּשֵׁא"ש וְהַגַּעַע עֲצָמָה אִם בְּשַׁעַת הַגְּבִיָּה הוּי שְׁוֵי ד' וּבְעֵת שְׁשִׁחְטָה לֹא שְׁוֵי רַק זִוְנָא מִי לֹא מְשַׁלֵּם ד' כְּשַׁעַת הַגְּבִיָּה וְהֵינָנו מְשׁוּם דְּאוֹקְמֵי רַחֲמָנָא בְּרֵשׁוֹתֵיהָ מֵהֵיאָ שַׁעַתָּה וְנִתְחַיִּיב דְּמִי שְׁוֵיָּה שְׁלֵ אֹתָהּ שַׁעַתָּה וּמִמִּילָא דִּיכּוֹל לְאַסוֹר ג"כ וְזֶה בְּרוּר: וְכַדִּי לְהַשְׁתַּעֲשַׁע עִמָּךְ לֹא אוֹכַל מַלְט מְלַהוּדִיעָךְ מַה שַׁעֲלָה בְּמַחְשַׁבָּה לְפָנַי מְדֵי עֲבָרֵי בְּעֵינָי זֶה דְּמִסְתִּיעַ סְבָרָא דִּילִי מִדְּבָרֵי הֶרֶמְב"ם פ"ג מֵהַל' שְׁאַלָּה וּפְקָדוֹן שְׁפַסְק הַנִּיחַ לָהֶם אֲבִיָּהֶם אַחֲרֵיָּהֶם גְּכֹסִים חֲיִיבִים לְהַחֲזִיר דְּנִשְׁתַּעֲבְדוּ גְּכֹסִים מַשְׁעַת שֵׁאֵל' וְה"ה שֵׁם תְּמָה עַל הֶרֶמְב"ם דְּבַהֲל' גְּנִיבָה פֶּסֶק בְּפָרָה שְׁאוּלָּה וְטְבַחָה בְּשַׁבַּת דְּפְטוֹר וַע"ש בְּכ"מ וְלַח"מ וְל"ל וּבְקַצָּה"ח סִימָן מ"ש בְּזָה: וְהַנְּלַעַנ"ד דְּלְכֹאוּרָה צְרִיָּךְ לְהַבִּין בְּהָא דְּאֲמַרִּינָן בְּכַתְּוּבוֹת וּשְׁאָר דְּוֹכְתֵי מִדְּאֲגַבְיָא קִנִּי מִתְחַיִּיב בְּנִפְשׁוֹ לֹא כו' וּפְשִׁטָא דְּמִילְתָּא הוּא דְּכִינּוֹן דְּבִשְׁעַת הַגְּבִיָּה חָל חֵיּוּב אֲוֹנְסִין שְׁאִירַע אַח"כ וְאֲפִי' אִם תְּשַׁרְף מִתְחַיִּיב הוּא לְשֵׁלֵם וַא"כ אַף שְׁאַכַּל בְּחֵיּוּב מִיָּתָה וְאֵין לְחֵיּוּבוֹ עַל אֲכִילָה הַהוּא מ"מ לֹא יְהִי אֶלָּא שְׁאִירַע אֲוֹנְסִין שְׁנַאָבַד מִן הָעוֹלָם מ"מ הוּא חֲיִיב עַלִּי מַשְׁעָה שְׁהַגְבִּיָּה לְגַזְלָה וְכֵן מְבֹנֵאֵר בְּדְבָרֵי רַש"י בְּכַתְּוּבוֹת ע"ש וְלְכֹאוּרָה קִשָּׁה לְפִי מֵאֵי דְּאֲמַרִּינָן בְּסִנְהֶדְרִין דָּף ע"ב אָמַר רַב הַבָּא בְּמַחְתָּרַת וְנָטַל כְּלָיו וְיִצָּא פְטוֹר אָמַר רַבָּא מְסַתְּבָרָא מִלְתֵּיהָ דְּרַב כְּשִׁשְׁיָבֵר כו' וְהִנֵּה דַעַת רַש"י וְתוֹס' וְרַז"ה אֲפִי' כְּשִׁשְׁיָבֵר כְּשִׁיִּצָּא מִהַמְחַתָּרַת וְלִפְמ"ש ה"ה גַּם דַּעַת הֶרֶמְב"ם פֶּן וּלְפִי שִׁיטָּה זוֹ צ"ל כַּמ"ש הַרְז"ה דֵּאֲף מַה דְּהָדַר פִּי אִיתִיָּה בְּעֵינָא חוּמְרָא הוּא דְּרַמִּי רַבְּנָן עֲלָה דְּלִיָּהֲדַר וּמְדִינָא קִנִּינָהוּ בְּדָמֵי כַּמ"ש רַב טַעֲמָא דְּמִלְתָּא וְהֵינָנו שְׁלַקְחַת בְּעֵת שְׁנִתְחַיִּיב מִיָּתָה ה"ז כְּנִתְּנָן דְּמִי הַכְּלִים לְבַעֲלִיו וְלִיכָּא לְמִימַר דְּאֵינּוּ מְחֻיָּב בְּהַשְׁבָּה אַף שְׁהֵם בְּעֵינָי וּמ"מ לֹא קְנָה אוֹתָם לְהִיּוֹת שְׁלוֹ דו"א כְּדְמוּכַח מְעוּבָדָא דְּהֵנִי דִּינְרֵי דְּאֲגַבְיָבוּ לְרַבָּא כו' דְּמוּכַח מֵהֶתֵם דְּקָנָה אוֹתָם קִנְיָן גְּמוּר וְלִפ"ז קִשָּׁה

בְּהָא דְאִמְרִינָן מְדַאגְבִּי קְנִיָה כּו' וּמְדַמָּה מַה שְּׂאָכֵל בְּחַיִּיב מֵיִתָּה לְשָׂאָר אֲוֹנְסִין דְּאִין הַנְּדוֹן דּוּמָה דְּבִשְׂאָר אֲוֹנְסִין שְׂפִיר י"ל שְׁנַתְחַיִּיב עֲלֵיהֶם מִשְׁעַת הַגְּבִיָּה מִשָּׂא"כ בְּזָה שְׂבָאָמַת לֹא נֶאֱנַס רַק שְׂזָה קְנָה אוֹתוֹ בְּדָמֵי חַיִּיב מֵיִתָּה שְׂלוֹ וְהָרִי זֶה פְּנִתָן דְּמִים לְבַעַל הַחֲפֵץ דְּפִטוֹר שְׂהָרִי אִפִּי אִם הֵם בְּעִין א"צ לְהַחְזִיר אוֹתָם מִעֲפָה פֶּל שְׂהַחְזִיק בְּהֶם בְּחַיִּיב מֵיִתָּה דְּרַחֲמָנָא אִקְנִיָה לִיה פְּלִים אֵלּוּ פְּאֵלּוּ נָתַן הַדְּמִים בְּעֵבּוֹרָם וּלְפַמ"ש א"ש דְּגַבִּי גְזֵלָה גּוּזָה"כ אֲתִיָּא לְקַרְנָן פְּעִין שְׂגָנָב דְּכָל שְׂנַשְׁבֵּר עֲפָה וּא"א שׁוֹב לְהַחְזִירוֹ אוֹקְמִיָה רַבְּנָן בְּרִשׁוּתִיָּה לְמַפְרַע פְּאֵלּוּ קְנָה אוֹתוֹ וְנִתְחַיִּיב הַדְּמִים וְהִלְכָּה שְׂפִיר אִמְרִינָן מְדַאגְבִּיָּה קְנִיָּה מִתְחַיִּיב בְּנִפְשׁוֹ כּו' דְּחַל עֲלֵיו לְמַפְרַע דְּמֵי תְּמוּרַת הַחֲפֵץ מִשְׁעַת הַגְּבִיָּה וּמַה שְּׂאָכֵלּוּ אַח"כ בְּחַיִּיב מֵיִתָּה אִין זֶה רַק פְּאָדָם הָעוֹשֶׂה בְּשְׂלוֹ וְלֹא מְהַנִּי לְפִטוֹרוֹ מְדָמִים שְׁנַתְחַיִּיב בְּשְׁעַת הַגְּבִיָּה וּלְפ"ז א"ש דְּעַת הָרַמְבַּ"ם כַּמ"ש הַכ"מ דל"ג וְהִינּוּ דר"פ וְשְׂפִיר פֶּסֶק דְּמִשְׁתַּעֲבָדֵי נְכָסִים מִשְׁעַת שְׂאֵלָה וְאִפ"ה שְׂפִיר פֶּסֶק כר"פ דְּבִשְׂאֵלָה קי"ל דְּאִין מְשַׁלֵּם רַק כְּשְׁעַת הַפְּשִׁיעָה וְהִינּוּ מְדָמִים דְּאִין שְׂהַשְׁעִיב חַל מִשְׁעַת שְׂאֵלָה מ"מ ל"א דְּאוֹקְמֵי בְּרִשׁוּתִיָּה מִמֶּשׁ לְמַפְרַע וְעִיקָר הַחַיִּיב הוּא עַל שְׁעַת הַפְּשִׁיעָה וְכִינּוּן שְׂבִשְׁעַת הַפְּשִׁיעָה יֵשׁ פֶּאֵן חַיִּיב מֵיִתָּה אִמְרִינָן בְּדָמֵי קְנִיָּהוּ וְאִין זֶה דּוּמָה לְשָׂאָר אֲוֹנְסִין שְׂאִפִּילוֹ הַיּוֹרְשִׁין חַיִּיבִין לְשַׁלֵּם דְּמַחַיִּים אֲשַׁתְּעֲבָדֵי נְכָסִיו לְאוֹנְסִין אֲבָל הַכָּא שְׁנַטְבַּחָה בְּשִׁבְתָּה הָיִי פְּאֵלּוּ קִיבֵל בְּעַל הַחֲפֵץ אֵת הַדְּמִים בְּעַת הַפְּשִׁיעָה וְנְכָסִים דִּידָהָ לֹא אֲשַׁתְּעֲבָדוּ אֲלָא עַל חַיִּיב אֲוֹנְסִין שְׂהוּא מִתְחַיִּיב עֲלֵיהֶם בְּעַת הָאוֹנְסֵי אֲבָל בְּזֶה דְּהָיִי פְּנִתָן דְּמִים אִין פֶּאֵן שְׂיַעֲבּוּד פְּלָל: וּבְאִמַּת גַּם לְפַמ"ש הַכ"מ וְהַמ"ל צ"ל דס"ל דְּטְבִיחָה בְּשִׁבְתָּה לֹא דְּמֵי לְאוֹנְסֵי מְשׁוּם דְּלֹא נִתְחַיִּיב מִתְחַלָּה רַק עַל אֲוֹנְסִין שְׂיַבּוּאוֹ וְהוּא מִתְחַיִּיב בְּהֶם אֲבָל לֹא חַל הַשְׁעִיבּוּד עַל אֲוֹנְסִין שְׂהוּא פִטוֹר וְכִינּוּן דְּטְבִיחָה בְּשִׁבְתָּה בְּפִטוֹר הוּא מְעִיקָרָא לֹא נִשְׁתַּעֲבָד ע"ז אֲלָא שְׂיֵשׁ לְפַקְפַק בְּזֶה וּלְפַמ"ש דְּהָדָּ דְּטְבַח בְּשִׁבְתָּה ל"ד לְאוֹנְסִין מְשׁוּם דְּבְדָמֵי קְנִיָּהוּ א"ש טְפִי וְדוּק: וְגַם לְכַאוּרָה מְשַׁמַּע הַכִּי מְהָא דְּאִיתָא בְּב"ק דָּף י"א אִין שְׁמִין לְגָנָב וְלֹא לְגַזְלָן וְכַתְּבוּ הַתּוֹסְפוֹ שֵׁם וְאֵע"ג דְּקי"ל יֵשׁב כּו' גָּנָב וְגַזְלָן שְׂאִי כּו' דְּקָנִי מִיָּד כְּשֶׁהוֹצִיאֻ אוֹ מִרְשׁוֹת בְּעֵלִים כּו' וְה"ט דַּמ"ד אָף לְשׂוֹאֵל פִּינּוּן דְּנִתְחַיִּיב בְּאוֹנְסִין נִמְצָא שְׂקָנָאוּ מִשְׁעָה שְׂהוֹצִיא מִיָּד הַבְּעֵלִים וְהַדְּמִים הוּא דְּנִתְחַיִּיב פֶּמוּ גָּנָב וְגַזְלָן עכ"ל.

וְלְכַאוּרָה אִין מוּבָן לְדַבְרִים אֵלּוּ דְּהָא לְהִדְיָא אִמְרִינָן דְּלֹא אוֹקְמֵי בְּרִשׁוּתִיָּה רַק לְעַנְיָן אֲוֹנְסִין אֲבָל לְעַנְיָן מִקְנָה בְּרִשׁוּתִיָּה דְּמָרָא הוּא אִפִּי גַבִּי גָּנָב וְגַזְלָן וּמכ"ש שׂוֹאֵל וּלְפַמ"ש א"ש דְּנִדְּאִי כ"ז שְׂהוּא בְּעִין בְּרִשׁוּתִיָּה דְּמָרָא הוּא אֲבָל אִם מַת אוֹ נִשְׁבֵּר שְׂנַשְׁתַּנָּה אִמְרִינָן דְּהַשְׁיָנוּי קוֹנָה לְמַפְרַע מִשְׁעָה שְׂהוֹצִיאֻ מִיָּד הַבְּעֵלִים וְנִתְחַיִּיב בְּדָמִים תְּמוּרַת הַחֲפֵץ וּמְחַוֵּיב לְסַלְקוֹ בְּזוּזֵי פֶּמוּ ב"ח וּמוּכָר וְכֵן הַפְּחַת עַל הַגְּזֵלָן וּמ"ד אָף לְשׂוֹאֵל אֲפִשֵּׁר דְּסַבֵּר אָף בְּשׂוֹאֵל אִמְרִינָן הַכִּי שְׂנַקְנָה לוֹ לְמַפְרַע מִשְׁעַת שְׂאֵלָה וְלֹא קי"ל הַכִּי דְּאִפִּילוֹ לְמ"ד מִשְׁעַת מְשִׁיכָה חַיִּיב בְּאוֹנְסִין אִינוּ רַק דְּמִשְׁעֲבָדֵי נְכָסִים אֲבָל לֹא לְאוֹקְמֵי בְּרִשׁוּתִיָּה לְהִיּוֹת קְנוּי לּוֹ: וּבְהַכִּי א"ש דְּבָרֵי הַתּוֹסֵ' שְׂכַתְּבוּ וְהִינּוּ טַעְמָא דְּגָנָב וְגַזְלָן קְנוּ מִיָּד כּו' וְלְכַאוּרָה הוּא אָף לְמוּתֵר דְּבִפְשִׁיטוֹת הו"ל לְמִימֵר טַעְמָא מְשׁוּם דְּשִׁינּוּי קוֹנָה וְכַדְּאִיתָא לְהִדְיָא בְּב"ק דָּף צ"ו דְּמוּכִיחַ הַש"ס דְּשְׂמוּאֵל ס"ל שְׁיָנוּי קוֹנָה מְדַאֲמֵר אִין שְׁמִין לְגָנָב כּו' ע"ש וְלָכֵן נִרְאֶה דְּהַתּוֹסֵ' קִשְׂיָא לְהוּ נְהִי דְּשִׁינּוּי קְנִי וְהָיִי דִּידָן מְהַשְׁתָּא מ"מ לְמָה לֹא יִפְרַע לוֹ אִפִּי סוּבִין פֶּמוּ מְזִיק וּכַמ"ש הַתּוֹסֵ' בְּב"ק דָּף צ"ו שְׂהַקְשָׁה רַבִּינוּ שְׂמוּאֵל עַל רַש"י וְלָזָה בָּאוּ לְיִישֵׁב דְּטַעְמָא דְּמִלְתָּא דְּגָנָב וְגַזְלָן קְנוּ מִיָּד כּו' וּמִשְׁעָה שְׂנַשְׁתַּנָּה קְנָה לְמַפְרַע וְנִמְצָא

הדמים הם חוב עליו פמו לוקח חפץ ונתחייב בדמי' דמחויב לסלקו בזווי משא"כ מזיק שלא עשה שום מעשה לקנות וזה פוננת התוספו' בב"ק דף ס"ח ד"ה מה טביחה כו' שפתיבו וקשה לפי' רשב"ם כו' וכן בב"מ שם פתבו ולפ"ז הא דפליג ר"א ואומר שמין לגנב יש להוכיח דשינוי אינו קונה כו' ולכאורה אינו מוכן דהא גם לפירש"י תליא מילתא בשינוי קונה כמבואר להדיא בב"ח דף צ"ד אף פוננתם דאליבא דרש"י י"ל דאף דר"א ס"ל ג"כ דשינוי קונה והיינו מפאן ולהבא הוא שלו ומ"מ שפיר שמין לגנב וגזלן דהיינו שיכול לסלקו בזה פיון דהמשלומין בתורת גזלה יכול לסלקו אפילו סובין והשתא אפילו אית ליה פמה נבלות כו' משא"כ להרשב"ם דס"ל דלענין הפחת מייירי ולר"א הפחת על הגזל אלמא דס"ל שינוי אינו קונה (ובאמת שצ"ע לענ"ד דמה בכך דשינוי אינו קונה אפילו בכחשא דלא הדר מ"מ הא ודאי דמודה דחייב באונסין אלו מתה או נשברה רגלה רק דאפתי הוי דמרה והוא צריך לשלם מה שעכשיו שנה פחות וא"כ פשיטא שצריך לשלם כשעת הגזלה כדאמרינן בב"מ דף מ"ג אי לימא בחדסר מי לית ליה מתני' דכל הגזלים כו' וא"כ פחת גבילה ג"כ הוא על הגזלן ואף דקאמר פתשה אומר הש"ל מ"מ למאי דס"ל לאפיי' דמייירי בכחשה דלא הדר אין ר"ל שלא יצטרף לשלם כלל כשמתה או נשברה רגלה דנדאי חייב באונסין אף שלא נאבד מן העולם לגמרי רק שר"ל לענין מה שאינו קנוי להגזלן אף פשיטא דלישנא דקאמר השביחה נוטל שבחו משמע דבכחשה דאומר הש"ל פטור לגמרי ואין הפנאי מסכים עמדי לעיין בזה) דאל"כ פשיטא שהפחת על הגזלן אהא קשיא להו מדקאמר דטביחה אהני מעשיו אלמא דשינוי קני אכל לשיטת רש"י לק"מ דאיכא למימר דשמואל ור"א תרנייהו ס"ל שינוי קונה אלא בהך סברא פליגי דשמואל ס"ל דנקנה למפרע משעה שהוציאו מבית הבעלים כבע"ח וחיוב לסלקו בזווי ור"א ס"ל דשינוי קונה מפאן ולהבא ובעוד שהיה בעין אין פאן קנין נמצא מה שהוא מחויב לשלם הוא כמזיק ולכך ס"ל דשמין לגנב ולגזלן והארכתי בזה לפי שדברי התוס' סתומים קצת: וגם נראה דמסתייע הדין סברא דילי ממה דכתבנא לעיל שדעת רש"י והתוספות וידעת ה"ה הוא דעת הרמב"ם ג"כ דבא במחירת ונטל פלום ושיבר אף ששיבר אחר שיצא פטור והרז"ה העומד בפשיטה זו נדחק בטעם הדבר דהא אי איתא הדרא בעיניה ונהוא שעתא דתברה מגזל גזליה ולכן כתב דאף אי איתא בעיניה חומרא הוא והרמב"ן השיג עליו בזה דמשמע מש"ס דמדינא הוא וכ"כ הר"ן ולפי מ"ש י"ל דדעת רש"י והתוספות והרמב"ם דהיכא דאיתא בעיניה מדינא רמי עליה חיובא ואזלי ומודו בזה לסברת הרמב"ן ומ"מ ס"ל דכל ששיבר אף שהשבירה הייתה אח"כ מ"מ פיון דמהשתא קם ליה החפץ ברשותו למפרע רק דמים הוא דנתחייב לו ונהו פליתא בעינא בשעת חיוב המיתה והמיתה פוטרתו משלומין והא דקי"ל בהוקרה בשעת שבירה משלם כדהשתא מטעמא דכל פמה דאיתא בעינא ברשותיה דמריה הוא ונהוא שעתא דתבריה מיגזל גזליה היינו דעיקר גזלת המזון הוא באותו שעה וכיון דהשתא הוא דגזליה אע"פ שזה גורם קנין החפץ למפרע מ"מ מתחייב בדמים ששנה בשעת היזק המזון שמזיקו עכשיו ומ"מ בין בהוקרה בין בהוזלה אמרינן שנקנה לו החפץ למפרע ובשעתא דגנב הוא מתחייב או שייחזור החפץ או אם יאנס ויאבד ישלם דמי שוי' והחפץ יהא קנוי לו באותו שעה שהוציאו מבית בעלים וכיון שכן השתא שושבר רמי חיובא למפרע רק על דמים לבד וכיון דאיכא חיוב מיתה פוטרתו מחיוב תשלומין: ובלא"ה

צָרִיף לְהַבִּין בְּהֵא דְקָאָמַר רַב אֶפִּילוּ נָטַל וְהַתּוֹסְפוֹת הִקְשׁוּ דְהָא גִזְלוֹן לִפְנֵי יָאוֹשׁ גַּם רַב מוֹדֵה דְלֹא קִנְיָה וְכִתְבוּ לְחַלְקֵי בֵּין הֵיכָא דְבַעֲי הַתְּרָאָה עַכ"פּ מִבְּנֵי דְעֵיקָר הִקְנִין הוּא רַב מִצַּד חַיִּיב הַמֵּיתָה אֲבָל בְּלֹא הַמֵּיתָה אֵין פֶּאן מְקוּם לְקַנְיָן כְּלָל וְכִף מוֹרָה פְּשִׁיטוֹת לִישְׁנָא דְרַב דְאָמַר בְּדַמֵּי קִנְיָנְהוּ וַיֵּשׁ לְתַמּוּה דְהָא עֵיקָר רְאִינְתֶם מַיִשׁ לוֹ דְמִים וְנֶאֱנָסוּ דְחַיִּיב דְמִזְה מוֹכַח דְבְרִישׁוּתִיה דְגִזְלוֹן קָאֵי אַף שְׁאִין פֶּאן חַיִּיב מֵיתָה כְּלָל דַּא"כ לְמָה יִתְחַיִּיב בְּאֶנְסִין דְהָא הו"ל כְּפִקְדוֹן גְּבִיָה דְהָא לֹא ס"ד לְחַיִּיבוּ מִטַעַם שׁוֹאֵל שְׁכָל הַנְּאָה שְׁלוֹ וְהָר"ן בְּחִידוּשׁוֹ פֶּתַב גַּם כֵּן דְּוַדַּאי אֵין מְקוּם לְקַנְיָן כ"א הֵיכָא דְאִיפָא חַיִּיב מֵיתָה וְכִתְבֵּי בְּדוּחַק לְהַסְבִּיר דְבָרֵי הַש"ס דְקָאָמַר דְהָא יֵשׁ לוֹ דְמִים כו' ע"ש שְׁאִין הַדְּבָרִים עוֹלִים ע"פ פִּירֶש"י ו"ל וְצָרִיכִין אָנוּ לִישׁב פְּשָׁטָא דְשְׂמַעְתָּא ע"ד פִּירֶש"י ו"ל וְנֶרְאִין הַדְּבָרִים דְּוַדַּאי אִם נֶאֱמַר דְגִבֵּי גִזְלוֹן אֵינוּ תוֹפְסִים שְׁם קַנְיָן כְּלָל בְּעַת הוֹצָאָה מִבֵּית הַבְּעָלִים פְּשִׁיטָא דְאֶפִּילוּ אִיפָא חַיִּיב מֵיתָה לֹא מְהֵי לְקַנּוֹת כְּמוֹ אִם מְקַבֵּל פְּקֻדוֹן וּבְעַת הַפְּקֻדוֹן הוּטַל עָלָיו חַיִּיב מֵיתָה דַּמ"מ אֵין קוֹנְהַּ הַפְּקֻדוֹן דְאֵין פֶּאן מִשׁוּם חַיִּיב שְׁנֵי רִשְׁעִיּוֹת דְמָה שְׁהַפְּקֻדוֹן חוֹזֵר לְבַעָלִים אֵין זֶה מְחַמֵּת חַיִּיב הַשֶּׁבַע עָלָיו רַב דְּמַמְיֵלֵא הֵדֵר הַפְּקֻדוֹן לְמַרְיָ דְלֹא נִפְיֵק מְרִשׁוֹת הַנְּפֻקָד כְּלָל רַב אִם נִימָא דְגִזְלוֹן יֵשׁ לוֹ תְּפִיסַת יָד וְקַנְיָן בְּחַפְזָא הוּא אֵלֵא שְׁחַל עָלָיו חַיִּיב הַשְּׁבָה מִמְיֵלֵא הֵיכָא דְבַהֲהִיא שְׁעַתָּא אִיפָא חַיִּיב מֵיתָה נִסְתַּלַּק מֵעָלָיו חַיִּיב הַשְּׁבָה וּמִמְיֵלֵא הַקְנִין בְּמְקוּמוֹ עוֹמֵד וְשִׁפִּיר קִנְיָ לִיהַ ע"ז מִיֵּיתִי רְאִיָה מַיִשׁ לוֹ דְמִים וְנֶאֱנָסוּ דְחַיִּיב דְאִם אִיתָא שְׁאִין פֶּאן קַנְיָן נְהִי שְׁעַל פְּשִׁיעָה וּגְנִיבָה וְאִבְיָדָה חַיִּיב פִּינוֹן שְׁסִילַק מֵעָלָיו שְׁמִירַת הַבְּעָלִים נִכְנַס תַּחְתּוֹ מ"מ בְּאֶנְסִין לְמָה יִתְחַיִּיב דְמָה לִי הֵכָא וְמָה לִי הֵתֵם וְע"כ לֹמַר דְקִנְיָ לִיהַ מִשְׁעַת הוֹצָאָה מִבֵּית הַבְּעָלִים אֵלֵא שֶׁא"א לְקַנְיָן שְׁיַחְוִל כ"ז שְׁהַחְפֵּץ בְּעֵין שְׁהָרִי הוּטַל עָלָיו מְצוֹת הַשְּׁבָה וּבְכָל שְׁעַתָּא בְּעַמּוּד וְהַחְזִיר קָאֵי וּמִתְלִי תְלִי וְקָאֵי וּלְכִי מְקַנְיָן חַיִּיל הַקְנִין לְמַפְרַע שְׁהָרִי זֶה פְּקוּדָה הַחְפֵּץ מֵעַכְשָׁיו ע"מ שְׁיַחְזוֹר גּוּף הַחְפֵּץ אוֹ דְמִים וּלְכִף הָאֶנְסִין חַיִּילִי עָלִיהַ דְגִזְלוֹן מְפָנִי שְׁהוּא קַנְיָנוּ.

וְהַלְכָהּ הֵיכָא דְאִיפָא חַיִּיב מֵיתָה דְאֵין פֶּאן הַתְּחַלָּה לְחַיִּיב הַשְּׁבָה כְּלָל מִמְיֵלֵא שְׁחַל הַקְנִין מִיָּד וְא"צ לְהַחְזִיר כְּלָל. וּבְהַכֵּי א"ש מ"ש הַתּוֹסְפוֹת גְּבִי הַנִּי דוּכְרִי דְלָמָה לֹא קַבְּלִינְהוּ רְבָא הָא אֲתַנְן אֲמָרָה תוֹרָה כו' וְחַיִּיב לְצַאת י"ש וּלְפַמ"ש י"ל דְכִינּוֹן דְנִפְיֵק מִפְּנִיָה דְרַב שְׁהֵם קְנוּיָם לוֹ קַנְיָן גְּמוּר לְפִי שְׁלֹא חָלָה מְצוֹת הַשְּׁבָה א"כ אַע"ג שְׂאֵם בָּא לְצַאת י"ש צָרִיף לְהַחְזִיר מ"מ אֵין זֶה מְעַכֵּב עַל הַקְנִין שְׁיַחְוִל וְאִם בָּא לְהַחְזִיר לְצַאת י"ש צָרִיף לְהַחְזִיר וּלְהַקְנוֹת לוֹ בַּק"ג וְהַנִּי גְּבִי לֹא בָּאוּ לְהַקְנוֹת לוֹ בְּתוֹרַת קַנְיָן רַב בְּתוֹרַת הַשְּׁבָה לְבַד וְחַשְׁשׁ רְבָא לְדַרְב וּלְכִף לֹא קַבְּלִינְהוּ מִשֶּׁא"כ גְּבִי דְאֲתַנְן וּשְׂאֵר דוּכְתִי ל"ש לְמִימַר הֵכִי וְאֵין לְהַאֲרִיף: וְרִאִיתִי בְּדְבָרֵי הָרֵא"ש בַּב"ק דָּף ס"ה שְׁכ' דְאָמַר רַב בְּשׁוּי ד' וְהַשְׁתָּא זוּזִיא מְשַׁלֵּם כְּעֵין שְׁגָב מִקְלָתָא דְפְּשִׁיטָא הוּא דְאֵילוּ אֲתַבְּרָה מִמְיֵלֵא ע"כ מְשַׁלֵּם ד' דְּבִשְׁעַת שְׁבִירַת' לֹאוּ מִיָּדִי עֶבֶד וְאֶפִּי אִיתְּבַר בְּפְּשִׁיעָה דְגִזְלוֹן לֹא מְקַבֵּל עָלָיו שְׁמִירַתָּה וְאֲשַׁעַת גִּזְלָה מְחַיִּיב לִי וְהוּא שְׁעַתָּא הוּי שְׁוִי אַרְבָּעָה וּכ"ש אֵי תַבְּרָה אוֹ שְׁתִּי הֵנָּה מְשַׁלֵּם דַּא"כ מְצִינוּ חוּטָא נְשָׁכָר וּגְנִיבָה וְחַיִּים לֹא אֲתִי אֵלֵא לְדִיוקָא דְכַפֵּל דְלְגוּפִי לֹא אִיצְטְרָף כְּדְפָרְשִׁית כו' ע"ש וּמִקְלָתָא דְפְּשִׁיטָא לִי מִיבְעִיא לִי טוּבָא דַּמ"ש דְאֵילוּ אֲתַבְּרָא מִמְיֵלֵא מְשַׁלֵּם ד' דְּבִשְׁעַת שְׁבִירַתָּה לֹאוּ מִיָּדִי עֶבֶד כו' רוּאָה אֲנִי שְׁלַכְאוּרָה דְבָרִיו הֵם כְּדְבָרֵי הַש"ס בְּסִנְהֶדְרִין אֲלִיבָא דְרַב דְאֶמְרִינוּ פִּינוֹן דֵּינֵשׁ לוֹ דְמִים וְנֶאֱנָסוּ חַיִּיב אֲלַמָּא בְּרִישׁוּתִי קִנְיָמִי וּפִירֶש"י וְלֹא אֶמְרִינוּ דְהוּי פְּקֻדוֹן גְּבִי וְאֶבְדוּ לְבַעָלִי וְרוּצָה לְהוֹכִיחַ מִזְה

דנקנו לו בשעת גזילה ואמרנו שם ולא היא פי אוקמי' רחמנא ברשותי' לעננו אונסין כו' מידי דהוי אשואל ופירש"י דכיון דכל הנאה שלו אוקמי' רחמנא ברשותי' לעננו אונסין כו' הרי מבואר דלאו אשעת גזילה מחייבין לי' רק משום דהוי פשואל ובשואל קי"ל דאזלינן בטר שעת אונסין ולא בטר שעת שאלה ומ"ש דגזלן לא מקבל עלי' שמירתה זהו לכאורה נגד דברי הש"ס דקאמר מידי דהוי אשואל אלמא אע"ג דאיהו לא קיבל עליו נטירותא מ"מ חל עליו מחמת שגזל או שלח יד וכל הנאה שלו והא דאמרנו בכל דוכתי מדאגביל קניה היינו שמאז נתחייב בכל אונס שאירע אח"כ ומ"מ אינו מחוייב לשלם כפי שו"י בשעת מעשה ואמנם לפ"ז צריף להבין בהא דקאמר רבא ולא היא פי אוקמי רבנו ברשותי' לעננו אונסין אבל למיקני לא מידי דהוי אשואל ופירש"י מטעם שכל הנאה שלו א"כ לפי דברי רבא אין פאן קננו בגוף החפץ למפרע רק בההוא שעתא דמתניס מתחייב עלה כמו שואל (ומ"מ אין לדחות בזה מ"ש ליישב דברי התוס' ברבועה דהתם ר"ה תלמודו דרב קאמר וס"ל פרב בהא דגזלן יש לו קננו בגוף החפץ) וא"כ צ"ע דהא בההיא דאין שמין לגנב כו' קי"ל דלגנב ולגזלן הוא דאין שמין אבל לשואל שמין וכבר פתבתי דהא תליא בהו סברא אם נאמר שחל הקננו בשעת הוצאה מבית הבועלים הלכף אין שמין והיינו דמתקנינו בין גנב לשואל והתם בסנהדרין דק"ל פרבא דדוקא שבר א"כ ע"כ לומ' דחייב האונסין מטע' דהוי פשואל אתינן עלה ועיקר חיובו משעת אונס משום דכל הנאה שלו א"כ למה אין שמין לו השבר' כמו לשואל וכן בההיא דתבר' או שתיה דגנב קי"ל אתיא לקרון כעין שגנב אף אם איתבר ממילא משלם ד' פשעת הגניבה אלמא דגנב אמרינו דקני למפרע משעת גניבה ולפי מה דקאמר בסנהדרין דטעמא דחייב באונסין משום דהוי פשואל תיקשי טפי דהא בשואל קי"ל דאין משלם כ"א פשעת הפשיע' וצ"ל דלא מדמי לה לשואל אלא לומר דאע"ג דלא הנה קננו שלו בעודה בעין מ"מ חייב באונסי מטעם דכל הנאה שלו כמו שואל ומ"מ פיון שנתחייב בתשלומי החפץ מחייבין לי' על שעת גזילה דאתי' לקרון כעין שגנב ואין לדמותו לעננו זה לשואל ומש"ה נמי אין שמין השבר' דהא מחייבין לי' דמי שווי' אההיא שעתא דגזלי' ומ"מ אם לא שבר אינו פטור דכפקדון הוא גביה: והנה מבואר ממה שפתבתי דגם בשאלה משמעבדי נכסי' משעת שאלה ולפ"ז הנה לנו לומר דגם לעננו יוקרא וזולא אזלינן בטר שעת שאלה ובש"ף סי' רצ"ה דמבואר דשומר' משלמין משעת פשיע' ועיין בקצה"ח סי' רצ"א שהאריף בזה דלכאורה מ"ט בגזילה משלם פשעת הגזילה וע"ש מה שהביא בשם הרמב"ן והריטב"א ונלענ"ד לפמ"ש הש"ף סי' רצ"א לחלק הא דבמלנה משמעבדי נכסי' מיד משא"כ בפקדון ושאלה לדעת הפוסקים דמשעת אונסין משום דמלנה להוצאה ניתנה משא"כ שאלה ופקדון דהדרא בעיני' ולפ"ז אף לפמ"ש הכ"מ וכ"כ בשם הריטב"א דחייב בפועל מתחיל משעת אונסין הוא מה"ט דכ"ז דאית' בעיני' ל"ש חיובא ולפ"ז י"ל דבגזלן ושולח יד דמי בזה למלנה דלהוצאה ניתנה דהרי הגזלן לוקח החפץ ע"מ להחזיקו לעצמו ואנו דנין כפי מחשבתו שמתזיק בחפץ הרי החייב עליו שישלם את דמיו ואין חילוק בין מלנה לגזלן אלא דבמלנה הוא להוצאה מרצון הבועלים ובגזלן הוא רוצה להוציא לצרכו שלא ברצון הבועלים וסוף סוף לפי רצונו ודעתו הוא מתחייב בדמיו כפי שיווי החפץ בשעת הגזילה ולא דמי לשאלה שהרי גם הוא אין דעתו להחזיק בחפץ כלל רק לתשמיש בלבד ואין פאן חיוב דמי' כלל עד שעת האונס וזה

ברור לענ"ד ועיין בב"ק גבי הא דמחלק היכא דנחית אדעתא דגזלנותא וביין היכא דנחית אדעתא דאגרא: והנה מ"ש הרמב"ן והריטב"א דמ"ש גזלן משואל דמשלם פיוקרא דשעת פשיעה אף דאיתבר ממילא י"ל דלכאורה קשה למה גבי שואל יצטרף לשלם כשעת פשיעה אף שנתניקרא דשמא לא קיבל שמיר' כ"א פפי שיווי דשעת השאלה וכדאמרינו בנותן דינר זהב ואמר הזהירו של פספס דאמרינו לא קיבל נטירתא דדקבא אף שפשע בו ודווקא מזיק בידיים חייב וצ"ל דהנה פאלו התנה מתחלה שאם תאנס יתחייב לשלם וא"כ הוי פקיבל עליו שישלם פפי השווי דשעת אונסין ולפ"ז קשה מאי קאמר בסנהדרין דחייב באונסי' מידי דהוי אשואל ומה דמיון הוא לשואל שמקבל שמירה משא"כ גזלן שאינו שומר כמ"ש התו' בהכונס דף נ"ו והרא"ש בפירק מרובה שהבאתי לעיל וצ"ל דנדאי גם גזלן פיון שגזול החפץ מבצעלו ומסלק מעלו שמירת הבעלים ונכנס הוא תחת הבעלים לכך אוקמי רחמנא ברשותיה בע"כ להיות שמירת החפץ עליו וכיון דכל הנא' שלו הוא מתחייב באונסין ג"כ והיינו דאמרינו מידי דהוי אשואל אף דמ"מ ליכא למימר גבי' דהנה פהתנה שיתחייב פשווי' דשעת אונסין שהרי הוא מדעתו לא קיבל עליו שמירה כלל רק שהתורה הטילה עליו חיוב השבירה מחמת שבכח אלמותו סילק שמירת הבעלים ממנו א"כ אין מקום לחייבו על שעת האונס דהא איהו לא עביד מידי ולא קיבל שמירה רק שהוטל עליו חיוב שומרין בעת שגזול וא"כ אם נתניקרא אח"כ אין מקום לחייבו דאף בשואל אין לחייבו רק משום דהוי פקיבל שמירה מעת שאלה עד עת החזרה וזה לא שניי' בגזלן שאין בדעתו להחזיר כלל: ועוד נלענ"ד בהך דינא דשני ארבע ובשעת שבירה זוזא דמשלם ד' ולא מהני בגזלן שישלם פלי אחר ממש כזה וכמ"ש בקונטרסי הראשון דמוכח מפ' כל שעה אף בשעה זוזא ובשעת שבירה ארבע ובשעת תשלומין זוזא נראה דשפיר מהני שישלם פלי אחר או זוזא דלענין השבת הגזילה הרי משלם כעין שגזול ולענין חיוב ההזיק שהזיק לחבירו בעת השבירה מתחייב מטעם מזיק ובמזיק מהני פשמשלם חפץ אחר כזה שהזיק וכיון דמהני להחזיר החפץ כזה והשתא שנה זוזא הרי יכול לקנות חפץ כזה ועיין במחנה אפרים ריש הלכות נזקי ממון שפכת שיש דעות בזה ולענ"ד נראה דמזיק אין דינו בגזלן לענין זה וכמ"ש שם מדברי רש"י והתו' וכן נלענ"ד בשומרי' שמשלם כשעת הפשיעה אף שנתניקרא אז מ"מ אם בשעת התשלומין הוזל ועומד כדמעיקר' או אפ"ל הוזל יותר מדמעיקרא א"צ רק לתת לו כשעת התשלומין דהא קיבל שמירה על חפץ זה ואם נאבד הוא מחויב להעמיד לו חפץ אחר כזה וכל שנותן לו חפץ אחר כזה הוא נפטר בכך וכן מבואר בהנהו שקולאי דתברי חבית' דחמרא ע"ש בב"מ דף צ"ט ובאשר"י שם ובמחנה אפרים שהבאתי לעיל ועיין בקצה"ח סי' ד"ש שתמה על ה"ה דהא לא קי"ל כר"ע דאמר פיום התביעה ודבריו תמוהים דכוננת ה"ה דסגי כשישלם חביות כמה שהזיק ולא דמי לגזלן דהקא אינו רק פושע ודווקא גזלן שרוצה לזכות בחפץ וא"כ מאי ראי' מיייתי בקצה"ח מדאמרינו הלכה כב"ה ודלא כר"ע דאמר מיום התביעה ובאמת אין גושפי' כלל דהתם בשולח יד מייירי דה"ל גזלן פמבואר שם משא"כ בהך דשברו חבית יין שפכת ה"ה דלא דמי לגזלן מטעם שפכתתי וממילא שמינושב גושפי' הרמב"ן והריטב"א דמ"ש גזלן משואל לענין יוקרא ולפמ"ש א"ש בפשיטות דשואל חיובו על גוף החזרת החפץ ואם נאבד חיובו להחזיר חפץ כזה ומה"ט מהני אפ"ל חזרת חפץ כזה והלכך אם הוקר בשעת שבירה וגם היא פיוקרא בשעת

תשלומין ומשלם כדהשתא שהרי חל עליו חיוב השבת חפץ פנה משא"כ בגזלן דדרשינו מאשר גזל פועין שגזל דלא מהני חזרת חפץ פנה רק הדמי' ששונה בעת השבירה הלפף באיתבר ממילא דלא עביד מידי אף שהוקר משלם כדמעקרא שהרי אין מוטל עליו חיוב לתת לגזל חפץ פנה רק דמים וחומר הוא לגביה היכא שהוול בשעת שבירה ותשלומין: ולכאורה י"ל בטעמא דגזל ושוני ד' ואח"כ זוזא דמשלם בשעת הגזילה דמההוא שעתא אישתעבדי נכסי' על ד' זוזי ולא דמי להלונא דאע"ג דבההוא שעתא דלנה אשתעבדי נכסי' מ"מ הית' הלונא ד' ע"מ לשלם לזמ"פ וקי"ל ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואף למ"ד למפרע מ"מ הרי בפירו' מחייב עצמו לשלם לזמן פלוני ולא חגיל השעבוד רק כפי שיהיה אז משא"כ בגזלן דלאו אדעת' דלאהדורי שקיל הלפף אע"ג דאית' בעיני' רמי שעבודא אנכסי' והשעבוד הוא כפי השיווי שהוא בשעת הגזילה פינו שזין לו זמן אחר לפרעון כלל ולכך משלם בשעת הגזילה וקצרת' ונהה בהא דאמרינו בב"ק אין שמין לגנב כו' כתב בש"פ סי' שנ"ד להקשות על הרמ"א שכתב דדוקא באית לי מעות דזה לשיטת הרמ"ה דקאי בשיטת הרשב"ם אבל לשיטת רש"י ודעימ' לעולם אין שמין השברים ולענ"ד ז"א דנדאי צריף ליישב לשיטת רש"י מה שהקש' הרשב"ם דגם בגזלן משלם אפי' סובין דהא מבואר בש"ס דף צ"ד דטעמא דאין שמין משום שנוי קונה וא"כ מה בכך שקונה השברי' הרי אפי' פמה גבלות דידנ' יחיב לי' וע"כ לומר דמייירי באית לי מעות אף הרשב"ם דמקשה על רש"י סובר דהא דמרבין ישיב אפי' סובין היינו אפי' אית לי מעות למזיק וה"ה לגזלן דהני דינא הכי אע"ג דאית לי מעות וא"כ אדרבא פסק הרמ"א פ"ש"י ודלא כהרשב"ם: אף גלענ"ד שהוצרכו התוס' להאריך בטעם משום דגזלן קנה מיד ולא כתבו בפשיטות משום דקונה בשיוני וממילא שאין יכול לסלקו בשברי' פינו דאית לי זוזי משום דאע"ג דקונה השברי' ונהה פקונה חפץ מחבירו שצריף לסלקו במעות אי אית לי זוזי כמו ב"ח מ"מ היינו לענין דמי שונו' של השברים אבל מ"מ ההיזק שעשה בשביר' זו יש עליו דין מזיק וא"כ מה שהשברים פחותים מדמי כלי שלם היה יכול לסלקו בשברים כדן שאר מזיק וע"ז צריף לבא מטעם הירושלמי דכתיב חיים ישלם שאר תמורת דמי ההיזק שעשה הגזלן צריף לשלם בדמים ולא בשברים אלו או שאר שבריו שיש לו ולזה הוצרכו לטעמא דקונה מיד והיינו דשאני מזיק שאין לו קנין כלל אבל גזלן אע"ג דכל פמה דהוא בעיניה ברשות' דמריה הוא השתא דאזקי' נקנ' לו למפרע וא"א לומר דמהני קנין משיכתו והוצאתו מבית הפעלי' שיהא קנוי לו בעת שבירתו ז"א דהא בההוא שעתא פלטה משיכתו והני פאומר משוה פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים דאי אמר מעכשיו קנה ואם לאו פלטה משיכתו וא"כ עכ"פ בגשבר מאליו אין פאן חיוב: ומה שכתבת ליישב קושיותי על התוס' בב"ק דף צ"ו עפ"י דברי הפ"ח סי' שס"ג גבי האי דאדקי' באינדורנא כו' ורצית ליתן טעם בזה למ"ש היכא דבשעת גזלה שנה ד' ולכתר זוזא משלם ד' משום דבשעת הגזלה ה"ל כמזיק ביזים ולכך חייב אף הזולא דגרם לו אי לא גזל הי' מוכר החפץ בשעת היקור והארכתי בזה ונהה לדבר יך בגזל חפץ והוול או מטבע ונפסל אף דאיתיה בעיני' מ"ט מצי א"ל הש"ל הא גרם לו היזק שהיה יכול למפור החפץ בשעת היקור או להוציא המטבע קודם שנפסל שהרי ע"כ לומר דמה שהוא מעוכב ביז הגזלן עד שעת השבה חשוב כמזיקו ביזים וכה"ג ל"מ אמירת הש"ל כמבואר למענין בב"ק דף מ"ד ודף צ"ח דרבנן סברי אין

גומרין כו' אי הנה גבאי הנה מעריקנא ליה כו' ואף לפמ"ש רש"י שם דמיינרי שהתפיסו
ביד ב"ד בידן' מ"מ הרי פאן נמי צ"ל דעפכה זו פמזיק בידיים הוא וא"כ אין חילוק בין
איתן' בעינן' וליתא בעינן': ואמנם דבר זה קשה על הגאון מוהר"י באו"ת שמוכח מתוס'
דלא כרש"ל דאל"כ מאי קשי' להו מגזל דבגזל חייב דאי לא גזל הוי מוציא המטבע וגר'
לו הוזק וז"א דאי מה"ט אתינן עלה א"כ אף אם הוא בעין מ"ט מצי א"ל הש"ל וכן
תיקשי בחמץ בפסח וכל הני דמתני' מ"ט מצי א"ל הש"ל דהא מצי טעין הוי אכילנ' קודם
פסח וכדומה ועיין בדברי הבעל המאור וקרב"ב"ן במלחמות פרק שור שנגח דו"ה ואיפכא
הוי לי' לאקשוני דאי פסברת מהרש"ל מ"ט בגזל מצי א"ל הש"ל אף לענ"ד סברת רש"ל
בזה א"ש לפמ"ש הרא"ש דחצר דקימא לאגרא ולא עביד למיגר חייב אע"פ שעל
החפרון אינו חייב מ"מ חייב על שאכל חסרונו של זה אע"פ שזה מוציא לשפור במקום
אחר וא"כ בהלנואה כה"ג ודאי יש לחייבו על גרמא זו שהרי זה אוכל חסרונו של זה
שזה הוציא המטבע בעת שלא נפסל וכו' והדברים דהתם אף שלא נהנה שה"ל לשפור
במקום אחר חייב וכ"ש הכא דקא משתרשי לי' ועיין בפ"ה ח"מ סי' ק"ז מ"ש ביתומים
שפרכו נכסי אביהם דהכא דקא משתרשי לי' אף בלא דינא דגרמי חייב וא"כ ה"נ אין
זה ענין לגזלן היכא דליתן' בעינא דהיינו אף שפאבד מידו מ"מ חייב לשלם אף שלא
נהנה כלל ואם איתא דדמי להלנואה א"כ ל"ל למימ' דינא דהש"ל דאפ"י נאבד רק שלא
נהנה חייב ולכ"ה הוצרכו התוס' לתרץ דטעמא משום דבגזילה משלם כדמעיקר' וזה ברור
ובזה יש ליתן טעם לדברי הרמב"ן שכ' דאם הוא בעין אף במלנה אומר הש"ל וכבר
כתבתי שלכאורה טעמא בעי פנין דמלנה אינו ברשות בעלים ולפמ"ש י"ל פנין שהוא
בעין אצלו א"כ לא נהנה כלל ולא הוי רק כמו גרמא משא"כ היכא שאינו בעין ס"ל
דמחייב לשלם מה שנהנה: ומ"ש בקצה"ח לתמוה על הב"ח דטעמא משום דאין שבת
בבהמה ובשאר ממון רק באדם יש שבת תמה אני עליו דהא להדיא מבואר בהרא"ש
דאף באדם דמחייב לי' משום שבת היינו דנוקא פשהביאו ממקום אחר דאל"כ הו"ל
גרמא אלמא דכל היכא דהוי גרמא אף באדם אינו חייב משום שבת וכינן דהרא"ש כ'
דגם בגירש חבירו ונעל בפניו ה"ל גרמא א"כ שפיר קשי' לי' דלמה יתחייב משום
שבת אף באדם דהב"ח ס"ל דמה שגירש חבירו מביתו אינו דומה להביאו ממקום אחר
דהתם עביד מעשה בגוף האדם שביאו במקום אחר ועי"ז נמשך הנוקא אח"כ ג"כ
שמתבטל ממלאכתו ובתר מעיקרא אזלינן דעביד מעשה בגופי' וכמ"ש הרא"ש הרמב"ן
מפרק הנשרפין שהוא גברא דצמצמא לחיותי' דחבר'י בשמשא ומתה דהלכתא כרבינא
דמחייב דהוי גרמי ולא גרמא פי הוא עצמו עושה ההיזק לממון חבירו שהוא מצמצם
בהמתו וברי הדיקא פי ודאי תמות וההיזק מתחיל מיד והולך וחוץ עכ"ל ולפ"ז ה"ה
בהביאה ממקום אחר למקום שסוף צינה לבא פנין שהוא עצמו עביד מעשה לברי הדיקא
שודאי יתבטל ממלאכתו ואף שאין ההיזק מתחיל מיד מ"מ פנין שסופו ודאי לבא חייב
משא"כ בגירשו מביתו שאין במעשה זו פדי ההיזק לומר שסוף ההיזק ודאי לבא עד
שנעל את הבית ואינו מניחו להכניס דיורים בתוכו ונראה שזה ג"כ פוננת הב"ח בזה:
ומ"ש בקצה"ח סי' שס"ג כ' על דברי הרמ"ה דמיינתי ראי' מהא דאדקי' באגדרונא שהוא
תימה דהא אדם באדם חייב משום שבת אבל בנועל חנות דה"ל אדם בשור פטור משבת
וכ"כ הרבה פעמים ומכלל דבריו נראה שגזירת הפתוב הוא דאין שבת בבהמה אלא

במקום שיש לחייבו משום נזק: ובאמת דברי הרמ"ה נכונים ומתחלה אבאר דברי הרא"ש בב"מ דף צ"ז שכ' והשוכר בהמה ועלה מכה ברגלי' בפסיע' פסקו חכמי צרפת כיון שסופה להתרפאות לא הוי אלא שבת דאדם בשור פטור ויש מחלקי' דודאי גבי אדם לא חשבינן לי' רק שבת דאינו עשוי למכור הלכך לא חשיב אפחתו' מכספא ועוד דדמני' יקרים והקונהו פוחת מעט מדמי' כיון דסופו לחזור אכל גבי שור נקרא נזק שעשוי למכור ונפחת מדמי' עכ"ל ומקור הדברים מדברי התוס' בגיטין דף מ"ב ע"ב ד"ה ושור כו' יש רוצין לפטור כו' דכי היכא דדרשינן ולא שור בעמיתו ה"נ דרשינן ולא איש בשור כו' ור"ח אומר דל"ש שבת אלא באדם דשבתו לא הוי בכלל נזק כו' אכל שור פשיטא דשבתו בכלל נזק הוא דפחתו דמי' ומתחלה כשהנזק שמין אותו כמה דמי' פחותי' למכור עכ"ל ונראה כוונתם דאפ"ת דדרשינן ולא איש בשור היינו במקום שהוא משלם נזק כגון מכה שאין סופה לחזור ממעטינו לי' משבת דהא מעיקרא שמין כמה נפחת שור זה מדמים וזה מחויב להשלים פחת זה וממילא דאין שייכות לתבוע שבת כלל שהרי יש ביזו כל דמי שונו' של השור שלו ויוכל לומר קח לה אחר בדמיו מיד משא"כ באדם שהשומא מתחלה כששמין אותו כעומד לימכר בשוק לא נכלל פחת זה כלל שישטרף להתבטל ממלאכת שמירת קישואין זמן מה הלכך צריף לשלם לו שבת בפ"ע והלכך במכה שסופ' לחזור דלא משלם נזק פשיטא דעכ"פ צריף הוא לשלם מה שמבטלה ממלאכתה זמן מה דמה בכך שסופו לחזור השתא מיהא לא חזי ומה לי אדם מה לי בהמה אידי ואידי צריף לשלם שכר ביטול המלאכה כנלענ"ד לפרש כונת התוספ': ומדברי הרא"ש נראה שכוונתו בפשיטות דביטול מלאכה בשור שם נזק עליו ונזק בשור חייב ומ"מ הדבר ברור שאם שמין כמה הוא שונה לימכר בפחות מה שהי' שונה קודם הנזק שא"צ לשלם יותר שהרי השלים לו דמי שורו כאשר בתחלה: ולפי"ז נראה היכא שלקח בהמת חבירו למסרה לאנס להיות אצלו זמן מה ואח"כ יחזירנה לבעלים ודאי שהי' לנו לחייבו מה שנתבטלה ממלאכת' דלא מבעיא לפמ"ש לדברי התוספ' בכל כה"ג שאינו משלם נזק צריף לשלם שכר ביטול מלאכה אלא לפי שיטת הרא"ש מ"מ הרי גם בזה בכלל נזק הוא שאם הי' רוצ' למכרה עתה ע"מ שהלוקח לא יתחיל להשתמש בה אלא לאחר לי' יום בודאי הנה פוחת מדמיה ומה לי מחמת מכה שסופו לחזור או מחמת ד"א אף בכה"ג שמכרה לאנס הו"ל כגזלן ומשלם כשעת הגזילה משא"כ במכניס בהמת חבירו לחדר ונועל בפניה בע"כ אף שלא נטלה ע"מ לגזילה ולא נעשה עליה גזלן דנימא ביה כל הגזלנים כו' ודאי דמחייב לשלם הפחת שנתפחתה אם הנה רוצה למוכרה בעודנה ועולה לזמן שיוציאנה זה ממסגר שהסגיר' וגם זה בכלל נזק הוא אף להרא"ש וכן מוכח נמי בהא דאומדין כמה אדם רוצה ליתן בין אם נותנים לו לל' יום שאין זה בכלל שבת אלא בכלל נזק דהא אפחתו' מכספא כמה שהיה הלונה מנפה למלונה ומבטל פיסו של חבירו שאני שהלון' תובעו הריווח שהי' יכול להרנויח ומזה ודאי פטור ועוד י"ל דמבטל פיסו מיירי בנתן לו ליקח פירות ולא לקח דקתני התם אין לו עליו אלא תרעומות ומזה למד הירושלמי הדין ע"ש ובכה"ג שפיר יש לפוטרו כיון שלא עשה מעשה בידיים לקחת פיסו של חבירו בלא דעתו ולסוגרו אלא בהיתרא אתי לידיה והיזק שאינו ניכר הוא וגרמא בעלמא משא"כ בלוקח בידיים פיסו של חבירו וסוגרו ועי"ז נתבטל מהריווח כל שההיזק ברור הוא מחויב הוא לשלם לו גם להירושלמי: וכן מצאתי בשו"ת מהר"מ ב"ב

סימן רצ"ח מלשון ה"ר חיים שכ' אהא דמכות דלא דמי למבטל פיסו דהתם הי' המעות ת"י להרנויח ויהיו רוצים להוציא מידו ומפסידין אותו בידים אבל במבטל פיסו לא היה בידו של מלנה ואם אכלם או הוציאם נעש' גזלן עליהם כו' (ור"ל ע"פ מ"ש שם קודם דמבטל פיסו היינו שא"ל ליקח פירות כו' ע"ש) עכ"ל וזה ג"כ שיטת הרמ"ה לענין חצר פינו דקיימא לאגרא וזה נכנס לתוכו ונעל בפניו דאין זה בכלל שבת אלא בכלל נזק שיהי אם ירצה זה עכשיו למפור או להשפיר ע"מ שזה ידור בתוכו פשימסור לו המפתח ינפה לו מהדמים כל ימי ההסגר ואפי' למאן דלא דאין דינא דגרמי פינו דעביד בה מעש' בידים ומכ"ש מאן דדאין דד"ג כנלענ"ד דעת הרמ"ה דמיייתי ראי' מהא דאדקיה באינדורנא דכה"ג כעביד מעשה בידים דמי ומכ"ש דא"ש לפי מ"ש בשיטת התוס' דס"ל שאין חילוק בין אדם לבהמה דלעולם כל שמבטלו ממלאכתו בידים חייב דא"ש בפשיטות: ועוד נלפענ"ד הא דבספינה פטור היכא דלא נחית אדעתא דאגרא משום דלכאורה קשה דמה בכך דאיהו לא נחית אדעתא דאגרא מ"מ פינו שיש פאן פחתא יש לגלגל עליו את כל ההנאה כדק"ל גבי חצר דלא קיימא לאגרא ומכ"ש הכא דקיימא לאגרא אלא דאיהו לא נחית אדעתא דהכי ובאמת שהרשב"א הקש' בספינה דלא קיימא לאגרא יהא חייב פינו דנדאי איכא פחת בספינ' וכמו גבי חצר דמשום שחרירותא דאשיותא מגלגלין עליה את הכל וכ' ונ"ל דיש לחלק בין קרקע למטלטלין וצ"ל דהחילוק הוא דבשלמ' קרקע פינו דאינה נגזלת וברשותיה דמריה קיימא נמצא הא דקמתהני מדמריה קמתהני ומחייב לשלם כל ההנאה משא"כ בספינה אף דאיהו לא נחית אדעתא דגזלנותא מ"מ פינו דבע"כ שקל לה קמה לה ברשותיה לענין אונסין דמה"ט רצה פחתה נוטל ומאי דקמתהני לא מחשב כ"כ דמריה לפי שזה הכניסו לרשותו להתחייב עליה בכל אונסא דמתילד וכינון דלא קיימא לאגרא פטור וא"צ ליתן הך פחתא:.

ובהכי א"ש מ"ש התוס' בכתובות לענין גונב חלבו שפתב פינו דאיכא ש"פ מחייב בכל הנאה וכ' בשער המלך דפליגי על הרשב"א וילפי מ"ש י"ל דהתם פינו שתחב לו חבירו כו' ואיהו לא גזל מידי וגם עתה אי מיהדר ליה לית ביה ש"פ נמצא שלא חל עליו שם גזילה פלל וקילו של זה הוא חומר דמתמת פן נתחייב לשלם כל ההנאה דכל כה"ג אפתי שמה דמריה עליה ומשל הבעלי הוא נהנה.

ולפ"ז א"ש דבספינה פינו דלא נחית אדעתא דאגרא רק אדעתא דגזלנותא וממילא דלא ברשותיה דמריה קמתהני ומתמת הא דחסרי' דהא הוי קיימא לאגרא לא איכפת לן וכמש"ל מדברי הרמ"ה ודוקא בנחית אדעתא דאגרא דיכולין הבעלים לומר מעיקרא הנה ניחא לן בהכי כמ"ש היש"ש (ובאמת לשיטת הרמ"ה גם בחצר י"ל דא"צ לשלם כל ההנאה כמבואר בנ"י ע"ש) משא"כ בחצר שפיר יש לחלק בין קיימא לאגרא משא"כ בחצר שפיר איכא לאפלוגי בהכי פינו שנהנה ברשותיה דמריה דמה"ט מגלגלין עליו את הכל הלכך כל שנהנה ואכל חסרונו של זה חייב לשלם אף ע"ג דלא נחית אדעתא דאגרא: ודבר אגב ראיתי לבאר בהא דאמרינו דשדינהו בנהרא לכאור' דחיק מ"ש הרמב"ן ז"ל דמייירי ברקק שר"ה מהלכת וגם למה נקט שדינהו בנהרא ואפשר לומר מה דאמרינו הזורק מטבע של חבירו לים כו' וה"מ באדי' אדני' אבל אי שקליה בידים השבה מעליא בעי למיעבד ע"ש.

ולפי"ז י"ל דשדי' בנהרא היינו מים צלולים דקא חזי ליה והלכך מתמת ההיזק דשדינהו
מצי א"ל הש"ל רק דנימא שיתחייב מתמת דמשקל שקליה והשבה בעי למיעבד וכיון
שנטילה זו היתה בעת חיוב מיתה לא חלה עליו חיוב ההשבה אז ומה שזרק לים הו"ל
פאדי' אדוני': ועוד י"ל דאף דמייברי שאינו רקק שר"ה מהלקת מ"מ פיון שהוצאתו לר"ה
ונריקה זו הנה הפל במעשה א' שפיר פטור וכמ"ש התוספ' בב"ק דף כ"ו דכל שהוא
במעשה א' פטור אף ששריפת העבד קדים וה"ה הכא אף יש לחלק דהתם הוי במעשה א'
שהדליק המבעיר ושרף הפל משא"כ כאן יש לחשוב בזריקה שזרק עכשיו לנהר
ולמעשה אחר.

ובתשובה אחרת הארכתי בזה בדברי הרמב"ם והרמב"ן: דברי זעירא דמן חבריניא
אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה ו שאלה ראובן מכר ביתו לשמעון בקנין אשה
והד"ב פנהוג ואחר המכירה קנה ראובן ב' בתים קטנים והנה ראובן שבק לן חיים ובאותן
ב' בתים בא' מןחזקת אלמנות ראובן ובתו עביר פתנפתה ובתו הנה לה על אביו שטר
חוב ובא' מןחזקת אחי ראובן: והנה עתה בא א"י ותבע בכת"י ראובן מבית שמןחזקת
האשה הנ"ל ובראותו כי שפירת הבית מועטת פי בדיניהם שלא ימכור הבית רק יקח
מההכנסה והבית צריך תיקון ולא נשאר לו לפרעון חובו פלום החזיר א"ע לשמעון
שלקח הבית הגדול ושמעון סילק להגוי במעות עם הוצאות וריבית וקנסות שעליו אחר
מות ראובן כי ראובן לנה בלא ריבית לשלם פרוטרוט מ"מ אחר שעבר הזמן חושבין
בדיניהם ריבית והנה עתה בא שמעון לגבות מב' בתים הנ"ל בכח שטר מכירה שכתוב
שם וקבלנו עלינו הזוג אחריות וכו' וגם אחי ראובן קנה אחר קנייתו וטענה האשה שלא
קבלה עלי' אחריות רק שסילקה שעבודה מהבית הגדול שקנה שמעון אבל לא שתשלם
מפתנפתה ובת ראובן הוציאה שטח"ז שבשבילה תופסת בבית הנ"ל כל טענו כו':
תשובה גלוי יודוע לכל יודעי דת נדין פלוגתת הפוסקים אמבכת"י יכול לטעון פרעתי
ודעת הר"ף והרמב"ם והרבה פוסקים שיכול לטעון פרעתי: אף דעת הר"י בתוספות
דכתובות דף כ"א והביאו בסמ"ג וכן דעת הר"ן סוף בב"ב והטור בשם הרמ"ה וכ"כ
בשם הרשב"ם והראב"ד דאינו נאמן לומר פרעתי והרשב"א כתב שלנה דעתו נוטה
והרמ"א בסי' ס"ט הביא דעת י"א אלו ולכאן דלפי דעת הי"א אלו אף מיתומים גובין
בכת"י ולא טענינו להו דלמא פרע אביהן פיון דלדידהו כ"י יש לו דין שטר לענין טענות
פרוע ולכאור' לא משמע פן ממ"ש הסמ"ע שם ס"ק י"ז דאפילו כתב בשטר נאמנות
סתם לא מהני הנאמנות לגבי היורשים כו' וכ"כ הש"ף שם שכן הוא בתשובת מיימוני
כו' ע"ש הרי מבואר דאע"ג דלגבי דידיה מהני נאמנות סתם דלא מצי למימר פרעתי
מ"מ ליתמי טענינו וא"כ י"ל דה"ה להנה דסברי דבכת"י לא מצי למטען פרעתי מ"מ
ליתמי טענינו אף לענ"ד נראה שיש לחלק ביניהם דבאמת צריך להבין לדעת הפוסקים
דנאמן לומר פרעתי והטעם לפי שאינו חושש להניחו וע"כ שאין הטעם לפי שישמך
עצמו שישמעון פרעתי דאיפכא הוי לן למימר שלא יהא נאמן לומר פרעתי והלנה יחוש
לעצמו וכ"כ הרשב"א בתשובות המכונות להרמב"ן סימן ע"ו דבשלקמא בשטר שיש בו
נאמנות ללנה שהוא יודע שהוא נאמן לומר פרעתי א"נ בשטר פקדון שהתורה האמינתו
בטענות נאנסו אינו חושש אם מניחו לפי שסומך הוא על נאמנותו אבל כאן מי האמינו
שיסמך על אמנותו אלא שאמה בא להאמינו מפני שאינו מקפיד אם ישאר שטרו ביד

המלנה ויגבה שנית מב"ח ואילו מצינו בפירושו פן לבעלי הגמרא היה ראוי לשאול למה כ"ש עכשיו כו' ע"ש.

אך דעת הפוסקים הסוברים דשפיר מצי טעין פרעתי הוא כמ"ש הרמב"ן במלחמות סוף ב"ב דכיון שאינו גובה בו ממשועבדים אין מקפידין עליו ומניחין אותו ביד המלנה אף ע"פ שהוא פרוע ואין נוהגין בכתי"י עדים מפני שיש לו קול וזילי נכסי שהרי גובה בו ממשועבדי עכ"ל ולפי"ז שוב אין טעם לדבר באם יש בו נאמנות שפתבו הטור וש"ע דאינו נאמן לומר פרעתי דהא מ"מ לית ליה קלא ולא זילי נכסי ונימא שאין חושש להניחו בידו וצ"ל הטעם כמו שפתי הש"ך ס"ק י"ז לחלק בין פתי שאין לו דין שטר ובין פתי בו נאמנות משום דבכתב נאמנות ודאי משקר שהרי הוא האמינו ועוד דאמר ליה אפילו האמת כדבריה אתה הוא דאפסדת אנפשה דהמנת ליה עליה כו' ע"ש ולפי"ז א"ש דלא מהני נאמנות דידיה לגבי יורשים דלגבי דידיהו אמרינו דלמא פרע והניחו בידו לפי שלא חשש עליו דכיון דלא זילי נכסי דהא לגבי יורשים לא הימניה קלל וכ"ז להפוסקים שנגאמן בכתי"י לומר פרעתי אבל להפוסקים דלא איכפת לן במה שאינו גובה ממשועבדים וגם בכתי"י הוא מקפיד עליו שלא להניחו ביד המלנה כמו שטר בעדים א"כ גם ליתמי לא טענינו דלמא פרע כמו שטר בעדים אף צ"ע מלשון הטור וש"ע שפתבו להדיא טעמא דבנאמנות א"נ לומר פרעתי שאילו פרע לא היה מניח בידו פיון שיש בו נאמנות ונר' שלמדו לומר פן ממ"ש בעה"ת שער ג' ויש לברר כו' א"ד כיון דאית ביה נאמנות אמרינו ליה אם איתא שטרך בידי מאי בעי ומסתברא דודאי מהני כו' ולפי טעם זה נראה לכאורה דאף בנאמנות סתם מהני דאף להיורשים לא טענינו שפרע דא"כ לא היה מניחו בידו כיון שיש בו נאמנות ומ"ש הש"ך שמהטור שפתב בסעיף יו"ד ואם פתי בו נאמנות שהאמינו עליו ועל יורשיו כו' משמע דבנאמנות סתם לא מהני לגבי יורשים לענ"ד צ"ע שהרי ע"כ הטור קיצר בדברי בעה"ת שהרי הטור שם לא מירי רק לענ"ן אם הוא נאמן לומר פרעתי ופשיטא דלגבי דידיהו אין הפרש בין אם פתי בו נאמנות לגבי יורשים או לא ונראה שהטור ששטפא דלשון בעה"ת נקיט ואתי ובעה"ת שם מירי גם לענ"ן היורשים ומלשונו אין הכרע דבעה"ת אתי למימר דגבי מיתמי בלא שבועה ולהכי נקט שפתב בו נאמנות גם על יורשיו וכן הוא בלשון בעל העיטור דף ס"ב ע"ד ואי אית ביה נאמנות גבי בלא שבועה אפילו מיתמי ע"ש והיינו שפתב בו נאמנות גם לגבי יורשיו אבל לענ"ן דלא טענינו פרעתי ומהימן מלנה בשבועה אפטר דגם בנאמנות סתם הדין פן דכיון דלא חיישינו שהניחו בידו ולפי"ז צ"ע על הסמ"ע שהביא בזה דינא דתשובת מיימוני וכן הב"י הביא בזה דברי תשובת מיימוני ובאמת י"ל דתשובת מיימוני ס"ל הטעם דכתי"י בנאמנות א"נ לומר פרעתי משום דהא הימני וכמ"ל בשם הש"ך ולגבי יורשים הא לא הימניה קלל משא"כ לפי הטעם המבואר בטור וש"ע אין מקום לחלק בין אם נכתב נאמנות לגבי יורשים או לא דלא טענינו ליתמי מה דלא מצי אבוהון למטעון: ועינתי בתשובת מיימוני וראיתי שפתב ונ"ל הלכך בנדון זה אף דלגבי דידיהו מהני נאמנותו דהימניהו לגבי יורשים לא מהני מידי וכמאן דלא הימניהו דמי וכדחזינו בפרק הכותב נקי נדר נקי שבועה ממני יורשין משביעין אותו לכ"ע ולגבי יורשין כמאן דלא הימניהו דמי ולא שקיל אלא בשבועה וא"כ ה"א דליכא שטרא אלא כתי"י נמי נימא הכי דהיכא דהימניהו לגבי דידיהו לגבי יורשים כמאן דלא הימניהו דמי ואי לא הימניהו

הוי טענינו ליתמי פרוע כי היכא דמצי למטען אבוהון השתא נמי דהמניניהו טענינו להו הכי וליפטרו פיון דליכא שטרא אלא כת"י דדלקא שכח ופרע ולא דמי לחייב מודה כו' אבל הכא דלקא פרע ולא אדעתיה דכתב ליה נאמנות דנשקול מנייה כ"י כי היכא דאמרינו התם נקי נדר נקי שבועה ממני דאמרינו דלא פרעיה ושכח ולא הוציא השטר מידו או מידה ואדרבא נראין הדברים ק"ו ומה התם דאפילו הימניניהו הו"ל לאפוקי שטרא מיניניהו דלא נהדר ונגבה בהאי שטרא אפ"ה אמרינו בשביל תקנת יתומים דלקא פרע ושכח ולא מהני המנותיה לגבי יתמי כ"ש הכא בכת"י דאילו שכח לנאמנותו דהימניניהו לא בעי לאפוקי מידניהו כת"י דסמיה אהא דכל שעתא מצי למטעון פרעתי דנטעון להו דלקא פרעיה כו' ע"ש הנה העתקתי רוב לשונו שמבואר ממנו טעם נאמנות סתם דלא מהני לירשין אף ע"ג דמהני לגבי נפשיה משום דגבי דידיה לא אמרינו דלקא שכח ופרע ולא אדעתיה דכתב ליה נאמנות דהא מ"מ הימני' אבל לגבי יתמי אמרינו הכי דהא לגבי יתמי הנה כלא הימני' פלל ואמרינו דלקא שכח לנאמנותו ולא חשש לאפוקי כת"י וזה מבואר בדברי הש"ך דהא בכת"י בנאמנות אינו נאמן לומר פרעתי היינו מטעם דהימני' לגבי נפשיה וכמ"ש משא"כ אם נאמר פיון שיש בו נאמנות אינו מניחה בידו ולשכחה לא חיישינו א"כ גם לענין הירשין י"ל דלא הימני' פיון דלא הוי מצי אבוהון למטען: אמנם באמת הסמ"ע סימן ע"א ס"ק ל"א כתב הטעם דנאמנות סתם לא מהני לגבי יורשין אף ע"ג דאבוהון לא מצי למטען פרעתי מ"מ טענינו לירשין ואם היה אבוהון לא הי' מעיז פניו נגדו לומר שלא נפרע ומש"ה הימניהו המלנה נגדו ולא הימניהו נגד יורשיו מפני שמעיז נגדם לכפור הפרעון שפרעוהו הלנה ע"ש ולפום הך טעמא אחי שפיר מה שכתב הסמ"ע דכת"י בנאמנות אין מועיל לגבי יורשים אף לפי דאיתא בטור וש"ע הטעם דכת"י בנאמנות א"נ לומר פרעתי לפי שלא היו מניחו בידו מ"מ כמו דבשטר גמור צריך לישבע ואמרינו דשמא אף ע"פ כן הניחו בידו וסמך עצמו שלא יוכל לכפור כנגדו ומ"מ לגבי יורשיו לא הימני' דבבנו מעיז ה"נ לענין כת"י בנאמנות אמרינו הכי לגבי יורשים דשמא אע"פ כן הניחו וסמך שלא יוכל להעיז נגדו: ובקשתי חבר לדברי הסמ"ע ומצאתי שהרי הרב אומר פן רבינו הרשב"א ז"ל הובא בשטה מקובצת דף פ"ז שכתב וז"ל ולפי דבריהם פי כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך הירשין משביעין אותה אפילו על מה שנשתמשה בחיי בעלה שלא פטרה אלא ממנו לפי שהיא או יורשיה בוששים ממנו יותר שהיא יודע בעסק הנכסים יותר ואין מעיזין פניהם אבל בבנו ובבאים ברשותו מעיזים ומעיזים וכ"ש בפגימת פתובה דטוען ברי שאין מעיזין אבל בבנו מעיזין כו' ע"ש: אף לענ"ד צ"ע על הרשב"א דלפום הך סברא נראה דלא מהני נאמנות לנפרע שלא בפניו וכ"כ הריטב"א בכתובות שם שדעת רוב הגאונים דאפילו בשכתב נאמנות מפורש צריכה שבועה כשנפרעת שלא בפניו דכי הימנה בפניו שאינו מעיזה בו אבל שלא בפניו לא הימני' וא"כ הרי הרשב"א בתשו' סי' אלף א' דעתו בנפרע שלא בפניו מהני נאמנות וכתב דכיון שהאמינו על נכסיו נפרע שלא בשבועה ואינו דומה לנפרע מן היתומים שהרי יצאו הנכסים מן המתנה (ר"ל הלנה שהתנה שהיא המלנה נאמן) והרי הן של היתומים ורבו גמליאל ובית דינו אבוהון של יתומים והם אמרו שאין נפרעין מהם אלא בשבועה כו' ע"ש וכ"כ הב"ח סימן ק"ו מדעתא דנפשיה וטעם הרא"ש דנפרע מלקוחות ומיתומים שאני שלא האמינו להוציא

מיד אחרים אבל בנפרע שלא בפניו דנקסי דידי' נינהו מועיל לנאמנות סתם ודעת הרמ"א דסובר דלא מהני נאמנות דדוקא בפניו הימני' דקסבר אין מעיז פניו בו א"נ דמפני הנאמנות שכתב לו פרע לו בעדים ושובר ואין אנו יודעין הלכה בעי אשתבועי וע"ש ועכ"פ דברי הרשב"א לכאורה סותרין זא"ז: ולכאורה הי' אפשר ליישב דאע"ג דהרשב"א ס"ל הטעם דבבנו מעיז מ"מ שפיר אמרינן דהנאמנות סתם קאי אף אם יפרע שלא בפניו דאע"ג שהלנה עתה אינו בכאן הרי הוא עתיד לבוא ונדע שלא יוכל להעיז נגדו ולכה האמינו בתחלה אף אם ירצה לפרע שלא בפניו ולכאורה ממ"ש הריב"ש סימן קכ"ז לענין אשה שאמרה גרשתני דשלא בפניו מעיזה אף שאומרת אח"כ בפני בעלה גריעי טענתה כו' ע"ש ולא אמרינן כיון שידעה שעתידי לבוא ותצטרף להעיז מעיקרא אינה מעיזה אלמא דאין דנין אלא על אותה שעה דכיון דשעת אמירתה שלא בפניו הוא שפיר מעיזה עכשיו א"כ ה"נ י"ל פן וקצת יש לחלק וגם י"ל דהרשב"א לשיטתו דס"ל דבגרשתני בכה"ג ג"כ נאמנת וע"כ לומר דמ"מ עתה שאומרת בפני בעלה לא היתה יכולה להעיז אעפ"י שקבר אמרה פן שלא בפניו וא"כ גם כן י"ל דהאמינו אף לנפרע שלא בפניו דסמיה נפש' שלא יגבה שלא בפניו שמה יעשה באחריתו כשיבא הלנה וכחשו בפניו יענה ולא יוכל להעיז נגדו הלא יפלם אף דמ"מ מדברי הרשב"א מבואר דהתם הטעם לפי שלא האמינו רק על עצמו ועתה הנכסים ברשות יתומים והב"ד חייבוהו שבועה וממילא היכא שאין פאן חיוב שבועה רק אנו באין לטעון ליתומים לפוטרים נראה דלא עדיפי מאיהו גופי' הטוען ברי ואיכא אומדנא דמוכח דלא הי' מניח שטרו ביד המלנה כיון שיש בו נאמנות לא טענינן להו ונראה טעמא דחייש לשטר בנאמנות די"ל דבלא נאמנות אפילו תימא שא"נ לומר פרעתי מ"מ אפשר שיפרע ויניח את השטר ויסמוך עצמו שאם יכפור בו המלנה יטעון השבע לי ולא תשיד כולי האי שישבע לשקר משא"כ כשיש בו נאמנות ואם יכפור אף שבועה לא יצטרף דכה"ג הוא חושש להניחו בידו וא"כ גם ליורשים לא טענינן ומדברי מהר"ם בתשובת מיימוני נראה דבשביל תקנות היתומים אף שיש נאמנות לגבי דנפש' לגבי יתמי חיישינן שפרע ושכח שכתוב בו נאמנות או שכח שטרו לגמרי ומחו' הגאון החסיד בחידושו ללהלכות פתובות סימן צ"ז תמה על טעם הסמ"ע משום דמעייז נגד יורשים וכתב הטעם משום דשבועות יתומים חמירא טפי מטענות אשתבע לי לענין מת לנה בחיי מלנה ולענין חשוד ולכן אע"פ שפטרה משבועה לא פטרה משבועות יתומים דחמירא טפי עכ"ל והוא פועל שכתבתי לעיל בשם תשובת הרשב"א וא"כ אפשר דוקא התם דמטעם נאמנות לפטור משבועה אתינן עלה אבל בהא דמוכחא מלתא דלא פרע והניח בידו הכת"י שיש בו נאמנות גם לענין היורשין י"ל פן ואפשר שרצה לומר כמו שכתב מהר"ם דבשבועות היורשין החמירו טפי ואמרינן דשמא שכח שכתב לו נאמנות וא"כ גם בכ"י בנאמנות אמרינן הכי לגבי יורשים ופטורין לגמרי דהא גם בשבועות היורשים לפעמים מהאי טעמא פטרינן להו לגמרי כגון במת לנה בחיי מלנה או בחשוד ואמרינן דהיורשין פטורין שמא פרע אביהם ושכח אף שיש בו נאמנות סתם ולדעת קצת פוסקים לא מהני נאמנות לגבי יורשין כלל וצ"ע על מהר"ם בתשובת מיימוני שם שכתב ואין לחלק מסברת הפרס לומר דהתם אי טענינן דלמא פרע לא פסלינן לשטרא אלא דמודקינן לאשבועי למרי דשטרא כו' דטפי הול"ל דהתם זימניו דפסלינן שטרא לגמרי כגון במת לנה בחיי מלנה

וּלְעֵנָן חָשׂוּד וּמְשֻׁמֵּעַ בְּפִשִּׁיטוֹת דָּאָף בְּנֶאֱמָנוֹת סָתָם דִּינָא הָכִי פִינָן דְּמַחְנִיב שְׁבוּעָה וְאִין יְכוּל לִישְׁבַּע: ועכ"פ נראָה בְּרוּר לַענ"ד דְּלִדְעַת הַרְשָׁב"א וְדַעֲיָמְנִי דְּבַכְתִּי אֵינּוּ יְכוּל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי גַם בְּבָא לְגַבּוֹת מִיתוּמִים הַדִּין כֵּן פִּינָן דְּלִדְיָדְנִי דִּין שְׁטֵר יֵשׁ לּוֹ וְזֶה מְבֹנָאָר שְׁהָרִי הַרְשָׁב"א לְמַד זֶה מְשֻׁטֵר פְּקֻדוֹן דָּאִי לָאוּ מַגּוּ דְנֶאֱנָסוּ א"נ לֹאמֵר הַחֲזַרְתִּי וְהָרִי בְשֻׁטֵר פְּקֻדוֹן הָא דְאֵינּוּ גּוֹבָה מִן הִיתוּמִים נְמִי מְטַעֵם דְּטַעֲנִינָן לֵהוּ הַחֲזַרְתִּי בְּמַגּוּ דְנֶאֱנָסוּ הוּא וְכַמְבֹּנָאָר בְּבָבָא בְּתָרָא דָּף ע' בְּשֻׁטֵר פִּיס הַיּוֹצֵא עַל הִיתוּמִים ס"ל לְדִינִי גּוֹלָה דְנִשְׁבַּע וְגּוֹבָה כְּלוֹ אָף הַמְחַצָּה פְּקֻדוֹן מְשׁוּם דַּס"ל דְּלֵא אֶמְרִינָן הַחֲזַרְתִּי בְּמַגּוּ דְנֶאֱנָסוּ הָרִי מְבֹנָאָר דְּשִׁפִּיר גּוֹבָה מִן הִיתוּמִים בְּשֻׁטֵר כְּזֶה וְלֵא אֶמְרִינָן דְּלֵמָּא הַנִּיחַ הַשְׁטֵר בְּיָדוֹ דְּסַמָּךְ שְׁלֵא יוּכַל לְהַעֲזִיז נְגִידוֹ אֶלָּא שְׁזֵה אֶפְשָׁר לְדַחֹת דַּא"ל דְּלֵמָּ"ד דְּגּוֹבָה כְּלוֹ וְלֵא מְהִימָן הַחֲזַרְתִּי בְּמַגּוּ דְנֶאֱנָסוּ אָף מְלַקּוּחוֹת יְכוּל לְגַבּוֹת דְּלֵא טַעֲנִינָן לְלַקּוּחוֹת נֶאֱנָסוּ דְּלֵא שְׁכִיחָא וְכִינּוּן שְׁגוּבָה מְהַלְקוּחוֹ מְמִילָא חֲזַר הַדִּין שְׁגַם לִיתוּמִים אִין טוֹעֲנִין דְּבַכָּה"ג דְּגַבִּי מְלַקּוּחוֹת אִין מְנִיחַ הַנְּיָר בְּיָדוֹ דְּזִילִי נְכָסִי וְלִכְךָ גּוֹבָה בֵּין מִיתוּמִים וּבֵין מְלַקּוּחוֹת וְלֵא טַעֲנִינָן שְׁהַחֲזִיר וְדִינוּ כְּזֶה כְּשֻׁטֵר מְלִנְה וְכִיּוֹצֵא כְּזֶה כְּתַב הַשְׁ"ף לְדַחֹת רְאִיּוֹת הַרְשָׁב"א מְשֻׁטֵר פְּקֻדוֹן דְּהָתָם מְהֵאִי טַעֲמָא גּוֹפָא אִין גּוֹבָה מְמַשְׁעַבְדִּי לְפִי שְׁיְכוּל לְטַעוֹן הַחֲזַרְתִּי בְּמַגּוּ דְנֶאֱנָסוּ ע"ש וּלְפִי"ז לְמֵאן דַּס"ל דְּלֵא מְצִי טַעֲנִין הַחֲזַרְתִּי בְּמַגּוּ דְנֶאֱנָסוּ בְּאֶמְתַּ גּוֹבָה מְמַשְׁעַבְדִּי אָף רְאִיתִי בְּתַשׁוּבַת הַמְבִי"ט הַמְכּוֹנוֹת לְהַרְמַב"ן שְׁכַתְּבִי רְאִיָּה זֹו בְּבִיאוֹר יוֹתֵר וְז"ל דְּהָא אִיפָּא מ"ד בְּהַמּוֹכֵר אֶת הַבַּיִת שֶׁא"נ לֹא הַחֲזַרְתִּי מְשׁוּם דְּאָמַר לִי שְׁטֵרָא בְּיַד יְמָאִי בְּעִי וְאָף דְּקִי"ל כַּמ"ד נֶאֱמָן אִין הַדְּעַת נוֹתְנָת שְׁנַחֲלִקוּ בְּדָבָר הַזֶּה שְׁזֵה אֹמֵר פִּינָן שְׁאֵינּוּ גּוֹבָה מְמַשְׁוּעַבְדִּים אֵינּוּ חוֹשֵׁשׁ וְזֶה אֹמֵר בְּהִיפָּךְ וְלֵא נַעֲשֵׂה מַחְלָקוֹתוֹ שֶׁל הַרִ"ף וְהַר"ם מַחְלָקַת שְׁנוּנִי בְּגַמְרָא נְעוּד דְּאֶפִּילוּ לְדִין דְּקִי"ל דְּמְצִי טַעֲנִין הַחֲזַרְתִּי אֵינּוּ אֶלָּא דּוֹקָא מְשׁוּם דָּאִי בְּעִי אָמַר נֶאֱנָסוּ וּבְשֻׁבוּעָה חֲמוּרָה וְאִם אֵיתָא דְּכָל שְׁטֵר שְׁאֵינּוּ גּוֹבָה מְמַשְׁעַבְדִּי מְאִיזָה צַד שְׁיָהֲנִי יְכוּל לֹאמֵר פְּרַעְתִּי ה"נ כִּי אָמַר הַחֲזַרְתִּי יְהֵא נֶאֱמָן כְּדִינוּ שְׁלֵא בְּשֻׁבוּעָה וְלִהְיוּ כְּמַפְקִיד אֶצֶל חֲבִירוֹ בְּעַדִּים אֶלָּא כָּל שְׁבִשְׁטֵר צְרִיף לְהַחֲזִיר לוֹ בְּעַדִּים אַא"כ יֵשׁ שְׁם מַגּוּ כְּאוֹתָהּ דְּהַמּוֹכֵר אֶת הַבַּיִת עַכ"ל וְלְפִי מ"ש אִין כְּאֵן רְאִיָּה מְמ"ד דְּלֵא מְהִימָן הַחֲזַרְתִּי בְּמַגּוּ דְּלֵהָ מ"ד אָף מְלַקּוּחוֹת נְמִי גְבִי פִינָן דְּהַלְוָה לֵא הֵנִי מְצִי לְטַעוֹן הַחֲזַרְתִּי וְנֶאֱנָסוּ לֵא טַעֲנִינָן לְלַקּוּחוֹת אָף רְאִיָּתוֹ מְמֵאִי דְּקִי"ל דְּאֵינּוּ נֶאֱמָן הַחֲזַרְתִּי לְדִין כ"א בְּשֻׁבוּעָה חֲמוּרָה א"ש דְּלִדְיָדְנִי דְּקִי"ל דְּמְצִי טַעֲנִין הַחֲזַרְתִּי בְּמַגּוּ א"כ עַכ"פ מְלַקּוּחוֹת לֵא מְצִי לְגַבּוֹת וּמְמִילָא שְׁהִיָּה לְהִיּוֹת נֶאֱמָן הַחֲזַרְתִּי אָף בְּלֵא שְׁבוּעָה כְּלָל דְּכָל דְּלֵא גְבִי מְמַשְׁעַבְדִּי שׁוּב הֵנִי הַחֲזַרְתִּי טַעֲנָה מְעַלְיָא בַּפ"ע: וְרְאִיתִי בְּקֻצוֹת הַחוֹשֵׁן שְׁכַתְּבִי כֵּן מְסַבְרָא דְּנִפְשִׁי וּבְאֶמְתַּ כְּךָ מְבֹנָאָר בְּתַשׁוּבוֹת הַנְּ"ל וְכֵן מְבֹנָאָר עוּד שְׁם בְּסִימָן צ' לְעֵנָן עַד אַחַד בְּשֻׁטֵר כְּתַב דְּבַכְתִּי א"נ לֹאמֵר פְּרַעְתִּי וְרָאִנִי מְמַפְקִיד בְּשֻׁטֵר דְּאָמַר דְּנֶאֱמָן לֹאמֵר הַחֲזַרְתִּי דּוֹקָא בְּשֻׁבוּעָה וּמְשׁוּם מַגּוּ דְנֶאֱנָסוּ הָא לֵא"ה לֵא וְאֵעַפ"י שְׁשֻׁטֵר פְּקֻדוֹן אִין גּוֹבִין בּוֹ מְמַשְׁעַבְדִּי ע"ש וּבְתַשׁוּבַת הַרְשָׁב"א סִימָן אֶלְפִי צ' אֵיתָא שְׁם תַּשׁוּבָה זֹו בְּקֻצְרָה וְנִשְׁמַט שְׁם תַּיְבַת דּוֹקָא בְּשֻׁבוּעָה וּבְאֶמְתַּ נֶרְאָה שְׁזֵה עֵינָר רְאִיָּתוֹ וְגַם בְּנ"י פֶּרֶק הַמּוֹכֵר אֶת הַבַּיִת קוֹצֵר בְּרְאִיּוֹת הַרְשָׁב"א בְּזֵה אָף מ"ש הַרְשָׁב"א מְמ"ד אֵינּוּ נֶאֱמָן מְשׁוּם דְּאָמַר לִיָּה שְׁטֵר' בִּידִי מְאִי בְּעִי צ"ע דְּלֵהָ מ"ד י"ל דְּגַבִּי מְמַשְׁעַבְדִּי ג"כ וְכַמ"ש וְטָפִי הו"ל לְאֶתוּיָּי מְדַאֲמְרִינָן דַּכ"ע אֵיתָא לְהוּ דַּר"ח וּמ"ד דְּגּוֹבָה כְּלוֹ א"א דְּפְרַעְלִי מִימֵר הֵנִי אָמַר וְאִם נִימָא דְּכַשְׂאִין גּוֹבָה מְמַשְׁוּעַבְדִּים יְכוּל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי א"כ פִּינָן דַּא"ל דְּרַב חֲסֵדָא שׁוּב אֵינּוּ גּוֹבָה

ממשונעבדים א"כ גם מיורשים אין לו לגבות כמו שאינו גובה מהם מלנה בעדים מטעמא דמימר הנה אמר כמ"ש התוס' שם דאין לו לומר כל מה שלנה ופרע כל ימי חייו רק ה"ל הכי פיון שיש שטר וכיון דלהפוסקים דכת"י שאינו גובה ממשונעבדים מלנה בעדים בלא שטר דמי גם בשטר זה פמאן דליתא הוא שיהי אינו גובה ממשונעבדים ואפשר לדחות לענין שיצנה ליורשים אין לדמות למלנה ע"פ בעדים לחוד דמ"מ הו"ל לחוש פיון שהניח השטר הי' לו לצוות פי פרוע הוא אף דלענין טענ' פרועון לגבי דידין' גופא אין דינו כשט' פיון דאית ליה מגו וגם אין גובה ממשונעבדים ומ"מ אין ללמוד מזה לדידן בכת"י שנגאמר אע"ג דאבנהון מצוי למטעון פרועתי וגם לא גבי ביה מלקוחות מ"מ מיתמי גבי מטעמא דאם איתא דפרעיה מימר הנה אמר דז"א דהא אנו לא קיי"ל פדיני גולה אלא קיי"ל כמ"ד גובה מחצה והיינו משום דאמרין אימר מ"ה אנסי' ובאמת צ"ע במ"ש הרא"ש בב"ב לענין ת"ז דבלקוחות צריף שבועה וביתומים א"צ שבועה דאם איתא דפרע הוי פקיד בעידן דמית ע"ש בסמ"ע ונש"ף סי' ע"ח ולכאורה זה צ"ע דהא אנו לא קיי"ל פהו סברא דמימר הוי אמר אלא חיישינן דלמא מ"ה אנסי' ואפשר דדוקא היכא דפרעין ליתמי לגמרי משום דאבנהון הוי מצוי למטעון הו' טענה והי' פטור שפיר אמרינן הו' סברא דלמא מ"ה אנסי' ואין להוציא מהיתומים אבל לענין ת"ז דשטרא מעלייא הוא רק שאנו רוצין לחייב המלנה שבועת הפא ליפרע מיתומים פיון דאבנהון לא מצוי למטען לא טענינן ליתמי ואע"ג דבלקוחות משבעינן מ"מ ביתמי לא פיון דאיפא נמי סברא דמימר אמר משא"כ בלקוחות וצ"ע: וראיתי בשו"ת נ"ב חלק ח"מ סימן חי"ת שהקשו לו דלמה לא פתב רמ"א להגיה דלי"א דבכת"י א"נ לומר פרועתי גם ביורשין פן גם הקשה בכת"י בנאמנות וכתב ליישב דמיניה גבי לפי שלא היה מניחו בידו ואם מפני שהיה בטוח בו שלא יכפור האמין לו א"כ גם עתה מאמינים לו הב"ד שאינו פופר אבל ביורשין טענינן שפרעו והיה בטוח בו כו' ולא חייש למיתה ע"ש ובאמת מתשובת מהר"ם שהבאתי לעיל מבואר דלאו מהאי טעמא אתי עלה אלא משום דטענינן ליתמי שפרע ושכח שכתב נאמנות גם מ"ש דלהפוסקים דא"נ בכת"י פרועתי הוא מהאי טעמא שלפ"ד שפרעו והניח בידו א"כ האמינו שלא יכפור לכו' נאמן גם אצל הב"ד אבל לגבי יורשים כו' משא"כ בשטר גמור לא היה מניחו בידו שפא יפרע מלקוחות שלא בפניו ע"ש ולפענ"ד ז"א דהא י"ל דלתקנות לקוחות לא חיש כמבואר בסמ"ע ונש"ף סי' ע"ח לענין ת"ז ועוד דלפי דבריו א"כ גם שטר שאין בו אחריות נימא דלא גבי מיורשים דשפא הניחו מחמת שהיה בטוח ולמיתה לא חיישינן אלא ודאי דז"א דלהנה פוסקים כ"י דין שטר שלא באחריות יש לו וכמ"ש הרא"ש פ"ק ב' דכתובות ובנדאי שגובה גם מיתומים והעיקר כמו שכתב המחבר בעל נודע ביהודה שם תחלה דסמך אדלעיל שהביא דברי הי"א שיש לו דין שטר לענין טענות פרועתי וגם פתב שהוא לפי ראות עיני הדיון אבל במקום שהוא א"נ לומר פרועתי לא טענינן ליתמי וכמ"ל משטר פקדון וכן מוכח לענ"ד דהא הא דקי"ל שאין גובה מיתומים בשטר פקדון היינו במיגו דנאנסו ומשמע להדיא היכא דליכא מיגו פגון במקום שהעדים מצויין שאינו נאמן בזה במיגו פמבואר סימן רצ"ו שפיר גבי מיתמי ואע"ג דמשמע ודאי דמלקוחות לא גבי אף בכה"ג דאע"ג דהשפא הכי איתרמי שהיה הפקדון במקום שהעדי' מצויין מ"מ הלקוחות לא מסקי אדעתיהו וסמכו אהא שיהא נאמן החזרתי במיגו דנאנסו במקום שאין שם עדים ולכן

גם עידי הפקדון אין מוציאין קול פלל וכינן דהרשב"א מדמה כ"י לשטר פקדון בלא מיגו ודאי דגבי מיתמי וגדולה מזו נלענ"ד שמ"ש הש"ף לדחות ראיות הרשב"א דבשטר פקדון הא דלא גבי ממשעבדי הוא משו' מיגו דנאנסו וכתבתי לעיל דבזה נדחה ראית הרשב"א ממ"ד דס"ל נשבע וגובה פלו ודאי מ"ש נראה דא"ש דבאמת מ"ש הרשב"א בשטר פקדון לא גבי ממשעבדי לאו משום מיגו דנאנסו הוא ותדע דא"כ במפקיד בשטר ונדוע שהוא מקום שעדים מצויין באופן שלא יהיה יכול לטעון נאנסו גבי ביה אף ממשעבדי וז"א במשמע מדברי הפוסקים אלא נלענ"ד דבשטר פקדון בכל גונו לא מצי לטרוף ממשעבדי אף היכא דלא שייך טענת נאנסו וטעמא דמלתא פנין דקי"ל דלא משמעבדי נכסי דנפקד עד שעת אונסין וכ"ז שהפקדון בעין אין פאן שעבוד על הנכסים פלל ועיין ש"ף סימן רצ"א דל"ד להלואה דלהוצאה ניתנה וא"כ חיובא רמי מיז אנכסי' אבל שאלה פנין דהדרא בעינא א"כ לא רמי חיובא אנכסי דשואל דכל זמן שהוא בעין מחויב להחזיר ע"ש וא"כ לא מצי טרוף מלקוחות שהרי הלקוחות יכולין לטעון שהפקדון עדיין בעין תח"י הנפקד ואפי' יש עדים שנאבד מיזו בפשיע' באופן שנתחייב הנפקד לשלם מ"מ לא מצי טרוף מלקוחות שקנו אח"כ פנין דבשעת פתיבת השטר עדיין אין פאן שעבוד נכסים ועתה שנאבד ומתחיל השעבוד מ"מ עדים לא מפקי לקלא דמה"ת יחושו שיהיה נאבד בפשיעה בעדים שייזוהרו לקוחות מזה הלכך בכל שטר פקדון לא גבי מלקוחות פלל ונפיר מיתמי הרשב"א ראיה ממ"ד דאינו נאמן לומר החזרתי וכן מהא דקי"ל דבלא מיגו דנאנסו אינו גובה דהא גם בלא מיגו לא גבי בהאי שטרא ממשעבדי ונראה להביא ראיה לזה דאלת"ה א"כ למאן דס"ל דלא מצי טעין החזרתי במיגו אף מלקוחות נמי גבי א"כ שבועות שומרים דחייב רחמנא היכא משפחת לה דהא דמוקי בשבועות דאפקיד ליה בשטר לא א"ש לדידיה דא"כ הו"ל כפירת שיעבוד קרקעות וזה יש לדחות דהך מ"ד ס"ל דשבועת שומרין הוא אף בלא שטר דלא אמרינן דיכול לומר להד"ם דהו"ל מיגו לאפטוריה משבועה ודלא כרמב"ח התם או משום דהוי מיגו בדדמי כמ"ש המפרשים שם לדעת רבא ולרמב"ח התם דמשני דאפקיד בשטר י"ל דס"ל דנאמן החזרתי במיגו דנאנסו ומ"מ אי לאו דפטר רחמנא בשבועה לא הוי מהימן החזרתי וכמ"ש התוס' בב"ב בשם ריב"ם אף לפי מ"ש התוס' בשבועות בשם ריב"א משמע בפקדון לחוד א"נ החזרתי דלא שייך אפשיטי דספר' זייר ולכך קאמר דצריף להחזיר בעדים א"כ קשה דהא הו"ל שיעבו' קרקעות ומצאתי בקצה"ח סוף סי' פ"ח שהרגיש בזה וכתב דליתא פנין דעכשיו הוא טוען נאנסו ותו לא גבי ממשעבדי פנין דכבר טען נאנסו תו לא הוי שע"ק ע"ש וזה צ"ע דמה בכך שע"י טענת נאנסו אינו יכול לטרוף מלקוחות פנין שאם לא היה טוען נאנסו הי' המפקיד יכול לטרוף מלקוחות א"כ פי מחייבין ליה שבועה הוא לפטור עצמו משיעבוד קרקעות ואין נשבעין על ש"ק: וגם קשה לפר"ח דס"ל דלא מחייב שבועה בנאנסו כ"א בדאיכא נמי כפירה והודאה שהוא מודה במקצת וקשה דהא הך דכופר ומודה הוי ש"ק ואפשר לומר דלא אפקיד בשטר רק ההיא דטעין נאנסו דעיקר קושית הגמ' שיהיה נאמן אהוא דנאנסו במיגו דלהד"ם (דס"ל דבפקדון לא מחייב אכפירה והודאה לחוד כדמשמע בתוספות דב"מ בסוגיא דשאלה ושכורה ובאמת בב"מ ובשבועות הקשו ע"ז) אבל אהיה דהודאה בלא"ה אין שם מיגו כמ"ש התוס' דהוי כשאר מב"מ דלא אמרינן מיגו דכ"ה ועיין בבבא קמא שם בסוף הדיבור ובמ"ש א"ז מהרש"א

ז"ל ואין פאן מקומו יותר נראה לומר דאפילו תימא דאפקיד לכל הג' פרות בשטר מ"מ לא הגי' ש"ק בההיא שכופר ומודה פנין שפינד הנפקד לטעון נאנסו ולהיות פטור אע"ג דהשתא פשמודה הנה ש"ק מ"מ פנין שיכול לכפור לא איכפת לן בשיעבוד קרקעות לחוד פנין דמתמת השטר אין אנו יכולין לחייבו ש"ק כ"א מצד הודאתו ועיין בסימן פ"ח בענין כ"י בנאמנות ולקצר אני צריד: אף לפי מ"ש דכל שטר פקדון אין גובה ממשיעבדי פנין דלא רמי שיעבודין אנכסי עד שעת אונסין א"ש בפשיטות אף בש"ף סימן רנ"ה ס"ק ח"ת פתב וז"ל ואי לא דנאמן הש"מ לא היה גובה מן ההקדש דהא אף במפקיד בשטר נאמן החזרתי במיגו דנאנסו כו' ואם פן טענינו להקדש החזרתי כמו דטענינו ליורשים ולקוחות משמע דאי לא האי טעמא היה גובה מן ההקדש אע"ג דהקדשות דין משועבדים יש לו כמבואר בסימן קי"א וכן משמע בחידושי הרשב"א במסקתא שבועות דף ל"ז שכתב ופקדון נמי אינו גובה מן המשועבדים כדאמרינו בהמוכר את הבית בשטר הינצא על היתומים שגובה מחצה שהנפקד יכול לומר נאנסו או החזרתי במיגו דנאנסו עכ"ל משמע דמהאי טעמא הוא דלא גבי ממשיעבדי כדברי הש"ף ומ"מ כבר כתבתי דראית הרשב"א נכונה כפי אשר ביאר דבריו בתשובות המכונות ואין להאריך: ועתה נשוב אל עיקר הדין הנה הרשב"א ודעימי' ס"ל דאינו יכול לטעון פרעתי ולדבריו אף מיתומי' שפיר מצי גבי ומ"ש הש"ף דמשמע ממתניתין דנקט המלוה בעדים גובה מב"ח הוציא כת"י גובה מבני חורין משמע דחד דינא א"ל באמת שהרמב"ן סובר פן אכל הרשב"א בתשובות המכונות שם הרגיש בזה וכתב ואם מפני ששנינו אותה בהדי מלוה בעדים ולא להשוות אותו בדינו לגמרי אלא לענין ב"ח ומשיעבדי לבד ע"ש וכדעת הרשב"א הוא דעת כמה פוסקים ועיין בסמ"ע שכתב על דברי הרמ"א וכן פסק מור"מ ז"ל ועיין בהגהות ד"מ והוא ט"ס וצ"ל וכן פסק מור"ש ז"ל ור"ל הרש"ל וכן הוא בהגהות דפוס בטורים שנדפסו מחדש דפוס ד"פ שכתב וז"ל מורי הרש"ל כתב בהגהותיו לטור ז"ל ואני כתבתי בספרי פ"ב דכתובות שאינו נאמן לומר פרעתי ע"ש ואף הש"ף ז"ל שהפריז על המדה לומר דאף תפיסה בעדים לא מהני מ"מ כתב פשהדיין רואה איזה אומדן' שלא היה מניח הכ"י בידו אם היה פרוע הכל לפי ראות עיני הדיין וכמ"ש הרב עכ"ל ולפי זה נראה לכאורה דבגידון דידן שהשטר היה ביד אדוני הארץ ובדיניהם פשיטא דלא מצי לטעון פרעתי ובכחו לגבות גם מהמשועבדים כ"ע מודו דלא מצי למטעון פרעתי דהא ידע אינש בנפשי' שאם ניח השטר בידו יוכל לכוף אותו לפרוע בדיניהם ויהיה מהצועקין ואין נענים ואף שממשועבדים יגבה ג"כ ואף שיש לחלק בדבר דדוקא בשטר גמור בעדים אמרינו שלא היה מניחו בידו משום דעדים מפקי קלא וזיילי נכסי משא"כ ה"א נהי שיגבה משועבדים אם ירצה מ"מ לית ליה קלא ולא זילי נכסי מ"מ אומדן' דמוכח הוא שלא היה מניח השטר ביד העכו"ם ולא גרע מכ"י בנאמנות דמודו כ"ע שאינו נאמן פרעתי לפי שלא היה מניחו בידו פנין שיש בו נאמנות: ומצאתי בשו"ת המכונות להרמב"ן סימן כ"ב בעכו"ם שגבה בית בכת"י ומכרו לישראל ואח"כ הוציאו שטר על הלנה בעדים כו' וכתב וז"ל עוד אני סבור פי אין יכול לטעון פרעתי וראיה ממפקיד בשטר דא"נ פרעתי אלא בשבועה דאורייתא כו' ואילו הוציא העכו"ם שטר חובו בב"ד של ישראל היה גובה ממש ואפילו היה הלנה טוען פרוע הוא וכמו שאמרתי כו' כ"ש אילו שאינו טוענין אלא בשמא כו' כ"ש היכא דאיכא הרמנותא דמלפא

ואילו אפקי בערפאותיהן גבי ביה ולא מצי טעין פרעתי אף הוא אי פרע ליה לא שביק
שטר בידה דאף אי עביד לו דין שטר בעדים אף לטרון מהלקוחות דינו דין שאין פאן
פלא שעושה חותם ידו של זה פחותם ידו של ערב דמדינא לא מהני ומשום דינא
דמלכותא הני חת"י פשני עדים פשרי' וגבי אפילו מלקוחות פדאינא בפי המביא
וכדשמואל דאמר דד"מ דינא ואל תתמה איך נשמע למלה מן הדין שיאמר שיטרון
בכת"י ויפקיע זכות המוקדם בשטר זה דשפא מזניף הוא ויש קנוניא הא ליתא שאנו
אומרין לאו מזניף הוא וזמנו מכנון ועוד דכל שיש טעם במה שהמלה מצוה ומנהיג דבר
לתיקון הנהגת המדינה יכול הוא לומר ממון שראוי להיות לזה מן הדין יהיה לחבריו
ולא אמרינן סמסנותא הוא ולא דינא אלא פשוטל בלא טענת דיני המלכות וכ"ש
במדינה שהארץ כולה שלו ויכול הוא לעשות חוקים כמו שיירצה שע"מ פן הוא מחלקו
להם ועפ"י חוקי המלה קבלוה יושביה וכ"ש פשהכריזו ויש פח למלה להפקיע ממנו בכי
הא דתיקוני מדינה הם כו' עכ"ל מבואר מדבריו דבכה"ג דאיפא הרמנותא דמלכא שלא
יהיה יכול לטעון פרעתי אז אף בדינינו אין יכול לטעון דאי פרע ליה לא שביק שטר
בידיה ומבואר מדבריו דבזה כ"ע מודים אף מאן דס"ל דבכת"י יכול לטעון פרעתי מ"מ
בזה דהוא הרמנותא דמלכא שלא יוכל לטעון גם אינהו צד אף פשפא לדון בדינינו פיון
דאי אפק' בערפאותיהן וגבי ביה לא סגית שטר בידה ועיין באו"ת שפכת דבכ"פ נהגו
פל בתי דינין שכ"נ לומר פרעתי ונסתייע מדברי הרמב"ן אלו וכתב ולכן במ"ל שדרכו
למסרו מזה לזה אפילו ליד עכו"ם ואפילו למדינות רחוקות וא"כ נדאי מקפיד עליו כו'
וא"כ מכ"ש בזה שאנו דנין על הפת שמתחילתו ביד עכו"ם ובידו לגבות אפילו מן
המשועבדים דנדאי א"נ לומר פרעתי אף אם היה בא לדין בדין ישראל ומכ"ש לפי מ"ש
ה"ה בטעם הפוסקים דנאמן לומר פרעתי משום דאי בעי מזכין לכולהו נכסי ולא טריף
מידי וזה לא שייך הקא: ואמנם הש"ך הקשה על הך טעמא דה"ה דהא בשטר שאין בו
אחריות נמי שייך למימר הקא ואפ"ה א"נ לומר פרעתי ולענ"ד י"ל דה"ה נמי ס"ל
בחילוק שפכת הש"ך דכל ששם שטר עליו אין מניחין אותו ביד הלנה אף שאינו גובה
בו משועבדים וכדמשמע מדברי הרא"ש וכ"כ הריב"ש ס"י תע"ח ונהביאו במשנה
למלה ובקצה"ח ד' אלא דמ"מ הוי מלתא בלא טעמא דמאי בכך שאין עליו תורת שטר
דמ"מ נימא שטר בדי מאי בעי לזה פכת דלא חשש להניחו בידו דהא אי בעי יהיב
ומזבין לכולהו נכסי כו' משא"כ בשטר גמור דאי בעי זבין כו' מ"מ מקפיד מלהניחו בידו
כמ"ש הש"ך ולכך פכת ה"ה לענין ע"א בשטר פיון דבאמת אין עליו תורת שטר גמור
שוב לא שייך שטר בדי מאי בעי דדמי לכת"י כו' ע"ש וכן מבואר מדברי הש"ך שפכת
ותדע דהא הרשב"א גופיה פכת גבי ע"א בשטר כו' עכשיו שאומר שפרע אפטר שהוא
נאמן כו' אלא ודאי כמ"ש עכ"ל ור"ל דע"א בשטר אין תורת שטר עליו ולכך סובר
דנאמן אף לענ"ד דבריו תמוהים דהא להרשב"א אף בכת"י דינו פשטר גמור לענין שאינו
נאמן לומר פרעתי אם פן בע"א בשטר נמי נימא הכי אעפ"י שאין תורת שטר עליו
ואדרבא מהרשב"א מבואר להדיא דלא מחלק בזה דהא מייתי ראיה משטר פקדון
ולדבריו יהיה דברי הרשב"א סותרין זא"ז (ומה שהקשה המ"ל על הריב"ש ס"י תע"ח
דמחלק בין תורת שטר שהרי בסימן תנ"ד הביא ראיות הרשב"א משטר פיס כו' לק"מ
דהריב"ש ס"י תע"ח לאו אליביה דהרשב"א כ"כ אלא לדעת הסוברין דנאמן לומר

פּרעַתִּי וְאִיגָהּוּ מִחֲלָקִי בְהִכִּי): אַף בְּאַמַּת דְּבָרֵי הַרְשָׁבָ"א נְכוּנִים וְקִיצוּר לְשׁוֹן שְׁקִיצוּר
הַבִּי בַס"ס מ"ו ס"א בְּהַעֲתֶקֶת תְּשׁוּבָה זֶה גָרַם לוֹ שֶׁהָיָה סוֹבֵר דְּהַרְשָׁבָ"א כ"כ אֲלֵיכֵינִי
דְּנִפְשִׁי וְבְאַמַּת הַמַּעֲיִין בְּתִשׁוּבוֹת הַמְכוּנוֹת סִימָן צ' וּבִשְׁוִ"ת הַרְשָׁבָ"א חֲלָק ג' סִימָן מ"ב
מְבֹנָאָר שֵׁם בְּאֵרֶךְ שְׁזָה לְדַעַת הַגְּאוּנִים שְׁנֵאמָן בַּכַּת"י לֹאמַר פְּרַעַתִּי אֲבָל מִן הַגְּדוּלִים
הָאֲחֵרוּנִים יֵשׁ שְׁאֵמְרוּ שֶׁאֵ"נ וְלָזָה דַּעַתִּי נוֹטָה כּו' וְכִינּוּן שְׁפָן אַף שְׁטַר חֲתוּם בַּע"א א"א
דְּפָרַע דְּשְׁטָרָא בְּיָדוֹ דְּמַלְוָה מֵאֵי בְּעֵי כּו' ע"ש וּכ"כ בְּקֶצְרָה בְּתִשׁוּבַת הַרְשָׁבָ"א סִימָן אֶלְף
צ' ע"ש: וְעַכ"פּ מֵהַ שְׁפַתְבִּתִּי בְּדָבָרֵי ה"ה דַּס"ל דְּתַרְנוּיָהּוּ בְּעֵינֵי שְׁלֵא יֵהָא עָלְיוֹ תוֹרַת
שְׁטַר וְגַם שְׁיִהְיֶה בְּיָדוֹ שְׁלֵא לְפָרוּעַ דָּאֵי בְּעֵי מְזַבֵּין כּו' תַּדַּע דְּאַף בְּדָבָרֵי הַרְמַב"ן דְּיִהִיב
טַעְמָא מִחֲמַת שְׁהַעֲדִים מוֹצִיאִין קוּל שְׁיִגְבֶּה מִמְשׁוֹנְעֵבְדִים זִיל נְכֻסִי לְכָּהּ מִקְפִּיד עַל שְׁטַר
מִשֶּׁא"כ בַּכַּת"י אִם פֶּן תִּקְשִׁי מִשְׁטַר פִּקְדוֹן וּמִשְׁטַר שְׁאִין בּוֹ אֲחֵרִיוֹת דְּגַם שֵׁם אֵין הַעֲדִים
מוֹצִיאִין קוּל פִּינּוֹן דָּאִין פֶּאֵן טְרִיפַת מְשׁוֹנְעֵבְדִים וְע"כ לֹאמַר דְּתוֹרַת שְׁטַר עֲדִיף דְּנֻדָּאֵי אֵין
מְנִיחַ בְּיָדוֹ שְׁטַר בְּעֵדִים אֶלְא דַּמ"מ גַּם כַּת"י לֹא מְסַתְבֵּר שְׁיִנִּיחַ בְּיָדוֹ אֵי לֹא מְשׁוּם דָּאִין
גּוֹבֶה מִמְשׁוֹנְעֵבְדִים וְלֹא זִילִי נְכֻסִיָּה וְא"כ בְּנִידוֹן דִּידֵן לֹא מְבַעֲנִי לְטַעַם ה"ה דַּא"נ לֹאמַר
פְּרַעַתִּי דְּהָא לֹא שְׁיִיף טַעְמָא דָּאֵי בְּעֵי מְזַבֵּין כּו' אֶלְא אֶפִּילוֹ לְטַעַם הַרְמַב"ן ה"נ פִּינּוֹן דְּגָבִי
מִמְשׁוֹנְעֵבְדִי זִילִי נְכֻסִי וְא"ל דְּדוֹקָא בְּשְׁטַר בְּעֵדִים שְׁמוֹצִיאִין קוּל שְׁפִיר מִקְפִּיד עָלְיוֹ דְּהָא
מִחֲמַת זֶה זִילִי נְכֻסִיָּה מִשֶּׁא"כ בְּנִידוֹן דִּידֵן אַעפ"י שְׁיֵשׁ בְּיָד הַעֲפוּ"ם לְגַבּוֹת מִמְשׁוֹנְעֵבְדִים
מ"מ בְּשִׁבִיל זֶה לֹא זִילִי נְכֻסִיָּה דְּהָא לֵיכָּא קְלָא אַף ז"א לְפִי הַמְבֹנָאָר בְּשׁוֹ"ת מַהֲרִי"ט
בְּחֲלָק ח"מ סִימָן ל"ח פִּינּוֹן דְּבָנֵי נַח מְצוּוִין עַל הַדִּינִים לְהַתְנַהֵג בְּנִימוּסִיָּהּ דִּינִיָּהּ דִּין כּו'
דְּאִיגָהּוּ אֵית לְהוּ הַמְלִוָּה בְּעֵדִים צְרִיף לְפָרַעוּ בְּעֵדִים דְּעֵדִים מְפָקָא לְקָלָא אַע"ג דְּאַמְרִינּוּ
בְּהַלּוֹא' מֵאֵן דְּזִיף בְּצִנְעָא זִיף לְדִידְהוּ מֵאֵן דְּמוֹזִיף בְּפִרְהָסִי' מוֹזִיף כִּי הֵיכָא דְּהוּי סְהָדִי
וְיִגְבֶּה מְמוּנָא עַל פִּיָּהּ דְּלֹא מְהִימֵן לֹאמַר פְּרַעַתִּי כּו' עֵינֵן שֵׁם וְא"כ אַף בַּכַּת"י אַמְרִינּוּ
דְּזִיף בְּפִרְהָסִיָּא וְחִיִּישׁ לְקָלָא דְּזִילִי נְכֻסִי וְנִרְאָה דְּעֲדִיף טְפִי מִשְׁטַר שְׁאִין בּוֹ אֲחֵרִיוֹת
וּשְׁטַר פִּקְדוֹן שֶׁאֵע"פ שְׁתוֹרַת שְׁטַר עָלְיוֹ מ"מ הָא לֹא גָבִי מִמְשׁוֹנְעֵבְדִי וְכַת"י אַע"פ שְׁאִינּוּ
בְּתוֹרַת שְׁטַר מ"מ הָרִי גּוֹבֶה מִמְשׁוֹנְעֵבְדִים וְאַדְרָב' מִחֲמַת זֶה דִּינוֹ כְּשִׁטְרָא מְשֵׁם וּלְכ"ע לֹא
מְצִי טַעֲוִין פְּרַעַתִּי וְנִרְאָה דְּאַף לְטַעַם שְׁכַתְבַּת הָרֵא"ש דְּכִינּוּן שְׁאִין לוֹ קוּל אֶפְשָׁר שְׁשַׁכַּח
כַּת"י וְכַתְבַּת מְהֵרָא' דְּאַף בְּכַתְבַּת ח"י דְּלִמְטָה תַּעֲזִיד כְּמֵאָה עֵדִים אֵיכָּא לְמִימַר הִכִּי זֶה דוֹקָא
בֵּין אִישׁ לְרַעְהוּ לְפִי שְׁמוּרָא לֹא עָלָה עַל רֵאשׁוֹ שְׁיָבֵא עָלְיוֹ בְּעַקִּיפִין עֲבִיד דְּמִינְשִׁי שְׁמֹסֵר
לוֹ כַּת"י אֲבָל בְּגוּוֹנִי' דְּנִידוֹן דִּידֵן שְׁהוּא כְּבוּשׁ תַּחַת יָדוֹ וְאִימְתוֹ עָלְיוֹ בְּנֻדָּאֵי בְּשַׁעַת פְּרַעוֹן
מְדַפֵּר דְּכִיר שְׁנָתָן לוֹ כַּת"י שְׁהָרִי אֵין רְגִילוֹת שְׁיִלְוָה לוֹ בְּלֹא כַּת"י וְלִכְּנֵן אֵין לְחוּשׁ כְּלָל
שְׁפָרַע וְהַנִּיחַ הַכַּת"י: וְעַדִּינּוּ יֵשׁ בְּזָה מְקוּם עֵינֵן אִם הִי הַעֲפוּ"ם בָּא לְפָנֵינוּ לְגַבּוֹת בַּכַּת"י
זֶה אִם הוּא יְכוּל לְגַבּוֹת בּוֹ דְּנִהֵי דְּנִימָא שְׁלֵא הִי הַלּוֹה נְאָמָן לְטַעוֹן פְּרַעַתִּי מ"מ עֲתָה שְׁבָא
לְפָנֵינוּ לְגַבּוֹת בּוֹ מִן הִתּוּמִים נִרְאָה דְּלֹא עֲדִיף מִשְׁטַר גְּמוּר דְּמִנְכֻסִי יְתוּמִים לֹא פְּרַעַתְלָא
בְּשִׁבּוּעָה וְהָא לֹא מְהִימֵן בְּשִׁבּוּעָה וְדִינוֹ כְּחֻשׁוֹד שְׁבָא לְגַבּוֹת מְנַכְסִי יְתוּמִים דְּאִינוּ גּוֹבֶה
כְּמְבֹנָאָר בְּסִימָן צ"ב וְכִיּוֹצֵא בְּזָה כְּתַב בְּתִשׁוּבַת מַהֲרֵשׁ"ךְ ח"ב סִימָן ק"ב שְׁעַפּוּ"ם הַפּוֹגֵם
אֶת שְׁטָרוֹ דִּינוֹ כְּחֻשׁוֹד הַפּוֹגֵם אֶת שְׁטָרוֹ וְא"כ ה"ה בְּבָא לְגַבּוֹת מִיְתוּמִים אֲבָל מִתְּשׁוּבוֹת
הַמְכוּנוֹת דְּלַעֲלֵל מְבֹנָאָר דְּאִין דִּינוֹ כְּחֻשׁוֹד לְעַנּוּן זֶה שְׁהָרִי שֵׁם הוּי עוֹבְדֵי שְׁהַעֲפוּ"ם גָּבִי
בַּכַּת"י הַבִּית וּמְכָרוֹ לְאַחַר וּבָא ב"ח מְוַקְדֵם בְּשְׁטַר לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ וְכַת' שֵׁם וְז"ל מֵאֵי
אַמְרַתְּ יְכוּל בַּעַל הַשְׁטַר לְטַעוֹן שְׁמָא פְּרַע אֹתָהּ הַלּוֹה כְּשַׁעֲבַר הַזְּמַן לֹא הִיא שְׁכַבְרָא אַמְרַתְּ

שְׁאֵפִי הַלֹּהֶ עֲצָמוֹ שְׁטוּעַן בְּרִי א"נ לומר פְּרַעְתִּי כְּמוֹ שְׁאֵמְרָתִי וְיִכּוּל לְטַעוֹן זֶה שְׁטָרְךָ בְּיַדִּי מֵאֵי בְּעֵי וּכ"ש אֵלּוֹ שְׁאֵינּוּ טוּעֵינִין אֲלֵא בְּשֵׁמָא כּו' כ"ש הֵכָא דְאֵיכָא הֶרְמְנוּתָא דְמִלְפָּא כּו' ע"ש וְאֵם גִּימָא שְׁהַעֲפּוּ"ם דִּינּוּ כְּחֻשׁוֹד לְעֵנִין זֶה א"כ מַה בְּכֶךָ דְאֵין הַלֹּהֶ נְאָמֵן לֹמֵר פְּרַעְתִּי מ"מ הָא צְרִיךְ הַמְלִינָה שְׁבוּעָה נֶגְדַּ ב"ח מְאֹחֵר כְּמַבְּנֹאֵר בְּסִי פ"ב דְאֵפִי נְאָמְנוֹת לָא מְהֵי נֶגְדַּ ב"ח מְאֹחֵר כְּמוֹ לְגַבֵּי לְקוּחוֹת וְלְעוֹלָם צְרִיךְ לְשַׁבַּע נֶגְדוֹ וְעֵינִין סִי קִי"א וּפְשִׁיטָא דְלְקוּחוֹת וּב"ח מְאֹחֵר לָא גְרִיעֵי מִיְתוּמִים וְכֵן מוּכַח לְעַנְדַּ מְש"ס דְעֵירוּכִין דְּרַף ק"ב דְאֵמְרִינּוּ אֵין גְּזַקְקִין לְנִכְסֵי יְתוּמִי אֵא"כ רִיבֵי אוּכְלֵת בְּהֵן וּמְקַשׁ עֲלֵהּ מִמְתְּנִיתִין דְשׁוּם הֵיְתוּמִים וְעוֹד כְּמַה מְשַׁנְיִות וּבְכוּלֵהוּ מְשַׁנֵּי דְקִיבֵל עֲלֵיו לְדוֹן בְּדִינֵי יִשְׂרָאֵל וּפְרִיךְ א"ה רַבִּית גְּמִי נְשָׁקוּל כְּגוֹן שְׁקִיבֵל עֲלֵיו לְזוֹ כּו' וְכֵן פְּרִיךְ בְּתֵר הֵכִי אֲלֵיכָא דִר"פ אֵי בְּשָׁקִיבֵל עֲלֵיו לְנֹטֵר לְהוּ עַד דְּגָדְלֵי כּו' ע"ש וְאֵם אֵיְתָא דְעַכּוּ"ם הוּי כְּחֻשׁוֹד וְאֵינּוּ יִכּוּל לְגַבּוֹת מִיְתוּמִים כְּלָל ל"ל לְמַפְרָךְ דְּלָא נְשָׁקוּל רִיבִית וְלְנֹטֵר כּו' דְּהָא אִף הֶקְרַן וּמְשַׁגְדֵּלוֹ גְּמִי לָא נִישְׁקוּל בְּדִינֵי יִשְׂרָאֵל שְׁהָרֵי עַכּוּ"ם אֵין גּוּבָה מִיְתוּמִים כְּלָל אֲלֵא וְדָאֵי דְלָא דֵינֵינִין לִי כְּחֻשׁוֹד לְעֵנִין זֶה וּמְרִישׁ הוּי קָא קִשִׁי לִיָּה דְאֵמָאֵי לָא מִיְיָתִי בְּעֵירוּכִין הֵתֵם מִמְתְּנִיתִין דְנִפְרַע מִנְכֵסֵי יְתוּמִים לָא יִפְרַע אֲלֵא בְּשַׁבּוּעָה דְהָא לָא מְשַׁכַּחַת בְּכוּתֵי דְאִף שְׁקִיבֵל לְזוֹ הָא אֲסוּר לְהַשְׁבִּיעַ אֶת הַכּוּתֵי כְּדֵאִיתָא בְּסִנְהֶדְרִין דְּרַף ס"ג וּבְרִישׁ בְּכוּרוֹת וּבְכַתְּנֻבוֹת דְּרַף פ"ז הַקְּשׁוֹ הַתּוֹ כֵּן מִמְתְּנִיתִין דְאֵין אֲלֵמְנָה נִפְרַעַת כּו' ע"ש וְחִירְצוֹ דְּהוּי מְפָרְשִׁינּוּ דְמִיְיָרֵי בִיתוּמִים גְּדוּלִים ע"ש וּכְבָר עֲמָדוֹ הַמְפֹרְשִׁים שֵׁם עַל זֶה דְקִשָּׁה מְש"ס דְלָא מוּקִי הָא דְשׁוּם הֵיְתוּמִים בְּהֵכִי עֵינִין בְּפ"מ שֵׁם וּמ"מ אִף לְדַבְרֵי הַתּוֹ קִשָּׁה דְאֵפִי ה"ל לְהַשְׁ"ס לְאֵתוּי מְדַתְנֵי אֲבֵי קִשִׁישָׁא דְאִף בְּקִטְנִים לָא תִפְרַע אֲלֵא בְּשַׁבּוּעָה: וּמְצָאֵתִי שְׁהַתּוּס' בְּגִיטִין דְּרַף נו"ן ד"ה יְתוּמִים עֲמָדוֹ בְּזֵה וְכַתְּבוּ דִלְר"ת דְמְפָרְשׁ דְּוָקָא שְׁוֹתְפִים אֲסָרוּ חֻכְמִים כּו' אֲבָל לְרַבִּינוּ שְׁמוּאֵל דְאֲסוּר לְקַבֵּל שְׁבוּעָה מִן הַנְּכָרֵי קִשָּׁה וי"ל דְמִיְיָרֵי בְּגַר תּוֹשֵׁב כּו' וּכ"כ הֶרְשֵׁב"א שֵׁם בְּחִידוּשָׁיו וּכ"כ הַתּוּס' בְּכַתְּנֻבוֹת דְּרַף צ"ד ע"ש וְנִהְיֵתִי וְעַכ"פ מְהָא דְעֵירוּכִין מוּכַח דְעַכּוּ"ם גּוּבָה מִיְתוּמִים בְּלֵא שְׁבוּעָה כְּלָל אִף אֵם בָּא לְדִין בְּדִינֵי יִשְׂרָאֵל דְהָא אֲסוּר לְקַבֵּל מִמְנוּ שְׁבוּעָה וְנִרְאָה דְאִף דְמַעֲיָקְרָא גְדַחְקוּ הַתּוֹ אֲלֵיכָא דִר"ת דַּס"ל דְמֹת' לְקַבֵּל שְׁבוּעָה מִן הַעַכּוּ"ם אֵם כְּבָר גְּמַחְזִיב הֵינּוּ מַעֲיָקְרוּ בְּקוּשְׁיֵיתֵם דְלָא אֲסָקִי אַדְעֵתְיָהוּ דְאֵיכָא לְתִירוּצֵי בְּגַר תּוֹשֵׁב אוּ כְּדְמוּקֵי בִירוּשְׁלָמִי כּו' אֲבָל לְפִי תִירוּצֵם גִּרְאָה דְגַם לִר"ת לָא מְפָרְשִׁינּוּ הֵךְ דְנִפְרַע בְּשַׁבּוּעָה הֵינּוּ בְּעַכּוּ"ם שְׁדוּחַק גְּדוּל הוּא כֵּינּוּ דְמִתְקַנַּת חֻכְמִים שְׁלֵא יִפְרַע אֲלֵא בְּשַׁבּוּעָה לָא מְשַׁכַּחַת לֵה לְרַב אֲסִי כ"א גְּבִי עַכּוּ"ם לָא הִי לְהֵם לְחֻכְמִים לְהַשְׁבִּיעַ הַעַכּוּ"ם וּא"ל לְפִי שְׁהוּא כְּמַצִּיל מִיְדוֹ כֵּינּוּ דְמַדִּינָא הוּא נְאָמֵן בְּשָׁטֵר שְׁבִידוֹ וְאֵמְרִינּוּ שְׁאוּמֵר אֵמֶת שְׁלֵא נִפְרַע מִשׁוּם חֻשְׁשָׁא בְּעֵלְמָא שְׁמָא נִפְרַע מְאֻבּוּהוֹן וְלֵא יִרְצָה בְּשֵׁם ע"ז שְׁלוֹ לְשַׁקֵּר לָא הִי לְהֵם לְחֻכְמִים לְתַמְנֵן כֵּינּוּ דְאֵיכָא אֲסַמְכְּתָא דְלָא יִשְׁמַע עַל פִּיךָ וְאִף אֵם נֵאמֵר דִּלְר"ת כֵּן הוּא שְׁמִשְׁבִּיעֵין הַעַכּוּ"ם מ"מ לְפִי דַעַת רַבִּינוּ שְׁמוּאֵל וּמְשַׁמַּע שְׁכֵן דַּעַת הַפּוֹסְקִים ע"כ שְׁנוּטֵל בְּלֵא שְׁבוּעָה: וְלְכַאוּרָה הִיָּה אֲפֹשֵׁר לֹמֵר דְלְפִי תִירוּץ הַתּוּסַפ' דְמִיְיָרֵי בְּגַר תּוֹשֵׁב גַּם הָא דְמוּקֵי בְּעֵירוּכִין בְּעַכּוּ"ם שְׁקִיבֵל כּו' לָאו דְוּוּקָא נִקְטַ עַכּוּ"ם אֲלֵא ר"ל גַּר תּוֹשֵׁב וּבְאַמֶּת גּוּבָה ע"י שְׁבוּעָה אֲבָל בְּלֵא שְׁבוּעָה לָא גְּבִי כְּלָל אֲבָל ז"א דְלָפּוּם מֵאֵי דַס"ד שְׁקִיבֵל לְדוֹן בְּדִינֵי יִשְׂרָאֵל הָא בְּד"י שְׁבוּעָת גַּר תּוֹשֵׁב גְּמִי לָאו כְּלוּם הוּא דְאִף שְׁקִיבֵל ז' מְצוֹת מ"מ חֻשׁוֹד הוּא עַל הַשְׁבוּעָה וּא"כ בְּפְשִׁיטוֹת ה"ל לְמַפְרָךְ דְהָא לָא גְּבִי כְּלָל וְעֵינִין אֲפֹשֵׁר לְדַחְחוֹת דְכֵינּוּ דְאֲלֵיכָא דְרַב אֲסִי דַע"כ לְפָרְשׁ הָא

דַּנְכְּסֵי יְתוּמִים יִפְרַע בְּשָׁבוּעָה נְמִי בְּגֵר תּוֹשֵׁב מִיַּרְי א"כ מַעֲיָקְרוּ הָכִי אֵימָתָן שְׂיִהְיֶה גֵר תּוֹשֵׁב נְאֻמָּן דִּידְיָהּ.

אַלָּא שְׁלַעַנ"ד צ"ע לְפִי מַה דְּקִי"ל בַּר"ס צ"ב דְּאַף שֶׁהַתּוֹבֵעַ רוֹצֵה לְקַבֵּל שָׁבוּעַת הַחֲשׂוֹד אֵין שׁוֹמְעִין לוֹ וְהַטַּעַם כַּמ"ש בַּסַּמ"ע פִּינּוֹן שֶׁהוּא נֶחְשָׁד שְׂיִוָּצִיא ש"ש מִפִּי לְשִׁקָּר יֵשׁ חִילוּל הַשֵּׁם בְּדָבָר וְאֵין הַב"ד מְנַיְחִין אוֹתוֹ לִישָׁבַע וְכֵן מְבֹאָר בְּמַרְדְּכֵי פֶרֶק שָׁבוּעוֹת הַדְּיִינִים בְּשֵׁם רֵאבִי וְכֵן מִשְׁמַע לַעַנ"ד לְשׁוֹן הִירוּשָׁלַיִם שֶׁהֵבִיאוּ הַפּוֹסְקִים גְּבִי שְׂכִיר הָיָה עֶבֶד וְכִי ב"ד מוֹסְרִין שָׁבוּעָה לְעֶבֶד הִי חֲשׂוֹד וְכִי ב"ד מוֹסְרִין שָׁבוּעָה לְחֲשׂוֹד ע"ש וְהָיָה מִלְתָּא מִשְׁמַע דַּבְב"ד תְּלִיָא מִלְתָּא וְאַף אִם שְׁנִיָּהֶם רוֹצִים בְּשָׁבוּעָה אֵין שׁוֹמְעִין לָהֶם מִפְּנֵי חִילוּל הַשֵּׁם וְלִפ"ז קָשָׁה דְּלִפִּי מַה שֶׁתִּירְצוּ הַתּוֹס' דְּמִיַּרְי בְּגֵר תּוֹשֵׁב שְׂאִינוּ נִשְׁבַּע בְּשֵׁם ע"ז אַלָּא בְּשֵׁם הַמִּינוּחַד וְהָא עַכ"פ חֲשׂוֹד הוּא עַל הַשָּׁבוּעָה שֶׁהָיָה אֵינוּ מִז' מַצּוֹת וְאֵיךְ תִּיקְנוּ חֻקִּים לְמַסּוֹר לוֹ שָׁבוּעָה וְלֹא עֲדִיף מִעֶבֶד שְׂיִשְׁנוּ בְּמַצּוֹת וְאַפ"ה אֵין מוֹסְרִין לוֹ שָׁבוּעָה כַּמְבֹאָר בִּירוּשָׁלַיִם דְּלַעֲלֵל וְאַפְשָׁר לְפִי מ"ש הַגָּאוֹן חֻקֵּם צָבִי ז"ל בְּהַגְהוֹת ט"ז סִימָן פ"ז סְעִיף כ"ה לְחַלֵּק דְּסַתָּם עֶבֶד הוּא פָּסוּל לְשָׁבוּעָה לְפִי שֶׁרַבְּוֹן רָשָׁעִים מִשָּׂא"כ בְּמִןחֻזֵּק בְּכַשְׁרוֹת פְּטָבִי עֶבְדוֹ שֶׁל ר"ג פָּשַׁר לְשָׁבוּעָה אַע"פ שֶׁפָּסוּל לְעַדוֹת ע"ש א"כ גַּם בְּגֵר תּוֹשֵׁב י"ל כֵּן הֵיכָא שְׁמִינְחֻזֵּק בְּכַשְׁרוֹת לֹא מִיַּקְרִי חֲשׂוֹד: אֵיךְ בְּאַמַּת אֵין הַנִּדְוֹן דּוּמָה דְּבַעֲבָד שְׂאִינִי דְּהָא חֲזִיב בְּמַצּוֹת שֶׁהָאִשָּׁה חֲזִיבַת וְכַמוֹ שֶׁכְּתַב הַחֲכָם צָבִי שֵׁם מִשָּׂא"כ בְּגֵר תּוֹשֵׁב שְׂאִינוּ חֲזִיב רַק בּו' מַצּוֹת לְבַד וְאֵין הַשָּׁבוּעָה בְּכָלל וְדוּחַק לֹא מִשְׁמַע בְּרַכַּת הַשֵּׁם שֶׁב"נ מְצוּיִן עָלָיו דּו"א דְּהָא הַנִּשְׁבַּע לְשָׂוֹא אוֹ לְשִׁקָּר אֵינוּ חֲזִיב מִשּׁוּם בְּרַכַּת הַשֵּׁם כָּלל אַלָּא וְדָאִי דָאִין זֶה עֲנִין לְזֶה וְאַפְשָׁר דְּכִינוּ דָאִין מְצוּיִן שְׁפִיר מִשְׁבַּעֵינוּ לִי וְלֹא חֲזִינְשִׁינּוּ לְחִילוּל הַשֵּׁם רַק בִּישְׁרָאֵל חֲשׂוֹד פִּינּוֹן שֶׁהוּא מְצוּנָה שְׁלֵא לְשַׁבַּע לְשִׁקָּר וְכָל הָעוֹלָם נִזְדַּעְזַע יֵשׁ לְחוּשׁ שְׁמָא יִשְׁבַּע לְשִׁקָּר וְהַמְכַשֵּׁל הַזֶּה עַל יְדֵיהּ בָּאָה מִשָּׂא"כ כְּשִׂאֵינוּ מְצוּנָה אֲנִי מִשְׁבַּעֵינוּ לִי דְּשְׁמָא אַע"פ"כ יְהִיָּה אֵימַת שָׁבוּעָה עָלָיו וְיִפְרוֹשׁ וְאִם יִשְׁבַּע לְשִׁקָּר לֹא אֵיכְפַת לוֹ בְּהָכִי פִינּוֹן שֶׁהוּא אֵינוּ מְצוּנָה ע"ז וְצ"ע: שׁוֹב מְצַאֲתִי בְּמִשְׁנָה לְמַלְכֵי הַלְכוֹת מְלָכִים שְׁנַשְׂא וְנָתַן בְּעַנְיָן זֶה דָאִין בְּנִי נָח מְצוּיִן עַל הַשָּׁבוּעָה וְכַתְּבֵי ג"כ דְּאַפְשָׁר שֶׁהוּא בְּכָלל בְּרַכַּת הַשֵּׁם וְגַם צ"ע כַּמֶּש"ל וְע"ש שֶׁהֵבִיָא רֵאבִי מִזֶּה שֶׁהַשְּׁבִיעַ יַעֲקֹב לַעֲשׂוֹ וְלַעַנ"ד אֵין רֵאבִי דְּהָא עָשׂוֹ גַם הוּא מַצּוֹת לֹא שְׁמַר כְּדָאֲמַרְינּוּ חֲמִשׁ עֲבִירוֹת עֶבֶר בְּאוֹתוֹ הַיּוֹם כּו' אַבְל מ"מ הַשְּׁבִיעוֹ שְׁפָרָה הִיא נִימוּס הַמְדִינָה שְׁמַחְוִיב לְקַיֵּם כְּשֶׁנִּשְׁבַּע וְכַאֲשֶׁר הִי דְרַכָּם בְּעַנְיָן פְּרִיתוֹת בְּרִית וְאֵין לְהַאַרְיָה: וְהִנֵּה לַעֲלֵל כְּתַבְתִּי רֵאבִי מְכַרַחַת מִתְּשׁוּבוֹת הַמְּכֹוֹנוֹת דְּעַפּו"ם ב"ח מוֹקְדָם גְּבִי נֶגֶד ב"ח מְאֻחָר אַף ע"ג דְּצָרִיךְ שָׁבוּעָה וְלְכַאוּרָה לְפִי מַה דְּמִשְׁמַע בְּסִימָן ק"ח דְּדוֹקָא לַעַנְיָן יְתוּמִים הוּא דְּאֲמַרְינּוּ כְּשֶׁמַּת לְזֶה בְּחֵי מְלו' אֵין אָדָם מוֹרִישׁ אַבְל לְגַבִּי לְקוֹחוֹת לֹא אֲמַרְינּוּ הָכִי ע"ש וְא"כ ב"ח מְאֻחָר שְׂדִינוּ כְּלָקוֹחוֹת שְׁפִיר גּוֹבָה הַחֲשׂוֹד דְּדוֹקָא בֵּיתוּמִים אֲמַרְינּוּ הָכִי.

אַבְל לַעַנ"ד דְּלְקוֹחוֹת דֵּינָם פִּיתוּמִים לַעַנְיָן זֶה דְּהָא בְּכָל דּוּכְתִי לְקוֹחוֹת עֲדִיפִי מִיְתוּמִים וְעַכ"פ לֹא גְרִיעֵי מִנֵּיהּ וּמ"ש הַפּוֹסְקִים דִּיתוּמִים מִיְתוּמִים דְּדוֹקָא אַבְל מְלָקוֹחוֹת שְׁפִיר גְּבִי טַעְמָא אַחְרֵינָא הוּא כַּמְבֹאָר בְּחִידוּשֵׁי הַרְשָׁפ"א בְּשָׁבוּעוֹת בְּשֵׁם הַרְמְב"ן דְּדוֹקָא יְתוּמִים מִיְתוּמִים אַבְל יְתוּמִי מְלָקוֹחוֹ שְׁפִיר גְּבִי בְּשָׁבוּעוֹת הַיּוֹרְשִׁין מִשּׁוּם דְּלִיכָא לְמִימַר כְּפָר נְתַחֲזִיב הַמְלַן שָׁבוּעָה לְקוֹחוֹת שְׂאִין נְתַחֲזִיב שָׁבוּעָה עַד שְׂיַעֲמֹד עִם הַלְקוֹחוֹת בְּדִין דְּאַפְשָׁר שְׂיִפְרַע מִן הַלְוָה עֲצָמוֹ מִנְכְּסֵי ב"ח מִשָּׂא"כ בֵּיתוּמִים מִן הַיְתוּמִים דְּמִיד שְׁמַת לְזֶה

א"א לומר לו למלנה שיפרע אלא בשבוע' אלא מיהא אם עמד בדין מלנה עם הלכות ומה בכי האי גוונא ודאי לרב ושמואל פקע לפי שפבר נתחייב מלנה שבועה ללקוחות ואין אדם מוריש שבועה לבניו עכ"ל והן הן דברי רי"ו שהביא בסמ"ע ס"ק ל"ד בשם הרמב"ן ומ"ש הסמ"ע שלא חש למשמעות הגמרא כו' הנה בדברי הרמב"ן דלעיל מבואר החילוק בזה ובזה אפשר ליישב תשוב' הרא"ש בכלל פ"ו דסתי אהדדי מ"ש בדין ג' ובדין י"ב ע"ש ולפי מ"ש י"ל דס"ל להרא"ש דהתם בדין ג' פיון שפבר עמד בדין עם הלוקח אע"פ שפבר נשבע מ"מ פיון שלא נפטר בשבועה וצריף לישבע שנית בשעת הורדה אמרינו אין אדם מוריש כו' לפי שמשעה שעמד בדין עם הלוקח שוב עיקר סמיכתו על נכסי אלו וצריף שבועה משא"כ בדין י"ב שלא עמד בדין עם הלוקחות כולל שפיר אמרינו דהמלנה עדיין לא נתחייב שבועה פיון שאפשר שייגב' ממנו זה מלנה עצמו ולא יבוא לידי שבועה וכ"כ הרא"ש שם וע"ש בסמ"ע ס"ק מ"ה ודברי הרא"ש הם דברי הרמב"ן ולפי שאין פאן מקומו קצרת: ועכ"פ יש ללמוד מדברי הפוסקים הללו דלקוחות כיתומים דמי דאי אמרינו אין אדם מוריש כו' אין גובין מהו בלא שבועה ודוקא היכא שלא עמד בדין לפי שהוא ממון שאין עליו שבועה בבירור דהא אפשר שייגב' מבני חורין אינו בכלל אין אדם מוריש כו' אבל בעמד בדין פיון שפבר נתחייב שבועה שוב א"א להוציא מלקוחות בלא שבועה כמו מיתומים ואף ע"ג דפוגם שטרו ונתחייב שבועה ומת שפיר גובין מחמת הו' דלא לוסוף פיון שהם באים לגבות מלנה עצמו אבל כשהו' באים לגבות מיתומים או מלקוחות שפבר עמד בדין לא מצי גבי דהיינו דרב ושמואל ולפ"ז נראה שהמלנה חשוד אינו יכול לגבות מלקוחות כמו שאינו יכול לגבות מיתומים דבזה אין לחלק בין לקוחות או יתומים דכל שאינו יכול לישבע מפסיד וא"כ ה"ה נגד ב"ח מאןחר דכלוקח דמי וא"כ שפיר הוכחתי לתשובות המכונות דלעיל דאף בכה"ג הפותי גובה ולא דיינינו ביה דין חשוד ועוד נראה דבלא"ה הרשב"א מהסוברים דבכל הני דמתניתין פגון פוגם וכה"ג אם אינו יכול לישבע מפסיד וכמו שכתב בתשובות המכונות סימן פ"ה שכתב ואם הוא מלנה בשטר צריף להחזיר לו שטרו מן הטעם שאמרנו ועוד שהוד' שקיבל ממנו קצת דמים כפר פגום שטרו וצריף שבועה בטוען פרי ועכשיו שאינו יודע אינו יכול לישבע הלכך אינו נוטל ותייב להחזיר השטר עכ"ל והב"י הביאו בקצרה סימן ע"ב ועיין במשנה למלך ה"ל הרי מבואר דהרשב"א ס"ל פהרמב"ם דבכל שבועות אלו אף שהם מתקנות חכמים אם אינו יכול לישבע מפסיד ומכ"ש בשבועות לקוחות ובע"ח מאןחר ואפ"ה פתב הרשב"א דבדין יכול העפוי"ם לגבות ולכאורה הי' אפשר לדחות ולומר דהתם שפבר גבה העפוי"ם והוי כתפס ולדעת הרא"ש והטור אפי' באינש דעלמא אם תפס ולא רצה לישבע לא מפקינו מנייה וא"כ בגוונא דמייירי התם בתשובות המכונות שפבר גבה העפוי"ם הוי כתפס ולא רצה לישבע: אבל לענ"ד אין פאן דעת הרשב"א ואפי' אם נאמר דוקא בתפס מעות אבל לא מטלטלין ומכ"ש קרקע עיין בשיט' מקובצת פתובות פרק הפותב ועוד שהרי כתב שם בתשובה ונ"ל ואלו באו פולם בב"א לגבות מבני חורין ולא הנה בהם אלא כדי שטר אחד אפשר הנה יכול לומר דלמלנה בשטר יתבינו הפל שאין לנה עדים ממש ששטרו קדם ומשום אותו חששא שאמרתי (ר"ל שעשו קנוניא והקדימו הזמן) אבל היכא שקדם זה וגבה כו' ע"ש מבואר שאם יש עדים ששטרו קדם ואזלא הו' חששא שפיר הנה גובה אף לכתחלה

נגד בע"ח מאןחר אף ע"פ שלא נשבע שלא נפרע ודוחק לומר דבאמת הנה משביעין אותו שלא נפרע וכדעת ר"ת דלעיל אלא ודאי דלא דייגינין ביה דין חשוד הבא לגבות פלל וכן מוכח לענ"ד מבב"ב דף קע"ד שהוא ערבא דנכרי דפרעי לנכרי מקמי דלתבעינהו ליתמי כו'.

אמנם הך מלתא טעמא בעי דהא ודאי עכו"ם חשוד הוא ולמה יהיה עדיף מחשוד ישראל דאינו גובה מן היתומים ולכאורה הנה אפשר לומר ע"פ שנתבאר סימן צ"ב בשם הראב"ד שאם ידע פשעסק עמו שהוא חשוד לא דייגינין ביה דין חשוד להיות שפנגדו נשבע ונוטל והש"ך שם הספיק לזה וכתב דכשידע בבירור שהוא חשוד ה"ל פאלו קיבל אנפשיה שיהיה החשוד פטור בלא שבווע' ע"ש ואף לפי דעת היש חולקין שהביא הרמ"א שם והוא מדברי הרא"ש בתשובה (ומ"ש הש"ך שם דדברי הרא"ש צ"ע פכר עמד ע"ז באו"ת) מ"מ הרי מבואר שם בדברי הרא"ש הטעם דאדרבא ראובן אפסיד אנפשיה דמאחר שהוא חשוד הנה לו לפרוש ממשא ומתן שפא יתחייב ש"ד ושפנגדו ישבע ויטול וזה לא שייך אלא בישראל חשוד אבל לא בעכו"ם והלכך פינו שנה נשא ונתן עמו ודאי דמעיקרו אדעתא שלא ישביענו הוא הלכך שפיר גבי בלא שבוועה פלל: אלא שצ"ע ממ"ש הטור בסימן ש"ח וישאל התובע לעכו"ם וכופר ויש לגוי ע"א יכול להעידו שגם בדיני ישראל העד המסייעו פוטר והב"י שם פתב דמייירי במודה במקצת דבדיגינינו הוי מחויב לישבע ועכו"ם אינו יכול משום דלא מהימנא לי' ומשלם אפ"ה אם יש עד המסייעו פוטר ע"ש הרי מבואר דגם בעכו"ם דייגינין דין חשוד ולא אמרינן דה"ל פאלו קיבל אנפשי' שיהי' פטור בלא שבוועה ועיין בש"ך סימן ע"ב ס"ק ס"א רמז לדברי ב"י אלו אף בדברי הטור י"ל שפוננתו בפשיטות לפי מ"ש שם בח"מ סימן קפ"ב פדעת ר"ת והרא"ש שאם פכר נתחייב לו העכו"ם שבוועה מותר לקבל ממנו כדי להציל ממונו ע"ש ובזה ש"ד לע"א להעידו פינו דאפי' בדיני ישראל עד המסייעו פוטר משבוועה אבל דברי הב"י צ"ע ועוד נראה דאפי' בכה"ג שישאל תובע לעכו"ם והוא כופר ונתחייב שבוועה לא דייגינין ביה דין חשוד פינו שידע בפסולו ולא שייך דהחשוד אפסיד אנפשיה וכמ"ש מ"מ היכא דהעכו"ם הוא התובע ונתחייב שבוועה אינו נוטל בדיגינינו דהא סוף סוף לא מצי אישטבע דאי לא תימא הכי א"כ בהך דינא דחשוד הבא לגבות מנכסי יתומים מפסיד גמי נימא הכי דהיינו דוקא כשלא ידע אביהו בשעה שפסק עמו שהוא חשוד ומסתימת הפוסקים לא משמע פן וכן מוכח ג"כ ממ"ש הרא"ש בשבועות ראיה לדין זה דחשוד אינו נפרע מיתומים מהא דאמרינן בגיטין רב לא גבי פתובה לארמלתא והיינו משום שהיתה חשודה בעיניו ומוכח מזה דחשוד מפסיד וקשה דהא ארמלתא דהתם הוי פינדע מעיקרו שהיא חשודה (וראיתי בפ"י דגיטין דף ל"ד שכתב ג"כ טעמא דמתניתין נמנעו מלהשביעה והפסידה משום דחשוד מפסיד וגרע מפוגם שטרו ומת דחשוד מפסיד ע"י פשיעתו כו' ע"ש וזה צ"ע דמה חטאה ומה פשעה זו אטו אנו ידעינן דהיא חשודה רק אנו חשדינן לה דמורי' היתרא ולמה נפסיד אותה בשביל זה) וצ"ל דאף ע"ג דינדע מעיקרו מ"מ לא הוי פאלו הימנה לגבי יורשין ליטול בלא שבוועה ומה שכתב לה פתובה היינו שתגבה לכשתתגרש או אם יצוה קודם מותו שלא נפרעת ממנו ובהכי א"ש מה שהקשה הפ"י שם דמה הועילו חכמים בתקנתן שתיקנו פתובה שלא תהא קלה כו' דהא גרשנה ויטעון אישטבע לי וכיון דאין משביעין אותה תפסיד כו' ע"ש ולפי מ"ש י"ל

דְּבִירָה שְׁפִיר אָמְרִינוּ פִּינוּ דְּמַעֲקָרוּ יְהִיב לָהּ פְּתוּבָה וְיַדַע שְׁאִין מְשַׁבִּיעִין אוֹתָהּ שְׁפִיר הִיא נוֹטֶלֶת בְּלֹא שְׁבוּעָה וְדוֹקָא בְּפוֹגְמַת שְׁמַעְשִׂיָּה גָרְמוּ לָהּ וּמ"ש רָאָה מֵהַש"ע דְּבִאֲשָׁה חֲשׂוּדָה מִפְסָדַת אִין מְזָה רָאָה דְּהִיא אֲלִיבָן דִּידוֹן שְׁמַשְׁבִּיעִין אֶת הַגְּרוּשָׁה וְנוֹטֶלֶת פְּתוּבָתָה וְלִכְּן אִם הִיא חֲשׂוּדָה מִחֲמַת מַעֲשִׂיָּה מִפְסָדַת מִשָּׂא"כ בְּמֵאִי דַס"ד הָתָם אָפִילוּ גְרוּשָׁה נְמִי פְּשִׁיטָא דְאִינוּ יְכוּל לְהַפְסִידָה פְּתוּבָתָה מִחֲמַת שְׁיִטְעוֹן הַשְּׁבַע לִי וְאָנוּ חוֹשְׁדִין אוֹתוּ דו"א דְּהָא מַעֲקָרָא אֲדַעְתִּיָּה דְּהִכִי יְהִיב לָהּ פְּתוּבָה וְיַדַע בְּהָ שְׁאִין אָנוּ מְשַׁבִּיעִין אוֹתָהּ רַק דְּהַש"ס מִיִּירִי בְּגְרוּשָׁה הַנְּפָרַעַת מִנְכָסִי יְתוּמִים אוּ בְּפוֹגְמַת אוּ פִּינְצָא בְּזָה שְׁהִיא מִתְחַזְּבָת שְׁבוּעָה שְׁלֹא מִחֲמַת טַעְנָתוּ וְאִין לְהֶאָרִיף: וְחִזְרָנוּ לַמ"ש דְּדוֹקָא בְּמִתְחַזְּבִיב שְׁבוּעָה לְפָטוֹר לֹא דִינִינִין דִּין חֲשׂוֹד אִם יַדַע כּו' שְׁהוּא חֲשׂוֹד מִשָּׂא"כ בְּמִתְחַזְּבִיב שְׁבוּעָה לִיטוֹל וְלִכְּן שְׁפִיר מִיִּיתִי הָרָא"ש בְּהָא דְלֹא מִיִּגְבִי פְּתוּבָה לְאַרְמִלְתָּא וְאָפְשָׁר לוֹמַר דְּהָרָא"ש לְשִׁיטָתוּ דַס"ל דְּאָף בְּיַדַע שְׁהוּא חֲשׂוֹד נְמִי שְׁפָנְגָדוּ נְשָׁבַע וְנוֹטֶל וְאָף ע"ג דְּגַם הָכָא לֹא שְׁיִיף לֹמַר דְּאִיָּהּ אֲפָסְדָ' אֲנַפְשָׁה מֵאַחַר שְׁהוּא חֲשׂוּדָה הִיָּה לָהּ לְפָרוּשׁ פִּינוּ דְּבִאֲמַת אִינָה חֲשׂוּדָה מִצַּד עֲצָמָה רַק דְּאָנוּ לֹא יְהִיבִינוּ לָהּ שְׁבוּעָה דְּחֲשְׁדִינוּ לָהּ מ"מ אִין הַכְּרַח לְהִיפּוֹף שְׁהוּא נִתְחַזְּבִיב נְגִידָה שְׁתַּטּוֹל בְּלֹא שְׁבוּעָה וְאָפְשָׁר דְּאַתְפָּסִי צָרְרִי וּבְחִיּוּ הִיָּה סוֹבֵר שְׁלֹא תוּכַל לְהַעֲיִזוּ נְגִידוּ וְאַחַר מוֹתוּ בְּאֲמַת לֹא תִגְבֶּה אוּ דְלֹא מְסִיק אֲדַעְתִּיָּה דְּמִיָּת כּו' וַא"כ י"ל דְּבְחֲשׂוֹד מַעֲקָרוּ כְּגוֹן עֲפוּ"ם נְמִי מִפְסִיד גְּבִי יְתוּמִים וְאָפְשָׁר דְּגַם הָרָא"כ דְּמוֹדָה לְעַנְנִי שְׁבוּעָה לִיטוֹל וְלֹא קָאָמַר אֶלָּא לְעַנְנִי שְׁבוּעָה לְפָטוֹר: אִף נִרְאָה לְעַנְנִי דְּאָף דְּלְעַנְנִי פּוֹתִים וְשִׁנְתְּחַזְּבִיב שְׁבוּעָה לְפָטוֹר אָפְשָׁר שְׁדִינִי בּוּ דִין חֲשׂוֹד כַּמ"ש הַב"י סִימָן כ"ח מ"מ בְּנִידוֹן זֶה שְׁיִישׁ שְׁטֵר בְּיָדוּ וּמִדִּינָא גְּבִי בְּלֹא שְׁבוּעָה רַק מִשׁוּם חֲשׂוֹשׁ צָרְרִי אֲצַטְרַכִּי רַבְּנֵי שְׁבוּעָה גְּבִי מִיִּתְמִי י"ל דְּהִינּוּ דוֹקָא בִּישְׂרָאֵל אֲבִלְבְּכוּתִי לֹא חִיִּישִׁינוּ לְצָרְרִי וְזֶה מִבּוֹאֵר מִמָּה דְּאִיתָא בַב"ב דָּף קע"ד הִיא עֲרָבָא דְּנִכְרִי דְּפָרְעִי לְנִכְרִי מִקְמִי דְּלִתְבַעֲיָנָהוּ לִיִּתְמִי א"ל רַב מְרַדְכִי כּו' אָפִילוּ לַמ"ד חִיִּישִׁינוּ לְצָרְרִי וּפְיִרְשׁ הַרְשָׁפָ"ם דְּאִין הִלְוָה מִתְפִּיסוּ לְעַפּוּ"ם צָרְרִי דְּהָא יַדַע יִשְׂרָאֵל דְּכוּתִי הָדַר וְגְבִי זִימְנָא אַחְרִיתָא מִן הָעֶרֶב וַאֲע"ג דְּאָמְרִינוּ אֲדַרְבָּה אֲפִי לְמַאן דְּלֹא חִיִּישׁ כּו' הִינּוּ שְׁחוֹשְׁשִׁין שְׁהַתְּפִיס צָרְרִי מִתְחַלָּה לְעֶרֶב אֲבָל לְנִכְרִי לֹא חִיִּישִׁינוּ שְׁהַתְּפִיס צָרְרִי דִינֵדַע דְּהָדַר וְגְבִי זִימְנָא אַחְרִיתִי וְלִכְאוּרָ' מֵאִי דְּקָאָמַר פִּינוּ דְּבַתֵּר עֲרָבָא אֲזִיל לֹא חִיִּישִׁינוּ לְצָרְרִי מִשְׁמַע דְּאִי לָאו הִיא טַעְמָא הוּי חִיִּישִׁינוּ אִף בְּנִכְרִי אֲבָל ז"א לְעַנְנִי דְּמַהִיכָא תִיִּיתִי נִימָא שְׁאִין מִתְפִּיס צָרְרִי בְּשָׁבִיל שְׁחוֹשְׁשׁ שְׁיִגְבֶּה מִן הָעֶרֶב פְּעַם שְׁנִית וְאִינוּ חוֹשְׁשׁ שְׁיִחְזִיר וְיִגְבֶּה מִיָּנִיָּה דִּידִיָּה גּוֹפִיָּה אוּ מִיִּתְמִי דִּידִיָּה וְלִכְּוָה לֹא מִתְפִּיס צָרְרִי וַא"ל דְּלִמִּיתָה לֹא חִיִּישׁ וְשְׁלֹא יְהִיָּה חוֹזֵר עָלָיו ג"כ לֹא חִיִּישׁ שְׁבַטוּחַ בּוּ שְׁלֹא יַעֲיִז דַּא"כ גַּם עַל הָעֶרֶב לֹא יוּכַל לְחַזֵּר שְׁהִרִי הָעֶרֶב יִחְזִיר עַל הִלְוָה וְיִהְיֶה נִתְפָּס בְּשִׁקְרוּ וְכִחְשׁוּ בְּפָנָיו יַעֲנֶה אֶלָּא וְדַאִי דְּמַעֲיִז וּמַעֲיִז פְּדַכְתִּיב הָעַז רָשָׁע בְּפָנָיו וַא"כ מִמִּילָא שְׁאִינוּ מִתְפִּיס לְעַפּוּ"ם צָרְרִי כָּלֵל וְהָא דְּקָאָמַר טַעְמָא דְּבַתֵּר עֲרָבָא אֲזִיל מִשׁוּם דְּהָתָם הוּי ס"ד דִּישׁ לְחוּשׁ לְצָרְרִי טְפִי מְבַעֲלָמָא מִחֲמַת שְׁהַעֲמִיד לוּ עֶרֶב וְהוּא חוֹשְׁשׁ שְׁלֹא יִדְחֹק הַמְּלוּהָ אֶת הָעֶרֶב מִתְפִּיס לִיָּה צָרְרִי כְּמִבּוֹאֵר שָׁם לְעִיל מִיָּנִיָּה בְּסוּגִיָּא לְעַנְנִי עֶרֶב יִשְׂרָאֵל ע"ש בְּתו' לְעַנְנִי כְּתִב לוּ הִתְקַבְּלִיתִי וְלִכְּן קָאָמַר דַּאֲע"ג דְּבִישְׂרָאֵל כַּה"ג חִיִּישִׁי שְׁמִתְפִּיס צָרְרִי כְּדִי שְׁלֹא לְדְחֹק אֶת הָעֶרֶב מ"מ בְּנִכְרִי לֹא חִיִּישִׁי אִף בַּכַּה"ג לְהַתְּפִיס צָרְרִי דְּכִינּוּ דְּבַתֵּר עֶרֶב אֲזִיל וְעִיקָר סְמִיכְתוּ עַל הָעֶרֶב הוּא חוֹשְׁשׁ שְׁמִחְזִיר עַל הָעֶרֶב ג"כ אֲבָל הִיכָא דְּלִיכָא עֶרֶב רַק דַּאֲפ"ה חִיִּישִׁינוּ לְצָרְרִי כְּדִי לְהַצְרִיף שְׁבוּעָה

ביתומים גדולים היינו דוקא בישראל אבל בעכו"ם לא חיישינו דבישראל י"ל שסומך
ע"ז שיצטרף שבועה משא"כ בעכו"ם שיגבה בדיניהם בלא שבועה לא מתפס ליה צררי
ומ"ש לעיל מדברי התוספות דכתובות וגיטין דהך דאין נפרעין אלא בשבועה מיירי
בכותי א"כ משמע דגם העכו"ם חוששין לצררי התם מיירי בקיבל עליו לדון בד"י
וממילא דשוב שפיר חיישינו להתפסת צררי (עדיין צ"ע דא"כ למה תקנו שבועה לא
הו"ל לתקן שבועה וממילא דלא מתפס צררי אלא ע"כ דבכל גונוי חיישינו לצררי)
משא"כ בלא קיבל עליו בד"י לא מתפס ליה צררי כלל: אף לענ"ד נראה דכוננת הש"ס
בהא דקאמר ה"מ ישראל שר"ל דבישראל פינו שתחילת דינו על הלנה חיישינו שתבע
הלנה והתפס לו צררי אבל בעכו"ם פינו שתחילת דינו על הערב ואינו הולך אצל הלנה
כלל לתובעו תחלה אין לנו לחוש שהלנה התפסו צררי דהא מסתמא לא תבע ליה
מעיקרא כלל וא"כ לעגנו הלנה גופיה אין חילוק בתש"ש דהתפסת צררי בין ישראל
לעכו"ם כלל אף לשון הרשב"ם דהא ידע ישראל דכותי הדר וגבי כו' משמע דמהאי
טעמא לא חיישינו לצררי בעכו"ם משא"כ בישראל דכי תבע לי' מתפס צררי ולא חייש
דלמא הדר וגבי מן הערב שהערב לא ירצה לפרוע לו עד שידון עם הלנה ויברר לו
שהתפס לו צררי או שבטוח שלא יוכל להעיז וצ"ע ולדינא כבר כתבתי דמשמע מהש"ס
וכן מבואר מתשובות המכונות דלא דיינינו דין חשוד בעכו"ם הבא לגבות בשטר שפידו
ונראה שטעמו כמ"ש דלעכו"ם ודאי לא פרע ולא מתפס לי' צררי עד שיקבל השטר
פיון שידע שהעכו"ם יכול לבוא עליו בעקיפין לגבו' ממון בלא שבועה כלל ושם בתשוב'
הנ"ל מבואר דהעכו"ם לא נשבע כלל שהרי משמע שם שהישראל הודה להעכו"ם
שחייב לו וגבה השופט ממנו הבית ולכך היתה דעת השואל למיחוש לקנוגיא שהקדים
הזמן בכתב ידו ואפ"ה כתב הרמב"ן שהעכו"ם גבה פדיון אף בדיני ישראל והיינו מטעמא
דכתובתא ומצאתי בא"ח סימן ק' יו"ד שכתב אהא דאין גובין מיתומים קטנים אא"כ יש
בו ריבית שלנה מפותי כו' כתב ונ"ל ואע"ג דקי"ל חשוד הבא לפרע מיתומים מפסיד
ונהו חשוד כמ"ש הב"י סימן ק"ח צ"ל דמיירי שיש בו נאמנות ומ"מ אין נזקקין ולהנהיג
רבנותא דס"ל נאמנות מועיל צ"ל דפליגי אהך דסימן צ"ב עכ"ל ולא ידענא מאי קא
קשיא דהא העכו"ם לא קיבל עליו רק שיימתין עד שיגדלו אבל לא קיבל עליו שלא יגבה
כלל פדיון חשוד ואפשר שפוננתו למ"ש לעיל דמהש"ס מוכח הכי מדפריף א"ה ריבית
לא נשקול כו' דטפי ה"ל למפרף דאפי' הקרן לא לגבה למאי דלא אסיק אדעתיה שקיבל
עליו לזו וכבר כתבתי לעיל דלר"ת י"ל דמשביעין את העכו"ם או דמיירי בגר תושב
ועכ"פ על הש"ע לק"מ ומ"ש דמיירי שיש בו נאמנות צ"ע דא"כ הוי מצי הש"ס לאוקמי
דמיירי שנתן לו נאמנות נגד עידי פרעון ונגד שובר דבכה"ג שפיר גובין מיתומים קטנים
אף בישראל דהא ליכא למיחש למידי: אמנם הראב"ד פ"ב מהל' מלנה כתב באמת
להוכיח מזה שלא תירץ בש"ס דמיירי בשטר שיש בו נאמנות אפי' על שובר ואפי' על
מאה עדים ש"מ דאין שום נאמנות מועיל לקטנים וה"ה שם כתב שלא הנה מורגלים
בשטריהם לעשות בהם נאמנות נגד עדים ונגד שובר וראיתי בשו"ת מהר"א בן חיים
סימן צ"ד שכתב דמהני כה"ג לגבי יתומים קטנים והוקשה לו דאמאי לא מוקי בש"ס
הכי וכתב דהש"ס גיחא ליה לאוקמי בהאי גונוי' גופי' דאיירי ביה ר"א שריבית אוכלת
בהן ע"ש ונפלאתי שלא הנפיר מדברי הרמב"ם והראב"ד וה"ה ומצאתי בכה"ג שהרגיש

בזה ע"ש ומ"ש הוא"ת דלדעת האומרים דנאמנות מועיל כמ"ש בעה"ת (ע"ש בשער י"ג דאיפא מרבנותא דבשטר שיש בו נאמנות גובה אפי' מקטנים) צ"ל דפליגי אהא דסימן צ"ב עכ"ל ולפי דבריו צ"ל דגם ר"ח וגדולי נרבונא ונהר"ה ונהרא"ד ועוד פוסקים (עיין בריטב"א פתובות דף פ"ז) דמשמע מדבריהם דאין נאמנות מפורש מועיל לפוטרה משבווע' לגבי יתומים נמי פליגי אהא דסימן ל"ב דלדידהו א"א לפרש הך דעירוכין ונהרמב"ן ונהרשב"א ושאר פוסקים ונהרא"ש שכתבו הך דינא דחשוד אינו גובה מהיורשין לשיטתיהו אזלי דנאמנות מפורש מועיל לגבי מירששים וסבירא להו דנאמנות מפורש מועיל לגבות מיתומים קטנים דשמא ימצא שובר או עידי פרעון ולדידהו שפיר מתוקמא הך דעירוכין שהעכו"ם היה לו נאמנות מפורש משא"כ להפוסקים דאין נאמנות מועיל לגבי יורשים או להפוסקים דמועיל אף לגבות מקטנים ע"כ דפליגי אהא דסימן צ"ב אף לפי מ"ש לעיל יש לדחות דעכו"ם שאני מחשוד וגם י"ל דהסנגיא דעירוכין לא אזלי אליביה דרב ושמואל וס"ל כמ"ד התם דאף במת לנה בסי' מלוה גובה מהם.

ונשוב לעיקר הדין דלפי מה שפיתתי והוכחתי לעיל מתשובות המכונות דבכה"ג העכו"ם שגבה כדין גבה אף בדיני ישראל ואע"פ שלא נשבע א"כ גם בנידון שלנו פשיטא שהלוקח יכול לחזור על היתומים מצד קבלת אחריות שקיבל אביהם בשטר המכר אלא שעדיין יש מקום פקפוק בזה לפי מה שנתאה מדברי הרב המש"ב ידו הראשונה שלא היה השטר מקניינים א"כ פשיטא שלא היה יכול לגבות בו מדינא דאף אם נימא דלא טענינו ליתמי מזניף מ"מ פרוע במגו דמזניף טענינו להו וא"כ אין לו זכות בדיני ישראל רק מה שגבה הוא ע"פ דינא דמלכותא לבד וא"כ יש מקום לומר דאין הלוקח חוזר עליו רק אם גבה ממנו מן הדין ממש ולא מצד דד"מ כדמשמע מלשון ה"ה"מ פ"ט מהל' מכירה וכפי מ"ש הכ"מ שם שי"ל דסתם מקבל אחריות אינו מקבל אלא אם יתחייב בדין תורה לא בדינא דמלכותא אמנם הכ"מ כתב בעצמו שאין זה מספיק ובסמ"ע כתב הטעם דדוקא מה שהמלה עושה מדעתו אמרי' שדינו דין משא"כ זה שפוסק הדין ע"פ עדים כותים ויש לחוש שהם משקרים לפניו כו' וכן מבואר מדברי ה"ה"ח: אף מדברי הכ"מ נראה שמפרש שהוציא בדין המלה ממש כגון שהיתה קרקע זו מתחלה של עכו"ם ודין המלה מי שקנה קרקע מעכו"ם החזיר לו בלא דמים וכל פינוצא בזה ובכה"ג ס"ל דאינו חוזר על המוכר ובאמת אין מקור בש"ס לדברי ה"ה"מ הללו ואפשר לומר שה"ה"מ הוציא דינו מהש"ס דגיטין דף נ"ח גידל בר ר' עילאי קיבל ארעא בטסקא מבני באגי אקדים ויהיב זוזי דתלת שנין לסוף אתי מרנותא קמאי א"ל שתא קמייתא דיהבת אוכלת השתא אנו יתבינו אנו אכלינו אתי לקמיה דר"פ סבר למכתב טרפא אבני באגא א"ל ר"ה בריה דר"י א"כ עשי סקריקין אלא הניח מעותיו על קרון הצבי: ונהרא"ד כתב שהמלה שינה את הגזברים והמלה מינה אחרים לבקש מס בתחלה וגזירת המלה היתה ע"ש בחידושי ה"ה"מ ונהרשב"א ור"פ דסבר למכתב טרפא א"ל ר"ה א"כ עשית סקריקון ר"ל שדן את הבני באגי שמכרו לגידל כאלו הם סקריקון ומכירתן מתחילה שלא כדין היתה אבל באמת ז"א דנדאי הם מכרו כדין ואם לא היה המלה מבקש מס מחדש לא הי' יכולין מרנותא קמאי להוציא כלל לפי שהמלה מתחיל לבקש מס מחדש ואז מרנותא קמאי מוציאים בדין המלה שכן דינו מאז דיהיב טסקא אכיל ארעא וכיון שבדין המלה לקחו מאתו אין לו על בני באגי פלוס וזה דינו של

הַרְמַב"ם דָּאָם הוֹצִיא מִמֶּנּוּ בְּדִין הַמֶּלֶךְ אֵינּוּ חוֹזֵר עַל הַמוֹכֵר: וְעוֹד נִרְאֶה לַעֲנִיד
שֶׁהַרְמַב"ם הוֹצִיא דֵּינוּ מִמֶּה דְאָמְרִינּוּ בְּגִיטִין דְּפ"ו אֲתָקִין ר"י בְּשֵׁטֶר זְבִינָא דְעֵבְדֵי
עֵבְדֵי דְנֵן פְּטוֹר וְעֵטוֹר מִן חֲרוּרֵי וּמִן עֲלוּלֵי וּמִן עֲרוּרֵי מִלְפָּא וּמִלְפָּתָא כּו' מִשְׁמַע דְּאִי לֹא
הוּי פְּתוּב לִיה עֲרוּרֵי מִלְפָּא בְּהֶדְיָא אֵינּוּ בְּכֻלָּל עֲרוּרֵי עֲלָמָא וְלֹא הִיָּה חוֹזֵר עָלָיו וּלְכַף
הוֹצֵרָה לְכַתוּב לּוֹ עֲרוּרֵי מִלְפָּא בְּהֶדְיָא לְפִי שְׂאֵינּוּ בְּכֻלָּל סֵתָם אַחֲרֵי וּס"ל לְהַרְמַב"ם
דְּאִין לְחַלְקֵי בֵּין עֲרַעוֹר מִצַּד הַמֶּלֶךְ עֲצָמוּ וְדִינָא דְמַלְכוּתָא שְׂיֵשׁ לּוֹ עַל הָעֵבֶד אוֹ אִם אַחַר
יֵשׁ לּוֹ בּוֹ זְכוּת בְּדִין הַמֶּלֶךְ אִךְ הַתּוֹסְפוֹת שֶׁם הִקְשׂוּ מֵהָא דְאָמְרִינּוּ בּב"ב דְּמִן־כֶּתֶב לְמַלְכוּת
הוּי מְקַח טְעוֹת וְאוֹמֵר לּוֹ הַש"ל וְכַתְּבוּ דְמָה דְאֲתָקִין לְכַתְּבוּ בְּשֵׁטֶרֵי עֲרוּרֵי מִלְפָּא לְשׁוֹפְרָא
דְּשֵׁטֶרֵי הוּא אֲלָמָא דְאַף אִי לֹא פְּתוּב עֲרוּרֵי מִלְפָּא אֲפִילוּ מְקַח טְעוֹת הוּי אִם נִתְבָּרַר שְׂיֵשׁ
עָלָיו דִּין הַמֶּלֶךְ וְא"כ אֲדַרְבָּא מְבֹנָאָר מֵהָדָּה דְּמִן־כֶּתֶב לְמַלְכוּת דְּדִינָא דְמַלְכוּתָא גָּרַע דְּאֲפִי
מְקַח טְעוֹת הוּי וְלְכַאוּרָה הִיָּה אֲפֹשֶׁר לֹא־מֵר דְּדוֹקָא הֵתָם שְׁנִיתִיב הִרִיגָה לְמַלְכוּת וְגַבְרָא
קְטִילָא הוּא שְׁפִיר הִנֵּה מְקַח טְעוֹת.

אָבֵל בְּאַמַּת ז"א אַע"פ שְׂרַש"י וְתוֹסֵפ' מְפָרְשִׁים מִן־כֶּתֶב לְמַלְכוּת הִיָּינוּ עַל עֶסְקֵי נְפֻשׁוֹת
אָבֵל מִדְּבָרֵי הַרְמַב"ם פָּרֵק ט"ו מֵהֶלְכוֹת מְכִירָה מְבֹנָאָר דְּמִן־כֶּתֶב לְמַלְכוּת הִיָּינוּ שְׁמִן־כֶּתֶב
שְׂיֵעֲבֹד עֲבוֹדַת עֵבֶד לְמַלְכוּת כְּשִׁיִּצְטָרֵךְ שְׂכָתָה לְמַלְכוּת ה"ז מוּם שֶׁהַמֶּלֶךְ תּוֹבְעוּ
לְמַלְאֲכָתוֹ בְּכָל עַת שְׂרִיָּצָה וְכ"כ בַּש"ע סִימָן רל"ב: וְאַמְנָם בְּאַמַּת צ"ע עַל הַרְמַב"ם דְּלָמָּה
בְּאַמַּת בְּמִן־כֶּתֶב לְמַלְכוּת כַּה"ג הוּי מוּם בְּמִקְח וּמ"ש מְפָל טְרוּפָה דְעֲלָמָא שֶׁהַב"ח טוֹרֵף
מִן הַלּוֹקֵחַ בְּדִין דַּס"ל לְשִׁמּוּאֵל דְּאַחֲרֵי וְלֹא ט"ס מְשׁוּם דְּזַבִּין אוֹנֵס אַרְעָא לְיוֹמָא וְא"כ
ה"נ מַה בְּכַף שֶׁהַמֶּלֶךְ יִתְפַּסְּנוּ לְמַלְאֲכָתוֹ כְּשִׁיִּרְצָה מ"מ עֵבֶד דְּזַבִּין לְיוֹמָא וְאַפִּי' לְדִידָן
דַּס"ל אַחֲרֵי וְט"ס הִיָּינוּ שֶׁהוּא חוֹזֵר עַל הַמוֹכֵר לְגִבּוֹת מִמֶּנּוּ מִחֲמַת אַחֲרֵי וְשִׁכְתוּב לּוֹ
אָבֵל מ"מ מְקַח טְעוֹת לֹא הוּי אַע"פ שְׁנִיתִיב הַדְּבָר שְׂאֵף בְּשַׁעַת מְכִירָה הִיָּה קִרְקַע זֹ
מִשְׁוֹעֲבָדָת וְעִתִּידָה לְצִאת מִתַּח"י אִךְ בְּאַמַּת הַחֲלִיּוֹק מְבֹנָאָר דְּטְרִיָּפָה שְׁטוֹרֵף בְּתוֹרַת בַּע"ח
שְׂאֵנִי דַּמ"מ הַלּוֹקֵחַ שְׁלֵקֵחַ סְמָכָה דְעִתִּיָּה שֶׁהִלְנָה יִסְלַק אֶת הַמִּלְנָה בְּזוּזֵי שְׁזָה עֵיקֵר חוּבוֹ
וְאַפִּי' בְּאַפּוֹתֵקֵי נְמִי מֵהָא טְעָמָא לֹא הוּי מְקַח טְעוֹת אֲפִי' מְכִירָה אַחַר שְׁחַל הַזְּמַן מְשׁוּם
שְׁסָבוֹר הִיָּה לְפִיִּס הַבַּע"ח בְּזוּזֵי וְחִלּוֹק זֶה מְבֹנָאָר בְּתוֹס' דַּב"מ דְּפ"ו ט"ו בֵּין לּוֹקֵחַ מִגְזֵלָן
שֶׁלֹּא חָל הַמְקַח כָּלֵל מִשָּׂא"כ בַּב"ח אֲפִי' אֲפּוֹתֵקֵי סָבוֹר לְפִיִּס בְּזוּזֵי וְחָל הַמְקַח ע"ש וְזֶה
שְׁמִן־כֶּתֶב לְמַלְכוּת לְשִׁדָּה גְזוּלָה דְּמִי שֶׁהָרִי דִּין הַמֶּלֶךְ עַל הָעֵבֶד עֲצָמוּ וְאֵינּוּ מִתְפַּיִס בְּזוּזֵי
כָּלֵל הַלְכָּה הוּי מְקַח טְעוֹת וְעִיָּין בְּרַמְב"ם רִישׁ פָּרֵק הַמוֹכֵר פִּירוֹת שְׂכָתָה אֵהָא דְּמִן־כֶּתֶב
לְמַלְכוּת אוֹמֵר לּוֹ הַש"ל וְאִיכָּא דְּקִשְׂיָא מֵהָא דְּגָרְסִינּוּ אֲתָקִין ר"י עֵבֶדָּא דְּנֵן פְּטוֹר כּו'
וְאִיכָּא לְמִימֵר שׁוֹפְרָא דְּשֵׁטֶרֵי הוּא א"נ הֵתָם לֹא מִן־כֶּתֶב הוּא כְּבָר לְמַלְכוּ' אֲלָא עֲרַעוֹר
יֵשׁ לּוֹ עָלָיו וְשְׂמָא יֵצֵא פְּטוֹר בְּדִין אָבֵל מִפִּינּוּ שֶׁהוּא מִן־כֶּתֶב גְּבָרָא קְטִילָא הוּא וּמְקַחוּ מְקַח
טְעוֹת אַע"ג דְּלֹא כָּתֵב לִיה הִכִּי עַכ"ל וּלְפִי"ז בַּבַּע"ח נְמִי אִף ע"ג דְּהַשְׂתָּא טְרִיָּף מ"מ
בְּשַׁעַת הַמְקַח כְּעֲרַעוֹר לְבַד דְּמִי דְּשְׂמָא יֵצֵא פְּטוֹר וְיִתְפַּיִס בְּזוּזֵי מִשָּׂא"כ בְּדִין הַמֶּלֶךְ
לְעֲצָמוּ דִּהְנֵה מְקַח טְעוֹת אִם בְּדִין הַמֶּלֶךְ הַקְרַעַת שְׂיִיָּף לְמִלְכָּה וְלֹא אָמְרִינּוּ דְּאֲפֹשֶׁר
שְׂיִתְפַּיִס בְּזוּזֵי פִּינּוּ שְׂאֵינּוּ דֵּינוּ עַל מַעוֹ' כ"א דֵּינוּ עַל הַקְרַעַת עֲצָמוּ ה"ל כְּשִׁדָּה גְזוּלָה אִף
דְּאֲפֹשֶׁר שֶׁהַנְּגִזָּל יִתְפַּיִס בְּזוּזֵי מ"מ אֵין דֵּינוּ שֶׁל הַנְּגִזָּל עַל מַעוֹת כָּלֵל כ"א עֵיקֵר דֵּינוּ עַל
קִרְקַע וְזֶה בְּרוּר: לְפ"ז אֲפִתִּי צ"ע בְּמָה שְׂכָתָה הַרְמַב"ם שְׂבָא עַכּו"ם וְהוֹצִיא הַקְרַעַת בֵּין
בְּדִין הַמֶּלֶךְ שְׂכָתָתִי לְעִיל שְׂיֵשׁ לְפָרֵשׁ כְּגוֹן שְׁדִין הַמֶּלֶךְ מִי שְׁקִנְהָ קִרְקַע מֵהַעַכּו"ם תְּחִזּוֹר

לו בלא דמים וכיוצא בזה ומדסת' לה סתומי משמע דבכל גונו אינו חוזר עליו אף שאינו בא עליו בתורת חוב ולמה לא נימא פנין שדין המלה ברור הוא שאין הקרקע שלו רק של העפום"ם ה"ז פמוכר ונמצאת שאינו שלו שהרי דינו על הקרקע עצמו ודוסק לחלק בין אם המלה בעצמו יש לו דין על הקרקע או עבד ובין אם איש אחר שיש לו פח להוציא בדין המלה דבכה"ג לא די שאינו מקח טעות אלא אף בתורת אחריות אינו חוזר עליו דלא מסתבר למימר הכי דמה לי המלה בעצמו או איש אחר שבא בכח המלה פנין שידו תקיפה בדין המלה ודינו דין על הקרקע גופיה הרי מוכר דבר שאינו שלו ולכן נלענ"ד דודאי אם בשעת המכירה כבר היה דין המלה על הקרקע זו ופקודתו יקח אחר קרקע זו או המלה לעצמו א"כ הוי מקח טעות דה"ל למוכר לגלויי' ללוקח ואין זה בכלל אונסא דמתיליז פלל ובכה"ג מייירי הא דמוכתב למלכות אומר לו הש"ל שבשעת המכירה היה כבר מוכתב למלכות אבל אם בשעת המכירה עדיין לא היה דין המלה פלל ושלו הוא מוכר ועתה נתחדש בין המלה שיקחו הקרקע המלה או אחר אע"פ שהוא בא מחמת המוכר פגונוא דכתובא או פגון שלא פרע מס שנים שעברו ואז בשעת המכירה לא היה דין המלה ליקח הקרקע עבור זה ועתה חידש המלה חק חדש לקחת הקרקע עבור העבר וכל כיוצא בזה פנין שעכ"פ עתה היא נתחדש ובשעת מכירה לא אסיק אדעתיה פלל אונס הוא שהרי נולד אחר המכר ובכה"ג מייירי הרמב"ם דאם הוציא ממנו בדין המלה אינו חוזר דאונס הוא ויצא לנו מזה דדוקא היכא שאין ידוע בשעת מכר אבל היכא שהיה ידוע בשעת מכר דין המלה על הקרקע זו פשיטא שלא נחשב אונס וכשיש לו דין על הקרקע עצמו ה"ל מקח טעות וכשאין לו דין על הקרקע עצמו רק בתורת חוב ואפשר לסלוקי בזווי אע"פ שהמקח חל בכה"ג כמ"ש לעיל מ"מ עכ"פ בכלל קבלת אחריות הוא לפי שאין זה אונס שנולד מחדש שאף בשעת המכירה היה המוכר יודע פן שזה יש לו שטר עליו ואם לא יתפייס בזווי יטרון הקרקע בדין המלה שדינו דין וכל כה"ג כ"ע מודה שהוא בכלל אחריות שקיבל עליו המוכר ומכ"ש בשטרי קנין שלנו שפותבין באר היטב הפל לטובת הלוקח ומקנתו אם יבוא א' מסוף העולם קרוב או רחוק או יהודי או ארמאי כו' דפשיטא שחל עליו האחריות שמוציא העפום"ם ואין סברא לומר דדוקא אם יוציא בדיני ישראל דנדאי הו' לישנא יתירא לטפויי' אתי דאף אם יוציא בדיניה' הוא מחויב לפצות וגם נראה דבלא"ה אין לומר בזה יד בעל השטר על התחונה פמבואר בח"מ סימן מ"ב דהרבה מהמפרשים פתבו בשטרי דידן שפותבין דלא פאסמכתא ודלא כט"ד אמרינן בקל לשון מסופק יד בעל השטר על העליונה: ודרמ"א פתב דכל לשון שהוא כולל יותר ליפוי פח בעל השטר וסתמא משמע פה לפי דעת השומעין דנין אותו פה אפ' ליפוי בעהש"ט ע"ש והיינו דבשטרות הולכין אחר לשון בני אדם ודבר רחוק קצת הוא לפרש לשון השטר על עפום"ם שייבוא לדון ולהוציא בדיני ישראל ויוציא פדין פנין שהוא מלתא דלא שכיחי פלל שהרי מי יכריחונו ללכת בדינינו אחרי שידו תקיפה לגבות בדיניהם ומכ"ש בשטרות שלנו שדרה לכתוב בשטר המכר שפל לשון שבו יהא הפלל נדרש לזכות ויפוי פח בעל השטר ומכ"ש שאין להוציא הלשון מפשוטו ומכ"ש אם לפי ראות עיני הדיינין לא בא העפום"ם בעלילה רק באמת מגיע לו החוב ולא נפרע וכבר פתבתי שהרשב"א בתשובות המכונות פתב דבכה"ג אןמד הדעת הוא שלא היה מניח שטרו בידו פנין שגובה בו מדינא דמלכותא ואף ממשועבדים גובה בו מדינא

דמלכותא פאָשר עינינו הַרואות שְׁגוּבָה בְּאֵמַת ע"פ דינייהם וא"כ לא הִיָּה להֲנִיחַ בְּיָדוֹ
וְאֵף לֹו יֵהֵא שְׁהַדְבָר מְסוּפֶק קֶצֶת מ"מ עכ"פ אין זֶה אֲנֹס הַנּוֹלָד דְּהָא בְּשַׁעַת מְכִירָה הִיָּה
יִודַע בּוֹ שְׁשָׂדָה זֶה שְׁמוּכָר לֹו הוּא מְשׁוֹעֲבָדָת וּמְסוּפְרָת בְּיַד אֲדוֹנִים קָשָׁה ע"פ הַשְּׁט"ח
שְׁבִידוֹ וְאַחֲרֵי כֵן הוּא נִקְיָב לְעִלּוֹ וְגִדּוּלָה מִזֶּה הִיא אֶפְשָׁר לֹומר דָּאָף שְׁאֶפְשָׁר
שְׁפָרַע אַח"כ וְלֹא הוֹצִיא הַשְּׁט"ח מִת"י מ"מ אֵין זֶה דוּמָה לְאֵם הוֹצִיא הָעֵפּוֹ"ם בְּעַרְפָּאוֹת
ע"פ עֵידי גְזִילָה וְכִינְצָא דְהוּא אֲנֹס דְכְּתִיב אֲשֶׁר פִּיהֶם כּוֹ דְאֲנֹס זֶה אֵינוֹ מְחַמַּת הַמוּכָר
וּמָה ה"ל לְמִיעֵבַד אֲבָל בּנ"ד פֶּשַׁע הַמוּכָר בְּמָה שְׁהֲנִיחַ הַשְּׁטָר תַּחַת יַד הָעֵפּוֹ"ם דֵּה"ל
לְאַסּוּקֵי אֲדַעְתִּי שְׁהָעֵפּוֹ"ם יָבּוּא לְגַבּוֹת בַּשְּׁט"ח זֶה וְיִטְרוּף וְאֵין מְיָדוֹ מְצִיל וְכֵן מְבָאָר
בְּסוּף סִי'שְׁפ"ח בְּשֵׁם הַרְשָׁב"ץ דָּאָם מְסַר שְׁטָר פְּרוּעַ לְפּוֹתֵי וְיַדַע שְׁיִתְּנוּ לְשָׂר וְיִכְוֹף
הַיִּשְׂרָאֵל לְפָרוּעַ שְׁנֵית חֲטִיב לְשֵׁלֵם.

אֲמַנְם הַשְּׁט"ח שֵׁם חוֹלֵק עַל הַרְמ"א וְכַתֵּב דְּלִיכָא פְּאָן גְּרָמֵי כַּמ"ש הַרְשָׁב"א בְּתִשּׁוּבָה
הַבִּיאָה ב"י ס"ס שפ"ו שְׁכַתֵּב שְׁאֵין רְאוּבֵן זֶה יִתְחַטֵּיב מִיַּד בְּחֻזְרַת הַשְּׁטָר לְגוֹי וְכָל שְׁאֵינוֹ
נִיזוּק מִיַּד אֵינוֹ קְרוֹי דִּינֵי דְגְרָמֵי אֲלֵא גְרָמָא בְּנִיזְקִין וְתִשּׁוּבָה זֶה הוּא בְּתִשּׁוּבַת הַרְשָׁב"א
ח"ג ד' לִיזְרֵנוּ סִימֵן ע' וְכַתֵּב וְ"ל שְׁאֵינוֹ נִיזוּק רְאוּבֵן בְּהַחֲזָרַת הַשְּׁטָר לְמַלְנָה מִיַּד אֲלֵא
שְׁהַשְּׁטָר בְּעַדִּים לְמַלְנָה שְׁרְאוּבֵן חֲטִיב לֹו מָה שְׁכַתֵּיב בְּשְׁטָר זֶה וְלֹא עֲדִיף זֶה מְשׁוֹנֶכֶר עֵידי
שְׁקָר לְהַעִיד לְחֻבְרֵי שְׁפָטוֹר בְּדִינֵי אָדָם וְכ"ש בְּזֶה עַכ"ל: וּלְפַעַם ד' דְּבָרֵי הַרְשָׁב"א בְּזֶה
צ"ע דְּשׁוּכָר עֵידי שְׁקָר לְחֻבְרֵי דְבַשְׁע' שְׁשָׁכְרָם לֹא הִיָּה בְּרֵי הַזִּיקוֹ דְּשָׂמָא אַעפ"כ לֹא
יַעֲיָדוּ וְכִינֵן שְׁכַדַּעַת אַחֲרֵים הוּא תְלוּי' לֹא מְחַשֵּׁב גְרָמֵי מִשָּׂא"כ בְּמוֹסַר שְׁטָר פְּרוּעַ דְּמִיַּד
שְׁזֶה מְסַר לֹו הַשְּׁטָר וְיַדוּעַ לְנוֹ שְׁכַדַּעַת יְכוּף אוֹתוֹ לְשֵׁלֵם הִרֵי זֶה פְּדוֹן אֶת הַדִּין לְדְבָרֵי
הָאוּמַר אֵין מְחַזְרִין דְּחֲטִיב וְכַמ"ש לְהַדְבָּא הַרְמָב"ן בְּדִינֵי דְגְרָמֵי שְׁלוֹ וְ"ל כָּלֵל גְּדוּל יֵהֵיָה
בְּיָדָהּ הַגּוֹרֵם וּמְחַמַּת גְּרָמָתוֹ בָּא הַהִיזוּק וְאֵינוֹ תְלוּי בְּדַעַת אַחֲרֵים כּוֹ וְנִקְרָ' בְּרֵי הַזִּיקָא
לְפִיכָה דֵן אֶת הַדִּין לְדְבָרֵי הָאוּמַר אֵין מְחַזְרִין דְּחֲטִיב דְּמַעֲיָדָנָא דְאָמַר אִישׁ פְּלוֹנֵי חֲטִיב
וְנִתְחַטֵּיב לְשֵׁלֵם מְמוֹן וְעַפ"י יִשְׁנֹלֵם מֵהָאֵי שְׁעֵתָא הוּא דְגָרַם הַזִּיק וְאֵע"פ שָׂאח"כ הוּא
מְשֵׁלֵם פִּינּוֹן שְׁהַדְיָין חֲטִיב וְע"כ הוּא מְשֵׁלֵם הַדְיָין הוּא הַגּוֹרֵם מְשַׁעָה שְׁחֲטִיבּוֹ כּוֹ וְהַשְׁוּכָר
עֵידי שְׁקָר לֹאוֹ אִיהוּ מְזִיק וְלֹא גּוֹרֵם הַזִּיק אֲלֵא אִינְהוּ גְרָמוֹ וְלֹאוֹ בְּיָדוֹ הוּא דָּאֵי בְּעֵי לֹא
מְסַדֵּי כָּלֵל וְכַמ"ד נְמִי בְּש"ס לְמַפְטָרֵי בִי מְשׁוּם הָאֵי טַעְמָא דְדְבָרֵי הָרַב כּוֹ עַכ"ל וְאֵע"פ
שְׁהַרְשָׁב"א בְּתִשּׁוּבָה סִי' אֲלֵף נ"ב כְּתִיב בְּשָׁלִישׁ שְׁהַחֲזִיר שְׁטָר לְמַלְנָה וְהַמְלִינָה גְבִי כָּל
הַחוּב הַשָּׁלִישׁ פְּטוֹר דְּהוּי גְרָמָא בְּנִיזְקִין ע"ש הַרְשָׁב"א לְטַעְמֵי דַּס"ל דְּכֶה"ג דְּמִי לְשׁוּכָר
עֵידי שְׁקָר אֵף צ"ע עַל הַרְמ"א סִי' נ"ה שְׁהַעֲתִיק דִּין הַרְשָׁב"א בְּזֶה וְכַמ"ס שְׁפ"ח הַבִּיא
דְּבָרֵי הַרְשָׁב"ץ וְנִרְאָה דְהַרְמ"א ס"ל לְחַלֵּק בֵּין הִיכָא שְׁהַדְבָר יָדוּעַ לְנוֹ שְׁיִכּוּף הַלְנָה
לְפָרוּעַ פְּגוֹן הַהִיא דַּס"ס שְׁפ"ח דְּזֶה הוּי בְּרֵי הַזִּיקָא מִשָּׂא"כ פְּאָן בְּשָׁלִישׁ שְׁהַחֲזִיר הַשְּׁטָר
דַּמ"מ אֵין הַדְבָר יָדוּעַ אִם יוֹצִיא מְמַנּוֹ כָּל דְּמֵי הַשְּׁטָר שְׁלֵא כְּדִין וְלֹא הוּ' בְּרֵי הַזִּיקָא וְעֵינֵן
בְּסַמ"ע שֵׁם שְׁהַקְשָׁה מֵהָדָּ דְסִימֵן מ"ו דְּעַדִּים שְׁחַתְמוּ עַל הַשְּׁטָר בְּשָׁקָר שְׁחֲטִיבִין לְשֵׁלֵם
וְכַתֵּב שֵׁישׁ חִלּוּקִים בֵּין גְּרָמֵי לְגְרָמָא בֵּין אִם הַהִיזוּק נַעֲשָׂה מִיַּד אוֹ בְּרֵי הַזִּיקָא וּבְאוֹת
שֵׁם הָאָרִיף בְּזֶה וְכַתֵּב דְּהָא סוּף סוּף עֲדִינֵן מְחוּסַר גְּוִבֵינֵן וּבְסוּף דְבָרֵינוֹ כְּתִיב הַטַּעַם מְשׁוּם
דְּיָכוּל לְהַשְׁבִּיעוֹ וְאֵף דְבְּתִשּׁוּבַת הַרְשָׁב"א מְבִנְיָר דְאֶפִּילוֹ מְסָרוּ לְגוֹי מ"מ פְּטוֹר (נִרְאָה
שְׁכַדַּעַתוֹ לְתִשּׁוּבַת הַרְשָׁב"א שְׁהַבִּיא הַב"י סִי' שְׁפ"ו) וְאוּלַי בְּכּוֹנְנָה לֹא הַעֲתִיקוּ הַרְמ"א
דְּדַעַתוֹ לְפָסוּק כְּהַרְשָׁב"א רַק בְּמְסָרוֹ לְיִשְׂרָאֵל כּוֹ ע"ש וְנִפְלְאָתִי שְׁלֵא הַבִּיא דְבָרֵי הַרְמ"א

ס"י שפ"ח שהעתיק דברי התשב"ץ וגם לא הזכיר מדברי הש"ך שם וראיתי בקצה"ח שם סי' נ"ה שכת' דשליש שהחזיר השטר הני פשוטר עידי שקר דאיהו אינו מזיק אלא העדים התומים בו משא"כ עדים שחתמו שקר דאיהו קא מזקי כו' ע"ש וכבר כתבתי דבאמת דעת הרשב"א לדמות מחזיר שטר פרוע לשוכר עידי שקר אבל לפי דברי הרמב"ן שהבאתי לעיל דסיים בה דאיהו גרמו ולא בידו הוא דאי בעי לא מסהדי כלל א"כ הו' טעמא שייקא דוקא בשוכר עידי שקר ולא במחזיר שטר פרוע או שלישי שהחזיר השטר שאין הדבר תלוי ביד אחרים כלל ולפי מ"ש דגם הרמ"א לא מחייב פי אם פשידוע שייכוף לפרוע דהוי ברי הזיקו צ"ל דבהה"ד סי' מ"ו כיון שזה השטר בידו פיתה אותם או אנסם לחתום לו בשקר ודאי שדעתו להוציא ממון בשטר זה וכברי הזיקא דמי משא"כ בשליש שהחזיר השטר אין זה ברי הזיקו ונעדיין יש פ"פ שהחזיר לו לגבות מה שמגיע לו עוד וגם המלנה לא יגבה בו יותר מזה ולא ברי הזיקו כלל וכן מבואר דעת הפוסקים בסימן ל"ח בעדים שאמרו שקר העדנו חייבים לשלם מה שהפסידוהו בעידותן מדיני דגרמי והיינו משום דזה הוי ברי הזיקא שהרי זה התובע שכר אותם להעיד לו בשקר בכדי להוציא ממון מהנתבע ואע"פ שהטור בס"ל ל"ח הביא דברי הר"ח באומר שקר העדנו אין משלמין ע"פ עצמם כבר האריך בש"ך שם דהיינו אם באנו לדון מדין הזמה ואמנם באמת דברי הש"ך בפירושו דברי ר"ח הם צ"ע וכבר עמד בזה באו"ת סימן כ"ט וע"ש דמדמה לה לשליש שהחזיר שטר וכבר כתבתי מה שנלענ"ד לחלק ביניהם אף לדידי חזי לי ונאנהירנהו לעיינין מן שמיא שלא עלה זה בדעת ר"ח כי לשון הר"ח שהביא הטור מצאתיו ברמב"ן בחידושו למכות וז"ל הרמב"ן שם תדע שהרי ממון ביד בעלים ומשלמין לאו למימרא שאם שלמו אין משלמין אלא לומר שאעפ"י שלא שלמו משלמין ומיהו כיון דאם לא שלמו משלמין קנסא הוא ולא משלמין עפ"י עצמן לכ"ע כלומר שאם אמרו הוזמנו בב"ד (ר"ל נעדיין לא נגמר הדין לחייבם ממון בב"ד דאז הוי מודה בקנס אין משלמין אעפ"י ששילם עפ"י אא"כ הודו באמת שקר העדנו דנדאי משלמין מדיני דגרמי דלא גרע מדן את הדין וכיוצא בו והא דאקשינן כ"ש כיון שהגיד כו' לאו מפלל דלא משלם דאעפ"י שאין חוזר ומגיד לבטל עדותו אפטר לו שישלם אלא הכי קא קשיא ליה כו' כמ"ש בדיני דגרמי להרמב"ן הביאו הש"ך כי חידושי הרמב"ן למכונות הם מוטעים טעות הדפוס ודילוגי' פידוע) דלא מיקרי עד זומם דהא עידותן קיימת ור"ח ז"ל כתב באומר עדות שקר העדנו וכו' ג לא סגי' דלא משלם אלא עדותו שהעיד נכונה חשבינן ליה ומתקיימת והא דאר"ע אין משלמין ע"פ עצמן לא משפחת לה אלא בשאין (אומרין רק הוזמנו כצ"ל) אבל לא העדנו עדות שקר וקא סבר ר"ע מה שחדשה תורה לשלם עפ"י מזמין והאמינהו אולי קנס הוא א"נ י"ל דאפי' לר"ע אם שילם ע"פ וא"א להחזיר ממון לבעליו ודאי משלמין בהזמה ואפילו ע"פ עצמן ולא אמרי' אין משלמין ע"פ עצמן אלא בגמר דין (ר"ל שיעדיין לא הוציא ממנו ע"פ) והרב ר' משה הספרדי ז"ל פוטר בהם אע"פ ששילם על ידם והודו עכ"ל ומעשה מה שהעתיק הטור בלשון ר"ח לא מיבעיא דאינו משלמין ע"פ עצמן אלא אפילו העדות כו' נוסחא מוטעת נזמנה לו לרבינו הטור ז"ל בדברי הר"ח שהרי פירוש לשון הר"ח שהביא הרמב"ן הוא להקפיד שהרי כתב לא סגי' דלא משלם אלא עדותו שהעיד הוא נכונה ומתקיימת וזה מבואר ג"כ ממ"ש הרמב"ן על דברי ר"ח והא דאמר ר"ע כו' ודברי רבינו ירוחם שהביא הב"י הן

הן דברי הרמב"ן אלו והנה רש"י פתב כל פמיניה בתמיה וכי יכול הוא לחזור בו ויפטר
הנדידון מלשלם ולהביאו הב"י ולכאורה אינו מוכן דמה בכך שאינו יכול לחזור בו ולא
נפטר הנדידון מ"מ שפיר קאמר דהעד משלם וכמ"ש הרמב"ן בד"ג ואדרבה הכי ניקא
טפי דכיון שזה אינו יכול לחזור בו ומחוייב הנדידון לשלם הא אפסדי בעידותן פסידא דלא
הדר וכיון דאיהו גופיה מודה ששקר העיד מחוייב לשלם וכן הקשה בחידושי הריטב"א
ומ"ש הרמב"ן דא"כ למה קרי ליה עד זומם פיון שעדותו קנים אין זה במשמע מדברי
רש"י וצ"ל כמ"ש הריטב"א דמשמע דמדין עד זומם הוא דמשלם וא"כ בעינן פאשר
זמם ולא פאשר עשה וכיון שזה אינו יכול לחזור מעדותו הוי פאשר עשה וכ"כ אא"ז
מהרש"א ז"ל ע"ש ועכ"פ דמשני דאומר העד שקר העדתי ולא פריף עלה אלא כל
פמיניה כו' מבואר דבאומר שקר העדתי מחוייב לשלם וכ"כ הב"ח ע"ש ולפי"ז אפשר
דמ"ש הטור בשם ר"ח לא מיבעיא דאין משלמין כו' שלשון זה הוא מוקשה מאוד ועמדו
עליו כל הפוסקים וגם מ"ש הב"י לתמוה דש"ס ערוף הוא ואיהו גופא הביא להדיא
שרבינו ירוחם פתב דמשלם מדיני דגרמי וטפי הו"ל לאקשוני' ארבינו ירוחם שהוא
להקיף מדברי הש"ס ומה שפירשו האחרונים דברי הב"י דקאי אמ"ש דהעדות מתקימת
הוא דחוק ולפי מ"ש י"ל שנסתת הב"י בטור הנה ג"כ כמו שפתב הרמב"ן בשם ר"ח
וט"ס הוא בנסתת הטור שלפנינו וצ"ל ג"כ דלא סגי דמשלמין אלא העדות כו' וע"ז
שפיר תמה דתלמוד ערוף הוא דהא מפשיטת דברי הש"ס מוכח הקא דמחוייב לשלם
והעדות נכונה דהא לא פריף אלא כל פמיניה פיון שהגיד כו' והיינו שאין לקרותו עד
זומם אבל מודה שפיר דמשלם ופשיטא שאין מקום לפרש דהכי פריף פיון שהעדות
קיימת מכ"ש שהן פטורין דהא בהא תליא כמ"ש הלח"מ דבאמת אין מקום לתלות זה
בזה דאע"ג דלא מהימנא לבטל העדות מ"מ לגבי דנפשיייהו נאמנים כמ"ש הרמב"ן
והריטב"א והרא"ש ורבינו ירוחם ז"ל אף מסתפינא להגיה בטור בזה וגם דאפתי קשה
דהאיף פתב פי תלמוד ערוף הוא פיון שהרמב"ם פתב להדיא דבאומד עדות שקר
הענדואין משלמין ע"פ עצמן: וממ"ש מבואר שלדעת ר"ח שהביא הרמב"ן ורבינו ירוחם
אעדים שאמרו שקר העדנו חייבין לשלם מדיני דגרמי וכ"כ הריטב"א וכתב שהתוספות
אמרו פדברי הרמב"ן וגם הוא ז"ל הסכים לזה אף הרמב"ם פי"ח מהלכות עדות פתב
באומרם שקר העדנו אין משלמין ע"פ עצמן ולכאורה באמת טעמא בעי דלמה לא ישלם
בכה"ג מד"ג ואפשר לומר דע"כ לא משלמין מד"ג אלא היכא שיש כאן היזק ברור
משא"כ באומרם שקר העדנו מ"מ אפשר שגוף הענין אמת אלא שהם לא ראו אותו וא"כ
י"ל חזקה אין אדם שתובע אא"כ יש לו עליו ואע"ג שאין מוציאין ממון ע"י זה מ"מ
עכ"פ אין כאן ברור דנדאי לא לזה וא"כ אין כאן הכרח שעשו היזק ברור ואין חייבין
מד"ג אלא דאפתי צ"ע מדין דהדין דמשמע התם דבכל גוונ' חייב ונתם נמי אפשר
דבאמת זה חייב ואע"פ שהדיין טעה לחייב את הזכאי מ"מ אינו מוכרח שהוא זכאי באמת
רק לפי שאי אפשר לעמוד על הברור להוציא ממון מחזקתו וגם מלשון הרמב"ן שפתב
ואח"כ אמרו שקר העדנו ואין לזה ע"ז פלוס דאף כשנתברר שאמרו שקר וכוונאי שאין
זה חייב לזה פלוס ונהעדים הפסידו אפ"ה פטורין ומ"מ נראה דגם הרמב"ם לא קאמר
אלא דאין משלמין ע"פ עצמן דס"ל דגם בכה"ג קנסא הוא וכן מבואר שם מדבריו דמהאי
טעמא אתי עלה אף באומר שקר העדנו (ובאמת שזה צ"ע דאי מד"ג הנה לנו לחייבו

שפיר מתחייב ע"פ עצמו קנס דלענגן קנס דגרמי לא אמרינו מודה בקנס פטור וכמו שתמה הש"ך בסימן שפ"ח על הרש"ל וילקמן אבאר בזה) אבל אם נתברר על העדים שהעידו והוציאו ממון ע"פ נעתה נתברר ששקר הוא וא"א למהדר עובדא גם הרמב"ם מודה דלמאן דדאין גרמי מחוייבין לשלם דאל"כ הו"ל לפרש רבותא טפי דאפילו נתברר שקר האחד או שניהם אין מחוייבין לשלם ובדברי הרמב"ם משמע דמטעם הודאת קנס אתי עלה: שוב ראיתי בקצה"ח סימן ל"ח הביא דברי הרמב"ם מחידושי מכות ולא הרגיש שלפי מה שהביא הרמב"ם ב"ש הר"ח הוא להיפך ממ"ש בטור לפנינו בשמו ומ"ש על הכה"ג שכתב בטעמא דאין משלמין ע"פ עצמן משום דהוא קנס דז"א דנדאי משלם ד"ג ע"פ עצמו הנה למענין ברמב"ם מבואר להדיא דמטעם קנס אתי עלה שהרי הרמב"ם בפרק י"ח מהלכות עדות כתב וז"ל חייב העדים לשלם קנס הוא ולפיכך אין משלמין ע"פ עצמן פיצד הרי שהעידו ונתקרה בב"ד ואח"כ אמרו שניהם עדות שקר העדנו ואין לזה על זה פלוגתא או שאמרו העדנו ע"ז בכה"כ וכו' והודינו ע"פ עצמו אבל אם אמרו העדנו ע"ז והודינו בב"ד של פלוני ונתחייבנו ליתן לו כה"כ הרי אלו משלמין שזו הודאה בממון הוא שנגמר דינו ליתן עכ"ל והוא נדאי דהרמב"ם סובר אע"ג דע"כ זה משלם ע"פ העדות שהעידו דאע"ג שאמרין שקר העדנו מ"מ לא מהני להו לפטור הגדון ומ"מ פטורין משום דאינו אלא קנס דא"ל דמייירי בגונא שלא נעשה מעשה כגון שהוכחשו מפי אחרים.

והם עצמן הודו ואמרין ששקר העידו דפשיטא דבכה"ג אין עליהם חיוב תשלומין כלל דכל זמן שלא עשו מעשה אין מקום חיוב כ"א פשיטא בו דין הנזמה ופשיטא דמפי עצמן אינם בדין הנזמה כלל אלא דנדאי דהרמב"ם מייירי שפכר שילם או עתיד לשלם פיון דליתנייהו בחזרה ואפ"ה העדים פטורין משום דקנס הוא ואין מתחייבין ע"פ עצמן ולפי"ז צריך לומר דהרמב"ם סובר פשיטא רש"י דאי ד"ג קנסא הוי דינו כמודה בקנס ופטור וזה דוחק: והנה בקצה"ח שם כתב דהש"ס קאי אליב"ל דרבא דס"ל דחייבי מלקות שוגגין דפטור וילכה מקשה שפיר דלענגן ד"ג הוא פטור משום חייבי מלקות שוגגין ע"ש ולדבריו עיקר חסר מן הספר דמה ענגן זה לכינון שהגיד כו' ובפשיטות הו"ל למימר דלמה יתחייב בזה דלפטור משום חיוב מלקות וצ"ל דה"ק דמתמת דין הנזמה אין לחייב משום דהא העדות קנים פיון שהגיד כו' וא"כ אין בזה חיוב מתורת הנזמה דדוקא היכא שע"י הנזמה מתבטל העדות ובשביל דד"ג אין חיוב דהוי חייבי מלקות: אבל באמת כבר עמד בזה הריטב"א דנדאי אין מקום לחייב בזה מדין הנזמה דאין הנזמה אלא כשהזום מפי אחרים ובנדאי דעת רבא לחייב משום דד"ג וא"כ הנה לו להקשות בפשיטות שפטור מתמת מלקות אפטר לומר דלכאורה אין חיוב מלקות וממון באים כאחד דהמלקות הם בשעת העדות והממון אינו מתחייב אלא משעה שהוציאו מיד זה אלא דמ"מ י"ל פיון דעיקר החיוב שלהם על שעת עידותן שפיר באים כאחד אלא דלהך לישנא בכתובות דאי בעי להדורי מצי למהדר א"כ אין חיוב הממון אלא בשעה שהוציא ואין באין כאחד אף דבאמת גם כן לא מצי להדוריה פיון שהגיד כו' וזה קושית הש"ס כל כמיניה פיון שהגיד כו' וא"כ לא מצי להדורי ושוב אין לחייבו ממון על אמירתו שקר העדתי דמלקות שוגגין פטורין כן י"ל ע"ד הפלפול אבל באמת לא נהירא ומ"ש ראיה מדברי הרש"ל גבי חובל שכתב דלאקוממת הש"ס דבהדי דמתנה קרע שיראין מצינו לאוקמי אף בהפאה

שֵׁשׁ בּוֹ ש"פ יֵשׁ לְחֶלֶק וְעֵינַי בַּפ"י נֶשֶׁם שְׁמֵפֶקֶק גַּם מִדְּבָרֵי מְהַרְש"ל (אֲבָל בְּאַמַּת לֹא הִיָּה צָרִיף לְזֶה דְּהָא בְּלֹא"ה אֵין לְחֵיבּוֹ מְמוֹן מִחֻמַּת פְּאָשֶׁר זְמַם דְּלֹא חֵיבּוֹ הַתּוֹרָה כִּי אִם כְּשֶׁהוּזָם מִפִּי עַדִּים וְלֹא מִפִּי עֲצָמָם רַק שְׁאֵנוֹ בְּאֵין לְחֵיבּוֹ מְדִינַי דְּגַרְמֵי וְכִינּוֹן שְׂאֵם הִיָּה מִתְבָּרַר מִפִּי עַדִּים שְׁשִׁקֵר הַעִידוּ בְּדַרְךְ הַזְּמָה אוֹ פְּגוּנָא דְּמוֹקֵי בְּבָבָא קַמָּא בְּהַפְחִישָׁא פְּגוּן שְׂבָא הָרוּג בְּרַגְלֵיו וְה"נ לְעֵנַן מְמוֹן כַּה"ג דְּלוֹקִין שְׁפִיר מִיְפֻטֵר בְּהוֹדָאת עֲצָמוֹ דְּהו"ל חֵיבֵי מְלָקוֹת שׁוֹגְגִין דְּפֻטוֹר לר"ל וְעֵינַן בְּתוֹסְפוֹת דְּב"ק דָּף ע"א מַה שְׁכַתְּבוּ דְּאַמְרָה תּוֹרָה דְּאֵין זוֹמְמִין לוֹקִין וּמְשַׁלְּמִין מְמוֹן אֲפִילוּ בְּשַׁעֲהַ שְׁהַעִידוּ שְׁקֵר טַבְּחוּ וּמְכָרוּ כו' וְעֵינַן בַּפ"י שְׂם וּבְתוֹס' פְּתוּבוֹת דָּף ל"ב וּבב"מ דָּף צ"ב בְּתוֹס' שְׂם וְאֵין פֶּאן מְקוּמוֹ): וְלְדְבָרֵיו צ"ע דֹּא"כ לר"ל בְּאוֹמַר גְּנֻבְתִּי גְּזוּלְתִּי דְּחֵיבֵי קֶרֶן ע"פ עֲצָמוֹ יְפֻטוֹר מִשׁוּם חֵיבֵי מְלָקוֹת שׁוֹגְגִין וְאֲפֻשֶׁר לוֹמַר דְּהֵתָם אִפִּי בָּאוּ ע"ז אֵינוֹ חֵיבֵי מְלָקוֹת לְפִי שֶׁהוּא לֹא שְׁנִיתָן לְהַשְׁבוֹן הַלְּפָהּ אֵינוֹ בְּכָלֵל חֵיבֵי מְלָקוֹת כָּלֵל מִשָּׂא"כ בְּעַדִּים זוֹמְמִין דְּאַף ע"ג דְּלֹא תַעֲנֶה לֹא שְׂאֵין בּוֹ מַעֲשֵׂה מ"מ גְּלִיָּא קְרָא מֵאִם בֵּין הַכּוֹת הַרְשָׁע דְּמִחֵיבֵי מְלָקוֹת עַל לֹא דְּלֹא תַעֲנֶה אֲלֵא דְּלִכְאוּרָה הִיָּה אֲפֻשֶׁר לוֹמַר דְּמַהֲדָּ קְרָא לִיכָּא לְמִילָף כ"א כְּשֵׁשׁ פֶּאן הַזְּמָה וְכִדְאִיתָא שְׂם בְּרִישׁ מִכּוֹת אֲלֵא דְּבָאַמַּת ז"א דְּבב"ק דָּף ע"ד אֲמַרְיִנּוּ עַדִּים שְׁהוֹכְחִישׁוּ בְּנַפְשׁ לוֹקִין וְאֵי ס"ד הוֹכְחִישׁוּ וּלְבִסוּף הוּזָמוּ נְהַרְגִין הו"ל לֹא שְׁנִיתָן לְאַזְהַרְת מִיתַת ב"ד כו' אֲלֵמָּא דְּאֵי נְהַרְגִין שְׁפִיר לוֹקִין אֲף בְּהַכְחָשָׁה וּכְגוֹן שְׂבָא הָרוּג בְּרַגְלֵיו וְכַמְבּוֹרָאָר שְׂם וְאֵע"ג דְּלֹא תַעֲנֶה לֹא שְׂאֵין בּוֹ מַעֲשֵׂה מִשׁוּם דְּגִלֵי קְרָא וְהִיָּה אִם בֵּין הַכּוֹת הַרְשָׁע וְכֵן הֶרְמַב"ם פֶּרֶק כ"א מִהֲלָכוֹת עֲדוּת פְּתַב מִטַעַם דְּאֵין לוֹקִין מִשׁוּם לֹא שְׁנִיתָן לְאַזְהַרְת מִיתַת ב"ד ע"ש וְכ"כ בְּשִׁיט' מְקוּבָצ' ב"ק בְּשֵׁם הֶרְאַב"ד דְּאַף ע"ג דְּלֹא דְּלֹא תַעֲנֶה לֹא שְׂאֵין בּוֹ מַעֲשֵׁה הוּא הָא קו"ל דְּאִית בֵּיהּ מְלָקוֹת מוֹהֲיָה אִם בֵּין הַכּוֹת הַרְשָׁע וְאֵע"ג דְּהֵיָּה קְרָא בְּהַזְּמָה פְּתוּב גְּלוּיָה מְלִתָּא בְּעֵלְמָא הוּא דְּאִית בֵּיהּ מְלָקוֹת כו' ע"ש וְע"ש בְּתוֹס' וְרֵאִיתִי בְּסִמ' ג' עֲשִׂין ק"י שְׁכַתְּבַת עֵינַי נְפֻשׁוֹת שְׁהוֹכְחִישׁוּ וְלֹא הוּזָמוּ אִפִּי בְּאֵ הַנְּהַרְג בְּרַגְלֵיו אֵין לוֹקִין עַל לֹא דְּלֹא תַעֲנֶה מְפִנֵי שְׂאֵין בּוֹ מַעֲשֵׂה כו' אֲבָל אִם הוּזָמוּ לוֹקִין עֲלֵיו מוֹהֲיָה אִם בֵּין הַכּוֹת רְשָׁע כו' פְּדִמוּכַח בְּמִרְבָּה גְּבִי עַדִּים שְׁהוֹכְחִישׁוּ וּלְבִסוּף הוּזָמוּ דְּלִמְד"א אֵין נְהַרְגִין לוֹקִין אֵע"ג דְּבַעֲלָמָא נִיתָן לֹא דְּלֹא תַעֲנֶה לְאַזְהַרְת מִיתַת ב"ד הִיכָּא דְּהוּזָמוּ תַחֲלָה הוּאִיל וְכָאן לֹא נִיתָן לְאַזְהַרְת מִיתַת ב"ד הִיכָּא דְּלֹא הוּזָמוּ לוֹקִין עֲלֵיו כו' ע"ש וְדְבָרֵיו תְּמוּהִים מְאוּד דְּבַש"ס מְבּוֹרָאָר דְּלִמְ"ד הוֹכְחִישׁוּ וּלְבִסוּף הוּזָמוּ אֵינוֹ נְהַרְגִין אֲזַ בְּהוֹכְחִישׁוּ לוֹקִין וְלֹא אֵיכְפַת לָן בְּמַה שְׂאֵין בּוֹ מַעֲשֵׂה דְּגִלֵי קְרָא וְהִיָּה אִם בֵּין כו' וְכַמ"ש רִש"י שְׂם רַק דְּלִמְ"ד נְהַרְגִין אֵין לוֹקִין מִשׁוּם דְּהו"ל נִיתָן לְאַזְהַרְת מְב"ד וְכ"כ הֶרְמַב"ם בְּהוֹכְחִישׁוּ וּלְבִסוּף לֹא הוּזָמוּ אֵין לוֹקִין מִשׁוּם שְׁנִיתָן לְאַזְהַרְת מְב"ד ע"ש וְעֵינַן בְּמַהר"א שְׁטֵינַן שְׁכַתְּבַת לִיִּשְׁב דְּבָרֵי הַסֵּמ"ג מ"ש בְּזָה הוּא לִמְ"ד אֵין נְהַרְגִין וְאִיהוּ גּוֹפִיָּה פְּסִיק דְּנְהַרְגִין ע"ש אֲבָל מ"ש הַסֵּמ"ג לְחֶלֶק בֵּין הַכְחָשָׁה לְהוּזָמוּ לְמַד"א אֵינוֹ נְהַרְגִין הוּא תִּימָא גְּדוּל וְצ"ע וְלִפִּי שְׂאֵינוֹ מַעֲנִינְנוּ לֹא רְצִיתִי לְהַאַרְיָה: וְאֲפֻשֶׁר דְּהַסֵּמ"ג ס"ל כַּמ"ש דְּהָדָּ דְּיִלְפִינּוּ מוֹהֲיָה אִם בֵּין לֹא קָאֵי אֵהַכְחָשָׁה רַק עַל הַזְּמָה וְלֹא ס"ל כַּמ"ש הֶרְאַב"ד דְּגְלוּיָא מְלִתָּא בְּעֵלְמָא וּמ"מ שְׁפִיר קָאֵמַר ר"א בְּהַכְחָשָׁה לוֹקִין דְּס"ל כַּמ"ש דְּלֹא שְׂאֵין בּוֹ מַעֲשֵׂה לוֹקִין עֲלֵיו וְהַסֵּמ"ג פְּתַבְלָדִידִן אֲלִיכָּא דְּהִלְכְתָּא דְּלֹא שְׂאֵין בּוֹ מַעֲשֵׂה אֵין לוֹקִין וּמ"מ לְשׁוֹנוֹ צ"ע: וּבְעֵיקַר דְּבָרֵי הֶרְמַב"ם נִרְאֶה שֶׁהוּא סוֹבֵר דְּאֵין פֶּאן חֵיבֵי .

מדיני דגרימי פיון שאין ההיזק נעשה מיז רק דארף ע"פ כן הנה מקום לחייבו פיון דאילו
אתי סהדי להזים אותם היו חייבין לשלם השתא והוי פאילו פאו עדים ע"ז ויהיו חייבים
לזה אמר דמ"מ הם פטורין דהא אפי' אתי סהדי אין פאן חייב רק קנס א"כ מפי עצמן
מודה בקנס הם ופטורין ועדיין יש לפקפק לפי מ"ש דמ"ש הרמב"ם ואין לזה אצל זה
פלום היינו שאמרין שיודעים בבירור שהענין שקר ובכה"ג אפי' אתי סהדי אין פאן
תורת הזמה להרמב"ם פמבואר שם פרק י"ח וא"כ פשיטא שאין לחייבם בהודאת פיהם
בכה"ג ויש לחלק ואין להאריך: ולכאורה הנה אפשר לומר דאפי' מאן דס"ל דמוסר
שטר פרוע לעפוי"ם חייב וכן עדים שחתמו שקר משום דעבדי מעשה משא"כ בנ"ד דלא
קא עביד מעשה רק דממילא הוא שהניח השטר ביז העפוי"ם אף לענ"ד אין לחלק בזה
דכה"ג חייב ואף דלא עביד מעשה בינים פמו דמוכח מהא דמחיצות הפרם שגפרצה
נתאש הימנה ולא גדרה כו' פמבואר בב"ק דף ק' אף הרא"ש שם פתב הטעם דכיון
דשלו מעורב בשל חבירו הוי פעושה מעשה בשל חבירו א"כ אפשר בנ"ד לא שייך זה
וגם לא דמי לאחוי אהתי דהתם פיון דאחוי עליה פמאן דקליא דמי וכעושה מעשה בגוף
הממון דמי וכמבואר באשר"י שם משא"כ פאן דהנחתו עשה ההפסד אבל מ"מ לא עשה
מעשה פלל בממונו של זה אף מ"מ נלענ"ד דאפי' אי נימא דלא מחייב בכה"ג בשטר
שלא פתב לו אחריות מ"מ השתא שפתב לו אחריות אע"פ שאין אחריות עלילה עליו
מ"מ פיון שהוא גורם לו את זה גם זה בכלל אחריות שלא יגרום לו היזק ואחריות
דנפשי' ודאי קיבל עליו שלא להרביע ארי אמנצרו ונתחייב לסלק הדמים ועיין בח"מ
סימן נ"ח לענין השליח ואע"פ שאמר ליה הב זוזי ושקול שטרי חייב לשלם וקצת יש
לדחות דהתם שהוא שליח הלנה והזכיר לו לקיחת השטר הוי פאומר עשה בענין שיבא
השטר ליך וכמ"ש התוס' בב"מ דף ג' ד"ה ולא אמרת בסהדי הב ליה ומ"מ נראה
דבעפוי"ם לא שייך זה וכמ"ש באו"ת סי' שע"ו ס"ק י"ד לענין שותפין שהיו חייבין
לעפוי"ם דהוי פושע שלא פרע לעפוי"ם בעדי' דיודע דראובן ערב והם פתר ערבי אזלי
כו' ודעת מהרדב"ז בתשובה דלענין עפוי"ם לא שייך תקנה פלל כו' וסיים וזה ברור ונכון
שאין לה פושע גדול מזה עכ"ל וא"כ פשיטא דגם בנ"ד מחשב פושע דהא ידוע דעפוי"ם
פטר לוקח אזיל (ופשיטא שא"ל פוננת האו"ת דהם פתר ערבא אזלי ונפרעין ממנו תחלה
דמה"ת לחלק בזה דודאי בכל גונו מיקרי פושע לגבי לוקח פיון דלא יהיב ליה בסהדי)
בדינא דמלכותא ובנדאי יגבה ממנו אף דעת הסמ"ע שם דאם לא יברר שלא פרע לו אף
שהוצרך לפרוע לעפוי"ם הו"ל עלילה ואין אדם נתפס בעד חבירו ויש לימן טעם לדבריו
ע"פ מש"ל מדברי הרמ"א בסי' נ"ו בשליש שהחזיר השטר ה"ל גרמא והיינו פדעת
הרשב"א דמוסר שטר פרוע פטור אפי' מסר לעפוי"ם וא"כ לא גרע הך שפרע לו שלא
בעדים מאם מסר לו שטר פרוע דפטור והאו"ת לשיטתו בריש סי' נ"ה דס"ל דאם מסר
לעפוי"ם באמת חייב וכמ"ל אף באמת לא ידענא מה קשיא להאו"ת על הסמ"ע דהא
בש"ע לא מייירי שדינו עם לוי רק עם שמעון השותף דארף אם לוי הוי פושע מ"מ היכא
דליכא לאשתלומי מלוי פגון דלית ליה וכה"ג לא משתלם משמעון דשמעון אומר דמאמין
ללוי שפרע והעפוי"ם מעליל לגבו' שנית ומה איכפת ליה בפשיעתו דלוי ואפשר שר"ל
דלכך אין להאמין שלוי פרע להעפוי"ם פדמסיים לבסוף דאנו סהדי דלא פרע כו' אף
תחילת לשונו לא משמע הכי וגם מ"ש דהא אנו קאמרין דלכתחלה יעשה שטר ולמה

לא אמרינו ליה ליתן לגוי בעדים כו' ע"ש ג"כ תמוה דהא אין הדין עם לוי ואפשר שלוי אין לפנינו רק ראובן ושמעון מדייניו זע"ז שראובן טוען שאפשר שלוי לא יפרע והוא נכנס ערב לטובת השותפין ואין להאריך ועיין בח"מ סי' ק"ל סעיף ה' בערב שפרע למלנה ולא ביקש ממנו השטר אין הלנה חייב לשלם שהרי פשע במה שהניח השטר ביד המלנה וכתב הסמ"ע לחלק בין ההיא דסי' נ"ח דהקא שהערב ידע בעצמו שהלנה לו בשטר ושט"ח עדיין ביד המלנה וא"כ בנ"ד נמי פינון שיזע הלנה שזה יוכל לחזור על הלוק פשיעות הלנה היא שהניח השטר: אמנם הש"ך שם כתב דאף ע"ג דהב"י בסימן נ"ח בשם בעה"ת כתב דאף אם הזכיר לו השטר פטור ערב שאני פינון שהוא נותן מעות שלו לחזור ולתבוע מן הלנה כו' ואין חילוק זה מחנור ומדברי הסמ"ע משמע דלא ס"ל לחלק בהכי ולענ"ד החילוק בפשיטות דהתם פינון שהזכיר השטר ולא א"ל בפירוש שיקח אותו שפיר מצי טעין שהוא סובר שסומך על נאמנותו כמ"ש שם בב"י משא"כ פאן דמה"ת לומר שהלנה יסמוך על נאמנותו של המלנה הלכך פשיעותו דערב הוא וא"כ מכ"ש בעכו"ם דנדאי פשיעותא הוא מה שמניח השטר ביד המלנה וגם הש"ך מודה בזה דאף היכא שאינו בא להוציא וכגון ההיא דסימן נ"ח כל שהזכיר לו שיש שטר מחויב השליח לשלם דלא שייך שהיא סובר שסומך על נאמנותו דבנדאי העכו"ם לא מהימן ליה וקרינו ביה אשר פיהם דבר כו' וכן ממ"ש בסימן קי"א בערב לעכו"ם אפי' יש ביד הלנה שטר שפרע לעכו"ם מחויב לחזור ולשלם לערב וכתב הטור בשם תשובת הרא"ש דאינו טענה מה שיש לו שטר פרעון כל זמן שהניח עיקר השטר ביד העכו"ם כו' ועיין או"ת בשם תשובת פני משה שהקש' על הטור דלמה לי האי טעמא ת"ל דאפי' מעליל עליו מחויב לפצו' הערב וכתב פינון שבאמת כבר שילם לו נסתלק ערבותיו רק שמחויב לשלם לו לפי שהניח השטר ביד העכו"ם ע"ש הרי מבואר דאף בלא זה שהכניס אותו לערב מחויב לשלם מחמת פשיעותו ועוד שנלענ"ד הך דלוקח לערב דומה וגרע פינון דבערב מחייבנו ליה דארביע ארי' אמצרי' אף ע"פ שמרצונו פרע רבץ תחת הארי מ"מ אמדינו דעתיה שע"ד שיפצה אותו הלנה הוא דעבד וה"ה הקא שהרי זה הכניס נכסים לערב בנכסוהי דאינש אינון ערבין ביה וכינון שמכרם לאחר הוא צריך לפצותם מיד הארי כמבואר בסוף בב"ב דמדמה הש"ס מה שנכסים ערבין לע"כ ואע"ג דע"ק יש לחלק בין זה לערב דבערב אע"ג דמעליל עליל מפח הערבון חייב הלנה ובלוקח באחריות וכותי מעליל אינו מחויב לפצותו התם טעמא דבערב מעיקרו הכניסו לתגר זה שנכנס בעדו ערב לעכו"ם וכינון דסתם עכו"ם אנס הוא הו"ל לחוש שיעליל עליו ומסתמא ע"ד פן נכנס שיפצה אותו משא"כ בלוקח מישראל ובא עכו"ם להעליל שהוא שלו זה לא עלה על דעת המוכר שיתחייב לפצותו מעלילות משא"כ בנ"ד דג"כ מעיקרו הכניסו לתגר זה שהרי ידע בנפשו שהוא חייב לעכו"ם ואף אם העכו"ם מעליל ולא יבא בדין רק בעלילה הלא עלילה זו הוא סובב עליו וגרם לו כל זה לכפות נכסיו אלו לפני הארי והלא נכלל בכלל אחריות ואף שלא נכתב הנולד לא אמרינו הכי משום דאין זה סיבת המוכר משא"כ בזה שהמוכר מעשיו גרמו לו שיוציאו ממנו השדה וליה דערב דמי וגם נראה דאם בשעת המכר עדיין לא נפרע העכו"ם בנדאי כגון שהוא תוך זמנו או שיזדוע לנו שלא הי' פרוע אז א"כ בשעת קבלת אחריות הנה נכלל גם אם יבא העכו"ם ויטרון א"כ מה שהלך זה הלנה ופרע בלא קבלת השטר הניח מעותיו על קרן צבי ואיהו

דאפסיד אנפשי' ואחריות של זה הלוקח מחמת השטר הוא במקומו עומד וכפירה זו שכופר העכו"ם הפרעון הוא פסידא דמוכר שכופר המעות שנתן לו בפרעון ולא פסידא דלוקח וצ"ע בזה וכל זה בפרע לעכו"ם בנדאי והעכו"ם כופר ושם לו עלילות דברים אבל באינו ידוע אם פרע נדאי דמסתבר לומר דלא פרע וכמש"ל בשם ראו"ת סימן צ"ג ס"ק י"ד דאנו סהדי שלא פרע כו': והנה כבר פתבתי שדעת הרשב"א במי שמסר שטר פרוע לאחר וגבה בו פטור דהוי כשוכר עדי שקר ולדבריו צ"ע בזה דסימן נ"ח באמר לו שיקח השטר חייב דלמה יתחייב לא יהי' אלא כמו שלקח השטר מיד המלנה וחסור ומסרה לו בידים דפטור ובסי' אלה קלמ"ד הביא ב"י תשובת הרשב"א סי' אלה י"ו בשותף שאמר לחבירו שיפרע השטר ואני אתן לך השטר לזמן פלוני ואח"כ גבה המלנה שנית דצריף לפרוע פיון דעשה מעשה עכ"פ מחויב לשלם מדין ערב ולכאורה מ"ש משטר פרוע שמוסר לחבירו ודחוק לחלק פיון דבשעת מתן מעות ערב לו ובחזרת השטר הי"ל כערב בעד המעות שנותן עתה ומצאתי בכנה"ג שם שעמד בזה וכתב ליישבכעין שפתבתי ועכ"פ דברי הרשב"א שהביא הב"י סי' שפ"ו צ"ע מהו דסימן נ"ח שהוא מהש"ס דכתובות והדברים מוכרחים בלי חולק ובדוחק יש ליישב וכעת אין פנאי מסכים עמדי: והנה הרב המנפ"ל החכם המשיב פלפל הרבה בזה מחמת שהעכו"ם מסר השטר ללוקח שטרף ממנו ע"פ המבואר בסי' שס"ט והאריף בדין הפא מפת עכו"ם ובאמת שפבר מבואר ענין בזה בשו"ת אא"ז מהר"ם מלובלין סי' כ"ב ע"ש אף שם נמסר השטר ליד ישראל במתנה מיד העכו"ם אף בנ"ד שמתחמת שטרף ממנו הקרקע מסר לו השט"ח הדבר מבואר בש"ע סי' ק"ט סעיף ב' דאם לאחר שטרף מבקש מהמלנה שימתן לו כוחו מהשט"ח לא מהני ועיין בסי' קל"ד לענין ערב (ולענ"ד דאף שם דמחלק בין לנה ללוקח שלא באחריות ולפ"ז יש לצדד דלוקח באחריות דינו כערב דמעיקרו אדעתא דהכי נחית שיחזיר על הלנה מ"מ אין זה מוכרח כלל פיון שיש לו אחריות בשטר או אדעתא דהכי נחית ופרע לו שימסור לו פח השטר אלא עיקר סמיכתו על האחריות שפתב בשטר מכר שלו וא"כ מצד פח השטר אין לו מקום לגבות וע"ש שדעת הב"ח והט"ז דאף ערב ללוקח דמי) ולכן לא קאתי למדה זו וקצרתי וכ"ז לפלפולא ולענין דינא נלענ"ד שהכל לפי ראות עיני הדיינים אם נראין הדברים שאין דרוף העכו"ם הלז בכף לעכב שטר פרוע בידו ולחזור ולגבות בו שנית אין לנו להפסיד ללוקח זה שיש לו שטר באחריות אבל אם דרוף העכו"ם הלז להעליל על נכסי יהודים אשר לא פדת אף ע"פ שצדדתי לחייב מטעם דיני דגרמי מ"מ בשביל שאנו מדמין לא נעש' מעש' להוציא ממון מיתומי' וגם אפטר דלא פשע רק שהעכו"ם אנסו ולא רצה להחזיר לו השטר ועיין בכה"ג סי' ק"ל גבי ערב שלא ביקש השטר במקום שדרוף ליתן המעות תחלה ע"ש כו' ומ"ש בשטר המכר אם יבוא א' מישראל או א' מהעכו"ם אין הכרח כ"כ לפרש דבכל ענין נתחייב ושפיר טעין שלא נתחייב אלא באם יברר דבריו דיד בעהש"ט על התחונה כמ"ש החכם המשיב נ"י וקצת צ"ע ביה כמש"ל ולקצת אני צריף ובגידון זה שמבואר בשטר המכר שהאיש והאשה קבלו עליהם אחריות המכר פנהוג שבמדינות אלו שכותבין וכן אמרו לנו הזוג כו' הביא החכם המשיב מדברי הב"ש סי' צ' שפתב דאחריות שבשטר לא קאי רק על האיש ולא על האשה הרי מסיים שם שאם מפנרש בפי' פן מהני ובשטרות שנוהגין עכשיו מבואר בפי' אחריות על האשה כמו על האיש והרי העדים כותבין וכו' אמר לנו

הזוג והב"ש לא מיינרי אלא שפכתב שם סתם שנעשה באחריות באופן שאפשר לפרש דקאי על האישי לחוד וכן מבואר בט"ז שם דכיון שפפנרש בפטר מכירה שקיבלו עליהם אחריות המכיר וכל מי שמצנה לכתוב שטר דעתו על המנהג: ואמנם שהט"ז הביא שם דברי הר"ן בשם הרשב"א בשטר מברחת שהפל לפי ראות עיני הדיינים שא"א לומר באשה שתדע בנסח שטרות כו' והפל לפי ראות עיני הדיינים אם תסן מכתובתה לרצו' עכ"ל ולענ"ד אין הנדון דומה דהתם דמסקף' מלתא שמה לא נתכוננה למתנה גמורה ובזה י"ל דאע"פ שפכתב בשטר מתנה גמורה וחלוטה מ"מ היא לא ידעה מנסח זה ולעולם דעתה להברית משא"כ בקבלות אחריות שהוא ענין מחודש לגמרי וכיון שהנהגו הסופרים לכתוב זה והיא קבלה קנין וציונה לכתוב הרי קבלה עלי' כל מה שמנהג לכתוב ונתחייב' בזה וכן משמע בתשובות המכונות סי' ע"ז בענין הודאה בבתם ידו והשטר בגופן של עדים שאף אם יש עדים שחתם עד שלא קראו מ"מ מתחייב הוא עתה בכל מה שפכתב בו כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר שפול הסומך על נאמנותו של אחריות הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו והיינו טעמא דשליש כו' כ"ש הקא שסומך על אחריות אע"פ שאינו יודע מ"ש עליו הוא גומר בדעתו להתחייב באותו חייב אע"פ שלא לנה מדר"י שאמר חייב אני לה מנה בשטר כו' ע"כ ונהביאו בש"ע סי' מ"ה ובסמ"ע שם ועיין בס"ק ס"א ואין זה דומה לשטר מברחת דהתם סתם ל' מתנה נמי היא מתנה גמורה רק מחמת אומדן דעת דסתמא פתבת להברית ולכן היכא שאמרה בפירוש שיקתבו למתנה גמורה גלתה דעתה שפדברי' פן הוא משא"כ אם לא אמרה בפ"י אין זה מעלה ומוריד מה שכתבו בלא דעתה דאף שאנו אומרים מסתמא מתחייבת עצמה בכל מה שיקתבו מ"מ החייב אינו בלב שלם שלבה בל עמה רק להברית ואי הנה ידעין דלהברית מכוננה מה יושיענו זה שנכתב בשטר לשון מתנה גמורה וחלוטה ועיין ברשב"א שם מה שלמד מהא דמתנתא טמירתא דשם נמי למברחת דמי דאחר פנונת הלב הן הן הדברים ובנ"ד שהמנהג לכתוב בפירוש האחריות על שניהם הרי גומרת בדעתה להתחייב עצמה בכל מה שכתוב בשטר וכדברי הרשב"א בתשובה הנ"ל והובא פמה פעמים בפוסקים בקצרה ומכ"ש לפי המבואר בשטר המכר הנהוג עתה שהאיש והאשה נעשו ע"ק על האחריות ופשיט' שא"א לומר שזה רק שופרא דשטרך ופשיט' דחוב גמור הוא והושנה אשה לאיש לכל מילי ומכ"ש לענין שהלוקח קודם לגבות מן הנכסים טרם תיטול האשה פתונתה כמ"ש הרב המש"ב בשם מחונתני הגאון החסיד ז"ל בספר הפתובה למה שנוהגין עתה בקנין אשה והדר בעלה אע"פ שא"צ לזה פשקיבלה אחריות כמ"ש הב"ש פשיטא שהוא רק לרנוחא דמלתא ומדינא באמת לא צריף ובסימן ע"א לענין נאמנות כתב בש"ע דאם מנהג פשוט לכתוב פן בשטרות אמרי' שפול המקבל קנין הוא על צד המנהג ועיין באו"ת אף בנ"ד מסתבר דאין לתלות הפתיבה בשופרא דשטרך דא"כ מייחזי כשקרא שהעדים כותבין וכוף אמרו לנו הזוג ובאמת שהאשה לא אמרה וגם אין רצונה בכף ואין לה שקר גדול יותר מזה אלא נדאי פינון שמצויים לכתוב ע"ד המנהג ה"ז פאמרו בפירוש והקונה קונה ע"ד זה ועיין בשו"ת הרשב"א שהביא הב"י סי' ע"ב וסימן שט"ו שפכתב ואל תאמר שלא נכתב התנאי לתוספת ענין אלא לשופר' דשטרך אלא היא דכל היכא דאיכא למילף מן התנאי ילפינו ע"כ ולתשובה זו רמז ג"כ הב"י ס"ס א וכתת אין הפנאי מסכים עמי לחפש בדברי אחרונים בענין זה

ובאמת מ"ש הב"ש פיון דכתב בקנין אשה והדר בעלה מוכח דאחריות לא קאי על האשה
הוא צ"ע לענ"ד דאטו בשביל דעביד מלתא נתירתא לקבל קנין מן האשה תחלה נוציא
לשון השטר מפשוטו ועיין בשו"ת מהר"א ששון פשפוט בסוף השטר אחריות אע"פ
שהאחריות אינו מפורש בה רק ואחריות כו' על כ"ז מפשט השטר משמע שאף היא
קבלה אחריות כו' ע"ש ואע"ג דהתם מייירי שהי' פתוב האיש תחלה מ"מ בזה שכתב
האש' תחלה אינו מוציא מידי פשוטותו ומה בכך דעבד מלתא נתירתא ואדרב' י"ל דכיון
שהיא מקרה תחלה ללוקח מקרה לו באחריות ככל מכירו דעלמ' ומכ"ש בשטרות שלנו
שהשטר הכל על שם שניהם והאחריות מפורש על שם שניהם אמנם מימי תמהתי על
נוסח השטר מכירה שפותבין שמכרנו אנחנו הזוג כו' דמה פס יפה במכירה זו והרי אין
לה שום חלק ונחל' בגוף הקרקע רק שיש לה שעבוד פתובה והרי אפ"ל זבין מלנה לאו
כלום הוא ואע"ג דאמרין לקח מן האשה היינו שלקח ממנה תחלה הזכות שיש לה
ושעבודה על הקרקע זו פמבואר ברמב"ם פ"ז ה' י"ז מהל' אישות אבל אם קנו מיד
האשה תחלה שאין לה שעבוד על מקום נאח"כ מכר הבעל כו' והביאו בב"ה סימן צ'
וכתב שם דהאי לקח מן האשה לא מקרה לו היא אלא לסילוק שעבודה קרי לקח מן
האשה כו' אבל התוס' בכתובות ובדוכתי טובא כתבו בחד תירוץ לחלק בין הך דגיטין
דקאמר עד שתכתב לו שטר ובין הך דכתב לראשון ולא חתמה כו' דבגיטין מייירי
שכותבת שהיא עצמה מקרה ללקוחות והך דחתמה לו היינו שמוחלת השיעבוד שיש לה
על הקרקע זו כו' הרי מבואר דשייף גב' מכירה בקרקעות של בעלה ועדיין צ"ע דאפשר
דזה שייף בנצ"ב פיון דעכ"פ מיוחד לה ואע"ג דמפירת' בנצ"ב לאו כלום הוא מ"מ
פשוטתצה הבעל מהני אבל עכשיו שנוהגין לכתוב פן בכל שטרי מכר אף אם הבעל
מוכר קרקע שלו שלא היתה לה תפיסת יד מעולם ואין לה ע"ז רק שיעבוד א"כ לשון זה
שהיא מוכרת ואין לו מוכן כלל: מצאתי בספר פתובה סי' צ' ס"ק ל"ז שכתב ג"כ דבשדה
של בעלה אינה יכולה למכור בשטר בפ"ע דהא זבין מלנה אינו כלום דהא קי"ל מכאן
ולהבא גובה וכדי ליישב המנהג שפותבין בשם האשה לשון מכירה צ"ל שהפוננה היא
שמוכר' הזכות שיש לה על אותה קרקע משיעבוד פתובה וכן המנהג וכלהמפירות
שהאשה לוקחת דבר מה חוץ מדמי המכר שפסקו ביניהם והיינו מכירת שיעבוד פתובה
וא"כ אפשר דגם מ"ש בשטר שהיא מקבלת אחריות היינו על מכירתה שמוכרת
שיעבודה ואם יבוא לוקח שלקח שטר פתובה לטרון מכחה היא מחויבת לפצות וע"ש
בטור בשם תשובת הרא"ש וכ"כ בספר פתובה דלענין זה מהני האחריות אבל עדיין
קשה הדבר לאמרו שלכתחלה יכתבו העדים שטר בלשון זה שמשמעותו שהי' מחצה
השדה של האשה ממש ומוכרת אותה והיא שקר וצריף לפרשו על צד הדוחק שהפוננה
על מכירת השיעבוד ואף דבכתובות גבי הא דאיבעי לן אי מעלין משטרות ליוחסין פתבו
הפוסקים דבמילי דאמר לנה להו משמיל' לא דייקי ע"ש בר"ן בשם הרא"ה מ"מ עכ"פ
אין להם להפוך הקערה על פיה בחנם אשר לא ציונה אותם ולא עלה על לבה וגם דנדאי
נ"מ טובא אם הקרקע שלה ומוכרת אותה או לא ויותר נלענ"ד דהפוננה בשטר למכירה
גמורה והוא ע"פ לשון הרמב"ם פ' י' הלכה ל' מהל' מכירה שכתב וכן העבד שקנה או
מכר כו' יד האדון על העליונה אם ירצה לקיים מעשיו הרי אלו קיימין כו' ובדברים
בלבד היא שמקיים אותם או מבטל אותם וא"צ לקנות ממנו כלום וכן האשה שמכרה או

נתנה במתנה בין בנכסי בעלה ובין בנצ"ב שהכניסה לו בין בדבר שייחד לה בכתובתה בין בנכסי מלוג בין מקרקעות ובין מטלטלין כו' יד הבעל על העליונה ואם רצה לקיים יקיים ואם רצה לבטל יבטל הכל עכ"ל וכתב ה"ה דעת המחבר שדין העבד והאשה כשעושים מעשה ע"י עצמן לאחרי שביד אחרים לקיים או לבטל כו' ולדברים אלו רמז הב"ש סי' צ' ס"ק ע"ש ולפי"ז א"ש נוסח שטרות שלנו דשייך לשון מכירה גם על האשה אלא שהבעל יכול לבטל וכינון שלא ביטל אלא קיימו הרי מכירתה מכירה וגם י"ל פיון דסתם נשים שלנו הם נושאת ונותנת בתוך הבית כמבואר בח"מ סי' צ"ב ואף ש"ל שנה תלוי במה שדרכה להתעסק שאם אין דרכה להתעסק הרבה אין מעשי קיימין בסוף מרובה ומכירה בעסק גדול כזה למפורק קרקע דנראה דלא מהני בזה מה שנושאת ונותנת בתוך הבית מ"מ היינו דוקא שיהי' מעשי קיימין אף שפא הבעל ומיחה אבל אם נתרצה הבעל למעשיה בכל גונו מהני וכמ"ש הש"ך בסי' צ"ו דאף רבינו מאיר מודה בהא דדוקא למחוי' יכול הבעל דנהי דנושא ונותן מ"מ פשאין לו תועלת יכול לבטל אבל אם שיתק ולא מיחה אמרינו דמסתמא הסכים למעשיה ונהנה מן הממון כו' עכ"ל ומ"מ י"ל פיון דעל עסק כזה לא מהני מה שהיא נושאת ונותנת א"כ אין דינה פשליח ואין פאן התחלת מכירה פלל ומ"מ מדברי הרמב"ם נראה דמהני מכירת האשה בכל גונו ואין חילוק בין נו"נ או לא אלא אם הסכים הבעל אח"כ אפי' בדברים בעלמא מהני וכמו גבי עבד ואף שדברי הרמב"ם הללו גבי אשה ועבד לא ידענו מקורו ומוצאו ומכרשי דבריו לא העירו מקורו וה"ה שם כתב שלא מצא מבואר מ"מ אין חולק על דבריו ושפתיו ברור מללו דאפי' בנכסי בעלה ובקרקע יד הבעל על העליונה אם רוצה לקיים יקיים כו' מ"מ דבר ברור הוא דאף להרמב"ם אין מכירה זו מצד פח האשה רק דנהה פשליח הבעל בזה וא"כ מצד הדין אין אחריות עליו פדיון שלים המוכר שהאחריות אינו רק על נכסי המוכר וכדאמרינו בכתובות דף ד' ארמלתא דזבין אחריותא איתמי ופירושו לפי שהאלמנה אינו רק כמו שלים היתומים ואע"ג דאמרינו שם אחריות דנפשה קבילת עליה היינו דאיהי לא תטרוף לכתובה שהיא קרקע גופא שמכרה למזונות אבל מ"מ אין בכלל זה שתתחייב לפצות הלוקח ממה שתגב' לכתובתה מקרקע אחרת אבל מ"מ צ"ע פיון דבשטר המכר מפורש בהד' האחריות על שניהם לפצות הלוקח וגם כתב שם שהם ע"ק זל"ז א"כ הרי היא מחוייב' לפצות מדין ערב ועיין בשו"ת מהרי"ל דלכ"ע אם נו"נ בבית ובא לידה חייב מדין ערב לפי"ז אפי' אם הוא מוקד' ויש קרקע חייב' לשלם עכ"ל וא"כ בנ"ד נהי דנימא שלא פא מעות המכר לידה מ"מ הרי נתחייבה בהד' בשטר זה להיות ע"ק בעד הבעל ומחוייבת לשלם אם לא שנאמר שגם מה שנכתב שהם ע"ק ה לנה ג"כ אינו רק שופר' דשטרא ואין דנין עליו וצ"ע גדול בזה נראה שיש לחפוש ולחקור אחר המנהג בזה כי לא שמענו להוציא מיד האשה לפצות הלוקח ואע"ג דלא שמענו ולא ראינו אינו ראי' בזה דלא שכיח ואפשר דאי הוי מתרמי הי' גובין לו מן האשה מ"מ מאחר שהט"ז מפקפק בזה לפי שאפשר שיקתוב בלא דעתה ואף שכתבתי לעיל שיש לחלק בין שהיא להא דמכתבתא מ"מ דעת הש"ך גם לענין נאמנות דבעינן שהבע"ד ידע המנהג וצינה לכתוב א"כ אפשר שפך הוקבע המנהג שלא לשאול האשה ומה שכותבין בשטר אחריות על שניהם וגם שהם ע"ק זל"ז הכל לא ניתן לכתוב כ א לשופרא דשטרא וצ"ע: ומ"ש הרב המשיב נ"י לענין הריבית דאף אם הי' שטר בעדים אינו גובה משופר עבדים אע"ג

דבסי' ק"ד סעיף ט"ו פתב דגובה היינו בלנה לזמן אבל אין סברא לומר שיגבה כל הרביית שיעלה לעולם דא"כ אינם קצובי' ולא דמי למזונות הפת שהתחייב על ה' שנים ע"כ והנה מקור הדברים בסי' ק"ד הוא מתשובת הרשב"א בב"י שם ושם פתב ונ"ל והטענה שאמרתי דאי בעי לסלוקי כו' נמי שמעינן דליתא דהתם נמי מצי לסלוקי שיעבדא אם פתב לה כל זמן שאת עמי כו' ע"ש א"כ משמע דאף בכתב כל זמן שאת עמי נמי גובה ממשועבדים ולפי מ"ש התוס' בכתובות ד"נ דהא דמזון הבעל אע"פ שיש קצבה למעלה עד שיגרו מ"מ אין קצבה למטה וא"כ בפתוב לזונה ה' שנים כל זמן שאת עמי נמי לא גבי ממשועבדים דהא אין קצבה למטה אף ראיתי בספר פתובה שעמד בזה ודחי דהסוגיא התם דבעי לפרושי דכותבין אף לגבות ממשועבדי , אזלי למ"ד לפי שאין פתובין: אמןם בנ"ד נראה לכאורה לפי מ"ש הרשב"א הביאו ב"י סימן ס' במתחייב לתת לחבירו מנה כל ימי היותו סופר כו' נקרא קצוב שהרי קצץ עיקר מה שהוא מתחייב אע"פ שקצבה כו' ע"ש והו' דרביית נמי הרי הרביית עצמן קצובין הם שהרי קצץ עיקר מה שהוא מתחייב ואע"פ שהרמ"א פתב או שלא נתן קצבה לשנים וצ"ע לדינא אף בלא"ה צ"ע לענ"ד מה שנגראה מדברי הרשב"א דהרביית שיעלה הוי כפתוב בשטר לגבות ממשועבדים שהרי הרשב"א גופא בתשובות המכונות פתב דכל שלנה ק' בק"ך לשנה אע"פ שנתחייב עכשיו בק"ך אין אומרין דמשע' פתיבת השטר זכה בכל העשרים וזמן הוא שהרויח לו עד סוף שנה אלא ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ויום יום מרויח לפי חשבון ומכאן נסתפק לי רביית הפתוב בשטר אם אפשר לזכותו במקר או במתנה כלל לפי שהוא כמלנה ע"פ לפי שלא נתחייב כולו בעת פתיבת השטר ודקדקתי מהאי דיש נוחלין בכור נוטל פי שנים במלנה ולא ברביית אליבא דרבנן כו' ע"ש הרי מבואר דרביית דינו כמלנה ע"פ א"כ פשיטא שאין לו לטרון ממשועבדים ומבע"ח מאןחר א"כ דברי הרשב"א סותרין זא"ז ועיין ח"מ סי' ס"ו בש"א ס"ק ק"ז שהרשב"א פתב דמוחל לפותי צריך לשלם גם הרביית והש"א הקשה ממ"ש הרשב"א בתשובה הנ"ל דמספק' לי אם יכול למכור הרביית ואם אינו נמכר אינו חייב לשלם ע"ש וא"ל דהו' תשובה דסימן רכ"ג הוא מתשובת הרמב"ן פמבואר בב"י ביורה דעה סי' ק"ע לענין ע"ק לעכפו"ם שכתוב זו דהרשב"א הוא ע"ש: אף מ"ש הרשב"א ראי' מפ' יש נוחלין והש"א פתב שהוא ראיה נכונה לענ"ד צ"ע די"ל אע"ג דנדאי החוב מתחיל מיד שמתחייב כל הרביית שמעלה אח"כ מ"מ שפיר מיקרי ראוי לענין בכור דהא מ"מ אינו בעין בהאי שעתא אלא הולך ומתרבה דבר יום ביומו וכ"כ הר"י מיגש שם דאע"ג דהאי קיימו ברשותו מחיים וכמאן דגבי דמי פינו דהאי רביית דהיינו שבחא דילי' לא מטו ברשותיה מחיים לא שקיל פי שנים ועיין עוד דאפי' רביית שיעלה בחיי אב נמי לא שקיל דהנ"מ בקרן גופא דפרע לי' ממונא דשקיל אבל ברביית דכי פרע שבחא בעלמא הוא דפרע לי' כו' ע"ש: ואמןם לפי"ז הי' אפשר לומר מה"ט גופא אין יכול למכור הרביית דהו"ל כמו שבח דהוא דשלב"ל ואע"פ שהחוב חל עליו מיד כמו מזונות שיכול להתחייב בהן מיד אף מ"מ מ"ש שם בתשו' המכונות שהוא כמע"פ א"כ מה"ט נראה שאין לגבות ממשועבדים וכן נראה לפי מ"ש הש"א דמשמע מהרשב"א דאפילו הרביית שפבר עלה אינו יכול למכור לפי"ז צ"ל הא דבמזונות גובה ממשועבדי דהתם עיקר חיוב השטר ע"ז והוי כמתחייב א"ע שיתולחבירו כו' וכו' אחר שנה או שנתיים ולמה יגרע מה שמתחייב יום יום אבל גבי

רִיבִית כִּינּוּן שָׁאִין עֵינָר הַשְּׁטָר עַל הָרִיבִית אֶלָּא עַל הַקָּרָן אֶלָּא שְׁנַתְחַיֵּיב לַתַּת לֹו רִיבִית מִמְלֹנָה זֹו אִין לְהָרִיבִית דִּין מְלֹנָה בְּשְׁטָר כ"א מְלֹנָה ע"פ וְכַמְבֹּאָר מְפָשִׁיטוֹת לְשׁוֹן הַרְשָׁבָא ס' רכ"ג הל' וצ"ע וְלִהְיוֹת כִּי הַעֲנִין גְּדוֹל וְרַחֵב יָדַיִם וְאִם בָּאנוּ לְכַתּוֹב אִין אָנוּ מְסַפְּקִין וְלֹא מְפָסְקִים וּמְטַרְדִּי בְּעֵנִינִים שׁוֹנִים כְּתַבְתִּי הַדְּבָרִים בְּהַפְסְקוֹת מְשֻׁמְשׁוֹת אִינִי תוֹקֵעַ מְסֻמּוֹרִים לְהִלְכָה לְמַעֲשֵׂה רַק כְּתַבְתִּי הַדְּבָרִים אֲשֶׁר הָיוּ עַל לִבִּי בְּהַשְׁקָפָה רֵאשׁוֹנָה לְפִצּוֹת הָרַב הַשּׁוֹאֵל וַיֵּשׁ לְהִרְאוֹת פְּנֵי לְכָל צַד וְאֲשֶׁר יִבְחָרוּ דִּינִי יִשְׁרָאֵל הוּא הַדְּבָר וְאֶלְקִי נֹצֵב בְּעֵדַת אֵל: דְּבָרֵי זַעֲרָא מִן חֲבֵרִיָּא הִק' אֶפְרַיִם וְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד הַלְכוֹת טוֹעֵן וְנִטְעֵן וּגְבִיִת חוֹב שְׁאֵלָה ז' בְּדָבָר הַמְשַׁפֵּט שֶׁא' תְּבַע לְחֲבִירוֹ בְּשְׁטָר שְׁפִידוֹ וְזֶה טוֹעֵן הַשֶּׁבַע לִי שְׁלֹא פְרַעְתִּיהָ וְטַעֵן הַמְלֹנָה וְאָמַר הִבֵּא מְעוֹת וְאֲשַׁבַּע לָהּ וְאָמַר אִין לִי מְעוֹת רַק קָרַעַתְיָהּ וְאִנִּי מַעֲמִיד לָהּ הַקָּרַעַת בְּאִפּוֹתִקִי שְׁתַּגְבֶּה מִמֶּנָּה לְכַשְׁתַּשְׁבַּע וְזֶה אוֹמֵר אִינִי רוֹצֵה בְּקָרַעַת וְאִמְתִּין לָהּ עַד שְׁתַּבִּיא מְעוֹת וְזֶה טוֹעֵן אִינִי רוֹצֵה שְׁתַּמְתִּין כִּי נִיִּילִי נִכְסָאִי וְאִם תִּרְצֵה לְשַׁבַּע תִּיְכַף לִיטְוֹל הַקָּרַעַת מוֹטָב וְאִם לָאוּ פְטוֹר אוֹתִי מִתְּבִיעֵתָהּ וְכֵן הוּא הָאֵמֶת דִּינִי נִכְסִי לְפִי רְאוֹת עֵינֵי הַב"ד וְגַם כִּי הִלְוֵה שְׁרוּי בְּלֹא אִשָּׁה וְעִי"ז שֵׁישׁ עָלָיו קוֹל שֶׁהוּא חֵיִיב לְזֶה אִינוּ מוֹצִיא לִיקָח וְהַדְּבָר מְבֹאָר בַּכְּנֵה"ג ס' ק"ד דְּגַם בַּכְּנֵה"ג מִיקָרִי זִילִי נִכְסִי וְיִוְרִינוּ רַבִּינוּ הַדִּין עִם מִי וּשְׁכַמ"ה: תְּשׁוּבָה לַעֲנַ"ד יֵשׁ בְּזֶה הַפְּרָשׁ בֵּין אִם יֵשׁ בְּשְׁטָר נְאֻמָּנוֹת אוֹ לֹא וּמִתְחַלְלָה אֲבָרָא בְּשְׁטָר שָׁאִין בּוֹ נְאֻמָּנוֹת אִיהָ דִּינוֹ: וְהַנְּהָה בְּש"ס דְּשְׁבוּעוֹת דָּף מ"א אֶמְרִינֵן אָמַר ר"פ הָאִי מֵאֵן דְּמַפִּיק שְׁטָרָא אַחֲבָרִי וְא"ל שְׁטָרָא פְרוּעַ הוּא אֶמְרִינֵן לִי לָאוּ כָּל כְּמִינָהּ זִיל שְׁלִיִם וְאִי אָמַר אִישְׁתַּבַּע לִי דְלֹא פְרַעְתִּיהָ אֶמְרִינֵן זִיל אִישְׁתַּבַּע וְלִכְאוּרָה י"ל דְּפִירוּשׁוֹ דְּמִשְׁתַּבַּע לִי אַחַר שְׁמִשְׁלָם לֹו.

אֲבָל בְּאֵמֶת ז"א דְּנֻדָּאֵי צָרִיף לִישְׁבַּע קוֹדֵם שְׁיִשְׁלָם שְׁהָרִי הִיא שְׁבוּעָה בְּנֻק"ח וְאִם נֹאמַר שְׁיִשְׁלָם תְּחִילָה אִין לֹו רַק הִיִּסַת דְּלֹאֲחַר הַפְּרָעוֹן אִין לֹו לִישְׁבַּע רַק הִיִּסַת וְזֶה מְבֹאָר מִמָּה שֶׁהַקָּשָׁה בְּש"ס וְכִי מַה בֵּין זֶה לְפִגְמֵם שְׁטָרוֹ אֶלְמָא דְהָדָּ שְׁבוּעָה וּשְׁבוּעוֹת פּוֹגֵם חֲד מִקְלָתָא הוּא וְלִיכָּא בִּינֵיהוּ אֶלָּא צָרִיף לְמַטְעֵן וּבְפִגְמֵם הוּא אִיתָא שֶׁהוּא מִן הַנְּשַׁבְּעִין וְנוֹטְלִין וְהִינּוּ שְׁצָרִיף לִישְׁבַּע פְּדֵי לִיטְוֹל: אִיבְרָא דְהַרְמַב"ם פִּי"ד מֵהַל' מְלֹנָה וְהַעֲתִיקוּ בְּש"ע ס' פ"ב וְז"ל מִי שְׁטַעֵן שְׁפָרַע הַשְּׁטָר וְאָמַר יִשְׁבַּע לִי הַמְלֹנָה וְיִטְוֹל אוֹמְרִי לֹו הִבֵּא מְעוֹתִיהָ וְאַח"כּ יִשְׁבַּע וְיִטְוֹל וְאִם טַעֵן שָׁאִין לֹו כּו' וְלֹא נִמְצָא מְקוֹר לְזֶה בְּש"ס רַק ה"ה כ' זֶה נִרְאֵה פְּשׁוּט בְּטַעֲמוֹ דְלָמָּה נִשְׁבַּיעַ הַמְלֹנָה עַל חֲנָם וַיֵּשׁ קִצַּת סַעַד לְזֶה מִמָּה שְׁאָמְרוּ פ' הַכּוֹתֵב כְּתוּבוֹ לִי זְכוּתָא כּו' וַיֵּשׁ לְדַחוֹת רֵאִי זֹו עַכ"ל וּבְאֵמֶת שְׁרָאִי זֹו אִינָה רְאֵיָה כְּמְבֹאָר לְמַעֲיִין שְׁם בְּהַדְיָ וּבְמַגְדוֹל עוֹז כְּתַב שֶׁהוּא מֵהוֹרָאֵת הַגְּאוּנִים ז"ל וְהוּא אֵמֶת כַּמִּש"ל וּמ"מ מ"ש ה"ה שֶׁהַטַּעַם פְּשׁוּט אִנִּי נְבוּדָה בְּזֶה דְכָל כְּמָה שְׁלֹא טַעֵן הַמְלֹנָה אִין לִי מֵה"ת נַחוּשׁ לְזֶה דִּילְמָא הוּא גְבָרָא דְלִית לִי שְׁנַצְרִיכוֹ לְהַשְׁלִישׁ מְעוֹת וּמַכ"ש לְכַמ"ש הַשְּׁטָר דָּאָף מְשַׁכּוֹן שְׁמָא לֹא מְהַיִּי וְצָרִיף מְעוֹת דְּנֻקָּא וּבְאֵמֶת אִין טַעַם לְדָבָר זֶה וּפְשֻׁטוֹת הַשְּׁטָרִים בְּכָל הַנְּשַׁבְּעִין וְנוֹטְלִין מְשַׁמַּע שָׁאִין שׁוֹאֲלִין הַמְלֹנָה כָּלֵל אִם יֵשׁ לֹו לְשַׁלֵּם אֶלָּא פּוֹסְקִין שְׁבוּעָה עַל הַתּוֹבַע בְּסִתָּם וְאַח"כּ יִגְבֶּה מִמָּה שְׁיִמְצָא וְאִם הַנְּתַבַּע אִין לֹו קָרַעַת וְהַתּוֹבַע מִתִּירָא פֶּן יִבְרִיחַ זֶה הַכָּל וְלֹא יִמְצָא מַה לְגַבּוֹת וְאִינוּ רוֹצֵה לִישְׁבַּע עִתָּה עַד שְׁיִמְצָא מְקוֹם לְגַבּוֹת מַה אִיכְפַת לָנוּ בְּכַף וְהַרְמַב"ם גּוֹפִיָה בַתְּחִלַּת הַפְּרָק שְׁם כְּתַב הַפּוֹגֵם שְׁטָרוֹ כּו' וְאוֹמְרִים לֹו כְּשִׁיתַּבַּע הַשֶּׁבַע וְאַח"כּ תִּיטְוֹל וְשְׁם דִּין ב' כְּתַב טוֹעֵן הַמְלֹנָה וְאָמַר יִשְׁבַּע לִי שְׁלֹא פְרַעְתִּי וְיִטְוֹל מְשַׁבְּעִין אוֹתוֹ בְּנֻק"ח שְׁלֹא פְרַעַת כּו' וְאַח"כּ יִטְוֹל וְע"כ

צָרִיף לְפָרֵשׁ דַּמ"מ צָרִיף לְהַזְמִין הַמְּעוֹת לְפָנָי ב"ד אֶלָּא שַׁמ"מ אֵינוֹ נִשְׁבָּע וְנוֹטֵל עַד שִׁישְׁבַּע וְכֵן נוֹהֲגִין עִתָּה וְהֵינּוּ שֹׁכְתֵב וְאַח"כּ יִטּוֹל וּמ"מ מִשְׁמַעוֹת לְשׁוֹנוֹ שֶׁא"צ לְהַזְמִין הַמְּעוֹת כָּלֵל וְהַסַּמ"ע ס"י ע"ב הִרְגִישׁ בְּזָה וְנִדְעָתִי דְהָא דְמִשְׁמַע מְהֵרָמְב"ם וְשֹׁאמְרִים לוֹ הִבָּא מְעוֹת וְהֵינּוּ שְׁטוּעֲנִין לוֹ הַב"ד הֵינּוּ הִיכָא שְׁהִלְנָה תוֹבַע הַמְּלָנָה שְׁטָר פְּרוּעַ יֵשׁ לִי בְּיָדָהּ כּו' אֲבָל הִיכָא שְׁהִמְלָנָה תוֹבַע אֶת הַלְּנָה אִי לֹא טָעַן לֹא טָעַנְיָנּוּ לִיהּ וּכ"כ בְּפִרְיָשָׁה בְּבִיאור יוֹתֵר וְכַתֵּב שֶׁקֶצֶת מִשְׁמַע פֶּן בְּרַמְב"ם שֶׁכַּתֵּב בְּתַחֲלַת הַפָּרָק כְּשִׁטּוּעֲנִין הַמְּלָנָה לֹא פָתַח הָאִי דִּינָא אֶלָּא בְּסוֹף הַפָּרָק דְלֹא אֵינְרִי בְּטַעֲנַת הַמְּלָנָה כּו' וְלִילֵי דְמִסְתַּפִּינָא הָוִי אֲמִינָא דְנֻדְאִי דְבָרֵי הַסַּמ"ע נְכוּנִים דְהִכָּא בְּטַעֲנַת הַלְּנָה מֵינְרִי שְׁטוּעֵן שְׁטָר פְּרוּעַ יֵשׁ לִי בְּיָדָהּ הַחֲזִירָהּ לִי אִו תִּשְׁבַּע וְתִטּוֹל וְלִכְּךָ אוֹמְרִים לוֹ הִבָּא מְעוֹת אֲבָל מֵאִי דְמִשְׁמַע מְדַבְּרִי וְאִם הַמְּלָנָה תוֹבַע אֵין טוּעֲנִין לוֹ אֲבָל אִם טָעַן הַמְּלָנָה יְבִיא מְעוֹת הַדִּין עִמּוֹ לֹא מִשְׁמַע דְּכָל כַּה"ג לֹא הוּ"ל לְסַתּוּם אֶלָּא לְפָרֵשׁ שְׁאִם טָעַן הַמְּלָנָה הִבָּא מְעוֹת שׁוֹמְעִין לוֹ וּמִשְׁמַע דְּכָל שְׁהִמְלָנָה תוֹבַע צָרִיף לִישְׁבַּע מִקּוֹדֵם וְאַח"כּ יִטּוֹל וְאִם יִטְעוֹן הַלְּנָה שְׁאִין לוֹ בְּאַמַּת צָרִיף לִישְׁבַּע מִתְקַנַּת הַגְּאוּנִים וּבְאַמַּת דַּעַת הַטּוֹר לְהַדְיָא שְׁאִם טָעַן הַמְּלָנָה שִׁיבִיא הַמְּעוֹת לְפָנָי ב"ד שׁוֹמְעִין לוֹ: אִף מְהֵרָמְב"ם לֹא מִשְׁמַע מִיָּדֵי לְפִי מ"ש הַסַּמ"ע דְּמֵינְרִי בְּטַעֲנַת הַלְּנָה וְאִז טוּעֲנִין לוֹ ג"כ וְלִדְבָרֵי א"ש נְמִי מ"ש הַרְמְב"ם שְׁאִם טוּעֵן הַלְּנָה שְׁאִין לוֹ יִשְׁבַּע תַּחֲלֵי הַלְּנָה מִתְקַנַּת הַגְּאוּנִים וְהַט"ז תְּמָה בְּזָה דְלָמָּה יִשְׁבַּע הַלְּנָה תַּחֲלֵי בְּחֻמֵּי דְשְׁמָא לֹא יִשְׁבַּע הַמְּלָנָה שְׁמַגִּיעַ לוֹ מִמְּנוּ יַעו"ש וּלְפָנָי א"ש פִּינּוֹן שְׁהִלְנָה רוּצָה שְׁהִמְלָנָה יַחֲזִיר לוֹ שְׁטָרוֹ אִם לֹא יִשְׁבַּע אִז צָרִיף אוֹ שִׁינִים הַמְּעוֹת בְּב"ד אוֹ שִׁישְׁבַּע שְׁאִין לוֹ וְאַח"כּ בַּע"כ מְוַכְרַח הַמְּלָנָה אוֹ לִישְׁבַּע אוֹ לְהַחֲזִיר הַשְׁטָר וְזֵהוּ נִרְאֶה ג"כ מִל' הַרְמְב"ם שֶׁכַּתֵּב מִשְׁבִּיעֵינּוּ אוֹתוֹ פְּתִיקַת הַגְּאוּנִים שְׁאִין לוֹ וְלִכְשֵׁתְשִׁיג יָדוֹ יִתֵּן לְבַע"ח וְיִשְׁבִּיעוּ שְׁלֹא פָּרַע וְאַח"כּ יִתֵּן לוֹ וְלִכְאוּרָה קֶשֶׁה דַּה"ל לְכַתּוּב וְלִכְשֵׁתְשִׁיג יָדוֹ יְבִיא מְעוֹתָיו וְיִשְׁבִּיעוּ: וְעֵינּוּ בְּטוֹר שֶׁכ' בְּשֵׁם הַרְמְב"ם וְכִשְׁתְּשִׁיג יָדוֹ יִתֵּן לְבַע"ח יִשְׁבַּע וְאַח"כּ יִתֵּן וְהִלְשׁוֹן מְגוּמָגֵם וְנִרְאֶה שֶׁצ"ל לִיתֵן לְבַע"ח וְכֵן הוֹעֲמֵק לְשׁוֹן הַרְמְב"ם בְּס' הַתְּרוּמוֹת שַׁעַר ב' וְעֵינּוּ בְּדִרְיָשָׁה מ"ש בְּזָה וְדַבְּרִי צ"ע וְלַעֲנֵד נִרְאֶה שְׁהַטּוֹר וְסוּה"ת מְפָרְשִׁים דְּלָהּ וְלִכְשֵׁתְשִׁיג יָדוֹ דִּינָא קְאָמֵר דְּלִכְשֵׁתְשִׁיג יָדוֹ לִיתֵן לוֹ דְּהֵינּוּ שִׁיבִיא בְּב"ד וְאַח"כּ יִתֵּן וּבְאַמַּת אֵין לְשׁוֹן הַרְמְב"ם מוֹרָה ע"ז אֶלָּא פְּוֹנְתוֹ שְׁזֵהוּ נִסְחָה בְּשׁוּבָעָה מִתְקַנַּת הַגְּאוּנִים שְׁאִין לוֹ וְלִכְשֵׁתְשִׁיג יָדוֹ יִתֵּן כְּמִבּוֹאֵר בְּפ"ב מֵהַל' מְלָנָה וְהֵינּוּ לִישְׁנָא דִּיתֵן לְבַע"ח דְּאִילוּ לְפָנָי שְׁנִרְאֶה מִהַטּוֹר הוּ"ל לְמִימֵר יִתֵּן לוֹ לְשׁוֹן נוֹכַח וְגַם דְּלֹא הוּ"ל לְמִימֵר יִתֵּן אֶלָּא יְבִיא הַמְּעוֹת לְבַד א"ו כַּמ"ש שְׁזֵהוּ מִל' הַשְּׁבוּעָה וְלִכְךָ קְאָמֵר סְתָמָא יִתֵּן לְבַע"ח שְׁאִין נִשְׁבָּע לְנוֹכַח שְׁנִתֵּן לוֹ שְׁהָרִי פִּינּוֹן שְׁעֲדִינּוּ לֹא נִשְׁבַּע הַמְּלָנָה י"ל שְׁאִין מַגִּיעַ לוֹ כְּלוּם וְא"כ קֶשֶׁה לָמָּה לֹא בִּיאָר שְׁצָרִיף לְהִבִּיא הַמְּעוֹת קוֹדֵם שִׁישְׁבִיעוּ וְא"ל דְּכִינּוֹן דְּכָבֵר נִשְׁבַּע שְׁאִם תְּשִׁיג יָדוֹ לִיתֵן לוֹ שׁוּב א"צ לְהִבִּיא הַמְּעוֹת בְּב"ד דְּמָה בְּכָף שְׁמָא יִתּוּזֵל בּוֹ הַלְּנָה וְיִנְיַחְנוּ לִישְׁבַּע וְאַח"כּ יֵאמֵר לוֹ שְׁאִין לוֹ אֶלָּא ע"כ דַּל"ח לְהִכִּי דְדוֹקָא קוֹדֵם שְׁבוּעָה שְׁאִין לוֹ חֵיִישִׁינּוּ דְשְׁמָא אַחֵר שִׁישְׁבַּע הַמְּלָנָה יִשְׁמַט מִמְּנוּ וְנִמְצָא שְׁבוּעָתוֹ לְבִטְלָהּ מִשָּׂא"כ אַחֵר שְׁכָבֵר נִשְׁבַּע שְׁאִין לוֹ וְלִכְשֵׁיִהִי לוֹ יִתֵּן לוֹ א"כ שְׁפִיר יְכוּל הַלְּנָה לְהַשְׁבִּיעוּ לְמְלָנָה שְׁאִינוֹ מְעַכֵּב שְׁטָרוֹ בְּחֻמֵּי.

וּמ"ש הַרְמְב"ם וְיִשְׁבִּיעוּ שְׁלֹא פָּרַעוּ הֵינּוּ שִׁישְׁבַּע הַלְּנָה יְכוּל לְהַשְׁבִּיעוּ כְּכָל עֵת שִׁירְצָהּ וְאִם לֹא מְוַכְרַח לוֹ לְהַחֲזִיר הַשְׁטָר וּמ"ש וְאַח"כּ יִתֵּן פִּירוּשׁוֹ לְכִשְׁיָהּ לוֹ יִתֵּן וּבִלְא"ה

צָרִיף לְפָרֵשׁ כֵּן לְשׁוֹן הַרְמֵב"ם לְפִי מ"ש דְּהַךְ דּוֹלְכֵי שְׁתַּשְׁיג יָדוֹ אֵינּוּ רַק מִל' הַשְּׁבוּעָה וּא"כ מ"ש וְאַח"כּ יִתֵּן ע"כ פִּירוּשׁוֹ דְאַח"כּ לְכַשְׁתַּשְׁיג יָדוֹ יִתֵּן אֲבָל הַשְּׁבוּעָה יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעוֹ תִּיכְף אַחַר שְׁנֵשְׁבַע שָׁאִין לוֹ אֲבָל קוֹדֵם שְׁנֵשְׁבַע אֵינּוּ יָכוֹל לְהַכְרִיחַ לְמַלְנָה שִׁישְׁבַע עַל שְׁטָרוֹ כִּינּוֹן שְׁהַמְלָנָה שׁוֹתֵק וְאֵינּוּ רוֹצֵה לְתַבְּנֹעַ לוֹ רַק הוּא תוֹבֵעַ לְמַלְנָה שִׁישְׁבַע לֹא הַשְּׁטָר שֶׁפִּיר צָרִיף לִיתֵּן הַמְּעוֹת אוֹ לִישְׁבַע מִשָּׂא"כ הִיכָא שְׁהַמְלָנָה תוֹבֵעַ גַּם הַרְמֵב"ם מוֹדֵה שֶׁצָרִיף הַמְלָנָה לִישְׁבַע שְׁלֵא פָרַע וְאַח"כּ יִתֵּן לוֹ הַלְנָה אוֹ יִשְׁבַע שָׁאִין לוֹ וְלְכַשְׁתַּשְׁיג יָדוֹ יִתֵּן לוֹ וְכֵן הֵדִין בְּשִׂאָר גְּשֻׁבְעִין וְנוֹטְלִין: וּבְהַכִּי א"ש מ"ש הַטּוֹר שְׁהַרְמֵב"ם חוֹלֵק עִם הַגְּאוּנִים שֶׁפָּתְבוּ שָׁאִין אֶחָד מֵהֶם גְּשֻׁבַע כּו' אֲלֵא אִם רָצָה הַתּוֹבֵעַ גְּשֻׁבַע אִם גָּתָן לוֹ מוֹטָב כּו' וְהוּא מְדַבְּרִי בַעֲה"ת בְּשֵׁם תְּשׁוּבָה לְקַמְּאֵי וְהוּא בְּתַשׁוּבַת הַרִי"ף ס' וְכ"כ בְּפִסְקֵי מְהֵר"ם רַקְנֵטִי בְּשִׂמּוֹ וְכ"כ בְּבַעַל הַעֲיִטוֹר בְּשִׂמּוֹ סוּף דִּין מְלָנָה ע"פ בְּדָף ס"ח בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הַרִי"ף וְלְכַאֲרָה הוּא רְחוּק שְׁהַרְמֵב"ם יִחַלֵּק עַל הַרִי"ף וְגַם בְּבַעֲה"ת נִרְאֶה שְׁהַרְמֵב"ם חוֹלֵק עִם תְּשׁוּבָה זֶה וּלְפַמ"ש י"ל דְּהַתָּם דְּמִיָּרִי שְׂכ"א תוֹבֵעַ לְחַבְרֹו שְׁנֵה רוֹצֵה מְמוֹנֵו וְזֶה רוֹצֵה שִׁישְׁבַע וְכַנְרָא' מְלִשׁוֹנוֹ שְׂכ' שְׁהַנְתַּבַּע אֵינּוּ חַיִּיב כּו' וְהַתּוֹבֵעַ אֵינּוּ חַיִּיב כּו' וְעַיִן בְּפִרְיֵשָׁה שְׁפִי שֶׁר"ל שְׁהַלְנָה תוֹבֵעַ ג"כ הַחֲזִיר לִי שְׁטָרִי שְׁלֵא תִתְפַּס אוֹ דְלֵא לִיפְשֵׁי שְׁטָרִי חֲנָם וְעַכ"פ מִיָּרִי שְׁגַם הַמְלָנָה תוֹבֵעַ לְכָף קָאֵמַר אֵין אֶחָד מֵהֶם גְּשֻׁבַע ר"ל שָׁאִין אֶחָד יָכוֹל לְהַכְרִיחַ לְחַבְרֹו בַע"כ שִׁישְׁבַע אֲלֵא אִם הַתּוֹבֵעַ רוֹצֵה יִשְׁבַע.

וְהַרְמֵב"ם לֹא הִנְצִיף לְכַתּוּב הַאי דִּינָא דְנֻדָּאֵי מִיִּלְתָּא דְפְּשִׁיטָא הוּא שְׁאֵם הַתּוֹבֵעַ רוֹצֵה לִישְׁבַע וְלְהַשְׁבִּיעַ הַלְנָה אַח"כּ רְשׁוּת בְּיָדוֹ רַק כ' דִּין מְחַנְדֵּשׁ שְׁאֵם הַנְּתַבַּע רוֹצֵה יָכוֹל לְהַכְרִיחַ לְמַלְנָה ג"כ כְּגוֹן שִׁישְׁבַע הוּא תַחֲלָה שָׁאִין לוֹ וְאַח"כּ הַתּוֹבֵעַ חַיִּיב לִישְׁבַע אוֹ לְהַחֲזִיר הַשְּׁטָר וְאַפְשָׁר שְׁגַם הַרִי"ף מוֹדֵה בְּזֶה וְאֵע"פ שֶׁבְּלִשׁוֹן הַרִי"ף אֵינּוּ חַיִּיב שְׁבוּעָה עַד שִׁיֵּהָא מְמוֹנֵו מְזוּמָן הֵינּוּ כָּל כַּמָּה שְׁלֵא גְשֻׁבַע שָׁאִין לוֹ אֲבָל כָּל שְׁנֵה גְשֻׁבַע שָׁאִין לוֹ מֵה לוֹ לַעֲשׂוֹת עוֹד וְאַף ע"פ כֵּן הוּא חַפֵּץ שְׁלֵא יִהְיֶה לְזֶה שְׁטָר עָלָיו שְׁעִי"ז ב"א גְּמַנְעִין לִישְׂא וְלִיתֵּן עִמּוֹ וְכַה"ג טוֹבִי וְהָא דְלֵא נִקֵּט הַרִי"ף בְּהַךְ גְּוֹנֵי מִשׁוּם דְלֵא שְׂכִיחַ שְׁהַלְנָה יָכוֹף לְהַמְלָנָה שִׁיקְבַּל שְׁבוּעָתוֹ שָׁאִין לוֹ בְּכַדִּי לְהַכְרִיחוֹ שִׁישְׁבַע אוֹ יִחֲזִיר שְׁטָרוֹ אֲבָל אַה"נ אִם מִתְרַמֵּי שְׁהַלְנָה דוֹחֵק הַמְלָנָה ע"ז רוֹצֵה לִישְׁבַע תַּחֲלָה שׁוֹמְעִין לוֹ: וְעַכ"פ מ"ש הַטּוֹר וְצָרִיף לְהַכִּין הַמְּעוֹת קוֹדֵם שְׁבוּעָה אֵינּוּ מְוַכְרַח מְהַרְמֵב"ם וְגַם בְּתַשׁוּבַת רַב אֶלְפָס שְׂכ' וְהַתּוֹבֵעַ אֵינּוּ חַיִּיב עַד שִׁיֵּהָא מְמוֹנֵו מְזוּמָן לֹא מוֹכַח מִיָּדֵי כַמ"ש דְּשָׁם מִיָּרִי שְׁהַנְתַּבַּע אֵינּוּ יָכוֹל לְכוֹף לְהַתּוֹבֵעַ לִישְׁבַע כִּינּוֹן שָׁאִין מְמוֹנֵו מְזוּמָן וְהֵינּוּ לִישְׁנָא דְהַתּוֹבֵעַ אֵינּוּ חַיִּיב כּו' וְכַמ"ש בְּפִרְיֵשָׁה וְגַם כִּי בְּתַשׁוּבָה רַב אֶלְפָס גּוֹפִיָה בְּסִימָן אֵין זֶה רַק בְּלִשׁוֹן הַשּׁוֹאֵל אִף דְּמִשְׁמַע שָׁם דְּמִיָּרִי שֶׁפָּכַר אָמַר הַנְּתַבַּע שָׁאִין לוֹ מֵה לִיתֵּן וְלְכָף קָאֵמַר הַתּוֹבֵעַ אֵינּוּ חַיִּיב כּו' וְה"ל לְמִימַר שָׁאִינוֹ רוֹצֵה וְאַדְרָבָה מְתַשׁוּבוֹת הַרִי"ף הַלְזוּ מְבִנְאָר לְהַדְיָא לְהִיפּוֹף שְׁהַרִי כ' שְׁהַנְתַּבַּע אֵינּוּ חַיִּיב עַד שִׁישְׁבַע הַתּוֹבֵעַ וְכ"כ הַרִי"ף בְּאַמַּת שָׁאִינוֹ יָכוֹל לְכוֹף לְנְתַבַּע לִישְׁבַע אֲלֵא אִם רָצָה הַתּוֹבֵעַ גְּשֻׁבַע כּו' הַרִי מְבִנְאָר לְהַדְיָא שָׁאִין בְּיַד הַתּוֹבֵעַ לְהַכְרִיחַ לְנְתַבַּע שִׁיתֵּן לוֹ מְעוֹת קוֹדֵם הַשְּׁבוּעָה וּבְאַמַּת ה"ט דְּהַרְמֵב"ם שְׂכ' שֶׁצָרִיף זֶה לִישְׁבַע תַּחֲלָה שָׁאִין לוֹ לְפַמ"ש תַּחֲלָה שְׁאוּמְרִים לוֹ הֵבֵא מְעוֹתָיו א"כ מְוַכְרַח הוּא לִישְׁבַע אֲלֵא שֶׁפָּכַר כְּתַבְתִּי שְׁנִרְאָה דְּמִיָּרִי כְּשֶׁהַלְנָה תוֹבֵעַ אֲבָל כְּשֶׁהַמְלָנָה תוֹבֵעַ שֶׁא"צ לְהַזְמִין הַמְּעוֹת כָּלֵל וְכַמוֹ שְׁנִרְאָה מְהַרִי"ף שְׁהַנְתַּבַּע אֵינּוּ חַיִּיב

כלום עד שישבע התובע ומ"ש והתובע אינו חייב עד שיהא ממונו מזמן פבר פתבתי לעיל בזה ובבעל העיטור ראיתי שכ' עד שיהא ממונו לזה והאי לישנא א"ש בפשיטות דר"ל שכל כמה שזה אמר שאין לו למה ישבע לבטלה אבל אם אינו אומר פן מה"ת נאמר שהמלך יכול להכריח שייביא מעות קודם השבועה ומצאתי בתשובת הגאונים סימן ש"ב דאיתא שאלה מי שנתחייב לתבירו שבועה ונתבירו אמר הבא מעות בעין ואח"כ אשבע.

תשובה יביא ממונו ואח"כ ישים אותם לפני ב"ד ואח"כ ישבע דילמא אישבתבי ליה לבתר הכי לא יחייב ליה ולא מידי עכ"ל: ונראה שמפאן הוציא הרמב"ם דינו בזה אלא שהוסיף דטענינו ליה הכי וגם שם משמעות הלשון שהנתבע תובע שישבע ויטול כמבואר מלשון מי שנתחייב כו' וגם י"ל דהא דהתם קודם התקנה הוי שתיקנו הגאונים לישבע ולכן יש שאחר שישבע יטעון זה אין לי וילך בפחי נפש משא"כ אחר שתיקנו שבועה ע"ז אין לנו לחוש ע"ז שהרי אם יטעון אין לי יצטרף לישבע ולשמא באמת אין לו ל"ח דא"כ לא היה משמט עצמו בטענות אחרים פרוע וכדומה שלדברי התובע הוא שקר אלא היה טוען האמת שאין לו ואע"ג דשם איתא דילמא אישבתבי ליה לבתר הכי כו' נלענ"ד שיש פאן ט"ס וצ"ל דילמא אישבתבי ליה ולבתר הכי כו' ור"ל שמא ישבע לחנם שאחר שישבע ג"כ לא יתן לו שיטעון אין לי ואפשר כוננתו דאף בלא טענת אין לי מ"מ יש לחוש שישמט עצמו ולא יציית דינא ולכך צריך להביא הממונו בב"ד קודם השבועה ומ"מ אין זה מוכרח: אף דלכאורה משמע הכי מתשובת הרא"ש הלזו דצריך שיהיה מעותיו מזמנים בידו ולענ"ד יש מקום לחלק דגבי הלנואה פינו דקי"ל שאם הלזו מבקש זמן שיפרע נותנין לו למ"ד יום או יותר לפי ראות עיני הב"ד כמבואר בסימן ק' וא"כ אינו יכול לכפות ללנה שיזמין מעות לפני ב"ד ואף אם נקבע לו זמן למ"ד יום מ"מ זה יכול לטעון מה לי לדחוק עצמי להמציא מעות שאני יודע שהאמת אתי וקרוב שלא ישבע ואם ישבע בנפשו הוא נשבע כי שקר הוא משא"כ כשתובע לו שישאר בידו מעות מעסק שנתפוט שביניהם וי"ל דבכה"ג אין קובעין לו זמן כלל וצריך לשלם לו תיכף אם יודה ואפי' תימה דגם בכה"ג כהלנואה דמי ומהני קביעות זמן מ"מ התם היה נראה שזה רוצה להשמט שהרי הוא טוען שאחר שתשבע שלא רציתי אותך אז אדון עמך אח"כ שאני אומר דלא טעות עמי כלל וע"ז השיב הרא"ש שהדין עם ראובן דאף ישבע זה שבועה לבטלה ר"ל שאח"כ יטעון שלא טעה ע"ש בב"ח הגירסא בתשובות ולפיכך הצריכו הרא"ש שיתן משכונ דכל היכא שנראה לדין שרוצה להשמט ממנו צריך להעמיד ערב כמבואר בטור סימן ק' ואפ"ה דהרא"ש בזה קאי בפשיטות הטור סימן פ"ב לענין נשבע ונוטל בשטר שצריך להזמין המעות וה"ה בנשבע ונוטל לענין היפוח מ"מ מתשובת הרי"ף ה"ל משמע דאין הנתבע חייב כלום עד שישבע זה התובע שמגיע לו: והנה בש"ע בס"ק י"ג פתב ג"כ שאין מחלוקת בין הרי"ף והרמב"ם דהרי"ף מייירי בשאר נשבעין ונוטלין פגון נגזל ונחבל וחסוני על פנקסו שמן הדין שאף בשבועה לא יטלו כו' (והנה מה שכלל חנוני על פנקסו צ"ע לפי שיטתו ס"ס צ"ב שמסכים לדברי בעל המאור בזה דחנוני על פנקסו מדינא היה נוטל בלי שבועה) ובאמת לשון הרי"ף לא משמע הכי שהרי השואל שאל לו בסתם מי שהוא מהנשבעין ונוטלין כו' וע"ז השיב לו שאין א' מהם נשבע ואם איתא דס"ל לחלק בין נשבע ונוטל בשטר כל כה"ג הו"ל לפרושי.

וגם מ"ש דכה"ג מחלקינן בסימן צ"ב כו' הנה דעת הרי"ף והרמב"ם גופייהו שם במשנה שאין לחלק בכך ואין התובע החשוד נוטל בלא שבועה וא"כ אדרבא משם ראיה דהא חזינן שהתובע מפסיד זכותו לגמרי לפי שאינו נשבע וא"כ ה"ה הכא כ"ז שלא נשבע אין תביעתו תביעה כלל להשביע ללנה בתורת חיוב ואע"פ דהתם לאו סמי' בידיה שא"א לו לישבע כלל משא"כ בזה שבידו לישבע מ"מ הנתבע צועק למה אשבע בחנם כל כמה שלא נשבע הוא שאני חייב לו ושמא לא ישבע את"כ כלל ומכ"ש בזה שברור הוא שאחר שישבע הלנה שאין לו לא ישבע המלנה כלל דלמה ישבע בחנם שאף אם יהיה ראוי ליטול אין לו א"כ למה נשבע הלנה עתה ואף שי"ל שאנו חוששין דאשתמוטי הוא דקא משתמיט וטוען שא"ל כדי לדחות המלנה משבועתו מ"מ נראה דבכה"ג בק"ח בלבד סגי ובאמת הטעם שכ' הש"ך בשאר נשבעין ונוטלין פינו מדינא אף בשבועה לא יטלו רק מתקנה וכינן שזה טוען אין לי ג"כ אין מחויב לישבע רק מתקנה לכך אין א' נשבע כו' נלענ"ד דזה הטעם שייך ג"כ אף פשיש שטר בידי המלנה שהרי הלך מצי טעין למה תכריח אותי לישבע תחלה דאי בתר דאורייתא אזלית ונהי חוב ברור ליטול אף בלא שבועה א"כ מדאורייתא בטענותי אין לי אני נאמן וא"צ לישבע כלל ואי בתר תקנתא אזלית שצריך הלנה לישבע דנוקא שאין לו א"כ הרי תקנת חכמים נדאי דעדיפא מתקנת הגאונים ואחרי שעליה מוטל לישבע בתקנת חכמי קודם שתטול אין לה עלי כלום עד שתשבע.

אף לפמ"ש דבטענת הלנה מיירי א"ש דכינן שהוא תובע למלנה שיחזיר לו שטרו שפיר צריך הוא לישבע תחלה: והנה הט"ז פתב ג"כ דעיקר לפסק הלכה שהתובע צריך לישבע תחלה אלא שהביא ראיה מתשובת הרא"ש כלל י"ג תשוב' ט"ז שכ' באחד שהיה לו ספרים בידי בן אחותו כו' נאני תמה על ראיה זו דהתם שאני דאין הבת צריכה להאמינו כלל שהספרים הקדיש עד שישבע ובלא זה דברים בעלמא נינהו ואדרבה אני תמה דאף שבועה למה יועיל לו ואף בלא שט"ח הבת לא מהני וכדאיתא בסנהדרין אמר להם ראיתי אביכון.

שהטמין כו' אם אינו יכול ליטלו לא אמר כלום ואיתא בשו"ע סימן רנ"ה ע"ש והכא משמע שהספרים היו ידוע שהם בידו כמשמעות הלשון המבואר בתשובות הרא"ש שם ואם נאמר דמיירי שהיה יכול לומר להד"ם ולכך שבועה בעי דליהמן במגו דלהד"ם והוא רוצה להיות גזבר ההקדש הנה ולפיכך הוא צריך לישבע פנגד הבת מ"מ אין משם ראיה דכל כמה דלא נשבע הנכסים בחזקתה ולא מהימן רק מטעם מגו וא"כ בעי אישתובעי דאל"כ הוי רק פדברים בעלמא משא"כ הכא שזה שטר מקונים בידו ודינא הוא שיטול אף בלא שבועה כמ"ש הש"ך פשיטא שאין הנדון דומה לראיה.

ומ"מ לדינא לכאור' שפיר פתב שאין להכריח ללנה לישבע ומצאתי במ"ל פ"ג מה' שכירו' שהביא תשובות הרא"ש הלזו וכ' דלא נתיישב בעיניו למה יהיה דברים בעלמא דהא ע"כ ליכא עדים וראי' דאל"כ אף בשבועה לא מהימן ע"ש: והנה הש"ך בס"ק י"ג מסתפק פשאומרים לנתבע הבא מעותיו אי סגי במשכון כמ"ש הרא"ש בסימן צ"ג וכת' דאפשר שאני התם שאין השבועה רק מצד היפוף משא"כ הכא צריך מעות דוקא פינו שיש שטר בידו א"צ לישבע רק מדרבנן.

ולענ"ד זה צ"ע דאטו משום הא נכוף הלנה לישבע שאין לו מעות רק משפון ולא מפעיא לדעת הפוסקים בסימן ק"א והוא דעת המחבר והרמ"א שפן עיקר שאין עליו אלא חרם סתם שאין לו מעות א"כ פשיטא דהכא שרוצה לתת משפון דסגי בהכי אלא אפילו לפמ"ש הש"ך שם דעיקר בזה דצריך לישבע מתקנת הגאונים גם בכה"ג שטוען אין לי מעות והביא פן מדברי הרא"ש מ"מ נראה דהיינו דוקא פשמגיע למלנה חוב בבירור בכה"ג שיש תקנת הגאונים וכמ"ש הרא"ש טעמא שמנדין אותו לישבע דאל"כ כ"א יאמר איני רוצה ליתן מטלטלין ולא לישבע הגבו לבע"ח קרקע משא"כ בזה שעדיין לא נתברר שחייב לו א"כ אפילו נימא שצריך להזמין לו מעות קודם השבועה מ"מ פשיטא דבכה"ג במשפון סגי דעיקר הטעם שיאמר המלנה למה זה אנכי הולך לישבע שמה לא יתן אח"כ ונמצא השבועה לבטלה משא"כ כאן פיון דאיכא משפון ליכא שבועה לבטל וצריך המלנה לישבע ואח"כ באמת יצטרף הלנה לישבע שא"ל מעות לדעת הרא"ש ולדעת ש"פ יקבל בחרם (ומצאתי באו"ת שהרגיש קצת בזה אלא שקיצר בדבריו) אבל להכריחו שישבע קודם או יקבל בחרם שאין לו רק מטלטלין או קרקע לא מסתבר כלל שזה יאמר איני חפץ לישבע ולא לקב"ח אפילו באמת ועי"ז אהיה מוכרח למכור הקרקע או המטלטלין שלי ושמה אח"כ לא ישבע ונמצא שאני משחית את נחלתי בחנם והרי מבואר שם בסי' ק"א דהיכא דאיכא פסידא מגבינין ליה קרקע ובכה"ג אין לה פסידא גדולה מזה שעדיין לא נתברר שמגיע לו וביני וביני סגי בקרקע: ואפשר דהש"ך מייירי היכא שזה באמת יש לו מעות אלא שאינו רוצה ליתן רק משפון בזה כתב הש"ך דאע"ג דגבי היפוח משמע דבמשפון סגי ואף בכה"ג שהרי לא הוזכר שם כלל שזה טוען שאין לו מעות רק הרא"ש כ"כ מדעתא דנפשיה שיתן משפון מ"מ הכא שאני וצריך ליתן מעות דווקא אבל היכא שהלנה טוען שאין לו מעות רק משפון אין לנו להכריחו למכור וליתן מעות ואפילו תימא שפונות הש"ך שצריך להמציא מעות אף שטוען אין לי מעות מ"מ נראה דמודה דבכה"ג בק"ח שאין לו מעות לחוד סגי כמש"ל שאין בזה תקנת הגאונים ומכ"ש לפמ"ש דעיקר הך דינא אם צריך להזמין מעות קודם שישבע.

הוא רופף בידינו וכבר כתבתי דלפי הגירסא בתשובות הרא"ש דפוס וויניציא שנת שס"ז והובאה בב"ח סי' צ"ג הפוננה שם שיתן משפון כדי שלא יוכל לטעון אח"כ לא טעיתי עמה כלל ונמצא שהתובע נשבע לבטל"ו וא"כ אין משום ראיה כלל לגדון דהכא: אף כ"ז פשהמלנה דוחק הלנה ורוצה לישבע ואומר שיבוא המעות משא"כ פשהלנה תובע למלנה שישבע או יחזיר שטרן ולא היא תלוי בדין לכאורה מסתברא שהמלנה יוכל לומר לא אשבע עתה דהא קי"ל נזקקין לתובע תחלה שאומר איני רוצה שתשבע לי עתה וה"ה להיפך היכא שהתובע יש לו לישבע וליתול שיוכל לומר איני חפץ לישבע עתה וכ"כ ביש"ש פ"ק הפרה להדיא ואע"ג דהיכא דזיילי נכסיה נזקקין לנתבע וא"כ בכה"ג יכול הנתבע לומר אם אינה רוצה לישבע תחזור שטרך וכ"כ הסמ"ע להדיא בסי' פ"ב ס"ק כ"ב שזהו החילוק בין ת"ח לאחר דאם אין המלנה ת"ח יכול זה לטעון או תשבע או תחזיר שטרך מ"מ י"ל דהיינו דוקא כשהוא אומר תשבע ואז אסלק אותה כדינה במעות משא"כ היכא שהלנה אומר שאין לו מעות רק קרקע א"כ יכול המלנה לומר איני רוצה לישבע עתה וליתול אלא אמתין עד שיהיה לה מעות כמבואר בסימן ע"ד וסי' ק"א בשם תשובת הרא"ש ומשמע התם דאע"ג דזיילי נכסי דלנה מ"מ המלנה יכול לומר לא אקבל

ממך קרקע וכמ"ש הרא"ש בטעמו של דבר דמצי אמר אילו הוי לי זוזי לא הייתי לוקח קרקע פי אני צריף לדברים אחרים ועכשיו בשביל שמעוטיה בטלים אצלי תכפוני ליקח קרקע ותשובה זו נמצאת בדפוס ווינציא הנ"ל פלל פ' ונשם הביא ראיה מהה דב"ק דאמר אי הוי לי זוזי שקילנא פדהשתא כו' וכן מהמלנה את חבירו בישוב כו' וכ' שגם בזה יש משום נ"ד בפני לזין ע"ש וא"כ נראה דאף שהלנה טוען דזיילי נכסי ואתה צריף לקבל ממני תיקף הקרקע מ"מ המלנה יכול לומר מה איכפת לי בזה ודווקא היכא שהלנה רוצה לסלק הפל פדינו פשישבע המלנ' רק שהמלנה אומר אולי אמצא עדים וראיה אז אמרינו דאי זיילי נכסי שומעין לנתבע משא"כ היכא שאינו נותן לו מה ששורת הדין מחייבת הרי יוכל המלנה לומר מה איכפת לי מה ששרקעוטיה זלזין איני רוצה לגבות עד שיהא לה מעות ואגבה פדיני וכ"כ הרא"ש בכלל פ' סי' ח' לענין גביות קרקע שאם הוצרך לגבות וגבוהו ב"ד שיהיה פמטלטלין או מעות ואין לחוש פלל להפסד הלנה ע"ש וא"כ ה"ה לענין זה איברא דאף דלכאורה משמע הכי מלשון תשובת הרא"ש שלעולם יכול התובע לומר איני חפץ לקבל קרקע עתה ואמתין עד שיהא לה מעות ולא חילק בין היכא דזייליה נכסיה דהתובע או לא מ"מ י"ל דהרא"ש אגזיל בזה לשיטתו שפתב בפירק מי שהיה נשוי על דברי התוספות שם בדרף צ"ב שפתבו דמהא דאמרינו אי פקח הוא מגבי להו ארעא כו' מוכח דהיכא דאיכא פסידא יהיב ליה ארעא לב"ח והרא"ש כ' דאינו ראיה כ"כ דא"ל דהתם משום שהמלנה מחמת הקרקע שקנה כו' והלכך שפיר ס"ל להרא"ש דל"ח לפסידא דלנה אף דזיילי נכסי וילעולם יכול המלנה לומר אמתין עד שיהא לה מעות משא"כ לש"פ שלמדו מזה דכל היכא דאיכא פסידא ללנה יהיב ליה ארעא א"כ גם בזה אי זיילי נכסיה דלנה צריף לקבל קרקע ואינו יכול לומר אמתין.

מיהו מדברי הטור משמע דלדינא גם הרא"ש מודה להתוספ' רק שכ' שאין ראיה כ"כ ועיין בב"י ובב"ח שם. ולפ"ז משמע לכאורה דבכה"ג לא מיקרי פסידא לכונה למלנה משום זה: ובהיותי מסתפק בזה פה הראני גיסי וב"ד החרוף ובקי מוהר"ר צבי הירש מרגליות נ"י בן פבוד דודי מ"ו הגאון מו' סענדר ז"ל שהספק שלי במחלוקת הוא שנוני בתשובת הרשב"א ושמתתי ששאילתינו כשאילת הראשונים והנה ז"ל הרשב"א בתשובה ח"ג הנדפס בק"ק ליורני בסימן מ"ג פתב וז"ל והיכא דלא בעי מלנה לאיפרועי אלא בזוזי ובעי לאמתוני עד דמתרמי ליה זוזי ללנה יש מגדולי הדור שאמרו שהדין עמו ואין הלנה יכול לכופו ליטול קרקע דזוזי שקול זוזי יהיב כו'.

ומרבומי ג"כ אמרו דלעולם מצי אמר ליה שקיל ארעא דעיקר גוביינא בקרקע הוא מדלא מחייבין ללנה למיטרח ולזבוגי ולמיטי ונהלכך מצי למימר רוצה אני לפרוע דכל שיצא שמי שאני חייב זיילי נכסאי ודעתי נוטה לזה ודנתי לפני רבומי בשעה שנגחלקו על דבר זה לכאורה ממה שאמרו הלנה על שדהו ואמר לו כו' ומ"מ אינה ראיה גמורה כו' דיש לדחות כו' ומיהו לכאורה פן נראה לי פמו שפתבתי ובה אין לדין אלא מה שענינו רואות עכ"ל הרי להדיא דהיכא דזיילי נכסי דלנה עי"ז נחלקו בה רבומי של הרשב"א והוא ז"ל נוטה דעתו לדעת האומרים דבכה"ג צריף המלנה לקבל הקרקע וא"כ פשיטא דבכה"ג שפיר הלנה יכול לכונה למלנה ואומר החזר לי שטרי או השבע נוטל קרקע שאין לי ד"א ליתן לה זיילי נכסאי ולכאורה הנה אפשר לומר דהמלנה מקרי מוחזק לענין זה ומצי אמר קים לי כאידך מ"ד דס"ל דבכל גונוני אין הלנה יכול לכונה לקבל קרקע.

אָבֵל בְּאַמַּת ז"א דע"כ לא נחלקו אלא בחוב ברור אבֵל בְּזֵה שְׁהִלְנָה צוּעֵק עָלָיו בּב"ד לְמָה תַעֲכַב שְׁטָרִי שְׁבִיבָא אִינִי חֲזִיב לָךְ פְּלוּם וְלִדְבָרֶיךָ הַשְּׁבַע וְטוֹל וְאִם מִדְּאָגָה מְדַבֵּר פֶּן תִּשְׁבַּע לְבִטְלָה הִילָךְ קַרְקַע נִרְאָה פְּשׁוּט דְּבִכָּה"ג גַּם אִידָךְ מ"ד מוֹדָה שְׁצָרֶיךָ לְקַבֵּל הַיִּמְנּוּ קַרְקַע פִּינּוֹן שְׁזָה אֵית לִיָּה פְּסִידָא דְּזִילִי נְכִסְיָה וְאִין הַחֹב בְּרוּר ל"ש הַאי טַעְמָא שְׂכ' הָרָא"ש דְּאֵית בֵּיָה מְשׁוּם נ"ד בְּפָנֵי לִוְיָן דְּבִכָּה"ג שְׁהִלְנָה מְכַחִישׁוּ אִין לְחוּשׁ לְזָה: וְעוֹד דְּאֶפִּילוּ תִימָא דְּאָף בְּכָה"ג אֵית בֵּיָה מְשׁוּם נ"ד פִּינּוֹן שְׁלֹאֲחַר שְׁיִשְׁבַּע וִיָּהּ הַחֹב בְּרוּר לֹא יִמְצָא לִיקַח אֶלָּא קַרְקַע.

מ"מ נלענ"ד דמ"מ שפיר מצי הלנה למטען פִּינּוֹן דְּזִילִי נְכִסְאֵי אַתָּה צָרִיךְ לִישְׁבַּע שְׁאֲנִי אוֹמֵר שְׁלֹא תִשְׁבַּע כָּלֵל וְאִי מְשׁוּם שְׁאֲנִיךָ חֲפִיץ בְּקַרְקַע מִי יִכְרִיחֶךָ לִיקַח קַרְקַע שְׁאֲחַר שְׁתִּשְׁבַּע וִיָּהּ הַחֹב בְּרוּר אִם תִּרְצָה תִּמְתִּין אַח"כ פֶּן פֶּאֲנוֹת נִפְשֶׁךָ.

אָבֵל פְּעַת אִינִי רוּצָה שְׁאֵהָי' תְּלוּי עֵמָךְ בְּדִין פִּי אֲנִי אוֹמֵר שְׁאִין מַגִּיעַ לָךְ פְּלוּם וּבְנֵדָא לֹא. תִּשְׁבַּע.

וְלָכֵן נִלְעַנ"ד דְּאִם אִין בְּשְׁטָר נְאָמְנוּ הַדִּין עִם הַלְנָה וּמַכ"ש אִם הַלְנָה חֲפִיץ לְמַפְּוֹר אִינִי קַרְקַע שְׁאִין הַמְּלָנָה יְכוּל לְעַכְבַּ וְלְמַחֲוֹת כָּלֵל שְׁהָרִי הוּא אוֹמֵר לוֹ הַשְּׁבַע וְטוֹל וְאִם אִינִיךָ רוּצָה לֹא תַעֲכַב עַל יָדִי וְלִעֲנִין זֶה פְּשִׁיטָא דְּהִלְנָה מִיְקָרִי מְוַחֲזָק וְיְכוּל לֹמֵר אַע"פ שְׁאִם תִּשְׁבַּע אִין דִּינָךְ לִיטוֹל קַרְקַע מ"מ בְּזֵה דְּזִילִי נְכִסְאֵי צָרִיךְ אַתָּה לְקַבֵּל קַרְקַע וּכְדַעַת הַרְשָׁב"א: אָמְנָם אִם יֵשׁ נְאָמְנוֹת בְּשְׁטָר שְׁאֵז הַדִּין שְׁהִמְלָנָה נוֹטֵל בְּלֹא שְׁבוּעָה רַק שִׁמ"מ אֲנִי פּוֹסְקִים לוֹ שְׁבוּעַת הַיִּסְתָּ דְּהָוִי כְּשִׁבוּעַת הַיִּסְתָּ לְאַחַר הַפְּרַעוֹן פִּינּוֹן שְׁהִלְנָה מְבִיא הַמְּעוֹת לִב"ד וּלפ"ז לְכַאוּרָה בְּזֵה הַדִּין עִם הַמְּלָנָה שְׁהָרִי הוּא אוֹמֵר לִי מַגִּיעַ אֶצְלָךְ חוֹב בְּרוּר שְׁהָרִי יֵשׁ נְאָמְנוֹת בְּשְׁטָר וְאִם תִּתֵּן כְּדִינִי בְּמַעוֹת אֶקְבֵּל מִמֶּךָ וְאֶשְׁבַּע לְאַחַר הַפְּרַעוֹן מִשָּׂא"כ פְּשָׁאִין לָךְ מַעוֹת אֲנִי רוּצָה לְהִמְתִּין: אָמְנָם לְפִי דַעַת הַרְשָׁב"א הַנ"ל א"כ אָף בְּשְׁטָר שְׁיֵשׁ בּוֹ נְאָמְנוֹת יְכוּל לְכוּפּוֹ לִיקַח קַרְקַע שְׁהָרִי הַלְנָה אֵית לִיָּה פְּסִידָא דְּזִילִי נְכִסְיָ וְא"כ אוֹמֵר אֲנִי מְסַלְקָךְ בְּקַרְקַע וַע"כ אַתָּה מְוַכְרַח לִישְׁבַּע לְאַחַר הַפְּרַעוֹן וְגַם לְפִי טַעְנָתוֹ אֵית לִיָּה פְּסִידָא טוֹבָא פִּינּוֹן שְׁהוּא אוֹמֵר שַׁע"כ הוּא מְוַכְרַח לַעֲשׂוֹת עִמּוֹ סוּף בְּגִידוֹן הַתְּבִיעוֹת שְׁיֵשׁ לְזָה עָלָיו פִּינּוֹן דְּזִילִי נְכִסְיָ וְגַם צָרִיךְ לִישָׂא אִשָּׁה וְאִם תִּכְרִיחֵנִי לְהַשְׁלִישׁ לָךְ מַעוֹת אֲנִי מְוַכְרַח לְמַפְּוֹר קַרְקַע בְּזוֹל כְּדִי לְהַשְׁלִישׁ הַמַּעוֹת וְשָׂמָא לֹא תִשְׁבַּע וְנִמְצָא אֲנִי מְשַׁחִית אֶת נַחְלָתִי בְּחַנְּם: וְאָמְנָם נִרְאָה דְּבִכָּה"ג שְׁהִמְלָנָה אוֹמֵר אִינִי רוּצָה לְתוּבְעָךְ עַתָּה וְאֲנִי רוּצָה לְהִמְתִּין עַד שְׁיָהָא לָךְ מַעוֹת אָף שְׁהִלְנָה טוּעֵן שְׁאִינוּ רוּצָה מ"מ נִקְרָא הַמְּלָנָה מְוַחֲזָק לְעֲנִין זֶה וְיְכוּל לֹמֵר קִים לִי כְּדַעַת רַבּוֹ שֶׁל הַרְשָׁב"א דְּאָף דְּזִילִי נְכִסְיָ הַלְנָה צָרִיךְ לְסַלֵּק בְּמַעוֹת דְּוּוֹקָא וְיִוְכַל הַמְּלָנָה לֹמֵר אַמְתִּין כּו' וְכַדְמִשְׁמַע מִפְּשִׁטוֹת דְּבָרֵי הָרָא"ש שְׁהִבִּיא הַטּוֹר סִימָן ע"ד שְׁלֹא חִילֵק בֵּין זִילִי נְכִסְיָ וְכִינּוֹן שְׁהִשְׁטָר בְּנְאָמְנוֹת א"כ חוֹב בְּרוּר הוּא וְיְכוּל הַמְּלָנָה לֹמֵר אִם תִּרְצָה שְׁאֶשְׁבַּע לָךְ צָרִיךְ אַתָּה לְסַלֵּק אוֹתִי בְּמַעוֹת קוֹדֵם וְאַח"כ תִּתְּבַע אוֹתִי לִישְׁבַּע הַיִּסְתָּ שְׁלֹאֲחַר הַפְּרַעוֹן אָף אִם הַלְנָה רוּצָה לַעֲשׂוֹת אִינִי חִילוּף בְּקַרְקַע וְכַדוּמָה וְהַמְּלָנָה מְעַכְבַּ עַל יָדוֹ וְעוֹשֶׂה מְחָאָה בּב"ד בְּכָה"ג אֶפְשָׁר דְּהִלְנָה מְקָרִי מְוַחֲזָק לְעֲנִין זֶה וְיְכוּל לֹמֵר הָרִי קַרְקַע לְפָנֶיךָ הַשְּׁבַע וְטוֹל וְכַאוּתָה דִּיעָה שְׁהִבִּיא הַרְשָׁב"א דְּהִיכָא דְּזִילִי נְכִסְיָ אִין הַמְּלָנָה יְכוּל לֹמֵר אַמְתִּין כּו' וְהַרְשָׁב"א כְּתַב שְׁדַעַתוֹ נוֹטָה לְזָה וְא"כ אִין הַמְּלָנָה יְכוּל לְעַכְבַּ ע"י: וְרִאִיתִי בְּעֶטְרַת צְבִי סִי' פ"ב שְׂכ' אֵהָא שְׁכַתְבַּת

הש"ך להסתפק אם במשפון סגי או צריף מעות דווקא שיש לחלק שאם כתב בפטר
במזומנים בת"כ בפ"מ צריף ליתן מעות דווקא ואם לא כתב במזומנים בת"כ בפ"מ
במשפון סגי וכה נהגתי עכ"ל.

ולא ידעתי טעם למנהג זה שאם נאמר שפיון שעדיין לא נשבע המלוה רק שהוא צריף
להזמין מעותיו כדי שלא תהא שבועתו לבטלה במשפון סגי א"כ אף שכתב במזומנים
בת"כ דינא הכי שאע"פ שאחר שנשבע המלוה הוא צריף ליתן לו מזומן מ"מ מועיל
המשפון לענגן זה שאין שבועתו לבטלה ואחר שנשבע צריף הלוה ליתן לו מעו' ואם אין
לו יטריח עצמו למכור המשפון לקיים ת"כ שלו ואם נאמר דגם קודם השבועה צריף
ליתן לו כמות שהוא חייב לסלקו כשהחוב ברור שהמלוה אומר פיון שאני צריף לישבע
יסלק לי פדיני כדי שלא אצטרף להטריח עצמי עמו אחר השבועה למקם עמו בדינא
ודינא על המעות ושומעין לו לפי ששבועה זו לא הוטלה עליו אלא מדרבנן א"כ אף
שאין כתוב במזומנים נמי דינא הכי שצריף לסלקו במעות ואם טוען שאין לו צריף לקבל
בחרם או ישבע לדעת הש"ך ואפשר שפנונתו דאם כתוב במזומנים דווקא לא מהני
משפון אף אם הלוה יקב"ח שאין לו מזומני' ולא סגי במשפון משא"כ פשאין כתוב
במזומני' אז די במשפון כשיקב"ח שאין לו מעות ואפשר ג"כ דס"ל דאף ק"ח לא צריף
בכה"ג פיון דמ"מ אין החוב ברור עד שישבע המלוה וקצת משמ' ג"כ באו"ת פנ.

ונראה דאף לפמ"ש דאם הלוה תובע שישבע לו או יחזיר לו שטר ורוצה ליתן לו קרקע
שכתבתי לעיל דבאין כתוב בפטר נאמנות הדין עם הלוה דמיקרי פסידא וגם דלדעת
הרשב"א אין המלוה יכול לומר אמתין כו' מ"מ אם כתוב מפורש בפטר במזומנים דווקא
א"כ בזה לכאורה נראה דאין לחוש כלל לפסידא.

וגם הרשב"א מודה בכה"ג שאין משגיחין במה דזילי נכסי' דהלוה וא"כ אין הלוה יכול
לכוף המלוה שיקח הקרקע בחובו אלא דמ"מ נלענ"ד דבכה"ג שאין בפטר נאמנות שפיר
הוא יכול לכוף שישבע עתה פיון דזילי נכסי' ומטעם שכתבתי לעיל שישכח לו מר השבע
עתה ויתברר חובה ואח"כ תעשה מה שלבך חפץ ואם לא תרצה ליטול הקרקע מי כוף
אותך באמת תמתין ועכ"פ לע"ע איני חפץ ממה רק השבועה שאני אומר שלא תשבע
כלל ולא אהי' תלוי עמה בדין בחנם כנלענ"ד.

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד בעזה"י יום ד' כ"א אייר תקע"א לפ"ק בראד שאלה
ח כהן שדעתו יפה. בפלפולא חריפא.

אפיק שפה. ה"ה פכוד אהו' ידידי החרף ושנון בקי בחדרי תורה.

דין ידן יורה יורה כש"ת מו' מרדכי פ"ז נ"י לנצח: אחד"ש מראשית כבר הודעתיו כי
נקיטנא מלתא בדעתאי לתת עיון בקונטרסי ולהשיבו דבר פאשר עם לבבי אפס המוני
שאלו' הצריכי' למעשה להשיב על אתר ויש מהם משום תקנת עגונות וגם כי סמכוני
באשיות ומזגי חלש פעת לע"ע עלה בדעתי לעכב עוד אף אחרי אשר הגיעני דברות
שניות ראיתי כי משתוקק מאוד למלקוש אמרותי ורוצה בתשובה הפשתי אחרי קונטרסו
וראיתי כי בא בארופה וכעת לא מצינא לסגויי בהדני' על הדרה הזה ולמען פכודו אנקנט
בידאי כל דהוא מה שהשקפתי שנים ושלש גרגרים על ראשית אמריו ועוד חזון למועד

א"ה ב"נ: פתח דבריו יאיר דלהרמב"ם דשטרות דרבנן אם נתחייב שבועה מחמת שטר לא אמרינן משאיל"מ והביא בשם הנ"ב שהקשה על הרמב"ם וש"ע סי' נ"א גבי ע"א בשטר ע"ש.

ואני תמה שלפי דבריו בכל שבועה שע"י ע"א או עדים דאמרינן משאיל"מ כו' נימא דדוקא היכא דהנה דרישה נחקירה דהא ד"ת ד"מ צריף דו"ס ועוד דהא כל דיני הודאות והלואות בעינן מןמחין מדאורייתא וכל קבלת עדים צריף מןמחין רק שלוחותיהו דקמאי קעבדינן שתנעל דלת בפני עושי עולה ושלל תנעל דלת בפני לויין וא"כ נימא דבטלו כל דיני משאיל"מ אלא ודאי דו"א רק אם טכסיס השבועה מדרבנן וטעמא רבה אית בה לפלוגי בינייהו דהא דבדרבנן לא אמרינן משאיל"מ נלענ"ד הטעם לפמ"ש הפוסקים דהא דשבועה דאורייתא אמרינן מתוך דאמרינן לי' התורה הטילה עליך שבועה או השבע או שלם וזה דוקא בשבועה דאורייתא דאי לא בעי לאשתבועי נחתין לנכסי' וכל כמה דלא משתבע רמי עליה חיוב תשלומין משא"כ בשבועה דרבנן דקי"ל דלא נחתין לנכסי' דלא אלמויה פולי האי לתקנתא דידהו לירד לנכסיו פשאינו רוצה לישבע ממילא דל"ש או השבע או שלם דהא אף אי מצי לאשתבועי ולא בעי לא גבינן מנכסי' רק דמנדינן לי' וממילא פיון דלא מצי לאשתבועי אין פאן שמתא ויש לישב בזה כמה ענינים רק אני כותב בחפזי פאשר יגוד הקנה: והנה הא דלא נחתין לנכסים בשבועה דרבנן אף דנדאי יש פח בינד חכמים ואלמי לאפקיעי ממונא כמבואר בגיטין וביבמות וכדחזינן שמוציאין ממון בלא דו"ס או בשטר להרמב"ם אלא ודאי שהכל הולך אחר צורך התקנה וטעמא דזימנא דחזו רבנן שאין צורך להפקעת ממון כגון בשד"ר המה ראו שדי בזה לגדורגדר לחייבו שבועה ואם לא ירצה לישבע מנדין אותו או מפין אותו מפת מרדות אבל בתקנה שתיקנו לדון בזה"ז אף שאין מןמחין או להוציא ממון בלא דו"ס י בשטרות להרמב"ם ע"כ הוצרכו לתקן דניחות לנכסי' פיון שכל עיקרו של התקנה הוא משום שלא ת"ד בפני לוויין ואם לא ניקחות לנכסים מה הועילו חכמים בתקנתן דאפתי המלנה יחוש לעצמו וימנע מלהלוות ולכך מעיקרא הכי אתקין דנחתין לנכסי': ומעתה החילוק מבואר דאם טכסיס השבועה מדרבנן שפיר לא אמרינן משאיל"מ פיון דלא נחתין לנכסי' ל"ש או השבע או שלם משא"כ בזה שתיקנו רבנן להוציא ממון בלא מןמחין ובלא דו"ס או להרמב"ם שיועיל עדות בשטר פיון שתיקנו פעין דאורייתא להוציא ממון חזר הדין להיות משאיל"מ כדאורייתא דהא שפיר אמרינן בי' או השבע או שלם כמו בכל שבועה דאורייתא והוא נכון מאד לענ"ד: אף בלא"ה אין פאן מקום קושלי' על הרמב"ם שהרי פשיטא שהוא מדברי קבלה ובש"ס קרו ליה דאורייתא רק דהרמב"ם מכנהו מד"ס אף שהוא ד"ק כמבואר כ"ז בש"ף בשם הכ"מ ומקור"י דילואין וא"כ פשיטא שי"ל דד"ק כד"ת דמי שהרי גם הם מפי הגבורה נאמרו ומה דמות אערון לו לשבוע' שהוא מתקנת חכמים ממש הם אמרו שישבע והם אמרו דלא נימא ביה משאיל"מ אף דנמתוק טעמא טפי מ"ט לא תיקנו בזה פעין דאורייתא מסתברא פדכתיבנא שלא הוצרכו רק לסייג וגדר ע"י נידוי ולא ע"י הפקעת ממון וממילא דלא אמרינן בי' משאיל"מ: ומה שהביא בשם ספר שערי בינה להקשות על הרמב"ם מדאמרינן בשבועות דאפקיד לי' בשטר וכבר קדמוהו רבנן כמה מחברים בקושליא זו אף לענ"ד לק"מ דהא בלא"ה קשה לפמ"ש הש"ף סי' ס"ט דבפקדון הי' גובה בשטר ממשעבדי אי לאו משום מגו דנאנסו ולפ"ז

קשה מאי משגי דאפקיד בשטר ניקא דהנה כפירת ש"ק לפי דעת הרמב"ם והמחבר דלא ס"ל תי' התוס' והרא"ש דקרא מיירי באין לו קרקע או מחל השעבוד אלא ס"ל הטעם משום דבמלנה ע"פ אינו גובה ממשועבדים אף דשיעבודא דאורייתא משום דלא גבי ממשועבדים וא"כ באפקיד בשטר דשפיר גבי ממשועבדים שוב ה"ל כפירת ש"ק וגם דאם ניקא דאין לו קרקע או שמחל השעבוד א"כ שוב שאין חושש להניחו לפי דלא גבי ממשועבדי ושוב הו"ל החזרת טענה בפ"ע בלא מגו דנאנסו וא"כ מה יועיל דאפקיד בשטר ניקא דמהימן נאנסו במגו דהחזרת ודחוק לומר דמיירי דהשתא בשעת שבועה בב"ד מחל השיעבוד ושוב מצאתי בקצה"ח שהרגיש בזה בסי' פ"ח וכתב דעכשיו שטוען נאנסו ותו לא גבי ממשועבדי לא הנה ש"ק וזה צ"ע דמה בכך שע"י טענת נאנסו לא מצי גבי פיון שאם לא הי' טוען הנה גובה א"כ פי מחיבנו ליה שבועה הוא לפטור עצמו מש"ק ואין נשבעין ע"ז ובתשובה הארכתי בזה: ועכשיו נלענ"ד לנישב בפשיטות דהא דקאמר דאפקיד בשטר שפיר י"ל דמיירי באין לו קרקע או מחל השיעבוד וטעמא דלא מהימן החזרת דמיירי בשטר שיש בו נאמנות ואף לפי מ"ש דדעת הרמב"ם בזה דלא כהתוס' והרא"ש מ"מ י"ל דמיירי בכת"י ואף שדעת הרמב"ם דבכת"י נאמן לומר פרעתי מ"מ בכת"י בנאמנות א"נ לומר פרעתי ואפ"ה ל"ה כפירת ש"ק ואף לפמ"ש הש"ך דלהרמב"ם גם בזה פטור דה"ל הילך שא"י לכפור ואלו דרמב"ח שומרים צריכים כפירה במקצת אף ז"א דכיון שבאמת טוען נאנסו אין פאן הילך וכדאיתא בש"ס דב"מ וא"כ מה בכך דאפקיד בשטר שפיר יכול לכפור שיטעון נאנסו ואין להאריך: ודאמאן עלה מה דמקשו לשיטת הרמב"ם דשטרות דרבנן איך קאמר דש"ש דחיבי רחמנא מיירי דאפקיד בשטר לפי מ"ש א"ש בפשיטות דמיירי בכת"י בנאמנות ואף בלא נאמנות י"ל דא"ש דא"נ לומר בכת"י בשטר פקדון החזרת שיהי' הרשב"א הקשה על הרמב"ם דס"ל בכת"י נאמן לומר פרעתי משטר פקדון ומ"ש הש"ך דהתם גופא לא גבי ממשועבדי משום מגו דנאנסו כבר כתבתי בתשו' סימן דז"א כמבואר בתשו' המכונות להרמב"ן דעיקר ראיתו מהא דלא מהימנין ליה החזרת כ"א בשבועה חמורה כמו טענה דנאנסו ואם ניקא דכל שאינו גובה ממשועבדי אין חושש להניחו ה"ל החזרת טענה מעליא לעצמה: וראיתי בקצה"ח שכ"כ מסברא דנפשיה ובאמת פן מבואר בתשו' הנ"ל וגם מ"ש הש"ך דאין הפל יודעין שהוא שטר פקדון הוא דחוק ולענ"ד י"ל לדעת הרמב"ן דכת"י דהלונאה ל"ד לשטר פקדון דלכאורה הך מלתא שאין חושש להניחו בידו הוא טעם קלוש דלמה יעשה זאת בחנם וע"כ דהיינו משום דהוא מלתא דשכיח לפי שבהלונאה עשה לו טובה ועבד לנה לאיש מלנה שפיר י"ל דלפעמים מניחו בידו כשאומר המלנה שנאבד ממנו ובחישנא ליה עד דמשפחנא ליה ואחזרנו לך קרוע או דזייר ליה אפשיטי דספרא וכיוצא בו באמתלא פל דהו דכיון שמוטל עליו לפרוע חובו עכ"פ אלא שיש לו שטר בידו אינו יכול להעזי נגדו לעכב מעותיו שלא לפרוע עד שיחזיר לו השטר פיון שאין לו קפידא כ"כ שהרי אין גובה בו ממשועבדים ולא זילי נכסיה משא"כ בשטר פקדון אף שאין בו קפידא דזילי נכסיה מ"מ מי מכריחו לתת לו הפקדון מבלי חזרת השטר שהרי לא עשה לו טובה ולמה יכניס עצמו בחנם במלתא דלא רמי עליה שהרי יכול לבוא לידי טעות ופסידא בחנם ולכן בפקדון הוי הך חזקה דשטרך בידי מה בעי חזקה אלימתא אף בלא הך סברא שגובה ממשועבדים ולפ"ז י"ל דגם בכת"י בפקדון

נְמִי דִינָא הָכִי שְׂאִין יְכוּל לְטַעוֹן הַחֲזֵרְתִי כ"א בְּשִׁבּוּעָה בְּמַגּוֹ דְנֶאֱנָסוּ כְּמוֹ שְׁטַר פְּקָדוֹן גְּמוּר דְּנוּקָא בְּמַלְוָה שְׁקִיבֵל עָלָיו לְפָרְנֵעַ בְּזַמְנֵנוּ אִינוּ מְעַכֵּב הַפְּרָעוֹן בְּשִׁבְלֵי עֵיפֵב הַכַּת"י בְּאִיזָה אֲמַתְלָא דְלֹא קָפִיד עָלֶיהָ כּוֹלֵי הָאִי כִינּוֹן דְּלֹא גָבִי מִמְשַׁעֲבָדֵי מִשְׁא"כ בְּפִקְדוֹן שְׁלֹא עָשָׂה טוֹבָה אַף בַּכַּת"י הִנֵּה חֲזָקָה אֲלִימָתָא דְשְׁטָרָךְ בִּיַדֵי מֵאֵי בְּעֵי: שְׁבַתִּי וְרֵאִיתִי שְׁהַחֲלִיזֵק הַזֶּה אֲשֶׁר אֲמַרְתִּי מִסְבָּרָא דְנִפְשָׁאֵי מְבוֹאָר הוּא בְּתוֹס' דַּב"ב דָּף ע' וְעוֹד פְּתָבוּ שְׁם לְחַלֵּק מִשׁוּם דְּלוֹה מְקַיָּים בְּמַלְוָה תְּנֻמַּת יִשְׂרָאֵל תְּנַחֵם כּו' וְשְׁמַחְתִּי כְּמוֹצָא שְׁלַל רַב וְאֵף דְּבִאֲמַת קי"ל דָּאֵף בְּפִקְדוֹן נֶאֱמַן הַחֲזֵרְתִי בְּשִׁבּוּעַ בְּמַגּוֹ דְנֶאֱנָסוּ דְנוּקָא בְּמַגּוֹ אֲמַרִּינוּ הָכִי כִינּוֹן דֵּאִית לִיהָ מַגּוֹ אֲמַרִּינוּ דְלֹא הִקְפִיד מִשְׁא"כ בְּלֹא מַגּוֹ לֹא דְחִינוּ גָבִי פְּקָדוֹן חֲזָקָה דְשְׁטָרָא בְּיַדֵי מַה בְּעֵי אַף שְׂאִין בּוֹ טְרִיפּוֹת מְשֻׁעֲבָדִים וְהַלְפָךְ בְּשִׁבּוּעָה דְנוּקָא מְהִימָן כִּינּוֹן דְּלֹא מְהִימָן רַק מִחֲמַת הַמַּגּוֹ וּבְרִירָה נִלְעַנ"ד וּלְפּוּם הַף חֲלִיזֵקָא שְׁפָתְבוּ הַתּוֹס' דְּבִפְקָדוֹן ל"ש אֲפֻשִׁיטִי דְסָפְרָא כּו' לְכֹאֲרָה יֵשׁ לְעֵינֵי אַף בְּהַלְוָה בַּכַּת"י דל"ש אֲפֻשִׁיטִי דְסָפְרָא כְּשֶׁהוּא כַּת"י הַלְוָה אֶלָּא דלפ"ז גַּם בְּשְׁטַר הַלְוָה גְּמוּר נְמִי גִימָא דל"ש אֲפֻשִׁיטִי דְסָפְרָא זִייר כְּשֶׁהַשְׁטַר כּוֹלֵוּ מַכַּת"י הַלְוָה וצ"ל דְּלֹא דְנוּקָא נִקְט פְּשִׁיטִי דְסָפְרָא אֶלָּא ה"ה דְּמִי גִימָא בְּעֵלְמָא וְשָׂאֵר אֲמַתְלָאוֹת כְּאִילוּ וְזֶה שְׂיִיף גַּם בַּכַּת"י וּלְכָךְ ס"ל לְהַרְמֵב"ם בְּהַלְוָה דְנֶאֱמַן אֶבֶל בְּפִקְדוֹן לֹא שְׂיִיף אֲפֻשִׁיטִי דְסָפְרָא זִייר כַּמ"ש הַתּו' בַּב"ב וּבְשִׁבּוּעוֹת: וּמ"ש בְּשֵׁם הַפּמ"א בְּחִידוּשֵׁי לְגִיטִין שְׁהַקְשָׁה עַל הַרְמֵב"ם מְגִיטִין דָּף יו"ד דְקָאֵמַר אִי ת"ק אֲפִי שְׂאֵר שְׁטָרוֹת נְמִי וּמִשְׁמַע דְשְׁטָרוֹת כְּתִיבֵי כּו' וְעֵינֵי בַפ"י בְּסוּגְיָא זֹו שְׁעַמַּד בְּזֶה וְלַעֲנ"ד לַק"מ שְׁהָרִי מְבוֹאָר טַעְמוֹ שֶׁל הַרְמֵב"ם שְׁנֶאֱמַר ע"ע שְׁנַיִם עֲדִים מְפִי הָעֲדִים וְלֹא מְפִי כְּתָבָם וּבִאֲמַת פְּשׁוּטוֹ שֶׁל מְקָרָא אִינוּ רַק לוֹמַר ע"י שְׁנַיִ עֲדִים וְסִיבַתְּם וְכַמוֹ עַל פִּי הַגּוֹרֵל וְכִיּוֹצֵא בּוֹ רַבִּים וְאֵף שְׁרַש"י בְּבַמְדָּבָר כ"ז פְּתַב שְׁהִיָּה הַגּוֹרֵל צוּחַ וְכו' וְעֵינֵי בַב"ב דָּף קכ"ב מ"מ אִין זֶה פְּשׁוּטוֹ שֶׁל מְקָרָא רַק מְדַרְשׁ חֲכָמִים לְבַד וְכֵן פֶּאֵן דְּדַרְשִׁינוּ וְלֹא מְפִי כְּתָבָם אִינוּ רַק מְדַרְשׁ חַז"ל שְׁפָךְ קִבְלוּ הַל"מ דְּרָכִים שְׁהַתּוֹרָה נִדְרָשֶׁת בְּהֵם וּא"כ שְׁפִיר קָאֵמַר הַש"ס בְּגִיטִין דְשְׁטָרוֹת כְּתִיבֵי וְכוּתִים מְזַהֵר זֶהִירִי בְּהָא שְׁהָרִי הַכּוּתִים ל"ל דְרָשֶׁת חַז"ל וְלִדְיָדְהוּ גַּם ע"י כְּתָבָם ע"פ שְׁנַיִ עֲדִים קְרִינוּן בְּיָה מִשְׁא"כ אֲנִן בְּדִידוֹן מְדַרְשׁ חֲכָמִים סְבִירָא לֵן דְשְׁטָרוֹת לֹא דְאוּרִייתָא דְגַלִּי קָרָא מְפִיָּהֶם וְלֹא מְפִי כְּתָבָם.

אַף בְּאֲמַת א"צ לְזֶה דְאֲפִי תִימָא דְכוּתָאֵי נְמִי מְפָרְשֵׁי לְהָאֵי קָרָא דַע"פ שְׁנַיִ עֲדִים מְפִיָּהֶם וְלֹא מְפִי כְּתָבָם מ"מ לַק"מ דְהָא אֲנִן נְמִי לֹא אֲשַׁפְּחוּן שְׁטָרוֹת דְכְּתִיבֵי בְּאוּרִייתָא וְע"כ מִשׁוּם קָרָא דִירְמִיָּה דְכְּתִיב וְכַתוּב בְּסִפְרָא וְחַתוּם וּמַהֲאֵי קָרָא אֲמַרִּינוּ בְּגִיטִין דְשְׁטָרוֹת דְאוּרִייתָא וּמְפִילָא דַא"ש נְמִי אַף לְשִׁיטַת הַרְמֵב"ם דס"ל דְהָא דְקָאֵמַר דְאוּרִייתָא הוּא מִשׁוּם שְׁהוּא מְדַבְרֵי קִבְלָה וְשְׁפִיר קְרִילִיָּה כְּתִיבָא מִשׁוּם הָאֵי קָרָא דְדַבְרֵי קִבְלָה וְאֵף לְגַבֵי כּוּתָאֵי מִיְקָרִי כְּתִיבָא מַה"ט וְכַדְמוּכַח בְּהוֹרִיּוֹת דָּף ד' דְדַבְרֵי קִבְלָה הַצְּדוּקִים מוֹדִים בּוֹ דְקָאֵמַר הֵתָם הוֹצָאָה הָא כְּתִיבָא וְלֹא תוֹצִיאֵו מִשְׁא מִבְּתִיכֶם וְהָאֵי קָרָא בְּנִחְמִיָּה כְּתִיב וְהוֹצֵרָךְ לְמִנְקֻט הָאֵי קָרָא דְהָא דִילְפִינוּ בְּהוֹרֵק הוֹצָאָה מַג"ש דְהַעֲבָר' הַעֲבָרָה צְדוּקִים ל"ל ג"ש וְע"כ לְמִנְקֻט קָרָא דד"ק וְעֵינֵי בְּבֵאֵר שְׁבַע שְׁם וְע"כ"פ מְבוֹאָר דָּאֵף קָרָא דד"ק הַצְּדוּקִים מוֹדִים וְכֵן מְבוֹאָר לְהַדְיָא בְּנִדְהָ דָּף נ"ז שְׁנֶאֱמַנִים עַל צִיּוֹן קְבָרוֹת אַע"ג שְׁהוּא מְדַרְבְּנָן כִּינּוֹן דְכְּתִיבָא בִּיחְזוּקָאֵל מְזַהֵר זֶהִירִי ע"ש וּא"כ לַק"מ עַל הַרְמֵב"ם: וּמ"ש בְּשֵׁם הַאו"ת שְׁהַקְשָׁה דְלְהַרְמֵב"ם לְמָה תִּקְנֵנוּ בַע"א בְּשְׁטַר הָא לִיכָא נְעִילַת דְלַת כּו' אֲנִי אוֹמַר וְלִטְעָמָךְ הָא מַה שְׁאֲנוּ דְנִין כָּל דִּינֵי הוֹדָאוֹת וְהַלְוָאוֹת מִשׁוּם נ"ד הוּא וְהָרִי אֲנוּ דְנִין גַּם

שְׁבוּעָה דַע"א וּשְׁבוּעַת הַיְסוּת בְּלֹא עֵדִים כָּלֵל מִחֲמַת תִּקְנָה זוֹ עֵינָן בַּסַּמ"ע סִימָן א' וּבְאוּרִים
גּוֹפֵי' שֵׁם ס"ק ב' כַּתְּבֵ דְבִלֹא עֵדִים ל"ש ת"ה דְּהוּא גֵרָם הַפְּסֵד לְעֲצֻמוֹ וּע"ז אָמְרוּ דְּגוֹרָם
קִלְלָה לְעֲצֻמוֹ רַק פִּינּוֹן שְׁתִּיקָנוּ בְּהוֹדָאָה וְהִלְוָאָה בְּעֵדִים תִּיקְנוּ לְכָל מִילֵי יְהִי שְׁבוּעָה
דְּאוּרִייתָא וְדִרְבָּנָן בְּלִי הַבְּדֵל ע"ש וּא"כ ה"ה לְעֵנָן שְׁטֵר בַּע"א וְכֵן בְּמֵאֵי דְקִי"ל דְּאָף
דַּד"ת בְּעֵי דו"ח מְדַרְבָּנָן לֹא בְּעֵי מִשׁוּם נ"ד גַּם בַּע"א אָמְרִינָן הָכִי וְאָף שְׁהַרִיב"ש כַּת'
בְּתוֹשִׁבָה דַּע"א בְּשְׁטֵר יָכוֹל לְחַזוֹר בּוֹ וְלֹא אָמְרִינָן גְּבִיָּה דְּהִנֵּה פְּמוֹ שְׁנַחֲקָרָה עֵדוּתוֹ בַּב"ד
וְהִבִּיאֻ רַמ"א ס"י מ"ו עֵינָן ש"ף שֵׁם שְׁכַתְּבֵ דְלִסְגִיָּה בְּעֵלְמָא אָמְרָה וְלִדְיָנָא אִינּוּן לְחֻלְקָא
דְּכ"מ שְׁשֻׁנִים מְחִיבִין מְמוֹן אָף שְׁהוּא ע"י תִּקְנַת חֲכָמִים ע"א מְחִיבֻ שְׁבוּעָה וְכ"כ
בְּתוֹמִים גּוֹפֵי' סִימָן מ"ו ס"ק ט"ו דְּכִמּוֹ דְּבִשְׁנֵי עֵדִים פֶּשֶׁר מִשׁוּם תִּקְנַת הַשּׁוּק פְּמוֹ כֵּן
י"ל בַּע"א דַּמ"ש דַּמְנ"ל לְחֻלְקָא בְּכַהֲאֵי גְּוֹנָא: וּמ"ש בְּשֵׁם הַג"ת לְהַקְשׁוֹת עַל בַּע"ת
שְׁכַתְּבֵ שְׁדַבְּרֵי הַרְמַב"ם אָמְרוּם בְּטוֹעֵן פְּרַעְתִּי כו' דְּכִינּוֹן דְּנִימָא דְּכַפִּירַת שְׁטֵר לִית בִּיָּה
שְׁבוּעָה א"כ מַה מִּשְׁאַגְי"ל שְׁיִיף בְּזָה וְהוּא בְּאַמַּת תִּימָא לְכַאוּרָה וְאַחַר הָעֵינָן נִלְעַנְד'
דְּלִק"מ דְּבִשְׁטֵר זֶה יֵשׁ שְׁנֵי עֵינָיִם חֲדָא שְׁהוּא מוֹרָה עַל עֵינָן הַהִלְוָאָה וְאִידָף שְׁהוּא מוֹרָה
שְׁלֹא נִפְרַע דַּאֲל"כ הִיָּה לוֹ לִיקָח הַשְׁטֵר וְעֵדִיף מַכַּת"י פִּינּוֹן שְׁכַתְּוֹב בְּלִשׁוֹן שְׁטֵר וְגַם חֲתוּם
עָלָיו ע"א מִן הַשּׁוּק וְכַמ"ש הַסַּמ"ע סִימָן נ"א וְלָכֵן אִם הִנְתַּבְּעַ מְכַחִישׁ הַשְׁטֵר לְגַמְרֵי
וְאוּמַר שְׁלֹא לָוָה כָּלֵל בְּזָה ס"ל לְבַבְלֵי וִירוּשְׁלַמִי דַּע"א בְּכַתְּבֵ לָאוּ פְּלוּם הוּא אָבֵל אִם
טוֹעֵן שְׁאַמַּת שְׁלָוָה אָבֵל לֹא צִוָּה לְכַתְּוֹב שְׁטֵר כָּלֵל וְלִכְפֹּף פְּרַע בְּסַתָּם נִמְצָא שְׁהוּא מְכַחִישׁ
לְדַבְּרֵי הָעֵד שְׁהָרֵי הָעֵד חֲתוּם עַל הַשְׁטֵר וְה"ז כְּמַעִיד לְפִנְיָנוּ שְׁכַתְּבֵ בְּצִוְנָאָת הַבַּע"ד בַּכַּה"ג
לֹא פְּסִלִינּוּ לְשְׁטֵרָא פִּינּוֹן שְׁגוּף הִלְוָאָה הוּא אָמַת וּמְקַבְּלִין בְּזָה עֵדוּת הָעֵד שְׁמַעִיד שְׁצִוָּה
לוֹ לְכַתְּוֹב שְׁטֵר וּמִמִּילָא דְּלִפִּי דְּבָרֵי הָעֵד וְדָאֵי שְׁלֹא פְּרַע בְּלֹא הַשְׁטֵר וְכַשְׁהוּא מְכַחִישׁוֹ
שְׁלֹא צִוָּה לְכַתְּוֹב שְׁטֵר וְלִכְפֹּף פְּרַע מְתַחֲיִיב שְׁבוּעָה לְהַכְחִישׁ הָעֵד פִּינּוֹן שְׁאִם הִיָּה שְׁנֵי
בְּשְׁטֵר לֹא הִיָּה נְאָמָן לוֹמַר שְׁפָרַע וְהַשְׁטֵר נְכַתְּבֵ שְׁלֹא מְדַעְתּוֹ וְלָכֵן עַתָּה כְּשִׁמּוּדָה שְׁאַמַּת
שְׁלָוָה בַּע"א בְּשְׁטֵר וְנְכַתְּבֵ מְדַעְתּוֹ אֲלֵא שְׁאֵע"פ כֵּן פְּרַע ה"ל מִשְׁאִיל"מ שְׁהָרֵי אֵלוֹ הִיָּו
שְׁנֵי הִיָּה צָרִיף לְפָרוּעַ דְּנִדְאֵי מְדַעְתּוֹ נְכַתְּבֵ וּבַע"א הוּא צָרִיף לִישְׁבַּע ע"ז שְׁכַתְּבֵ שְׁלֹא
מְדַעְתּוֹ וְכִינּוֹן שְׁמוּדָה בְּזָה לְדַבְּרֵי הָעֵד שְׁכַתְּבוּ מְדַעְתּוֹ וְאִינּוּ יָכוֹל לִישְׁבַּע ע"ז נִגְדַּד הָעֵד
מְחֻוֹב לְשֵׁלֵם וְאָף דָּאִית לִיָּה מִיָּגוֹ דָּאֵי בְּעֵי אָמַר שְׁלֹא לָוָה כָּלֵל אוֹ שְׁלָוָה וְלֹא צִוָּה לְכַתְּוֹב
שְׁטֵר דָּאֵז הִיָּ נְאָמָן עַכ"פּ בְּשְׁבוּעָה לְהַכְחִישׁ הָעֵד מ"מ כָּל מִשְׁוֹאִי"ל לֹא מְהַיָּ לִיָּה מִיָּגוֹ
וּמִשְׁלֵם דּוּק בְּכּוֹנּוֹנָתוֹ וְתִשְׁכַּח שְׁכֵן הוּא אֲלֵא שְׁקִיצָר: וּמ"ש כ"ת לִישְׁבַּע כ"ז ע"י הַמְּרַגְּנִיתָא
טָבָא לְאַפְסֵ הַפְּנָאֵי לֹא עֵינָנִיתִי בְּזָה אָף דְּרָף הַעֲבָרָה וְעוֹד חֲזוֹן לְמוֹעֵד זוּלַת אֵת זֶה חֲזִיתִי
מַה שְׁכַתְּבַתְּ עַל שַׁעַר הַמְּלָךְ דְּאִישְׁתְּמִיטְתִּי דְּבָרֵי הַתּוֹס' דְּסוֹפָה דְּרָף לְמ"ד וּמִתּוּךְ דְּבָרִיף
מְבוֹנָר שְׁנִשְׁעַנְתָּ בְּזָה עַל דְּבָרֵי הַגָּאוֹן בַּעַל פ"י ז"ל שְׁנִרְאָה מְדַבְּרֵי שְׁהַתּוֹס' מְחַלְקִין בֵּין
תִּקְנָתָא דְּרַבָּנָן לְתִקְנַת הַשְּׂבִיִּים וּבְמַחְלָה מַכ"ת הַגָּאוֹן ז"ל אֲגַב שְׁיִטְפִּי רַהִיט לִיָּה וְהַבִּין
מ"ש הַתּוֹס' דְּהִתָּם מִשׁוּם תִּקְנַת הַשְּׂבִיִּים אִתְּקַנְתָּ מְרִישׁ קָאֵי וְלִיתָא וְהַדְּבָר פְּשׁוּט וּמְבוֹנָר
לְמַעֲיָין דְּמַעֲיָקְרָא בְּעֵי הַתּוֹס'פּ לְמִימַר דְּאָף דְּקִנּוּ מְדַרְבָּנָן לֹא נִפְיָק מְדְאוּרִייתָא וְהַקְשׁוּ ע"ז
מַה הוּא סְבָתָא וְכַתְּבוּ אֲלֵא יֵשׁ לְתַרְזַן דְּהִתָּם מִשׁוּם תִּקְנַת הַשְּׂבִיִּים כו' וּר"ל דְּעַתָּה חֲזוֹרוּ
הַתּוֹס' מִזָּה וּס"ל דְּנִדְאֵי קִנְוּ דְּרַבָּנָן מוֹעִיל לְדְאוּרִייתָא רַק דְּטַעֲמָא דְּשִׁינּוּי הַחֲזוֹר קוֹנָה
מְדַרְבָּנָן הוּא מִשׁוּם תִּקְנַת הַשְּׂבִיִּים וְדוּקָא שִׁינּוּי הַחֲזוֹר גְּמוּר מִשְׁא"כ שִׁינּוּי הַחֲזוֹר פִּי הַאֵי
דְּגַבִּי לוֹלֵב דְּנִקְל לְהַתִּיר אוּגְדוֹ אָף מְדַרְבָּנָן לֹא קִנְוּ הַלְכָּף לֹא נִפְיָק בִּיָּה וְלִפִּי הַבְּנַת הַפ"י

שינוי החוזר דקני מדרבנן לאו משום תקנת השבים הוא וז"א כמבואר להדיא בב"ק דף צ"ד אר"י ד"ת גזלה המשפנית כו' וא"ת משנתנינו משום תקנת השבים ומוקי לה התם בשינוי החוזר וכ"כ התוס' בסנפ' בשם ש"ב הגאון בעל ח"ד בספר מק"ח על ה' פסח שהביא ג"כ דברי התוספות דסנפ' לענין סומטתא וקנין אגב אפשר שר"ל דאף למאי דס"ד דהתוס' דקנין דרבנן אין מועיל מדאורייתא מ"מ בחמץ שבטלו שפיר מועיל ולמסקנא בלא"ה אתי שפיר: ומ"מ ה' דינא דמק"ח וקצה"ח לפוט ריקטא צ"ל דביטול מהני היכא שאינו מוכרו כלל אבל פשהוא מוכרו פשיטא שאין זה בכלל הביטול וכיון דמדאורייתא אין פאן מוכר לא מהני להפקיע איסור חמץ דאורייתא לפי מה דס"ד דהתוס' וצ"ע כי אני פותב מבחויזן מבלי עיון בגוף הספר.

ומ"ש מדברי הר"ש בן הרשב"ץ שהביא ראיה דבי"ט שני יוצא בגזול מהו דלא ליקני לינוקא דמשמע בי"ט שני שפיר דמי דבריו תמוהים לפע"ד דהו' דינוקא נהי דלא קני ולא הני שלו מ"מ אין שם גזל עליו כיון שהקטן נותנו לו מדעתו וה"ל כשאול וביו"ט שני יוצאין בשאול: שוב עיינתי בספר מק"ח סימן תמ"ח סק"ה ונראה מדבריו דקנין דרבנן מהני לדרבנן גבי חמץ דהני ג"כ דרבנן היינו מטעם שכ' המ"ב דחמץ דבלא"ה אינו ברשותו בגילוי דעת דלא נחא ליה סגי וכיון שאגיל' דעתו שרוצה למוכרו סגי לאפקועי איסור דאורייתא.

אף לענ"ד גם המ"ב לא אמרה כ"א לסניף בעלמא דגם בביטול גופא שכתב הר"ן דהני גילוי דעתא לא היינו מפקיעין איסור ב"י דהא מ"מ עשאו הכתוב ברשותו רק דמתמת דגלי קרא משפיתו שהוא ביטול בלב כפירש"י והיינו דוקא בביטול שבלבו הוא להפקירו ולהוציאו מרשותו אלא דה"ל דברים שבלב וכיון דבלא"ה אינו ברשותו אלא שעשאו הכתוב מהני הביטול בלב פאלו הוציאו בפה וכמו דמהני אומדנא דמוכח בדברים שבלב אבל בגילוי דעת למכירה מה מועיל זה שיצא מרשותו אם אינו קנין המועיל דהא אדרבה דעתו עליה שאם לא יהיה קנוי לחבירו שיתחייב ליתן לו דמי תמורתו יהי' שלו וכיון דמדאורייתא אין המקח פלום ואין זה חייב לו עדיין דמי שניו מדאורייתא אפתי דידיה הוא לעבור עליו בב"י מדאורייתא וצ"ע כעת: ומ"ש בספר הנ"ל לחלק בין לולב לסנפ' והביא מדברי התוס' דב"ק דף ס"ח דנאוש הוי הפקר שכל המחזיק זכה רק הגזלן אינו זוכה משום דבאיסורא אתי לידיה דבריו מרפסין איגרי שמבואר בש"ס ר"פ הגזל ומאכיל ובטור וש"ע ח"מ סימן שס"א וכן בכל הפוסקים דכל היכא דליכא ש"ר פגון בע"כ של גזלן או ברשות יורש דלאו ברשות לוקח והגזלה קיימת הנגזל מוציא אותה מיד המחזיק בה מן הגזלן אם היא בעין וגם מ"ש דהגזלן א"י לזכות מן ההפקר משום דבאיסורא אתי לידיה דבריו יהיו דברי התוס' סותרים זא"ז דבדף ס"ו הוכיחו דנאוש אינו פהפקר גמור דאל"כ אף דבאיסורא אתי לידיה הוא זוכה מן ההפקר וגם דלדבריו למה פתבו שאסור לזכות שצריכה לגזלן וגם צריף לשלם דמים מה טעם יש בה הא מצי אמר אנא מהפקירא קא זכינא אף הדבר ברור דלכף אין הגזלן זוכה בנאוש לבד פדאמר בש"ס פ"ן דבאיסורא אתי לידיה ונאוש אינו הפקר גמור כמ"ש התוספות אבל המחזיק אחר נאוש זכה לענין שאין הנגזל יכול לתבוע ממנו ומשום דהוי נאוש וש"ר נגעו בה וכמבואר מדברי התוס' דדייקו למלתייהו מדר"ח גזל ולא נתיאשו אבל נתיאשו אין

הנגזל יכול לתפוע מן השני פלום ומבואר להדיא בתוספות ר"פ הגזול ומאכיל דאם לא
אכלו חייב להחזיר היכא דליכא ש"ר פגון שנתיאש לאחר שפא ליד השני מבואר דאם
נתיאש קודם הו"ל יאוש וש"ר ולא ס"ל להתוס' כמ"ש ה"א"ש ונהרשב"א דאם לקח
בע"כ של גזלן לא הוי ש"ר ואני תמה על הב"י שלא הזכיר מדברי התוס' אלו דס"ל
דהוי ש"ר אפי' בע"כ של גזלן ולכך הוצרכו לומר דמייירי שקהה היאוש אח"כ ומה"ט
שפיר פתבחהתוס' דאי יאוש פדי ל"ק המחזיק זכה מטעם יאוש וש"ר ואין הנגזל יכול
לתפוע ממנו ומ"מ אינו בכלל הפקר לפטור מן המעשה דהא לא הועיל היאוש שיוכל כל
אדם לזפות לכתחלה ואף דיעבד חייב דמים להגזלן והיינו משום דהיאוש אין דינו כהפקר
גמור ועיין בהג"א ר"פ הגזול ומאכיל בשם ר"י שמבואר מדבריו ג"כ דגם אחר יאוש
מחויב לשלם להגזלן ואף ע"ג דגם הנגזל מצי גבי מדר"נ לא מייירי מזה כו' ע"ש וקצת
צ"ע דמדברי הכ"א משמע דאף באכלו ואין גזלה קיימת הדין כן דמחויב לשלם לגזלן
עכ"פ: וכן נראה מדברי התוס' בדר"ס ט"מ מהא דגנב שני משלם קרן לגנב ראשון ומשמע
אף דליתני' בעיני' ומדברי התוס' וה"א"ש שכתבו דבאין גזלה קיימת הוי גזירת הפתוב
משמע דהאכל אחר יאוש פטור לגמרי בין משני ובין מראשון ואם ר"ל דלא נפטר רק
מן הראשון לא הו"ל לסתום אלא לפרש ואפשר דכיון דאמרינו דפטור מן הראשון א"כ
ע"כ דמייירי שהגזלן מחל לו או פרע לו להגזלן דאל"כ הא הנגזל גובה ממנו מדר"נ ולכך
נקטו סתם פטור דממילא שהוא פטור משניהם ומ"מ היכא שלא פרע או מחל מתחייב
הוא לגזלן מדין גזל וגם הנגזל יכול לתפוע מדר"נ: ולכאורה משמע הכי ממ"ש הטור
סי' ש"ן בגונב מן הגנב אף שנתיאשו פטור מד' וה' והוא מדברי הרמב"ם משמע דקרן
חייב וקשה דהא בטבח ומכר הו"ל כאכלו ואפי' קרן נמי פטור מגזה"כ שהרי הטור גופי'
פסק הכי בסי' שס"א דנהי דבעין חייב באכלו פטור אלא ע"כ דלא מפטר באכלו אלא
מנגזל וקאי אדלעיל בלא נתיאשו דלא מפטר מנגזל אף שפרע או מחל לו הגזלן וע"ז
אמר בנתיאשו דפטור מן הנגזל אבל לגזלן חייב אם לא מחל לו פנין שלקח ממנו בע"כ
ואכלו והיא צריכה לו לפטור עצמו מן הנגזל ולכך גונב מן הגנב אף שנתיאשו פטור
מד' וה' אבל קרן חייב לשלם לגנב ראשון אף שאין הגניבה קיימת ולפי שציצאתי מעניינינו
קצרת: ומ"ש דצונחו עלי' בבי מדרשא מש"ס דיבמות דיליף מאלה ראשי המטות וכתב
שמצא בג"פ כדבריו מבואר למענין בג"פ שמתחלה רצה להעמיס פן בדברי הטור שכתב
ותקנהו לבעל ושוב הביא כל הפוסקים שא"צ הקנאה וכן פירשו דעת הטור וכן מוכח
ממ"ש הפוסקים בענין ד' אמות לגיטין וקידושין ועיין בב"ק דף ס"ח ד"ה הוא דאמר
כצנועין כו' וי"ל דאפקינהו מרשות ע"ה כו' והארבתי בזה במ"א בפ"ט ענין זה ולקצר
אני צרי' ועיין בחיבורי בית אפרים ח"ב בשו"ת סי' ב' שכתבתי ג"כ על ענין כזה ע"ש:
ודרו' פלל נלענ"ד בעניינים אילו דנדאי לאו כל הקנינים שתיקנו חז"ל הם מחמת הפקר
ב"ד רק במקום שהוצרכו לעשות תקנ' שלהם ע"י הפקר ב"ד פגון בקנין ד' אמות בגיטין
וקידושין שתיקנו שיועיל משום עגונא והוצרכו להקנות לה הד"א מצד הפקר ב"ד
ולמשני' פחצרה וכמ"ש הר"ן וכן בגיטין בההיא דפרוזבל פנין דרחתמנא אמר דמשמט
ובשביל נ"ד הוצרכו להפקיע ממון המלנה מצד הפקר ב"ד וכן ביבמות וכיוצא בו משא"כ
היכא שהוצרכו חז"ל לתקן קנין בשביל תיקון סותרים וכיוצא לא הונקו לבא מצד
הפקר ב"ד אלא כופין לשמוע מצות חכמים ויש פח בידי חכמים לתקן שיקנה קנין מדרבנן

וראני לדבר שתקנו לקטן יד לזכות וע"כ אין זה רק קנין דרבנן דמה יועיל לזה הפקר
ב"ד דאדרבא מהפקר פשיטא דלא מצי לזכות דהא דעת אחרת מקנה עדיף ואיפא דס"ל
דזוכה מן התורה וגם א"ל דמקרא דאלה הנחלות שפיר מצינו למילף כמו דאבות מנחילין
לבניהם מה ירצו כו' ז"א דגם אבות גופניהו אין בידם להנחיל לבניהם הקטנים מה שיירצו
כמ"ש המפרשים על דעת הר"ן דקטן יש לו זכ"ל ע"י אחר מדרבנן א"כ האף אמרינן
בב"ב נכיר ל"ל לא יהא אלא אחר אי בעי למיתב במתנה כו' הא אינו אלא מדרבנן וא"כ
כמו שהאב אין יכול לעשות יד לבנו קטן כמו כן אין כח ביד חכמים לעשות יד למי שאין
לו יד אלא ודאי שאין זה רק קנין דרבנן והכי משמע מדברי הרמב"ן הובא בש"מ ב"מ
דף ע"ב העמידו אצל עכו"ם שהקשה הרמב"ן דנהי דהוי זכ"ל מדרבנן מ"מ מה"ת הוי
ריבית והריטב"א השיג עליו דהפקר ב"ד הפקר ומהני כי מה"ת ולפמ"ש א"ש דכיון
דעכו"ם לית ליה יד לזכות לא מצי משוי זלי' רבנן בהפקר ב"ד שלקהם יד לזכות
מדאורייתא וס"ל להרמב"ם דה"נ בקטן שהיתה תקנת חז"ל שיקנה הלוקח או המקבל
ממנו משום פדי חיייו לאו מתורת הפקר ב"ד אמינן עלה כ"א מתקנתא דרבנן בעלמא
ולכן אינו מועיל לצאת י"ח מצנה דאוריית' דהא באמת בהתיירא אתי לידן' מיז הקטן
שנתן לו דמים בעבורו או משום דעביד ליה נייח נפשי' עד דיהיב ליה מתנה רק
דמדאורייתא לא קני ליה והוא ברשות הקטן אבל מ"מ אין עליו חיוב מצות השבה ואם
נאבדו מידו פטור בין שבא לידו בפקדון או בהלואה או במתנה אף מדאוריית' כמ"ש
הטור ח"מ סי' צ"ו בשם הרמ"ה ע"ש ותקנו רבנן דאף אם קיבל מן הקטן דרף מכירה
או דרף מתנה יהא קנוי לו ובהלואה מתחייב באחריותו מדרבנן כמבואר בטור שם וכיון
שקנין דרבנן מספיק לזה לא עשו בו הפקר ב"ד לעשותו קנין דאורייתא ולכך שפיר
קאמר הרמב"ם פ"ן דאקנויי לא מקני מדאורייתא לא נפיק בי' אבל בקנינים שתקנו
רבנן בגזל פגון תקנת מריש וכיוצא בו דבאיסור' אתי לידן' ומיז נתחייב במצנת עשה
דוהשיב את הגזלה מה יושיענו זה שיתקנו שיקנה בתקנתא דרבנן סוף סוף במה נפטר
ונסתלק מעליו מצות השבה דאוריית' וכיון שמשום תקנת השבים תיקנו שישטול דמיו
ולא יחזירנו ממילא א"א לתק' זה כ"א מצד הפקר ב"ד שנסתלק מעליו רשות הבועלים
מדאורייתא ואין עליו חיוב השבה רק הדמים לבד וכמו תקנת חכמים בד' אמות דגיטין
וקידושין שהוצרכו לתמן בהפקר ב"ד שיועיל מה"ת ולכך א"ש בההיא סבתא דנפיק בי'
ובזה יש לישב בכ"ד לענין פדיית מעשר וכיוצא וקצרותי: ואם נפשך לומר דגם היכא
דמתקון רבנן משום תקנת השבים לא הוצרכו לעשותו קנין דאוריית' וסגי להו בקנין
דרבנן לחוד ובה פקע מעליו חיוב השבה פ"ן שהנגזל מוטל עליו לשמוע דברי חכמים
ולקבל דמים תמורת החפץ מ"מ א"ש דלא תיקנשי על הרמב"ם מההיא דסבתא וגם מה
שהקשו התוס' משנינו החוזר אההיא דסבתא דהרמב"ם דמייירי לענין לולב ביום הראשון
דבעינו לכהם ובהכי מייירי ההיא דשנינו החוזר ובה שפיר י"ל דבקנין דרבנן לא נפיק
מדאוריית' דהא מ"מ מדאוריית' לאו דידן' הוא משא"כ בסבתא דמייירי בסופה דהחפץ
משום מצנה הבאה בעבירה פשיטא דכיון דתיקנו רבנן שא"צ להחזיר הדמים וסילקו
מעליו מצנת השבה זו הדרף מוציא אתו מידי עבירה ופשיטא שא"א לומר דמדאוריית' הנה
מה"ב וחלילה להם מעשות כדבר הזה לתמן ענין שיהיה עליו שם עבירה דאורייתא
ונמצא תקנתם קלקלתם וע"כ שלזה מועיל קנין דרבנן לסלק שם עבירה מעליו אף

מְדַאֲוֵרֵייתָּ וּלְכֹהֵן אִישׁ בְּסוֹפָה דְנִפְקִי בִי וְכֹן מְבֹאֵר מְלִשׁוֹן הַתּוֹסֵף בְּב"ק דָּף ס"ז וְנ"ל וְעוֹד אוֹמֵר שֶׁמֶּה הָאִי כְּשׁוֹרָא דְמִטְלִלְתָּא כּו' וְסוֹפָה לֹא בְּעֵינֵן מְשַׁלְּכֵם וְלֹא מְפָסִיל אֱלָא מִשׁוּם מַצְוֵה הַבָּאָה בְּעֵבְרִיָּה וְכִי קֵנִי בְּתַקְנֵתָּא דְרַבְּנֵן לֹא תִשָּׁיב מֵה"ב כּו' ע"ש וְכ"כ הֶרְמֵב"ן בְּמִלְחָמוֹת פ' לּוּלָב הַגָּזוּל וְנ"ל וְכֹן מֵה שֶׁהִשִּׁיב מִסּוֹפָה גְּזוּלָה כּו' אֵינָה תְּשׁוּבָה שְׁפִינֵן שְׁתִּיקְנוּ תַּכְמִּים תַּקְנֵת מְרִישׁ נֶאֱפִי בָּא לְצִי"ש וְעוֹשֶׂה תְּשׁוּבָה נוֹתֵן לָהּ דְּמֵי עֲצִים הָרִי שְׁאִין הַסּוֹפָה בְּעֵבְרִיָּה בְּרִשׁוּתוֹ וְלֹא קֵאִי הַשְּׁתָּא בְּעֵמוּד וְהַחֲזוֹר אֱלָא דְּמִים: וּלְפּוּם מֵה דְּכַתִּיבָנָא א"ש נְמִי הָא דְקִשְׁיָא לָךְ אִמ"ש בְּסִפְרֵי מִק"ח לְחֻלְקֵי בֵּין לּוּלָב לְסוֹפָה דְּהָא בְּש"ס מְבֹאֵר הֵכִי גַם אֵלֶיבָא דְר"א וְר"א ס"ל סוֹפָה שְׁאֵוֹלָה פְּסוּל וְשִׁפְרִי קָא מוֹתִיב כ"ת לְדִידְךָ אִךְ לְפִי מֵה דְאִמְיָנָא אָנָּא א"ש דְּהָא אִמְרִינֵן הֵתֵם אָמַר רַבִּינָא הָאִי כְּשׁוֹרָא דְמִטְלִלְתָּא עֲבָדוּ לִי רַבְּנֵן תַּקְנֵתָּא מִשׁוּם תַּקְנֵת מְרִישׁ וּפִירִישׁ י וְלֹא אִמְרִינֵן דְּלֹא הָוִי הַפ"מ וְיִסְתָּוֵר סוֹפָתוֹ דְּמַצְוֵה מְשׁוּי לִי כֹּל שְׂבָעָה כְּבָנֵן קָבַע וְהִינֵנוּ שְׁגָם בְּזֵה גּוֹפְלִי יֵשׁ תַּקְנֵת הַשְּׂבִיבִים שְׁלֹא יִצְטָרֵף לְסִתּוֹר וּלְבִטּוֹל הַמַּצְוֵה וּלְפ"ז אֵלֶיבָא דְר"א דְשְׁאֵוֹלָה פְּסוּל ע"כ אֵלְמוּהָ רַבְּנֵן לְתַקְנֵתָּא דִּידְהוּ שְׁיִקְיָיִם הַמַּצְוֵה פְּתַקְנָה וְהַפְּקִיעוּ מְעַלְיו חֵיּוּב הַשְּׂבָבָה ע"י הַפְּקָר ב"ד וְחֲזוֹר לְהִיּוֹת שְׁלוֹ מִמֶּשׁ אִךְ מְדַאֲוֵרֵייתָּא וּלְרַבְּנֵן בְּאִמְתָּא א"צ רַק קֵנֵן דְּרַבְּנֵן לְהַפְּקִיעַ מִיַּדִּי מֵה"ב וְכֹן בְּהֵיָא דְלֹא לִיקְנֵי לּוּלָב אֵינֹו רַק קֵנֵן דְּרַבְּנֵן וְכִמ"ש: וּמִלְתָּא אַגַּב אוֹרְחָא רְאִיתִי לְבָאֵר דְּבָרֵי הַרְשָׁב"א בְּגִיטִין דָּף ס"ה שְׁפַתְבָּ דְּמַהֲדָּ דְּמַעְרִימִין עַל מ"ש מוֹכַח דְּזוֹכָה ד"ת דַּל"כ מְדַאֲוֵרֵייתָּא שְׁל אַב וְצָרִיף לְהוֹסִיף חוֹמְשׁ וְשׁוּב כְּתִב דְּהָדָּ דְלֹא לִיקְנֵי לּוּלָבָא כּו' אִם הִגִּיעַ לְעוֹנֵת הַפְּעוּטוֹת מִתְּנָתוֹ מִתְּנָה ע"ש וְזֵה תִּימָא פִּינֵן שְׁהַקְטֵן זוֹכָה מֵה"ת ע"י דַּעַת אַחֲרֵת מִקְנָה א"כ שׁוּב ל"מ מֵה שְׁהַגִּיעַ לְעַה"פ דְאִין מִתְּנָתוֹ רַק מְדַרְבְּנֵן וְנִמְצָא דְבָרִיו סוֹתְרִים זַא"ז תַּכ"ד וְרְאִיתִי בְּשַׁע"מ הַל' לּוּלָב שְׁהַרְגִישׁ בְּזֵה וְשֶׁמֶה הִבִּיא לְשׁוֹן הַפֶּר"ח שְׁפַתְבָּ שֶׁא"א לְפָרֵשׁ דְּבָרֵי הָרָא"ש רַק דְר"ל דְּלִישְׁנָא דְאִקְנוֹיִי לֹא מִקְנָה מְשַׁמַּע דְאִךְ מְדַרְבְּנֵן לֹא קֵנָה וּלְכֹהֵן מוֹקִי בְּשְׁלֹא הִגִּיעַ לְעַה"פ וּבְאִמְתָּא שְׁהַמְעִיֵּן יִרְאֶה שְׁאִין מְקוּם לְפָרֵשׁ כֹּן בְּדְבָרִיו וְכ"כ בְּשַׁע"מ שְׁהוּא דוֹחַק וּמְכ"ש מ"ש הַפֶּר"ח שְׁכֵן דַּעַת הָר"ן ג"כ לְעַנ"ד לִיתָא שְׁמִבְּוֹרָא לְהִדְיָא שְׁהָר"ן כ"כ לְדִינָא וְהוּבָאוּ דְבָרִיו כֹּן בְּב"י וּבְש"ע לְדִינָא וְכ"כ ג"כ הָרִיטְב"א בְּסוֹפָה לְדִינָא אִמְנָם הָרִיטְב"א שֶׁמֶ כְּתִב אִךְ לְמֵאֵן דַּס"ל דְּזִכְרֵי מְדַרְבְּנֵן כְּשִׁדַּעַת א"מ מ"מ זְכִי דְרַבְּנֵן זְכִי גְמוּרָה הִיא וְהַפְּקָר ב"ד הַפְּקָר וְאִם לֹא הִגִּיעַ לְעַה"פ לֹא מְצִי לְאִקְנוֹיִי אֲבָל הִגִּיעַ לְעַה"פ אִךְ הַקְנָאתוֹ הַקְנָאָה בְּתַקְנֵתָּא דְרַבְּנֵן וְכִשְׁמֶ שְׁקוּנָה מְדַבְּרִיהֶם כֹּף חוֹזֵר וּמִקְנָה כּו': וּלְפ"ז לְכַאוּרָה לְמֵאֵן דְּסִבֵּר דְקֵנִי ד"ת אִךְ שְׁהַגִּיעַ לְעַה"פ לֹא מְהַנִּי אִךְ לְעַנ"ד הָרִיטְב"א לֹא נְחִית לְהָדָּ שִׁיטְתָּא דַּעַת א"מ ד"ת וּמ"ש אִךְ לְמֵאֵן דַּס"ל דְּזוֹכָה מְדַרְבְּנֵן הִינֵנוּ לּוֹמֵר דַּע"כ פּוֹכָה מְדַרְבְּנֵן לְאִפּוֹקִי מְצִיאָה שְׁאִינוּ רַק מְפָנִי ד"ש וְהוּא שִׁיטַת הָר"ן ג"כ כִּמ"ש לְקַמֵּן בְּשֶׁם הַשִּׁי"מ לְב"מ וְגַם דְבָרֵי הָר"ן בְּסוֹפָה נִרְאֶה שֶׁהֵם כְּדְבָרֵי הָרִיטְב"א בְּזֵה אֱלָא שְׁקִיזָר בְּדָבָר דְבְּאִמְתָּא גַם לְמֵאֵן דַּס"ל דְּזוֹכָה ד"ת ג"כ אִם הִגִּיעַ לְעוֹה"פ פִּינֵן שְׁהַקְנָאתוֹ הַקְנָאָה גְּמוּרָה פְּקוּנָה ד"ת דְּמִי וְע"ש שְׁגָם מ"ש הָר"ן שֶׁמֶ דְהוּ"ל תְּנֵאִי שֶׁא"א לְקִיּוּמוֹ הוּא כְּדְבָרֵי הָרִיטְב"א שֶׁמֶ וְיָדוּעַ לְמַעַיֵינֵן וְרַגִּיל בְּדְבָרֵיהֶם שְׁהַרְבָּה פְּעָמִים סְגוּן א' עוֹלָה לָהֶם (וְרְאִיתִי מִי שְׁשָׁגָה בְּזֵה וְסִבֵּר שֶׁשַׁע"מ קִשִּׁי לִי אִדְבָרֵי הַרְשָׁב"א בְּגִיטִין בְּהָדָּ דְּמַעְרִימִין מְדַבְּרֵי הַרְשָׁב"א בְּסוֹפָה בְּהָדָּ דְלֹא לִיקְנֵי וְלִיתָא שְׁבְּסוֹפָה אֵינֵם חִידוּשֵׁי הַרְשָׁב"א רַק מְכוּנָה שְׁבַע שִׁטּוֹ לְהַרְשָׁב"א אֲבָל בְּאִמְתָּא חִידוּשֵׁי סוֹפָה הֵם לְהָרִיטְב"א וְלֹא גַם בְּלֹא"ה מְדַבְּרֵי הָרִיטְב"א שֶׁמֶ מְבֹאֵר דְּגַם אֵינֹו קוּנָה רַק מְדַרְבְּנֵן

וּכְדֹכְתִיבָנָא אַף דְּבַרֵי הַרְשָׁבָ"א סוֹתְרִים תַּכ"ד דְּבָאוֹתוֹ עֵנְיָן גּוֹפֵא סִינִים הַרְשָׁבָ"א דְּהַגִּיעַ
לַעוּה"פ מְהֵי אַף לִוְלֵב דְּאוֹרֵייתָ' וְזֶה פִּנּוּנַת שַׁע"מ כְּמִבְּנֹאֵר בְּדְבָרֵי וּמ"ש שָׁם לִינְיִשְׁב
עַפ"י הֵךְ סְבָרָא דְקִנְיָן דְּרַבְּנָן אִין מוֹעִיל רַק לַעֲשׂוֹת הַפְּקָר כְּכַר דְּבַרְנֵי מִזְהָ לַמַּעֲלָה וּכְכַר
הַבֵּיא כ"ת מ"ש בְּזֶה בַק"א לְשׁוֹ"ת ב"ח וְגַם בַּמ"א בְּחִידוּשֵׁי לְקוּדוּשֵׁין בְּאַתִּי בְּאַרְנֹפֶה
וְאַנִּי אִינִי פּוֹתֵב כְּעַת רַק מַה שֶּׁבַעזֶה"י מִתְחַדֵּשׁ לִי דְרָךְ עֵיוֹנֵי בְּדְבָרֵי כ"ת אַף בְּלֹא"ה אִין
דְּבָרֵי נְכוּנִים דְּאַפִּי תִימָא שְׂאִין בִּינְד חֲכָמִים לַעֲשׂוֹת שְׂאִינוּ זֹכָה פְּזֹכָה מַה"ת וּכְמַש"ל
דְּאַף לַפּוֹם הֵךְ דְּרִשָּׂא דְמָה אַבוֹת נוֹחֲלִין כּו' מ"מ אִין לְהֵם פֶּח לַעֲשׂוֹת יָד לְמִי שְׂאִין לוֹ
לְהִיּוֹת קוֹנֵה מַה"ת מ"מ הֵתֵם לַעֲנִין פְּדִיַת מַעֲשֵׂר פִּינּוּן שַׁע"כ"פ מַצַּד קִנְיָן חַו"ל פֶּקַע רְשׁוֹת
הָאֵב מִן הַמַּעֲוֹת וְאִין זֶה מַעֲוֹתֵי מַחְמַת הַפְּקָר ב"ד וַא"צ לְהוֹסִיף חוֹמֶשׁ וְע"כ דְּהַרְשָׁבָ"א
ס"ל דְּקִנְיָן חַו"ל ל"מ לְדְאוֹרֵייתָא כְּלָל אַף לַעֲשׂוֹת הַפְּקָר ב"ד וַא"כ סוֹתֵר לַמ"ש דְּאֵם
הַגִּיעַ לַעוּה"פ דְּמַקְנָה מְדַרְבְּנָן מְהֵי לְדְאוֹרֵייתָא.

וְהַנְּלַעַנ"ד בְּדְבָרֵי הַרְשָׁבָ"א בְּזֶה הוּא דְּאִין סְפֵק לַעַנ"ד דְּהַרְשָׁבָ"א ס"ל דְּנֻדְאֵי מְהֵי קִנְיָן
דְּרַבְּנָן לְדְאוֹרֵייתָא כְּמִבְּנֹאֵר בְּדְבָרֵי פֶּאֵן דְּהַגִּיעַ לַעוּה"פ מְהֵי וּכְמַש"ג כ"ג גְּבִי פְּרוּזְנָבֵל וְכֹן
מְבֹאֵר בְּדְבָרֵי לְהַדְיָא בְּגִיטִין דְּרַף מ"ם בְּהֵיא דְּאַקְנִי לְכֵנוּ קֶטֶן כּו' ע"ש בַּמ"ש בְּשֵׁם
הַרְשָׁבָ"ם זצ"ל דְּדוֹקָא לַעֲנִין הַשְּׁטֵר אִין פֶּח בִּינְד ב"ד לַעֲשׂוֹת הַשְּׁטֵר שְׁעוּשָׁה הַתִּינוּק שְׁטֵר
מְדְאוֹרֵייתָ' לְפִי שְׁצָרִיךְ פִּנּוּנָה כּו' וּמַעֲמִידִין אֶפְטָרוֹפִ' שְׂיַכְתוּב לוֹ שְׁחֵרוּר שְׁהַפְּקִירוּהוּ ב"ד
וְהַעֲמִידוּהוּ בְּרִשׁוֹת הָאֶפְטָרוֹפּוֹס כּו' ע"ש וְכֹךְ מִטִּין דְּבַרֵי הַרְשָׁבָ"א בִּיבְמוֹת דְּרַף ס"ז בְּהָא
דְּאַמְרִינּוּ פִּינּוּ דְּאִיפָא בִּן בְּהֵדָה כּו' תַּמִּי לִי דֹאָה"נ דְּעַדִּיף כּו' וְהֵאִיף אֶתְיָא תַּקְנָתָא דְּרַבְּנָן
וּמַפְקִיעַ מְאִיסוּר לְזָרִים דְּאוֹרֵייתָא וְאַפְשָׁר לֹמַר דְּמֵאֵן דְּמוּקֵי בְּהֵכִי ס"ל כַּר"ח דַּב"ד
מִתְנִין לַעֲקוּר דְּבַר מַה"ת וּמַפְקִינּוּ תְרוּמָה לְחֻלִּין כּו' ע"ש (וּמְבֹאֵר דְּאַף בַּכָּה"ג דְּלֹא אֶתִּי
לִינְד הַזֹּכָה מְהֵי תַּקְנָתָא דְּרַבְּנָן בְּמַלְתָּא דְּאוֹרֵייתָ' וְלֹא מְשׁוּם זְכִי מְהַפְּקָר אֶלָּא יֵשׁ פֶּח בִּינְד
חֲכָמִים לַעֲשׂוֹת קִנְיָן ד"ת וּכְמַש"ל): אֶמְנָם מְדְבָרֵי הַרְשָׁבָ"א בִּיבְמוֹת שָׁם דְּרַף פ"ט ד"ה
שׁוּגַג אֲמִזִּיד קְרַמִּית כְּתִב דְּהַלְכָה פְּרַבָּה דְּאִין ב"ד מִתְנִין לַעֲקוּר כּו' אַף גְּרָאָה זֶזָה דְּוִקָא
בְּתַקְנָתָא אֶבֶל לֹא לַעֲנִין קִנְיָן וּלְקַמְן אֶבְאָר בְּזֶה וְעַכ"פ מְבֹאֵר דְּכָל קִנְיָן דְּרַבְּנָן מְהֵי
לְדְאוֹרֵייתָ' וּמ"ש הַרְשָׁבָ"א לְהוֹכִיחַ דְּזוֹכָה ד"ת מְדְאִינוּ מוֹסִיף חוֹמֶשׁ נִלְעַנ"ד דַּא"ש עַפ"י
מ"ש הַרְשָׁבָ"א בְּגִיטִין דְּרַף ל"ט גְּבִי הֵא דְּאַמְרִינּוּ קִטְנִים כָּל הַמַּחֲזִיק בְּהֵם זָכָה לְפִי שְׂאִין
לְהֵם יָד לְזַכּוֹת בְּעַצְמָם דְּקִשָּׁה מְסוּפָּה מְהָא דְּאַמְרִינּוּ דִּינוּקָא מִקְנֵי קִנְיָן וְתִירְצֵי ר"י
דְּמְדְאוֹרֵייתָ' אִין לוֹ זְכִי אֶבֶל מְדַרְבְּנָן אִית לִי זְכִי מְפִנִי ד"ש א"נ שְׂאִנִי הֵתֵם דְּאִיפָא דַעַת
א"מ עַכ"ל גְּרָאָה מְדְבָרֵי דְּלַפּוֹם תִּירוּצָא קְמָא דְּהֵנָּה זְכִי מְדַרְבְּנָן אִין זֶה רַק מְשׁוּם ד"ש
כְּמוֹ מְצִיָּאָה רַק בְּפִירוּקָא אַחְרִינָא מְשׁוּם דַעַת א"מ מְשַׁמַּע דְּהֵנָּה אֶפִי קִנְיָן דְּאוֹרֵייתָ' וְגְרָאָה
דְּהַרְשָׁבָ"א סוֹבֵר דְּנֻדְאֵי אֵם גִּימָא דְּמְדְאוֹרֵייתָ' אִין לוֹ זְכִינִי כְּלָל כ"א מִתַּקְנָתָא דְּרַבְּנָן א"כ
לִית לָן לְפִלּוּגֵי בִין מְצִיָּאָה לְדַעַת א"מ דְּאֵם אִיתָא שְׂרָצוּ לְתַמְנָן קִנְיָן גְּמוּר שְׂיָהָ' גְזֵל מְמִשׁ
מְדְבָרֵיהֶם הִיוּ מְתַקְנִים גַּם בְּמְצִיָּאָה וְכִינּוּן שְׂרָאוּ שְׂדֵי בְּתַקְנָה שְׂיָהָה גְזֵל מְפִנִי ד"ש גַּם
בְּדַעַת אַחְרַת לֹא תִיקְנוּ יוֹתֵר מִזֶּה וְהֵךְ חִילּוּקָא בִין דַעַת א"מ ל"ש כ"א אֵם נְאָמַר שְׂהִיא
קִנְיָן דְּאוֹרֵייתָ' וּבְמְצִיָּאָה אִין לוֹ יָד מַה"ת כְּלָל וְתִיקְנוּ חֲכָמִים שְׂיָהָ' גְזֵל מְפִנִי ד"ש וְגַם
לַעֲנִין דְּאוֹרֵייתָ' מְגַמְּגֵם הַשְּׁ"ף בְּסִי רַמ"ג בְּחִילּוּקָא זֶה אֶבֶל לַעֲנִין דְּרַבְּנָן מְסַתְּפֵר לִי
לְהַרְשָׁבָ"א דְּלִיפָא לְאַפְלוּגֵי בְּהֵכִי וְגַם בְּדַעַת א"מ כְּגוֹן הֵהוּא דְּלוּלֵב אִינוּ רַק גְזֵל דְּבָרֵיהֶם
מְפִנִי ד"ש אֵם גִּימָא דְּלֹא קִנְיָן דַעַת אַחְרַת מַה"ת וְכֹן מְבֹאֵר לְהַדְיָא דַעַת רַש"י בְּסוּפָּה

דינוקא מקני קני להיות גזל מפני ד"ש וכל העולה דעת א"מ ל"ש לומר שהוא קנין גמור מדבריהם אלא או דנימא שהוא קנין מה"ת או שאינו רק מפני ד"ש כמו מציאה ולפ"ז צדקו דברי הרשב"א במ"ש דמוכח דזוכה מה"ת דאל"כ ר"ל שאינו זוכה מה"ת רק שהוא כמו מציאה מפני ד"ש א"כ פשיטא דלא מהני לאפקועי רשות האב שבו מדאורייתא וצריך להוסיף חנמש משא"כ בההיא דלא ליקני כו' שפיר פתב הרשב"א דדוקא בלא הגיע לעה"פ רק למדת צרור ונרקו דקנה מה"ת משום דעת אחרת ואקנויי לא מקני כלל משא"כ בהגיע לעה"פ שהוא קנין דרבנן גמור משום כדי חייו פשיטא דקנין זה מועיל שיהי' שלו ד"ת ומתנתו מתנה מה"ת ושפיר נפק בי' ידי חובת לולב דאוריית' ונכון מאד ושמחתי שזכיתי ליישב דברי הרשב"א לאמתת פוננתו בעזה"י ובהכי א"ש נמי מ"ש הרשב"א בר"פ האיש מקדש שהתוס' כתבו בשם רש"י דזכני' מדין שליחות ולפ"ד קטן ל"ל זכי' כלל מדאוריית' לא ע"י עצמו ולא ע"י אחרים כו' וקשני' לי הא דאמרין בהשולח אקני' לבנו קטן כו' ואם איתא לכפיי' לאב למכתב לי' שחרור דהא דידני' הוא אפתי ד"ת וזכני' הקטן אינו אלא מדרבנן ואתי דאוריית' ומפיק דרבנן כו' וראיתי בקצה"ח סי' רל"ה שכתב וז"ל ובעיקר קושני' הרשב"א לא ידענא לכמ"ש באה"ע במעמד שלשתן דהוי דאוריית' משום הפקר ב"ד כו' ע"ש ולפמ"ש לק"מ דהרשב"א קאי התם להקשות לשיטת רש"י דס"ל דקטן לית לי' זכי' מדאוריית' רק דרבנן מפני ד"ש ובכה"ג פשיטא דלא מפיק דרבנן וכשיטתו פאן בפרק התקבל ואע"ג דרש"י פירש שם בהשולח דהאי קטן הגיע לעה"פ מ"מ הרשב"א בקידושין לא קאי לפירש"י שיהי' מסיים בה הרשב"א ואי משום דלא לישכחי' ינוקא בשוקא ומסריה' בי' כו' וזה שיטת האלפסי ור"ת שם בהשולח ע"ש דמפרשים דהאפטורפוס משחרר וע"י קבלת דמים שיהי' הוא כמוכרו לו ע"ש בתוס' ורשב"א: ולפ"ז צ"ל דמייירי שלא הגיע לעה"פ דאל"כ ל"ל אפטורפוס שיהי' עיקר השחרור קבלת הפסד גומר בו וא"צ שטר רק משום לעז בעלמ' כמבואר בתוס' והרא"ש שם ופשיטא דלזה הוי מהני שטרא דינוקא גופא וע"ש בפ"י דמפרש לשיטת ר"ת וכתב שטרא ע"ש דינוקא וכתב שפן נראה מהראב"ד אלא ע"כ דלהך פירושא מייירי שלא הגיע לעה"פ ולכך צריך אפטורפוס שיקבל מהעבד דמי עצמו או שטר על דמיו כמ"ש הרא"ש ונהכי משמע מדברי הרי"ף בהשגות שכתב אקני' לבנו קטן דינוקא מקני קני אקנויי לא מקנה והינו פלישנא דסופה דמוקי לה הרשב"א והריטב"א בשלא הגיע לעה"פ וכן הרשב"א בקידושין שם העתיק לשון דינוקא מקני קני כו' וכן מבואר ג"כ מדברי הרשב"א בגיטין דף ל"ט שכתב בההוא דגר שבזבז כו' וכן בב"מ אול אקני' כו' וכן לקמן בעבד של שני שנותפין אול אקני' לבנו קטן תירץ ר"י ז"ל דמדאורייתא אין לו זכיה אבל מדרבנן אית ליה זכיה מפני ד"ש כו' הרי מבואר דמוקי גם הדיא דאקני' לבנו קטן בזכיה דרבנן מפני ד"ש ושפיר קא קשני' ליה עלה דלכפי' לאב שיהי' פשיטא דמפיק מהך דרבנן שאינו רק משום ד"ש ואף דהרשב"א מקשה שם על שיטת רש"י דזכיה משום שליחות ורש"י מוקי לה להך דגיטין כשהגיע לעה"פ מ"מ אין קושני' על רש"י גופיה רק על הר"י בעל התוס' העומד בשיטתו בזה דזכיה משום שליחות ואין זכיה לקטן מה"ת ואיהו ס"ל בגיטין פפירוש ר"ת שם ע"ש בר"ן וכו' נ דעת הרשב"א גופיה שהוא פיר' המחנור לו ולפום הך שיטתא מקשה ע"ד הסוברים דזכני' קטן אינו דאורייתא וזה מבואר דאל"כ יש לתמוה על הרשב"א

דק"ל על שהוצרכו להעמיד אפוטרופא כו' איפכא הו"ל לאקשוניי דמה מועיל שחרור הינוקא או האפטרופוס פיון דמדאורייתא לא קני ליה נעדיין הוא של אב מה"ת ובע"כ צריף שחרור מהאדון וע"כ דרש"י ס"ל דהוה קנין דרבנן שהגיע לעה"פ הוא מועיל לדאורייתא שיכול התינוק לשחררו בלא האב וא"כ מה קא קשיא ליה דלכפיה לאב כו' דהא ע"כ לומר שהאב אין לו עוד רשות בו אף מדאורייתא וממקומו הוא מוכרע וגם בלא"ה מה קנשיא דלכפיה לאב וא"כ מה קא קשיא ליה דלכפיה לאב לאצאת י"ח דאורייתא ומ"מ פיון דמדרבנן הוא שלה קטן הרי יש עליו תורת עבד מדרבנן וצריף שחרור מינוקא מדרבנן ובהכי א"ש נמי מ"ש בשם רשב"ם שהרי אין גיטו מועיל להתירו בבת חורין לאפקועי איסור דאורייתא דקטן אינו בר שילוח ולפי מ"ש י"ל דבאמת עיקר השחרור הוא ע"י האב אלא שאנו צריכין לאפקועי איסור דרבנן ולזה מהני גיטא דידיה וכמו חרש כשם שפנס ברמיזה כף מוציא ברמיזה אף לגבי גט אשה ומה דמייתי רבינו שמואל ראיה מקטן שפא על יבמתו שאין נותן גט לפי שקנה מה"ת אין זה ראיה רק אי נימא דדעת א"מ קונה מה"ת או אם נימא דמה שקנה מדרבנן ע"י שהגיע לעה"פ הוי כאילו יש לו בו קנין גמור דאורייתא וא"כ הוה כקטן שפא על יבמתו שקנה מדאורייתא וגיטו אין מועיל אבל אם נימא שאין לו רק קנין דרבנן י"ל דאף שחרור שלו מועיל אף שאינו בר פנונה דמ"מ מדרבנן בר פנונה הוא ומועיל כמו שמועיל הקנאתו למזון וע"ש בתוספ' ושאר מפורשים שמבואר מדבריהם דקושית רשב"ם הוא משום דס"ל דבעי גיטא דחירותא מדאורייתא וסורנו למ"ש דאין קושית הרשב"א לשיטת רש"י דמפרש דמייירי בהגיע דלדידן' לק"מ בין אם נאמר דהקנאה דרבנן מהני לדאורייתא בין אם נאמר דל"מ דהא מ"מ צריף להעמדת אפטרופוס להתירו בבת חורין שהרי יש עליו תורת עבד דרבנן דמהני הקנאתו מדרבנן אף עיקר קושית הרשב"א על הוה שיטתם דס"ל דמוכרו בדמי עצמו ומייירי בלא הגיע לעה"פ רק דחיישינן דינוקא מקני קני מפני ד"ש בזה להני ליה הכפאת האב לבד ומשום ד"ש דינוקא דלא לסרוף בזה נקרקש ליה בזווי וזה שיטתו בגיטין דף ס"ה גבי הוה דמערימין ג"כ דכיון דאינו מדרבנן גמור רק משום ד"ש לבד אינו מפקיע מידי מדאורייתא כלל.

והנה לפי מש"ל דאין פח ביד ב"ד לעשות יד לקטן לזכות מדאורייתא אף להוה ילפותא דמה אבות משום דאבות גופייהו לא מצו להנחיל לקטן מה שירצו פיון דבצרי להו ידות ממילא דלק"מ מ"ש בקצה"ח דקנין דרבנן מהני מה"ת דשאני הוה בקנין דקטן ואף שכתבתי לעיל בהוה דמערימין דלא איכפת לן בהכי דמ"מ לאו מעשרו דאב הוא וא"כ ה"נ מאי מהני גיטא דאב אפילו מה"ת דהא עכ"פ הפקר ב"ד הוא אלא שאין יד לקטן לזכות בו רק מדרבנן אין הגדון דומה דהתם שהאב הוציא המעות מידו ונתן ליד הקטן שפיר י"ל דפקע רשות האב מן המעות אף מדאורייתא מחמת הקנין דרבנן משא"כ בזה אף שזכה הקטן בעבד באחד מדרכי הקניות מ"מ קניות אלו אינם מועילים לו רק מדרבנן ובמה יצא מרשות האב מדאורייתא וא"ל פיון שמדעתו נתנו לו הו"ל כהפקר ז"א שלא חל עליו ענין יציאה מרשותו כ"א ע"ד שישנה הקטן וכההיא דאמרין אדעתיה דבריה אפקריה כו' וכבר כתבתי לעיל שצ"ע על הרשב"א שהביא בש"מ לב"מ לענין ריבית דנקרי על הרמב"ן דכל דבר שבמזון משום הפקר ב"ד נגעו בה דאפילו תימא שיש פח בידם לזכות לזה אף שלא הגיע לידו וכההיא דהתם שהישאל זוכה בשבילו דהא אפ"ה

לא מצי לשוניה לנכרי יד לזכות ומכ"ש לפי פשיטת לשונות הרשב"א בקידושין ובגטין דף ס"ה משמע דלא מהני דרבנן לדאורייתא ככלל ולפי מ"ש י"ל דבגטין וקידושין שפיר קאמר הרשב"א לפי מה דס"ד השתא דאף אם הגיע לידו ונדעת א"מ לא זכה בו רק מדרבנן פנין שאין לו דעת לקנות ובכה"ג לא מצו למשוניה ליה יד לזכות מה"ת משום הפקר ב"ד דמה ענגו זה ליד משא"כ בעכו"ם דאית ליה זכיה לנפשי' מדאוריית' פשהגיע לידו בקנין המיוחד לו במקירה ומתנה רק דזכיה ע"י אחר ל' פנין שאין לו שליחות לעכו"ם וממילא דשפיר מהני הפקר ב"ד לאוקמי ברשותיה אף מדאורייתא: ובהכי א"ש גבי מ"ש בקצה"ח שם ראיה מהא דתנן בשקלים גבי קטנים אם שקלו מקבלין מיזם מוכח דרבנן מהני לדאורייתא שהרי מקריבין קרבן וכבר קדמו בספר שעה"מ פ"א מהלכות שקלים שהם מבני חיובא דמה"ת אף במטבע בטל ברוב ע"ש פו עלה במחשבה לפני ג"כ בהשקפה ראשונה בקצה"ח ועמי היתה ושלחתיה דאכתי תיקשי למה מקבלין מיזם ומערבין אותם בינדים לכתחלה דהא קי"ל דאין מבטלין איסור לכתחלה ויש פוסקים דס"ל דאפילו מדאורייתא אסור אף לפי מ"ש א"ש דהתם לענגו שהקטן יהיה מקנה להגזבר וצבור וימסור להם יפה שפיר מהני מדרבנן למשוניה דאורייתא שהפקיעו חכמים רשות הקטן והעמדהו ברשות הצבור משא"כ להיפך שהקטן יהיה קונה וזוכה לנפשיה לא מצו למשוניה מדאורייתא: וגם נלענ"ד דכל מה שנאמר בפוסקים דקנין דרבנן ל"מ לדאוריית' אין הדברים אמורים אלא כ"ז שהחפץ שהוא שהקטן תופס בו מדרבנן הוא בעין ובה אמרינן דמדאורייתא ברשותא דמריה קאי אבל אם הקונה מוציא החפץ שהוא מיזם במקירה או נתינה לאחר פשיטא שהלוקח מיזם הוא קונה מדאורייתא דלא גרע תשנתא דרבנן שתיקנו שיקנה מיאוש וש"ר נאפילו בקטן שי"ל דמה בכך הרי אין יאוש שלו מועיל מ"מ פשיטא דלא עבדו רבנן תשנתא כה"ג שתקנה זו קלקלה שהלוקח אינו לוקחו ע"מ פן שלא יהא לו בו רק קנין דרבנן והרי זה המוכר התירו לו חז"ל להוציא ולימכרו לכתחלה וכמ"ש הרמב"ן במלחמות פרק לולב הגזול דאפי' לצי"ש א"צ להחזיר אלא ודאי שלא אמרו אלא בעוד שהחפץ קיים ביז הקונה בקנין דרבנן בזה אמרו דלא מהני לדאורייתא וכהיא דלולב לתינוק או פההוא דאקניא לבנו קטן או פההיא דמעשר שני אבל אם כבר בא ליד אחר ודאי הוא שלו דאורייתא ומכ"ש מה שלוקח תמורת חפץ זה שתופס בו קנין דאורייתא וכיון שאנו לוקחין בעד שקלי הקטנים בהמות לקרבן פשיטא שהם קנויין לצבור מדאורייתא שהרי מיזם שהוציא הגזבר המעות ברשות המוכר קיימי והם ניקנין למוכר קנין גמור והבהמות שלוקחין מהמוכר נגדם פשיטא שהם קנויים להקדש אף מדאורייתא ואין פאן בית מיוחד: שוב ראיתי בשו"ת הריב"ש סימן רע"ו שהקשו לו אה"ד דב"מ דמתרץ רבינא זכיה מדרבנן אית ליה דמה מועיל לעקור דבר מה"ת בקום ועשה שמקבל ישראל ריבית מחבירו והריב"ש תירץ פנין דתקיננו ליה זכיה והפקר ב"ד הפקר הרי אין מעות אלו של הישראל ולא שקיל ישראל מישראל רביתא והו"ל פההיא דמקדש בחמץ מו' ולמעלה כו' פנין דחכמים אסרוהו בהנאה לאו ממון הוא וכאן נמי פנין שזכה העכו"ם בממון זה ואם קידש בו ישראל את האשה אינה מקודשת כמו אם קדשה בגזל ובחמץ שהרי גזל גמור הוא מדבריהם ומוציאין אותו בדיינים למאן דאית ליה גזלו של עכו"ם אסור כדאמרינן במציאות חש"ו לר"י גזל מדבריהם ומוציאין אותו בדיינים עכ"ל והפ"י שם רמז לדבריו

בקצרה ע"ש ומשיחתו נאה למדנו דא"ש בפשיטות מ"ש על הרשב"א דמה בכה דהפקר
ב"ד הא נ"ל יד לזכות אף הריב"ש בלשונו הזהב פתב הרי אין מעות אלו של הישראל
ולא שקיל ישראל מישראל רביתא וא"כ א"ש דלא איכפת לן בזה שאין ידו של עפ"ם
זוכה לו מה"ת דעכ"פ אף מה"ת לאו של ישראל הוא לשום דבר לקדש בו אשה וממילא
שאין פאן ריבית של ישראל וכמש"ל גם לענין הך דפדיון מ"ש דמהני הפקר ב"ד שלא
להוסיף חומש משום דמעשרו פתיב וגם למדנו מדברי הריב"ש אלו דדוקא גזל גמור
מדבריהם שמוציאין אותו בדיינים מפקיע מידי דאורייתא אבל מה שאינו גזל רק מפני
ד"ש אפתי ברשותיה דמריה קאי לכל מזלי דאורייתא ולכן שפיר דינק הרשב"א דדעת
אחרת מקנה מה"ת דאל"כ דאין חילוק בין דעת א"מ א"כ לעולם אין פאן גזל רק מפני
ד"ש וא"כ לא נפיק המעות מרשות האב פלל ויצטרף להוסיף חומש וכן בפסק האיש
מקדש קאי התם לשיטת רש"י דזכית קטן לעצמו מדבריהם והיגו פתירוץ קמא
דהרשב"א בדרך ל"ט דמה שאמרו אקניה לבנו קטן אינו רק גזל מפני ד"ש ואהא שפיר
מקשה דליכפיה להאב כו': איברא דמה דכתיבנא בדעת הרשב"א דאם נימא דאין דעת
א"מ זוכה מה"ת שוב אין לחלק בתקנתא דרבנן לענין דעת א"מ וגם בזה אינו רק מפני
ד"ש אין זה דעת הר"ן הביאו בשי"מ ב"מ דף י"א שפכת וז"ל והר"ן פתב אבל מר אמר
נדא כו' נקטינו השתא דקטנה יש לה יד כו' אבל קטן אין לו יד ולא חצר מדאורייתא
דאי אית ליה יד חצר נמי אית ליה והא דאמרינן צרור וזרקו כו' זוכה היינו מדרבנן והא
דתנו מציאת חש"ו כו' מפני ד"ש אלמא מדרבנן נמי לא זכה רק מפני ד"ש התם במציא'
דליכא דעת א"מ אבל במקר ומתנה זכיה גמורה אית ליה מדרבנן כו' וכן דעת הריב"ש
הובא בשי"מ ב"מ בסוגיא דמציאת קטן לאביו ד"ה ופליגא דרחב"א ובשיטת הר"ן רבי
אמרה וכה הוא דעת היש מי שאומר שהביא הריטב"א בסופה גבי לא ליקני לולבא (אבל
שיטת הריטב"א גופא נראה דס"ל דדעת א"מ מה"ת שבש"מ ב"מ בסוגיא הנ"ל בהא
דאמר רבא עשו שאינו זוכה כו' פתב דדעת א"מ הוי דאורייתא) וכן נראה מדברי הר"ן
בחי'דושי' פ"ק בן סורר שכתב אם גר זה שנתגיייר שהוא קטן קשה כו' וכיון שאין לקטן
זכיה מה"ת האיה הנה לגר זה הקטן ממון כו' ע"ש ונראה שיש שם חיסור לשון וט"ס
וצ"ל וגם קשה פיון שאין לקטן כו' ושני קושיו' הם כמבואר למענין בתוספות וכן דעת
הנ"י פ"ק דב"מ ומעתה מה שהחליט בשער המלוך שדעת הר"ן דהוי מה"ת ממ"ש בפ"ק
דקידושי' גבי אומר לבתו קטנה כו' ומיהו כי אמרינן דקטן אית ליה זכיה מדאורייתא
לנפשיה ה"מ כי איכא דעת א"מ אבל במציאה כו' ותמה בזה על הפר"ח שפי' דברי ר"ן
בסופה ע"ש ולפמ"ש אדרבה מבואר דהר"ן ס"ל דדעת א"מ אינו מה"ת ובקידושי'
לדברי האומר פן קאמר וגם י"ל דכוננת הר"ן מ"ש דקטן אית ליה זכיה כו' ר"ל דמהני
זכיתו מדאורייתא דהא ממילא הכי הוא דכל שתקנו לו זכיה מדרבנן הדר הו"ל זכיה
דאורייתא ולא אתי אלא לאפוקי מציאה דזכיתיה לא מהני מדאורייתא פיון שאינו רק
משום ד"ש ומה שנסתפקו בזה בדעת הר"ן דסופה אם יש לפרש פוננתו דזכיה דרבנן
מהני כדאורייתא הנה הדבר מפורש יוצא מדברי הר"ן דגיטין פ"ק התקבל בההיא דצ"ר
וזרקו שכתב דכיון דרבנן תקינו זכיה הא קי"ל הפקר ב"ד הפקר ומיהו אשפחן זכיה
דרבנן דקלישא מזכיה דאורייתא בפ"ב ומודה שמואל שאם נתנו במתנת ש"מ כו' אלמא
פיון דממונא לא אתי לרשות זוכה ולא זכי ביה אלא מדרבנן לא אלימא זכיה דיליה

בדאורייתא ומצי מחיל כו' ומיהו התם איכא למימר דרבנן הכי תיקנו הם אמרו ומהם אמרו אבל הכא היכא מפרקינן בפשיטות דלא מהני בדאורייתא ולפיכך נראה דברי רש"י עיקר עכ"ל.

מבואר דס"ל דמלתא דרבנן שפיר מהני למלתא דאורייתא ומכאן מוכח ג"כ דלא כמ"ש במק"ח שאין פח ביד ב"ד לעשות הפקר וכיון דלא אתי לרשות זוכה אינו קונה מה"ת ולכן במעמד שלשתו מקודשת מדרבנן וכבר הזכרתי סברא זו בק"א לתשובת ב"ח החדשות אף מדברי הר"ן מבואר שז"א דהא שם איירי בשיתופי מבואות דהקטן זוכה לאחרים מדרבנן ואפ"ה ס"ל דהוי מהני לדאורייתא אף דמדאורייתא אין יכול לזכות ולא אתי ליד זוכה וע"כ לומר דהפקר ב"ד מצי לאוקמי ברשותיה אף דלא אתי לידה ולכן נלענ"ד שהר"ן בסופה לא נחית לדיעות אלו אי קני מדאורייתא או מדרבנן דבין כף ובין כף אם הגיע לעה"פ מהני מה שחוזר ומקנה אף דנימא דדעת א"מ הוי זכיה דאורייתא ומכ"ש אם נימא דאף דדעת אחרת מקנה לא הוי רק דרבנן דכשם שקונה מדרבנן כף חוזר ומקנה וכמ"ש הריטב"א (וקצת צ"ע בדברי הריטב"א שם שהוכרח לומר דזכיה דרבנן זכיה גמורה היא דהפקר ב"ד כו' ואינו יוצא אף לד"ת דל"ל פולי האי דהא אפילו תימא דד"ת הנה יוצא בו מ"מ פיון דזוכה מדרבנן ולא מצי לאקנויי אף מדרבנן פיון שלא הגיע לעה"פ אם פן עכ"פ מדרבנן לא נפיק ואפשר דא"ש לפי מ"ש הר"ן פ"ק התקבל שם דעיקר פשיטת רש"י דאין זוכה לאחרים אף מדרבנן ומ"מ בשיתופי מבואות דרבנן זוכה אף לאחרים ע"ש ולפי זה י"ל דה"ה בלא הגיע לעה"פ אף דלא מצי מקני אף מדרבנן מ"מ בדרבנן הקילו משום מצות חינוך שיהיה מועיל חזקת הקנאות ולכן הוצרך לומר דזכיה דרבנן מועלת שאין יוצא ד"ת וכו' האי שיהיה מועיל חזקת הקנאות לד"ת לא הקילו משום מצות חינוך) ומ"מ מדברי הר"ן בגיטין שם שכתב דלר"י אף ע"ג דזכיה מדין שליחות מ"מ בזכיה פיון דאיתיה בנפשיה דהא זוכה לעצמו הו"ל פגדול ושמואל פליג וס"ל דלאו בר שליחות היא כו' מבואר דס"ל דלכ"ע ס"ל דבזכיה לנפשיה מיהא איתא מדאורייתא' ואם פן דברי הר"ן לכאורה סותרים זה את זה ונראה שהר"ן כ"כ בפשיטת התוספות דס"ל דפולגמיהו בזוכה לאחרים היינו בדאורייתא' ואם פן פשיטא דזוכה לעצמו נמי היינו דאורייתא משא"כ למאי דמסיק שם דעיקר פשיטת רש"י דזוכה לאחרים מדרבנן גם הא דזוכה לעצמו היינו מדרבנן דנקה ושם לעיל מינה כתב הר"ן החילוק בין הא דאמרין זוכה לעצמו והתם אמרין מציאת חש"ו כו' משום ד"ש דדעת אחרת מקנה שאני סתם הדברים ויש לפרש שר"ל שקונה מדאורייתא ואיכא למימר שאינו רק דרבנן וכמ"ש בש"מ ב"מ בשמו וכמ"ל: והנה מ"ש הר"ן דר"א ושמואל פליגי אי מהני שליחות בזכיה דאיתיה בנפשיה כ"כ התוספ' שם ובהכי א"ש לענ"ד מ"ש התוספות בסנהדרין פ"ק בן סורר אחר שכתבו דדעת אחרת מקנה מה"ת ובא"נ משמע דאית ליה זכיה מדאורייתא דגרסינן ב"רוב הספרים קטן נהי דשליחות לית ליה זכיה מדרבנן אית ליה ויש ספרים דל"ג מדרבנן ולכאורה תימא דהתם לענן שייזכו לו אחרים מירי וזה מדין שליחות וכיון דשליחות לית ליה גם זכיה אין לו מה"ת רק מדרבנן וכמ"ש התוספות בתחלת דבריהם משא"כ לענן אם הוא בעצמו זוכה שפיר י"ל דקונה מה"ת אם הוא פן דעת ולפי מ"ש התוספות והר"ן בגיטין אליבא דר"א דלכך זוכה לאחרים משום דאיתא בנפשיה שהרי זוכה לעצמו והרשב"א בקידושין דף

י"ט פתב שדעת התוספות לפסוק דזוכה בין לעצמו בין לאחרים וא"כ שפיר דייקו התוספות למלתייהו דמדקאמר התם דאין זכין לו רק מדרבנן מוכח דגם דעת א"מ אין זוכה מה"ת דאל"כ הו"ל לזכות ע"י אחר מדאורייתא דאף דנימא דזכיה מטעם שליחות קא איתא בדנפשיה וזכה יש לו תורת שליח ומה לי שהוא יהיה נעשה שליח לאחרים לזכות להם אז אחרים יהיו שלוחים לזכות לו: ועוד י"ל דהתוספות ס"ל הקא כמ"ש התוספות בכתובות דף י"א די"ל דאף דזכיה מטעם שליחות ואין לקטן שליחות מה"ת ה"מ בדבר שיש בו קצת חובה כגון תרומה כו' אבל היכא שזכות גמור הוא לו יש לו שליחות והתוספ' פתבו שם להך גרסא דל"ג מדרבנן אף באמת אף לפום הך גרסא זכיה מדרבנן אית ליה שפיר מצינו לקיומי הך סברא דבזכות גמור יש לו שליחות אף דמ"מ אין השליחות מועיל משום דקטן לא מצי זכי לנפשי' מה"ת וכל מלתא דאיהו לא מצי עבד לא משוי שליח ולכן אף אם זוכה לו אחר אינו רק מדרבנן ובעי רבינא למילף מיניה לעפ"ם דאפשר שתקנו לו רבנן זכיה אף דל"ל שליחות (וא"ל דבעפ"ם נמי נימא דבזכות גמור מהני שליחותיה ועפ"ם ה"א מצי זכי לנפשיה כמש"ל דו"א פמבואר להדיא בתוספ' דכתובות שם שפתבו דכיון שפא להתגיר חשבינן ליה פישראל קטן ואע"ג כו' משמע דאף זכות גמור לא מהני לעפ"ם לעשות שליח וטעמא דדוקא בקטן דילפינו מנין שזכין כו' ועיין בש"מ ב"מ דף ע"ב בשם הרשב"א ויבואר לקמן) ולפי זה שפיר פתבו התוס' דלפום הך גרסא דגרס זכיה מדרבנן אית ליה מוכח דאף ע"י עצמו אין לו זכיה מה"ת דאם נימא דע"י עצמו זוכה מה"ת כשדעת אחרת מקנה אז אף ע"י אחרים זוכה היכא שהוא לו זכות גמור ויותר נראה שפונותם דפשטא דלישנא דקאמר זכיה מדרבנן אית ליה הוא כולל בין זכית עצמו ובין זכיה ע"י אחרים וכן משמע מדברי הרשב"א בקידושין פרק האיש מקדש שהבאתי לעיל מ"ש: וזכה מינושב דברי הנה"כ ביו"ד סימן ש"ה שפתב שוב מצאתי להדיא בתוספ' ר"פ בן סורר כו' ובקצה"ח סימן רמ"ג פתב שאינו ענין פלל דהתם מיירי שזוכה הקטן מנפשיה בדעת אחרת מקנה והך דרב גידל מיירי במזפה ע"י אחר ותמה במהשחשב למציאה כו' ועיין סימן רל"ה שפתבנו שיטת הפוסקים דקטן זוכה מה"ת ואילו ע"י אחר אין זכין לו מה"ת ואע"ג דכתבנו דעת הרמב"ם כו' אבל דעת התוספות והפוסקים דדעת אחרת מקנה אינו משום זכיה פלל עכ"ל ולענ"ד מציאת הש"ך הוא מציאות גדול לעצמו שהרי מבואר שם בתוספות דהוא תלוי בחילוף הגרסא דב"מ דמיירי לענין זכיה ע"י אחר וכמש"ל ולפום הך גרסא זכי מדרבנן אית ליה אף שע"י עצמו אין זוכה ובנה"כ שם פתב דעיקר פהך גרסא דל"ג מדרבנן ומוכרח פן מדברי התוספ' שהכריעו דזוכה מה"ת וממילא דגם לענין זכיה על ידי אחר הוא מדאורייתא כמש"ל באנרף בדברי אף מה פסיים הש"ך שיש ראיה ברורה מדר"ג לדברי התוספ' דזוכה מן התורה זה צריף עיון דיש לומר דנהי דעל ידי אחר שפיר זוכה וכדר"ג מ"מ עצמו לא וכדמשמע מדברי התוס' גופייהו בתחלת דבריהם שם דאי לאו דזכיה מטעם שליחות איכא למימר דמהני זכי ע"י אחר אף דאין זוכה ע"י עצמו וכן מבואר בשו"ת המקונות להרמב"ן סימן פ"ו שפתב לא אמרו בפחות מצרור וזרקו אין זוכה לא לו ולא לאחרים אלא ע"י עצמו לפי שאין לו יד פלל אבל בקנין ע"י אחרים או במזפה ע"י אחרים זכין לו דאפי' במזפה לעובר איכא מ"ד דקנה אבל בילוד נדאי קנה ואפשר דזכין להם מה"ת כדמשמע פרק הא"מ כו' אלא פי ה"א דרב גידל כו' אלמא זכין

לקטן ד"ת ונאפי' לקטן המוטל בעריסה כו' עכ"ל וכן מבואר ממה שפסק הרמב"ם וטור וש"ע במזוזה לשוטה ע"י בן דעת קנה אע"ג דשוטה אין לו זכיה ע"י עצמו פלל וע"ש בב"י שפכת הטעם דזיכוי ע"י א' מהני משום דזכין שלא בפניו (ובקצה"ח גמגם בזה משום דלא אתי לכלל שליחות וא"ל דאתי לכלל שליחות כששיתפה עפ"י נמי אתי לכלל שליחות לכשיתגיייר אלא ע"כ משום דמחוסר מעשה כו' עכ"ל הנה התוס' בסנהדרין דף מ"ז פתבו כמו דישן ממילא מתער כמו כן בשוטה ממילא משתפי ומה שקשה ע"ז מפרק מי שאחזו הארכתי בתשובה סימן אמןם י"ל דהתם דמייירי שעשה נשתפה אמרינו למפרע דלא הוי מחוסר מעשה דממילא משתפי.

משא"כ פאן דמאן לימא לן שישתפה. ואפשר לומר דנהי דלא דמי לקטן דודאי סופו ליגדל מ"מ גם לעפ"ם לא דמי דאף לכשיתגיייר השתא מיהא מחוסר מעשה משא"כ שוטה אם ישתפה ממילא הוא ולפי"ז י"ל דגם שוטה הוא בכלל ההיא דר"ג דיליף דזכין שלא בפניו מנשיא א' למטה שהרי הם זיכו לכל ישראל באי הארץ ומי לא עסקינו שהיה ביניהן חרשין ושוטים ג"כ דהא אינהו נמי בני ירושה נינהו משא"כ עפ"י מה"ת לומר שיהא בר זכיה פיון דלא אתי לכלל שליחות בלא מעשה וגם י"ל דמה שיתגיייר אין זה אתי לכלל שליחות דלכי מתגיייר גופא אחרניא הוא משא"כ בשוטה שנסתפה ואין להאריף שוב מצאתי בשער המלך הל' נחלות שכתב ג"כ כמ"ש דחרש ושוטה עדיף מנכרי דלכשיתגיייר פנים חדשות באו לכאן כו' ונהניתי) וע"ש שה"ה הביא ראי' מפקח שכתב כתובה לאשתו חרשת כתובה קנימת שרצה לזוק בנכסיו וע"כ שיש זכות לשוטה ע"י בן דעת ולענ"ד צ"ע דמה ענין זה לזכיה ע"י אחר ואי מציינו למילף מהא גילף מינה דשוטה זוכה ע"י אחר עצמו ובאמת גם בקטן כה"ג לא זכי כמ"ש הר"ן דאין זוכה אלא במה שהגיע לידו אבל במתחייב לקטן בשטר לא אא"כ זיכה ע"י אחר והובא דעתו בש"ע סימן רמ"ג ובכתובה לא שייך זיכוי ע"י אחר והר"ן שכתב אא"כ זיכה ע"י אחר ר"ל דאם מתחייב לתת לו חפץ בשטר או בקנין אינו מועיל אף אם החפץ בעין אא"כ זיכה לו החפץ ע"י אחר.

אבל לענין חיוב שמתחייב על דבר שאינו בעין מה זיכוי ע"י אחר שייך בזה וא"כ תיקשי בהיה דפקח שנשא כו' אף לענ"ד דאף דשוטה לית ליה זכי' פלל בחפץ בעין מ"מ חיוב שמתחייב א' לתת לו מהני כמו בדבר שלא בא לעולם דלא קנה בדרך הקנאה ודרך חיוב מהני וה"נ אע"ג דהשוטה ל"ל יד לזכות מ"מ המתחייב פקח הוא וחיובא רמי עליו לתת לזה מה שנתחייב לו ועכ"פ ללמוד משם לענין לזכות לשוטה ע"י בן דעת אנו אין לנו ראיה משם: ה"ח ראיתי שכ' לדחות ראית ה"ה דשאני התם דזה אינו מתנה אלא כמו שפחה לשמשו וכדאמרי' ר"פ חרש אילוי קנה שפחה לשמשו כו' ושכר מלאכה אפי' חרש ושוטה אית לה כמ"ש התוס' ר"פ בן סורר כו' ע"ש ולדבריו לא הו"ל למימר מפני שרצה לזוק בנכסיו דהא לדידיה שנה שכר שפחה לשמשו וא"ל דבשביל שכתב לה מאה מנה קרי ליה הניזק בנכסיו דא"כ מה דיהיב טפי משווי' דשכר שפחה הוא בתורת זכיה ושפיר קאמר ועוד לדבריו אף בלא כתב לה כתובה ניתב לה מה דשגוי שכר שפחה אלא נדאי דז"א שהרי נזונת משלו וטב לה למיתב טן דו ודאמרינו התם בפ' חרש אילוי רצה

שפחה לשמשו שם מיירי לענין חרש שהב"ד משיאין לו פקחת וכותבין לה פתובה על נכסי החרש כשרואין שאינו מוצא אשה אלא בכף כמו שמפקחין על שאר ענינו ולוקחין שפחה לשמשו שהב"ד אביהם של חרשים וכמ"ש הנ"י שם משא"כ כאן דאר"פ ששכר מלאכה וטרחא הוא חייב לקטן וה"ה לחרש ושוטה מ"מ אין זה מצד שזה שיעבד נפשו להקטן דהא לא מצי זכי רק שהוא מחויב לשלם שכרו כפי פעלו אבל גוף הענין שנעשה בינו ובין השוטה הוא בטל כמו שמשאו ומתנו במקח וממכר הוא בטל שלא תיקנו בשוטה משום כדי חיינו ופשוט שאם שכר שפחה שוטה לשמשו ופסק לה עבור זה מאה מנה שהענין בטל דמה לי השפיר גופו או כליו שהשפירן או מכרן שהשכירות והמקח בטל וא"כ ע"כ דמה דאמרינן דכתובה קיימת היינו מצד זכי ולכן הביא ה"ה ראיה משם אף שצ"ע כמ"ש דהתם לאו בזכוי ע"י אחר מיירי ואינו מצד זכיה רק מצד חיוב ושפיר יכול לחייב עצמו ומ"ש בקצה"ח מדברי הרא"ש פ"ב דכתובות פ"ב עמד בזה בספר מחנה אפרים והביא שם דברי הש"ס דפ' א"נ דלעיל נכתב דאם נימא שנעשה שלוחו של בעל המזון א"ש ובאמת לא משמע פן מדברי התוס' ושאר מפרשים שכתבו דאי זכיה מטעם שליחות אין זכין לקטן ואם נימא דהוא שלוחו של בעל המזון א"כ מה בכף שאין שליחות לקטן הא בעל המזון אית ליה שליחות ואמנם באמת מדברי התוס' שם בפ"ק א"נ מבואר דהזכה נעשה שלוחו של בעל המזון וכ"כ הנ"י פ"ק דב"מ בשם הר"ן והביאו במחנה אפרים שם וכן הוא באר"ך בש"מ שם בשם הר"ן ולפ"ז קשה במה דזכין ע"י אחר כיון דע"כ שנעשה שלוחו של בעל המזון וגם נעשה שלוחו של המקבל מתנה לזכות עבורו א"כ לא חזרה שליחות אצל הבעל: וראיתי במחנה אפרים הל' שלוחין שכתב דבמזון לא בעינן וע"ש שכתב הטעם בשם הרא"ה משום דהו"ל כפלי גיטא מע"ג קרקע ולפי מ"ש במחנה אפרים שם החילוק משום דבגט בעינן שיבא לידה מיד הבעל או שלוחו וכל שלא חזרה שליחותו לא מיקרי שלוחו של בעל אבל במתנה לא בעינן שיבא מיד הנותן אף דלא חזרה שליחות לא הוי שלוחו של הנותן רק של המקבל והיינו משום דאזיל בשיטת הר"ן רפ"ק דגיטין שכתב שיכול כל אדם לעשות עצמו שליח אף שלא עשאו הנותן שליח וע"ש מ"ש בסוף דבריו בסתירת דברי הר"ן כלפי מציאה דוקא הוא דאמרה כו' וע"ש דלא משמע הכי ומדברי התוס' משמע איפכא דבמציאה נדאי יכול להעשות שליח ע"ש בפ' א"נ דף ע"ב וא"ל דהתם נמי משום מיגו דזכי ולענ"ד דלא בעינן רק שעכ"פ בתחלת הזכיה יהי שלוחו של נותן ויצא בזה מקלל תופס לבע"ח ואף שאח"כ נעשה שלוחו של מקבל לא איכפת לן בהכי ויכול לזכות עבור המקבל שהרי אינו תופס לבע"ח משא"כ בגט דאם פלטה שליחות הבעל הו"ל טלי גיטא מעג"ק: והנה סברא זו דצריך להיות שלוחו של בעל המזון איתא בירושלמי דמ"ש הביאו במחנה אפרים אף בתשוב' פתבתי דעיקרא דהא מלתא בירושלמי דגיטין פ"ק התקבל דמחלק בין שליח לקבלה דגט לשליח קבלה דמתנה משום דתמן זיכיתה אותה תורה לקבל את גיטה ב"מ ה"א אין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ובזה דחיתי דברי קצה"ח סימן קפ"ב שכתב על דברי הנ"ב שכתב גבי שחרור שהוא שליח של עבד וע"ז כתב בקצה"ח דז"א דע"כ הוא שליח של הנותן והביא דברי התוס' דב"מ דף ע"ב ע"ש ולא ראה דברי הירושלמי הללו דדוקא לענין מזון אמרינן הכי אבל בגט וה"ה בשחרור התורה זיכיתה לעבד לקבל שחרורו כדאמרינן בקידושין דף ד"ג דאפילו לרשב"א דאיהו

גופיה לא מצי לקבל גיטו שליח משני דיליף לה מאשה ע"ש: והנה לפום הד סברא דנעשה שליח של בעל המון א"ש טפי הא דאמרינו דזכיה לאו מטעם שליחות דהיינו שאינו שלוחו של המקבל אבל מ"מ הוא שלוחו של הנותן לזכות בשביל זה וזה הזוכה זכה אף שלא בקנין בחפץ הזה ובזה מסייע לן הד שיטתא דדעת אחרת מקנה קונה מה"ת דאף דהזכיה מצד הקטן לאו פלום הוא מ"מ הוא נקנה לו על דעת אחרת מקנה שהוא מקנה לו דא"ל פינו דהקנין מצד הקטן אינו פלום במה קנה דז"א דהא גם בזכ"י ע"י אחר אין הקונה עושה פלום וזכה ובשלקמא אם נימא דזכ"י מטעם שליחות א"כ י"ל דמה שנה האחר עושה קנין הוא פשליחותו של המקבל משא"כ אם זכ"י אינה מטעם שליחות דהא אף לקטן זכ"י ע"י אחר אף דלאו בר שליחות הוא א"כ ע"כ שזכ"יתו הוא ע"י שנעשה שלוחו של בעל המון לכד והזוכה או שלוחו לא עבדי מידי וא"כ אף בלא אחר נמי כשדעת אחרת מקנה אותו דהא הקטן עושה הקנין וקטן יש לו מעשה אלא שאין לו יד לזכות בעצמו אבל כשדעת א"מ מהני מעשה דיד"ל כמו דמהני מעשה האחר אף שלא פשט הקטן ידו לזכות ולא עבד מידי: ובאמת התוס' בפ' בן סורר דקנימא בשיטתא דזכ"י מטעם שליחות הוצרכו להביא ראיות אחרות דדעת א"מ מה"ת והש"ך שם שהכריע עיקר דזכיה לאו מטעם שליחות מהד דרב גידל שפיר פתב דיש להביא ראיה גם מהא דר"ג דדעת א"מ מה"ת וא"ש נמי הא דבשוטה אינו זוכה לעצמו וע"י בן דעת זוכה משום דאף שדעת א"מ מ"מ אין כאן מי שיעשה מעשה הקנין כשזוכה ע"י עצמו דשוטה אין לו מעשה כלל אבל כשמוצה לו ע"י בן דעת זכה שהבן דעת הוא שעושה מעשה הקנין להוציא מרשות הנותן וממילא שזכה בו השוטה דכשלא בפניו דמי וזכ"י שלא בפניו אף שלא מטעם שליחות וראיה לדינו של הרמב"ם בזה גלענ"ד מהא דאמרי' בב"מ דף ח' בשלקמא חרש קנה דהא מגבה ליה בן דעת ולפי פירש"י שם היינו שהפקח מגביה שיזכה החרש בהחצי ע"ש ואין פנאי לעיין פעת.

ובקצה"ח סימן רל"ה תמה על ה"ה במ"ש על הרמב"ם בדין קטן שקנה קרקע כו' שהביא ראיה מדר"ג ותמה דהתם זכיה ע"י אחר הוא ולכן פתב בדעת ה"ה והרמב"ם שדעת א"מ הוא מדין זכיה שהנותן בעצמו זוכה לו כו' והארי' בזה ולדבריו תיקשי דשוטה נמי זכה ע"י עצמו כמו דמהני כשזוכה לו ע"י אחר ולפמ"ש א"ש ונראה לבאר עוד דנדאי מה שאמרו זכ"י לאדם שלא בפניו אין הפרש בין אם הנותן בעצמו עושה מעשה זכות לחבירו או שמצוה לאחר לזכות בשבילו בכל גוונא אמרינו זכ"י לאדם שלא בפניו אף הסיבה המונעת שאין שוטה וקטן יכולים לזכות ע"י עצמם כ"א ע"י אחר אין המניעה מצד הנותן שהנותן נותן בעינו יפה ומזכה לו אלא שהזוכה הוא מקצרי יד שאין קנינו פלום ולא מי שרוצה לזכות בדבר שלא הנה עד עתה שלו צרי' שיזכה בו באחת מדרכי ההקנאות ואין במעשה השוטה והקטן פלום ולכן כשזוכה הוא איש אחר שזוכה בשבילו ועושה הקנין כגון משיכה או הגבהה ושאר קנינים המועילים וזה יש בו דעת לעשות הקנין ואהני מעשיו שיזכה הקטן אבל היכא שמצד הקונה א"צ שום מעשה שפיר המזכה מזכה לו אף שלא בפניו או כשהוא קטן כגון במחילת חוב או שעבוד וכיוצא בו משום דזכ"י שלא בפניו וא"צ בזה יד אחר באמצע ועיין בריטב"א בקידושין דף י"ט וא"ש דברי הרמב"ם בקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בה שזוכה בה שהרי זה מזכהו בקרקע וזוכה בה אף שהוא קטן דהא זכ"י שלא בפניו ואין כאן עיפוב רק מצד קנין

שִׁיעֲשֵׂה הַקָּטָן וְכִינּוּן שְׁנוֹתָן דָּמִים קִבְּלַת הַמוֹכֵר אֶת הַדָּמִים מִמִּי שֶׁהוּא גֹרֶמֶת הַקָּטָן וְאֵ"צ
יָד לְזֶה וּמִמִּילָא הַקָּרְקַע נִקְנִית לּוֹ וְזֶה מְבוֹאֵר ג"כ מ"ש הַרִ"ף וְהַרְמַב"ם וְרַש"י בְּעֶבֶד
שִׁיּוּצָא לְחִירוֹת בְּכֶסֶף ע"י אַחֲרִים שְׂאֲחָרִים נוֹתְנִים לְרַבּוֹ שִׁיּוּצָא בּוֹ לְחִירוֹת אִף שְׂלֵא
מִדַּעַת הָעֶבֶד שְׁזָכִין לוֹ שְׂלֵא בְּפָנָיו ע"ש וְהֵתָם לֹא שִׁינְיָה זְכִי' ע"י אַחַר דְּדוֹקָא בְּשֹׁטֵר
שְׁחָרוּר שְׁנוֹתָן לְשִׁלְיָח שִׁינְיָה לּוֹמֵר שֶׁהַשְּׁלִיחַ זֹכֵה בְּשִׁבְלֵוֹ אֲבָל בְּזֶה שֶׁאַחֲרָה נוֹתֵן הַכֶּסֶף
לְרַב לֹא שִׁינְיָה שְׂאֲחָר זֹכֵה בְּשִׁבְלֵוֹ רַק דְּקִבְּלַת רַבּוֹ גֹרֵם הַשְּׁחָרוּר שֶׁהַרַב מְשַׁחְרָרוּ
וּמְזַכֵּהוּ שְׂלֵא בְּפָנָיו וְהֶאֱחָרִים הֵם הָעוֹשִׂים מַעֲשֵׂה הַקָּטָן וְאֵ"כ ה"ה בְּקָטָן שֶׁקָּנָה קָרְקַע
בְּכֶסֶף דְּזֹכֵה מֵהָאִי טַעְמָא וְעַתָּה לְקַצֵּר: הִנֵּה מִשְׁפָּא לִי שְׁמַעְתָּמָא מַעֲנִין לַעֲנִין וְאַסְתַּגַּר
בְּקַמְיָתָ' בְּמָה שֶׁהִתְחִיל כ"ת בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם דְּשִׁטְרוֹת מְדַרְבְּנָן וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת
מִדְּאֲמַרִּינָן בְּשִׁבְעוֹת הַכּוֹפֵר בְּמִלְוָה שִׁישׁ עָלָיו עֵדִים חַיִּיב שִׁישׁ עָלָיו שֹׁטֵר פְּטוֹר אָמַר
ר"פ מ"ט עֵדִים עֲבִידִי דְּמִיָּתִי שֹׁטֵרָא הָא מִנַּח כּו' וְבִרְיֵשׁ פְּרָקִין שֵׁם אֲמַרִּינָן בְּרֵאוּן לְהַעֲיִד
אָמַר ר"פ לְאַפּוֹקִי כּו' אֲבָל מִשְׁחָק בְּקוֹבְיָא מְדַאוּרִיָּתָא מִיָּחֲזִי חֲזִי וְרַבָּנָן הוּא דְּפִסְלוּהוּ
וְכִתְבוּ הַתּוֹסְפוֹת שֵׁם הָא דְּבַעַד מִיָּתָה חַיִּיב אִף שֶׁהוּא מְדַרְבְּנָן מִשׁוּם דְּאֲזַלִּין בְּתַרְנוּןִיִּהּ
לְחוּמְרָא ע"ש וְהַשְׁתָּא קִשָּׁה לְפִי שִׁיטַת הַרְמַב"ם דְּשִׁטְרוֹת מְדַרְבְּנָן לר"פ גּוֹפְנִי' לְמָה יִפְטוֹר
בְּמִלְוָה שִׁישׁ עָלָיו שֹׁטֵר כִּינּוּן דְּמַחְמַת הַשֹּׁטֵר אִין מְתַחַיִּיב רַק מְדַרְבְּנָן וְאִם הָיוּ מְגִידִין
הָעֵדוּת בַּע"פ הִי מוֹעִיל מְדַאוּרִיָּתָא לְמָה לֹא אֲזַלִּין בְּתַר דְּאוּרִיָּתָא לְחוּמְרָא כְּמוֹ מִשְׁחָק
בְּקוֹבְיָא וְצָרִיף לְחַלֵּק בֵּין הָךְ דְּמִשְׁחָק בְּקוֹבְיָא שֶׁמְדַאוּרִיָּתָא הִי מוֹעִיל אִף שֶׁעַתָּה אִין
מוֹעִיל מְדַרְבְּנָן מ"מ חַיִּיב מִשְׁא"כ מָה שֶׁהִי מְחַיִּיב מְדַאוּרִיָּתָא ע"י הָעֵדוּת עֵדִים לֹא
אִיכְפַת לָן מָה שֶׁעַתָּה בְּלֹא הַגְּדָה אִין מוֹעִיל כִּינּוּן דְּסוֹף סוֹף הַשְׁתָּא מִיָּהּ מוֹצִיאִין מָמוֹן אִף
בְּלֹא הַגְּדָה שְׁלָהֶם וְעַדִּין הַדְּבָר צָרִיף תְּבַלִּין וְלְפִי מ"ש בְּסַפְרֵי בֵּית אֶפְרַיִם בְּקוֹנוּטְרַס
הַתְּשׁוּבוֹת בְּפִי הָךְ מִלְתָּא דְּאָמַר מְדַאוּרִיָּתָא מְחַזִּי חֲזִי' כּו' לְק"מ וַע"ש: וְעוֹד נִשְׁתַּיִיר
בְּקוֹלְמוֹס כְּמָה דְּבָרִים בְּעַנְיָנִים אֵלוֹ וְהוֹאִיל וְאַתְרַחֲשִׁי נוֹסַע תְּנוּחַ דַּעְתּוֹ בְּזֶה שֶׁפְּתַבְתִּי
וַיִּקְבֵּל ע"י מוֹכ"ז חֵלֶק שְׁנֵי מְסַפְרֵי בֵּית אֶפְרַיִם וְיָדֵי נְטוּי' ב"נ לְהַשִּׁיבוֹ בְּמִילֵי אַחֲרֵיִיָּתָא
וְהִי יִישֵׁר חֵילּוֹ לְאוּרִיָּתָא אֲנָרְף יָמִים יִשְׁבִּיעֵהוּ וְכַבּוֹד וְהָדָר יַעֲטֵרֵהוּ: דְּבָרֵי זַעֲרָא מִן
חֲבַרְיָא הָךְ אֶפְרַיִם זְלַמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד תְּשׁוּבַת שְׂאֵלָה ט לְקַבִּיל אֶלְפָּא שִׁינְנָא וְחַרִיפָּא
ה"ה כְּבוֹד יְדִידֵי הַרְבְּנֵי הַמְּוֹפְלָג הַחַרִיף וּבְקִי בְּחֻדְרֵי תוֹרָה קוֹלַע אֵל הַשְּׁעָרָה בְּפִלְפוּל
וּבְסִבְרָא יִשְׁרָה כְּבוֹד שֵׁם תְּפָאֲרָתוֹ מוֹהַר"ר מְרַדְכִי פ"ץ נ"י: אַחַד"ש הַטּוֹב.

דְּבָרֵינוּ הַנְּעִימִים הַגִּיעֵנִי בְּאֵילִין יוֹמָא דְּחוֹשְׁבָנָא וְהַנְּחִיתִים עַד עֲבוּד הַמוֹעֵד וְחוֹשְׁבָנָא הוּא
דְּלֹא סְלִיק לִי עַד הַשְׁתָּא. אִף כִּי הַקִּיפּוֹ עָלַי יַחַד עַנְיָנִים שׁוֹנִים לֹא מְנַעַתִי עֲצָמֵי מְלַעֲיִין
בְּדְבָרֵינוּ כְּפִי הַפְּנָאִי אַחֲרֵי רוּאִי כִּי עָרַב לְנַפְשׁוֹ קוֹשֵׁט דְּבָרֵי אֲמַת וְשִׁמְעַתִּי עָלַי חֲבִיבִי'.

כְּטַל וְכַרְבִּיבִים. וְהוֹאִיל וּמְקַלְעֵי אוֹרְחִים אֲשֶׁר יִלְפְּתוּ אֲרָחוֹת דְּרַכְּסָם דְּרַף פִּק"ק.

אֲמַרְתִּי בְּחֻזִּי לְהַשִּׁיב בְּקַצְרָה. וְהִנֵּה מ"ש כ"ת לְהַשִּׁיב עַל מָה שֶׁפְּתַבְתִּי דְּלְדְבָרֵי הַנ"ב
נִימָא בְּכָל מִתּוּף שְׂאֵי"ל ע"י ע"א או' ב' דְּבַעֲיָן דו"ח וְעַז כְּתַבְתָּ דְּבַע"א לֹא בְּעִינָן דו"ח
כְּמְבוֹאֵר בְּפוֹסְקִים עכ"ל.

וַע"ז אֲמִינָא לֹא תַתְּלִי בּוֹקֵי סְרוּקֵי בְּפוֹסְקִים וְלֹא רְאִיתִי בְּדְבָרֵיהֶם מִי שֶׁפְּתַב כּוֹן וְשֶׁפְּגַדּוּ
קְאָמִינָא דְּנֹדָא ד"ת גַּם ע"א צָרִיף דו"ח דְּכִלְלָא הוּא כָּל שְׁשָׁנִים מְחַיִּיבִין מָמוֹן כּו' וְכִינּוּן
דְּבַב' בְּעֵי דו"ח לְחַיִּיב מָמוֹן הָא דַּע"א קָם לְשִׁבּוּעָה נְמִי דוֹקָא ע"י דו"ח הוּא וְאִם בְּשִׁבְלֵי

שע"א אין בו תורת הַזְמָה מה בְּכָף שְׂאֵם הַזֵּם פְּטוּר מ"מ עדותו בְּטֵל ע"י הַזְמָה כְּמִבְּנֹאֵר
בב"מ דף ד' בְּהָא דְאָמַר הֵתָם ר"ח תוֹרַת הַזְמָה לֹא פְּרִיָּה עֵינָן בּפֶרֶשׁ"י וּבִתְוֹס' שֵׁם וּמִשָּׁם
מוֹכַח ג"כ דע"א בְּעֵי דו"ח דאל"כ ה"ל לְמִימַר מַה לְהַצִּד הַשְּׁנִי שָׁפֵן א"צ דו"ח וְגַם דְּלִפִּי
הָאָמֶת תִּיקָשִׁי עַל ר"ח דְּדוֹנָקָא תוֹרַת הַזְמָה דְּהוּא פְּרָכָא פֶּל דְּהוּא דְּמַה שְׂאִינוּ מְשַׁלֵּם אִינוּ
יְפוּי כֹּחַ שֶׁל הָעֵדוּת וְלִכֵּן לֹא הָוֵי רַק פְּרָכָא פֶּל דְּהוּא וְלֹא פְּרִיָּה ר"ח אֲבָל אִם נִימָא דא"צ
דו"ח פְּשִׁיטָא דְּהָוֵי יְפוּי כֹּחַ וּפְרָכָא גְּמוּרָה הוּא וּמ"ט לֹא פְּרִיָּה לִי ר' חֲזִינָא.

וא"ל דְּכִינּוֹן דְּטַעְמָא דְּלֹא בְּעֵי דו"ח מְשׁוּם שְׂאִין בּוֹ תְּשַׁלּוּמֵי הַזְמָה לְכָף לֹא תִּשְׁיֵב לִי פְּרָכָא
גְּמוּרָה זֶה אִינוּ דמ"מ לְעֵנָן קִיּוּם הָעֵדוּת יְפוּי כֹּחַ גְּמוּרָה הוּא שְׂעֵדוּתוֹ מִתְקַיְמ' בְּלֹא דו"ח
משא"כ בְּשִׁנֵּי עֵדִים.

אֵלָּא וְדַאי דז"א דגם עַד אֶחָד בְּעֵי דְרִישָׁה וְחִקְרָה שְׂאֵם יוֹזֵם יִתְבַּטֵּל עֵדוּתוֹ וְז"ל הֶרְמַב"ם
פ"ב מֵהִלְכוֹת עֵדוּת מְצַנֵּת עֲשֵׂה לְדַרְוֵשׁ אֶת הָעֵדִים וְלִחְקֹרֵן כּו' כְּדִי שְׂיִשְׁתַּקּוּ אֲזַי חֲזָרוּ
בְּהֵם אִם יֵשׁ בְּעֵדוּתוֹן דּוֹפֵי כּו' וְכֵן מְבֹאֵר לְשִׁיט' הֶרְמַב"ם דְּדְרִישׁוֹת שְׂבָגוּף הַמְעַשֶּׂה פְּגוֹן
חֻבִּיּוֹת יֵינן וְשָׁמֵן אוֹ סִינִיף וְאֵרִירֵן עֵדוּתוֹן בְּטֵלָה אִף שְׂאִין הַזְמָה תְּלוּי' בּוֹ וְכֵן מְבֹאֵר מֵהָא
דְּאֶמְרִינָן בְּסוּף יְבָמוֹת דר"ט ס"ל דְּעֵדוּת נְשִׁים נְמִי בְּעֵי דו"ח וְאֶמְרִינָן שֵׁם דְּקִדְקָא עֲלֵיוּ ב'
וּג' פְּעֻמִּים וְנִמְצָא עֵדוּתוֹ מְכֻוֹנָת וְהִשְׂיָא ר"ט אֶת אִשְׁתּוֹ וּמֵאֵן דְּסָבַר דְּלֹא בְּעֵינָן דו"ח
אֶמְרִינָן הֵתָם דס"ל פִּינּוֹן דְּאִיכָא פְּתוּבָה לְמִשְׁקַל כד"מ דְּמִי הָא לֹא הִכִּי הָוֵי בְּעֵי דו"ח אִף
שְׂאִין בּוֹ תוֹרַת הַזְמָה וְכֵן דַּעַת הַרְבֵּה פּוֹסְקִים בְּעֵינֵי קְדוּשִׁין וְעֵינֵי זְנוּת לְהַצְרִיף דו"ח:
וּמ"ש הַנ"י פְּרָק אד"מ וְהִבִּיאוּ הַש"ף ס' ל"ג שְׁכַת' ד"מ א"צ דו"ח וּמִינָה דְּלֹא בְּעֵי עֵדוּת
שְׂאִינ' לְדַטַּעְמ' דְּדו"ח מְשׁוּם דְּבְּעֵי עֲשֵׂאִי"ל הוּא עכ"ל לֹא לְמִימָרָא דְּעִיקָר טַעַמ' דְּדו"ח
מְשׁוּם הִכִּי הוּא אֵלָּא ר"ל דְּכִינּוֹן דא"י בְּדו"ח עֵדוּתוֹ בְּטֵל' מְשׁוּם עֲשֵׂאִי"ל כְּמִבְּנֹאֵר בְּש"ס
שֵׁם אֵלָּמָא דְּהַזְמָה תְּלִיָּא בְּדו"ח וְכִינּוֹן דְּבד"מ לֹא בְּעֵינָן דו"ח מְמִילָא דְּלֹא בְּעֵינָן עֲשֵׂאִי"ל
אֲבָל פְּשִׁיטָא דְּאִף הִיכָא דְּלֹא שְׂיָיָה דִּין הַזְמָה מ"מ לֹא בְּטֵל דִּין דו"ח וְהָא קָמֵן דְּבִבְדִיקוֹת
אִם אָמַר א"י עֵדוּתוֹ קִיָּמַת אִף בְּד"נ לְפִי שְׂאִין הַזְמָה תְּלוּי' בּוֹ וּמ"מ דִּין בְּדִיקוֹת לֹא בְּטֵל
פִּינּוֹן שְׂאֵם הֶוֹכַחְשׁוֹ בְּבִבְדִיקוֹת עֵדוּתוֹ בְּטֵלָה מְשׁוּם וְהַצִּילוּ הָעֵדָה צְרִיף בְּדִיקוֹת לְכַתְּחִלָּה
וְאִף בְּדִיעֵבַד אִם לֹא בְּדִק מְעַכְבֵּי דְשָׁמָא הָיוּ חוֹזְרִין בְּהֵם מִחֲמַת הַבְּדִיקוֹת אוֹ הָיוּ מְוַכְחָשִׁין
וּמכ"ש בְּחִקְרִירוֹת וְדְרִישׁוֹת אִף בְּמִקּוּם שְׂאִין שֵׁם דִּין הַזְמָה מְפָל מְקוּם אִם אָמַר אִינִי יוֹדַע
עֵדוּתוֹ בְּטֵלָה לְפִי שְׂדַרְכָּם לְדִקְדָּק בְּזֶה שְׂהַזְמָה תְּלוּי' בְּהֵם לְבַטֵּל עֵדוּתוֹ וְהָא דְּאֶמְרִינָן בְּכָל
דְּוֹכַת' דְּבְּעֵינָן עֵדו' שְׂאִי"ל דְּהֵינּוּ תְּשַׁלּוּמֵי מְמוֹן אוֹ מִיתָה הֵינּוּ הִיכָא דְשְׂיָיָה כְּאֶשְׁרֵי זָמַם
וּמ"מ הִיכָא דְּלֹא שְׂיָיָה כְּאֶשְׁרֵי זָמַם לְשַׁלֵּם מְמוֹן אוֹ מִיתָה לֹא בְּטֵל דִּין הַזְמָה לְבַטֵּל הָעֵדוּת
וּלְעֵנָן מִלְּקוֹת עֵינָן בְּתו' רִישׁ מְכוֹת וּבְרִיטְב"א שֵׁם (וּצ"ע בְּלִשׁוֹן רַש"י סְנֵהֲדָרִין דמ"א
שְׁכ' אֵהָא דְּעֵדוּת שֵׂאִי"ל מְשׁוּם שְׂנַאֲמַר וְדַרְשָׁתָּ וְחִקְרָתָּ כּו' וְאֶפְשָׁר דְּאֶסִּיפָא סְמוּךְ דְּכִתִּיב
כְּאֶשְׁרֵי זָמַם) וְלֹא בְּטֵל מִינֵי' דִּין דו"ח כְּלָל וּמכ"ש ע"א הַמְעִיד לְשִׁבּוּעָה דאע"ג דא"א
לְקִיָּים בּוֹ כְּאֶשְׁרֵי זָמַם לֹא בְּטֵל מִינֵי' דִּין דו"ח מֵה"ת וְקָרָא דְּלֹא יְקוּם כּו' אֲבָל קָם לְשִׁבּוּעָה
בְּהָא גּוֹנָא גּוּפָא דְּמְמוֹן אוֹ מִיתָה דְּהֵינּוּ ע"י דו"ח מֵהֵנָּה טַעְמָא דְשָׁמָא יִשְׁתַּנּוּק אוֹ יִחְזוֹר
בּוֹ אוֹ אִם יוֹזֵם יִתְבַּטֵּל עֵדוּתוֹ וְגַם דְּאִי אֶתִּי אֶחְרִינָא וּמְצַטְרַף בְּהַדְרָה יִסְתַּיֵּב מְמוֹן וּמְעִיקָרָא
עֵדוּת שְׂאִי"ל הוּא.

ועיין בקצה"ח סוף סי' ל"ח דמסתפק ושואל בע"א דאמרינן בי' מתוך כו' אם יש בו דין
הזמה וכיין דאנו לענין מתוך קיימינן אם נימא דיש בו דין הזמה פשיטא דצריה דו"ח:
אך באמת העיקר כמ"ש דמה"ת בכל גוונא ע"א צריה דו"ח כמו ב' עדים ובדקתי בנ"ב
גופי' בסי' ע"ב שהצריה בענין זה ומצאתי שם דף פ' ד"ה ועפי"ז כו' שכ' להדיא דגם
ע"א המעיד לחייב שבועה ג"כ בעי מה"ת דו"ח כו' ע"ש: ומזה יש להשיב על מ"ש
באו"ת סי' נ"א דלמה שטר בע"א פשר משום נעילת דלת דבע"א לא שייך נ"ד כו'
ולדבריו לבעי בע"א דו"ח דמה שבטלו דו"ח נמי משום נ"ד הוא אלא ע"כ דגם בע"א
שייך נ"ד או דלא פלוג רבנן בתקנתם פנין שבטלו דו"ח מד"מ לגמרי בטלו וה"ה לענין
תקנת שטר בכל גוונא תיקנו דזימנין מתרמי דליכא רק חד או שדעתו הי' לתתם עוד
ונטרפה השעוה וכיוצא בזה ומ"ש כ"ת על מ"ש בב' עדים לבעי דו"ח וע"ז פתבת דנדאי
פוננתי היכא דאיכא למימר מתוך ע"י שבועה דר"ח קמיינת' והבאת ע"ז מדברי הבשמים
ראש שכ' דבשבועה דר"ח לא אמרינן מתוך פנין דמג"ש ילפינן לה ובג"ש לא אמרינן
מתוך כו' ותלית לה פיפי להו מלתא בדברי התוס' שהקשו בשבועת חשוד ישבע פנגדו
נימא מתוך והצריכו בלשונם משום דאיהו דר"ח לא קשי' משום דלא אמרינן בזה מתוך
רק אדינא דחשוד בעלמא קשי' להו ועוד הארכת ליפות הדבר מדברי הרא"ש ואני אומר
לאו מר ברי' דרבינ' חתי' עלה ולא מהרא"ש יצאו הדברים שהרי הרא"ש בב"מ פתב
ז"ל מסקינן דיליף לה מביני' דפיו וע"א כו' ולא הזכיר בדבריו ג"ש פלל וכן מבואר
ממ"ש אח"כ אתיא מג"ש דע"א מדבעי למילף העדאת עדים לחייבו שבועה מהודאת פיו
ומג"ש דע"א אלא ב"ד פוסקין שבועה כו' ע"ש מבואר מלשון זה מדבעי למילף כו'
דמסקנא לא הוי הכי רק ילפינן לה מע"א גופא וזה דעת רש"י פמבואר בש"מ שם שפתבו
דרש"י גרס במסקנא מה לע"א שפן על מה שהוא מעיד כו' ונראה שם שהוא ג"כ גרסת
רבינו אפרים והר"י מיג"ש ז"ל ועיין בר"ן בפירק שבועת הדדינין גפי' הא דאמרינן ל"ש
אלא טענת מלנה כו' שכ' ועוד שהרי יש מי שפירש שם דמגלגול שבועה מיייתי לה כו'
ע"ש ומבואר דלדעת ר"א והר"י מיג"ש מע"א גופא מיייתי לה וזהו גרסת הרא"ש ג"כ
וכן מוכרח מדבריו בפירק שבועות הדדינין שכ' לדחות ראיות הר"א והר"י מיג"ש מהא
דב"מ דקאמר הצד השנה שע"י טענה וכפירה הם באים דאפילו בטענת שפמא תובע מיקרי
ואי הנה גרס דמיייתי מג"ש בפשיטות ה"ל לדחויי דהא מג"ש מייירי שהוא אפילו בטענת
שפמא שאומר התובע מגלגלין וכמ"ש הרא"ש בקדושין ובסוף שבועות וא"כ ע"כ הא
דקאמר שע"י טענה וכפירה היינו אפ"י טענת שפמא ואפילו תימא פנין דעכ"פ בעינן רגלים
לדבר דומיא דסוטה כמ"ש הרא"ש שם ולכן הוי פאילו טען טענת ברי וכמ"ש הרשב"א
בקדושין וא"ש לישנא שע"י טענה וכפירה כו' מ"מ עכ"פ אין מקום להביא משם ראיה
לענין שבועה עפ"י ע"א ממש והני דנקטי גרסא שפן שבועה גוררת כו' ומפרשים דמג"ש
מיייתי לה באמת דוחים ראי' זו מהאי טעמא ע"ש בש"מ ב"מ בשם הרמב"ן והרשב"א
והר"ן בשבועות (וקצת צ"ע על הרשב"א דבקדושין נראה שמשפם להרא"ש והר"י
מיג"ש והביא ג"כ האי ראי' מב"מ דקאמר שע"י טענה כו' ובחידושי' לשבועות חולק
עליהם וגם דוחה ראיה זו משום דמפרש דמג"ש מיייתי לה וכ"כ בש"מ ב"מ בשם
הרשב"א ע"ש) וא"כ ה"ל להרא"ש לדחויי ג"כ מה"ט אלא ודאי דאיהו מפרש ג"כ
דבמסקנא מיייתי לה מע"א ואהא קאמר הצד השנה שע"י טענה כו' וכן מבואר ג"כ מלשון

הרא"ש בב"מ שכתב בענין עד המסייע וז"ל ועוד הביא ראיה מדגמר ר' חניא מבינייהו דפיו וע"א כו' וכל מה הצד פרכינן לי פרכא כל דהו כו' ע"ש מבואר שתופס עיקר פגרת רש"י דבמסקנא מע"א מיייתי לה ולא מג"ש: ועוד נראה דבלא"ה אי אפשר לומר שהרא"ש סובר דבר"ח לא אמרינן מתוך שהרי הרא"ש בשבועות פתב הטעם דבחדשוד שפנגדו נשבע ולא אמרינן מתוך ויטול בלא שבועה משום חיותי דחדשוד תיקנו פה כו' ואם נימא דלא אמרינן מתוך בהא דר"ח א"כ גם לענין שפנגדו נשבע נמי אית לן למימר דליתני להך תקנתא בהא דר"ח ונהרי מפורש יוצא מפי תלמוד ערוף דאמרינן שפנגדו קאמינא ושם בבשמי ראש בהגהותיו כ"ד שם באמת פתב דבעל התשובה סובר שאין טעם חדש משום משא"ל כו' ונהרי הרא"ש כת' בהד"ה ה' טעמא שהוא פתרוץ השני דהתו' וא"ל דבשקלא לענין מתוך שפיר אמרינן דליתני דבר"ח פינון דליתני בג"ש משא"כ שבועת שפנגדו בחדשוד איתני נמי בגלגול דז"א דבג"ש גופא לכאורה משמע דלמאן דס"ל דלא אמרינן מתוך בג"ש גם בחדשוד אין שפנגדו נשבע רק על גוף הטענה ולא על הגלגול לפום ה' תירוץ דהתוס' והסכימו לזה רוב המפרשים דהשבועה תיקנו לטובת החדשוד ואף שהב"י סי' פ"ז כ' בשם מ"כ דבחדשוד נשבע ונוטל אף על שבועת גלגול ע"ש י"ל דהך מ"כ ס"ל כמ"ד דגם בגלגול אמרינן מתוך: ומצאתי באו"ת ריש סי' צ"ד שהביא דברי המ"כ וכתב כמ"ש ונהניתי ועיין שם שהשיג על הש"ך דמפרש פנונת המ"כ בענין אחר והדין עמו ונהנה באו"ת שם פתב ראי' מדברי הרמב"ם בסי' צ"ב בחדשוד שומר (ולזה נראה שפנון בהגהת כ"ד שכ' דבסי' צ"ב פסק פן בש"ע בפשיטות) ולכאורה י"ל לפי מ"ש הסמ"ע בסי' ע"ב ס"ק צ"א דכל שהג' שבועות באין עליו בענין א' דיינינו להו פחדא ואף מאן דסבר דלא אמרינן בגלגול מתוך מודה בהא דאמרינן מתוך א"כ אין ראי' דגם בחדשוד שומר אמרינן דנשבע ונוטל אף על שבועת שלא שלחתי בה יד פינון דהשבועות באים פאחד.

אף הט"ז והש"ך השיגו שם על הסמ"ע וגם ממקור הדין דבגלגול לא אמרינן מתוך שהוא נלמד מסוגיא דשאלה ושבורה מבואר סתירת דבר זה ונשפיר מיייתי האו"ת ראי' מזה דאף בגלגול אמרינן דחדשוד שפנגדו נשבע אף על הגלגול ונוטל אכל אחר העיון נלענ"ד דאין משם ראי' דהתם בשומר חדשוד שטוען נגנב או אבד ודינא הוא שישבע שד"א שאינה ברשותו וע"י גלגול צריף לישבע על שליחות יד ופשיעה ומדינא פינון דא"י לישבע שאינו ברשותו משלם אלא פינון דחז"ל תיקנו לטובת החדשוד שפנגדו ישבע וקאן אי אפשר לו שישבע שהרי שפנגדו טענתו ספק פטר לי הרמב"ם ברישא ואהא שפיר פתב דאם טען ברי ששלח יד שפנגדו נשבע פתקנת חכמים ואף שהוא משבועה שע"י גלגול מ"מ פינון דמדינא הי' חייב לשלם משום שא"ל עיקר שבועה אישברשותו רק מצד שתיקנו חכמים שבועה על שפנגדו ומדוויק בזה לשון הרמב"ם וש"ע שכתבו הרי זה נשבע פתקנת חכמים ונוטל וכל שיכול לקיים פתקנת חכמים די בכך דהא עיקר הטענות והגלגול הפל על אותו ממון עצמו הוא משא"כ היכא שהם שני ענינים פגוונא דהמ"כ שהתביעה על מטלטלין והגלגול על קרקע והוא חדשוד דאף שעל גוף הטענה דמטלטלין שפנגדו נשבע פינון דמדינא אית לן למימר משא"ל מ ותיקנו שבועה לטובת החדשוד מ"מ על הגלגול שמגלגל עליו קרקע דלית בי' דינא דמשא"ל מ גם ע"י שבועה שפנגדו אינו נוטל ומ"מ שפיר השיגו הט"ז והש"ך על הסמ"ע בסי' ע"ב דהתם לאו בדין

חשוד מיירי רק לענין משאג"ל והוא שני עניני ממון ג"כ דמה בקב משאג"ל שלא שלח
בה יד ואינו ברשותו מ"מ יכול ליטבע פמה הוא ומה בקב שהשבועות באים מחמת עסק
אחד מה שאין פו בחשוד שומר פינון שהדין על אותו ממון עצמו לומר משאג"ל פינון
שפנגדו טוען פרי על הגלגול אמרינו דנשבע ונוטל: ולפ"ז אין לנו ראיה מכרחת דבחשוד
נשבע על הגלגול למ"ד דלא אמרינו בגלגול מתוך פינון דעיקר פה תירוץ בתוס'
דהשבועה לטובת החשוד דמדינא אמרינו מתוך וזה שייך בעיקר הטענה ולא בגלגול
ומ"ש בהגהות כ"ד דע"כ אין טעם חשוד משום משאג"ל דהא אף לרב ושמואל הדין פו
אין זה נכון דנדאי לרב ושמואל דאמרי חזרה שבועה לסיני הכי הוא כמ"ש להדיא
הרשב"א והר"ן בשבועות דלדיהו בחשוד תקנת מלנה היתה פינון דהלנה חשוד שלא
יהא חוטא נשפך הוציאה משם ותקנוהו על שפנגדו וישבע ויטול ואם גם שפנגדו חשוד
בטלה התקנה וחזרה לסיני אבל לר' אבא מדינא מחויב לשלם כשאג"ל אלא שתקנוהו
משום לא שבקת חיי כל ששניהם חשודין חזר למחויב לה ומוקמינו לי אליבא דמשאג"ל
ואנו השתא אליבא דר' אבא קיימינו שתקנת השבועה לטובת החשוד דלא נימא מתוך
ויטול שפנגדו בלא שבועה וא"כ בגלגול ליכא למימר הכי.

אף מסתימת הפוסקים שלא פתבו פלוגתא בזה בענין גלגול רק לענין מתוך ולא הזכירו
דגם לענין חשוד שישבע פנגדו שייכא הו פלוגתא נראה מדבריהם דבחשוד פולי עלמא
מודו שפנגדו ישבע ויטול אף בגלגול.

ולכן נלענ"ד דיש הפרש בין אם הריעותא מצד השבועה עצמה ובין אם השבועה מוטלת
עליו פדת של תורה רק גברא הוא דלא חזי דמה שפתבו הפוסקים דבגלגול לא אמרינו
מתוך היינו היכא שנתחייב שבועה בעיקר הטענה מחמת מודה במקצת או ע"א ועל
הגלגולים טען איני יודע ואלו הי' פו בטענה עצמה לא הי' נופל ע"ז שם שבועת התורה
דהא אין שד"א באיני יודע רק שבעיקר הטענה היינו אמרינו מתוך דכיון שאם הי' כופר
לא הי' נפטר משבועה השתא דטען א"י אמרינו מתוך ואין זה רק בעיקר הטענה אבל
בגלגול לא דיינינו לי' דין משאג"ל פינון דאין טכסיס שבועה פלל בענין זה דאיני יודע
וגם י"ל דעיקר גלגול הוא שבועה גוררת שבועה וכיון שטוען איני יודע אין נופל על זה
שבועה לומר שבועה גוררת שבועה וכיון דגרירת שבועה אין פאן תשלומין אין פאן
משא"כ היכא שאין הגריעותא מצד השבועה שמגלגלין עליו טענה שישבע עליו וכך
הוא דרפה של תורה שישבע בטכסיס הזה רק זו עפכה שהוא מן האיש שהוא חשוד ולכן
פינון שעכ"פ חלה עליו שד"א מצד הגלגול ושפיר אמרינו בי' שבועה גוררת שבועה רק
גברא הוא דלא חזי ליטבע לפי שהוא חשוד שפיר הוי אמרינו בי' משאג"ל משלם אף
בלא שבועה שפנגדו רק משום לא שבקת חיי תיקנו שישבע ויטול כמו בגוף הטענה:
ומעתה מ"ש כ"ת שהתוס' אין קושיותם אהא דהיא רעיא דבזה פינון דמפח דר"ח אתינו
עלה לא אמרינו מתוך ואין קושיותם רק אחשוד דעלמא ולפי מ"ש ז"א דאפי' אם נודה
לה להו סברא דבדר"ח לא אמרינו מתוך כמו בג"ש מ"מ אין זה כ"א בטוען על אינדך
חמשין לא ידענא דאז בגלגול לא אמרינו מתוך משא"כ בהו דהיה רעיא דמיירי מחשוד
שפיר קשיא נימא מתוך ואף דילפינו מג"ש מ"מ לפי מה דס"ד בקושיותם דלא קים להו
עדיין סברא דלא שבקת חיי גבי ג"ש גופא אית לן למימר גבי חשוד מתוך דהא השבועה
שגלגל חלה עליו והעפכה מצדו ומינה גם בהא דר"ח נימא מתוך וצריכים אנו לתירוצי

התו' בעובד' דההוא רעיא ג"כ כמו בחשוד דעלמא ועיין בפ"י שפכת בפירושי דאדרבא קושיות התו' הוא דוקא על סוגיא דהכא כו' מבואר מדבריו דס"ל דאמרין מתוך אף בדר' חייא קמיימא: ועוד נראה לענ"ד מדברי הרא"ש בתשובה פ"ל צ"ד הביאו הב"י סי' ע"ה נראה מפשיטות דבריו דכיון שמתניב שבועה מחמת העדאת עדים ע"י צירוף וחי"ל מחמת שהחזק כפרן משלם והובא ג"כ בש"ע סי' למ"ד ואף שהד"מ והש"ף סי' ע"ה מפרשים דבריו דהיינו ע"י שזה נשבע לענ"ד למענין בתשובה עצמה מבואר שפוננתו שמשלם בלא שבועה פ"ל שחזר ב' וג' פעמים וכתב שחייב לשלם ולא אישפטיט למימר שזה צריך לישבע.

ומ"ש הש"ף דבדפוס שס"ז איתא נשבע ונוטל אפשר שהגנה פן מחמת קושיא דלמה יטול בלא שבועה אבל לשון התשובה לא משמע הכי והג"ת פתב ליישב דכיון דלא הי' חשוד מעיקרא רק בשעת תביעה וגם בשעת תביעה לא הי' לו עדים רק שהגידו עפ"י חרם לכה לא שייך לא שבקת חיי כו' ובההיא רעיא שאני שהי' לו עדים כו' ע"ש והש"ף פתב שדברי הג"ת דחוקים בזה והאמת פדבריו דכה"ג הי' לו להרא"ש לפ"ש ועכ"פ מדברי הג"ת והש"ף נלמד שהם סוברים דגם בדר"ח שייך מתוך דאל"כ ה"ל לדחות דברי הג"ת בפשיטות דבעובד' דהרא"ש דמחמת דר"ח איתנו עלה א"ל מתוך אלא נדאי דסבר דבכל גונוי אמרינו ועיין בש"ף סוף ס"ק נ"א שכתב ודברי רי"ו תמוהים כו' ובסוף ח"ה פתב גבי ב' עדים דה"ל משא"ל משלם וכתב מפאן ראי' שאפ"י בגלגול אמרינו משא"ל משלם עכ"ל ולכאורה דברים אלו הם כמ"ש בבשמים ראש דכיון דכב' עדים אמרינו מתוך ע"כ דגם בגלגול אמרינו דהא ב' עדים מגלגול ילפינו לה: אף ראיתי שמה שנדמה אלי כב' עדים הוא ט"ס וצ"ל גבי עבדים וכוננתו לראי' שכתב בעה"ת והנ"י פגון שטענו עבד בכסותו כו' עיין ברי"ו שם.

שוב ראיתי במק"ב כ"ת שהביא דברי הג"ת והש"ף וכו' דמוכח דלא כהג"ת שהרי הרא"ש סובר דלא אמרינו מתוך וליתא דנדאי אין זה דעת הרא"ש פ"ל וכמ"ש וגם מ"ש בבשמי' ראש שרוב חכמי ישראל דחו דברי הרמ"ה ליתא לענ"ד ואדרבא הנ"י פתב שהספימו האחרונים כהרמ"ה ודעת הרא"ש גופי' בפרק השואל לא ברירא פולי האי שהרי פתב גם אידיך תירוץ דהתוס' ועיין באו"ת שהאריף בזה וגם מ"ש וכ"כ הר"מ ז"ל וכוננתו על הרמב"ם אין מוכרח פ"ל די"ל כמ"ש ה"ה שם דדוקא כשעיקר התביעה היא שמה לא אמרינו בגלגול מתוך ואין להאריף: ולכאורה יש לסייע לסברת הג"ת מדברי הריב"ש סי' שנ"ד שכתב דכיון שראובן החזק כפרו נאמן שמעון גם בשיווי החפצים כל שיערוך אותו בדבר שהוא אמוד בהם וא"צ שבועה כו' והש"ף בסי' ע"ט ס"ק ט"ו פתב ע"ז וצ"ע אמאי יהא נאמן על שיווי החפצים בלא שבועה הלא ע"ז לא החזק כפרו ולפי סברת הג"ת א"ש דהתם נמי הוי עובדא שלא הי' חשוד מעיקרא רק מחמת תביעה זו וגם לא הי' לו עדים בשעת תביעה רק שהגידו עפ"י חרם וא"כ הוי ממש כנגידון דהרא"ש דאמרי' בי' משאיל"מ ונוטל בלא שבועה ואף שהעדים לא העידו רק על חפצים סתם מ"מ יש בו דין מ"מ פ"ן שעכ"פ הי' שונים פרוטה וכמ"ש הרא"ש בענין מלנה על המשכון עיין בסי' ע"ב סעי' י"ב אלא דמלשון הריב"ש משמ' דלאו מטעם מחויב שבועה אתי עלה שלא הזכירו בדבריו מזה פ"ל רק מדין שהחזק כפרו ונראה דהריב"ש סובר פ"ן דבשעת תביעה שתבעו זה החפצים ששאל לו לא פרט את דמיהם הרי יש בכלל תביעתו

עָרַף שְׂוִוֵי חֲפָצִים פְּאִילוּ כְּפִי מֵה שֶׁהוּא אָמוּד בָּהֶם וְאִם הִי פּוֹרֵט בְּשַׁעַת תְּבִיעָה שֶׁהוּא תוֹבֵעַ אוֹתוֹן חֲפָצִים שֶׁהֵם שְׁוִים מְנָה וְהוּא אוֹמֵר לְהַד"ם הַחוֹזֵק כִּפְרוֹן עַל חֲפָצִים שְׁוִים סוֹף כְּזֶה דְהוּהָ כְּהוֹדָה שֶׁחֲפָצִים אֵלּוּ שְׁוִים כִּי אֵלּא שֶׁהוּא לֹא קִיבְלָם (וַיֵּשׁ לִפְקֶקֶת בְּזֶה דְכִינּוֹן שֶׁהוּא טוֹעֵן לְהַד"ם לֹא אִיכְפַת לִי לְטַעוֹן עַל שְׁוִינָן וְאִין זֶה כְּהוֹדָאָה עַל שְׂוִוֵי הַחֲפָצִים) וְאַף הַשְׁתָּא שְׁלֹא פִרְט סְתָמוּ כִּפְרוֹשׁוֹ שֶׁהָרִי יֵשׁ בְּכָלֵל תְּבִיעָתוֹ גַּם סוֹף כְּזֶה וְהוּא כִּפְרָר בְּכָל וְאָמַר לְהַד"ם הַחוֹזֵק כִּפְרוֹן עַל חֲפָצִים שְׁוִים סוֹף כְּזֶה וְנִאָמַן שֶׁמְעוֹן לֹמַר שְׁעִדִינָן הֵם בְּיָדוֹ וְצ"ע: אִף גַּם בְּדַבְרֵי הָרֵא"שׁ נִלְעַנ"ד דְּרַף אַחַר מ"שׁ הַג"ת וְהוּא עַפ"י מֵה שֶׁמְבֹאָר שֶׁם הָעֲנִין שֶׁהַתּוֹבֵעַ תְּבַע שְׁאֲבִיו צְנוּה מַחֲמַת מִיָּתָה לִיתָן לֹו ק"ק זְהוּבִים וְשְׁקִיבְלָם ר' עֲזַרְיָה דוֹדוֹ לְהַשְׁבִּיחָם לֹו כֹו וְלִשׁוֹן וְשְׁקִיבְלָם ר' עֲזַרְיָה כֹו הוּא מְגֻמָּגֵם קֶצֶת שְׁאֵם הַכְּנוּנָה שֶׁהַתּוֹבֵעַ טַעַן בְּרִי גַם עַל זֶה שֶׁמַּחֲמַת צְוִוֵי אֲבִיו קִיבֵל ר' עֲזַרְיָה אִיפְכָא ה"ל לְמִימַר שֶׁהַתּוֹבֵעַ תְּבַע שְׁקִיבֵל ר' עֲזַרְיָה ק"ק זִוּו שְׁצִוָּה אֲבִיו מ"מ לְהַשְׁבִּיחָם לֹו.

וְנִלְעַנ"ד דְּהָרֵא"ו וְאִין וְשְׁקִיבְלָם הוּא ט"ס וְצ"ל וְשְׁקִיבְלָם וְהִינּוּ שְׁלֹא יָדַע הַתּוֹבֵעַ רַק עַפ"י אֲבִיו שְׁאָמַר כִּי שְׁאֲוֹתָן הָרִי זִוּו קִיבְלָם ר' עֲזַרְיָה לְהַשְׁבִּיחָם לֹו וְהוּא מְצוֹ לִיתָנָם לֹו אוֹ אֲפֹשֶׁר צ"ל וְשְׁקִיבְלָם ר' עֲזַרְיָה וְר"ל שְׁאֲבִיו צְנוּה לִיתָן וְגַם צְנוּה שְׁקִיבְלָם ר' עֲזַרְיָה כֹו וּמִסְתָּמָא קִיבְלָם: וְאַף בְּלֹא הַג"ה כָּלֵל יֵשׁ לְפָרֵשׁ כֵּן דְּהָרֵא"ו וְשְׁקִיבְלָם אִינוּ טַעַנַת בְּרִי רַק ע"פ אֲבִיו.

וּבְזֶה כְּהָרֵא"שׁ שֶׁמַּתְחַיֵּיב שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה ע"י צִירוּף הָעֲדִים עַל נוֹן זִוּו וְאַף שְׁאִינוּ טוֹעֵן טַעַנַת בְּרִי מ"מ אָמַר לִי אֲבָא מַחֲשֵׁב טַעַנַת בְּרִי כְּדַעַת הָרֵאָב"ד בְּסִי' ע"ה סְעִיף ד' א דס"ל דָּאֵם הוֹדָה בְּמַקְצַת חַיֵּיב שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה.

וְאַף הַחוֹלְקִים שָׁם וְסוֹבְרֵי לְעֲנִין מ"מ אִין נִשְׁפַּע שֶׁה"ת דְּהוּי כְּמִשִּׁיב אֲבִידָה הִינּוּ דוֹקָא כְּהוֹדָה מְעַצְמוֹ אֲבָל בְּזֶה שֶׁהוּא מַתְחַיֵּיב בְּמַקְצַת עַפ"י עֲדִים מוֹדָה דְּחַיֵּיב שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה. וְכִינּוֹן שֶׁהַחוֹזֵק כִּפְרוֹן וְאִינוּ יָכוֹל לִישְׁבַע וְגַם שְׁפָנְגָדוֹ אִינוּ יָכוֹל לִישְׁבַע כִּינּוֹן שְׁאִינוּ טוֹעֵן רַק בָּא בְּטַעַנַת אֲבִיו חֲזָרָה שְׁבוּעָה לְמַחְזִיב לָהּ וְאִמְרִינָן מִתּוֹךְ וְכַדַּעַת ה"ר יִשְׁעִיָה וְהַרְמ"ה לְעֲנִין אִם הִי חֲשׂוֹד שׁוֹמֵר.

וְכ"כ בְּאוֹ"ת סִי' צ"ב דְּלִפִּי מ"שׁ הַב"ח בְּטַעַם הַפְּלוּגָתָא ס"ל לְהָרֵא"שׁ כְּהַר"י וְהַרְמ"ה ע"ש וְלִכְךָ שְׁפִיר דֵּן הָרֵא"שׁ אֵת הַדִּין שְׁזָה מִשְׁאִיל"מ: וְלִכְאוּרָה הִי אֲפֹשֶׁר לֹמַר דְּהָרֵאָב"ד דס"ל בְּאָמַר לִי אֲבָא חַיֵּיב שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה בְּמ"מ אִם הַנְּתַבֵּעַ חֲשׂוֹד שְׁפָנְגָדוֹ נִשְׁבַּע שְׁפָרָה אָמַר לֹו אֲבִיו וְיִטּוֹל.

וְא"כ לֹא הו"ל לְהָרֵא"שׁ לְסַתְּנוֹם דְּנוֹטֵל בְּלֹא שְׁבוּעָה כָּלֵל וְאִין זֶה דוֹמָה לְגִידוֹן דְּהַר"י וְהַרְמ"ה בְּחֲשׂוֹד שׁוֹמֵר שְׁטַעַנְתוֹ סָפֵק מִמָּשׁ וְלִכְךָ אִמְרִינָן בִּי מִשְׁאִיל"מ מִשְׁאִיל"כ כִּי כָּאֵן דְּחַשְׁבִּינָן מֵה שְׁטוּעֵן אָמַר לִי אֲבָא דְּזֶה הוּא טַעַנַת בְּרִי שְׁלֹו.

אִף נִרְאָה דו"א דְּמָה שֶׁתִּיקְנוּ בְּחֲשׂוֹד שְׁפָנְגָדוֹ יִשְׁבַּע הִינּוּ בְּטַעַנָה שֶׁהַנְּתַבֵּעַ מְכַחִישׁוֹ בְּבָרִי בְּזֶה הִפְכוּ חֲכָמִים הַשְׁבוּעָה מִן הַנְּתַבֵּעַ לְתוֹבֵעַ מִשְׁאִיל"כ בְּטַעַנָה דְּאָמַר לִי אֲבָא הָרִי אִין הַנְּתַבֵּעַ יָכוֹל לְהַכְחִישׁוֹ בְּבָרִי שְׁלֹא אָמַר לֹו אֲבִיו א"צ שְׁפָנְגָדוֹ לִישְׁבַע כָּלֵל כְּמוֹ דְּאִין מְשַׁבְּעִין עַל טַעַנַת שְׁמָא שְׁלֵ הַתּוֹבֵעַ לְנְתַבֵּעַ וְזֶה נִכּוֹן לְעַנ"ד.

ומה שיש לעיין בזה הוא לפי מה דקנימינין השתא בהה סברא דלא שבקת חיי כו' תיקשו דמה הועילו בתקנתו דכל יורש שינדע שמגיע לאביו מחשוד מנה יטעון עליו אמר לי אבא שמגיע לו מאה מנה ויטול ממנו בלא שבועה: וכבר הרגיש הט"ז לדעת הר"י והרמ"ה בקשוד שומר ותגרין שיזהר שלא יקבל שמירה וגם לטעם הב"ח א"ש דהתם השבועה באה מחמת המאורע שנעשה שומר ונגנב או נאבד ע"ש ובשניהם חשודים ג"כ צ"ל דהו"ל ליזהר שלא יעסוק עם חשוד שלא בעדי' ועיין בתשובת הרא"ש ריש פ"ל י"א שכתב ה' סברא דהחשוד אפסיד אנפשי' שהי' לו לפרוש ממשא ומתן ושם יתחייב ש"ד ע"ש שכ"כ לענין אם היה מוחזק לחשוד.

אף נראה שלא כ"כ אלא לענין דמסתמא קיבל עליו שהעוסק עמו יטול בשבועה אבל בלא שבועה פ"ל א"ל דאיהו אפסיד אנפשי' שהי' לו לפרוש ממו"מ דאל"כ נפל ה' סברא דלא שבקת חיי' בבירא והרא"ש גופי' כתבה בשבועות ועכ"פ בנידון פגונא דמיירי בי' הרא"ש לכאורה שי"ף לא שבקת חיי' מתביעת יורש.

ונראה דחזי לאיצטרופי נמי סברת הג"ת כיון שלא נעשה חשוד רק ע"י תביעה זו לא שי"ף לא שבקת ע"ש שהביא סיוע לזה מלשון הרא"ש בב"מ גבי הוחזק פפרן וצ"ע: והנה במה דכתבנא שמשמעות הפוסקים דלענין חשוד נשבע שפנגדו אף על הגלגול אף למ"ד דבגלגול לא אמרינן מתוך וכתבתי טעם לדבר דיש חילוק בין מתוך שהוא בא על טענת חמשין לא ידענא ובין שבועת חשוד שאין הריעותא בשבועה כ"א בגברא ונלענ"ד עוד תבלין לדבר דהנה י"ל בטעם הסוברים דלא אמרינן בגלגול מתוך דכיון דעיקר דין הגלגול מסוטה ילפינן לי' ולכן אין לגלגל רק דומיא דסוטה ששבועה גוררת שבועה שהיא יכולה לישבע אבל לא שיגלגל עליו שבועה שא"י לישבע.

וכן כתב בש"ף סי' צ"ד סק"ה ע"ש. וכל זה לענין טענת איני יודע אבל אם הריעותא שא"י לישבע הוא מחמת שהוא חשוד הרי שפיר אנו למדין מסוטה שהרי סוטה ג"כ היא חשודה שהרי יש עדים שנסתרה וקיי"ל החשוד על העריות פסול לעדות אשה וכאן היא נשבעת להתיר עצמה אע"ג דבעלמא אין חשוד נאמן בשבועה חידוש חדשה תורה שתהי' מותרת ע"י שבועה זו בצירוף השקאת המים.

ולכן אף שאין אנו לומדים מסוטה להשביע חשוד ומהפכים השבועה על שפנגדו עכ"פ אנו למדין משם שמגלגלין שבועה אף על החשוד וממילא דגם בזה מהפכים על החשוד כמו עיקר השבועה ובמאי דכתבנא צ"ע קצת על האו"ת סי' פ"ז ס"ק ד"ג.

וגם מ"ש שם וכי מי שיצרו תקפו לזנות חשוד לגזול צ"ע מסי' ל"ד סעיף ד"ה דדונקא חשוד מחמת קול. אבל בא על הערונה ממש לא כמ"ש התוס' גבי פלוני רבעני כו' ועיין בב"י שם ואף דיש פוסקים כר"נ מ"מ לא הו"ל לכתוב פן בפשיטות שהרי הרמ"א אינו פוסק פן ועכ"פ הי' לו להזכיר ה' דסי' ל"ד וצ"ע וגם הלום ראיתי בספר כתובה בסוגיא דהפוגמת שכתב בד"ה וסמוך סהדי כו' בסופו דא"ש מה שלא פירש"י דנ"מ לענין חשוד כיון שהעצה טובה שתשבע שד"א ע"י גלגול וקיי"ל דבכחשוד א"י לגלגל עליו עכ"ל והוא תמוה שנתראה שפוננתו למ"ש הש"ף בסי' צ"ד לדעת הריטב"א ותה"ד והתם מיירי לענין שאין החשוד יכול לגלגל על שפנגדו אבל מ"מ שפיר מגלגלין על החשוד לענין שישבע פנגדו על הגלגול ג"כ וכמש"ל דאף מאן דס"ל דלא אמרינן בגלגול מתוך מודה

בְּהָא דְלַעֲנִין חֲשׂוֹד שְׁפַנְגָּדוֹ נִשְׁבַּע עַל הַגְּלָגוּל וְצ"ע: וּמ"ש מְדַבְּרֵי הָאו"ת שֶׁהַקְּשָׁה עַל דְּבַרֵי הַתּוֹס' ד"ה תַּקְנֵתָא לְתַקְנֵתָא כּו' דְלַתְרוּץ הָא' מִשּׁוּם לֹא שְׁבַקְתָּ מַאי אִיפָא לְמִימַר לֹא יִדְעָנָא מַאי קָא קִשִׁי לִי דְדַבְּרֵי הַתּוֹס' פְּשׁוּטִין דְהַש"ס מְשַׁנֵּי דְלֹא עֲבַדִּין תַּקְנֵתָא דִישְׁבַּע וְיִטּוֹל עַל תַּקְנֵתָא דַר"ט מִשְׁבְּקִין לִי אֲדִינִי וְאַהָא קִשְׁיָא לְהוּ דְאַדְרַבָּא אִי שְׁבְקִין אֲדִינָא נִימָא מִתּוֹךְ דְמִתּוֹךְ לֹא תַקְנֵתָא אֲלֵא סְבָרָא הוּא אֲלִיבָא דַר"א דְקו"ל פְּנוּתִי וְאַמְרִין דְמִי שְׁהוּטְלָה עָלֵיו שְׁבוּעָה אוֹ יִשְׁבַּע אוֹ יִשְׁלַם וּא"כ מַה לִּי שְׁנַתְחַיֵּיב שְׁבוּעָה דְאוֹרְיִיתָא אוֹ שְׁבוּעָה דְרַבְּנִין סוֹף סוֹף הָרִי אִינוּ יָכוֹל לִישְׁבַּע הַשְׁבוּעָה שְׁהוּטְלָה עָלֵיו וְיִתְחַיֵּיב לְשַׁלֵּם וְע"ז פְּתַבּוּ דְלֹא שְׁיִיךְ הֵכָא מִתּוֹךְ פְּדַפְרִישִׁית ר"ל דְבַחֲשׂוֹד לֹא אֲמְרִין מִתּוֹךְ שֶׁא"י לִישְׁבַּע מִחֲמַת שְׁהוּא חֲשׂוֹד יִשְׁלַם אֲפִי בְּלֹא תַקְנָה שְׁתִּיקְנוּ חֲכָמִים וּמְדִינָא הָוִי פְּטָרִין לִי וְלֹא הָוִי אֲמְרִין בִּי מִתּוֹךְ אִי מִטְעָמָא דְלֹא שְׁבַקְתָּ חֲזִי אִי מִטְעָמָא שְׁהוּא רוּצָה לִישְׁבַּע אֲלֵא שְׁאִין מְנִיחִין אוֹתוֹ רַק בִּשְׁד"א תִּיקְנוּ בְּחֲשׂוֹד שְׁיִשְׁבַּע וְיִטּוֹל וּבִשְׁד"ר מוֹקְמִין לִי אֲדִינָא שְׁיִיךְ פְּטוֹר וְהָא דְלֹא פְתַבּוּ הַתּוֹס' בְּפִשְׁיטוֹת דְּבִשְׁד"ר לֹא אֲמְרִין מִתּוֹךְ וּכְמַש"ל בַּד"ה וּבְכוּלֵי בְּעִי דְלוּדֵי לִי דְנִסְכָּא דַר"א הָוִי שְׁד"א דְאִי הָוִי שְׁד"ר.

לֹא הָוִי אֲמַר הֵכִי הֵתֵם שְׁפִיר פְתַבּוּ הַתּוֹס' דְּבִשְׁד"ר לֹא אֲמְרִין מִתּוֹךְ שְׁאִינוּ יָכוֹל לִישְׁבַּע דְמַה"ת לֹא יְהִי יָכוֹל לִישְׁבַּע דְחֲכָמִים לֹא תִיקְנוּ הַשְׁבוּעָה רַק שְׁיִשְׁבַּע שְׁאֲמַת פְּמוֹ שְׁהוּא טוֹעֵן וְאִם לֹא הִי פָּאן עַד וְהוּא טוֹעֵן אִין חֲטָפִי וְדִידִי חֲטָפִי הוּא נִשְׁבַּע מְדַרְבְּנִין שְׁפַדְבְּרִיו כֵּן הוּא וְכֵן פְּשׁוּטֵעֵן אִינִי יוֹדַע יָכוֹל לִישְׁבַּע ע"ז וְלִכְּנֵן פְתַבּוּ הַתּוֹס' דְאִי הָוִי שְׁם שְׁד"ר לֹא הָוִי אֲמַר הֵכִי וְהָוִי מִשְׁבְּעִין לִיהִי שְׁפַדְבְּרִיו כֵּן הוּא אִין חֲטָפִי וְדִידִי חֲטָפִי וְדוֹקָא בְּשְׁבוּעָה דְאוֹרְיִיתָא שְׁהוּא צְרִיךְ לִישְׁבַּע לְהַכְחִישׁ הָעֵד בְּלִשׁוֹן לֹא חֲטָפְתִי דַאל"כ הו"ל הָעֵד פְּשַׁנִּי יְכִיִן שְׁאִיל"מ וְכֵן בְּחֲמִשִּׁין לֹא יִדְעָנָא שְׁשְׁבוּעַת הַתּוֹרָה הוּא שְׁיִשְׁבַּע כִּי הוּא זֶה וְאִין מְגִיעַ מְמַנּוּ יוֹתֵר וְכִיִן שְׁאִיל"מ אֲבַל בִּשְׁד"ר יָכוֹל לִישְׁבַּע פְּמוֹת שְׁהוּא טוֹעֵן רַק גְּבִי חֲשׂוֹד דְאִינוּ יָכוֹל לִישְׁבַּע אֲפִי שְׁד"ר קִשִׁי לְהוּ דְנִימָא מִתּוֹךְ לְזֶה פְתַבּוּ דְמִתּוֹךְ לֹא שְׁיִיךְ הֵכָא מִטְעָמָא דְפַרְיִישִׁית לְעִיל שְׁהוּצָרְכוּ לְעֲשׂוֹת תַקְנָה בְּחֲשׂוֹד לַעֲנִין שְׁד"א וְלֹא שְׁבַקְתָּ אֲדִינָא דְמִתּוֹךְ מִשּׁוּם דְלֹא שְׁבַקְתָּ כּו' אוֹ מִטְעָמָא דְבְּרַצוֹן נִשְׁבַּע כּו': וְרִאִיתִי בְקִצָה"ח סוֹף סִי' צ"ד שְׁפַתְבּוּ שְׁם בְּשֵׁם מַהֲרַש"ךְ וּמַהֲר"ש הַלּוֹי שְׁנַתְקַשּׁוּ בְּדַבְּרֵי הַתּוֹס' וְכַתְבּוּ פְּעִין מַה שְׁפַתְבַּתִּי וְדַבְּרֵי הָרֵא"ש שְׁפַתְבּוּ תַל"ת לֹא עֲבַדִּין שְׁלֹא תִיקְנוּ חֲכָמִים שְׁיִשְׁבַּע כְּנִגְדּוֹ וְיִטּוֹל אֲלֵא בְּמַחְוִיב שְׁד"א נִלְעַנְדּוּ בְּכּוֹנְנוֹתוֹ אֲפִי דְרַב וְשְׁמוּאֵל וְר"א פְּלִיגִי בְּעַנְיַן הַתַּקְנָה דְלִמַר מְדִינָא פְטוֹר וְתִיקְנוּ שְׁפַנְגָּדוֹ יִשְׁבַּע וְיִטּוֹל וְלִמַר מְדִינָא מְשַׁלֵּם וּמִשּׁוּם לֹא שְׁבַקְתָּ חֲזִי הָוִי פְטָרִין לִי לְגַמְרִי וְתִיקְנוּ שְׁאֵעַפ"כ יִטּוֹל בְּשְׁבוּעַת כְּנִגְדּוֹ וְלֹא עָשׂוּ תַקְנָה כ"א בִּשְׁד"א אֲבַל בִּשְׁד"ר לֹא עָשׂוּ תַקְנָה זֶה וּמַמִּילָא דְלִמַר פְטוֹר מְדִינָא מְמַשׁ וְלִמַר פְטוֹר מְדִינָא דְלֹא שְׁבַקְתָּ חֲזִי כּו' פְּמוֹ אִם לֹא הָוִי עוֹשִׂים תַקְנָה בִּשְׁד"א דְאַפִּילוּ הָוִי פְטָרִין לִי בְּחֲשׂוֹד מִשּׁוּם לֹא שְׁבַקְתָּ.

וּמ"ש הַמְפָרְשִׁים שְׁלִפּוּם הָדָּ תִירוּצָא תַקְנֵת הַשְׁבוּעָה הוּא לְטוֹבַת הַחֲשׂוֹד הָאֲמַת פְּדַבְּרֵיהֶם לְגַבִּי דִינָא דְאוֹרְיִיתָא דְבְּעִלְמָא מִשְׁאִיל"מ בְּלֹא שְׁבוּעַת שְׁפַנְגָּדוֹ כְּלָל וְהֵכָא צְרִיךְ שְׁבוּעָה אֲבַל גּוּף הַתַּקְנָה שְׁיִשְׁבַּע אִם לֹא הָיִינוּ מְתַקְנִין אוֹתָהּ שְׁיִטּוֹל בְּשְׁבוּעָה הָיִינוּ צְרִיכִין לְתַקּוּן שְׁיִיחָה פְטוֹר לְגַמְרִי מִשּׁוּם לֹא שְׁבַקְתָּ וּבְשְׁבוּעָה דְאוֹרְיִיתָא בְּאֲמַת כֵּן הוּא שְׁלֹא תִיקְנוּ וּמַמִּילָא דְפְטוֹר לְגַמְרִי מִשּׁוּם לֹא שְׁבַקְתָּ כּו': וּמ"ש מְדַבְּרֵי שְׁאֲרֵי הַגָּאוֹן בַּעֲהַמ"ח ח"ד שְׁפַתְבּוּ בְּסִפְרָא נְתִיבוֹת מְשַׁפֵּט סִי' א' דְלֹא בְּעִינֵן מוֹמְחִין מְדְאוֹרְיִיתָא שְׁנַמְסַר הַדְּבַר לְחֲכָמִים וְלֹא עָשׂוּ אוֹתָנוּ לְשְׁלוּחִין אֲלֵא בְּמַקּוֹם נְעִילַת דְלַת וְעַפ"ז פְּתַבּוּ דַל"ק קוֹשְׁיִית הָר"ן רִישׁ

סנהדרין שהקשה דבסנהדרין אמרינן משום נ"ד ובגטין אמרינן משום דשליחותיהו עבדינו ולפי הנ"ל ניחא דבאמת צריכין לשלוחין קמאי בכדי דליהוי דאורייתא כו' ע"ז אמיןא להו לא תיזלו בתר איפקא שהרי הר"ן רצה לומר פן דמשום נ"ד עבדינו שליחותיהו והיינו לענין דרבנן (שבאמת אין מקום כלל לומר שיועילו מדאורייתא כמ"ש לקמן) ודחה זה דהא בש"ס תלי טעמא דלא בעינו מןמחין בדר"ח לענין דו"ח ובידו"ח אף דלא שייך עבדינו שליחותיהו מהני טעמא דנ"ד לחוד כו' וא"כ אם נרצה לומר שהוא דאורייתא פשיטא תיקשי טפי מה לו לתלות טעמא דל"ב מןמחין בדר"ח שאינו רק דרבנן וה"ל למימר בפשיטות דהא דלא בעי מןמחין משום דשליחותיהו עבדינו ומה לו להזכיר ענין נ"ד בזה ואף אם תאמר שכן הוא האמת שלא עשו לשלוחים אלא במקום נ"ד מ"מ אין זה ענין לקושית הש"ס בסנהדרין דבפשיטות מיתרצא הך קושיא במאי דאמר ר"י לאבני בגיטין דשליחותיהו עבדינו.

וגם קשה דאמאי הוי קשי' לי' לאבני טפי בהא דחזי לרב יוסף דמעשי אגטיי ממה דחזא מעשים בכל יום שאין בודקין עדות נשים בדו"ח וגם מכשירין בדיעבד אף גט שאין בו זמן דאי הוי מצריכין דו"ח הי' פסול וע"כ דינדע משום תקנת חכמים אפקעינהו כו' וה"ה לענין מןמחין.

ומ"ש דחשיב לי' לאבני לדחוק הא דאפקעינהו הרי ע"כ צריף לדחוק זה אף לפי מה דשני לי' ר"י דשליחותיהו עבדינו דתינח לענין מןמחין לענין דו"ח מא"ל ומבןאך להדיא בכל המפרשים דבין בד"מ בין בעדות נשים וכיוצא הכל משום תקנה אתינו עלה ועיין בנמוקי יוסף ריש פרק אד"מ ובשאר מפרשים ואמנם גוף הענין שכתב הגאון נ"י שנמסר לחכמים לא ידענא מאי קאמר ואף כי נמצא פזה לענין מלאכת חה"מ וכיוצא בזה כתב הרא"ש בסופה לענין פרי עץ הדר מ"מ אין זה ענין לכאן כלל וכאן אלקי' פתוב בפרשה פדאמרי' בב"מ בענין אלקים וליכא ומאין הרגלים לומר שנסר הפתוב לחכמים שיעשו שלוחים ואין רשות ביז סמוכים לסמוך חכמי' אחרים בדין סמיכה כמ"ש בש"ס וברמב"ם הל' סנהדרין פיצד סומכין ולא בדין שלוחים ומכ"ש מא"י לח"ל דאפי' סמיכה לא מהני ומכ"ש שליחות ואשפחן בש"ס דר' הוי מצטער למסמכי' כו' ומה זו סמיכה.

ובהא דכתיבנא דלכאורה קשה אהא דאמר דאפקיד לי' בשטר הא הוי ש"ק ע"ז השיב כ"ת שצ"ע דכיון דא"ג ממשעבדי משום דמצי טעין החזרתו במגו דנאנסו או משום נאנסו גופי' לדעת הרמב"ם והמחבר דטענינו לכו לא הוי ש"ק כמו מע"פ לדעתם ועיין בפ"י ב"מ דף ד' כו' עכ"ד בקצרה ולא דק בדברי שהקשיתי פן לפי מ"ש הש"ף דהא בהא תליא דאם א"ג ממשעבדי יכול לטעון החזרתו בלא מיגו והוא דעת הרמב"ם והמחבר דקיימי בשיטת הרמב"ן לענין כת"י וא"כ ע"כ הא דמוקי דאפקיד בשטר היינו לומר דגבי ממשעבדי מאיזה טעם שיהי' (או כמ"ד בב"ב דלא מהימן החזרתו במגו וכמ"ש הרשב"ם אהא דאמר רבא הלכתא פדייני גולה או כתירוץ ריב"ח ונאנסו גופא לא טענינו כמ"ש לקמן) דאל"כ אפתי תיקשי יהא נאמן נאנסו בלא שבועה במגו דחזרתו פינו דחזרתו טענה מעליא בפ"ע וע"כ דכיון דאפקיד בשטר גבי ממשעבדי

וא"כ הו"ל ש"ק נזה פשוט ובגוף הענין אם בכה"ג מיקרי ש"ק תליא בפלוגתא דהרמב"ן והרא"ש ס"פ שבועות הפקדון.

ונפלאתי על הפ"י שכתב לולי דברי התוס' כו' ולא הזכיר שהרמב"ן באמת כ"כ על קו' התוספות דהא בנרפתא והרא"ש חולק. ומדברי הר"ן והריטב"א והנ"י שהביא הש"ך סי' פ"ו שכתבו בדר"ח קמייטא שעד א' אם פרע כו' מבואר בדבריהם פרמב"ן ובש"ע סי' פ"ח כתב פהרמב"ן דאפילו שטר שא"א לקיימו או שאבד אינו ש"ק ולא הזכיר שהרא"ש חולק ובאו"ת עמד בזה ע"ש ר"ס ע"ה וסי' פ"ח: והנה מהרמב"ן מבואר דשטר שאבד יותר מסתבר שיהיה ש"ק ממלנה ע"פ נטעמא משום דמלנה ע"פ בלא עדים או למאי דקיי"ל א"צ להחזיר בעדים עיקר ההלואה מעיקרא נעשה ע"ד שלא יגבה ממשועבדים אף אם נימא שד"א לא שיודה הלוקח או כשיש עדים על ההלואה ואמרים לא נזה ידינו שהוא ענין רחוק ולכן אין זה ש"ק משא"כ בשטר שא"א לקיימו או שאבד שעיקר ההלואה הי' ע"ד שישגבה ממשועבדי אלא שזו עפכה מחמת סיבה שנתחדשה אחר ההלואה בזה י"ל כסברת הרא"ש כיון שאם היה הלוקח מודה הי' גובה וא"כ אינו רק לפי דלא מהימן לנו לגבי לקוחות ולכן שפיר הני ש"ק והרמב"ן ס"ל דאף בזה לא הני ש"ק כיון דהשתא מיהא אין הודאת הלנה מחייבת ש"ק דלא הני מצי למיטרף כיון שאין השטר בידו: ואמנם יש סברא להיפך דאפילו תימא דבמלנה ע"פ למ"ד שד"א מיקרי ש"ק היינו משום ששליטת טענה זו שאנו משביעין אותו עלי' היא ש"ק כגון תבעו מנה עפ"י ע"א או שהודה לו בחמשים וכפר חמשים אם לא הי' נאמן בשבועה להכחיש העד או אם היו כפאן שני עדים הי' פאן ש"ק ואף לטרנף מלקוחות הי' יכול אם הי' הלוקח מודה ובשביל זה שאין מאמינים לו לא פקע מינ' שם ש"ק נמצא פי עיקר טענה שאנו משביעין אותו עליו הוא על כפירת ש"ק משא"כ אחר שתקנו דמע"פ אינו גובה רק שיש ש"ק מחמת השטר שהי' בפעולת ההלואה י"ל דכיון דעכשיו אין לו שטר שפיר משביעין אותו דהא על הטענה שהוא נשבע אין פאן ש"ק שהרי הוא נשבע שאין מגיע לו רק חמשים ואין השבועה ענין לשטר דאף בלא שטר אם הי' מודה במקצת וכופר מקצת הי' מחוייב שבועה גם עתה נשבע ואף שבאמת הי' פאן שטר אין אנו דנין מצד השטר ושליטת טענה זו שאנו משביעין אותו עליו אין בזה ש"ק שאפילו אם גם הלוקח הי' מודה על החוב לא הי' טורף ממנו מחמת ההלואה עצמה רק מחמת השטר והרי אינו לפנינו ואין אנו משביעין אותו על כפירת השטר וי"ל דבכה"ג גם הרא"ש מודה דלא הני ש"ק ולפ"ז י"ל דלענין אבד השטר או א"א לקיימו אין הרא"ש חולק על הרמב"ן ועיין בהרא"ש ריש פ"ב דכתובות וכבר האריך בזה באו"ת ועדיין צ"ע בל' הרא"ש שבועות שכתב הלפ"ך אין ש"ק תלוי לא בעדים ולא בשטר כו' משמע דגם מ"ש הרמב"ן לענין שטר פליג עליו ע"ש: והנה בתשובתי הקשיתי על דברי הש"ך סי' ס"ט דמדברי הרשב"א המכונות מבואר שראייתו מהא שצריך שבועה בנאנסו ובקצה"ח כ"כ מסברא דנפשי'.

וליישב דברי הש"ך הי' נלפענ"ד עפ"י המבואר בסי' רצ"ו דטענות נאנסו לא מהני אלא במקום שאין עדים מצויין ולכן במקום שהפקדון במקום שעדים מצויין ובשטר אינו נאמן החזרתי דהא לית לי' מגו דנאנסו ובמשנה למלך סוף פרק ד"א מהלכות מלנה שדקדק ממ"ש הרמב"ם בהל' שלוחין גבי עסקא סתם נשבע וגובה מחצה ולא כתב

התנאי שכתב בהלכות שכירות דדונקא במקום שאין רואין משום דבהלכות שכירות בסתם פקדון שהוא שומר עליו ואינו יכול להוליכו ממקום למקום ומסתמא בביתו שמרם כו' ע"ש.

וכחילוק הזה מבואר ג"כ בדברי מהרי"ט בתשובה סי' ע"ש וארונחנא בחילוק זה דהשתא לא צריכנא לחילוק הריב"א שכתב דפקדון בלא עיסקא מהימן החזרתי במגו פיון דלא שיקף אפשיטי דספרי זייר אלא י"ל דבשבועות דמייירי בסתם פקדון אע"ג דהכי אתרמי שהי' במקום שאין רואין מ"מ פיון דבסתם פקדון לא שכיח זה וכמ"ש מהרי"ט א"כ החזרתי טענה גרוע דלא הי' לו לסמוך ע"ז להחזיר הפקדון בלי שטר לפי שיהי' נאמן במגו דנאנסו דשמא לא יארע כף שיהי' במקום שאין רואין ולא יהי' נאמן במגו משא"כ בעיסקא שפיר קאמר רבא נשבע וגובה מחצה די"ל דסמוך שיהא נאמן במגו ומעתה לפמ"ש בסתם שטר פקדון שהוא במקום שעדי' מצוין גבי בי' ממשעבדי.

וכן מבואר באו"ת סי' ס"ט בשם חדושי הגרשוני והאו"ת הסכים בזה שפדבריו כן הוא לדעת הש"ך: ולפ"ז א"ש דברי הש"ך אליבא דהרמב"ן דאין ראי' משטר פקדון כלל דבאמת הי' גובה ממשעבדי אי לאו מגו דנאנסה דהשתא מייירי באין רואין ואעפ"כ צריף שבועה דהחזרתי בפ"ע לאו טענה מעליא היא דאף דהשתא אמרינן שאין רואין ויכול לטעון נאנסו ובכה"ג אינו גובה ממשועבדים מ"מ הרי השטר עלול לגבות בו ממשועבדים במקום שיש רואין ופשיטא ששטר כזה מקפיד עליו דהא זילי נכסיה מחמת' ובודאי לא הי' מניחו ולכן החזרתי בזה אינה טענה בפ"ע כ"א במגו דנאנסו לכף א"נ החזרתי כ"א בשבועה ומקום שפא בחדושי הגרשוני להקשות על הש"ך אדרבה עפ"י יעמדו דברי הש"ך על מכוונם: ואחרי הודיע כל זאת קמה קושית' בהא דמוקי דאפקיד בשטר דהא הוי"ל שיעבוד קרקעות ואף דהשתא איירינן שהוא טוען נאנסו והוא במקום שאין רואין מ"מ גוף השטר הוא נעשה ע"ד שיעבוד נכסיו שאם יהי' במקום רואין יגבה מלקוחות ובכה"ג שפיר הוי ש"ק דתרי גונוי איפא ש"ק חדא היכי דעיקר הענין לא נעשה ע"ד טריפות לקוחות כגון במלוה ע"פ אע"ג דשד"א ואידך במלוה בשטר או שאבד שאף שעיקרו נעשה ע"ד טריפות לקוחות מ"מ השתא מיהא אין השטר לפנינו ולא טרף ונההכחשה שנופלת ביניהם שאנו משביעין הלוה עליו אינה ענין לשטר וכל ששלילת הטענה שאנו משביעין אותו אינה מחייבות טריפות לקוחות לאו ש"ק מקרי.

ומעתה בשטר פקדון אי בתר מעיקרא אזלת הרי עיקר הענין נעשה ע"ד שיהיה בו טריפת לקוחות ולא מצי טריף לקוחות בשטר זה מ"מ הך טענה דנאנסו שאנו מחייבין אותו שבועה שלילות טענה זו הוא ש"ק ממש שהרי אם היה במקום רואין או שהלוקח הי' מודה שידע שלא נאנסו הי' גוב' ממשעבדי שהרי השטר לפנינו וע"י טענת נאנסו הוא נפטר אם אנו מחייבין אותו שבועה ע"ז הוי שבועה על כפירות ש"ק.

וכתבתי זה בכדי לטייל עמו אריכות וקצרות אבל פנונתי הפשוטה כמש"ל דלהש"ך ע"כ להך אוקומתא היא גובה ממשעבדי מאיזה טעם שיהיה וכן כתבתי בבבאור בתשובתי שרמזתי עליה וע"ז כתבתי שבקצה"ח הרגיש בזה כו' ומ"ש שבקצה"ח פיון יפה שכ"כ לדעת ריב"א כו' הנה קיצר במקום שהיה לו להאריך חדא די"ל דהריב"א סובר דמייירי באין לו קרקע כו' וכמ"ש ג"כ כ"ת ועוד י"ל דס"ל דטענינן נאנסו ואפילו תימא דמסתמא

קאי בְּשִׁיטת התוס' דְּלֵא טְעֵנִין נְאָנְסוּ מ"מ י"ל דְּוּוֹקֵא לִיתְמֵי לֵא טְעֵנִין נְאָנְסוּ פִּינּוּ דְּלֵא שְׂכִיחַ אִי אִיתָא דְּאִתְרַמֵּי הָנִי פְּקִיד וְהִי מְבַרְר דְּבָרֵי לְטוֹבַת הַיְתוּמִים אַבְל לְטוֹבַת הַלְקוּחוֹת לֵא חָשׁ וְכַמְבֹּאֵר סִימָן ע"ח לְעֵנִין תוֹךְ זְמַנּוּ וְאִף לְהַרְמַב"ם שֶׁם דָּאִף לְטוֹרָף מְלַקּוּחוֹת א"צ שְׁבוּעָה בְּתוֹךְ זְמַנּוּ הֵינּוּ מְשׁוּם דְּתוֹךְ זְמַנּוּ חֲזָקָה אֲלִימָתָא הוּא מְשֵׁא"כ פֶּאן אִף דְּנְאָנְסוּ לֵא שְׂכִיחַ מ"מ מִיעוּט הַמְצוּי הוּא וְטוֹעֵנִין לְלַקּוּחוֹת (וְלִקְמָן אַבְאָר שְׂיֵשׁ מְקוּם לֹמֵר לְהִיפּוּף דָּאִף לְמ"ד טוֹעֵנִין לִיתְמֵי אֲפֹשֶׁר דְּלַקּוּחוֹת לֵא טְעֵנִין) וְמָה שְׂפַתְבָּת דְּהַרְמַב"ם פּוֹסֵק בְּהִדְיָא דְּטְעֵנִין לִיתְמֵי וְלַקּוּחוֹת נְאָנְסוּ מְשִׁגָּה הוּא בְּיָדָהּ שְׁלֵא נִמְצָא פֶן בְּהַרְמַב"ם וְאֲפֹשֶׁר שְׁהִטְעָה ט"ס שְׁבַשְׁ"ף ס' ק"ח ס"ק ח' שְׂפַתְב שֶׁם מ"מ הָרִי הַתּוֹסֵפ' כו' מְסַפִּימִים לְדַעַת הַרְמַב"ם וּבְאֲמַת הוּא ט"ס וצ"ל הַרְמַב"ן אַבְל הַרְמַב"ם י"ל דַּס"ל כְּהַתּוֹס' דְּלֵא טְעֵנִין נְאָנְסוּ, וְא"ל דְּמִסְתַּמָּא הַרְמַב"ם אֲזִיל בְּשִׁיטוֹת הָרִי"ף רַבּוּ בַב"מ פֶּרֶק הַמְקַבֵּל וְכֵן מְשַׁמַּע בַּב"מ פ"ז מֵהַל' שְׁלוּחִין הִנֵּה בַמְהַרִּי"ט סִימָן ע"ב פְּתַב גַּם דַּעַת הָרִי"ף שְׂאִין טוֹעֵנִין נְאָנְסוּ ע"ש וְאֲפִי' לְפִי פִירוּשׁ הַרְמַב"ן בְּרִי"ף א"ש לְפַמ"ש בַּמְהַרִּי"ט דַּס"ל נְאָנְסוּ שְׂכִיחָא בְּעִיִּסְקָא אַבְל זֶה שְׂאִינוּ רַק תוֹךְ הָעִיר ל"ש וְלֵא טְעֵנִין ע"ש: וְאֲמַנְם לְפִי מ"ש בְּלֵא"ה א"ש שְׁהָרִי מְבֹאֵר בְּכָלְלִי מְגוּ דְּמַגּוּ דַּל"ש לֵא אֲמַרִּין רַק דָּאֲפִ"ה טְעֵנִין הַחֲזוּרְתִי בְּמַגּוּ דְּנְאָנְסוּ מְשׁוּם דַּס"ל נְאָנְסוּ שְׂכִיחַ וְלִכֵּן גַּם נְאָנְסוּ גּוּפָא טְעֵנִין לִיתְמֵי וְכַמ"ש הַשְׁ"ף שֶׁם אֲלִיבָא דְּהַרְמַב"ן וּלְפִי"ז י"ל דַּמ"ד דַּס"ל דַּא"נ הַחֲזוּרְתִי בְּמַגּוּ דְּנְאָנְסוּ הֵינּוּ מְשׁוּם דַּס"ל נְאָנְסוּ ל"ש וְהַחֲזוּרְתִי בַפ"ע לֵא טְעֵנָה הִיא דַּא"ל שְׁסַמָּה שְׂיֵטְעוֹן נְאָנְסוּ דְּלָמָה יַעֲשֶׂה זֹאת שְׂיֵסְמוּף עַל טְעֵנָה דַּל"ש וְהַלְפָה א"ל שְׁטַרְף בִּיּוֹדֵי מַאי בְּעֵי וְלֵהָ מ"ד כ"ע מוֹדוּ דְּלֵא טְעֵנִין לִיתְמֵי נְאָנְסוּ וְכִיּוֹן דְּהָא דְּמַשְׁנֵי דְּאֲפִקִיד בְּשִׁטְר אֲזִילָא כַּמ"ד דַּא"נ הַחֲזוּרְתִי בְּמַגּוּ דְּנְאָנְסוּ כְּשִׁיטַת רַשְׁב"ם וְכַמ"ש ל' דַּע"כ צ"ל פֶּן לְהַשְׁ"ף מְמִילָא דָּאִין טוֹעֵנִין לְלַקּוּחוֹת נְאָנְסוּ וְלִכֵּן שְׁפִיר טַרְף מְשַׁעֲבָדִי וְלֵא הָנִי הַחֲזוּרְתִי טְעֵנָה בַפ"ע וְלִכֵּן א"נ נְאָנְסוּ בְּמַגּוּ דְּהַחֲזוּרְתִי וּמְמִילָא דְּהו"ל ש"ק וְגַם בְּלֵא"ה א"ש דְּהָא לְמ"ד טוֹעֵנִין נְאָנְסוּ צָרִיף לִיִּישֵׁב קְוִשִׁית הַתּוֹסְפוֹת בַּב"ב כַּמ"ש הַרְמַב"ן בְּמַלְחָמוֹת וְכַמ"ש הַשְׁ"ף סִימָן ק"ח וְהֵינּוּ לֹמֵר דַּמ"ד גּוֹבָה פְּלוּ"ס לְדֵא טְעֵנִין נְאָנְסוּ מְשׁוּם שְׁלֵא בָּא אַבִּיהֶם לַב"ד ע"ש וְא"כ פִּינּוּ דְּקִיָּיִמִין לְהָה מ"ד וְדָאִי לֵא טְעֵנִין הַחֲזוּרְתִי אוּ נְאָנְסוּ לְלַקּוּחוֹת פְּמוּ לִיתְמֵי וְגוֹבָה גַּם מְלַקּוּחוֹת וְהָנִי ש"ק וְהִנֵּה הַתּוֹסֵפ' בַּב"ב דַּף ע' פְּתַבוּ הָא דִּיּוֹרְשִׁים פְּטוּרִים בְּטַעֲנַת הַחֲזוּרְתִי בְּמַגּוּ דְּנְאָנְסוּ וְלֵא אֲמַרִּין דְּהו"ל מִתְשֵׁאִיל"מ מְשׁוּם דְּבִיּוֹרְשִׁים לֵא אֲמַרִּין מִתוֹךְ דְּדָרְשִׁין שְׁבוּעוֹת ד' כו' וְלִכְאוּרָה צָרִיף לְהַבִּין הָא דְּלֵא קִשְׂיָא לְהוּ בְּהָא דְּקִי"ל דְּמַלְוָה ע"פ אִינוּ גּוֹבָה מִהִיּוֹרְשִׁים אִף בְּעֵדִים דְּטְעֵנִין שְׁמָא פֶּרַע אַבִּיהֶן וְנִימָא דְּהו"ל א"י אִם פְּרַעֲתִי דַּבְּכַה"ג אַבִּיהֶן חֲזִיב וְאִף קִי"ל דַּא"ג מְלַקּוּחוֹת אִף שְׁהַלְוָה מוֹדָה שְׁלֵא פֶּרַע דְּחִיָּישִׁין לְקַוּוּנְיָא וְלִכְאוּרָה טַעֲמָא בְּעֵי פִינּוּ דַּע"כ"פ שְׂיַעֲבּוּד נְכָסִים וְדָאִי וְהַפְּרַעוֹן סָפַק.

וְרֵאִיתִי בַּקְצָה"ח סִימָן ל"ט ס"ק ה' שְׁהַקְשָׁה דְּלָמָה בְּעַרְב גּוֹבִין מְמַנּוּ כְּשִׁהַלְוָה מוֹדָה שְׁלֵא פֶּרַע וְלֵא חִיָּישִׁין לְקַוּוּנְיָא וּמ"ש מְעַרְב וְכַתְּב לְתַרְז דְּבַעֲרַב טַעֲמָא פִּינּוּ שְׁהוּא עַצְמוּ נִתְחַזֵּיב וּמְסוּפֵק בַּפְּרַעוֹן הָנִי א"י אִם פְּרַעֲתִיף אַבְל בִּיּוֹרֵשׁ וְלוֹקַח שְׁהֶם לֵא נִתְחַזֵּיבוּ מִחֲמַת עַצְמָן וְהַנְּכָסִים הוּא שְׁנַשְׁמַעֲבָדוּ טְעֵנִין לְהוּ טַעֲנוֹת הַמּוֹרִישׁ וְהַמּוֹכֵר וְהָנִי פְּמוּ טַעֲנוֹת בְּרִי וְכַדְחִזִּין לְעֵנִין מְשֵׁאִיל"מ וְאֲפִי' מוֹדָה, דְּחִיָּישִׁין לְקַוּוּנְיָא ע"ש.

וְלֵא נְהִירָא לְעַנ"ד דְּהָא נְכָסוּהוּ דְּבַר אִינְשׁ אִינוּן עַרְבִין בִּיָּה וְהַנְּכָסִים נִשְׁמַעֲבָדוּ וְדָאִי וְהַפְּרַעוֹן הַמּוֹצִיאֵם מִיּוֹדֵי שְׂיַעֲבּוּד הוּא סָפַק וְאִם הִיָּה קִיָּים אֲפֹשֶׁר שְׁהִי מוֹדָה שְׁלֵא פֶּרַע

ומכ"ש בלקוחות שמודה לפנינו ועוד דלדבריו גבי ערב נימא דאפי' מת הלנה או אינו בפנינו נמי גובה מערב דה"ל א"י אם פרעתי וז"א פמבואר סימן ככ"ט סעיף י"ב ע"ש.

אף נראה דהיינו טעמא דבערב גובה מהלנה ולא חיישינו לקנוניא שהערב ע"ד פן מתחלה נכנס לשיעבוד זה נגד המלנה שפשיגאיע הפרעון ויתחייב הלנה ולא תשיג ידו לשלם ישלם הוא עבורו וכיון שעתה הלנה מודה ומתחייב בדין לשלם הרי הערב מחויב לשלם עבורו משא"כ היכא שמת הלנה או שאינו בפנינו שאנו מסופקים שמא לא נתחייב הלנה גם הערב פטור ואף דהספק שאנו מסופקים בלנה הוא ספק פרעון מ"מ טענינו כמו שטוענין ליתמי ולקוחות אלא דהיא גופא טעמא בעי למה טוענין ליתומים ולערב ול"א דהוי כא"י אם פרעתי והא דבחמשין ידענא ביורשים פטורי י"ל שהתורה לא הטיל חיוב שבועה על היורשים שא"א להם לשבע אבל מ"מ מנין לנו לומר שמה שאנו טוענין בעדם בטענת פרי הוא והא עיקר טעמא דא"י אם פרעתי משום דהלנואה ודאי והפרעון ספק ואין לה פרעון ספק יותר מזה.

ומצאתי בתומים סימן ע"ה ס"ק כ"ב שרוצה להוכיח מזה דא"י אם פרעתי בלא הו"ל למידע פטור ומדייק פן מל' בעה"ת שער ל"ח שכתב פן להדיא דאע"ג דא"י אם פרעתי חייב ה"מ בלנה גופא דהו"ל למידק ולידע כו' ע"ש וכ"כ בטור סימן ע"ה והסמ"ע ס"ק מ"א והש"ך כתב שבסימן ע"ב כתב טעם אחר לחלק בינו ליורשים.

והנה בסימן ע"ב כתב הטעם משום דלאו בע"ד דידהו הוא אלא דאבונהו ודילמא אי הוי אבונהו קנים הוי טוען וכו' ע"ש וטעם זה אינו עולה יפה כ"א לענין נ' ידענא דאפשר שהיה אבונהו טוען שלא לנה ולא נשתעבדו הנכסים כלל אבל היכא שההלנואה ידוע בעדים וספק בפרעון אין טעם זה מספיק שהרי הנכסים אלו שהם רוצין לירש המה בע"ד דידיה ונשתעבדו לו בבירור.

והחילוק השני שכתב הש"ך שהיכי שהתובע עצמו יודע שהנתבע א"י א"כ אינו רוצה להשביעו כו' ג"כ לא כתב הש"ך רק לתרץ הך דפרק הפרה אבל לא הך דחמשין ידענא לפי שבסימן ע"ה כתב שמדברי רש"י והפוסקים משמע כהר"ן דאפי' טענו פרי שהוא יודע לפי שהיה שם בשעה שהודה אביו כו' ע"ש ומשמע להדיא דה"ה אם התובע אומר בפניו הודה לי אביה סמוך למיתתו וזה אומר אף שהלנואה אמת ע"פ עדים מ"מ א"י אם פרעו מ"ה פטור וכן בכל דוכתי שטוענין לירוש וללוקח לא איכפת לן בטענת פרי שטוען התובע שהלוקח והירוש יודעים שהאמת אתו וטעמא דחמשין ידענא כתב הר"ן דאע"פ שהוא תובעם אביכם הודה וכו' והוא משיב נ' אני זוכר כו' פטורים דלא הו"ל למירמי אנפשיהו פולי האי ולפמ"ש האו"ת דעת פמה פוסקים דלענין א"י אם פרעתי לא איכפת לן במאי דלא הו"ל למידע וא"כ הך דטענינו לירוש שמא סימן אביהם טוען פרי שפרע טעמא בעי: ועיין בקצה"ח סי' ע"ה ס"ק ט"ז שהביא דברי מהראנ"ח שהוכיח מזה דה"ה בדידיה כו' וטעמא דיורשים פטורי משום דנאנסו משום וה"ל כמו פרי עכ"ל ולא ידעתי מה פת ב"ד יפה הרי הם טוענין שמא ולא פדי ומכ"ש גבי לקוחות והלנה מודה שהב"ד טוענין שמא הלנה יש לו קנוניא ומפקיעים בזה חוב ודאי של המלנה בטענת ספק פרעון: ואפשר לומר דכיון דכשמת אבונהו נפלו נכסי קמי יתמי והם בחזקת היתומים בנדאי ואף שהבע"ח היה לו שיעבודי' על נכסים אבל בנדאי מ"מ קשבא לגבות

מָהֶם אֵינוֹ אֱלֹא מַחֲמַת שְׂוִיעֵבוֹד שֶׁל אָבִיהֶם וְאֶפְשָׁר שֶׁלֹּא הָיָה גּוֹבָה מִמֶּנּוּ שֶׁהִיא טוֹעֵן בְּרִי שְׂפָרַע וְאִיא לְהוֹצִיא בְּשִׂיעֵבוֹד זֶה הַנְּכֻסִים מִחֻזְקַת יְתוּמִים מִשָּׂא"כ בְּדִידָן גּוֹפֵא שְׁנַתְחַיֵּיב בְּנֻדָּא וְהַפְטוֹר סָפֵק אֵין סָפֵק מוֹצִיא מִיָּדֵי נֻדָּא חַיִּיב.

וְזֶה דַעַת הַשָּׁ"ה כִּמ"ש פִּינּוֹן דְּלֹאוּ בַע"ד דִּידָהוּ הוּא אֱלֹא דְאַבוּהֶן: וְעֵינָתִי בְּדַבְרֵי בַעַה"ת שְׂעַר ל"ח וְרֵאִיתִי שְׂפָתַב וְז"ל וְאַף ע"ג דְּאִמְרִינּוּ שְׂאֵם הַלְוָה אוֹמֵר א"י אִם פְּרַעְתִּיהּ חַיִּיב שְׂאֵין סָפֵק מוֹצִיא מִיָּדֵי נֻדָּא ה"מ בְּלוֹה גּוֹפֵא כּו' אֲבָל יוֹרֵשׁ פִּינּוֹן שְׂאֵנוּ טוֹעֵנִין לוֹ דִּילְמָא אִי הָוֵי אָבִיהֶם קָיָים וְכו' שְׁהִיּוֹרֵשׁ לֹא פִּשְׁעָא כְּשֵׁא"י מְהַפְרַעוֹן הַלְפָּה נַעֲמִיד הַהַלְוָאָה בְּחֻזְקַת פְּרַעוֹן דְּהָא לְפְרַעוֹן קָיָיְמָא וְעֵבִיד אֵינֵשׁ דְּפְרַע לְאַחַר זְמַנּוֹ וּבְנֻדָּא דְּמִי דְּפְרַעוֹע הָיָה וְאַף ע"פ שִׁישׁ חִילְקָא בְּסִבְרַתִּינוּ פְּהַ"ל עכ"ל.

וּמְבֹאָר מְדַבְרֵי שְׂרוּצָה לְהַסְבִּיר הָעֵנִין דְּשָׂמָא זֹו שְׂאֵנוּ טוֹעֵנִין בְּעַד הַיּוֹרֵשׁ דּוּמָה לְבְרִי דְּהַלְוָא לְפְרַעוֹן עוֹמֵד וּבְחֻזְקַת דְּפְרַעֵן בְּזַמְנֹו. וְעַפִּי"ז י"ל דַּה"ט דְּהַפּוֹסְקִים דְּלֹא טוֹעֵנִין לִיתְמִי נְאָנְסוּ דְּגַם מָה דְּטַעֲנִינּוּ נְאָנְסוּ הָוֵי כִּא"י אִם הִתְחַרְתִּי וְכִמ"ש הַשָּׁ"ה סִימָן רצ"א בְּשֵׁם תה"ד אפ"ל דְּנְכֻסִים מְשַׁתְּעֵבְדֵי מִשְׁעַת אָוֶנְסִין וּמכ"ש לְהַרְמַב"ם דס"ל דְּנְכֻסִי מְשַׁתְּעֵבְד מִשְׁעַת מְשִׁיכָה וְלֹא מְבַעֲיָא הִיכִי שְׁהַמְפְּקִיר טוֹעֵן בְּרִי שֶׁלֹּא נְאָנְסוּ נְאָנְסוּ אֱלֹא אפ"ל הַמְפְּקִיד טוֹעֵן שְׂמָא י"ל דְּחַיִּיב דַּאע"ג דְּבְמַלְוָה ע"פ וְטַעֲנוּ שְׁנִיָּהֶם סָפֵק פְּטוֹר כִּמ"ש הַשָּׁ"ה סִימָן ע"ה ס"ק ס"ה מ"מ בְּמַלְוָה בְּשִׁטְר חַיִּיב וְא"כ ה"ה בְּפִקְדוֹן בְּשִׁטְר לְעַנְיָן טַעֲנוֹת נְאָנְסוּ: אָמְנָם בְּאַמַּת לְכַאוּרָה אֵין טַעַם לְחַלְקָא בֵּין שִׁטְר לְמַלְוָה ע"פ פִּינּוֹן דְּשְׁנִיָּהֶם מוֹדִים בְּהַלְוָאָה רַק שְׁטַעֲנוֹת שְׁנִיָּהֶם סָפֵק בְּחֻזְקָה וְע"כ לּוֹמֵר דַּה"ט דְּבִשְׁטְר מַחֲמַת חֻזְקָה דְּשִׁטְרֵי בִידָן מֵאִי בְּעֵי מְסַתְּבָרָא שֶׁלֹּא פְרַעוּ דַּמַּה"ט יֵשׁ מִי שְׁפוּבֵר דְּבִשְׁטְר אפ"ל הַלְוָה טוֹעֵן בְּרִי וּמַלְוָה שְׂמָא לֹא מְהַנִּי לְבַטּוּלֵי שְׁטְרָא כְּמִבְּנֹאָר בַּעַה"ת שְׂעַר נ"ג וּלפ"ז דְּנֻקָא בְּשִׁטְר הַלְוָאָה אֲבָל בְּשִׁטְר פִּקְדוֹן לְעַנְיָן טַעֲנוֹת נְאָנְסוּ דְּלֹא שְׁיָיְהּ שְׁטְרָה בִידֵי מֵאִי בְּעֵי שׁוֹב הָוֵי כְּטַעֲנוּ שְׁנִיָּהֶם סָפֵק בְּמַלְוָה ע"פ דְּפְטוֹר אֲבָל צ"ע בְּזֶה דְּבַאמַת בְּהַ"ה דִּינָא דְּבַעַה"ת שְׂפָתַבו הַטוֹר בְּסִימָן נ"ט דְּבְמַלְוָה אוֹמֵר שְׂמָא וְלוֹה בְּרִי בַעַל הַשְׁטְר מְבֹאָר שֶׁם הַטַּעַם מְשׁוּם דְּבְרִי וְשְׂמָא הִיכָא דְּמַסִּיעַ לִיהַ חֻזְקַת מְמוֹן נֻדָּא בְּרִי עֲדִיף ע"ש בַּאו"ת וְקַצָּה"ח.

וּבַאמַת מְהָא דְקִי"ל בְּעַלְמָא הִיכָא דְּחֻזְקָה מְסִיעַ לְבְרִי בְרִי עֲדִיף אֵין מְשֵׁם רֵאִיָּה לְכַאֵן דְּאִיכָא סְבָרָא טוֹבָה דְּשִׁטְרָא בִידָהּ מֵאִי בְּעֵי דְּמַסִּיעַ לְשָׂמָא שֶׁל הַלְוָה. וְה"ט דַּמ"ד דס"ל דְּהַשְׁטְר בְּחֻזְקָתוֹ וְעכ"פ לֹא ה"ל לְמִיפְסַק שְׁהַמְלָוָה מְחֻיָּב לְהַחְזִיר הַשְׁטְר וְדִי בְּזֶה דְּנִימָא אִיתְרַע שְׁטְרָא וְע"כ לּוֹמֵר דְּבַעַה"ת וְהַטוֹר ס"ל דְּנֻדָּא הָוֵי סְבָרָא דְּהַשְׁטְר בְּחֻזְקָתוֹ מְשׁוּם דְּשִׁטְרָא דִּידָהּ מֵאִי בְּעֵי הוּא סְבָרָא דְּחַוִּי' וְכִמ"ש בַּעַה"ת שֶׁם דְּנֻקָא בְּיּוֹרֵשִׁים סְגִי לְהוּ בְּשׁוּבָעָה שֶׁלֹּא פְקִדְנוּ אֲבָל כְּשֶׁהוּא חַי וְא"י פּוֹשַׁע הוּא דְּהו"ל לְמִזְדַּק כּו' וְא"כ הִתְרִינּוּ לְמֵאִי דְקִי"ל בְּרִי וְחֻזְקָה דְּמְמוֹנָא מְהַנִּי וּלפ"ז י"ל דְּגַם בְּשְׁנִיָּהֶם אוֹמְרִים שְׂמָא פִּינּוֹן דַּעַכ"פ מַחֲמַת שְׂמָא דְּמַלְוָה אֲדַחִי לִיהַ הָוֵי סְבָרָא דְּשִׁטְרָא בְּיָדֵי מֵאִי בְּעֵי פִּינּוֹן דְּפִשְׁעָא וְלֹא דַּק אָף שְׁהַלְוָה טוֹעֵן ג"כ שְׂמָא אֵין לְנוּ לְהַעֲמִיד הַשְׁטְר בְּחֻזְקָתוֹ וְעכ"פ אִית לָן לְמִימֵר דְּאִיתְרַע שְׁטְרָא וּבַטּוֹר וּש"ע ס' פ"ב גְּבִי אוֹמֵר הַשְּׁבַע לִי מַחֲמַת טַעֲנוֹת שְׂמָא א"צ לְשַׁבַּע אפ"ל הַמְלָוָה טוֹעֵן ג"כ שְׂמָא צ"ע לְעַנְדִּי פִּינּוֹן דְּחֻזְקַת הַשְׁטְר אִיתְרַע לֵה מַחֲמַת שְׂמָא דְּמַלְוָה עכ"פ לֹא הִיא לּוֹ לִיטּוֹל בְּלֹא שְׁבוּעָה עַל טַעֲנוֹתוֹ שַׁעַכ"פ א"י אִם נִפְרַע וְאִי מְשׁוּם מְגוּ ה"ל מְגוּ לְאַפְטוֹרֵי מְשׁוּבָעָה וּבְפִרְט שְׂבָא לִיטּוֹל: וְהִנֵּה הַטוֹר וְהַשָּׁ"ע הוֹצִיאָו כֵּן מְדַבְרֵי בַעַה"ת

ולענ"ד פפי הגנוסחא בבעה"ת שלפנינו ליכא למשמע מינן' ונ"ל בעה"ת שער כ"א ודוקא דאתי לנה בטענות פרי כו' הא אתי בשמא לא משבעין ליה כלל גם אם ישוב המלנה א"י אם פרוע הוא אם לאו והלנה טוען פרי שפרעו זה אנו עתידה לפרש דינו בשער צ"ג עכ"ל ומלשון הטור נראה דמפרש מ"ש בעה"ת גם אם הוא ישיב הוא נמשך למעלה לומר דאף בכה"ג אין משביעין אותו רק הוא ענין לעצמו וקאי אפא דאי טעון אשתבע לי צריף לשבע וע"ז בא לומר שיש חילוקים בדבר חילוק אחד דדוקא היכא דהלנה טוען פרי ושוב כתב גם אם ישוב המלנה כו' ר"ל עוד יש חילוק בזה היכא שהמלן' טוען שמא והלנה פרי שבינאר דינו בשער נ"ג ואולי הנה לו גנוסחא אחרת בבעה"ת אבל פפי הגנוסחא שלפנינו מבואר כמ"ש וא"כ דין טוענין שניהם שמא לא נזכר בבעה"ת ואולי לנה פיון מהרשד"ם שהביא הש"ך סימן נ"ט וסימן ע"ה ס"ק ס"ה שהביא מסימן נ"ט והש"ך כתב שפן מבואר בסי' פ"ב ולפי מה שכתבתי אפשר דמהרשד"ם לא ברירא ליה הך סברא דסי' פ"ב כיון שדברי בעה"ת אינם פן רק שמוכיח פן מפללא דההוא דסימן נ"ט דמשמע דוקא דטוען לנה פרי אבל שמא לא.

אף לענ"ד אינו מוכרח דאפשר דנקט הכי בעה"ת בשער נ"ג בלנה פרי לאשמעין דאף בכה"ג איכא מאן דסבר שהשטר בחזקתו ומשניהם שמא לא מיירי ועכ"פ איתרע שטרא אם טוען הלנה אשתבע לי צריף לישבע בכה"ג ודברי בעה"ת בשער כ"א מתפרשים כמ"ש וצ"ע: ולפי מ"ש א"ש מ"ש בקצה"ח סימן נ"ט ראיה דאין המלנה גובה בטוען שמא מסוגיא דפוגמת דאמרינן דמפרע לא דייק ואם איתא דבשמא גובה לא יהא שטוענת שמא בב"ד ע"ש ולכאורה צ"ע על בעה"ת שלא הביא ראיה זו.

ולפי מ"ש א"ש דבאמת אין ראיה כלל מהתם דנדאי אי הנה ידעין דאף אם תרמי אנפשה לא אתיא זכורה לידע שנפרעת רק שעדיין ישאר בפסק אצלה באמת לא היתה צריכה לישבע רק דאנו השתא מספקינן דילמא פיון דמפרע לא דייק לכה פמדומה לה שלא קיבלה כלל והיא לא רמיה אנפשה לזפור היטב ולכה רמו רבנן שבועה עלה פי הכי דתידוק ותרמי אנפשה ואולי עי"ז תזפור בבירור שנפרעת (ובזה נדחה נמי מ"ש במומים סימן ע"ה ס"ק ו' ראיה לדין דספק פרעון קודם הלנואה דחייב מספק מלנה ישנה ע"ש ולפי מ"ש אין ראיה ע"ש) וכן באומר א"י אם נפרעתי פשטוען השבע לי צריף לישבע ובפוגמות דרגלים לדבר אף בלא טעין השבע לי הך"ז פן.

ואמנם אפי' תימא פדברי הטור דא"צ לישבע אף בטוען השבע לי זה דוקא פשגם הלו' טוען שמא אבל אם הלנה טוען פרי אפי' תימא פהך דעה דבעה"ת דמחויב לשלם מ"מ עכ"פ צריף המלנה לישבע פשטוען הלנה אשתבע דשמא ע"י השבועה רמי אנפשה ומדכיר בבירור שנפרע וא"כ אין ראיה מפוגמות לומר דבטוען המלנה שמא השטר בטל די"ל דשפיר השטר בחזקתו רק צריף שבועה וקצרת: ודאמאן עלה בשטר פקדון בטענות נאנסו הנה ממ"ש המשנה למלה פךק י"א מהלכות מכירה דין ט"ז ז"ל כתב הל"ר דא"כ הוי א"י אם פרעתיך דפטור כיון שהמלנה בעצמו א"י בבירור שלא נפרע ועוד דשאני א"י אם פרעתיך דריע טענתיה דהוי ליה למידע כו' ומשמע דאף בשטר הדין פן שהרי הל"ר קאמר אם יברר היתום בראיות כו' וא"כ אפשר שהיה מברר בשטר ואפ"ה קאמר המ"ל דפטור ע"ש והיינו מטעמא דכתובנא דהתם אין השטר מעלה ומוריד

כִּינּוּן דְּלֹא שְׁיִיךְ שְׁטָרָא בִּידְיָהּ מֵאֵי בְּעֵי וְלָכֵן כִּינּוּן שְׁגָם הַמְלִינָה אֵינּוּ יוֹדֵעַ בְּכָרִי שְׁלֵא נִפְרַע פְּטוֹר וּכ"כ בַּפ"ד מֵהַלְכוֹת שְׁאֵלָה וּפְקָדוֹן אַהֲרָה מִלְּתָא גּוּפָא ע"ש בַּמ"ש עַל הַרש"ך בַּמ"ש עַל דְּבָרֵי הַתְה"ד סִימָן שֶׁל"ג שְׁפָתַי וְע"ק לִי דְשִׁאנֵי א"י אִם פְּרַעְתִּי דְהַמְלִינָה טוֹעֵן בְּרִי מִשָּׂא"כ בְּזָה שְׁגָם הַמְפָקִיד א"י וְשֵׁם בְּהִגָּהוֹת הַמ"ל פְּתַב בְּשֵׁם הַבְּנֵי שְׁמוּאֵל דְמִהֲרִשְׁבָּ"א פָּרַק הַזּוֹרֵק מִשְׁמַע דְחֵיב וְהָרַב מֵהַר"א נְבוֹן אָמַר לְתַרְזֵן דְעַל הַמְלִינָה רְמִי טְפִי לְמִידָק אִם נִפְרַע מִחוּבּוֹ טְפִי מֵהַלְנָה וּמִשָּׁה דְוּוּקָא בְּסַפֵּק פְּרַעוֹן מִשָּׂא"כ בְּהִוּוּא דְהֲרִשְׁבָּ"א ע"ש: וְלַעֲנִיד צ"ע דְהָא אֵיפְכָא אֲמַרִּינּוּ גְבִי פּוֹגְמוֹת דְפְרַע דְיִיךְ דְמִפְרַע לֹא דְיִיךְ וְאֲפֹשֶׁר לֹא מֵר דְהֵתָם בְּשִׁטְר דְמִפְרַעֲלָא דְיִיךְ פְּמָה פּוֹרַע לּוֹ כִּינּוּן שְׁלֵא יָבֵא לִידֵי הַזּוֹק שְׁהַשְׁטֵר בְּיָדוֹ מִשָּׂא"כ בְּמִלְנָה ע"פ יֵשׁ לּוֹ לְהַמְלִינָה לְדַקְדָּק הַיֵּטֵב וְלִשְׁיִם לֵב כְּשֵׁהוּא נִפְרַע וְכִמְהָ נִפְרַע וְלִכְהָ רִיעֵי טַעֲנָתִיהָ לְגַבֵּי הַלְנָה.

וּלְפִי סְבָרָא זֹו בְּפְקָדוֹן בְּטַעֲנַת נְאָנְסוֹ הו"ל כֹּא"י אִם הִתְחַזְרְתִּי דְחֵיב אֶף דְסַפֵּק גַּם לְמַפְקִיר מִשׁוּם דְדוּקָא בְּהַלְנוּאָה אֲמַרִּינּוּ הֵכִי דְהו"ל לְמַלְנָה לְמִידָק וְעֵינּוּ בַּש"מ ב"מ דָּף ל"ה סוּגְיָא דְשׁוֹכֵר פָּרָה וְהַשְׂאִילָה לְאַחַר שְׁפָתַי בְּשֵׁם הָרֶאָב"ד דָּאִם לֹא הִיָּה הַשׁוֹכֵר שֵׁם בְּשַׁעֲהָ שְׁמִתָּהּ וְא"י לִישְׁבַע מְשַׁלֵּם דְהו"ל כֹּא"י אִם פְּרַעְתִּיהָ (וְאֲמַנָּם מְלִשׁוֹן הָרֶאָב"ד שְׁהִבִּיא בְּקַדוּשֵׁין הַמְכוֹנוֹת לְהַרִיטְבָּ"א בַּב"מ דָּף נ"ז לְכַאוּרָה לֹא מִשְׁמַע כֵּן אֵלָא דוּקָא הֵיכָא דְהו"ל לְמִידַע אִם בְּפִשְׁעִיהָ אוֹ בְּאֲנָס וְתַחֲלַת הַלְשׁוֹן הוּבָא בַּש"מ שֵׁם) וְכֵן מְלִשׁוֹן הַנ"י בְּשֵׁם הָרֶאָ"ה מִשְׁמַע דָּאֶף בַּכָּה"ג שְׁהַמְשַׁאֵיל טוֹעֵן שְׁמָא אֵי הוּי א"י אִם הִתְחַזְרְתִּי חֵיב.

וְדְבָרֵי הַש"ף שֵׁם צ"ע וְאַרְבָּבָה אֲתָרֵי רִיכְשֵי וְאֵין כָּאֵן מְקוּמוֹ: וְנִחְזוֹר לַעֲנִין שְׁלַפְנִינוּ אִם נִימָא דְטַעֲנַת נְאָנְסוֹ לִיתוּמִים הָיָה כְּטַעֲנוֹת חֲזָרָה וְלֹא כְּטַעֲנַת חֵיב א"כ י"ל דָּאֶף בְּהַלְנוּאָה טַעֲנִינּוּ לְהוּ פְּרוּעַ וְלֹא הוּי כֹּא"י אִם פְּרַעְתִּיהָ הֵינּוּ מִשׁוּם דְלַפְרַעוֹן קָאִי וְחֲזַקְתּוּ שְׁהוּא פְּרוּעַ וְכְטַעֲנַת בְּרִי דְמִי וְכַמֵּש"ל מ'ל' בַּעַה"ת מִשָּׂא"כ בְּפְקָדוֹן נָהִי דְטַעֲנִינּוּ לְהוּ טַעֲנַת חֲזָרָה הֵינּוּ גַּם כֵּן מִשׁוּם דְסַתְּם פְּקָדוֹן לְחֲזָרָה קָאִי מִשָּׂא"כ טַעֲנַת נְאָנְסוֹ סַתְּמָא לְאוֹ לְמַתְנִיס קָאִי וְאִם אָנוּ טוֹעֲנִין שְׁמָא נְאָנְסוֹ הוּי כֹּא"י אִם הִתְחַזְרְתִּי שְׁחֵיב: שׁוּב רֵאִיתִי בְּבַעַל הַמְּאוֹר פָּרַק הַמּוֹכֵר אֶת הַבַּיִת שְׁפָתַי ג"כ חִילּוֹק זֶה שְׁסַתְּם פְּקָדוֹן לְחֲזָרָה עוֹמֵד כְּמוֹ שְׁהַמְלִינָה עוֹמֵד לְפַרְעוֹן אֲבָל נְאָנְסוֹ לֹא כִּינּוּן שְׁהִיָּה בְּיַד אֲבִיהֶם בְּמָקוֹם הַמְשַׁתְּמֵר וּמְנַחַח בְּמָקוֹם הַמְּוַצֵּעַ נָהִי דָאִי הָיָה אֲבִיהֶן טַעֲנִין כו' אֲבָל אָנוּ לֹא טוֹעֲנִין לְהוּ לִיתְמִי לְהוּצִיא הַדְּבָר מִחֲזַקְתּוֹ כו' וְאֵע"פ שְׁדְבָרֵינוּ סוּכְבִּי לֹא מִר שְׁטַעֲנָה רְחוּקָה קָצַת אֵין טוֹעֲנִין וְכַמֵּש"ש בַּב"ק פָּרַק הַגּוֹזֵל ע"ש בְּמְאוֹר וְכַרְמִב"ן מְפָל מְקוֹם נִרְאָה שְׁנַתְּפוּוֹן גַּם כֵּן לְמָה שְׁפָתַי דְכִינּוּ דְפְקָדוֹן לְאוֹ לְאוֹנְסִין קָאִי אֵין לְטַעוֹן עֲבוּרָם נְאָנְסוֹ וְאֲפֹשֶׁר דָּאִיהוּ ס"ל ג"כ כְּדַעַת הַפּוֹסְקִים דְטַעֲנוֹת נְאָנְסוֹ הוּי כֹּא"י אִם נִתְחַזְרְתִּי וְלִכְהָ הַנְּצָרָה לֹא שְׁכִיחָא אוֹ אִפִּי אִם נִימָא דְהוּי כֹּא"י אִם פְּרַעְתִּיהָ מ"מ פְּטוֹר דְלֹא הו"ל לְמִידַע.

אֲבָל לְפִי מ"ש דַּעַת הַפּוֹסְקִים דְחֵיב בַּכָּה"ג א"כ אֲצ"ל נְאָנְסוֹ וְלֹא שְׁכִיחַ דָּאִפִּי תִימָא שְׁכִיחַ לְאוֹ לְהֵכִי קָאִי וְהוּי פְּטַעֲנִינוּ א"י אִם הִתְחַזְרְתִּי וְחֵיב וְלִפִּי"ז י"ל דְלַקּוּחוֹת גְּרוּעֵי מִיתְמִי דָּאֶף דְטַעֲנִינוּ לְהוּ חֲזָרִיר שְׁהִיָּה הַמּוֹכֵר נְאָמֵן בְּמַגּוֹ דְנְאָנְסוֹ מ"מ נְאָנְסוֹ גּוּפָא לִיתְמִי טַעֲנִינוּ דְשְׁמָא הִיָּה הַעֲנִין בְּרוּר לְאֲבִיהֶם שְׁהַחוּב מִתְמָתוֹ מִשָּׂא"כ בְּלַקּוּחוֹת אִם הַמּוֹכֵר קָמֵן וְאוֹמֵר שְׁלֵא חֲזָרִיר אוֹ פִּשַׁע אֵין כָּאֵן פְּטוֹר רַק מְצַד חֲשִׁישׁ קְנוּנְיָא וְזֶה הוּי כֹּא"י אִם פְּרַעְתִּיהָ וְאֶף דְבְּהַלְנוּאָה לֹא מְהַי הוּדְאוֹ הַלְנָה לְטָרוּף מְלַקּוּחוֹת מִשׁוּם קְנוּנְיָא הֵינּוּ

משום שעומד לפרעון הוי כנדאי ומוקמינו נכסים בחזקתם אבל לא לענין נאנסו (וענין ש"ף סימן רצ"ו דמשמע דזימנין דטפי מסתבר לטעון ליתמי מלקוחות) וענין בש"מ ב"מ דף צ"ז שפתב בשם הריטב"א דאף למ"ד דבשומר משתעבד משעת משיכה מ"מ היינו דכשנגב' חל השיעבוד למפרע ונ"מ למי שמכר נכסיו בנתיים כו' מבואר דס"ל דשטר פקדון גבי ממשעבדי ואפשר דמייגרי דמקבל בשטר כל אחריות אונסין או בגונו דכתובנא לעיל במקום רואין וליפא טענות אונס וענין בקצה"ח שהביא דברי הריטב"א לנישב דברי הנ"י בשם הרא"ה ובמקום אחר פתבתי בזה: ומ"ש על מ"ש דמייגרי הא דאמרינו דאפקיד בשטר בכת"י בנאמנות דמדקאמר הש"ס מפלל דתרנוייהו כו' מוכח שהוא משום דאליפא מילי דשטרא דמצד נאמנות גם בעדים א"נ כו' הנה אם באנו לדקדק בזה בלעדי זה תקשי מי הכריחו לנוד מאוקומתא דאפקיד בעדים ובנאמנות או באמר אל תחזיר לי אלא בעדים אף לפי מ"ש א"ש דכבר פתבתי דהא דמוקי דאפקיד בשט' היינו כמ"ד דא"נ התורתא במיגו דנאנסו דאל"כ אית לן למימר דאף דאפקיד בשטר נאמן התורתא ושוב ליפא שד"א בנאנסו ולפי"ז היינו דנוקא היכא דאפקיד בשטר דאז אפילו מיגו לא מהני אבל באפקיד בעדים אף שאמר אל תחזיר לי אלא בעדים נאמן לומר שהחזירו שלא בעדים במיגו דנאנסו וכמ"ש הרא"ש בסוגיא דאמן בב"ב ואף דהרא"ש פתב שם דנשבע שד"א כמו אי הוי טען נאנסו היינו כעין דאורייתא כמ"ש הש"ף סימן רצ"ו ונאפילו תימא דהרא"ש ס"ל שד"א ממש היינו משום דס"ל דהך דשבועות א"ש אף לר"ח ומשום דעכ"פ שד"א בעי אף לר"ח משא"כ לפי מ"ש בשיטת הרשב"ם דס"ל דשבועות מיגו לאו שד"א הוא וכמ"ש הבעל המאור וא"כ בעדים וא"ל אל תחזיר אלא בעדים אין כאן שד"א וא"כ גם בנאנסו לא משפחת שד"א דהו"ל מיגו דהתורתא וגם לפי מ"ש הרא"ש בסוגיא דאמן אם אמר התורתא בפני פלוני ופלוני נאמן אף בלא שבועה וא"כ הנה נאמן לומר נאנסו במיגו דהתורתא בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י ואף דהרא"ש פתב דאין זה מיגו דהרוצה לשקר ירחיק עדותו היינו לענין טענות פרעתיך בינו לבינו אבל לענין טענת נאנסו הרי ג"כ מרחיק עדיו וגם נאנסו לא שכיח ונשפיר הוי אמרינו מיגו דהתורתא בעדים וא"כ אי בעינו לאוקמי בעדים ע"כ בנאמנות דבכה"ג לא מהימן אף במיגו דנאנסו וכמ"ש הרשב"א בתשובה שהביאה הב"י דנאמנות הוי בעדים שלא החזיר והוי מיגו במקום עדים ולא הוי מצי לאוקמי הכי דהא בדאורייתא קיימינו וא"כ למ"ד שד"א הוי ליה כפירות ש"ק דהא ד"ת מלנה ע"פ בעדים גובה מלקוחות והיינו היכי שנדאי לנה ולא הנה נאמן על הפרעון שאז נכנסו הלקוחות בשיעבודו ואף לדעת האומרים דאין נאמנות מועיל לגבי לקוחות היינו לענין לפנותו משבועת המשנה בלא ליפרע מלקוחות אבל לדינא דאורייתא נדאי גבי וא"כ הו"ל ש"ק משא"כ בכת"י בנאמנות א"ש דבכת"י נדאי לא טרף ממשועבדים אף מדאורייתא ומלבד זה אמינא לדון בדבר חדש והוא דמבואר בש"ע ובטור דעת הרמ"ה דנאמנות לא מהני כ"א בשעת הלואה או בקנין ויש להסתפק בנאמנות בפקדון מה דינו ומה שהביאני לידי ספק זה הוא משום דהפוסקים פתבו סתמא דשעת הלואה א"צ קנין ולמדו פן מדברי רש"י בשבועות ולכאורה משמע דטעמא כמ"ש הנ"י והמרדכי הביאם הש"ף דבשעת משיכת המעות גמר ומשעבד נפש' ודמי לקנין וכ"כ הר"ן בחדושו לסנהדרין פרק ז"ב דכיון דבשעת הלואה אתני בהדיה כשהודה המלוה משתעבד דומיא דערב בשעת מתן מעות

אף דלא קני מיניה: ועוד י"ל טעם אחר דשעת הלנואה לא צריף קנין לנאמנות ביהווא הנאה דקא מהימן ליה שמלנה לו מעותיו גמר ומשעבד נפשיה וכמו דאמרינו גבי מתנ' שומר חנם להיות פשואל וטעם זה מבואר בבעה"ת שער כ"ו (ואם אמנם הש"ף כתב דלדעת בעה"ת אף שלא בשעת הלנואה א"צ קנין והיינו מטעם שכתב שם דהוי כמו התראה כו' צ"ל דס"ל שגם אחר הלנואה שייכא הו סברא דקא מהימן ליה פיון שאינו תובע מעותיו וכמ"ש בג"ת שם וע"ש בג"ת דמשמע מהמרדכי דגם הו דמתנה אדם כו' היינו בשעה שמושף החפץ לשמור) וס"ל להרמ"ה דדווקא בשעת הלנואה שייף לומר דקא מהימן ליה ולכן משעבד נפשיה אבל אחר הלנואה לא משתעבדי ונ"מ בין הני טעמי דאם נימא דטעמא דבשעת משיכת המעות משתעבד נפשיה י"ל דהיינו דווקא בהלנואה שהשעבוד מתחיל מיד במשיכות המעות ואז משתעבד ג"כ על הנאמנות וא"צ קנין משא"כ בפקדון דבשעת משיכה אין פאן שיעבוד כלל רק משעת אונסין ואפי' למ"ד משעת משיכה פתב הריטב"א דהיינו לומר דכשנאנסה משתעבד למפרע משעת משיכה אבל בשעת משיכה גופא אין פאן שיעבוד דהא הפקדון היא בעינו וברשותא דמריה קאי וא"כ לענין טענת החזרתי אין פאן מקום שיעבוד למפרע כלל.

וא"כ פיון דשיעבוד נכסים אין פאן רק שזה קיבל עליו לשמור ומה שנותן לזה נאמנות שלא יהיה נאמן לומר שהחזירו אינו רק דברים בעלמא ולא משתעבד משא"כ אם נאמר טעמא ביהווא הנאה דקא מהימן ליה הו טעמא שייף בפקדון ג"כ כמו ההוא דמתנה ש"ח כו': אמנם י"ל דאף להו טעמא דאמ' התם מתנה ש"ח כו' כמ"ש התוס' בב"מ דף נ"ח גבי ההוא דשוכר לשמור את הדרעים דהיכי שהיה פטור בלא שבועה לא משעבד נפשיה בלא קנין ולפי זה בטענות חזרה בפקדון שהיה פטור בלא שבועה לא משעבד נפשיה וכן לאידך תירוץא שפתבו התוס' שם משום דכיון שמתחייב פשואל סבורים העולם שהשאל לו או לפי מ"ש הש"ף הטעם דהוי פאלו אמר הריני שואל כו' ע"ש בסי' ס"ו א"כ לענין נאמנות לא שייף זה ועיין בג"ת שם: ועוד נראה דלענין נאמנות שלא החזיר לא שייכא הו סברא ביהווא הנאה כו' דלכאורה גם במתנה ש"ח כו' קשה מאי קאמר ביהווא הנאה דנפיק עליה קלא דגברא מהימנא הוא דמאי מהימן ליה שהרי בפירוש מתנה עמו שאף אם יטעון אונס יהיה מחוייב לשלם ודוחק לומר משום דאיכא דשמע בהא שהפקיד אצלו ולא שמע בהא שהתנה להיות פשואל דמה"ת לומר פן דמאן דיבע מפקדון ידע נמי מתנאי.

וא"ל דמהימן ליה במתה מחמת מלאכה ז"א דהא בר"פ המפקיד אמרינו דלא מקני לי' פפילא דבמאי הי"ל למיפטר נפשי' במתה מחמת מלאכה לא שכיח וא"כ גם לענין זה אין לתלות הנאמנות בזה שיהי' יכול לפטור עצמו במתה מחמת מלאכה.

אף י"ל דשפיר מהימן לי' דאף דאפקיד לי' בעדים הרי יכול לטעון החזרתי ולמ"ד צריף להחזיר בעדים י"ל דמייירי דאפקיד שלא בעדים. ובהכי א"ש מה הקשו התוס' בב"מ בהא דהשוכר את הפועל כו' דלמה לי' קנו מידו ת"ל ביהווא הנאה דקא מהימן ליה כו' ולפמ"ש א"ש דהתם שהב"ד שוכרים אותו ומתנין עמו שאם יקלקל שמירתו ישלם מאי גברא מהימנא הוא לפיכך בעינן קני מידו דווקא: והשתא דאטינא להכי י"ל דדווקא בכה"ג דמהימן החזרתי או להד"ם משא"כ היכא דאפקיד לי' בעדים ומתנה עמו שלא

יהי נאמן לומר החזרתי ואף שהי' יכול לטעון נאנסו מ"מ עכ"פ שבועה בעי ואיך נאמר דמשעבד נפשי' בשביל דנפיק עליו קלא דאינש מהימנא היא פיון דהא קמו שאדרבה מתנה עמו שיהא הוא נאמן נגדו מה שאין דרו המפקידי' בעדים להתנות כה אלמא דלא מהימן לי' ואף דמהימן לי' שבועה כשיטעון נאנסו אין זה נאמנות שישמעבד נפשו בשביל כה: ולכאורה י"ל דגם בכה"ג שפיר מקרי מהימן לי' דהא אמרינו בגיטין באפטרופוס שמינהו ב"ד קי"ל כאב' שאול דאמר ישבע דכיון דנפיק עלי' קלא דאינש מהימנא הוא משום שבועה לא אתי לאמנועי אלמא דסוף יצטרף לשבע מ"מ נפיק קלא וכו' ועיין בב"ח סי' ר"ץ דיש לחלק דהתם בשעת שממנים אותו ב"ד אינו ידוע לכל שיצטרף לשבע ואין העולם דנין אותו ע"ש סופו רק מוציאין קול שהוא איש נאמן וגם עיקר הוא שסומכין עליו הב"ד להאכיל היתומים וכמה ענינים הנעשים ע"י אפטרופוס וכדאמרינו התם דסמיה ב"ד עליו משא"כ פאן ואדרבא מוכח מאפטרופוס שמינהו אבי יתומים דאמרינו אתי לאמנועי ולא אמרינו דנפק קלא דגברא מהימנא שהרי זה ממנה אותו אלמא דנוקא מינוהו ב"ד שאין ממנין אלא לאחר בדיקה ושבח גדול הוא לו וחיילוק זה מבן אר בתשובות הרשב"א הביאו הב"י בס"ע ע"ב ועיין ש"ך שם ס"ק י"ב ועיין בב"מ דף צ"ו בהג"א שם דמסתפק להו לעגן שוכר ומשכיר אי שיהי' הו' מלתא דנפיק קלא כו' ומסתברא לענ"ד דלעגן נאמנות למפקיד לא שיהי' דמשמעבד בשביל דמהימן לי' נאנסו שבועה נאפי' תימא דאף בכה"ג משמעבד מ"מ בשואל שהוא חייב באונסין וא"כ לא מהימן לי' כלל רק לעגן מתה מ"מ וכבר פתבתי דזה לא מקרי נאמנות וכדאמרינו דלא מיקני לי' כפילא מחמת זה: ולפמ"ש יש לפרש לשון הטור סי' ע"א שפתב וגם במלנה בשטר שיהי' נאמנות כו' וכתב הב"י דסד"א פיון שיש בידו שטר מה צורף לנאמנות לכה אמר דשייה נאמנות כו' ולפמ"ש י"ל דסד"א דדוקא בע"פ דהא הימני' שאע"פ שיש פאן עדות מ"מ אולי ימותו או ילכו למדה"י אבל בשטר הא לא הימני' כלל וא"כ במאי משמעבד קמ"ל דשפיר משמעבד בשטר דכתיבה כמו קנו מידו הוא עיין באו"ת ועוד י"ל דלכאורה קשה על טעמא דבעה"ת שכתב בנאמנות בהלונאה טעמא משום דקא מהימן לי' וצ"ע במאי מהימן לי' דהא הלונאה בעדים מחויב בכל אופן לשלם רק שיהא נאמן לומר פרעתי ועכשיו דהימני' למלנה נמצא שלא האמין ללנה פלוס ובמאי משמעבד ודחוק לומר כמ"ש דהימני' פי אולי ימותו העדים וכו' אף י"ל דהימני' במאי שמלנה לו שהרי יכול להבריח נכסיו ולמכרם ולא ימצא המלנה מקום לגבות ולפ"ז סד"א דבשטר שהוא מוציא מיד הלקוחות נמצא היכי שהי' ללנה קרקעות בשעת הלונאה לא הימני' כלל שהרי אינו יכול להבריח קמ"ל דאפ"ה שפיר משמעבד בשטר על הנאמנות שלא יצטרף לישבע אף פשוטען השבע לי ולפ"ז גם בפקדון בעדים ומתנה עמו על נאמנות שפיר י"ל דמשמעבד דהא מהימן לי' שלא ישלח בו יד ויכפור בפקדון ויבריח נכסיו שלא ימצא ממה לגבות וא"ל דנוקא במלנה בשטר שעשה לו טובה אמרינו בההיא הנאה דקא מהימן לי' דהא במתנה ש"ח כו' אמרינו הכי גם לעגן פקדון וכיצא בזה איתא בב"ב דף קע"ג לעגן ערב אמר רב אשי בההוא הנאה דקא מהימן לי' גמר ומשמעבד נפשיה ונתם נמי אין פירושו שנאמן לו שלא יכפור בו אלא ר"ל שעל אמונתו הוא מלנה לו ובטוח בו שישלם לו ולא יבריח נכסיו ממנו ולכן משעבד נפשיה וא"כ גם גבי פקדון י"ל כן אף כבר פתבתי דלפי מ"ש התוס' בב"מ דף נ"ו לא שייכא הו' מילתא כ"א לעגן

מתנה ש"ח להיות פשוטאל וא"כ לעגן פקדון לא מהני נאמנות אף בשעת פקדון כ"א ע"י קנן: ואחרי הודיע כל זאת חזרנו למ"ש דלא הוי מצי לאוקמי בשבועות שומרים דאפקיד בעדים ובנאמנות דבאמת לא משמעבד כ"א בקנן ונקא וכי איכא קנן בנאמנות גובה ממשעבדי ושוב ה"ל כפירת שיעבוד קרקעות וא"ל שאין עדים על הקנן א"כ שוב נאמן החזרתי במגו שהי יכול לכפור גוף הנאמנות כמבואר בסמ"ע ובש"י סי' ע"א וממ"נ איכא עדי' באופן שאינו יכול לומר החזרתי א"כ גובה ממשעבדי מחמת הקנן ואי מיירי בדליכא עידי הקנן בפנינו דשפיר גבי ממשעבדי א"כ שוב יוכל לטעון פרעתי משא"כ לפי מ"ש דמיירי בכת"י בנאמנות א"ש דבכת"י א"צ קנן על הנאמנות ובכת"י לא גבי ממשעבדי ואין פאן ש"ק.

ואף לפי מה שנגראה מדברי הש"י דגם בכת"י צריך קנן מ"מ שפיר י"ל דמיירי שהי פתוב בכת"י שנעשה בקנן ומ"מ אין פאן גבי ממשעבדי ועיין ש"י מה שמחלק בין נאמנות סתם לנאמנות כב"ת דבנאמנות סתם א"צ קנן מ"מ לחד תירוצא דסמ"ע לא מהני סתם נאמנות אף במקום מגו דנאנסו ועיין באו"ת וא"כ אף בעדי' ונאמנות סתם לא מצי לאוקמי דא"כ שוב נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכנ"ל ולקצור אני צריך: אף בעיקר הקושיא שהקשינו דהא הוי כפירות ש"ק נראה דלק"מ פינו דבפקדון איירי דכל דאיתא הדר בעינא ואין פאן שעבוד כלל ועיקר שד"א היא שבועה שאינו ברשותו אלא שע"י גלגול משבעין אותו שלא שלח בה יד ולא פשעי.

ולפ"ז כשזה תובע פקדונו וזה טוען נאנסו ואנו מחייבין אותו שבועה שאינו ברשותו דחשדינו לי' שהפקדון בעינו אין פאן שבועה על ש"ק כלל שאין השבועה רק על חפץ הפקדון עצמו וכיון שנתחייב שבוע' ע"ז שגוף הפקדון אינו ברשותו שפיר משביעין אותו שלא שלח בה יד ולא פשע אף דבזה יש ש"ק הא קי"ל נכסי' שאין להם אחריות זוקקין ונשבעין על ש"ק ע"י גלגול ונכון לענ"ד: ובמה שפכתתי על דברי הפ"י בסופה דף למ"ד שבהין מתוספות דשינוי החזר אינו מתקה"ש וז"א וע"ז כתב כ"ת ולענ"ד דברי הפ"י מוכרחים כו' דלדברי אב"י ב"ב דף צ"ג לאו משום תקה"ש בעי לאוקמי הסוגיא אף לאב"י והתוס' בב"ב ד"ה וליקני בשה"ש שפכתבו דשינוי החזר קני משום תקה"ש אזיל אליכא דרב כו' עכ"ד בקצרה.

הנה אף כי התשובה בזה אף למותר פי אנכי תרגלתי אפרים שלא לכנוס בפרצה דחוקה במקום שרבים בוקעים בו בפתח רחב כפתחו של אולם: אף באמת אפ"י ע"צ הדוחק אינו מתקנים דבאמת כל היכי דאתמר לעגן גזילה דקני מדרבנן ודאי משום תקנות השבים אתינו עלה דאל"כ למה תקנו רבנן קנן לגזלן ויהא חוטא נשפר ועיין בגיטין דף נ"ה.

ועיין בכפות תמרים בד"ה ומה שנקצץ שם על התוס' ד"ה וליקנינהו מבואר בדבריו להדיא שמפרש דברי התוס' כמ"ש דלכך לא קני שינוי החזר מדרבנן משנה דנקל להתיר אגדו וכן מבואר בשער המלך הלכות גזילה שהביא פן בדברי התוס' דלמסקנתם בשינוי החזר דקני מדרבנן מהני לדאורייתא ומ"ש דבין כך דברי המחנה אפרים צ"ע שלא הביא דברי התוס' דסו עינתי במחנה אפרים ומצאתי שכתב להדיא כמ"ש וז"ל שם כמזונה לי ששמעתי ממורי ז"ל שהי אומר שגם מדברי התוס' דסופה ד"ה שינוי החזר

נרא' דס"ל אע"ג דלא קנהו אלא מדרבנן יוצ' י"ח מדאורייתא ואע"ג דבתחלת דבריהם לא הבינו כן מ"מ אח"כ חזרו בהם כמבואר למענין עכ"ל ושמחתי.

ומ"ש דהפ"י מפרש דמ"ש פאן הוא לאפ"י ואח"כ לר"י ליתא כמ"שהפ"י עצמו בב"ק ר"פ הגזול ד"ה ולבון מי הני שינוי וז"ל ומ"ש התוס' פ"ק לולב הגזול דשינוי מעשה החוזר קונה מדרבנן אפילו לפני יאוש נרא' דהיינו דווקא לשינוי דאפ"י דלעיל כו' מבואר דבין אפ"י לר"י ליפא ולא מידי וגם טעמ' דאפ"י משום תקה"ש.

ומ"ש בשם הפ"מ דמפרש אפ"י ור"י לא ס"ל דהדדי דלמר מדרבנן ולמר משום תקה"ש דבריו אינה מחונרים לענ"ד כמ"ש דגבי גזול כל דתיקון רבנן דמיקני משום תקה"ש הוא: ואמנם אף לדבריו הוי ראיה לסתור שלדבריו קנין דרבנן הוי קנין טפי מתקה"ש ע"ש ואלו למ"ש הפ"י בדברי התו' תקה"ש עדיף טפי שמועיל אף להיות דאורייתא משא"כ סתם קנין דרבנן ואמנם המענין בדברי התוס' שפתבו אלא יש לתרץ כו' והכא באגודות לולב בעלמא ליפא תקנות השבים כו' מלשון אלא וגם במה שלא פתבו בפשיטות דשאני תקה"ש משא"כ תקנות דרבנן מבואר בפשיטות כמ"ש ואין מקום לומר שמ"ש דהכא לא שייך תקה"ש היינו דלא תיקשי דנימא גם בזה תקה"ש כמו דמריש פשיטא דז"א דלא יעלה על לב לעולם לדמות זה לתקה"ש דמריש אף בלא הך דנקל להתיר אגודו דנדאי אין תקה"ש דמריש כ"א בבבב"ק דמריש אף בלא הך דנקל להתיר אגודו דנדאי ארובה פ"ה דלא קבעה בבבב"ק דלא הוי שינוי וכו' ותימא כי קבעה נמי לא קני דשינוי החוזר לברייתו הוא כו' ונראה דס"ל דמאי דכתב רש"י ולא קבעה בבבב"ק היינו ששם ע"פ הארובה לא שקבעה בבבב"ק רק הניחה שם דמתקנת מריש אין פאן קנין דמאי דבנאה ע"פ ארובה אין בזה תקנות מריש דבקל יכול ליתלו משם ודווקא כשפנאו בבירה ומשום פסידא דבירה שניהו רבנן כדליתא כמבואר בהגזול משא"כ בזה ליפא פסידא שלא נקעקע את הבירה במה שישול קורה זו מפי ארובה והלכא אין פאן תקנות מריש רק רש"י ס"ל דקביעות בבבב"ק הוי שינוי ותוס' ס"ל דהוי שינוי החוזר: אף צ"ע על התוס' ששהקשו בפשיטות דהוי שינוי החוזר שיהי נראה מדברי התוס' דסופה דס"ל שינוי החוזר קונה מדרבנן וכן מבואר בפסקי התוס' שם ונראה שטעמם מדסידר הש"ס הך דר"י בסוף הסוגיא שם דקאמר ד"ת גזילה המשפנית כו' משמע דס"ל דהלכתא פנותיה וא"כ פיון שקונה עכ"פ מדרבנן ודאי חשוב הוצאה מרשות הקדש ומעל ולכן נלענ"ד דהתוס' ס"ל דלא שייך בזה תקנות מריש ולא תקנות שינוי החוזר פיון שמחמת תקה"ש אטינו עלה לא שייך זה לענין שיפקיעו רבנן מיד ההקדש וגם דלא שייך למימר בזה תקה"ש דבאמת אין זה תקנתם רק קלקלתם וכיון שלא תקנו בזה לא מעל וענין בשער המלך מה שהביא בזה בשם ד"ז הגאון בת"ח ומ"ש ע"ז מהשואל קורדום וכו' ולפמ"ש לא דמי להתם דתקנת משיכה בשומרים שתקנו חכמים בין איש לרעהו שייכא התם שפיר וכיון שהקורדום של הקדש שפיר מעל וקצרתו וגם י"ל דהא שמואל דקאמר להך מילתא והוא שהניחה ע"פ ארובה ושמואל קאמר בריש הגזול הלכה כרשב"א דשינוי במקומו עומד ומפרשינו מילתא אליבא דרבא בכחשא דהדר אלמא דס"ל שינוי החוזר אף מדרבנן לא קנה ומקשין התוס' שפיר אליבא דשמואל אף במעילה ונחגיגה הגירסא אמר רב והוא שהניחה כו') ובשיטת רש"י נלפע"ד דלאו מטעם שינוי קונה אתי עלה דהא בשינוי קונה בעינו שיתכנין לקנו' כמ"ש התוס' דף צ"ה ע"ב ד"ה כשפא דצבע לא קני לפי שאין

מתפונן לקנות והכא נמי אין מתפונן לקנות דהא מסורות לגזבר וכסבור שלו הוא וכמ"ש התוספ' שם ד"ה נתנה אף נראה שפוננתו משום דגבי מעילה בעינן או הנאה או שינוי כדאיתא במעילה דף י"ח ומעלה מעל אין מעל אלא שינוי וכן הוא אומר איש כי תשטה כו' וע"ש בתוס' שכתבו דבסוטה ליפא שינוי רשות שקרי אין יוצאה מרשות הבעל בכף מ"מ איפא שינוי קצת ומינה ילפינן למעילה ולכן ס"ל דאם בנאה בתוך ביתו אע"ג דלענן קנן לא קני בשינוי כי האי מ"מ לענן מעילה מקרי שינוי כמו בסוטה דאף שאין יוצאה מרשות הבעל בכף מעל קרי ליה.

ולפ"ז י"ל דלרש"י דווקא למעילה קרי ליה שינוי אבל לקנן אף שינוי החוזר לא מקרי ולא דמי לעצים משופים ועשאם פלים דזה שחברו לקרקע לא מהני דתלוש ולבסוף חברו דינו כתלוש וכדאיתא במעיל' שם משא"כ בנסרים שחברם במסמרים ויתידות שנעשו חבור והוי שינוי דמעיקרא נסר והשתא פלי וגם התוספ' באמת ס"ל הכי: ומ"ש דהוי שינוי החוזר היינו לפי מה שהבינו בדברי רש"י שסובר דהוי שינוי לקנות ע"ז כתבו דהא עכ"פ הוי שינוי החוזר כו'.

אבל באמת ס"ל להתוס' דמה שקבעה בבגן לא מיקרי שינוי פלל פיון דתלוש וחברו הוא רק דהכא מייירי בסתתה וכמ"ש הרשב"א וכ"כ רש"י בתגיגה: ובזה מיושב מה שהקשה בקצות החשן סימן על דברי רש"י ותוס' דס"ל דהוי שינוי ועל כל פנים שינוי החוזר דקשה ע"ז מהו דמריש הגזול כו' ותירוצו שם צ"ע ולפמ"ש א"ש דבאמת לא מיקרי שינוי פלל בהו דמריש במה שנקבע בבגן ע"י טיט דתלוש ולבסוף חברו תלוש הוי ולא מקרי שינוי פלל רק לענן מעילה וס"ל לרש"י דהוי שינוי אף דלא הוי קנן כמ"ש: וחוורנו למ"ש דמ"ש התוס' דליפא תקה"ש דנקל להתיר אגדו היינו כי היכי דלא תימא דקני מטעם תקה"ש בשינוי החוזר.

וראיתי בכפות תמרים דקשיא ליה מ"ש מפשורא דמטלתא דעבד תקנתא משום דחייב המצנה משוי ליה קבע ומ"ש לתרץ משום דבולב מדאגביה נפיק ביה ואח"כ מסיר אגדו כו' ע"ש הוא תמוה כמבואר למענין דהא אנו השתא לענן למיפק ביה איירינו וא"כ נימא דהמצנה קבעתו אף לענ"ד פשוט שאין זה ענן לזה דהתם תקה"ש משום דהפסד מרובה הוא לסתור בגינו וה"נ בסנפה אף דלא הוי הפסד מרובה פיון שאינו בגן קבוע רק לשבעה אמרינו דהמצנה כבגן קבע משוי ליה לחשבו הפ"מ אבל לענן שינוי החוזר אמרינו דד"ת חוזרת בעיניה דאמרינו והשיב את הגזילה מ"מ ולר"י מייירי רבויא דקרא בשינוי החוזר והיינו משום דכה"ג אף דעכשיו אינו פועל שגזל מ"מ פיון שחוזר לברייתו אם ירצה כגון נספא ועבדינהו זוזי דהדר עביד ליה נספא ובכה"ג מרבינו ליה פיון דאפשר להתזיר פועל שגזל אם ירצה שיתירו לברייתו רק משום תקנת השבים הואיל וטרח בה הגזלן ושינה אותה ממה שהיה לא מטרחינו ליה תו להתזירו לברייתו ולהתזירה ושויה רבנן בשינוי שאינו חוזר.

אף זה דווקא היכא דאיפא טורח קצת להתזירו לברייתו אבל היכא דליפא טורח פלל כגון באגודות לולב דנקל להתזירו לברייתו ע"י שיתיר אגדו מוקמינו ליה אדינן' שמחונייב להתזיר הגזילה בעינן' פיון שבלא טורח הוא יכול להתירה ואף שבשביב המצנה הוא רוצה שיהא אגוד אין בזה משום תקה"ש שנעשו בשינוי החוזר ואדרבה מצנה הבאה

בַּעֲבִירָהּ הוּא מִשָּׂא"כ גַּבֵּי תַקְנוֹת מְרִישׁ דְּמַחֲמ' פְּסִידָא עֲבָדוּ תַקְנִיתָא שְׁלֵא יִסְתַּנֵּר בְּנִין קָבַע שְׁלוֹ וּמַחֲמַת הַמַּצְנָה הָרִי הוּא אֶצְלוֹ פְּאֵלוֹ אָנוּ מַצְוִין לוֹ לִסְתַּנֵּר בְּנִין קָבוע שְׁלוֹ וְאִית בֵּיהּ מְשׁוּם תַקְה"ש וְאִין תַקְה"ש דְּבַתְקַנְתָּ שִׁינוּי הַחוּזָר דּוּמָה לַתַקְה"ש דְּמְרִישׁ וְכָל חַד לְפּוּם טַעֲמִיהּ וְעִיָּין בְּב"ק דָּף צ"ה ע"ב ד"ה שְׁבַח: וּמ"ש עַל מ"ש שְׁבַעֲל סָפֵר מִק"ח נֹטָה מְדַרְדֵּי הַפְּשֻׁט בְּתוֹס' ב"ק דָּף ס"ח וע"ז הַבָּאָת דְּלָאוּ יָחִיד הוּא פִּי גַם בַּקְצָה"ח סִי' שִׁס"ב מְבֻנָּאָר פֶּן כּו' אוֹמֵר אֲנִי תְרִי גְבָרִי רַבְרָבִי כִּי הִנֵּי לִיטְעוּ בְּהָא מְלִתָּא אֲדָּהּ לֹא אֲמָרוּ דְּבָר אֶחָד דִּמְק"ח אֲזִיל וּמוֹדָה דְּלֶהֱתוּס' הַמְחֻזֵּיק מְגֻזְלָן אֲף בַע"כ שֶׁל גְּזֻלָן זָכָה בְּחַפְזָן אֲלֵא שְׁלַכְתְּחֵלָה אֲסוּר לַעֲשׂוֹת פֶּן מְפַנֵּי שְׁצָרִיכָה לְגֻזְלָן וְעַכ"פ מְחַוֵּיב לְשַׁלֵּם דְּמִים לְגֻזְלָן.

אָבֵל מ"מ הַגְּזֻל אִין לוֹ עַל הַשְּׁנִי פְלוּם לְאַחַר יֵאוּשׁ וְהִלְכְתָּא פְּנוּתִיהּ בְּדִינָא אֲלִיבָא דְּהַתוּס' וְלֹא מְטַעֲמִיהּ דְּאִילוּ הוּא סָבַר שְׁטַעַם הַתוּ' דְּהֵיאוּשׁ הוּא הֶפְקָר גָּמוּר אֲלֵא שְׁאִינוּ מוֹעִיל לְגֻזְלָן דְּבִאֲסוּרָא אֲתִי לִידְיָהּ וּמוֹעִיל לְמַחֲזִיק מִן הַגְּזֻלָן שְׁזוּכָה מִן הַהֶפְקָר וְלִיתָא כִּמ"ש בְּקוֹנְטְרַסִי הָרֵאשׁוֹן אֲלֵא טַעֲמָא דֵאע"ג דְּהֵי הֶפְקָר הֵיךָ מוֹעִיל אֲף בַכּה"ג מ"מ יֵאוּשׁ אִינוּ פְּהֶפְקָר וְכָל דְּלִיכָא ש"ר פְּדִינִיהּ בְּאֲסוּרָא אֲתִי לִידְיָהּ הוּא וְאִין מוֹעִיל לְגַבִּיהּ יֵאוּשׁ אָבֵל בְּהֶפְקָר גָּמוּר וְדֵאִי מוֹעִיל כִּמ"ש הַתוּס' וְכ"ש בְּהֶפְקָר ב"ד פְּגוֹן הֵיכָא דְּתַקְנוּ רַבְּנֵי דְּלִיקְנֵי פְּשִׁיטָא דְּהַגְּזֻלָן זוּכָה שְׁהָרִי כָּל עֲצָמוֹ שֶׁל הַהֶפְקָר ב"ד הוּא ע"ד פֶּן שְׁיִזְכֶּה הַגְּזֻלָן מְשׁוּם תַקְה"ש וְאִיךָ נֹאמֵר שְׁלֵא זָכָה מְשׁוּם דְּבִאֲסוּרָא אֲתִי לִידְיָהּ א"כ בְּטָלָה תַקְנַת חֲכָמִים לְגַמְרִי וְדֵלֵא כִּמ"ש בְּמִק"ח דְּיֵאוּשׁ הוּא הֶפְקָר וְאִינוּ מוֹעִיל לְגֻזְלָן עֲצָמוֹ וְיִלְיָף מִיְנֵיהּ לְהֶפְקָר ב"ד: וּבַעַל קְצָה"ח נִרְאָה דְּוֵדֵאִי מוֹדָה דְּיֵאוּשׁ אִינוּ הֶפְקָר וּלְכַף בְּעִינֵי ש"ר כִּי הֵיכִי דְּלִיקְנֵי בְּהִיתִירָא אֲתִי לִידְיָהּ אֲלֵא דִּס"ל דִּש"ר שֶׁל גְּזֻלָן בַע"כ אִינוּ מוֹעִיל כִּמ"ש הַטוּר וְס"ל טַעֲמָא דְּכִיּוֹן שְׁנוּטֵל בַע"כ שֶׁל גְּזֻלָן וְהֵאֲסוּר הוּא מְשׁוּם שְׁצָרִיכָה לְגֻזְלָן לִיפְטוּר מְגֻזְלָן הוּי ג"כ בְּאֲסוּרָא אֲתִי לִידְיָהּ וְגַם זֶה אִינוּ נִכּוֹן כָּלֵל שְׁהָרִי גַם לַקְנוֹת מִהַגְּזֻלָן אֲסוּר פְּדֵאִיתָא סִימָן שִׁס"ט אֲסוּר לַקְנוֹת דְּבָר מִהַגְּזֻלָן וְאֲסוּר לְסַעְדוֹ עַל שִׁינוּיָא פְּדֵי שְׁיִקְנֵהוּ כּו' הָרִי לְהֵדֵיָא אֲף דִּישׁ אֲסוּר בְּדָבָר מ"מ אִם עֶבֶר וְקָנָה זָכָה מַחֲמַת יֵאוּשׁ וְש"ר נְעוּד דְּמְבֻנָּאָר שְׁם בְּתוּס' וּבְפֶרֶק הַגְּזֻל וּמֵאֲכִיל לְהֵדֵיָא דֵאִם הַחֻזֵּיק בְּהּ אַחַר יֵאוּשׁ אֲף בַע"כ שֶׁל גְּזֻלָן קָנָה מְטַעַם יֵאוּשׁ וְש"ר וְאֲף אִם הוּא בְּעִין א"צ לְהַחֲזִיר אֲלֵא שְׁלַכְתְּחֵלָה אִין לוֹ לַעֲשׂוֹת פֶּן לְפִי שְׁצָרִיכָה לְגֻזְלָן לְפִטוּר מִן הַגְּזֻלָן וְלְכָל הַפְּחוֹת מְשַׁלֵּם דְּמִים לְגֻזְלָן מ"מ בְּשִׁבִיל זֶה לֹא חֲשַׁבְּנוּ לִי בְּאֲסוּרָא אֲתִי לִידְיָהּ לַעֲנֵן גּוּף הַחֻפְזָן פִּינוּן שְׁבָא לִידוֹ אַחַר שְׁנַתִּיאֲשׁ הַגְּזֻלָן שְׁגוּף הַחֻפְזָן שְׁלוֹ וּמִצָּאִתִּי בְּמַחֲנֵה אֲפָרִים הַלְכוֹת גְּזֻלָהּ סִימָן כ"ח שְׁפַתְב ג"כ דְּהַתוּס' פְּלִיגֵי בְּהָא עַל הַטוּר וְס"ל דֵאֲפִי בַע"כ שֶׁל גְּזֻלָן הוּי שִׁינוּי רְשׁוּת ע"ש שְׁהִבִּיא ג"כ מְשִׁיירָא הַהוּלְכַת בְּמִדְּבָר כּו' לְכֹן פְּתַבוּ הַתוּס' דְּהֵיכָא שְׁבַעֲיָן צָרִיךָ לְהַחֲזִיר כַּשֶּׁהֲש"ר קוֹדֵם יֵאוּשׁ וְהָרֵא"ש שְׁם בְּאֲמַת פְּתַב דְּלֵא הוּי ש"ר מְשׁוּם שְׁהוּא בַע"כ שֶׁל גְּזֻלָן וְזֶה בְּאֲמַת דְּלֵא בְּהַתוּס'פ' וְאֶפְשֵׁר שְׁבַקְצָה"ח כָּא לִיתָן טַעַם לְדַעַת הָרֵא"ש וְהַטוּר דְּלֶהֱכִי בַע"כ שֶׁל גְּזֻלָן לֹא הוּי ש"ר מְשׁוּם הֵךְ סָבְרָא שְׁפַתְבוּ הַתוּס' מְשׁוּם דְּאֲסוּר לְזַפּוֹת בְּהּ כּו' אֲדָּהּ מְלִשׁוּנוֹ מְשַׁמַּע שְׁזָה שִׁיטַת הַתוּס' ג"כ וְז"א כִּמ"ש: וְאֲמַנְם בְּאֲמַת טַעֲמָא דְּהָרֵא"ש וְהַטוּר בְּזָה וְכֹן דַּעַת הָרֵשֶׁבֶף"א דְּבַע"כ שֶׁל גְּזֻלָן לֹא הוּי ש"ר נִרְאָה פְּשׁוּט דְּלֵאחַר יֵאוּשׁ דְּמוֹעִיל הֵיאוּשׁ דְּבִרְשׁוּתוֹ דְּגֻזְלָן קֵאִי דִּיכּוֹל לְהַקְדִּישׁוֹ וּלְמִכְרוֹ אֲלֵא דְּהַגְּזֻלָן גּוּפָא לֹא מְצִי זְכִי בֵּיהּ פִּינוּן דְּבִאֲסוּרָא אֲתִי לִידְיָהּ וְחַל עָלָיו מַצְנוֹת הַשְּׁבָה תוֹ לֹא פִקַּע מִיְנֵיהּ מַחֲמַת יֵאוּשׁ הַבְּעָלִים וְא"כ פְּשִׁיטָא שְׁאִין אַחַר יְכוֹל לְזַפּוֹת בְּהּ בַע"כ שֶׁל גְּזֻלָן דְּנָהִי דְּנִימָא דְּרְשׁוּת הַגְּזֻלָן פִּקַּע

מחמת היאוש מ"מ הרי הנגזל לגבי הגזלן אינאש ומחמתו נסתלק רשות הנגזל וכל רשות הגזלן רק שמצנת השבת החפץ בעין חלה עליו ואדם איך יזכה בחפץ זה בע"כ של גזלן: ועוד נראה לפמ"ש בתשובה אחרת אהא דאמרינו היכא דמעיקרא שנה ארבע והשתא זוזא דאפי' איתבר ממילא משלם ארבע דמוכח מזה דאף דכל כמה דאיתא בעיניה ברשותיה דמרא הוא כל שנשפר עכשיו וליתא בעינא אוקמיה רבנן ברשותיה דגזלן למפרע שיהא קנוי לו לגמרי משעת הגזלה ונהרי זה פקונה חפץ ומתנה שאם יחזרו יתבטל המקח ואם לאו יהא קנוי מעכשיו והיינו גזירת הפתוב דאחיה לקרון פציו שגנב.

ובזה ישבתי קושית התוספ' שם במרובה דלקרון לא איצטריף וקושית התוספ' על רש"י בסוגיא דרבוצה לא מפעיא הגביה והרביצה כו' והארבתי בזה. ולפ"ז א"א לומר שהמחזיק יזכה בע"כ של הגזלן דאם נאמר שזכה זה נמצא דשוב ליתא בעיניה והו"ל פקנוי ליה למפרע ולא מהני זכיותו של זה פלל וראיית המחנה אפרים מהא דשינרא שיהיה מהלכת במדבר כו' י"ל דגזירות במדבר שאני דהוי פהפקר ואף ביכול להציל ע"י הדחק מ"מ פיון דשמעי ואסחי דעתיהו אפקורי מפקורי אף בתשובת הרשב"א סימן תתקס"ח לא משמע הכי גם קשה מלשון הרמב"ם וש"ע סימן שס"ח המציל מיד לסטים ישראל הרי הוא שלו מפני שסתם הדברים שנתיאשו הפעלים כו' משמע דאף בהציל בכת בע"כ של גזלן זכה וזה סותר למ"ש בסימן שס"א לא הוי שינוי אא"כ מקרו כו' ושם ס"ו בד"א שלא נתיאשו אבל נתיאשו ובא אחר ואכלו פטור נהי שאם היה בעין חייב להחזירו כו' וצ"ע פעת ולהיות פי מוליה כת"ז נחפז ללכת פליתי מדברותי ופה תהא שביתתי דברי ידידו דורש שלומו: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תשובת שאלה י לכבוד אהו' ידידי הרבני המופלג החריף ובקי מוה' דוד ג"י: בדבר שאלתו בגידון המחאה במעמד שלשתן אם יכול לחזור על המחאה ועוד דברים בגו.

ואף פי ידי רפות ולא אוכל לצאת ולבא על פרטי הענין. אף אכתוב מעט בדבר הנוגע לשורש הדין.

תשובה הנה בש"ע ח"מ סימן קכ"ו סע"ף ט' הביא שני דעות במע"ש אם יכול המומחה לחזור על המחאה ובש"ך שם פתב שהריטב"א כ' שיכול לחזור שאם היה המומחה נפטר א"כ לא הו"ל מע"ש הלכתא בלא טעמא שהרי חייב מדינא שהרי הוציא שיעבודו על פיו של זה כו' והש"ך פתב דאין זה הכרע דאם לא תיקנו מע"ש לא היה קונה פלל וזה היה יכול לחזור אבל השתא דתיקנו דקנה גם המומחה א"י לחזור בו דסמכה דעתיה שיגבה מהמומחה והוי כפטרו בפירוש להממחה עכ"ל.

ולענ"ד דברי הריטב"א ברורים דלפי סברת הש"ך דכל היכא שהמומחה יצטרף ליתן לו סמכה דעתיה ופוטור את הממחה לגמרי א"כ שפיר הוי מלתא בטעמא פיון דאם הוא פוטור לגמרי לממחה המומחה מחויב ליתן לו מטעם שהוציא שיעבודו על פיו א"כ שפיר סמכה דעתיה לפטור לזה פיון שזה יצטרף ליתן לו וא"צ לדין מע"ש פלל דאפילו לא היה לו בידו דליתא למע"ש שפיר מחויב ליתן לו לפי שזה פטור על פיו ואנו אומרים שפטרו דבהכי סמכה דעתיה שפשיפטרנו יתחייב זה ליתן אלא ע"כ דאף היכא שזה מתחייב ליתן מ"מ לא סמכה דעתיה על השני לבד לפטור הראשון לגמרי דחושש שמא אע"פ שהוא מחויב מדינא לפי שהוציא שיעבודו על פיו לא יתן ואין דעתו לפטור הראשון

לגמרי וא"כ גם פשמתחייב ליתן לו מדין מע"ש לא סמכה דעתיה לפטור הראשון לגמרי דמה לי אם מה שמחוייב ליתן הוא מחמת שגה פוטר על פיו או מחמת שקונה מדין מע"ש והוא ברור לפענ"ד.

ובשיטת הש"ך צ"ל דס"ל לחלק דבלא מע"ש לא סמכה דעתיה לפטור לגמרי ויתחייב זה ליתן דמימר אמר שפא יטעון הפומחה לא היה לה לפטור אותו לגמרי ומי ביקש זאת מידה וחזור עליו והיה דפוטר בפירוש דאמרינו שמחוייב ליתן לו היינו כשאומר הפומחה להנמחה שיפטור להפמחה והוא יתן לו או עכ"פ שמע שגה פוטר על פיו ושתק.

ועיין סימן קכ"ט שדין זה דפוטר על פיו נובע מתשובת מהר"מ שבמרדכי בענין המלצר ושם מייירי בכה"ג שפוטר בפירוש בפני הפומחה והפומחה קיבל עליו ולכן פתב דזה הוי פערב בשעת מתן מעות אבל כשלא פטרו בפני הפומחה אין הפומחה מתחייב ליתן מחמת שגה פוטר דמצי אמר אני יכול לחזור ואם מחמת שאתה פטרת להפמחה לא היה לה לפטור שפא אחר בו וא"כ אם פטרת את אפסידת נפשך משא"כ היכא שאין הפומחה יכול לחזור מחמת דינא דמע"ש שפיר י"ל דגם הנמחה א"י לחזור על הפמחה משום דינא דסמכא דעתיה שגה מחוייב ליתן ומסתמא פוטר את זה לגמרי כן צריף לחלק לשיטת הש"ך: אף עדיין צ"ע על הש"ך דמאי סמכה דעתיה ע"ז שמחוייב ליתן מן הדין דמע"ש דמ"מ ל"ל לעשות זאת שיפטור את זה לגמרי דהא אפטר שפמחה ימחול חובו להפומחה ואם יפטור את זה לגמרי לא יהיה לו על מי לחזור וכה"ג אמרינו בפ"ס דאשה אינה מקודשת דלא סמכה דעתה דלמא מחיל וה"נ מה"ת לומר דסמכא דעתיה שגיבה מזה ויפטור זה לגמרי דה"נ לא סמכה דעתיה דלמא מחיל וצ"ל דאזיל לשיטתו דבמע"ש א"י למחול א"כ שפיר סמכא דעתו ואפילו למ"ד דגם במע"ש יכול למחול מ"מ סמכא דעתיה לפטור הראשון לגמרי מעתה ואם ימחול באמת יחזור עליו משום דינא דגרמי.

וא"ש נמי אף לפמ"ש הש"ך שם ס"ק י' דלאו הא ביה תליא וי"ל דהנחתן יכול למחול ומקבל א"י למחול משום דאף לפי מ"ש הש"ך טעם דא"י לחזור משום דסמכא דעתיה ג"כ י"ל דאף דהנחתן יכול למחול סמכא דעתיה דהמקבל שאם ימחול יחזור עליו משום דינא דגרמי ולפיכך שפיר הוי ליה כפטור בפירוש אף לפענ"ד ז"א דאם עיקר סמיכתו שיחזור עליו משום דד"ג א"כ אף דטבא ליה עביד מעיקרא לא פטר ליה לגמרי כלל אף אי אמרינו דמע"ש א"י למחול א"ש כמ"ש: ובהכי א"ש הא דמשמע מהפוסקים בפרע בחובו חוב שיש לו במע"ש דלמ"ד יכול למחול אם מחל הוא פטור וכל אמרינו דמ"מ מחוייב לשלם לפי שפינון שגה מחוייב ליתן לו מדינא דמע"ש סמכא דעתיה וא"י לחזור על הפמחה וממילא דהפומחה חייב פינון שעל פיו הוציא שעבודו ופטר את זה לגמרי.

אף לפי מ"ש א"ש דכיון דהשתא קיימינו דמע"ש יכול למחול א"כ שוב אין פאן סמכא דעתיה כלל לפטור את זה לגמרי דהא מסיק אדעתיה דלמא מחיל ואינו פוטר הראשון לגמרי וא"ל דמ"מ פוטר הראשון לגמרי דנהי דמחיל יתחייב מהאי טעמא גופיה שגה נפטר ע"פ אף כפר כתבתי דליתא לפי סברת הש"ך דמשום טעמא שיתחייב לפי שגה נפטר ע"פ לא אמרינו שגה סומך דעתו ופוטר לגמרי דאל"כ אף בלא מע"ש י"ל כן וכן אצ"ל דמע"ש הלכתא בלא טעמא וכמ"ל וע"כ דהש"ך ס"ל כמ"ש שאינו סומך ע"ז שגה יתחייב ליתן מה"ט גופא שהוא פטור רק היכא דחויבא רמי עליה מדינא דמע"ש

וא"כ להך מ"ד דמע"ש יכול למחול לא סמכא דעתיה מחמת דינא דמע"ש דאפתי תועיל מחילתן ומצד שנה פוטר ע"פ נמי לא סמך דעתיה דנה מצוי א"ל לא הנה לה לפטור לגמרי וא"כ ממילא דבאמת לא פטר ליה לגמרי וא"כ אין זה המומחה מתחייב מדין ערב שהרי זה לא הוציא שעבודו ע"פ דבאמת לא פטרי לגמרי רק מטעם דין מע"ש ולכן אם מחל לו הממחה המומחה פטור וכמ"ש: וראיתי לכ"ת שכ' בשם מחו' הגאון המפורסם מוהר"ר יעקב אב"ד דק"ק לבוב נ"י שהקשה לפי שיטת הש"ך פסברא אחרונה דא"י לחזור.

א"כ האיך הוכיחו דמע"ש א"י למחול מקדושין במע"ש דלמא שפיר יכול למחול רק כיון שהאשה נתקדשה במע"ש ממילא זה מחוייב ליתן מדין ערב שעל ידו נתקדשה ומה מחילה שיהי' בזה וכ"ת הקשה בזה דהביאו רא"י דמהני מחילה מב"ק ותזבין ר.

ולפי מ"ש א"ש דאם נאמר שיכול למחול במע"ש א"כ מעיקרא אין פאן חלות קידושין דהא לא סמכה דעתה דלמא מחיל ונתבטל מע"ז דין ערב דבאמת אין הקדושין חלין. וא"ל דאדרבה נימא דהקדושין חלין ואז סמכה דעתה שיצטרף לשלם מדין ערב.

כבר כתבתי דליתא להך סברא לפי שיטת הש"ך דא"כ א"צ הלכתא למע"ש ונימא שנה צריף לשלם מדין ערב. דא"ל דלא סמכה דעתה לפטור את זה דשמא לא ירצה זה ליתן.

ז"א דהא פשפוטרי צריף זה ליתן וגם תיקשי דהיכא דליכא דינא דמע"ש כגון שלא הי' בידו נימא הכי דנה פוטרו וזה מתחייב בפטורו של זה אלא ודאי דהש"ך סובר דלית לן למיזל בטר איפכא ואמרין דלא סמכא דעתיה לפטור את זה לגמרי ובדעתו לחזור על הראשון כשלא יתן זה.

וממילא שאין זה מתחייב ליתן מחמת ערבו' כלל: ואם נאמר להיפך שהוא פוטר מחמת שסומך שע"י הפטור יתחייב זה הוא כותלה עצמו בחגורתו ודוקא היכא שפלא הך מלתא דפוטר זה הוא מתחייב ליתן מחמת דינא דמע"ש משא"כ אם אין החיוב רק מחמת הפטור וא"כ אף לבתר דתיקנו מע"ש והוא מחוייב ליתן אם נאמר שיכול למחול אפתי אין פאן סמיכת דעת שיצטרף ליתן מחמת החיוב של מע"ש דלמא מחיל לי' המלוה ולא יצטרף ליתן ומה לי שא"צ ליתן מחמת שלא הי' דין מע"ש או קודם תקנה ומה לי שיש דין מע"ש אלא שאפשר שלא יצטרף ליתן מחמת מחילת המלוה וא"כ אין דעתה להתקדש על סמך זה שנה יתן מחמת הדין דמע"ש רק שנאמר אדרבה היא גורמת להתקדש מחמת קנין המע"ש וממילא אף שימחול המקדש יתחייב זה ליתן מדין ערב וע"ז סומכת דעתה לגמור הקדושין הא ליתא דא"כ אף בלא מאן דס"ל מע"ש דוקא בפקדון ולא במלוה נמי נימא דהיא גורמת להתקדש.

וממילא שנה מתחייב ליתן מדין ערב. א"ו שנה אינו כיון שחיובו של זה תלוי מחמת שיחולו הקדושין אנו אומרים להיפך שאין דעתה סומכת לגמור הקדושין דשמא ימחול וממילא דאין פאן חיוב ערבות כלל ודעת לנבון נקל גם בהיהא דהחובל דלק"מ וא"ל דיש פאן סמיכה כיון דאם ימחול יתחייב מדינא דגרמי כבר עצמו התוס' בזה בלאו הך חיובא דערבות ותירצו ע"ש וקצרתה: אמנם באמת בלא"ה אין ענין קדושין לזה כלל דאם נימא דמחילה מועלת במע"ש א"כ אם ימחול פשיטא דאין הקדושין פלום אפילו נימא שנה מחוייב לשלם מדין ערב מ"מ הא פקע לה פסך קדושין הבא מצד הפעל שהרי

הבעל אין לו אצל זה פלוס רק שזה יתן לו את שלו מטעם שנקנס ערב ואין זה מועיל בקדושים פינו שאין פאן קיחה דכסף של הבעל וכינון שאם ימחול אין פאן קידושים ממילא דגם זה א"צ לתת לה פלוס דהא בטלו הקידושים וקידושים אין פאן ערב אין פאן וממילא שאר אם לא ימחול אינה מקודשת דלא סמכה דעתה דלמא מחיל וממילא שלא יצטרף לשלם בין מדין מע"ש בין מדין ערב פינון שאם ימחול יבטלו הקידושים וכמ"ש.

ומהו דב"ק בלא"ה לא קשה מידי דנדאי לא שינה חיובא דערב אלא פשקיבל עליו ברצון דאז י"ל שפטר ע"פ או נתן ע"פ משא"כ בע"כ לא שינה זה והוה דב"ק אין קו' רק לענין בע"כ דמדעתו אין קושיא דהבעל לא ירצה וכמ"ש התוס' דשם.

ובזה א"ש נמי הוה דקידושים דאפתי תיקשי נימא דמיירי בע"כ. ולכך לא סמכא דעתין דלמא מחיל ומטעם ערב' אינו שינה בע"כ אף שבאמת א"צ לזה וכמ"ש: ומ"ש כ"ת על קו' ה"ל דארף להריטב"א קשה קו' ה"ל דבזה דנתקדשה ע"פ או נתן ממונו ע"פ פשיטא דהוי פערב בשעת מתן מעות ומה בכך דיכול לחזור ולתבוע הראשון הלא כל ערב דינא הכי שתובע הלנה תחלה ואם"כ חוזר על הערב פשיטא דלק"מ דלהריטב"א דקנין מע"ש הוא באופן זה שאם לא יתן זה בידו להיות חוזר על הלנה הממחה א"כ גם הממחה לא נתחייב רק כשהוא מחויב לשלם אבל לא כשימחול לו הממחה שאז באמת יחזור הממחה על הממחה ואין לו עליו פלוס אף מדין ערב.

ולכן גם בקדושים אם נאמר שע"י מעמ"ש היא גומרת להתקדש לגמרי ע"י שתטול מהממחה. אז דארף שימחול זה יתחייב לו זה מדין ערב והיינו לשיטת הש"ך שבמע"ש הוא מקבל עליו שלא יחזור על הממחה כלל וא"כ הוא סומך ע"ז שישלם לו בכל אופן וע"ד פן הממחה מקבל עליו משא"כ להריטב"א שיש בידו לחזור על הממחה א"כ גם זה אינו מקבל עליו רק באופן שיתחייב מן הדין ולא כשימחול שאז יהי פטור.

ולכן גם בזה אין המתקדשת דעתה על הממחה לבד רק גם על המקדש וממילא שאין זה מקבל עליו שיתן אף כשלא יהי חייב ליתן שימחול לו המלנה ואין פאן דין ערב שלא נכנס ערב לזה אלא שיתן לו מן החוב שבידו וכשנמחל החוב הוא פטור.

אף באמת גם לשיטת הש"ך אין פאן דין ערב כשנמחל החוב שזה לא נכנס להתחייב לשלם משלו רק ממה שיש תחת ידו משל הממחה הא למה הדבר דומה תן מנה לפלוני מפקדון שיש לי בידך וקיבל עליו זה בענין שאין קנין מצד מע"ש ושוב נתן המפקיד הפקדון לאחר במתנה או אפילו להנפקד עצמו אין זה יכול להוציא ממנו מטעם ערב שיהי לא קיבל הערבו' על עצמו רק על נכסי המפקיד וכינון שעתה אין בידו מנכסי המפקיד הוא פטור.

וה"נ דכונתיה פינון דשעבוד הגוף אינו נקנה במע"ש ומהני המחילה של זה א"כ אין פאן ערבות שלא נתערב אלא לתת מנכסי המפקיד: ואמנם צ"ע ראית הריטב"א דאם נאמר שאין יכול לחזור על הממחה הו"ל מעמ"ש הלכתא בטעמא שזה מתחייב מדין ערב.

ולכאורה אין זה ראיה דהא קיי"ל דמעמ"ש קונה אפי' בע"כ של הממחה. וא"כ כשאין הממחה מתרצה הרי לא פטרו ע"פ והלכתא בלא טעמא הוא מה שהיא מתחייב אפי' בע"כ אמנם נראה דהריטב"א בזה לשיטתו דס"ל דמעמ"ש אין קונה בע"כ ודחה ראית ר"ת

מהם דאָיסור גיורא ע"ש משא"כ לדין דקיי"ל דקונה בע"כ שוב אין ראיה להריטב"א פלל.

והנה התוס' בגיטין דף י"ג כתבו להוכיח דמע"ש קונה אף בע"כ דאל"כ אף שאין פקדון ביד הנפקד יקנה באודייתא ותמהו כל המפרשים דהרי אודייתא נמי מהני בע"כ ול"ל מעמ"ש. והנלענ"ד דמבואר באשר"י ובפוסקים דמע"ש נתקן בשביל תקנת השוק דמי שקונה סחורה ואין בידו מעות מעמידו אצל בע"ח ומקנה לו במע"ש.

והוכיח מזה דמע"ש אינו יכול למחול דאל"כ בטלה עיקר תקנה דהסוחר לא יסמוך ע"ז דשפא ימחול ולפ"ז קשה דמאי מקשין התוס' ליקני באודייתא הרי מבואר בח"מ סי' מ"ז מי שאמר על דבר שהוא בידו שהוא משל אחרים אם יודע אח"כ שהוא חייב לאחרי אינו נאמן בהודאתו פלל.

ולפ"ז ע"כ הוצרכו חכמי משום תקנת השוק לתקן מעמ"ש דעל אודייתא לא יסמוך הסוחר וליחוש לעצמו שפא הוא חייב לאחרים ואין הודאתו פלוס וצ"ל דנאמן במיגו דאי בעי שקיל מן הנפקד ויהיב לי דאף בכה"ג שאינו בידו רק ביד הנפקד אמרינו מיגו כמבואר באה"ע סי' פ"ו גבי קיבל מן האשה.

אף דעדיין קשה לשיטת הש"ך סי' מ"ז במודה במעות שתחת ידו שהם פקדון שהפקיד פלוני בידו אפ"ה אין דינו של זה שהודה לו כשאר ב"ח דכיון שהנפקד יכול להשתמש במעות וא"צ להחזיר לו המעות עצמן רק אם ירצה נותן לו מעות אחרים ולכך לא עדיף זה משאר ב"ח וא"כ אפתי לא מקשי התו' מידי דבאודייתא לחוד שנה המעות הם של פקדון אפתי לא יסמוך הסוחר ע"ז דבשלקא במעמ"ש שקונה גוף הפמון שפיר יסמוך ע"ז.

משא"כ באודייתא דנדאי לא ירצה הסוחר לסמוך ע"ז שלא יהא אלא בע"ח כשאר ב"ח. אף י"ל דז"א דדוקא היכא שהמעות ת"י הלנה והוא אומר שהמעות הוא פקדון של פלוני אז שפיר אמרינו פיון שרשות לנפקד להשתמש בהם וליתן לאחרי"א"כ אין דינם רק כהלואה משא"כ היכא שהמעות אינם בידו רק ביד אחר.

וראובן אומר לשמעון אותן המעות שהפקדתי אצלך הם פקדון בנדי של לוי תן אותם לו ולוי עומד שם א"כ בלא תקנת חכמים במע"ש הרי בזה יצאו מרשות ראובן לגמרי דהוי כאילו מסרם לשליח המפקיד.

נאפי' אם בא לחזור אינו חוזר. ושוב לא שינה לומר דשמעון יכול להשתמש בהם.

ז"א דכיון דכבר יצא מתורת נפקד ונעשה שליח להחזיר לזה פקדונו ולגבי שליח נדאי לא הוי פמעות הלואה וצריף ליתן לזה פקדונו ומה צורך למע"ש: אף דכ"ז בס"ד דהתוס' דלעגנו מדעת הנפקד מייירי א"כ לא הוצרכו לתקן מעמ"ש דבאודייתא מהני פיון שנה קיבל עליו להיות שליח המפקיד להחזיר לו.

משא"כ למסקנא דאפי' אם שמעון אינו מתרצה קנה לוי ע"כ לא ק' דליקני באודייתא פיון דבעובדא דאיסור גיורא מוכח דמהני בע"כ דהתם היינו משום שאין שינה שם תקנת השוק רק שהי' רוצה להקנות לרב מארי משא"כ ה"א דמתמת תקה"ש רצו לתקן קנין

דמהני אף בע"כ הלפף הןצרכו לתמן מע"ש דאודיתא בע"כ אין ביה תקה"ש פלל פינן
ששמעון לא נתרצה להיות שלים המפקיד ועדיין ברשותו עומד לענין שאם ירצה יכול
להשתמש ביה עדיין והוי פמעות הלנאה ואין פאן תקה"ש דהסוחר לא יסמוך ע"ז שיהא
כשאר ב"ח (ולמאי דמסקינן דמע"ש תיקנו אף במלנה אע"ג דבלא"ה אין דינו רק כבע"ח
מ"מ י"ל דאודיתא לא מהני במלנה פמבואר במרדכי בב"ב ע"ש) ולכף הןצרכו חכמי
לתמן מעמ"ש כלענ"ד נכון דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה יא
שאלה ראובן שאמר לשמעון שיקח אצלו מעות בהלנאה ולא פירש סכום פמה ואמר
לשמעון שישלח משרתו עמו שיקח המעות וכן נעשה וקא המשרת והביא ללנה סף מאה
זהו שמסר לו המלנה ושוב בא המלנה ואמר שנתן להמשרת מאה וחמשים זהו והמשרת
מכחישו ואומר שלא קיבל ממנו רק ק' זהו מה דינו: תשובה לכאורה דין זה יש ללמוד
ממשנה שלימה בפרק כל הנשבעין באמר לחנני תן לבני סאתים חטים תן לפועלי בסלע
מעוה הוא נשבע ונוטל והם נשבעין ונוטלין ומבואר בפוסקים דאף אם אין חייב לשלם
לבנו פלום מ"מ פינון שצנה לחנני לתת לו והחנני אומר שפן עשה הוא נשבע ונוטל
והא דאיתא בירושלמי הביא הר"ף פרק האיש מקדש גבי חד דאפקיד גבי חברי' גרפא
דחמרא וכפר בי' ועשה ר"י הכתף עד לחייבו שבועת התורה ולא דן בי' דין חנני על
פנקסו דהתם הכתף לא הי' שלים הנפקד אלא שלים המפקיד רק מחמת שהשלים אמר
שפסר לנפקד חייבו שבועת התורה וכמ"ש הפוסקים דמייירי שהמפקיד הלף עמו בענין
שלא הי' הכתף נוגע אבל אם הי' הנפקד שלוחו להביא הפקדון מבית המפקיד והמפקיד
אומר שפא אצלו ונטלו אף אם הי' הכתף מסייע לנפקד ואומר שלא נטל הי' המפקיד
נשבע ונוטל פדין חנני על פנקסו ומטעמא דאמרינן בריש ב"מ דאמר לי' חנני לבעה"ב
מאי אית לי' גבי' שכיר את הימנתי' דלא אמרת בסהדי הב לי' וה"נ דכוותה גבי שלים
ששלחו לנה ליקח מעוה מהמלנה דמצי המלנה אמר מה אית לי' גבי דשלים את הימנתי'
כו' ואין להביא ראי' ממה דאיתא בסי' קכ"א לוי שפא בשליחות ראובן וכו' והוא לשון
הרמב"ם ופירשו הב"י דמייירי בראובן ששלח ללוות משמעון כו' ראובן נשבע ש"ד כו'
והש"ף שם ס"ל דא"צ רק ק"ח ע"ש אף באמת אין ראי' דהתם מייירי שראובן טוען שלא
שלחו ללוות רק ד' וא"כ לא איכפת לי' במה שנטל השלים יותר משא"כ היכא שלא נתן
קצבה פמה יליה ולכן כתב התם שישבע (לפי פירוש הב"י או קב"ח לפי דעת הש"ף)
שלא שלחו ללוות רק ד' משום דאם הי' מודה ששלחו ללוות נון אף שישבע שקיבל רק
ד' משלוחו לא נפטר בזה פינון שהרשה שימתן לשלוחו נון וזה טוען פרי שנתן לו הרי הוא
מתחייב אף שהשלים מעל בשליחותו ולא נתן לו רק ד' וכן נראה מבואר מ"ש הש"ף
שאם שמעון טוען פרי ששלחו ללוות נון ישבע ראובן ש"ד נגד שמעון כו' מבואר דבהך
פרי לחוד ששלחו ללוות נון מתחייב ראובן בדין מודה במקצת אף שאין שמעון יכול
לטעון פרי שנתן לראובן נון פינון דלפי דברי שמעון הרשהו ראובן ללוות נון ויודע בנפשו
שכף נתן לו הרי טענתו טענת פרי פנגד ראובן שנתחייב לו נון וראובן מודה בכף והו"ל
מ"מ ולכאורה צ"ע דלמה נדון בזה דין מב"מ דאף דטענת שמעון הוא טענת פרי שנתן
לו מ"מ אף אם הי' ראובן מודה לטענתו ששלחו ללוות נון אפתי אין עליו חייב תשלומין
דמ"מ שפא לא נתן לו שמעון רק ד' ואף שהי' שמעון נאמן בשבועה מדין חנני על
פנקסו מ"מ פינון שאף ע"י הודאת הנתבע לטענת התובע אין יכול ליטול כ"א בשבועה

אין פאן דין מב"מ וכמ"ש הפוסקים בסימן ע"ה ושאר דוכתי לענין מחויב שואי"ל ואמנם
נראה דהש"ך לשיטתו בסי' צ"א ס"ק ד"ו שכתב שאין הרא"ה והר"ן חולקים על בה"ת
ואינך רבנותא דהרא"ה מייירי שהפועל מייירי לא נטלנו וכאן מייירי
שהפועל מודים שנטלו (אלא שבעה"ב אומר שלא צוה ואינו חייב להם) א"כ הי' החנוני
נוטל בלא שבועה כו' ע"ש וכיון דכאן סי' קכ"א מייירי שהשליח אומר ג"כ שנתן לו נון
ואם ה"ה ראובן מודה שצוה ללות לו נון הי' שמעון נוטל בלא שבועה דמפי השליח אנו
חייני להאמינו שנתן לו כמו שהרשהו ראובן ומה איכפת לי לשמעון אם נתנם לראובן
או לא והלכך כל שראובן כופר שלא צוה לתת כ"כ יש לו דין מב"מ אלא שצ"ע מ"ש
הש"ך דהשליח נשבע ה"ס שנתן נון לראובן דלמה יצטרך השליח ליטבע ע"ז פיו
שאינו יכול לטעון טענת ברי שלא נתן לראובן ונשארו מעותיו תח"י ואי משום אמירתו
דראובן שאומר שלא נתן לו רק ד' הרי לפי דברי שמעון עצמו ראובן כפרן וחסוד על
השבועה שנטבע שלא צוה ליקח רק ד' ושמעון יודע בעצמו שצוה לקבל נון וא"כ איך
יסתייע שמעון מטענת ראובן למשן' ברי ולחייב השליח שבועה ע"ז וצ"ע ועכ"פ אין
ראי' מהש"ך לומר דשאני דין שליח מדין חנוני דהתם אומר שלא עשאו שליח ללות
כ"כ אף מ"מ אין ראי' משם ג"כ דנימא שאם מודה שעשאו שליח יש לו דין חנוני דשאני
התם דמייירי שהשליח מסייע להתובע ואומר שקיבל משא"כ אם השליח הי' אומר שלא
קיבל רק ד' נהי שאין נאמן בתורת עדות דהוי נוגע מ"מ מהני טענת ברי דידי' שצריף
התובע ליטבע וליתול פדיו חנוני ואפשר דגרע מחנוני שהרי פתב הרמב"ן גם בחנוני
עיקר דינו מה"ת שילך לו בפחי נפש דהא הוי א"י אם נתחייבתי ומה דאמרינן משום
דלא א"ל בסהדי הב לי טעמא דמתנתא הוא כו' ולכאורה אינו מוכן בזה טעם התקנה
דס"ס הוא טוען א"י אם נתחייבתי ואם נפשך לומר דכיון שזה הוציא ממנו על פיו
שהרשהו לתת לזה אף בלא סהדי הוא מתחייב ז"א דנדאי אם הי' הדין נותן שיהי' נאמן
שנתן לו לא הי' זה עיוות מה שנתן לו בלא סהדי פיון דלא א"ל בסהדי הב לי אבל מה"ת
נאמין לזה שנתן ואם מחמת שמטילין עליו שבועה הרי מן התורה אין שבועה ליטול ולא
עדיף מאם אומר תן מנה לפלוני ואתחייב אני לה דמתחייב לשלם מדין ערב ומ"מ צריף
לברר שנתן לפלוני או ע"פ הודאת הערב שיודע שלונה כמבואר בסי' קכ"ט דאם אומר
הלנה לא לוייתי מעולם צריף לפרוע וכתב הסמ"ע שם ס"ק ד"ד פירוש הערב מודה
שלנה מש"ה חייב דליכא לספוקי דלמא פרעני' דכל האומר לא לוייתי כו' וע"ש בש"ך
ס"ק ל"ב דכמה פוסקי' ס"ל דאף בקבלן דינא הכי דמצי הלנה למטען פרעתי ואין מוציאין
מהקבלן ואף מי שחולק שם נראה דבטענת לא לוייתי מודה דגם בקבלן אינו יכול להוציא
ממנו ע"ש וא"כ ה"נ פאן אם מטעם שהרשהו לתת לזה והוציא על פיו שהוא מתחייב
מדין ערב אתינו עלה א"כ עכ"פ צריף לברר שעשה כן וכאן הרי הבן או הפועלים
מכחישין שלא נטל ונלענ"ד דהיינו טעמא דמתנתא דנדאי שזה שאמר לחנוני שיתן לבנו
או לפועלי' וקיבל עליו שיעשה שליחותו ויתן פאשר צוהו ונהי זה פאילו הלנה החנוני
לבעה"ב ונתחייב לו כפי הסף הלז במלנה ע"פ ושוב נעשה שלוחו לתת לבנו או לפועלים
וחייב שנתחייב בעה"ב לחנוני הוא נקנה באמירה שאמר לו להיות שלוחו וקיבל עליו
וכיון שהחייב הוא מיד וחסר ונעשה שלוחו ליתן בשבילו לפלוני ותרי מילי ניהו וכיון
שהבעה"ב מודה שצוהו ליתן הרי הוא מודה בחייב ונדאי אלא שטוען ספק שמא לא עשית

שליחותי ולא נתת הרי זה פטוען ספק פרעון וכיון דבעלמא בכה"ג א"י אם פרעתיך חייב והתובע נוטל בלא שבועה בלא תיקנו שעכ"פ בשבועה יטול וזה נלענ"ד דעת הר"י בן פלאט שבבעה"ת הביאו הש"ך שכתב בטעמא דחננני נשבע ונוטל אע"ג דחזקת ממון עדיף מברי ושמא מ"מ איכא נמי חזקה שלים עושה שליחותו ודמי להא דמשארסתי נאנסתי דאי איכא חזקת הגוף לא אזלינן בטר חזקת ממון ומסייע לברי ושמא כו' ע"ש: ולכאורה הדברים תמוהים דבגיטין אמרינן דחזקה שלים עושה שליחותו לא אמרינן לקולא וגם נראה דלא אמרינן הכי פשהשלים נוגע בדבר שבממון וכבר עמד ע"ז ברו"ת והדבר פשוט דלא שינך לומר חזקה שעושה שליחותו במקום שיש לומר שעושה פן משום מלנה ישינה או מספקא לי' אם נתן לפועלים אם לאו וא"ל דבחזקת שנתן פיון דחזקה שלים כו' דז"א דנדאי בדבר שיש לו שהו' זמן לא אמרינן דנדאי עשה שליחותו על אחר וזמנין דלא מתרמי לי' לקיים השליחות וביני ביני מטריד ונופל לו ספק אם עשאו אם לאו והרי בכל דוכתא נמי איכא חזקה דאין אדם מעיז כו' ומשום מלנה ישינה וכינצא חיישינן לי' ולכן נראה דנדאי לא מסתבר שנאמר חזקה שלים עושה שליחותו וחזקה שפבר נתן לבנו של הבעה"ב או לפועלים כאשר צנהו רק אנו הכי קאמרינן פיון דהבעה"ב צנהו ליתן ועשאו שלים לעשות פן וסמך על אמונתו בזה שיקיים צווי בנדאי סמכה דעת' שיעשה פן דחזקה שלים עושה שליחותו ומיד מתחייב הבעה"ב כפי צווי שלו ונשתעבד לתת לו והלואה אית לי' גבי' רק שהוא חוזר ועושהו שלים שיתן מה שנשתעבד לו לפלוני עבורו ונמצא החיוב גמור והטענה שמא לא עשית שליחותי הוא ספק ולכך ס"ל דמדינא החננני נוטל מבעה"ב והא דמדמי לי' להך דמשארסתי נאנסתי על הדין אורחא איתמר דהתם נמי פיון דאיכא חזקה דגופא שבתולה היא עד עתה ממילא מחמת החזקה ההיא אנו דנין חיוב פתובתה מאתים פחוב ברור וכל שהחוב נדאי והפטור ספק אין פוטרין אותו מחמת חזקת ממון וע"ש בבעה"ת שכתב ומאי דקשיא לי' למר המוציא הוצאו' כו' גבי חננני איכא תרתי חדא חזקת שלים עושה שליחותו דהא מזמן ועומד להקיר בגני אדם ואיכא ברי ושמא כו' נראה דדברים כמ"ש דכיון דמזמן ועומד להקיר בגני אדם סמכה דעת' דבעה"ב וגמר ומשעבד נפש' מיד על הנדאי ולא בתורת ספק וספק הנופל עקשיו הוא ספק בפטור (אמנם שם בשער ק"ט חלק ז' כתב והיכא דלא קץ לי' כו' משום טעמא דאמרינן לעיל דכי היכא דכי אמר הב לי' מנה אמרינן קיבל שליחותו ובחזקת שעשאו הואיל ומזמן לשליחות הקפות הוא ה"נ דא"ל הב לי' מאי דמצטריך פועל חזקה קביל עלי' וסמכה דעת' ועבוד שליחותי' וכקציצה דמי כו' ע"ש ולשון זה ובחזקת שעשאו משמע דהחזקה הוא על גוף הנתינה עצמה שנותן לפועל ועושה שליחות הבעה"ב ויש לדחות דלאו דוקא נקט ור"ל שפחזקת שיעשה הוא וצ"ע) ובחכמים תיקנו שהחננני ישבע הואיל ואיכא פועלים דמכחשי לי' בברי וס"ל דאם מתו פועלי' א"צ שבועה כמבואר שם פך הוא דעת הר"י בן פלאט אף הרמב"ן ס"ל דמדינא אין מקום לחייבו דארף דנימא דקיבל עלי' פחוב ועשאו שלים וכאילו הלנהו ושוב נתן לידו לעשות שליחותו והאמינו שיעשה שליחותו מ"מ מעיקרא לא קיבל עלי' רק פשיעשה שליחותו מתוקן ולא בעוות וכיון דארף לפי דברי החננני לא עשה השליחות פתיקונו אע"ג אין להוציא מיד החננני מחמת פשיעה זו דלא הוי פשיעה גמורה פיון דלא א"ל בסדדי הב לי' ולא דמי להך דאבימי בכתובות שהזכיר לו לקיחת השטר וכמ"ש

התוס' שם ובריש ב"מ מ"מ לענין זה שהחנוני בא להוציא מחמת שגדון הבעה"ב בלנה גמור שקיבל עליו בחוב דז"א שלא קיבל עליו בחוב אלא ע"ד זה שיעשה השליחות בתיקון גמור ואף בעויות כה"ג שאינו פשיעה גמורה לא היה דעתו שיתחייב ולכן אף אם היה החנוני נאמן לבעה"ב שנתן והפועל מוציא ממנו שלא כדין לא היה יכול להפטר מהחנוני בטענה דלמה לא יהיב ליה בסקדי פיון דלא אמר בסקדי הב ליה מ"מ עתה שהבעה"ב אין מאמין לחנוני מסופק בנתיב עצמה ורגלים לדבר מהכחשת הפועלים אין דנין הבעה"ב כמחנני גמור אלא חזר הדין לאומר א"י אם נתחייבתי לך דפטור וזה פוננת הרמב"ן במה שסיים ואת"ל נמי פשע בהא אפ"ה פטור והדברים מגומגמים ולענ"ד יש כאן ט"ס וצ"ל ואת"ל נמי לא פשע בהא אפ"ה פטור ר"ל דאף ע"ג דאין כאן פשיעה מחמת האי טעמא דהו"ל לתקוני אפ"ה פטור משום דהו"ל כא"י אם נתחייבתי והש"ך בס"ס צ"ב השיג על הרמב"ן מדברי התוס' והפוסקים דכתבו דלא שייך לתקוני שדרתיך כ"א בעובדא דאבימי שהזכיר לו לקיחת השטר ולפי מ"ש א"ש ונאפילו כפי הנסחא שלפנינו בהרמב"ן הרי הרמב"ן בעצמו כתב שאת"ל פשע נמי בהא אפ"ה פטור ור"ל שאפי' נימא דהבעה"ב פשע בזה שלא אמר בסקדי הב ליה וגרם לחנוני שיתן עי"ז בלא סהדי ומתחייב משום גרמי (ואף ע"ג די"ל שצ"ל חזי דעלך קא סמיכנא להאמין לפועל מ"מ י"ל דהני כאמר לו פן פיון שפתם ואמר תן בשבילו ולא הזכיר סהדי) מ"מ פטור מטעם שאפשר שלא נתן לו כלום ודברי הפועל אמת הוא והו"ל א"י אם נתחייבתי אף לענ"ד אפשר להגיה כמ"ש דלפי הנסחא שלפנינו מגומגם לקרוא פשיעה לבעה"ב וגם דפתח בא"י אם נתחייבתי וסיים משום דה"ל לתקוני ולפי מה שהגהתי א"ש: ואם פנים אנוחנו במ"ש דבין אם נאמר דהחנוני נוטל מדינא או משום תקנה הוא מטעמא דלא הו"ל א"י אם נתחייבתי פיון שקיבל שליחותו של בעה"ב ובעה"ב סמך דעתיה עליו ונשתעבד מיז ומתחייב בסוף שיאמר השליח שנתן ומה שנעשה שליח הוא מלתא אחריתא וכאילו נתן הבעה"ב מעות לחנוני שלנה ממנו וצוהו ליתן לפועלים דבכה"ג דמי ללנה ששלח מעות למלנה כדאיתא בקידושין וכמ"ש בעה"ת באם מסר בעה"ב מעות לחנוני ליתן לפועלים דהיינו הך דקידושין ע"ש ונאפילו שבועה לא היה צריך רק משום הכחשת פועלים או שזהו עיקר התקנה פיון שנעשה שלוחו יש לדון פנתחייב וכמ"ש בשטת הרמב"ן א"כ נראה דהיינו דוקא בענין חנוני ופועלים או פן בעה"ב שהחוב שהיה מוטל על בעה"ב לשלם לפועלים עשה לחנוני שליח שיעשה זה עבורו או מה שרצה ליתן מתנה לבנו עשה לחנוני שליח ובזה אמרינן דחזקה שליח עושה שליחותו והבעה"ב האמינו מתחלה ע"ז שישלים חפצו ונשתעבד לו מיז וכן נראה מל' הט"ז ריש סימן צ"א שכתב פירו' דאין נאמנות לחנוני על פנקסו אלא דוקא היכא שבעה"ב מודה שהאמינו מתחלה שיתן בשבילו עכ"ל.

וכן נראה מלשון הגמרא דא"ל חנוני לבעה"ב אני שליחותא דידך קעבידנא ונהיינו בכה"ג שפזה שנותן החנוני נשלם חפצו של בעה"ב וע"ז נעשה החנוני שליח משא"כ בלנה ששלח ללות אצל המלנה וכתב לו או הרשהו בע"פ שיתן לזה פשיט' שאין לומר שהמלנה נעשה שלוחו של הלנה ליתן ליד שלוחו שנאמר חזקה שליח עושה שליחותו שהרי אין על המלנה שם שליח רק ע"ז ששלחו לקבל המעות רק שיש לו רשות למסור לזה והמלנה בעצמו יודע שאין הלנה צריך ליתן לזה כלום שנאמר שהוא שלוחו ליתן לזה ואף

פְּשִׁימְסוֹר לֹו הוּא צָרִיף לְהִבִּיא הַמָּמוֹן לְבַעֲלֵיו דְהַיְיָנוּ הַלְלוּהָ וְכִינֵן שְׂאִינוּ שְׁלוּחוּ שֶׁל הַלְלוּהָ
נִרְאָה דָאִין פְּאָן לֹא דִינָא וְלֹא תַקְנִתָּא וְשִׁפִּיר הָהּ טַעֲנַת הַלְלוּהָ טַעֲנָה דִּיאִי אִם נִתְחַיְיבְתִי
לָהּ וְאִף דְלֹא א"ל בְּסִדְדֵי הַב לִיה אִין לְחַיְיבֵיבוּ אֲלֵא אִם הִיָּה הַלְלוּהָ מֵאֲמִין לְמַלְלוּהָ שְׁנַתֵּן אֲלֵא
שְׁהַשְׁלִיחַ כּוֹפֵר אִין לְחַיְיב לְמַלְלוּהָ בְּשָׁבִיל שְׁלֵא נָתַן לֹו בְּעַדִּים וְכַמ"ש הַפּוֹסְקִים מִשֵּׂא"כ
אִם הַלְלוּהָ אִינוּ מֵאֲמִינוּ בְּזָה וְהַשְׁלִיחַ אֹמֵר שְׁלֵא נָטַל פְּשִׁיטָא דְלֹא שְׁיִיף בְּזָה אֲנָא שְׁלִיחוּתִי
קָא עֲבִידְנָי דָּאִין עֲלִיו דִּין שְׁלִיחַ וְאֵעִפ"י שֶׁהוּא אֹמֵר שְׁנַתֵּן עִפ"י צְוִיָּו וְהַרְשָׁאָתוֹ וְהַלְלוּהָ
מוֹדָה לֹו בְּכַף מ"מ אִין זֶה אֲלֵא פְּדִין עֲרַב וְהִיָּה מִתְחַיְיב אִם הִיָּה הַלְלוּהָ מֵאֲמִין אוֹ שְׁנַתְנוּדַע
לֹו בְּבִירוֹר שְׁנַתֵּן לְשְׁלִיחַ וְאִף אִם נֶאֱבַד אוֹ נֶאֱנַס פְּדֹאֲמֵרִינוּ בְּהַשְׁוֹאֵל א"ל שְׁלַח לִי בִיד
בְּנֵי כּו' אֲבָל לֹא כְּשֶׁהַשְׁלִיחַ מְכַחֵישׁ וְהַלְלוּהָ מְסוֹפֵק אִם נָתַן פְּלַל לִיד הַשְׁלִיחַ וְאִף בְּשָׁבוּעָה
לֹא מְהִימֵן כִּי אִם בְּחֻנְנֵי שְׁנַעֲשֶׂה שְׁלוּחוּ שְׁל בַּעַה"ב.

וְגַם נִרְאָה דְהַתָּם גְּבִי חֻנְנֵי טַעֲנַת בַּעַה"ב הוּא טַעֲנַת שְׂמָא וְהַחֻנְנֵי טוֹעֵן בְּרֵי שְׁנַתֵּן עַל פִּיו
וּבַכַּה"ג דְהֵאִי יָדַע וְהֵאִי לֹא יָדַע מִשְׁתַּבַּע הָאִי דִּידַע וְשִׁקִּיל וְאֵע"ג דְּמַצִּי בַּעַה"ב לְמִימֵר
הַפּוֹעֲלִים מְהִימְנֵי לִי שְׂאוֹמְרֵי שְׁלֵא נָתַתּוּ וְאִנִּי טוֹעֵן בְּרֵי עַל פִּיהֶם לֹאוּ כָּל כְּמִינֵיהּ כְּמִבְּנוֹאֵר
בְּסִימָן ע"ה שְׂאִין טַעֲנַתוֹ טַעֲנַת בְּרֵי עַל פִּי אַחַר הֵיכָא שְׂאֵחַר נּוֹגַע וְהַלְפָּה אִין פְּאָן טַעֲנַת
בְּרֵי פְּלַל וְדִי בְּזָה שְׂאֵנוּ מְצָרְפִים טַעֲנַת הַפּוֹעֲלִים לְחַיְיב הַחֻנְנֵי שְׁבוּעָה וְכֵן לְהִקְפָּה מוֹעִיל
בְּרֵי שְׁל הַחֻנְנֵי לְחַיְיב הַפּוֹעֲלִים שְׁבוּעָה אִף ע"פ שְׁהַחֻנְנֵי נּוֹגַע.

אֲבָל בְּלוּהָ שְׁשַׁלַּח שְׁלִיחַ לְמַלְלוּהָ אִין הַשְׁלִיחַ שְׂאוֹמֵר שְׁהַמְלִיחָה לֹא נָתַן מִיחֻשָּׁב נּוֹגַע דְהֵא
אִית לִיה מִיגֹו דְאֵמֵר נִתְתִים לְלוּהָ יְכוּל לֹוּמֵר לֹא לְקַחְתִּי מִהַמְלִיחָה וְאִף דְהַשְׁתָּא דְתִיקְנוּ
הִסְתָּ לֹא חֲשִׁיב עַד מִטַּעַם שֶׁהוּא עַד הַצָּרִיף שְׁבוּעָה מ"מ נּוֹגַע לֹא מִיקְרֵי לְפִסּוּל בְּרֵי שְׁלוּ
דְהֵא בִין כְּפֹה וּבִין כְּפֹה יִצְטָרֵף לִישְׁבַּע וְא"כ שִׁפִּיר יְכוּל הַלְלוּהָ לְטַעֲוֹן טַעֲנַת בְּרֵי ע"פ שְׁלוּחוּ
וּבַכַּה"ג שְׂיֵשׁ לְחַשׁוֹב טַעֲנַת הַנְּתַבַּע טַעֲנַת בְּרֵי אֵע"פ שֶׁהוּא ע"פ אַחַר נִרְאָה דְלֹא תִיקְנוּ
וְלֹא מִיבְעִיא לְהַר"י בֶּן פֶּלֶאט שְׁפָל יְסוּד דִּין חֻנְנֵי הוּא מְחַמַּת בְּרֵי וְשְׂמָא וְנֶגְדַּח חֻזְקָה
דְּמִמוֹנָא אִיכָא חֻזְקָה דְשְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ אֲלֵא אִפִּי לְהַרְמַב"ן דְּמָה שְׁנַשְׁבַּע וְנוֹטַל הוּא
מַצַּד הַתְקָנָה מ"מ נִרְאָה דְהֵבּוּ דְלֹא לוֹסְרֵף עֲלֵהּ וְנוֹקָא הֵיכָא שְׂאִין לַבַּעַה"ב שׁוּם טַעֲנַת
בְּרֵי לֹא בְּעַצְמוֹ וְלֹא מִפִּי אַחַר מִשֵּׂא"כ הֵיכָא שְׁהַבַּעַה"ב טוֹעֵן בְּרֵי אִף שְׁטוֹעֵן בְּרֵי מִפִּי
אַחַר נִרְאָה דְהַרְמַב"ן מוֹדָה דְלֹא תִיקְנוּ בַכַּה"ג: וְאֲמַנְם בְּהֵא דְתַן לְבִנֵי סְאִתִּים חֲטִיִּים
לְכַאוּרָה נִרְאָה דְאִף בַכַּה"ג שְׁטוֹעֵן בְּרֵי מִפִּי אַחַר תִּיקְנוּ דְהֵא הַתָּם נְמִי טוֹעֵן בְּרֵי מִפִּי הַבֵּן
שְׁלֵא נָטַל וְשֵׁם אִין הַבֵּן נּוֹגַע דְהֵא אִינוּ חַיְיב לְבֵן כְּלוּם רַק שְׁנוֹתֵן לֹו דְרָף מִתְנָה וְמָה
אִיכְפַת לִיה לְבֵן אִם הִיָּה אֹמֵר שְׁנָטַל אִפִּי הַתִּיקְנוּ שְׁהַחֻנְנֵי יִשְׁבַּע וְיִטּוֹל וְאֲפֹשֶׁר דְּגַם
בַכַּה"ג מִיחֻשָּׁב הַבֵּן נּוֹגַע דְנִיחָא לִיה לֹוּמֵר שְׁלֵא נָטַל וְיִתֵּן לֹו אֲבִיו מַה שְׁהַבְטִיחַ לֹו אִף אִם
לֹא הַבְטִיחַ לֹו מ"מ פִּינֹן דְחֻזִי דְמְקַרְבָּה דְעַתִּיָּה דְאַבְנֵה לְמִיתַב לִיה מִימֵר אֲמֵר אִימָא לֹא
שְׁקִילְנָא מִהַחֻנְנֵי וְנִדְרַר יְהִיב לִי מִשֵּׂא"כ פְּאָן שְׂאִינוּ נּוֹגַע בְּאֲמִירְתוֹ שְׁלֵא נָטַל שְׁהֵרִי הַמְלִיחָה
יְכוּל לְהַשְׁבִּיעוֹ בְּטַעֲנַת בְּרֵי שְׁלוּ שְׁנָטַל מִמֵּנוּ וְא"כ מַה הָהּ אִיכְפַת לִיה אִם הִיָּה אֹמֵר
שְׁנָטַל וּמְסַר לְהַלְלוּהָ ג"כ לֹא הִיָּה עֲלִיו רַק שְׁבוּעָה וְעַכ"פ אַחַר שְׁנַשְׁבַּע יֵשׁ לְהוֹעִיל טַעֲנַת
בְּרֵי שְׁלוּ לְפִטוֹר אֶת הַנְּתַבַּע בְּלֹא שְׁבוּעָה רַק בַּק"ח לְבַד וְאִפִּי תִימָא דְמַהֲרָ דְאֵמֵר תַּן לְבִנֵי
מוֹכַח דְבְּכָל גְּוֹנָא תִיקְנוּ דְגַם הַתָּם לֹא מְחַשָּׁב נְגִיעָה מְחַמַּת שְׁחוֹשֵׁב בְּדַעְתּוֹ שְׁיִתֵּן לֹו פַּעַם
אַחֲרַת מ"מ י"ל הַחִילּוֹק אֲשֶׁר כְּתַבְתִּי דְלֹא תִיקְנוּ כ"א הֵיכָא דְנַעֲשֶׂה שְׁלוּחוּ שְׁל זֶה לִיתֵּן
עַל פִּיו לְמִי שְׁחַיְיב לֹו מִשֵּׂא"כ בְּזָה דְאִינוּ שְׁלִיחַ שְׁל הַלְלוּהָ רַק הוּא מְוֹרְשָׁה מֵאִתּוֹ לִיתֵּן

לזה: וכיוצא בזה מצאתי בקצות החושן סימן קלמ"ד לענן ערב דלא שייך הקא חזקה שלים עושה שליחותו דבשקלא גבי ממונו דעשאו שלים ליתן אמרינו ודאי עשה שליחותו ונתן אבל ערב כו' ואפי' אומר לו ערבני ושלם נמי לאו לשליחות איפנון שפרע דוקא עבירו אלא נותן לו רשות לפרוע חובו שלא מדעתו אבל חזק' דשלים לא שייך ביה ע"ש סק"ד אף מ"ש שם דלמאן דס"ל בחנוני מצד התקנה נשבע ונוטל גם בזה הדין כן לא נהירא לפענ"ד דנדאי כל שלא נעש' שלוחו אין פאן תקנה פלל ועיין בספר נתיבות משפט שחיבר שארי הגאון האב"ד דק"ק ליסא שהשיג ג"כ עליו ע"ש: ועוד נלענ"ד דכאן לא שייך לומר שהמלנה ישבע ויטול מטעם חזקה שלים עושה שליחותו שנעשה שלוחו של הלנה למסור ליד שלוחו דזיל בתר איפקא שהרי השלים שעשה המלנה לקבל המעות ולמסור לידו אומר שלא נטל ממנו ולא מסר כלום ליד הלנה ואם איתא שהנה נוטל ממנו אית לן למימר חזקה שלים עושה שליחותו והנה מוסר המעות ליד הלנה וכמ"ש הרשב"א בקידושין גבי הן שלוחיו כו' דמשביע הלנה למלנה פיון דל"ה פרי ששלח לו וחזקה שלים עושה שליחותו והעדים טוענין פרי שנתנו לו עושין טענת מלנה בפרי וא"כ ה"נ אית לן למימר איפקא דאם הנה נותן לו חזקה שהנה עושה שליחותו והרי זה טוען פרי שלא נתן לו ולכך לא עשה שליחותו והו"ל טענת הלנה בפרי ואף שהשלים נוגע דשמא עיכב המעות לעצמו ולכך לא עשה שליחותו א"כ בטלה נמי חזקת המלנה שהוא נוגע ושמא לא נתן כלום לשלים ופשיטא שא"ל דחזקה שהמלנה עשה שליחותו ומסר לזה ואמרינו דגם השלים באמת עשה שליחותו ונתן ללנה דז"א שהרי טוען הלנה בפרי שלא מסר לו כלום והשלים עצמו מודה לו בזה וע"ז אינו נוגע כמש"ל ומלבד השלים טענת פרי של הלנה לחוד מהני בזה שלא עשה השלים שליחותו ולא מסר לו מידי וא"כ לא דמי לתקנת חנוני ע"פ שלא נתקנה אלא על טענת שמא של בעה"ב דאז מצרפין חזקה שלים כו' לברי דחנוני אבל נגד פרי דבעה"ב לא מהני פלל וה"ה פאן פיון דלפי טענת פרי של הלנה אזלא לה חזקה שלים כו' א"כ אין פאן דינא ולא תקנתא פלל ומכ"ש שהשלים גופא אומר שלא נתן ליד הלנה פלל דאז לולי שהיינו אומרים דכל שפסר המלנה לשלים הלנה נתחייב מיד לא הנה למלנה דין על הלנה לחייבו מחמת חזקה שלים כו' והלכך פיון שיש ספק שמא לא נתן לשלים כלום אף שנאמר שאילו נתן הו"ל פנתן ליד הלנה השתא דמספקא לן הו"ל כא"י אם הלוימני וחזקה דשלים כו' אינה מסתייע לברי שהרי יש נגדה חזקת השלים להליכה של הלנה שע"כ לא עשה שליחותו והדרינו לדינא דא"י אם נתחייבתי לה פטור: ועוד נראה דע"כ לא שייך חזקה שלים כו' אלא היכא שהבעה"ב נתן קצבה שיתן לו כף וכף או שתלה הדבר במאמר הפועלים שיתן להם מה שיצטרכו כמבואר בסימן צ"א משא"כ בלא נתן קצבה ולא תלה הדבר במאמר הפועלים וגדולה מזו כתב הש"ך שם ס"ק כ"ב דבמוציא הוצאות על נכסי חבירו ברשות ליכא חזקה דשלים כו' הלכך צריך לישבע אע"ג דליכא מאן דמכחיש ליה ע"ש והביא מדברי בעה"ת שכתב לחלק בין הך דמוציא הוצאות על נכסי אשתו וחיבורהון כו' ולענ"ד דברי הש"ך בזה צ"ע דמה בין זה לההוא דסע"ף ז' שלא נתן הבעה"ב קצבה פמה יתן לפועלים ומ"ש הש"ך ס"ק כ"ט לתרץ דשאני הקא הואיל ותלה הדבר במאמר הפועלי פקצץ דמי וכן מחלק בבעה"ת להדיא כו' אמת שכן הוא בפעל התרומות וכתב שם להדיא דגם בלא קצב ותלה במאמר פועלים שייך חזקה כו' ודבריו נכונים ואין

סותרים למ"ש דבמוציא הוצאות ליפא חזקה משום דהתם קאי שמוציא הוצאות על נכסי אשתו דאף ע"ג דעביד ברשות מ"מ לא שייך ביה חזקה כו' דמאן שניה שליח דנימא חזקה שליח עושה שליחותו איהו לגרמיה הוא דעביד ואינו שליח משום אדם רק דחכמים נתנו לו רשות להוציא הוצאות על נכסי אשתו מה שהנכסים צריכים אבל הש"ע דמייירי בהוציא על נכסי חבירו ברשות חבירו והיינו ע"כ שהרשהו ואמר לו ראה מה שנכסי צריכות ואחזר לה א"כ מה בין זה לאמר תן מה שהפועלים צריכים ויכמו דהתם אמרינן דחזקה שעושה שליחותו ונותן מה שהפועלים צריכים כמו כן לענין הוצאות על הנכסים ואף דבאמת יש לעיין דמה בכך שתלה הדבר במאמר הפועלים לתת מה שצריכים דמאן לימא לן שאמרו לו שצריכים כ"כ ומכ"ש היכא דהפועלים מכחישין ואומרים שלא אמרו לו כ"כ מה סיוע יש מחזקה דשליח כו' לטענת החנוני שהרי גם לפי דברי הפועלים נתקיימה החזקה ועשה שליחותו ואפשר לומר פיון דעכ"פ מחמת החזקה אמרינן שנתן להם קצת שוב נאמן על הפל דהו"ל כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא שהרי במקצת הב"ד מחייבין אותו ואף שגם על המקצת צריף שבועה אם הפועלים מכחישין לגמרי ואומרים שלא נטלו פלוס מ"מ בעה"ת לשיטתו דס"ל דאף שהחנוני צריף שבועה אמרינן מתוהו כו' ואף ע"ג דהש"ף כתב דבעה"ת מייירי שהפועלים מודים שנטלו אלא שהבעה"ב אומר שלא צוה לתת להם א"כ הנה החנוני נוטל בלא שבועה ע"ש ס"ק כ"ו לענ"ד אין נראה פן למעיין בבעה"ת שער כ"ט חלק ח' שכתב מאי דליפא גבי שליחות סתמא בדא"ל זיל הב ליה מה דמיצטרף כו' וה"ה נמי היכא דלא קיץ ליה כו' משתבע חנוני ושקיל מטעמא דבעה"ב לאו בר אודיתא הוא דבשלמא אי איסתפק בעיקר שליחות כגון שאמר שדרתיף למיתב חמשין והשאר א"י פיון דבר אודוי הוא הו"ל משואי"ל משלם אבל הכא פיון דתרנוייהו מודו בעיקר שליחות מיהו בעה"ב טוען שנתן כף וכף ומסתפק ליה לבעה"ב במה דיהיב חנוני לפועל אית דאמרו דחייב בעה"ב שבועה וליתא דהא לא ידע פי היכא דלודי עכ"ל: ומדבריו נראה דבחד גוונא מייירי הא דמסתפק בעיקר שליחות והא דמסתפק במה יהיב וחלוקים בדינם דבהא הו"ל בעה"ב משואי"ל ובהא משתבע חנוני ושקיל.

והנה בהא דקאמר משתבע חנוני היינו כשהפועלים מכחישין דאל"כ שקיל בלא שבועה כמ"ש שם חלק ז' וכן סיים להדיא בסוף חלק ח' והאי דאמרינן משתבע חנוני בדמכחש ליה פועל וא"כ הו"ל מלתא דמסתפק בעיקר שליחות נמי בכה"ג מייירי בהקצשת פועל ואפ"ה קאמר דהו"ל משואי"ל דאי הו"ל מלתא דמסתפק בעיקר שליחות מייירי בהודאת פועל שנטל ואז החנוני נוטל בלא שבועה משום משואי"ל א"כ אין חילוק בין זה למודה בעיקר שליחות ואמר הב ליה מה דמצטרף דאי מודה פועל שנטל נוטל בלא שבועה דהא אפי' ליתא לפועל דמכחיש ליה הדין פן וכמ"ש במודה אלא נדאי דגם במחולק עם החנוני בעיקר השליחות מייירי שהפועל מכחיש ואומר שלא נטל ומ"מ מתחייב בעה"ב מדין משואי"ל משא"כ במודה בעיקר השליחות משתבע חנוני ושקיל ואלא אמרינן דבעה"ב משואי"ל ואין החנוני צריף שבועה משום דבעה"ב לאו בר אודי הוא: ואפשר ליישב דבעה"ת ס"ל דאי הנה אמרינן דדמי מודי בעיקר השליחות ומסופק בענין הגתינה הנה מדמינן זה למחולקי בשליחות ופועל אינו מכחיש דאמרינן ביה משואי"ל פיון

שהתנגני נוטל בלא שבועה וא"כ גם בזה יש לו ליטול בלא שבועה פיון שמודה בעיקר השליחות ולכן פתב דלא דמי משום דבעה"ב לא ידע דלודי ולענ"ד דבעה"ת לשיתטו דס"ל דתנגני מדינא נוטל בלא שבוע' והלפך שפיר דיינינו ליה בכה"ג למשוואי"ל.

שוב ראיתי באו"ת וקצה"ח שדברו מזה ובנת"מ לשארי הגאון נ"י פתב דמייגרי שפכר נשבע התנגני שנתן לפועלים וא"כ הו"ל כפירת ממון ממש וכמ"ש הר"ן לענין נחבל ע"ש. וגם זה אינו במשמע אלא נראה דס"ל פיון דלפי טענת התנגני גרם לו הניזק שצוהו ליתן והוא עשה שליחותו והבעה"ב מודה שצוהו על המקצת אף שאם היה מוד' שצוהו על הפל אעפ"כ לא היה התנגני נוטל בלא שבועה מחמת שפא של בעה"ב השפא דאמר א"י ה"ל משואי"ל משום שאם היה הודה שהאמת בדברי התנגני לגמרי שצוהו ונתן היה מחויב לשלם בשביל טענת שפא דידיה שפא לא צוהו ושפא לא נתן לא מפטר דרגלים לדבר אם צוהו היה נותן משום חזקה דשליח עשה שליחותו ועל השפא לא צוהו הוא מ"מ שצוהו שפיר דיינינו בזה דין משואי"ל ולא דמי למ"ש ברמ"ה בסימן ע"ה היכא דלא שקיל בלא שבועה כגון שכיר כו' משום דאיכא הכא חזקה דשליח כו' וכן משמע ממ"ש שם דהוי גורם לממון וחזקה שליח כו' ומ"ש הש"ך דא"צ לגרמי פיון דעל פיו נתן כו' לפי מ"ש דמייגרי שהפועלים מכחישינן א"כ אף שנתן ע"פ ציווי עדיין יש פתחון פה לבעה"ב דעיוות התנגני שלא נתן בעדים וע"כ שהתנגני אומר שזה מפשיעת בעה"ב דלא א"ל בסהדי הב לי וסמך ליתן לזה על פיו ודמי למראה מטבע לשולחני וא"ל חזי דעלך קא סמיקנא דחייב מדינא דגרמי וצ"ע: ומ"מ לפי דברי סה"ת דכתבנא א"א לומר כמח"ל דטעמא דאם לא קצץ נוטל בלא שבועה משום דהו"ל כפחמשינן ידענא שהרי בעה"ת ביאר דבריו דבזה שאין מחולקים בעיקר השליחות רק כמה נתן לא אמרינו משואי"ל פיון דבעה"ב לא ידע דלודי וע"כ דטעמא משום שאין כאן הכחשת פועלים וזה צ"ע דהא מ"מ אין כאן חזקה שליח וכו' דאפשר שלא אמרו הפועלים כ"כ ובאמת קיים שליחותו אף לפי מש"ל בטעמא דמלתא דאמרינו הכא חזקה שליח כו' ומיד שקיבל עליו גמר ומשעבד נפש' והרי נתחייב לו הבעה"ב חייב גמור כל מה שיאמר התנגני פיון דלא א"ל בסהדי הב לי' ושליחות נגמר בדברים וא"צ קנין והתנגני קיבל עליו ונתחייב ליתן לפועלים ומה שהבעה"ב טוען עקשיו שפא לא נתן אינו פוטר מחיובו וא"כ אין חילוק בין קצץ ללא קצץ דגם בלא קצץ שייך למימר הכי דמיד שקיבל עליו נשמתעבד לו בעה"ב בכל אשר יאמר פי הוא זה שנתן לפועלים רק אם הם מכחישים משוו לטענת בעה"ב ברי אבל פשאין מכחישינן שפיר נוטל בלא שבועה ואמנם לשון בעה"ת קצת לא משמע הכי כמש"ל שפתב פי היכא דכי א"ל הב ליה מנה אמרינו קיבל שליחותו ובחזקת ששאו הואיל ומזמןן לשליחות הקפות הם ה"נ דא"ל הב ליה מאי דמיצטרך חזקה קביל עליו וסמך דעתיה ועביד שליחותו וכקציצה דמי וקצת יש לדחוק וליישב על דרך שפתבתי: וחזרנו למ"ש דלענין מוציא הוצאות לכאורה א"א לומר דלית בי' חזקה שליח כו' דדמי ללא נתן קצבה לפועלים ודוקא לענין מוציא הוצאות על נכסי אשתו פתב בעה"ת דליכא חזק' וראיתי בנת"מ לשארי הג"ל וכתב דלק"מ דבמוציא הוצאות חייב שבועה משום דטרח והוי כבן הבית ושליח ודבריו תמוהים לענ"ד דלדע' ראשונ' בסימן צ"ג דשליח הוי כבן הבית וא"כ אף אם אינו נוטל יכול להשביעו וכאן לאו מה"ט אתינון עלה דנ"מ טובא דאם מטעם נשבע ונוטל א"כ הוא חשוד אינו נוטל משא"כ אם הוא

נוטל בלא שבוע' רק שצריף לישבע משום תקנת חכמים שמשביעין בטענת שמא אם הוא חשוד פטור כמבואר בסימן צ"ב וילדעה השגיה שהוא דעת הרשב"א ס"ל דבשליח לא אמרינן דמורי היתרא משום דטרח רק כשפא ליטול צריף לישבע פדין מוציא הוצאות וביא ליטול וא"כ מה מקום לתלות שבועות מוציא הוצאות בשבועות שליח דאין שבועה בשליח פלל משום מורי היתרא: אמנם בבעה"ת מבואר להדיא דס"ל דשליח דינו כבן הבית דהיכא דטרח הוא מחויב לישבע אף ליפטר ע"ש בשער כ"ט חלק ו' ע"ש שפכתב ועוד דאפי' בשליחות אחריתי איכא לפלוגי דאיכא דמשתבע כו' ע"ש (ועיין בפ"ה סימן צ"ט ס"ק שיש שם ט"ס וכצ"ל ע"ש סימן צ"א ס"ק ל' ודו"ק במ"ש בעה"ת איכא דמשתבע כו' ובנת"מ הגיה ודוק במ"ש באם הפועלים בכאן משתבע כו' וליתא אלא כמ"ש: ונדאתאן עלה נראה ברור שאין מקום לומר חזקה שליח כו' כ"א בחנוניי אע"ג דלא נתן קצבה שפיר אפטר לומר בזה חזקה שליח כו' וכן כל פיוצא בזה שלא תלה הדבר ברצון השליח רק במאמר הפועלים ואיכא למימר נמי הכי במוציא הוצאות על נכסי חבירו שהרשהו להוציא מה שיצטרכו הנכסים וכמ"ל אבל היכא שתלה הדבר ברצון השליח שאמר לו תן לפלוני עבורי כמה שתראה או כמה שיש בינך וכל כה"ג פשיטא דלית דין ולית דיין שיאמר שיש בזה חזקה שליח כו' להאמינו שנתן כפי מאמרו ויהי' נשבע ונוטל כשהשליח מכחישו דמה חזקה יש פאן שנתן כ"כ דהא ברצון עצמו תליא מלתא ולא רצה יותר או לא הי' לו יותר וזה מבואר להדיא בלשון בעה"ת שפכתב הואיל ותלה הדבר במאמר הפועלים ושמע החנוני וקיבל כו' ע"ש מבואר שאילו תלה ברצון החנוני ולא קצב מה שיסתן לא שיהי' בזה חזקה כו' וא"כ לא מיבעיא לשיטת בעה"ת שהספיק עמו הש"ך דטעמא דחנוני מדינא שקיל בלא שבועה משום חזקה כו' א"כ בהא ליכא חזקה פלל אלא אפי' לשיטת הרמב"ן ודעימיה דגבי חנוני תקנתא היא כבר פתבתי דגם להרמב"ן טעמא דתקנתא משום חזקה כו' ולא עיוות שליחותו פיון דלא א"ל הב ליה בסהדי ומצאתי שהאו"ת פתב פן בשיטת הרמב"ן וא"כ הבו דלא לוסוף עלה דבמקום דלא שיהי' חזקה זו ליכא תקנתא פלל ואפ"ת דלהרמב"ן אין טעם התקנה משום חזקה מ"מ ברור דלא תקינו כ"א במקום שנעשה שליחו ליתן וכלישנא דהש"ס אנא שליחותא דידך קעבידנא (והוא מלשון רב יהודאי גאון) כו' אבל היכא שלא נעשה שלוחו אף ע"פ שנתן לו רשות ליתן לזה מ"מ פיון שאינו יכול לתובעו שעשה זה בשליחותו ונתחייב מיז כשנעשה שלוחו לא תקינו וחתרנו לדין תורה ששורת הדין שיהי' בפחי נפש פדין האומר א"י אם נתחייבתי ופשיטא שאין להתעקש ולומר דגם היכא שאמר לזה למלנה שלח לי ביד פלוני הנה המלנה כשלווחו של הלנה למסור ליד פלוני של הלנה דאטו אשה שאמרה לבעלה שלח לי גיטי ע"י פלוני שלוחי נעשה הבעל שליח של האשה למסור הגט ליד שליחה וכן בקידושין כה"ג הא ודאי שאין דנין בזה תורת שליחות פלל רק הוא בעל דבר ומראה מקום הוא לו שראשי למסור ליד פלוני ולרווחא דמלתא נראה ראיה ברורה מהא דב"מ דאמרינן השואל את הפרה כו' א"ל שלחה לי ביד עבדך כו' והתוס' שם פתבו בד"ה הפיש' במקל ואע"ג שעבדו מוליכה לא חשיב שאלה בבעלים כו': ועיין בשיטה מקובצת שהראב"ד האריך בתירוץ קושיא זו והר"ן פתב דלאו שאלה בבעלים היא דמה שחייב כששלחה ביד עבדו אינו אלא מדין ערב כו' ע"ש ועיין בנימוקי יוסף ואם איתא דכל שאומר שואל למשאיל שלחה לי ביד בנה כו' נעשה המשאיל שלוחו של

השואל למסור ליד שלוחו של השואל א"כ הו"ל שאלה בפעלים דבשעה שהוא מוסר הפרה לשלוחי השואל וזוהי פה בשבילו שליחותא דשואל עביד וכל שהוא עושה שליחותא הנה שאילה בפעלים כדאמרין לימא אשקין מיא כו' וקי"ל הנה עמו בשעת שאילה א"צ להיות עמו בשעת שבויה ומתה אלא ודאי שאין בזה תורת שליחות על המשאיל ואף שא"ל הפישה במקל אין בזה משום שליחות דמה דקעביד לאו בשליחותו קעביד רק לפי שאמר לו השואל שיעשה כה פשיטתא להגיענה לידו הוא עושה כה מדעתו שהוא בעל דבר ולא בשליחותו של זה וכ"ש פשאומר שלחה ע"י פלוני שאין זה פעושהו שליח למסור לפלוני רק נתינת רשות בעלמא שבידו למסור לפלוני וכיון שאין כאן בנ"ד שם שליח על המלנה רק הוא בעל דבר ויש לו רשות למסור לזה אין כאן תקנת חנוני ע"פ שנתקנה היכא דבשליחות דבעה"ב קעביד דהבו דלא לוסקיף עלה: עוד נלענ"ד לפי מ"ש התוס' דף ע"ב ד"ה בשלמא סיפא לחומר' דנהי שאם הנכרי הנה מפקיר מעותיו הנה יכול לזכות לחבירו השתא מיהא שהנכרי אינו מפקירן אלא בא לזכות מעותיו למלנה ע"י זה הלנה אין לו פח לזכות שא"כ הנה ישראל המקבל שלוחו של הנכרי לזכות לישראל ואין שליחות לנכרי כו' וכ"כ בש"מ ב"מ דף י"ב בשם הר"ן גבי חצר משום יד איתרבי כו' דמ"ד מגביה מציאה לחבירו קנה הוא מטעם מגו דזכי לנפשיה ולא מטעם שליחות וטעמא לפי שא"א לזכות לחבירו בתורת שליחות אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון והיינו דליכא דעת אחרת מקנה אין כאן בעל ממון שיהא זה שליחו כו' והביאו הנ"י שם בקצרה ועיין בתשובה בענין גט בע"כ שהבאתי שכן איתא בירושלמי דגיטין פ"ק התקבל לענין מתנה שאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו רק בגט לפי שהתורה זיכתה אותה לקבל את גיטה ע"ש ולפ"ז נראה דמה שעושה הלנה שליח לקבל הפעות מהמלנה אין בזה תורת שליחות שהלנה יעשה שליח לקבל מהמלנה מה שאינו שלו שהרי אפי' במלנה ששולח לקבל מעות שלו מן הלנה כתבו התוס' שאין לו פח לזכות עבור המלנה אא"כ יעשונו הלנה שליח שיזכה בפעות בשביל המלנה וא"כ גם כאן אין השליחות חל אם לא שהמלנה נותן לו ועושהו שליח לו ע"י פלוני שהמלנה נעשה שלוחו של הלנה ומקיים שליחותו של הלנה בזה שנותן לו הפעות שיזכה בהם ללנה שהרי בעת שנותן הפעות צריך להיות בתורת בעל הממון ולעשות זה שליח שלו שיזכה עבורו וא"א שיהנה עליו שם שליח ושם בעל הממון כאחד וכן נראה ממה דאמרין בגיטין דף כ"ד והא לא חזרה שליחות אצל הבעל ופרש"י שליח לא מיקרי אלא המשלח בזה לזה שראוי לחזור אצל שולחו ולומר עשיתי שליחותך (נראה שט"ס וחסר תיבת ונתתי) לחבירך וזו אינה ראויה לחזור שהרי לא נשתלחה אלא לעצמה ואח"כ נעשית היא בעל המעשה ובטל השליחות קודם שתחזור עכ"ל וה"נ דכונתה שאם נאמר שנעשה המלנה שלוחו של הלנה לזכות מעותיו של המלנה ע"י פלוני נמצא בשליחות זה הוא משלח לעצמו שיעשה את פלוני שליח שיזכה במעותיו בשביל המלנה ושליחות כה"ג לא פלוג הוא ולכן דוקא בחנוני על פנקסו שמצוה לו לתת לבנו או לפועלים שהפעות מקבל הבן או הפועלים לעצמם שפיר חל על החנוני תורת שליחות של בעה"ב וכל שנעשה שליח מן הדין אנו אומרים שמיד בעת שקיבל עליו ושליחות נגמר בדברים וא"צ קנין אפילו במקירת קרקע וכל מילי ואף ע"פ שלא זיכה השליח בהקרקע או בהמטלטלין אנו רואין כאילו מסרם לידו וזיכה אותו בהם ומה שעשה עשה

וה"נ פּינן שְׁנַגְמַר הַשְּׁלִיחוֹת שְׂיַתֵּן הַמַּעוֹת רוֹאִין כְּאֵלוֹ מְסַר לוֹ הַמַּעוֹת שְׂיַתֵּן וּמָה שְׁמַצְנָה שְׂיַתֵּן לוֹ הַלְוָאָה אֵית לִיה גְּבִיָּה וּמַשְׁתַּעֲבָדִי נְכֹסִים מִיַּד לְהַחֲנוּנִי וּמָה שֶׁהִבְעָה"ב טוֹעֵן עֲתָה שְׂאִינוֹ יוֹדֵעַ ה"ל כְּסָפֶק פְּרַעוֹן כִּן הוּא בְּחֲנוּנֵי ע"פ מְדִינָא וְהַתְקַנָּה הִיָּה דְלֹא נִימָא דְשִׁינְדָּה לְתַקּוּנֵי כּו' כְּדַמְשַׁמַּע מְהַרְמַב"ן אוֹ עכ"פ מִצַּד הַתְקַנָּה כִּן הוּא שְׁעָשׂוּ שְׁלִיחוֹת זֶה שֶׁל חֲנוּנֵי כְּאֵילוֹ נִשְׁתַּעֲבָד לוֹ הַסֵּף הַהוּא תִּיקָף שֶׁא"ל תּוֹן וְזֶה קִיבֵל עָלָיו וְנִגְמַר הַשְּׁלִיחוֹת אָבֵל זֶה שְׁהִלְנָה שְׁלַח לַמַּלְאָךְ אַחֵר מַעוֹת פִּינָן שֶׁע"כ אֵין הַמַּלְאָךְ שְׁלוּחוֹ שֶׁל הַלְוָה וְלֹא נִשְׁתַּעֲבָד לוֹ כָּלֵל בְּעַת אֲמִירָתוֹ שְׁלַח לִי ע"י פְּלוּנֵי רַק שֶׁהַשְּׁעָבוּד מִתְחִיל שְׁזָה נוֹתֵן לְשִׁלִּיחַ שְׂיִזְכָּה בּוֹ בְּשִׁבִיל הַלְוָה אִז אִם הַלְוָה טוֹעֵן אֵינִי יוֹדֵעַ אִם נִתְּתָ שׁוּם דְּבָר לְשִׁלִּיחַ פְּשִׁטָּא דִּה"ל כֹּא"י אִם נִתְּתִיבְתִי וּמכ"ש אִם הַשְּׁלִיחַ פָּאן וְאוֹמֵר שְׁלֹא קִיבֵל כָּלֵל: וּמַצְאֵתִי בְּשׁו"ת מֵהַר"י ט צִהְלִין סִימָן י"ט בְּמַלְאָךְ שְׁכַתֵּב לְלוֹהָ שְׁלַח לִי הַמַּעוֹת שְׁבִינְדָּה וְזֶה אוֹמֵר שְׁשַׁלַּח לוֹ ע"י אִישׁ אֶחָד וְלִקַּח מִמֶּנּוּ חֲתִימָה שְׁשַׁלַּח עַל יְדוֹ וְהַמַּלְאָךְ טוֹעֵן שֶׁהַחֲתִימָה אֵינָה מְקוּיִנְיַת וְהַשְּׁלִיחַ טָבַע בֵּינָם עִם הַמַּעוֹת וְהָאֲרִיף בְּזֶה וּמְסַקְנַת דְּבָרָיו דְּבְמַלְאָךְ ע"פ מְהִימָן אַף שְׁלֹא נִתְקַיֵּים אָבֵל בְּמַלְאָךְ בְּשִׁטְר צָרִיף לְבָרַר שְׁפָרַע וְאִם לֹא יִמְצָא קִיּוּם לְחֲתִימָה הַהוּא צָרִיף לְפָרוֹעַ שְׁנִית ע"ש וּא"כ ק"ו הַדְּבָרִים פִּינָן דְּבְשִׁטְר צָרִיף לְבָרַר שְׁפָרַע וְאִם לֹא אֵע"פ שְׁכַתֵּב הַמַּלְאָךְ בְּיָדוֹ שְׂיִשְׁלַח לוֹ לֹא מְהִימָן שְׁלַחְתִּי ע"י פְּלוּנֵי וְאֵע"פ שְׂיִישׁ לוֹ כְּתַב מִמֶּנּוּ וְאֵע"פ שֶׁהוּא כָּא לְהוֹצִיא וְא"כ כ"ש הִיכָא שְׁכַתֵּב הַלְוָה בְּיַד הַמַּלְאָךְ שְׂיִשְׁלַח לוֹ מַעוֹת שְׂאִין לְחַיִּיב הַלְוָה ע"פ טַעֲנַת הַמַּלְאָךְ שְׁאֵמַר שְׁלַחְתִּי בְּיַד פְּלוּנֵי (וְע"ש דְּקָאִי אִפִּי לְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּכְשָׁאוֹמֵר שְׁלַח לִי סֵתֶם יְכוּל לְשַׁלְחָם בְּיַד מִי שְׂיִרְצָה אֲלֵא שֶׁאח"כ כְּתַב דְּאָפִי יִמְצָא קִיּוּם מִטַּעֲמָא אַחֲרֵינָא דְּכַתִּיבָנָא מְחַיִּיב פִּינָן שְׁלֹא א"ל שְׁלַח לִי ע"י פְּלוּנֵי כְּסַבְרַת הַר"ף וְהַרְמַב"ם כּו' ע"ש) וּמ"מ אֶפְשָׁר לְחַלֵּק דְּבַכְה"ג שְׁאֵמַר לוֹ שְׁלַח לִי ע"פ פְּלוּנֵי וְטַעֵן שְׁשַׁלַּח עַל יְדוֹ אַף בְּשִׁטְר מְהִימָן וּכְמ"ש הַש"ף סִימָן קכ"א ס"ק מ"א דְּגַם הַמַּלְאָךְ בְּשִׁטְר הַלְוָה אוֹ הַנְּפָקֵד נִשְׁבָּעִין שְׁנִתְּנוּ לְשִׁלִּיחַ וּפְטוּרִין וְהִבִּיא רֵאזָה מִחֲנוּנֵי ע"פ שְׂיִכוּל לְהוֹצִיא הוֹאִיל וְהִרְשָׁהוּ לִיתֵן כּו'.

(וְכָבֵר כְּתַבְתִּי דָאִין רֵאזָה מִחֲנוּנֵי ע"פ שְׁהַחֲנוּנֵי נַעֲשֶׂה שְׁלִיחַ וּכְמוֹ שֶׁהָאֲרַכְתִּי לְעִיל) וּלְפִי"ז י"ל דְּגַם בְּמַלְאָךְ שְׁבָא לְהוֹצִיא ע"פ מָה שְׁכַתֵּב לוֹ הַלְוָה אוֹ אָמַר לוֹ בַּע"פ שְׁלַח לִי ע"י פְּלוּנֵי וְאוֹמֵר שְׁמָסַר לְפְלוּנֵי מְהִימָן בְּשַׁבּוּעָה כְּמוֹ חֲנוּנֵי ע"פ וְאֵין פְּנָאִי לְהָאֲרִיף דְּבָרֵי זַעֲרִיא מִן חֲבָרִינָא: הַק' אֶפְרִים זְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד תְּשׁוּבַת שְׁאֵלָה יב שְׁלוֹם וּבְרַכָּה. שְׁמוּרָה וְעָרוּכָה. לְאֶשֶׁר לוֹ כָּכָה.

ה"ה כְּבוֹד אַהוּ' מַחוּ' מוֹהַר"ר יִשְׂרָאֵל זְלָמָן נ"י: הַגִּיעֵנִי מ"ש שְׁנִית בְּעַנְנֵי הַקְּדוּשִׁין (עֵינִין בְּחֻלְק אַה"ע סִימָן) וּלְאֶפְס הַפְּנָאִי לֹא עֵינִינְתִי כְּעַת רַק בְּמָה שְׁחֲזַרְתָּ וְשְׁנִית בְּעַנְנֵי הַקְּדוּשִׁיא שְׁהַבְּאֵת בְּשֵׁם הַגָּאוֹן הַחֲסִיד מוֹהַר"ר שְׁקִי ז"ל בְּהָא דְּקְדוּשִׁין דְּאֲמַרִּינָן הֵן הֵן שְׁלוּחִיו הֵן הֵן עֲדִיו דְּלִשְׁיטַת הַרְמַב"ם אִם הַכְּחָשָׁה בְּצִירוּף הַזְּמָה לֹא פְלוּם הוּא א"כ ה"ל עֲדוֹת שֶׁאֵא"ל וְתִיקְשִׁי לְמ"ד דְּבְמָמוֹן בְּעֵינֵי ג"כ עֲדוֹת שֶׁאֵא"ל וְהָאֲרַכְתָּ: וְהִנֵּה כְּבָר כְּתַבְתִּי לָךְ בְּקִצְרָה וְרַמְזִיתִי לָךְ ג"כ קְוִשְׁיַת הַגָּאוֹן מוֹהַר"ר חַיִּים יוֹנָה ז"ל בְּהָא דְּפְלוּנֵי רְבַעֲנֵי וְע"ש בְּאו"ת בְּסוֹפּוֹ שֶׁכ' לְתַרְזַן הַקְּדוּשִׁיא מְמִיפָּה וְהַזְּמָה דְּנוֹקָא הִיכָא שְׁהַכְּחָשָׁה לְלֹא צוֹרֵף שְׁאֵלוֹ אוֹמְרִים פְּלוּנֵי הִרְג וְאֵלוֹ מְזִימִים וְהוֹסִיפוּ לוֹמַר שְׁפְלוּנֵי חַי וּמָה צוֹרֵף לְזֶה וְדָאִי הֵם מְכוּוֹנִים גַּם לְהַכְּחָשָׁה וּמִי יֹאמֵר הַזְּמָה עֵיקַר דְּלִמָּא הַכְּחָשָׁה עֵיקַר כּו' וְהִנֵּה מְקָרֹב זְכִינוּ

שִׁיבָא לְאוֹר סֵפֶר הַבְּהִיר הֵיא סֵפֶר הַמְקַנָּה עַל קִדּוּשֵׁין מִמְחֻנְתֵּי הַגָּאוֹן הַחֲסִיד נ"י הָאב"ד דק"ק פפ"ד (וּמִיָּדוּ הַקְדוּשָׁה שְׁלַח לִי הַסֵּפֶר לְמַנְה) וְכַתֵּב בְּסוּגְיָא דְהוּן שְׁלוּחֵיו קוֹנְשִׁיא זו מִשְׁמִיָּה דְנִפְשִׁיָּה וְסִיָּים בְּהַּ נְיוֹתֵר נִרְאָה בְּדַעַת הַרְמַב"ם דְּדוֹקָא כְּשִׂאוֹמְרִים עֲמֵנו הֵייתָם וְגַם הַהוֹרֵג פִּינּוֹן שְׁלֵא הָיוּ צָרִיכִים לוֹמֵר וְגַם הַהוֹרֵג אֶלְא דְּכּוֹנְנָתָם לְהַעֲיִד שְׁגוּף הַמַּעֲשֵׂה שְׁקֵר בְּזַה בְּטִלָּה הַזְמָה אֲבָל אִם פְּנוּנָתָם רַק לְהַזְיָמָם אַע"ג דְּמַמְיֵלָא מִתְּכַחַשׁ לֵא בְּטִלָּה הַהַזְמָה וּבְהָא מְתַרְצָא נְמִי הָא דְּמַקְשָׁה הָעוֹלָם מְרִישׁ סְנֵהֲדָרִין דְּרַף ח' מִפְּלוּנֵי רְבַעֲנֵי לְאֹנְסֵי דְּקֻשָׁה ג"כ פנ"ל וצ"ע עכ"ל וְהִנֵּה דְּבָרֵיו מִטִּין לַמ"ש הָאו"ת אִף הַסְּבָרָא צ"ע וּבִיּוֹתֵר שֵׁא"א לְהַעֲמִיד פִּן בְּלִשׁוֹן הַרְמַב"ם שֶׁם פֶּרֶק י"ח מֵהַלְכוֹת עֲדוּת שְׁפַתְבּ וְז"ל הַזְמָה בְּעֲדוּת עֲצָמָם וְאִינָם יוֹדְעִים אִם נִהְיָה הַדְּבָר אוֹ לֹא נִהְיָה וְכֵן בְּסוּף דְּבָרֵיו כְּתֹב הוֹאִיל וְהַעֲדִים שְׁהַזְיָמוּם לֹא הִשְׁגִּיחוּ עַל עֲצָמָה שֶׁל הָעֲדוּת כִּלְל אִם אֲמַת הָיָה אוֹ שְׁקֵר כּו' וּמִשְׁמַעוֹת לְשׁוֹנוֹ דְּכָל שַׁע"פ מִתּוֹךְ הָעֲדוּת מִתְּבַרֵר הַהַכְחָשָׁה שֶׁל הָעֲדוּת עֲצָמָה שֶׁהוּא שְׁקֵר לֹא הִנֵּה הַזְמָה וְאִין חִילּוּק בֵּין אִם אוֹמְרִים בְּפִירוּשׁ אוֹ מְפַלְגָא שְׁמַעֲיָנוּ וְהַנְּלַעַנ"ד בְּדַעַת הַרְמַב"ם דְּלְכַאוּרָה לְרַבָּא דְּאָמַר פ"ד וְאָמְרֵי שְׁרַבַּע אַחַר אַע"פ שֶׁהוּא אוֹמֵר שְׁרַבַּעוּ וְא"כ עכ"פ אוֹמֵר שְׁקֵר וְעכ"פ לוֹמֵר דְּאָף שְׁאוּמֵר שְׁקֵר לֹא בְּטִלָּה הָעֲדוּת שְׁאִין הָעֲדוּת תְּלוּי בְּכַף דְּלֵא אִיכְפַת לָן מִי שְׁרַבַּע יִהְיֶה מִי שְׁיִהְיֶה וְכמ"ש בְּזַה בִּתְשׁוּבָה (עֵינִן בֵּאֵה"ע סִימָן י"ד) בְּאֹנְרָךְ דְּכָל שְׁאִינוּ מִתְּבַרֵר שְׁאָמַר שְׁקֵר בְּעֵנְיָן שְׁגוּף הָעֲדוּת תְּלוּי בְּזַה לֹא מְפַסֵּל וְהָרִי זֶה כְּמִי שְׁנִתְפַּס בְּשְׁקֵר שְׁאָמַר לְפָנֵי ב"ד בְּאִיזָה עֵנְיָן אַחַר שְׁאִינוּ שְׁיִיךְ לְגוּפָה שֶׁל עֲדוּת דְּלֵא מְפַסֵּל בְּהִכִּי.

וּלְפִי"ז לְכַאוּרָה גַם כְּשִׁנְתְּבַרֵר שַׁע"ז שְׁמַעֲיָדִין שְׁנֵהֲרַג שְׁהִיָּה בְּמָקוֹם אַחַר בְּאוֹתוֹ יוֹם נִימָא ג"כ הִכִּי דְּמָה בְּכַף שְׁמַשְׁקָרִים בְּזַה שְׁאוּמְרִים שְׁפְלוּנֵי נִהְרַג בְּאוֹתוֹ יוֹם הֵלֵא אִין זֶה עֵיקֵר הָעֲדוּת רַק שְׁזַה הֲרַג נְפֶשׁ מִיִּשְׂרָאֵל וְמָה אִיכְפַת לָן אִם הֲרַג אִישׁ זֶה אוֹ אִישׁ אַחַר וּבְרַמַּב"ם מְבֹנָאָר דְּגַם בְּכַה"ג שְׁמַעֲיָדִים שְׁהַנְּהַרְג הָיָה עִמָּם בְּטִל הָעֲדוּת וְצ"ל דְּוֹדָאֵי קְפִדִּינָן אִם מְשַׁקֵּר בְּעֵנְיָן הַהַרּוּג שְׁזַה גּוּפָה שֶׁל עֲדוּת מִיקְרֵי שְׁהַחֲיִיב שְׁמַחֲיִיבִין אֵת זֶה ע"פ עֲדִים אֵלוּ הוּא מְחַמַּת שְׁזַה עֲשֵׂה מַעֲשֵׂה בְּגוּפוֹ שֶׁל זֶה וְנִהְרַגוּ וּמַעֲשֵׂה הַחֲיִיב הוּא מְחַמַּת שְׁנֵהֲרַג הָאִישׁ הַזֶּה וְהוּא הַרוּצֵחַ וְכִינּוֹן שְׁהַהַרּוּג הוּא הַסִּיבָה שֶׁל הַחֲיִיב גַּם הוּא בְּכָלֵל הָעֲדוּת וְאִם שְׁיִקֵּר בְּזַה בְּטִלָּה הָעֲדוּת מִשֵּׁא"כ בְּנִרְבַּע אִין הַחֲיִיב מְחַמַּת שְׁחִילֵל אֵת הַנְּרַבַּע בְּרַבִּיעֲתוֹ רַק מִצַּד שֶׁהוּא רַבַּע אִישׁ אֶחָד יִהְיֶה מִי שְׁיִהְיֶה וְאִף דְּלִגְבֵי הַרִיגָה פִּן הוּא דְּלֵא אִיכְפַת לָן אִם הֲרַג אֵת זֶה אוֹ אֵת זֶה מ"מ בְּזַה עֵיקֵר הַחֲיִיב הוּא לְפִי שְׁנִטְל נְפֶשׁוֹ שֶׁל זֶה וְהָיוּ שְׁפִיר גּוּפָה שֶׁל עֲדוּת וְכֵן בְּמִלְוָה וְלָוָה פְּשִׁיטָא שְׁהַעֲדוּת תְּלוּי בְּהֵם מִשֵּׁא"כ בְּנִרְבַּע וּלְפִי"ז לֹא קֻשָׁה מִיָּדִי קוֹנְשִׁית הַגָּאוֹן הַנָּ"ל דַּע"כ לֹא קִאָמַר הַרְמַב"ם אֶלְא בְּהַכְחָשָׁה דְּהַרּוּג אוֹ מִלְוָה פִּינּוֹן שְׁהַשְׁגִּיחוּ ג"כ עַל גּוּפָה שֶׁל עֲדוּת לְהַכְחִישׁוּ בְּטִלָּה הַזְמָה מִשֵּׁא"כ אִם הָיָה הַחֲיִיב מְחַמַּת שְׁרַבַּע אִף שְׁהַמְזִימִין אוֹמְרִים שְׁהַנְּרַבַּע הָיָה ג"כ עִמָּהֶם מ"מ אִין זֶה רַק פְּאוּמְרִים שְׁזַה מְשַׁקֵּר בְּטִלִּין שְׁאִינוּ גּוּפָה שֶׁל עֲדוּת לְהַכְחִישׁוּ בְּטִלָּה דְּלֵא בְּטִלָּה דִּין הַזְמָה וְהַרּוּג שְׁאִנִּי דְּמוֹכַחַשׁ בְּגוּפָה שֶׁל עֲדוּת וְכמ"ש: וְהַדְּבָרִים בְּרוּרִים וְלַעֲנ"ד מְקוֹם הַנִּיחוּ לִי לְהַתְּגַדֵּר בּוֹ וְדַעַת לְנְבוֹן נִקְל לִינִישׁב גַּם שְׁאָר הַקּוֹנְשִׁוֹת בְּזַה וּבְחִידוּשֵׁינוּ כְּתִבְנוּ לִינִישׁב הַקּוֹנְשִׁיא דְּהוּן הוּן שְׁלוּחֵין דִּישׁ לְחַלֵּק דְּדוֹקָא הִיכָא שַׁע"י הַכְחָשָׁה נְפִטֵר מִשֵּׁא"כ בְּזַה דְּתָרִי וְתָרִי נִינְהוּ ה"ל כְּאִינוּ יוֹדַע אִם פְּרַעֲתִיךְ וְכמ"ש בְּאו"ת סִימָן ע"ה אֶלְא שְׁפַתְבְּתִי לְדַחוּת דְּבְזַה אִף ע"י הַכְחָשָׁה חֲיִיב דְּמִיגוּ לֹא מְהַנִּי לְהוּ פִּינּוֹן דְּהוּא בְּמָקוֹם עֲדִים שְׁאוּמְרִים שְׁיִוְדְעִים שְׁלֵא

פָּרַע כּו' דְּבָרֵי זַעֲרָא מִן חֲבָרִיָּא: הִק' אֲפָרִים זִלְמָן מְרַגְלִיּוֹת מִבְּרָאד הִלְכוֹת טוֹעֵן וְנִטְעֵן וְהִלְכוֹת עָרַב שְׂאֵלָה יֵג בְּדָבָר הַשְּׂאֵלָה בְּאֶחָד שֶׁעָרַב בְּעַד חֲבִירוֹ וּמוֹכֵן מִתּוֹף הַתְּשׁוּבָה: הִנֵּה בְּדִין אִם יָכוֹל הָעָרַב לֵאמֹר לְמַלְנָה בְּשַׁעֲהָ שֶׁהִגִּיעַ הַזְּמַן שִׂיּוּצֵיָאָנּוּ מִהָעֲרָבוֹת דַּעַת הָרַמְבַּ"ן בְּתִשְׁבּוּבָה הִבִּיאוּ הַטּוֹר שְׂאֵין הָעָרַב נִפְטָר אִף שֶׁהִתְרָה לְמַלְנָה בְּזַמְנָו וְהַמְלִנָה הָאֲרִיף הַזְּמַן וְהַבִּי"כ ש"כ רַבֵּינוּ יְרוּחָם בְּשִׁמּוֹ וּבב"ה תְּמָה ע"ז וְכַתֵּב דְּלֹאוּ הָרַמְבַּ"ן חֲתִים עָלָה וְלַעֲנֵ"ד ש"כ פֶּן לְפִי שְׂלֵא מִצָּא מְקוֹר דְּבַר הָרַמְבַּ"ן כ"א בְּטוֹר וְגַם רִי"ו כ"כ בְּשִׁמּוֹ: אֲבָל בְּאֶמֶת נִפְלְאֵתִי עַל הַבִּי"י שֶׁהָרִי פֶּן מְבֹאֵר בְּבַעֲה"ת שֶׁעַר ל"ה ש"כ וְנ"ל וּבִתְשׁוּבָה לְקַמְאֵי עָרַב שְׂבָא לְמַלְנָה בְּזַמְנָו וְא"ל תְּבַע מְמוֹנָה מִן הַלְוָה וְלֹא רָצָה לְתַנְבְּעוֹ וְהָאֲרִיכוֹ נִפְטָר הָעָרַב ע"כ וְזֶה שֶׁקָּשָׁה בַד"מ וְאֶצ"ל בְּקַבְלָן כּו' אֲלֵא אִף בְּעָרַב נִדוֹן פֶּן שִׁשְׁנֵיהֶם תְּלוּיִם בְּרָצוֹן הַמְלִנָה וּמִפְּנֵי אֲרִיכוּתוֹ וּשְׂתִיקָתוֹ לֹא הִפְסִיד כְּלוּם וְהִנֵּה שְׂאֵלֵתִי לְהָרַמְבַּ"ן וְהַשִּׁיב לִי עָרַב שְׂבָא בְּזַמְנָו כּו' וְהֵן הֵן דְּבָרֵי הַטּוֹר בְּשֵׁם הָרַמְבַּ"ן וּפּוֹק חֲזִי מֵאֵן גְּבָרָא רַבָּא מְסֵהִיד עָלָה דְּמִלְתָּא דְּבַעֲה"ת וְנ"ל שֶׁפָּה הַשִּׁיב לוֹ הָרַמְבַּ"ן וְנ"ל וְאֶפְסֵי מְקוֹם לֵאמֹר דְּלֹאוּ הָרַמְבַּ"ן חֲתִים עָלָה וְאֶמְנָם מ"ש הָרַמְבַּ"ן שֵׁם וּמֵהָא דְּקו"ל אִישְׁתְּדִיף ב"ח גְּבִי מִשְׁעַבְדֵי אִף ע"ג דְּאִשְׁתְּדִיף לְאַחַר זַמְנָו כּו' וְכִלְלוּ שֶׁל דְּבַר נִכְסוּהֵי דְּבַר אֵינְשׁ אֵינְוֹן עָרַבִין בֵּיהּ כּו'.

וְלַעֲנֵ"ד צ"ע שְׂאֵין הַנִּדוֹן דּוֹמָה לְרֵאָיָה דְּהֵתָם שִׁיעֲבּוּד נִכְסֵיו עַל חוֹב זֶה לְמַלְנָה וְהַשִּׁיעֲבּוּד נִמְשָׁף לְעַד לְעוֹלָם כָּל זַמַּן שְׂלֵא יִפְרַע הַחוֹב וְאִף ע"פ שֶׁכַּתֵּב בְּשִׁטְר זמ"פ פְּשִׁיטָא שְׂלֵא נִכְתֵּב עַל דַּעַת שְׂלֵא יִשְׁתַּעֲבְדוּ נִכְסֵיו אֲלֵא עַד הַזְּמַן אֲלֵא עֵיקַר הַזְּמַן לְעַנְיָן שְׂלֵא יוּכַל לְתַנְבְּעוֹ קוֹדֵם אֲבָל מ"מ פְּשִׁיטָא שְׂכָל זַמַּן שֶׁהַחוֹב קָיָים לֹא נִסְתַּלַּק הַשִּׁיעֲבּוּד וְהִלְקוּחוֹת שֶׁקִּבְּנוּ שֶׁעֲבּוּדוֹ שֶׁל זֶה הִפְסִידוּ אֲנַפְשֵׁיהוּ וְאִף אִם נֹאמַר שֶׁדַּעַת הַלְוָה הִנֵּה שְׂלֵא לְשַׁעֲבַד נִכְסֵיו כ"א עַד הַזְּמַן מ"מ לֹאוּ בְּדַעַתוֹ תְּלִיָא מְלִתָּא שֶׁהַמְלִנָה לֹא הִלְוָה לוֹ ע"ד פֶּן כ"א עַד שִׁיעֲבּוּדוֹ נִכְסֵיו כָּל זַמַּן שְׂלֵא יִפְרַע לוֹ כַּמ"ש הַתּוֹס' בַּב"ק דָּף ק"ו וּבִכְתוּבוֹת דָּף מ"ז בְּלוֹקֶת חֲפֵץ וְאִירְעוּ אֲוֹנָס דְּלֹא אֲמָרִינוּ אֲדַעַתְיָה דְּהִכִּי לֹא קָנִי וּבְטַל מְקַח דְּלֹאוּ בְּדַעַת הַקּוֹנֵה לְבַד תְּלִיָא מְלִתָּא דְּהָא אִיכָּא נְמִי דַּעַת מְקַנָּה שְׂלֵא הִנֵּה מְקַנָּה לוֹ לְדַעַתוֹ אִם לֹא יִפְרָשׁ וְזֶה שִׁינֵי דְּוֹקָא לְעַנְיָן נִכְסֵי הַלְוָה גּוֹפָא שְׂבִיד הַלְוָה לְשַׁעֲבַד נִכְסֵיו כְּרָצוֹנוֹ אֲבָל זֶה שְׂנַכְנַס עָרַב מֵאִין הִרְגָּלִים לְחֵיבּוֹ אַחַר הַזְּמַן הַמְבֹאֵר בְּשִׁטְר וְא"ל בְּזֶה שֶׁהַמְלִנָה לֹא נִתְרָצָה כ"א שִׁינֵיהָ עָרַב לְעַד לְעוֹלָם וְע"ד פֶּן הַלְוָה לְלוֹנָה דְּמַה"ת לֵאמֹר פֶּן שֶׁהַמְלִנָה לֹא רָצָה כ"א בְּאֹפֶן זֶה וְע"כ שֶׁהָעָרַב מְרוֹצָה בְּזֶה פִּינוּ דְּבִאֶמֶת יֵשׁ זַמַּן בְּשִׁטְר וְהוּא יָכוֹל לְנַגְוֵשׁ עַל הַלְוָה בְּזַמַּן הַהוּא לְגַבּוֹת חוֹבוֹ כְּמוֹ שֶׁבְּאֶמֶת הַתְּרָה בּוֹ הָעָרַב בְּמַלְנָה שִׁיגְבָה חוֹבוֹ וּמָה אֵית לִיהּ גְּבִיָּה דְּעָרַב שִׁיעֲבִיב בַּע"כ לְאַחַר הַזְּמַן וְזֶה דּוֹמָה לְנוֹתָן דְּאֲמָרִינוּ אֲדַעַתְיָה דְּהִכִּי לֹא יְהִיב וְזֶה דַּעַת הַבִּי"י בַּב"ה שֶׁתְּמָה בְּזֶה עַל הָרַמְבַּ"ן דְּהָעָרַב מְצִי טַעֲיִן לֹא עָרַבְתִּי אֲלֵא לְזַמַּן וּבְאֹתוֹ הַזְּמַן הֵייתָ יָכוֹל לְגַבּוֹת וְלֹא גְבִית אֶפְסֵדָת אֲנַפְשֵׁךָ: אֶמְנָם טַעְמָא דְּהָרַמְבַּ"ן בְּזֶה נִרְאָה שֶׁסּוֹבֵר דְּכִינוּן שְׂלֵא נִסְתַּלַּק הַשִּׁיעֲבּוּד מֵעַל הַלְוָה וּנִכְסֵיו אַחַר הַזְּמַן מִמִּילָא נִמְשָׁף הַשִּׁיעֲבּוּד גַּם עַל הָעָרַב שֶׁהָעָרַב נִשְׁתַּעֲבַד בְּסִתְּם כָּל זַמַּן שֶׁחָל הַשִּׁיעֲבּוּד עַל הַלְוָה שֶׁקְבִיעוֹת הַזְּמַן לֹא הִנֵּה אֲלֵא שְׂלֵא יוּכַל לְגַבּוֹת קוֹדֵם אֲבָל מ"מ אֵין הַמְלִנָה מְוַכְרַח לְגַבּוֹת וְלָכֵן אִם הוּא מְאָרִיף זַמַּן לְלוֹנָה אֵין הָעָרַב נִפְטָר שֶׁהַזְּמַן לֹא נִקְבַע עֲבוּרוֹ לֵאמֹר שֶׁעַד פֹּה יִגִּיעַ מִשְׁפָּה זַמַּן הָעֲרָבוֹת שֶׁזֶה לֹא נִזְכַּר בְּשִׁטְר רַק שֶׁעַד הַזְּמַן לֹא יוּכַל לְתַבְּנֹעַ לְמַלְנָה וּלְעָרַב וּמֵן הַזְּמַן הַהוּא וְהִלְאָה הִרְשׁוֹת בְּיָדוֹ וּלְפּוּם הַדָּ סְבָרָא נִרְאָה פְּשוּט דְּגַם

ללנה אין יכול לכוף שיוציאנו מן הערבות אחר הזמן אם המלנה אינו נוגש על הלנה פיון שכל עיקרו של הזמן שבשטר לא נעשה בשביל הערב והוי כאלו נשתעבד בסתם להיות ערב שכל זמן שלא יסלק הלנה יחול עליו הערבות וכיון שהלנה יש לו הרחבת זמן מהמלנה אין פאן מקום פפיה שהלנה מצי אמר מתחלה נשתעבדת כל זמן שאני חייב למלנה וקביעת הזמן לא נעשה בשבילה כלל.

ואמנם מדברי הטור לכאורה לא משמע הכי שאחר שכתב דברי הרמב"ן שאין הערב יכול לכוף למלנה פתב ונראה שאם תובע את הלנה בזמנו שיוציאנו מן הערבות הדין עמו שיכול לומר לא נתרציתי להתערב בשבילה אלא עד זמן פלוני עכ"ל משמע מדבריו דאף דמודה להרמב"ן שאין יכול לכוף למלנה מ"מ יכול לכוף ללנה וכן מבואר בפרישה שם שכתב דהא דלא פתב הטור הך ונראה אבא ראשונה דהרמב"ן משום דקודם שידענו דביד המלנה להרחיב הזמן בע"כ של הערב אין נ"מ בזה שיכול הערב לכפות הלנה בזמנו דבלא"ה יפטור מהערבות שייתה במלנה כו' ע"ש.

ולפי מ"ש ז"ל דלפי סברת הרמב"ן שביד המלנה להרחיב זמן ללנה בע"כ של הערב ממילא דע"כ שאין הזמן הפתוב בשטר תועלת לערב כלל א"כ גם ללנה אינו יכול לכוף כאילו לא הנה פתוב בשטר זמן כלל רק כל אימת שירצה המלנה יגבה חובו וזה נכנס ערב דפשיטא שאין הערב יכול לכוף ללנה כלל שיוציאנו מהערבות וה"נ בדכתב זמן פיון שאין הזמן רק לאפוקי תוך הזמן אבל אחר הזמן אין שיעור לדבר וברצון המלנה תליא מילתא לכוף ללנה ולערב לשלם אימת שירצה' וע"ד פן נשתעבד הערב מתחלה וכשם שהוא משועבד לגבי מלנה כמו כן לגבי לנה דמסתמא מעקרא נתרצה ונתפייס להיות ערב כ"ז שיהיה החוב קיים ולא ידחוק המלנה לגבותו: ובה עמדת על פונות אא"ז הש"ך שכתב בס"ק נא"ו שהרמב"ן סובר שא"י לכוף ללנה וזה תלוי במ"ש המחבר בשם הרמב"ן בתחלת הסעף דכשם שא"י לכוף למלנה פה א"י לכוף ללנה כ"ז מוכח בבעה"ת א"כ צ"ל דמור"ם נמשך למ"ש פי יש חולקין כו' ע"כ לשונו ובאמת לא משמע פן בטור וכמ"ש ומ"ש הש"ך שפן מוכח בבעה"ת לא מצאתי שם הוכחה.

אף נראה שר"ל פיון שכתב בעה"ת בשם הרמב"ן טעמא שאין זמנו של הערב עם הלנה אלא אחר שפרע והיינו דהזמן שכ' בשטר אין בו שייכות להערב כלל והיינו אם נימא דא"י לכוף למלנה דאז שפיר אמרינו דהזמן אין מועיל להערב ולכן רמ"א שגמשה להיש חולקין וסוברים דכופה למלנה בטענה שלא נעשיתי ערבא לא עד הזמן א"כ גם ללנה יכול לומר הוציאנו מן הערבות ומ"ש בפרישה שאין נ"מ בזה דבלא"ה יפטור שייתה במלנה יש ליישב דמייירי היכא שאין המלנה פאן שייתה בו או שהוא גברא אלמא וכיוצא בזה ולכן הוא רוצה לכוף ללנה שישלם למלנה ויוציאו מהערבות: וראיתי באו"ת שכתב על הש"ך ג"כ שמדברי הטור נראה לחלק דלמלנה אינו יכול לכוף אבל ללנה יכול לכוף וכתב לחלק מסברא דללנה יכול לכוף משום דעבד לנה כו' ובאמת לא מצינו הך סברא רק לגבי מלנה אבל לא לענין הערב וגם לענין המלנה גופא אינו יכול לכוף תוך זמנו והרמב"ן מדמה ערב למלנה תוך זמנו כמ"ש טעמא שאין זמן הערב על המלנה עד שיפרע בשבילו ומ"ש באו"ת שם לתמוה על הדין שכתב רמ"א באם הלנה מוכן ליתן למלנה מעותיו דמקור דין זה ממהרי"ו ומהרי"ו מדמ' למ"ש בא"ז בלנה שאמ' למלנה תא ושקיל

זונו דפטרור מאחריות אכל הרמ"א פסיק בסי' ע"ד דלא נפטר א"כ גם בערב אין לו ליפטר.

ולענ"ד נראה דהתם דפסק רמ"א דחייב היינו מטעם המבואר שם בב"י בשם מ"כ דאי מתרמי לי' עסקא מי לא זבין בהו וכן מבואר במרדכי פרק מי שאחזו: ולפ"ז נראה דאע"ג דהוא חייב באחריות מהאי טעמא היינו שעכ"פ יש עליו דין שומרי' פנין דמצי לאשתמושי בגונניהו וכדאמרי' גבי דמי אבידה אכל מ"מ כ"ע מודו דנפטר מתור' לנה פנין דפרעון בע"כ הוי פרעון וכמ"ש הרמב"ן שהובא בב"י סי' ק"ך ולפ"ז ברור שאם בא הלנה עם הערב ואמרו למלנה תא שקיל זונו ולא רצה לבא אע"ג דהלנה לא נפטר מאחריות המעות פנין שהמעות ברשותו ואי בעי עביד בי' עסקא מ"מ הערב כבר נסתלק מערבותו דמאותו שעה ואילך בטלה תורת מלו' וכן נראה ממ"ש בעה"ת שער נו"ן שהשקל מורה כי כל מלו' שאחר שהלנה רוצה לפרוע לו ואומר לו טול מעותיך אם המלנה מסרב ואינו רוצה לקבל מה לנו בכך וכי ע"כ יהיה עבד לנה לאיש מלנה אחר שהגיע זמנו ורוצה לפורעו כו' ע"ש וא"כ פשיטא שפמו פן לגבי הערב פנין שרוצה לסלק לו ולצאת מערבותיו שאינו יכול לכופו בע"כ שיהא לו ערב ועבד בחנם אף כ"ז באם המעות הוא מוכן תחת יד הלנה ורוצה ליתן לו אכל באם הערב אומר לו רד עם הלנה לדין זה דינו של הרמב"ן דסובר שאין המלנה צריכה להוציאו מן הערבנות.

אף לענ"ד אפשר דאפי' אם המעות מוכן בידי הלנה מ"מ א"צ להוציאו מן הערבנות דהרמב"ן לטעמיה' לפמ"ש בעה"ת בשמו הביאו הב"י בסי' ק"ך שפכת בחילוק הב' בין שהיא עובדא דשומשי דא"ל תא ושקיל זונו כו' דהתם בבית' דמוכר וברשות' הוי מחתי ע"ש א"כ י"ל דגם לענין ערב נמי הדין פן אע"פ שהמעות מוכני' בידי הלנה וברשותו ומהרי"ו שפכת לפטרור הערב היינו דס"ל כמ"ש הטור דאף אם א"ל הלנה הנה מעותיך צוררים בביתי מהני ולדידך' צ"ל דההוא דשומשמי הוי טעמא משום שעדיין צריכה לקבל המוכר מי שפרע וכחילוק הא' של הרמב"ן ומשמע בבעה"ת שם קודם לזה דאזיל בההוא חילוקא ולכך נראה שתפס הטור זה לעיקר ולפום הך סברא שפיר י"ל דנפטר הערב כל שהמעות מוכן בידי הלנה לשלם ונה דעת מהרי"ו ונה דעת רמ"א ג"כ ואע"ג דבסי' ע"ד ובסי' ק"ך הביא דעת החולקים על הטור היינו משום חייב שמירה שמוטל על הלנה ולקצר אני צריכה: ומעתה נדון בדין אם יכול הערב לכוף ללנה שיוציאנו מן הערבנות ונהה דעת הרמב"ן אין יכול לכופו דס"ל דאפי' אחר זמן פתוח זמן דאין זמן הערב על הלנה עד שיפרע בשבילו ועיין בכנה"ג בזה ונראה לפ"ז באם הוא בגוונא שהבריכה בידי הערב לכוף את המלנה שיוציאנו פגון שהתנה עם המלנה בע"פ בשעת הלנה שאינו ערב רק עד זמן פלוני דבכה"ג מהני פמבואר בב"ח והמלנה אומר פנין שאין הערב רוצה להיות ערב עוד אזי איני רוצה להמתין עוד ללנה אם לא שיתחייב הערב שיהא ערב מכאן ולהבא והלנה טוען שבע"כ הוא מוכרח להיות ערב שהרי התחייב מתחלה להיות ערב כל זמן שהחוב קיים נראה שאינו יכול לכופו דנהי דהערב אינו יכול לכוף ללנה להוציאו מ"מ כמו כן אינו יכול הלנה לכוף הערב בע"כ מכאן ואילך ומתמת אפס הפנאי קצרותי דברי זעירא מן חברייא: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תשובת שאלה יד תשובה לש"ב הרב כו' מוהר"ר איסר מק"ק מאהליב: ואחרי רואי שמעכ"ת החליט לומר דקרוב המסייע פטר משבועת ה'סת מק"ו דמחייב שבועת ה'סת פמבואר מדברי הרמ"א

סי' ע"ה והאר"י בדב"ר נ"ל הרבה תשובות בדב"ר: א נלפענ"ד דאפילו אם נאמר דחכמים אכשרוהו לקרוב לחייב היסת ע"י הגדתו אין ללמוד מפאן לפטור היסת על ידי קרוב דהא ודאי דבדרבנן לא שייך לומר אפילו משה ואהרן לא מהימנו ואילו הוי ידעינו דלא משקרי מהימנינו להו וכדמשמע נמי מבת רב חסדא דאמרה ידענא פה דחשודה על השבועה אלא דמתורת עדות לא מהימנינו לקרוב ופסול וא"כ ע"כ דחשדינו ליה נמי במשקר פנין שהו קרובו או שהוא פסול להעיד וכיון שפן י"ל דבשלמא לחייב שבועה שפנגדו א"ש פנין דאין אדם חוטא ולא לו דמה ירנויח זה שיעיד לקרובו על שקר כדי לחיי' את שפנגדו שבוע' פנין שבאמת זה אינו חייב פלל בנדאי ישבע ג"כ וא"כ מעדות הקרובי יש רגלים לדב"ר שלא על חנם הוא מעיד ולכך יש לחייב הנתבע שבועה היסת משא"כ לענין לפטור מהיסת ע"י קרוב שפיר חשדינו ליה דמשקר שבאמת קרובו חייב ממון לנתבע ואינו יכול לישבע ע"ז ולכך זה מעיד לו כדי לפטרו וזה נ"ל ג"כ דה"ט דהחולקין דס"ל דעד המסייע אינו פוטר ולכאורה הך ק"ו דהרא"ש והפוסקי דכתב המנוחזק מרובה ק"ו אלימתא הוא אלא דבאמת ס"ל כמ"ש דהתורה לא חייבה רק שבועה עפ"י ע"א משום דחשדא ליה כמשקר וכיון שזה יכול לישבע ולפטור אין לנו לחוש לשקרו אכל לפטור משבועה י"ל דדלמא משקר בעבור הנאת ממון וכה"ג ופוטר זה משבועה שהוא אינו רוצה לישבע על שקר רק משום אשתמוטי או מלנה ישנה וכה"ג הוא כופר וסברא זו נכונה מאד: ואמנם בסברת החולקים י"ל דס"ל דלענין לחייב שבועה נמי י"ל דמשקר דסביר שזה לא ירצה לישבע אפי' באמת דאח"כ יצטרף הבע"ד עם העד ויפסלנו כסברת הפוסקים סימן ל"ד ולכך ישלם ולא ישבע אע"כ דהאמינתו תורה לענין שבועה וא"כ ה"ה לענין לפטור משבועה משא"כ בדברבנן בקרוב ופסול ל"ש זה דאינם יכולין להצטרף לפוסלו וא"כ בנדאי ישבע זה היסת ומדמעיד רגלים לדב"ר ויש לחייב את זה היסת: ואמנם לכאור' צ"ע על סברא זו דהרי מקשין דהא הוי ששאילה"ז גבי שומעין עדותו של זה היום כו' דהא יכול לומר לחייבו שבועה באתי וע"ז מתרצין דאין זה חייב פלל דמה בכך שהיית מחייבו פנין משקר בימינה הנה בנדאי זה נשבע ולפי מ"ש אפתי תיקשי דיכול לומר סבור הייתי שיפטר עצמו שהיה מתירא לישבע פן יצטרפו הבעה"ב והעד ויפסלהו ויש לדחות או י"ל דסברת הפוסקים הוא מדחזינן שהאמינה תורה ע"א אפי' במקום שזה שפנגדו הוי מחויב שבועה ואיל"מ א"כ ע"כ דהאמינתו תורה לענין שבועה משא"כ בדברבנן כ"ע מודו דקרוב מהני לחיוב ולא לפטור: ב דבקרוב נמי שייך אין אדם מעיז שאין הקרוב מעיז פנין שזה מפיר בשקרו כו' אין נ"ל דא"כ ל"ל להגמרא למימר טעמא בהיסת משום דחזקה אין אדם תובע כו' נימא משום חזקה אין אדם מעיז ואי משום דשפנגדו נמי אינו מעיז אשתמוטי כו' ומ"ש דחזקה דאין אדם תובע היינו חזקה דאינו מעיז להנתבע אם אין מגיע לו אין נ"ל אלא דחזקה דאין אדם תובע היינו חזקת פשרות דנדאי לא יעבור על בל תגזול ואע"ג דגם ללנה יש חזקה זו מ"מ מחייבנין ליה שבועה מחמת זו רק דפרי' דהא ללנה איכא חזקה דאין אדם מעיז והוא חזקה אלימתא לפטורי משבועה ואהא משני אשתמוטי הוא דמשתמיט כו' וא"כ למסקנא ליכא גבי לנה חזקת פשרות פלל דאמרינן אשתמוטי ולכך כופר ולפי"ז הדין קרוב נמי דמסייע ליה משקר שפנטור זה משבועה כדי שיוכל להשמיט ובשלמ' בעד פשר שאני דאלימא חזקה זו פנין דחזינן דהאמינו התורה אפי' במקום דאמרינן משואיל"מ וכה"ג

אלמא דלא חשדינן ליה במשקר פנין דאינו נוגע בדבר משא"כ בקרוב אע"ג דעיקר פסולו אינו משום נגיעה מ"מ אפילו לשבועה לא הכשירתו אלמא די"ל דילמא משקר וכמבואר בדוכתי טובי נאפילו אם נאמר דקרובים גזרת המלה הוא אע"ג דלא משקרי ודלא כמ"ש באו"ת דלר"י דשונא פסול וקי"ל הכי א"כ קרובים נמי חשדינן להו במשקרי דלפי דבריו ודאי א"ש כמ"ש אלא דאפילו נימא דקרובים לא משקרי מ"מ הא ודאי דע"א חשיד דילמא משקר ודוןקא בי תרי לא חשידי וע"כ מה שלפעמים האמינתו תורה היינו מגזה"כ משא"כ בע"א והוא קרוב או פסול דאפילו לענין עסק שבועה לא מצינו שהאמינתו ומכ"ש להוציא ממון א"כ ה"נ אין נאמן לפטר משבועת היסת אע"ג דיכול לחייב שבועת היסת כמ"ל מילתא בטעמא לחלק ביניהם ג מ"ש ראיה ממ"ש התוס' בריש ב"מ דא"ל ל"ל קרא בע"א כו' לענ"ד אין הדמיון צודק דהא ודאי הא דאמרין דברי של א' מיקחשב פאילו הוא בעצמו טען פרי היינו דוןקא היכא שהוא מאמין לזה האומר והוא פבור אצלו שזה גזלו אלא שאינו פשר להעיד לו וכמו רבא בכתובות שדן אפומא דבת ר"ח דקים לי בגנוה דלא משקרא ואבא מרי משום דזה הוי פאילו פבור לדנין עצמו ולקף יכול לחייב לזה היסת בטענתו משא"כ התם בטענו בס' עפ"י העד מיירי אעפ"י שלתובע ג"כ ספק אם יש ממש בדבר או לא אעפ"כ זה חייב שבועה על פיו: ד מ"ש ראיה מש"ס דב"ב אין נלענ"ד דהא ודאי אע"ג דנימא מנה לי בידיך והלה אומר א"י חייב משום דברי ושמא פרי עדיף עכ"פ בעינן שיהא פרי טוב שהמודה במקצת זה חייב ש"ד משא"כ במנה לאחר בידיך בכה"ג ודאי ל"א פרי ושמא פרי עדיף ואעפ"כ משביעינן ליה היסת לפי דעת תה"ד והמרדכי ואע"ג דהרמב"ם פתב לפטרו אף מהיסת היינו כשאינו לפנינו ומטעם שכתב הש"ך שא"כ פל א' יאמר פלוני הגיד לי וישביע את חבירו היסת ומ"ש דע"כ התה"ד אינו סובר פדעת הר"ן דאל"כ אין לחלק בין נוגע או לא ועפ"י"ז תמה על הסמ"ע ובאמת אין מחנור לענ"ד דמה ענין נוגע דתה"ד לכאן דהתם פנין שהוא נוגע לומר פן שאל"כ יצטרף לשלם שפיר מקרי נוגע משא"כ כשטוען אמר לי אבא וכה"ג מה נגיעה היא זו וכינן שאביו אמר לו בברי שחייב לו ול"ש משטה ולא להשביע ועתה ירש חוב זה מאביו והוי פאילו בא בהרשאה מהמלנה שיתבענו ולקף ס"ל להרי"ף לחייב היסת אבל התם מה ששמעון אומר שנתן ללוי אנו סהדי דאין זה פרי טוב כ"כ בעיני ראובן דשמא הטמין המעות לעצמו והב"ד בנדאי מסתפקין שמא שקר הוא דובר על לוי אבל בכאן מה לי הוא מה לי אביו שהיה טוען טענת פרי: ואמנם צ"ע דעת רמ"א שהביא דברי התה"ד דדוןקא שאין נוגע בעדות והיינו לפי מאי שפירש הש"ך בשם התה"ד ונהרי בסי' קכ"א ס"ח סתם פדברי הטור והמחבר שהלנה או הנפקד נשבע שבועת היסת מטעם שהשליח מסייע למלנה ועיין בבאר הגולה ועיינתי בטור וב"י סימן קכ"א ע"ש בב"י שביאר להדיא אעפ"י שהשליח נוגע צריף זה לישבע היסת דהוי פאילו אמר לו ע"א אמר לי נטלת ממוני וע"ש שהביא פן בשם הבעה"ת ג"כ בשם הראב"ד ועיין בטור סימן ע"ה שכתב שהראב"ד חולק בטענו אמר לי אבא והודה מקצת וס"ל דהוי טענת פרי ושוב אח"כ פתב בשם הראב"ד דאם אין העד לפנינו אין להשביעו וע"ש ברמב"ם ג"כ מה שהקשה הלח"מ על הר"ן שכתב שהראב"ד פוסק פתכמים ולענ"ד לדעת הר"ן מה שמשגיג בפ"א מהלכות טוען אין פוננתו להשיג בעיקר הדין דבאמת מודה דפטור רק דמשגיג אמה שהרמב"ם קורא לטענה זו טענת ספק וא"כ לפי דעת הר"ן א"צ

לומר דהראב"ד מחלק כמ"ש הש"ך בין אמר לי אבא לאחר פיון דהראב"ד באמת פוסק כחכמים דאפילו באמר לי אבא לאו טענת ברי מקרי ועיין בד"מ סימן כ"א סק"ב שכתב בשם ת"ה דדוקא פשהעד לפנינו וצ"ע מזה על הש"ך סימן ע"ה שכתב דרמ"א אליבא דת"ה דעתו אף שאינו לפנינו וגם מ"ש להקשות דהאיה פתב רמ"א ודדוקא שאינו נוגע הלא הטור פתב בסי' קכ"א דהלנה או הנפקד נשבעין ועינתתי דלק"מ דמבואר בש"ך סי' קכ"א בשם ת"ה ובסימן ע"ה בשמו וכן במרדכי דכיון דינדעין ודאי דממונו בא לידו מצרפיו טענת השליח ולכך לא איכפת לן אפילו נוגע משא"כ היכא שאין ודאי שממונו בא לידו ולכך אין פח לראובן להשביע ללוי: ולכאורה מוכח דאין קרוב פוטר שרי הרמב"ם פרק כ"ד מהלכות אישות פתב דעפ"י דברי אחר א"י להשביעה ומשמע דאפילו היסת א"י להשביעה לדעתו דמחייב היסת בטענו בס' עפ"י ע"א והא דפטור משבועת המשנה פדין ע"א מעיד שפרוע פתב הכ"מ שם שלא תיקנו אלא בטוען ברי וע"א מסייעו ובאמת שהב"ש מקשה בסימן קט"ו ס"ק ל"ב על הרמ"א דלמה סתם ולא פירש שיכול להשביעה על פי אחר ובנדאי דכוננת הב"ש להקשות דמדוע לא פתב דצריה היסת דאם כוננתו על שבועת המשנה וס"ל אליבא דהרמב"ם דבטענו בס' עפ"י העד אין מחייבו שבועת התורה א"כ אהמחבר הו"ל לאקשוני שהוא פסק דמחייב שבועת התורה ועוד דהב"י פתב בח"מ בשם הרמב"ם לחייבו ואע"ג שאינו מוכרח כמ"ש הלח"מ פ"ג מטוען ועיין בלח"מ פ"ד מהלכות גזילה שהשיג על ה"ה וכתב פדברי הכ"מ וכאן חזר בו וצ"ל דאשבועות המשנה ל"ק ליה דס"ל כתי' הכ"מ דלא תיקנו בשמא רק אהיסת ק"ל ובאמת לק"מ דאין היסת קודם פרעון וכמ"ש הש"ך סימן ע"ח ושוב מצאתי באו"ת סי' שהשיג על הב"ש בזה רק מ"ש דהב"ש מפרש דאותו אחר היינו קרוב או פסול אין נ"ל כן בדברי הב"ש ובלא"ה אפשר לתרץ עפ"י המבואר בסימן פ"ז ס"ק נ"ז ע"ש שהש"ך מביא ראיה מרמב"ם הנ"ל ובאמת ליתא דשבועת המשנה לישבע וליטול גם מהרא"י מודה ואפילו רב לא קאמר אלא דהיסת לא ניתקנה ע"ז משא"כ שבועת המשנה כשפא ליתול ועיין באו"ת שם שכ"כ וא"כ שפיר עביד רמ"א שלא הגי' שצריה היסת משום דבכה"ג אין להשביע היסת דמש"ל וכן האו"ת דאין להשביע היסת קודם הפרעון הרי מצינו דעת הי"א בסימן צ"א דהפועלים נשבעים היסת ובאמת שהש"ך מקשה שם דברי המחבר אהדדי מסימן קכ"א ונ"ל דלכאורה י"ל לפי מ"ש הש"ך סימן צ"א בסברא דחזקה שליח עושה שליחותו ועיין באו"ת שכתב דר"י בן פלאט ס"ל כר"ש בתוס' עירובין וה"נ איפא איסור גזל ע"ש עוד מ"ש ע"ז ולענ"ד דנדאי לא חשדין ליה בגזלן רק משום מלנה ושינה עיין בפ"י בקידושין רק דהכא איכא לאו דבל תלין ושינה שפיר חזקה זו וא"כ אין לו מיגו דאהדרינהו לבעה"ב דא"י להעזי לכך אומר שנתן לפועלים דמסייע ליה חזקה והוי נוגע גמור ולכך לא ישבעו הפועלים רק היסת משא"כ בסימן קכ"א ויש מקום להיפך הנה הא דאמרין מיגו ול"א שמא ע"ז אין לו מ"י ז"א כיון דתורת עדים עליהם מחמת מיגו שוב ל"א שמא נוגעים הם דאל"כ בכל עדות ניהוש שמא נוגעים הם וזה דדוקא כשנתן עליהם תורת עדים משא"כ לאחר התקנה ומטעם מיגו לבד שפיר אמרינן שמא נוגעים הם וא"כ אין טענתו בזה טענת ברי פלל ולכך שפיר פ' התה"ד דאין יכול להשביע ללוי ע"פ שמעון ועדיין צ"ע דבאמת אין זה סברא שבשביל מ"י שיש

לשליח עליו אומר שנתן את פ' שלא נתן ומה יפעל שהרי זה ישבע באמת ויפטור מן ראובן או יקח ממנו.

והנה לכאורה י"ל דבכוננו ל"ש עושה שליחותו פינן שצריף ליתן בעד הסלע מעות ואפשר שאין לו וכה"ג כ' התוס' והר"ן בגיטין דהיכא דהוא ביד אחרים ל"ש חזקה דעושה שליחותו: תשובת שא"ל טו שלום רב לאור נצרב ה"ה אהו' ידידי חתן גיסי הרב כ"ש מוהר"ר מאיר נ"י: בדבר הספק שנסתפק כ"ת בשליש המוכחש מבע"ד שאומר שהפקיד בידו והשליש אומר שצעשאו שלישי למסור לזה ויש לו מיגו דלהד"ם או לקוח או החזרתי אלא שהשליש צריף ליטבע הוסת פינן שגם הטענה שהי' יכול לטעון הי' צריף ליטבע והשליש אומר כדברי פן הוא שניתן לידי ליתן לפלוגי וכן שיפסקו הב"ד ליתן לו אמן אבל לא אטבע נגד הבע"ד ולא יציית דינא.

אם נאמר דכיון שלא נטבע אין אמירתו פלום או שמא פינן דבשבעות הוסת אין יורדין לנכסיו וא"כ אם הי' טוען לקוח לא היו יורדין לנכסיו א"כ גם מה שאומר של פלוגי מהני אף שאינו רוצה ליטבע ע"ז או שמא שאני בהוסת דאין רוצה ליטבע לא נחתינן לנכסיו משום חזקת ממון משא"כ בטענת של פלוגי אין פאן חזקת ממון פינן דביו פד ובין פדתיפוק מרשותי' כמ"ש הש"ך סבא זו בסי' צ"א עכ"ד בקצרה: ואומר אני שלענ"ד הדבר ברור שאין משגיחין בזה שהשליש אינו רוצה ליטבע דהרי אין נאמנות שלו מחמת שבעותו פלל רק מחמת שבידו ליתן לו ולזה התובע הי' משיב להד"ם או שאר טענות שהי' נאמן בהם וכיון דמחמת שבידו אמינן עלה א"כ מה"ת לעכב זכותו של זה בשביל שזה אינו רוצה להיות ציית דינא עם התובע ליטבע על תביעתו והגע עצמה אם אומר על כלי זה של פלוגי בענין שהי' נאמן.

ושוב מת או הליף למ"ה פשיטא שאין מעפבין מליטת החפץ לזה ואף שזה התובע צועק חסם ואומר שהשליש שקר הוא דובר לא איכפת לן בהכי. וכן בהי"א דסי' מ"ז וסי' ס"ב וסי' צ"ט וסי' רד"ב דאמרינן דמהימנ משום שבידו ליתן לפלוגי לא איכפת לן אם זה רוצה ליטבע או לא רק היכא דלית לי' מיגו ורוצה להיות כע"א לא מהני אף פשרוזה ליטבע מטעם ע"א הצריף שבעה כמ"ש הש"ך סי' נ"ו והגהות אשר"י בריש ב"מ הביאו הש"ך סי' רכ"ב: ואמנם הש"ך הביא דברי המעדני מלף שהקשה על הג"א בזה דאין פאן מקום חיוב שבעה שאם מודה שהמוכר נתן לו א"כ האיף יטביעוהו פינן שהודה שנתן לו ואם שיטעון שנתן לחבירו הרי הודה שלא משף כו'.

והש"ך כ' די"ל דמיירי שטוען שמשף והניחו אצל המוכר כו' אלא נראה דהרא"ש והפוסקים לא מיירי מדין שבעה כו' ע"ש. ולענ"ד דברי הש"ך בזה תמוהי' דאם בכה"ג מיירי פשיטא דאין פאן חיוב שבעה על המוכר דכיון שטוען שפבר קנה הטלית א"כ לו יהא שהמוכר נעשה גזלן על החפץ ונתנו לזה פינן דא"א לאהדורי' שהרי זה השני פבר זכה בדין א"כ פשיטא דאין המוכר מחויב שבעה שהרי החפץ פבר א"א ליתן לו והוי פמו שרפו או השליכו לים רק דמים אית לי' עליו והרי הדמי' רוצה ליתן לו פינן שאין פאן הכחשה בדמי' פלל ואע"ג שכ' בע"ה הביאו בח"מ סי' ר"ט במוכר לחבירו ונמצא שאינו שלו חייב להעמיד לו מקחו פבר כתב הב"י בסי' רי"א דלדעת הרמב"ם מיירי בפוסק על השער שבשוק ולענין שאם חוזר מקבל מי שפרע ולהמרדכי שם בשם ר"נ

מיינרי שקנו מידו וס"ל דמקנה דבר שא"ש ע"ש (ועיין בריש פ"ק ממסכת תרומות שהביא הירושלמי וכתב דלא משמע פן בב"מ וכ' לחלק בין קרקע למטלטלים וצ"ע על הפוסקים שלא הביאו דבריו) אבל פאן שפבר קנה בקנין והספץ ברשותו עומד א"כ אין לו עליו רק טענת גזילה וכינן שא"א להסזיר גוף הספץ אין פאן רק תביעת דמי שיווי הספץ פשעת הגזילה נהרי הוא מחזיר לו הדמים וא"ל דמיינרי שנתניקר הספץ ז"א דהקא ע"כ לא מיינרי בנתניקר דאל"כ קשה דלא שינך הצריכותא משום דמורי כו' אגא נמי דמי קנהיבנא פיון דבנתניקר מיינרי וכמ"ש מהרש"ל ומהרש"א ושאר מפרשים גפי הא דמוקי לדמי ע"ש.

ולכך נלענ"ד בדעת הג"א דהתם קאי אמ"ש הרא"ש בשם ר"ת לפרש קו' הש"ס ונחזי זויי ממאן נקט שושאל למוכר ויהי' נאמן כע"א כו' והיינו בדנקט זויי מחד וס"ל דע"כ מיינרי ג"כ שהם מכחישים מי נתן המעות דאם מיינרי שהם מודי' להמוכר מי נתן המעות רק שמתקלקלים למי נתבצה א"כ הו"ל לאקשוני ונחזי זויי מאן יהיב שהרי טפי יש לחתוך הדין ע"פ של הלוקחים בעצמם ומהאי טעמא דלא נקיט האי לישנא (מפירש ר"י).

ועוד דאם בסוף המעות מודים הלוקחים מי נתן א"כ עיקר סמיכת הדיבור על המוכר למי נתבצה נהרי בזה לא מהני אמירתו אם אומר שנתבצה לשני ואע"פ שאין ידוע אלא ע"פ המוכר מ"מ לא מהני כמבואר ברא"ש וטור וע"כ דמיינרי שפאמת כ"א אומר שהוא נתן המעות ונתבצה לו רק שהמוכר יהי' נאמן אם יסייע לא' מהם כ"א וע"ז כ' שפיר בהג"א דהאידינא דתיקנו היסת אינו נאמן כ"א פיון שנה תובעו תן לי מקחי שקניתי ממה.

ואם הי' מודה שממנו קיבל אע"ג דא"א לאהדורי גוף הספץ פיון שפבר נתנו לחבירו והעיד בב"ד שמוכרו לו הי' מחויב לשלם עכ"פ הדמי' א"כ השתא שהוא מכחישו מחייב לישבע היסת והני עד הצריף שבועה משא"כ היכא דנקיט זויי מתרנונייהו שאז הוא רוצה להסזיר לו הדמי' רק שהוא רוצה גוף הספץ וכינן שבאמירתו זכה חבירו וא"א להוציא מידו שוב אין לו עליו חיוב שבועה כלל דלא גרע מגזלן שמכר הספץ לאחר אין לו עליו אלא הדמים בלבד: ובזה א"ש דברי הרא"ש והפוסקים שכתבו הך דינא שהמוכר בע"א ונדחק הש"ך לומר דמיינרי פשפטר משובעה וכה"ג והוא דוחק גדול.

אבל לפי מ"ש א"ש שמבואר למענין ברא"ש שלא כ' דהיכא דידוע ע"פ המוכר הני כע"א רק בנקט מתרנונייהו אבל בחד משמע מדבריו דלא מהימן שהרי כ' וז"ל כלל דמלתא כו' ואם אין ידוע אלא ע"פ המוכר אי נקט מתרנונייהו ומקחו בידו נאמן כו' ואי אין מקחו בידו אי נקט זויי מחד בעדי' או בדיבור הלוקחי' זוכה במקח ואי נקט מתרנונייהו כו' אלא חשיב כע"א עכ"ל הרי דמדייק בנקט מחד וידוע בעדים כו' ולא ביאר היכי דנקט מחד ואין מקחו בידו ואין ידוע כ"א ע"פ המוכר דמחשיב כע"א אלא ודאי דבכה"ג לא מחשיב כעד פיון שהוא צריף שבועה על המעות ודוקא במקחו בידו וידוע על פיו נאמן לומר שנתבצה לזה שנתן המעות פיון שיש לו מיגו ואין זה מתורת עדות משא"כ באין מקחו בידו אז דוקא אם ידוע בעדי' או בדיבור הלוקחים מי נתן המעות זוכה במקח אבל כשאין ידוע אלא ע"פ המוכר סתם הדברים משום דעכ"פ אין זוכה במקח על פיו פיון שאין לו מיגו ואם הוא כע"א זה תלוי באם לא פטר משובעה אפילו כע"א לא הוי ואי פטר משובעה הוי כע"א ולכך השמיט הדין הינצא מקו' הש"ס דפריף ונחזי כו' דמשמע

דבכה"ג ש'אין מקחו בידו והוא ידוע ע"פ המוכר הני עד המסייע משום דלדין דתיקון היסת אינו עד אם לא פשטרו משבועה או בלקחו החפץ מעצמם בלא ידיעת המוכר.

ובלשון הטור סי' רכ"ב צ"ע שכ' לפיכך אם קיבל המעות מא' וידוע ממי קבלם ל"ש ע"פ עדים כו' או ע"פ המוכר בעצמו הוא זוכה במקח כו' אפילו אם מקחו בידו וכ"ש אם אינו בידו כו': ולכאורה ז"א דבהך ג'ונא שידוע רק ע"פ המוכר ואין מקחו בידו מה"ת יזכה זה במקח כיון שהשני מכחישו ואומר שהוא נתן המעות נאפי' תימא דחשיב כע"א מ"מ אינו נאמן לגמרי ש'יזכה זה וע"כ לומר דהך וכ"ש פש'אין מקחו בידו לא קאי אהיכא שידוע ע"פ עדי' או לוקחין כמ"ש שפן מבןאר להדיא מדברי הרא"ש וכ"כ בפסקי הרא"ש וא"כ לפ"ז מצינו למימר דכה"ג ש'אין ידוע רק ע"פ המוכר אפילו ע"א לא הני כיון שצריף שבועה שהרי זה מכחישו וזה ברור לענ"ד.

איברא שלענ"ד צ"ע מ"ש בהג"א בפשיטות דבכה"ג הני עד הצריף שבועה דמנ"ל הא דאע"ג דכתבו התוס' בסוגיא דקידושין גבי הן הן שלוחיו דעד הצריף שבועה אינו עד נראה דהיינו דוקא כגון התם ש"ל ש'הן נוגעים ואע"ג דאית ליה מיגו אמרינו דאי יאמרו אהדרינהו ללנה יצטרכו ליטבע אע"ג דהשתא נמי משתבע מ"מ מה ש'נאמן בעדותו אינו רק מחמת ש'נשבע וכל שצריף שבועה להיות נאמן בעדותו אינו פלום אבל בכאן מה"ת יפסול המוכר מלהיות עד שחפץ זה של פלוני הוא ואע"פ שצריף ליטבע מפני ש'זה תובעו המעות ש'נתן לו מ"מ אין זה בכלל עד הצריף שבועה וטפי יש לדמות דין זה להא דאיתא בסי' נ"ז סעיף י"ו ראובן ש'מכר לשמעון פרה וטלית שלא באחריות ובא יהודה ונרער כו' יכול ראובן להעיד לו ועיין בסמ"ע מ"ש הטעם אף בטוען ש'ראובן גזלה כו' ד'יכול לומר אני קניתי מאחר והקא לא ש'יף בלא"ה דלקריה גזלנא כיון שהלוקח השני מכיר ב'ה שהוא של המוכר ד'הא משמע ד'הקא מ'יירי שכ"א טוען פרי שהוא זכה ב'ה קודם בבית המוכר ונב'ירו הוא התופס בחנם וע"ש בטור בשם הרמב"ן שכ' היכא ש'זה מערער שלי הוא והמוכר מעיד אני מכרתי לו ואינו שלף ולכאורה להא דמי.

והנה בסוגיא דריש ב"מ שם ג'רס רש"י ולא ידעינו דבזו אפי' ידע המוכר אינו נאמן מש'הלכו מלפניו והקדמונים ת'הו ב'זה על רש"י ד'מה נשתנה זה מפל ע"א דעלמא שהו פוטר מש'בועה ומחייב לשפנגדו שבועה דאורייתא.

ולענ"ד י"ל דלכאורה אין המוכר יכול להיות ע"א ד'נה עד הצריף שבועה וכמ"ש בהג"א וא"כ קשה על התוס' שכ' דקושית הש"ס הוא ש'יהא המוכר כע"א. אף י"ל דהג"א כ' האידנא דתיקנו שבועת היסת וקושית הש"ס על המשנה דאפתי שבועת היסת לא הני.

ולפי זה י"ל דרש"י לשיטתו בב"ק דכל כופר בפקדון צריף ליטבע אף בכופר הפל אפילו שבועה דאורייתא דכיון דלא עשה לו טובה א"כ שפיר הני עד הצריף שבועה ולכך לא מהימן כלל מש'הלכו לפניו רק במקחו בידו נאמן מטעם מיגו ולא מתורת עדות ודוק: אף דלפי"ז קשה גם בנקט זוזי מחד אמאי מהימן ד'הא לשיטת רש"י צריף שבועה ונהי דמדכר דכיר מ"מ לא הני אפי' כע"א וא"כ נ'הי ש'נאמר דגם לשיטת רש"י אינו נאמן רק כע"א מ"מ הא ע"א נמי לא הני ומכ"ש לפי מאי דמשמע מרש"י דבנקט מחד מהימן לגמרי פשיטא תיקשי וכבר ת'מה הרא"ש וכל המפרשים דל'מה יהי' נאמן יותר מע"א דעלמא: ונלענ"ד ליישב ע"פ מה דאמרינו לקמן וביבמות דבבגדים חיישינו לשאלה וא"כ

הגוי הדי טלית בכלל דבריה העשויין להשאיל ולהשפיר דקי"ל היכא דאיכא עדים ומערער שהחפץ שלו וגם ראיה מוציאה מיד המוחזק וא"כ י"ל דאף אם אין מקחו בידו מ"מ שפיר מהימן במגו דאי בעי הנה אומר השאלתיו לה והנה מוציא מידם מהימן נמי לומר דחד מינייהו הוא וא"ל דאפתי מנ"ל להקשות דלמא מיירי דליכא עדים שהוא של מוכר וא"כ אינו נאמן להוציא בטענת שאולים לפי שזה יש לו מיגו דלקד"ם י"ל דז"א דנהי דהשתא לא מהני הלוקח השני להעיד שהוא של מוכר לפי שהוא נוגע שהוא רוצה להעמיד החפץ ביד מוכר שמכרו לו מ"מ פיון דעכ"פ קודם שהם באים לב"ד לטעון הי' זה פשר להעיד שחפץ זה הוא של המוכר א"כ שפיר מוציא המוכר בטענת שאולים שאין זה נאמן במיגו דלקד"ם דמרתת לטעון לקד"ם פיון שחבירו יכול להיות ע"א שהוא של מוכר ומיגו במקום ע"א לא אמרינו וא"כ פיון שהמוכר יכול להוציא מידו בטענת שאולים הוי כמקחו בידו ונאמן המוכר במיגו זו לומר דחד מינייהו הוא וא"ל דהוי מיגו להוציא ז"א פיון שנאמן מחמת שהוא בידו לעשות פו ליטול מידם וליתן לזה בכה"ג אמרינו מיגו אף להוציא כמבואר בפוסקים ועוד דעכ"פ על החצי השני שזה מוחזק שפיר מהני סיוע דמוכר שלא יצטרף ליטבע ולא שיקף בזה עד הצריף שבועה שאין נאמנותו מטעם עדות רק מחמת מיגו: וראיתי באו"ת סימן קל"ח שהקשה לפי מ"ש הרא"ש הטעם במנה שלישית לפי שהיה ידוע למפקיד מקודם דשל חד מינייהו הוא א"כ האיד פסק בסימן רכ"ב במקחו בידו ונקט מתרנוניהו ולא ידע יש חולקין דהא ידוע למוכר מקודם דשל א' הוא וא"כ אע"פ שעכשיו אינו יודע למפקיד דמי ודינא שיהא מנוח.

ונלענ"ד לבאר ויבואר ג"כ לשיטת הרא"ש דבריה הש"ס לקמן אא"ב רבנו התם דנדאי האי מנה דחד מינייהו כו' שהקשה הרשב"א הביאו בש"מ דהא בהאי טעמא גופא לרבי יוסי נמי ניחא ומה חידש בזה אליבא דרבי יוסי ומה שתיירץ שם דהמקשה סובר דבשלמא לרבנו הא דאמרי יהא מנוח אין הטעם משום קנס רק משום שאין החלוקה אמת א"כ פאן דהחלוקה יכולה להיות אמת פסקינן יחלוקו משא"כ אליבא דר"י כו' ע"ש.

לכאורה ז"א לשיטת הרא"ש דמשמע מדבריו דגם במנה שלישית החלוקה יכולה להיות אמת כמו בטלית כשאומר ארגתי ולא ס"ל סברת התוספ' שאין דרף שיקנה לו החצי (וגם לפי תירץ הרשב"א יש לזקוק בלשון הש"ס דבסברת המקשה נקט הכא דאיכא למימר דתרנוניהו הוא אמרי רבנו פלגי כו' ולא ביאר מאיזה טעם י"ל דתרנוניהו הוא רק אח"כ כשתיירץ לר' יוסי פירש דבריו אימר בהנדי אגבהו): אמנם לשיטת הרא"ש נראה דהפל ניחא דהמקשן קאמר אלא מאי רבנו כו' משום דס"ל שהנפקד מוחזק מפח שניהם וא"כ דמי לאוחזין דמתני' שביאר הרא"ש הטעם דכיון ששניהם באים מוחזקים לפנינו בגוף הטלית צריף לפסוק דין חלוקה משום שאין לנו להפקיע חזקתו של זה ולומר שיהא מנוח וא"כ גם גבי נפקד נימא הכי והשיב לו הש"ס האי מאי כו' וכוננת הש"ס בזה פסברת הרא"ש דבשלמא היכא שאנו יכולים לומר שבשעה שהחזיקו שניהם בטלית זה כדיון החזיקו שניהם בה וא"כ פיון שגם עתה שניהם מוחזקים לפנינו בטלית זה אין לנו להפקיע חזקת כ"א ואמרינו יחלוקו וא"ל שבזה מפקיעין זכות של א' מהם שהיתה שלו ז"א דאמרי' כמו שהם עכשיו מוחזקין לפנינו אין זכות לזה בה יותר מזה כן הי' מאז שהחזיקו בה ואף ע"פ שאפשר שהיתה פעם א' של אחד מהם לבד מ"מ אין בפסק ב"ד זה הפקעת זכות דאין לדיין אלא מה שענינו רואות והרי לפנינו חזקת שניהם

שְׁנוּה וְאִין אַתְּנוּ יוֹדַע שְׁהִיְתָה פִּי"א בְּחֻזְקָת הָא' מִשָּׂא"כ הִיכָא שַׁע"כ הִיְתָה כְּבָר בְּחֻזְקָת הָא' בְּוֹדָאֵי אַע"פ שְׁאֲפִשֵׁר שְׁעֵתָה גַם לְזָה יֵשׁ חֶלֶק בָּהּ מ"מ לֹא שְׁיִיף לְמִיזֵל בְּתַר חֻזְקָה דְּהַשְׁתָּא לְפִסְוֹק חֻזְקָה שְׁהִרִי יֵשׁ פֶּאן הַפְּקַעַת זְכוּת בְּוֹדָאֵי לֹא מְהֵם שְׁהִיְתָה שְׁלֹו קוֹדֵם וְאֶזְלִינֵן בְּתַר חֻזְקָה דְּמַעֲיָקְרָא דְּוֹדָאֵי דְּחַד מִיְנֵיהּוּ גַם עֶכְשָׁיו כְּמוֹ שְׁהִיָּה מְקוֹדֵם וְאִם נְפִסְוֹק חֻזְקָה הִרִי אָנוּ נוֹטְלִין מְזָה וְנוֹתְנִין לְזָה הַלְּפָף דִּינָא שְׁיִהָא מְוֹנָח וְהִינְנוּ דְּקָאֲמַר הָתָם וְדָאֵי הָאֵי מְנָה דְּחַד מִיְנֵיהּוּ הוּא ר"ל שַׁע"כ הִיְתָה שְׁל אַחַד מְהֵם וּמִיְדוּ הִיְתָה זֹאת לִיד הַנְּפִקְד הַלְּפָף לֹא מְהִנֵּי מַה שְׁהוּא תוֹפֵס בְּחֻזְקָת שְׁנִיָּהֶם הִיכָא דְּאִיפָא לְמִימַר דְּתַרְנוּיְהוּ הוּא ר"ל פִּינֵן שְׁאִין לְנוּ זְמַן מְוֹגְבֵל לֹמַר שְׁבְּוֹדָאֵי הִיְתָה שְׁל אַחַד מְהֵם לְבַד שְׁהִרִי יוֹכַל לְהִיּוֹת שְׁמַשְׁעָה שְׁהַחֲזִיקוּ בָּהּ הִיּוּ שְׁוֹתְפִים בָּהּ דְּאֲפִשֵׁר דָּא' הַגְּבִיָּה גַם לְדַעַת חֲבִירוֹ וְכַה"ג וְא"כ אִין לְנוּ לְהַפְּקִיעַ חֻזְקָת כ"א שְׁהוּא מְוֹחֲזָק לְפִנְיֵנוּ מִשָּׂא"כ לְרַבִּי יוֹסִי וְלְדִידִיָּה צ"ל דְּהִכָּא לִיפָא רַמָּאֵי דְּבַהֲדָדִי אַגְבִּיָּהוּ נְקֻטִינֵן מִיָּהָ דְּעִיקָר סְבֵרַת הָרָא"ש בְּזָה מ"ש דְּכָל שְׁיָדוּע לְנְפִקְד קוֹדֵם שְׁהוּא שְׁל אַחַד יְהֵא מְוֹנָח הִינְנוּ מִטְעַם שְׁפַתְבְּתִי דְּבַכָּה"ג אִין פֶּח בִּיז ב"ד לְפִסְוֹק חֻזְקָה דְּאִז בַּע"כ נְפִקִיעַ חֻזְקָת מְמוֹן שְׁל אַחַד שְׁבְּוֹדָאֵי הִיָּה מְוֹחֲזָק בָּהּ מְקוֹדֵם וְבַכָּה"ג אֶזְלִינֵן בְּתַר חֻזְקָה דְּמַעֲיָקְרָא וְאֶמְרִינֵן דְּחַד מִיְנֵיהּוּ וִיָּהָ מְוֹנָח וְאַע"ג דְּלַפּוּם חֻזְקָה דְּהַשְׁתָּא שְׁנִיָּהֶם מְוֹחֲזָקִין דְּהַנְּפִקְד כִּיז שְׁנִיָּהֶם הוּא אָנוּ בְּתַר חֻזְקָה דְּמַעֲיָקְרָא אֶזְלִינֵן מִשָּׂא"כ בְּטַלִּית וְכַה"ג פִּינֵן דְּלִיפָא חֻזְקָה דְּמַעֲיָקְרָא אֶזְלִינֵן בְּתַר חֻזְקָה דְּהַשְׁתָּא וְאֶמְרִינֵן שְׁמָא מַעֲיָקְרָא נְמִי הִכִּי הִנְה וְהַשְׁתָּא א"ש מַה שְׁהַקְּשָׁה הָאוּ"ת בְּנֻקְט זוּזִי וּמְקַחוּ בִּיזוּ גִימָא יְהֵא מְוֹנָח וְלַעַנ"ד לִק"מ דְּהָא הָתָם שְׁעַדִּינֵן מְקַחוּ בִּיזוּ א"כ אַפְתִּי מְשִׁיכָה לֹא הִנְה רַק שְׁהַמוּכָר אֹמַר שְׁאִינוּ רוּצָה לְשַׁנּוֹת דְּבוּרוֹ וְהוּא רוּצָה לְמְכָרוֹ לְמִי שְׁנֹתְרָצָה בְּשַׁעַת קַבְּלַת הַמְּעוֹת אֶלָּא שְׁאִינוּ יוֹדַע לְמִי נִתְרָצָה א"כ לֹא שְׁיִיף לֹמַר שְׁהִי יוֹדַע לְמוּכָר שְׁהוּא שְׁל א' וְאִין יְכוּלִים לְהַפְּקִיעַ חֻזְקָתוֹ דּו"א דְּוֹדָאֵי בְּמִנְהָ דְּוֹדָאֵי דְּחַד לֹא מְפִקִיעִין חֻזְקָתוֹ מִשָּׂא"כ בְּזָה פִּינֵן דְּבְּמַעוֹת לֹא קָנָה וְעַד שַׁעַת מְשִׁיכָה אִינוּ בְּחֻזְקָת שׁוּם א' שְׁיִהָא נוֹפֵל בּוֹ לֹמַר שְׁלֹא נְפִקִיעַ מְחֻזְקָתוֹ וְכִינֵן שְׁעַדִּינֵן לֹא מְשַׁף שׁוּם אַחַד וְעֶכְשָׁיו מְוֹחֲזָקִין בְּשׁוּה דִּיז הַמוּכָר כִּיז שְׁנִיָּהֶם פְּשִׁטָּא שְׁאִין לְדוּן בְּזָה יְהֵא מְוֹנָח רַק חֻזְקָה עַדִּיפָא כְּמוֹ בְּאוּחֻזִּין.

וְזָה בְּרוּר לַפְּעַנ"ד: וְנִחְזוֹר לַמ"ש לְתַרְז דְּבְרֵי רַש"י דְּאָף דְּהַמוּכָר לֹא מְהִימֵן מְשׁוּם ע"א מ"מ נְאָמֵן מְשׁוּם מִיָּגוּ וְאִם פִּינִים אֲנַחְנוּ בְּדְּבָרֵינוּ אֶלָּה לְשִׁיטַת רַש"י יֵשׁ בְּזָה לְפִשְׁנוּט סְפִיקוֹ דְּכ"ת שְׁאִם נֹאמַר דְּהִיכָא דְּהַשְׁלִישׁ אִית לִיָּה מִיָּגוּ אַעפ"כ אִם אִינוּ רוּצָה לְיִשְׁבַּע נְגַדוּ מִי שְׁפִנְגָדוּ שְׁאוּמַר שְׁלֹא עֲשָׂאוּ שְׁלִישׁ אִין רַשָּׁאֵי לִיתֵן לְזָה מַחְמַת הַמִּיָּגוּ שְׁל הַשְׁלִישׁ א"כ גַּם בְּכָאן תִּיקְשִׁי לְשִׁיטַת רַש"י מֵאֵי פְרִיָּף וְלַחֲזִי זוּזִי מִמָּאן נְקֻט דְּהָא שְׁפִיר י"ל דְּנֻקְט זוּזִי מְחַד וְאַפ"ה לֹא מְהִימֵן אִפִּי כַע"א פִּינֵן דְּחִיבֵי שְׁבוּעָה וְאִי מְשׁוּם שְׁהַמוּכָר נְאָמֵן בְּמִיָּגוּ דְּשָׂאוּלִים גִּימָא דְּמִיָּרִי דְּהַמוּכָר אֹמַר שְׁאִין רְצוֹנוּ לְיִשְׁבַּע ע"ז וְאִז לֹא מְהִנֵּי הַמִּיָּגוּ אֶלָּא ע"כ דּו"א דְּכָל שְׁנַאֲמָנוֹתוֹ מִטְעַם מִיָּגוּ לֹא אִיכְפַת לֵן פְּלֵל אִם יַחוּשׁ לְתַבִּיעַת הַתּוֹבַע לְיִשְׁבַּע כְּנֻגָדוּ אוֹ לֹא שְׁעֵתָה אִין אָנוּ דְּנִין בֵּין הַבַּע"ד בְּדִין וְדְּבָרִים שְׁיֵשׁ לְהֵם זַע"ז וְלֹא עַל מַה שְׁיֵשׁ לֹא מְהֵם נְגַד הַשְׁלִישׁ שְׁהוּא לְעַזֵּר לְשְׁפִנְגָדוּ לְכֹן נִרְאָה לַפְּעַנ"ד דְּרוּב הַדִּינִין הַאֲמוּרִים בְּעַנְיַן תְּבִיעַת הַבַּע"ד וְהַשְׁלִישׁ נְאָמֵן מְשִׁנֵּיהֶם הִינְנוּ בֵּין הַבְּעָלִי דִּינִין שְׁזָה אֹמַר כְּף וְזָה אֹמַר כְּף וְהֵם מְדִינִים זָה נְגַד זָה אַבְּל לֹא מִיָּרִי כְּשֵׁהב"ד פּוֹסְקִים ע"פ הַשְׁלִישׁ לִיתֵן לְזָה וְזָה תּוֹבַע לְשְׁלִישׁ.

ולכן צ"ע לענ"ד במ"ש הש"ף בח"מ סימן נ"ו להשיג על אא"ז מהרש"א במה שגראה מדבריו דנאמנות שלישי מטעם מגו וע"ש שפכתב דאם ראוהו בידה קודם שנפלו החולקים לכ"ע לא הוי מיגו דהוי מיגו למפרע ולענ"ד נראה דנדאי כל דיני שלישי שבסימן זה איירינו לענין התביעה שתובע המלנה ללנה אם הלנה נפטר ע"י אמירת השלישי שהיא פרוע אבל מ"מ אם המלנה תובע אח"כ השלישי ואמר שהחזיר שלא פדין פשיטא דהשלישי מחויב לישבע שהאמת אתו והחזירו פדין דאל"כ מאי מיגו איכא דאי בעי קליני' דהא אי הנה קליני' הנה המלנה תובעו לשלם לו מדיני דגרמי כדקי"ל השורף שטרותיו של חבירו חייב וכו' אי הנה מצנע ליה הנה תובעו שיחזירונו לו וחיוב היסות כמבואר ס"ס ו' וכן בסימן י"ו בטוען שטר שיש לי בידך לי בו זכות כו' ע"ש ובסמ"ע וא"כ השתא נמי כשאומר השלישי פרוע ומחזיר השטר ללנה שפיר המלנה יכול לתובעו שהחזיר שלא פדין ללנה ומחויב לשלם מדינא דגרמי פדין שורף וכ"כ הש"ף סימן נ"ה ס"ק ד' בשם שו"ת מ"ב סימן פ"ה אלא דמ"מ נאמן לענין שאין המלנה יכול להוציא מהלנה דע"ז שלא יוכל להוציא מהלנה שפיר אית ליה מיגו דאי בעי מצנע ליה או קליה: ומ"ש המך דכי פ' החובל בשלישי שאמר פרוע ושרף השטר והמלנה כופר השלישי נאמן והביאו בד"מ ובסמ"ע ס"ק י"א בקצרה ויש משמע דמייירי שהמלנה תובע השלישי מ"מ פשיט לפענ"ד דהתם נמי ר"ל דמהימן בשבועה דהא קאמר דהא דאי בעי מהימן היינו אפי' הפקיד בעדים ומשום מיגו דהחזרתי ונהרי בהחזרתי ודאי הי' צריך לישבע אלא דהוי ס"ד דאפי' שבועה לא מהני דדמי להא דאתה אמרת לי לקצצן דפריה כל פמיניה וע"ז פתב דלא דמי דהתם יש עדים שקצצן וליכא מיגו: ולענ"ד דבריו תמוהים דהא אפי' אי הנה מייירי התם באיכא מיגו פגון שקצצן בלא עדים וכמ"ש לעיל מיניה בתשובו' מהר"מ מ"מ התם מטעמא דאנו סהדי שאין דרך ליתן רשות לקצצן נטיעות משא"כ כאן שהשלישי אומר שהלנה פרע ולכך צנה המלנה לשורפו ולמה לא יהיה נאמן אלא שעכ"פ צריך שבועה ולפ"ז מ"ש הש"ף דבקודם שנפלו החילוקים הנה מיגו למפרע ז"א דמה בכך שראו הב"ד פ"א בידו לא מיבעיא אם לא אמר אז ולא מידי דמה בכך שהב"ד יודעין שזה מונח ת"י שטר אטו משום הא הוא דבר שאי אפשר להיות שנפרע מהלנה ויחזירונו לו שהרי ע"ד פו הושלש בידו מעיקרא.

אלא אפי' אם החזיק אז לשטר מעליא בשעה שראו הב"ד מ"מ מאי עדיפותא דב"ד מאילו הושלש מעיקרא בעדי' דנדאי הנה שטר מעליא בעת הפקדון ומ"מ יכול הוא לומר פרוע מיגו דאי בעי קליני' או שהיה מחזירו ללנה וה"נ הנה יכול לעשות פן אחר ראית הב"ד בידו ושפיר מהימן בכל גונו לענין שלא יצטרף הלנה לפרוע למלנה ולענין תביעת המלנה לשלישי נאמן בשבועה: וא"כ אם ראוהו ב"ד בידו ולא יצא עדיין מתחת ידו ליד הב"ד רק הנה אצלו עוד זמן מה עד שנפלו החילוקים פשיטא דאין ראית הב"ד מעלה או מוריד בזה פלל רק העיקר הוא כפר יצא מתח"י השלישי והובא לב"ד לאיזה צורך ונשאר תח"י הב"ד ושוב בא השלישי ואמר שהוא פרוע ובהחזוק בב"ד כה"ג שעכ"פ לא חזר ליד השלישי שוב אזדא ליה מיגו דיליה ואי משום מיגו שלא הי' מביאו לב"ד הו"ל מיגו למפרע משא"כ אם קודם שהובא לב"ד אמר השלישי שהוא פרוע ואח"כ הובא לב"ד או שבשעת הבאה לב"ד תכ"ד אמר שהוא פרוע או שהחזיר לידו מהב"ד ושוב אומר שפרוע שפיר הו"ל מיגו שאין זה מיגו למפרע משא"כ אם הובא לב"ד והיה תחת

ידי הב"ד זמן מה ולא אמר ולא מידי א"כ הרי יצא שלישותו מתח"י שוב לא מהימן אם אמר לאחר כ"ד שהוציא שלישות מתח"י וזהו סברת ר"נ אבל רבא ס"ל אע"ג דבעלמא לא אמרינו מיגו למפרע היינו פשיש סתירה להענין שהיה קודם ב"ד כגון אשה שאמרה א"א אני ואחר תכ"ד חזרה ואמרה פנויה אני אף ע"ג דאיכא מיגו דמעצמה אמרה א"א אני הו"ל מיגו למפרע אבל בזה שבשעת שיצא מתח"י ליד הב"ד לא אמר מידי הו"ל כאילו השטר עודנו תח"י ומהני אמירה דידיה ואין זה בכלל מיגו למפרע שבשעת שיצא מתח"י לב"ד עדיין לא נודע לנו מה טיבו ואם היינו רוצין לעשות מעשה לגבות בו היינו צריכין לשאלו ומפיו אנו חיינן ואם היה אומר פרוע היה נאמן משום מיגו נמצא שגם עתה לא נפיק מחזקת השליש להיות נידון אחר פיו והיינו דאמרינו ההיא אתמא דנפיק שטרך מתותיה ידה ר"ל שיצא מתח"י וכן לב"ד אי אמרה ידענא ביה כו' וכן הם דברי הש"ע שהביא לקמן והוציאם מתח"י בב"ד ואמר פרוע הוא אע"פ שהשטר מקנים נאמן שאילו רצה היה שורפו או קורעו ומשמע קצת דאסתחזק בב"ד כפירש"י ואפ"ה כתב שהוציאם מתח"י בב"ד משום דכך מתפרש לשון דנפק מתותי ידה ר"ל שבא ליד ב"ד.

ונה שכתב הטור ואפ"י נראה ככך בב"ד שהוציא השטר מתח"י סתם ושתק עד שנתקנים ועיין ש"ך ס"ק יו"ד שהשיג עליו ולענ"ד מה שכתב עד שנתקנים אין ר"ל שהשליש ידע מזה שהב"ד לוקחין השטרות לצורך קיום רק שהב"ד לקחו השטר לצורך קיום ומ"מ כיון שהוציאם בסתם ושתק שפיר מהני ליה הך מיגו שאם רצה היה שורפו ומ"ש עד שנתקנים היינו שהב"ד לקחוהו כדי לקנימו ואף אם יניח בצ"ע מה שכתב הטור עד שנתקנים וכמ"ש הש"ך מ"מ שפיר כתב הטור שהוציא מתח"י סתם ושתק וי"ל כמ"ש דמטעם זה מועיל המיגו אליבא דרבא: ולכן מ"ש הש"ך להוכיח מהתוס' שהוכיחו מכאן דמיגו למפרע לא לא אמרינו וכתב דהא רבא ס"ל דהוי מיגו ז"א דגם רבא מודה במיגו למפרע גמור רק בזה ס"ל דכיון שמסרם לב"ד בסתם ושתק לא הוחזר השטר בזה כאילו אמר שהשטר טוב וכיון שאז לא נודע מה טיבו גם עכשיו שהוא ביד ב"ד כאילו עודן ביד שלישי דיינינו ליה דהוי מהני ליה הך מיגו וה"נ הרי בשעת מסירה לב"ד היה לו מיגו זו והיה נאמן לומר פרוע במיגו זו בזה שמסר בשתיק' לא מבטלינו להימנותא דשליש וע"ד כן מסרו לב"ד שהוא יגיד להם מה טיבו של שטר זה והרי הוא אומר פרוע הוא וגם מ"ש הש"ך ועוד דאם כן מ"מ מאי פריה רבא כו' אי בעי קלתייה (חסר בש"ך תיבת לא אמרינו) ואזלינו בתר אסתחזק וכי אסתחזק שטרך מעליא הוא כו' נפלאתי דדוקא לשיטת רש"י דמפרש אסתחזק הוא מקנים הדבר תלוי בשטרך מעליא דמקנים שטרך מעליא הוא משא"כ אינו מקנים משא"כ להתוס' שמפרשים שראוהו בינה מאי מעליותא דשטר בזה שראו השטר בינה רק העיקר דמתמת דאסתחזק היינו שראוהו בינה בטלה מיגו דקלתייה ואין אנו חוששין לדברי השליש שאומר פרוע ודינו כאומר א"י מה טיבו וכמ"ש הש"ך בשם תשובת הרשב"א סימן ס"ה ס"ק דדל נאמנות מהכא לא מרעינו לשטרך (ולש"ך שם עכ"פ אין מחזירין ללנה ע"ש) שהרי אין ידוע אם שנינו למלנה או ללנה ושפיר פריה רבא משובר דכיון שהב"ד ראו השובר ביד שלישי ולא ביד הלנה א"כ יש לנו ספק אם מיד המלנה בא ליד השליש שנתנו לידו אם ירצה לפרעו ומסרנו לו או שמא כבר פרעו ונשאר בידו או מיד הלנה בא לו רק שאנו סומכין על דברי השליש

שִׁישׁ לוֹ מִיגוֹ שֶׁהִנֵּה מוֹסְרוֹ לִיד הַלֵּוֹה וְכִינּוֹן שְׂרָאוֹהוּ ב"ד בְּיַד הַשְּׁלִישׁ אֲזַדָּא לֵה הַמִּיגוֹ וְדַל דְּבָרֵי הַשְּׁלִישׁ מֵהֶקְא וְהִנֵּה פְּשׁוּבָר הַנִּמְצָא בְּיַד שְׁלִישׁ וְאִינוּ יָדוּעַ מַה טִּיבוֹ דְּלָא מְהַנִּי כַּמְבֹנָאָר בְּסִימָן ס"ה וּמ"ש הַר"י מְחַזְקֵי בְּשׁוּבָר מְעַלִּיא לָא יִדְעָנָא בְּמַה הֶחְזִיק לֵהוּיֹת שׁוּבָר מְעַלִּיא וְגַם מ"ש וְהָאִיךְ אֶפְשָׁר לוֹ לַעֲשׂוֹת בְּעִנְיָן אַחֵר צ"ע דְּאִטוּ מִשׁוּם שֶׁא"א לוֹ לַעֲשׂוֹת בְּעִנְיָן אַחֵר יֵהָא נֶאֱמָן בְּלֹא מִיגוֹ וּמַה זֶה רְאִיָּה לְהַכְשִׁיר הַשׁוּבָר וְגַם דְּבִאֲמַת הִי לוֹ לְמוֹסְרוֹ לַלֵּוֹה וּכְמ"ש ג"כ הַמְּהַרְשֵׁ"א דְּזֵהוּ הַמִּיגוֹ שְׁלֹא הִנֵּה מְרָאָהוּ לְבַד רַק הִי מוֹסְרוֹ לַלֵּוֹה וּר"נ דַּס"ל דְּאִין זֵה מִיגוֹ א"כ דְּבָרֵי הַשְּׁלִישׁ לָאוּ פְּלוּם הוּא וּמִמִּילָא דְּאִין מְצִיאַת הַשׁוּבָר בְּיַד שְׁלִישׁ מוֹעִיל כָּלֵל.

וּמ"ש הַש"ף שֶׁשׁ לְחַלּוֹק עַל הַב"י שֶׁכָּתַב דֹּא צ"צ לִישְׁבַע כִּינּוֹן שְׂאִינוּ אוֹמֵר שֶׁהוּא שְׁלוֹ אֶלָּא שְׁלֵ אַחֵר וְע"ז תַּמָּה דֹּא כ"כ לָא שְׁבַקְתָּ חַיִּי כו' לַעֲנִיד דְּבָרָיו תְּמוּהִים דְּאִם יִגְזַל בְּעַדִּים פְּשִׁיטָא דְּלָא מְהַנִּי אֲמִירְתוֹ שְׁלִישׁ אֲנִי וּבְלֹא עֵדִים ל"ל לַעֲשׂוֹת קְנוּנִיא עִם חֲבִירוֹ גַם אַת הַכֵּל יִקַּח לַעֲצָמוֹ: אֲמַנְם הַדְּבָר פְּשׁוּט כְּמַש"ל דְּוַדָּאִי אִם זֶה יִתְבַּע לְשְׁלִישׁ שְׁגֹזֵל מִמֶּנּוּ יִצְטָרֵךְ הַשְּׁלִישׁ אוֹ לְהַחֲזִיר לוֹ אוֹ לִישְׁבַע שְׁלֹא גֹזֵל רַק שְׁפָא לִידוֹ בְּתוֹרַת שְׁלִישׁ רַק שְׁעַכְשָׁיו אֲנוּ דְנִין בֵּין הַתּוֹבַע וּבֵין הַנִּתְבַּע עַל הַחֲפֵץ הַפְּנוּשְׁלֵשׁ וְכִינּוֹן שְׁנֵה אוֹמֵר שֶׁהַחֲפֵץ הוּא שְׁלֵ פְּלוּנִי יִהְיֶינּוּ לִיה בְּלֹא שְׁבוּעָה ע"פ זֶה שֶׁהַחֲפֵץ עֲתָה בְּיָדוֹ וְזֶה שְׁצוּעַק חֲמַס שֶׁהַחֲפֵץ שְׁנֵה גֹזֵל מִמֶּנּוּ חֲזָרָה תְּבִיעֵתוֹ עַל הַשְּׁלִישׁ וּבִאֲמַת צָרִיךְ לִישְׁבַע נִגְדוֹ וְכֵן נִרְאָה מִדְּבָרֵי הַש"ף גּוֹפִיָּה דְּוַדָּאִי תְּבִיעֵתוֹ לְהַשְּׁלִישׁ הִיא תְּבִיעָה גְּמוּרָה אִךְ מִתְּשׁוּבַת מְהַר"ם דְּמִיָּתִי הַש"ף מְשַׁמַּע דֹּא צ"צ הַשְּׁלִישׁ לִישְׁבַע שֶׁכָּתַב מִשׁוּם דְּחֻזְקָה שְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ נִחְזָקָה אִין אֲדָם חוּטָא כו'.

וּלְפַמ"ש בְּגִזְלַתְנִי וַדָּאִי דְּמוּדָה דְּהָא לָא שְׁיִיךְ חֻזְקָה שְׁלִיחַ כו' וּמִשׁוּם חֻזְקָה דְּאִין אֲדָם חוּטָא כו' נִרְאָה דֹּא ע"פ כֵּן צָרִיךְ לִישְׁבַע דְּאִטוּ אִם טַעַן אֶחָד עַל חֲבִירוֹ שְׁשָׁרֵף שְׁטָרוֹ וְהוּא כּוֹפֵר נִימָא חֻזְקָה אִין אֲדָם חוּטָא וְכֵן בְּהַחֲזִיר הַשְּׁטָר שְׁלֹא פָּדִין וּכְמַש"ל וְכֵל טַעֲנָה שְׁאָדָם טוֹעַן עַל חֲבִירוֹ צָרִיךְ לִישְׁבַע אִף שְׁלֹא הִגִּיעַ לוֹ הַנְּאָה כְּגוֹן נִזְקִין בְּמִזִּיד וּדד"ג וְכִיּוֹצֵא.

וְשׁוּב מְצִאתִי בַּפ"י שֶׁכ' בְּגִיטִין וּשְׁטָרוֹת וְשִׁכּוֹל לְמִסְנֵר לְמִי שְׁכּוֹתְבִין עַל שְׁמוֹ שְׁיִיךְ הַיְמָנִיָּה וּבְמִטְלָטְלִין הַטַּעַם דְּאִין אֲדָם חוּטָא כו' וְכִינּוֹן שְׁנֶאֱמָן לְתַפְנוֹס לַעֲצָמוֹ בְּשְׁבוּעַת הַיִּסְתָּ כִּמוֹ כֵּן יְכוֹל לְתַפְנוֹס לְאַחֵר וּמְבֹנָאָר דְּמִשׁוּם הַדְּ דְּאִין אֲדָם חוּטָא כו' מְהַנִּי שְׁיַעֲשֶׂה בְּחֲפֵץ כְּמִאֲמָרוֹ אֲבָל מַה שְׁנִרְאָה מִדְּבָרָיו דְּמַחֲמַת הָאִי טַעֲמָא מְהַנִּי אִף בְּדְבָרִים הַעֲשׂוּיִן לְהַשְׂאִיל וּבָא לִידוֹ בְּתוֹרַת שְׁאֵלָה וְאוֹמֵר שְׁלֵ אַחֵר הוּא מִשׁוּם דְּאִין אֲדָם חוּטָא ז"א דְּבִשְׁבִיל זֶה אִין לְהוֹצִיא מִחֻזְקַת מְרָא קְמָא וּבְזֵה וַדָּאִי שְׁיִיךְ סְבַרְתַּ הַש"ף דְּמִי שְׁיִרְצָה לַעֲשׂוֹת קְנוּנִיא עַל דְּבָרִים הַעֲשׂוּיִן כו' יַעֲשֶׂה קְנוּנִיא.

וּא"ל כְּמ"ש לְעִיל דְּמְכָל מְקוּם בְּעִי שְׁבוּעָה דְּזֵה אִינוּ דְּעַל כָּל פְּנִים מִי שְׁיִרְצָה לִישְׁבַע לְשָׁקֵר יְכוֹל לַעֲשׂוֹת דְּבִלָּא קְנוּנִיא זֹו דִּינָא הוּא דְּמוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ וְאֶפְשָׁר דְּגַם הַפ"י בְּאוֹמֵר בְּתוֹרַת שְׁאֵלָה דְּבִזָּה אִין יְכוֹל לְתַפְנוֹס לַעֲצָמוֹ בְּהִיָּסַת אִם לָא ע"י שְׁיִטְמִין וְיִכְחִישׁ לְגַמְרִי וּלְפִיכָף אִין יְכוֹל לְתַפְנוֹס לְחֲבִירוֹ לְהוֹצִיא מִחֻזְקַת מְרָא קְמָא מִשְׁא"כ לַעֲנִין טַעֲנַת נְפִילָה אוֹ גִזְלַתְנִי שֶׁא"צ לְהַטְמִין שְׁהָרִי יוֹכֵל לֹאמֵר מְכַרְתָּ לִי אִךְ לָא מְסַתְבֵּר וְגַם לָא מְשַׁמַּע שְׁם הַכִּי: וְהִנֵּה כָּל הַעֲנִין בְּדְבָרֵי הַש"ף פְּתַבְתִּי מִבְּחוּץ מְבִלִי עֵיוֹן רַק מְשַׁקּוֹל הַדְּעַת וּלְעַת הַפְּנָאִי בַל"נ אֲשׁוּבָה אֲרָאָה בְּיָתֵר דְּבָרֵי הַש"ף וּבְדְבָרֵי הַבָּאִים אַחֲרָיו לְרֹאוֹת הַיַּעֲמָדוֹ דְּבָרֵי

או לא נכעת סמכתי על כ"ת שבנפה שלו יבור וכתבתי לזכרון דברים פי מילי דסברא אינון: והנה בפרק ז"ב בסוגיא דההיא אתתא כו' ופירש רש"י דאתחזק בב"ד דכתבו הנפק והתוספות ומפרשים תמהו בזה דמ"מ שינה מיגו דקלתייה ונראה ע"פ מ"ש הרשב"א בתשובה הובאה בש"י סימן ס"ה לענין יורשי הנפקד שאומרים מה טיבו אין זה מבטל השטר והוכחתו דאל"כ אמאי לא הימני ר"נ דל נאמנות מהכא הוי פאומר א"י מה טיבו ע"ש ומה שדחה הש"י הוא דחוק וחתני הרב המאה"ג מוה' יעקב יהושיע הלוי הורוויץ אומר דאין ראיה מהתם דהתם פשאומר מה טיבו היינו שאינו יודע אם מיד המלנה או מיד הלנה פמבואר שם אף בירושלים הדין פן פמו בנפקד עצמו משא"כ פאן דמייירי שאומרת שידעת שהמלנה הפקידו אלא שאומרת שהוא פרוע אי לאו משום דמהימנא מה"ת יתבטל השטר וכיון דאתחזק בב"ד ואין לה מיגו שתהיה נאמנת מחמתו מה"ת לבטל השטר והוא נכון: אלא דלפי"ז קשה דמה בכך דאתחזק שראו הב"ד בידה כמ"ש התוספות פינן שלא אמרה אז שמיד המלנה בא לידה א"כ עדיין היתה נאמנת לומר א"י מה טיבו וא"כ גם פרוע היא נאמנת במיגו דא"י מה טיבו דהא אין פאן מיגו למפרע שהרי גם אחר שראוהו הב"ד בידה יכולה לומר מה טיבו ודחוק לומר דמייירי דאמר' בפעם ראיה בידה שמיד המלנה בא לידה ושוב אחר כך אמרה פרוע הוא.

אף אי מייירי דכתב ביה הנפק ואז ודאי מיד המלנה בא דלנה לא מקינים שטרא וא"כ מיד שראוהו ב"ד בידה שוב אין לה מיגו ונה דעת רש"י דס"ל דנדאי מייירי שראוהו ב"ד בידה פדאמר הוה היא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה דלשון זה משמע שראוהו ב"ד ועיין בחידושי הר"ן דמפרש שמסרתו לב"ד רק שרבה הי' סובר דאי בעי קלת' ויש לה דין שליש דהא הימנה פ"א כמ"ש המפרשים שם וע"ז קאמר ר"נ פינן דאתחזק בב"ד שפכתוב בו הנפק ואם פן אין פאן מיגו דאף אם תאמר א"י מה טיבו לא איכפת לן דנדאי שטרא מעליא היא בידי המלנה רק שנאמר שיש לה דין שליש פינן דאי בעי קלת' זה לא אמרינו: ונדאמאן עלה נראה לענ"ד ברור לדינא כמ"ש דמה שאין השליש רוצה לישבע אינו מעכב זכותו פלל וכה"ג בדיין שנאמן לומר לזה זפיתי ולזה חייבתי דקם דינא ואף ע"פ שזה יכול לתבוע להדיין שהפסיד מ"מ הזוכה זכה בדינו.

וכבר פתבתי שיש להוכיח קצת פן מריש ב"מ דפריה ונחזי וזוי כו' דלמקצת פרושים תיקשי דהו"מ לאוקמי בכה"ג שאין רוצה לקבל עליו שבועה דאז לא מהני מיגו דידיה אלא ע"כ דבכל גונוי מהני המיגו.

והנה אמרתי אגלה אזניו מה שכתבתי בחידושי בישוב קושית התוספ' שם שהקשו על הא דמקשי הגמרא ונחזי וזוי ממאן נקיט וכתבו התוס' דהנה מצי לשנויי דליתא קמן דנשייליה ונלענ"ד לתרץ דהנה לעיל אמרינו צריכא כו' דאי תנא מציאה כו' ופירשו התוס' דבמקח וממכר דליכא מורי היתרא דלאו מידי חסר כו' ז"א מדתפיס בה סובר לומר אמת וישבע ג"כ שהוא שלו כו': ולכאורה קשה דלפי מה דס"ל לאפיי גם במציאה נמי ע"כ שהשבועה דשמא מסופק במלנה ישנה א"כ במקח וממכר נמי נחוש לה דשמא מספקא ליה בהך מילתא גופא אם נתבצה לו המוכר ויפרוש מספק דא"ל דבמציאה הנה סובר טעמא משום מורי היתרא לחוד ז"א כמ"ש לעיל דמשום מורי היתרא אין מחייבין להמחזיק שבועה וע"כ טעמא שלא יהא תוקף א"כ לא שינה שם מורי היתרא וע"כ משום

ספק מלנה ישנה וא"כ פיון דחיישינו לספק פנה א"כ גם במקח וממפר נחייבו שבועה ונאמר שאינו סבור לומר אמת רק מספקא ליה וע"י שבועה יפרוש.

ולכן נלענ"ד ע"פ מש"ל דברי הפ"י דגם במציאה היה מקום לומר דמספקא ליה בהא מלתא גופא אם הגביה תחלה רק דהש"ס אדרבי יוחנן פריה ולכאורה קשה דהא רבינא פריה שם אהא דמשביעין אותו שאינה ברשותו והא קעבר בלא תחמוד ומשני לא תחמוד בלא דמי משמע וק' דלפי ס"ד דרבינא הו"ל לאקשוני אמתני' וא"ל דשמא הנה מספקא ליה בהא גופא ז"א דלאו דלא תחמוד ליתא בתורה פנרא' מדברי הרמב"ם בהלכות גזילה פירק ואם כן לא שייך פירשי מספק שבועה ונלענ"ד לתרץ דבלא"ה א"ש הא דפריה מיגו דחשוד ולא קאמר דמספקא ליה בהא גופא שהתוס' שם כתבו ממונא איתא בתורה שאם לא יזפור שמגיע לו יחזיר שא"ל שמספק יעכב לעצמו דא"כ אף מספק שבועה לא יפרוש ע"ש.

ונה שייך דוקא במלנה ישנה משא"כ אם נאמר דמספקא ליה בהא מלתא גופא לא שייך שילוקח אדעתא דרמי אנפשיה למדכר ובגמים שבינתים הו"ל ידיעה פיון דהשתא לא דכיר פשיטא שלא יזפור עוד כל ימות עולם ואם רוצה ליטל מספק משתבע נמי מספק.

אף כל זה במציאה משא"כ במקח וממפר י"ל דנקט זוני מתרונניהו וליתא למוכר קמן א"כ יש לחוש שמא מספקא ליה בהא מלתא גופא ולכך הוא תופס מספק וגומר בדעתו שאם יבא המוכר ויאמר של חבירו נתרצ' יחזיר לו והלכך רמו שבועה עליו.

ולכך לא מצי לאקשוני אמתני' דהא קעבר על לא תחמוד משום דמצי לשנויי ליה דבכה"ג מיירי ולפ"ז א"ש מה שהקשיתי על הצריכותא דליתני מציאה לחוד ואי משום דס"ד דמורי היתרא הא במקח וממפר נמי איכא למימר דמתמת ספק אומר כן.

ולפי מ"ש א"ש פיון דבאמת מוקמינו דהמוכר קמן ולא ידע א"כ לא שייך בזה לומר שעושה כן מתמת ספק פיון שהמוכר לפנינו ואומר שאינו יודע שוב אין לו על מה לסמוך לתפוס מספק.

והשתא א"ש מה שהקשו התוספות דה"מ לאוקמא דליתא קמן דנשיילי'. ולפי מ"ש א"ש דלא מצי לאוקמא בכה"ג דאי הנה משני דליתא קמן ולא משפח לאוקמי במו"מ בענין אחר א"כ הדרא קושיות הש"ס לזכות' ליתני מציאה לחוד וממילא ידעינו במקח וממפר דליכא למימר דסד"א פיון דלית ליה היתרא מסתמא הוא סבור לומר אמת וישבע ג"כ דז"א פיון דהמוכר ליתא קמן א"כ שוב י"ל שמא מספקא ליה ותופס מספק עד שיבא המוכר ויתברר לו כנ"ל.

והנה ידוע לכ"ת המוני הטרודות כי רבו ונוסף ע"ז חלישות פוחי ולכבודו פתבתי הדברים אלה ויתר שאלותיו לא עיינתי פעת ובל"ג אקח מועד משרים לשפוט וה' יהיה בעזרו ועליו יציץ גורו.

דברי בד"ז זעירא מן חבריאי: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה טז שאלה בדבר המשפט בא' שהנה חייב לאדון א' סף מסוים ועיקל האדון תבואה שהנה ת"י הלנה בשנותפות עם איש אחר עד שהוכרח השותף ליתן ש"ח להאדון ע"ס זה והאדון פטר את הלנה הראשון שלא יהנה לו עוד שום תביעה עליו רק על השותף שגכנס תחתיו וכתב

וְחָתוּם ע"ז וּבְהִגִּיעַ הַזִּמְ"פ הִתְרַה זֶה הַשְּׁנוֹתָף בְּלִנְה הֶרְאִישׁוֹן שְׁלֵא יִשְׁלַם לְהֶאָדוֹן כִּי הוּא כֹּבֵר מְסֻלָּק וְהַחֹב מְוֹטֵל עָלָיו וְלֹא הַשְּׁגִיחַ בּוֹ וְהֵלֵךְ וְשִׁילַם בְּעֶצְמוֹ הַחֹב וְעָתָה טוֹעֵן הַשְּׁנוֹתָף לְמַה פָּרַעַת חוֹבִי שְׁלֵא מִדַּעַתִּי כִּי אֲנִי יֵשׁ לִי מִלְּנָה עַל הֶאָדוֹן וְהֵייתִי מְסֻלָּק חוֹבוֹ בְּזֶה וְעָתָה אֶפְשֶׁר שְׁלֵא יָבֵא חוֹבִי לִידִי גְּוֹבְיִנָּא וְזֶה הַשְּׁנוֹתָף מְוַחֲזֵק בְּמִמּוֹן שְׁאִינוֹ נִיפְר וְיָדוּעַ לְשְׁנוֹתָפִים ע"כ תְּוֹכְוֵה־שְׁאֵלָה וְנִחְלָקוּ הַדַּיִינִים בְּזֶה יֵשׁ מִי שְׁרָצָה לְדַמּוֹת זֶה לְדִין הַמְּבֹנָר בְּסִימָן קע"ו בְּשָׁנִים שְׁיֵשׁ לָהֶם חוֹב אֶצֶל שֶׁר א' וּא' דָּר תַּחֲתֵיו שְׁאָף ע"פ שְׁהוּא עֲשֵׂה הַחֹב אִינוֹ יָכוֹל לְכַפּוֹתוֹ שְׁיִגְנֹשׁ הַשֶּׁר לְגִבּוֹת מִמֶּנּוּ הַחֹב ע"ש וְכֵאֵן שְׁזֶה לְנֶה הֶרְאִישׁוֹן דָּר תַּחַת הֶאָדוֹן וְגַם הָיָה הַלְּנָה הֶרְאִישׁוֹן לְכַף הָיָה רְשׁוּת בְּיָדוֹ לְסַלֵּק הַחֹב לְהֶאָדוֹן אע"פ שְׁהֵלָה עוֹמֵד וְצוֹנֵחַ וְשִׁפְנָגְדוֹ חוֹלֵק עָלָיו שְׁאִין הַנִּידוֹן דּוֹמָה לְרֵאָיָה וּבִיקָשׁוֹ מִמֶּנִּי לְחֻוֹת דְּעִי בְּזֶה: תְּשׁוּבָה נִרְאָה לַעֲנֵ"ד אִם הֶאָדוֹן פֶּטֶר אֶת הַלְּנָה הֶרְאִישׁוֹן בְּכַתֵּב מְפֹרָשׁ בְּאִנְפֵּן שְׁלֵא הָיָה יָכוֹלֵת בְּיָדוֹ לְחַזֵּר עָלָיו כְּלָל פְּשִׁיטָא שְׁאִין זֶה מוֹעִיל מַה שְׁהַתְּחַלֵּת הַחֹב נַעֲשֵׂה עַל יָדוֹ וְדָמִי כְּאִילוֹ כֹּבֵר פָּרַע זֶה וְזֶה הָאֲחֵר הֵלֵךְ וְלִנְה אֶצֶלוֹ אֱלוֹ הַמְּעוֹת וְקָא מְשַׁתְּנָה גְּבִיָּה מִמְּלִנְה יִשְׁינָה לְמִלְּנָה חֲדָשָׁה וְזֶה שְׁהֵלֵךְ וּפְרַע דִּינוֹ כְּפּוֹרַע חוֹבוֹ ש"ח שְׁלֵא מִדַּעַתוֹ וְאָף לְהַסּוֹבְרִים דְּבַכּוֹתֵי לֹא דַיִּינִין הֵךְ דִּינָא הֵינּוּ דְּוִקָא כְּשִׁטּוֹעֵן שְׁהָיָה פּוֹטֶר עֶצְמוֹ בְּפִיּוֹס דְּבָרָיו וְאֵנָּן סִהְדֵי דְּאִינוֹ מְתַרְצָה כ"א בְּרָצִי כֶּסֶף כְּמְבֹנָר שֶׁם סִימָן קד"ח וְאָף בְּזֶה חוֹלֵק הַשְּׁ"ף שֶׁם מִשְׁא"כ בְּזֶה שְׁיֵשׁ לוֹ בְּיָדוֹ כְּנִגְדוֹ מְמוֹנָא מְעֵלִיא הָנָה לְסַלֵּק אֶת חוֹבוֹ וְמִי בִיקָשׁ זֹאת מִיָּדוֹ לְהַכְנִיס עֶצְמוֹ בְּתַגָּר שְׁאִינוֹ שְׁלוֹ וְמִי שְׁרָצָה לְדַמּוֹת לְדִינָא דְּסִימָן קע"ו נְפִלְאֵתִי מְאוֹד עָלָיו דְּלֹא דָּמִי כְּאִוְכֵל' לְדִנָּא דְּהַתָּם מְבֹנָר הַטַּעַם שְׁאִינוֹ מְחַוֵּב לְהַקְנִיט שֶׁר שְׁלוֹ לְגִבּוֹת חוֹבוֹ שֶׁל רְאוּבֵן.

אָבֵל בנ"ד אָף אִם זֶה יִבְרַר לְפָנֵינוּ שֶׁהִי הַשֶּׁר עוֹשִׁי עִמּוֹ רַעָה אִם לֹא הָיָה פּוֹרַע לוֹ הַחֹב מ"מ אִין זֶה רַק כְּאִילוֹ מְעֵלִיל עָלָיו שְׁאִינוֹ יָכוֹל לְהַצִּיל עֶצְמוֹ בְּמִמּוֹן שֶׁל חֲבִירוֹ שְׁאִין אָדָם נִתְפָּס עַל חֲבִירוֹ אֲלֵא בְּאַרְגִּינּוֹת וְהָרִי אִפִּי' אִם הָיָה הַשֶּׁר אָנֹס אוֹתוֹ וְלוֹקַח מִמֶּנּוּ בְּחֻזְקָה אַעפ"כ הוּא מְחַוֵּב לְשַׁלֵּם לְזֶה שְׁפּוֹטְרוֹ עַל יָדוֹ וְנִכְנַס תַּחֲתֵיו כְּמְבֹנָר בְּסִימָן קד"ו סְעִיף ד"ב: וְאָף שְׁהַשְּׁ"ף שֶׁם גְּמָגָם בְּדָבָר מ"מ כְּתֵב לְבַסּוֹף לִיִּישׁב סְבֵרַת הֶרְאִישׁ בְּזֶה וְהַ"נ פִּינֵן שְׁהֵלְנָה הֶרְאִישׁוֹן הָיָה אָתוֹ עִמּוֹ וּמִדַּעַתוֹ וּבְמַעֲמָדוֹ נִתְחַיֵּיב זֶה עֲבֹרוֹ וְנִפְטֶר עַל פִּיו וְאוֹתוֹ חוֹב שֶׁהִי לְהֶאָדוֹן עַל הַלְּנָה הֶרְאִישׁוֹן מְסֹר זְכוּתוֹ לְשִׁנֵּי הַנִּכְנָס תַּחֲתֵיו וְע"ד כֵּן פֶּטֶר לְזֶה א"כ הָרִי הוּא מְתַחַיֵּיב לְשַׁלֵּם לוֹ מִן הַדִּין וְאִנּוֹס הַשֶּׁר אִינוֹ פּוֹטֶר אוֹתוֹ וּמַכ"ש בְּזֶה שְׁלֵא הָיָה כְּאִין אִנּוֹס כְּלָל אע"פ שְׁאֶפְשֶׁר שְׁעֲשֵׂה כֵּן מַעֲצָמוֹ כְּדִי שְׁיִמְצָא חֵן בְּעֵינֵי הַשֶּׁר וְלֹא יַעֲלִיל עָלָיו מ"מ בְּשִׁבִיל זֶה לֹא הָיָה רְשָׁאי לְפָרוֹעַ חוֹב שֶׁל אַחֵר אִפִּי' בְּמִקּוֹם שְׁחַיֵּיב מִן הַדִּין כַּמ"ש בְּסִימָן קד"ח בְּש"ף ס"ק וּמַכ"ש דְּלֹא מִיבְעֵיָא אִם הַדָּבָר בְּרוּר שְׁזֶה יֵשׁ לוֹ כְּנִגְדַת הַחֹב בְּיַד הֶאָדוֹן דְּאִין כְּאִין חוֹב מְעִיקְרָא וְיִמָּה שְׁנַתָּן זֶה מְשֻׁלוֹ נִתָּן וְהִגִּיעוּ אֲלֵא אִפִּי' אִין הָעֵנִין בְּרוּר מ"מ עכ"פ טַעֲנָתוֹ טַעֲנָה שְׁהָיָה יָכוֹל לְפִטּוֹר עֶצְמוֹ שְׁיִצָּא זֶה בְּזֶה וְהָרִי אָף ר"ת הַחוֹלֵק בְּפּוֹרַע חוֹבוֹ מ"מ בְּכַה"ג מוֹדָה שְׁהָרִי עֵיקֶר חִילּוּקוֹ דְּדוֹקָא בְּמִזּוֹנוֹת אֲשֶׁתּוֹ שְׁאִין הַחֹב בְּרוּר כ"כ כו' וּא"כ פְּשִׁיטָא דְּבִגְוֹנָא דְּנִידוֹן דִּידֵן שַׁעכ"פ אִין כְּאִין חוֹב בְּרוּר שְׁלֵא הָיָה לְזֶה לְפָרוֹעַ וְאָף שִׁ"ל דְּשִׁאֲנִי בְּמִזּוֹנוֹת אֲשֶׁתּוֹ דְּמַעֲיקְרָא אִין הַחֹב בְּרוּר כְּמְבֹנָר שֶׁם מִשְׁא"כ כְּאִין שְׁאֶפְשֶׁר שְׁזֶה לֹא יָדַע מִהַחֹב שְׁיֵשׁ לְזֶה אֶצֶל הֶאָדוֹן וְהָיָה סוֹבֵר שְׁהוּא חוֹב בְּרוּר מ"מ מָה אֵיכְפַת לָן בְּזֶה שְׁנַעֲלָמָה הַיְדִיעָה מִמֶּנּוּ וְהו"ל לְאִסּוּקֵי אַדְעָתָיָה וְעֵינֵן בְּש"ף ס"ק ה' בַּהַג"ה מ"ש דְּחֻבּוֹת אַחֲרֵים הַדּוֹמִין לְאֱלוֹ כְּגוֹן מִזּוֹנוֹת אֲשֶׁתּוֹ קְאָמְרִי

שְׁאֵפֶשֶׁר שְׁלֵא הָיָה מִתְחַיֵּיב כְּגוֹן שְׁפָרְנֵס אֶת בְּתוֹ כו' אוֹ שְׁאֵר חוֹבוֹת שְׁאִינֶם בְּרוּרִים כּו' ע"ש ומכ"ש בני"ד שְׁלֵפִי דְבָרֵי זֶה אֵין פֶּאן חוֹב כְּלָל וְגַם הַתְּרָה בְּזֵה שְׁלֵא יִשְׁלַם עֲבוּרוֹ דְלִית דִּין צָרִיף בּוֹשֵׁשׁ שְׁזֵה שְׁשִׁילָם אִיהוּ דְאֶפְסִיד אֲנִפְשִׁיהּ וְאִינוּ חוֹזֵר עָלָיו: וְנִרְאֶה דְאֶפְל' אִם כְּשִׁילָם זֶה הַחוֹב לְהַאֲדוֹן קִיבֵל הַשֵּׁט"ח שֶׁל זֶה מ"מ הָרִי דַעַת אֵא"ז הַשְּׂאֲרִית יוֹסֵף בְּתִשׁוּבָה דְאָף בְּכַה"ג כְּשִׁפּוֹרַע שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת יִשְׂרָאֵל יֵשׁ לוֹ דִּין פּוֹרַע חוֹבוֹ ש"ח שֶׁל"מ וּפְטוֹר וְאָף לְהַסְמ"ע וְהַשֵּׁט"ף ר"ס ק"ך"ח מ"מ אֵין חוֹלְקִים בְּזֵה דְדוֹקָא כְּשִׁלְקָח הַשֵּׁט"ח מִתְחַלָּה בְּתוֹרַת קִנְיָן וְהַמְלִינָה נִתַּן לוֹ אֶת פָּחוּ אֲבָל אִם לֹא נִתַּן לוֹ בְּתוֹרַת קִנְיָן רַק בְּתוֹרַת תְּשׁוּלָמִין כּוֹתִי מְפִי מְטָא זְוִי לִידֵיָה אֶסְתַּלַּק לִי וְחוֹב עַל יִשְׂרָאֵל אֵין פֶּאן כְּלָל וּמַכ"ש בְּזֵה שְׁטוּעֵן כִּי הַשֵּׁט"ח פְּרוּעַ מִחֲמַת הַחוֹב שְׁבִידוֹ כְּנִגְדוֹ שְׁאֶפְל' בְּיִשְׂרָאֵל שְׁמֹכֵר שֵׁט"ח וְהַלְוָה טוּעֵן פְּרוּעַ שְׁאִין יְכוּל לְגַבּוֹת בְּלֹא שְׁבוּעַת הַמּוֹכֵר וְכִינּוֹן דְּהֵאֵי לֹא בַר שְׁבוּעָה הוּא הָרִי הַנִּיחַ זֶה מְעוֹתָיו עַל קֶרֶן צָבִי וְזֶה פְטוֹר לְגַמְרֵי וְלִהְיוֹת כִּי לַפְעַנ"ד הַדְּבָרִים בְּרוּרִים וּפְשׁוּטִים וְכַעַת טְרִידְנָא טוֹבָא אֲנִי אִמְרַתִּי בְּחֻפְזִי מְבַלִּי עִיוֹן בְּסַפְרִים כְּדַרְכֵי מְעוֹלָם ת"ל לְהַפְגֵס בְּפִילְפוּלִין רַק כְּתַבְתִּי מַה שְׁהוּא מִן הַצְּנֻרָף לְשׁוֹרֵשׁ הַדִּין כְּאֲשֶׁר יְנוּד הַקְּנָה וְכַהֲאִי תַנָּא דְלֹא בְּעֵי כְּוֹנָה.

ד"ז מן חבְרִיָא הַק' אֶפְרַיִם זְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד: שְׁאֵלָה יֵג שְׁלוֹם לְכַבוֹד אֶהוּבֵי בְּן אָחִי חֲבִיבִי כ"ש מוהר"ר אֶפְרַיִם זְלָמָן נ"י: הַגִּיעַנִי דְבָרֵיךָ בְּדַבְרֵי הַשְּׂאֵלָה קֹהֵל א' לוֹו מְעוֹת וְחַתְמוֹ בְּוֹלָם עַל הַשֵּׁטֶר.

וְעַתָּה בָּא הַבַּע"ח וְתוֹבַע לְאִישׁ א' שְׁכָבֵר עֶקֶר דִּירְתוֹ מִשָּׁם אֵלָא שְׁהוּא מִהַחְתוּמִין וְהַמְעוֹת הַנִּזְ"ל לְקַחוּ כְּדֵי לִיתֵן לְהַשָּׁר שְׁאֲנֵס אוֹתָם וְהַמְלִינָה יוֹדַע הָיָה מְזֵה מַה דִּינוֹ אִם יְכוּל לְתַבְּנֹעַ כְּוֹל מְאִישׁ הַלְוָה: תְּשׁוּבָה נִלְעַנ"ד פְּשׁוּט לֹא מְיַבְעֵיָא אִם מְבִנְיָר בְּשֵׁטֶר רַמ"ג וְרַמ"ג כְּנֵהוּג כְּעַת לְכַתּוּב בְּשֵׁטְרוֹת דְיְכוּל לְתַבְּנֹעַ הַפֵּל אֲמַנָּם אִם לֹא נִכְתַּב רַמ"ג אֶפְ"ה פֵּל שְׁלֵא נִכְתַּב אֲצֵל חֲתִימָתוֹן עֲבוּר הַקְּהֵל כְּנֵהוּג בְּכָל מְקוֹם שְׁהִרְאִישִׁים לוֹיִם לְצְנֻרָף הַקְּהֵל כּוֹתְבִין אֲצֵל חֲתִימָתוֹן שְׁהוּא לְצְנֻרָף עֲבוּר הַקְּהֵל וְאִם בְּזֵה הַשֵּׁטֶר לֹא נִכְתַּב עֲבוּר הַקְּהֵל אֲזִי יֵשׁ לְהַחְתוּמִין דִּין שְׁנַיִם שְׁלוֹו שְׁהֵם עֲרַבִים אֲבָל לֹא קְבֻלָּנִין כְּמִבְּנֵי בְּש"ע ס' ע"ז וְאֲבָרָא עוֹד בְּסַמּוּף וְאִינוּ יְכוּל לְדַחֲוֹתוֹ רַק לִיתֵר הַחְתוּמִין אֲבָל לֹא לְכָל בְּנֵי הָעִיר מְשׁוּם שְׁמַעְשִׁים בְּכָל יוֹם שְׁהַקְּהֵל צָרִיכִים לְמַעוֹת וְאֵין מוֹצְאִים מִי שְׁיִלְוָה לְהֵם בְּאִנְפּוֹן שְׁיֵהִי שְׁעַבּוּדוֹ עַל קוֹנֵת הַקְּהֵל כִּי מְעוֹלָם קָשָׁה לְהַשְׁתַּלֵּם מִקּוֹנֵת הַקְּהֵל בְּכ"מ לְכָף צָרִיכִים רֵאשִׁי הַקְּהֵל אוֹ שְׁאֵר יְחִידִים בְּטוּחִים לְהַמְלִינָה סְתָם מְמַרְנִים בְּחֲתִימָתָם בְּכִדִּי שְׁיִוִּכַל לְתַבְּנֹעַ מְעוֹתָיו מִהַחְתוּמִים לְבַד וְזֵה מְעַשִׂים בְּכָל יוֹם: אֲמַנָּם אִם מְבִנְיָר אֲצֵל הַחְתִּימָה עֲבוּר הַקְּהֵל הָיָה מְקוֹם לְדוֹן וְלִחְלַק שְׁהָרִי הַקְּהֵל הֵם רַק כְּשִׁלְוִחִי בְּנֵי הָעִיר וְכְמִבְּנֵי בְּמִקּוֹמוֹת הַרְבֵּה וְעִינִין בִּי"ד ס' קס"ט סְעִיף י"ז בַּהַג"ה וּבְגוּף תְּשׁוּבַת הַרְשָׁב"א שְׁהוּבָא בְּב"י שָׁם וּבַח"מ בְּב"י שָׁם ס' קכ"ח וְזֵה בְּרוּר בְּכָל מְקוֹם שְׁהַקְּהֵל הֵם כְּאֶפּוֹטְרוֹפְסֵי הַיְתוּמִים וְאָף שֶׁהַשֵּׁט"ז שָׁם ס"ק כ"ב כְּתַב וְז"ל וְעוֹד נִרְאֶה דְעַפּוֹ"ם שְׁמַלְוָה יוֹדַע שְׁהַלְוָנָה הוּא לְצְנֻרָף הַקְּהֵל וְהַבְּטָחָתוֹ עַל כָּל הַקְּהֵל בָּאִם לֹא יִהְיֶה לוֹ מְאֵלוֹ לְשֵׁלָם הָרִי מְשַׁמַּע דְאָף ע"פ כֵּן עֵיקַר הַחוֹב הוּא עַל הַחְתוּמִים ז"א דְהֵתָם מִיָּרִי שְׁחַתְמוּ סְתָם וְעוֹד דְמִיָּרִי בְּנִכְרֵי וְהַרְשָׁב"א כְּתַב בְּתִשׁוּבָה דְבְדִינֵיהֶם אֵין לְתַבְּנֹעַ כְּלָל רַק לְהַחְתוּמִין וְע"ז כְּתַב הַשֵּׁט"ז דְהַבְּטָחָתוֹ גַּם כֵּן עַל כָּל הַקְּהֵל אֲבָל בְּוִדָּאֵי דְנִכְרֵי דוֹקָא עֵיקַר הַבְּטָחָתוֹ עַל הַחְתוּמִים דְלֹא גֵרַע אֲצֵלוֹ מְעַרְבַּ דְנִכְרֵי בְּתַר עֲרָבָא אֲזִיל וְאָף דְאֶסוּר לְהִיּוֹת עֲרַב כְּמִבְּנֵי רַמ"ג קַע"ו מ"מ אֵינוּ אֵלָא דְרַבְּנָן

כמבואר שם בהג"ה נאף הט"ז מודה שהלנה משלם בעצמו ולכה מותר לצורה מצנה פגון קהל אבל אם המלנה ישראל נראה ברור דכל שמבואר אצל החתימה עבור הקהל אינו יכול לתפוע הגע עצמה אם אפטרופוס לנה לצורה יתומים או שלים לצורה משלם ומבואר בשטר שביד המלנה שאינו לנה לצורה עצמו רק לצורה יתומים או משלם פשיטא שאינו יכול לגבות מנכסי לנה האפטרופוס ומזה הטעם בעצמו המנהג שפוחב אצל החתימה עבור הקהל.

אבל ברור דאף אם נכתב עבור הקהל מ"מ אם עדיין דר שם והוא מפורעי המס אפתי לא גרע משנים שליו לצורה שנתפוח שגם הוא הנה שנתפוח בהלנאה עכ"פ נאף שאינו יכול לתפוע ממנו כל החוב תחלה שאינו קבלן נאף דמבואר בטור ח"מ סי' קכ"ח ובהג"ה שם בסוף הסימן בשם הרא"ש דאחד שתפס לאחד מהקהל בשביל חוב תפיסתו תפיס' בעד כל החוב ע"ש דמס שאני הא בהלנאה אינו יכול לתפוס אחד בעד תבירי: אמנם אפתי נ"מ דבשלקא אם החוב הוא רק על החתומין שינה לומר דהם אלמים אבל אם החוב על כל בני הקהלה קשה לומר ח"ו על עדה קדושה שכולם אלמים ובדין אם המלנה אלם עיין סי' קכ"ט סעיף יו"ד ובסמ"ע ופ"ד שם וכל זה דוקא אם עדיין דר שם ומפורעי המס אבל אם אינו דר שם ואינו מפורעי המס עתה ולפרעון חובות לפי מנהג א"כ אינו יכול לתובעו כלל אם מבואר עבור הקהל כי אין דינו כשנתפוח כלל שהרי מבואר בסי' קס"ג דלענין פרעון חוב הולכין אחר שעת הגביה או הערפה לשיטת הט"ז וא"כ פיון שיהא אינו מפורעי המס עכשיו א"כ לא משמעבד כלל כי לא נשתעבד להמלנה תחלה רק אותו שיהיה מפורעי המס בשעת גביה כלל דמלתא לדעתי הקצרה אם לא נכתב רמ"ג נאצל החתימה ב' עבור הקהל והוא עכשיו ת אי דין שם ואינו חייב מדינא לפרוע מס ופרעון חוב כפי המנהג אזי אין עליו תביעה מזה השטר: נאשר כתבת בענין שטר בעיקרא אם המקבל יכול לחזור יש חילוקים בדבר באם שהעיקרא הוא בדרך זה שהזמ"פ הוא לשנה והרונחים כתוב בו בדרך משל ג"ג לשבוע או כף וכף לרבע שנה או לחודש אזי יוכל לחזור בו אף בתוך שנה או חודש אבל אם כתוב בו דרך כלל עשרים למאה לשנה אינו יכול לחזור בו א"כ יתן הרונחים או ישבע שלא הרונחים עשרים למאה לפי היתר אחד בנחלת שבעה שתחלה יעמוד באחריות המלנה עד שיעלה כ"כ רונחים וכל הרונחים יהיה למלנה ואחר כף יהיה באחריות הלנה וכל הרונחים ללנה א"כ יוכל להשביע שמה הרונחים ואין פאן שבות יעקב ח"ב: ובענין נר הנופל על פאפורקי ונכפה אני מורה בדבר להקל ולהחמיר כי אם נפל ראש הפתילה שפבר נשרף ונעשה אפר אינו אוסר אבל מה שלא נעשה אפר עדיין ודאי דאוסר ואם שנה על הפלי בכדי שהיד סולדת בו בפלי הוי כנבלע ע"י האור ובעי ליבון ואם לא נשתקה עכ"פ בעי הגעלה או גרידה והכא לא שינה זה והטעם דבעי הגעלה או גרידה משום שהדבר ידוע שהפתילה שבראש הנר הוא מלחלוחית חלב וכאשר תכפנה בידים תמצא באצבעותיה שמינים מחלב ולכן פיון שנפל בעוד שהנר דולק אף שנכפה תיקף עכ"פ פיון שנגע הפתילה בפלי והפתילה היתה רותחת מחמת האור ולא גרע מנר טרוזיול.

ועיין בתה"ד: ובענין החלה שנפלה לתבשיל מקצתה חוץ לרוטב וסילקו אותה מידי הנה בלא"ה אני מורה בה תמיד להקל כדעת הט"ז ס"ס שכ"ג דבאוסור דרבנן כזה פשיטא ששומעין להקל פיון שאין לו עיקר.

ולרְנוּחָא דְמַלְתָּא אַנִּי מְצוּנָה לְשָׂאוּל עָלָיו ע"ש. וְאַמְנָם מֵה שְׂרַמְזוּת הַפְּלוּגְתָּא שְׂבִין רַש"י ור"י בְּטִיפַת חֵלֶב אֲבָאָר לָהּ דַּעֲתִי אַף לַדַּעַת הַמְחַמֵּירִין וּס"ל דְּבַעֲיָנוּ ס' וְהִנֵּה לְכַאוּרָה לְשִׁיטַת רַש"י וְלְשִׁיטַת ר"י לַדַּעַת הַט"ז גַּם הֵכָא בַּעֲיָנוּ ס' נֶגְד פְּלוּ: אֲבָל הָאֲמַת דְּאִינוּ עֲנִין פְּלִל לְכָאן דְּהֵתָם הַטִּיפָה מִתְפַּשְׁטָת בְּכָל הַחֲתִיכָה מִטַּעַם לַח אוֹ מִטַּעַם שֶׁהוּא שְׁמֵן עֲיִין בִּשְׁ"ף ס"ק אֲבָל הֵכָא הוּא פְּחוּשׁ גְּמוּר כַּמְבֹאָר בְּחֻמֵּין וְאִינוּ מִתְפַּשְׁט הַטַּעַם חוּץ לְכַדֵּי נְטִילָה וְגַם לַדַּעַת רַש"י לְשִׁיטַת הַשְּׁ"ף לֹא דְמִי דְּהֵתָם הוּא אִיסוּר פְּלוּעַ וְאִינוּ יוֹצֵא מִחֲתִיכָה לְחֲתִיכָה וּבַעֲנִין זֶה יֵשׁ לְהַאֲרִיף בְּלֹא"ה לְהַבִּין שִׁיטַת רַש"י וּכְבָר הַקֶּשֶׁה הָרֵא"ה עַל הַרְשָׁפִ"א וְהַרְשָׁפִ"א בַּת"ה אַחַר שֶׁהֲרֵבָה לְהַשִּׁיב עַל הָרֵא"ה לֹא הַשִּׁיב עַל עֵינֵי הַקְּשָׁיָא וְאִין פְּנֵאִי לְהַאֲרִיף בְּזֶה אֲבָל הֵכָא הֵנִי אִיסוּר מִגּוּפּוֹ וְכָל דְּאִיסוּרוֹ מִגּוּפּוֹ וְחַם בְּחַם בְּלֹא רוּטֵב וְכַחוּשׁ לְגַמְרֵי נִכְנָס כַּדֵּי נְטִילָה וְאִין לְחַלֵּק בֵּין שְׁנֵי חֲתִיכוֹת לְחֲתִיכָה אַחַת.

עֲיִין בַּט"ז ס"ס וּבֵאוּ"ח סִימָן תס"א בְּמַצָּה כְּפֹלָה וְדוּק. וּלפ"ז צָרִיף בְּכָאן ס' נֶגְד מֵה שְׂבִתוֹף הָרוּטֵב וְנֶגְד כַּדֵּי נְטִילָה לְמַעְלָה מִמֶּנּוּ וְעֲיִין בִּשְׁ"ף ס"א ק"ה ס"ק י"ז בַּמ"ש בְּשֵׁם הַב"ח כַּדֵּי נְטִילָה בַּעֲיָנוּ הַפְּנוּנָה לְשִׁיטַת ר"י אִם הַחֲתִיכָה שְׂתַחֲתִיָּה מְקַצְתָּה חוּץ לְרוּטֵב וְאִם הִיא כַּדֵּי נְטִילָה חוּץ לְרוּטֵב נֶאֱסָרָה וּבְאֲמַת אִם אִינוּ כַּדֵּי נְטִילָה צָרִיף ס' נֶגְד כַּדֵּי נְטִילָה שְׁלֵמַעְלָה לְשִׁיטַת הַב"ח דְּמִקְרֵי אִיסוּר מִגּוּפּוֹ וְדו"ק הֵיזוּת כַּמְזוּנָה שְׂבִפְרַתִּי נִתְקַשָּׁה בְּזֶה וְזֶה בְּרוּר פְּנוּנַת הַשְּׁ"ף גִּידוֹן הַקְּדִירָה לְדִידִי שְׂרִיָּא כַּדְּכִתִּיבָנָא עַל הַגְּעָלָה ג"פ וְלַדַּעַת מִחֲמִירִין יֵשׁ לְהַחְמִיר אֲבָל הַתְּבַשִּׁיל שְׂרִי אַף אִם לֹא הִיא ס' פִּינּוֹן שֶׁהִיא סְפִיקָא דְּרַבְּנָן אִי מְפַעֲפַע אוֹ לֹא דְבָרֵי דוּדָה הַק' אֶלְפִּסְנֵדָר סְעֻנְדִיר מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד חוּנָה פ"ק זְבָאֲרִיז וְאַגְפִּיָּה: הַלְכוֹת גְּבִיּוֹת חוּב תְּשׁוּבַת שְׂאֵלָה יח רב שְׁלוֹם לְכַבּוֹד אַהוּ' שְׂאָרֵי נ"ד הַחֲרִיף וּבְקֵי בְּחֻמֵּי תוֹרָה יָדִיו רַב לוֹ בְּפִלְפּוּל וּסְבָרָא כַּש"ת מוהר"ר מֵאִיר הַלְוִי הוֹרְוּוּיָן נ"י אַחַד"ש זֶה שְׂבִתִּי בְּבֵית וְרַעֲיוּנֵי נַחוּ מַעֲט.

אַהֲבַת פְּלוּלְוִתִּיף וְיִלִּידֵי שְׁעִשׁוּעֵי זְכָרוֹנָה בָּא לְפָנָי. וְהַזְּפִירוּנֵי אֲשֶׁר אֲמַרְתָּ לְהַשִּׁיב אֶת הָאָרִי הַגָּאוֹן בְּעַל קֶצֶה"ח ז"ל בְּסִימָן קט"ז דְּמִיָּתִי מִהַתּוֹסְפוֹת ב"ק דף ח' בְּהָא דְּאָמַר אַבְיֵי רֵאוּבוֹן שְׂמַכְר כו'.

וְהַקְּשׁוּ לִימָא שְׁקוּל אַרְעָא בְּזוּנָה וְתִרְצוּ פְּשִׁהוּזְלָה וְרוּצָה לְהוֹכִיחַ מְזַה פְּהַטוּר דְּבִאֲחֻרִיּוֹת מְשַׁלֵּם כְּפִי דְּמִים שְׂנַתָּן בְּשַׁעַת הַמְּכָר ע"ש וּכ"ת קָרָא עֲרַעֵר ע"ז דְּמִיָּתִי מְטָרִיפַת נֶגְזֵל לְטָרִיפַת בַּע"ח דְּבַנְגְּזֵל כ"ע מוֹדוֹ פִּינּוֹן שֶׁהוּא מְקַח טְעוֹת וְהוּא בְּטַל לְגַמְרֵי מְשַׁלֵּם כַּדְּמַעֲיָקְרָא.

וְעֲנִיתָ וְאֲמַרְתָּ שְׂכֹן מְבֹאָר הַחֲזִילוּק בְּנִימוּקֵי יוֹסֵף בְּרִישׁ פ"ק דב"מ וְהִטְבַּת לְרֵאוֹת: וּבְאֲמַת שַׁצ"ע עַל הַשְּׁ"ף וְכַנָּה"ג וּמ"ל שְׂדִבְרוּ בְּזֶה וְהַבִּיאוּ דְּבָרֵי ה"ה וְלֹא הַזְּפִירוּ הַנ"י וְרֵאוֹתֵי שְׂדִבְרֵי הַנ"י בְּזֶה הַנְּעֻמָּה מִדְּבָרֵי הַר"ן בְּחִידוּשָׁיו הַבִּיאָם בַּש"מ לַב"מ שֵׁם ע"ש.

אַף נִלְעַנ"ד לְהַלִּיץ בְּעַדוֹ וְעַדִּין יֵשׁ לוֹ פֶּתַח חוֹן פֶּה לְהוֹצִיא אֶת דֵּינוֹ מִהַתּוֹסְפוֹת שְׁלַכְאוּרָה צ"ע בְּהָא דְּקִי"ל שְׁגַם בְּטָרִיפַת נֶגְזֵל חוּזֵר הַלּוּקָח עַל הַגְּזֵלָן לְטָרוֹף מִמֶּנּוּ שְׂבַח הֵיטֵר עַל הַיְצִיאָה וְאַפִּי' שְׂבַחָא דְּמַמִּילָא כְּגוֹן אַרְעָא וְאַסְקָא שְׂרַטִין וְלְכַאוּרָה פִּינּוֹן שִׁישׁ כָּאן בְּקִטּוּל מְקַח מֵה זְכוּת יֵשׁ לוֹ לְזֶה בְּהָא דְּאַסְקָא אַרְעָא שְׂרַטִין הָרִי לֹא הֵיטֵה שְׁלוֹ מַעוֹלָם וְזוּזֵי דִידֵיהִ הַלְוָאָה נִיגְהוּ גְּבִי דְּגִזְלוֹן וְגַם הַשְּׂבַח שִׁוִּיתֵר עַל הוֹצָאָה אִין לוֹ לְגַבּוֹת כְּמוֹ הַעוֹזֵר בְּנִכְסֵי חֲבִירוֹ וְכִסְבוּר שְׁלוֹ הֵם שְׂאִין לוֹ אֵלָא שְׂכָר מְלַאכְתּוֹ בְּלַבַּד.

ולכאורה היה אפשר לומר דאף שנמצאת שאינו שלו מ"מ עביד אינש דזבין ארעא ליומא: אף מדברי התוס' בב"מ דף י"ד מבואר דלענין אחריות דנגזל לא אמרינן הכי כיון דמקח טעות היא וה"ל כשטר הלואה ולכך אף לשמואל אמרינן ביה אחריות ט"ס ע"ש (וכ"כ המפרשים הביאם בש"מ).

אף שם הביא בשם הראב"ד שפאמת סובר דאמרינן עביד אינש כו'): ובתשובה אחת הארכתי בדברי התוס' אלו ובדברי הפ"י שם שכתב הטעם לפי שצריך להחזיר הפירות ולכאורה ז"א דהא הוא יחזיר על הגזלן ע"ש בתוס' דמייירי גם אם כתב לו אחריות על הפירות וכתבתי ש"ל דלשמואל כ"כ דס"ל דלוקח מגזלן ל"ל שבחא וה"ה פירי והקשיתי ע"ז והעליתי שטעם התוס' כיון דמ"מ עיקר חזרתו של זה על הגזלן אינו מצד מכירה דהא המכר לא חל כלל רק מצד קבלת אחריות הוא צריך לשלם לו שבחא ופירי אין זה זבינא ליומא וקצרתי כאן ומכ"ש לדין דאף בטריפת בע"ח אמרינן אחריות ט"ס אף במכר ולא קי"ל כשמואל דאמר עביד אינש דזבין ארעא אף ליומא וא"כ פשיטא דביטול מקח גמור הוא ומאי אית ליה גביה דהאי בשביל דאסקא ארעא שרטין הא לית ליה גביה אלא זוזי דהלואה וצ"ל דמ"מ לענין זה שקיבל עליו אחריות שבח תנאי שבממון הוא וקיים שהרי מ"מ קיבל עליו דמי שוין של הקרקע שפוטב לו השטר עליו וכיון דהשתא מיהא האי ארעא אסקא שרטין ושוין אלפא זוזי כף הוא צריך לשלם לו ולפי"ז ק' על סברת הר"ן ונ"י שכ' דאם הונלה מחזיר הדמים שנתן שיש כאן ביטול מקח דא"כ אתה מגרע פחו של מוכר בשני הצדדים שאם הונלה אתה אומר שהמקח בטל מעיקרא ויחזיר מעותיו ואם הונשבה ונתתיקרה אתה אומר שישלם לו כפי שוין של עכשיו זיל בתר איפקא כיון שהלוקח ביקש זאת מידו לכתוב לו אחריות השבח הרי הוא רוצה בקיומו של מקח עד שעת טריפה וסבר וקיבל שפאשר יהיה שווי דמי הקרקע בעת ההוא כן ינתן לו: ועוד אני אומר הגע עצמה מי שמכר קרקע לחבירו באלף והולו קרקעות ועמדה קרקע פזו על ת"ק רק שקרקע זו אסקא שרטין והיא שונה אלף והלה אומר הנה נתתי אלא כסף ונתתיבת להחזיר לו ועוד מה שנתתיבת לי אחריות השבח ג"כ ת"ק זוז וזה אומר כיון שאתה רוצה באחריות של שבח א"כ אין לך לקבל יותר כ"א שוין של קרקע זו עכשיו והרי אינה שונה עכשיו כ"א אלף אף לבתר דאסקא שרטין והיא לידיני דיני להאי דינא.

והנה אף אם נאמר שמטילין על המוכר חומר שניהם ע"כ לומר דנדאי הוא צריך להחזיר לו דמי המקח כיון דאין כאן אפי' זבינא ליומא והוא ביטול מקח גמור שהלוקח לא ידע מאומה ומ"מ תנאה דאתני הלוקח שיתן לו השבח הוא קיים וצ"ע: ולפי מ"ש יש מקום לומר דכיון שהלוקח רוצה לקיים המקח לזמן א"כ א"צ לשלם לו כ"א פשעת טריפה א"כ י"ל דנהי דהר"ן סובר שאין התנאי רק לטובתו של הלוקח ולא לגריעותא דידן' שיקח כפי שוין בשעה שהונלה אלא יכול לומר הרי יש כאן ביטול מקח מעיקרא מ"מ היכא שהחזיק אחר שיצאו העוררין שנראה שהוא רוצה לקיים המקח עד שעת טריפה א"כ גם בלוקח מגזלן דינו כבע"ח ומשלם פשעת הזול ועיין בנ"י ב"ק.

ובש"מ שם שמפרש הך דהחזוק בה היינו לאסר שיצאו עסיקין וא"כ אם הדין כבע"ח שטורף כפי שעה שהונלה ה"נ בלוקח מגזלן לאסר שיצאו עוררין וא"כ שוב יש מקום

לראיית בעל קצה"ח ולא קשיא מסברת הנ"י והר"ן דאיהו מיירי היכא דליפא גילוי דעתא פלל שרוצה להחזיקה עד שעת טריפה ואז יש פאן ביטול מקח מיד משא"כ בהחזיק אחר העוררין דגלי דעתיה בקיום המקח עד שעת טריפה ודמי לבע"ח דאינו משלם אלא כשעה שהוזלה ולכן מייתי ראיה מהתוספ' דאע"ג דמיירי בטריפת נגזל מ"מ פיון שהחזיק אחר העוררין הא קמן שרוצה לקיים המקח ואפ"ה משלם כדמעיקרא: והנה הלצתי בעדו דלא תיקשי עליו מה שהנפרת מדברי הנ"י אבל אפתי לא איפרק מחולשת הדמיון דנדיאי סברא טובה יש לנו לחלק בין מוכר שהיה קיים באמת בין אם המוכר באמת אין בו ממש רק שהלוקח היה רוצה בקיומו ומ"מ לענן דינא ראיתי שגם סברת הר"ן ונ"י אינה מוסכמת שהרי בשיטה מקוננת בד"ה הפיר בה שאינו שלו פתב בשם הריטב"א נוטל מעות שנתן בלבד ואף ע"פ שהוזלה או הוקרה דהא פמאן דליפא זבינא פלל דמיא וכדאמרינו בסמוך שלא נתן אלא לשם פקדון בלבד משא"כ בנמצאת שדה שאינו שלו או שטרפה בע"ח שיש לו ליטול בדמים שהיתה שנה בשעת שיצאה מת"י עכ"ל ועיין בשו"ת הרשב"א סימן אלה קנ"ה ונתן לחכם כו' דברי שארף: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה יט נשאלתי במי שקנה בית ואדון אחד היה לו חוב על הבית והתנה שיעופב סף מה ת"י הקונה עד שישתלק האדון ואח"כ מת המוכר והקונה הלך וקנה השט"ח מהאדון בסוף מה ומעפב ת"י המעות והיורשים טוענים שהם לא רצו ליתן להאדון סף זה רק פחות מזה והאריכו בטענותיהם.

נלענ"ד שהדין עם הקונה פיון שבשעת המכירה עשו מעמד ביניהם שיעופב הס"ך ת"י עד שישתלק האדון בשט"ח שלו והרי לא נסתלק האדון כ"א בסוף זה שנתן לו זה.

ואף שהיורשים רצו לפשר אותו בפחות מסוף שנתן לו זה מ"מ לאו ברצון שלהם תליא כ"א ברצון האדון וכל כמה דלא דעינו שהיה מתרצה בסוף זה א"א להוציא הסוף הנ"ל מת"י שהרי ע"ד פן נתן לו הממרי מעיקרא שישולק שעבוד האדון והרי לא נסתלק כ"א בסוף זה ואף אם יטענו היורשים שזה גרם להם היזק שהיה אפשר להם לסלק החוב בפחות מזה מ"מ פיון שא"א להם לברר דבר זה שהיה האדון מתרצה בכך אין יכולים להוציא מידו בטענה זו ואף לפי המבואר בסימן שפ"ח במי שרצה לברוח כו' מ"מ מה שהיה מחויב אין זה היזק דבכה"ג שקנה השט"ח לא שייך לדון דין מסור וגם אין זה דומה לפרוע שט"ח של חבירו פיון שבקנין בא לידו ולאפס הפנאי קצרותי.

דברי זעירא מן חבריאי הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות הלואה והלכות טוען תשובת שאלה כ פרצידא דתומי קלא. קנאן חדש ישן מלא.

דעתיה צילא. דלא מעיל פילא ה"ה אהובי ש"ב וח"ג ידידי הרבני המופלג החריף ושנון האברף מוהר"ר משה זאב וואלף נ"י: אחז"ש הגיעני דבריה.

ושמחתי בפעליה ללכת בדרכי הישרים. ולבלתי לכת אחרי הבזורים.

מובטחני בזה אם פכה תעשה כל הימים. להיות גדל בין החכמים.

ותעיר אנון לשמוע בלמודים. יהיה לה מהלכים בין העומדים.

ואם אמנם פי פעת טרידנא טובי במילי דשמאי ודעלמא פידוע לגיסי חותנה הרבני המופלא הנגיד נ"י פניתי להשיבך שלא תאמר פי השלכתי דבריה אחר גווי אולם לא

יכולתי להניף ידי בארובה על גוף הספק שנסתפקת ולהראות פנים לכל צד כמראה האופן פדרכי מעולם רק באתי בקצרה להשיב על דבריך: אמרת שנסתפקת מי שקנה מחבירו קרקע וזקף הדמי במלוגה ונתן לו שט"ח על המעות אם הני כמו שנתן לו הספסף או לא וכתבת דמתשובת מבי"ט שהביא הש"ך מבואר דקני זה א"צ לפנים דהמבי"ט בתשובה ח"ב סימן ר' וסי' רי"ג הוא ושפנגדו החלוקים עליו הם המדברים על הנדון ופלו פלו באורח בתשובת הרמב"ן שבבעה"ת המובא בס"ס ל"ט ואי"ה פשאפנה לעיין בגוף הדין אשנה בדבריהם: ואמנם מ"ש ראיה מהראב"ד המובא בסימן ר"ה לפירוש הסמ"ע דשטר היינו זקיפת דמי המקח בהלנואה וכתבת מזה דמשמע אם לא תלוהו אפילו נתן לו רק שטר דקני דהוי ככסף ושגית בזה דאף לפי מה שפירש הסמ"ע אין משם ראיה דשם מייירי שקנה קרקע בשטר או בחזקה או בחליפין רק כיון דלא יהיב זוזי אע"פ שנתן לו שטר על מעות אלו לאו זביגי' זבינא וזה פשוט ואמנם באמת פ"י הסמ"ע בזה תמוה וכמ"ש הש"ך דהמעין בב"י יראה דקאי אשטר מקח.

ואולם נלפענ"ד דהסמ"ע למד פן מדברי הד"מ והוא אצלי בכת"י שכ' וז"ל וכתב ב"י משמע מדברי הרי"ף והרא"ש פ' הנזקין דאף אם לא קיבל המעות אלא שכ' לו שטר בלבד קנה כ"ז שרוצה ליתן לו אט"פ המעות שבשטר.

אבל דעת הרמב"ם והראב"ד פ"י מהלכות מכירה אינו פן שכתבו דלא קנה אלא שפבר קיבל המעות עכ"ל משמע דבשטר על המעות מייירי וכן משמע להדיא לשון רמ"א שבהג"ה שכת' דבעינן דווקא שנתן לו המעות אבל אם נתן לו שטר עליו כו' משמע דנותן המעות ונותן השטר חד נותן הוא ואם בשטר מקח מייירי איפכא שנותן המעות הוא הלוקח ונותן השטר הוא המוכר ונראה קצת שלמד פן מלשון הרי"ף שהביא הב"י אבל הקא גבי אשה וסקריקין ליכא מאן דיהיב להו זוזי הלכך לא מהני פתיבת שטר עלליהו כו' והבין שר"ל במ"ש עלליהו על זוזי קאי והא ליתא ועלליהו אאשה וסקריקין קאי ור"ל דאף אם האשה או הבעה"ב כותב שטר על עצמו לא מהני וכדמסיים בה עד דכתבו אחריות והנה פלוגמת הראב"ד והב"י עליו בפ"י דברי הרי"ף הוא דלהב"י אף שעדיין לא קיבל המעות לידו רק שהוא רוצה ליתן לו עתה וזה אינו רוצה לקבל מ"מ כיון שפבר נתן לו שטר מקח מעיקרא אדעתא דזוזי נחתי וזה רוצה ליתן אין זה יכול לחזור בו משא"כ להראב"ד דווקא אם פבר קיבל המעות לידו אע"פ שבשעה שנתן לו השטר לא נתרצה רק אט"פ בשעת נתינת המעות נתרצה מהני יעו"ש בב"י והש"ך סתם קצת הדברים: אמנם לענ"ד מה שפירש הב"י דעת הראב"ד ותמה עליו דמי דחקו לפירוש פן דברי הרי"ף הוא תמוה בעיני ומי דחקי להב"י לפירוש פן דעת הראב"ד אליבא דהרי"ף דנדאי גם הראב"ד מפרש דמייירי שלא נתן מעות בשעת המכר רק שטר לבד נתן המוכר ועתה נותן לו המעות וזה החילוק בין אשה וסקריקין דבעינן דיהיב להו זוזי בשעת מעשה דאל"כ לא מהני שטרא כיון דלא נחתי אדעתא למישקל זוזי משא"כ בתלוהו וזבין כיון דאדעתא דזוזי הוא מזבין כשקיל זוזי בשעת מעשה דמי אע"ג דלא ארצי לי המעות בשעת מכירה ותלמי רק לבסוף מכירה דהיינו עתה כשרוצה לגמור סוף המכר ולא בא אלא להשיג על הרמב"ם דמפרש לא ארצי לי בעדים דז"א דנדאי עדי' בעינן אבל מ"מ א"צ שיהיה מרוצה בשעת נתינת המעות כמו שפ"י הב"י בדעת הראב"ד ולדבריו צ"ל דמה שמבואר מדברי הרי"ף בדלא ארצי זוזי דקני בתלוהו וזבין היינו דלא ארצי בשעת

נתינת השטר רק אח"כ נתן לו מעות ונתפייס בראי פספ ואם הדבר פן צריכא למימרא
בכה"ג דקני שבעת שנתן השטר אמר להדיא בע"כ אני מוכר ואח"כ בשעת נתינת הפספ
נתרצה במקר ונראה לכאורה דבכה"ג אף באשה וסיקריקין קני כיון דיהיב זויזי ונתרצה
דל שטרא מהכא הא קני בכספא ועיין באבן העזר סימן נאפילו תימא דבאשה וסיקריקין
אף בכה"ג לא קני מ"מ ודאי דזה דחיק למאד ולא נזכר לא בדברי הרי"ף ולא בדברי
הראב"ד רק פנונתו פשוטה דכל שנתן בסוף מכירה סגי בין שנתן לו בפני עדים אחר
המכירה והתלויה או שרוצה ליתן לו המעות עתה בפנינו ג"כ סוף מכירה מיקרי ולפי
שאינו מענין זה קצתתי ועכ"פ בין להסמ"ע בין להש"ף לא מיקרי הכא שרוצה לקנות
ע"י השט"ח רק לענין אם גמר ומקני או לא: והנה הבאת דברי המחנה אפרים והשונה
הלכות מ"ש בשם ר"ה גאון ז"ל והשגת עליהם והנה ס' שונה הלכות אין בידי אף ראיתי
בס' דברי אמת להגאון ר' יצחק בכר דוד ז"ל שכ"ג"כ בקונטרס ז' ס"א ב' וז"ל ואף שמצינו
לר"ה גאון הובא בס' המקח בשם גאון דהמוכר לתבירו ולא משפ הקונה רק שנתחייב
הקונה בחיוב ובקנין לתת לו מעות נקנה המקח כו' והמבי"ט ס"א ר' ורי"ג האריף כו' ואין
ספק שאילו הי' רואה דברי ר"ה בס' המקח הי' שמח שמחה גדולה כו'.

והנה לפענ"ד יפה אמרת בזה שלא פונונו יפה בפני דברי ר"ה במחילה מכ"ת הרמה אולם
ילדות היתה בך ופיה ענה לדבר גבוהות עליהם ונתקיים בך כל המתנייהר כו' ונטית מן
הדרך בפירושו פנונתו כי מ"ש בכוננתו שקונה הסחורה ע"י משיכת השט"ח שאע"פ
שאינו נקנה בחליפין נעשה חליפין הא ליתא דכיון שאינו נקנה ג"כ אינו נעשה ואדרבה
גבי מטבע הי' ס"ד דאע"ג דאינו נעשה מ"מ נקנה מידי דהוי אפירי לר"נ ומסקינן דאינו
נקנה וכ' התוס' ולפ"ז כ"ש דאינו נעשה: ועוד דכיון שכ' ר"ה סתם ויקח השט"ח
ולדבריה מתפרש שמושף השט"ח לקנות הסחורה וכיון שלא הזכיר שכותב קני לה ג"כ
א"כ במאי קני דהא השיעבוד שבו לא קני וא"כ במה נעשה חליפין דבגירא בעלמא ודאי
אינו נעשה חליפין דכלי בעיניו והרי מבואר בתוס' והרא"ש בב"מ דף מ"ה ובקידושין
דמטבע דאיצטריך למעוטי היינו משום דמיקרי שפיר פלי שראוי לשקול בו כו' וגם
לפמ"ש הגמ"ר הביאו הסמ"ע דבכל דבר הנעשה בידי אדם פלי מיקרי נלפענ"ד דדונקא
בכגון מטבע דמיקרי התם מינה אבל לא נירא בעלמא דכיון שלא קנה השיעבוד לאו פלי
הוא וכן נראה מדברי הרמב"ן במלחמות דדונקא מטבע פלי מיקרי דהיינו אם נפסל קונין
בו והביא ראי' מדברי ס' המקח שער י"ג שפסק לדר"ל ע"ש ודונקא לומר דמ"מ מיקרי
פלי הואיל וראוי לצור עפ"י צליחותו ועוד נלפענ"ד כיון דדעתא אשיעבוד שבו ושיעבוד
הא לא קני במשיכה זו רק הנזיר בלבד א"כ הוי פאותו שאמרו במטבע דדעת' אצורתא
ועבידי דבטלה וגרע מינה דהתם לשעתה מיהא לא בטלה משא"כ הכא וכן מבואר בדברי
הנ"י שכ' שם דעת' אצורתא כו' וכיון דבטלה לית בי' ממשא והו"ל פאותיות שאין גופן
ממון ומ"ה אינו נעשין חליפין ואין נקנין בחליפין עכ"ל מבואר מזה דאותיות ג"כ אין
נעשין חליפין.

וגדולה מזו נלענ"ד מדברי הנ"י דאף בכ' לו שטר פתיכה קנה לה כו' מ"מ אינו נעשה
חליפין דבעיני דונקא שאותו הפלי גופא שקונה ע"י משיכתו והא גופו ממון דומיא דנעל
משא"כ אותיות ולקמן יבואר עוד טעם דל"ש חליפין במה שקונה שיעבוד קרקעות:
ואמנם אפילו דבכה"ג שפוחת לו קני לה שיף חליפין ע"י שנה קונה השיעבוד ולפ"ז

שוב לא הי' מקום לדחות דברי הגדולים הנ"ל דגם בנותן שט"ח על עצמו ומשעבד קרקעותיו שייך חליפין וכמו שפכתבת אפה לדחות ראית מהראנ"ח (אמנם מדבריהם נראה שמתורת קנין כסף הוא אבל אין להעמיד זה בלשון רב האי שכ' סתם ויקח השטר ולא הזכיר פתיבה כלל וגם שהרי מבואר למעניין בגוף ס' המקח ובלקוטי הס' הנדפס עם שערי שבועות נראה שהלקוטים הם מסודרים על הסדר אחת אחת אותן הדינים המבוארים בגוף הס' ואם יש קצת שינוי בלשון הוא לפי שנעתקו הדברים מלשון ערב ונפל שינוי בלשון המעתיקים אבל מ"מ אין שם בליקוטי הס' דין חדש שלא נזכר בגוף הס' ונהרי גוף ס' המקח לפנינו ולא נזכר מאומה לא מדין שחידש המחנה אפרים בשמו ולא מהדין שפכתבת.

ואמנם הדבר ברור ופשוט להמעניין בס' המקח גופי' שכ' סוגיא דלא הספיק בעל הפרה כו' ואח"כ כו' והשער הב' הנה כו' אבל אפה מוצא אותו בכל דבר המתחלף כו' והיא שיש לראובן שטר כו' ואע"פ שראינו לקצת גאונים שהשיבו דאומיות ניקנין בחליפין אין לסמוך על אותו הדעת כו' השער הה' מכירה וכן בס' הקצר בלקוטו מקצת והולך על הסדר הנה ומ"ש שם ויש גאון שאמר אם יתן לו סחורה בקנין שט"ח כו' הדברים כפשוטן בדבר האמור בגוף הס' בשם הגאונים דהיינו שהוא נותן לו סחורה כדי לקנות שט"ח ומ"ש ויקח השט"ח ר"ל שיקנה השט"ח בכל מקום שהוא ע"י חליפין ודעת גאון דמהני וע"ז חילק וס"ל דלא מהני כמ"ש מקודם זילתי שט"ח ונהכרש שהכריח לקח לפרש דמייירי לענין שיהא נעשה חליפין כמדומה לי דלישנא דולא הכריעה דעתי קו יתייך שהרי באמת הכריע בס' המקח שאין נקנה בחליפין ואין זה דקדוק דנודאי ר"ל שלא הכריעה דעתי כהגאון בזה פידוע שע"פ רוב הגאונים לישנא קטיע ונכריע בדבר הנעתק מלשון אחר וכן ראיתי בבעל העיטור והביאו הגמיי' והש"ך על דברי ר"ה על דברי הגאון שאמר דשטר נקנה בחליפין ולא איתברר לי עכ"ל וגם ר"ל במ"ש לא איתברר לי דהיינו שאין זה מחנור בעיניו אלא ס"ל להיפך וכן הוא הפנונה בלשון לקוטי הס' על הדין השנוי בגוף הס' והוא ברור בלי פקפוק והנה גדולים דלעיל לא היו לפניהם גוף הס' רק הלקוטים לבד ולפי שהלשון מגומגם קצת כתבו מה שכתבו וברור כדפירשתי (ועל המחנה אפרים יש לתמוה שפכי הנראה בסי' שאחריו שהיו בידו גוף הספר שהעתיק ממנו משער י"ג בענין המחאה ראובן זבין חפץ כו' יעו"ש וגם שם דבריו תמוהים שנותן טעם לפי שקיבל דמים ואסור לחזור תן כזכי דמי וכתב דדמי להא דסימן קכ"ה אם המקבל עני כו' והא ליתא דהא התם טעמא דהוי כנדר וכינן שמסרו ליד אחר אין מועיל התרה ע"ש בסמ"ע ובש"ך גם מ"ש על הב"י בסי' ר' דלא דק לא ידעתי למה ואדרבא דברי הב"י נכונים עפ"י דברי ספר המקח ומ"ש הש"ך בסימן ר' על דברי הב"י כינן שלא מסרם עתה אין התן כזכי גם לענ"ד אין זה דחוייה כלל דלאו מטעם זכיה אתינן עלה אלא כינן שקיבל הנפקד עליו הו"ל כאילו השאיל או השפיר לו המקום לקנות על ידו וכן משמע מספר המקח וענין בסמ"ג והגמיי' שהביאו תוספתא כינן שקיבל הנפקד לזכות ללוקח כו' ולפי שאין זה מקומו קצרתי).

והנה לדבריה צא ופרנס מ"ש בספר הלקוטים קנה פדרה שקונה הכסף ואם בתורת חליפין קאמר הא אדרבא הכסף אינו נעשה חליפין ולא נקנה ולדחוקי ולומר דר"ל כסף שאינו טבוע אין נראה כלל וגם דמה אריא כסף דנקט הו"ל למינקט מטלטלין וכל דבר

הנקנה בחליפין וזה דחקו לפרש למחנה אפרים דמירי בתורת דמים דבכה"ג מבואר שם בלקוטים מקודם דמהני ע"ש שכתב והשיבו פי מי שקיבל הסחורה נתחייב בדמים כו' ועם כל זה אינו נכון דהתם פשמשו הסחורה נתחייב בשומתה משא"כ בזה שאפילו תימא שהשט"ח במקום פסוף הוא פסוף גופיה לא קני רק למי שפרע ומ"ש המחנה אפרים דעדיף מפסוף וקונה קנין גמור דל"ש נשרפה חיטה כמ"ש התוספות בק"ס לענ"ד אין הנדון דומה לראיה דגבי ק"ס פיון שאין לזה ראיה בידו שקנה החפץ אצלו ונתחייב בדמים ואפילו היה הקנין לפני עדים טורח הוא לחזור אחריהם שפיר טרח ומציל משא"כ בשט"ח פיון שהשט"ח בידו והוא בטוח במעותיו לא איכפת ליה אם ישפרו חישין של זה ולא טרח ומציל ואפי' תימא דסברא הוא דגם בשט"ח דטרח ומציל פיון שלא קיבל המעות ולא יסמוך על מה שיקפנו בשט"ח שבידו מ"מ מה זה שאמר פדרף שקונה הפסוף נהפוך הוא פסוף לא קני ושט"ח קני: ואמנם לפי מ"ש יראה לענ"ד ביאור הדברים ע"פ מ"ש בספר המקח דף כ"ט ע"ב וז"ל וגם מי שמקנה לחבירו שט"ח שיש לו על אחר אין נקנה בחליפין כדגרסינו אין אותיות ניקנין בחליפין עד שיכתוב וימסור כמ"ש ואע"פ שפסם קנין לכתובה הוא עומד כל זמן שאין כותבין העדים לא הוי פלוס לענין אותיות עכ"ל ונראה מדבריו שבא לאפוקי מדעת הגאון שהיה סובר שא"צ כתיבה דהקנין במקום כתיבה וקאמר דליתא וכן מבואר להדיא בדבריו בדה"פ כ"ז שכתב ומצינו לקצת גאונים שהשיבו מי שמוכר שט"ח במטלטלין שדנו בו דין חליפין ונקנה אותו השטר באותן חליפין ולא צריך למיכתב כתב מכירה עליו ואין לסמוך על דבריהם כו' ומעתה אני אומר שמ"ש בספר הליקוטים פדרף שקונה הפסוף הוא ט"ס וצ"ל פדרף שקונה הפכתב ור"ל שהקנין הוא כמו כתיבה וזה ברור ותקמה בעיני על הרמב"ן הביאו בעה"ת בשער נ"א שהשיב עליו דדעת הראב"ד דחליפין במקום מסירה אבל כתיבה בעי ואולי מה שהזכיר רבינו האי שמצא למקצת גאונים ע"ד תשובת שאלה שאותיות ניקנין בחליפין ע"ז פדרף נאמר פלוס בחליפין וכתב' אע"פ שלא נכוננו דבריהם אצל הגאון ז"ל עכ"ל בעה"ת בשם הרמב"ן וזה תימא דלהדיא מבואר בספר המקח דהגאונים ס"ל דל"צ למיכתב כתב מסירה עליו וכפי הנראה לא הי' לפניו ספק המקח רק מה שהעתיק לו הבעה"ת משמו וכמו שמעתיק שם קודם לזה דברי ס' המקח מ"ש בג' מקומות שאין שטר ניקנה בחליפין ולא הזכיר מדברים אלו הפתובים בדה"פ כ"ז: ואמנם לענ"ד גם ממ"ש בדה"פ כ"ט ע"ב יש לדקדק דשפנגדו היה סובר דקנין במקום כתיב' וכמש"ל וכן בבעה"ת שם מתחלה נסתפק בזה והביא דברי הר"י מיגאש בזה דלא מהני קנין ע"ש ואמנם לפי מה דמסיק בעה"ת בשם הרמב"ן דקנין חליפין אינו מועיל שיהא במקום מסיר' דלא סמכא דעת' עד שיגיע לידו יעו"ש א"כ איפא למימר דאדרבא הגאונים ס"ל להיפך ממ"ש הרמב"ן ורצה להעמיד בדבריהם אלא ס"ל דמסירה ודאי בעי מהטעם שכתב הרמב"ן רק כתיבה לא בעי דהקנין הוא במקום כתיבה כמ"ש להדיא בס' המקח בשם ובה חולק ר"ה וס"ל דבעינן שיכתוב ג"כ וכן משמע לענ"ד קצת ופדקדק במ"ש ולא צריך למיכתב כו' משמע שאינו עולה רק במקום כתיבה: ומעתה מ"ש בליקוטים ויקח השט"ח אין ר"ל שיקנה השט"ח אם אמנם שנה אינו רחוק לרגיל בלשונו ז"ל אבל לפי מ"ש עתה א"ש כפשוט' דמירי שנותן לו סחורה בעד שט"ח וזה מושב הסחורה וזה לוקח דהיינו מסירה קונה פדרף שקונה הפכתב דהקנין הוא במקום כתיבה: והנה רבינו ירוחם הביאו הב"י פתב

בְּשֵׁם רַבֵּינוּ הַאִי דְחֲלִיפִין שְׁנָה בְּשָׁנָה קָנָה אַף בְּפִירוֹת וְנִרְאָה לְדַקְדָּק פֶּן מִמֵּ"שׁ בְּשֵׁעַר הָא' דְּמַיְירֵי בְּחֲלִיפִין דַּק"ס שְׂאִינוּ שְׁנָה בְּשָׁנָה דְּבָרֵי ר"נ וְאַח"כּ לֹא הִזְפִּיר וְכֵן יֵשׁ לְדַקְדָּק עוֹד מְדַבְּרֵי פֶּאן וּבְשֵׁעַר מ"א ע"ש וְלִפִּי זֶה נִרְאָה מ"ש בְּסוֹף שֵׁעַר א' וְגַם מִי שְׂמַקְנָה לְחִבְרֵי שֵׁט"ח הֵינּוּ בְּתוֹרַת חֲלִיפֵי ק"ס וּבְסוֹף שֵׁעַר הַב' שְׂפַתְבּ וְהַשֵּׁעַר הַשְּׂנִי הִזָּה שְׂפַרְשֵׁתִי בְּחֲלִיפִין לֹא יִתְכַּן אֲלָא בְּמַקְחָ וּמְמַכְרָ כּו' יַעו"ש דְּמַיְירֵי חֲלִיפִין בְּהַעֲרִיכוּ זֶה נֶגְדַּז זֶה ע"ז פֶּתַב וְהִיכָא שְׂיֵישׁ לוֹ לְרֵאוּבֵן שְׂטָר כּו' לּוֹמַר דְּאַף בְּחֲלִיפִין שְׁנָה בְּשָׁנָה נִמְי לֹא מְהַנִּי בְּשֵׁטָר וְלִפִּי"ז צ"ע דְּלְכֹאֲוֹרָה בְּחֲלִיפִין שְׁנָה בְּשָׁנָה ל"ש סֵתָם קִנְיָן לְכַתִּיבָה עוֹמֵד וַאֲ"כ מ"ש בְּשֵׁם הַגְּאוּנִים בְּדָף כ"ז מִי שְׂמוּכָר שֵׁט"ח בְּמַטְלָטְלִין דְּנוּ בּוּ דִין חֲלִיפִין וְל"צ לְמִיכְתָּב פֶּתַב מְכִירָה דְּהָא פִּינּוּן שְׁנוּתָן מְטַלְטְלִין מִשְׁמַע שְׂפַתְוֹרַת שְׁנָה בְּשָׁנָה הוּא וַאֲ"כ ל"ש קִנְיָן לְכַתִּיבָה עוֹמֵד וְלָמָּה לֹא יִצְטָרֵף לְכַתְּוֹב וְזֶה צ"ע ג"כ בְּלִיקוּטִין דְּמַיְירֵי ג"כ שְׁנוּתָן סְחוּרָה תְּמוּרַת הַשֵּׁט"ח וְאַפְשָׁר דַּס"ל פִּינּוּן דְּשְׁנָה בְּשָׁנָה הוּא וְגַם יֵשׁ בּוּ תוֹרַת חֲלִיפִין אֵלִים תוֹרַת קִנְיָן חֲלִיפִין כְּמוֹ פְּתִיבָה וְאַף בְּקַרְקַע דְּעַת קֶצֶת פּוֹסְקִים דַּע"ג דְּשְׂטָר לֹא קִנִּי עַד שְׂיִתָּן דְּמִים אֵלִים כֹּחַ קִנְיָן טְפִי: וְעַתָּה אֲשׁוּבָה אֲרָאָה מ"ש לְדַחֲוֹת דְּבָרֵי הַמַּחְנָה אֲפָרִים שְׂהִבִּיא רֵאזָה מְקִידוּשִׁין וְכַתְּבַתְּ שְׂלִפִי דְּבָרֵי הַרְשָׁב"א שְׂפַתְבּ דְּלְמַסְקָנָא דְּגוּפוֹ קִנּוּי לֹא מְהַנִּי אִינִי יוֹדַע מַה חִידוּשָׁתָּ בְּזֶה הָרִי הַמַּחְנָה אֲפָרִים שְׂם בְּמַקוֹמוֹ פֶּתַב שְׂרָאזָה זֶה דְּחִוּיָה לְפִי דְּבָרֵי הַרְשָׁב"א וְהַתּוֹסְפוֹת רִי"ד יַעו"ש וּמ"ש בְּשֵׁם הַתּוֹסְפוֹת בַּב"מ דָּף צ"ט דְּהָא דַּע"ע גּוּפוֹ קִנּוּי הֵינּוּ בְּהַעֲנָקָה דְּנוּקָא וְלֹא מִשְׁמַע פֶּן בַּס' הַמַּקְחָ שֵׁעַר ב' גַּם בַּשֵּׁט"ס ב"ק דָּף קי"ג לֹא מִשְׁמַע פֶּן עַכ"ל.

הִנֵּה מ"ש בְּשֵׁם הַתּוֹסְפוֹת דְּהֵינּוּ בְּהַעֲנָקָה בֵּין הַעֲנָקָה לְגַרְעִין נִתְחַלֵּף לָהּ וְז"ל הַתּוֹסְפוֹת אַע"ג דְּאַמְרִינוּ בְּקִידוּשִׁין ע"ע גּוּפוֹ קִנּוּי הֵינּוּ לְעַנְיָן שְׂאִין גַּרְעִין מְחִיל אִם מְחִיל בַּע"ע אֲלָא בְּשֵׁטָר עַכ"ל וְכּוֹנְנָתָם דְּהָא דְּאַמְרִינוּ בַּב"מ דַּע"ע לֹא קִנִּי לִיהָ גּוּפוֹ הֵינּוּ עַנְיָן זֶה שְׂיֵישׁ לוֹ יָד בַּפ"ע וְלֹא אֲמַרִינוּ גְבוּ יָד עֶבֶד כִּיֵּד רַבּוּ וַיִּמָּה דְּאַמְרִינוּ בְּקִידוּשִׁין שְׂגוּפוֹ קִנּוּי הֵינּוּ שְׂהַגוּף הוּא מְשׁוּעָבֵד לְמַעֲשֵׂה יָדִיו וְקִנּוּי לוֹ הַגּוּף לְעַנְיָן זֶה וְלִכְּפָּה לֹא מְהַנִּי בִּיהָ מְחִיל' וַאֲ"כ מַה לָּהּ כִּי נִזְעַקְתָּ מִדְּבָרֵי רַב הַאִי דְּשִׁפִּיר פֶּתַב דְּאַף שְׂמַעֲשֵׂה יָדִיו אִין בּוּ מִמֵּשׁ מ"מ פִּינּוּן דְּגוּפוֹ קִנּוּי לְמַעֲשֵׂה יָדִיו שִׁפִּיר הוּי מְכִירָה וַאֲ"ש נִמְי בַּב"ק פִּינּוּן דְּהַגּוּף קִנּוּי לְמַעֲשֵׂה יָדִיו אִין זֶה בְּכֻלָּל הַפְּקַעַת הַלְלוּאָה וְעֵינִין בַּס' מַחְנָה אֲפָרִים הַל' עֶבְדִּים וּבְסַפֵּר בְּנֵי דוּד שְׂם וְאִין לְהַאֲרִיף פֶּאן: וּמ"ש לְדַחֲוֹת רֵאזִוֹת רַאנ"ח מְפָדִינּוּ בְּכוֹר וְקִידוּשִׁין וְגַם הָא דְּמִשְׁמַע מִתּוֹסְפוֹת רִי"ד דְּלֹא קִנִּי בַּשֵּׁט"ח וְכַתְּבַתְּ דִּי"ל דְּשִׁפִּיר קוּנָה וּמִטַּעַם חֲלִיפִין שְׂהָרִי נִשְׁתַּעֲבָדוּ קַרְקַעוּתִיו שְׂל זֶה וְרֵאזָה מְהַרְמַב"ן שְׂפַתְבּ אִם צְנוּהָ לְכַתְּוֹב שְׂטָר לְלוּתוֹ א"י לְחִזּוֹר דְּכִינּוּן דְּנִשְׁתַּעֲבָדוּ נְכֶסֶיו שְׂל זֶה בְּשֵׁטָר מִיְקִנִּי בְּחֲלִיפִין כּו' וְהֵתָם אַגַּב שְׂיִטְפִי נְקֻט חֲלִיפִין וְהַאֲרַכְתָּ בְּזֶה: וְהִנֵּה אוֹכִיחָה וְאַעֲרָכָה לְעֵינָה דְּאַגַּב שְׂיִטְפָּה רַהִיט לָהּ וְנַעֲלָם מִמָּהּ פֶּשֶׁט דְּבָרֵי הַרְמַב"ן.

וַיִּמָּה אַעֲשֵׂה לָהּ בְּנֵי שְׂנֵהָתָ עִם הַרְמַב"ן וְז"ל מְנַהֵג בְּנֵי גָלִיל דְּלֹא דִּיְקִי לִישְׁנָא וְכַתְּבוּ שְׂאַגַּב שְׂיִטְפָּה נְקֻט וְלֹא כֵן אֲנָכִי עֶמְדִי יְדַעְתִּיו אַף אִם מְהַרָּה יְרוּץ דְּבָרוֹ לְשׁוֹנוֹ תְּמַהַר לְדַבֵּר צַחוּת פְּאַסְפַּקְלֵרִי הַמְּאִירָה וְאִיף לֹא יִרְאֵת לְדַבֵּר בְּרַבֵּינוּ מִשָּׂה טָרַם יְרַדְתָּ לְעוֹמֵק הַעֲנָיָן: וּבְאַמַּת דְּבָרֵי הַרְמַב"ן בְּזֶה פְּשׁוּטִי כְּמוֹ שְׂאַבְאָר אַף כְּדִי לְהַשְׁתַּעֲשֵׂעַ עִמָּה אֲמַרְתִּי לְהַרְחִיב הַדְּבוּר קֶצֶת וּמִתְחַלָּה אַעֲזוּ וְאֹמַר שְׂלִפִי הַבְּנֵתָהּ בְּמַה נִּשְׁתַּעֲבָדוּ קַרְקַעוּתִיו שְׂל זֶה הַלּוּהָ שְׂיִקְנָה הַמַּעוֹת בְּחֲלִיפִין הָרִי מַיְירֵי הֵתָם אַף שְׂלֹא מְסַר לוֹ הַשְׂטָר רַק שְׂנַכְתָּב עַפ"י

ציווי ומה בכך אפתי לא משעבדי נכסי דלנה עד שיגיע השטר ליד המלנה ונהרי אין המלנה רוצה לקבלו כלל ומה חליפין יש פאן: ואמנם הדבר ברור דהתם בשטר שיש בו קנן מיירי דאל"כ אין כותבין כלל עד שימסור לו בפנינו וא"כ כבר נשתעבדו נכסי הלנה משעת קנן וממילא שנתחייב המלנה ליתן המעות תמורת השיעבוד כמו אם משך חפץ שהיא מתחייב ליתן דמי החפץ ולא מתורת חליפין רק מתורת דמים וכדאמרנו הנהב מחייב כו' וכמו שאבאר אי"ה: ומעתה יתבאר לה שמ"ש ה"ה פ"ק כ"ג מהלכו' מלנה בשם הרמב"ן שפיון שנשתעבדו לו נכסי הלנה בחליפין מעכשיו אף הוא חייב ליתן לו דמים כו' והבנת הדברים שתיבת בחליפין מעכשיו נמשכין אחריהם לומר שמתורת חליפין הוא מחויב ליתן דמים ואין זה מכונן בלשונו כלל וגם דהא אין מטבע נעשה חליפין כלל ומה שנדחת לומר דאולי ס"ל דשנה בשנה מהני כמ"ש בש"מ בשם תוספות שאנ"ן הם דברים של מה בכך דלהדיא מבואר שם בש"מ תיכף אח"כ שיטת הרמב"ן בפ"י הסוגיא דלא כר"ת וגם מבואר למענין במלחמות יעו"ש ועוד דלפי זה אם לא הנה אז הדמי' בעין ביד המלנה א"כ לא שייך לומר שיהיו ניקנין ללנה והרמב"ן סתמא קאמר שפחויב להלוות לו משמע בכל גוונן: ועוד אבאר לה שלענ"ד אין מועיל בזה קנן לפי מ"ש דמיירי אף שלא נתן השטר ליד המלנה רק שע"י הקנן כבר נשתעבדו נכסיו וא"כ ע"י הסודר שנתן המלנה ללנה הקנה לו קרקעותיו שישתעבדו בתורת חליפין ושוב איך שייך לומר שישחזרו מעות המלנה להיות ניקנין ללנה ע"י חליפין הללו שאין זה דרך חליפין רק בפעם אחת זה תמורת זה ואין דרך להיות חוזר וה"נ הקרקעות הם תמורת הסודר שנתן המלנה ותו לא מידי וכוננת ה"ה בשם הרמב"ן כפשוטו דכיון שנשתעבדו נכסי לנה בחליפין מעכשיו ר"ל ע"י הקנן שהיא תורת חליפין נשתעבדו לו הנכסים מעכשיו אף הוא חייב לתת דמים ר"ל שהיא מתחייב בדמים כמו פל קונה מחבירו חפץ ע"י ק"ס וכה"ג מי' דנתחייב הלוקח דמי החפץ למוכר וה"נ נתחייב המלנה הדמים תמורת השיעבוד הקרקעות שקנה ולא בתורת חליפין וכ"ז מבואר להדיא בבעה"ת שער מ"ח בשם תשובת הרמב"ן שכתב ועכשיו נחזור לענין השאלה דבר פשוט הוא לה שהלוקח קרקע וקנאו בשטר או בחזקה אין אחד מהם יכול לחזור בו והדמי' מלנה על הלוקח וכן במטלטלין שקנאו במשיכה או בהגבהה ומשנה שלימה שנינו הנהב כו' ותני מחייב ומתני' ומאי דאיתמר בגמרא בהדיא בכלא גזיקין שהקונה פלי מחבירו ומשך נתחייב זה ליתן לו דמים: ומעתה יש לדון במלנה כיון שנשתעבדו לו נכסי הלנה בחליפין מעכשיו אף הוא חייב לתת לו דמים כלומר שפחויב להלוותו עד זמן שקבע לו כו' הרי מבואר להדיא דבתורת דמים אתי עלה ולא בתורת חליפין ומ"ש בחליפין מעכשיו אדלקמ' קאי שהמלנה נשתעבדו לו נכסי הלנה בחליפין מעכשיו וכמבואר בדבריו שם קודם לזה דבשטר שיש בו קנן מיירי והוא פשוט אמנם ראיתי שכתבת דהרמב"ן אגב שייטפל' נקט חליפין ודלא כאורים ותומים סי' ל"ט דס"ל דחליפין דוקא עינתי שם וראיתי שלא דקדקת היטב הדק בדבריו ונהרי האו"ת הזכיר שם כמה פעמים דברי בעה"ת בשם הרמב"ן שהבאתי לשונו לעיל דלאו מתור' חליפין אתי עלה כ"א מתורת דמים וכוננת האו"ת שם הוא דכיון דלרמב"ן שעבוד קרקע וקרקע עצמו חד מלתא הוא שהרי הרמב"ן למד ממה דחזינו שהקונה קרקע בשטר או בחזקה נתחייב הדמים ה"ה לקונה שעבוד קרקע שמתחייב בכך (והכא ל"ש חליפין דהא מטבע הוא ועוד שהרי השיעבוד בא ע"י

ק"ס וכבד גמר פְּעוּלְתוֹ בְּפַעַם אַחַת) בְּתוֹר' דְּמִים וְכִינּוּן דְּהֶרְמֵב"ן מְדַמֵּי לְהַ רוֹצֵה הַאוּ"ת לְלַמּוֹד מְזַה דְּגַם לְעַנְּנוּ חֲלִיפִין דּוּמָה שְׁיַעֲבֹוד קַרְקַע לְקַרְקַע הֵיכָא דְשִׁינָה חֲלִיפִין פְּגוֹן שְׁמִשְׁעָבֵד נְכָסִיו בְּשִׁטְר וּמוֹסֵר לוֹ הַשִּׁטְר וְרוֹצֵה לְקַנּוֹת פְּנִגְדוֹ מְטַלְטְלִין הַנְּיָקֵנִין בְּחֲלִיפִין דָּא וְדָא אַחַת הוּא (אֲבָל לְעַנְּנוּ שְׁיַתְחַיֵּיב לְהַלוּ' אִין פְּאֵן תּוֹר' חֲלִיפִין וּמ"ש הַאוּ"ת שְׁם קוּדֵם לְזֵה לְשׁוֹן נְתַחֲיֵיב בְּחֲלִיפִין וְזָכָה בְּחֲלִיפִין פְּשׁוּט שְׁאִין פְּנוּנְתוֹ בְּתוֹרַת חֲלִיפִין כ"א ר"ל דְּמִי חֲלִיפִי הַחֲפִיז) אֲבָל בְּשִׁינָה קַרְקַעוּתִיו ע"י קִנְיָן אִף בְּמְטַלְטְלִין גַּם הַאוּ"ת אֲזִיל וּמוֹד' לְסַבְר' שְׁפַתְבְּתִי דל"ש בְּזֵה חֲלִיפִין וּמכ"ש גַּבֵּי מְטַבֵּעַ שְׁאִינָה נִיקְנִית בְּחֲלִיפִין: וְאִמְנָם אַעפ"כ אִין דְּבָרֵי הַאוּ"ת נִרְאִין בְּזֵה לַע"ד חֲדָא מְטַעֲמָא שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל דַּע"ג דְּהַשִּׁטְר יֵשׁ בּוֹ ש"ק מ"מ אִין גּוֹפּוֹ מְמוֹן וְאִינוּ דּוּמָנ' דְּנַעַל וְאִם אַתָּה אוֹמֵר ש"ק שְׁבַשִּׁטְר גּוֹפּוֹ מְמוֹן דש"ק פְּקַרְקַע אִף אֲנוּ נֶאֱמַר שְׁשִׁטְר יֵהָא נִקְנָה בְּחֲלִיפִין דִּיחֻוּל הַקִּנְיָן חֲלִיפִין עַל הַשִּׁינָה שְׁבַשִּׁטְר א"ו דְּלִיתָא וּבְכָל דְּוֹכְחִי דְּמַמְעֻטִּין שְׁטָרוֹת אֲמַרִּין דְּאִין גּוֹפּוֹן מְמוֹן וְעוֹד נִרְאָה דַּע"פ שְׁהוּא יָכוֹל לְשַׁעֲבֵד קַרְקַעוּתִיו בְּק"ס וּש"ק נִקְנָה בְּחֲלִיפִין מ"מ אִין נַעֲשֵׂה חֲלִיפִין פִּינוּן שְׁאִין זֵה נוֹתֵן לוֹ דְּבָר הַמְּסוּנִים וְנִיכְפָר מָה הוּא מְקַנָּה לוֹ וְאִין זֵה דּוּמָנָא דְּנַעַל שְׁהוּא דְּבָר יְדוּעַ וּע"כ לֹא אֲמָרוּ בְּמַחֲלִיף קַרְקַע בְּקַרְקַע דְּקִנְיָ אֲלֵא בְּקַרְקַע יְדוּעַ שְׁהוּא דּוּמָנָא דְּנַעַל.

אֲבָל פְּנוּנַת הֶרְמֵב"ן הוּא דְּוּנְקָא לְעַנְּנוּ חַיִּיב הַדְּמִים פִּינוּן שְׁזָכָה זֵה בְּשִׁינָה שְׁבַשִּׁטְר הַקַּרְקַע נְתַחֲיֵיב בְּדְמִים שְׁעֵבֹוד וּלְהֶרְמֵב"ן הַדְּבָר דּוּמָה לְמַשְׁכּוֹן דָּאִף בְּמְטַלְטְלִי פִינוּן שְׁהַחֲזִיק בְּמַשְׁכּוֹן א"י לְחֹזֵר בּוֹ וְאִף הֶרְשֵׁב"א מוֹדָה בְּזֵה פְּמַבְנָאָר בְּב"י וּכ"כ רמ"א בַּהַג"ה ס"ס ל"ט וְהָא וְדָאִי ג"כ לֹא מְדִין חֲלִיפִין הוּא דְּהָא מְטַבֵּעַ הוּא וְגַם אֲפִשְׁר דְּלֵא הִי' בְּעִין אֲלֵא בְּתוֹרַת דְּמִים נְתַחֲיֵיב: וְנִרְאִיתִי בְּאוּרִים ס"ק ס"ד שְׁפַתְבִּי וְז"ל בְּתַשׁוּבָה שְׁם נִזְכָּר מְשִׁכּוֹנַת קַרְקַע וְהֶרְמֵב"א סְתָם דָּאִף בְּמְטַלְטְלִין דְּהָא ב"ח קוּנָה מְשִׁכּוֹן לְכַמָּה דְּבָרִים כּו' וְנִרְאָה מְדַבְּרִיו שְׁהַטְעַם הוּא מְפָנִי שְׁב"ח קוּנָה מְשִׁכּוֹן וְלַע"ד לֹא נִהִירָא וְאֲדַרְבָּא מְמַקּוֹר הַדִּין הוּא מְוַכְרַע שְׁהָרִי שְׁם בְּתַשׁוּבָה בְּקַרְקַע מְיִירִי וּבְקַרְקַע קי"ל דְּאִין ב"ח קוּנָה מְשִׁכּוֹן כָּלִל כַּמ"ש הַשִּׁינָה בְּסִי רַע"ח יַעו"ש וּבְפֶרֶט בְּשַׁעַת הַלְלוּאָה בְּכַה"ג לֹא קִנְיָ כָּלִל.

וְעוֹד נִלְעַנְנ' דְּלֵא אֲמָרוּ ב"ח קוּנָה מְשִׁכּוֹן אֲלֵא הֵיכָא שְׁפַכְר לְוָה וְנָתַן לוֹ הַמְּעוֹת אֲבָל פִּינוּן שְׁעֵדִין לֹא נָתַן לוֹ הַמְּעוֹת בְּמֵאִי קִנְיָ וּמכ"ש אִם נִימָא דְּדִינָא הוּא שְׁיָכוֹל לְחֹזֵר מְמָה שְׁהַבְּטִיחוּ לְהַלוּת א"כ אֲפַתִּי לֹא קִנְיָ וְאִיךָ תֵּאמַר שְׁזֵה לֹא יוֹכֵל לְחֹזֵר מְפָנִי שְׁקוּנָה וְה"ז פְּתוּלָה עֲצָמוּ בְּחֹגְרָתוֹ א"ו דְּאִין זֵה עַנְּנִין לְקִנְיִית הַמְּשִׁכּוֹן דַּע"פ שְׁנֵא' דְּבַשְׁעַת הַלְלוּאָה לֹא קִנְיָ מְשִׁכּוֹן כָּלִל אִף לְעַנְּנוּ זֵה שְׁיָהָא נְחָשׁב קַצַּת כְּשִׁלּוֹ מ"מ פִּינוּן שַׁע"כ פְּקוּנָה אוֹתוֹ שְׁיַשְׁתַּעֲבֵד לוֹ זֵה הַמְּשִׁכּוֹן עֲבוּר הַמְּעוֹת שְׁיַתֵּן לוֹ הָרִי הוּא מְתַחֲיֵיב לְתַת לוֹ דְּמִי הַשִּׁינָה עֲבוּד לְבַעַל הַמְּשִׁכּוֹן וְכֵן הוּא בְּקַרְקַע ג"כ שְׁנַתְחַיֵּיב בְּמַעוֹת מְחַמַּת שְׁיַרְד בְּמַשְׁכּוֹנָא וְזָכָה בְּשִׁינָה עֲבוּד זֵה וּבְזֵה אִין מְקוֹם לְחַלְק בְּאַמַּת בִּין קַרְקַע לְשִׁינָה עֲבוּד קַרְקַע דְּכָל מָה שְׁאֲדָם זוֹכָה מְחַבְּרִו בְּתוֹרַת מְכִירָה הוּא מְתַחֲיֵיב בְּדָמִיו מִיָּד שְׁזָכָה זֵה לְשַׁפְּנִגְדוֹ בְּתוֹרַת חַיִּיב וְאִף מְטַבֵּעַ וּפְיִרוֹת וְטוֹבַת הַנָּא' וְכָל דְּבָר שְׁאִינוּ נוֹהֵג בְּחֲלִיפִין הוּא מְתַחֲיֵיב בְּדָמִיו מִיָּד שְׁיַזְכָּה זֵה בֵּא' מְדַרְכֵי הַקִּנְיִית וְאִף הֶרְשֵׁב"א בְּתַשׁוּבָה שְׁהִבִּיא הַב"י נִרְאָה שְׁמוּדָה לְזֵה אֲלֵא דַּס"ל דְּאִין שְׁטָר וְקִנְיָן קוּנָה כָּלִל פְּסָף ע"ש: וְאִמְנָם דְּבָרֵי הֶרְשֵׁב"א בְּזֵה צְרִיכִין בְּיָאוּר דְּהָא וְדָאִי שַׁע"כ שְׁנֵא' דְּקִנְיִית קַרְקַע אִינָה רַק בְּכֶסֶף מ"מ הָא וְדָאִי דְּמַשְׁתַּעֲבָד' בְּשִׁטְר אוֹ בְּקִנְיָן וְהָרִי הֵם פִּירְשׁוּ הֵךְ דְּשִׁטְר אֲקִנְיִית' הִינּוּ שְׁטָר קִנְיָן וּמְשַׁתַּעֲבָדוֹת נְכָסִי מִיָּד אַע"פ

שלא לנה וכן מוכח בדוכתי טובי ומה ענין קניית קרקע בתורת מכירה לכאן וצ"ל דהרשב"א ס"ל דנדאי מחמת שיעבוד הנכסי לחוד לא נתחייב זה במעות כמבואר בתשובת הרשב"א סי' אלה וד' ונהביאו הש"ך שכ' וז"ל וכ"ת שאני הכא דאיפא שטרך וקנה המלנה נכסי הלנה לשיעבוד חובו דהא קי"ל שיעבודא דאורייתא אי משום הא מ"ט דמ"ד שמלנה יכול לחזור כו' ודוקא בהחזיק במשכונא ס"ל דהוי קצת פועין מקר וכ"כ להדיא שם בתשובה ומיהו אם המלנה ירד למשכנתו ונכה בקרקע לא הנה יכול לחזור שהרי כבר נתחייב במעות עם ירידתו בתוך המשכונא דדומיא דמקר הוא דלא עייל ונפיק אזוי (ועיין סי' קצ"ה בשם הרשב"א דחזקה לחוד מועיל כל דלא עייל ונפיק אזוי) ונראה הא דמדמי לה למקר היינו משום דכיון שזה החזיק במשכונא זו לאכול פירותיו בנכיתא והוי כמו שוכר קרקע מחבירו ושכירות יש לה כל דין מכירה הלכך פיון שהחזיק בה הוי כמו שוכר שקנה הקרקע בחזקה ונתחייב בשכירות וה"נ נתחייב להלוות לו המעות שהם שכירות הקרקע משא"כ במשכונא דמטלטלין מה בכך שהחזיק במשכונא מה"ת לא יאה יכול לחזור בו וכבר כתבתי דלא שייך בזה ב"ח קונה משכון שהרי לא נתן המעות עדיין ויש לי אריכות דברים ולקצר אני צריך וצ"ע: ועכ"פ אין ביו הרמב"ן להרשב"א אלא דמר סבר שמועיל על מה שקנה הנכסים לשיעבוד שיתחייב בדמיהן ומר סבר דאינו מתחייב בזה אבל בתורת חליפין ליכא למ"ד שיועיל.

ואמנם אף בתורת חיוב אין נלפע"ד שאם קנה קרקע וכ"ש חפץ שיועיל מה שנתן שט"ח עליו. ומ"ש המבי"ט שמתחייב הוא לתת הצמר שקנה ולדעת הש"ך עכ"פ מחויב ליתן לו הצמר אינה שיהיה ולענ"ד צ"ע בזה דע"כ לא קאמר הרמב"ן רק לענין פיון שזה קיבל עליו קנין ושיעבוד נכסיו לחבירו עבור סך מעות נתחייב לו עי"ז הסך הזה משא"כ בצמר וכה"ג שעשה עמו מקח למפור לו צמר בכך וכך מעות ולא עשה שום קנין בצמר רק שנתן לו שט"ח על המעות ובשטר לא נזכר צמר כלל רק שמשעבד נכסיו עבור סך מעות כמה יקנה זה הצמר וקנין אין כאן שטר אין כאן וא"ל שקונה בכסף פיון דנדאי אין שטר זה במקום כסף ממש רק שע"י שיעבוד הוא מתחייב לו בסך כך וכך מעות והוי כאילו המעות אצלו מלנה ע"פ וכמ"ש הריב"ש בס"י קס"א לענין שטרי אקנייתא וא"כ הא קי"ל דבמלנה לא קני וקמו בקדושין ועיין בש"ך ח"מ סי' ק"ץ בענין מעשה שבא לפניו בא שקנה קרקע בממרי שהי' לו על לוי וכ' דיש שרצו לומר דלא קנה הואיל ואין גופו ממון ומסיק דלענין מקר לא תלי בהכי ושפיר קני כל שאין המוכר יכול לחזור ולמחלו ע"ש ונראה דזה דוקא בשטר שיש לו על אחרים אבל בנותן שטר על עצמו לא שהרי הש"ך למד זה מקדושין ובקדושין קי"ל דאם נתן שטר על עצמו אינה מקודשת וכמ"ש מהראנ"ח ראי' זו וכ"כ הרשב"א להדני' בטעם הדבר בקדושין דף ח' גבי מנה אין כאן כו' ואפי' אמר הריני חייב לה בקנין והתקדשי לי בו אינה מקודשת דמנה אין כאן אלא מלנה ולא קנה ואפי' כתב לו שטר עליו אינה מקודשת וכמ"ש גבי מה לכסף שפן פודין כו' עכ"ל וא"כ גם לענין קרקע לא קנה מה"ט גופא שאין כאן מנה אלא מלנה וכ"כ בדף ה' בהא דמה לכסף כו' דאילו האומר לאשה הרי את מקודשת לי במנה ומחייב אני עצמי לה בשטר באותו מנה אינה מקודשת דמנה אין כאן ושטר אין כאן שהרי אינה מקודשה בשטר (ור"ל כדן קדושי שטר שיכתוב הרי את מקודשת לי) אלא במנה ומנה אין כאן כו' עכ"ל והיינו טעמא נמי שייך לענין מכירה וכדאמרינן התם בני ר"ה זבין אמתא

אוֹתֵיבוּ נִסְכָּא עֲלֵי וְאִמְנָם הָרִיטְבָּ"א ו"ל שֵׁם פִּי דְטַעְמָא מְשׁוּם שְׁלֵא קָדַם לֹו חַיִּיב שְׁנַתְחַיֵּיב בּוּ דָאזְ אִין הַמְשַׁכּוֹן נְשַׁתְעַבְד כּו' וְכֹן הִדִּין בְּמִכְר וּבְכָל דְבָר פְּגוֹן שְׁאָמַר לְחַבְרִי אִתְּנִי לֵה מְאֵתִים זֵוּ וְהָרִי לֵה מְשַׁכּוֹן עֲלֵיהֶם וְלֹא זָכָה כָּלֵל כּו' וּלְפָ"ז אֶפְשָׁר דְדִנְקָא בְּמְשַׁכּוֹן אִתְּמַר אָבֵל בְּשֵׁטֵר שְׁמַשְׁעַבְד עֲצָמוּ בּוּ פְכֶסֶף דְּמִי וּכְמ"ש שֵׁם אַח"פ ו"ל אָבֵל אִם נִתְחַיֵּיב מְנָה בְּקִנְיָן וְחִזְר וְקִיְדָשָׁה בּוּ אוּ שְׁלֹוֹקִים מְמַנּוּ שְׁדָה אִשָּׁה מְקוֹדָשָׁת וְשְׁדָה מְכוּרָה עַכ"ל וְא"כ מַה לִּי נִתְחַיֵּיב בְּקִנְיָן אוּ בְשֵׁטֵר וְרֵאִיתִי בְּמַתְנֵה אֶפְרַיִם שְׁהִרְגִישׁ בְּזָה שְׁבַמְחַלְוֹקַת הִיא שְׁנוּיָה בֵּין הָרִשְׁבָּ"א וְהָרִיטְבָּ"א: וְאִמְנָם מ"ש שְׁמַדְבְּרִי הָר"ן ו"ל שְׁכ' טַעְמָא מְשׁוּם דְאֵגִיד גְּבִי דְבַעַל א"כ אֶפְשָׁר דַּה"ט מְשׁוּם דְמַקִּישׁ הַנְּיָה לִיצִיאָה לְעִנְיָן זֶה אָבֵל בְּמִכְר אֶפְשָׁר דְיִוְדָה שְׁיִוְעִיל.

דְּבָרֵי תְמוּהִים וּבְמַחְכ"ת אִישְׁתְּמִיטְתִּי דְבָרֵי רַבִּינוּ מֵהֵרִי"ט בְּחִידוּשֵׁי לְקִדּוּשֵׁין עַל הָרִי"ף שְׁהוֹכִיחַ מֵהֵר דְאִמְתָּא שֵׁא"א לֹוּמַר פֶּן וְכ' דְגַם בְּקִדּוּשֵׁין לֹא אִמְרִינוּ הֵר סְבָרָא דְאֵגִיד גְּבִי רַק בְּגִירוּשֵׁין מְטַעְמָא דְכָרִיתוֹת בְּעִינָן (וְהֶאֱרַכְתִּי בְּזָה בְּתִשׁוּבָה אַחַת בְּעִנְיָן זֶה) וְלֹא בָּא הָרַמְבָּ"ן אֶלָּא לְחַלְק וְלֹוּמַר דְכַה"ג שְׁלֵא יֵצֵא עַדִּין מְרִשׁוּתוֹ לֹא חֲשִׁיב נְתִינָה וְה"ה בְּקַרְקַע וְעַבְד דְּמִקְנֵי בְּכֶסֶף נְתִינָה מְעַלְיָא בְּעִינָן כּו' (וְאֶפְשָׁר דַּה"מ"א דִּנְקָא מֵהָר"ן דְּיִיק וּכְמ"ש בְּמֵהֵרִי"ט דְּמֵהָר"ן מְשַׁמַּע מִדְכ' בְּדְבָרֵי הָרַב"ד וְדַכּוֹנְתָה הָא דְאָמַר בְּסִמּוּף פְּרִיטִי אִין פָּאן כּו' מְשַׁמַּע דְאֶלִּיבָא דְהָרַמְבָּ"ן לֹא הָוִי הָא דְבְּסִמּוּף דַּכּוֹנְתָה מְשׁוּם דַּל"ש אֵגִיד לְעִנְיָן מְמוֹן כּו'.

אָבֵל לְעַנ"ד דְקִדּוּק קְלוּשׁ הוּא זֶה וְאֶדְרַבָּה י"ל דְלֵהֲרַמְב"ן הָוִי פְּשִׁטָּא לִי דְחַד טַעְמָא הוּא מְשֵׁא"כ לְהָרַבָּ"ד הָא אֶפְשָׁר לֹוּמַר פִּינּוּן שְׁהוּא קוּנָה אֶצְלוּ דְבָר וּמִתְחַיֵּיב בְּדְמִי שְׁפִיר מְשַׁתְעַבְד הַמְשַׁכּוֹן שְׁנַתְנִי עֲלֵי קַמ"ל דַּכּוֹנְתָה גְּבִי פְּרִיטִי כּו' וְכ"נ מְדְבָרֵי הָרִיטְבָּ"א ע"ש: וְדָרָךְ אֵגֵב אַעֲזֵן וְאוֹמַר שְׁתַּמְהֵנִי עַל מֵהֵרִי"ט בְּחִידוּשֵׁי לְהָרִי"ף שְׁכ' ו"ל וְרֵאִיתִי לְרַבִּינוּ יִשְׁעִי מְטָרְאֵנִי בְּתוֹס' (וְהוּא תוֹס' רִי"ד) שְׁכ' ו"ל קִשְׁיָא לִי טוּבָא כּו' עַד וְזֶה רַצָּה לְקִדְשָׁה בְּתוֹרַת חֲלִיפִין שְׁיִתְחַיֵּיב הוּא בְּדָמִים וְלֹא יוּכַל לְחַזֵּר מִחַיִּיב הַדָּמִים וְכִינּוּן דְזֶה א"א שְׁיִתְחַיֵּיב אֶלָּא מִתּוֹרַת חֲלִיפִין אִתְּעַקֵּר לְהוּ מִתּוֹרַת קִדּוּשֵׁי כְּסָף וְקָמוּ בְּתוֹרַת חֲלִיפִין כּו' אָבֵל כְּשִׁרְוּצָה לְקַיִים הַדְּבָר שְׁלֵא יִחְזִיר כּו' מִתּוֹרַת חֲלִיפִין קָאִתִּי וְלְכַאוּרָה תְּמִי' דְלְעִנְיָן שְׁלֵא יִחְזֵר עַל הַדָּמִים שְׁיִתְחַיֵּיב מַה מוֹעִיל הַסּוּדָר שְׁנוֹתָן לֵאשׁ' שְׁהָרִי פְּלִי זֶה שְׁל מְקַנָּה וְדִנְוּקָא גְּבִי קַרְקַע שְׁקוּנָה הַקַּרְקַע ע"י הַסּוּדָר: שׁוּב רֵאִיתִי שְׁדְבָרֵי נְכוּנִים וְאֵה"נ קָאִמַר דְכִינּוּן דְלְעִנְיָן שְׁלֵא יוּכַל לְחַזֵּר ע"כ לְמִיִּתִּי עֲלָה בְּתוֹרַת חֲלִיפִין דְהֵינּוּ שְׁהֵאִשָּׁה נִקְנִית לֹו בְּתוֹרַת חֲלִיפִין כְּמוֹ בְּקַרְקַע וְעִי"ז לֹא יוּכַל לְחַזֵּר מִחַיִּיב הַדָּמִים וּבְקָאִת אִין אִשָּׁה נִקְנִית בְּתוֹרַת חֲלִיפִין וְכֹן מְבוֹאֵר מ"ש אַח"פ וְאֵעַפ"כ אֲנִי מְהַסֵּס כּו' אִם הַק"ס גּוֹרֵם וְכֹן י"ל שְׁאִם אָמַר לְאִשָּׁה הַתְּקַדְשִׁי לִי וְאִתְחַיֵּיב לֵה כּו' ע"ש: וְתַבְנָא לְדִינָא דְקוּנָה קַרְקַע וְנוֹתָן שְׁטֵר עַל הַדָּמִים לְדַעַת הָרַמְבָּ"ן אִין זֹו נְתִינָה פִינּוּן שְׁהַפְסָף לֹא יֵצֵא מְרִשׁוּתוֹ וְמַה שְׁזָה מִתְחַיֵּיב בְּדָמִים שְׁהִי הַמּוֹכֵר מְחַוֵּיב לִיתָן בְּעַד שְׁטֵר זֶה לְדַעַת הָרַמְבָּ"ן בְּזָה א"י לְקַנּוֹת דָּאָף אִם יֵשׁ לֹו מְלָנָה בְּיַד הַמּוֹכֵר לֹא קָנָה פְּדִיאִי בְּסִי' קַצ"ט.

וְלְכַאוּרָה הִי אֶפְשָׁר לֹוּמַר לְפִי מַאי דְאִיתָא הָתָם דַּעַת קַצָּת פּוֹסְקִים דְבְּמְלָנָה הַבָּאָה מִחַמַּת מְכָר שְׁפִיר מְצִי לְקַנּוֹת א"כ אֶפְשָׁר דְבַכַּה"ג כְּמְלָנָה הַבָּאָה מִחַמַּת מְכָר דְמִי שְׁע"י שְׁזָה

שִׁיעָבָד לוֹ נִכְסָיו וְשִׁנְעָשָׂה מְעוֹת זֶה אֵצֶל הַמַּלְנָה כַּמַּלְנָה ע"פ שְׁפִיר קָמוּ מִטְּלָטְלִין וְקָרְקָעוֹת בְּדִין זֶה.

ולפי"ז הַ מְלֵתָא בְּמַחְלֻקָתָהּ הִיא שְׁנוּיָא כַּמְבֹאָר בְּסִי' קצ"ט ולפ"ז אֶפְשָׁר לְדַחֹת רְאִיָּתָהּ מֵהֵרָאנָא חֲמִישִׁין הֲבֵן וְקִידוּשִׁין וְגַם מְעָבָד דְּלַעֲגֵן פְּדִיּוֹן הֲבֵן וְקִידוּשִׁין וְכַה"ג נִרְאָה דְּכ"ע מוֹדִיא דְּאִין לְחֻלְקָא וְאִף מְלָנָה מְחַמַּת מְכָר לֹא מְהַנִּי וְהַלְכָּהּ לֹא מְהַנִּי שְׁטָרָא מִשְׁא"כ פֶּאן אֲבָל נִלְעַנ"ד דְּהֵדִין דִּין אֲמַת דְּגַבִּי פְּדִיּוֹן הֲבֵן וְבִקִּידוּשִׁין לֹא מְהַנִּי מְלָנָה מְחַמַּת מְכָר וְגַם פֶּאן י"ל דְּלֹא מְהַנִּי פֶּאן שְׁט"ח דִּי"ל טַעֲמָא עֲפִמ"ש ה"ה בְּפ"ה מֵהֵל' מְכִירָה וּא"ת בְּמָה יִקְנָה וְהָא הֲנִי מְעוֹת לִיתְנִיָּהּ בְּעוֹלָם אִיפֹא לְמִימַר פִּינּוֹן דְּמַחְמַת מְכָר גִּינְהוּ הו"ל פֶּאֲיִלוֹ לֹא נִתְחַיֵּיב לוֹ מְעוֹלָם בְּמְעוֹת וְכִאֲיִלוֹ הִתְחַלִּיפוּ פְּרָה בְּשׁוֹר דְּכִינּוֹן שְׁמִשְׁפָּה הָא' כו' ולפי"ז זֶה שְׁיִיף דְּנֻקָא בְּמַלְנָה הַבָּאָה מְחַמַּת מְכָר מִמֶּשׁ אָנוּ דְּנִין פֶּאֲיִלוֹ מְחַלִּיף עֵתָהּ הַמְּטָלְטְלִין עֲצָמָן שְׁהַמְּלָנָה הוּא מְחַמַּתָּן מִשְׁא"כ בְּזֶה דְּבִאֲמַת מְעוֹת אִין פֶּאן וְגַם מִטְּלָטְלִין מְעוֹלָם לֹא הִי פֶּאן וּא"כ חֲזַרְנוּ לֹמַר דְּהֵנִי כַּמְחַלִּיף עַל הַשְׁיָעָבֹוד קָרְקָעוֹת שְׁהַמְּלָנָה בָּא מְחַמַּתָּן נְהָרִי כְּבָר פְּתַבְתִּי שְׁשִׁיעָבֹוד הַקָּרְקָע אִין בּוֹ תוֹרַת חֲלִיפִין: וְעֵתָה אָנִי בָּא בְּדַבְרֵיךָ לְמָה שְׁאֵתָה סְבוּר דְּכִינּוֹן שְׁזֶה כּוֹתֵב לוֹ שְׁטָר וּמְקַנָּה לוֹ נִכְסָיו וְשִׁיעָבֹודוֹן קָנָה הַחֲפִץ בְּחֲלִיפֵי הַש"ק א"כ צָרִיף אֵתָה לֹמַר שְׁמָה שְׁזֶה קוֹנָה הַש"ק הֵנִי פֶּאֲיִלוֹ נִתְּן סוּדָר לִידּוֹ שְׁהָרִי גַבִּי חֲלִיפִין נְמִי נְתִינָה בְּעִינּוֹ דְּכִתִּיב וְנִתְּן לְרַעְהוּ וְכִדְאִית' בְּב"מ דָּף ז' אֲבָל הֵכָא נְתִינָה בְּעִינּוֹ וְהָא אִיפֹא וְכֵן מְבֹאָר בְּדָף מ"ז ע"ש בְּתוֹס' דֹּאע"ג דְּנְתִינָת מְמוֹן ל"ב מ"מ נְתִינָה בְּעִינּוֹ כְּמוֹ וְנִתְּן בְּיָדָהּ דְּגַבִּי גִט וּא"כ דְּש"ק שְׁמַקְנָה מְקַרִי נְתִינָה א"כ לְמָה לֹא יוֹעִיל גַבִּי פְּדִיּוֹן הֲבֵן וְקִידוּשִׁין וְשְׁפִיר הִבִּיא מֵהֵרָאנָא חֲרָאִי מִשְׁם דְּכַה"ג לֹא מִקְרִי נְתִינָה דְּמ"ש דְּטַעֲמָא דְּשָׁם ל"מ מְשׁוּם דְּמַתְּנוֹת פְּהוֹנָה ל"מ חֲלִיפִין וְאִשָּׁה נְמִי אִינָה נִיקְנִית בְּחֲלִיפִין.

דְּבָר שְׁאִינוּ פְּתַבְתִּי. דְּמָה עֲנִין חֲלִיפִין בְּזֶה דֹּאטוֹ אָנוּ צָרִיכִין לֹמַר שְׁיִהָא הֲבֵן פְּדוּי בְּתוֹרַת חֲלִיפִין אוֹ הָאִשָּׁה אָנוּ הֵכִי קִאֲמַרִינּוּ אִי אִיתָא דְּכַה"ג נְתִינָה מִקְרִי א"כ גַבִּי אִשָּׁה וּפְה"ב מ"מ יִהָא קְרוּי נְתִינָה וּמָה בְּכַהּ דְּנְתִינָה פְּתִיב בְּהוּ בְּחֲלִיפִין נְמִי נְתִינָה פְּתִיבָה וְקִאֲמַרְתָּ דְּכַה"ג נְתִינָה חֲשִׁיב אַע"כ שְׁזֶה אִינוּ קְרוּי נְתִינָה פִּינּוֹן שְׁגוּף הַכֶּסֶף אֲגִיד גַבִּי' א"כ גַם לַעֲגֵן קִנְיָן דְּעֵלְמָא נְמִי לֹא מְהַנִּי דְּלֹא נְתִינָה הוּא.

וּמ"מ שְׁפִיר קִאֲמַר הַרְמַב"ן דְּמַחְמַת נְתִינָה נִתְחַיֵּיב לְהַלוֹת לוֹ דְּלַעֲגֵן זֶה ס"ל דְּנַחֲשֵׁב כַּמְזוּכָה לוֹ קָרְקָע בְּתוֹרַת מְכָר וְזֶה מְתַחַיֵּיב בְּדַמִּי: וְהִנֵּה גַם לַעֲגֵן עָבָד פְּתַבְתָּ הָא דְּמִשְׁמַע מְתוּס' רִי"ד דְּלֹא מְהַנִּי שְׁטָרָא אֲדַמִּי מְשׁוּם דְּמַהֲרִי"ט וְהַמ"ל כ' דְּאִין נִקְנָה בְּחֲלִיפִין וּבִאֲמַת מ"ש בְּמַהֲרִי"ט ז"א דְּהֵכָא לַעֲגֵן שְׁיִקְנָה עֲצָמוֹ וְאֲדַרְבֵּה מְבֹאָר בְּדַבְרֵי בְּמַהֲדוּרָא שְׁנִי בְּב' מְקוֹמוֹת דְּמַהֲנִי וְכ"כ הַמ"ל בְּשָׁמוֹ.

אִף הַמ"ל גּוֹפ' כ' דְּלַפְמ"ש הַרִיטְב"א בְּדָף י"ד מְבֹאָר דָּאם אִיתָא שְׁקוֹנָה עֲצָמוֹ הִי נִקְנָה ג"כ וְאִנִּי תְּמַה דְּהַרִיטְב"א שָׁם כ' בְּס"ד אֲבָל בְּאֲמַת פְּרִיף ע"ז אֶשְׁפָּחֵן אָמָה הַעֲבָרִי' כו' וּפִי' הַרִיטְב"א דְּהַש"ס הוֹכִיחַ דְּאִין זֶה תְּלוּי בְּזֶה דֹּא"כ ל"ל וְיִצְאָה וְהִיתָה כו' וּלְפ"ז אִף לְהַרִיטְב"א י"ל דְּדוּקָא לַעֲגֵן שְׁיִזְכּוּ בּוֹ אַחֲרִים אִינוּ מוֹעִיל מִשְׁא"כ לַעֲגֵן לְזָכוֹת בְּעֲצָמוֹ כְּמ"ש מַהֲרִי"ט לְהַקְשׁוֹ' עַל הַרִיטְב"א וְאֲמַנָּם אִף לְפִי דְּעַת הַמ"ל נִרְאָה שְׁאִין דְּבָרֵי אַמּוּרִים כ"א בְּחֲלִיפִין הוּא שְׁיִשׁ מְקוֹם לְבַע"ד לְחֻלְקָא עֲמ"ש מַהֲרִי"ט לְחֻלְקָא בִּין מְחַל עַל גְּרַעוֹנוֹ בְּדַבְרֵי וּבִין מְחַל בְּקִנְיָן מִשְׁא"כ בְּזֶה שְׁמַקְנָה לוֹ קָרְקָעוֹתָיו לְשִׁיעָבֹוד שְׁעוֹלָה

במספר הגרעון רק שמקנה לו בתורת ש"ק אין זה ענין לקונה עצמו בתליפין ואין להאריך: ולעיקר הדין נ"ל דאם כותב בפשטר השיעבוד עבור המעות המגיע לו ורוצה שיקנה הספץ בתורת תליפין ודאי ל"מ פיון שפשטר כ' שהשיעבוד תמורת מעות ואיך יקנה הספץ בתור' תליפין הרי אין זכרון לחפץ כלל וגם אם כותב בפירוש שמשעבד קרקעותיו עבור ספץ פלוני י"ל דל"מ כמ"ל דש"ק אינה נקנה בתליפין ואין נעשה תליפין ואם רוצה לקנות בתורת דמים לכאורה במחלוקת שנוי' בהוא דמנה אין פאן ולדברי הריטב"א לכאורה קנה (ומ"ש בש"מ ב"מ דע"ז בשם הריטב"א הנה המח"א הזכיר דברי הריטב"א הללו) ואם יהי' ד' עמדי לעמוד על חוקי דין הלז אבא בארנפה איה' בכמה סוגיות וכעת לפי הפנאי הוצרכתי לקצר בשגם כי בינתיים בספרי' נראיתי בקצה"ח סי' ל"ט שעמד ג"כ על קצת פרטי דין הנה וקצת דבריו מגומגמים וארשום לה קצת תדא מ"ש וראיתי בתוס' רי"ד כו' וכ"כ הריטב"א מיהו מלנה לאו היינו פספ' כו' ואשתבש פהנא שאדרבא הריטב"א ס"ל כפי' הראב"ד והוא דעת התוס' והרא"ש שכ' מקודם כמבואר בד"ח וע"ש שכ' דלא מחנור שיהא דין זה פדין מלנה שהי' ת"י קודם לכן כו' וכן בב"מ מבואר בדבריו החילוק בין מלנה דמפבר בין מה שזקוף עתה וא"כ מ"ש הריטב"א בד"ט מיהו מלנה לאו פספ' הוא הפנונה מהנפך ממה שהבין הקצה"ח ור"ל דזקא בכותב שטר על הדמים דהיינו שהעבד מתחייב עכשיו עבור גרעונו ואין לזה שם מלנה שענין מלנה הוא להיפך שמגיע להעבד ממנו וע"ז פרי' שפיר דהיינו פספ' משא"כ מלנה ר"ל אם מגיע להעבד מלנה אצל האדון לאו היינו פספ' וכן מבואר שהבין במח"א: ומצאתי בריטב"א בחידושי פתובות דף צ"ב ע"ב ד"ה ואמר רב"ח כו' וזקפו במלנה שביאר להדיא שקונה במלנה שמתחייב בה עכשיו דפרעון גמור הוא וקונה מדין פספו כו' דדינא קמא פשיטא דפרעון פספ' גמור הוא חשיב זקיפא במלנ' עכ"ל ועיין בחידושי שם בפ' הנושא ד"ה א"ה אמאי אין בנו פדוי כו' וזקיפת מלנה פפרעון חשיב ואפ"ת שאין פדוי מהשתא כו' משמע דלא ברור ליה כ"כ ויש לדחות וע"ש שיש ט"ס בדבריו ואין להאריך שדעת הריטב"א מפורשת דמלנה שנתחייב בה עכשיו ל"דלמלנה שבידו מפבר וקונה מדין פספ' וכמ"ש ג"כ בב"מ וטעם החילוק ע"פ מ"ש הריטב"א בקידושין ד"ה טעם דמקדש במלנה אינה מקודשת דכיון דלא אמר בהנאתה ודעתה אזוי הו"ל מקדש בדבר שאינו שלו דמלנה להוצאה כו' ואין למלנה בה פלום אפ"ל הגיע זמ"פ כו' וזה ל"ש במחייב עצמו עכשיו: אמנם מדברי התוס' שם בכתובות משמע דהא דזקפו אינו רק לענין עייל ונפיק אזוי וכן מדברי הר"ן והרא"ה והריב"ש נראה שהקנין הנה בשעת המכר רק פיון דלא קני עד שיסון דמים לזה מועיל זקפו ואפשר דשטר על הדמים שאני והתם זקפו סתמא קתני ויש לפלפל בזה הרבה.

וגם מ"ש להקשות דאם אגיד ביה מועיל בתליפין א"כ גבי אמתא קנה בתליפין ואין זו קושיא כלל דהתם לאו בתורת תליפין קנהין ואה"נ אי הוי יהיב בתורת תליפין דמהני ואע"פ שאינו נותן הטפא לתליפין הא דעת רוב הפוסקים דגם סודרא אי תפיס ביה לא מתפיס (ומ"ש בשם הב"י בסי' ר"ג בשם הרמב"ן הוא ט"ס וצ"ל הרמב"ם ולפ"ז אין משם ראי' דאדרבה הרמב"ן ס"ל להיפוך כמ"ל): ואמנם בעיקר הענין דמסיק התם הוא נכון דבאמת אין דעת הרמב"ן כלל דמחוייב להלוות מתורת תליפין רק מתורת דמים וכמ"ל באריכות משא"כ לקנות ע"י שט"ח אינו יכול לא מתורת תליפין שהרי אין גופן

ממון ומקצה"ח משמע דאף בגופו ממון כגון נספא פיון דאינו מוציא מרשותו לגמרי אינו בתורת חליפין וליתא כמ"ש דכל סודר אינו יוצא מרשותו ונהדר למארי' ואין ראוי לקנות בו רק בממון או שיעבוד הפתוב בו וזה אגיד גביה ועוד טעם שפתבתי לעיל) וגם לא מתורת דמים וכמש"ל ועת לקצור: והנה מ"ש על בה"ג לרב האי ז"ל בענין אותיות נקנין במסירה שפתב דתלוי בהא דע"מ פירתי זו שאילת ראשונים וכבר עמד בזה הגאון מוהר"ר ישעיה מטראני בס' המכריע סימן ק"א וכאן קצר המצע ואי"ה פשאפנה אשנה ב"נ פרק זה בארובה וכל שאלות שיש לה לשאול שאל וכמותה ירבו שאלים בישראל ואנכי לא אחשנה מלהשיבה פיד ה' הטובה.

דברי ש"ב ובד"ז: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה כא שאלה ראובן עשה מעמד עם שמעון שיעמיד סחורתו למקום אחד על אחריותו ושמעון התחייב למסור לו הסחורה שהוא במקום שהוא בשלימות וע"ז יתן לו משכון רק.

שלא יהא המשכון תחת ידו רק ביד לוי שהוא יהיה שלישי על החפצים האלו שנותן למשכון וכן נעשה והושלשו החפצים האלו של שמעון תחת יד לוי ולוי נתן לראובן פתב שלישות ע"ז ולפי שהענין אחריות הוא מחמת העברת מקס לא פירש בכתב השלישות רק נכתב בתוכו שאחר פלות י"ד ימים מי שיביא לו הפתב בתתימת ידו מחייב למסור לו החפצים או סף פלוני והלה שמעון עם הסחורה והצליח שהביא בשלום ומסרה ליד ראובן והחזיר הפתב ליד שמעון.

ואחר איזה ימים עשו ראובן ושמעון שנית מעמד בניהם בלי ידיעת לוי השלישי ומסר ראובן לשמעון סחורה על אחריותו. ועל סוף הבטחון הפונח ביד לוי וראובן מסר הפתב בחת"י לוי לשמעון בלי ידיעת לוי ולא עלתה בידו בשני' ונלקחה הסחורה על בית המכס ועתה בא ראובן ותובע את לוי שימסור לו הבטחון או תמורתו כפי הפתב ולוי משיב שהוא יש לו חוב אצל שמעון ובראשונה גתרציתי שלישי ביניכם שאם ינפסד הסחורה אמסור לה הבטחון ואחרי שהושלם התנאי בפעם ראשונה ומסר לה הסחורה בשלימותה נתבטל ענין השלישות והפתב וחזרו החפצים שהם להיות פקדון בידי והיה רשות בידי להחזיר החפצים לשמעון אחר שנתברר לי שהשלים תנאף אף אם לא היה מחזיר לי הפתב שלא נעשה אלא לאמתת הדבר.

והפתב הלז הוא חספא בעלמא ונמחל חיובו ושיעבודו של המשכון ותפסתי החפצים האלו שהם פקדונו של שמעון על החוב שלי ומה איכפת לי במעמד השני שעשית עמו בינו לביןך והבטיחך על החפצים האלו ואת פי לא שאלת ואני זכיתי בו תחילה להיות קונה המשכון ושיעבודי קודם ולא כל כמיניה דשמעון לשעבדם לאחר וע"ז הגישו דברי ריבותם לפני ה'ב"ד.

ושאלוני לחוות דיעי היכי לידניני דייני להאי דינא: תשובה נראה ברור דהדין עם השלישי שמאחר שעל אחריות הסחורה שהושלש המשכון מתחלה ע"ז כבר פקע השיעבוד והעמיד הסחורה לידו כפי תנאו ונסתלק שם משכון מעליו ונעשה פקדון אצל השלישי מה"ת לא יהיה יכול לתוספו על חובו ומה שזה חזר ושמעון שנית לראובן בשביל אחריות הסחורה שקיבל ממנו שנית אין זה פלוס ולא כל כמיניה לאפקועי תפיסת

השליש על חובו דא"כ בכל תפיסת בע"ח מטלטלין לחובו ילך זה וישעבד אותם לאחד למשכון.

ואפילו מכירה לגמרי אינו מועיל לו להוציא מיד התופס ומכ"ש שעבוד ואע"פ שזה לא ידע שהוא חייב לזה ותופסו בשביל חובו. ולכך נתרצה לקבל למשכון שנית מה איכפת ליה לזה השליש פינון שלא שאל את פיו אם עוד המשכון ת"י ולא הודיע שהוא מחדש השעבוד על החפצים אלו שתחת ידו ואם היה עושה על פיו אפשר שהיה מחייב לשלם לו מדינת דגרימי פינון דעליה קא סמוך והוא לא הודיע שתופס למשכון על חוב שלו אבל אחרי שלא הודיעו פלוס אין אחריותו עליו.

וכינון שתפיסתו קודם לשעבודו של זה היא קיי"ל דאפי' בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה ומכ"ש שהוא מוקדם וקדם וגבה טרם נתחדש חוב של זה ושעבודו: ועוד נראה דאפי' אם לא היה החוב מגיע להשליש שהוא תפוס ועומד בחפצים אלו אלא בע"ח אחרים של בעל החפצים היו באים לדין עתה עם זה פינון שאין במטלטלין דין קדימה חולקין בשנה שאין לבעל הסחורה דין מלנה על המשכון כלל דדוקא במוסר ליד המלנה בתורת משכון שקנה משכון להיות שעבודו קודם.

אבל בפקדון בינד אחר ואמר הלנה להמלנה פקדון שיש לי בינד פלוני יהיה משועבד לה למשכון נראה שלא קנאו למשכון פינון שלא עשה בו שום קנין וכשם שתיקנו משיכה בשומרין ולקוחות כף צריף לעשות קנין בקניות משכון וכינון שנה לא עשה בו קנין משיכה וגם קנין מעות אין כאן שהרי לא קיבל מעות כלל רק נשתעבד לאחריות הסחורה ולא קנה בעל הסחורה המשכון להיות שעבודו קודם.

ובע"ח באים ונוטלין חלקם עמו בשנה. ומכ"ש אם זה התופס הוא בעל חוב ושיכול לתפסה בחובו דמשכון אין כאן: ועוד נראה דאפי' אם הוא מוסר ליד הסוחר עצמו על אחריות הסחורה תפצים למשכון אין שם משכון עליהם פינון דמעות אין כאן ומשיכה לא מהני רק לענין קניית הגוף אבל לא לקנות שעבוד.

וכתבו הנ"י רפ"ק דב"מ בשם הר"ן שפרש פן לשיטת הר"י הלוי שאין מטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא כשאין כאן מעות לקנות. ודוקא משכנו בשעת הלואה מעות קונות או שלא בשעת הלואה משום דבגובינא דב"ד אתו לידיה כו' ע"ש.

ולדבריו אפילו בפעם הראשון שנמסר ליד השליש להבטיח אחריות סחורתו של זה אין תורת משכון עליו דהא אפילו נמסר מיד בעל החפצים ליד בעל הסחורה אין עליו דין משכון ומכ"ש כשנמסר ליד שלישי: ועוד נראה דאם אירע איזה אונס שש"ש פטור עליו גם זה היה פטור אף ע"פ שהתנה להתחייב באונסין והא קיי"ל מתנה ש"ח להיות פשוטאל מ"מ היינו דוקא בשכנו מידו אז בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה וא"כ כאן דלא קנו מידו וגם לא שייך בההוא הנאה דקא מהימן ליה דהא קמן דלא הקנינה שהרי הוצרך לתת לו משכון ע"ז א"כ לא גמר ומשעבד נפשיה.

ולכן אף המשכון לא מהני לחייבו כדקיי"ל בקידושין דף ח' מנה אין כאן משכון אין כאן.

וכתב הרא"ש דאדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שנתחייב בו אבל בדבר שלא נתחייב לא חל שיעבוד נכסיה כו' לפיכך לא נשתעבד המשכון במשיכתו כו' ע"ש. ובח"מ סימן ר"ז ובאה"ע סימן נו"ן: ועוד נראה דאפ"י אם אינרע ענגו שהוא חייב בו מצד חיוב אחריות שקיבל עליו מ"מ פיון שאין פאן חיוב מיד בשעת מסירת התפצים למשכון אלא שאפשר שיולד איזה חיוב ע"י הפסד הסחורה מ"מ מה שמייחד התפצים למשכון שאם יארע חיוב יהיה משועבדים למשכון אין זה מועיל פיון שהחיוב עדיין לא פא לעולם וכמ"שהתוס' בכתובות דף מ"ב בייחד לו פלי למשכון שאם יתחייב פשיעמוד בדין על הקנס יגבה מפלי זה לא מהני דהו"ל דשב"ל.

וק"ו הדברי דהא התם פכר התחיל עכ"פ קצת חיוב משעת ביאה ואפ"ה הוי דשב"ל כ"ז שלא עמד בדין דאי מודה מיפטר ולכן לא מהני מה שמייחד פלי לכשיעמוד בדין ומכ"ש בזה שאין פאן התחלת חיוב פלל ואפ"י למ"ד דגבי שומרין משעת משיכה רמי שעבודא על נכסיה מ"מ אין שייך משכון ע"ז שהרי עכ"פ חיוב עדיין אין פאן לומר שמשכון זה משועבד לגבות ממנו חיוב זה ומכ"ש להסוברים דעיקר שיעבוד נכסים דשומרים משעת אונסין.

וכיון דאפתי לא מטא זימנא דחיובא בשעת מסירת המשכון לא מהני דחיובא ליתא בעולם וה"ל כמשעבד משכון אם יתחייב איזה סף וזה לא מהני דבשעת דמשעבד המשכון מנה אין פאן משכון אין פאן: מפל הלין טעמא נראה ברור שהדין עם השליש ויכול לטעון אני תפסתי בעד חובי ומה שחזרת וקבלת אותו לשעבוד משכון לא פל פמינה להוציא בזה מידי תפיסתי וכמו אם היה מייחד לה פלי שלי למשכון ממש דכיון שגביתי קודם שהתחיל שעבוד שלף לית מאן דפליג שזכיתי בו לחובי.

וכל אינה טעמי דכתיבנא נכוחים וישרים למוצאי דעת ואף פי מילי דסברא ניגהו מ"מ להפקת רצון השואל אברר הענגו בראיות נכוחות ואשא ואתן בהם קצת: ומתחלה אבאר שאין ספק בדבר שמיד שקיבל זה סחורתו שעליה שעבוד התפצים למשכון חזרו התפצים להיות פקדון ביד השליש וברשותא דמריה קיימי עד שיבא הלה ויטול את שלו ואע"פ שהשליש נתן פתב להסוחר שאחר פלות י"ד ימים מי שיביא לו הפתב יתן לו התפצים או סף פלוני.

ואותו הפתב לא הגיע לידו עדיין גם אחרי חזרת הסחורה פשיטא שאין חזרת הפתב מעלה ומוריד פלל שעיקרו של הפתב הוא לאמתת הדבר ומיד פשיתברר הדבר להשליש שזה קיבל סחורתו.

אף ע"פ שאין פתב שלישותו בידו מחויב להחזיר התפצים לבעל החפץ וכל שלא החזירם הרי הם פפקדון גמור בידו ויכול לעפכם לעצמו עבור חובו ואע"פ שאין הדברים צריכים לראיה. מ"מ אמינא לברר דהכי הוא שפן מבואר בסימן ע"ב סעיף מ"ג דאחר שפרע הלנה להמלנה ה"ל המשכון פפקדון גביה ואף ע"פ שלא החזירו עדיין לבעליו ועיין בש"ף שם ס"ק י' בשם מהרשד"ם ובס"ק צ"ז דאם צוה אביהם להחזיר המשכון ונאבד פטורין היתומים דמיד נסתלק שם משכון ונעשה פקדון (וקצת צ"ע לפי דיעות הסוברים דבמשכון לא מהני מחילה עיין לקמן סימן רמ"א.

ובמחנה אפרים דף למד ובקצה"ח סימן הנ"ל וקצרתיו): ועיין במחנה אפרים בענין משכוננו של גר שמיד דפקע ההלואה פקע קנין המשכון. ולכן במקדש במחילת מלנה מקודשת אף ע"פ שלא החזיר לה המשכון דמיד פשחל המלנה פקע שעבוד המשכון מעצמו ומכ"ש היכא שנפרע מזה מה שנתחייב לי שנתבטל שם משכון ממני לגמרי ולפי שהדברים פשוטין קצרתיו ואם מחמת שלא הוחזר לו הפתב פשיטא שאין זה מעכב מלסלק השעבוד מעל המשכון דמיד פשקיבל סחורתו נתבטל חיוב הפתב ומחוייב להחזירו לבעל המשכון או להשליש אם פבר החזיר המשכון ובשביל שעפויב הפתב ת"י לא הנכשר אחר שנפסל ונתבטל וחספא בעלמא הוא ואף ע"פ שחזר זה ושעבד לו המשכון שנית ע"פ כתב זה אין בכך פלום שאם היה נמסר לידו שנית מיד השליש גופא היה מקום לדמות זה למ"ש הסמ"ע סימן מ"ח בשם הע"ש דבכת"י שאין טורף ממשעבדי חוזר ולנה בו.

והש"ך שם פתב דאם פתב בכת"י כל מי שמוציאו גם הב"ח מודה וע"ש בש"ך הטעם דכיון שהחתום בעצמו חזר ולנה בו ואומר אתחייב לה בכת"י הרי הוא כאלו חתם עצמו מקדש ע"ש וזה שייך פשהחתום בעצמו מוסר הפתב משא"כ בזה שהשליש לא חידש מסירת הפתב כלל רק בעל החפצים מסר הפתב של השליש לבטחון שנית פשיטא דלא מהני דאפי' אם הוא נותן לו היום בשטר ובקנין שמשעבד לו את החפצים המונחים ת"י השליש לא מהני פשהשליש טוען שתפס לחובו ואפי' בלנה בכת"י שרוצה לחזור וללוות עליו פתב בסמ"ע דדוקא שלנה בו ביום דאל"כ הא קי"ל מלנה על פה מוקדם קודם למלנה בשטר מאן דע"פ למלנה ע"פ מאן דע"פ מאן דס"ל דבכ"י חוזר ולנה בו או במקום היינו לענין שיהיה מועיל שלא יוכל לטעון פרעתי פשיש בו נאמנות פמבואר שם אבל גוף החיוב מחמת ההלואה קא אתי שהלנה לו שנית אבל פאן דמחמת ההלואה שהלנה לו שנית לא נשתעבד המשכון כיון שנה תפוס בו לחובו ואם נאמר שיתפוס בו שעבוד חדש ע"י מסירת הפתב של השליש פשיטא שאינו מועיל אפי' תאמר דמה שבעל החפצים מוסר הפתב כאלו מסרו השליש לא מהני להטיל שעבוד על המשכון מצד מסירת השטר ולהוציא אותו מרשות התופס בו דפשיטא דלענין זה הני פשטר שנמחל שעבודו וגרע מיניה אבל בלא"ה הדבר פשוט דמה שהוא מוסר לו פתב השליש לאו פלום הוא אפי' לגבי בע"ח אחרים שאין להם תפיסת יד בפקדון זה דחספא בעלמא הוא: ועוד נראה דאפי' אם היה מועיל מסירת הפתב של השליש מיד בעל החפצים ועי"ז נשתעבדו החפצים לבעל הסחורה אף להוציאם מיד השליש התופס מ"מ פשיטא שיכול השליש לומר שלא היה בדעתו להתחייב בפתב זה נגד בעל הסחורה רק על פעם ראשונה בלבד לפי שהייתי צריך שיהיו החפצים מונחים אצלי וכאשר יצאתי י"ח נגד בעל הסחורה יהיה נכון לפי פטוח בחובי על החפצים הללו ועל שתחזור ותתן לו בפעם שנית על פתב ידי לא צויתי ולא עלתה על לבי וכל שנמסר שלא בציווי ה"ז פחרס פמבואר בסי' ל"ט לענין שטר בעדים וק"ו הדברים וא"ל דכיון דנכתב סתם ה"ל כאלו נתרצה על פמה פעמים הדבר מבואר בתשובת בת מהרשד"ם חלק ח"מ סימן ל"ח במי שכתב שהוא ערב קבלן לכל מי שיתן לפלוני סך פ' ונתן לו פעם שנית וטען שלא נתערב רק בפעם ראשונה וכתב מהרשד"ם שיכול לומר מה שנמצאתי ערב הוא אם יתנו לו באותו הפעם שהלה מאתי כו' אבל אם יתנו ופרע לזה

לא נתפוננתי ואיני רוצה להיות עוד ערב כו' וכ"כ בשו"ת משפטי שמואל סימן מ"ה ועיין בקצה"ח סימן ל"ח שלמד מזה דאף בממרני או שפתוב בו לכל המוציא לא מהני בגמחל שעבודו שפבר פרע עליו פעם אחת נכתב שפן נראה מהט"ז וכ"ז אם היינו אומרים שמסירת כתב השליש מועיל להוציא מידי תפיסתו של זה.

הדבר פשוט ומבואר שאין מועיל אף לגבי בע"ח אחרים ומכ"ש להוציא מיד זה שמחזיק בהם ותפסו ברשות שאין הלנה יכול למוכרם או לשעבדם לאחר כלל: וא"כ הדבר פשוט ומבואר שתפיסת השליש מועיל ואין מידו מציל ע"י טענה שנושתעבד לו שנית וגדולה מזו שאפ"י אם בפעם ראשונה האמין בעל החפצים לבעל הסחורה ומסר החפצים לידו למסור אותם ליד השליש וכאשר מסר אותם לידו ורצה ליקח ממנו פתב שלישית לא רצה ליתן לו ואמר לו שכיון שהם של פלוני אני תופס אותם לחובי שפשיטא דמהני תפיסתו כמבואר בסימן נ"ח ע"ש דכ"ע מודים בכה"ג ונראה דאפ"י אם זה המביא להשליש עמד וצונח אני נתתי לו סף פלוני על החפצים הללו מ"מ פיון שמודה שלא נמסרו בידו שיהיה ת"י למשכון רק שהאמינו שיוליכים לפלוני ויהיה הוא שליש על המשכונות וא"כ עדיין לא זכה בהם בתורת משכון כלל וכיון שכאשר באו ליד השליש לא קבלם ע"מ לזכות בשביל זה בתורת משכון כ"א קבלם לטובת עצמו ואמר לעצמי אני מציל פשיטא שאין זה מוציא מידו אף ע"פ שקיבלם בשתיקה וכן מבואר בח"מ סי' פ"ג דאם שלח עם המלנה מעות לאחרים וקיבלם בשתיקה יכול לומר אח"כ אקבלם לעצמי ומה ששקתי כדי שתתן לי המעות והש"י כתב דאפ"י מסר לו בעדים ואמר לו הולך לפלוני או תן לפלוני וכן מבואר בשו"ת תולדות אדם להרשב"א סימן ק"ג והביאה בשו"ת מהרא"ה ששון סי' ו' ודלא כאו"ת שם.

ומה שהקשה האו"ת שם מסימן רס"ט פתבתי במקום אחר ישוב נכון: ועיין בקצה"ח וקצרתי דבנ"ד נראה דאפ"י אם בעל הסחורה אמר להשליש זכה בעבורי בחפצים הללו בתורת משכון לא מהני פיון שלא נתן לו מעות רק על אחריות סחורה ואפתי לא מטא זמן חיובא ואין נופל בזה שם זכיה כלל ומכ"ש שבאמת לא אמר לו שיזכה עבורו וכיון שאין פאן זה הרי זה יכול לומר אף ע"פ שקבלתי ע"ד שיהיה לבטחון עבורי אני חוזר בי ומעכב לעצמי כמבואר בדברי הש"י באומר צא ופרע לפלוני בע"ח חובי דלא הני פזכי אף אם קיבל מתחלה לצורך פרעון הבע"ח שוב יכול לעכב לעצמו.

וכ"כ בספרנתיבות משפט לשארי הגאון אב"ד דק"ק ליסא דאם אמר לשון דלא הני פזכי פגון צא ופרע לו לפלוני וכדומה כל פמה דלא נתנם לידו יכול לעכבם לעצמו בחובו וא"צ שיהיה דעתו מתחלה לכה כו' עכ"ל וא"כ פשיטא בכה"ג בנ"ד שזה היה יכול לתפוש לעצמו בפעם ראשונה ומכ"ש פגוונא דנ"ד שפבר נסתלק השלישית והשעבוד מפעם ראשונה לגמרי לית דין צריך בשש שזה זוכה לעצמו ואע"פ שזה חזר ושעבד לזה במשכון פעם שנית לאו פלום הוא ובטעם זה לבד יש די להכריע הדין אף לרונחא דמלתא ולהתלמד במקום אחר אבאר דאפ"י אם אין השליש בע"ח רק בע"ח אחרים באים לדין אין לבעל הסחורה דין קדימה שדבר ברור הוא שאין בע"ח קונה משכון אלא א"כ בא לידו וקנה אותו באחד מדרכי הקנין שהמטלטלין נקנין בהם וכמבואר מדברי הנ"י פ"ק דב"מ שהבאתי לעיל וכ"כ הר"ן בפירק שבועות הדיינין דמשכון בשעת הלנואה

מעוֹת קוֹנוֹת וְשֵׁלָא בְּשַׁעַת הַלְלוּאָה מְשׁוּם דְּבַגְוֵיבִינָא ע"פ ב"ד אֲתִי לִידְיָה וְכֵן מְבֹאָר בַּפ"י גִּיטִין דָּף ל"ז שְׁפַתְב דְּכִינֵן דְּחֻזִּינוּ דְּשֵׁלָא בְּשַׁעַת הַלְלוּאָה קְנָה לְגַמְרֵי אַף ע"ג שְׁלָא נִתְפָּוּן לְהַקְנוֹתוֹ קְנִין גְּמוּר אַפ"ה קְנָה לְגִבְיָנָא מִדְר"י וְשֵׁלָא נַעֲשָׂה מְטַלְטְלִין א"צ בְּנִיו וְכֵן לַעֲנִין בַּע"ח מְוָקְדָם אֲלֵמָא מְשַׁעַת תְּפִיסָתוֹ קוֹנְהוּ בְּמִשְׁיְכָה לְהָא מְלֵתָא אַע"ג דְּהָוִי קְנִין לְחֻצְאִין א"כ ה"ה בְּמִשְׁכְּנֵנוּ בְּשַׁעַת הַלְלוּאָה קְנָה בְּמִשְׁיְכָתוֹ לְמַלְתָּא שְׂאָם לֹא יִפְרַעְנוּ יִזְכָּה בּוֹ לְמַפְרַע וּמַה"ט לֹא נַעֲשָׂה מְטַלְטְלִין אֲצֵל בְּנִיו וְלַעֲנִין שְׂאִין בַּע"ח מְוָקְדָם יְכוּל לְהוֹצִיא מִיָּדוֹ כּו' עֵינִן שְׂם הָרִי מְבֹאָר דְּמִטְעָם שְׁקָנָה הַמְשַׁכּוֹן בְּמִשְׁיְכָתִיהָ לְמִילְתִּיהָ לְכֵן אִין בַּע"ח מְוָקְדָם יְכוּל לְהוֹצִיא מִיָּדוֹ וַא"כ הֵיכָא דְּלִיכָא מְשִׁיכָה בְּגִוּוֹנָא דְּאִירִינֵן הֵכָא שְׁקָנָה לּוֹ פְּקֻדוֹן בְּיַד אַחַר וְשַׁעֲבָדוֹ לְמַלְנָה שְׁלוֹ בְּתוֹרַת מְשַׁכּוֹן בְּדַבְרֵים בְּעֵלְמָא לֹא קְנִי לִיהָ כְּלָל וּבַע"ח מְוָקְדָם מוֹצִיא מְמַנּוּ לְפִי שְׁלָא חָל עֲלִיו שְׂם מְשַׁכּוֹן כְּלָל: וְלְכַאוּרָה מְדַבְרֵי הַפ"י נִרְאָה דְּאַף בְּשַׁעַת הַלְלוּאָתוֹ לֹא קְנִי לִיהָ כ"א בְּמִשְׁיְכָה וְטַעֲמָא דַּאֲע"ג דַּד"ת מְעוֹת קוֹנוֹת וּבְשַׁעַת הַלְלוּאָה אִיכָא מְעוֹת מ"מ פִּינֵן דְּרַבְּנֵן תַּקְנּוּ מְשִׁיכָה לַעֲנִין מַקְח וּמְמַכָּר גַּם לַעֲנִין קְנִיּוֹת הַמְשַׁכּוֹן צָרִיף מְשִׁיכָה מְדַרְבְּנֵן עַכ"פ: אַף מְדַבְרֵי הָר"ן וְנ"י בְּשֵׁמוֹ שְׁהַבְּאֲתִי לְעִיל נִרְאָה דְּבְשַׁעַת הַלְלוּאָה מְהֵנִי מְטַעָם מְעוֹת דְּאִיהוּ ס"ל דְּקִנְיֵן מְשִׁיכָה לֹא מְהֵנִי לְמְשַׁכּוֹן שְׂאִינוּ רַק לְשַׁעֲבָד בְּעֵלְמָא ע"ש.

וְנִרְאָה דְּהָר"ן לְטַעֲמִיהָ אֲזִיל לְפִי מ"ש הַב"י רַס"י קַצ"ח בְּשֵׁמוֹ דְּשְׁכִירוֹת מְטַלְטְלִין נִקְנִין בְּכֶסֶף דְּלִיכָא לְמִימַר שְׂמָא יֵאמֵר נְשַׁרְפוּ כּו' דְּכִינֵן שְׁהַגּוּף שְׁלוֹ טָרַח וּמַצִּיל כּו' ע"ש וּלְפִי"ז נִרְאָה דַּה"ה לַעֲנִין קְנִין מְשַׁכּוֹן שְׁפִיר נִקְנָה בְּכֶסֶף לְחֻזַּד מַה"ט דְּהָא עַכ"פ אִין הַגּוּף שְׁלוֹ וּבְדַעְתּוֹ לְפָרוּעַ לְמַלְנָה וְלְהַחְזִיק הַמְשַׁכּוֹן לַעֲצֻמוֹ הַלְכָף שְׁפִיר טָרַח וּמַצִּיל אַף בַּב"י ס"ס ש"ז פְּתַב בְּשֵׁם הַנ"י פ' הַשּׁוֹאֵל דְּשְׁכִירוֹת מְטַלְטְלִין הָוִי כְּמַכִּירָה.

וְאִינוּ נִקְנָה אֲלָא בְּמִשְׁיְכָה וְכ"כ הַרְשֵׁב"א וְהַסְפִּימוּ עִמּוֹ הָאֲחֵרוּנִים: וְעֵינִן בְּשִׁטָּה מְקוּבָצָת ב"מ דָּף צ"ט שְׁפַתְב דְּמְדַבְרֵי רַש"י נִרְאָה שְׂאִין שְׁכִירוֹת נִקְנָה בְּכֶסֶף וְתַמְהֵנִי לַר"י דְּאָמַר מְעוֹת קוֹנוֹת כּו' וְאִיכָא לְמִימַר הוֹאִיל וְתִיקְנוּ רַבְּנֵן בְּמַכִּירָה לֹא פְּלוּג בְּשְׁכִירוֹת דְּהָא גְּמִי מַכִּירָה לְיוֹמָא הוּא כּו' וְהָאִי תִירוּצָא לֹא נִיחָא לִי כּו' ע"ש וְלְפִי זֶה י"ל דְּגַם בְּמְשַׁכּוֹן גְּמִי מְשִׁיכָה דְּוָקָא בְּעִי דְּלֹא פְּלוּג בֵּין קְנִין מְשַׁכּוֹן לְמַמְכָּר וְאַע"ג דְּלֹא שְׁיִיף בְּזָה הָךְ סְבָרָא דְּשְׁכִירוֹת לְיוֹמָא מְכָר הוּא מ"מ בְּמְשַׁכּוֹן גְּמִי הָוִי פְּמַכָּר פִּינֵן שְׂאָם לֹא יִפְרַעְנוּ יִפְרַע מְהַמְשַׁכּוֹן וּמַכ"ש לְפִי מ"ש הַפ"י דְּהָוִי מַכִּירָה לְמַפְרַע וְלְפִי שְׁיִטָּה זֶה שְׁפִיר פְּתַב הַפ"י דְּבְשַׁעַת הַלְלוּאָתוֹ גְּמִי בְּעִי קְנִין מְשִׁיכָה דְּוָקָא וְעַכ"פ אִין סְפַק דְּגַם לְקְנוֹת מְשַׁכּוֹן לֹא נִקְנָה בְּדַבְרֵים בְּעֵלְמָא רַק בְּמִשְׁיְכָה אוֹ אִי עַכ"פ בְּמְעוֹת וְכֵן מוּכַח לַעֲנִין דְּמַהָא דְּאִמְרִינֵן בַּב"מ דָּף מ"ח קָרָא וּמַתְנִית' מְסִייעַ לַר"ל כּו' כְּגוֹן שְׁיִיחַד לּוֹ פְּלִי לְהַלְלוּאָתוֹ וְע' בַּפ"י שְׂם וּבְקִידוּשֵׁין דָּף מ"ח שְׁפַתְב שְׁמִזָּה סִיּוּעַ לְהַרְמֵב"ם דְּמַלְנָה קוֹנָה בְּמַכָּר וּבְאַמְתָּ שְׁפַכָּר קִדְמוּ בְּרִאָיָה זֶה תְּלַמִּידֵי הַרְשֵׁב"א וְהֵבִיאוּ הַב"י סִימֵן קַצ"ט וְכַתְּב שְׂם בְּשֵׁם בְּעַל הַחִידוּשֵׁין לְדַחוּת זֶה דְּמִיירֵי כְּגוֹן שְׁיִיחַד לּוֹ פְּלִי בְּשַׁעַת הַלְלוּאָה דְּאִיכָא מְעוֹת וּבַש"מ בַּב"מ שְׂם דָּף מ"ח פְּתַב רִאָיָה זֶה וְדַחֲיִי זֶה בְּשֵׁם הַרְמֵב"ן וְכ"כ בַּפ"י בַּב"מ וּבְשֵׁם תוֹסְפוֹת חִיצוֹנוֹת פְּתַב דְּמִיירֵי שְׁמִיחַד פְּלִי בְּהִנְאָת מְחִילַת מְלָנָה ע"ש וְעַכ"פ מוּכַח דְּמְשַׁכּוֹן לְמַכִּירָה דְּמִי לְהַצְרִיף קְנִין מְשִׁיכָה אוֹ מְעוֹת דְּהָא מְשַׁמַּע דְּהָךְ יִיחַד פְּלִי הֵינְנוּ בְּתוֹרַת מְשַׁכּוֹן דְּאָם מְיִיחַד הַפְּלִי בְּתוֹרַת מַכִּירָה א"כ מֵאִי פְּרִיף לַר"ל הֵינְנוּ פְּקֻדוֹן לַר"י גְּמִי תִיקְשִׁי וְהִי פִינֵן שְׁקָנָאוּ קְנִין גְּמוּר מְמִילָא דְּפְקֻדוֹן מְמִילָא אִית לִיהָ גְּבִיָּה וְכֵן מֵאִי מְשַׁנֵּי תְרֵי גְּוֵנֵי פְּקֻדוֹן דְּמֵאִי

תרי ג'ונגי הוא דהא פיון שהפלי קנוי לו קננו גמור מה איכפת לן אם קנה אותו במלנה או במחילתה וכה"ג ס"ס הפלי שלו הוא והפקידו אצלו וע"כ לומר דהאי דייחד לו פלי אינו בדרה הקנאה ממש רק בדרה משכון בלבד וא"כ שפיר הני הפרש בין זה לפקדון וא"כ משמע דגם במשכון צריה קננו הצריה במקירה: וע"ש בש"מ בשם הריטב"א שכתב אפ"ה חשיבא כפירה כל שזכה בשעבוד הפלי במעות או במשיכה משמע מזו כמ"ש (וע"ש בשם הרמב"ד דמוקי לה פגון שאמר ליה לא יהא לה פרעון כו' וע"ש מ"ש בשם הריטב"א להוכיח שהאומר לחבירו עשה מלאכה פלוני ואתן לה פלי פלונית אם לא משהו לא קנה ע"ש ולכאורה אם נאמר דבמשכון מייירי יש לחלק וקצרת) דהה דייחד פלי היינו בתורת שעבוד וכן מבואר מדברי התוספות דכתובות דף מ"ב ע"ב ד"ה מאי לאו כו' ונאמר רשב"א דלר"ל מייירי שנתן לו פלי בתורת משכון לקנסו ונחזר והפקידו וכו' מבואר דאף שאינו נותן לו רק בתורת משכון לא מהני בלא קננו משיכה לר"ל ומבואר דלא נקנה למשכון אם לא בקננו של מכירה וגם בלא ראיה מצד הסברא יש לנו לומר כן דכל קיום איזה ענין בדבר שבממון לא נקנה בדברים בעלמא וא"כ בנ"ד לא מיבעיא לפי מה שכתוב הפ"י דבמשכון אפי' בשעת הלואה לא מהני בלא קננו משיכה וכן נראה לפי דעת רש"י והרשב"א והאחרונים בענין שכירות מטלטלין א"כ בנ"ד שלא היה פאן משיכה לא קנה משכון ובעל חוב מוקדם מוציא ממנו אלא אפי' לכמ"ש הר"ן דמעות קונות בשעת הלואה ומשמע דמהני קננו מעות לדידיה אף מדרבנן וכמו דס"ל בשכירות מטלטלין מ"מ עכ"פ בעינן שיהי' הלואה מעות משא"כ בנ"ד שלא נתן לו מעות ולא הקנה לו שום דבר רק ששעבוד לו עבור אחריות הסחורה אם תופסד א"כ אין פאן קננו למשכון זה דמנה אין פאן קניית המשכון אין פאן דליכא לא משיכה ולא מעות ובע"ח מוקדם יכול להוציא ומכ"ש אם תפס שאין מוציאין מידו והדברים ברורים בס"ד: ועתה אבאר לטעם הג' שכתבתי דאפי' אם היה מוסר ליד הסוחר עצמו החפצים על אחריות הסחורה לא היה מועיל דקננו מעות אין פאן וקננו משיכה לא מהני לפי דברי הר"ן לשיטת הר"י בן מיגאש דבמשכון לא מהני קננו משיכה הלכך במשכון לא הוי הילך שאין פאן קננו מעות דהלואה אינה קונה ע"ש: ואמנם הר"ן בפרק שבועות הדיינין סיים בה נז"ל ונאפי' תאמר נקנה הוא במשיכה לשעבודו כשם שנקנה בכסף לשעבודו במשכון בשעת הלואה מ"מ אינו ככסף לקנות בו אמה עבריה וה"נ משכון לאו הילך הוא עכ"ל: ולכאורה צריה ביאור שהרי כבר כתב שדחו בזה ראיתו מאמה העבריה וקידושין דהתם שעדיין לא נתחייב במנה אין פאן חוב שיהיה נתפס בו המשכון כו' וצ"ל דהשתא ס"ל דמסתבר למימר איפכא דהקננו נתפס באמה העבריה וממילא שיש פאן חוב ונקנה המשכון מתורת כסף ומה חזית למימר מנה אין פאן דהקננו אינה פלום אדרבא נימא ע"י שזה מקנה לו האמה העבריה והיטל עליו לתת כסף תמורתה משמעבד לזה המשכון אלא דע"כ דאף אם תאמר כן אין המשכון שהוא שעבוד בעלמא במקום כסף ולכן גם הילך לא הוי וכן התוספות בקידושין דף ח' כתבו שאין המשכון תחת הכסף פיון שלא ישאר ת"י האשה ועכ"פ מדברי הר"ן מבואר דמספקא ליה בהא אם מועיל משיכה בזה שאינו רק למשכון בעלמא והנ"י בב"מ השמיט סוף דברי הר"ן בזה ונקט רק סברא קמיתא דהר"ן שאינו מועיל משיכה לקננו משכון: וכן גלענ"ד סברת הריטב"א בזה שכתב בקידושין דף מ"ד גפי האי דהשואל קורדם כו' ובשאלה דלא מיקני גוף הפלי כולל אלא

לתשמיש שבו אין לקנות במשיכה כֶּשֶׁם שְׁאִין אוֹתִיּוֹת נִקְנִית בְּמִסִּירָה לְחֻדָּא לְעֵנִן שְׁעָבוּד שְׁבָהֶם שְׁאִין מְשִׁיכָה קוֹנָה אֶלָּא בְּמוֹשֵׁף גּוּף הַדְּבָר הַנִּקְנָה כּו' ע"ש וא"כ ה"ה לְעֵנִן מְשָׁכוֹן שְׁאִינָה מִקְנָה לוֹ גּוּף הַדְּבָר רַק לְשְׁעָבוּד לְבַד אִין מְשִׁיכָה קוֹנָה בּוֹ וְגַרְע טְפִי מֵהָאִי דְשִׂאלָה דְהֵתֵם קִנְיֵן הַגּוּף אִיכָּא לְתַשְׁמִישׁוֹ וְאִפ"ה פְּתַב הָרִיטְבָ"א שְׁסֻדְלָא דְמִי לְמִקְנָה גּוּף לְפִירוֹת שְׁהִפִּירוֹת יוֹצֵאִין מִגּוּף הַקְּרָקַע מִשָּׂא"כ בְּנוֹתָן כְּלִי לְתַשְׁמִישׁ כּו' ע"ש שְׁכַתְב דְּאִפִּי לְמֵאִי דְלֵא קִי"ל כּר"ה אֶלָּא כּר"א דְתִיקְנוּ מְשִׁיכָה בְּשׁוּמְרִין מְדִינָא לֵא מֵהֵנִי בֵּיה מְשִׁיכָה אֶלָּא מְדַרְבְּנָן דְתִיקְנוּ הֵכִי וְכֹן מְבִנְיָר בִּש"מ בְּב"מ דָּף צ"ט בְּשֵׁם הָרִיטְבָ"א אֶלָּא דְשֵׁם מְשָׁמַע דְדוֹקָא מְשׁוּם דְמְשִׁיכָה אִין רַק מְדַרְבְּנָן וְלֵא תִיקְנוּ רַבְּנָן רַק בְּמִכָּר אוֹ בְּמִתְנָה שְׁהוּא קִנְיֵן הַגּוּף כּו' וּמְדַבְּרֵי הָר"ן מְשָׁמַע דְבְּמִשְׁכּוֹן אִין מְשִׁיכָה מוֹעֵלֶת אִף אִם הִיא מוֹעִיל קִנְיֵן מְשִׁיכָה לְקִנּוֹת הַגּוּף מִן הַתּוֹרָה מ"מ שְׁעָבוּד בְּעֶלְמָא לֵא נִקְנָה בְּמְשִׁיכָה: וְעֵינִן בְּפ"י דְגִיטִין דָּף ל"ז שְׁכַתְב דְּאִי לֵא דְרַבִּי יִצְחָק לֵא הוּי יְדַעִינָן הָא מְלִתָּא גּוּפָא שְׁקוֹנָה בְּמְשִׁיכָה דְאִפְשָׁר דְמְשִׁיכָה אִינָה קוֹנָה אֶלָּא הִיכָא דְנִפְיָק מְרִשׁוּתָא דְמְרִיָּה לְגַמְרֵי כְּמוֹכַר וְנוֹתָן מִתְנָה אֶבְל דְרָף שְׁעָבוּד וּמְשָׁכּוֹנָא לֵא מִש"ה מִיְיָתִי מְדַר"י ע"ש: וְגַם בְּקִדּוּשֵׁין דָּף י"ט כְּתַב הַפ"י בְּתוֹסְפוֹת ד"ה בְּמִלְוָה שִׁישׁ עֲלֵיו מְשָׁכּוֹן כְּתַב הַף סְבָרָא גַם לְעֵנִן קִנְיֵן מְעוֹת דְּאִפִּי לְמ"ד מְעוֹת קוֹנָה י"ל דְהֵינָנו הִיכָא שְׁהַגּוּף קוֹנִיָּה לוֹ מִשָּׂא"כ בְּמִשְׁכּוֹן כּו': וְגַם בְּפִסְחִים דָּף ל"ב כְּתַב דְּעִיקָר מְלִתָּא דְר"י אִינָה אֶלָּא לְעֵנִן דְשִׁינָה צַד קִנְיֵן בְּמִשְׁכּוֹן אִף ע"ג שְׁאִינּוּ מִקְנָה לוֹ הַגּוּף אֶלָּא לְשְׁעָבוּד וּלְבִטְחוֹן בְּעֶלְמָא אִפ"ה קוֹנָה ד"ת כְּאֵלוֹ הוּא שְׁלוֹ וְכִינּוֹן דְבִשְׁלָא בְּשַׁעַת הַלְלוּתָא דְאִף כֶּסֶף מֵהֵנִי כ"ש בְּשַׁעַת הַלְלוּתָא דְאִיכָּא תְרִתִּי כֶּסֶף וּמְשִׁיכָה פְּשִׁיטָא דְקוֹנָה אֶלָּא לְעֵנִן אַחֲרֵיּוֹת מְשָׁמַע לְהַש"ס כּו' ע"ש.

וּלְפַמ"ש לְעִיל מוֹכַח מֵהַף דְב"מ דְקָאֻמֵר כְּגוֹן שְׁיִיחַד לוֹ כְּלִי דְמֵהֵנִי קִנְיֵן מְעוֹת אוֹ מְשִׁיכָה גַם לְגַבִּי מְשָׁכּוֹן וּלְפִי דְבְרֵי הָר"ן י"ל שְׁיִיחַד לוֹ כְּלִי לְהַלְלוּתָא הֵינָנו דְשִׁקְלִיָּה לְמִשְׁכּוֹן ע"י שְׁלִיחַ ב"ד שְׁהוּא לְגוּבְיִינָא דְבָהָא וְדָאִי קוֹנָה מְשָׁכּוֹן: וְרֵאִיתִי בְּקִצּוּה"ח סִימָן ע"ב סק"ב שְׁהַקְשָׁה לְסִבְרַת הָר"ן דְלֵא שְׁיִיכָא מְשִׁיכָה לְמִשְׁכּוֹן בְּעֶלְמָא א"כ מֵאִי קָאֻמֵר תְּשׁוּמָת יָד לֵא אֶהְדְרִיָּה מְשׁוּם דְמְחֻסָּר מְשִׁיכָה דְהָא הִיכָא דְלֵא שְׁיִינָה מְשִׁיכָה קוֹנָה בְּכֶסֶף לר"ל כְּמ"ש הַג"א פְּרָק הַזֶּהָב כּו' ע"ש וּלְק"מ דַּע"כ לֵא קָאֻמֵר הֵתֵם אֶלָּא לְעֵנִן עוֹבֵר פְּרָה שְׁאִין נְתַפְס בּוֹ קִנְיֵן מְשִׁיכָה כְּמִבְּנָאָר שֵׁם דְלֵא מְשָׁכּוֹן בֵּיה מְשִׁיכָה אֶבְל מִיְדֵי דְשִׁינָה בֵּיה קִנְיֵן מְשִׁיכָה מְצַד גּוּף הַחֲפִץ רַק שַׁע"ד שְׁרוּצָה לְהַקְנוֹתוֹ אִין קִנְיֵן מְשִׁיכָה נְתַפְס בּוֹ כְּגוֹן שְׁעָבוּד מְשָׁכּוֹן שְׁהָרִי לֵא נִקְנָה לוֹ גּוּפוֹ מִמֶּשׁ רַק שְׁעָבוּדוֹ בְּזָה לֵא מֵהֵנִי אִף קִנְיֵן מְעוֹת וְהוּי פְּהֵיָא דְאִין אוֹתִיּוֹת נִקְנוֹת בְּמִסִּירָה שְׁהִבִּיא הָרִיטְבָ"א וּמֵה שְׁמַדְמָה זֹו לְמ"ש הַתּוֹסְפוֹת בְּמִצִּיאָה וּמִתְנָה לר"י וְכ"כ בַּח"ב סִימָן) (דַּעַת לְנִבּוֹן נִקְל שְׁאִין זֶה עֵנִן לְזָה וּבְגוּף דְבְרֵי הַג"א בְּשֵׁם א"ז הָאֲרַכְתִּי בְּתַשׁוּבָה אַחֲרַת וְכָאן קִצְרִיתִי.

וְגַם כִּי בְּקִנְיֵן מְעוֹת גּוּפָא יֵשׁ לְפַקְפַּק דְשִׁמָּא לֵא מֵהֵנִי קִנְיֵן מְעוֹת כִּי אִם הִיכָא שְׁקוֹנָה הַגּוּף כְּמ"ש הַפ"י. וְאִפְשָׁר שְׁזָה טַעַם הַסּוּבְרִים דְר"י לֵא אִמֵר אֶלָּא שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְלוּתָא מְשׁוּם דְאִזְוֹ נִקְטוּ לִיה ב"ד לְגוּבְיִינָא מִשָּׂא"כ בְּשַׁעַת הַלְלוּתָא אִף דְאִיכָּא מְעוֹת לֵא מֵהֵנִי כִינּוֹן דְלֵא קִנְיָא לְגוּפָא כ"א לְשְׁעָבוּד לְבַד וְגַם י"ל כִּינּוֹן דְר"י וְר"ל ס"ל דְשְׁעָבוּדָא דְאִוְרִיָּתָא א"כ הָא קִמְן דְמְעוֹת מֵהֵנִי לְשְׁעָבַד נְכִסֵּי הַלְלוּתָא וְה"נ מֵהֵנִי לְעֵנִן שְׁעָבוּד מְשָׁכּוֹן וְעֵינִן בְּסִי ל"ט דָּאִם אִמֵר לְהַלּוּתָא עַל מְשָׁכּוֹן וְהַחֲזִיק בְּמִשְׁכּוֹן אִינוּ יְכוּל לְחַזֵּר בּוֹ: וְלְכַאֲרָה צ"ע לְפִי מ"ש הָר"ן דְמְשִׁיכָה אִינָה מוֹעֵלֶת לְשְׁעָבוּד הַמְשָׁכּוֹן וּמְעוֹת אִין כָּאן שְׁיִקְנָה בּוֹ שְׁהָרִי עֵתָה

הוא שרוצה שילנה לו ע"י שהחזיק במשכון וא"כ למה לא יוכל לחזור בו דהא כל כמה שלא לנה לו לא נכנס המשכון לשעבוד כלל והרשב"א בתשובה שם לענין משכונות קרקע מייירי ובאמת בקרקע לא שינה בע"ח קונה משכון כמ"ש התוס': והרשב"א כתב מיהו אם זה המלנה ירד למשפנתא והחזיק בקרקע לא הנה לחזור בו כו' אבל כשלא זכה עדיין בקרקע לא נתחייב בכלום דאי מחמת שטר המשכון קרקע אינו נקנה בשטר לבדו אלא בכסף ושטר עכ"ל משמע דאע"ג דלא שינה בע"ח קונה משכון בקרקע מ"מ פיון שעשה מעשה קנין המועיל במקירה כגון חזקה נתחייב המעות לזה: ולכאורה צ"ע דגם בחזקה י"ל דאינו מועיל כ"א לקנות הגוף אבל לא לקנין שעבוד וכמ"ש הר"ן לענין משיכה ואפשר דהתם מייירי בהחזיק בקרקע לאכול פירות בנכנייתא דזהו כמו מכירה הוא וכמ"ל בשם הריטב"א דבפירות שדה עדיף שהפירות יוצאים מגוף הקרקע משא"כ במשכון מטלטלין אף ע"פ שמשנה לא מהני בלא מעות וכמ"ש הרשב"א דשטר המשכון לא מהני בקרקע בלא מעות ומצאתי בקצה"ח שכתב ג"כ דהאי דהרשב"א במחזיק באכילת פירות בנכנייתא משום דקשיא ליה מהאי דמנה אין כאן כו' ויבאר לקמן אי"ה: ועכ"פ קם דינא ואתברר דינא דלפי מה שכתב הר"ן דבמשכון אין קנין משיכה מועיל וכן הוא סברת הריטב"א וכן נראה דעת כמה פוסקים הסוברים דהאי דבע"ח שלא בשעת הלונאתו קונה משכון היינו דוקא בגביה שע"י ב"ד וכמ"ש במקום אחר וכמבואר בפ"י ואף לפי מ"ש שם דלהכי מיייתי מדר"י דאשמעינן קרא שקונה משכון.

נראה דלא שינה דר"י אלא בנתן לו משכון על הלונאה דשינה ביה וליה תהיה צדקה אבל בכה"ג שלא לנה עליו פלום רק שמשעבד לו על אחריות הסחורה דליכא למימר ביה שקונה משכון שהרי עדיין לא מטא זמן חיובא א"כ אין קנין המשיכה מועיל להיות קודם לשאר בע"ח וכמ"ש לעיל בשם הפ"י והלפ"ה אפי' בפעם הראשון שנגמסר ליד השליש להבטיח אחריות הסחורה לא מהני להקדימו לשאר בע"ח: ועתה נבוא לטעם הדבר דמה שהמשכון ביד השליש אינו קנוי לבעל הסחורה משום דמנה אין כאן משכון אין כאן וזה מבואר בקידושין דף ח' ובדברי הרא"ש שהבאתי לעיל ובטור אה"ע סימן נו"ן.

והנה הב"י הקשה שם דלפי מ"ש הטור קודם לזה דבשידוכין אין דין אסמכתא מחמת הפנשת א"כ מנה יש כאן. והט"ז שם כתב לתרץ דנהי דמתחייב מצד פנשת מ"מ החיוב שלו אינו פלום מצד אסמכתא רק שחכמים קנסוהו מצד הפנשת א"כ מנה אין כאן דדוקא אם יש לו ממון מצד שהוא חייב ע"ז ומשעבד לו המשכון כו' והביאו ב"י: וכתב הט"ז וא"ל דמאי נ"מ לענין משכון סוף סוף פיון דמהני לענין חיוב הפנשת יכול לגבות מהמשכון ז"א דנ"מ אם קנאו ממש אף שיש חובות אחרים על המכניש ואין לו לשלם לשניהם הו"ל זה שיש משכון בידו מוקדם לשאר בע"ח מאחר שהוא קנה המשכון ואע"ג דאינו ברשותו כגון שחזר והשאילו לזה או שהוא ביד אחר בענין שאינו מוחזק מ"מ הו"ל משכון שלו ויש לו זכיה בגופו ואין לזרים חלק בו משא"כ אם לא קנאו ממש אז אין לו זכיה בו טפי מאחר רק מצד שהוא מוחזק ת"י ותו לא עכ"ל.

והעמקתי דבריו לפי שהם עסוקים באותו ענין ממש דנ"ד דאף שפשיעבור זה יתחייב מצד הפנשת מ"מ אין זה עושה קנין למשכון להיות שלו ואין לו דין קדימה לגבי שאר בע"ח. וממנו נקח לנ"ד דאע"ג שאם נפסד הסחורה ע"י פשיעתו של זה הוא מתחייב

עליו מצד מעשה הפשיעה מ"מ החיוב שלו שנתחייב בפשיעה שנתן המשפון אין לו מקום לחול אז כלל דאפי' שעבוד נכסים אין פאן רק משעת אונסין ולא משעת משיכה כמבואר סימן שמ"א סעיף ד' ע"ש בסמ"ע ופ"ד שפן דעת רוב הפוסקים: ועיין בפ"ד סימן רצ"א שכתב הטעם משום דלא דמי להלונאה דלהוצאה ניתנו וא"כ חיובא מיד רמי אנכסיה אבל ושאלה פנין דהקרא בעיניה א"כ לא רמיא חיובא על נכסיה דהשואל דכ"ז שהיא בעיני חייב להחזירה כו' ע"ש.

וא"כ נראה ברור דכמו דלא רמי חיובא אנכסיה דהשואל מטעם דאפתי ליכא חיובא דהא איתא בעינא כ"כ אי אפשר למרמי חיובא על המשפון דהשתא מיהא ליכא חיובא ואמרינו מנה אין פאן משפון אין פאן: ולפי זה נראה שא"צ לדחוק שכתב הט"ז לחלק משום דאין לו ממון מצד החיוב דלכאורה מה חילוק יש דס"ס אם יחזור יתחייב וע"ז משעבד לו המשפון דלפי מ"ש בפשיטות י"ל דאף ע"ג שאם יחזור יתחייב מ"מ עתה אין פאן חיוב כלל ולא משמעבדי נכסים וה"ה המשפון אינו משמעבד כלל ואפשר דהט"ז ס"ל דכיון שהוא נותן משפון על אותה שעה שיתחייב א"כ נהי שאין לו חלות עתה יחול אז וע"ז כתב דמה שמחוייב לשלם אז הוא מצד הבושת דהיינו המעשה ולא מצד התנאי של עכשיו והמעשה הוא מחודש בעת שהוא והו"ל פנות משפון על חיוב דלהבא שאפשר שיבא איזה חיוב ונותן משפון על זה א"כ יש על שעבוד המשפון דין אסמכתא ואינו נקנה.

וא"כ פן הדבר גם בנ"ד דנהי שלבסוף הוא מתחייב על המעש' מ"מ המשפון אינו נקנה לו שהרי אסמכת' הוא וגם פי כל כמה שלא נתחייב גופו אין חל שיעבוד על המשפון וא"ל שייחול בפשעת החיוב מ"מ יכול לחזור בו קודם לזה ואפשר דאפילו אם לא חזר בו ג"כ אינו חל דהו"ל פנות משפון על חיוב שלא בא לעולם וכמבואר בש"ע סימן ס' סעיף ו' דאם מקנה דשב"ל אפילו נתן לו משפון אינו פלום והיינו מטעם דחיוב אין פאן משפון אין פאן: אף יש לחלק דהתם גם כשבא לעולם אין פאן חיוב ואין מקום למשפון לחול משא"כ בזה שיש לו מקום לחול בפשעת החיוב וחילוק זה מבואר בדברי הרא"ש בקידושין דמחלק בין האי דמנה אין פאן להוא דב"מ כשבא חבילה לידו וכתב דבמתנה שאמר ליתן לא נתחייב ולא יתחייב בה לעולם לפי שיכול לחזור בו לפיכך לא נשתעבד המשפון במשיכתו אבל האי דפועלים פנין דדבר אבוד הוא וחזרו בהן חייבין לשלם לו ההפסד הלכך נשתעבד לו המשפון שלהם לשפור עליו עד כדי דמיו עכ"ל ועיין בתוס' שם הרי מבואר דכל שאין פאן חיוב אף לאחר זמן פקע תורת משפון לגמרי משא"כ היכא שבא לידי חיוב אע"פ שאין החיוב בפשעת לקיחת המשפון מ"מ שפיר משמעבד בעת החיוב (אף דברי הרא"ש בזה צריכין ביאור ועיין בח"מ סי' של"ג ואין פאן מקומו) ונעשה משפון על החיוב שנתחייב בעת ההוא: אלא שצ"ע לפי מ"ש התוס' בכתובות דף מ"ב דמירי שיחד לו פלי כשיעמוד בדין ויתחייב לו יהיה פלי זה מיוחד לו לגבות ממנו דמי אונסו והקשו על זה דהא הוי דשב"ל פנין שאינו נותן לו הפלי מיד אלא שמיחדו לגבות ממנו אם יתחייב כשיעמוד בדין והא דשב"ל הוא ע"ש ואפשר לומר דנדאי לענין שיהיה הפלי זה מיוחד לגבות ממנו אע"פ שעודו בבית הבועלים א"כ בעינן לזה קנין ע"פ אמירתו של זה שיחדו מתחילתו לכה וליכא דאף דמטא זמן חיובא לא נקנה להיות מיוחד לו לגבות ממנו דבפשעת אמירה שמיחד לו יהיה החיוב דשב"ל ולא מהני אמירה זו כמו

בְּכֹל מִקְנֵה דֶשֶׁב"ל שְׁלֵא קָנָה אֶף שֶׁאֵח"כ בָּא לְעוֹלָם מִשֶּׁאֵח"כ כָּאֵן שְׁנָתָן מִשְׁכּוֹן לִיד זֶה שְׂאֵם יִתְחַיֵּב יִשְׁמַעְבֵּד לּוֹ מִשְׁכּוֹן זֶה כִּינּוּן דְּמִשְׁכּוֹנָא בִּידְיָה אֵין אֲנּוּ צְרִיכִים לְאַמִּירְתּוֹ שְׁשִׁעְבָדוּ מִתְחִלָּה לְכֹה אֲלֵא כִינּוּן דְּעכ"פ גְּלִי דְעִתִּיהָ שְׁנָתְחַיֵּב לּוֹ עִתָּה הָרִי זֶה תּוֹפֵס לְמִשְׁכּוֹן עַל הַחַיִּיב שְׁנָתְחַיֵּב לּוֹ וְכִהְיָה דְחַבִּילָהּ: וְלִפִּי זֶה א"ש דְּבָרֵי הַט"ז דֵּהט"ז שְׁם מִיָּרִי בְּגוֹנוֹנָא שְׁעִתָּה בְּשַׁעַת חֲזָרָה וְחַיִּיב הַבְּנוֹשֶׁת אֵין הַמִּשְׁכּוֹן בְּרִשּׁוֹתוֹ וְיִשׁ ג"כ בַּע"ח אַחֲרִים וּבַכֹּה"ג פְּשִׁיטָא דְלֵא מְהִי דְקִנְיִית מִשְׁכּוֹן מְחַמַּת הַחַיִּיב וְהַשְׁעָבוֹד בְּעַת נְתִינַת הַמִּשְׁכּוֹן אֵין כָּאֵן דְּהָא אֶפְתִּי לֹא נְתִינָה כָּלֵל וְא"כ מַה שְׁמִשְׁעָבָדוּ לּוֹ לְכַשְׁיִתְחַיֵּב דֶּשֶׁב"ל הוּא וְא"כ אֵין לָנוּ לְדוֹן אֲלֵא מִצַּד שְׁמִמְלִיא נַעֲשֶׂה מִשְׁכּוֹן בְּשַׁעַת הַחַיִּיב ז"א רַק אִם הוּא מְוַחֲזֵק בּוֹ אִז בְּלֵא"ה יָכוֹל לְתַנְפְּסוֹ נֶגֶד בַּע"ח אַחֲרִים וְאִם אֵינוֹ מְוַחֲזֵק בּוֹ בְּעַת הַהוּא אֵין עָלָיו תּוֹרַת מִשְׁכּוֹן לְהַקְדִּימוֹ לְבַע"ח אַחֲרִים וְנֶד כְּפֹלֵם שְׁוִים בּוֹ אֲלֵא דְלִפ"ז לֹא הִיָּה הַט"ז צ"ל דְּלֵא מְהִי טַעְמָא דְבְנוֹשֶׁת אֶהָא דְמָנָה אֵין כָּאֵן דְּהָא אֵין לּוֹ מָנָה מִצַּד הַחַיִּיב דְּהַחַיִּיב שְׁלֹו אֵינוֹ כְּלוּם אֲלֵא דְחַכְמִים קְנִסוּהוּ וְהַפְקִיעוּ דִּין אֶסְמַכְתָּא מְחַמַּת בְּנוֹשֶׁת כּו' וְלְכַאוּרָה ל"ל כְּוִלִּי הָאֵי ת"ל דְּחַיִּיב הַבְּנוֹשֶׁת אֵינוֹ אֲלֵא בְּשַׁעַת חֲזָרָה וְא"כ אֵי אֶפְשָׁר לְתַת עָלָיו תּוֹרַת מִשְׁכּוֹן מְחַמַּת אֶמִירְתּוֹ שְׁמִשְׁעָבָד עַכְשָׁיו וְנִרְאָה שְׁכּוֹנוֹנָתוֹ דְּנִדְאֵי אִם הַחַיִּיב שְׁלֹו מוֹעִיל וְלֹא הִיָּינוּ דְנִינ בּוֹ דִּין אֶסְמַכְתָּא ע"כ לֹמֵר שֶׁהוּא בְּעִנְיָן שֶׁהַחַיִּיב מִתְחִיל מִיָּד (וְכַגּוֹנוֹנָא דְאָמַר הַתָּם דְּקִנּוּ מִיָּנִיָּה דְלֵא כָּאֶסְמַכְתָּא כּו' וְר"ל כִּינּוּן דְּקִנּוּ מִיָּנִיָּה כָּל קִנְיָן מַעֲכָשָׁיו הוּא דַּאל"כ הֵדֵר סוּדֵר לְמֵאֲרִיָּה וְא"כ מִיָּד נִתְפַּס הַשְׁיַעְבּוֹד לְמִשְׁכּוֹן) דַּאל"כ אֵין מְסוּלֵק מִדִּין אֶסְמַכְתָּא וּבַכֹּה"ג שֶׁהַחַיִּיב מִתְחִיל מִיָּד בְּאֶמַת הִיָּה מוֹעִיל הַשְׁעָבוֹד בְּתוֹרַת מִשְׁכּוֹן וְלָכֵן כְּתַב הַט"ז דְּהָא בְּאֶמַת אֵין לּוֹ מָנָה מְחַמַּת הַחַיִּיב דְּאֵינוֹ כְּלוּם מְשׁוּם אֶסְמַכְתָּא וְא"כ אֵינוֹ מִתְחִיל מִיָּד רַק דְּהַחַיִּיב בְּעִיָּדוֹן חֲזָרָה מִצַּד בְּנוֹשֶׁת אֲבָל אֵינוֹ מוֹעִיל לְשַׁעְבָד הַחֲפִץ בְּתוֹרַת מִשְׁכּוֹן כְּשֶׁאֵינוֹ מְוַחֲזֵק בִּידּוֹ וְכַשְׁמֻחֲזֵק בּוֹ בְּלֵא"ה זְכִי לְנַפְשִׁיהָ כְּדִין בַּע"ח שְׁקִדָּם וְגָבָה: וְרֵאִיתִי בַּק"א לְסַפֵּר הַמְקַנֵּה בְּסִימָן נו"ן כְּתַב עַל דְּבָרֵי הַט"ז שְׁכַתְב דְּנ"מ אִם הַחֹב מִתְחִיל מַעֲכָשָׁיו אִז חָל עָלָיו תּוֹרַת מִשְׁכּוֹן לְהִיּוֹת קוֹדֵם לְבַע"ח צ"ע לְדִין זֶה דְּאֶף אִם הוּא בְּתוֹרַת קִנְס (תִּיבַת קִנְס נו"ל שֶׁט"ס וְצ"ל קִנְיָן וְר"ל דְּאֶף שֶׁהִיָּה הַחַיִּיב מוֹעִיל שְׁיִתְחַיֵּב לְכַשְׁיִחְזוֹר) אֵינוֹ חָל אֲלֵא מִשְׁעָה שְׁחֲזוֹר בּוֹ וְאִם אֵינוֹ בְּרִשּׁוֹתוֹ בְּאוֹתוֹ שְׁעָה לֹא קָנָה אֶת הַמִּשְׁכּוֹן קוֹדֵם הַחַיִּיב וְאִם הוּא בְּרִשּׁוֹתוֹ בְּשַׁעַת חֲזָרָה זָכָה בּוֹ מִדִּין תְּפִיסָה קוֹדֵם בַּע"ח אַחֵר עַכ"ל: וְלִפְמ"ש דְּבָרֵי הַט"ז נְכוּנִים דֵּהט"ז מְהֵאֵי טַעְמָא גּוֹפֵא אֶתִּי עֲלֵה דְכִינּוּן דְּחַיִּיב מְחַמַּת בְּנוֹשֶׁת אֵינוֹ אֲלֵא בְּשַׁעַת חֲזָרָה וְאִם בְּהוּא שְׁעָתָא לְאוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ קִיָּיָא אֵין כָּאֵן דִּין מִשְׁכּוֹן מִשֶּׁאֵח"כ אִם הִיָּה מְקוּם לְחַיִּיב שְׁיִתְחִיל מַעֲכָשָׁיו שְׁקָנָה הַמִּשְׁכּוֹן לְשַׁעְבָדוֹ מִיָּד וְאִם כְּוִנַּת הַגָּאוֹן ז"ל דְּאֶפִּילוֹ כּו' בְּתוֹרַת קִנְיָן ר"ל הִיָּכָא שְׁקִנּוּ מִיָּנִיָּה בְּקִנְיָן דְּס"ל לְהַטוֹר דְּמְהִי דְּמ"מ אֵינוֹ חָל אֲלֵא מִשְׁעָה שְׁחֲזוֹר בּוֹ.

לְעַנ"ד ז"א דְּקִנְיָן מְהִי שְׁפִיר דְּכָל קִנְיָן מַעֲכָשָׁיו הוּא דַּאל"כ הֵדֵר סוּדֵר לְמֵאֲרִיָּה וְעֵינּוּ ס"ס קצ"ג וְא"כ ע"כ דְּהִכִּי קָאֵמַר לִיָּה אֲנִי מְחַיֵּב לָהּ מָנָה מַעֲכָשָׁיו בְּקִנְיָן זֶה רַק ע"מ כְּשֶׁלֹּא אֶחְזוֹר בִּי בְּטַל הַחַיִּיב וְאִם אֶחְזוֹר חָל הַחַיִּיב לְמַפְרַע וְא"כ שְׁפִיר חָל הַשְׁיַעְבּוֹד עַל הַמִּשְׁכּוֹן ג"כ עַל אֹפֶן הַחַיִּיב מְשִׁ: וְרֵאִיתִי בַּקְצָה"ח סִימָן ר"ז שְׁכַתְב ג"כ לִיָּשֵׁב דַּעַת הַט"ז ע"ד שְׁכַתְבִּיתִי דְכִינּוּן דְּחַיִּיב הַבְּנוֹשֶׁת אֵינוֹ אֲלֵא כְּשִׁיחְזוֹר לֹא מְצִי לְשַׁעְבָד הַמִּשְׁכּוֹן לְחַיִּיב שְׁיִתְחַיֵּב אַח"כ דֵּה"ל דְּבָר שֶׁב"ל וְיָמָה שֶׁכ' בְּסוּף דְּבָרֵיו שְׁם דְּקוֹשְׁתֵי הַב"י נָהִי דְּבַעֲי קִנְיָן מ"מ לְמָה צְרִיךְ ב"ד חָשׁוּב דְּהָא הַקִּנְיָן מַעֲכָשָׁיו הוּא וְלֹא הִנֵּי אֶסְמַכְתָּא רַק

היכא דגזים אכל לא בגורם לו היזק ואף דהבןשת אח"כ מ"מ גמר ומקני מעכשיו ע"ש ולענ"ד י"ל בדעת הט"ז דמ"מ פיון דבשעת נתינת המשכון אין פאן חיוב רק מחמת הקנין שאם יתחייב יהיה קנוי מעכשיו מ"מ לענין שיהיה המשכון קנוי לו מהשתא אפתי דין אסמכתא יש לו שלא יהיה בדעתו להקנות לו קנין גמור במשכון מעכשיו שהקנין מעכשיו לאבי' רק על גוף החיוב אכל לא על משכון שישתעבד מעכשיו אלא פשייתחייב בעת שיתחזר משא"כ אם נעשה בב"ד חשוב שנסתלק דין אסמכתא לגמרי אמרינן גם המשכון הקנה לו ע"ד שאם יתחייב יהיה קנוי לו למפרע לשעבודו להמנה שנתחייב בהקנין מעכשיו וגם מה שהקשה שם על התוס' פתובות שהקשו מה מהני יחוד כלי לכשיתחייב דה"ל דשלב"ל ולא מתרצה שמזכה לו בגוף המשכון מעכשיו ובתנאי פשייתחייב הקנס כו' לק"מ דהתם איירי שאינו מוסר לו המשכון כלל רק שמיחדו לו שיקנה פשייתחייב במעות של קנס וא"כ איך יזכה לו עתה בגוף המשכון מעכשיו אחרי שאין פאן עתה שום קנין כלל ומה שאמרו שמועיל כשאומר תזכה בגוף המשכון היינו כשמוסר המשכון לידו והוא פשוט וא"ל דנוקמא כשמוסר המשכון לידו ז"א דהא לר"י אין משיכה קונה וגם דהא לר"ש קיימינן ור"ש ס"ל מעות קונות אף לר"ל וכמבואר בבבא מציעא וכן תירצו התוספות שם קושית דכתובות ד"ה מאי לאו.

ועיין בדברי אא"ז מהרש"א בזה ומ"מ הכא לא מצי לאוקמי כשאמר תזכה בגוף המשכון פיון דלר"ש אין קנין רק במעות אין זכיה במעכשיו כלל ועיין בספר פתובה שכתב ג"כ דנוקמא שיחד לו ע"י משיכה גמורה רק שהתנה אם יתחייב כו'.

ולפי מ"ש לק"מ דהא אליבא דר"ש נדאי אין משיכה קונה כלל ומ"ש הקצה"ח על הט"ז מדברי התוס' ד"ה מאי לאו כבר כתבתי לעיל מזה. אף לענ"ד אין צריך לזה להך סברא דרשב"ל משום דהתוס' שם דמיירי לענין שיהיו קנוי לו בקנין מעות שפיר כתבו דמיירי במיחדו שיקנה פשייתחייב דין וא"כ אף קודם העמדה בדין ה"ל כפירת ממון פיון שאם יעמוד בדין יהיה זוכה בכלי ועיין בב"ק דף ק"ה גבי הא דשורי גנבת כו' וע"ז הקשו דהא אף פשייתחייב בדין לא יזכה במעות הקנס מחמת היחוד של עכשיו דה"ל דשב"ל.

אף בנידון הט"ז אפי' תימא דכה"ג לא הני דשב"ל ס"ס אין מקום לשעבוד המשכון לחול בלא חיוב וא"כ אף שיועיל הקנאה זו פשייתחייב יהיה המשכון משועבד היינו אם היה המשכון בביתו ה"ל כאומר משוף פרה ותקנה אחר ל' יום ואז עומדת בר"ה עיין בכתובות דף פ"ו דלא קנה וקנין מעות בהיה שעמא ליתא דנדאי אין קונה במעות הקנס שפגיע לו מחמת הבןשת וגרע ממעות מלנה דהכא לא היה בעין בעולם ברשותו ועיין בספר פתובה ר"פ נערה מ"ש בזה על דברי התוס' שם וקצרת: ואמנם הט"ז לא מהאי טעמא כתב דמיירי באינו ברשותו רק משום דקשיא ליה דמאי איכפת לן בקנין המשכון פיון דמחייב משום בןשת והך משכון נכסי דידיה ניהו וגבי מינייהו וע"ז כתב דנ"מ אם יש עליו תורת משכון לענין בע"ח אחרים וקצרת.

והנה הארכת דברי הט"ז מפני שדבריו הם קרובים לענינינו וכמעט ממש פנינו נ"ד ומבואר מתוך דבריו ודברי הגאון בספר המקנה ובקצה"ח דכל כה"ג שנותן משכון לחבירו שאם יתחייב יהיה המשכון קנוי לו לשעבודו אפי' אם המשכון ברשותו י"ל דלא מהני דה"ל דשב"ל ומכ"ש כשאין המשכון ברשותו בעת שהוא אין ספק שאינו נקנה

בתורת משפון ואם יש בע"ח אחרים גם הם באים ונוטלין כמ"ש הט"ז ב'הדיא ואפ"י אם המשפון הוא מונח ביד שלישי והשלישי רוצה לתפוס בו בשביל זה שהושלש עבורו לא מהני פיון שלא זכה בו בשביל זה בשעה שנמסר לידו ומה שרוצה עתה לזכות עבור זה ה"ל כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים כמבואר בח"מ סימן ק"ה סעיף ו' נפקד שתפס בפקדון כו' כמבואר דחב לאחרים אף שהפקד בידו מכבר אינו יכול לתפוס ואפ"י אם בעל החפץ גופא אומר הולך או תן לפלוני בע"ח דמבואר שם סעיף ב' דמהני היינו פשהוא נותן לו עתה החפץ בידו לזכות לזה אבל אם מתחלה לא בא לידו ע"ד לזכות לזה ואח"כ אמר לו תנהו לפלוני לא קנה אלא במעמד שלשתן ואפילו אם תופס החפץ בידו כו' כמבואר בסימן קר"ה סעיף ז' ובש"י שם ס"ק ד"ח דאף בחוב ופקדון לא הוי הולך ותן כזכי אלא פשטמסר לידו עתה כו' ע"ש וכ"ז אפי' ברוצה לזכות לו החפץ עצמו לשם זכיה אבל בכה"ג שאינו מזכה לו החפץ עצמו רק שאומר לו לתפוס לשם בע"ח למשפון לבד נראה דלא שייך בזה זכיה ועיין בסמ"ע שם ס"ק ד' שכתב דהטור דנקט לפלוני בע"ח לאו דוקא קאמר בע"ח כו': ולפי מ"ש י"ל דרבנותא אשמועינן דאפילו אמר לבע"ח דסד"א שאינו אומר לו אלא שיינקה בו בתורת משפון לבד לצורך בע"ח וזה לא מהני קמ"ל דאפ"י דאמר לבע"ח פנונתו שיינקה עבורו בגוף החפץ לצורך בע"ח אבל אם אמר לו זכה בתורת משפון נראה דלא מהני זכיה פיון שאין לו זכות בגופו וגרע ממשיכה אליבא דהר"ן כמ"ש"ל וא"כ אינו אלא רק תופס לבד בשביל המלנה ולא מהני תפיסתו במקום שחב לאחרים: ומ"מ אפשר דאם הושלש מתחלה בידו ע"ד זה שיהיה משועבד לזה למשפון פשייתחייב א"כ י"ל דהשלישי במקום הבע"ד קאי לזכות בו פשיגיע זמן החיוב לצורך הבע"ד וה"ל כנמסר מתחלה לידו וא"ל זכה למשפון דבשעת מסירה ראשונה לא שייך חב לאחרים וכיון דבמקום בע"ד קאי ה"ל כאלו המשפון ברשות הבע"ד בעת החיוב וגם זה צ"ע וקצתו פיון דבגידון זה שכתב עבר ענין השלישיות הראשון והוא לע"ע כנפקד בעלמא ועיין בסי' קכ"ה בש"י ס"ק כ"ג בשם הב"ח דנ"מ אם הנה מלנה זה חייב לאחרים פיון דלא זכה בהם השליש וכאילו לא יצא מיד הלנה או הנפקד א"כ כל בע"ח חולקים בחוב זה כו' ע"ש וכ"ש בזה שהנפקד עצמו הוא הבע"ח ותופס לצורך עצמו שלא נגרע זכותו בשביל שבעל החפץ ובעל הסחורה תקעו פה וערבו משאות שזה החפץ המושלש ביד פלוני יהיה משועבד לו פשייה ה"פסד בסחורה שאין בדבריהם ממש להוציא מיד השליש שהרי לא עשה בו בעל הסחורה שום מעשה קנין הצריך לשיעבוד משפון שאין כאן לא קנין מעות ולא קנין משיכה וגם אפילו לכשייתחייב לא זוכה לו פלוני בגוף המשפון אפילו שיינקה השליש עבורו רק מבואר בהכתב שמסר לו שהרשות בידו לתת לו סך פלוני עבורו א"כ אין זה זולתי קול בעלמא ואותיות הפורחות באויר אפילו נגד בע"ח אחרים ומכ"ש נגד השליש המוחזק וחוב שלו קודם לכל אדם: סיומא דפסקא שהשליש זכה במה שבידו להשתלם מהתפצים אלו כדי חובו וכמ"ש בח"מ סימן ק"ד ועיין שם בש"י ס"ק יו"ד שדעתו אף בתפס מעצמו ובלא שומא נקרא גביה ומכ"ש בזה דהתפיסה ברשות הוא דמהני תפיסתו ועיין בקצה"ח שם ס"ק ח' דבתפס מטלטלין פיון דבע"ח קונה משפון מיקרי קדם וגבה אף בלא שומא כלל ודבריו נכונים וזה לענין אם הנה פאן בע"ח מוקדם אבל פיון שאין פאן בע"ח אחר שיערער על תפיסת השליש רק בעל הסחורה שהוא בע"ח מאותר פשיטא שזה התופס

זוכה שְׁהָרִי דַעַת הַרְמַב"ן בַּתְּשׁוּבָה הִבְיָאוּ הַב"י וְהַסַּמ"ע סִימָן ק"ד ס"ק א' דָּאָף בְּמַטְלִטְלוֹ דְּוָקָא קַדָּם הַמְּאֻחָר וְגָבַהּ אַבְל אִם בָּאוּ שְׁנֵיהֶם כְּאֶחָד לְגַבּוֹת אֵין לְמֵאֻחָר בְּמָקוֹם הַמְּוָקָדָם כְּלוּם וְאָף ע"ג דְּלֹא קו"ל הָכִי כַּמ"ש בַּסַּמ"ע שֵׁם מ"מ פִּינּוֹן שְׁזָה תּוֹפְס וְעוֹמֵד זוֹכָה בּוֹ בַּתּוֹרַת מְשָׁכּוֹן וּפְשִׁיטָא שְׁאֵין בַּע"ח מְאֻחָר מוֹצִיא מִיָּדוֹ וְכָל הַנָּה טַעְמֵי דְכַתְּיבָנָא כְּוֹלָהוּ סְלָקֵי כְּהַנְּגוֹן לְדִינָא וְאֶפְיָלוּ בְּאֶחָד מֵהֶם יֵשׁ דֵּי לְהַכְרִיעַ הַכַּף לְזַכּוֹתוֹ שֶׁל הַשְּׁלִישׁ וְכָל מַה שְׁטַרְחָתִי לֹא טַרְחָתִי אֲלֵא לְהוֹצִיא מִלֵּב מִי שְׁהוֹלֵף עַל דְּרָף שִׁיחֻוּ וּבְפִיּו יַדְבֵּר הַעוֹלָה עַל רוּחֹו.

וְעַד מְהֵרָה יְרוּץ דְּבָרוֹ כֶּף רָאוּי לְדוֹן וּלְהוֹרוֹת מִבְּלֵי שֵׁים לֵב אִם כֶּף הוּא דְרַכָּה שֶׁל תּוֹרָה אוֹ אִם הוּא ע"פ הַהַרְגֵל מִפְּסָקֵי בְּעֵלֵי בְּתִים הַמְרַבִּים בְּסַחֲוֹרָה וְע"ז נֶאֱמַר לֹא תִהְיֶה תּוֹרָה שְׁלִימָה שְׁלֵנוֹ כְּשִׁיחָה בְּטִילָה כּו' וְלֹא אֲדַבֵּר פֶּה מְזוּחָזֵחֵי הַלֵּב הַתּוֹקְעִים עֲצָמָם לְדַבֵּר הַלְכָה מִבְּלֵי הַעֲמָק שְׁאֵלָה וּמְשִׁימִים עֲצָמָם עַל דְּבָרֵי תּוֹרָה כְּהַדְיוּט קוֹפֵץ בְּרֹאשׁ וְעַל רוּב יַעֲמָדוּ לְמַשְׁפָּט בְּמַשְׁפָּטָם יִשְׁפָּטוּהוּ וְיִשְׁרָפוּהוּ בְּהַבֵּל פִּיהֶם כְּמַעַט רָגַע יַדְבְּרוּ יַחַד יִתְלַחֲשׁוּ יִמְהָרוּ וְיַחֲוּשׁוּ לֹא יִתְבוֹשְׁשׁוּ כְּדֵי פְתִיחַת סֶפֶר וְעִיּוּנוֹ רַק מִיָּד חוֹתְכִין אֶת דִּינוֹ.

וְכּוֹתְבִין עָלָיו אוֹנוֹ. וְכַבֵּר צְנוּחוֹ קַמְאֵי וּבְתַרְאֵי וְאֵנּוּ מַה נַּעֲנֵי אַבְתְּרִיָּהוּ וּמַצְלִינָן הָאֵיִדְנָא לְמַהֲדַר אַרְעָא וְנִהְדַר דִּינָא.

דְּבָרֵי קַטִּינָא זַעֲרִיא מִן חֲבַרְיָא: הַק' אֶפְרַיִם זְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מִבְּרָאד: בַּעַז"ה יוֹם ה' י"ד מְנַחֵם תְּקַנְנוֹ לַפ"ק: הַלְכוֹת גְּזָקֵי שְׁכָנִים תְּשׁוּבַת שְׁאֵלָה כַּב לְכַבּוֹד אַהוּ מַחוּ' הַגְּאוּן הַמְּפוֹרְסִים מוֹפֵת הַדוֹר מוֹהַר"ר מְאִיר הַאֲב"ד דַּפ"ק יצ"ו: אַחַד"ש אוֹדִיעַ לְהַדְרַת כְּבוֹדוֹ בְּדַבֵּר הַשְּׁאֵלָה מִק"ק זְלָאֲטָשׁוּב אֲשֶׁר גִּילָה אֲנִי בְּזָה וְיוֹכַח אֲמַשׁ דֵּיִשׁ אִיסוֹר לְבָנוֹת תַּחַת הַפּוֹר לִיִּבּוֹן וְעַל הַבְּלִיטָה אֵין קַפִּידָא כ"כ וּנְמִיתִי לוֹ שְׁבָשׁוּ"ת ב"ח פְּתִיבַת יָד אֲשֶׁר ת"י שֵׁם נִמְצָא זֶה וְצוּיִתִּי לְהַעֲתִיק כָּל דְּבָרֵי הַתְּשׁוּבָה שֶׁל הַגְּאוּן ב"ח ז"ל כְּכַתְּבוּ וְכַלְשׁוּנוֹ.

וּמַעֲתָה הַקּוֹלוֹת יַחְדָּלוּן וּמְטָר הַמְרִיבָה לֹא יִתֵּן אַרְצָה וְזֶה תּוֹפְס לְשׁוּנוֹ. שְׁאֵלָה רְאוּבֵן הִי לוֹ קַרְקַע רַחֲבָה עֲשֶׂר אַמּוֹת לר"ה הוּא פְּלִטָא גְּדוֹלָה וּמִקְדַּמַּת דְּנָא בְּנָה בֵּית וּמִקְרָן זְנוּיַת עַד רוּחַב חֲמֵשׁ אַמּוֹת הַעֲמִיד הַבְּנִין סְמוּף לר"ה וּבְרוּחַב חֲמֵשׁ אַמּוֹת הַשְּׁנַיִים כְּנֵס לְתוֹף שְׁלוֹ בְּאוּרָף חֲמֵשׁ אַמּוֹת וְיוֹתֵר וּבְנָה בְּלִיטָה עַל אוֹתָהּ הַכְּנִיסָה הַסְּמוּף לְחַצְרֵי שֶׁל שְׁמַעוֹן וְגַם בְּנָה עָלְיָי' עַל אוֹתָהּ הַבְּלִיטָה וְעַתָּה רוֹצֶה רְאוּבֵן לְבָנוֹת בְּנִין אֲבָנִים וְכִיפָה בְּמָקוֹם שְׁכָנֵס תַּחֲלָה לְתוֹף שְׁלוֹ בְּאוּרָף שְׁגַם זֶה יֵהָא סְמוּף לר"ה וְשׁוּנָה לְבָנִין הַרְאֵשׁוֹן שֶׁהוּא בְּקָרָן זְנוּיַת וְשְׁמַעוֹן בָּא לְעַכְבַּ עָלָיו בְּכַח הַטְּעָנָה דְּמַרְבָּה עָלָיו הַדְּרָף לְסַכַּב כָּל אוּרָף בְּנִין אֲבָנִים שְׁמַעֲמִיד בְּמָקוֹם הַבְּלִיטָה כִּי מִתְחַלָּה הִי דְרַכּוֹ לְפַעֲמִים בְּאַלְכֶסוֹן מִפְּתַח הַחֲצַר שְׁלוֹ לְתַחַת הַבְּלִיטָה: תְּשׁוּבָה הַדִּין עִם רְאוּבֵן וְאֵין שְׁמַעוֹן יְכוֹל לְעַכְבַּ עָלָיו דַּע"פ שְׁאָם הִיְתָה הַבְּלִיטָה מִפִּיקָה מִזֶּן אֵל זֶן כְּדְרָף כָּל הַבְּלִיטָה בְּעֵינֵירוֹת פּוֹלְאַנִי שְׁקוֹרִין אוֹנְטִיר דִּיא לִיִּבּוֹן וְשֵׁם יַעֲבְרוּ דְרַכָּם כָּל בְּנֵי הָעִיר לֹא הִי כַּח לְשׁוּם אֶחָד מֵאֲנָשֵׁי הָעִיר לְקַלְקַל הַדְּרָף וּלְהַמְשִׁיף הַבְּנִין עַד סְמוּף לְפְלִטָא דְקו"ל כר"י אֲמַר רַב מְצַר שְׁהַחְזִיקוּ בּוֹ רַבִּים אֲסוּר לְקַלְקְלוֹ וְאֵע"פ דְּבִסְוִגְיָא פ' הַמּוֹכֵר פִּירוֹת דָּף ד' מִשְׁמַע דִּיהוּא דְרַב הִינּוּ דְוּוֹקָא שְׁעָשׂוּ בּוֹ רַבִּים שׁוּם תִּיקוּן וְכֵן מְבוֹאֵר בְּהַרְשָׁפ"ם שֶׁכ' שְׁהַחְזִיקוּהוּ בּוֹ רַבִּים שְׁהַשְׁוִיָּהוּ וְתִקְנוּהוּ לְהִילוּף וְהַבְּעָלִים יַדְעוּ וְשִׁתְּקוּ אֲסוּר לְקַלְקְלוֹ דְוּדַאי לְרַבִּים מְחַל כּו' אֲלֵמָא דְבַהֲלִילוּף גְּרִידָא לֹא קָנוּ מ"מ הִנֵּי לִיִּבּוֹן שְׁהַחְזִיקוּ בּוֹ רַבִּים דְּמִי לְשִׁבִיל שֶׁל כְּרָמִים שְׁאֵינוֹ עֲשׂוּי

כָּלֵל אֵלָא לְהִלּוּף וְנִקְנָה בְּהִלּוּף בְּדַאיִתָּא הָתָם מִשָּׂא"כ מִיִּצְרֵי שְׂדֵה שְׁעָשׂוּי קֶצֶת לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ צִוְרָה אַחַר לְפִיכָה אֵינּוּ נִקְנָה בְּהִלּוּף וְכַדְמוּכַח שָׁם בְּתוֹ וּבְהִנֵּי לִיִּבִין וְדַאי בְּרוּר וּפְשׁוּט דְאַפְּלִי פּוֹנֵס לְתוֹף שְׁלוֹ כְּנֻדוֹן דִּינָן גְּמִי אָסוּר לּוֹ לְהַחְזִיר הַפְּתָלִים לְמִקּוֹמָן דְקִי"ל כְּר"י לְגַבֵּי ר"ל בַּס"פ חֲזָקָת דְאַפְּלִי הֵיכָא דְאִיכָא רְוּחָא כָּל רֹחֵב ר"ה אַפ"ה אֵינּוּ מִחְזִיר הַפְּתָלִים לְמִקּוֹמָן דְכִינּוֹן דְכָבֵר הַחְזִיקוּ בָּהֶן רַבִּים בְּאוֹתָהּ פְּנִיסָה אָסוּר שׁוּב לְקַלְקְלוֹ: אָבֵל מֵאַחַר בַּנ"ד דְּבִלְיָטָה זֶה אֵינּוּ אֵלָא בְּרוּחָב חֲצֵי קַרְקַע וְאֵין פֶּאן קַלְקוּל מְצַר שְׁהַחְזִיקוּ בּוֹ רַבִּים שְׁהָרִי לֹא הֵיִתָּה פֶּאן שׁוּם הַעֲבָרַת דְּרָף הָרַבִּים תַּחַת בְּלִיטָה זֶה פְּשִׁיטָא דִּיכּוּל רְאוּבֵן לְהַחְזִיר הַפְּתָלִים לְמִקּוֹמָן וְגִדּוּלָה מִזּוֹ כ' הַתּוֹסֵ' בַּפ' לֹא יִחְפְּנֵר דְאַפְּלִי ר"י לֹא קָאָמַר דְאַסוּר לְקַלְקְלוֹ אֵלָא תוֹף י"ו אִמָּה אָבֵל חוּץ לִי"ו אִמָּה מְוֹתֵר לְקַלְקְלוֹ פִּינּוֹן שְׁמַנִּיָּת י"ו אִמָּה כְּדִין ר"ה וְר"י דְאַמַּר גְּמִי דְאַסוּר לְהַחְזִיר הַפְּתָלִים לְמִקּוֹמָן אַע"ג דְאַיכָּא רְוּחָא דְקָאָמַר הָתָם הֵינּוּ שְׁאֵינּוּ סוּתֵר כָּל ר"ה אָבֵל לִיכָּא רְוּחָא י"ו אִמָּה, אָבֵל אֵי אִיכָּא י"ו אִמָּה מוֹדָה ר"י דְמְוֹתֵר לְקַלְקְלוֹ וּמִחְזִיר הַפְּתָלִים לְמִקּוֹמָן וְכֵן פֶּסֶק בְּהִגְהוֹת אִשְׁר"י ס"פ חֲזָקָת וַא"כ בַּנ"ד דְאַיכָּא רְוּחָא טְפִי מִשְׁשִׁים אִמָּה וְיוֹתֵר אֵין שׁוּם אִיסוּר בְּקַלְקוּלוֹ אַפִּי הִי שָׁם קַלְקוּל גָּמוּר: אֵלָא דְעַל דְּבָר זֶה בְּלַבַּד לֹא הֵיִתִּי סוּמָה מֵאַחַר שְׁכָל שְׁאָר הַפּוֹסְקִי לֹא הִזְפִּירוּ חִילּוּק זֶה אֵלָא פֶּסְקוּ בְּסִתָּם כְּר"י אֵלָא שְׁפִינּוֹן שְׁדָבֵר זֶה בְּרוּר שְׁאֵין פֶּאן הַעֲבָרַת דְּרָף הָרַבִּים אַע"פ שְׁלַפְעָמִים הֵיָה מִתְאַסְפִּים בְּנִי ר"ה וְיֹושְׁבִים בְּאִיצְטַבְּאוֹת שְׁתַּחַת הַבְּלִיטָה אוֹ עוֹמְדִין תַּחְתֵּי אֵין זֶה מְקַלְקֵל מְצַר שְׁהַחְזִיקוּ בּוֹ רַבִּים: וְכִיּוֹצֵא בּוֹ כ' הַרִי"ו הִבִּיאוּ הַב"י בַּסִּי' תִּי"ז וַז' וְדוֹנָקָא שְׁדוֹרְסִים בּוֹ בְּנֵי ר"ה וְאֵם אֵין דוֹרְסִין בּוֹ בְּנֵי ר"ה כְּגוֹן שְׁכִנָּה אִיצְטַבְּא בְּמִקּוֹם שְׁהַכְּנִיס בְּתוֹף שְׁלוֹ וְהוּא גְּבוּהָ אַפְּלִי הַחְזִיקוּ לְעַבְרָר שָׁם מִשְׁאוֹתֵיהֶם בְּרוּחָב אִמָּה אֵינָה חֲזָקָה וְאֵם רְצָה מִחְזִיר פְּתָלִים לְמִקּוֹמָן עַכ"ל, וּמַכ"ש בַּנ"ד שְׁלֵא הִי אַפְּשֵׁר לְבְנֵי ר"ה לְדָרוֹס פֶּאן לְקַצֵּר דְרַכָּם לְפִי שְׁהַבְּנִין בְּקֶרֶן זְנוּיֹת סְמוּךְ לְר"ה הִי מְעַכֵּב עֲלֵיהֶם, וְתוֹ דְאַינּוּ דוֹמָה פֶּאן לְשַׁבִּיל שֶׁל כְּרָמִים שְׁאֵינּוּ נַעֲשֶׂה אֵלָא לְהִלּוּף דְכִינּוֹן שְׁלֵא הִי בְּנֵי ר"ה דוֹרְסִין פֶּאן כְּדֵי לְקַצֵּר דְרַכָּם אֵלָא לְפַעְמִים כְּשֶׁהִי הַטֵּיט גְּדוּל בַּר"ה הִי מְקַצֵּת דוֹרְסִין לְשֵׁם אוֹ מִתְאַסְפִּים שָׁם לְשַׁעָה מְפִנֵי הַגְּשָׁמִים עַד יַעֲבְרוּ וְלְפַעְמִים יוֹשְׁבִים תַּחַת בְּלִיטָה זֶה, בְּכָל אֵלָה לֹא קִנּוּ רַבִּים בְּלִיטָה זֶה פִּינּוֹן שְׁלֵא עָשׂוּ לְשֵׁם שׁוּם תִּיקוּן אֵלָא הִלּוּף גְּרִידָא אוֹ עֲמִידָה אוֹ יְשִׁיבָה כְּמִבְּנוֹרָא בְּסוּגְיָא דְהַמּוֹכֵר פִּירוֹת שְׁהַבְּאִתִּי לְפִיכָה יְכוּל רְאוּבֵן לְהַמְשִׁיף הַפִּיפָה עַד סְמוּךְ לְר"ה לְהִיּוֹת שְׁוֵה לְבַנֵּן שְׁבִקְרוּן זְנוּיֹת וְתוֹ לֹא מִיִּדֵי הַנְּלַע"ד כְּתַבְתִּי וְחִתְמַתִּי שְׁמִי הַק' יוֹאֵל סִירְקָשׁ עַכ"ל: הַרִי מְבֹנָרָא כַּמ"ש דְבִפִּיר לִיִּבִין וְדַאי אָסוּר לְקַלְקֵל הַדְּרָף וּלְהַמְשִׁיף הַבְּנִין עַד סְמוּךְ לְפִלְטָיָא וַא"ל מִטְעַם שַׁכ' אַא"ז רַמ"א בַּהַג"ה סִי' תִּי"ז שַׁר"ה הוּא שְׁל מוֹשְׁלֵי הָעִיר כו' וְהוּא מְדַבְּרֵי הַרְשָׁב"א הַדְּבָר בְּרוּר שַׁז"א דְהַרִי הַרְשָׁב"א שָׁם סִיִּים וְהַז' כְּכּוֹנֵס לְתוֹף שְׁלוֹ ע"ד שְׁיוּצִיא זִיזִין וּמְחִילוֹת לְכַשְׁיִרְצָה ע"ש וְהַרִי בְּזִיזִין מְבֹנָרָא סְעִיף ב' דַּאע"ג דִּיכּוּל לְהוּצִיא אַח"כ מִשׁוּם שְׁפָנֵס אָבֵל אֵינּוּ יְכוּל לְהַחְזִיר הַפְּתָלִים לְמִקּוֹמָן מִטְעַם מְצַר שְׁהַחְזִיקוּ בּוֹ רַבִּים וַע"כ לֹא מְדַמֵּי לָהּ הַרְשָׁב"א אֵלָא בְּמְחִילוֹת שְׁאֵינּוּ מְקַלְקֵל הַדְּרָף הָרַבִּים רַק שְׁעוֹשֶׂה חָלָל תַּחַת ר"ה וְהָא לְזִיזִין דְּמִי וּבְהָא מְהַנִּי מַה שַׁר"ה שֶׁל מוֹשְׁלֵי הָעִיר וּמַעֲיָקְרָא נִיתֵן לְעֲשׂוֹת זִיזִין וּמְחִילוֹת לְכַשְׁיִרְצָה וְהוּ"ל כְּכּוֹנֵס לְתוֹף שְׁלוֹ אָבֵל לְהַחְזִיר פְּתָלִים לְמִקּוֹמָן דְאַף בְּכּוֹנֵס לְתוֹף שְׁלוֹ גּוּפָא אָסוּר פְּשִׁיטָא דְלֹא מְהַנִּי הָךְ טַעְמָא לְהַתִּיר בַּכָּה"ג: אָמְנָם בְּנִידוֹן מְקוֹם הַפְּנִיסָה שְׁהַכְּרִיעַ הַב"ח דְשִׁפִּיר יְכוּל לְהַחְזִיר הַפְּתָלִים לְמִקּוֹמָן לְכַאוּרָה אֵין רַאִי לַבַּנ"ד

לפי המדומה לענ"ד שגדון השאלה הוא שהכניסה הי' בקרן זויות הסמוכה לר"ה וא"כ ל"ש טעם הב"ח מ"ש לפי שהבנין שפיקרן זויות מעפב בני ר"ה מליכנס כו' וגם דהתם לא נתקצר דרף בני ר"ה עי"ז כמבואר בדבריו משא"כ פאן שע"י הקרן זויות הסמוך לר"ה שהוא פנוס לתוכו שפיר הו"ל מצר כו' שהרי רוב ב"א של ר"ה ילפתו ארחותם דרף שם.

ומצאתי בשו"ת הרשב"א הקדשות ד' לינורני ח"ג סי' קנ"ו וז"ל עמדתי על מחלוקת ראובן ושמעון על הפותל העקום שפא שמעון לקצר קצת דרף הרבים כדי ליישר את הפותל ולבנותו פנגד היסוד לפי שטוען שפן הי' מתחלה ונתעקם ועוד שאינו מזיק בזה כלל לבני ר"ה שהדרף רחבה ואינו מזיק אם יחזור הפותל פנגד היסוד וראובן טוען שפן הי' מעוקם מתחלתו ועוד שהוא מקצר הדרף שאין נכנסין ויוצאין בריווח כמו שהיה וגם מעפב המשאות הנכנסין לביתו ולאוצרו ובזה י"ל שהדין עם ראובן שכל שמקצר כלל את הרשות אינו רשאי כדר"י דמצר כו' ואפילו איפא רוןחא טובא כשיעור ר"ה שהוא רוחב ט"ז אמות פדגרסינן פ' ח"ה פנס לר"י אינו מחזיר כו' וקיי"ל כר"י ומה שטוען שמתחלה הי' ישר פנגד היסוד אלא שנתעקם אינו נראה שאילו נתעקם נופל הי' כל שנתעקם עד שנטה מן היסוד ועוד שעליו להביא ראיה עכ"ל, הרי מבואר דאף אם מתחלה הי' פונס לתוף שלו כה"ג דהיינו בקרן זויות א' לבד נמי אסור להחזיר הכתלים למקומן: ואמנם לכאורה ממ"ש ומה שטוען שמתחלה הי' ישר כו' א"נ כו' ועוד שעליו להביא ראיה משמע מזה דאי מייתי ראיה דמעיקרא הי' ישר פנגד היסוד שפיר דמי אף להחזיר למקומו.

אף באמת ז"א שהרי הוא מדמה לה לההוא דח"ה שמבואר שם דאף בידיע שפנס לתוף שלו אסור להחזיר אלא נראה פשוט שדעתו דנדאי אם הי' מתחלה ישר פנגד היסוד אף שנתעקם אח"כ ונתחזיקו בו רבים לית לן בה דההוא חזקה שלא ברשות הוא ובכה"ג אין לו דין מצר כו' וכמ"ש בח"מ סי' שע"ז בשם המרדכי בב"מ (והוא ט"ס וצ"ל בב"ב) וכ"כ התוס' בב"ב שם דדונקא החזיקו ברשות בעינן והלכך אם הי' מברר שפך הי' הוא יכול לחזור וליטול מהם פההוא דלינקוט פיזרא וליתוב וא"ל דדונקא אם באים להחזיק שלא ברשות הוא יכול למחות משא"כ אם פבר החזיקו אף שלא ברשות שוב אסור לקלקלו ז"א פדמשמע בתוס' דב"ב פ' לא יחפור וכמ"ש הגאון מהר"י הלוי אחיו של הט"ז בתשובה סי' ד' וכ"נ מהסמ"ע משא"כ היכא שמתחלה פנס לתוף שלו אף שהיתה הפניסה רק בקרן זויות בלבד מ"מ שפיר הו"ל החזיקו בו רבי' ואסור לקלקלו פיון שהחזיקו ברשות.

אף דעדיין יש לפקפק בדבר דע"כ לא אמרינן דהחזיקו רבי' אסור לקלקלו אלא כשנתן להם הדרף מדעתו וגמר בדעתו שיוחלט דרף זה לרבי' לעולם משא"כ בזה שלא פנס כל הבית הסמוך לרחוב שנאמר שהחליט הגבול הזה להיות מעבר לרבי' לעולם רק שפנס מקצת הקרן הסמוך לר"ה ונהרי זה פאומדנא דמוכח שלא הי' בדעתו להחליט להם רק שלפי שלא הי' צריף אליו בשעת הבנין הניחו פנוי עד זמן שיצטרף אליו וכשאל את גבולו לפי שעה לרבים דמי דאימת בחזרה כמו החזיקו שלא ברשות ולא דמי להא דאמרינן מי שהי' דרף הרבי' כו' מה שנתן נתן ושלא לא הגיעו משום דקי"ל כר"י במיצר כו' וכ' הנ"י בשם הרמ"ה דכל שהחזיקו בו מדעת בעליו אפילו בטעות פי הכא שנתן

להם דרף מן הצד אפ"ה אסור לקלקל דז"א דהתם עכ"פ בפעשה שהחזיקו באותו דרף
הי בדעתו שיהא הדרף חלוט ביד הרבים לעולם ובכה"ג אף בטעות מהני משא"כ פאן
דמעיקרא אדעתא דהכי פנס לתוכו שיהא המקום פנוי עד שיצטרף לבנות עליו ויכול
לבנות אימת שירצה.

ומכ"ש לפי דעת הר"ן"ה בס' המאור שם דמחילה בטעות פי הא דמתני' שנתן להם דרף
אחר ל"א מה שנתן נתן ומתני' ר"א הוא ע"ש וא"כ בנ"ד נמי לא הו"ל פהחזיקו ברשות
עד שלא יהא יכול לבנות ומעשים בכל יום שב"א מניחים את גבולם פנוי זמני' הרבה
ובזמן שהוא פנוי הוא למדרס רגל ב"א ולפ"ז צריך לחלק הא דקי"ל פנס אינו מחזיר
משום דהתם פנוי שפנה בגין על גבולו והניח מקום פנוי מסתמא דעת' עלי' שיהי' עשוי
להילוף רבי' רק שיוציא זיון אם יצטרף והלכך אסור לקלקלו משא"כ פשיש רגלים
לדבר ואומדנא דמוכח שאין בדעתו להפקיר גבולו לעולם כגון שלא עשה בגין כלל או
שהניח קצת פנוי בקרן זוית א' ודעת' לבנותו פשיצטרף ש"ד לבנותו אח"כ: ומדברי
תשובות הרשב"א הנ"ל אין ראי' דהתם לפי טענת ראובן שהי' מעונם מתחילתו לא הי'
שמעון פנס לתוף שלו כלל רק שהיה מקום הפניסה שייך לר"ה מאז ומקדם רק אם
יברר שהי' ישר מתחלה ס"ל דלא מהני מה שהחזיקו רבי' אח"כ דהוי חזקה שלא ברשות
כמש"ל והא דמייתי הרשב"א ראי' מפ' ח"ה היינו בתורת כ"ש דהא חזינו דאפי' פנס
אינו מחזיר מכ"ש הקא דאיכא למימר דגבול זה לא הי' של שמעון מעולם וכנוס מתחילתו
הי': והנה מ"ש רבינו הב"ח דעת התוס' דחזין לי"ו אמה שייך הך דמיצר כו' והיינו לפי
פרושם שם בהא דאמר ר"פ מ"ט לא אמרי לי' פאן תוף י"ו אמה כו' וקשיא להו מדר"י
דס"ל בסוף ר"ה אינו מחזיר: והנה הרמב"ן במלחמות ס"פ לא יחפור כ' די"ל דר"פ
כר"ל ס"ל וגם דיש חילוק בין חפירות פותל לבגין ויש להאריך בזה הרבה אולם לפי
שמלתא מני אנדא ואיני יודע בבירור השאלה על מה אדני' הוטבעו רק מה שאני זוכר
קצת מה ששמעתי ממכ"ת וגם פי טרידנא לכו ראיתי להפסיק פעת ואמתי לשלוח
שורתיים אילו להגיד להאדון נ"י פי מיתאמרא משמי' דגברא רבה רבינו הגאון ב"ח ז"ל
פנות' בגידון הפיר לייבין והי' זה שלו'.

מאדון העולם. דברי או"נ מחו' ידידו לנצח: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה כג
שנית בענין הנ"ל הנה לרונחא דמלתא אמרתי תנא דמסייע לי' שהרי הרב אומר פן
בשו"ת הרשב"א ח"ג ולפי שאינה מצויה ביד כל אדם צריך אני להעתיק אותה ז"ל בסי'
קנ"ו עמדתי על מחלוקת ראובן ושמעון על הפותל העקום שבא שמעון לקצר קצת דרף
הרבים כדי לישר את הפותל ולבנותה פנגד היסוד לפי שטוען שפן הי' מתחלה ונתעקם
ועוד שאינו מזיק בזה כלל לבני ר"ה שהדרף רחבה ואינה מזיק אם יחזור הפותל פנגד
היסוד וראובן טוען שפן הי' מעונם מתחילתו ועוד שהוא מקצר הדרף שאין נכנסין
ויוצאין בריוח כמו שהי' וגם מעכב המשאות הנכנסין לביתו ולאוצרו ובזה י"ל שהדין
עם ראובן שכל שמקצר כלל את הרשות אינו רשאי כדר"י דאמר מיצר שהחזיקו בו
רבים כו' ואפי' איכא רונחא טובא פשיעור ר"ה שהוא רחוב ט"ז אמה פנגרסינו פרק
ח"ה פנס ר"י אומר אינו מחזיר כו' וקי"ל כר"י שמה שטוען שמתחלה הי' ישר פנגד
היסוד אלא שנתעקם אינו נראה שאילו נתעקם נופל הי' פל שנתעקם עד שנטה מן היסוד
ועוד שעליו להביא ראי' עכ"ל הרי מבואר דכל שהחזיקו בו רבים אף שלא הי' מקום

פְּנוּי רַק הֶקְרָן וְנוּיַת בְּלִבְד אֵין לוֹ רְשׁוּת לְהַחְזִיר כְּתוּלִים לְמִקּוּמָן וּא"כ מַכ"ש פֶּאן דְּאָרְף
שְׁצוּנְאָר הַמְרַתְּרָה הוּא בּוֹלֵט לַחוּץ מ"מ כִּינּוּן דְּמַזְה וּמַזְה הַחְזִיקוּ בּוֹ רַבִּים וְגַם אִיפֹא פְּסִידָא
טוֹבָא לְשְׁכִינּוּ אִם יוֹצִיא בְּנִינּוּ בְּשׁוּה שְׁאָסוּר לוֹ לְהוֹצִיא וְאָרְף דְּמַדְכָּ הַרְשֵׁב"א וּמַה שְׁטַעַן
שְׁמַתְחֵלָה הִי יֵשֶׁר כּו' אֵינוֹ נִרְאֶה כּו' מִשְׁמַע דְּאֵי הָוָה מְצִי לְמִיטְעַן שְׁמַתְחֵלָה הִי יֵשֶׁר שְׁפִיר
דְּמִי אָרְף לְהַחְזִיר לְמִקּוּמוֹ וּא"כ הֵכָא שְׁמַתְחַמַּת צוּנְאָר הַמְרַתְּרָה הוּא טוֹעֵן שְׁמַתְחַמָּא הִי
מְעִיקְרָא תְּנֹאֵר הַגְּבוּל בְּשׁוּה רַק שְׁהַבּוּנָה כּוֹנֵס לְתוּף שְׁלוֹ וַיְכוּל לְהַחְזִירוֹ וְאֵין רֵאִי מְמִי
שְׁיֵשׁ לוֹ זִיו לְתוּף חֲצַר חֲבִירוֹ דַּמ"מ רִשְׁאֵי בְּעַל הַחֲצַר לְבָנוֹת תַּחְתּוֹ וְלֹא מְצִי לְמִיטְעַן
שַׁע"י הַזִּיו יְכוּל לְהַחְזִיק בְּקַרְקַעוֹ שְׁמַתְחַתּוֹ וּכַמ"ש הַגַּב"ד נ"י, דְּאֶפְשָׁר לוֹ דְּשֹׁאֲנֵי הַתָּם
דְּכַמוֹ שְׁיֵשׁ לְזָה חֲזָקָה בְּתַשְׁמִישׁ הַזִּיו כְּמוֹ כּוֹן יֵשׁ לְבַעַל הַחֲצַר חֲזָקָה בְּתַשְׁמִישׁ הַקַּרְקַע
שְׁמַתְחַתּוֹ שְׁהָרִי בְּכָל יוֹם וְיוֹם הוּא מְתַהַלֵּף וּמְשַׁתְּמֵשׁ שָׁם רַק מַה שְׁהַחְזִיק בְּעַל הַזִּיו
לְתַשְׁמִישׁ אֵין לְבַעַל הַחֲצַר רְשׁוּת לְבַטְלָה אֲבָל בְּאַמַּת ז"א שְׁהָרִי הַרְשֵׁב"א מְסִינִים בְּהַ זְעוּד
שְׁעָלָיו לְהֵבִיא רֵאִי ע"ז וּא"כ מַכ"ש פֶּאן שְׁכָּל עֵיקָר הַבְּנִין הוּא בְּשׁוּה עִם שְׁאָר הַבְּתִים
רַק דְּבָר מוּעַט הוּא בּוֹלֵט לַחוּץ דְּאֵי לֹא מִיִּתִי רֵאִי שְׁהִי הַגְּבוּל שְׁוֹה לוֹ שְׁאֵין טַעֲנָתוֹ כְּלוּם
וּמְנַעֲצַת קוּרָה שְׁיְכוּל לֹמַר אֲנִי שְׁנֹתָרְךָ בְּפִתְחֵל כְּמִבְּנֹאֵר בְּסִי קַנ"ג אֵין רֵאִי לְכָאן כַּמ"ש
הַמ"ל פ"ח מֵהַל' שְׁכִינְיָ וְנ"ל אָרְף כִּי נִרְאֶה דַּעַת הַרִיב"ש כּו' נִרְאֶה דַּא"ל כֵּן בְּגַג הַסְּמוּד
דְּדוּקָא בְּכּוֹתֵל שְׁבִין שְׁנֵינֵהֶם מְסַתְּמָא כּוֹתֵל הַעֲשׂוּי לְהַפְסִיק בֵּין ב' בְּתִים יָד שְׁנֵינֵהֶם שְׁוֹה
בּוֹ וּמִלְתָּא דְּשִׁינְיָ לְתַרְנוּנֵיהוּ אֲנִן סְהַדִּי דְּשָׁל שְׁנֵינֵהֶם הוּא כּו' וּא"כ אֵין רֵאִי מֵהֶתָּם וּמַכ"ש
לְפַמ"ש הַמ"ל שָׁם אַח"כ דְּהַרְמַב"ם מִיִּרֵי שְׁהַכּוֹתֵל בְּנוּי בְּמִקּוּם שְׁנֵינֵהֶם כּו' ע"ש א"כ
פְּשִׁיטָא דְּאֵין רֵאִי כָּלֵל וְעוּד אִיפֹא לְדַחוּי בְּכַמְהָ גּוּנִין וְאֵין לְהַאַרְיָ: וְבַר מִן דִּין נִלְעַב"ד
דַּאפ"ת שְׁוֹה שְׁצוּנְאָר הַמְרַתְּרָה בּוֹלֵט מוֹרָה שְׁמַתְחֵלָה הִי כּוֹנֵס לְתוּף שְׁלוֹ מ"מ אָסוּר לְהַחְזִיר
שְׁהָרִי בְּעוֹבְדָא דְּהַרְשֵׁב"א כ' שְׁאֵינוֹ רִשְׁאֵי לְקַצֵּר הַרְשׁוּת וּמִיִּתִי רֵאִי מַפ' ח"ה דְּכּוֹנֵס אֵינוֹ
מַחְזִיר אַע"ג דְּאִיפֹא רְוּחָא אֶלְמָא דְּאָרְף אִם בְּנֹדָאֵי כּוֹנֵס לְתוּף שְׁלוֹ מ"מ אֵין לוֹ רְשׁוּת
לְהַחְזִיר וּלְקַצֵּר דְּרָף הַרְבִּים וּמ"ש הַרְשֵׁב"א וּמַה שְׁטַעַן שְׁמַתְחֵלָה הִי יֵשֶׁר כּו' דְּמִשְׁמַע
לְכַאוּרָה דְּאֵי מִיִּתִי רֵאִי שְׁכָּן הִי מְתַחֵלָה ש"ד נִרְאֶה כְּנוֹנְתוֹ דְּנֹדָאֵי אִם הִי מְתַחֵלָה הַכּוֹתֵל
יֵשֶׁר וְנִתְעַקֵּם מַעֲצָמוֹ וְהַחְזִיקוּ בּוֹ רַבִּי אַח"כ לִית לֵן בְּהַ דְּהַהוּא חֲזָקָה שְׁלֹא בְּרְשׁוּת הוּא
וּבַכּה"ג אֵין לוֹ דִּין מְצַר שְׁהַחְזִיקוּ בּוֹ רַבִּים כְּמִבְּנֹאֵר בַּח"מ סִי שַׁע"ז בְּשֵׁם הַמְּרַדְכִי בַּב"מ
וְהוּא ט"ס וצ"ל בַּב"ב וְכֵן הוּא בְּתוֹס' שָׁם וְהַלְכָּף אִם הִי מְבָרַר שְׁכָּף הִי יְכוּל לְחַזֵּר
וּלְיִטְוֵל מֵהֶם כִּי הֵא דְּפָרִיף לִינְקוּט פִּינְרָא כּו' וּא"ל דְּדוּקָא קוֹדֵם שְׁהַחְזִיקוּ יְכוּל לְמַחֵל
עַל יָדָם בְּחֲזָקָה אֲבָל אִם כְּבָר הַחְזִיקוּ בּוֹ אָרְף שְׁלֹא בְּרְשׁוּתוֹ שׁוּב אָסוּר לְקַלְקְלוֹ ז"א
כְּדַמוּכַח מֵהַתוֹס' בַּפ' לֹא יַחְפּוֹר וּכַמ"ש הַגְּאוּן מֵהַר"י הַלּוֹי אַחִיו שְׁל הַט"ז בְּתַשׁוּבָה סִי
ד' וְכֵן מוּכַח בַּסַּמ"ע וְעוּד פּוֹסְקִים דְּאָרְף אַחַר שְׁהַחְזִיקוּ אִם הוּא שְׁלֹא בְּרְשׁוּת לֹא מֵהַנִּי
וְהֵינּוּ שְׁכ' הַרְשֵׁב"א בְּטַעֲנַת רֵאוּבֵן שְׁמַתְחֵלָה הִי יֵשֶׁר וְנִתְעַקֵּם כּו' שְׁאֵילוֹ הִי טוֹעֵן
שְׁמַתְחֵלָה הִי כּוֹנֵס לְתוּף שְׁלוֹ בְּאוֹתוֹ מְקוּם הַעֲקוּם א"כ אָרְף אִם הִי מְבָרַר שְׁכָּן הוּא מ"מ
שְׁפִיר ה"ל הַחְזִיקוּ בּוֹ רַבִּים וְאָסוּר לְקַלְקְלוֹ כִּינּוּן שְׁהַחְזִיקוּ בְּרְשׁוּת וּא"כ בַּנ"ד פְּשִׁיטָא
שְׁוֹה יְכוּל לְמַחֵת בְּיָדוֹ דְּאֶפְל' אִם הִי מְבָרַר שְׁמַתְחֵלָה הִי גְּבוּלוֹ נְמִשְׁף לְהֵלֵן וְעַד צוּנְאָר
גִּיעַ שְׁוֹה לוֹ מ"מ כִּינּוּן שְׁוֹהוּ שְׁנֵינֵם רַבּוֹת שְׁהִי דְּרָף כְּבוּשָׁה לְרַבִּים אֵינוֹ יְכוּל לְהַחְזִיר וְאֵין
לְצַדֵּד עַפְמ"ש הַתוֹס' בַּב"ב דָּף כ"ו דְּחוּץ לִי"ו אֶמָּה שְׁרִי וּכ"כ בַּהַג"א ס"פ דְּאֵין זֶה דַּעַת
כָּל הַפּוֹסְקִים וְכֵן מְצִאתִי בְּשׁו"ת ב"ח שְׁבַנְדִי כַּת"י בְּנִדּוֹן זֶה מֵאַחַר שְׁכָּל הַפּוֹסְקִים לֹא

הזפירו חילוק זה ופסקו סתם כר"י, ומתשובת הב"ח ראי' גדולה לנ"ד: ועיין בדברי הרמב"ן בחידושו לב"ב דף כ"ו במלחמות שם שמתרץ קושית התוס' דר"פ כר"י ס"ל וגם דיש חילוק בין תפירות בור לבגן ע"ש שמחלק דהחזרת פותל גרע לפי שצריך שיהא מקום פנוי לנושאי משא כו' שלפ"ז הי' מקום קצת לחלק בין פיר לייבין דכמו בור דמי דמיירי ג"כ שהוא גנדרו וצריך להתעקם מעט וגם פאן הווי דכנותי' משא"כ חזרת פתלי', אבל פל הפוסקי לא הזפירו חילוק זה וגם י"ל דבור שאני דכשמתעקמי' מעט הם מגביהין המשאוי קצת ע"ג הבור ונפנין שם משא"כ בפיר לייבין: ורא' ברורה נלפענ"ד מדאמרין בב"ב דף י"א ע"ב אמר ר"ה א' מבני מבוי שביקש לסתום נגד פתחו בני מבוי מעפבין עליו שמרבה עליהם את הדרך ופרש"י שרוצה להקיף מחיצה סביבות ד"א שיש לו במבוי פנגד פתחו ומסיק דהא דר"ה תנאי הוא דהיינו מה דמשמע מדבריו דכולן מעפבין אף החיצונים תנאי הוא וס"ל לר"ה פרש"י א' אבל בפנימים ודאי מעפבין עליו פנין שמרבה עליהם הדרך שיצטרכו להקיף המחיצה אליבא דכ"ע הרי מבואר דאע"פ שזה יש לו ודאי ד"א פנגד פתחו אפ"ה אין לו רשות להקיף אותם ולהרבות הדרך על בני המבוי וכ"ש בזה שאין לו ראי' שהי' גבולו נמשך לחוץ שאינו יכול להרבות הדרך ומה שהקשו התוס' שלא מצינו ד"א במבוי אלא בחצר כ"כ הג"א ליישב דמיירי שביתו פתוח למבוי דאי' ד"א במבוי ואף היכא דלא מזיק לבני ר"ה דקמי' וקיימא בהך סתימה מ"מ בני מבוי מעפבין שצריכין להקיפה ע"ש בהג"א ואדרבא הקשה שם על פי התוס' והרא"ש שפירשו דמיירי שהעומד בסוף רוצה לסתום עד החצר הסמוכה דת"ל דה"ל מיצר שחזיקו בו רבים כו' ובני מבוי שרצו להעמיד דלתות כו' ובאמת צ"ל לפירוש התוס' והרא"ש דהכא מיירי בפתוח לסקיטא או לכרמלית או במבואות קטני' המפולשים למבוי המפולש לר"ה וכמ"ש הפוסקים ליישב התוספתא דאין כופין לעשות דלת למבוי שיכול לומר כו' ע"ש וא"כ בנ"ד שהוא בר"ה פשיטא דבני ר"ה מעפבין עליהם וכ"כ בס' תולדת האדם להרשב"א סי' מ"א וז"ל והוי יודע שאע"פ שלא חזר לוי ונזכה בהמבוי אין יהודא יכול לסתום פתחו ולא לבנות בו האיציטבא אלא במבוי הפתוח לכרמלית כו' אבל בפתוח לר"ה בני ר"ה מעפבין עליו וכאותה שאמרו מבואות המפולשין ובקשו להעמיד דלתות כו' ואף בני מבוי מעפבין עליו מפני שמרבה עליהם הדרך דאמרי זימנין דדחקי רבים ועיילי להתם וכשמוצאין המבוי פנוי נמשכין והולכין עד סוף המבוי ואין מתאספין פולם נגד פתחיו אבל עקשין אינם יכולין לכנוס ונמצאת מרבה עלינו הדרך עכ"ל הרשב"א ז"ל ומה"ט נמי אין מקום לומר בנ"ד דפיר לייבין לא מעפבי רבים שהיו יכולין לילך תחת הפיר לייבין דז"א דמ"מ הפיר לייבין גופייהו הם דוחקין את הרבים ועוד שהרי הסמ"ע סי' קס"ב ס"ק י"ח כ' ומסיק המחבר וכ' דאפי' לפתוח עד פתח יכולין פנימי' לעכב מפני שצריכין להקיף דרך הליכתו ולא לעבור לפני הפתח מפני שרגילין להעמיד ולהניח שם עניני' ע"ג הפתח ולפני הפתח עכ"ל.

וא"כ פשיטא דע"י הפיר לייבין יש עיכוב גדול לרבי' דגם לפני הפתח הבית תחת הפיר לייבין קשה להם לצאת ולבא. הן אמת שלענ"ד דברי הסמ"ע אין מוכרחין בזה שי"ל בטעם הרמב"ם שהפנימים מעפבין לפתוח פתח אינו מטעם עיכוב הלוקם רק לפי שאין לחיצונה רשות להשתמש רק מן נגד פתח' ולחוץ אבל לצד פני' אף שהוא פנגד חצירם לאו הוא שייך לרשות הפנימי והלכך אין להם רשות לפתוח עוד פתח פנין שאין זה

רשות שלהם פלל והוי פמרכה הדרה במבוי אחר דאסור וגם אפשר שרשות לפנימים לסתום עד הפתח של עכשיו וכשיפתח פתח למעלה ה"ז גוזל את הפנימים וכמ"ש הרשב"א וכ"נ בד"מ שנהו טעם הרמב"ם בזה ע"ש: ועפ"ז הי' אפשר ליישב קצת דברי אא"ז רמ"א בהג"ה במ"ש וי"א דאין טענת רבוי הדרה כו' שדבריו תמוהים מאד דהרשב"א מיירי לענין רבוי הדרה מצד נכנסין ויוצאין בפתח החדש וע"ז קאמר דלא שייך במבוי משא"כ התם לענין להקיר האיצטבא מיירי וכבר הרגיש בזה בט"ז וצריך נגר דיפרקינהו ולפי מ"ש י"ל דהג"ה זו מקומה בסוף דברי המחבר במ"ש אבל אם פתח הפתח כו' וס"ל להרמ"א דאין רשות לפנימי לסתום שם כמ"ש בסוף בשם הרמ"ה רק משום דכיון דמ"מ רשות הפנימי הוא הו"ל פמרכה את הדרה ע"ז קאמר וי"א דאין רבוי הדרה טענה כו' כ"ז אני אומר בתפוזי פדי ליישב דברי רמ"א שלא יהיו מוקשים כ"כ וצ"ע שם בט"ז וש"פ וגם בד"מ שבידי בכתיבת יד לא משמע הכי וצ"ע.

ועכ"פ דברי הסמ"ע הנ"ל אינם מוכרחין אבל מ"מ נדאי דמילי דסברא ניהו וגם פשוט דבהני פיר לייבין יש קלקול גדול לבני ר"ה שצריכין לנסוע בעגלות ומשאות רחבות וכדומה וא"כ פשיטא דבני ר"ה מעפבין עליו: ועוד נלפענ"ד שאין מקום לזכותו עפ"י מ"ש בתולדת אדם להרשב"א סי' הנ"ל ונ"ל ואעפ"י שנתלקו ר"י ור"ל גבי פונס לתוף שלו ורצה להחזיר פתליו כו' דשמעית מיניה דבר"ה פליגי דווקא הא במבוי וא"נ בתצר השותפין לכ"ע פנס מחזיר פתליו למקומן התם פשעדיין פתח פתוח שם והלכה אי לא דאסור לקלקל מיצר שהחזיקו בו רבים מותר אבל פאן פשפריץ פצימיו הרי גילה בדעתו שהוא מפקיר זכותו שהי' לו שם אצל השותפים כו' עכ"ל והאריף שם וא"כ בזה שפבר העמיד בנן מתחלה ולא הוציא לחוץ רק בית הצנואר של המרתף אפילו תימא שגם זה היה גבולו הני פפריץ פצומיו וכאילו מחל לגבי שכינו שהיא צריף לאותו דבר ולבני ר"ה ואינו יכול לחזור בו וכל זה אפי' אם היה מתברר שפדבריו פן הוא וכ"ש בנ"ד שאין פאן בירור רק שאומר מחמת אנומדיא וכבר הבאתי מדברי הרשב"א ששם האנומדיא טובה יותר שפל הבנן הוא משוף לחוץ רק מקצת הפותל עקום ואפ"ה פתב שעליו להביא ראיה: ומ"ש הגאב"ד שדיין א' היפה בזכות בעל הבנן על פי מ"ש בסי' תי"ז שר"ה הוא של מושלי העיר יפה פתב הגאב"ד דנדאי גם הרשב"א שם ר"ל דכיון דחזינו דכה נהגו י"ל דמסתמא ע"ד פן נמסר להם פגון מחילות וזיון משא"כ בגנונא דנ"ד מאן לימא לן שנמסר ע"ד פן שיכול לגזול בני ר"ה לעשות לעצמו פיר לייבין: ועוד אני אומר דאם מפח המושל אתינו עלה שנתן ע"ד פן א"כ אין זה מועיל רק לגבי בני ר"ה לפי שהדרכים של אדוני הארץ הם ורשות בידם להסב אותם אחורנית אבל לגבי יחיד שהורע פחו על ידי זה שא"א לבא בתוף ביתו בריווח ע"י בנן זה פי חוסמת הוא את העוברים לשם א"כ נדאי שלא נתן ע"ד פן מתחלה שיגיע ע"ז נזק לאחר שהרי הוא מושל על כל העיר וכמות זה פן זה פולם משועבדים לו ובצל פנפיו יחסיון ובנדאי דלא ניחא ליה לזכות לזה ע"מ לחוב לזה והוא פשוט בסברא והרשב"א לא פתב פן אלא לענין דרה הרבים שלא נאמר שיהא פגזול את הרבים קמ"ל דלא דמעיקרא נתן להם המלה הרשות שיהא רשות ביז מי שירצה לעשות מחילות כו' אבל פשוט דלא שייך לומר שנתן רשות באופן שיגיע היזק לחבירו דמאי חזית דדמא דידיה סומקא כו': ובר מן דין נלענ"ד דאדרבה מדברי הרשב"א גופיה מוכח להפוך שאין מקום להתיר פגוונא

דנ"ד שְׁהָרִי הַרְשָׁב־א סִיִּים שֵׁם נִהְרִי זֶה פְּכוּנִס לְתוֹף שְׁלוֹ ע"ד שְׁיוּצִיא זִיזִין אוּ מְחִילוֹת לְכַשְׁיֶרְצָה עכ"ל ור"ל פִּינֹן שְׁהָרְשׁוֹת נִיתָן מִתְחַלָּה ע"ד פֶּה הו"ל פְּכוּנִס לְתוֹף שְׁלוֹ שְׁיִכּוֹל לְהוּצִיא אַח"ז וּא"כ הָרִי מְבֹנָאָר שֵׁם בְּסִימָן תִּי"ז בְּזִיזִין דֹּא ע"ג דְּיִכּוֹל לְהוּצִיא מ"מ אִינוּ יְכוּל לְהַחְזִיר פְּתָלִיו לְמִקּוּמָן מִטַּעַם מְצָר כּו' וְהוּא מְדַבְּרִי הַש"ס דְּקִי"ל כּר"י וּא"כ מֵה בְּכָף שְׁנִיתָן ע"ד פֶּה וְהו"ל פְּכוּנִס לְתוֹף שְׁלוֹ מ"מ בְּזֶה גּוּפְיָה אָסוּר לְהַחְזִיר הַכְּתָלִיו לְמִקּוּמָן וּכּמ"ש ע"כ לֹא קֶאֱמַר הַרְשָׁב־א אֲלֵא בְּמְחִילוֹת שְׁאִינוּ מְקַלְקֵל הַדְּרָךְ רַק שְׁעוֹשֶׂה חָלָל תַּחַת ר"ה וְהָא לְזִיזִין דְּמִי וּבָהָא מְהַנִּי מֵה שֶׁר"ה שֶׁל מוֹשְׁלֵי הָעִיר כּו' כִּי הֵיכָא דְתַהֲגִי פְּכוּנִס לְתוֹף שְׁלוֹ פִּינֹן שְׁאִין מְקַלְקֵל הַדְּרָךְ שְׁדוֹרְסִין בּוֹ רַבִּים וּכּמ"ש בְּסִימָן תִּי"ז בְּשֵׁם רִי"ו דֹּאֵם עָשָׂה אֵיִצְטָבָא בְּמִקּוּם שְׁפָנִס לְתוֹף שְׁלוֹ וּא"א לְרַבִּים לְדָרוּס שֵׁם מוֹתֵר לְהַחְזִיר פְּתָלִים לְמִקּוּמָן מִשֵּׂא"כ בְּחֻזְרַת פְּתָלִיו דֹּאֵף בְּכוּנִס לְתוֹף שְׁלוֹ גּוּפִי אָסוּר פְּשִׁטָּא דְלֹא מְהַנִּי הָף טַעֲמָא לְהַתִּיר בְּכֵה"ג אָף לְכֹאזְרָה בְּתִשּׁוּבוֹת הַרְשָׁב־א שְׁהֵבִיא הַב"י בְּסִי"ב קִס"ב פְּתַב וְז"ל אֲבָל עֲכָשְׁיוֹ יֵשׁ לְמַלְכֵי הָאֲנָמוֹת בְּנֵי מְלוּכָה כּו' דְּדִינָא דְּמַלְכוּתָא דִּינָא עכ"ל מִשְׁמַע אָף הֵיכָא דְשִׁינְךָ דִּינָא דְּמְצָר שְׁהַחְזִיקוּ בּוֹ רַבִּים מ"מ ש"ד עפ"י דִּינָא דְּמַלְכוּתָא: וּמ"מ נִרְאֶה דְּהַרְשָׁב־א לֹא סָמַךְ שֵׁם ע"ז לְבַד דְּסִיִּים בְּהָ וְאֶפְשָׁר עוֹד כִּי מַלְכֵי יִשְׂרָאֵל כּו' וּבְשׁוֹ"ת תּוֹלְדֵת אָדָם סִי"ב קל"ד אֵיתָא תְּשׁוּבָה זֹו וּמְסִיִּים בְּהָ א"כ מֵה שְׁצוּדָה הַמְּלָךְ לַעֲשׂוֹת פְּתַח וּדְלַתִּיִּים לְשִׁמִּירַת הָעָם הַרְשׁוֹת בִּינְדֹן וּנְמַצָּא דִּין מַלְכֵי יִשְׂרָאֵל שְׁנֵה לְדִין הָאֲנָמוֹת בְּדַבָּר זֶה וְזוֹ רֵאזִיה כִּי זֹו דִּינָא דְּמַלְכוּתָא וְלֹא גִזְלָה דְּמַלְכוּתָא וּש"ד עכ"ל: וְעוֹד דְּשִׁאֲנֵי הַתָּם דְּנָתַן רְשׁוֹת בְּפִירוּשׁ לְהַעֲמִיד דְּלַתוֹת וְעוֹד דְּכַבֵּר פְּתַבְתִּי דְּלַגְבֵי הַיְחִיד ל"ש זֶה פְּלֵל וּא"כ אָף שְׁיָהָא רְשׁוֹת עֲתָה מ"מ אִין זֶה דִּינָא דְּמַלְכוּתָא וְלֹא מְהַנִּי כְּמִבְּנָאָר בְּפוֹסְקִים וּבַתּוֹלְדֵת אָדָם סִימָן שֵׁנ"ו: וְעוֹד נִלְעַנ"ד דַּע"כ לֹא אֶמְרִינֵן דְּהַחְזִיקוּ רַבִּים אָסוּר לְקַלְקוֹ אֲלֵא כְּשִׁנְתָן הַדְּרָךְ לְחִלוּטִין מִשֵּׂא"כ אִם מִתְחַלָּה הַתְּנָה בְּפִירוּשׁ שְׁאִין נוֹתְנֵנוּ רַק לְזִמָּן א"כ אִם מְחִזְקִין בּוֹ אַחַר הַזִּמָּן הו"ל פְּהַחְזִיקוּ שְׁלֵא בְּרְשׁוֹת וּאֵע"ג דְּכַתְּבֵי הַנ"י בַּפ' הַמּוֹכֵר פִּירוֹת דְּכָל שֶׁהוּא מְדַעַת בְּעָלִים אָף בְּטַעוֹת מְהַנִּי ז"א דַּע"כ פ' בְּשַׁעָה שְׁהַחְזִיקוּ הֵינָה דַּעַתוֹ שְׁיָהָא חָלוּט בְּיַד הַרְבִּים לְעוֹלָם וְאָף שְׁיָהָה בְּטַעוֹת מְהַנִּי מִשֵּׂא"כ הֵכָא וּמַכ"ש לְפִי דַּעַת הַרְז"ה בְּס' הַמְּאֹר שֵׁם וְהַלְכָף פִּינֹן דְּהו"ל שֶׁל הַמְּלָךְ וְהַשְּׂרִים שְׁיֵשׁ לָהֶם רְשׁוֹת לְבָנוֹת וְלִסְגָּר מַעֲיָקְרָא נִיתָן לְרַבִּים ע"ת שְׁאִימְתִי שְׁיֶרְצוּ יַחְזִירוּהוּ וּלְכָף שְׁפִיר יְכוּל לַעֲשׂוֹת מְחִילוֹת וְזִיזִין וְגַם לְצוּוֹת לְהַעֲמִיד דְּלַתוֹת דְּמַעֲיָקְרָא הֵינָה ע"ת שְׁאֵם יֶרְצָה יִסְתָּוּם דְּרָךְ הַרְבִּים שְׁהוֹלְךָ לְמַבּוֹי מִשֵּׂא"כ בְּזֶה שְׁזֶה הַיְחִיד גּוּפְיָה הַעֲמִיד בְּנִין וּפְתַח בֵּית הַצְּנוּנָאָר לְחוּץ וְנִסְבַּ הַגְּבוּל לְצַד פָּנִים וּא"כ מְרָאִין הַדְּבָרִים שְׁהֵינָה בְּדַעַתוֹ לְהַחְלִיט לְעוֹלָם בְּיַד הַרְבִּים וּא"כ הָא קִי"ל כּר"י דְּאֶמַר אִינוּ מְחִזְרִי.

ומה"ט נ"ל דְּמֵה שְׁפָנִס מִתְחַלָּה ג' רַבַּע אִמָּה לְצַד הַרְחוּב כְּמוֹ שְׁנִזְכָּר בְּשִׂאָלָה שְׁפִיר הוּא יְכוּל לְהַחְזִירוֹ לְכָלֵל הַבְּנִין מִשֵּׁם דְּמִסְתַּמָּא לֹא נִיחָא לִיָּה לְהַחְלִיט רַק שְׁיָהָה פְּנוּי כְּשִׁיִּצְטָרֵךְ לְבָנוֹת אֵינָה חָדָר וְכְדוּמָה כְּאֶשֶׁר הוּא מַעֲשִׂים בְּכָל יוֹם וּלְכָף אִין בּוֹ דִּין מְצָר כּו' וּמ"ש הַגָּאוֹן אַב"ד טַעַמ' מְשׁוּם דְּלֹא הָוִי רַק צִינְדִי ר"ה דְּזִימְנִין דְּחִקִי רַבִּים וְלֹא נִיחָא תְּשִׁמְשִׁתִּי צ"ע דְּהָא בְּמַבּוּאוֹת הַמְּפֹלְשִׁין כּו' נְמִי אֶמְרִינֵן הָף לִישְׁנָא דְּדַחְקִי רַבִּים כּו' וּלְכָף הוּא כּר"ה: אָף מ"מ יֵשׁ לְהַתִּיר בְּזֶה לַעַנ"ד כּמ"ש וּבְכַרְט אִם אִין בְּזֶה הַיְזָק נִיפְר כ"כ לְשַׁכְּיָנוּ אֲבָל בְּפִיר לִיִּבִין פִּינֹן דְּבָרִי הַיְזָקָא לְשַׁכְּיָנוּ וְלַבְּנֵי ר"ה אֵיכָא אִיסוּרָא.

והדין דין אמת כמ"ש הגאב"ד נ"י דברי זעירא דמן חב"יניא החותם על דבר אמת מוצאי ש"ק טו"ב מנחם ולא תסיג הגבול לפ"ק בראד. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד, תשובת שאלה פה גבר חכם בעוז ותושיה.

אמריו נעמו מנפת מנפלי פסולת נקי' ה"ה פבוד אהו' ידידי הרב הגדול הקריף ובקי המפורסים מוהר"ר מרדכי נ"י: אהד"ש שש אנכי על אמרתו משאת פפיו בתבונות נחם. הא דשדר לן מתקא וחורפא קונטרס בדיני ברירה אשר פתב שלח ונמסר יפה מיד בד"ז הרב המנפולג הקריף ובקי המפורסי מוהר"ר סענדר חיים נ"י.

והנה כי אף בעידנא לא מצינא לאהדורי דלא מצינא לאשתמוטי ממסכתא דקאמינא פה וגם כי אנכי חזון הרביתי בעניני עמוקלי ורחבים הללו בכמה תשובות אשר התהלכתי ברובה.

אפס לכבודו עברתי בין בתרי אמרי נועם. ומצאתי בהם טעם.

יסודתם בהררי קודש. וראיתי להקריב אומר הבא מן החודש כו': והנה מ"ש כ"ת להשיג על מ"ש ביש"ש ב"ק בדיני ברירה לתמוה על ר א"ש בנדרים שכ' לחלק בין חצר לבקעה דבחצר קפדי אינשי אדריסת הרגל ותמה היש"ש דהא אפתי תיקשי דהא התם חצר השותפין דלא קפדי הוא וע"כ דבין לרבנן ובין לראב"י אסרי וניתור כו' וע"ז השיב כ"ת דבאמת ליתא בהרא"ש מה שהעתיק ביש"ש וא"כ רבנן פמאן ואין פנונת הרא"ש להקשות דרבנן דלא פמאן דבהא לא איכפת לן אם ראב"י ומחלקותו יסברו כר"א רק דהרא"ש קשיא לי דבפרק השותפים משמע דוקא שותפי לא קפדי אהדי.

הא אחרוני קפדי נאפי' לרבנן דר"א אסור כדמשמע בפרק חזקת ע"ש והאר"י בזה: ואני תמה דמאחר שכ"ת מסכים לדברי מהרש"ל בזה שגראה מדבריו דקאי להו תירוץא דבפרק חזקת דמתרץ רבינא דמתני' דהשותפי' כר"א דוניתור אסור א"כ אפס מקום לדייק מהו מתני' דאחרוני קפדי דהא התם לאו משום קפידא מיירי רק בוניתור ואין פאן מקום לדייק מזה פלל קפידא לאחרוני רק שנוכל לדייק זה מלשון רבינא בפרק חזקת דקאמר רבינא אמר לעולם לא קפדי והא מני ר"א היא כו' והתוס' שם פתבו דמשמע דלכ"ע קפדי אינשי אדריסת הרגל ואף רבינא לא קאמר אלא בשותפין והקשו ע"ז מהו דאין בין הפודר כו' ע"ש ואיך אפשר להעמיס זאת בלשון הרא"ש שלא הזכיר בדבריו פלל ההיא דפרק חזקת והעיקר חסר מן הספר וגם דהתם נמי לאו בפירוש איתמר אלא מכלל משמעות לישנא דרבינא דקאי אתירוץא דר"נ דאמר הכא בשותפין כו' וזה הכריחו לרש"ל לפרש דמגופא דמתני' דפליגי רבנן וראב"י בדין ברירה משמע דלאחרוני אסור משום דקפדי (ולשון רש"ל שכ' אלמא דכ"ע קפדי א"כ רבנן פמאן הוא מגומגם ונ"ל שיש ט"ס וצ"ל דאל"כ רבנן פמאן ור"ל דאם תאמר דלא קפדי א"כ ע"כ דמטעם וניתור אסרי רבנן וראב"י וא"כ רבנן דס"ל וניתור מותר פמאן) דאל"כ ע"כ דמתרונניהו ס"ל וניתור אסור וא"כ רבנן דמתירין וניתור פמאן וע"ז הקשה הרש"ל פיון דהרא"ש תלי באוקימת' דברירה והינו לרבינא ולדידן' בשותפי' לא קפדי רק משום דס"ל וניתור אסור א"כ ע"כ דלא איכפת לי אי רבנן וראב"י קיימי כר"א דאוסר וניתור וא"כ אף אי הוה אמרינו דחצר ובקעה שווין דבתרונניהו לא קפדי נמי א"ש הא דרבנן וראב"י משום וניתור ואין הברח ממתני' פלל רק מלישנא דרבינא מוכח הכי וכמ"ש נהרי הרא"ש לא

מִיָּתִי מֵהֶתֶם רַק מִמֵּתְנִי דִּהְקָא וְכוּן מְבוֹאֵר בְּדַבְרֵי הַיֵּשׁ"ש שֶׁשׁ אַח"כ לְהִדְיָא ע"ש שְׁפָתַב וּע"כ רְבִינָא לְטַעְמִי דְמִפְרָשׁ דְּבַבְרֵיהּ פְּלִיגִי אֲבָל בְּלֹא בְרִירָה אֶסְרִי וּוּיְתוּר בְּמוֹדֵר הַנְּאִיה וּמִיָּנִי לִיכָא לְדִיִּיק חִילּוּק דַּר"ת בֵּין חֲצָר לְבִקְעָה אִם לֹא מְסוּגִיָּא דַּפ' ח"ה וְכַדְפְּרִישִׁי עַכ"ל וּר"ל דְּכִינּוּן דַּע"כ לֹא מֵר לְדִידִי דְרַבְּנָן וּרַאב"י ס"ל וּוּיְתוּר אֶסוּר א"כ אִין הֶכְרַח לֹא מֵר דְּשׁוֹתְפִי דִּנְקָא הָא אַחְרֵינִי קִפְדִי אֲלֵא מְצִינּוּ לְמִימַר דְּגַם אַחְרֵינִי לֹא קִפְדִי כְּדַמְשָׁמַע פְּשָׁטָא דְּסוּגִיָּא דַּאבָה"מ דְּפָרִיף מֵאֵן תְּנָא כו' רַק דְּבִהַשׁוֹתְפִי הַטַּעַם מְשׁוּם וּוּיְתוּר אֶסוּר וְכַדְמוּקֵי ג"כ בְּפָרְק אַבָה"מ וַאֲע"ג דְּרַבִּינָא נִקְט מִקְלַתִּי אֲשׁוֹתְפִי מ"מ הֵךְ סוּגִיָּא דַּאבָה"מ דְּפָרִיף מֵאֵן תְּנָא לֹא ס"ל הֵכִי אֲלֵא ס"ל דְּאַחְרֵינִי נָמִי לֹא קִפְדִי וְאִין הֶכְרַח לְחַלְק בֵּין בִּקְעָה לְחֲצָר כָּלֵל רַק אִם נֹאמַר דְּלֹא בְּבִרְיָה פְּלִיגִי רַק דְּפְלִיגִי אִי קִפְדִי אוּ לֹא וַא"כ מַה שְׁאָמַר רַאב"י זֶה נִכְנָס לְתוֹף שְׁלוֹ הֵינּוּ דְמַחְמַת שׁוֹתְפִי לֹא קִפְדִי וּמוֹכַח דְּאַחְרֵינִי קִפְדִי וְכַמ"ש הַרש"ל שֶׁשׁ לְשִׁיטַת הַתּוֹס' מִשָּׂא"כ הָרֵא"ש שֶׁהַזְּכִיר בְּדַבְרֵי אֲוִקִימָתָא דְּבִרְיָה א"כ צ"ל דְּמִטַּעַם וּוּיְתוּר אֶסוּר אֲתִי עֲלֵה אִין הֶכְרַח לְחַלְק בֵּין שׁוֹתְפִין לְאַחַר לְעֵנִן קִפְדָּא בְּחֲצָר וַא"כ י"ל דְּהַמְקַשָּׁה מֵאֵן תְּנָא וּמוּקֵי כַר"א ס"ל כְּרַבִּינָא בְּהָא דְמוּקֵי הַטַּעַם דְּפְלִגְתָּא מְשׁוּם וּוּיְתוּר רַק דְּרַבִּינָא ס"ל שׁוֹתְפִין דִּנְקָא וְהַמְקַשָּׁה דַּאבָה"מ ס"ל דַּה"ה אַחְרֵינִי דְמַמְתְּנִי גּוּפָא לִיכָא לְדִיּוּקֵי מִינְהָ מִיּוֹדֵי כִינּוּן דְּלֹא בְּקִפְדָּא מִיָּרִי רַק מַחְמַת אֶסוּר וּוּיְתוּר וּרַאב"י מְשׁוּם בְּרִירָה מִתִּיר וּע"כ דְּלִמָּאן דְּמִתִּיר וּוּיְתוּר אֶפִּילוּ בְּאַחְרֵינִי שְׂרִי מְשׁוּם דְּלֹא קִפְדִי כָּלֵל.

וְזֶה בְּרוּר לְמַעֲיָיִן בְּדַבְרֵי רַש"ל. אִף שְׁאֵנִי תָּמָה לְפִי הֶבְנַת הַרש"ל בְּהָרֵא"ש שְׁקוּשְׁיִיתוּ דְּלֹא מְסַתְּפֵר דַּרַאב"י וּמַחְלֹקְתוּ יִסְבְּרוּ וּוּיְתוּר אֶסוּר וּע"כ מְשׁוּם דַּס"ל קִפְדִי הוּא א"כ דְּבִרְיָה הָרֵא"ש סוֹתְרִים זַא"ז תּוֹף כ"ד שְׁהָרִי לְעֵיל מִינְהָ פְתַב וְכִינּוּן דְּסַתְּמֵם לָן תְּנָא כַר"א הִלְכְתָּא כְּנוֹתִי דְּקִי"ל הִלְכָה כְּסַתְּמֵם מְשֻׁנָּה וְעוֹד הַסּוּגִיָּא דְּלִקְמָן בְּשׁוֹתְפִין שְׁנִדְרוּ כְּנוֹתִי כו' מְבוֹאֵר דְּמִפְרָשׁ דְּפְלִיגְתָּא דְּהַשׁוֹתְפִין כַר"א אֲתֵיָּא וְאִין אֶסוּר רַק מְשׁוּם וּוּיְתוּר וְלֹא מְשׁוּם קִפְדִי וְתַכ"ד פְתַב וְהָאִי דַּרְה"ר דְּמַתְּנִי אֲוִמַר ר"ת דְּמִיָּרִי אִף בְּבִקְעָה מְשׁוּם דְּקִשְׁיָ לִיָּה מִהַשׁוֹתְפִי שְׁנִדְרוּ וְאִף ר"א לֹא שְׂרִי כו' וּמוֹכִיחַ מְזִה דְּמִטַּעַם קִפְדִי הוּא דְּלֹא מְסַתְּפֵר לִי מְטַעַם וּוּיְתוּר דַּא"כ רַבְּנָן דְּלֹא כְּמֵאֵן וּלְכַף מַחְלֵק דְּבַחְצָר קִפְדִי וְלֹא בְּבִקְעָה וְזֶה סוֹתְרֵי לַמ"ש לְעֵיל דְּמִטַּעַם וּוּיְתוּר הוּא: אִף לְפַעַנ"ד דְּבִרְיָה הָרֵא"ש שְׁבִפְסָקִיו מִתְּפָרְשִׁי יָפָה עַפ"י מ"ש הָרֵא"ש בְּפִירוּשׁוֹ שֶׁשׁ ר"פ הַשׁוֹתְפִין כו' אֶסוּרִין לִכְנָס לְחֲצָר דְּבַחְצָר קִפְדִי כ"ע אַדְרָה"ר וְאֲתֵיָּא אֶפִּילוּ כְּרַבְּנָן וּבְחֻזְקַת הַבְּתִימִים אִית דְּמוּקֵי לְהֵךְ כַר"א דְּאָמַר וּוּיְתוּר אֶסוּר בְּמוֹדֵר הַנְּאִיה מְשׁוּם דְּשׁוֹתְפִים לֹא קִפְדִי אֲהַדְדִי עַכ"ל וְכַוּוֹנַת דְּבִרְיָו מ"ש דְּבַחְצָר קִפְדִי כ"ע כו' הֵינּוּ לְחִילּוּק ר"ת דְּאִף דְּלַעֲיֵל אֲמַרִּינּוּ דְּלֹא קִפְדִי הֵינּוּ בִּקְעָה אֲבָל כָּאֵן בְּחֲצָר קִפְדִי וְלָכֵן אַע"ג דְּלַעֲיֵל מוּקֵי כַר"א הֵךְ דְּהָקָא אֲתֵיָּא אֶפִּי כְּרַבְּנָן כִּינּוּן דְּבַחְצָר מִיָּרִי.

וְשׁוּב פְתַב וּבַחזו"ה אִית דְּמוּקֵי כו' וְהוּא אֲוִקִימָתַת רְבִינָא הָרִי מְבוֹאֵר דַּמ"ש מַעֲיָקְרָא דְּבַחְצָר כו' אֶפִּי כְּרַבְּנָן הֵינּוּ לֹאִינְהָ אֲוִקִימָתוֹת שֶׁשׁ דְּהֵינּוּ ר"נ וּר"פ וְכוּן לְדַעַת הַמְקַשָּׁה שֶׁשׁ דַּס"ל דְּגַם בְּשׁוֹתְפִים בְּחֲצָר קִפְדִי וַא"כ הָא דְּפָרִיף בְּפָרְק אַבָה"מ מֵאֵן תְּנָא כו' וְלֹא חֲזִישׁ לְהֵנָּה דַּס"ל דְּקִפְדִי אַדְרָה"ה וְקָאֵמַר בְּפִשְׁטוֹת דַּר"א לְדִידְהוּ מְוַכְרַח לֹא מֵר דְּבַחְצָר שְׁאֵנִי דְּבַחְצָר כ"ע מוֹדִי דְּקִפְדִי וְשׁוּב פְתַב וּבַחזו"ה כו' ר"ל דְּלִידְדִי לֹא מְהַיָּי מַה דְּאָמַרִּינּוּ דְּבַחְצָר קִפְדִי דַּאִיָּהוּ ס"ל דְּשׁוֹתְפִים לֹא קִפְדִי וּע"כ דְּמִטַּעַם וּוּיְתוּר אֶסוּר וּעַפ"י ז' מִתְּפָרְשִׁין גַּם דְּבִרְיָה הָרֵא"ש בְּפְסָקִיו דְּמַתְּחֵלָה כ' דְּמְסוּגִיָּא דְּהַשׁוֹתְפִים שְׁנִדְרוּ מְשָׁמַע כַּר"א וְהֵינּוּ

לפי אוקימתא דרבינא דס"ל שנותפין לא קפדי וע"כ דמטעם וניתור הוא ושוב פתב דר"ת מפרש דמיינרי בבקעה משום דקשאי לי' הך דהשותפים כו' והיינו לפי פשיטות הסוגיא ולפום מה דבעי בחז"ה שם מעיקרא למימר דאף שנותפין קפדי שלא יסתור הא דמשמע בפשיטות בפרק אבה"מ דדרה"ר לא קפדי ע"כ לחלק בין חצר לבקעה.

ומעתה מ"ש מהרש"ל להקשות דהא שותפים אפילו בחצר לא קפדי כדפ' ר"ת בכמה מקומות וכן מוכח בפרק חזקת הבתים כו' לא קשאי מידי דמ"ש פן ר"ת היינו לפי אוקימתא דרבינא בפרק חזקת ולידידיה לא מהני הא דנימא בחצר קפדי פנין דאיהו ס"ל דשנותפין לא קפדי א"כ צ"ל משום וניתור משא"כ הרא"ש קאי הכא לאינה אוקימתא שותפסין מתני' כפשטא דמשום דקפדי היא ולא משום וניתור וכה"ג פתב הרש"ל לפרש דברי התוספות.

ומ"ש דהתוס' לא תלי בברייה משא"כ הרא"ש דתלי בברייה לפענ"ד אין פאן קושאי כלל שלענ"ד מ"ש הרש"ל שם דלאינה אוקימתא פליגי רבנן וראב"י בהך סברא אי קפדי אינשי בשנותפין או לא ומה דקאמר ראב"י זה נכנס כו' היינו פנין דלא קפדי א"כ זה נכנס כו': ולענ"ד צ"ע דא"כ ה"ל לאוקמי מתני' דפר' חזקת כראב"י דהלכתא פנותי' ולמה הוצרכו לאשכוחי פירוקי אחרניא אלא ודאי דהנה אמוראי נמי בברייה מוקי פלוגתא זו וכדמשמע לישנא דזה נכנס וכדדניק הרא"ש בפ' בית פור ומ"ש הרש"ל שם דהרא"ש כ"כ דלא תימא דטעמא משום דוניתור שרי אבל אינו מיושב דלמא ס"ל דלא קפדי ותלי טעמא דהיתרא בשנותפין דלא קפדי לפי שזה נכנס כו'.

ולענ"ד תמוה פנין דאין ברייה מה ענין לא קפדי לומר בשלו נכנס ואם נאמר דכל דלא קפיד נכנס לתוך שלו קריליה א"כ איך דניק דלא הנה טעמא משום וניתור דמותר מדקתני זה נכנס דמה הוכחה היא זו דלמא אה"נ קאמר דכיון דלא קפדי זה נכנס כו' ומשום וניתור ליכא למיסחש דוניתור מותר אלא ודאי דהך לישנא ולתוך שלו הוא נכנס מורה בהדיא דס"ל יש ברייה וא"כ כל הני אוקימתא דפרק חזקת ליכא מאן דס"ל בטעמא דראב"י דמתיר רק משום יש ברייה ורבנן ס"ל אין ברייה וא"כ שפיר כ' הרא"ש ואף ראב"י לא קאמר אלא משום ברייה אפילו להנה אוקימתא קמיינתא משום דכ"ע מודו בהא דפלוגתא דראב"י בברייה הוא אלא דבאוקימתא קמיינתא ס"ל דאפילו שותפים קפדי והאיסור משום קפינא ורבי אליעזר בן יעקב מתיר משום ברייה ורבינא סבר שהאיסור משום וניתור ולכך הוצרך ראב"י לברייה אבל לכ"ע בברייה פליגי ולא בקפדי ולא קפדי כף נלענ"ד ברור ועת לקצר.

והנה ראיתי מ"ש כ"ת בחצר שיש בה דין חלוקה שהרשב"א אוסר בנדרו זה מזה אף לאחר חלוקה והר"ן פתב דאנו סהדי שע"מ פן נשתפפו שלא יוכל אחד לאסור על חבירו בענין שיהיה נאסר עליו לאחר חלוקה דא"ה אסר עליו נכסי דידן' ואינו בדין עכ"ל וכ"ת פירש דהוי פאלו הותנה שאם יאמר זה חלקי קנוי לו מעיקרא וכתב לחלק בההוא דחביות דהתם אינו נאסר לגמרי פנין שפידו להוליכו פרגלי שתינה.

ובזה כ' ליישב הא דסנהדרין בעיסה שחצ'י של עה"נ כו' שעמד בזה בשאגת ארי' והאריף בזה. ולענ"ד ז"א דמה לי לאסור לגמרי או פההוא דתחומין פנין שעכ"פ יש לזה קפינא בדבר שיהי' אסור להוליכו פרגליו נימא דחשוב פהותנו מעיקרא שלא יאסר נכסי דידן'

להוליתו פּרַגְלִיּוֹ שְׁאִינוֹ בְּדִין וְאִם הִיא דִּינוֹ שֶׁל הֶרְ"ן בְּעֵינֵי חֲצָר מְוַכְרָח מֵהַש"ס הַיְינוּ צָרִיכִים לְדַחֵק עֲצָמֵינוּ לְחֻלְק בְּזֶה.

אַבְל אַחַר שֶׁהֲרֵשֶׁב־א אֹסֵר וְהֶרְ"ן מִתִּיר מְסַבְרָא דְנִפְשֵׁי לֹמַר שֶׁע"מ פֶּן נִשְׁתַּתְּפוּ מִיָּד לֹא לִיפְגֹם לְחִלּוּקֵינוּ בִּיָּד דְּאִשְׁכַּחן דְּלֹא מֵהֵי קִפִּידְתָּן לֹמַר כְּאֵלֹה הִתְנַחוּ וְכָל שְׁנֵאמַר אֵין בְּרִיָּה אֹסֵר וּבְאֵמַת שְׁפֵן מוֹכַח מִדְּוִקְתֵּי וְקִצְרֵתֵי: אַבְל הָאֵמַת יוֹרָה דְּרַפּוֹ שְׁאִין פְּנוּנַת הֶרְ"ן בְּזֶה לֹמַר דְּהוּי פְּאִילוֹ הִתְנוּ שְׁאִם יֵאָסֵר יִהְיֶה שְׁלֹו לְמַפְרַע מִשְׁעַת שְׁוִתְפוּ דְּאִין מְקוּם לְזֶה רַק אִם נֹאמַר יֵשׁ בְּרִיָּה רַק דְּלַעֲנֵן זֶה הוּי פְּאֵלֹו הִתְנוּ שְׁמֵאוֹתוֹ שְׁעַה שְׁיִחְלֻקוּ יִהְיֶה זֹכֶה בּוֹ לְעֲצָמוֹ מִפְּחַ הַמוֹכֵר הֶרְאֵשׁוֹן שְׁקֵנוּ מִמֶּנּוּ בְּשׁוֹתְפוֹת וְאִין קִנְיָנוּ בְּאֵ מִכַּח חֲבִירוֹ הַשְׁוִתְפֵּי וְהֶרְ"ן לֹא כ"כ אֵלֹא גְבִי נְדָרִים דְּשָׁם עֵיקָר הָאִיסוּר כּו' (עֵינֵן בְּחֻלְק א"ח ס"י) וּבְעֵינֵן הָא דְּעֵסָה חֲצִי שֶׁל עַה"נ וּבְהֵי דְּחֻלִּין דְּמִשְׁנֵי דְּאִית לִי שְׁוִתְפוֹת הָאֲרַכְתִּי בְּכַמָּה תְּשׁוּבוֹת בְּחֻלְק יו"ד וּבְחֻלְק אַה"ע ע"ש: וְהֵינָהּ בַּמ"ש כ"ת לִיִּישׁב דְּבָרֵי הֶרְמִב"ם בַּה"ל י"ט דְּפִסְק חֲבִיּוֹת מְוִתֵּרַת וּבְהֵמָּה אֹסֵרָה וְלֹא חֲתִישׁ לְקו' ר"כ וְרַב אִסִּי לְרַב דְּאִקְשֵׁי לִי לְאִיסוּר מְוִקְצָה לֹא חֲשֵׁשׁוּ לְאִיסוּר תְּחוּמֵינּוּ חֲשֵׁשׁוּ דְּיוֹנְקִים הַתְּחוּמֵינּוּ זֶה מְזִיָּה וְכַתֵּב כ"ת מִשׁוּם דְּלְכַאוּרֵי יֵשׁ לְחֻלְק עַפ"י מ"ש הֶרְ"ן בְּנְדָרִים דְּהֵיִתֵּר בְּהֵיִתֵּר לֹא בְּטַל וַא"כ י"ל דְּלְמִוְקְצָה שְׁהוּא אִיסוּר לֹא חֲשֵׁשׁוּ מִשׁוּם שְׁמֵתְבַטַּל מִשְׁא"כ תְּחוּמֵינּוּ שְׁהוּא הֵיִתֵּר בְּהֵיִתֵּר כַּמ"ש הֶרְ"ן שְׁם אִינוּ בְּטַל וַא"כ מֵאִי קִשִּׁי לְהוּ וצ"ל דְּשִׁפִּיר מְקַשׁ לְרַב לְשִׁיטְתוֹ דַּמְב"מ לֹא בְּטַל א"כ אִפְּלִיּוֹ מְוִקְצָה אֵין לֹו לְהַתְּבַטַּל וְלְכַּף קִשִּׁיָּא לְהוּ מַה בֵּין מְוִקְצָה לְתְּחוּמֵינּוּ אַבְל לְהֶרְמִב"ם דְּפִוִּסְק דַּמְב"מ בְּטַל שִׁפִּיר אֵיכָּא לְפִלוּגֵי בֵּינֵיהוּ עַכ"ד וְהֵם דְּבָרֵי חֲכָמָה אַבְל לְדִין יֵשׁ תְּשׁוּבָה דְּכֵינֵן שְׁנֵאמַר דְּמַחְמַת מְוִקְצָה שְׁם אִיסוּר עֲלִיוּ וּבְטַל מִמִּילָא מוֹעִיל בְּיִטוּל זֶה גַּם לְעֵינֵן תְּחוּמֵינּוּ: אַף נִרְאָה שְׁזֶה תְּלוּי בְּפִירוּשׁ רַש"י וְתוֹס' שְׁם דְּלִפִּי מַה שִׁפִּיר שְׁכַר מְחַמַּת יִנְיָקָה א"כ שִׁפִּיר י"ל כַּמ"ש דְּכֵינֵן דְּעַל הֵינְיָקָה יֵשׁ אִיסוּר מְוִקְצָה וְשִׁיָּף בֵּיהּ בְּיִטוּל שׁוּב נִתְבַּטַּל גַּם שְׁלֹא יֵאָסֵר מִשׁוּם תְּחוּמֵינּוּ מִשְׁא"כ לְהַתוֹס' שְׁם דְּבִינְיָקָה אֵין אִיסוּר מְוִקְצָה רַק מַה שְׁהִי גְדוּל וְהוּלָף בִּיו"ט א"כ שְׁזֶה שְׁגָדַל שְׁשָׁם מְוִקְצָה עֲלִיוּ נִתְבַּטַּל מ"מ הֵינְיָקָה שְׁיִוְנָק מִחֲבִירוֹ שְׁם הֵיִתֵּר עֲלִיוּ וְלֹא נִתְבַּטַּל וַא"כ י"ל דְּהֶרְמִב"ם אֲזִיל בְּשִׁיטַת הַתו' וְשִׁפִּיר יֵשׁ לְחֻלְק וְלֹמַר דְּנִתְבַּטַּל לְעֵינֵן מְוִקְצָה וְלֹא לְעֵינֵן תְּחוּמֵינּוּ: אַף בְּאֵמַת עֲדִינֵן אֲנוּ צָרִיכִין לְמוֹדְעֵי דְּהָא בְּמִוְקְצָה לֹא מֵהֵי בְּיִטוּל דְּהוּא דְּבָר שִׁישׁ לֹו מִתִּירִין וצ"ל דַּכַּה"ג שִׁפִּיר בְּטַל כַּמ"ש בִּיו"ט ס"י ק"ב בְּעֵינֵינֵי שְׁנֵבוּ בְּגִיגִית בְּשַׁבַּת פִּינֵן שְׁמִיד שְׁבָאִים לְעוֹלָם מִתְּבַטַּלוּ בְּהֵיִתֵּר אַף נִרְאָה דְּטַעֲמָא דְּהַמְרָדְכֵי בְּזֶה לְהַתִּיר בְּדָבָר שִׁיל"מ אַע"ג שְׁשִׁיָּף עַד שְׁתֵּאכְלָנוּ כּו' מִשׁוּם דַּס"ל כְּטַעַם הֶרְ"ן דְּדַשִּׁיל"מ בַּמְב"מ דְּמִי לְהֵיִתֵּר בְּהֵיִתֵּר לִפִּי שְׁהוּא מְב"מ וְגַם סוֹפּוֹ לְהֵיִתֵּר מְוִתֵּר וְהָא דְּהֵיִתֵּר בְּהֵיִתֵּר לֹא בְּטַלִּי מִשׁוּם דְּיִלְפִינֵן מְוִלְקַח מִדָּם הֶפֶר וּמִדָּם הַשְּׁעִיר מְכָאן לְעוֹלָיִם שְׁאִין מְבַטְלִין זַא"ז דְּהֵינֵנוּ הֵיִתֵּר בְּהֵיִתֵּר וַא"כ י"ל דְּוִוְקָא דְּוּמְיָא דָּדָם פֶּר וְשְׁעִיר שְׁהֵיָה נִיָּפֵר מְעִיקְרָא כ"א לְעֲצָמוֹ וְעַתָּה מְעַרְבֵי אוֹתָם אַבְל כְּשֶׁלֹא הִיא בַּפ"ע מְעוֹלָם אֲדַרְבָּה כָּל מַה שְׁנִתְעַרְבֵי וּמוֹסִיף עַל כַּח הֵיִתֵּר שְׁהִי בְּעוֹלָם וְנִיָּפֵר וְהִיוּ לְאַחַדִּים פִּינֵן שְׁהֵיִתֵּר הֶרְאֵשׁוֹן הוּא נִיָּפֵר וְעוֹמֵד וְזֶה לֹא הִיא לֹו הוּי בַּפ"ע עֲדִינֵן וְאַחַרֵי רַבִּים לְהַטוֹת קָרִינֵן בִּי וְלִכֵּן פִּינֵן דְּבְּהֵיִתֵּר בְּהֵיִתֵּר כַּה"ג שְׁלֹא הִיא נִיָּפֵר מְקוֹדָם שִׁפִּיר בְּטַל דוֹן מִיָּנָה דְּגַם דַּשִּׁיל"מ בְּטַל בַּכַּה"ג דְּהָא כָּל עֵיקָר אִיסוּר דְּדַשִּׁיל"מ מִטַּעַם הֵיִתֵּר בְּהֵיִתֵּר אֲתִינֵן עֲלֵהּ: וּמִעַתָּה נִסְתָּרוּ דְּבָרֵי כ"ת שְׁכ' דְּלְכַּף בְּתְּחוּמֵינּוּ ל"ב מִשׁוּם דְּהֵיִתֵּר בְּהֵיִתֵּר הוּא דַּז"א דַּא"כ גַּם מְוִקְצָה אֵין לֹו לְהַתְּבַטַּל מִשׁוּם דְּבָר שִׁישׁ לֹו מִתִּירִין

וע"כ משום דהיתר בהיתר גופא בטל בהכ"ג דאינו ניכר א"כ גם לאיסור תחומין אין לחוש דשפיר מתבטל בהכ"ג אע"פ שהוא היתר בהיתר וגם מ"ש כ"ת דלר"י מב"מ לא בטל גם למקצה שהיא איסור יש לחוש דהא גם ר"י דס"ל למילף מנלקח מדם הפר ושעיר דמב"מ בשם העצם לא בטל נמי בעיניו דומיא דדם פר ושעיר שהי' כ"א ניכר לעצמו מתחלה משא"כ היכא שההיתר הנה ניכר והאיסור תיכף בתחלת ביאתו לעולם נתערב שפיר בטל אף לר"י ובזה יש ליישב פמה קושיות וקצרותי: ובהכי א"ש מ"ש ר"כ ור"א לרב לאיסור מוקצה לא חששו דהא באמת טעמא בעי למה לא חששו (ועיין במג"א סי' שי"ח שהביא דברי התוס' ומשמע דמפרש דס"ל שאין לחוש למקצה פי האי שגדל והולך אף בלא טעם ביטול ואפשר דס"ל דע"כ א"ל בזה משום ביטול פניו דלרב קנימין דמב"מ לא בטל וע"כ דאף בלא ביטול לא חששו משום שאינו ניכר מה שגדל לא חניל עליו איסור מוקצה.

אף לפי מ"ש א"צ לזה די"ל דשייך בזה ביטול אף לרב דע"כ לא אמרו מב"מ לא בטל אלא בניכר וע"ש שרמזו לסי' ש"ף סעיף ב' ור"ל דשם איתא דין המרדכי דכה"ג אף דשיל"מ בטל ברוב ומה שהקשה שם על דין הא"ח שהביא הרמ"א בפרי מחובר שנתלש לחולה דנימא שנתבטל ברוב.

ולענ"ד י"ל לפי מ"ש הר"ן שאביא דבריו לקמן דכמו דהיתר בהיתר לא בטל ה"נ איסור באיסור לא בטל ולפ"ז י"ל דבעודו מחובר שכל הפרי הי' אסור בשבת לא שייך בי' בטול ואפשר דגם גבי בהמה דבחי' אסורה שייך לומר פן וצ"ע אף לפמ"ש דכל שאינו ניכר שפיר בטל אף היתר בהיתר א"כ פשיטא דכן הוא גם איסור באיסור וקצרותי) ולימרו אינהו לנפשיהו דא"ל דלדידהו משום ביטול ולרב הקשו דס"ל מב"מ ל"ב דא"כ הכי ה"ל למימר לדידהו דס"ל כר"י דמב"מ לא בטל למה לא חששו לאיסור מוקצה דאטו מהו דתחומין שמעינו לרב דס"ל מב"מ לא בטל הא בעלמא שמעינו לה פמבואר בחולין דף ק' ועוד דתיקשי לר"י ודעימי' דמב"מ לא בטל בהמה ביו"ט היכא שחטינו דהא יש פאן מוקצה (ודוחק לומר דפשיט' לי' דלא שייך מוקצה בדבר הגדל והולך וכמש"ל כו') אף לפי מ"ש א"ש דלדידהו ל"ק להו דשפיר בטל אפילו לר"י פניו דלא הוי דומיא דדם פר ושעיר שהי' כ"א ניכר לעצמו אבל בכה"ג שאינו ניכר שפיר מתבטל לכ"ע ולכן הקשו לרב דאוסר משום יניקת תחומין וע"כ דס"ל דאף שאינו ניכר לא בטל א"כ ניחוש נמי למוקצה אלא ע"כ דלפי שאינו ניכר בטל א"כ גם לתחומין אין לחוש והוא נכון לענ"ד: והנה דעת הר"ן בנדרי' דמשמע דמספי' להרי"ף בהא דפת שאפאה עם הצלי כו' לפי דהיתר בהיתר הוא דבריו סותרין למ"ש בתשובה לענין חמץ קודם פסח אין חזר ונגיעור דס"ל דהיתר בהיתר בטל והביא ראיה ממתני' דצמר גמלים וצמר רחלים שטרפן כו' וכ"כ בשם הראב"ד: והנה הפר"ח בא"ח סי' תמ"ז דחה הרא"י משום דשעטנז לעולם אסור כו' ואלוף נעורי הגאון חסיד שפכהוזה מוהר"ר יצחק אייזיק הכהן ז"ל אבד"ק קארץ אמר לדחות עפ"י מ"ש בט"ז טעם הר"ן בדשיל"מ משום דה"ל פהיתר בהיתר ונדוקא במב"מ משא"כ צ"ג וצ"ר שהם בעצמותם מין בשא"מ שפיר בטל עכ"ד.

ובאמת לפי המבואר בר"ן בנדרי' דאם הוא היתר בהיתר ממש אף אם הוא מבשא"מ בשם העצם ל"ב לרבנן א"כ אפתי תיקשי הא דצ"ג כו'. ואפשר שדבריו ז"ל אמורים

דעכ"פ מהא ליכא למשמע מינה אלא שיתבטל היתר בהיתר במבשא"מ אבל במב"מ גם בעצמם י"ל דשפיר לא בטל ולא גרע מדשיל"מ ומ"מ מה שדחה הפר"ח לחלק דשעטנז לעולם אסור ואין זה מועיל לחזק הביטול לומר דלאו היתר בהיתר פיון שאם יצטרף עם פשתן יהיה אסור דאם היינו אוסר' מצד הסבא אפשר שיש לחלק בכך משא"כ לפימ"ש הר"ן דהיינו דקאמר לרבנו מפאן שעולין שאין מבטלין זא"ז לפי ששניהם פשרים לזריקה אין אחד מבטל חבירו א"כ מה יושיענו זה שאיסור שעטנז נוהג עכשיו מ"מ הם תערובת היתר בהיתר הוא.

(ומקורו נדפס ספר מק"ח על הל' פסח לש"ב הגאון מוהר"ר יעקב נ"י אבד"ק ליסא וכתב דהתם שאני דבשעה שפא עליו תערובת הפשתן ה"ל איסור בהיתר וגם ז"א לפי טעם הר"ן דהא פשאנו באים לדון דין ביטול ע"כ אנו צריכין לעשות הביטול בשני מיני הצמר ולומר שצ"ר נתבטל בתוך הצ"ג והרי היא פאלו פולו צ"ג וזה א"א פיון שפיון אחד של היתר אינו מחליש את חבירו רק אדרבה מחזיק וזה נלמד ממ"ש הר"ן להרי"ף בפת שאפאה כו' דלא אמרינו שהביטול פא בשעה שהוא מתחבר אל הפותח וקצתתי): והנה בכמה תשובות הארכתי בדברי התוספ' דתמורה שהקשו אהא דפריה ונברור הך דלהדי פלב כו' דא"כ בכל איסורים נימא ברירה ותיקצו לחלק בין נולד קודם התערובות או בתוך התערובות וכ"ת הביא זה לתרץ קושית התוס' בחולין גבי הא דמשגי דאית ליה שותפות וכבר הרחבתי הענין בזה במקום אחר.

אף מידי עברי היום ראיתי לידון בדבר החדש מה שי"ל ביישוב קושית התוספ' ע"פ מ"ש בתשובה דהתם גבי הך דעשרה טלאים אין לדון דין ביטול ברוב ע"פ מ"ש הר"ן ס"פ הנודר מן המבנשל גבי הא דאמר התם גידולי איסור כו' דכמו דהיתר בהיתר לא בטל כף איסור באיסור ג"כ לא בטל.

ולפי"ז נראה דה"ה בספק איסור אם פולם הם עומדים בספק איסור לא בטל ולפי"ז התם קודם שבורר א' נגד הפלב שם ספק איסור על כ"א הלכך לא בטל ברוב וקושית הש"ס ונברור היינו למ"ד יש ברירה אפי' בדאורייתא ע"ש ולפי"ז דע"כ לא פריה ונברור אלא לפי שלא ע"ד של ביטול וכיון דכל חד לחודי' קאי והוא ענין לעצמו שפיר י"ל בזה דין ברירה משא"כ היכא דשייך ביטול (פגון מב"מ או אפי' מבשא"מ היכא דאיכ' שייך ביטול על המשש רק דטעמא לא בטל ברוב כמ"ש הרשב"א) פיון שנתבטל בתערובות לא שייך נברור דמחמת הביטול נעשה פגוף אחד והרבה סוכרים דע"י ביטול האיסור נהפך להיות היתר מגזה"כ דאחרי רבים להטות ושוב אין הברירה מועלת בזה: ואפשר שגם התוס' יודו לזה אלא דקשיא להו בתערובות חד בחד או במב"מ לר"י דלא בטל וע"ז תיקצו לחלק בין נולד קודם התערובות.

ועפ"ז יש ליישב חומרת רש"ל שהביא המג"א בסימן תלמ"ד ששיאכל מעט קודם פסח והמג"א הקשה דהא קמח בקמח הוי לח בלח: ולפי מ"ש י"ל דנדאי אין החשש שפא נפל חמץ ממקום אחר רק החשש שנולד בתוך התערובות חקמוץ מעט ולכן יש לחוש דלמא היתר בהיתר לא בטל וחוזר וניעור בפסח אבל ששיאכל מעט קודם פסח אמרינו ממ"נ אם היתר בהיתר בטל הרי נתבטל בס' ואם נימא דהיתר בהיתר לא בטל שוב מהני ברירה ותולין לומר דמה שנאכל הוא הנה חקמוץ מעט שנולד בתערובות אבל בפסח עצמו לא

מהני שישיליה מעט דכינן שהגיע הפסח פבר החמץ שבו נתבטל בתוך ההיתר דשפיר בטל כמו שאר איסור בהיתר מדאורייתא וכינן שיש לו ביטול מדאורייתא שוב לא מהני ליה ברירה כמש"ל דכל שישינו בדין ביטול אינו בדין ברירה וא"כ שוב ממילא דנשא באיסור דרבנן במשהו (ולמאן דס"ל דבע"פ אחר שש מדאורייתא ואפ"ה בטל בס' צ"ע) אבל פשלקח מעט קודם פסח שפיר י"ל דמסתמא אם נתחמץ מעט בתוך התערובות אינו רק מעט מןער ואף שתאמר דהיתר בהיתר לא בטל שוב הברירה מועלת וכמ"ש.

אף כ"ז אינו אלא לפי מה שגראה משו"ת חוות יאיר שהבין מדברי התוס' דבכל גונו מהני ברירה בגולד בתוך התערובות אף אם האיסור מיוחד ועומד לעצמו בתוך התערובות בגידון דידיה שהיה ג' פרות ונשחט בתה של אחד וא"י של איזה נשחט ע"ש: אבל לפי מ"ש בתשובה באורח שאין זה פוננת התוס' דכה"ג שהאיסור מיוחד אינו בסוג ברירה פלל דבשביל שהוא מעורב ואין ידוע לנו איזה הוא א"א לבררו רק היכא שהאיסור חל ע"ז מחמת הברירה שכלנו פגון שני לנגין שאני עתיד או פההוא דפריה ונברור וכיוצא בו ע"ש א"כ גם פאן הרי האיסור מבורר לעצמו כשנאמר שנעשה פאן חמוץ בתוך התערובות אלא שאין נזכר לנו ובכה"ג לא מהני הברירה וע"כ הפוננה כפשוטו לפי שתולין במה שנאכל בדין איסור דרבנן ולפי שאין פאן מקומו קצרת: ומה שהאריך כ"ת בשארי סוגיות בעניני ברירה ובשאלת הגאון בעל שאגת אריה והח"י בענין ישראל ועפ"ם שהיו שותפים בחמץ פבר הרימותי ידי בכמה תשובות ועוד יש לי לישא וליתן על כל פרק ופרק בעזה"י ולפי הפנאי אמרתי די: דברי ידידו הדורש שלומו באהבה רבה ואהבת עולם זעירא מן חברי"א הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה כו נדרשתי לאשר שאלוני על דברי ריבות בשערים המצוינים על אודות התניות שפשוט שקמו אנשים סותרים ופתחו חניות בחומה אחת העומדת לצד צפון התניות ובין החומה ובין התניות יש דרך רחב שרבים בוקעים בו פפי הציור אשר הובא לפני.

ובעלי התניות הישנים מעכבים עליהם באמרום כי הכא דרך זה מצד הבתים שנגד התניות הוא מוכרח לעבור לפני התניות אלו התדשות וקא פסיק לחיותייהו וכך הורה גבר חכם בעוז ימינו תעוז.

וזרועו הושיעה למו. וסמיכות שלו מדברי אא"ז רמ"א בשו"ת שלו סי' ט' ונחלקו עליו קצת חכמים ודחו ראיתו והחזיקו ביד בעלי התניות התדשות.

ונשאל מעמדי לחיות דעתי בזה: תשובה עמדת על יסוד גבעת המורה. אם יש בו פדאי להעמיד עליו חומה בצורה.

ולחשמיע קול ענות גבורה. סורו מעל אהלי אנשים האלה כי זאת לפנים על התמורה ועל הגאולה.

ישובו יחיו יושבי בצילה. ואבינה בענין.

כי רוצה לבנות בנין על קו תנהו ויסוד נופל והנה הוא קיר נטוי וגדר הדחוייה וחיניץ טפל. ואף כי החכם המורה אם אמנם אדמהו אכנהו ולא ידעתי.

לשמע אנון שמעתי. כי רב גוברי' דיין אמת ומלמודי מובטחני בזה כי יחזור לומר דברים שאמרתי טעו' הן בידי.

פְּמַדַּת לְכָל רוּחַ חַכְמִים נוֹחָה. לֹא יִגְבֶּה בְּמִשְׁפָּט וְדַעְתּוֹ לֹא נֹחָה.
כִּי תִהְיֶה תִפְאָרְתּוֹ עַל הַדְרָךְ הַזֶּה. יִרְתְּקוּ מִדְרָךְ גָּבֵר יִהִיר דְרָכָיו בּוֹזֵה וְאִם אָמַנְם אֲנִי אֵינִי
פְּדָאִי.

וְגַם כִּי הַזְמַן קָצֵר וְאָפֶס הַפְּנָאִי אוֹלָם לְמַעַן אֶהְבֵּת הָאֲמֵת. אֲשֶׁר הִיא לְטוֹטְפַת בֵּין עֵינַי וְעַל
יְמִינִי שְׁמַתִּי פְּחוֹתְמַת.

מְנַעֲוֵרֵי הַחַוּוֹקֵתִי בִּימִינָה. לֹא אֲשָׂא פְּנֵי אִישׁ וְאֵל אָדָם לֹא אֶכְנֶה.

וְכִף דַּעְתִּי נוֹטָה שָׂזוּ עַכְבָּה שְׂאִינָה. אִם לֹא כִּי הֶעֱנִנְנִי נִשְׁתַּנָּה.

וּפְתָגָם הַמַּעֲשֶׂה לֹא כַּאֲשֶׁר דְּמִיתִי כֵּן הִיְתָה. אוֹלָם אֲנִי אֶתְנַהֲלָה לְעֵטִי לְרַגְלִי הַצִּיּוֹר אֲשֶׁר
הִיָּה לְפָנַי צִיּוֹר וְחַתּוּם מִיַּדִּי מְנַהֲיָגִי הָעִיר וְנִכְבְּדִים.

כִּי הַחֲנִיּוֹת כָּל־פִּי אֲחֹזְרִיהֶם בֵּיתָה. וְלַעֲנוּמַתְם וּבִינִיָּהֶם דְרָךְ רַחֵב שְׂרָבִים בּוֹקְעִין בּוֹ וּמַתְהַלְּקִין
לְפָנֵיהֶם וּבִינִיָּהֶם כְּדֶרֶךְ כָּל מְקוֹם שְׁוֹנָקִים.

וְלֹא אֶמַר אָדָם צָר לִי הַמְּקוֹם. וְלֹא רָמוּ תִּיגָרָא כ"א אֶהְנֶהוּ חֲנוּתָאִי דְלִדְיָהּוּ חֲדָמִי עֲבָדִי
לְהוּ.

וּמֵאֵן דַּעְתִּי מִהֲכָא בְּרִישָׁא פָּגַע בְּהוּ. וְעַד הַשְּׁלֵשָׁה בָּא.

וְהַפְּצַעְקַתָּה שָׁל מְרִיבָה זֹה הַבָּאָה אֵלַי אוֹמֵר אֲבִיעַ וְאִם כִּי לְקוֹצֵר הַזְמַן לֹא אוֹכַל לְבַא
בְּאַרְנוֹכָה וְאִין הַקְּוֹמָץ מִשְׁבִּיעַ עכ"ז לְהוֹצִיא נוֹגַה כְּאוֹר צְדָקַת הָאֲמֵת לֹא אֶפְרִיעַ וְאֶצְרִיחַ
אֶף אֲרִיעַ. דְּכָאִי רוּחַ לְהוֹשִׁיעַ וְצוֹר הָאֲמֵת לֹא יַעֲתֵק מִמְּקוֹמוֹ.

וְכָל מִבֵּין עִם תִּלְמִיד יִשְׁמַע וַיֹּאמֶר. הִנֵּה אֲמַת נִכּוֹן הַדְּבָר.

בְּנִימוּקֵי וְטַעֲמוֹ. הֲלֹא כֹה דְבָרֵי בַעז"ה: גְּלוּי וְיָדוּעַ לְפָנַי כָּל יוֹדְעֵי דַת וְדִין הָא דְאֶמְרִינֵן
ב"ב דָּף ד' אָמַר רַב הוּנָא הָאִי בַר מוּבִיאָה דְאוּקִי רִיחִיָּא וְאֶתָּא בַר מוּבִיאָה חֲבֵרָיָה
וּמוּקִי גִבְיָה דִינָא הוּא דְמַעֲכַב עֲלֵיהּ דְאָמַר לִיהּ קָא פְּסֻקְתָּ לַחֲיּוּתוֹ כו' א"ל רַבִּינָא לְרַבָּא
לִימָא ר"ה דְאָמַר כו' אפ"י תִּימָא רַבְּנֵן ע"כ לֹא פְּלִיגִי רַבְּנֵן הֵתָם כו' וְהִזְדַּר אוֹתְבִינְיָה
עֲלֵיהּ דר"ה מְבַרְיָתָא דְתַנְיָא עוֹשֶׂה אָדָם חֲנוּת בְּצַד חֲנוּתוֹ שָׁל חֲבֵירוֹ כו' מְפַנֵּי שִׁיכּוֹל לֹמַר
אֲנִי עוֹשֶׂה בְּתוֹךְ שְׁלִי כו' תַּנְיָא הִיא כּוֹפִין בְּנֵי מְבוֹאוֹת כו' וְלִשְׁכִּינֵנוּ אִינוּ כּוֹפְהוּ רַשְׁבֵּ"ג
אוֹמֵר אֶף לִשְׁכִּינֵנוּ כּוֹפְהוּ אָמַר ר"ה בְּרִיָּה דְרַבִּי יְהוּדָא פְּנִישָׁא לִי בַר מְתָא כו' אֲבַר מְבוֹאָה
דְּנַפְשִׁיָּה לֹא מַעֲכַב כו' וְכַתְּבוּ הַתּוֹס' דר"ה בְּרִיָּה דר"י פְּרַבְּנֵן ס"ל וְכַנּוּתִיָּה קו"ל דְּבַתְּרָא
הוּא וְכַתְּב הָרָא"ש שָׁם וְגַם הָאִיבְעֵיָא דְבַר מְבוֹאָה אֲבַר מְבוֹאָ' אֶתְרִינָא פְּסֻקוֹ דְּכִינּוֹן דְּלֹא
אִיפְשָׁטָא לֹא מְצוּ לַעֲכַב ע"ש: וְלַכְּאוּרָה קִשְׁיָא בְּהָא דְמוּקִי כְּתַנְיָא וְשָׁקַל תַּנְיָא מַעֲלָמָא
וְהָא בְּפִירְקוֹן גּוּפָא פְּלוּגְתָּא דְתַנְיָא הוּא לְקַמְן דָּף ד' דְּרַבְּנֵן אֶמְרֵי מְרַחֲמִין אֶת הָאֵילָן כו'
אִם הַבוּר קָדָם קוֹצֵץ כו' רַבִּי יוֹסִי אוֹמֵר אַע"פ שֶׁהַבוּר קוֹדֵם לְאֵילָן לֹא יִקְוֶץ שְׁנֵה חוּפֵר
בְּתוֹךְ שְׁלוֹן וְזֶה נוֹטֵעַ בְּתוֹךְ שְׁלוֹן אֶלְמָא דְרַבְּנֵן ס"ל דַּאֲע"ג דְּזֵה עוֹשֶׂה בְּתוֹךְ שְׁלוֹן מ"מ פִּינּוֹן
דַּע"י עֲשִׂייתוֹ בְּתוֹךְ שְׁלוֹן קָא מְטוּ הִיזְק לְחֲבֵרָיָה הָרִי הוּא מַעֲכַב עַל יָדוֹ וְא"ל דַּע"כ לֹא
פְּלִיגִי רַבְּנֵן הֵתָם אֶלָּא מְשׁוּם דְּמִזִּיק לִיהּ לְחֲבֵרָיָה בְּמַמוּנְיָה הֲכָא שְׂאִין מִזִּיקוֹ בְּמַמוּנְיָה רַב
מְנִיעַת הַרוּיִחַ לְבַד אֶף רַבְּנֵן מוֹדוּ.

ז"א דכיון דחזינו דהך ברייתא עושה אדם חנות כו' קא יהיב טעמא משום שכיכול לומר אפה עושה בשלף כו' ודון מינה דאי לאו האי טעמא הנה אסור וכיון דרבנן פליגי אר"י ולא ס"ל הך סברא דזה חופר בתוך שלו כו' וס"ל דמעפב אפי' אי לאו גירי דיליה א"כ גם בכה"ג דחנות ס"ל דמעפב: איברא שיש לחלק לע"ד ע"פ מ"ש הרמב"ן בדיני דגרימי ונ"ל ואפתי איפא למידק ואי אזלי שרשים ומזקי לבור מ"ט פטור מלשלם הוא שורו קא והו"ל לטפיחי באנפיהו ולא קשיא דכיון דלא גופא דאילן קמזיק אלא שרשים הוא דקמזקי ושרשים ממילא אתיא פטור אע"ג דממונא הוא וליכא לדמויי לשורו שהזיק בצורות כו' אבל הנה נולד הוא ואע"פ שמחמת האילן מזיק פטור א"נ פיון דשרשים הוא דקא מזקי ולא חזי להו לית ליה לטפוח באנפיהו דדמי לנפרצה בלילה כו' עכ"ל: ולפ"ז א"ש דרבנן באמת ס"ל דמהאי טעמא מעכב בעל הבור משום דקאזלי שרשים ומזקי לבור וצריף לטפיחי באנפיהו ול"ש בזה אני נוטע בתוך שלי פיון דסוף השרשים לכנס לתוך גבול חבירו ולהזיקו משא"כ בחנות וכל הנה דמיימי הכא לעולם בשלו הוא עושה ואינו נכנס לתוך חבירו כלל והוא נכון לענ"ד.

אלא דלפ"ז פשיטא תיקשי על ר"ה פיון דר"י ס"ל דאף בכה"ג אמרינן זה חופר בתוך שלו וק"ל פנוניה וא"כ כ"ש בהא דאוקי ריחיקא שאינו נכנס לגבול חבירו לעולם שיש לומר בשלי אני עושה ואע"ג דאמרי' מודה ר"י בגירי דיליה נראה דהא קא כ"א כשעושה הזיק לחבירו הוא ע"י גירי דיליה משא"כ בזה דלא מסתבר כלל לומר דהוי גיריה דיליה בשעה שפא אחד לטחון אצלו פיון דס"ס אין נכנס לגבול חבירו וזה מבואר ממ"ש הרמב"ם בפ"י מהלכות שכנים שכתב ונ"ל הא למה זה דומה למי שעומד ברשותו ויורה חצים לחצר חבירו ואמר ברשותי אני עושה שמונעין אותו ע"ש וא"כ קא לא דמי להא כלל ודוחק לומר דר"ה ס"ל דאין הלכה כר"י פיון דאיפא למימר דגם רבנן לא פליגי בכה"ג דחנות עליה דר"י א"כ מהיכי תיתי נשוני פלוגתא ביניהו בהא ועוד דהו"ל לש"ס למימר לימא ר"ה דלא כר"י וכאמור על מתני' דמרחיקין הסולם וגם דלמה הנצרכו הפוסקים לראיות דאין הלכה כר"י תפוק ליה דבהדיא איפסק הלכתא כר"י והכי אזלא ריהטא דשמעתתא בפירקון ולכאורה הנה אפשר לחלק ע"פ מ"ש הש"ך בסי' ק"ז דהיכא דקא משתרשי ליה אף בלא דיני דגרימי חייב והביא ראיה ממ"ש בח"מ סי' ק"ד בשם הראב"ד ע"ש ולפ"ז אפשר לומר דגם ר"י מודה לדר"ה ודווקא גבי בור ואילן דאע"ג דגורם הזיק לחבירו מ"מ הוא אינו מרוויח כלל בזה ולא משתרשי ליה משא"כ בזה דאוקי ריחיקא וכיוצא בו דקא משתרשי ליה והוא נוטל חלק חבירו והיינו דמיימי מרחיקין מצודות הדג כו' וכיוצא בו דכולהו מיירי בענן זה שזה רוצה ליטול מה שהנה ראוי ליטול ואין לו ובכה"ג שפיר יכול למונעו ומודה ר"י שאינו יכול לומר אני עושה בשלי אלא שאין נלענ"ד לחלק בכה"ג דדווקא לענין חיוב תשלומין שייך לפלוגי בהכי דכל דמשתרשי ליה חייב לשלם טפי מחמת דינא דגרימי וכן מלשון הראב"ד שהביא הב"י שם משמע פן שכתבו ונ"ל מפני שהזיק שיעבודו של שמשון דקיי"ל דדיינינו דינא דגרימי וכ"ש זה דקא משתרשי ליה שפורע חובו כו' ע"ש משא"כ פאן דחיוב תשלומין ליכא דאפי' סוגר חנותו של חבירו פטור דלא הוי רק גרמא וכמבואר בב"י סי' שפ"ו ובש"ך סי' רצ"ב וכיון דעל ההזיק שפא לחבירו אינו חייב ואין אנו דנין רק לענין לכתחלה אם יכול לעפב על ידו שלא יזיק לו וכיון דר"י ס"ל דבכה"ג שהוא עושה בתוך

שְׁלוֹ אֵינוֹ מְעַכֵּב עַל יְדוֹ א"כ מַה מְקוּם יֵשׁ לְחִלְקָה וְלוֹמַר דְּכָאן שְׁפִיר מְעַכֵּב דְּקָא מִשְׁתַּרְשֵׁי לִיָּה דְאִין זֶה סְבָרָא כְּלָל לְעֵנִין הֶעֱיָפוּב לְכַתְחֻלָּה דְמֵאֵי אִיכְפַת לִיָּה בְּרִינֹס שְׁמֵרֹוּיִס זֶה רַק מַחְמַת הֶהֱיֹזַק שְׁבָא וְכִינֹן דְּמַחְמַת הֶהֱיֹזַק אֵינוֹ יָכוֹל לְעַכֵּב תּוֹ לִיכָא לְפִלּוּגֵי בֵּין אֵי מִשְׁתַּרְשֵׁא לִיָּה אִו לֹא: וְלָכֵן גַּלְעַנ"ד דְּנֻדְאֵי גַם ר"ה לֹא פְּלִיג עַלְיָה דר"י בְּהָא דְזִהָ חוֹפֵר בְּתוּף שְׁלוֹ כו' רַק דס"ל דְּלֹא אֲמַרִּינֵן הֵכִי רַק בְּהִיֹזַק שְׁאִינוֹ רַק לְפִי שְׁעָה לְבַד מִשָּׂא"כ בְּאַנְמֹנוֹת פְּגוֹן רִיחֵיִים וְחֲנוּת וְכִיּוֹצֵא בּוֹ שְׁעַלְיָה יִחְיָה אָדָם וְזֶה יוֹרֵד עִמּוֹ לְחִיָּו לְקַפְח פְּרִנְסָתוֹ בְּזִהָ ס"ל לר"ה דְּגַם ר"י מוֹדָה דְּמַצֵּי מְעַכֵּב אַע"ג דְּקָא עֵבֹוד בְּדִידְיָה מִשּׁוּם דֹּא"ל פְּסָקוֹת לְחִיּוֹתֵי: וְזֶה מְבֹאָר לַע"ד מ"מ"ש בְּשׁו"ת הָרָא"ש כְּלָל ה' שְׂאֵלָה ג' לְעֵנִין לְחִלּוֹק מְקוּם בְּבַה"כ דֹּאע"פ שְׁשִׁמְעוֹן גַּפְסֵד עִי"ז שְׁאָם הִיָּה בָּא לְמַפְנֵר מְקוּמוֹ יִפְתְּחוּ לוֹ דְּמִיּוֹ מַחְמַת שְׁאִינוֹ רְאוּיָה כְּאַשֶׁר הִיָּה בְּתַחֲלָה נ"ל שְׁבִשְׁבִיל הֶפְסֵד זֶה לֹא נִמְנַע רְאוּבֵן זֶה מִלְחֻלְקָה שְׁפִל הֶהֱרַחְקוֹת הַשְּׁנִיּוֹת בְּב"ב הִיָּנֵנוּ דְּוּוֹקָא הִיכִי דְּדָבָר הַנְּסֻמָּה מִזִּיק לְשִׁכְיָנוּ בְּגוּף מְמוֹנֵנוּ פְּגוֹן הַסּוּמָה בּוֹרוֹ כו' אִו פְּסָקָה לְחִיּוֹתָא אָבֵל אָדָם הַבּוֹנֵה בְּתוּף שְׁלוֹ לְהַשְׁבִּיחַ נְכֻסֵי וְאֵינוֹ מִזִּיק לְגוּף מְמוֹן חֲבִירוֹ אֵלֹא שְׁמַפְחִיתוֹ מְדַמְיוֹ כַּה"ג לֹא הִצְרִיכוּ חֲכָמִים לְהֶרַחֵיק פִּי הַהוּא דְּעוֹשֶׂה אָדָם חֲנוּת בְּצַד חֲנוּתוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ כו' וְאַע"פ שֶׁהַדְּבָר יָדוּעַ שְׁהַחֲנוּת שֶׁל הָרֵאשׁוֹן דְּמִיּוֹ נִפְתְּחוּ שְׁהִיּוֹ גַּמְכֵר בְּיוֹתֵר כְּשֶׁלֹּא הִיָּה בְּמַבּוּי רַק חֲנוּת אַחַד אַעפ"כ אֵינוֹ יָכוֹל לְמַחֲוֹת בְּיָדוֹ וְאַע"ג דְּקָאָמַר תַּנְאֵי הוּא וְרַשְׁבַּ"ג פְּלִיג דְּאָמַר אָף לְשִׁכְיָנוּ כּוֹפְהוּ מִשּׁוּם שְׁיֹרֵד לְאַנְמֹנוֹתוֹ וּפּוֹסֵק חִיּוֹתָא אָבֵל מִשּׁוּם דְּדְּמִי חֲנוּתוֹ נִפְתְּחִים לֹא פְּלִיג עַכ"ל הָרִי לְהִדְיָא דְּבַכַּה"ג אֵין הֶעֱיָפוּב כְּלָל מִצַּד הִיָּזַק דְּמָטוֹ לְחֲבִירָה דְּבַהָא לֹא אִיכְפַת לָן מִיָּדִי אָף לְרַשְׁבַּ"ג רַק עֵיקֶר הַטַּעַם מִשּׁוּם שְׁיֹרֵד לְאַנְמֹנוֹתוֹ וּפּוֹסֵק חִיּוֹתוֹ וְלָכֵן לֹא מְהַיָּי בְּזִהָ לר"ה מַה שֶׁהוּא יָכוֹל לֹמַר אֲנִי עוֹשֶׂה בְּתוּף שְׁלִי: וְאַחֲרֵי הוֹדִיעַ כֹּל זֹאת הִנֵּה הֵאָמַת נִכּוֹן דְּלִדְיוֹן דְּקִי"ל דְּלֹא כר"ה בְּהָא אֵלֹא גַם בְּכַה"ג דְּשִׁינָה פְּסָקָה לְחִיּוֹתָא לֹא מַצֵּי מְעַכֵּב עַלְיוֹ דְּמַצֵּי אָמַר אַתָּה עוֹשֶׂה בְּתוּף שְׁלִי כו' וּמכ"ש מַחְמַת דְּמָטוֹ לִיָּה הִיָּזַקָא לֹא מַצֵּי לְעַפְכוּבֵי דְּהָא קו"ל כר"י דְּאָמַר זֶה חוֹפֵר בְּתוּף שְׁלוֹ: וּלפ"ז צָרִיף לְשִׁים לֵב בְּמ"ש אַא"ז רַמ"א ז"ל בְּתַשׁוּבָה סִימָן ט' לִיִּישׁב דַּעַת אָבִי אָסַף דְּבַדְבָר דְּבָרֵי הִיָּזַקָא פְּגוֹן גְּדָר מְבוּי הַסְּתוּם כו' שְׁבֹנְדָאֵי יִזִּיק לוֹ כ"ע מוֹדִים דְּהִלְכָה כר"ה וְא"כ בְּנ"ד גְּמִי בְּרִיא הִיָּזַקָא הוּא פִּי הַעֲנַטְלִימַר הַשְּׁנִי נִתַּן לְהַכְרִיז שְׁפִל סִפְרֵי יוֹזֵל טְפִי מִהַגְּאוֹן וְמִי רְאָה זֹאת וְלֹא יָבֵא אֵלָיו כו' וְלְכַאוּרָה קִשָּׁה מַה בְּכָף שְׁהִיָּזַק הוּא בְּרוּר דְּאִין לָף הִיָּזַק בְּרוּר מִמָּה שְׁהַחֲנוּת נִפְתַּח מְדָמִים וּכְמ"ש הָרָא"ש וְאַפ"ה לֹא אִיכְפַת לָן בְּהִיָּזַקָא כְּלָל שְׁזֶה עוֹשֶׂה בְּתוּף שְׁלוֹ כו' לְהַשְׁבִּיחַ נְכֻסֵי וְכִינֹן דַּל"ש לְהָף סְבָרָא דְּפְסָקִית לְחִיּוֹתָא מִמִּילָא דְּלֹא אִיכְפַת לָן בְּמַה שְׁעַשְׂתִּיתוֹ לְגִזְקָא ג"כ אַע"פ דְּבָרֵי הִיָּזַקָא: וְאַפְשֶׁר דס"ל דר"י לֹא קָאָמַר אֵלֹא הִיכִי דְּלֹא קָא מִשְׁתַּרְשֵׁי לִיָּה אָבֵל הִיכִי דְּקָא מִשְׁתַּרְשֵׁי לִיָּה דְּחִיָּיב לְשַׁלֵּם פִּינֹן דְּבָרִיא הִיָּזַקָא וְע"י הֶהֱיֹזַק שְׁמַגִּיעַ לְחֲבִירוֹ הוּא מְרוּוּיִס אַז ל"ש סְבָרַת ר"י זֶה נוֹטַע בְּתוּף שְׁלוֹ מִשּׁוּם דְּהוּי פְּנוּגַע בְּמֹמוֹן חֲבִירוֹ מִמֶּשׁ וְכִמוֹ מוֹחֵל שְׁטֵר וְכִיּוֹצֵא בּוֹ וְאַע"ג דְּלַעֲלֵל שְׁדִימִי בְּיָה נְרָצָא נְרָצָא דְּאָבִי אָסַף לְטַעֲמִיָּה אֲזִיל דְּבַמְרָדְכִי פְּרַק הַגּוֹזֵל מִיָּמִי בְּשֵׁם רַאבִּי הִיכִי דְּתוֹבַע לְהַחֲזִיר פְּקֻדוֹנוֹ לְהַרְוּוּיִס בּוֹ וְהוּא מְסָרֵב וְדַחֵי לִיָּה חִיָּיב לִיתֵן לוֹ מַחְצִית שְׁכָר דס"ל דְּמַבְטֵל פִּיסוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ דְּפִטוּר הִיָּנֵנוּ בְּלֹא הַרְוּוּיִס דְּוּקָא אָבֵל בְּהַרְוּוּיִס חִיָּיב ע"ש וּבִיש"ש סִי' לְמ"ד וְהָרַאבִּי הוּא בַּעַל הַמַּחְבֵּר סִפְרֵי אָבִי אָסַף לְפִיכָף דְּפִטוּר שְׁפִיר ס"ל דְּבַכַּה"ג דְּבָרֵי הִיָּזַקָא הוּי כְּמִזִּיקוֹ בְּיָדִים וְלֹא שְׁיִיף לֹמַר אֲנִי עוֹשֶׂה בְּתוּף שְׁלִי וְשְׁפִיר מְעַכֵּב עַל יְדוֹ וְהָא דְּמִיָּמִי מִדְּר"ה הִיָּנֵנוּ לֹמַר

דעכ"פ בכה"ג הוי פמזיק לחבירו ומפסיק לחיותו פל שמעמיד ריחיקים סמוך לו וכיוצא בו ובשיטה זו קאי ג"כ כהרמ"א בסימן רצ"ב ולכך ג"כ מיייתי מינה לנ"ד פיון דעכ"פ פריא הויק' הוי פנוגע בגוף הממון אע"ג דמשמע דהמדפיס לא רצה להרוויח פלל כ"א להכעיס להגאון ע"ש מ"מ פיון דאם מרוויח חייב לשלם אלמא דהוי פנוגע בגוף הממון ממילא דלכתחלה יש לו לעכב על ידו ולא מצוי למימר אני עושה בתוך שלי: ולפ"ז נבא לנגידון דידן דלא יהיבנא להו לבעלי התניות הישינים דדמי ממש עובדא דידן להא דאבי אסף הרי בררנו דכל חיליה מהא דמבטל פיסו של חבירו ומרוויח בו מחויב ליתן לו מחצית הריוח וכדכתובנא שנה שיטתו במרדכי.

אמנם פן הנה היש"ש שם חולק וכתב וז"ל ולא ידענא מאיזה צד יש לחייבו אי משום שהזיקו שעכב ממונו א"כ אפי' לא הרוויח נמי אע"כ גרמא בנגזקין היא ופטור אם פן אפי' הרוויח נמי כו' ולכן פסק שם דאפי' תובעו לדין וזה מעכבו פטור משום גרמא ואפי' אם הוציאו לעצמו ומרוויח פטור כו' ע"ש.

ונראה מש"ך סימן רצ"ב שמסכים לדבריו בזה. ודברי היש"ש מסכימים לסברא שפכתתי לעיל דכל שפטור משום גרמא מה בכך דמשתרשי ליה וא"כ ממילא בנ"ד פיון דמשום גרמא אין יכול לעכב עליהם דהא קי"ל כר"י לא איכפת לן בהא דקא משתרשי להו ואפי' לכתחלה אין יכולין לעכב ומצו בעלי התניות החדשות לטעון קים לן כהיש"ש והש"ך ז"ל בהא וקמו דאמרינן באיבעיא דר"ה בדר"י בבר מבואה אבר מבואה אחרנא דכינן דלא איפשטא לא מצוי מעכב ה"נ בספיקא דפלוגתא פי האי לא מצוי לעכובי וכן נראה ג"כ מדברי הרא"ש בתשובה שהבאתי לעיל: איברא שיש מקום לפרש פוננת הרמ"א מ"ש דבדבר דברי היזקא פגון מבוי שפודאי יזיק לו כ"ע מודים דהלכתא כר"ה ר"ל דבפסק לחיותא פי האי שהוא דבר ברור שפודאי יקפח פרנסתו בזה כ"ע מודים דמצוי לעכובי וע"כ לא פסקו הפוסקים דלא כר"ה אלא היכי דמוקי בהדיא דאין זה פוסק חיותו כ"כ וכן מצאתי בספר אגודת אזוב דף פ"ה: ואומר אני דאבי אסף סובר דאף ר"ה בריה דר"י מודה בזה ודוקא בסתם מבוי דהיינו מפולש דמצוי א"ל מי שפא אצלה יבא כו' אבל במבוי הסתום בג' צדדים דלא מצוי למימר מי שיבא אצלה כו' דפשיטא שיהא אצלו דהא דר פלפי צד פתוח גם ר"ה בריה דר"י מודה מפני שנה דומה למצודת הדג כו' ואף ע"ג דאבי אסף סיים כדר"ה לא בא אלא לומר שבנגידון זה לכ"ע מצוי לעכב כדר"ה א"א שמלת כדר"ה ט"ס הוא וראי' דבס' אגודה לא העתיקו עכ"ל וא"כ אפשר שגם דעת הרמ"א פן וכן נראה ממה שמצאתי בטורים שנדפסו מחדש דפוס דיהרנפורט בחדושי הגהות שם כתב שחסר בד"מ שלפנינו וצ"ל וז"ל ונלע"ד דגם ר"ה בריה דר"י מודה בהאי דינא דחנן' דהיה שמעון יושב בפתח ולא היה שום אדם יכול לעבור לראובן א"ל הלה תחלה לפני פתח שמעון וכ"כ המרדכי בהדיא שם ומשמע דוקא מפח זה פסק פן דזה מקרי ירד לחיותו לא פשמעמיד התנות בצידו וע"ש ודוק עכ"ל: אמנם לפע"ד אע"פ שבחדושי הגהות הנ"ל העתיק פן מהד"מ פ"י אשר היה לפניו מ"מ לענ"ד אין זה מהד"מ כ"א איזה חכם הגי' פן בגליון הד"מ ואח"כ הכניסוהו לפניו כפאשר נמצא פן כמה פעמים פי מה שסיים ובתשובות ודוק נראה שאין זה מל' הד"מ שאין דרכו בכך וזה האות פי גם בידי יש ד"מ הארון כ"י ח"מ ולא נמצא שם לשון זה פלל אדרבא כתב שם וז"ל ואצ"ל שאם א' מבני המבוי כו' וכתב הב"י שפן פסק הרי"ף כו' ולא פמרדכי והגמיי'

שְׁפָתָיו בְּשֵׁם אָבִי אֲסֹף דְּהִלְכָה כו"ה וְלָכֵן פָּסַק שָׁם עַל רְאוּבוֹן שְׁיֵשׁ לוֹ חֲנוּת בְּסוּף הַמְּבוּי וּבֵא שְׁמַעוֹן לְפָתוֹחַ בְּתַחֲלַת הַמְּבוּי דְּרְאוּבוֹן מְעַכְבַּ עָלָיו וְאִין הִלְכָה כֵּן אֲלֵא פְדָבְרֵי רַבְּנוֹתָא דְּפָסְקוּ דְּלֵא כו"ה עכ"ל ה"ד מ"מ כ"י שְׁפָדִי וּמְלִשׁוֹן זֶה מְבוֹאֵר דְּלֵא מְחַלְקֵי כָּלֵל בֵּין מְבוּי סְתוּם שְׁהָרִי לֹא הִעֲתִיק בְּדָבְרֵי מְבוּי סְתוּם כָּלֵל וּס"ל דֵּא ע"ג דְּזֶה בֵּא לְפָתוֹחַ בְּתַחֲלַת הַמְּבוּי וְזֶה יֵשׁ לוֹ חֲנוּת בְּסוּף הַמְּבוּי אִינוּ יָכוֹל לְעַכְבַּ וְכֵן נִרְאָה מִמֶּשׁ שְׁהַשְׁמִיט דִּין זֶה לְגַמְרֵי בִשְׁ"ע אֲלֵמָא דִּס"ל שְׁאִין זֶה הִלְכָה וְאֵע"ג דְּבִשְׁוִ"ת פְּתַב יְשׁוּב לְדָבְרֵי אָבִי אֲסֹף מ"מ לֹא לֹא פְתַב אֲלֵא שְׁיֵשׁ לְהַתִּיּוֹשׁ בְּדָבָר ע"ש ור"ל שְׁיֵשׁ לְצַדֵּד וּלְהַצְדִּיק הַצְדִּיק דְּמַעֲיָקְרָא אֵא"ז הַגָּאוֹן מֵהַר"מ מְפָדְנוּא ע"ש דְּמַצְדֵּד אֲצַדִּידִי וּמְהַפֵּף בְּזַכּוּתוֹ כֹּל מַה דְּאֲפָשֵׁר אֲבָל בְּהַגִּיעַ תוֹר הִלְכָה לְמַעֲשֵׂה לֹא רָצָה לְתַקּוּעַ הִלְכָה בְּזֶה בִשְׁ"ע שְׁלוֹ וְאִם אֵיתָא דִּס"ל הִכִּי לֹא הָוִי מְשַׁמֵּט מְלַהֲשָׁמִיעֵנוּ חִידוּשׁ כְּזֶה בִשְׁ"ע שְׁכָּל הַדִּינִים נְחַתְכִים עַל פִּי אֲלֵא וְדֵאִי דְלִדְיָנָא ס"ל דְּלִיכָא לְפָלוּגִי בְּהִכִּי כָּלֵל: וְעוֹד שְׁלַעַנ"ד לֹא מְסַתְבֵּר כָּלֵל לְחַלּוֹק בְּעֵגְנֵי פּוֹסֵק חִיּוֹת בֵּינָן דְּאֵתִיבָן עֲלֵהּ מְצַד סְבָרָא דְּאֲחַד עוֹשֵׂה בְּתוּף שְׁלוֹ לְשָׂרָא נְזִיקִין דְּמֵיָא דְּשָׂרֵי מֵה"ט לְדִידֵן דְּקִי"ל כו"י וְכַלּוּם חִילְקֵי בֵּין הִיזְק רַב לְמַעֲט וְה"נ לְעֵגְנֵי פִּיּוּסוּק חִיּוֹת א"א דְּאֵרָא בְּתוּף שְׁלוֹ אִינוּ יָכוֹל לֹמַר אֲנִי עוֹשֵׂה כו' אֵרָא בְּפִיּוּסוּק חִיּוֹת מְעַט יֵשׁ לָנוּ לְאַסְנוֹר וְיֵשׁ לְלַמּוֹד דְּבָר זֶה מִמ"ש הַרְמַב"ם פ"ו מֵהִלְכוֹת שְׁכִינִים וְנ"ל הִיָּה שָׁם בְּמְבוּי אֲחַד מְבַנֵּי מְבוּי כו' וְלֹא מִיָּחוּ בּוֹ אוֹ שְׁהִיָּתָה שָׁם מְרַחֵץ כו' וְהִעֲתִיק לְשׁוֹנוֹ בִשְׁ"ע סִי' קנ"ו וְהִנֵּה הַסֵּמ"ע שָׁם הָאֲרִיף בְּבִיּוֹר לְשׁוֹן הַרְמַב"ם בְּהָא דְּנִקְטַת הַמְּנִיעוֹ פַּעַם בַּל' יָחִיד פַּעַם בַּל' רַבִּי וְעוֹלָה ע"פ פִּירוּשׁוֹ מ"ש הַרְמַב"ם וְאִם הִיָּה גַר מְעִיר אַחֲרַת כו' הַמְּנִיעָה מְטַעַם פִּיּוּסוּק חִיּוֹת וְאֵפ"ה נִקְטַת לְשׁוֹן רַבִּים כְּלִשׁוֹן הַבְּרִיּוֹתָא כו' ע"ש וּלפ"ז לְשׁוֹן הַרְמַב"ם בֵּא שְׁלֵא בְּדַקְדוּק פְּדָרְכוּ וְהוּא דוֹחֵק גְּדוּל: וְלַפְעַנ"ד נִרְאָה דְּהַרְמַב"ם בֵּאֵר דְּבָרֵי בְּמִשְׁקַל הַל' פְּדָרְכוּ דְּהַרְמַב"ם קִשְׂיָא לִיהָ בְּהָא דְּקֵאָמַר ר"ה בְּרִיָּה דר"י דְּבַר מְתָא אֲבָר מְתָא אַחֲרִיתָא מְעַכְבַּ דְּהָא הַבְּרִיּוֹתָא סְתָמָא אֲמָרָה עוֹשֵׂה אֲדָם חֲנוּת כו' וְסַתֵּם לָן תֵּנָא דְּבְרִיּוֹתָא וְלֹא פִּירֵשׁ שְׁיִהְיָה מֵאוֹתוֹ הָעִיר אוֹ אוֹתוֹ מְבוּי דְּנִקָּא וּמִשְׁמַע דְּבַכָּל גְּוֹנֵי עוֹשֵׂה אֲדָם כו' וְלָכֵן ס"ל לְהַרְמַב"ם דְּנִדְאִי בֵּינָן דְּלֵא נִקְטִיבָן כו"ה דִּס"ל דְּמִשׁוּם טַעֲנָה דְּפַסְקִית לְחִיּוֹתָאִי הוּא יָכוֹל לְעַכְבַּ מִמִּילָא שְׁאִין לְחַלְקֵי כָּלֵל בֵּין אִם הוּא בַר מְתָא אוֹ לֹא דֵא"ת בֵּינָן שְׁזֵה קְבוּעַ בְּמִקּוּם זֶה וְזֶה נִכְנָס לְתַחְנוּמוֹ יֵשׁ אִיסוּר בְּדָבָר לְפּוֹסֵק אֵרָא אִם הוּא בַר מְבוֹאֵה דְּנִפְשִׁיָּה יֵשׁ לְאַסְנוֹר וְע"כ דְּלֵא אֵיכְפַת לָן בְּהָא בֵּינָן שְׁיָכוֹל לֹמַר אֲנִי עוֹשֵׂה בְּתוּף שְׁלִי כו' כְּמִבְּנוֹרָא בְּבְרִיּוֹתָא זֹו מִמִּילָא דְּהָאִי טַעֲמָא גּוּפָא שְׁיָיָה אִם הוּא בַר מְתָא אַחֲרִיתָא וְזֶה מְוַכְרַח שְׁהָרִי ר"י ס"ל גְּבִי בּוֹר וְאֵילָן דְּשָׂרֵי מֵה"ט דְּזֶה חוֹפֵר כו' וְכַלּוּם חִילְקֵי בֵּין אִם הוּא מְעִיר זֹו אוֹ מְעִיר אַחֲרַת וּלְשִׁיטוֹת שְׂאָר מְפָרְשִׁים צ"ל דְּלַעֲנֵן פִּיּוּסוּק חִיּוֹת שְׁיָיָה לְאַפְלוּגִי בְּהִכִּי בֵּינָן שְׁחַבְּרִו קְבוּעַ פֶּאֶן כְּמוֹתוֹ יֵד שְׁנִיָּהֶם שְׁוִים לְכָל חֵיָתָם וְאִין בְּזֵה דִּין קְדִימָה מִשָּׂא"כ הַבֵּא מְעִיר אַחֲרַת אֲבָל הַרְמַב"ם ס"ל דְּגַם לְעֵגְנֵי פִּיּוּסוּק חִיּוֹת אִין לְחַלְקֵי בְּכָף וְהִיָּנוּ דְּנִקְטַת סְתָם עוֹשֵׂה אֲדָם: אֵרָא בְּרִיּוֹתָא דְּקַתְנֵי כּוֹפִין בְּנֵי מְבוּי כו' הוּא מְטַעַם שְׁמַרְבָּה עֲלֵיהֶם הַנְּכַסִּין וְהִיּוֹצֵאִין וְע"ז קֵאָמַר וְלִשְׁכִּינֵי ר"ל שְׁזֵה בֵּא לְהִיּוֹת שְׁכֵן קְרוּב אֲצֵל אֲחַד מִבְּעָלֵי הָאֲנָמוֹת זֹו שְׂאֵז בְּנֵי הַמְּבוּי אִין יָכוֹלִין לְעַכְבּוֹ שְׁפָבָר יֵשׁ שָׁם אֲחַד מְבַנֵּי מְבוּי אֲנָמוֹת וּמֵאִי אֵיכְפַת לְהֵם שְׁבַנֵּי הָעִיר יִלְכוּ לְאֲנָמֵן זֶה אוֹ לְזֶה רַק שְׁהוּא בֵּא לְכוּפּוֹ שְׁיִתְרַחַק מִשָּׁם מְטַעַם פִּיּוּסוּק חִיּוֹת אִינוּ כּוֹפְהוּ אֲלֵא דִּמ"מ י"ל דֵּא ע"ג דְּמַחְלוֹ בְּנֵי הַמְּבוּי רַבּוּי הַדְּרָף לֹא מְחַלוּ כ"א לְגַבִּי מִי שְׁהוּא מְבַנֵּי מְבוּי שְׁלֵהֶם אֲבָל לְגַבִּי אַחֲרֵינָא לֹא מְחַלוּ וְהִיָּנוּ דְּמִבְּעָיָא לִיהָ לר"ה

בְּרִיָּה דר"י ומספיקא דא בר מבואה אחרניא לא מעכב דכל לגבי פון העיר ודאי מחלי כמו שמתלו לזה שהוא מכבד שהי' בינדם למחות ולא מיחו וממילא דגם גבי פון עיר אחרת ונותן עמהם מנת המלך דחשיב פדר עמהם כמ"ש הסמ"ע שפיר מחלו ודינו פבר מבואה אחרניא דל"מ מעכב ובזה יתיישב כל ל' הרמב"ם שקהתיק בש"ע: אלא דעדיין צ"ע מה שיקשה הש"ך דמאי מבעיא ליה לר"ה בריה דר"י פבר מבואה אחרניא דמי גרע מבר מתא דשייך בכרגא והש"ך הקשה פון על פ"י הסמ"ע ולע"ד לפ"י הסמ"ע א"ש דנדאי למאי דס"ד דאבר מבואה אחרניא מעכב פשיטא דגם אבר מתא דשייך בכרגא מעכב וכ"ש הוא ומה דקאמר ר"ה דאי שייך בכרגא ל"מ מעכב היינו דעכ"פ באין רוצה לכנוס למבוי של האומן ל"מ מעכב עליו דבכה"ג לא הוי פיסוק חיות פולי האי וכו' פירשו באמת שאר מפורשים רק הרמב"ם פתב הדין לפי המסקנא דבר מבואה אחרניא נמי לא מעכב ממילא משוונה הדין גם פון עיר אחרת דשייך בכרגא: אף זה א"ש לפירוש הסמ"ע אף לפמ"ש דפיסוק לחיות לאו סברא הוא פלל להרמב"ם ונעיקר הסברא משום רבוי נכנסין א"כ אף בס"ד אין מקום לפרש הא דאי שייך בכרגא לענגן אם אינו רוצה להיות במבוי זה רק במבוי אחר דהא אדרבא במבוי אחר אית להו לעפובי טפי אליבא דהרמב"ם פיון דאין שם אומנות זו פלל וע"כ דמייירי שרוצה לכנוס למבוי זו שיקאומנות שם ואפ"ה פיון דשייך בכרגא קאמר דלא מעכב א"כ כ"ש בר מבואה אחרניא שרוצה לכנוס למבוי דכיון דמחלי לגבי עיר אחרת דשייך בכרגא כ"ש למי שהוא מבני עירם וצ"ל כמ"ש הט"ז דמייירי דנותן עמהם המס השייך למלך מאותה מבוי ע"ש וא"כ אין פאן כ"ש פלל: ויותר נראה לע"ד דהרמב"ם מפרש הא דאיתא בפרייטא עושה אדם כו' ואינו יכול למחות פידו מפני שיכול לומר לו אתה עושה בתוך שלך כו' לא בא ליתן טעם דלא מצוי למטען פסקת לחיותי דלזה א"צ טעם פלל דהך פרייטא ס"ל דפסקת לחיותי אינה טענה פלל רק שפא ליתן טעם דלא ימחה פידו לומר שפמרכה עליו הנכנסין והיוצאין ואע"ג שפכר יש אומנות זו ומחלו לו בני המבוי אני איני רוצה למחול לה לזה אמר שאינו יכול למחות שיכול לומר לו כמו שעשית אתה בתוך שלך והרבית הנכנסין אעשה גם אנכי לביתי: ודבר זה מצאתי מפורש בתוספתא פ"ב דב"ב דאיתא שם וז"ל פיצד בנה מרחץ פצד מרחצאו של חבירו חנות פצד חנותו של חבירו אינו יכול למחות פידו ולומר אתה הבאת את התקלה שאומר פדרך שעשית בתוך שלך אף אני אעשה בתוך שלי עכ"ל.

והנה אמת נכון שהרמב"ם למד פון מתוספתא זו דעיקרא דבריית' אתי לאשמועין דל"ת דיוכול למחות מחמת הנכנסין והיוצאין ובהכי א"ש טפי הא דסתם ולא פירש דמייירי פון עיר זו דוקא משום דממילא ש"מ מדקאמר טעמא אתה עושה בתוך שלך ר"ל שהבאת התקלה על בני המבוי ולא הקפידו עליך ע"ד פון מחלו לה שגם האחר יכול לעשות בפלו ג"כ וזה שייך דוקא פבר מבואה דנפשיה או למאי דבעי ר"ה בריה דר"י שייך לומר פון אף פבר מבואה אחרניא או דשייך בכרגא דהכא אכל פון מבואה אחרת פשיטא דלא שייך האי טעמא משא"כ לפמ"ש לעיל צ"ל הא דנקט בסתם עושה אדם כו' היינו לומר דמטעם פסקת לחיותי איני יכול למחות אכל אם בא למחות מחמת רבוי הנכנסים שפיר הנה אפשר לו למחות פון עיר אחרת או שפאמר הברייתא מייירי שהוא אין דר שם במבוי זו פלל רק שיש לו חיות וכיון דשאר בני מבוי לא מעכבא ע"ז שפמרכה הנכנסין ל"מ

איהו לעכוּבֵי מְשׁוּם פְּיִסוּק חֵיוֹת מִפְּנֵי שְׂיָכוּל לֹמֵר לוֹ אַתָּה עוֹשֶׂה וְכוּ' אִךְ לִפְמִ"ש א"ש טְפִי וּל' הַתּוֹסֵפֶתא מְכַרֵּעַ וְעוֹד יֵשׁ לְדַבֵּר בְּזֶה הַרְבֵּה אִךְ לְקַצֵּר אֲנִי צָרִיךְ: וְעַכ"פ לְמַדְנוּ מִזֶּה דְלַדְעַת הַרְמַב"ם לֹא אֵיכָפֶת לֵן בְּהֵאֵי סְבָרָא דְפִסְקָתָ לְחֵיוֹתֵי מִטְעַם שְׁזָה עוֹשֶׂה בְּתוֹךְ שְׁלוֹ אִפִּי' הוּא בַר מְתָא אַחְרֵיתָא וְאַצְ"ל בְּבֵן אוֹתוֹ הָעִיר עֲצֻמָּה דל"א דְמַצִּי טָעֵן פְּסִיקָתָ לְחֵיוֹתֵי וּא"כ מה"ת לְחַלְקָ בֵּין מְעַט לְהַרְבֵּה פִּינֵן דְלֹא אֲמַרִּינוּ הֵךְ סְבָרָא דְפִסְקָתָ לְחֵיוֹתֵי כָּלֵל וְכֵן מִשְׁמַע לַעֲנִ"ד מְהִירוּשְׁלָמִי פ' לֹא יִחְפּוֹר דְקֹאֲמַר שָׁם טַעֲמָא דְרַבְּנָן מִפְּנֵי שְׂיָשׁוּב הָעוֹלָם בְּבוֹרוֹת' שְׁמַעוֹן בַּר וְנָה אָמַר בְּשֵׁם ר"י כִּף מְשִׁיב ר"י לְחַכְמִים כְּמָה דְאִית לְכוּן יָשׁוּב הָעוֹלָם בְּבוֹרוֹת כִּף אֲנָא אִית לִי יָשׁוּב הָעוֹלָם בְּאֵילָנוֹת עַכ"ל.

וּנְלַפְע"ד דְהָכִי פִירוּשׁוֹ דְרַבְּנָן ס"ל דְיָשׁוּב הָעוֹלָם הוּא בְּבוֹרוֹת שְׁמַשְׁקָה מִמְּנוֹ שְׁדוּתֵי וּשְׂאָר תַּשְׁמִישֵׁין וְכַשְׁזָה מְקַלְקַל אֶת בּוֹרוֹ מַצִּי אָמַר פְּסִיקָתָ לְחֵיוֹתֵי וּר"י ס"ל דְכִמוֹ כֵּן יָשׁוּב הָעוֹלָם בְּאֵילָנוֹת שְׁזָה מִתְפָּרְס מִמָּה שְׁנוּטָע אֵילָנוֹת וְכִינֵן שְׁעוֹשֶׂה בְּתוֹךְ שְׁלוֹ לְפָרְס עֲצָמוֹ לֹא אֵיכָפֶת לֵן בְּזֶה שְׂיָגִיעַ הַפֶּסֶד לְחַבְרֵי בְּיָשׁוּב עוֹלָם שְׁלוֹ כִּף נִלְעַנ"ד וְעֵינֵן בַּהַג"מ מ"ש בְּשֵׁם רִיצָב"א רָאִיָּה מִפָּאן דְדוֹקָא בְּדַבְרִים שְׁהֵם עֵיקַר תַּשְׁמִישׁוֹ אֲמַרִּינוּ עַל הַנִּזְקָה לְהַרְחִיק כּו' וְדַבְרֵי צ"ע לַעֲנִ"ד וְעֵינֵן בַּס' פְּנֵי מִשָּׁה וְאֵין כָּאן מְקוֹמוֹ לְהֶאָרִיךְ: וְעַכ"פ אִיךְ שְׂיָהֲנָה בְּדַבְרֵי הִירוּשְׁלָמִי מ"מ קוּשְׁטָא דְמִילְתָא הָכִי הוּא שְׂיָשׁ שְׁעֵיקַר פְּרָנְסָתָם תְּלוּי בְּזֶה שְׁחוּפְרִין לְהֵם בּוֹרוֹת כְּתוּב בְּתוֹרָה וְשְׁנוּי בְּתַלְמִיד וְאַפְ"י ס"ל לר"י דְלֹא מִשְׁגָּחִינוּ בְּהֵא פִינֵן דְזָה נוּטָע בְּתוֹךְ שְׁלוֹ וּא"כ אִךְ דְהֵתָם אֲזִילֵי שְׂרָשׁוּי וּמְזִקֵי לְבוֹר לֹא אֵיכָפֶת לֵן בְּהָכִי אַע"ג דַּע"ז מִפְּסִיק לְחֵיוֹתֵי וּא"כ יֵשׁ לְלַמּוֹד מִהֵתָם לְהַכָּא דְאִף בַּכָּה"ג דְמִפְּסִיק לְחֵיוֹת הַרְבֵּה אֵינוֹ יָכוֹל לְעַכְבּוֹ וּמ"מ לֹא רָצָה לְהַקְשׁוֹת מִזֶּה אֲדַר"ה דְמַצִּי לְשְׁנוּי אֲנָא כְּרַבְּנָן ס"ל דְכָל הַקּוֹדֵם לְקַבְּנֵעַ פְּרָנְסָתוֹ זָכָה וְאֵין הַשְּׁנֵי יָכוֹל לְכַנּוֹס לְגַבּוּלוֹ וּא"כ לְדִידֵן דַּק"ל כּו"י בְּכָל גְּוֹנֵי אֵינוֹ יָכוֹל לְעַכְבּ אִפִּי' הֵיכָא דְבְרֵי הֵיזְקָא מ"מ הָא כְּבָר הוֹכַחְתִּי דַּמ"מ הוּא פְּטוֹר מִלְשָׁלֵם דְכָל מְבַטֵּל פִּיסוֹ שְׁל חַבְרֵי הַדָּא.

אֵינוֹ רַק גְּרָמָא וּפְטוֹר וְאַפִּילוּ תִימָא דַּמ"מ לְכַתְחֵלָה יָכוֹל לְעַכְבּ עַל יְדוֹ וְכַמ"ש הַתּוֹסֵפּוֹת בְּהֵא דְגְרָמָא בְּנִזְקֵין פְּטוֹר אֲבָל אֲסוּר וְיָכוֹל לְעַכְבּ וְלָכֵן גַּם בְּזֶה פִינֵן דְבְרֵי הֵיזְקָא שְׁפִיר מְעַכְבּ שְׁלֹא יִגְרוֹם לוֹ הֵיזְקָ וְאִף ע"ג דְלַר"י אִפִּי' לְכַתְחֵלָה אֵינוֹ יָכוֹל לְעַכְבּ מְשׁוּם דְאֵין הַנִּזְקָ מוֹכֵן בְּשַׁעְתוֹ דְשְׂרָשִׁים הַשְׁתָּא לִיתְנַיְהוּ מִשָּׂא"כ כָּאן הָנִי קִצְתָ כְּגִירָה דִּילָיָה.

מ"מ נִרְאָה שְׂאֵין כָּל זֶה מְסַפִּיק לְחַתְנוֹךְ הַדִּין שְׂיָכוּל לְעַכְבּ עַל יְדוֹ שְׁהֵרִי מְבֹאָר בַּח"מ סִימָן ס"ו שְׂיָשׁ דִּיעוֹת בְּפוֹסְקִים הַסּוֹבְרֵי דִיּוֹרֵשׁ יָכוֹל לְמַחֵן לְעַצְמוֹ וּא"צ לְשָׁלֵם מְדִינָא דְגְרָמֵי שְׂיָכוּל לֹמֵר לֹא נִתְפַּנְנָתִי לְהֵזִיק כ"א לְצוֹרֵךְ עֲצָמֵי נִתְפַּנְנָתִי וּמִשְׁמַע הֵתָם דְאַפִּי מַצִּי מְחַל מִטְעַם זֶה: וּלְפִי"ז קוּשָׁה דְהָא גְבִי בּוֹר וְאֵילָן פְּלִיגֵי ר"י וְרַבְּנָן וְלַרְבָּנָן יָכוֹל לְעַכְבּ ע"י שְׁלֹא לְנָטוּעַ בְּתוֹךְ שְׁלוֹ מְשׁוּם שְׂיָבֵא לִידֵי גְרָמָא בְּנִזְקֵין אִף ע"ג שְׂאֵינוֹ מִתְפַּנֵּן לְהֵזִיק כָּלֵל רַק לְטוֹבַת עֲצָמוֹ מִתְפַּנֵּן וּמַכ"ש הֵיכָא דְאִית בֵּיהּ מְשׁוּם דִּינָא דְגְרָמֵי וְדוֹחֵק לֹמֵר דַּאֲה"נ קֹאֲמַר ר"י זֶה נוּטָע בְּתוֹךְ שְׁלוֹ וְכִינֵן שְׂאֵינוֹ מִתְפַּנֵּן לְהֵזִיק שְׂרֵי דְהָא בְּאַמַּת ר"י מוֹדָה דְהֵיכָא דְהָנִי גִירָה דִּילָיָה לֹא מְהַנִּי שְׁעוֹשֶׂה לְטוֹבַת עֲצָמוֹ: וְצָרִיךְ לִיִּישֵׁב ע"פ מ"ש בְּאוֹרִים וְתוֹנִמִים סִימָן ס"ו ס"ק מ"ב בְּשֵׁם הַגְּדוּלֵי תְרוּמָה שְׁהַקְשָׁה עַל שִׁטָּה שְׁנִיָּה מְהֵא דְאֲמַרִּינוּ בְּגִיטִין הָעוֹשֶׂה מְלֹאכָה בְּמֵי חֲטָאֵת כּו' וְכַתְּבַב אַו"ת לְתַרְץ דְהַחֲלִיּוֹק הוּא דוֹקָא

לעננו דינא דגַרְמֵי אָבֵל לֹא לְעֵנְנֵי מִזִּיק בְּיָדִים וְאִי הָיִזְק שְׂאִינּוּ נִיכְרַ שְׂמִיָּה הָיִזְק הָא הוּ"ל
מִזִּיק גָּמוּר בְּיָדִים ע"ש: וְלִכְאוּרָה.

דְּבָרֵי הַגְּדוּלֵי תְרוּמָה נְכוּנִים דְּהָא לְמַאן דְּדָאִין דִּינָא דְגַרְמֵי ע"כ דס"ל דְּגוֹרֵם הָיִי כְּמִזִּיק
בְּיָדִים וְאִפ"ה מְחַלֵּק בֵּין אִם מִתְפָּנֵן לְהִזִּיק א"כ דִּין מִינְיָה גַם לְעֵנְנֵי הָיִזְק שֶׁאֵינּוּ דָּאָר ע"ג
דְּשְׂמִיָּה הָיִזְק מ"מ לֹא עֲדִיף מִגַּרְמֵי וְיִשׁ לְחַלֵּק בּוּ בֵּין מִתְפָּנֵן לְטוֹבָתוֹ אוּ לֹא: אָר דְּזֵה
א"ש לְמַאן דס"ל דְּדִינָא דְגַרְמֵי הוּא דִּין גָּמוּר מִשֶּׁא"כ לְמַאן דס"ל דְּאִינּוּ רַק קְנָסָא
כְּמִבְּנָאָר בְּאִנְרָה סִימָן שפ"ו א"ש דְּדוֹקָא בְּדִינָא דְגַרְמֵי יִשׁ לְחַלֵּק מִשֶּׁא"כ אִי הָיִזְק שֶׁאֵינּוּ
שְׂמִיָּה הָיִזְק לִיכָא לְאִפְלוּגֵי בְּהִכֵּי כָּלֵל וְשִׁיטָה זֹה הוּא דְעַת הָרָאָב"ד כְּמִבְּנָאָר בְּסִי ס"ו
וְאִזְלֵי לְשִׁיטָתוֹ בַּפ"ז מְהֻלְכוֹת חוּבֵל וּמִזִּיק דְּאִי הָיִזְק שֶׁאֵינּוּ לֹא שְׂמִיָּה הָיִזְק רַק דְּבִמְזִיד
מְחֻיָּב לְשַׁלֵּם מִטַּעַם קְנָס וְלִכֵּן בְּעוֹשֶׂה מְלֻאכָה בְּמִי חֲטָאת אִפִּי' בְּגוֹפּוֹ פְטוּר מִשׁוּם
דְּלִהְנָאָתוֹ מִתְפָּנֵן וְאִינּוּ מִתְפָּנֵן לְהִזִּיק לֹא קְנָסוּ בּוּ בְּמִזִּיד ע"ש: וְכֵן מְצֵאתִי בְּשִׁיטָה
מְקוֹנְפָצָת כְּתוּבוֹת דָּר פ"ו שְׁהַרְמֵינָן כְּתִב בְּשֵׁם הָרָאָב"ד שְׂאִין הַמּוֹחֵל מְשַׁלֵּם אֱלֵא
בְּמִתְפָּנֵן לְהִזִּיק אָבֵל זֹה מְחַלָּה לְהִנָּאת עֲצָמָה וְהִבִּיא רֵאִיָּה מְעוֹשֶׂה מְלֻאכָה בְּמִי חֲטָאת כּו'
דְּהָיִזְק שֶׁאֵינּוּ לֹא שְׂמִיָּה הָיִזְק וּבְעוֹסֵק בְּמִלְאכְתּוֹ לֹא קְנָסוּ ע"ש דְּמִבְּנָאָר דְּלִהְרָאָב"ד אִפִּי'
לְכַתְּחִלָּה שְׁפִיר דְּמִי שְׁהָרִי עַל הַנָּה דְּמִתְרַצִּין דְּהִבַּת קִטְנֵי הִיָּתָה כְּתִב שְׁהוּא תִימָא דְּהָאִיָּה
נָתַן ר"נ עֲצָה לְהִזִּיקוֹ לְזֵה וּע"ז הִבִּיא תִי הָרָאָב"ד וְכֵן מְבֹאָר שֶׁם מ"ש בְּשֵׁם תִּר"י
ע"ש: וְצ"ל דָּאָר ע"ג דְּעוֹשֶׂה מְלֻאכָה בְּמִי חֲטָאת חֲיִיב בְּדִינֵי שְׂמִיָּים עכ"פ מִשׁוּם דָּאָר ע"ג
דְּהִיָּה צְרִיף לְמִלְאכְתּוֹ לֹא הָיָה לוֹ לִיקָח בְּמִזִּיד וּבִשְׂאֵט נָפֵשׁ לְעֲשׂוֹת מְלֻאכָה בְּגוֹף הַמְּמוֹן
שֶׁל חֲבִירוֹ מִשֶּׁא"כ בְּמוֹחֵל מוּ דָּלָא קָא עֵבִיד מְעֵשֶׂה בְּגוֹף הַמְּמוֹן שֶׁל חֲבִירוֹ רַק בְּדַבְּרוּרָא
קָא עֵבִיד מְעֵשֶׂה עֲדִיף טְפִי מִהָיִזְק שֶׁאֵינּוּ וְאִפִּי' לְכַתְּחִלָּה מְצִי לְמִיַּעֲבֵד הִכִּי לְהִנָּאת עֲצָמוֹ
וּעכ"פ לְמִדְּנוּ מִזֵּה שְׂיִשׁ חִילּוּק בְּדָבָר בֵּין אִם הוּא נוֹגַע בְּגוֹף הַמְּמוֹן שֶׁל חֲבִירוֹ אוּ לֹא
וְהִשְׁתָּא א"ש הָא דְּפִלְגֵי רַבְּנָן וּר"י בְּאִם הַבּוֹר קָדַם כּו' מִשׁוּם דְּהִתָּם אַע"ג דְּהִשְׁתָּא לֹא
קָעִבִיד מִיָּדֵי מ"מ אָנוּ דְּנִין ע"ש סוֹפוֹ דְּאִזְלֵי שְׂרָשִׁים וּמְזִיקֵי לְבוֹר וְלִכֵּן ס"ל לְרַבְּנָן דְּמַעֲפֵב
עָלֵיו וְגַם ר"י מוֹדָה בְּכַה"ג הִיכָא דְּהוּי גִּירָיָה דִּילָיָה מִשֶּׁא"כ בְּמוֹחֵל שֶׁט"ח וְכַה"ג שְׁסוּף
מְעֵשֶׂה הָיִזְק אִינּוּ נוֹגַע בְּמְמוֹן חֲבִירוֹ רַק אוֹמֵר וְעוֹשֶׂה וְאִינּוּ נוֹגַע בְּגוֹף מְמוֹן חֲבִירוֹ שְׁפִיר
דְּמִי אָר לְכַתְּחִלָּה בְּכַה"ג שְׂאִינּוּ מִתְפָּנֵן רַק לְטוֹבָת עֲצָמוֹ וְלֹא נִתְפָּנֵן לְהִזִּיק כָּלֵל: וּמַעֲתָה
בְּהִיָּה דְּעוֹשֶׂה אָדָם חֲנוּת בְּצַד חֲנוּת חֲבִירוֹ וְכִיּוֹצֵא בּוּ אִין מְקוּם לְדוֹן בְּזָה עֵיפּוּב לְכַתְּחִלָּה
בֵּין לְרַבְּנָן וּבֵין לֵר' מִטַּעַם מִזִּיק לְחֲבִירוֹ שְׁהָרִי אִין מִתְפָּנֵן לְהִזִּיק כָּלֵל רַק לְטוֹבָת עֲצָמוֹ
לְעֲשׂוֹת לוֹ פְּרִנְסָה בְּמְקוּמוֹ וְאִין מְקוּם לְדוֹן בְּזָה רַק מִטַּעַם פְּסֻקָת חֲסִיּוּתִי וְהוּא סְבָרָא
דִּר"ה וְלֹא קי"ל הִכִּי: וְעַפִּי"ז יִשׁ לִיִּשְׁב דְּבָרֵי הָאָבִי אֶסְרָף לְפִי מ"ש הָרַמ"א דְּהוּי בְּרִיא
הָיִיקָא וְהָאָבִי אֶסְרָף ס"ל כְּדַעַת הַנָּה פּוֹסְקִים דס"ל גַּבִּי מוֹחֵל דָּאִם מוֹחֵל לְעֲצָמוֹ ג"כ מְחֻיָּב
לְשַׁלֵּם מִדִּינָא דְגַרְמֵי וְלֹא מְהַיָּי מַה שְׂמִכְנִין לְטוֹבָת עֲצָמוֹ מִשֶּׁא"כ לְהַפּוֹסְקִים דְּקִיָּמִי
בְּשִׁיטָת הָרָאָב"ד דְּכָל הַנְּאוֹת עֲצָמוֹ שְׁפִיר דְּמִי וְאִי רַמ"א וְ"ל שְׁפִיר מִיָּתִי רֵאִיָּה מְהִתָּם
דס"ל לְאָבִי אֶסְרָף דְּמַעֲפֵב עַל יָדוֹ אָר ע"ג דְּקָעִבִיד בְּדִיָּה וּמְקָרִי בְּרִיא הָיִיקָא וְא"כ ה"ה
בנ"ד זֵה שְׁנַתָּן לְהַכְרִיז שְׁיִזְל זָהָב טְפִי מִהַגָּאוֹן מְהָר"ם מְפָדוּרָא וְ"ל וְא"כ פְּשִׁיטָא דְּלכ"ע
יְכוּל לְעַפֵּב דְּהָא הַעֲנַטְלִימֵר הַב' כְּתִב רַמ"א שְׁהִיָּה מְחַשְׁבָתוֹ נִיכְרַת מִתּוֹךְ מְעֵשִׂיו שְׁעִיקָר
כְּוֹנְנָתוֹ הִיָּה לְהִזִּיק לְהַגָּאוֹן מִהַר"מ וְ"ל וְאִין מִי שְׁחוֹלֵק בְּזָה וְרֵאִיָּתוֹ מְאָבִי אֶסְרָף דְּכָל דְּבָרֵי
הָיִיקָא אַע"ג שְׂאִינּוּ רַק דְּרָף מִשָּׂא וּמִתָּן שְׁזָה מוֹתִיב לִיָּה גַּבִּי דְּחֲבָרָה יְכוּל לְעַפֵּב עַל יָדוֹ

וא"כ הדבר ברור בנ"ד שאלו מתכווין לטובות עצמו אפי' תימא דהוי פרי הדיקא מ"מ הא איפא דעת הרב"ד וסניעתו דס"ל דבכה"ג שפיר מצי למיעבד לנפשיה ויש להם על מה שייסמוכו ומה שטוענין התניות הישנים דפסק לחיותיהו לא פלום הוא פינו דפסקינן דלא כר"ה בהא ומאן הרגלים לומר לחלק בין פיסוק חיות רב למעט פל דבר מתא הוא מצי מעפב עליו: ואין להביא ראיה מהא דאמרין לימא מסייע ליה מרחיקין מצודת הדג כו' ומשני שאני דגים דיהבי סניר ופ"י הר"י בן מג"ש פלומר משלחים שלוחים לראות אם יש שם מצודות אם לאו וכשרואין מצודה הראשונה יודעים שיש שם מצודות הרבה בורחים מאותו מקום פלו ואלו אין נכנסין לאותו מקום כלל שנמצאת אותה מצודה מפסקת לחינתא אבל אי לא יהבי סנירא ולא הנה בורחין מאותו מקום שנמצא שממילא לא נאחו במצודה אפשר שילפד באותו מצודה האחרת כמו ריחיים שאפשר שיהא מקצת אנשים טוחנין בזו דלא מפסיק לחיות כלל שאין מעפב עליו ואף ע"ג דהוא מפחית ליה לחינתא מצי אמר ליה את מטי לך מאי דמפסקא לך מן שמיא נאנא מ"מ לי מה דמפסקו לי מן שמיא עכ"ל ומזה מבואר להדיא סיוע לסברת אבי אסף לפי מ"ש לעיל דא"ז מפרש דברי הדיקא ומפסיק לחינתא טובא וכמ"ש בשם אגודת אזור: אף באמת רש"י פ"י דהוי פמטו לידיה וכ"נ מדברי שאר מפורשי והערוף מפרש לפי שלפעמים ברשת נלפדה רגלם וכשרואין מזונות במצודה אחרת יוצאין מזו והולכין במצודה אחרת ע"ש וידבריהם אין לחלק כלל בין מפסיק לחינתא טובא ובין מפחית לחינתא ואדרבא משמע להיפוך דכיון שהר"י בן מיג"ש כתב שהענין במציאות הוא שע"י המצודה אין נכנסין לה ופסקא חינתאי טובא לא מסתברא שהמפרשים אחרים יחלקו במציאות וא"כ הו"ל לפלוגי בהכי אע"כ דס"ל דאין לחלק בכך כלל ואי לאו דיהבי סנירא וכניצוד ועומד דמי לא הנה צריך להרחיק כלל אע"ג דבמצודה הוא מפסיק לחינתא טובא ובאמת בעיני פלא על כל הפוסקים שהשמיטו הך דינא דמרחיקין מצודת הדג כו' הנה צריך להשמיענו דלענין מצודת הדגים אינו פן משום דיהבי סנירא: וראיתי בנימוקי יוסף שכתב ומיהו דוקא בכה"ג שלא הגיע ליד אחד מהם דבר שפל מי שקדם באיזה ענין וקרוב הדבר להגיע אין חבירו רשאי להקדימו וליטלו וכדתנא מרחיקין מצודת הדג כו' וע"ש שפרקיב טעם רש"י והערוף יחד ובאמת לפי פ"י הערוף אין הכרח מפאן להך דינא שכתב אם קרוב הדבר להגיע כו' ע"ש: ועיין בב"י בשם הפוסקים שלמדו מהא דמרחיקין כו' דין מעריפא וגוף הדין דמרחיקין מצודת הדג השמיטו הר"י ונהרמב"ם ושאר פוסקים דהנה להו להשמיענו כזאת.

וגם לידע שיעור ריצת הדג שהוא עד פרסה וצריך טעם למה השמיטהו וצ"ע פעת: ונדאמאן עליה בנ"ד נראה ברור לא מיבעיא לפירוש שאר מפרשים דאין זו טענה כלל אפי' לפי הר"י מיג"ש אין הנדון דומה כלל דהתם המצודה מפסיק חיותו לגמרי אבל ה"א אטו משום שזה פוגע באותן התניות תחלה לא יעבור בהן משם והלאה הא נפשו יודעת מאד כי הן רבים עתה התניות ולא יעזוב נפשו לשאול גם בהן אולי מוזלי גביה וגם להא דאבי אסף לא דמי כלל וכמ"ש לעיל בשם הד"מ הביאו הגהות התדשות וכן האגודת אזור דדוקא במבוי סתום משלשה צדדים עד כי אפס מקום אחר לילך לראובן אם לא יעבור תחלה על פתח שמעון ובכה"ג שפיר יש לדמותו לההוא דמצודה לפירוש הר"י מיג"ש משא"כ בזה שמצדדים אחרים דרו הרבים עובר לשם רק מצד אחד צריך

לעבור לפני התניות א"כ אדרבה העובר על דרך הפתוח לתניות משאר צדדים אין רואה התניות כלל ואין זה רק כמו עושה אדם בשלח חנות כו' דכ"ע מודו דאינו יכול למחות ולעכב על ידו.

ועוד שהרי כתב הר"י בן מג"ש לענין בני מתא אחריתא דה"מ היכא דליכא פסידא ללוקחים פגון דשווי דמי אהדדי ושוי עסקא אהדדי פינו דלא מרנויחים לוקחים מידי עבדי רבנו תקנתא לבני מתא פי היכא דלא לישחי עסקניהו ולא תיפסיק חיותניהו אבל היכי דשווי עסקא ולא שווי דמי כו' הלכה פינו דאיכא הרנוחה ללוקחי לא כל פמינייהו דמוכרים דמתקני לנפשייהו ומפסדי לאחרים וכן נמי דאמרינו בענין עושה אדם חנות בצד חנותו כו' ובר מתא אבר מתא אחריתא מצי מעכב היכי דליכא ארויחי תרעי אבל היכי דאיכא ארויחי תרעי ל"מ מעכב דלא כל פמיניה דמתקן לנפשייהו ומפסיד לכל בני מתא עכ"ל והרא"ש הביאו בקצרה ועיין בב"י דעת הרמב"ן וש"פ והרמ"א בהג"ה הביא להלכה פדעת הר"י מיג"ש בזה:

וא"כ נראה דק"ו הדברים שאם אפי' על בן עיר אחרת אין יכול לעכב אי איכא רנוחא ללוקחים א"כ כ"ש לבר מתא גופא דלא מצי טען הכי וכאן איכא רנוחא ללוקחים הדרים ברחוב שאחורי התניות הללו שיכולים לקצר דרכם פי יהיה להם דבר לקנות לא יסבו בלקתם רק רצוא ושוב ומצינו דרבויהו דהדד מילתא הוא פדאמרי' בב"ב דף י"ב מבואות המפולשין לעיר אחרת כו' בני אותה העיר מעכבין עליהם לפי שפבר הנוחזקו לקצר דרכם דרך אותן המבואות ע"ש וכה"ג טובא ובודאי דרנוחא טובא איכא אם יכול לקצר הדרך ומי לא עסקינו דעד הכי והכי בטיל משנוקים.

ואמרו עליו על החכם רבי ישר מקדנדיאה שהיה ממהר בהליכה באמרו פי אין לאבד הזמן היקר שבנמצאות בהילוף לאט ואם פן פי איכא רנוחא ללוקחים ג"כ לאו כל פמיניה דהני למיעבד תקנתא לנפשייהו ולפי זה אין ראיה לכל ממ"ש אבי אסף דשם מירי במבוי של עכו"ם ולא איכפת לן בתקנתא דידהו וכמ"ש הר"י מיג"ש והביאהו הפוסקים אמנם כ"ז לרנוחא דמילתא ולמען כבודו של א"ז רבינו הגדול רמ"א ז"ל הואיל ונפיק מן פומיה לאוקמי דברי אבי אסף פהלקתא אע"פ שלא החליט הדברים רק מצד אצדודי וכמ"ש לעיל אעפ"כ הראיתי לדעת פי גם לפי הדברים האלה אין זה ענין לנ"ד ואזיל ומודה דבכה"ג אין יכול לעכב: אמנם לעיקר הדין הרי השמיטו הרמ"א בהג"ה.

ונראה שמסכים לדברי ב"י בזה שדברי אבי אסף מוסדים על דברי ר"ה ואנו לא קי"ל הכי וכדבריו מבואר בהגמ"י שכתב מדברי האבי אסף נראה דסובר הלקתא כר"ה וכמבואר בש"ף ע"ש ובודאי שהגמ"י פנונתו לדברי הא"א אלו ואם פן פשוט דיחידאה הוא בהא שהרי הרי"ף והרמב"ם וש"פ העלו דלית הלקתא פנותיה.

ובהיות פי ת"ל דרפי מעולם לחתור אחר האמת נחני ה' בדרך אמת והאיר עיני ומצאתי מקור דברי אבי אסף מאין הם נובעין ומצאתי פי ממקום קדוש מרבינו הרמב"ן זקינו של הראב"י שקרא ספרו בשם אבי אסף ולפי שאין ספרו מצוי אני מוכרח להעתיק כל לשונו בזה בדרך קמ"ח ע"ב וז"ל אינונה נפשו לאכול אשכול בכורה ולשתות יין ישן משקן חדש ואבא היום אל עין משפט המה הקדושים אשר בארץ אדירי כל חפצי במ הראשון שפראשון למנורה הוא הרב רבי יצחק בר מרדכי ואחריו יאיר נתיב הרב רבי

אָפּרִים וְהַחוּט הַמְשׁוּנָלֵשׁ לֹא בַמְהֵרָה יִנְתַק הַרְבֵּי ר' מִשֵּׁה הַמְדַבֵּר שְׁלוֹם אֶל עַמּוֹ וְעַל חֲסִידָיו יִזְכֹּר שְׁלוֹמְכֶם וְשְׁלוֹם תּוֹרַתְכֶם פְּעָרָג נֶפֶשׁ אוֹהֲבֵיכֶם אֲלֵי־עֶזְרָךְ בְּנִי נָתַן: הִנֵּה נָא הוֹאֵלְתִי לְדַבֵּר אֵלֵיכֶם לְתַת שְׂאֵלְתִי שְׁתָּשִׁיבוּנִי בְּאֵר הַיֵּטֵב עַל דְּבָרֵי עַל עֶסֶק רְאוּבֵן וְשִׁמְעוֹן הַדָּרִים בְּעִיר אַחַת זֶה בְּמַבּוּי אֶחָד וְזֶה בְּמַבּוּי אַחֵר בֵּין הַגּוֹזִים וְשִׁנְיָהֶם אֲנִי מְנוֹתֶם שְׂוֵה לְהַתְפַּרְנֵס מִמֶּנָּה וְיֵצֵא שִׁמְעוֹן מִמַּבּוּי זֶה שְׁהִיָּה דָר בָּהּ וְשִׁכַר בֵּית בְּמַבּוּי שֶׁל רְאוּבֵן בְּרַחוּק מִשְׁעַר שֶׁל בֵּית אֶחָד וְאִין אָדָם יָכוֹל לְכַנּוֹס לְבֵיתוֹ שֶׁל רְאוּבֵן א"ל יַעֲבֹר לְפָנָי בֵּית שִׁמְעוֹן וְטוֹעֵנוּ רְאוּבֵן קָא פִּסְקִית לְחִיּוּתִי כִּי כָּל אוֹתָן שְׁהִיָּה רְגִילִין לְבֹא אֲצֵלִי עַד עַתָּה בְּאִים אֲצֵלְהּ וְשִׁמְעוֹן מְשִׁיב בְּכָל יְיָשׁוּבֵי יִשְׂרָאֵל דָּרִים זֶה אֲצֵל זֶה וּמַתְפַּרְנְסִין מְאֻמְנֹת אַחַת מִסְחוּרָה וְרִיבֵית וְאִינוּ מַה נִּשְׁתַּנוּ וְרְאוּבֵן מְשִׁיב בְּכָל יְיָשׁוּבֵי יִשְׂרָאֵל הַמְבוֹאוֹת פְּתוּחוֹת וּבְאִים בֹּא' מִשְׁנֵי צְדָדִים פְּעָמִים עוֹבְרִים לְפָנָי פְּתַח הַבַּיִת שֶׁל זֶה וּפְעָמִים לְפָנָי פְּתַח זֶה כו' מִהַחִיצוֹנִים הוּא שְׂאִין לוֹ יְצִיאָה וּבִיאָה אֲלֵא לְפָנָי פְּתַח בֵּיתָהּ וְעַתָּה רַבּוּתִי הֵיכִי גִדְּיִינוּ לְהֵאֵי דִינָא אִי כו"ה דְּאָמַר בַּר מְבוֹאָה אַבְרָם מְבוֹאָה מְעַכְבַּ כו' וּכ"ש אַבְרָם מְבוֹאָה אַחְרֵיתָא וְסוּגֵיָא דְשִׁמְעֵתִי כְּנוּתִי אֲזֵלָא מִדְּאָמְרִינוּ א"ל ר"ה לְרַבָּא לִימָא ר"ה דְּאָמַר כו"ה וְא"ל רַבָּא א"ת רַבֵּן כו' וּמִדְּמַהֲדַר רַבָּא לְאוּקְמִי לר"ה פְּרַבְּנָן ש"מ דְּעֵיקַר הוּא וּבְרִיָּתָא גְמִי כו"ה דְּיֵיקִי דְקַתְּנִי אֶחָד מִבְּנֵי מְבוּי שְׁבִיקָשׁ לְעֵשׂוֹת רוּפָא כו' עַד חֲבִירוֹ מְעַכְבַּ עֲלָיו וְהַשְׁתָּא הֵיזַק דְּרִיסַת הַרְגֵל מְצִי מְעַכְבַּ הֵיזַק חִיּוֹת לֹא כ"ש וְאֵע"ג דְּתַנְיָא תְּיֻבְתָּא עוֹשֶׂה אָדָם חֲנוּת וְכו' הָא מוֹקְמִינוּ לָהּ פְּרַבְּנָן וּר"ה פְּרַבְּנָן ג' וְעֵיקַר הוּא דְּאָמַר ר"י כ"מ שְׁשִׁנָּה רַשְׁבֵּ"ג בְּמִשְׁתַּנְיָנוּ כו' וּבְרִיָּתָא גְמִי קְרוּי' מִשְׁנָה חִיצוֹנָה וְאָמְרִינוּ גְמִי שְׁנוֹ חֲכָמִים בְּלִשׁוֹן הַמְּשִׁנָּה וְנִדְוֹן אַחֵר ר"ה אוֹ דִּילְמָא פִּינוּן דְּר"ה בְּרִי' דְּר"י פְּלִיג עֲלָיו וְאוּמַר דְּבַר מְתָא כו' מְעַכְבַּ מְלַעֲשׂוֹת אוֹמְנֹת בְּעִירוֹ הוֹאִיל וְאִינוּ שְׁכִינּוּ בְּעִירוֹ וְאִי שְׁנִיָּהּ בְּכַרְגָּא דְּהֵכָא הָיִי שְׁכִינּוּ בְּעִירוֹ וְלֹא מְצִי מְעַכְבַּ מְלַעֲשׂוֹת אוֹמְנֹתוֹ בְּעִיר אֲבָל לֹא אֲצֵלוּ בְּמַבּוּי וְכִי מְבוֹאָה אַבְרָם מְבוֹאָה דְּנִפְשִׁי לֹא מְצִי מְעַכְבַּ וְכָל מִילְתָּא כַּת"ק דְּר"ש אֲזֵלָא וּבְעֵי ר"ה בְּדַר"י אַבְרָם מְבוֹאָה דְּעֵלְמָא מֵאִי כְּלוּמַר הָא דְּאָמַר ת"ק וְלִשְׁכִינּוּ אִינוּ כּוֹפְהוּ דְּנוּקָא שְׁכִינּוּ בְּמַבּוּי אוֹ אִפִּי' שְׁכִינּוּ בְּעִיר וְעֵלְתָּה בְּתִיקוֹ וְתִיקוֹ דְּמֻנָּא לְקוּלָא וְעַבְדִּינוּ כְּנוּתִי דְּהוּא בְּתָרָא וְלֹא מְצִי רְאוּבֵן לְעַכְבַּ עַל שִׁמְעוֹן א"ד כִּינוּ דְּפָסִיק לְחִיּוּתִי כְּאֵלוֹ נוּטֵל נִשְׁמָתוֹ מִמֶּנּוּ וְתִיקוֹ דְּאִיסוּרָא הוּא וְלַחֲנוּמְרָא וְאֵת"ל דְּמֻנָּא הוּא וְלַקּוּלָא מִי אֲמַרְיָנוּ פִּינוּן דְּר"ה סְבַר דְּפְלוּגְתָּא דְּרַבֵּן וְרַשְׁבֵּ"ג עַל ב' שְׁכָנִים בְּמַבּוּי וְקָאמַר אִיהוּ פְּרַבְּנָן ג' וְלר"ה בְּרִי' דְּר"י מְסַפְקָא לִיהִי אִי אֲפִילוּ שְׁכִינּוּ שְׁבַעֲרִי קְאָמְרִי רַבֵּן כו"ה דְּיֵינִינוּ דְּפָשִׁטָא לִי דְּבִשְׁכִינּוּ שְׁבַעֲרִי ל"פ דְּנִדְאִי מְעַכְבַּ וְאֲמַרְיָנוּ הַקּוּרָא לְחֲבִירוֹ רְשַׁע יוֹרֵד עַמּוֹ לְחִיּוֹ וּפְרָשׁוּ הַגָּאוּנִים אִם יֵשׁ לְקוּרָא חֲנוּת יִסְמוּךְ לִי חֲנוּת וַיִּמְעַט חִיּוֹתוֹ מִכָּל דָּאם לֹא קוּרָאָהוּ לֹא יִסְמוּךְ וְהֵינִינוּ כו"ה וְדְיֵינִינוּ כְּנוּתִי עַל כָּל דְּבַר יְעֵינּוּ רַבּוּתִי אֲשֶׁר לָהֶם גּוֹלַת עֲלִיּוֹת וְגוּלּוֹת תַּחְתִּיּוֹת וְאוּר יְקָרוֹת וְקִיפָאוֹן וַיַּעֲמִידֵנִי עַל הָאָמֶת.

תְּשׁוּבָה מַה יִּדְעָנוּ וְלֹא תִדַּע כו' חֲזַרְנוּ עַל כָּל צִיָּדֵי רְאִיּוֹת דְּדוּנוּקָא קְאָמַר דְּאוּקְמִי רִיָּתָא דְּהֵזִיקוּ נִיָּכָר וּמְצוּי לְפוֹסֶק חֲזִיּוֹ מִהֵהוּא דְּאִין לוֹ מַחֲזִי כ"א בְּזֶה אֲבָל שְׂאָר מו"מ עִם בְּנֵי מְבוּי שְׁלוֹ אֲפִילוּ ר"ה מוֹדָה דְּל"מ מְעַכְבַּ א"כ כְּגוֹן חֲנוּת וְחֵיטְט שְׁהוּא אֲנֻמְנוֹת זֶה חֲזִיּוֹ אֲבָל שְׂאָר דְּבָרִים שְׁהוּא קוּנָה בְּמַעוֹתָיו אוֹ לְהַלּוֹת בְּרִיבֵית אִין נִרְאָה שְׁיָכוֹל לְעַכְבַּ שְׁהֵרִי כָּל יִשְׂרָאֵל אֲנֻמְנוֹתֶם בְּכַף וְלְדַבְּרֵיהֶּ אִין אֶחָד דָּר עִם חֲבִירוֹ כָּלְל: וְעוֹד אֲפִילוּ ר"ה דְּאָסַר לְהַעֲמִיד רִיָּתִים ה"מ לְבַנֵּי מְבוּי שְׁלוֹ אֲבָל לְבַנֵּי מְבוּי אַחֵר אִם רוּצָה לְטַחֲנוּן טוֹחֵן וְאִין

יכולים לעכב דהכי אמרינן גבי הנהו דיקולאי דאיייתי דיקולו כו' מעלמא אתו ומעלמא לזבנו וכ"ש פון מבויה שיהעמיד ריחיים אצל חבירו שיכול לטחון לבני מבויה אחר ואין חבירו מעכב רק שלא יטחון לבני מבויה שלו הרגילין אצלו וה"נ שמעון יכול להלוות לכל בני העיר שאינם מאותו מבויה אפי' לר"ה ועוד דמוקמינן ר"ה פרש"ג ואין הלכה פמותו בבבביתא דהכי משמע בא"ט גבי בני מעיים שניקבו וכו' וגבי אבל הנצרה לפסוק פנותי הלכתא ומייתי סייעתא משמואל דאמר הלכה כדברי המיקל באבל וגם במס' שבת פרק ר"א קאמר את"ל פליגי רבנן עלי' הלכה פמותו או אין הלכה פמותו כו' ואף ר"י גופא מסיק התם הלכתא פרש"ג ולא פרכינן מי אמר ר"י הכי והאמר ר"י כ"מ ששנה כו' אלא ה"ט דבבביתא לא אמר ר"י הלכה פמותו ועוד ממלת' דייקי דקאמר במשנתנו ולא קאמר כ"מ ששנה סתם כדאמרינן גבי משנת רב"י קב ונקי בכל דוכתי מפי רבינו הלוי ועוד מדר"ה ברי' דר"י בעי לה בר מבואה אבר מבואה אחרינא ועלתה בתיקו והיינו לשון בעל התלמוד שסיידר הגמרא ועלתה בתיקו ש"מ הכי ס"ל ועוד אמרינן האי מאן דזבין ארעא מעפוי"ם אמיצרא דישראל לית בי' משום דינא דבר מיצרא דא"ל ארי' אברחי' מינף ואם איתא לימא לי' פסקת לחייתי שיהיה עוברים עליה וקונים ממך ונושאים ונותנים עמה: ומה שאמרת מאחד מבני החצר שביקש לעשות רופא כו' אין הנדון דומה לראי' דהתם דנוקא בני החצר מצי מעכבי דאינם יכולין לספול דריסות רגל כל אדם וחצי הרשות קנוי להם לבני חצר אבל מבויה רשות כל אדם הוא ודריסת הרגל וזה עושה בשלו וזה עושה בשלו: ומה שפסקו הגאונים הקורא לחבירו רשע יורד עמו לחייו להעמיד חנות אצל חנותו רבינו שלמה שדי בי' נרגא מהא דכתובות באושא התקינן שיהא אדם מגלגל עם בנו י"ב שנה מפאן ואילף יורד עמו לחייו והתם מה שייך להעמיד חנות ולפסוק חיו אלא להתריס ולהתקוטט עמו קאמר ואפי' לדברי הגאונים לא מצית למידק מינן' מידי דמי שאינו קורא לחבירו רשע מצי מעכב שלא יפסוק חייב אפילו לשכינן דמצינו למימר אבר מתא אחריתי מצי מעכב הואיל ולא קראו רשע אסור לפסוק חיו אבל לשכינן אפי' לא קראו רשע מצי לפסוק ולא מעכב.

ומה שאמרת דשייף הכא תיקו דאיסורא קבלנו מרבינו הקדוש הלוי דאפי' הא דאמרינן תיקו דממונא לקולא קשה בעיני מה שייף לומר קולא גבי' ממונא דאי לההוא קולא לכשנגדו חומרא הוא הואיל והמע"ה וכ"ש דאיסורא ל"ש למימר הכא דהא ממש גוזל או מוסר ממון חבירו יותר נוטל נשמתו מזה והוי גורם בעלמא ולא חשבינן לי' איסורא וכאשר ראינו וידענו פתבנו לה ואת לא תעביד עובדא כ"א בביתך וחקמתך פי אתך תמות חכמה ואורך ימים תבונה: תמי' אני אליעזר על פה קדוש רבינו שלמה מה שפירש יורד לחייו להתקוטט ולהתריס עמו גבי בנו הרי נוכל לפרש ג"כ שיקפח פרנסתו ולא יפרנסו כפירוש הגאונים ומה שפתבו דגוזל או מוסר ממון חבירו הוי גורם בעלמא לא חשבינן לי' איסורא חלילה פי יש איסור בדבר כדאמרינן בפרק לא יחפור זאת אומרת גרמא בניזקין אסור ופירשתי פירוש יפה בזה הספר עכ"ל הראב"ן: הנה טרחתי והעתיקתי כל דברי התשובה בזה פי כמה הלכתא גברתא איפא למשמע מינן' ועין רואה תשור פי לא ירד הראב"ן לחילוקים אלו שכתב הרמ"א נאגודות אזור משום שהמבויה סתום אלא כל עיקר ספק שלו שהי' מסופק אם יש לדון בזה כר"ה ושוב פתב דעכ"פ כבר מבואה אחרינא יש לדון כר"ה ובע"פ שצייד בדבר מ"מ לא העמיד על דעתו והנף

רוֹאֵה תְּשׁוּבַת הַגָּאוּנִי שֶׁהִשִּׁיבוּ לוֹ דָּאָף בְּכֹה"ג שֶׁהִמְכוּי סְתוּם מְפֹל צַד וְכֵר מְבוֹאֵה אַחֲרֵינִי אֶפ"ה ל"מ מְעַכְּב: וְיוֹתֵר מִזֶּה מְבוֹאֵר בְּדַבְרֵיהֶם דָּאָף לר"ה ל"א בְּכֹה"ג שֶׁהוּא קוֹנֵה בְּמַעֲוֹתָיו אוֹ לְהַלְוֹת בְּרִיבִית אֵין יָכוֹל לְעַכְבֵּי שֶׁהָרִי כָּל יִשְׂרָאֵל אֲנֻמְנוֹתָם בְּכַף שֶׁאֵל"כ אֵין אָדָם דֵּר עִם חֲבִירוֹ כָּלֵל וּלפ"ז נִרְאֶה דְּבַחְנִיּוֹת שֶׁלָּנוּ שֶׁעִיקָר עֲשִׂייתָם לְסַחֲוֹרָה מַה שֶׁהוּא קוֹנֵה בְּמַעֲוֹתָיו ל"א בְּהָא פְּסַקְתָּ לְחִיּוּתִי וְאוֹתָהּ שֶׁאֲמָרוּ גְּבִי חֲנוּת דְּלר"ה מְעַכְּב דְּזֵהוּ חֲטָיו הֵינֵנוּ בְּחֲנוּת שֶׁעוֹשֶׂה בּוֹ פְּלִים לְמַפְנֵי וְכַדְאִיתָא בְּמַתְנֵי חֲנוּת שֶׁבְּחֻצָר יָכוֹל לְמַחֲוֹת כּו' אֲבָל עוֹשֶׂה פְּלִים יוֹצֵא וּמְנַפֵּר בְּשׁוּק ע"ש: אִךְ אֲפִילוּ תִּימָא דְּחֲנוּת בְּכָל גְּוֹנֵי מִיָּרֵי הַכְּרִיעוּ בְּזֵה הַגָּאוּנִי הִלְלוּ דְּלָא קִי"ל כר"ה וְכִשְׁיטוֹת הָרִי"ף וְהַרְמַב"ם וּש"פ.

וְתִימָא עַל אֲבִי אֶסֶף שֶׁכָּתַב שֶׁמְעַכְּב כר"ה וְהוּא דְּבָר הַנִּרְאֶה לְעֵינַיִם שֶׁהוּא מַעֲתִיק מִדְּבָרֵי הַרְאָב"ן אֵלוּ נִהְרֵי הַרְאָב"ן לֹא הִכְרִיעַ בְּדָבָר אֶלָּא הִי' כְּמִסְתַּפֵּק וְשׂוֹאֵל אֵת פִּי הַגָּאוּנִי הִלְלוּ וּלְפִי שֶׁנִּרְאֶה שֶׁמְצַדֵּד לֹא מֵר דֵּהֲלִכְתָּא כר"ה וְגַם הִשִּׁיב עַל מ"ש שֶׁאֵין זֶה רַק גּוֹרֵם לְכֹן פָּתַב בְּלִשׁוֹן נִרְאֶה דְּמְעַכְּב כר"ה לֹא מֵר דְּלִזְזָה דְּעַתּוֹ נּוֹטָה אֲבָל בְּאַמַּת מְבוֹאֵר שֶׁם בְּרִאָב"ן בְּפִסְקֵי הַלְכוּתָיו ל"ב שֶׁחֲזַר וְהוֹדָה לְדַעַת הַגָּאוּנִי הַנֵּ"ל שֶׁכָּתַבְשָׁם וְז"ל וּמוֹקְמִינֵן דר"ה פְּרִשְׁפ"ג וְהִלְכָה פְּחֻכְמִים דְּאֲמָרֵי אִף לְשִׁכְנֵנוּ כּוֹפֵהוּ כּו' בְּעֵי ר"ה בְּרִי דר"י בְּרִי מְבוֹאֵה דְּעֻלְמָא מֵאֵי תִּיקוּ וְתִיקוּ דְּמִמוֹנָא לְקוֹלָא וְנֶאֱפִילוּ אֲבֵר מְבוֹאֵה דְּעֻלְמָא ל"מ מְעַכְּב עכ"ל וְכַף עֲלָה בְּהַסְפָּמָה מְפֹל הִרְאִישׁוֹנִי וְאַחֲרוֹנִים וְכַף עֲמָא דְּבֵר וּמַעוֹלָם לֹא שֶׁמְעַנּוּ לְמַחֲוֹת בְּמִי שֶׁבוֹנָה לוֹ בֵּית בְּאִיזָה מְקוּם בְּעֵיר שֶׁהוּא יוֹתֵר מְנוֹכָשׁ לְפִרְנָסַת אַכְסֵינְיָא אַע"פ שֶׁהוּא בּוֹנָה אֲצֵל שְׁעָרֵי הָעִיר אוֹ בְּגוֹבְהָה שֶׁל עִיר שֶׁהִפְלַ עוֹבְרִים דְּרָךְ עֲלָיו וְאֵין מוֹחָה בִּידָם לֹא מְפַסֵּיק לְחִיּוּתָא אִם לֹא כְּשֶׁאֲחַד בָּא לְגוֹר בְּמִקוּמוֹ שְׁנוֹהֵגִין חֲזַקַת יָשׁוּב אוֹ בְּמִקוּמוֹ שְׁדַנְיִן דִּין מְעָרִיפָא וְעֵינֵן בְּשׁו"ת רש"ל ז"ל וּמִשְׁאַת בְּנִימִין בְּעַנְיֵן עֵנִי הַמְהַפֵּךְ בְּחֻרָה כּו' וְהַרְבֵּה יֵשׁ לִי לְדַבֵּר בְּזֵה וּלְפִי שֶׁאֵין עֵנִינָם לְכָאן וְגַם לְאַפְס הַפְּנָאֵי וּשְׁעַת הַפְּנֹשֶׁר אֲמַרְתִּי לְקַטְוֵף מְלִילוֹת וּלְהַשְׁאִיר עוֹלְלוֹת: זֹאת תּוֹרַת הָעוֹלָה מְפֹל מֵאֵי דְּכַתִּיבָנָא הַנִּרְאֶה בְּעֵינֵי עִיקָר לְדִינָא כִּי בְּעֵלֵי הַחֲנִיּוֹת הַחֲדָשׁוֹת בְּרִיבָם יִצְאוּ כְּנִים.

וְאִישׁ בְּאֲחִיו לֹא יְדַחְקוֹן בְּאֲמִיץ פֶּחַ וְרוֹב אוֹנִים כ"א יִשְׁבוּ תַּחְתָּם חֲדָשִׁים גַּם יִשְׁנִים כְּאֲשֶׁר בְּרַנּוּ הַדִּין דִּין אֲמַת מְפִי רֵאשׁוֹנִים וְאַחֲרוֹנִים וּבְעֵלֵי הָרִיב אֲשֶׁר מִיִּשְׂרָאֵל הִמָּה ב"ה מֵאֲמִינִים בְּנֵי מֵאֲמִינִים.

הַמְּפַרְנֵס מִקְרָנֵי רֵאמִי' עַד בִּיצֵי כִּינִים. יְכַפִּיל פְּרִנָּסַתָּם וּמִשְׁפּוֹרְתָם עֲשֶׁרַת מוֹנִים הַקּוֹלוֹת יְחַדְלוֹן וּמְטַר הַמְּרִיבָה לֹא יוֹתֵף אַרְצָה וְיִטַע בִּינֵיהֶם אֶהְבָּה וְאַחֲוָה כְּמִים הַפְּנִים לְפָנִים.

לֹא יָרְעוּ וְלֹא יִשְׁחִיתוּ כְּאֲשֶׁר הִי' לְפָנִים וְאֲשֶׁרֵי הַדּוֹר שֶׁהַגְּדוֹלִים נִשְׁמָעִין לְקַטְנִים וְשְׁלוֹ' לְדִינֵי יִשְׂרָאֵל דְּבָרֵי זַעֲרָא דְּמֵן חֲבַרְיָא: הַק' אֲפָרִים זְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד שֶׁאֵלָה כּוֹ אֲמַר אֲפָרִים שֶׁמְעוֹנֵי אַחֲזֵי וְרַעֲזֵי.

אֲנָשִׁי עֲצָתִי וְשֶׁעֲשׂוּעֵי. רֵאִיתִי עֲצָמִי כְּמַחְוִיב בְּדָבָר לְהַצִּיעַ.

לְרַבִּים מָה רֵאִיתִי עַל כָּכָה וּמָה הִגִּיעַ. כִּי בְּאֵתִי בְּיָדִים שְׁנִיּוֹת.

לְקַרְוֵן בְּרֵאשׁ הוֹמִיּוֹת. וְבְרֵאשׁ כָּל חוּצוֹת אֲשֶׁמִיעַ.

אַצְרִיחַ אִף אֲרִיעַ. וְרִיב לֹא לִי אֲחַקְרָהוּ וּלְדַבֵּר הִלְכָה עֲצָמִי אֲתַקִּיעַ.

ועל ריב יעמדו למשפט במשפטי אכריע. אימא ליאיזי גופא דעובדא.
הנהו חנותאי דמחוזא פלוני עבדי שיתין מיני לפדא. באמרם המלח והעורות ודג יבינשה.
וכל דבר הקשה. להם ניתנה למורשה.
כי הם היושבים ראשונה במלח ועל עושה חדשות יתנכלו בנכלי דתות ודברו אתו קשות.
איש נגדו כגור ארי' יזנק מן הבשן.
של חבירי חדש ושלי ישן. וכאשר ירדו אל עמק יהושפט אז יחלק לב המורים.
זה אומר זכיתי לבבי והגעתי לאבני שיש טהורים דרכי גזית וחזקתים במסמורים. וכנגדו
החליק עליו.
יהפוך פאןפון במילין. מה אתה אומר.
האבני חמר הי' לה לחומר ובין בצעי המים העמדת. מקום זה יסדת.
על קו תנהו ואבני בנהו. ויתנו קול מבין עפאים.
להעלות פראים על שפאים. ויתגודדו במשפטם עד הצהרים.
ולקול שנונעתם שמוע שמעתי אפרים. ומבני מתא קריבו לי קרבות יחפצון.
שפתותיהם ידעו רצון. להגיד להם דבר חוק ומשפט עשוי באמת וישך.
ואקומה נא ואסובבה בחדרי הפוסקי' כפי אשר היתה אלי עדנה ושעת הפושך והייתי
ממהר לירד לענמק הדין כנשר יטוש. להשקיט הרעש ולהשקיע אש המחלוקת בטורם
יתגלע הריב נטוש.
אולם לא כאשר דמיתי כן היתה. וכל אשר על ריב מתעבר.
חזילים יגבר. לא ישקיט עד אם פלה הדבר וכל אשר עשה בו מאמר.
הוא קונה קנין גמור. ולא פריה שפן יש צד חמור.
לא יאבה ולא ישמע למחות אכן הטועים. אף אם יקראו אחריו מלא המון רועים.
ולא לבד חכמים ונבונים. זה מול זה חונים.
כ"א מקטני ארץ. פורצי פרוץ.
לצאת ביד רמה. כנפש החכמה.
וילכו דרוך שיחם. העולה על רוחם ירקדו פאילים וכעדר העזים.
מעזים ומעזים. וינועצו נגידי העיר ושועי'.
ראשי' ומנהיגים. ויעוררו אותי בדברים ערבים על אנון שומע.
דבר המלח ודתו להגיע. עוד הפעם מפי אל פיהם יגית.
מי השילוח ולהשיב אמרים. באורף וברוחב מפי סופרים וספרים.

ולכן קמתי אני לפתוח לסדר מערך' שני' על אבני ראמות וגביש בנוי'. ממקור ים התלמוד והפוסקים משיתאי'.

ובמאזני שפל הישר שקלתני'. ורגבי נחל האמת שמתני בילקוטי.

ומלא חפנים ראיות ברורות. הנה הוא באמתחתי.

ונדרכי בשירים סכתי. שירה חדשה.

יתחקה על שרשה. נושאת חן בעיני כל רואי'.

מה נאוו לחיי התורה בחרוניה ומה יפו פעמי נעלי'. ומעתה לא אשא פני איש ואל אדם לא אכנה וגם לא אוציא מפי דבר מגונה.

כ"א ללקט אורות בשדה הראשונים ולהעמיד האמת על מכונה. והמתעקש להעתיק צור האמת ממקומו ומבקש תואנה.

יהי לו אשר לו גשומה אם שחונה. אני את נפשי הצלתי כי אסזתי דרכי דרך אמונה ולאדם מערכי לב ומד' מענה ונה החלי בעזה"י: מתחלה נידון היש מקום ללון על פסק היתר התניות החדשות מטעם דבה"ג לא הביא רק דברי ר"ה משמע דס"ל דהלכתא פנותי'.

אומר אני שאין מקום פקפוק מחמת זה פלל שהרי כל הפוסקים ראשונים ואחרונים פסקו כר"ה ברי' דר"י דהוא בתראה וכמו שאכתוב אותם אי"ה אחד אחד ונהרי פולם כאחד עונים ואומרים דלית הלכתא כר"ה ומי יחוש לדברי בה"ג יותר מהם ואפשר שיש חסרון בדברי בה"ג שאלנו וכמ"ש בשו"ת מנחם עזרי' סי' ל"ב וז"ל ולאו כל פמינא לההביל דברי הבה"ג על בלי היות פתובין בספרו המצוי אצלנו כי חסרונות הרבה ראיתי בו בהרבה מקומות כו' ע"ש אמנם לענ"ד יש ליישב דברי בה"ג פהלכתא שלא יחלוק על הפוסקים הנ"ל ע"פ מה שמצאתי בבעל העיטור דף צ"א ע"ד וז"ל כדמניא כופין בני מבוי זא"ז שלא להושיב כו' ולשכנו אינו כופהו פירוש אדונינו אבינו ז"ל דרפן של בני אדם חייטין במבוי אחד ספרין במבוי אחד בפ"ע וכופין בני מבוי שלא להושיב חייט ממקו' אחר ביניהם במקום ספרין ולא ספר במקום חייטין וכן פולם ולשכנו אינו כופהו וכדר"ה ברי' דר"י דאמר בר מבואה אבר מבואה י' לא מצוי מעפב ובר מתא אבר מתא אחרניא אם שייך בכרגא דמתא לא מצוי מעפב וכן פסק רב אלפס ז"ל דר"ה ברי' דר"י פליג אדר"ה ואיכא לפרושי דר"ה אבר מבואה אחרניא קאמר ונהכי איתא בגנוסחא עתיקא דילן ובפירוש דשמעתתא כדפריש אדונינו הרב אבינו ז"ל ולר"ה פשיט' לי' לר"ה ברי' דר"י מספקא לי' והלכת' כר"ה ואשפחת דנוסחא עתיקא דר"ה דיוקא הוא עכ"ל בעה"ע: ודבר ברור הוא בעיני שגם דעת בה"ג פן הוא פנוסחא עתיק' שהביא בעה"ע ואבר מבואה אחרניא קאי ופסק הלכתא פרבא דמפשיט פשיטא לי' דבכה"ג מצוי מעפב וכרשב"ג דאמר אף לשכנו כופהו שלא להושיב שם חייט במקום אחר: אמנם צריך לבאר לפ"ז הא דפריש עלי' מברייתא דעושה אדם חנות כו' דילמא בבר מבואה דנפשי' מייירי וצ"ל פיון דיהיב טעמא מפני שיכול לומר אני עושה בתוך שלי כו' האי טעמא שייך אף בבר מבואה אחרני' ור"ה ברי' דר"י מספקא ליה אי הלכתא פרבנן או פרשב"ג ורבא פשיטא לי' דהלכתא פרשב"ג בהא ומ"מ צריך ליישב

הא דא"ל רבינ' לרבא לימא ר"ה דאמר כר"י דתנן ר"י אומר לא יחלק אדם כו' וה"ל לפלוגי דאף רבנן מודו בבר מבואה אחרניי ואין מתירין רק בבר מבואה דנפשי' וצ"ל דס"ל דרבנא משמע לי' דתקמים מתירין לחלק קליות ואגוזין לתינוקות אף לאותן שהיו רגילין לקנות אצל חבירו והם מכירין ויודעין מלפנים וכמ"ש לקמן לענין מערופיא ור"י אוסר מפני שהוא מרגילן אצלו ותקמים מתירין אף בכה"ג דכ"א עושה בשלו מה שרוצה וא"כ בכה"ג פשיטא דכבר מבואה אבר מבואה אחרניא דמי ואפ"ה ס"ל דלא מצי מעפב עלי' וע"ז אמרינן אפ"ת רבנן משום דמצי א"ל אגא פליגנא כו' ובהכי א"ש מה שהקשו התוס' תימא לרבפ"א דאמאי לא מיייתי הברייתא דלעיל דממ"נ ר"י דאמר לא יחלק כו' פליג אברייתא דעושה חנות כו' ולפמ"ש י"ל דמרבני יהודא אין ראי' דפליג אברייתא דאיפא למימר דמייירי בתינוקות שהם רגילין לבא אצל חבירו והוא מרגילן אצלו דבכה"ג דמי לדגים דיהבי סיארא וכמ"ש לקמן לענין מערופי' ועדיף מבר מבואה אחרניא ולזה מיייתי תנאי דפליגי בהדיא: ובהא א"ש מה ששמעתי מי שדקדק דלמה הנצרך בש"ס דב"מ למימר בטעמא דרבנן משום דא"ל אגא פליגנא אמגוזי כו' הא קי"ל כר"ה ברי' דר"י וכן הרי"ף שם העתיק טעם זה אע"ג דפסק כר"ה ברי' דר"י ולפמ"ש א"ש דלא מפעיא לבעה"ע ובה"ג דנדאי א"ש אלא אפי' להרי"ף דס"ל לפסוק דאף בר מבואה אחרניא לא מצי מעפב מ"מ בכה"ג שהוא מרגיל הרגילות אצל חבירו דדמי לדג' דיהבי סיארא הוי מצי מעפב אף אי לאו טעמא דאגא פליגנא כו' ובס"ד דר"ה דאמר כר"י הוי ס"ל דתקמים פליגי נמי אהך דמרחיקין כו' ולפי המסקנא דא"ל אגא פליגנא כו' א"ש הך ברייתא אף לתקמים ולכך שפיר מיייתי הרי"ף הך טעמא.

אמנם לקמן אבאר דבלא"ה לק"מ: והנה יעברו לפנינו דברי הפוסקים שפסקו דלא כר"ה א' אהד הנה הרי"ף כ' ולייתא לדר"ה דהא קם לי' פייחידאה ולעולם הלכה פסתם ועוד דהא ר"ה ברי' דר"י דהוא בתרא פליג עלי' כו' וכן פסק הרמב"ם בפ"ו מהל' שכיני' שאפי' מבני מבוי אחרת אינו יכול למונעו ולומר לו אתה פוסק חיי.

וכ"כ הרמב"ן וז"ל ופסקו הגאונים ז"ל כר"ה ברי' דר"י ופליגי דר"ה ואיפא דתמיהא לי' אי פליגי אדר"ה היכא אמר פשיטא ופירשו בשם ר"ת ז"ל דר"ה ברי' דר"י לאו אאומנות קאי אלא אמניי סחורה פעניינא דעמרויני וגרוגרת אבל באומנות קבועה מצי מעפב ולאו מילתא הוא ומאי דפשיטא לי' לר"ה ברי' דר"י משום דס"ל פרבנן ופשיטא לי' דלייתא לדרשב"ג דיחידאה הוא עכ"ל: והנה לפי ר"ת במניי סחורה פההיא דעמרויני וגרוגרות אף ר"ה מודה וליכא מאן דפליג דלא מצי מעפב כ"א אבר מתא אחריתי.

וכבר כתבתי בתשובתי הראשונה שפך הוא דעת שלשה עמודי עולם שהשיבו להראב"ן דדווקא קאמר ר"ה דאוקי ריחניא כו' ע"ש ולפי"ז צ"ל הא דפריף מעושה אדם חנות כו' לאו מחנות פריף כ"א ממרחץ שהוא ענין אומנות א"נ משמע לי' דחנות נמי בחנות של אומנות מייירי כדאמרינן לעיל חנות שבחצר כו' אבל עושה מלאכתו ומוכר בשוק כו' וכן משמע בריש חזקת הבתים דקאמר ומודה ר"ה בחנותא דמחוזא דלימא עבידי ופירוש הרשב"ם ונ"י שם שר"ל אותן שמוכרין בהם לחם ויין כו' אבל סתם חנויות למלאכה עשוין כגון של צבעין ושל צמרין אלא שצ"ע לפ"ז מדקאמר רבינא לרבא לימא ר"ה

דאָמער כר"י הו"ל לשנוני דשאני התם דשרו רבנן משום דלאו באַנמונות מיינרי אלא במיני סחורה.

ולכאורה הי' אפֿשׂר לומר דחנות קבוע לסחורה באַנמונות קבוע. דמי ור"ת מפרש לדר"ה ברי' דר"י במיני סחורה שמיבי לפי שעה פה הוא דעמרוני וגרוגרת אלא דלפי"ז לא הו"ל להזפיר בדבריו אַנמונות פֿלל רק הו"ל לחלק בין ענין קבוע ובין ענין עראי א"ו שז"א ועיקר החילוק הוא בענין אַנמונותו בְּכָה וכמ"ש לקמן וכן מבואר להדיא בתשובה ששיבו הגדולים הנ"ל להראב"ן ע"ש והא דפריה ממתני' דב"מ דרבנן מתירין לחנוני לחלק קליות נאגוזי היינו משום דבכל חנוני מיינרי התם אף בחנות שאינו לסחורה כ"א מה שהיא עושה מעשה ידיו ומוכר ואַנמונותו בְּכָה וגם אופה פת או בוצר יין מגתו ומוכר בחנות אפֿשׂר שג"כ בכלל זה אכל מה שהיא לסחורה שקונה במעותיו מזה ומוכר לזה בכה"ג קאמר ר"ה ברי' דר"י דלא מצי מעפב ור"ה מודה לו בזה: אַמנם הרמב"ן דעתו דאפי' באַנמונות פליג ר"ה ברי' דר"י על ר"ה והלכתא פֿנותי' ונראה דמשמע לי' הכי מדאמרינן בתר הכי ומודה ר"ה במקרי דרדקי כו' ומודה ר"ה ברי' דר"י פרוכלין כו' משמע מזה דר"ה ברי' דר"י ור"ה פליגי אהדדי וקי"ל פֿנותי' וכן מבואר בסמ"ג דאפי' בן מבוי אחרת אינו יכול למונעו וכן פסק הראב"ן בספרו אפילו בבר מבואה אחרני נזה דעת שלשה עמודי העולם ששיבו לו שחזרו על כל הצדדין ולא מצאו טעם לאיסור וכן פסקו התוס' וכן דעת הרא"ש וכן מבואר ממהרי"ח וא"ז שהביא בהג"א שם וכן פסק רבינו ירוחם בס' משרים נתיב ל"א חלק ו' וכתב עוד וז"ל וכן בני אדם שהולכין להלוות בריבית כו' ואם שני בני אדם דרים יחד בעיר אחת והאחד רוצה להלוות במעט ריבית יותר מחבירו מצי מעפב פי יאמר פמו החנוני אפי' אסלק לתינוקת אגוזים חלק אתה להם שאר פירות כדי להרגילם אצלה עכ"ל.

וכן דעת הטור והש"ע וכן באַגודה פתב בפשיטות דברי הרי"ף דפסק דלא כר"ה ואע"ג דאח"כ הביא דברי אביאסף במבוי הסתום מג' צדדים כו' נראה דמעפב עליו עכ"ל מ"מ הדבר ברור שהוא ז"ל הי' סובר דאבי אסף במבוי הסתום קאתי עלה מטעמא לפי שאין יכול פותי לילף אם ילף תחלה לפני בית שמעון וכה"ג ס"ל דדמי למערופי' אכל אַנחנו שזכינו לראות באור הגנוז ספר הראב"ן שביאר להדיא טעמא דידן דהנה מספקא לי' דשא הלכתא כר"ה ואי לית הלכתא פֿנותי' אפי' בכה"ג שאין יכול לכותי לילף כו' לא מצי מעפב.

נמצינו למידין דלפי פסק האַגוד' גופי' דפוסק כר"ה ברי' דר"י אף בכה"ג לא מצי מעפב ועוד דהתם מיינרי ששמעון הרוצה לקבוע דירתו בראש המבוי הוא באַ ממבוי אחר דכה"ג מספקא לי' דילמא עכ"פ הלכתא כר"ה בהא לגבי ספיקא דר"ה ברי' דר"י וכמבואר להדיא בראב"ן והאַגודה ס"ל לדעת אביאסף דבכה"ג שפיר יכול לעפב על בן מבוי אחרת פֿנון שהיא באַ ממקום אחר להפסיד פֿרנסתו אכל בר מבואה דנפשי' פֿנון דמסתמא קתני עושה אדם חנות כו' ומי לא עסקינן שהמבוי סתום והוא מקדים חנותו ומרחצו לחנותו ומרחצו של זה נאפ"ה קתני דשרי ואם איתא דבמבוי סתום כה"ג איפא איסורא לא הנה סתום לן תנא כה"ג אלא ע"כ דאין לחלק בְּכָה עכ"פ בבר מבואה דנפשי'.

אף כָּבֵר כְּתִבְתִּי בְּתוֹשׁוּבְתִי וְהִעֲמַקְתִּי דְבָרֵי הַגְּדוּלִים הַנִּלְדָּה לְדַאֲפִי בְּכַהֲ"ג שֶׁאֵל לַעֲבֹר אִם לֹא עַל פְּתוּחַ שֶׁל זֶה וְאֵפִי בַּר מְבוֹאָה אַחֲרָיִי דַעְתָּם לְהַתִּיר וְאֵצֶ"ל בַּר מְבוֹאָה דְנִפְשִׁי:
וְכֵן מְבוֹאֵר בְּשִׁטָּה מְקוֹנְבָצֵת לְב"ב בְּשֵׁם הַרְשָׁבָ"א שֶׁכ' וְנ"ל וְא"ת פִּינֵן דַּר"ה אָמַר מְצִי מְעַכְבֵּי הֵיכָא אָמַר ר"ה בְּרִי דַר"י דְפָשִׁיטָא לִי כו' י"ל פִּינֵן דְפָלְגוּתָא דְרִשְׁבִּי"ג וְרַבֵּנּוּ הוּא וְקִי"ל יְחִיד וְרַבִּים הִלְכָה פְּרַבִּים מ"ה אָמַר דְפָשִׁיטָא לִי כו' וְכֵן מְבוֹאֵר שֶׁם בְּשֵׁם עֲלִיּוֹת הָרֵב הַחֲסִיד רַבִּינוּ יוֹנָה ז"ל וְנ"ל יֵשׁ לְפָרֵשׁ דַּר"ה בְּרִי דַר"י פָּשִׁיטָא לִי דְבַר מְבוֹאָה אָבֵר מְבוֹאָה אַחֲרֵינָא מְצִי מְעַכְבֵּי שְׁלֵא יוֹשִׁיב אוֹמְנָתוֹ בְּתוֹךְ הַמְּבוּי שֶׁל חֲבִירוֹ וְכֵי הַמְּבוּי יְכוּלִין לַעֲכָב שְׁלֵא לְהַשְׁפִּיר לוֹ בֵּית אֱלָא הָכִי מִיבְעֵי לִי אִם יוּכַל לַעֲכָב בַּר מְבוֹאָה אָבֵר מְבוֹאָה אַחֵר שְׁלֵא יוֹשִׁיב אֲנֻמְנוֹתוֹ אֲצֵל מְבוּי זֶה חוּץ לְמְבוּי בְּבִתִּים הַסְמוּכִים לוֹ פִּינֵן שְׁדִירְתוֹ בְּמָקוֹם אַחֵר רְחוּק מְפָאן וְהוּא בָּא פָּאן לְקַבְּנֵעַ חֲנוּת מְפָנִי לְוִקְחִי שְׁמֵצוּנֵינִי פָּאן וְכַעֲנֵנִי בַר מְתָא אָבֵר מְתָא אַחֲרֵינָא שְׁהוּא דַּר בְּעִיר אַחֲרֵת וְכָא לְהַרְוִיחַ לְפָרְקִים וְלְקַבְּנֵעַ פָּאן אוֹמְנָתוֹ דַּאע"ג דְתַנְיָא עוֹשֶׂה אֲדָם חֲנוּת בְּצַד חֲנוּתוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ דִּילְמָא ה"מ כְּשֶׁהוּא דַּר בְּבֵית הַסְמוּךְ לְחֲנוּת זֶה אוֹ שְׁדַר בְּחֲנוּת אָבֵל אִם דַּר בְּמְבוּי אַחֵר רְחוּק מְפָאן אִינוֹ רִשְׁאֵי לְקַבְּנֵעַ אוֹמְנָתוֹ אֲצֵל חֲבִירוֹ פְּדִי לְהַרְגִּיל אֵת הַלְוִקְחִי מִחֲבִירוֹ לְבָא אֲצֵלוֹ כְּפֹ נִרְאָה בְּעֵינֵי כו':
עֲלָה בְּיַדְנוּ א' מְבַנֵי חֲצַר כו' וְא' מְבַנֵי מְבוּי שְׁנַעֲשֶׂה רוּפָא אֲנֻמְן גְּרָדִי אִינוֹ רִשְׁאֵי לַעֲכָב שְׁכִינֵינוּ שְׁבָאוֹתוֹ מְבוּי מְלַעֲשׂוֹת רוּפָא אֲנֻמְן גְּרָדִי וְאִינוֹ דוּמָה לְזוֹ שְׁאֲמָרוּ עֵנִי הַמְּהַפֵּךְ בְּחֲרָה כו' לְפִי שְׁמֵצוּי לוֹ לִיקַח לְחֵם מִן הַפְּלִטָר בְּדַמִּי וְלִפְיָכָה כְּשֶׁהוּא קוֹנֵה חֲרָה שְׁמֵהַפֵּךְ בְּהַ עֵנִי נִקְרָא רִשְׁעֵ אָבֵל זֶה אִין מְקוֹם לְקַבְּנֵעַ שֶׁם אוֹמְנָתוֹ כְּמוֹ בְּמָקוֹם הַזֶּה אוֹ שְׁמָקוֹם הַזֶּה מְצוּי בּוֹ הַרְוִיחַ לְבַעַל אוֹתוֹ הַאֲנֻמְנוֹת כו' וּמְרַחֲקִין מְצוּדַת דָּג זֶה מִן הַדָּג כְּמֵלֵא רִיצַת הַדָּג וְאֵע"פ שְׁאִין מְצוּי לוֹ לְצוּד דָּג כְּזֶה בְּמָקוֹם אַחֵר הַגֵּה דָּג זֶה פְּאֵלוֹ נִיצוּד וְעוֹמֵד בְּמְצוּדַת חֲבִירוֹ הַפְּרוּסָה תְּחִלָּה לְפִי שְׁפָכֵר נָתַן הַדָּג סִיּוּרָא בְּמִזְנוֹת שְׁפַמְצוּדָה לְפִיכָה אִין זֶה דוּמָה לְמָה שֶׁהַתִּירוֹ לְחַנּוּנִי לְהוֹשִׁיב חֲנוּת בְּצַד חֲנוּתוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ וְכֵן לְפָאָה שַׁאע"פ שְׁפִירֵשׁ הָעֵנִי טִלִּיתוֹ מְעַבִּירִין אוֹתוֹ הֵימְנוּ פִי הַצִּיּוֹד יְכוּל הוּא לְהַרְחִיק וְלְהַפְרִישׁ מְצוּדַתוֹ וְלְצוּד דָּגִים אַחֲרֵים וְכּוֹפִין בְּנֵי מְבוּי זַא"ז שְׁלֵא לְהוֹשִׁיב חֲזִיט כו' שְׁלֵא יִמְעַט רְוִיחַ בְּנֵי אֲנֻמְנֵי מְבוּי זֶה וְאִם בָּא אַחַד מְבַנֵי מְבוּי אַחֲרֵת לְקַבְּנֵעַ חֲנוּת א' אֲצֵל חֲנִיּוֹת מְבוּי זֶה חוּץ לְמְבוּי אֵע"פ שְׁהוּא דַּר בְּמְבוּי אַחֵר רְחוּק מִזֶּה וְהוּא מוֹשִׁיב אוֹמְנָתוֹ בְּזֶה הַמְּבוּי מְפָנִי שְׁהוּא מְקוֹם הַרְוִיחַ לְבַעֲלֵי אוֹתָם אֲנֻמְנוֹת אִין בְּנֵי הַמְּבוּי זֶה מְעַכְבִּים עֲלָיו וְיְכוּלִין א' מְהַאֲנֻמְנִים שְׁבַעֲרִיר לַעֲכָב עַל הַאֲנֻמְנִים הַדָּרִים בְּעִיר אַחֲרֵת כו' ע"כ מְעֲלִיּוֹת הַר"י ז"ל וְכָל עֵין רוֹאָה.

תְּשׁוּר כִּי הַר"י ז"ל מְתִיר אֵף בָּאֵם דַּר בְּמְבוּי רְחוּק מְפָאן וּמכ"ש אִם דִּירְתוֹ קְבוּעַ אֲצֵל חֲנוּת הַזֶּה שְׁאִין יְכוּלִין לַעֲכָב עַל יְדוֹ פֶּלֶל וְלִקְמֵן אָבֵאָר בְּזֶה וְהַגֵּה שֶׁם בְּשִׁטָּה מְקוֹנְבָצֵת כ' מְגִלְיוֹן הַתּוֹסֵ' בְּשֵׁם רִיצַב"א שְׁתִּי עַל קוֹשִׁיַת הַתּוֹסֵ' דַּאֲמָאֵי לֹא מִיִּתִי בְּרִיּוּתָא דְלֹא יַחֲלַק כו' דְשְׁמָא יֵשׁ לִיתָן טַעַם דַּר' הַהוּדָא מוּדָה דְמְצִי לִירַד לְאוֹמְנָתוֹ אֵע"ג דַּאֲסַר לְחַנּוּנִי לְחֲלַק קְלִיּוֹת וְאֲגוּזִים עכ"ל: וְלפ"ז פָּשִׁיטָא דַא"ש מָה שְׁדַקְדְּקוּ בְּהַ דב"מ דל"ל טַעְמָא דַּאֲנָא פְּלִיגְנָא אֲמַגוּזִי כו' דְוַדַּאי לְפִי מָאֵי דְקִי"ל כַּר"ה בְּרִי דַר"י דְמִתֵּר לִירַד לְאוֹמְנָתוֹ חֲבִירוֹ ס"ל דְגַם ר"י מוּדָה בְּזֶה אֱלָא דְחִלּוּק קְלִיּוֹ הֵנִי אַקְרוּבִי דַעֲתִי טְפִי דַעֲתָא דְתִינּוּק מְקַרְבָּא לְגַבֵי אֲמַגוּזִי וְה"ל כְּדַרְךָ רַמְאוֹת שְׁמַרְמָה אֵת הַתִּינּוּקָת שְׁיָבוֹאוּ אֲצֵלוֹ לְקַנּוּת אֵע"פ שְׁאִין דַּעַת אֲבִיהֶם בְּכָה אֱלָא שׁוֹלְחִי אוֹתָם לְקַנּוּת בְּאֲשֶׁר יִמְצְאוּ מִן הַיָּפָה וּמִן הַמְשׁוֹבָח

יותר ורַבָּנוּ פְּלִיגֵי מִטַּעַם דְּאַנָּא פְּלִיגְנָא כּו' ומכ"ש דא"ש לפמ"ש לעיל דר"י מיינרי
בתינוקות שְׂרָגִילִין לְבָא אַצֵּל חֲבִירוֹ וכמ"ל.

ועכ"פּ מְבֹאָר דְּאַף ר"י דְּאוֹסֵר בְּחִילוּק קְלִיּוֹת מוֹדָה בְּיֹרֵד לְאַנְמוֹת חֲבִירוֹ דְּשָׂרִי וְאַצֵּ"ל
בְּחֲנוּת דְּלִסְחוּרָה דְּנִדְּאֵי שָׂרִי לִכ"ע וְהָא לְכֻם תְּשׁוּבוֹת מֵהֵר"מ ב"ב דְּפּוֹס פְּרָאג ס' תרע"ז
וְנ"ל רְאוּבֵן הִי מִתְעַסֵּק בְּאוֹמְנָתוֹ וְכֵּן שְׁמַעוֹן וְעֵסֶק בָּהּ אֲחֵרִיו וְצוּנֹת רְאוּבֵן לְגִזְרֵי לְבַל
יַעֲסֹק בָּהּ אַחֵר כּו' וְאַח"כּ נִדְּרַ שְׁחָד לְמוֹשֶׁל הָעִיר לְבִלְתִּי יַעֲסִיק בְּאוֹתוֹ אֲנֻמְנֹת כ"א
הוּא לְבִדּוֹ כּו' כִּי רְאוּבֵן שָׂאֵם שְׁמַעוֹן זֶה בֶּן מְבוֹאוֹ שֶׁל רְאוּבֵן שְׂאִין יָכוֹל לְעַכֵּב עָלָיו אַע"ג
דַּאמ' בּמ"ב דְּרַשׁ רַבָּא תְּרִי"ג מְצוֹת כּו' לֹא עָשָׂה לְרַעְהוּ רַעָה שְׂלֵא יָרַד לְאַנְמוֹת חֲבִירוֹ זֹו
מִדַּת חֲסִידוֹת אֲבָל לְעִנְיַן שׁוֹרֵת הַדִּין לֹא כְּדַאמְרִינוּ בְּפִרְקָא לֹא יִחַפְּנֹר אֲמַר ר"ה בַּר מְבוֹאָה
דְּאוּקִי רִיחֵינָא כּו' וְלִית הִלְכְתָּא פְּנוּתִי אֲלֵא כר"ה ברי' דר"י חֲדָא דר"ה ברי' דר"י בְּתִרְאָה
וְאַשְׁפַּחַן בְּהִלְכוֹת קְצוּבוֹת דְּשִׁדְרוּ מְמַתִּיבְתָּא כָּל הֵיכָא דְתִשְׁפַּח אַמּוֹרָאֵי דְפְּלִיגֵי וְתִשְׁפַּח
בְּתִרְאֵי דְפְּלִיגֵי בְּהִדָּא מִלְתָּא נְמִי הִלְכְתָּא כְּבִתְרָאֵי וּמְסוֹרָ' בְּיַדְנוּ ו' דוֹרוֹת הִי רַבָּנוּ אַמּוֹרָאֵי
כּו' מִפְּאֵן שר"ה בְּדוֹר שֶׁל רַבָּה הִי דְהוּא דוֹר רַבִּיעִי וְכִינּוּן שְׁהוּא אֲחֵרוֹן הִלְכְתָּא פְּנוּתִי
וְעוֹד דַּאר"ה פְּרִשְׁבִּ"ג שְׁהוּא יַחֲדִי כּו' וְכַבְרֵינָא אֵין הִלְכָה פְּרִשְׁבִּ"ג וְקָם לִי ר"ה ברי'
דר"י פְּרִבְּנוּ וּמִש"ה אֲמַר הָא מִיְלְתָּא דְפְּשִׁיטָא וְלֹא צְרִיכָא וְכָל מְקוֹם הִלְכָה פְּרִבִּים וּר"ה
ברי' דר"י ס"ל הֵכִי נְהִלְכָה כְּמוֹתוֹ וּכ"ש שְׁפָרִיף עַל דַּעַת ר"ה מְבַרֵּינָא אַחֲרֵת עוֹשֶׂה
אֲדָם מְרַחֵץ כּו' וּמָה שְׁאֲמַר רְאוּבֵן מוֹשֶׁל הָעִיר צְוָה וְדִינָא דְמִלְכוּתָא דִּינָא לָאו כִּי הִיא
אַלָּא פְּגוּן דְּקִטְלֵי דְקָלָא וְעַבְדֵי גְּשׁוּרֵי.

אֲבָל הִיא כִּינּוּן דְּצוּנֹחַ שְׁמַעוֹן נִשְׂאֵל דִּינֵינוּ וְנַעֲשֶׂה כְּפִי שׁוֹרֵת הַדִּין וְהַמְשַׁפֵּט וְלֹא שְׁמַע
דְּבָרֵי חֲבִירוֹ וְתִלְהַ בְּגוּיִם שְׂמִינֵם כּו' וְדָבַר זֶה רַשֵׁעַ גְּזֵל וְתִרְמִית: וְכַעֲנִין זֶה שְׂאֵל רַבָּנָא
טוֹדְרוֹס וְרַבָּנָא מִשֶׁה ב"ר יְהוּדָא לְפָנָי רַבָּנָא קְלוּנְמוֹס רְאוּבֵן שְׂיִשׁ לוֹ בֵּית הַרְיִסְיִים וְרַצָּה
שְׁמַעוֹן לְהַעֲמִיד אֲצֵלוֹ רְאוּבֵן מְעַכֵּב עָלָיו וְהַשִּׁיב הוּוּ יוֹדְעִים שְׁהִלְכָה כר"ה ברי' דר"י
הִלְכָּה אִם הוּא בַּר מְבוֹאוֹ אֵין יָכוֹל לְעַכֵּב עָלָיו וְהִרְשׁוּת בְּיַדוֹ לְעַשׂוֹת בְּתוֹף שְׁלוֹ כְּמוֹ
שְׂאֲדָם עוֹשֶׂה בְּתוֹף שְׁלוֹ וְאִם בֶּן מְבוֹי אַחֵר הוּא כִּינּוּן שְׂאֲנוּ אוֹמְרִים תִּיקוּ דִּין מְמוֹן הוּא
לְהַקֵּל וְאֲנוּ עוֹשִׂים בּוֹ לְשָׁנֵי צְדָדִים אִם קָדָם רְאוּבֵן וְהַעֲמִיד אֶת הַרְיִסְיִים אֵין פַּח בְּשְׁמַעוֹן
לְכוּפּוֹ וְלַעֲקֹרוֹ מִשָּׁם אִם עַד שְׂלֵא הַעֲמִידוֹ בְּאוֹ לִב"ד וּא"ל רְאוּבֵן עָשָׂה בְּתוֹף מְבוֹי שְׁלֵף
אֵין מְנִיחִין אוֹתוֹ לְהַעֲמִידוֹ אֲצֵלוֹ הִנֵּה אוֹר עוֹלָם וּמְנוֹחָה לְרַבִּים הוֹרָה פֶּן כר"ה ברי' דר"י
וְעוֹקֵר דְּבָרֵי ר"ה אֵין לָנוּ לְעַמּוֹד עַל דְּבָרֵינוּ עכ"ל תְּשׁוּבַת מֵהֵר"מ ב"ב: וְהִנֵּה עוֹד שָׁם
תְּשׁוּבָה בְּסִי תַת"וּ וְנ"ל רְאוּבֵן הִי לוֹ מְעַרוּפִיָּא שֶׁל כּוֹמְרִים פְּמָה שְׁנִים וְהִיא רְאוּבֵן
צוּרְבָּא מְרַבָּנוּ הוּא וּמִלְמַד תּוֹרָה לְרַבִּים בְּחֻצָּם וְהִפִּירוּ תְּלַמִּידֵיו בְּרִינּוּחַ שְׁמֵרוּיִת בְּמַעְרוּפִיָּא
וְנִכְנְסוּ לְהַפְסִידוֹ וְקִיבֵל עָלֵיהֶם בְּקִהֵל וְהַפְרִישָׁם בְּחֵרֶם מֵאוֹתוֹ מְעַרוּפִיָּא וְנִסְתַּפֵּק לְכֻם אִם
יֵשׁ לְהַפְרִישׁ שְׂאֵר יִשְׂרָאֵל שְׂאִינֵם תְּלַמִּידֵיו מֵאוֹתוֹ מְעַרוּפִיָּא: תְּשׁוּבָה מִתּוֹף שְׂאֵלְתְּכֶם (נ"ל
שְׁחָסַר מֵלֵת אֵין נִיכָר אִם יֵשׁ בְּמְקוֹמְכֶם דִּין מְעַרוּפִיָּא אוֹ לָאו אֵין אֲדָם אַחַד יָכוֹל לְכַפּוֹת
הַקֵּהל שְׂיַנְהִיגוּ לוֹ מְנַהֵג לְעַצְמוֹ וְאַע"ג דְּאֲמַר ר"ה הִיא בַּר מְבוֹאָה כּו' לִית הִלְכְתָּא כר"ה
דְּהָא אוֹתִיבְנָא עוֹשֶׂה אֲדָם חֲנוּת כּו' וְאַע"ג דְּאוּקְמִי כְּתַנָּאֵי הוּא דְּאֲמַר פְּרִשְׁבִּ"ג הִלְכָה
כַּת"ק דְּרַשְׁבִּ"ג וְה"מ בְּמְקוֹם שְׂלֵא נְהִיגוּ אֲבָל בְּמְקוֹם שְׂנַהֲגוּ הַפֵּל כְּמִנְהַג הַפְּדִינָה וְה"מ
בְּשְׂאֵר אֵינִשׁ אֲבָל בְּצוּרְבָּא מְרַבָּנוּ דְּעֵסִיק בְּמִילֵי דְשְׂמִינָא מִתְעַנֵּי לְמַעַבְדַּ לִי תִקְנֵתָא כִּי
הֵיכָא דְלֹא מִיְטַרְד מְגַרְסָא וְכַעֲבוּבָא דְרַב דִּימֵי כּו' אֲבָל מְצַאֲתִי עַל אוֹתוֹ מְעַרוּפִיָּא שֶׁל

ישראל אין לישראל חבירו לפיכך וילשחדו כדי להפקיע מישראל דכתיב על שאול ועל בית הדמים מתוך שהרג הגבעונים שהי' מספיקים להם מזון פאילו הורגו ויורד לחיי חבירו ואמרין עני המהפך בתורה כו' ואמר בפרק בר מבואה כו' ע"כ לא קאמר רבנן אלא דא"ל אָנָא פְּלִיגְנָא אַמְגוּזִי מֵאלוּ הָרְאִיּוֹת נִרְאָה דְאָסוּר ור"ת אָמַר דְנִכְסֵי עֲפוּ"ם הָרִי הֵן כְּמוֹ הַפֶּקֶר וְכָל מִי שְׂיֻכַּל לְהַחְזִיק בְּנִכְסֵי מַחְזִיק וְהֵם שְׁלוֹ וְכ"ש שְׂאִינוּ גּוֹזְלוּ וְאָמַר בְּב"מ מִי שֶׁהֵנִיחַ פִּיָּאָה כּו' גַּבִּי מְצִיָּאָה הַלֶּכֶף נִרְאָה דְמִתְרַחֵם הָרִי לְהִדְיָא תְּשׁוּבַת כְּפָה גְאוּנִי עוֹלָם דְלֹא מְצִי מְעַכְבַּב מְלִירַד לְאוּמְנָתוֹ וְאֶפְיָלוּ בְּמַעְרוּפִיָּא מִמֶּשׁ דְּמִתְרַחֵם וְלִקְמָן אֲבָאָר בְּזָה: וּבְמִרְדְּכִי פֶרֶק לֹא יַחְפּוֹר כּו' וְנ"ל יֵשׁ מְקוּמוֹת שְׁדָנוּ דִּין מַעְרוּפִיָּא וְכֵן רְאִיתִי רַבִּינוּ יוֹסֵף ט"ע וּמְדַמָּה לִי לְדָגִים דִּיהִיבִי סִיָּאָרָא וְיֵשׁ מְקוּמוֹת שְׂאִין דְנִין וּמִתִּירִין לְיִשְׂרָאֵל לִילֵף לְמַעְרוּפִיָּא שֶׁל חֲבִירוֹ וְלִהְלוּת לּוֹ וְלִשְׁחַדּוֹ לִי וְלֵאפּוֹקִי מִיַּנְיָ דְאִין כָּאֵן גְּזַל דְנִכְסֵי עֲפוּ"ם הֵם הַפֶּקֶר וְכָל הַקּוֹדֵם זָכָה בָּהֶם כְּדֵאִתָּא בְּפֶרֶק חֲזַקַת הַבְּתִים וְכֵן הִי ר' אָבָא ור' אֲלֵעָאִי וְכָל רַבּוֹתֵינוּ שְׂוִין בְּדָבָר וְעוֹד רֵאִי מְפָרֵק קָמָא דְב"מ נָפַל עֲלֵי אוּ פִירֵשׁ טְלִיתוֹ עֲלֵי מַעְבִּירִין אוֹתוֹ מִמֶּנּוּ עַכ"ל הָרִי מְבֹאָר דְאִי לֹא דְמַדְמִי דִּין מַעְרוּפִיָּא לְדָגִים דִּיהִיבִי סִיָּאָרָא הִי רַבִּינוּ יוֹסֵף טוֹב עָלָם מִתִּיר בְּפִשְׁטוֹת וְכר"ה בְּרִי דְר"י דְפִלִיג אֲדֵר"ה וּמְכ"ש לְפִי הַמְקוּמוֹת שְׂאִין דְנִין דִּין מַעְרוּפִיָּא כָּלֵל וּמְכ"ש שֶׁם דְאָפִי לְשַׁחֲדִי לִי שְׂרִי לִית דִּין צָרִיף בְּשֵׁשׁ דְשָׂרִי בְּכָל גְּוּנִי: וְהִנֵּה בְּמִרְדְּכִי שֶׁם אַח"כ כּו' וְנ"ל וּמְבֹוֹי הַסְּתוּם מַג' צְדָדִים כּו' נִרְאָה דִּיכּוֹל לְעַכְבַּב עָלָיו כְּדֵר"ה עֵינֵן בְּפֶרֶק ח"ה גַּבִּי נִכְסֵי עֲפוּ"ם כּו' וְגַם בְּכַף הָאוּמֵר גַּבִּי רַב גִּידֵל הֵנּוּ מְהַפֵּךְ כּו' וּפ"ק דְב"מ גַּבִּי הַמְגַבִּי מְצִיָּאָה לְחֲבִירוֹ אֲבִי אָסֵף עַכ"ל.

ונלענ"ד דאבי אסף מיייתי מתחלה דברי מי שהי' סובר דמצי מעכב כדר"ה (והוא מדברי הראב"ן כמש"ל בתשובתי הראשונה) וע"ז כ' אבי אסף לעיין בפ' ח"ה כו' ור"ל דמהני דוכתי מוכח דבכה"ג הוי פהפקר ולא מצי מעכב עליו כלל וכמש"ל מיינ' לענין מערופיא.

ולענ"ד הוא ג"כ מדברי אבי אסף ועכ"פ אי קי"ל כר"ה או לא זה מבואר שם בפירוש דלא קי"ל כר"ה שהרי פתב אח"כ בפרק דכי ונ"ל כ' אבי אסף ראייתי בפירוש ר"ת מאי שייף בכרנא דמתא שרוצה להיות שייף בכרנא כו' לא מצי מעכב ויהא פבני העיר כו' ע"ש.

וכן מבואר שם בשם רבינו אביגדור הפהן ע"ש ובמהרי"ק שןרש קצ"ב כ' ונ"ל ועוד תדע שכן הוא שהרי פסקו כל הפוסקים רב אלפס ורבינו משה ורבינו ישעי' האחרון מטראני וכן רבינו אשר דמאחר דמספקא לר"ה ברי דר"י אי בר מבואה אבר מבואה אחרת יוכל לעכב ונשאר בתיקו שאין יכולין לעכב עליו מספק ועתה כוף אונא ושמע אי אמרת בשלמא דהאי דלא מצי מעכב היינו שאין ב"ד מונעין אותו מלבוא ולעשות אותו אוננות מש"ה דין היא שפיון שנשאר בספק אין להם לב"ד לכופו לזה ולמונעו מלעשות שם אומנתו שהרי כלל גדול בדין שהמע"ה וזה הוא כמוציא מחבירו פיון שרוצי' לכופו שלא יבא והוי דינו כל דאלים גבר פיון דלא שייף כאן תפיסה כו' ועוד נלענ"ד כו' דפשיטא דמה שאמרו ר"ת ורבינו אשר שאין בני העיר יכולין לעכב עליו לבא לדור בעירם בלא רשותם כל שירצה לישא בעול עמהם זה דוקא בימיהם שלא הי' בדבר שום ספנה וחסש הריסת המעמד רק מיעוט הריוח והדבר דומה לבר מבואה דאוקי תנורא וריחייא ואתא בר מבואה חברי' כו' או שיש בדבר רבוי עין ומתוך כך השר מרבה

העולים אבל עכשיו בעו"ה רבו פתות הדורשים כו' הלא דבר פשוט הוא שיכולין בני העיר לעכב מדין רודף ואע"ג דזה אינו מתפונן לרדוף ולהזיק כ"א להנאת עצמו מתפונן מ"מ פשוט דמשום זה לא יבצר מלהקרא רודף מידי דהוי אההוא דפר' הגוזל בתרא כו' וכן צ"ל ע"כ שיש חילוק בין מניעת הריוח והשכר כגון האי דמוקי תנורא וריחניא וכו' ובין היכא דאיכא היזק קצת וכ"ש בהיזק גדול וספנה פי הא דהכא מדאמרינן בב"ב אמר ר"ה ברי' דר"י כו' בר מבואה אבר מבואה אחריתי מאי וסליק בתיקו והשתא יקשה לה אמאי לא פשיט לה מהא דתניא א' מבני מבוי שביקש להחזיר פתחו למבוי אחר בני מבוי מעפבין עליו ואפי' הי' לו שם פתח מקודם כו' ונהרי לה דבר מבואה אבר מבואה מצי מעפב כ"ש כשלא הי' לו שם שום חזקה מעולם כגון ההוא דמוקי תנורא וריחניא בצד של חבירו ומאי מפעי' לי' לדר"ה ברי' דר"י א"ו צ"ל דיש לחלק בין היכא דאיכא משום היזק פי ההוא דאחד מבני מבוי כו' ואיכא משום היזק דדריסת הרגל שאין רגיל אצלם כמ"ש רש"י או מפני שמרובה הדרך כמ"ש מקצת המפרשים ובין ההוא דבר מבואה אבר מבואה כו' דהתם אין שום היזק אלא מניעת השכר והרינוח דנדאי מייירי בכה"ג שאין יכולין למנוע ממנו דריסת הרגל כגון שיש לו שם חצר או ששכרה מאחד מבני החצר כדמשמע לי' שפני דברייתא כופין בני מבוי זה את זה שלא להושיב ביניהן כו' וע"ז קאי ר"ה בריה דר"י ומאחר שכן הוא דארף ע"ג דפליג ר"ה בריה דר"י אר"ה מודה הוא היכא דאיכא משום היזק ואפי' היזק מועט פי ההוא דביקש להחזיר פתחו למבוי כ"ש שמודה היכא דאיכא משום היזק מרובה וספנת נפשות פאשר הוא בזה"ז בעו"ה ואפילו בר מבואה אבר מבואה הוי מצי מעפב ק"ו בן בנו של ק"ו בר מתא אבר מתא אפילו שניף בכרנא דהא פשיטא דבר מבואה שניף בכרנא דבר מבואה חכריה ואפ"ה מצי מעפב במקום היזק כדפרישית ע"כ לשונו: הנה העתקתי לשונו בזה ללמוד ממנו כמה דברים חזא שמביא בשם רבינו ישעיה מטרנאני אחרון ז"ל דפוסק כר"ה בריה דר"י ואפי' איבעיא דבר מבואה אבר מבואה אחריתי מספיקא לא מצי מעפב ואין הב"ד יכולין למנועו וזה הפא למנוע חבירו מלעשות אומנתו המוציא מחבירו ועליו הראיה וא"כ ממנה אתה דן לנ"ד דאפי' אם הנה איזה ספק בדבר אין יכול למנועו מספק וק"ו שאפי' ספק אין פאן כמו שברתי גם מבואר מדברי מהרי"ק דמחלק בין מניעת הריוח להיזק לענין זה וכבר עמדתי על חילוק זה בתשובתי ות"ל פוננתי לדעתו ז"ל ולא כ' שם דמצי לעפב אלא בגוונא דנ"ד דהוי היזק מרובה וספנת נפשות ודן בו דין רודף משא"כ בנ"ד דלא שניף זה לא מינה ולא מקצתה.

ועוד נלמד משם דאפי' במקום היזק מועט או מרובה כ' מהרי"ק דאפי' בר מבואה אבר מבואה הוי מצי מעפב כו' משמע דוקא אבר מבואה אחריתי וכדמיייתי מההוא דביקש להחזיר פתחו למבוי אחר משא"כ בר מבואה דנפשיה שעושה בשלו לא איכפת לן מה שפגיע היזק לאחרים כל דלא הוי גירי דילקה וכמ"ש בתשובתי בארנקה: וע"ש עוד מ"ש ראיה מהא דלא יעשה אדם תנור בתוך הבית כו' אע"פ שיהא הפל ברשותו מעפבין עליו שלא תעלה הדליקה לישרף בתי השכנים הרי לה דאפי' הפל ברשותו צריף להרחיק משום חשש הפסד מרובה וק"ו ומה התם שהוא עושה בתוך ביתו וגם אין לנו לאסור דירתו עליו כדפירש"י גבי הא דמשני דירה שאני וגם פי בידו לשמור עצמו כו' ואע"ג שהרמב"ם מפרש לההוא דלא יעמוד תנור פיון שהבית והעליה של שנים ואינו חושש

להיזק השכינים פשיטא ופשיטא דע"כ לא פליג ארבינו שלמה ודעימיה אלא דוקא
בכה"ג בעושה בתוך ביתו וגם משום דלא פרי הויקא כ"כ מפל הני טעמא דפרישית אבל
בכה"ג שיש לחוש הרבה גם הרמב"ם מודה עכ"ל הרי מבואר דאפ"י במקום היזק ממש
ס"ל להרמב"ם דאין יכולין למנעו פל היכא שאין פרי ההיזק כ"כ אע"פ שיש היזק
מרובה מכ"ש היכא שאין חשש היזק פלל רק עגנו מניעת הריוח פשיטא דגם רש"י
מודה: ועוד פתב מהרי"ק שם וז"ל ועוד נלענ"ד דס"ל לבה"ג דהלקה כר"ה כו' ואע"ג
דבר אלפס פסק דלא כר"ה ותופס לו עיקר כר"ה פריה דר"י ונהגו העם פרב אלפס
היכא שלא נחלקו עליו התוספ' כמ"ש מהר"ם בתשובה מ"מ ה"כ דאפ"י לרב אלפס
אפשר לומר דמצי מעפבו נאפ"י לר"ה פריה דר"י אם נפרש כפרש"י ורמב"ם ורבינו
אביגדור דכל דעד השתא לא שייך בכרנא כו' לע"ד יצטרפו גם דברי בה"ג אשר דבריהם
דברי קבלה עם החולקים על ר"ת למימר דמצי מעפבו כו' ואע"ג דמ"מ ראו לחוש גם
לדברי ר"ת והנמשכין אחריו מ"מ מי יעפב על ראשי הקהל שלא ימנעוהו מלבא אם
תתגבר ידם הלא יאמרו קים לן פריש"י כו' עכ"ל הרי שאחר שנתחבט הרבה לצרף דעת
החולקים על ר"ת בעגנו שייך בכרנא עם בה"ג מ"מ סיים בה שראוי לחוש גם לדברי
ר"ת כו' אלא שאין לעפב על ראשי הקהל באם תתגבר ידם אבל בדין פשיטא דלא מצי
לעפובי עליו שהוא יכול לומר קים לי כמ"ד דלא מצי לעפובי ופני' ר"ת והנמשכין
אחריו: וע"ש שכתב ועוד שהרי כמה החמירו רבותינו בהיזק הרבים נאפ"י במקום
חששא רחוקה כדאמרנו פירק המניח חצר שהחזיקו כו' והדבר מבואר שאין דבריו
אמורים אלא לעגנו היזק וכה"ג דמייירי התם משא"כ היכא שאין חשש היזק פלל רק
חשש מניעת הריוח ואדרבה עד שאתה חושש לאותם שפבר החזיקו גיחוש לרבים מבני
העיר אשר רצים אחר פרנסתם ואין משיגים אותה כ"א ע"ד זה לעשות להם חנות במיני
מזון ומחיה ואין אנו יכולין לעפב עליהם להזיק הרבים שלא תשיג ידם די מחיתם והדבר
ברור שאין לעפב על ידם שלא מן הדין: וז"ל פל מהרש"ל בתשובה סימן ל"ה וביש"ש
קדושין ר"פ האומר דבר שאומנתו בכף ונחבירו יורד לתוכו פגון בר מבואה דאוקי
ריחניא כו' וחנות וכל כה"ג יכול לעפב על מי שאינו בר מתא אבל בר מבואה אבר
מבואה לא יכול לעפב פלל דהלקתא כר"ה פריה דר"י כו' נאפ"י אבר מבואה אחרניא לא
מצי מעפב דנשארה בתיקו וספק דממונא לקולא כו' ע"ש ולקמן אבאר בשאר דברי
רש"ל בזה וכן מבואר בשו"ת אא"ז הגאון שארית יוסף סימן י"ז וז"ל אלא אי דמי קצת
להא דבר מבואה כו' והלקתא כר"ה פריה דר"י וכ"כ בשו"ת משאת בנימין סימן ד"ז
אלא שכתבו די"ל דע"כ לא פליג ר"ה פריה דר"י אלא כה"ג דריחניא דאינו מבטל
לראשון לגמרי שהרי הראשון עומד בריחיים שלו אלא שהשני העמיד עוד אחר ומחסר
לראשון ממחיתו שלא היא ריוח הרבה לראשון כבראשונה אבל היכא דבא השני לדחות
את הראשון ולבטל אותו ממחיתו בעגנו חנות והאורענדות שאין רשות רק לאחד בכל
העיר ובא השני והסיג גבול הראשון ודוחה אותו לגמרי כ"ע מודו דמצי מעפב אפ"י אבר,
מבואה דידיה דהא ודאי פסק לחיותי' לגמרי וכ"כ בספר שארית יוסף כו' עכ"ל הנה
מבואר מתוך דבריהם ז"ל דאע"ג דנדאי פרי הויקא ומחסר לראשון ממחיתו לא איכפת
לן בהכי אם לא היכא דפסיק חיותי' לגמרי ודוחה אותו ממחיה זו לגמרי ולקמן אבאר
בזה וכן דעת הלבוש ושאר אחרונים אשר מימיהם אנו שותין.

הלא הָמָה הסמ"ע והב"ח והש"ף והט"ז: וכ"כ בַּשּׁו"ת חוֹת יָאִיר סִימָן מ"ב וז"ל וְהִנֵּה מְמוּצָא דְבַר הַנֶּ"ל יֵצֵא לָנוּ שְׂיֵשׁ ג' חִילוּקֵי דִינִים יוֹרֵד לְאֲמֻנּוֹת חֲבִירוֹ קי"ל דְּמִתְרַם לְכַתְחֻלָּה אִם לֹא בְּבַר מְתָא אַחְרִיתָא וְכַמְבֹּאֵר בְּסִימָן קנ"ו וְאִף דֵּהֲאֵי מְלִתָּא דְתַהוּנְוָהוּ בֵּה אֵינְשֵׁי וְדֵאֵי הָכִי הוּא וְהָכִי נִהוּג בְּכָל תְּפֻצוֹת יִשְׂרָאֵל וַיֵּשׁ לָנוּ עוֹד רְאִיָּה חֲזָקָה מְהֵא דְאִיתָא בְּמִפּוֹת בָּא דוֹד וְהַעֲמִידֵן עַל י"א כו' וּמְפָרֵשׁ שֶׁם פּוֹלְהוּ בְּמִילֵי דְחֻסְדוֹת אֲשֶׁר בָּהֶם גְּדוּד עֲבִירָה ע"ש וּבְתוֹף הַבָּאִים מְפָרֵשׁ לֹא עָשָׂה לְרַעְהוּ רְעָה שְׁלֵא יֵרֵד לְאֲמֻנּוֹת חֲבִירוֹ מְפָלֵל דְּשָׂרֵי רַק הַצְּנוּעֵין וְהַפְּרוּשִׁין פּוֹרְשִׁין מִזֶּה עכ"ל הִנֵּה בְּפִי אִיתְמַר דְּכֵה"ג דְּיוֹרֵד לְאֲמֻנּוֹת שְׁל חֲבִירוֹ שָׂרֵי לְכַתְחֻלָּה וּמִשְׁמַע דְּאֵין חִילוּק בְּדְבַר אִפִּי הֵיכָא שְׁמַתְקוּ עֲנִינוּ בְּטוֹב יוֹתֵר מְחִבְרֵי אֵין לְאִסוּר וְכַמ"ש לְקַמָּן.

וְאַחְרֵי הוֹדִיעַ כָּל זֹאת אֵין נְבוֹן וְחָכָם שְׂיֵאמַר שְׂיֵשׁ לְפַקְפַק בְּדְבַר לְאִסוּר לֹא מִיבְעֵיָא אִם הָעֲנִין כְּפִי אֲשֶׁר כָּתְבוּ רַאשֵׁי הָעָם וּמִנְהִיגֵי הַקְּהֵלָה יַע"א שְׁכָל הַדְּרָכִים שְׁוִים לְטוֹבָה וְלַפְעֻמֵּי יְכַשֵּׁר זֶה וְלַפְעֻמֵּים זֶה שְׂאֵין לְפָרֶס בְּדְבַר כָּלֵל וְהֶאֱרִיכוֹת אָף לְמוֹתֵר.

אֵלָּא אִפִּי אִם הָעֲנִין כְּאֲשֶׁר הִצִּיעַ הָרַב הָאוֹסֵר כִּי הַחֲנִיּוֹת הָאֵלוּ הַחֲדָשׁוֹת הֵם מְנוֹכְשָׁרוֹת יוֹתֵר מִהָאֲחֵרוֹת לְפִי שְׁבִנֵי הַשּׁוּק שְׁמַצֵּד זֶה כְּשֶׁרוֹצִין לְחַנִּיּוֹת הֵם צָרִיכִים לְעֲבֹר דְּרָף עָלֵיו מ"מ דְּבַר פְּשׁוּט הוּא שְׂאֵין יָכוֹל לְאֶסֶר עָלֵיו שְׁהָרֵי הָרֶאָב"ן וְהַשְּׁלֵשָׁה גְבוּרִים גְּדוּלֵי עוֹלָם הָאִיתְנִים מוֹסְדֵי אֶרֶץ כָּתְבוּ בְּהִדְיָא בְּהוּא דְּמְבוּי סְתוּם לְהַתִּיר וְאִף הָרֶאָב"ן שְׁמַגְמָגַם בְּדְבַר לֹא עָלָה עַל לְבוֹ לְהַחְמִיר מִשּׁוּם שְׁכָל עַפּו"ם צָרִיף לְעֲבֹר דְּרָף עָלֵיו רַק מִשּׁוּם דְּמִסְפָּקָא לִיָּה דִּילְמָא הִלְכְּתָא כַר"ה עכ"פ בְּבַר מְבוּאָה אַחְרִיתִי הָא לֹא עָלָה עַל דַּעְתּוֹ שׁוּם דְּבַר אַחֵר, לְאֶסֶר מִחֻמְתּוֹ וְהָרֶאָב"ן גּוֹפֵיָה בְּסִפְרוֹ קִבַּע מְסֻמוֹרוֹת בְּהָא דְּהִלְכְּתָא כַר"ה בְּרִיָּה דַר"י וּמְמִילָא שְׁלֵא נִשְׂאָר מְקוּם לְסַפֵּק כָּלֵל וְכֵן מְבֹאֵר מִהֶגְהוֹת מִיְּמוֹנֵי שְׂאֵין לְחַלֵּק בְּזֶה שְׁהָרֵי כ' דְּמַאֲבֵי אָסַף מִשְׁמַע דְּהִלְכְּתָא כַר"ה וְהִיָּנוּ מִשּׁוּם הוּא דְּמְבוּי סְתוּם כו' אֵלְמָא דַס"ל דְּמָה שְׂאֵין עַפּו"ם יָכוֹל לְעֲבֹר כ"א דְּרָף עָלֵיו אֵינוּ מְעַכְב.

וְכֵן מְבֹאֵר מִדְּבַרֵי הַב"י שְׁכ' דְּכִינּוּן דְּלָא קי"ל כַר"ה לִית הִלְכְּתָא כְּאֲבֵי אָסַף וְכ"כ בַּד"מ כ"י שְׁבִנְדֵי וְכֵן נִרְאָה מִדְּבַרֵי הַדְּרִישָׁה וְהַפְּרִישָׁה וְסַמ"ע וְכֵן הַב"ח וְהַשְּׁ"ף וְהַט"ז שְׁהֶאֱרִיכוּ בְּעֲנִין זֶה וְאֵי הָיִי ס"ל לְחַלֵּק בְּהָכִי פְּשִׁיטָא דְּלָא הָיִי שְׁתַּקִּי מִיְּנִיָּה וְאִיף לֹא אִישְׁתַּמִּיט חַד מִיְּנִיָּהוּ לְהִבִּיא דִּין כְּזֶה וְלְתַרוּצֵי סוּגְיָא אֵלִיבָא דִּידְזִיָּה דִּישׁ חִילוּק בֵּין א"א לְעֲבֹר כ"א דְּרָף עָלֵיו אֵלָּא ע"כ דְּכֹלְהוּ ס"ל דְּאֵין לְחַלֵּק בְּכָף: שׁוּב פְּקַחְתִּי עֵינֵי וְרִיתִי שְׁמִבְּוֹרָר כֵּן לְהִדְיָא בְּש"ף סְעִיף קָטָן ג' בְּמָה שְׁכָתְבַּ לְהַשִּׁיג עַל הַבֵּית יוֹסֵף דְּהוּא כְּתַב וּבְאֲבֵי אָסַף כו' וְכֵן הוּא בְּהַמְרָדְכֵי וְהַגְּמִי"י בְּשֵׁם אָבִי אָסַף וּמְבִיאָם ב"י גּוֹפָא לְקַמָּן כו' הָרֵי מְבֹאֵר לְהִדְיָא דַס"ל דְּמַכְּאֵן יְלִיף הַגְּמִי"י דְּהֶאֱבֵי אָסַף ס"ל דְּהִלְכְּתָא כַר"ה וְיוֹתֵר מְבֹאֵר בְּש"ף שֶׁם דְּלָא ס"ל הָאֵי חִילוּקָא כָּלֵל שְׁהָרֵי כְּתַב וְעֵינֵן בְּסִפְרֵי אֲגוּדָת אַזוּב דָּף פ"ח ע"ב שְׁנִרְאָה שְׁלֵא כִּינּוּן יָפָה ע"ש עכ"ל: וְהִנֵּה דְּבַרֵי הָא"א בְּדָף פ"ח הַעֲתַקְתִּי בְּתִשְׁבּוּתִי הָרִאשׁוֹנָה שְׁכָתְבַּ בְּדַעַת אָבִי אָסַף שְׁטַעֲמוּ מִשּׁוּם דְּהַמְבוּי סְתוּם כו' ע"ש וְעַל זֶה כְּתַב הַשְּׁ"ף שְׁלֵא כִּינּוּן יָפָה: וּמַעֲתָה אֲנִי אוֹמֵר אֵלֵיכֶם תּוֹפְשֵׁי הַתּוֹרָה הַבֵּיטוּ וְרִאוּ אִם יֵשׁ בְּיַד הָאוֹסֵר לְחַתּוּף הַדִּין נִגְדַּא אַא"ז הַגָּאוֹן בְּעַל שְׁ"ף ו"ל אֲשֶׁר אָנוּ שׁוֹתִים מִיְּמִיו וְלֹאֹרוּ אָנוּ הוֹלְכִים וְהוּא ז"ל רְאָה סְבָרָא זֹו בְּאֲגוּדָת אַזוּב וּדְחָאָה מִהִלְכָּה וְגַם הָלֹא לְמִרְאָה עֵינֵינוּ הִיָּה תְּשׁוּבַת רַמ"א כְּאֲשֶׁר מְרָאָה מְקוּם הוּא לוֹ בַס"ק ה' וְס"ק ו' אֵל תְּשׁוּבָה זֹו יְסוּד א' וְיְסוּד ב' וְאֵעֲפ"כ לֹא מְצָא

חילוק זה חן בעיניו וא"כ מי הוא זה אשר ירום ראש נגדו למחות באותו שהעמיד החגיות ולסוגרם להזיקו בממונו ולמיעבד עובדא נגד כל הנה גדולים דלעיל אשר שפתי קדשם ברור מללו להתיר אף בכה"ג: וגדולה מזו מצינו בשו"ת מהרש"ל וביש"ש בקידושין במי שקנה אורענדי יי"ש ונפל טענות בינו ובין חבירו שהשיג גבולו וקפח מחניתו פאשר באו שם הדברים ברוב ענין והאריה שם הרבה וכתב לבסוף וז"ל ולא ידענא מה אידון בזה שום זכות להטורה אי דומה אותו ליורד לאומנתו של חבירו הלא אין שנייה לענין זה כלל דהא הוא בר מתא כמו ראובן ולא מצי לעכב עליו ולענין מצודת הדג אינו דומה דהתם טעמא דהנה כמזמן אצלו כדפירשנו לעיל שאני דגים דיהביה סיארא כו' והעלה שם דזה הקונה קנה קנין גמור והנוטלה ממנו הוא גזל גמור כו' ואף ע"פ שלפי מה שבא אא"ז הגאון בשו"ת שארית יוסף ללמוד זכות על המורה וכתב וז"ל אלא אי דמי קצת להא דבר מבואה דאוקי ריחיקא כו' ומ"מ גם מזה אין ראיה דהכא מניחו ג"כ לעשות מלאכתו אבל נ"ד שהוא מבטלו לגמרי מאותה מלאכה איפא יותר טענה דקא פסקית לחינתאי כו' וכ"כ גם פן בשו"ת משאת בנימן וכמש"ל בשמו הרי מבואר מדבריהם דדוקא משום דבטל מאותה מלאכה לגמרי ס"ל דחיישינן לפיטוק חיות אבל היכא דלא בטל לגמרי אע"פ שמקומו מוכשר לו יותר לא איכפת לן ואם איתא דאף בכה"ג ס"ל דמצי מעכב לא הוי שתיק בשארית יוסף מלאותי ראה מדברי אבי אסף אלו אחרי שנתחבט הרבה באותו ענין ללמוד זכות על המורה הגאון מוהר"י בצלאליש וז"ל כמבואר שם וגם המ"ב האריה בענין זה הרבה ולא מצא לו עזר מדברי הפירדכי אלו א"ו ס"ל דבכה"ג לא מצי מעכב וע"ש במ"ב ד"ה ומדין הרביעי שפכתנו כו' היינו דוקא בריחיקים שרוצה השני להעמיד ריחיקים שלו אצל הראשון ואינו מבקש השני לעסוק שום עסק בריחיקים של ראשון אבל נדון זה שהשנותפים קנו האורענדא שעסק בה הראשון ולוקחין אותה ממנו באופן שהראשון יושב ובטל כו' מבואר שדעתו לחלק בין אם הוא עושה בתוך שלו אלא דממילא מגיע עי"ז הפסד לחבירו ובין אם הוא נכנס תחת הפעלים ודוחהו לגמרי שהוא בא להחזיק מקומו של הא' ממש והוא ילף לו בפחי נפש בכה"ג ס"ל דגם ר"ה ברדר"י מודה: ובזה א"ש דלכאורה הדבר תמוה פיון דר"ה בריה דר"י סתמא אמר דבר מבואה כו' לא מצי מעכב מאין הרגלים לחלק בין אם ע"י זה ידחה הראשון לגמרי או לא ומי לא עסקינן שהשני הוא זריז ונשפר הרבה וע"י שנתמעטה מחיית הא' במקום זה יצטרף להפסיק אומנתו זה לגמרי ולבקש לו פרנסה אחרת ור"ה סתמא קאמר דלא מצי מעכב א"ו דעיקר החילוק הוא דכל שאינו נכנס תחתיו ממש לעסוק באותו עסק ממש שעסק הראשון רק הוא עושה בתוך שלו אין אנו יכולין למחות בידו כלל אף שאפשר שעי"ז יצטרף הראשון להרחיק א"ע לא איכפת לן בהא ולא עדיף מהיזק דכל שהוא עושה בשלו על הנזק להרחיק א"ע.

וכבר הרחבתי הדבור בזה בתשובתי ונהרי דעת הגאון מוהרש"ל להתיר אף אם דוחה אותו לגמרי ונכנס במקומו ממש: ומ"ש במ"ב וז"ל ואף ע"ג שמורי הרב כתב בדין אורענדי דלא מצי מעכב אבר מתא.

דידיה ונתם דוחה הראשון לגמרי מ"מ נ"ל פשוט מ"ש ועוד שגם מורי אפטר דלא מיירי רק בשקנה הראשון האורענדע לזמן קצוב וכמ"ש לקמן עכ"ל: הנה המעיין בתשובת

רש"ל יראה דבכל גונוני קאמר דמצי לדחותו כל שאינו מנומן דלגוי כמטא לידיה ולא מטעמא דזמן קצוב אתי עלה.

ומ"ש המ"ב שנ"ל פשוט כמ"ש לענ"ד צ"ע והדבר צריך לפניו ואמינא תניא דמסייע ליה להגאון רש"ל דהא בש"ס מיינתנו סייעתא לר"ה מהא דמרחיקין מצודת הדג ופירש"י צייד שנתן עיניו בדג עד שהפיר חורו שאר ציידים מרחיקין מצודתן ממנו כו' והוצרך לדחויי משום דיהבי סארא ואם איתא לחילוקי של המ"ב בפשיטות הו"ל לפלוגי דהתם שהציידים רצים לצוד אותו דג עצמו שיהא נדחה הראשון מעסק דג זה לגמרי כ"ע מודים אע"כ דכל דעדיין לא הוי פמטי לידיה יוכל זה לזכות אף בדבר זה עצמו.

אף לפי מה שהסברתי דברי המ"ב שחילוקו הוא בין אם עושה בתוך שלו דאז לא איכפת לן במה שיתבטל חבירו ובין אם נכנס לגבול חבירו ממש א"כ יש ליישב ההוא דמצודת הדג דכל שהוא פורש המצודה באיזה מקום שיהא אף ע"פ שאם פול הנופל לתוך מצודתו מבטל מצודת חבירו לגמרי לא איכפת לן בהכי פיון שהוא עושה בתוך שלו ולכך מיייתי סייעתא לר"ה דס"ל דאפ"ה אסור משום פיסוק חיות ודחי דהתם טעמא משום דיהבי סארא וא"כ הדבר ברור דכל שאינו בא בגבולו של חבירו אפילו אם פשיטת זה יתבטל חבירו לגמרי לית לן בה אם אינו כמאן דמטו לידיה ומכ"ש היכא שאין בו משום ביטול מלאכה כלל רק שיש לזה קצת עדיפות מחבירו אין מי שאומר שיוכל לעכב על ידו דהא לא חזינו לר"ה בריה דר"י דליפלוג בהכי: וגדולה מזו מוכח בש"ס דאפילו היכא שהיה חבירו נכון לבו בטוח שיבא לידו כל שלא היפך בו ועשה מעשה שיבא לידו לא חשבינו ליה כמאן דמטו לידיה ושרי חבירו למסביה לנפשיה שהרי ר"ה קאמר מאן דאוקי ריחיקא כו' ובעי לסיע ליה מהא דמצודת הדג ומשני משום דיהבי סארא ופירש"י צייד שנתן עיניו בדג זה עד שהפיר חורו כו' אלמא אף ע"ג דלא זכי ביה ולא מטו לידיה מרחיקין ועלה משני פיון שהדגים נוהגין לרוץ למקום שיש מזונות וזה הפיר חורו ונתן מזונות בתוך מלא ריחתו בטוח הוא שילפדנו כו': ולכאורה ל"ל לרש"י לפרושי בקושא דמירי שנתן עיניו בו והפיר חורו כו' דלמה לא נימא בפשיטות דהמקשה הוי ס"ד דכל שזה פרש רשתו לכאן אסור לחבירו לבא ג"כ לפרוס כאן ולהשליך ביאור חכה ואתי תירץ הש"ס בפשיטות דיהבי סארא שדרך להפיר חורו והוי כבטוח שילפדנו א"ו דז"א דא"כ אפתי הנה סייעתא לר"ה דהא דבר פשוט הוא דכל שאין כאן שום ריחיקים במבוי רק שלו לבדו הרי הוא בטוח שכל מי שיצטרף לטחון יבא אצלו שהרי הוא יחיד בדבר ואין לזרים אתו וכהפיר חורו דמי ולכך מפרש רש"י דגם המסייע ידע מזה דמירי בהפיר חורו כדמשמע לישא דמרחיקין מצודת הדג מן הדג דאל"כ הו"ל מן המצודה (ועיין בשו"ת רש"ל שרוצה לדייק מזה דמירי אף בלא פרס מצודה רק שהפיר חורו ודבריו צ"ע לענ"ד) ואפ"ה שפיר הנה סייעתא לר"ה דהא פיון דליכא ריחיקא אחריןא פהפיר חורו דמי שהכל צריכין למאריה דריחיקא ואין עוד מלבדו ואע"ג דלא מטי לידיה לא איכפת לן ואהא קא משני דהתם שאני שע"י שדרכן לשוט אחר מזונות והוא כבר נתן מזונות כמטא לידיה דמיה והוי פאילו כבר בא משא"כ בהא דר"ה אע"ג דלכשיבא יהיה בא לידו מ"מ השתא מיהא מחוסר ביאה הוא וכיון דבר מתא הוא לא יכול לעכב עליו להעמיד ג"כ שמי שיבא אצלו יבא וזה ברור בפרושה דשמעתא.

ולפי"ז הדבר ברור דכל שעדיין לא בא אע"פ שאם היה בא אין ספק בדבר שהיה בא לידו לא תישינו להכי ושרי ליה לחבריה להעמיד ג"כ אע"פ שזה הבא לטחון בריחיים שלו בלי ספק מניעת ריווח דראשון הוא שבוודאי היה בא לידו לא איכפת לו בהא וא"כ פשיטא שאין לדון בזה דין קדימה לומר פינו שחנות זה קודם כל הבא ועמד שם לקנות הוא נוטל חלק חבירו דמה בכך פינו דהשתא מיהא אפתי לא בא ולא מטא לידיה דחבריה יכול הוא להקדים ולנפות בו ואין מקום לחלק בין אם מעט או הרבה יאכל דהא אף מעט המוכן לחבירו היה אסור אי לאו משום דאפתי לא זכה בו ולא מטא לידיה וא"כ מה לי פורתא מה לי טובא..

ולפי"ז צריך ליישב דברי אא"ז רמ"א בתשובה שרצה לומר בדעת אבי אסף דבדבר דברי היזקא פגון במבוי סתום שבוודאי יזיק לו כ"ע מודו דהלכתא כר"ה והדברים צ"ע דהא אין לה ברי היזקא יותר מזה אין שם רק ריחיים אחת ועינינו הרואות כי מאז הקים זה הריחיים החדשה רבים באים אליו לטחון בתוכה אשר מקדם היו צריכין לטחון בתוך הריחיים של ראובן המעמיד הראשון ואפ"ה קי"ל דלא מצי מעכב אבר מתא: אמנם כבר כתבתי בתשובתי שלפי מה דמפרש הר"י בן מגא"ש בהך דשאני דגים דיהבי סיארא יש הפרש בין מפסק חיותא לגמרי בין מפסיק חיותיה מעט כו' ע"ש וס"ל להרמ"א בדעת אבי אסף דכה"ג שאין עפ"ם יכול לבא לבית ראובן אם לא יעבור תחלה על פתח שמעון כמפסיק חיותיה לגמרי הוא והוי כמבטל מאומנתו לגמרי וכמש"ל גם כן בשם השארית יוסף והמ"ב דס"ל דבכה"ג גם ר"ה בריה דר"י מודה: ומעשה דבר ברור הוא דכל זה היכא דמפסיק חיותיה לגמרי ומבטלו ודוחה לגמרי ובכה"ג איירי נידון דהרמ"א ג"כ כמ"ש שם דבנ"ד בריא היזקא הוא פי הענטלומר השני נתן להכריז שכל ספר יוזל זקב טפי מהגאון ומי ראה זאת ולא יבא אליו לקנות ממנו ויכול הוא להוזיל פי הוא מעשירי ארץ כו' מבואר להדיא דהתם דן אותו כמזיקו לגמרי וכמדחהו מאומנתו משא"כ היכא שאין מדחהו לגמרי פי ההוא דהתם או פההוא דמצודה שע"י שרואין המצודה הראשונה הם בורחים משם לגמרי משא"כ היכא דלא מפסיק לגמרי אע"פ שיש קצת עדיפות לזה לא איכפת לו בהכי וכמבואר בל' הר"י בן מיגא"ש שכתב אבל אלי לא יהבי סיארא ולא היו בורחים מאותו מקום שנמצא שאילו לא נאחז במצודה זו אפשר שילכד באותו מצודה האחרת כמו ריחיים שאפשר שיהא מקצת אנשים טוחנין בזו דלא מפסיק חיותיה כלל (ר"ל לגמרי) י"ל שאין מעכב עליו מבואר מלשוננו דלא קפדינן מידי בעדיפות כ"א בהפסק חיות לגמרי וכן מבואר יותר שהרי כתב וכתרוואין מצודה הראשונה יודעים שיש שם מצודות יותר כו' משמע שלפעמים זה הבא פורש רשתו יותר קרוב אל מקום הדגים הניצודים ולכך חוששין שמא עי"ז שיראו המצודה שהקים זה יברחו משם ושוב לא יבואו כלל לתוך מצודה שפבר טרח בה זה ופרש אותה ומפסיק חיותיה לגמרי משא"כ אם לא היינו אומרים הך סברא שבורחים משם אע"פ שמצודה זו הוא קרובה להם יותר לא חששו להם חכמים לדבר זה כלל לאסור ע"ז אע"פ שאפשר שיש עדיפות למצודה זו מחמת קורבה דמוכח מ"מ פינו שעכ"פ אינם בורחים משם ויכול להיות כי הנה ירוצו עד המצודה השנייה ומטו ליה מאי דמפסיק ליה מן שמיא אינו יכול לעכב עליו וזה ברור לפע"י בדברי הר"י בן מיגא"ש ומשם ראיה ברורה לנ"ד דאע"פ שזה מעמיד חנות על הדבר מ"מ מאן לימא לן שמידי עברו יסור שמה שמא יעבור דרך

עליהם עד מקום שאר התניות ואין זה מפסיק לחיותה לגמרי אפי' תימא שיש פאן עדיפות קצת משום פכה לאו עפובא הוא וקל וחומר הדברים דמה דגים שביים דלאו בני דעה ניהו וסברא הוא שייכנס למצודה אשר לפניו ראשון לחפור משם אוכל כי מנין ידע שימצא פנה מן הוא והלאה ואפ"ה אמרינו פינו דהוא דבר שאפשר להיות שדרה מרוצתו יהא שוטף ועובר עד המצודה השנית שפיר מתירין לזה לפרוס מצודתו אע"פ שפבר קדמו אחר וק"ו בנ"ד שהקונים בני דעה ניהו ויודעין כי פל עיקרין של תניות הם העומדים בשורה הפנימית ורגילות הוא שנותן לב לחפש איזה מקום שיוכל לברור לו חלק יפה או דוולא ליה וכל כה"ג מילתא דפשיטא הוא דלכ"ע אינו יכול לעפב עליו: ואמנם פבר בארתי שלענ"ד אף היכא שדוחהו לגמרי שכתב השארית יוסף והמ"ב דמצי מעפב אין הדברים אמורים כ"א היכא שנקנס תחתיו ממש ועל מקומו יבא משא"כ אם שבייתו במקומו אף בכה"ג שיהא חבירו בטל לגמרי לית לן בה.

ודברי רמ"א בזה לתרץ דברי אבי אסף פבר פתבתי בתשובתי פמה דרכים ואיהו גופא לא ס"ל פנותיה כמ"ש בתשובתי מדברי הד"מ כ"י וכן ממה שהשמיטו בהג"ה אלא דבתשובה שם מצדד אצדודי למינקט ליה שוקא ואא"ז הגאון מוהר"מ מפדוזה ז"ל חזא לאצטרופי גם סברא זו: והדברים מוכרחים שהרי כתב שם דבנ"ד הוי פריא הויקא לפי שזה הכריז שיוזל זהב טפי כו' ולכאורה מה פכה אטו משום הא יהיה יכול לעפב עליו.

הרי פבר הבאתי לעיל דברי רבינו ירוחם שכתב להדיא לענין הלונאת ריבית דלא מצי מעפב אפר מאתיה שרוצה להלות בפחות מחבירו כי יאמר כמו החננים אני אחלק אגוזים כו' ואפי' תימא דרמ"א ס"ל דמה שהוא מוזיל טפי אינו דומה לחילוק קליות מ"מ הא קמן דרבי' ירוחם מתיר אפילו בהלונאת ריבית שהוא לעפ"ם ונהביאו רמ"א גופא בסי' קנ"ו בהג"ה וק"ו היכא דאיכא ארויחי תרעא לישראל אע"כ דלא פא רק להראות פנים שבעל נפש יחוש לפסידא דהגאון מוהר"מ אכל לא שנסמוף ע"ז לחתוף הדין בשביל זה לבד אף במקום פסידא ממש ודחיה לגמרי ומכ"ש בזה דפשיטא שאין פאן דחיה לגמרי רק עדיפות קצת דאין שום פוסק שיאמר שיוכל לעפב: ודברי אגודת אזור שכתב דנוקא בסתם מבוי דהיינו מפולש דמצי א"ל מי שבא אצלו יבא כו' אכל במבוי הסתום בג' צדדין דלא מצי למימר מי שבא אצלו כו' דפשיטא שיבא אצלו דהא הוא דר פלפי הצד הפתוח גם ר"ה בריה דר"י מודה מפני שזה דומה ממש למצודת הדג דתנן דמרחקין כו' ועיין בפירש"י ובסוג' שם שדברי אמת ויציב עכ"ל ודבריו תמוהים מאד דמה ענין זה למצודת הדג לפי פירש"י שהטעם מפני שפבר נתן מזונות והוי פמטא לידיה וכלוקח מתוף מצודתו דמי.

וכבר פתבתי דלפי פירש"י מוכח איפכא ואולי לזה פינו הש"ף במ"ש שלא פינו יפה: ומ"מ נראה דגם אגודות אזור לא קאמר אלא בכה"ג דס"ל דהוי פמפסיק חיותה לגמרי וכמ"ש להדיא דהא לא מצי למימר מי שבא אצלו כו' דפשיטא שיבא אצלו כו' והיה סובר דמייירי בענין שדרה העפ"ם ללות מי שמוצא ראשון ואין דרכו לחזור אחר איש אחר פלל וממילא שדוחה הראשון לגמרי משא"כ בנ"ד אם לא פי פה יאמר המורה הוראה לאיסורא פי ע"י התניות שחידש זה צריף לסגור התניות הישנות לגמרי ולסלק את התריסין ואם יקבע זה מקום בתניות אלו תכלה רגל מן השוק ואז היה אפשר שימצא

לו סיוע מדברי אגודת אזור: אבל לענ"ד הוא דבר שאינו שהרי אנכי הרוצה הרשום בכתב אמת דליפא עלויא פלל וא"כ אף שניקום וניחוש לקצת עילוי מ"מ בשביל זה לא יכלו באפס תקנה למצוא פדיום ובפרט בזה שרבים המה התניות אין זה מפסיק חיותיה לגמרי בשביל רונחא דשבקי למאן דקדים מיניה ובנדאי לא יאמרו פדבר הזה אשר אין לו שחר וא"כ גם אגודת אזור אגיל ומודה בנ"ד ושהיתר ברור נראה בעליל לארץ מזונק שבעתים פשמש בחצי השמים: והנה אף ע"פ שהדברים ברורים ומחנורים פשמלה חדשה אולם למען הגדיל תורה אמרתי לא אחשה ואוסיף מיא אוסיף קמתא דהני חדמא פלהון יהון שרון ואינש לא ימתא בהון ודבר זה בתורת ק"ו למדנו שהרי פבר הבאתי לעיל בשם המרדכי והגמ"י שיש מקומות שאין דנין דין מערופיא ומתירין לישראל לילה למערופיא של חבירו ולהלוות לו ולשחודי ליה ולאפוקי מיניה דנכסי העכו"ם הרי הם פהפקר כו' וכ"כ לעיל בשם תשובות מהר"מ ב"ב סימן תקט"ו דמסיק להתיר ורמ"א בהג"ה סי' קנ"ו הביא דיעות אילו: והנה מ"ש ניש אוסרין מבואר בד"מ שהוא ע"פ דברי הגמ"ר דב"מ והרשב"א בתשובה שהביא הב"י והנה בהגמ"ר שם איתא הטעם שאסור לעבור מערופיא של חבירו דהא לווי גוים איפא טובי ודמי למקח וממכר שיכול לקנות במקום אחר כו' ע"ש והרש"ל בתשובה פתב וז"ל ומאחר שיש מקומות חלוקות ויש פנים לכאן ולכאן נראה לכתחלה לאסור עליו אבל לא לדין עליו פלל בפרט בעתים הללו וכן מצינו שפסק אב"ד הזקן מורינו ורבינו קלונימוס אשר מ"כ לע"ע בק"ק בריסק בשבת תחקמוני וכל בעלי תריסין אבני פז הנמצאים שם הספימו עמו וז"ל הגאון ובגלילות הללו לא מצאנו ידיו ורגליו להיות דנין בדין מערופיא ע"כ וע"ש בתשובות רש"ל דקניות הורענדא אע"ג שאין הריוח מבכר וגם אינו קצוב מ"מ דמי למציאה כי אין דרך למכור רק לאדם אחד ולא נימא שיחפש לו מקום אחר למחירתו מאחר שמצא מחירתו במקומו בריוח והשקט אין לה מציאה גדולה מזו והביא ראי' מתשובות המרדכי בשם מהר"מ בראובן שהי' מהפך בקרקע של עכו"ם על מיצר שמעון וקדם שמעון וקנה דלא מיקרי רשע דלאו כל שעמא מתרמי על מיצר שלו ועוד הביא ראי' ממ"ש התוס' לענין מלמד דכל שאפשר לו במקומו הו"ל כמציאה ואחריו החזיק תלמידו הגאון בעל מ"ב וכ"כ בד"ה ומהשתא כו' דאפי' אי הוי פסק דמים עם העכו"ם אפ"ה אין פאן דין מהפך בחררה דהא קי"ל כר"ת דפסק דבמציאה והפקר מותר להקדימו אפילו לכתחלה ואלו פינון שמצאו מחייתם במקומם בהשקט ובטח דומה למציאה ואין שייך פאן לומר יניחו ביתם ודירתם וילכו וישתכרו במקום אחר וכה"ג כ' מהר"מ כו' עכ"ל: וכבר הבאתי לעיל מלשון הרב החסיד רבינו יונה ז"ל בעליותיו דאף ר"ה ברי' דר"י דהוי מספקא לי בבר מבואה אחרניא מ"מ היכא שדר בבית סמוך לחנותו של זה פשיטא לי שיכול לקבוע אומנתו בכאן רק דמספקא לי בדירתו במקום אחר רחוק מכאן והוא בא לקבוע פאן חנות מפני לוקחים שמצוים פאן והוא מקום הריוח לבעלי אותה אנפנות וק"ל דאף בכה"ג לא מצי מעכב ע"ש וכבר ידוע פרשת גדולתו וחסידותו של רבינו יונה ז"ל שהרשב"א תלמידו משתבח בו בכל מקום וקורא אותו מורי הרב החסיד ז"ל וא"כ בנ"ד שדירתו הוא קבוע שם ועושה חנות בקיר החומה שלו שאין מקום להסתפק שיצטרף להניח מקומו ולבקש לו מנוח במקום אחר מאן ציית דעקר סוכו ומשכניו ורהיט ורבינו יונה מסתים סתים לה שיכול לקבוע חנותו חוץ למבוי בבתי הסמוכים לו ואע"ג שאותן

שיצטרפו לאומנות זו משאר בני העיר פגעו בו בראשונה לית לן בה ודחוק לומר דכי איתמר דרבינו יונה במבוי המפולש וקצת מבני העיר דרין מעבר השני למבוי ואיך שיהא עכ"פ מבואר מדבריו דלא שייך בזה שילך לחפש מקום אחר פנין שהוא מקום הריווח לבעלי אומנות זו: ומעתה כל אשר עינים לו ירא וישפוט דלא מיבעיא לדעת המתירין במערופיא שאין פאן מקום פקפוק כלל והדברים ק"ו דהשתא לילך אצל העפ"ם ולפייסו ולשחדו בממון שיהא קונה שלו או שילנה ממנו התירו אע"פ שעושה מעשה בידים למינקט בשפולי דגלימי ולמרהט אבתרי' ולפתותו בשפתיו ולשחדו בממון ואע"פ שהוא רגיל אצל חבירו ועוסק עמו מעודו מ"מ מותר לו לרצותו שיהא מערופיא שלו ואע"ג דדמי קצת לדגים מ דיהבי סיארא מ"מ ס"ל דלא דמי וכמ"ש בשו"ת רש"ל וכו"כ בשו"ת מ"ב משום דאפי' שהי' רגיל אצל הגוי במו"מ שעבר מ"מ לא נאמר בשביל זה שנתן עיניו במו"מ שעדיין לא בא לעולם ולפיכך מתירין לילך לגוי למערופיא אפילו לכתחלה כו' ע"ש: וא"כ ק"ו בן ק"ו בנ"ד דאפילו הכותים הקוני' אינם מערופיא שלהם כלל שנדמה אותם לדגים וגם לא קעביד שום מעשה לילך להעפ"ם לפייסו ולשחדו בממון נאפילו דבור בעלמא ליכא רק משום דחנותו מוקדם ולא גרע מאם הי' העפ"ם הללו הקונים מערופיא של בעלי החניות הישני' והוא הולך אצלם ומפייסם ומשחדם בממון ומולך אותם בידו לחנותו לקנות אצלו רשאי אף לכתחלה: אמנם אף למאן דס"ל במערופיא לאיסור הרי ביארו להדיא שטעם משום דמדמי לי' לדגים דיהבי סיירא וה"ל פאילו פבר לכדו משא"כ בזה דהנה עפ"ם הקוני' לאו מערופיא דידהו נינהו וכן הרשב"א לא אסר אלא באם רגיל לעסוק עמו במלאכתו מדמין לה למפירי פהונה משא"כ בזה וגם לפמ"ש הגמ"ר משום דלויין עפ"ם מצוין א"כ פשיטא דבזה שהוא עושה חנותו בבית דירתו דלא שייך לומר כלל שייח את מקומו וילך למקום אחר וגם בלא"ה מקום זה הוא מקום הריוח לבעלי אומנות ופשיטא דכמציאה דמי וכ"ע מודו בזה: אמנם פבר פתבתי שמדברי מהרש"ל מבואר בשם גדולי עולם שבגלילות אלו אין דנין בדיני מערופיא ונראה שהפונה שאף לכתחלה אין נוהגין לאסור רק שרש"ל מדעתו דנפשי' עביד וכ' שראוי לאסור עליו לכתחלה אבל לא נהגו פן וכן מבואר שהבין בחוות יאיר סי' מ"ב שכ' דהרש"ל פסק פיש מתירין וכ"כ בשם גאוני' חכמי פולין ונהרי מבואר בש"ך דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא כ"ש בזה שיש הכרעה מפורסמת ואם קי"ל פיש מתירין מותר אפי' לכתחלה כו' עכ"ל הרי מבואר דס"ל דגאוני' וחכמי פולין מתירין במערופיא אף לכתחלה וא"כ מכ"ש בנ"ד שאין לפקפק כלל: ובר מן דין אומר אני דבכה"ג דזה הבא לעשות חנות לצורך פרנסתו ואי אפשר לו לילך לחפש מקומות אחרים שהוא רוצה בקב שלו כתפארת אדם לשבת בית ומכ"ש אם אין מוצא מקום אחר שיהא מצוי בו הריווח לבעלי החניות ואף אם ימצא בשכירות מאחרי' לא ניחא לי' בדאחריני ומכ"ש אם אין מוצא אף לשפוך דנדאי שרי לי' לעשות לו חנות במקומו ולא אמרינן יפרח באויר ואפשר דגם ר"ה דס"ל דמצוי מעפב לא קאמר אלא בכה"ג דאוקי רחייא גבי ואפשר לו להרחיק ממקום זה ולהעמיד במקום אחר ור"ה ברי' דר"י ס"ל דאף בכה"ג שאפשר לו להעמיד במקום אחר שרי פנין דבר מבואה דידיה הוא כל המקומות שבמבוי מותרים הם לו ובבר מבואה אחריני' מבעי' לי' אבל אם אין לו מקום אחר כלל שיעמוד שם רק מקום זה אין לנו למונעו שיצטרף לבטל לגמרי וכמ"ש השארית יוסף והמ"ב

לענן אם יתבטל ונדחה הראשון לגמרי כן אני אומר לענן השני הבא להעמיד דעה הוא גברא נמי בעי חיי ומאי חזית דדמא דהאי סמיק טפי ומצאתי און לי ממ"ש דודי וקניי הגאון בספר ת"ח אהא דמיייתי וכמה אמר רבה עד פרסה דאיצטריף לאתוויי הא דלא תימא מלא ריצת הדג שיעור קטן הוא וא"כ איכא למימר דשאני התם דלא חסר מידי אם ירחיק מצודתו קצת ממנו ויצוד שמה ור"ה אשמועינן דמעכב עליו אע"ג דחסר ונדחה לגמרי לכה מיייתי הא דרבה דצריף להרחיק פרסה נמצא דחסר דאפשר שע"י הליכות טורח פרסה ימנע ולא יצוד כלל עכ"ל: ולענ"ד צ"ע שיהי ת"ח גופי' כ' שם בד"ה פשיטא לי כו' דלא שייך לומר פסיק לחיותי' אלא היכא דנעשה שכינו ממש דקא מוקי לה גבי' פדקאמר ר"ה וברייקא נמי קאמר עושה אדם חנות בצד חנותו כו' א"כ מנ"ל לפרושי הא דר"ה בכה"ג שהוא מעכב עליו וחסר לגמרי דלמא אע"ג דמעכב עלי' שלא לאוקמי גבי' אפתי מצי לאוקמי קצת בריחוק מקום אצלו או במבוי אחר עכ"פ: ועוד שיהי התוס' בחד תירוץא פתבו בטעם דמרחיקין משום דיוכל לפרנס מצודתו במקום אחר אלמא דאע"ג דמרחיק פרסה מ"מ אמרינן שיוכל לפרנס מצודתו.

ואמנם ת"ח שם ס"ל דעיקר כתי' הראשון. ולקמן אבאר בזה.

ובפשיטות י"ל דהנה ס"ד, דשיעור ריצת הדג שיעור קטן הוא וזה שפרס המצודה זכה כל סביבותי' וזה הבא אחריו לפרנס שם מצודה כבא בגבולו ממש דמי ולא שייך בי' למימר אני עושה בתוך שלי כו' ואפ"ה צריף להרחיק עד שיעור פרסה ונהה סייעתא לר"ה ועוד איכא לשנויי בכמה גונוי ועכ"פ מצאנו ראינו שיש סברא לחלק דהיכא דחסר ונדחה לגמרי לא מצי לעכב עליו.

וא"כ י"ל דגם ר"ה מודה ולא מייירי רק היכא דמוקי גבי' ממש כמש"ל וא"כ הדבר פשוט בנ"ד אפי' תימא דבכה"ג שייך פסיק לחיותי' מ"מ לא עדיף מאליבא דר"ה דס"ל הך סברא דפיסוק חיות ומ"מ היכא שנדחה לגמרי לא חיישינן לה וכיון שבנ"ד האיש הזה עושה לו פרנסה במקומו והוא גברא דלא עביד למיגר דניח' ליה בדיד' פשיטא דלא אמרינן שייניח את שלו וישפירם לאחרים וכיוצא בזה קי"ל אם אמר ע"מ שאראף בית פור עפר אע"ג דקיימא באריסותא דהיינו אריסות בתי אבות שאינו מסתלק לעולם ומכ"ש במושפך לו מאחרים אינה מקודשת כמבואר בקידושין דף ס' ובאה"ע סי' ל"ח ועיין בריטב"א שם דאע"ג דהשתא דידי' הוא שנייתן לו במתנה ע"מ להחזיר לא מהני שלא נתפוננה זו אלא לראות משלו ואף אם נרצה לחלק בין תנאי דקידושין מ"מ הדבר פשוט לכל בר דעת דאין לומר בזה שפיון שאפשר בשכירות אין זה דחי' דהא איכא אינשי טובי דלא מתדר להו בשכירות כלל וגם אם יהא אפשר לשפור לזמן אח"כ יסלקוהו ממנו ואין להאריך בדבר פשוט.

וכ"ש אם אינו מוצא מקום לשפור כלל דאטו משום חששא דהני דלהנני עדיף מחבריאי משום דחזי להו מקמא לא שבקת לי' חיי' ויהא רץ אחר פרנסתו לתור לו מקום מנוחה איכה ירעה איכה ירביץ ולקתה מדת הדין ופשיטא דבכה"ג אין למחות בידו שיעשה לו חנות במקום דירתו משום פדי חזיו וכבר פתבו התוס' והפוסקים לענן ריבית דעכו"ם פיון שרבו המסים והארנונית אין שיעור לכדי חזיו כלל ובכמה דברים פתבו להקל בזמן הזה שיד הזמן הלוח וקשה ואיך נבא להקמיר ע"ז לגרשו מבית תענוגיו שלא פהלכה.

ומה שרוצה המורה הוראה לאיסורא להטעים טענות של הבע"ד לפי שהבונה התדשות בנה אותם בקצה התניות הסמוכים לשוק ועיקר מכירת הדברים אשר בתניות אלו הוא לנכרים המתאספים על יום השוק שלאחר שגומרים למפור מה שמביאים הם שבים ללכת אל התניות וכיון שעובר לפני פתח התדשות קונה שם הצטרכותו ועי"ז מתמעט פרנסת הישנים כי הוא מגרע בפדיונם הנה כבר כתבתי שאין לחוש לזה כלל שאף אם הי' הדבר בן מ"מ כל הפוסקים פולקם לא אחז בהם דכה"ג דעדיף מתביריו יכולין למחות בו והם דברים ברורים: אולם חזרתי על ענין הטענה עצמה וראיתי שאין בה ממש אפי' שמע מעורף הפורח אין בה לא טעם ולא ריח דאטו הנכרים המתאספים על יום השוק דירתם קבועה שם עד שנאמר שהולכין להקרוב וקונים שם וחוזרים על עקב אל הרחוב אשר הם קבועים שם ביום השוק והלא נכרים הללו מסביב נקבצו באו ומיקלעי לה מעלמא ואשר דירתם קבועה מנגד לתניות הישנות הם עושים קפנדרי' ולא ישיתו לבם למסילה דרף הלכו כ"א נכחו יצא והבא דרף שער הנגב יצא דרף שער הצפון לקצר הילוכו ואז אין קונין בתניות התדשות האלו פלום שלמה להם ליכנס בתבילתם ובפתח ישאו ולמעוטי במשאוי טפי עדיף וקונין בתניות אשר במקצוע צפוני או קרוב להם ולפי"ז נצטרף לידע אם רוב נכרים שבשוק באים מדרף הדרום או אלה מצפון יבואו ולהקים איש יסובב בשווקים וברחובות ולשאול אותם מאין באתם זה הכל ורעות רוח הייטיב בעיני ד' לגב דברי הבאי פאלה ולהשליף אמת ארצה ואומר על דרף המליצה לא בשוקי האיש ירצה: ואשר רצה להטעים טעמא דאיסורא משום דע"י התדשות יש היזק לרבים ושאני היקא דרבים כבר כתבתי לעיל דליתא דהכא מטעם אני עושה בתוך שלי אתינן עלה ועוד שאין זה היזק רק מניעת הריוות.

ועוד דגוף הענין ליתא כלל בנ"ד והגע עצמה שינטלו התניות וסלק אותם כמי שאינם א"כ התנות הקרובה אליהם הוא העומדת היום בקצה שורת התניות ואליו גוים יבואו לקנות ממנה א"כ בעל התנות הלזה הוא יש לו להתלונן על העושה תדשות ושאר התניות שלמעלה מה להם כי ילינו עמו דסוף סוף לאו בתר דידהו קא אזיל לקנות כ"א בתניות הקרובים אל השוק והעליונים מהם מה להם כי יזעקו אם לא שנאמר שפיון שע"כ מוכרח הוא לבא אל תוף השורות הרי הוא הולך כל פני כולה משא"כ התניות התדשות העומדים מנגד וכשבא לשם אינו רואה שאר התניות ועושה כל צרכו בתניות אילו וחוזר.

וגם זה הכל דאטו הנכרים הללו הבאים מסביב לא ידעו ולא יבינו כי העומדים בשורה הפנימים והחיצונים המה תניות מזונינות ואף שרואה שהבא מן התדש גם הוא למלח הוכן לא ימנע מלהלך גם אל הישינו' ובקש אולי ימצא שם דבריו הנאותים לו ומה איכפת לו אם רואה מקום השוק או לא דאטו אותן הקונים בני היווני' עיניהם פיוני' דלא מדדי כ"א בדתזי לקיני' ולאפוקי בהאי סברא קלוש' לאו כל פמיני' וא"כ הדר דינא רק לבעלי התניות אשר מקצה מזה לבד ואין זכרון לראשונים עם מי שיהא לאחרונה ואין כאן שייכות היזק דרבי' כלל אף אם הי' בכלל היזק גמור וק"ו בנ"ד שאין זה היזק רק מניעת הריוות וזה אינו מתפונן להיזק רק להנאת עצמו ופשיטא דיכול לעשות בתוך שלו באין מוחה: וכל זה אף לפי סברת מי שרוצה לכנות נדון שלנו בשם ברי היקא אכל לענ"ד פיוני שם זה נמחק בכאן והוא משמות הנמחקין ושפיר דמי למיעבד הכי אף למאן דבעי למיהוי חסידא ולקיים מילי דנזיקין ולית מאן דפליג בהא דאפי' הרמ"א בתשובה שרצה

למת טעם לדברי אבי אסף משום דברי היזקא מיירי התם בענין שזה האומנות יש לו שער קבוע וקצוב כגון ריחים שיש קצבה לדבר וכגון הלנואת ריבית לעכו"ם שהי' קצבתו ידוע כמה יקח ריב' ואין דבר כלל להזיל יותר מזה וכדמשמע מדברי רי"ו שכ' שאם אקד רוצה להזיל בהלנואת ריבית כו' משמע שהי' שער ידוע על הריבית ולקד בכה"ג שפיר ס"ל לרמ"א דהני ברי היזקא פיון שאין גוי יכול לבא לראובן כ"א פשיעבך תחלה על פתח שמעון ובודאי מיעוטי בהילוכא טפי עדיף ליה דלאיזה ענין יתירה ירבה הדרך לילה לראובן דהא זויי כי זויי ועל הריבית קצבתו ידוע ולשמה יזיל גביה פשיטא דלא מסיק אדעתיה ומספיקא לא עקר נפשיה מימר אמר פראובן ושמעון יהא ליה משא"כ כ"ד שהתניות מלאים בכמה מינים ושונים ובנציב מלח איפא זוטרי ורברבי ואלמי וקטיני וגם השערים משתנים עולים ויורדים בו וכן בשאר מינים ובכה"ג גם רמ"א מודה דלא שינה ברי היזקא ואין דין קדימה בתניות לפי שזה שהולך לקנות ידע בנפשו שיש שם הרבה חניות שיבחר לו חלק יפה או שיקנה פשער הזול ואינו מדקדק בשכר פסיעותיו כלל פשמדמה בנפשו שיוזילו לו או שיבחר בטוב ולכן פשיטא דאין פאן שייכות לטעמא דברי היזקא כלל: אמנם באמת פתבתי דמפורש יוצא מפי הראב"ן ודעימיה דגם התם במבוי סתום מג' צדדים לאו משום דין קדימה נגעו בה אלא משום דזה בא לעשות מחדש וגם הוא בר מבואה אחריתי ומספקא להו בדר"ה ובדר"ה בריה דר"י ולפי מאי דקי"ל להלכתא אין מקום להסתפק כלל ולא איכפת לן בקדימה כלל וכמבואר ג"כ מהב"י שכתב דלית הלכתא פאבי אסף בזה וכן מצאתי בשו"ת גינת ונרדים כלל ג' סימן ד' בעובדא כה"ג שראובן פתח לטחון למפור קמח חוץ למחנה העברי' בתחלת מחנה עכו"ם וכל ממכרו הנה ליהודים שסביב קצה המחנה ועתה נפלה מריבה בינו ובין שמעון ושמעון לקנאתו את ראובן רצה להשיב לו כגמולו ופתח לו חנות למפור קמח בקצה מחנה העבריה וכל העובר דרך שם לקנות קמח פמנהגו מאותו טחון שמחויץ למחנה הנה מושכו אליו בדברים ומפתהו לקנות קמח ממנו ומזיל לו גביה דבר מועט באופן שראובן רמא זבינא לאפ' ולכן רוצה לעכב על שמעון ולסגור חנותו זאת ואם רצה למפור קמח יפתח לו חנות בקרב המחנה לא לפתוח חנות זו שיושבת על הספר שמושף לו כל ההולכין לקנות מן הטחון שבתחלת מחנה הגוים.

וע"ז הגישו עצמותיהם. ראובן טוען פסקת לחיותי ושמעון טוען אני עשיתי בתוך שלי ואין לה יכולת לעכב עלי.

ע"כ תוכן המעשה והנה הגאון המחבר שם רצה לצדד שיהא הדין עם ראובן מחמת שהוא דאבי אסף וכפי שפירש בו הרמ"א בתשובה ושלח דבריו להגאון מוהר"ר יוסף בכר יוסף זצ"ל והשיב לו שאין הדין כדבריו וכתב בסוף דבריו וז"ל מ"מ נקטינן מהכא דלא נסתפק ר"ה אלא בבר מבואה אחרתא אבל אבר מבואה דנפשיה לא מצי מעכב ואם איתא שיש מציאות שמעכב אפילו בבר מבואה דנפשיה הו"ל למינקט האיבעיא אפי' בבר מבואה דנפשיה כגון שפתח לו חנות בראש המבוי אם לא שנאמר דהא פשיטא ליה דמצי מעכב אבל מ"מ נ"ל פיון שהב"י דחאה מהלכה הא דאבי אסף אין לנו פח לעשות מעשה נגד מרן.

הנלענ"ד פֿתבתי הצעיר יוסף בְּכַר יוסף עכ"ל: וְהָרַב הַמְּחַבֵּר הָעֵתִיק תְּשׁוּבָה זוּ בְּתוֹךְ סֵפֶר תְּשׁוּבוֹתָיו וְלֹא פָתַב שֶׁהַשִּׁיב לוֹ דָּבָר ע"ז וְנִרְאֶה דִשְׁתִּיקָה פְּהוּדָא דְמֵיָא וְהַגָּאוֹן מוהר"ר יוסף הַנֶּ"ל מְוַזְכֵּר שֶׁם פְּמָה פְּעַמִּים וְנִרְאֶה מִתּוֹךְ הַתְּשׁוּבוֹת שֶׁם דְּמַסִּיק שְׁמַעְתָּא אֲלֵיבָא דְהַלְכָתָא הָיִי וְהַרְוָאָה יִרְאֶה שְׁאֵלָה הַנְּזַכֵּר שֶׁהִיא בְּיַתֵּר שְׁאֵת פְּמָה מַעֲלוֹת הַנוֹטִים לְאִיסוּר וְאֵף ע"פ כֵּן הִסְפִּימוּ שְׁאִין פֶּח לַעֲכָב עָלָיו ק"ו הַדְּבָרִים בּנ"ד שְׁאִין בְּיָדָם לַעֲכָב עָלָיו.

וּלְחַלֵּק בֵּין יַחֲדֵי לְרַבִּים פְּכַר פֿתבתי שֶׁהוּא דָּבָר שְׁאִינוּ וְאֲדַרְבֵּה נִרְאֶה דְקִיל טְפִי פִּינּוֹן שֶׁהֵמָּה הַרְבִּים לֹא מְטוּ פְּסִידָא דְמַנִּיעַת הַרְיוּחַ לְכָל חַד כ"א דָּבָר מוּעֵט וְגַם מֵאֵן לִימָא דְפְּסִידָא דִּידְיָה דִּילְמָא דִּחְבְּרִיָּה הוּא וְאִיהוּ מַט' לִיָּה מֵאֵי דְפְּסִיקִי לִיָּה מִן שְׁמֵיָא מִשָּׂא"כ בְּחַד לְגַבִּי חַד שֶׁהוּא הַיִּזְק הַנִּזְכֵּר וְנִרְאֶה לַעֲזוֹן דְּכִינּוֹן שְׁמַתְחֵלָה הָיָה יַחֲדֵי פֶּל הַנְּעֻשָׂה דְמִים בְּאַחַר פְּסִידָא דִּידְיָה הוּא שְׁהָרִי זֶה הָיָה הוּא רְאוּי לִיטוּל וְאִין לוֹ וְגַם הוּא הַיִּזְק רַב שְׁהָרִי מִתְחֵלָה הָיָה הַפֶּל לוֹ לְבַדּוֹ וְאִין לְזָרִים אֲתוּ וְעַתָּה הִיא נִתְּנוּ לְאִישׁ אַחַר וְאִפ"ה דִּינָא הוּא דְלֹא מְצִי מַעֲכָב: וְנִחְזֹר עַל הָרֵאשׁוֹנוֹת הַנֶּה סְבָרָא זֹו שְׁפֿתבתי דְּכִינּוֹן שְׁחֵנוֹת זֶה הוּא בְּבֵית שְׁדָר בּוֹ וְהוּא לוֹ הַמְּקוֹם הַמְּוַכָּשֵׁר בְּיוֹתֵר פְּשִׁיטָא דְאִין לָנוּ לֹוֹמֵר שְׁיִשְׁכֹּר לוֹ בְּמְקוֹם אַחַר וּמַכ"ש אִם אִין מוּצִיא לְשַׁכֹּר הֵם דְּבָרִים בְּרוּרִים וְהֵן הֵן דְּבָרִי ר"ת דַּס"ל גַּבִּי עֲנִי הַמְּהַפֵּךְ בְּחֻרְרָה דְבְּהַפְּקָר וּמְצִיאָה פִּינּוֹן שְׁאִינוּ מוּצִיא פְּזָה בְּמְקוֹם אַחַר שְׁפִיר דְּמִי וְאֵף הָאוֹסֵר מְעַרְוֵפִיא נְמִי אִין הַטַּעַם רַק מְשׁוּם שְׁעַפּו"ם לִוִּין שְׁכִיחֵי כַּמִּש"ל בְּשֵׁם הַגָּמ"ר וְאֵף לְפִי דַעַת רַש"י דְּמִשְׁמַע דַּס"ל הֵתָם דְּאֵף בְּמְצִיאָה וְהַפְּקָר נִקְרָא רַשְׁעַ הַיִּינוּ דְּנִקָּא בְּלוֹקַם אוֹתוֹ דְּבָר עֲצָמוּ שְׁמַהפֵּךְ בּוֹ חֲבִירוֹ מִשָּׂא"כ בְּזָה שְׁלֹא נִדְחָה לְגַמְרִי.

אֲמַנָּם בְּלֹא"ה אֲנִי קִי"ל כַּר"ת וְדַעֲמִיָּה בְּהָא וּכַמ"ש בְּשׁו"ת רַש"ל וְהַחֲזִיקוּ בְּסְבָרָא זֹו פֶּל הָאֲחֵרוֹנִים: וְכַדְבְּרִי אֵלָה מְבֹאָר בְּשׁו"ת הַגָּאוֹן מְנַחֵם עֲזַרְיָה סִימֵן ס"ז וַו"ל מַה שְׁאֲמַרְנוּ דְכִי לֹא נִקִּיט הַרְמָנָא וּפְסִק דְמִים אִידָךְ שְׁקָדָם וּנְטֵלָה נִקְרָא רַשְׁעַ לֹא אֲמַרוּ אֵלָא בְּמִקְחַ וּמְמַכֵּר פְּשִׁיטוֹת ר"ת שְׁהַרְבִּים מוֹדִים לוֹ בְּזָה דְאִי טָרַח אִידָךְ מְשַׁפַּח וְזַבִּין אֲבָל מְצִיאָה לֹא וּבְזַמֵּן שְׁהַנְהִיגוּ קַדְמוּנֵינוּ חֵרֵם הַיִּשׁוּב הָיָה רְשׁוֹת הַהַלְלוּנָא מְצוּי הַרְבֵּה בְּכָל מְקוֹם פְּמַפּוֹרְסִים אֲבָל הָאִידָנָא נִתְקַיֵּים בְּנוֹ בַּעוּה"ר וַיִּדַּל יִשְׂרָאֵל מֵאֵד וְאִין רְשׁוֹת הַהַלְלוּנָא אֵלָא פְּמוֹ מְצִיאָה הַבָּאָה בְּהִסְסַח הַדַּעַת דְּבָר שְׁאִינוּ מְצוּי כָּלָל וּכ"ש שְׁאִינוּ מְסַלֵּק אֵת חֲבִירוֹ דְּוּמֵיָא דְחֻרְרָה דְנוֹטְלָה מְמַנּוּ קְאָמֵר אֵלָא דְזָה מְלוּה וְזָה מְלוּה אִינוּ נִקְרָא רַשְׁעַ וְאֲפִילוֹ אַחַר שְׁהַחֲזִיק הָרֵאשׁוֹן בְּזַכּוּתוֹ אִם הוּא בְּמְקוֹם שְׁאִין תְּנַאֵי שְׁלֹא לְהַרְבּוֹת בְּמַלְוִים פְּמוֹ שְׁבִיאָרְנוּ בְּמְקוֹם שְׁאִין פְּרַעוֹן מַס אוֹ בְּמְקוֹם שְׁהַשְׁנִי נְמִי שְׁיָיָךְ בְּאוֹתוֹ מַס מְעִיקְרָא יְכוּל הַשְׁנִי בְּכָל זְמַן לֹוֹמֵר לְרֵאשׁוֹן אַתָּה עוֹשֶׂה בְּתוֹךְ שְׁלָךְ וְאֲנִי עוֹשֶׂה בְּתוֹךְ שְׁלִי כו' עכ"ל: וְדְבָרֵינוּ נְכֻחִים מֵאֵד וַיְדוּעַ שְׁדָרְךָ הַגָּאוֹן הַחֲסִיד הָאֱלֹקִי הֵן בְּנִגְלָה הֵן בְּנִסְתָּר לְשַׁנוֹת דְרָךְ קִצְרָה וְהַרְגֵּשְׁתִּי שְׁהַבְּלִיעַ בְּנַעֲמַת דְּבָרֵינוּ סְבָרָא זֹו אֲשֶׁר פֿתבנו לְמַעֲלָה דְכָל שְׁאִינוּ מְסַלֵּק אֵת חֲבִירוֹ וְנִכְנָס בְּמְקוֹמוֹ מְמַשׁ כְּהוּא דְחֻרְרָה רַק שֶׁהוּא עוֹשֶׂה בְּתוֹךְ שְׁלוֹ וּמִמִּיל' מַגִּיעַ לִידּוֹ אַע"פ שְׁמַתְחֵלָה הָיָה זֶה מוּכָן לְחֲבִירוֹ מ"מ יְכוּל הוּא לֹוֹמֵר אֲנִי עוֹשֶׂה בְּתוֹךְ שְׁלִי וּכַמ"ש: וְעוֹד אֲנִי אוֹמֵר דַּבְּנ"ד אִין לְפַקְפֵּק בְּהִיתֵר כָּלָל לְשׁוּם פּוֹסֵק שְׁפַעוּלָם שְׁהָרִי הַדְּבָר יְדוּעַ שְׁמַצַּד דִּין הַמְּלָכוֹת פֶּל אַחַד יְכוּל לַעֲשׂוֹת לוֹ פְּרַנְסָה בְּמְקוֹם הַמְּוַכָּשֵׁר לוֹ בְּיַתֵּר שְׁאֵת וַיִּתֵּר עֲזוֹ אֵף שְׁחֲבִירוֹ רְצִים אַחֲרֵינוּ וְאִין מַגִּיעִים אוֹתוֹ וּבִין יִשְׂרָאֵל וּבִין עַפּו"ם יְכוּל

לעשות פן ואם הנה בא עכו"ם להעמיד חנות בראש כל דרך מי הנה מוחה בידו וכי בשביל שנה ישראל פשר וכאן מצא מקום חנותו הפסיד.

נדבר זה מתורתו של הגאון מוהרשד"ם למדנו שכתב בשו"ת חלק ח"מ סימן ת"ז ונ"ל והטעם שנוכל לומר והוא האמת שדינים אלו וכיוצא בהם שמצינו בגמ' ב"ב וקה"א הפוסקים ז"ל גם בחבורי השו"ת הנה בזמנים ההם שהיו היהודים קצתם פחת שר א' וקצתם פחת שר אחר: אבל במלכות הנה הרחבה יר"ה שפותחים עתה לכל באי עולם וכולנו כו' נראה שאין דינים אלו נוהגין על הדרך שהנה נוהג בזמנים ההם ובאותן המקומות וראה לדבר אנגורה שיש שם סוחרים הסופיש ואין ישראל שם אשר מוחים ביד מי שרוצה לקנות עד שעלה מה שהנה שנה א' או שנים או יותר וכן מצרים ושאר מקומות מהמלכות הנה והטעם שאינם יכולין למחות ביד התורגמנים ויתר הגוים למה תלקה מדת הדין על ישראל וכי מפני שאני זכר הפסדתי וכ"ש שדין המלכות פן הוא שכל סוחר יוכל לסחור בכ"מ שירצה לכו' נ' שא"א למחות ביד שום ישראל כו' מ"מ יכולין לומר אין פורעניות בא לעולם אלא בשביל ישראל כי אין עין גדולי הארץ כ"א על היהודים וא"כ נראה בעיני טוב ויש עכ"ל: וכ"כ בסימן תמ"א ונ"ל ועוד אני אומר כי בשלמא באותן המקומות הנה פת שנה למחות ליהודים כמו לגוים אבל תושבי אסקופ' אין פת בידם למחות לא בערלים מוכרי אלו ולא לישמעעלים העל זאת תאפק ד' שמפני שאני זכר הפסדתי שאם יבואו כל בני נכר יקנו עורות או מה שירצו פרוצונם ואין מוחה בידם ועדת ישראל ילקה מדת הדין עליהם חלילה ועתידיים ליתן את הדין וד' יכפר אם ח"ו לא ישובו מדרךם הרע עכ"ל הרשד"ם.

עיניך הרואות דהרשד"ם שם מייירי בכני עיר אחרת הבאים להסתחר דמדינא דש"ס מצוי מעכב בידם משום טעמא דפסקו לחיותינו ואפ"ה ס"ל פיון שאין בידם למחות לעכו"ם הבאים לשם בשביל שהוא ישראל לא גרע ומכ"ש אם דין המלכות הוא כן וא"כ דבר פשוט דק"ו בנ"ד שאין יכולין עכב ע"י: וראיתי בשו"ת הרשד"ם סימן רנ"ט שכתב בעובדא שהמלך השפיר ב' בתי ריחיים מים שבוטאין בהם הבגדים בגדי צמר הנקראים באטניש ליהודים העושים במלאכה בסוף מה והשוכר הראשון החזיק בה כו' ואחר שנים מכר חזקתו לאחר ואחר לאחר זה חמשים שנה ואין פוצה פה לסלק חזקה זו מבעלים גם לא נעשה בטאן אחר בכל הזמן הזה ועוד שקמו תוגרים לשכור הבאטניש וזה בעל החזקה השתדל להצילם מידם ויהי היום נפל הפשר בין בעלי החזקה ובעלי הבגדים ונתפשו בניהם בתנאים כו' ועתה מקרוב קם שמעון וקנה מקום באיזה מקום רחוק מהבאטניש הראשונים לעשות באטאן חדש והמתזיק בבאטניש הראשונים מעכב על ידו וע"ז השיב מתחלה מחמת התנאים כו' והאריך והעלה דמחמת התנאים והסכמה אין רשות להם לעשות באטאן אחר שום דבר ועוד שיש פת להראשון לעכב כו' עני המהפך בחררה כו' ותיירץ בתיירץ שני דמייירי בנדג מת והדגים מתאספים כו' ויכול לומר תוכל לעשות פן במקום אחר מפאן נראה דבנ"ד מעכבין למי שירצה לבנות בטאן אחר חדא דהוי עני המהפך כו' ועוד דטרח בה טובא כמ"ש מהריק שורש קל"ב כו' ועוד דשניירך לומר טוענין ליורש כו' וא"כ י"ל שהראשון עושה תנאי שלא יעשה באטאן אחר באי רודש כו' וכ"ש דאיכא רגלים מוכיחות שזמן רב פנה לא נמצא אחד מישראל ולא משאר אומות שיקום ויבנה באטאן אחר והדעת נותן והשכל גוזר שאלו הנה פת בידם הנה

עושים כו' וזה אני אומר שפשוט והוא דבר שאין בו ספק שלא עלה בדעת המלך לעשות
בטאן אלא שיהודי הראשון המציאו וטרח להוציא אל הפועל ומכח זה נתרבו הבגדים
ועושין אותם והוי ממש כהוא דכתב רבינו מאיר בהביא דג מת ומסבתו מתאספים
הדגים דהבא לפרוש מצודה הוי גזלן ה"נ עשיית באטניש הוא הדג המת שבשבילם
עושין הבגדים והמאנטיש ומתאספי' והוי פאילו כבד זכה בהם והבא להמציא בטאן אחר
צריף לפתות לעושי הבגדים שיתנו לו והוי גזל בינדם שיש עתה כ"כ שפל הבגדי'
והמאנטיש נעשים באלו הבאטניש דומה זה ממש למ"ש הרשב"א בתשובה הביאה הב"י
בחיט שקהיה רגיל אצל עירוני כו' א"כ בנ"ד נמי זה רגיל כמה שנים וזה הבא לבנות הנה
צריף לבנות ואח"כ לפתות לבני אדם יתנו לו בגדים והוי כמו גזל את חברו כמה שזכה
כבד כו' עכ"ל: והנה העתקתי לשון השאלה והתשובה הנוגע לענין שלנו למען תשפיל
ותדע מן מוצא דבר כמה גבהו דרכי ענין זה מדרכינו ושאלותינו ואנקיט קצת מהם ודא
דהתם גם עפ"ם לא הנה רשאי לעשות בטאן אחר כדמשמע התם ועכ"פ אין חוק ידוע
מהמלכות ואדרבא רגלים מוכיחות שקהיה תנאי עם המלך שלא יוכלו לעשות אחר וגם
טעמא דטרח כו' והוי בזה כבד מתא אבר מתא אחריתי דמעפב וגם דטעמא שרגלים
לדבר דתנאי הנה עם המלך כו' וגם טעמא לפי שהוא הנה הממציא הראשון ובשבילו
מתאספים שם כו' ויש כ"כ שנים שנעשים הבגדים אצלו ולדגים דיהבי סיארא דמי וכמו
שהביא עלה מההוא דהרשב"א שהוא דין מערופיא וזה מבואר מהא דמייחתי ראיה מדברי
ר"מ גבי מצודת הדג ועלה דההוא אמרי' שאני דגים דיהבי סיארא הא אי לאו האי טעמא
אף ע"פ שהוא נתן את הדגה אשר ביאור מתה ובסיבת זה מתאספים אין בכך פלום וגם
נראה מדבריו ששמעון יכול לעשות כנה במקום אחר לא באי רודיש שקהרי הביא ראיה
מההוא דר"מ דמסיים בה להדיא ויכול לומר לו תוכל לעשות פן במקום אחר הרי מבואר
דאי לאו האי טעמא למציאה והפקר דמ' כמבואר בתוס' להדיא שם.

ומ"מ אפשר דדברי הרשד"ם א"ש אף אם א"א לו לעשות במקום אחר כ"א באי רודיש
לפי המבואר שם שעושי הבגדים הם ישראל וע"כ לא התירו המתירים במערופיא כ"א
בעפ"ם משום דנכסי עפ"ם כו' ובזה תלוי אם יכול למצוא פן במקום אחר או לא ואיך
שיהא בזה מ"מ בנ"ד דליכא הני טעמי פלל ובפרט שבנ"ד אם הנה בא עפ"ם לעשות
כנה וגדולה מזו לא הנה מי שמוחה בידו כי כן דבר המלך שיכול כ"א לעשות בשלו
ועכ"פ פכל הגוים בית יהודה חשובים וכמ"ש מהרשד"ם וכי בשביל כו' ואין לפקפק
בדבר זה פלל: ונהדר לרישא דבגוונא דנדון דידן ליכא מאן דאסר דהא הרבה מתירין
אפי' במערופיא ואפי' מאן דאסר היינו משום שהוא רגיל אצלו והרשב"א מדמי לה
למפירי כהונה והרב ר' יוסף ט"ע מדמי לה לדגים דיהבי סיארא והיכא דליכא למימר
הכי כ"ע מודים דשרי: ובתשובתי הראשונה הקשיתי לשאול על פל הפוסקים שהשמיטו
הך דינא דמרחיקין מצודת הדג.

ועתה ראיתי שיש ליישב זה דהש"ס דבעי לסיועי לדר"ה ואפתי לא ידע דאיכא פלוגתא
דתנאי בהא א"כ הנה קשה על מאן דפליג אר"ה דהך ברייתא מסייע לר"ה ולכך דחי
ליה שאני דגים דיהבי סיארא משא"כ למאי דמסיק תנאי הוא ס"ל להש"ס דלא מסתבר
לחלק בין יחיב סיארא או לא דסתמא קאמר ר"ה בריה דר"י אבר מבואה לא מעפב
ומשמע אף בגוונא דדגים נמי לא מעפב ולא מסתבר ליה לדחוקי בהכי למפלג בין יחיב

סְיָאָרָא אוּ לֹא אֶלָּא בְּפִשְׁיטוֹת מוֹקִי לֵהּ לֵהֵךְ בְּרִינְתָא כְּרִישְׁבָּ"ג דְּאָמַר אַף לְשְׁכִינּוּ כּוֹפְהוּ מִשָּׂא"כ לְדִידִין דְּקִי"ל כַּר"ה בְּרִיָּה דַר"י גַּם בְּמִצְוֹת הַדָּג א"צ לְהִרְחִיק דְּלֹא אִיכְפֵּת לָן בִּיהִיב סְיָאָרָא: וּבְהִכִּי א"ש שִׁיטוֹת הַמַּתִּירִין מְעַרְוּפִיָּא וְלִכְאוּרָה שְׁפִיר קָאָמַר הַר"י ט"ע דְּהָא דְּמִי לְדָגִים.

וּלְפַמ"ש א"ש דְּלִידִין דְּקִי"ל כַּר"ה בְּרִיָּה דַר"י לֹא קִי"ל הִכִּי רַק בַּס"ד דְּאֶפְתִּי לֹא יָדַע מִתְּנָאֵי הַנְּצָרָה לְדַחֲוִי בְּהִכִּי וּלְפ"ז כָּל גְּדוּלֵי הַפּוֹסְקִים הַרִי"ף וְהַרְמַב"ם וְהַסְמ"ג וְהָרָא"ש נְטוּר וּש"ע שְׁלֹא הַזְּפִירוּ הֵךְ דִּינָא דְּמַרְחִיקִין מִצְוֹד' הַדָּג פּוֹלְהוּ ס"ל לְהַתִּיר בְּמַעְרוּפִיָּא וּמְפִשְׁיטוֹת דְּבָרֵי הַפּוֹסְקִים מְבֹאָר דְּמֵאֵן דַּס"ל לְהַתִּיר בְּמַעְרוּפִיָּא מִתִּיר אַף אֵי מוֹדָה בְּהֵךְ דִּינָא דְּדָגִי וְלִקְמָן אֶבְאָר בְּזָה לְדַעַת ר"ת.

אַף בְּאֶמֶת אַף בְּלֹא שִׁיטַת ר"ת ס"ל לְהַמַּתִּירִין דְּלֹא דְּמִי לְדָגִים דְּהֵתָם הָוּה פְּאֵלוּ נִלְכַּד כְּבָר מִשָּׂא"כ בְּזָה שְׂאִין בְּטוֹחַ עַל מִשָּׂא וּמִתָּן דְּלִהָבָא וּכְמִש"ל בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת מ"ב: וּלְפִי"ז י"ל דְּאִין רְאָה מְשׁוּ"ת רַמ"א לַנ"ד אַף לְפִי מַה שְּׁרָצָה רַמ"א לְפָרֵשׁ דְּבָרֵי הָאֲבִי אֶסְף מְשׁוּם דְּהוּי בְּרִי הַזִּיקָא מְשׁוּם דְּלִכְאוּרָה צָרִיף יִשׁוּב מ"ש שֵׁם בְּרִיא הַזִּיקָא דְּהָא אִין פְּאֵן הַזִּיק רַק מְנִיעַת הַרְיֹנַח לְבַד.

אַף י"ל לְפִי מ"ש בְּהָא דְּאוּקִי רִיחְיָיָא פִּינּוּן שְׁלֹא הִנָּה שֵׁם רַק רִיחְיָיָם אַחַת וְכוּלְהוּ לְגַבִּיָּה הוּוּ אֲזִלִּי כְּמַעְרוּפִיָּא דְּמִי וּכְמִש"ל מִתְּשׁוּבַת הַרְשָׁד"ם ג"כ וְהַלְכָּה בְּהָא עֲנוּבָדָא דְּאֲבִי אֶסְף נְמִי שְׁמַתְחִלָּה לֹא הִנָּה שֵׁם רַק רְאוּבֵן לְבַד וְהַעֲפוּ"ם הַלוּוִין מְעַרְוּפִיָּא דִּידִיָּה נִינְהוּ: וּבְהִכִּי א"ש מ"ש דִּינָא הוּא דְּמַעֲכָב עַלְיָה כַּדַר"ה וּלְפִי פִּירוּשׁ רַמ"א מֵאֵי קָאָמַר כַּדַר"ה דְּהָא ר"ה אַף בְּלֹא בְּרִי הַזִּיקָא אוּסַר וְצָרִיף לְדַחֲוִק לִיִּישֵׁב הַלְשׁוֹן לְפ"ז.

אַף לְפַמ"ש א"ש דְּוֹדָאֵי ר"ה דַּס"ל דְּקָא מְעַכָּב מְשׁוּם דְּפִסְק לְחִיּוּתָהּ לֹא ס"ל הֵךְ סְבָרָא דְּאֵנִי עוֹשֶׂה בְּתוֹף שְׁלִי כו' וּלְפ"ז הָוּה כְּמִזִּיק לְחַבְרֵוּ דְּהָא דְּמִי לְמַעְרוּפִיָּא וּמִיָּתִי סִינְעֵתָא מְדָגִים וְנְדָחִי מְשׁוּם דִּינְהִיבֵי סְיָאָרָא וְהָוּה פְּנִלְכַּד כְּבָר מִשָּׂא"כ הִכִּי שְׂאִין בְּטוֹחַ עַל לְהָבָא וְר"ה בְּרִיָּה דַר"י נְמִי ס"ל דְּדְּמִי לְמַעְרוּפִיָּא דְּלָכָה מְבַעֲרָא לִיהַ בְּבַר מְבוֹאָה אַחְרֵינָא דְּלָמָּא מְצִי מְעַכָּב רַק דַּס"ל פִּינּוּן שְׂאִין הַהִזְק בְּרוּר דְּמִי שְׂבָא אֶצְלוּ יָבֵא כו' וְהַלְכָּה ס"ל לְרַמ"א בְּדַעַת אֲבִי אֶסְף דְּבַכָּה"ג דְּאִין גּוֹי יָכוּל לְעַבּוֹר כו' הוּי בְּרִי הַזִּיקָא וְהִינּוּ דְּמִיָּתִי עַלְיָה כַּדַר"ה כו' ר"ל דַּעַכ"פ אָנוּ לְמִידִין מַדַר"ה דְּכָה"ג הַזִּיק מְקַרִּי וְאֵם פֶּן אַף דְּקִי"ל כַּר"ה בְּרִיָּה דַר"י דְּפִלִּיג עַלְיָה הִינּוּ הִיכָּא דְּאִינוּ בְּרִי הַזִּיקָא שְׁנַתָּן לְהַכְרִיז שְׁיֹזִיל זָהָב טְפִי כו': וּלְפִי"ז א"ש מַה שְּׁהַשְּׁמִיט הַרְמ"א דִּינוּ דְּאֲבִי אֶסְף בְּהַגָּתַת הַש"ע אַע"פ שְׁפַתְב בְּתְשׁוּבָה יִשׁוּב לְדַבְרֵיו וּלְפַמ"ש א"ש דְּגַם רַמ"א מוֹדָה דְּלֹא קִי"ל פְּאֲבִי אֶסְף בְּמַה שְּׁסוּבַר שְׁזָה דוּמָה לְמַעְרוּפִיָּא וְשֵׁם הַזִּיק עַלְיוּ דְּבְאֶמֶת ז"א דְּהָא גְּדוּלֵי הַפּוֹסְקִים ס"ל דַּלְר"ה בְּרִיָּה דַר"י אַף כַּה"ג דְּדָגִים נְמִי שְׁרִי וּכ"ש בְּמַעְרוּפִיָּא וּכְמִש"ל וַא"כ אִין שֵׁם הַזִּיק עַלְיוּ כָּלִל וּמ"מ מִיָּתִי שְׁפִיר רְאָה מְדַבְרֵיו לְעַנְּוּ זֶה דְּהִיכָּא דְּשֵׁם הַזִּיק עַלְיוּ וּבְרִיא הַזִּיקָא כ"ע מוֹדוּ דְּאֶסְרוּר וּבְנִידוֹן דְּהַרְמ"א בְּוֹדָאֵי הִנָּה לֹא"ז הַגָּאוֹן מוֹהַר"ם מְפַדְנוּאָה ו"ל הַזִּיק גְּדוּל אֵם הִנָּה הִנְעִנְטְלוּמַר הַשְּׁנִי מְדַפְּיִס וּמוֹזִיל בְּמַקְח וּלְכָה שְׁפִיר לְמַד מֵהוּא דְּהֵתָם דְּבָרֵי הַזִּיקָא כ"ע מוֹדִים אֶלָּא דְּבְמַקוֹם שְׂאִין שְׁיִיף הַזִּיק גְּמוּר כְּהַלְנוּאָת רִיבִית וּכְיוּצָא בּוּ רַק שְׁנֵאמַר דְּהוּי כְּהַזִּיק מְשׁוּם שְׁדוּמָה לְמַעְרוּפִיָּא בְּזָה חֲלוּקִין עַלְיוּ גְּדוּלֵי הַפּוֹסְקִים וְהָאֲבִי אֶסְף יַחֲיַדָּה הוּא וְלִית הַלְכָּתָא פְּנוּתָהּ וַא"כ קָם דִּינָא וְאִיתְבְּרַר דִּינָא דְּאַף הַרְמ"א גּוּפָא לֹא

קאָמער אַלאַ בַּמקום דאָיפֿאָ הַיִּזק וּלְדִידוֹן דָּלָא חֲשָׁבִינוּ לִיהָ כַּמְעָרוּפִיא וּמכ"ש לַפּמ"ש לַקִּמּוֹן דְּהָקָא וּדְאִי לָאו מַעְרוּפִיא נִינְהוּ דְהָא עֵיקָר חֲשָׁשָׁא דִידִיָּהּ הוּא מִשׁוּם יוֹם הַשּׁוּק א"כ גַּם רַמ"א מוֹדָה דְלֹא שֵׁינָהּ דִּינָא דְבָרֵי הַיִּזְקָא כָּלֵל בַּכּה"ג: וְהִנֵּה עָלָה דְתִשׁוּבַת מַהֲרֵשֶׁד"ם שְׁהַבְּאֵתִי לְעִיל מְצֵאתִי בְּשׁו"ת פְּנֵי מִשָּׁה שְׁעָמַד עָלָיו וְז"ל הַשׁו"ת פ"מ ק"א ס"א ל"ט בְּעֵינָן סְרִסְרָאוֹת הַמְּשִׁי שְׂבָא אֶחָד לְהִיּוֹת סְרִסוֹר וְצַעֲקוּ אַרְבָּעָה הֶרְאִשׁוּנֵי שֶׁהוּא מְסִיג גְּבוּלָם וְהַשִּׁיב דְּכִינּוֹן שֶׁהוּא מְתוּשָׁבֵי הָעִיר לֹא מְצִי מְעַפְכֵי עָלָיו וְכו' וּמָה גַם לְפִי דְבָרֵי מַהֲרֵשֶׁד"ם דְּכָל דִּינָא דְבַר מְתָא אֲבָר מְתָא מְצִי מְעַכְב הֵינּוּ דְנוֹקָא בְּזַמְנֵימָּה הֵהֵם כּו' אֲבָל בְּמַלְכוּת הַזֶּה שְׁהַפְּתַח פְּתוּחַ לְרוֹנוּחָהּ לְכָל בְּאִי עוֹלָם כּו' נָקוּט מִיָּהּ דְלְדְבָרֵי מַהֲרֵשֶׁד"ם אֵלּוּ דְבַמְדִּינוֹת מַלְכוּתֵינוּ זֶה לֹא שֵׁינָהּ הֵהוּא דְבַר מְתָא אֲבָר מְתָא אַחֲרִיתָא כּו' וּק"ו ש"א צ"ל לְזֶה אָף שֵׁישׁ מְקוּם לְהַסְתַּפֵּק פִּינּוֹן דְמוֹכְרֵי הַמְּשִׁי מִפִּירֵי הַד' שְׁתַּפִּין שְׂכִיחֵי גְבִיָּהּ זֶה זְמַן מָה הו"ל כִּי הוּא דְתִשׁוּבַת הַרְשָׁב"א כּו': אָף דְבַאֲמַת צ"ל דְרָאֲנִית הַרְשָׁב"א לָאו גְמוּרָה הוּא כַּמ"ש בְּשׁו"ת מַהֲרֵש"ך דְּגָרַע נִדְוֹן דְהַרְשָׁב"א מָהָא דְמַרְחִיקִין מְצוּדַת הַדָּג גַּם רָאִיָּה הַב' מְפָרֵק י"ג לָאו רָאִיָּה הוּא דְהֵתָם שְׂכָכָר נִשְׁחַטָּה הַבְּהֵמָה בְּחַיֵּי אַבְוֵהוֹן כּו' אֲבָל בְּעוֹבְדָא דְהַרְשָׁב"א בְּמַלְאֲכַת הַסִּיט דְהוּא דְשַׁלְב"ל וּמ"ה לֹא הָיִי כַּמְטָא לִיד הַסִּיט הָא' וְהוּא חֲזִילוֹק מַהֲרֵש"ך בֵּין הֵהוּא דְמְצוּדַת הַדָּג וְעוֹד י"ל דְהֵתָם בְּפָרֵק י"ג כְּתָבוּ הַתּוֹסֵפ' לְפִי שֶׁהוּא מְתָנָה מוּעָטַת נְאִין יְכוּל לְחַזֵּר בּוֹ לְכַף מְקָרֵי הַפְּהוֹן מְנוֹחָק א"כ בְּהֵהוּא דְעִירוֹנֵי שֶׁהוּא עַפּו"ם לֹא שֵׁינָהּ זֶה.

וְעוֹד דְהֵתָם אֶפְשָׁר דְלֹא הָיִי כַּמְטָא לִידִיָּהּ כִּי פִיָּהּ כּו' וּלְכַף לֹא מִיָּתִי אֵלּא כְּדָמוֹת רָאִיָּה וְדוֹקָא לְעֵינָן לְמַחֲוֹת וּלְגַעוֹר בּוֹ. אָף גַּם בְּזֶה אִין דְבָרֵי הַרְשָׁב"א מְסַכְּמִים: וְהַמְרָדְכֵי כְּתַב יֵשׁ מְקוּמוֹת שְׁדִנִּין דִּין מַעְרוּפִיא וְיֵשׁ מְקוּמוֹת שְׁאִין דְנִין וּמַתִּירִין כּו' א"כ בְּמְקוּמוֹתֵינוּ אֵלּוּ שְׁאִין מְקַפִּידִין בְּזֶה וְכִיּוֹצֵא בְּזֶה לֹא קַפְדִּינִין עָלָיו דְרַבֵּי יִשְׂרָאֵל מִשׁוּם הָא וְלֹא מְצִי לְעַפּוּבֵי עָלָיו גַּם טַעַם דִּין עֲנֵי הַמְּהַפֵּה כּו' דְסְרִסְרָאוֹת הָיִי כַּמְצִיאָה וְהַפְּקָר דְלִר"ת שְׂרִי וְאָף לְרַש"י כּו' וּמ"ש מַמְהַר"מ דְדִין דְמְהַפֵּה לִיתָא אֵלּא בְּשְׂכָכָר פְּסָקוּ הַדָּמִים כּו' וְכֵן מַהֲרִי"ק פְּסָקָה לְהָא מְקִלְתָא וְכֵן נִרְאָה מְהַמְתִּירִין מַעְרוּפִיא דִי"ל דְהו"ל מְהַפֵּה א"ו דְבַכּה"ג לֹא שֵׁינָהּ זֶה א"כ נ"ד נָמִי דְהָא כָּל סְרִסְרוֹת וְסְרִסְרוֹת דְבַר חֲדָשׁ הוּא כּו' וְאָף ע"ג דד' סְרִסְרוֹת אֵלּוּ הָיִי כָּל אֲנֻמְנוֹתָם סְרִסְרוֹת וּמִשְׁמַע מְדָבְרֵי הַתּוֹסֵפ' ב"ב לְחַד תִּירוּצָא בְּאוּמְנָתוֹ בְּכַף מְקָרֵי טְפִי עֲנֵי הַמְּהַפֵּה וְהַטַּעַם מְפָנֵי שְׁאֵם אֲנֻמְנוֹתוֹ בְּכַף א"כ הָאֲחַר שְׁרוּצָה לְעֵשׂוֹתוֹ קְפָסִיק לְחִיּוּתָהּ וּכַמ"ש ב"ש ג' רִישׁ הָאוּמֵר כּו' נִרְאָה דְהַתּוֹסֵפ' הַנּוֹצָרְכוּ זֶה לַס"ד דְלֹא יִדַע מְחִילוֹק דְשְׁאֵנֵי דָגִים וּכַמ"ש מַהֲרֵש"ך וּלְפִי הַס"ד דְאֵתִי לְסִיּוּעֵי לִר"ה אֵהָא קְאָמְרֵי אַע"פ שֶׁהוּא שֶׁל הַפְּקָר פִּינּוֹן דְאֲנֻמְנוֹתוֹ בְּכַף מְרַחֲיקִין דְפָסִיק חִיּוּתָהּ אֲבָל לְפִי הָאֲמַת דְקו"ל כר"ה בְּרִיָּה דר"י א"כ אַע"ג דְאוּמְנָתוֹ בְּכַף לֹא הִנָּה מְרַחֲיקִין הַמְצוּדָה אִי לָאו מְטַעֲמָא דְדָגִים יְהִיבֵי סִיָּאָרָא וְתַמְהַנֵּי עַל מַהֲרִי"ק שְׁוֹרֵשׁ קל"ב דְתַפְסֵי תִירָץ זֶה דְהַתּוֹסֵפ' וּמְחַנּוֹרְתָא דְמַהֲרִי"ק אֲשָׁאָר טַעֲמָא סְמִיָּהּ וּא"כ בנ"ד דְלֹא שֵׁינָהּ פְּסָק חִיּוּתָהּ פִּינּוֹן שֶׁהֵם בְּנֵי עִיר א' כּו' א"כ אָף אִם אֲנֻמְנָתָם בְּכַף אִינוּ מַעְלָה וּמוֹרִיד וְאָף דִּין עֲנֵי הַמְּהַפֵּה לֹא שֵׁינָהּ כְּדָכְתִּיבְנָא: וְאָף שְׁמַהֲרֵשֶׁד"ם בַּח"מ ס"א רנ"ט בְּעֵינָן הָאִישׁ שֶׁהִתְחַזַּק כְּבַאֲטָנִישׁ כַּמָּה שָׁנִים וְאַח"כ בָּא חֲבִירוֹ לְעֵשׂוֹת גַּם הוּא בְּטָאָן אַחַר מִיָּחָה בְּדָבָר הַרְבֵּה וְהַעֲדִיפוּ לְרֵאשׁוֹן יוֹתֵר מִדִּין עַנ' הַמְּהַפֵּה בְּחֶרֶב כּו' וְדוּמָה אוֹתוֹ לְגַזַּל ע"ש מ"מ נִדְוֹן דִּידוֹן לֹא דְמִי לְנִדְוֹן דִּידִיָּהּ מְצַד רַבּוּי הַטַּעֲמִים שְׁפַתְבִּי שֶׁם ע"ש הָעוֹלָה מְהַקְנֵץ דְאִין בְּיַד

הד' סרסורין למנוע לרבי ישראל מלהתעסק בסרסרות המשי עכ"ל: וידוע ומפורסם כי זה האיש משה גדול מאד ואור תורתו הנה זרחה בק"ק קושטנדינא והגאון המובהק בעל משנה למלה משתבח טובא בגוניה.

ומדבריו למדנו כמה דברים תדא דלפי מ"ש מהרשד"ם במלכותינו זה כו' אפ"ל אבר מתא אחריתי אין לעכב גם נלמוד מדבריו דהרשב"א נמי לא החליט במערופיא לאיסור גמור שהרי ראיתו אינה ראיה גמורה רק דמות ראיה ולכך ס"ל דאין מוציאין מידו גם כתב שבמקומות מושבותיהם אין דנין על דין מערופיא כלל וא"כ נראה דגם במקומות אלו הוי הכי וכמש"ל בשם רש"ל וחוות יאיר גם ס"ל דלא שנייה עני המהפך בסרסרות פיון דמחוסר פסיקת דמים א"כ נ"ד פשיטא דלא הו"ל דין עני המהפך בתורה.

גם ס"ל דאפ"ל אומנותו בכך לא איכפת לן כלל לפי מאי דקי"ל כר"ה בריה דר"י וילקמן אבאר בזה: גם כתב דאין ראיה משו"ת מהרשד"ם סי' רנ"ט דהתם החמיר עליו מצד רבוי הטעמים שכתב שם ור"ל שמצד טעם זה דהו"ל עני המהפך כו' לא הנה אוסר עליו וא"כ בנ"ד נמי הא ליכא הני טעמי וכבר כתבתי לעיל תשובת מהרשד"ם בזה ע"ש דמדין מערופיא אתי עלה וס"ל דהוי כמו פבר זכה בו וא"כ לפי מ"ש הפ"מ דאין נוהגין שם בדין מערופיא ממילא דאין ענין לתשובת מהרשד"ם כלל: והנה בהך דעני המהפך דעת רש"י דאפ"ל במציאה והפקר נקרא רשע ור"ת והרבה פוסקים ס"ל דבמציאה והפקר לא מיקרי רשע והרמב"ן החזיק בדעת רש"י וכתב בחידושו לב"ב דף נ"ד דמה שאמרו לענין פאה מעבירין אותו הימנו מפני שכל העניינים מהפכין פמותו אחר הפאות ולא הוא בלבד מחזר אחריו וכ"כ הר"ן ב'פ' האומר בשם הרמב"ן ולפ"ז מבואר דע"כ לא אמרינן דנקרא רשע כ"א פשוטה מחזר לקנות דבר אחד של הפקר ואין אחר שיחזר אחר דבר זה משא"כ בדבר שהכל מחזרין למצוא כזה בשביל שקדם זה ומצא לא נקרא חבירו רשע שזריז יותר בדבר לקחתו ולפ"ז הדבר ברור לדעת רש"י והרמב"ן ודעמייה אין זה ענין כלל לעושה חנות וריחיים וכיוצא בו ומותר גם חבירו לעשות לו כל השמשין שאפשר לו לעשות כמותם לצורך פרנסתו דגם זה מחזר למצוא פרנסתו ע"י ריחיים וחנות וכיוצא בו אע"פ שזה היפך בה תחלה וק"ו הדברים דהא גבי פאה מותר ליקח אפ"ל אותה דבר עצמו שהיפך בה זה פיון שגם אחר מחזר עליו בשביל שעה קלה שקדם זה ומיהר למצוא היום לא חל על חבירו איסור אם הוא זריז ומקדימו בקנין וק"ו בדבר שזרפו לחזר וחבירו קדמו והוא עושה בשלו כדרך שעושה חבירו דפשיטא דאין כאן בית מיוחד: אף נראה דלדעת הרמב"ן במערופיא שפיר נקרא זה מהפך בתורה שהרי הוא מחזר אחר עפ"ם זה והוי כמחזר אחר חררה לקנות מן ההפקר אף דעת ר"ת דבהפקר אין לו דין מהפך כלל פיון שזה א"א לו למצוא פן במקום אחר והתוספ' ר"פ האומר כתבו להקשות מהא דמרחיקין מצודת הדג אף ע"פ שהוא של הפקר וכתבו הטעם משום שהוא יורד לאומנות וכדאמרינן האי בר מבואה כו' ועוד אומר רבינו מאיר אביו של ר"ת דמייירי בדג מת שפן דרך הדייגין להושיב במצודה דג מת וכיון שזה פירש תחלה וע"י מעשה שעש' מתאספים סביב אם הנה חבירו פורש הני פגוזל לו ויוכל לומר לו תוכל לעשות פן במקום אחר עכ"ל: והנה אא"ז מהרשב"א ז"ל פירש דאף ע"ג דהדגים חיים שרוצה לצוד עדיין הפקר הם מ"מ ע"י מעשה זה נתאספו ולא הני כהפקר ול"ק להו אלא לפרש"י שפי' מן הדג דהיינו צייד שנתן עיניו בדג ששהפיר חורו כו' דהנה כהפקר בעלמא עכ"ל

ואני אפר תחת כפות רגלי אא"ז ו"ל שלענ"ד פונת התוספ' בזה כמו שאבאר שהם הקשו
מהם דמרחיקים מצודת הדג כו' דאלמא אף בדבר הפקר צריף להרחיק ובב"ב תירצו
בזה משום שזה יכול לפרנס מצודתו במקום אחר וכאן לא ניחא להו בתירוץ זה פיון
דמירי שפירש מצודתו על דג מיוחד שהפיר חורו ס"ל דלא שייך זה שילך במקום אחר
דשמא לא ימצא שם וכ"ה במהריק שורש קל"ב על דברי התוספ' דדלמא לא משפח דג
במקום אחר ואת"ל דמשפח מי יימר דמשפח דג גדול ושמן פזה דבכל ענין פסיק ותני
דמרחיקין ואפי' הנה גדול פי הנהו דחזא רבה בר בר חנא כו' ע"ש ולכך תירץ רבי מאיר
דמירי בכה"ג שדמרחיקין מן הדג מת כו' דהשתא א"ש דלא דמי למציאה והפקר פיון
שיכול לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר ומה שהוצרך לומר פיון שזה פירש תחלה
ועי"ז מתאספין תחלה כו' היינו משום דקשיא ליה דבכה"ג שנותן דג מת במצודה לא
מסתבר קלל שיהא נאסרין כל מטילי ביאור חפה לר"ה דמוקי ריחיקים שאני שזה טרח
ועשה מעשה ועי"ז הנה דרפם של הצריכים לטחון לבא לשם וזה הפא בגבולו חשיב
כמזיק ממש משא"כ במצודה לזה אמר דגם במצודה שייכא סברא זו דע"י מעשה שעשה
מתאספין כו' ועוד אפטר לומר דבא לפרש להו פירושא הו דדגים דיהבי סיארא היינו
בכה"ג שע"י מעשה זה מתאספין שם ע"ש כנלענ"ד בפשט דברי התוס': והנה לסברת
ר"ת נראה שהספין ג"כ הריב"א פמבואר בתוס' דב"ב וכן הוא דעת רבי מאיר אביו
של ר"ת וכן דעת הר"י שם וכן דעת מהר"מ מרוטנבורג ותלמידו הרא"ש וכן דעת הטור
וכן דעת הריטב"א בקדושין דאם נטלה השני מן ההפקר נוטלה וזכה בה ואינו נקרא
רשע דחיי קודמי לכל אדם אימת ימצא הוא אחרת פיוצא בה מן ההפקר והיינו שהוא
דפאה כו' ועל הדבר הזה הוא מה שאמרו בבר מבואה דאוקי ריחיקא ואתא בר מבואה
אחריתי ואוקי גבי שאם הוא בן מבוי אחר הוא מעכב ע"י שזה כעין מקח וממכר הוא
והרי יכול הלה לילך ולבקש פרנסתו במבואות אחרות ולא יפסיד לזה שמשהו פאן אכל
לשכינו אינו כופהו דכיון שהלה דר במבוי זה אין מלאכתו מזדמנית לו יפה כמו במקום
אחר ואית ליה פסידא והוי פהפקר כו' וזה שישתו של ר"ת ו"ל והוא הנכונה כו' עד מפי
רבי גרו עכ"ל הריטב"א ו"ל וידוע שבכל מקום שפוחת סתם מפי רבי גרו הפננה על
רבי הרא"ה ו"ל: הדור אתם ראו דברים עתיקים יוצאים מפה קדוש גאונים הריטב"א
ו"ל אשר בכל מקום דבריו שקולים בשקל הקודש פידוע למעניין בספריו והורה גבר
דבאותו מבוי אין יכול לעכב לומר לה במקום פלוני שאין מלאכתו מזדמנת לו יפה ואית
ליה פסידא והוי פהפקר וכן מדברי הקדוש החסיד רבי יונה ו"ל שהבאתי לעיל והן הן
הדברים אשר פתבתי למעלה דבכה"ג לכ"ע אינו יכול לעכב עליו כל שא"א לו במקום
אחר והדבר ברור דאף אם ע"י זה נתקן ענינו בטוב יותר ומטו פסידא לאחרני א"צ
להשגיח עליו כלל שהרי יכול הוא לזכות אף באותו חררה של הפקר עצמה שהיפה בה
חבירו משום דחיי קודמין לכל אדם ואטו משום זה ידחה הוא ויקלקל לעצמו ויתקן
לאחרים ואם כן דבר ברור הוא דלר"ת וכל הגדולים העומדים בשיטתו פשיטא שאין
מקום לפקפק בהיתר כלל ולא יעלה על לב לעולם ולשיטת רש"י והרמב"ן גם כן פשיטא
דבכה"ג שהכל מחזירים אחריו שרי אפי' להיות זריז וליקח זה שהיפה בה חבירו כגון
בנפל על הפאה וא"כ הדבר ברור דבנ"ד דג"כ הפל מחזירים להעמיד להם חנות
לפרנסתם שאין מקום לעכב עליו וכל חכמי לב חלילה שיאמרו דבר פזה אשר אין לו

שחר: והנה לדברי ר"ת הסכים הרשב"א בחידושי לקידושין וכ"כ בשמו בשיטה מקובצת לב"ב דף נ"ד והרא"ש בפ"ד דפאה וכן גלענ"ד דעת הר"ן בפ' האומר שכתב מתחלה דעת ר"ת ואח"כ כתב והרמב"ן סובר בדברי רש"י וזו ששינונו לענין פאה כו' וכן דעת ר"ת ז"ל והוא תמוה לכן גלענ"ד שט"ס הוא וצ"ל ונ"ל דעת ר"ת ז"ל וכן מבואר בש"מ לב"ב דף ק"א בשם רבי יונה ז"ל וז"ל ונעני המהפך במציאה או בהפקר ולא זכה עדיין בדבר בהגבהה או במשיכה מותר לאחר להקדים לזכות בו ועשיר המהפך בתורה ובא אחר ונטלה ממנו אינו נקרא רשע שהעשיר מצוי לו בביתו או ליקח משכניו אבל אם היה מהפך בשדה או בבית לקנותו ובא אחר ולקחו ממנו נקרא רשע שאין הקרקע מצויה בכל שעה וכיון שהיה מהפך בקרקע זה לא היה לזה להקדים לזכות בה ולקנותו אלא ה"ל להמתין עד שיזדמן לו ליקח קרקע אחר שאין מקח הקרקע לזה צורך השעה ע"כ לשונו: ודברים אלו שכתב ועשיר המהפך כו' כתבם ג"כ הר"ן ז"ל בפ' האומר אחר שכתב דעת ר"ת נראה מזה כמ"ש שצ"ל ונ"ל דעת ר"ת או איזה הג"ה אחרת דהיינו שאחר שהביא דברי הרמב"ן כתב בשם גדול אחר דלא ס"ל פהרמב"ן וכתב ע"ז וכן דעת ר"ת ז"ל ומ"מ עשיר כו' ובש"ע סי' רל"ז פתב אא"ז רמ"א שהסבא ראשונה עיקר (דהיינו סברת ר"ת) ואפי' לסבא זו דוקא בעני כו' ועיין בסמ"ע שם מה שפירש בכונת הרמ"א והשיג על הע"ש: ולענ"ד במחילת מכ"ת הרמה והנשגבה שאין הפי' כמ"ש הם ז"ל אלא ר"ל ואפי' לסבא זו דהיינו סברת ר"ת ז"ל לדוקא בעני אז הדין פן דאם המהפך לוקח בדמים הנוטלה נקרא רשע משא"כ בעשיר כו' וכמש"ל בשם רבי יונה ז"ל והסמ"ע לישנא דהב"י אטעני' שלא העתיק וכן דעת ר"ת ז"ל אלא כ' ה' ומ"מ עשיר כו' אחר סברת הרמב"ן ז"ל והיה סובר פי זהו ג"כ מדברי הרמב"ן וכמבואר בסמ"ע שם וכן מצויין שם בפנים בהג"ה: אבל באמת ז"א דדבר זה אינו מתורתו של הרמב"ן כלל רק אשיטת ר"ת קאי דלדידה הדבר תלוי במצוי למצוא פנה או לא משא"כ להרמב"ן אין חילוק בין אם מצוי פנה או לא: אמנם העיקר כמ"ש דהר"ן קאי על דברי והם מדברי ר"י לעיל והוא פשוט והרי מבואר שרוב גדולי הפוסקים כר"ת וכ"נ דעת המרדכי בקדושין ובפ"ק דב"מ ובטור סי' קצ"ד לענין נכסי עכו"ם כו' כתב שהרשב"ם כתב שנקרא רשע וא"כ כתב דלא הוי רשע אלא במקור כו' וכתב הב"י דהרא"ש אזיל לטעמיה דס"ל דא"צ ליתן לו דמים וא"כ ה"ל במציאה אבל לדברי האומר שצריך ליתן לו המעות ה"ל פמכירה ומיקרי רשע עכ"ל וכ"כ בסמ"ע סימן קצ"ד בשמו וכן מבואר במהרי"ק שורש קל"ב בשם התוספ' משיטת רבינו פרץ פ' ח"ה שכתב ופי' רשב"ם דלא יחזיר המעות ומ"מ רשע מיקרי: אמנם לפר"ת גבי מצודת הדג דהוא דתורה שבאה לידו בתורת לקוחות כו' ומ"מ פי' ריב"א דיתחזיר המעות כו' וגם רשע מיקרי לפר"ת נמי דאין זה מציאה שהרי לא באתה לידו של שני בחנם פיון שצריך ליתן דמים עכ"ל הרי מבואר בדברי הב"י בזה וכן מבואר בש"מ לב"ב דף נ"ד בשם הרשב"א ז"ל ובודאי אם מחייבין אותו להתחזיר מעות ללוקח ראשון נקרא רשע דמה לו ליקח את זה פמה שדות ימצא לקנות במקום אחר אבל אם לא היה חייב להתחזיר המעות אין זה נקרא רשע דה"ל במציאה וכן נטל את הפאה כו' דלא כל שעה אדם זוכה למצוא מציאות ולא פאה שמא יקדמוהו שאר עניים הלכך אין זה נקרא רשע שחייב קודמין לחייב חבירו וכן אמרו משמו של ר"ת ז"ל ותימא על הרשב"ם שכו' פאן דנקרא רשע אף ע"פ שהוא כתב שאין לחייב

להחזיר הדמים לראשון דזוכה הוא מן ההפקר עכ"ל הרשב"א ז"ל וכן נראה דעת הנ"י פ"ק ח"ה שכתב מיהו רשע מיקרי לפי שהיה לו ליקח בפסוף ממקום אחר כו'.

ולענין מציאה הוא פלוגתא דרבנותא כו' ע"ש. ובזה יש ליישב קצת לשון הגהת שני דמ"דכי בב"מ שכתב בשם א"ז קטן וז"ל הואיל שבזה תלוי כו' שכל שיכול להשתפר במקום אחר מעפבין ונקרא רשע אם פן אסור לישאל להעביר מערופיא דלויין גוים איפא טובי כו' ור"ת התיר משום דנכסי עפוי"ם פהפקר ומ"מ נראה דאי עבר מיקרי רשע דמ"ש ממצודת הדג דהפקר ואפ"ה מרחיקין ה"נ ל"ש וכן הורה ר"י בשמו לאסור ע"כ לשונו: ולכאורה הוא נגד כל הפוסקים שכתבו בשמו דר"ת לאיפד ולפי מ"ש י"ל דמעיקרא היה סובר דבהפקר בכל גונו לא שייך הו דמהפך בתורה פינן דהפקר הוא א"צ לטרוח לחפש במקום אחר וע"ז כתב דמ"מ נראה דאי עבר מיקרי רשע ר"ל בכה"ג דמערופיא דאיתא לוויין גוים טובא דמ"ש ממצודת הדג אע"ג דהפקר היא מרחיקין והטעם מפני שיכול לפרוש במקום אחר כמ"ש בב"ב או דמירי ב"דג מת כמ"ש רבינו מאיר אביו של ר"ת בקדושין וא"כ ה"ה במערופיא ולכן שפיר כתב וכן הורה ר"י בשמו לאסור כנלענ"ד: ובשו"ת רש"ל כתב דגם הרשב"ם מודה לר"ת רק הטעם משום דיהיב הראשון זוזי ע"ש שהאריה בזה ונדחק בל' התו' והרא"ש וכבר פתבתי שהרשב"א באמת תמה על הרשב"ם בזה ומ"ש בשו"ת רש"ל שם ועוד ראיה מן הר"ן בב"ב שכתב ג"כ גבי נכסי עפוי"ם שהמחזיק בה הוא רשע ואין מביא שום דעה לחלוק ואח"כ כ' ולענין מציאה איפא פלוגתא כו' ע"ש: ולענ"ד ז"א דהנ"י שם קאי על מ"ש לעיל מינה בשם הרמב"ן וספר המקח לר"ה גאון שצריך להחזיר הדמים והלכך סתם לומר דנדאי מיקרי רשע והיינו דגם ר"ת מודה בזה וכמ"ש להדיא הטעם לפי שהיה לו ליקח כו' וע"ז כתב ולענין מציאה כו' ע"ש והוא פשוט ומ"ש שם על דברי מהר"מ שבמ"דכי דבמ"דכי בב"ב משמע דמהר"מ סובר פרשב"ם ואפ"ה סבר כר"ת לענ"ד י"ל דאפי' אי סובר פרשב"ם בהא דמיקרי רשע היינו משום דס"ל דצריך להחזיר הדמים אמנם בלא"ה מה שהביא בשם מהר"ם הוא מילתא באנפי נפשיה והוא משו"ת מהר"מ ב"ב הקטנים דפוס קרימונה סימן רע"ו ורע"ז וקאי שם על עובדא דמייתי במ"דכי דב"מ שהלך המצרון וקנאו וע"ז כתב דלא נקרא מהפך בתורה כו' לפירוש ר"ת דבמציאה והפקר לא מיקרי רשע כו' וה"נ פינן דהבית עומד על מיצר שלו כו' וששאלת עד כמה יהא נקרא עני המהפך אם יום או יומים כו' נ"ל דלא שייך בקרקע זה של העפוי"ם עני המהפך אא"כ גמר כבר הפסוק דמים עם גוי כו' ע"ש דבא לפרש לדברי השואל שהיה סבר דיש בזה דין עני המהפך אע"פ שהוא על מיצר שלו ע"ז אמר דהיינו נמי דוקא פשכר פסק כו': ואני תמה על אא"ז הגאון בעל שארית יוסף שכ' דמשמע מהר"מ דאם גמר פסוק דמים מיקרי רשע אפי' גבי נכסי עפוי"ם שהם הפקר אע"ג דבפ"ק דמציאה כתב במהפך על מיצר שמעון כו' ע"ש דמשמע דבדבר מציאה לא מיקרי רשע יש לחלק דלא תקישי דידיה אדידיה כו' ובאמת ז"א דתשובת מהר"מ אלו הם תכופות זו לזו ואין פאן סתירה כלל דבגידון זה דמהר"מ לא שייכא כלל הא דנכסי עפוי"ם כו' דהתם מירי בנסתלק העפוי"ם ע"י נתינת הפסוף והוא קדם וקנה בחזקה כו' אבל בגידון דידן מירי שעדיין לא נתן ראובן מעות רק שהיה מהפך בה וקדמו שמעון וקח במעותיו פשיטא דאין זה מציאה והפקר שהרי לקחו במעותיו ויכול למצוא במקום אחר ולפיכך מחלק בין קודם פסוק הדמים כו'.

ועיין בתשובת רש"ל מ"ש. ואף שפתי תי שיהפך תלוי כו' ע"ש שפתי ג"כ דכשלא נתן מעות דאפתי לא איסתלק א"כ אינו פהפקר כו' והוא כמ"ש אלא שיש גמגום בלשון ומ"ש בשארית יוסף ג"כ על ראיות רש"ל מהנ"י פ' ח"ה ודחה דבריו מדסיים הנ"י שהיה לו ליקח פסך כו' וא"ל למה לא נכה מן ההפקר י"ל דמייירי בגוי אלם כו' ולענ"ד הוא דא"צ לזה פלל והעיקר כמ"ש לעיל דכיון דצריף להחזיר הדמים ממילא דלא הוי פהפקר ומה שנדחק לנישב מהרי"ק דלא הביא מאשר"י פקך ח"ה לענ"ד אפשר דבהאי שעמא לא הנה בידיה דמהרי"ק האשר"י על ב"ב פמו שנמצא פמה פעמים בתשובותיהם ולקף הביא מהטור ומ"ש שמהר"ן משמע שמספים לדברי הרמב"ן ומ"ש וכן נראה דעת ר"ת צריף להג"י במקום ר"ת גדול אחר ולענ"ד העיקר כמ"ש: והנה התוס' בב"ב פתבו ב' תירוצים לשיטות ר"ת אהא דמרחיקין חדא שבכמה מקומות ימצא לפרוס מצודתו ועוד דהכא אומנתו בכה ותירוץ זה פתבו התוס' בקידושין וז"ל ונראה דהתם היינו טעמא מפני שהוא יורד לאומנות כי היא דקאמר התם האי בר מבואה כו' ואע"ג דבאמת לא קי"ל הכי מ"מ לא מיייתי מהתם דאיכא סברא דפיוק חיות ומ"מ לכל מר פדאית ליה לר"ה אף בלא סברא דיהבי סיארא ולר"ה בריה דר"י דוקא משום סיארא וכ"כ בשו"ת רש"ל ובשו"ת פני משה שהבאתי לעיל פתב דלמאי דקי"ל פרב הונא בריה דר"י לא הנה מרחיקין המצודה אי לאו משום דיהבי סיארא ולפיכך תמה על מהרי"ק שתפס תי זה דהתוספות כו' ע"ש: ולענ"ד לק"מ דמהרי"ק סובר דלענין הך סברא דבאומנותו בכה אף בדבר הפקר יש בו דין עני המהפה אין חילוק בין הס"ד ובין המסקנא פלל דלתרנוייהו אומנתו בכה גרע ממהפה בחררה של הפקר: אף דמ"מ בשביל זה אין הכרח לדון לעכב עליו ופשיטא דפליגי בה ר"ה ור"ה בריה דר"י דלדידיה לא הנה מצי מעכב אי לאו משום דיהבי סיארא ועוד דמהרי"ק שם מייירי שזה בא ממקום אחר לזכות בחררה שהיפה בה הראשון דהיינו שהראשון פבר שכר שם בית ופיזר מעותיו ליקח החזקה מאדוני הארץ ומהצבור להלוות וכא שמעון ומסיג את גבולו שם ובהא שפיר קאמר דלהלוות בריבית לעפום אומנותו בכה שהוא עיקר אומנות שללהם וכמעט שאין להם אומנות אלא הוא אבל בבר מאתיה גם מהרי"ק מודה דאין לחלק בכה פלל דהא אהיה דאוקי ריחיקא שהוא אומנותו בכהקאי ר"ה בריה דר"י ואמר דלא מצי מעכב וע"כ דאין מקום לחלק פלל בזה: ועיין בשו"ת חיות יאיר מה שתמה על הגאון רש"ל שכתב הטעם שיורד לאומנות כו' דהא באמת יורד לאומנות אין איסור וכתב שנפל ט"ס כו' ע"ש ובאמת הדברים פשוטים שפוננתו על תי' התוס' באומנותו בכה.

אמנם מ"ש הואיל ויהבי סיארא הוי פירוד לאומנותו הלשון מגומגם קצת כמ"ש בחו"י שם. אמנם הפוננה דאף על גב דירוד לתוף אומנותו בעלמא שרי מ"מ בזה דיהבי סיארא אסור: והנה בגיטין דף ס' אמרינן מצודות חיות כו' וכתבו התוס' דלא דמי למרחיקין מצודות הדג דהתם אומנותו בכה ומן הדין שירחיק משם דא"ל פסקת לחיותי אבל הלא דאין אומנותו בכה לא הוי גזל אלא מפני דרכי שלום עכ"ל ופשוט דר"ל ג"כ לכל מר פדאית ליה למר אף בלא סברת ייהבי סיארא ולמר משום סברת ייהבי סיארא ובמרדכי שם פתב וז"ל תימא לר"י הא אמרינן מרחיקין מצוד' הדג וכ"ש פשבא במצודה ונראה לר"י דנדאי לכתחלה מרחיקין אבל גזל ליכא ועוד י"ל דהתם אומנותו בכה כו' עכ"ל: והנה על תי' הראשון יש לתמוה דלפי מאי דבעי הש"ס להביא סייעמא לר"ה דפסקית

לחיותיה דאיה שינה טענת פסקת לחיותי' פיון שאר אם הלה ולקח מתוך מצודתו ממש אין גזל בדבר מדאורייתא וא"כ איה נאמר דכיון שפירש מצודתו נרחיק מעליו כל הבא לשם אר שיעדין לא בא לרשותו כלל ואר לפום שנויא דיהבי סיארא קשה דאפי' תימא דהנה פבטוח שילפדנו מ"מ פיון דאפילו אם פבר לכדו אין בו משום גזל גמור א"כ כ"ז שלא לכדו אין לדון דין פסקת לחיותי'.

ולכאורה אפשר לומר למאי דאמר שם באונלי ואוקרי כ"ע לא פליגי כו' א"כ י"ל דמייירי במצודה שהיא פלי דאז פיון שבטוח שיבא לתוך המצודה ואז קונה קנין גמור שפיר י"ל פסקית לחיותי: אר דלענ"ד פיון דעכ"פ בלחי וקוקרי אר שניצוד ועומד יכול זה לבא ולנכות בו ואין יכול להוציא ממנו בדיינים א"כ אר באונלי ואוקרי כ"ז שיעדין לא בא בתוכו מה"ת נדון אותו פאלו פבר לכדו עד שפאסר ע"ז שפירוס מצודתו שם וזה נלענ"ד שיטת הפוסקים שהשמיטו הדין דמרחיקין מצודת הדג כו' וכבר פתבתי בזה הנלענ"ד: אר לפי מ"ש י"ל דטעמיהו דס"ל דהר"ב ברייתא דמרחיקין מצודת הדג אלא פנומיה דרבי יוסי דס"ל דמצודות חיות כו' עכ"פ הני גזל גמור מדבריהם להוציא בדיינים א"כ לא מסתבר כלל צריך להרחיק לכתחלה משא"כ לפי מאי דקי"ל פרבנן וכן פסקו כל הפוסקים דאפי' אם פבר ניצוד ועומד ובא חבירו ונטלו אינו יכול להוציא ממנו בדיינים א"כ לא מסתבר כלל שיקדם שניצוד? הא יכול לעפב עליו ולומר פסקת לחיותי וליכר השמיטו דין זה ולפי"ז גם במערופיא שרי דהא אפי' אם פבר גמר עמו המקח בפיוסוק דמים אם בא זה ופית' אותו עד שהלה וקנה או מכר לו אין יכול להוציא בדיינים רק דמיקרי רשע א"כ כ"ז שלא עסק עמו בענין אר דדמי לדגים דיהבי סיארא מ"מ יכול הוא לפייסו שיבא אצלו וכמ"ש: איברא דדעת ר"ת דכל דמיקרי רשע צריך הוא להחזיר המקח כמ"ש הנ"י פח"ה ובתשובת רש"ל פתב ותמה אני אם יצא זה מפ"י ר"ת כו' ע"ש שהאריך וכתב דאין לדקדק דאל"כ מאי מקשה מראה את המציאה כו' עיקר הקושיא אינה אלא ממתינתין דפאה ומה שמביא מב"מ סמך אשקלא וטררא דהתם ע"ש שהאריך והביא ראיה מעובדא דרב גידל דלמה לא פפה את רבי אבא בדין שיתזיר לו המקח כו' ואא"ז הגאון בעל שארית יוסף השיב לו שבאמת ראיות הראשונים הוא פמבואר בני"י וכתב לחלק משום דר"ג לא ידע ובהיתרא אתי לידיה לכן לא היה מחויב להחזיר ובאמת שהרמב"ן בב"ב דף נ"ד והריטב"א בקידושין כ"כ בשם ר"ת ואקשו עלה מדאמרין לא מר נחית לה משום דנקסים הראשונים ניהו הרי מן הדין חייב להחזירה כו' ע"ש ולפ"ז א"ש בפשיטות מה שהקשו התוספ' מב"מ: אר הפ"י בקידושין הקשה ג"כ קושיא זו דדילמא אע"ג דנדאי זכה מ"מ מקרי רשע ובחידושי לקידושין פתבתי ליישב ע"פ מה דאמרין בב"מ פי תיקנו רבנן ד"א בסימטא כו' בר"ה לא תיקנו רבנן ומבואר שם בש"מ הטעם דד"א קונות דהוי פחצר המשתמרת שלו משא"כ בר"ה פיון שכ"א מצוי שם והוי פחצר שאינה משתמרת ומבואר שם דבמתנה אע"ג דאינה משתמרת מ"מ קונה דשפיר סמכא דעתיה דקונה שהרי א"א לאחר לנכות פיון שלא הקנה רק לזה משא"כ במציאה שאין רצונו שהחצר? הא שלוחו לנכות בו ולפ"ז אם נימא דהאחר מיקרי רשע לפי שהיפך פה זה ונפל עליו י"ל דשפיר המפה דעתיה שלא ינכה בו אדם וכ"כ הת"י דמסתמא לא ינכה בו אדם אחר וא"כ אר פחצר שאינה משתמרת נמי יש לו לקנות וא"כ אר ד"א נמי הם ראויין לקנות וא"כ קשה דאמאי זכה השני דליקני לראשון ד"א דידיה דלא ס"ל לר"פ

לתירוץ פניו דנפל כו' אלא ס"ל דלא תיקנו רבנן ד"א כו' אע"כ דאע"ג דהפך בה ז' זה יכול אחר לזכות בה ולא נקרא רשע ועוד פתבתי שם ליישב באופן אחר ואין להאריך פאן דלדינא דעת כל הפוסקים דא"צ להחזיר: והנה הרמב"ם והסמ"ג השמיטו הך דינא דעני המהפך בחררה נקרא רשע וצריך טעם למה ואפשר לומר לפמ"ש מהרי"ט בקידושין לרי"ף על קידושין שכתב דלא איתפרש היכו מצינו שנקרא רשע וכתב רש"ל דמדאמרין פ' הגשרפין ואת אשת רעהו לא טמא וכתב בתריה צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה אלמא רשע מיקרי בחד מהנה ואע"ג דיורד תמיר טפי משום דפסיק לחיותיה מ"מ התם בשל הפקר מיירי ומהפך בחררה של שכירות שנה הוא לנכנס לאומנות של הפקר כדמוכח מדברי התוספ' ובתרנוניהו רשע מיקרי כו' עכ"ל ולפ"ז מבואר דר"ה דס"ל הך סברא דפסיק לחיותיה היינו משום דס"ל דהתם קרי' רשע ולקף יש לו לעכב עליו מן הדין שלא להניחו: ומצאתי בפסקי מהר"מ רקנטי סי' מ"צ שכתב וז"ל ראובן שהי' דר ב' ב' ישוב ויצא משם כו' וראיה ממרחיקין מצודות כו' אטו אם הסיר זה מצודתו וכי השני יאסר לעולם לצודו וכן בר' מבואה כו' אטו אם הסיר ריחיים שלו ותפס אומנות אחרת הלעולם יכול לעכב עליו והלא עיקר איסורא אינו אלא מדכתב אל ההרים לא אכל שלא ירד לאומנות חבירו דלא פסיק לחיותיה אבל פשיטא שאם יצא מן הישוב כו' עכ"ל הרי מבואר דס"ל דעיקר האיסור אינו אלא משום אל ההרים כו' וס"ל להרמב"ם דהיינו דוקא אליבא דר"ה אבל למאי דקי"ל כר"ה בריה דר"י א"כ אפי' ביורד לאומנות בדבר הפקר שרי לר"ה בריה דר"י וא"כ ה"ה חררה דשכירות גמי שרי ולא מיקרי רשע ושהוא דיורד לאומנות חבירו מוקי לה ר"ה בריה דר"י בבר' מתא אחריתא אלא שצ"ע דלא מסתבר של ר"ה בריה דר"י אין איסור במהפך בחררה כלל שא"כ צ"ל דר"ג ורבי אבא פנותיה ס"ל ועוד דבאמת צ"ע על מהר"מ רקנטי ועל מהרי"ט דאייך אפשר דאיסורא דר"ה משום הא דהנשרפין או משום ההוא דמכות דהא משמע התם שאין בדבר רק מדת חסידות בלבד כנראה מאינך דבריו דקא חשיב התם וכמו שהבאתי לעיל משו"ת מהר"מ ב"ב סימן תרע"ז ומשו"ת חוות יאיר דאין זה רק מדת חסידות ופרישות לבד: ואא"ז מהר"ש"א בחידושי אגדות אהא דאמרין לא עשה לרעהו רעה פירש שר"ל שיעסוק בתורה כמ"ש בסוף קידושין מניח אני כל האומנות שבעולם כו' והוא שפכל אומנות אם יש אחר באותו מבואה הוא מעכב ע"ז אבל באומנות של תורה אינו פן דבמקרי דרדקי אמרין שם דמודו כ"ע דלא מצי מעכב עליו כו' ע"ש ונראה דאליבא דרב הונא קאמר הכי וכמ"ש דבמקרי דרדקי כ"ע מודו כו' או שפוננתו ג"כ לענין מדת חסידות וכמבואר בסנהדרין בהא דנאת אשת רעהו לא טימא שלא ירד לאומנות חבירו וע"ש שכ' אא"ז מהר"ש"א פי דיקה בכ"מ מחייתו של אדם לאשה כמ"ש ראה חיים עם האשה פי בה תלה מחייתו כמ"ש פ' הבע"י עזר כנגדו אדם מביא חטים כו' וע"ש ונלענ"ד דהנה תרי דרשות דסנהדרין ודמפות לאו חד ענינא הוא דבסנהדרין מיירי שהוא מכונן להנאתו שרוצה ג"כ לעסוק באומנות זו ומ"מ פניו שפבר קדמו חבירו אסור ולהכי מדמי לה לטימא אשת רעהו דאף ע"ג דלהנאתו מתפונן אסור משא"כ במפות י"ל דמיירי שהוא אינו עושה זה להנאת עצמו כלל רק עיקר פוננתו להרע לחבירו וזה נדרש בלשון לא עשה לרעהו רעה ובכה"ג נדאי י"ל דאפילו איסורא איכא: ובהכי א"ש מה שפרשו הגאונים בהא דיורד עמו לחייו היינו שעושה חנות כו' וכמ"ש בתשובתי

הראשונה מדברי הרמב"ן שהגדולים שהשיבו לו דחו פירש זה בשם רש"י ולענ"ד י"ל דהתם מייירי שא"צ לאננות זה פלל רק שיורד במכונן לאננות חבירו לקפח פרנסתו וכו' במועד קטן דף אמרינו דעבדינו הרדפה וכתב הר"ן שם בשם רבינו ישעיה שיורדין לחייו לפסוק מזונותו שמושיבין אנמינים אחרים סמוך לו שיעשו אננותו כו' היינו נמי בכה"ג שמושיבין אותם במכונן כדי לקפח פרנסתו של זה אבל כגון שהוא דסנהדרין שזה עושה לצורך עצמו פשיטא דאין פאן רק מדת חסידות לבד וכדחשיב ואל אשה נדה לא קרב שלא נהנה מקופה של צדקה עי"ש בדברי רש"י: וגם זה דוקא בדאפשר לי למצוא בריוח פרנסתו במקום אחר הא לא"ה פשיטא דחיי קודמין ואין זה נרמז בקרא דאשת רעהו לא טימא דהתם אע"ג שאינו עושה להכעיס לחבירו רק להנאת עצמו מ"מ מייירי ג"כ דאפשר לו למצוא במקום אחר דומיא דאשה שעל הרוב יכול הוא למצוא בת זוגו אבל פשיטא דלא בעי קרא לדמותו לאשת רעהו לענן אם א"א למצוא בריוח במקום אחר וכדאמרינו לענן אבידתו ואבידת רבו או אביו דילפינו אפס לא יאה בך אביון דשלו קודם לכל אדם וכתב בסמ"ע סי' רס"ד דלאו דוקא אבידתו קודמת קאמר אלא כל הפסד ממון או ביטול מלאכה מפני השבה זו הרי מבואר דאף פשרואה של חבירו לפניו שהולך לאיבוד ג"כ שלו קודם ומשמע ס"ק ב' דאף במניעת הריוח יוכל לעשות מדינא והיינו נמי ענין ביטול מלאכה וכיוצא בזה ופשיטא שאין לחלק בין ענין אבידה לשאר דבר שבממון דהא מקרא דאפס לא יאה בך אביון ילפינו לה ופי' רש"י הזהיר שלא תבא לידי עניות ולא מייירי באבידה דוקא אלא בכל עניני ריוח והפסד ישגיח על שלו תחלה אם לא בהפסד מועט ושל חבירו הפסד מרובה שיש לו ליכנס לפנים משורת הדין כמבואר שם וכאן אף הכנסה דלפנים משורת הדין לא שייך דכמוהו פמוהם הוא מחזיר אחר פרנסתו וא"ל דכיון שאילו קדמהו צריף זה להניח מקומו אע"פ שלא ימצא מקום מרנוח כזה ז"א דאין הקדימה מועלת רק לענין שלא יפגס לתחומם ולדחותם אבל מה שהוא עושה בשלו שהוא מהפך אחר פרנסתו פשיטא שזה נכלל בקרא דאפס לא יאה בך אביון שלף קודם לכל אדם וכמבואר בהרשב"א שהבאתי לעיל מהש"מ ב"ב ומן הריטב"א בקידושין לענין סברת ר"ת דבמציאה והפקר ל"א הו' סברא דעני המהפך כו' פלל וא"כ אפילו במקום דטען טענותא דפסקת לחייתי לא איכפת לן דקי"ל כר"ה ברי' דר"י דלא חש לה אלא ס"ל דבכל גוונא חיי קודמין וכן נוהגין בכל תפוצות ישראל וכמ"ש בשו"ת ח"י ובכל יום מתרבים חניות חדשות אם דל אם עשיר שרוצים להביא טרף לביתם או להרוחה בעלמא וחשוקיהם פסוף ומעולם לא שמענו ולא ראינו שיעפכו ע"י: וכבר הארכתי בזה דאדרבה חד לגבי חד גרע דהנה קצת דומיא דמערופי' ואפ"ה שרי ומכ"ש בזה שבעלי החניות הישינים הם הרבה וגם היזקא דרבים אין פאן מפמה טעמים אשר פתבתי לעיל וגם הטעם האחרון אשר פתבתי שיכול לומר אתם מה לכם עלי אין דיני אלא עם החנות שפמך לי הוא נכון מאד ואדרבה אם אתה אומר פן שבשביל שקדמה ישיבתו של זה הוא פוסק חיותם של האחרונים אם פן פשתסגיר את זה מצד הדרום פואו ונצווה על החניות העומדים במקצעות שהפא מן השוק צריף לעבור על פתחם ונבטל אותם אהד אהד עד פלותם ודבר זה מביא לידי גיחוף ואם תאמר דשאני הני שכבר החזיקו כף מתחלה משא"כ פאן שזה פא לעשות מחדש הם יכולין לעכב עליו ז"א שאם נאמר דפוסק חיות כה"ג מלתא הוא נראה דגרע מהא דאין אנו יכולין לישן מקול

הנכנסים כו' דמדמינו לה לעשו ואבק שאין להם חזקה וכמבואר ברמב"ם וש"ע והרשב"א ושאר פוסקים והוא ע"פ הירושלמי דאיתא שם דיכולין לומר פסבירין היינו יכולין אנו לקבל ועכשיו אין יכולנו לקבל ע"ש ובאמת צ"ע לענ"ד על מ"ש הרמב"ם והש"ע ואפילו היו מבני מבוי אחר אינם יכולין לעכב שהרי יש ביניהם אותה אומנות כו' ור"ל דגם בני מבוי האחרים אין יכולין למנועו נכנסין ויוצאין פיון שלא מיהו בראשון וכמבואר בסמ"ע שם וכמ"ש בתשובתי הראשונה ע"ש וקשה דמה בכך שלא מיהו בראשון וקיבלו עליהם הנכנסים והיוצאים מ"מ יכולין לומר עכשיו אין אנו יכולין לקבל ואפילו על הראשון גופו הרשות בינדם לחזור בהם ולעכב על ידו ודוחק לומר דבאמת זה טועו אם אין אתם מוחים בראשון אעשה כן אף אני ואם באמת רוצים גם הראשון פשיטא שיכולין לעכב דהלשון לא משמע כן ואין פנאי להאריך בזה: ועכ"פ בנ"ד אם הם יכולין לעכב על אילו התדשות גם על הישינות שבמקצוע יכולין לעכב אע"פ שפבר החזיקו ודוחק לומר דאע"ג דחיישינן בכה"ג לפיטוק חיות מ"מ דמי לקול פטיש ורחינים שאם החזיק אינם יכולין לעכב מטעם שהוא עושה בביתו משא"כ היזק דקול הנכנסים שהוא בחדר המשותף לכולם כמ"ש בסמ"ע סי' קנ"ו ס"ק יו"ד חילוק זה ואמנם מדברי ה"ה פ"ק ו' מהלכות שכנים נראה חילוק אחר שאפילו החזיק אין חזקתו חזקה אצל הנכנסין ויוצאים שהם אחרים אבל חזקת חזקה במלאכת עצמו כו' ע"ש: ואיך שיהיה לכאורה י"ל דכה"ג מהני חזקה אף מדברי הרמב"ם פי"א שם שכתב הטעם לפי שהיזק קבוע הוא כמו העשו והאבק משמע דכל שהוא יכול לעכב ע"י והוא קבוע לא מהני ליה חזקה וא"כ נראה דפיטוק חיות גרע טפי מהיזק דפטיש ורחינים ואפילו חזקה נמי נימא דלא מהני וא"כ נבטל אותם אחד אחד ונמצאו כל החניות או רובם בטילים א"ו דמילי דכדיבי נינהו וגם הני חניות דמקמא בדרי חשבינן ליה ואין לפקפק בדבר: ועוד נלענ"ד פשוט אפילו תימא דקדימה מילתא הוא מ"מ לא עדיף מאם מוזיל השער בהלונאת ריבית שכתב רבינו ר' נחום דשרי ופסק פן בהגהות ש"ע ונתן רי"ו טעם מפני שדומה לחנווני דא"ל את פלגת אמגוזי כו' וא"כ ה"נ יוכל לומר אנא ברגלי ואת בפריטי דהיינו אני מרגלים ע"י שהם מקצרים היזוכם ואתה תוכל לומר ולהוזיל קצת להרגלים שיבואו אצלך ובאמת לכאורה צ"ע על רי"ו דל"ל לטעמא משום דאנא פליגנא כו' הא אמרינן בב"מ דף ס' ולא יפחות השער וחקמים אומרים זכור לטוב ואמרינן התם טעמא משום דמרנוח לתרעא ודוחק לומר דדוקא לגבי פירות אמרי' הכי שאוצרי פירות יראו וימכרו בזול כמ"ש רש"י אבל לגבי הלונאה וכיוצא בו לא שנראה דאע"ג דלא שייך זכור לטוב מ"מ איסורא נמי ליכא היכא דמרנוח לתרעא דהלונאה: אמנם ודאי פשוט דרי"ו סובר דדוקא בדבר שישאל נהגים מהרנוחת השער משא"כ אי מרנוח לתרעא לעפ"ם בלבד לא מהני כמבואר לעג"נ בני מאתא אחריתי בשם הר"י בן מג"ש ונתם להוזיל בריבית לעפ"ם מייירי ולכך הוצרך לטעם דאנא פליגנא: וראיתי בפנים מאירות ח"א סי' ע"ח צידד בשני פפרים בתחום א' כ"א משר א' ורוצה א' למפור י"ש ושכר בזול ועי"ז מרגיל בני הפפר של השני לשם ובא לידי הפסד וכתב דאם אין הלוקחים ישראלים נהגים פשיטא שיש איסור בדבר ואינו יכול לומר אני עושה בתוך שלי דהא על הנזק להרחיק א"ע אף בשלו אלא אפילו בעיר ובשכונת ישראל שהלוקחים נהגין אפ"ה השאר יכולין לעכב כו' פיון שפבר יצא השער והוא חק המדינה להתנות על השערי והוי פדינא

דמלכותא כו' ועוד י"ל דדוקא בפירות שמשתנה השער ע"י רבוי הפירות אבל בשכר וי"ש שהוא חוק ונמוסיהוון להכריז בכמה המדה וכן אם ראוי למפור בזול מכריזין שימפרו בזול הוי פדינא דמלכותא ולא משגיחינן בטובת הלוקחים כו' ואף שבהלונאת ריבית כו' רי"ו כו' נראה דשאני ריבית שאין שער קבוע לריבית ורשאי כ"א לנותר קצת שיגרגיל הפותים אצלו דומיא דחננני אבל להזיל סחורה משער ידוע ובפרט במכירות שכר וי"ש שהוא מחוק המלכות יכולין למחות אמנם אם עושה שכר טוב יותר מחבירו ועי"ז מרגיל אצלו נראה דשפיר דמי ודמי להא דאמר אנא פליגנא כו' עכ"ל: ודבריו תמוהין מ"ש דאף דאין לו שייכות עם השער השני והוא עושה בשלו אסור דעל הנזק להרחיק א"ע ובאמת ז"א דהא לא קי"ל כחכמים אלא כר' יוסי דאמר על המזיק להרחיק א"ע אם לא בגירי דיליה ופשיטא דבכה"ג ל"ש גירי דיליה גם מ"ש דרי"ו מייירי שאין שער קבוע לריבית לענ"ד ז"א וכמש"ל דנדאי מייירי שהיו להם שער ידוע וזה מוזיל את השער דאל"כ ל"ש לישנא דמוזיל פלל כל שאין שומתו ידוע פלל אלא דמ"מ שרי דמצי א"ל אנא פליגנא כו': אמנם אפילו לדעת הפ"מ עכ"פ באין שער ידוע מודה לרי"ו דשרי משום הך סברא דאת פליג אמגוזי וכן באם עושה שכר טוב יותר כו' וא"כ פשיטא דבנ"ד נמי אפי' תימא שיש דין קדימה בתניות מ"מ לא עדיף מאם מוזיל גביה בדבר שאין קצבתו ידוע או בעושה שכר טוב אע"פ שעי"ז מרגיל אצלו ש"ד דהא חבירו יכול להזיל וכיוצא בו שיגרגילם אצלו בענין אחר וא"כ גם כאן יכול להרגיל אצלו בהזנקה קצת או בסחורה שפירתא וכיוצא בזה ופוק חזי מה עמא דבר אפילו במכירת י"ש ושכר כ"א עושה בשלו פרצונו באין מוחה ומעפב פלל אפילו אם השער ידוע ופשיטא דרשות למיעבד כל טצדקי כדי להרגיל אצלו ויזכה הוא לפי שחיי קודמין לחיי חבירו: וגדולה מזו מצינו בתוספתא דפאה בעה"ב שנתן פאה לענים ובא עני אחד ונטלה מאחריהן ה"ז זכה שאין עני זוכה בלקט שכחה ופאה ובסלע של מציאה עד שתפול לתוך ידו וכ"כ הרמב"ם פ"ב מהלכות מ"ע בעה"ב שהניח פאה לעניים אלו העומדין לפניו ובא עני אחד מאחריו ונטלה זכה שאין אדם זוכה כו' וכן בתרומה ושאר מתנות פהונה קי"ל דאסור לסייע בבית הגרנות כדי שיתנו לו תרומה ושאר מתנות משום שאין זה דרך פבוד וכתוב שחתם ברית הלוי ובתרומת ח"ל קי"ל דמותר אף לסייע בבית הגרנות וכן לענין זרוע ולחיים אמרי' בסוף חולין מריש הנה חטפנא פיון דשמענא להא דכתיב ונתן ולא שיטול מעצמו לא חטפנא מימר אמרו כו' ולא מקרי גזל השאר בכף על מה שהוא מקדים עצמו לזכות ואמרינן התם ההוא שקא דדינרי דאתא לבי מדרשא קדים רב אמי וזכי ביה כו' ונהרי זה זריז ונשפר ואף ר' יהודא דקאמר לא יחלק לתינוקת כו' וכן לא יפחות את השער משום שיגרגיל לבא אצלו אף אותם שהיו רגילין לבא אצל חבירו ובכה"ג י"ל דאין לו לעשות פן וכמ"ש הרשב"א דגוערין בו ומדמי לה למפירי פהונה דאע"ג דלא אתי לידיה כו' ולפי מאי דלא קי"ל כר"י בהא שפיר דמי למיעבד טצדקי להרגיל אצלו ואינו חושש שמא יש בהם ממפירין וכבר פתבתי דה"ט דר"ה דס"ל דפסקת לחייתי משום דכיון שלא הנה במבואר שום ריחיים אחרת פוליהו בני מבואה מפירין של זה גינהו וזה מבואר בתשובה שהשיבו הגדולים להראב"ן דאפילו ר"ה מייירי לבני מבוי שלו אבל לבני מבוי אחר אם רוצה לטחון טוחן ואין יכולין לעפב דהכי אמרינן גבי הנהו דקולאי כל מעלמא אתו ומעלמא ליזבין ומכ"ש בן מבוי זה שהעמיד ריחיים אצל חבירו

שִׁיכוֹל לְטַחֵן לְבָנֵי מְבוּי אַחַר וְאִין חֲבִירוֹ מְעַכְבֵּי רַק שְׁלֵא יִטַחֵן לְבָנֵי מְבוּי שְׁלוֹ הֶרְגִילִים אֲצֵלוֹ וְהִנֵּן שְׁמַעוֹן יָכוֹל לְהִלוֹת לְכָל בְּנֵי הָעִיר שְׁאִינֶם מֵאוֹתוֹ מְבוּי אֲפִילוֹ לִר"ה עַכ"ל וְא"כ דְּבַר פְּשוֹט הוּא דְחֲנִיּוֹת הָעוֹמְדִים בְּשׁוּק וְהַקּוֹנִים מְעַלְמָא אֲתוּ לְקִנּוֹת שָׁם בְּאַשְׁרֵי יִמְצָא דל"ש דִּינָא דר"ה כִּלְל וּבִפְרִט אִם נֶאֱמַר שְׁעֵיקָר הַחֲשֵׁשׁ מִשׁוּם יוֹם הַשׁוּק וְכַמֶּש"ל שְׁאִין פֶּאן בֵּית מִיחֻזֵּשׁ לִכ"ע וּמִכ"ש לְפִי מֵאֵי דְקִי"ל כִּר"ה בְּרִיָּה דר"י וּמִכ"ש לְפִי מ"ש יִקִּירֵי הָעִיר רַבִּים וְנִכְבְּדִים שְׁהַדְרִכִּים שְׁנִים לְטוֹבָה וְאִין אֶחָד מִן־כָּשֵׁר מִחֲבִירוֹ לְפַעֲמִים בָּאִים בְּזָה וּפְעֻמִּים בְּזָה פְּשִׁיטָא שְׁאִין מְקוּם לְשִׂאלָה זֹו וְא"צ לְפָנִים: וְהִנֵּה פְּכָר פְּתַבְתִּי דְגַם בְּמַעְרוֹפִי מְמַשׁ (אִין דְּנִין בְּמַדִּינּוֹת אֵלוֹ וּמִכ"ש בְּזָה וּפְשוֹט בְּעֵינֵי שְׁשׁוּם מְשָׁכִיל לֹא יִטְעָה לְדַמּוֹת נ"ד לְמַעְרוֹפִי דֵא"כ אוֹתָן הַמַּתִּירִין מַעְרוֹפִי אֵיךְ מְצָאוּ יְדֵיהֶם וְרַגְלֵיהֶם בְּהָא דְאוּקֵי רִיחֵינָא כּו' וְחֲנּוּת וּמְרַחֵץ וּכְיוּצָא בּוֹ גִימָא דְכִינּוֹן דְעַד הַשְׁתָּא כָּל דְאֲתֵי אֲדַעְתִּיָּה דִידִיָּה אֲתֵי פִינּוֹן שְׁהוּא יְחִיד בְּדְבַר כְּמַעְרוֹפִי דְמֵי א"ו דְלִיתָא כ"א בְּאוֹתָן הֶרְגִיל אֲצֵלוֹ מְמַשׁ וְאִינוּ עוֹסֵק בְּעַסְקִיו אֵלוֹ עִם אָדָם אַחַר כִּלְל דְבַכְה"ג הָאוּסְרִים מְדַמֵּי לָהּ לְדַגִּים דְיִהָבֵי סִיָּאָרָא וְהַחֹלְקִין ס"ל דל"ד וְכַמֶּש"ל וּמִכ"ש לְפִי מֵה שְׁרַצָּה לְהַטְעִים טַעַם דְּבַרִּיא הַיִּזְקָא לְפִי שְׁבִיּוּמָא דְשׁוּקָא זְמַן קַהֲלָה לְכָל הוּא וּמִתְאַסְפִּין בְּרַחוּב אֲשֶׁר הוּא מְקוּם הַשׁוּק כּו' א"כ פְּשִׁיטָא דְהֵנִי דְמַעְלָמָא אֲתוּ ל"ש לְדוֹן בְּהֶם דִּין מַעְרוֹפִי כִּלְל שְׁהַקּוֹנָה הוֹלֵךְ בְּשִׁרְיֹוֹת לְבוֹ וְדָבַר אִין לוֹ עִם אָדָם כִּלְל וְאֲדַרְבָּה בְּזָה הַדִּין פְּשוֹט וּמְבוּאָר בְּש"ס וְכָל הַפּוֹסְקִים לְהַדְיָא דְבִיּוֹם הַשׁוּק שְׁמוּכְרִין לְאַחֲרִים הַבָּאִים מְסַבִּיב אִין בְּיָדָם לְעַכְבֵּי אֲפִילוֹ עַל בְּנֵי עִיר אַחֲרַת הַבָּאִים לְשֵׁם אַע"ג דְעַל בְּנֵי מְתָא אַחֲרִיתִי וְדֵאֵי שְׁיִיךְ פִּסּוּק דְמִים מ"מ פִּינּוֹן דִּיּוֹם הַשׁוּק הוּא שְׁרֵי אֲפִי הַמּוֹכְרִים מְבַנֵּי עִיר אַחֲרַת וְהַקּוֹנִים מְבַנֵּי הָעִיר עֲצָמָה כַּמ"ש בְּסַמ"ע וְע"ש בְּב"י וּבְפִרְשֵׁה שְׁזָה ג"כ דְעַת הַרְמַב"ם וְהַטּוֹר וְהַנ"י וְהָרִי דְבַר דְּיוֹעַ שְׁהַמּוֹכְרִים הַבָּאִים מִמְקוֹמוֹת אַחֲרִים הֵם בּוֹרְרִים לָהֶם מְקוּם מְנוֹכָשׁ בְּגוֹבְהָה שְׁל עִיר וְאִין מְקַפִּידִין עֲלֵיהֶם פִּינּוֹן שְׁהוּא יוֹם הַשׁוּק מְעַלְמָא אֲתוּ וּלְעַלְמָא קָא מְזַבְנֵי וְאַף שֵׁישׁ בְּתוֹכָם מְבַנֵּי הָעִיר ג"כ בְּתַר רַבָּא אֲזַלִּינּוּ דְמַעְלָמָא אֲתוּ וְא"כ ק"ו הַדְּבָרִים בְּזָה שְׁהוּא מְבַנֵּי אוֹתוֹ הָעִיר עֲצָמָה וְאִינוּ נִכְנָס לְתַחוּם חֲבִירוֹ אֲלָא עוֹמֵד בְּשְׁלוֹ שְׁהַרְשׁוֹת בְּיָדוֹ לְהַכְשִׁיר מְקַחוֹ וּלְמִיקְבַּע לָהּ דְנוֹכְתִיָּה אַע"פ שְׁהוּא קְבוּעַ לוֹ בְּרֵאשׁ כָּל חוּצוֹת לְכֹן יִרְאוּהוּ אֲנָשִׁים הַבָּאִים לְשׁוּק לְקִנּוֹתוֹ אִין לְמַחּוֹת בְּיָדוֹ וְאַף אִם יִתְעַקֵּשׁ הַמַּתְעַקֵּשׁ לוֹמַר שְׁאִין רְשׁוֹת בְּיָד הַבָּא מֵעִיר אַחֲרַת עַל הַיָּרִיד לְבַרֵּר לוֹ מְקוּם מְנוֹכָשׁ בְּיֹוֹתֵר לְעַמּוּד שָׁם עִם סְחוּרְתוֹ מֵה שְׁבָאָמַת אִינוּ כֹן פְּיֹדוּעַ וּמְפֹרָסִם שְׁבָכָל מְקוּם שְׁנוּקִין אִין מְקַפִּידִים כִּלְל כְּגַר כְּאַזְרַח כ"א בּוֹרֵר לוֹ מְקוּם הָרְאוּי לְגֵאוֹל בְּיָפָה אֲמָנָם בְּכֹן עִיר עֲצָמוֹ אִין סָפֵק שְׁלֵא יַעֲלֶה עַל לֵב שׁוּם בַּר דְעַת שְׁזָה יִהְיֶה צָרִיךְ לְהִיּוֹת נִדְחָה חוּץ לְמַחֲצָתוֹ עַל לֹא חֲמַס בְּכַפּוֹ וּמִכ"ש מֵה שְׁרוּצָה לְסַמְנֵךְ לוֹ עַנְיָן מִשׁוּ"ת רַמ"א עַד שְׁנוֹשְׁאִין וְנוֹתְנִין בּוֹ מוֹזְרַת בְּלִבְנָה וְתַקְרָאנָה לוֹ הַשְׁכִּינּוֹת שָׁם בְּרִיא הַיִּזְקָא.

הַכִּי חֲזִינּוּ בְּלִיּוֹנָא דְגִנְשְׁפִנְקָא דְחַתִּים מֵר בְּרִיָּה דְרַבְּנָא וְרַבְּנָן דְרַהֲטֵי לְפִירְקָא בְּדִין שְׁרוּ לֹן לְהַפּוֹכֵי בְּעַסְקָא. וְלְמִינְקֵט לֹן שׁוּקָא.

וְלִדְיָה אֲסוּר וְאַמּוֹר רַבְּנָן בְּטַעֲמָא וּבְגִימּוּקָא. וְאֲתוּ לְמַסְמַךְ עֲלֶה כְּדִנְפֵל מְמַתִּיבְתָא דְרַקִּיעַ פְּתָקָא וְגַם בְּבֵי מְדַרְשָׁא אֲתֵי יְבוּקָא.

מימר אמר שוינייה האי שמעתא כגדיא מסנא. פליגי בה אמוראי מיקרי שמע ומותיב פוקא.

חד אמר פלגא נוקא. ואידך רייק עלה עד דלדיני מתחזי רוקא.

וגם נפיק בין גברא לגברא פלוגתא רחוקא. והאי תיגרא דדמיה לבידקא.

ומריש הנה אמינא מסתא עירוקא. מלה בסלע ובתרין משתוקא.

כיון דחזינא דדלו זעפא ונשיב זיקא ונפצי גלימיהו עד דכסי אבא. וטרחנא למעבד שלמא ושרנא אגרתא ודסקא ומזיגנא להו כסא דפושרין ואידמי להו כמיא עכירי וסמרא מרסאי וחדר שדרוהו לקמאי אמינא כל האי שלחו ואזלו וקדרינא ועיילנא ונחיתנא לעומקא.

ודייקנא ואשפחנא דהנהו תלת חנותאי דחדתי עבדן להו שרא ליה למרייהו למזבן בהוא מלקחא וכוונרי ולמסאני ערקא דא הוא סיומא דהאי פסקא. ולית ביה גמגומי וספיקא וכל פי הני מילי מעליותא לימרי משמאי בבראי ובשוקא.

דחא קאמינא על עיקרא ושרשא וברורי דמלה ולא השתפחת בהון עילא ושחיתא ופקפוקא. בסייעתא די ברא שמיא וארקא.

אמינא כל דא אנא זעירא מן חברייהא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד. פאשר שבתה חן קולמסי ואהיה שעשוע.

פי קמתי היום לימין האמת להיות לו מושיע העירוני רעיוני להיות תוקע ומריע. להרים קול בשמחה המון מעים להרגיע.

ועת הזמיר הגיע זה השיר יהיה רבוע. במעבה השיר צקתים.

ועל שנים עשר דיומדין העמדתם. ויהי שירו חמשה לולאות במחברת האחת.

ויהי כפורחת תחלתה ארבעה ומוסיף והולך על ארבע. עד כי שריו שמונה.

וחמשה לולאות במחברת השנית מדה אחת שהוא הנה פאשר תעבוננה ע"י מונה וישאר שנים במחנה. המה יסעו באחרונה ויסגור בעשר תחתינה.

יסדתיו בערב יום שנטל עשר עטרות. ולסדר הפטורת.

למען אשר לא יפוצו עמי איש מעל אחזתו לפ"ק:א שאול ישאלו קהל קדושים בדברי ריבות בשעריהם מתרגשים מעוררים על חנותם ומרעישים וכל העזרה כולה מרגשים ב הן חניות ישנים גם ישישים יעלו למספר ארבעים או חמשים עושי מסחר במלח ודגים יבשים.

ברזל ונחונשת מנעלים ועורות תחשים: ג כי הנה המלחים נועדו יחדיו נפגשים דל בן המלח והרצים רוכבי הרכושים בעלי תשעה קבים שיחה ואוהבי אישישים כולם אגודה אחת תואנה הם מבקשים ד בקום עליהם אדם ולו מלח וסיי נפשים ויבן חניות בקיר חומתו ויהי כשילש חדשים המה היו לראש פנה לכן יראוהו אנשים בני הרחוב אשר לעומתם וגם הקונים הנגשים.

ה מדי עֲבָרָם יסורו שְׁמָה וְלִפְנֵי הַפֶּתַח שׁוֹאֲלִים וְדוֹרְשִׁים וְהַעוֹמְדִים בְּשׁוֹרֵה הַפְּנִימִית מְגַרְעִית גִּיתָן בְּפִדְיוֹנָם וַיְדִיחֵם נְחֻלְשִׁים. וְהַעוֹשֶׂה חֲדָשׁוֹת בְּמַעֲנֶה רַחֵם מְשִׁיב פָּכַר הַתִּירוֹ פְּרוֹשִׁים לַעֲשׂוֹת כְּרָצוֹן אִישׁ וְאִישׁ מִמְּלֶאכֶתוֹ אֲשֶׁר הִמָּה עוֹשִׂים א אֲלֵיכֶם אִישִׁים חֲכָמֵי חֲרָשִׁים הַבֵּיטוּ לְרֵאוֹת דְּרָכִים הַמְּפֹלְשִׁים: וְהַעֵם נְפוּץ לְהִיּוֹת מְקוֹשְׁשִׁים וְאַחַר גִּתָּח טוֹב מְחַפְּשִׁים ב ומבית תענוגגי אותי אתם מְגַרְשִׁים: קִירוֹת בְּתִינוּ אֲרָזִים רְהִיטִינוּ בְּרוֹשִׁים וּבְמֶלֶן אֲוֶרְחִים פּוֹרְחִים קִינֵי אִישִׁים לְחֶסֶת תַּחַת כְּנָפֵי הַנְּמָלִים וַיִּבְחַחוּשִׁים ג הַתְּדַמּוּ בְּנַפְשֵׁיכֶם לְהַבְעֵיטִינוּ בְּקוֹל עֲנוֹת חֲלוּשִׁים וּבְדַבְרֵים קָשִׁים בְּגִידִים וְכִסְלָעִים יְפוֹצְצוּ פְטִישִׁים.

אֲעֻזָּה אֶת בֵּיתִי וְנִחַלְתִּי כְּנֹכְסֵי רְטוּשִׁים וּבְדָמֵי אֶלְכָה לְנוּעַ כְּמִפְנֵי חֲרָבוֹת לְטוֹשִׁים. ד דְּמִיּוֹנֵיכֶם כּוֹזֵב לְשׁוֹם הַבְּקָעָה לְרֹכְסִים וְהַמִּישׁוֹר לְמַעֲקָשִׁים.

כִּי אִם צַל הַהָרִים אַתֶּם רוֹאִים כְּאֲנָשִׁים. בְּנִטּוֹת צִלְלֵי עָרֵב נוֹדַע שְׁהֵמָה בְּנִים פְּחָשִׁים אֲנִי עוֹשֶׂה בְּשָׁלִי וְלֹא אֲשַׁחִית בְּעֵבֹר הַחֲמָשִׁים הַמָּה נִכְבֵּד הַיּוֹם מְלַח יִשְׂרָאֵל הֲלֹא כְּבָנֵי כּוֹשִׁים אֶתְהַלְכָה בְּרַחֲבָה רְאִיתִי אֶהְלִי כּוֹשֵׁן וַיִּרְעוּת מִדֵּן פְּרוֹשִׁים עֲמוֹן וּמוֹאָב בְּמִקּוֹמָם יוֹשְׁבֵים לְמָה יִגְרַע יִשְׂרָאֵל קְדוֹשִׁים.

כְּאֲשֶׁר דָּבַר מְלֶךְ שְׁלֹטוֹן וְאַלְהַ הַמְּשַׁפְּטִים אֲשֶׁר יִשִׁים א וְאַתֶּם הָרִי יִשְׂרָאֵל מִתְקוֹ לִי אֲמַרְיֶכֶם מִזִּנְפֶּת צוֹפִים וְאֲשַׁכְּרֶנּוּ וְאֲשַׁחֲרֶנּוּ הֲלֹא כְּתַבְתִּי שְׁלִישִׁים אֲזַי קְדַמְתִּי לְשִׁלְחַן הָעֵנֹפִים וְנִשְׂאָר בִּיַדִּי הַשְּׂרָשִׁים: אֲנִי שְׁלוֹם וְכִי אֲדַבֵּר הֵמָּה לְמַלְחָמָה וְרְאִיתִי אֹתָם יַחַד מִתְלַחֲשִׁים.

כֹּל אֲשֶׁר לוֹ סִנְפִיר וְקִשְׁקֶשֶׁת יִבִּיעוּ וְדַבְּרוּ עִתְק וְכַצְּפֵעוֹנִים מְפָרִישִׁים. וְנִתְעוֹרְרְתִי לְקוֹל הַהַמְלִיחָה לְהַנִּיף יְדֵי שְׁנִית לְבָרֵךְ הַהִיטֵר לְקַבֵּל חֲדָשִׁים רְאוּ עֵתָה כִּי אֲנִי אֲנִי הוּא הַמַּתִּיר מִדַּעַת רְבוּתִינוּ הַקְּדוֹשִׁים וְלֹא תִהְיֶה כְּזֹאת בְּיִשְׂרָאֵל לְכַטֵּל רְשׁוּת בְּדַבְרֵי הַבָּאִי וְטַעֲמִים מְשׁוּבָשִׁים.

וְהַשׁוֹמֵעַ יִנְכַּה עֵת יִשְׁבּוּ אִישׁ תַּחַת גִּפְנוֹ וְתִאֲנַתוּ שְׁמַחִים וְשִׁשִׁים אָמֵן שְׁאֵלָה כַּח בְּאֵר מֵיִם חַיִּים. תּוֹרַת אֱלֹקִים בְּלִבּוֹ וּבְרוּחֹו פִּי שְׁנִים.

לֹא יַעֲמְדוּ בְּגִבְהוֹ שׁוֹתֵי מֵיִם. ה"ה כְּבוֹד אֱהוּ' יְדִיד ד' וַיְדִיד נִפְשֵׁי וְלִבֵּי הָרַב הַגָּאוֹן הַגְּדוֹל הַחֲרִיף וּבְקֵי הַמְּפֹרְסִים בְּכָל קִצּוֹי אֲרָץ סִינֵי וְעוֹקֵר הָרִים.

מֵאִיר לְאֲרָץ וּלְדָרִים כַּש"ת מוה"ר צְבִי הִירְשׁ נ"י. יֵהֵל עַד עֲמוֹד הַפְּהֵן לְאוּרִים.

אָמֵן: אַחַד"ש זֶה יָמִים עָבְרוּ הַגִּיעֵנִי אֲמֵרוֹתַי הַטְּהוֹרִים. דְּבָרִים שְׁמַחִים כְּנִתְיָנָתָן מְסִינֵי וְעוֹקֵר הָרִים.

אֲוֹרוֹ עֵינַי כִּי טַעַמְתִּי מְעַט דְּבַשׁ דְּוִבְשָׁא עֵיקֵר מִתְקֵי לִיָּה רִגְבֵי נַחַל דְּבַשׁ וְחֶלֶב תַּחַת לְשׁוֹנוֹ כְּמוֹצְאֵי בִּוּקֵר. וְעֵנְנוֹתוֹ תְּרַבֵּינִי וְאַחַר כְּבוֹד יִקְחֵנִי כְּאֲשֶׁר מִבֵּין שְׁוֹרְתִים יִצְהִירוּ.

יְתְרוּעֵעוּ אַף יִשְׁירוּ. תְּהַלְתִּי לְתֵאֲרֵנִי אָדָם בְּתוֹר הַמַּעֲלָה וּפְנֵי יִחְוֹרוּ כִּי הַעֲבִיר עַל פְּנֵי טוֹבֵי.

וְהַדְּבָר אֵין בִּי כִּי אֲפָרִים הוּא הַצָּעִיר. וּמֵן חֲבַרְיָא זְעִיר.

לא זכה לשם ולרועי צאן לא הגיע. ונחלי עדני תבונתי שקופים אטומים ימעטו מהיות בהם פדי גמוע.

אולם גדולתו וענותנותו ואשר נפלאות לי אהבתו זה וזה גורם ועביד דגזים. ומגביהי לשבת כגובה ארזים וכאשר ירד הגשם מן השמים עולה לקראתו טפחים.

כן נפשי תערוג על אפיקי אהבתו. כי הגדיל על שמו אמתו.

וגפו האהבה הנטועה בלב ימריח מים יפריח. כגנה זרועי תצמיח.

וטרי יצמח כל שיש. אימא לאיני כי בגוף הנדון כבר גמתי בלבי שלא להתנופח אחרי כי שמעתי כי ההמון נמוג הלוף ויהלום.

וליוצא ולבא אין שלום. לכן השבתי מיני אחר.

ואשר ראיתי כי דודי שלח ידו מן החור. ונפשו חשקה לתת אל החומר צורה.

פדי להגדיל תורה ולהאדירה. לחוש לכבודו של החכם האוסר.

פן יהיה לבוז ויקהו שיניו פאוכל בנסר. אף אני עשיתי שלי זה מספר ירחים הרימותי די במכתב אל יקירי ונכבדי הקהלה על אודותיו ועל פנים חקותיו גדלתיו ורוממתיו אף עשיתיו חטיבה בעולם וקראתי אליהם לשלום וזה מקרוב חזרתי וכתבתי להחזיק עמוד השלום ולהשקוט הריב.

ובדברי תוכחת הרביתי חזון. אולי יטו אנון.

וכעת לא ידעתי אם השלימו. וכן התמו או אם הוא מחלוקת לשם שמים שסופה להתקיים: ועתה באתי על דברי תורה ולא נצרכא אלא לפלפולא למען אשתעשע בדבריו כי לי מה יקרו אמריו.

וראשון תחלה אען ואומר אשר הפליג מעלת כ"ת בצחות לשונו להרחיק נדון דעושה חנות כו' מעל גבול גרמי וגרמא פאלו דרוך הרבים מפסקתו וגבה טורא בינייהו והביא ראיה מדברי הרמב"ן בד"ג שלו ע"ז אני תמה שממקום שפא להביא ראיה דמרחקי טובא שם מבואר לאיפוף שהרי הרמב"ן ז"ל כתב וז"ל עוד צריך לפני שיהי מציינו גורמי נזקין פטורין הפורץ גדר כו' וע"ז פתב דכופף קומתו בפני הדליקה או שוי' טמון באש פטור דהא לאו גורם נזק הוא שהנזק ע"י המדליק בא לו ואע"פ שהלה פוטר את המדליק מלשלם פינון שעדיין לא נתחייב לו פלוס ואין פאן חויב אלא שהוא מתכוון להזיק ולהפסיד ממונו מה שירויח ודמא למאן דנחית לאנפנות חבירו אע"פ שבכאן מפסידו ממונו והתם הריוח הוא שמפסידו פינון שעדיין אין הלה חייב לשלם פלוס לא מפסיד ממון הוא ומש"ה חייב בדיני שמים כו' עכ"ל הרי מבואר כי אשר הרחיק הדר גאונו והוציא מפלל מגע הנה קרבו ויאתיון שהרי רבינו הגדול הרמב"ן ז"ל הנה מקיף להו ואדמי לולי כי החילוק מבואר ששם אין ההפסד רק על הריוח וגם ההוא דשוניא טמון באש לפי שבעת ההוא עדיין לא היה החיוב לענן דיני בני אדם דיינינו ליה פאלו לא הפסידו רק הריוח וכמו יורד לאנפנות חבירו דאין מחויב לשלם לפי שאין פאן רק פסידא דרווחא שהיא מעותד לבא אלא לפי ששם באמת יש הפסד ממון לכה חייב בד"ש: ונמצאו למדין מדברי הרמב"ן הללו דאי הנה אמרינו דריוח העתיד לבוא כגוף הפמון

דמי הוי מקום לחיבו פשאר דד"ג רק דבאמת קי"ל דמבטל פיסו של חבירו פטור ואפי' בד"ש פיון דאפתי לא זכה חבירו בממון זה והלכך יורד לאומנות חבירו אין מקום לחיבו מטעם דד"ג.

והוה הוה הדברים בתשובתי ועל פיו יצאו ויבאו אותן החילוקים אשר פתבתי שם דלכך לא דמי לגרמי מפני שאין זה רק כמבטל פיסו של חבירו ומ"מ רבנן ורשב"ג פליגי לענין לכתחילה דרשב"ג ס"ל דעכ"פ לכתחילה יכול לעכב על ידו שלא יפסיד לו הריוח שעתידי הנה לזכות בו וכמו שניא טמון באש אע"פ שאין בו משום דד"ג מ"מ בד"ש חייב משום שפא לזה פסידא ע"י כמו כן ביורד לאומנות אע"ג דגרע מיניה שאין פאן הפסד רק הריוח מ"מ לכתחילה יכול לעכב על ידו וכמו כל מבטל פיסו (ואפשר דלרשב"ג בכל מבטל פיסו אפילו בדיעבד חייב בד"ש ולכך נדאי דלכתחילה יכול לעכב אלא שז"א דא"כ טפי ה"ל למנקט פלוגתא לענין דיעבד אי חייב בד"ש) ורבנן ס"ל דגרע ממבטל פיסו מפני שיכול לומר אני עושה בתוך שלי: ונפלאתי מאד על מ"ש הדרכ"ת דאם איתא למה אינשתמיט למימר דרשב"ג דאין דד"ג כו' וגם קשה אותן החילוקים בין בר מתא כו' ואני תמה שאף אם הנה מי שאמר דהוה דעושה אדם חנות דמי ממש לדד"ג מ"מ לא הוי מצי למיתלי חיובא דד"ג כדרשב"ג שפאיה מציינו בדברי רשב"ג שחייב את העושה לשלם לחבירו מה שהפסידו עד שנאמר דדאין דד"ג והלא לא אמר רשב"ג רק דאף לשכיננו כופהו ור"ל דמצי מעכב עליו לכתחילה שלא יעשה כן וכן הדין בגרמא דפטור מלשלם מ"מ אמרי' זאת אומרת גרמא בגזיקין אסור וע"כ לא קשיא ליה להרמב"ן אלא מההוא דמוכר זרעוני גינה דאיתא שם דמחויב לשלם משא"כ בהא דעושה חנות: ואמנם לאמתת הדברים פשיטא שאין זה דעושה חנות דומה לדד"ג פאשר בארתי בתשובתי וכו' מבואר בדברי הרמב"ן דכינו דאין פאן רק פסידא דרונחא אפילו מאן דדאין דד"ג פטר בהא רק דרשב"ג ס"ל דלכתחילה מעכב על ידו ורבנן ס"ל דעל בר מתא אינו יכול לעכב אפילו לכתחילה לפי שהוא עושה בתוך שלו משא"כ בר מתא אחריתי שהוא נכנס לגבול חבירו להפסידו ריוח הראוי לו יכול לעכב עליו אע"פ שאם עבר ועשה פטור דלא גרע ממבטל פיסו ולקמן אבאר שאף בדוכתי דשייך דד"ג פליגי רבנן ורשב"ג היינו היכא שהוא עושה בשלו אם הוא חייב לשלם ומינה לדין עושה חנות אע"ג דלא שייך ביה דד"ג מטעמא דכתיבנא מ"מ איכא לפלוגי בהא לענין אי שרי לכתחילה: ומעתה פשיטא פי אפס מקום לומר דמוכח מהא דלשכיננו כופהו דדאין דד"ג פיון דנדאי לאו מה"ט אתי עלה רק משום דס"ל דלכתחילה יש לאסור בכה"ג כמו שיכול למחות בידו לכתחילה שלא יבטל פיסו או אפשר דגם הוא מודה דזה גרע משבטל פיסו ואפי' לכתחילה לא הנה מצי לעכב אי לאו משום דפיסוק חיות גרע שהוא דבר שאומנתו בכך וכדאמרין בסנהדרין את אשת רעהו לא טימא שלא ירד לאומנת חבירו וכן במכות לא עשה לרעהו רעה כו' ורבנן ס"ל דאין זה רק מדת חסידות לבד או מוקמי לה בבר מתא אחריתי ומ"מ י"ל דהיכא דברי היזקא ומשטרשי ליה אף רבנן מודו לפי שיטת ראב"ה דס"ל דמבטל פיסו מתחייב בכה"ג ולכך פתבתי דאפשר דראב"ה לשיטתו בזה: ודברי הרמב"ן הללו הואיל ואתי לידן נימא בה מילתא דמ"ש הרמב"ן בהא דזרעוני גינה אין הטעם משום גרמי דא"כ נימא בפירקן רשב"ג הוא כו' וזה צ"ע שגרי איהו גופיה פתב לעיל מיניה בהא דעשה עבדו אפותיקו ושחררו כו' פרב"ג דיינינו וכן נמצא במקצת הלכות כו'

עכ"ל הרי מבואר דנדאי רשב"ג דאין דד"ג ולכאורה י"ל דהרמב"ן ס"ל דנדאי לדין דדיינין דד"ג מכ"ש שיש לחייב במזיק שיעבודו דעדיף מגרמי ומ"מ מרשב"ג דמחייב במזיק שיעבודו אין הכרח שיעבור דד"ג וכן מבואר מדברי התוס' בגיטין והרשב"א בחידושי שם והר"ן בשם הרמב"ן והרשב"א וכ"כ ה"ה פ"ז מהלכות חובל אלא שאני תמה על מה שפא בדבריהם להוכיח מהא דאמרין פרק המניח בשחטו לתם דמשמע דעדיף מדד"ג וזה תימא דהתם אמרין הא נמי אמרה רבה שזורף שטרותיו של חבירו כו' ומשני מהו דתימא התם א"ל גיירא בעלמא קלאי מנה אכל הכא פחופר בה בורות שיחין ומערות דמי קמ"ל ופירש"י שהרי השחיטה נראית וניכרת הרי מבואר דדוקא בשחטו לתם או בחפר בה בורות שהוא מעשה הנזכר בגוף הקרקע אבל המזיק שיעבודו חבירו ואין שם מעשה נזכר תלוי בפלוגתא אי דיינין דד"ג וא"כ התם דמייירי ששחררו לעבד שעשאו אפותיקי ומה מעשה נזכר יש שם וא"כ רשב"ג דמחייב ע"כ משום דדאין דד"ג הוא וכן מבואר באסיפת זקני' לב"ק דף ל"ג בשם הרב המאירי ז"ל שכתב ונ"ל ולא עוד אלא שמזיק שיעבודו בשחיטה יותר מדד"ג הוא שהרי מזיק ומפחית עיקר ממון בידים והוא כחפר בה בורות אבל עשה עבדו אפותיקו ושחררו הוא מזיק שיעבודו דרף גרמא ועליו ראוי לומר דד"ג עכ"ל מבואר כמ"ש דהך דב"ק אין דומה להא דהמשחרר עבדו אף מ"ש לחלק בין ההיא דהתם שמזיק בידים אפשר לומר דכיון דבדיבורא קא עביד מעשה לית לן לפלוגיבניהו וכמו מוסר דמחייב לכ"ע משום דקמאן דקליא דמי ומכ"ש בזה שנותן לה גט שחרור וכעביד מעשה בידים דמי.

אמנם לפמ"ש רש"י וחילק בין שורף לזה דשחטו משום שיש בו מעשה הנזכר ור"ל דהתם לא עביד מעשה בגוף הקרקע המשועבדת ואין נזכר בו רק ע"י שריפת הנזיר נתקלקל שיעבודו של זה משא"כ בזה שעשה מעשה הניזק הנזכר בגוף השיעבוד א"כ בשחרור זה הניזק נזכר יש כאן ואפ"ה מחייב ליה רשב"ג אלמא משום דדאין דד"ג הוא: וכדי ליישב דברי התוס' ושאר מפורשים הנה אפשר לומר דס"ל כמ"ש המאירי דשחיטה בתם או חפר בורות מזיק בידים הוא ומפחית עיקר הממון וס"ל דגם במשחרר עבדו פיון שע"י שחרורו פקע העבדות ממנו ג"כ כמזיק ומפחית עיקר הממון הוא בידים וכמ"ש משא"כ בשורף שטרות דבעיקר הממון לא עביד מידי רק ששרף שטרות שהנה לו ראיה שיש לו שיעבוד על הממון כה"ג אי לאו משום דד"ג אין לחייבו דמצי א"ל גיירא בעלמא קלאי מינה ודבר זה מבואר לענ"ד בשו"ת הרא"ש פ"ל ע"ט סי' יו"ד שכתב דיתומים שמכרו בנקסי אביהם אינו בע"ח יכולין להוציא ממנו דהיינו מהיתומים המעות פי נכסיהם מכרו דקי"ל פרכא דמכאן ולהבא הוא גובה ואין לו לבע"ח אלא משעת טריפה ושללהם מכרו ואפילו דין מזיק שיעבודו אין כאן פי לא קלקלו את גוף הקרקע: והנה דברי הרא"ש נפלאו בזה דל"ל לחדש טעם לפי שלא קלקלו בגוף הקרקע ת"ל פיון שפכר כתב דנקסיהם מכרו א"כ פשיטא שאין עליהם דין מזיק שיעבודו דאינהו במקום אפוקו קנימו וכמו שאביהם הנה יכול למפור קודם זמן הגב' כמו כן הם יכולין למפור אלא דאבוהן מחייב לשלומי כשיגיע זמן שירצה המלנה לגבות חובו דהא אשתעבד ליה מעיקרא וארקפתא דגברא מנח ואינהו דלא רמי שיעבודא עליהו מאי איכפת להו והני זוזי לא נשתעבדו פ"ל כמ"ש הרא"ש א"ח"כ ופשיטא דכל פי האי לאו מזיק שיעבודו מקרי ול"ל לטעמא שלא קלקלו בגוף הקרקע: ואמנם נראה שפוננתו לפי שיש שני

ענינים דיני דגרמי ומזיק שיעבודו דיני דגרמי היא שגורם שינוק ויתקלקל ממון של חברו וע"פ שאינו עושה מעשה בגוף הממון ואית ביה תדא לטיבותא דבדחבריה קעביד מעשה ההיזק ונדא לגרעותא שאינו עושה מעשה בגוף הממון ומאן דדאין דד"ג מחייב בכה"ג ונהו ענגן שורף שטרות כו' ומזיק שיעבודו היינו שבשעה שעושה מעשה ההיזק בשלו הוא עושה רק שזה יש לו שעבוד עליו ואית ביה טיבותא לפי שעושה מעשה בגוף הממון שמשועבד לזה כגון שחיטה בשור תם או עשה אפותיקי ושחררו וגרעותא משום דבדידיה קעביד ובה פליגי רבנן ורשב"ג וכן מבואר מדברי המאירי ו"ל דשם מזיק שיעבודו הוא מנח בהיכא דבדידיה קעביד ובאמת דעת הראב"ד לפסוק כרבנן דהיכא דבדידיה עביד פטור.

אך שאר פוסקים והרא"ש מפללם ס"ל שאין לחלק בכה"ג דהשתא בדידיה עביד מ"מ פינו דמשועבד לחברו וע"י גרמתו אינו יכול לגבות חובו הוי פאלו עביד בדחברין ושייך ביה דד"ג אלא דמ"מ אין נותנין עליו חומרת שניהם וצריך עכ"פ שיעשה מעשה בגוף הממון דהא לא מצינו לחייבי יותר ממה דמחייב רשב"ג כגון משחרר עבדו שע"י השחרור מפקיע ממנו העבדות שבו: ועפ"ז דברי הרא"ש מדוקדקים היטב דמעיקרא בא לפטור אותם מדד"ג כגון שורף שטרות שמקלקלין שעבוד חברו ועל זה מחלק ביניהם דהכא שלקחם מכרו כו' משא"כ ששורף שטרות שהוא מעשה בשטרות של חברו ושורף אותם אבל הכא ברשות קעבדי למפור כמו שהיה ברשות אביהם למפור אלא דמ"מ קשה דהא באמת קי"ל במשחרר עבדו דהתם נמי כל שלא גבה זה בדידיה קעביד מעשה ונהו דין מזיק שיעבודו דקי"ל כרשב"ג דחייב פינו שעכ"פ שיעבוד חברו הוא והיה עתיד לגבות ממנו וה"נ קרקע שהניח אביהם המשועבדת לזה ואין לו מקום מוציא לגבות כ"א בזה לבד נמי דינו כפאותיקי ובריא היזקא שהרי ע"י מכירה זו הוא נפסד חובו ובכה"ג אע"ג דבדידיה קעביד חייב לזה כתב הרא"ש ואפילו דין מזיק שיעבודו של חברו אין כאן (ר"ל דאע"ג דמזיק שיעבודו קרוי היכא דבדידיה קעביד) כי לא קלקלו את גוף הקרקע פלום משא"כ בשחטו לתם ובמשחרר דקעביד מעשה היזק בגוף הממון המשועבד לחברו הלכך אע"ג דבדידיה קעביד מחייב אבל הכא דבדידיהו קעבדי וגם אין עושין מעשה בגוף הממון רק שע"י המכירה יוצא מרשותם לרשות אחר ועל ידי זה לא יוכל לגבות חובו בכה"ג ליכא לחייבי אינהו פלל: ולפי"ז נלענ"ד דגם הרא"ש מודה דהיכא דלאו בדידיה קעביד כ"א בדחברין אפילו לא עביד מעשה בגוף הקרקע נמי חייב וא"כ פשיט דמוסר ומראה קרקע של חברו דחייב ואפילו מוסר ומראה שיעבודו של חברו כגון קרקע המשועבדת מראובן לשמעון ובא אחד ומוסר והראה הקרקע לאנס דחייב אף בלא שיעבודא דר"נ וכן במוסר או במראה שטר לחברו כמבואר בש"א סי' שפ"ח סעיף קטן פ"ח דכמאן דקליא דמי וכמו שורף שטרותיו של חברו ואע"ג דלא עשה בגוף הקרקע רק הזיק שיעבודו מ"מ כל דבחברי עביד אין חילוק בין שיעבוד לקרקע שלו ממש וכתבתי זה לפי שראיתי בש"א סי' ק"ז סעיף קטן ח' ו"ל דוקא בשיעבוד קאמר הרא"ש בתשובה אבל לא בקרקע של חברו שהוא שלו וכדאיתא בש"ס במוסר ומראה קרקע של חברו שהוא חייב עכ"ל ואנכי לא ידעתי שלענ"ד אין מקום לחלק בין שיעבוד לקרקע חברו שהוא אלא אפילו אינו שלו רק משועבדת לו הדין כן ועיקר החילוק הוא בין היכא דבדידיה קא עביד כגון ההיא דיתומים שמכרו ובין

היכא דבְחֲבֵרֵי עֶבֶד דְהִיכָא דְקַעְבִּיד בְּדַחְבְּרֵי אֲפִילוּ בְּשִׁיעָבוֹד חֵיב: אָמְנָם כְּדִי לְהַסְבִּיר
הַחֲלִיטָה בֵּין הַהוּא דְשַׁחְרֹר לְהַהוּא דִּיתוּמִים שְׁמַכְרוּ כִּינּוּן דְמַרְוֹנֵיהוּ בְּדִידְהָ קָא עֶבֶד וְאִי
מְשׁוּם דְלֹא קִלְקִלוּ בְּגוּף הַקְּרַקְעָה מִשָּׂא"כ בְּזָה דְהוּא קִלְקוּל בְּגוּפוֹ שֶׁל עֶבֶד מ"מ מִה סְבָרָא
יֵשׁ לְחַלְקָה בְּזָה דְהָא ס"ס הַשְּׂתָא דִּידְהָ הוּא וְתִיָּקוּן לְעַצְמוֹ וְקִלְקֵל לְאַחֲרִים לְאַחַר זְמַן שְׁלֹא
יִוּכַל לְגַבּוֹת חוּבּוֹ מִשְׁעָבוֹדוֹ וְאֲפָשֶׁר לוֹמֵר דְשִׂאנֵי בְּהוּא דְשַׁחְרֹר כִּינּוּן דְבִאֲפֻתְקֵי מְפֻרְשׁ
מִיָּרֵי שְׂאֵמֵר לוֹ לֹא יְהֵא לְהַ פְּרַעוֹן כּו' א"כ יֵשׁ לְחֵיבּוֹ מְשׁוּם שְׁהַפְסִיד אֶת שְׁל חֲבִירוֹ
דְהָא יֵשׁ לְחֲבִירוֹ ע"ז שִׁיעָבוֹד מְפֻרְשׁ וְאֵע"ג דְבִידּוֹ הוּא לְסִלּוּקֵי לִיָּה בְּזוּזֵי מ"מ כֹּל כְּמָה
דְלֹא סִלְקֵיהָ חֲשִׁיב כְּדִידְהָ וְהוּי פְּאֵלוֹ עֶבֶד מַעֲשֵׂה בְּדַחְבְּרֵיהָ וּפְשִׁיטָא הוּא דְלַכְתְּחִלָּה וְדִאי
אָסוּר לוֹ לַעֲשׂוֹת כֵּן לְהִזִּיק אֶת חֲבִירוֹ וְהַלְפָּה אִם עָבֵר וְעָשֵׂה גְרָמֵי הוּא וְחֵיב מִשָּׂא"כ
בִּיתוּמִים שְׁמַכְרוּ שְׁלֹא עָשָׂאוּ לוֹ אֲפִיתוּקֵי וְלֹא עָלָה דְהֵיָא סְמָךְ שְׁעָבוֹדוֹ הַלְפָּה הַיּוֹרְשִׁים
בְּמָקוֹם אֲבִיָּהוּן קִיָּמֵי כִּינּוּן דְאִיָּהוּ הֵנָּה מְצִי מְזַבֵּן גַּם אִיָּהוּ מְצִי מְזַבֵּן וְאֵע"פ שְׁעִי"ז לֹא
יִמְצָא זֶה מְקוֹם לְגַבּוֹת אִיָּהוּ מָה אִיכְפַת לְהוּ וְכִמְש"ל: וְעוֹד נִלְע"ד דְע"כ לֹא מִתְחֵיב
לְשַׁלֵּם מִדְּד"ג אֲלֵא הִיכָא שְׁגָרָם הִיזָק וְקִלְקוּל בְּקַרְקַע הַמְשׁוֹנְעָבְדָת לְחֲבִירוֹ אוֹ אֵע"ג דְלֹא
עֶבֶד מַעֲשֵׂה בְּגוּף הַקְּרַקְעָה מ"מ ע"י גְרָמָתוֹ נִסְתַּלַּק שִׁיעָבוֹדוֹ שְׁהֵיָה לוֹ עַל קַרְקַע זֶה ג"כ
חֵיב וְכַגּוֹן מוֹכֵר שֵׁט"ח לְחֲבִירוֹ וְחֹזֵר וּמְחַלּוֹ שְׁע"י מְחִילָתוֹ שִׁיעָבוֹד הַגּוּף פִּקַּע שִׁיעָבוֹד
נְכָסִים שְׁל חֲבִירוֹ מִשָּׂא"כ בִּיתוּמִים שְׁמַכְרוּ שְׁבִגּוּף הַקְּרַקְעָה לֹא עָשׂוּ מַעֲשֵׂה וְגַם בְּשִׁיעָבוֹד
שְׁל זֶה לֹא הִזִּיקוּ אֶת גּוּף הַשִּׁיעָבוֹד וְעַדִּין שִׁיעָבוֹדָא דִּידְהָ רָמֵי עָלֵיהָ וְאֵע"ג דְאִיָּהוּ לֹא
מְצִי טָרַף בְּמִלְנָה ע"פ דִּידְהָ מְשׁוּם תַּסְנַתָּא דְרַבְּנָן מְשׁוּם פְּסִידָא דְלַקּוֹחוֹת מ"מ אִיָּהוּ לֹא
מִיָּהָ לֹא עָשׂוּ מַעֲשֵׂה הִיזָק בְּקַרְקַע וְלֹא בְּשִׁיעָבוֹד וְהַמְכִירָה שְׁמַכְרוּ בְּדִידְהוּ קָא עֶבְדֵי אִין
מְקוֹם לְחֵיבּוֹ מְצִד מְזִיק שִׁיעָבוֹדוֹ מִשָּׂא"כ בְּשַׁחְרֹר אֲפִילוּ תִיָּמָא דְלֹא חָשׁוּב כְּעוֹשֵׂה
מַעֲשֵׂה בְּגוּף הָעֶבֶד מ"מ כִּינּוּן דְקִי"ל דְשַׁחְרֹר מְפָקִיעַ מִיָּדֵי שִׁיעָבוֹד וּבְעָשֵׂה עֶבְדוֹ אֲפֻתְקֵי
וּמְכָרוּ בַע"ח גּוֹבָה וְאֵפ"ה בְּשַׁחְרֹר מְפָקִיעַ מִיָּדֵי שִׁיעָבוֹד וְאִינוּ גּוֹבָה נִמְצָא דְהוּ"ל כְּהִיזָק
גּוּף הַשִּׁיעָבוֹד וְכִמּוֹ מוֹחֵל שְׁטֵר דְחֵיב: וּמ"מ צ"ע לְעַנ"ד מָה שְׁנַרְאָה מְדַבְּרֵי הָרֵא"ש דְאִי
הוּוּ מְקַלְקֵלוֹ בְּגוּף הַקְּרַקְעָה כְּגוֹן שְׁחַפְרוּ בְּהַ בּוֹרוֹת הֵי חֵיבִים מְטַעַם מְזִיק שִׁיעָבוֹדוֹ וְזֶה
צ"ע לְעַנ"ד כִּינּוּן דְבַע"ח מְכָאן וְלְהַבָּא גּוֹבָה וּבְשַׁלְתָּהּ חֲפָרוּ וְקִלְקִלוּ וְכֵה"ג קִי"ל בְּנִיכְסֵי
לְהַ וְאַחֲרֵיהָ לְפִלוֹנֵי שְׂאֵפִי הֵיָה בְּהֵם עֶבְדִים וְהוֹצִיאָן לְחִירוֹת אוֹכְלִים וְעָשָׂאן תְּכַרִּיכִין כּו'
מַעֲשִׂיו קִיָּמִין וּמִשְׁמַע דְאִין הָרֵאשׁוֹן צָרִיף לְשַׁלֵּם כְּלוּם.

אָף ז"א דְע"כ צָרִיף לְחַלְקָה בֵּין הַהוּא דְאַחֲרֵיהָ לְהַהוּא דְעָשֵׂה עֶבְדוֹ אֲפֻתְקֵי וְשַׁחְרֹר
דְקָרִינּוּ לִיָּה מְזִיק שִׁיעָבוֹדוֹ מְשׁוּם דְהֵתָם בְּחֵי הָרֵאשׁוֹן אִין לְזָה לֹא גּוּף וְלֹא פִירוֹת וְאֵף
שִׁיעָבוֹד אִין לוֹ עַל נְכָסִים אִילוּ רַק שָׂאֵם יִשְׁתַּיִיר מִן הָרֵאשׁוֹן שְׁיָיָף לוֹ הַלְפָּה קָמָא עֶבֶד
בְּיָה כְּאָדָם הַעוֹשֵׂה בְּשִׁלּוֹ וְמָה אִיכְפַת לִיָּה אִם הַבָּאִים אַחֲרֵיו לֹא יִמְצָאוּ מָה לִיקַח וְאֵע"ג
דְגַם שֵׁם אָסוּר לְרֵאשׁוֹן לְמַכּוֹר אוֹ לִיתֵן הַגּוּף הִיָּנּוּ מְשׁוּם כְּדִי שְׁיָקוּיָם דְבָרֵי הַנּוֹתֵן וּמ"מ
אִי עֶבֶד מְהַנֵּי מִשָּׂא"כ בְּעָשֵׂה אֲפֻתְקֵי כִּינּוּן שְׂבָאוֹתוֹ שְׁעָה שְׁמַשְׁחָרֵר זֶה שִׁיעָבוֹדוֹ דְהֵאִי
רָמֵי עָלֵי וּמְזִיקוֹ וּמְפָקִיעַ מְמַנּוּ הוּא מְחַוֵּב לְשַׁלֵּם וְהַלְפָּה גַּם בִּיתוּמִים כִּינּוּן דְהַשְׂתָּא מִיָּהָ
לִיכָא רַק קַרְקַע זוֹ הוּ"ל כְּאֲפֻתְקֵי דְהֵאִי וְאִם חוֹפְרִין בְּהַ בּוֹרוֹת שִׁיחִין אוֹ אִם הֵיָה עֶבְדִים
וְהוֹצִיאָן לְחִירוֹת מְחֵיבֵי הַיּוֹרְשִׁים מְטַעַם מְזִיק שִׁיעָבוֹדוֹ: אִיכְרָא שְׁלַעַנ"ד י"ל לְפַמ"ש
הָרֵשֶׁף"א בְּתִשְׁבָּה הַבִּיאָה הַב"י ס"ס ק"ד לְעַנֵּן בַע"ח מְאֻחָר שְׁגָבָה מְעַפּו"ם דָּאֵם מְכַר
הַלְנָה קַרְקַע וְהִבִּיא לוֹ מְעוֹת אִינוּ חֵיב לְשַׁלֵּם דְמַעוֹת אִילוּ לֹא נִשְׁתַּעְבְּדוּ לוֹ וְאֹמֵר לוֹ

הרי השרקע שנסתעבד לה לפניה ואפילו גבה קרקע ומכרה אינו חייב מטעם זה שאומר הרי שלה לפניה וא"כ מכרו לגברא אלמא ומטעם מזיק שיעבודו של חבירו עכ"ל ולכאורה דברי הרשב"א אילו סותרין לדברי הרא"ש שהרי מבואר מדבריו דאף בכה"ג שלא קלקל בגוף השרקע יש לחייבו מטעם מזיק שיעבודו וכדברי הרשב"א כ' בעה"ת הביאו הטור ר"ס ק"ד אמנם פבר הרגיש בזה הסמ"ע וכ' ליישב דברי הטור דשאני הקא דבדידהו קעבדן כמ"ש הרא"ש בתשובה כו' עי' שם אמנם צ"ע לפמ"ש הרשב"א הטעם דמכרה אומר לו הרי שלה לפניה והיינו דאומר לו זיל גבה לה מהלוקח שיעבודו בידו א"כ אף אי מכרה לגברא אלמא למה מחייבין ליה משום מזיק שיעבודו דנימא ליה הרי שלה לפניה.

אף באמת ז"א דכיון דלקח בידיהו שיעבודו של זה ומכרו למאן דלא מצי לאשתעי דינא בהדיה לא מצי א"ל הרי שלה לפניה כמ"ש התוספות בבא קמא דף ויג"טין דף נ"ג דמה שנופל ליד ב"ד חשיב היזק ניכר ולפי שהיזק ניכר זה בא בפשיעת שומר אינו יכול לומר הרי שלה לפניה כו' עי' שם וכה"ג אמרי' בגוזל שדה ונטלוהו מציקין דאומר הש"ל ואם מתמת הגזלן נלקחה חייב להעמיד לו שדה אחרת ולפ"ז צ"ע דכיון דעכ"פ מוכח דהמכירה שמוכר למאן דלא מצי למיגבי מיניה פהיזק ניכר חשבינן לי א"כ גם ביתומים נמי מה לי קלקלו בגוף השרקע או לא קלקלו דס"ס היזקו היזקו הניכר וא"ל דכיון שפכרו שלהם תו לא חשבינן ליה היזק הניכר כיון שבשעת המכירה לא הנה מיכר היזקא דהא מדידהו קעבדי דא"כ קשה בההוא דעשאו אפותיקי שפכתבו התוס' דלרב דמוקי לה בשחררו רבו ראשון חשיב שפיר היזק הניכר ולכאורה ז"א דהא הרב בדידהו עביד וא"ל כיון שעשאו אפותיקי הוי פעביד בדחבר' דא"כ גבי תומים נמי פאפותיקי דמי וכמ"ל לענן אם קלקלו בגוף השרקע ולפמ"ש לעיל א"ש.

אף עתה נלענ"ד לחדש בה דבר לפי מה המבואר בתוספות דלא דמי נטמא ממילא דאומר לו הש"ל למטמא בידיהו דלא מצי א"ל הכי ועי' במשנה למלה פ"ז מהלכות חובל באורו וטעמא דמלתא משום דכיון דנתחייב בהשבה אז אם נפל היזק ממילא והוא בעין שפיר מקרי השבה ע"י אמירתו הש"ל כיון דלאו בגרמתו איתעבד ביה הקלקול משא"כ אם גזל תרומה וטמאה בידיהו אפילו בשוגג חייב פמבואר במשנה למלה שם משום דבעי למיעבד השבה מעליא והלכך אף שהוא היזק שאינו ניכר ובשוגג מ"מ כיון שעשה מעשה בידיהו לא מצי א"ל הש"ל עי' שם: ולפ"ז נראה דהיינו טעמא דגבי שחרור מחייב כיון שזה לנה אצלו והוא מחוייב לשלם לו רק לפי שעשה את עבדו אפותיקי שיהא נפרע ממנו והוא מראה לו העבד שיגבה ממנו ואומר לו הש"ל וכדין שטפה נהר כו' המבואר בסי' קי"ז אף זה נוקא במעשה דממילא אבל זה שעשה בו מעשה שחרור תו לא מצי א"ל הש"ל וא"כ ממילא שהוא מחוייב לפרוע החוב שנתחייב לו דהא לא מצי לאחוני' ליה על העבד כיון דאפקיה מרשותיה בידיהו משא"כ ביתומים שפכרו דמעיקרא לא חל עליהם שום חיוב ושעבוד פלל ואין מקום לחייב אותם מכבר וזולת מצד ההיזק עצמו וכיון שלא קלקלו בגוף השרקע ובדידהו קעבדי והיזק שאינו ניכר בגוף השרקע הוא שפיר פטור שהרי שיעבודו של זה הוא קיים בעין ומצוי אמר ליה הרי שלה לפניה: אלא דלפ"ז צ"ע דהא בש"ס אמרי' דבמזיק שעבודו פליגי ורבנן ס"ל דמזיק שעבודו פטור ולפמ"ש קשה דמה בכך דאפ"ל אם מזיק שיעבודו חבירו בעלמא פטור מ"מ הקא כיון

שְׁכָבָר נִתְחַיֵּיב זֶה לְפָרוֹעַ חוּבוֹ אֲלֵא שְׁזָה עֲתִיד לְהַפְרֵעַ מִהַעֲבֹד וְכִינּוֹן שְׁזָה קִלְקַל וְהִזִיק הַשְׁיָעֵבֹד מִמִּילָא יִתְחַיֵּיב מִצַּד חַיִּיב הַהֲשָׁבָה וְע"כ לֹאמַר דְּחַשְׁבִּיב פְּאֵלוֹ נִפְרַע פְּכָר בְּעֵבֶד זֶה וְכֵן מִבּוֹאֵר מִדְּבָרֵי הַרְמַב"ם וְהַטּוֹר וְהַש"ע ס"י קי"ז דְּכּוֹתֵב לוֹ שְׁטֵר וְאִינוּ גּוֹבָה אֲלֵא מִזְמַן זֶה הַשְׁטֵר וְהַטּוֹר הוֹסִיף שְׁשֵׁטֵר הָרֵאשׁוֹן פְּכָר נִפְרַע וְכ"כ הַסַּמ"ע שֵׁם שְׁאוֹתוֹ הַשְׁטֵר חַשְׁבִּינּוֹ לִיהַ פְּפֹרֵעַ בְּאִפּוֹתֵיקֵי שֶׁל הַעֲבֹד אֲלֵא שְׁנִתְחַיֵּיב לוֹ מִחֻדָּשׁ אֲשֶׁר הִזִיקוּ בְּשִׁחְרוּרוֹ וְכִהְיִיקוּ אַחַר דְּמִי כו': אֲמַנָּם לַעֲנֵד צ"ע דְּאִין זֶה מְוַכְרַח דְּמַה"ת נִימָא דְהַנִּי פְּפֹרֵעַ בְּאִפּוֹתֵיקֵי זֶה דְּהָא קי"ל מִפְּאֵן וְלִהַבָּא הוּא גּוֹבָה וּמַכ"ש בְּזָה דְּלֵא אֲתִי לִידֵי גְבִיָּה פְּלִל וְאִפְּיִלוּ בְּאִפּוֹתֵיקֵי מִפְּנֵי הַדִּין כֵּן כִּינּוֹן דְּמַצִּי לְסִלּוּקֵי לִיהַ בְּזוּזֵי וְכַמְבּוֹאֵר בְּתוֹסְפוֹת בְּגִיטֵין דְּף מ"ם ד"ה הַקִּדָּשׁ דְּאִלְיָבָא דְּרָבָא חַשְׁבִּיב בְּרִשׁוֹתוֹ וְלִהַכִּי מְהַנִּי הַקִּדָּשׁ וְשִׁחְרוּר דִּידֵיהַ דְּכִינּוֹן דְּחִיָּילָא קְדוּשַׁת הַגּוֹף שְׁעָה אֲחַד תּוֹ לֵא פִקַּע וְהָכִי קי"ל דְּעַכ"פ אִם מְכָרְוֹ הַלְוָה מְכּוֹרִין עַד שְׁעַת טְרוּפָה וְא"כ אִיךָ אֲפֹשֶׁר לֹאמַר דְּהַשְׁטֵר חוּב שְׁמִפְכָר פְּפֹרֵעַ הוּא מְחַמַּת אִפּוֹתֵיקֵי זֶה דְּהָא אֲפִתִי בְּרִשׁוֹתֵיהַ דְּלָוָה קָאִי כִינּוֹן דְּמַצִּי לְסִלּוּקֵי בְּזוּזֵי אִם יִרְצָה וּמ"ש הַב"י דְּשִׁחְרוּר דְּעֵבֶד הַנִּי כְּעוֹשֶׂה אִפּוֹתֵיקֵי וְשִׁטְפָה נְהָר לַפּמ"ש יֵשׁ לְחַלֵּק דְּשִׁטְפָה נְהָר שְׁאֵנִי דְּמַצִּי א"ל לֵא בְּעִינָא לְסִלּוּקֵי לָךְ בְּזוּזֵי וְנִסְתַּחֲפָה שְׁדָךְ מִשְׁא"כ בְּשִׁחְרוּרוֹ דְּעֵבֶד מְעַשֶׂה בְּיָדִים א"כ דְּמִי לְהָא דְּגִזְלֵי תְרוּמָה וְטִימְאָה בְּיָדִים דְּלֵא מַצִּי א"ל הָרִי שְׁלָךְ לְפָנֶיךָ וּמִמִּילָא דְּמַחְוִיב בְּהַשָּׁבָה וּמ"מ א"ש מ"ש הַרְמַב"ם דְּאִינוּ טוֹרָף אֲלֵא מִזְמַן הַשְׁטֵר מִשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּלַעֲנֵן טְרִיפַת לְקוּחּוֹת מִיָּרִי וְהַשְׁטֵר הָרֵאשׁוֹן הִיָּה לוֹ אִפּוֹתֵיקֵי מִפְּנֵי וְלֵא אֲשַׁתְּעַבְדִּי שְׁאָר נְכָסֵי הַלְוָה פְּלִל וְלֵא מַצִּי טְרִיף מִיָּנִיָּה אֲמַנָּם אֲפִילוֹ אִם נֹאמַר בְּטַעֲמָא דְּהַרְמַב"ם כַּמ"ש הַטּוֹר וְהַסַּמ"ע נְמִי צ"ל דְּמַהֲאִי טַעֲמָא אֲתִי עָלֵי דְּכִינּוֹן דְּלֵא בְּרִירָא לָן מִקְלַתָּא מַה יְהֵא בְּסוֹפּוֹ אִם סוֹפּוֹ לְגַבּוֹת הַעֲבֹד אוֹ יִסְלַקְנוּ בְּזוּזֵי מִמִּילָא שְׁא"א לְגַבּוֹת מִהַלְקוּחּוֹת וְשִׁקְנוּ קוּדָם הַשְׁחָרוּר דְּהַלְקוּחּוֹת מַצִּי אֲמָרִי שְׁהַעֲבֹד הִיָּה מַגִּיעַ לְסִלּוּק חוּבָךְ וְהַשְׁתָּא הוּא דְּאִזְקֵךְ וּמֵאִי אִית לָךְ גְּבִין וְלַגְבֵי הַלְקוּחּוֹת שְׁפִיר דְּמִי לְשִׁטְפוֹ נְהָר דְּמָה אִיכְפַת לְהוֹ אִם הַהִיזִק הִיָּה מִמִּילָא אוֹ ע"י הַלְוָה.

אִךְ לַגְבֵי הַלְוָה גּוֹפִיָּה פְּלִיגֵי רַבְּנָן וְרַשְׁבַּ"ג דְּרַבְּנָן ס"ל מִזִּיק שְׁעֵבֹדוֹ פְּטוֹר וְא"כ מַצִּי הַלְוָה לְמַטְעֵן כִּינּוֹן דְּאֲפִתִי לֵא הִיָּה הַעֲבֹד חַלוּט לָךְ אֲלֵא בְּיָדֵי קָא עֲבִידָנָא וְכָל דְּבְדִידֵיהַ קְעֵבִיד אַע"פ שְׁעַל יָדֵי זֶה נִפְקַע שְׁעֵבֹדוֹ שֶׁל זֶה פְּטוֹר וְאִינוּ יְכוֹל לְבֹא עָלָיו מְחַמַּת הַחוּב שְׁמִפְכָר דְּהַשְׁתָּא מַצִּי א"ל נִסְתַּחֲפָה שְׁדָךְ וְאִין זֶה דוּמָה לְגִזְלֵי תְרוּמָה וְטִימְאָה בְּיָדִים דְּהַתָּם בְּדַחְבְּרֵי עֲבִיד מַה שְׁטִימְאָה הַלְכָךְ תּוֹ לֵא מַצִּי א"ל הַש"ל מִשְׁא"כ הִיכָא דְּבְדִידֵיהַ קְעֵבִיד אִין שֵׁם הַיָּזִק עָלָיו וְרַשְׁבַּ"ג ס"ל דְּמִזִּיק שְׁעֵבֹדוֹ חַיִּיב הַלְכָךְ אִיכָא לְחַיִּיבֵי מַמ"נ דְּאִם נֹאמַר דְּכִינּוֹן דְּמִפְּאֵן וְלִהַבָּא הוּא גּוֹבָה אֲפִתִי בְּרִשׁוֹתֵיהַ קָאִי א"כ עֲדִינּוֹן חַיִּיב הַחוּב הוּא עָלָיו וּמְחַוִּיב בְּהַשָּׁבָה וְאִין זֶה הַשָּׁבָה דַּע"ג דְּבְדִידֵיהַ קְעֵבִיד מ"מ ס"ס הַיָּזִקוֹ בְּיָדִים וְאִם פֹּה יֹאמַר כִּי הַחוּב שְׁלָךְ נִסְתַּלַּק ע"י הַשְׁיָעֵבֹד שְׁיֵשׁ לָךְ עַל הַעֲבֹד א"כ שׁוּב לָאוּ בְּדִידֵיהַ קְעֵבִיד אֲלֵא בְּדַחְבְּרֵי שְׁהָרֵי בְּזָה הַשְׁעֵבֹד שֶׁל הַעֲבֹד סִילַק הַחוּב שְׁלוֹ וְכִינּוֹן שְׁהַפְקִיעַ הַשְׁעֵבֹד מִמְּנוּ חַיִּיב וְכָל זֶה הִיכָא שְׁהִיָּה כָּאֵן חַיִּיב מְעַיְקָרָא קָרָא אֲבָל בֵּיתוּמִים שְׁמַכְרוּ דְּמַעַיְקָרָא לֵא חַל חַיִּיבָא עָלְיָהּ פְּלִל וְהַשְׁתָּא בְּדִידֵיהוּ קְעֵבִידֵי שְׁפִיר כ' הָרֵא"ש דְּפְטוֹרִים: אֲלֵא שְׁלַכְאוּרָה צ"ע עַל סְבָרָא זֶה שְׁכַתְּבָתִי לְחַלֵּק הִיכָא דְּנִתְחַיֵּיב בְּהַשָּׁבָה מִפְּכָר וּכַמ"ש הַמְשַׁנָּה לְמִלְךָ דְּמַש"ס דְּבַבָּא קָמָא דְּף קט"ז לֵא מְשַׁמַּע הָכִי דְּאֲמַרִּינּוֹן הֵהוּא גְּבָרָא דְּאֲחֻי אֲפָרְיָא דְּחִזְטִי דַּר"ג אֲתָא לְקַמְיָה דְּרַב נַחְמָן חַיִּיבָהּ לְשִׁלּוּמֵי כו' מַתְּנֵי הוּא דְּתַנּוּן אִם מְחַמַּת הַגְּזֵלָן חַיִּיב

להעמיד לו שדה אחר ואוקימנא דאחוי אחווי' כו' וכן איתא שם דף קי"ז זיל לגביה דר"ש בן אלקום כו': ולפמ"ש אין ראיה ממתניתין דמירי שפבר גזל הקרקע ועמה מסרה ביד האנס משא"כ היכא שלא מחויב מכבר כלל ואפשר לומר דשפיר מיתי פיון דבאמת דינא הוא דבקרע אומר לו הש"ל רק פיון דאחוי אחווי דיינינו ליה כעבד בה מעשה בידים לענין דתו לא מצי למימר הש"ל א"כ מונה ילפיו דבכריא דחטי וכה"ג דלא שנייך ביה הש"ל הא דאחוי אחווי כעבד מעשה דמי וחיוב: אלא דלפ"ז צ"ע על מ"ש הש"ך דבמוסר או מראה קרקע חבירו דחייב וכ"כ בס"י שפ"ח ס"ק י"א דה"ה בקרקע שנייך דין מוסר וכדלעיל ס"ס שע"א עכ"ל.

ולפמ"ש אין ראיה מההיא דסי' שע"א דהתם מירי שהקרקע מתחלה בגזלה באה לידו ונתחייב פבר בהשבה מצד הגזלה שתקף קרקע חבירו וכינון דאחוי אחווי אין פאן השבה משא"כ לחייב באחוי לחוד בקרקע דשנייך בה הש"ל זו מנין לנו ומ"מ מסתימת הפוסקים משמע פה"ש"ך וכבר כתבתי לעיל דאע"ג דהרא"ש פוטר היכא שלא קלקלו בגוף הקרקע מ"מ היכא דבכריא עבד שאני.

ולפי שהוא חוץ לעניינינו לא הארכתי עוד בזה: ודאמתאן עלה מ"ש על דברי הרמב"ן הנ"ל דהא עכ"פ מוכח מהא דמזיק שעבודו דרשב"ג דאין דד"ג לפמ"ש י"ל דמזיק שיעבודו דהתם גרע דהוי כעושה מעשה בידים בגוף השיעבוד שע"ז השיעבוד נפקע ממנו והתוס' חשבו ליה הדין נזק נזק ואפשר דגם רש"י מודה בזה אע"פ שנתן טעם שמעשה השחיטה נראית וניכרת כמו כן מעשה השחרור נראה וניכר לעין שזה יצא מעבדות לחירות: ומצאתי בחידושי הרמב"ן לגיטין דף נ"ג שכתב מ"ט הדין שאינו נזק הוא כו' פירוש ואומר לו הש"ל כו' ולא דמי למוחל שט"ח דהתם פיון שאבד לגמרי כו' וכן בעושה עבדו אפתיקי הדין נזק הוא ושהרי אינו יכול להעמידו לפניו כשה"ל עכ"ל והר"ן בחידושי שם כתב וז"ל וא"ת מ"ש ממוחל שט"ח כו' י"ל דהתם הדין נזק הוא דעיקרו הדין שיעבודו וכל שאין שעבודו קיים אינו יכול לומר הש"ל ומה"ט נמי בעושה עבדו כו' הדין נזק הוא משום שאין העבד עומד אלא לשיעבודו וכיון שאין שיעבודו קיים אצל העבד אינו יוכל לומר הש"ל וגם י"ל דמהא לא הוי קשיא ליה דנימא בעלמא רשב"ג דאין דד"ג משום דעולא מתרץ התם דרשב"ג ורפנו בשחררו רבו שני מירי ובהדין שא"נ פליגי וא"כ אין זה ענין למזיק שעבודו כלל אכל בהא דרשב"ג דקאמר אף לשכינו פופהו פשיטא דא"א לדייק מידי כמש"ל חזא דרשב"ג לא קאמר רק לכתחלה ועוד דע"כ לא אמרינו הכי אלא היכא דכריא הדייקא דומיא דההיא דאבי אסא משא"כ בסתם חניות פשיטא שאין לסמוך ענין לו מדיני דגרמי ועוד דהא מניעת הריוח כה"ג פטור ואם נאמר מחמת דמשטרשי ליה א"כ אין זה ענין לדינא דגרמי דעלמא ואין להאריה: ומ"ש הד"ג בטעמא דהראב"ד כפי מה דמשמע מהרא"ש פירק מ"ש דהא דס"ל לרה"ג דחייש משום דנקט בידיה זוזי דמי הקרקע המשועבד' ומה לי הוא ומה לי דמיה כו' ואני תמה ע"ז ש שהרי אדרבא ברא"ש שם בשם רה"ג מבואר לאיפוך שהרי לא כתב רק בטר דתקינו רפנו בתראי מזונות ממטלטלין הא קודם לכן לא ולא אמרינו פיון שהם דמי חילוף הקרקע הוי קרקע עצמה אלא ס"ל דהוי כאלו שביק אפוקו הני זוזי והרא"ש חילק ע"ז וס"ל דהני זוזי לא משמעבדי להו פיון דלאו הני זוזי שבק אפוקו והלכך אע"ג דתקינו רפנו דמטלטלי משמעבדי מ"מ פיון דלאו הני מטלטלין שבק לא

מחייבי לשלומי בהו ובדברי הראב"ד שפתיב ונ"ל ונכתוב לשמעון שטר על חנוך כו' מפני שהזיק שעבודו של שמעון דקי"ל דדיינינו דד"ג וכ"ש זה דקא משתרשי ליה שפורע חובו משעבודו של זה לא מסתבר כלל לפרש דמ"ש וכ"ש זה כו' ר"ל דאיפא לחיוב מטעמא אחריןא דהוי פאלו שבק אפנה זוני דלא הו"ל למימר כלל בההוא לישנא אלא הו"ל למימר וכ"ז שמעות ההלואה אשר תחת ידו נכנסו תחת הקרקע והו"ל פאלו שבק אפנה חוב אצלו ואין נוח כלל לפרש זה בלשון דקא משתרשי ליה.

ובאמת מה שנראה מדברי הוד תורתו דר"ה גאון והראב"ד אמרו ד"א לענ"ד ז"א דר"ה גאון ע"כ ס"ל דאין פאן דין מזיק שעבודו דא"כ קודם תקנה לגבות ממטלטלין נמי לתחייב מטעם מזיק שעבודו וע"כ דס"ל כמ"ש הרא"ש דכיון שלא קלקלו גוף הקרקע כלום אין חייבים מטעם זה רק דלקתר תקנה הם גזונים מהדמים דס"ל דהו"ל פאלו שבק אפנה הני זוני וכן מבואר ממ"ש או שקלי דמים יתבו מזונות כו' משמע דאי לא שקלי זוני פגון שנתנו במתנה וכיוצא בו הם פטורים דלא שייך דין מזיק שעבודו כלל והראב"ד סובר שחייב בזה משום מזיק שעבודו (ועיין בב"ש שפתיב בסי"צ"ג לחלק היכא דהשיעבוד דאורייתא משא"כ מזונות דרבנן ע"ש שכ"כ לדעת הטור): ולענ"ד א"א לומר פן בדברי הראב"ד שהביא בסי"ק"ד דמייירי שם במלוה ע"פ וכ' שם דשעבודא לאו דאורייתא ואפ"ה מחייב בזה משום מזיק שעבודא ולא משום דה"ל כשבק אפנה זוני ומ"ש וכ"ש דקא משתרשי ליה ר"ל דבכה"ג יש סברא טפי לחייבו לשלם הדיקו אע"ג דבשביל ההיזק לחוד מפטר שאם נפרש מ"ש וכ"ש דקא משתרשי ליה היינו ע"פ סברת ר"ה דה"ל פאלו שבק אפנה וקי"ל דאף ממטלטלין ובין לבתר התקנה א"כ לא מצינו דינו ורגלינו בשיטות הראב"ד גופא שנראה מדברי סה"ת שהוא מהסוברים דירוש יוכל למחול לעצמו ואפילו מדד"ג פטור שיכול לומר לא נתפוננתי להזיק רק לטובת עצמו ע"ש ולפ"ז בההוא דסימן ק"ד אף אם נימא דכיון שהגבה הקרקע בחובו ה"ל פאלו שבק אפנה חוב זה עליו ורוצה בע"ח של אביו לגבות ממנו ולכך כופין אותו שיכתוב שטר.

ובאמת ז"א דמיד שמגבה הקרקע ונכנס תחתיו החוב ג"כ ראובן הוא יורשו ומחל לעצמו ולא עדיף בע"ח זה מלוקח ואדרבה אפ"י מאן דסבר התם שאין יכול למחול לעצמו מבואר בבעה"ת הטעם לפי שהאב פבר מר החוב ונשתעבדו נכסיו ללוקח זה משא"כ פאן שמיד שבא החוב לתוך נכסי אביו הוא יורשו ומחל לעצמו: ועוד שנלפענ"ד ברור בטעמא דר"ה ה"א דס"ל דאין פאן דין מזיק שעבודו אפילו קודם התקנה משום דע"כ לא שייך לתת עליו דין מזיק שעבודו פגון במשחרר או בשור תם שבשעה שבא זה לגבות חובו משעבודו הוא מוצא שבקר הנוק עי"ז ומחייבין ליה משא"כ פאן דמה בכך שהוא מוצא שבקר נמפר הקרקע המשועבדת לו הלא מעיקרא אדעתא דהכי הלנה לו ואשתעבד ליה שיהא זה בידו למוכרו ואינהו במקום אפנה קיימי וה"ל פאלו מר אפנהו ולקח דמים אלו תמורתם וזה שאינו יכול לגבותן משום דה"ל מטלטלי דיתמי משא"כ במשחרר ושור תם שמעיקרא חל עליהם השיעבוד שלא יהיו נפקעים ממנו וזה שהפקיע השעבוד מחויב לשלם והגע עצמה בעשה עבדו אפותיקי ומכרו וקיבל דמים עבורו אם אינו יכול להוציא מן הלוקח פשיטא שזה מתחייב לשלם המעות שקיבל אף לרבנן אבל מהיתומים אינו יכול להוציא אם לא אחר התקנה שאף אם נימא דקיימו במקום אפנה והוי כמכר אביהם מ"מ הרי נכנסו הדמים תמורת הקרקע וגובה מהם

והרא"ש ס"ל ג"כ שאין לתת עליהם שם מזיק שעבודו פינון שלא באו להזיק ולקלקל
הקרע ורשות בידם למכרה דבמקום אבנהו קנימי אלא דאבנהו הוי מחויב לפרוע
בדמים שקיבל ואינהו לא מחייבי אף לבתר התקנה פינון דלאו הני זויי שבק אבנהו וא"כ
אם איתא דהראב"ד ס"ל פסברת ר"ה היאך התחיל לומר לחייבו מטעם מזיק שעבודו
שקרי במקום אבנה קאי וה"ל פירוש שמכר הקרע ולקח המעות עבורם שאין עליו דין
מזיק וצ"ל דהראב"ד חולק בזה על ר"ה וס"ל דשפיר הוי מזיק אם הנה קודם התקנה
שלא הנה מתחייב מטעם דהדר ה"ל מטלטלי ושוב כתב וכ"ש דקא משתרשי ליה כו'
והיינו פסברת ר"ה דבאמת אינו מזיק שהכניס הדמים תחתיו וזה גובה מהדמים פינון
שהוא לבתר התקנה וארכביה אתרי ריקשי וכ"ז אינו במשמע מדברי הראב"ד וגם שיש
לתמוה על הראב"ד שכתב בזה לחייבו משום מזיק ונהרי בהשגות פ"ז מהלכות חובל
נראה שדעתו לפסוק גבי עבדו אפומיכי פרבנו דרשב"ג משום דבדידיה קעביד: ומצאתי
בכנה"ג סי' קי"ז שהרגיש בזה וכתב ועוד י"ל דנזקא היכא דלא מטי ליה הנאה משחרור
זה אבל בע"ח שפרע בשעבודו של חבירו דמטו ליה הנאה בפרעון חובו זה חייבכו נראה
מדבריו כמ"ש דהיכא דמטי ליה הנאה בפרעון טפי אית לן לחיובי משום דד"ג: ומלתא
אגב אורחא ראיתי שצ"ע על בעה"ת הביאו הש"ך סי' ס"ו שנראה מדבריו שלמד לומר
דירוש מוחל לעצמו וא"צ לשלם מדד"ג ממ"ש הראב"ד לתרץ בעובדא דר"נ דאתי
לקוחות ותבעו לברתה ולענ"ד זה צ"ע דא"כ קשה על הראב"ד ביה דסי' ק"ד שכתב
לחייבו מטעם מזיק שעבודו שקרי גם זה שהגב"ה לב"ח בחובו לא נתפנון להזיק רק
לטובת עצמו ומכ"ש בנדון דהראב"ד דבשעת הלואה ושעבוד לא הנה מקום לקרותו
בשם מזיק כלל דמאן יימר שלא יסלקנו במעות והזיקא לא מינכר עד הדין שעתא
דאתי האי וגבי ליה בלח"ה ד"ד ואיהו מאי קעביד שנסייבנו מטעם שנתפנון להזיק וישלם
מדד"ג וע"כ לומר דע"כ לא כתב הראב"ד אלא ביהוא עובדא דאמרינו תיזיל ותמחול
לברתה ותהדר ותירמה מאבנה דמייירי שהאב הנה חי עדיין ומחלה לו דהשתא מיהא לא
מירונתה ולא מידי אלא דמ"מ אין לחייבה משום דד"ג פינון שלא הנה פוננתה להזיק רק
כדי שתוכל לירש אח"כ מאביה בתורת ירושה וכל שהיא עושה פן בעבור התועלת לא
נתפוננה להזיק מיקרי וכן מבואר מדבריו בס' תמים דעים סי' רל"ח עי' שם אף כ"ז
היכא שאין הרווח עכשיו רק עתיד לבא לאחר זמן משא"כ אם ביהוא שעתא גופא
שמיזיק לחבירו מטו ליה רווחא מינה פשיטא שאין זה מועיל מה שאין מתפנון להזיק
דאדרבה נהפוך הוא שאין זה רשאי להיות מתקן לעצמו ולקלקל לאחרים דאטו משום
שהוא שוקד לטובת עצמו יגרום פסידא לחבירו (וכל מזיק ומקלקל כגון שורף שטרותיו
של חבירו וכיוצא בו מתקן הוא אצל יצרו ועושה לתועלת עצמו ולקרר דעתו ולא אמרי'
שיפטור פינון שעושה בשביל תועלת פינון שזה עצמו הוא התועלת שמיזיק לחבירו) הלכך
עכ"פ כל האי רווחא שהרויח ע"י הניזק חבירו הוא מחויב להחזיר לחבירו רק שאין לנו
לחייבו יותר ממה שהרויח מחמת מזיק שעבודו של חבירו פינון דלא נתפנון להזיק והיינו
טעמא דעושה מלאכה במי חטאת דפטור משום שלא נתפנון להזיק והלכך טפי ממה דמטי
לי רווחא במלאכה זו לא מחייב וא"כ כ"ז דנזקא בכה"ג שלע"ע לא הרויח במחילה זו
ס"ל להראב"ד שאין לחייבו מדד"ג משא"כ במוכר שט"ח של בנו ומת והירוש מוחל
לעצמו דקא משתרשי ליה בהניזק של זה כל דמי החוב פשיטא שיש לחובו לשלם לזה

שְׁהָרִי הוּא מְרוּיָס כָּל דְּמֵי הַחֹב בְּמַחִילָה זֶה וּבִכְה־ג לֹא אָמְרִי שְׁיִכּוֹל לֹמַר לֹא נִתְּפֹנְנִתִי
רַק לְטוֹבַת עֲצָמִי וּכְמ־שׁ: אָמְנָם שֶׁם בְּתַמִּים דְּעִים נִרְאָה דְּלֹא בְּרִירָא לִיהֵ אִי טַעְמָא מְשׁוּם
דְּנִתְּפֹנְנָה לְהִנְאַתָּה אוֹ מְשׁוּם דְּמַדְד־ג לֹא מְחִיבָה לְשַׁלּוּמֵי רַק הַדְּמִים שְׁקִיבְלָה אִמָּה מִן
הַלְקוּחוֹת בְּטוּה־נ וְקִצַּת מְשַׁמַּע שֶׁם דְּהִכִּי ס"ל בְּמַסְקָנָא וְהַלְפָּה שְׁפִיר פְּתַב מִתְּחִלָּה דְּחִיב
מְשׁוּם גְּרָמֵי וְהִינּוּ לְהַדְּ סִבְרָא דְּאַף בְּמִתְּפֹנְנִין לְהִנְאַת עֲצָמוֹ חִיב מַדְד־ג וְשׁוֹב פְּתַב וּכ־שׁ
הָכָא דְּקָא מְשַׁתְּרָשִׁי לִיהֵ כּוֹ ר"ל דְּאֵע"פ שְׁאִין פֶּאן דְּד"ג פִּינּוֹן שְׁנִתְּפֹנְנִין לְהִנְאַתוֹ מ"מ פִּינּוֹן
דְּמְשַׁתְּרָשִׁי לִיהֵ לֹא מְהַנִּי מַה שְׁעוֹשֶׂה לְטוֹבַת עֲצָמוֹ פִּינּוֹן דְּס"ס הוּא מְרוּנִיחַ אוֹתוֹ הַהִיזְק
שְׁמַגִּיעַ לְחַבְרִיו וְהוּא מְתַחִיב לְהַחְזִירוֹ לְבַעְלֵיו: וּמ"ש הַדְּג מְדַבְּרִי הָר"ן בְּחֻלִּין וְנִרְאָה
מְדַבְּרִיו דְּמ"ש הָר"ן מַה לִּי הֵן מַה לִּי דְּמִיָּהֵן הִינּוּ שְׁהַמְצָנָה מְנוֹטְלַת עַל הַדְּמִים כְּאֵלוֹ הֵם
עֲצָמָם קִיָּמִים וְלִדְיָ צ"ע טוֹבָא שְׁאֵם הַדְּמִים נִכְנָסִים תְּמוּרַת הַמְתַּנּוֹת פְּשִׁיטָא דְּהוּי רְמִינּוּ
עֲלֵיהֵ דְּגִזְלוֹן לְתַת דְּמִים עֲבוּרָם וְאֵטוֹ מְשׁוּם דְּחוּטָא בְּנִפְשׁוֹ וּמְחַשְׁבִּי לְגִזְלוֹן יִפְטוֹר דִּינוֹ בְּזַה
כְּמוֹ כָּל גִּזְלוֹן שְׁמִתְּחִיב בְּדְמִים כְּשִׁאִין הַגִּזְלוֹהֵ קִיָּמַת וְה"נ אֵע"פ שְׁאִין לוֹ תוֹבְעִין מ"מ
דְּבִאִתְּנִיָּהוּ חִיבָא אֶקְרַקְפָּתָא דְּגַבְרָא מִנְּחָ לְתַתָּם לִיד הַפְּהֵן וְהַשְׁתָּא פְּשַׁמְעַכְכוֹ לְעֲצָמוֹ
בְּתוּרַת גִּזְלוֹ יִהְיֶה מְתַחִיב מְצַד הַמְצָנָה לְתַת הַדְּמִים פִּינּוֹן שְׁהֵם תּוֹכְסִים דְּמִיָּהֵם וְיִצָּא בְּהֵם
יְדֵי חוֹבַת הַמְצָנָה: אִף לְעַנ"ד מְדַבְּרִי הָר"ן מְבֹאֵר דְּנִדְאִי כָּל שְׁאִינוֹ בְּעִין פְּשִׁיטָא דְּלֹא
חִיָּל חִיב מְצָנָה עַל הַדְּמִי כָּלָל וְע"ש מ"ש הָר"ן בְּמַשְׁנֵה דְּלֹא הִסְפִּיק לִיתְּנוֹ עַד שְׁצַבְעוּ
שְׁאִין מוֹעִיל הַחִילוּף דְּמִיָּהֵם בְּם כָּלָל שְׁתַּתְּקִיָּם הַמְצָנָה כְּרִאִי וְכוּנּוֹת הָר"ן בְּזַה נְלַעַנ"ד
בְּאִנְפּוֹן אַחַר וְיִתְּיָשֵׁב ג"כ מַה שְׁצַרְיָה לְהַבִּין בְּדַבְּרִי הָר"ן אֵלוֹ שְׁלִפִי דְּבְרִיו הָדָּ שְׁנוּנֵי
דְּמַשְׁנֵי דְּמְשַׁתְּרָשׁוֹ לִיהֵ לֹא מְהַנִּי רַק לְתַרוּצֵי אֵהָא דְּמִזִּיק פְּטוֹר אֲבָל אֵהָא דְּפְטוֹר ר"ח
כְּשִׁאֲכָלוֹן ע"כ צ"ל מְשׁוּם שְׁהַפְּקִיעַ מְצָנוֹתוֹ וְא"כ עֵיקַר הַתִּירוּץ חִסְרָא מִן הַסְּפָרָא.

וְלִכּוֹן נְלַעַנ"ד דְּכוּנּוֹת הָר"ן דְּס"ל לְחַלְקִי בֵּין אִם נָחִית אֲדַעְתָּא דְּגִזְלוֹתָא אוֹ אֲדַעְתָּא לְמִיָּהֵב
זוּזֵי וְזַה מְבֹאֵר לְפִי מַה דְּאָמְרִינּוּ הָתָם אִם אִין שֶׁם כְּהֵן מַעְלָה אוֹתוֹן בְּדְמִים וְנוֹתֵן הַדְּמִים
אִח"כ לְכַהֵן מְשׁוּם דְּכִתִּיב בְּהוּ נְתִינָה וּלְפ"ז צְרִיף לְחַלְקִי בֵּין זֶה לְהַדְּ דְּר"ח מְשׁוּם דְּהִיכָא
דְּנָחִית אֲדַעְתָּא דְּגִזְלוֹתָא דְּבַהֵהוּא שְׁעָתָא פְּרִיק מַעְלִיו עוֹל מְצוֹת נְתִינּוֹת מְתַנּוֹת כְּהִנְנָה
לְכַהֵן שְׁהָרִי לֹא עֲשֶׂה כֵּן ע"ד שְׁיִתְּנוּ דְּמִים תְּמוּרָתָם תּוֹ לֹא מְהַנִּי זֶה דְּבַתְּרָ הִכִּי יִהְיֵב זוּזֵי
שְׁיַעְלָה לוֹ בְּמִקּוּם קִיּוּם הַמְצָנָה וְהוּא מְעַנּוֹת לֹא יוֹכַל לְתַקּוֹן וְכֵן אִי לֹא נָחִית אֲדַעְתָּא
דְּגִזְלוֹתָא רַק שְׁהִזִּיק אוֹתָם אוֹ אֲכָלָם בְּמִזִּיד אוֹ אֲפִילוֹ בְּשׁוּגְג פִּינּוֹן דְּעַכ"פ בְּהִהוּא שְׁעָתָא
הִיָּה דַעְתּוֹ לְהַעֲבִירָם מִן הָעוֹלָם בְּלִי תַת דְּמִים חִלּוּפִיָּהֵן הָרִי הַפְּקִיעַ מְצָנוֹת הַפְּרָשָׁה וּמְצַד
חִיב מְמוֹן א"א לְחִיָּבוֹ דְּהָא הוּא מְמוֹן שְׁאִין לוֹ תוֹבְעִין מִשָּׂא"כ בְּהִהוּא דְּאָנְס גְּרָנוֹ שְׁלֹא
הִיָּה בְּדַעְתּוֹ לְהַפְּקִיעַ מְצָנוֹת הַפְּרָשָׁה כָּלָל וּבְהִיָּה שְׁעָתָא דְּאִתְּנָסוּ מִיָּנִיָּה הָרִי יָדַע לְכַבוֹ
שְׁיֵשׁ בְּיָדוֹ תְּמוּרָתָם הַדְּמִים שְׁהָרִי הִיָּה מְחֻיָּב לְשַׁלֵּם חוֹב זֶה וְהוּ"ל כְּאֵלוֹ מְכַר אוֹתָם לְמַלְלָה
בְּעַד דְּמִים הִלְלוֹ ע"מ לִיתְּנוּ הַדְּמִים הִלְלוֹ לְכַהֵן שְׁחַל שְׁפִיר הַמְצָנָה עַל הַדְּמִים דְּמַה לִּי
שָׂא"א לִיתְּנָם לְכַהֵן לְפִי שְׁאִין פֶּאן כְּהֵן אוֹ מְחַמַּת אֲנָס הַמְּלָה ס"ס אָנוּס הוּא וְזוּכָה לְכַהֵן
שְׁלֹא בְּפִנּוֹ לְמַכּוֹר אוֹתָם בְּעַד דְּמִים אֵלוֹ: וְהַשְׁתָּא א"ש הָא דְּקָא מְשַׁנִּי שְׁאִנִּי הָכָא דְּקָא
מְשַׁתְּרָשִׁי לִיהֵ ר"ל דְּהָתָם מַעְשֶׂה שְׁלֹקֶחַ הַמְּלָה הַגְּנוּרָן מְשַׁתְּרָשִׁי לִיהֵ הַחֹב וְכִינּוֹן שְׁלֹא
עָלָה בְּדַעְתּוֹ לְהִיּוֹת גִּזְלוֹן עֲלֵיהֵם רוֹאִין אוֹתָם כְּאֵלוֹ לֹא מְצָא כְּהֵן לִיתְּנָם וּמְכַרָם וְלִקַּח הַדְּמִי
שְׁהוּא מְחֻיָּב לִיתְּנָם לְכַהֵן כְּשִׁמְצָא כְּהֵן מִשָּׂא"כ בְּהִזִּיק אוֹ אֲכַל פִּינּוֹן דְּבַהֵהוּא שְׁעָתָא
שְׁאֲכָלוֹן לֹא מְהַנִּי הָא דְּהוּא מְשַׁתְּרָשִׁי לִיהֵ שְׁהִיָּה צְרִיף זֶה לְקַנּוֹת בְּדְמִים דְּמַה בְּכָה דְּמ"מ

הוא לא היה בדעתו ליתן דמים עבורם נמצא שפבר הופקע ממנו מצנת הפרשה ואף אם ירצה ליתן דמים אח"כ אינם עולים לו במקום נתינת המתנות שהיא מחויב וגם אין מקום לחייבו מטעם שנהנה או הזיק פינן דהו"ל ממון שאין לו תובעים והא דמשני בסתם דקא משתרשי ליה י"ל דגם המקשן ידע מזה דבהפקעה בינדים שוב אין פאן מצנת הפרשה ופטור פדמוכח ממתניתין דלא הספיק ליתן לו עד שצבעו רק דהמקשן היה סובר דר"ח דנקט מזיק או שאכלן ולכאורה ל"ל למימר מזיק פלל פינן דאפילו אכלן דמשתרשי ליה פטור מזיק מבעיא וצ"ל דמייירי אע"פ שלא היה מתפונן שהזיק בשוגג שלא היה מתפונן ליטלן לעצמן רק שהזיק ע"י גרמתו ולא נתפונן פלל להפקיע המצנה דבכה"ג בעלמא מחייב לשלומי דאדם מועד לעולם והכא פטור ותרתמי מילי אשמועינן ר"ח דמזיק אע"ג דסתמא דלא עשה במתפונן רק שהזיק ממילא או שאכלן אפ"ה פטור והלפך שפיר קשיא ליה מהא דמי שאנס גרנו דלא הנה ס"ד שיש לחלק בין משתרשי ליה או לא ואהא משני שאני התם דקא משתרשי ליה לאפוקי מזיק אף אם היה שוגג מ"מ פינן דבשעת מעשה לא הנה משתרשי ליה לומר שיהא בדעתו שזה תמורת זה אע"פ שעשה רוצה לקיים מצנתו ע"י שישלם תשלומי נזקו לא מהני אם לא היכא דאיכא תרנוייהו שלא נתפונן להפקיע המצנה וגם בשעת מעשה קא משתרשי ליה כגון שהיא דאנס גרנו שבשעה שנתבטל ההפרשה מן הגורן דעת' עלי' שיפנסו דמי החוב שנתחייב תרומת המעשר והני פאלו אין שם פהן שהוא מעלן בדמים: ובהכי א"ש בהא דאמר לו מכור לי בני מעיו של פרה זו כו' שאם שקל לו הטבח הדין של הפהן עם הטבח ולכאורה קשה פינן שהטבח נעשה עליהם גזלן תו לא מהני תשלומין דידיה ולפמ"ש י"ל דאע"ג דנקט בלישניה מתנות פהנה גזלות כו' מ"מ לא מייירי בגוונא שהוא נתפונן להיות גזלן עליהם דבכה"ג תו לא מהני תשלומין אלא מייירי שנעשה גזלן על המתנות בשוגג כדמשמע לישנא דא"ל מכור לי כו' והנה בהן מתנות כו' ובכה"ג פינן שלא היה בדעתו להפקיע המצנה וגם משתרשי ליה הדמים שנטל עבורם ומה שמכר היה בלא דעת ולכן לא פקע מינייהו מצנת הפרשה ומחויב ליתן הדמים לכהן: ויותר נראה דהר"ן ס"ל דאפ"י אם הוא מזיד בדבר ומתפונן לגזול ולא ליתן הדמים לכהן מ"מ פל שהוא מקבל עתה דמים תמורת המתנות לאו פל פמיניה להפקיע מהם המצנה שהרי לפנינו שדמים אלו ניתנו תמורת המתנות לו הלפך אף אם בהוא שעמא רוח עברה עליו ויאשם והיה בדעתו לקבלם לעצמו מ"מ אם לאחר זמן הוא רוצה ליתנם פשיטא דמהני ליה נתינה זו וה"ט דמכור ליה בני מעי' כו' וכן משמע בר"ן שם שכתב הטעם משום דמשתרשי ליה זוזי לטבח וחיוב לשלם שאסור לו למכור חלק פהנים ולעשות עליהם גזלן הלפך חייב להחזיר המתנות לכהן מדין הפרשה כו' (ונראה שחסר תיבה א' וצ"ל דמי המתנות) משא"כ היכא שאין לזקם דמים בעין לפנינו אלא שהוא מתחייב בדמים מחמת הנאתו או פרוץ חובו בזה יש לחלק בין אם היה מתפונן להפקיע מצנתו או לא: ואחרי הודיע פל זאת הדבר ברור דנדאי הר"ן מפרש מה דקאמר דקא משתרשי ליה הוא כמ"ש הר"ן שם לפי שהוא משתפר בזה שא"צ לפרוע חובו והוא פירוש הפשוט במלת משתרשי שר"ל שמרוויח מחמת דבר זה וכדאיתא בגיטין דף ל"ה דאישתרשי לה מקום דינר וכן מצינו בכמה מקומות עיין בערוף ערוף שרש דמיייתי מדוכתי טובי דלא שינה פלל לפרושי משום מה לי הן ומה לי דמיהן פלל וגם הכא א"א לפרש מ"ש הר"ן פינן שלא הפקיע מצנתו

ומשפּרשי ליה עדיין מצנתו עליו דמה לי הן מה לי דמיהו היינו שהדמים נתפסים תמורת המתנות שאין זה במשמעות לשונו שכ' ומשפּרשי ליה עדיין מצנתו כו' וגם בכה"ג שאנס המלך כו' נראה דלא שינה לומר פן רק ר"ל פּינן דאיהו לא הפקיע מצנתו וגם הוא משפּר בפשע בטיול מצנת הפרשה שיפטר מחובו וה"ל פאלו לקח דמים מן המלך בעד הגורן א"כ עדיין מצנתו עליו שינתם לכהן דמה לי הן מה לי דמיהו ר"ל כמו שקל החיוב עליו פשהמתנות פהונה הם בידו בעין שיוציאם מת"י ליתן אותם לפהן כמו כן חל עליו חיוב להוציא מת"י הדמים שקיבל בעד המתנות פהונה ליתן אותם לכהן אבל ביאור מלת דקא משפּרשי ליה הוא פפשוטו כמו שמתפּרש בכל מקום שהוא מרונת ומשפּר עי"ז כנלענ"ד ומ"ש הדרת כ"ת לחלק בין הא דהראב"י משום דגוף הממון עשה לו החיל הזה כו' משא"כ גבי מבוי שזה נושא נותן המעות של עצמו לענ"ד אפ"י אי יתבין ליה להדרת כ"ת דמה"ת אתי עלה שפיר איפא לאדמויי להך דמבוי סתום שאין גוי יכול לעבור כו' שרציתי להעמיד דברי אא"ז רמ"א ז"ל דיהיב טעמא משום דברי היזקא וכתבתי שם דאע"ג דברי היזקא לאו מלתא הוא שיהא יכול לעכב על ידו לעשות בתוך שלו מ"מ בזה שפיר מלתא הוא והינו משום דכיון דברי היזקא שאותו העפום שהי' לפניו יודעיו ומפיריו והמה מערופיא של זה ועתה ילכו אצל זה וישפּר וינרונית מה שהי' מוכן לחבירו וא"כ פשיטא דהו"ל כעושה בממון של חבירו דמה בכך שעושה בממון פגון הלונאת ריבית וכדומה מ"מ פּינן שעיקר צמיחת הריוח הוא ע"י יודעיו ומפיריו של זה ולפעמים יוכל להיות שפּרונת ממנו אף בלא ממון פגון סרסראות או מלאכה.

אף אפילו כשפּרונת ע"י ממון של עצמו מ"מ הרנוח ע"י אלו שהמה אצלו פמקנת כסף להצמיח לו הריוח ומה לי דמיהם ומה לי הם: וכבר כתבתי בתשובתי דכל דברי היזקא חשבין ליה פנוגע בגוף הממון עצמו הילכך שפיר להא דמ"א ומכ"ש לענן לעכב עליו לכתחילה לפי שאין הממון לבד גורם הריוח רק ע"י אילו הלוקחים או הלונים שהם מפיריו של ראובן שהרי אלו לא בא זה ליישב בפתח עינים היו באים אצלו ונהרי זה לוקח ריוח של זה ממש לעצמו ודמי להא דהראב"י גבי פקדון דהתם ג"כ אין הממון גורם לבד והלוא הממון הוא שובת ואם לא הנה זה מתעסק בהם הנה זה מתעסק בהם הי' המעות בטלות אצלו וצמיחת הריוח אשר פעת בא ע"י התעסקותו של זה וזה גורם הוא ואפ"ה מציב פּינן שאם הי' מחזירם לידו הי' הוא מתעסק בהם והיו עושים פירות ומכ"ש בכה"ג יכול לעכב עליו אף בלא"ה מ"ש הד"ג שהוא דבר הלמד מענינו במרדכי שם קודם לזה דמייתי פלוגתא דר"י ור"י אם הפל לבעל המעות כו' נפלאתי דאם מהאי טעמא אתי ע א"כ אף בסתם פקדון ששלח בו יד נימא הכי שצריך ליתן לו חלקו הואיל וע"י מעותיו הרנוית ונהרי בזה מודה הראב"י וכתב דבמה שעבר קודם שתבעו לא עלה על לב הגאון כו' והינו משום דכיון דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה וזה ששלח יד הו"ל פגזלן וא"צ לתת לו מחצית הרנוח פקושית רבינו שב"ט שם ופלוגתא דר"י ור"י שאני דמתחלה נעשה שלוחו לקנות כו' כמבואר שם משא"כ כשפּא לידו בתורת פקדון ושלח בהם יד דהו"ל פגזל מעות חבירו ונשא ונתן בהם והרנוית שאין מי שאומר שיצטרך לשלם יותר משעת הגזילה: ואמנם נראה דעת ראב"י דודאי אין לתת עליו דין גזלן גמור וכמבואר בדברי השואל שם דמסתמא לא הנה דעתו של שמעון לשלוח בו יד ולהיות

גזלן דלא משווי נפשיה רשיעא ומ"מ היכא שלא תבעו א"צ לתת לו דהא לא מפסיד מידי ואין עליו שם ביטול פיס כלל משא"כ פשגה לקח הפקדון והלגה אותם והעלם בריווח ובתוך הזמן בא זה ותבעו שיתזירם לו נמצא דמן הוא והלאה דינו פשלים שמעיקרא אדעתא דהכי אחי לידן' ושיגה בהם שחייב לתת לו מחצית הרויח וה"נ חשבינן ליה מההוא שעתא שתבעו הפקדון ואין משיב לו מחוייב לתת לו חצי הריוח פנין דלאו בתורת גזלנא נחית להו וזה הפסד שלא ניפר שחרי היו מזנמן להלוותם לכך צריף לתת לו מן הריוח וא"כ פנין דעיקרא דמילתא מטעם הפסדו של זה אמינן עלה מה לי ע"י אותו ממון או ע"י ממון אחר כל שגה חסר וזה נהנה ע"י חסרונו של זה יש לחייבו אע"פ שלא היו מחוייב לשלם בשביל החסרון וכדמיימי מר גופיה מדברי הפוסקים לענין חצר דקיימי לאגרא: ולכאורה הנה נלענ"ד ראי' לדברי ראבי' מהא דאמרי' במכות מעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחבירו אלה זוז ע"מ ליתנם מכאן ועד שלשים יום כו' אומדים כמה אדם רוצה ליתן ויהיה בידו אלה זוז בין נותנים מכאן ועד שלשים יום ובין נותנים מכאן ועד עשר שנים ולכאורה קשה דלו יהא שעשו מעשה בידים ולקחו אלה זוז של זה ועכבו אותם אצלם שא"צ לשלם מה שהיה זה יכול להרוויח בהם פדין מבטל פיסו של חבירו שפטור אלא ע"כ דדוקא בפקדון אין זה ביטול הריווח משא"כ היכא שהלה תובעו ואמר תן לי פקדוני שאני רוצה להרוויח חייב אלא שצ"ע דהא גם לראבי' אינו חייב אא"כ נשא ונתן בהם והרוויח אבל לא הרויח בהם פטור בכל ענין וא"כ מדוע יצטרכו אלו המזנימין לשלם ביטול פיסו של חבירו: ומצאתי בב"י בי"ד סי' ק"ס שהביא בשם תשובות מיימוני שהר"א ממי"ץ למד מכאן שאין בשכירות איסור ריבית דאי בהלנואה הי' פטור משום ריבית והב"י השיג עליו דמ"מ הפסדו מה שהי' צריף ליתן ריבית לעכו"ם עד עשר שנים או אם יעבור ויקח מישראל ע"ש ומ"מ עדיין קשה דהא הו"ל מבטל פיסו של חבירו.

וראיתי במשנה למלך פ"ז מהלכות מלגה שכתב שיש לדין בדברי ר"א אלו דהא קי"ל מבטל פיסו של חבירו פטור ושמא י"ל דאם הרויח חייב כדאיתא במרדכי. אף צ"ע דהא בשכירות הוי כמו פקדון ואפשר דמייירי בתבעו בתשלום הזמן כו' עכ"ד בקצרה.

ולדידי צ"ע דאף אם נדחוק פן בדברי הר"א מ"מ מתני' היכא מתרצה שלמה יתחייבו עדים אלו שהעידו שקר לבטל פיסו של זה. ולכן הנה נלענ"ד דאע"פ שאמרו מבטל פיסו של חבירו פטור אין הדברים אמורים אלא לענין שפטור מלייתן לזה מה שהוא טוען שהוא יכול להרוויח ואף אם מברר דבריו שהיה יכול להרוויח אין זה צריף לשלם דאין זה רק גרמא אבל מ"מ מחוייב הוא לשלם לו מה שאדם רוצה ליתן בעד סף כזה שיהא בידו זמן כזה על הספק אם ירוויח בהם או לא וכמ"ש הב"י לפי שצריף ליתן פן לעכו"ם או כמ"ש המשנה למלך דהעדים משלמים מה שהי' נותן המלגה ללגה אם היתה הלנואה לעשר שנים כדי ליפרע לשלשים יום וזה היתר גמור פדתנן בתוספתא לוקח אדם שטרותיו של חבירו בפחות כו' וכינן שהמבטל פיסו של חבירו עכ"פ הוא מחוייב לשלם מה שמפסיד לחבירו מה שאדם רוצה ליתן אתגא מתניתין שפיר שהעדים זוממים מחוייבים לשלם לו הפסד זה: אלא דאפתי י"ל דע"כ לא אמרינן המבטל פיסו של חבירו מחוייב לשלם מה שאדם רוצה ליתן אלא פשגה תוקף מעות של חבירו בע"כ וסוגר אותם וכיוצא בו שגהו הפסד ברור מתחייב היכא שלא נעשה עליהם גזלן דשייף ביה כל

הגזלנים כו' משא"כ היכא שבאו לידו בתורת הלנואה והוא מעכב אותם אחר שהגיע זמן הפרעון נראה דבכה"ג אף אנום ההפסד מה שהי' אדם אחר נותן אינו משלם לו פינון דזווי בהלנואה אתי לידיה אף בכה"ג מחזי פריבית ולכך ס"ל להר"א דבשכירות מייירי מתני' וכינון דלאו בתורת הלנואה אתי לידיה אם עתה נותן לו מה שהפסיד ע"י עיכוב הפרעון לא מחזי פריבית וכה"ג איתא בב"מ דף ס"ו ה"תם הלנואה הכא זביני ופרש"י ומחזי פריבית בהלנואה בא לו וכריבית קצוצה דמי כו' ומזה למד הר"א ונדן שחייב ליתן למלמד הריוח ור"ל שהמלמד היה תובע מה שהיה יכול להרוויח במעותיו והיינו מה שפחייב אנום הדעת שאדם נותן שיהא המעות אצלו זמן זה ושפיר דן הר"א שפחייב הוא ליתן לו פינון דמעיקרא לאו בתורת הלנואה אפה לידיה שפיר הוא מתחייב ליתן מה שהפסידו ע"פ אנום הדעת: ובהכי א"ש מה שהקשה לו אחיו דוקא מהא דאמר רבא להני דמינטרי באגו כו' ולא הקשה מהא דלא יאמר לו נפש עמי כו' או מהא דמרבין על השוכר כו' כמ"ש המ"ל שם בשם הג"ת ולפמ"ש א"ש דנדאי ה"תם יש בזה משום ריבית פינון דמעיקרא מתנה עמו שיימתין לו השכירות ויתן לו ריבית והו"ל פזקף במלוה ונותן לו ריבית דאסור משא"כ היכא דמעיקרא לא הוי ביה דררא דמלוה פלל ומ"מ קשיא ליה לאחיו של הר"א מהא דבני באגו דה"תם נמי מעיקרא בשכירות אתי לידיהו וע"ש שהב"ח כתב ליישב גם הך דמינטרי באגו דמסתמא זקפו במלוה כו' ונראה כמ"ש ונדברי המ"ל צ"ע ומצאתי בחדושי הרמב"ן למסכת מכות שכתב וז"ל איכא דקשיא ליה פינון דהאי גברא מחייב לחבריה הני אלפא זוי דמסהדי הני מאי עבדי ליה רנוחא דרנוחא מפאן ועד עשר שנים אמאי משלמי לא יהא דגזלו מיניה אלפא זוי ובטלוהו ולא רנוח בהם הא קי"ל פל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה כו' ואמרינן בירושלמי המבטל פיסו של חברו פטור ולא קושיא דהכא פינון דהשתא לא מחייב ליה פלום כמאן דמפסדי מיניה אלפא זוי דמי דהא איהו לא מחייב פלום ואינהו מחייבי ליה אלפא זוי מאי דמפפי ליה דפרע ההוא שיעבודא דאיכא עליה ותירוצו אינו מוכן לי: ומצאתי בריטב"א שם שכתב וז"ל אין לפרש שישלמו לו מה שאומדין מה שהיה יכול זה להרוויח באלף זוז עד עשר שנים ודא שאין זה משמעות כו' ועוד שזה גרמא בניזקין כו' וכמ"ש המבטל פיסו של חברו פטור וה"ה לענין הזמה כמ"ל ונאפי' גזלן גמור אינו משלם כ"א בשעת הגזילה אלא פירושו שישלמו מה היה נותן הלנה למלוה עתה מחוב זה אם יפרענו עתה ומה היה מניח לו להמלוה מזה ומנפין שומא זו והשאר ישלמו לו כו' ומכאן דן מורי הרא"ה ז"ל במי שמכר או נתן שט"ח לחברו והאריף ללוה שזה בכלל מה שאמרו שאם חזר ומחלו מחול וזה אריכותו מקצת מחילה הוא וכן חייב לשלם מה שהפסיד לזקם או למקבל המתנה פדורף שחייב אם מחלו לגמרי מדיני דגרמי כדאיתא בדוכתי טובי שאומדין כמה היה נותן הלנה באריכות זה למלוה וישלמו לו מדד"ג כו' עכ"ל ושמתתי שת"ל פנונתי לדעת הגדולים בזה שמבואר מדבריו דס"ל לחלק בין אנום מה שהיה יכול להרוויח שעל פיוצא בזה אמרו מבטל פיסו דפטור ובין אנום מה שהזיקו זה שלא היה צריף לשלם עתה למלוה פל האלף זוז רק היה מנוטר לו בשביל הזמן והארבת הזמן מילתא הוא וכהזיק ברור דמי פל מה שדורף ליתן עבורו כענין טובת הנאה גבי פתובה אלא שה"ר אליעזר סובר דכה"ג בלנה שיימינן ובאמת אסור ללוה לתת יותר בשביל ריבית ולכך מוקי ליה בשכירות והריטב"א ס"ל דשפיר מייירי בהלנואה אלא דבמלוה שיימינן כמה

הָיָה מְקַבֵּל מִמֶּנּוּ וּמְנוֹתָר לֹו הַמְּנוֹתָר דְּבַכָּה"ג לִית בְּיָה מְשׁוּם רִיבִית וּכְמ"ש הַמְּשֻׁנָּה לְמַלְךָ ז"ל וַיֵּשׁ לְהַעֲמִיס תִּירוֹץ הָרִיטָב"א ג"כ בְּלִשׁוֹן הַרְמַב"ן וַיֵּל רַק דְּהַרְמַב"ן ר"ל דְּלִית מַה"ת לְשׁוּם בְּמָה שְׁהָיָה הַמְּלִיכָה מְנוֹתָר בְּשִׁבִיל הַקְּדַמַּת הַזְּמַן פִּינּוּ דְבַאֲמַת בִּיטוּל פִּיס לְאוּ מִקְלָתָא הִיא לְעַנְנֵי הַיּוֹזֵק לְזָה אָמַר דְּאֲדַרְבָּא לְכַאוּרָה דִּינָא שְׁיִתְּנוּ הָאֲלָף זִוּוּ דְּמַפְסְדֵי מִיְגִיָּה פִּינּוּ דְּאִיְהוּ לֹא מְחִיבֵי הַשְּׁתָא פְּלָל וְכָל מַה שְׁהוּא צְרִיף לִיתְּנוּ עַל פִּיָּהֶם הֵם מְחֻנְיָבִין לִיתְּנוּ לֹו מַה תֵּאמַר ס"ס בְּכָלוֹת עֶשֶׂר שָׁנִים יְהִי זֶה צְרִיף לִיתְּנוּ לֹו הָאֲלָף זִוּוּ מ"מ אֲנִן בְּתַר הַשְּׁתָא אֲזַלְיִנּוּ מַה שְׁתַּצְטַרְף לְתַת לֹו אַחַר שְׁלִשִׁים יוֹם בְּשִׁבִיל עֲדוּתָן יוֹתַר מִמָּה שְׁהָיָה צְרִיף לִיתְּנוּ לֹו אִם לֹא הֵעִידוּ דְּהָא אִיְהוּ לֹא הֵנּוּ מְחִיבֵי הַשְּׁתָא מִיָּדִי: וּלפ"ז י"ל דַּה"ט דְּהַגְּאוּנִים שְׁפִסְקוּ דְּמַבְטַל פִּיסוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ פְּטוּר אֲבָל אִם הֲרֻוּיַח בְּהֵם חֵיב וְהִרְאִיבִי פִּירֵשׁ דְּגַם בְּפִקְדוֹן אִם עֵיכָב בְּיָדוֹ אַחַר שְׁתַּבַּע חֵיב לְמִיפְלַג בְּרוּנוּחָא בְּהִדְיָא וְהִדְרַת כ"ת בְּעֵי לְמִיָּהֵב טַעְמָא ע"פ דְּבַרֵי הָרִי"ף וְהִרְא"ש גְּבִי חֲצַר דְּקִיָּמָא לְאַגְרָא.

וּלְפִי דְּבַרֵי הָיָה אֲפֹשֶׁר לֹוּמַר דְּגַם הַתּוֹס' מוֹדִים בְּזָה דְּדוֹקָא הֵתָם דְּאִיְהוּ לֹא נִהְנָה פִּינּוּ דְּלֹא עֵבִיד לְמִיָּגַר מִשְׁא"כ בְּזָה שְׁהַרְוּוּיַח בְּמַעוֹתָיו שֶׁל חֲבִירוֹ וְנִהְנָה מִמֶּשׁ ע"י שְׁאֲכַל חֲסְרוֹנוֹ שֶׁל זֶה וּבְחֲצַר דְּקִיָּמָא לְאַגְרָא וּגְבָרָא דְּעֵבִיד לְמִיָּגַר.

אָף לְפַמ"ש ז"א דְּאֲפַתִּי קָשָׁה דְּלָמָּה חֵיבֵי הָרְאִיבִי לְתַת לֹו מְחֻצִית שְׁכָר הִיָּינוּ אֲפִילוּ הֲרֻוּיַח הִרְבָּה וְנִהְרִי אִם בְּאִנּוּ לְחֵיבֵי בְּשִׁבִיל שְׁאֲכַל חֲסְרוֹנוֹ שֶׁל זֶה אִין לְחֵיבֵי יוֹתַר מִמָּה שְׁאוּמְדִין פְּמָה אָדָם רוּצָה לִיתְּנוּ שְׁיָהֵא הַמַּעוֹת בְּיָדוֹ זְמַן בְּזָה כְּמַבְּנֹאֵר לְהִדְיָא בְּמִשְׁנָה לְמַלְךָ דְּמַכּוֹת וְנִהְוִי שְׁיַעוּר חֲסְרוֹנוֹ וּא"כ מַה שְׁדָּן אֶת הַדִּין לְתַת לֹו מְחֻצִית הַשְּׁכָר וּמִשְׁמַע אֲפִילוּ אִם הֲרֻוּיַח הִרְבָּה זֹו מִזֵּינּוּ לְנוּ פִּינּוּ שְׁהוּא יוֹתַר מִפְּדֵי חֲסְרוֹנוֹ וְגַם כִּי לְפַמ"ש פְּדֵי הָאֲנֻמְד מַה שְׁאָדָם רוּצָה לִיתְּנוּ הוּא מְחֻנְיָב לְשִׁלְּמֵם אָף בְּלֹא הֲרֻוּיַח פְּלָל: אָף לְפַמ"ש י"ל דְּכִינּוּ דַּע"כ"פ דִּינָא הוּא שְׁזָה שְׁהַפְּסִידוֹ מַה שְׁאָדָם רוּצָה לִיתְּנוּ הוּא מְחֻנְיָב לְשִׁלְּמֵם לֹו שְׁזָה הַפְּסִיד בְּרוּר הוּא מְמִילָא שְׁהוּא מְחֻנְיָב לְשִׁלְּמֵם לֹו כָּל מַה שְׁנִהְנָה דְּהָא אֲפִילוּ בְּחֲצַר דְּלֹא קִיָּמָא לְאַגְרָא וּגְבָרָא דְּעֵבִיד לְמִיָּגַר דְּהוּי זֶה נִהְנָה וְזֶה לֹא חֲסַר וְאַפ"ה הִיכָא דְּשִׁיף שְׁחֻרְרִיתָא דְּאִשִּׁיתָא מְגַלְגְּלִין עֲלֵיו לְשִׁלְּמֵם הַכָּל כָּל מַה שְׁנִהְנָה וּא"כ ה"ג פִּינּוּ דַּע"כ"פ חֲסַרְיָה מַה שְׁאָדָם רוּצָה לִיתְּנוּ שְׁיָהֵא הַמַּעוֹת אֲצִלוּ מְמִילָא שְׁהוּא מְחֻנְיָב לְשִׁלְּמֵם כָּל מַה שְׁנִהְנָה וְהִיָּינוּ מְחֻצִית הַשְּׁכָר שְׁזָהוּ דְּרַף הַנְּאָתוֹ שְׁכָר דְּרַף מְקַבְּלִין בְּעִסְקָא שְׁיָהֵא לְמְחֻצִית שְׁכָר נִמְצָא שְׁמָה שְׁנִהְנָה מְחַמַּת מַעוֹתָיו שֶׁל זֶה הוּא מְחֻצִית הַשְּׁכָר וְהוּא מְחֻנְיָב לִיתְּנוּ לֹו דְּהָא חֲסַר וְאַתָּאי ע"י עֵיכּוֹב מְמוֹנוֹ וְהָיָה מְחֻנְיָב לְהַכְשִׁיר נְזִקוֹ: אִיבְרָא דְּאִי אֲתִינּוּ לְהִכִּי אֲפֹשֶׁר לֹוּמַר דְּאֲפִילוּ תִימָא דְּהַמְּבַטַל פִּיסוֹ פְּטוּר לְגַמְרִי אֲפִילָּא מִמָּה שְׁאוּמְדִין מַה שְׁאָדָם רוּצָה לִיתְּנוּ דְּהַכָּל בְּכָלֵל גְּרָמָא הוּא מ"מ פִּינּוּ שְׁנִהְנָה חֵיב לְשִׁלְּמֵם מַה שְׁנִהְנָה דְּהָא עכ"פ לֹא שְׁיָיף לְמִיָּמַר מַה חֲסַרְתִּיף דְּהָא עכ"פ חֲסַרְיָה וְאַע"פ שְׁהוּא פְּטוּר עַל הַחֲסְרוֹן הִזָּה מְטַעַם גְּרָמָא מ"מ חֵיב לְשִׁלְּמֵם מַה שְׁנִהְנָה וְכִן נִרְאָה מְמ"ש הַתּוֹס' בְּכַתְּנוּבוֹת דְּרַף לְמ"ד ד"ה לֹא צְרִיכָא דְּמַצִּי לְאַהֲדוּרִי כו' וי"ל כְּגוֹן דְּמַעֲיָקְרָא לֹא הֵנּוּ בַּהּ כ"א ש"פ אוּ מְעַט יוֹתַר וְעַתָּה שְׁנַתְּקַלְקְלָה קָצַת אִינוּ ש"פ וְאַפִּילוּ אִי זֶה נִהְנָה וְזֶה לֹא חֲסַר פְּטוּר מ"מ פִּינּוּ דְּשִׁנָּה כָּל שְׁהוּא מְחֻנְיָב בְּכָל כְּדַאֲמַרִּי בְּב"ק כו' ע"ש מְבֹנֹאֵר מְדַבְּרֵיהֶם דְּאַף אִי חֲסַרִים בְּפָחוֹת מִש"פ פִּינּוּ דַּע"כ"פ הָרִי חֲסַר לְפָנֵיף וְאַע"ג דְּפָחוֹת מִשׁו"פ אִין עֲלֵיו חֵיב תְּשַׁלּוּמִין מ"מ חֲסְרוֹן מִקְרִי לְעַנְנֵי זֶה שְׁזָה מְחֻנְיָב לְשִׁלְּמֵם מַה שְׁנִהְנָה: וְע"פ דְּבַרֵי הַתּוֹס' אֵלוּ כְּתַבְתִּי בְּחִידוּשֵׁי פְּרַפְרַת אַחַת בְּפִשְׁט דְּבַרֵי הַתּוֹס' בְּפִסְחִים דְּרַף כ"ט ד"ה אִין פּוֹדִין כו' וְעוֹד י"ל הָא דְּאִין מְקַדְּשִׁין

באיסורי הנאה היינו היכא דלית ביה ש"פ פשיהא אפר ולכאורה תמוה שדקדקו בלשונם לתרץ הא דאין מקדשין דמייתי הכא אגב גררא ושכקי הוה דהכא לעגנו אוכל חמץ הקדש דגם ביה שנייה לומר דלכך אין מועלין משום דאחר שישורוף לית ביה שו"פ ולפי דברי התוס' דכתובות א"ש דדוקא ביה דאין מקדשין דמייתי הכא א"ש ביה תירוץ שאין באפר שו"פ אבל ביה דהאכל חמץ כו' אפילו תימא דלית באפר ש"פ מ"מ פיון דאיהו באמת אכלו ונהנה ש"פ אע"ג דלא חסרי' להקדש פיון דלא שנה מידי מ"מ פיון דאיהו באמת אכלו ונהנה וכשישורוף ויעשה אפר הוא שנה כל שהוא אע"פ שאינו ש"פ מ"מ פיון דחסרי' מידי שוב מתחייב על הנחתו: איברא שי"ל בלא"ה דהתם לעגנו מעילה אע"ג דלא מחייב קרבן מעילה כ"א בש"פ מ"מ גם בפחות מש"פ חצי שיעור אסור מן התורה כמ"ש המשנה למלך פרק ב' מהלכות מעילה ועכ"פ איסורא דרבנן איכא לכמ"ש הרשב"א בגיטין וא"כ נראה דמחייב לשלם פדי שלא יעבור בכל שעה אף מ"מ י"ל דאע"ג דמחייב לשלם מ"מ לאו חסרון מיקרי פיון דבכה"ג פטור בהדיוט אף לפי דברי התוס' דאף בפחות משנה פרוטה מיקרי חסרון לעגנו זה שמגלגלין עליו את הפל א"ש: ועכ"פ למדנו מדברי התוספות שכל שיש כאן חסרון אף על פי דליתא בתשלומין מ"מ פיון שנה נהנה מחייב לשלם כל הנאה וא"כ א"ש הא דהראב"י דכל מבטל פיסו דפטור היינו פשלא הרויח אבל אם הרויח פיון דס"ס הפסיד זה מחייב זה לשלם מה שנהנה ממון חבירו ומכ"ש דא"ש לסברת הפ"י דס"ל דטעמא שנה נהנה וזה לא חסר משום שכופין על מדת סדום וכל שנה חסר אף שהחסרון מחמת גרמא מחייב זה לשלם בעד הנאתו ומ"מ אין זה דומה למ"ש הרא"ש אליבא דהרי"ף דמייתי הדרת כ"ת דשם בעינו שיהאכל חסרונו של זה ממש משום דמיירי בזה חסר וזה לא נהנה אלא שאוכל חסרונו משא"כ כאן שאינו אוכל חסרונו ממש וכמ"ל אלא דמ"מ פיון דכאן נהנה ממש אע"פ שהרויח שנותן לו הוא יותר מפדי חסרונו הוא מתחייב ליתנו פיון שעכ"פ הנה כאן חסרון ואע"פ שאינו רק גרמא מתחייב ואפשר שגם הדרת כ"ת פיון לזה אלא שהביא דברי הרי"ף והרא"ש כי היכי דנמתיק טעמא טפי והדרינו למ"ש בש"יטת הר"א מטנוד דלדידיה כל הרחבת זמן הוא שנה מה שאומדין אותו כמה רוצה ליתן ואם הזיקו כמה הזיק גמור הוא ומתחייב לשלם וס"ל דאם קצץ לו דמים עבור הרחבת הזמן אין זה ריבית קצוצה פיון שלא קצץ בשעת הלנואה וכדעת הרמב"ם פרק ב' מהלכות מלוה בשם רבותיו והלכך לא מתוקמי ליה מתני' במעות הלנואה דעכ"פ אסור משום אבק ריבית ולכך מוקי ליה בשכירות דכיון דמעיקרא לאו בתורת הלנואה אתי לידן' שפיר יוכל לקצוץ לו דבר בעד הרחבת הזמן: ובהכי א"ש מ"ש שם הראב"ד על הרמב"ם פרק ו' מהלכות מלוה וכתב דקדושים יוכיחו ור"ל לפי פירוש ההלכות ולזה הספיק הראב"ד שם דהא דמוקי בארנוח לה זימני' היינו שבאמצע הלנואה האריף הזמן אלמא דכנתינת מעות אז דמי ולפמ"ש י"ל דמשום הא לא אוריך דאף על גב דאין זה כנותן מעות מקדש מ"מ הרי זה שנה כפי האומד מה שאדם רוצה ליתן וזה ממון גמור הוא שאם הזיק אותו מתחייב לשלם ומקדשא ביה הוא הנאה אלא דמ"מ אסור לעשות כן מפני הערמת ריבית: וראיתי בס' חוות דעת לשארי הגאון נ"י בס' קס"ח בישוב דברי הר"א הנ"ל דברים אשר לא נתכנו בעיני שכ' לחלק דהיכא דאיכא איסורא משום אגר נטר הו"ל כנחית על דעת להתעסק לצורך חבירו משא"כ בשכירות דס"ל להר"א שאין בזה משום אגר נטר

הו"ל פנחית אדעתא דאגרא ומחויב ליתן שכר אפילו לא הרויח כמו שאומדין פמה אדם רוצה ליתן עי' שם ומדמי לה לתוקף ספינתו של חברו.

ולדידי חזי לי ואין דמיונו עולה יפה שלא נאמרו הדברים אלא בדבר המיוחד לחבירו כגון ספינה או שאר מטלטלין בזה שייך לומר נחית אדעתא דגזלנותא או אדעתא דאגרא משא"כ בגידון דהר"א דמייירי שמעפב דמי שכירתו ולא שילם לו לזמנו ועדיין לא נתניחד שם השכיר עליו פלל פשיטא שזה שהוא נושא ונותן במעותיו בדנפשיה קעביד ולא שייך בזה גזלנותא ואגרא פלל ואין עליו רק חוב שכר וכל דמי לפקדון פלל וכדאמרינן בבבא מציעא דף מ"ח דכל שלא יחד לו פלי לעושקו לא מחייב קרפן שבועה דלא מייחד ליה באנפי נפשיה בפקדון וגזל ואבידה כו' עי' שם וכי אפשר לפלוגי בין נחית אדעתא דגזלנותא או דאגרא דוקא בספינה המיוחדת לחבירו או בדמי פקדון שבדו אם לא היה בו משום ריבית אבל בכה"ג שעדיין לא נתניחד לחבירו פלל פשיעא דאדעתא דנפשיה קא נחית לסחור במעותיו וע"כ דהר"א שחייב לזה היינו משום שהזיקו בעפוב מעותיו מה שאדם רוצה ליתן וכדכתבנא דכיון שתבעו ולא נתן לו הוא הכשיר נזקו וגם המ"ל מוקי לה בתבעו ולא נתן לו אלא דאיהו ס"ל דהר"א מחייב מה שהרויח ולכמ"ש אינו מתחייב רק מה שאומדין כו' וס"ל דכה"ג לאו מבטל פיסו שפטור הוא דמ"מ מתחייב לשלם מה שאומדין כו' רק מה שהלה תובעו שהיה יכול להרויח יותר מזה פטור אף על פי שמברר שכדבריו פן הוא דנה ודאי מבטל פיסו מיקרי גם מ"ש בחוות דעת שם דהר"א הוכיח דמעוה קיימי לאגרא מהא דמפות דאלת"ה לא גרע מנטלו המעות כו' (לא היה צריך לזה דהא להדיא מבואר דאומדין פמה רוצה ליתן כו') וכיון שזה נשתמש במעות הוי פדר בחצר דקיימא לאגרא דחייב לשלם חסרונו אף שלא הרויח בו כמו בגבא דלא עביד למיגר והא דלא חייב כו' (דבריו מגומגמים שהרי מסיק דהגמיי' אף בלא הרויח מחייב) אבל במטלטלין פטור כו' וז"א דאין זה ענין פלל לחצר דקיימא לאגרא וגבא דלא עביד למיגר אף לשיטת הרי"ף דמחייב בזה משום דעכ"פ הוא אוכל חסרונו של זה ונהנה אלא שלא היה צריך להנאה זו שהיה יכול למצוא לו בתים אחרים לדור בו בחנם וכמבואר בדברי הרא"ש משא"כ היכא דבאמת לא הרויח ולא נהנה פלל ואם נאמר דגם זה חשיב פהרויח שאע"פ שעמה באמת נשא ונתן ולא הרויח מ"מ הוא היה צריך לתת איזה סף עבור זה שיהא המעות אצלו זמן כזה כפי שאומדין פמה אדם רוצה ליתן א"כ ה"ל לדמותו לחצר דקיימא לאגרא וגבא דעביד למיגר דנדאי חייב אף באמת ז"א דדוקא בחצר המיוחדת לחבירו שייך לפלוגי בין קיימא לאגרא או לא משא"כ במעות אילו שלא יצאו מת"י ורשותו פלל והוא עושה בשלו ליכא למידן בה מידי כ"א שמחסר לחבירו בעיפוב פרעון זה ואין להאריך: ומ"מ בלוקס דמי פקדון של חברו פענבדא דהראבי"ש שפיר יש לחלק בין נחית אדעתא דגזלנותא או לא והלקף היכא, דבשעת התביעה היה המעות בעין בידו ולא רצה להחזירם ונשא ונתן והרויח בהם הרי נעשה גזלן עליהם ואינו משלם רק כשעת הגזילה משא"כ אם טרם תבעו אותו זה כבר הלך המעות לאחרים להיות עולים בריוח פיון דמסתמא לא היה בדעתו אז להיות גזלן עליהם בטר דעתיה אזלינן ומחויב לשלם לזה את חלקו בריוח: ומ"ש הפרדכי והלה מעפב ומרויח בו ר"ל שאין מחזיר לו עכ"פ מעות אחרים תחת מעותיו של זה שהלה לו ואפשר דאף בכה"ג שהמעות הן בעין וזה תובע פקדונו פל שאין התביעה בפני ב"ד רק בינו

לבין עצמו וזה משתמיט מיניה אבל מ"מ לא פכרי' נמי אין לתת שם גזלן עליו ואמרין דנחית להרויח פדרף המתעסקים במעות חבריהם ואף על פי שעושה שלא כדון מ"מ לא נעשה גזלן עליה להקל עליו ולא גרע משליח שאמר לו בפירוש לקנות חטים והלה וקנה שעורים אף על פי ששינה מדעת בעה"ב ואם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע כיון שלא היתה פנונתו ע"ד לשלוח יד ולהיות גזלן וה"נ דכונתיה כל כמה דלא גילה דעתו שרוצה להתעסק בו בשביל עצמו: ומ"ש הד"ג דהו"ל פשבח גזילה אין הנדון דומה דהתם בגזלן או בשואל שלא מדעת שידוע שעושה לנפשו הו"ל גזלן עליו וקונה שבח כדון כל הגזלנים שאין משלמין אלא כשעת הגזילה משא"כ בהא דלא נחית אדעתא דגזלנותא ומ"ש דעל ההיזק אין מקום לחייבו דהו"ל גרמא בעלמא כמבטל כש"ח כבר כתבתי שיש מי שסובר דמחייבין אותו לשלם מה שאומדין כמה אדם רוצה ליתן כדמשמע ממתני' דמכות וכ"כ בש"ג פ"ק איזהו נשך דהיכא שמבטל כש"ח והוא אינו מרוויח איפא פלוגתא ע"ש אף באמת א"צ לזה דכיון דעכ"פ יש כאן גרם היזק מחוייב לשלם כל הנאה כמש"ל ואין דומה לגזלן או שואל של"מ כגון תוקף מטלטלין של חבירו אפילו ירד להם בתורת שאלה כיון שלא היה בידו כלל והוא לוקח בע"כ של הבעלים נעשה גזלן עליהם משא"כ כאן שהמעות הם כבר בידו אע"פ שהם בתורת פקדון מ"מ כל שלא תבעו בב"ד וכפרי' אע"פ שתבעו בינו לבינו עצמו ומשתמיט מיניה מ"מ אמרינן דנחית להתעסק פדרף המתעסקין בממון חבריהם כיון דמעיקרא בהיתרא אתי לידיה ומחוייב ליתן לו מחצית שכר ואיסור ריבית אין כאן כמבואר בסמ"ע סי' רצ"ב ע"ש: ומצאתי בשיטה מקובצת לב"ק ד"ק שכתב בשם ה"ר ישעיהו"ל אהא דאמרין לא צריכא בחצר דלא קיימא לאגרא ואיפכא לא מציי למימר דפשיטא ליה הואיל ולא נהנה דפטור ואי משום דחסריה לא מחייב מידי דהנה אם גזלה ממנו דמשיב כעין הגזילה ואין משלם שפירת ולא נהירא דא"כ זה נהנה וזה חסר נמי נפטריה מטעם גזלן א"ו לגזלן לא מציי לדמויי דהתם גזרת הפתוב הוא דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל יחזיר אבל הכא מיירי באדם שאינו רוצה לעשות עצמו גזלן ולהכי לא מציי למימר איפכא כו' עכ"ל הרי מבואר דבאדם שאינו רוצה לעשות עצמו גזלן לא שייכא הך סברא כלל דמשלם כשעת הגזילה והוא עצמו סברת הגדולים שכתב המרדכי בשם אותן ששאלו לראבי' דמסתמא לא היה דעתו של שמעון לשלוח בו יד כו' והכי ס"ל נמי לראבי' ומכ"ש לפמ"ש דראבי' מיירי שפכר הלנה מעות להעלות רינח קודם שתבעו זה דפשיטא דאין ליתן עליו שם גזלן לפוטרו מליחת רינח לזה כנלע"ד ליישב דברי ראבי': איברא כי מ"ש הר"ר ישעיה דזה נהנה וזה חסר נמי נפטרי' משום גזלן דעת הפוסקים דיש חילוק בזה בין קרקע למטלטלין כמבואר בב"ק דף צ"ה בתוקף עבדו כו' דבקרע כיון דאינה נגזלת ברשותיה דמרי קאי ולכך מחוייב להעלות שכר לבעלים משא"כ במטלטלין דנגזלין אי נחית אדעתא דגזלנותא פטור והד"ג העמיק והרחיב הדבור בזה ליישב דברי הרי"ף ואתא ואייתי דברי הרמ"ה שהביא הטור בהשכירה הגזלן לאחר ומה שתמה עליו הב"י וכתב שהב"ח תירץ האמת כמבואר בא"ז בשם הרמ"ה כו' ע"ש: ולפענ"ד אני תמה שדברי הב"ח צע"ג דמאי חזית לן הב"ח בהא דמיייתי מדברי המרדכי דנדאי גם הב"י ידע מזה רק עיקר קושית הב"י דבמלאכת עצמו נמי נימא הכי כיון שאין הממון קנוי לו ועשה בו מלאכה הרי שבח הפלי שייך לבעל הממון שעושה הפלי ולמה זה עדיף הוא

מאחר ואם נאמר שהתורה פטרתו מדכתיב אשר גזל פֿעין שגזל יחזור א"כ מה בכך שפֿעשה עוד גזל ומסר מלאכה זו לאחר וקניבל עלי' שֿכר ס"ס הוא אין לו עליו רק שֿיחזור לו גזלתו בעינו כמות שהיה וממילא גם מה שֿמסרה לאחר וקניבל דמי השֿכירות לידו אין יכול להוציא ממנו דמה לי עבד בה איהו מה לי עבד בה חבֿריה בשֿליחותיה וטפי יוכל לדון עם השֿני שֿיתן לו ג"כ שֿכירות אם ידע שגזול הוא אתו וא"ל דכיון דבשֿעה שֿחבֿירו עושה המלאכה מגיע השֿכירות להגזל ממילא מה שקניבל הגזלן לידו הוא גזלן חדש א"כ גם במלאכה דנפֿשיה נמי נימא הכי פֿינן שֿאין גוף הממון קנוי לו ואי תבֿרין או שתי דינא הוא דמשלם ארבע משום דהו"ל פֿאזקיה בֿההוא שֿעתא וה"ה לענין המלאכה שפֿעשה והגע עצמה בגזל עבד והעבד ארג לו בגד וכיוצא בו מה"ת נימא שבשביל שתקף זה והקניסו לביתו היא זוכה בבגד זה הלא פֿל מעשה העבד לרבו וכי בשביל מחשבתו הרעה אשר חשב שהעבד אורג הבגד לצורכו יזפה בו ופֿשיטא דזה מחשב וזה עובד לא אמרינן וכל נימא ונימא שאורג הוא של הרב ופֿשיטא דכה"ג פֿשֿכרו אחר דמי (ואם נחלק בין דבר שהמלאכה נִפְרַת שבחה פֿגון אריגת בגד וכיוצא בו ובין מלאכה שאין נִפְרַת שבחה ואין עליו רק תורת שֿכירות לבד פֿגון נעלו וסכו בפֿשיטות היה מקום לנישב דברי הרי"ף ואין להאריך) אמנם רמ"א בד"מ והסמ"ע נראה שהרגישו בזה דקונשית הב"י דמ"ש השפֿירה לאחר או עשה בו מלאכה הוא בעצמו ולכן פֿתבו איזה חילוקים בזה: ואשר אני אחזה לי דרך והוצאתי בדיוק מדברי הרמ"ה שהביא בש"מ הוא זה דס"ל דלענין נתינת שֿכר תרי מילי בעינו דליהוי קניימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא הלפֿך היכא דלא עבדא לאגרא אע"ג דנחית לאגרא א"צ לשלם לו רק פֿחתא וכן היכא דקניימא לאגרא אלא דאיהו לא נחית אדעתא למיהב אגרא כ"א בתורת גזל או שאלה דלא שניף לומר שזה נתחייב בשכר מלאכה בעידן עבודה פֿינן שלא עבד עבודה זו אדעתא דאגרא וכך עלה במחשבה לפֿניו ששכר לא יהא חלף עבודתו אשר עבד הלפֿך אין לחייבו בשכירות משא"כ בהשפֿירו לאחרים פֿינן דאיהו נחית אדעתא דאגרא הרי השכירות הנה שניף לבעלים ואינו רק כשלוהם והממון שנטל ממונא דבעלים הוא ומחוייב להחזיר והדר קא קשיא ליה פֿינן דמ"מ פֿללא קאמרינן דכל הגזלנים כו' א"כ גם זה פֿינן שמשלם לו כשעת הגזילה די בכך והוי פֿשבח גזילה שהוא דגזלן מפני תקנת השבים וע"ז פֿתב לחלק דשאני שבח גזילה שאז בשעה שהיתה בידי הנגזל לא היה שבח זה בעולם ועדיין לא זכה בו כלל לכך תיקנו שיהא שניף לגזלן אע"ג דמגופא קרבו מ"מ לא שניף ביה זכיות נגזל שצאמר שזה לוקח שלו משא"כ בשכר מלאכה שהדבר הזה שעושה בו המלאכה הוא עתה לפֿניו בעולם ובשעה שלוקחה לעשות המלאכה מתחייב בשכרה והשכר הוא לנגזל ממילא שזה מקבל לידו ממונו של נגזל ובזה מוכן יותר החילוק בין עשה מלאכה בעצמו ובין השפֿירה לאחר דבעשה בעצמו לא היה פֿאן תורת שֿכירות כלל ואין מקום לשכירות לחול אלא אחר עשיית המלאכה אז מתחייב בשביל מה שנהנה מממון חבֿירו והו"ל פֿשבח הגזל ע"ג הגזילה שהוא דגזלן ובפֿרט בזה שמעשה הגזלן גרמו השבח הזה והוי כפיטמה דלכ"ע השבח שלו משא"כ בנחית אדעתא דאגרא שתיקף ומיד שלוקח ומושף לעשות המלאכה בא חיוב השכירות דאע"ג דאין משתלמת כ"א לבסוף מ"מ חיוב השכירות משעת משיכה חז"ל ואז הוא בשביל החפץ שמוכר לו דהיינו העבד או הבהמה שהוא ממונא דנגזל והוא בעין לפֿניו ולמה יזפה הגזלן בשכר הזה

אֲשֶׁר לֹא עָמַל בּוֹ וְלֹא גִידְלוֹ וְאֵלּוּ בָּא הַנִּגְזָל טָרַם קַבְלַת הַשְּׂכָר מִחֻוּיָּב הוּא לִיתֵן לִידּוֹ מִדִּין גְּזֵל וְלֹא נִתְיַאֲשׁוּ הַבְּעָלִים כּוֹ' וְאִי עֵתָה שְׂכָרָךְ נִתֵּן לַגְּזֵל וְכֹל לַתְּפִלָּה לַנִּגְזָל כְּמִבְּנוֹרָא סִי' ש"ס"א (וע"ש שְׂלֵא נִרְשָׁם מוֹצֵא הַדִּין וְלַע"ד גִּלְמַד מְהֵא דב"ב פֶּרֶק חֲזַקַת דְּאִמְרִינֵן הַתָּם הֵנִי נוֹגְעִין בְּעֵדוּתֵן גִּינְהוּ דְּאִי אִמְרִי פִּרְעֻנְהוּ אִמְר לְהוּ פִּרְעוּנֵי וְכֵן מִבְּנוֹרָא מִדְּבָרֵי הַנִּי' לַעֲנִין דָּר בְּחֻצָר חֲבִירוֹ בְּשֵׁם הַפּוֹסְקִים וְאִיתָא בְּש"ע סִי' ש"ס"א ומ"מ י"ל דְּדוֹקָא בְּחֻזַקַת בְּעָלִים הוּא דְּאִמְרִינֵן הֵכִי אִי בְּש"ע מְשַׁמַּע גַּם בְּמִטְלָטְלִין וְהִינּוּ בְּיַדַע שְׂהוּא גְנוּב דַּל"כ יֵשׁ לְפָנוּטְרוֹ מִשׁוּם תַּק"ה) וְעַכ"פּ הַנִּגְזָל יֵשׁ לוֹ דִּין עִם הַשְּׂנֵי הַלְּכָף בְּשַׁעַת חֵיּוּב הַשְּׂכָר וְדִי דְּנִגְזָל הוּא וְה"ה אִם גְּזֵל חֲפֵץ וְאִתְּכּ עֲשֵׂה מְלֵאכָה בְּחֻפְזָךְ זֶה וְאִמְר דְּנַחֲתִית אַדְעָתָא דְּאִגְרָא דְּכִשְׂהַשְּׂפִירָה לְאַחַר דְּמִי: וְעַכ"פּ הַדְּבָר בְּרוּר שֶׁהֵרַמ"ה מְחַלֵּק בֵּין שְׂבַח שַׁע"ג גְּזֵלָה שְׂהוּא שְׂבַח וְשֵׁלָא זָכָה בּוֹ הַנִּגְזָל מְעוּלָם וּבֵין שְׂכָר עֲבוּדָה שְׂהוּא תְּמוּרַת הַחֲפֵץ עֲצָמוֹ שְׂהוּא שֵׁל הַנִּגְזָל אֲלָא דְּכָל דְּהֵאִי לֹא נַחֲתִית אַדְעָתָא דְּאִגְרָא אִין נוֹפֵל בְּזֵה חֵיּוּב תְּשֻׁלְמִי שְׂכָר כָּלֵל דְּמֵאן אִגְרִי גְבִיָּה וְלְכָף פְּטוּר אֲלָא דְּמ"מ צ"ע שְׂהֵרִי הַנִּי' פ"ב דב"ק הֵבִיא בְּשֵׁם הֵרַמ"ה דְּחֻצָר דְּקִיָּמָא לְאִגְרָא וְגִבְרָא דְּלֵא א לְמִיגַר ס"ל לְהֵרַמ"ה הֵבִיא הַנִּי' שְׂצָרִיף לְשַׁלֵּם מִדִּין שְׂבַת וְהֵבִיא רֵאָזָה מְהֵא דְּאִמְרִינֵן שְׂבַת שְׂלֵא בְּמִקּוּם נִזְק דְּהֵדְקִיָּה בְּאַנְדְּרוּנִיָּא וּבְטָלִיָּה.

אִי גַלְעַנ"ד דְּנִדְאִי בְּמִטְלָטְלִין שְׂהֵם נִגְזָלִים אִין עֲלִיָּהֶם תּוּרַת שְׂבַת כָּלֵל דְּרַחֲמָנָא לֹא חֵיָּבִיָּה לַגְּזֵלָן טְפִי רַק לְהַחֲזִיר כְּעִין שְׂגֵזֵל מִשָּׂא"כ בְּחֻצָר שְׂהוּא קַרְקַע דְּאִינְהָ נִגְזָלַת וּבְרִשׁוּתִיָּה דְּמֵאֲרִיָּה קֵאִי לְכֵן כְּשִׁבְטָלָה מְמֵלֵאכָה וּמְשַׁפִּירְתָּה יֵשׁ בְּזֵה מִשׁוּם שְׂבַת וּכְהֵוּא דְּהֵדְקִיָּה בְּהַנְדְּרוּנִיָּא דְּלֵא שְׂיִיף בְּזֵה תּוּרַת גְּזֵל וּמִחֻוּיָּב לְשַׁלֵּם שְׂבַת וּלפ"ז א"ש מֵה שְׂהַקְשָׁה הַד"ג דְּמ"ש בְּחֻצָר דְּקִיָּמָא לְאִגְרָא דְּחֵיָּב בְּשַׁכִּירוּת וּבְסַפִּינְהָ פְּטוּר אִי בְּקִיָּמָא לְאִגְרָא אִי לֹא נַחֲתִית אַדְעָתָא דְּאִגְרָא.

וּלפמ"ש א"ש דְּבַחֲצָר פִּינּוֹן שְׂאִינְהָ נִגְזָלַת מִחֻוּיָּב לְשַׁלֵּם מִשׁוּם שְׂבַת מִשָּׂא"כ בְּסַפִּינְהָ אִי נַחֲתִית אַדְעָתָא דְּגִזְלָנוּתָא אִין כְּאֵן חֵיּוּב מִשׁוּם שְׂבַת כָּלֵל וְגַם לְחֵיָּבֵי בְּתוּרַת אִגְרָא אִין כְּאֵן פִּינּוֹן דְּלֵא נַחֲתִית לָה אַדְעָתָא דְּאִגְרָא כָּלֵל וּכמ"ש: וּלפִי דְּבָרֵי הֵרַמ"ה אֵלּוּ דִּישׁ חִילּוּק בֵּין שְׂכָר דְּבָר הַגְּזוּל עֲצָמוֹ וּבֵין שְׂבַח שַׁע"ג גְּזֵלָה שְׂלֵא זָכָה בּוֹ הַנִּגְזָל מְעוּלָם א"כ הָא דְּכַתְּבַת הַד"ג בְּטַעֲמָא דְּמִטְלָטְלִי פִּינּוֹן דְּאִין נִגְזָלִין הו"ל שְׂכָר דִּידְהוּ כְּשִׁבַח גְּזֵלָה וּלפִי דְּבָרֵי הֵרַמ"ה הֵם טַעֲמִים מְחֻלְקִין וְגַם מ"ש שְׂדְּבָרֵי הֵרַאכִי הֵם לְיַמּוּד עֲרוּף בְּפִי פֶת הַקּוּדְמִין לַעֲנִין חֻצָר דְּקִיָּמָא לְאִגְרָא וּלפמ"ש אִין הַנְּדוֹן דּוּמָה דְּנִיָּדוֹן דְּרֵאכִי דְּמִיָּרִי לַעֲנִין הֵרִיוּחַ שְׂעֵלָה בּוֹ אִתְּכּ כּוֹ הוּא דְּבָר שְׂלֵא זָכָה בּוֹ הַנִּגְזָל מְעוּלָם כְּמוֹ שְׂבַח גְּזֵלָה מִשָּׂא"כ הֵוּא דְּחֻצָר: אִי גְּזֵלָה אֲנִין בְּמ"ש הַטּוּר סִימָן ש"ס"ג בְּשֵׁם הֵרַמ"ה דְּגַם בְּשׂוֹאֲלִשְׂלֵא מִדְּעַת רְצָה שְׂכָרָה נוֹטֵל וְכֵן פֶּסֶק בְּש"ע וּלפִי מ"ש צ"ע דִּי"ל דְּהֵרַמ"ה לְשִׁטְתּוֹ דְּגַבִּי הֵוּ דְּחֻצָר לֹא ס"ל לְחֵיּוּבֵי מִשׁוּם שְׂאוּכָל חֶסְרוֹנוֹ שֵׁל זֶה רַק ס"ל לְחֵיּוּבֵי מִשׁוּם דְּבַקְרַקַע חֵיָּב בְּגֵרָמָא כ' הֵאִי מִשׁוּם שְׂבַת (וְצ"ל דְּלֵא ס"ל כְּמ"ש הַתּוֹס' בְּגִיטִין דָּף מ"ו וְהֵרַא"ש בְּב"מ פֶּרֶק הַשְּׂוֹאֵל דְּדִרְשִׁינֵן וְלֹא אִישׁ בְּשׁוּר לּוֹמֵר שְׂאִין שְׂבַת בְּבִהֵמָה אֲלָא מוֹתֵר הָאָדָם מִן הַבִּהֵמָה אִין וְה"ה לְכָל שְׂאָר מְמוֹן כָּל שְׂלֵא בָּא לִידּוֹ בְּתוּרַת גְּזֵלָה רַק בְּתוּרַת נִזְק וּלפִי סְבֵרַת רַבִּינוּ חֵיִים שְׂם לַעֲנִין בְּהֵמָה וְעֲשֵׂה מְכָה בְּפִשְׁעָה שְׂסוּפּוֹ לְחֻזּוֹר שְׂכַתְּבַת דְּאִין זֶה שְׂבַת אֲלָא נִזְק כּוֹ' י"ל דְּגַם כְּאֵן פִּינּוֹן דְּעַבִּיד מְעֲשֵׂה בְּיַדִּים וְנַעַל בְּפִנּוֹי וְאִם הִיָּה רוּצָה זֶה לְמוֹכְרָה עֵתָה אִזְ בּוּדְאִי הִיָּה הַלּוֹקַח פּוֹחַת מִן הַדְּמִים כָּל מֵה שְׂעוּלָה שׁוּוִי יְמֵי הַסְּגָר וְהו"ל כִּי הֵוּא דְּהַתָּם

דקאמר דמתחלה פשהווק שמין פמה נפתחו דמיו פשעומד למפור וע"כ לא אמרינו אין שבת בבמה אלא במקום שמשלם לו נזק שהרי ע"י שמשלים נזקו בידו לקנות לו בהמה אחרת מיד ובמקום אחר פתתי עוד מזה) והלכה א"ש במטלטלין הנגזלין דלא שינוי שבת פלל שא"צ להחזיר רק פעין שגזל משא"כ אליבא דהרא"ש דס"ל דגם בקרקע פטור משום גרמא ואין חיוב רק משום שאוכל חסרונו של זה א"כ במטלטלין נמי יהא חייב מה"ט דמה בכך דלא אתי עלה בתורת אגרא גבי חצר נמי לאו בתורת אגרא נחית ואפ"ה חייב: וראיתי שהד"ג פתב דלא עדיף משבב דשמיט מע"ג גזלה כו' ואני תמה דהא אפילו השבב שאינו ע"ג הגזלה אין טעם שיזכר כ"א משום שהוא שינוי גמור או משום תקנת השבים ואחרי שהסכים הד"ג למ"ש הפ"י בשיטות הטור דבשואל של"מ לא שינוי תקנת השבים א"כ אין טעם שיזכר בשבב שלא ע"ג גזלה כ"א משום דהוי שינוי עכ"פ לענין השבב עצמו כמבואר בפ"י שם וזה לא שינוי גבי שוכר פלל וכיון שאין כאן שינוי מה בכך דשואל של"מ גזלן הו' מ"מ היאך יזכר בשוכר הספינה דבמאי קני לה ועוד דאם נאמר דמה שזוכה בשוכר מטעם שבב שע"ג הגזילה נגעו בה מה נעשה לדעת רבינו הב"י בש"ע וכן הוא דעת הרמב"ם שאינו זוכה בשבב שע"ג גזילה כ"א אחר יאוש: ואמנם דברים שאמר מר שיש חילוק בין קרקע למטלטלין אמת נכון הדבר שהרי הש"ס אומר פן ואי ס"ד עבדא כמקרקע דמי אמאי פטור ברשותיה דמריה קאי וכן מבואר מדברי ה"ה פ"ט מהלכות גזילה על מ"ש הרמב"ם בגזל שדה כו' צריך להחזיר הפירות שאכל שפדבריו פן הוא ומייתי ראיה מהא דקאמר ואי ס"ד עבדא כמקרקע כו' וכן שהוא דהדר בתצר חבירו שנתבאר פ"ג אפילו נחית לה בתורת גזלנותא הוא עכ"ל וכן מבואר להדיא בטור סי' שע"א פ"ש שרקע היא באחריות הנגזל לחובתו שאם תתקלקל אומר לו הש"ל כן היא לטובתו שאע"פ שאם גזל מטלטלין ונשתמש בהם א"צ לשלם מה שנהנה אלא כשעת הגזילה גזל קרקע ונשתמש בה ואכל פירותיו צריך לשלם מה שנהנה ממנה והביאו הרמ"א בהג"ה שם וכ"כ בש"ך ובסי' שס"ג: וראיתי שדברי הטור הללו לקוחים מדברי הרא"ש בתשובה פלל צ"ה ס"א שפתב יקבל החכם את תשובתו מ"ש שהגזל שדה ואכל פירותיו שאינו משלם הפירות שאכל והבאת ראיה מהתוקף ספינתו כו' אין הגדון דומה לראיה דודאי מטלטלין שהם נגזלים ונעשה בהו שינוי קנאם והשבב שלו כגון גזל עצים ונעשאו פלים כו' וכן פרה שנתעברה כו' אבל הקרקע שאינה נגזלת ותמיד עומד בחזקת הבעלים וברשותם דאם שטפה נהר כו' וכי היכא דלטובות הגזלן מוקמינו להו ברשות הבעלים וה"נ לחובתו והפירות שגדלו על הקרקע של הבעלים הם והגזלן נכנס לתוך רשות הבעלים וגזל פירותיהם וחיוב לשלם להם וכן חייב ליתן לבעלים שוכר העבדים וראיה מדאמר וסבר רב עבדא כמקרקעי דמי כו' עכ"ל ולכאורה נראה מדבריו דמטעם שינוי אתי עלה דמטלטלין קונה בשינוי והשבב שלו וה"נ בספינה פיון שפיקחה ניקנית בשינוי ולכך אינו משלם רק פיקחא (ועי' בשיטה מקובצת לב"ק בשם הראב"ד שהקשה האי פחתא ה"ד אי דאית ביה שינוי הא אמרינו אין שמין לגנל ולגזלן כו' אלא נ"ל דהא דקאמר נחית אדעתא דגזלנותא לאו לגזלה ממש קאמר שלא יחזרנה לעולם אלא להשתמש בה חנם ולהחזירה כו' א"נ לא אמרו אין שמין אלא בנשבר או מת דאינו ראוי למלאכה ראשונה כו' עכ"ל עי' שם) אלא דלפ"ז לא הנה צריך להאריך בטעמא דגבי קרקע מחויב לשלם הפירות שאכל הרי הטעם מבואר

דְּקָרְקַע אֵינָהּ נִקְנֵית בְּשִׁינוּי וּלְכַף אֵינּוּ קוֹנֶה הַשְּׂבִיחַ וְגַם דָּאִין שָׁם שִׁינוּי בְּקָרְקַע וְעוֹד דְּהָא מִשְׁמַע דָּאִי עֵבְדָא כְּמַטְלִטְלִי דְּמִי הוּי גִּיחָא לֵן הָא דְתַרְקַף עֵבְדוּ דְּפִטוּר אַע"פ שְׁאִין שִׁינוּי וְדוּחַק לומר דְּמִיִּירִי שְׁנִכְחַשׁ פְּחָשָׁא דְלֹא הֵדֵר דְלֹא מִשְׁמַע הַכ' אֲלֵא נִרְאָה דַּמ"ש הֵרָא"ש וְעֵשָׂה בְּהֵם שִׁינוּי לֹא לומר דְּדוּקָא בְּעֵשָׂה הַשִּׁינוּי הַשְּׂבִיחַ שְׁלוֹ דְּהָהוּא לְעֵנָן הַשְּׂבִיחַ שַׁע"ג הַגְּזִילָה (וּמָה דְנִקְט וְכֵן פְּרָה כו' וְיִלְדָה לֹא דוּקָא דְהָא בַּש"ס מְבֹנָר דַּה"ה לֹא יִלְדָה) וּבְהָהוּא אִי לֹא דְקִנֵּי לִיה מִטַּעַם שִׁינוּי הֵיךְ צָרִיךְ לְהַחְזִירָה כְּמוֹת שְׁהוּא כְּמְבֹנָר כַּאֲשֶׁר"י שָׁם אֲבָל בְּשִׁבַח שְׁאִינוּ מִמֶּשׁ ע"ג גְּזִילָה הַחִילּוּק פְּשוּט דְּבְמַטְלִין דְּנִגְזְלִין וּמִדְּ שִׁגְזְלוּ וְהִבִּיאָן לְרִשׁוּתוֹ נִגְמַר הַגְּזֹל.

וְהַלְכָהּ פִּינוּן דְּמִדְּ נִתְחַיֵּיב בְּהַשְּׂבִיחַ הַגְּזִילָה אוֹ דְּמִים וְכָל זְמַן שְׁלֹא הַשִּׁיב בְּתוֹרַת גְּזֹל הוּא בְּיָדוֹ וְלֹא בְּרִשׁוּתָהּ דְּמִרְיָה וְכַדְאָמְרִינוּ גְּזֹל וְלֹא נִתְיַצְאוּ הַבְּעָלִים שְׁנִיחָם א"י לְהַקְדִּישׁ זֶה לְפִי שְׁאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ כו' מִשָּׂא"כ בְּקָרְקַע אַף עַל פִּי שְׁהוּא בְּיַד הַגְּזֹלָן כָּל שִׁיכּוֹל לְהוֹצִיאֹו בְּדִינָיו קְדוּשׁ וְהִינּוּ מִשׁוּם דְּקָרְקַע נִתְמַעֲטָת מִתּוֹרַת גְּזֹל וְלְעוֹלָם בְּרִשׁוּת בְּעָלִים עוֹמְדָת וְכ"כ הֵרָא"ש בְּתִשׁוּבָה שָׁם אַח"כ וְז"ל וְעַתָּה אֲבָרָא דִּין גְּזֹל קָרְקַע כו' מַטְלִטְלִין מִשְׁנוּטְלוּ וּמוֹצִיאָן מִרִשׁוּת הַבְּעָלִים וּמִבִּיאָן לְרִשׁוּתוֹ נִגְמַר הַגְּזֹל בְּמִקְרָעֵי לֹא שִׁינֵי כִּי נִתְמַעֲטוּ בְּכָלִל וּפְרָט כו' הַלְכָהּ אִם גְּזֹל קָרְקַע אוֹ בֵּית וְלֹא נִשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ אִין כָּאֵן בַּל תִּגְזֹל כִּי בְּרִשׁוּת בְּעָלִים הֵן עוֹמְדִים אַע"פ שְׁמַנַּע הַבְּעָלִים לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ וְעִי' סִיּוּם הַדְּבָרִים בְּטוּר סִי' שַׁע"א וְכַוְנָתוֹ מְבֹנָרָת כַּמ"ש דְּדוּקָא בְּקָרְקַע אֲמַרִּינוּ דְּכִי מִתְהַנֵּי זֶה בְּרִשׁוּתָהּ דְּמִרָא קַא מִתְהַנֵּי וּלְכַף שְׁפִיר חֲיִיב אַף בְּלֹא עֵבִיד לְמִיגַר דַּהוּ"ל כְּנִכְנַס לְבֵיתוֹ שֶׁל זֶה וְגוֹזֵל פִּירוּתוֹ וְאוֹכְלוֹ שְׁהוּא חֲיִיב לְשַׁלֵּם אַע"פ שְׁהֵיךְ מוֹצֵא לְאַכְלוֹ פִּירוּת כְּאֵלוֹ אֲצֵל אַחַר בְּחֻנָּם וְעִיקַר הַגְּזֹל הוּא דְּמִתְחִיל בְּהָהוּא שְׁעָתָא שְׁאוּכַל הַפִּירוּת מִקְרָע שֶׁל חֲבִירוֹ וְכַמ"ש הַטוּר שָׁם בְּשֵׁם הֵרָא"ש וְקוֹדֵם לְזֶה לֹא חָל שָׁם גְּזִילָה כָּלִל מִשָּׂא"כ בְּמַטְלִטְלִין דְּבִלְקִיחָתָן לְבֵיתוֹ נְהִי דְלֹא קִנֵּי לְהוּ לְגַמְרֵי מ"מ פִּינוּן דְּבְרִשׁוּתָהּ קִיאִי לְעֵנָן אֲוֹנְסִין וּפְקַע רִשׁוּת בְּעָלִים מִינֵיהּ לְעֵנָן דְּלֹא מְצִי לְהַקְדִּישׁוֹ אוֹ לְמַכְרוֹ וְלִיתְנֹו בְּמִתְנָה וּמָה שְׁנִנְהָה זֶה מִתְשַׁמֵּישׁוֹ לֹא כְּמִתְהַנֵּי בְּרִשׁוּת בְּעָלִים חֲשִׁיב וְאִין מִתְחַיֵּיב רַק עַל שְׁעַת הַגְּזִילָה לְבַד שְׁאֵז חָל עָלָיו מִצְנַת הַשְּׂבִיחַ אוֹ חֲפִץ זֶה כְּמוֹת שְׁהוּא אוֹ אִם יֵאָנֵס יְשַׁלֵּם דְּמִיו וְכֵן נִרְאָה מִמָּה דֵּאִיתָא בְּסִנְהֶדְרִין דְּרַף ע"ב דְּקֵאָמַר וְלֹא הִיא כִּי אוֹקְמֵי רַחֲמָנָא בְּרִשׁוּתָהּ לְעֵנָן אֲוֹנְסִין אֲבָל לְעֵנָן מִיִּקְנָא בְּרִשׁוּתָהּ דְּמִרְיָהוּ קִיִּימָא מִיִּדֵי דְּהוּי אֲשׁוּאֵל וּפִי' רַש"י אִם קִיִּימִין הֵם אֲצֵלוֹ וְהוּא בָּא לְהַחְזִיר דְּמִיו כו' וְהָא דְכִי נֵאָנְסוּ מִחְזִיר דְּמִים וְלֹא מְצִי א"ל נֵאָנְסוּ לְמַפְטֵר מִשׁוּם דְּלֹא גָרַע גְּזֹל מִשׁוּאֵל דְּמִשׁוּם דְּכָל הַנָּאָה שְׁלוֹ אוֹקְמִינְהוּ רַחֲמָנָא בְּרִשׁוּתָהּ לְשַׁלֵּם אִם נֵאָנְס וְכָל כְּפָה דְּקִיִּימָא הִדְרָא בְּעֵינָא הָא נָמִי כָּל הַנָּאָה שְׁלוֹ וּמְחַיֵּיב לְשַׁלּוּמֵי עַכ"ל וְעִי' בַּמ"ש שָׁם אַא"ו מְהֵרָשׁ"א בְּזֶה הָרִי שְׁהוּא תוֹלָה מֵאִי דְּחִיִּיבֵיהּ רַחֲמָנָא בְּאֲוֹנְסִין מִשׁוּם דְּכָל הַנָּאָה שְׁלוֹ וְהִינּוּ שְׁאִינוּ מְשַׁלֵּם עַל תְּשַׁמֵּישֵׁי הַכָּלִים כָּלִל: וְאִפְשָׁר לְדַחּוֹק שְׁכַוְנָתוֹ פִּינוּן דְּאִיהוּ עַכ"פ לֹא אֲדַעְתָּא לְמִיחָב אֲגָרָא נְחִית לֵה רַק לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּחֻנָּם וְגִזְלָה בַּע"כ שֶׁל הַבְּעָלִים כַּכָּה"ג כָּל הַנָּאָה שְׁלוֹ מִיִּקְרִי.

אֲשֶׁל מְפִשִׁיטוֹת לְשׁוֹנוֹ נִרְאָה פִּינוּן דְּבִאָמַת פְּטָרֵי רַחֲמָנָא אִם נִשְׁתַּמֵּשׁ בָּהּ מִשׁוּם דְּלֹא חֲיִיבִים רַחֲמָנָא רַק לְהַשִּׁיב אֶת הַגְּזִילָה בְּעֵינָא כְּמוֹ שְׁגִזְלָה וְכַמְש"ל מְלִשׁוֹן הַשִּׁטְיָה מְקוֹבְצָת בַּב"ק דְּרַף ק' בְּשֵׁם רַבִּינוּ יִשְׁעִיָה שְׁכַתְבַּת דְּלִגְזֹלָן לִיכָּא לְדַמּוּיָי דְּהֵתָם גְּזִירַת הַפְּתוּב הוּא דְּכַתִּיב וְהַשִּׁיב אֶת הַגְּזִילָה אֲשֶׁר גְּזַל כְּעֵין שְׁגֹל יַחְזוּר אֲבָל הֵכָא מִיִּירִי בְּאָדָם שְׁאִינוּ

רוצה לעשות עצמו גזלן כו' (אף ה"ה ס"ל דהתם אפי' בתורת גזלות מיירי אלא דבקרקע שאני וכמ"ש דבריו לעיל) והלפך ממילא פינו דפטרקיה, רחמנא מלשלם בעד מה שישמש בה וא"צ להתזיר רק הגזילה בעינא א"כ כל הנאה שלו הוא וחיוב באונסין וצ"ע בלשון רש"י ז"ל בזה ולפמ"ש רבינו ישעיה דגזירת הכתוב הוא דמשיב בעין פועל שגזל ואין משלם ש"כר לפ"ז אפשר לומר דגזל פרה ונתעברה אצלו וילדה דהוי של גזלן הוא ג"כ מההוא קרא גופא דכעין שגזל יחזיר: ובה יש ליישב דברי הטור ג"כ סי' רצ"ב גבי שליחות יד.

אף מהתוס' דף צ"ה גבי שבח שע"ג גזלה נראה דשבח שאינו ע"ג גזלה ג"כ אינו של גזלן רק מטעם שינוי או תקנת השבים והתם מיירי בגזל פרה ונתעברה אצלו אפשר לומר דעבור וגיזה דמגופה קא רבי אפשר דאפי' אתי אח"כ ובשעת גזילה לא היה מ"מ פינו שיהא מעותד לבא ולמגדל בגופה הוי קרינו ביה פועל שגזל אי לא משום שינוי או תקנת השבים (וכעין זה כתב בסמ"ע לחלק בתקנת השבים גופא לענין השפירה לאחר עינין סי' שס"ג) משא"כ במשמש ועושה מלאכה בחפץ הגזול שאין השבח בגופא של בהמה כלל ומעשה הגזלן גרמו האי ש"כר דאתי מעלמא בכי הא ודאי אמרינו דכינון שיהא מחזיר פועל שגזל סגי בהכי והשפירה הגזלן לאחר שאני פינו דהוא אחר אדעתא דאגרא נחית לה וכל שיש פאן תורת אגר והוא קודם יאוש הוא של בעלים וכמש"ל בשם הרמ"ה ז"ל: ואיך שיהיה הדבר מבואר בדברי הרא"ש דהא דבמטלטלין פטור מלשלם ש"כר שימוש הוא דכינון דנגזלה ברשותיה דגזלן קיימי לענין זה דכי מיתהגי מנייהו לאו ברשותא דמרא מיתהגי דכבר פקע רשות מרא מיניה לענין שאינו יכול למכור ולהקדיש שרשות גזלן מעכב עליו משא"כ בקרקע דהו"ל פלא נגזלה כלל ומההוא שעתא שנהג' פירוטיו מתחיל הגזל של הקרקע ומחויב לשלם משום כל תגזול אבל מטלטלין בהבאה לרשותו נגמר הגזל ושוב השימוש שאח"כ אין עליו חיוב תשלומין משום השבת הגזל כ"א חיוב השבת הגזל הוא חל עליו להתזיר החפץ או דמיו משעתיה דגזלה וכל זה בגזלן או בשולח דשדינו בגזלן אבל בדבר שלא בא לידו בתורת גזל כלל אע"פ שאח"כ שניה בו מדעה בעה"ב והוא חייב בו באונסין כמו גזלן מ"מ בשביל זה לא יפה פחו לקחת כל הרינוח שעלה וס"ל לראבי" דכינון שנה אינו רוצה להיות גזלן על המעות ומעיקרא לאו לשם גזילה אפנון דמי לשליח ששניה שהותירו לאמצע וכן נראה מדברי הרשב"א בב"ק דף ק"ב שכתב לענין שליח ששניה וז"ל ואם נפשה לומר דכל שנעשה עליו גזלן במעשיו אע"פ שהוא מתפונן לקנות לו ולזכות לבעל המעות לא קנה בעל המעות אלא הותר לעצמו ותדע דהא לר"מ קני בשנוי גמור כו' י"ל דיקמא לר"מ כל שהוא שינוי גמור מתפונן הוא לקנות לעצמו כו' ע"ש שמבואר מדבריו דאע"פ שמעשיו גרמו לו שיעשה בגזלן על המעות הנה מ"מ לענין הותרו אולינו בתר מחשבתו שלא רצה להיות גזלן ולכך הותרו לאמצע ועיין בב"מ דף קי"ז בתוס' ד"ה בשלשה מקומות כו' כנלענ"ד ליישב דברי ראבי" בזה וכמש"ל: ומ"ש הד"ג בשם התיו"ט שכתב בההיא דהשוכר את האומנים כו' ודבריו צ"ע ובשיטה מקובצת גבי מאן דיהיב זוזי למזבן ליה ולא זבין כו' כתב בשם הריטב"א שכתב בשם מורו הרב פינו שנה הבטיחו שיקחו וסמך עליו כו' וזה ענין שכירות פועלים דפרקין דלקמן שחיובין לשלם לבעה"ב או בעה"ב להם מה שפסידו דכינון שפסידו זע"ז נתחייבו זה לזה במה שיפסיד ע"פ ע"ש.

אף מ"ש שם פִּינּוֹן שָׁנָתָן לֹו מְעוֹת לִיקָח סְחוּרְתוֹ כֹּו' צ"ע דְּהָא הָא דְּמִבְטָל כִּיסוֹ נְמִי בְּכַה"ג מִיָּרִי דְקָאִי אֲבַרְיָתָא דְהַנּוֹתָן מְעוֹת לִיקָח פִּירוֹת לְמַחְצִית שְׁכָר כֹּו' עֵינִי בְּרִשְׁבִּי"א לִב"ק דָּף ק"ו וְיֵשׁ לִינִישָׁב וְאֵין פֶּאן מְקוֹמוֹ לְהַאֲרִיף וְעֵינִי בְּתַה"ד סִי' ש"ז שְׁפַתְבּ וּל"ד לְהַשׁוֹכֵר הָאֲנִינִי כֹו' דְּהַתָּם הוּא בְּעַצְמוֹ שְׁכָרוֹ וְהַבְּטִיחוֹ עַל שְׁכָרוֹ כֹּל מִשְׁףּ הַזְּמַן וְע"י פֶּה נִתְּבַטְלוּ מְמַלְאָכְתָּם וְעֵינִי בְּקַצָּה"ח סִי' ש"ז שְׁפַתְבּ דְּהַתָּם מִשׁוּם שְׁפַת חֵיב וּכְבָר פְּתַב מְזָה בְּמַחְנָה אֲפָרִים וּמ"מ נִרְאָה שְׁצ"ל הַטַּעַם מִשׁוּם דְּהַבְּטִיחוֹ דַּל"כ לֹא דְמִי לְהַדְקִי' בְּאֲנִינִי דְעֵבִיד מַעֲשֵׂה בְּגוּפִיהָ וְצ"ל פִּינּוֹן שְׁהַבְּטִיחוֹ בְּדַבּוּרָא קַעְבִּיד מַעֲשֵׂה.

וּלְקַצֵּר אֲנִי צְרִיף: וּמ"ש הַדְּרַת כ"ת בְּיָשׁוּב דְּבָרֵי הָרִי"ף וְכַדִּי לִינִישָׁב הָא דְּפָרִיף וּמִי סָבַר עַבְדָּא כְּמַטְלִטְלִי דְמִי הִבִּיא דְּבָרֵי הַרְמ"ה בִּש"מ לִב"ק דָּף קי"ז דְּמוּקִי כְּשִׁנְשָׂא וְנָתַן בִּידָּ לֹא ס"ל כַּר"מ דד"ג.

וְנִפְלְאִי אִיף פְּתַב לִינִישָׁב בְּזָה שִׁיטַת הָרִי"ף שְׁהָרִי הָרִי"ף בְּסַנְהֶדְרִין הִבִּיא סְבָרָא זֹו שְׁפַתְבּ הַרְמ"ה בְּשֵׁם חַד מְרַבְּנוֹתָא וְדַחָה אוֹתָהּ וְכ' דְּהָא אֲקוּמְתָא שְׁפִיר אֲזַלָּא אָף לַר"מ דְּדָאִין דד"ג ע"ש: וּמ"ש הַד"ג מְדַבְּרֵי הָאֲגוּדָה וּמִשׁוּ"ת מִהַרְשַׁד"ם כְּבָר הָרִימוֹתִי יָדִי בְּפִסְק הָאֲרוּף אֲשֶׁר פְּתַבְתִּי שְׁבַרְתִּי שֵׁם כֹּל הַדְּבָרִים כְּשִׁמְלָה חַדְשָׁה וְשֵׁם הָאֲרַכְתִּי ג"כ בְּדַבְּרֵי הַנ"י וְכֵאֵן לֹא בָּאִתִּי אֲלָא בְּשִׁבִיל דְּבָר שְׁנַתְּחַדֵּשׁ בְּדַבְּרֵי מַר שְׁפַתְבּ דְּמַהֲתוּס' דְּגִיטִין מוֹכַח דְּהָא דְּמַרְחִיקִין מִיָּרִי אֲפִי' בְּמַצוּדָה שְׁאִין לֹו תוּף.

וְאִנִּי מִתְּפִלָּא ע"ז שְׁהָרִי הַדְּבָר פְּשוּט שְׁהַתוּס' מִתְּפָרְשִׁין הָא דְּקָאֵמַר שְׁאִנִּי דְּגִים כֹּו' כְּפִירִש"י שְׁעֵדִין לֹא בָּא לְתוּף הַמַּצוּדָה כֹּלָל וְהַדְּג רַץ כְּדָרְכוֹ וְאֲפ"ה פִּינּוֹן שְׁבַטוּחַ שְׁיִלְכַדְנוּ הו"ל כְּמַטוֹ לִידוֹ וְלֹא עֲדִיף זֶה מִמַּצוּדָה שְׁאִין לֹו תוּף שְׁכָבַר נִיצוּד וְעוֹמֵד וְאֲפ"ה קְתַנִּי דְּמַרְחִיקִין: וְאֲמַנָּם אֲפִי' לְפִי פִי' הָעָרוּף מ"מ הַמְּקַשָּׁה שְׁרָצָה לְסִייעַ לַר"ה פְּשִׁיטָא דְּמִפְרָשׁ לָהּ אַע"פ שְׁלֹא בָּא לְתוּף הַמַּצוּדָה כֹּלָל וּמַה לִּי שְׁהַמַּצוּדָה יֵשׁ לָהּ תוּף אוֹ אֵין לָהּ תוּף וְכֵן מְבִנְיָר לְהַדְיָא בְּמַרְדְּכִי בְּשֵׁם ר"י שְׁפַתְבּ וְתִימָא דְּהָא תַנְיָא מַרְחִיקִין מַצוּדוֹת כֹּו' וְכ"ש זֶה שְׁכָבַר בָּא לְתוּף הַמַּצוּדָה ע"ש: אָף גַּלְע"ד בְּלֹא"ה לְפִי מִשְׁמַעוֹת רִש"י בְּגִיטִין נִרְאָה דְּמַצוּדָה שְׁאִין לָהּ תוּף הוּא כְּגוֹן חֲפָה וְכִינְצָא בָּהּ שְׁתִּיכְרָף כְּשִׁבָּא בּוֹלְעוֹ לְתוּף פִּינּוֹן וְשׁוֹב א"א לֹו לְזוּז מִשֵּׁם וְלֹא שְׁיִיף לְפָרֵשׁ בְּזָה כְּפִירוּשׁ הָעָרוּף כֹּלָל אִם לֹא בְּמַצוּדוֹת שְׁיֵשׁ לָהֶם תוּף שְׁהוּא רִשְׁתוֹת שֶׁל חִיטִין אוֹ שֶׁל גָּמִי וְקוּדָם שְׁמַמְשִׁיף הַצִּייד הַחוּט מְלַמְעֵלָה לְהִבִּיא הַרְשֵׁת לִידֵי הַסָּגֵר הֵם יְכוּלִין לְצַאת מִמַּצוּדָה לְמַצוּדָה וְדוּחַק לֹו מַר דְּמִיָּרִי בְּמַצוּדָה שְׁאִינוּ כְּלִי כְּגוֹן הָא דְּמִפְרָשׁ בְּעָרוּף עָרָף לַח מַצוּדָה לַחִי וְקוּקְרִי אֵינָם כְּלִים שְׁעוֹשִׂים חֲפִירָה בְּקַרְקַע כֹּו' ע"ש וְכֵן י"ל שְׁאֵע"פ שְׁאִין כָּאֵן קַנְיָן כְּלִים מ"מ מִשְׁפַּחַת לָהּ שְׁיִצְאוּ מִמַּצוּדָה זֹו טָרָם יִגְעוּ בְּאֲנֹכְל הַנְּתוּן שֵׁם יִתְּנוּ מִחֲמַדִּיהֶם בְּאֲנֹכְל הַנְּתוּן בְּמַצוּדָה אַחֲרַת וְאֵין זֶה בְּמִשְׁמַע בְּדַבְּרֵי הַנ"י וְגַם דְּהָא ע"כ לֹא בְּכָל מַצוּדוֹת מִיָּרִי דְּהָא בְּמַצוּדָה כְּגוֹן חֲפָה וְכַדוּמָה שְׁא"א לְצַאת מְזָה לְזָה לֹא שְׁיִיף פִּירוּשׁ זֶה א"כ י"ל דְּמִיָּרִי בְּמַצוּדוֹת שֶׁל רִשְׁתוֹת וְגַמִּי וְלֹא בְּחִפּוּרֹת קַרְקַע: אֲמַנָּם אִנִּי תַמָּה בְּעִיָּקֵר הַדְּבָר שְׁפַתְבּ הַד"ג וְעוֹד רִאֲיָה מְדַבְּרֵי הַנ"י שְׁפַתְבּ שְׁכָל מִי שְׁקָדָם בְּאִיזָה עֵגוֹן כֹּו' וְלְדַבְּרֵי גַלְמוּד מְכָאֵן דְּבַהָּ רִיחִיָּא נְמִי דִּינָא הוּא דְּמַעֲכַב עַל חֲבָרִי' שְׁאִין לָהּ קָרוֹב לְהַגִּיעַ יוֹתֵר מְזָה שְׁכִינּוֹן שְׁאִין שֵׁם עֵפָה רַק אוֹתָהּ הַרְחִיקִים בְּלִבְד בְּנֹדָא כֹּל מִי שְׁיָבֵא לְטַחוֹן יְטַחוֹן בְּזוֹ וְהָרִי הַש"ס מְחַלֵּק בֵּין דְּגִים לְזָה מִשׁוּם דִּיהִבוּ סִיָּרִי' וְצ"ל דְּשְׁאִנִּי הָא קָרוֹב לְהַגִּיעַ דְּגִים מְקָרוֹב לְהַגִּיעַ דְּרַחֲמִים דְּבְּדְּגִים

תִּיִּשְׁיֵנוּ שְׂפָכָר בָּא לְתוֹף הַמְצוּדָה וְאֵע"פ שֶׁלֹּא זָכָה בּוֹ פִּינּוֹן שֶׁהַדְּבָר קָרוֹב שְׂיִזְכֶּה בּוֹ אֵילּוֹ לֹא בָּא זֶה לְהִיּוֹת פּוֹרֵס מְצוּדָתוֹ שֶׁמִּשְׂא"כ אִם הוּא יְדוּעַ לָנוּ שֶׁלֹּא בָּא עֲדִינּוּן לְשֵׁם כָּלֵל אֵע"פ שֶׁאִם הָיָה בָּא לְשֵׁם הָיָה זֹכֶה בּוֹ וְכֵן בְּהִיּוֹת דְּאוֹקִי רִיחֻיָּא שְׂעִדִּינּוּן לֹא בָּא לְשֵׁם אֵינּוּ יָכוֹל לְעַכֵּב ע"י וְכֵן מִבְּנֵי אֲרָבָה בְּעֵרֻף וְז"ל ור"ג פִּירֵשׁ כִּי מְסִיר לוֹ דְּבָר שְׂפָכָר לְמְצוּדוֹת חֲבִירוֹ כּוֹ אֲבָל גְּבִי רִיחֻיָּא לִיכָא לְמִימַר הֵכִי דְּבָר הַבָּא לְיָדוֹ אִתָּהּ מְסִיר מִמֶּנּוּ שְׂעִדִּינּוּן לֹא בָּא לְיָדוֹ כְּלוּם מְצִי לְאוֹקְמִי בְּמַבּוּי עכ"ל: וּבְאַמַּת כָּל הַחֲרָדָה שֶׁחָרַד עָלֵינוּ הֵדָר גָּאוֹנוֹ לִיְיָשֵׁב דְּבָרֵי הַנ"י שֶׁפִּתְּבַּ לְהוֹכִיחַ דְּכָל שֶׁהוּא קָרוֹב לְהַגִּיעוֹ כּוֹ הֵיִינוּ מְשׁוּם דְּגַם לְפִירוּשׁ הָעֵרֻף עֲדִינּוּן לֹא זָכָה בּוֹ מְשׁוּם שֶׁהַמְצוּדָה אֵין לוֹ תוֹף רַק קָרוֹב לְהַגִּיעוֹ מְקַרִי.

וּבְאַמַּת לֹא הָיָה צָרִיף לְזֶה כָּלֵל דְּאִף בְּכָלִי שְׂיֵשׁ לוֹ תוֹף דְּמִשְׁמַע הֶתֵּם דְּזָכָה בּוֹ הֵיִינוּ כְּשֶׁהוּא נִיצוּד וְעוֹמֵד בְּכָלִי זֶה מְשִׂא"כ כָּל זְמַן שְׂעִדִּינּוּן לֹא נִיצוּד בְּתוֹכוֹ וְיִוֹכַל לְצִאת מִשֵּׁם אֶל אֲשֶׁר יִהְיֶה הָרוּחַ לְלֶכֶת פְּשִׁיטָא דְּלֹא עֲדִיפָא מְצוּדָה זֹו מְחַצְרֵוֹ וְאָמַר זָכָתָה לִי חֲצִירֵי שְׂפָכָל שֶׁהוּא רַץ אֲחֵרִיָּהּ וְאֵינוֹ מַגִּיעֵן לֹא קָנָה וְכִינּוֹן דְּכָאן הַחֲשֵׁשׁ שְׂיִצְאוּ מִשֵּׁם לְמְצוּדָה אֲחֵרַת פְּשִׁיטָא שְׂעִדִּינּוּן אֵינֶם קִנְיָנוּ שֶׁל זֶה כָּלֵל אֲלֵא דַּמ"מ פִּינּוֹן שְׂפָכָר נִכְנָס בְּמְצוּדָתוֹ עֲדִיף טְפִי לְעֵנֵן שְׂיַעֲכַב עַל חֲבִירוֹ מְשִׂא"כ בְּהִיּוֹת דְּאוֹקִי רִיחֻיָּא שֶׁלֹּא הִגִּיעַ לְיָד אֲחָד מֵהֶם שׁוּם דְּבָר: וְעכ"פ דְּבָר בְּרוּר הוּא דְּהֵנִי פּוֹסְקִים דַּס"ל לְדִין דִּין מְעֵרוּפְיָ וְיִלְפִי לָהּ דְּמַרְחִיקִין מְשׁוּם דִּיְהִבִי סִיְאָרָא הֵיִינוּ מְשׁוּם דְּמְפֹרְשִׁים כְּפִירֵשׁ"י פִּינּוֹן שְׂבִטוּחַ שְׂיִלְכַדְנוּ כְּמֵאן דְּמִטּוֹ לִידֵי דְּמִי אֲבָל לְפִי פִי הָעֵרֻף בְּשֵׁם ר"ג אֵין לְלַמּוּד מִשֵּׁם כ"א הִיכָא שְׂיֵשׁ לְחוּשׁ שֶׁהִגִּיעַ לְתוֹף מְצוּדָתוֹ מִמֶּשׁ וְהוּא פּוֹרֵס מְצוּדָה אֲצֵלוֹ דְּשִׁיף לּוֹמַר שֶׁהוּא מְסִיר מִמֶּנּוּ דְּבָר אֲבָל בְּגוֹנוֹ אֲחֵרִיָּא שְׂעִדִּינּוּן לֹא הִגִּיעַ לְיָדוֹ אִף אִם בְּטוּחַ שְׂיִבָּא לְיָדוֹ כְּגוֹן מְעֵרוּפִיָּה גְּמִי אֵינוֹ יָכוֹל לְעַכֵּב וְא"כ דְּבָרֵי הַנ"י תְּמוּהִין שֶׁפִּתְּחַ לּוֹמַר וּמִיָּהּ דְּנֻקָא כַּה"ג שֶׁלֹּא הִגִּיעַ לְיָדָא מֵהֶם דְּבָר כּוֹ וְהֵנִי כְּאֵלוֹ נָטַל מֵה שְׂבִיָּדוֹ בְּרֵאשׁ וְסוּף דְּבָרֵי הֶם ע"פ פִּי הָעֵרֻף בְּשֵׁם ר"ג וְאִמְצָעוֹת דְּבָרֵי שֶׁפִּתְּבַ שְׂפָכָל מִי שֶׁקָּדַם בְּאִיזָה עֵנֵן וְקָרוֹב הַדְּבָר לְהַגִּיעַ אֵין חֲבִירוֹ רִשְׁאֵי לִיטוּל כּוֹ וְכַדְמִנְיָ מְרַחֲקִין כּוֹ לְפִי שְׂפָכָר נִתֵּן עֵינָיו כּוֹ מִשְׁמַע אֵע"פ שְׂעִדִּינּוּן לֹא הִגִּיעַ לְיָדוֹ רַק שֶׁקָּרוֹב לְהַגִּיעַ דְּבָר זֶה בְּעֲצָמוֹ וְנִתֵּן בּוֹ עֵינָיו וְטָרַח בּוֹ שְׂיִגִיעַ לְיָדוֹ וְזֶה ע"ד פִּירֵשׁ"י וְר"ל כְּגוֹן מְעֵרוּפִיָּה וְכַדוּמָה מְשִׂא"כ לְפִירוּשׁ ר"ג אֵע"פ דְּלֹא בְּעֵינֵן שְׂיִזְכֶּה בּוֹ מ"מ בָּא לְיָדוֹ בְּעֵינֵן אֲבָל כָּל שְׂעִדִּינּוּן לֹא בָּא לְיָדוֹ אֵע"פ שֶׁאִם יָבֵא קָרוֹב לְהַגִּיעוֹ וְלִזְכוּת בּוֹ מ"מ רִשְׁאֵי חֲבִירוֹ לְהַקְדִּים וְלִזְכוּת בּוֹ וְאִם נֹאמַר דַּמ"ש הַנ"י וְקָרוֹב הַדְּבָר לְהַגִּיעוֹ ר"ל שֶׁקָּרוֹב שְׂיִזְכֶּה בּוֹ אֲבָל מ"מ מִיְיָרִי בְּהַגִּיעַ לְיָדוֹ כְּבָר א"כ יֵשׁ לְדִיִּיק מִיְיָהּ דְּכָל שֶׁלֹּא הִגִּיעַ לְיָדוֹ כָּלֵל רִשְׁאֵי זֶה לְהַקְדִּים וְלִיטְלוֹ פִּינּוֹן שֶׁהוּא דְּבָר שֶׁל הַפְּקָר וְא"כ פְּשִׁיטָא דְּבַחֲנִיּוֹת כַּה"ג דַּנ"ד שֶׁלֹּא הִגִּיעַ עכ"פ לְיָדוֹ רִשְׁאֵי לְהַקְדִּים: אִף בְּלֹא"ה לְשׁוֹן הַנ"י צ"ע בְּמֵה שְׂמֵרְפִיב הַפְּרוּשִׁים אֲהַדְדִי וְנִרְאָה שֶׁחִסְרַת לְשׁוֹן יֵשׁ כְּאֵן וְאִיף שְׂיִהְיֶה כְּפִינּוֹת הַנ"י דְּבָר בְּרוּר דְּלִפְיָ הָעֵרֻף אֵין יָכוֹל לְעַכֵּב אִם לֹא הִיכָא שְׂיֵשׁ לְחוּשׁ שְׂפָכָר הִגִּיעַ לְרִשׁוֹת חֲבִירוֹ עכ"פ אִף שֶׁלֹּא זָכָה בּוֹ עֲדִינּוּן אֲבָל אִם לֹא בָּא עֲדִינּוּן לְרִשׁוֹתוֹ אֵינוֹ יָכוֹל לְעַכֵּב וְלִפִּירֵשׁ"י ג"כ בְּעֵינֵן שְׂפָכָר נִתֵּן בּוֹ עֵינָיו וְהַפִּיר חוּרוֹ וְנִתֵּן מְזוֹנוֹת דְּרָף מְרוּצָתוֹ שְׂאֵז בְּטוּחַ שְׂיִלְכַדְנוּ וְחֲשָׁבִינוּ לִיה כְּמִטָּא לִידְיָה וְזֶה נּוֹטֵל מִמֶּנּוּ מְשִׂא"כ בְּרִיחֻיָּים אֵע"פ שֶׁאִם בָּא אֲחֵר לְטוּחֵנוּ בְּנֻדָּא הִי בָּא אֵלָיו וּמִבְּטָח הוּא בְּזָה מ"מ פִּינּוֹן דְּכָל כְּמֵה שֶׁלֹּא בָּא לֹא שְׂיִיף לּוֹמַר שְׂנַתֵּן עֵינָיו בּוֹ אֲלֵא דְּמִיָּדִי דְּמִמִּילָא פִּינּוֹן שְׂאֵין שֵׁם אֲחֵר וּמ"מ הַשְּׂתָא מִיָּהּ

הא לא מטו לידניה ומצי א"ל מי שבא אצלי כו' כמבואר ברש"י שם שזה החילוק בין מצודת הדג לריסנים ולכה יש מדמין מערופיה למצודת הדג דה"ל כמטו לידניה משא"כ כל שאינו מערופי' שלו אלא שאם היה בא הנה בא אצלו לפי שלא בא אחר בגבולו משום הא לא איכפת לן ואמרינן דמי שבא אצלה כו' והדבר מבואר למענין דרש"י מחלק בין היכא שאותו דבר שהוא רוצה לזפות בו ונדעתו עליו הוא בעין לפנינו ונותן בו עיניו דבכה"ג תשבינן ליה כמטו לידניה וה"ה בעפ"ה" מערופיה שלו שהוא רגיל עמו במשא ומתן והרינוח שלו בא על ידו והוא מחזיר עליו תמיד וטורח בו וה"ל כמטו לידניה הרינוח שזה מרויח על ידו משא"כ בריסנים פינו שאין הדבר שהרינוח בא ע"י לפנינו אע"פ לכשיבא עדיו בא מ"מ מצי חברה למוקמי גביה וא"כ פשוט דבחגיגות אין יכול לעכב עליו.

שאין לדין העפ"ה הלוקחין כמערופיה דבעלי חיות היושבים ראשונה דא"כ לעולם היו יכולין בעלי החיות לעכב שלא יעשה אדם חנות בצד חנותו ואנן לא קי"ל כר"ה בהא ואין מקום ספק בזה מצד מה שרוצה לזפות ברינוח שקדם חבירו וקרוב להגיע לפי שאין זה דומה למערופיא ואף אם היינו נותנים עליו דין מערופיא הרי יש מתירין כמערופיא גמור ואין לנו לדון רק מצד מה שאלו מתלוננים ע"ז העושה חדשות דקבע ליה דוקתא בראש השוק ועדיף מחברייה דחזו ליה מקמא וכבר בררתי הדברים על אופניהם בפסק הארוך אשר כתבתי בס"ד: כל זה ראיתי לישא וליתן בדברי הדרת גאווה ולטייל קצרות וארוכות והרבה דברים אשר בקולמוס נשתפירו וידי משוכות כי כל ישעי ותפצי להיות שעשועו פי מתקי לי רגבי אמרו אומר יביע ואחנה כי יהיה אמרי לרצון כל עומת שבא כן ילך המון מעים להרגיע.

דברי אהב דבוק מאח וריע: הק' אפרי' זלמן מרגליות מבראד הלכות שותפים שאלה כט שאלה ראובן ושמעון נשתתפו במו"מ לווארשי ודרה הסוחרים שאין מוליקין מטבע שפודי' שם דהיינו מעות פרייסיש לביתם רק מחליפין שם על אדומים או על באנקי ונרפם לתת פסג הפדיום מה שיעלה ראשון ליד החלפן וכשהם צריכים לבאנקי לוקחין ממנו כפי השער שבשוק וראובן היה צריך למעות לצורך עצמו ולקח באנקי מהחלפן כפי השער במעמד חבירו ובצונו ליתן לו אף התנה שפיצטרף הוא יקח ג"כ ואח"כ לא לקח כלל עד הגיע תור נסיעתה ואז כבר עלה השער ממעות פרייסיס נגד באנקי ובעת שקיבל ראובן לא נשאר אצל החלפן מ"פ בעין כ"א מעט מזער ועתה נתעצמו לדון כי שמעון טוען מה שהותירו מעות פרייסיס בעליית השער הותירו לו וראובן טוען שהותירו לאמצע והאריכו בטענותיהם וקצת מהם מבואר מתוך התשובה ונשאלתי לחוות דעי בזה: תשובה מתחלה נדון בשנים שהטילו לכיס אחד מנה ואחד מאתים בכה"ג ואח"כ נתקע עצמינו לדבר הלכה בנ"ד הנה בשנים שהטילו לכיס אחד מנה ואחד מאתים וכשבאים לידי חלוקה עלה המטבע או ירד הלכה רונחת בישראל שכ"א מה שהניח הוא נוטל וכן מעשים בכל יום ואין פוצה פה ומצפצף ואין משגיחין בעליית המטבע וירידתה כלל ונראה דטעמא דמלתא לפי שהסוף מאה וזו שהניח זה יותר הוי פהלנה לתוך השותפות ודין המלנה לגבות מטבע שהלנהו אם לא נשתנה למטבע אחרת כמבואר בדברי הפוסקים עיין ביו"ד סי' קס"ב ובסמ"ע ס"ס ע"ד ובשו"ת מהרי"ט ח"א סי' יו"ד: אלא שצ"ע מלשון הרמב"ם והש"ע סי' קע"ו דמחלק בין נשא ונתנו במעות או לא וקשה

דבכה"ג שפחתו או הותירו מחמת המטבע אפי' בנשאו ונתנו נמי דלא עדיף מהלואה והו"ל למימר סתמא אם פחתו או הותירו מחמת המטבע לבד חולקין לפי המעות וגם על דברי הטור בשם הרמ"ה צ"ע דיהיב טעמא הואיל והגני זוני אחרניא גינהו ורונקא ופחתא דידהו מכח שנותפות קאתי דזה אינו מוכן דמה בכך דהגני זוני אחרניא גינהו דהא מ"מ צריף לסלק למי שנתן היתרון פפי המטבע שהטיל לפיס וכאלו לוו מאחרים ולמה יגרע פח השיתוף שהלנה לשנותפות מאם לנה מאחר וע"ש בסמ"ע נתן טעם בלא נשאו ונתנו משום שאף אם הנה נשאר המטבע בביתו הנה מגיע לו הריוח או ההפסד והוא מדברי הרמ"ה שבטור ולכאורה בלא"ה למה לא יסלק לו במטבע שנתן כמלנה דעלמא שאינו מתחייב בעולה ויורד: אף בלא"ה קשה לפי המבואר שם דבשור אם טבחוהו מתחלק לפי המעות וה"ה פירש העומדים ליחלק וע"ש דאף בלחרישה וטבחוהו פן כמ"ש בסמ"ע וכן הוא ברי"ף ועיין בב"י וא"כ מה בכך שנשאו ונתנו והגיע לידם מטבע ופיחת או הותיר מחמת עליות וירידת מטבע הרי טרם שעלה המטבע או ירד הי' עומד ליחלק וכשור וטבחוהו דמי דכיון שעומד ליחלק חולקין לפי המעות אף דאיסקר או זל ומכ"ש מעות דזוני פמאן דפליגי דמי וגם אחרי שיירד או עלה יש להם לחלוק לפי המעות כמקדמ: אלא שבאמת מ"ש הסמ"ע דהרמב"ם פליג על הרא"ש בפירוש העומדים ליחלק לענ"ד צ"ע דמריש דברי הרמב"ם שכתב שהטילו ונתעסקו בממון משמע דבכל עסק מייירי וכ"כ הר"ן בשיטת הרמב"ם ע"ש וכך מבואר לענ"ד בפ"י המשנה להרמב"ם להקדיא וגם דברי הרא"ש בזה מוקשים עיין בדרישה בבבאור דבריו ובאמת מה שנראה מדבריהם בשיטת הרי"ף לדידי חזי לי שדברי הרי"ף מתפרשים באופן אחר ממה שפירשו בו הם ז"ל אחר שנדקדק בלשונו מ"ש לחלוק באבריו לכאורה הוא שפת יתר.

גם מ"ש הואיל ואלו טבחוהו וחלקו באבריו דהא פיון שטבחוהו עומד ליחלק מה לי חלקו או לא: ולכן נלענ"ד דעיקר ענין עומד לטביחה היינו שלא ע"מ למכרו בשנותפות להרויח רק לחלק באבריו וכ"א יקח חלק לביתו לעשות בו בפני עצמו פרוצונו וזה ביטול השנותפות לגמרי ורבה ס"ל דמחשבה לטביחה לחלק באבריו ושללא להמציא להם שכן כשהם אחוזים זה בזה בשנותפות מוציא מידי מחשבה ראשונה ורואין אותו כאילו כבר חלקו והלכך אפילו מכרוהו חי חולקין לפי המעות דאז שהנה בדעתם שלא למכרו בשנותפות כ"א לחלקו לאברים פשיטא שכ"א הנה נוטל בו לפי מעותיו ולכן גם עתה שאירע להם שמכרו חד חולקים ע"ד זה ור"ה אמר פיון דמתחלה קנו לחרישה והיינו להשתפר בשנותפות ודינא היא שיהנה לאמצע לא איכפת לן במחשבה שחשבו לטביחה פיון שלא נתקיימה מחשבתם ולא חלקו עדיין השנותפות קיימת והיינו ע"ד שקנו בראשונה למכרו יחד והשכר לאמצע.

ומצאתי פדברי בש"ג בשם ריא"ז ע"י שם (ושם יש ט"ס מן אבל אם שמו כו' עד לפי מעותיו כמבואר למענין): שוב ראיתי בפ"י שכ' כעין מ"ש אף מ"ש בשיטת הרי"ף לחרישה או לטביחה שלא ע"ד מו"מ למכור כו' ז"א דלחרישה הנה פמו"מ להשתפר ואין להאריך פי הדברים ברורים כמ"ש והאיר ה' את עיני ומצאתי בשו"ת מנחם עזרי' סי' קכ"ח העתקה ותשובת הרי"ף מלשון ערבי ללה"ק ביאור הלכה זו באורך והרי"ף בהלכות שם רמז לתשובה זו וכן בספר תמים דעים להראב"ד העתיק ג"כ תשובה זו מלשון ערבי קצת בסגנון אחר והמכונן אחד ושם מצאתי ת"ל פדברי.

ושמחתי שדרכתי בעזרת הש"י בדרך אמת ולולי יראת האריכות הייתי מעתיק הדברים
פי הם ערבים לאונן שומעת ועי' בב"י שמסתפק בפי' הרי"ף וכתב שמדברי הרמב"ם
והר"ן מבואר דה"ה לטביחה ועי' בלח"מ דמדייק לשון הרי"ף וכתב שגם דברי תלמידו
רבינו הרמב"ם יוכיחו כו' והנה רואה בתשובת הרי"ף הנ"ל מבואר דוקא שור לחרישה
לפי שלקחיהו תחלה להשתפר בו והשכר לאמצע מדלא התנו בדבור בעלמא שיהיה
לטביחה לא נתבטל השותפות שהספימו בראשונה: ומעתה דברי הרמב"ם מבוארים דאם
נשתתפו סתם אף סחורה שאפשר ליחלק השכר לאמצע ואח"כ כתב אפי' לטביחה ר"ל
ע"ד ליחלק באבריו דאז אם היו שוחטים ומחלקים אותו שלא ע"ד להשתפר ודאי שיהיה
כ"א נוטל כפי חלקו במעות שנתן מ"מ עכשיו שמכרוהו חי מעסק שמכרוהו בשותפות
מתחיל תורת שותפות עליו שיהיה השכר לאמצע וס"ל לפרש כפירוש קמא דהרא"ש
דה"ה לטביחה: אף מדברי הרי"א ז"ל מבואר דדוקא עומד לחרישה דמעיקרא ע"ד שיהיה
השכר לאמצע נחתי לה ובאמת שמדברי הרי"ף בתשובה מבואר להדיא דברי הרי"א ז"ל
ולולי דמסתפינא הוה אמינא שט"ס נפל בדברי הרמב"ם וצ"ל אפילו לקח שור לחרישה
ונמלכו עליו לטביחה כו' כדי להסכים דבריו לדברי רבו הרי"ף ו"ל וגם המעיין בתשובת
הרי"ף יראה שדברי הרמב"ם הם אמורים ע"ד לשון הרי"ף ו"ל וגם שאין דרך הרמב"ם
להניח דבר המפורש דהיינו שור לטביחה ומיקל מה שהוא מסבא או איזה הוכחה דהיינו
לטביחה ועכ"פ ה"ל למינקט לחרישה ולמימר ואפילו לטביחה ולפי אומר לי שהוא
חסרון מבפנים משגגת המעתיק או טעות הדפוס ולפי מ"ש מבואר דבטבחהו על מנת
למפור הבשר בשותפות להשתפר וכן פירות העומדים ליחלק גם הרי"ף והרמב"ם מודו
דהשכר לאמצע והטעם כמ"ש הרא"ש ומבואר בתשובת הרי"ף שם דה"ל לאתנויי ולא
נקט מכרוהו חי לאפוקי טבחהו לחלק באבריו שלא להשתפר ולפי שאין מצוי שישחטו
וימכרו בשותפות להשכר כ"א באבריו לכוף נקט מכרוהו חי ואפשר שהלבוש מפרש
כמ"ש ולכוף כתב הטעם מדלא אתני ונסתלק מעליו השגת הסמ"ע עי' שם: ולפי"ז א"ש
מה שהקשית על הרמב"ם דהא אף בנשאו ונתנו במטבע הוי פעומד לחלק ולכמ"ש לק"מ
דגם פעומד לחלק הדין לאמצע כל דמעיקרא נחתי אדעתא למפור בשותפות להשתפר
אף על המחבר דס"ל בב"י פעומד ליחלק חולקים לפי מעות אליבא דהרי"ף והרמב"ם
אף דנחתי ע"ד להשתפר צ"ע: אמנם גם על הרי"ף והרמב"ם אכתי תיקשי כמו שהקשיתי
לעיל דנהי דס"ל פעומד לחלק הדין לאמצע מ"מ אם השכר והפחת בשנינוי המטבע
שקיבל ובעד הסחורה מ"ט נימא דהוא לאמצע שהרי צריך לסלק לזה הסף שהניח יותר
באותו מטבע שהניח כדין הלואה ולא שייך בזה מדלא התנו שיהיה לפי המעות דדוקא
אם הותר או פייחת במנין מגוף הקרן שייך למימר הכי אבל לא בגוף המעות שנתן זה
יותר מזה דהו מטבע שקיל ונהי אם היה חולקין בגוף הסחורה שקנו או שור שטבחהו
וחלקו באבריו אם היה מחלקין בשנה ביניהם הי' מחויב זה ליתן לחבירו נו"ן זוז באותה
מטבע שנתן בשעה שנשתתפו ולא איכפת לן בעולה ויורד כלל וא"כ אף שמכרו הסחורה
בשותפות בעד מעות צריך לסלק לזה מקנפת השותפות סף מאה זוז באותה מטבע שהניח
וגם כפי הטעם שכתבו דאם לא נשאו נתנו אמרינן דהוא לפי המעות לפי שאף אם היה
נשאר ביד כ"א הי' מגיע לו זה הרינוח או ההפסד גם בנשאו ונתנו שייך לומר כן כיון
שמכרו הסחורה וקיבלו המעות והיו עומדים לחלק ביניהם לפי ערך זוזי כמאן דפליגי

דמי נאף אם הי' לוקח פל אָחָד המַעוֹת לְבֵיתוֹ הִיָּה מַגִּיעַ לוֹ זֶה הֶרְיֹנֵחַ אוֹ הֶהֱפֹסֵד וּבִלְשׁוֹן הַרִי"ף בְּתוֹשׁוּבָה שְׁהֶעֱתִיק בְּתה"ד וְהִסמ"ע ז"ל אֵין הַכְרַע לְפָרֵשׁ דְּיֵשׁ חִילּוּק בֵּין נָשְׂאוֹ וְנִתְּנוֹ אֲלֵא עֵיקַר הַחִילּוּק אִם הַפְּחָת וְהַשְּׁכָר הוּא בְּסִכּוּם הַקָּרוֹ וּבְמַגְנִינָם וּבֵין אִם גּוּף הַקָּרוֹ קִיָּים וְנוֹלַד בּוֹ תוֹסְפוֹת וְחֶסְרוֹן מִצַּד שִׁינוּי הַמְטָבֵעַ וְלֹא מִחֻמַּת הַשְּׁנוּתָפוֹת וְהַסְּחוּרָה דָּאזְ נוֹטֵל לְפִי מַעוֹתָיו עִי' שָׁם וְכֵן יֵשׁ לְפָרֵשׁ בְּלִשׁוֹן הַרְמַב"ם בְּפִירוּשׁ הַמְשָׁנָה אֲבָל מִדְּבַרֵי הַרְמַב"ם בְּחִבּוּרוֹ מְבוֹנָר לְהִדְיָא דְדוֹקָא אִם אוֹתָן הַמַּעוֹת עֲצָמָם שְׁהַנִּיחוּ קִיָּימִים וְלֹא נָשְׂאוֹ וְנִתְּנוֹ בְּהֵם כָּלֵל וְכֹף הֵם דְּבַרֵי הַרמ"ה שֶׁהֵבִיא הַטּוֹר וּבְאַמַּת מ"ש הַרמ"ה דְּהַגִּי זוּזֵי אַחֲרֵינֵי נִינְהוּ וְרוֹנוּחָא וּפְחָתָא דִּידְהוּ מִחֻמַּת שְׁנוּתָפִים קֶאֱתִי צ"ע דְּכִינּוּן שְׂאֵחַר שְׁהַגִּיעַ הַמַּעוֹת לִידָם מִמְכִּירַת הַסְּחוּרָה הוּא דְזָל מֵאֵי גְרָמָא דְשְׁנוּתָפוֹת יֵשׁ פָּאן וְכמ"ש שְׁהַרֵי עוֹמְדִים לִיחְלָק וְכִמָּאן דְּפִלְגִי דְּמֵי וּמֵאֵי אִיכְפַת לָן דְּהַגִּי זוּזֵי אַחֲרֵינֵי וְגַם דְּהָא מ"מ צָרִיף לְסַלֵּק הַסֵּף שְׁהַנִּיחַ יוֹתֵר בְּאוֹתָהּ מְטָבֵעַ שְׁבִינְדָם בֵּין אֵי אֵינִיקָר אוֹ זָל דְּכַהֲלֹנְאָה דְּמֵי וְכמ"ש וּמִמִּילָא דְּהַחֲשָׁבוֹן לְפִי הַמַּעוֹת וְצ"ל בְּדַעַת הַרמ"ה דְּשְׁנוּתָפוֹת לֹא דְּמֵי לְהַלְלוּנְאָה דְּכַהֲלֹנְאָה מְעִיקָרָא אֲדַעַתָּא דְּהִכִּי נִחִית דְּלִפְרַע לִי' הֵךְ מְטָבֵעַ דִּינְהִיב שְׁהַרֵי אֵין לוֹ עֲמוֹ חִלָּק בְּמִשְׂאוֹ וּמִתְּנוּ כָּלֵל אֲבָל בְּשִׁנוּתָן מַעוֹת בְּתוֹרַת שְׁנוּתָפוֹת עַל דַּעַת לְקִנּוּת עֲבוּרָם פִּירוֹת וְסְחוּרָה זֶה מְקַבֵּל אוֹתָם לְשְׁנוּתָפוֹת כְּפִי שִׁיוּי הַמְטָבֵעַ בַּעַת הַהִיא נֶגֶד הַפִּירוֹת וְהַסְּחוּרָה שְׁהֵם קוֹנִיִּים עֲבוּרָם וְנוֹקְרָא וְזוֹלַת דִּידְהוּ כְּמוֹ הַשְּׁכָר וְהַפְּחָת בְּסְחוּרָה וּלְכֹף הוּא לְאַמְצַע וְדוֹקָא אִם לֹא קִנּוּ עֲדִינּוּן פִּירוֹת כָּלֵל שְׁעַד הַמַּעוֹת שְׁהַנִּיחוּ דָּאזְ אֵין לְדוֹן אוֹתָם עֲדִינּוּן כְּפִי שִׁיוּי הַפִּירוֹת מִשְׂא"כ בְּזָה: וּמ"מ עֲדִינּוּן צ"ע מ"ש דְּרוֹנוּחָא וּפְחָתָה דִּידְהוּ מִחֻמַּת שְׁנוּתָפוֹת קֶאֱתִי וְלָכוֹן נִלְעַנ"ד דְּמ"ש הַרמ"ה וְנִבְנִינְהוּ בְּזוּזֵי סְדָמִי וְהוּזֵל כּו' אֵין הַפְּנוּנָה לוֹמֵר שְׂאֵחַר הַמְכִּירָה הוּזֵל דְּבָזָה לֹא גָרַם הַשְּׁנוּתָפוֹת וְלֹא מִיַּדֵּי רַק ר"ל דְּבַהֲהִיא שְׁעַתָּא דְּנִבְנִינְהוּ לְפִירוֹת כְּבָר הוּזֵל הַמְטָבֵעַ.

עֲד"מ שְׁלִקְחוּ בְּשְׁנוּתָפוֹת בְּעַד הַשְּׁלִשָּׁה מֵאוֹת זוּזֵי פִירוֹת וְשׁוּב הוּזְלוּ הַזּוּזִיִּים וְנָאף עֲפ"כ כְּשֶׁמְכָרוּ הַפִּירוֹת לֹא לְקַחוּ בְּעַדָּם רַק כְּפִי הַסֵּף שְׁנִתְּנוּ בְּזָה הֶהֱפֹסֵד הוּא בְּשָׁנָה לְפִי שְׁהֶפֶסֶד זֶה הוּא מִחֻמַּת פִּירוֹת שֶׁל שְׁנוּתָפוֹת שְׁהוּזְלוּ שְׂאֵל"כ הִיָּה לָהֶם לִיקָח בְּעַד הַפִּירוֹת יוֹתֵר לְפִי עֵרָף שְׁהוּזְלָה הַמְטָבֵעַ וְע"כ דְּהַפִּירוֹת הוּזְלוּ מִמָּה שְׁהִיוּ נִמְצָא שְׁהֶפֶסֶד זֶה הוּא מִחֻמַּת הַשְּׁנוּתָפוֹת וְכֵן לְהִכְפֹּף אֵי אֵינִיקָר טְבֵעָא וְאַפ"ה מְכָרוּ הַפִּירוֹת כְּפִי הַסֵּף שְׁנִתְּנוּ בְּעַדָּם אָף עַל פִּי שְׁהַרִּינּוּחַ הוּא בְּמְטָבֵעַ שְׁשָׁנָה עֲכָשָׁיו יוֹתֵר מ"מ הַעֵיקָר מָה שְׁהַרִּינּוּחַ הוּא מִחֻמַּת שְׁעָלָה שְׁעַר הַפִּירוֹת דְּאַל"כ לֹא הָיוּ לוֹקְחִין עִתָּה בְּעַד הַפִּירוֹת כְּסָף הַהוּא בְּמְטָבֵעַ הַהוּא וְשִׁפִּיר כְּתִב דְּפְחָתָא וְרוֹנוּחָא מִחֻמַּת שְׁנוּתָפָא קֶאֱתִי וּלְפִי"ז י"ל דְּגַם הַרְמַב"ם דְּנִקְטַת לֹא נָשְׂאוֹ וְנִתְּנוֹ לְאַפּוּקֵי אִם הוּקָר וְאִם הוּזֵל קוֹנְדָם שְׁמָכְרוּ הַפִּירוֹת דָּאזְ הַדְּבָרִים מוֹכִיחִין דְּרוֹנוּחָא וּפְחָתָא מִחֻמַּת שְׁנוּתָפוֹת הוּא אֲבָל אִם הוּזֵל אַחַר שְׁהַגִּיעַ דְּמֵי הַמְכִּירָה לִידָם מְזָה לֹא מִיָּרִי וְכִאִילוֹ לֹא נָשְׂאוֹ וְנִתְּנוּ דְּמֵי דְּמָה לִי אוֹתָן הַמַּעוֹת עֲצָמָן אוֹ שְׁנַחֲלָפוּ בְּמַעוֹת אַחֲרֵים כִּינּוּן שְׁלֵא עָלָה בְּהֵם פְּחָת אוֹ רִינּוּחַ קוֹנְדָם הַמְכִּירָה זוּזֵי כְּזוּזֵי נִינְהוּ אָף בְּלִשׁוֹן הַרמ"ה דְּחוּק מ"ש דְּהַגִּי זוּזֵי אַחֲרֵינֵי נִינְהוּ וְיֵשׁ לִינִישָׁב וּלְקַצֵּר אֲנִי צָרִיף: סוּף דְּבָר הַכָּל נִשְׁמַע בְּשָׁנִים שְׁהַטִּילוּ לְפִיס וְנָשְׂאוֹ וְנִתְּנוּ וְהוּזְלָה הַמְטָבֵעַ אַחַר שְׁמָכְרוּ הַסְּחוּרָה אֵין הַכְרַע כ"כ מִדְּבַרֵי הַרְמַב"ם וְהַרמ"ה לוֹמֵר דְּבַכָּה"ג חוֹלְקִין לְאַמְצַע וְדַעַת רַש"י וְהַתוֹס' וְהַרִיטְב"א מְבוֹנָר דְּחוֹלְקִין לְפִי הַמַּעוֹת (וְמָה שֵׁינֵשׁ לְדַקְדָּק לְדַעַת רַש"י וְתוֹס' דְּמִשְׁמַע מִדְּבַרֵיהֶם דְּדוֹקָא עַל הַרִינּוּחַ מוֹעֵט אֵין מְקַפִּידִין יֵשׁ לִי לִינִישָׁב עַל נְכוֹן וְלֹא רְצִיתִי לְהַאֲרִיף פָּה) וְכֵן

מבואר מדברי הש"ג בשם ריא"ז דאף אם הוּזל או הוּקַר המטבע אחר שנשאו ונתנו ג"כ השכר לפי המעות.

ומצאתי בשו"ת מהרש"ך ח"ב סי' פ"ז בשותפות שהניחו א' שלשים אלפים לב"נ וא' עשרים אלף כו' תשובה יראה דבאנו למחלוקת רש"י והרמ"ה כו' אמנם ראוי לדון בזה ע"פ הנהוג אִתְּנוּ בְּעֵנֵן החובות כי כן השותפות האלה כ"א מהם לגבי חבירו כבע"ח כו' ע"י שם וע"י שם עוד שפתיב דמלשון הטור שפתיב אחר סיום דברי הרמ"ה ואם התנו הפל לפי התנאי יראה מדבריו דאפילו להפסד דשייך ביוקרא וזולא לענין המעות וכ"כ בשו"ת מהר"ם גלאנטי סי' צ' וע"י שם שפתיב שראובן לא יתן חלק העודף כ"א כל גרוש לערף ששמו אותם בשותפות שהם מאה ועשר שפך פוננו באותה שעה שכל הרינח אחר שיטלו כ"א מהם מה ששם בשותפות כ"כ לבנים ששנים בסוף פך גרוש ואח"כ יחלקו הרינח והו"ל פפתוב בפירוש בשטר פך גרוש כו' ומסבא מוכח זה הגע עצמה שאותם המעות היו מונחים בארגז כו' פך עתה שנשאו ונתנו כו' ע"י שם וע"י בכנה"ג סי' ע"ד שרמז בקצרה לדברי הרש"ך ומהר"ם גלאנטי ונפלאתי על מהר"ם גלאנטי שלא הביא דברי הרמ"ה שבטור (וצ"ל דטעמא דידיה דאזלינן בתר הגרוש אע"ג ששותפותם היה לערף הלבני משום שלעולם חשבון הלבני אינם עיקר רק חשבון הגרוש כי כן דרף הסותרים וכן צ"ל בתוס' בבא מציעא ריש פרק הנהב ד"ה נ"מ למשא ומתן שפתיבו שאם קנה חפץ בכ"ד איסורין כו' ע"י שם וטעמא משום דעיקר דמטבע הוא הדינר וכשאמר ד"ד איסורין הפוננה הוא שימתן לו דינר שחשבוננו ד"ד איסורין פמנהג התגרים וע"י שם בדברי מהר"ם גלאנטי דמ"ש הרמב"ם דאם התנו הולכין אחר התנאי היינו אפילו השכר והפחת במטבע וכ"כ בתשו' הרש"ך דהטור שפתיב אחר סיום דברי הרמ"ה ואם התנו הפל לפי התנאי יראה מדבריו דאפילו להפסד דשייך ביוקרא וזולא לענין המעות ע"י שם ולפי"ז בנ"ד אם א' הטיל מנה וא' מאתים וכתוב בשטר שכ"א יטול תחלה מה שהניח ואח"כ יחלקו ביניהם דלא איכפת לן בעלמית וירידת מטבע הוא אלא כ"א מה שהניח הוא נוטל פינן שפך התנו ביניהם: וכל זה לרונחא דמילתא בררנו הדין באם עלה או ירד אותה המטבע שעליה סובב הולך קוטב השותפות אבל אם המטבע שהניחו אין בה שינוי ואין דגין על זה כלל רק המטבע שלקחו בעד סחורה של שותפות היא שעלתה או ירדה פשיטא דלכ"ע אף בלא תנאי אין עליה וירידה מעלה ומוריד כלל דפשיטא דכשהם רוצים לחלק צריכים לשום המטבע שפדו בעד הסחורה ולעשות מהם דמים כמטבע שהניחו וכ"א נוטל בראש הקרן שהניח פי המטבע שפדו במדינה האחרת הו"ל פסחורה או פרי לגבי טבעא דידהו וה"ל פהחליפו סחורתם בסחורה אחרת שהם מחוייבים למכור אותה סחורה לעשות דמים ויטול בהם כ"א כפי המטבע והשאר יחלקו ודבר זה א"צ לפנים: ואחר הודיע כל זאת נבוא לבאר דינא דנ"ד שכ"א הטיל לכיס מאתים ואח"כ חזר ולקח א' מהם לצורך עצמו בהסכמת חבירו מה דינו: והלום ראיתי כי כבוד שארי בד"ז הרב הגאון המפורסם מוהר"ר העשיל נ"י האב"ד דק"ק טארנעגראד פתיב שקצת דינים רוצים לומר דהוי פחלקו השותפות דמה לי חלקו פולו או מקצתו והרב הג"ל דחה הדברים והרחיב הדבור בזה בדברים נכונים וברורים וגם אנא לא חילוק ידענא ולא ביילוק ידענא רק דבר ברור בעיני דאף שבתחלת השותפות נשתתפו כ"א בסוף שנה מ"מ אחרי שלקח זה בחזרה מקצת הסוף רק שהתנה חבירו שיקח לכשיצטרף הא קמו דלא

קפיד שיהיה של חבירו בתוך השנתפות כפי הסף שלו דמה לו שיקח חבירו לצורך עצמו או שיהיה ביני וביני המעות בטלות אצל החלפן ומההיא שעמא ה"ל כאילו נתן זה מנה וזה מאתים והתנה שאם יצטרך יקח הוא מנה ואף שבתחלת השנתפות נתנו בשנה מ"מ הרי הרשה לחבירו שיטול מקצת הסף שלו בחזרה ומ"מ לא נתבטל תנאי הראשון שיהיה השכר לאמצע ולא גרע מאם בתחלת השנתפות הניח זה מנה וזה מאתים ולא היה שם תנאי כלל אפ"ה אמרינו דהנה לאמצע אף שקנו דבר העומד ליחלק וכמ"ל באנרף ומכ"ש בזה שלקח בחזרה מנה ושמעון ראה ונתפייס אדרבה ביחן דבריו שהוא מרנצה בזה ששלו יהיה מוטל בקופת השנתפות עד השעה שיצטרף דפשיטא דהרונים ודאי לאמצע ומכ"ש בזה שמבואר בכתב שביניהם שיהיה הפל לאמצע אם היה זה רוצה עכשיו בענין אחר היה לו לפרש ולהתנות וגם פי לאו בדידיה תליא מלתא דאם היה מתנה כך קרוב לנדאי שלא היה חבירו מתרצה בכך ולא היה לוקח המעות כלל או היה לוקח החצי וחבירו יטול פנגדו רק כיון שנתרצה לו חבירו מחמת שהיה המעות בטלות לקחם וזה נהנה וזה לא חסר הוא דלעת צרכו יקח גם הוא וכמו שהתנה בהדיא ולפי זה הדבר פשוט דכשבאים לחלוק נוטל כ"א במטבע שנשתתפו תחלה זה מנה וזה מאתים ואין כאן מקום לפקפק שיעשה עמו חשבון נגד הסף מעות פרייסיין שלקח דזה לא לנה מקופת השנתפות לא מעות פרייסיין ולא באנקי רק שלו הוא עומד ונוטל מתוך השנתפות ומעיקרא לא נשתתפו במטבע פרייסיין רק במטבע באנקע ובאנקע יהיב באנקע שקיל בחזרה וה"ז כנפרע מתוך השנתפות ואף שחבירו ג"כ היה ראוי ליטול אין בכך פלוגתא לפי שכ"א יש לו להתפרע מקופת השנתפות מה שהטילו לתוכו ואם האחד קדם את חבירו וגבה מחציתו וחבירו עדיין לא נטל מה בכך כ"א גובה מטבע שהניח לפי שעתו וכאלו הטילו מתחלתו זה מנה וזה מאתים והגע עצמה אם היה עולה השער מבאנקי נגד מ"פ והיה שמעון רוצה באנקי דוקא כפי סף הבאנקי שקיבל ראובן ודאי שאין ראובן יכול לעכב על ידו אף שקבלת ראובן היה בעת שהיה בזול נגד מ"פ דמ"מ כ"א באנקי יתבי ובאנקי שקלי וגם עתה כדבר הזה פן הוא ששמעון יתפרע מקופת השנתפות ג"כ סף באנקי כפי הסף שקיבל ראובן.

ועוד נראה דאפילו אי יתקבא להו להדיינים שזה נוטל חלקו בתורת חלוקה וחלק חבירו כצבור ומנח דמי מ"מ הדבר ברור שלא על דעת שישאר לחלקו מנח בשנתפות מעות פרייסיין ותננו חלקו שהרי אין דרכם לחלק ביניהם במעות פרייסיין ובנדאי שהיה דעתם שישאר לחלקו ג"כ באנקי בערף הנ"ל כיון שגם זה לא קיבל מהשנתפות רק באנקי אצל החלפן ומה לי שקיבל מהחלפן עם הענדה הנהוג או שפדו באנקי בעד הסחורה וקיבל מזה הבאנקי שיש לנו לחשוב שגם השני יש לו באנקי בשנתפות פסדו ההוא ואף שהדבר פשוט מכל מקום אמרתי לבאר קצת להוציא מלב המהנדזין בדבר.

הנה דבר ברור הוא בשנתפות בסחורה והחליפו על סחורה אחרת ואחד מן השותפים רוצה לקבל חלקו בסחורה ההוא חבירו מעכב עליו שלא לחלוק קודם פלות זמן שנתפות שביניהם שמה לי סחורה ראשונה מה לי תמורתה שע"ד פן נשתתפו תחלה שימכרו הסחורה על מעות בעין כמבואר בסימן קע"ו סעיף י"ב ובסמ"ע שם שכתב וז"ל ומ"ש ברישא לילה למדינה לסחורה ר"ל לסחור וליתן שם במעותיו וירוויח שם ויחזור ויביא מעותיו המזומנים ע"ש ופשוט שאין חילוק בין נותן לחבירו על שנתפות או בנשתתפו

יחד דכיון שאינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן פשיטא שאין יכולין לכוף זא"ז לחלוק בסחורה שהחליפו דמה לי הוא מה לי תמורתה ומצי למימר מזלא דבי תרי עדיף ע"ש בסמ"ע ס"ק מ"ה ופשיטא שאין לדמות זה לשטרות שדעת הרא"ש שחולקין בשומא דשטרות שאני שא"א שיעלו בריווח יותר ואין נושאין ונותנין בהם וגם הרא"ש פלל צ"ח יחיב בה טעמא וכתב וז"ל וכן בשט"ח גמי פי ראו חכמים פי טוב לתמן חלוקה בכל דבר שנתפות כו' משום דקדרה דבי שותפא כו' וכ"ש בשט"ח של עפו"ם שצריך טורח גדול והשתדלות רב והשותפים יסמוך כ"א על חברו ויתקלקלו כו' ע"ש וא"כ פאן לא שייך האי טעמא וכל שלא הגיע הזמן של חלוקה הם כופין זא"ז לישא וליתן כמו בסחורה הראשונה ומכ"ש לדעת הרמב"ם דאין חולקין בשטרות ומזה גלמד בגוננא דנ"ד אם מכרו הסחורה וקיבלו תמורתה מעות פרייסיין והאחד אומר שרוצה לחלוק במעות אלו כיון שאין מזדמן שיחליפו עתה והשני אינו רוצה נראה דשפיר מעכב עליו עד שיזדמן להם שיחליפו אותם על באנקי שהוא המטבע שנתנו דהא לאו אדעתא לחלק במ"פ נשתתפו כיון שדרה הסוחרים שלא להוליך מעות זה לביתם עד שמחליפין אותם על אדומים או על באנקי שנושאים ונותנים במדינתם לא במטבע מ"פ ומבואר בסי"ר ג' דכל שאין יוצאין בהוצאה להדיא ואין נושאין ונותנים בהם נקראים מטלטלין ופירא לגבי טבעא וכהחליפו על סחורה אחרת דמי שאין יכול לחלוק עד שתמכר על מזומנים וה"ה ה"כא אם לא נזדמן להם להחליף אין חולקין במעות אלו כמות שהם עד שיחליפו אותם ויגיעו לידם זויי פהני זויי דיהבי אזביני ולפי זה פשוט בנ"ד פשקיבל ראובן באנקי אצל החלפן לשלוח לביתו גם חברו יש לו כנגדו בקופות השותפות באנקי כסף הזה דנדאי זה שלקח באנקי אצל החלפן לאו אדעתיה שיטול חברו כנגדו מ"פ כפי הסף שחשב החלפין עבור הבאנקי שקיבל שהרי אין משאם ומתנם וסוף חשבון שהם עושים ביניהם בשעת חלוקה כ"א על באנקי ואף אם היה חברו רוצה שיהיה חלוקה ביניהם במעות זה היה יכול לעכב על ידו ולומר אינו רוצה לעשות החלוקה כ"א על באנקי ומכ"ש בזה שקיבל הבאנקי מהחלפון במעמד חברו ובציוויו כל הבאנקי לפי חשבון הפריצענט אשר היה בעת ההוא ואם היה רוצה שישאר לו כנגדו בשותפות במ"פ כל פי הא הנה ליה לאתנוי כיון שדרה המו"מ וחשבון שביניהם מתחלה ועד סוף הוא על באנקי ואם היה מתנה אפשר שחברו לא היה מתרצה בכך שיהא נשאר חוב על השותפות על מעות פרייסיין ועכ"פ מדלא התנה אומדנא דמוכח שנתרצה שיהיה לו חוב בשותפות כסף שקיבל חברו בבאנקי ופשיטא שאין לו להפרע מן השותפות רק באנקי: וראיתי להרב מהרמ"ה נ"י שכתב דזה ששלח מעות לביתו הני פלוגה מתוך השותפות דהא היה מדעת שניהם כו' ולענ"ד נראה דנדאי אם היה הענין שדרפם לעשות איזה מסחר בדמי הפדיון של הסחורה ולא היה לוקח בידיעת חברו רק לפי שעה ודעתם שיוחזר המעות לקופת השותפות להסתחר בהם פשיטא דהוי פהלוגא מקופת השותפות ומ"מ הדבר פשוט כיון שגם החליפין ממעות פרייסיין על באנקי היה במעמד חברו ובידיעתו א"צ להחזיר לקופת השותפות רק באנקי דמה לי שלנה מאחר או מתוך השותפות שהוא משלם המטבע שלנה ומעולם לא נשתעבד על מ"פ פלל: וגם פי יפה כתב שארי הרב הג"ל דאם יקח השני יותר יש פאן איסור רבית אף כפי הענין דנ"ד שמבואר מתוך לשון השאלה שאין השותפות חל רק עד שמכרו הסחורה ומוליכו המעות לביתם וזה קצ' ומכלית המו"מ

שלהם וא"כ כפולקח זה מהסדף שבקופת השותפות לוקח לחלוטין שלא ע"מ להחזיר אין כאן דין לזה דהא לימא בתורה ושליו הוא עומד ונוטל וכינון שחבירו נתרצה בזה ולא ייחד לעצמו מעות פנגד זה בקופת השותפות ממ"פ הרי נתרצה וגילה דעתו דלא קפיד שיהיה שלו מרובה על של חבירו עד שיגיע השעה שיצטרף ליטול פנגדו ודיינינו ליה מההיא שעתא פאילו הם מטילים עכשיו לכיס זה מנה וזה מאתים דאף בסתמא דינא הוא שיטול כ"א כפי המטבע שלו והשכר לאמצע ומכ"ש בזה דכינון דלא התנה מחדש ודאי אתנאי קמא סמכו שיהיה לאמצע וכמו שביארתי לעיל: ומ"ש שארי הרב הגאון האבד"ק הג"ל שדיין אחד הביא ממ"ש בעטרת צבי בשם תשובת פ"מ ודחה דבריו דהתם מייירי שלא מדעת חבירו דברי הרב ברורים וא"צ לפנים ומבלעדי זאת נראה ברור דהתם מייירי שזה שלקח קצת מהקרן היה בענין שהיה צורך לשותפות במעות אלו להסתחר בהם ולא היה לו רשות ליטול לעצמו שאפילו ריוח אין לו ליטול כדאמרנו רנוחא לקרנא משמעבד ומכ"ש מהקרן לפיכך דן את הדין דחולקין לפי מעות דאומדן דעת הוא שלא נשתתפו שיהיה השכר לאמצע כ"א על קו השנה אבל בגוונא דנ"ד שאין דרכם להסתחר במעות הפדיון רק הם צבורים ומנוחחים אצל החלפון ואינם מעלים שכר וריוח לשותפות כלל פשיטא דבשביל שלקח המעות הבטלות לא הפסיד הריוח שעולה מסחורות השותפות חלק כחלק ומכ"ש בזה שלקח מדעת חבירו ומרצונו ולפי דברי הדין אם היה ריוח בגוף הסחורה שנמכרה אחר שקיבל זה מעות לחלקו יותר מבראשונה כגון שעמה עלה שער הסחורה חולקין הריוח לפי המעות שהיה להם בעת ההוא בשותפות וע"פ דברי הפ"מ הג"ל וזה לא יעלה על לב לעולם וברור לענ"ד אפילו אם לקח שלא מדעת חבירו ממעות הבטלות העומדים לחלק לא נגרע מערכו והוא דבר ההנה ורגיל בין השותפים דלא קפדי אהדדי ואין מקלים דבר ומעשים בכל יום שלפעמים לוקח שותף אחד מעות לצורכו ואחר זמן חוזר השני ולוקח ומעולם לא נשמע שידונו ביניהם לזכות לזה חלק מהריוח שעלה בינתיים ומכ"ש בזה דאם איתא שהיה בדעת שמעון שראובן יהיה נגרע מחלקו עבור זה הו"ל לאתנויי וכבר כתבתי דאף הרי"ף והרמב"ם מודים אף בסחורה העומדת לחלק דאף בסתמא הוי לאמצע ונ"ל הרי"ף בתשו' הג"ל דכינון שגמרו השותפות ביניהם ולא התנה אחד מהם על חבירו שיהיה לו איזה יתרון הדין נותן שיהיה הריוח וההפסד לאמצע שאם הי' כנונת א' מהם שיהיה לו יתרון על חבירו בשום דבר הי' מתנה ע"ז ולא היה אפשר לו להתרשל בזה ומאחר שלא התנו ונשתתפו סתם נראה שכנונתם לחלוק בשנה אע"פ שיש לאחד קרן יותר על חבירו כו' ע"ש וא"כ כ"ש בנ"ד דאמרי' הו"ל לאתנויי וגם שאף אם הי' מתנה פן לא היה ראובן מתרצה בכך ועוד דהא קמו שהתנה עמו שאם יצטרף הוא למעות יטול גם הוא הרי שלא היה בדעתם לשנות דבר מתנאי השותפות ולפי שהדברים פשוטים לענ"ד קצאתי ומובטחני אם הדיין הוא דיין אמת ותלמודי לא יהיה בוש מלחזור בו ולומר דברים שאמיתי טעות הם בידי: ומ"ש הרב נ"י עוד בשם דיין אחד שכתב ששמעון קנה במעמד שלשתן כבר דחה הרב נ"י דבריו בדברים של טעם ואני לא ראיתי לישא וליתן בזה פיון דבאמת לא היה בעת ההוא מעות בידי החלפן רק מעט ואם הדיין הלך גזר על מיעוטו ומקפיד עליו גם זה אינו חוצץ חציצה דאורייתא דהא כבר ביררתי דודאי לא נשתעבד זה שיקח חבירו נגדו מ"פ שביד החלפן שהרי זה קיבל באנקי וגם כל חשבונם העיקרי על באנקי וא"כ הציווי

לחלפן הוא על באנקי ונהרי לא הנה להם בידו באנקי כלל ואם נאמר דנעשה כאומר שהמעט שביד החלפן ג' כתיקוף על באנקי וינוכה בו השני א"כ עכ"פ זה אין לו ליקח רק באנקי כשער שהי' אז ומה שיש מותר שייך לחלפן ובטעות נתן להם יותר כפי השער שעלה אח"כ האם יאמר כדבר הנה שאין לו שחר דדרך הוא שאין החלוף נעשה מידי רק בהגיע תור קבלת המעות אצלו חושב החלוף בשער שהוא אז בין עלה ובין ירד ועד ההיא שעמא הוא כפקדון גביה בכותקת שניהם וכשרוצה זה ליטול הוא נותן לו ע"פ מה שהרשה לו חבירו ושליחותיה קעביד אבל מ"מ עד ההיא שעמא שנותן לו הוא בכותקת שניהם ובאחריותם ואין פאן דין חלוקה ומע"ש כלל פינון שלא יחדו בפירוש שמ"פ הנשאר ביד החלפן הוא לשמעון לבד ואין לו עסק בו מעתה וטענת ראובן אמיתית דמעיקר' לאו אדעתיה דחלוקה נחתי דפשיטא שאם הוול המטבע שביד החלפן או נפסל או שנעשה החלפן בורח וכיוצא דנדאי לא הנה שמעון מקבל ההפסד על עצמו לבד כדרך כל השותפות שאף שאחד לוקח סף מה קודם מ"מ כל הנשאר הוא בכותקת שניהם ובאחריותם לכל דבר כל שלא חלק לעצמו והניח חלק חבירו בב"ד וזה מבואר בכמה תשובות לא רציתי להאריך וגם דרך הוא שראובן נושא ונותן במעות הנשאר בכותקת שותפות כבראשונה אף בלא ידיעת חבירו ואם פיתת או הותר לאמצע ועכ"פ הדבר ברור בין שיהיה לנה מקופת השותפות או שלוקח לחלוטין שלא ע"מ להחזיר מ"מ כ"א נוטל בשעת חלוקת הנשאר הקרן במטבע שהניח כפי הסף שנשאר לו בשותפות והשאר חולקים בשנה ומכ"ש אם עליית השער ממטבע מ"פ הנה קודם שמכרו הסחורה הנשארת די"ל שאין פאן ריווח מחמת המטבע דמה שעלתה המטבע ירדה הסחורה ולולי זאת היו לוקחים יותר בעד הסחורה וכמו שפרשתי לעיל דברי הרמ"ה שבטור מ"ש דהאי רוןחא ופחתא מחמת שותפות קאתי אף באמת אפילו מכרו כל הסחורה בעד מ"פ בעת שהי' השער כמקדם ואח"כ עלה מ"פ מ"מ אין שמעון נפרע מן השותפות כ"א בבאנקי כמו שלקח ראובן ואין מחשבין על מ"פ כלל: בהא סליקנא ובהא נחתינא שיפה דו ויפה הורה הרב הגאון האבד"ק הנ"ל וטענת שמעון מידי מששא אית בי' אפי' שמע מעוף הפורח אין בו לא טעם ולא ריח.

כמון אשר תדפנו רוח מובטחני כי פנגדו החלוק עליו לבב עקש יסיר בשמאל. וימין דוחה.

כמדת כל שרוח חכמים נוחה ואל האמת ישא פנים וישבית מדני'. אז יחזיק במעוז שלשה עמודי עולם דין אמת שלום ושלום על דייני ישראל: דברי זעירא מן חבריאי הק' אפרים זלמן מרגליות מבראדהלכות מקח וממכר שאלה ל שאלה במי שעשה עם אחד מקח על פשתן ושוב אירעו אונם וחרז בו כאשר באו הדברים ברוב ענין מפורד שארי בד"ז הגאון המפורסם מופת הדור מוהר"ר יעקב נ"י האבד"ק קאליש ומצ"פ לק"ק ליסא יע"א וענוותו תרביני לחיות דעי בזה: תשובה ראיתי דברי שארי הגאון נ"י טובים ונכוחים עריבים פעולות מחים ונדבר ברור הוא דבעובדא דנ"ד שגלה דעתו בשעת גמר מהמקח וגם אומדנא גדולה כזו ואונס גלוי לכל שזה הלוקח יכול לחזור ולא מבעיא אם ראובן זה הקונה אין דרכו לקנות לעצמו כלל וגם עתה לא קנה כלל לעצמו רק הוא שלוחו של הליונערינג דהיינו הליונראנט לקנות עבורו וגם נתינות הוועקסיל אינו רק ע"פ שליחות מהליונראנט אבל עיקר המקח הוא עבור הליונראנט דנדאי יכול לחזור בו שהרי זה נדון

דהגאון בעל שער אפרים ממש ובאמת בכה"ג שהודיע למוכר שאינו רק שליח לבד ועמה המשלח חוזר בו אף שהשליח עושה קנין גמור והמשלח מחמת אלמותו אינו רוצה לקיים המקח מ"מ אין למוכר דין על השליח וזה מבואר מעובדא דב"ב דף קס"ט שהוא אמתא דיהבי זוזי להווא גברא למזבין לה ארעא כו' ובב"מ דף ע"ד הווא גברא דיהיב זוזי לנדוניא כו' ואף דשם מיירי לענן מי שפרע מ"מ יש ללמוד משם לכאן ע"ש בב"י ח"מ סי' קפ"ב בשם תלמידי הרשב"א ולא רציתי להאריך בזה כיון דמשמעות לשון השאלה שהליוועראנט עשה מקח עם ראובן וראובן זה אינו שליח רק הוא גופיה תגרא דזבין הקא ומזבין להקא וא"כ אין זה ענן לנידון השאלה בשער אפרים שלא היה רק שליח לבד ובה הדין פשוט יותר.

אף בעל שער אפרים סמך ענן לו שהוא דסי' ר"ל פלוגתת רבינו יונה ור"ח ורמ"ה ונראה מדבריו דבתורת כ"ש אחי עלה ינפה פתב הגאון נ"י דאפילו רבינו יונה מודה ודוקא בלוקח בשיווי קאמר ר"י שאינו גילוי דעת גמור דאפשר שבלא"ה היה קונה דבר זה משא"כ פאן שיש בו שיעור ביטול מקח דנדאי לא מחל אינש והגילוי דעת הוי פהתנה אם יקחנו פלוני: וכדי לברר שכנים דברי הגאון נ"י אני מוכרח להעתיק לשון רבינו יונה שהביא בשיטה מקובצת ב"ב דף צ"ז שמפנו מקור דברי הטור וז"ל בשם רבינו יונה בעליוותיו המקבל יין מחבירו למחצית שוכר כו' אבל הלוקח יין מחבירו אע"פ שאמר שבדעתו להוליכו למקום פלוני והויל עד שלא הספיק להוליכו לשם המקח קיים שהרי לקחו מקח גמור ואם לא נתקיים מחשבתו להגיע לאותו מקום יהיה לו לשתי' ואע"פ שאמרו המוכר על דעת לעלות לא"י ולא יכול לעלות מכרו בטל במוכר בלבד אמרו כיון שהמוכר מתוך אונס הוא מוכר ונהרי נודע הדבר שלא מכר זה אלא מפני שעלה בדעתו שאינו צריך למה שמכר עכ"ל (ובטור לפנינו איתא שעלה בדעתו דבר שיהא צריך למכור והפונה אחת דגם בשיטה מקובצת בשמו ה"ק שלפי שהי' סובר שלא יהא צריך עוד לאותו קרקע שמכר לפיכך מכר אבל כיון משנודע שטעות הי' והוא צריך לאותו דבר בטלה המכירה) הרי מבואר דעיקר טעמו כיון שלא קיבלו למחצית שוכר שיהא רשות אחרים עליו אלא לקחו מקח גמור וא"כ י"ל שלא בתורת קפידא קנה אותו להוליכו דוקא אלא אפשר שהיה בדעתו שאם לא היה אפשר להוליכו יהא לו לשתי' משא"כ פאן דכ"ע סהדי שלא היה קונה לעצמו לפרקמטיא במקח הזה פלל אין פאן מקום לחלק בין מוכר ללוקח: וגדולה מזו נלע"ד דאפשר אף בלא גילוי דעת אם הדבר ידוע ומפורסם לכל שאין זה קונה לעצמו רק בשביל הליוונרינג איפא אומדן דעתיה שנתן פלים מפני שונו' דחוזר המקח וכמ"ש בכתובות דף צ"ז זבין ולא איצטרך לזוזי הדרי זביני פירש"י מכר שדהו ואנו יודעין שהוא חפץ לקנות שדה פלוני או פרקמטיא פלונית באותן מעות ולא איצטרכי ליה זוזי שחזרו המוכרין עכ"ל ואע"ג דהתוס' והרא"ש שם כתבו דמיירי שגילה דעתו בשעת המכר כו' היינו מטעמא שכתבו שם דליפא אומדן דעת פולי האי דהרבה פעמים אדם מוכר קרקעותיו ואין ידוע למה הוא מוכרן אבל באיפא אומדנא דמוכח טובא אפילו גילוי דעת לא בעינן לא בשעת מעשה ולא קודם לכן ולדינא לא פליגי תוס' ורש"י רק דרש"י מיירי שהדבר ידוע ומפורסם שבשביל זה הוא מוכר ותוס' דחיקא להו לאוקמי בכה"ג וזה מבואר למענין בפסוגיא שם וכן מבואר להדיא בריטב"א שם בדבר ידוע ומפורסם לכל שלצורך דבר זה הוא קונה

כ"ע מודים וא"ל דנקא במוכר אַמרינו הָכִי וְלֹא בְּלוֹקֵחַ לְפִי שֵׁיטַת רַבִּינוּ יוֹנָה דְּמַחְלֵק בִּינְיָהֶם דְּפִשְׁטָא דו"א פִּינּוּ דְּחֻזִּינוּ דְּאָף בְּלֹא גִילּוּי דַּעַת כְּלָל מְהֵי בְּכַה"ג שְׁמַפְּרֹרְסָם לְכָל: וְגוּף הַחִלּוּק שְׁמַחְלֵק רַבִּינוּ יוֹנָה הוּא לְפִי שְׁהַמּוֹכֵר מַחְמַת אֲנָס הוּא מוֹכֵר כּו' וְהָרִי אֵין אַתְּנוּ יוֹדַע דְּבָר זֶה רַק מִצַּד אֲנֻמְדִן דַּעַת אַמְרִינוּ הָכִי שְׁלֹא הֵיָה מוֹכֵר בְּלֹא הָאֲנָס שְׁעֵלָה בְּדַעְתּוֹ שְׁצָרִיף לְמַפּוֹר וְאִם לְפָנֵינוּ גְּלוּי וּמְפֹרְסָם בְּלוֹקֵחַ זֶה שְׁמַתּוּף הָאֲנָס הוּא לּוֹקֵחַ לְפִי שְׁעֵלָה בְּדַעְתּוֹ שְׁצָרִיף לְקַחַת אוֹתוֹ דְּבָר וְזוּלַת זֶה לֹא הֵיָה לּוֹקֵחַ פִּשְׁטָא דְּמוֹכֵר וְלוֹקֵחַ דִּין אַחַד לְהֵם.

וק"ו הדברים בנ"ד שגלוי ומפורסים וגם איפא אַמְרֵי דְּמוֹכֵר טוֹבָא שְׁלֹא הִי לּוֹקֵחַ בְּדָמִים יְקָרִים כְּאַלְהָ אִם לֹא מַחְמַת הַלְיוּרִינְג שְׁהַמְקַח חוֹזֵר וּמכ"ש בְּזֵה שְׁגִילָה דַּעְתּוֹ בְּפִירוּשׁ שְׁקוּנָה בְּשִׁבִיל זֶה וְאָמַר לוֹ שְׁלֵכְךָ קוֹבַע זְמַן עַל ר"ח תַּמּוּז שְׁאֵז יִקְבַּל הַמַּעֲוֹת מֵהַלְיוּרִינְג: וְאֵין לְפַקְפֵּק בְּדְבָר מִמ"ש בְּגִימּוּקֵי יוֹסֵף בְּב"ב שֵׁם וְז"ל וּלְפִירוּשׁ הַתּוֹס' וְז"ל דְּוּקָא בְּמַתְעַסֵּק דְּשִׁיכָא קְפִידָא דְּבַעַל הָעֵסֶק שְׁלֹא לְמַכְרָה אֲלֵא בְּזוּל שְׁפֵט אֲבָל הַמּוֹכֵר סְחוּרָה לְחַבְרֵוֹ ע"ד לְהוֹלִיכָה לְמַקּוּם הַיּוֹקֵר אִם הוֹזִילָה אוֹ נְאַנְסָה לְלוֹקֵחַ דְּבִאֲחֻרִיּוֹתוֹ קִיָּמָא וְאֵלוֹ רְצָה לְמַכְרָה בְּכָאן אוֹ לְהַשְׁלִיכָה לַיָּם הַרְשׁוּת בִּידוֹ וְאֲפִילוּ הַתְּנָה עִמּוֹ שְׁיִפְרַעְנוּ מִן הַמַּעֲוֹת שְׁיִקְבַּל מִמֶּנָּה בְּזוּל שְׁפֵט אֵינוּ אֲלֵא כְּקוֹבַע זְמַן בְּלַבַּד שְׁלֹא יוּכַל לְכוּפּוֹ לְפִירוּשׁוֹ קוֹדֵם לְכּוֹ הֵא אֵלוֹ מְכָרָה כְּאֵן הֵיָה לוֹ לְפָרוּעַ מִיָּד וְכֵן אִם הוֹזִילָה אוֹ נְאַנְסָה עָלָיו רַמְיָא וְלֵהֲאֵי פִירוּשָׁא אַחְרֵינָא דְּמִיָּרִי בְּמִכְרָ מִיָּרִי כְּשֵׁהַתְּנָה כֵּן עִם הַמּוֹכֵר בְּתַנְיָא גְּמוּר א"נ שְׁאָמַר לוֹ בְּדִרְךָ קְפִידָא דְּאֲדַעְתָּא דְּהָכִי זָבִין לִיָּה לְהַשְׁתַּכַּר בְּזוּל שְׁפֵט וְהַשְׁתָּא דְּמִיָּא לְהֵיָא דְּקִידוּשִׁין אֲבָל אִם לְקַחוּ אֲדַעְתָּא שְׁלֹא יִפְרַעְנוּ עַד שְׁיִוְלִיכְנוּ לְזוּל שְׁפֵט וְיִפְרַעְנוּ מִן הַמַּעֲוֹת שְׁיִקְבַּל שֵׁם לֹא וְכִדְאַמְרֵן כֵּן דַּעַת הָרִיטְב"א וְז"ל וְרַבּוֹ הָרִשְׁב"א וְז"ל הָרִי מְבֹאָר דְּאָף לְהַיָּ פִירוּשָׁא דְּבַמּוֹכֵר מִיָּרִי מ"מ לֹא מְהֵי מַה שְׁקוֹבַע לוֹ לְפָרוּעַ שֵׁם דְּאֵין זֶה רַק קְבִיעוּת זְמַן אֲבָל מ"מ קָנָה מִיָּד שְׁאֵלוֹ רְצָה הֵיָה מוֹכְרָה בְּכָאן אוֹ מְשֻׁלִּיכָה לַיָּם: אֲבָל כִּי דִּיִּקְחַת מִשְׁפַּחַת דְּלֹא תִּיקְשִׁי מִדְּבָרֵי אֵילוֹ וְאֲדַרְבָּא סִיִּיעְתָּא דְּהָרִי בְּהַיָּ מִלְתָּא לְחוּד דְּאִם רוּצָה הֵיָה מוֹכְרָה כְּאֵן כּו' לִיכָא לְעַפּוּבֵי עַל הַלּוֹקֵחַ שְׁלֹא לְחֻזֵר דֹּא"כ בְּגַבְרָא דְּזָבִין כּו' נִמִּי נִימָא שְׁהָרִי זֶה סִילְקַנְשׁוּ מִיָּד מִן הַנְּכָסִים וְנִכְנְסוּ לְרְשׁוּת הַלּוֹקֵחַ וְאִם רְצָה הֵיָה מוֹכְרָם תִּיקְרָף אֲלֵא וְדֹאֵי דְּלֹא בְּהָכִי תִּלְיָא מִלְתָּא מְשׁוּם דַּס"ס אִיכָא גִילּוּי דַּעַת שְׁמַחְמַת שְׁרַצוֹנוֹ לֹא"י הוּא מוֹכְרוֹ וּמִמִּילָא אַמְדִּין דַּעְתִּיהָ שְׁרַק מַחְמַת זֶה הוּא מוֹכֵר וְגַבֵּי לּוֹקֵחַ נְמִי אֵי לִיכָא רַק גִּילּוּי דַּעַת לְחוּד אַע"פ שְׁהוּא בְּאֲוֹן זֶה שְׁלֹא יִתֵּן הַדָּמִים עַד שֵׁם ס"ל לְהַרְשֵׁב"א דְּלֹא מְהֵי שְׁאֵין כְּוָנְתּוֹ לְהַקְפִּיד עַל גּוּף הַלְקוּחָה בְּשִׁבִיל זֶה רַק לְעַנְיָן שְׁאֵינוּ רוּצָה לְהַתְחַיֵּיב עַצְמוֹ בְּדָמִים אַחְרֵים רַק מֵאֵילוֹ (וְלֹא פּוֹקֵי מִדַּעַת הַרמ"ה שְׁהִבִּיא הַטּוֹר שְׁתוּלָה בְּזֵה שְׁאֵינוּ נוֹתֵן הַדָּמִים עַד שֵׁם עֵי' שֵׁם) וְהָא לְחוּד לֹא מְהֵי דְּלִיכָא אַמְדִּין דַּעַת עַל גּוּף הַלְקִיחָה אֲבָל הִיכָא דְּאִיכָא אַמְדִּין דַּעַת עַל גּוּף הַלְקִיחָה שְׁלוֹקֵחַ לְהוֹלִיף שֵׁם לְהַשְׁתַּכַּר וְדֹאֵי מְהֵי וְזֶה מְבֹאָר מִמ"ש הַנ"י א"נ שֵׁם"ל בְּדִרְךָ קְפִידָא דְּאֲדַעְתָּא דְּהָכִי זָבִין לִיָּה לְהַשְׁתַּכַּר שֵׁם בְּזוּל שְׁפֵט וְהַשְׁתָּא דְּמִיָּא לְהֵיָהוּ דְּקִידוּשִׁין כּו' וְהָא אֲמִירָה לֹא דְּוּקָא דְּכָל שְׁהַדְּבָר יְדוּעַ וּמְפֹרְסָם לְנוּ שְׁכָל מַגְמַתוֹ אֲדַעְתָּא דְּהָכִי וּקְפִידַת עֲלָה דְּמִלְתָּא כְּמֵאן דְּאָמַר דְּמִי וּכְמ"ש לְעֵיל מִדְּבָרֵי רַש"י וְהָרִיטְב"א וּכְמוֹ שְׁהוֹכַחְתִּי מִדְּחֻזִּינוּ גַבֵּי מוֹכֵר דְּאֲזַלִּינוּ בְּתַר הָאֲמֻדְנָא שְׁמַחְמַת הָאֲנָס הוּא מוֹכֵר וְאַע"פ שְׁלֹא אָמַר בְּפִירוּשׁ שְׁלוּלֵי שְׁבַדְעָתוֹ לְעֵלוֹת לֹא"י לֹא הֵיָה מוֹכֵר מ"מ פִּינּוּ שְׁאָמַר שְׁבַדְעָתוֹ לְעֵלוֹת סְתָמוּ כְּפִירוּשׁוֹ

דבֿלא זֶה לא הִיָּה מוֹכֵר וְהַ"נ גַּבִּי לוֹקֵחַ זֶה שְׁאַנְמֵדוּן דַּעַת דְּמוֹכֵר הוּא וְגִלּוּי לְכָל הָעוֹלָם שְׁלוּלֵי הַלְיוּנְעוּרוֹנֵט לֹא הִיָּה קוֹנֵה: וּמִדְּבָרֵי הַנַּ"י בְּשֵׁם הָרִיטְבֿ"א מְבוֹנָאָר שְׁאִין פֶּאן מַחְלוֹקֵת בֵּין רִשְׁבֿ"ם וְרַבֵּינוּ יוֹנָה לְאִידָהּ פִּירוּשָׁא שֶׁהוּא הַר"ח וְהַרְאַבֿ"ד דְּגַם הַר"ח וְהַרְאַבֿ"ד מוֹדִים הִיכָא שְׁלֵא אָמַר בְּדִרְךָ קִפְיָא שְׁקוֹנָה ע"ד פֶּן לְהַשְׁתַּכַּר בְּזוּל שְׁפֵט לֹא מְהַנִּי וּבִכְה"ג שְׁאוּמַר דְּרַךְ קִפְיָא גַם רִשְׁבֿ"ם וְרַבֵּינוּ יוֹנָה מוֹדִים דְּלֹא גָרַע לוֹקֵחַ מְמוֹכֵר רַק דְּבִפְרִיּוּשָׁא דְשִׁמְעָתָא פְּלִיגֵי דְכִיּוֹן דְּרַבָּא סִתְמָא קְאָמַר אֲדַעְתָּא דְמַמְטִי לִיהַּ לְפַרְוֹנָתָא כּו' וְלֹא פִירִשׁ שְׁאָמַר דְּרַךְ תְּנַאי אוֹ קִפְיָא וְנִיחָא לְהוּ טְפִי לְפִירוּשֵׁי דְמִיַּירֵי בְּמַקְבֵּל עֶסְקָא אֲבָל לְדִינָא מוֹדִים דְכַה"ג שֶׁא"ל דְּרַךְ קִפְיָא דְמַהַנִּי וְא"כ בַּנ"ד דְאִיכָא גִּלּוּי דַּעַת אֲנִמְדָּנָא דְמוֹכֵחַ דְּדִרְךָ קִפְיָא הוּא גַבִּי זֶה שְׁקוֹנָה וְהוֹלִיכּוּ אֶל גִּנְזֵי הַמְּלָךְ אִין סִפְק דְגַם רַבֵּינוּ יוֹנָה מוֹדֵה בְּזֶה: וּבְאֵמַת יֵשׁ לְעִיּוֹן לְכַאוּרָה בַּמ"ש הַנַּ"י דְאֵף שְׁלִקְחוּ אֲדַעְתָּא שְׁלֵא יִפְרַעְנוּ עַד שְׁיֹלִיכְנוּ לְזוּל שְׁפֵט וְיִפְרַעְנוּ מִן הַמַּעוֹת שְׁיִקְבֵּל שֵׁם מ"מ אִינוּ יָכוֹל לְחַזֵּר שְׁלִכְאוּרָה לְשׁוֹן זֶה מוֹרָה שְׁעֲשֹׂאוּ כְּאִפּוֹתְקֵי מְפֹרָשׁ וְא"ל לֹא יִהְיֶה לָהּ פְּרַעוֹן אֲלֵא מִזֶּה וּבִכְה"ג קִי"ל בְּסִי' קִי"ז דָּאֵם שְׁטָפָה נְהָר אִינוּ גּוֹבָה מְשָׁאָר נְכֹסִים וְצ"ל דְּלֹא דְמִי לְשְׁטָפָה נְהָר דְּהָא בְּאֵמַת בְּיָדוֹ לְהוֹלִיכּוּ לְשֵׁם אֲלֵא שְׁאִינוּ רוֹצֵה מְפַנֵּי שֶׁהוּזַל הַמְּקַח שֵׁם.

וּלפ"ז אֲפִשֵׁר לִזְמַר דְּכַגְוֹנָא דְהִכָּא דְהוּא אֲנֹנְס גְּמוּר פְּשִׁטְפָּה נְהָר דְמִיָּא וְאִינוּ גּוֹבָה מְשָׁאָר נְכֹסִים אֲלֵא דְמַהְרִשְׁבֿ"א שֵׁם מְבוֹנָאָר דְּלֹא מְהַנִּי שְׁפֵתֵב שֵׁם אִם הוּזְלָה אוֹ נֶאֱנָסָה עֲלֵיהּ רַמְיָא מְשַׁמַּע דְאֵף בִּכְה"ג שֶׁהַתְּנָה עִמּוֹ שְׁלֵא יִפְרַעְנוּ אֲלֵא מִזֶּה הַדִּין פֶּן וְצ"ע קֶצֶת.

וְגַם כִּי יֵשׁ לְפַקְפֵּק בַּנ"ד לְפִי שְׁנֵיהּ לֹא הִיָּה כ"א דְּבָרִים בְּלִבְד וּמ"מ נִתְּן לֹו וְנוֹעֲקִסִיל סִתְּם וְלֹא נִזְכָּר בּוֹ שׁוּם תְּנַאי מֵאִין יִהְיֶה פְּרַעוֹן וְשִׁעֲבַד כָּל נְכֹסֵי לְזֶה וְהָּ מַעֲשֵׂה מוֹצִיא מִיַּדֵּי דְבוּר אֵף בַּל"ז נְרָאָה דְגַם ר"י מוֹדֵה בְּגִלּוּי דַּעַת פְּזָה וְאֲנִמְדָּנָא גְּדוּלָּה פְּזָתָא שְׁשִׁילָם לֹו כְּפָלִים פְּשׁוּנְיָא וְאִין לְפַקְפֵּק מְהָא דְאֵמְרִינֵן בַּב"ב מְכַר אֶת הַצֶּמֶד לֹא מְכַר הַבְּקָר וְאֵף אִם נִתְּן בְּטַבוּרֵם הַרְבֵּה קִי"ל דְאִין הַדְּמִים רְאָיָה אַע"ג דְמוֹקֵי הֵתֵם דְאִיכָא דְקָרוּ לְצֶמֶד נְמִי בְּקָר וְעִי' שֵׁם שְׁמְבוֹנָאָר אֵף אִם נִתְּן דְמִים הַרְבֵּה בְּכַדֵּי בְּיִטוּל מְקַח הַדִּין פֶּן וְע"כ דְּלֹאוּ אֲנִמְדָּנָא דְמוֹכֵחַ הוּא: אֵף לַעַנ"ד ז"א דְּוֹדַאי אִין לָהּ אֲנִמְדָּנָא דְמוֹכֵחַ יוֹתֵר מִזֶּה וְהֵתֵם הִיָּינוּ טַעְמָא דְרַבְּנֵן דַּס"ל פִּינּוּן דְרַוְבָּא דְאִינְשֵׁי לֹא קָרוּ הֵכִי לֹא מְהַנִּי הוֹדַעַת הַדְּמִים דָּאֵם אִיתָא שְׁהִיָּה פְּנוּנַת הַלוֹקֵחַ לְכָף הִיָּה לֹו לְפָרֵשׁ פִּינּוּן דְסִתְמָא לֹא מְשַׁמַּע הֵכִי וְכֵן מְצִאתִי בְּשִׁטָּה מְקוּבָצָת שֵׁם בְּשֵׁם הַרְשֵׁבֿ"א וְנ"ל וְרַבְּנֵן סְבָרֵי אִין הַדְּמִים רְאָיָה לְהוֹצִיא מִלְּשׁוֹן רַבִּים דְּכָל שְׁהַרְבִּים קוֹרִין לְצֶמֶד וּלְבִקָּר בְּקָר עַל הַלוֹקֵחַ הִיָּה מוּטָל לְפָרֵשׁ הַלְכָּף אֲפִילוּ מְשִׁף הַלוֹקֵחַ צֶמֶד וּבְקָר וְעַדִּינֵן הַמַּעוֹת בְּיָדוֹ מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ וְעִי' בַּנ"י שֵׁם וְנִהְיִיתִי.

אֲבָל בַּנ"ד וְדַאי דְהַדְּמִים רְאָיָה שַׁע"ד הַלְיוּנְעוּרוֹנְגָּ נִתְּפֹוּן זֶה וּבִלֵּא"ה יֵשׁ לְדַחוֹת ע"פ מ"ש הַטּוֹר ס"ס רַל"ב לְעַנֵּן מוֹכֵר שׁוֹר וְנִמְצָא נִגְחָן וְנ"ל וְאֵע"ג דְקִי"ל פְּרַבְּנֵן שְׁאִין הַדְּמִים רְאָיָה ה"מ גַּבִּי צֶמֶד בְּקָר שְׁהַדְּמִים מְכַחִישִׁין אֶת הָעֵיקָר הַלְשׁוֹן דְעֵיקָר לְשׁוֹן ב"א קוֹרִין לְעוֹל בְּלֵא בְּקָר צֶמֶד אֲבָל הִכָּא בֵּין לְרַדְיָא בֵּין לְשַׁחִיטָה נִקְרָא שׁוֹר לְכ"ע וְהוֹלְכִין אַחַר הוֹדַעַת דְמִים עַכ"ל: וּבַנ"י ר"פ הַמוֹכֵר פִּירוּת פְּתַב לְחֵלֵק דְאִין הַדְּמִים רְאָיָה לְחַיִּיב עַנְיָן שְׁלֵא שְׁאֵל לֹו דְשִׁנֵּי גּוֹפִיָּה נִינְהוּ כּו' עִי"ש וְאֲפִשֵׁר שְׁדְּבָרֵי הַטּוֹר וְהַנַּ"י עוֹלִים לְעַנֵּן אֶחָד עִם מ"ש הַרְשֵׁבֿ"א דְאִין הַדְּמִים רְאָיָה פִּינּוּן דְרַוְבָּא לֹא קָרִי הֵכִי הִיָּה לֹו לְלוֹקֵחַ לְפָרֵשׁ וְכַמְש"ל בְּשֵׁם הַנַּ"י גַּבִּי מְכַר לֹו צֶמֶד וְהַב"י פְּתַב בְּסִי' רַל"ב שְׁפִדְבָּרֵי הַטּוֹר פְּתַבוּ הַתּוֹס'.

והרא"ש וכיוצא בזה פתב הר"ן והוא תימא שהתוס' והרא"ש בב"ק דף מ"ו ובהמוכר פירות כתבו דהתם משום דאיפא רבא וגם הוא מןחוק כו' ושיטות הטור אינו פן שהרי הטור סי' ר"ך כתב שאפילו משד הלוקח הצמד והבקר ולא נתן מעות מוציאין ממנו כו' וכ"כ בש"מ ב"ב דף ע"ו ועי' שם בב"י בשם הר"ן שכ' פן בשם הרמב"ן ומצאתי בשו"ת מזרחי שפלפל בענין זה ואין הפנאי מסכים עמדי לעמוד על דבריו ועי' בשיטה מקוננת בבא בתרא ריש המוכר פירות מ"ש בשם הר"א בן מגא"ש לתרץ בזה: ולולי דמסתפינא הוי אמינא שאין ר"י חולק בדינא על הר"א והראב"ד פלל דבאמת הו' חילוקא שכתב רבינו יונה שהמוכר מחמת אונס הוא מוכר זו מנין לנו והדבר מבואר באשר"י דקידושין גבי ההיא דזבין כו' דדוקא בקרקעות לפי שאין דרד בנאי אדם למפור קרקעות שהוא מתפרנס מהם אם לא שהיה דעתו לעקור דירתו אבל במטלטלין כו' לפי שלפעמים אדם מוכר מטלטלין אפילו דעתו לישאר פאן וא"כ גבי הו' דינא דמכירת זין אפילו במוכר דינא הכי: ומצאתי בפרישה סי' ר"ל שהקשה פן נכתב דה"נ מי שלוקח זין כדי להרויח בו לוקחו והוא גילה דעתו שרוצה להוליכו למקום היקר וכשם שאין דרד בנאי אדם למפור קרקעות ה"נ אין דרד בנאי אדם לקנות במעותיו מטלטלין ובפרט זין כ"א קרקע כו' ומ"מ מסיק רבינו דוקא במוכר מחמת אונס ביהא אמרי' דדעתו היה לעלות לא"י משא"כ בלוקח זה שמרצונו קנה להרויח בו ולא היה מוכרח לקח וכל לוקח כדי להרויח מייאש נפשיה דלפעמים ג"כ מפסיד עכ"ל ורמז בקצרה לדברים אלו בסמ"ע סי' ר"ז עי' שם והוא דוחק גדול במבואר למעיין ולענ"ד נראה דנדאי לא מסתבר פלל שפל מוכר חפצים מחמת אונס הוא ומלתא דפשיטא הוא שכל מי שעוסק בפרקמטיא הוא יושב ומצפה מתי יבא הקונה והוא מוכר לו בעין יפה ולב שמח אף דברי רבינו יונה לקוחים מהא דאמרינו בבבא בתרא דף מ"ז אמר ר"ה תלויה וזבין כו' מ"ט פל מה דמזבין אינש אי לא דאניס לא הוי מזבין כו' ופי' רשב"ם שם רוב חפצים וכלי ביתו וטליתו שאדם מוכר אי לא דאניס ודחיק במעות לא הנה מזבין כו' וכה"ג אמרינו לענין אונאה לחלק בין צרדייהא שהוא פלי קנבוס העומדים לימכר ובין מאני תשמישתיה איידי דיקירי עליה כו' וכן לענין קרקע אינו מוכר אלא מפני דוחק ואונס שהוא צריף למפור ואין פוננת ר"י לחלק בין מוכר ללוקח פלל דלענין פרקמטיא העומדות למפור פקונה פמוכר הם שנים דלא מהני גילוי דעת המוכר אדעתא למיסק דהא גם בלא"ה היה מוכר שהרי הוא דבר שעומד למפור ואם אנו יודעין שקונה החפץ הוא קונה מחמת איזה סיבה ולולי הסיבה הזאת לא היה קונה אותו מה בין זה למוכר משום דזוזי אנסי' פינן שהקונה אל ישמח רק הסיבה הוא שהכריחתי לקניא זו ועיקר פוננת ר"י לחלק בין ההיא דזבין למיסק דשם מירי בקרקעות דמסתמא חביבים עליה ומחמת אונס הוא מוכר משא"כ פאן ביין שהוא דבר העומד למפור ולקנות אף בלי סיבה מכרחת לא תלינן הקנין בגילוי דעת שלו דתרונייהו בעינן שיהא ידוע לנו שאין עושה המכירה או הקנין דרד משא ומתן דעלמא שמוכרין וקונין בשוון כדי למפור להרויח וגם גילוי דעת שעושה בשביל הסיבה ההיא ואם הדבר מפורסם לכל אף גילוי דעת א"צ וכמ"ש: ועוד נלענ"ד דאפילו תימא שאין זה דעת רשב"ם ור"י מ"מ הרי דעת ר"ח והראב"ד וה"ה פתב שזה נראה דעת האבן מגא"ש ז"ל ושאר פוסקים לא הכריעו בזה א"כ פשיטא דלא מפקינן ממונא מהאי וכמ"ש השער אפרים וגם בנ"ד שאמר שאין רוצה ליתן מעות אחרים רק מזה מבואר

בדעת הרמ"ה שהביא הטור דבכה"ג שפיר מהני חזרתו ואפשר שגם שאר פוסקים מודים לזה וגם ר"י אפשר דמודה בהא ועי' בדרישה מ"ש בזה וצ"ע.

ומחמת נתינת הוועקסיל פשיטא שאין זה מועיל לדעת הרמ"ה פאפשר כתב שארי הגאון נ"י דהא הרמ"ה לאו מטעם מוחזק אתי עלה רק מטעם שזה הוי גילוי דעת טוב ואין להאריה: רק את זה חזיתי מה שצידד הגאון נ"י לאמר דמחמת הוועקסיל לא תשיב מוחזק כיון דדינא דמלכותא שלא לתבוע בוועקסיל לא אף שלא נזכר בו שם המלנה כ"א שיתן לו שארירונג כו' נראה מדבריו שזולת זה היינו מחשבים לבעל הוועקסיל מוחזק וכו' נראה ממה שהוצרך לחתור דגם רבינו יונה מודה ואני לא פאתי לידי מדה זו שלענ"ד אף אם הוא במחלוקת שנויה מ"מ מאין הרגלים להיות בעל הוועקסיל נקרא בשם מוחזק וכי בשביל שלא נזכר בו שם המלנה יהא עדיף משטר בעדים דאמרינן ביה יד בעהש"ט על התחונה ומ"ש הט"ז באה"ע הביאו הב"ש סימן נ"ג וסימן ע"ז דאם נתן אבי האשה ממך"ם תשיב כגבוי שם הוא ענין אחר שאנו רוצין לזכות אבי האשה לפי שמעולם לא באה הנדוניה ליד החתן ובזה שכל מי שיוציאנו הוא מחויב לשלם לו אע"פ שלא נתחייב מעולם אין לה גמר והקנה גדול מזה כו' ועי' שם (ומה שסיים הט"ז שם והוא יחזור על חתנו כמה שנתן הממרי לאחר כו' הוא מגומגם וכוננתו יחזור לגבות ממנו הפעות שקיבל מהאחר בעד הממרי"ם א"כ נקרא מוציא מהחתן עי' שם ולענין זה אמרינן דמחשב כאלו בא לידו שהרי הממרי"ם הוא חוב אמיתי רק שצריף לבא לידו וכיון שלא נזכר בו שם המלנה ורשות בידו ליתנו לאחר ואבי הבת מעיקרא נשתעבד לכל המוציא הוי כבא לידו אבל לחשוב ממך"ם כגבוי לענין ספיקות הנופלין בו או טענות וכיוצא בו נלענ"ד דלא עדיף משטר בעדים ומה ישענו זה שיימסרנו לאחר אם החיוב לראשון אינו ברור ונהרי זה כממך"ם ספק פרוע שגם השני אין יכול לגבות בו קלל.

ומ"מ גם זה אמת שמצד דינא דמלכותא אין מועיל השם הנצלם בוועקסיל וגם מצד התקנה ראיתי בעטרת צבי סי' מ"ח שכתב יש תיקון ארצות מהגאונים הגדולים שאין ראוי שום אדם לקנות ממך"ם בלתי ידיעות החתום מטה וכשהקונה טוען שבידיעתו קנה הוועקסיל מחויב לישבע ע"ז כו' ע"ש וא"כ איך יוכל למכרו לאחר שהרי החתום עומד וצונח דחספא בעלמא הוא: והנה לגודל הנחיצה לא יכולתי לחפש בספרים רק מה שעלה בידי ראשון ראיתי בשו"ת הרשב"ש סי' שפ"ז בשם אביו הרשב"ץ שדן והורה הלכה למעשה בענין סוחרים שבא להם ספינה ממין רקת ובהיותם בנמל קנו הסוחרים פשתן מיהודים אחרים באשראי ואח"כ נאנסה הספינה ולא יכלו לטעון הפשתן ופסק שייחזור הפשתן לבעלים הראשונים משום דהוי אומדנא דמוכח שלא קנו אלא ע"ד לשלוח בספינה זו ע"ש באנרף והגאון הרשב"ש ז"ל הי' נכדו של רבינו יונה ז"ל ובכל מקום מזכיר דבריו ועושה אותם עטרה לראשו ובעובדא זו לא הזכיר דבריו משום דס"ל דעיקר חילוקא בין מוכר ללוקח משום דאפשר דהלוקח לא קפיד וכל דאיכא אומדן דעת דהלוקח קפיד לית לן לפלוגי בין מוכר ללוקח קלל.

וענין בתשו' מהרשד"ם סי' רמ"ז ז"ל ראונו נתפטר עם שמעון לקנות ממנו בתים ידועי' בעד סף ידוע כו' ונתן לו טס של כסף לערבון ונטלו שניהם קנין ובאותו מעמד עבר דרף

שם נפתלי ואמר ראובן לנפתלי הנה לי בידך פמה בגדים וקריזאו"ש משועבדות מזבולן בעד סף ידוע מכל פה צמר שרוצה לקנות ממני יהיה גם בעדי משועבדות לשמעון וזה בעד אותו הסף שהם משועבדים לי ושוב לא נגמר מכירת הצמר באופן שלא נשתעבדו לא לראובן ולא לשמעון ומאז ואילך נפרדו ראובן ושמעון כ"א לזרפו פנה בפפרים מחמת הנגף כו' ועתה חזר בו ראובן כו' תשובה כו' עוד מטעם אחר נראה בעיני דאין פאן מקח פלל שהרי כתב שעבר שם נפתלי ואמר ראובן לנפתלי כו' ונמצא שלא היה לאותו נפתלי מעות כו' א"כ אית לן למימר שלא הי' קונה ראובן אלא אדעתא שהיה לו אותם המעות מוכנ' ומזומנת לפרעון וכיון שנתגלה שלא הי' אצל נפתלי מעות לית פאן זבויני פמו מאן דזבין אדעתא למיסק לא"י ולא סליק ועדיף נ"ד וכיוצא בזה לאיפוד אמרי' בגמרא זבין ולא אצטריכו ליה זויני כו' בהא סלקינא ובהא נחתינא דזבויני אין פאן פלל וכיון דאין פאן זבויני הדר חפצא ר"ל הטס למרי' כו' עכ"ל: ודבר ברור הוא שלא נעלם ממהרשד"ם דברי רבינו יונה לחלק בין מוכר ללוקח ואיהו גופא הזכיר דברי הטור, בשם רבינו יונה שם בתשובה סי' רפ"ט ואפ"ה לא חש ליה למלתא וכתב פאן בפשיטות דהדרי זבויני משום דעיקרא דמלתא בקפידא תליא מלתא וכל דאמדינו דעתה דקפיד עלה דמלתא אין חילוק בין מוכר ללוקח פלל והרואה יראה פמה מעלות טובות בנ"ד שאמר בפירוש שמקפיד על דבר זה שהפרעון יהיה ממעות שיקבל מהליווראנט ועוד פמה אמתלאות דודאי הדרי זבויני וידוע פמה נפיש חילא דהאי אילנא רברבא מהרשד"ם ז"ל וגודל פחו בהוראות ולהוציא דין אמת לאמתו והש"ף ז"ל בסי' ר"ז שם רמז לתשובה זו ע"ש סוף ס"ק ד' ולהיות כי מוכ"ז נחויז לזרפו ואץ עלי לאמר פלה מעשיה אני צריה לקצר וסוף דבר הפל נשמע כי יפה דן ויפה הורה שארי הגאון נ"י שהמקח חוזר הנלענ"ד פתבתי דברי זעירא מן חב"י: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה לא מאיר נתיבים.

תיזל אמרתו פטל וכרביבים. עריבים לאונן ברורי' ואהובים.,

ה"ה פבוד אהו' חתן גיסי הרב המאה"ג החרף ובקי מוהר"ר מאיר נ"י: אחד"ש דבריו העריבים עלי קבלתי. ופניתי לראות במ"ש להקשות בהא דכ' האו"ח סי' כ"ה לתרץ קושית הגאון מוה"ר חיים יונה על התו' דס"ל דהיקא דקם דינא ע"פ דבורו מתחייב לשלם אף למאן דלא דאין דינא דגרמי דתיקשי ממוחל שט"ח ובאו"ת מתרץ שהטעם משום (שני שעבדים כו' וכשמוחל שעבוד הגוף בשלו הוא עושה רק דממילא פקע שעבוד נכסים ולפ"ז כשמוחל שעבוד הגוף בשלו הוא עושה וההיזק דלחבריה ממילא קאתי וגרמי הוא וע"ז הקשה כ"ת ממנסה לרב ולמאי דאמרינו אין אדם אוסר דמוקמינו באית ליה שותפות בגונו' וה"נ נימא פיון דהוא אינו אוסר רק שלו ושל חברו נאסר מאליו א"כ אין פאן רק גרמי ורב לית ליה דד"ג דהא בב"ק מוקי דוקא פשנשא ונתן ביד וא"ל משום שלא יהא כ"א הולך כו' שהרי התוס' כתבו דמהך טעמא אין לחייב רק לחשובו פהיזק ניכר והקא אפי' היזק ניכר פטור משום גרמי עכ"ד בקצרה: וכמה תשובות בדבר.

חדא שהדבר פשוט בכל גזלן שמתחייב בהשבה אפי' איתבר ממילא מחויב לשלם דהשבה אין פאן וכאן במנסה אין חיובו על מעשה הנסוה דהא קלב"מ רק מדאגביה

קניא ומתחייב אפי' שיאָרע אונס אח"כ כמ"ש רש"י בכתובות ויהי חיוב מיתה שפוטרו על המעשה הוי בנשרף באונס ומ"מ מתחייב בהשבה על ההגבהה וכיון דמתמת שלא יהא כ"א תשיב פהיזק ניכר וא"י לומר הש"ל כמבואר בתו' שם ממילא דלא איכפת לן אם ההיזק ע"י גרמי אף למאן דלא דאין דינא דגרמי דעיקר החיוב על שעת הגזילה דעל שעת ההיזק בלא"ה אינו חייב דקלב"מ והנה התוס' בגיטין דף נ"ג ע"ב פתבו דאם השומר אתפסין בידו אפ"ה פטור אי תשיב ליה היזק שא"נ פדמוכח הקא והמשנה למלך בפ"ג מהלכות גזילה תמה על דברי התוס' וכ' דהיינו דוקא היכא דלא אמי לידיה בתורת שמיירה וגם לא גזילה אלא שהלה וטימא טהרות חבירו אבל גזלן או שומר שטימא בידים אף שהי' שוגג חייב משום דבעי למעבד השבה מעליא ולכן לא מצי אמרי הש"ל פיון שהוא בי' ע"ש בארן.

(ולענ"ד צ"ע דאם נימא שנתחייב בהשבה מלתא הוא שאם נעשה בו היזק אף שאינו ניכר לא הנה מאין הרגלים לחלק בין בידים לממילא וקצתתי): ובספר שער המלך סוף חלק ב' פתב בכוננת התוספות שרצה לומר דמוכח הקא דאי לאו טעמא שלא יהא כ"א הולך הי' פטור אף שנעשה בידו והתם גפי שור שהמית לא שייך שלא יהא כ"א כו' ע"ש.

(ודרך אגב ראיתי שם בסוף דבריו הביא בשם יש"ש שכתב לו יהא דהוי היזק ניכר כו' דבעל הפרם נמי מפסיד עכ"ל ואגב שיקפא רהיט ליה וסבר שהם דברי היש"ש ובאמת שגם זה מדברי התוס' ע"ש) ונראה שר"ל דהא במתניתין דהמטמא כו' אמרינו גפי מנסף טעמא מדאגביה קניא וה"ה מטמא ומדמע ג"כ אפילו בהגבהה וא"כ ג"כ פבר נעשה גזלן על הדבר ואפ"ה צריך לטעמא שלא יהא כ"א הולך דאל"כ הנה פטור משום היזק שא"נ ונה נראה בכוננת התוס' שם מ"ש דלשמואל פיון דעל שעת ההיזק לא מחייב דקלב"מ על שעת הגבהה לא מחייב דמצי אמר ליה הש"ל ורב ס"ל דמתמת הגבהה חייב אכל מה שיעשה בידים אח"כ אע"ג דאז קלב"מ כו'.

ונראה פנונתם דשמואל ס"ל דאע"ג דמטעם שלא יהא כ"א כו' הו"ל פהיזק ניכר היינו אם הנה מקום לחייבו על גוף ההיזק עצמו אבל בנה שעל ההיזק קלב"מ ואתה פא לחייבו על ההגבהה וע"ז אומר לו הש"ל ורב ס"ל דכיון שעושה בידים שייך שלא יהא כ"א כו' וחסבינו ליה פהיזק ניכר גם לענין זה שלא יוכל לומר על ההגבהה הש"ל כמו בכל היזק ניכר דלא מצי אמר הש"ל ועכ"פ מוכרח דאי לאו שלא יהא כ"א דמחשבו היזק ניכר הוי מצי אמר הש"ל אף שהגבי תחלה ונעשה גזלן עליו ודלא כהמ"ל: אף לפענ"ד יש ליישב דברי המ"ל בנה דהתם שפיר קאמרינו דוקא מטעם שלא יהא כ"א כו' דאל"כ שפיר הוי מצי אמר הש"ל ואע"פ שהיה פאן הגבהה מ"מ הוה הגבהה לא הי' ע"ד לגזול ולהחזיק לעצמו רק לעשות בה היזק והיזק זה הוא היזק שא"נ ולא הנה מתחייב עליו משום מזיק שהרי אומר לו הש"ל על היזק זה וא"כ גם על ההגבהה לא נעשה גזלן המחוייב בהשכ' מעלי' שהרי לא חשב להיות גזלן רק להזיק וההיזק אינו מוציא מרשות בעלים שעדיין שלו לפניו והמ"ל מייירי בגזלן שגזול להחזיק לעצמו דאז משעת גזילה קני' להתחייב השבה מעליא וכל שהזיקו בידים אף פהיזק שא"נ לאו השבה מעליא הוא וכן בהו דשור שנגח שהי' שומר עליו השבה מעליא בעי ולכן גם להמ"ל א"ש הא דהמטמא כו' ומ"ש

התוס' דלרב מחייב אכל מה שיעשה בינדי' אחרי כן היינו מטעם שלא יהא הולך כו' הוי כהניזק ניכר וכמ"ש ועכ"פ בזה שהקשה כ"ת דנימא דהוי גרמי פיון שאינו אוסר רק שלו ושל שותפות נאסר ממילא א"ש כמ"ש דעל הניסוף גופא בלא"ה אין לחייבו דקלב"מ רק על שעת הגבחה וממילא מחייב אח"כ אף כהניזק ע"י גרמי דס"ס פיון דהניזק ניכר הוא א"כ אין פאן הש"ל וליכא השבה דמתחייב בה משעת גזילה ובה לא שייך הך סברא דכתיבנא אליבא דהמ"ל ולומר דכיון שהגבחה הי' ע"מ להזיק בגרמי לא מחייב על ההגבחה דז"א דבשלמא לענין הניזק שא"נ שפיר י"ל דלא מחייב על ההגבחה פיון שאין זה ע"ד להוציא מרשות בעלים שהרי אף אחר ההניזק ברשות בעלים קאי דהא אומר לו הש"ל משא"כ פשנאמר שעשאוהו כהניזק ניכר דשוב עכ"פ א"ל בו הש"ל אחר ההניזק אף שההניזק יהיה ע"י גרמי מ"מ לא עדיף איתבר ממילא או נשרף באונס דמחוייב על שעת ההגבחה וזה ברור ונהנה הך סברא דכתיבנא בדעת המ"ל דכיון שהגבחה אינה על מנת לקנות לעצמו רק להזיק הניזק שא"נ אינו חייב על הגבחה כה גראה מדברי התוס' והרא"ש בריש פ"ק הכונס שכ' בשם הירושלמי בהוציא וליסטים דוקא ע"מ לגנוזלה אבל ע"מ לאבדה פטורין מזה משמע מדאגבין' ע"מ שלא לקנות רק לאבד אינו חייב באונסין אף הש"ף סי' שצ"ו פתב דעל הבהמה עצמה חייבים כמ"ש בס"י שפ"ו גבי זורק מטבע לים הגדול (ושם משמע דאף שהגבחה ע"מ לזרוק למקום שיכול לומר הש"ל אפ"ה חייב ויש לדחות דשאני התם דבעי השבה מעליא ליד בעלים וזה במקום שאין יכול ליטלו משם) ומ"מ בהפישה ונאבדה מסתפק שם דאפשר דאפי' נאבדה פטור ולא ביאר החילוק ונראה דס"ל דבהוצאה בינדים חשבינן ליה כאלו מאבדה מיד וכן בזורק מטבע דמה דשקלי' גורם לזריקה זו שנאבדה ע"י ז' ונהיה עלי' כגזלן מיד ובעי למעבד השבה מעליא משא"כ בהפישה אע"ג דבש"ס מדמינן להוצאה דהפישה הוי כמו משיכ' ע"ש בתו' והרא"ש מ"מ הפשה זו אינה גורמת לאיבוד וצ"ע.

ועיין בפ"י גבי הזורק מטבע ואמנם פן אם נלמוד משם דהגבחה ע"מ לאבד פטור על הגבחה קשה הא דאמר גבי מנסף מדאגבין' קניא דהא הגבחה ע"מ לאבד הוא וא"כ אפי' חשבת ליה כהניזק ניכר יהי' פטור וצ"ל דלא דמי לע"מ לאבד דהכא פיון שרוצה לעבד ע"י בניסוף זה ועושה בו כחפצו כמגבין' ע"מ לקנות חשבינן ליה אלא דלפי"ז אפתי תיקשי למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש דמוקמינן בשותפות ושל חבירו אין נאסר רק משום דמעורב בשלו וא"כ אין לחייבו על ההגבחה שהוא ע"מ לאבדו שיהיה מעורב בשלו האסור אף באמת ז"א דאע"פ שהוא לא יוכל לאסרו מ"מ פיון שלא חלקו קודם הניסוף ומנסכו בסתם דעתיה אפולה ורוצה שיהיה כולו נסוף לע"ז וכמתכונן לקנותו דמי וכיון שעכ"פ נאסר ע"י התערובות הוא מחייב בתשלומין על ההגבחה.

ובה"ש ליישב קושיות התוס' בחולין שהקשו דגם בהך שיטה דלצעורי' נימא דאית ליה שותפות והוכיחו מזה דגם בשותפות אמרי' לצעורי אף דעת הרמב"ם אינו פן ורש"י פתב דה"ה דהו"מ לאוקמי בשותפות ולפמ"ש א"ש דמה בכך שלא פיון לצער בחלק עצמו מ"מ במה שמנסף גם חלק חבירו אמרינן שלא פיון רק לצער (ועיין בתוספות ב"ק גבי הוציא וליסטים שפתבו בתפסו ניזק אף ש"ח לא הוי על חלק הבעלים דשותף אין מתכונן רק להחזיק בשלו ואינו בא להוציא חלק חבירו מרשותו כמו גזלן ע"ש רק דכאן י"ל דמ"מ מתחייב על ההגבחה פיון שלא חלקו מתחלה ויאסר גם חלק חבירו מתמת

התערובות שפיר חשיב כגזלן על חלק חבירו מחמת ההגבהה) וא"כ פינון שאין דעתו לעבוד בו רק לצער שוב לא הוי רק פהגביה ע"מ לאבד ולא קניא לאונסין א"כ הדק"ל למה חייב במזיד דנימא קלב"מ וא"ל מדאגבין דהא על ההגבהה פטור ולכך הוצרך לאוקמיה בישראל מומר משא"כ לעיל שפיר משני בשותפות דכיון שדעתו לעבוד בכלו שפיר חייב על ההגבהה ועיין בקצה"ח סימן שנ"ט שכתב דבגונב ע"מ למיקט אינו חייב על ההגבהה ע"ש ומדברי התוספות אלו אין נראה כן דא"כ לא הוי מקשו מידי דהא לא מצי לאוקמיה בשותפות פינון די"ל בחלק חבירו לצעורי' לא נתחייב על ההגבהה ותיקשי קלב"מ וכמ"ש: ולפ"מ"ש יש מקום אתי ליישב לשון הרמב"ם פ"ז מהלכות חובל שכתב המנסף יין של חבירו לא נאסר שאין ישראל אוסר דשא"ש ואם הנה לו שותפות או ישראל מומר כו' והנה פתח דאין אדם אוסר דשא"ש וסיים דישראל מומר אוסר וזה מורה דשפיר יכול לאסור דשא"ש אלא דישראל אין אוסר משום לצעורי' מכונן והראב"ד שם פתב א"א לצעורי' קמכוון ונראה פוונתו להשיג על הרמב"ם דלא הו"ל למנקט בהאי לישנא דאין אדם אוסר ולפי מ"ש י"ל דהנה דעת רש"י שם שכתב לא מיבעיא הגביהה והרביצה משמע דהגבהה מועלת לענין שיאסור אח"כ והתוספות הקשו עליו דא"כ מאי פריה למ"ד אין אדם אוסר ממנסף דהא מנסף מדאגביה קניה: אף י"ל דכבר פתבתי דהגבהה שלא ע"מ לקנותו אפילו הגביה ע"מ לצער אינו מתחייב עליו ועכ"פ בעינן שיהיה מגביה ע"מ להזיק וכו' נראה מדברי רש"י שכתב מגביה ע"מ לאסרה וא"כ למ"ד אין אדם אוסר פריה שפיר דא"ל דאוסר מחמת ההגבהה ז"א דדוקא אם ההגבהה קונה לו לאונסין משא"כ הגבהה זו לא קניא ליה כלל פינון שאף אם ינסף לא יהיה נאסר ואין כאן הגבהה ע"ד להזיק כלל והא בהא תליא דכל שאינו יכול לאסור אין חייב על ההגבהה וכל שאין חייב אין ההגבהה מועלת לאסור וע"ז משני דאית ליה שותפות ונאסר משום מדמע וממילא שההגבהה היתה ע"מ להזיק ושוב נאסר כולו מחמת הנסוף עצמו לשיטת רש"י וא"ש מה שהקשה התוספות דהיינו מדמע ולפ"מ"ש ז"א דמדמע אפשר למכרו חוץ מדמי איסור משא"כ בנה שאסור כולו מחמת הנסוף עצמו ולפי י"ל דהרמב"ם סובר דבאמת אין אדם אוסר דשא"ש אלא דמחמת ההגבהה יכול לאסור כשיטת רש"י אף דוקא היכא שהגבהה ע"מ להזיק ובישראל ואין שותפות שא"ל לאסור אין הגבהה מועלת רק בישראל מומר שעכ"פ אוסר בנגיעה (ועיין בפ"י בגיטין) או בשותפות שנאסר מחמת התערובות שוב שפיר יכול לאסור דע"י הגבהה קניה ליה ואוסר אף שאינו שלו אלא שלפ"ז צריך לבאר דבריו בהלכות שחיטה ששם פתב טעמא דלצעורי' ולפי שאין כאן מקומו קצרותי: ולפי מ"ש מתנישב ג"כ קושית כ"ת דבאית ליה שותפות אינו רק גרמי ולפי מ"ש לק"מ דלפום מה דמשני דאית ליה שותפות נאסר היין כולו מחמת ההגבהה אף כ"ת קאי בשיטת התוספות והתוספות באמת מפרשים דהטעם משום מדמע אף מ"מ א"ש כמ"ש"ל דעיקר החיוב מחמת ההגבהה ואף שהגביה ע"מ להזיק בגרמי לאו השבה הוא ומכ"ש דא"ש דהתוספות לשיטתם בגיטין דף מ"ח דאי אמרינן אין ברירה י"ל שחלק של זה נחלף והגיע ליד זה כולו או מקצתו א"כ על טיפה וטיפה אמרינן דשמא טיפה זו היתה ראויה להיות בחלקו ונאסרה והברירה דאח"כ לא מהני ליה לגלוי למפרע וא"כ בשעת הנסוף הנה חל האיסור על כל טיפה ותו לא פקע א"כ א"צ לזה דד"ג כלל ומ"ש התוספות דהיינו מדמע י"ל דמ"מ לענין חיוב התשלומין אינו אלא לפי שאין בידינו

לְבַרר חֲלָקוֹ וְזֶהוּ חַיִּיב מִדְּמַע: וּמ"ש קִצַּת מְחַבְּרִים לְדַמּוֹת הֵךְ דְּאִית לִיה שְׁוֹתְפוֹת לַמ"ש
הַר"ן בְּשׁוֹתְפִין שְׁנָדְרוּ שְׁלֹאֲחַר חֲלֻקָּה אֵין אֲסוּרִים מִשּׁוּם דַּא"ה אָסַר נְכִסֵּי חֲבִירוֹ עָלָיו
וְאֵינוֹ בְּדִין כְּבָר כְּתַבְתִּי בְּתִשׁוּבָה חֲלָק א"ח שְׁאֵין דְּמִיּוֹנָם עוֹלָה יָפָה וְדַבְרֵי הַר"ן לֹא נֶאֱמְרוּ
אֶלָּא בְּמִנְדָּר שְׁעֵיקָר הָאִסוּר הוּא לְפִי שֶׁהוּא שֶׁל חֲבִירוֹ וְהוּא אָסַר עֲצָמוֹ לְהַנּוֹת מִמֶּנּוּ
מִשָּׂא"כ הֵיכָא שֶׁהוּא אִסוּר מִצַּד עֲצָמוֹ עִי' שָׁם: וְאִמְנָם מַה שֶׁהַחֲלִיט כ"ת דְּרַב לִית לִיה
דְּד"ג מֵהֵךְ דַּב"ק אֵין כּוֹן דַּעַת הַרִי"ף וְהַפּוֹסְקִים שָׁם מְסוּנְגִיא דְּשָׁקוּל הַדַּעַת ע"ש וְע"ש
שְׁזָה דַּעַת חַד מְרַבְּנוֹתָא וְקִצְרֵתִי: וְאִמְנָם בַּמ"ש הַאו"ח לְתַרְזֵן קוֹנְשִׁית הַגָּאוֹן רַח"י וְ"ל
דְּמוֹחַל טַעְמָא מִשּׁוּם דְּעוֹשֶׂה בְּשִׁלּוֹ שְׁמוֹחַל שְׁעֵבוֹד הַגּוֹף צ"ע לַעֲנַ"ד שְׁהַרִי הַרִיטְב"א
בְּקִידוּשֵׁין הֵבִיאוּ הַש"ף ס"ק קי"ח כְּתַב הַטַּעַם בְּגַר שְׁמַכְר שְׁטַר חוֹב וּמַת אַע"ג דְּפַקַּע
שְׁעֵבוֹד גּוֹבָה הַלּוֹקֵחַ דְּנַעֲשֶׂה כְּאוֹמֵר מְשַׁתְּעַבְדָּנָא לָךְ וְלְכָל מֵאֵן דְּאֲתִי מִחֲמַתָּךְ כָּל זְמַן שְׁלֹא
תִּמְחַוֵּל לִי וְהֵינּוּ נְמִי טַעְמָא דְּגוֹבָה מְנַכְסֵי הַיּוֹרֵשׁ אַע"ג דְּלִיתָא לְשְׁעֵבוֹד הַגּוֹף דְּלֹנָה עִי'
שָׁם וְלִפִּי זֶה בְּמַכִּירָה זֶה שְׁמַכְר לְאַחַר וְהָאֲחַר הוּא אֲתִי מִחֲמַתָּה יֵשׁ לוֹ ג"כ שְׁעֵבוֹד הַגּוֹף
דַּע"ז נְשַׁתְּעַבְדַּד הַלֵּנָה אֶלָּא דְּהֵךְ שְׁעֵבוֹד הַגּוֹף שֶׁל הַלֵּנָה הוּא פְּאִילוֹ הַתְּנָה שְׁרִשׁוֹת בְּיָדוֹ
לְקַלְקַל שְׁעֵבוֹד הַגּוֹף שֶׁל הָאֲחַר כְּשִׁירְצָה לְמַחְוֵל וְנִמְצָא דְּבַמְחִילָה זֶה הוּא חוֹזֵר לִיקַח הַפֶּתַח
שֶׁל שְׁעֵבוֹד הַגּוֹף שְׁמַסַּר לְזֶה הַלּוֹקֵחַ לְעַצְמוֹ וּמוֹחְלוֹ וְעַל זֶה יֵשׁ לְחִיבּוֹ פְּאִילוֹ עֲבִיד מַעֲשֶׂה
בְּשִׁלּוֹ חֲבִירוֹ שְׁהִיָּה לוֹ שְׁעֵבוֹד הַגּוֹף וְנַכְסִים וְזֶה חוֹזֵר וְלוֹקֵחַ מִמֶּנּוּ שְׁעֵבוֹד הַגּוֹף וּמוֹחְלוֹ
וּבְדַבּוּרָא קַעְבִּיד מַעֲשֶׂה וְנְדָמִי לְזִכְּהָ אֶת הַחֵיִב דַּע"י אֲמִירְתּוֹ פְּטוּר אֲתָה מִפְּקִיעַ מְמוֹנוֹ
שֶׁל זֶה וּמ"מ דַּעַת בַּע"ת שֶׁהֵבִיא בְּשׁו"ע שָׁם דְּבַגְר בְּאַמַּת פִּקַּע שְׁעֵבוֹדָא וּמִשְׁמַע דְּכָל
שְׁעֵבוֹד הַגּוֹף נִשְׂאָר אֶצְלוֹ אַף אַחַר הַמַּכִּירָה וְאַף עַל פִּי כּוֹן צ"ע דְּנִרְאָה דְּכִמּוֹ שְׁאֵינוֹ יְכוֹל
לְמַפְנוֹר שְׁעֵבוֹד הַגּוֹף כִּף אֵינוֹ יְכוֹל לְמוֹחְלוֹ בְּדַבּוּר בְּעֵלְמָא כְּדַמְשַׁמַּע בְּקִידוּשֵׁין דְּף ט"ו
גַּבִּי ע"ע דְּקֶאֱמַר לִימָא לִיה בְּאַפִּיָּה תְרִי זִיל וְעִי' בְּרִיטְב"א שָׁם וְצ"ל דְּמַחֲלִיל חוֹב שְׁאֵנִי
דְּהוּהָ כְּפִרְעוֹן וְכְּאוֹמֵר לוֹ הַרִינִי פְּאִילוֹ הַתְּקַבְּלֵתִי וְכִינּוֹן שְׁפִטוּרוֹ שֶׁל הַלֵּנָה לְפִי שְׁאֵנִי
חוֹשְׁבִין פְּאִילוֹ קִיבֵל הַמְּלִנָּה הַמְּמוֹן א"כ הַרִי זֶה פְּאִילוֹ קִיבֵל לִידוֹ שְׁעֵבוֹדוֹ שֶׁל לֹנָה וְכִינּוֹן
שְׁהַדִּיבּוּר הַזֶּה כְּמַעֲשֶׂה רְאוּי שְׁיִתְחַיֵּיב: אַף לַעֲנַ"ד י"ל בְּשִׁיטַת הַתּוֹסְפוֹת דְּשִׁפִּיר חֲשָׁבִי
מוֹחַל לְגַרְמִי וְאֵין לְתַת עָלָיו שָׁם מַזִּיק דְּדִין מַזִּיק אֵינוֹ אֶלָּא דְּבַר שְׁאֵין רִשְׁאֵי לַעֲשׂוֹת
שְׁהַרִי אֲסוּר לְכָל אֲדָם לְהַזִּיק לְחֲבִירוֹ בְּגוֹף אוֹ בְּמְמוֹן וְאֵם רוּצָה לַעֲשׂוֹת הַזִּיק לְחֲבִירוֹ
הַב"ד וְכָל אֲדָם מְחַוְּיָבִים לַעֲכַב עָלָיו שְׁלֹא יַעֲשֶׂה כְּגוֹן זֶה אִם הוּא עוֹבֵר וְעוֹשֶׂה מְחַוְּיָב
לְשַׁלֵּם מִדִּין אֲדָם הַמַּזִּיק וְזֶה עֲנִין כָּל נֹזְקֵי אֲדָם שְׁחַוְּיָבִים בְּהֵם אֲבָל הַמוֹחַל חוֹב לְחֲבִירוֹ
שְׁזָה הַזְּכוּת נִשְׂאָר בְּיָדוֹ מִשְׁעַת מַכִּירָה שֶׁהוּא רִשְׁאֵי לְמַחְוֵל וְאֵין מְעַכְבִּין עַל יָדוֹ אֵין לְתַת
עָלָיו דִּין מַזִּיק מִמֶּשׁ רַק לְפִי שַׁע"י עֲשִׂיתוּ גְרַם הַזִּיק לְחֲבִירוֹ שְׁסַמָּה עָלָיו וְהִיָּה סְבוּר
שְׁכִינּוֹן שְׁמַכְר לוֹ לֹא יַעֲשֶׂה כְּזֹאת וְשָׁבִיק לְדִידָהּ וּמַחֲלִיל וְלִכּוֹן אֵין לְחִיבּוֹ רַק מִדִּינֵי דְּגַרְמִי
לְבַד אֲבָל דִּין מַזִּיק אֵין כְּאֵן כִּינּוֹן דְּדִינָא הוּא דְּמַצִּי מִפְּקִיעַ שְׁעֵבוֹדוֹ שֶׁל זֶה כְּשִׁירְצָה אֵינוֹ
קְרוּי מַזִּיק שְׁפָל שְׁרִשְׁאֵי לַעֲשׂוֹת כְּעוֹשֶׂה בְּשִׁלּוֹ מִיקְרֵי וּמַכ"ש דַּא"ש לַדַּעַת הַתּוֹסְפוֹת
וְדַעֲיָמָה שַׁא"צ לְשַׁלֵּם רַק הַדְּמִים שְׁקִיבֵל מִשּׁוּם דְּכִינּוֹן שְׁמַעֲיָקְרָא נִשְׂאָר זְכוּת זֶה בְּיָדוֹ
לְמַחְוֵל רַק דְּהוּי פְּאִילוֹ קִיבֵל עָלָיו שְׁאֵם יְמַחְוֵל וְיִגְרוֹם לוֹ הַזִּיק יְשָׁלִים לוֹ הַזִּיקוֹ בְּדַמִּים
שְׁקִיבֵל סְגִי וּמַה"ט נְמִי אֵין לְתַת עָלָיו דִּין מַזִּיק מְמוֹן חֲבִירוֹ כִּינּוֹן דְּהַמְחִילָה עֲצָמָה בְּרִשׁוֹת
קַעְבִּיד כִּף נַלְעַנַ"ד: וְדַאֲנָן בְּיָה רְאִיתִי וְנִזְפְּרֵתִי מַה שְׁבָרְגַע נִרְאָה לִי בְּסַפֵּר אַבְנֵי מִילּוּאִים

על אה"ע שְׁנֵדֶפֶס מִחֲדָשׁ מֵהַגָּאוֹן בְּעַל קִצֵּה"ח ז"ל פָּתַח בְּסִי' ק"ח עַל דְּבָרֵי הַב"ש שֶׁפָּתַח שָׂאָף שְׁצָרִיכָה לְהַחֲזִיר הַדְּמִים אַחֵר יֵאוּשׁ וּש"ר מִמִּילָא גַם הוּא צָרִיף לְהַחֲזִיר לָהּ מִשׁוּם תִּקְוָה"ש כּו' וּמְקוֹדְשֵׁת וְעַל זֶה פָּתַח דְּלִפְמִ"ש הָרֵא"ש לְעֵנֵן מְקוֹדֵשׁ בִּשְׁט"ח דְּאֵינָה מְקוֹדְשֵׁת מִשׁוּם דְּלֹא סְמִכָּה דְּעֵתָה דְּלִמָּא מְחַל וּמִשׁוּם דְּד"ג א"צ לְשַׁלֵּם רַק הַדְּמִים שְׁנֵתָן וּבְקִידוּשֵׁין בְּפִרוּטָה סְגִי וְלֹא סְמִכָּה דְּעֵתָה וְאֵינָה מְקוֹדְשֵׁת וּלְפִי זֶה פִּינּוֹן דְּקִי"ל דְּמִשׁוּם תִּקְוָה"ש אֵין צָרִיף לְהַחֲזִיר רַק הַדְּמִים שְׁנֵתָן וּבְקִידוּשֵׁין דְּאֵינָה רַק פְּרוּטָה אֵין צָרִיף לְהַחֲזִיר רַק פְּרוּטָה וְהִיא צָרִיכָה לְהַחֲזִיר כָּל שְׁיוּיֵי הַחֲפֵץ אִם פֶּן אֵינָה מְקוֹדְשֵׁת וּלְדִידֵי חֲזִי לִי שְׁדִבְרֵי הַב"ש נְכוּנִים וּבְרוּרִים פִּי מ"ש לְדַמּוֹת לְהֵיחֵא דְּהָרֵא"ש בַּמַּחֲכ"ת אֵין הַדְּמִיוֹן עוֹלָה יְפָה דְּהֵתָם שְׁפִיר קָאָמַר הָרֵא"ש דְּלֹא סְמִכָּה דְּעֵתָה שְׁמָא מְחַל וְאִם תִּתְבַּעְנוּ לְשַׁלֵּם מִשׁוּם דְּד"ג לֹא יִצְטָרֵף לְתַת לָהּ רַק פְּרוּטָה שְׁיֻכַּל לֹאמַר שֶׁבְּפִרוּטָה הֵייתִי יְכוֹל לְקַדֵּשׁ אוֹתָהּ מֵה תֵאמַר סְבוּרָה הֵייתִי לְהַתְקַדֵּשׁ בְּכָל דְּמֵי הַשְׁט"ח וְהוּא קִידוּשֵׁי טְעוֹת בְּשִׁבִיל זֶה אֵין מְחֻיָּב לִישׁוֹן יוֹתֵר וְיְכוֹל לֹאמַר מָה אֶפְסִידְתָּהּ בְּאַמְתָּ בְּטָלוּ הַקִּידוּשֵׁין מִשָּׂא"כ בְּהֵיחֵא דְּהַב"ש שְׁמָא אָנוּ מְחֻיָּבִין אוֹתוֹ לְשַׁלֵּם לָהּ דְּמֵי הַחֲפֵץ מִשׁוּם תִּקְוָה"ש ע"כ שְׁפָרְ אָנוּ אוֹמְרִים דְּגַם בְּקִידוּשֵׁין יֵשׁ תִּקְוָה"ש שְׁמָא לֹא יִפְסְקוּ הַב"ד שְׁיֵהֵא הַנְּגַזֵּל מְחֻיָּב לִישׁוֹן לְהֵאשְׁהָה הַמְתַקְדְּשֵׁת בְּחֲפֵץ גְּזוּל הַדְּמִים לֹא תִרְצֶה שׁוּם אִשָּׁה לְהַתְקַדֵּשׁ בְּחֲפֵץ שְׁתֵּהֵי חוֹשֶׁשֶׁת שְׁמָא גְנוּב הוּא אִתּוֹ וְע"כ שְׁאָנוּ רוֹצִים בְּקִיּוּם הַקִּידוּשֵׁין וְאֵין אָנוּ חֲפִיצִים בְּבִיטוּלִים וְאִם פֶּן פִּינּוֹן שְׁיֻכּוֹלָה הִיא לֹאמַר שְׁדַעְתָּה עַל כָּל דְּמֵי שְׁיוּיֵי שֶׁל הַחֲפֵץ דְּנֻקָּא וְאִם לֹא יִשָּׂאָר בִּידָה סֶף פְּזָה לֹא יִחִילוּ הַקִּידוּשֵׁין בַּע"כ שְׁגַם זֶה בְּכֻלָּל תִּקְוָה"ש הוּא שֶׁהַנְּגַזֵּל יִתְחַיֵּיב לְשַׁלֵּם לָהּ כָּל דְּמֵי הַחֲפֵץ מֵה תֵאמַר לֹא יִתֵּן וְלֹא תִתְקַדֵּשׁ אִם פֶּן הָרֵי בְּטַלְתָּ תִקְנַת הַשׁוּק שְׁהָרֵי הָאִשָּׁה לֹא סְמִכָּה דְּעֵתָה פִּי אִם בְּכָל שְׁיוּיֵי הַחֲפֵץ וּבְפִחוֹת מְזָה לֹא תִתְקַדֵּשׁ וְלָכֵן שְׁפִיר פָּתַח הַב"ש דְּכִינּוֹן שְׁעֲשׂוּ תִקְוָה"ש בְּקִידוּשֵׁין מְחֻיָּב הוּא לְתַת לָהּ כָּל דְּמֵי שְׁיוּיֵי הַחֲפֵץ שְׁלֹא יִפְקְעוּ הַקִּידוּשֵׁין דֹּא"כ לֹא הוֹעִילוּ בַתִּקְוָה"ש כָּלָל וְזֶה בְּרוּר לְפַעַנ"ד וְהוֹאִיל וְיִדְעָנָא בִּיהַ דְּחִבִּיבִים עָלֵיו שְׁמַעְתָּתִי בְּאִתִּי קִצַּת בְּאַרְנוֹפָה אִף שְׁאֲנִי מְנַקֵּה בְּחִבִּילוֹת תְּשׁוּבוֹת דְּנִצְרָכִים לְמְקוּמָם וּשְׁעַתָּם וְה' יְרִים שִׂאוּ לְמַעְלָה וְיִכְנֻנוּ עוֹלָם סְלָה דְּבָרֵי בַד"ז זַעֲרָא מִן חֲבֵרֵי יֵאָהֵב אֶפְרַיִם וְלָמֵן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד שְׁאֵלָה לֵב קִנְיָן חֲדָשׁ מְלֵא יִשׁוֹן.

פְּגוּר אַרְיָה זִנְק מִן הַבְּשָׁן. ה' יִנְצְרָהוּ כְּאִישׁוֹן ה"ה כְּבוֹד אֱהוּב' ש"ב הַרְבֵּי הַמְּוֹפֵל' הַחֲרִיף וְשִׁנוֹן הָאֲבָרָה כַּש"ת מוֹהַר"ר אֶהֱרֹן נ"י לְנִצְחָה: שְׁאֵלְתוֹ שְׁאֵלְתוֹ חֲכָם הַגִּיעֵנִי בְּשָׁבוֹעַ הָעֶבֶר בַּעַת סְמִכּוֹנֵי בְּאִשִּׁישׁוֹת בְּרַפְיוֹן יָדִים וְתִשְׁיִשׁוֹת מְטַרְדַּת חֲרָדַת יָלֵד שְׁעֲשׂוּעִים הוֹכַח בְּמַכְאוֹב וְקִטְוֹנָתִי מִפֶּל הַחֲסָדִים אֲשֶׁר הִפְלִיא הַמְּפִלִיא לְעֲשׂוֹת עֲמָדֵי פֶה יִתֵּן וְכֵה יוֹסִיף וְאֶפְתִּי לֹא צִילָא דְּעַתָּא.

אוּלָם לְכַבּוּדָה וְאֶהְבְּתָה לֹא רְצִיתִי לְהַחֲמִיץ הַדִּין עוֹד יוֹתֵר וְאֲנִכִּי פְּנִיתִי יוֹם אֶתְמוּל לְעִי בְּהַ לְעִיקְרָא דְּדִינָא וְכָל יִשְׁעֵי וְחֲפִצֵי לְהַעֲמִיד הַדִּין עַל מְכוּנוֹ. וְלָכֵן אֵל יִרַע בְּעֵינֶיךָ אִם לֹא בְּאִתִּי בְּאַרְנוֹפָה לְחֲדָשׁ בְּהַ דְּבַר דְּרָהּ פֶּלְפוּל כִּי מִטְעַם הָאֲמוּר לֹא נִתְתִי עֵינֵי בְּסִפְרִים וְשׁו"ת כ"א מֵה שְׁנֵרָאָה.

לְפַעַנ"ד עַל פִּי שִׁיטַת הַש"ס וְהַש"ע הִנֵּה עַל אוֹדוֹת הַחֲדָרִים שְׁהֵם כְּבִית הַמְּוֹשְׁפָרִים לְמוֹכְרֵי קִמַח גַּלְעָד דְּלֹא מְבַעֲיָא בְּנ"ד שְׁפִירָשׁ וְאָמַר עִם כָּל הַחֲדָרִים דְּנֻדָּי נִקְנָה עִם הַחֲדָרִים שְׁאֵינָם צָרִיכִין לְתַשְׁמִישׁ אִף שְׁאֵינָם דוֹמִין לְתַשְׁמִישׁ הַבֵּית דְּכָל רַבּוּנֵי הוּא וְרַבּוּ

כָּל מִיָּלִי שָׁשׁם חֶדֶר עָלָיו דְּהָרִי בְּכָל לַיְשָׁנָא יִתְרָה אֲמַרִּינּוּ דְלִטְפוּיִי אֲתִי וּמַכ"ש בְּזָה שְׁהוֹסִיף תִּיבַת כָּל וְכַדְמַחְלִינּוּ בְּבָבָא בְּתָרָא דָּף קַנ"א בֵּין הֵיכָא דְאָמַר מְטַלְטְלִי לְפִלְגְנָא וּבֵין הֵיכָא דְאָמַר כָּל מְטַלְטְלִי וּכ"כ הֶרְשֵׁב"ם בְּדָף ס"ב לְחֶלֶק בֵּין הֵיכָא שְׁאָמַר כָּל נְכֹסֵי כּוֹלֵל אַף מְטַלְטְלִין וְאָף עַל גַּב דְּהִתּוֹסְפוֹת שָׁם לֹא נִיחָא לְהוּ בְּחִילוּק זֶה הֵינּוּ מְשׁוּם דְאֵינְהוּ ס"ל דְאָף בְּאוּמַר כָּל נְכֹסֵי לְבַד כּוֹלֵל גַּם מְטַלְטְלִין מְדָלָא מְחֻלְקִין הֵתָם הֵכִי לְגַבֵּי אוּמַר כָּל נְכֹסֵי: וְעֵינָן בְּחִידוּשֵׁי הֶרְמֵב"ן וְהָרָא"ש בְּזָה אָבֵל מ"מ פְּשִׁיטָא דְהִתּוֹסְפוֹת מוֹדוּ דְכָל רְבוּיָא הוּא וּא"ל דְלֹא אֲתִי לְרְבוּיָי רַק אוֹתָן הַחֲדָרִים שְׁתַּשְׁמִישָׁן כְּתַשְׁמִישׁ הַבַּיִת דּוּז"א דְאָף אִם לֹא הָיָה אוּמַר כָּלֵל רַק עִם הַחֲדָרִים סָתָם הָיָה הַדִּין כּוֹן דְאָף עַל גַּב דְלֹא מִיְשְׁתַּמְעֵי מְהָא רַק תִּרְתִּי וְכַדְאֲמַרִּינּוּ גַבֵּי אַרְעֵתָא מִיעוּט אַרְעֵתָא שְׁתִּים מ"מ לְפִי מַה שְׁבָא בְּדַבְרֵיהּ אֵין בְּבִית הָזֶה יוֹתֵר מִשְׁנֵי חֲדָרִים שְׁמַשְׁתַּמְשִׁים בְּתַשְׁמִישׁ הַבַּיִת א"כ ע"כ מַה שְׁאָמַר כָּל הַחֲדָרִים כּוֹלֵל הַכָּל אַף אוֹתָן שְׁאֵין תַּשְׁמִישָׁן כְּתַשְׁמִישׁ הַבַּיִת דְגַם הֵנָּה חֲדָרִים מִיְקָרִי אֵלָא אֲפִילוּ אִי לֹא אָמַר כָּל נִלְע"ד דְגַם חֲדָרִים אֵילוּ בְּכָלֵל לְפִי מַה שְׁשָׁנִינוּ בְּש"ס בְּמוֹכַר אֶת הַבַּיִת לֹא מְכַר הִיצִיעַ וְלֹא אֶת הַחֶדֶר שְׁלֹפְנִים הֵימְנוּ וּפִי הֶרְשֵׁב"ם טַעְמוֹ מְשׁוּם דְאֵין תַּשְׁמִישָׁן כְּשֶׁל בַּיִת מְשׁוּם דְאֵינוּ עֲשׂוּי רַק לְהַצְנִיעַ שָׁם חֲפִיצָיו וְלִשְׁמֹר כְּעֵין תִּיבָה כּוֹן הַלְפָּה אֵינוּ בְּכָלֵל בַּיִת עַכ"ל וּכ"כ אַח"כ בְּד"ה חֶדֶר מְבַעֲיָא וְכּוֹן מְבַנְיָא שָׁם מְדַבְרֵי הַתּוֹס' ד"ה לֹא צָרִיכָא שְׁכ' דְחֶדֶר תַּשְׁמִישׁ אַחֲרֵינָא הוּא וְכּוֹן מְבַנְיָא מְדַבְרֵי הַנ"י דְחֶדֶר לֹא הָוִי תַשְׁמִישׁ בַּיִת אַף כְּבִדְקָא חֲלִילָא מְשׁוּם שְׁאֵינוּ אֵלָא לְהַנִּיחַ שָׁם מְמוֹנֵוּ מְזַמֵּן לְזַמֵּן וְגַם כּכ"מ הֵבִיא דְבָרֵי הֶרְשֵׁב"ם עַל הֶרְמֵב"ם וְכּוֹן בְּב"י וּבְב"ח ע"י שָׁם מְכָל אֵלוּ אֲנוּ לְמִידֵן שְׁתִּיבַת חֶדֶר פְּתוּרֵנוּ עַל מַה שְׁאֵין תַּשְׁמִישׁוֹ כְּשֶׁל בַּיִת.

וּלְפִי"ז בְּנ"ד שְׁמַקְנָה הַחֲדָרִים יֵשׁ בְּלִשׁוֹן הָזֶה גַּם הַחֲדָרִים שְׁאֵין תַּשְׁמִישָׁן דּוּמָה כְּשֶׁל בַּיִת וְלֹא עוֹד אֵלָא שְׁנֵרָאָה מְדַבְרֵי הֶרְשֵׁב"ם דְאוֹתוֹ שְׁתַּשְׁמִישׁוֹ שְׁנָה לְבַיִת וּפְתוּחַ לוֹ בְּלֹא"ה הוּא מְכוּר בְּכָלֵל בַּיִת סָתָם וְדוּקָא יָצִיעַ לֹא מְזַדְבְּנָא אַף לְמ"ד אַפְתָּא מְשׁוּם שְׁהוּא בְּנִין גְּמוּף חוּצָה לוֹ מְצִידוֹ אוּ מְאֲחָרֵיו וְאֵע"פ שֵׁישׁ לְדַחוּת וְלוּמַר דְּהֶרְשֵׁב"ם הֵנָּה לְפָרֵשׁ כּוֹן לְפִי מַאי דְמוּקִי לָהּ הַש"ס דְמְצָר לוֹ מְצָרוּ אַבְרָאִי וּבְזָה דוּקָא ס"ל דְאֵי הָוִי תַשְׁמִישׁוֹ שְׁנָה מְזַדְבֵּן ז"א דְהָא גַבֵּי יָצִיעַ אֲמַרִּינּוּ דְלְמ"ד בְּדְקָא חֲלִילָא ס"ל דְאַפְתָּא מְזַדְבְּנָא וּפְרִישׁ הֶרְשֵׁב"ם טַעְמָא כֵּינּוּן שְׁהוּא סָתוּם דְמִי תַשְׁמִישׁוֹ לְתַשְׁמִישׁ הַבַּיִת טְפִי וּפְסַק הֶרִי"ף כְּהָד מ"ד דְאַפְתָּא מְזַדְבְּנָא וְאֵע"ג דַּס"ל לְהֶרִי"ף לְפָרֵשׁ אַפְתָּא הֵינּוּ עֲלֵי פְתוּחָה בְּאַרְנוֹפָה בְּמַעֲזִיבַת הַבַּיִת מ"מ גְּלַמְד מְזָה לְחֶדֶר כַּה"ג שְׁתַּשְׁמִישׁוֹ שְׁנָה שְׁמַזְדְּבֵן בְּכָלֵל בַּיִת וְעוֹד דְּהֶרְשֵׁב"ם גְּרָאָה שְׁלֹא יַחְלֹק עַל הֶרִי"ף בְּפְסַק דְהָד פְּלוּגְתָּא הַלְכְתָּא כְּמָאן וְכּוֹן מְבַנְיָא מְדַבְרֵי הַנ"י וּכ"כ הַב"י וְא"כ לְעַנְיָן הַקְּאֲמַרִּין שְׁאֵצֵל הַשְׁטוּבִין לֹא הִי צָרִיף לְפָרֵשׁ אוֹתָם בְּפ"ע שְׁהֵם בְּכָלֵל הַבַּיִת וְזָה שְׁפִירֵשׁ הַחֲדָרִים הֵינּוּ אַף אוֹתָם שְׁלֹא נְכָלְלוּ בְּכָלֵל הַבַּיִת: וְעוֹד גְּרָאָה דְאֲפִילוּ תִימָא דְלִהְרֵשֵׁב"ם גַּם מִי מְזַדְבֵּן אַף בְּשְׁנָה תַשְׁמִישׁוֹ כ"א בְּמְצָר לוֹ מְצָרֵי אַבְרָאִי אָבֵל בְּלֹא"ה לֹא מְזַדְבֵּן בְּכָלֵל בַּיִת דְמ"מ אֵינוּ דּוּמָה לְבַיִת מְשָׁם מ"מ נִלְע"ד שְׁבִזָּה וְדֵאִי הַחֶדֶר שְׁתַּשְׁמִישׁוֹ שְׁנָה לְבַיִת נָתוּן בְּכָלֵל בַּיִת דְּהָרִי בְּדָף מ"א שְׁנִינוּ שָׁם בְּד"א בְּמוֹכַר אָבֵל בְּנוֹתָן מִתְּנָה נוֹתָן אֶת כּוֹלָהּ וְהָד דֵּינָא פְּשִׁיטָא דְהָא גַּם בְּנוֹתָן מִתְּנָת ש"מ דְהָא טַעְמָא מְשׁוּם דְזָה לֹא הָיָה לוֹ לְפָרֵשׁ וּבְמִתְּנָת ש"מ מְקִלְתָּא דְפְּשִׁיטָא הוּא שְׁלֹא הָיָה לוֹ לְפָרֵשׁ וְכּוֹן מוֹכַח מְהָא דְאֲמַרִּינּוּ הֵתָם הֵהוּא דַּא"ל הָוִי לִי לְפִלְגְנָא בֵּיתָא דְמַחְזִיק כּוֹן וְהוֹעֲפַק דִּין זֶה בְּפוֹסְקִים לְעַנְיָן מִתְּנָת ש"מ וְכּוֹן מוֹכַח בְּכַמָּה דְּוֹכְתִי וְא"כ פְּשִׁיטָא דְהַכָּל בְּכָלֵל וְאֵע"ג

דהב"י הביא בשם הר"ן וה"ה בשם הרשב"א וכן הרמב"ן בשם הר"י הלוי ז"ל וכן הנ"י דיצייע וחדר שאינו ממש בקרקע הבית לא נתן והעתיק רמ"א הדברים בסי' רט"ו מ"מ ביארו טעמם משום דאין בתוך דבר אלא חוץ ממנו והיינו פינו דחדר אינו נכלל בכלל בית שהרי אין תשמישו שנה לו אמרינו שנה שחוצה לו לא נתן לו כ"א הבית לבד שתשמישו שנה לבית נהי דנימא דגבי מְכַר מְצַר לו מְצַרֵי אַבְרָאֵי בְעֵינָן עכ"פ חזינו דהיכא דאיכא אַנְמִדְנָא הוא נמכר בכללו ממילא במתנה אף שלא מְצַר לו מְצַרֵי החיצונים מ"מ פינו דבעינו יחייב ולא הי' לו לפרש הלא נתון בכלל הבית וא"כ לישנא יתירה דקאמר בהדיא החדרים היינו אף אותן שאין תשמישן דומה לבית ומכ"ש שפכר פתבתי דלשון חדרים גופיה פתרונו כן שאינו תשמיש הבית ומכ"ש בזה שאמר כל החדרים שכולל כלם ולא שייר במתנת החדרים פלום: איברא שמ"ש שתיתב חדר פתרונו שאין תשמישו תשמיש הבית לכאורה מדברי הרא"ש לא משמע כן שכתב איכא לאיסתפוקי אי בעינו בחדר נמי ד"א כו' משמע דוקא בור ודוה דתשמישו חלוק לגמרי מתשמיש הבית הוא דלא בעינו ד"א אבל חדר שתשמישו שנה לתשמיש הבית אינו נבדל מן הבית אם לא שיהא לו ד"א עכ"ל מבואר מזה דס"ל דלא פרשב"ם אלא ס"ל דחדר שתשמישו שנה לתשמיש הבית ואפ"ה אינו נמכר בכלל הבית ונראה מדבריו דטעמא דיצייע וחדר שאינו מכור בכלל הבית לאו משום שהוא חוצה לו אלא משום שהוא מידי בפ"ע ולא בטל אגב בית והלכך אין חלוק בין תשמישו שנה או לאו וכ"כ ד"ז בס' ת"ח: ואמנם נראה שנה דווקא לענין מְכַר שהי' לו לפרש הך דתשיבא שהוא נכלל במכירתו ולא פירוש אינו מכור אבל גבי נותן מתנה שלא הי' לפרש ואפילו מילתא באנפ"י נפשיה כגון בור ודוה וגת ושוכה אמרינו דבעינו יפה נותן ונתן הפל ממילא דגם לענין יצייע וחדר חלוק דין מְכַר ממתנה דבמתנה הפל נתון ובאמת הרא"ש והטור לא הביאו דברי הר"י הלוי בזה ואדרבא נשמע מדבריו דהפל בכלל המתנה וגם דברי הרמב"ם בפשטן מורין כן ויותר מתבאר כן מדברי הסמ"ג ע"ש.

ולפ"ז בין להרשב"ם בין להרא"ש כולהו מודים בנידון זה שפירוש החדרים ולגבי מתנה שנקלל בזה אין בכלל שאין תשמישן כבית בלא"ה בכלל בית הם גבי מתנה לפ"ע ואפשר דגם הרא"ש לא בעי למימר אלא שאין חדר דומה לבור ודוה דאמרינו הא תשמישתא לחוד שהוא חלוק לגמרי ע"ז כתב דחדר שתשמישו שנה והיינו שאין חלוק לגמרי אבל מ"מ אין תשמישו שנה ממש ובנ"ד שאמר כל החדרים פשיטא דגם להרא"ש הפל בכלל ולא שייר בה מידי.

ואמנם עדיין יש מקום עיון לפי מה שכתבתי שאותן החדרים מושפדים למוכרי קמח וא"כ אפשר שאין זה בכלל חדרים רק בכלל חנויות וחנויות אף בחצר אין נמכרין אלא היכי דרוב תשמישיהו לגאו אבל כמזדנמה לי מלשונך שאין המוכרי קמח מוכרים שם על יד על יד רק שמכניסין שם קמחן לאוצר ואפשר שמתחלה נבנו על דעת להשתמש בהם בתבנא וציבא בעלמא ומתמת שנתמעטו דיורין וכה"ג השפיר אותם שלא הי' צריך להם ונראה דבכל פי הא מילתא בטר שמה אולינו וכדאמרינו בש"ס אלימא דליכא דקרי לבית בית ולבירה בירה ר"ל שאין מי שקורא לבירה בירה: ודרך אגב אעריף על דברי אא"ז מהרש"א ז"ל בתוס' ד"ה אלא שנראה שהבין שמ"ש הרמב"ם דליכא דקרי לבית בית ולבירה בירה ר"ל שאין שם מי שקורא לבירה בירה ולענ"ד תמוה דמעולם לא זו

שם בירה ממקומו והוא שם פּרטי יותר רק דאָתי לאפוקי ממה שאמר תחלה דקרא לבית בית כו' וכן בתירוץ דאיפא דקרי לבית בית שהפנונה באַתרי דקפדי הוא לקריא לבירה בירה דווקא ולא לבית לזה כתב בהוּ אלא דלבירה מיקרי לה נמי בית דליפא דקרי לה כו' ר"ל שאין שם מקפידים על פה אלא פולהוּ ביחד מיקרי בית פּונונתם על הבירה דלבית לחוד קורין בית בלא בירה: ולעיקרא דדינא מבואר בדברי הרמב"ם פּרק כ"ו מהלכות מכירה דין ז וז"ל אף במוכר ולוקח אין פל הדברים הללו אמורים אלא במקום שאין שם מנהג כו' וכן במקום שאין קורין אלא לבית בית לבדו או שקורין לבית בית ולכל סביבותיה ולכל שעל גביו הולכין אחר הלשון שאנשי המקום כו' וע"ש ואחריו הוזיקו פל הפוסקים ראשונים ואחרונים והוא תלמוד ערוף בדוכתי טובי והדבר ידוע דבזמנינו זה לשון בית פתרונו על פל הבנינים והחדרים העומדים על קרקע השייך לו פל גבולו מסביב ולעגן התניות והמרתף צ"ע בלשון המצנה שפפי המדומה צוה לבני ביתו בלשון אשכנז רק שהעדים העתיקו ממנו בלשון הקודש וכפי שמות הערוכים בפי פל באותו מקום בלשון אשכנז אחריהם גלף ועוד שהעדים נאמנין להעיד באיזה לשון אמר המצנה כאשר באו הדברים ברוב עגן בשינוי ואין בה משום חוזר ומגיד פל שלא היא סתירה גדולה למשמעות הלשון הפתו' בשטר וגם פי לשון המרתף י"ל דלדין המנוזר בש"ס קנה דהא קי"ל דבעין יפה הוא נותן ונתן בור והדות לכ"ע פיון שהוא בתוה אותו דבר שהקנה והם פתוחין לו ומכ"ש מרתף שלנו שבבית עדיף מבור ודות שמשמישו למים ולכף אינו בכלל בית שאינו עשוי לכביסה והשקאה או משום דאין דרף בית בכף וכמ"ש ה"ה בשם הרשב"א ואבן מגא"ש לחלק בין בית לחצר וזה לא שייך במרתף שלנו שהוא תשמיש לבית ושוה לחצר אמנם איני מחליט הדין בזה דיתד שהפל תלוי הפל הולף אחר הלשון שאמר המצנה וכפי מה שהוא פתרונו באותו מקום הן לעגן התניות והן לעגן המרתף והי' פי יבא דבריה שני' תשלח לי גם העתיק מגוף הצוואה בשלימות שע"פ הרוב יש בהן תמוהות הרבה: ובעגן השטעלין על הפאציניע נלע"ד ג"כ שיש מקום לומר פיון דהפאציניע זה דרף הרבים עוברת בו ואין לזה זכות להחזיק בו וכפי הנראה גם מתחלה לא פנס לתוה שלו רק קרקע עולם הוא וא"כ עיקר זכיה שיש לו לזה להשפיר שם מפני שיכול למהלומר א"א בשמושה פאן לפני בית שאמה מאפיל עלי להזיק ראייה ושארי דברים וענינים שמחמתם היה זה יכולת בידו למחות שלא יעמוד עם סחורה ומחמת זה השוכר בע"כ אגר ומרצהו ברצוני פסוף וא"כ פיון שאביהם הקנה להו הבית לשניהם גם זכות זה הוא של שניהם: וגם נראה לפענ"ד פיון דנקט בלישניה מוצאיהם ומוכריהם ואפולהו קאי בין אבית בין אחרים ואפשר שכפי הלשון שאמר נכלל בזה גם הפאציניע שלפני הבית רק שיש מקום לעורר בזה אם בכה"ג שאין לו חלק בגוף הקרקע רק שיש לו זכי' להשפירו אין הבכור נוטל בזה פי שנים דזה מיקרי ראוי ולא קרינו ביה אשר ימצא ואף לפי דינא דמלכותא דהאידינא שפל א' יכול להרחיב גבולו להוציא בנינו עד הפיר לייבין מ"מ נלפע"ד שאין בזה יותר מלפשוט והרבה יש לי לישא וליתן בזה.

אף פי לע"ע אין פנאי לנסוף בכור המבחוץ לזאת באתי בקצרה ושינית' זה עראי ועוד חזון למועד אי"ה אשיבה ידי פבוצר על סלסלות לעיין בכל פרט ופרט בדבר החדש. וד'

ישלח עזרה מקודש בזה ראש חודש דברי אוה"נ דורש"ת: הק' אפרים זלמן מרגליות
מבראד: שנית על ענין ה"ל שאלה לג קנקן חדש ישן מלא.

דמי לפרצודא דתותי קלא. ה"ה כבוד אהו' ידידי הרבני המנפגל הקריף השנון האברך
מתמיד ומצא פדי מדתו כש"ת מהר"ר אהרן נ"י, אהד"ש גי"ק קבלתי והנה בגוף הנדון
להלכה למעשה לא אדון אנכי בדבר הזה אחר רואי בדבריה שפבר הורה גבר בכונה
כבוד אדוני דודי מ"ו הגאון נ"י ומי יערב אל לבו לגשת ומכ"ש פגון אנה זעירא דמן
חבריהא כל פי האי דודי רבי קרינו ליה ודברי הרב כו' ואם לסייע ליה לא צריה לדדי
ודבריו א"צ חיזוק ולולי פי פניה אני נושא שלא להשיבה ריקם ולכן נתתי עיני בדבריה
בדרך עראי כפי מעט הפנאי אשר עמי לישא וליתן קצת ובמה דסימתי אפתח כי ערבים
עלי דברי דודים מ"ש בשם אדמו"ר הגאון נ"י לפסק הלכה שלא קנה המרתף והמחילות
אף בנותן פינון שלא כ' ליה עומקא ורומא והביא ראיה מדברי הרדב"ז שהעתיק המבי"ט
לענין גג: והנה אף דבלא"ה ידענא דשפיר קאמר אען ואומר תנא דמסייע ליה מדברי
רבינו ירוחם נתיב ט"ו חלק א' שפכת וז"ל נותן שדה או בית בסתם קנה כל אותן הדברים
שאין מכורין בסתם גבי מוכר פגון בור ודות וכיוצא בהם ואב מגא"ש כתב דהא דאמרי'
דקנה בסתם במתנה דוקא בור ודות וגת כו' אבל דבר שאינו בתוך הבית כו' ונראה
דאע"ג דלא כתב עומקא ורומא דקנה בסתם עמק ורום אע"ג דגבי מוכר לא קנאו בסתם
וכן נראה עיקר עכ"ל ונראה לכאורה דמ"ש דאע"ג שלא כתב עומקא ורומא כו' הוא
משנה שאינה צריכה דהשתא בור ודות דבמכר אע"ג דכתב עומקם ורומא לא קנה
במתנה קני עומק ורום מבעיא: ולפמ"ש דודי הגאון נ"י א"ש דבור ודות דקנה הוי נמי
דוקא בכ' עומקא ורומא ולפי שהי' אפשר לומר דכל שלא פירש כלל אף עומקא ורומא
לא קני אף בנותן דכל כה"ג הוי ליה לפרוש לזה פתב רי"ו דקנה עמק ורום בסתם אבל
בור ודות אף בנותן בסתמא לא קני עד שיכתוב עומק ורום איברא דאיכא למידחי ולומר
דכוננת רי"ו הוא דסד"א דוקא בור ודות שהם לע"ע לפנינו והם משמשין להבית אע"ג
שאין משמשין שנה מ"מ פינון דנותן בעין יפה הוא נותן ונתן הפל משא"כ עומקא ורומא
שהוא לחפור בעומק או להגביה שעדיין לא בא לעולם זכות זה לא נתן לו קמ"ל דאף
זה נתן לו אף בסתמא: ומנא אמינא לה להך סברא מדברי רבינו הרשב"א שכתב פן
לענין חצר דלא קני עומקא ורומא והביאו הטור והרי משנה ערוכה המוכר את החצר
מכר את הבורות וכו' אלא ע"כ שיש מקום לחלק כמ"ש ואם אמנם הסמ"ע הרגיש בזה
בסי' רט"ו ס"ק א' ורוצה לפרש דברי הרשב"א בענין אחר וגם הב"ח כ' לפרש
דהרשב"א ארומא דוקא קאי אבל אנו שזכינו לדברי הרשב"א מובאים בש"מ לב"ב וז"ל
ובמוכר חצר אני מסתפק אם קנה עומקא ורומא בסתמא דהא משמע דיותר קני בקל
עומקא ורומא מבור ודות הקנוים כבר ותנן המוכר את החצר מוכר בורות כו' ומסתברא
דלא קנה עומקא ורומא דחצר שאני משום דחצר פולל כל הבנוי שם כמו בירה כו' אבל
מוכר את החצר או את הבירה לא קנה עומקא ורומא עד שיכתוב לו עומקא ורומא וכל
שלא כ' ובא מוכר לבנות עלי' באויר ע"ג דיומדין בונה וכן אם בא לחפור מבחוץ
ולהשפיל תחת קרקע הבית עושה ובלבד שלא יזיק בחפירתו לבעל הבית עכ"ל וכדברי'
האלה.

פֶּתַח הַבַּיִת בַּקְצֵרָה בְּשֵׁם הָרִ"ן וּבְדַרְיָשָׁה פֶּתַח שְׁחַפְשֵׁי בְּרִ"ן שְׁלֹפְנֵינוּ וְלֹא מֵצֵא וְלָכוּ פֶתַח
ג' כ' דְּהָךְ אַע"ג דְּתַנּוּן מוֹכֵר חֶצֶר מוֹכֵר בּוֹרוֹת הוּא מְדַבְּרֵי הַבַּיִת וְזוּ"א דְּפִירוּשׁ הָרִ"ף
שְׁלֹפְנֵינוּ הוּא מֵהַנְּי וְלֹא מֵהָרִ"ן וְדַבְּרֵי הָרִ"ן בְּחִידוּשָׁיו לִב"ב הִיא לְרַבֵּינוּ הַבַּיִת בְּכַתִּיבַת
יָד וְזֶה פְּשׁוּט וּמִבְּנֵי וְהָרִ"ן לְקַח זֶה מִלְּשׁוֹן הַרְשָׁב"א פְּדַרְכּוֹ הַטּוֹב לְהִיּוֹת רָגִיל עַל לְשׁוֹנוֹ
לְשׁוֹן הַרְשָׁב"א וְעַכ"פּ מִבְּנֵי וְהָרִ"ן לְקַח זֶה מִלְּשׁוֹן הַרְשָׁב"א פְּדַרְכּוֹ הַטּוֹב לְהִיּוֹת רָגִיל עַל לְשׁוֹנוֹ
עֲנֻמָּא וְרוּמָא לֹא קִנִּי וְסָד"א דְּבַמְתַּנָּה הָכִי נָמִי הוּא קָמ"ל דְּבַסְתָּמָא קִנְיָה עֲנֻמָּא וְרוּמָא
בְּמַתַּנָּה: וּמֵאֵי דְאַתָּא וְאַיְתֵי מִתְּשׁוּבוֹת הַרְדָּב"ז תְּמוּהֵי דְמַנ"ל הָא דְלֹא מְבַעֲיָא לְשִׁיטוֹת
הַרְשָׁב"ם דְּעֲנֻמָּא וְרוּמָא לֹא קִנִּי אַגַּג א"כ פְּשִׁיטָא דְסִיפָא דְנוֹתָן הֵינּוּ אַף בְּסַתְמָא קִנִּי
אַלְא אֲפִילוּ לְשִׁיטַת ש"פ דְּהָךְ אַע"פ שְׁפַתְבַּת עֲנֻמָּא וְרוּמָא אַגַּג נָמִי קָאִי מ"מ י"ל דְּהַתַּנָּא
אַשְׁמַעֲיָנוּ רְבוּתָא דְאַף בְּכַה"ג לֹא קִנְיָה אֲבָל מ"מ אַף בְּסַתְמָא אִינוּ בְּכָלֵל הַדְּבָרִים שְׁלֹא
הִיָּה צָרִיף הַתַּנָּא לְהַזְכִּיר דְשָׁמָּא גַם בְּלֹא כ' עֲנֻמָּא וְרוּמָא נָמִי אִין הַדִּין פְּשׁוּט שְׁלֹא יְהִי
נְכָלֵל בְּכָלֵל בֵּית וְהִיָּה הַתַּנָּא צָרִיף לְהַזְכִּיר דְגַבֵּי מוֹכֵר שְׁהִיָּה לוֹ לְפָרֵשׁ לֹא נְכָלֵל וְאֵה"נ
בְּנוֹתָן בְּאַמַּת הוּא בְּכָלֵל: אֲמַנְם נִרְאָה לַעֲנֵד לִינְשָׁב קֶצֶת דְּבָרֵי הַרְדָּב"ז דַּס"ל דְּגַם בְּנוֹתָן
לֹא קִנְיָה גַּג שְׁיֵשׁ לוֹ מַעֲקָה לֹא מֵהָךְ טַעְמָא שְׁלֹא כ' עֲנֻמָּא וְרוּמָא אֲתִינוּ עֲלֵה רַק טַעְמוֹ
עַפְמ"ש הַרְמַב"ן בְּחִידוּשָׁיו דְּהָךְ סִיפָא דְעֲנֻמָּא וְרוּמָא אַגַּג נָמִי קָאִי וְהִיא דְקִאֲמַרִּינוּ בּוֹר
וְדוֹת וּמְחִילוֹת וְלֹא קִאֲמַרִּינוּ לְמַעְלָה גַּג וְעֲלֵיָה אֲרוּחָא דְמִקְלָתָא לְמַעְלָה פִּירוּשׁוֹ מְפָרֵשׁ לָהּ
וְלֹא עֲבִידֵי לְזַבְיָי סְתָם עַכ"ל וְא"כ י"ל דַּה"ט דְּהַרְדָּב"ז דַּע"ג דְּאַמְרִינוּ בְּנוֹתָן לֹא הִיָּה
לוֹ לְפָרֵשׁ הֵינּוּ דְנוּקָא מֵהַ שְׁדָרָף בְּנֵי אָדָם לְכוֹלְלָם בְּלִשׁוֹן אֶחָד שַׁע"כ"פ אִם כּוֹתְבִין מִתְּהוֹם
אַרְעָא כּו' שׁוֹב אִין דְּרַפְּן לְפָרֵשׁ בּוֹר וְדוֹת אִז אֲמַרִּינוּ בְּמַתַּנָּה אַע"פ שְׁלֹא פֶתַח מִתְּהוֹם
אַרְעָא כּו' קִנִּי לִיָּה מִשָּׂא"כ בְּגַג אַע"פ שָׂאִם לֹא פִירוּשׁוֹ בְּפִרְט בְּפִנֵי עֲצָמוֹ שְׁפִיר נְכָלֵל עַד
רוּם רְקִיעַ מ"מ פִּינוֹן שְׁדָרָף בְּנֵי אָדָם הוּא לְחַשְׁבֵּן בְּפִרְט בְּפ"ע וְלֹא עֲבִידֵי לְזַבְיָי סְתָם
בְּכַה"ג אַף בְּנוֹתָן אֲמַרִּינוּ שְׁהִיָּה לוֹ לְפָרֵשׁ וְלֹא קִנִּי בְּסַתְמָא: וְעוֹד אֲפָשֶׁר לוֹמַר לְפַמ"ש
הַרְמַב"ן וְהִיא בְּשֵׁם הַר' בֶּן מִגָּא"ש דְּבַמְיָדֵי דְלִיתִי תוּף הַשְּׁדָה שְׁנַתָּן לוֹ פְּגוֹן יִצְיַע וְחֻדָּר
ל"ש מְכַר מִמַּתַּנָּה ס"ל לְהַרְדָּב"ז דְּהָךְ סִיפָא לֹא קָאִי אֲכַל הָךְ בְּכָא דְרִישָׁא וְאַף נוֹתָן לֹא
קִנִּי יִצְיַע וְחֻדָּר וְגַג וְאַף עַל גַּב דְּטַעְמָא דְיִצְיַע וְחֻדָּר הוּא לְפִי שְׂאִינוּ בְּתוּף הַדְּבָר הַנִּיחָן
מ"מ פִּינוֹן שְׁהַגַּג יֵשׁ לוֹ מַעֲקָה גְבוּהָ י' וְרוּחַב ד' וְהוּא סוֹבֵב הוֹלֵף סְבִיבוֹת הַבֵּית אַחוּז
בְּקִירוֹת הַבֵּית פְּיָצֵעַ דְּמִי וְכִינוֹן דְּפִלִּיג רְשׁוּתִיָּה לְנַפְשִׁיָּה וְלֹא קִנְיָה בְּטַל תְּשַׁמְיָשְׁתִּיָּה דְּגַג
לְגַבֵּי מַעֲקָה דְחֻשׁוֹב בְּפִנֵי עֲצָמוֹ מִשָּׂא"כ כְּשִׂאִינוּ גְבוּהָ עֲשָׂרָה בְּטַל לְגַבֵּי הַבֵּית וְאַף בְּמְכַר
קִנְיָה וְיִצְיַע וְחֻדָּר דְּנִקְטֵי הַפּוֹסְקִים לֹא דְנוּקָא וְהִיא גַּג שְׁיֵשׁ לוֹ מַעֲקָה דְאַיְתָמַר בְּרִישָׁא
וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַבִּיא רְאִיָּה מְדַבְּרֵי הַרְשָׁב"ם בְּכַבָּא בְּתָרָא דָף קַמ"ח אִיבְעִיָּא לְהוּ בֵּית
לְאַחַד וְדִיּוּטָא לְאַחַד מִי הָוִי שִׁיּוֹר אוֹ לֹא וְפִי הַרְשָׁב"ם בֵּית לְאַחַד בְּמַתַּנָּת פְּרִי כּו' וְהָרִי
טַעְמָא דְהַמּוֹכֵר ע"מ שְׁדִיּוּטָא עֲלִיוֹנָה שְׁלִי הוּא שִׁיּוֹר לְהוֹצֵאת זִיזִין מִשׁוּם לִישְׁנָא יְתִירָה
דְּבַלָּא"ה לֹא מְכַר גַּג שְׁיֵשׁ לוֹ מַעֲקָה כּו' וְא"כ ע"כ דְּבַמְתַּנָּה נָמִי לֹא קִנְיָה גַּג שְׁיֵשׁ לוֹ מַעֲקָה
דַּל"כ מֵאֵי אַרְיָא דִּיּוּטָא לְאַחַד אֲפִילוּ אֲמַר דִּיּוּטָא שְׁלִי נָמִי לֹא הָוִי שִׁיּוֹר בְּמַתַּנָּה דְּהִיא
לִיפָא יְתוּרָא שְׁהָרִי הַנְּצָרָף לְהַתְנוּת דְּבַלָּא תְּנָאָה קִנְיָה אַף הַדִּיּוּטָא וּבְדַבְּרֵי הַרְשָׁב"ם לִיפָא
לְמִימַר כַּמ"ש דוּדִי נ"י בְּדַבְּרֵי הַרְדָּב"ז מְטַעַם שְׁלֹא פֶתַח עֲנֻמָּא וְרוּמָא דְהִיא לְהַרְשָׁב"ם
לֹא קָאִי עֲנֻמָּא וְרוּמָא אַגַּג פְּלָל אֲלֵא ע"כ כַּמ"ש: וְאַמְנָם לְכַאוּרָה בְּלֹא"ה ק' דְמֵאֵי לִישְׁנָא
יְתִירָא אִיפָא בְּמֵה שְׂאֲמַר וְדִיּוּטָא לְפִלוּנֵי שְׁהָרִי הַנְּצָרָף לְפָרֵשׁ לְמִי הוּא מְקַנְהָ אוֹתוֹ.

ומצאתי שפכר הרגיש בזה בש"מ לב"ב בשם הר"ר יונה בעליותיו ותירץ פגון שאמר
ע"מ שדיוטא זו לפלוגי דכינון שהוצרך להתנות עם לוקח מהבית אמרינו דלישנא יתירא
להוצאת זיון הוא דאמא ואיני יכול להעתיק לשונו לפי שהוא שאול בידי רק על שעה
חדא והצרכתי להחזירו לבעליו שוב מצאתי שגם ד"ז הגאון בת"ח הרגיש בזה ותירץ
פן וכתב שפן משמע בני"י וכן הרגיש בזה אא"ז הגאון מוהר"ם מלובלין וכתב ליישב פן
עי' שם: ודרך אגב הואיל ועסקינו בענגנא דדיוטא אכתוב מה שתמיה לי על הרמב"ם
והטור והשו"ע שלא ביארו הך דינא דחויז מדיוטא נמי הני שויר ולאו דווקא ע"מ וכמ"ש
הרשב"ם הביאו הב"י והב"ח והוא מבואר בש"ס והרמ"א בס"י רי"ד ס"ק כ' אהך דינא
דע"מ שדיוטא כו' ואם נפלה חוזר ובונה אותה וה"ה אם אמר חויז מבור ודות וכל פינצא
בזה עכ"ל והוא מב"י בשם הרמב"ן שכתב בשמו בבור ודות ששייך בפירוש חוזר
ובונה אותם.

ואולם אני תמה דשויר בפירוש ל"ל דהא סתמא נמי לא מכר בור ודות וא"כ אם נפלה
מה"ת לא יחזור ויבנה אותם וא"ל דבסתמא אין חוזר ובונה רק דוקא אם שויר בפירוש
שאז מפח יתורא אמרינו דאי נפיל הדר בני לה ז"א שהרי הרמב"ן מדמי זה לדין עליה
ובעליה כתב אם היתה עליה במים על גבי עמודים פינון שלא קנה הלוקח אם נפלה חוזר
ובונה אותה המוכר וכמבואר בחידושי הרמב"ן והביאו הטוש"ע ואין לחלק ולומר בור
ודות גרע וכמ"ש הסמ"ע בס"י ל"ה דעליה חשובה מדיוטא וא"כ י"ל דבור ודות נמי
לדיוטא דמי ז"א דבאמת דברי הסמ"ע תמוהים בזה שעל מ"ש הרשב"א בדיוטא היינו
גג שיש לו מעקה אין חוזר ובונה לרב זביד הקשה על זה וכתב דבנדאי בכל עליה חוזר
ובונה וכן מבואר בדברי הרשב"ם גופיה שהקשה ליפוט מהא דהבית ועליה דלמא שאני
דיוטא אלא נדאי הדבר פשוט דנדאי אף בלא תנאי הדין פן שחוזר ובונה רק הרמב"ן
מפרש דיוטא היינו שורה עליונה כו' עי' שם.

שוב מצאתי שהרגיש בזה הט"ז וכתב פן וילשונו בקושיא שם מגומגם ובאמת מ"ש שם
בש"ע ס"ו הוא מלשון הרמב"ם והרבה יש לי לפלפל בזה ואין הפנאי מסכים עמדי:
ונחזור לענין שלענ"ד אף אם יספור הרדב"ז פן מ"מ מפשיטות דברי הפוסקים נראה
דאף בנותן סתמא קני בור ודות ולא מבצאי לדעת מי שסובר דכתיבת ולא שוירית כו'
מועיל לבור ודות א"כ חזינון שלפעמים נכללין בכלל בית שהרי אמר זביני אילון א"כ
גם במתנה ככתב דמי ודוקא במוכר אמרינו שוירי שויר פינון שלא פריש משא"כ בנותן
אלא אפילו להפוסקים דולא שוירית אינו מועיל לבור ודות פינון דאינו בכלל מכירת
הבית אינו בכלל זביני אילון מ"מ נראה דשאני מתנה דעדיף טפי דהא חזינון דהנה פוסקים
ס"ל דאף בכותב עמקא ורומא ולא שויריה לא מהני לבור ודות ובמתנה אם כתב עמקא
ורומא אין מקום לפקפק דנדאי קנה א"כ ע"כ דמתנה עדיף א"כ י"ל דאף בלא כתב
עמקא ורומא נמי קנה.

(ויכר כתבתי בתשובתי הראשונה דהפוסקים כתבו דבמתנה עדיף לענין דלא בעי
שיאמר כל נכסי וכ"כ הש"ך בס"י רי"ח ס"ק ה' שפן הוא דעת הרמב"ם והש"ע לדינא
וא"כ ה"ה בזה): וכן נראה לענ"ד ממ"ש הרשב"ם וכן הרמב"ן במלקחיות וש"פ דבנותן
קנה בור וגת ושוכה שבשדה ונהרי גם בור שבשדה לא נזכר כלל כתיבת עמקא ואדרבה

לדעת הפוסקים דס"ל דבסתמא בשדה קני עומקא ורומא כמבואר בנ"י א"כ פשפוטב לו עומקא בשדה נראה שאף במוכר קני עבור שהרי עומקא בשדה לישנא יתירא הוא וע"כ קא דאמרינן לא קנה במוכר היינו משום דמייירי בלא פתב עומקא ואפ"ה בנותן שפיר קני וא"ל דהוא הנותנת משום דבשדה בסתמא קני עומקא אף במוכר אז בנותן מסקינן חד דרגא דקני אף בור בסתמא ז"א דלענין עומקא שפיר אמרינן דקני אף בסתמא בור כדי שלא ימנע יניקת התהום כמבואר בנ"י משא"כ לענין בור ודות מה לי בית מה לי שדה אם גבי בית בסתמא לא קני אף בנותן מאי עדיפותיה דשדה שהרי אין פאן יתור לשון כלל:.

ונלע"ד פן מדברי המבי"ט שאע"פ שבסי"ס"ו העתיק דבר הרדב"ז פדי להקשות עליו ולסתור (לפי) דבריו לפי דרכו כאשר הגי' עליו שם מ"מ והמבי"ט גופיה בסי"מ"ו בתשובתו על זה הנדון עצמו שנתן במתנת ש"מ הבית שבחצר לדודתו וחקצר נתן לאחר וקנה שם בור ודות בחצר (והרדב"ז קנה דעתו פינן שבעה"ב צריך לתשמישן גם בזה המקבל משתמש בהם והשיב המבי"ט שאין למקבל הבית פלוס עבור ודות דאע"ג דקי"ל במתנה נותן את כולה היינו דוקא מה שהוא בתוך דבר הנותן וכמ"ש ה"ה בשם הר"י מגא"ש משא"כ בזה עי' שם באורו.

וא"כ ע"כ מוכח דס"ל דבור ודות שהוא בתוך הבית שנתן שפיר קנה הנותן מתנה אף על פי שלא כתב עומק או רומא כמבואר בפאלה שם נוסח הצוואה: וגם פי ע"כ צ"ל פן לפמ"ש דודי הגאון לתרץ הרדב"ז דס"ל דכל שלא קנה הגג דהיינו מטעם שלא כ' רומא א"כ נראין הדברים שלא כתב ג"כ עומקא ואפ"ה טעמא משום שאינו בתוך הבית אבל אם הוא תוך הבית קנה וא"כ לית לן למישבק פשיטותא דמשמע מדברי הפוסקים משום ספיקא שיש בדברי הרדב"ז ז"ל וגם פי נלע"ד שאין כל הדברים אמורים פי אם לענין בור ודות שתשמישו למים וכמ"ש בתשובתי הראשונה משא"כ במרתף שלנו שהוא עומד להצניע שם חפצים ומטלטלין ואוכלין ומשקין נראה שדינו כמו חדר שלפנים הימנו דמה לי שהוא לפנים מן הבית או בעומק הקרקע ועדיף מחדר דבחדר ס"ל להפוסקים דכיון שאינו בתוך הבית הנותן אינו בכלל המתנה משא"כ מרתף שהוא תחת אותו הבית ופתוח לו וגם החדר אעפ"י שהוא בגין בפני עצמו טעמא שהוא חוץ לבית קא לא"ה הנה בכלל בית: וכן נלענ"ד ממ"ש רמ"א בסי' קע"א סי"ד דמדברי הרא"ש בתשובה נראה דחולקין בית נגד חנות או מרתף וי"ל דה"ה נגד חדר או עליה דזה מיקרי תשמישו שנה עכ"ל ופשיטא דאין מי שיאמר שחולקין בית נגד בור ודות א"ו דמרתף שאני ומיקרי קצת תשמישו שנה לבית ועכ"פ דומה לחדר ונראה דאף הסמ"ע שם סעיף קטן ל"ח שכתב שאין ראיה מהרא"ש נראה שיודה בהך דהכא ואין להאריך: ומה שרצית לומר דאף לפמ"ש דהפוסקים דס"ל דטעמא דלא מכר משום דלא חשיב בפני עצמו מ"מ במתנה נתן הפל וכתבת ש"ל דזה דוקא במקצת מצרי אבראי וכענין שכתב דודי הגאון נ"י לענין המרתף כו' אין אמרים זה דומה לזה דהתם הך אעפ"י שכתב כו' משנתנו הוא זו משא"כ בזה שהטעם שלא קנה צריך לשנות החדר אי לא מצר מצרי אבראי אינו משום שהוא פשוט מעצמו רק שהוא קל וחומר מיציע השנוי במשנה וכיון דבנותן קנה היציע אף בלא מצר כו' ממילא דגם החדר קנה דהא אין עדיפות דחדר מיציע רק משום דחשיב טפי ובנותן לא אזלינן בתר חשיבות ונתן הפל אף בור וגת ושוכה: ובע"כ אנחנו

צ"ל בן דאל"כ תיקשי מאי פריה חדר מביעא דדילמא משום סיפא איצטריכא (בכותב עמקא ורומא ולא שנירית לא מהני לבור ודות ובמתנה אם פתב עומקא ורומא אין מקום לפקפק דנדאי קנה א"כ ע"כ דמתנה עדיף א"כ י"ל דאף בלא פתב עומקא ורומא נמי קנה וכמש"ל מבור שבשדה) ליה ולא שמועין דבנותן אף חדר דחשיב טפי נמי נתן לו ולשיטת הר"י בן מגא"ש ודעומיה א"ש דסיפא דנותן לא קאי היציע וחדר כלל משא"כ לפמ"ש דאפולה מילתא קאי לא הוי פריה מידי אע"כ דמשום הא לא הנה צריה למיתני חדר דאע"ג שיש בו חשיבות יותר מיציע מ"מ גבי נותן אין לחלק בדבר חשוב דכל שהוא נכלל בלשון זה נתן הפל ולא גרע מבור ונתן ושוכה וא"כ אף לפי מאי דמשני דמער אמצרי כו' היינו לענגן מוכר אבל בסיפא במתנה אין מקום לחלק בין יציע לחדר: ועוד שהרי הר"י בן מגא"ש והרשב"א ודעומיהו מוכר דההו סופא לא קאי בכה"ג דוקא דא"כ למה פתב דלא קאי איציע וחדר מטעם שאינו בתוך הדבר הנחתן דכיון דמער לו מצרי אפראי נראה פשוט דכאילו הוא בתוך דבר הנחתן דיינינו ליה דהא אף במקר אם מער מצרי אפראי ולא כ' ולא שנירית כו' קנה פמבואר בדברי הרשב"א בש"מ וכן מבואר מדברי הר"ן שהביא הב"י (ועיין בדרישה שכתב שלא מצא בר"ן וכ"כ אח"כ על ענין אחר ותמהני שהפירוש הנדפס לפנינו הוא נ"י ומעתיק בהרבה מקומות דברי הר"ן ואצל הב"י הנה חידושי הר"ן בכ"י ומוכאים ג"כ בש"מ לפעמים.

ודברי הר"ן אלו נראה שהם לקוחים מהרשב"א) גבי מ"ש להוכיח ממתניתין דאם אומר הוא וכל מה שבתוכו כו' ע"ש. וכן מבואר מדברי הנ"י שכ' אם החדר או הבירה כו' עד שכ' ולא שנירית ואע"פ שאח"כ פתב בשם איפא מרבנותא כו' אבל בור ודות וחדר דאית להו שם באנפיה נפשיה אע"ג דכ' ולא שנירית כו' צ"ע לענ"ד דהרואה בש"מ יראה דלפום ריהטא הדברים לקוחים מחידושי הרשב"א ושם מבואר להדיא דבחדר נדאי קנה אם פתב ולא שנירית ומער כו' וכדמשמע מהש"ס ושם נקט בור ודות ומחילות ולשון רמ"א סי' רי"ד סי"א שכ' וי"א דאם כ' לו כל מה שבתוכו הוי כ"כ ולא שנירית כו' אני תמה דהא נדאי אין מי שיחלוק על הש"ס דאיתא בפריקתא בין פה לא מוכר הבור והדות והיציע והרשב"א דס"ל דאם פתב כל מה שבתוכו הוי פלא שנירית באמת ס"ל דלא שנירית לא מהני לבור ודות ויציע לפי שהמצרים אינם מוכיחים למכירתן של אלו שהרי לא מער אלא מחמת גופו של בית ע"ש ולמאן דס"ל דולא שנירית מהני לבור ודות פדאיתא בני"י ע"כ דס"ל דכתיבת מה שבתוכו אינו מועיל כמו ולא שנירית וא"כ לענגן אם כ' כל מה שבתוכו לגבי בור ודות אין נ"מ אי הוי פכתב ולא שנירית או לא ועיין בסמ"ע ס"ק י"ז מ"ש על דברי הרמ"א וצ"ע.

והנה כבר ביארתי דמתנה נדאי עדיף מכתבת ולא שנירית שהרי בזה יש פלוגתא לענגן בור ודות ובמתנה כ"ע מודו וא"כ, מ"ט ס"ל דלא קנה החדר כיון שהוא חוץ לבית אע"כ דבשלא מער לו מצרים החיצונים דוקא מיירי ואפ"ה דוקא משום שהוא חוץ לדבר הנחתן הא לא"ה קנה וכ"נ דהא לבור ודות אין המצרים מועיל לו וכמ"ש הרשב"א שלא מער אלא לגופו של בית ואפ"ה קנה מקבל כמו כן י"ל לענגן חדר: ומ"ש שהעדים נאמנים לחזור ולהגיד בזה כיון שצונוהא אינה רק לזכרון דברי' והבאתי מההיא דאין מקבלין שלא בפני בע"ד ולא הייתי צריה לספר דברי הר"ב"ש פי הביא זה בסי' ק"י ובש"ע שם מלשון רי"ו ואמנם אין לדמות זה לזה וראיה מהא דאמרינו בב"ב דף קי"ד רצו

כּוֹתְבִין רְצוּ עוֹשִׁין דִּין וּפְיִרְשׁ הַרְשָׁבָ"ם אִם לֹא כָּתְבוּ אֲבָל אִם כָּתְבוּ אֵין עוֹשִׁין דִּין שְׁהָרִי
הַכְּנִיסוּ עֲצָמָם בַּת"ע וְאֵין עַד נַעֲשֶׂה דִּינָן וְלִכְאוּרָה מַה בְּכַף פִּינָן דְּהָאֵי שְׁטָרָא חֲסָפָא
בְּעֵלְמָא וִיכּוּלִין לְחַזֵּר וּלְהַגִּיד בְּאִנְפֵּן אַחַר אֵיזָה עֵדוּת יֵשׁ כָּאֵן נִגְמֵ שְׁלַפ"ז גַּם קִיּוּם עֵדוּת
לֹא הֵיזָה מוֹעִיל בְּזָה: וּמ"ש לְתַרְץ עֵי"ז קוֹשְׁתֵי הַפּוֹסְקִים עַל תְּשׁוּבַת הָרָא"ש בְּכָלֵל ס'
כְּבָר הַרְגִישׁ בְּזָה הַמ"ל פ' מֵהִלְכוֹת עֵדוּת וְכָתַב שִׁי"ל פִּן ע"ש מ"ש בְּזָה וְאוּלַם לְדִינָא
מְבֻנָּאָר מְדַבְּרֵי כָּל הַתְּשׁוּבוֹת רֵאשׁוּנִים וְאַחֲרוֹנִים עֲצָמוּ מְסַפֵּר שְׁאָף בְּצִנּוּנָאָה אֵין יְכוּלִין
לְחַזֵּר וּמַחֲמַת אֶפְיִסוֹת הַפְּנָאֵי אַרְשָׁן.

לְהַ קָצַת מָהֵם תְּשׁוּבַת הַרְשָׁבָ"א בְּחֻלְקֵי תוֹלְדוֹת אָדָם סִי' קכ"ו וְהוּבָאָה בְּתִשׁוּ' מֵהַר"מ
אֲלִישֵׁי סִי' ס"ד שְׁהַעִידוּ בְּוָלָן דְּמַגּוּ מְרַעֲלֵי אֵיתְפֹּטֵר שְׁאֵין זֶה חֲזָרַת הַגְּדָה אֲלֵא בְּיִרְוּר
אֲלֵמָא דְּחֲזָרַת הַגְּדָה לֹא פְלוּם הוּא וְכֵן מִשְׁמַע מְדַבְּרֵי מֵהַר"מ אֲלִישֵׁי גּוֹפִיָה דְּמִיִּיתֵי רֵאשִׁי
מְדַבְּרֵי הַרְמַב"ם פ"ח דְּמַתְּנָה ש"מ שְׁצִנָּה לְפָנֵי מוֹתוֹ כו' ע"ש וְכֵן מְבֻנָּאָר מְדַבְּרֵי הַרִיב"ש
סִי' קס"ז וְקס"ח וּבְשׁו"ת רמ"א סִי' מ"ח וּבְשׁו"ת מֵהַר"מ גְּלֵאנְטֵי סִי' ט"ז וּבְשׁו"ת
מֵהַר"ט תְּמַצָּא כְּמָה תְּשׁוּבוֹת בְּדָבָר וּבְכַפְרָטוֹת בַּק"א סִי' ע"ה ע"ש וְאֵין לְהַאַרְיָה.

שׁוּב רֵאשִׁי שְׁבִשׁו"ת זְכָרוֹן יוֹסֵף חֻלְקֵי ח"מ סִי' ה' הַאַרְיָה בְּדָבָר הֵיזָה שְׁאֵין הַעֲדִים יְכוּלִין
לְסַתּוֹר דְּבָרֵי הַצִּנּוּנָאָה וְאִם כִּי יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל דְּבָרֵי שֵׁם לֹא רְצִיתֵי לְהַאַרְיָה כִּי הַדִּין דִּין
אַמְתָּ: דְּבָרֵי ש"ב הַק' אֶפְרַיִם וְלָמֵן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאָד: הַלְכוֹת שְׁלוּחִין וְקַבְּלַת אַחֲרֵיּוֹת:
שְׁאֵלָה לְד שְׁאֵלָה דְּבָר הַרְגִיל הוּא בֵּין הַסּוֹחֲרִים כְּשֶׁרוֹצִים לְשַׁלּוֹחַ סְחוּרָה לְמַדִּינָה אַחֲרַת
וְהַדְּרָכִים בְּחֻזְקַת סַפְנָה עוֹשִׁין מַעֲמָד עִם מִי שְׁרָגִיל בְּדָרָה הֵיזָה לְהוֹלִיף הַסְּחוּרָה וְנוֹתְנִין
לוֹ סָף כְּפָה וְכָף לְמֵאָה וְהוּא מְקַבֵּל עַל עֲצָמוּ אַחֲרֵיּוֹת הַסְּחוּרָה וְהוֹלְכָתָה אֶל אֶרֶץ חֲפָץ
הַסּוֹחֲרִים וּבְכַדִּי לְהַבְטִיחַ לָהֶם עַל הָאֲחֲרֵיּוֹת הוּא נוֹתֵן לָהֶם שְׁט"ח ע"ס כְּפָה וְכָף מַעוֹת
בְּכַדִּי שְׁיוּי הַסְּחוּרָה וְאִם מְבִיאָה בְּשָׁלוֹם אֶל הַמְּקוֹם הַהוּא מַחֲזִיר לוֹ הַשְׁט"ח וְאִם אֵינְרַעוּ
אוֹנָס שְׁהַסְּחוּרָה אֲבוּדָה מְשַׁלֵּם לְבַעֲלִים אֶת הַסָּף שְׁהַתְּחַיֵּיב בַּשְׁט"ח נִגְמֵ יֵשׁ דְּרָה אַחַר
שְׁאֵין הַמּוֹלִיף מְקַבֵּל עָלָיו אַחֲרֵיּוֹת הַסְּחוּרָה רַק אִישׁ אַחַר מְקַבֵּל עָלָיו אַחֲרֵיּוֹת הַסְּחוּרָה
וְנוֹתֵן שְׁט"ח עַל סָף מַעוֹת שְׁיוּי הַסְּחוּרָה לְהַסּוֹחֵר בַּעַל הַסְּחוּרָה וְהוּא נוֹטֵל עֲבוּר זֶה סָף
כְּפָה וְכָף לְמֵאָה עֲבוּר קַבְּלַת הָאֲחֲרֵיּוֹת וְהַמּוֹלִיף הַמְּתַעַסֵּק בְּהוֹלְכַת הַסְּחוּרָה הוּא נוֹטֵל ג"כ
שְׁכָר טְרַחְתּוֹ וְהוֹלְכָתוֹ כְּפִי שְׁמַתְפָּשְׁרִים בִּינֵיהֶם וְאִם הַצְּלִיחַ דְּרָכּוֹ אֲשֶׁר הוּא הוֹלֵךְ וּבָאָה
בְּשָׁלוֹם נוֹטֵלִים שְׁכָרָם וּמַחֲזִיר לָהֶם הַסּוֹחֵר הַשְׁט"ח לְזָה שְׁקִיבֵל הָאֲחֲרֵיּוֹת וְאִם גִּלְקַחָה
הַסְּחוּרָה וְהוּא אֲבוּדָה הַשְׁכָּר אֲבָד וְזֶה שְׁקִיבֵל אַחֲרֵיּוֹת מְשַׁלֵּם אֶת אֲשֶׁר נִתְחַיֵּיב בַּשְׁט"ח
כְּלֵי טַעֲנָה וּמַעֲנָה וְהוּא מְנַהֵג שְׁנַתְפָּשֵׁט בֵּין הַסּוֹחֲרִים מְקַדָּם בְּמַדִּינָה וְאֵין אִישׁ שֵׁם עַל לֵב
לְדַעַת אִם הוּא דִּינָא אוֹ מְנַהֵגָא שְׁמַצַּד הַדִּין י"ל שְׁקַבְּלַת אַחֲרֵיּוֹת זֶה אֲסַמְכְּתָא הוּא פִּינָן
שְׁלֵא נַעֲשֶׂה בְּקִנְיָן וּבב"ד חָשׁוּב: תְּשׁוּבָה אִם הַמּוֹלִיף הַסְּחוּרָה הוּא עֲצָמוּ הַמְּקַבֵּל אַחֲרֵיּוֹת
אֵין סָפֵק שֶׁהוּא מְחַיֵּב מַצַּד הַדִּין פִּינָן שֶׁהוּא הַמּוֹלִיכָה לְמְקוֹם סַפְנָה וְעַל יָדוֹ נֹאבְדָה וְלוּלֵי
שְׁלִקְחָה עַל אַחֲרֵיּוֹתוֹ לֹא הָיוּ הַבְּעֵלִים שׁוֹלְחִים סְחוּרָתָם לְמְקוֹם הַהוּא וְאִם בְּלֹא קַבְּלַת
אַחֲרֵיּוֹת הֵיזָה מִתְחַיֵּיב וְכַדְאֲמַרִּין הָרִי הוֹלִיכֵן לְמְקוֹם גְּדוּדֵי חֵיוֹת כו' וּמכ"ש בְּמְקַבֵּל עָלָיו
בְּפִירוּשׁ דְּאֶפְיִלוּ בְּאֵינְרַעוּ אוֹנָס קי"ל דְּמַתְּנָה ש"ח לְהֵיוֹת כְּשׁוֹאֵל וְאֵין לְהַאַרְיָה בְּדָבָר
פְּשׁוּט: אִף בְּאִם הַמּוֹלִיף הַסְּחוּרָה אֵינּוּ מְקַבֵּל אַחֲרֵיּוֹת עַל עֲצָמוּ רַק אִישׁ אַחַר לְכַאוּרָה
י"ל דְּהָוִי אֲסַמְכְּתָא וְאֵע"ג דְּכָל עַרְבוּת אֲסַמְכְּתָא הָוִי וְאֵפ"ה אֲמַרִּין דְּמִשׁוּם דְּהִימְנִיָה גָּמַר
וּמִשְׁעֵבֵד נִפְשִׁיָה מ"מ י"ל דְּכָאֵן גָּרַע טְפִי דְּעָרְבַת ה"ט כַּמ"ש הַרְמַב"ן הִבְיָאוּ בַעֲה"ת שְׁעַר

מ"ג שפכתב וז"ל פבר ידענו מדיני האסמכתות דכל התולה בדעת אחרים לאו אסמכתא היא וערב גופיה לאו אסמכתא גמורה היא ותדע דהא ערב לאחר מתן מעות משמעבד בקננו אע"ג דקננו באסמכתא גמורה לא מהני אלא פל כי הך אסמכתא דערב לאו אסמכתא הוא דנדאי סמיה ליה מלנה בדעתיה על לנה דאיהו פרע ואמר בנפשיה אי לא פרע איהו פרע ערב כו' ע"ש וכ"כ הרמב"ן בפ"ק ג"פ הביאו סימן ר"ז ועיין ש"ך ר"ס קכ"ט ולזה באמת מהני הא דמשום ההיא הנאה דהימניה פמבןאר שם בבעה"ת משא"כ פאן שאין האסמכתא מחמת שיפרענו המוליה שהרי המוליה לא קיבל על עצמו אחריות כלל רק שיש לדון מצד דשמה לא יבא לידי חיוב שהסחורה תעבור בשלום וע"ז סמכה דעתו דהנחתו שנה המוליה יעשה כל טעמיה להצילה וא"כ ערבות ע"ז אסמכתא גמורה היא ולא מהני בה הך טעמא משום דמהימן ליה ומ"מ נראה דלפי הטעם שפכתבה רמב"ן בערב דלא הוי אסמכתא גמורה לפי שהוא פתולה בינד אחרים גם זה לא הוי אסמכתא ועדיף מערב דעלמא דבערב דעלמא י"ל דהוי פאסמכתא אעפ"י שבינד הלנה תלוי דממר אמר פפינא ליה ללנה כו' כמ"ש הרמב"ן ס"פ ג"פ משא"כ בינה אין לבו סמוך שנה טרח ומציל דמאן יימר שיועיל טרחתו להציל והא קמן שמבבזו ממון לאיש הנה שמקבל עליו אחריות הסחורה מדאגה מדבר שמה לא תעלה בינד המוליה להציל מיד הבאים לטרון טרף כאשר מעשים בכל יום ואי הנה סמכה דעתיה על המוליה לבד לא הוי שדי וזי פולי האי משוםחששא בעלמא ואפילו את"ל דמקצת אסמכתא הוי תו לא גרע מערב דכיון דלא הוי אסמכתא גמורה מהני טעמא בההיא הנאה דמהימן ליה כו'.

ודבר זה מתורתו של הריב"ש למדנו שפכתב בסימן ש"ח וז"ל עוד שאלת אם מותר להלות כו' שנהו בנדאי אסמכתא היא אם תלה הספינה בשלום יתן זה דרף משל עשרים ליטרין ואם יארע הפסד יתן זה מאה ליטרין ואע"ג דאסמכתא לא קניא בכל דאי וכ"ש באסמכתא שאין בידו להשלים כמו זה ואולי שהסוחרים והספני' יכולים להתנות בענין זה וכבר שמענו שפ"ט מנהגם כו' עכ"ל השואל שם והריב"ש השיב לו שאין אסמכתא אלא בתולה בדעת עצמו כו' אבל תולה בדעת אחרים שאין בידו כלל לאו אסמכתא הוא דכיון שאינו תולה בעצמו ואין בידו כלל גמר ומקני אדעתא דהאי תנאה כו' אבל בנידון זה שהוא תולה במקרה גמור אם תהנה רוח סערה ביים מפרק אגיות ומשבר ספינות או יבואו גזידים וחברת גנבים ושודדים לשלול שלל ולבזוז בז ואין בידו להיות נכון לבו בטוח לא יירא מפל אלה פשהתנה מתחלה גמר ומקני ואין פאן אסמכתא עכ"ל.

ובנידון דידן הוא ממש פנידון דהריב"ש ש פי גם בזה המוליה סחורה אינו רק שליח להולכה בלבד והרי זה פספן של בעל הסחורה אין עיניו עליו רק על המבטיח והספן שליחותיה קעביד ולפי שאין בינד המבטיח להנצל ממקרה ופגע רע לכן פשהתנה מתחלה גמר ומקני וה"נ דכונתיה ונראה בדעת השואל דס"ל שאין ללמוד זה מדין ערב דעלמא דחייב ואפילו ערב בשביל שואל חפץ דהדרא בעיניה חייב אע"פ שאין החיוב אלא אם יארע אונס הטעם דבההיא הנאה דקמהימן ליה משום דיש לחלק ולומר דהתם שפיר אמרינו גמר ומשעבד נפשיה משום דקבלת אחריותו אינו אלא אם לא יהיה ללנה או לשואל לשלם ועל הספק הנה משעבד נפשיה דממר אמר שמה ישלם הלנה בעצמו ולא אצטרף לשלם ואם לא יהיה לו ויצטרף לשלם אינו מפקיע עצמו מידי שעבוד בההיא הנאה דמהימן ליה ומחית נפשיה לספיקא בכה"ג ומכ"ש בשואל דאיכא תרי ספיקי שמה לא יארע אונס

נהדר בעיני' ואת"ל יארע שפא ישלם השואל עצמו משא"כ בזה שאם יארע אונס אין לו על מה לסמוך שהרי אינו על הספן אחריות וזה אין ביזו שלא יארע האונס ובשביל הנאה דמהימן לחוד לא משעבד נפשיה שיחול חיוב התשלומין עליו לבד ולכן הנה דעת השואל דהוי אסמכתא והריב"ש השיב לו דאדרבה מההיא טעמא שאין ביזו שלא יארע האונס אין בו דין אסמכתא דמעיקרא אדעתא דהכי נחית לשעבד נפשיה שאין לו על מה לסמוך פיון שאין ביזו ועכ"פ מבואר מדברי הריב"ש דבכה"ג ליחא לדין אסמכתא פלל: אמנם פן צ"ע שהרי מבואר דהריב"ש נמשך בזה לשיטת הרמב"ן דס"ל דבתולה בדעת אחרים לא הוי אסמכתא אבל הא איכא דעות דס"ל איפכא דאדרבה דין אסמכתא הוא בדבר שאין ביזו רק בדעת אחרים כמבואר בסמ"ן ר"ז ומ"מ י"ל דכ"ע מודים בהא דכיון שעל אמונתו של זה הוא מוסר לזה הסחורה להוליכה במקום סכנה א"כ שפיר הוא מתחייב באחריותה דהיכא דלא גזים כ"ע מודו כמ"ש בב"ח סימן ר"ז: אף בלא"ה נלענ"ד דשפיר מהני כה"ג מדין ערב ומ"ש בדעת השואל שפריב"ש וכן נראה מהריב"ש ג"כ שאין בזה דין ערב וכתבתי טעמא דיש לו לסמוך על הלנה שפא יפרע הוא ומחית נפשיה לספיקא (ולכאורה יש לסייע הך סברא מדברי הר"ן בקידושין שכתב דהצטרפותם והרשב"א חלקו על הרמב"ן בההיא דתן ללבל או זרוק לים משום דדוקא ערב על דבר שמוציא מרשותו לרשות פן דעת כו' ולפמ"ש החילוק מבואר יותר דבזרוק לים אין לו על אחר רק הוא מחוייב ליפרע ולא משעבד נפשיה) נראה דז"א דהא דין ערבות מיהודה ילפינן פדאיתא בב"ב וערבות דיהודה לא הנה על מי לסמוך והוא כנ"ד שערב בעד הליכת בנימין שלא יקראנו אסון ומינה ילפינן דמשעבד נפשיה בכה"ג שהטריפה אינה נדאית ואם יטרוף לא יהיה על מי לסמוך וחיוב מדין שומרין לא שייך בזה ואפ"ה משתעבד וממנו נקח לנ"ד דבכה"ג מהני ערבותו: ולכאורה צ"ע ממ"ש הרמב"ם והובא בש"ע סימן קל"א בראובן שמכר שדה לשמעון ולוי קיבל עליו אחריות לא נשתעבד לוי והא הך דיהודה ובנימין פשדה זו דמיא שיהודה קיבל אחריות בנימין עליו ואמרין דמשתעבד וא"כ גם גבי שדה נימא דמשתעבד לוי על קבלת אחריות ומשמע מזה דכל שאינו משעבד עצמו על גוף הענין הנעשה עכשיו רק משעבד עצמו באם יתחדש איזה ענין הנה ליה אסמכתא וה"נ דכונתה ואמנם הטור שם כתב בטעם הרמב"ם דלא שייך הקמנה דעביד איניש דזבין ארעא ליומא ע"ש וא"כ פאן לא שייך זה ושפיר משתעבד אגב דהקמנה כמו בשאר ערב ואמנם לענ"ד נראה לומר דטעמא דהרמב"ם דבשלקמא בערב דלנה שפיר יש מקום לערבות לחול שהוא.

ערב על החיוב שנתחייב הלנה עכשיו משא"כ לענין מכירה שבשעת מכירה אין פאן מקום חיוב פלל שהרי תמורת הדמים שנותן הרי הוא נוטל הקרקע ואפילו אם היא משועבדת לבע"ח מ"מ אין בזה ביטול המכירה שהמכירה קיימת עד שעת טריפה וא"כ פיון שעכשיו בשעה שנעשה ערב אינו מוצא מקום לחול שאין פאן חיוב רק שיהיה פח קבלה זו של עכשיו לחול על החיוב שיתחדש ע"י טריפת בע"ח וכיון שאין נדאי שיבא חיוב זה פלל אסמכתא הוי ואע"ג דגם בערב בעד שואל חפץ מהני ערבותו אע"ג דהחפץ הדר בעיני' וקי"ל דלא אשתעבדי ניקסי אלא משעת אונסין מ"מ מהני ביה ערבות דאע"ג דשעבוד לא רמי אנכסיה אלא משעת שאלה פיון שהחפץ הוא בעיני' מ"מ החיוב חל מיד בשעת שאלה שמתחייב מיד שיחזירנו בכלות ימי שאלה ועל חיוב זה חל ערבותו ולכן

שפיר הוי ב' דין ערב וזה מבואר בש"ך סי' רצ"א דמה"ט יש לשומר דין א"י אם נתחייבתי שחיוב התורה מתחיל מיד בשעת שאלה ע"ש משא"כ במקבל אחריות מכירת שדה שאין כאן התחלת שום חיוב בשעת ערבותו ואין חיוב אלא כשטרפו ממנו אז מתחיל החיוב וכיין שאין ברור שיתחיל שום חיוב דשמה לא יבא לידי טריפה כלל הו"ל אסמכתא והוא נכון לענ"ד.

וא"ל כיין דקי"ל באומר תן לפלוני נאני ערב מהני אף שאין ההלואה נעשית מיד בשעת הערבות וכ"כ הש"ך סימן קכ"ט בשם הרשד"ם במי שנתן כת"י כל מי שיתנדב ללות לפלוני הוא ערב כו' ע"ש וא"כ הא קמן דאע"פ שאין החיוב מתחיל מיד שי"ל שמה לא יבא לידי חיוב שלא יתן לו כלל ואפ"ה אין מבטל דין ערב שע"ד פן הוא נעשה ערב כשיבא לידי חיוב אבל באמת ז"א דהתם שזה הלנהו עפ"י אמירתו שיהיה ערב וכשמלנה לו והחיוב מתחדש הוא ע"פ זה אין קפידא בזה שאמירתו היה קודם על החיוב שיהיה מחמת אמירתו והו"ל באומר בשעת מתן מעות משא"כ במקרה שהחיוב המתחדש אינו מתחדש מחמת ערבותו רק שממילא מתחדש החיוב ובא עליו ע"י טריפה וכיין דאפשר שלא יתחדש החיוב שאפ"י אם יש כאן בע"ח שמה יסלקנו הלנה בזווי או נכסי ב"ח לא גמר ומשעבד נפשיה והלואה שאני דהחוב הוא ודאי רק שיש ספק שמה יסתלק החוב ועל זה גמר ומשעבד נפשיה שאם לא יסתלק החוב יתחייב לשלם ולכאורה יש לעיין לפ"ז דהתינח בקבלת אחריות מחמת טריפת בע"ח שאף אם יטרף עכ"פ עד שעת טריפה המכיר קיימת ואין כאן התחלת חיוב אבל בקבלת האחריות מחמת גזילה שפיר יש כאן התחלת חיוב מיד שהרי ביטול מקח יש כאן והו"ל זווי הלואה כמ"ש התוס' בב"מ דף י"ד דהשטר מקח הו"ל כשטר הלואה ואמרינן ביה אחריות ט"ס אף לשמואל וכ"כ בדף ט"ו ע"ב ד"ה ששווי אפותיקי דבגזלן שלא חל המקח כלל זווי הווי הלואה ואם ישלם שבח הו"ל רבית ע"ש וא"כ למה לא יועיל ערבות על אחריות דגזילה דהרי אם היא גזולה החיוב מתחיל מיד דהזווי הם הלואה מיד הערבות דידיה כערבות דהלואה וא"ל כיין שעכשיו לא נודע מזה החיוב אע"ג דאגלאי למפרע לית לן בה ז"א שהרי ע"ז הוא בא להתערב שאם יבא נגזל ויוציא והחיוב בזה הוא מיד ועל זה הערבות חל על החיוב הלז המתחיל מיד כמו בהלואה ומ"מ יש לחלק דבהלואה שהחיוב המתחיל מיד הוא ודאי חיוב סמכה דעמיה להשתעבד מיד משא"כ בזה שאף שהוא חש למלתא ומקבל אחריות ע"ז שאם יבא נגזל כו' מ"מ לא ברירא ליה שיהיה כאן ח ויש לחלק בין זה לאומר תן לפלוני כו' דג"כ לא ברירא ליה וקצרת: ואמנם גם בטעם שכתב הטור על דבר הרמב"ם לפי שלא על אמונתו קנה השדה שפעמים אדם קונה שדה שלא באחריות דזבין ארעא ליומיה וקשה תינח בטריפת בע"ח אבל בטריפת נגזל אף מכירה ליומיה אין כאן ואפילו שמואל מודה בהכי כמ"ש התוספות בב"מ שם וע"ש שכתבו דאפילו משעבדי נמי גבי דשטר מקח זה הו"ל כשטר הלואה דאמרינן ביה אחריות ט"ס כו' ולפ"ז גם לענין ערב נמי נימא דהוי כערב דהלואה ולכאורה י"ל דא"כ דהא דאמרינן דזבין ליומא היינו משום שבינתים יאכל פירות הרבה כמ"ש רש"י שם ומש"ה שפיר כתבו התוספות דבגזל אין כאן זביני ליומא דהנגזל טורף אף פירות שאכל הלוקח דא"ל ארעאי אנשכח וכ"כ ג"כ הפ"י ועדיין היה מקום לומר דגם בנגזל לא אמרינן אחריות ט"ס רק לענין אכילת פירות לבד ולא על הקרן דעל הקרן לא קביל אחריות משום דזבין ליומא בשביל אכילת הפירות

ואף שהנגזל יטרוף הרי הוא חוזר לגבות אותם מן הגזלן וזימנין שאכילת הפירות יעלה יותר מהקצוץ וכיין שאכילת הפירות הוא פסידא דהדר הו"ל כאלו הפירות שלו והו"ל כמו טריפת בע"ח דזבין ליומא ודחוק לומר דכיין שעכ"פ אנו צריכין לומר דנחית לאחריית על הפירות עכ"פ מסתבר טפי דנחית לאחריית גם על הקצוץ וכדאמנין התם סתמא כי תבע קרנא תבע ברישא וגם י"ל דכיין דע"כ יהיה מוכרח לתפוע המוכר על הפירות לא אמרינן דזבין ליומא רק בטריפת בע"ח שהפירות שלו וא"צ לתפוע פלל דמנ"ל להתוספות לחלק בכך ויותר מסתבר לומר דהתם קיימו התוס' אליבא דשמואל דס"ל לוקח מגזלן לית ליה שבחא וה"ה פירי כמבואר במפנרשים שם והלכך שפיר פתבו דאין פאן זביני ליומא בלוקח מגזלן לפי שהנגזל יטרוף גם הפירות והלוקח אין לו על מי לחזור ולפי זה אתי שפיר דברי הטור דיהיב טעמא משום דזבין ליומא אף דמסתמא מירי בכל אחריית אף של נגזל משום דאנו לדין דקי"ל פרבא דפסיק הלכתא פרב דיש לו שבח א"כ גם בנגזל זביני ליומא הוא שאף אם יטרוף הפירות מ"מ יחזור לפרוע אותם מיז הגזלן ולכן אין סמיכתו על הערב לענן הקצוץ אלא דלפ"ז צ"ל דגם להרמב"ם מהני ערבותו לענן הפירות שיטרוף הנגזל דאל"כ בפשיטות י"ל דגם לענן הקצוץ אין סמיכתו על הערב כיון שיגבה מהמוכר אלא ודאי שז"א דכל ערבות דהלואה נימא דסמיה על הלנה וע"כ כיון שבשעת הלואה נוטל ערב חזינן דעל אמונתו הלנהו וה"ה לענן מוכר מה תאמר דזבין ליומא גם ליומא ע"כ דסמיה שיחזור ויגבה מהמוכר ומה בין זה לגוף הקצוץ אף אם נאמר דאע"ג דהרמב"ם פתב שאין הערבות בעד קבלת אחריית מועיל מ"מ בנגזל הוא מועיל עכ"פ לענן הפירות ואז על גוף הקרקע אמרינן שאין סומה על הערב כיון שפבר סמוה לבו לענן הפירות שוב זבין ליומא אף אין זה במשמע בדברי הרמב"ם ופשיט הדברים נראה דאף להפירות שטורף נגזל אין ערבותו פלוס וא"כ קשה מה זבין ליומא שייה בזה כיון דבלא הערב אף הפירות אינם שלו אם יטרוף הנגזל: ועוד נלענ"ד דבלא"ה קשה על הטור דהא אנו קי"ל דלא פשמואל וסבירא לן אחריית ט"ס אף בשטרי מקח דלא אמרי' זבין ליומא וא"כ היאך פתב הטור בפשיטות הך סברא דזבין ליומא וראיתי שהט"ז עמד בזה וכתב שצ"ע לחלק בין מוכר לערב ע"ש ולדידי חזי לי שהחילוק נכון דבלנה דאמרינן דעל אמונתו הלנהו אע"פ שאינו קבלן ולא נפטר מלשלם מ"מ אמרינן מדחזינן שבשעה שמלנה הוא נוטל ערב בודאי הוא סומה עליו משא"כ במקר דאיכא תרתי דזימנין דאף בלא אחריית זבין ליומא ומכ"ש בזה שיש לו אחריית על הלנה דסמכא דעתיה אהא ואין לו סמיכה כ"כ על הערב אבל לומר שאין אחריית ט"ס במקר ולא קנה על אחריית פלל בהא לא קי"ל כשמואל דשדי זוזי בשביל הך מלתא דזבין ליומא שהוא מיעוט שאין מצוי ודוקא לענן ערב שיש לו לסמוך על הלנה ג"כ חזי לאצטרופי הא דזמנין דזבין ליומא כנלענ"ד בדעת הטור ולפ"ז בנגזל שטורף הפירות ג"כ אע"ג שחוזר לפרוע מהגזלן מ"מ ליכא תרתי כיון דעל הפירות גופא ג"כ צריף לחזור על המוכר ודוקא בטריפת בע"ח שאין טורף הפירות פלל שייה לומר תרתי שאוכל פירות וגם יש לחזור אחר המוכר: וגם מאי דכתבנא לתרוצי דברי התוס' משום דהתוס' מירי אליבא דשמואל דס"ל שבח אין לו שבתי וראיתי שז"א דהא טעמיה דשמואל כיון ששדה אין לו שכר מעותיו נוטל ויחזי פרבית וזה שייה היכא שצריף לפרוע הקצוץ משא"כ אם נימא שאין מקבל אחריית על הקצוץ שפיר י"ל דזבין ליומא לפי שקיבל

אחריות על הפירות וגם שמואל מודה בקא פיון שלא ישלם הקרן אין פאן רבית וע"כ לומר בשיטת התוס' כמש"ל דלא מסתבר שיקבל אחריות על הפירות ולא על הקרן או כפי הסברא השניה דכתובנא ואין מעלה ארוכה לדברי הטור: אמנם אפשר לומר ע"פ מ"ש הב"י בס"י קל"א לחלק דערב דלנה פיון דלהוצאה כו' משא"כ ערב דשדה פיון שרואהו מוכר שדה ואין מערער עליו ודאי כשמתערב אדעתא דקיים ליה שלא יוציא והו ממנה כו' ע"ש ואמנם הך סברא נראה דא"ש לענין אחריות דגזולה דאם איתא דגזולה הי' יוצא ערעור בשעת מכירה משא"כ לענין טריפת בע"ח אין ראיה מה שהוא שפוי בשעת מכירה שהבע"ח אין נותן עין על נכסי הלנה ולא איכפת לי' במכירתו וגם אפשר שלא הגיע זמנו ולפי"ז י"ל דגם הטור ס"ל כסברת הב"י וא"ש לענין אחריות דגזולה ולענין אחריות דבע"ח שפיר כתב הטור די"ל דזבין ליומא דבאחריות גזלה פשיטא ליה כסברת הב"י בזה.

ולפי"ז גם טעמא דידי דכתובנא שאין הערבות חל מחמת שאין החיוב מתחיל עד שעת טריפה ג"כ א"ש דאף דמייירי גם בטריפת גזל מ"מ לענין זה בלא"ה א"ש כסברת הב"י וכדכתובנא לשיטת הטור שוב ראיתי שהב"י שם הביא דברי ה"ה שכתב ונ"ל דשאני ערבות דמכר כשנותנין המעות ע"ד להשתקע נותנין ואין הערבות על הדמים אלא על הקרקע והוא ע"ת אם יוציא והו מידו כו' ואינו כערב דהלואה שהמלנה מוציא המעות מתחת ידו וכאן הלנה מוחזק בקרקע וא"ל על אמונתו הלנהו כו' ונראה קצת דתרי טעמי נקט נדא שהמעות נותן להשתקע ואין פאן חוב והוא כעין מ"ש וגם לפי שאינו מוציא כעת מתח"י רק מחזיק בקרקע וכיון שבהאי שעתא מוחזק הוי לא על אמונתו הלנהו ועי"ש עוד שכתב ואין האחריות על הדמים אלא על הקרקע אם יטרפוהו ממנו ותדע לך דאם הוקרה או הונלה וטרפה בע"ח דמוכר מגבין ללוקח כפי מה שהוא שנה בשעת טריפה לא כפי הדמים שקנה כו' עי' שם ומזה משמע ג"כ דמייירי בטריפת בע"ח דאלו בטריפת גזלן נראה שיש להגבותו כפי הדמים שקנה פיון שהמקח בטל וזווי הלואה גבי וכ"כ להדיא בב"י ב"ב קמ"א דמציעא עי' שם וכזה נראה לי חכם אחד שנתעלמו דברי נ"י אילו מבעל קצה"ח ס"י קט"ז שכתב שהתוס' חולקת על הך דינא דגובה כשעת טורפא והביא מתוספות דבבא קמא גבי ראובן שמכר שלא באחריות כו' וזה תמוה שהתוספות שם קיימי לענין ערעור דגזלנותא ושם באמת לא אזלינן בתר טורפא רק כשעת המכר ואף שישבתי הדברים מ"מ נראה שלא פיון לזה ודברי הנ"י בזה הם דברי הר"ן הובא בש"מ ואמנם לענ"ד דעת הראב"ד ונהרשב"א אינו פן ואין פאן מקומו: ונדאמאן עלה בנ"ד ודאי דמהני הערבות בשעת מתן הסחורה אף לדעת הרמב"ם במכירת השדה דטעם הטור פשיטא דלא שייך הךא וגם לטעמא דידי נמי הא בשעת קבלת הסחורה מתחיל החיוב ואף שעיקר החיוב מתחיל בשעת אונסין מ"מ חיוב על חזרת הסחורה מתחיל מיד וכמו ערב דשואל חפץ וגם טעם הב"י דכשמתערב אדעתא דקיים ליה שלא יוציא והו ליתא בנ"ד שהפך יודעין שהדרכים בחזקת ספנה וכשנכנס לערבות הוא בא בשכרו ומכניס עצמו מתחלה ע"ד פן ומשעבד נפשיה וגם הנותן הסחורה הוא מוציא מתח"י על אמונתו של זו וגדולה מזו י"ל דנ"ד לא מיקרי ערב כ"א קבלן שנה המבטיח הוא עיקר המקבל את הסחורה מהסוחר ואף שבעל החבילה הולך לקחתה מבית הסוחר מ"מ פיון שאין הסוחר נותנה לו בהקפה או על אחריותו רק עפ"י השט"ח מהמבטיח א"כ איהו

אינו רק שליח של המבטיח ושליחותיה קעביד לקחתה ולהוליקה אל מחוז חפץ ואינו רק כבעל עגלה המוליך סחורה וטוענה בשליחות הקונה מהסוחר והסוחר אין דינו עם המוליך רק עם המבטיח ואין פאן ערבות רק קבלנות נהרי אומר תן לו ואני אתן לך הוי קבלן ומכ"ש בזה שפבר שלח השט"ח לידו פתוב על שם הסוחר ועפי"ז הוא מוסר לו הסחורה שדין קבלן יש לו: ועוד נראה דאפילו תימא שאם שולח לו בכתב שיסתן לזה הסחורה והוא מחייב עצמו שמתחייב להחזירה לו בשלימות וכיוצא בזה הנה תלוי במשמעות לשון הכתב אבל כפי שנוהגין שנותן שט"ח בסתם ואין מזכיר בו סחורה כלל רק על סף פה וכך מעות א"כ נראה שהענין נעשה ע"ד הקנאת חכמי ספרד המבואר בסי' ר"ז וכמו משלשין שט"ח לקיום תנאים המבואר באה"ע והיינו שהוא מקנה לו השט"ח ומתחייב לו סף פה רק שתנאי הוא באם יחזיר הסחורה השט"ח מחול וכל זמן שלא מסר הסחורה החוב בתקפו ואין פאן דין אסמכתא כלל סוף דבר שמנהגן של ישראל תורה הוא ודין גמור וגם מצד מנהג הסוחרים דין גמור כמבואר בפוסקים ותשובות וקצרותי דברי זעירא הק' אפרים ולמן מרגליות מבראד: שאלה לה שאלה דרך התגרים ליתן סחורה שלהם להוליקה למדינה אחרת והמוליך מחייב עצמו בכל אחריות שיארע להסחורה עד בואה אל מחוז הפצה וימסרה שם ליד בעל הסחורה או שלוחו ולפעמים אין זה המוליך רוצה לקבל אחריות או אינו בטוח בעיני בעל הסחורה ואחר נכנס תחתיו לקבל אחריות העמדת הסחורה ונותן לבעל הסחורה מעות בערבון כפי שיווי הסחורה או שט"ח על סף זה ובזה חל עליו חיוב העמדת הסחורה ומתפשרים בניהם כמה יתן בעל הסחורה בעד הוליקתה וקבלת אחריותה וזה שמקבל אחריות מתפשר עם המוליך כמה יטול זה בעד הולכת הסחורה וטרחתו וכמה יטול זה בעד קבלת האחריות ואם אינו מעמיד הסחורה לזמן הקצוב בניהם אזי מי שנותן השט"ח משלם שט"ח שלו לבעל הסחורה והוא חוזר על המוליך אם יש לו עליו איזה דו"ד כשלא קיים כפי התנאין שביניהן או שחושדו שהטמין הסחורה לעצמו כולה או מקצתה ובעל הסחורה אינו עושה דין עם המוליך כלל אם אחר מקבל האחריות ואינו לוקח ממנו שום כתב כלל רק עיניו ולבו על הפעות או על השט"ח שקיבל מיד זה המקבל האחריות ואירע שראובן הנה צריך לשלוח סחורה וקיבלה שמעון להוליקה ולפי ששמעון לא הנה בטוח בעיני ראובן נכנס תחתיו לוי לקבל על אחריות ונתן שט"ח בסתם על סף פה וכך לשלם לזמן פלוני ע"ד המנהג פשיעמיד הסחורה יחזור לו השט"ח והמוליך נתעכב זמן מה עד שיהיה לו זמן מוכשר לצאת שלא יפשל בספנת הדרכים ובינתיים שמע לוי שנתרבתה הסכנה ורצה לחזור בו מקבלת האחריות ושלח לראובן שישתדל להוציא הסחורה מיד המוליך וראובן שלח אחרי המוליך והוא השיב לו שפבר הלכה הסחורה ואין בידו להחזירה וסוף דבר גלפדה הסחורה במדינה שהוא מיד המוליך ונפסדה ועתה תובע ראובן שישלם לו השט"ח כמנהג ולוי טוען הרי הנהרתיך שתשתדל להוציא הסחורה מידו כי אחר שנתרבתה הסכנה חזרתי מקבלת האחריות והשיבו ראובן עשיתי כדברך וטרחת עמו הרבה ולא עלתה בידי כי אמר שפבר שלחה ואם היו דבריו אמת או שקר לא ידעתי אף סוף סוף לא באה הסחורה לידי ולוי טוען לו: הא כדברך שלא הייתי יכול להוציא ממנו בטוב אעפ"כ אחרי שגליתי אזניך שאני איני רוצה להתערב עוד בקבלת אחריות הנה לך לילה עמו בדינא ודיינא או בעקיפין ואני יודע בבירור שעדיין הייתה הסחורה תחת

ידו בַּעַת הַהִיא וְהָיִיתָ יָכוֹל לְהַצִּילָהּ מִיָּדוֹ בְּתוֹקָהּ וּמֵאַחַר שֶׁלֹּא עָשִׂיתָ כֵּן אֶת אֶפְסוֹדֶת נַפְשָׁהּ
וְרֵאוּבֵן טוֹעֵן שֶׁטְּרַחָא רַבָּה כְּזוֹ לֹא הָיָה מוּטָל עָלַי מֵאַחַר שֶׁהִשְׁטַחְתָּ שֶׁלָּהּ הָיָה תַּחַת יָדִי
וְעָלְיוֹ סְמִכְתִּי מִתְּחִלָּה וְאַפְשָׁר שֶׁלֹּא הָיָה עוֹלָה בְּיָדֵי ג"כ אִם הָיָה טוֹעֵן מֵה לָּהּ עָלַי אַחֲרֵי
שֶׁהֶעֱרַבּוֹן נָתוּן בְּיָדְךָ שֶׁט"ח בְּטוֹחַ עַל הָאַחֲרִיּוֹת וְע"ז סְמִכְתָּ מִתְּחִלָּה וְאִם אַתָּה הָיִיתָ רוֹצֵה
לְחַזֵּר עָלַי דִּינְךָ הָגִי רַמְיָא לְטָרוּחַ עִמּוֹ וְלִהְיוֹצִיא מִיָּדוֹ מֵאַחַר שֶׁאַתָּה נִכְנָסְתָּ בְּעוֹבְבֵי הַקּוֹרָה
וְסִבְלַת עָלֶיךָ אַחֲרֵיכֶם לֹא כֵּן חוֹרִין אַתָּה לְהַפְטֵר מִמֶּנָּה אִם לֹא בְּתוֹרַת הַסְּחוּרָה לְיָדֵי כִּי
עַל כֵּן נִתְּתִיךָ לוֹ מִתְּחִלָּה עַל אֲמוּנָתְךָ וְאַף עִתָּה אֵין לִי דִין וְדַבְּרִים עִמּוֹ אַע"פ שֶׁהוּא הָיָה
הַמּוֹלִיךְ מֵעֲצָמוֹ וּפְשַׁע בְּדַבָּר כָּל חַיִּיבֵי אַחֲרֵיּוֹת שֶׁבְּעֶסֶק זֶה עָלֶיךָ הֵם מִתְּחִילַת מְסִירַת
הַסְּחוּרָה לְיָדוֹ עַד עִתָּה וְאֲנִי עָשִׂיתִי לְפָנֶיךָ מְשׁוּרַת הַדִּין לְטָרוּחַ עֲבוּרָה וְלִכּוּפּוֹ בְּדַבְּרִים
וְלֹא הוֹעֵלְתִי וְחַיִּיב זֶה לִילֵךְ עִמּוֹ בְּתוֹקָהּ אֵינוֹ מוּטָל עָלַי כְּלָל רַק עָלֶיךָ וְלָכֵן אַתָּה מְחַוֵּב
לְשֵׁלֵם וְאִם יֵשׁ לָּךְ דִּין עַל הַמּוֹלִיךְ עֲשֵׂה עִמּוֹ כְּרַצוֹנְךָ וּבְרָרוּ לָהֶם ב"ד הַשָּׁנָה שִׁידוּנוֹ
בְּיָנִיחֶם וְהַב"ד שָׁמוּ פְּנִיחֶם עָלַי וּבִקְשׁוּ לְחֹחוֹת דַּעֲתִי בְּזֶה: תְּשׁוּבָה מִתְּחִלָּה אַעֲן וְאוֹמֵר
שִׁישׁ לְבָרַר דִּין זֶה מִתְּלִמוּד עֲרוּךְ בַּב"ק דָּף ק"ח אֵינְתָּמֵר נִגְנָבָה בְּאוֹנָס וְהִנֵּכֶם הַגְּנָב אֲמַר
אֲבִי אִם ש"ח הוּא רָצָה עוֹשֶׂה עִמּוֹ דִּין רָצָה נִשְׁבַּע וְאִם ש"ש הוּא עוֹשֶׂה עִמּוֹ דִּין וְאֵינוֹ
נִשְׁבַּע רַבָּא אָמַר אֶחָד זֶה וְאֶחָד זֶה עוֹשֶׂה עִמּוֹ דִּין וְאֵינוֹ נִשְׁבַּע וּפְלִי רִשְׁיִי וְאִם ש"ש הוּא
אַע"ג דְּפִטּוֹר בְּלִסְטִים מְזוּנִין הֵכָא הוּאִיל וְהִנֵּכֶם הַגְּנָב וְלֹא יִפְסִיד כְּלוּם עָלְיוֹ לְטָרוּחַ אַחֲרָיו
לְפִיכָּהּ הוּא יִשְׁלַם לְבַעֲלִים וְיִחַזֵּר וְיִפְרַע מִן הַגְּנָב עוֹשֶׂה עִמּוֹ דִּין יִשְׁלַם דְּמַצָּנָה עָלְיוֹ לְחַזֵּר
אַחַר הָאַבְיָדָה וּמִסְקִינָן הֵתֵם דְּאַפְלִי אִם כְּבָר נִשְׁבַּע הַש"ש שֶׁהוּא פְּטוֹר לְגַמְרֵי מִן הַבְּעָלִים
אַעפ"כ כִּשְׁהִנְכֵר הַגְּנָב צָרִיךְ הוּא לְשֵׁלֵם וְהוּא יִחַזֵּר אַחַר הַגְּנָב לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ כִּינּוֹן דְּלִית
לָּהּ פְּסִידָא רַק טְרַחָא שִׁיצְטָרַךְ לְדוֹן עִם הַגְּנָב שֶׁהוּא לְסְטִים מְזוּנִין וְלִקְחָ בְּאוֹנָס ע"ש
וְקִי"ל כְּרַבָּא דְּאִם עֲדִינָן לֹא נִשְׁבַּע אַע"פ שֶׁהוּא ש"ח מְחַוֵּב לְשֵׁלֵם וְאַע"פ שֶׁהוּא ש"ח
וּפְטוֹר מִן הַדִּין מ"מ כִּינּוֹן דְּלִית לֵיהּ פְּסִידָא הַטְּוֹרַח מְטָל עָלְיוֹ וְאַע"פ שֶׁרוֹצֵה לִישְׁבַּע לֹא
מְהַיֵּי לֵיהּ אֵלָּא אַחַר שִׁישְׁלַם יְטַרַח לְעַצְמוֹ לִילֵךְ עִם הַגְּנָב בְּדִינָא וְדִינָא עַד שִׁיוֹצִיא מִמֶּנּוּ
וְאִם כְּבָר נִשְׁבַּע וּנְפִטֵר מִן הַמְּפָקִיד מ"מ אִם הָיָה שׁוֹמֵר שְׂכָר אַעפ"כ הוּא מְחַוֵּב לְשֵׁלֵם
לְהַמְּפָקִיד וְהוּא יְטַרַח לְהוֹצִיא אֶת שְׁלוֹ: וּמֵעִתָּה בַּנ"ד רוֹאֵה אֲנִי הַדַּבְּרִים ק"ו דְּהָא הֵתֵם
כְּשֶׁנִּשְׁבַּע כְּבָר יֵצֵא מְחַיִּיבוֹ וְכִלְתָּהּ שְׁמִירְתוֹ וְאַף אִם לֹא נִשְׁבַּע הָרִי הוּא מוֹכֵן לִישְׁבַּע
וְלִפְטֵר מְחַיִּיבוֹ אַחֲרֵיּוֹת שֶׁעָלְיוֹ וְאַעפ"כ מְחַוֵּב לְשֵׁלֵם וְעָלְיוֹ דִּינְךָ רַמְיָא לְטָרוּחַ בְּדִינָא
וְדִינָא עִם הַלְּסְטִין מְזוּנִין לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ בְּחִזְקָה וְק"ו הַדַּבְּרִים אִם הוּא ש"ח וְנִגְנָבָה מִמֶּנּוּ
בְּפִשְׁעָה אוֹ בַּש"ש בְּגִיבָה סֵתֵם שֶׁלֹּא בְּלִסְטִים מְזוּנִין וְהִנֵּכֶם הַגְּנָב שֶׁמְחַוֵּב הַש"ח אוֹ
הַש"ש לְשֵׁלֵם וְהוּא יְטַרַח לְהוֹצִיא מִן הַגְּנָב וְלֹא מְצִי לְמַפְטֵר נַפְשִׁי מְחַיִּיבוֹ אַחֲרֵיּוֹתוֹ
וְלִהְטִיל הַטְּוֹרַח עַל הַבְּעָלִים שֶׁהֵם יְטַרְחוּ לְהוֹצִיא מִן הַגְּנָב וּמִמֶּנּוּ נִקַּח לַנ"ד שֶׁאֵין סָפֵק
שֶׁזֶה שְׁקִיבֵל עָלְיוֹ כָּל מִינֵי אַחֲרֵיּוֹת שִׁיתְּחַיֵּב לְשֵׁלֵם אִם לֹא יִמְסַר הַסְּחוּרָה לִיד הַבְּעָלִים
שֶׁהוּא מְחַוֵּב לְטָרוּחַ וְלִהְיוֹצִיא מִיָּד זֶה הַמּוֹלִיךְ שֶׁרוֹצֵה לְהַעֲבִיר עַל דַּעֲתוֹ וְלַעֲכָב לְעַצְמוֹ
אוֹ לְהוֹלִיכֶם לְמָקוֹם סְפָנָה שֶׁאִם תֵּאבֵד אֵין לוֹ עַל מַה לְסַמּוֹךְ וְלֹא כָּל כְּמִינָה לְמַפְטֵר
נַפְשִׁי בְּזֶה שֶׁמְטִיל הַטְּוֹרַח עַל הַבְּעָלִים וְהַדַּבָּר בְּרוּר דְּהָא דְּקִי"ל ש"ש שֶׁהָיָה יָכוֹל לְקַדֵּם
בְּרוּעִים וּמְקַלּוֹת וְלֹא קוֹדֵם חַיִּיב שְׁכֵן הַדִּין אִף אִם הוֹדִיעֵנו לְבַעֲלִים שֶׁהֵם יִקְדְּמוּ וְיִקְיָמוּ
עָלְיוֹ רוּעִים אִם אֵין הַבְּעָלִים רוּצִים לְקַבֵּל עָלֵיהֶם טְוֹרַח זֶה הַש"ש חַיִּיב וְאֵין לְחַלֵּק וְלוֹמֵר
דְּדוֹקָא גְּבִי שׁוֹמֵר שְׁקִיבֵל הַבְּהֵמָה שֶׁהוּא יִשְׁמְרָנָה הוּא מְחַוֵּב לְשֵׁלֵם כָּל זְמַן שֶׁאֵינָהּ

מחזירה משא"כ בנ"ד שידוע הי' לבעל הסחורה שזה יהי' המוציא והמביא רק שזה קיבל עליו כל אונס דמתיליד להמוליה בזה לא הנטל עליו הטורח דפשיטא דז"א פיון שזה לא הי' נותן להמוליה כלל רק על פיו של זה המקבל עליו שמחויב להעמיד הסחורה לידו וכיון שהחזר והאחריות מוטל עליו זה המוליה שליחותיה קעביד וה"ז כמו שזכר את התמור לרפוב עליו שלוחו שדין בעל התמור הוא עם השוכר וכמבואר בנ"י בשם הרא"ה הביאו בש"ך סי' רצ"א וא"כ פשיטא דלא מצי פטר נפשין מחיוב חזרת הסחורה שקיבל עליו בזה שבא מחמת טענה שהיה לבעל הסחורה להציל הסחורה דעיקר חייבי הטורח להתחזר הסחורה לבעלים עלי' דידיה רמ"א שהרי הבעלים לא היו מוסרים ליד זה כלל ואינו שלוחם רק שליח המקבל אחריות ולכן זה שהאחריו' עליו מחויב לשלם והוא יעשה דין עם שלוחו: ואין לפקפק בזה מהא דאמרינו בב"ק דף מ"ה דכ"ע אומרים באיסורי הנאה הרי שלח לפניה והכא בגומרין כו' השתא אתפסתין לתנאי בידא דלא מצינא לאשתעי דינא בהדיה כו' משמעדי הוי מצי לאשתעי דינא עם הב"ד ולהוציא מידם הנה השומר נפטר בטענת הרי שלח לפניה וזיל דון ואפיק לנפשה ואפילו באיסורי הנאה ומכ"ש במידי דלאו אה"נ דמצי למימר הכי דז"א דנדאי דין דהרי שלח לפניה לא שנייה אא"כ מחזיר לו הדבר בעינו אז אף ע"פ שנעשה אה"נ פגון חמץ בפסח וכה"ג אומר הרי שלח לפניה אבל פשיטאנו מחזירו לידו רק שהוא ביד אחרים ומראה מקום הוא לו שהפקדון או הגזל הוא תחת יד פלוני ותטול מתחת ידו אין שומעין לו מוכרח מדברי הש"ס דלעיל דהא אף פשהשומר נפטר מהבעלים והופך הגנב צריה לשלם ולטרות לעצמו ולא מצי אמר הרי שלח לפניה אצל גנב זה ותטרח ותוציא לעצמה אלא נדאי דכיון שהוא תח"י הגנב וצריה להוציא מת"י אין יכול לומר הש"ל פיון שאינו לפניו לקחתו וצריה לטרות אחריו והתם גבי שומר מייירי שאחר שגמרו דינו חזר השומר ותפסו מידי ב"ד והחזירו לבעליו ואפ"ה לא מצי אמר הש"ל משום דאתפסי מעיקרא ביד הב"ד וגמר את דינו ושוב אין מועיל חזרתו עתה שהב"ד יוציאו מיזו לסלקו ואינו יכול לעכב על ידם ידן מבואר שם בלישנא דרבנן ור"י החזירו שומר לבית בעליו כו' ואם היה ביד ב"ד גם עתה לא הוי מצי למימר הרי שלח לפניה פיון שאינו מחזירו מיז ליד וכן מוכח מהא דאמרינו גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ונטלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה ואף בגזילה קיימת הדיו פן פמבואר בריש פרק הגזל ובדף קט"ו גנב ומכר ואח"כ הופך הגנב כו' עי' שם ועי' סימן שס"א ולכאורה תיקשי פיון דכאן משמע דמייירי באפשר להוציא מן השני אם פן למה רוצה מזה גובה דהיינו מן הראשון נימא ליה זיל לגבי שני שהגזילה קיימת אצלו והרי שלח לפניה שאם תרצה תגבה אותה ממנו אלא נדאי דטענת הרי שלח לפניה לא שייכא אלא פשמוסר לו מיז ליד אבל לא פשמראהו ביד אחרים וצריה טירחא להוציא מיזו: והא דאמרינו בבבא קמא דף ק"ז הגזל שזה ונטולה מסיקין אומר לו הרי שלח לפניה התם בקרקע מייירי ומשום דקרקע אינה נגזלת כלל ובכשיותא דמרא קיימא ולכן אפילו אין יכול להוציא מיז המסיקין אם הוא מפת מדינה אומר הרי שלח לפניה וכן שטפה נהר אומר הש"ל אבל בממלטלין פשיטא דלא מצי אמר הש"ל ולא מביעיא אם אין יכול להוציא אפילו אם הוא מפת מדינה אלא אפילו יכול להוציא בדיינים א"י לומר הש"ל פשהו ביד אחרים וכמבואר בבבא מציעא דף ז' בגזל ולא נתיאשו הבעלים אפילו יכול להוציא בדיינים אינו יכול

להקדישו במטלטלין לפי שאינו ברשותו רק במקרקעי דכי יכול להוציאו בדינינו
ברשותיה קיימא וכיין דבמטלטלין פל שרשות אחרים מעכב עליו לאו ברשותיה מיקרי
לענון הקדש והכי נמי אמרינו דלא פתבינון אורכתא אמטלטלי כו' עי' שם בבבא קמא
דף ע' ובפוסקים א"כ פשיטא היכא שמחנניב להשיב ליד הבועלים אין זה השבה מה
שמראה לו שהוא ביד פלוני ונלך ויוציא ממנו שאף אם הנה שלו אין בידו להקדישו
ולהקנותו ומכ"ש דלא מצי אמר הרי שלך לפניה: ולכאורה יש להביא ראיה מהא
דאמרינו בבבא קמא דף צ"ח הזורק מטבעת חבירו לים הגדול פטור מ"ט א"ל הא מנח
קמף אי בעית שקליה ופי' רש"י דאי משום דבעי למיתב זוזא לבר אמוראה למישט
ולמשקליה אין זה רק גורם להפסידו אותו שכן ופטור וה"מ דאדיה אדוניי אבל שקליה
בידיה מגזל גזל' השבה בעי מעבד ע"ש מבואר מזה דבגזלן אף בצלולין דקא חזי ליה
לא מצי אמר הש"ל דהא מנח קמף זיל שקליה דכיין דצריף להוציאו ע"י בר אמוראה
לאו השבה מיקרי וגזלן צריף השבה: ואמנם הש"פ בסימן שפ"ו הביא דברי הרש"ל
דס"ל דאף היכא דשקליה דבעי למעבד השבה מ"מ יצא במה שמשלם לו שכן בר
אמוראה ואינו צריף להטפל בה יותר וכן משמע מהתוס' גבי יש שבח סימנים על גבי
צמר והש"פ חולק וכתב שפינון שצריף השבה אינו יוצא עד שמחזירה למקום שנטלה
ומ"ש מדברי התוס' לא משמע משם מידי דהתוס' לא מיירי התם אי קפיד בהכי משום
דהתם מנחי הצמר קמיה אבל אי קפיד קפיד עכ"ל ועי' שם בתוס' שכתבו שם אהא
דאמרינו דאי יש שבח סימנים ע"ג הצמר מצי א"ל הא מנחי קמף שקלינהו דמ"מ בעי
למיתב אגרא דלשקול להו כו' ולכאורה משמע כהרש"ל דאי כדברי הש"פ שאם רוצה
בעל הסימנים צריף הגזלן לטרונם למשקל להם א"כ מאי קמבעי לי' דלמא אין שבח
ובעי שלומי או יש שבח דמאי נ"מ דהא גם אי יש שבח נמי צריף הגזלן להחזיר לידו
הסימנים שלו בלי טורח ולדברי הרש"ל א"ש דבטורח למשקל הסימנים קמבעי ליה
אבל לדברי הש"פ קשה ואפשר דהש"פ ס"ל דהכי קמבעי ליה דלמא אין שבח וא"כ
מיקני לו לגזלן בשינוי וצריף לשלם דמים דוקא אף אם רוצה לטרונם ולמשקל להו
להחזירם בעינם או דלמא יש שבח כו' ואין זה שינוי כלל וא"צ לשלם דמים עכ"פ רק
לישלם בעינם או ע"י טורח עצמו וזה יתן לו השכר ואם ירצה יטרח הגזלן לקחתם משם
ולהשיבו לבעלים פן צ"ל לפי דעת הש"פ: ולכאורה יש להביא ראיה לשיטת הרש"ל
מהא דאמרינו בב"ק דף י"א והא בטורח נבלה קמפלגי להביאה ממקום שמתה למקום
שהיתה שם דאבא שאול סבר על המזיק הוא והתנאי אחרים אמרים מנין שעל בעל
הבור להעלות השור מבורו כו' והרא"ש שם פתב ופחת נבלה על הגניק משעה שנודע
לו הגניק שהי' מוטל עליו להשתדל ולהעלותו מן הבור ושכר העלאה יפרע המזיק עכ"ל
וכ"כ הסמ"ע סי' ת"ג שכ"כ הטור וכ"כ הב"י שכן הסכמת הפוסקים מבואר מזה דכל
היכא שהגוף שלו אף שהחייב מוטל על האחר למסור לידו מ"מ הוא צריף לטרונם בעצמו
ומה שאמרו טורח נבלה על המזיק היינו שכן הטורח וה"נ דכונתה אע"פ שזה מוטל
עליו חייב השבה פינון דשקלי' בידיים וגזלי' מ"מ זה צריף לטרונם אחר בר אמוראה
למשקלי' וזה שזרקו יתן השכר וכן בההיא דצמר וסממני' ועיין בסמ"ע סי' שצ"ח סק"ה:
אף לענ"ד יש לחלק בין ה' דמזיק שלא קיבל עליו חייב השבת החפץ רק התורה הטילה
עליו להשלים הגזקו והלכך הטורח מחוייב עליו משא"כ גזלן שהוטל עליו חייב השבת

החפץ לאו השָׁבָה מִקְרִי פְּשְׁעֵינֵינוּ הוּא צָרִיף טְרַחָא שְׁתַּבָּא לִידּוֹ וְכוּן מִשְׁמַע מְלִשׁוֹן הָרָא"שׁ שְׁכַתְבַּת אֲבָל שְׁקַל בִּידֵינִי וְשִׁדְנִי מִגְזֵל גְּזֵלִי וְהַשְׁבָּה מְעַלְיֵיתָא בְּעֵי לְמַעְבַּד וּפְשִׁיטָא דְלֵא מִקְרִי הַשְׁבָּה מְעַלְיֵיתָא בְּכַה"ג שְׁצָרִיף לְמַרְדָּף אֲבַתְרָה.

וְהִנֵּה מ"ש הַטּוֹר וְהַב"י בְּפִשְׁיטוֹת דְּהַנְיָזָק חֲזִיב לְהַשְׁתַּדֵּל לְהַעֲלוֹתָהּ אֲלֵא שְׁהוֹצְאוֹת חָל עַל הַמְזִיק לֹא מִשְׁמַע הָכִי מְפִשְׁיטוֹת לְשׁוֹן הַש"ס וְהַרְמַב"ם וְעֵינֵינוּ בִישׁ"ש פ"ג ס' ל"א שְׁכַתְבַּת וְז"ל כְּתַב טוֹר הָא דְאִמְרִינוּ פָּחַת גְּבֻלָּה כו' וְכוּן לְשׁוֹן הָרָא"שׁ פ"ק כו' שְׁעַל הַמְזִיק מוּטָל לְהַעֲלוֹתָהּ מִן הַבוֹר וְלְהַבִּיאָהּ מִמְּקוֹם הַנְיָזָק לְבַד מ"מ מֵאַחַר שְׂיַדַע הַנְיָזָק הִיָּה לוֹ לְהוֹדִיעַ לְהַמְזִיק לְהַעֲלוֹתוֹ וְשִׁכָּר הַעֲלָאָה עַל הַמְזִיק כו' וְכ"כ בְּסוֹף דְּבָרָיו שֶׁם שְׁהִיָּה לוֹ לְתוֹבְעוֹ לַב"ד וְלְהַזְהִירוֹ לְהַעֲלוֹתוֹ לַב"ד מְבוֹנָאָר מְזַה דְּמִפְרָשׁ שְׂאִין חַיִּיב עַל הַנְיָזָק רַק לְהוֹדִיעַ לְהַמְזִיק וְלְהַזְהִירוֹ שְׂיַעֲלֶנָּה אֲבָל הַטְּוֹרַח עֲצָמוֹ הוּא עַל הַמְזִיק ע"ש וְנִרְאֶה מְדַבְּרָיו שֶׁהוּא מְפָרֵשׁ כֵּן בְּלִשׁוֹן הָרָא"שׁ וְהַטּוֹר ג"כ וְהַדְּבָר קָשָׁה לְהַעֲמִיס כֵּן בְּלִשׁוֹנָם אֲבָל מ"ש הַסַּמ"ע שְׁהַב"י כְּתַב שְׁכֹן הַסְּכָמַת הַפּוֹסְקִים צ"ע שְׁהַב"י לֹא כ"כ רַק לְעַנְנֵנוּ עֵיקָר הַדִּין שְׁטוֹרַח חָל עַל הַמְזִיק וְלֹא קָאִי כָּלֵל אֲהָא דְהַטּוֹר שְׁהַנְיָזָק מְחוּיָב לְהַשְׁתַּדֵּל לְהַעֲלוֹתָהּ ע"ש וְקִצְרֵיתִי: וְהִנֵּה בַמ"ש לְחַלֵּק בֵּין מְזִיק לְגִזְלוֹן דְּבַגְזָלוֹן יֵשׁ עֲלָיו חַיִּיב הַשְׁבָּה מִשְׂא"כ בְּמְזִיק הִנֵּה מְדַבְּרֵי הַש"ס דְּקֹאֲמַר יְבִיא עֲדוּדָה לַב"ד כו' וְיִלְיָף מִיָּנָה לְדִין מְזִיק נִרְאֶה דְגִזְלוֹן וּמְזִיק דִּין אֶחָד לָהֶם.

וּלפ"ז לְדַעַת הַסַּמ"ע אֲלִיבָא דְהָרָא"שׁ וְהַטּוֹר דְּבַמְזִיק הַטְּוֹרַח חָל עַל הַנְיָזָק רַק שְׁהַמְזִיק יִתֵּן הַהוֹצְאָה א"כ בְּשׁוֹמֵר נְמִי דְאִמְרִינוּ יְבִיא עֲדוּדָה לַב"ד נְמִי כַה"ג הוּא שְׁהַטְּוֹרַח עַל הַבְּעָלִים רַק שְׁהַשׁוֹמֵר יִתֵּן הַהוֹצְאָה וְאֵע"ג דְּשׁוֹמֵר נְמִי חֲזִיב בְּהַשְׁבָּה כְּמוֹ בְּגִזְלוֹן: אִף לַעַב"ד לֹא מִשְׁמַע הָכִי מְדַבְּרֵי הַפּוֹסְקִים וְאֵע"ג דְּקִי"ל בְּסִי' שַׁמ"ד לְעַנְנֵנוּ דְשָׁמִין לְשׁוֹאֵל שְׂאֵם אָמַר לוֹ טוֹל הַשְּׁבָרִים שְׁלָהּ וְנִנְאָנְסוּ שֶׁהוּא פְטוֹר הִיָּינוּ מִשׁוֹם דְּמִשְׁעָה שְׁנִשְׁבַּר כְּלֵתָהּ שְׁמִירְתוֹ רַק מְחוּיָב דְּמִי הִיָּזְקוּ וְהַשְּׁבָרִים בְּרִשׁוּתָהּ קִיָּיְמִי כְּמוֹ פָּחַת גְּבֻלָּה אֲבָל הִיָּכָא שְׂאִין הַשְּׁבָרִים בְּמְקוֹם שְׂיִכּוֹל לִיטְלוֹן בְּלֹא טְוֹרַח שְׂיִכּוֹל לְשׁוֹמֵר הָרִי שְׁלָהּ לְפִנְיָהּ בְּאֵ טוֹל הַשׁוֹמֵר מְחוּיָב לְהַבִּיאֹו בְּמְקוֹם שְׁהִיָּה תַחֲלָה שְׂיִכּוֹל הַמְּפָקִיד לִיטְלוֹן (וְכוּן מְצִאתִי בַש"מ ב"מ דָּף צ"ו בְּשֵׁם הַרְמַב"ן ז"ל שְׁמַמְנוּ נוֹבַע הָף דִּינָא דְאֵם א"ל טוֹל כו' כַּמ"ש הַב"י בְּשֵׁם הַנ"י ע"ש) וְז"ל זֵיל שְׁלִים לִיָּה נִרְצָא מְעַלְיָא כו' וִי"א דַּנ"מ דְּאִי שְׁמִין לְשׁוֹאֵל שְׁבָרִים דִּידִיָּה נִינְהוּ וְאִי א"ל לְאַחַר יְמֵי שְׂאֵלָה טוֹל אֵת שְׁלָהּ וְנִנְאָנְסוּ פְטוֹר וְאִי אִין שְׁמִין חֲזִיב עַד שְׂיִשְׁלִים לוֹ בַב"ד בְּשׁוֹמְתוֹן וְכָל זֶה בְּכָלֵל פָּחַת גְּבֻלָּה (ר"ל דְּאִי שְׁמִין וְנִנְאָנְסוּ הוּא בְּכָלֵל פָּחַת גְּבֻלָּה שֶׁהוּא עַל הַבְּעָלִים) וְאֵע"פ שְׂאִמְרוּ בְּנִזְקִין שְׁעַל בַּעַל הַבוֹר לְהַעֲלוֹת הַשׁוֹר מְבוֹרוֹ וְכוּן בְּשׁוֹאֵל וְשׁוֹמְרִים אִמְרוּ יְבִיא עֲדוּדָה לַב"ד אַפ"ה אִינוּ חֲזִיב בְּאַחְרֵיִתוֹן אֲלֵא בְּמָה שְׁחֲזִיב בְּשְׂאֵלָה דְּמַעֲיָקְרָא וְהִיָּינוּ דְּבַעֲי הַתָּם אִי לִימָא דְּבַדְּבָרָא שְׁנִי זִוְנָא כו' וְלֹא מְתַרְצִינוּ דְּבַאחְרֵיִת הַמְזִיק הוּא כו' ע"ש וּמְבוֹנָאָר מְזַה דְּוַדָּאִי גּוֹף הַטְּוֹרַח הוּא עַל הַמְזִיק וְהַשׁוֹמֵר דָּאֵם אִימָא שְׁעַל הַנְיָזָק וְהַבְּעָלִים לְהַבִּיאָהּ רַק הַהוֹצְאָה עַל הַשׁוֹמֵר פְּשִׁיטָא שְׁחֲזִיב הַאחְרֵיִת עֲלָיו הוּא וּמַעֲיָקְרָא מֵאִי קָא קִשְׂיָא לִי' מֵהָא: וְאַמְנָם מְדַבְּרֵי הַרְמַב"ן אֵלוּ הַתְּבָאָר דְּלֵא ס"ל כַּמ"ש הַסַּמ"ע לְדַעַת הָרָא"שׁ וְהַטּוֹר גַּם בְּמְזִיק אֲלֵא גּוֹף הַטְּוֹרַח חָל עַל הַמְזִיק וּמ"מ הַאחְרֵיִת הוּא עַל הַנְיָזָק שְׁמִיד שְׂיַדַע הוּא צָרִיף לְהַשְׁתַּדֵּל לְתוֹבְעוֹ לְהַמְזִיק שְׂיַעֲלֶנָּה וְאֵם תְּבַעוּ וְנִתְרַשַׁל הַמְזִיק חֲזִיב וְאֵם יַדַע הַנְיָזָק וְלֹא תְבַעוּ לְהַעֲלוֹתָהּ מְדַשְׁתָּמ הָא קָמוֹן דְּלֵא קָפִיד שְׁתַּהֲיָה שֶׁם וְהָרִי הוּא עַל אַחְרֵיִתוֹ וּפְסִידָא דְּנִזְזָק הוּא וְכַדְבָּרֵי הַיִּש"ש בְּזֶה: שׁוּב

מְצַאֲתִי בְּנִימוּקֵי יוֹסֵף פ"ק דב"ק שְׁפֹתֵיב וְנ"ל אָבָא שְׂאוּל מוּקֵי קְרָא שְׁנִטְרַפָּה בְּפִשְׁעָה וְלֵהֲכִי חֲיִיבִיהָ קְרָא לְהִבְיָא עֲדוּדָה כְּדִמְפָרֵשׁ דְּבִטְנִיחָה נְבִלָה קְמִיפְלִיגִי וְהָרִי הוּא כְּמִזִּיק פִּינּוּ שְׁנִטְרַפָּה בְּפִשְׁעֵתוֹ וְת"ק מוּקֵי קְרָא בְּאִנְסֵי וְכִינּוּ שְׂיִבִיא עֲדִים שְׁנִטְרַפָּה בְּאִנְסֵי פְטוּר וְלֹא מְחִיב כָּלֵל אִפִּי לְהִבְיָא עֲדוּד' אֲלֵא שְׂיִוְדִיעַ לוֹ הֵיכֵן הוּא וְאוֹמֵר לוֹ הָרִי שְׂלָה לְפָנֶיהָ וְלֹא דְמִי לְנִגְנָבָה בְּאִנְסֵי וְאִח"פ הַנְּפֹר הַגְּנָב דְּקו"ל בֵּין ש"ח בֵּין ש"ש עוֹשֶׂה דִין עִם הַגְּנָב וְלֹא מִיפְטָר בְּשִׁבּוּעָה דְשִׁאֲנֵי הָתָם דְלֹא יוֹכְלוּ בְּעֵלְיוֹ לְאַשְׁתַּעוּנֵי דִינָא עִם הַגְּנָב דֹּא"ל לֹא בַע"ד דִּידֵי אֶתְ אָבֵל הֶכָא דְנְבִלָה קְמִי מְצִי א"ל הַש"ל עַכ"ל.

וְשִׁמְחֵתִי בְּרִאוּתִי כִּי כְּאֲשֶׁר דְּמִיתִי הֵךְ דְּהַנְּפֹר הַגְּנָב לְהֵהִיא דְּטִנְרַח נְבִלָה מְצַאֲתִי לִי רַב מְנוּבְהָק: אִךְ מַה שְׂיִצְא לְחֵלֵק דְּשִׁאֲנֵי הָתָם דְלֹא מְצִי לְאַשְׁתַּעוּנֵי דִינָא עִם הַגְּנָב דֹּא"ל לֹא בַע"ד דִּידֵי אֶתְ הוּא תִימָא בְּעֵינֵי דֹא"כ לְאַבְיֵי דְאָמַר בְּש"ח רְצָה נְשַׁבַּע וְכֵן לְרַבָּא בְּש"ח שְׁפָכְרַנְשֵׁי נְשַׁבַּע וְרוּצָה לְעִמּוּד בְּשִׁבּוּעָתוֹ נִימָא דְאִין הַבְּעֵלִים יְכוּלִים לְתַבְּנֹעַ אֶת הַגְּנָב וּמְמוֹנֵי אֲבָד וְעֵינֵי רִוּאוֹת וְכָלוֹת וְאִין מוֹשִׁיעַ פְּשִׁיטָא דְהָא לִיתָא שְׁבִנְדָאֵי בְּיַד הַבְּעֵלִים לְתַבְּנֹעַ אֶת הַגְּנָב כְּשִׁרְצוֹ כְּדִמְרִינּוּ גְזֵל וְלֹא נְתִיבָא שׁוֹשׁוֹ הַבְּעֵלִים כו' רְצָה מְזַה גוּבָה דְכָל דְלֹא אִיִּאוּשׁ בְּרִשׁוּתָא דְמָרָא קְנִימָא וּמַכ"ש בְּשׁוּמֵר דְּפִקְדוֹן כָּל הֵיכָא דְאִיתָא בְּרִשׁוּתָא דְמָרָא הוּא וְכֵן מְבִנְיָא בְּמִרְדְּכִי פֶרֶק הַגְּזֵל בְּתָרָא גְזֵל וְלֹא נְתִיבָא שׁוֹשׁוֹ כו' וְכֵן בַּב"מ דְאָמַר לִימָא מְשַׁפֵּיר כו' וְאִנָּא מְשַׁתַּעֲנָא דִינָא בְּהִדֵי שׁוֹאֵל וְאָמַר שָׁם נִימָא לְסַרְסִיָא כו' מְפָאן הִי דֵן רֹא"מ וְכֵן הַסְפִימוּ כָּל הַגְּדוּלִים שְׁפָל מְמוֹן שְׁלֹא נִקְנָה בְּיַד מִי שְׁהוּא בְּיִאוּשׁ כו' וִיכוּלִין הַבְּעֵלִים לְהַזְמִין לְדִין הַגְּזֵלֵן הַשְּׁנִי אוֹ הַנְּפִקְדַּת הַשְּׁנִי וְלֹא מְצִי א"ל לֹא בַע"ד דִּידֵי אֶתְ כו' וְכֵן מְבִנְיָא בְּהַד סוּגְיָא דְהַנְּפֹר הַגְּנָב דְעֵיקָר פְּלוּגְתִּיָהוּ הֵינּוּ הֵיכָא שְׁאִין הַבְּעֵלִים רוּצִים לְטְרוֹחַ עִם הַגְּנָב כַּמ"ש לְקַמְן מְדַבְּרֵי הַרְשָׁב"א וְה"ה בְּזָה וְא"כ פְּשִׁיטָא דְהָא דְאָמְרִינּוּ שְׁהַשׁוּמֵר עוֹשֶׂה דִין עִם הַגְּנָב לֹא מְטַעֲמָא דְבְּעֵלִים לֹא מְצִי לְאַשְׁתַּעוּנֵי דִינָא אֲלֵא שְׂזָה לְפִי שְׁנַעֲשֶׂה עֲלֵי שׁוּמֵר אַע"פ שְׁלֹא קִיבֵל עֲלֵי שְׁמִירַת גְּנִיבָה מ"מ הוֹאִיל וְלֹא יַפְסִיד כְּלוּם עֲלֵי לְטְרוֹחַ אַחֲרֵיהָ (וּמ"ש רַש"י וְהַנ"י שָׁם בְּטַעֲמָא דְעוֹשֶׂה עִמּוֹ דִין דְּמַצְוָה לְחַזְרוֹר אַחֲרַיָּה דְּנִבְיָא יְבוֹאֵר לְקַמְן): וְכַדִּי לִיִּשְׁב דְּבָרֵי הַנ"י נִרְאָה דְלֹא דְנִקָּא וְנִקָּא קְאָמַר דְלֹא מְצִי לְאַשְׁתַּעוּנֵי דְנִבְיָא אִי תְבַע לִי נְזַקְקִין לוֹ אֲלֵא שַׁע"כ פ' אִינוּ יְכוּל לְהוֹצִיא מִיָּדוֹ כ"א בְּטִנְרַח רַב פִּינּוּ שְׁלֹא גְנָב מְרִשׁוּתוֹ וְצָרִיף לְבָרַר שְׁחַפְּזָה זָה בָּא ע"י שְׁהַפְקִיד אֲצֵל זָה הַשׁוּמֵר וְכִינּוּ שְׁסוּבֵר הַגְּנָב לְאַשְׁתַּמּוּטִי מִינֵי צָרִיף לְהַטְרִיחַ הַרְבֵּה וְלִכְּוֹן מְנוּטֵל הַטְרַחָא עַל הַשׁוּמֵר מִשָּׂא"כ בְּזָה דְהַנְּבִלָה מְנַחָא קְמִי אַע"פ שְׁמִנְטֵלַת בְּשִׁדָּה וְצָרִיף טִנְרַח לְהִבְיָאָה לְעִיר שְׁפִיר מְצִי א"ל הַש"ל: וְאִמְנָם בְּלֹא"ה דְּבָרֵי הַנ"י צ"ע דְּמְפָרֵשׁ דְּלַת"ק מְיִירֵי בְּאִנְסֵי וְלֹאבָא שְׂאוּל בְּפִשְׁעָה וְא"כ י"ל דְּלַעֲנֵן דִּינָא לֹא פְּלִיגִי וּבְש"ס מְבִנְיָא דְּפִלִּיגִי בְּטִנְרַח נְבִלָה וּמְשַׁמַּע דְּלַת"ק לְעוֹלָם אִין הַטִּנְרַח עַל הַמְזִיק וְאִפְּלוּ בְּפִשְׁעָה וְאִנּוּ קו"ל כְּאָבָא שְׂאוּל: וְגַם נְלַעַנ"ד דְּלַת"ק דְּמוּקֵי קְרָא בְּמִבְיָא עֲדִים שְׁנִטְרַפָּה בְּאִנְסֵי פְּשִׁיטָא שִׂא"צ לְהִבְיָא עֲדוּדָה לְב"ד דְּהָא מִיָּד שְׁנִטְרַפָּה ה"ל יִאוּשׁ בְּעֵלִים וְאִפְּלֵי אִם הוּא מְצִיל מִיָּדָם ע"י אִיזָה סִיבָּה ה"ל שְׁלוֹ וְכַדִּמְרִינּוּ הַמְצִיל מִיָּד הָאֲרִי כו' וְעֵינּוּ בְּתוֹס' דְּב"ק דְּרַף קו"ו גְּבִי חֲמָרָא דְּר"ט דְּאָמְרִינּוּ אֲדַעֲתָא דְּאֲרִיָּא אִפְּקִרְלֵי כו' וְעֵינּוּ בַב"מ גְּבִי רוּעָה שְׁהַנִּיחַ עֲדָרוֹ כו' אוּמְדִין אִם הִי שָׁם כו' וְאִפִּי תִימָא דָּאִם הַצִּיל הוּא שָׁל בְּעֵלִים מ"מ כְּשִׁלָּא הִי יְכוּל לְהַצִּיל הָרִי הֵיטְהָא יִאוּשׁ וְהַפְקֵר לְגַמְרֵי וְמַה שְׁנַשְׂאָר שְׁלַל הַנְּבִלָה מְשַׁמֵּיא הוּא דְּרַחֲמִימוּ עֲלֵי דְבַעַל הַבְּהֵמָה אָבֵל מ"מ אִין חִיּוּב עַל הַשׁוּמֵר לְטְרוֹחַ בְּהַפְקֵר לְזַכּוֹת בְּשִׁבִיל הַבְּעֵלִים מִשָּׂא"כ בְּהַד דְּהַנְּפֹר

הגנב דאמדינו דעת' דמעיקר' קיבל השמירה ע"ד פן פשייכל להחזירה לבעלים אף שיצטרף טורח גדול בדבר יעשה ובכלל קבלת השמירה מתחלה הוא כנלענ"ד וכל זה באונס אבל בפשיעה מבואר מדברי הנ"י ג"כ כמש"ל שהטורח על המזיק ולא מציא א"ל הא מנחא והש"ל וכבר כתבתי שדעת הש"ך בזה דהזורק מטבע שהטיפול הוא ג"כ על הזורק ודלא פדעת היש"ש דלא פעי למיתב רק אנרא דבר אמוראה וא"צ לטפל יותר והיש"ש גופי' ס"ל בזה הוא דטורח נבלה שעל המזיק הוא ומכ"ש בזה דהשבה מעליא פעי למעבד וצריף לטרוח בה: אמנם נראה דאף אם נאמר פדעת היש"ש דאף דמגזל גזלי' מ"מ מצי אמר הש"ל פשוטו השכר ואף שצריף טרחא מ"מ לא נאמרו הדברים אלא פשאין רשות אחרים מעכב עליו פגון ההיא דזורק מטבע לים פיון דמצי למשקל' ע"י בר אמוראה או בזה הוא דשבח סימנים ואם ירצה זה להקדישו ולהקנותו שפיר קדוש וכדאמרינו בנדרים דף ל"ד גבי פכר של הפקר שאמר הרי זה הקדש ופירשו הר"ן והרא"ש שם דמירי שבידו לזכות בה ולכן מועיל הקדשו ומכ"ש בזה שהוא שלו אלא שעשה יצא מתחת ידו וצריף טורח להחזירו לרשותו נאפ' אם הוא ממנשפן ביד אחרים וכדאמרינו שדה זו שמשפנתי כו' פיון שא"צ להתדיין ע"ז רק בידו לפדותה בסתם פאלו הוא ברשותו עכשיו חשבינו ליה ולכן שפיר מצי האי למימר לי' הרי שלח לפניה שהרי מיד יוכל לעשות בו כחצו והשבה מעלייתא מיקרי ושייף ביה הרי שלח לפניה וכף הוא ג"כ בטורח נבלה לדעת הרא"ש שמייד נעשית שלו בכל מקום שהוא אלא שע"ז מוטל ליתן השכר משא"כ היכא שגזל חפץ או נעשה שומר עליו ונגנב ממנו והופר הגנב אף שאם יעשו הבעלים דין עם הגנב יוכלו להוציא ממנו מ"מ השתא לאו ברשותיה שהרי רשות הגנב מעכב עליו ואין בידו להקנותו ולהקדישו ופשיטא דלא מצי א"ל האי זיל טרח דון ואפיק לנפשה מיד הגנב והרי שלח לפניה דנדאי לאו השבה הוא שהרי אפתי אינו ברשותו מחשב לכל מילי ולכן אפ' נגנב באונס שפטור עליו מן הדין שלא קיבל שמירה זאת להתחייב בתשלומי אונסין אבל מ"מ בכלל קבלת שמירתו לטרוח להחזירה להבעלים וזה שמראה לו הגנב אין זה חזרה ולכן י"ל דישלם ועל השומר לעשות טרחה זו לדון עם הגנב ובהכי א"ש פל הנה סוגיות שהבאתי: והנה פכר כתבנו ששיתת רש"י דהא דעושה עמו דין היינו שהשומר מחוייב לשלם והוא חוזר על הגנב להוציא ממנו ובש"ח הדין פן דוקא קודם שנשבע ובש"ש אע"פ שנשבע פכר מחוייב לשלם והוא יחזור אחר הגנב אף ה"ה פ"ח מהלכות שאילה כ' שהמפורשי' הקשו על רש"י דנדאי אינו מן הדין שיתחייבו הם לשלם האונסין אע"פ שהופר הגנב אלא כף פירושו שהם חייבים לטרוח ולדון עם הגנב משום דלעתים הגנב אלם קשה ואין הבעלים רוצים לטרוח לדון עמו וזה דעת רבינו עכ"ל ובכ"מ תמה עליו דלשון הרמב"ם הוא פלושון הגמרא וכפי פירש"י בגמרא פן י"ל בהרמב"ם והסמ"ע סי' רצ"ד פתב שדברי ה"ה נכונים דרש"י מפרש עושה היינו הנפקד עם המפקיד שישלם לו משא"כ הרמב"ם פתב עושה דין עם הגנב משמע שהמפונשים ע"ש: והנה לענ"ד נראה ראיה ברורה לדברי רש"י מהא דאמרי' בב"מ דף צ"ג איבו אפקיד פתנא בי' רונא אזל שבו שמטיה מיניה לסוף הופר הגנב אתא לקמיה דר"נ חייבי' לימא פליגא אדר"ה בר אבין דשלח נגנבה באונס ואח"כ הופר הגנב כו' אם ש"ח הוא כו' אמר רבא התם גברי דפרמוסקא הוו קיימי כו' ע"ש והנה רש"י פי' התם דחייבי' ר"נ לשלם הואיל והופר הגנב וכן משמע פשיטא

דלישנא וגם דע"כ לומר פן דבחיוב תשלומין מייירי דהא לפום מה דמשני רבא גברי דפרמוסקי אם פן פשיטא דהך חייבין הנה חיוב תשלומין אין לנו לדחוק ולומר דבס"ד חייבין רק שהוא יטרח אחר הגנב ובנדאי דגם בס"ד הא דחייבי ר"נ פירושו חיוב תשלומין כפירש"י ולפ"ז קשה דל"ל לאתויי הך דר"ה בר אבין דהא איפא לדחויי דהתם אחר שנשבע והכא קודם שנשבע דס"ל לרבא דאפי' ש"ח עושה עמו דין וכמ"ש התוס' שם וצריף לדחוק פרבא דמשני גברי דפרמוסקי היינו שמשיב לדברי השואל וגם דהא מצינו למימר דר"נ באמת פליג אדר"ה בר אבין ונהרי לדברי המפורשים אלו שמסבא דחו דברי רש"י דאין סבא שיתחייב לשלם האונסין ומחמת הך סבא גופא הו"ל לאקשוני על ר"נ דאין חייבין לשלם האונסין ומה בכך שהופר הגנב אלא ע"כ דמ"ד בש"ח עושה עמו דין הוא מחייב לשלם ולענ"ד הוא ראיה ברורה לדברי רש"י ז"ל וגם מדברי התו' שם מוכח הכי ומבואר מדבריהם דאי הנה משני דהא דר"ה בר אבין אחר שבועה והכא קודם שבועה הנה א"ש דחייבי' לשלומי אע"פ שהוא ש"ח אע"ג דאבני ורבא לא קאמרי רק דעושה עמו דין וע"כ דדין היינו תשלומין וכן מבואר מדברי הר"ן והריטב"א הביאום בש"מ שכתבו דאליבא דאבני קשיא ליה והנה תירץ דהכא נמי מייירי שפכר נשבע מבואר דלרב' וקודם שנשבע ניחא ליה הא דחייביה בתשלומין מבואר מזה פדעת רש"י והנה מפורשים אלו שכתב ה"ה בשמם ראיתי שהוא מדברי הרשב"א הביאו בש"מ בב"ק שהקשה על רש"י דאיף אפשר לומר שיהא ש"ח משלם כל שלא פשע בה דבשלמא ש"ש אפשר לומר דלהכי יחייב ליה אגרא אלא ש"ח למה ישלם ובשלמא לטרוח ולדון עם הגנב אפשר לומר דחייב אפי' ש"ח דסופו כתחלתו מה תחלתו אלו יודע והפיר בה בשעת גניבה הנה לו לטרוח ולעמוד פנגדו ולהציל ואם לא עשה פן חשבינו ליה פפושע והלפך סופו נמי פשהופר הגנב אפי' ש"ח ירוץ ויטרח ויציל מידו אבל לשלם מביתו למה ומסתבא דעושה דין עם הגנב קאמר כו' ע"ש וכ"כ שם בשם הראב"ד שיהיא ב' הפירושים וכן בש"מ ב"מ בשם הר"ר יונתן הביא שני הפירושים וצריכין אנו למשכונני נפשינן אהנה רבנותא ז"ל לפרושי הך דב"מ דחייביה ר"נ היינו שיעשה עמו דין ואע"ג דבמסקנא דמשני גברי דפרמוסקא כו' ע"כ דמייירי לענן חיוב תשלומין מ"מ בס"ד הנה סבר דמייירי לענן חיוב טרחא דהא במסקנא ע"כ לפרש דהא דקאמר הופר הגנב לאו דוקא דאפי' לא הופר הגנב חייב משום פשיעה ולס"ד שהי' סובר דבהיפך הגנב תליא מלתא מפרשינו נמי הא דחייביה היינו להוציא מן הגנב ולמסקנא לאו בהופר הגנב תליא רק דחייבי' משום פשיעה הנה חייביה דידי' לתשלומין ובאמת שהוא דוחק דפשיטא דהש"ס משמע פדברי רש"י: ומה שהקשה הרשב"א על רש"י דכיון דש"ח הוא למה ישלם מביתו נלענ"ד בדעת רש"י דס"ל דנדאי השומר שמקבל עליו השמירה בכלל חיוב השמירה הוא שמחוייב לטרוח ולהחזיר החפץ ליד הבועלים וכיון שעדיין לא נשבע לא פלגה חיוב שמירתו ולא נפטר מחיובו המוטל עליו להחזיר החפץ ליד הבועלים וכל עליו הטורח להוציא החפץ מכל מקום אשר הוא שם שנה בכלל טורח השמירה שקיבל עליו ועדיין לא יצא ממנו אף כשהוא רוצה לבוא לדין עם הגנב להוציא ממנו ס"ל לרש"י דמצי הגנב למטען לאו בע"ד דידי את שאין החפץ שלך רק שיש עליה חיוב שבועה השבע לבועלים והפטר כיון שבאמת פן הוא שלא נגנב בפשיעתה משא"כ אם הש"ח משלם לבועלים ואינו רוצה לישבע נמצא שהיא קנוי' לו למפרע פדאיתא ר"פ המפקיד

ושפיר הנה בע"ד דידיה ומצי להוציא ממנו בדין ולכן פיון שא"א לו להפטר מן הפעלים
מחמת שקיבל עליו הטורח להוציא מן הגנב ולהחזיר לידו וא"א לו להוציא כ"א ע"י
שישלם לו תחלה שפיר מחוייב לשלם דהא לית לי פסידא שע"י טרחתו יחזיר ויוציא
מן הגנב משא"כ אם פבר נשבע קודם שהפטר הגנב וכלתה לו שמירתו שוב אין מוטל
עליו חזרת החפץ כלל ולכך אם רצה עומד בשבועתו משא"כ ש"ש אף לאחר השבועה
לא פלטה שמירתו וכמ"ש בש"מ בשם הרמ"ה דש"ש אע"ג דנגבה באונס צריך למטרח
בטרם גנבא עד דמשפח ליה דכל היכא דאפשר דטרח ומשפח לי לאו אונס הוא וש"ש לא
מיפטר אלא באונסין וכי קא מהני שבועה לאו למיפטרין לגמרי קא מהני ליה אלא
לברורי דבאונס נגנבה פי היכא דלא לחייביה בתשלומין לאלתר ואפתי לא פלטה לה
שמירתו אלא מחוייב למטרח אבתרה הלכך אע"ג דנשבע כו' ואילו ש"ח פיון דבעידן
שבועה לא הני פשיעוּתא פלטה לו שמירתו עכ"ל ואין להקשות לפי"ז בְּהָא דְאָמְרִינּוּ
אליבא דרבא בש"ח שפבר נשבע רצה עושה דין דהיינו שהש"ח יחזור על הגנב דהא
פיון שפבר נשבע ונפטר לגמרי מ"ט לא מצי א"ל לאו בע"ד דידי אף דז"א דאף שפבר
נשבע מ"מ אם רוצה להפסיד דעתו של בעה"ב ולשלם לו והוא יחזור אחריו שפיר מיקרי
בע"ד דידי' וכן מבואר בב"ח סי' רצ"ד שפכתב על דברי הטור שם שכתב ואם נשבע
קודם שהפטר כו' ואם ירצה יטרח להעמיד הגנב דאתי לאשמעינן דלא הוי בכלל מתעבר
על ריב לא לו ובכלל אשר לא טוב עשה זה הבא בהרשאה ובלא הרשאה מצי לטעון
לאו בע"ד דידי אף להכי פתב רבינו דליתא הכא אלא אם ירצה יטרח כו' וכ"כ בפרישה
שם והיינו פדכתיבנא שאם ירצה יפרע הוא לפעלים ואז שפיר מצי טעין על הגנב ולא
מצי אמ' לאו בע"ד כו' וגם אשר לא טוב כו' לא שייך בנה כמ"ש הב"ח שם דאף שפבר
נשבע קצת מצות השבה עליו טפי מאינש דעלמא כו' ע"ש ומ"ש בלשון הטור ואם ירצה
יטרח להעמיד הגנב לדין ויפרע הוא לבעליו ודאי שאין ר"ל שאחר שיוציא מן הגנב
יפרע דז"א דגם בסי' ש"ה גבי ש"ש נקט פי האי לישנא ובנודאי פנונתו שהוא יפרע
קודם דהא בש"ש אין חילוק בין נשבע או לא וכ"כ בפרישה סי' ש"ה להדיא ע"ש: והנה
מדברי הר"ף והרא"ש נראה ג"כ דס"ל פדעת רש"י דהתם בטרם פלוגתא דאב"י ורבא
אמרינן עלה רבה זוטי פעי לה הכי נגנבה באונס והחזירה גנב לבית שומר מהו מי אמרינן
פיון דנגנבה באונס כלי' ליה שמירתו או דלמא פיון דהדרה הדרה תיקו והר"ף והרא"ש
השמיטו בעיא זו והרמב"ם פתבה.

ונראה דתליא בפלוגתא דרש"י והמפורשים דלכאורה פיון דנקט נגנבה באונס ע"כ
בש"ש מירי וא"כ בש"ש בין אב"י ובין רבא תרנוניהו ס"ל דעושה עמו דין א"כ פשיטא
דלא פלטה שמירתו ואפי' אי מירי בש"ח מ"מ לרבא דקי"ל פנותיא אף בש"ח עושה
עמו דין וא"כ לא שייך פלטה שמירתו וא"כ י"ל דמה"ט השמיטו הר"ף והרא"ש דס"ל
שאין מקום להאיבעיא זו לפי פלוגתא דאב"י ורבא וכן מבואר בש"מ בשם הרא"ש
והרמ"ה דאיבעיא זו פלוגתא דאב"י ורבא ועיין בפ"י שפכתב ג"כ דהיינו טעמא דהר"ף
והרא"ש משום דקי"ל פרבא (ולפי מ"ש בש"מ גם לאב"י ליפא למיבעי וקצרת): אף
לענ"ד י"ל דשפיר איכא למיבעי אף אליבא דרבא משום דאע"ג דמחייבינן ליה לטרוח
אחר הגנב אין זה מחמת שלא פלטה שמירה רק דכיון שנגנבה מביתו ורשותו יש לו
לחזור אחר האבידה כמ"ש רש"י וכמ"ש"ל בשם הב"ח דאפי' אם פבר נשבע קצת מצות

השָׁבָה עָלָיו טָפִי מֵאִישׁ דְּעֵלְמָא וּמִכ"ש לְפִי מ"ש לְקַמְן בְּשֵׁם הַשָּׁדָה שִׁי"ל לְפִי שְׁנַפְטָר
ע"י שְׁבוּעָה מוּטָל עָלָיו יוֹתֵר מִשָּׂא"כ אִם יֵשׁ עֲדִים ע"ש א"כ פְּשִׁיטָא שִׁי"ל דְּשִׁפִּיר פְּלִתָה
שְׁמִירְתוֹ לְעַנְיָן חַיִּיב הַשְׁמִירָה וְלֹא אֲמַרִי כִּינּוּן דְּאֶהְדְּרָה אֶהְדְּרָה שְׁחִיב זֶה לְשִׁמּוֹר שְׁלֹא
יֵאבֵד לֹא הִטָּל עָלָיו מֵאַחַר שְׁיִצְאָה מִבֵּיתוֹ וְנִסְתַּלַּק חַיִּיב שְׁמִירְתוֹ.

אִךְ לְשִׁיטַת רַש"י דִּס"ל שְׂאֵם הַנּוֹפֵר הַגָּנֵב מְחַנְיֵיב הַשּׁוֹמֵר לְשֵׁלֶם תְּחִלָּה א"כ וְדַאי מוֹכַח
דְּלֹא פְּלִתָה כָּלֵל שְׁמִירְתוֹ בְּמָה שְׁהִיְתָה בְּיַד הַגָּנֵב דֹּא ל"כ פְּשִׁיטָא שְׁלֹא הָיָה מִתְחַנְיֵיב לְשֵׁלֶם:
וְהַשְׁתָּא א"ש דְּהַרְי"ף וְהָרָא"ש ס"ל פְּדַעַת רַש"י דְּמְחַנְיֵיב לְשֵׁלֶם וּמִמִּילָא דְּבַעֲי דַר"ה
זוּטִי דְּלֹא פְּהַלְכְתָּא וּלְכַף הַשְׁמִיטוֹ אֲבָל הַרְמַב"ם לְשִׁיטְתוֹ דְּמַפְרֵשׁ הָדָּ דְּעוֹשֶׂה עִמּוֹ דִּין
לְעַנְיָן הַטּוֹרַח לְבַד וּכְמ"ש ה"ה לְדַעַתוֹ וְא"כ שְׁפִיר פְּתַב הָדָּ אִיבְעִיָּא מִשּׁוּם דְּאָף שְׁהַטְוֹרַח
הוּא חַיִּיב עַל הַשּׁוֹמֵר מ"מ לְעַנְיָן חַיִּיב שְׁמִירָה שְׁפִיר י"ל דְּכִלְתָּה שְׁמִירְתוֹ וּכְמ"ש וּמַעַתָּה
אִין אָנוּ צְרִיכִים לְמ"ש הַסְּמ"ע לְפָרֵשׁ דְּבָרֵי ה"ה דְּהַרְמַב"ם ס"ל פְּדַעַת הַמְּפֹרָשִׁים לְפִי
שְׁכַתְבַּת עוֹשֶׂה דִּין עִם הַגָּנֵב דִּי"ל דַּה"ה מְדַיִיק מְדַנְקֵט בְּעִיָּא דַר"ה זוּטִי ע"כ דְּלֹא ס"ל
כְּרַש"י דְּמְחַנְיֵיב לְשֵׁלֶם תְּחִלָּה אֲלֵא פְּדַעַת הַמְּפֹרָשִׁים וְזֶה בְּרוּר לְעַנְיָן דְּאָף גַּם דְּבָרֵי הַסְּמ"ע
נְכוּנִים דְּלִמְאִי דְּמַפְרֵשׁ עוֹשֶׂה דִּין עִם הַגָּנֵב א"כ לֹא נִזְכָּר כָּלֵל שְׁיִפְרַע לְבַעֲלִים תְּחִלָּה וְכֵן
נִרְאֶה מְדַבְּרֵי הַרְשֵׁב"א שְׁהִבִּיא בִּש"מ דְּהָדָּ מְלִתָּא תְּלִיא בְּפִירוּשָׁא אִם עוֹשֶׂה דִּין עִם
הַמְּפִקִיד אוֹ עִם הַגָּנֵב ע"ש: הַיּוֹצֵא מִזֶּה דְּשִׁיטַת רַש"י דְּבַהּוֹפֵר הַגָּנֵב וְאֶפְשָׁר לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ
בְּדִינָא וְדַיִינָא מְחַנְיֵיב הַשּׁוֹמֵר לְשֵׁלֶם לְבַעֲלִים וְהוּא יִטְרַח אַחֵר הַגָּנֵב בְּש"ח כְּשִׁלֵּא נִשְׁבַּע
עַדִּינּוּ וּבִש"ש אַע"פ שְׁנִשְׁבַּע וְכַדְבְּרֵי מִשְׁמַע מְפִשִׁיטוֹת דְּבָרֵי הַש"ס בְּב"מ וְכֵן נִרְאֶה
שְׁהוּא דַעַת הַרְי"ף וְהָרָא"ש וְכֵן הוּא לְהַדְיָא דַעַת הַטּוֹר וְהַש"ע בְּסִי"ש וְכֵן וּבִלְשׁוֹן
הַרְמַב"ם אִין הִכְרַע לְדַעַת הַב"י וְלִכְּן בְּסִי"ר צ"ד כְּתַב לְשׁוֹן הַרְמַב"ם וּבְסִימָן ש"ה כְּתַב
לְשׁוֹן הַטּוֹר וְכַמְבּוֹאֵר בְּסִמ"ע שְׁם וְכֵן בַּהֲג"א בְּשֵׁם א"ז כְּתַב כְּלִשׁוֹן רַש"י וְכֵן מִשְׁמַע
מְדַבְּרֵי רַש"י וְהַרְי"ף וְהַרְיֵטְב"א בְּב"מ וְכ"כ הַנ"י וְכֵן בְּשׁו"ת תַּה"ד סִי"ש וְסִי"ש כ"ד
תַּפְּס בְּפִשִׁיטוֹת כְּדַבְּרֵי רַש"י: אִךְ דַּעַת ה"ה אֲלִיבָא דְּהַרְמַב"ם וְכֵן הוּא דַּעַת הַרְשֵׁב"א
וְכ"כ הָרָאב"ד וְה"ר יְהוֹנָתָן בְּשֵׁם יֵשׁ מְפֹרָשִׁים דֹּא צ"ל לְשֵׁלֶם הַדְּמִים לְבַעֲלִים מִיָּד רַק אִם
הַגָּנֵב אֵלֶם וְקָשָׁה צְרִיף שְׁיִטְרַח וְיוֹצִיא מִיָּדוֹ (וְעֵינּוּ בְּלִשׁוֹן הַרְשֵׁב"א שְׁהִבִּיא לְעִיל
דְּמִשְׁמַע דְּבִש"ש שְׁפִיר י"ל דְּמְחַנְיֵיב לְשֵׁלֶם תְּחִלָּה אֲלֵא דְּלִפִּי מִסְקַנְתוֹ דְּעוֹשֶׂה דִּין עִם
הַגָּנֵב קְאָמֵר וְא"כ מִשְׁמַע דְּגַם בִּש"ש כֵּן הוּא דְּהָא כְּלִינְהוּ רְבָא לְש"ח וְש"ש בְּהַדְיָא
וְצ"ע) אִךְ בֵּין לְמָר וּבֵין לְמָר אִין הַבְּעֵלִים צְרִיכִין לְטְרוֹחַ עִם הַגָּנֵב אִם הוּא אֵלֶם וְקָשָׁה
וְעַל הַשּׁוֹמֵר מוּטָל הַטְּרַחָא וְלֹא נִחְלְקוּ אֲלֵא לְעַנְיָן אִם מְחַנְיֵיב לְשֵׁלֶם תְּחִלָּה אוֹ אִין מְחַנְיֵיב
לְשֵׁלֶם מִיָּד רַק יִטְרַח וְיוֹצִיא מִהַגָּנֵב וְיִחְזִיר לְבַעֲלִים אֲבָל הַטְּרַחָא לְעוֹלָם מוּטָל עַל הַשּׁוֹמֵר
וּבִש"ש הַטְּרַחָא מוּטָלָת עָלָיו אִף אִם כְּבָר נִשְׁבַּע וּנְפִטָר מִהַבְּעֵלִים וּמִסְפָּקָא לִיָּה מְלִתָּא
בִּש"ש שְׁנִשְׁבַּע וְהַנּוֹפֵר הַגָּנֵב וְאֹמֵר שְׁרוּצָה לְהַחְזִיר הַשְּׂכָר וְאִינוּ רוּצָה לְטְרוֹחַ מַה דִּינוּ מִי
אֲמַרִינוּ כִּינּוּן שְׁרוּצָה לְהַחְזִיר הַשְּׂכָר חִזּוֹר דִּינוּ לְהִיּוֹת כְּש"ח אוֹ לֹא וְלִכְאוּרָה נִרְאֶה דְּלְעוֹלָם
דִּינוּ כְּש"ש דְּהָא סְתָם שְׁכִירוֹת אִין מִשְׁתַּלֵּם אֲלֵא לְבִסוּף וּמִסְתָּמָא בְּהִכִּי מִיָּרִי הָדָּ דַר"ה
בְּרַ אֲבִין ג"כ וְיֵשׁ לְדַחוֹת דְּכִינּוּן שְׁנִשְׁבַּע י"ל שְׂאֵז קִיבֵל הַשְּׂכָר דְּכָל שְׁנִשְׁבַּע שְׁשִׁמֵּר כְּרִאוּי
אֲלֵא שְׁנִשְׁבַּע מִיָּדוֹ בְּדִין הוּא שְׁיִטוּל שְׂכָרוֹ כְּמַבּוֹאֵר בְּסִימָן ס"ו וְא"כ י"ל דְּמִיָּרִי שְׁעַתָּה
אִינוּ רוּצָה לְהַחְזִיר הַשְּׂכָר מִשָּׂא"כ כְּשִׂאִין רוּצָה לְהַחְזִיר הַשְּׂכָר חִזּוֹר דִּינוּ לְהִיּוֹת כְּש"ח
שְׂאֵם רְצָה עוֹמֵד בְּשְׁבוּעָתוֹ אִךְ שְׁזָה דוֹחֵק דְּמִשְׁמַע דְּמִיָּרִי בְּגוֹנוּא דְּאִיָּרִי בִּי אֲבִי וְרָבָא

בלא נשבע ובלא נשבע מסתמא לא קיבל עדיין השכר וא"כ מסתמא בכה"ג מיירי בי ר"ה בר אבין למאי דמוקי פשנשבע וגם דאבני מפליג בין ש"ח לש"ש כשלא נשבע ודחוק לאוקמי דמיירי שפבר קיבל השכר בעת שקיבל לשמור וגם נראה דלפי הטעם שפכתתי בשם הרמ"ה דבש"ש אף אחר שנשבע לא פלגה שמירתו דכל דאפשר להטרח ולאשכוחי אין זה אונס ומחוייב לאהדורי עלה עד דמשפכ לה א"כ נראה דלא מהני מה שרוצה להחזיר השכר או אם לא קיבל עדיין דמיד שקיבל עליו לשמור בעד שכר ש"ש מיקרי וכן משמע מסתימת הפוסקים שלא חילקו בכך והנה הש"ס רצ"ד כתב די"ל הטעם דחייב לטרוח פיון דלא נפטר אלא בשבועה ואפשר שאם הביא עדים שנטרפה באונס פטור ע"ש שמשגיג בזה על דברי תה"ד סי' שכ"ד בסרסור שהמציא לראובן חוב בטוח בשכר ונתקלקל שצריף הסרסור לטרוח להגבותו ויליף לה מהך דהופר הגנב ע"ש והרמ"א הביאו לפסק הלכה והש"ף רוצה לחלק בזה כמ"ש ע"ש ולפי דברי תה"ד צ"ל דאין חילוק בין עדים לשבועה פיון דהתורה האמינתו בשבועה שיפטר בעדים דמי ובאמת שפן מבואר להדיא בני"י ריש פ"ק דב"ק שהבאתי לעיל דאהא דאמר ת"ק יביא עדים שנטרפה באונס כתב ולא מחייב כלל אפילו להביא עדותה כו' ולא דמי לנגנבה באונס ואח"כ הופר כו' ולא מפטר בשבועה כו' ואם איתא שיש לחלק בין שבועה לעדים אין התחלה לקושיא זו דהא הקא בעדים מיירי וכ"ע מודו בזה שא"צ לטרוח אלא נדאי שאין לחלק בכך ויש להפליא על הש"ף שהיו עיניו משוטטות בכל שלא נזכר מדברי נ"י אלו.

אף נראה שיש להביא ראי' קצת לדברי הש"ף מדברי התוס' בב"מ שהבאתי לעיל דהש"ס פריף אהא דחייבי ר"נ מדר"ה בר אבין והוקשו התוס' דהא ההיא בהופר הגנב אחר שנשבע מיירי ונדחקו לתרץ ועיין בש"מ בשם הר"ן והריטב"א: ולכאורה לא ידענא מה קושיא דהרי שם איתא בלשון הש"ס אתא שבו שמטה מיניה ופלי רש"י שהוא שם הגזלן לסטים מזוין ולשון זה משמע שהיה ידוע דבר זה ששמוטו ממנו בחזקה אלא שלא היה ידוע מי הוא ואח"כ הופר הגנב וכן לפי המסקנא דגברי דבפרמוסקא כו' משמע דמיירי אפילו היה ידוע בעדים וא"כ שפיר פריף מדר"ה בר אבין דהא ר"נ חייבי אע"פ שהי' ידוע בעדים ומכ"ש בנשבע דחייב אף לפי דברי הש"ף א"ש דברי התוס' דס"ל דע"כ לא מיירי דידוע בעדים דאם המקשן מפרש הך עובדא בידיע בעדים לא היה צריף לאתויי מדר"ה בר אבין דבש"ח רצה נשבע עדיפא מיני' הו"ל לאקשוני דהא אפילו אם הי' ש"ש דבכה"ג מודה ר"ה בר אבין דעושה דין מ"מ בידיע בעדים דינא הוא דפטור לגמרי ואין צריף לעשות עמו דין ולמה חייבי ר"נ אלא נדאי דשפיר מפרשינו הך דאתא שבו שמטין מיניה אין ר"ל שהיה זה ידוע רק לפי דברי הגפקד הכי הנה דשמטין מיניה בחזקה ולא בפשיעתו ולכן חייבי ר"נ ואהא קושיא לי' מדר"ה בר אבין דקאמר בש"ח רצה נשבע כו': ובזה יש ג"כ מקום ליישב מה שהקשה בש"מ אאיבעיא דרבה זוטי דאיף פליג אדאבני ורבא ואף כי מ"ש בש"מ דפליג גם אדאבני מדקאמר רצה עושה עמו דין ולימא לי' לאו בע"ד דידי את אלא ע"כ דלא פלגה שמירתו אין זה מוכרח דשפיר מצי למטען דאף שהי' גניבה באונס אינו רוצה לישבע אפילו באמת וגם דמחוייב קצת בהשבעה כמש"ל אף מרב דס"ל דעושה עמו דין אף בש"ח מותר דלא פלגה שמירתו (ועי' מ"ש ד"ז הגאון בת"ש דהאיבעיא בש"ש ולהכי נקט נגנבה באונס לא משמע פן מהרמב"ם)

וא"כ הוּא אִיבְעָא דְלֵא פֶה־לְכֵתָא וּכְבָר פְּתִיבִי בְּזֵה טַעַם לְהַשְׁמִיטָה הָרִי"ף וְהָרֵא"ש אָף
לפמ"ש הַש"ף דְּבִידוּעַ בְּעֵדִים פְּטוּר לִכ"ע א"כ שְׁפִיר מְצִינוּ לְפָרוּשֵׁי הָא אִיבְעָא בִּידוּעַ
בְּעֵדִים דָּאזְ אִין עוֹשֶׂה עִמּוּ דִּין דְּכִלְתָּה שְׁמִירְתוֹ וּמ"מ מִיבְעָא לִי דְדִלְמָא אָמְרִינוּ פִּינוּ
דְּאִהֲדָרָה הָדָרָא: אָף לענ"ד לֹא מְסַפֵּר לְחֵלֶק בֵּין שְׁבוּעָה לְעֵדִים כַּמֶּש"ל דְּהַתוֹרָה
הָאֵמִינְתוּ בְּשְׁבוּעָה וּכְעֵדִים דְּמִי וְגַם י"ל כִּינּוּן שְׁנֵאָמֵן בְּשְׁבוּעָה א"כ מְעִיקְרָא אֲדַעְתָּא דְּהִכִּי
יְהִיב לִי שְׁיֵהָא נְאָמֵן בְּשְׁבוּעָתוֹ וְיִפְטֹר מִמֶּנּוּ וּא"ל דְּבְשְׁבוּעָה הוּא מְחֻיָּב לְטָרוּחַ בְּהַשְׁבָּתָה
לְהַפִּיס דַּעְתּוֹ שֶׁל בַּעַל הַבַּיִת דְּשָׁמָא לֹא סַמְכ' דַּעְתֵּי' עַל הַשְׁבוּעָה כְּלוּלִי הָאִי דַּמָּה"ת נְחִיב
אֵת זֶה לְטָרוּחַ (וּמכ"ש לְשִׁיטַת רַש"י) לְשַׁלֵּם מַה שְׁאִינוּ מְחֻיָּב מִן הַדִּין שֶׁהוּא יָדוּעַ בְּעַצְמוֹ
שְׁנֵשְׁבַע בְּאַמְתּוֹ וּמ"ש לְדַיִק מִדְּבָרֵי הַתּוֹסֵף דְּקָשְׁיָא לְהוּ דְּהָא ר"ה בַּר אָבִין פְּשִׁנְשַׁבַּע מִיָּרִי
וְהו"ל לְשִׁנּוּי דְּהִכָּא בְּעֵדִים מִיָּרִי י"ל דְּקָשְׁיָא לְהוּ דַּל"ל לְרַבָּא לְשִׁנּוּי גַּבְרֵי דְּפָרְמוּסְקָא
כו' וְהַפּוֹר הַגָּבֵל לֹא דוֹקָא הוּל"ל דְּהַפּוֹר הַגָּבֵל דוֹקָא וְלִישְׁנָא דְּשִׁמְטֵי' מִיָּנֵי' דְּמִשְׁמַע שְׁיָדוּעַ
הִי הוּא לֹא דוֹקָא רַק לְפִי דְּבָרֵי שֶׁל נִפְקֵד וְהִכִּי מְסַפֵּר קֶצֶת שְׁאֵם הִי' יָדוּעַ בְּעֵדִים
מְסַתְמָא הִי' יוֹדְעִין מִי הוּא לְפִי מ"ש רַש"י שְׁהִי' גִּזְלוֹן מְפֹרָסִם וְלִישְׁנָא דְּהַפּוֹר הַגָּבֵל
מִשְׁמַע שְׁלֵא נוֹדַע אֱלָא אַח"כ וְקִצְרֵתִי וּכְבָר פְּתִיבִי שְׁמֵהֲנִימוּקֵי מוּכַח בְּפִירוּשׁ שְׁאִין לְחֵלֶק
בֵּין שְׁבוּעָה לְעֵדִים: וּמ"ש הַש"ף לְחֵלֶק בֵּין נִידוּן דַּתְה"ד לְהָא דְּהַפּוֹר הַגָּבֵל מִשׁוּם דְּהִתְם
נִגְנַב מִבֵּיתוֹ וְרַשׁוּתוֹ כו' לענ"ד חִילּוּק זֶה תְּמוּהָ דַּא"כ ש"ח נְמִי הָא נִגְנַב מִבֵּיתוֹ וְרַשׁוּתוֹ
וְאֵעִפ"כ אִין מְנָטֵל עָלָיו הַטְּוֹרַח אַחֲרֵי שְׁפָכֵר נִפְטֹר בְּשְׁבוּעָה וּש"ש חִיב לְטָרוּחַ אַע"פ
שְׁפָכֵר נִשְׁבַּע וְנִפְטֹר דְּבַש"ח כִּינּוּן שְׁנֵשְׁבַע וְנִסְתַּלַּק הַחִיּוּב אִין לוֹ עָלָיו כְּלוּם מִשְׁא"כ ש"ש
אַע"פ שְׁמִשׁוּרַת הַדִּין הוּא פְּטוּר מִהֶפְסֵד מְמוֹן מ"מ כִּינּוּן שְׁשִׁכְרוּ אִתּוֹ לֹא נִפְטֹר מִטְוֹרַח זֶה
וְאִין סְבָרָא לֹאמֵר דְּבַעֲיָנוּ תְּרוּנוּיָהּוּ שְׁתַּגְנַב מִבֵּיתוֹ וְרַשׁוּתוֹ וְגַם קִבְּלַת שְׁכָר וְלִכְּוֹן שְׁפִיר
לְמַד הַתְּה"ד דִּין שְׁלוֹ מֵהָא דְּהַפּוֹר הַגָּבֵל אָף מ"ש הַש"ף שְׁהַב"י סִימָן שְׁל"ה פְּתַב שְׁדְּבָרֵי
הַתְּה"ד מְגוּמְגָמִים נִרְאָה דְּהוּא מְטַעַם אַחֵר לְפִי שִׁי"ל דְּדוֹקָא בַּש"ש שְׁקִבְּלַת הַשְׁכָּר הִנֵּה
עַל עֲגוּן שְׁמִירָה וְקִבְּלַת אַחֲרֵי וְאָף ע"פ שְׁשִׁמְר כְּרָאוּי מ"מ כָּל שְׁחָב בְּשְׁמִירְתוֹ וְיִוּכַל
לְהַצִּילוֹ בְּנִפְשׁוֹ וְטָרַחְתּוֹ יֵשׁ לוֹ לְעֵשׂוֹת מִשְׁא"כ בְּעוֹבְדָא דַּתְה"ד שְׁקִבְּלַת הַשְׁכָּר אִינוּ מְעַנִּין
שְׁמִירַת וְאַחֲרֵי קִלְקוּל הַחֹב כָּלֵל רַק נִטֵּל שְׁכָר סְרָרוּתוֹ אַע"פ שֶׁהוּא הִנֵּה הַמְּצִיא
הַחֹב הִהוּא לְרָאוּבֵן וְקִיבֵל שְׁכָר ע"ז מ"מ לֹא הִנֵּה כָּאֵן שׁוּם קִבְּלַת שְׁכָר עַל אַחֲרֵי
קִלְקוּל הַחֹב שְׁיִשְׁגִּיחַ עָלָיו שְׁלֵא יִתְקַלְקַל הַחֹב וְקִיבֵל שְׁכָר עַל זֶה וְאִירְעוּ אֲנֹס אַע"פ
שְׁפִטוּר מִן הַדִּין מ"מ אִם יָכוֹל לְהַצִּיל ע"י טְוֹרַח הוּא מְחֻיָּב לְהַטְרִיחַ לְהַבִּיאוֹ לִידֵי גְּוָבִינָא
וְגַם הַב"י מוֹדֵה בְּזֵה אָף בְּהֵיא דַּתְה"ד שְׁלֵא קִיבֵל רִין שְׁכָר סְרָרוּ בְּזֵה פְּתַב הַב"י
שְׁדְּבָרֵי מְגוּמְגָמִים וּמ"מ אִין חוֹלֵק עָלָיו בְּהַחֲלֵט וְהַרְמ"א ז"ל לֹא חֲשַׁשׁ לְגַמְגוּם הַב"י
לְהוֹצִיא מִיָּדֵי נְדָאֵי שְׁל תְה"ד וְהַבִּיאוֹ בַּד"מ סִימָן רַצ"ד וּפְסַק כֵּן בַּהַג"ה לְהַלְכָה: וְעוֹד י"ל
בַּמ"ש הַב"י לְגַמְגֵם בְּהָא דַּתְה"ד לְפִי מ"ש בַּש"מ בְּשֵׁם הַרְמ"ה בְּטַעְמָא דְּמִלְתָּא שְׁצָרִיף
לְעֵשׂוֹת עִמּוּ דִּין בַּש"ש אַע"פ שְׁנֵשְׁבַע דְּכִינּוּן דְּש"ח אִינוּ פְּטוּר אֱלָא מְאֹנְסִין וְכָל כַּמָּה
דְּמַצִּי טְרוּחַ וּמִשְׁכַּח לִי לֹא אֲנֹס הוּא וְכִיש"ל א"כ הַחִילּוּק מְבוֹאָר שְׁאִין עֵיקַר הַטַּעַם לְפִי
שְׁנֵהֲנָה שְׁקִיבֵל שְׁכָר אֱלָא הַטַּעַם שְׁקִיבֵל אַחֲרֵי שְׁלֵא בְּאֲנֹס וְאָף שְׁבַעֵיקַר הַגְּנִיבָה הִי'
אֲנוּס מ"מ לֹא כְּלָתָה שְׁמִירְתוֹ מִחֲמַת זֶה אִם יְהִי יָכוֹל לְטָרוּחַ לְהוֹצִיאָה מִיָּדוֹ וְעַדִּין חִיּוּב
הַשְׁמִירָה עָלָיו לְעַנֵּן זֶה שְׁיִטְרַח אַחֲרֵי וְא"כ בְּהֵיא דַּתְה"ד שְׁאִין שְׁם חִיּוּב קִבְּלַת אַחֲרֵי
כָּלֵל אִין לְחִיּוּבוֹ בְּשִׁבִיל קִבְּלַת שְׁכָר סְרָרוּתוֹ כְּו"ל לְפִי סְבָרַת הַרְמ"ה אֲבַל הַתְּה"ד

ס"ל דמדחזינו דאביי ס"ל לחלק בין ש"ח לש"ש אף כשלא נשבע ולרבא החילוק הוא כשנשבע אין זה מטעם קבלת אחריות רק משום שנהנה בקבלת ש"כר ולכן למד מזה לגדון שלו גבי סרסר כה נלענ"ד.

ומצאתי בשו"ת מהרשד"ם ח"ב מח"מ סימן קפ"ט שכתב בעובדא דבגידון התה"ד שיש לסמוך על תשובת תה"ד בזה ולחייב את זה שנעשה החוב על ידו אם לא טרח פראוי וכתב מעיד אני עלי שמים וארץ שמורי הרב הגדול מו' יוסף טיטיאצק הי' מחשיב תשובות התה"ד כתשובות הרא"ש ולא שאני צריף לשבח כו' אלא לפי שראיתי שמהר"י קארו כתב שהדברים מגומגמים כו' ואינו יכול לומר אפילו הייתי שם לא הייתי יכול להציל אלא י"ל אם הי' שם הי' מציל כו' עי' שם וכ"כ בשו"ת מהרש"ך ח"א סימן קפ"ד על הגדון שהוא דמהרשד"ם וכ"כ מהרש"ך בח"ב סימן מ"ו בראובן שהי' פאטור לסוחרים ושמעון טען סחורות באניה אחת וכתב לראובן שיבטיח נכסי שמעון (ר"ל שיעשה מעמד עם באנקעהר שהוא מקבל אחריות הספינות עליו שיקבל אחריות על הסחורה ששלח שמעון) וכן עשה והבטיח ונשברה האני' והגיע זמ"פ שיפרע המבטיח שהוא ששה חדשים כפי נימוסי ש"ר וניצאה והמבטיח היה מעביר לראובן בדברים פעם שיפרענו ופעם שממתין כו' ובין הדחיות אלו עבר זמן הרבה ונשפר ראובן כו' והביא שם תשובתו שכתב א' דמייתי מדברי תה"ד וכתב שאם פשע ראובן בגביית המעות מיד המבטיח שהיה סומך על דחיותיו ודאי חייב אף אינו יודע אי הגי' ראובן פושע במה שנסמך על דחיות המבטיח עד שנשפר ויראה שדבר זה יתברר ע"פ סוחרים מומחים שאם יראה בעיניהם שפשע ע"פ מנהג הסוחרים ודאי שחייב לשלם דהלכה רונחת דעניני הקניות והסחורות מנהג הסוחרים עיקר וכמו שגלמד ממאי דקאמר שם פרק א"נ האי סטומתא קניא כו' עכ"ל: והעתקתי דברים אילו להתלמד במקום אחר כי בנ"ד עדיף טובא מההיא דתה"ד ומההוא דב"ק בהנפך הגנב וכמ"ש בתחלת דברינו דכינון שזה קיבל עליו בתחלת הענין כל מיני אחריות עד שינסר הסחורה ליד הבועלים לאו כל כמיני' למפטר נפשיה בטענה זו שהטיל הטרחא על הבועלים להוציא מיד זה המוליה ובפרט שזה טוען שטרח עמו בדברים והרצה אותו בכל מה דאפשר ולא הועיל וללכת עמו ביד חזקה על זה המבטיח הי' מוטל שעל פיו נתן לזה נתן לו שט"ח ע"ז ואם הוא לא רצה לטרונח בזה איהו דאפסיד אנפשי' ועוד יש לי כמה טעמים ונימוקים בזה אף לענ"ד די כמה שכתבנו ושלום על דייני ישראל דברי זעירא הק' אפרים ולמן מרגליות מבראד: שאלה לו שלום לכבוד ידידי הרב כו' מוהר"ר יוזפא סג"ל נ"י: הגיעני אומר הבא מן החדש שחידש כ"ת בסוגיא דקתא דמגלא ודין הנניא לי דשדר לי חורפיא ומותקא.

ואף דקאימנא במסכת אחריתא פניתי קצת לעבור בין בתרי אמריו ולישא וליתן בהם קצת ואכתוב בקצרה. הנה מ"ש כ"ת שקושית התוס' דאי נקט לזכרון אמאי אינו משמט היא קושית הש"ס ואי בדשנה מ"ט דר"א דהא ע"כ מדמחייב ר"א ע"כ שסובר דאם נקט למשכון חייב או מטעם דתפיס אחובה.

או דהוי פפירש א"כ בשני נמי ע"כ לאו לזכרון נקט כ"א למשכון מדחזינו דאינו משמע א"כ מ"ט דר"א ואהא משני בדר"י ור"ל כמ"ש הש"ך דר"י שלא בשעת הלואה דוקא

דאז נקט לגוביינא פֿמו כּוּן בֿשֿטֿר בֿשֿעֵת הַלְּנֹאֶה דע"כ לגוביינא וְדוּקא בֿשֿעֵת הַלְּנֹאֶה לית ליה דר"י והלפֿךְ שֵׁלֵא בֿשֿטֿר אַף בֿשֿנֵה דְנִקֵּט לְמִשְׁכּוֹן פֿטוּר עכ"ד בֿקִצְרָה וְאַעֵן וְאוֹמֵר דְּלִכְאוּרָה מַה שֶּׁהִקְשׁוּ הַתּוֹס' בלא"ה לְכְאוּרָה לֹא קִשָּׁה מִיַּד דְּהָא י"ל דְּמִיַּרְי בֿשֿטֿר הָךְ דְּמִשְׁמַט וּלְפִי מ"ש הַתּוֹס' אַח"כ דְּלִישְׁנָא לֹא מִשְׁמַע בֿשֿטֿר א"ש.

אַבְל לְתִרְצֵן הַשְּׁנֵי דְלֹא יִחְלֹק ר"י אר"א ור"ע א"כ לֹא מִקְשׁוּ הַתּוֹס' קִנְשָׁי הָרֵאשׁוֹנִי מִדְּמִשְׁמַט ג"כ דְּהָא שְׁפִיר י"ל דְּמִיַּרְי בֿשֿטֿר אַף ע"ז הִי אֶפְשָׁר לֹמַר שְׂאָם אֵיתָא דְּבִשְׁטֿר מִיַּרְי אַף בְּלֹא שִׁוּוֵי נְמִי לְמִשְׁכּוֹן תּפִּיס וּא"כ מ"ט אֶמְרִינֵן שְׂם בְּלֹא שְׁנֵה אַף כְּנִגְדֹו אִינוּ מִשְׁמַט דְּנִקֵּט לְזַפְרוֹן דְּהָא פִּינֹן דְּאִיפֵא שְׁטֵרָא ע"כ לֹא לְזַפְרוֹן תּפִּיס לִי: אַף דְּאַכְתִּי קִשָּׁה דְּמֵאֵן לִימָא לֵן דְּפִלוּגְתָא דר"י הַנְּשִׂיא גַבִּי שְׁמִיטָה לֹא אֵתִיא כר"י דְּהָא דְּמִתְנִיתִין דְּוּקָא הוּא דְּחִקִּינֵן לְאוּקְמָא ככ"ע מִשָּׂא"כ בְּהָךְ דְּהִתָּם שְׁפִיר ס"ל לר"י הַנְּשִׂיא דְּבִשְׁנֵה מִשְׁמַט כר"ע דס"ל גַּם פֿאַן דְּלְמִשְׁכּוֹן תּפִּיס וְאַבְדוּ מְעוֹתֵיו וצ"ל דְּקו' הַתּוֹס' הוּא לְמֵאֵי דְּבַעֵי לְאוּקְמִי בְּדִלָא שְׁוֵי וּבְדִשְׁמוּאַל קְמַפְלְגִי וּלְפִי פִי רַש"י שְׁפִירְשׁוּ דְּפִלוּגְתִּיהוּ בֵּין בֿשְׁנֵה בֵּין בְּלֹא שְׁנֵה וּאע"פ שְׁרַש"י סוֹבֵר דְּוּקָא בְּלֹא שְׁנֵה דְּלִית לִי דְּשְׁמוּאַל אַבְל בֿשְׁנֵה אַבְדוּ מְעוֹתֵיו דְּהוּי פְּפִירְשׁ אִם יֶאבֵד הַמִּשְׁכּוֹן כו' וּכמ"ש הַתּוֹס' ד"ה גִּימָא וּא"כ בלא"ה לֹא מִקְשׁוּ מִיַּד מְהֵךְ דְּבִשְׁנֵה לכ"ע מִשְׁמַט דְּהָא י"ל דְּשְׁנֵה שְׂאֵנִי דְּנִקֵּט לְמִשְׁכּוֹן מִשָּׂא"כ בְּלֹא שְׁנֵה נִקֵּט לְזַפְרוֹן מ"מ י"ל פִּינֹן שֶׁהַתּוֹס' פֿתְּבוּ שְׁנֵה דְּוּחַק וּטְפִי אֲתִי שְׁפִיר לְפִרְשׁ דְּפִלְגִי בֵּין בֿשְׁנֵה בֵּין בְּלֹא שְׁנֵה בְּזֵה אִינְדְּחִי ג"כ מ"ש רַש"י טַעְמָא דְּרִישָׁא מִשׁוּם לְזַפְרוֹן אֵלִיבָא דר"א דא"כ גַּם בֿשְׁנֵה ס"ל פֿן וּא"כ קִשָּׁה לְמָה קְאָמֵר ר"י הַנְּשִׂיא דְּמִשְׁמַט: וְאַתִּי שְׁפִיר נְמִי מַה שֶּׁהִקְשִׁיתִי דְּדִלְמָא אֲזִיל בְּשִׁיטַת ר"ע ז"א דְּהָא לר"ע גַּם בְּלֹא שְׁנֵה נִקֵּט לְמִשְׁכּוֹן וּא"כ אַף בְּלֹא שְׁנֵה מ"ט מִשְׁמַט וּא"ל דְּקו' הַתּוֹס' הוּא לְמֵאֵי דְּמוֹקִי בְּדִשְׁוֵי וּבְדִר"י קְמַפְלְגִי ז"א דמ"מ שְׁפִיר מְצִינִין לְאוּקְמָא הָךְ דר"י הַנְּשִׂיא כר"ע וּלְכַךְ אִינוּ מִשְׁמַט מִשׁוּם דר"י מִשָּׂא"כ בְּלֹא שְׁנֵה לֹא נִקְטִיָה כ"א לְזַפְרוֹן וְלֹא שְׁיִיךְ דר' יִצְחָק וּכמ"ש הַתּוֹס' סְבָרָא זוּ בְּגִיטִין לְהִדְיָא: וְאַמְנָם י"ל דְּקו' הַתּוֹסְפוֹת מְצִי אֲזִילָא ג"כ לְשִׁיטַת רַש"י וּלְמֵאֵי דְּמוֹקְמִינֵן הַפִּלוּגְתָא בְּדִרְבִּי יוֹסֵף דְּלִפ"ז לֹא מְצִי לְאוּקְמִי כר"ע דְּהָא לר"ע י"ל שְׁתּוֹפֵס לְזַכְרוֹן דְּבָרִים לְבַד פֿמוּ לר"א דמַה"ת לְעֲשׂוֹת פִּלוּגְתָא אֵלָא דְּאַפ"ה הָוֵי ש"ש מִשׁוּם פֿדִר"י וּלְעֲנִין שְׁמִיטָה לֹא שְׁיִיךְ זֶה א"כ שְׁפִיר תִּיקְשִׁי אִמְאֵי ס"ל לר"י הַנְּשִׂיא דְּאִינוּ מִשְׁמַט וְעַתָּה מ"ש כ"א דְּהִכִּי אֲזִילָא קִנְשִׁית הַגְּמָרָא אִי בְּדִשְׁנֵה מ"ט דר"א לֹא מְצַד הַסְּבָרָא כ"א מְצַד הַכְּרַח דְּמוּדָה ר"א בֿשֿטֿר ע"כ שְׁסוֹבֵר דְּהִיכָא שְׁתּוֹפֵס לְמִשְׁכּוֹן מְהִי א"כ בְּדִשְׁוֵי נְמִי שַׁע"כ תּוֹפֵס לְמִשְׁכּוֹן מִדְּחִזִּינֵן שְׂאִינוּ מִשְׁמַט נְמִי תְּחַיִּיב לר"א ז"א דְּהָא בְּהָךְ ס"ד דְּמוֹקִי פִּלוּגְתִּיהוּ בְּדִשְׁוֵי א"כ בְּהִכִּי פִּלְגִי ר"א ור"ע דר"א סוֹבֵר דְּאַף בְּדִשְׁוֵי תּוֹפֵס לְזַפְרוֹן ור"ע סוֹבֵר דְּבְּדִשְׁוֵי תּוֹפֵס לְמִשְׁכּוֹן אַף בְּלֹא שְׁוֵי אַף ר"ע מוּדָה דְּתּוֹפֵס לְזַפְרוֹן לְבַד וּא"כ שְׁפִיר אֲתִי הָךְ דר"י הַנְּשִׂיא אֵלִיבָא דר"ע דְּסוֹבֵר מִמֶּשׁ כְּנוֹתִי דְּבִשְׁנֵה נִקֵּט לְמִשְׁכּוֹן וּבְדִלָא שְׁוֵי נִקֵּט לְזַפְרוֹן א"כ לֹא פֿרִיךְ מִיַּד מ"ט דר"א דר"א סוֹבֵר דְּאַף בְּדִשְׁוֵיָהּ לֹא נִקְטִיָה כ"א לְזַפְרוֹן: גַּם מ"ש כ"ת בְּמִילְתִּיהָ דְּמִדְּחִיב בְּשַׁעַר לר"א ע"כ מִשׁוּם דְּנִקֵּט לְמִשְׁכּוֹן וְהִינֵנוּ מִשׁוּם דְּתַפֵּס אַחֻבִּיָהּ אַף שֶׁהַתּוֹס' תִּרְצֵן דְּלֹא הִי מְרוּיָם מ"מ הַמִּקְשָׁן סְבֵר דְּמְצַד הַכְּרַח ע"כ לֹמַר כֵּן.

וּלְעַנ"ד ז"א שְׁפוֹתֵר לְדְּבָרֵי עֲצָמוּ שְׁכ' אֵלָא בְּדִלָא שְׁנֵה וּבְדִשְׁמוּאַל כו' וְהִינֵנוּ דְּבִלָא שְׁוֵי סוֹבֵר דְּנִקֵּט לְזַפְרוֹן כו' וּלְעֲנִין זֶה דְּתַפֵּס לְחֻבְבִי נִרְאֵה דְּאִין חִילוּק בֵּין לְזַפְרוֹן בֵּין לְמִשְׁכּוֹן

דְּהָא ס"ס יֵשׁ לֹו הִנָּא דְתַפְס אַחוּבִי: וְגַם מ"ש רומע"ל דְהַמְקָשֵׁן הִכְרִיחַ דְהוּי פְּאִילוּ פִירֵשׁ ג"כ יֵשׁ לְעֵינֵי דְבִשְׁטֵר מַה בְּכֹף דְהוּי פְּפִירֵשׁ דָּאִין זֶה אֵלָא פְּעִין מַחֲלֵה וְהָא הִיכָא דְנָקֵט וְשִׁטְרָא מַחֲלֵה צְרִיכָה קִנְיֵן וְאִף שְׂיֵשׁ בְּזֵה דְעוֹת בְּפוֹסְקִים מ"מ לְפִי מ"ש הַשְׂ"ף בְּשֵׁם הַב"ח דְהִטְעַם דַּס"ל צְרִיכָה קִנְיֵן מִשּׁוּם דְשִׁטְר הָעוֹמֵד לְגַבּוֹת כּו' אֵלָא שְׂהַשְׂ"ף ס'י י"ב הַשִּׁיג ע"ז דְהָא לָא קִי"ל כּב"ש כּו' וּא"כ ר"א דְשִׁמוּתֵי הוּא וּפִירֵשׁוּ הַתּוֹס' שְׂהוּא מִדְּב"ש א"כ סוּבֵר דְצְרִיכִים קִנְיֵן וּא"כ לֹו יֵהָא דְהוּי פְּפִירֵשׁ לְמַה אָבְדוּ מְעוּתֵיו אָמְנָם י"ל בְּמִשְׁכּוֹן בְּשַׁעַת הַלְוָאָה א"כ מְעִיקְרָא אֲדַעְתִּי דְהִכִּי נוֹתֵן לֹו הַמְּעוֹת שְׂאָם יֵאבֵד הַמְּשִׁכּוֹן יִפְטֹר מִהַמְּעוֹת אִין זֶה עֲנִין לְהַמְּחִילָה שְׂצְרִיכָה קִנְיֵן דְהָרִי מְעִיקְרָא אֲדַעְתִּי דְהִכִּי קָא מְשַׁמְעֵבֵד: וְאָמְנָם ע"פ דְרַכּוּ הִי מְקוּם לֹוּמֵר בְּפִשְׁיטוֹת דְבִאֲמַת הַמְּקָשֵׁן מִצַּד הַהִכְרַח דְלָמָּה חֲיִיב בְּשִׁטְר לר"א דְהוּי פְּאִילוּ פִירֵשׁ וּפִירֵשׁ מִהֵנִי וּא"כ גַּם בְּדִשְׁנֵי הִי לֹו לְהַמְּקָשֵׁן סְבָרָא פְּשׁוּטָה כּמ"ש הַתּוֹס' דְהוּי פְּפִירֵשׁ א"כ מ"ט דר"א וּמְתוֹרֵץ ג"כ קוֹנְשִׁית מְהַרְש"א הָא דְלָא פְּתַב הַתּוֹס' דָּאִי בְּדִשְׁנֵי מ"ט דר' יְהוּדָה מִשּׁוּם דְלר"י הִי אֶפְשָׁר לֹוּמֵר דַּס"ל דְפִירֵשׁ לָא מִהֵנִי דְהוּי אֶסְמַכְתָּא וּאֲע"ג דְבְּדִשְׁנֵי לָא גְזִים מ"מ ר' יְהוּדָה ס"ל אֶסְמַכְתָּא לָא קִנְיֵי כְּמִבְּנוֹאֵר בּב"ב גְּבִי מִי שְׁפָרַע מְקַצָּת חוּבוֹ מִשָּׂא"כ מ"ט דר"א פְּרִיף שְׁפִיר מְדַחֲזִינֵן דְחֲיִיב בְּשִׁטְר: וְעוֹד י"ל ע"פ מַה שְׂהַקְשָׁה רומע"ל דַּמְנ"ל לֹוּמֵר שְׁלַקַח הַמְּשִׁכּוֹן לְגוּבְיֵינָא דְהָא אֲדַרְבֵּה מְדַלְקַח שְׁטֵר מוּכַח שְׁלָא סְמָךְ עַל הַמְּשִׁכּוֹן וְאָמְנָם בְּזֵה י"ל דְבִדְלָא שְׁנֵי הַנְּצָרָף שְׁטֵר לְמַה שְׂהַחֹוב יֵתֵר עַל הַמְּשִׁכּוֹן וְגַם י"ל דְכִינֵן דְבְּעֵי הַשְּׁבַת הָעֵבוֹט שְׁפִיר הַנְּצָרָף לְשִׁטְר וְאָמְנָם טַעַם זֶה אִינוּ נוֹפֵל כ"א שְׁלָא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה מִשָּׂא"כ בְּשַׁעַת הַלְוָאָה לָא שְׂיִיף זֶה וְהַשְּׂמָא פְּרִיף שְׁפִיר אִי בְּדִשְׁנֵי מ"ט דר"א דְהָא אִי פְּלִיגֵי בְּדִשְׁנֵי א"כ ע"כ שְׂאִף בְּשִׁטְר אִין הַטַּעַם מִשּׁוּם דְלְגוּבְיֵינָא דַּא"כ לְמַה לִּיהָ שְׁטֵרָא דְנָקֵט פִּינֵן שְׂהַמְשִׁכּוֹן שְׁנֵה שְׂיַעוֹר וּזְזִי אֵלָא ע"כ דָּאִף בְּנָקֵט לְמִשְׁכּוֹן סְתָם הִדִּין כֵּן א"כ בְּלָא שְׁטֵר נְמִי מ"ט דר"א אֵלָא בְּלָא שְׁנֵי כּו' וְאִז שְׁפִיר יֵשׁ חִילּוּק דְבִשְׁטֵר אֲמַרִּינוּ לְגוּבְיֵינָא שְׁקִיל וּבְדִשְׁמוּאֵל פְּלִיגֵי וּמִשְׁנֵי בְּדִשְׁנֵי קְמִיפְלִיגֵי וּבְדַרְבֵּי יִצְחָק וְהַשְּׂמָא ס"ד דְהָף דר"י אִף בְּשַׁעַת הַלְוָאָתוֹ דַּאֲהָא נְמִי קָאִי וּלְכֹף תַּהֲיָה צְדָקָה וּנְהִי דר"א לָא ס"ל שְׁקוּנָה מְשִׁכּוֹן מ"מ ס"ל דַּע"כ פ' הַשְּׁבַת הָעֵבוֹט בְּעֵינֵן אִף בְּשַׁעַת הַלְוָאָה וּא"כ א"ש דְמוּדָה בְּשִׁטְר וְאֲהָא פְּרִיף וְתַסְבְּרָא אִימֵר דָּאֲמֵר ר' יִצְחָק בְּשַׁעַת הַלְוָאָה כּו' וּא"כ הַשְּׁבַת הָעֵבוֹט אִינוּ כ"א שְׁלָא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה דוֹקָא וּא"כ א"א לְאוּקְמָא בְּדִשְׁנֵי דַּא"כ מ"ט דְשִׁטְר: וּמ"ש דָּאֵם נֹאמֵר דְנַעֲשֶׂה ש"ש מְטַעַם שְׂיָכוֹל לְקַנּוֹת בְּחִלְפִין שְׁפִיר יָכוֹל לְקַנּוֹת אִף בְּיֵתֵר עַל הַחֹוב וְלֹא שְׂיִיף אִין הַשּׁוֹאֵל פִּינֵן דְהִזְרֵר סוּדָר לְמַרְי'.

ולענ"ד ז"א דע"כ לא אָמְרוּ הַזֵּר סוּדָר לְמַרְיָה רַק הִיכָא שְׁנֵה אִינוּ רוּצָה לְהַקְנוֹת לֹו הַסוּדָר נְגִד חֲפִץ שְׁקוּנָה מְמַנּוּ וְלַעַנ"ד נִרְאָה דְהִכָּא לָאוּ בְּהִכִּי מִיָּרִי דְהָא אֲמַרִּינוּ בּב"מ וְכִי לָא הִיָּה לְהֵם סוּדָר לְקַנּוֹת בְּחִלְפִין אִיפְּפֵל תַּנָּא לְאִשְׁמוּעֵינֵן בְּגַבְרָא עֲרִטְלָאִי כּו' וּבְנֹדָאִי דְזֵה לָא מִיחְשָׁב הִנָּא פְּלָל שְׁהִיָּה יָכוֹל לְקַנּוֹת בְּחִלְפִי בְּתוֹרַת קִנְיֵן לְבַד דְּנֹדָאִי לָאוּ בְּגַבְרָא עֲרִטְלָאִי מִיָּרִי רַק דְהִכָּא מִיָּרִי שְׁנֵה רוּצָה לְקַנּוֹת מְנָה חֲפִץ וּלְהַקְנוֹת בְּגוּף הַמְּשִׁכּוֹן הַחֹוב שְׂיֵשׁ לֹו בְּמִשְׁכּוֹן הַזֵּה דְוּמִיָּא דְקִידוּשִׁין שְׂמַקְדָּשׁ אִשָּׁה וּמוֹסֵר לָהּ הַמְּשִׁכּוֹן שְׂהִיא תַּגְבָּה הַחֹוב עַל יָדוֹ וּא"כ אִף בְּחִלְפִין כַּה"ג שְׂהוּא יֵתֵר עַל הַחֹוב לְכַאוּרָה אִסוּר לְמוֹסֵר הַמְּשִׁכּוֹן לְחַבְרֹו: גַּם מַה שְׂנִרְאָה מְדַבְּרִי דְבִשְׁטֵר וְנָדָאִי לְגוּבְיֵינָא שְׁקִיל אִף בְּשַׁעַת הַלְוָאָה אִז שְׁפִיר יָכוֹל לְקַדָּשׁ בּוֹ אִשָּׁה לַעַנ"ד הַדְּבָר צ"ע דַּמ"מ שְׁלָא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה שְׂאִנִּי דְרַבִּי קָרָא שְׁקוּנָה שְׁפִיר מוּעִיל לְעֵינֵן קִידוּשִׁין מִשָּׂא"כ בְּזֵה אֲע"ג דְשְׁקִיל לְגוּבְיֵינָא מ"מ אִין לָנוּ לְחַשְׁבוֹ

כְּשֶׁלוֹ עַד שְׂיָהָא יְכוּל לְקַדְּשׁ בּוֹ אַע"פ שֶׁנֶּאֱמַר פִּינּוֹן דְּשַׁקְלִיָּהּ לְגַבְרֵינָא חֲזִיב בְּאַוּנְסִין מ"מ לֹא מִחְשִׁיב כְּשֶׁלוֹ וּמִמִּילָא דְּאִין נַעֲשֶׂה ש"ש עַל הַמּוֹתֵר מִפְּדֵי הַחֹב פִּינּוֹן שְׂיָהָא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה וְאִין יְכוּל לְקַדְּשׁ בּוֹ: וְאַמְנָם בְּגוּף הַדְּבָר שֶׁפָּתַב כ"ת דְּלִפִּי מ"ש הַתּוֹ הַטַּעַם דְּנַעֲשֶׂה ש"ש לִפִּי שְׂיָכוּל לְקַדְּשׁ כּוֹ' א"כ אִם הַמְשַׁפֵּן יֵתֵר עַל הַחֹב אֲסוּר לְקַדְּשׁ מִטַּעַם דְּאֲסוּר לְשׁוּמֵר לְמִסּוֹר לְשׁוּמֵר דְּאִין הַשְׂוֹאֵל רִשְׁאֵי לְהַשְׂאִיל וְכִינּוֹן דְּמָה שְׂיֵתֵר עַל הַחֹב אֵינּוּ קוֹנְהָ רַק שֶׁנַּעֲשֶׂה שׁוּמֵר עָלָיו כּוֹ' הִנֵּה אִף פִּי שְׂפִיר קְאָמֵר בְּהָא דְּשִׁינְיָהּ אִין הַשְׂוֹאֵל כּוֹ' דַּאֲע"ג דְּהַשְׂתָּא הִיא מְקַדְּשָׁה בּוֹ וְאַמְרִינּוּן כָּל הַמְּפָקִיד ע"ד אֲשֶׁתּוֹ וּבְנָיו הוּא מְפָקִיד נִרְאָה שְׂלֵא אָמְרוּ כֵּן אֲלֵא בְּאֲשֶׁתּוֹ הַנְּשׂוּאָה שְׂיָהָא אֲתוּ עִמּוֹ בְּבֵית אָבִל בְּאַרוּסָה לֹא מ"מ בְּזָה שֶׁפָּתַב דְּלֹא נַעֲשֶׂה ש"ש דְּאֲסוּר לְקַדְּשׁ מִטַּעַם דְּאִין הַשְׂוֹאֵל כּוֹ' וּמִבְּנָאָר מְדַבְּרִיו דְּאִם אִין הַמְשַׁפֵּן שְׂוֹה יֵתֵר עַל הַחֹב שְׂפִיר רִשְׁאֵי לְמִסּוֹר לְאַחֵר לְכַתְּחִלָּה מִטַּעַם שֶׁקוֹנְהָ מִשְׁפָּן וְהָא לִיתָא כְּמִבְּנָא' בְּבַע"ת שְׂעַר מ"ט חֲלָק ג' בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הָרִי"ף שֶׁפָּתַב וְנ"ל וְהִיכָא דְּרָאוּבוּ מִשְׁפָּן בְּיַד שְׂמַעוֹן וְהִלָּף וּמִשְׁפָּנוּ לְלוּי אוֹ נִתְּן לוֹ בְּמַתָּנָה כּוֹ'.

וְעוֹד שְׂצָרִיף לִישְׁבַע שֶׁנֶּאֱבַד הַמְשַׁכּוֹן וְשִׂאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ וְשְׂמַעוֹן לֹא מְצִי לְאַשְׁתְּבוּעֵי כּוֹ' וּבְנֻדָּי לֹא כָּל כְּמִינֵיהּ לְמַמְסָר מְמוּנָא דְּחֻבְרִי' כּוֹ'. וְשׁוֹב פָּתַב בְּעַל הַתְּרוּמוֹת שֶׁם דְּהִיכָא שְׂיָשׁ עַדִּי שֶׁנֶּאֱבַד כּוֹ' הָא אִיכָא סְהַדִּי דְּנֶאֱבַד וְכִי אָמְרִינּוּ אִין הַשְׂוֹאֵל רִשְׁאֵי לְהַשְׂאִיל וְאִין הַנְּפָקֵד רִשְׁאֵי לְהַפְּקִיד ה"מ לְכַתְּחִלָּה אָבִל דִּיעֲבַד לוֹ וְכִינּוֹן דְּאִיכָא סְהַדִּי כּוֹ' וְהַמְעִינִין שֶׁם יִרְאָה דְּבַכָּל מְשַׁכּוֹן אָמְרִינּוּן הִכִּי אִף בְּשִׂאִינוּ שְׁוֹה רַק כְּשִׂיעוֹר הַחֹב וְעִינִין בְּטוֹר ח"מ ס' ע"ב וּבש"ע סְעִיף לְמ"ד וּבש"ף ס"ק י"ח ב"מ"ש בְּתִשׁוּ' מִיְּמִינוּי בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת רִשְׁ"י וּמ"ש בְּשֵׁם מַהֲר"מ מְטִיקִטִין וְקִצְרִתִּי: וְא"כ לִפִּי זֶה תִּיקָשִׁי בְּכָל מְשַׁכּוֹן אִיף יִקְדַּשׁ בּוֹ אֲשֶׁה וְצ"ל דַּע"פ יְכוּל לְקַדְּשׁ בּוֹ הָאֲשֶׁה אוֹ לְקַנּוֹת עֲבָדִים וְקַרְקָעוֹת בְּתוֹרַת קִנְיָן וְאִי מְשׁוּם דְּזָה אִין רְצוֹנוֹ שְׂיָהָ' בְּיַד אַחֵר יוּכַל לְחַזֵּר וּלְקַבְּלוֹ לִידּוֹ בְּתוֹרַת פְּקֻדוֹן אוֹ שְׂיָכוּל לְתַתּוֹ לְמִי שֶׁהַבְּעָלִי רִגְלִי לְהַפְּקִיד אֲצִלוֹ וְגַם פִּינּוֹן דְּהָא דְּהַשְׂוֹאֵל כּוֹ' הִינּוּ רַק לְכַתְּחִלָּה וּבְדִיעֲבַד שְׂפִיר הֵוִי קִידּוּשִׁין וְכְּמִבְּנָאָר בש"ע אה"ע ס' ד"ח אִין מְקוֹם לְחֲלָק בֵּין אִם הַמְשַׁכּוֹן יֵתֵר עַל הַחֹב אוֹ לֹא וְעִינִין בְּשׁו"ת ב"ח הַחֲדָשׁוֹת ס' ה' שֶׁהַב"ח דְּקָדַק מְלִשׁוֹן רִשְׁ"י דְּמִיְּרִי בְּמַקְדָּשׁ בְּמְשַׁכּוֹן שְׂהוּא יֵתֵר עַל הַחֹב וּלְכָף פִּירִשְׁ"י בְּחֹב שְׂיָשׁ לוֹ עָלָיו ע"ש וּבַק"א מַה דְּכַתְּיָבָא הֵתָם בְּשֵׁם דּוּדִי מ"ו הַגָּאוֹן ז"ל בְּהָא דְּאִין הַשְׂוֹאֵל כּוֹ' לַעֲנִין קִידּוּשִׁין וְקִצְרִתִּי: וּמִלְתָּא אַגֵּב אוֹרְחָא אִימָא מְלִתָּא דְּתַמְיָה בְּדַבְּרֵי הַשְׁ"ף ס' ע"ב ב"ס"ק קל"ו לַעֲנִין אִם הַחֲזִיר לְאַשְׁתּוֹ וּבְנָיו שְׂהִבִּיא שֶׁם דְּבָרֵי ב"ה שֶׁפָּתַב הַרְמַב"ם ב"פ"ו מֵהַלְכוֹת טוֹעֵן כ' שְׂלֵא נְפֻטֵר בְּכָף וְכַתְּבַהּ הַשְׁ"ף דְּכִנּוּנָתוֹ לְדַבְּרֵי הַרְמַב"ם שְׂהִבִּאתִי ס' ע"ה וְאִין מְשֵׁם רִאֲיָה שְׂהָרִי פָּתַב שֶׁם ג"כ אוֹ שְׂנִתְּן בְּמַתָּנָה נֶגֶד הַחֹב.

וּפְשִׁיטָא דְּאִם נִתְּן לוֹ בְּמַתָּנָה כְּנֶגֶד הַחֹב נְפֻטֵר מֵהַחֹב אֲלֵא וְדָאִי לְדוּגְמָא בְּעֵלְמָא נְקֻט לַעֲנִין שְׂזָה צְרִיף לְבָרֵר דְּבָרֵיו שְׂזָה טוֹעֵן כֵּן וְיְכוּל לְהִיּוֹת שְׂהוּא בְּעִנְיָן דְּלֹא הֵוִי מַתָּנָה גְּמוּרָה א"כ ה"ה מ"ש לְהַחֲזִיר כּוֹ' ע"ש וְנִפְלְאִתִּי מְאוֹד כִּי בְּמַחֲלֵל כ"ת פִּי רַב הוּא אַגֵּב שְׂיָטְפָא רַהִיט לִיהּ וְסָבוּר שֶׁמ"ש אוֹ שְׂנִתְּן לוֹ בְּמַתָּנָה הִינּוּ שְׂהַמְלִנָּה הַתְּחִיב עֲצָמוֹ לְתַתּוֹ לְלוֹה בְּמַתָּנָה כְּסָף הִהִיא שְׂעוּלָה הַחֹב וְלָכֵן פָּתַב דְּפְשִׁיטָא דְּבָזָה נְפֻטֵר מֵהַחֹב וְע"כ דְּמִיְּרִי דְּלֹא הֵוִי בְּמַתָּנָה גְּמוּרָה אָבִל בְּאֲמַת ז"א וְאִין זֶה בְּמִשְׁמַעוֹת לְשׁוֹנוֹ כְּלָל רַק נִהְפֹּן הוּא שְׂיִוְכַל לְהִיּוֹת שְׂהִלְנָה נִתְּן פַּעַם אַחַת מַתָּנָה לְהַמְלִנָּה כְּשִׂיעוֹר שְׂעוּלָה הַחֹב וְלָכֵן הוּא מְדַמָּה בְּדַעְתּוֹ שְׂנִפְטֵר בְּזָה.

אף באמת טועה הוא בזה שאעפ"כ הוא מחוייב לפרוע החוב ואין המתנה שנתן לו פוטרותו וא"כ אדרבה דוקא במתנה גמורה מיירי וכבר באה המתנה ליד המלוה והדברים פשוטים לענ"ד והנה בסוגיא זו דקמא דמגלא ת"ל יש אתי דברים נאותים ואין הזמן מןכשר פעת להעתיקם דברי ידו הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

הלכות נזקי שכנים שאלה לו שאלה ראובן ושמעון שהם שכנים בדירתם וכוותל המפסקת ביניהם יש לראובן גג על הכותל הזאת ותהי לו לבית שקורין הויז ושמעון אין לו גג על כותל הלז רק שם הוא החצר שלו ומשתמש בו כדרך שימוש בכותל החצר ועתה טוען ראובן כי הכותל בנה משלו ועל מקום שלו רק שמחל לשמעון התשמיש שמשתמש בדרך כותל חצר מאחר שלא סמך לו שום בנן ושמעון טוען שהוא לקח מאחר וקצא כך בנוי ועומד ומסתמא נבנה הכותל בשותפות עם המוכר שלו ועל מקום של שניהם שהרי הנה בידו לכוף לבנות הכותל בשותפות ועל מקום שותפות ומסתמא לא וניתר לו מאומה וגם הוא משתמש זה כמה בכותל זה כרצונו וגם שמה חורין ויתידות של עץ תחובין בכותל זה שמעון הלוקח קצא אותם ונשתמש בהם גם הוא באין מוחה וזה מורה שמתחלה שניהם בנאוהו או אח"כ פרע לו חלקו והפתבים שהיה ביניהם נאבדו מיזם ועמד השואל ושאל לחות דעי הדין עם מי: תשובה הנה לפי מ"ש בש"ע סי' קנ"ז סעיף ז' דאם בנה עליו א' תקרה ומעזיבה זהו סימן שהוא בנה את כל הכותלוא"כ י"ל דגג נמי דמי לתקרה ומעזיבה אלא י"ל דהתם באין בו דין חלוקה מיירי שלא הנה יכול לכפותו ושפיר אמרינן דמהני תקרה ומעזיבה בזה אע"פ דחזית לא מהני משום דלא תיקנו חזית בחצר ובחזית איפא למיחש טפי לרמאות וכמבואר בדברי הרא"ש דכיון דלא תיקנו ביש דין חלוקה גם באין דין חלוקה לא מהני ועיין מהריב"ל ח"ב סי' בשם הר"ן בחידושו דבחזית בחצר איפא למיחש טפי לרמאות מגבי בקעה ע"ש אבל סימן תקרה ומעזיבה מהני דמחמת זה אמרי' דלא נתרצה זה לחלוק אא"כ יבנה זה משלו משא"כ בנ"ד דיש דין חלוקה והנה לכופו בע"כ לעשות כותל בשותפות בזה אף תקרה ומעזיבה לא מהני אף מדברי הסמ"ע שכתב דאורחא דמלתא נקט דביש בו דין חלוקה דרף הוא שיבנוהו שניהם משמע דגם ביש בו דין חלוקה מהני תקרה ומעזיבה אבל אינו מוכרח די"ל דהסמ"ע ר"ל פינו דעיקר הדין דלא מהני חזית בחצר לאו דוקא באין דין חלוקה דאדרבא ביש ד"ח גרע טפי א"כ הו"ל למנקט סיפא סתמא דבבבא לא מהני חזית רק אם אין דין חלוקה מהני תקרה ולזה כתב דאורחא דמלתא נקט וכן מבואר מדבריו בפרישה דלענין לא מהני ביה חזית קאמר ע"ש אבל לענין תקרה ומעזיבה י"ל דדוקא באין בו ד"ח דבהכי מיירי הטור והש"ע וכן י"ל בדברי הרא"ש ובהכי א"ש מ"ש הב"י דמדברי רבינו ירוחם משמע דאין לה דבר שיהיה ראיה בכותל חצר פינו שיכול לכופו לעשות מחיצה וצ"ע שזה שלא בדברי הר"י הלוי ג"כ ע"ש.

ולענ"ד לק"מ דהתם ביש בו ד"ח גם הר"י הלוי מודה דלא מהני גם ראיה דתקרה ומעזיבה איברא דבלא"ה מה שהבין הטור וב"י בדברי הרא"ש שמ"ש דאף באין ד"ח לא מהני וסי' תקרה ומעזיבה מהני הוא מדברי הר"י הלוי.

ובאמת ז"א דר"י הלוי לא כתב דינו רק בחצר שיכול לכופו לחלוק ומ"ש הרא"ש ואפילו בחצר שאין בו דין חלוקה כו' אבל הא' בנה עליו כו' אין זה מדברי הר"י הלוי כלל שהוא

הר"י בן מיגא"ש ומבואר למענין בחידושויו שלא הזכיר מזה באין ד"ח גם הרמב"ן פתב שאף שאין בו דין חלוקה אלא שנתן טעם אחר בדבר שלא כטעם הרא"ש ויותר נראה שדברי הרא"ש לקוחים מדברי רבינו יונה שהביא הנ"י וכמ"ש לקמן א"ה ואיך שיהיה מדברי הרא"ש הטור לא מוכחא מלתא דמהני תקרה ומעזיבה ב"ש בו דין חלוקה די"ל דבכה"ג ס"ל דלא מהני וכמ"ש הב"י מממשמעות רבינו ירוחם וצ"ע על רמ"א שכתב דמד"א ולמעלה שאין יכול לכופו סומכין על, החזית והדברים לקוחים מדברי הנ"י שכתב שכ"כ הר"ר, יונה: ולענ"ד ז"א דא"כ אף למטה מד"א באין ד"ח נסמוך על החזית וע"כ כמ"ש הרא"ש דכיון דלא תקנו לא מהני אף באין ד"ח א"כ ה"ה למעלה מד' ורבינו יונה דס"ל דלמעלה מד' מהני חזית ה"ה באין בו דין חלוקה מהני ולמטה מד' היינו ב"ש בו ד"ח שיכול לכופו לחלוק עמו או אפילו באין בו ד"ח ומטעם הרמב"ן דכיון שנתרצה ממילא הוא חייב ליתן חלקו לפותל ואין זה נאמן לומר שלא נתרצה כ"א באופן שחבירו יבנה הפותל עד שיביא ראיה ע"ז וכמ"ש בבבאור הדברים מהריב"ל בתשובה הנ"ל בשם הר"ן בחידושו משא"כ לענין מד"א ולמעלה דלא שייך הך טעמא נהרי ממה שנתרצה לחלוק אין מחייב שיבנה מד"א ולמעלה שפיר י"ל דאין להוציא מחזקתו ע"י החזית והרמ"א אפשר שלא ראה דברי הרמב"ן או שתופס להלכה פרבינו יונה: אלא שצ"ע שהגיה פן בדברי הש"ע שנתראה שהם לקוחים מדברי הרא"ש והטור דלא ס"ל הך דר"י לענין למטה מד"א באין ד"ח א"כ גם לענין מד"א ולמעלה יש לפסוק פן וצ"ע והנה אם נאמר דרבינו יונה ס"ל כמ"ש א"כ כפי הלשון שהעתיק בב"י שכתב אבל אם נהגו שתהיה נתינת תיקרה ומעזיבה בפותל לראיה כו' (ובגנוסחא שלפנינו הוגה ע"פ הגהת ד"מ והוא גנוסחא אחרת וכן נוסחת הב"י נראה עיקר ע"ש) א"כ מבואר דאף ב"ש בו ד"ח מהני תקרה ומעזיבה: אף באמת ז"א דלכאורה צ"ע על הרא"ש והטור שכתב דבסתם בגין תקרה ומעזיבה הוי חזקה לדידיה שנתראה שדבריו לקוחים מדברי רבינו וכמ"ש ל"א"כ למה השמיטו מ"ש רבינו יונה דדוקא בנהגו שתהיה התקרה ומעזיבה ראיה שהפותל שלו הפל לפי מנהג המדינה וכתב בסתם דמהני (תשלום הענין חסר פאן ועיין בלוח"ש): והנה אם היה מתברר שזה בנה הפותל אלא שהלוקח בא בטענה שמסתמא המוכר שלו פרע לו חלקו מאחר שהניחו להשתמש יש לעיין בזה דהנה בב"ב דף ה' אמרינן על פלוגתא דאב"י ור"ל בקובע זמן לחבירו וא"ל פרעתיך ת"ז אם נאמן פריך על אב"י ור"ב דס"ל נאמן ממתני' דמארבע אמות ולמעלה אין מחייבין אותו בחזקת שלא נתן כו'.

ולכאורה קשה דהא לר"ל נמי תיקשי פנין דקא משני רישא לר"ל טעמא משום דכל שפא ושפא זמניה הוא וא"כ ודאי רישא וסיפא בחד גוונא מייירי שטוען פרעתיך על כל שפא וא"כ גם בסיפא אמאי לא מהימן דהא הוי פטוען פרעתיך בזמני ועיין מ"ש ד"ז הגאון בת"ח ובאו"ת בזה: וגם צ"ע מה שהקשה אא"ז מהר"ש"א על התוספות דהוי מצי למימר ולטעמך דגם לאב"י ור"בא שפא לא יבנה זה את הפותל וקשה ע"ז דא"כ מאי פריך ממתני' דמד"א ולמעלה דהא י"ל דהתם טעמא משום שפא לא יבנה כו' ומה שתירץ מהר"ש"א ז"ל דהתם בדעתו תלוי ויודע בעצמו שיבנה הוא דחוק דמ"מ אגן לא מהימנין ליה על כך וכמו למאי דמשני מי יימר דמחייבי כו' משמע אע"ג דאומר אני ידעתי הדין שאני מחוייב לשלם ופרעתי קודם אלא ע"כ דלא מהימנין ליה ואמרינן שאינו עשוי

ליתן עד שינדע שיחייבוהו וכיון שאין משפט זה גלוי לכל אמרינו דגם הוא לא ידע ולא מהימן במה שאמר שינדע וה"נ פיון דאין דרוך ליתן קודם שיבנה אין להאמינו בזה שאומר שנתן לפי שהיה בדעתו לבנות וא"כ הדרא קושני לדפוקתה מנ"ל להקשות על אבני ורבא דלמא אבני ורבא מודו בהא דאיפא נמי חששא דלא יבנה: ונלענ"ד ליישב זה ויתיישב ג"כ דברי רש"י במתני' ודברי הרמב"ם בפ"י המשנה שכתב טעמא דסיפא משום מי ימר כו' והקשה באו"ת דהא לפי מאי דקי"ל כר"ל א"צ לטעמא דמי ימר ע"ש ולכן נראה דלקמן פליגו ר"נ ור"ה אי סמוך לפלגא סמוך לכולא או לא והנה הא דקאמר אלא לאו דאמר ליה פרעתיך תוך זמני אין לפרש קודם שהתחיל לבנות דהא מיירי דומיא דרישא שטוען שפרע אחר כל שפא ולא קודם דאל"כ לא היה נאמן ברישא לר"ל ולפ"ז לכאורה ע"כ אתי כמ"ד למאי דסמוך דלא סמוך דלמ"ד סמוך לכולא א"כ תיקף שהתחיל לבנות שפא אחת נתחייב בכל וקנה לו חצירו כל הפותל שהגביה חצירו והוא נתחייב לשלם וא"כ תיקף זמנו הוא אלא ע"כ דסובר כמ"ד למאי דלא סמוך לא סמוך והוא טוען שפרע מתחלה בבנין שפא ראשונה על הכל.

אף דמ"מ קשה דהא לא הוי דומיא דרישא דמיירי שטוען פרעתיך על כל שפא דאל"כ גם ברישא אינו נאמן בשטוען פרעתיך בשפא ראשונה על הכל וא"ל כמ"ש הש"ך דברישא נאמן בזה דכיון דכל שפא זמנו פרע בתחלה על הכל דאף לר"ל שייך זה כי היכא דלא ליטרדן א"כ גם בסיפא נימא הכי וא"ל דבסיפא לא שייך דלא ליטרדן שהרי ביזו תלוי שלא לבנות עד שיהיה לו מעות וכמ"ש לקמן סברא זו בשם הרשב"א וכ"כ באו"ת דא"כ גם לאבני ורבא לא קשיא דהא טעמא דידיהו משום דלא ליטרדן הוא.

וגם צ"ע מלשון רש"י שכתב דא"ל פרעתיך בזמני כשגמרת פותלי וינדעתי כמה נתחייבתי לסייע בהגבהתך דמשמע נמי דאתי כמ"ד למאי דלא סמוך לא סמוך ומ"מ הך וינדעתי כו' הוא שפת יתר לכאורה דהא לאבני ורבא הכי הוא דאין קרוי זמנו עד גמר הפותל דלא ס"ל כל שפא ואם נפשך לומר דגם אינהו ס"ל כל שפא כמ"ש רק דהכא מיירי שטוען שפרע בשפא ראשונה בעד הכל וכמש"ל א"כ מי הכריחו לפרש בזמני כשגמרת את פותלי דהו"ל לפרש בפשיטות בזמנו על כל שפא ושפא פרעתיך ותוך זמני היינו שפרע לו בשפא ראשונה על הכל: לכה נראה דאדרבה דהסוגיא אנלי השתא לר"ה דאמר סמוך לפלגא סמוך לכולא ואפ"ה א"ש דלא מיקרי תוך זמנו בשפא ראשונה משום דבאמת הש"ס משני מי ימר דמחייבו ליה רבנו והיינו שאין משפט זה גלוי לכל פשמגביה נגד הפותל היה סובר דאף בכה"ג אמרי' דפרע גו זמני' דגם משפט זה גלוי לכל פשמגביה נגד הפותל מחויב לשלם למאי דסמוך משא"כ בהך מלתא דסמוך לפלגא סמוך לכולא פשיטא דלא שייך ביה גלוי לכל דהא באמת ר"נ סבר דלא סמוך לכולא והכי קי"ל וסברא גדולה הוא שלא עלה על דעתו דיתחייב לשלם הכל ובמי ימר כה"ג גם המקשן מודה דלא אמרי' ומ"מ פריה שפיר לאבני ורבא דלכאורה אף דנימא דלא ידע דסמוך לכולא ומתחייב בכל מ"מ פיון שהתחיל לבנות ולהגביה ודאי היה דעתו שיבנה כל גובהו דהא מהאי טעמא גופא מחייבין ליה לר"ה ואמרינו דסמוך לכולא דמסתמא יגביה פולו פיון שהתחיל לבנות וכמ"ש רש"י שם וא"כ הרי שפיר ידע שיתחייב אף דמ"מ השתא מיהא תוך זמנו הוא דהא לא ידע שמחויב עתה ואף שינדע שיתחייב לאחר שיגמור הפותל מ"מ אם הוא משלם עתה תוך זמנו חשבינו ליה והשתא א"ש דדוקא לאבני ורבא קשיא ליה דלר"ל

ל"ק דאע"ג דלדידיה ברישא כל שפא כו' מ"מ שפיר מוקמינו סיפא שטוען שנתתי אחר
השפא ראשונה את הכל ושפיר הוי דומיא דרישא כמו דרישא מיירי שטוען ששלמתי
בעת זמן חיובי דהיינו אחר כל שפא פן בסיפא הוא טוען ששילם בזמן חיובו דהיינו
כשהתחלתי לבנות דאז זמן החיוב פינו דסמך לפלגא סמך לכולא ואפ"ה ברישא מהימן
בטענתו ששילם אחר כל שפא דהוא זמנו ממש הוא משא"כ בסיפא אע"ג דלמאי
דקיימינו השפא אליבא דר"ה דס"ל סמך לכולא הוי השפא זמן חיובו על כל הפותל מ"מ
בזה נדאי אמרינו מי יימר פינו שאין הדין פשוט ואי משום שידע כשיסמוך פולה יהיה
חייב ולכן הקדים ופרע עתה שוב הוי כפרע ת"ז דא"נ לר"ל משא"כ לאבני ורבא דס"ל
דעבוד דפרע גו זמניה שפיר תיקשי אמאי לא מהימן וא"ל משום דאיכא למימר שפא
לא יבנה את הפותל ז"א דהא אנו השפא קיימינו דסמך לפלגא סמך לכולא והיינו משום
דאמרינו דנדאי יגביה את הכל וכיון דמחמת האי סברא מחייבנו ליה מכ"ש שיהיה נאמן
לפטור את עצמו מחמת זה דידע שפנדאי יגביה את הפותל פולו ויתחייב והקדים ופרע
עתה פי היכי דלא לטרדו ואהא משני מי יימר דמחייבי רבנן ר"ל דאפילו כשסמך פולו
אין ברור לו שיתחייב וכיון דאפשר שלא יתחייב כלל גרע מת"ז אף לאבני ורבא ולא
עדיף דפרע וזה נראה כפונת רש"י שכתב פרעתי בזמני כשגמרתי את פותלי דרש"י
סובר ליישב קושיות התוספות שהקשו דגם לאבני ורבא קשה שפא לא יבנה זה את
הפותל די"ל כמ"ש התוספות מתחלה דמתני' לא שייך טרדא דהוי ממון שאין לו תובעין
וא"כ א"צ לחלק בין היכא שיש ספק שפא לא יתחייב וא"ש מתני' דהכא לאבני ורבא
והא דפשיט מבכור אשכירות ולא דחי דלמא ס"ל כאבני ורבא לחלק בין היכא דאיכא
טרדא ז"א דהתם קאי למסקנא דהכא דהיכא דשייך מי יימר דמחייבי רבנן מודו א"כ
כ"ש התם שיש ספק גמור וא"כ פינו דמטעם מי יימר יש לחייבו לא מהני טעמא דטרדא
לפוטרו וא"כ ממ"נ בין אי ס"ל לר' ינאי כר"ל או כאבני אין לחלק שם בין טרד' או לא
משא"כ בס"ד דהכא דאפתי לא אסיק אדעתיה הך סברא דמי יימר וא"כ אף שיש ספק
שלא יבנה זה את הפותל י"ל דעביד דפרע ואתי ליה רישא שפיר לאבני ורבא אף מ"מ
שפיר פתבו התוספות דגם לאבני ורבא צ"ל הך תרוצא דכל שפא כו' פינו דלמסקנא צ"ל
מי יימר וא"כ כשיש ספק פשיטא דלא פרע משום דמי יימר שייבא לידי חיוב אבל מ"מ
בס"ד הנה סובר דרישא א"ש לאבני ורבא דאפשר דס"ל דאף היכא שיש ספק עביד
דפרע היכא דשייך טרדא ולכך הנה סובר דלאבני ורבא לא מיירי הרישא שטוען שפרע
על כל שפא דאינהו ס"ל דאין דרך לפרוע על כל שפא כלל ולכך פירש אי לימא דאמר
פרעתיך בזמני היינו כשגמרתי את פותלי וידעתי כמה נתחייבתי כו' ור"ל לאפוקי היכא
שאומר ששילם בהתחלת הבנין בעד פולו פדיו סמך לפלגא סמך לכולא דזה אף בס"ד
לא מהימן לומר דמשפט זה נדאי אינו גלוי ואף בס"ד מודה דמי יימר כה"ג וכמש"ל לכך
כתב רש"י כשגמרתי את פותלי וידעתי כו' ור"ל דבנה שייך שידע כמה הוא חייב
בהגבהה זו וא"כ קשיא אמאי לא מהימן אלא לאו תוף זמנו ר"ל שאומר ששילם בתחלת
הבנין דאז י"ל שלא ידע שמחוייב לשלם בעד פולו ואף שפדעיתו לגמור הבנין הוי עתה
ת"ז וניחא לר"ל ומ"מ לאבני ורבא קשה ומשני דאף בכה"ג אמרינו מי יימר וכמש"ל:
ומצאתי בש"מ בשם הרשב"א שהקשה אשנויאי דמי יימר דהא כשימתן התקרה הוי
משפטו גלוי וכיון שפדעיתו לימתן התקרה הוי ת"ז דמהימן לדידהו משום לא ליטרדו ע"ש

ודבריו ע"ד מ"ש לעיל בקה דסמך לפלגא כו' ונהגיתי וע"ש דמתרץ דנתינת התקרה בדדידה תלוי וכשלא יהיה לו מעות באמת לא יתן תקרה ולא שניף לטרדן.

ולענ"ד י"ל ג"כ דשאני חוב דתלוי בזמן דממילא קאתי משא"כ נתינת התקרה התלוי במעשה אף שפדעתו ליתן שמה ומנע מחמת איזה סיבה או אונס. ומצאתי באו"ת שהקפך בסברת אלו אף דלפ"ז קשה דא"כ למה המציא פלל סברא דמי יימר דאפי' תימא דלא אמרינן מי יימר א"ש מהך טעמא גופא דשמה לא יבנה וכקוש' המהרש"א ו"ל וא"ל פתירוצו בדדידה תלוי והוא בדעתו לבנות מ"מ אפתי לא שניף לטרדן כמ"ש הרשב"א לענין תקרה דכשלא יהיה לו מעות לא יתן התקרה וה"ה בזה שלא יבנה עד שיהיה לפרוע על כל שפא.

ומכ"ש לסברא דידיה שמה יהי אנוס ולא יוכל לבנות: שוב נדפס ספר קצות החושן ח"ב וראיתי בסי' קנ"ז שהקשה קו' הרשב"א וכתב לתרץ ע"פ מ"ש הנ"י שהקשה שמה לא יתן התקרה לרוח אחר ותירץ דמ"מ מועיל להיות מחיצה לביתו כו' וא"כ י"ל דדין זה אינו פשוט ושניף מי יימר ולדידה א"ש הו' דמשני מי יימר וע"פ דברי הנ"י אלו שהם מדברי הרמב"ן א"ש מה דקשה על מ"ד סמך לכולא ממתני' דאף ע"פ שלא נתן התקרה נעין בת"ח.

ולפמ"ש הרמב"ן י"ל דנדאי מה שלא נתן תקרה פלל לא צריף לאשמועינן דנדאי אמרינן שסופו להגביהו וליתן תקרה דמסתמא דמלתא: יתן תקרה על פותל זה. אף דאשמעי' אף דנתן תקרה אלא שהמחיצה הוא ממזרח למערב והוא הניח התקרה מצפון לדרום ולא סמך התקרה על פותל שנתפת פלל רק על פותלי עצמו שמצפון לדרום אעפ"כ מגלגלין עליו הפל פיון שעכ"פ נעשה פותל זה מחיצה לביתו וכדברי הרמב"ן וא"ש טפי דשניף מי יימר בכה"ג דחזינון שמתחלה לא הי' בדעתו לסמוך התקרה באשר סופו מוכיח וכה"ג לא אסיק אדעתיה דמחייבי רבנן: ועפ"ז נראה ג"כ ליישב קושית מהרש"א ו"ל דהנה מה דפשיטא ליה לרשב"א דכשנתן התקרה הוי בחזקת שנתן היינו משום דע"כ לא אמרי' מי יימר דמחייבי כו' היינו משום דמתני' תני אע"פ שלא נתן התקרה משמע דזהו דין פשוט דמתני' אשמעינן רבותא אע"ג דלא נתן התקרה והוי ס"ד דבכה"ג לא מחייב וקמ"ל דאפילו בכה"ג מחייב ולכן זה אינו פשוט והוי בחזקת שלא נתן: והשתא לפום מה דכתיבנא י"ל דלמ"ד סמך לכולא ג"כ הדין פשוט פיון דר"ה מסברא קאמר הכי דבכה"ג אמרינן דהוי גלוי דעתא דניחא ליה בהגבהת פולו לפי שסופו לסמוך פולו וליתן תקרה דהוי בגין קבע רק דבכה"ג שנתן תקרה ולא סמך על פותל השותפות זהו דין שאינו פשוט פיון דהא קמן שנתן התקרה מצפון לדרום ולא סמך עליו שנתן היינו מחמת שנעשה מחיצה לכותל ביתו בכה"ג סובר בדעתו שלא יתחייב שנה נהנה וזה לא חסר מידי ולפ"ז שפיר מקשה אדאבני נרבא דלדידהו נמי מיירי שטוען שפרע אחר שפא ראשונה בעד פולו והוי דומיא דרישא שטוען שפרע בזמן חיובו וכמש"ל וא"כ לא שניף בזה לחייבו מטעם שלא הי' לו להקדים שמה לא יבנה את הפותל דז"א דהא אפי' לא יבנה פלל הוא מתחייב מהשתא דהא קי"ל סמך לכולא וזהו דין פשוט ולא אמרינן בי' מי יימר רק דמ"מ הוי תוך זמנו דעכ"פ אם יתבענו חבירו יוכל לטעון שלא נתן התקרה על פותל השותפות ולפי מה שאינו יודע דין זה שאעפ"כ יתחייב משום שנעשה מחיצה לביתו שאינו דין

פשוט יהיה יכול לפטור עצמו בטענה זו וא"כ אף שפדעתו לסמוך על פותל השותפות אעפ"כ מחשב ת"ז שלא היה לו להקדים ליתן שהרי עכ"פ אין חבירו יכול לתובעו קודם שימתן התקרה על פותל השותפות לפי דעתו אף דמ"מ לאבני ורבא קשיא דלדידהו עביד דפרע גו זמני' ואהא משני דגם בכה"ג דסמך לפלגא סמך לכולא שינה מי יימר וא"כ אף שפדעתו לבנות הפל וליתן תקרה מ"מ שוב חזר לחשש שמא לא יבנה את הפותל פיון שלפי דעתו אינו מתחייב כ"א פשיבנה ויתן תקרה ובכה"ג גם אבני ורבא מודו: והנה בפשיטות י"ל קושית המהרש"א די"ל דאף אבני ורבא מודו דכל שפא כו' מ"מ בסמוך לו פותל לא שינה כל שפא לפי שצריה לגמור את פותלו שיהיה נראה לעינים שיוכל לעשות מזה בננין קבע ובשביל שבונה שורה אחת או שתיים שאין לשער מזה שרוצה לגמור הבנין ולעשות קבע אין לחייבהו והיינו טעמא דמ"ד למאי דסמך סמך שאין לדונו ע"ש העתיד ואף מאי דסמוך נראה דהיינו מה שראוי לעשות מזה בנין קבע דוקא וזה נקרא גמר הפותל ולכן פ"י רש"י פשגמרת את פותלי וא"כ י"ל דגם סיפא מיירי דומיא דרישא שטוען פרעתיך על כל שפא וא"כ לא שינה חשש שמא לא יבנה את הפותל פיון שהוא טוען שפרע אחר שבנה זה כל שפא ושפא ומ"מ שפיר מיקרי ת"ז פיון דבזה אינו מתחייב לשלם בבנין כל שפא שאין בזה כדי לסמוך בנין קבע רק אחר שיגמור את פותלו ולכן פריה שפיר לאבני ורבא: וגם נראה דאפילו תימא פיון שפכר בלא"ה יש כאן גובה ד"א שהוא בחזקת שניהם כל מה שיוסיף על הבנין בנין קבע מיקרי מ"מ פיון דחזינו השתא כמה הגביה כגון הגביה ב' אמות אמרינו שבנדאי הי' בדעתו מעיקרא שיגביה כה ושוב אין דרף שישלם לו ת"ז וגם חבירו ממתין עד שיגמור בנינו שיוכל לעשות חשבון עמו בפ"א וזהו פונת רש"י פרעתיך בזמני פשגמרת את פותלי וידעתי כמה נתחייבתי כו' ועיין בדרישה סי' קנ"ז שכתב דבס"ד דמקשן דבתוה ד"א אין דרף לתובעו עד שיגמור שלא יצטרף בכל פעם למיזל עמו בדינא ודייני וה"נ י"ל דאף למסקנא דכל שפא זמנו היינו תוה ד"א שהוא מחויב ועומד לשלם לו משא"כ אחר ד"א.

ובחידושי הארכתי עוד בזה: דברי הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: הלכות שלוחין ומכירה שאלה לח שאלה ראובן שהי' סוחר למדינה אחרת ויש לו יד ושם אצל הסוחרים אשר שמה ליתן לו באמונה ושולחים סחורה לידו אף על אגרת בחתימת ידו והנה ראובן הי' צריה חטים ונזדמן שנסע א' למדינה זו לשם ואמר לו ראובן הנה אם רצונה אתן לה אגרת לשם לשלוח לי חטים ואתה תהי' שותף עמי להסחורה ונתרצה שמעון ואח"כ קנה שמעון הסחורה ושוב פגע בראובן שהיה נוסע בעצמו לשם ואמר לו מה זה בידך אמר לו חטים שקניתי לעצמי וכשבא ראובן למדינה הכריח הסוחר את ראובן שישלם לו כל דמי החטים ועתה עלה שער החטין טוען שמעון פי ראובן כתב לו שלא ישלם לו יותר מן עשרים דינר והשער עלה שלשים דינר והעדתי עדים שאני קונה לעצמי וראובן טוען ששוב כתב לו שישלם כפי אשר יהיה השער שם.

ועוד שהסוחר לא על אמונתה הקיף שהרי לא נתן לה הסחורה רק על שמי וגם אני הוכרחתי לשלם בעד החטין שאמר שאינו מפירה כלל רק מפי כתבי שפכתתי לו שישלח לי שלח לי על ידך ואין לה לזכות עכ"פ בכולו ויורינו הדין עם מי ושכמ"ה: תשובה בב"ק דף ק"ב ע"ב ת"ר הלוקח שדה בשם חבירו וכו' ופריה מפלל דקא מקני לי לימא פליגי דבני מערבא דאמרו מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעה"ב אי משום הא לא

קשׁיָא פֿגון דאָנדעי לבעל השׁדה ואודיענהו לסהדי כו' והנה הדברים פשוטים דהש"ס מקשי דאיך קנה בעל המעות את השׁדה פֿינן דהמוכר אינו יודע ולא פֿינן להקנות אלא לריש גלותא ואף עפ"י שהוא קונה לעצמו מ"מ פֿינן שׁהיה בהעלם דבר מן המוכר ואנו דעת מקנה בעינו שׁיקנה לזה הקונה ואהא משני דאודיעה לדידיה דהיינו להמוכר והש"ף סי' קפ"ג סק"ב הקשה דמאי פֿריה דוקא לבני מערבא הא אפילו למאן דפליג עליו דדוקא בעינו שׁיהא בעל המעות והוא ר"ג לא נתן מעות ואין אדם זוכה שלו לאחר ותירץ פֿינן שׁצונה להעדים לכתוב בשם ר"ג א"כ העדים עומדים במקום ר"ג נראה שמפרש פֿוננת הש"ס מפלל דמיקני קני ליה היינו לר"ג ולכך הקשה דאף להנה דפליגי אבני מערבא איך קנה ר"ג: ואמנם פֿן מה שתירץ על זה אינו מחונן לענ"ד דכיון דס"ד דהעדים לא ידעו שהמעות שלו וקונה לעצמו רק סבורים שהוא שליח מר"ג והמעות של ר"ג ואין בדעתם לזכות בשביל ר"ג המעות של זה פֿלל ואין זה מזכה ע"י אחר כל פֿמה דלא ידע זה האחר שצריך לקנות מזה ולזכות לזה (והרא"ש פֿתב דהמזכה א"צ לינדע שזה זוכה לעצמו וזוכה בשבילו) אלא פֿשוט שפירושא דש"ס כמ"ש ולכאורה ראיה לפירוש הש"ף מדברי הרא"ש בתשובה פֿלל צ"ו סימן ג' שפֿתב וז"ל וראיה מההיא דפֿרק הגוזל כו' ל"צ דאודיענהו לעדים מעיקרא אלמא דהיכא דהודיע לעדים מעיקרא שׁקנה לר"ג קנה ר"ג מבואר לכאורה מזה שמפרש דהא דקאמר מיקני קני היינו ר"ג.

אבל ז"א דא"כ למאי דס"ד מעקרא דלא אודיענהו לדידי' ולסהדי שקונה לר"ג א"כ איך קאמר הקונה בשם ר"ג כופין ר"ג למפור: ולענ"ד נראה שט"ס הוא תיבת שהודיע וצ"ל שאמר לעדים מעיקרא שׁקנה לר"ג או דפי' שהודיע היינו שלא אמר להם פֿמו שאומר עתה שהוא שלו אלא אמר להם שהוא של ר"ג קנה ר"ג ולא מהני אמירתו אח"כ שהוא שלו ודוקא היכא דאודיענהו לסהדי מעקרא שהוא שלו רק שרוצה לתלות באילן גזול ר"ג אז קנה הוא ולא ר"ג וכן מבואר להדיא בש"מ בשם תשובות הרא"ש שפֿתב לימא פֿליג כו' אא"ב שדעת המוכר להקנות הפֿקר לכל מי שיהיה ה"נ כו' אבל לבני מערבא דס"ל בלא ידיעת המוכר לא קנה בעל המעות והכא סבר להקנות לר"ג איך יקנה הלוקח עכ"ל וכן מבואר בחידושי הרשב"א ונהביאו מהרש"א שם.

הנה הדבר ברור דלבני מערבא אף בקונה במעותיו והזכיר למוכר שם אחר לא קנה הלוקח אף אם לא היה שליח מהאחר ולפ"ז מילתא דפֿשיטא אם היה שליח ושינה מדעת המשלח והזכיר למוכר בשם המשלח לא קנה השליח דאפילו תימא דשינוי קונה מ"מ לא עדיף מאילו המעות של השליח אפ"ה פֿינן שׁקנה בשם המשלח והמוכר לא הקנה להשליח לא קנה: אולם לפמ"ש הפוסקים דליתא לדבני מערבא יש לעיין בזה.

והנה הרא"ש פֿתב בפסקיו דטעמא דליתא לחוכא דבני מערבא משום דאע"ג דשני השליח מ"מ אין מתפנין לקנות ובעל החטין מזכה לשליח שיזו כיד בעה"ב ולא בעינו שיזע בעל החטין שהוא זוכה לבעה"ב עכ"ל.

וזה שייך דוקא בכה"ג שהוא שליח וזוכר מהמוכר בשביל בעל המעות משא"כ בכה"ג שהמוכר מזכה לראובן שאמר לו שמעון שהוא שליחו איך יזכה בו שמעון השליח: אולם לפמ"ש הרשב"א והרא"ש בתוס' שטעם הנה דפליגי משום דאף אם לא הזכיר למוכר המשלח מ"מ דעת המוכר להקנות למי שהמעות שלו יהיה מי שיהיה לפי"ז אם היה

שליח ושינה מדעת המשלח א"כ הרי הוא נעשה בעל המעות ומקנה לו המוכר דהיינו דקאמר ר"י הא ר"מ דאמר שינוי קונה וא"כ הוא נעשה בעל המעות ושפיר נקנה לו והא ר"י כו' וא"כ המעות בחזקת מרייהו קאי ולפ"ז אף דקי"ל כר"י דאמר אין שינוי קונה מ"מ אם אמר בפני עדים שרוצה לשלוח יד לקנות לעצמו הני פשינוי לר"מ וכמ"ש הרשב"א ואמרי' ביה דאם הותירו הותירו לו וכל שפן אף שהזכיר לו שקונה להמשלח מ"מ אין דעת המוכר להקנות רק לבעל המעות וזה נעשה בעל המעות ע"י ששלח יד ביה: ואמנם המ"ל פ"ז מהלכות מכירה פתב בשם כ"פ שאם ידע המוכר שהוא שליח קנה המשלח לכ"ע אף שאמר השליח בפני עדים שרוצה לקנות לעצמו.

ולכאורה דברי הרשב"א אלו אין מורין פו שהרי פתב אף אם אמר בשם ר"ג מ"מ המוכר מקנה לבעל המעות ואם הוא בעל המעות קנה וא"כ בזה ששלח ידו רוצה להשתמש במעות המוכר לצורך הרי המעות ברשותו: אף יש לחלק דהא נדאי ל"א שפוננת המוכר לזכות לו אף שאין המעות שלו רק מחמת שליחת יד דמשום זה לא יקרא בעלים ממש רק דקמו לי ברשותי וכמ"ש הרשב"א גופי' וע"ז אין פוננתו דהמוכר כלל רק על מי שהקרון שלו מעיקרא ואע"ג דשינוי לר"מ קונה ול"א שהמוכר לא מקנה לי שאני התם דהוא הקונה על שמו והמוכר פוננתו להקנות למי שקונה ממנו או לבטל המעות וכמ"ש הרשב"א לבסוף שם וא"כ כיון שהוא הקונה על שמו וגם המעות שלו שפיר קני משא"כ היכא שקונה ע"ש המוכר אף שאמר בפני עדים שקונה לעצמו.

וגדולה מזו פתב הרשב"א דאפילו שלח יד במקצת העסק דקמו ליה פולה ברשותיה ושוב החזיר למקומו ונתעסק בו אמרינן דלזכות לבעל המעות נתפונן וה"נ דכונתיה י"ל אע"ג דקאמר לפני עדים שימנול בשליחות ויקנה לעצמו מ"מ גזים ולא עביד וסופו מוכיח על תחילתו שאמר למוכר שקונה בשביל המשלח: והנה התוס' ד"ה שאני פתב דברייתא מצינו לאוקמי בהודיעו ולכאורה קשה דא"כ הך דקתני הותירו לו אע"ג דאתי כר"מ מ"מ לא עדיף מה שקנה השינוי מאם קונה במעות שלו ממש ואפ"ה אמרינן לקמן לימא פליגי דבני מערבא.

אף י"ל דלכאורה קשה על בני מערבא דהא איתא בב"ב באם דמי החפץ קצובים שפיר קנה הלוקח ולא בעינן דעת המוכר שידע שזה קונה החפץ וכמבואר בח"מ סי' שנ"ט כיון שהעדשי' עומדים למפנר שיר' וא"כ זה שפכר שינה ואע"פ שהמוכר נתפונן להקנות לר"ג מ"מ הרי כפר דמיו קצובים ועומד לימכר ושפיר יוכל זה לזכות בו אף שלא מדעת המוכר.

אף דזה שייך במטלטלין אבל קרקע בחזקת בעלים עומדת ולא יצאתה מרשותה רק למי שפונן להקנותה לו וכיון דבמוכר שדה מיירי שפיר קאמר לימא פליגי כו' אבל לעיל דמיירי במטלטלין כיון שהמוכר סילק רשותו שפיר קונה זה והדמים הם שלו דקניניהו בשינוי והנה הש"ג הקשה על הטור והמחבר שפסקו דאי הדר מקמי משיכה מ"מ אי זבנה במעות המוכר לא מצי הדר עד דמודע למוכר ומכונן לאקנוניי לדידיה והוא מדברי הרמ"ה ותמהו ע"ז דהא אנו לא קי"ל כבני מערבא.

ולענ"ד לק"מ אף דליתא לחוכא דבני מערבא היינו מטע' שאינו מתפונן לקנות לעצמו והבעלים שדעתם לזכות לו הני כאלו מזכה לבעל המעות אבל מ"מ כל שהוא מכונן

לזכות לראובן אין שמעון יכול לזכות וכל שכן אם אמר תחלה שהוא קונה בשם ראובן
אע"פ שדעתו לזכות לעצמו אין יכול לזכות: ולפי שהסמ"ע פי' דברי הרמ"ה ולענ"ד
צ"ע אמרתי לבאר הנה דעת הסמ"ע דהרמ"ה מייירי שנתן לו מעות המוכר סתם שאם
נתן לו מעות עצמו בהקדא משמין דראובן א"י לחזור בו וזה תימה פיון דקונדם משיכה
איירי וכבר השיג הט"ז ע"ז.

ואמנם מ"ש הסמ"ע והט"ז דמה דקאמר דמודע ליה למוכר היינו שמייחד לו מעות לענ"ד
ז"א ומאי דקשיא להו מאי מהני הודאה דהא במעות המשלם המקח שלו נלע"ד דקשיא
התם שלא גילה להמוכר שהם מעות של אחרים והוא רוצה לקנות לעצמו א"כ אמרינן
שדעת המוכר להקנות לבעל המעות וכיון שזה לקח במעות המשלם מוציאין ממנו אע"פ
שזקפן עליו במלוג מ"מ אין דעת המוכר לזה כלל רק למי שהמעות שלו באמת משא"כ
כאן מייירי שהודיעו למוכר מתחלה שהמעות של ראובן ושוב מודיע למוכר שרוצה
לקנות לעצמו בעד המעות הללו ולזקפן עליו במלוג וכיון שהמוכר נתרצה בכך ואדעתא
דחכי משוה ממנו לא איכפת לן כלל במה שהמעות של משלם דבמשיכה תליא מלתא וגם
הרמב"ם מודה לזה וכל כמה שלא הודיע למוכר שהוא רוצה במקח הרי לקחם במעות
המשלם ומוציאין ממנו בע"כ ואף החולקים על בני מערבא מודים בזה פיון שלקח במעות
המשלם והשתא ממילא אנדא ליה קושית הש"ג והט"ז: ולענ"ד דברייהם תמוהים מ"ש
דרמ"ה אגיל בשיטת בני מערבא ובאמת בש"מ הביא דברי הרמ"ה להקדא דס"ל דלא
קי"ל כבני מערבא ועיין בתשובות מהריב"ל שכתב ג"כ דהרמ"ה לא ס"ל כהרמב"ם
ולפמ"ש ז"א ע"ש סי' קי"ג והנה הסמ"ע כתב בסק"ו שהחוליק היא דעת רי"ו דס"ל
דקנאו בשינוי וכן הוא ברי"ו וב"י הביאו: ובאמת שזה תימה דהא קי"ל כר"י דשינוי
אינו קונה וכן פי' רי"ו גופיה ומה"ט אינו מחלק בין לאכילה בין לסחורה וכן פי' רי"ו
בנתיב ד"ז ח"א שאם אמר בפני עדים לעצמי אני קונה נעשה גזלן על המעות והפל שלו
ולא הזכיר דצריך שינוי מדעת הנותן ואדרבה משמע דמייירי אף בלא שינוי ומצאתי
בנתיב ח' ח"ג שהביא שם דברי האלפסי דמתעסק אינו יכול לחזור וכו' דהיינו דוקא בלא
שינוי ואז נעשה גזלן על המעות וקנה בשינוי והוא סברא מחודשת שמ"ש ב"י שהוא
ט"ס וצריך להגיה אלא בפני ב"ד ליתא וצ"ל אפילו בפני ב"ד כמבואר בדבריו בנתיב
ח' הג"ל והב"י הביא דבריו בי"ד סי' קע"ז ע"ש: והנה ביש"ש השיג על הרא"ש דל"ל
לתרוצי לר"א דהא ר"א אליבא דבני מערבא קאתי כו' ע"ש.

ולענ"ד פשוט פירוש הסוגיא להרא"ש דר"ש מקשה א"ה אפי' חטין וחטין נמי אע"כ
דלא בעינן הודעה כלל ורבי אבנהו דחי דלעולם בעינן הודעה וש"ה דבשליחותא קא
עביד תדע כו'. ולכאורה מה תדע הוא זה דאה"נ דגם מהתם מוכח דלא בעינן הודעה א"ו
דס"ל דאפי' בעלמא לא בעינן הודעה התם בעינן והיינו מטעמא שכתב הרא"ש דאין
אדם זוכה בשלו לאחר והלכך שפיר הוכיח דהא ע"כ אף למאן דפליג אבני מערבא
מוכרח להודות להך סברא דשליחותא קעביד וכו' הוא סוגית הש"ס בכל מקום ואהא
קמשני ר' אבא דלעולם כמאן דפליג אב"מ וס"ל דלא בעינן הודעה דאל"כ אף חטין
בחיטין לסברא דשליחותא עביד לאו סברא הוא והא דזכתה האשה אע"ג דבהא נדאי
בעינן הודעה היינו משום דנעשה פאלו הקנה וזה ברור בעיני ועיין בש"מ ביאור הסוגיא
בשם הרא"ש ז"ל.

והנה הש"ך פתב שדברי רי"ו הם דברי הרא"ש גפי צבע דאין אדם זוכה בשלו לאחר
והנה דברי הרא"ש צריף ביאור דמה חילוק יש בין בעל חטין לצבע דה"נ הצבע מקנה
לבעל האשה והוא אינו מתפונן לזכות לעצמו כלל רק להאשה והצבע א"צ שידע שפוננתו
לזכות להאשה ולכאורה פירושו דהתם בעל האשה הוא נותן מעות וכיון שזה מתפונן
להקנות לו קני אע"פ שהוא מתפונן להקנות להאשה מ"מ א"א לזכות שלו לאחר משא"כ
בחטים דמעיקרא לא קנינהו שלים כלל פיון שאין המעות שלו אלא של המשלח והלכך
המשלח קונה וכ"כ במעדני מלך לפרש פון: ולענ"ד ז"א וצ"ע דמה בכך שהמעות של
בעל האשה הא המעות אינם קונים ועיקר הקנין הוא המשיכה שאז יוצא מרשות המוכר
וגם אפשר שהבעל אינו משלם לצבע אלא אחר משיכת החפץ א"כ בשעת משיכה שהוא
מושכו ויוצא מרשות הצבע הוא מקנהו לאשה ואע"פ שהצבע דעתו להקנות לו לא
איכפת לן בהכי וא"כ דמי ממש לבעל החטין ואם נפשך לומר דשאני התם פיון שהוא
בעל המעות הוא מתפונן לקנות פדמשמע קצת מדברי הרא"ש ג"ז צ"ע פיון דבשינוי
מיידי א"כ אין פוננתו של זה לזכות שעורים דהא ר"י לא ס"ל דלסחורה לא קפיז ואע"ג
דשינוי אינו קונה מ"מ המוכר אינו מתפונן לקנות אלא דמ"מ פיון דזכות הוא לו שהרי
הותירו שפיר זכה לו השליח וא"כ גם האשה קנתה ועוד דלמה לא נימא דהאשה רצונה
לקנות ואף אם לא פיונה מ"מ בכל זכוי ע"י אחר זכה הזוכה אף שלא ידע וע"כ לומר
שהעיקר הטעם הוא דדוקא הכא שהשליח אינו מתפונן לקנות לעצמו משא"כ בצבע פיון
שהצבע מקנה אותם לו והוא גם הוא אינו מתפונן שיזכה בשעת מעשה לאשה רק מאחר
שיבא לידו הוא מזכה ואז א"א שאין אדם זוכה בשלו לאחר ולפ"ז בהיה דרי"ו שקונה
במעותיו לצורך חבירו שפיר קני דהא בשעת משיכה הוא זוכה בשלו לאחר ובכה"ג
שפיר קני ואפשר דבקרע כה"ג לא קני דבקרע עיקר הקנין הוא המעות וכיון שהמעות
שלו שייך למימר אין אדם זוכה בשלו לאחר דבמאי קני חבירו להאי ארעא: ואמנם
נלענ"ד שדברי רי"ו אינם מדברי הרא"ש שהרי פתב בפ"ט דקמא ומ"ש הש"ך שדריף
רי"ו לכתוב פן אע"פ שזה אמת מ"מ דרפו לכתוב פמות שהוא ולא יוסיף עליו מדעתו
ומה זה שחידש רי"ו וכתב אפילו אמר בפני עדים אלא נלענ"ד שדעת רי"ו לפרש מה
דקאמר הש"ס הקונה שדה מחבירו בשם ר"ג כו' כמש"ל דאלמא מיקני קני לי' ר"ג ועלה
פריף לימא פליגי דב"מ ועלה משני דאודיענוהו למוכר ולסהדי אלמא דאע"פ שאמר
לעדים לחוד לא מהני אם לא הודיע למוכר ומה שהקשיתי לעיל דא"כ למאי דס"ד
מעיקרא איך קאמר אין כופין י"ל דהש"ס ס"ל דבאמת ה"ט דאין כופין מפני שקנה אותו
ר"ג: ואמנם לפ"ז קשה דבש"ס משמע דדוקא לב"מ הדין פן וא"ל דבאמת פוסק כב"מ
וכ"כ ד"ז בת"ח שרי"ו פוסק כבני מערבא.

וז"א שהרי רי"ו פי' דבין לאכילה ובין לסחורה השכר לאמצע וזה דלא כבני מערבא
דלאכילה דקפיז אמרינן מי הודיעו כו' ובאמת לפמ"ש קשה גם לפי הרא"ש דאף למאן
דפליג אב"מ היינו משום שהשליח אינו מתפונן לזכות לעצמו וזוכה לבעל המעות ונהרי
הוא הזוכה אלא דמזכה לאחרני משא"כ בזה שזה מתפונן לזכות לאחר והאחר אינו
מתפונן לזכות כלל רק הוא בעצמו הזוכה ובה"ל ש"ש גם תי' הש"ך וצ"ל דשאני הכא
שהבעל המעות הוא הזוכה במטלטלין במשיכה או בקרקע ע"י כסף או חזקה אז לא
בעינו דעת מקנה לר"י משא"כ לב"מ דס"ל דלעולם בעינו דעת מקנה אף שזה זוכה

בְּשִׁבְלֵוֹ וְזֶה עֲדִינָן צ"ע: שְׁאֵלָה לֹט שְׁלוֹם וּבְרָכָה לְכַבּוּד אַהוּ ב"ד הָרַב הַגָּאוֹן הַגְּדוֹל הַחֲרִיף וּבְקִי הַמְּפֹרָסִים מוה"ר מְרַדְכֵי נ"י אבד"ק סאַטְנָאָב וְהַגְּלִיל: אַחַד"ש הַגִּיעַנִי דְבָרֵי כ"ת כו'.

וְהִנֵּה מ"ש כ"ת עַל דְּבָרֵי הַמְּרַדְכֵי פֶּרֶק הַמְּקַבֵּל בְּעֵינָן אִם חִילּוֹף מְקָרִי זְבִינֵי וְכַתֵּב שְׁיִשׁ רְאֵיהּ בְּרוּרָה מִב"ק דָּף ע"ח גִּנְב וְהַחֲלִיף וְשִׁלְמֵם ד' וְה' הָרִי מְבֹנָאָר לְהַדְיָא דְחִילּוֹף זְבִינֵי מְיַקְרָא דְהָא בְּתוּרָה מְכִירָה פְּתִיבָה וְהִנֵּה בְּהַשְׁקָפָה רֵאשׁוּנָה בְּדְבָרֵי מִכ"ת עֲלֵה בְּלִבֵּי שְׁיִשׁ ג"כ רְאֵיהּ בְּרוּרָה הָא דְאֶמְרִינּוּ בְּגִיטִין וּבְכַמָּה זְוֹכְתֵי הָאֲחִין שְׁחַלְקוּ לְקוֹחוֹת הֵן וּמְחִזִּירִין זֶה לְזֶה בְּיֻבֵל וְהַטְעַם מְבֹנָאָר שָׁם מְשׁוּם דַּס"ל אִין בְּרִינְרָה וְאֶמְרִינּוּ שְׁחַלְקִיפוּ הַחֲלָקִים זֶה לְזֶה לִכ' צְרִיכִין לְהַחֲזִיר בְּיֻבֵל וְהֵתֵם נְמִי מְכִירָה פְּתִיבָה וְאֶפ"ה צְרִיף לְהַחֲזִיר מְטַעַם חִילּוֹף אֲלֵמָא דְחִילּוֹף זְבִינֵי מְיַקְרֵי שׁוּב עֵינֵינִי בְּמְרַדְכֵי שָׁם בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת מַהֲר"מ וְרֵאִיתִי שְׁבָאָמַת מֵינִי רְאֵיהּ מְהָא דְאֲחִין שְׁחַלְקוּ וְהַגָּאֵנִי.

אָף שְׁצ"ע לְפַעֲנָד' שְׁאֲדַרְבָּה יֵשׁ מְשָׁם רְאֵיהּ לְהִפּוּף שְׁהָרִי הַתּוֹס' שָׁם וּבְכַמָּה זְוֹכְתֵי הַקּוֹשׁוּ לְפִי מֵאֵי דְקִי"ל אִין בְּרִינְרָה וְקִי"ל לְקוֹחוֹת הֵן וְקִי"ל לָאוּ פְקַנְנָן הַגּוֹף דְּמִי וְא"כ הַדְרָא קוֹשְׁיָא לְדוֹנְפְתָה הָאִיף מְצִאנּוּ יָדִינוּ וְרַגְלֵינוּ דְלָא מְשַׁפְּחַת דְּמֵינִי בִּיכּוּרִים רַק חַד בַּר חַד וְתִרְצוּ דְהֵנָּה אֶמְוֹרָאֵי ס"ל דְלְקוֹחוֹת הֵן וְאֶפ"ה אִין מְחִזִּירִין בְּיֻבֵל דְדוֹנְקָא מְכַר אֲמַר רַחֲמָנָא דְלִיְהִידֵר אֲבָל יְרוּשָׁה וּמִתְנָה לֹא ע"ש וְהוּא הַצְּרִיכּוֹתָא שֶׁל הַש"ס בְּגִיטִין דָּף כ"ה אֲלִיבָא דְר"י ע"ש הָא קָמֵן דֹּאע"פ דְקִי"ל אִין בְּרִינְרָה דְלְקָל אֲחַד מַגִּיעַ חֲלָקוּ שֶׁל חֲבִירוֹ וְאֶמְרִינּוּ שְׁחַלְקִיפוּ הַחֲלָקִים אֶפ"ה אֶמְרִינּוּ דְלָא הָוִי כְּמִכְרָא וְאִין מְחִזִּירִין דְמְכִירָה דוֹנְקָא אֲמַר רַחֲמָנָא דְלִיְהִידֵר א"כ מוֹכַח דְחֲלִיפִין אִין לֹו דִין מוֹכַר וְדוֹחַק לֹוּמַר דְדוֹנְקָא חֲלִיפִין פִּי הָאֵי שְׁבָא ע"י יְרוּשָׁה דְמֵאֵי אִיכְפַת לָן בְּזַה שְׁבָא לֹו הַזְכִּיָּה מִחֲמַת יְרוּשָׁה סוּף סוּף הַשְׁתָּא שְׁחַלְקוּ הַחֲלָקִים שְׁיִשׁ בְּיָדוֹ ע"י חֲלִיפִין בָּא לֹו וְגַם קָשָׁה לְפ"ז דְבְּדְבָרֵי הַש"ס בְּב"ק דְּמֵינִי כ"ת אֶמְרִינּוּ הֵתֵם דְגִנְב וְנִתְּן חֲזִיב בַּד' וְה' אַע"ג דְּבְּתוּרָה מְכִירָה פְּתִיבָה ע"כ דְּמִתְנָה בְּכָלל מְכַר א"כ הָאִיף אֶמְרִינּוּ לְעֵנָן יוֹבֵל דְּמְכַר אֲמַר רַחֲמָנָא אֲבָל יְרוּשָׁה וּמִתְנָה לֹא וְעוֹד דְּבַבְכוּרוֹת דָּף נ"ב אִיכָא פְּלוּגְתָא דְר"מ וְרַבְּנָן ר"מ ס"ל דְּמִתְנָה אִינוּ חוֹזְרֵת בְּיֻבֵל וְחֲכָמִים ס"ל דְּמְחִזִּירִין וְאֶמְרִינּוּ הֵתֵם טַעְמָא דְכְּתִיב תְּשׁוּבוּ לְרַבּוֹת מִתְנָה הָרִי חֲזִינוּ דְּמִתְנָה אִינְהּ בְּכָלל מְכַר אִי לָאוּ דְרַבֵּי קְרָא מְתְּשׁוּבוּ וּבְש"ס דְּב"ק דְּמֵינִי כ"ת בְּלֹא רִיבּוּי נְמִי אֶמְרִינּוּ מִתְנָה כְּמִכְרָא (וְעֵינָן בְּמַגִּילָה דָּף דְּפִלְגִי אֶמְוֹרָאֵי אִי מִתְנָה כְּמִכְרָא וּמֵאֵן דְּאֲמַר דְּהָוִי כְּמִכְרָא אֶמְרִינּוּ טַעְמָא דְאִי לָאוּ דְעֵבִיד נִינְח וּנְפִשְׁיָה כו' וּבְתִשׁוּבָה חֲלָק אַה"ע ס' פְּתַבְתִּי בְּעֵינָן שְׁחַרְוֹר עֶבֶד אִי דְמִי לְמִתְנָה עַל דְּבָרֵי הָרָא"ש ספ"ק דְּגִיטִין וְהַפ"י שָׁם): לְכֹן נִלְעַנָּד' דְּהֵתֵם מְעַנֵּינָא דְקָרָא בְּהַקְפִּידָא לְפִי שְׁהוּצִיא מְרִשׁוֹתוֹ אַחַר שְׁגִנְב הוּא הַמְּחִיבּוּ בַּד' וְה' הַלְכָּף מְסַתְּבְּרָא דְאָף מִתְנָה הָוִי כְּמִכְרָא פִּינוֹן דְּמ"מ מוּצִיאֵו מְרִשׁוֹתוֹ שְׁנָתְנוּ לְאַחַר בְּחֻנָּם אוֹ מְשׁוּם דְעֵבִיד לִיָּה נִינְח וּנְפִשְׁיָה מִשָּׂא"כ בְּחֻזְרַת יוֹבֵל דְּגוּזָה"כ הוּא שְׁאָף שְׁזַה קוּנָה סְתָם בְּלֹא תְנָאֵי וּמְסַתְּמָא דְעֵתוֹ לְקוֹנוֹת לְצִמִּיתוֹת וְדוֹנְקָא בְּקַרְקַע אֲבָל בְּמִטְלָטְלִין לֹא וְדֹאֵי דְהַדְבָּר פְּשׁוּט דְּגוּזָה"כ הוּא א"כ אִין לָף אֲלֵא מַה שְׁחִידְשָׁה הַתּוּרָה דוֹנְקָא מְכַר אֲבָל מִתְנָה לֹא וּלְכָף ס"ל לְר"מ דְּמִתְנָה אִינְהּ כְּמִכְרָא וְה"ה יְרוּשָׁה דְּדְמִי לְמִתְנָה לְעֵנָן זֶה דֹּאע"פ דְּאֶמְרִי דְּהַחֲלִיפוּ הַחֲלָקִים אִין חֵל ע"ז שָׁם מְכִירָה פִּי אִם מִתְנָה שְׁזַה מְקַנָּה חֲלָקוּ וְהוּא בְּדָרְף מִתְנָה וְזֶה מְקַנָּה לְזֶה חֲלָקוּ וּלְפ"ז אִין רְאֵיהּ מְהֵאֵי דְב"ק לְעֵנָן ד' וְה' דְּחִילּוֹף חֲשִׁיב זְבִינֵי דְהֵתֵם פִּינוֹן דְּאֶפ"י מִתְנָה בְּכָלל זְבִינֵי מְמִילָא נְמִי הַחִילּוֹף בְּכָלל מְכִירָה מִשָּׂא"כ

בהאי דהמרדכי דמיירי ששהקהל קיבלו עליהם שלא לקנות קרקע מעכו"ם ואין במשמע בלשון זה לשון מתנה א"כ י"ל חליפין למתנה דמי ולפיכך הוצרכו לאתויי מהא דאמרין אליבא דמתזירין זל"ז ביובל משום דהחליפו החלקים ומוכח דאף בכה"ג שהוא גזה"כ אמרין דחליפין שם מְכָר עָלְיו וְלִתְרַץ קוֹשֵׁת הַתּוֹסְפוֹת לְאִינְךָ אַמּוֹרָאֵי י"ל דסבירא ליה למהר"ש דבירושה אין מתזירין דאמרי' כתיחלתו של א"י ועיין בחידושי הרשב"א פ"ק פ"ב ק"ל ה"ט.

ותדע דהא נדאי בנשבע שלא למכור רשאי ליתן במתנה או להקדיש וקתם בב"ק אמרין דנתנה וקדש בכלל מכירה. ולענין הקדש אמרין טעמא מ"ל מְכָרוּ לְהַדְיוּט כו' א"ו דקתם משמע להו לחכמים שכל דבר שהוא יוצא על ידו מרשות הגנב לרשות אחר בכלל מכירה הוא ע"ש ב"ד ס"ח בפלוגתא אי חיובא לפני יאוש הוא או לאחר יאוש ולמ"ד חיובא לאחר יאוש משום דבעינן דומיא דטביחה דאהנו מעשיו הא לא"ה הוי אמרין דאע"ג דלא אהנו מעשיו כיון שעשה מעשה מכירה חייב ד' וה' לפי שהוא נתפסן להוציא מרשותו ובעלמא פשיטא דכל היכא דכתיב מכירה נדאי דאי לא אהני מעשיו אינו בכלל מה שאמרה התורה מכירה א"כ במתנה וחליפין ע"כ חייב עליהם דלא גרע מאלו הוציא מרשותו ולא אהנו מעשיו וכיון דבאמת אהנו מעשיו לטביחה דמי דגם ע"י חליפין קרי שינוי רשות וקניא ליה אחר יאוש כמבואר בב"ק גבי נטלו מוכסין חמורו ונתנו לו חמור אחר כו' ע"ש (וצ"ע אם י"ל בזה שתלוי בפלוגתא דר"ש ורבנן אי דרשינן טעמא דקרא) משא"כ אם נשבע או נדר ס"ל דדעת הנודר הי' דוקא על מכירה ולא על מתנה וא"כ מוכח שיש לפרש לשון מְכָר פְּנִים לְכָאן וּלְכָאן: וּבְמַאי דְכִתְיָבָא נִרְאָה דא"ש מה שיש לתמונה לכאורה במ"ש הר"ש דאינך אמוראי ס"ל דמְכָר הוּא דְלֵא לְהַדְרָא אָבֵל יְרוּשָׁה וּמִתְנָה לָא.

ולכאורא צ"ע מתנה מאן דכר שמה דהו"ל רק ירושה ואף שיהתוס' תפסו בזה לשון הגמרא בגיטין ובפ' מעשר בהמה בצריכותא אליבא דר' יוחנן אדרבה על הגמרא גופא קשיא דל"ל למנקט מתנה שהוא פלוגתא המפורשת בפרק יש בכור ואלבא דרבנן מתנה כמכר משום דמרבין מדכתיב תשובו דלענין הצריכותא לא הו"ל למנקט רק ירושה בלבד ומכ"ש דקשה על התוספות במ"ש הך תירוץ דהנך אמוראי ס"ל דירושה ומתנה לא כר"מ ולא כרבנן אע"כ דמטעם ירושה לבד לא הנה מקום לומר דאין מתזירין דאע"ג דגם רבנן מודו בירושה דאין מתזירין מ"מ אינו ענין לכאן דבאחין שחלקו קיימין דאע"ג דמפח ירושה קאתו השתא מיהא החליפו החלקים הוי עכ"פ פנתן זה לזה חלקו במתנה ומתנה כמכר לכו הוצרכו הש"ס לומר דהוי ס"ד דגם מתנה אין מתזירין וירושה זו דאחין שחלקו למתנה דמיא וכיון שיהתוס' בעי למימר דירושה כה"ג דאחין שחלקו לא נהדר ע"כ הוצרכו לומר דגם במתנה כר"מ ס"ל דלא נהדר דאל"כ לא הנה מקום לומר דבירושה כזו לא נהדר דהא עכ"פ לא גרע ממתנה: אף דעדיין צ"ע דאפתי טעמא בעי למה הכריעו הנך אמוראי לפסוק כר"מ ולא כרבנן ובכל דוקתא קיי"ל כרבנן.

אמנם נ"ל דא"ש ע"פ מה שראיתי בדברי מכ"ת שרמז בקצרה לדברי שו"ת שער אפרים סי' ס"ח ועיניתי שם וראיתי שכתב על דברי המרדכי וז"ל תמהני על הגאון מהר"מ שאינו מביא ראיה ממשנה שלימה פ"ב דמעשרות המחליף עם חבירו זה לאכול כו' חייב

ופירוש הרע"ב וכן המפורשים דהוי מקח וקבע למעשר א"כ מוכח דחילוף זביגי מקרי ואפשר שלא רצה לדמות איסורא לממונא כו' אבל ז"א דחומרא דאחי לידי קולא הוא דאחי לאפרושי מן הפטור כו' עכ"ל: ולכאורה אין ראיה משם די"ל מתנה פמכר דמי ולפמ"ש נראה דא"ש לפי דברי הירושלמי במעשרות שם בריש הפרק הנה עובר בשוק ואמר טלו לכם תאנה אוכלים ופטורים כו' ואיתא בירושלמי שם שמואל אמר דר"מ הוא דאמר אין מתנה פמכר ר' יוסי אומר ד"ה היא כמ"ד מאליהם קבלו עליהם את המעשר עכ"ל הביאו הר"ש שם וכתב לפירוש אליבא דר"י דכה"ג לא התמירו ע"ש וא"כ שפיר מיייתי הש"א ראיה אליבא דשמואל דאמר דאמר דר"מ דמתנה אינה פמכר מתנה אינם קובעות למעשר ומתני' כר"מ אתיא ונהי מתני' דהמחליף עם חבירו לאכול נמי מוקי בירושלמי כר"מ דמקח טובל בפירות עד שלא נגמרו מלאכתן וא"כ מוכח דחליפין לאו למתנה דמי דהא מתנה אינה קובעת.

אף יש לדחות פדאמרי' בב"מ דף צ"ב אמתני' דהשוכר את הפועל כו' ונהנתו שיאכל בנו בשכרו דאע"ג דפועל משלו הוא אוכל מ"מ חייב משום דמחזי כמקח וא"כ י"ל דחליפין נמי קובע מטעם זה דמחזי כמקח: ובזה א"ש גם מאי דקשיא לן מנ"ל להנהיג אמוראי למיפסוק כר"מ ולא כרבנן ולפמ"ש א"ש דהנהיג אמוראי ס"ל כשמואל בירושלמי דמוקי דסתם מתני' דמעשרות כר"מ ואע"ג דסתם ואח"כ מחלוקות אינו הלכה כסתם היינו בחד מסכתא אבל בתרי מסכתא שפיר הלכה כסתם כמ"ש ביבמות דף מ"ב אליבא דר' יוחנן ע"ש ובבבלי הש"ס דכמה פעמים פסקו הלכה כסתם אף במחלוקות ואח"כ סתם פגון היכא דמסתבר טעמא וכיוצא בזה וגם י"ל פיון דהנהיג אמוראי ס"ל דאין בריה ומסתבר להו"ג כדקנין פירות לאו כקה"ג דמי וממילא מוכחא מלתא דמתנה אינה פמכר וכר"מ ומהי הוכחא גופא דא"כ לא משפחת דמיייתי בפורים כו' וקצרת: אף לפענ"ד הדבר מבואר בב"מ דף י"א בהא דאמרינן התם גבי מעשה דר"ג וזקנים וכו' וכי לא הנהיג להם סודר לקנות ממנו בחליפין כו' ולא היא מתנת פהונה נתינה כתיבה בהו חליפין דרף מקח וממכר הוא ופירש"י דנתינה כתיב בהו פדכתיב ונתת ללוי כו' לפיכך אסור להקנותו בסודר ודרף מקח וממכר הוא שנה נותן לו פליו תחתיהו עכ"ל ונהי מבואר דאף בקנין חליפין דסודר חשיב לי' דרף מקח וממכר לפי שנה מקנה לו הסודר אע"פ שאינו שנה וגם בתר הכי הדר סודר למרי' ומכ"ש בחליפין דשנה בשנה וכל אחד מקנה לחבירו לתלוטין דחשיב ליה דרף מקח וממכר ונהי דאמרינן בב"מ דף מ"ד גאולה זו מכירה תמורה זה חליפין התם פירושו כשפא לקיים המכירה ע"י קנין סודר ע"ש בפירש"י וגם פי מאי דקאמר על התמורה זה חליפין היינו חליפין דקנין סודר שאין זה מכירה ממש שגרי קונין בכלי אע"פ שאינו שנה פרוטה משא"כ בחליפין דשנה בשנה דהוי מכירה ממש אף התוס' שם פירשו ועל התמורה זהו חליפין היינו שנה בשנה ע"ש ומ"מ יש לדחות כמ"ש: ועיין בקידושין דף ח' גבי הא דאמרינן התם מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים ובקידושין גבי הא דאמרי' התם סד"א הואיל וגמר קיחה קיחה משנה עפרון מה שנה מקניא בחליפין אף אשה נמי מקני בחליפין קמ"ל ואימא ה"נ ומשני חליפין איתנייהו בפחות מש"פ ואשה בפחות מש"פ לא מקנייהו נפשה והתוס' שם בשם ר"ת כתבו דלא גרס נפשה דלאו בקפידיא תליא מלתא והכי פירושו ואימא ה"נ שתקנה אשה בחליפין פשיש באותה חליפין ש"פ דהחליפין דשנה פרוטה דומה לכסף

וּמִשְׁנֵי חֲלִיפֵינָי אֵיתְנִינְיָהּוּ בְּפָחוֹת מִשׁ"פ וּא"כ אֵינוֹ מִטַּעַם כְּסָף אֶלָּא קִנְיָן אַחֵר הוּא עַכ"ל
וּמִבּוֹאֵר מִזֶּה דְכַה"ג שְׁמַחֲלִיפֵינָי שְׁנֵה בְּשֵׁנָה וְדַאי תּוֹרַת כְּסָף עֲלָיו דְשֵׁנָה כְּסָף וְהו"ל
כְּמִכְרָה אֲמַנְם דְּבָרֵי הַתּוֹ' תְּמוּהִים בְּמָה שְׁפַתְב דְּלִמְאֵי דְמִשְׁנֵי בְּעֵי לְמִימַר דְּחֲלִיפֵינָי אֵינוֹ
מִטַּעַם קִנְיָן כְּסָף אֶלָּא קִנְיָן אַחֵר הוּא דִּלְפ"ז תְּמוּהָ מְאֵי הָאֵי דְמִסְיִים וְאִשָּׁה בְּפָחוֹת מִשְׁנֵה
פְּרוּטָה לֹא מִקְנִינְיָהּוּ וְכֵן הִקְשָׁה הַרְשָׁב"א שָׁם: אֵיבְרָא בְּקוּנְטָרַס אִוּר יִשְׂרָ שְׁחִיבְרַתִּי
בַּעֲזָה"י וְהוּא הִגְהוֹת נִפְלְאִים וּבִיאִוּרֵי' עַל סֶפֶר הַיִּשְׂרָ לַר"ת שְׁעַל הַש"ס שְׁזָכִינוּ לְאוּרוֹ
זֶה יָמִים לֹא פְבִיר וְאֲנֹכִי חֲזוֹן הַרְבִּיתִי בְּדָבָרֵי הַתּוֹס' אֱלוֹ וּלְפִי שְׁיַדְעַתִּי שְׁהַדְבָרִים יִהְיוּ
אֲהוּבֵי' וּמִתְקַבְּלִים אֶצְל כ"ת וְיִמְצָא בְהֵם נִנְפֵשׁ אֲמַרְתִּי לְהַעֲתִיקֵם וְזֶה לְשׁוֹן סֶפֶר הַיִּשְׂרָ
סִי' ד"ה בְּשִׁטְר מִנ"ל אֲמַר קָרָא וְיִצְאָה וְהִתְהָ כו' אֲבָל מִשְׁדָּה עֶפְרוֹן לֹא שְׁמַעִינוּ אֶלָּא
דְּנוֹקָא כְּסָף וּש"כ דְּאֵי מִקְנֵינָי שְׁדָה נִפְקָה א"כ תִּיקְנֵי בְּחֻזְקָה תִּדַע שֶׁהוּא פֶּן שְׁהָרֵי קִנְיָן שְׁדָה
בְּכֶסֶף לֹא נִפְקָה מִשְׁדָּה עֶפְרוֹן אֶלָּא מִשְׁדוֹת בְּכֶסֶף יִקְנֶה אֶלָּא גִזְרָה שְׁנֵה קִיחָה קִיחָה
מִשְׁדָּה עֶפְרוֹן יִלְפִינוּ (דְּקִיחָה הוּא בְּכֶסֶף וְהָא דְפָרִיז תִּלְמוּדָא גְבִי חֲלִיפֵינָי וְאִמָּא ה"נ
מִשׁוּם דְּחֲלִיפֵינָי שְׁנֵה כְּסָף כְּסָף כו' ע"ש בְּגוֹף הַסֶּפֶר: וְהִנֵּה מ"ש תִּדַע שְׁפֶן הוּא כו' נִרְאָה
שֶׁר"ל דְּהָא אִפִּי קִנְיָן שְׁדָה גּוֹפָא אֲמַרִּינוּ דָּף כ"ו מִשׁוּם דְּכַתִּיב שְׁדוֹת בְּכֶסֶף יִקְנוּ וְלֹא
יִלְפִינוּ מִשְׁדָּה עֶפְרוֹן וְע"כ טַעְמָא מִשׁוּם דַּא"א לְלַמּוֹד מִשָּׁם דִּי"ל דְּנִכְרֵי שְׁאֲנֵי שְׁכָל קִנְיָנוּ
בְּכֶסֶף כַּמ"ש הַתּוֹס' שָׁם א"כ הָא ע"כ דִּילְפִינוּ קִיחָה מִשְׁדָּה עֶפְרוֹן דְּמַהֲנֵי בְּשְׁדָה עֶפְרוֹן
יִלְפִינוּ מִינְיָהּ לְאִשָּׁה רַק עַל מַה דְּאִשְׁפַּחֲסוֹן הִתְם דְּכֶסֶף מִיְקָרֵי קִנְיָן וּמִמִּילָא דַּא"ש דְּאִין
לְלַמּוֹד מִשָּׁם לְקִנְיָן שְׁטֵר וְחֻזְקָה דְּלֹא יִלְפִינוּ מִינְיָהּ לְעִיָּקֵר הַקִּנְיָן וְאִי"ז מְהַרְשָׁ"א שָׁם דָּף
כ"ו כְּתִב עַל הַתּוֹס' דְּלַעֲיִל דִּילִיף לְעִנְיָן קִידוּשֵׁי אִשָּׁה בְּכֶסֶף אַע"ג דְּבִנְכְרֵי מִיְרֵי מ"מ
יִלִּיף מִינְיָהּ בַּג"ש דְּקִיחָה קִיחָה עַכ"ל: וּבְאֲמַת לְפִי מַה שְׁמִבְנוֹרָא פֶּאן בְּדָבָרֵי ר"ת לִיתָא
דְּאִדְרַבָּה מְהֵכָא מוֹכִיחַ דְּגַם יִלְפוּתָא דְּקִיחָה קִיחָה אֵינָה עַל עִיָּקֵר הַקִּנְיָן רַק לְמִילָף דְּכֶסֶף
אִיְקָרֵי קִנְיָן וְאִין נ"מ אִם בְּנִכְרֵי אוּ בִּישְׂרָאֵל וּמ"ש ר"ת וְהִיא דְפָרִיז גְבִי חֲלִיפֵינָי כו'
וּמִשְׁנֵי דִישׁ חֲלִיפֵינָי בְּפָחוֹת מִשׁ"פ וְלֹא מִקְנֵינָי נִפְשָׁה כו' בַּתּוֹ' כְּתִב דַּר"ת לֹא גָרַס וְלֹא
מִקְנֵינָי נִפְשָׁה ע"ש וּבִיאִוּר דְּבָרֵי ר"ת בְּזֵה שְׁהַמְקַשְׁן הִקְשָׁה דַּעַכ"פ חֲלִיפֵינָי אֵית לֹן לְמִילָף
פְּשִׁישׁ בְּהֵם ש"פ וְנִימָא דְּמִיְקָרֵי קִיחָה דְּהָא חֲלִיפֵינָי מְהֵנֵי בְּשְׁדָה אִף בְּנִכְרֵי כַּמ"ש הַתּוֹס'
שָׁם וּמ"מ לֹא מְצִי לְאִקְשׁוּיֵי עַל חֲלִיפֵינָי שְׁל פָחוֹת מִשְׁנֵה פְּרוּטָה דְּכִינוּ דְּלֹא יִלְפִינוּ עִיָּקֵר
הַקִּנְיָן וְקִנְיָן לֹא אִשְׁפַּחֲסוֹן דְּאִיְקָרֵי כ"א בְּקִנְיָן הַכְּסָף שֶׁהוּא בְּפְרוּטָה אֶלָּא דְקִשְׁיָא לִיה שְׁיָהּ
מוֹעִיל עַכ"פ בְּחֲלִיפֵינָי שְׁל ש"פ שְׁנֵה שְׁיָיִף לְקִנְיָן כְּסָף וְנִימָא דְּבִזָּה שְׁפִיר יִלְפִינוּ מִקִּיחָה
דְּאִיְקָרֵי בַכַּה"ג וְע"ז תִּירֵץ פִּינוּ דְּגוֹף קִנְיָן חֲלִיפֵינָי מְהֵנֵי אִפִּי בְּפָחוֹת מִשׁ"פ דְּבִזָּה וְדַאי
אִשָּׁה לֹא מִקְנֵי שְׁהָרֵי לֹא לְמַדְנוּ קִנְיָן אִשָּׁה אֶלָּא בְּכֶסֶף דְּאִיְקָרֵי קִנְיָן וְהִינְנוּ בַש"פ מִמִּילָא
דְּכָל קִנְיָן חֲלִיפֵינָי לֹא גְכָלֵל בְּכָלֵל לְיַמּוֹד קִיחָה שְׁיָהּ קָרוֹי קִנְיָן וְלֹא יִלְפִי מִשְׁדָּה עֶפְרוֹן
שְׁיָהּ קָרוֹי קִנְיָן רַק לְעִנְיָן כְּסָף מִשׁ"פ וְא"כ כָּל חֲלִיפֵינָי אִפִּי שְׁל ש"פ לֹא אִשְׁפַּחֲסוֹן דְּאִיְקָרֵי
קִנְיָן וְלֹא מְהֵנֵי בְּאִשָּׁה אִפִּי בַש"פ פִּינוּ דְּחֲלִיפֵינָי לֹאוּ בְּכָלֵל מַה דִּילְפִינוּ דְּקִיחָה אִיְקָרֵי קִנְיָן:
וּבְהִכִּי א"ש מַה שְׁמִבְנוֹרָא מְדָבְרֵי ר"ת פֶּאן דְּאִף לְמִאֵי דְּמִשְׁנֵי חֲלִיפֵינָי בְּפָחוֹת מִשְׁנֵה
פְּרוּטָה נְמִי אֲמַרִּינוּ דְּחֲלִיפֵינָי בְּכָלֵל קִנְיָן כְּסָף הֵם וּכַמ"ש אַח"כ תִּדַע דְּחֲלִיפֵינָי בְּכָלֵל כְּסָף
כו' וּבַתּוֹס' כְּתִבוּ דְּלִמְאֵי דְּמִשְׁנֵי בְּעֵי לְמִימַר דְּאִינָם מִטַּעַם קִנְיָן כְּסָף אֶלָּא קִנְיָן אַחֵר הוּא
וּלְפִי דְּבָרֵיהֶם קִשָּׁה מְאֵי הָאֵי דְמִסְיִים וְאִשָּׁה בְּפָחוֹת מִשׁ"פ לֹא מִקְנֵינְיָא וְכֵן הִקְשָׁה
הַרְשָׁב"א אֲדָּה לְפַמ"ש בְּכּוּנְוֹת ר"ת פֶּאן א"ש דְּוִדַּאי גַּם לְפִי מַה דְּמַתְרֵץ לֹא נִייד מְהֵכָא

דחליפין תולדה דכספּהּ הוא אלא שיהש"ס בא לומר דבאשה שאין לנו לימוד דמיקרי קנן רק על מה דכתיב בקרא דהיננו כספּהּ ממש מהא ילפינן קיחה לאשה לקרותו קנן ואין לנו מקום לתת שם קנן על פחות מש"פ וכיון שאין קנן חליפין בכלל הנה ממילא דאף קנן חליפין של ש"פ ג"כ לא נכלל בכלל קנן שלמדנו לאשה ואינו רק על כספּהּ ממש ואפשר להעמיס בדברי התוס' פן אף לפענ"ד מ"ש התוס' הוא שיטה אחרת של ר"ת וכדמשמע לקמן דף פ"ד במ"ש ליישב שם קו' רבינו אפרים ובאמת שגם פאן דברי ר"ת סותרים זא"ז תכ"ד שכ' ותדע שחליפין בכלל כספּהּ כו' וילבסוף כתב דמלקינים פל דבר ולא מתורת כספּהּ ואם אפחות מש"פ קאי התם דההיא ס"ל דלא מתורת כספּהּ הוא אפתי תיקשי דלמה קאמר נכסים כו' ולא חשיב חליפין בפחות מש"פ כמו דחשיב ליה בעבד כנעני דהא קנן קרקע ג"כ בכלי שאין בו ש"פ כדאמרין לקמן דף י"ג בהדיא: ואפשר ליישב שפוננתם דהש"ס דפריה ותנא דידן אמאי לא חשיב חליפין היננו דאע"ג דחליפין בכלל כספּהּ מ"מ מה שהיא קונה בפחות מש"פ ע"כ אינו בתורת כספּהּ ממש רק משום ולקינים פל דבר וא"כ הו"ל למחשביה להך שהיא קנן חדש לעצמו שיש כספּהּ שהיא קונה בפחות מש"פ וע"ז תירצו דכיון דהך רביתא איכא במטלטלין ג"כ אף דלא שנייה בה קנן כספּהּ קונה לא קחשיב לי' וסמך אהא דחשוב קנן כספּהּ דלענין עבד כנעני שנקנה בכספּהּ כ"ש דמהני ב' מק"ו משאר מטלטלין דלית בהו קנן כספּהּ ומהאי טעמא גם לענין קרקעות לא חשיב לי' כיון שנקנית בכספּהּ ובכלל הקנן הוא ולא איצטריך למחשיב חליפין פ' מש"פ שאין קונין בתורת כספּהּ ממש כיון דגם בנכסים שאין להם אחריות קונה מכ"ש דמועיל בנכסים שיש להם אחריות ובכלל כספּהּ דקחשיב הוא כיון דעכ"פ יש בו כספּהּ אלא שאינו ראוי לקנן מחמת הכספּהּ עצמו רק ע"י חליפין כנלענ"ד ביישוב דברי ר"ת בזה: ומצאתי בתוס' רי"ד דף ד"ו שתיירץ הא דלא נקט חליפין משום דלא חשוב רק מה דליתא במטלטלים כו' והריטב"א בדרף ד"ח במתניתין דכל הנעשה דמים באחר כתב הא דלא חשיב חליפין בקרקעות משום דבמטלטלין חליפין שכיח טפי וכ"כ הר"ן ולפ"ז מתברר לנו פי' השיטה לר"ת כף הוא דונדאי גם המקשן הנה יודע שאין קנן החליפין מחמת תורת כספּהּ דהא מהני אע"פ שאין בו ש"פ אלא שהנה סובר דמ"מ קנינו בכלל קנן כספּהּ הוא ולומר שיש כספּהּ שקונה בכגון זו שאע"פ שאין בו ש"פ מ"מ קונה בדרף חליפין ולכן כיון דילפינן קיחה קיחה דכספּהּ קנן מיקרי גם לגבי אשה יש בכלל הנה גם קנן כספּהּ של חליפין אלא בדהא לא הוי טעי למימר שיהיה נקרא קנן אף כשהיא פחות מש"פ כשהיא דרף חליפין דמקום שבאת ללמוד עליו שיהיה לו שום קנן דהיננו גבי שדה עפרון שם הנה הקנן בתורת כספּהּ ממש והיא ש"פ: אף עכ"פ יש בו כדי ללמד שפיש בו ש"פ אף בדרף חליפין מועיל ובכלל קיחה שהוא ע"י כספּהּ הוא וע"ז תירץ כיון דעכ"פ גוף קנן חליפין איתא בפמש"פ] ואשה [בפמש"פ] לא מיקניא שאם הי' אפשר לומר שכל קנן חליפין הוא בכלל קנן כספּהּ אף בפחות מש"פ היינו כוללין אותו בכלל הלימוד דקיחה אבל כיון דאשה בפחות מש"פ לא מקניי שע"ז אין מקום ללמוד מקיחה דשדה עפרון שהנה כספּהּ ממש בפרוטה וא"כ ע"כ דא"א לתת על קנן חליפין תורת קנן כספּהּ ממש ממילא גם כשהוא ש"פ אין ללמוד מקיחה דמייירי בקנן כספּהּ וחליפין אינו קנן כספּהּ כלל אע"פ שגם קנינו נכלל בכלל קנן כספּהּ דאי בעי למיפסקי' מציי פסיק לי' מ"מ גוף קנינו אינו ע"י הכספּהּ אלא בתורת חליפין וא"א ללמוד קנן זה משם קיחה

שהוא קנן פסך ממש: והשתא דעת לנבון נקל בכוננת התוס' שכתבו דמשגי חליפין איתנהו בפחות מש"פ וא"כ אינה מטעם קנן פסך אלא קנן אחר הוא ר"ל שעכ"פ קנן פסך ממש לא שגיך ביה רק קנן אחר ואשה בפחות מש"פ לא מקניא בההיא קנן פיון דלא מצי למילף משדה עפרון רק קנן פסך ממש דהיינו פרוטה וממילא פיון שאין חליפין בכלל קיחה ואין מועיל מה שהוא פעין פסך שגרי א"א לכלל אותו בקנן פסך שלמדנו משדה עפרון ומישיב קו' הרשב"א שהקשה דל"ל למימר ואשה בפחות מש"פ לא מקניא ולפמ"ש א"ש דאי הנה מצינו לומר גם באשה דמהני קנן חליפין אף בש"פ באמת הנה אמרינו הכי ולא הנה קשיא לן מהא דפחות מש"פ אינו בתורת קנן פסך רק קנן אחר דכיון דגם חליפין פסך יש בו אמרינו שהוא בכלל קנן שלמדנו משדה עפרון לענו פסך אבל פיון שלענון פחות מש"פ ע"כ לחלק ביניהם שאין ענו קנן פסך נופל עליו רק לענו חליפין ובמקח וממכר למדנוהו מלקניים כל דבר משא"כ באשה שלמדנו משדה עפרון דמיירי מקנן פרוטה וא"כ אין קנן חליפין בכלל קנן שאנו למדים באשה פלל ואמנם אני תמה מ"ש ר"ת דקנן פ' מש"פ מלקניים כל דבר נפקא דבב"מ לא משמע הכי עי"ש בפלוגתא דר"נ ור"ש ועי' בתוס' שם וקצרת: ועי' בתוס' שהקשו דחליפין מנ"ל דהא משדה עפרון ילפינו.

ומזה הוכיח ר"ת דגם בנכרי יש חליפין עי' שם ולא הקשו פן מתחלה על שיטת רש"י משום דלפי מאי דס"ל בשיטת רש"י ילפינו קנן אשה מקנן שדה וכל קנן שיש בשדה יש באשה וא"כ לא איכפת לן בהא דשדה עפרון דנכרי הוא דהא עכ"פ קי"ל דשדה נקנה בחליפין וילפינו משדה עפרון דאשה כשדה זו דמיא וקנן דמהני מישראל לחבירו בשדה מהני באשה משא"כ להתוס' דלא אשה משדה ילפינו רק לגלוי על מלת קיחה דכתיב באשה שהוא קנן פסך כמו מלת קיחה שבשדה עפרון שהוא מורה על קנן פסך על זה הקשו גהי דתימא דחליפין נמי פעין פסך הוא מ"מ א"א שינוכלל בקיחה האמורה בשדה עפרון ולמילף אשה מיניה דהא אדרבה התם דנכרי הוי לא מהני חליפין וקיחה דכתיב ביה על קנן פסך ממש הוא: ובזה אני מתפלא על מ"ש בספר המקנה פאן ובדף י"ד לתרץ קושית התוס' דנילף שטר וחזקה משדה עפרון דלפי מ"ש התוס' שם שטר לא מהני בנכרי וה"ה חזקה וא"כ א"א למילף מיניה כמ"ש התוס' לענו חליפין והוא תמוה דלענו חליפין שפיר כתבו התוס' לשיטתם דלא ילפינו קנן אשה משדה רק לגלוי דקיחה בכסף ולדידהו בלא"ה אין מקום ללמוד שטר וחזקה משדה פיון דאין אנו למדים הקנינים זה מזה אבל לשיטת רש"י דהילפותא דקנן אשה הוי פקנן שדה ולכך הוי ס"ד למילף חליפין תו לא איכפת לן פלל מה דקיחה בשדה עפרון פתיב שאין אנו לומדים משם רק שאשה יש לה דין שדה וממילא שיש לנו ללמוד ביה הקנן דמהני בישראל גבי שדה שקונה ישראל מחבירו: וראיתי בחדושי הרשב"א שכתב וז"ל והשתא נמי לא תיקשי אפילו כי אמרינו משדה עפרון לגמרי היכא הנה ס"ד למילף מיניה חליפין והא שדה עפרון א"א לו בחליפין דנכרי לא קני בחליפין ולפי מה שפירשתי לאו משדה עפרון אמרינו אלא פיון שהוקשו קצת קניות אשה כו' ומיהו בתוספות תירצו בשם ר"ת דנכרי נמי קונה בחליפין כו' מבואר מדבריו דאפילו לפי שיטת רש"י דמשדה עפרון ילפינו לגמרי קנן דמהני התם אפ"ה קשיא ליה שאין לנו ללמוד רק קנן דמהני התם ממש לגבי עפרון שקנינו בכסף דוקא וא"כ יש מקום לדברי הגאון ז"ל דשטר וחזקה לא מצי

לאקשוני דלא מהני התם בקנינו דעפרון אבל חליפין ס"ל לרש"י דמהני התם כמ"ש התוס' לשיטת ר"ת.

אף לפענ"ד הוא דבר תמוה לומר פן דא"כ איך ס"ד למילף משם חליפין אפ"ת דחליפין בנכרי מהני פיון שקנינו עפרון לא היה בחליפין אלא בכסף ממשי וזו מנין לנו לרבות קנין שלא היה שם כלל בשביל שהיה מועיל אם היה שם.

ולשיטת התוס' שפיר אמרינו פיון דעיקר הלימוד דכסף הוא קנין י"ל דגם חליפין הוא קנין שהוא פעין כסף משא"כ לרש"י פיון שאין אנו למדים משם הקנין שאינו מועיל בנכרי כמו כן אין לנו ללמוד קנין שהוא מועיל אלא שלא נעשה שמה וע"כ דקושית הש"ס ואימא חליפין אליבא רש"י לפי שמפרש שאנו לומדים משם דאשה פשדה דמיא ויש להועיל כל הקנינים המועילים בשדה ודוחק לומר שאין אנו לומדים רק קנין שאם היה נעשה שם היה מועיל ומדמינו האשה לשדה עפרון וקא ולא לסתם שדה והעיקר לפענ"ד בשיטת התוס' כמ"ש דס"ל דלפירוש רש"י לא קשה מידי ועיקר קושיתם בזה הוא לפי ר"ת.

וראיתי בפ"י שכתב ולענין קושית התוס' נ"ל דהא לאו משדה עפרון ילפינו כו' ומכ"ש לפירוש ר"ת נראה ג"כ מדבריו דקו' התוס' גם לפירוש"י וז"א וכמ"ש גם מ"ש דלפירוש ר"ת דהג"ש דקיתח בכסף וס"ד דחליפין בכלל לשון כסף הוא לק"מ.

ולענ"ד ז"א דהא לפי מה דס"ד דתוס' דנכרי לא קני בחליפין איך אפשר שהוא בכלל כסף פיון דכסף קני בחליפין לא קני וא"כ ע"כ דקיתח דהתם היינו כסף ממשי ולא חליפין ואע"פ שהוא פעין כסף א"כ פשלמדין לקיתח דאשה ג"כ כסף ממשי ילפינו לא חליפין דגם התם גופא אינו קרוי קיתח וזה ברור: ובמה דכתבנא א"ש מה שהקשה בשער המלך פרק מהל' אישות לדעת הסוברים דחליפין לא מהני דרוך מכירה בקרקעות דא"כ הא"י ס"ד למילף חליפין משדה עפרון דהתם מכירה הוי.

ולפמ"ש לק"מ דהנך ס"ל פשיטת רש"י דמשדה עפרון ילפינו דמועיל קנין שיש בשדה וא"כ פיון דבקרקע במתנה מועיל חליפין שפיר הוי ילפינו מיניה קידושי אשה דלאו למכירה דמי שצטרף שיתן את הדמים אלא למתנה ושפיר הנה ס"ד דמהני חליפין כמו בשדה מתנה: שוב ראיתי בש"י סי' קכ"ג שכתב ליישב דברי התוס' ג"כ משום דלאו משדה עפרון ילפינו אלא קנין אשה מקנין שדה כו' ובאמת הוא נכון לפי שיטת רש"י וכמש"ל רק אחרי שהתוס' הקשו על פירוש"י ופירשו דקיתח יליף שפיר קשיא להו וכמש"ל ועי' באו"ת שם שהקשה ג"כ דמאי מקשין התו' משטר וחוזה די"ל דאינו בעפ"ם שכן הקשה בעצמות יוסף גם הקשה בעצמות יוסף דאיך אפשר למילף משטר דהתם בשדה המוכר נותן המשטר והכא הבעל הקונה נותן המשטר וגם דקדק על דברי התוס' שכתבו שהמקשה לא הקשה משטר וחוזה דמשטר כדי נקטו דהרי משטר באמת מהני רק דקשיא ליה ל"ל למילף מניצאה והיתה ע"ש שדדחק בזה.

ולענ"ד דנדאי אם נימא דילפי' מה דקונה בשדה קונה גם באשה א"כ אין מקום לתרוץ דשאני התם שהמוכר נותן דא"כ היא גופא תיקשי גילף מהתם דבגוונא דמהני משטר מהני נמי הכא באשה אם היא נותנת המשטר ואם נפשף לומר דז"א דגבי קידושינו בעינו

פי יקח ולא פי תלקח אין הכרח כ"כ כמבואר לקמן דף ט' דהא כתיב נמי את בתי נתתי
ואפילו תימא פינו דמהו קרא דכי יקח ילפינו מיניה קיחה דשדה ונימא דמהני בי' שטר
האי קרא גופיה משמעוטיה שהבעל יקח א"כ נימא דבאמת קרא אתי לאורווי דקיחה
דשטר דמהני בקידושין הוא על אנפן זה שהבעל יקח ועכ"פ לימד ויצאה והיתה מותר
אם לא שנאמר דאתא לאורווי דדוק' כעין גט שהבעל נותן הגט אף לקמן דף ט' מוכח
דאין הכרח מהו היקשא דהבעל נותנו ואדרבא י"ל כמו בגט דהבעל מקנה האשה לעצמ'
הוא נותנו כן בקידושין שהיא מקניא נפשה היא נותנה ועי' שם בתוספות וכ"כ בתוס'
רי"ד להדיא עי"ש: ועי' באו"ת שפתב ג"כ כעין זה ומ"ש הוא מבואר יותר ולפי"ז א"ש
מה שדקדק הפ"י מ"ש התוספות דהמקשה לא הקשה משטר כו' משום דבאמת גם משטר
יש להקשות דאית לן למילף משדה דקנין שטר מהני על דרוף שהוא מועיל בשדה
שהמקנה נותנו וה"נ מועיל אם האשה נותנו: והנה מ"ש אא"ז מהרש"א להקשות על
התוספות דמאי הקשו דמאי פריף בשטר מנ"ל כו' דהא למאי דמשני בתליפין משום
דפמש"פ לא מקניא א"ש הא דפריף שטר מנ"ל עי' שם ולענ"ד דא"ש דלרש"י מתפרש
שאין ללמוד משם תליפין דהתם מקנין דמקניא נפשה הוא משא"כ תליפין.

ולפי"ז בשטר פינו דבאמת חזינו דשטר קונה אלמא דבקבלת השטר מקניא נפשה א"כ
ממילא י"ל דילפינו מקנין שדה דמהני שטר אף באשה דע"י שטר שפיר מקניא נפשה
וא"כ ל"ל קרא ופשיטא שא"ל דקרא אתא לאורווי דמקניא נפשה בשטר דאל"כ הנה
ס"ד דלא מקניא נפשה דז"א דענין זה אי מקניא נפשה או לא הוא מצד הסברא ואין
להקשות מנ"ל דהא שפיר יש ללמוד משדה נאם להקשות מנ"ל דבשטר מקניא נפשה
אין זה קושיא דסברא הוא ולא שייף קרא ע"ז כן י"ל לכאורה אף העיקר לפענ"ד בזה
דבאמת צריף להבין תירוץ הש"ס דקאמר ואשה לא מקניא נפשה והל"ל בפשיטות
דפמש"פ לאו קידושין אף לפענ"ד משונה קנין תליפין משאר קנינים דשאר קנינים א"צ
שיהא המקנה מתפונן להקנות החפץ ולהוציא מרשותו רק שזה הקונה העושה מעשה
קנין ממילא קניא ליה אף שזה צ"ל לך חזק וקניי היינו שזה נותן לו רשות שיקנה וזה
ממילא קני במעשה הקנין משא"כ בקנין תליפין טכסיס קנינו הוא שמקבל מזה הסודר
ומתפונן להקנות ע"י זה חפץ שלו ואין עיקר מעשה הקנין ע"י קבלת הסודר דהא הדר
סודר למארי אלא שמה שזה מתפונן להקנות ע"י קבלת הסודר הוא המועיל ולכן קאמר
שפיר פינו דאשה בפחות משנה פרוטה לא מקניא נפשה אין מקום בזה לקנין תליפין
פלל שקנינו הוא ע"י שיתפונן להקנות וא"כ א"ש קושית מהרש"א דבשטר אפי' אין בו
ש"פ נמי לא בשביל זה מתפונן להקנות אלא ממילא קני כמו כסף וחזקה שעושין קנין
וא"כ לא שייף לא מיקניא נפשה שטכסיס שטר לאו משום פוננת המקנה להקנות אתינו
עלה והוא נכון לפענ"ד: ועיין בחידושי מהרי"ט שכתב לחלק בזה דתליפין מצד חשיבות
כו' ובאמת שכ"כ הרמב"ן דשטר לא בנייר מקדשה רק במה דכתיב בי' והלכף לא איכפת
לן אם יש בו ש"פ משא"כ תליפין דמקדשה בחפץ ע"ש ועיין לקמן דף פ"ד ע"ב פתבתי
בקונטרס הנ"ל בפ"י במ"ש דתליפין שנה בשנה מתורת כסף הוא ובספר המקנה
בקידושין פלפל בזה והארכתי במקום אחר בענין מ"ש התוס' שם בטעמא דתליפין קונה
ולא חיישינו שמא יאמר נשרפו משום דמלתא דלא שכיח שיתן חפצו במעות שאין שוות

המקח כו' ומוכ"ז נחויז וקצרתו דברי ב"ד המתעלם באהבתו ד"ש ושלום תורתו יגדל
כנפשו ונפשו: זעירא מן חבריאי הק' אפרים ולמן מרגליות מבראד.

שאלה מ שאלה בעירובין דף פ' אמרינו אמר שמואל אחד מבני מבוי שרגיל להשתתף
עם בני מבוי ולא נשתתף בני מבוי נכנסין לתוך בית ונוטלין שיתופין ממנו בע"כ לימא
מסייע ליה כופין אותו לעשות לחי וקורה למבוי שאני התם דליפא מחיצות לישנא
אחרינא מצד שאני עכ"ל והנה הך ל"א מצד שאני אין לו ביאור והבנה פלל ורש"י
והתוס' והריטב"א לא פירשו בו פלל: תשובה דבר זה פבר עמדו בה גדולי הדור ונשא
ע"ז בשו"ת נ"ב מ"ת מהגאון מוה"ר ישעיה ז"ל בחלק ח"מ סי' ל"ט והגאון בעל נ"ב
ז"ל דעתו להגיה מב"ד שאני ור"ל דדוקא ע"י ב"ד כופין אותו והגאון מהר"י דעתו להג'ו
חצר שאני ומגמגם בה הנ"ב ז"ל ואעפ"כ כתב שטובה היא מהגה' שלו ובביאורי הגאון
מהר"א מוה"ר ז"ל לא"ח סי' שס"ו אהא דמיייתי בש"ע שם מדברי הרמב"ם ש לחלק
דאין יכולים ליטול אכל כופין בב"ד כו' הזפ"א ג"כ דברי הש"ס אלו וכתב ג"כ להג'י ב"ד
שאני והוא ע"ד הנ"ב ה"ה הראה מקום לחילוק הרמב"ם מהירושלמי ובשו"ת מאיר
נתיבים וגם בספר עצי אלמוגים כתבו פירושים בזה ואין רצוני להאריך אף לבי אומר
לי שאין פאן ט"ס ומתחלה אבאר שמצינו כמה פעמים בש"ס איפא דאמרי או לישנא
אחרינא שאין ביניהם שינוי בענין רק בלשון לבד ונקוט חדא בידך בתמורה דף ו' במאי
קמפלגי אפיי ורבא אמרו בשינוי קונה לישנא אחרינא בהני שינויי דשינוי ופירש רש"י
ובין האי לישנא לישנא דבשינוי קונה פליגי ליפא מידי אלא זה ירושלמי וזה בבלי
עכ"ל וכה"ג איפא טובא וכן מבואר ברמב"ם פ"ק א' מהלכות ברכות בכ"מ שם הביא
תשובת הרמב"ם לחכמי לונ"ל שהקשו לו דלמה הניח האיפא דאמרי דדוקא פת ויין
מהני להו היפכה והשיב הרמב"ם דהני תרי לישני לא פליגי ואין שום חילוק בענין אלא
בשינוי המימרא היאך היתה ויש מקומות בגמרא כזה שמקפיד על נוסח המימרא היאך
היתה אע"פ שאין ביניהם הפרש בענין כו' עכ"ל ועיין בכללי הש"ס והנה בלשון המקרא
מצודה לשון חזק ושמירה מלשון ה' סלעי ומצודתי וכיוצא ופרשו מצד וכן מגיבו בד"ה
(י"א) וישם דוד במצד ושם (יב) ומן הגדי נבדלו דוד למצד וכן יבואו עד למצד ע"ש
והפייטנים ג"כ נשתמשו בזה כאשר מצינו ביוצר לשמחת תורה שכן במצד בראות חילו
וכן ביום א' דסליחות צאן נדחה באין מצד ובסליחות לתענית אסתר תוקף ישע סלע וצד
וכן פעמים שמשתמשים בלשון התלמוד וראיתי להזכיר אגב אורחא בסליחות של
חמישי נסתמה הבירה כו' שאף שבירה הוא בהמ"ק כמבואר ביומא מקרא דאל הבירה
כו' מ"מ צ"ע על לשון סתימה ונלענ"ד שהוא לוקח מלשון התלמוד בביצה דף ר' אבא
שאול אומר ומה במקום שפירתה סתימה פירת רבך פתוחה כו' ע"ש דקאי על המזבח
וא"כ יש להגיה ולתקן נסתמה הבירה כו' וכן אמר אש"כ מזין ומזיח ש' וכן בסדר
פהושעת אלים כו' פהושעת גוי ואלהים דרושים לישע אלהים שתיבת דרושים צ"ע
ומכ"ש מה דקאמר בתר הכי חנון בידם מעבידים שכ"א מפרש פחפצו ולדידי חזי לי
שהוא מןסד ע"פ הירושלמי דסנפה פ"ד תני משום ר"א ע"א עברה עם ישראל בים מ"ט
דכתיב עמה אשר פדית לה ממצרים גוי ואלהיו (שמואל ב' ו') א"ל ר"ע אם עתה אומר
כן נמצא אמה עושה חודש חול אלא כפיכחול את עצמה פדית עכ"ל ולזה אמר הפייטן
דהך גוי ואלקים לא תדרשנו לשם חול אלא דרושים לישע אלקים ר"ל שתדרוש

שְׁכַבְיָכוֹל הוּא עֲצָמוֹ נוֹשָׁע שֶׁע"ז מְיֻסָּד רֹב חֲרוּזֵי פִּיּוֹט זֶה וְאֵח"פ אָמַר כִּהוֹשָׁעַת זְכִים כּו' חֲנָם בְּיָדָם מְעַבְדִּים ע"ש הַפְּתוּב (יִשְׁעִיָּה נ"ב) חֲנָם נִמְכָּרְתָם כּו' מְצָרִים יָרַד עִמִּי כּו' וְעַש"ה אֲשֶׁר מְצָרִים מְעַבְדִּים אֲנֹתָם וְכֵן פָּנִיט אֲשֶׁר הֶעֱבִיר מִיָּד מְעַבְדֵי וְהִטְעוֹת בַּפְּתָב הוּא רָגִיל וּמְצוּי שְׁחָלְקוֹ הַמ"ם שְׁבָסוֹף תִּיבַת חֲנָם לְנָא"ו וְנו"ן וְגַם הַמ"ם שְׁבָסוֹף תִּיבַת בְּיָדָם נֶפֶל בְּטָעוֹת וְדַעַת לְנִבּוֹן נֶקֶל שְׁכֵן הוּא בְּרוּר וְהִנֵּה הָא דְמִשְׁנֵי שְׁאֲנֵי הָתָם דְּלִיפָא מְחִיצוֹת פִּירִש"י וּמְבוּי מְגוֹלָה הוּא וְאִינוּ נוֹחַ לְשָׁמְרוֹ הַלֶּכֶף כּוֹפִין אוֹתוֹ כּו' וְע"ז קָאָמַר לִישְׁנָא אַחְרִינָא מְצַד שְׁאֲנֵי ר"ל שֶׁהַתִּירוּץ נֶאֱמַר בְּלִשׁוֹן אַחַר לְפִי שְׁהֵם רוֹצִים לַעֲשׂוֹת מְצַד וּשְׁמִירָה שְׁיִהְיֶה שְׁמור בְּיֹתֵר לְכַף כּוֹפִין אוֹתוֹ וּמ"מ הַמְכַוֵּן אֶחָד הוּא וּכְמ"ש וּלְפַמ"ש הַתּוֹס' לְפָרֵשׁ הַתִּירוּץ הֶרְאִשׁוֹן בְּעִנְיָן אַחַר מִתְפָּרֵשׁ הֵךְ לִישְׁנָא בְּפִשִּׁיטוֹת ע"ד שְׁפַתְבְּתִי וּבְסִפֵּר יָד דָּוָד רְאִיתִי שְׁפַתְבּ וְז"ל וְשִׁמְעֵתִי כִּי בִש"ס שֶׁל הָרַב זְכָרוֹן יוֹסֵף נִכְתָּב בְּצִידוֹ בְּשֵׁם דְּפוֹס וְוִינִיץ' לִיתָא לְהֵךְ ל"א וְלַעֲנ"ד א"צ לְשִׁבְשׁ הַנּוֹסְחָא שְׁלִפְנֵינוּ וּמִתְפָּרֵשׁ שְׁפִיר ע"פ הַדְּרָךְ שְׁפַתְבְּתִי וּלְפִי שְׁאִין עִנְיָן מְחוֹדֵשׁ בְּתִירוּץ זֶה הַשְּׁמִיטוּהוּ הַפּוֹסְקִים.

דְּבָרֵי זַעֲרָא הַק' אֶפְרַיִם וְלָמֵן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד הַלְכוֹת מִתְנַת ש"מ שְׁאֵלָה מָא שְׁאֵלָה אֵת אַחֵי אֲנָכִי מְבַקֵּשׁ לַעֲיִין בְּסוּגְיָא דְב"ב דָּף קנ"א ע"ב דְּאֶמְרֵינוּ הָתָם אֶתְמַר מִתְנַת ש"מ בְּמִקְצַת הָרִי הוּא כְּמִתְנַת בְּרִי וּבְעֵי קִנְיָן כּו' אֵינְתְּבִיָּה רְבִינָא לְרַבָּא הָאוּמַר תְּנוּ גִט זֶה לְאִשְׁתִּי וְשִׁטְר שְׁחֲרוּר זֶה לַעֲבָדֵי וּמַת לֹא יִתְנוּ לְאַחַר מִיתָה תְּנוּ מְנָה לְפִלוֹנֵי יִתְנוּ לְאַחַר מִיתָה וּמֵמַאי דְּלֹא קִנּוּ מִינְיָה דְּוּמְיָא דְּגִט מַה גִּט לָאוּ בַר קִנְיָן אַף הָאֵי נָמִי דְּלֹא קִנּוּ מִינְיָה וּמִשְׁנֵי בְּמִצְוָה מְחַמַּת מִיתָה: וּק"ל מָאֵי קָאָמַר דִּילְמָא דְּקִנּוּ מִינְיָה וּמִשְׁמַעוֹת קִנְיָן חֲלִיפִין פִּינּוּן דְּמִתְנִיתִין מְנָה קִתְּנֵי דְּהִינּוּ מְנָה דְּוּקָא וְא"כ י"ל דְּלֹא מְהַיָּי קִנְיָן דְּאִין מְטַבֵּעַ נִקְנָה בְּחֲלִיפִין וּכְמ"ש בַּח"מ ס' רנ"ג בְּשֵׁם הַרְמ"ה הִיכָא דְּמְנָה אִקְנִיָּה לִיה אֶפִּילוּ בְּקִנְיָן לֹא קִנּוּ דְּמְטַבֵּעַ אִינוּ נִקְנָה בְּחֲלִיפִין וְצָרִיךְ לְהַקְנוֹת לוֹ אֲגַב קַרְקַע אוֹ דְּמָסַר מְמוֹנֵו לִיד שְׁלִישׁ מַחֲיִים וּלְפִי הַגְּרָסָא דְּאֶמַר תְּנוּ מִיָּרִי דְּלֹא מָסַר לִיד הַשְּׁלִיחַ מַחֲיִים א"כ הַקִּנְיָן לֹא מְהַיָּי גְּבִי מְנָה.

וְא"ל וְלוֹמַר דְּקִנּוּ מִינְיָה ר"ל בְּקִנְיָן אֲגַב קַרְקַע ז"א חֲדָא דְּסִתָּם קִנְיָן קִנְיָן חֲלִיפִין עוֹד דְּבִגִּיטִין דָּף ע"ז אֶמְרֵינוּ הָאֵי ש"מ דְּכָתַב גִּיטָה לְדְבִיתָהוּ בְּהַדִּי פְּנִיָּא דְּמַעְלֵי שְׁבָתָא וְלֹא הוֹסְפַק לְמִנְתְּבִי לֵה לְמַחַר תְּקַף לִיה עֲלָמָא אָמַר לְהוּ רַבָּא לִיקְנִיָּא נִיְהִלִי לְהוּא דְּוֹכְתִי דְּיִתִּיב בָּה גִיטָה וְתִזִּיל אִיהוּ כּו' וּפִירִש"י דְּהַשְׁתָּא יְהִיב לֵה הַחֲצָר וּגִיטָה בְּתוֹכָהּ וְנִקְנָה אֲגַב קַרְקַע ע"ש וּלְפ"ז אִם הָיָה הַש"ס ר"ל דְּקִנְיָ מִינְיָה הִינּוּ קִנְיָן אֲגַב קַרְקַע א"כ מָאֵי קָאָמַר דְּוּמְיָא דְּגִט דְּלָאוּ בַר קִנְיָן הוּא שְׁחֲרִי קִנְיָן אֲגַב מְהַיָּי גַם גְּבִי גִט כְּמוֹ בְּמִמוֹן לְשִׁיטַת רַש"י וְהָכִי הו"ל לְמִימַר דָּא"כ בְּגִט אֲמַאי לֹא יִתְנוּ לְאַחַר מִיתָה הָא קִנּוּ לִיה בְּאֲגַב וְאֶפִּילוּ לְאַחַר מִיתָה נָמִי יִתְנוּ וְע"כ דְּבִקְנִיָן חֲלִיפִין קָאָמַר א"כ אֶפִּילוּ מִיָּרִי בְּקִנּוּ מִינְיָה הָא חֲלִיפִין דְּמְטַבֵּעַ לֹא מְהַיָּי וּבְקִשְׁתִּי לְהָאָר עֵינֵי בְּזָה דְּבָרֵי אַחֲרֵי הַק' אֶלְיָקִים גְּעָצִיל: תְּשׁוּבָה הִנֵּה עֵינִיתִי בְּמָה שְׁהַקְשִׁית לְשִׁיטַת רַש"י ז"ל בְּגִיטִין דָּף ע"ז אֵי אֶפְשָׁר בְּקִנְיָן אֲגַב קַרְקַע דְּלִדְדִּיָּה מְהַיָּי אַף בְּגִט וְהוּא צְרִיכָה לְפָנִים וּלְדִידֵי קִשְׁיָא לִי דְּבִאָמַת לְשִׁיטַת רַש"י ז"ל הו"ל לְאֻקְמֵי בְּקִנְיָן אֲגַב וְהָא דְּלֹא יִתְנוּ לְאַחַר מִיתָה י"ל מְשׁוּם דְּאֶתְיָא מִתְנֵי כַר"מ דְּחֹב הוּא לְעַבְדּוֹ וּכְמ"ש הַתּוֹס' אֵי גָרִיס תְּנוּ גִט זֶה וְא"כ אַע"פ שְׁהוּא מְקִנֵי לֵה אֲגַב קַרְקַע לֹא קִנָּה דָּא ע"ג דְּבְכָתַב גִּט וְנָתַן בְּחֲצָרוֹ וְכָתַב שְׁטַר מִתְנָה עֲלֵיו קִנְתָּה וּמִתְגַּרְשַׁת בּוּ הִינּוּ הָתָם שְׁהִיא מְרוּצַת לְקַבֵּל הַגִּט מִשָּׂא"כ כָּאָן.

עוד קשה דל"ל דומיא דגט דלאו בר קנין הוא תיפק ליה דבלא"ה רישא לא מצי מיירי בקנין לדעת האומרים שעבד קונה עצמו בחליפין כמבואר בגיטין דף ל"ט ע"ש והנה אף כי יש לי ליישב בדרך קצרה אמרתי לעינין בסוגיא לכבודה ולסלסל ולפלפל בדרך משא ומתן של הלכה ומתחלה אבאר לתרץ מה דקשה לכאורה דמי לוחשו להמקשן לומר דהמתניתין במתנה במקצת איירי מי לא עסקינו דלית ליה טפי והוי בכולה גם רב הונא ברי דר"י נקיט בתירוצו במחלק נכסיו לאחרים ובפשיטות הל"ל דמיירי במתנה בכולה.

(ויש לדחות דאפלה מתניתא דמיתתו התם שני הכי). ונלענ"ד ליישב דבב"ב דף קנ"ו אמרינן ש"מ שאמר הלואתו לפלוני הלואתו לפלוני ופריה דהא ליתא בבריא ומשני ר"פ הואיל ויורש יורשו ר"א ברי דר"א אמר הלואה נמי איתא בבריא במעמד שלשתן ומוכח שם מדברי הרשב"ם דמטבע שהיא ת"י לא אמרי' דאיתא בבריא ע"י שיוציא הממון מת"י וימשוך הקונה לרשותו ע"ש ולפ"ז יש להקשות למאי דמוקי מתני' בש"מ ולקד' תנו לאחר מיתה דהרי במתני' דמיירי במנה צבורין ת"י וליתיה בבריה כלל לשיטת הרשב"ם אף י"ל לפי מ"ש התוספות בכתובות דף נ"ה ובפ"ה הספינה להוכיח דהלואה לא מיסגינא אגב קרקע דאל"כ נימא דאיתיה בבריא באגב ילפי זה במטבע דנקנה באגב שפיר איתא בבריא באגב ולפ"ז היכא דלית ליה קרקע ליתיה בבריא מיירי דאל"ל פיון דעכ"פ משפחת ליה קניה דאי הוי ליה קניה הנה מקני ליה באגב וז"א דלקאורה אין טעם למה שאמרו מלתא דליתיה בבריא שהרי הרשב"ם כתב דבכמה מקומות יפה פת הש"מ באמירתו מקנין הבריא לכה נלענ"ד דהיינו טעמא דכינון דאמר ר"נ מתנת ש"מ מדרבנן שלא תטרף דעתו עליו מתוך שמתירא שלא יקיימו בניו צוואתו לכה אמרו דש"מ כמסורין וכל זה אי אית ליה קנין בבריא שיש לחוש שפא תטרף דעתו מחמת צערו שאלו הנה בריא הנה מחזק דבריו בקנין גמור שיתקיימו ולפי שעתה הוא ש"מ אינו יכול לעשות קנין מתוך שהוא בהול ומצטער ע"ז לכה תיקנו דש"מ משא"כ אי ליתיה בבריא לא שייך שלא תטרף דעתו שאין לו לצער ע"ז כלל דאף אלו הנה בריא אין לדבריו קיום ולפ"ז אי לית ליה קרקע לא אמרינן דאיתיה בבריא שהנה קונה קרקע דהשתא מיתה לית ליה ולא שייך שלא תטרף דעתו עליו וא"כ ע"כ דהכא באית ליה קרקע מיירי ושפיר הוכיח המקשן דע"כ במתנה במקצת איירי דאי ס"ד דמיירי בכולה קשה אמאי תנו לאחר מיתה דהא ליתא בבריא דת"ל בקנין אגב ז"א פיון דמיירי בכולה אלא ע"כ דמיירי בשניר קרקע כל שהוא ושפיר איכא למימר קנין אגב ופריה שפיר אדר"נ אף קשה דאכתי מאי פריה דלמא ר"נ סבר פטעמא דר"פ דקאמר הואיל ויורש יורשה וא"כ י"ל דבכולה מיירי דלית ליה קרקע ולעולם דבמקצת בעי קנין: לכן נלענ"ד דאליבא דר"פ בלא"ה מוכח דבמקצת לא בעי קנין דאל"כ תיקשי אמאי בשחרור לא תנו לאחר מיתה ואע"ג דלהך תירוץא דאיתיה בבריא במע"ש לק"מ מרישא וכמו שיבואר מ"מ לדידיה מוכרח בסיפא בתנו מנה דבאית ליה קרקע מיירי וא"כ מקשה שפיר ממ"נ דהנה לכאורה יש להקשות לפי מה שפירש"י לקמן דף מ"ם דש"מ שאמר פלוני עבדי הרי הוא בן חורין דדש"מ פכתובין וכמסורין דמי וכתב הב"י ביו"ד סי' רס"ז דכשמת הש"מ אפילו גט שחרור מירש"י א"צ ולפ"ז קשה דאמאי לא נימא הכי דש"מ ונהו כגמסר ליד עבד מחיים וכ"כ התוספות והרא"ש לקמן דף י"ד לענין מת מקבל בתינו נותן פיון דאיתא בשעת מתן מעות אמרינן דש"מ למפרע משעת נתינת הש"מ או אמירתו וזכו יורשי המקבל אפי' לא הנה

בעולם בשעת מיתת הנותן ע"ש ולכאורה י"ל ע"פ מ"ש ה"ר"ן בהשולח דכל שהדבר בעצמו זכות אע"פ שנמשך ממנו חוב שהוא יתר על הזכות אפ"ה אמרינו זכין לאדם שלא בפניו ע"ש גבי פרוזבל והנה התוספות בב"מ דף כ' פתבו דהא דאמרינו בשטר שחרור עדיו בכתומים זכין לו אינו רק לסלק השעבוד מעליו אבל לא להתירו בבת חורין.

ולפ"ז י"ל דלכך לא אמרינו פאן דש"מ משום דהנה מלתא דליתיה בבריא שהרי לשיטת הרי"ף ז"ל אפילו אמר לשליח זכי בעיני דמטא לידיה דוקא וא"ל שהיה יכול ליתנו בעצמו ז"א דכבר כתבתי דזה לא מיקרי ליתיה בבריא וא"ל דכיון דבלא"ה אינו פחת ידי שפיר הנה איתא בבריא שהיה נותנו לידו ז"א חדא דמהרשב"ם מוכח דליתא ועוד י"ל דכיון דעובר בעשה לכך נותנו ע"י שליח ולא מחייב שולחו וא"כ נדאי דכה"ג ליתיה בבריא מיקרי דאין זה קנין מה שהיה יכול ליתנו בעצמו ולעבור בעשה.

ומעתה אין מקום להקשות דמרא דשמעתא דמוקי בש"מ הוא ר"פ ור"פ ס"ל דלא תלי באיתא בבריא רק הואיל ויורש יורשה ז"א שהרי אם נאמר דש"מ כמפורין והנה כמטא ליד העבד ממילא דעדים בכתומים זכין לו משעת חתימתו שהרי ע"מ פן הם זכין לו בכתומים שפשיגעי לידו יהא זוכה מעתה ויסתלק השעבוד משעת חתימת העדים וכיון שהשעבוד נסתלק מאז ממילא דעיקר ההקנאה שהקנה להעבד עתה במתנת ש"מ אינו רק מה שניתר בבת חורין ונה אין יורש יורשה דאיסורא לבריא לא קא מורית ואין יכול להקנות במתנת ש"מ כלל ואע"ג דע"י אמירה זו דש"מ נסתלק השעבוד למפרע משעת חתימה מ"מ פיון שפדבורו זה לא הקנה לו דבר שיורש יורשה לא אמרינו דש"מ כלל וא"ל דלא אמרינו הקא עדים בכתומים זכין לו פיון שהוא חוב לו דאי לאו דזכין לו שפיר נקנה לו השחרור במתנת ש"מ ז"א שהרי הדבר בעצמו הוא זכות וזכין לו העדים מיז באופן שפשיגעי לידו יהא משוחרר מעתה לזכות במעשה ידיו וכה"ג אע"פ שע"י זה נמשך לו חוב שאינו יכול לקנות במתנת ש"מ מ"מ אמרינו עדים בכתומים זכין לו וכסברת ה"ר"ן ה"ל דדוק היטב בסברא זו משא"כ לקמן באומר עשיתי פלוני עבדי ב"ח דמירי באמירה בעלמא ואין שם שטר דנימא עדים בכתומים זכין לו שוב שפיר אמרי דש"מ ככתובין אף דזה אם נימא עדכו"ל משא"כ הקא דמקשה לר"ב דלא ס"ל עבחו"ל פמבואר בב"מ דף י"ט דקאמר ש"מ איתא לדשמואל כו' הדרא קושיא לדוכתא דנימא דש"מ (ועוד דגם אם נימא עבחו"ל תיקשי שהרי אם נימא דמתנת דש"מ הנה כמפורין שלא יהא צריך ג"ש ע"כ דטעמא משום דיש פח לחכמים לעקור דבר מה"ת א"כ גם בעבחו"ל הוא משוחרר למפרע לגמרי כמ"ש התוספות בב"מ שם וא"כ א"א לומר פנ"ל) אף דכל זה אם נימא דמתנת ש"מ דרבנן צ"ל דכמפורין דמי למפרע שלא רצו לתקן קנין לאחר מיתה משא"כ אם נאמר מתנת ש"מ דאורייתא פדיליף התם מקראי א"כ שפיר י"ל שאין קונה אלא לאחר מיתה פירוש ולא מהני בעבד דאין גט לאחר מיתה.

והנה הפ"י לקמן בפירק התקבל כתב דבמצוה מתמת מיתה ע"כ דהוא דאורייתא ולכך אין חילוק בין במקצת לכולה ע"ש והשתא מקשה שפיר על ר"ב ממ"נ דאי תימא טעמא דהלונאתו לפלוני הואיל ואיתיה במעמד שלשתו ולא מהני מה דירש יורשה וא"כ ניחא רישא דלכך בשחרור לא יתנו לאחר מיתה ומע"ש לא שייך בזה שהמטבע הוא ת"י וא"ל

שְׁהִיָּה מוֹצִיא מִתּוֹ לְאַחַר דָּא"כ בְּלֹא"ה יָכוֹל הוּא לְזַכּוֹת ע"י אַחַר אוֹ שְׁיָקְנָה זֶה בְּמִשְׁיָכָה אַף בְּאַמְתָּ זֶה לֹא מִיָּקְרִי אֵיתָא בְּבְרִיא כְּשֶׁצְרִיךְ לְהוֹצִיא מִתַּח"י כְּמִש"ל מְדַבְּרֵי הַרְשָׁב"ם וְלֹא אֲמַרְיִנן דְּש"מ מְשׁוּם דְּלִיתִיהּ בְּבְרִיא אַפְתִּי תִקְשָׁה סִיפָא דְהָא נְמִי לִיתָא בְּבְרִיא פִּינּוּ דְהוּא מְטַבֵּעַ וְצ"ל דְּאִיתִיהּ אַגְבִּי קַרְקַע וְא"כ מְוַכְרַח דְּבְמִקְצַת מִיָּרִי וְלֹא בְּעֵי קִנְיָן וְאִי תִימָא הוּאִיל יוֹרֶשׁ יוֹרֶשָׁה וְא"כ שְׁפִיר אִיכָא לְמִימַר בְּסִיפָא דְמִיָּרִי בְּמִתְנָה בְּכּוֹלָה לְפִי זֶה תִקְשָׁה רִישָׁא אַמְאִי לֹא יִתְנוּ לְאַחַר מִיתָה וְע"כ דְּס"ל מִתְנַת ש"מ דְּאוֹרְיָתָא וְלֹא אֲמַרְיִנן דְּש"מ כּו' לְמַפְרַע וְא"כ מְמִילָא דְּאִין לְחִלְקִי בֵּין בְּמִקְצַת לְבְּכוּלָה כְּמוֹ שְׁפַתְבִּי הַפ"י וְאִף בְּמִקְצַת לֹא בְּעֵי קִנְיָן וּמְשַׁנֵּי דְלַעוּלָם בְּסִתָּם ש"מ דְּרַבְּנָן יֵשׁ חִילוּק בֵּין בְּמִקְצַת לְבְּכוּלָה וְהָכָא בְּמִצְוָה מְחַמַּת מִיתָה אִיָּרִי וְרַב הוּנָא בְּרִי דְר"י ס"ל דְּמִצְוָה מְחַמַּת מִיתָה נְמִי דְרַבְּנָן וּבְעֵי קִנְיָן וְאִפ"ה בְּסִיפָא לֹא יִתְנוּ לְאַחַר מִיתָה הוּאִיל וְלִיתִיהּ בְּבְרִיא וְרִישָׁא מִיָּרִי בְּאִית לִיהּ קַרְקַע וְשִׁינְיָן קִנְיָן אַגְבִּי וְאִיתָא בְּבְרִיא וְאִפ"ה כְּאִינוּ מִתְנָה בְּמִקְצַת דְּמִיָּרִי בְּמַחְלָק נְכֻסִי לְאַחֲרִים לְפָלוּנֵי מְנָה וְלְפָלוּנֵי קַרְקַע וְשְׁפִיר הֵנָּה אֵיתָא בְּבְרִיא וּכְשִׁיטַת הַתּוֹס' בְּכַתּוּבוֹת וּבְהַסְפִּינָה דְּאִע"ג דְּבִקְנִי צְרִיךְ לְהַקְנוֹת לוֹ עוֹד אֵיזָה דְּבָר מַה שְׁאִינוּ מְקַנָּה לוֹ עֵתָה אִפ"ה מִיָּקְרִי אֵיתָא בְּבְרִיא.

וּבְזָה יֵשׁ לִינְשֵׁב קוֹשֵׁיַת הַפ"י בְּגִיטִין מֵאֵי פְרִיךְ בְּב"ב מְדַר"נ דְּהָא בֵּין לְרַב זְבִיד וּבֵין לְר"פ לֹא בְּמִתְנַת ש"מ בְּמִקְצַת מִיָּרִי. וְהַנְלַעֲנָה דְּבְפְשִׁיטוֹת דְּכָרַב זְבִיד וְדֹאֵי לֹא מְתוּקְמָא לִיהּ לְרַבָּא דְּס"ל דְּרַב קְאָמֵר אֲפִילוּ בְּמִלְוָה וְאִף לְאַקְנוּמַת ר"פ פְּרִיךְ שְׁפִיר דְּע"כ אֲלִיכָא דְרַבָּא לֹא מְתוּקְמָא לִיהּ בְּפִקְדוֹן כָּלֵל דְּהֵנָּה הַתּוֹסְפוֹת הוּקְשׁוּ עַל הַגִּירְסָא יִשְׁנָה דְּאִמְאִי מוּקִי בְּש"מ בְּבְרִיא נְמִי מְצִי לְאוּקְמָא וְנ"ל דְּלִק"מ דְּהֵנָּה הַתּוֹס' כְּתִיבּוּ דְּקַמ"ל דְּלֹא אֲמַרְיִנן שְׁמָא שְׁלֹא לְהַשְׁבִּיעַ אָמֵר בֵּינוּ שְׁהִיָּה דְרָף הַלְנָאָה גְּמוּרָה וְהַש"ף בְּח"מ ס' פ"א כְּתִיב שִׁיטַת הַרְמָב"ם דְּבַהוּדָה דְרָף הוּדָאָה בְּש"מ אִינוּ יָכוֹל לְטַעוֹן שְׁלֹא לְהַשְׁבִּיעַ מִשָּׂא"כ בְּבְרִיא וּלְפ"ז א"א לְאוּקְמָא בְּבְרִיא כָּלֵל דְּבְאַמְתָּ חִיָּיְשִׁינן שְׁמָא שְׁלֹא לְהַשְׁבִּיעַ אָמֵר כֵּן (וְהַתּוֹס' לְשִׁיטְתֵיהֶם דְּלֹא ס"ל כְּהַרְמָב"ם מְקַשֵּׁין שְׁפִיר) וְהֵנָּה הַש"ף שְׁם כְּתִיב הַטַּעַם בְּשֵׁם הַלַּח"מ דְּבְבְרִיא בֵּינוּ דְּאִיכָא נְמִי טַעֲנַת הַשְּׁטָאָה (דְּהַרְמָב"ם ס"ל אִף בְּלֹא תְבַעוּ שְׁיָיְךָ מְשֻׁטָה) אִינוּ מוֹעִיל דְרָף הַלְנָאָה רַק לְסַלֵּק טַעֲנַת הַשְּׁטָאָה לְבַד מִשָּׂא"כ בְּש"מ דְּבִלְא"ה אִין אָדָם מְשֻׁטָה בְּשַׁעַת מִיתָה וְהֵנָּה רַבָּא בְּב"ב דְּרָף קַע"ד מְיַבְעֵי לִי אִי א"א מְשֻׁטָה בְּש"מ וְאִם נִימָא דְּמְשֻׁטָה א"כ ש"מ וּבְבְרִיא שְׁוִים הֵם וְא"כ אִף בְּש"מ א"א לְאוּקְמָא דְּכִינוּ דְּשִׁינְיָן בְּיָה ג"כ אָדָם מְשֻׁטָה א"כ דְרָף הוּדָאָה אִינוּ מוֹעִיל רַק לְסַלֵּק טַעֲנַת הַשְּׁטָאָה וְעַדִּין אִיכָא לְמִימַר שְׁלֹא לְהַשְׁבִּיעַ וְא"א לְאוּקְמֵי בְּהוּדָה בְּפִקְדוֹן כָּלֵל וּבְאַנְפִּין אַחַר גַּלְעַנ"ד לִינְשֵׁב דְּאִע"ג דְּלְמִסְקָנָא דְּמִתְנֵי בְּמִצְוָה מְחַמַּת מִיתָה שְׁפִיר אִיכָא לְאוּקְמָא בְּפִקְדוֹן מ"מ לְס"ד דְּלֹא מִיָּרִי בְּהִכִּי לִיכָא לְאוּקְמָא בְּפִקְדוֹן כָּלֵל וְהוּא ע"פ שִׁיטַת רַבִּינוּ אֲפְרִים שְׁהִבִּיא הַמְרָדְכֵי בְּב"ב כְּפ' מִי שְׁמַת דְּמִתְרַץ אֵהָא דְּקְאָמֵר מִתְנָה בְּמִקְצַת בְּעֵי קִנְיָן מ"ט לֹא אֲמַרְיִנן מִצְוָה לְקַיָּים ד"ה וּמִתְרַץ בֵּינוּ דְּאִיכָא קִנְיָן אַחַר לֹא אֲמַרְיִנן מִצְוָה לְקַיָּים ד"ה וּבַהוּלָף מְנָה לְפָלוּנֵי אִין שְׁם קִנְיָן אַחַר שְׁלֹא הֵינָּה רוּצָה לִיתְנָן לוֹ תִיכְרָף אֲלֵא כְּשִׁינְיָע לִידוֹ וְאָנְכִי לֹא יִדְעָתִי מַה חִזְלֵק בְּדָבָר דְּבְמִתְנַת ש"מ נְמִי נִימָא הִכִּי שְׁלֹא הֵינָּה רוּצָה לִיתְנָן לוֹ מִיָּד אֲלֵא לְכַשְׁיָנְיָע לִידוֹ וְצ"ל כְּתִירוּץ הַרְשָׁב"א וְהַרְמָב"ן אוֹ כְּשִׁינְיָע לִידוֹ וְאָנְכִי לֹא לְקַיָּים ד"ה לְמִתְנַת ש"מ דְּאֲמַרְיִנן בְּיָה כְּמִסּוּרִין דְּמִי וְהֵנָּה הַרְשָׁב"א הַקְשָׁה דְּמַה כְּכֹף דְּחִיָּיְשִׁינן לְמִנָּה קְבוּרָה מ"מ בֵּינוּ שְׁלֹא אָמֵר הִיכָן הַנִּיחוּ הָרִי הוּא פּוֹשַׁע וְחִיָּיְבִין הַיּוֹרְשִׁים

לשלם ותירץ דמלנה ע"פ הוא וס"ל לרב דאינו גובה מן היורשים ואפתי תקשה שיהי
הרשב"א דלעיל מינה אהא דפריה בבא בתרא דף קע"ד מלנה ע"פ הוא כו' פתב דמחמת
מצנה לקיים ד"ה עכ"פ מחוייבים לשלם.

ולפי זה קשה דאפילו אין צבורין נמי וא"ל דמנה קבור קאמר דאפתי פיון דאיהו סתמא
קאמר שמצנה ליתן לו מנה פקדון יש לנו לומר מצנה לקיים דבריו ודוקא לענין דש"מ
פמסורין שפיר אמרינן דמה איכפת להו ליורשים מה דנהה פמסורין פיון שיהו הנה
פנונתו למנה קבור ועוד דבפקדון לא שייך דש"מ פיון שמצנה לתת לזה את שלו כמ"ש
התוספות בב"ב דף קע"ד משא"כ לענין מצנה לקיים ד"ה אף י"ל דכאן לא אמרינן מצנה
לקיים ד"ה ולשלם לו מנכסים אחרים דאע"פ שהוא פיון למנה קבור מ"מ מחוייבים
לשלם מטעם מצנה ז"א פיון שאותן המעות שיתנו לו עתה הנה יכול להקנותם לו במתנת
ש"מ לא שייך מצנה לקיים ולכך לא אמרינן לשלם לו מנכסים אחרים משום מצנה
לקיים ומטעם דש"מ גופיה לא יהבינו ליה דאמרינן פיון שאין צבורין חוששין למנה
קבור משא"כ בס"ד דש"ס דמיירי בסתם ש"מ ובמקצת א"ל דמיירי בפקדון דא"כ תיקשי
אפילו אין צבורין נמי גובין לו מנכסים אחרים משום מצנה כו'.

וא"ל שיהיה יכול להקנות לו בקנין דשמא לא הנה רוצה ליתן מיד וכמש"ל וא"ל שיהיה
יכול להקנותם במתנת ש"מ ז"א דהא השתא פריה עליה דרבא דס"ל במקצת בעי קנין
וא"כ שפיר שייך מצנה כו' משא"כ למסקנא שפיר מתוקמא בפקדון ודוקא צבורין דאי
אין צבורין איכא קנין אחר על אותן הנכסים שיצטרף ליתן לו דהיינו שיהיה יכול ליתן
במתנת ש"מ ולא אמרינן מצנה כו', והנה התוס' הוקשו דלר"פ דס"ל מע"ש אף במלנה
אמאי לא מוקי רב במע"ש ואין צבורין.

ונלענ"ד לתרץ עפ"י שהקשה פבוד דודי הגאון נ"י לשיטת רבינו אפרים שהביא המרדכי
בב"ב פ"ק מ"ש והבאתי לעיל שפתב קושית התוס' אהא דפריה והא לא משך דילמא
טעמא משום מצנה לקיים ד"ה.

ותירץ ר"א דלא אמרינן מצנה לקיים ד"ה אלא היכא דלא שייך שם קנין אחר ע"ש.
ולפי"ז פיון דר"ז סבר דמע"ש ליתא במלנה א"כ אין שם קנין אחר וא"כ קשה אפילו
אין צבורין נמי דהא פיון שאין במלנה שום קנין אית לו למימר מצנה לקיים ד"ה כו'
עכ"ד ולקמן אבאר בזה.

ולפי זה צ"ל כמ"ש הרשב"א והרמב"ן דאם איתא דמתניתין כמ"ד מצנה לקיים ד"ה
הו"ל למיתני נמי ברישא דכופין את היורשים לשחררו אף דהרשב"א הקשה ע"ז דדלמא
אתי מתניתין פרבי בירושלמי ותירץ דמסתמא פרבנן אתיא אף לר"פ קשה קושית רב
זביד מאי אריא תנו ליתני פתבו וא"ל דס"ל פ"ב אשי דמתניתין רבנן הוא ולא ר"ש
שזורי ז"א שהרי הנ"י בב"מ פתב לתרץ קושית התוס' דהכא אמרינן תו פזכי והתם
להיפך ותירץ דאע"ג דאין בכלל לשון תו זכו מ"מ אומדנא הוא פיון שיהיה דעתו לשחררו
שמשחררו מיד ואע"ג דאמר תנו אומדינן דעתו שפנונתו זכה וכל זה לר"ש שזורי אבל
לרבנן לא שייך זה דלדידהו לא אזלינן בטר אומדנא פמבואר בב"ב דף קמ"ו וא"כ מ"ט
ברישא לא יחזור וא"ל מטעם תופס לבע"ח דהא ר"פ ס"ל בכתובות דלא קנה אלא י"ל
דלר"פ לכך לא קתני פתבו פקושית התוס' דתני תנו לאשמועינן פרבי דאפ"ה אין פופין

את היורשים ולא ס"ל תירוץ התוס' דמסתמא פרבגו אתיא וא"כ י"ל דהא נדאי לא קשיא ליה דנוקמא כר"ז בברי ומע"ש דע"ז י"ל דאית ליה טעמא דלא ניחא ליה לאוקמא בהכי כמ"ש התוס' (והטעם הוא כמ"ש מהרש"א בב"ב והפ"י פאן דאי במע"ש מאי אריא דקתני יתנו לאחר מיתה ותירוץ דחוק) רק דהכי קא קשיא ליה ר"פ מ"ט לא אמר כר"ז דמייירי בבריא ומטעם מצנה לקנים ד"ה וא"ל דא"כ ליתני ברישא פופין ז"א דהרי לדידיה השתא נמי אתי פרבי דאין פופין אף אי אמרינו מצנה לקנים ד"ה וא"ל דלא אמרינו מצנה היכא דאיפא קנו אחר דהנה ליה לאוקמא באין צבורין דליפא קנו אחר ומתרג קסבר ר"פ מע"ש בין במלנה ובין בפקדון וא"כ לא מצי לאוקמא משום מצנה כו' פיון שיש שם קנו אחר דמע"ש דשייך אף במלנה ולכך הוצרך לאוקמא בש"מ: ועתה אבא לבאר מאי דקשיא לה דמאי פריה דלמא דקני מיניה הא אין נקנה בחליפין.

והלענ"ד דלקאורה יש להקשות לפמ"ש הרי"ף והרמב"ם דכולה מתני' מייירי פשמסר ליד השליח א"כ גם סיפא בהכי מייירי ובש"מ הולך דידיה זכי הוא כמ"ש, רש"י לקמן דף י"ד וכן דעת הרמ"ה בח"מ סימן קכ"ה וכן הקשה באו"ת סימן הנ"ל.

אף לפענ"ד לק"מ שיהי הפ"י לקמן כ' הטעם משום דכיון דבש"מ בלא"ה דבריו פכתובים ואיהו קעביד מלתא יתירתא והוציא הפמון מתחת ידו ומסר לשליח אמרינו דמסתמא הנה פנונתו שייקנה לו מיד וכן מבואר בטור בשם הרמ"ה ע"י שם ולפי"ז פל זה בש"מ שנותן מתנה בכולה או במצנה מחמת מצנה דשייך ביה פכתובים וכמסורים וכיון שיהוציא הפמון מת"י ועביד מילתא יתירתא אמרינו שדעתו הנה שייזפה מיד משא"כ למאי דס"ד השתא דמייירי בסתם ש"מ ובמקצת דבעי קנו ולא עביד מלתא יתירתא פלל.

מה בכך שפסר לשליח מ"מ צריך שיגיע לידו וקא ופריה שפיר אמאי יתנו לאחר מיתה. והנה מבואר בתה"ד סימן שי"ג דאע"ג דאין מטבע נקנה בחליפין מ"מ אם תפס הלוקח קנה ואין מוציאין מידו.

והנה דעת הרמב"ן הובא בטור ח"מ סי' ק"ה בתופס לבע"ח במקום שאין חב לאחרים אע"ג דחוב הוא ליורשי הלנה שיהי אילו לא תפס זה הו"ל מטלטלי דיתמי ולא משתעבדי. מ"מ לא מיקרי חב לאחרים ומהני תפיסתו לענין שאין נעשה מטלטלין אצל בניו ולפ"ז י"ל דהכי פריה דלמא דקני מיניה ואע"ג דאין נקנה בחליפין מ"מ פיון דבמסר ליד השליח מייירי (אלא דלא הוי מלתא יתירתא פנ"ל) א"כ זה נעשה שליחו לתפוס בשבילו ותפיסה מהני אף במטבע שאין נקנה בחליפין ואע"ג שאם חזר בו זה לא מהני תפיסת השליח דהוי כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים מ"מ השתא מיהא לא הדר ביה ומהני תפיסתו לגבי יורשים לענין ליתן לאחר מיתה ונסברת הרמב"ן הנ"ל (ומכ"ש דא"ש טפי לפי מ"ש בש"מ לב"מ בשם הרמב"ן דלגירסא ר"ח ס"ל לר"ג בביצה דהמגביה מציאה לתבירו קנה תבירו וגם תופס לבע"ח קנה ע"ש) אף קשה דהרי לעיל פתבתי דעיקר הוכחת המקשן דבמקצת מייירי דאל"כ במטבע ליתא בבריא פיון שהמעות ת"י ואם איתא דמייירי כשהמעות ביד השליח א"כ שוב איתא בבריא במע"ש אלא ע"כ דס"ל שהמעות ת"י וא"כ מאי מהני קנו במטבע ולקאורה י"ל דקושית המקשן דלמא דקני מיני' היינו כמ"ש הטור סי' רי"ג גבי ש"מ אם תלד אשתי זכר תקטול מנה שחולק שם על הרי"ף ור"י הלוי וכ' דלא שייך אין מטבע נקנה בחליפין שאינו מקנה לו

מְנָה בְּמִטְבֵּעַ רַק שְׁמִתְחַיֵּיב לִיתֵן לְזֶה מְנָה וּמִשְׁעָבֵד לְזֶה נְכֹסִים אִם כֹּן פָּרִיף שְׁפִיר דְלָמָּא דְקִנְי מִינְיָה שְׁמִשְׁעָבֵד עֲצָמוּ לִיתֵן לְזֶה מְנָה וְנִיחָא ג"כ מַה שְׁהַקְשִׁיתִי דְהֵיאָה אֶפְשָׁר לְאוּקְמָא בְּקִנְיָן הָא קִנְיָן גַּם בְּשַׁחְרוּר מְהֵינַי וְאִם נֶאֱמַר דְקִנְיָן זֶה הֵינְנוּ שְׁעָבוּד לְבַד זֶה לֹא שְׁיָיָה לְעִנְיָן שְׁחָרוּר (וְנִיחָא ג"כ מַה דְקָשָׁה לְכַאוּרָה דְאִי בְקִנְי מִינְיָה מֵאִי אִינְיָא לְאַחַר מִיתָה דְנִקְט וּכְמ"ש הַתּוֹס' שָׁם לְשִׁיטַת הַמְקַשָּׁה וּלְפִי מַש"ל מִשׁוּם דְהַשְׁלִיחַ מְהֵינַי תְּפִיסָתוֹ לְגַבֵּי יוֹרְשִׁים ג"כ לְק"מ): אַף דְאַכְפִּיתִי קָשָׁה שְׁהָרִי ע"כ קוֹשְׁיַת הַגְּמָרָא אֲלֵיבָּא דְרַב הוּא דְמוּקִי בְּצִיבּוּרִין דַּא"ל"כ בַּלֵּא"ה לְק"מ דְדָלְמָא בְּפִקְדוֹן מְיִירִי וּכְמַש"ל וַא"כ דְמְיִירִי בְּצִיבּוּרִין דַּא"ל"כ חֵינְשִׁינּוּ לְמְנָה קְבוּר ע"כ שְׁהַקְנִינָן הֵינָה עַל מְנָה זֶה שְׁצִיבּוּרִין וְהִדְרִי קוֹשְׁי' הַגְּמָרָא לְדוֹכְתֵינְהוּ וְגַם קָשָׁה מ"ש לְשִׁיטַת רַש"י דְאַגַּב מְהֵינַי בְּגִט אֲמַאי לָא מוּקִי בְּאַגַּב וּכְר"מ הַגַּם שְׁהֵינָה אֶפְשָׁר לְיִישָׁב אִי גְרָסִינּוּ תַּן גִּט זֶה דְמִשְׁמַע שְׁמִסְרוּ לִיד הַשְׁלִיחַ וַא"כ אִינוּ נִקְנָה בְּאַגַּב פִּינּוּן שְׁאִין צִבּוּרִין וַא"ע"ג דְקִי"ל דְבְּאַגַּב לָא בְּעִינּוּ צִבּוּרִין ז"א דְבְּאִין צִבּוּרִין צָרִיף שְׁיֵאמַר קְנָה מְטַלְטְלִין הִלְלוּ אַגַּב קָרְקַע זֹו בְּמִבְנָאָר בַּח"מ ס' ר"ב וַא"כ אִם נִימָא דְמַהֲאִי טַעְמָא יִתְּנוּ לְאַחַר מִיתָה מְטַעֵם אַגַּב ע"כ דְבַכַּה"ג מְיִירִי וַא"כ בְּגִט נְמִי אִם אָמַר לָהּ קְנָה גִט זֶה שְׁבִיד הַשְׁלִיחַ ע"ג קָרְקַע בְּאַמַּת מְהֵינַי כְּהֵיאָה דְמִיחּוּד וְתַפְתַּח וּכְהֵיאָה דְכַתְּבִי גִט וְנִתְּנוּ בְּחֻצְיָרוּ כו' אֲבָל עֲדִינּוּ קָשָׁה מַה שְׁהַקְשִׁיתִי דְהֵיאָה נִקְנָה בְּחֻלְיִפִּין וְעוֹד בְּאַר הַקּוֹשְׁיַת שְׁהַקְשִׁיתִי: לְכַף נִלְעַנ"ד לְתַרְזֵן דְבְּאַמַּת הַמְקַשָּׁן לָא פָּרִיף מִתְּנוּ מְנָה דַּא"כ תִּיקְשִׁי דְלָמָּא טַעְמָא מִשׁוּם מְצוּה לְקַיָּים ד"ה אַף דְקָא קוֹשְׁיָא לִיהֵ רִישָׁא דְאַמַּאי לָא קְתַנִּי כּוֹפִין אֵת הַיּוֹרְשִׁין וּכְמ"ש הַרְמָב"ן וְהַרְשָׁב"א וַצ"ל דְכִינּוּ שְׁיֵשׁ פֶּאֶן קִנְיָן אַחַר ע"י מִתְּנַת ש"מ שְׂאֵם אָמַר הָרִי הוּא בַּע"ח מְהֵינַי כְּמַש"ל בְּשֵׁם הַב"י בִּיּו"ד בְּסִי' רַס"ז דְזֶה מְהֵינַי שְׁיָהֵינָה מְשׁוֹחֲרָר לְאַחַר מִיתָה וַא"כ לָא אֲמַרִּינוּ מְצוּה לְקַיָּים כו' אַף דְכָל זֶה אִם נִימָא דְבְּמִקְצַת לָא בְּעֵי קִנְיָן אַף אִם נִימָא דְבְּמִקְצַת בְּעֵי קִנְיָן א"כ אִין פֶּאֶן קִנְיָן אַחַר וְאִף דְקִנְיָן חֻלְיִפִּין מְהֵינַי בְּעָבֵד מ"מ זֶה לָא מִיקְרִי קִנְיָן אַחַר שְׁלֵא הֵינָה רוּצָה לְהַקְנוֹת לוֹ מִיַּד כְּנ"ל.

וְהֵינָה מְבִנְיָר בְּטוֹר י"ד בְּשֵׁם הַרְמ"ה דְקִנְיָן סוּדָר מְהֵינַי בְּעָבֵד לְאַפְקִיעַ שְׁעָבוּדוֹ וְלָא לְאַפְקִיעַ אִיסוּרָהּ וּלְפ"ז י"ל דְהֵכִי קְאָמַר דְלָמָּא דְקִנְי מִינְיָה הֵינְנוּ בְּקִנְיָן סוּדָר וַא"כ כְּבָר נִפְקַע שְׁעָבוּדוֹ וּלְכַף לָא קְתַנִּי כּוֹפִין אֵת הַיּוֹרְשִׁין דְאִיסוּרָא הוּא דְאִיכָּא גַבֵּי וְאִיסוּרָא לְבַרְנִי לָא קָא מוֹרִית וְהַשְׁתָּא שְׁפִיר קְאָמַר דְנִמְיָא דְגִט מַה גִּט דְלָאוּ בַר קִנְיָן הוּא אַף הֵאִי נְמִי וַר"ל שְׁחָרוּר דְלָא קִנְי מִינְיָה וּמוּכַח דְמִתְּנַת ש"מ בְּמִקְצַת לָא בְּעֵי קִנְיָן.

וְהַשְׁתָּא נִיחָא מ"ש הַפ"י דְהָא לָא בְּעִינּוּ דְלַהֲוִי דְמִי לְהַדְדִי רַק לְעִנְיָן דְמְיִירִי בְּחַד גְּבָרָא וּלְפַמ"ש נִיחָא דְזֶה דְנִקָּא לְדַמּוֹת סִיפָּא דְתְּנוּ מְנָה לְרִישָׁא מִשְׁא"כ שְׁחָרוּר וְגִט דְנִדְאִי בְּחַד עִנְיָנָא מְיִירִי: וְהֵינָה לְעִיל הַבְּאִתִּי קוֹשְׁיַת הַאו"ת שְׁהַקְשָׁה דְמַאי פָּרִיף מְהָא דְיִתְּנוּ לְאַחַר מִיתָה דְלָמָּא טַעְמָא מִשׁוּם דְתֵן בַּש"מ הוּי כְּזָכִי.

וְשׁוּב שְׁמִתִּי פְּנִי לְעִי בְּדְבָרִיו וְרֵאִיתִי שְׁפַתְּב לְהַקְשׁוֹת אַף אִי לָא גְרָסִינּוּ זֶה מ"מ עֲתָה יָבֵא לְרִשׁוֹתוֹ וְיִזְכָּה בּוֹ. וְנִפְלְאִתִּי דְנִדְאִי בַּש"מ אֲמַרִּינוּ תֵּן כְּזָכִי הוּא דְנִקָּא כְּשְׁמִסְר לִידוּ בְּשַׁעַת מַעֲשָׂה וּכְמִבְנָאָר לְהִדְיָא בְּטוֹר בְּשֵׁם הַרְמ"ה פִּינּוּן שְׁהוּצִיא מִת"י וּמְסָרוּ לְזֶה אֲדַעְתָּא דְלִינְכִי בְּיָה אִיהוּ ע"ש וַא"כ כְּשְׁלֵא מְסָר לוֹ בְּשַׁעַת מַעֲשָׂה לָא שְׁיָיָה זֶה כְּלָל וּמ"מ שְׁפִיר י"ל דְבְּעֻלְמָא דְאַמְרִינוּ תֵּן כְּזָכִי מְהֵינַי אַף שְׁלֵא מְסָר לוֹ עֲתָה פִּינּוּן דְסוּף שְׁיָגִיעַ לְרִשׁוֹתוֹ וְאִף דְהַשְׁתָּא לָא מְסָר לוֹ מ"מ פִּינּוּן דְבַלְשׁוֹן תֵּן נְכָלָל זְכִי מְהֵינַי הָף לִישְׁנָא עַל הַעֲתִיד מִשְׁא"כ

במתנה דבאמת לשון מתנה אינו פזכי רק מחמת שהוא ש"מ והוציא מת"י מסתמא רצונו זכי א"כ פשלא הוציא מת"י הוי פתן דעלמא במתנה דלא הוי פזכי ולא מהני מה שהגיע לידו אח"כ: וראיתי בקצה"ח שפכתב שיש לתרץ קושית האו"ת עפ"י מ"ש הטור בשם הרמ"ה דבש"מ מהני הולך פזכי אע"ג שלא אמר זכי לפי שהוא בהולך וכמו בגט דמהני פתבו אע"ג דלא אמר תנו כו' והיינו אליבא מה דקי"ל כר"ש שזורי וא"כ למאי דבעי בב"ב למימר דמירי בש"מ א"כ ע"כ דלא אתיא כר"ש שזורי דאל"כ מאי איירא תנו אפילו פתבו נמי וכמבואר בסוגיא זו כו' ע"ש.

ולענ"ד ז"א דהא ודאי לפי מה דמוקי ר"פ בש"מ ומטעם פתובין ומסורין והיינו משום דנימא במקצת נמי לא בעי קנין או פתרוץ הש"ס במצוה מחמת מיתה או במחלק נכסיו א"כ לא מירי במסר לשליח המנה וגם אפי' שיהי' המנה בעין רק משום מנה קבור ומ"מ א"צ שיטול המנה מחיים ואי לא חיישינו למנה קבור אפי' צבורין א"צ ובכל גוונן יתנו לאחר מיתה משום צונאת ש"מ א"כ שפיר קאמר דאי אתיא כר"ש שזורי מאי איירא תנו אפי' פתבו נמי דגם בכתבו מצי לאשפוזי הך מלתא דבעי לאפלוגי בין ג"נ וש"ע ובין תנו מנה דאע"ג דבמנה יתנו לאח"מ אף שלא מסר ליד שליח מקיימין דבריו משום דדבש"מ כו' ומ"מ בג"נ וש"ע אין דבריו קיימין לאח"מ ובכתבו לחד הוי פאומר פתבו ותנו לר"ש שזורי ומ"מ אין דבריו קיימין ובכתבו ותנו דבריו קיימין אף לאח"מ משא"כ אם נפרש טעמא דמתני' במנה דיתנו לאח"מ משום סברת הרמ"ה משום דבש"מ תן פזכי א"כ ע"כ מירי שפסר ליד השליח או שעכ"פ נמסר אח"כ ליד השליח (אף פבר פתבתי דהא ליתא דנמסר אח"כ ליד השליח לא מהני אף לסברת הרמ"ה פיון שלא הוציא מת"י) וא"כ התנא שרוצה לחלק בין מנה לג"נ וש"ע בא לאשמעונו דבהך גוונן גופא דמהני גבי מנה לא מהני הא בג"נ וש"ע וכיון שזוהו הדין שרוצה לאשמעונו פשיטא דשפיר מצינו לאוקמא בש"מ נאפי' כר"ש שזורי ואין קוש' דלתני פתבו דהיינו שאין הגט בעולם פלל רק שמצוה שיקחוב דהא בהך גוונן גם במנה לא יתנו לאח"מ ועיקר רבותא דהתנא להשמיענו החילוק בין ג"נ לש"ע לבין דין ממון, ולפ"ז קוש' או"ת במקומה עומדת דמאי פריה בב"ב דלמא טעמא דמתני' משום דש"מ תן פזכי ומה שלא אמר זכי משום שהיה בהול וכו' ש"מ שזורי וא"ל דא"כ קשיא רישא מאי איירא תנו אפי' פתבו נמי ז"א פיון דמנה הוי טעמא משום תן פזכי צריה למנקט רישא בתנו שהשטר בעולם ואפ"ה לא אמרינן ביה תן פזכי דזה עיקר דינא דהתנא לחלק בין רישא לסיפא דבזה אמרינן תן פזכי ובזה לא אמרינן ושפיר מצי אתיא כר"ש שזורי ג"כ ולעולם דבמקצת בעי קנין והא דאמרינן בסוגיא דידן דלא מצי אתיא כר"ש שזורי היינו משום דעם דש"מ פכתובין אף במקצת או פמסקנא במצוה מחמת מיתה או במחלק נכסיו דאז מירי אף בלא מסר לשליח פלל דמטעם צנאת ש"מ אתינן עלה א"כ שפיר מצי למינקט חילוקא בין סיפא לרישא פאומר פתבו דמהני לר"ש שזורי: ולפום מה דכתבנא גם בסוגיא דידן לכאורה תיקשי לסברת הרמ"ה דלמה דחוק למימר לאוקמי כר"ש שזורי דהא שפיר מצינו לאוקמא דמירי במקצת דלא שייך דברי ש"מ וטעמא דיתנו לאחר מיתה משום דתן דש"מ פזכי הוא וא"כ ע"כ פשפסר לשליח מירי ולכך נקט גם ברישא כה"ג ולא נקט פתבו וכמש"ל.

ואמנם בזה י"ל דמ"מ שפיר קשיא להו דמי הכריחו למנקט סיפא במקצת דבעי קנין ואז לא מצי למנקט ברישא פתבו באמת הו"ל למינקט סיפא במצוה מחמת מיתה או במחלק

נְכֻסֵי וְשִׁפְרֵי מְצִי נִקְט בְּרִישָׁא פְתִיבוּ אֱלָא ע"כ כר"ש שְׁזוּרֵי נְעוּד י"ל דר"פ ע"כ לָא מוּקִי
בכה"ג דא"כ לְמָה קְאָמַר דְּבַעֵי צְבוּרִין מְשׁוּם מְנָה קְבוּר ת"ל דְּבַעֵי צְבוּרִין דאל"כ אין
פֶּאן דש"מ דְּהָא בְּמִקְצַת הוּא וּלְכַף בְּעֵי צְבוּרִין וְאֲמַרִּין תַּן פְּזִי בִש"מ אֱלָא ע"כ דר"פ
בְּעֵי לְאוּקְמִיה מְשׁוּם דשכ"מ פְּכִתוּבִין כו' וְלָא בְּעֵינָן צְבוּרִין אֱלָא מְשׁוּם מְנָה קְבוּר.

אֱלָא דְהוּא גּוּפָא קִשְׁיָא עַל ר"פ דְּמֵי הִכְרִיחוּ לְאוּקְמָא מְשׁוּם מְנָה קְבוּר הו"ל לְאוּקְמֵי
מְשׁוּם תַּן פְּזִי. אַף בְּזַה י"ל מְשׁוּם דא"כ תִּיקְשִׁי לְרַב דְּמִפְרִישׁ בְּצְבוּרִין דְּלָמָּא בְּאִין צְבוּרִין
וּמִיָּרִי בְּמִתְנָה בְּכֻלָּהּ אוּ בְּמִצְנָה מ"מ וּמְהֵי מְשׁוּם דש"מ אפ"י אין צְבוּרִין אֱלָא ע"כ
דְּבִאָמַת גַּם מְשׁוּם דש"מ בְּעֵינָן צְבוּרִין מְשׁוּם חֲשֵׁשׁ דְּמְנָה קְבוּר: ועכ"פ קִנְשִׁית הַאוּ"ת
בְּמִקְוָה עוֹמְדַת דְּשִׁפְרֵי מְצֵינָן לְאוּקְמָא מְשׁוּם תַּן פְּזִי גְבִי ש"מ כר"ש שְׁזוּרֵי וְגַם רִישָׁא
א"ש דְּנִקְט תַּנּוּ דְּוּמְיָא דְּסִיפָא וּלְאֲשִׁמְעֵינָן דְּבְרִישָׁא תַּנּוּ לָאו פְּזִי וּמ"ש הַתּוֹס' דע"כ לָא
תְּנִי זֶה לְאֲשִׁמְעֵינָן חִידוּשׁ כו' הִיָּינוּ אִם עֵיקַר טַעְמָא דְּסִיפָא מְשׁוּם דש"מ הוּא מִשָּׂא"כ
אִם עֵיקַר טַעְמָא דְּסִיפָא מְשׁוּם תַּן פְּזִי א"כ זֶהוּ עֵיקַר הַחִידוּשׁ בְּרִישָׁא דאע"פ שֶׁהֵגַט בְּעֵין
לָא מְהֵי וְלְכַאֲרָה י"ל לְפִי מ"ש הַתּוֹס' דְּלָמָּד בְּבְרִיא וּמַע"ש מ"מ מִיָּרִי רִישָׁא שְׂאִין
הֵגַט בְּעֵין וְלָא אֲמַרִּין רִישָׁא דְּוּמְיָא דְּסִיפָא אֱלָא לְעֵנָן חַד גְּבַרָא ע"ש וּלְפַמ"ש גַּם הֵתָם
הו"ל לְמִימַר דְּרִישָׁא דְּוּמְיָא דְּסִיפָא כִּינּוּ דְּעֵיקַר טַעְמָא דְּמְהֵי בְּסִיפָא מְשׁוּם מַע"ש
אֲשִׁמְעֵינָן בְּרִישָׁא דְּלָא מְהֵי וְאֲמַנְם הַתּוֹס' לָא פְתִיבוּ דְּלָא בְּעֵינָן לְאוּקְמָא בְּזַה רִישָׁא
דְּוּמְיָא דְּסִיפָא אֲבָל מ"מ אין מְקוּם קִנְשִׁי לְנִקּוּט פְתִיבוּ שְׁלָא יְהִי דְּוּמְיָא דְּסִיפָא דְּשָׂמָא
הַתַּנָּא עֵיקַר חִידוּשֵׁי לְחֵלֶק בְּזַה בֵּין רִישָׁא לְסִיפָא וְגַם הָר"ן פְתִיב דְּגַם לְהַךּ מ"ד דְּמִיָּרִי
בְּבְרִיא אֲמַרִּין רִישָׁא דְּוּמְיָא דְּסִיפָא שְׁיִהֵי הֵגַט בְּעֵין אֱלָא דְּלָא מְהֵי מְשׁוּם דל"ש מִיָּגוּ
דְּזִי ע"ש: וְהֵי מ"ש לְעֵיל דְּקִשְׁשָׁה עַל הַרמ"ה דְּגְבִי שְׁחֵרוּר נִימָא דְּתַן דש"מ פְּזִי וְעֵינָן
בְּקִצָּה"ח שְׁהַקְשָׁה כְּמוֹ כֵּן אִם נִימָא דש"מ מְהֵי תַּן אַף שְׂאִין מוֹסַר מִיָּד לִיד (וּכְבַר פְתִיבִי
דְּבִטוּר בְּשֵׁם הַרמ"ה מְבִנְיָא דְּדוּקָא בְּמוֹצֵי מַת"י כו') א"כ קִשְׁשָׁה לר"פ דְּמוּקִי בִש"מ
ע"ש וְנִלְעַנְד' דְּבִאָמַת בְּלֵא"ה אִיפָא טַעְמָא רַבָּה לְחֵלֶק בֵּין ש"מ לְבְרִיא לְעֵנָן תַּן לְפִי
הַטַּעַם שְׁפִתְבַּה הַנ"י דְּלְכַף לָא הוּי מִתְנָה פְּזִי דְּאֲמַדִּין דְּעִתִּיהָ שְׂאִין מוֹצֵי מְרֻשׁוֹתוֹ הַפִּל
וּמַעֲפֵב לְעַצְמוֹ שְׁיִהֵי לוֹ פִּת לְחֻזְר בּוֹ וּכ"כ בְּמִרְדְּכִי פ"ק דְּגִיטִין ע"ש וּלְפ"ז י"ל בִּש"מ
דְּדִינָא הוּא אִם רוּצָה לְחֻזְר חוּזַר א"כ שְׁפִיר אֲמַרִּין דְּתַן פְּזִי דְּלִיפָא אֲנֻמְד הַדְּעַת בְּזַה
כִּינּוּ דְּבִלֵא"ה יוּכַל לְחֻזְר (אַף לְפַמ"ש שְׁמִסְתַּפֵּק הָרִיב"ש לְדַעַת הַרְשָׁפ"א דְּאַף אִם עֻמַּד
י"ל דא"ח צ"ע) כְּשִׁירְצָה וְכִינּוּ דְּהִשְׁתָּא מִיְהַת אַף דְּמִית מְקַבֵּל זְכוּ יוֹרְשֵׁי דְּתַן שְׁלוֹ פְּזִי
אַף כ"ז בְּמִתְנָה אֲבָל בְּשְׁחֵרוּר דְּקִי"ל חוּזַר בְּנִכְסִים וּא"ח בְּעֵבֶד שְׁפָבַר יָצָא עָלָיו שֵׁם ב"ח
א"כ אַף בִּש"מ לָא הוּי הוֹלֵךְ וְתַן דִּינָה פְּזִי דְּאֲמַדִּין דְּעִתִּיהָ שְׁרוּצָה שְׁיִהֵי בְּיָדוֹ כְּשִׁירְצָה
לְחֻזְר וְאִין מְרוּצָה עַד שְׁיִגִיעַ לִידוֹ דְּוּקָא אֲמַנְם לְשִׁיטַת הָרִי"ף בְּלֵא"ה אִינוּ יוּכַל לְחֻזְר
וּמ"מ לָא מְהֵי לְהִיּוֹת פְּזִי לְעֵנָן מְטָא לִידָה קִשְׁשָׁה דְּבִש"מ נִימָא דְּהוּי פְּזִי מְמֹשׁ דְּלָא
גְּבַעֵי מְטָא לִידָה: וְעֵינָן בְּקִצָּה"ח ס' קכ"ה שְׁפִתְבַּה בְּדַעַת הַרמב"ם דְּהוּי פְתִיבֵי עַד שְׁיִגִיעַ
לִידוֹ וְאַף שְׁיִגִיעַ לִידוֹ לְאַח"מ לָא מְהֵי שְׁיִאֲמָרוּ אִין גֵּט לְאַח"מ וְכֵן הִבִּיא מְדַבְרֵי הַב"ח
שְׂאִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן וְצ"ע דא"כ מֵאִי פְרִיָּה לִיתְנּוּ דְּשׁוּוֹ ג"נ לְש"ע לְעֵנָן לָא יִתְנּוּ לְאַח"מ
דְּאִין לְהִשְׁוֹת אוֹתָם דְּבַג"נ הָרִי הוּא כֵּא"א לְכָל דְּבְרִי וְהֵבָא עֲלֵי בְּחֻק וּבִש"ע אִינוּ רַק
מְדַרְבְּנָן וְאִם נְתוּם לְאַח"מ פְּקַע שְׁעִבּוּדִיהָ מְדַאֲרִיָּתָא וְאִסוּר לְעֵבֶד בּוֹ עֲבוּדַת עֶבֶד וְאִם
נְשָׂא ב"ח אִינוּ לוֹקָה וְגַם דא"א לומר כֵּן לְדַעַת הַרמב"ם דא"כ בְּמִתְנָה תַּן פְּזִי נְמִי נִימָא

דעכ"פ צריף שיתקנים התנאי שגייע לידו ומבואר ברמב"ם דבמתנה לא בעינן מטא לידיה גם מ"ש שם דבזה מין שיש קושית התוס' מב"מ דקאמר משנתנו שאמר תנה לי כו' דלשיטת הרמב"ם תיקשי וע"ז פתב דמ"מ מדי תנאי לא יצאה כו' הוא תמוה כמ"ש דהא במתנה להרמב"ם אין דנין בו דין תנאי להצריף שגייע לידו אף אפי' אם היינו אומרים דבמתנה צריף שגייע לידו מחמת התנאי מ"מ בהך דמציעה שהאומר תנה לי הוא הרוצה שיזכה לי ולמה יטיל בו תנאי לחובתו כיון דנימא דבכלל תן זכי והוא רוצה שחבירו יזכה לו למה יעשה זאת להטיל בו תנאי שיזכה בשבילו ולא תתקיים הזכיה עד שגייע לידו ומה שאמר תנה לי אין בזה כדי לדייק שאינו רוצה בזכיה עד שמתגיע לידו אלא הוא אומר לו מה שלבו חפץ דהיינו שיזכה ויתנה לו דמה בצע במה שיזכה אם לא יתן לו אף דהתוס' מפרשים בפשיטות דאין בכלל לשון תן זכי וא"כ גם זה לא הגביה לזכות מיד רק פשיטתה לו וע"ז קשיא להו מדאמרין בשחרור תן כזכי וע"ז ס"ל לר"ת דדוקא בחוב אמרי' תן כזכי דאומדן דעת הוא כיון שהוא חייב לו מזכה לו מיד ושחרור דומה לחוב משא"כ במתנה ומציעה דליכא אומדן אין בכלל תן זכי כלל: ומ"ש שם על דברי התוס' דאם אינו מוסר השחרור מיד ליד אלא אח"כ נוטלו הו"ל כטלי שחרור מע"ג קרקע ולענ"ד ז"א דנדאי הוא נעשה שלוחו של אדונו ליטלו ולזכות בו וכיון דבליקחה הוא שלוחו של אדון הרי הוא כמותו ואם אמר הבעל לשליח להולכה שיקח מע"ג קרקע וימסור לאשה שפיר דמי כאלו הבעל בעצמו נוטלו מע"ג קרקע ונותנו לאשה וה"נ הוא נוטל בשליחות האדון וזוכה בו בשביל העבד אלא די"ל דהא בעינן חזרה שליחות אצל הבעל וא"א שיהיה שלוחו של עבד לזכות בו טרם פלות שליחותו של האדון ואמנם בזה יש ליתן טעם לשיטת הרי"ף דס"ל דמ"מ גיטא לא הני עד דמטא לידיה שא"א שיהיה הוא שלוחו של עבד בזכיה זו וזכיה זו לא מהני רק לענין חזרה ומיירי דלא מסר ליד שליח מיד וכמ"ש התוס' וצ"ע בספר המקנה דף מ"ש שם לענין עדיו בחז"ל: ומ"ש בס"ק נא"ו לדעת הרי"ב"ש אלקבא דהרשב"א דאפילו עמד א"ח א"כ אלים דבוריה גם כשנותן במתנת בריא א"כ אפי' אינו מצוה מ"מ ובמקצת נמי הני כזכי כו' לענ"ד ליתא דגם להרשב"א דוקא במ"מ או במש"מ בכולה כיון שהיה בידו לתת מתנה זו בדרך מתנת ש"מ אף אם נותנו ע"ד שתהיה מתנת בריא אלים דבורו אבל אם הוא ש"מ ובמקצת כיון שאין בכחו לתת מתנה כזו בדרך מתנת ש"מ לא אלים דבוריה כלל: ומ"ש שם בסוף דבריו ואפי' אי גרסינן תן שחרור זה נמי לא תיקשי דהא בש"מ תן כזכי אפי' אינו מוסר לו עתה משום דהרשב"ם פתב דבצוונאת שטר לא תיקום שיהיה פכתובין וכמסורין כו' הוא תמוה דהרשב"ם שם פתב כן כשלא נכתב השטר אע"פ שהוא צוה לכתוב שטר לא אמרינן דדש"מ כאילו נכתב השטר מחיים והיינו משום שהרי זה כאומר שלאחר מיתה יכתבו שטר ויתנו לפלוני על קרקע או מנה ובזמן ההוא פסק כחו דנפלו נכסי קמי יתמי משא"כ באומר תנו מנה דחייל עם גמר מיתה וה"ה אם מוכן בידו שטר מתנה לפלוני פתוב ומצוה ליתנו שג"כ י"ל דכמסורין דמי וקונה השטר עם גמר מיתה כדין מתנת ש"מ ועיין בפ"י שהקשה לשיטת הרי"ף והרמב"ם למה מהדר לאוקמי סיפא בש"מ או בבריא ומע"ש נמא דומיא דרישא שמסר המנה ליד השליח ומש"ה יתנו לאחר מיתה דבמתנה תן כזכי.

ובד"ה אָמר רב זְבִיד הַקָּשָׁה דְאַמַּאי קָתְנֵי יִתְּנוּ לְאַחַח"מ מַאי רְבוּתָא דְלְאַחַח"מ לִיתְנֵי בְּחַיֵּי
א"י לְחַזְרוּר וּלְפַעֲנָא ד' י"ל לַפְמ"ש הַפ"י גּוֹפִיָּה י"ל דְּגַם בְּמַתְּנָה דְּהוּי פְּכִי הֵינּוּ שֶׁא"י
לְחַזְרוּר אָבֵל מ"מ בְּעֵינָן מְטוּ לִידְיָה אֵלָא שְׂאִין טַעַם לְדַבְּרֵי דְדוֹקָא בְּשַׁחְרוּר שְׂיָיָה לֹאמַר כּו'
ע"ש.

ולפ"ז לְעֵנָן מַע"ש שְׁפִיר הֶוְצֵרָה לְאַשְׁמַעֲיָנָן דִּיתְּנוּ לְאַחַר מִיתָה וְאִי אֲשַׁמְוֵעֵינָן דְּבַחֲיָו
אֵינוּ יָכוֹל לְחַזְרוּר בּוּ הֵוָה אֲמַרִּינָן דֹּאע"ג דֹּא"י לְחַזְרוּר מְחַמַּת מַע"ש הוּא פְּהֵלְכְתָא בְּלֹא
טַעְמָא אָבֵל מ"מ אֵינוּ זֹכָה בּוּ מִיָּד וְאֵע"ג דֵּהפ"י פְּתַב דְּאִין טַעַם לְדַבְּרֵי לְעֵנָן תּוּן פְּכִי
מ"מ בַּמַּע"ש דֵּהוּא פְּהֵלְכְתָא בְּלֹא טַעְמָא שְׁפִיר י"ל דְּלֹא תִקְנוּ אֵלָא לְעֵנָן חֲזָרָה בְּלִבְד
וּמְמִילָא דֹּא"ש מַה שְׁהַקָּשָׁה הַפ"י דְּנִימָא דְּמִיָּרֵי שְׁמַסֵּר לוֹ בְּחַיָּו דּו"א דֹּא"כ מַאי רְבוּתָא
דְּאַחַח"מ הו"ל לְמִיתְנֵי דְּלֹא יִחְזִיר דְּשָׁם לֹא מְסַתְּבַר לְחַלְקֵי בֵּינֵיהֶם וְכֹה ג' פְּתַב הַפ"י שָׁם.

אָף יֵשׁ שָׁם תִּימָא בַּמ"ש הַפ"י דֹּא"ש טְפִי לְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דַּבְּמַע"ש יָכוֹל לְמַחְלוּל גְּמַצָּא
דְּאַפְתִּי בְּרִשּׁוֹת יוֹרְשִׁים קְיָיָא וּקַמ"ל דְּאַפ"ה לֹא יִתְּנוּ לְאַחַר מִיתָה וְזֵה תִימָא דְּעֵנָן מְחִילָה
שְׂיָיָה בַּמַּע"ש בְּמַלְנָה וְהָא דְּמוֹקְמִינָן בַּמ"ש הֵינּוּ צְבוּרִין וּבְפִקְדוֹן וְלֹא שְׂיָיָה בְּזֵה מְחִילָה
קָלָל.

וְטָרַם אֲכֻלָּה לְדַבְּרֵי רֵאִיתִי לְהַעֲיָרָה פִּי בְּמָה שְׁהַבְּאֵת מְדַבְּרֵי הַטּוֹר בְּשֵׁם הַרְמ"ה סִי' רַנ"ג
רֵאִיתִי לְפּוּם רִיבְטָא פִּי יֵשׁ לְתַמּוּהָ בַּמ"ש הַסַּמ"ע שָׁם בַּס"ק מ"א ד"ה אֵלָא בְּקִנְיָן וְיָפוּי
פַּח כּו' אָבֵל הַמְּחַבֵּר לֹא אֵיָרֵי פֶּאן בְּמַפְרָשׁ שְׁנוֹתָן מְחַמַּת מִיתָה שְׁהָרֵי הַתְּחִיל וְכַתְּבֵי וְה"מ
כּו' וְהַשְּׂאָף שָׁם בַּס"ק כ"ד וְכ"ה פְּתַב דְּמִיָּרֵי שְׁפִירָשׁ בְּמַתְּנַת ש"מ ע"ש.

וְהוּא תְּמוּהָ דֹּא"כ אֵיף פְּתַב וְהָכֹא פִּינּוּ דְּמִנָּה אֲקִנֵּי לִיָּה אֲפִי' בְּקִנְיָן לֹא קָנָה כּו' דְּפְשִׁיטָא
דְּבַפְלִ' בְּמַתְּנַת ש"מ שְׁפִיר קוֹנָה הַמְנ' פִּינּוּ שְׁהַקְנֵי לֹא בָּא רַק לִיָּפוּי פַּח וְגַם הַסַּמ"ע לֹא
הוּי צְרִיף לְאַתּוּי מְדַהֲתַחִיל וְכַתְּבֵי כּו' דְּנֹדָאֵי לֹא בְּהִכֵּי מִיָּרֵי דֹּא"כ שְׁפִיר הֵוָה קְנֵי אָף
בְּמִנָּה פִּינּוּ שְׁמַצְוָה מְחַמַּת מִיתָה וּבְדוֹחַק גְּדוֹל צְרִיף לִיָּשֵׁב לְשׁוֹן הַש"ע לַפ"ז וְקַצְרִתִּי:
דְּבָרֵי אַחֲיָה הַק' אֲפָרִים זְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד שְׁאַלָּה מַב תְּשׁוּבָה ש"ב הַרְב כּו' מוּהַר"ר
יְשָׁרְאֵל אֵיֶסֶר נ"י הַאֲבַד"ק וְוִינִיָּצָא עֵינֵינִי בַּמ"ש כ"ת לְפִלְפֵל בְּגִיטִין ר"פ הַשׁוֹלַח בְּתוֹס'
ד"ה מְבִנְטֵלֵת הִיא שְׁהַנִּיחַ בַּצ"ע אֲמַאי לֹא מְשַׁנֵּי בְּגִיטִין כְּמוֹ דְּמְשַׁנֵּי בְּכַרִּיתוֹת דְּמְבִנְטֵלֵת
הִיא הוּי פְּהַפְקָר וּדְבָרֵי קִיָּמִים הֵינּוּ דְּכָל הַקּוֹדֵם יִזְכָּה וְהֵוָה בַּמ"ש בְּדַבְּרֵי אַא"ז
מְהַרְש"א אָנְכִי הֶרֹאָה פִּי הַבָּאִים אַחֲרֵיהֶם שְׁיָיָגוּ עָלָיו ה"ה אַא"ז בְּמַהֲדוּרָא בְּתָרָא וַפ"י
וּמִיָּם עֲמוֹקִים וְכֵן רֵאִיתִי בְּשַׁעַר הַמְּלָךְ דְּמַהֲרָש"א סְבוּר דְּטַעְמָא מְשׁוּם דְּמַשְׁמַע לְהַבָּא
וְלִיתָא דֹּא"כ א"א נְמִי א"ו דְּטַעְמָא דְּמַלְתָּא דֹּאע"ג דְּמַעֲיָקְרָא מְשַׁמַּע אַפ"ה הוּי הַפְקָר
שְׁהַרְאֵשׁוֹן כְּבָר גְּסַתְּלַק הֵימְנוּ ע"כ תְּנַרְף דְּבָרֵיהֶם וְכֵן רֵאִיתִי בְּמַהֲרָש"א שִׁיר: וְאִנִּי תְּמַה
עָלֵיהֶם הִלֵּא הַדְּבָר בְּרוּר שְׁהַדִּין עִם מְהַרְש"א ו"ל שְׁהָרֵי מְבוֹרָר בְּיֵשׁ נוֹחֲלִין שְׁדַעַת
רַשְׁב"ם הוּא דְּבַצּוּמַח מַעֲיָקְרָא הוּי הַפְקָר מְטַעַם שְׁגַם בְּעָלִים רֵאשׁוּנִים גְּסַתְּלַקוּ הֵימְנוּ
וְהָרֵא"ש וְיִתֵּר הַפּוֹסְקִים כְּוָלָם הַשְּׁיָיָגוּ עַל דְּבָרֵי דּו"א דִּי"ל שְׁגַם הַבְּעָלִים לֹא הֵיָה בְּדַעְתָּם
רַק לִיתְּנוּ לְזֵה וְהוּי פְּהָאֵי דְּאַמְרִינּוּ גְּבִי תְּמָרָא דְּרַב סְפָרָא כּו' דְּאַמְרִינּוּ דֹּאדְעָתָא דְּאַרְנִ'
אַפְקִרֵי כּו' וְה"נ אֲמַרִּינּוּ דְּרַבִּי שְׁמַעוֹן ב"ג סְבַר דְּכִי יִהִיב אֵינְשׁ מַתְּנָה אַדְעָתָא דְּמַקְבֵּל
מִיָּנִיָּה כּו' וַא"כ אִי ס"ד דְּמְבִנְטֵלֵת מַעֲיָקְרָא מְשַׁמַּע הַאֵיף קְאָמַר דְּלְבַעָלִים נְמִי לֹא הִדְרָא
וְכָל הַמְּחַזִּיק בָּהּ זְכָה וְהָרֵי זֵה הוּא עוֹמֵד לְפָנֵינוּ וְצוּחַ שְׁמַעוּלָם לֹא הֵיָתָה מַתְּנָה וַא"כ אִין

כּאן סילוק כּלל שְׁהרי לא נסתלק אלא אדעתא שיקנה זה שְׁהרי אנו מאמינים לו בזה שאומר דבטלה היתה מעיקרא שאל"כ אף הפקר אין לו להיות ואם יש לו בע"ח גופה ממנו אלא ע"כ שהוא נאמן כיון שלא היה בחזקתו עד עתה כמ"ש הטור וא"כ אין לנו לומר דהוי הפקר רק דהדרי למר' ומ"ש הפ"י ושער המלך דהו סברא אליבא דרשב"ג אתמר ליתא רק לשיטת רשב"ם י"ל פן אכל כל הפוסקים השיגו על רשב"ם וכן פירש"י בכריתות להדיא וכ"כ הרמב"ן בשם רש"י ועוד דעכ"פ מי הכריח להש"ס לומר דדבריו קיימים וכל הקודם זכה מטעם שפבר נסתלק ממנו הראשון נימא דהדרא למריה דכי זיהב אינש כו' וכמ"ש רש"י דהוי מצוי לשנויי הכי בשלמא למהרש"א א"ש דאע"ג דהוי מצוי לשנויי הכי לא ירד עתה לחלק בכך דהוי ס"ד דהו דר"ל ודבר ששית חדא גונוי נינהו ואהא מתרץ ליה דאה"נ ור"ש גמי ה"ק משא"כ לשיטתם דר' ששית מטעמא אחרניא הוא דקאמר משום שפבר נסתלק הראשון א"נ דר"ל ודר"ש לאו חדא נינהו א"כ מי הכריח להוציא דברי ר"ש מפשטן עדיפא הול"ל דברים קיימין והדרא למר' ומשום דכי זיהב אינש כו': ועוד אני תמה האיד תעלה על הדעת דהו סברא אליבא דרשב"ג אתמר שְׁהרי להדיא אמרו בכמה מקומות בש"ס דפלוגתא דרשב"ג ורבנן בהוכיח סופו על תחילתו הא אי הוי ס"ל דהוכיח סופו כו' הוי מודו לרשב"ג דהדריה למריה ולא אמרינן שהפקירו הראשון פשנסתלק ממנו אע"כ דהא לאו מלתא הוא ומ"ש דהא אי אפשי הוא יותר לשון הפקר פבר פירש"י דגבי קרקע לא הוי אי אפשי לשון הפקר כלל אלא לשון איני חפץ בה ע"ש וברשב"א גיטין ויתבאר לה היטב פנונתו ותימא על הפ"י שם שפכת לתמוה על רש"י דכ"ש היא דאפילו קרקע דאפתי לא אתי לידיה אפ"ה באי אפשי לא אמר פלוס ואיני יודע מה כ"ש הוא זה דשאני קרקע דאין שם לשון הפקר כלל: ומ"ש כ"ת להשיג על הט"ז בט"ז חזשים דפוס ברלין השיג עליו פן בהג"ה אכל לענ"ד הדין עם הט"ז דאין ראיה מתו' דכתובות דשאני הקא דגם ע"י הפקר אין זה יכול לזכות בו בהיתר דהרי ע"כ צריף לעשות קנוניא עם אותן אחר' וא"כ א"ל דלקו אומר של פלוני הם דאותו פלוני אינו גזלן ולא יטול מה שאינו שלו א"כ גם ע"י הפקר לא יוכל לזכות כיון שזה לא הפקירו רק לדחות הבע"ח מעליו ודמי למ"ש בא"ח סי' רמ"ו היכא שאין מפקיר רק לדחות איסור שפכת ובגדרים גבי הפקר לפטור ממעשור ועיין בר"ן בשבת במ"ש גבי בואו והצילו לכם ע"ש: ומ"ש להקשות על הרמב"ם נלענ"ד לפי מ"ש התוס' ביבמות ר"פ אלמנה דהו דמעופב ג"ש אוכל בתרומה תלי אי ק"פ כקה"ג דמי ע"ש וא"כ שפיר אמר בכריתות לר"ל דאוכל בתרומה דר"ל לשיטתו דס"ל לאו כקה"ג ומתראצא קוש' התוס' בגיטין שהקשו מאי מבעיא ליה תפשוט מפריתות ולפמ"ש ניחא דר"ל בגיטין בעי למ"ד ק"פ כקה"ג דמי וא"כ י"ל דאף דהרמב"ם פוסק לאו פקנן הגוף דמי מבואר דהיינו דוקא היכא דסמכה דעתא ע"ש ששמחלק בין יובל ראשון והקא ודאי בלב שלם הפקירו: ומצאתי בספר מים חיים להפ"ח במסכת גיטין שהקשה פן על הרמב"ם וכדי ליישב ל"צ דלכאורה קשה מאי מקשה כיון דאמר אי אפשי הו"ל זרים כו' ומי הכריחו לומר דאמר תנו באפי בי' תלתא ודלמא לא אמר פן אלא באפי תרי ובסוף פרק אין בין הפונדק קאמר ר"י ד"ת בפני שנים לא הוי הפקר ולהכי פליג רשב"ג ורבנן דלרבנן דלא ס"ל הוכיחו סופו כו' וא"כ כיון שזכה כו' חזקה ומטעם הפקר לא מהני כיון דלא הוי תלתא והיה נלענ"ד ליישב ע"פ מה שזכרנו מדברי הרא"ש שם בפסקיו דאף

לר"י ה"נ ד"ת בעי ג' בכדי שיהא א' זוכה וב' מעידין דהכי הוא דילפינן משבועות שיהא הפקר באופן שבודאי יצא מרשותו ע"ש.

ולפ"ז במפקיר עבדו שהעבד תפוס וזוכה בעצמו שוב א"צ רק שנים ועיין ברמב"ם פ"ב דנדרים שנגראה מדברי הכ"מ שבמ"כ לא עיין אז בהרא"ש בפסקיו שהרי בפסקיו יישוב הרא"ש הא דנקט ד"ת אפי' בא' וב' איירי ע"ש ועיין בחק יוסף הל' פסח שנגראה שלא ראה ג"כ בזה דברי הרא"ש שאם לא פן בחנם משיג על מהרי"ק שהרי בהרא"ש מבואר שאפי' בשביעית לענין מעשר דעתו אפילו בינו לבין עצמו מהני א"כ ע"כ שאין זה סברא מ"ש החק יוסף שם דא"כ בטלת תורת מעשר ע"ש.

אף דאפתי קשה דלמא אתיא כרבי יוסי דס"ל דלא הוי הפקר עד דאתי לרשות זוכה אף ז"א אליבא דר"ל דס"ל התם דמדאורייתא הוי הפקר אפי' לר' יוסי ע"ש בפ"ה הר"א ממי"ץ משא"כ לדידן י"ל דאתיא כר"י דלא הוי הפקר עד דאתי לרשות זוכה מדאורייתא: והנה מ"ש לעיל להוכיח דהפ' סברא פי יתיב כו' לאו אליבא דרשב"ג דוקא איתמר נראה דמוכח ג"כ ממ"ש הרא"ש דהא הרא"ש הביא ראיה לזה מהפ' דסמרא דר"ס וכן מההיא דכי יתיב כו'.

אמנם אם מבוטלת מעיקרא משמע שפיר הדרא למריה כמ"ש הטור ומיירי בשתק ולבסוף צונח ואע"ג דקי"ל פרבנו דרשב"ג דלא אמרינן הוכיח כו' היינו דוקא בצונח אי אפשי דאינו רק לישנא דלהבא משא"כ פשצועק בפ"ה לשעבר אפי' רבנו מודו ובכה"ג דמבוטלת אם ה"ל רבו פהו אין אוכלים בתרומה ובכה"ג נמי אם חב לאחרים נמי נאמן כיון שאנו יודעים שזה אינו שלו רק שזה רוצה לגבותו מחמת שתיתקו של זה וכיון שעתה הוא מפרש דבריו שלא כיוון לזכותו מעולם נאמן וזהו שיטת הטור אליבא דרשב"י משא"כ בשתק ולבסוף צונח אי אפשי ודאי דלא מהני לגבי ב"ח אפי' אם נאמר דהוי הפקר לעתיד ואין לנו לומר הוכיח סופו על תחלתו כיון דאינו מפרש דבורו שהיתה בטלה מכבר אנו דנין כיון דהשתא הוא דקא הדר בי' ולכפ' אוכלים בתרומה משא"כ כשפרש שבטלה היתה מעיקרא אפי' לחוב לאחרים נאמן ודבר זה מפורש יוצא מדברי הרשב"א בגיטין ר"פ השולח ע"ש: ולכאורה יש להביא ראיה לדברי הטור שהרי הקא אמרינן גבי עבדי הוכיח כו' דמדהשתא אינו רוצה מסתמא לא נתרצה גם מעיקרא ונהרי אפי' הודה השתא בהדיא הנה לנו לומר דלא מהני שהרי הוא חב לאחרים שהעבדים יפסלו מלאכול בתרומה ובאמת לכאורה צ"ע לרשב"ג לא יוכל ב"ח לגבות ממתנה זו ששתק ולבסוף צונח דאמרינן הוכיח כו') אף דבאמת י"ל דהא אי בעי שקיל ד' וזוי מישראל ופסול ליה.

וא"כ קשיא על ר"ל וזה מדוקדק בלשון רשב"י שכתב אלמא דאי אפשי לישנא דמהני ביה מעיקרא משמע ומשני הש"ס דבריו קיימין ולא הדרא למריה ונהיינו דבאמת בטל להבא משמע והוי הפקר דבזה א"א לפרש בלשון אחר משא"כ באי אפשי כיון דאיכא לפרש בלשון אני חפץ לא אמרינן שפוננתו על הפקר פלל ולהפ' תירוץ לא אמרינן פלל דאזלינן בתר לישנא דמהני בכוננתו שמתחזור המתנה דבאמת אין מקום לפרש בכוננתו בטילה היא רק באופן זה דלהבא שיהיה הפקר (ולשון מבוטלת תבטל שאני דאין משמעות הלשון שהוא מפקיר רק שפעצמו יהיה כפ' ואין זה לשון המועיל) והשתא שפיר

קשׁיָא ליה לאא"ז מהרש"א דהש"ס בגיטין מפרש דבריו קיימין והדרא למרא ומוכח
מזה דבטל לישנא דמעיקרא היא וע"ז משני דלישנא דמהני ביה קאמר דהיינו שהוא בטל
מעיקרא וכמש"ל וע"ז הקשה אא"ז מהרש"א דל"ל לתרוצי הכי נימא דבאמת בטל להבא
משמע ולא הדרא למרא וכתירוץ הש"ס בכריתות ולא אזלינן בתר לישנא דמהני בי
פלל ואפ"ה א"ש הא דאי אפשי לא אמר פלום דבקרקה מייירי וכיון דאי אפשי יש לו פי
איני חפץ בה מפרשינן הכי ולכך לא אמר פלום: דרך קצרה מהנ"ל דלשון בטיילה יש
לפרשו על שני לשונות או דלעבר מודה שלא לשם מתנה קיבלה או שמפקירה מעכשיו
להבא ואין לו משמעות אחר מלבד זה אף בלשון אי אפשי יש לפרשו איני חפץ בה וזה
לא שייך רק בקרקע אבל במטלטלי לא שייך זה דאם איתא שאינו חפץ בהם יחזירם
וכמ"ש הרשב"א וע"כ דלשון הפקר הוא ואם אנו מפרשים אותו על לשון הפקר דהיינו
שסמלק עצמו ממתנה זו יש בו ג"כ משמעות שני לשונות או שנותן הודאה לשעבר שלא
רצה בו מעולם (ובזה לא שייך אם איתא להדרינהו כיון שאומר שמתחלה לא רצה
לקבלם לשם מתנה רק לשם פקדון וכיוצא וכמו לענין קרקע דאומר בטיילה דאמרין
שמודה שמעיקרא קיבל השטר שלא לשם מתנה ולא אמרין דאם איתא יחזיר השטר
משום דזה לא שייך רק היכא שאומר איני חפץ עתה ולמאי דמסיק בגיטין דלישני דמהני
קאמר היינו שהוא לשון מעיקרא שכן נראה פונתו שתחזור לבטלים שהרי אומר
שמבטל המתנה או אינו רוצה ביה ולכך שפיר כתב רש"י דמסיפא דאי אפשי לחוד לא
קשׁיָא דהוי אמרין דלשון אי אפשי אין לו משמעות על עבר פלל או דלא אזלינן בתר
לישנא דמהני פלל והלכך כיון דבקרקה איכא לפרושי איני חפץ מפרשינן ליה הכי ואע"פ
שיש לפרשו גם לשון הפקר מ"מ כיון שמשמעותו להבא אין זה לשון דמהני או אפשי
דלא אזלינן בתר לישנא דמהני פלל משא"כ בהא דר"ל דמייירי במטלטלין ע"כ לפרש
כן ולכן פריה מבטיילה הוא דדבריו קיימין והדרא למרא אלמא דלא מפרשינן ליה להבא
רק לעבר לפי שהוא לישנא דמהני א"כ גם באי אפשי דרישא ניזיל בתר לישנא דמהני
ונאמר מעיקרא משמע אלא ע"כ דאי אפשי אין משמעותו פלל לשון הפקר רק לשון
איני חפץ בה וע"ז משני דבריו קיימין והדרא למרא ובאמת פי' בטל הוא דהוי הפקר
ולא אזלינן בתר לישנא דמהני לפרשו מעיקרא דוקא ומפרשינן ליה להבא רק בא' אפשי
שיש לפרשו איני חפץ בה מפרשינן ליה הכי והיינו דקשׁיָא ליה לאא"ז מהרש"א דמאי
דוחקיה דש"ס דגיטין לאוקמיה דדבריו קיימין והדרא למרא דבטל מעיקרא משמע
והוצרך לומר דאזלינן בתר לישנא דמהני נימא איפכא דבטל להבא משמע פש"ס
דכריתות במסקנא ולא אזלינן בתר לישנא דמהני פלל ולכך באי אפשי לא אמר פלום
דמפרשינן הך אי אפשי פירושו שאינו חפץ בה ומ"ש רש"י דה"ה דהו"מ לשנויי כו' נ"ל
הפוננה דר"ש מייירי באומר שמעיקרא לא קיבלה לשם מתנה ולכך לא הוה הפקר כסברת
הש"ס לקמן פי' יהיב כו' ור"ל מייירי בגוונא שפכר זכה בה ר"ל שידוע לנו שודאי בשעת
שקיבלה קיבלה לשם מתנה או שהוא עצמו מודה בזה רק שעתה אומר אי אפשי ולכך
לא הדרא למרא גבי מטלטלים כנלענ"ד דברי הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה
מג שלום לכבוד אהו' ידידי הרבני המופלג החריף ובקי מוה"ר יצחק נ"י: הגיעני
אמרותיו בדבר מי שהיה נושה בחבירו מנה ושוב אסר הלנה לכל נכסיו על המלנה אם
יכול לאסור ואם נאמר דאין יכול לאסור אם אין רשאי רק לגבות החוב ומ"מ הדר קיימין

לענןן שאר הנכסים או אמרינו בזה נדר שהותר מקצתו הותר פולו והביא בזה דברי מהרי"ט בח"א סי' ה' ודברי השער המלה בשם ספר קול יעקב שהקשה על רש"י ר"פ המדיר שכתב מתשמיש לא נאסר דהא משעבוד לה והקשה פיון שהנאת תשמיש ג"כ בכלל הנדר שאסרה מלהנות לו וכמ"ש התוס' אליבא דרש"י וא"כ גם על המזונות נימא לא חל מטעם נדר שהותר מקצתו ובשער המלה כתב דתשמיש קונם מפקיע מידי שעבוד אלא דאלמוה רבנו לשעבודא לכן לא אמרי' הואיל והותר מקצתו הותר פולו שדי להפקיע את עצמו משא"כ היכא שהנדר חל מדינא וכ"ת נשא ונתן הרבה בדברי שער המלה הללו וגם הביא סברת מהרי"ט ח"א סי' ה' והט"ז סי' רל"ד דכל שהשעבוד חזק שאין בידו להפקיע פגון תשמיש חל מדינא.

ודוקא מעשה ידיה שבידה לומר איני נזונות או לשלם בעד המלאכה ובזה פתב לנישב דברי הרמב"ם מקושית הלח"מ והמ"ל שם וגם מה שהוקשו התוס' על רש"י דמגופא דמתניתין דלא חל על תשמיש הנה מצי למפרך וע"ז פתב דלפי הנ"ל א"ש דהו"מ לחלק דתשמיש אין בידו להפקיע משא"כ מקונם שאני עושה לפיה שבידו להפקיע ע"י צאי כו' פריה שפיר והאריה בזה ומאד הנאני דבריו כי הם שקולים בשכל הישר.

ואורח מישור: והנה מ"ש כ"ת בזה לנישב דברי התוס' י"ל דאף מהרי"ט וט"ז לא קאמרי אלא בנדרה איהי תשמישי עליה שאין בידה להפקיע שעבודא מעליה. אבל בנדר איהו לא אלים השעבוד פולי האי שהרי בידו לגרשה ואע"ג דהשתא לא גרשה מ"מ אין לדחות הקונם וכמו במעשה ידיה אע"ג דכל כמה דלא אמרה איני נזונות או הוא לא אמר צאי השעבוד הוא שעבוד גמור מ"מ הועיל הקונם לדחות השעבוד הנה שבידו להפקיע אף בלא סברת נעשה וכמ"ש כ"ת וכמו כן י"ל לענןן נדר דידיה מתשמיש שאם בידו להפקיע השעבוד באיזה ענןן שיהיה אין לנו לדחות הקונם ולקמן אבאר סברת מהרי"ט והט"ז בזה ולפ"ז עדיין לא הגענו לכלל ישוב דברי התוס' דהו"ל לאקשוני ממתני' דתשמיש לא חל מחמת השעבוד ואי משום דמזונות בידו להפקיע ע"י צאי גם תשמיש בידו להפקיע ע"י גירושין ועוד נראה דלפי דעת המקשן לא מצי להפקיע שעבוד המזונות ע"י שיאמר צאי וכמו שהקשה בתר הכי דא"כ פרנס ל"ל וע"כ בדלא ספקה וא"כ הא משעבוד לה ולא מצי להפקיע וטפי הו"ל למימר דלכך גבי מזונות הו"ל יכול להפקיע ע"י שיעמיד פרנס וראיתי למחנותני הגאון החסיד ז"ל בספר פתופה ס"פ אע"פ שכתב על מ"ש ה"ה לחלק הא דבהדירה עד למ"ד יעמיד פרנס מפאן ואילך יוציא ויתן פתופה דדוקא בהדירה דזילא לה מלתא ע"י פרנס כו' והקשה ע"ז דא"כ מאי פריה פיון דמשעבדא היכא מצי מדר לה דהא שפיר חל הנדר פיון שקודם שהדירה הנה רשאי ע"י פרנס והביא ראיה מדברי התוספות שכתב לענןן אינה מספקת לדברים קטנים דאדעתא דהכי לא מחלה הלכך משעבוד לה ומ"מ חל הנדר דבשעת הנדר אפתי לא הנה משעבוד ע"ש: ולענ"ד דבריו הקדושים צ"ע דאין הנדון דומה לראיה דלענןן דברים קטנים שפיר אמרינו פיון דהשתא ליכא שעבוד פלל אדברים קטנים שהרי מחלה עליהם אע"ג דע"י הנדר חוזר החיוב למקומו בשביל זה לא בטל חלות הנדר שקודם לחיוב משא"כ לענןן פרנס פריה שפיר וכיון דמשועבד לה משום דהשתא מיהא שיעבדא חיייל עליה ואע"פ שהוא יכול לסלק שעבוד זה מעליו ע"י פרנס בשביל זה אין לומר שיחול הנדר דגם בקונם שאני עושה לפיה יכול לסלק השעבוד ע"י שתאמר איני נזונות כו' או שתפרע

בַּעַד הַמְּלָאכָה כַּמֵּשׁ מַהֲרִי"ט וְהַט"ו וְהַש"ס לֹא קָאָמַר אֱלָא מְשׁוּם שִׁי"ל דַּהוּ"ל כְּאוֹמַר
נַעֲשֶׂה כְּאוֹמַר צָאִי כו' אֲבָל פְּשִׁיטָא דְלֹא שְׁיִיךְ לֹמַר נַעֲשֶׂה כְּמַעֲמִיד פְּרָנְס וּבְזָה אֲנִי תַּמָּה
עַל מ"ש שֵׁם בְּסִפְרָא פְּתוּבָה בַּק"א סִי ע"ו סַק"ט בְּהִנָּאת תַּשְׁמִישֵׁי עֲלִיךְ אֲפִילוּ בְּפַחוֹת
מְשִׁיעוֹר עוֹנָה אֵינּוּ חַל פִּינּוֹן שְׁאָמַר הִנָּאת תַּשְׁמִישֵׁי עֲלִיךְ סִתָּם וְלֹא פִּירוּשׁ סִתְמָא אֲכַל
תַּשְׁמִישׁ קָאִי אִפִּי עַל שְׁיעוֹר עוֹנָה וְכִינּוֹן דְּאֵהִיָּא לֹא חֲנִייל לֹא פְּלִגִּינּוֹן דְּבוּרָא לְאַסּוֹר עֲלִיו
בְּפַחוֹת מְשִׁיעוֹר עוֹנָה וְלִהְתִּיר מַה שֶּׁהוּא יוֹתֵר מְפָשְׁיעוֹר וְאֵע"ג שֶׁהוּא ו"ל בְּחִידוּשֵׁי ר"פ
הַמְדִיר פֶּתַב שְׁאִין לֹמַר נָדַר שְׁהִתֵּר מְקַצְתוּ כו' אֱלָא בְּנָדַר בְּטַעוֹת ע"ש לַעֲנִיד כֹּל שֶׁהוּא
נִכְלָל בְּדְבוּר אֲחָד מִמֶּשׁ לֹא פְּלִגִּינּוֹן דְּבוּרָא וּמַכ"ש בְּזָה שְׁעִיקְרוּ שֶׁל נָדַר הוּא עַל הַפְּקַעַת
הַשְּׁעִבוֹד דְּנֻדָּי הַפְּנוּנָה הַעִיקְרִית עַל הָעוֹנָה הַמְּחַוִּיבָת וְלִכּוֹן אִף שְׁנִכְלָלוּ בְּלִשׁוֹן זֶה גַּם
עוֹנוֹת שֶׁל רְשׁוּת לֹא חֲנִייל כֹּלל פִּינּוֹן שְׁאִין חִלוֹת לְעִיקַר הַנָּדַר כֹּל הַנָּדַר בְּטַל וְכֵן הוּא
בַּמַּהֲרִי"ט סִי ה' שֵׁם שְׁכַתְבֵּי רְאִיָּה דַּא"כ בְּהִנָּאת תַּשְׁמִישֵׁי עֲלִיךְ נִימָא דִּיכֶר שְׁמָא תַּעֲדִיף
יוֹתֵר מִן הֲרָאוּי דְּהָא וְדָאִי לֹא מְשַׁתְּעֵבְדָא לִיהִי בְּכָל שְׁעָה כו' אֱלָא ע"כ שֶׁהַנָּדַר מְעִיקְרָא
לֹא חֲנִייל שְׁאִין בְּיָדָה לְאַסּוֹר עוֹנָתוֹ עֲלִיו וְכִי הֵיכָא דְּמַעִיקְרָא לֹא חַל הַעֲדָפָה נִמְי לֹא חֲנִייל
דְּאִפִּי יִגְרָשְׁנָה לֹא חֲנִייל מְשׁוּם דְּבִשְׁעַת הַנָּדַר לֹא הִיָּה בּוֹ מִמֶּשׁ וְאִין כְּאִן נָדַר מְעִיקְרוֹ ע"ש
וַא"כ דִּינּוֹ שֶׁל הַגָּאוֹן בְּסִפְרָא פְּתוּבָה א"ש אִף טַעֲמוֹ שֶׁכ' דְּמַשְׁעִבוֹד לֵה לְהִיּוֹת פֶּת בְּסִלָּה
צ"ע לַפַּעֲנִיד לְפִי מַש"ל מְדַבְּרֵי הַתּוֹס' לַעֲנִין דְּבָרִים קְטָנִים אַע"ג דְּלֹאֲחַר הַנָּדַר נִתְחַדֵּשׁ
עֲלִיו הַשְּׁעִבוֹד שֶׁל דְּבָרִים קְטָנִים מ"מ שְׁפִיר חַל הַנָּדַר פִּינּוֹן שְׁבִשְׁעַת הַנָּדַר לֹא הִיָּה עֲלִיו
חַיִּיב וְהַגָּאוֹן ו"ל בְּעַצְמוֹ סוּבֵר כֵּן אִפִּי לַעֲנִין הַעֲמַדַת פְּרָנְס שְׂאֵע"פ שְׁלֹאֲחַר הַנָּדַר אִין
הַעֲמַדַת פְּרָנְס מוֹעִיל וַיֵּשׁ כְּאִן שְׁעִבוֹד לֹא אֵיכְפַת לָן וְשְׁפִיר חַל הַנָּדַר קוֹדֵם וַא"כ מַכ"ש
בְּזָה פִינּוֹן דְּהַשְׁתָּא קוֹדֵם שְׁנֹדְרָלָא הִיָּה עֲלִיו חַיִּיב יוֹתֵר מִהָעוֹנָה א"כ חַל הַנָּדַר וְאֵע"ג דַּע"י
שְׁנֹדְרָא אִין כְּאִן פֶּת בְּסִלָּה לֹא אֵיכְפַת לָן בְּהִכִּי פִינּוֹן דְּבִשְׁעַת הַנָּדַר לֹא הִיָּה שְׁיִיכוֹת שְׁעִבוֹד
וּכַמ"ש הַתּוֹס' לַעֲנִין דְּבָרִים קְטָנִים וְאִין לְחַלְקֵי וְלֹמַר דְּהִתָּם קוֹדֵם הַנָּדַר אִין כְּאִן שְׁעִבוֹד
עַל דְּבָרִים קְטָנִים כֹּלל מַשְׂא"כ כְּאִן דְּבָהָא מְלִתָּא גּוּפָא מְשׁוֹנְעֵבְד לֵה שְׁיִהִיָּה לֵה פֶת בְּסִלָּה
וּכְמוֹ שְׁכַתְבֵּי הַרְשָׁפָא בְּנֹדְרִים לַעֲנִין גּוּף הַשְּׁעִבוֹד דְּאִף בְּלֹא מְצוּה הוּא מְשׁוּם דְּמַעִיקְרָא
אֲדַעֲתָא דְּהִכִּי נִשְׂאָת וְנִשְׁתַּעֲבְדוּ זֶה לְזֶה וְה"נ מְעִיקְרָא נִשְׁתַּעֲבְד לֵה שְׁיִהִיָּה פֶת בְּסִלָּה ז"א
דַּא"כ ה"נ נִימָא דְּמַעִיקְרָא נִשְׁתַּעֲבְד לֵה עַל דְּבָרִים קְטָנִים כְּשֶׁלֹּא תוּכַל לְגַלְגַּל עִמּוֹ וַא"כ
בְּשַׁעַת הַנָּדַר יֵשׁ כְּאִן חִלוֹת הַשְּׁעִבוֹד וְאֵינּוּ יְכוּל לְהַפְקִיעוּ א"ו דְּלִיתָא דְּכָל שְׁבִשְׁעַת הַנָּדַר
אִין כְּאִן מְקוּם לְחִיבּוֹ עַל הַדְּבָר שֶׁהוּא נוֹדֵר עֲלִיו שְׁפִיר הוּא יְכוּל לִידְרוֹר עֲלִיו.

וְעוֹד נִרְאָה דְּמְשׁוּם דְּנִימָא דְּמְשׁוֹנְעֵבְד שְׁהִיָּה לוֹ פֶת בְּסִלּוֹ אִין מְקוּם לְהַפְקִיעַ הַנָּדַר כֹּלל
דַּע"כ לֹא אֲמַרִינּוּ הִךָ מְלִתָּא דְּאֵינּוּ דוֹמָה מִי שְׁיֵשׁ לוֹ פֶת כו' אֱלָא לַעֲנִין זֶה שְׁכּוּפִין אוֹתוֹ
לְהוֹצִיא בְּשַׁבַּת אַחַת דְּכִינּוֹן שְׁאֲסָרָה עֲלִיו אִין לֵה פֶת בְּסִלָּה וְקַפְדָּא בְּהִכִּי וְעַל שַׁבַּת א' אוֹ
שְׁתֵּי שַׁבָּתוֹת לֹא קַפְדָּא דְּגַמְרִינּוּ מְנַדָּה אוֹ מִיּוֹלָדָת טְפִי מְהִכִּי קַפְדָּא שַׁע"כ"פ יִהִיָּה לֵה פֶת
בְּסִלָּה וְגַם פִּינּוֹן שֶׁהוּא מְדִירָה סְבָרָה מְסַנִּי סְנִי לֵה וְכַה"ג מְחַלְקֵי לְרַב בֵּין סִתָּם לְמַפְרָשׁ
דְּבִסְתָּם יוֹצֵא לְאַלְתֵּר אַע"פ שְׁעִדִּין לֹא הִגִּיעַ זְמַן עוֹנָתָה מְשׁוּם דְּסְבָרָה מְסַנִּי סְנִי לֵה אֲבָל
מ"מ מְנִין לָנוּ לֹמַר שְׁיֵשׁ ע"ז שֵׁם שְׁעִבוֹד שְׁלֹא יַחוּל הַנָּדַר שְׁאִין נוֹפֵל ע"ז שֵׁם שְׁעִבוֹד
כֹּלל רַק הַשְּׁעִבוֹד הוּא עַל חַיִּיב הָעוֹנָה וְכֹל שְׁנֹדְרָא בְּפַחוֹת מְשִׁיעוֹר לֹא נִשְׁתַּעֲבְד כֹּלל וְחַל
הַנָּדַר וְתַמְתִּין שַׁבַּת א' דְּבַזְמַן כְּזֶה לֹא אֵיכְפַת לָן בְּפֶת בְּסִלּוֹ וְאַח"כ בְּאַמְתָּא יִצְטָרֵף לְהוֹצִיא
אִם לֹא יִמְצָא פֶתַח לְנֹדְרוֹ וַא"כ דִּין הַגָּאוֹן ו"ל אֲמַת וְלֹאוּ מְטַעֲמִיהָ וּכַמ"ש: וְרִאִיתִי בְּסִפְרָא

פְּתוּבָה פֶּתַח לְתַרְץ קוֹשֵׁית אֵא"ז מְהֵרָשׁ"א בְּרִישׁ הַמְדִיר בַּמ"ש הַתּוֹס' דְּמַגּוּפָא דְּמַתְנִיתִין
בְּתַשְׁמִישׁ הָהוּ מְצִי לְאַקְשׁוּיֵי פֶּתַח מְהֵרָשׁ"א דְּמַגּוּפָא מְצִי לְאַדְחֻיֵי דְּתַשְׁמִישׁ דְּאוֹרֵייתָא
לֹא חָל הַגְּדֵר מִשְׁא"כ מְזוֹנוֹת דְּרַבְּנָן וּע"ז פֶּתַח בְּסִפְרָא פְּתוּבָה שֶׁם דְּכִינּוֹן דְּמַתְנִיתִין דְּלַעֲלֵל
גַּם בְּגַמְלָא וְסִפְּן מִיִּירֵי מִשׁוּם קוֹשֵׁית הַש"ס דְּאַיְכָּפֶל תֵּנָא לְאַשְׁמַעֲיָנָן טַיִיל וּפּוֹעֵל וַא"כ אַע"ג
דְּלֹא חָל מִשׁוּם דְּלִפִּי שְׁאִינוּ דוֹמָה כּו' מ"מ לֹא דְּאוֹרֵייתָא ע"ש וּלְטַעֲמִיָּה אָזְיֵל דַּס"ל
דְּכַה"ג שְׁעֵבּוּד מִקְרִי לְהַפְקִיעַ הַגְּדֵר וּלְדִידֵי צ"ע שְׁנַרְאִין הַדְּבָרִים כַּמ"ש דְּמִשׁוּם פֶּתַח
בְּסִלָּה לֹא פִקַּע נְדָרָא וּמ"ש שֶׁם לְהוֹכִיחַ דַּע"כ אֵין הַשְׁעֵבּוּד חָל מִשׁוּם דְּבַעֲי פֶּתַח בְּסִלּוֹ
דַּא"ל"כ קִשָּׁה אֲמַתְנִי דְּהִכָּא אֵיכָּפֶל תֵּנָא כּו' לַפַּעַנ"ד ז"א דְּדוֹקָא הֵתָם חֲשִׁיב לִיה פֶּרְכָּא
כִּינּוֹן דְּאַתִּי לְאַשְׁמַעֲיָנָן דִּין הַמְדִיר מִתַּשְׁמִישׁ אִם אֵיתָא דְּלֹא שְׁיִיךְ רַק בְּטַיִיל וּפּוֹעֵל הוּ"ל
לְפָרוּשֵׁי מִשְׁא"כ כִּינּוֹן דְּעֵיקָר דִּין הַתֵּנָא לְאַשְׁמַעֲיָנָן דִּין נְדָר שֶׁל מְזוֹנוֹת וְשִׁנָּה הַתֵּנָא בְּלִשׁוֹן
קִצְרָה מְלִהּנוֹת לוֹ דְּמִשְׁמַע ג"כ תַּשְׁמִישׁ שְׁפִיר מִשְׁפַּחַת לֵה דְּמִיִּירֵי בְּעִנְיָן שְׁאִין הַגְּדֵר חָל
עַל תַּשְׁמִישׁ כְּגוֹן טַיִיל וּפּוֹעֵל כִּינּוֹן שְׁעֵיקָרוּ מִיִּירֵי לַעֲנִין נְדָר מְזוֹנוֹת וְזֵה בְּרוּר לַעַנ"ד
וּמֵאוּד יֵשׁ לְהַפְלִיא עַל הַגְּאוֹן הַחֲסִיד ו"ל שְׁהַעֲלִים עֵינָיו הַטְּהוֹרִים מְדַבְּרֵי רַש"י בְּסוּגְיָא
דְּלַעֲלֵל דָּף ס"א ע"ב בַּד"ה מְלִהּנוֹת לוֹ כּו' וְאֵית דְּמוּקֵי כְּגוֹן שְׁהוּא מִן הַגְּמֵלִים אוּ מִן
הַסְּפָנִים שְׁאִין לְכוּפּוֹ בְּשִׁבִיל תַּשְׁמִישׁ וְלֹא מְלִתָּא הוּא דְּהָא לְקַמֵּן מוּקֵי דְּאַפּוּלְהֵי קְתָנֵי
מַתְנִיתִין לַעֲנִין מְדִיר שְׁבַת א' עַכ"ל: וּלְדַבְּרֵי הַגְּאוֹן ו"ל צ"ל בְּכּוֹנֵת רַש"י דְּדַחֵי לְהַנְדֹּף
דְּמוּקֵי בְּהִכֵּי דוֹקָא אֵלָא בְּכָל גְּוּוֹנֵי מִיִּירֵי וּמִשׁוּם דְּאִינוּ חָל אֶבֶל זֵה אִינוּ בְּמִשְׁמַע בְּלִשׁוֹן
רַש"י דַּא"כ הוּ"ל לְמִדְּחֵי דְּלִית לָן לְאוּקְמָא מַתְנִיתִין בְּגַמְלָא וְסִפְּן דוֹקָא וּמְלִשׁוֹנוֹ שְׁפַתְב
דְּלַקְמָן מוּקֵי אֲפּוּלְהֵי כּו' נִרְאָה שֶׁר"ל דַּא"כ הוּ"ל כִּינּוֹן שְׁבַת א' יוֹצִיא אֵלָא ע"כ דְּלֹא
מִיִּירֵי מְגַמֵּל וְסִפְּן אֵלָא מְטַיִיל וּפּוֹעֵל דְּאִין הַגְּדֵר חָל כִּלְל וְעַכ"פ הוּא פְּלֵא שְׁלֵא הַזְּכִיר
מְלִשׁוֹן רַש"י בְּזֵה כִּלְל וְעִי שֶׁם בַּק"א סִימָן ע"ו מ"ש רַאֲיָה מִש"ס דְּנְדָרִים וְכֵן מִשְׁמַע
לְכַאוּרָה מְלִשׁוֹן הַרְמַב"ם וּש"ע וְאִין פֶּתַח מְהֵרָשׁ"א דְּמַתְנִיתִין
מְצִינּוֹן לְדַחֻיֵי דְּתַשְׁמִישׁ דְּאוֹרֵייתָא נְלַעַנ"ד דַּא"ש ע"פ דְּבָרֵי הַרְשֵׁב"א בְּנְדָרִים שְׁהַקְשָׁה
כּו' דְּהִנֵּה הַרְשֵׁב"א בְּנְדָרִים הַקְשָׁה בְּהָא דְּנְדָרִים חֲלִי' עַל דְּבַר מְצוּהָ כְּגוֹן סוּכָה וְלוּלָב
דְּנִימָא דְּעֵשָׂה דְּחֵי ל"ת דְּלֹא יַחַל וְתַרְץ דְּאֵיכָּא נְמִי עֵשָׂה דְּכָל הַיּוֹצֵא מִפִּי יַעֲשֶׂה וְכ"כ
בְּשַׁעַר הַמְּלָךְ בְּשֵׁם סִפְּרֵי הַחִינוּךְ וּלְפ"ז לְכַאוּרָה קִשָּׁה בְּהָא דְּאַמְרִינּוֹן דְּתַשְׁמִישׁ מִשְׁעֵבּוּד
לֵה דְּכַתִּיב וְעוֹנֵתָה לֹא יִגְרַע דְּהָא הוּא רַק לֹא תַעֲשֶׂה וַא"נ נִימָא דְּאַתִּי עֵשָׂה דְּכָל הַיּוֹצֵא
מִפִּי יַעֲשֶׂה וְדַחֵי ל"ת דְּעוֹנָה.

וְנִרְאָה דַּא"ש לַפַּמ"ש הַרְשֵׁב"א בְּנְדָרִים שְׁהַתּוֹס' הַקְשׁוֹ אֵהָא דְּאַמְרִינּוֹן מִשְׁעֵבּוּד לֵה דְּהָא
נְדָרִים חֲלִים עַל דְּבַר מְצוּהָ וְתַרְץ דְּהָא דְּאַמְרִינּוֹן מִשְׁעֵבּוּד לֵה הִינּוּ בְּלֹא מְצוּהָ אֵלָא כִּינּוֹן
שְׁנַשְׂאוּ זֵה אֵת זֵה שְׁעֵבְדוּ עֲצָמָם זֵה לְזֵה שֶׁע"ד כֵּן נִיסַת לוֹ מִתְחַלְּהָ וַא"כ א"ש דְּאַרְף דְּמַחְמַת
הַל"ת דְּלֹא יִגְרַע הָהוּ אֲמַרִינּוֹן דְּאַתִּי עֵשָׂה וְדַחֵי לִיה מ"מ מְצַד הַשְׁעֵבּוּד לֹא נֶאֱסַר עֲלֵיהָ
דְּהוּהָ כְּאוּסַר עֲלֵיהָ דְּבַר שְׁהוּא שְׁלָה וַא"כ אֵין מְקוּם לְקוֹ' מְהֵרָשׁ"א דַּא"א לְחַלְקָא בֵּין
תַּשְׁמִישׁ דְּאוֹרֵייתָא דְּהָא מְצַד הַמְצוּהָ אֲתִי עֵשָׂה דְּנְדָר וְדַחוּ לִיה וְאִין מְקוּם לְהַתִּיר
הַתַּשְׁמִישׁ רַק מְצַד שְׁעֵבּוּד שְׁנַשְׁתַּעְבְּד לֵה בְּשַׁעַת נְשׂוּאִין, וְהָרִי שְׁעֵבּוּד זֵה הִנֵּה כְּמוֹ כֵּן עַל
הַמְצוּנוֹת וְאִם אִינוּ חָל עַל תַּשְׁמִישׁ גַּם עַל מְזוֹנוֹת לֹא יַחַל וְשְׁפִיר הַקְשׁוֹ הַתּוֹס' עַל רַש"י.

והנה פבר הבאתי דברי רש"י במ"ש ואית דמוקי לה פגון שהוא מן הגמלים כו' ובלשון רש"י שם איפא תמיה טובא כמ"ש לקמן וראיתי להעתיק לכ"ת מ"ש בזה בחידושים על דברי התוס' שהקשו דמגופא דמתניתין הו"מ למפרה.

ולענ"ד נראה דא"ש דהנה רש"י לעיל דף ס"א כתב על הך מתני' ונ"ל ואית דמוקמי פגון שהוא מן הגמלים או מן הספנים שאין לכופו בשביל תשמיש ולא מלתא הוא דהא מוקי לקמן אפוליה קתני מתני' לענן מדיר שבוע אחת עכ"ל: וכדי ליישב דעת האית דמוקי דודאי לאו קטל קניא נינהו והאיך נעלם מהם ש"ס מפורש לקמן דהנה התוס' דף ס"ג כתב דמדיר הוי טפי פת בסלו ממורד ולכה שפיר גליף מדיר מנדה דהוי פת בסלו וגם לכה מוסיפין במורד ולא במדיר עי' שם ושם בדרף ס"ב דקאמר דמתניתין דמדיר מתשמיש שבת א' דמוקי דאפוליהו קאמר טעמא משום דאינו דומה מי שיש לו פת בסלו כו' מבואר דמדיר לא חשיב פת בסלו ודוחק לומר דחשיב טפי פת בסלו ממורד לענן דאין מוסיפין אבל מ"מ לא חשיב פת בסלו לענן דשבת אחת כופין להוציא דמסתבר אי חשיב פת בסלו לכוף מלתא פת בסלו הוא וצ"ל דהא דאמרינן התם אפילו מורדת נדה ומפליגין מחמת פת בסלו שמואל קאמר לה התם ואלויבא שפיר כתבו התוס' שם דמדיר הנה פת בסלו שמואל ימצא פתח לנדרו דשמואל ס"ל הכי ומוקי מתני' אפילו בסתם שמואל ימצא פתח א"כ מדיר לא הנה פת בסלו כלל וא"ש הא דמוקי מתניתין אפוליהו משום שאינו פת בסלו די"ל דזה קאי אליבא דרב דלדידה מדיר לאו פת בסלו הוא והא דאין מוסיפין במדיר לרב אכתוב לקמן.

ולפ"ז י"ל שזהו דעת האית דמוקי בגמלים וספנים שהם מפרשין כן אליבא דהלכתא דקי"ל כשמואל ולדידה בגמלים וספנים אין לכוף בשבת א' משום דשפיר הנה פת בסלו שמואל ימצא פתח לנדרו.

אך י"ל דז"א דהא בש"ס מוקינן לה באומר צאי מעשה ידיך במזונותיה והתוס' ס"פ אעפ"י כתב לרב אשי דאמר אוכלת מליל שבת היינו תשמיש אפילו הוא כן הואיל ומשרה אותה ע"י שלישי כו'.

ונראה דה"ה באומר צאי מ"י למזונותיה הדין כן וכ"כ בספר פתובה שם. ולפ"ז מיד שאומר לה צאי מ"י חזר עונת גמל וספן להיות כמו טייל ופועל וא"כ גם אליבא דשמואל א"א לאוקמי גמל וספן דגם אינהו דין טייל ופועל יש לו וצ"ל דהך אית דמוקי סברי פדעת הפוסקים דאף במשרה ע"י שלישי כל חד עונתיה פדיניה וה"ה באומר צאי ורש"י ז"ל סובר בזה פהתוס' (עי' בש"מ בשם תר"י שכ' בשם רבני צרפת דלא פהתוס' בזה) וכמ"ש לקמן בלשון רש"י בזה.

ולפ"ז לק"מ קושית התוספות על רש"י דלפריה מגופא דמתניתין משום דרש"י שפיר כ"כ לפרש המשנה אליבא דמסקנא ונקימת הש"ס דאמר צאי מ"י וא"כ גם גמל וספן דינו כטייל ופועל ושפיר קאי אפוליהו דמתשמיש לא נאסר שאינו חל משום דמשועבד לה משא"כ בס"ד דלא ידע דמייירי באומר צאי לא הוי מצי לאוכחי מתשמיש דלא חיייל משום דמשועבד לה די"ל דשפיר חל אלא דמייירי בגמלים וספנים וכדעת האית דמוקי ולכן בשביל תשמיש אין לכופו וא"ל דאעפ"כ יש לכופו משום פת בסלו ז"א דהא קושית הגמרא הך לא אזלי אליבא דרב וכמ"ש התוס' דלרב איפא לאוקמא פגון דתלנהו

למזונות בתשמיש רק אליבא דשמואל קשיא ליה וכמו שתירצו התוס' לקמן ואליבא דשמואל שפיר הנה במדיר פת בסלו שמה ומצא פתח ואין בגמל וספן כלל בשביל תשמיש והה מתני' דקתני שבת א' אליבא דשמואל ע"כ מייירי בטייל ופועל או במשנה על ידי שלישי או שאמר צאו דכנלהו כטייל ופועל ניהו.

וא"כ אליבא דשמואל מגופא דמתניתין לא מוכח מידידי"ל דשפיר חל על שעבוד דתשמיש ומזונות ומ"מ אין לכופו בשביל כה בגמל וספן דעונתה רחוקה ופת בסלו הנה דשמה ומצא פתח לנדרו ולכה הנצרה להקשות ממתניתין דקונם שאני עושה לפיה משא"כ רש"י פירש שפיר דאין חל על תשמיש אליבא דמסקנא דמייירי באומר צאו מ"י וגמל וספן דין אחד להם כמו טייל ופועל ואפילו אליבא דשמואל יש לכופו אם היה חל.

אף באמת אינו חל על תשמיש כלל: ועפי"ז פירשתי דברי רש"י בדה"א ע"ב ש"כ ונ"ל מלהנות לו עד שלשים יום קונם את נהנית לי עד שלשים יום ולא הדירה מהנאת תשמיש דהא לא חייב משום דמשעבד לה וגבי מזונות נמי מוקמינן לקמן באומר צאי מ"י למזונותיה ופרנס משום דלא ספקה ואית דמוקי פגון שהוא מן הגמלים או מן הספנים שאין לכופו בשביל תשמיש ולא מלתא דהא לקמן מוקי אכולהו קתני מתניתין לענין מדיר שבת אחת עכ"ל: והנה בלשון רש"י זה איבא תמיה טובא חדא דמפרש קונם את נהנית לי עד שלשים יום ונקט מלתיה אליבא דרב והרי בש"ס כאן ושם גופא מיייתי עלה פלוגתא דרב ושמואל והפוסקים פסקו נמי להלכה כשמואל ולשמואל הך עד שלשים יום אלבתריה קאי דיעמוד פרנס ועוד דמלשון רש"י שכתב וגבי מזונות נמי מוקמינן כו' מבואר דמגופא דמתניתין דקאמר דלא חייב אתשמיש מוכח דלענין מזונות מייירי באומר צאי ובאמת שהש"ס כאן לא הוכרח זה מגופא דמתניתין רק מהה דקונם שאני עושה לפיה וכמו שהקשו התוספות באמת על רש"י דהכא ועוד קשה דהא גם הני דמוקי בגמלים וספנים ע"כ דלא פליגי דינא על רש"י דאין חל על תשמיש יותר משיעור עונה כמבואר בנדרים דף ט"ו דפריה והא משועבד לה ומשני באומר הנאת תשמישה עלי כו' והכא פיון דקאמר מלהנות לו הוא באומר הנאת תשמישי עליה דלא חל וא"כ מי הכריח אותם לאוקמי בגמלים וספנים ולצאת מידי פשוטו דמייירי אף בטייל ופועל ומשום דלא חל וגם יש לדקדק מה שהפסיק רש"י וכתב וגבי מזונות נמי ואח"כ פתב ואית דמוקי כו' ואף שיש לומר דאסוקי מלתא הוא ושוב חזר לומר על הדרת תשמיש אית דמוקי כו' אף לפמ"ש יש לפרש באופן מרנח ודברי רש"י מדוקדקים מאד דהנה מה דמוקי הש"ס באומר צאי כו' הכריח הש"ס משום דקשיא ליה מתני' דקונם שאני עושה לפיה והיינו אליבא דשמואל דס"ל דמדיר הנה פת בסלו ואין הכרח מגופא דמתניתין משא"כ אליבא דרב דמדיר לא הוי פת בסלו יש הכרח מגופא דמתניתין דע"כ דמתניתין מייירי בטייל ופועל ומשום דלא חייב וא"כ הך דמזונות ע"כ מייירי באומר צאי ושוב א"צ לומר בטייל ופועל דוקא דגם בגמל וספן דינו כטייל ופועל וזה פונת רש"י בכאן דבעי לפרושי הך דמזונות באומר צאי ולכה נקט מלת' אליבא דרב וא"כ א"א לאוקמי בגמלים וספנים וע"כ משום דלא חל וגבי מזונות נמי מוקמינן כו'.

וע"ז פתב ואית דמוקי כו' שאע"פ שהם מודים לדינא דרש"י דלא חל אתשמיש מ"מ בעי לאוקמי בגמלים וספנים דאין לכופו משום תשמיש וממילא שאין הכרח מגופא דמתניתין

לפרש גבי מזונות שאמר צאי וע"ז כתב רש"י דליתא דהא אליבא דרב קיימינו ואלבינה מוקמינו לקמן אפלהו וא"כ אי מיירי בגמלים וספנים ודאי דהגדר חל דאף דלרב י"ל דאינו דומה מ"מ זה לאחר חלות הגדר אבל מ"מ שפיר חל הגדר בשעתו דאין פאן עונה בגמלים וספנים ומ"מ פיון דאינו דומה יש לכופו להוציא בשבת אחת אלא ע"כ מוכח מגופא דמתניתין דלא חל אתשמיש וזה דמזונות מיירי באומר צאי כו' ולכך נקט רש"י מלתיה אליבא דרב דלשמואל שפיר יש לומר פהנה אית דמוקי דלדידה דהנה פת בסלו משום שמה ימצא פתח לא יוציא בשבת אחת ומהאי טעמא לא פריה הכא מגופא דמתניתין וכמ"ש: ובאופן אחר י"ל דהא דאמרין בגדרים דתשמיש דבר שאין בו ממש הוא כתבו דאין הגדר חל רק מדרבנו והב"י בס"י קל"ט כתב בשם הריב"ש דמתרצין דבוריה פאילו אמר הנאת גופה.

והנה תירוצי הריב"ש לא שייך אלא באומר בפירוש הנאת תשמיש דכיון שהיא דשאב"מ יש לנו לתרץ דבורו משא"כ באומר לו סתם שכולל כל הנאות אם אינו חל על דבר שאב"מ מנ"ל לתרץ דבוריה שאסר הנאת גופו לתשמיש עליה וא"כ אף אם הנאת תשמיש בכלל דבר שאב"מ הוא וצ"ל דבאמת אינו אסור אלא מדרבנו והר"ן בגדרים כתב דאף שגדר מתשמיש דרבנו והשיעבוד מדאורייתא מ"מ יכולין חכמים לעקור דבר מה"ת והיינו בקונם הנאת תשמיש עלי לפי שאין מאכילין כו'.

ולפ"ז א"ש דמגופא דמתניתין לק"מ די"ל פיון דמשועבד מדאורייתא והגדר אינו חל רק מדרבנו לא חל משא"כ מזונות אפילו אי מזונות דאורייתא מ"מ הגדר ג"כ דאורייתא ושפיר חל הגדר ולכך הוצרך להקשות מקונם שאני עושה לפיה דהתם נמי הגדר חל דאורייתא כמבואר לעיל דף נ"ח ואפ"ה לא חל: והנה ראיתי מ"ש כ"ת בשם ספר שער המלך הלכות גדרים בשם ס' קול יעקב שכתב בהך דגדר שהותר מקצתו לחלק בין חל מעיקרו והותר מקצתו ע"י פתח ובין אם מעיקרו לא חל על מקצתו והביא ראיה מסוגיא זו ובאמת לפי טעם הירושלמי אין מקום לחלק פיון דעכ"פ לא נתקיים כל היוצא מפיו ובשער המלך שם כתב חילוק אחר ועי' בחידושי הריטב"א שבועות כ"ט דנשבוע לשלם קרו ורבית אף שאינו חל על הריבית חל על הקרו ולא אמרינו הותר מקצתו במידי דממילא ודוקא ע"י התרה אמרינו הכי ועיין בחידושי הרשב"א בגדרים דף י"א דגדר הגי' על ידי פתח ודוקא אמרינו הכי.

ושוב ראיתי פי בשער המלך הביא דברי הריטב"א דשבועות וכתב שהביאם במחנה אפרים והקשה ע"ז מהריטב"א דכתובות בסוגיא דקונם שאני עושה לפיה. עי' שם מתשובת הר"ן בזה וקצתתי: אף כדי ליישב דברי רש"י הנה זה פביר שעמדתי על קושיא זו וכתבתי בחידושי לתרץ עפ"י מ"ש הרשב"א בגדרים דף ט"ו בהך דאמר התם הנאת תשמיש עלי חל הגדר דהא לא מיקרי הנאה כלל פיון דהוא מחויב בה משום מצות עונה ומצות לאו להנות ניתנו ותירץ דהמצנה הוא מחמתה וכיון שבאומר הנאת תשמיש עלי חל הגדר ופקע שעבודא ואין פאן מצוה ושוב מיקרי הנאה עי' שם אף זה באומר הנאת תשמיש עלי משא"כ באומר הנאת תשמיש עלי דקי"ל דבכה"ג לא חל הגדר משום דמשועבד לה וכיון שיש פאן שעבוד אין פאן הנאה דהא מצוה הוא ומצות לאו להנות

ניתנו וא"כ אפילו אם משמש עמה אין בזה ביטול הגדר דהא גדר מלהנות לו ואין זה הגאה אלא מצנה.

ולפ"ז א"ש מ"ש רש"י אין הנאת תשמישו נאסר עליה דהא משועבד לה וא"כ יש פאן מצנה ואין בהנאת תשמישו ביטול הגדר כלל וא"כ שפיר חל הגדר על מזונות דא"ל דבטל מקצתו בטל כולו דז"א דאף מקצתו לא נתבטל שמה שהדירה שלא תהנה ממנו אין זה מתבטל לפי שהוא מקיים מצות עונה לאו להנות ניתנו: ובזה יש ליישב לשון רש"י לעיל דף ס"א ע"ב שכתב רש"י אהה מתניתין מלהנות לו כו' ולא הדירה מהנאת תשמיש דהא לא חגיל משום דמשעבד לה כו'.

ולכאורה מתחלת לשונו משמע שהוא לא הדירה כלל מהנאת תשמיש והיינו כשיטת התוס' דהכא דלהנות לו לא משמע תשמיש ושוב כתב דהא לא חגיל כו' משמע דשפיר יש בלשון זה שמדירה מהנאת תשמיש ג"כ אלא שאינו חל משום דמשועבד לה וכשיטת רש"י פאן וכו' ראיתי מי שדקדק בזה בלשון רש"י ז"ל שהיא סתירה תכ"ד ולפי מ"ש לשון רש"י מדקדק היטב דנדאי אם היינו אומרים דחל הגדר ופקע השיעבוד אז היתה אסורה בתשמיש מלשון להנות לו שכולל כל הנאות דכיון שפקע השיעבוד ואין פאן מצנה הנאת תשמיש הגאה מיקרא וכמו שכתב הרשב"א בהנאת תשמישה עלי אכל באמת בגונא דהכא שאסר הנאתו עליה אין הגדר חל משום דמשועבד לה ויש פאן מצנה א"כ ממילא שבלשון גדר זה אין נכלל בו הנאת תשמיש שאינו הגאה רק מצנה שלא ניתנה להנות ומדקדק לשון רש"י שלא הדירה מהנאת תשמיש שאף שבכלל להנות כל הנאות במשמע מ"מ הנאת תשמיש אינו בכלל וטעמא דהא לא חגיל משום דמשועבד לה וא"כ כיון שהקונם לא הפקיע השעבוד והמצנה במקומה עומדת ולא חשיבא הגאה ממילא דאין פאן גדר מעיקרא על הנאת תשמיש כלל: ובזה יש ליישב מה שהקשו המפורשים הביאם בש"מ על רש"י מדברי הירושל' שהקשה על מתניתין דהכא ומתניתין דהמדיר את אשתו מתשמיש המטה ומתרץ תמן במדירה מגופו ברם הכא במדירה מנכסיו הרי מבואר דהירושל' מפרש דלהנות לו אין תשמיש במשמע וכשיטת התוס' ונראה לתרץ ע"פ מה דאמרינן בגזרים דף ט"ו דהנאת תשמיש הו"ל דבר שאין ממש ואין גזרים חלים על דבר שאין בו ממש.

והקשו המפורשים שם דאם פן קונם הנאת תשמישה עלי לא יחול ותירצו הרשב"א והר"ן שם דאין הכי נמי דלא חל רק מדרבנן והנה הר"ן שם הקשה דא"כ כיון דהגדר דרבנן והשעבוד דאורי' היכא מצוי חגיל וכתב דיכולים ב"ד לעקור דבר מן התורה בשב ואל"ת וזה תלוי בפלוגתא דרבה ור"ח ביבמות דף צ' אף לדעת הסמ"ג דפוסק כראב"י לעיל דף מ"ח דעונה ג"כ מדרבנן א"ש בפשיטות אף כ"ז באומר הנאת תשמישה עלי לפי שאין מאכילין כו' אכל באומר הנאת תשמישי עליה אף ע"פ שהעונה דרבנן מ"מ גדר של תשמיש שהיא דבר שאין בו ממש היא ג"כ דרבנן ולא מצוי חגיל משא"כ במזונות דמוקי הירושלמי ה"ם כמ"ד אין מזונות לאשה ד"ת א"ש דגדר של מזונות הוא דבר שיש בו ממש ואתי גזרא דאיסור דאורי'תא ומפקיע שעבוד מזונות דרבנן.

ולפ"ז א"ש שהוצרה הירושלמי לפרש דמתני' מייירי שלא הדירה מגופו רק מנכסיו דאם הדירה מגופו ג"כ אלא דלא חל הגדר א"כ גם הגדר שהדירה מנכסיו לא חל דהו"ל גדר

שְׁהוּתָר מְקַצְתוֹ וְהִירוּשְׁלָמִי לְשִׁיטְתוֹ דַּס"ל דִּילְפִינָן מְכַל הַיּוֹצֵא מִפִּיּו כּו' וּא"ל כּמ"ש דְּבִאֲמַת מְתַקְיִים כָּל הַנֶּדֶר דְּמַצּוֹת לְאוּ לְהַנּוֹת נִתְּנָו ז"א לְפִי מ"ש הֶרְזַ"ה בְּמִסְכַּת ר"ה דְּבְמַצּוֹת דְּרַבְּנָן שְׁפִיר אֲמַרִינָן דְּמַצּוֹת לְהַנּוֹת נִתְּנָו מִשָּׂא"כ בְּש"ס דִּידָן דְּקִיָּמִינָן לְמ"ד מְזוֹנוֹת דְּאוֹרֵינָי כּמ"ש הַפ"י לְקַמָּן עַל קוֹשְׁיַת הַתּוֹס' גְּבִי הַגִּיעַ הַזְּמָן וּכ"כ הֶרְשֵׁב"א הֵבִיאוּ בְּש"מ וְלְמ"ד מְזוֹנוֹת דְּאוֹרֵינָי ע"כ דְּדַרְרִישׁ קָרָא דְּשִׁאָרָה כּו' כְּמִשְׁמַעוּ וּא"כ עוֹנָה נְמִי דְּאוֹרֵינָי כְּמִבְּנוֹת לְעֵיל דָּף מ"ח שְׁפִיר י"ל דְּהַדִּירָה גַם מְגוּפּוֹ אֶלָּא דְּלֹא חֲנִיל וּמ"מ אִין כָּאן בִּיטוּל הַנֶּדֶר פִּינּוֹן דִּישׁ כָּאן קִיוּם מַצָּנָה דְּאוֹרֵינָי וְלֹא לְהַנּוֹת נִתְּנָו וְשְׁפִיר חֲנִיל עַל מְזוֹנוֹת וְקִרְיָנָן בִּיָּה כָּל הַיּוֹצֵא מִפִּיּו כּו': וְהִנֵּה בְּמ"ש לְעֵיל דְּבִהֲנָת תְּשֻׁמִּישֵׁי עֲלֵיהּ פִּינּוֹן דְּלֹא חֲנִיל אֲמַרִינָן מַצּוֹת לְאוּ לְהַנּוֹת נִתְּנָו יֵשׁ לְדַחּוֹת לְכַמ"ש הֶרְשֵׁב"א בְּנִדְרִים דְּמַצּוֹת עוֹנָה לִיכָּא גְּבִי דִּידָה רַק גְּבִי דִּידָה וּלְפ"ז לְעַנְנָן הַנָּתָת תְּשֻׁמִּישֵׁי עֲלֵיהּ לֹא שְׁיִיכָּא הִךָ סְבָרָא דְּלֹא לְהַנּוֹת נִתְּנָו פִּינּוֹן דְּאִין עֲלֵיהּ מַצָּנָה שְׁפִיר חֲשִׁיב הַנָּאָה לְגְּבִי דִּידָה וְכִינּוֹן שְׁאָסֵר עֲלֵיהּ הַנָּאָה וְנִמְא נִימָא דְּאִינוּ חַל וּמְחַוְיָיב לְשִׁמְשׁ עִמָּה יֵשׁ כָּאן בִּיטוּל נֶדֶר וְשְׁיִיכָּא לְמִימַר נֶדֶר שְׁהוּתָר מְקַצְתוֹ וְהֶרְשֵׁב"א שֵׁם קָאִי לְעַנְנָן הַנָּתָת תְּשֻׁמִּישֵׁי עֲלֵי שְׁפִיר קָאֵמַר דִּי"ל פִּינּוֹן דְּעֲלִיו רְמִיָּא הַמַּצָּנָה לֹא חֲשִׁיב הַנָּאָה גְּבִי דִּידָה.

אָף י"ל דַּא"ש לְכַמ"ש הֶרְשֵׁב"א שֵׁם לְהַקְשׁוֹת דְּנָהִי דְּמַפְקִיעַ מִשְׁעֵבּוּד עוֹנָה מ"מ הָא אִיכָּא מַצּוֹת פ"ו וְתִרְצַן דְּאֶפְשָׁר לִיה לְקִיוּמִי בְּאַחֲרִיתִי. וְהִנֵּה הַב"ש בַּא"ע ס' א' הֵבִיָּא דְּעוֹת הַפּוֹסְקִים דְּגַם אִשָּׁה חֲיִיבָת בְּמַצָּנָה דְּשִׁבְתָּ וְלְעַנְנָן שִׁבְתָּ לֹא שְׁיִיכָּא אֶפְשָׁר לְקִיוּמִי בְּאַחֲרִיתִי וּא"כ גַם לְעַנְנָן הַנָּתָת תְּשֻׁמִּישֵׁי עֲלֵיהּ י"ל דְּלֹא חֲשִׁיב הַנָּאָה גְּבִי דִּידָה פִּינּוֹן דְּאִיכָּא מַצָּנָה יֵשׁ עַל דְּלֹא לְהַנּוֹת נִתְּנָו אֶלָּא שְׁלַפ"ז אִינוּ עוֹלָה יָפָה בְּשִׁיטַת הֶרְזַ"ה שְׁכַתְּבִתִּי לְעֵיל פִּינּוֹן דְּלִיכָּא רַק מַצּוֹת שִׁבְתָּ דְּרַבְּנָן לְהַנּוֹת נִתְּנָו וּמוֹכַח כְּשִׁיטַת שְׁאָר פּוֹסְקִים הַחוּלְקִים עַל הֶרְזַ"ה וּס"ל דַּאָּף בְּמַצָּנָה דְּרַבְּנָן אֲמַרִינָן לְאוּ לְהַנּוֹת נִתְּנָו.

וּלְפ"ז א"א לְתַרְצַן הִירוּשְׁלָמִי דְּלְעֵיל עַל הַדֶּרֶךְ שְׁכַתְּבִתִּי. וְאֶפְשָׁר לֹמַר דַּא"ש ע"פ מ"ש דְּהִירוּשְׁלָמִי מוֹקִי מְתַנִּיתִין כּמ"ד מְזוֹנוֹת דְּרַבְּנָן וְלִדִּידָה י"ל דְּעוֹנָה ג"כ דְּרַבְּנָן.

וּלְפ"ז לְפִי שִׁיטַת רַש"י שְׁכַתְּבִי אִוְקִימָתָא דְּהַגִּיעַ זְמַן דְּנֶדֶר דְּאוֹרֵינָי חַל הַשִּׁיעֵבּוּד דְּרַבְּנָן וְכֵן הוּא שִׁיטַת הִירוּשְׁלָמִי דְּלִכְּנָן מִשְׁנֵי דְּאִתִּי כּמ"ד מְזוֹנוֹת דְּרַבְּנָן א"כ א"א לֹמַר דְּלֹא חֲנִיל אִתְּשַׁמִּישׁ מִשׁוּם דְּמִשְׁוֹעֵבְדָּ לֵה דְּהָא שְׁיַעֲבֵד הַתְּשַׁמִּישׁ אִינוּ אֶלָּא מְדַרְבְּנָן וְשְׁפִיר קָשְׂיָא לָן מִמְתַּנִּי דְּהַמְדִיר מַת"ה דְּפִלְגִי ב"ש וּב"ה.

וְהַנְּצָרָה לְתַרְצַן דְּמִיָּירִי בְּמַדִּירָה מְנַכְסִיו בְּפִירוּשׁ מִשָּׂא"כ בְּש"ס דִּידָן דְּקִיָּמִינָן לְמ"ד דְּמְזוֹנוֹת דְּאוֹרֵינָי וּפְשִׁיטָא דְּעוֹנָה ג"כ דְּאוֹרֵינָי לְדִידָה וְלִכְּנָן מְתַפְרֵשׁ בְּפְשִׁיטוֹת דְּלֹא קָאִי אִתְּשַׁמִּישׁ כָּלל אָף שְׁיֵשׁ בְּכָלל הַנֶּדֶר לְשׁוֹן תְּשַׁמִּישׁ וּא"צ לְאוֹקְמָא בְּמַדִּירָה מְנַכְסִיו אָף כ"ז שְׁכַתְּבִנּוּ דְּלֹא הָוִי בִּיטוּל מְקַצְתוֹ מִשׁוּם דְּלֹא לְהַנּוֹת אִינוּ אֶלָּא לְפִי שִׁיטַת הֶרְשֵׁב"א שְׁזַכְרִתִּי אֲבָל לְשִׁיטַת הַתּוֹסְפוֹת וְהֶר"ן לֹא שְׁיִיכָּא מַצּוֹת לְאוּ לְהַנּוֹת אֶלָּא פְּשָׁאִין שֵׁם הַנָּאָה אַחֲרַת מְבַלְעָדִי הַמַּצָּנָה כְּגוֹן תְּקִיעַת שׁוֹפָר וְכִיוֹצֵא וּא"כ כָּאן לֹא שְׁיִיכָּא הִךָ דְּמַצּוֹת לְאוּ לְהַנּוֹת וּא"כ הֶדְרָא קוֹשְׂיָא לְדוֹכְתָּה נִימָא נֶדֶר שְׁהוּתָר מְקַצְתוֹ כּו' וְכֵן יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת בְּהָא דְּאֲמַרִינָן קְוָנָם שְׁאֵנִי עוֹשֶׂה לְפִיָּה ר"ע אֹמַר יָפָר שְׁמָא תְּעַדִּיף כּו' וּמַה בְּכָהּ פִּינּוֹן שְׁאִין הַנֶּדֶר כְּלוּל לְהַתְקַיֵּים דְּמַעֲשֶׂה יְדִיָּה גּוֹפִיָּהוּ מִשְׁתַּעֲבָדִי לְבַעַל וּר"ע גּוֹפָא אֲמַר בְּנִדְרִים הִךָ מְלִתָּא דְּנֶדֶר שְׁהוּתָר מְקַצְתוֹ כּו' וּבְזָה לֹא שְׁיִיכָּא הִךָ דְּמַצּוֹת כּו' וְקָשְׂיָא אָף לְשִׁיטַת

הרשב"א וילנה י"ל דהנה המפורשים כתבו בטעמא דנדר שביטל מקצתו משום שלא הנה דעתו שיחול רק באופן שיחול כולו ובשו"ת מהרי"ט סימן מדמי לקני את נחמור דמתוך שלא קנה זה כו' והנה בשו"ת נ"ב חלק ח"מ סי' כ"ו כתב דהמקנה נכסים שיש לו עתה ונכסים שיבואו לו אח"כ לא דמי לקני את נחמור ולא אמרינו שדעתו שלא יקנה נכסים שיש לו עתה אם לא יקנה הנכסים שיבואו לו אח"כ ג"כ דז"א דמי ימר שיבואו לו נכסים אח"כ כלל ע"ש.

ולפי זה במדרת מעשה ידיה דאמרינו שפא תעדיף אין לתלות זה בזה לומר דהוי פקני את נחמור דמאן ימר שיהיה לה העדפה שע"י הדחק כלל אבל אחר העיון ז"א דשפיר אמרינו דאע"פ שאינו קונה הנכסים העתידיים לבא מ"מ שפיר קונה הנכסים של עכשיו משא"כ פאן הוא להיפך שמעשה ידיה הם דברים העתידיים לבא ועבידו דאמי לא מציא אסרה עליו דהא משעבדי ליה רק העדפה שע"י הדחק מציא אסרה ושפיר י"ל שלא הנה דעתה שיחול על העדפה דהוא מלתא דלא שכיחא אם אינו יחול על גוף מעשה ידיה ומכ"ש למאי דקי"ל נדר שהותר מקצתו ומכ"ש לטעם הירושלמי דיליף מכל הינצא כו' א"כ בכל ענין שאינו מתקיים כולו אינו חל כלל ונראה דא"ש דהנה קי"ל לעיל ובגדרים דאין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו, ונראה פשוט דמ"מ אם אמר פרוטי ופרוטיה קונם עליה שפירות המדיר אסורין עליו אע"פ שפירות של המדיר עצמו מותרין לא אמרינו בזה נדר שהותר מקצתו כו' דמה שאסר פירות חבירו על חבירו אין חל עליו שם נדר כלל ולא שייך בזה כל הינצא מפיו כו' שזה שייך במקום שיש עליו תורת נדר וכגון נדר בטעות פההיא דגדרים שם שאמר כולכם אסורים ונמצא אביו בתוכם וכל כה"ג שיש עליו תורת נדר אלא שהיא מקצתו נדר גרוע שאינו חל אבל בכה"ג שרוצה לאסור של חבירו על חבירו ע"ז לא שייך תורת נדר כלל ובכה"ג נדאי דלא אמרי' הותר מקצתו כו' והנה בהא דאמרינו פינו דמשעבוד לה לא מצוי מדיר כתבו הרשב"א והר"ן בגדרים טעמא דזה הוי פאוסר פירות חבירו על חבירו וכ"כ הרמב"ם בהלכות גדרים ע"ש.

ולפ"ז א"ש בפשיטות דלא חל אתשמיש ומ"מ חל אמזונות בגנונא דמוקי בש"ס ולא שייך נדר שהותר מקצתו דאותו מקצת שהותר משום דמשעבוד לה הו' פאוסר פירות חבירו על חבירו ואין עליו תורת נדר כלל ולא אמרינו ליה הותר מקצתו וכן א"ש הא דר"ע אומר יפר שפא תעדיף דהו' דמעשה ידיה אינו חל מטעמא דאין אוסר פירות חבירו על חבירו הוא פמבואר שם.

ושוב אחר זמן רב שכתבתי זה יצא לאור עולם ספר הפלאה למחונתני הגאון החסיד ז"ל וראיתי שכתב ג"כ דרש"י ס"ל לחלק בין נדר טעות להיכא שאינו חל משום דמשעבוד לה שמה שמשעבוד לא נאסר ושאינו משועבד נאסר וכ"כ שם בק"א ודבריו סתומים קצת ואפשר שקיצר וכוננתו למה שכתבתי והנה המ"ל הלכות מלנה ולנה הקשה לשיטת רש"י דס"ל להתיר רבית ע"י שליח א"כ מאי פריה ופרנס לאו שליחותיה קעביד וכן הקשה הט"ז סי' ק"ס והנה לשיטת הרשב"א והר"ן דס"ל דמדיר אינו לוקה רק המדיר לוקה לק"מ רק לשיטת הרמב"ם בהלכות גדרים דהמדיר לוקה וכן משמע מדברי רש"י פאן שכתב ונמצא עובר על נדרו תיקשי.

ונ"ל דא"ש ע"פ מה דאמרינו דהרמב"ם וכל הפוסקים פסקו דיש מעילה בקונמות ונהרי
בריש פ"ב דקידושין אמרי' דבמעילה יש שלים לדבר עבירה אף כל זה לפי מה שהבינו
הרשב"א ונהר"ן בדברי הרמב"ם.

אמנם הלח"מ פתב דלהרמב"ם לוקה אבל מ"מ לא מעל והיינו פדי לתרץ קושית
הרשב"א ונהר"ן מהא דקאמרי בנדרים דף ל"ד למעול נותן הא לא אסירא עליו ולענ"ד
יש ליישב דבאמת הא דלוקה המדיר פשמהנה חבירו היינו דוקא פשמהנה אותו בגופו
שפאה ההנאה מיד משא"כ בזה שנותן לו במתנה הרי עדיין לא נהנה מן הכפר רק דס"ד
דלמעול נותן מחמת שנהנה מן הכפר במה שנותנו לחבירו אהא קאמר דנותן שפיר יכול
להנות ממנו שלא נאסרה הנאת הכפר עליו ומה שמהנה למקבל הרי לא נהנו ממנו עדיין
עד שיוציא ואז הנותן לא קעביד מידי ומקבל אדעפיה דנפשיה קעביד במה שמוציאו
ולא דמי להקדש שאם לקח מן ההקדש ונתן לחבירו מעל בנתינתו דשאני התם שהוא
נהנה מן ההקדש בזה שנותן לחבירו ולכך מעל משא"כ פאן אע"פ שהנותן נהנה אין בכך
כלום שלא אסר הנאת הכפר על עצמו רק על חבירו ונחבירו עדיין לא נהנה ואפילו תימא
דשפיר מיירי הנאה לחבירו גם לגבי חבירו במה שמקבל המתנה מ"מ פיון שהמקבל
אומר היתרא בעייתי כו' א"כ לא נהנה המקבל כלל.

ואמנם נלענ"ד דכל שלא נהנה ממש אין הנותן עובר אפי' אם לא היה יכול המקבל לומר
היתרא בעייתי וראיה לדבר מדקתני המדיר את אשתו מלהנות לו יוציא ולכאורה קשה
פיון שצריך להקנות לה הגט לגמרי אפילו תימא שאין בנייר ש"פ מ"מ הא אף ויותר
אסור במודר הנאה וא"כ איסורא קעביד דהא חזי לצור ע"פ צליחותה א"ו שאין בנתינתה
בלחוד איסור עד שיהנה המקבל ודבר זה צ"ע לפענ"ד דלכאורה לא משמע הכי בפוסקים
ועכ"פ שיטת הרמב"ם פה הוא דהמדיר שמהנה מעל וא"כ פיון שיש פאן איסור מעילה
שפיר אסור דהא גבי מעילה יש שלד"ע.

אמנם לפמ"ש שאין האיסור בא עד שעה שנהנה בלאו הכי ניחא דלא שייך אין שלד"ע
פיון שבמה שמצנה ליתן לה והשליח נותן לה עדיין אין פאן איסור עליו והוי פההיא
דכפרי עליה.

ואמנם לפמ"ש דשם המקבל לא נהנה משום דאמר היתרא בעייתי וא"כ פאן שהאשה
יודעת שנדר א"כ המדיר עובר אף מ"מ ניחא דבמדיר יש שלד"ע אף לפמ"ש לעיל שאין
הנדר חל רק מדרבנן פיון דלא חל אתשמיש רק מדרבנן א"כ כ"ע פיון שאין פאן דין
מעילה שוב אין פאן שלד"ע ודוחק לומר דכיון שחל מדרבנן הוי מעילה מדרבנן ואמרינו
יש שלד"ע דכעין דאורייתא תיקון אלא יש לומר ע"פ מ"ש מהרי"ט ונהביאו המ"ל
דבאיסור דרבנן י"ל דיש שלד"ע א"כ לא קשה מידי: והנה במה דכתבנא לעיל
שהרשב"א תירוצ' הקושיא דמצות לאו להנות בענגן אחר ממ"ש שאר המפורשים דהיכא
דאיכא הנאת הגוף לא אמרינו מצות לאו להנות ניתנו נ"ל דגם הרשב"א מודה לזה
וכמדומה שכ"כ הרשב"א במקום אחר רק שהרשב"א ס"ל דהיכא דציוו המצנה אינו על
ההנאה רק על ענגן אחר כגון על ישיבת סוכה או על אכילת מצה שאין הציווי נופל
שהוא ינהה משיבת הסוכה או ינהה מאכילת המצה פדאמרינו כפאוהו פרסיים כו' וכן
בלע מצה יצא רק דמפילא מטי הנאה הלכך לא שייך בזה מצות לאו להנות ניתנו

שהמצות ניתנו לעול פיון שעיקר העול אינה על ההנאה פשיש שם הנא' ג"כ חשיב הנאה משא"כ כשהמצנה היא על ההנאה עצמה אע"פ שהתורה אמרה שלא יגרע עונתה והיינו שהגוף יהנה מן הגוף וכדאמרין בב"ק ונכתרו הנפשות העושות הנאה אית להו לתרנוניהו ובכלל מצנה זו שלא יגרע עונתה נכלל הנאת שניהם דהיינו הנאת תשמישו והנאת תשמיישה וכיון שגוף המצנה על ההנאה והוא עליו לעול על צנארו שמחוניב בהנאת תשמיישה שפיר שייך בזה מצות לאו להנות ניתנו ואם הי' זה דרך שבועה שאינה חלה על דבר מצנה היינו אומרים שאע"פ שאמר אני נשבע שלא להנות מתשמיישה הנה מותר לשמש בלא טעמא דאין שבועה חל על ד"מ רק אפי' שבועת שוא אין פאן שאין זה דרך הנאה רק דרך עול היא הנאה זו שעלי' צונתה תורה אף בזה שהוא דרך נדר ונדרים חלים אפילו על ד"מ א"כ מה בכך שהתורה ציונתה שיהיה לו הנאה והוא בתורת חיוב עליו משום מצנה הרי על אותה מצנה נדר ונדר חל על מצות הנאה זו אף דהיכא דמשעבוד לה לא אמרינן הכי וכמ"ש הרשב"א דאף דנדרי חלים על ד"מ יש פאן שעבוד משעת נישואין ואין הנדר מפקיע לשעבוד ההוא ולכן קשיא ליה לרשב"א בהא דהנאת תשמיישה עלי דהוי ס"ד דאין הקונם מפקיע מידי שעבוד רק שאין מאכילין לאדם דבר האסור ע"ז תיקשי למה לא נימא שהוא צריך לקיים שעבודו שנשתעבד לה שהיא תהנה ממנו בתשמייש ואי משום שאסור לו מחמת שהיא ינה ע"ז י"ל שאין פאן הנאה דהא במצנה זו שיהא לו הנאה לא מייחשב הנאה וא"ל שנדרי חלים על ד"מ ז"א דבד"מ כזו שיש עמה שעבוד אין הנדר מפקיעו וממילא שאין מאכילין אותו איסור פשיקיים השעבוד שהרי יקיים המצנה שיהנה ממנה בתורת מצנה ואין זה חשוב הנאה ואין פאן הפקעת הנדר פלל וע"ז פתב שהשעבוד שהיא תהנה ממנו ג"כ עיקרו שנשתעבד לעשות מצנה ולא שאנו אומרים שאין מאכילים כו' ומ"מ אין השעבוד נפקע אלא הקונם מפקיע השעבוד שעי"ז שאסר הנאת תשמיישה עליו שוב א"א לו לקיים את שעבודה שעליו שיהנה אותה פיון שא"א זה בלא הפקעת קונם שלו והקונם אלים משעבודה ולכן פיון שהשעבוד נפקע ממילא חלות הנדר במקומו שהרי יש פאן הנאה ואי משום שהיא ד"מ הנדר חל עליו (ויקצת צ"ע ממ"ש הרשב"א אח"כ ממצנת פ"ו אף יש לחלק) ובזה מתנישב בפשיטות טפי התירץ שכתבתי לעיל על דברי רש"י מתשמייש לא נאסר כו' וקצרת: ולענין דינא נלענ"ד דאע"ג דאין האיסור נאסר נכסיו על המלנה חל לענין פריעת החוב מ"מ נשאר האיסור לגבי שאר נכסים דלא שייכא בזה נדר שהותר מקצתו מטעמא דכתיבנא דהנה פאוסר פירותיו ופירות חבירו על חבירו דלא מקרי הותר מקצתו בכה"ג פלל שנה אינו בכלל נדר וכן משמע מלשון הירושלמי דפריה אמתני' דהמדיר וכי אדם נודר שלא לפרוע חובו כו' ועיין בש"ס סי' ע"ג בענין נשבע שלא למפור במה שהשיג על הב"ח ונ"ל מה שהקשה בראשונה דהא נדאי כו' ומ"ש הב"ח דהוי פנשבע שאוכל כו' מבואר שחילק דברי הב"ח לשני' והוא תמוה לענ"ד דפשיטא שדברי הב"ח אחד הם וכוונתו במ"ש דהא נדאי אם עבר ומכר שלו כו' ר"ל דהן אמת שאם מרד יצא י"ח השבועה הב' משום שגם זה בכלל שבועתו שנשבע לפרוע אבל מ"מ בשביל זה לא הוי שבועת שוא כמו נשבע שאוכל אע"פ שנפרט באכילתו נבלה מ"מ לא אמרינן משום זה דכיון דבכלל השבועה אכילת נבלה ג"כ הוי ש"ש אלא פיון דאתה מוצא בכלל דברי המותרים לא הוי ש"ש וה"נ דכוונתה אע"ג דבכלל השבועה דפרעון הוא ג"כ

שִׁימְפֹרֵן אִם יִהְיֶה לוֹ מ"מ אִין זֶה ש"ש דְּעִיקָר הַשְּׁבוּעָה חָלָה שְׁיִפְרַע לוֹ מְעוֹת וּא"כ מ"ש
הַש"ף לְדַחֲוֹת דְּבָרֵי הַב"ח הוּא תְּמוּהָ וְרֵאִיתִי מִי שֶׁכָּתַב דְּסִבְרַת הַש"ף דְּשִׁאֲנֵי הֶכָּא
שְׁנִשְׁבַּע ע"ד הַמְלִיחָה שְׁאֵז וְדַאי הַפְּנוּנָה אִף לְמִפְּנֵי וּלְפַנ"ש אִין זֶה מִצִּיל דַּמ"מ ש"ש לֹא
הוּי פִּינּוֹן שְׁעַכ"פ נִכְלָל בְּתוֹכּוֹ גַּם פְּרַעוֹן בְּדָרְךָ הַמְּוֹתֵר וְהִנֵּה בְּיָתֵר דְּבָרֵי כ"ת לֹא עֵינִינְתִי
כַּעֲת וְשִׁטְרָדוֹת הַעֲנִינִים הַנוֹגְעִים לְמַעֲשֵׂה רַבִּים נְגָשִׁים אֲצִים לְאֹמֵר כֹּלָּה מַעֲשֵׂיךָ וְלִכְבוֹדוֹ
פְּנִיתִי וְעֵשִׂיתִי כְּוֹנִים וְה' יִבְרַכְהוּ מְשָׁמֵי מְעוֹנִים.

נֵרָא וְיִפְקֹד אוֹתוֹ בְּבָנִים פְּשִׁתִּילֵי זֵיתִים סְבִיב חַיִּים וְקִינִימִים. וְחַיִּי וּמְזוֹנֵי יַחֲדָיו יִהְיוּ תַּמִּים.

בְּרֻכּוֹת שְׁמִים מֵעַל אֱלֹוֵי גִיּעוֹ וּמִינִיחָה לֹא יִזוּעוּ. דְּבָרֵי זַעֲרָא מִן חַבְרֵינָא: הַק' אֶפְרַיִם וְלִמָּן
מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד: שְׁאֵלָה מִד שְׁאֵלָה רְאוּבֵן שֶׁהַשְּׁפִיר בֵּיתוֹ לְשִׁמְעוֹן וּמִצָּא שְׁמַעוֹן שָׁם
מִטְמוֹן א' שְׁנִיפֵר שְׁמוֹנָח שָׁם יָמִים רַבִּים עַד שֶׁבּוֹדַאי נְתִיבָאֵשׁוּ הַבְּעָלִים מִמֶּנּוּ וְנִתְעַצְמוּ
לְדִין שְׁרָאוּבֵן הַמְשֻׁפֵּר טוֹעֵן שֶׁחֲצִירוֹ קִנְתָּה לוֹ אַע"פ שֶׁהוּא שְׁכוּרָה בְּיַד שְׁמַעוֹן הַדִּין עִם
מִי: תְּשׁוּבָה יִרְאֶה שֶׁהַדִּין עִם שְׁמַעוֹן וּמִתְחַלְּהָ נָדוֹן אִם יֵשׁ מִמֶּשׁ בְּטַעֲנַת רְאוּבֵן כָּלֵל וְאַח"כ
נִתְקַע עֲצָמֵינוּ לְדַבֵּר הַלְכָה אֶפְיָלוֹ תִּימָא דְחֲצִירוֹ דְרְאוּבֵן הוּא מ"מ אִינוּ יָכוֹל לְהוֹצִיא
מִשְׁמַעוֹן וְהִנֵּה הָא מְלִתָּא תְּלִיא בְּאִשְׁלֵי רַבְרָבִי וְהוּא מְחַלְּוֹקָת יִשְׁנָה בֵּין הַפּוֹסְקִים כִּי הִנֵּה
הַרְמַב"ם פ"ו מֵהַלְכוֹת שְׁכִירוֹת הַלְכָה ה' כ' גְּבִי בְּהַמּוֹת שֶׁל אַחֲרִים שֶׁעָמְדוּ בְּחֻצֵר הַגְּזֵל
שֶׁל בַּעַל הַחֻצֵר שֶׁחֲצִירוֹ שֶׁל אָדָם קוֹנָה לוֹ שְׁלֹא מִדַּעְתּוֹ אַע"פ שֶׁהוּא שְׁכוּרָה בְּיַד אַחֲרִים
וּמְקוֹר דִּינוֹ הוּא מֵהַש"ס זב"מ דָּרָף ק"ב דְקָאֵמֵר בְּחֻצֵר דְמִשְׁפִּיר וְתוֹרֵי דְאֵתִי מְעַלְמָא קָמוּ
בָּה מְסִייעַ לִיָּה לר"י ב"ח דְאָמֵר חֲצִירוֹ שֶׁל אָדָם קוֹנָה לוֹ שְׁלֹא מִדַּעְתּוֹ וְהַרְאָב"ד הַשִּׁיג
עַל זֶה וְכָתַב דְּבַש"ס מִיַּגְרֵי בְּחֻצֵר דְמִשְׁפִּיר דְלֹא אֲגִירָא לִיָּה לְשׁוֹכֵר דְאִי אֲגִירָא לִיָּה כְּדִינֵיהּ
דְמִי וְקִנֵּי לִי מִיַּד דְהוּי אֲשׁוֹכֵר אֵת מְקוֹמוֹ וְגַם הַב"י ב"ח מ"מ ס' ש"י ג' כְּתַב דְיֵשׁ לְתַמּוּהָ עַל
דְּבָרֵי הַרְמַב"ם דְכִינּוֹן דְקִי"ל שְׁכִירוֹת לְיוֹמָא מְמַכֵּר הוּא חֲצִירוֹ שֶׁל שׁוֹכֵר הוּא זֹוֹכָה לוֹ
וְלֹא הִנֵּה לוֹ לְקִנּוֹת לְמִשְׁפִּיר וּבַש"ף שָׁם הָאָרִיף לְיִישָׁב כָּל זֶה וְהַרְא"ש בְּתְשׁוּבָה הוֹבָא
בַש"ע ח"מ ס' ר"ס ס"ל כְּהַרְאָב"ד דְחֲצִירוֹ דְשׁוֹכֵר הוּא פִּינּוֹן שֶׁהוּא דָר שָׁם: וְלְכַאוּרָה
נִרְאֶה לְהַבִּיא רְאִיָּה לְשִׁטַּת הַרְמַב"ם מֵהָא דְאִיתָא בַב"מ דָּרָף כ"ו אִם הִי מִשְׁפִּיר לְאַחֲרִים
אֶפְיָלוֹ מִצָּא בְּתוֹךְ הַבֵּית הָרִי אֱלוֹ שְׁלוֹ וּפְרִיף הַש"ס וְנִיזִיל בְּתֵר בְּתֵרָא וּפְרִישׁוּ הַתּוֹסְפוֹת
דְּבְתֵרָא הִינּוּ בַעַה"ב שֶׁפְּכָר יֵצְאוּ הַשׁוֹכְרִים מִן הַבֵּית וְאִינוּ דָר שָׁם עַתָּה רַק בַּעַה"ב לְבַד
וּלפ"ז קָשָׁה דַל"ל לְאַקְשׁוּיֵי דְנִיזִיל בְּתֵר בְּתֵרָא מֵהָא דְאִיתָא הָתָם וּבְשַׁעַת הַרְגֵל הַפֵּל
מַעֲשֵׂר תִּפְּוֹק לִיָּה דְבַלֵּא"ה הוּא שֶׁל בַּעַה"ב שֶׁהָרִי שָׁם לְעִיל מִינִיחָה ד"ה בְּדַשְׁתִּיף הַקְשׁוּ
הַתּוֹס' דְתִינְקְנוּלִיָּה חֲצִירוֹ לְבַעַל הַגֵּל אוֹ לְבַעַל הַפּוֹתֵל וְתִינְרָצוּ דְאִין חֻצֵר קוֹנָה בְּדָבָר שֶׁיִּכּוֹל
לְהִיּוֹת שְׁלֹא יִמְצָאָנוּ לְעוֹלָם כְּגוֹן הֶכָּא שֶׁהוּא מְוַצְנַע בְּעוֹבֵי הַפּוֹתֵל עַכ"ל וּלפ"ז בְּסִיפָא
דְּמִשְׁכִּירוֹ לְאַחֲרִים דְקִתְנֵי אִפִּי מִצָּא בְּתוֹךְ הַבֵּית וְאִינוּ מְוַצְנַע כָּלֵל שׁוֹב שְׁפִי קִנֵּי לוֹ חֲצִירוֹ
וּא"כ אִפ"ת דְמֵן הַשׁוֹכְרִים נִפְל מ"מ הֵלֵא הֵם כְּפָר נְתִיבָאֵשׁוּ שֶׁכְּשֶׁהוּא יֹוצֵא מִחֶפֶשׁ כָּל
זְנוּיּוֹת וְנוֹטֵל אֵת שְׁלוֹ וְיוֹצֵא וְכִינּוֹן שֶׁפְּשִׁפֵּשׁ וְלֹא מִצָּא מִיֵּאֵשׁ כְּדִמְשַׁמַּע מְדַבְרֵי הַתּוֹס' (וְכֵן
מְבֹאָר בַּש"ף ח"מ ס' ר"ס ס"ק י"א) וְגַם מֵה שְׁתִי הַרְמַב"ם פָּרָק ט"ז מֵהַלְכוֹת אֲבִינְדָה
דְּגַבִּי חֲנוּת טַעֲמָא מִשׁוּם דְאִינָה מִשְׁתַּמְרוֹת לֹא שְׁיִיף כָּאן פִּינּוֹן שֶׁפְּכָר יֵצְאוּ הַשׁוֹכְרִים
וּבַעַה"ב דָר בָּה עֲדִינּוֹן שֶׁפִּיר מִשְׁתַּמְרוֹת הוּא לְדַעַת הַבְּעָלִים (וּמֵה שְׁתִי גְבִי גֵל וְכֹתֵל יִשָּׁן
מִטַּעַם שְׁאֲבוּדָה מְכַל אָדָם פְּשִׁיטָא דְלֹא שְׁיִיף כָּאן) וּא"כ תִּיִקְשִי דְבַלֵּא"ה הוּא שֶׁל בַּעַה"ב
מִטַּעַם דְמִיד שֶׁיֵּצְאוּ הַשׁוֹכְרִים מִן הַבֵּית וְנְתִיבָאֵשׁוּ זְכָתָה לוֹ חֲצִירוֹ וְצ"ל כְּתִי הַמְּפֹרְשִׁים

דחצירו לא עדיף מידו וכינון דאי אתי לידן קודם יאוש לא קני פן הדין בחצירו ג"כ
והלכה פנין דקודם יאוש אתי לחצירו לא מהני (ואע"ג שהתוס' והרמב"ם גבי חנות
תיקשו באופן אחר כבר כתב הש"ך סי' רס"ח דהנצרכו למינקט טעמא דלא תיקשי עליה
דברא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש ע"ש משא"כ הש"ס הקא בעי למיפרך דלאבני
נמי תיקשי דניזיל בתר בתרא מהך דבשעת הרגל הכל מעשר) ולפ"ז שפיר מוכח פדעת
הרמב"ם דשכירות לא קניא למנהי חצירו דשוכר אלא דמשפיר הוא אף בעודנה משפיר
לאחרים ושפיר דמי ליאוש שלא מדעת פנין שאבדיה זו נאבדה בתוך החצר ולא הי' אז
יאוש בפעלים משא"כ אם נאמר דשכירות קניא וחצירו דשוכר הוא א"כ כל מה דהי'
החצר ביז השוכר לא הי' נקרא בשם אתי לחצירו כלל דאפתי לא חצירו דמשפיר הוא
אימת הוי חצירו דמשפיר משעה שנסתלק השוכר אז כבר הוי יאוש ג"כ ומעולם לא פא
לחצירו דמשפיר קודם יאוש כלל ואינו בכלל יאוש שלא מדעת והדרא קושיא לדוכתיה
דהו"ל למיפרך דיהא של בעה"ב מטעם דקני ליה חצירו: אף י"ל דהראב"ד אזיל לשטתו
פ"ג מהלכות מכירה שכ' דלעולם פשמקנה לחבירו קרקע ומטלטלין צ"ל אגב קני אף
בצבורין בה וכתב הש"ך סי' ר"ב ס"ק ג' דמייירי אף בחצר המשפירות ופירש טעמו
דלא אמרינן שיקנה אף בלא אגב מטעם חצר משום דאין חצירו קונה אלא כשכבר הוא
חצירו משא"כ הקא שחצירו ומתנתו באים פאחד ולפ"ז פנין דבמתנה אמרי' הכי כ"ש
במציאה שאין דעת אחרת מקנה וא"כ פאן שאינו נעשה חצירו אלא כשמסתלק השוכר
ואז חל היאוש דכל זמן שאינו מסתלק משם אע"פ שפושפש ולא מצא פסבור הוא
שימצאנו עוד היום או למחר כמ"ש התוס' גבי בעה"ב וכינון דתרונייהו בהדי הדדי קאתי
תו לא קני ליה חצירו: איברא שגלענ"ד לחלק דדוקא התם שנותן לו במתנה קרקעות
ומטלטלין ושניהם בדבור א' נאמרו אז שפיר אמרינן דדוקא מדין אגב מהני אבל כשבאנו
לדונו מתורת חצר א"כ אינו יכול לקנות שניהם בבת אחת אלא שיקנה מתחלה הקרקע
ואז הוא נעשה חצירו וקונה לו המטלטלין והמקנה לא הי' דעתו לזה הלכה לא מהני
משא"כ פאן שפאמת גוף החצר הוא של המשפיר אלא דליומא ממכר הוא ביז השוכר
וכשמסתלק הדרא לה למרא קמא ואז חל היאוש ג"כ מטעם אחר ויאוש דבעל האבדיה
ומה שהדר נעשה חצירו דמשפיר שני ענינים הם ושפיר קני לי' חצירו ולא עוד אלא
שגוף דברי הש"ך תמוהים בעיני דהרי גבי גט ושחרור אמרינן דגיטו וחצירו באין פאחד
ואף פי יש ליישב זה לפי הטעם שכתבתי שהמקנה לא הי' דעתו לזה וא"ש גבי גט
ושחרור עדיין לא הונח דמבואר בדוכתי טובי בש"ס דשפי' קני בחצירו וקנייתו פאחד
והאומר שפנגדו מוכיח באותו סימן עצמו בש"ע גבי מקנה עבדים ומטלטלין והעבד פפות
או במקנה בהמה פפותה וכלים פאחד מבואר דחצירו כה"ג מהני.

והאמת יורה דרכו דגם הראב"ד פ"ג מהלכות מכירה בחצר שאינה משפיר מייירי דלא
מייירי מדין חצר רק מדין אגב וגם הריב"ש בתשובה סי' ר"ג והביא דבריו הלח"מ שם
מבואר שפירש דברי הראב"ד דלא מייירי רק בחצר שאינה משפירות ומ"ש הש"ך שכן
מבואר בהר"ן וה"ה אין הכרח כלל למענין ואין להאריך פי העיקר כמ"ש דאפ"ת פסברת
הש"ך מ"מ פאן ודאי קונה בחצירו דמשפיר וע"כ מוכרח דטעמא הוא משום דאתי
לחצירו קודם יאוש דחצר דמשפיר הוא ושללא פדעת הראב"ד ז"ל: ועתה נחקורה ונשובה
למה שפירש"י ז"ל בפסוקא דהא דפריה וניזול בתר בתראי היינו דמן השוכר האחרון

נפל אם יתכן לומר פדעת הרֶאָב"ד ז"ל ולכאורה לשיטות רש"י תיקשי בפשיטות דמאי קאמר וניזיל בטר בתרא טפי הו"ל לאקשוויי שיהא של בעה"ב דהא בתרא גופא נתייאש פשיעא משם וא"כ התצר קונה לבעה"ב ובשילמא אם היינו יכולין לומר שאין התצר קונה לבעה"ב א"ל דמאי פריה וניזול בטר בתרא דילמא טעמא לפי שהאחרון נתייאש דמיירי שגם האחרון יצא משם פבר דז"א דרש"י ס"ל דשוכר אחרון לא מייאש פלל אע"פ שהוא יוצא מן הבית פינו דברןפא ישראל מיירי אינו מייאש שסובר שישאל אחרון שידור בבית אחריו ומצאנו וניחזר לו פפי הפלל דלעולם אזלינן בטר בתרא אבל פינו דבאמת להראב"ד התצר קונה לבעה"ב א"כ ל"ל לאתויי הך דבשעת הרגל דמוכח מיניה דאזלי' בטר בתרא תיפוק ליה דאי נמי לא אזלינן בטר בתרא וא"כ האחרון נמי מייאש ושוב תקנה התצר לבעה"ב וא"ל דכיון דלשיטות רש"י אין הבעה"ב דר שם א"כ חצר שאינו משתמרת הוא אפתי תקשי לפי מאי דאיתא בב"מ דף י"ב בעי רבא זרק ארנקי בפתח זה כו' והנה רש"י מפרש שם דבהפקר מיירי ולשיטתו ההפקר חשיב דעת אחרת מקנה וכמבואר בני"י שם ובש"ס שם דף י"א מבואר דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה אף חצר שאינה משתמרת קנה והניחא לפמ"ש הלח"מ בשם הריב"ש דהראב"ד לא ס"ל פרב פפא בהא אלא פל היכא שאינה משתמרת לא קנה אא"כ עומד בצידה וכמבואר בלח"מ פ"ג מהלכות מכירה אבל על הרא"ש קשה שהרי ביארתי לעיל דהרא"ש בהא פהראב"ד ס"ל והרא"ש פבעיא דזרק ארנקי ס"ל דהוי הפקר דעת אחרת מקנה כמו שבבאריו דבריו במעדני מלך ובדרישה סי' רמ"ג שהרא"ש סובר דהפקר הוא דעת אחרת מקנה והרא"ש פסק כר"ה דדעת אחרת מקנה אף בחצר שאינה משתמרת קנה וא"כ אפתי קשה דתיקני ליה חצירו לבעה"ב דמה שהשוכר מתייאש פשיעא משם ואפקורי מפקיר ליה חשיב פדעת אחרת מקנה אף י"ל דז"א דאע"ג דהפקר פדעת אחרת מקנה הוא וקני אף בחצר שאינה משתמרות פדמשמע בש"ס להנהך דגרסי ואפקריה מ"מ היינו פשהבעלים שהחפץ שלהם יודעין היכן הוא ומפקירין אותו מדעתם וכהיא דזרק ארנקי אבל היכא שאין הבעלים מפקירין אותו רק מחמת שאין יודעין היכן הוא אז לכ"ע חצר שאינה משתמרת לא קני שהרי אף לדעת הרא"ש עכ"פ משתמר לדעת הנותן בעינו פמבואר בש"ע סי' ר' וקאן אינו משתמר לדעת המפקיר שהרי פל טעמו של הפקר הוא מפני שאין יכול לשומר וא"כ אע"פ שהשוכר האחרון ג"כ מתייאש פשיעא משם ואפקורי מפקיר לי' לא קני חצר שאינה משתמרת לבעה"ב ולכך הרי הוא שלו ומש"ה הוצרך לאתויי הך דמוכח מיני' דאזלינן בטר בתרא וא"כ האחרון אינו מייאש פלל ובהכי הוי א"ש טפי הסוגיא לשיטות הראב"ד דלא תיקשי קושית המפורשים דמאי פריה וניזול בטר בתרא הא פולה מתני' בדשתיף מיירי וניכר שאינו של האחרון ונתייאשו הבעלים ממנו ולכך הרי הוא שלו ולשיטות הראב"ד א"ש דאפ"ת דמיירי בדשתיף אפתי שפיר אזלינן בטר בתרא שהרי התצר קונה לו להאחרון דחצירו דשוכר הוא ובלא הך דבשעת הרגל לא מצי לאקשוויי דניזול בטר בתרא שיקנה לו התצר דז"א דכיון דגם השוכר שלפניו אינו מתייאש רק אחרי רואו שזה דר שם פמה ימים ולא החזיר לו א"כ שוב לא קניא ליה התצר פינו שקודם יאוש בא לשם משא"כ אי מיירי בדשתיף שהיה שם יאוש מקודם עדיין קשה מאן לימא בהי שתיף קודם דילמא לא שתיף אלא אח"כ שפבר נכנס השוכר האחרון לדור שם והוי פיאוש שלא מדעת ובכל ספיקא דאבידה אזלינן לחומרא

ויבואר לקמן א"ה על נכון: וכדי לתרץ קושית המפורשים דמאי פריה גיזול בטר בתרא דילמא מיירי בדשתיף לשיטת הרמב"ם דסבירא ליה דחצירו דמשפיר הוא וא"ל דאפתי קשה אמאי? הא שלו תיקני ליה חצירו לבעה"ב ז"א דאע"פ ששוכר הראשון נתיאש כשיצא משם מ"מ הרי נאבד שם קודם יאוש ובאיסורא אתי לחצירו דמשפיר אף י"ל דאי בדשתיף מיירי א"כ י"ל שמבעה"ב נאבד קודם שהשפיר לאלו ואע"פ דנדאי נתיאש כשיצא משם מ"מ שפיר קנתה לו חצירו דלא שנייה בזה יאוש שלא מדעת ובאיסורא אתי לחצירו כיון שהוא של המשפיר עצמו ומכ"ש אם נפרש מאי דפריה גיזול בטר בתרא היינו בעה"ב ניחא טפי אלא שמדברי הרמב"ם נראה שמפרש הסוגיא כפירש"י: והנה כל האמור למעלה דלהרמב"ם החצר קונה אע"פ שהוא שכורה ביד אחרים דעת הש"ך בסי' שי"ג דאע"ג שאין בית המשפיר פתוח לאותו חצר שפיר מקרי חצר המשפירת לדעת המשפיר כיון שהוא משומר והוא חצירו ולדבריו א"ש מ"ש ואפ"ת דבדשתיף הוא ונאבד מבעה"ב עצמו מ"מ החצר קונה לו אף לשיטת רש"י דס"ל שאין בעה"ב דר שם.

אבל לענ"ד דברי הש"ך צ"ע כיון דמשפיר לדעת בעל החצר בעינן מה מועיל מה שמשתמר לדעת השוכר וכן נראין הדברים לפמ"ש הנ"י בשם הר"ן פ"ק דב"מ שהקשה דחצר המשפירת במציאה מ"ט לא בעי עומד בצד שדהו ותי' דכל שהוא משפירת למי שהוא זכות לו כידו הוא שאף מה שבא לידו וניחא ליה בחצר המשפירת הוא נותנו וא"כ איך המשפיר זוכה ע"י חצר זה דהא לא שנייה כאן לומר דאף מה שבא לידו הוא נותנו כאן שהרי אין לו רשות להשתמש בחצר זה רק השוכר משתמש בו ואינו משתמר לדעתו כלל ואפילו תימא דבדעת אחרת מקנה מהני שמירת הנותן היינו משום שסומך עליו ושמירת הנותן חשיבא לו כשמירתו וכאילו עשאו שליח לשמור אבל במידי דהפקר נדאי דמשפיר לדעת הזוכה בעינן ומכ"ש לדעת הרמב"ם דלעולם משתמר לדעת המקבל בעינן אף בדעת אחרת מקנה נראה נדאי דכ"ש במידי דהפקר בעינן עומד בצד שדהו והיינו דהיכא שגם ביתו של משפיר פתוח לו דאז זוכה לו מטעם דו דהאי חצר ידו דמשפיר הוא כיון שהגוף שלו והלוקח אין לו בה רק קנני פירות לבד וקי"ל קנני פירות לאו קנני הגוף דמי ואפילו במוכר לזמן קצוב ומכ"ש כאן שאין כאן רק שכירות לחוד והשוכר אינו יכול לזכות ע"י חצר זה מטעם שליחות חזא דבמציאה אין כאן שליחות כמ"ש רש"י והר"ן דמי עשאו שליח ועוד שאין החצר יכול להיות שליחו של זה לחוב לאחרים דמה"ט תופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה דע"כ אינו יכול להיות שלווחו של זה לחוב לאחרים ובכה"ג לא אמרה תורה שלווחו של אדם כמותו ונהרי בכל מגבי מציאה לחבירו מדמינן ליה לתופס לב"ח ומכ"ש כאן שחצר הזה שהוא רק קנני פירות דשוכר אינו יכול להעשות שליח לחוב למשפיר שיש לו קנני הגוף וכידו חשיב ליה וכיד השוכר אי אפשר לדונו כיון שאין לו בו קנני הגוף כלל.

והשתא א"ש מה שהקשה הראב"ד מההוא דשוכר את מקומו דהתם שפיר נעשה החצר שלווחו דשוכר לקנות לו המטלטלין אשר שם וגם אין שם חב לאחרים כיון בשר או במתנה הוא קונה למטלטלין הללו הלכך קונה וכן מבואר ברמב"ם פכ"ט מהלכות מכירה הביאו הטור סי' רל"ה דקטן אינו קונה בשכירות המקום כיון דלית ליה שליחות (אלא דצ"ע דמבואר שם וגם בסי' רמ"ג דקטן אין לו חצר דחצר דגבירא משום שליחות איתרביא ולא משום ידו וא"כ איך כתב הר"ן טעמא דחצר המשפירת במציאה משום

ידו ואין להאריך בכאן) והרא"ש לשטתו בפ"ק דב"מ דגם במציאה בחצר המשמרת אין הטעם משום יד רק משום שליחות והלכך שפיר ס"ל דקונה: ומעתה במקום שאין החצר יכול לקנות למשכיר מציאה שבאה לשם ונודעה לשוכר שבאתה מציאה לשם א"כ שפיר נעשה החצר שלוחו של השוכר וקונה לו ועפ"ז יש מקום לפרש דברי רש"י בהא דפריה וניזל בטר בתרא פירש סתם שוכר בית פשהוא יוצא מחפש כל זוויתיו ונוטל את שלו ויוצא ונימא האחרונים שכחוהו שאילו הראשונים שכחוהו כבר מצאו האחרונים.

והנה כל המפרשים נתחבטו בהבנת דברי רש"י ולפמ"ש י"ל דקשיא ליה לרש"י אמאי לא נימא דתיקני ליה חצירו למשכיר וס"ל לתרץ כמ"ש המרדכי שם דאין חצירו של אדם קונה אלא בדבר הרגיל לבא ואסיק אדעתיה שתבא מציאה לשם ונהו פוננת רש"י סתם שוכר פשהוא יוצא מחפש זוויתיו וא"כ אין החצר קונה לבעה"ב פיון דלא אסיק אדעתיה שישאר שם אינה דבר ונימא האחרונים שכחוהו שאפילו תימא שהאחרונים שכחוהו שהרי כמו דחזינון שאף אחר החיפוש נשכח פאן א"כ איפא למיתלי שמא הראשונים לא חיפשו היטב מ"מ פבר מצאוהו האחרונים וראו אותו ונדעו ממנו ואף ע"פ שלא הזיזו אותו ממקומו מ"מ פיון שנודע להם שפיר נעשה החצר שלהם וקנה דיוק בזה.

ולכאורה ראיה יש מהא דאמרינו בפסחים איבעיא להו המשכיר בית לחבירו על המשכיר מוטל לבדוק דחמירא דידיה הוא כו' ולכאורה קשה דהא נדאי המשכיר פשהוא יוצא משם מתיאש ומפקיר וחצירו דשוכר תקני לי' אע"כ דחצירו דמשכיר הוא.

אף יש לדחות שהרי פתבו התוס' בב"ב דף נ"ד דהא דחצר קונה לו שלא מדעתו היינו שאינו יודע אם הוא בחצירו אבל אם יודע ואינו מתכוין לקנות לא קנה וא"כ ה"מ אף אם השוכר יודע שהוא בחצירו אינו מתכוין לקנות כדי שלא יצטרך בדיקה ושפיר הוי חמירא דמשכיר לעגן בדיקה דהפקר לבד אינו מועיל וצריך בדיקה ג"כ ועוד יש לי שם פמה פנים ואין להאריך בכאן ועי' במג"א סי' רמ"ו שהביא דברי הג"א דע"ז דשכירות קניא לחומרא: ונחקורה ונשובה לדעת הרמב"ם דס"ל דחצירו דמשכיר הוא אם הוא יכול להוציא מיד השוכר שהרי לכאורה לפמ"ש לעיל בשם הש"ך כ"ע מודים בהא דחצירו לא עדיף מידו ודיינינו ליה פיאוש שלא מדעת א"כ מעיקרא בשעה שהונח שם לא היה יאוש ואף שהיה יאוש אח"פ פיון דחזינון דשתיק אין בזה מועיל אבל אחר העיון לפענ"ד דברי הש"ך סי' רס"ח תמוהים במ"ש דלקף לא תרצו התוס' פן בההוא דחנות משום דא"כ תיקשי מתניתין לרבא ולכאורה ז"א שהרי ע"כ לא קאמר רבא אלא בדבר שאין בו סימן פיון דחזינון דהשתא הוא מייאש אמרינו דמעיקרא נמי אילו ידע שנפל ממנו היה מייאש ומה איכפת לנו שלא ידע שנאבד ממנו אבל בדבר שיש בו סימן פיון דאפילו ידע לא הוי מייאש אע"ג דחזינון השתא דמייאש אינו מועיל ולפ"ז ה"א לא שנייך פלל לומר לרבא דס"ל דהוי יאוש תקני ליה חצירו דה"א בדבר שיש בו סימן דמי שהרי תיקף ומיד שנפל ממנו מקרי אתי לחצירו של זה ואפילו אויר חצירו נמי בחצירו דמי דאויר שסופו לנוח הוא ובשעת שנפל ממנו אינו מייאש וא"כ דמי לדבר שיש בו סימן דגם רבא מודה דהוי יאוש שלא מדעת ולפמ"ש בתשובה הנדפסת בסוף שו"ת הב"ח

הקדשות בטעמא דרבא י"ל דברי הש"ך אבל בלא"ה נלפענ"ד לומר דתוס' אולי
לשיטתיהו שפיתבו בב"ק דף ס"ו דאע"ג דיאוש שלא מדעת לא קני מ"מ הוא קונה גוף
החפץ וא"צ להחזיר רק הדמים ומשמע מדבריהם דאפילו למאי דאמרין התם או דילמא
לא דמי אבידה בהיתרא כו' נמי הדין כן כדמשמע מלישנא דש"ס שם דקאמר בפשיטות
דאע"ג דמניאש מרי' מקמי דתייתי לידן' קני ליה ונהיננו לגוף החפץ וא"כ אפ"ת דבחקצר
נמי שניף יאוש שלא מדעת מ"מ אין זה רק לענן שהוא מתחייב בדמים למי שהחפץ
שלו אבל גוף החפץ כבר נקנה לבעל החצר וא"כ אדם אחר איך יזכה ואין להמוציא
במה לזכות כלל אבל משיטת כל הפוסקים נראה דס"ל דיאוש שלא מדעת לא קנה כלל
וצריך שיהא מונח עד שיבא אליהו וא"כ פיון שלא קנתה חצירו לבעה"ב זכה המוציא
לאחר יאוש אמנם אם היה בנ"ד פותל חדש שאבותיו של זה בנאוהו עדיין היה פתחון
פה למשפיר להוציא ממנו דאפילו תימא כשיטות הפוסקים לדון בחצר דין יאוש שלא
מדעת וא"כ אם אחר הניחו שם לא קנתה חצירו לבעה"ב שפא לחצירו קודם יאוש
והמוציא קנה פיון שהעלה חלודה וניפר שהיה יאוש בעלים אפתי יכול המשפיר לומר
אבותי הצניעו בכאן ואז באמת לא היה שתיף כלל ועוד שאין בעה"ב מתניאש מחפיציו
שמניח בביתו וא"כ אין כאן ייאוש כלל כשאבותיו לא נתניאשו וגם הוא לא נתניאש
שהרי לא ידע כלל שאבותיו גנזו בכאן וכן מבואר באשר"י חששא זו שפיתב ונ"ל ואפילו
היה הפותל שנים רבות של אבותיו ואפשר דשתיף משעה שנתנוהו אבותיו שם מ"מ
פיון דאיכא למיתלי באמוריים ולא הוחזק ישראל בממון לעולם הר' הוא של מוציא
עכ"ל וא"כ פאן דלא שניף למיתלי באמוריים שפיר יש מקום לחוש דשמא אין פאן יאוש
כלל שאבותיו הטמינו שם אלא דלפ"ז קשה התם דקתני מחציו ולחויז הרי אלו שלו
ופירשו רש"י והתוס' והרא"ש דטעמא דמילתא הוא דבדשתיף מייירי דאז ודאי נתניאשו
הבעלים ושכחו אנה הצניעו וקשה דמאן לימא לן דלקף לא חיפשו הבעלים משום דנדאי
נתניאשו דילמא מונח פאן ימים רבים ואבותיו של זה הצניעו בכאן ואז לא היה מונח
זמן רב עד שיהא יאוש רק שהיורשים אינם יודעין ורציתי לומר פיון שהוא טמון בפותל
ויכול להיות שלא ימצאו לעולם כזוטו של ים דמי שהרי אבודה ממנו ומפל אדם פיון
שמת זה שהניחו שם ואין שום אדם יודע אם מונחשם איזה דבר וכ"כ הרמב"ם דמה"ט
במצא בגל לא קני ליה חצירו משום שאבודה ממנו ומפל אדם וכזוטו של ים הוא ע"ש
וקושית הרא"ש הוא דאיכא למימר שמא אבותיו הניחו וקנה ליה חצירו משא"כ במחציו
ולחויז דלגבי א' מן השוק שהניחו שם אבותיו לא שניף זה.

ויפה השיב לי אחי הקריף מוהר"ר געציל נ"י דאפתי לא יתכן הא דאמרין בב"מ גבי
הוא דאשכח פופרא בי מעצרתא דקאמר משום יאוש בעלים נגעו בזה חדא דקדחו ביה
חילפא והתם אינה אבודה ממנו ומפל אדם ואפ"ה מועיל מה שניפר שמנח ימים רבים
וכינצא בזו תיקשי בדוכתי טובי.

ועוד הקשה על הרא"ש דפירש דלמאי דקאמר דשתיף טפי היינו פיון דאיכא למיתלי
בשל אמוריים ולא הוחזק בממון של ישראל הוי של מוציא הא מפשטות לישנא דהש"ס
דקאמר אטו אמוריים מצנעו ישראל לא מצנעו משמע שגם להמקשן ס"ל דאין פאן רק
ס' דשמא של אמוריים הם או של ישראל ואפ"ה אולינן לחומרא בכל ס' אבידה שהוא
לחומרא ואין חילוק בין הוחזק בממון של ישראל: והנה באמת יכולנא לשנויי דה"ק

ישׂראל לא מצנעו וכיון דישׂראל נמי מצנעי שוב אין לנו לתלות כלל בשל אמוריים כיון דלא ידע דמייירי בדשתיף מה"ת לתלות במילתא דלא שכיח אבל לענ"ד נראה דרש"י ג"כ מפרש דישׂראל לא מצנעי היינו שהדבר ס' וראיה לזה שהרי רש"י שם פירש קושית הש"ס דמחציו ולפנים אמאי הוא שלו הרי בעה"ב זה דר פאן ימים רבים וא"ז מהרש"א תמה בזה דלמאי דלא ידע דמייירי בדשתיף א"כ גם במחציו ולחוץ קשה דהא הוי ספק הניח ודחיקא ליה מלתא לומר דהמקשן ידע דמייירי בדשתיף עכ"פ שנויפך שפכר יש יאוש בעלים אבל לא ידע לאוקמי בדשתיף טפי שיש לתלות באמוריים דמלשון רש"י במתני' לא משמע פן ע"כ נראה דאמחציו ולחוץ לק"מ כיון דעכ"פ לא מייירי מתניתין בעיר שפולה ישׂראל אלא מייירי בעיר שמחצה ישׂראל או רובא וא"כ כיון שעכ"פ יש פאן ספק שמא הוא מטמין משנים קדמונים ואפ"ל תימא שעמה מקרוב פא שעמד אי והצניעו מ"מ יש פאן מקום ספק שמא עפוי"ם הצניעו ועכ"פ מיעוטא איכא ומצטרף למנהי רובא נגד המחצה דספק הינוח של ישׂראל משא"כ מחציו ולפנים שאין פאן מקום לצרף מיעוט עפוי"ם כלל וספק השקול הוא שמא הוא של בעה"ב או מטמין מפכר פריף שפיר משא"כ בכותל חדש שפיר הקשו רש"י ותוס' גם על מחציו ולחוץ דאין שם רק ודאי הינוח מרוב ישׂראל הנמצאים בעיר ואמאי הר' אלו שלו ועוד תירצתי באופן אחר ואין להאריך פאן וא"כ הדרא קושית לדוכתיה על הרא"ש שפירש דגם לתי' ש"ם בדשתיף יש מקום ספק דא"כ מעקב' לא פריף מידי: והנה אחי הררף הנ"ל אמר לתרץ שני הקושית בדברך יפה דהנה הרמב"ם ס"ל לפירש הא דס' הניח לכתחלה לא יטול ואם בטל לא יחזור היינו שהמוציא זכה בו ואינו חייב להחזירו ושאר המפורשים חולקים וס"ל דיהא מונח דהוי ככל שאר ספק אבידה דאזלינו ביה לחומרא והפ"י בדף כ"ח ע"ב כתב דשאני התם כיון שהספק יכול להתברר ע"י הכרזה פגון דמחצה עפוי"ם ומחצה ישׂראל וכמ"ש התוס' בדף כ"ג משא"כ הקא דא"א לתמן הספק ולהכריז כיון דאין ביה סימן והנה אף החולקים על הרמב"ם וס"ל שיהא מונח היינו היכא דמן הדין לכתחלה לא יטול והוא בטל באיסור והלכך כיון דבאיסורא אתי לידן' הדין שיהא מונח משא"כ אם מן הדין שלכתחלה יטול אע"פ שספק הניח הוא ודאי דהרי הוא שלו והשתא ניחא דמעקב' מקשה הש"ס מפכ ספיקא דאטו אמוריים מצניעו כו' וכיון שאפשר לתמן הספק ע"י הכרזה אמאי קאמר דהרי הוא שלו ומשני דשתיף טפי וא"כ אם בעה"ב עצמו הצניע פכר נתיאש מה קאמר שמא אבותיו הצניעו וכבר מתו קודם יאוש א"כ שוב יכול לעכבו לעצמו מחמת ספיקא דשמא של אמוריים הם שהרי ספק זה א"א לתמן דמה מועיל הכרזה כיון שאנו צריכין לומר שהוא לא הצניעו שאל"כ פכר נתיאש אלא אבותיו הצניעו והוא לא ידע וא"כ אף אם יש בו סימן ליכא דיהיב סימנא וזה פוננת הרא"ש שכתב כיון דאיכא למיתלי באמוריים א"כ שפיר קאמר שהוא שלו שספק זה אינו עומד להתברר לעולם משא"כ במחציו ולחוץ שפיר אמרינן דהוא של מוצאו שאם הוא אחד מן השוק אשר עודנו עומד עמנו היום א"כ ודאי נתיאש שהרי חזינו דשתיף ואם אבותיו הצניעו שפיר יטול דהא הא ספק הניח לא יטול היינו משום כיון דליכא סימן לשפקינהו עד דאתי מרייהו ושקיל להו וכאן דע"כ מייירי דכלו להו מרונותה קמאי שלא בקשו הבעלים לטלו משם והניחהו עד דשתיף א"ו דעיקר החששא דשמא אבותיו שפכר מתו] וא"כ ל"ש לומר דאתי מרייהו ושקיל א"כ שפיר יטול ונהי הוא שלו שהרי יכול לתלות

שא' אשר עודנו חי הצניעו ונתניאש או נכרים הצניעו וכיון שאין הספק דשמה של אבותיו יוכל להתברר שפיר יטול והוא שלו וניחא נמי שהוא דאשכח פנפרא ביה מעצרתא דכיון דקדחי ביה חילפי שפיר יכול ליתלו עכ"ד אחי הנ"ל: ואמנם אף כי אמר דבר חכמה מ"מ פירש דברי הרא"ש אינם באופן זה וגם דברי הפ"י הם תמוהים בעיני שיהי גם ביאוש שלא מדעת כל כמה דלא ברירא מילתא שנתניאש קודם שבא ליד המוציא אמרינו דלא יגע בו ויהא מונח עד שיבא אליהו אע"פ שאין בו סימן וא"א לתקן ע"י הכרזה ועיניתי וראיתי שהפ"י בעצמו הרגיש בזה וכתב דהתם טעמא דמילתא פיון שבשעת נפילה ממש לא ידע ולא נתניאש א"כ בשעת מציאה נמי איכא לאוקמי אחזקה שעדיין לא נתניאש משא"כ בספק הניח וא"א לתקן הוי פכל שאר ספיקא דממונא שאין מוציאין מיד הפונחזק עכ"ל: ואני תמה דבשלקמא גבי מצא אחר הגפה הנה מקום לומר פון כיון שהספק הוא דילמא מעלמא אחי למאי דמוקי במדדיו א"כ שפיר י"ל כיון שהוא מונחזק יוכל לומר דילמא מעלמא אחי משא"כ בשאר ספק הניח שהספק הוא שמה אבדה ישראל וכיון שאין בו סי' הרי נתניאש או שמה הניחה שם ואין פאן יאוש ע"ז כתב הרמב"ם בר"פ ט"ו מהלכות אבידה שא"צ להחזיר שפיר השיגו המפורשים עליו מיאוש שלא מדעת כמבואר בה"ה שם והיינו משום דאי ביאוש שלא מדעת מטעם חזקה אתינו עלה גם בספק הניח יש לנו לומר פון והקא מסתבר טפי לומר שעדיין לא הנה יאוש רק דרף הנחה הוא שם ומטעם זה ס"ל להמפורשים ז"ל דבכל ספק הניח יהא מונח כיון שהחזק בממון ישראל יש לנו לילף לחומרא ולאוקמי בחזקת מרא קמא שעדיין לא נתניאש משא"כ פאן שיש ספק שמה של אמוריים הם ולא החזק מעולם בממון של ישראל שפיר יטול אף לכתחלה ואע"ג דהתם במדדיו נמי לא החזק ואפ"ה אמרינו יהא מונח והתם א"א לתקן הספק ע"י הכרזה שאני התם דשייך דילמא אחי מריהו ושקיל להו משא"כ היכא דהחפש שמה של אבותיו ל"ש לומר לשפקנוהו עד דאתי כו' ובזה צדקו דברי אחי נ"י: ובעיקר קושיתנו גבי מחצ' ולחוז אמאי הוא של מוצאו נחוש שמה אבותיו הצניעו נראה דקושטא דמילתא שאין לנו לחוש לזה פלל דאמרינו אם הנה מצניע שם ולא נתניאש ודאי דהוי פקיד לבניו שהצניע במקום פלוני כדאיתא בפוסקים לענין חשש פרעון וכה"ג ומכ"ש פאן שאין לחוש לזה ואם באמת צינה לבניו והם הניחו שם א"כ ודאי נתניאשו כיון דשתיף ומ"ש האשר"י להקשות שהרי אפשר שהפנתל שנים רבות של אבותיו ושתיף משעה שנתנוהו שם היינו משום דאין בעה"ב מתניאש ממה שמניח בביתו ימים רבים משא"כ לגבי א' מן השוק שהניח מלחצי' ולחוז שפיר הני של מוצאו מטעם יאוש וא"כ בנ"ד אף מחצ' ולפנים הרי הוא של השוכר כיון שהמשפיר מודה שהוא לא הצניע שם ולאבותיו נמי ליכא חששא פנ"ל ובכה"ג הוא של מוצאו אף בחצ' ולפנים כמבואר ברמב"ם פט"ז מהלכות אבידה ונהביאו בש"ע סי' ר"ס ומטעם קניית חצירו לא מצי למיתי עלה חזא דלאו חצירו הוא אליבא דהרא"ש והראב"ד ועוד אפ"ת דחצירו הוא מ"מ כל התי' שתירצו המפורשים גבי מצא בגל פולהו שייכי הקא דהוי יאוש של"מ ולא אסיק אדעתיה ואינו עתיד להמצא וקנה השוכר שכיון שרובא עפוי"ם הוא א"כ ל"ש יאוש שלמ"ד ולא חצירו אלא דלפ"ז קשה על ה"ה: איברא דאי תפס המשפיר והוא עיר שרובה עפוי"ם יש לעיין דלהך תירוץא דלא קנה חצירו משום יאוש של"מ ברובה עפוי"ם ל"ש זה ויכל המשפיר לומר שעפוי"ם הניח פאן ושכח וקנתה

לו תצירו ואע"ג דמדברי הכ"מ והש"ך בי"ד סי' קמ"ו סק"א מבואר דאבידת עפוי"ם נמי יאוש בעי נלע"ד דליתא כמבואר אצלי במקום אחר ונלענ"ד קצת ראיה מסוגיא זו ג"כ דאהא דפריה וניזיל בטר בתרא תירץ פגון שעשא פונדק לג' עפוי"ם וכתב התוס' דבפחות מג' לא מיקרי רבא ופי' אא"ז מהרש"א טעמא פינון שאין קבועים שם צריה ג' אלא דק"ל דאפתי אמאי לא מוקי שהשפירו לב' נכרים ולפמ"ש א"ש שהרי כ"כ בתחלת הקונטרס הלז דהכא גבי מצא בתוך הבית קשה דתיקני ליה תצירו דהכא ליפא לשנויי שאינו עתיד להמצא וצ"ל משום דהוי יאוש של"מ ולכאורה לפי התרצון דלקה הוא שלו דאמרי' דמנפרים נפל א"כ ל"ש יאוש של"מ ותיקני ליה תצירו לבעה"ב אף י"ל פינון שעשאו פונדק תו לא קני ליה כמבואר בדברי הרא"ש ולפ"ז ניקח קושית אא"ז הג"ל דאי הוי מוקי במשפירו לנכרים אפתי קשה דתיקני תצירו לבעה"ב (ומפולגה פרקא דאלו מציאות דמבואר ברובה עפוי"ם אפי' יש בה סימן של מוצאו אין הוכחה כ"כ דאיכא למימר טעמא משום דנדאי מייאש דמיקמר אמר עפוי"ם ומצאנו ואין להאריה בכאן: ועכ"פ זה ברור דגבי עפוי"ם ל"ש למימר יאוש של"מ אף דלפ"ז תיקשי על ה"ה שכתב לתרץ קושית רש"י ותוס' שהקשו דאמאי מתציה ולחויץ שלו הא הוי נדאי הינוח ואם יש בו סימן או אם מקום סימן יטול ויכריזו ותי' דמייירי שהחזיר פתוח לר"ה הוי חצר שאינה משתמרת ז"א דאפתי תיקשי אמאי דאמר התם ספינא בטר קתא כו' ואם הקתא לחויץ אע"ג שהוא מתצ'י ולפנים של מוצאו וקשה דמה בכך שא' מבחויץ דהיינו עפוי"ם הניחו מ"מ החצר קונה לבעה"ב ולדחוק ולומר שגם חצי' שלפנים אינה משתמרת פינון שהחזיר פתוח לר"ה אין נלע"ד וביותר תמי' על הפ"י שדחה גם דברי ה"ה ודעתו פינון שהחזיר פתוח אבידה מדעת הוא והשתא נדאי תיקשי מה חילוק יש בין קתא לפנים או לא אם הוא מנח מלקציה ולחויץ הוי אבידה מדעת ונ"ל דאם קתא לפנים אז אמרינן בעה"ב הניחו שם ואע"ג דהשתא הוא בתצ'י של חויץ פינון דאין דרף בעה"ב להשתמש שם אמרינן דאשתפוכי הוא דאשתפיה וכן להיפוך.

ולפ"ז קשה היכא דקתא לחויץ אמאי הוא של מוצאו נהי דאבידה מדעת הוא מ"מ פינון שעשה נמצא מתצ'י ולפנים תיקני ליה תצירו לבעה"ב. אמנם על הפ"י י"ל דס"ל כתי' התוס' דכל היכא דאינו עתיד להמצא לא קני' ליה תצירו אבל ה"ה דס"ל התם טעמא דיאוש של"מ קשה שוב ראיתי שם בהלכה י"א דס"ל לה"ה הטעם דכיון שהחזיר פתוח לר"ה הוי חצר שאינה משתמרת לדעת הבועלים וא"כ פאן שהמשפיר תפוס ועומד יכול לומר שעפוי"ם הצניע בכאן וקני ליה תצירו פינון שמשתמרת הוא ויאוש של"מ ג"כ ל"ש הכא ויכול המשפיר לומר קים ליה פהנך רבנותא דמפונשים טעמא דאין החצר קונה משום יאוש של"מ ולא ס"ל הך שכתב התוס' משום שאינו עתיד להמצא ושאר תירוצים וכן לשיטת הרמב"ם דס"ל מטעמא משום דאבודה ממנו ומכל אדם וגבי חנות וכו' דל טעמא משום דאינה משתמרת וטעמם אלו לא שייכי הכא.

סיומא דמלתא דהך פסקא דכל כה"ג המוציא מחבירו עליו הראיה הנלע"ד פתבתי: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות שכירות שאלה מה תשובת פבד דודי מ"ו הגאון ז"ל שלום לכבוד אהו' אחי ה"ה הגה"ה ויקי המפורסים מוהר"ר מנחם מאניש נ"י: הגיעני פס"ד שלך בדין שכירות הסוס אשר פתבת הדבר ברור שהדין עמך והחולק ראוי לגיפה.

אָמַנְם קְצַרְתָּ מְאוֹד בְּדַבְרֵי בַב"מ שֶׁהֵבֵאתָ מִשָּׁם רְאִיָּה לְדַבְרֵיהָ וְאִמְרָתִי לְפָרֵשׁ פְּנוּנְתָּהּ
קִצְצָת בְּאֲרִיכוֹת פְּדֵי שְׂיָדְעוּ וַיִּבְיֵנוּ אֶת אֲשֶׁר לְפָנֶיהֶם וַיַּחְזְרוּ בָּהֶם הַמִּפְקָפְקִים שְׂאִינָם יוֹדְעִים
בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת בֵּין יְמֵינָם לְשִׂמְאַלָּם.

הִנֵּה עֵינֵינוּ שֶׁל דְּבָרִים פְּאֲשֶׁר הֵבֵאתָ מִב"מ פָּרַק א"נ דְּאָמַר רַב סְפִינָה לְאַגְרָא וּפְגֵרָא וְכֹן
פָּסַק רַב פְּפָא וְכֹן פָּסַק בַּש"ע בִּי"ד ס' קע"ה אָמַנְם נִחְלְקוּ הַפּוֹסְקִים דְּלַדְעָת הֶרְמַב"ם
וְהַרְשֵׁב"א מְשַׁעְרִין כְּמוֹת שֶׁהָיָה הַסְפִינָה שְׂוָה בְּשַׁעַת הַשְּׂכִירוֹת וְכֹן דַּעַת הַש"ע וּלְדַעַת
רַמ"א וְהַטּוֹר נִרְאֶה שֶׁמְשַׁלֵּם כְּשַׁעַת שְׂבִירָה כְּאֲשֶׁר אָבְאָר לְקַמֵּן וְהִנֵּה נִלְעַנ"ד דִּי"ל דַּכ"ע
מוֹדוֹ דְּכַוְנַת רַב בָּהָא דְאַגְרָא וּפְגֵרָא בְּשַׁעַת שְׂכִירוֹת וְה"פ אָף דְּשׁוֹכֵר פְּטוֹר מֵאַוֶּנְסִין אִם
הִתְנָה עִמּוֹ שְׂיִתְחַיֵּיב בְּאַוֶּנְסִין וְגַם שְׁלֵם לוֹ שְׂכִירוֹת חַיִּיב בְּשִׁנְיָהֶם מִפְּחַ תְּנָאוּ דְּמִתְנָה ש"ח
לְהִיּוֹת כְּשׂוֹאֵל וּלְכַף הַקְּשׁוֹ אִי אֲגֵרָא לֹא פְגֵרָא דְכִיּוֹן דְּמִקְבֵּל עָלָיו אַחֲרֵי אֲוֶנְסִין הָיָה
כְּמִלְוָה וְקָמָא לִיהַ בְּרִשׁוּתָּיהָ דְּשׁוֹכֵר א"כ הָיָה הַשְּׂכֵר רַבִּית וְהַשִּׁיב ר"ש דְּבְרֵי יִתָּא הוּא דְלֹא
מִיְקָרִי רִבִּית כִּיּוֹן דְּלֹא קִיְבֵל עָלָיו יִקְרָא זְוִילָא וּלְשִׁיטַת הַתּוֹס' גַּם אֵלּוּ הָיָה מִחְזִירוֹ בְּעֵין
הָיָה מִפְּסִיד מַה שְׁנִתְקַלְקַל הָעֵץ מִהַסְפִינָה בְּהַלִּיכָהּ בְּמֵיִם וּלְעוֹלָם כֹּל שְׁנִשְׁבְּרָה לְגַמְרֵי
יְשַׁלֵּם כְּשַׁעַת הַשְּׂכִירוֹת כְּפִי תְנָאוּ וְכַמְשַׁמְעוֹת לְשׁוֹן הַבְּרֵי יִתָּא הַרִי פְּרִתָּהּ עֲשׂוּי' עָלֵי וְכַדְעַת
רִשְׁב"א וְכֹן דַּעַת רַש"י וְהָיָה מְקוֹם לְפָרֵשׁ כֹּן גַּם דַּעַת הַתּו' וּמ"ש הַתּוֹס' ד"ה דְּקָא מְקַבְּלֵי
כו' הִיּוֹנוּ מִשׁוּם שֶׁמְקַבֵּל עָלָיו קְלָקוּל הָעֵץ י"ל דְּקָאֵי בְּאִי לֹא נִשְׁבְּרָה.

אָמַנְם פְּשָׁטָא דְלִישְׁנָא דְתוֹס' מִשְׁמַע דְּאָף בְּנִשְׁבְּרָה מְנַפֵּר הַפְּחַת שְׂרָאוּי לְפַחוֹת וְכֹן מְבוֹנָר
בַּהֲג"א בְּשֵׁם הַתּוֹס' נִחְזָר לְעַנְיָנֵינוּ וְהִנֵּה אָף לַפ"מ שֶׁפְּרִשְׁנוּ דְּדַעַת רַב אֲגֵרָא וּפְגֵרָא הִיּוֹנוּ
כְּמוֹ שְׂשׁוֹיִן בְּשַׁעַת הַשְּׂכִירוֹת אַפ"ה לֹא תִיקְשִׁי עָלֵיהֶוּ בְּמֵאֵי דְּפָסְקוּ דְּמִשְׁלֵם כְּשַׁעַת
שְׂבִירָה מִשׁוּם דִּי"ל דְּסַמְכוּ עַל הָא דר"פ דְּנִהְגּוּ אֲגֵרָא בְּשַׁעַת מְשִׁיכָה פְּגֵרָא בְּשַׁעַת שְׂבִירָה
וּפִירְשׁוּ דְּפְגֵרָא בְּשַׁעַת שְׂבִירָה כְּמוֹ שֶׁהָיָה שְׂוָה בְּשַׁעַת שְׂבִירָה.

וַיֵּשׁ מִן הַרְאִשׁוֹנִים שְׁגוֹרְסִין וּפְגֵרָא בְּשַׁעַת שְׂבִירָה כְּמְבוֹנָר בְּשִׁיטָה מְקוּבָצָת וְעוֹד גּוֹרְסִין
וּמִתְנִיתָא אַפְכָא תְנִיָא וּפִירְשׁוּ דְלִשׁוֹן הַבְּרֵי יִתָּא דְקַתְנֵי הַרִי פְּרִתָּהּ עֲשׂוּי' עָלֵי מִשְׁמַע
דְּמִשְׁלֵם כְּשַׁעַת מְשִׁיכָה וּלְכַף תְּלוּי בְּמִנְהֶגָא דְּמִנְהֶגָא אֵינוֹ כֹּן רַק דְּמִשְׁלֵם כְּשַׁעַת שְׂבִיר' וּ
וּמִנְכָּה הַפְּחַת שְׂרָאוּי לְפַחוֹת וּר"פ גְּרִיס בְּבְרֵי יִתָּא דְרַב שְׁשֵׁת אֶסוּר וְעוֹד הִבִּיא גִיְרָסָא
בְּשֵׁם הַרְאֵב"ד מִשׁוּם דְּמִתְנִיתָא לֹא תְנָא אֵיכָא מְנִהֶגָא וּפִירְשׁוּ מִשׁוּם דְּמִתְנִי' לֹא פִי בְּהִדְיָא
אִיזָה שׁוּמָא מְשַׁלֵּם וּמִשְׁמַעוֹת הַבְּרֵי יִתָּא כְּשַׁעַת מְשִׁיכָה לְכַף אֵיכָא מְנִהֶגָא כְּשַׁעַת שְׂבִירָה
וּמִנְכָּה מַה שְׂרָאוּי לְפַחוֹת וּלְפַמ"ש יֵשׁ דֵּי לִיִּשְׁבַּ מַה שֶׁהַקְּשָׁה הַלַּח"מ דְּמֵאֵי מְקַשָּׁה רַב
שְׁשֵׁת מ"ט שְׁתַּק רַב לְשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דְּמִשְׁלֵם כְּשַׁעַת שְׂבִירָה דְלָמָּא פְּנוּנַת רַב הָיָה
דְּמִשְׁלֵם כְּשַׁעַת הַשְּׂכִירוֹת וּלְפַמ"ש אֵין כָּאֵן קוֹנְשָׁא כְּלָל דְלוֹ יְהֵא כֹן אַפְתִּי תִיקְשִׁי אִמְאֵי
שְׁתַּק רַב דְּהָא גַם הַבְּרֵי יִתָּא דְאַיְתִי רַב שְׁשֵׁת הָכִי דִּיִּיקָא וְעוֹד דְּהַרִי רַב סְתָמָא אָמַר וְאִם
רַב כְּהֵנָּא וְרַב אֶסִי פִירְשׁוּ פְּנוּנְתוֹ דְּפְגֵרָא כְּשַׁעַת שְׂכִירוֹת כ"ש דְּבְרֵי יִתָּא דְּפִרְשָׁה בְּהִדְיָא
דְּשֵׁם פְּרָה כִּיִּצַד הַרִי פְּרִתָּהּ עֲשׂוּי' עָלֵי וְכו' דְּוַדָּאֵי כ"ש דְּדִיִּיק כְּשַׁעַת שְׂכִירוֹת וַא"כ אִמְאֵי
שְׁתַּק רַב.

וְגַם מַה שֶׁהַקְּשָׁה הַפ"י מֵאֵי ס"ד דְּמִחְזִי כְּרִיבִית כִּיּוֹן דְּמִשְׁלֵם כְּשַׁעַת שְׂבִירָה וּמִתְנָה ש"ח
לְהִיּוֹת כְּשׂוֹאֵל וּלְפַמ"ש לֹא קָשָׁה מִיָּדִי וְכֹן נִרְאֶה לְמַקְצָת מְפָרְשִׁים הַוּבָאוּ בַּש"מ וְאָף
לַפ"מ דְּמִשְׁמַע בְּרִשְׁב"א לְדַעַת הֶרְמַב"ן דַּס"ל כְּשַׁעַת שְׂבִירָה שֶׁמְפָרֵשׁ הַבְּרֵי יִתָּא הַרִי

פְּרָתָהּ עֲשׂוּיָהּ הֵינּוּ שְׂבָאָמֶת הַפְּרָה שְׁנֵה אַרְבָּעִים רַק שְׂקוּצָב שְׁלֹשִׁים מִפְּנֵי שְׂמִנְכָה מֵה שְׂרָאוּי לַפְּחֹת מִשֶּׁה הַשְּׂכִירוֹת נִרְאָה שְׁפִי כֹן לְפִי הַמִּסְקָנָא דְבַנֵּי כְּנֹפְרָא פִּירְשׁוּ כֹן הַבְּרִייתָא אֲבָל רַב שָׁם מְפָרֵשׁ הַבְּרִייתָא כְּפִשְׁטָא שְׂקָצוּב הַדְּמִים כְּשַׁעַת שְׂכִירוֹת אֲמַנְם קְוִשִׁית פ' ל"מ בלא"ה דָּאִין זֶה עֲנִין לְמַתְנֵה ש"ח לְהִיֹּת כְּשׂוֹאֵל דְּהֵתָם אֵינּוּ נוֹטֵל שְׂכִירוֹת מֵאוֹתוֹ עֲצָמוֹ וְאִף דְּמִקְבֵּל עָלָיו זֵוּלָא מ"מ לְפַעְמִים לִיכָּא זֵוּלָא וּמִשְׁלֵם כְּשַׁעַת הַשְּׂכִירוֹת וְאֵעִפ"כּ נוֹטֵל שְׂכִירוֹת גַּם מֵה שְׂהַקְשָׁה הַפ"י בּו"ה דְּהָא מְקַבֵּל עָלָיָה בְּנִסְכָּא דְנִחְשָׂא לֹא יִדְעָנָא מֵה קָאֵמֵר דְּגַם בְּזֵוּזָא וְדָאִי מִיִּירֵי דְּהָא מְקַבֵּל הַמִּשְׁפִּיר יִקְרָ' וְזֵוּלָא וְזֵה כְּשֵׁוּט וְדָמִי מִמֶּשׁ לְסְפִינָה וְגַם בְּסְפִינָה אֵלוֹ לֹא הֵיָה שׁוּם קְלָקוּל מֵה מְהַנִּי מֵה דְּמִשְׁלֵם כְּשַׁעַת שְׂבִירָה וּמֵאִי בֵּין שַׁעַת שְׂכִירוֹת לְשַׁעַת שְׂבִירָה וְאִי מִשׁוּם זֵוּלָא הָא גַּם בְּזֵוּזָא כֹן הוּא לְכֹף הַנְּצָרָה הַתּוֹס' לֹמֵר שְׁיֵשׁ קְלָקוּל בְּסְפִינָה וּלְכֹף יֵשׁ חִילּוּק בֵּין שַׁעַת שְׂכִירוֹת לְשַׁבִּירָה: נִחְזֹר לְעֲנִינֵינוּ דְּמִלְתָּא דְּרַב אֵיִירֵי דְּמִקְבֵּל עָלָיו אֲוֹנִסִין וּלְכֹף ס"ד דְּמִחְזִי כְּרִיבִית מִשׁוּם דְּקָמָה לִיָּה בְּרִשׁוּתָּהּ וּכְמִש"ל וְלָכֵן מִיִּירֵי ע"כ בְּהוֹנָה בְּפִי דָאֵל"ה לֹא מְחִיִּיב בְּאֲוֹנִסִין וּבְזֵה אֵיִפְלִיגוּ הַפּוֹסְקִים אִם מוֹר לְשֵׁלֵם כְּשַׁעַת הַשְּׂכִירוֹת אוֹ לֹא רַק כְּשַׁעַת שְׂבִירָה אֲמַנְם אִם הוֹתְנָה סֵתָם שְׁיִתֵּן לוֹ שְׂכִירוֹת וְאִם יִשְׁבֵּר יִתֵּן לוֹ קְצָבָה זְקוּק י"ל דְּאִדְרָבָה הַכּוֹנֵנָה לְהִיפּוּף שְׁאִם יִשְׁבֵּר בְּאֲוֹנִס אִף בְּשִׂאָר שׁוֹבֵר לֹא מְחִיִּיב בְּאֲוֹנִס מ"מ הַתּוֹסִיב א"ע לִיתֵּן לוֹ הַקְצָבָה אֲבָל לֹא יִתֵּן לוֹ אִז שְׂכִירוֹת.

וְהַגְמָרָא מִיִּירֵי שְׁהוֹתְנָה בְּפִי אִף אִם יִשְׁבֵּר יִתֵּן לוֹ שְׂכִירוֹת וְזֵה כְּוֹנֵנָת הַש"ף אֲמַנְם אִם נִשְׁבֵּר בְּפִשְׁעָה אִף בְּלֹא שׁוּם תְּנָאִי מְחֻיָּב לְשֵׁלֵם בְּעַד הַבְּהֵמָה וְגַם הַשְּׂכִירוֹת אִף בְּלֹא שׁוּם תְּנָאִי וּכ"ש בְּכַה"ג דְּהוּי מִזִּיק בְּיָדִים עֵינִין ס' ש"ז סְעִיף ג' וּס' ש"ח סְעִיף ה' וּבִסְמ"ע וְאִטוּ אִם שְׂכֵר בְּהֵמָה וְאִח"כּ הַכָּה אוֹתָהּ וְהִזִּיקָה שְׂצָרִיף לְשֵׁלֵם לוֹ פַּחַת הַהִזִּיק לֹא יִשְׁלֵם לוֹ שְׂכִירוֹת וְלֹא תִימָא דְּוִקָא הַשְּׂכֵר שְׂמַגִּיעַ לוֹ קוֹדֵם הַפְּשִׁיעָה כֵּינּוּן שְׁנַתְּחִיב לְשֵׁלֵם הַהִזִּיק שׁוֹב אִח"כּ פְּטוֹר מִשְׂכִירוֹת דּו"א דְּדוֹקָא בְּגִזְלָן דְּקָמָה לִיָּה בְּרִשׁוּתָּהּ דְּגִזְלָן אֵין צָרִיף לְשֵׁלֵם שְׂכֵר דְּכָל הַגְזֵלָנִים מְשִׁלְמִין כְּשַׁעַת הַגְזֵלָה כְּמִבְּנֹאֵר בּו"ב דְּרַף צ"ו ע"ב דְּלֹא הוּי קִשְׂיָא לִיָּה לְרַבָּא עָלֵי דְר"נ רַק מִשׁוּם דְּכָל הַגְזֵלָנִים מְשִׁלְמִין כְּשַׁעַת הַגְזֵלָה אֲבָל בְּפִשְׁעָה אוֹ מִזִּיק דְּעֵזִינִין הוּא בְּרִשׁוּת גִּזְק דְּהָרֵי אִפִּי' הַשְּׂבָרִים אֵין שְׁמִין לְגַנֵּב וְלְגִזְלָן וְשְׁמִין לְשׂוֹאֵל וּכ"ש בְּשִׂאָר שׁוֹמְרִים וּכ"ו שְׁעוּד שְׁלֹא נִשְׁבֵּר דְּהוּא בְּרִשׁוּת הַנִּזְק וּבְדָאִי מְחֻיָּב לְשֵׁלֵם שְׂכֵר אִף אַחַר שְׂפִשְׁעָה בְּה וְאֵעִפ"כּ מְחֻיָּב לְשֵׁלֵם מֵאִי דְּאִיִּפְחָתָא מִכְּסָפָה דְּאִטוּ מִשׁוּם שְׁהִזִּיקָה וְאִפְחָתָה מִכְּסָפָה נְפִטוֹר שְׂכִירוֹת שְׁעֵשָׂה בְּה מְלֹאכָה אִח"כּ וְהַחֹלֵק עַל זֵה לֹא יִדַּע בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת בֵּין יְמִינוֹ לְשִׁמְאָלוֹ וְרָאוּי לְהוֹרִידוֹ מְדִינּוֹת וּלְגַנְעָרוֹ בְּנִזְפָּה אֲמַנְם זֵה צ"ל שְׁבַעַד הַתְּבִיּוֹת שְׁהוֹסִיף וְהִזִּיק לְבְּהֵמָה אֵינּוּ מְחֻיָּב בְּשְׂכִירוֹת כֵּינּוּן דְּמִשְׁלֵם כָּל הַהִזִּיק הַבָּא מִחֵמֶת זֹה הַתְּבִיּוֹת וְא"צ לְשֵׁלֵם רַק מֵה שְׁהֵיָה הַשְּׂכִירוֹת בֵּינֵיהֶם: וּבְנִידוֹן הַכְּחָשַׁת אֲדוּם זֵהָב א"צ לְהֵאָרִיף כִּי בְּדִין מֵה שְׁהִנְחָתָה אֲתָה נוֹטֵל כָּל שְׁהִשׁוּמֵר אֵינּוּ מוֹדָה שְׁלֵקָח יוֹתֵר וְאוֹמֵר אֵינִי יוֹדַע אוֹלֵי לֹא הֵיָה יוֹתֵר פְּטוֹר מִשְׁבּוּעַת שׁוֹמְרִין דָּאִין זֵה עֲנִין לְשְׁבּוּעוֹת שׁוֹמְרִין כָּלֵל.

וּמוֹדָה בְּמִקְצַת מִשׁוּם הִילָךְ וְאֵינּוּ חִיִּיב רַק הִקְסַת וּבִת"ח ק"ח לְבַד וּמִכ"ש אִם יֵשׁ עַד הַמְסִיעַ פְּטוֹר לְגַמְרֵי וְעִי' בְּסִי' ע"ב בְּש"ף ס"ק צ' בְּתוֹסְפָתָא עֲשֵׂר מְנוֹרוֹת שְׁל ד' לִיִּטְרִין וּבְסִי' פ"ח סְעִיף כ"ג דְּכָל שְׂמַחְזִיר לוֹ הַפְּקֻדוֹן וְאֵמֵר מֵה שְׁהִנְחָתָה אֲתָה נוֹטֵל פְּטוֹר מִשְׁבּוּעָה דְּאוֹרִייתָא וְזֵה מְעֵשִׂים בְּכָל יוֹם וְאֵינּוּ נִשְׁבַּע רַק הִקְסַת.

ובכך פשט המנהג על פי תשובות פנסת יחזקאל דלת"ח לא משבעינו היסת רק ק"ח וזה פשוט ואולי הוי באתרא דידי האיש העושה בנדון לבלתי שמוע והנפש אשר תעשה ביד רמה הנה מחינא ליה בסילנא דלא מבע דמא עד יטה אונן לשמוע לקול מורים וטוב לו: הכ"ד איתו ה"ק אלכסנדר סענדער מרגליות מבראד חונה פה ק"ק סאנטוב והגליל יצ"ו: שאלה מו משמי מעונה.

שלום יענה לאב בחכמה ומושל במכמני התבונה ה"ה פבוד אהובי אדוני אבי מ"ו הרב הה"ג הקריף ובקי המפורסם ידיו אמונה משפט וצדק לכוונה. כש"ת מוהר"ר מנחם מאנש נ"י.

שש אנכי על אמרתיה נאני בא בדבריה וחשתי ולא התמהמהתי לשמור מצותיה לשום עין במשפטיה אשר חרצת: בדבר השוכר סוסים מחבירו להוליך משאוי והוסיף על המשאוי וקלה לו סוס א' ומכרו השוכר בדברו ועתה זה תובע דמי שוויא של הסוס וגם השכירות שקצב לו וזה טוען כיון שמשלם בעד הסוס א"צ ליתן לו השכירות.

ולענ"ד הדבר ברור פאשר פסקת שצריף ליתן השכירות שקצב וגם דמי הסוס רק ששמן כמה הנה ראוי שיפחת הסוס משוניה מחמת דברו ומשאוי כזו שהתנה עמו וינכה לו שהרי בעבור זה קצב לו השכירות והמותיר ישלם לו וכל דיינא דלא דאין כה"ג לאו דיינא הוא ומה שזה טוען כיון שמשלם דמי שוויא א"צ ליתן שכירות אין ספק שיפה אמרת שאלו דברי הבאי דכל שומר שהוא כש"ש וצריף לשלם הדמים היינו אף אם קיבל פבר השכירות מחויב להחזיר למשפיר או גוף החפץ או דמים וקא דקאמר בב"מ דף ס"ט דאקשו ליה ר"כ ורב אסי לרב אי אגרא לא פגרא כו' היינו משום דהתם בשבורה באונס ומחמת מלאכה איירי רק שמתנה שיתחייב לשלם ואהא מקשו דהא אסור משום רבית משא"כ בשבירה דפשיעה דאהא לא הוו מקשו מידי וכ"כ הב"י והב"ח בטור יו"ד סי' קע"ו להדיא דלכך כתב הטור שהתנה אם ישבר באונס כו' דאם בפשיעה פשיטא שהדין כן בכל שוכר שהיא כש"ש ומאי אקשו ליה ר"כ ור"א לרב ואין לחלק ולומר דדוקא היכא שהפשיעה באה אחר שפבר גמר המלאכה שנתחייב השכירות עבורה פגון אם נשברה הספינה אחר שהגיע אל מחוז חפצו ונשברה בפשיעה אבל אם הרבה לפשוע ותיכף משהתחיל במלאכה א"כ מן היום והלאה פדידיה דמי פדידיה קעביד מלאכה כיון דהוי עלה פגולן ואיתא בסי' שס"ג דאי נחית לאגרא רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל מבואר מדבריהם דתרונייהו לא שקיל ז"א חדא דמשמע מב"י וב"ח הנ"ל דאף בנשברה הספינה בפשיעה באמצע הדרך שקיל אגרא ופגרא ועוד דא"כ בכל הני דאיתא בגמרא ובש"ע סי' ש"ח דהוסיף על משאה חייב לשלם הנה להם לפרש דמנפה לו דמי השכירות דהא משמע דמירי שתיכף בתחלת ההליכה הטעין עליה יותר מהראוי א"ו דליתא שבמה שפשע להטעין עליו יותר בשביל זה לא קנה הבהמה למהוי פדידיה ופשיטא דכל כמה דהוא בעינא ברשותא דמרא קיימא ומה"ט כתב הרמ"ה שם סי' שס"ג דאם הגזלן השפיר לאחר השכירות לבעלים וביאר הב"ח הטעם דכל ממון שלא נקנה ביד מי שהוא הרי הוא ברשות הבעלים ונמצא דהשכירות שלו כאילו הם עצמם השפירוהו עי' שם וא"כ כאן שבאמת השפירוהו בעלים פשיטא שהוא צריף לשלם השכירות ומה לי איהו ומה לי אחרנינא ודוקא היכא שנטל בלא רשות הבעלים לגמרי אז

אמרנו דאם רצה פחתה נוטל ולא אגרא משא"כ היכא שהשפירו לו הפעלים בפירוש
הרי נתחייב בתשלומי השכירות ומה בכך שפשע בה בזה לא נפטר מהשכירות ולכי
מיינה לה חיובא אחרונה הוא ועוד דאין חיוב השכירות משהתחיל במלאכה דמשעה
שפשע נתחייב בשכירות וכמ"ש התוס' בב"מ דף ע"ט ד"ה אלא כו' דאפילו לא נתן יש
לו לתת כל השכירות שהרי קנה המשפיר כל השכירות במשיכת השוכר את הספינה כו'
עי' שם וא"כ פשיטא דאע"פ שנה פשע אח"כ ומחוייב לשלם דמי כל הבהמה בזה לא
נפטר מהשכירות שפבר נתחייב בו משעת משיכה ובפרק המפקיד דאמרנו לכשתרצה
ותשלמני הרי פרת קנויה לה מעכשיו והתם אמרנו דאף דמודה שנגנבה בפשיעה או
ש"ש שאמר נגנבה הדין פן ומבואר שם גבי ההיא דאפקיד כיפי דאף באומר שנגנבה
בפשיעה הדין פן דאמרנו אם לבסוף משלם לו הוי כמקנה לו מעכשיו וא"כ לפ"ז בש"ש
שפשע בלא עדים ומשלם הנה לנו לומר שלא יצטרף לשלם לו השכירות ובעובדא
דראב"ן שהביא הש"ך סי' ש"ט לא שייך לומר פן דכיון דהתנה עמו שיתחייב באונסין
א"כ לא הוי מצי פטר נפשיה במידי הלכך אי לא מטעמא שנתחלק עליו מורו של המרדכי
דמצי למימר לא נתחייבתי אלא בחזרת הסוסים שפיר פסק ראב"ן דמחוייב לשלם גם
השכירות כיון דלא הוי מצי פטר נפשיה במידי משא"כ בש"ש שפשע ואין עדים י"ל
דז"א לפמ"ש דהשכירות נתחייב מיד בשעת משיכה ואע"ג דאם משלם לבסוף הוי כאמר
לו שיקנה מיד בשעת משיכה מ"מ זה דוקא בשבחה דאתי מעלמא אבל בשבחה דמגופא
לא מקני ליה כגון גולות ונולדות ועדירי טפי דהתם הוי טעמא כמ"ש רש"י דניחא לבעלים
שיהיה בטוח בקרן שיהא ספק כפל העתיד לבא של שומר משא"כ בזה שהוא נדאי
שנתחייב בשכירות מיד ומ"ש הש"ך סי' רצ"ה ס"ק ח' בנפקד ששילם למפקיד שזכה
ברבית של עכו"ם התם נמי בכה"ג מיירי שהנפקד הלוח המעות לעכו"ם באמנה דהוי
פושע וע"ש שפכת דהוי שבחה דמעלמא כמו כפל והיינו נמי משום שלא הנה בשעת
מעשה משא"כ שכירות שהנה בשעת מעשה תו לא מפקע ליה ועוד דבנ"ד שלא רצה
לשלם לו רק אחר שנשבע המשפיר נראה פשוט דאין לה אטרחה ה לבי דינא גדול מזה
מה שהשביעו חנם ופשיטא דבכה"ג לא אקני ליה מידי הלכך הדין פשוט כמ"ש ואין
צריך לראיות.

ומה שפכת שיש שתלה עצמו בדברי הש"ך סי' ש"ט הדבר פשוט כמו שפכת דהאי
גברא לא חש לקמחיה דהתם מיירי באופן שא"צ לשלם מן הדין רק מחמת התנאי בזה
נחלק מורו על הראב"ן לומר שעיקר תנאי לא הנה רק שאם ישלם בעד הסוס לא יצטרף
לשלם שכירותו שהרי שם אותה עליה מעכשיו כמה הנה שנה משא"כ בזה שהשכירות
נגמר סתם ונתחייב לשלם ומה שפשע אח"כ מלתא אחריתי הוא וא"צ רק לנפות מה
שמשערין שהנה הסוס נפחת בהליכתו בדרך ומשאווי כזו שהתנה עמו והמותר ישלם לו
חוץ דמי שכירות שקצב לו: דברי בנה הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה מז
שאלה בהיותי מעיין בסוגיא דתקנת אושא בב"ק דף פ"ח הלום ראיתי מה שהקשו
התוספות שם ד"ה דלר"י דס"ל ק"פ כקה"ג ל"ל תקנת אושא דהא בלא"ה אינה יכולה
למפור פיון שיש לבעל ק"פ.

ובשיטה מקובצת שם תירץ בשם תוס' הרא"ש דבשלמא בכותב נכסיו לבנו גוף מהיום
ופירות לאחר מיתה שפיר ס"ל לר"י ק"פ כקה"ג דמי כיון שהנה הגוף והפירות מתחלה

שֶׁל הָאָב רַק שֶׁהוּא נוֹתֵן הַגּוֹף לְבָנוּ אֲלֵים ק"פ דִּינִיהָ כַּקָּה"ג מִשָּׂא"כ נִכְסֵי מְלוּג שֶׁהִשְׁדָּה וְהַפְּיֻרוֹת הֵיחָד שֶׁל הָאִשָּׁה רַק כִּינּוּן שֶׁנִּשְׁאַת הַפְּיֻרוֹת הֵם שֶׁל הַבַּעַל לֹא אֲלֵים ק"פ דְּבַעַל לְמַהוּי כַּקָּה"ג ע"י שֵׁם וְקִשְׁיָא לִי דְהָאִיף אֶפְשָׁר לְחַלֵּק בְּכֹף שְׁהָרִי בְּגִיטִין דְּף מ"ז ע"ב אֵיתָא אֵיתָמַר הַמּוֹכֵר שְׂדֵהוּ לְפִירוֹת ר"י אָמַר מְבִיא וְקוֹרָא קְסָבֵר ק"פ כַּקָּה"ג דְּמִי ר"ל אָמַר מְבִיא וְאִינוּ קוֹרָא קְסָבֵר ק"פ לָאוּ כַּקָּה"ג.

אֵיתָבִיחַ ר"י לר"ל וּלְבִיתָהּ מְלַמֵּד שְׂאָדָם מְבִיא בְּכוֹרֵי אִשְׁתּוֹ וְקוֹרָא. א"ל שְׂאֵנִי הֵתָם דְּכִתִּיב וּלְבִיתָהּ.

א"ד אֵיתָבִיחַ ר"ל לר"י וּלְבִיתָהּ כּוּ' טַעְמָא מְשׁוּם דְּכִתִּיב וּלְבִיתָהּ הָא בְּעֵלְמָא לֹא א"ל טַעְמָא דִּינְהוּ נְמִי מְהֵבָא עכ"ל הָרִי מְבִיחָא דְלִתְרֻנְוִיָּהוּ לִישְׁנֵי אֵין לְחַלֵּק בֵּין ק"פ דְּעֵלְמָא לְק"פ דְּנ"מ פְּלִל וְגַם קִשְׁיָא לִי לְפִי מַה דְּמַסִּיק בְּסוּגְיָא זֹו הָא דְאֶמְרִינוּ הָעֶבֶד וְהָאִשָּׁה פְּגִיעָתָן רַעָה הֵם שֶׁחֲבָלוּ בְּאַחֲרֵים פְּטוּרִים וְהֵינְנוּ הֵיכָא דְלִית לָהּ נ"מ אֲבָל הֵיכָא דְאִית לָהּ נ"מ מְחֻוּיָּבָת לְמוֹכְרָם בְּטוּה"נ לְשֵׁלָם לְנֶחְבָּל.

וְהָרִיף פְּתַב הַמְּשַׁנָּה פְּצוּרְתָהּ וְלֹא פְּתַב הָּ אוֹקִימָתָא דְדוֹקָא הֵיכָא דְלִית לָהּ נ"מ וְצָרִיף טַעַם לְמַה. וְשׁוּב חִפְשִׁתִּי בְּמַפְנֻרְשִׁים וְלֹא מְצָאֵתִי בְּזָה.

וּלְעַנ"ד לְתַרְזַן דְּבָרֵי הָרִיף דְאֶזְיֵל לְשִׁיטָתוֹ שֶׁפְּתַב בְּרִישׁ הַחוּבָל דְּחֲבָלָה דְאָדָם בְּאָדָם אַע"ג דְאִית בֵּינָה חֶסְרוֹן פִּיס כִּינּוּן דְלֹא שְׂכִיחָא לֹא עֲבָדִינוּ שְׁלִיחוּתֵיהוּ וְכַתְּבֵי הַב"י בַּח"מ בְּסִי' א' דְלְדַעַת הָרִיף אֶפְיָלוּ רוּפָא וְשִׁבְתָּ אֵין דְנִין דְהָאִדְנָא דְלִיפָא סְמוּכִים אֶלָּא מְנַדִּין אוֹתוֹ עַד דְיָהִיב שְׁעוֹר מַה דְחֻזִּי לְמִיתָב לִיָּהּ אוֹ דָאָם תַּפְּסֵי לֹא מַפְקִינוּ מִיָּנִיָּהּ.

וְהֵיחָד הַתּוֹס' הַקְּשׁוֹ דְהֵיאָף קָאָמַר כּל לְגַבֵּי בַעַל וְדָאִי מְחַלָּה שְׁהָרִי תַצְטָרֵף לְשֵׁלָם מְדִינֵי דְגְרָמִי וְהַקְּשָׁה הַפ"י דִּי"ל דְכַוְנַת הַש"ס הוּא שְׂאָם יִהְיֶה הַדִּין לְכוּפָה וְלְמַפְנֹר פְּדֵי לְהַגְבּוֹת לְבַעֲלָהּ אִז תִּמְחַוֵּל לְבַעֲלָהּ מִיַּד אַחַר הַחֲבָלָה וְשׁוּב לֹא תוּכַל לְמַפְנֹר בְּטוֹבַת הַנְּאָה אַע"ג דְמִלְשׁוֹן הַש"ס מְשַׁמַּע שֶׁתִּמְחַוֵּל אַחַר הַמְּכִירָה הֵינְנוּ לְפִי לְשׁוֹן הַמַּקְשָׁה כּוּ' וְזֶה דְחֻוּק וְנ"ל דַּע"כ מְוַכְרַח הַש"ס לֹא מְשַׁמַּע שֶׁתִּמְחַוֵּל אַחַר הַמְּכִירָה שְׁהָרִי הַרְמַב"ן הַקְּשָׁה דְהָאִיף יְכוּלָּה לְמַחְוֵל הָרִי הַבַּעַל מְשׁוֹעֲבָד מְדַר"נ וְבַדְר"נ אֵינָה יְכוּלָּה לְמַחְוֵל דְהַש"ס סִי' פ"ו תִּתְרַץ דְשִׁיעֲבוּדָא דַר"נ אֵינָה אֶלָּא פְּשַׁעֲדִינּוּ לֹא נִסְתַּלַּק הַנְּחָבָל אֲבָל פֶּאֶן אַחַר שֶׁתִּמְפְּנֹר לוֹ הַפְּתוּבָה הָרִי יִצְאָה י"ח לְגַבֵּי נְחָבָל תּוֹ לֹא שְׁיָיָף שִׁיעֲבוּדָא דַר"נ כִּינּוּן שְׁפָבֵר נִפְרַע דְּמִי הַנְּזַק שֶׁלוֹ וְשׁוּב הו"ל פְּלוּקָם דְעֵלְמָא וְיְכוּלָּה לְמַחְוֵל ע"ש וַא"כ ע"כ הַנְּכַרַח הַש"ס לֹא מְשַׁמַּע שֶׁתִּמְחַוֵּל אַחַר הַמְּכִירָה שְׁקוֹדָם הַמְּכִירָה אֵינָה יְכוּלָּה לְמַחְוֵל דְאֵיפָא שִׁיעֲבוּדָא דַר"נ וְשִׁפִּיר מְקַשְׁיֵין הַתּוֹס' דְתַצְטָרֵף לְשֵׁלָם מְדִינֵי דְגְרָמִי וְע"ש מַה שֶׁתִּתְרַצוּ הַתּוֹס' בְּזָה וְהֵיחָד הַפ"י פְּתַב טַעְמָא דְהָרָא"ש שֶׁפְּתַב דְאֵי אֵית לִיָּהּ נִכְסֵי מְלוּג וַצ"ב מְחֻוּיָּבָת לְמוֹכְרָם בְּטוּה"נ וְלֹא אֶמְרִינוּ שֶׁתִּמְחַוֵּל מְשׁוּם שְׁגוּף הַקְּרָקַע שֶׁלָּהּ לֹא שְׁיָיָף מְחִילָה וְאֵין לְחֻוּשׁ שֶׁתִּתְּנֵן לְבַעֲלָהּ בְּמַתְנָה דְּנֻדָּאֵי לֹא תַחֲוִיל הַמַּתְנָה כִּינּוּן שֶׁהַמְּכִירָה קְדָמָה לָהֶם עכ"ל.

וְלְכָאוּרָה קְשָׁה דְבַנ"מ דְלֹא שְׁיָיָף שִׁיעֲבוּדָא דַר"נ כִּינּוּן דְאֵינָם חוּב עַל הַבַּעַל רַק הַגּוֹף שֶׁלָּהּ א"כ עֲדִינּוּ יֵשׁ לְחֻוּשׁ כִּינּוּן שֶׁהַדִּין נוֹתֵן לְכוּפָה לְמַפְנֹר תִּתְּנֵן לְבַעֲלָהּ בְּמַתְנָה מִיַּד אַחַר הַחֲבָלָה פְּסָבֵרַת הַפ"י וַצ"ל כִּינּוּן דְשִׁיעֲבוּד הַנְּחָבָל קוֹדָם לְמַתְנָה זֹו וְנִזְקִין גּוֹבִין מְשַׁעֲבָדֵי פְּמִבּוּאָר דַּעַת הַפּוֹסְקִים בַּח"מ סִי' קי"ט וְלֹא מְהִי מַתְנָה פְּלוּם שֶׁהַנְּחָבָל טוֹרֵף מֵהֶם וַא"כ הָרִיף

לשיטתו שפיר עביד שלא כתב אוקימתת הש"ס דלית לה נ"מ דאפילו אית לה נמי לא פייפינו לה למפנר בטוה"נ שאם יהיה הדין לכופה תמן לבעלה במתנה מיד אחר החבלה פסברת הפ"י לעיל ואין לומר דכיון דשיעבוד הנחבל קודם למתנה טורף מהם הא לימא דלענין לטורף מיד המקבל מתנה בדיני חבלות לא עבדינו שליחותיהו ואין הנחבל יכול להוציא מיד הבעל אם תמן לו במתנה הלפ"ה אפילו אית לה לא מנדנינו לה עד שתמפנר הנ"מ בטוה"נ.

ובקשתי לעי' בזה ולהעמידני על האמת ושלוש אחיה הק' אליקים געציל: תשובה אהובי אחי ראיתי דבריה טובים ונכוחים וראשון תחלה אען ואומר שמ"ש בשם הש"מ שכתב בשם הרא"ש לא חדת הוא ליה וכבר הרגישו בזה בתוס' ביבמות פרק החולץ ובב"ב דף מ"ח שכתב דשאני ק"פ דנ"מ שאינה בא אלא מפחה והוה הן הדברים אלא שהרא"ש ביאר יותר וראיתי בפ"י בסוגיא זו הביא לשון התוס' וכתב דלא כן הוא מסוגיא דלעיל ור"ל דלעיל אמרין אימית דרמי בר אבא הנה נסיבא כו' ואמרין לא משנתנו הוא זו הפותב נכסיו כו' ומייתי עליה פלוגתא דר"י ור"ל אלמא דפירוש נ"מ נמי בפלוגתא דר"י ור"ל תליא.

אף לפענ"ד אי משום הא לא אריא דהא הש"ס מסיים בה ואנן השתא כו' כר"ל סבירא לן וקאמר ר"י כו' עי' שם וא"כ מדר"ל מייתי שפיר פיון דאפילו בהפותב נכסיו ס"ל לאו כקה"ג דמי אע"ג דאלים ק"פ דאב מכ"ש בנ"מ דסובר לאו כקה"ג דמי משא"כ התוס' שפיר מחלקין בכ"ה אליבא דר"י דסובר בפותב נכסיו הני כקה"ג מ"מ שפיר מצי סבר בנ"מ דלא הני כקה"ג דלא אלים ק"פ דבעל פולי האי.

אף סוגית הש"ס דגיטין שהבאת ודאי שזה צריך לפנים וגם לדידי קשיא לי מהא דאמר בב"מ פרק השואל לענין שאילה בבעלים שאל מן האשה ונשאל בעלה עמה פלוגתא דר"י ודר"ל דאיתמר המוכר שזיהו לפירות כו' ולפי דברי התוס' והרא"ש דלעיל הוה לא תליא פלל בפלוגתא דר"י ור"ל דגם ר"י מודה בזה דלאו כקה"ג דמי.

והתוס' שם פתבו הא דלא מייתי פלוגתא דתנאי גבי המוכר עבדו על מנת שישמשנו שלשים יום כו' א"נ אפילו למ"ד התם כקה"ג דמי היינו משום שמשניר המוכר לעצמו פירות בעין יפה אבל בעלמא לא עכ"ל.

נדבריהם צריכים ביאור דא"כ מאי מייתי מדר"י ודר"ל בהמוכר שזיהו לפירות דהא י"ל דשאני מוכר שמשניר בעין יפה. ואם נאמר דהש"ס קאמר הכי מחמת הא דאיתמר עלה בגיטין איתביה ר"י לר"ל ולביתך כו' עיקר חסר מן הספר וגם הלום ראיתי בחידושי הרשב"א בגיטין שם אהא דאמר התם א' לאו דאמר ר"י ק"פ כקה"ג לא מצא ידיו ורגליו שהקשו התוס' א"כ אנו היאך מצא ידיו ורגליו הא קי"ל האחין שחלקו לקוחות הם וקי"ל ק"פ לאו כקה"ג וכתב הרשב"א בשם ר"ת לתרץ דאנו קי"ל כר"ל לענין בכורים משום דגלי בה קרא דנלבייתך.

והקשה הרשב"א ע"ז מהו דב"מ דמייתי ראיה מהו דבכורים לענין שאילה בבעלים וגם בש"מ ב"ק הקשה על תירץ ר"ת מב"ב דף קל"ו דאהווא דהפותב נכסיו כו' פריה התם והא אפלקא בה חדא זימנא דאיתמר המוכר שזיהו לפירות כו' ע"ש.

וּלְפִי דְבָרֵי ר"ת קָשָׁה מְאִי פְרִיָּה דְלִמָּא שְׂאֲנִי בְּפוּרִים דְּגַלִּי קָרָא ע"ש: וּנְלַע"ד דַּא"ש עַפ"י מַה שְׂיֵשׁ לְעֵינֵי בְּהָא דַּס"ל לַר"י ק"פ כַּקְה"ג דְּמִי וְלָכֵן מִי שְׂהַגּוּף שְׁלוֹ א"י לְמַפְנֵי. וְלִכְאוּרָה הוּא הִלְכְתָּא בְּלֹא טַעְמָא דְהָא זֶה אֵינּוּ רוּצָה לְמַפְנֵי הַגּוּף שֶׁהוּא בְּאַמְתָּ שְׁלוֹ וְלָמָּה יִהְיֶה מְעַנְּבֵי מִחֲמַת זֶה שְׂאֵין לוֹ רַק בְּפִירוֹת וְלֹא בְּגוּף כָּלָל וְצ"ל דְּטַעְמָא דַּר"י פִּינּוֹ דְקו"ל אֵין אָדָם מִקְנָה דְבָר שֶׁלֹּב"ל וְהַרוּצָה לְהַקְנוֹת לְחַבְרֵי פִירוֹת אֵין דִּי בְּהַקְנָתָהּ הַפִּירוֹת לְבַד כ"א שְׂיִקְנָה לוֹ גּוּף לְפִירוֹת וְלָכֵן דְּקָדַק פְּאֵן בְּלִשׁוֹנוֹ הַמוּכָר שְׂדֵהוּ לְפִירוֹת וְלָכֵן פִּינּוֹ שְׂמִקְנָה לוֹ הַגּוּף שְׂיִהְיֶה מְשׁוּעָבֵד לְפִירוֹת שְׂפִיר יֵשׁ תְּבָלִין לְסִבְרַת ר"י דַּק"פ כַּקְה"ג דְּמִי שְׂהַפִּירוֹת שְׁלוֹ יֵשׁ לוֹ שְׂעַבּוּד וְקִנְיָן גַּם בְּגוּף וַא"ש בְּהָא דְהַפּוֹת' נִכְסֵיוֹ לְבָנוֹ דְהָא אֵית' בַּב"ב דַּקמ"ח דְאֵין אָדָם מְשִׁיר דְבָר שֶׁלֹּב"ל רַק לְגַבִּיהַּ נְפִישָׁה בְּעֵין יָפָה הוּא מְשִׁיר וּמְשִׁיר לְעַצְמוֹ הַגּוּף לְפִירוֹת וְלִכְפָּה ס"ל לַר"י דְהַבֵּן אֵינוֹ יָכוֹל לְמַפְנֵי הַגּוּף דַּק"פ שֶׁל הָאָב כַּקְה"ג דְּמִי שְׂהָרִי עֲדִינּוֹ הַגּוּף שֶׁל הָאָב לְפִירוֹת וּבְזֶה פְּלִיג עֲלֵיהּ ר"ל וְס"ל דַּמ"מ אֵינוֹ כַּקְה"ג לְפִי שְׂאֵין לוֹ בּוֹ רַק שְׂעַבּוּד לְצוּרָה הַפִּירוֹת אָבֵל מ"מ אֵין זֶה מְעַכְבֵּי שְׁלֹא יוֹכֵל הַבֵּן לְמַפְנֵי הַגּוּף עַצְמוֹ שֶׁהוּא בְּאַמְתָּ שְׁלוֹ וְלַפ"ז הַחֲזִיקוֹ בֵּין הֵךְ דְּהַפּוֹת' נִכְסֵיוֹ כּו' לְהֵךְ דַּנ"מ מְבֹנָאָר דְּבִשְׂלָמָא בְּכוֹתֵב נִכְסֵיוֹ שְׂהַגּוּף וּפִירוֹת שֶׁל הָאָב וְהָאָב שְׂיִיר לְעַצְמוֹ הַפִּירוֹת ע"כ שְׂיִיר לְעַצְמוֹ הַגּוּף לְפִירוֹת וְלִכְפָּה ס"ל כַּקְה"ג דְּמִי מִשְׂא"כ בַּנ"מ שְׂהַבְעֵל אוֹכֵל הַפִּירוֹת מִצַּד תְּקִנַּת חֲכָמֵי פְּשִׁטָּא שְׁלֹא הִיָּה צוּרָה לְחֲכָמִים לְתַמְנֵן בְּתַקְנַת אֲכִילַת פִּירוֹת שְׂיִהְיֶה הַגּוּף שְׁלוֹ לְפִירוֹת רַק שְׂתִיקְנוּ לְבַעַל אֲכִילַת פִּירוֹת לְבַד מִמֵּילָא שְׂאֵין שְׂיִיכוֹת הַפִּירוֹת לְגוּף כָּלָל וְשְׂפִיר אֲמַרִּינוּ דְאֵי לָאו תְּקִנַּת אוֹשָׁא לֹא הִיָּה הַבְעֵל מוֹצִיא כּו' דְּבָזֶה לֹא שְׂיִיָּה ק"פ כַּקְה"ג דְּמִי פִּינּוֹ דְאֵין לְבַעַל שׁוּם חֵלֶק וְשְׂיַעֲבּוּד בְּגוּף כָּלָל וְעַפ"ז א"ש מַה שְׂהַקְשִׁיתָ מֵהֵךְ דְּגִיטִין דְּמְבֹנָאָר דְּגַם לְעַנְיָן נ"מ אֲמַרִּינוּ אֵלִיבָא דַּר"י ק"פ כַּקְה"ג מְשׁוּם דְּהַתוֹס' בְּגִיטִין שֶׁם הַקְשׁוֹ בְּהָא דְקָאָמַר וּלְבִיתָהּ מְלַמֵּד שְׂאָדָם מְבִיא בְּפוּרֵי אֲשֵׁתוֹ כּו'.

וְהַקְשׁוֹ הָא מִן הַתוֹרָה אֵין לְבַעַל פִּירוֹת בְּנִכְסֵי אֲשֵׁתוֹ אֵלָא תְּקִנַּתָּ דְרַבְנָן א"כ ע"כ גְּזִירַת הַפּוֹת הוּא וְי"ל דְּדָרְךָ נְשִׁים שְׂנוֹתְנוֹת פִּירוֹת לְבַעֲלֵיהֶן וְכַה"ג אֵיירִי קָרָא ע"ד לְשִׁי דַּקְרָא מֵיירִי שְׂנוֹתְנוֹת הַפִּירוֹת וַא"כ ע"כ שֶׁהוּא דָרְךָ קִנְיָן וְע"כ שֶׁהִיא מִקְנַת לוֹ הַגּוּף לְפִירוֹת דַּא"כ אֵין הַקְנָתוֹ כְּלוּם וְכִינּוֹ דְּבִקְנִין גּוּף לְפִירוֹת מֵיירִי שְׂפִיר מְדַמָּה הֵךְ דַּנ"מ לְהָא דְהַמוּכָר שְׂדֵהוּ לְפִירוֹת מִשְׂא"כ בַּב"ב דְּאֵיירִינוּ הַשְׂתָּא לְדִידוֹ בְּלֹא הַקְנָאָה רַק מִחֲמַת אֲכִילַת פִּירוֹת שֶׁל הַבְעֵל מִצַּד תְּקִנַּת חֲכָמִים וְחֲכָמִים לֹא תִיקְנוּ עַל הַגּוּף כָּלָל רַק עַל הַפִּירוֹת לְחוּד מִמֵּילָא דְשְׂפִיר אֲנוּ צְרִיכִין לְתַקְנַת אוֹשָׁא דְמִתְקַנָּה קַמֵּייתָא דְאֲכִילַת פִּירוֹת לֹא הִיָּה יָכוֹל לְהוֹצִיא הַגּוּף כָּלָל דְּבָזֶה גַּם ר"י מוֹזֵה שְׂאֵין תְּקִנַּת אֲכִילַת פִּירוֹת מְעַכְבֵּי עַל מְכִירַת הָאִשָּׁה הַגּוּף כָּלָל: וְאַחַר הוֹדִיעַ כָּל זֹאת נִרְאָה דַּא"ש הֵךְ דְּקִשְׁיָא לָן מֵהֵךְ דַּב"מ שְׂאֵל מִן הָאִשָּׁה כּו' דְּמוּכָח מֵהַתָּם דְּגַם בַּנ"מ אֵלִיבָא דַּר"י ק"פ דְּבַעַל כַּקְה"ג דְּמִי וְנִרְאָה דַּא"ש עַפ"י מַה שְׂכַתְּבֵנוּ בְּטַעְמָא דַּר"י ס"ל ק"פ כַּקְה"ג מְשׁוּם דְּזֶה הַקְנָה לוֹ הַשְׂדֵה לְפִירוֹת מִשְׂא"כ בַּנ"מ דְאֵין לְבַעַל רַק הַפִּירוֹת לְבַד.

אַךְ כ"ז קוֹדֵם תְּקִנַּת אוֹשָׁא שְׂתִיקְנוּ שְׂהַבְעֵל מוֹצִיא הַגּוּף מִיַּד הַלְקוּחוֹת שְׂלִקְחוּ מִן הָאִשָּׁה וְטַעְמָא בְּדַאֲמַרִּי בַּב"ב דְּאֵלְמוּהַ רַבְנָן לְשְׂעַבּוּדָא דְּבַעַל וְשׁוּנִי' פְּלוּקְחַת רַאשׁוֹן וְלַפ"ז ע"כ לּוֹמַר דְּבִאֲוֹשָׁא תִיקְנוּ שְׂהַקְרַע תְּהִיָּה מְשׁוּעָבֵדָתָּ ג"כ לְבַעַל לְפִירוֹת דַּא"כ לֹא שְׂיִיָּה אֵלְמוּהַ לְשְׂעַבּוּד הַבְעֵל פִּינּוֹ שְׂנִאָמַר שְׂאֵין לוֹ רַק הַפִּירוֹת אֲשֶׁר תּוֹצִיא הָאֲרָץ וְהוֹלִידָהּ

והצמיחה ועל הגוף אין לו שעבוד כלל וע"כ דבאנשא התקינו שהגוף יהיה משונעבד לפירות ואלקבא דר"י באמת א"צ לומר דאלמוה ג"כ שיהיה פלוקס ראשון אלא פיון שיהתקינו לו שעבוד בגוף לפירות ממילא שאין מכירתה פלום והא דאמר' אלמוה שיהי' פלוקס ראשון היינו לדין דקיי"ל כר"ל דמ"מ לאו כקה"ג דמי וא"כ ה"ה עכ"פ מועיל המכירה וליש תיקנו שאם מטה נחשב פלוקס ראשון ולפ"ז א"ש ה"ה דב"מ דהתם אחר תקנת אושא דכבר תיקנו לו שעבוד הגוף לפירות ותלי בפלוגתא דר"י ור"ל דלר"י קנין פירות פנה כקה"ג והוי שאלה בפעלים משא"כ לר"ל נהי דהבעל יכול להוציא משום דהוי פלוקס ראשון מ"מ לא נחשב הגוף שלו פיון דק"פ לאו כקה"ג ולא הנה שאלה בפעלים וכ"ז אחר תקנת אושא משא"כ התוס' והש"מ מתרצים שפיר דאי לאו תקנת אושא והדברים ברורים לפענ"ד: וא"ל לפמ"ש דטעמא דר"י דס"ל ק"פ כקה"ג דמי ומעכב המכירה משום שצריך להקנות הגוף לפירות לפי שאין אדם מקנה דשלב"ל דא"כ היכא אמרינו בב"ק דף פ"ט ובגיטין דף מ"ט דר"מ ס"ל ק"פ כקה"ג דהא ר"מ ס"ל אדם מקנה דשלב"ל ונראה דא"ש ע"פ מ"ש התוס' בב"ב דף ס"ג גבי הא דע"מ שהמעשור שלי דפריה והא אין אדם מקנה דשלב"ל כו' דלא מצי למימר ר"מ הוא משום דע"כ לא אמר ר"מ אלא בפירות דקל שהדקל עביד להוציא פירות משא"כ בשדה דמי יימר דחרש ונרע לה ע"ש ונראה דגם לענין מוכר עבדו ע"מ שישמשנו שייך למימר הכי ולפ"ז גם ר"מ מודה בשדה ועבד דצריך להקנות הגוף לפירות ושפיר ס"ל לר"מ ק"פ כקה"ג דמי ולפ"ז א"ש גם מה שהקשה הרשב"א וש"מ על תירוץ ר"ת דשאני בפורים דגלי קרא ולביתה ויתורץ גם מה שיש לדקדק בהא דאמרינו איתיה ר"י לר"ל ולביתה כו' א"ד איתיה ר"ל כו'.

ולכאורה הוא אף למותר דמאי נ"מ אם ר"י הקשה לר"ל והוא השיב לו או להיפך. ונראה דנ"מ טובא אם ר"י הקשה לר"ל או לר"י דלכאורה קשה באידך לישנא דר"ל פריה לר"י טעמא דכתיב ולביתה הא לא"ה לא אלמא לאו כקה"ג ומאי קושיא דלמא לעולם כקה"ג דמי ואם ה"ה אוכל הבעל פירות אשתו ע"י הקנאה באמת לא ה"ה צריך קרא ולביתה רק דמייירי שלא ע"י הקנאה ואפ"ה רבי קרא דמביא וקורא ובאמת גזירת הפתוב הוא כמ"ש התוס' בקושיותם שם ועוד קשה על מ"ש בשם ר"ת דאף אי קי"ל לאו כקה"ג מ"מ בפורים שאני דכתיב ולביתה ולכאורה ז"א דבשאלמא אי כקה"ג שפיר מוקמינו ולביתה בכה"ג שמקנין לבעליהן כדי שלא תצטרף לומר גזירת הפתוב דוקא בפורים אלא ילפינו מיניה בכל דוכתא ק"פ כקה"ג משא"כ אי אמרינו לאו כקה"ג א"כ אפי' תימא דמייירי בהקנאה ג"כ אנו צריכים לגזה"כ וא"כ מנ"ל דמייירי בהקנאה דלמא מייירי בלא הקנאה כלל ואפ"ה בפורי אשתו מביא וקורא משום גזה"כ פקושית התוס' ולא ילפינו מיני גם לענין מוכר שדהו לפירות או בחזרת יובל לענין בפורים: ולכן נראה לתרץ דהנה הרשב"א פתב לתרץ קושיות התוספות דהיאך יליף מקרא בכורי אשתו דאכילת פירות נ"מ מדרבנן דקרא אתי לאשמעינן שאם תקנה האשה פירות כו' ודברה תורה בהנה לפי שרגילות הנשים לתת פירות נכסיהן לבעלים וי"א שהתנו מתחלה שיאכל הוא פירות נ"מ שגלה ונהו מוהר ומתן הפתוב בתורה כו' ולפ"ז לתירוץ הב'

דְּהַרְשָׁב־א א"ש דְּלְעוֹלָם מִיְיָרֵי הַתּוֹרָה בְּמַתְנָה מִתְחַלָּה עַל אֲכִילַת פִּירוֹת וְהֵם נִקְנִים לְבַעַל וְאֵז שְׁפִיר הַקֶּשֶׁה ר"ל לר"י דְּאֵי כְּקָה"ג וּלְבִיתָהּ ל"צ כִּינּוּן דְּנֻדְאֵי ע"י הַקְּנָאָה מִיְיָרֵי.

וְגַם לִפ"ז א"ש תִּיָּרֵץ ר"ת דִּי"ל בְּעֶלְמָא לָאו כְּקָה"ג וְהִכָּא גְּלִי קָרָא וּלְבִיתָהּ דְּכְקָה"ג שֶׁא"ל דֵּא"כ גִּימָא דְּגוּזָה"כ הוּא אַף בְּלֵא הַקְּנָאָה ז"א דְּנֻדְאֵי קָרָא ע"י הַקְּנָאָה מִיְיָרֵי מִשָּׂא"כ לְאִידָהּ לִישְׁנָא דְּש"ס דְּר"י פְּרִיָּה לר"ל דְּנִלְמַד מִוּלְבִיתָהּ כְּקָה"ג י"ל דְּלְעוֹלָם אֵין הֶכְרַח שְׁהַתּוֹרָה מִיְיָרֵי דְּוּנְקָא ע"י הַקְּנָאָה אֶלָּא דְּמַצִּי מִיְיָרֵי בְּהִכִּי דְּרַגְלִיּוֹת הוּא שְׁהַנְּשִׂים יִתְּנוּ הַפִּירוֹת וְכַמ"ש הַתּוֹס' וְכֵן תִּיָּרוּץ א' שֶׁל הַרְשָׁב־א.

וּלִפ"ז א"א לֹמֵר דְּר"י סָבַר בְּעֶלְמָא לָאו כְּקָה"ג רַק לְעֵנִין בְּפּוּרִים דְּגְלִי קָרָא דו"א דְּלְמָא לָאו גוּזָה"כ הוּא לְגַבִּי בְּפּוּרִים רַק לְגַבִּי נְכֹסֵי אֲשֶׁתוֹ כִּינּוּן שְׁאֲפִי' אֵי מִיְיָרֵי בְּהַקְּנָאָה צָרִיף גוּזָה"כ שְׁהָרִי מַצֵּד הַסְּבָרָא לָאו כְּקָה"ג דְּמִי כְּמוֹ בְּעֶלְמָא וְא"כ דְּלְמָא לָא מִיְיָרֵי בְּהַקְּנָאָה כָּלֵל וְלְעֵנִין בְּפּוּרֵי אֲשֶׁתוֹ גוּזָה"כ הוּא וּמִנ"ל בְּמוֹכַר שְׂדֵהוּ אוּ בְּחֻזְרַת הַיּוֹבֵל אֶלָּא ע"כ דְּגַם בְּעֶלְמָא כְּקָה"ג וְלָכֵן מוֹקְמִינן קָרָא בְּהַקְּנָאָה וְלָאו גוּזָה"כ הוּא רַק יִלְפִינן מִיְיָרֵי בְּעֶלְמָא ק"פ כְּקָה"ג.

וּלִפ"ז מְבֹאָר הַנ"מ בְּהֶנְהָ תְּרֵי לִישְׁנֵי דְּלִישְׁנָא קָמָא שְׁפִיר י"ל דִּילְפִינן בְּעֶלְמָא ק"פ כְּקָה"ג מְהֵרָה דְּבַפּוּרִים מִשָּׂא"כ לְאִידָהּ לִישְׁנָא כִּינּוּן דַּע"כ לֹמֵר דַּס"ל דְּקָרָא לְעֵיל בְּהַקְּנָאָה מִיְיָרֵי וְהִינּוּ מְהֵרָה וּמִתָּן א"כ שְׁפִיר י"ל דְּר"י דְּקָאֵמַר טַעְמָא דִּידֵי נְמִי מְהִכָּא הִינּוּ דְּגְלִי קָרָא גְּבִי בְּפּוּרִים דְּק"פ כְּקָה"ג וּמ"מ בְּעֶלְמָא אֲפֻשֶׁר דְּמוּדָה דְּלָאו כְּקָה"ג: וְהַשְּׁתָּא א"ש קוֹשְׁלֵי הַרְשָׁב־א וְהַש"מ עַל ר"ח מַב"ב וּב"מ דְּשָׁם מְבֹאָר דְּאֵין לְחַלְקָא בֵּין בְּפּוּרִים לְשָׂאָר מִיְיָרֵי לְעֵנִין ק"פ וּלְפִי מ"ש א"ש דְּהֶתֵּם בְּב"מ וּב"ב אֲזִיל בְּהֵרָה לִישְׁנָא דְּר"י פְּרִיָּה לר"ל מְדַכְתִּיב וּלְבִיתָהּ וּלְהֵרָה לִישְׁנָא א"א לֹמֵר דַּס"ל לר"י דְּגְלִי קָרָא בְּבַפּוּרִים דְּנֻקָּא מְשׁוּם דְּכְתִיב וּלְבִיתָהּ דֵּא"כ גַּם בְּבַפּוּרִים גּוּפָא מִנ"ל דְּגְלִי דְּלְמָא גוּזָה"כ הוּא גְּבִי נְכֹסֵי אֲשֶׁתוֹ אַף בְּלֵא הַקְּנָאָה וְלָאו מִטַּעַם דְּק"פ אֲתִינן עֲלֵהּ.

אֶלָּא ע"כ דַּס"ל דְּבַכָּל דְּנֻכְתָּא ק"פ כְּקָה"ג וְהִינּוּ דְּקָאֵמַר טַעְמָא דִּידֵי נְמִי מְהִכָּא וְא"כ יֵשׁ לָנו לְאוּקְמִי ע"י הַקְּנָאָה וּמִטַּעַם ק"פ כְּדִי שְׁלֵא נְצַטְרָה לֹמֵר שְׁהוּא גוּזָה"כ וְהַלְכָּהּ שְׁפִיר קָאֵמַר בְּב"מ שְׁאֵל מִן הָאִשָּׁה וְכו' פְּלוּגְתָּא דְּר"י וְר"ל וְכֵן בְּב"ב וְהָא אֲפִלְגוּ בַּהּ חֻדָּא זִימְנָא מִשָּׂא"כ ר"ת שְׁפִיר מְתַרְץ לְדִידָן דְּקִי"ל בְּכָל דְּנֻכְתָּא פְּלִישְׁנָא בְּתָרָא וּלְהֵרָה לִישְׁנָא דְּאוּתְבִי ר"ל לר"י טַעְמָא דְּכְתִיב וּלְבִיתָהּ ע"כ דַּס"ל דְּהַתּוֹרָה תְּמִיד ע"י הַקְּנָאָה מִיְיָרֵי שְׁהִי מְתַנִּי בְּשַׁעַת נִישׁוּאִין וְתַנְאֵי דְּשַׁעַת נִישׁוּאִין קִנְיָן הוּא כְּדִאֲמַרִּין בְּעֶלְמָא הֵן הֵן הַדְּבָרִים הַנִּקְנִין בְּאִמְרָה אוּ שְׁהִי מְתַנִּי בְּהִדְיָא א"כ שְׁפִיר י"ל דְּנֻנְקָא בְּבַפּוּרִים גְּלִי קָרָא דְּכְקָה"ג מִשָּׂא"כ בְּעֶלְמָא לָאו כְּקָה"ג דֵּא"ל דְּגַם גְּבִי בְּפּוּרִים מִנ"ל דְּלְמָא בְּלֵא הַקְּנָאָה מִיְיָרֵי ז"א דְּהֵרָה לִישְׁנָא ס"ל דְּהַתְּנוּ מִתְחַלָּה עַל אֲכִילַת פִּירוֹת וְא"כ מְסַתְּבָרָא לְלִמּוּד מְשָׁם גַּם לְמוֹכַר שְׂדֵהוּ לְפִירוֹת וְלְעֵנִין חֻזְרַת יוֹבֵל לְמִימְרָא דְּכְקָה"ג כְּמוֹ גְּבִי בְּפּוּרֵי אֲשֶׁתוֹ מִשָּׂא"כ בְּעֶלְמָא שְׁפִיר י"ל דְּלָאו כְּקָה"ג דְּמִי וְהוּא נְכוּן מְאוּד לְפַעַנ"ד: וְעַפ"ז נִרְאֵה לִינִישְׁב מַה שְׁקֻשָּׁה לְכַאוּרָה אֲלִיבָא דְּר"י דַּס"ל, ק"פ כְּקָה"ג דְּמִי לְמָה תוֹעִיל הַמְּכִירָה בְּטוֹבַת הַנָּאָה דְּכָל שְׂאֵין הַמְּכִירָה מוֹעֵלַת מְעַכְשָׁיו לָא מְהַנִּי גַם לְאַחַר זְמַן וְכַדְאֲמַרִּי בְּכַתְּוּבוֹת דְּרַף נ"ט דְּמִי אִיבָא מִיְיָרֵי דְּמַהֲשָׁתָּא לָא קְדוּשׁ וּלְקַמְיָה קְדוּשׁ.

ואמנם הב"ש והפ"י עמדו בזה אליבא דידן דקי"ל איתא לתק"א האייך יכולה למפור
בטוה"נ וזה אפשר ליישב דהא תק"א הוא דאלמוה רבנן לשעבודא דבעל ובכה"ג
דאלמוה אמרינן התם בכתובות דאע"ג דאלמוה היינו לענין דלא תיקדש מהשתא אבל
לקמיה שפיר קדיש וה"נ דכונתיה אין הך אלמוה דתק"א מעכב שלא תחול המכירה
כשיסתלק הק"פ שלו ויבואו לרשותו (ועיין מ"ש בזה בתשו' חלק אה"ע סי' ס"ח ושם
כתבתי ליישב מה שהשיגו האחרונים על הב"ש ופ"י שקושיותם הוא פקושיות התוס'
בכתובות דף נ"ט ע"ש) אף כל זה אי איתנו עלה מחמת תק"א משא"כ אליבא דר"י דס"ל
דק"פ ככה"ג דמי ודינא הוא ולא תסתא הדרא קושיא לדוכתיה דלמה תוכל למפור
בטוה"נ אף לפי מ"ש א"ש דגם אליבא דר"י היינו בשאר ק"פ אבל בק"פ דנ"מ מודה
דמדינא לאו ככה"ג פיון דאין לו בגוף הקרקע פלוס רק משום תק"א אמרינן דככה"ג
דמי.

וכבר כתבנו דתק"א אינו מועיל רק לעכב שלא תמפור לגמרי ותברית נכסיה מבועלה
וע"ז אלמוה אבל מ"מ אין זה מעכב על המכירה דלקמיה ושפיר מוכרת בטובת הנאה:
אף דלכאורה עדיין צ"ע פיון דלר"י תק"א הנה שנקנה הגוף לפירות א"כ ממילא דאף
השתא אין יכולה למפור משום אי איכא מידי ובשלמא אי אמרינן לאו ככה"ג רק באושא
אלמוה לשעבודא דבעל שפיר י"ל דהא דאלמוה פדי שלא תמפור להברית נכסי וזה
שייך פשמוכרות לגמרי אבל בטוה"נ לא שייך זה ולא אלמוה לשעבודא פלל לענין
מכירה דלקמיה משא"כ אי איתנו עלה מטעם שתיקנו שיזכה בגוף לפירות וככה"ג לא
מסתבר לסלק בק"פ אם הוא מתק"א או מצד הקנאה.

ועוד דהא בנצ"ב הגוף שלו לפירות אף בלא תק"א ואפ"ה יכולה למפור בטוה"נ פמבואר
בהחובל: אף באמת לא קשה מידי דאף דר"י ס"ל ככה"ג מ"מ מודה דאין מעכב מחמת
זה המכירה דלקמיה אף אם הוא בדרף הקנאה פמבואר במתני' דהפוחב נכסיו לבנו דאין
ללוקח עד שימות האב וכי מייית האב בחיי הבן אית ליה ללוקח ועיין בתוס' ריש החולץ
שהקשו דה"ל מה שאירש מאבא ומירצו דאפ"ה אין ק"פ דאב מבטלת מכירת הבן לגמרי
ע"ש.

והרמב"ן בב"ב בשם הר"י מיגא"ש פתב ג"כ דמתלי תלי וקאי ולכי מייית האב חלה
המכירה למפרע ע"ש משא"כ כשמת הבן תחלה אי אמרינן ככה"ג זכיות האב קדמה
לשעת חלות המכירה של הבן ואפ"ל למ"ד אדם מקנה דשלב"ל מודה בהא פיון דלא אתי
לידי הבן פלל ותימא על הסמ"ע סי' רנ"ז סעיף ה' דאיתא התם במת הבן קודם אפ"ה
קונה שאין לאב אלא פירות וק"פ לאו ככה"ג דמי וכתב הסמ"ע ע"ז פי' שלא נאמר שאין
בקנין הלוקח פלוס שהרי הקנה לו הבן דשלב"ל קמ"ל דז"א שהרי גוף השדה הנה של
הבן וק"פ של הנותן אינו ככה"ג עכ"ל וזה תימא דאם מטעם דשלב"ל איתנו עלה
אליבא דס"ד ככה"ג דמי א"כ אפי' מייית האב תחלה מ"מ אית ליה ללוקח דהא בכל דבר
שלב"ל המכירה בטילה אף שבא אח"כ לעולם ואף שהטור והש"ע סי' רי"א פתבו ג"כ
שאין מקנה דשלב"ל שהגוף שלו דק"פ כו' יש להעמיס בלשונם דכיון שדשלב"ל אין
פאן מחמת שהגוף שלו ממילא דאין חשש מחמת קנין פירות דלאו ככה"ג אבל דברי
הסמ"ע שכתב דל"ת שאין בקנין הלוקח פלוס כו' אם שונדחוק לומר מ"ש שהרי הוקנה

לו הָבֵן דְּשֵׁלֵב"ל לָאוּ דִּנְקָא אֶלְא ר"ל פִּינֵן דְּהַשְׁתָּא נְמִי לָא אָתִי לִיְדֵי אִין בְּקִנְנֵן הִלּוּקְתָּ
כְּלוּם וְאִין זֶה בְּמִשְׁמַע וְעַכ"פּ הַדְּבָר מְבֹנָאָר בְּש"ס דְּבַכְקָה"ג אִין מְעַפְבּ הַמְכִירָה דְּלִקְמִיָּה
וְלָא דְמִי לְמָה שְׂאִירֵשׁ מְאַבָּא וּא"כ שְׂפִיר יְכוּלָּה לְמַפְנֹר נ"מ בְּטוּה"נ אָף לר"י וְלֵאחֲרָה
תְּקַנְתָּ אוּשְׁא: הַעוּלָּה מְמָה דְּכִתְיָבְנָא דְּשְׂפִיר יְכוּלָּה לְמַפְנֹר בְּטוּה"נ וְהַמְכִירָה חָלָה פִּינֵן
שְׂהַגוּף שְׂלָה אֶבֶל הַבְּעַל נְרָאָה דְּנֻדָּי אִין יְכוּל לְמַפְנֹר בְּטוּה"נ שְׂהָרִי אִין לוֹ בְּגוּף כָּלִל
וּא"כ י"ל מִי אִיפָּא מִיְדֵי כּו' וְכַמְש"ל וּלפ"ז קִשָּׁה בְּהֵיא דְּמַפּוֹת דְּקֶאָמֵר מְעִידִין אָנוּ בְּאִישׁ
פְּלוּנִי שְׂגִירֵשׁ אֶת אִשְׁתּוֹ וְלֵא נָתַן פְּתוּבָה כּו' אוּמְדִים כְּמָה אָדָם רוּצָה לִיתְּנֵן כּו' וְהָרָא"ש
שֵׁם כְּתִב דְּגַם זְכוּת שְׁל נ"מ יִשְׁלַם וְקִשָּׁה דְּלָמָּה יִצְטָרְכוּ לְשֵׁלַם הָא אִין לוֹ זְכוּת לְמַפְנֹר
זְכוּת יְרוּשָׁת נ"מ וְכַמְבֹּנָאָר ג"כ בְּכִתְוּבוֹת וּא"ל דַּמ"מ אוּמְדִים כְּמָה הִי רוּצָה לִיתְּנֵן בְּכַדִּי
לְקַנּוֹת זְכוּת פְּזָה ז"א דְּהָא בְּב"ק אָמַר אַבְיִי ש"מ טוּה"נ לְאִשָּׁה דְּאִי לְבַעַל לִימְרוּ לָהּ מָה
אֶפְסִידְתָּה אִי הָוּה מְזַבְנָתָּ בַּעַל הָוִי שְׂקִיל מִיְנָךְ: וְלִכְאוּרָה יִשׁ לְהַפְּלִיא דְּמְכִירָה מָאן דְּכַר
שְׂמִיָּה רַק כְּפֹּד אָנוּ שְׂמִין כְּמָה אָדָם רוּצָה לִיתְּנֵן עֲבוּר טוּה"נ זֹו וְאָם הֵיְתָה רוּצָה אֶצְלֵ אַחֲרָה
כְּפֹּד הֵיְתָה צְרִיכָה לִיתְּנֵן וְאָם כֹּן בָּאוּ לְהַפְּסִידָה דְּבָר שְׂשׁוּה סֹף פְּזָה וּמָה בְּכָפֹד שְׂאָם הֵיְתָה
מוֹכְרָת הֵיָה הַבְּעַל לוֹקַח מְעוֹת שְׂתַקַּח בְּעַד טוּה"נ אָנוּ לָאוּ בְּמְכִירָה מְשַׁעְרִינֵן רַק בְּשׁוּה
לְמַפְנֹר מְשַׁעְרִינֵן שְׂשׁוּה רְצָה לְהַפְּסִידָה וְע"כ לֹמֵר דְּנֻדָּי הָא דְּכִתְיִב בְּקֶרָא כְּפֶאֱשֶׁר זְמַם
לְעִשׂוֹת לְאַחֲיוּ הֵיְתָה הַפְּנוּנָה מָה שְׂרָצוּ לְהַפְּסִידָה בְּבִירוּר וְלֵא עַל צַד הַסְּפֵק כָּלִל וְכָלִל
וְכָל שְׂיֵשׁ אִיזָה צַד לֹמֵר בְּשַׁעָה שְׂהַעִידוּ שְׂאֶפְשֶׁר שְׂאִין כְּפֶאֱן הַפְּסֵד מְמוֹן כָּלִל לְבַע"ד אִין
לְנוּ לְחַיִּיב אוּתָם וּא"כ אִי לָאוּ שְׂהֵיא יְכוּלָּה לְמַפְנֹר בְּטוּה"נ וְלִקְבֵּל סֹף הַדְּמִים שְׂשׁוּהוּ מָה
שְׂהַפְּסִידָה בְּעִדּוּתָן מְמוֹן שְׂהֵיְתָה יְכוּלָּה לְזַכּוֹת בָּהּ בְּבִירוּר ע"י מְכִירַת הַחֶפֶץ דְּהֵיְנֵנוּ
הַכְּתוּבָה שְׂפִידָה לֵא הֵיְנֵנוּ מְחַיִּיבִין אוּתָם מְחַמַּת שְׂאֶצְלֵ הָאִשָּׁה הִיא שְׂשׁוּה שְׂהֵיְתָה נוֹתְנָת
אִם הֵיְתָה רוּצָה לְקַנּוֹת זְכוּתָה פְּזָה דְּמָה בְּכָפֹד לוֹ יְהֵא דְּבִאָמַת קְנֻתָה פְּתוּבָה זֹו שְׁל אֶלְפֵי
בְּטוּה"נ בְּעַד מְנָה וְהַעִידוּ לְפִטּוֹר וְנִמְצָאוּ זֹמְמִין א"צ לְשֵׁלַם לָהּ אָף שְׂנַתְנָה עֲבוּרָה מְנָה
דְּמָה בְּכָפֹד ס"ס מָאן יִימֵר שְׂתַבָּא לִיְדֵי גְּוִבְיָנָא שְׂמָא לֵא תַקַּח כְּלוּם רַק מָה שְׂצָרִיכִין לְשֵׁלַם
הַמְנָה לְפִי שְׂיְכוּלָּה לְמַפְנֹר לְאַחֲרָה וְלִיקַח מְנָה וְלִכֹּן מוֹכִיחַ שְׂפִיר דְּטוּה"נ לְאִשָּׁה כּו'.

וּלפ"ז מ"ש הָרָא"ש שֵׁם בְּמַפּוֹת לְפָרֵשׁ דְּאוּמְדִין כְּמָה רוּצָה לִיתְּנֵן בְּכִתְוּבוֹתָה שְׁל זֹו
שְׂחַיִּיבוּהוּ לִיתְּנֵן מִיָּד שְׂתַהֲיָה בְּיָדוֹ עַד זְמַן שְׂתַתְּאֲלֵמֵן כּו' ג"כ אִין פְּנוּנְתוֹ מְצַד שְׂווי שְׁל
זְכוּת זֶה אֶצְלֵ הַבְּעַל רַק מְצַד פִּינֵן שְׂהוּא שְׂשׁוּה כ"כ א"כ הֵיָה יְכוּלָּה לְמַפְנֹר וְלִיקַח סֹף כְּפֹּד
וְזֶה הַפְּסֵדוֹ שְׂהַפְּסִידוּהוּ בְּמָה שְׂחַיִּיבוּהוּ לִיתְּנֵן הַכְּתוּבָה מִיָּד מִשָּׂא"כ זְכוּת יְרוּשָׁת נ"מ שְׂאִין
בְּיָדוֹ לְמַפְנֹר לְמָה יִשְׁלְמוּ וְאֶפְשֶׁר לֹמֵר דְּכִינֵן דְּקו"ל דְּיְכוּל אָדָם לְחַיִּיב א"ע בְּדְבָר שֵׁלֵב"ל
כְּמְבֹנָאָר בְּרָא"ש פֶּרֶק אַע"פ וּבַח"מ וּא"כ בְּאִנְפֹּן זֶה הֵיָה יְכוּלָּה לְמַפְנֹר זְכוּת יְרוּשָׁת נ"מ
שְׂלָה וְלְחַיִּיב א"ע כְּשִׂיבָאוּ לִידוֹ לִיתְּנֵן לוֹ הַנְּכָסִים וְצ"ע אִם יִשׁ לְחַיִּיב בְּזָה מִדִּין הַזְּמָה פִּינֵן
שְׂאִין לוֹ זְכוּת מְכִירָה בְּגוּף הַנְּכָסִים אָף ע"י טוּה"נ.

וְאֶפְשֶׁר שְׂשׁוּה דַּעַת הַטּוֹר שְׂלֵא כְּתִב הַדִּין דְּמַחְוִיבִים לְשֵׁלַם נ"מ וְדַקְדַּק עָלָיו בְּדִרְיָשָׁה
וּפְרִיָּשָׁה לְמָה הַשְּׂמִיט. וְלְפִי מ"ש א"ש דִּי"ל דְּהַטּוֹר ס"ל דְּכִינֵן דְּהוּא א"י לְמַפְנֹר זְכוּת
נ"מ אִין מְקוּם לְחַיִּיב הַעֲדִים וְעִינֵן בְּלִשׁוֹן הַטּוֹר דְּמִשְׁמַע דְּשְׂמִין זְכוּת סְפִיקָה שְׁל אִשָּׁה
וְזֶה יִנְכוּ לְהַעֲדִים וְהַשְּׂאָר יִשְׁלְמוּ וּמְדַבְּרִי הָרָא"ש מְשַׁמַּע דְּשְׂמִין זְכוּת סְפִיקוֹ שְׁל הַבְּעַל
ע"ש.

וּלְדַבְרֵי צ"ע דע"כ גַּם בְּפִרְיֵיתָא דְּמִיֵּיתִי בְּב"ב ק גַּימָא דְּשָׁמִין זְכוּת סְפִיקוּ דְּבַעַל וְזֵה יִנְכוּ
וְהַמּוֹתֵר יִשְׁלָמוּ. וְנִרְאֶה שְׁגָם הַטּוֹר שְׁכַתְּבֵי שְׁרױאִין פְּמָה שְׁנֵה הֵךְ דְּבִינֵי וּבִינֵי ג"כ ר"ל
שְׁנֵה הֵם צְרִיכִים לְשַׁלֵּם לְפִי שְׁהַבְעַל כְּפִי הֵיךְ לִוְקַח בְּמַכִּירַת זְכוּת סְפִיקוּ מֵה שְׁנֵה שְׁנֵה
יִוֹתֵר מְזֵה.

וְעֵינֵן בְּרִש"י וְתוֹס' דְּמַפּוֹת וְקַצְרֵיתִי (וְהַרְשָׁב"ם בְּב"ב דָּף נ"ו שְׁפִי שְׁהַבְעַל יְכוּל לְמַפְנֵר
פְּרִוֹת נ"מ בְּטֵה"נ אֲזִיל לְשִׁיטְתוֹ שְׁפִירֵשׁ בְּב"ב דָּף קל"א דְּהִיכָא דְּמַפְיֵק בַּל' יִרְתוֹן אִין
זֵה מַקְנֵה דְּבָר שְׁלַב"ל פִּינֵן שְׁאִין מִתְנָה אֲלֵא לְאַחַר מִיתָה וְאִז כְּבָר הַבְּנִים בְּעוֹלָם ע"ש
אִךְ אִין זֵה דַעַת הַפּוֹסְקִים וּבְחִידוּשֵׁי הָאֲרַכְתִּי בְּזֵה.

וְעֵינֵן בַּאֲה"ע ס' צ' בְּב"ש ס"ק מ"ם שְׁכַתְּבֵי אֵהָא דְּכַתְּבֵי סַמ"ע וְאִין חִילוּק בֵּין מְכָרָה
הַנְּכָסִים אוֹ הַקְּדִישָׁה אוֹתָם וְכַתְּבֵי אַע"ג דָּאֵם פְּרָסוּ כו'. וְעֵינֵן בַּח"ה ס' רע"ב וּבְסַפֵּר
כְּתוּבָה כְּתַב שֵׁט"ס וצ"ל וְעֵינֵן בַּח"ה סִימָן רנ"ז בַּה"ג סְעִיף א' הַמְקַדֵּישׁ קַרְקַע כו'.

אִךְ נ"ל דְּלֵא דְּמִי כו' ע"ש. וְאִנִּי מִתְפַּלֵּא עַל גְּוִדֵל הַבְּנָתוֹ שְׁהַדְּבָר מְבֹאֵר שְׁאִין פְּאֵן ט"ס
רַק שְׁחָסֵר רְגֵל הַתִּיּוֹ וצ"ל וְעֵינֵן בַּתה"ד ס' רע"ב וע"ש שְׁמַמְנוּ מְקוֹר דְּבָרֵי הַרְמ"א
וְהַב"ש וּבְחִידוּשֵׁי שְׁם וְעַל הַר"ן פְּתַבְתִּי עוֹד בְּזֵה עַל מ"ש הַב"ש בְּסִי צ"ג ס"ק ל"ג
בְּמ"ש בְּשֵׁם הַר"ן דְּאִינָה גּוֹבָה הַפְּתוּבָה.

וּבְאַמַּת הַר"ן מְמַזְנֵוֹת מִיֵּירִי וְכַתוּבָה שְׁאִנִּי דְּגוֹבָה מְשַׁעֲבָדִי וְכֵן מְבֹאֵר בְּר"ן פְּרָק אַע"פ
וְשֵׁם פְּתַבְתִּי מֵה שְׁלֵא הוֹכִיחוּ בְּסִי צ' מִדְּבָרֵי הַר"ן וְקַצְרֵיתִי פְּאֵן): וְהֵנָּה מֵה שְׁכַתְּבֵי לִיִּישֵׁב
דְּבָרֵי הַר"י הַשְׁשֵׁמִיט אֲקַנְמַתַּת הַש"ס דְּלִית לִיָּה מְשׁוּם דְּאֲזִיל לְשִׁיטְתוֹ דְּבַחְבְּלוֹת לֵא
עָבְדִינוּ שְׁלִיחוֹתֵיהוּ דְּבָרֵי נְכוּחִים (וְזֵה כְּפִיר בְּשִׁנַּת תְּקוּמָה"ה לַפ"ק שְׁנַתְגַּלְגַּל זְכוּת ע"י
בְּהַדְפַּסַּת סֵפֶר שׁו"ת ב"ח הַחֲדָשׁוֹת הַעֲלִיתִים בְּהַקְדַּמַּת הַסֵּפֶר בְּשֵׁם אַחִי שִׁי ע"ש.

וּלְמַעַן חִיבְתוֹ הוֹעֲתָקוּ פֶּה ג"כ) וְגַם אֲנִכִּי הָאֲרַכְתִּי בְּחִידוּשֵׁי לִיִּישֵׁב דְּבָרֵי הַר"י אֵלוּ. וְגַם
נִתְחַדֵּשׁ לִי בְּסוּגְיָא זֹו בַעֲזַה"י עֲנִינִים רַבִּים תְּמַצְאֵם בְּחִידוּשֵׁי וְקַצְרֵיתִי פְּאֵן דְּבָרֵי אַחִי
הַק' אֲפָרִים וְלָמֵן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד: שְׁאֵלָה מַח שְׁאֵלָה מְחַכֵּם אַחַד.

לְעֵינֵן מֵר בְּמִקְלֵי דְּהַרְמָב"ם בְּפִי הַמְשָׁנָה בְּגִיטִין דָּף נ"ב בְּמַתְנֵי דְּהַמְטָמָא וְהַמְדַמְעַ וְהַמְנַסָּף
בְּשׁוּגָג פְּטוֹר כו'. פְּתַב וְמֵה שְׁאֲמַר הַמְנַסָּף כו' שְׁיִנְסַכְהוּ לַע"א וְיַדַע שְׁהֵינֵן אֲסוּר בְּזֵה
הַנְּסוּף כְּשִׁיחֵהּ מְזִיד בְּנִזְק וְלֵא יַדַע שְׁהוּא חֲזִיב סְקִילָה כְּשִׁמְנַסָּף אוֹתוֹ לַע"א לְפִי שְׁאֵם
הֵיךְ יוֹדַע ג"כ שְׁהוּא חֲזִיב סְקִילָה לֵא הֵיךְ חֲזִיב תְּשַׁלּוּמִין לְפִי שְׁעִיקָר אֲצִלִּינוּ אִין אֲדָם
מֵת וּמְשַׁלֵּם כְּמוֹ שְׁבָאֲרָנוּ פ"ג דְּכַתוּבּוֹת עַכ"ל וְהֵם דְּבָרִים תְּמוּהִים שְׁהֵרִי בַּש"ס אֲמַרִּינוּ
מ"ד מְעָרַב מ"ט לֵא אֲמַר מְנַסָּף אֲמַר לָךְ מְנַסָּף קִים לִיָּה בְּדַרְבָּה מִיָּנִיָּה אִידָךְ כַּדָּר' יִרְמֵיָּה
דְּאֲמַר ר' יִרְמֵיָּה מְשַׁעַת הַגְּבָהָה הוּא דְּקָנָה מִתְּחִיבֵי בְּנַפְשׁוֹ לֵא הוּי עַד שְׁעַת הַנְּסוּף כו'
הֵרִי מְבֹאֵר דְּמַטְעֵם דְּמַדְאֲגָבִיָּה קָנִיָּה אֲתִינֵן עֲלָה וְגַם שְׁטַעַם הַרְמָב"ם שְׁכַתְּבֵי בְּשַׁבִּיל שְׁלֵא
יַדַע שְׁהוּא חֲזִיב סְקִילָה כו' אִינוּ מְסַפִּיק פְּלֵל דְּהָא אֲנֵן קו"ל חֲזִיבִי מִיתוֹת שׁוּגְגִין פְּטוֹרִין
מִתְשַׁלּוּמִין.

הֵן הֵן הַדְּבָרִים אֲשֶׁר שְׁאֵלוֹנוּ ש"ב יְדִידֵי הַתְּרִיף וּבְקִי מוֹהַר"ר צְבִי הֵרֵשׁ נ"י מַק"ק
זַאמוּטֵשׁ (וְקַעַת הוּא הַרַב כו' הַאב"ד דְּק"ק חַעְלָם) בַּד"ז הַרַב הַתְּרִיף וּבְקִי הַמְפּוֹרְסִים
מוֹהַר"ר סְעַנְדֵר חֲזִים נ"י. וְאֲשֶׁר אִז אֲמַרְתִּי בְּהַשְׁקָפָה רַאשׁוֹנָה יִצְא מְלַבִּי אֲפֹס אַח"כ

בְּדַרְךָ לְמוֹדֵי בְּהִסְתָּרֵי הַעִירֵי רַעֲיוֹנוֹ וְשִׁמְתֵי פָּנָי לְעֵינַי בְּזֶה: תְּשׁוּבָה הִנֵּה כָּל עֵין רוֹאֶה תְּשׁוּר שְׂדֵבְרֵי הַרְמַב"ם נִפְלְאוּ בְּזֶה וְלֹא דֵי שְׂדֵבְרֵי סוּתְרִים דְּבְרֵי הַש"ס אֲלֵא שְׁגָם סוּתְרִים דְּבְרֵי עֲצָמוֹ בְּחִבּוּר הַרְמַב"ם פ"ז מֵהִלְכוֹת חוֹבֵל וּמְזִיק שְׂפָתַי הַמְּנַסֵּף כּו' אוֹסֵר הֵינִי וְחַיִּיב לְשֵׁלֵם וְהֵאִיף יִתְחַיֵּיב זֶה לְשֵׁלֵם וְהָרִי הוּא מִתְחַיֵּיב בְּנִפְשׁוֹ מִפְּנֵי שְׂבִשְׁעַת שְׂהִגְבָּהּ וְנִתְחַיֵּיב לְשֵׁלֵם וְאֵינוֹ מִתְחַיֵּיב בְּנִפְשׁוֹ עַד שְׂיִנְסֵף וְדְבָרֵי בְּזֶה פְּדֵבְרֵי הַש"ס וּמְבֹאֵר בְּדְבָרֵי שְׂאִין מְחַלֵּק בֵּין אִם יָדַע שְׂחַיֵּיב סְקִילָה אוֹ לֹא וּכְדֵי לְיִישֵׁב דְּבְרֵי הַרְמַב"ם רִאִיתִי לְכַתּוּב פֶּה מֵה שְׂפָתַי בְּבִיאֹר דְּבְרֵי הָרֵא"ש בְּסוּגֵי שְׂפָתַי אֵהָא דְּמִשְׁנֵי מְנַסֵּף קִלְב"מ וְז"ל וּמִטַּעַם שְׁלֵא יְהֵא כ"א הוֹלֵף וּמִטַּמָּא טְהָרוֹת שֶׁל חֲבִירוֹ אֵין לְחַיֵּיבוֹ דְּמֵה"ט לֹא מְחַיֵּיבֵינוּ לִיה טְפִי אֲלֵא פְּאֵלוֹ הוּא הֵיזְק נִיכָר כּו' וּס"ל דְּהֵיזְק נִיכָר גּוֹפִיָה הֵיכָא דְּשִׁינֵף קִלְב"מ פְּטוּר וְשׁוֹב הוֹקְשׁוֹ וּא"ת וְלִשְׂמוּאֵל מ"ש מֵהָא דְּאֶמְרֵינוּ בְּכַתְּוֹבוֹת הַגּוֹבֵב חֲלָבוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ וְאֶכְלוֹ חַיִּיב שְׂפָכֵר נִתְחַיֵּיב בְּגִנְיָבָה קוֹדֵם שְׂיָבֵא לִידֵי אִיסוּר חֲלָב וְתִירְצוּ דְּהִגְבָּהּ צוֹרֵף נִיסוּף הוּא וּר"ל כְּמ"ד שְׂהִגְבָּהּ צוֹרֵף נִיסוּף חַיִּיב וְלֹא כְּמ"ד דְּמַחְלֵק הֵתָם אֵי מְצִי לְהַדוּרֵי וְרַב סָבֵר פְּאִידֵף שְׂנוּיָא דְּמַחְלֵק בֵּין מְצִי לְהַדוּרֵי א"נ י"ל דְּסָבֵר רַב כְּמ"ד אֶפְשָׁר לְנַסֵּף בְּלֹא הִגְבָּהּ וְהַקְשָׁה בְּסוּף סִפֵּר כְּתוּבָה בְּחִדוּשֵׁי בְּנוֹ חַד"ז הַגָּאֹן מוהר"ר צְבִי הִירֵשׁ נ"י לְפִי מ"ש הַפ"י דְּרַב סָבֵר כְּחֻזְקָה דְּהֵיזְק שֵׁא"נ שְׂמִיָה הֵיזְק וְלִכְף לֹא אָמַר מְנַסֵּף הֵינִינוּ מְעַרְבֵי דֵא"כ הֵינִינוּ מְדַמְעֵ דְלֹא שְׂיָיֵף לְדִידֵי קִנְסָא מְקִנְסָא לֹא יִלְפִינוּ דְּהָא מְמוֹנָא הוּא א"כ קִשָּׁה מ"ט דְּפִטְר שׁוֹגֵג דְּהָא לֹא שְׂיָיֵף פְּדֵי שְׂיִודִיעוּ דְּהָא שְׂפִיר הוּא יְכוֹל לְהוֹדִיעוּ וְיֵאמֵר שְׂיָיֵסֵף בְּלֹא הִגְבָּהּ כֵּינֵן דְּרַב ס"ל דְּאֶפְשָׁר לְנַסֵּף בְּלֹא הִגְבָּהּ.

וּבְשֵׁם אָבִיו מַחוּ' הַגָּאֹן הַחֲסִיד ז"ל כָּתַב לְהַקְשׁוֹת לְפִי מֵאֵי דְּפָרִיף בְּחֻלִּין מֵהָף מַתְנֵי' אִמ"ד דְּס"ל דְּיִשְׂרָאֵל אֵינוֹ אוֹסֵר מְשׁוּם לְצַעוּרֵי קָא מְכַנּוּן א"כ מֵאֵי מְשִׁנֵי הַשְּׂתָא לֹאֲזִיקֵי קָא מְכַנּוּן אוֹדְעֵי לֹא מוֹדַע וּפִירֵשׁ"י לְצַעוּרוֹ וְלִהְקִיטוֹ שְׂהָרֵי בְּיִשְׂרָאֵל לֹא אֶמְרֵינוּ דְּמַכּוּן לְצַעוּרוֹ וְלִהְקִיטוֹ שְׂאָם הֵי' מְכַנּוּן לְצַעוּרוֹ לֹא הֵיָה נֶאֱסֵר כָּלֵל וְגַם הַתּוֹס' בְּחֻלִּין הַקְשׁוֹ דְּלִפִי הָף אוֹקִימַתָּא דְּמוֹקֵי בְּיִשְׂרָאֵל מוֹמֵר קִשָּׁה מ"ט לֹא מְפָרְשֵי מְנַסֵּף הֵינִינוּ שְׂנַגַע בֵּינֵן וְנֶאֱסֵר דְּהָא מוֹמֵר אוֹסֵר בְּנִגְיָעָה וְלִית בָּהּ מְשׁוּם קִלְב"מ וְהַפ"י בְּגִיטִין הַקְשָׁה לְהִיפֵף כֵּינֵן דְּשְׂמוּאֵל ע"כ לֹא נִיחָא לִיה לְאוֹקְמֵי בְּיִשְׂרָאֵל מוֹמֵר דֵא"כ הו"ל לְאוֹקְמֵי' שְׂאָסֵר בְּנִגְיָעָה וְא"כ בְּפִשְׁטוֹת הַל"ל דְּמַש"ה לֹא אָמַר כָּרַב מְשׁוּם דְּס"ל אֵין אָדָם אוֹסֵר דְּבָר שְׂאֵינוֹ שְׁלוֹ אוֹ מְשׁוּם לְצַעוּרֵי.

וְנִרְאֶה לְתַרְץ הַפֵּל וּמַתְחַלָּה נִקְדִים לְבָרֵר הַפְּשֵׁט בְּדְבְרֵי הַתּוֹס' שְׂמַתְחַלָּה כְּתָבוֹ לְתַרְץ דְּמִטַּעַם שְׁלֵא יְהֵא כ"א הוֹלֵף לֹא עֲדִיף מֵהֵיזְק נִיכָר וְשׁוֹב הַקְשׁוֹ וּא"ת וְלִשְׂמוּאֵל מ"ש כּו' דְּמִשְׁמַע שְׂקוּשָׁיָא זֹו תְלוֹי בְּתִירוּצָם שְׂפָתַי תְּחַלָּה וְהָא בל"ז הו"מ לְאֶקְשׁוּנֵי קוּשָׁיָא זֹו דְּלָמָּה נִימָא קִלְב"מ דְּהָא מִתְחַיֵּיב מַחְמַת הַגְּבָהּ.

וְנִרְאֶה דֵא"ש עַפ"י מ"ש הַתּוֹס' שְׂם אַח"כ דֵי"ל דְּגַם שְׂמוּאֵל סָבֵר דְּאֶפְשָׁר לְנַסֵּף בְּלֹא הִגְבָּהּ רַק דְּמ"מ א"ש כֵּינֵן דְּעַל הַנִּיסוּף לֹא מְחַיֵּיב מְשׁוּם קִלְב"מ מִמִּילָא אֵין לְחַיִּיבוֹ עַל הַהִגְבָּהּ דְּמְצִי אָמַר הַש"ל וְכִמוֹ אִם נִסְכוֹ אַחַר דְּמְצִי א"ל הַש"ל וְלִכְאוּרָה קִשָּׁה דֵאֵין רִאִיָה מְנַסְכוֹ אַחַר דְּנִסְכוֹ אַחַר כֵּינֵן שְׂהוּא הֵיזְק שְׂאֵינוֹ נִיכָר מְצִי אָמַר הָרִי שְׂלָף לְפָנֵיף וְכִמוֹ תְרוּמָה וְנִטְמָאת מִשֵׁא"כ כְּשִׁנְסָכוֹ הוּא דָאָם מִטַּעַם דְּשְׁלֵא יְהֵא כ"א הוֹלֵף כּו' עֲשֵׂאוּהוּ כְּהֵיזְק נִיכָר וּבְהֵיזְק נִיכָר א"י לְוֹמֵר הַש"ל וְכִדְאָמַר ר"פ דָאָם שְׂמִי' הֵיזְק לֹא מְצִי אָמַר

הש"ל אף י"ל דשפיר פתבו התוס' דדמי לנסכו אחר וא"ל דנסכו הוא שאני שלא יהא כ"א הולך כו' ז"א למאי דקיימינן השתא דאפשר לנסף בלא הגבחה א"כ לא הועילו חכמים בתקנתו דאפתי מצוי לנסף בלא הגבחה ויהי' פטור משום קלב"מ דהא בנסוף בלא הגבחה בנדאי פטור דלא עדיף מהיזק ניכר וכיון שפן לא תיקנו פלל משום שלא יהא כ"א כו' לעשות אותו פהיזק ניכר וא"כ אף בנדאיפא הגבחה הוא יכול לומר הש"ל כמו אם נסכו אחר ולפ"ז בלא הך קושטיא שהקשו שיתחייב משום שלא יהא כ"א הולך לא הווי מצוי לאקשוני מ"ש מהגונב חלבו דמציינו למימר דא"ש בפשיטות דבשלמא בהגונב חלבו ואכלו שחלבו אינו בעין מתחייב על ההגבחה שיהי א"י לומר הש"ל משא"כ באיסור דמצוי אמר הש"ל ולכף הקדימו להקשות שיהא חייב משום שלא יהא כ"א כו' וע"ז פתבו לתרץ משום דלא עדיף מהיזק ניכר וע"ז שפיר חזרו והקשו מהגונב חלבו כו' ור"ל דלעולם תתחייב משום שלא יהא כ"א וא"ל דלא מהני רק פהיזק ניכר דא"כ עכ"פ יתחייב מטעם הגבחה כמו בגונב חלבו ואכלו דכמו דהתם לא מצוי אמר הש"ל דכיון דעשאוהו פהיזק ניכר דשמל' היזק לא מצוי אמר הש"ל וע"ז פתבו שני תירווצים חדא דהגבחה צנרף נסוף וס"ל דבכה"ג לא אמרינן מדאגבלי קניא וא"כ נהי דשייף תקנה שלא יהא כ"א לעשותו היזק ניכר מ"מ אין לחייבו על ההגבחה פיון שצנרף נסוף היא ושוב פתבו די"ל דאפשר לנסף בלא הגבחה וא"כ שוב לא שייף שלא יהא כ"א פיון שלא הועילו חכמים בתקנתו דהא מצוי לנסף בלא הגבחה וא"כ אף היכא שעושה הגבחה אין לחייבו דהא מצוי אמר הש"ל וכמו נסכו אחר דכיון דליכא תקנתא שלא יהא כ"א הולך שוב אין לחלק בין נסכו הוא לנסכו אחר: אף לפי"ז צריף להבין במ"ש התוס' דרב ס"ל דמתמת הגבחה חייב על כל מה שיעשה בידים אחריו כן אע"ג דאז קלב"מ.

ולכאורה קשה דמה בכף שעשה בידים פיון דהיזק שא"נ הוא ומצוי אמר הש"ל וא"ל דעשאוהו פהיזק ניכר פיון דלא שייף טעמא שלא יהא כ"א כו' שהרי אם ירצה ינסף בלא הגבחה ויפטור וכמ"ל.

ואפשר לומר בטעמא דרב עפ"י מ"ש הפוסקים דהא דאמרינן גזל חמץ ועה"פ אומר הש"ל דוקא כשפא הנגזל אחר הפסח אבל אם בא תוף הפסח פיון דבפסח לשריפה עומד וכל העומד לשרוף פשרוף דמי דקי"ל כר"ש דס"ל הכי ולכף שפיר קאמר רב דמדאגבלי קניא דא"ל הש"ל דהא תקרובות ע"ז לשריפה עומד ועובר משום לא ידבק בידך מאומה כו' וכשרוף דמי ולא מצוי אמר הש"ל דהא פמאן דקליא דמי: ועתה נבא לישוב דברי הרמב"ם בפה"מ שכתב במזיד שיזע שהיין אסור ולא יזע מאיסור סקילה דאל"כ אינו מת ומשלם שהוא תמוה כמו שהקשה ש"ב החרף נ"י וגם קשה על פשיטות דברי הרמב"ם דא"כ האף קאמר חזקני' בטעם הפטור בשוגג כדי שיוזיעו ופריף א"ה במזיד נמי דהא שפיר מצוי לאודיעו ויאמר שיזע מחיוב סקילה ויפטור עי"ז ואף שיש לדחות ולומר דאע"ג דמשוי נפשיה רשיעא בהודאה דאסר של חבירו במזיד מ"מ אינו רוצה לעשות עצמו רשע שיזע מאיסור סקילה ועבר דמ"מ קשה מנ"ל להקשות כן בפשיטות על חזקני' א"ה במזיד נמי ולפי מ"ש א"ש דלכאורה קשה לפי מ"ש לעיל בטעמא דרב דמתניתין אתיא כר"ש.

ולפ"ז אפתי קשה הא ר"ש ס"ל בסנהדרין דף ע"ג ה'רודף אחר ע"א ניתן להצילו בנפשו
א"כ אפתי קשה הא קלב"מ וא"ל משום דמדאגבני קניא דז"א פיון דאגביה ע"ד לנסוף
לע"ז הו"ל רודף אחר ע"ז וניתן להצילו בנפשו וכל שניתן כו' פטור מתשלומין כמבואר
שם בסנהדרין דפריה מא"נ שיש להם קנס הבא על ח"פ ע"ש וא"כ פשיטא דלא מתחייב
על הגבחה אף באונסין לר"ש.

אף י"ל דע"כ לא אמרינן דרודף אחר ע"ז דניתן להצילו דוקא שידע בנפשו שחייב מיתה
ואפ"ה עביד הו"ל ניתן להצילו ואז קנה בדמי ואינו חייב על הגבחה כלל משא"כ כשלא
ידע שחייב מיתה נמצא אע"פ שבשעת מעשה ההיזק פטור מחמת ח"מ שווגין מ"מ חייב
על ההגבחה דהא על הגבחה לא ניתן להצילו דהא לא ידע כלל אם חייב מיתה ע"ז
ובכה"ג לא ניתן להצילו ובהכי א"ש דברי הרמב"ם בפ"ה מ' שפתב דוקא בלא ידע שחייב
סקילה דאז על הגבחה לא ניתן להצילו בנפשו וחיוב מחמת ההגבחה משא"כ בידע דאין
חיוב על ההגבחה משום דניתן להצילו בנפשו אין חייב תשלומין דהו"ל חייבי מיתות
שווגין וא"ש דדברי הרמב"ם הם פדברי הש"ס בזה דטעם החיוב משום מדאגביה כו'
אף לדין דקי"ל כמתניתין דסנהדרין דהרודף אחר ע"ז לא ניתן להצילו בנפשו אף בידע
נמי חייב על הגבחה ולכך פסק בחיבורו סתם דחייב על ההגבחה ולא חילק בין ידע או
לאו: ובאופן אחר י"ל דלכאורה קשה ביה דאמרינן בהגונב חלבו וכן בהגונב פיס
מדאגביה קניא פיון שהגבחה או ההוצאה הנה ע"ד שיאכל או יוציא בחיוב מיתה הפוטר
מתשלומין ומעיקרא ההגבחה ע"ד לקנותו בדמי וא"כ לא יתחייב עליו נהרי זה דומה
כמגביה פלי ע"מ לקנותו וקנאו באמת ושילם דמיו דמאי חייב שייך בזה וה"ל דכנותיה
וצ"ל דאין הנידון דומה שהרי קי"ל אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו ופי' רש"י
שפחויב לצי"ש דבאמת איהו חייבי מחייב רק שהתורה אמרה כדי רשעתו שהב"ד אין
יכולת בידם לחייבו אבל מ"מ חייבא אקרפמא דגברא מונח וא"כ כשהגביה קודם שפיר
ב"ד מחייבין אותו על שעת ההגבחה שאז אין שם חיוב מיתה ואין זה מועיל מה שעשה
כן ע"מ שיאכל או יוציא בחיוב מיתה דס"ס איהו בחיוביה קאי ומה בכך שאין הב"ד
יכולין לחייבו מ"מ לא נסתלק החיוב מעליו.

והנה בכתובות דף ל"ד ע"ב בד"ה איהו לאו משום דלא מחייב כתבו דדוקא במקום חייב
לצי"ש אבל בקנס פיון שאינו מתחייב רק עפ"י ב"ד ב"ד אפילו לצי"ש אינו חייב עי'
שם. וסברתם בזה דבקנס אין עיקר החיוב רק כשיפסקו ב"ד שיתן קנס וכיון דבשעת
חיובו חייב מיתה ואין ביד ב"ד לפסוק עליו שישלם קנס ממילא דפטור לגמרי: ולפי"ז
בהך דמנסוף דקי"ל כר"מ דקנסא הוי א"כ הדק"ל דמאי מהני מדאגביה שהרי הגביה ע"ד
כן שיעשה היזק שא"נ דהיינו קנס בהדי חיוב מיתה ובכה"ג אין חל עליו חיוב מיתה אם
כן מעיקרא לא נחית אדעתיה דגזלנותא שיתחייב בתשלומין משא"כ בלא ידע דאז
מעיקרא אגביה על דרך לעשות ההיזק בחיוב תשלומין אף דבאמת ח"מ שווגין פטורין
מ"מ פיון דלא ידע מחיוב מיתה ההגבחה ע"ד לגזול ולהזיק לתבירו היתה וגזלן הוא
ומחייב בתשלומין.

ובזה א"ש דברי הרמב"ם דדוקא בלא ידע שאז מתחייב על ההגבחה. ובזה א"ש מה
דקשה לכאורה על פשיטות דברי הרמב"ם דמאי קאמר חזקני' כדי שיודיעו דהא שפיר

יודיעו ויאמר שידע מחיוב סקילה ולפי מ"ש א"ש דהרמב"ם לא כ"כ אלא למאי דקי"ל כר"י דקנסא הוא משא"כ חזקת דס"ל דממונא הוי אין חיוב מיתה פוטרו לגמרי דאיהו מחייב רק שאין הב"ד יכולין לפסוק דחייב מ"מ שפיר מחייבין אותו על ההגבהה דהגבהה זו לא ע"מ לפטור הוא פנ"ל.

והדברים נכונים לפענ"ד והנה במה דקשיא להו להתוספות דאטו שמואל לית ליה מדאגביה קניה נלענ"ד דא"ש עפ"י מש"ל קושית מחותני הגאון נ"י שהקשה דאפתי יודיעו שניסוף בלא הגבהה ונראה לתרץ דהנה התוס' הקשו בהא דמשני דאית ליה שנתפות בגויה דא"כ קשה היינו מדמע ונלענ"ד עפ"י מה שהקשו התוספות על רש"י שפתיב לא מיבעיא הגביה והרביצה שקנאה בהגבהה ונעשית שלו והקשו התוספות דא"כ מאי פריה ממנסוף דלמא שאני התם דמדאגביה קניה ונראה לתרץ דלכאורה קשה לפי מה דאמרינו בבבא בתרא דף פ"ה פליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה, וכתב הרמב"ן שם דאף משיכה והגבהה הוי דוקא פליו של לוקח אבל בכליו של מוכר לא קנה וא"כ נהי שהיו קנה פינו שנתפון לגונו כמ"ש רש"י מ"מ הפלי לא קנה במשיכה זו שהר' לא נתפון על הפלי לקנותו לעצמו וא"כ אף על הין לא נתחייב שהרי לענו להתחייב באונסין בעינו שיעשה קנו המועיל במכירה כדמוכח בכתובות בהא דהגונב פיס בשבת דפריה אי דאפקיה לרשות הרבים איסור שבת איסור גניבה ליכא ונ"ל דשפיר קאמר אליבא דרב מדאגביה קניה פינו דבחולין מוקי הש"ס בדאית ליה שנתפות וא"כ שפיר קונה הפלי דדוקא פליו של מוכר לא קנה משא"כ בשל שנתפים שפיר קונה פליו כמבואר בב"ב ובקידושין גבי סלע של שניהם ולפי זה א"ש מה שהקשו התוספות דמאי פריה ממנסוף נימא מדאגביה קניא דז"א דבס"ד דלא ידע דמייירי באית ליה שנתפות א"כ אין פאן קנו מחמת הגבהה פלל דהו"ל פליו של מוכר ולפ"ז שפיר משני הש"ס דאית ליה שנתפות ולא קשה קושית התוספות היינו מדמע דהשתא דמייירי באית ליה שנתפות א"כ שפיר מועיל ההגבהה שיהיה יכול לאסור חלק חבירו ואין האיסור משום מדמע רק משום ניסוף ממש ולפ"ז א"ש קושית הגאון ז"ל דחזקה דמוקי בישראל מומר לא שייך השתא לאזוקי כו' ולפמ"ש י"ל דאדרבה לחזקה לא מציינו לאוקמיה בישראל מומר דא"כ אפילו במזיד נמי דהא לא שייך לומר השתא לאזוקי כו' וע"כ דמוקמינו לה בסתם ישראל ואית ליה שנתפות והאיסור מחמת ההגבהה ואם יודיעו שניסוף בלא הגבהה לא יהיה נאסר רק משום מדמע ויכול למכרו חוץ מדמי איסור שבו ולכך פטרוהו בשוגג כדי שידיעו שניסוף בהגבהה ואסור למכרו פלל שהרי הוא עצמו אסור מחמת הגבהה ולא יבא לידי איסור.

ולפ"ז י"ל דגם שמואל מודה דלא מצי אמר הש"ל אף דאיהו ס"ל דדחיק לאוקמי באית ליה שנתפות בגוניה וא"כ אינו מחייב על ההגבהה דהו"ל פליו של לוקח ברשות מוכר וגם י"ל דס"ל דאפילו פליו של שנתפות אינו קונה ע"ש בב"ב וקצרת.

והנה במה דכתבנא דקשה למה יתחייב על ההגבהה שהרי ההגבהה היתה ע"ד חיוב מיתה י"ל דכיון דעכ"פ הגביה ע"ד להוציא מרשות הבעלים לאכלו וכיוצא פגון הדיא דהגונב חלבו והגונב פיס שפדעתו בשעת ההגבהה ליטלו ולהחזיקו לעצמו ואז בשעת ההגבהה אין שם חיוב מיתה מתחייב בהשבה מייד ותו לא מהני מה שקונה אח"כ בחיוב מיתה

דמ"מ השָׁבָה אין פֿאן ולפ"ז בָּהָא דמְנַסֵּף שְׂפָאָמַת אינו רוֹצֵה לִיקַח אוֹתוֹ לְהַחְזִיקוֹ לְעַצְמוֹ וּלְהוֹצִיאָו מֵרְשׁוֹת בְּעָלִים לְרְשׁוֹתוֹ רַק שְׂרוּצָה לְנַסֵּף בּוֹ וְאִף שְׂיַחְסַר מ"מ אין בְּדַעְתּוֹ שְׂיַקַּח לְעַצְמוֹ וְעֵינֵי חַיִּיבוֹ עַל הַהַגְבָּהָה אינו רַק לְפִי שְׂרוּצָה לְעַשׂוֹת בּוֹ מַעֲשֵׂה הַיְזוּק לְחַסֵּר לְחַבְרֵוֹ ע"י הַנְּיֻסוֹף וּבְמַעֲשֵׂה הַהַיְזוּק יֵשׁ חַיִּיב מִיָּתֵהּ וְעַכ"פּ מִצְּנוֹת הַשָּׁבָה עַל הַהַגְבָּהָה אין פֿאן פֿינֵן דְּמַעֲיַקְרָא לָאו אֲדַעְתִּיָּה לְהוֹצִיאָו מֵרְשׁוֹת בְּעָלִים נְחִית וְלָדוֹן אוֹתוֹ ע"ד הַמַּעֲשֵׂה שְׂיַעֲשֵׂה בּוֹ ג"כ אין פֿאן חַיִּיב שְׂהָרִי אֲזֵ קַלְב"מ וְאִין לְחַיִּיבוֹ עַל הַהַגְבָּהָה אִם לֹא הֵיכָא שְׂאִין יוֹדַע שְׂיֵשׁ בְּמַעֲשֵׂה זֶה חַיִּיב אֲזֵ גַם עַל הַהַגְבָּהָה ע"ד לְחַסֵּר חַבְרֵוֹ חַיִּיב פֿהֵיכָא דְזוֹרֵק מְטַבַּע לַיָּם הַגְּדוֹל דְּאָמְרִי אִי שְׂקַלְיָה בְּיָדִים הַשָּׁבָה בְּעֵי לְמַעְבַּד וּא"ש ג"כ דְּבָרֵי הַרְמַב"ם ע"ד הַנְּ"ל דְּדוֹקָא אִם לֹא יֵדַע בְּאִיסוּר סְקִילָה דַּא"ל כֵּן אִין מְקוּם לְחַיִּיבוֹ עַל הַהַגְבָּהָה מְטַעְמָא דְּכַתִּיבָנָא: וְהַנְּהָ בַּמ"ש דְּכִינֵן דְּמַתְנִי אֲתֵיא כַּר"ש נִיתָן לְהַצִּילוֹ בְּנַפְשׁוֹ וְאִינוֹ חַיִּיב עַל הַהַגְבָּהָה לְכַאוּרָה אִיכָא לְדַחֲוֵי דְּמִיָּרִי בְּיָכוֹל לְהַצִּילוֹ בְּאַחַד מֵאַבְרָיו פְּדוּמוֹקֵי אַבְיֵי בְּסַנְהֶדְרִין מַתְנִי דְּאֵלוֹ נְעֻרוֹת וְכַה"ג פְּתָבוּ הַתּוֹסְפוֹת בְּכַתְּנֻבוֹת דְּף ל"ח גְּבִי סִימָא עֵינוֹ וְהָרְגוּ ע"ש אִף דְּאַפְתִּי קָשָׁה לְרַבָּא בְּמַנִּיחָתוֹ שְׂלֹא יִהְרַגְנָה כּוֹ וְלֹא נִיחָא לְאוֹקְמִי בְּיָכוֹל לְהַצִּילוֹ כּוֹ וְגַם לַפְמ"ש בְּסִפְרָא פְּתוּבָה שָׁם דְּף ל"ח דְּיָכוֹל לְהַצִּיל עַכ"פּ לֹא גָרַע מַחְיִיבֵי מְלַקְיוֹת שׁוֹגְגִין וְרַבָּא ס"ל כַּמ"ד חַיִּיבֵי מְלַקְיוֹת שׁוֹגְגִין פְּטוּר ע"ש א"כ לְרַבָּא קְשִׁיא מַתְנִי דְּהַמְנַסֵּף אִף י"ל לְכַאוּרָה בַּמ"ש דְּאַמְאֵי לֹא מְצִי אָמַר הַש"ל י"ל טַעְמָא דְּמַלְתָּא דְּכִינֵן דְּאָסְרוּ בַּהֲנָא לְכָל הָעוֹלָם הָנִי פְּאַבְיָדָה שְׂשֻׁטְפָּה נְהָר כּוֹ וְכַהֲיָא דְּכַרִּיתוֹת שׁוֹר הַנְּסָקֵל שְׂהַנְּזוּמוֹ עַדִּיו כּוֹ וְיֵצֵא מֵרְשׁוֹת הַבְּעָלִים וְכָל שְׂיַצֵּא מֵרְשׁוֹת הַבְּעָלִים אִינוֹ יָכוֹל לוֹמַר הַש"ל שְׂהָרִי אִינוֹ שְׂלוֹ עַכ"פּ אֵלָא דְּלְכַאוּרָה ז"א דְּהָנִי פִּיאֹשׁ שֶׁל"מ דְּלֹא הָנִי יֹאֹשׁ וְכִיּוֹצֵא בְּזָה פְּתַב בְּסִפְרָא פְּתוּבָה אֵהָא דְּאָמְרִינוּ אִי דְּלֹא מְצִי לְאַהֲדוּרֵי כּוֹ וּלְפ"ז א"ש דְּלְרַבָּא א"צ לְאוֹקְמֵי כַּר"ש פֿלָל דְּלִדְיָדִיָּה אִיכָא לְמִימַר טַעְמָא דְּלֹא מְצִי אָמַר הַש"ל מִשׁוּם יֹאֹשׁ בְּעָלִים דְּהָא רַבָּא סוֹבֵר דְּיֹאֹשׁ שְׂלֹא מְדַעַת הָנִי יֹאֹשׁ וְעִי' בַּס' פְּתוּבָה שָׁם דְּמִיָּתֵי מֵהַתּוֹסְפוֹת בַּב"מ דְּגַם אַבְיֵי מוֹדָה בְּאַבְיָדָה שְׂשֻׁטְפָּה נְהָר דְּהָנִי יֹאֹשׁ וּא"כ גַּם לְאַבְיֵי מְצִינֵן לְמִימַר הָךְ טַעְמָא.

שׁוֹב רְאִיתִי שְׂצָרִיף לִינְשֵׁב הָא דְּגִזְלֵי חֲמִיץ וְעֵבֵר עָלָיו הַפְּסַח דְּמַקְשָׁה מִיָּנָה לְרַבָּה פֿינֵן דְּמָטִי עֵינֵן אִיסוּרָא מִיָּצֵא אַמְאֵי אֹמַר הַש"ל וְשְׁנֵי לִיָּה זֶה אִינוֹ רוֹצֵה לְקַנּוֹת אֶלְמָא דְּכָל דְּלֹא קִנִּי לִי אַע"ג דְּאִיכָא יֹאֹשׁ מְצִי אָמַר הַש"ל וְהֵתֵם נְמִי אִיסוּר הַנְּאָה הוּא וְלֹא אָמְרִי פֿינֵן דְּנַעֲשֵׂה הַפְּקָר לֹא מְצִי אָמַר הַש"ל פֿינֵן דְּאִינוֹ שְׂלוֹ אִם לֹא שְׂקוּנָה אוֹתוֹ מִמֶּשׁ וְצ"ע.

וּבַתְּשׁוּבוֹת אַחֲרוֹת פְּתַבְתִּי עוֹד בְּעַנְיָנִים אֵלוֹ וְכַעַת לְקַצֵּר אֲנִי צָרִיף דְּבָרֵי זְעִירָא הָךְ אַפְרִים זְלָמֵן מְרַגְלִיוֹת מְבָרָאד: שְׂאֵלָה מַט שְׂאֵלָה אֲנָמֵן שְׂנַתְנוּ לוֹ עֲצִים אוֹ כְּסָף וְזָהב לְעַשׂוֹת מְהֵם פְּלִי וְהָאֲנָמֵן יֵשׁ לוֹ ג"כ כְּסָף אוֹ עֲצִים פֿיּוֹצֵא בְּזָה וְיֵשׁ לוֹ פְּעַת צְוּרָף בְּזָה שְׂנִיתָן לוֹ מְבַעָה אִי שְׂרִי לְהַחְלִיף מַה שְׂנִיתָן לוֹ מְבַעָה"ב אוֹ לֹא: תְּשׁוּבָה לְכַאוּרָה יֵשׁ לְלַמּוֹד דְּבָר זֶה מַמ"ש הַב"ש בַּאֲהַע"ז סִימֵן ל"ה ס"ק כ"א פְּשָׁקְדֻשָּׁה בְּמַעוֹת הַמְּשַׁלַּח בְּדָבָר שְׂאִין קְפִידָא וְיֵשׁ לְשַׁלֵּיחַ לְהַחְלִיף לֹא הָנִי גִזְלֵי וְכ"כ שָׁם ס"ק ט"ו בְּשֵׁם הַש"ג דְּכְשֻׁלַּח כְּסָף אִין קְפִידָא אִם יַחְלִיף כּוֹ וְצ"ע עַל הַד"מ וְבַהֲג"ה שָׁם שְׂהַעֲתִיקוּ לְשׁוֹן הַש"ג שְׂצוּנָה לוֹ לְקַדָּשׁ בְּכָסֵף יָכוֹל לְקַדָּשׁ בְּכָל כְּסָף שְׂיִרְצָה וּבְאַמְתָּא בַּש"ג אִיתָא כַּמ"ש הַב"ש דְּאַפִּילוּ מְסַר לוֹ כְּסָף יָכוֹל לְקַדָּשׁ בְּכָל כְּסָף שְׂיִרְצָה (וְעֵינֵן בְּתוֹסְפוֹת רִי"ד שְׂהוּא מַז"ה שְׂמַבִּיא רִיא"ז דְּמַבְּרָאָר שָׁם דְּאַפִּילוּ מְסַר לָהּ חֲפֶץ יָכוֹל לְקַדָּשָׁה בְּחֲפֶץ מְשֻׁלוֹ וּמ"ש

ונאבד לאו דוקא רק אורחא דמלתא דאל"כ למה ליה לקדש בפלו וכדמשמע מדברי הש"ג בשם ריא"ז שאין חילוק) ואף דמייירי שמקדש למשלח וא"כ י"ל דע"ז אין המשלח מקפיד אם יהיו הקדושים בקסוף זה או בקסוף אחר ומ"מ השליח לא קנה כסף של המשלח מ"מ אם איתא שאם החליף הנה גזל בידו א"כ גם הכסף שנותן משלו למשלח אינו קנוי לו דאדעתא דהכי יהיב שיהא הוא קונה את של המשלח א"ו פיון דאין קפידא שפיר הוי חליפין וא"כ גם השליח מצי מקדש בכסף של המשלח אם יש בידו להחליף: וראיתי בספר המקנה בק"א שם שכתב דלא משמע פן מדברי הפוסקים ודוקא בהפקיד מעות מותרים בענגו דרשאי הנפקד להשתמש בהם יכול נמי להחליף כמ"ש הש"ך סימן רנ"ב ס"ק ח' ואפשר דהב"ש מייירי שנתן לו המשלח רשות להוציא ולהחליפו עכ"ל וצ"ע דמשמע שהב"ש הוציא זה מדברי הש"ג שבהביא שם לעיל ואיהו מייירי אף שלא נתן רשות להשתמש בהם: ואמנם מה שהביא מהש"ך ע"ש שכתב בשם התוספות ב"מ דף כ"ט והוא תמוה שהתוס' מייירי אם נימא דחייב באונסין אבל פיון דקי"ל נאנסו לו ואינו רק ש"ש פשיטא שצריך ליתן לו אותן מעות עצמן.

ובעה"י פוננתי בזה לדעת הגאון ח"צ ז"ל בהגהות ט"ז ח"מ סימן ע"ג ע"ש וא"כ אף בנתן לו המשלח רשות להשתמש אינו יכול להחליף אף נלענ"ד לחלק בדבר דגבי מפקיד הא דשרינן להשתמש בהם היינו משום שזה שולחני וזה נתנם לו מותרים מסתמא דעתו שיוכל להשתמש בהם כשירצה וגם זה מקבל אותם ע"ד פן ולכן אף קודם שנשתמש הוי ש"ש אבל מ"מ לא נעשה לנה להתחייב באונסין וכמ"ש הפוסקים לחלק בין זה לדמי אבידה והלכך אף שמותר להשתמש אף שלא יתן אחרים תמורתו ונעשה משעת השימוש לנה עליהו מ"מ כל שלא נשתמש אם באו הבעלים צריך ליתן להם אותן הדמים דמה זכיה יש לו במעות זה והבעה"ב רוצה בשלו דוקא אבל אם לא באו הבעלים והוא צריך למעות זה והוא אינו רוצה ליקח אותם בתורת מלוה רק שמזכה לבעלים אחרים תמורתם שפיר דמי ולא מטעמא דאדעתא דהכי הנפקדו אצלו אלא דכל כה"ג מצי ליקח אותם מדיו זה נהנה וזה לא חסר פיון שאין קפידא לבעלים במעות זה דוקא ומ"מ אם הבעלים פאן ומקפידים אין יכולין לזכות מחמת זה נהנה וזה לא חסר וזה מבואר מהא דקי"ל בדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא א"צ להעלות לו שכר דהוי זה נהנה וזה לא חסר ומ"מ לכתחלה יכול בעה"ב למנועו שלא ידור אף שלא חסר וכמ"ש התוס' והג"א בב"ק דף ק' (וצ"ע על הרמ"א בח"מ סימן שס"ג שכתב טעמא פיון דהנה מצי לארווחא אלא דלא בעי והוא מדברי המרדכי דב"ק אבל מדברי הפוסקים לא משמע פן עיין בנ"י ב"ק בשם הרא"ה וכן מוכח להדיא מדברי התוספות בב"ב דף י"ג בשם הריב"א והר"ר ישעיה הובא בש"מ ב"ק דף ק' שתירצו דהא דאיצטריך קרא בבכור דפליגין ליה אמצוריו משום דבעלמא אין כופין על מדת סדום אם הוא מוחה ומנוע ע"ש) וגם פאן יכול הוא להחליף ולתת אחרים תמורתו מטעם זה נהנה וזה לא חסר ואין זה ענגו להיתר שימוש פלל ומ"מ אם זה בכאן ומוחה שלא להחליף אינו יכול לעשות בע"כ מחמת זה נהנה וזה לא חסר ומ"ש הרא"ש בב"ק דף סמ"ך גבי גדישין של ישראל כו' שאם יש לו עדשין מזומנים יכול לעשות ולזכות העדשים ע"י אחר דעדשים עדיפי טפי וכ"כ בטור וש"ע סימן שנ"ט דדוקא כשרוצה לשלם לו בדבר יפה ממנו דזכות הוא לו ע"ש נראה דשאני התם שהתשלומין הם ממין אחר ומה"ט חילק ביש"ש שם וכתב ול"נ וכי שרי להסתחר

בממון של חבירו שלא מדעתו ודילקא חביב עליו שעורין כו' או דילקא לא ניתא ליה למפור את שלו כו' ולא אמרינן זכין אלא במידי דזכיה ואין שום צד חסרון כו' ע"ש.

והרא"ש ודע"מיה ס"ל דאפילו בכה"ג שרי כיון שהתשלומין הם יפין סתמא זכות הוא לו ואין לחיוב לצד חובה כיון שהזכות יתר על החוב אבל אם התשלומין יפים מזה נמצא יש פאן צד חוב בלא זכות ואסור אבל אם נותן לו תמורתו דבר פנה ממש ואין קפידא לבעה"ב בזה או בזה א"כ נהי דאין פאן צד זכות מ"מ גם צד חוב אין פאן וזה נהנה וזה לא חסר הוא ושפיר דמי כל כמה שאין הבעלים מוחים להדיא: ומצאתי ראיה ברורה לזה מש"ס דב"ב דף צ"ט מי שהיתה דרוה הרבים עוברת בתוך שדהו כו' ופריה אמאי שלו לא הגיעו לינקט פינרא וליחב ופירש רשב"ם למה לא תיקנו שיהא לו רשות לתת דרוה מן הצד בע"כ שהרי אין מפסידין כלום וכגון זה פופין על מדת סדום והלפך יהא הדרוה שלהם קנוי לו לגמרי כו' והמקשה סבר דבדין עשה מה שעשה ודרכס קנוי לו כו' ע"ש הרי מבואר דאף של רבים יכול לזכות בו ולתת אחר תמורתו בדליכא פסידא וכופין על מדת סדום ומכ"ש שיכול לזכות בשל יחיד בכה"ג ואף למאי דמשני גזרה שמה יתן להם דרוה עקלתון ושאר תירוצים שם פולם מודים לדעת המקשה בזה דאם מחליף בענין דליכא קפידא כופין על מדת סדום וכ"כ בג"י שם בשם עליות רבינו יונה ז"ל שהקשה ע"ז דהיכן מצינו שיקח אדם קרקע חבירו ויחליף בשלו מטעם זה נהנה וזה לא חסר ובפ"ק נמי אמרינן מעלינו ליה בנכסי דבי בר מריון ואפשר לומר כיון דלא קני לה גופא אלא להלוכא בעלמא כו' כגון זה כופין על מדת סדום כו' ובסוף דבריו שם פתב דמייירי שהרבים הניחו את הראשונה ומש"ה ס"ד שהחליפין קיימין לפי שנתרצו הרבים ויש ביד הרבים להחליף כו' ע"ש וכן משמע מדברי מפנירשים אחרים שהביא בש"מ שם וכן מדברי הרמב"ן בשם ר"ת דס"ל שאין פח בידו להחליף.

אף הראיה שהביא רבינו יונה מפ"ק צ"ע דהתם הכי קאמרינן דאין זה מדת סדום כולל דהא מצי אמרי מעלינו לה כו' אבל היכא דלא מצי אמרי הכי כ"ע מודים דכופין על מדת סדום כמבואר שם והכא שאין לרבים שום קפידא שפיר אית לן למימר דכופין על מדת סדום ומכ"ש לפמ"ש הרשב"ם שם דדברי רב יוסף נראין בשדה הבעל שלפניעמים שדה זו מתברכת הא בעלמא שפיר כופין וא"כ אין ראיה שם: ואמנם נראה דאף לדברי המפורשים החולקים שם על הרשב"ם היינו דוקא התם דמייירי שהרבים באים להחזיק בדרוה שלהם כדפריה לינקוט פינרא ובהא שפיר השיגו על דבריו דלא אמרינן זה נהנה וזה לא חסר בע"כ של הבעלים והרשב"ם אפשר שסובר פהראבי' שהביא המרדכי בבבא קמא דאינו יכול למונעו מלדור בבית דלא קיימא לאגרא מטעם דכופין על מדת סדום (ולפ"ז צ"ע על הנ"י שבבבא קמא שם הביא דברי הרא"ה דיקול למונעו וכאן הביא דברי הרשב"ם ויש ליישב) והפוסקים ס"ל כפאר פוסקים דלא אמרינן בהא כופין על מדת סדום היכא שזה מוחה ומעכב אבל סתמא שאין פאן מוחה לכ"ע יכול להחליף כשצריה לו מטעם דכופין כו' וזה דעת הב"ש דאם הוא דבר שאין קפידא ויש בידו להחליף אין פאן גזל ובההיא דסופה דאמרינן למחר כ"א מכיר את שלו ונוטלו מפני שאמרו אין אדם יוצא ידי חובתו בלולבו של חבירו וכן אמרינן מלמדין אותם לאמר כל מי שבא לולבי לידו יהא לו במתנה ע"י שם בדר מ"א ודר מ"ג התם איכא קפידא שאחד טוב ושוה יותר משל חבירו וע"י בקידושין דף נ"ב בההיא דקדיש במוזא כו' אבל בכושא

לא דא"ל אָנאָ שְׁקלאַ כּוּשאַ שְׁקיל אַתְּ כּיִשָּׂא כּיִשָּׂא פּי כּוּשאַ וְכוּ בְּבָבָא מְצִיעָא אָמְרִינוּ
זוּנאָ כּמָאן דְּפִלְגִי דְּמִי וְאָפְשֵׁר לְדַחֲוֹת דְּשׁוֹתְפִים שְׂאֵנִי דְּמַעְיָקְרָא אַדְעָתָא דְּהִכִּי נְחִתִּי וּקְצַת
צ"ע מְהָא דְּאָמְרִינוּ רוּצָה אָדָם בְּקַב שְׁלוֹ כּו' וּמְדַבְּרִי הֶרְמֵב"ם וְהַפּוֹסְקִים מְשַׁמְעֵ דְּבָכְל
פְּקוּדוֹנוֹת אָמְרִינוּ הִכִּי: וְאָמְנָם לִפִּי"ז צ"ע גַּם עַל הֶרְא"ש שְׁמַתִּיר אִם רוּצָה בְּעַדְשִׁים
דְּעַדִּיפִי דְּהָא אַף שְׁהֵם בְּעֵין שְׁיָיָה בְּהֵם רוּצָה אָדָם בְּקַב שְׁלוֹ.

וְאָפְשֵׁר שְׁלַכְנָן כְּתֵב הַטּוֹר סִי שֵׁנ"ט דְּדוּקָא בְּדַבְּרֵי הַעוֹמֵד לִימְכַר כּו' וְיוֹתֵר נִרְאָה דְּדוּקָא
בְּפִירוֹת וְכוּ שְׂאָר פְּקוּדוֹנוֹת דְּוּמִיא דְּפִירוֹת דְּאָפְשֵׁר דְּלֵא מִתְרַמִּי לִיהָ לְמַזְבֵּן אַח"כ שְׁיָהָא
טוֹבִים כְּשֵׁלוֹ וְאִיפָא קְפִידָא אָבֵל בְּדַבְּרֵי דְּלֵא קְפִדִי אִינְשִׁי לֵא שְׁיָיָה לֹמֵר רוּצָה אָדָם בְּקַב
שְׁלוֹ פִּינּוּן שְׂאִינוּ רַק מִחְלִיפּוּ בְּחַפְזִין שְׁהוּא מְמַשׁ כְּשֵׁלוֹ הִרִי קַב שְׁלוֹ לְפָנָיו הוּא וְעֵי' בְּסִי
רַס"ז בְּסִמ"ע ס"ק ל' שְׁכַתְבֵּי דְּמִלְשׁוֹן הֶרְמֵב"ם מְשַׁמְעֵ דְּבִשְׂאָר דְּבָרִים אַף שְׁמַצוּי לְקִנּוּת
מ"מ חֲבִיב לְאָדָם דְּבַר שְׁרָגִיל בּוּ מִשָּׂא"כ תְּפִילִין שְׂאִין רָגִיל לְהַקְפִּיד אִם בְּאִילוֹ אוּ בְּאִילוֹ
וְיֵשׁ לַעִי' בְּלִשׁוֹן הִירוּשַׁלַּיִם שְׁהִבִּיא הַר"ש פ"ו דְּדִמְאֵי אָמַר ר"י הִדָּא אָמְרָה הַנּוֹתֵן מְעוֹת
לְחַבְרֵוֹ וְהַחֲלִיפּוֹן וְאָבְדוֹ חֲזִיב בְּאַחֲרֵיּוֹתָן וְהַר"ש שְׁמֵם כְּתֵב הַטַּעַם דְּהוּי שׁוֹלַח יָד בְּפְקוּדוֹן
וְכ"כ בְּהַגְמִי' פ"ז מֵהַלְכוֹת שְׂאֵלָה וְהֶרְא"ש בְּפִירוּשׁוֹ לְדִמְאֵי כְּתֵב וְנִרְאָה שְׂאֵם הַחֲלִיף
בְּשׁוּגָג כּו' עֵי' שְׁמֵם גַּם צ"ע בְּהֵיא דְּאָמְרִינוּ בַּע"ז מְעוֹת פּוּרִים נִתְחַלְפוּ לוֹ כּו' וְקַצְרִתִּי
כְּעַתָּה: וּלְפ"ז נִרְאָה בְּנִדּוֹן הַסְּפֵק שְׁלָנוּ אִם נָתַן לְאִנְשֵׁי כֶּסֶף וְכִיּוּצָא בּוּ שְׂאִין קְפִידָא לְבַעֲהָ"ב
כְּלָל הַרְשׁוּת בְּיַד הָאִנְשֵׁי לְקַחְתּוֹ לְעַצְמוֹ כְּשֵׁהוּא צָרִיף אֵלָיו וְלִתְתֵּי אַחַר תְּחַתִּיו לְהַשְׁלִים
חֲפָצוֹ שֶׁל בַּעֲהָ"ב וְאִין גְּזוּל וְנִרְאָה דְּגַם בְּצִמְרֵי י"ל כֵּן לְפַמ"ש הַשְּׂ"ף ס"ס ל"ט עַל דְּבָרֵי
הַמְבִּיא"ט בְּמוֹכַר צִמְרֵי לְחַבְרֵוֹ כּו' שְׂאִין קְפִידָא אִם יִתֵּן לוֹ אוֹתוֹ צִמְרֵי דְּנִקָּא אוּ אַחַר וְהַ"ה
בְּעַצִּים וְכַה"ג טוֹבָא מְשַׁכַּח שְׁכִיחֵי דְּלִית בְּהוּ קְפִידָא כְּלָל וּלְפ"ז בְּהָא דְּאָמְרִינוּ אִנְשֵׁי אִנְשֵׁי
בְּשִׁבְחָא כְּלִי אַע"ג דַּא"ל שְׁיָקְנָה הַצִּמְרֵי וְעַצִּים שְׁמַסֵּר לוֹ בַּעֲהָ"ב בְּשִׁנּוּי מְעַשָּׂה פִּינּוּן
שְׁבָצוּי בַּעֲהָ"ב עֲשָׂה הַשִּׁנּוּי מ"מ פִּינּוּן דְּאָמְרִינוּ דְּאִנְשֵׁי אַדְעָתָא דְּנִפְשִׁיהָ קַעֲבִיד וְלֵא ע"ד
שְׁיָנִיקָה בּוּ בַּעֲהָ"ב א"כ כְּדָּ דַּעְתּוֹ שְׁיָהִיגָה הַכְּלִי שְׁלוֹ עַד שְׁעָה שְׁיָחֲזִירָנוּ לוֹ וְאִי מְשׁוּם הַעַצִּים
וְהַצִּמְרֵי שֶׁל בַּעֲהָ"ב אִין זֶה מְעַכְבֵּי בְּקִנְיָנוּ שְׁהִרִי אִם יִרְצָה יִתֵּן לוֹ תְּמוּרָתוֹ אֵלָא דַּמ"מ אִין
קִנְיָנוּ קִנְיָן גְּמוּר שְׁהִרִי אִם יָבֵא בַּעֲהָ"ב וְיֵאמֵר שְׁלִי אֲנִי נוֹטֵל דְּנִקָּא הוּא צָרִיף לְתַת לוֹ וְלֵא
מְהִי מַה שְׁיָתֵן לוֹ אַחַר מְטַעַם זֶה נִתְּנָה כּו' פִּינּוּן שְׁבַע"ב אִינוּ מִתְרַצָּה בְּכָדָּ וְדַמִּי מְמַשׁ
לְמַשְׁכּוֹן דְּבַע"ח קוּנָה מְשַׁכּוֹן וּמ"מ אִינוּ קִנְיָן גְּמוּר פִּינּוּן שְׁצָרִיף לְהַחֲזִיר כְּשִׁבְאָ בַּעֲהָ"ב
וְיִרְצָה לְפָדוֹת מְשַׁכּוֹנוֹ: וּבְזֶה יֵשׁ לִיִּישָׁב דְּבָרֵי הֶרְמֵב"ן שְׁהִבִּיא הַשְּׂ"ף סִי ע"ב ס"ק ט'
וְדַבְּרֵי הֶרִיטְב"א שְׁהִבִּיא הַשְּׂ"מ בְּבָבָא מְצִיעָא פֶּרֶק הָאִנְשֵׁי שְׁדַבְּרִיהֶם מִן קְשִׁים כַּמ"ש
בְּסִפְרָא קְצָה"ח סִי ש"ו וְהֶאֱרַחְתִּי בְּזֶה בְּתַשׁוּבָה אַחֲרַת בְּהַלְכוֹת גִּיטִין עֵי' שְׁמֵם וּלְפַמ"ש י"ל
דְּשִׁפִּיר כְּתֵב הֶרִיטְב"א דְּמַצִּינוּ שְׂאִינוּן קוּנָה בְּשִׁבְחָא כְּלִי וְאַפ"ה אִינוּ אֵלָא ש"ש שְׂאִין קִנְיָנוּ
עוֹשָׂה אוֹתוֹ לֹקַחַת וְאַע"ג דְּקִנְיָן דְּהָכָא עֲדִיף מ"מ כֵּל שְׁלֵא קִנְאוּ לְגַמְרֵי אִינוּ מִתְחַזְּיב
בְּאִנְשֵׁי עַכ"ל ר"ל אַע"ג דְּקִנְיָן דְּאִנְשֵׁי עֲדִיף מִקִּנְיָן דְּמַשְׁכּוֹן שְׂאִינוּ אֵלָא לְעִנְיָן שְׁלֵא יִשְׁמַט
כּו' וְקִנְיָן דְּאִנְשֵׁי כ"ז שְׂאִינוּ מִחֲזִירוֹ עֲדִיף שְׁדַעְתּוֹ לְקִנּוּתוֹ עַד שְׁעָה שְׁיָרְצָה לְהַחֲזִירוֹ מ"מ
הָא לֵא קִנְיָן לִיהָ קִנְיָן גְּמוּר שְׁהִרִי אִם יִרְצוּ הַבְּעָלִים מְחַוִּיב לְתַת לְהֵם אוֹתוֹ דְּבַר עֲצָמוֹ
וְלַכֵּן לֵא חֲזִיב בְּאִנְשֵׁי וְאַ"כ כ"ש מְלִנְהָ עַל הַמְשַׁכּוֹן וְזֶה ג"כ דַּעַת הֶרְמֵב"ן בְּמַלְחָמוֹת
שְׁכַתְבֵּי וְהֵם אָמְרוּ אִנְשֵׁי קוּנָה בְּשִׁבְחָא כְּלִי וְאִינוּ אֵלָא ש"ש וְעֵי' בְּשְׂ"ף סִי ע"ב ס"ק ט'
בַּמ"ש עַל רְאִיוֹת הֶרְמֵב"ן דְּלֵאוּ רְאִיָּה הוּא דְּהָא לְמ"ד אִנְשֵׁי קוּנָה קִנְיָן לִיהָ לְגַמְרֵי דַּאִי לֵא

לא מצי לקדש כו' וכ"כ בסי' פ"ט ואני תמה ע"ז דנדאי בשביל שקונה השבח לא קנה הגוף רק שמקודשת בחלק שיש לו בפלי ע"י השבח ומ"מ נעשה ש"ש על חלק בעה"ב ומ"ש הש"ך דאדרבה מפאן ראיה דאל"כ במה פליגי כו' הוא תמוה שאין עולה על הדעת שלפי שהוא ש"ש יכול לקדש בו אשה רק להיפך אמרינו פיון שיכול לקדש אשה דמיקרי שלף שקונה אותו פדילפיון מקרא מהאי טעמא הוי ש"ש אבל מחמת שיכול לקדש בו אשה אין מכריח שיתחייב באונסין כו' ועי' מ"ש בתשובה חלק אה"ע סי' קי"ז ואם פוננתו שפיון שאינו קונה ק"ג מדוע יהיה וכל לקדש בו פבר פתבה הש"ך ריש סעיף קטן זה ובאמת אפילו נאמר שחייב באונסין אין סברא שיהיה יכול לקדש בו אם לא מגזירת הכתוב דולף תהיה צדקה וגם מ"ש הש"ך על ראיות הרמב"ן מהא דאמרינו פגון שתפסו נזק דאינו ראיה דהתם מוקי כר"י ויכול לסלקו בזווי כו' תמהני שגה ראיות הרמב"ן דלמה לא יתחייב באונסין שהרי כל משפון יכול לסלקו בזווי ולמה יגרע השור הזה אחר שתפסו בחובו והא דאר"י אינו מוקדש היינו קודם תפיסה אבל אחר תפיסה למה לא יועיל כשאר משפון וגם מ"ש הש"ך בס"ק י"ז פיון דלר"י אינו מוקדש אינו יכול לקדש הוא תמוה דהתם לא מייירי מתפיסה (אפילו אי מייירי מתפיסה פשיטא שאינו מוקדש לגמרי פיון דלא ס"ל יוחלט השור מ"מ שפיר מוקדש כשאר משפון שיכול להקדיש החוב שעליו ויכול לקדש בו ג"כ וכן השור הזה אחר שתפסו מטעם שקונה משפון ולכף נעשה ש"ש עליו ודברי הש"ך בזה צ"ע ועי' בתשובה הנ"ל: דברי הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה נ' פריצידא דתותי קלא נביט וסליק לעילא הה' פבוד אהו' הרבני כו' כש"ת מו' דוד יוסף נ"י: בענין מ"ש לתרץ דברי הר"י שפתב דמשום נע"ד אוקמי אדאורייתא משום דכיון דאינו גובה מלקוחות לאו עלייהו סמוך פבר עמדתי על דברים אילו בימי חורפי וקעת מצאתי לכמה מחברים חדשים מקרוב שנתעוררו בזה.

ואמנם מ"ש בנזקין לא שייך זה הנה מדברי הרא"ש פ"ק דב"ק לענין נזקין גובין ממטלטלין דיתמי לכאורה לא משמע פן אף הש"ך סי' תי"ט כ"כ ובחידושי תמהתי על הש"ך שם דאדרבה מטעם זה ראוי לגבות מטלטלין פיון דלא איכפת לן אם סמיך עלייהו והארכתי שם.

ומה שהקשית בעיני דאכלי חושלא הא בלא מגו נמי פיון דחייב לצי"ש אם תפס לא מפקינן מיניה. לק"מ דבכה"ג דאכלי חושלא אף לצאת י"ש פטור ומה"ת יתחייב להאמין לזה ועי' בתוס' ב"מ דף ל"ז גבי שנים שהפקידו דכל היכא דלא הו"ל למידק פטור מלצאת י"ש ומכ"ש פאן דלא שבתת חיי שכ"א יתפנס אפילו בעדים ויטעון שחבירו חייב לו מחמת היזק בהמותיו וכיוצא בו והוא אינו יודע להכחישו וזה פשוט: ומ"ש על הש"ך בסי' רצ"ב ס"ק ז' שכל חכמי לב לא מצאו מענה במ"ש בשם התוס' ב"ק דף צ"ז שדבריהם מבואר להיפוך נראה פשוט דלק"מ דהש"ך שם קאי לפרושי דברי הר"י שפסובר דאין חילוק בין התנה או לא וכמ"ש ה"ה בפ"ד מהלכות מלנה שפן נראה מן ההלכות שהפוננה בכל מי שחייב מעות לחבירו עי"ש בדין י"א ובדין י"ב פתב ורבינו פתב מימרא זו פלשונה אפשר שהוא מפרשה כמ"ש למעלה כו' עי' שם והובא בב"י ובסמ"ע שם וכן נראה דעת הב"י בש"ע שלא הנפיר החילוק בין התנה רק רמ"א הגייה פן והש"ך שהביא מדברי התוס' ה"מ לענין זה דבמלנה אפילו הוא בעין הוי פליתא

בְּעִינָא נְאִין יְכוּל לֹמַר הַש"ל לְאַפּוֹקֵי בְּגִזְלָהּ וְע"ז הֵבִיא ג"כ דְּבַרֵי הַגְּמִינ' דְּמִבְּנֹאֵר שָׁם ג"כ דְּבַמְלָנָה לְהוֹצֵאָה נִתְּנָה וּמִחֲזִיר לֹ מְעוֹת אַחֲרֵים הִלְכָה אֶפִּילוּ נֹתֵן לֹ אוֹתָן מְעוֹת עֲצָמָן אִין זֶה פְּרַעוֹן עַד שְׁיִשְׁלַם לֹ מְטַבֵּעַ חֲדָשׁ עִי' שָׁם וְזֶה מִבְּנֹאֵר בְּש"ף דְּכָל עֵינְקָרוּ לְאַתּוּנֵי רְאִיָּה מֵהַתּוֹס' וְהַגְּמִינ' דְּבַמְלָנָה אַף אֵיתָא בְּעִינְיָה הָנִי פְּלִיתָא וְדָלָא פְּהַמְרָדְכִי שְׁהִבִּיא הַד"מ וְהַסְמ"ע סִי' ע"ד דְּאָף בְּמִלְנָה אִם הוּא בְּעִינ' אֹמַר הַש"ל עִי' שָׁם אֲלָא דְּמִלְנָה שְׁאֲנִי מְגַזְלִי לְעִנְיָן זֶה דְּהָנִי פְּלִיתָא בְּעִינְיָה וּמִמִּילָא דְּלָכָל מַר פְּדָאִית לִיהַ לְשִׁיטַת הַתּוֹס' וְדַעֲמִינְיָהוּ בְּהַתְּנָה צָרִיף לְשִׁלְמָם מְטַבֵּעַ הַיּוֹצֵא לְשִׁיטַת הָרִי"ף וְדַעֲמִינ' אַף בְּלֹא הַתְּנָה וְשִׁפִּיר כ' הַש"ף לְפָרֵשׁ דְּבַרֵי הָרִי"ף וְשִׁפְתִי כֹהֵן יִשְׁמְרוּ דַעַת וּבְש"ף סִי' ע"ד מִבְּנֹאֵר שָׁם דְּמִינִי פְּלֹגְמַת הַתּוֹס' וְהַגְּמִינ' עִם הַמְרָדְכִי לְעִנְיָן הַתְּנָה דְּקָאֵי שָׁם עַל דְּבַרֵי הַרְמ"א וְה"ה לְדְבַרֵי הָרִי"ף וְהַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר בְּלֹא הַתְּנָה וְזֶה פְּשׁוּט.

וְעוֹד אֶפְשָׁר לֹמַר דְּבַכְה"ג דְּסִי' רַצ"ב גַּם הַתּוֹס' וְדַעֲמִינְיָהוּ מוֹדִים וְנוֹקָא בְּהַלְוָה סְתָם י"ל פִּינָן שְׁנֵתָן לֹ הַמְעוֹת בְּתוֹרַת הַלְוֹנָאָה וְלֹא הַתְּנָה מוֹכַחָא מִיְלְתָא דְּלֹא קִפִּיד אֲצֻרְתָּא וְלָכֵן מַה שְׁהַלְוָה יִשְׁלַם לֹ מִשְׁא"כ בְּזֶה שְׁבַתוֹרַת פְּקֻדוֹן יְהִבָּא נִיְהַלְנ' אַע"פ שְׁהִיָּה מוֹתֵר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בָּהֶם לְפִי שְׁאִין חֲתוּמִים מ"מ פִּינָן דְּלֹא אִסִּיק אֲדַעֲתִיָּה שְׁזֶה יִשְׁתַּמֵּשׁ בָּהֶם בְּנֻדָּאֵי וְזֶה לְוָה אוֹתָם שְׁלֹא מִדַּעַת מֵאִין הַרְגְּלִים לֹמַר דְּזֶה הַמְפָּקִיד לֹא קִפִּיד אֲצֻרְתָּא וְנוֹקָא בְּהַלְוָה שְׁמַתְחִלָּה נִתְּנָן לֹ לְשֵׁם כָּף הו"ל לְאַתְנוּנֵי וְצ"ע בְּזֶה דְּאֶפְשָׁר לֹמַר פִּינָן שְׁהִנְיָחָם בְּפִקְדוֹן וְאִם לֹא הִיָּה זֶה מִשְׁתַּמֵּשׁ בָּהֶם פְּשִׁיטָא שְׁהִיוּ נוֹטְלִין בְּחֻזְרָה פְּמוֹת שְׁהֶם מַה"ת נֹאמַר שְׁהִיָּה דַעַתוֹ שְׁאִם יִשְׁתַּמֵּשׁ זֶה יִתֵּן לֹ תַחֲתִיָּהם מְעוֹת הַיּוֹצֵא בְּהוֹצֵאָה אֲדַרְבָּה יִשׁ לְנוּ לֹמַר שְׁיִקְחֶם בְּחֻזְרָה כְּמוֹ שְׁהִיָּה לֹקְחֶם אִם לֹא הִיָּה זֶה מִשְׁתַּמֵּשׁ בָּהֶם וְהִיָּה נִשְׁאָרִים פְּקֻדוֹן בְּיָדוֹ אֲבָל בְּאַמַּת בְּלֹא"ה הָעֵינְקָר כַּמ"ש דְּהַש"ף הֵבִיא אֲזִיל בְּשִׁיטַת הָרִי"ף וְהַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר דְּבַכָּל גְּוֹנֵי נֹתֵן לֹ מְעוֹת הַיּוֹצֵא נְאִין לְהַאֲרִיף: וְמַה שְׁהַקְשִׁיתָ עַל הַפ"י רִישׁ גִּיטִין בְּמֵאֵי דְּקִשְׁיָא לִיָּה עַל הַרְמַב"ם דְּסוֹבֵר סְפֵק דְּאוֹרֵייתָא מַה"ת לְקוֹלָא וְנ"ל שְׁרִייתָא דַע"א בְּחֻזְרָה ס' חֲלָב הֵיכָא דְּלֹא אִיִּתְחַזַּק אִיסוּרָא וְכַתְּבַת דְּהֵכָא אִיכָא לְבָרוּרֵי גַם הַרְמַב"ם מוֹדָה וְהַבֵּאתָ ע"ז מְכַרִּיתוֹת דְּאֶמְרִינָן אֶפְשָׁר לְבָרֵר אִיסוּרָא וְחֻזְרָתָ לְהַקְשׁוֹת דְּכִינָן דְּאִיכָא לְבָרוּרֵי ע"א נֶאֱמָן בְּאִיסוּרֵין בְּלֹא"ה פְּדֻמְרִינָן בְּקִיִּדוּשִׁין שְׁלַח וְאַחֲוֵי עַכ"ד וְכ"ז אִינוּ דְּאָף אִם יִסְבָּר הַפ"י פְּתִירוּץ מֵהַר"ט לְהַרְמַב"ם אִין זֶה דוּמָה לְהֵיָּא דְּכַרִּיתוֹת דְּמֵהַר"ט לֹא קֶאֱמַר אֲלָא הֵיכָא דְּסָמִי בְּיָדוֹ לְעַמּוּד עַל בְּוִרְיוֹ שֶׁל דְּבָר וּבְגוֹן הָא דְּאֶמְרִינָן אֲתִיָּא מְפָסַח כו' דְּאֶפְשָׁר לְנוּ לְעַמּוּד עַל הַבְּיָרוּר בְּפִדִיקָה אֲבָל אִם אִין בְּיָדֵינוּ בְּנֻדָּאֵי לְבָרֵר רַק שְׁאֶפְשָׁר לְעַמּוּד עַל בְּיָרוּר וְאֶפְשָׁר שְׁלַעוּלָם יִשְׁאָר בְּסָפֵק בְּזֶה הַדְּרִינָן לְכַלְלָא דְּסָפִיקָא לְקוֹלָא וְכ"כ בְּשַׁעַר הַמְּלָךְ הַלְכוֹת ט"מ וּמַעֲתָה פְּשִׁיטָא שְׁאִין זֶה דוּמָה לְהֵיָּא דְּכַרִּיתוֹת דְּהֵתָם הַכּוֹנֵנָה דְּאִין אֲשֶׁם תְּלוּי בָּא אֲלָא בְּגוֹנָא שְׁאֶפְשָׁר שְׁיָכוּל הַדְּבָר לְבֹא לִידֵי בְּיָרוּר וְכַמ"ש רַש"י שָׁם דַּא"ת אִינוּ בָּא אֲלָא לְהַגִּין מִן הַיִּסוּרִים עַד שְׁיִנּוּדַע כו' אֶפְשָׁר שְׁיָבֹא לְאַח"ז בְּקִי שְׁיִפְרָנוּ כו' עִי' שָׁם וּפְשִׁיטָא שְׁאִם הִיָּה סְמִיָּא בְּיָדוֹ לְהַפִּיר ע"י בְּקִי לֹא הִיָּה יְכוּל לְהִבִּיא א"ת פְּלָל עַד שְׁיִחֲזִיר אַחַר בְּקִיָּאִים וְדוּחַק לֹמַר דְּהַתּוֹרָה הַתִּירָה לֹ בִּינֵי בִּינֵי קוֹדֵם שְׁיִמְצָא בְּקִי שְׁיָבִיא א"ת לְהַגִּין עֲלָיו אֲלָא נִרְאָה דְּנֻדָּאֵי יוֹכֵל לְהִיָּת דְּלִית בְּקִי פְּלָל שְׁיִפִּיר רַק דְּכִינָן שְׁאֶפְשָׁר לְהִיָּת שְׁיִתְבָּרַר לְכֹן יְבֹא א"ת וְכֹן מִבְּנֹאֵר מִדְּבַרֵי הַתּוֹס' בִּיבְמוֹת וּבְכַתּוּבוֹת גַּבִּי הֵבִיא עֲלֵיהָ בַּא"ת קָאֵי דְּמִיִּקְרִי אֶפְשָׁר לְבָרֵר אִיסוּרוֹ ע"י עֵינֵי הַזְּמָה אַע"ג דְּאֶפְשָׁר שְׁאִין כָּאֵן עֵינֵי הַזְּמָה פְּלָל וְה"נ דְּכּוֹנְתִיָּה לְעִנְיָן בְּקִי שְׁיָכוּל לְהִיָּת שְׁיָבֹא לִידֵי

בְּרוּר אָבֵל אָנוּ אֵין בְּיַדְנוּ לְבָרַר כְּלָל וּמִשׁ"ה אֵין זֶה דוּמָה כְּלָל לְהָא דְקִידוּשִׁין שְׂיִתְבָּרַר
בְּוֹדָאֵי ע"י שְׁלַח וְאַחֲוֵי וְאֵין לְהַאַרְיָה וּבְגוּף קְוֹשֵׁיַת הַפ"י נִרְאָה דַּא"ש ע"פ מ"ש הַפ"י
גוּפִיָּה דַּע"א נֶאֱמָן אֶפְיָלוּ בְּמָקוּם חֲזָקָה דְאַתְרַע וְאַפְיָלוּ בְּמָקוּם רֹב שְׂאִינוּ רַק כְּמִבְרַר
הַמְיַעוּט מִתּוֹף הָרֹב וְכַתֵּב שְׁבִזָּה נִתְיַשֵּׁב לוֹ בְּמַעֲשִׂים שְׁבָכֵל יוֹם שְׁלוֹקָחִים בְּמָקוּלִין כּו'.

וְאַמְנָם מַה שְׁנִדְחַק הַפ"י בְּעֵנֵינוּ אִיתְחַזַּק אִיסוּרָא א"צ לְזָה וּכְבָר בְּיָאָר הַרְשָׁב"א בִּיבְמוֹת
לְחַלֵּק בֵּין אִיתְחַזַּק אִיסוּרָא בְּגוּף זֶה וּבֵין אִיתְחַזַּק אִיסוּרָא בְּמָקוּם זֶה שְׂאִין הָעֵד בָּא רַק
לְבָרַר הָאִיסוּר מִתּוֹף הַהִיתָר וּלְפ"ז ע"א נֶאֱמָן בְּחִתִּיכָה מַב"ח לְבָרַר הַהִיתָר מִתּוֹף הָאִיסוּר
וְאַפְיָלוּ בְּמָקוּם רֹב כְּמַעֲשִׂים כְּכָל יוֹם בְּמָקוּלִין ע"י בְּרִשָׁב"א שָׁם וּבִתְשׁוּבָה הָאֶרְכָּתִי: דְּבָרֵי
יְדִיד נִפְשׁוּ הַק' אֶפְרַיִם וְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מִבְּרָאָד שְׂאֵלָה נָא ב"ה יוֹם ד' יו"ד מְנַחֵם תְּקַס"ד
לְפ"ק פֶּה ק"ק בְּרָאָד קִנְקֵן חֲדָשׁ מְלֵא יִשְׁוֹן.

כְּגוּר אַרְיָה יִזְנַק מִן הַבְּשׁוֹן. ה' יִנְצָרָהוּ כְּאִשׁוּן.

ה"ה כְּבוֹד אַהוּ יְדִידֵי הַרְבְּנֵי הַמְּוֹפְלָג הַחֲרִיף וּבְקִי הָאֲבָרָה חֲכָם וְסוֹפֵר כַּש"ת מוֹהַר"ר
דוֹב בַּעַר נ"י בּוּיָם שְׁטֵינֵין נ"י לְנִצְחָה. יִשָּׁב בְּצַל צַח: אַחַד"ש זֶה יָמִים לֹא כְּבִיר הַגִּיעוּ
אֶמְרוּתֵינוּ.

וּמִחֲמַת יָמֵי הַמְּצָרִים יוֹמֵי קָא גָרִים. דְּלֵא מְצִינָא דְאַיְקוּם בְּהוּ דְחַלְשׁ לְבָאֵי.

וְלֵא צִילָא דַּעֲמֵאֵי. דְּלֵא אֶפְיָלָא בְּשָׂרָא דְתוֹרָא.

וְהַדְבָר צָרִיף לְפָנִים דַּעַת נוֹטָה וְדַעַת תּוֹרָה. וְהַיּוֹם פְּנִיתִי לְרֵאוֹת אֶת הַמַּעֲשֵׂה.

אַשֶׁר פָּעַל וְעָשָׂה. וְשִׁמְחֵתִי בְּכּוֹנְעָלוֹ וּמַעֲשֵׂה יְדִיו.

כִּי הֵן הֵן עֲדִיו. עַל חֲכָמָתוֹ וּבִינְתוֹ.

וְכִי שְׁלִימָה מְשַׁנְתּוֹ. וְהִלָּף בְּמִישׁוֹר.

שְׁשֻׁכְלוֹ הַנֶּהַף וְהִשְׁפָּר. כִּכָּה יַעֲשֵׂה כָּל הַיָּמִים.

לְהַשְׁכִּיל בְּדַרְךָ תָּמִים. אִזּוּ יִחַרֵץ וְיַעֲלֶה מַעֲלָה מַעֲלָה.

בְּמִסְיָלָה הָעוֹלָה לְשָׁם וְלִתְהַלְלָה. וְהַנְּנִי מְקַצֵּר וְעוֹלָה אַף כִּי הָעֵנֵין מְקַצוּעַ גְּדוֹל כּוֹלָל כּוֹלָהוּ
תַּנּוּיֵי בְּנִזְיָקִין.

וְאִם בָּאנוּ לְכַתּוּב אֵין אָנוּ מְסַפִּיקִים. אֶפְסֵי כִי טְרִידָנָא וְגַם כִּי קְאִימְנָא בְּעֵנֵינוּ אַחֲרִיתִי.

שְׁמַתִּי מְקוּם אַתִּי. וְאַקַח מוֹעֵד לְשִׁפּוּט מְשָׁרִים בְּדְבָרֵינוּ הַיְקָרִים.

בְּמִיעוּטָא דְאַיְתָא קָמָן כְּדַרְכֵי מַעוֹלָם לְפִתּוּחַ שְׁעָרִים לְכָל בַּעַל נֶפֶשׁ יְקָרָה. הַמְתַּאנְה
לְשִׂאוֹב מֵיָם.

מְבָאָר מֵיָם קָרִים נוֹזְלִים וְאֵל הַשְׁוֹקֶת כְּדִי אַעֲרָה. וְעֲלִימוֹ תַטּוּף מְלִתִּי אֲשׁוּוּעַ וְאוֹמֵר הַנְּנִי
וְאוֹמֵר עִם קְנִי כְּאִשְׁרֵי מִן הַשְּׁמַיִם יוֹרֵנִי פִתַּח דְּבָרֵינוּ יְאִיר עֲלֵה וְנִסְתַּפֵּק בְּטוֹעֵן א"י אִם
פְּרַעַתִּיף וַע"א מְסִיעֵנוּ וְאַשְׁכַּח פְּתִירֵי מְדַבְּרֵי הָרֵא"ש בְּרִישׁ ב"מ וְהַשְּׁיֵג עַל הַשְּׁ"ף שְׁרָצָה
לְלַמּוֹד מְשִׁם לְעֵנֵין מְחֻנָּיב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ כְּמִבְּאָר בְּדְבָרֵינוּ בְּסִי"ע ב"ס"ק דו"א דְהָרֵא"ש
כְּוֹנְנָתוֹ מִחֲמַת א"י אִם פְּרַעַתִּיף אַעֲן וְאוֹמֵר שְׂאֵם הִיָּה מְקוּם לְהַתְלוּנָה בְּזָה לֹא עַל הַשְּׁ"ף

תלונתו שדבריו הש"ף בזה הם דברי התה"ד בסי של"ד שפכתב וז"ל אבל אין נראה לומר דאפי' היכא דקאמר א"י באידך חמשים הו"ל מחנניב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם אפ"ה לייתי העד וליפטרניה משום דכינן דפוטרן מן השבועה אין פאן מתוך הך סברא ליתא דמ"מ אי לא הוי העדאת העד הוי מחנניב ממון ונמצא הוא פוטרן מממון הכי מוכח בהקדא באשר"י ריש ב"מ אההוא דמקשי משומר שמסר לשומר ומשני לה ע"ש עכ"ל התה"ד הרי שהש"ף לא ענה מלבו לפרש פן דברי הרא"ש והש"ף רמז לדברי התה"ד בזה וקאי גם אמ"ש שפן משמע מהרא"ש.

ואחר הודיע זאת אומר אני פי צדקו דברי התה"ד והש"ף שהרי הא דק"ל בשומר שטוען א"י אם נאנסה הוא ג"כ מהאי טעמא דהו"ל משואי"ל כמבואר בתה"ד סי' של"ג והביא ראיה מדברי הרא"ש היכא דמתה בדרך ולא הרגיש בה עיניפות כו' דמשום שצריך לישבע שמתה מחמת מלאכה וזה לא יוכל לידע בודאי מחנניבין ליה והסמ"ע סי' רצ"א ס"ק י"ב והש"ף שם ס"ק י"ג כתבו להקדא בטעמא דמלתא משום דהו"ל משואי"ל וכ"כ להקדא בש"ף סימן ש"מ סק"ז הטעם לפי שחניב ש"ד ואין נשבעין ש"ד באיני יודע אבל א"ל שהוא מטעם א"י אם פרעתיך דהא בטענו שניהם ספק גם בא"י אם פרעתיך פטור ונדקא בשטר קי"ל דחניב כמבואר בסי' נ"ט משא"כ בתביעה בע"פ כמ"ש בח"מ בדוכתי טובי וכ"כ הש"ף סי' רצ"א ס"ק מ"ה בשם רש"ל ביש"ש דאם גם המשאיל טוען שפא ה"ל פאומר א"י אם פרעתיך וגם זה א"י דפטור ע"ש: איברא דהש"ף שם העלה דיש לחניב בזה דהוי כא"י אם החזרתי לך וכתב דלא דמי לא"י אם פרעתיך כמ"ש בסמוך.

והנה שם אח"כ לא הזכיר מזה לחלק בסברא בין הך דהכא לאם טענו שניהם ספק בפרעון. איברא דדעת קצת פוסקים הביא המשנה למלך פי"ד מהלכות מכירה דחניב בכה"ג אף באמת דעת הש"ף אינו פן ולקמן נבאר בזה: אף בלא"ה דעת רוב הראשונים דהך ספיקא דשומר הוי א"י אם הלוימני פיון שלא נשתעבדו הנכסים רק משעה שאירע בה אונס ומ"ש הש"ף מדברי הרא"ש והטור בסי' ש"מ צ"ע שהרי הוא גופא כתב שם הטעם משום דהוי מחשואי"ל אלמא דלאו מטעם א"י אם פרעתיך אתי עלה.

עפ"ז נלפע"ד שאין מחלוקת כלל בין טור והרא"ש להנ"י פרק הגזול דגם הנ"י מודה להרא"ש והטור לענין אם ספק להשואל אם מתה מחמת מלאכה דחניב ומטעם דהוי ליה מתוך שאיל"מ ומ"מ שפיר כתב הנ"י בשואל לרפוב עליו שלוחו דפטור דהתם לא שנייך מחנניב שבועה ואיל"מ כלל דהא מעיקרא אדעתיה דהכי נחית לה שירפוב עליו שלוחו וגם המשאיל בעצמו ידע מעיקרא דכל אונסא דאיתיליד ע"י רכיבת השליח לא ידע בה שמעון השואל כלל ומפי השליח אנו חיינן וא"כ כשהשליח אינו לפנינו או כשהוא לפנינו ולא מחשב עד והמשאיל תובע להשואל פשיטא דאין חיוב שבועה על השואל כלל רק דמ"מ עכ"פ ספיקה הוי והו"ל משואי"ל וה"ה אם שקרו סתם ושלח שלוחו שרגיל לשלחו פגון בנו וכיצא באותן שאמרו פל המפקיד ע"ד כו' גמי אין לחניבו מטעם משואיל"מ דהא ע"ד פן השאיל לו שיוכל לשלוח א' מבני ביתו וממילא שאם עשה פן מעולם לא חלה שבועה על השואל כלל וזהו דעת רבינו שהביא הב"י בשם תלמידי רשב"א משא"כ אם שקרו לרפוב הוא ושלח שלוחו דבשעת שאלה לא אסיק אדעתיה שישלח אחר שהרי אין השואל רשאי להשאיל עכ"פ לכתחלה וכשפשע זה ושלח אחר

נהי דלא מקרי פושע לענגן תחילתו בפשיעה וסופו באונס כמ"ש התוספות מ"מ המשאיל לאו אדעתיה דהכי שאל לו רק שיכפב בעצמו והוטלה עליו לדעת מה יעשה בה חל עליו חיוב החזרה וה"ל א"י אם פרעתיה אלא שעדיין צ"ע דל"ל טעמא דא"י אם פרעתיה דלפ"ז צ"ל דנשתעבדו נכסי השואל משעת הפשיעה שמסר לשומר אחר דהא בלא"ה חייב אפילו תימא דלא נשתעבד נכסי רק משעת האונס מ"מ הא ה"ל משואיל"מ דהא לא התנה עמו רק שיכפב בעצמו והוטלה השמירה עליו, ונלע"ד דגם זה א"ש דהא עיקר דינא דהנ"י לא אתא רק לברר הנ"מ בין אם נימא דנשתעבדי נכסי משעת משיכה או משעת אונסין אבל מענגן חיוב שבוועה לא מיירי ומיירי פגון שיש עדים שלא רכב בעצמו רק שלוחו או שהמשאיל בעצמו מודה בזה וא"כ לא שייך בזה פלל דינא דמשואיל"מ וכמ"ש הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א באר"ך דכל כה"ג ל"ש מחשואיל"ל ולכן פיון דקי"ל דלא נשתעבדו נכסי כ"א משעת אונסין אז אם שכר לרפוב שלוחו ה"ל א"י אם הלויטני משא"כ בשכר לרפוב עליו הוא ושלח שלוחו אע"פ שהמשאיל מודה שהשואל א"י ואינו משואיל"ל מ"מ בכה"ג מתחיל הפשיעה משעת שאלה לאחר לענגן זה שנשתעבדו הנכסים.

אף לכאורה זה סותר דברי התוס' והרא"ש שכתבו דשומר שמסר לשומר לאו פשיעה הוא וכמ"ש הש"ך סימן ש"ב ס"ק לענגן הקדשות ע"ש וא"ל דמ"מ שפיר הו"ל פושע לענגן חיוב נכסים דאתחלתא דפשיעה הוא דמנ"ל הא דילמא פשם דלא חשבינן ליה פשיעה לענגן סופו באונס כמו כן לא הוי פשיעה לענגן זה שיהא חל עליו שעבוד נכסים.

ועוד נראה דאפ"ת דנה מיקרי פשיעה לענגן זה מ"מ פיון דעכ"פ לא הוי פשיעה גמורה מועיל לענגן זה דבשעת האונס דהיינו שעת החיוב חל השיעבוד למפרע משעת הפשיעה וכההוא דהניח להם אביהם פרה פיון דפשע אבוהון ולא פקיד כו' אז כשטבחוהו אח"כ אע"ג דלגביהו הוי אונס מ"מ חל השיעבוד משעת פשיעה הגורמת להאונס ולפ"ז בנ"ד אפ"ת דהוי פשיעה מ"מ מיקרי א"י אם נתחייבתי לה דהא פאן הוי ספק אם הנה פאן שעת חיוב ונשתעבדו הנכסים למפרע ולא עדיף מלמ"ד דס"ל משעת משיכה איתחייב באונסין פתב הריטב"א דמ"מ הוי א"י אם נתחייבתי דאין זה רק דבשעת אונסין נשתעבדו הנכסים למפרע וא"כ הוי ספיקא דדינא אם נשתעבדו הנכסים או לא ובתשובה אחרת הרחבתי הדבור בזה: דברי זעירא מן חבריאי הק' אפרים ולמן מרגליות מבראד שאלה נב בח"מ סי' קס"ג בהגהות הח"צ לט"ז ובתשובותיו סימן השיג על מהרי"ק דמייתי ראיה מאבידה דיאוש מהני פחוב ובח"צ השיג עליו מהא דנטלה ע"מ להחזירה כו' ובקצות החושן ישב דברי מהרי"ק ע"פ דברי הרמב"ן במלחמות ע"ש באר"ך ולדידי חזי לי שדברי הח"צ בזה נכונים אף לפי דברי הרמב"ן ו"ל ויתנישב ג"כ מה שיש לדקדק על הח"צ דמייתי ראיה מהא דנטלה כו' ולא מייתי ראי' בפשיטות הא דריש אלו מציאות דאמרינן בדבר שיש בו סימן כ"ע לא פליגי כו' ואע"ג דשמעין דאיאש לבסוף לא הוי יאוש דכי אתי לידן' באיסורא אתי לידנה כו' והכוננה דאתי לידנה בחיוב השבה דפשיטא דמה שנטלה לביתו הנה מחויב בדבר פיון שהיא דר' נפילה רק בדבר שהוא דר' הניח אמרינן דלא יטול כו'.

לכן נלענ"ד שדברי הח"צ בזה פדי להביא ראיה אף לשיטת הרמב"ן ולכן לא מייתי מהא דדבר שיש בו סימן כו' משום דאיכא לדחויי ע"פ שיטת הרמב"ן דהיא אוש בכה"ג לא מהני ליה פלל משום דהא נטלה ע"מ להחזירה ונעשה שומר עליה וידו פיד הבעלים ולא משום שנתחייב בהשבה (ואף גם לפ"ז צ"ע מה דנקט בש"ס טעמא משום דבאיסורא אתי לידיה דמשמע דלאו מטעם דהוי פיד בעלים רק משום שנתחייב בהשבה ואפשר לדחוק דר"ל דבאיסורא היינו בשעה שהיה עומד עדיין ברשות בעלים וממילא שנעשה ידו פיד הבעלים (משא"כ מהו דנטלה לפני יאוש כו' מוכח שפיר דמטעם נתחייב בהשבה אתינו עלה ולא מטעם שומר: ומתחלה אבאר מה שיש לתמונה לפי דברי הרמב"ן ז"ל הו דנטלה כו' עובר משום השב תשיבם דממ"נ במאי מיירי אי דאקדריה בתר הכי אמאי עובר משום השב תשיבם דדוקא היכא דקני ליה ביאוש פגון בנטלה ע"מ לגזול אפרינו דהא דהדרה מתנה בעלמא הוא ולא מקיים השב תשיבם דאין זה אבידתן שפכר נתיאש ממנה וכמ"ש בשיטה מקובצת ביתר ביאור בשם הרשב"א ע"ש משא"כ ע"מ להחזירה דלא קני ביאוש לאו מתנה הוא דהא מחוייב בחזרה ומקיים השב תשיבם ואי מיירי דלא אקדריה א"כ על כל תגזול נמי עבר וכמ"ש התוס' שם דעבר על כל תגזול אף היכא דבהיתרא אתי לידיה פגון כובש שכר שכיר אלא דהחילוק הוא דהתם לא נתיאש והכא אחר יאוש והתוס' לשיטתם דמהני יאוש אף בנטלה ע"מ להחזירה משא"כ להרמב"ן פינן דבכה"ג לא מהני יאוש פלל מ"ט לא עבר על כל תגזול ומ"ש רש"י דלא עבר על כל תגזול דלא שייך אלא בשעת נטילה הוא תמוה ולקמן אבאר בלשון רש"י ז"ל וגם צריף להבין במ"ש הרמב"ן דבנטלה להחזירה נעשה שומר עלי' כו' דא"כ מאי עדיפותא דנתפנין לגזולה ונטו גזולן אין חיוב שומרין עליו ונמי נימא דנעשה עליו שומר ולא מיאש וראיתי בשיטה מקובצת בשם הר"ן שכתב על דברי הרמב"ן שאינו מחנור דהא רב גופא אמר בב"ק יאוש אמור רבנן כו' אלמא דקולא דאבידה אינה לא משום דבהיתר אתי לידיה אבל זו שמתחלה נטלה ע"מ לגזולה ומתחלתה עבר על עשה דאבידה גופא דבאיסורא אתי לידיה ומחוייב בהשבתה או בהשבת דמים כגזולה גופא כו' ע"ש: וליישב דברי הרמב"ן נלענ"ד דס"ל דהא דמפלגינן בין גזל לאבידה דגזל באיסורא אתי לידיה היינו כשהנטילה עצמה מרשות בעלים לרשותו הוא בגזל כעין ויגזול את החנית שחוטף מידו בחזקה או שלוקח מרשותו ע"מ לגזולו ואם לא נטלו היה משתמר ברשות בעלים משא"כ כאן שעל גוף הנטילה שהוא נוטל הסלע לרשותו הוא מחוייב בו מן התורה ואין לו לבעלים עליו פלום מצד נטילתו ומה דעבר עליו בלא תגזול הוא מצד הפנונה שנתפנין לגזול דבר שאינו שלו ולהחזיקו לעצמו וחיוב השבה בגזלה ליתא אלא על הנטילה שלא ברשות שעשה מעשה גזל וניתק לעשה שחל עליו מצנת השבה במעשה משא"כ כאן שלא עשה בו מעשה גזל לא חלה עליו מצנת השבת גזלה שהרי ברשות הביאה לתוך ביתו רק שחלה עליו מצנת השבה מחמת השבת אבידה וכיון דלא פקעי שם אבידה מינה ומה שהוא בתוך ביתו אינו כשמור אצלו פינן שלא נטלה ע"ד כף לשמרה לשם בעליו וגם דהבעלים לא ניחא להו בשמירתו של זה והלכך אינו ידו פיד הבעלים אלא תעשה זו פמונת ע"ג קרקע וכאלו לא הכניסה זה לתוך ביתו פלל וכל דין אבידה עליו ומועיל בה יאוש פדין אבידה שא"צ להחזיר לו החפץ ולא דמיו ואי מהדר מתנה בעלמא הוא ומה שנתחייב עליו משום לא תגזול מחמת מחשבתו הרעה וכן לא תוכל להתעלם שהוא

בשביל מחשבתו פיון שבאמת לא נתעלם ולקחה אלא שמחשבתו הנה להתעלם שלא להשיב וכן עובר משום השב תשיבם מיד פשטלה מתחייב בהשבת אבידה משא"כ היכא שנטלה ע"מ להחזירה שנעשה שומר עליו וידו פיד הבועלים ואין פוננת הרמב"ן לומר דבשביל שנתחייב עליו מדין שומרין דפשיטא דגם בנטלה ע"מ לגזלה לא פקע מינה חיוב שומרין (ואפשר דאפילו נעשה גזלן עליו וחיוב באונסין כמו כופר בפקדון בב"ק דף ק"ה ע"ב ואע"ג דהכא אין פאן גזלה במעשה רק במחשבה מ"מ מחשבה רעה מצטרפת למעשה בזה פיון שעכ"פ עשה מעשה במחשבת איסור ומ"מ לא דמי לגזל ממש להיות נקרא עליו שם באיסורא אתי לידיה פיון דגורף המעשה בלא מחשבה בהיתרא הוא ומהני ביה יאוש טוב עינתי בקצה"ח וראיתי שכתב ג"כ סברא זו דאבידה שנטלה לגזלה לאו באיסורא אתי לידיה דהנטילה בהיתר אלא שדעתו אינו יפה כו' ע"ש) אלא עיקר פוננתו לומר דכיון שנטלה ע"מ להחזירה קיבל עליו שמירת החפץ לשם בעליו כאילו הפקידו בעליו חפץ אצלו וידו פיד הבועלים הוא וכאלו הבועלים עצמם שומרם החפץ ומנח בקופסא דידהו וכמדומה להם שנגאבד מידם דודאי לא חשיב יאוש בכה"ג שהוא יאוש בטעות.

ולפיכך פשנתפנין לגזלה שמעולם לא עלה על לבו שתהיה שמירתו לשם בעליו רק לנטלו לעצמו ופשיטא שא"ל ידו פיד הבועלים וכאלו החפץ ברשותם הלכך הו"ל פאלו מונח בקרקע עדיין ומועיל היאוש כמו בכל אבידה ולפי זה א"ש מה שהקשיתי גבי נטלה להחזירה ואחר יאוש נתפנין לגזלה למה לא עבר על כל תגזול דז"א דע"כ לא קאמר הרמב"ן אלא אהיה דלעיל בדבר שיש בו סימן אע"ג דשמעין דאיאש לבסוף לא הוי יאוש משום דגם עתה אין בלבו עליו לגזלה וידו פיד הבועלים ואין היאוש מועיל בו וכן מבואר בדברי הריטב"א שהביא בש"מ ריש א"מ ונהביאו בקצה"ח שם דנ"ט משא"כ בהך דנטלה להחזירה ואחר יאוש לגזלה אע"ג דנעשה ידי הבועלים ולא מהני הך יאוש שהיה קודם שנתפנין לגזלה מ"מ מהני ביה היאוש דביתר הכי דאטו היאוש אינו אלא בשעה שהיא הלא היאוש נמשך והולך ומן ההיא שעתא מיאש ואבודה ממנו ואינו מצפה שישוב אליו עוד ולפי"ז פיון דעתה נתפנין לגזלה סילק את עצמו מלהיות יד הבועלים ולעמוד במקומם וחזר הדיו מן ההיא שעתא פאבידה המונחת ע"ג קרקע ואע"פ שזה מתחייב עליו מדין שומר אבידה להיות פש"ח או כש"ש מ"מ אין חיוב זה מוציא מדין יאוש רק זה שהוא חשוב תחת יד הבועלים וכל שנתפנין לגזלה שוב אינו פיד הבועלים וכלתה שמירתו וא"כ מה שבועליו מתיאשין מחפץ זה אחר שנתפנין לגזלה הוא מועיל לחפץ זה כאילו הוא מונח בקרקע ונהרי זה כאילו הנה מתפנין לגזלה מעיקרא ואח"כ נתיאשו ומה שזה נטלה להחזירה אע"פ שהועיל שלא קנה תיכף בשעת היאוש פיון שאז עדיין לא נתפנין לגזלה מ"מ הואיל מה שהבועלים מתיאשין מן הוא ונהלאה דאין ידו פיד הבועלים וקני ליה ביאוש ולכך ליכא משום כל תגזול אבל משום השב תשיבם איכא הואיל וכבר נתחייב בהשבה לא פקע ע"י יאוש ולפי"ז י"ל דבסיפא מיירי בלא אהדרה ומ"מ כל תגזול ליכא פיון דקני ביאוש והשב תשיבם איכא פיון שנתחייב בהשבה אבל אי אהדרה אף משום השב תשיבם ליכא דהא לפני יאוש עדיין לא עבר על השב תשיבם פיון שהיה בדעתו להחזירה מאימת עבר עליו מפי נתפנין לגזלה ונהיא שעתא אחר יאוש הוא ואין פאן חיוב עליו רק משום דנתחייב בהשבה וכיון שהשיב סגי בהכי לקיים

מַצוֹת הַשְּׁבָה שֶׁהָיָה מוּטָל עָלָיו אַחַר יְאוּשׁ מִשְׁא"כ בְּרִישָׁא שְׁנֻטְלָה קוּדָם יְאוּשׁ ע"מ לְגוֹזְלָה שְׁאָז עֵבֶר עַל הַשֵּׁב תְּשִׁיבָם בְּשַׁעַת נְטִילָה שְׁקוּדָם יְאוּשׁ תּוּ לֹא מְהִי לִיהַ הַשְּׁבָה שְׁלֵאֲחֵר יְאוּשׁ כָּלֵל דְּהַשְּׁבַת אֲבִידָתוֹ בְּעֵינָן וְלִיכָא דָתוּ אִין שֵׁם אֲבִידָתוֹ עָלָיו שְׁפָכֵר זָכָה בָּהּ אַחַר וּלְכָהּ אַע"ג דְּאַהֲדַרְיָה עֵבֶר מְשׁוּם הַשֵּׁב תְּשִׁיבָם כֶּה נִלְעַנ"ד בְּרוּר בְּדַעַת הֶרְמֵב"ן וּמַעֲתָהּ מֵהֵיא דְנְטֻלָה לְפָנֵי יְאוּשׁ לְהַחְזִירָהּ וְאַח"כּ לְגוֹזְלָה דְחִיִּיב מְשׁוּם הַשֵּׁב תְּשִׁיבָם וְהֵינּוּ דְנִתְחַיִּיב בְּהַשְּׁבָה יָפָה דֵּן מִיָּז"ל דְּמוּכַח דְּאִין יְאוּשׁ לְפָטוּר מִחִיּוּב הַשְּׁבָה דְּהָא הֵתָם ע"כ אֵינְעָם מְשׁוּם דִּידוּ פִּיז הַבְּעָלִים וְלֹא מְהִי יְאוּשׁ דַּא"כ יְהָא עוֹבֵר גַּם מְשׁוּם ב"ת אֲלֵא ע"כ דְּשִׁפִּיר קִנֵּי בְּיְאוּשׁ רַק מְשׁוּם חִיּוּב הַשְּׁבָה אֲתִינָן עֲלָהּ וּלְכָהּ עוֹבֵר מְשׁוּם הַשֵּׁב תְּשִׁיבָם כְּשִׁאִינוּ מַחְזִיר וּמִינָהּ לְעַנְנָן פְּרִיעַת ב"ח מְצוּהָ לֹא פָקַע מְשׁוּם שְׁנֻטְיָאֵשׁ פִּינּוּ שְׁנֻטְחִיב בְּהַשְּׁבָה וּמ"ש בַּקְצָה"ח בְּסוּף הַדְּבָרִים שֵׁם וְהֶאָרִיף לְהַטְעִים דְּבָרָיו דְּיְאוּשׁ בְּחוּב הוּא ק"ו מְאִבִּידָה שְׁנֻטְלָה לְגוֹזְלָה דְּמִקְרִי קַצַּת בְּאִיסוּרָא בְּמַה שֶׁהָיָה בְּדַעַתוֹ לְגוֹזְלָה וְאַפ"ה נִיקְנֵי בְּיְאוּשׁ כּו' ע"ש תְּמַהֲנֵי דְּהָא ע"כ לֹא כְּתַב הֶרְמֵב"ן הֵתָם אֲלֵא דְנִקְנֵי בְּיְאוּשׁ וְהוּי דִּידָהּ אֲבָל מ"מ לֹא הוֹעִיל לוֹ הַיְאוּשׁ שְׁלֵא לְעַבְרָא עַל הַשֵּׁב תְּשִׁיבָם וְאַדְרָבָה אֲפִילוּ אַהֲדַרְהָ לֹא מְהִי לִיהַ לְתַמְנָן הַעֲשֵׂה דְּהַשֵּׁב תְּשִׁיבָם פִּינּוּ שְׁאִין זֶה אֲבִידָתוֹ מֵאַחַר שְׁנֻטְיָאֵשׁ מְמַנָּה וְגַם בְּנְטֻלָה לְהַחְזִירָהּ וְאַח"כּ לְגוֹזְלָה ג"כ כֵּן הוּא דְּקִנֵּי בְּיְאוּשׁ וּמ"מ עוֹבֵר מְשׁוּם הַשֵּׁב תְּשִׁיבָם אֲלֵא שְׁבָזָה מוֹעִיל הַחְזָרָה וְה"נ לְעַנְנָן פְּרִיעַת ב"ח שְׁהַמְצוּהָ שְׁהוּטְלָה עָלָיו שְׁיִפְרַע לֹא פָקַע מְמַנּוּ עַל יְדוּ הַיְאוּשׁ רַק בְּנְטֻלָה מִתְחַלָּה ע"מ לְגוֹזְלָה דְּבַהֲהִיא שְׁעַתָּא קוּדָם הַיְאוּשׁ עֵבֶר עַל הַשֵּׁב תְּשִׁיבָם וְאַחַר הַיְאוּשׁ שׁוּב אִין בְּיָדוֹ לְתַמְנָן הַעֲשֵׂה ע"י הַחְזָרָה פִּינּוּ שְׁאִי אִם יַחְזוּר לֹא חֲזַרְתָּ אֲבִידָה שֶׁל זֶה הוּא פִּינּוּ שְׁנֻטְיָאֵשׁ מְמַנָּה רַק מִתְּנָה בְּעַלְמָא הוּא וּמ"מ לְמַדְנּוּ דְּאַף שְׁקִנְהָ גוּף הַחֲפֵץ בְּיְאוּשׁ אִינוּ מְפַקִיעַ מַה שְׁנֻטְחִיב בְּהַשְּׁבָה דְּבַהֲהִיא שְׁעַתָּא שְׁנֻטְלָה נִתְחַיִּיב עָלָיו וְלֹא פָקַע מִינָהּ עַד שְׁיַחְזְרֵנוּ וְהוּא בְּרוּר לְעַנ"ד.

וְהֵנָּה בּמ"ש רש"י דְּהָא דְּלֹא עֵבֶר עַל כָּל תְּגוּזוֹל מְשׁוּם דְּלֹא שְׁיִיף אֲלֵא בְּשַׁעַת נְטִילָה כְּמוֹ וַיִּגְזוֹל אֶת הַחֲנִית מִבּוֹאֵר ג"כ דס"ל דְּקִנֵּי לִיהַ בְּיְאוּשׁ דַּא"כ אֲלֵא הֵנָּה כְּמִנְחָת תַּחַת יָד הַבְּעָלִים וּבְרִשׁוּתָם א"כ הֵיא שְׁעַתָּא שְׁנֻטְפּוּן לְגוֹזְלָה שְׁעַת נְטִילָה הוּא וְטָפִי יֵשׁ לְחִיּוּבָא בְּזֻשׁוּם ל"ת מְנֻטְלָה תִּיקָף ע"מ לְגוֹזְלָה שֶׁהִיָּתָה בְּמִקוּם הַפְּקָר מִשְׁא"כ עֲתָה שְׁהוּא שְׁמוּרָה תַּחַת יָדוֹ לְשֵׁם בְּעָלָיו וְהוּי כְּפִקְדוֹן דְּבְרִשׁוּתָא דְּמַרְיָה קִיאִי וְהַשְּׁתָּא דְּיִהִיב דְּעַתִּיהָ לְגוֹזְלָה הָרִי זֶה כְּכּוֹפֵר בְּפִקְדוֹן אוֹ שׁוֹלַח בּוֹ יָד אִם מוֹצִיאֻ לְצוּרָהּ עֲצָמוֹ וּמִדְּבָרֵי הַש"מ בְּשֵׁם הֶרִיטְב"א שְׁפָתַב עוֹבֵר מְשׁוּם ב"ת פִּירוּשׁ דְּכָל שְׁבִשְׁעַת נְטִילָה נִתְפַּנּוּן לְגוֹזְלָה הָרִי זֶה גִּזְלָה כּו' וְלֵאפּוֹקִי אִידָהּ בְּבָא כּו' וּמִיהוּ כָּל שְׁהוּא פִּקְדוֹן בְּיָדוֹ אוֹ שְׁשַׁלַּח בּוֹ יָד נַעֲשֵׂה גִזְלָן דְּכַפִּירָה בּב"ד כְּגוֹזֵל מִיָּדוֹ דְּמִי עכ"ל מְשֻׁמַּע שְׁבָא לְחַלֵּק בֵּין כְּפִירָה בּב"ד אוֹ לֹא וְזֶה תִּימָא פִּינּוּ דס"ס לֹא מְהַדֵּר לִיהַ וּמוֹצִיאֻ לְצוּרָהּ עֲצָמוֹ אִם נֹאמֵר דְּלֹא קִנֵּי לִיהַ בְּיְאוּשׁ אִין לָהּ כּוֹפֵר וְשׁוֹלַח יָד בְּפִקְדוֹן גְּדוֹל מְזָה וְע"כ עֵיקַר הַחִילּוּק מְשׁוּם דְּבִאִידָהּ בְּבָא נִתְפַּנּוּן לְגוֹזְלָה עַד לְאַחַר יְאוּשׁ וְקִנֵּי לִיהַ הַיְאוּשׁ אֲלֵא מְשׁוּם שְׁנֻטְחִיב בְּהַשְּׁבָה א"כ אִין צָרִיף לְחִילּוּק דְּדוּקָא בְּשַׁעַת נְטִילָה נִתְפַּנּוּן לְגוֹזְלָה אֲלֵא עֵיקַר הַחִילּוּק בֵּין קוּדָם יְאוּשׁ אוֹ אַחַר יְאוּשׁ וְכֵן מִבְּנֵי הַתּוֹס' שֶׁהַקְּשׁוּ דְּהָא בְּכוֹבֵשׁ ש"ש דְּבַהֲיִתְרָא אֲתִי לִידָהּ עוֹבֵר מְשׁוּם ב"ת כְּמִבְּנֵי בּב"מ דָּף ס"א (וְאַף דְּגַם הֶרְמֵב"ם כְּתַב דְּגִזְלָה הוּא שְׁחוּטָף מִיָּד חֲבִירוֹ כּו' עֵינָן בְּמַגִּיד שֵׁם וּבְשׁו"ת ח"צ ס'י שֶׁהֶאָרִיף בְּזֶה דְּעֵיקַר הַלְּאֹו לְהִכִּי הוּא וּמ"מ גַּם בְּכוֹבֵשׁ ש"ש וְכוֹפֵר בְּפִקְדוֹן עוֹבֵר מְשׁוּם ב"ת כְּמִבְּנֵי בְּש"ס לְהִדְיָא שֵׁם וּבְדָף קי"א)

ותימצו דהקא לאחר יאוש הוא שנתפנין לגזלה והינינו משום דיאוש קונה פדמשמע מדבריהם בתי' שלפני זה שפתיבו דלקה עבר משום ל"ת להתעלם לפי שהמתין מלהחזיר עד אחר יאוש ע"ש.

(ועיין בב"ק דף ס"ז ע"ב שפתיבו דאר דרבי ס"ל יאוש לא קנה מ"מ פנין שהועיל היאוש שאם מקרה או הקדישה מהני מיקרי גזלן ומשמע דאר משום ל"ת עובר וזה שלא פדבריהם פאן וגם גוף סברתם צ"ע דבשביל דמהני מכירה או הקדש לא שייך לומר מתנה בעלמא הוא וגם דאיה נאמר דלא מתקן ל"ת והשב תשיבם פנין דהיאוש לא קני ליה וממונא דחבריה הוא ומחוייב להשיבו ולענין ל"ת להתעלם א"ש קצת סברא זו ומ"מ לשון מתנה בעלמא צ"ע ולשיטת הרמב"ן ניקח דס"ל דבכה"ג יאוש דאבדה הוי): ונראה דגם רש"י סובר דשפיר קני החפץ ביאוש ולפ"ז צ"ל הא דקאמר ולאחר יאוש נתפנין לגזלה היינו משום דאע"ג דהיאוש קונה לו מ"מ חייב להחזירו משום השב תשיבם והוא אינו רוצה להחזירו והיינו דקרי ליה נתפנין לגזלה אבל מ"מ אינו גזל גמור לעבור עליו משום ל"ת פנין דבשעת נטילה לא נתפנין לגזל כמו ברישא וכובש ש"ש ופקדון פגזל בשעת נטילה דמי דהא עתה הוא רוצה לכפוש ממונו של זה ולגזול את השכיר ומכ"ש בפקדון דברשותא דמרי' איתא ובכפירה זו הוא גזל ונוטל את ממונו משא"כ פאן אע"פ שגם הוא מחוייב להחזיר משום שנתחייב בהשבה מ"מ אינו גזל את חבריו שהרי פבר נתיאש ממנו וגוף הממון קנוי לו רק דחייבא אקרקהתא דגברא מנח להשיב מה שנתחייב פבר עליו וכיין דמצד בעל האבדה אין פאן גזל וחסרון ממנו רק מצד המוצא שנתחייב בהשבה אין זה דומה לגזל בשעת נטילה ולא עבר עליו משום ב"ת כנלענ"ד בפירוש דברי רש"י ז"ל ומעשה דברי הח"צ מוכנים יותר בפשיטות דמדמי יאוש בחוב להד דאחר יאוש נתפנין לגזלה כמו דהתם אע"ג דהיאוש קונה לו גוף האבדה מ"מ החיוב דמנח אקרקהתא דגברא להחזיר ולקיים מצות השבה לא פקע וה"נ ביאוש דחוב אינו מועיל להפקיע מצות פריעת ב"ח שאינו מצד בעל הממון רק מצד הלנה שחלה מצוה זו אקרקהתא דלנה ולא פקע ביאוש של המלנה כלל וכמ"ש הח"צ שם וז"ל וא"כ ה"ה בפריעת ב"ח מצוה כמו סופה ולולב שחלה משעת הלנאה עד שעת פריעת כו' עי' שם ועי' שם בח"צ שכתב ואף דרש"י כתב דגזלה לא שייכא אלא בשעת נטילה הא פתיבו התוס' שם דהשב תשיבם נמי תיקן בחזרה ואף בנטלה ע"מ להחזירה כו' ולענ"ד שפיין למ"ש דאר לרש"י דגזילה לא שייך אלא בשעת נטילה וא"כ בזה ג"כ היאוש הועיל לענין לאו דל"ת מ"מ הרי פתיבו התוס' דלאו דהשב תשיבם נמי תיקון בחזרה כו' וא"כ צריך להחזיר גם אחר היאוש פדי לקיים מצות השבה וה"ה בהלנאה אפילו תימא שאין זה גזל והפקעת הלנאותו משום דזה נתיאש מ"מ זה צריך לקיים מצות פריעת ב"ח ויוצא ידי מצוה זו אף אחר יאוש ולא דמי לנטלה ע"מ לגזלה תחלה דאם נתיאש אח"כ אין לו תקנה בהשבה אליבא דהרמב"ן משא"כ פאן ומכ"ש להתוס' דאר בנטלה ע"מ לגזלה מהני השבה לאחר יאוש לקיים מצות השב תשיבם וה"נ מהני לקיים מצות פריעת ב"ח ומחוייב בה כמו קודם יאוש כנלענ"ד בכוננת הח"צ בזה אלא שקיצר ואם לא פניון לזה עכ"ל הדברים מצד עצמם הם נכונים וברורים בס"ד דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה נג שלום לכבוד אהו' ש"ב הרבני כו' בנגן של קדושים מ' יחיאל נ"י: אשר דרש מעמו לבאר לו לשון התוספות בסנהדרין דף ע"נ דאמרינן פרט לזורק אבן לגו ה"ד כו' וספק נפשות להקל והקשו התוס' דמ"מ אי התראת ספק כו' ותימצו דהכא אינו יודע למי יפה כו' והדברים מחוסרי הבנה דא"כ הדרא קושיא לדוכתיה ל"ל ספק נפשות להקל ת"ל דהו"ל התראת ספק.

הנה בשוב לביתי עינתי בזה ומצאתי שפבר עמד בזה בשיטה מקובצת פתובות דף ט"ו ומ"ש שם דאי אמרינן ספק נפשות להחמיר מ"מ עדיין יש לספק בדבר שמה יפה א"י ויתברר הדבר פן שהרי הרבה ב"א עומדים שם וא"כ מה"ת נימא דהוי התראת ודאי מחמת ספק נפשות לחומרא דזה דוקא אם ישאר בספק אבל אם יתברר שא"י הפה פשיטא שאין משפט מות וא"כ אף שעשה נתברר שישאל הפה מ"מ פיון שבשעת התראה לא היה יודע את מי יפה התראת ספק הוא ואם נימא דכה"ג לא מחשב התראת ספק מה שיהיה סופו להתברר אם פן למה הצריכו התוספות לצדד בתירוץם אליבא דמאן דאמר שמה התראה ה"ל למינקט בתירוץם אליבא דמ"ד לא שמה התראה ואפ"ה איצטריך למימר ס"נ להקל דאי הנה ספיקא לחומרא פהתראת ודאי הוא אף ברשב"א בבא קמא והובא שם בש"מ פתובות פתב וז"ל ונ"ל שאין זה ענין להתראת ספק כו' דאי ספק נפשות להקל אז במחצה על מחצה הוי פרוכ א"י משא"כ להיפך עי' שם.

ודבריו סתומים קצת וראיתי לפרש אותם ולהעמיד על אמיתת הדברים ואבאר תחלה פונות התוס' בקושיותם שהוקשו דכיון שעשה מתברר שישאל הנה יהיה חייב. ולכאורה מנ"ל הא דמייירי בכה"ג דלמא מייירי באמת שושאר בספק נאמי לאשמועין דין קבוע אף דז"א מנ"ל להכריע מזה דין קבוע דלמא מייירי במחצה עכו"ם ואי משום דהו"ל ספק נפשות דלמא קרא אשמעינן בכה"ג שנתברר עשה שישאל הנה ואפ"ה פטרא רחמנא ואי משום דאין לפוטרו כה"ג פקושית התוספות דמ"ש מהא דהפה את כו' מ"מ גם קבוע אין לו טעם רק דע"כ קרא דחוק ומוקי בהכי וחידיש הוא א"כ קשה מנ"ל ללמוד חידוש דקבוע דלמא קבוע לאו פמע"מ וקרא חדית לן דהתראת ספק כה"ג ל"ש התראה וע"כ דהש"ס ס"ל דאף בכה"ג שנתברר שישאל הנה הוא נכלל בכלל ספק נפשות להקל אף בלא מעוטא דוארב לו ולזה הקשו התוס' דמה"ת יהיה נכלל בכלל ספק נפשות להקל דהא חזינו התם בהא דהפה זה או בל תותיר א' אמרינן דהתראת ספק שמה התראה ליכא למיפטרי' מטעם ספק נפשות פיון שהוברר הדבר שעשה איסור ותימצו התוס' שפיר דהתם יודע בודאי שעושה איסור כו' ר"ל דבאמת מצד התראה לא איכפת לן דשמה התראה אף דמ"מ בעינן שהעובר יעשה מעשה שיהי' ידוע בבירור שע"י עשייה זו הוא מתחייב דאל"כ דל ספק זה מהכא אפ"ה אינו חייב דלו יהא שא"צ התראה פלל או בחבר שא"צ התראה מ"מ פיון שמעשייתו של עובר עבירה זו לא היה הכרח שעשייה זו תהיה איסור אע"פ שמתברר אח"כ לבסוף שעשה איסור פשיטא שאינו חייב עליו וא"כ פשיטא שהחילוק מבואר דהתם פיון שהעובר בודאי עושה איסור בעשי' זו שהרי הפה שניהם או הותיר הלכך אע"פ שבשעת התראה היה הדבר בספק לא איכפת לן בהכי משא"כ בזה דמה בכך שאין לפטרו מצד ההתראה שהיתה דקי"ל שמה התראה מ"מ שפיר הוא פטור שהרי לא עשה מעשה חיוב מיתה בבירור שבשעת זריקה לא היה יודע למי יפה והלכך אע"פ שעשה מתברר שהפה לישאל אין לחייבו

ע"ז דמאן לימא לן שהיה מתיר עצמו למיתה בעשיה זו דדילמא נקט מילתא בדעתיה
שאפשר שיכה לפותי ואע"פ שייכנס בעשי' זו לבית ספק חיוב מיתה בשביל זה אינו
מתחייב אף שדבר זה הוא דוקא אם נימא ספק נפשות להקל אבל אם ס"נ להחמיר שפיר
הוא מתחייב בעשיה זו כשנתברר לבסוף שישאל הרג פינן שמצד ההתראה שהיתה על
הספק שמי התראה והגע עצמה בהיה דספק בן ט' לראשון והכה א' מהם אי הנה אמרינן
ספק נפשות להחמיר הנה חייב אי אמרינן התראת ספק שמה התראה ואצ"ל אם עתה
נתברר שהוא אכיו שחייב וא"כ פשיטא בה' ישראל וה' ערל' ונרק לתוכם אי אמרינן
ס"נ להחמיר שחייב ואע"פ שי"ל דהתם שאני שהכניס עצמו על הספק ולכך אף שגשאר
בספק חייב משא"כ כאן שיכול לומר כסבור הייתי שיתברר אח"כ שגוי הרגתי מ"מ
נראה דז"א פינן שבאמת עתה מתברר שישאל הרג דהא ה' ישראל וה' עכו"ם ואיפא
עדה שופטת דהיינו שמצדדים לחיוב דכל שזרק על הספק הנה פזרק לישראל וכיון
שבאמת הרג ישראל הנה פאילו מתחלה זרק לישראל ואיפא עדה מצלת לפטור דבשעת
זריקה לא נודע לו שיהרוג ישראל ואי אזלינן לחומרא פהעדה השופטת הרי הוא מתחייב
ע"י זריקה זו וא"כ שפיר הנה אפשר לומר דאיצטריך וארב לו לאשמעינן דפטור כה"ג
ולכך קאמר הש"ס דהא ס"נ להקל וא"כ בלא"ה הרי הוא פטור דהא בשעת זריקתו לא
היה יודע את מי יכה והלכך אע"ג דספק שמי התראה וגם עתה מתברר שישאל הרג
מ"מ הוא לא עשה מעשה חיוב בבירור ואין זה מתיר עצמו למיתה דהא בכה"ג אמרינן
ס"נ להקל ופטור כנלענ"ד ברור וכל זה פלל הרשב"א ז"ל בדבריו הקצרים אף מה
שיראה מדבריו שהתוספות לא פיננו לזה ולענ"ד גם התוספות פיננו לזה: דברי ש"ב
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה נד בעזה"י בדין ספיקא דדינא לברר דין ברי
ושמא העתיק משו"ת כת"י הגאון מו' יושע ז"ל בעהמ"ח מג"ש ושו"ת פ"י: גרסינן
בכתובות פ"ק ואיתא ב"ק פרק בתרא וב"מ פרק השואל מנה לי בינך והלה אומר אינו
יודע ר"ה ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף ר"נ ור' יוחנן אמרי פטור אוקי
מונא בחזקת מריה והקשו בתוס' דרב יהודה אדר"י דאמר בפרק הפרה משמיה
דשמואל דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המע"ה והעלו דהכא הברי טוב
והשמא גרוע דה"ל לידע משא"כ גבי מזיק דהברי גרוע דהוא טוען ברי לפי שידע
שהמזיק לא היה שם והשמא טוב דלא הו"ל למידע וחרו והקשו דגם משארסתי נאנסתי
הוי הברי גרוע והשמא טוב ולמאי דס"ד בעי למימר דרב יהודה הוא וא"כ קשה דשמואל
אדשמואל ותירצו דהו מצי למימר ולטעמך: ותימא גדולה דהא לפי הפסקנא נמי דמסיק
דר"ל כשמוחל לא אתא שפיר דהא מסיק דע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאמרינן מיגו
או אוקמא אחזקה וא"כ התם בפרק הפרה נמי איפא לאוקמא הפרה אחזקה שהיתה
מעוברת ואח"כ משנגחה ילדה וכן פי' רשב"ם ז"ל בהדיא ריש פרק המוכר פירות דף
צ"ג ד"ה אין אמרים וכן כתבו התוספות פרק השואל דף ק' ד"ה הא מני וכן פרק הפרה
דף מ"ו ד"ה מידע: ואין לדחוק ולומר דתרי שונים אלו שייכים כאחד ובעינן תרתי מיגו
וחזקה והתם חזקה איפא מיגו ליפא דמייירי דאיפא עדים דנגחה ודאי ולא יודעים אם
משנגחה כו' או עד שלא נגחה הפילה כו' דהא ליתא דהא לקמן גבי היא אומרת בתולה
נשאתני כו' דליפא מיגו כ"א חזקה ואפ"ה אמרינן לימא תנן סתמא דלא כר"ג דהמקשן
ס"ד דהתם פי ברי ושמא דמי כדאיתא התם רפ"ב ומאי קושיא נהי דכברי ושמא דמי

מ"מ אַתְּיָא מִתְּנִיתִין כּר"ג דע"כ לֹא אָמַר ר"ג דְּמַהֲיָמְנָא אֱלָא הֵיכָא דְּאִיכָא תְּרַתֵּי מִשָּׂא"כ
הָכָא דְּלִיכָא אֱלָא תְּדָא וְדוּחַק לֹוּמַר דְּהַמְקַשָּׁה דס"ל דְּהַתְּזָקָה לְחֻדָּא סְגִי וְלֹא בְּעֵי מִיגוּ
כְּדַפְיָרֵשׁ הַתּוֹס' ז"ל דְּהַדְּ שְׁנוּי' דְּמִגּוּ לֹא אַתְּיָא אֱלָא לר"י אֲבָל לר"נ ס"ל כּר"א דְּגַבֵּי
מִנְפַת עֵץ אִיכָא מִיגוּ דְּזָה דוּחַק אֱלָא כְּדָאמַר הָכָא בְּהַדְּיָא וְכְדָאמַר הַתָּם בְּהַדְּ שְׁמַעְתָּתָא
בְּקוֹשְׁיַת שְׁמַקְשָׁה אַח"כ הַנִּיחָא לר"א אֱלָא לר"י כּו' וְעוּד פִּינּוּ דר"י ס"ל דְּתְּזָקָה לְחֻדָּיָה
סְגִי מִנ"ל לְתַלְמוּד לְהַרְבּוֹת מְחַלְוֹקַת דלר"נ לֹא מְהַנִּי פִּינּוּ דר"נ הוּא בַּר זוּגִיָה דר"י וְלֹא
גִילָה דְּעַתּוֹ דְּפְלִיג עַל ר"י בְּהָא דְּאִי מְשׁוּם דס"ל כּר"א דְּכְנֹסָה בְּחֻזְקַת בְּתוּלָה וְנִמְצָאָת
בְּעוּלָה דְּלִית לָהּ כְּלָל כְּדָאִיתָא לְעִיל וּא"כ לְקַמְן אִיכָא מִיגוּ מ"מ מֵאן לִימָא לָן דְּטַעְמָא
דְּנֻקָּא מְשׁוּם מִיגוּ וְחֻזְקָה דְּלִמָּא מְשׁוּם חֻזְקָה לְחֻדָּיָה כְּדַבְּעִינּוּ לְמִימַר לְקַמְן גַּבֵּי ר"ח: וְכֹן
יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת בְּסוּגִיָּא דְּפָרְק הַפָּרָה לָמָּה לִיָּה לְתַלְמוּדָא לְאוּקְמָא דְּזָה כְּלָל גְּדוּל דְּשְׁמוּאֵל
אַתְּיָא דְּלֹא כּר"י וְלַעֲשׂוֹת מְחַלְוֹקַת חֲנָם וּק"ו הַדְּבָרִים הַשְּׂתָא דר' יוֹחָנָן פְּלִיג אֲדַרְבֵּי יְהוּדָה
וְלֹא ס"ל דְּבָרֵי עֲדִיף מְהַנִּי חֻזְקָה לְחֻדָּיָה וּכ"ש לר' יְהוּדָה וְהו"ל לְתַלְמוּדָא לְאוּקְמָא דְּזָה
כ"ג מְרַבָּה שׁוֹר נִגְחָן לל"ב דְּהַתָּם.

וְאִין לְהַקְשׁוֹת ג"כ גַּבֵּי שְׁנוּיָא דְּמִיגוּ נְמִי נִימָא מִנ"ל לְתַלְמוּדָיָה דר"נ ס"ל דְּמִיגוּ סְגִי פִּינּוּ
דר"י לֹא ס"ל הָכִי ז"א דר"י לֹא אָמַר דְּמִיגוּ לֹא מְהַנִּי אֱלָא דס"ל אַף דְּלִיכָא מִיגוּ פְּגוּן
מִנְפַת עֵץ מְהַנִּי מְטַעַם חֻזְקָה וְאִין ה"נ אִי הוּי מִיגוּ דְּאֲפָשָׁר דְּגַם לר"י מְהַנִּי לְחֻדָּיָה וְעִי'
מ"ש לְקַמְן: וּכ"ת דס"ל לְתַלְמוּדָא דע"כ ר"נ תְּרַתֵּי בְּעֵי דַּל"כ לֹא אַתְּיָא כְּשְׁמוּאֵל דְּפָרְק
הַפָּרָה דְּבְּעֵי תְּרַתֵּי וְקַשָּׁה הַלְּכָתָא אַהֲלְכָתָא דְּהַלְכָּה כְּשְׁמוּאֵל דְּהַפָּרָה דְּאֲדַרְבֵּי נִרְאָה
דְּהַלְכָתָא כּר"י נִגְד ר"א תְּלַמִּידוֹ דְּלֹא בְּעֵי מִיגוּ כ"א חֻזְקָה דְּנַהֲי דַּאִין הַלְכָּה כּר"י בְּהָא
דְּאָמַר פְּנֹסָה בְּחֻזְקַת בְּתוּלָה וְנִמְצָאָה בְּעוּלָה יֵשׁ לָהּ כְּתוּבָה מְנָה פִּינּוּ דְּאֲמוּרָאֵי טוּבָא פְּלִיגוּ
עֲלֵיהּ וּמ"מ בְּהָא דְּלִיכָא מִיגוּ הַלְּכָתָא כְּוֹנְתֵיהּ דְּהָא בְּהָא לֹא תְּלִיָּא וּנ"מ גַּבֵּי מִנְפַת עֵץ אִם
קוֹדֵשׁ וּבְעַל לְאַתְרַי דְּלִיכָא לְמִימַר מִנְפַת עֵץ אֲנִי תַּחְתִּיָּה אַפ"ה מְהַיָּמְנָא דְּבְּהָא הַלְּכָתָא
כְּוֹנְתֵיהּ נִגְד ר"א תְּלַמִּידוֹ וּא"כ אִם שְׁמוּאֵל תְּרַתֵּי בְּעֵי קַשְׁיָא הַלְּכָתָא אַהֲלְכָתָא דְּקִי"ל כּר"י
נִגְד שְׁמוּאֵל אֱלָא וְדָאֵי דְּגַם שְׁמוּאֵל לֹא בְּעֵי תְּרַתֵּי: וְגַם ר"א לֹא אָמַר דְּטַעְמָיָהּ מְשׁוּם מִיגוּ
דְּנַהֲי דְּאִיכָא מִיגוּ מ"מ מֵאן לִימָא לָן דְּטַעְמָיָהּ מְשׁוּם מִיגוּ דְּלִמָּא מְשׁוּם חֻזְקָה לְחֻדָּיָה וְאֲפִי'
הֵיכָא דְּלִיכָא מִיגוּ פְּנ"ל דר"א לֹא הַזְּפִיר בְּדְּבָרֵי פְּלוּם דְּמִיָּרֵי דְּנֻקָּא הֵיכָא דְּאִיכָא מִיגוּ.

וְאֲפִילוּ אִם נֹאמַר דְּבִלָּא הַלְּכָתָא אַהֲלְכָתָא נִיחָא לִיָּה לְאוּקְמָא לר"נ כְּשְׁמוּאֵל דְּרַבִּיָּה הוּא
מ"מ כְּבָר כְּתִבְתֵּי דְּגַם אַתְּלִמוּדָא דְּפָרְק הַפָּרָה קַשָּׁה מְאֹד מֵאִי דוּחַק לַעֲשׂוֹת מְחַלְוֹקַת בֵּין
שְׁמוּאֵל לר"י חֲנָם וּמוּטָב הו"ל לְאוּקְמֵי כּל"ב.

וְגַם רַבִּינוּ הַגְּדוּל רַב אֶלְפִּס ז"ל לֹא הֵבִיא כְּלָל הַדְּ שְׁנוּי' דְּמִגּוּ כ"כ שְׁנוּיָא דְּחֻזְקָה וִי"ל
דְּפִסְק כּר"י דְּלֹא בְּעֵי מִיגוּ כ"א חֻזְקָה וְאִין זָה רְאִיָּה דְּלֹא חֻזְקָא טַעְמָא נִינְהוּ דְּהָא לֹא הֵבִיא
כ"א חֻזְקָה לְחֻדָּיָה: וּבְאַמְתַּת יֵשׁ לְדְּקוֹדֵק דְּגַבֵּי מִנְפַת, מֵאִי חֻזְקָה אִיכָא דְּמֵאִי דְּכַתְּב הַר"ן
ז"ל דְּחֻזְקָה דַּאִין בְּנוֹת יִשְׂרָאֵל מְזֻנּוֹת יֵשׁ לְתַמּוּהָ דְּלִמָּא אֲנוּסָה הוּא דַּא"ל הַעֲמִידָה בְּחֻזְקַת
כְּשָׂרָה לְכַהֲנֹנָה דְּגַם אִם נֶאֱנָסָה כְּשָׂרָה פִּינּוּ שְׁנֹאֲנָסָה קוֹדֵם שְׁנֹתָאֲרָסָה דְּבַהֲכִי אִיָּרֵי
כְּדְּמוּכַח בְּגִמְרָא וּא"כ פְּנוּיָהּ הִיא וְאִין הַלְכָּה כּר"א דְּאָמַר פְּנוּיָהּ הֵבִיא עַל פְּנוּיָהּ שְׁלֹא לְשֵׁם
אִישׁוֹת עֲשָׂאָה זוּנָה כְּדָאִיתָא בֵּיבְמוֹת וּכְשָׂרָה הוּא דַּאִין לֹוּמַר דְּאֲנוּס לֹא שְׂכִיחַ כְּדְּכַתְּב
הֵרָא"ש ז"ל דְּגַם מִנְפַת עֵץ לֹא שְׂכִיחַ כְּדְּכַתְּבוּ הֵרָא"ש וְהַר"ן עֲצָמוּ ז"ל וְהִנֵּה נִרְאָה לֹוּמַר

דלקמן במופת עץ ליפא חזקה כ"א מיגו ור"י ס"ל אע"ג דליפא מיגו ולא חזקה ס"ל לר"ג דמהימנא מטעם פרי ואין הלכה כר"ג ולא ס"ל פשמואל דהלכה כר"ג ובהא אין הלכה כר"י אע"ג דהלכתא פנותיה נגד שמואל הכא אמוראי אחרניא טובא פליגי עליה ועוד דתלמודא קאמר בהדיא קשיא הלכתא אהלכתא מבואר דהלכתא פשמואל ובהא מיושב נמי דקשה למה השמיט הרי"ף ו"ל שנויא דמיגו דהא ע"כ מיגו מהני אפילו בלא חזקה דהא אפילו ר' יהושע מודה בפ"ב דמיגו מהני אע"ג דהתם ליפא חזקה דאין לתרץ דשאני התם דהוא מוחזק בשדה כדאימא בגמרא דא"כ מאי פריה לקמן מפדי האי מיגו והאי מיגו מ"ש כו' ומאי קושיא התם הבעל מוחזק בממון והכא הוא מוחזק בשדה אלא ע"כ ס"ל פנין דאית לה פתובה בתנאי ב"ד הוי היא מוחזקת וגבי דיני מיגו אאריה אם יגזור ה' בחיים א"כ מיגו לחודיה מהני: אבל לפי דרכינו א"ש דגבי מ"ע ליפא חזקה כ"א מיגו וסמיה רבינו אהא דמ"ע ולכן השמיט דהוא פסק כר"א דאיכא גבי מ"ע מיגו כמבואר בדבריו ואפשר לומר דס"ל דאע"ג דסבר ר' יהושע דלא אזלינן בטר חזקה דגופה פנין דאיכא מיגו בהדי חזקה הוי חזקת ממון כמאן דלימא והוי היא מוחזקת וא"כ פריה שפיר לר"י ואפ"ה אין ראיה דמיגו לחודיה מהני ואע"ג דבשמעתין בל"ק לא משני כ"א מיגו ולא הזכיר חזקה כ"א בשנוי בתרא י"ל דהכי פרושא ע"כ לא קאמר ר"ג דמהני חזקה אלא משום מיגו אבל התם א"נ הוי חזקה פנין דליפא מיגו לא מהני א"נ איפכא ע"כ לא קאמר ר"ג דמהני מיגו אלא משום חזקה אבל התם א"נ הוי מיגו פנין דליפא חזקה לא מהני ולפ"ז פליגא אהדדי דללישנא קמא אע"ג דחזקה לא מהני אלא בהדי מיגו מ"מ אפשר דמיגו לחודיה מהני וללישנא בתרא אע"ג דמיגו לחודיה לא מהני חזקה לחודיה אפשר דמהני דאל"כ מאי איכא בין לישנא קמא ללישנא בתרא וא"כ הרי"ף פסק פלישנא בתרא דחזקה מהני לחודיה מן הראיה שהבאתי לעיל ולא הביא דמהני מיגו דאין כל"ק ל"ב כמנהגו ו"ל לפסוק כל"ב בכל מקום.

ואפשר שזהו ג"כ פנונת התוספות שכתבו דהאי שנויא לא אתיא כר"י דיש לתמוה מנא להו דאף דר"י ס"ל לקמן דבלא מיגו מהני מטעם חזקה מ"מ פאן דאיכא מיגו מהני גם בלא חזקה ושני התירוצים אמת אלא ע"כ ס"ל להתוספות ו"ל כמ"ש ובהא יש ליישב ג"כ דברי התוס' שהקשיתי עליהם די"ל דהך שנויא קמא דפרק הפרה ס"ל דחזקה לחודיה לא מהני ס"ל כל"ק דהכא ולקמן פתב דמפח חזקה לחודיה הוא מהני הוא כל"ב דהכא וס"ל פשנויא בתרא דפרק הפרה דזהו פלל גדול לאתוי שור נגחן אתי אלא שיש להקשות דא"כ היינו שנויא בתרא דתוס' דכתבו דסוגיא סברה פנה לאתוי שור נגחן כו' ע"ש ואע"ג דאפשר ליישב דלשנויא קמא דהתוס' לא אתי פלישנא בתרא דכחה אלא ל"ק דהכא וכמ"ש אבל לשנוי בתרא דתוס' אתיא פולי סוגיא כל"ב דהתם מ"מ זה דוחק גדול דלא משמע מדברי התוס' פלל וא"כ הכא ולקמן דמהני מיגו היינו משום דמוחזק בשדה וזה שפנגדו אין לו חזקה פלל ובכאן אע"פ שהבעל מוחזק בממון מ"מ פנין דיש לה חזקה דגוף המיגו עושה החזקה מעליא ומ"מ קשה מנ"ל לאקשוני דלמא חזקת ממון מסלק חזקת הגוף פנין דלר"י חזקת ממון עדיפא ונשאר מיגו לחודיה ולא מהני דומיא דאמרין פרק המדיר דף ע"ז תדא במקום תרתי כו' ופירש"י דחזקת הגוף מסלק חזקת הממון לגמרי לר"ג וא"כ לר"י הוי איפכא וק"ל משא"כ לקמן דאיכא מיגו לחזקת הממון: ואפשר דלכך השמיטה דלא נ"מ בדוכתיה דממ"נ אם הוא מוחזק פשיטא דמהני מיגו

אפילו בכריא ובכריא ואם להוציא פשיטא דאינו נאמן ואם יש לו שטר ליפא למימר פלל
שם ברי ושמה ואפילו בכריא ובכרי' ובלא מיגו נאמן בעהש"ט ולא נ"מ כ"א גבי פתובה
משום דמןחזקה בתנאי ב"ד וגם פתובה בלא מיגו נאמנת מטעם חזקה אבל שנויא דחזקה
נ"מ גם במקום אחר היכא דאיכא למימר אוקמא אחזקה נאמן אפילו להוציא: נחזור
לענין ראשון דמ"מ מדברי הרי"ף ו"ל מוכח דחזקה לחודיה מהני דאפילו נעיל פילא
בקופא דמחט' לומר דתרונייהו חד טעמא ואין בין הלשונות מידי אלא דל"ק קאמר
דאפילו במקום חזקה בעינן מיגו ול"ב קאמר דאפילו במקום מיגו בעינן חזקה מ"מ
הרי"ף שלא הביא מיגו פלל משמע דחזקה לחודיה מהני מלבד הראיה שהבאתי מפ"ב
והתם פ' הפרה הביא ג"כ הל"ק וא"כ ליכא לשנויא לדידיה כמ"ש לדעת התוספות: ועוד
ראיה ברורה דחזקה לחודיה מהני מפ"ק המדיר דף ע"ה גבי מומין דאוקמיה למתני'
כר"ג והתם חזקה איכא מיגו ליכא ואפ"ה מהני לכל הדעות דלר"א דמוקי לה פתנאי
סיפא ר"ג ואפילו ברשות האב על הבעל להביא ראיה מטעם חזקה וכן לרבא דאמר
הטעם פאן נמצא כו' מ"מ ס"ל מטעם דאוקמיה אחזקה דא"ל מטעם דאיכא תרתי חזקה
חזקת הגוף וחזקה אין אדם שותף כו' פדאימת התם או משום פאן נמצאו ברשות הבעל
וכיין שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה וא"ש גבי פרה אף לפי רב אלפסי ו"ל
שפירש לקמן גבי נולד ספק ברשותו דכל היכא דנמצא ברשותו עליו להביא ראיה אפילו
להחזיק אבל נמצא בסמטא על המוציא להביא ראיה פדכתבו הפוסקים על פי ר"א ו"ל
עיין ברא"ש ו"ל אבל חזקה י"ל דלא מהני בה וא"כ גבי פרה מעופרת שהוגתה י"ל
דמיירי שנגחיה בסמטא דלא אמרינן אוקמא להוציא נאצ"ל דא"ש לפירש"י ו"ל דשם
נולד ספק ברשות הבעל הפרה וכמ"ש לקמן אצ"ה: מלבד דז"א דאין ראיה מלקמן דלקמן
אם נמצא מת בסמטא דעל בעל הפרה להביא ראיה היינו אפשר מטעם חזקה דאמרינן
אוקמא אחזקה והשתא מת אבל אם נמצא מת בבית בעל החמור איתרע החזקה פיון
שנמצא פאן לעולם אמרינן אוקמא אחזקה וכן פירש התוספות לקמן ד"ה ותנא תונא
אלא אפילו אי יתבינן לכולי מלתא דאין מוכח משום דהטעם מכח חזקה מ"מ פאן מוכח
דאין הטעם מכח שנמצא בבית הבעל דוקא הא לאו הכי לא מהני החזקה להוציא דא"כ
למה ליה גבי אב פאן נמצאו כו' תיפוק ליה אפילו ליכא למימר פאן נמצאו לא מהני
החזקה מידי מפיון דלא הנה ספק ברשות הבעל אלא משמע דוקא משום דכאן נמצא
ואתרע החזקה וכן פירש"י ו"ל בהדיא וכן הקשו התוספות ד"ה רישא פאן כו' הא לאו
הכי מוקמינן אחזקה.

והא דבעינן התם תרתי חזקה היינו אם הביא ראיה דהי' בה מומין ועודה בבית אביה
משנתארסה ואתרע החזקה מטעם פאן נמצאו כפירש"י ו"ל התם בהדיא אבל אם לא
הביא הבעל ראיה פלל לא בעינן תרתי חזקה.

ואין להקשות לפ"ז גבי ברשות הבעל ל"ל פאן נמצאו תיפוק ליה מטעם חזקה י"ל דאין
פוננתו אלא דלמא נמצא ברשות האב ולא איתרע החזקה אבל אין לומר איפכא דלעולם
חזקה לא מהני ולא נקט גבי אב פאן נמצאו כ"א לאפוקי דלא נמצא ברשות הבעל אלא
הוי ספק ברשות הבעל דז"א פיון דרבא בעי לאוקמא כר"ג ולתרץ מה דהקשה המקושן
דרישא לא מצי אתי כר"ג א"כ ברור מה שתירץ גבי אב פאן נמצאו כו' זהו עיקר התירץ
דאתנא הרישא כר"ג דאיתרע החזקה פיון דאר"ג הוי רישא תיובתא לא סיפא וא"כ הנה

עיקר תירוצו דגם לר"ג לא מהני חזקה ומיגו ומה שבעל מביא ראיה בסיפא היינו מטעם ספק ברשותו הנה עיקר חסר דכולי סוגיא דשמעתא לפני זה משמע דלר"ג מהני חזקה כמבואר שם ואיך לא מתרץ רבא דטעמיה דר"ג משום חזקה ומיגו שזהו עיקר הקושא דמקשן ועוד פיון דהמקשן הקשה דסיפא אתיא כר"ג מטעם חזקה וא"כ משמע דרבא השיב ג"כ לפי סברתו ולא נחלק עליו רק השיב דאתרע החזקה ולא דמי לפי הר"ן ו"ל דפירש דרבא השיב דלא פדעת המקשן לאוקמא מתני' בשמא ושמא דהתם גם המקשן לא הקשה כ"א לפי מה שהנה סבור דגם הכא מייירי בברי ושמא ונדע שפיר דר"ג לא איירי בשמא ושמא וא"כ לא הנה צריך כ"א סיפא דהכא לא טעמא דר"ג דהתם משא"כ לפי הנ"ל הנה רבא צריך לתרץ תחלה דברי ר"ג פיון דהמקשן לא ידע ומדברי רש"י ותוס' מבואר להדיא דרבא אוקמא בברי ושמא וס"ל דמהני חזקה רק דאתרע מטעם פאן נמצאו כו' כמ"ש לקמן וגם הר"ן ס"ל דמהני חזקה בברי ושמא ופולולו של רבא בשמא ושמא אלא ע"כ דכאן נמצאו דגבי בעל לאו דוקא.

ומדע דהא גבי בעל מסיים רבא דאיפא חזקה דגוף וחזקה דאין אדם שותה וא"כ אפילו הנה בבית אב חייב דראה ונתפייס בהן ולמה לי פאן היו אלא ע"כ צ"ל דלא נקטינו כ"א לאפוקי דלא אתרע כמ"ש או לרבנותא דאפילו אי לא הני חזקה הני חזקה מטעם ספק ברשותו וק"ל גם אין לומר אדרבא נימא איפכא פיון שנמצא ברשות האב אינו החזקה כדפירש"י ו"ל א"כ גבי פרה לכל הפירושים א"ש דלפירש"י ו"ל שפי' נולד ספק ברשותו דלא תליא מלתא בבית מי רק במי שהוא ברשותו א"כ גבי פרה שהיא ברשות בעל הפרה דהתם ליפא למימר שהפרה ברשות בעל השור דאע"ג דקי"ל כר"י דשבח גבלה פלגי המזיק והניזק מ"מ נ"ל דהנבלה ברשות הניזק דהא איהו מטפל בה ופחת גבלה פולה דידיה ונהי נמי דהני ברשות שניהם מ"מ פיון שנמצא גם ברשותו אתרע החזקה ולקמן גבי שמא ושמא אכתב עוד א"ה ועוד בשעת נגיחה היתה עדיין לבעל הפרה והספק נולד בולד מת מתי מת והולד בשעת מיתה היתה א"כ פשיטא דעל בעל הפרה להביא ראיה גם לפירוש רבינו הגדול ו"ל י"ל דאיירי ברשות וכבית בעל הפרה ואיתרע חזקתיה.

ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה ר"י ו"ל בפירק הפרה דף ד"ה מידע ידעי וקשה דבפרק השואל תנא כו' ואמאי לא אמרינו אוקמיה אחזקה כו' ולפ"ז א"ש דלא קשה משם דכיון שנמצא ברשות השואל איתרע החזקה דכאן נמצא וכאן הנה קודם לכן מ"מ לפירוש רבינו הגדול יש לתמוה דהביא סתם גבי פרה אפי' ניזק אומר ברי כו' והו"ל לפירוש דהיינו דוקא ברשות הניזק לפירוש ו"ל וכל הפוסקים סתמו דבריהם משמע דאפילו ברשות הרבים וא"כ נוקמיה אחזקה.

ועוד דלאוקמא דרב אשי פשיטא דלא תליא מלתא ברשות כ"א בחזקה ואפילו נולד ספק ברשותו לא איתרע החזקה ומוציא דמ"ש התוספות ו"ל בשם ר"י ו"ל דגם רב אשי ס"ל הטעם גבי בעל פדשמואל ומשום הכי דחה ו"ל דטעם רב אשי אינו משום ברי עיין ד"ה רישא מנה לאבא כו'.

וכן משמע מדברי הרב הגדול ו"ל אין פנונתם דגבי רשות בעל לא מהני חזקה ואינו חייב כ"א משום ספק ברשותו דא"כ ברישא למה לי מנה לאבא בידך דליפא חזקה אפילו

איכא חזקה לא מהני פיון דלא נולד ספק ברשות הבעל אלא צ"ל דחזקה לחודיה מהני בלא ספק ברשותו ולכן ברישא הוי מהני חזקה אע"ג דנולד ספק ברשות אב ולכן צריף ליתן טעם דליכא חזקה וזכינו לדייק דחזקה לחודיה מהני: ומ"מ קשה לי על פירוש ר"י ז"ל דהא ע"כ לפי זה ספק ברשותו לחוד לא מהני אא"כ איכא חזקה בהדה דאל"כ למה ליה לר"א פלל דסיפא הוי מנה לי בינדה פירוש והוי חזקה והלא בלא חזקה חייב מטעם ספק ברשותו אלא ע"כ לא מהני ולקמן גבי חמור נמי איכא חזקה דהשתא מת וא"כ ספק ברשותו לרב אשי אין עושה פלום דממ"נ אי איכא חזקה אפילו לא נולד ספק ברשותו כ"א ברשות אחר חייב כמו גבי אב דאמרינן אי הוי חזקה אע"ג דנולד ספק ברשותו מוציא ואי ליכא חזקה לא מהני ספק ברשותו ג"כ כמו גבי בעל וכמ"ש נאצ"ל דאין לומר דאם נולד ברשותו אע"ג דחזקה מסייע ליה דחייב וק"ל דהא גבי אב פיון דאע"ג דנולד ברשות מוציא כ"ש להחזיק גם אין לפרש דבעי ברישא למימר דליכא חזקה דאי הנה חזקה נהי דלהוציא לא מהני פיון דלא נולד הספק ברשות הבעל מ"מ להחזיק דהיינו הקידושין ביזו כדאיתא בגמרא הוי מהני פיון דאיכא חזקה ונולד ברשותו מהני דהא בסיפא אע"ג דנולד ברשות הבעל אי לאו חזקה הוי הבעל פטור דלהחזיק לא בעי פלום דמאי דקאמר סיפא מנה לי לאו לחייב הבעל משום הכי דאפילו הנה מנה לאכא הנה חייב פיון דספק ברשותו אלא דנקטיה לתרץ קונשית אבני דצריף הבעל להביא ראיה עד שלא תתארוס אין משנתארוס לא היינו פיון דאית לה חזקה אפי' נולד ס' ברשות אב חייב ורישא מנה לאכא דוקא דאי הוי מנה לי פיון דאיכא חזקה אע"ג דנולד ספק ברשות האב אינו מוציא פיון דאיכא חזקה דחזקה לחוד מהני ופליג אדברא דאמר דרישא טעמא משום דנולד ברשותו ואע"ג דאיכא חזקה לדבריו דס"ל דחזקת הבת מסייע לאב אתרע החזקה ורב אשי ס"ל דאי הנה חזקה אין ספק ברשותו גרעא פלל אלא ברישא ליכא חזקה אין האב יכול להוציא ואפילו להחזיק הקידושין אינו יכול פיון שס' ברשותו וכן גבי בעל פיון דלית לה חזקה אינו יכול להחזיק פיון שספק ברשותו ויבנה מיושב קונשית אבני והוא כפתור ופרח ולקמן גבי חמור לשיטת רבינו הגדול ז"ל דס"ל דעל בעל החמור להביא ראיה אע"ג דבעל החמור יש לו חזקה דהשתא מת י"ל דס"ל כפי ר"ת ד"ה פלה כו' דחזקת החמור לא מהני לגבי דידיה ובהכי א"ש הפל דשמואל אגיל בשיטת רב אשי: והנה אפשר לפרש פן גם לשיטת התוס' ז"ל דס"ל דעל בעל הפרה להביא ראיה וא"כ קשה ל"ל טעמא משום ספק ברשותו תיפוק ליה דאפי' נולד ברשות בעה"ח מ"מ פיון דאית ליה חזקה לבעל החמור על בעל הפרה להביא ראיה כמו גבי אב דאמרינן דאע"ג דנולד ברשותו אי הנה ליה חזקה אפי' מוציא כ"ש בעל החמור שהחזיק ובמה שכתבנו הוא מיושב דליכא חזקה התם.

אלא דהתוס' עצמם כתב ד"ה ותנא תונא דכמו דכלה בבית חמי' אהני חזקה פה גבי חמור ולפי סברא זו מאי ראיה מיייתי דכלה בבית חמיה יש לה חזקה וכאן אין פאן חזקה דאי הוי חזקה ל"ל ס' ברשותו ואע"פ דלקמן אכתוב בעז"ה דבשמא ושמא חזקה לחודה לא מהני מ"מ אין ראיה ממתני' דלמא חזקה עם ספק ברשותו מהני וכמ"ש התוס' בהדיא בדבור הגז"ל: ואין להקשות לשיטת רבינו רב אלפס ז"ל מנ"ל לאתווי ראיה מפלה דלמא טעמא לאו משום ס' ברשותו כ"א מטעם חזקה עם ס' ברשותו י"ל דראיה מכלה בבית אביה ומקידושין דליכא חזקה לבעל נאפ"ה מוציאין מן האב מטעם ס' ברשותו אכל

לשיטת התוס' ו"ל דס"ל דראיה מכלה בית חמיה ליכא לפרש דראיה לפי ר"א כ"א
לפירוש רבא וכן פירשו התוס' ו"ל בהדיא לרש"י ו"ל וא"כ יש לתמוה איך פירשו דרב
אשי ס"ל פשמוחל: וי"ל לשיטתם דאה"נ דראיה ממתני' לא סלקא אליבא דר"א כ"א
אליבא דרבא דלרב אשי הטעם משום חזקה לחזקא ולא משום ברשותו דלא תלי הדבר
ברשותו פיון דאיכא חזקה רק שהתוספות סוברים דרב אשי לא פליג אשמואל וס"ל
פנותיה מסברא אפילו בלא ראיה פיון דהלכה פשמואל ואם לא היה ר"א סובר פמותו
קשה הלכתא אהלכתא אלא ודאי סובר פנותיה וה"מ בשמא אבל בברי ושמא פיון דחזקה
לברי לא מצרכינו כלל ספק ברשותו וס"ל לר"א דכנולה מתני' בברי ושמא דגם האב
טוען ברי ואי הו"ל חזקה אפי' נולד ברשותו הנה מוציא אלא דלית ליה חזקה משא"כ
היא אית לה החזקה ולקמן גבי בעל החמור אי לאו ספק ברשותו אע"ג דלית ליה חזקה
לא מהני אם הי' בעה"ב מוחזק כדפני' התוס' ד"ה ותנא פיון דשמא ושמא הוא ובהכי א"ש
הפל: ואין להקשות א"כ למה פירש"י ו"ל וגם התוס' ו"ל דרבא ס"ל דאפי' בברי ושמא
איטרע החזקה אם נולד ברשותו דאל"כ מה הקשו ארבא ממתני' דהנושא את האשה
ואוקמוה דלא מצא בתולים ברשותו הבעל תיפוק ליה דהתם ברי ושמא כמ"ש הר"ן אלא
ע"כ ס"ל דאפי' בברי ושמא אטרע החזקה ונמצא פליג עם רב אשי בזה ומאי דוחקא
לאוקמא דלרבא מירי במתני' בשמא ושמא וא"כ ליכא פלוגתא ביניהו בדינא כ"א
באוקמתא והכי הוי עדיף י"ל דס"ל דבשמא ושמא לא מהני חזקת הגוף כלל להוציא
מזמן מחזקתו אפי' בלא ריעותא ומדברירבא מוכח דאי לאו פאן נמצאו הוי מהני החזקה
כמ"ש לעיל ע"כ מירי רבא בברי ושמא ותדע דאל"כ הדרא קושיא לדוכתה דל"ל גבי
חמור ספק ברשותו דנהי דודאי אם נולד הספק ברשותו בעל החמור לא הוי מהני החזקה
בשמא ושמא פיון דאיטרע אבל מ"מ לא בעינו שיהא ברשות בעל הפרה דאפי' לא הוי
בשום רשות מהני החזקה ודוחק לומר דלאו דוקא נולד ברשותו ואין פנותו אלא לאפוקי
ברשות בעל החמור דז"א דהא כלל פניל כל שנוולד משמע בכל מקום אפילו היכא דליכא
חזקה ושם ודאי בעינו נולד ברשותו אלא ע"כ בשמא ושמא לא מהני חזקה אפי' בלא
ריעותא ולקמן בדין שמא ושמא אאריה בזה: אבל רבינו הגדול כתב דהלכתא פשמואל
פיון דאייתי ראיה ממתני' דאל"כ קשה הלכתא אהלכתא עי' שם ע"כ לא ס"ל האי
פירושא דהא לר"א ליכא ראיה ממתני' כלל וא"כ מנלן דהלכתא פשמואל ומאי הלכתא
אהלכתא קשה פיון דמתניתין איכא לדחוי' אלא ע"כ כדפני' לעיל וא"ל דשמא כל תירוצו
של ר"א אינו אלא לרונחא דמלתא רק לתרץ קושית המקשן ואה"נ דברישא מהני ספק
ברשות האב ובסיפא רשות הבעל אלא דר"א בא לחדש דאפי' אם לא הי' ספק ברשות
א' מהם א"ש רישא וסיפא דרישא ליכא חזקה וסיפא איכא חזקה אבל אם החזקה הוא
נגד ספק ברשותו כגון ברישא דאיכא ספק ברשות האב אפי' אם הי' לאב חזקה לא מהני
להוציא פיון דאיכא ספק ברשותו רק בלא ספק מהני חזקה ושונייא דר"א קאי הפל אם
לא הי' ספק ברשותו וא"כ גבי פרה פיון דאיכא ספק ברשות בעל הפרה פנ"ל לא מהני
החזקה להוציא דז"א דהא מוכח מפח קושית אביי דאפי' אם מביא הבעל ראיה שנוולד
ברשות האב אפ"ה חייב וע"כ מטעם חזקה דהא ר"א לית ליה תירוצא דרבא מטעם
תיתי חזקה כדאייתא בתוס' ד"ה נאמאי ע"ש דאם גם לר"א ס"ל להאי שונייא לא הוי
פריה רב אחא בריה דר"א מידי ובלאו הכי דוחק הוא דר"א סבור שונייא דרבא דמשמע

דלשנוניא דר"א לא צריכינן תו לשנוניא דרבא ועוד דזה דוחק דא"כ פל תירוצו של רב
אשי הוא שלא לצורך דאין תירוצו מעלה ומוריד דא"א פלל שלא תהי ברשות א' דאם
נמצאו פשהיא אצל האב הרי נולד ברשותו ואם אצל הבעל הנה איפכא א"כ חזקה אין
מועיל פלום דאצל האב אין מועיל חזקה ואצל הבעל א"צ חזקה בשלמא לפי שיטתי נקט
מנה לי לתרוצי מאי דמשמע במתניתין דאפי' נולדה ברשות האב חייב פקושת אפיי
וכמש"ל אבל בהא יהי הפל שלא לצורך ולאו דוקא וכן נראה בפ' מדברי ר"י ז"ל ד"ה
רישא שחזר בו ז"ל מפירושו שפי' דר"א חילק בין שפא ושפא וברי ושפא מטעם דר"א
ס"ל כשמואל דאפי' בשפא ושפא מהני מטעם ספק ברשותי' ומאי קושיא נימא דאה"נ
דר"א ס"ל אפי' שפא ושפא והאי דנקט ברי ושפא לרנוחא דמלתא דאז מוציאה אפי' לא
הוי ספק ברשות הבעל משא"כ שפא ושפא לא מהני אם לא משום ספק ברשותו אלא
ע"כ ס"ל לתוס' פדכתבנא פיון דא"א למצוא שום ענין שלא יהא ברשותו ליפא למימר
הכי ועוד דגם רבא ס"ל הכי היכא דליפא ס"ב מהני כדהוכחתי לעיל מדקאמר רבא רישא
פאן נמצאו כו'. ואין להקשות גם לפי שיטתו מנ"ל לר"י ז"ל לחזור בו דשפא נקט ברי
ושפא דאז מהני אפי' הוי ספק ברשות אב פמו שכתבתי לפי שיטתי שהרי גם לשיטה
ראשונה של ר"י ז"ל הי' ס"ל לר"א דברי עדיף מטעם חזקה עם הפרי כמ"ש התוס' ז"ל
א"כ מהני אפי' ברשות האב מטעם ברי וחזקה י"ל דלא דמי פיון דר"א לא גילה הטעם
כ"א משום ברי ושפא אף דס"ל דחזקה אהני מ"מ משמע דלא פליג ארבא בהא דאמר
רבא דספק ברשותו מרע החזקה כמש"ל פיון דר"א לא גילה דלדידן חזקה עדיף מלרבא
וגם ר"א ס"ל דספק ברשותו מהני דהא ס"ל כשמואל כמ"ש ר"י ז"ל א"כ אתרע החזקה
כשהספק ברשותו ולא נשאר כ"א ברי ושפא ובברי ושפא לחוד לא מהני לכך: (ע"כ
נמצא אצלי מכת"י הגאון ז"ל) דברי הק' יושע: שאלה נה והנה הנחת' דברי הגאון ז"ל
פמות שהם להניח מקום למעינינן להתגדר לסלסל ולפלפל בהם ימצאו נופש הואיל
והחזק מעין פתוח (ממקור האמת המה יאצו ירוצו ישאבון בששון ממעיני יהושע
מעון הזב נהרי נחלי דבש וחלב ויין הרקח ישמע חכם ויוסיף לקח אפס ראיתי להעתיק
פה ענין קצר שכתבתי בכללי חזקה שלי וז"ל פבר פתבנו למעלה (עיין בחרורי בית
אפרים על טריפת בקונטרס פללי חזקה שלי) לשיטת התוס' והמפורשים דהך
משארסתי נאנסתי מיירי בענין שיכול להיות שנאנסה ברשות הבעל דביש שהות
אדרבה אמרינן פאן נמצא ברשות הבעל וא"כ באומר פ"פ מצאתי אין פאן ספק אין
תחתיו די"ל פאן נמצא כו' וכ"כ מחו' הגאון החסיד ז"ל בספר פתובה בריש פתובות
ובסוגי' דפ"פ ע"ש שהאריף: ובזה ה' אפשר ליישב מ"ש התוס' בגיטין דף י"ז דלא
מוקמינן בחזקת א"א דהרי גרושה לפנינו והקשה הפ"י דהא חזקה דהשתא נגד חזקה
דמעיקרא לאו פלום הוא ולפמ"ש י"ל פיון דהשתא גרושה וקנתה רשות לעצמה אין
מתזיקין הזנות מרשות לרשות אבל לענ"ד יש לדון ולומר דהא דאין מתזיקין מרשות
לרשות לא נאמר אלא בכגון הך דמומין שהיא טוענת ברשות הבעל הנה ונסתפחה שדה
הבעל דהינו לומר שמזלו גרם שנפלו בה מומין או במשארסתי נאנסתי נמי אמרינן
ונסתפחה שדהו לפי שהאשה היא קנינו של האיש ולכן אין מתזיקין מרשות לרשות ואם
נולדו ברשות האב פיון דע"כ היא ברשות האב גם לאחר אירוסין לכמה דברים כמ"ש
הרא"ש וכ"כ הרמב"ן והרשב"א הביאם בש"מ לכן פיון דע"כ רשות האב איתרע

תְּיָשִׁינָה שְׂאִיתָרַע לְגַמְרֵי וְהִי קִנְדָם אִירוּסִין וְאִין לָנוּ לְתַלּוֹת בְּרִשׁוֹת הַבְּעַל דְּהָא לָא תְּזִינָה
דְּרִשׁוֹת הַבְּעַל אֲתָרַע כְּלָל וְאִין לָנוּ לְתַלּוֹת בְּמַזְלוֹ כְּלָל וְכֹן בְּמִשְׁאַרְסְתָּנִי נְאַנְסְתִּי כִּינָה
דְּנִאֲמִין אוֹתָהּ אָנוּסָה הִנֵּה וְהַקְּלָקוּל שְׂבָא ע"י יֵשׁ לְתַלּוֹתוֹ בְּמַזְלוֹ מִי שְׂנַמְצָא הַקְּלָקוּל
בְּרִשׁוֹתוֹ וְכֹן בְּהֵיא דְּטַבְּחָ יֵשׁ לְתַלּוֹת בְּמַזְלוֹ הַטַּבְּחָ וְאַמְרִינָה דְּשְׂמָא בְּרִשׁוֹתוֹ וּמַזְלוֹ גְּטַרְפָּה
שְׂדַחְקָה הַמַּחֲטָ וְעַבְרָה וְכ"ז לְעַנְיָן זְנוּת דְּאַנְסָא אַבְּל זְנוּת דְּרִצּוֹן אִינוּ תְּלוּי בְּמַזְלוֹ כ"א
בְּבַחֲרִתְהָ אִין בּוֹ חִילּוּק רִשׁוּיּוֹת כְּלָל וְעִי' בְּתוֹסְפוֹת רִישׁ כְּתוּבּוֹת בּוֹד"ה מְצָא אַמְרָה
לִי נְסַתְּפָחָה שְׂדָהּ וְנ"ל וְאִינוּ יָכוֹל לְטַעוֹן דְּאַדְרַבָּא מַזְלָא גְּרַם דְּכִינָה דְּלֵא מְפַקְדָא אִפ"ו
כּו' וְעוֹד דְּהֵאֲשָׁה שְׂדָהּ שֶׁל הַבְּעַל וְאִין הַבְּעַל שְׂדָהּ שְׂלָהּ וּבִש"מ שֶׁשׁ בְּשֵׁם הָרֵא"שׁ מְבֹאֵר
יּוֹתֵר שְׂפַתְבָּהּ הִיא דְּתְּלוּי בְּמַזְלֵי' מִשּׁוּם דְּלֵא מְפַקְדָא כּו' מִיְהוּ קָשָׁה מְהֵא דְּהֵיָה בְּהָ מוּמִין כּו'
וְנְסַתְּפָחָה שְׂדָהּ מִשְׁמַע הִיא אִם מַזְלָה גְּרַם אַבְּדָה כְּתוּבָתָהּ וְאַמְאִי תְּלוּי בְּמַזְלֵי' יּוֹתֵר
מִבְּמַזְלֵי' וְהֵתָם לֹא שְׂיִיף לְשִׁנּוּי טַעְמָא דִּפ"ו דְּאַפְשָׁר לִישְׂאַנְהָ עִם הַמוּמִין וְעוֹד תִּימָא
בְּאִישׁ שְׂנוּלְדוֹ בּוֹ מוּמִין נְמִי גִימָא נְסַתְּפָחָה כּו' י"ל מִשּׁוּם דְּהֵאֲשָׁה קִנְיָן כְּסָפוֹ שֶׁל הָאִישׁ
כְּמוֹ עֲבָדוֹ שׁוֹרוֹ וְחִמּוּרוֹ דְּתְּלוּי בְּמַזְלוֹ עכ"ל: וְלִפִּי"ז מַה שְׂלֵמְדוֹ הַפּוֹסְקִים לוֹמֵר כָּאֵן נְמַצָּא
כָּאֵן הֵיָה לְעַנְיָן אִיסוּר וְכִמ"ש הַמ"א סִי' תִּס"ז בְּשֵׁם תְּשׁוּבוֹת הַרְשֵׁב"א צ"ע דְּהֵתָם לֹא
בְּמַזְלָא תְּלִיא מְלֵתָא וְעִי' שֶׁשׁ בְּב"מ בְּמ"ש הִיא דְּמִיבְעִיא לִיהָ בְּחֵלְתָהּ לְעַנְיָן מְזוּנוֹת אִע"ג
דְּלְעַנְיָן מִשְׁאַרְסְתָּנִי פְּשׁוּט בְּמַתְּנִיתִין דְּאַמְרִינָה נְסַתְּפָחָה הֵתָם הִינְנוּ טַעְמָא מִשּׁוּם דְּאַנְסָא
לֹא שְׂכִיחַ הַלְכָּהּ וְדֵאִי מַזְלוֹ גְּרַם אַבְּל חֵלְתָהּ דְּשְׂכִיחַ לֹא שְׂיִיף לְתַלּוֹת בְּמַזְלוֹ כּו' עכ"ל
וְנִרְאָה דְּלְדוּגְמָא בְּעַלְמָא נְקִטּוֹ הַפּוֹסְקִים וְעִיקַר טַעְמֵיהוּ דְּאִין לְהַחְזִיק אִיסוּר מִמְּקוֹם
לְמְקוֹם כְּדֵאִיתָא רִישׁ גְּדָהּ וּמְדַמּוֹ לָהּ לְהָא דְּאִין מְחַזְּקִין מְרִשׁוֹת לְרִשׁוֹת לְפִי שְׂיֵשׁ לְתַלּוֹת
בְּמַזְלוֹ הַרְשׁוֹת וְהֵתָם נְמִי יֵשׁ לְתַלּוֹת שְׂמְקוֹם זֶה גְּרַם וְאִין לְהַחְזִיק מִמְּנוֹ לְמְקוֹם אַחַר (אִף)
בְּלֵא"ה צ"ע דְּמִשְׁמַע בְּכְתוּבּוֹת שֶׁשׁ בְּתוֹסְפוֹת שְׂדַחְתָּם לְפָסוּק כָּרַב אֲשִׁי דְּלִית לִיהָ כָּאֵן
נְמַצָּא כָּאֵן הֵיָה וְכֹן דַּעַת הַרְבֵּה מְהֵרָא שׁוֹנִים עִי' שֶׁשׁ בְּש"מ וְעִי' בְּרִשְׁב"א יְבָמוֹת בְּסוּגְיָא
דְּתַרִי (צְחָק) וְלִפִּי"שׁ יֵשׁ לִישֵׁב מַה שְׂהַקְּשׁוּ הַתּוֹסְפוֹת מְהַמְּחִילֵי פְּרָה בְּחִמּוּר וְיִלְדָה כּו'
דְּנִימָא שְׂנוּלְדֵי הַסְּפֵק בְּחִזְקָת בַּעַל הַחִמּוּר וְלִפִּי מ"ש נִרְאָה דְּלֵא שְׂיִיף זֶה אֱלֵא בְּדָבָר הַנּוֹלָד
עִתָּהּ וְהוּא סִיבָה מְחַזְּקָת וְלֹא הֵיָה עָלוּל מִתְּחִלָּה לְזֶה כְּגוֹן מִיתַת הַחִמּוּר וּמוּמִין וְטַבְּחָ
דְּבָזָה אִיכָּא לְמִימַר דְּהַרְשׁוֹת גּוֹרָם דְּבְּמַזְלָא תְּלִיא מְלֵתָא אַבְּל בְּפָרָה מְעוֹבְרַת דְּלֵהֲכִי
קִימָא לִילְדֵי כְּשִׁיגִיעַ עַת לְלֵדָת אִין זֶה תְּלוּי בְּרִשׁוֹת וּמַזְלוֹ הַגּוֹרָם רַק הוּא כְּכֹל סְפֵק דְּעַלְמָא
הַתְּלוּי בְּזִמְן וּבְאַמַּת שְׂהַתּוֹסְפוֹת כְּתוּבוֹ וְצָרִיף לְחַלֵּק בֵּין הִיכָּא שְׂנוּלְדֵי הַסְּפֵק לְטִיבוּתָא בֵּין
לְגַרְיַעוּתָא וְנִרְאָה בְּכּוֹנְנָתָם דְּבְּדָבָר שְׂהוּא לְגַרְיַעוּתָא תּוֹלִין בְּמַזְלוֹ שְׂנְסַתְּפָחָה שְׂדָהּ אַבְּל
לְטִיבוּתָא לֹא אִף זֶה צ"ע דְּכִשְׁם שִׁי"ל שְׂמַזְלוֹ שֶׁל זֶה גְּרַם שְׂנְסַתְּפָחָה שְׂדָהּ כְּמוֹ כֹן י"ל
שְׂמַזְלוֹ שֶׁל זֶה גְּרַם לְטוֹבְתוֹ וְחִזְקָת לְהַעֲמִיס בְּדְּבָרֵיהֶם כִּמ"ש שֶׁלִּפִּי"ז לֹא מִטַּעַם טִיבוּתָא
וְגַרְיַעוּתָא אֲתִינָה עָלָהּ אֱלֵא דְּכָל דְּבָר שְׂהוּא מְעוֹתָד לְבֵא בְּנִדְאִי אִין לְתַלּוֹתוֹ בְּרִשׁוֹת וְעִי'
בְּשִׁיטָה מְקוּבָצָת מַה שְׂפִירֵשׁ בְּזֶה וּבְשֵׁם הַרִיב"שׁ בְּתְּשׁוּבָה סִי' שֶׁע"ג כְּתִב דְּדוּקָא הֵכָּא
שְׂאַנּוּ מוֹחְזָקִים בְּקִנְיָן שֶׁל זֶה וְאַתָּה בָּא לְבַטֵּל הַקִּנְיָן כּו' מִשְׁא"כ בְּזֶה שְׂאִין הַקִּנְיָן מִתְּבַטֵּל
כּו' עִי' וְלַעֲנִיד צ"ע דְּהֵתָם נְמִי בְּשַׁעַת הַקִּנְיָן הִינְנוּ מוֹחְזָקִין שְׂפָרָה זֹו שְׂהִיא מְעוֹבְרַת הוּא
קוֹנָה וְאַתָּה בָּא לְבַטֵּל הַקִּנְיָן לוֹמֵר שְׂפָכָר יִלְדָה יֵשׁ לָנוּ לוֹמֵר כִּינָה שְׂנוּלְדֵי הַסְּפֵק בְּרִשׁוֹתוֹ
שֶׁל בַּעַל הַחִמּוּר הַשְּׂמָא הוּא דְּיִלְדָה וְאַדְרַבָּה מְסִייעַ לִיהָ חִזְקָת מְעוֹבְרַת כִּמ"ש הַתּוֹסְפוֹת
בְּבָבָא מְצִיעָא דָּר ו' לְעַנְיָן חִזְקָת מְרָא קָמָא עִי' שֶׁשׁ.

ונראה שזה פונת הסמ"ע בסי' ק"ד והט"ז שם השיג עליו וכתב דאשתמיטתי דברי התוספות בפ"ק המדיר ולענ"ד י"ל גם כי הסמ"ע לא נעלם ממנו דברי התוספות בזה ופירש דבריהם פהריב"ש ופ"ה שפיר קשיא ליה דהא הפ"ה בשעת קנין היתה בחזקת מעופרת וע"ז פתב שלא נתברר בשעת הקנין שהעובר בכלל שיקול להיות שלא תלד כו' עיין שם והוא ברור: שוב נדפס ספר שב שמעתא שחיבר בעל קצה"ח וראיתי שכתב ראיה להריב"ש סי' שע"ג בפ"ה התוס' בהמדיר לחלק בין נולד הספק לטיבותא ממ"ש התוס' בחולין דף נ"א לחלק בין ההיא דנדה שני נשים שלבשו חלוק כו' ובאמת התוס' בחולין פונתם לענין אחר וכמ"ש המרדכי בכתובות דדוקא להוציא אמרינו ברשותו נולד המום או נטרפה דאין זה להוציא רק לקנין המקח אבל לחייב השני מחמת זה לא ולפי"ז נראה דלענין איסור אין מקום להו' סברא דכאן נמצאו להתיר שלא נחזיק מרשות לרשות דזה לא נאמר רק כיון שהחזקנו בקיום המקח אין לנו לבטלו מחמת הריעותא הנמצא ברשות האחר ועי' בש"מ בפ"ק המדיר בשם הרשב"א.

גם הלום ראיתי במקו"ח הלכות פסח סי' תס"ז מ"ש בפ"ה התוספות דהמדיר מ"ש דדוקא גבי חמור ומום וטבח אזלינן בטר שעת מציאתו משום דבהני שייך מזל גורם עי' שם וז"א דלפירוש הריב"א שמואל לאו משום פאן נמצא אתי עלה נאדרבה ס"ל להתוספות דללישנא קמא לא אתי פ"ה דלא איתרע רשות בעל החמור כ"א רשות בעל הפ"ה רק טעמא דשמואל משום שעת מציאתו ולענ"ד מ"ש דוקא בכל הני אתי לאפוקי הו' דהמחליף פ"ה ונלדה שהביאו שם קודם ותירצו דבמסקנא לא קיימי הכי ופ"ה למסקנא והריב"א רוצה ליישב דקושיות הש"ס בב"מ הוא אף למאי דס"ד השתא דסברא דשעת מציאתו לא שייך כ"א בהני דהכא שהוא דבר שאירע פ"ה שמת או נפל מום ואמרינו שהוא כשעת מציאתו אבל דבר שדרכו להיות זמן מוגבל פ"ה וישתנה אח"כ לא שייך שעת מציאתו ועי' בתשובות רבינו אביגדור פהן שהביא במרדכי לענין מעיל' לפי שהשער דרכו להשתנות לא אזלינן בטר השתא ועי' בתשובה חלק אה"ע סי' מ"ש בזה: שאלה נו שאלה ראובן נאחזות מרעהו נושאים ונותנים בעסק חילופים באנקיררס בל"א וזה דרכם לקבל מעות מהסוחרים הנצרכים לשלוח מעות למקומות אחרים והם נותנים לו פתב חילוף בח"י אל המקום להבאנקיררס אשר שם שהוא יסלק המעות ביום פלוני ליד מי שנשאלת לו הכתב חילוף ההוא ונקרא בל"א אן ווייזונג ועל הרוב הס"פ ההוא אחר לא ישוב ריקם ונפרע שם במועדו ויקר מקרהו ששמעון הי' צריך לקחת א"ו למקום שהירוד שמה לסלק שם אחר חודש ימים מעת ההוא על מטבע שאינה של אותה מדינה ומחמת שלא היתה לו מזונמים לתת לראובן התפשר עמו לתת לו עבורם אדומים כפי השער שבשוק ונתן לו שט"ח על האדומים כנגד הס"פ הנ"ל לסלק לזמן שמונה ימים וסילק לו לזמנו פראוי ובעת הגיע הא"ו למקום ההוא היתה העיר סוגרת ומסוגרת ותבא במצור והבאנקיררס אשר שם אשר פל היום פתחו מחמת המציק אשר כונן להשחית נתרשלו ודיהם ולא נפרע הא"ו ההוא בזמנו והסוחר אשר שם שנשאלת הא"ו לידו השיב אחר הא"ו ההוא עם פריטעסט כמנהג בעלי הקאמפוי' ועתה נתעצמו ראובן ושמעון לדון להיות שבמשך הזמן עלה השער מן האדומים נגד המטבע ההוא ושמעון טוען כיון שלא נפרע הא"ו שם חוזר כל המו"מ ואתה מחוייב להחזיר לי האדומים שלי וראובן אינו רוצה רק לסלק לו המטבע ההוא כפי הס"פ שהתחייב עליו בא"ו או בכאן או במקום

שניתן הא"ו לשם וע"ד פסידא דשוקא עפ"י דין או מנהג הסוחרים טוען פי אנוס הנה ואנוס רחמנא פטרי' ושמו פניהם עלי להגיד להם דבר חוק ומשפט עפ"י דתה"ק ובינותי בספרים.

ונה אשר העלתה מצודתי בעז"ה: תשובה הנה מבואר בהלכות ריבית ובהלכות מכירה דכל שהוא מטבע של מדינה אחרת הוי פפירות הנמכרים בשוק ועומדים לסחורה נהרי זה פקונה מחבירו סחורה ונותן לו המעות וזה התחייב א"ע להעמיד לו סחורה לזמן פלוני ומבואר בט"ז יורה דעה סי' רצ"ו שפכתב וז"ל פגון מי שעושה מקח עם חבירו שיעמד לו סחורה פלונית ליריד פלוני שאז זמן מכירתה ולא בטר הכי ואירעו אנוס למקבל שלא יוכל להעמידה לאותו זמן אלא אחר הזמן פשיטא דפטור אט"כ מלקבלה נהי דאנוס מהני להמקבל בענין שאם קיבל עליו איזה קנס אם לא יעמידה לאותו זמן פינון שהוא אנוס אדעתא דהכי לא חייב עצמו מ"מ זה העושה ג"כ לא התקשר אלא אם יבא לאותו הזמן פינון שהזמן גורם והוא עיקר בו משא"כ אם התנאי אינו עיקר כ"כ ואירעו אנוס שלא יוכל לקיימו באותו זמן ודאי לא בטל המעשה בשביל זה כו' מש"ה נמי באיש ואשה שעשו שבועה לישא זא"ז והגבילו זמן לנישואין באותה שבועה ואירעו אנוס באותו זמן שלא יוכל א' לעשות הנישואין ודאי לא בטלה עיקר השבועה לישא זא"ז פינון שאין עיקר הזיווג תלוי בזמן ההיא עכ"ל: והנה לפי הט"ז אפשר לומר דדוקא התם שעיקר פונותו שעשה מקח עם חבירו להעמיד ליריד שמכירת הסחורה בירידה הוא דוקא וזולת זה אין לו חפץ כלל בסחורה שהוא וכמ"ש הט"ז בהדיא משא"כ בזה שכל עיקר הדבר הוא שיש לו צורך בב"צ שיבואו ליד הסוחר שם ואע"פ שמסתמא צריך הוא עליהם לזמן שהוא ג"כ מ"מ אינו עיקר בדבר שהסוחר ההוא אם לא קיבלם בזמנו יקבלם אחר הזמן ודמי למ"ש הט"ז אט"כ בהגבילו זמן לנישואין שלא בטל המעשה בשביל זה אע"פ ש"ל דנדאי יש להם צורך בזמן ההוא: ואמנם לפי דעת הב"ח שהביא שם אף בנישואין כה"ג אמרינו דלא קבלו עליהם אלא דוקא אם יבא למועד שקבעו ביניהם והש"ך בנה"כ שם הסכים לדעת הב"ח וכתב דמה בכך שאין עיקר הזיווג תלוי בזה ס"ס פינון שתלה התנאי בזה ולא נתקיים התנאי אין חבירו מתחייב שלא חייב עצמו אלא על תנאי זה יהיה מה שיהי' וכ"כ הש"ך בח"מ סי' ד"א דכל שמתחלה נעשה ע"מ פן אפי' אין עיקר המעשה תלוי בזה פטור חבירו שפגדו אע"פ שהעפוב מחמת אנוס דאנוס פטרי' רחמנא אמרינו אבל אנוס חייביה לא אמרינו ומה לו בזה שאירע לחבירו אנוס כו' ולפי סברא זו בנ"ד פינון שמתחילה בשעת לקיחת הא"ו הנה המדובר ביניהם לסלק המטבע ביום פלוני וכן נכתב בא"ו לסלק ביום פלוני במקום פלוני א"כ כל שלא קיים לסלק לזמן שוב אין זה מחוייב לקבל אותם וזה מחוייב להחזיר לו מעותיו וכן מצאתי בס' בית מאיר סי' ל"ח שפכתב שנ"ל דאף ר"ל דס"ל אנוס כמאן דעבד י"ל דדוקא בכה"ג שאמר אם לא אתינא ביום פלן ואכניסה לא יאה לי עלה פלום דאין עיקר המעשה תלוי בזה אלא שנעשה כדי שלא יעגנה בזה סובר ר"ל דע"י אנוס לא איבד זכותו ור"י מ"מ פליג כדפירש הש"ך אבל בקידושי תנאי דע"מ שאתן אף בעה"ע דמספקא ליה דלמא הלכה כר"ל מודה דהקידושין בטילין וה"ה לגבי ממון פגון מי שלקח ונתן מעות ע"מ שיעמיד המקח ליום השוק ונאנוס מסתבר לפסוק אף להוציא ושיהדר הממון ואפילו הנה בק"ס כו' ע"ש שפכתב דאין סברא כלל דאם מקדש ע"מ שאתן לה מאתים וזו והיא

לא נתרצית אלא ע"ת זה והי' עשיר וקעני באונס או מי שלקח מקח ע"מ שיביאנו ליום השוק ונאנס ומביאו אח"כ שיהיו הקידושין קיימים דהא מסתבר טעמא דהש"ך כו' והנה מ"ש בתנאי ע"מ שאתן כו' פשיטא דאם קעני ולא נתן פלום דלא מהני והכא מייירי שנאנס ולא בא על אותו יום דאע"ג דהתנה על יום זה מ"מ לאו קפידיא הוא ואם ר"ל שהתנה לאותו יום ונאנס באותו היום והביא אח"כ ודאי דהיינו פלוגתא דר"י ור"ל דמה לי תנאי שישאנה ביום פלוני ומה לי תנאי שיתן מאתים וזו ליום פלוני ומ"ש דשם אין המעשה תלוי בזה אלא שנעשה כדי שלא יעגנה.

אין נלענ"ד דהתם ודאי שזה הי' תנאי מפוךש אי לא אתינא ליום פלן כו' פשיטא שעיקרהתנאי תלוי בו יהי' מאיזה טעם שיהי' והט"ז לא מייירי אלא בענין שבועה לישא זא"ז והגבילו זמן בשבועה אמרינן שלא בטלה השבועה בשביל זה דבאמת יש בשבועה שני דברים האחד שישאו זא"ז והשני שיהא ביום פלוני ולא אמרינן שגם השבועה לישא מיתלי תלוי בהא דהנישואין יהא ליום פלוני אלא שני דברים נפרדים הם וזה מבואר בי"ד סי' רכ"ח סעיף מ"א בגושבע לפרוע לחבירו לזמן פלוני או להזמין בתו לנישואין לזמן פלוני דאמרינן ששני דברים הם ע"ש בט"ז שהאריה בזה ומ"ש בט"ז שם לפרש דברי הרשב"א יש חילוק בין אם אומר ליום פלוני או ביום פלוני אין נלענ"ד ומדברי מהר"ם פדוזה שהביאו שם משמע דס"ל לחלק בין אם אומר בפעם א' שבועה שאפרע ביום פ' אז הוא דבר א' ובין אם אומר שאפרע והפרעון יהא ביום פלוני אבל לשון הרשב"א שכתב בגושבע לפרוע ליום פלוני או להזמין כו' לא משמע פן ולענ"ד נראה שהחילוק הוא היכא שהתחייב איזה דבר נגד חבירו כגון פרעון או הזמנה לנישואין שבאמת עיקר הצורך לחבירו הוא הפרעון או הנישואין אלא שהוסיף לה גבול איזה זמן ג"כ לזה אז אמרינן דבשביל שבטלה השבועה על הזמן לא בטלה השבועה על גוף הענין וכמ"ש בט"ז שם סי' רל"ו משא"כ היכא שנשבע על דבר לעצמו כגון שנשבע להתענות ביום פלוני אז שפיר אמרינן דהפנונה על היום וזהו שמביא ראיה מנדר להתענות יום זה ושכח ואכל דלא איבד תעניתו אלא משלים אותו היום ר"ל וא"צ שוב להתענות יום אחר ומ"ש שם נדר להתענות יום סתם כו' אין הפנונה לומר דנשבע לפרוע ליום פלוני דמי לנדר סתם דפשיטא דאין זה ענין לזה אלא עיקר הפנונה לומר דמשם ראיה דדוקא בנדר סתם איבד תעניתו כו' ומ"ש בט"ז בהעמקות לשון הרמב"ן אבל אם נשבע לעשות דבר ביום פ' כו' ופטור מלעשות לו כו' נלענ"ד שתיבת לו הוא ט"ס דהתם בגושבע לעשות דבר לעצמו מייירי וגם נלענ"ד דאפשר דאין חילוק בין לאחר ובין לעצמו אלא החילוק לפי הענין שאם הענין שנשבע לעשותו עשי' זו נמשכת גם אחר הזמן כגון בפרעון חוב שע"י פריעה זו נפטר מן הוא והלאה לדורותיו או הזמנה לנישואין שע"י הזמנה זו שייך לומר שפטור להבא מן עשי' זו ואם אינו עושה עדיין יש עליו חיוב זה להבא משא"כ בגושבע לעשות דבר שאין הדבר עושה רוןשם רק ביום ההוא לבד כגון בנדר להתענות יום זה שאין ענין העשי' נמשכת לימים שאחריו כלל אלא רק ליום זה לבד וכן בנדר שיאכל יום זה וכיוצא אז אמרינן שאין הפנונה רק לאותה יום אבל אם נשבע שיצא מן העיר ביום פלוני ונאנס או הזיד ולא יצא ביום פ' נראה דמ"מ מחוייב לצאת אח"כ פיון דהוציאה עושה רוןשם אף לימים שאחריו ממילא לא היתה השבועה על זה דוקא לבד שהרי פשיטא עכשיו תהיה נכפרת יציאה זו גם ביום המחרת ובשביל שאיחר לצאת לא

נתבטל הנדר אבל אם העשי' אינה רק לשעתו ואין נמשך ענינו על ימים שאחריו פגון
שאתענה או אוכל ביום פלוני אז אין הנדר רק על יום זה לבד ומש"ה בדין של מהר"מ
מפדוה שנודר לעלות לא"י צ"ע דהתם הנדר נמשך על אח"כ שיצא מפאן ליסע לא"י
נראה דבכה"ג הני ב' דברים אף מתשובת מהר"מ משמע דוקא במקרה שקבע זמן
להשלמת הדבר היינו שמשמעות הלשון שהוא ב' דברים וע"ש מ"ש על דברי תשובת
הרא"ש ועיין בשו"ת הריב"ש סי' תנ"ח דמשמע דהרשב"א פליג עם הרא"ש בענין
נשבע לפרוע לזמן פלוני אם חייב אחר הזמן דלהרשב"א פטור ולקרא"ש גם בזה שני
דברים הם ועיין בריב"ש סי' שמ"ד הביאו ב"י ס"ס ע"ה ועיין בכנה"ג ח"מ סי' ע"ג:
ובשו"ת הרשב"ץ ח"ב סי' ר"פ פתב וז"ל שהנשבע לעשות דבר וקבע זמן לאותו דבר
אע"פ שעבר הזמן חייב לקיים שבועתו שאלו שתי שבועות הם כו' וכן נראה מהירושלמי
דגרסינו התם נדר להתענות ושכח ואכל כו' מפאן תלמוד שקל מי שקיבל עליו לעשות
שום דבר אע"פ שייחד לו זמן אם לא השלים באותו הזמן חייב להשלים לאחר אותו
הזמן אלא אם אמר לו ביום פלוני אפרעה אבל אם אמר לו מפאן עד יום פ' לא היתה
השבועה על אותו יום בלבד שהרי אם פרעו קודם אותו זמן יום א' נפטר אע"פ שלא
פרעו באותו יום שאין בשבועה אלא לקיים הדבר בין קודם אותו היום בין לאחר אותו
יום ואם עבר אותו יום עבר על שלא פרעו באותו יום וחייב הפרעון קיים הוא וכ"כ
הרשב"א ז"ל בתשובה עכ"ל: והנה מ"ש ראיה מהירוש' לא ידעתי הראיה וכוונת
הרשב"א להביא ראיה מהירושלמי לענין נדר יום זה כמש"ל.

גם נראה מדבריו שאם אמר ביום פ' אפרעה נמצא עיקר הענין של השבועה קאי על מה
שאומר לו ביום פלוני אבל במתחיל לומר אני נשבע לה לפרוע ביום פלוני י"ל דהשבועה
על הפרעון הוא שבועה בפ"ע ושני דברים הם אלא שצ"ע מה שסיים אבל אם אמר לו
מפאן עד יום פלוני כו' משמע דוקא כה"ג שאז משמעות הלשון דלא קאי השבועה על
היום פינן שגם אם פורע קודם נפטור משמע אם אמר שנשבע לפרוע ביום פלוני
השבועה קאי על היום ואפשר שס"ל דאף אם אמר בלשון זה מפאן עד יום פלוני אפרעה
מ"מ לא קאי עיקר השבועה על הזמן פינן דמהני הפרעון יום א' קודם ומ"מ צ"ע דנראה
שאף באומר ביום פ' אפרעה רשאי לפרוע קודם היום שהוא שבהגיע היום ממילא הוא
פרוע ועומד וא"כ דמי למפאן ועד יום פלוני אע"כ דמ"מ סוף סוף עיקר כוונתו שנשבע
שיהא פרוע בזמן שהוא אבל לא על הפרעון וא"כ גם מפאן עד יום פלוני אפרעה י"ל כן
וקצת יש לחלק: ונחזור לענין דבנ"ד דאירינן שאמר אי לא אתינא ליום פלוני יש בדבר
שני ענינין אלא דמ"מ פינן שהתנה כן בתנאי מפורש וקפיד על היום א"כ כשלא נתקיים
בטל הענין וגם נראה דעיקר פטור האונס היינו משום שי"ל דזה לא קפיד כ"א כשיעבור
ברצון משא"כ כשיעבור באונס ע"ז לא חלה הקפידא אם לא היכא שנראין הדברים דכל
עיקר הענין תלוי בזמן שהוא וכמ"ש הט"ז וכו' הם דברי הב"ח בח"מ שכתב להדיא
לפרש הירושלמי דגבי קידושין האשה מקפדת גם על האונס דס"ס חוששת לעגון שמא
נאנס וכיון שכן לא מהני טענת אונס והוא כדברי הט"ז בי"ד אלא שצ"ע לפ"ז על מ"ש
הב"ח בי"ד שם סי' רל"ו והט"ז השיג עליו ועיין בשו"ת צ"צ סי' ל"ט שכתב שם ג"כ
דאונס רחמנא חייביה לא אמרינן והביא דברי הב"ח אלא שכתב דמ"מ אם עדיין יוכל
לקיים התנאי הוא צריך לקיים ולא דמי לקידושין דבקידישין אפי' א"ת שלא איכפת לה

בזה שֶׁעָבַר הַזְּמַן אַעפ"כ צָרִיף קִדְוִשִׁין אַחֲרֵים דְּקִדְוִשִׁין רֵאשׁוֹנִים כְּכֹר גַּתְּבִטְלוּ אֲבָל בְּשִׁדְוִכִין שְׂאֵם זֶה רוֹצֵה לְנוֹתֵר עַל תְּנַאי לֹא צָרִיף לְמִדְי הַלְפָה אִם עֲדִינִין לֹא גַתְּבִטְלוּ צָרִיף זֶה לִישָׂא אוֹתָהּ.

(וְעִינִין בְּחֵלֶק אַה"ע ס'י שְׁהֶאֱרַכְתִּי בְּזֶה וּמ"ש פֶּאן עוֹד גַּתְּעֵלֶם מִמְּנִי כְּעַת): דְּבָרֵי זְעִירָא הַק' אֲפָרִים וְלָמֵן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד שְׂאֵלָה נֹז בְּאִפּוֹקֵי שְׂבִתָּא פְּסָא דְּבִרְכָתָא מְעִילַת עֵילְתָא לְכַבּוֹד אַהו' מַחו' יְדִידֵי הַרְבְּנֵי הַמְּוֹפְלָג הַחֲרִיף וּבְקֵי הָאֲבָרָה חָכֵם וְסוֹפֵר כַּש"ת מוה"ר שְׂמַחָה גַּתְּנִין נ"י: אַחַד"ש יָמִים עָבְרוּ הַגִּיעֵנִי מְכַתְּבוֹ תוֹכוֹ רְצוּנָה מְכַתְּבֵי יְדִידֵי הַגָּאוֹן בְּעַל קְצָה"ח.

וְהִנֵּה עַל הַתְּשׁוּבָה מְרַאשׁ הַבְּטָחָתִי וְלֹא עֲלֵתָה בְּיָדֵי מְטַרְדָּתִי בְּכַמָּה עֲנִינִים הַנוֹגְעִים לְמַעֲשֵׂה מְלַבֵּד שְׂעִעוֹרִין הַקְּבוּעִין וְלְכַבּוֹדוֹ שְׂלֵא יֵאמֵר כִּי הַשְּׂלֵכְתִי דְּבָרֵי אַחֲרֵי גִּוּוֹי לְקַחְתִּי לְעֶצְמִי לְמַעַט פְּנָאֵי לְעִינִין בְּדְבָרֵי הַנְּכֹחִים וְנִקְיֵט מִיָּהָא חֲדָא בְּיָדָהּ בְּמָה שְׂהַקְשָׁה עַל תְּשׁוּבוֹת מַהֲרִי"ט שְׂהַשִּׁיג עַל מַהֲרֵש"ךְ שְׂפִתְבִּי שְׂבִאוֹתָה עֲבִירָה אִין נְפִסְלִין מִיָּהָא דְּב"ק דָּף ע"ג וע"ז כְּתִבְתָּ שׁו"א דְּהַתָּם מְטַעֵם עֲדוֹת שְׂבִטְלָה מְקַצָּתָה כו' וְלִישָׁב דְּבָרֵי מַהֲרִי"ט רֵאִיתִי לְבָאָר מְתַחֲלָה דְּבָרֵי רַש"י שֶׁם שְׂפִתְבִּי הָאֵי הַזְּמָה לֹא דוֹקָא לְשֵׁלֶם מְמוֹן אֵלָא אֲפִסְלוֹ אֲגִיבָה מְשׁוּם פְּסוּלֵי עֲדוֹת וַא"ז מְהֲרֵש"א תָּמָה עָלָיו וְהַפ"י כְּתִב לִישָׁב דְּבָרֵי רַש"י וּבְאֲמַת מְבִנְיָא לְמַעֲנִין בְּמַהֲרֵש"א שְׂלֵא נְעֵלֶם מִמְּנֹו הַחֲזִילוֹק בֵּין בִּישׁוּל הַעֲדִים מְחַמַּת תַּכ"ד שְׂפִי מְתַבְּטֵל מִשָּׂא"כ לְעַנְנִין שְׂהֵא שֶׁם עֲדוֹת עָלָיו בְּשַׁעַת הַגָּדָה שְׂפִיר אֲמַרִי דְּבִשַׁעַת הַגָּדָה הִנֵּה מְקוּם לְעֲדוֹת זֹו לְחֹל ע"י שְׂיַחְזֹרוּ מְעֲדוֹת גְּנִיבָה כִּינִין שְׂהֵי תַכ"ד רַק דְּמַהֲרֵש"א קְשִׁיָּא לֹו אֲמַאי דְּנִקְיֵט רַש"י בְּלִישְׁנֵיהּ מְשׁוּם פְּסוּל עֲדוֹת וּבְאֲמַת אִין פֶּאן פְּסוּל עֲדוֹת עַל הַגְּנִיבָה שְׂהַגְּדַת עֲדוֹת הַגְּנִיבָה הִנֵּה קוֹדֵם לְעֲדוֹת הַטְּבִיחָה רַק שְׂבִיטוֹל הַעֲדוֹת הוּא מְשׁוּם שְׂהֵי בְּדַבּוּר א' עִם עֲדוֹת הַטְּבִיחָה שְׂמַתְבְּטֵל מְחַמַּת הַהַזְּמָה וְתַכ"ד כ"ד וְאֲמַרִינִן עֲדוֹת שְׂבִטְלָה וּמ"ש מְהֲרֵש"א שְׂהֵם מְוַכְחָשִׁין עַל הַגְּנִיבָה הִינִינוּ לְפִי שְׂהוּא מְתַבְּטֵל מְחַמַּת עֲדוֹת שְׂבִטְלָה כו' הוּי כְּמוֹ הַכְּחָשָׁה וְכַמְבִּנְיָא ג"כ בְּלִישׁוֹן הַתּוֹס' שֶׁם ע"ש וְזֶה מְבִנְיָא לְמַעֲנִין בְּמַהֲרֵש"א אִף כְּדֵי לִישָׁב לְשׁוֹן רַש"י גַּלְעַנ"ד דְּבְאֲמַת צָרִיף לְהַבִּין בְּהָא דְּקִאָמֵר אִי מְפִאוּלְהָבָא נְפִסֵּל אֲגִיבָה דְּאִיתְזוּם כו' וּפִירַש"י אַע"ג דְּבִהַדְּדֵי אֲסִהוּדֵי עָלָי הָא לֹא אַתְּחִיל פְּסוּלִיָּהּ מִיָּהָא שְׂעֵתָא כו' וְלְכַאוּרָה קִשָּׁה מַה בְּכָף דַּס"ס עֲדוֹת טְבִיחָה עַכ"פ בְּטֵל הוּא שְׂהֵרִי הוּזְמוּ עָלֶיהָ וְכִינִין שְׂבִדְבּוּר א' נְאָמֵר עִם עֲדוֹת גְּנִיבָה נִימָא עֲדוֹת שְׂבִטְלָה מְקַצָּתָה כו' וְצ"ל דְּמְחַמַּת בִּישׁוּל מְקַצָּת הַעֲדוֹת ע"י הַזְּמָה וְכַה"ג לֹא אֲמַרִינִן עֲדוֹת שְׂבִטְלָה כו' אֵלָא דוֹקָא אִם אוֹתוֹ הַמְּעִיד נְפִסֵּל מִתּוֹרַת עֲדוֹת בְּמַקְצָת הַעֲדוֹת שְׂהַעִיד דָּאז אִם הִיא תַכ"ד חֲשָׁבִינִן כְּאֵלוֹ הִנֵּה פְּסוּל בְּכָל הַהַגְּדָה שְׂהַגִּיד בְּדַבּוּר א' וְאֲפִשֵׁר דְּבִהַכִּי גְּמִירִי לְהוּ מְדַכְתִּיב ע"פ שְׂנִיִּים אוֹ שְׂלִשָּׁה עֲדִים יָקוּם דְּבָר שְׂצָרִיף שְׂהִיּוּ שֶׁם עַד עָלָיו בְּכָל אוֹתוֹ הַדַּבּוּר אֲבָל אִם בְּמַקְצָת הַדַּבּוּר נְסַתְלַק שֶׁם עַד מְעָלָיו שְׂנַעֲשֵׂה פְּסוּל הוּי כְּאֵלוֹ הִנֵּה פְּסוּל בְּכָל אוֹתוֹ הַדַּבּוּר מִשָּׂא"כ אִם לֹא נַעֲשֵׂה פְּסוּל וְלֹא נְסַתְלַק שֶׁם עַד מְעָלָיו וְשְׂפִיר הִנֵּה עַד כְּשֶׁר בְּעַת שְׂהַגִּיד אֵלָא שְׂהַעֲדוֹת בְּטֵל מְחַמַּת הַזְּמָה לְמ"ד מְפִאוּ וְלְהָבָא הוּא נְפִסֵּל כִּינִין שְׂאִין שְׂמִץ פְּסוּל בְּשַׁעַת הַגְּדַת הַעֲדוֹת רַק הַפְּסוּל מְתַחֲלִיל מְשַׁעַת הַזְּמָה וְאִילָף ל"ל בְּהַ מִשָּׂא"כ אִם לְמַפְרַע נְפִסֵּל כִּינִין שְׂבַגְמֵר עֲדוֹת טְבִיחָה נַעֲשֵׂה פְּסוּל לְעֲדוֹת הוּי כְּאֵלוֹ הִי פְּסוּל בְּכָל הַדַּבּוּר וְאִף שָׂא"א לְקוּרָא עָלָיו שֶׁם פְּסוּל עַד כְּלוֹת כ"ד אַחַר גְּמֵר הַעֲדוֹת שְׂתַכ"ד אֲפִתִּי אִיתִּיהָ בְּחֻזְרָה מ"מ כִּינִין דְּתַכ"ד כ"ד וְהַדַּבּוּר עִם הַתַּכ"ד שְׂאֲחֲרִיו כְּחֲדָא

חֲשָׁבִינָן לִיה וְכִינּוּן שְׁזָה לֹא חֲזַר בּוּ בַתכ"ד אִיגְלָאֵי מִלְתָּא שְׁבַתכ"ד שֶׁל עֲדוּת זֶה נִפְסְלוּ וְכֹאֲלוּ נִפְסְלוּ בַתחֲלָתוֹ חֲשָׁבִינּוּ לִיה וְזֶה דַעַת רש"י שֶׁפָּתַב מִשּׁוּם פְּסוּל עֲדוּת דְהִינּוּ הֵךְ גּוּפָא דְעֲדוּת שְׁבִטְלָה מִקְצָתָה כּו' שֶׁהַעֲדוּת אֲשֶׁר צָמִיד פְּסוּל עָלָיו שְׁנַעֲשֶׂה לְאוּ בַר הַגְּדָה בַתכ"ד שֶׁל הַעֲדוּת וְהַכֵּל כְּחֵד חָשׁוּב אָנוּ רוֹאִין אוֹתוֹ פְּאָלוּ הָיָה פְּסוּל בְּכָל אוֹתוֹ הַעֲדוּת וְרש"י דִּיִּיק בְּלִישְׁנֵי מִשּׁוּם פְּסוּל עֲדוּת כְּדִי לֹאפּוֹקִי הֵיכָא שְׁאִין שָׁם פְּסוּל עֲדוּת רַק בִּיטוּל הַעֲדוּת לְבַד כְּגוֹן לְמ"ד מִפְּאֵן וְלִהְבָּא נִפְסְלָא אִין מְקוּם לְבִטְלָא בְּשִׁבְלִי זֶה שְׁאָר הַעֲדוּת שֶׁהוּעֵד עִמּוֹ וְקִנְשִׁטָּא קָאֵי שְׁקָרָא לֹא קָאֵי וְכֵן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִהָא דְקו"ל פְּלִגְנִין דְּבוּרָא וְאֵע"ג דְּוִדָּאֵי פְתִיךְ שְׁקָרָא בְּהָאֵי סְהוּתָא וְאָף לְהִרְאָב"ד דְּמִפְּרֵשׁ שָׁם דְּמָה שְׁמַעִיד עַל עֲצֻמוֹ אִינוּ בְּגֵדָר עֲדוּת וְלֹא אֲמַרִינּוּ עֲדוּת שְׁבִטְלָה כּו' מִמְּנוּ נִקַּח דְּגַם בְּהַזְמָה לְמ"ד מִפְּאֵן וְלִהְבָּא נִפְסְלָא כִּינּוּן שַׁעכ"פ לֹא נִסְתַּלַּק מֵעָלָיו שָׁם עַד כְּשֶׁר מִחֲמַת שְׁהוּזִם אַח"כ וּבִשְׁעַת הַעֲדוּת הָיָה שָׁם כְּשֶׁר עָלָיו אַע"פ שַׁע"כ נִתְבָּרַר לָנוּ הַבִּיטוּל דְּהָא קָמֵן שְׁהוּזִם לֹא אֲמַרִינּוּ שְׁבִטְלָה כ"א הֵיכָא שְׁמַתְבַּטַּל מִחֲמַת פְּסוּל עֲדוּת וַיֵּשׁ אַרְיִכוּת דְּבָרִים בְּזָה וְלִקְצָר אֲנִי צָרִיךְ וְרִאִיתִי בְּשִׁיטָה מְקוֹבָצָת לְב"ק בְּשֵׁם תִּלְמוּד מֵהֵר"פ דְּאֵי מִפְּאֵן וְלִהְבָּא נִפְסְלָא לֹא שִׁינְךָ עֲדוּת שְׁבִטְלָה כּו' דְּאִין הַבִּיטוּל וְהַפִּיטוּל אֵלָא מִשְׁעַת הַזְמָה כּו' וְנִרְאָה דְּבִיטוּל דְּנִקְטָא לֹא דוֹקָא וְר"ל דְּמָה שֶׁהוּעֵד מִתְבַּטַּל וְנִפְסְלָא מִתּוֹרַת עֲדוּת אִינוּ רַק מִשְׁעַת הַזְמָה דְּאִילוּ הַעֲנִין שֶׁהַעִיד עָלָיו וְדָאֵי שֶׁהוּא בְּטַל לְמִפְּרַע וְאִם הַעִיד עַל מְכִירַת קַרְקַע וְהוּזִם פְּשִׁיטָא שְׁהַמְכִירָה בְּטָלָה לְמִפְּרַע וְאִם בְּנִתְיָם אֲקִדִישׁ לִוְקַח אוּ זְבִין לְאוּ פְלוּם הוּא וְלֹא פְּלִיגִי רַק לְעֲנִין מְאִימְתִי מִתְחִיל פְּסוּל הַעֲדִים כְּמִבְּנֹאֵר שָׁם אֵלָא כְּוִנְנוּתוֹ כִּמ"ש כִּינּוּן דְּמָה שְׁנִפְסְלָא מִתּוֹרַת עַד אִינוּ רַק מִשְׁעַת הַזְמָה לֹא אֲמַרִינּוּ עֲדוּת שְׁבִטְלָה אִף דַּע"כ הַעִידוּ עֲדוּת שְׁקָר תַּכ"ד לֹא אִיכְפַּת לָן בְּהַכִּי: וְאַחֲרֵי הוֹדִיעַ כָּל זֹאת דְּבָרֵי מֵהֵרִי"ט גְּכוּנִים דְּמוֹכַח מִהָכָא דִּישׁ שָׁם פְּסוּל עַל הַעֲדִים אִף בְּאוֹתוֹ עֲדוּת עֲצֻמוֹ שְׁנִפְסְלוּ בּוּ דְּאֵי תִימָא דְּעַל אוֹתוֹ עֲדוּת שְׁנִפְסְלוּ מִחֲמַתוֹ עֲדִינּוּ אִין לְקָרוּן שָׁם פְּסוּל עָלֵיהֶם א"כ אִין לָנוּ לְפִסּוּל הַעֲדוּת שֶׁהוּעֵד עִמּוֹ תַּכ"ד מִשּׁוּם עֲדוּת שְׁבִטְלָה מִקְצָתָה שְׁהָרִי אַע"פ שְׁמַחֲמַת אוֹתוֹ עֲדוּת נִפְסְלוּ לְעֲדוּת אַחֲרִים שֶׁאֵח"כ מ"מ הֵהוּא שְׁעָתָא אִין שָׁם פְּסוּל עָלָיו וְאֵע"פ שַׁע"כ מִתְבַּטַּל הוּא מִחֲמַת הַהַזְמָה מ"מ אִין פּוֹסֵל עֲדוּת גְּנִיבָה שְׁעִמּוֹ וְכִמ"ש לְמ"ד מִפְּאֵן וְלִהְבָּא נִפְסְלָא אַע"כ דְּבִשְׁעַת הַעֲדוּת גּוּפָא שָׁם פְּסוּלוֹ עָלָיו וְקָרִינּוּ בֵּיה עֲדוּת שְׁבִטְלָה כּו': וּמ"ש עַל דְּבָרֵי הַתּוֹס' בְּסִנְהֶדְרִין דָּף ל' דְּלַפְמ"ש הָר"ן דְּבִאוּתָה עֲבִירָה לֹא נַעֲשֶׂה מוּמָר א"כ אִין בְּזָה מִשּׁוּם נִמְצָא קֹא"פ כְּפִי הַנְּרָאָה שְׁלֹא עֵינְיָתָ בְּדְבָרֵי מֵהֵרִי"ט גּוּפִיָּה בַתְּשׁוּבָה שָׁם דְּמִיָּתִי רִאָּיָה מְדְבָרֵי הַתּוֹס' אֵלוּ דְּלֹא כְּסָבְרַת הַרש"ך וּבִקְה"ח רִמְזוּ לְדַחֲוֹת רִאָּיָה זוֹ שֶׁל מֵהֵרִי"ט בְּסוּף דְּבָרָיו עֵי' שָׁם אִף לְעַנ"ד אִין רִאָּיָה מְדְבָרֵי הַתּוֹס' אֵלוּ דְּהֵתָם אַע"פ שְׁלֹא הוּחַל לְקָרוּן בְּשֵׁם פְּסוּל בִּשְׁעַת הַגְּדָה מ"מ כִּינּוּן דַּכְּתֵי א' שְׁקָרִי נִינְהוּ וְאִין בְּעֲדוּתָן מִמֶּשׁ בְּטַל כָּל הַעֲדוּת מִשּׁוּם דְּמִקְשִׁינּוּ שְׁלִשָּׁה לְשָׁנִים דְּבִשְׁנִים כֹּה"ג אִין פְּאֵן עֲדוּת אִף עַל פִּי שְׁעִדִינּוּ אִין שָׁם פְּסוּל עָלֵיהֶם וְה"נ בְּשִׁלְשָׁה וְכִמּוֹ דְּקו"ל בְּהַזְמָה אִם הוּזִם א' בְּטַל כָּל הַעֲדוּת אַע"ג דְּרָבָא סוּבְרָא מִפְּאֵן וְלִהְבָּא נִפְסְלָא מִשּׁוּם דַּס"ס עֲדוּת שֶׁל זֶה בְּטַל הוּא מִתְבַּטַּל כְּנִלוּ אִף בְּשִׁלְשָׁה וְהוּזִם א' כְּמוֹ בְּשָׁנִים וְדוֹקָא לְעֲנִין עֲדוּת שְׁבִטְלָה מִקְצָתָה דְּבִזָּה תְּלוּי אִם יֵשׁ שָׁם עַד פְּסוּל עָלָיו כִּמְש"ל דְּמָה"ט לְמ"ד מִפְּאֵן וְלִהְבָּא נִפְסְלָא לֹא אֲמַרִינּוּ בְּהָא עֲדוּת שְׁבִטְלָה כּו' אַע"ג דְּהַעֲנִין שֶׁהַעִידוּ עָלָיו מִתְבַּטַּל מ"מ מְאִי דְּאִתְזוּם אִתְזוּם כּו': וּמ"ש לְהַקְשׁוֹת עַל הַתּוֹס' דְּהָא לֹא הָוִי נִמְצָא א' קֹא"פ כִּינּוּן שְׁיָכוֹל לְחַזֵּר תַּכ"ד אִין שָׁם פְּסוּל עָלָיו ז"א דַּע"ג דְּלְעֲנִין שְׁיָהָא שָׁם עַד כְּשֶׁר

עליו בשעת הגדה שיועיל בו דין הנזמה שפיר אמרינו פינן שהיה יכול לחזור תכ"ד ראוי היה עדות שיתקבל בב"ד בשעת הגדה ויש בו דין הנזמה אבל בזה שהעידו יחד וזה המעיד שקר לא חזר בו תכ"ד ובכלות הכ"ד מתאמת לנו שיש פאן תערובות מן עדות פסול ושקר כל העדות בטל דהעדות עם התכ"ד שאחריו חזר מלתא הוא ומה יושיענו זה שהיה בידו לחזור בו ולדבריה בכל נמצא קא"פ נימא דלא מחשיב צירוף פינן שהיה ביד הקא"פ לחזור בו תכ"ד אלא נדאי שז"א דכמו שהפסול לא נגמרה עדותו עד לאחר כ"ד כמו כן עדות הפשירים גם כן לא נגמר עד אחר כ"ד וכינן שהעידו בולם כא' בתכ"ד של חבירו חשיבין ליה פחד עדות עד סוף כ"ד של האחרון ונהרי יש בעדות זה עדותו של קא"פ והלכה גם בזה שפת אחת אומרת מנה וכת אחת אומרת מאתיים קשיא להו דהוי כנמצא קא"פ ואין זה מציל מה שהיה ביד פת המשקרים לחזור ומכ"ש לפי מ"ש דכינן דמטעם מקיש שלשה לשנים אתינן עלה וכל שבשנים העדות בטל בכה"ג גם בשלשה הדין כן א"כ אין מקום למ"ש בזה (ומ"ש התוס' לתרץ דכינן דאין הפסול ידוע לית לן בה ולכאורה צ"ע הא מקשינן שלשה לשנים הארכתי במקום אחר וישבתי על נכון: ומלתא אגב אורחא ראיתי להודיעה פי מ"ש ידידי הגאון בעל קצה"ח לתרץ קושניית מהרי"ט והאריה לחלק בין רשע דחמס ועד זומם שטעם הפסול משום שגחשד למשקר טפי ראוי לפסול מה שהעיד בשעה דידעין דמשקר משא"כ פשאינו רשע דחמס שהוא מגזה"כ כו' עי' שם ובאמת ז"א דלפי"ז הא דאמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' סברא בעלמא הוא דכינן שהחזקו משקרים על הטביחה החזקו משקרים נמי על הגניבה שהעידו באותו דבור וא"כ מה"ת לחלק בין תכ"ד לאחר כ"ד דא"ל פינן שהיה הפסול בין העדיות כ"ד אמרינן דכשר היה והעיד באמת וכמו רגע היתה רוח אחרת עמו והעיד שקר והשתא הוא דאיתרע תכ"ד נמי נימא הכי ואם נפשך לומר שפחדת חכמים כן הוא במקמתא תכ"ד לא נשתנה דעתו מטוב לרע וכינן דהשתא משקר מסתמא גם בתחלת העדות היה חשוד לשקר דא"כ אין ללמוד מהך דהכא דאמרינן תכ"ד כ"ד לבעלמא דמיירי לענגן אם יכול לחזור בו תכ"ד והש"ס מדמי להדדי כדפריה שם וסבר ר"י תכ"ד כ"ד אלא נדאי ברור דמאי דאמרינן עדות שבטלה מקצתה כולו אי תכ"ד כ"ד הוא מגזה"כ שצריה שלא יהיה פסול בכל אותו הדבור וכינן דתכ"ד כ"ד לענגן חזרה וכיוצא בזה ממילא שהעדות שהעיד תכ"ד של העדות שגפסול בו ג"כ בטל פינן דחשוב כדבור אחד ונפסל באותו הדבור וכן פי' רש"י שם רבנן סברי לאו כדבור דמי וה"ל שני עדיות ומשום חזר לא אתכחש איך דמשעת דבור אחרון נפסלו כו' ור"י סבר כ"ד וכחד עדות דמי ונהרי פסולין הוי באותה שעה עכ"ל מבואר כמ"ש דמחמת פסול העדים אתינן עלה והנה בתשובה א' הארכתי בזה ובדברי התוספות בסנהדרין במ"ש לחלק בין אם הפסול ידוע עי' שם בסי' נ"ד וקצרתי פאן דברי ידידו זעירא מן מבריאי.

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: הלכות זכיה שאלה נח שלום לכבוד אהובי הרב וכו' מהור"ר זאב וואלף נ"י: בדבר השאלה שפתב כ"ת בפי שגלקח מאתו סחורה מחמת העברת המכס וקדם אחר וקנה ורוצה לזפות והנה מכ"ת לא ביחן דבריו אם זה שהסחורה שלו היה מחזר עליו לקנותה שאז אין ספק שחייב להחזיר דאף אם היה של בעל המכס ממש הא קי"ל עני המהפך בחררה וכו' פדאיתא בפ"ג דקידושין ועי' שם בתו' שהקשו מב"מ ראה את המציאה כו' ופני יהושיע שם תמה דאף דנקרא רשע מ"מ זכה בה ולק"מ

דבאמת דעת ר"ת היכא דזכה בה צריך להחזיר הדמים כמ"ש הריטב"א בקידושין והרמב"ן בבבא בתרא דף נ"ד ומה שהקשו ע"ז דא"כ איך קאמר לא מר נחית כו' משום דזבינא קמיתא כו' הא מן הדין חייב להחזיר יש לומר דהתם מייירי שלא ידע שהפך בה ר"ג ולא עביד איסורא פלל ומצאתי שכ"כ אא"ז הגאון ז"ל בשו"ת שארית יוסף ובנ"ד נראה דלא מיבעיא אם ידע שהפך בה זה לקנותה וקדם הוא לקנות דנדאי חייב להחזיר אלא אפילו דלא ידע מ"מ דוקא התם דלמה לו לחקור אם יש מי שהפך בה משא"כ בזה פנין שרגילות הוא שבעל הסחורה מחזור עליו לפדותה כמ"ש בעל אבידה דרפו לחזור על אבידתו וזה עשה עצמו פלא ידע וכאלו ידע דמי ועי' בסי' רל"ז שכתב בש"ע בשם תשובות מהרד"ך ז"ל דקונה בזול הו"ל כמצאיה שאין דנין בה דין עני כו' דהו"ל כמצאיה דלפי סבא ראשונה לא אמרינן בזה עני המהפך כו' מ"מ הרי הש"ך ז"ל פתב בשם הרמב"ן דאין לחלק במקר מחמת שקנה בפחות מדמים ומשמע דהש"ך מסכים לזה ובעט"צ פתב שפן משמע מהמרדכי וכן הלכה ובאמת מ"ש מהמרדכי ליתא דבמרדכי פרק חזקת משמע איפכא וקצת דבנדון דידן כ"ע מודים דהתם טעמא דדמי למציאה דהפל מחזרים אחריה ואין לזה התניחוסות לחפץ זה יותר מזה משא"כ בנ"ד דנדאי זה ראוי לו שיחזור אחריה יותר מאחרים ולכן גם הא דמחלקינן התם בין נגמר הפסיקה ביניהם אין לחלק בנ"ד דהתם פל שלא נגמר הפסיקה ידי שניהם שונים בה משא"כ פאן ואמנם נראה שאפילו אם נרצה לחלק ביניהם מטעמא דקנין בזול הוי כמצאיה או מטעם שלא נגמר הפסיקה מ"מ בגונא דנ"ד אע"ג דאין לדמות למוכסין דבכה"ג דהכא דאנן סהדי דנדאי נתייאש ממנה מ"מ לא עדיף ממצייל מזוטו של ים ומשלולות הנהר דאמרינן שנעשה כמי שצונח על ביתו שנפל פנין שאבודה ממנו ומכל אדם מ"מ מבואר בסי' רנ"ט דטוב וישר להחזיר כמ"ש בסעיף ה' ואע"ג דמדינא אין חייבים להחזיר מ"מ אם חזר כו' ועי' במ"ש הש"ך ז"ל סק"ג מבואר דכייפינן להחזיר היכא דהמוציא עשיר והוא מצד תקנות הב"ד ומנהג המדינה וכה"ג דנ"ד נראה דאין לחלק בין עני לעשיר דאם לא הנה זה מקדמו הנה מציל בעצמו ונהי דאיאש שלא יוכל לדון עם מי שתקף להוציא בחנם מ"מ לא נתייאש ממנו שיקנה אותו בזול ועי' שם בס"ס רנ"ט בסעיף ז' בהג"ה ועי' בסי' רל"ו סעיף ח' בא עכו"ם בעקופין כו' ודווקא בקרקע דלא מייאשי מיניה אכל במטלטלי דמייאשי מיניה לא צריך להחזיר כו' והש"ך שם פתב עי' לקמן סי' שנ"ו וסי' שס"ח ור"ל ששם פתב דנהיגי עכשיו להחזיר פל גניבה אפילו לאחר יאוש וש"ר מפח דד"מ.

ועי' שם בש"ך ז"ל ס"ק י"ג דדד"מ לאו דוקא אלא עיקר הפונה דהאי מנהג הוא שנתקן פד ופשיטא ויש ביד הדור לתקן תקנות וכ"כ בסי' שס"ח דנהגו להחזיר פל גניבה ואין לשנות מן המנהג ואין חילוק בזה בין גנב לגזלן דבכל ענין מחזיר דמים ונוטל את שלו כו' עי' שם וגם אין לחלק ולומר דדוקא היכא שגנב וגזל דבאיסור אתי לידקה משא"כ בזה שעבר על דת המלך וברדין נלקח ממנו ובכה"ג לא תקנו הא ליתא דאע"ג שכתב הרמב"ם ומביאו בש"ע סי' שס"ט וכן מלך כו' או שגזר שפל מי שיעבד על דת זה ילקחו נכסיו לבית המלך כו' אינו גזל מ"מ פשוט בזה שלא עלה על דעת המלך רק שיובא לגזי המלך אבל מה שנה לקח והטמין לעצמו לא נכלל בכלל הנה ואין לדון בו רק מדין יאוש בלבד וא"כ חייב להחזיר מחמת תקנות הדור כמבואר בסי' רנ"ט דכייפינן להחזיר וגם יש מקום לדון אם יש לדון בזה דד"מ וקצתתי מאחר שנה בנדאי לא זכה

מחמת דד"מ וגם כי מנהג הפשרים אף פשמוכרים בבית המכס עפ"י הכרזה מי הם הבועלים הקונים קונים לשם מי שהוא ומחזירים לו וכלל הוא פל שזה לא הפקיר מדעתו רק שנתתיאש ממנו מחמת נוי לחסרון פיס וזה הקונה לא מידי חסר צריף הוא להחזיר לבועלים הראשונים ועי' בשו"ת רש"ל ושו"ת אא"ז הגאון שארית יוסף ז"ל וכן לענין קניית חמץ מהעכו"ם שמכרו לו מבואר בשו"ת מ"ב שצריף שצריף להחזיר ועי' בט"ז ומג"א ז"ל סי' תמ"ח שכתבו דאדעתא דעפוי"ם אפקריה כו' אף באמת אין אנו צריכין לזה דכמו שתקנו בגניבה ואבידה וגזל הך תקנה שיהיה בזה וכן שמעתי פזה שדנו לחייב הקונה מסחורה שהבריחו בעליו מבית המכס ואנשי הצבא בזו איש לו ומכרו וחיובו לקונים להחזיר בתורת דמים ומ"מ אם זה רוצה שכתורתו יש לב"ד לשום לפי הענין ולתת לו ועי' בסי' רס"ד סעיף נא"ו הנה זה בכדו וכו' ובסמ"ע שם ס"ק י"ט ומ"ש סעיף ה' באם ברחו היהודים מפחד הדליקה כו' דהוי פזוכה מן ההפקר כתב הש"ך שם דאם יכול להציל ע"י הדחק אין לו אלא שכתרו וה"נ פכחול להציל ע"י הדחק דמי וגם בעט"צ שם כתב דמחויבים להחזיר מצד התקנה וכן הוא באמת מעשים בכל יום ומה שמבואר בסי' קפ"א בדין שפירא שעמד עליו גייס כו' היינו נמי מצד הדין ועל הקונה מוטל לעשות פן מרצונו לקיים ועשית הישר והטוב ולמען תלך בדרך טובים ואם אינו רוצה דייגנון ליה מצד התקנה כמ"ש ונהנה אין הזמן מספיק לשום עין בשו"ת המדברים בזה פי מכ"ז אץ עלי ולענ"ד הדין דין אמת כמ"ש דברי ידיו: הק' אפרים ולמן מרגליות מבראד: שאלה נט שנית בגידון הנ"ל.

שלום לכבוד ידידי הרב כו' מהו' זאב וואלף נ"י. גי"ק קבלתי עם ההעתקה מתשובתי ואשר נסתפק כ"ת שזה רוצה שיקבל בח' פמה נמן לכאורה נראה שאין לדמות זה למשיב אבידה פינון שזה לא הכניס ראשו מתחילה ע"ד להשיב לבועליו כ"א להנאת עצמו שהיה סובר שיוחלט בידו ומכ"ש אם זה טוען שאם לא היה זה מקדים לקנותה היה הוא יכול לקנות בעצמו ואפשר שהיה קונה בזול יותר וא"כ אין פאן השבת אבידה ועי' בש"ך ס"ס פ"ח שהש"ע כתב באומר לא הייתי זכור אף אתה הנכרתני פטור אף משבועת היסת והש"ך כתב דנהי דפטור מש"ד מ"מ היסת חייב דלא בעינן שהקדים תביעה להודאה בהיסת ואו"ת השיג עליו דהו"ל משיב אבידה דפטור אף משבועת היסת כמ"ש סי' רס"ז לענין מוציא מציאה וטוען שגני פיסים קשורים כו' ולפענ"ד דברי הש"ך נכונים דהתם גם עתה מה שמחזיר לו וגם מה שתובעו אינו אלא מחמת הודאות המוציא משא"כ הך דסי' פ"ח שלפי טענתו שטוען שעשה הוא זוכר בעצמו ואין זה מחמת הודאות התובע י"ל מה שנוסף בעצמו וטוען ברי אינו משיב אבידה וזה מבואר להמענין בש"ך שם שכתב ודונק לומר לפי שאמר לא הייתי זכור כו' עי' שם וקצאתי ועי' בספר שערי בינה שער שכתב שיש מי שסובר שגם בהא דסי' רס"ז חייב היסת עי' שם אמנם כל זה בטוען ברי אבל בטוען שפא ודאי שאין שם חיוב שבועה פינון שפא לפטור משא"כ בזה דבא ליטול מה שהוציא אם היינו אומרים דהוי כמשיב אבידה י"ל דאף בכה"ג א"צ שבועה כדאיתא בסי' רס"ז סעיף כ"ו דמה שהוציא על האבידה נוטל בלא שבועה מפני ת"ה עי' שם בסמ"ע ס"ק מ"מ אף לפי מ"ש אין לדמות זה למשיב אבידה וגם דהך דינא דסי' רס"ז שהוא מדברי ה"ה דגלף לה מהא דמוציא מציאה לא ישבע לענ"ד נראה דצ"ע דזה נאמר לענין עיקר המציאה אם זה טוען שמוציא יותר אבל בענין זה מה שמוציא הוצאת

י"ל שדינו כשאר מוציא הוצאות על נכסי חבירו דמילתא דהאי ידע והאי לא ידע משתבע
האי דידע ושקיל אבל בלא שבועה לא וא"ל דאית לן מפטרין מפני תקנות השבים שלא
ירצה לטפל בה ויניחנה וילך לו זה אינו דבזה יכול להעמיד עדים או לעשות ע"י שומת
ב"ד וירדו חכמים לסוף דעת האדם שבשביל זה לא יניח מלטפל ובמקום אחר כתבתי
לנישב מה שהקשה הרמב"ן בהא דשומר אבידה הוי ש"ש גימא שיפטר מפי תקנות
השבים שלא ירצה לקבל עליו שמירה וכתבתי שלענ"ד לא קשה מידי דהא דעשהו
חז"ל שומר שקר משום פרוטה דרפתא לעניא א"כ ירדו לסוף דעתו שיקבל עליו שמירה
מחמת זה א"כ אין פאן תקנות השבים שאין לחוש שיניחנה מחמת חייב השמירה שהרי
זה בכל ש"ש שמקבל שקר ואין פאן מקומי: והנה מצאתי דעת מהר"י ווייל בתשובה סי'
קמ"ח באחד שהוציא הוצאות לפדות חבירו ממקום סכנה שצריך לישבע וליתול וכ"כ
בשו"ת מהרי"ק סי' קע"ג ונ"ל ואשר שאלת על שמעון שביקש מראובן להשתדל
בעבורו בשביל סכנה וכן עשה כו' ומ"מ פשיטא דכה"ג בעי ראובן אשתבעי שהוציא כף
וכף ב"א שיפריש למי נתן עכ"ל ועי' ביו"ד סי' רנ"ב וח"מ סי' תכ"ו ומבואר מזה דאף
בכה"ג דהוי השבת אבידה וגופו לא חששו לתקנות חכמים והצריכו שבועה אפילו בשמא
ועיין בש"ך סעיף קטן ס"ז במ"ש בשם רבינו ירוחם דבא ליתול צריך לישבע אפילו
בשמא והביא ראיה מסי' קל"ה בעניי דאכלי חושלא ואף דבאו"ת פתב לחלק דשם לא
הו"ל למידע גם פאן לא הוי למידע וא"כ לכאורה הנה צריך שבועות המשנה כדין מוציא
הוצאות והנה בסימן שנ"ו איתא ג"כ דהיא שצריך לתת דמים ללוקח משום תקנות
השוק נשבע הלוקח בנק"ח ע"ש בסעיף ד' והש"ך שם בס"ק י"א אמ"ש ויחרימו שכן
הנה הביא דברי הב"ה שכתב למה צריך שבועה פינון שאינו טוען ברי והש"ך השיב ע"ז
דבא ליתול צריך שבועה אף בשמא כו' ולכאורה י"ל דדוקא לענין לישבע פמה נתן
אמרינו הכי דאל"כ כ"א יאמר שנתן הרבה ואין מי שיכחישנו משא"כ בהאי דהתם
שאומר שהלווה ע"ז בחרם לבד סגי ובבאר הגולה הוסיף דברים דכינון שנסבע פמה נתן
צריך לכלול שהלווה ע"ז וגם ז"א דאטו לא משפחת שידוע פמה נתן או שזה מודה לו
נקצרת: ומ"מ נלע"ד דבנ"ד א"צ שבועה דדוקא התם דדיינינו ליה דין נוטל כגון מלוה
על המשכון דלאו אגופיה דמשכון קטעין כמ"ש בשם הגאונים או בהא דתקנות השוק
דמדינא לא קני החפץ וצריך להחזיר פינון שהוא קודם יאוש אלא שתקנו שיתול הלוקח
דמים משום תקנות השוק א"כ הו"ל נוטל וצריך לישבע בנק"ח אף בשמא משא"כ בנ"ד
דמדינא קני החפץ ביאוש וש"ר אלא שתקנו להחזיר החפץ כשיתן דמים א"כ לאו נוטל
מקרי פינון שמעיקר הדין החפץ שלו אלא דכייפינו לו לעשות לפנים משורת הדין ועכ"פ
הו"ל מוחזק לענין זה שאף אם הנה זה טוען ברי לא שיהי רק לישבע היסת ושוב לא
תקנו היסת על טענות שמא וכמ"ש הש"ך בסימן ע"ב ס"ק ס"ז לנישב הך דסי' קמ"ט
שצריך שבועה דבקרע ליכא תקנות הגאונים ע"ש וה"נ דכונתה לכן נלענ"ד דאין צריך
שבועה ליתול אף לענין קב"ח צ"ע דאף אם נאמר דדמי למשיב אבידה הנה במשיב
אבידה גופיה לא מצאנו רק לענין פטור שבועה ולא לענין קב"ח ומכ"ש לפי מה שכתב
דלא שייכי הך תקנ"ה דמשיב אבידה והגם ש"ל דכינון שא"צ להחזיר רק מצד התקנה
ומדינא קני ביאוש וש"ר א"כ לא צריך לקב"ח מ"מ י"ל דאיפכא מסתבר דאם נאמר
שהוא נאמן בדיבורו א"צ שבועה ולא קב"ח א"כ נפל הך תקנתא שכתבו הגאונים בבירא

דְּהָא י"ל דְּנָתַן כְּדִי שְׁוֹנֵי וְיוֹתֵר בְּעֵגְוֵן שְׁלֵא יִצְטָרֵף כְּלָל: וְלִדְיָנָא נִלְעַנ"ד שְׁהַפְלֵל לְפִי רְאוּת עֵינֵי הַב"ד שְׁאֵם כֹּה אֲנֹמֵד דְּעַתָּם שְׁרַגְלִיּוֹת הוּא לִיתָן סָף כְּזֵה וְאִין לְחַשְׁדוּ שְׁהוּא מְרַבָּה עַל הַמְכָר וְזֵה תוֹאֲנָה מְבַקֵּשׁ בְּאֲמָרוֹ אִינִי מְאָמִינָךְ רְשָׁאִים לְבַצְעֵה שְׁוֹרָה וְלִהְאָמִין לוֹ עַל הַן צְדָק שְׁלוֹ וְיִכּוּלִין לְנוֹתֵר הַקַּב"ח לְנוֹכַח וּמ"מ אִם יִרְצֵה לְהַחְרִים סָתָם בַּב"ד שְׁלֵא בְּפִנְיֵו עַל מִי שְׁרוּצָה לְקַחַת מְמַנּוּ בְּחֻנָּם אוֹ אַחַר שְׁיִתָּן יַחְרִים אַמְאָן דְּגִזְלִיָּה וְלֵא מִהֲדַר וְכַדְאִיתָא בְּסִימָן ע"א שְׁזֵה אִינוּ יְכוּל לְמַחּוֹת בְּיָדוֹ כְּמִבְּנֹאֵר שְׁם סְעִיף נְא"ו שְׁאֲפִילוּ נְאָמְנִים בְּדִבּוּר בְּפִירוּשׁ לֹא מְהִי עַל זֵה אֲבָל זֵה א"צ לְקַב"ח אוֹ לְעֵנוֹת אָמֵן אִף אִם יֵשׁ כְּאֵן מְקוּם חֻשְׁדַּת מִחֻמַּת הוֹרְאוּת הִיתֵר וְכִיּוֹצֵא יֵשׁ לְפִסְטָק שִׁיקַב"ח וְאִין לוֹ לְהַתְרַעֵם עַל זֵה אַחְרֵי שְׁמִקְנִים וְעִשִׂיתָ הַיֵּשֶׁר וְהַטּוֹב יִקְנִים ג"כ וְהִייתָם נְקִיִּים מֵה' כו' וְהִנֵּה לֹא נִפְתַּי לְהַבִּין וְלְחַקוֹר בְּסִפְרִים רַק חֻלְקֵי אֲמָרָה נִפְשֵׁי הַנִּלְעַנ"ד בְּזֵה דְבָרֵי יְדִידוֹ הַק' אֲפָרִים וְלָמֵן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד: וְהִנֵּה בְּמֵאֵי דְכְּתִיבָנָא לְעִיל בְּיִשׁוּב קְוֹשְׁתֵי הַפ"י עַל הַתּוֹסְפוֹת שְׁהַקְשָׁה דְּמֵאֵי קְוֹשְׁתָּא מַב"מ דְּהָא מְצִינָן לְמִימַר דֵּאֵע"ג דְּוֹדַי זָכָה בְּה' מ"מ רְשַׁע מִיְקָרֵי וְע"ז כְּתַבְתִּי דַר"ת ס"ל דְּכִינּוּ דְנִקְרָא רְשַׁע צְרִיף לְהַחְזִיר הַדְּמִים הִנֵּה בְּחִידוּשֵׁי כְּתַבְתִּי לְיִישָׁב קְוֹשְׁתָּא זֹו מְשׁוּם דְּלְכֹאֲוֹרָה קְשָׁה לְפַמ"ש הַתּוֹסְפוֹת בְּרִישׁ ב"מ דְּהָא דְאֲמָרִינוּ דְּבִרְאִיָּה בְּעֻלְמָא לֹא קִנֵּי אַע"ג דְּלְקַמֵּן אִיתָא הַבְּטָה בְּהַפְקָר קִנְיָה שְׁאִנִּי הַתָּם דְּעִשָׂה מְעִשָׂה כָּל דְּהוּ וְלַפ"ז קְשָׁה אַמְאֵי בְּרָאָה אֶת הַמְצִיָּאָה וְנִפְלַע לָהּ וְכֹא אַחַר וְהַחְזִיק הַשְּׁנִי קִנְיָה דְּנִימָא דְּקִנְיָה קִמָּא בְּרָאָה וּבְמַעֲשָׂה כָּל דְּהוּ דְּנִפְלִיָּה דְּאֵהָא לֹא שְׁיִיף לְשִׁנּוּי פִּינוּ דְּנִפְלַע לָהּ גְּלִי דְּעַתִּיָּה דְּבִנְפִילָה נִיחָא לִיָּה דְּלִיקְנֵי בְּרָאָה לֹא נִיחָא לִיָּה דְּוִנְקָא גְּבִי קִנְיָן אַרְבַּע אַמּוֹת שְׁיִיף לְשִׁנּוּי הַכִּי פִּינוּ דְּהוּא קִנְיָן בְּלֹא הַנְּפִילָה וְא"כ מְדַחְזִינוּ דְּנִפְלַע מְסַתְּמָא לֹא נִיחָא לִיָּה דְּלִיקְנֵיָּה בְּקִנְיָן ד' אַמּוֹת מְשֹׁא"כ בְּרָאָה שְׁבִלֵּא הַנְּפִילָה אִינוּ קִנְיָן כְּלָל וְהַנְּפִילָה הוּא שְׁמַחְזִיקָת קִנְיָן הַרְאָה שְׁפִיר לִיקְנֵיָּה וְצ"ל דְּבִאֲמַת יֵשׁ לְחַלְק בֵּין הַפְקָר לְמְצִיָּאָה דְּמְצִיָּאָה שְׁהוּא שְׁל בְּעֻלִים אֲלֵא שְׁנַתִּיָּאָשׁוּ מְמַנּוּ מ"מ הִיאֹוֹשׁ אִינוּ כְּהַפְקָר גְּמוּר רַק שְׁאָמַר וְנִי לְחַסְרוֹן כִּיס וְכַמ"ש בְּמְקוּם אַחַר וְא"כ בְּיֹאוֹשׁ לְחוּד אִינוּ יוֹצֵא מְרִשׁוֹת בְּעֻלִים עַד שְׁיִגִיעַ לִיד הַזּוֹכָה מְמַשׁ וְרָאָה בְּעֻלְמָא עִם מְעִשָׂה כָּל דְּהוּ לֹא מְהִי לִיָּה מְשֹׁא"כ כְּהַפְקָר גְּמוּר שְׁכָבֵר יִצְא מְרִשׁוֹת הַבְּעֻלִים ע"י שְׁהַפְקִירוֹ בְּפִירוּשׁ אוֹ שְׁהוּא מְאֵלִיָּה הַפְקָר שְׁפִיר י"ל דְּבִרְאָה לְחוּד קִנֵּי לִיָּה וְהִנֵּה טַעְמָא דְּמִלְתָּא דְּבִאֲבִידָה יֹאוֹשׁ קוֹנָה הוּא מְשׁוּם דְּבְהִיתָרָא אַתִּי לִידְיָה וְלַפ"ז אֲפִשֶׁר דְּכָל הִיכָא דְּכַתִּיף בִּיָּה אִיסוּרָא אִף אִם הָאִיסוּר מְצַד אַחַר בָּא לוֹ מ"מ פִּינוּ שְׁאִינוּ הִיתֵר גְּמוּר אִינוּ קוֹנָה וְלַפ"ז אִם נִימָא דְּעֵנִי הַמְהַפֵּף כו' נִקְרָא רְשַׁע א"כ זֵה הַשְּׁנִי אִין לוֹ לְזַכּוֹת מְשׁוּם הִיאֹוֹשׁ דְּהָא לֹא בְּהִיתָרָא אַתִּי לִידְיָה פִּינוּ שְׁנִקְרָא רְשַׁע וְא"ל דְּהַתָּם בְּמְצִיָּאָה דְּהַפְקָר מִיְרִי שְׁלֵא הִנֵּה לוֹ בְּעֻלִים כְּלָל דְּלֹא מִחֻמַּת יֹאוֹשׁ בְּעֻלִים אִיכָּא לְמִיתִי עֲלָה דֵּא"כ הַרְאִשׁוֹן יֵשׁ לוֹ לְזַכּוֹת מְטַעַם הַבְּטָה בְּהַפְקָר וְנִפְלִיָּה וְא"כ מ"מ תִּיקְשֵׁי דְּאַמְאֵי זָכָה הַשְּׁנִי אֲלֵא שְׁאִנִּי חוֹכֵף לְזַמַּר סְבָרָא זֹו דְּכֹה"ג הִנֵּי בְּאִיסוּרָא פִּינוּ שְׁעוּשָׂה אִיסוּר לְגְּבִי הַרְאִשׁוֹן שְׁהִיָּה מְהַפֵּף בְּה' פִּינוּ שְׁלֵא מְצִאֵנוּ סְבָרָא זֹו בְּשׁוּם מְקוּם.

לְכֵן נִלְעַנ"ד ע"פ מַה דְּקָאֵמַר בַּב"מ כִּי תִקְיָנוּ רַבָּנֵן ד"א בְּסִימְטָא כו' בַּר"ה לֹא תִקְיָנוּ רַבָּנֵן וְהִנֵּה מְבֹנָר בַּש"מ דד"א דְּקִנֵּי הִיָּינוּ מְשׁוּם דְּהִנֵּי כְּחֻצֵר הַמְשַׁתְּמַרְתָּ שְׁלוֹ מְשֹׁא"כ בַּר"ה פִּינוּ שַׁכ"א מְצוּי שְׁם וְהִנֵּי כְּחֻצֵר שְׁאִינוּ מְשַׁתְּמַרְתָּ וְהִנֵּה מְבֹנָר שְׁם הָא דְּחֻצֵר הַמְשַׁתְּמַרְתָּ אִינוּ קוֹנָה דְּוִקָא בְּמְצִיָּאָה אֲבָל בְּמַתְנָה דְּדַעַת אַחְרַת מְקִנָּה קוֹנָה וּבִיָּאֵר בַּש"מ הַחֻלְיוֹק דְּבַמְתְּנָה אַע"ג דְּאִינָה מְשַׁתְּמַרְתָּ מ"מ שְׁפִיר סְמָכָה דְּעַתִּי דְּקוֹנָה שְׁהִרֵי א"א לְאַחַר לְזַכּוֹת

פינון שלא הקנה רק לזה משא"כ במציאה דאין רצונו שהחצר יהיה שלוחו לזכות לו פינון דאפשר לאחר לזכות בו ולא סמכה דעתיה ולפ"ז אם ניאם דהאחר מיקרי רשע א"כ אף בחצר שאינה משתמרת נמי יש לו לקנות פינון דשפיר סמכה דעתיה דמסתמא לא יזכה בו אדם וכ"כ הפ"י דמסתמא לא יזכה בו אדם ולפ"ז אף ד"א בר"ה נמי ראויים לקנות וא"כ אמאי זכה השני דניקני ליה לראשון ד"א דידיה דלא ס"ל לרב פפא הא תירוץא פינון דנפל כו' אלא ס"ל דכי תיקון ד"א דוקא בר"ה כו' אלא נדאי דלא הוי רשע ועוד י"ל ע"פ מ"ש הש"מ שם בשם הרדב"ז להקשות דאמאי קנה השני פינון דנפל זה על המציאה א"כ לא הגביהה השני לגמרי רק מקצתו וכיון דמקצתו מונח ע"ג קרקע לא קנה ע"ש ולפמ"ש י"ל דאתי כמ"ד הבטה בהפקר ומעשה כל דהוא קונה והא נדאי מה שהגביהה מקצתו הוי מעשה כל דהוא משא"כ נפילה אפילו מעשה כל דהוא לא הוי והנה מבואר בש"מ דהא דהבטה בהפקר קני היינו כמו גזל מדבריהם מפני דרכי שלום ע"ש ולפ"ז הא נדאי דחכמים לא תיקנו לו רק במקום דליפא איסורא אכל במקום דאיפא איסורא נדאי לא תחזיקו ידי עוברי עבירה ועוד הארכתי בענין זה דעני המהפך כו' בתשובה אחת בס"ד: הלכות הלואה וג"ח שאלה ס שאלה בש"ע ח"מ סי' ע"ב סעיף כ"ז משכונן שגפחתו דמיו ביד הלנה כו' וכ"ש אם אפילו אחר שגפחת שנה פדי החוב והם חלוקים בפחת כו' והסמ"ע שם ס"ק פ"ז והש"ך ס"ק קד"א האריכו בזה ודבריהם הם קשי הבנה לכל מבין עם תלמיד ונדרשתי לאשר שאלויני התלמידים החפצים לעמוד על אמתת פנונת הסמ"ע והש"ך בזה וגם הקשו לדעת בכמה ענינים אשר כל הפא עליהם יעמוד ובקשוני להיות זקוק לבאר אותם וללמדם דעת ודרך תבונות: תשובה אם אמרתי אבא העיר בגוף הדין יאריך הענין פי אם אתחיל בחוט של מחטן ולדלות מים מפכים יהיה מתרחב מאליו עד אין די באר לזאת ראיתי לכתוב רק ביאור דברי הסמ"ע והש"ך אשר עלה במחשבה לפני בהשקפה ראשונה להפיק רצונכם ומתחלה אבאר דברי הש"ך שם במ"ש והנה נראה שהסמ"ע והב"ח הבינו דברי דבריו מיירי שהמשכונן אחר שגפחת שנה פדי שיעורחובו כו' שהוא תמוה ומצאתי בספר דגול מרבכה שרצה להגיה אחר שגפחת אינו שנה כו' ולא שנה לו.

והנלענ"ד דנדאי הדין עם הש"ך בזה דהסמ"ע והב"ח מפרשין ריש דבריו דבעה"ת פשהמשכונן שנה אחר הפחת פדי חובו שהרי הם מפרשין שזהו מה שפסיים הטור והש"ע וכ"ש כו' וכן נראה מדנקט שחלוקים בפחת או שאומר איני יודע והן הנה ריש דברי בעה"ת בשם בעה"ע וכן מבואר להדיא ממ"ש הסמ"ע דבעה"ת אין שם תיבת רמה הרי דמפרש היינו הך דינא דאם שנה חובו אחר הפחת (וכ"כ להדיא בפרישה אף הוא נדחק בסיום בעה"ת שכתב שגשבע שבועת התורה ודבריו לא הנה לפני הש"ך): ועוד דאל"כ איך כתבו בשם בעה"ת דבמשכונן שנה פדי החוב נשבע היסת היקף ממ"ש בבעה"ת להדיא דנשבע שבועת התורה אלא ע"כ שהם מפרשין דריש דברי בעה"ת נמי מיירי בכה"ג וכתב דנשבע היסת וע"ז פליג ה"ר יהודה דנשבע שבועת התורה ופסק הטור וש"ע כמ"ש בריש דבריו ומ"ש הבעה"ת בסוף דנשבע שה"ת היינו לשיטת הר"י ולי' לא ס"ל וע"ז תמה הש"ך דמכתב בסוף דבריו דנשבע שבועת התורה בסתמא ולא כתב דזה לשיטת הר"י יהודה דוקא משמע דאליבא דכ"ע דינא הכי ומ"ש ועוד דאפי' לו יהי כן כו' נראה שיש פאן חיסור לשון שכצ"ל ועוד דאפילו לו יהי כן היכן נזכר בבעה"ת

דאם המשפון אינו שנה שיעור חובו והלנה תובע את המלנה דה"ר יהודה ס"ל דנשבע שה"ת אדרבה מדכתב ואם נפחת הפחת שעדיין שנה כו' משמע דבאינו שנה סגי בהקיסת דה"ר יהודה מודה בזה ונדלג מן תיבת דה"ר יהודה עד תיבת דה"ר יהודה או להגיה באיזה סגנון שיהיה עכ"פ פוננת דבריו להקשות על הסמ"ע שכתב דבבעה"ת דעה א' דמצריה ברישא פשאין המשפון שנה כ"כ לישבע בנק"ח ובודאי שפוננתו למ"ש בשם הר"י וזה תמוה שהרי הסמ"ע מפרש הרישא בשנה פדי חובו וע"כ דע"ז פליג הר"י דנשבע פעין דאורייתא וא"כ עכ"פ לא נזכר כלל דין אינו שנה ואיך פתב הסמ"ע לחלק ולומר הטעם על אינו שנה פינו שגראה פתובע כו' דהא אדרבה עיקר פלוגתת הר"י אשנה קאי ומסוף דברי בעה"ת דנקט דוקא שנה משמע דוקא בכה"ג אבל לא באינו שנה דגם הר"י מודה בזה דסגי בהקיסת (ולהש"ף ז"ל ג"כ דלאו דוקא נקט שנה אלא דבשנה ע"כ הדין ביניהם ע"י תביעת לנה למלנה משא"כ באינו שנה שהמלנה תובע הלנה ומ"מ אם גם הלנה תובע למלנה שהיה שנה יותר מהחוב ג"כ צריה המלנה לישבע בנק"ח דאין חילוק בזה בין שנה לאינו שנה אף דקשיא ליה על הסמ"ע דמשמע מדבריו שיש מקום לחלק בדינא בין שנה לאינו שנה א"כ אדרבה משמע להקפך מדנקט שנה מפלל דבאינו שנה לכ"ע סגי בהקיסת) ומ"ש הש"ף ואם בא לפטור עצמו והלנה תובע היש בידו יתרון על חובו נראה שר"ל שהלנה טוען שהפחת של המשפון הוא יותר מפדי כל החוב והמלנה מודה שנפחת רק שאומר שלא נפחת רק כנגד החוב ורוצה להחזיר לו המותר של המשפון שנשאיר תחת ידו חנם אין כסף והלנה תובע היתרון ומ"ש דמר אמר חדא כו' דאם כבר פרע כו' והיה שנה יותר מחובו כו' צ"ע דל"ל שהיה שנה יותר מחובו וכן כפל ושישלב ובאמת אין צורך לזה שיהיה טוען יותר מחובו דהא הלנה כבר פרע וא"כ כל מה שנפחת מהמשפון פסידא הוא וקתבע ליה שישלם הפחת ונראה שתיבת מחובו מיותר ואגב שישטפא נקט והא דא"צ לישבע שבועת השומרים היינו כמ"ש הש"ף לעיל ס"ק קט"ז דבכרי אין חייב שבועת שומרים: אמנם מ"ש בסמ"ע ס"ק פ"ז בסופו והא דנפטור בהקיסת כו' ובמשפון פזה כ"ע מודים כמ"ש ל ולכאורה נראה שפוננתו למ"ש לעיל ס"ק פ"ב והוא תמוה דמה ענין משפון הוי הילך לכאן דהתם לענין הודאת הלנה למלנה אמרינו הכי שהמשפון תחת יד המלנה אבל פאן הרי המלנה הוא הנתבע ומודה מקצת והמשפון הוא תחת ידו ומה יושיענו זה שבא לידו בשעת הלנאה אדרבה כל זמן שלא הוציאו מתחת ידו להחזירו ליד הלנה לאו הילך הוא וכן נראה מדברי הש"ף בס"ק קד"ב שצריה להניחו בב"ד אף הח"צ בהגהת הט"ז השיג עליו דא"צ להניחו בב"ד דהוי כמו פקדון דכל היכא דאיתיה הוי ברשותיה דמריה והילך הוא וכ"כ הש"ף גופיה בריש סי' פ"ז דפקדון הו' הילך אף אם הוא ברשות המפקיד ולענ"ד נראה יותר דאפילו תימא דברשות המפקיד לא מיקרי הילך מ"מ פינון שעכ"פ הדין בזה עם המלנה שא"צ ליקח החפץ אע"פ שנתקלקל כמ"ש הש"ף פאן ובס"ק קי"ז וקי"ט נמצא שהלנה אין לו מעות ביד המלנה נגד מה ששנה המשפון עכשיו שהרי אין המלנה רוצה בו כלל ואומר ללנה שיקחנו לעצמו רק שהלנה יש לו דמים ביד המלנה בעד הפחת וזה יש לו לנפול מהחוב שמיגע למלנה ואין פאן התחלת הודאה כלל ולסברא זו פינון הע"ש שהביא הש"ף אלא שפייים והו"ל כמו הילך כו' ולענ"ד א"צ לדינא דהילך כלל דאפילו מ"ד הילך חייב מודה בזה: והנה הסמ"ע אזיל לשיטתו דס"ל דהמלנה מחויב לקבל החפץ פינון שנתקלקל בידו

ולקח שפיר קשיא ליה דהא הנה מ"מ ואמנם ע"ז י"ל דאע"ג שאין הלנה צריף לשלם
למלנה ויכול להכריחו לקבל החפץ מ"מ מה שהלנה תובע למלנה שפיר מסלקו שיהנה
לו חלק במשכון כמ"ש הסמ"ע לעיל אהא דמנפה לו חמשה מתוכו שא"צ ליתן לו
במזוננים וא"כ הנה חמשה שמודה לו המלנה הם חלקו במשכון והלכה שפיר הו"ל הילך
דאע"ג שהוא עדיין ביד המלנה מ"מ ברשותה דמריה הלנה קאי אף דכ"ז דוקא אם הסף
שמודה המלנה אינו עולה יותר מכפי ששנה המשכון עכשיו אבל אם הודאת המלנה
בפחת עולה יותר מכפי שניו של המשכון א"כ אף שמסלק לו במשכון מ"מ עדיין מחוייב
ליתן לו מה שמגיע יותר משנוי המשכון וכגון שהמלנה הלנה עשרים והמשכון הנה שנה
חמשים והמלנה מודה שנפחת ארבעים ומגיע להלנה עשרים נמצא שאף אם יסלק לו
במשכון עדיין מגיע לו עשרה ואם לפי דברי הלנה הי' שנה ששים הנה המלנה מ"מ ולכן
כתב הסמ"ע דכיון שהמשכון עדיין שנה יותר מכפי הודאתו הו"ל הילך ולא דוקא נקט
יותר דה"ה אם שנה כפי הודאתו ולא בא לשלול אלא אם אינו שנה כפי הודאתו רק
פחות מזה דאז הו"ל מ"מ ומ"מ מה שפייס הסמ"ע ובכה"ג כ"ע מודים דהו"ל הילך
כמש"ל זה תמוה וכמ"ש גם צ"ע על הסמ"ע דלפ"ז למה נדחק לומר דמ"ש בש"ע אינו
יודע כמה נפחת ר"ל דמסופק שפא לא נפחת כלל והיינו משום דקשיא לי דלמה לא הנה
משואי"ל משלם ובאמת אין זה קושיא לפמ"ש איהו גופיה דלא הנה מ"מ כשאומר לא
נפחת כלל משום דהו"ל הילך כיון שנוטל ההודאה במשכון א"כ מהאי טעמא גופיה לא
הנה משואי"ל ג"כ דאף שנאמר דבאמירתו איני יודע יש בכלל זה עכ"פ הודאה על
פרוטה מ"מ הן פרוטה א"צ ליתן לו מזומן רק במשכון והו"ל הילך: ולכאורה היה אפשר
לומר דאע"ג דבכה"ג לא הנה משואי"ל מ"מ כיון דהמלנה אומר שאינו יודע כמה נפחת
הו"ל כאומר פרעתי ואינו יודע כמה (וכמ"ש הש"ך דטענת פחת הנה פפרעון) ומבואר
לעיל ברמ"א סעיף ובמחבר סעיף דהלנה נוטל המשכון ואין עליו כ"א חרם סתם אלא
דלפ"ז לא מתרץ הסמ"ע מידי דמה בכך שאומר שפא לא נפחת כלל דמ"מ הו"ל כאיני
יודע אם פרעתי וזה צ"ע באמת מה בין זה להך דלעיל בא"י אם פרעתי ובפרישה
מבואר דקשיא ליה דלחוי משואי"ל משלם ע"ש: ועיין בש"ך שם ס"ק קי"ח בסופו
במ"ש א"כ הא כבר הוכחתי לעיל דאם קדשה במשכון כו' לענ"ד צ"ע שאין הגדון דומה
לראיה דהתם כיון דהמקדש גופיה לא קני ליה פשיטא דלא הוי קידושין כיון שאין
הפרוטה שלו וא"צ לסברא דמנה אין כאן כלל אבל אם הוא מקדשה במנה ונותן ע"ז
משכון חפץ שלו בהא אנו צריכין לסברא דמנה אין כאן ובזה שפיר יש לחלק דאע"ג
דאם בא עכשיו ליתן חפץ למשכון בעד מה שמודה אמרינו מנה אין כאן משכון אין כאן
ולא הוי הילך כמו בקידושין מ"מ אם המשכון אצלו משעת הלואה וקבלו להיות אצלו
נגד מעותיו שנתן לזה אז שפיר הוי הודאת הלנה שמודה לו מה שמגיע על המשכון כמו
הילך אע"ג דלא קני ליה כיון דמעיקרא קבליה במקום הדמים שנתן ואין זה ענין כלל
למקדש שרוצה לקדש במשכון שיש לו מאחרים דבזה כיון שהמשכון משעת הלואה
גרע כיון דלא קני לי וצ"ע: ומ"ש שם בסוף הס"ק ובביאור כתב אבן מגא"ש בשם
האלפסי דמשכון לאו הילך הוא עיין בשו"ת הרי"ף שגדפס מקרוב בק"ק ליווארני שכתב
ואם אמר אין לה בנדי אלא כה טול אותו בדמים כו' משמע דוקא בכה"ג הו"ל הילך אבל
אם לא אמר טול בדמים רק א"ל המתן עד שאפרע לבד לא והמגיע שם בסימני התשובות

כתב דמתשובה זו מוכח להיפך ממ"ש בן מיגאש בשמו ולא דק ויש ט"ס בס"ק זה וכצ"ל דלא אמר ר"י אלא שלא בשעת הלואה אבל בשעת הלואתו כו' והניח משכון עלי' אינה מקודשת דמנה אין פאן משכון אין פאן דאם נותן לו משכון לא מיקרי הילף א"כ הא כפר כו' כצ"ל: ונשם בסי' ע"ב ס"ק צ"ז שכתב בשם התוס' דהוי לוקח פחד סהדא אי לא דאין נשבעין על קרקעות דבריו צ"ע דהמענין בתוס' יראה דס"ל התם אמרינן מיגו במקום ע"א רק כדי דלא נימא דהוי מחשוי"ל פתבו דאין נשבעין על קרקעות ע"ש אלא דלשיטת ר"י לקמן נשם דל"ד ס"ל לחלק דהיכא דא"צ לישבע נגד העד שפיר אמרינן מיגו בכה"ג.

ונראה דלכך כתב הגמ"י פי"ד מהלכות טוען בשמו דמהימן לומר דר בו חד יומא במיגו דלא הי' שלף מעולם. וע"כ משום דהמוכר נאמן במיגו אע"ג שתוס' פתבו שהר"י דחה מהך דהמוכר הבית משום דהכא אם פא המוכר לזכות בטענה שלא הי' שלף לא הי' הלוקח מעפכה שידוע שהוא שלו מ"מ לא פליג כמ"ש הש"ך פאן ולקמן סי' קמ"ו משום דמ"מ יש להמוכר מיגו פיון שלא ה"ה צריף לישבע ש"ד נגד הלוקח שהוא ע"א משום דאין נשבעין ע"ק.

ולפ"ז במטלטלין שצריף לישבע נגד הלוקח שהוא ע"א בכה"ג לא הוי מיגו ושפיר כתב הש"ך ונ"מ במטלטלין כו'. ומ"ש שלא נראה פהרשב"א דדוקא בעידי ראיה הא לאו הכי אין שמעון עומד במקום עידי ראיה והמוכר הי' נאמן במיגו דהחזרתי לא הוי מיגו במקום עד דהיינו הלוקח שהוא נוגע צ"ע דהאיף שייף מיגו דהחזרתי פיון שהוא בעיני' ביד הלוקח ומה בכך שהוא נוגע הרי א"צ לעדותו שהרי החפץ בעצמו מעידו וא"ל שייכול לומר החזרתי ונתחתי ממך פיון שלא ראוהו ביד המוכר עצמו דא"כ אף היכא דאיכא עדי ראיה ביד הלוקח נמי נימא הכי.

ונה מבואר בש"ך לעיל דליתא וכן הוא פתוב בשם הרשב"א ודוקא לענין מיגו שלא הי' שלף מעולם שפיר פתבו התו' דאף דלוקח יודע מ"מ אלו פא המערער להוציא מיד המוכר לא הי' יכול שהי' נאמן במיגו שלא הי' שלף מעולם אע"פ שהלוקח יודע מיגו במקום עד מהני משא"כ פאן שאלו הי' החפץ ביד המוכר והי' נראה לפנינו בע"כ דמוכר פמו שהוא עכשיו שהלוקח מראהו בע"כ דמוכר הרי הי' מוציא מידו וא"כ מה יש לנו לטעון.

ומדברי הרא"ש והטור לקמן סעיף ל"ט מבואר ג"כ פן וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ס"ד (ואדרבה הט"ז תמה על מה שהוזכר הרשב"א ראה וכתב הח"צ בהג"ה שפוננתו לתשובת הרא"ש דלקמן): ומ"ש הש"ך דלא דמי דהתם לא הפקידו בידו דבריו תמוהים ונראה דר"ל דהתם שלא פא החפץ מיד לוי שאומר שחייב לו ליד ראובן הנפקד הלכך אין זה מיגו פיון שהוא ביד אחר משא"כ פאן שהחפץ פא ליד שמעון מיד ראובן שפיר אמרינן שיש לראובן מיגו היכא דליכא עידי ראה ואע"פ שעמה אינו בידו מ"מ פיון שפא מידו ליד שמעון מועיל לו מיגו פאלו עדיין בידו וצ"ע דסוף סוף עכשיו אינו בידו ומה בכך שפא מידו מתחלה.

ומ"ש דהרשב"א לשיטתו כמ"ש הה"מ בשמו גבי קרקע זה נכון ועי' בב"י בלשון הרשב"א דמיייתי ראיה בפשיטות להיפך דבמטלטלין ודאי טוענין שהמוכר קנוהו היכא

דליפא עידי ראה ביד הלוקח משום מיגו דהתנורת א"כ ה"ה בקרקע ואמנם הרשב"א ס"ל בתרנונייהו דכל שהוא ביד הלוקח שוב אין לו מיגו ואפשר דאף מאן דס"ל דבקרקע לא טענינן מודה במטלטלין דלא שייך מיגו וכמ"ש הרא"ש והטור וכמ"ל: ומ"ש בשם הרמב"ן ראי' מפורשים יש לדחות לפי מה דמשמע מלשון הרשב"א בתשובה שהביא הב"י דטעמא משום דהלוקח הוי פועדי ראה ע"ש שכתב אפטרופסים הוי פועדי ראה ור"ל דאף דאיפא ע"א שראה שוב הוי מחושואיל"מ פדלעיל ס"ק צ"ד וא"כ בפורשים לא שייך זה ועי' שם סי' קמ"ו ס"ק י"א פתב בשם הרמב"ן במלקמות דס"ל דהיכא דטעין המתזיק ג"ש מלפנים ובינתא דדר ביה קפאי יומא חד לא מהימן במיגו לענ"ד ליתא דמודה דמהימן כמ"ש בס"ק י"ג בשמו לענין אם אין למערער עדים כ"א ע"פ דמהימן במיגו וטענינן ללוקח רק פוננת הרמב"ן שם הוא פה היכא שפא בטענת עצמו ר"ל שאומר יודע אני שדר ביה המוכר באמת היה נאמן בדין מיגו אבל אנו אין טוענין לו שלקח הראשון אלא פשיש לו עדים בדירה חד יומא ר"ל פשהוא א"י שהמוכר דר לא אמרינן שפא אעפ"כ נטעון עבורו שפא יש למוכר שטר או עדים אין טוענין זה ונדוקא שיש עדים ע"ז או שאומר שידוע בעצמו נאמן במיגו כנלענ"ד לפענין במלקמות וחידישי הרמב"ן אינם פעת לפני ועי' לקמן בסמ"ע ס"ק ד"ו ובש"ך ס"ק קמ"ח: ומ"ש הש"ך שם בס"ג צ"ח על דברי הסמ"ע שלא ביאר יפה שהרב פתב חייב לפדותו משום תקה"ש ולענין תקה"ש לא שייך לחלק בין טוען שלקחו או נתן לו למשכון כו' נראה שהבין בכוננת הסמ"ע מ"ש אלא שנתן לו למשכון דהיינו ששמעון טוען שידוע לו שלוי נתן זה לראובן למשכון ואהכי קשיא ליה דתקנת השוק אין חילוק כו'.

ונה תמוה דהא בטענת יודע אני שלקחו א"צ להחזיר כלל וכן אם טוען יודע אני שנתן לו למשכון פשיטא שאין יכול להוציא ממנו עד שיתן דמיו אף בלא טעמא דתקנת השוק דהא לוי נאמן במיגו כמ"ש בידוע שלקחו.

ואם נאמר דמפרש בהסמ"ע שר"ל דשמעון טוען שאפשר שלוי נתן לראובן למשכון אבל הוא אינו יודע מזה ואמטי להכי קשיא ליה דל"ל לומר שטוען שאפשר שנתן למשכון דהא גם כשטוען שאפשר שלקחו איפא תקנת השוק ושניהם שוים בדינייהו מ"מ הלשון שכתב הש"ך ולענין תקנת השוק לא שייך לחלק כו' צ"ע: אף פשוט לפענ"ד בכוננת הסמ"ע דהסמ"ע נמי פוננתו שאין יודע מהלקיחה רק שראובן נתן לו חפץ זה למשכון ומסתמא בחזקת שהוא שלו נתנו לו ונקט בקצרה לשלול הלשון שכתב בש"ע שראובן נתן לו של לוי למשכון דמשמע קצת שידע שהוא של לוי ובכה"ג לא שייך תקה"ש.

אלא ר"ל ששמעון טוען סתם שנתן לו למשכון ובש"ע נקט של לוי דקושטא דמלתא הכי הוא. ואפשר דכוננת הש"ע לומר דאף דשמעון ידע שזה החפץ היה של לוי מ"מ שייך תקה"ש פנין שאינו יודע שעדיין הוא של לוי שפיר היה יכול לקנותו ממנו דאחזוקי אינשי כו' ומה שהגיה הסמ"ע לקוח הוא בידו נראה נכון שמ"ש הש"ך לגרוס בדי הוא דחוק דאע"פ שהדין דין אמת דה"ה אם טען שמכרו לו כו' וכמ"ש הש"ך מ"מ בש"ע לא נזכר מטענת שמעון בלקוח רק מטענת שמעון שקיבל למשכון וא"כ היאך פתח במשכון וסיים ואם אינו טוען לקוח כו' ולדברי הסמ"ע א"ש ועי' שם בש"ך שיש ט"ס וצ"ל וה"ה

אם טען שמעון שמכרו לו ואינו רוצה בו כצ"ל ושם בש"ה ס"ק ל"ו וא"כ בנו נמי פינו שלא הלנה כלום בו ועתה פשלוקח המשפון הוי כמשפךר בו.

לפענ"ד סברתו תמוה דאפילו תימא היכא שלוקח עתה המשפון הדין פן אף להנה דס"ל לעיל ס"ק ט"ז במשפנו שלא בשעת הלנאתו אינו משפךר מ"מ במת אביו והניח משפון נראה דלא שייך זה דמה לי הוא ומה לי אביו ואילו לא הנה נותן המשפון אז הנה הבן יורש המעות בעין ואין להמשפון טובה אצלו היכא שבא לו ירושה מאביו: ושם ס"ק נ"א וילענין הלכה בו וגם מהראב"ד גופיה משמע דמפח שהיה קשה לו בו הנה מוכרח לפרש דבש"ק הנה מ"מ בו נלענ"ד הא מפרש הראב"ד שהי' מ"מ פינון שגם לדבריו שהי' מלא סוגים עכ"פ יש פאן פרוטה א"כ הוי הודאה במקצת צ"ל כמ"ש הרשב"א בחידושי שבועות בשם הר"י הלוי פינון דאי טען ברי סוגים הי' מלא הי' פטור לגמרי משום טענו חזטים בו תו לא חשביןן שמא דידל' אף להודאה במקצת ואע"פ שר"י הלוי ס"ל דדוקא לענין שלא יהי' מחשויל"מ אמרינן הכי ולא לענין שיהי' פטור לגמרי פינון דיש פאן דררא דממונא דנדאי אפקיד גבי' בו ע"ש מ"מ הראב"ד לא ס"ל הכי וס"ל דאין לחלק וכמ"ש הרשב"א בשם הרמב"ן וע"ש עוד שהרשב"א פתב ג"כ תירוצי' הא דלא הוי מ"מ בש"ק דמייירי שלא נאבד ואומר הילך או דמייירי שאמר הילך דמי הש"ק ואת"כ כ' דכל דלא הו"ל למידע לא אמרינן מחשויל"מ והרבני החרירי מוה"ר משה יחזקאל נ' מזאמושטץ ב"ד הגאון מוהר"ר מרדכי נ"י אבד"ק סטנאב הקשה לי דהא הירושלמי אמר אחי עובדא קמי דרב נרב בשבועות לא ס"ל דמחויב שויל"מ אמןם אף שהגירסא בפוסקים פן מ"מ בבעל העטור אות ראיתי דגרסתו דאחי עובדא קמי דר' אמי ע"ש: ושם ס"ק נ"ג מ"ש א"כ אי הוי טוען ברי לא הוי הענה דהמלנה יחשוב שאינו יודע בו לענ"ד סברא זו צ"ע דאע"פ שיכול להיות שאינו יודע מ"מ לא נשכיח שישטעה לסבור בבירור ששנה פחות ממה שהוא שנה באמת וא"כ אם יטעון ברי שאינו שנה כ"כ הוי הענה וטפי הו"ל לומר דע"כ לא פתבו התו' שאין אמרים מיגו דאינו יודע שאין טוען ברצון אלא היכא שהדבר רגיל שידע משא"כ פאן שיכול להיות שבאמת אינו יודע וצ"ע: ושם בש"ה ס"ק נ"ה ושאינו ברשותו צ"ע דהא מייירי שיש עדים שנגנב ולולא דמסתפינא הייתי אומר שמצויין שלא במקומו וקאי אסעריף שאח"ז סעריף י"ד דאיתא ישבע המלנה ואהא קאמר צריף לישבע כשאר ש"ח בו ואע"ג דבש"ע גופא קאמר להנה ג' שבועות מ"מ אשמעין הש"ה דמאי דקאמר ישבע שנאבד באונס היינו שצריף לישבע שלא פשע קודם שנאבד שאנ"ב אף שלאח"כ נאבד באונס חייב פמבואר לקמן סי' רצ"ד ע"ש שוב נדפס ספר דגול מרבקה וראיתי שהג"י פן: ושם ס"ק ע"ד נראה שט"ס וצ"ל אם הלנה מודו לו עד כדי שניו וצל"ע בנה אע"פ דבכה"ג אם אבד המשפון באופן שהמלנה מחויב בתשלומיו שפיר מפרט הלנה בהקסות וכדלעיל סעריף ט' מ"מ פאן שהמשפון הוא בעין הרי המלנה תובע הסלע שלו ורוצה להחזיר לו משפנו והלנה מודה לו בשקל מה בכף שהמשפון שנה שקל מ"מ צריף הלנה ש"ד כדין מ"מ למ"ד דמשפון לא הוי הילך ועיין לקמן ס"ק ק"ח במה שהשיג על הב"ח דמבואר שם דדוקא אי משפון חשיב הילך נפרט מש"ד בגוונא דמשפון בעין: שוב ראיתי בסמ"ע ס"ק ע"ג דבכה"ג כ"ע מודו דמשפון הוי הילך ועיין בש"ה שם.

ועיין בס"ק פ"ב בסמ"ע ובש"ך ס"ק קי"ח השיג עליו ונשם ס"ק ע"ח עיין בריש"י ריש
ב"מ גבי שמא מלנה ישינה כו' משמע מדברי רש"י דאם חייב לו מעות יכול לתפוס חפץ
חבירו ולשבע עליו שהוא שלו פיון דאפילו גלימא דעל כתפלי משועבד לו וזה תימא
וצ"ע במפורשים שם.

ומצאתי בתשו' הרא"ש פלל ס"ד סוף סי' א' שכתב ג"כ אם יש לו מלנה ישינה אף
שבועת שווא אינו אם נשבע שהחפץ שלו ועיין בדברי הרנ"ה והרמב"ן שם ובחידושי
הארכתי: ושם בש"ך ס"ק פ"ח ונראה עוד להביא ראיה כו' נלענ"ד לדחות דעתם איפא
ריעותא שלא נזהר בשטר משה"כ במטלטלין אף שדרכן להשאיל מ"מ אין דרך הקונה
ליקח שטר ואפשר דגם הכא איתרע פיון דשוניה ראה ולא אמר מיד שהוא לקוח בידו
כמ"ש בס"ק צ"א לקמן ואמנם צ"ע אטו כל היכא שנעשה ראה צריכים העדים לשאלו
באיזה אופן בא לידו ועיין בתנאים שחלק על הש"ך ס"ק צ"א ושם ס"ק צ"ג מ"ש מתשו'
מהר"מ אלשקר אין דומה כ"כ דשאני התם שהוא בעצמו אמר סתם של פלוני הוא
משה"כ היכא שהנתבע שתק רק שראוהו בידו בסתם אין משם ראיה אבל מ"מ הדין דין
אמת דכיון שפבר ראהו אף שטען אח"כ עליו אינו נאמן אף שהי' בידו שלא להראותו
הוי מיגו למפרע כמ"ש בס"י מ"ז ובסימן נ"ו ובדונכתא טובא: שם בש"ע סעיף ל"ד יורש
שהוציא שטר כו' נשבע הנתבע היסת שלא החזיר לו המשכון כו' עיין בש"ך וסמ"ע
דמחמת זה הוצרכו לפרש דהיורש טוען שמא נאנס ובאמת דין זה איתא בשו"ת הרי"ף
סי' נ"ט ושם כתב וז"ל וטען היורש שזה המשכון אבד כו' ואפ"ל אמר היורש לנתבע אני
החזירתי לה המשכון אפ"ה השטר בטל אלא שמתחייב הנתבע היסת שלא הגיע המשכון
לידו ונפטר ואתי שפיר דלקה נשבעין משום דטענת ודאי הוא ועיקר כמסקנת הש"ך בזה
דגם בטור פוונתו לצדדין וכמבואר להדיא בשו"ת הרי"ף וצ"ע מ"ש הטור וספק אם
נאבד באונס או בפשיעה לפיכך השטר בטל וישבע זה היסת שלא החזיר לו המשכון
ושהי' שונה פנגד חובו ויפטר.

ובאמת ברי"ף איתא שהספק אם נאבד או לא ואפילו אמר היורש כו' וליתא שם שישבע
שהי' שונה נגד החוב דלא מיירי שמכחישו בזה פלל ומ"ש הש"ך ס"ק קמ"א דהט"ו לאו
דוקא שפכתוב פן בשטר מיירי ולא הוי מיגו להוציא פיון דאיפא שטרא וכן מבואר
מדברי הש"ך דאם היורש טוען ברי נאמן במיגו ליתא דא"כ יהא היורש נאמן במיגו פיון
שטוען ברי וצ"ע דהש"ך גופיה ס"ק מ"ב כתב דלצדדין קתני סימן ע"ה ס"ק א' הי' טענו
מנה ע"פ ע"א כו' לא יאמר לא' בא אני ואתה כו' לא ידעתי למה לא הנפירו הטור
והמחבר דינים אלו עכ"ל ע"ל ר"ס כ"ח שהביא הטור דין זה דלא יאמר לאחד וגם רמ"א
בהג"ה הביאו: ושם ס"ק ד' או שנתן לו במתנה נגד החוב עיין לעיל סי' ע"ב ס"ק קל"ו
שהביא הש"ך דברי הרמב"ם אלו ועיין בס"י שכתבתי שם שמה שהי' סובר הש"ך לפרש
דברי הרמב"ם בזה הוא דבר תימא ע"ש.

ושם ס"ק ל"ו אלא פשיטא שמ"ש לקמן קאי אכל מה שהזכיר מקודם נלענ"ד לפמ"ש
הש"ך דהכא מיירי בטענו ספק ע"פ עד אין לו להחרימ סתם שפיון שהתובע עצמו אינו
אומר ברי וצ"ע דאפשר דאעפ"כ שייך חרם סתם.

וְשֵׁם ס"ק נ"ו אֵלָּא נִרְאָה דְּבָכָל גִּוְנֵי פִּרְיָהּ מַה לִּי הוּא כו' וּכְמ"ש הֶר"ן אַח"כ דָּאֵי לֹא מִיגוּ הוּא כו' וְכֵן סִיגִים אַח"כ אֵלָּא דְקֶאָמַר דְּלִהְמוּנָהּ לְיִוְרֵשׁ כו' וְזֶה לֹא מִיגוּ וּכְמ"ש הֶר"ן כו' וְדִבְרֵיו צ"ע לַעֲנִיד דְּהֶר"ן שְׁפִיר קֶאָמַר לְשִׁטְתוֹ דַּס"ל דְּמִיגְרֵי בְּטוֹעֵן הַמְּלוּהַ בְּפִנְיָהּ הוֹדָה אֲבִיָּהּ וְלִכְּוֹן כְּתִב הֶר"ן דְּלֹא הוּי מִיגוּ דִּיטְעוֹן אִינוּ יוֹדַע פִּינּוֹן שְׁלִפֵי טַעֲנָתוֹ שְׁל זֶה ע"כ יוֹדַע הוּא רַק בְּשָׁבִיל הֵךְ סְבָרָא דִּיּוֹרְשִׁי לֹא הו"ל לְמִיגְרֵי אֲנַפְשִׁיָּהּוּ כְּוָלִי הַאי פְּטָרִינּוּן לְהוּ כְּשִׂאוּמְרִים אִינִי יוֹדַע מ"מ אִין זֶה טוֹעֵן פִּן בְּרִצּוֹן פִּינּוֹן דְּהו"ל לְמִידַע לְפִי טַעֲנָתוֹ שְׁל זֶה מִשָּׂא"כ הִיכָא שְׁזָה בְּעֶצְמוֹ אִינוּ טוֹעֵן בְּרִי שְׁהִיּוֹרֵשׁ יוֹדַע פְּגוּוֹנָא דְּמוֹקֵי הַש"ךְ פְּשִׁטָּא שְׁיֵישׁ לוֹ מִיגוּ שְׁהִיָּה טוֹעֵן אִינִי יוֹדַע שְׁהִרֵי הַתּוֹבֵעַ גּוֹפָא אִינוּ מְכַחֲשׁוּ בְּזָה וּמוֹדָה שְׁאֲפִשְׁר שָׂא"י מַה"ת לֹא יִטְעוֹן בְּרִצּוֹן פִּן וּמִיגוּ טוֹבָה הוּא וְחִלּוּק זֶה מְבִנְיָר בְּתוֹ וּבְפּוֹסְקִים בְּכַמָּה דְּוֹכְתֵי וְצ"ע וְשֵׁם בִּשְׁ"ךְ ס"ק י"ז כְּשִׁנְתָּבַע כו' הַנְּרָשִׁים בְּשִׁנֵי חֲצָאֵי עֵיגוּל מִן דְּלִיכָא לְמִימַר כו' עַד תִּיבַת וְדוּק אִין זֶה מְקוּמוֹ אֵלָּא שְׁיָיָה לְקַמֵּן אַחַר תִּיבּוֹת נֶאֱבָדוּ מִמֶּנּוּ וִיָּהּ פְּטוּר לְכָאן צְרִיף לְהַעֲתִיק הֵךְ דְּלִיכָא לְמִימַר כו' וּמ"ש אֵלָּא תִּשׁוּ הֶרָא"ש כו' וְהֵם מְמַעוֹת שְׁל שְׁמַעוֹן שְׁנָתוֹן לְלוֹי לְהַשְׁבִּיחֵן וְאַח"כ פְּכַר לְוִי שְׁלֹא נָתַן כו' כַּצ"ל: וְשֵׁם ס"ק ע"ד וּלְפ"ז אִם מ"מ שְׁטַעֲנּוּ אַתָּה יוֹדַע כו' חֲזִיב ש"ד כו' צ"ע לְעִיל ס"ק נ"ו בְּתֵרֵי שְׁנוּיָא דְּהֶר"ן שְׁהִבִּיא הַש"ךְ וְכ' דְּמִשְׁמַע מִהַפּוֹסְקֵי כְּשִׁנְוִיָּא בְּתֵרָא דְּהֶר"ן וְאִין מְחַוְּבִים רַק הִיסֵּת וְשֵׁם ס"ק כ"ג וּמִזָּה יֵשׁ לְלַמּוֹד בְּהַלְוָה עַל הַמְּשַׁכּוֹן כו' כּוֹתֵב הַרְשָׁאָה לְקָרוּבוֹ וּקָרוּבוֹ נְשַׁבֵּעַ כו' צ"ע בְּזֶה דְּהַלְוָה יוֹכַל לֹמַר הַאִיף לֹא מְהִימֵן לִי בְּשִׁבּוּעָה וּמִתְחַלְלָה עַל נֶאֱמַנּוּתָהּ לְבַד מְשַׁכְּנֵתִי בְּלֹא עֵדִים וְשִׁטְר שְׁיִדְעֵתִי שְׁלֹא תִּכְפּוֹר בִּי מִשָּׂא"כ לְאַחַר לֹא הֶאֱמַנְתִּי כְּלָל וְאִיף יוֹכַל לְגַבּוֹת בְּשִׁבּוּעָתוֹ וְעֵינֵן לְעִיל ס' ע"ב סְעִיף ל"ט וּבִסְמ"ע ס"ק קי"ב וּבִשְׁ"ךְ שֵׁם וְצ"ע דְּגַם שֵׁם הִי אֲפִשְׁר שְׁבַעֵל הַמְּשַׁכּוֹנוֹת? תַּן הַרְשָׁאָה לְשׁוֹתְפוֹ וְיִשְׁבַע וְיִטוֹל וְאֲפִשְׁר לְדַחוֹת דְּדוּקָא בְּגוּוֹנָא דְּהֶקָא שַׁע"כ"פ הוּא יוֹדַע שְׁחִיב לוֹ אֵלָּא שְׂאִינוּ יוֹדַע כְּמָה מִשָּׂא"כ הֵתֵם שְׁהִיּוֹרְשִׁים טוֹעֲנִים שְׂאִינוּ חֲזִיב כְּלוּם וּבַכָּה"ג אֵף הַרְשָׁאָה לֹא מְהַנִּי: וְשֵׁם ס"ק פ"ז שְׁהַמְּלוּהַ בְּעֶצְמוֹ יִמְצָאנוּ אוֹ שְׁמָא מְשַׁקֵּר צ"ע דִּי"ל דְּכִנּוּנַת הַג"ת דְּהֶרִי מ"מ א"צ לְבַטֵּל הַשְׁטֵר רַק שְׁיַקֵּחַ כְּתוּב מִהַב"ד שְׁהַמְּלוּהַ אוֹמַר לְפִנְיָהֶם שְׁהִיָּה לוֹ שְׁטֵר וְנֶאֱבָד וְגַם אִם הַמְּלוּהַ מוֹצָאוֹ אַח"כ בְּעֶצְמוֹ בַּכָּה"ג שְׁפָכַר אָמַר לְפָנָי ב"ד שְׁנֶאֱבָד אִם גּוֹבָה בּוֹ וְשֵׁם ס"ק פ"ח אוֹ שְׁטוֹעֵן פְּרַעֲתִיָּהּ בִּינוּ לְבִינֵי וְיִבּוֹאוּ עֵדִים שְׁהַנְּמָנָה אֵל תְּפָרְעֵנִי אֵלָּא בְּעֵדִים וְאִם טוֹעֵן שְׁבָאָמַת לֹא אָמַר לוֹ אֵל תְּפָרְעֵנִי כו' א"כ בְּוֹדָאֵי לֹא יְבּוֹאוּ עֵדִים.

אֲמַנָּם בְּסִי ע' ס"ק י"א כְּתִב הַסְּמ"ע דְּוֹקָא כְּשִׂאָמַר לוֹ בְּפָנָי עֵדִים דַּאל"כ יֵשׁ לוֹ מִיגוּ דְּלֹא אָמַר לוֹ פִּן וְזֶה צ"ע לְהֵךְ טַעֲמָא שְׁכַתְּבַת בְּשֵׁם ה"ה שְׂאִין כָּאֵן דִּין מִיגוּ שְׁהִרֵי הוּא מוֹדָה שְׁלֹא קִיָּים הַתְּנָאֵי כו' וְאֲפִשְׁר דְּדוּקָא מִיגוּ דְּקִיָּיִמְתִּי תְּנָאֵי לֹא אֲמַרִּינּוּן מִשָּׂא"כ הִיכָא שְׁלֹא הִיָּה עֵדִים יְכוּל לֹמַר פְּרַעֲתִיָּהּ בִּינֵי לְבִינָהּ וְסְמַכְתִּי שְׂאוּכַל לְטַעוֹן לֹא הַחֲזוֹרְתִי וְכִמוֹ בְּשִׁטְר שְׁיֵישׁ בּוֹ נֶאֱמַנּוֹת וְאִינוּ מְקוּיָם שִׂאֵעַפ"כ יְכוּל לְטַעוֹן פְּרַעֲתִיָּהּ בְּמִיגוּ דְּמַזְוִיָּיָהּ עִם הַנְּאָמְנוֹת.

סִימָן פ"א ס"ק יו"ד בִּשְׁ"ךְ בְּסוּפוֹ לְכָהּ פִּי ר"י דְּבַעֲיָנוּ שְׁיִטְעוֹן דְּוֹקָא מְשֻׁטָּה וְלֹא בְּטַעֲנָה שְׂאִינוּ חֲזִיב לוֹ וְהִכִּי מוֹכַח מִמָּה דְּמִסִּיָּים בָּהּ אֲבָל שְׁלֹא לְהַשְׁבִּיעַ אִפִּי לֹא טַעֵן טַעֲנִינּוּן לִיָּה וְהִינּוּ ע"כ כְּשִׁטְעוֹן כו' כַּצ"ל ר"ל שְׁכֵן מְבִנְיָר בְּסְעִיף ד"א גְּבִי שְׁלֹא לְהַשְׁבִּיעַ שְׁטוֹעֲנִין לּוֹ הִינּוּ כְּשִׁטְעוֹן אִינִי חֲזִיב לָהּ כְּלוּם ע"ש.

וְשֵׁם ס"ק י"ט וְרֵאִיתִי בְּסֵמ"ג כּו' כַּדְאֵמֵר בִּירוּשְׁלַמִי כּו' בְּכָאן צָרִיף לְנִקְוֹד ב' נִקְוֹדוֹת
וְאֵח"פ מִתְחִיל לְפָרֵשׁ שְׁאָר דְּבָרֵי הַפְּשָׁנָה שְׁאֵמְרָה עַד שְׂיֵאמֵר בְּפִינּוּ הוֹדָה שֶׁר"ל דָּרָף
הוֹדָאָה וְקִבְצָם לְשֵׁם עֵדִים אֲבָל בל"ז צָרִיף אֲתָם עַדִי וְהֵינּוּ דְקֵאֵמֵר מְסִיעֵה לִּיהַ לְרַב ר"ל
מְדִיּוּקָא דְמִתְנִי': וְשֵׁם ס"ק כ"ב וְז"ל הֶרְמֵב"ן שֵׁם אֵמֵר הַפּוֹתֵב כּו' אֲפִילוּ בְּהוּא א"ל (נ"ל
שֶׁצ"ל לְנו) נְמִי פִינּוּ כּו' וְנִפְלְאֵתִי עַל הַג"ה זֹו דְּוֹדָאֵי הַדְּבָרִים כִּפְשָׁטֵן דְּבְמִתְנִי' שֵׁם קְתָנִי
פְלוּנִי אֵמֵר לִי הוּא אֵמֵר לִי כּו' וּבְפְלוּנִי אֵמֵר לִי לֹא מְהֵנִי מִשּׁוּם דְּהֵנִי עַד מְפִי עַד וְהוּא
א"ל לֹא מְהֵנִי מִטַּעַם הַשְּׁבָעָה וּמִתְחִלָּה פְּתַב הֶרְמֵב"ן דְּלִדְיָדִיָּה מִי נִיחָא מִתְנִי' הָא קְתָנִי
אִישׁ פְּלוּנִי א"ל וְלֹא קְתָנִי אֵמֵר לְנוּ וּר"ל דְּלָמָּה נִקְטַב בְּזָה לְשׁוֹן יַחֲדִיד דְּהָא וְדָאֵי אַף שְׁנֵינִים
שְׁשָׁמְעוּ מְפִי עַד לֹא פְלוּם הוּא וְאֵח"פ פְּתַב הֶרְמֵב"ן דְּאֲפִי' בְּהָדָה הוּא אֵמֵר לוֹ דְּמִיָּרִי
מִטַּעֲנַת נְמִי תִקְשִׁי דְכִינּוּן שְׁמַעְצָמוּ אֵמֵר לְהֵם שְׁפִיר מ"מ טַעֲיִן שְׁלֵא לְהַשְׁבִּיעַ אֲפִי' בְּאֵמֵר
לְשָׁנִים וְלָמָּה לֹא קְתָנִי לְנוּ כּו' וְזֶה בְּרוּר וְשֵׁם ס"ק פ' וְהַב"ח פְּתַב דְּעֵיקָר דִּינָא תְלוּי כּו'
וְתִימָא שְׁהַר"י גַּם מִהַר"ךְ כ' דְּנִשְׁבַּע כּו' הַמְעַיִן בְּב"ח יִרְאֶה שְׁהַקְשָׁה דְּמָה יוֹעִיל שְׁבוּעַת
רְאוּבֵן שֶׁא"ל שְׁמַעוּן דְּאֲפִי' נִאֲמִין לוֹ שְׁפָף אֵמֵר שְׁמַעוּן מ"מ א"צ לִיתֵן לוֹ דְּאֲפִי' לְדַעַת
בְּעַה"ע בְּסַעֲיָה הַקּוֹדֵם הֵינּוּ דוֹקָא שְׁפָכָר נִתֵן לוֹ לְשֵׁם רִיוּחַ אֲבָל בְּלֹא נִתֵן עַדִינּוּ רַק
בְּאֵמִירָה בְּעֵלְמָא לֹא מִשְׁתַּעֲבַד דִּיכּוֹל לְטַעוֹן מְשֻׁטָּה וְאֲפִי' אֵמֵר לְהַד"מ הו"ל כְּטוֹעֵן מְשֻׁטָּה
דְּמִילִי דְכָדִי כּו' וְא"כ שְׁפִיר יְכוֹל גַּם שְׁמַעוֹן וְלוֹי לְתַבְנֵעַ רְאוּבֵן שְׁלִקַח מְהֵם בְּחֻנָּם בְּכַח
הַשְּׁטָר דְּבִאֲמַת לֹא הִי שֵׁם רִיוּחַ פְּלֵל וְע"ז תִּירָץ דְּבִאֲמַת מְחַמַת אֲמִירַת שְׁמַעוֹן לְבַד לֹא
הִיָּה מִתְחַיִּבִין פְּלֵל פִּינּוּ שְׁטוֹעֵן לְהַד"ם וְהוּי כְּטוֹעֵן מְשֻׁטָּה וּמְמִילָא דְּגַם שְׁבוּעַת רְאוּבֵן
שְׁנִשְׁבַּע שְׁאֵמֵר לוֹ כֵּן לֹא מְהֵנִי מִיָּדִי דְּהָא אֲפִי' אִם בָּאוּ עֵדִים שֶׁא"ל הו"ל מִילִי דְכָדִי
וּמכ"ש ע"י שְׁבוּעַת רְאוּבֵן אֲלֵא עֵיקָר הַטַּעַם הוּא לְפִי שְׁעַתָּה כְּכָר נִתְנוּ לוֹ הֶרְוּחִים וְכִינּוּ
שְׁנִתְנוּ לוֹ לֹא פֵל כְּמִינִיָּהוּ לְאֲפּוֹקִי מִיָּנִיָּה וְאֲפִי' שְׁבוּעָה א"צ וְמָה שְׁטוֹעֲנִים שְׁמָה שְׁנוֹתְנִים
לוֹ הוּא לְפִי שְׁהִיּוּ מְוַכְרָחִים מְחַמַת הַשְּׁטָר שְׁהִיָּה בְּיַד רְאוּבֵן אִין זֶה פְלוּם פִּינּוּ שְׁלֵא מְסַרוּ
מוֹדְעָא וּלְפ"ז פְּשִׁיטָא דָּאִין נ"מ בְּדִין זֶה פְּלֵל מְחַמַת שְׁנִשְׁבַּע רְאוּבֵן דְּאֲפִי' אִם שְׁמַעוֹן
מְכַחִישׁוּ שְׁלֵא אֵמֵר מַעוּלָם מ"מ אִין אֲנוּ מְזַכִּי' לְרְאוּבֵן מְחַמַת שְׁנִאֲמֵן שְׁאֵמֵר לוֹ שְׁמַעוֹן
אֲלֵא עֵיקָר הַזְכוּת שֶׁל רְאוּבֵן מְחַמַת הַנְּתִינָה שְׁנִתְנוּ לוֹ לְשֵׁם רְוּחִים וְמָה לְנוּ אִם אֵמֵר
מִתְחִלָּה אוֹ לֹא אֵמֵר וְאִם לֹא הִי נִוְתָנִים לוֹ אַף שְׁבוּעַת רְאוּבֵן אִינוּ מוֹעִיל דְּאֵף אִם הָאֵמַת
כְּדָבְרִי מ"מ פִּינּוּ שְׁטוֹעֵן לְהַד"מ י"ל שֶׁא"ל מִילִי דְכָדִי רַק הַעֵיקָר מְחַמַת נְתִינָה שְׁלֵאֲחֲרִי
וּלְכָף שְׁפִיר הַשִּׁיג עַל הַסַּמ"ע שְׁכַתֵּב דְּלִגְבִי לֹוי לֹא הִי צָרִיף לִישְׁבַּע שְׁטוֹעֵן שְׁמָא רַק
לְגַבִּי שְׁמַעוֹן אִם מְכַחִישׁוּ דְבִאֲמַת ז"א דְּמְחַמַת אֲמִירָה לֹא הִי מוֹעִיל שְׁבוּעַת רְאוּבֵן אֲלֵא
הֵם הִיּוּ נִשְׁבָּעִין וְנִפְטָרִין רַק שְׁשֵׁם עֹבְדָא הִכִי הוּי שְׁשִׁמְעוֹן הַכְּחִישׁוּ וְהַלָּךְ רְאוּבֵן וְנִשְׁבַּע
שְׁהָאֵמַת כְּדָבְרִי אֲבָל לְדִינָא לֹא נ"מ מְזָה דְבִין נִשְׁבַּע אוֹ לֹא מ"מ זָכָה רְאוּבֵן מְחַמַת
הַנְּתִינָה כֵּן הוּא בְּרוּר בְּכּוֹנֵנַת הַב"ח לְמַעַיִן שֵׁם: וּמ"ש הַב"ח דְּעֵיקָר הָאֵי דִינָא תְלוּי
לְהַרְא"ש בְּמָה דְּהֵיב לִי שְׁמַעוֹן לְשֵׁם רְוּחָא כּו' נִקְטַב הִכִי פְלַפִּי מָה דְּמִיָּרִי הֵתָם מְלִשׁוֹן
תְּשׁוּ הָרֵא"ש שְׁכַתֵּב וְז"ל וְאֲפִי' אֵמֵר טַעֲיִתִי בְּמָה שְׁנִתְתִי לָךְ וְהַחֲזֹר לִי דְּאֲדַרְבָּה אֲלַמְלֵא
לֹא דְקֹדֵק וְעַמְד עַל הַשְּׁבֹוֹן יָפָה לֹא הִי נִוְתֵן לוֹ וְמָה שְׁטַעֲן דְּמְחַמַת אֲוֹנָס כּו' וּמְזָה הוֹכִיחַ
דְּעֵיקָר הַדִּין מְחַמַת דְּהֵיב לִיהַ לְשֵׁם רְוּחָא וּלְכָף נִקְטַב הַב"ח דְּהֵיב לִי שְׁמַעוֹן כּו' אֲבָל
פְּשִׁיטָא דַּה"ה וּמכ"ש אִם שְׁמַעוֹן וְלוֹי נִתְנוּ לוֹ כ"א חֲלָקוּ דְּדִינָא הִכִי פִינּוּ שְׁנִתְנוּ לְשֵׁם
רִיוּחַ וְלֹא מְסַרוּ מוֹדְעָא וְגַם מְשַׁמַּע לִי לְהַב"ח שְׁשִׁמְעוֹן הִי הַנּוֹתֵן מְפַעוֹת הַשְּׁוֹתְפוֹת

שת"י מדתלי האי דינא בקא דשנתפין אחראין כו' והיינו דכינו דשנתפין אחראין כו' א"כ מה שנתן שמעון הני כשניהם נתנו לו לשם ריווח פיון שהי' בידו לתבוע את שמעון בעד הפל משא"כ אם אין שמעון מחוייב להשיב לו דבר בעד לוי א"כ אף שנתן שמעון לראובן גם חלקו של לוי שפיר הוי מצי טעין לקחתי מעות שהי' ת"י שמעון שלא כדיון ואני לא נתרצתי בנתינה זו כלל שנתן שמעון דבאמת לא הי' ריווח כלל כ"כ ולא כל כמינני' דראובן לזכות במעות של לוי בשביל מה שנתן לו שמעון מעות של אחרים אף דבאמת הדיון דשנתפין אחראין א"כ מה שלקח ראובן משמעון שפיר זכה בכלולו ולוי באמת יכול לחזור על שמעון אם שמעון נתן שלו מדעתו: סימן פ"ב בכללי מיגו ס"ק ב' וא"כ מנהג עדיף מחזקה צ"ע דהא אם טוען נגד החזקה דאין אדם פורע אף היסט אין המלנה צריף לישבע ונגד המנהג צריף לישבע היסט שלא שינה ממנהג כמבואר במה שהביא דברי רב האי בשערי שבועות ואפשר לפי מ"ש הש"ך לעיל שצריף לישבע אחר הפרעון היסט א"כ י"ל מה שצריף לישבע גבי מנהג היינו לאחר הפרעון אבל אין זה במשמע.

ושם ס"ק ר"ד ולא מהימן במיגו דאי בעי אמר לאונסי כו' אני תמה דהתם פיון שעכ"פ הוא עושה עצמו רשע מה בכך שיש לו מיגו פיון דמתורת עדות אתינין עלה והתורה אמרה אל תשת רשע עד והתם עדות של דיני נפשות הוא ופשיטא דלא קטלינו ע"י מיגו שיש לעד: סימן פ"ד ס"ק ג' ועוד דאי כשטוען הלנה ישבע לי כו' אמאי גובה מיתמי בטעון להו כו' הדבר צ"ע דמאן לימא לן דפוגם שטר תוף זמנו א"צ לישבע נגד היתומים דהא איתא לעיל סי' ע"ח דגבי מיתמי בלא שבועה דוקא כשלא פגמו שאז אף אם הלנה חי וטוען אשבע לי א"צ לישבע הלכה אף נגד היתומים א"צ לישבע משא"כ פוגם וצ"ע: סימן פ"ה ס"ק א' הא לא"ה.

נאמן ראובן במיגו צ"ע דלקמן ס"ק ג' כתב דאפילו נאמנות כבי תרי לא מהני נגד חזקה זו דאנן סהדי אם פן מאי מהני מיגו הא הוי מיגו במקום עדים פיון דחזקה זו במקום עדים עומדת וכן צריף עיון לקמן ס"ק ג' בהג"ה כתב דנאמן במיגו דיוכל לומר לא פרעתיף הא הוי מיגו במקום עדים: בסי' פ"ט ס"ק ח' וכה"ג כתב הרא"ש פ"ק שור שנגח כו' נלענ"ד דכאן לא הנה צריף לזה דאפילו תימא דלא תלוי בעיקר דינא דאיתמר ביה הפלוגתא מ"מ פאן פיון שהדין נותן דהיכא שעובר בכל תלין בעה"ב מהימן ואם לאו שכיר מהימן א"כ ממילא פיון דקי"ל כרב לענין איסורא דבל תלין ודאי דההך בקא תליא: שם ס"ק ט' לא ירדתי לסוף דעתו דהא בזמנו עסקינן דליפא משום ב"ת כו' ואני לא ירדתי לסוף דעת הש"ך דכוננת הרמב"ן פשוט דהא פיון דמכחיש ליה בעה"ב ואינו משלם לו א"כ אע"ג דהשתא הוא תוף זמנו מ"מ כשיעבור זמנו יעבור משום ב"ת: שם ס"ק יו"ד דנדאי למ"ד אוןמן קונה כו' כפר כתבתי לעיל שצ"ע על הרמב"ן וש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' עי' שם וכן קשה על דבריו פאן ובאמת קונה בשבח פלי אפרו אבל לא את הפלי עצמו ופשיטא דגם בעה"ב מצי מקדש בו אף בעודן בבית האוןמן ומיירי לענין לתפוס הפלי על השכירות שפיר כתב הרמב"ן שיש לו בגוף הפלי עד דיהיב ליה שכירותו דמה שהשביח הוא בפלי קני ליה אבל מ"ש הש"ך דההך דכל האוןמנין ש"ש מיירי בדליפא שבתא זה צ"ע כו' כמ"ש במקום אחר בזה: סימן צ"ב בסמ"ע ס"ק ט' חשוד על השבועה משום דהני פסולי עדות כו' והנה תמוה דמאי ענינו לכאן דאמרין דחשוד על ממון חבירו הוא פסול לשובעה.

ונראה ברור לפענ"ד שהוא ט"ס וצריף לציינן הס"ק אצל תיבת נקרא חשוד הקודם לו וקשיא לסמ"ע מה תלה דין חשוד במי שפסול לעדות מחמת עבירה וע"ז פתב משום דהני פסולי כו' ותיבת חשוד הפתוב בסמ"ע הוא ט"ס וצ"ל להכי תלוי חשוד על השבועה בפסולי עדות בס"ק ז' בסופו צ"ל וכמ"ש בסי' ל"ד בפ"ש הר"ב"ש ע"י שם: בס"ק נ"א ו' בסופו וכ"ש דפסול בנשבע שיאכל ואינו אוכל צ"ע דנדאי בס"ק ז' שפיר פתב פיון דס"ל דאינו פסול בנשבע שלא יאכל ואכל שהוא בקום ועשה כ"ש שאינו פסול בנשבע שיאכל ואינו אוכל שהוא שב וא"ת משא"כ פאן דמייירי לדיעה הראשונה דס"ל דפסול בשבועה דלהבא דלמא מ"מ לא פסלי רק בקום ועשה וגם הו דחרם אפ"ש דדוקא בהכי מייירי שעבר בקום ועשה אבל בשב ואל תעשה ס"ל פהריב"ש ואף אם ת"ל שיש דיעות הסוברים לפסול אף בלהבא ובשב וא"ת מ"מ מפאן אין לו הכרח לזה וע"ע: סימן צ"ג סעיף ד' בהג"ה היינו אם בא ליטול כו' אין חילוק בין נושא ש"כר כו' לפענ"ד אין מוכן דמה ענין חילוק בין נושא ש"כר לכאן דאטו דיעה ראשונה ס"ל לחלק שהוצרך לכתוב דיעה זו ס"ל דבא ליטול אין חילוק והמענין בב"י יראה דשני פלוגתות הם פלוגתא אחת בין הרמב"ם והרשב"א אם השבועה הוא גם בבא לפטור או דוקא בבא ליטול ופלוגתא שני' בין התוס' והרמב"ם אם חייב שבועה אפילו בנוטל ש"כר על שליחותו או לא ומעתה הדבר מבואר שיש ט"ס בהג"ה וכן צ"ל היינו אם כו' ובא ליטול וע"ז צריף לכתוב הצינן ב"י בפ"ש הרשב"א סי' תתקד"ד אשר בעיגול ואח"כ צ"ל ואין חילוק בין נושא ש"כר או לא וכן המקבל כו' והוא דעת הב"י ממשמעות הרמב"ם ויש חולקים בזה והוא דעת התוס' והוא ברור ועינתי בד"מ הארון שפ"די בכ"י והמענין שם יראה מבואר כמ"ש ואין מן זכר שם ענין בש"כר אצל הפלוגתא דבא ליטול והוא ענין אחר לגמרי וקצרת.

ותימא על הסמ"ע ס"ק י"א שגראה שתפס הדברים של הגהות רמ"א פמות שהם ופירש דדוקא בשבא ליטול ריווח או הוצאות אבל בא ליטול ש"כר שליחות אין חילוק כדמסיק מור"ם ואם ר"ל כשבא ליטול ש"כר שליחות א"צ שבועה כדן בא לפטר לענ"ד ליתא דכיון דעכ"פ הוא בא להוציא צריף שבועה להרשב"א.

ואפ"ש שבא לומר דהרמ"ה בא לפ"ש דלא תטעה לומר שהפירוש בא ליטול היינו לומר שהוא שליח הבא בש"כרו לזה קאמר דבא ליטול פירושו חלק אבל אין הפירוש שהוא שליח בש"כר גם זה הוא תמוה מאוד דפשיטא שאין לפ"ש בא ליטול היינו שליח בש"כר דמאי בא ליטול דקאמר (וגם הרמ"א מסיים ואין חילוק בין בנושא ש"כר) שעיקר החילוק אם הוא שליח בחנם או אם קצץ לו ש"כר על שליחותו והמענין יראה שדברי הרמ"א פשוטין כמ"ש: ויש ס"ק ר"ו בסמ"ע וכצ"ל ה"ה אם אינו טוען ששמעון יודע בנדאי כו' וכן הוא בב"י וע"י ש"ף ס"ק ט"ו במ"ש א"כ נדאי אינו יודע שהרי שמעון לא היה שם בשעה שנתעסק כו' הוא תמוה דהא השתא לא מייירי מזה ששמעון לא נתעסק אדריבה הרי התחיל וכ' ונשתתפו ונשארו ונתנו ביחד והמון כולו ביז ראובן מבואר דהעסק היה ביחד (רק שענתה המון שנשארו מהשותפים הוא ביז ראובן ולכן ראובן נאמן בשבועה על המנה שת"י שאם לא היה תח"י ראובן לא היה נאמן כלל פדלקמן) וכן מבואר מהא מלתא גופא דנקט שראובן טוען ששמעון יודע בנדאי כו' הרי דמייירי בענין ששמעון היה אצל העסק ובסיפא דמייירי ששמעון לא נתעסק אפ"ה מצי למטעון דהכי מתרמי ששמעון יודע וברישא דמייירי בנתעסק בפשיטות כן הוא שהיה שם בשעת העסק ולכן ראובן

טוען עליו ש'יודע ואהא שפיר קש'א להו פ'ינן דס"ס צ'ריף למ'נקט בג'וננא ש'יוכל לה'יות ש'שמעון יודע א"כ א"צ ראובן לטעון ב'רי והוא פשוט לענ"ד: שוב ראי'תי בב"ח ש'פכתב לתרץ משום ד'אין רגלים לדבר וה'ינו פ'ינן ש'המ'מון ב'יד ראובן על הרוב הוא מתעסק כו' ולפענ"ד הוא תמ'יה ש'הרי מב'אר ש'נשא'ו ונתנו יחד (ומ"ש ש'המ'מון ב'יד ראובן כ'בר פ'כתתי לעיל) וגם הט"ז פ'תב הת'רוץ ד'אין רגלים לדבר ולפענ"ד ד'ברי הב"י והסמ"ע נ'כון ד'כ'ינן דלפי טענת' ד'השתא טוען ש'יודע ב'ודאי וא"כ מסתמא ה'יה עכ"פ אצ'ל העסק וכמ"ש ב'ריש ד'בריו ש'נשא'ו ונתנו יחד א"כ אף אם לא ה'יה ב'רי לראובן ש'שמעון יודע ב'ודאי ה'יה יכול לגלגל ש'אין לה רגלים לדבר יותר מ'זה ש'סתם ש'ותף נ'ותן לב לדעת עסק המו"מ של הש'נותפות אם ע'שה והצ'ליח או לה'יפוך וא"כ בסתם יכול לגלגל עליו כנלענ"ד: סי' צ"ד ס"ק י"ב ב'ש"ף יש שם חסרון וט"ס במ"ש שוב מצאתי בתשובת הרש"ב"א כו' ואם זה כופר הכל הו"ל ש'בועה ד'רבנן ו'יכול להפכה עכ"ל הרש"ב"א ופשוט ש'אם לא קפץ ונשבע אעפ"י ש'נסתלקו מן הענין מה בכך ה'ה עכש'יו מ'גלגל עליו כו' כצ"ל ו'כוננת הש"ף ב'זה משום ד'לכאורה ה'יה מקום ללמוד מד'ברי הרש"ב"א ד'אין לגלגל ד'ין ש'בועה חמורה ש'נתחייב אלא אם מ'גלגל ת'יקף ב'אותו מעמד ש'נתחייב הש'בועה אכל אם נסתלקו מן הענין ש'בועה אחרת הוא זו אף ש'עדיין לא נשבע ש'בועה ש'נתחייב בה דאל"כ מה משמיענו הרש"ב"א ב'זה ש'אם נסתלקו כו' דפשיטא פ'ינן ש'כ'ר נשבע ש'בועה חמורה ש'נתחייב בה בב"ד מה ד'ין גלגול ש'יף פ'ינן ש'כ'ר נסתלק ח'יוב ע'יקר הש'בועה ש'הרי כ'ר נשבע ולכן פ'תב הש"ף דז"א ד'ודאי כ"ז שלא קפץ ונשבע ועדיין ח'יוב ש'בועה מ'וטלת עליו מה בכך ש'נסתלקו מהמעמד ש'חייבוהו הש'בועה ה'ה עכש'יו מ'גלגל עליו ב'שעה ש'בא זה ל'ישבע הוא יכול לגלגל עליו ש'הרי לא נסתלק מעליו ח'יוב הש'בועה ומ"מ אש'מע'ינן הרש"ב"א ב'זה ש'פכתב לחלק בין נסתלקו דא"י לגלגל אחר ש'קפץ ונשבע דאע"ג דמה ש'קפץ ונשבע ה'יה אחר ש'כ'ר רצה זה לגלגל עליו וסד"א פ'ינן ש'כ'ר אמר זה התובע ש'רצה לגלגל עליו ק'ודם ש'קפץ ונשבע אינו מועיל פ'ינן ש'זה קפץ ונשבע ושוב נסתלקו מן הענין ולא צ'ונח מ'יד ב'אותו מעמד ש'ישבע על מה ש'גלגל עליו אע"ג דלא ה'וי כ'מחילת התביעה גופא מ"מ ה'וי כ'מחל לו שלא ישבע עוד בתורת גלגול פ'ינן ש'נסתלקו מן הענין בשתיקה ומה ש'זה חוזר ותובעו תביעה אחרת הוא זו (וה'יה נראה לענ"ד ש'יש ט"ס בתשובת הרש"ב"א וצ"ל תביעה אחרת הוא זו) ואם הוא כ"ה אין פ'אן רק ש'בועה ד'רבנן כו' כ'ן הוא פ'וננת הש"ף ו'הוכרח לכ'אר זה לפי ש'ה'יה מקום לומר דמד'ברי הרש"ב"א אין פ'אן ראי'ה לסתור ד'ברי הטור והש"ע ד'כ'ינן ד'הרש"ב"א פ'תב ד'בנסתלקו מן הענין ש'בועה אחרת הוא י"ל ד'כוננתו אפילו לא נשבע ע'יקר ש'בועה הדין כ'ן וא"כ י"ל ד'הטור והש"ע מ'יירו אחר ש'נסתלקו מן הענין ומ"ש נ'תחייב לו ש'בועת התורה וכ'א לגלגל ש'בועת ה'יסת ר"ל שאח"כ כ'ש'בא ל'ישבע הוא מ'גלגל ש'בועת ה'יסת ולא ב'אותו מעמד ש'נתחייב ש'בועת התורה ולכן הוא יכול להפך ש'בועת הגלגול ול'זה ה'וצרף הש"ף לומר דכל שלא קפץ ונשבע אף ש'נסתלקו מהענין הגלגול ד'ין ש"ח יש לו פ'ינן דעכש'יו ב'עודו מ'חויב ע'יקר הש'בועה הוא מ'גלגל עליו רק ש'הרש"ב"א מ'יירי היכ'א ש'כ'ר קפץ ונשבע ב'זה יש לחלק מ'חמת ש'נסתלקו ואש'מע'ינן דאע"ג ש'כ'ר רצה לגלגל ק'ודם ש'קפץ מ"מ פ'ינן ש'שוב נסתלקו אחר ש'קפץ ו'זה לא תבע מ'יד ש'בועת הגלגול מה שה'וא תובעו עכש'יו תביעה אחרת הוא כנלע"ד: וע"ש ש'העתיק הש"ף בתשובת הרש"ב"א ונשבע בנק"ח על

הגלגול וא"י להפכה וברשפ"א שלפנינו לא נמצא תיבות אלו וא"י להפכה רק מסיפא שמעינו דמסיים בכ"ה הו"ל שבועה דרבנן ויכול להפכה מכלל דברי שא שלא נסתלק א"י להפכה וזה מצי לדייק מתשובת הרשפ"א שהביא הב"י ועי' שם בש"ף בסופו וכן מוכח בספר לח"מ כו' דאי הנה עיקר שבועת בנק"ח הוי ניקח נראה דר"ל דמוכח מדהקשה הלח"מ קושית שכתב הש"ף לעיל ס"ק ח' דהא בטענות נדאי בלא"ה יכול להשביעו היסת וקשיא דוקא מדנקט הרמב"ם אפילו היסת אבל אי מייירי הרמב"ם בשבועה בנק"ח הוי ניקח ליה שרוצה לשלם עיקר השבועה שיפטר מלישבע ש"ח על הגלגול כף הוא פוננת הש"ף.

ואמנם לענ"ד אין מזה ראיה פלל דנדאי ליפא למ"ד שיחלוק ע"ז שצריך לישבע על הגלגול ג"כ בנק"ח כמו על עיקר השבועה רק דהט"ו ס"ל דמ"מ הגלגול קיל לענן זה מעיקר השבועה דאע"ג דעיקר השבועה אין בידו להפך הבו דלא לוסיקי עלה לומר שגם הגלגול א"י להפך אלא שפיר יכול להפך הגלגול אע"פ שהוטל עליו טכסיס שבועה עצמה בנק"ח וא"כ אין ראיה מהלח"מ כנ"ל ולכאורה הוי מצי לאתוי' ראיה מתירץ הלח"מ דלעיל דמשמע מדבריו שאם אינו יכול להפך עיקר שבועת היסת מחמת שקיבל עליו אינו יכול להפך גם הגלגול לכה הוא טוען שישלם עיקר השבועה כדי שיוכל להפך הגלגול ע"ש במ"ש הש"ף בשמו ס"ק ח' וא"כ ה"ה בשבועה דאורייתא שא"י להפך מדינא גם הגלגול א"י להפך וכ"ש הוא: אף לפענ"ד סברת הלח"מ בזה תמוה ובאמת גוף הדין דקיבל עליו א"י להפך אין מוכרח כמ"ש הש"ף סי' כ"ב ס"ק י"ז (וצ"ע שלא הזכיר שם מדברי הלח"מ אלו) ואף להסוברים שם דקיבל מהני מ"מ היינו לענן עיקר השבועה אבל מה"ת לומר שיועיל קבלה זו לענן מה שהוא רוצה לגלגל עליו שיהיה מעיקר שבועת היסת שיכול להפך ואפילו לדעת הש"ף כפאן דבש"ח א"י להפך הגלגול דגם הוא דין ש"ח יש לו מ"מ לענן היסת שמדינא יכול להפך רק מצד שקיבל עליו דיינו שיועיל לענן גוף השבועה ולא לענן הגלגול שהרי גם בעיקר השבועה דעת הש"ף דמה שאמר אני נשבע לא מהני ע"ש ואפשר דהש"ף מודה באם אמר בפירוש אני נשבע ולא אהפך ובכה"ג מייירי הלח"מ ומ"מ נראה שאין קבלה זו מועלת לחייבו שלא יתפך הגלגול וצ"ע.

ועיין בסמ"ע ס"ק י"ב שכתב וה"ה איפכא כו' וכ"כ הט"ו בש"ד בסמוך סעיף ח' ולא אמרינו דוקא בש"ד ומטעם שא"י להפך כו' וכוונתו די"ל דכאן שאומרים לו אם תרצה תהפוך הפל והנתבע אומר שאינו רוצה להפך הפל אלא אני רוצה להפך הגלגולים וי"ל דבכה"ג אין שומעין לו והא דבסעיף ח' שומעין לו שם מייירי שהנתבע טוען אני מרצוני אהפוך הפל אם תרצה לישבע אלא שאמה מעכב ההפך מצד שהוא ש"ח ואיני יכול להפך שלא מדעתך עכ"פ הגלגולים אהפוך עליך וקמ"ל דגם בהיסת והתובע טוען תהפוך הפל והוא אינו רוצה להפך רק הגלגולים או איפכא שומעין לו ולפ"ז גם בש"ד דסעיף ח' מייירי אפי' בכה"ג שהתובע אומר אם אתה רוצה להפך תהפוך הפל ואני אשבע גם על העיקר ש"ד עם הגלגולים ואטול והנתבע אומר שאינו רוצה להפך עיקר השבועה רק הגלגול הדין עם הנתבע: סימן צ"ה ס"ק ד' ל"ש מודה כו' ל"ש שבועת השומרין דאלו אפקדון דמטלטלים חייב השומר לישבע אבל דברים אלו השומר פטור משבועה דאף דאמרינו עירוב כו' פנ"ל כף נראה להגיה דהא דעיקר פרישיות לא אמרינו הוא טעם

אָהָא דְבָאָלוּ א"צ לְיִשְׁבַע וְאָף אַם לֹא נִגְי' צָרִיךְ לְפָרֵשׁ כֵּן דַּמ"ש דָּאָף דְאָמְרִינָן כּו' הוּא חוּזֵר לְפָרֵשׁ טַעַם הַדִּין שֶׁל הַש"ע וְצ"ע: וּלְפַעַד"נ דְּהָא הֵךְ דְּעִיָּקֵר פְּרָשִׁיּוֹת לֹא אָמְרִינָן הוּא דַּעַת הָרָא"שׁוּדְעִימָה שֶׁהוּבָא בַּס' פ"ח דָּאָף בְּשַׁבּוּעַת הַשׁוּמְרִים צָרִיךְ שְׁתֵּי פְסָף דְכֶסֶף אוֹ כְלִים גַּבֵּי שׁוּמְרִים פְּתִיב וְא"כ לְדַעַת הַרְמַב"ם דַּא"צ ב' פְּסָף בְּשׁוּמְרִים ס"ל דְּעִיָּקֵר פְּרָשִׁיּוֹת אָמְרִינָן וְכֶסֶף אוֹ כְלִים לֹא קָאִי אֲשׁוּמְרִים א"כ תִּיקָשִׁי דְּהָא הִלְכָה רוֹנַחַת בְּיִשְׂרָאֵל דְּשׁוּמְרִים פְּטוּרִים מִשְׁבּוּעוֹת קַרְקָעוֹת וְכָל אֱלוּ מְמַיעוּטָא דְכֶסֶף אוֹ כְלִים וְצ"ע לְעַת הַפְּנָאִי בְּש"ס וּפּוֹסְקִים בְּמַקּוּמָם: סִימָן צ"ו סק"ג נ"ל דְּדַקְדַּק כּו' אִינוּ מוּבָן דְּפְשִׁיטָא לְמַאי דַּמְסִיק דְּבַנְתִּינָה בְּגִדְלוֹת נִשְׁבְּעִין אִין מְקוּם לְכַתּוּב אִיפְכָא וְאִין צוּרָה לְאָרִיכוֹת וְאִפְשֵׁר שְׁחֹסֵר קֶצֶת וְצ"ל וְלֹא נִקְט אִיפְכָא וְלֹא אֲשַׁמְעִינָן רְבוּתָא דָּאָף שֶׁהִתְבִּיעָה בְּקִטְנוֹת אַם הִנְתִּינָה בְּגִדְלוֹת נִשְׁבְּעִין וְאָף בְּלֹא הַג"ה יֵשׁ לְפָרֵשׁ כֵּן וּמַמ"נ קָשִׁיָּא לִיה דְּהוּ"ל לְמִינְקֻט אִיפְכָא דָּאִי תִימָא דְאִיפְכָא אִין נִשְׁבְּעִין א"כ לְמָה פְּרַט דְּוָקָא כַּה"ג וְלֹא נִקְט אִיפְכָא דַּג"כ אִיפְכָא רְבוּתָא שֶׁהִנְתִּינָה בְּגִדְלוֹת וְאִפ"ה אִין נִשְׁבְּעִין מִחַמַּת הַתְּבִיעָה דְּקִטְנוֹת וְאַם ס"ל דְּאִיפְכָא נִשְׁבְּעִין ג"כ לֹא הוּ"ל לְסַתּוּם וְהוּ"ל לֹא דִי"א הָא דְנִשְׁבְּעִין דְּוָקָא כְּשֶׁהִנְתִּינָה בְּגִדְלוֹת אַע"פ שֶׁהִתְבִּיעָה בְּקִטְנוֹת אָבָל אִיפְכָא אִין נִשְׁבְּעִין וְע"ז תִּירָץ הַש"ף דְּהַרְמ"א לֹא בָּא אֱלָא לְאַפּוֹקֵי מִדַּעַתָּא קַמִּיתָא שֶׁהוּא לְשׁוֹן הַרְמַב"ם דְּמִיָּרִי בְּהַדְיָא בְּנִתְיָה דְּקִטְנוֹת וְע"ז בָּא לֹא דִי"א סוּבְרִים דְּבַכַּה"ג אִינוּ נִשְׁבְּעוּ וְלֹא הִנְצִירָה לְהַנְצִיר אִיפְכָא בְּנִתְיָה דְּגִדְלוֹת מוּזָה לְדַעַת קַמִּיתָא כֵּינּוּ דְּדַעַת קַמִּיתָא לֹא מִיָּרִי בְּהַכִּי כָּלֵל אָבָל מ"מ אַה"נ דְּבַנְתִּינָה דְּגִדְלוֹת נִשְׁבְּעִין כּוֹלְעַנ"ד בְּכּוּנְוָתוֹ ז"ל: סִימָן צ"ז בַּסְמ"ע ס"ק ל"ט אָף אַם אִינוּ יֵשׁן אִפְרִים דְּבְרִיו צ"ע דַּל"ל הָא דָּאָף אַם יֵשׁן אִפְרִים נוֹטֵל הַפֵּר כֵּינּוּ שְׁאֵפְשֵׁר לְהִיּוֹת זוּלְתוֹ אֱלָא שְׁמַחְזִירוֹ כַּמ"ש שָׁם בַּס"ק ל"ז וְעִיָּין בַּס"ק לַמ"ד.

וְשָׁם ס"ק מ"ג וְהִיא נְאֻמָּן לְטַעוֹן עַד כְּדֵי דְמִיּו ר"ל כַּמ"ש לְעֵיל ס"ק ר"ד בְּמִשְׁכּוֹן שְׁלֹא בְּעַדִּים נְאֻמָּן עַד כְּדֵי דְמִיּו וְלַעַנ"ד צ"ע בְּזָה שֶׁהַמְלִיחָה הַחֲזִיר לְלוֹהָ בְּעַדִּים וְעַדִּין בְּיַד הַלְוָה פְּשִׁיטָא דְּהוּא עֲדִיף מֵאֵם הוּא בְּיַד הַמְלִיחָה וְאִיפְכָא עַדִּים וְרָאָה שְׁהִרִי אִין בְּיַדוֹ לְטַעוֹן לְהַד"מ וְהַחֲזִירִי וְאִי מִשׁוּם מִיָּגוּ דָּאִי בְּעִי לֹא הָיִי מַחֲזִיר זָה הָיִי מִיָּגוּ לְמַפְרַע וְעִיָּין לְעֵיל ס' ע"ב סְעִיף י"ח בְּהַג"ה דְּאֵפִילוּ אָמַר בְּשַׁעָה שְׁרָאוּ עַדִּים שְׁחִיב לּוּ כְּדָ א"נ וְע"ש בַּש"ף סְעִיף קָטָן כ"א הַטַּעַם כֵּינּוּ שַׁע"כ פ' הוּדָה בְּפָנֵי עַדִּים שֶׁהוּא שֶׁל הַמְעַרְעֵר כּו' וְיֵשׁ לְחַלֵּק דְּהַתָּם זָה מַכְחִישׁ וְאֹמֵר לְהַד"ם שְׁאִינוּ חִיבִי מִשָּׂא"כ בְּזָה שֶׁהוּא מוּזָה שְׁחִיבִי אֱלָא שְׁאֹמֵר פְּרַעְתִּי וְגַם י"ל דְּשָׂאֲנִי הֵכָא דְּבִשְׁעַת רְאִייתָה עַדִּים בְּשַׁעָה שְׁזָה מַחֲזִיר לּוּ הָרִי גַם הַלְוָה מוּזָה שְׁחִיבִי לּוּ אֱלָא שְׁזָה מַחֲזִיר לּוּ הַמְשַׁכְּן בְּתוֹרַת חֲזָרָה וְלָכֵן כֵּינּוּ שַׁע"כ פ' קוּדָם חֲזָרָה הָיִי בְּיַדוֹ לְטַעוֹן עַד כְּדֵי דְמִיּו אַע"ג דָּאֵם הִיא הַלְוָה מוּזָה בְּשַׁעַת חֲזָרָה הָיִי אֱלוּ הַעַדִּים מְעִידִים לְשׁוּיָא וְלֹא הָיִי מְהִיבִי הַמִּיָּגוּ שְׁמַקְוֵדָם לְהוֹצִיא מִהַלְוָה אַם הָיִי טוֹעֵן פְּרַעְתִּי מ"מ כֵּינּוּ דְּבִשְׁעַת חֲזָרָה הוּדָה הַלְוָה לֹא דִיִּינִינִין לְעַדִּים אֱלוּ דִין רָאָה וְאֲזַלִּינָן בְּתַר מִיָּגוּ דְּהוּ"ל מְעִיָּקֵרָא לְטַעוֹן כְּדֵי דְמִיּו וְצ"ע וְשָׁם ס"ק מ"ד אָף דְּהַחֲזִירוֹ כֵּינּוּ דְּהַחֲזִירוֹ בְּפָנֵי עַדִּים כּו'.

נְרָאָה מִדְּבְרִיו דְּהָא דַּת"ז לֹא קָאִי רַק לְעַנְנֵן מ"ש הַמְחַבֵּר שְׁצָרִיךְ לְהַתְרוֹת בּוּ כּו' וְס"ל כֵּינּוּ דַּע"כ פ' אַתְחִזּוּק שְׁהִיא הַמְשַׁכְּן אֲצָלוּ בְּחֲזָרָה מִהַמְלִיחָה אֱלָא שְׁיֵשׁ לּוּ מִיָּגוּ שְׁחֲזוּר וּנְתַנּוּ לִיַד הַמְלִיחָה וְעַל מִיָּגוּ כְּזָה לֹא אָמְרִינָן שְׁיֵהָא נְאֻמָּן לֹא דְּפְרַעְתִּי ת"ז וְהַמְע"ה וְהַש"ף בַּס"ק י"א כְּתִב שֶׁנ"ל דְּלַעוֹלָם הִיכָא דָּאִיתָ לִיה מִיָּגוּ הַמְע"ה וְר"ל דָּאָף בְּכַה"ג שְׁחֲזוּר לּוּ אֱלָא שְׁלֹא הַתְּרָה בּוּ וְלַעַנ"ד נְרָאָה דְּבַכַּה"ג שֶׁהוּא ת"ז וְלֹא מְצִי לְמִיָּמַר פְּרַעְתִּי פְּשִׁיטָא דְּלֹא

מצי המלנה לומר החזרתתי לה המשכון דנדאי אין זה טענה לפטור ע"א מהחוב דמה לי אם רוצה לפטור עצמו בטענה נתי לי משכון או שאומר החזרתתי המשכון שאין להאמינו פיון שהוא ת"ז ואין לו מיגו דפרעתי ופשוט לענ"ד שאין הלנה יכול לפטור עצמו מהחוב אף בלא עדים מחזרת המשכון אם לא במקום שיש לו מיגו דפרעתי ולולי שאין לפני פעת שום ספר הייתי אומר שכן צ"ל שאל"כ הנה נאמן לומר החזרתתי במיגו דפרעתי ובלבד שלא יהיה ת"ז אף צ"ע בטור וב"י.

ושם בס"ק הנה"ל כתב הסמ"ע ואע"פ שפכתתי לעיל דאינו ממשכנו שלא בש"ה אלא לאחר שעבר הזמ"פ כו' הוא תימא לפענ"ד דהא בסעיף ט"ו מבאר דממשכנין כשלא הגיע הזמ"פ רק להיות בטוח במעותיו רק שהסמ"ע ס"ק כ"ח כתב דה"ה אע"פ שהגיע הזמ"פ כו' אבל עכ"פ עיקר דין משכון בלא הגיע זמ"פ מיירי וצ"ע: ושם ס"ק ס"ד וכתב בתשובת הרא"ש כו'.

אע"פ שהוא מוקדם כו' לא ידעתי אם ר"ל שחוב של ראובן מוקדם מהמשכונא אין זה מעלה ואדרבה בכה"ג נדאי דלא גבי אם לא כתב לו דאקני וגם מ"ש אם תחשוב למשכונא כו' צ"ע בגוף תשובת הרא"ש או בב"י וד"מ ואינם לפני: סימן צ"ט בש"ף ס"ק ו' וס"ק ז' במ"ש שם דדוקא בענין שלא היה יכול לטעון החזרתתי כגון בנאמנות כו'.

צ"ע במקום שיש לו מיגו יש לו להיות נאמן פיון שעכ"פ ידוע לנו שנה קיבל עסקא מזה אנדא ליה חזקה מה שביד אדם כו' ואע"פ שהיה יכול לומר שהחזיר ע"ז אין לנו חזקה לומר שנה שלו הוא ואת העסקא החזיר נהרי אף להש"ף אם אין נאמן לומר שהחזיר אמרינו חזקה אע"פ ש"ל שהעסקא הוציא ואינו בעין וזה שלו הוא ומאמינין לו שנה משל העסק וא"כ מה בכך שהיה יכול לטעון שהחזיר מ"מ עתה כשאומר שנה ממעות העסק ונדיין לא החזיר אין כאן חזקה וצ"ע: סימן ח' ס"ק י"ב ונ"ל דאיכא גם עדי ראה וגם בסרסור כו' לענ"ד צ"ע ומ"ש מסי' ע"ב ס"ק צ"ז ע"ש שמשגיג על במ"ש ששמעון עומד במקום עדי ראה.

ולענ"ד אף לפמ"ש שם מ"מ יש לחלק דהתם שהלנה משכן אצל זה מדעתו א"כ אמרינו דמסתמא הוא שלו וכל שהי' נאמן לטעון בו טענינין לזה שהחפץ בידו ואם לא היה לו מיגו דהחזרתתי שהי' נאמן לומר שהוא שלו במיגו זה א"כ גם מה שמסרו לזה אמרינו דמסתמא היה שלו משא"כ כאן שהבע"ח תפס חפצים אלו שלא מדעת הלנה ואין בזה חזקה מה שביד אדם פיון שיש עדים שפא לידו מראובן או בסרסור כו' ומה בכך שנה יכול להחזיק במיגו פל שלא ראינו שהחזיק ונתן החפצים מידו אמרינו שהוא נאמן במסירתו זאת להחזיקם כשלו פיון שהיה לו מיגו ועיין לעיל סי' צ"ט בש"ף ס"ק נא"ו וס"ק זיין ונראה שלטעמי' אזיל כאן ועיין מ"ש שם: סימן ק"א בש"ף ס"ק ג' ע"ש מ"ש על דברי דכתובות שאינה הוכחה דגביות ב"ד כמכירה ואי לאו דר"נ הנה יכול לטעון אמנם כו' ולפעד"נ לפמ"ש לעיל סי' צ"ט ס"ק נא"ו דעת הרמב"ן וה"ה ותשו' הרשב"א דגם לענין אומר שטר אמנה שיהי' חזקה מה שביד אדם כו' ועיין בסי' מ"ז ומ"ש לחלק לדעת המחבר ונהר דבשטר אין גופו ממון לא אמרינו חזקה זו ס"ל לראשונים אלו אלא אף בלא דר"ג לא מהימן ומ"ש בסי' פ"ו וסי' ס"ו דמה אמנה כפר כתבו דהוי במיגו דמחיל והש"ף כתב דפרוע גופא מחילה הוא וע"ש בסי' פ"ו ס"ק י"א שכתב דגם באמנה

שֵׁטֶר בְּטֵל וְאֵין לָהּ מְחִילָה גְדוּלָה מִזֹּו וְאִמְנָם מְבֹנָאֵר בְּסִי ס"ו מְדַבְּרֵי הַשֵּׁ"ף גּוֹפֵא שְׁהַתּוֹס' הַקְּשׁוּ שָׁם דְּגִימָא מִיגוּ דְּאֵי בְּעֵי מְחִיל לֹא ס"ל הָכִי וְא"כ הָרִי הָר"ן תִּירָץ שָׁם פְּתִירָץ הַתּוֹס' וְגַם פְּתַב עוֹד תִּירָץ מִשׁוּם דְּמַכְסָּף לְמַחֹל כּו' וְהִבִּיאֻ הַשֵּׁ"ף סִי מ"ז וְסִי פ"ו א"כ הָר"ן לְשִׁיטְתוֹ שְׁפִיר הִבִּיא מְהֵרָ דְּכַתְּוֹבוֹת דְּשֵׁטְרוֹת לְאוּ בְּגִי גְּוִבִינָא.

וְשָׁם בְּשֵׁ"ף סוֹף ס"ק ג' מ"ש וְהָכִי מִשְׁמַע מִבַּעַה"ת כּו' הָרְשׁוֹת בְּיָדוֹ פִּינּוֹן שְׁיִכּוּל לְמַחְלוֹ כּו' ע"ש לַעֲנִ"ד רְאִיָּה הוּא דְּגַם הָרְשָׁפִ"א מוֹדָה בָּאֵם הַלְּוָה מְגַבִּיהוּ מְעַצְמוֹ דְּהו"ל כְּמַכְרוֹ וּמָה מְכָרוֹ אוֹ מְגַבִּיהוּ בְּחוּבוֹ וּמְסַתְּלָק שְׁעֵבּוּד' דְּר"נ וְע"כ לֹא קָאָמַר הָרְשָׁפִ"א אֶלְא כְּשֶׁהִב"ד מְגַבִּין לוֹ דְּבִזָּה י"ל דְּאֵלִים טְפִי וְאֵין הִב"ד בְּהַגְּבוּתָם לְזָה מְסַלְקִין פֹּחַ שְׁעֵבּוּד דְּר"נ אֶלְא הַשְׁעֵבּוּ דְּר"נ קִיָּים עַד שְׁיִגְבֶּה מִמְּנוֹ שְׁהָרִי כְּפֹ לְמָדוֹ מוֹצִיאִין מְזָה וְנוֹתְנִין לְזָה וְכָל כְּמָה שְׁלֹא הוֹצִיאֻ מְזָה וְנִתְּנוּ לְזָה אִף שְׁהַגְּבוּ הַשֵּׁטֶר לֹא נְסַתְּלָק הַשְׁעֵבּוּד כְּפֹ י"ל לְכַאוּרָה (הַשְּׁמֵטָה).

סִי צ"ו בְּסַמ"ע ס"ק ד' דְּטַעֲנַת שׁוֹמְרִים עַל הַסְּפֵק מִשְׁבִּיעִין כּו' וְנִלְעַנ"ד פְּנוּנַת הָרַמְבַּ"ם בְּמ"ש לְפִי שְׁאִינוּ נִשְׁבָּע מִחַמַּת טַעֲנָה ר"ל דְּבִשְׁלָמָא בְּעַלְמָא כְּשִׁזָּה טוֹעֵן וְזָה כּוֹפֵר צְרִיף תְּבִיעַת גְּדוּל מִשְׁא"כ בְּשׁוֹמְרִים שְׁהַקְּטָן תּוֹבְעוֹ שְׁהַפְּקִיד לוֹ וְזָה תּוֹבְעוֹ שְׁהַפְּקִיד לוֹ ע"ז אֵינוּ כּוֹפֵר וְהוּא מוֹדָה לוֹ וְאֵין כָּאֵן טַעֲנָה רַק שְׁזָה אוֹמֵר שְׁנֶאֱבַד וְע"ז צְרִיף שְׁבוּעָה וְא"כ מָה אֵיכְפַת לָן בְּנִתְיָנָה דְּקַטְנוֹת שְׁהָרִי זָה מוֹדָה לוֹ בְּנִתְיָנָה וְאֶפְשָׁר דְּגַם הַסַּמ"ע פְּנוּנַתוֹ כֹּן אֶלְא שְׁבָא לִיתָן טַעַם עַל חַיִּיב שְׁבוּעָה פִּינּוֹן דְּבִהָיִ קָרָא דְּשְׁבוּעָה אִישׁ כְּתִיב בְּפִרְשָׁה וְע"ז קָאָמַר שְׁלֹא בָּא לְמַעַט טַעֲנַת סְפֵק דְּקָטָן וְגְּדוּל שְׁוִים בָּהּ אִף לְשׁוֹן הַסַּמ"ע מִשְׁמַע לְפָרִשׁ כֹּן לְשׁוֹן הָרַמְבַּ"ם וְלַעֲנִ"ד כַּמ"ש.

שָׁם ס"ק י"ב וְהוּא מוֹדָה לוֹ בְּמַקְצָתָן כּו' לְכַאוּרָה הָרִי הוֹדָאָה בְּמַקְצָת הוּא מִיּוֹתֵר דְּהָא לַעֲנִין הִיָּסַת מִיָּרִי דְּחִיָּיב אִף בְּשֵׁטְרוֹת אֶפְילוֹ בְּכ"ה וְע"ז קָאָמַר דְּלִקְטָן אֵין נִשְׁבָּעִין וְאֵם דַּעַתוֹ דְּבְכ"ה בְּלֹא שְׁטְרוֹת הו"ל תְּקַנְתָּא לְתַקְנָתָא הָא לִיתָא כְּמִבְּנָאֵר לְהִדְיָא שְׁתִּיקְנוּ הִיָּסַת בְּקָטָן אִף בְּכ"ה וְכֹן בְּשֵׁטְרוֹת שְׁתִּיקְנוּ הִיָּסַת הוּא אִף בְּכ"ה כְּמִבְּנָאֵר בְּסִי צ"ה וְא"כ ע"ז קָאָמַר הָכָא דַּמ"מ בְּקָטָן וּשְׁטְרוֹת הו"ל תְּקַנְתָּא לְתַקְנָתָא וְא"כ מָה דְּקָאָמַר שְׁמוּדָה מְקַצָּתָן הוּא לְמִוֹתֵר דְּהָא וְדָאִי שְׁאִין בְּזָה חַיִּיב מ"מ מְצַד קָטָן אוֹ מְצַד שְׁטְרוֹת רַק מִחַמַּת חַיִּיב הַהִיָּסַת וְאִף שִׁ"ל שְׁלִרְבוּתָא קָאָמַר דְּאֶפְילוֹ בְּכ"ה ג' דְּאִיכָּא דְּרָרָא דְּש"ד מ"מ לְשׁוֹנוֹ צ"ע דְּמִשְׁמַעוֹת דְּבָרֵיו דְּעִיקָר הִדִּין לִיתָא אֶלְא בְּכ"ה ג' וְאֶפְשָׁר שִׁישׁ חֶסְרוֹן תִּיבָה וְאֶפְשָׁר שְׁכַצ"ל פִּירוּשׁ אֶפְילוֹ טוֹעֵנוּ שְׁטְרוֹת וְהוּא מוֹדָה לוֹ מְקַצָּתָן וְשָׁם בְּשֵׁ"ף ס"ק ה' וּמִשְׁבִּיעֵנוּ הִיָּסַת לְאַחַר הַפְּרַעוֹן נִרְאָה דְּנִקְט הָכִי לְדַעַת הַמְּחַבֵּר אֲבָל לְהָרַמְ"א בַּע"א הוּא מִשְׁבִּיעֵנוּ לְאַחַר הַפְּרַעוֹן ש"ד: בְּסִימָן ק"ד בְּסַמ"ע ס"ק א' גַּם מ"ש מוֹר"ם אַח"ז בַּהֲג"ה וְעוֹד דָּאֵם יְגַבֵּם הַמְּאֹחֵר כּו' צ"ע דְּנִדְאִי רַמְ"א דְּקָאָמַר וְנוֹקָא כְּשָׁבָא לְגַבּוֹת קַרְקַע אֲבָל כְּשָׁבָא לְגַבּוֹת מְטַלְטְלִים כּו' שְׁהוּא מְחַלֵּק בֵּין קַרְקַע לְמְטַלְטְלֵי וְדָאִי דְּלָא מִיָּרִי בְּמְטַלְטְלִין אַג"ק וּמ"מ הַשֵּׁ"ע דְּקָאָמַר בֵּין מְקַרְקַע וּבֵין מְטַלְטְלִין שְׁפִיר מִיָּרִי בְּמְטַלְטְלִין אַג"ק שָׁם בְּשֵׁ"ף סְעִיף קָטָן ז' וְה"ה מְעוֹת שְׁהַלְוָה חִיָּיב בְּעַד הַשְׁטְרוֹת הָנִי כְּמוֹ דְּאֶקְנִי כּו' וְלַעֲנִ"ד צ"ע דְּנִדְאִי הָכָא מִיָּרִי אִף שְׁהַהֲלָאוֹת אֵלוֹ נַעֲשׂוּ קוֹנְדָם שְׁלֹוָה וְלֹוָה וְכֹן מִיָּרִי עִיקָר הִדִּין דְּמְטַלְטְלִין אֵין דִּין קְדִימָה וְא"ל פִּינּוֹן דְּשֵׁטְרוֹת אֵינָם מְמוֹן אִם כֹּן הַתְּחַלַּת הַמְּמוֹן בָּא אַחַר

שגובין השטרות והו"ל דאקני ז"א דנדאי אף קודם הגובינא נשתעבד חוב השטרות האלו לשני המלוין סי' ק"ה בש"ף.

סק"ב ואפ"ה גבי טלית שהגביהו יחד כו' לענ"ד צ"ע דהתם הא דזכי לנפשיה הוא בא ע"י זה דזכי לחבריה דזולת זה לא היה אפשר לזכות לנפשיה דתעשה תציו השניה פמנחת ע"ג קרקע משא"כ בהא דתופס לבע"ח שאין זכיות נפשו תלוי במה שזכה לאחר ג"כ, בסמ"ע שם ס"ק י"א במקום דלית פסידא לבע"ח או שאין המלנה בפנינו כו' לענ"ד הך או שאין המלנה בפנינו הוא ט"ס דהא בסיפא מיירי הך שאין המלנה בפנינו וקאמר שאם אין הבע"ח פאן כו' ואפי' אם היה הלנה מודה כו' מבואר דמכ"ש אם מכחיש שאין יכול לתפוס וא"ל דמה דקאמר או שאין המלנה בפנינו ר"ל ואיפא פסידא לבע"ח ז"א דמ"מ אם הלנה מודה אפילו תפיסה דעלמא מהני כמ"ש הסמ"ע פאן לבסוף ואם הלנה מכחיש אף הנפקד אין יכול לתפוס פדמשמע להדיא מדברי הסמ"ע לקמן שכתב דכיון דהלנה מודה נדאי שא"צ להחזירה דהא כתב הטור והמחבר בסעיף ג' דדוקא אם מכחיש כו' מבואר דמכחיש אף בפקדון ס"ל דא"י לתפוס.

סי' ק"ז בש"ף ס"ק ב' דבמטלטלין אין דין קדימה פדלעיל סימן ק"ד כו' צ"ע דמאי ענין דין קדימה לכאן דהא לענין טריפת לקוחות או מקבל מתנה מיירי ופשיטא דאין דין טרופה במטלטלין ואם נגי' שצ"ל אין דין טרופה צ"ע מ"ש פדלעיל סימן ק"ד דהא התם בקדימה מיירי ואפשר שר"ל כלפי מ"ש הרא"ש שם דלא גבי אף מיתומים שנתנו במתנה אע"ג דבשעת מיתה קדם השעבוד של בע"ח למתנה ע"ש וע"ז כ' דטעמיה דאף דנימא מטלטלין בזה"ז פמקרקע מ"מ דינא הכי דאין דין קדימה במטלטלים אף בזה"ז: אף לפענ"ד דהרא"ש לאו משום דאין דין קדימה אתי עלה רק ס"ל דהשעבוד הקודם אין מועיל לגבות ממשעובדים של מטלטלין דלא סמיך עלייהו וכמ"ש הש"ף ואפשר פוננת הש"ף להוכיח משם דכמו דאין דין קדימה במטלטלין כמ"ש סי' ק"ד והיינו אף לאחר תקנת הגאונים ואף בזה"ז לדברי הרא"ש שהרי כתב לעיל סימן ק"ד הך דינא להלכה פסוקה ומינה דאף דגם לענין דין טרופה אינו במטלטלין בזה"ז.

ולפ"ז אפשר שיש להגיה בש"ף וכצ"ל דלענין לקוחות לא אמרינן הכי וכמו דקי"ל דבמטלטלין אין דין קדימה. סימן ק"ז בסמ"ע ס"ק י"ג אלא ה"ה במטלטלין כו' דין מעות עליהם פיון שיכול להוליכן כו' צ"ע דהא לפי הטעם שכתב בס"ק שלפני זה דלמא גזולה הוא כו' א"כ פשיטא דמטלטלין לא דמי למעות דגם במטלטלין יש חשש דלמא גזולה הוא כמו בקרקע ואין בזה תקנת השוק בפרע חובו פמבואר בסימן שנו' ועיין לעיל סימן ל"ז בסמ"ע ס"ק מ"ד: ומצאתי בפרישה שהוא בעצמו כתב שם דלפי הך טעמא דדלמא ארעא גזולה כו' גם במטלטלין א"י לסלקו מהך טעמא ע"ש ושם באורף הביא דברי הסמ"ע בשני הס"ק בפשיטות וצ"ע ועיין בקצה"ח שתמה על הסמ"ע שחולק על הב"י סימן כ"ב ואע"ג דמדברי הטור סי' ק"ז כו' ע"ש ולא ראה בפרישה שהרגיש בכל זה.

ושם בסמ"ע ס"ק כ"ג ובא האח הג' שייחזרו לו כו' ר"ל שהאח הג' לא היה בעיר ואינו מודה לבע"ח שאומר שאביהם חייב לו והו"ל פגזל ולא נתייאשו הפעלים דרצה מזה גובה פן הוא בשו"ת הרא"ש פלל ע"ט סי' ע"ט ומ"ש פלל פ' הוא ט"ס.

וְשֵׁם ס"ק כ"ד וְהַטְעַם דָּאָם נִשְׁאַרוּ כּו' עֵינַן בְּשׁו"ת הָרָא"ש כָּלָל ע"ט ס"י ח' שֶׁפֶתַח בְּדִרְךָ כ"ש בְּנִידוֹן זֶה שֶׁחֲצֵי הַחֹב מְנַטֵּל עַל רְאוּבֵן כּו' וּמִתְחַלֵּה פֶתַח דְּלֹא שֵׁינָה אֵין נִפְרָעִין כּו' בְּשֶׁעֲבוּד שֶׁשֶׁעֲבָדוּ הִיתוּמִים וְכִמוּ בְּלוּקָם שֶׁמְכַר אֶחָד מִשְׁדוּתָיו לְלוֹי דְּאִמְרִינוּ רְצָה מִזֶּה גּוֹבֵה כּו' ע"ש ונ"ל שֶׁאֶפְשָׁר שֶׁחֶסֶר אֵיזָה תִּיבוֹת בְּסִמ"ע וְכַצ"ל וְהַטְעַם הַשְּׁנִי פֶתַח הָרָא"ש בְּתִשׁוּי וּבִקְצָה"ח וּבִנְתִיבוֹת הַמְשֻׁפָּט נִרְאָה שֶׁלֹּא רָאוּ בְּדִבְרֵי הָרָא"ש גּוֹפִיָה וְעֵינַן מ"ש בִּקְצָה"ח שֶׁם לְהַקְשׁוֹת מֵהָא דָּאָם מְכַר הַיּוֹרֵשׁ וְהַנִּיחַ אֶצְלוֹ בַּע"ח שֶׁיִּכּוֹל הַלּוֹקֵחַ לֹמַר הַנְּחִתִּי וְלַעֲד"נ לְחַלֵּק בְּפִשְׁיטוֹת דְּנֻדָּאי הַיּוֹרֵשׁ פִּינּוֹן שֶׁהוּא בָּא לְמִכְרָא בְּנִכְסִים מִפְּתַח יְרוּשָׁת אָבִיו בְּמִקּוֹם אָבִיו קָאִי לְפָרוּעַ חוּבוֹ ג"כ וּמִמִּילָא דְהַתְקַנָּה בְּמִקּוּמָה דָּאֵין נִפְרָעִין כּו' מִשָּׂא"כ בְּשֵׁנִי יוֹרְשִׁין שְׂכ"א בְּמִקּוֹם אָבִיו קָאִי עַל הַחֲצֵי לְבַד וּבְזֶה מְדַמֵּי הָרָא"ש לְלוּקָח מִן הַלּוֹקֵחַ שֶׁהַלּוֹקֵחַ הָרָאשׁוֹן שֶׁלְקַח כָּל הַשְּׁדוּת כָּל שְׂדֵה בַּפ"ע יֵשׁ לוֹ עָלָיו זְכוּת בַּפ"ע מִחֲמַת קִנְיָנוּ וְהָרִי הוּא לְגַבִּיָה פְּאֵלוֹ הוּא לּוֹקֵחַ אַחֵר וּלְפִיכָף שֶׁפִּיר רְצָה מִזֶּה גּוֹבֵה וַא"י לֹמַר הַנְּחִתִּי וְזֶהוּ הַסְּבָרָא שֶׁמִּפְּתַח טְרַפָּא בָּא עָלֶיהָ: סִימָן קי"א בְּש"ף ס"ק ט"ו וְדִלָּא כַּמ"ש הַב"ח ר"ל דֶּהב"ח פֶתַח דְּזֶה מְדִינָא דְגַמְרָא דְמַהֲנִי אַגַּב בְּמִטְלָטְלִין וּמ"מ אַח"כ בְּס"ק ט"ז נִקְט ג"כ פִּירוּשׁ הַב"ח דְקָאִי לְדִינָא דְש"ס וְאֶפְשָׁר שֶׁט"ס הוּא בְּש"ף וְשֵׁנִי הַס"ק אַחַת הֵם וַיֵּשׁ חֶסְרוֹן וְט"ס וְכַצ"ל דַּל"כ לֹא הוּא לְטוֹר לְסִתּוֹם אֲלֵא לְפָרֵשׁ דְּמִיָּרִי לְדִינָא דְש"ס אֲלֵא נֻדָּאי (הָא תִּיבַת אוּ הוּא ר"ת אֲלֵא נֻדָּאי) מִיָּרִי לְדִינָן בְּשִׁטְרוֹת דְּלִית בְּהוּ כּו' וְצ"ע וְעֵינַן בְּסִמ"ע ס"ק מ"ב פֶתַח בְּעֶצְמוֹ שִׁי"ל דְקָאִי לְדִינָא דְש"ס וַא"כ י"ל שֶׁכָּף הֵם דְּבָרֵי הַשְּׁ"ף.

וְשֵׁם בְּש"ף ס"ק כ"א וְיַחְלֹקוּ אַף כְּשֶׁגּוֹבִין קַרְקַע כּו' שֵׁינָה טְפִי בְּקַרְקַע כַּצ"ל וְר"ל וַא"כ הִיָּה לְבוּ לְדוֹן דִּין קְדִימָה. וְלוּלֵא דְמִסְתַּפִּינָא ה"א שֶׁהוּא ס"ק אֶחָד עִם ס"ק ד' וְכַצ"ל וְהוּא פְּשׁוּט בְּש"ס וְכָל הַפּוֹסְקִים וְלִכּוֹן יַחְלֹקוּ אַף כְּשֶׁגּוֹבִין קַרְקַע אַף דְשֶׁעֲבוּדָא דְר"נ שֵׁינָה בְּקַרְקַע כּו' וְר"ל כָּלפִי מ"ש הַב"ח הַטְעַם דְּבְמִטְלָטְלִין שֶׁלֹּא הִיָּה בְּרִשׁוּתוֹ לֹא חָל שֶׁעֲבוּדָא דְבִאָמַת לֹא מֵהָאֵי טַעְמָא הוּא דְאֶפִּילוּ בְּקַרְקַע שֶׁקָּנָה אַח"כ דְחִיָּל שֶׁעֲבוּדָא מ"מ חָל לְשֵׁנִיָּהֶם בְּשׁוּנָה וּמַכ"ש בְּמִטְלָטְלִין אַנ"ק שֶׁפֶתַח דְאַקְנִי, סִימָן קי"ב בְּש"ף ס"ק ה' בְּסוּפּוֹ וְדוֹחֵק לִיָּשֵׁב דְבָרֵי הַסִּמ"ע דְכָאֵן בָּאוּ לְטָרוּף מְלוּקָח כּו' הוּא תְּמוּנָה מְאֹד דְהָא הַמְאֹחֵר טוֹעֵן שֶׁאַחַר שֶׁלָּנָה מִשְׁנִיָּהֶם קָנָה א"כ הִיאָף יְכוּלִים לְטָרוּף מְלוּקָח פִּינּוֹן דְּמִיָּרִי שֶׁלֹּא הִיָּה פְּתוּב בְּשִׁטְר דְאַקְנִי פְּמִבְנֹאָר בַּש"ע וּמַכ"ש שֶׁתְּמוּנָה מ"ש דְלִהְטוֹר שְׂאִין יְכוּל לְטָרוּף מִהַלּוֹקֵחַ א"כ אִם אֵיתָא דְכָאֵן בָּאוּ לְטָרוּף מְלוּקָח הָרִי הוּא שֶׁל מְאֹחֵר כּו' אֵין מוּבָן לְדָבָרִים אֵלוֹ פְּלִל דְבִאָמַת הִיאָף יוּכְלוּ לְטָרוּף מִהַלּוֹקֵחַ לְהַטוֹר וְגַם לְמָה יְטָרוּף הַמְאֹחֵר הַפֵּל וְנִרְאָה שֶׁיֵּשׁ חֶסְרוֹן וְט"ס בְּדִבְרֵי וְצָרִיף לְדַחֲוֹק דְכּוֹנְנָתוֹ שְׁקו' הַסִּמ"ע הוּא דְלִיָּנְקוּט בַּכַּה"ג שֶׁטוֹעֵן הַמְאֹחֵר בִּינִי וּבִינֵי קִנְאָם וְכִשְׁבָּאוּ לְטָרוּף מִהַלּוֹקֵחַ דָּאָז לְטַעְנַת הַמְאֹחֵר הוּא גּוֹבֵה הַפֵּל שֶׁהָרִי הָרָאשׁוֹן לֹא הִיָּה לוֹ דְאַקְנִי.

וְעַל זֶה פֶתַח דְלִהְטוֹר א"א לְטָרוּף מִהַלּוֹקֵחַ שֶׁהַלּוֹקֵחַ יְכוּל לֹמַר שֶׁאַח"כ קִנְאָם וְאָז הַמְּוֹקְדִים מְבָרַר שֶׁכְּדִבְרֵי פֶן הוּא שֶׁקָּנָה קוֹדֵם הַלְוָאתוֹ א"כ פְּשִׁטָּא שֶׁהוּא שֶׁל הַמְּוֹקְדִים וְע"כ שֶׁהַמְּוֹקְדִים אֵינּוּ מְבָרַר רַק שֶׁהַמְּאֹחֵר מְבָרַר בְּעֵדִים שֶׁקָּנָה קוֹדֵם הַלְוָאתוֹ וְכִינּוֹן שֶׁהַמְּוֹקְדִים אֵין לוֹ בִּירוּר ע"ז מִמִּילָא שֶׁהוּא אֵין בְּיָדוֹ לְגַבּוֹת כָּלָל מִהַלּוֹקֵחַ אֲלֵיבָא דְהַטוֹר וְהַמְּאֹחֵר שֶׁהוּא מְבָרַר שֶׁקָּנָה קוֹדֵם הַלְוָאתוֹ הוּא הַטוֹרָף הַפֵּל פֶן צ"ל בְּכּוֹנְנַת הַשְּׁ"ף בְּזֶה.

ובבאמת שדעת הסמ"ע בסי' ק"ד ס"ק ט"ו וי"ט פן הוא דקנה ביני וביני השני קודם (ועי' בט"ז שלא השיג על הסמ"ע רק במ"ש פן בשם הט"ו ולענ"ד אפשר שתכתב הטור והמחבר הכתוב בסמ"ע ט"ס הוא) והש"ך שם ס"ק י"ד השיג עליו והביא שם דברי הג"ה דס"ל לראשון משמעבד וכמו שנוטה דעת אביו הגאון ז"ל פאן והש"ך שם דעתו שיתלוקו וכמ"ש אביו ז"ל דלקל הפחות יתלוקו ולנה רימוז הש"ך פאן לסי' הנ"ל.

ועכ"פ א"א להסב פנונת הסמ"ע דר"ל על לקוחות רק הסמ"ע כ"כ לשיטתו שם סי' קי"ג בסמ"ע ס"ק א' ללמדינו דארף קודם תקה"ש כו' דבריו צ"ע דמאי ענין תקה"ש לכאן דענין תקה"ש בזה נאמר לענין שעבוד מטלטלי אג"ק דהתם אית ליה קלא כמ"ש בתשובת הרא"ש ועי' לקמן ס"ק י' ובזמן הש"ס לא הנה תקה"ש לפי שלא הורגלו לכתוב אג"ק והו"ל לא שכיח משא"כ עתה שהורגלו לכתוב אג"ק עשו תקה"ש כמ"ש הש"ך טעמא דמלתא לעיל סי' ס' אבל פאן דמייירי בלא שעבוד אג"ק שפיר י"ל במטלטלין משום דל"ל קלא ואפילו מדינא דש"ס קודם תקה"ש אמרינו הכי לענין עשה שורו אפותיקו ואע"ג דבשעבד אג"ק גובה מטלטלין ולא חיישינו לתקה"ש כה"ג משום דאיכא קלא משא"כ היכא דליכא קלא: ואמנם לכאורה בלא"ה לא קשה קושית הסמ"ע דנדאי אי לאו טעמא דיכול להבריחם שפיר הוי גבי מטלטלים ואפילו בלא אפותיקי וא"ל דל"ל קלא ז"א פיון שלוה בשטר הרי יש קול שנה לנה מזה ומטלטלין משועבד לבע"ח אף לבתר דאיכא טעמא רבא במטלטלים דלא גבי משום דיכול להבריחם שפיר אמרינו דארף בעשה אפותיקי אינו גובה דאע"ג דהשטר עצמו יש לו קול מ"מ מה שעשה מטלטלין לאפותיקי אין קול ע"ז והלכך לא מצי גבי מהמטלטלין של אפותיקי כמו אם הנה מלנה ע"פ.

אבל בלא טעמא דיכול להבריחם הנה טורף מכל המטלטלין אם הוא הלואה בשטר שהשטר יש לו קול ואמנם פן אפשר ליישב פנונת הסמ"ע דגם הוא ס"ל כמ"ש אלא דמ"מ הוי קשיא ליה דלדין השתא דאפילו מטלטלי אג"ק לא גבי משום תקה"ש א"כ פשיטא דבשאר מטלטלין סגי בטעמא דל"ל קלא דאיכא תקה"ש שהלוקח לא ידע להזהר וא"ל דכשידע שנה נתחייב בשטר יזהר מליקח ז"א דהא אף מטלטלין אג"ק דאית ליה קלא וידע להזהר עשו תקה"ש שאין לה אדם לוקח חפץ מחבירו דרוב ב"א הם צריכים ללוות זה מזה א"כ אף במטלטלין בלא אג"ק כ"ש הוא שיש לעשות תקה"ש מחמת זה וע"ז משני הסמ"ע דנ"מ מהו טעמא לדינא דש"ס קודם תקה"ש וצ"ל דלא ס"ל טעמא דהש"ך דבזמנא לא עשו תקה"ש דאל"כ לא הוי משני הסמ"ע מידי דהא אף בזמנא שלא עשו תקה"ש לענין אג"ק משום שלא הורגלו לכתוב מ"מ בזה הו"ל לעשות תקה"ש שלא יטרף מטלטלים בסתם שטר שאין בו שעבוד אג"ק וגם י"ל דשפיר ס"ל כסברת הש"ך ומ"מ י"ל דאם פותב בשטר בפירוש שעבוד מטלטלי בלא אג"ק הנה מועיל פיון שלא הורגלו לכתוב שעבוד מטלטלין ולכן צריך טעמא דהברחה (אף י"ל דז"א דכה"ג שכתב שעבוד מטלטלין בפירוש ג"כ מיקרי סמוך עלליהו וכמו אפותיקי דמ"ש הסמ"ע מאפותיקי דהוי סמיה ל"ד אפותיקי אלא פיון שהשעבוד פתב בפירוש הא קמן דסמיה עליו וצ"ע) אף מ"ש הסמ"ע הקושית משום דהו"ל למינקט טעמא דל"ל קלא לא משמע פן דמקשה משום תקה"ש דהא אם פנונתו משום תקנת השוק לא איכפת לן בקלא ושפיר י"ל דאיכא קלא מחמת השטר ומ"מ אין לגבות מחמת תקה"ש.

וגם י"ל דבשלקמא בְּתַר דְּקִימִים לֹן לְחַלְקִי בֵּין קַרְקַע לְמַטְלָטְלִין מְשׁוּם הַבְּרַחָה שְׁפִיר י"ל דְּמְשׁוּם תְּקֵה"ש אָמְרִינוּ מַה שְׁנִכְתַּב אַג"ק כְּפָאֵלוּ לֹא נִכְתַּב וּמְמִילָא דְּלֹא גָבִי מְמַטְלָטְלִין דְּלֹא סְמִיךְ מְשׁוּם הַבְּרַחָה מִשְׁא"כ בְּקַרְקַע דְּסְמִיךְ מִשְׁא"כ בְּלֹא הֵךְ טַעְמָא דְּלֹא סְמִיךְ אִם נִימָא מְחַמַּת תְּקֵה"ש לֹא גָבִי מְמַטְלָטְלִין מְשׁוּם שְׁאִין לֵךְ אָדָם שְׁיִקְנֵה חֲפִין גַּם בְּקַרְקַע נִימָא הֵכִי וּמַה"ת לְחַלְקִי בֵּין מְמַטְלָטְלִין לְקַרְקַע פִּינוּן שְׁהַמְלִנָה בְּשִׁטְר יֵשׁ לוֹ קוּל וְסְמִיכְתּוֹ עַל קַרְקַע וּמְמַטְלָטְלִין בְּשִׁנְיָה וְעִי' בְּפִרְיִשָּׁה שְׁהֶאָרִיךְ קֶצֶת בְּקוֹשְׁיָא זֹו וְתִירוּצוֹ שָׁם בְּאִפְּוֹן אַחַר מִמ"ש בְּסִמ"ע פְּאָן עִי"ש: וְשָׁם בְּש"ף ס"ק א' וּל"ג דְּהַטּוֹר ר"ל אֶפְּיִלוּ אַחַר תְּקַנְתָּ הַגְּאוּנִים כּו' אִין תִּירוּצוֹ מוּבָן דְּהָא הַסִּמ"ע מִיְיָתִי מְאַפּוֹתִיקִי דְּסְמִיךְ עָלֶיהָ וְאַפ"ה לֹא גָבִי מְשׁוּם דְּל"ל קְלָא וְא"כ מֵאִי מִיְיָתִי הַש"ף דְּבָרֵי הָרָא"ש דְּבִזְהַ"ז סְמִיךְ עָלֶיהָ וְאַפ"ה לֹא גָבִי מְלוֹקַח וְע"כ מְשׁוּם הַבְּרַחָה ז"א דְּלוֹ יְהִי אַפּוֹתִיקִי בְּזִמְנֵי הַש"ס דְּטַעְמָא מְשׁוּם קְלָא וְלֹא מְשׁוּם הַבְּרַחָה וְנִרְאָה דְּהַש"ף ס"ל כְּמִש"ל בְּדְבָרֵי הַסִּמ"ע דְּשְׁפִיר אִיכָּא קְלָא מְחַמַּת הַשִּׁטְר גּוּפָא רַק שִׁי"ל דְּאַפּוֹתִיקִי אַע"ג דְּסְמִיךְ לֹא גָבִי מְשׁוּם דְּל"ל קְלָא לְשַׁעְבּוּד מְמַטְלָטְלִין דְּדוּקָא כְּשִׁבְּא לְקַנּוּת קַרְקַע הַקּוּל יִנְצָא שְׁנָה קוֹנָה קַרְקַע מְשׁוֹנְעַבְדָּת לְפִלוּנִי וְהִנֵּה לוֹ לִינְהָר מִשְׁא"כ כְּשִׁבְּא לְקַנּוּת מְמַטְלָטְלִין אִין קוּל לְשַׁעְבּוּדָא לְפִי שְׁיִוְדְעִין שְׁאִינוּ סוּמָךְ עָלֶיהָ ע' שְׁיִוְכַל לְהִיּוֹת שְׁיִאבְדוּ וְא"כ פְּשִׁיטָא שִׁא"צ לְטַעַם הַבְּרַחָה וּבְכָל מְמַטְלָטְלִין ר"ל פֶּן וְלָכֵן כְּתַב הַש"ף דְּלִבְתַּר תְּקַנְתָּ הַגְּאוּנִים שְׁהַמְמַטְלָטְלִין כְּקַרְקַע שְׁהוּא סוּמָךְ עָלֶיהָ וְאִינוּ חוֹשֵׁשׁ שְׁיִאבְדוּ מ"מ לְגַבִּי טְרִיפַת לְקוֹחוֹת שְׁפִיר אָמְרִינוּ דְּלֹא סְמִיךְ פִּינוּן שְׁבַמְתַּכּוֹן יְכוּל לְהַבְרִיחֵם.

אִךְ בְּעִנְיָן עֲשֵׂה עֲבָדוֹ אַפּוֹתִיקִי מְבוֹאָר דְּעִיקָר הַקּוּל תְּלוּי בְּשַׁעְבּוּד וְשַׁעְבּוּד יֵשׁ לוֹ קוּל וְלֹא בְּמַכִּירַת חֲפִין וְעִי' בְּלִשׁוֹן בַּעֲה"ת שְׁהִבִּיא בְּב"י דְּכִינוּ דְּל"ל קְלָא לֹא סְמִיךְ עָלֶיהָ וְצ"ע מַה עִנְיָן זֶה לְזֶה וּלְפַמ"ש י"ל וְצ"ע בַּעֲה"ת גּוּפָא וְעִי' בְּלִשׁוֹן הַש"ף ס' ק"ד ס"ק ב' שְׁכַתְּבִי דְּמ"מ אִין סְמִיכוּת בַּע"ח עָלֶיהָ לְעִנְיָן לְקוֹחוֹת פִּינוּן דְּלִית לְהוּ קְלָא וְיְכוּל לְהַבְרִיחֵם הָרִי שְׁהֶרְפִּיב עִנְיָן קוּל וְהַבְּרַחָה יַחַד וְצ"ע: וְשָׁם בְּסִמ"ע ס"ק ו' כְּפָר כְּתַבְתִּי דְּהִינּוּ דְּוִקָא כְּשִׁאִינוּ רוּצָה לְסַלֵּק כּו' וְכַמ"ש הַטּוֹר וְהַמְחַבֵּר סְעִיף ז'.

וְלִכְאוּרָה אִין זֶה עִנְיָן לְכָאן דְּהֵתָם הַמְלִנָה רוּצָה לְקַבֵּל בְּעַד כָּל הַחֹב וְאִיכָּא פְּסִידָא לְמַלְנָה מִשְׁא"כ בְּזֶה שְׁגָם הַמְלִנָה אִינוּ רוּצָה לְקַבֵּל כְּפִי הַשּׁוּמָא. וְאֶפְּשָׁר שְׁהוּא ט"ס וְצ"ל סוּף סְעִיף ו' וְר"ל מ"ש שָׁם וְלֹא יְהִי כָּל הַחֹב פְּרוּעַ אִין שׁוּמְעִין לוֹ וְעִי' שָׁם בְּסִמ"ע ס"ק י"ח אֲבָל אִם יְהִי כָּל הַחֹב פְּרוּעַ מְצִי לְסַלְקוֹ פִּינוּן דְּעַדִּין לֹא גְבָהוּ הַמְלִנָה וְא"כ גַּם כְּאִין בְּס"ק זֶה מִיְיָרִי הַסִּמ"ע בְּלֹא גְבָהוּ אֲבָל ז"א דְּמְבוֹאָר בְּסִמ"ע ס"ק ד' דְּבַהֵךְ דִּינָא דְּעֲשׂוֹ שׁוּמָא וְלֹא גְבָהוּ לֹא פְּלִיגִי כְּלָל רַק בְּגָבָהוּ דְּוִקָא פְּלִיגִי הָרָא"ש וְהַרְמַב"ם.

וְעִי' בְּש"ף שְׁכַתְּבִי שְׁנָה טְעוּת כּו' וְהִינּוּ מְשׁוּם דְּהַפְּלוּגְתָּא בְּגָבָהוּ מִיְיָרִי וְקָרוּב לֹמַר שְׁהוּא ט"ס בְּסִמ"ע (וְהִנֵּה כְּתוּב וְהַת"ד וְהוּא ר"ת וְהוּא הַדִּין וְהַדְּפִיסוֹ וְהִינּוּ דְּוִקָא) וְצ"ל וְה"ה כְּשִׁאִינוּ רוּצָה כּו' וְר"ל דְּבַכְה"ג נְמִי א"י לְסַלְקוֹ אִף שְׁלֹא בָּא לִיד הַמְלִנָה וּבְאַמַּת שְׁצ"ע עַל הַסִּמ"ע ס"ק י"ח שְׁכַתְּבִי פִּינוּן דְּעַדִּין לֹא גְבָהוּ דְּהָא אַדְּבָרֵי הַמְחַבֵּר קָאִי וְלְהַמְחַבֵּר שְׁפּוֹסֵק כְּהַרְמַב"ם אִף בְּגָבָהוּ כְּשִׁרוּצָה לְסַלֵּק שׁוּמָא הַדְּרָא.

וְאֶפְּשָׁר לְפִי שְׁמַקּוֹר הַדִּין שֶׁל הַמְחַבֵּר שָׁם הוּא מְדַבְּרִי הָרָא"ש כְּתַב כֵּן עִי' שָׁם: בְּסִי' קו"ד ס"ק א' מ"ש לֹא הַבְּנֵי דְּבָרֵיו וְל"ד לְקַמֵּן ס"ס ז' דְּהֵתָם הַמְלִנָה אֹמַר לֹא יִשְׁימוּ כּו' מְשׁוּם

הא לא ארְיָא וכמ"ש הסמ"ע לקמ"ס"ק י"ט פֿינן דְלֹקַח צוּעֵק וְאוּמַר יְשִׁימוּ לִי כּו' אֲבָל
הַחֲלוּק פֿשוּט בְּלֹא זֶה דְהֵתָם הַמְלִיחָה רוּצָה לְקַבֵּל בְּעַד כָּל חוּבוֹ מִשָּׂא"כ בְּזֶה שְׁגָם הַמְלִיחָה
אֵין רוּצָה לְקַבֵּל אֲלֵא כְּפִי הַשּׁוּמָא וכמ"ש"ל על הסמ"ע ס"ק ו' עי' שם: וְשֵׁם בְּש"ף ס"ק
ב' וְזֶה טְעוֹת דְהֵכָא אֲפִילוּ יְרָצָה כּו' לַעֲנִי"ד פְּדֻבְרִיו כֵּן הוּא אֲלֵא שֵׁט"ס נֶפֶל בַּסַּמ"ע וְצ"ל
דְהֵינּוּ דְוָקָא פֿשְׁגָּבְהוּ (וּר"ל לְפִי שְׁהַרְמִ"א סֵתָם הַדְּבָרִים וּמִשְׁמַע דְבִשְׁוּמָא וְהַכְרָזָה לַחֹד
תְּלִיא וְז"א דְגָבְהוּ ג"כ בְּעֵינָן דַּל"כ יְכוּל לְסַלְקוּ כָּל הַחוּב) אוּ פֿשְׁאִינוּ רוּצָה לְסַלְקוּ כּו'
וְעֵינָן מִש"ל בְּדַבְרֵי הַסַּמ"ע בְּזֶה.

אֵלֶּה הַדְּבָרִים אֲשֶׁר הֶעֱלִיתִי בְּהַשְׁפָּלַת בְּרֵאשִׁית דְרָף לִימוּדֵי וְרוּבָם מִימֵי חֲנוּכָּה וְלֹא נִתְּנִי
הַזְמַן לְחֹזֵר עֲלֵיהֶם שׁוּב שְׁנִית וְחֻקֵּיהֶם לְהַשְׁלִים וּלְהַפְיֵק רְצוֹן הַתְּלַמִּידִים וּקְצַת
מִשְׁפִּילִים אֲשֶׁר נִפְשָׁם קָצָה בְּרוּב דְבָרִים וְאֲרִיכוֹת פְּלִפּוּלִין תְּלִיסֵר גְּוִילִים וְרוּצִים לְשַׁנּוֹת
דְרָף קְצָרָה וְתַפְסוּתִי בְּמַקְצַת סִימָנִים שֶׁהַתְּלַמִּידִים רְגִילִים לְלַמּוֹד וּלְשַׁנּוֹת בְּהֶם וְאִף בְּהֶם
שִׁינְרִתִי לְעַצְמִי הִגָּהַת נִפְלְאִים וְעֵנִינִים רַבִּים כִּי קִצֵּר הַמְצָע אֶפְסֵ רַגַע אֲעֲלֶה מֵהַ שְׁפַתְבִּיתִי
מִשְׁחַר טַל יִלְדוֹת בְּעַת הָאִיר לְעוֹלָם שׁו"ת הָרִי"ף שְׁנֵדְפֶסּוּ בַק"ק לִיוּרְנֹה וּמִיָּד עֲבָרִי
עֲלֵייהוּ אוּרוֹ עֵינֵי בַקְצַת עֵנִינִים וְאֲכַתְּנוּב פֶּה אֶת אֲשֶׁר יֵשׁ בּוֹ נוֹגַע לַח"מ בְּקוֹצֵר מִן־פְּלָג:
בְּשׁו"ת הָרִי"ף ס' ד' עֵינֵי בְּש"ף ס' כ"א ס"ק כ"ב וְתַרְאֵה שְׁדַבְרֵי הַרְמַב"ם לְקוֹחִים
מִשָּׁם וְדוּק וְתִשְׁפַח הַדְּבָרִים עַל בְּוִרְיָם בְּשׁו"ת הָרִי"ף ס' ט"ט ע"ש הֶעֱנִין שְׁשִׁמְעוֹן הִזָּה
חֵיב שְׁבוּעָה לְרֵאוּבֵן וְרֵאוּבֵן הוֹצִיא שְׁטֵר שְׁנַתְרָצָה שְׁמַעוֹן לִישָׁבַע וְלִיטוֹל כּו' וְהִיא
הַתְּשׁוּבָה שֶׁהִבִּיא בַעַ"ע שֶׁהִבִּיא הַשְּׁ"ף ס' ד"ב ס"ק ד' וּבְש"ף שָׁם יֵשׁ ט"ס וְכַ"ל
וְאֲפֶשֶׁר הַב"י בְּמַעֲשֵׂה שְׁלוֹ פֶסֶק כֵּן מִשׁוּם שְׁכָבֵר נִשְׁבַּע וְלֹא שִׁינְרָף לֹאמַר מִי יִימַר דְמִשְׁתַּבַּע
אֲבָל בְּעֲלָמָא אֲפֶשֶׁר כּו' כַּמ"ש וּמ"מ גַּם דִּינוֹ דַּהֲב"י לֹא מִסְתַּבֵּר דְאֶפְתִּי שִׁינְרָף לֹאמַר מִי
יִימַר דְמִשְׁתַּבַּע בַּב"ד וְגַם בַּנֶּק"ח וְעוֹד דְהָא מ"מ הו"ל גַּל"מ וְלֹא מְמוֹן עֲצָמוֹ כַּ"ל: וְשָׁם
בְּשׁו"ת הָרִי"ף ס' צ"ז רֵאוּבֵן תְּבַע אֶת שְׁמַעוֹן כּו' עֵינֵי בַסַּמ"ע וְש"ף ס' צ"ו הַבֵּאתִי דְבָרֵי
הָרִי"ף בְּתִשְׁבּוּבָה זֶה שְׁמַשְׁם לְמַד הַרְמַב"ן אֶת דִּינוֹ אִף מְבֹנָאָר לְמַעֲיָן בְּתִשְׁבּוּבָה זֶה דְלֹא
מְחַלֵּק כַּמ"ש ה"ה דְדוּקָא בְּאִינוּ מֵאִינוּ פְטוּר ע"ש בְּאִנְרָף וּכְבָר פְּתַבְתִּי שָׁם שְׁדַבְרִיו
סוֹתְרִים לַמ"ש בְּעֲצָמוֹ בַס"ח וּבַס"י רַנ"א יַעו"ש שְׁכָל מֵהַ שְׁפַתְבוּ הַאֲחֵרוֹנִי בְּעֵינֵי
זֶה אֵין מַעֲלָה אֲרוּכָה לַמ"ש בְּתִשְׁבּוּבַת הָרִי"ף וּמ"ש פָּאן ס' צ"ז וְ"ל וְבוֹ אֲמַרוּ וּבַפְּנֵי
עֲצָמוֹ לֹא אֲמַרְן אֲלֵא שְׁבוּעָה דְאוּרִינְתָא אֲבָל שְׁבוּעָה דְרַבְּנָן מִשְׁבַּעֵינָן לִיה וְלֹא יִדְעָנָא
אֲהִיָּא קֵאִי וְנִרְאָה דְקֵאִי אִפְהָ שְׁאֲמַרוּ נְכֻסִים שְׁאִין לְהֶם אַחֲרֵינִי נְזַקְקִין נְכֻסִים שְׁיֵשׁ לְהֶם
אַחֲרֵינִי אֲבָל בַּפ"ע לֹא אֵהָא קְאָמַר דַּבַּפ"ע לֹא אֲמַרְן כּו' גַּם מ"ש הַכ"מ וְהַשְּׁ"ף אֲקוּשְׁיָא
דְאֲמַאי חֵיב פֿינן שְׁזָה אֵינוּ מֵאִינוּ מְבֹנָאָר בְּתִשְׁבּוּבַת הָרִי"ף דַּע"ג דֵּאִין מֵאִינוּ וְטוֹעֵן
שְׁהַשְׁטֵר לֹא הִזָּה מְקוּנִים מ"מ בְּתַר טְעֻנַּת הַתּוֹבַע אֲזַלִּין פֿינן שְׁהוּא טוֹעֵן הִי לִי בּוֹ רֵאָה
יֵשׁ לְחֵיבּוֹ כְּמוֹ אִם טוֹעֵן מְסֻרְתִי לְךָ בְּגַד שְׁוֵה י' זְהוּבִים שְׁמִחֵיבִין הַנְּתַבָּע שְׁבוּעָה וְאֵין
אוּמְרִים יְבִיא רֵאָה שְׁהִזָּה שְׁוֵה י' וְהוּא קְרוּב לְדַבְרֵיהֶם ז"ל: וּמ"ש הַשְּׁ"ף דַּע"כ הַנְּתַבָּע
יִדְעֵ שְׁיֵשׁ בּוֹ רֵאָה שְׁהִרִי טוֹעֵן לְהַד"ם א"צ לְזֶה פֿינן שַׁעַכ"פ לְפִי דְבָרֵי הַתּוֹבַע יֵשׁ לוֹ בּוֹ
רֵאָה וְזֶה מְטַמִּינוּ.

וְשָׁם בְּשׁו"ת הָרִי"ף ס' כ"ד רֵאוּבֵן הִזָּה חֵיב כּו' תְּשׁוּבָה פְּשָׁרָה זֶה בְּטִלָּה הִיא כּו' וְיֵשׁ
פָּאן ט"ס וְכַ"ל אֲבָל אֵלּוֹ עֲשׂוּ בִינֵיהֶם הַפְּשָׁרָה פְּתִיקוּנָה וְלֹא הַזְפִּירוּ הַשְׁבוּעָה כּו' וְעֵינֵי
בַּב"י ח"מ ס' כ"ה שְׁבַע"ע הִבִּיא הַתְּשׁוּבָה בְּשָׁמוֹ וְנִרְאָה בְּכַוְנַת הָרִי"ף כַּמ"ש הַשְּׁ"ף

שם בשם בה"ג דכיון שאמרו שמכר השבועה שחייב לו ועתה שהביא ראיה בממון שבועה אין פאן פשרה אין פאן משא"כ כפלא הזכירו השבועה כו' ר"ל דדוקא ע"ד המבואר בשאלה שהזכיר בפשרה שלא ישבע משא"כ אם היתה הפשרה שהוא מוחל עיקר התביעה ולא הזכיר בענין הפשרה עסק שבועה אמרינו עביד אינש דמזבין דיניה והרמ"א נקט בלישניו ודוקא שגילה בדעתו שעשה הפשרה משום השבועה או פדומה לזה לענ"ד לא משמע הכי וצ"ע: ושם בסי' קכ"ה בענין דברים העשויים להשאיל כו' שאם זה שיוצא מתח"י אינו עשוי לשאול ולשפור חפץ כזה כגון אם יוצא ספר מתחת ידו והוא ע"ה ואין לו בנים שילמדו ממנו נאמן לטעון לקוח ע"ש ויש ללמוד מזה לכל פיוצא בו ועיין בח"מ סי' ע"ב סעיף י"ט.

ושם סי' קל"ו מ"ש זהו אבק רבית הוא כו' לא ידעתי למה אם לא דמיירי שפירש בהדיא בשעת נתינת השטר שאינו שונה כ"כ ובשכיל שימתין לו הוא נותן יותר ואמנם צ"ע מ"ש שהמלוה צריך לישבע פדין מפיק שטרא ואמר פריעא הוא ובש"ע סי' פ"ב מבואר דבטענת רבית אינו יכול להשביעו ואולי מיירי שם בענין שהמלוה מודה וטוען בהיתר נטלתי ומ"מ צ"ע דהו"ל לפרושי דדוקא אי טעין אשתבע לי דינא הכי ושם בסי' ר"ט הנה על תחלת דבריו כפר תמה בעה"ת ונהביאו הש"ך סי' צ"ז אף מ"ש לחלק בין בגדי אשתו לכלי זקב ובדולח וכתב דבזה דעתו שתתקשט אשתו ותתפרנס מהם משא"כ בבגדים שהם פלים ונפסדים אין דעתו עליהם והלכך ב"ח גובה מהם אם לא הי' תנאי בשעת נישואין שיכניסם לה ע"ש ונראה שמפאן הוציא מהרי"ק שורש י' הובאו באה"ע סי' צ' וע"ש בב"ש ס"ק י"ג שכתב דהטור מיירי שהיא הכניסה ולכאורה ליתא דהא מסיים בה וכן מה שהחזתו פוסק לה א"י למוכרו ומשמע דאפוליה מלתא קאי אף אכלי זקב אף לפמ"ש בתשובה זו וכן מבואר מדברי הרמב"ם הובא בח"מ סי' צ"ז סעיף כ"ו דמה שפסק לה בשעת נישואין שונה למה שהכניסה וכ"כ באה"ע בכמה דוכתי שפיר קאמר הב"ש וע"כ לא קאמר מהרי"ק אלא במה שקונה לה אחר נישואין וכמבואר בדברי הרי"ף בתשובה, זו וגם משמע הכא דאין לחלק בין בגדי חול לשבת וכ"ש חולקים בח"מ סי' צ"ז סעיף ו' דהא כתב הטעם פנין שהם פלים ונפסדים אין דעתו עליהם אף מצאתי בתשובה סי' רנ"ח לענין אם ב"ח גובה מבגדי אשה ותכשיטים כתב דאהו דמקדיש כו' ואיתמר גמי האחין שחלקו כו' נתברר שאין רשאי להחזיק ולמכור מה שלקח לאשתו ולבניו אלא שבירושלמי אמרו אבל לא של רגל ושל שבת הלכך כל שהי' מן הבגדי המעולים וכ"ש פלי זקב ובדולח יש לו למכור אותם אבל אם היתה ממשפחה מיוחסת יש לה לעכב עליו כמו שאמרו עולה עמו כו' ע"ש ושם בסי' קס"ט סופר שהוא כותב כו' ואמרינו גמי אין עד נעשה דיין בדאורייתא הנה פדין עד נעשה דיין הארכתי ושם הבאתי דברי השבות יעקב חלק א מה שמשיג שם על כל הפוסקים מלשון רבינו ירוחם ובעה"ע ואם הי' לפניו שו"ת הרי"ף לא הי' כותב כן שמבואר דגם מטעם אין עד נעשה דיין אתי עלה (ועיין בשו"ת הרי"ף סי' קצ"ז משמע דס"ל שעבודא דאורייתא ודלא כמ"ש הש"ך סי' ל"ט לדעתו).

וְשֵׁם בְּסִי ק"ה רְאוּבֵן שֶׁמִּשְׁכֵּן חֶצֶר כּו' מְבוֹאֵר דָּאָף בְּמִשְׁכֵּן קַרְקַע לְזִמְן וְעֵבֶר הַזִּמְן נוֹתְנִין לוֹ שְׁלֹשִׁים יוֹם אַע"פ שֶׁהִתְנָה שְׁלֹא יוֹרִידֵנוּ בְּשׁוּמָא אֲבָל בְּמִטְלָטְלִין א"צ ל' יוֹם רַק כְּדִי שִׁימְפָּרְהוּ לְבַד וּמִשְׁמַע דְּבִקְרַקַע אִם לֹא הִתְנָה שְׁלֹא יוֹרִידֵנוּ בְּשׁוּמָא אִז אִם בָּא לִיפְרַע מִמֶּנּוּ צְרִיף לַעֲשׂוֹת שׁוּמָא עֲלֵי כְּמוֹ שְׁאָר גְּבִיית חוֹב מִהַקְרַקַע וּלפ"ז צ"ע בְּדַבְרֵי הַש"ף סִי ע"ג ס"ק ל"ו וְעֵינֵן בְּש"ף סִי ק' ס"ק א' בְּשֵׁם רִש"ל וְהוּא כְּדַבְרֵי הָרִי"ף דְּבִמְטְלָטְלִין שֶׁעֵבֶר הַזִּמְן אִין מִמְתִּינִין וְעֵינֵן בִּט"ז מֵהַ שְׁמַחְלָק בֵּין הֵיחָא דְהֵתֵם לְהַף דְּסִימֵן ע"ג וּדְבְרֵי צ"ע וְעֵינֵן בְּשׁו"ת הָרִי"ף סִי רַע"א: וְשֵׁם בְּתִשְׁבַּת הָרִי"ף סִי רַס"ד רְאוּבֵן הוֹצִיא שִׁט"ח כּו' ע"ש וּבְסִי רַע"ח מְבוֹאֵר דְּמַחְלָק בֵּין אִם כְּתוּב נְאֻמָּנוֹת פְּשָׁנֵי עֲדִים יָכוֹל לְטַעוֹן סְטְרָא עַל הַפְּתִיבָת יָד וּבֵין אִם כְּתוּב נְאֻמָּנוֹת סֵתֵם וּמִתְבָּאֵר מְדַבְרֵי שְׁדַבְרֵי הַסַּמ"ע סִי ע"א ס"ק כ"א מְכוּוֹנִים לְהִלְכָה וְדִלָּא כְּש"ף שֵׁם ס"ק ר"ד ע"ש.

וְשֵׁם בְּסִי קנ"ג בְּדִין מוּם בְּמִקַּח עֵינֵן בְּרַמְב"ם פֶּרֶק ט"ו מֵהִלְכוֹת מְכִירָה מ"ש שֵׁם נִשְׁתַּמֵּשׁ בְּמִקַּח שְׁאִינוּ מִחֲזִיר וְכֹתֵב ה"ה שִׁיבְצָא לוֹ זֶה מִמֵּה שְׁאֲמְרוּ חֲזָקָה אִין אָדָם שׁוֹמֵה כּו' וְלִכְאוּרָה לַפ"ז הִיָּה לְנוּ לּוֹמֵר דָּאָף כְּשִׁנּוּתֵן הַדְּמִים מְסַתְמָא לֹא נִתְּן אַא"כ בְּדַק וְרָאָה וּנְפִיָּס הוּא אָף הָרִי"ף בְּתִשְׁבַּת זֶה בְּיָאֵר הַחֲזִילוּק עַל נְכוּן ע"ש גַּם כְּתוּב שְׁאֲפֹשֶׁר שְׁלֹא אָמְרוּ כֵּן אֲלָא מִשׁוּם חוּמְרָא שֶׁהִחְמִירוּ בְּבִנּוֹת יִשְׂרָאֵל שְׁלֹא יִנְהַגוּ בְּהֵם מְנַהֵג הַפְּקַר ע"ש גַּם מִשְׁמַע מְדַבְרֵי דָאָם רָאָה וְלֹא תִבַּע כְּבָר מְפוֹסֵס הוּא שְׁהָרִי כְּתוּב שֶׁהִלּוּקֵם חֲזִיב שְׁבוּעָה שְׁלֹא רָאָה אֲלָא אוֹתָהּ שְׁעָה שְׁתַּבַּע וְאוּלַי י"ל דְּכֻוֹנְתוּ דָאָם רָאָה זְמַן מֵהַ קוֹדֵם שְׁתַּבַּע הָרִי נִשְׁתַּמֵּשׁ בְּחֶצֶר וְהוּי כְּדִינוּ שֶׁל הַרְמַב"ם וּמ"ש כָּל מוּם שֶׁבְּרָאָה בְּעֵלְמָא וַא"צ לְבִקְיָאִים אָמְרִינוּ רָאָה וּנְפִיָּס הֵיָּנוּ בְּשַׁעֲהַ שְׁקִנְהַ דּוֹקָא שְׁאִז בּוֹדָאֵי בְּרָאָה בְּעֵלְמָא סְגִי לִיהַ אָמְנָם צ"ע שֶׁהִתְחִיל שְׁנֵה שְׁטוּעֵן שְׁמַעוֹן מְחַל הוּא שְׁמָא וְכִינּוּן שְׁכֵן יִתְחַזֵּיב הִלּוּקֵם שְׁבוּעָה וְהַדְּבָרִים סוֹתְרִים דְּבִשְׁמָא אִין כָּאֵן שְׁבוּעָה וַיֵּשׁ לִיִּשְׁבַע וּצ"ע: וְעֵינֵן בַּח"מ סִי רַל"ב בַּסַּמ"ע ס"ק מ' הָא דָּאִין נִשְׁבַּעֵין כּו' וְהַש"ף ס"ק י"ג הַשִּׁיג ע"ז וּבְאֻמַּת שְׁלִשׁוֹן הַסַּמ"ע מְגוּמָגַם אֲבָל כְּוֹנְתוּ נְכוּן דְּנֹדָאֵי אֵלוּ מוֹדָה הִלּוּקֵם שְׁגַם הַמוֹכֵר קְנָאוּ מֵאַחַר בְּחֻזְקַת זְהַב וְנִתְאַנְ' ג"כ אַע"ג שְׁאִם הִיָּה מְאָמִין לְלוּקֵם שְׁמַצָּא בְּדִיל הִיָּה מְחַזֵּיב לְשִׁלְמַם אַע"פ שְׁגַם הוּא נִתְאַנָּה מ"מ עֵתָה שְׁאוּמֵר שְׁאִינוּ מְאָמִין לְלוּקֵם א"צ לִיִּשְׁבַע וּכְמ"ש בַּש"ע סִי ת' דְּנִינְזַק אוֹמֵר בְּרִי וּמִזִּיק שְׁמָא כִּינּוּן שֶׁהִנְזִיק עֲצָמוּ מוֹדָה שֶׁהִמְזִיק אִין לוֹ לִידַע אִין כָּאֵן שְׁבוּעָה וּכ"כ הַש"ף סִי ע"ב ס"ק נ"א וְעֵינֵן סִי ע"ב ס"ק נ"א וְעֵינֵן סִי פ"ח וַא"כ פְּשִׁטָּא שְׁאִין הַמוֹכֵר צְרִיף לִיִּשְׁבַע וְאִם הִלּוּקֵם טוּעֵן שְׁמָא יִדְעַת שְׁיֵשׁ בּוֹ בְּדִיל מ"מ הוּי טַעֲנַת סַפְקַ וְאִין נִשְׁבַּעֵין עֲלֵיהֶם וְלִכְּהַ כְּתוּב הַסַּמ"ע דְּמִיָּרִי בְּטוּעֵן אֲתָה לֹא קִנִּיתְ אוֹתוֹ כְּהַ כּו' כִּנְלַעַנ"ד אָף בְּש"ף סִי ע"ב ס"ק נ"א מְבוֹאֵר דַּס"ל כָּל שְׁטוּעֵן שְׁמָא גְּרוּעַ אָף אִי מְסַתְבֵּר שִׁא"י צְרִיף לִיִּשְׁבַע הִסְתַּת וּצ"ע דְּהָא הִגִּי שֵׁם וְעַל טַעֲנַת שְׁמָא א"צ לִיִּשְׁבַע וּבְסִי ת' דּוֹקָא כְּשִׁטוּעֵן אֲתָה יוֹדַע בּוֹדָאֵי וְעֵינֵן בְּסִי ר"ב וּר"ג לְעַנְיֵן הַמְנַהֵג בְּכִתִּיבַת נְאֻמָּנוֹת בְּשִׁטְרַ עֵינֵן בַּח"מ סִי ע"א סְעִיף י"ד וּמְנַהֵג הַמְקוּם שֶׁהִרְבֵּה כּוֹתְבִין כּו' וּבִיאוּר הַדְּבָרִים תְּמַצָּא בְּתִשְׁבַּת אֵלוּ שְׁמֵהּ נּוֹבַע מְקוֹר הַדִּין וְיִתְבָּרַר לְהַ שְׁעִיקַר הַתְּפִירוּץ כְּמ"ש בַּב"ה וּבַג"ת שְׁלֹא הִיוּ כּוֹתְבִין הַנְּאֻמָּנוֹת רַק לְשׁוּפְרָא וְגַם מ"ש הַש"ע בְּסְעִיף ט"ו יֵשׁ לְדַקְדַּק קְצַת מִתְּשׁוּבַת הָרִי"ף הַנ"ל וְעוֹד נִשְׁתַּיֵּיר בְּקוֹלְמוֹס עַנְיָנִים רַבִּים אֲרֻנְפִים וּרְחָבִים וּבְמִקוּמָם יְבוֹאוּ אִי"ה הֵלַא בְּסַפְרֵתִי רַק עֵתָה בְּאִתִּי לְמִלְאוֹת רְצוֹן הַתְּלַמִּידִים הָאֵהוּבִים וְיִקְבְּלוּ הַרוֹבִים אֶת תְּשׁוּבַתָּם וְיִשְׁמַע חֲכָם וְיוֹסִיף לְקַח וְיִדַּע כִּי לֹא בָּאוּ הַדְּבָרִים בְּמִקְרָה

ובדקדוקים קלים נחמורים עיניו יפקח ויערב עליו המקח ישמה מיין הרקח ומנה יפה לעצמו יברור ויקח.

ובבלשון רפה וקשה יבחן מי חרש או פקח: דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות גזילה שאלה סא תשובה בימי חורפי אחרפא דשדר לן פבוד בד"ז הגאון מוהר"ר יעקב נ"י אשר פעת מצ"פ בק"ק ליסא יע"א: אחד"ש ראיתי אמריו פי נעמו בדברי התוספות בפרק לולב הגזול שהקשו דבשינוי החוזר משמע דבקנן דרבנן לא נפיק י"ח דאורייתא וגבי סבתא משמע דשפיר נפיק מדאורייתא וע"ז כתב כ"ת לתרץ קושיות הב"ש מגזול אחר יאוש למע"ש משום דטעמא דהפקר ב"ד לא שייך במע"ש דמ"מ במאי זכתה פיון שאין בידיה שאין הב"ד עושים רק הפקר ולא קנן ואל תשיבני מד"א דגיטין וקידושין שיש פח ביד ב"ד לעקור שפיקיע בגט וקידושין דאורייתא והר"ן שכתב מטעם הפקר ב"ד אגזיל לשיטתו דס"ל במע"ש ג"כ מדאורייתא והשתא א"ש בסבתא לכמ"ש התוספות בב"ק דף ס"ח דאף דיאוש לא קנה מ"מ כל המחזיק בו זכה דהא הפקירו אלא שהגזולן א"י לקנות מחמת הפקר פיון דבאיסורא אתי לידיה והוא גזה"כ ובזה אינו מועיל הפקר ב"ד דבלא"ה הוא הפקר ואינו יכול לקנות מחמת גזירת הכתוב ונחמדים א"י רק לעשות הפקר ולא קנן לפי זה א"ש דבסופה שאדם יוצא בסוכת חבירו ולא פועלו רק שלא יהא של הנגזל שפיר מהני הפקר ב"ד משא"כ בלולב דבעינן שיהא שלו ואף שהוא הפקר אינו יוצא מדאורייתא עכ"ד בקצרה קצת ודפח"ח אף אני תמה במ"ש כ"ת בשם התוספות בב"ק דיאוש לא קני מ"מ כל המחזיק בו זכה דהא הפקירו רק דהגזולן אינו יכול להקנותו מחמת הפקר פיון דבאיסורא אתי לידיה והוא גזה"כ כו' ובנדאי פנונת מר הוא לדברי התוספות דף ס"ט ד"ה כל שלקטו שכתב דלמ"ד יאוש פדי לא קני וכל המחזיק בה זכה בה מ"מ אין יאוש זה פוטר ממעשר דנהי דהנגזל אין יכול לתפוע מן המחזיק אחר יאוש כו' ופשוט לענ"ד שאין פנונת התוס' כלל שזה זכה מחמת הפקר ואעפ"כ אין יכול להחזיק דזה נדאי אינו ולהדיא פתבו התוס' בדרף ס"ו דמן ההפקר יכול לקנות אפילו היכא דבאיסורא אתי לידיה א"ו ברור פנונת התוס' דהמחזיק זכה מטעם דלגביה הני יאוש וש"ר דלשני לאו באיסורא אתי לידיה אלא אחר יאוש ודמי ממש לאבידה אבל הגזולן דבאיסורא אתי לידיה וליכא רק יאוש לחודיה אינו קונה ודברים אלו מבוארים ג"כ בתוספות ריש פרק הגזול ומאכיל ד"ה גזל כו' דהיכא דליכא ש"ר דנתייאש אחר שפא ליד השני אם הגזילה קיימת חייב להחזיר והיינו משום דאז גם להשני באיסורא אתי לידיה שעדיין הנה קודם יאוש ועכ"פ מבואר דס"ל דאפילו בע"כ של גזולן הני ש"ר דלא כמ"ש הט"ו בח"מ סימן שס"א ותימה על הב"י שלא הנפיר שהתוספות חולקים בזה וגם מ"ש הב"י שם שהרשב"א פתב שכ"נ דעת הרמב"ם ד לענ"ד דעת הרמב"ם ד להיפך ומ"ש הרשב"א שכ"נ דעת הרמב"ם ד היינו בהא דאפילו האכילו הגזולן קודם יאוש אפ"ה רצה גובה משני וכ"ז מבואר למענין בדברי הרשב"א והרמב"ם ד שיהביא בש"מ בב"ק שם אבל בהפקר שהפקירו ב"ד פדי שזכה בה גזולן מה"ת נאמר שגזה"כ שלא יוכל לזכות בה דבשלקמא מה שזה מייאש לא מהני לקנות לחודיה משום דאין זה הפקר גמור פיון שבע"כ הוא מתייאש ובכה"ג לא מהני אלא היכא דבהיתרא אתיא לידיה דומיא דאבידה משא"כ הפקר ב"ד מה"ת לא יוכל זה לזכות ובזה נלענ"ד ג"כ דל"ק מ"ש התוספות מנתייאשתי מפלוני עבדי משום דהתם מדעתו הוא מפקירו

משא"כ פאן דאע"ג דהיאוש הוא הפקר לא מהני פיון דהוא בע"כ אלא דאכתי קשה דרש"י פתב גם גבי האי אמתא דמר שמואל אשתבעי דיאוש הוא הפקר ע"ש (והארבתי בענין יאוש אם הוא הפקר במקום אחר) ואמנם בעיקר הסברא שכתב מר וכו פתבתי זה ימים פביר דרבנן אין יכולין לעשות קנין מדאורייתא רק הפקר לבד שויתי נפשי הדרנא ממאי דאיתא בש"ס דיבמות דמייתי להא דר' יצחק דהפקר ב"ד הפקר מקרא דעזרא ר"א אמר מהכא ואלה הנחלות כו' אף ראשים מנחילין את העם מה שירצו משמע להדיא דאף קנין יכולים לעשות וכן מבואר בשו"ת הרשב"א ועיין ביש"ש יבמות דמהך דר"א מוכח שיכולין להפקיע ולהחליט לחבירו ואין נראה לומר דפליגו ר"י ור"א והלכה כר"י וכדמשמע מהרמב"ם דמייתי קרא דר"י ואפ"ה פתב ברישא דכח בידם גם ליתן והיינו משום דיכולים להפקיר מסתמא יכולים גם ליתן וכן משמע מהך דר"א דגיטין וקידושין ומ"ש כ"ת לענין קידושין שפח ביד ב"ד כו' הוא תמוה ובדוחק יש לנישב שם דהוי פתצרה פיון שיש לה רשות להלך רק פיון שגם לאחרים רשות בזה אינה יכולה לקנות וכיון שסילקו חכמים רשות אחרים מטעם הפקר ב"ד ממילא נשאר פתצירה לבד והנה באמת נלענ"ד לחלק דדוקא היכא שהדבר צריך לחכמים לעקור דבר מה"ת אז עשאיה כמדאורייתא ממש כגון לענין גזל אחר יאוש ומקנת מריש וכו"ג מה"ת צריך להחזיר גוף החפץ לקניינים מצות השבה וחכמים תיקנו דבתורת דמים סגי אז עשאיהו כשל תורה ממש והפקיעו מזה ונתנו לזה דאל"כ לא מקיימה מצות השבה או פהאי דגיטין דף ל"ז גבי פרוזבל ע"ש משא"כ בתק"ח לענין מע"ש מה להם לחכמים לעשות כשל תורה ודי בזה שעשאיהו קנין של דבריהם וכופין את זה לקניינים מצות חכמים ובזה יל"ת מההיא דאודיתא שכתב התוספות בב"מ דהוא דרבנן ואינו יכול לפדות מעשר ע"ש דף מ"ג ועוד במקומו' אחרים ועדיין צריך שיקול הדעת בזה ואין הפנאי מסכים פעת (עיין מ"ש בתשובה בחלק זה סימן בענין זה באורו ומ"ש כ"ת על דברי התוספות בסופה דף יו"ד שהביאו ראיה דלא אמרינן מיקו דאפקצי מחמת יום שעבר מלגין של טבול יום שהוא תמוה דהא טבל מוכן הוא אצל שבת כו' וכחב לתרץ דהא דבאיסורא דרבנן שיכול לתקן לא אמרינן מיקו דאפקצי היינו כגון טבל שביד כל אדם להפקיע האיסור דתורם משלו על של חבירו א"צ דעת בעלים משא"כ היכא שאין ביד כל אדם לתקן ול"מ היכא שאין ביד הבעלים אע"פ שביד אחר לתקן דאפקצי כמו גבי בכור כו'.

ולפמ"ש הרשב"א דתרומה ביד ישראל הוי מוקצה פיון דלא חזי לבעלים אף הפהו הוי בעלי' וא"כ בזה אין ביד הפהו ושום אדם לתקן פיון שנה אמר שיהיה תרומת מעשר רק ביד הבעלים לתקן ולומר שיהיה תרומת מעשר עכשיו בה"ש בזה אמרינן מי יימר דעביד איסורא ויתקן עכ"ד בקצרה: ולענ"ד צ"ע מ"ש דביד כל אדם לתקן שתורם משלו על של חבירו א"צ דעת בעלים טעמא משום דכיון דזכות הוא לו זה נעשה שלוחו שלא בפניו וא"כ לפי דעת הפוסקים דאף בדרבנן אין שלד"ע א"כ אם זה יתרום בשבת אין בזה דין שליחות כלל אפילו אם היה עושהו שליח בפירוש ומכ"ש בזה די"ל דלא ניחא ליה בהכי שתתקיים התרומה ולמעביד איסור על ידו ועי' בעירוובין דף ל"א גבי פלפלה תאנים וקצת י"ל דדמי לעושה שליח לשחוט סתם ושחט בשבת די"ל דלא שייך אין שלד"ע כמ"ש במשנה למלך הלכות גניבה אבל לענ"ד ז"א דהכא דלא עשאוי שליח כלל רק שנגמר זכות הוא לו נראה דגרע טפי: וגם במ"ש כ"ת דהפהו הוא הבעלים ואין בידו

לתקן צ"ע לענ"ד דהא שפיר י"ל שהבעלים שהוא המערב שאמר ערבו לי בזה הוא בעצמו פהו דבהכי א"ש דאתיא ככ"ע אפילו פסומכס ובעיקר הקושיא פבר עמד בזה בשער המלך פ"א מהלכות יו"ט ע"י שם ולפום ריקהטא אפשר לומר דהתוספות ס"ל דדוקא היכא שאם עבר במזיד ותקנו מתקון וזה דוקא היכא דלית ליה פירי אחרוני כמ"ש התוספות בשבת שם וכן משמע ממ"ש בשם ריב"א שהקשה דאמאי בשוגג יאכל היכא דאית ליה פירי אחרניא נימא מיגו דאתקצי כו' ולכאורה מאי קושיא פיון דאם תיקנו בשוגג מתקון ויאכל א"כ לא אתקצי פלל אלא ע"כ דמשום שאם ישפח ויתרום בשוגג א"ל טבל מתקון הוא רק מחמת שאם יעבור במזיד מתקון וכיון דאית ליה פירי אחרוני א במזיד לא יאכל ולכך הקשה ריב"א דארף בשוגג נימא מיגו דאתקצי כו' וע"י במהרש"א ובפ"י שם וקצרותי): וא"כ שפיר הביאו ראיה מהא דעירובין דל"ל בעינו סעודה הראויה דאפילו תחלת היום קונה עירוב מ"מ לא אמר פלום ומיירי באית לי פירי אחרוני דאז בעבר ותקנו אינו מתקון וא"כ י"ל מיגו דאתקצי אלא ע"כ דלא אמרינו אתקצי מחמת יום שעבר ובהא דאיתי מר מבכור דאמרינו אתקצי אע"ג דביד החכם לתקנו ואין בידו רק איסור דרבנן ראית מומין אמרינו מי יימר כו' ואכתוב למכ"ת מה שחידשתי זה מקרוב בענין זה ליישב קושיות אא"ז מהרש"א שם בתוס' ד"ה מי יימר דמזדקק לה בעל תימא מי דמי התם ודאי לא מזדקק ליה חכם דאין רואין מומין ביו"ט אבל הקא דאין איסור ליה בדבר מזדקק לה בעל ולית לן למימר מי יימר וי"ל דבעל לא ניחא ליה להזדקק דזמנין דשרי גדרים שזדורה לדבר מצוה עכ"ל והקשה מהרש"א דא"כ מאי פריה גבי ונשאלין מי דמזדקק לה חכם דהא שם אין איסור וא"ל ג"כ שהוא גדר מצוה דא"כ ודאי שגם עתה לא יתיר כו' ע"י שם: ונלע"ד דא"ש על פי מה דאמרינו בסוף שבת איבעיא להו לצורה אטרונניהו קאי אלמא הפרת גדרים מעל"ע או דלמא אשאלה קאי אבל הפרה אפילו שלא לצורה אלמא הפרת גדרים פל היום ת"ש דתני רב זוטי בדבי ר"פ מפירין גדרים לצורה השבת אין כו' ע"י שם וקשה מהא דאמר שם בדרף מ"ו מתיב רמי ב"ח מפירין גדרים כו' והנסחא ישיגה שם מפירין גדרים בשבת לצורה ובש"ס חדשים דפוס פפ"ד הוגה עפ"י רש"ל מפירין גדרים בשבת ונשאלין לגדרים שהם לצורה השבת ואמאי לימא מי יימר דמזדקק לה בעל ומשני כדר"פ דאמר פל הנודרת כו' וקשה לפי הנסחא חדשה משמע דמתני' פריה וא"כ מאי קושיא הא איכא לפרושי פדמפרשינו הקא דהפרה אפילו שלא לצורה א"נ דאינה מותרת לאכול בשביל מוקצה מ"מ שפיר הוא מפר בשביל צורה שאחר השבת שיהי לא יוכל להפר את"כ דהפרת גדרים פל היום ותו לא ולכן נראה שזה טעם הנסחא ישיגה והיינו דהש"ס מקשי מברייתא דרבה זוטי.

(וברש"י משמע שהיה גרסתו כפי הגהת נ"ח) דהשתא פריה שפיר דלא משפחת הפרה לצורה שבת פלל: אלא דלפי זה קשה מאי משני הש"ס פל הנודרת כו' ופי' רש"י שזודרת ע"ד אם ירצה בעל וסמכה עליו דמזדקק לה ביום שמעו דהא אפתי תיקשי דלפום הך ברייתא ע"כ לצורה שבת אין שלא לצורה לא משום דהפרת גדרים מעל"ע וא"כ אפתי מי יימר דמזדקק לה בעל ביום שבת דשמא לא יזדקק לה אלא לאחר השבת שיהי יש לו זמן שיוכל להפר פל המעל"ע ומכ"ש דמסתבר לומר פן לפי מ"ש הרא"ש בפירושו לגדרים דף ע"ו ח"א בר רב שדא גורא ובדיק הפרת גדרים מעל"ע וכשהיתה אשתו נודרת לא היה מפר מיד אלא שותק לקנטרה כאילו הוא רוצה לקיים נדרה והנה

זורק חץ בפותל לכונן בצל שימיר לה למחרתו קודם שיגיע לאותו מקום וכן רבה בר ר"ה הוי יתיב וקאים עי' שם א"כ פשיטא דא"ל מי יימר שיפר לה בשבת דלמא ישתוק פדי לקנטרה ולא ינדק לה אלא למחרתו טרם יעבור המעל"ע: ונלענ"ד לתרץ על פי דברי התוספות דלעיל שפי' דקושית הש"ס דפריה מי יימר דמנדק בעל דבעל נמי לא ניחא ליה להנדק דזימנין דשרי נדרים שפדריה לדבר מצוה ולפי צ"ל לפום שנויאי דמשני הש"ס פל הנודרת כו' דסמכה עליה שינדק להתיר אף אותן נדרים שפדריה לדבר מצוה והשתא א"ש דאע"ג דהפרת נדרים מעל"ע מ"מ א"ל מי יימר שינדק בשבת פיון דכל עיקר טעמא שהיה לנו לומר מי יימר היינו במקום שיש איסור וכן לענין נדרים לדבר מצוה וכיון שעכ"פ ש"ס שימיר הבעל עכ"פ קודם עבור המעל"ע ולא יחוש לנדר מצוה ממילא דלא אמרינן מי יימר פלל ולא אסחה דעתה דסוברת שינדק לה בשבת עצמו ונדקא בס"ד דהמקשן שהיה סובר דשייך מי יימר בנדר מצוה ואסחה דעתה דשמא מחמת זה לא ינדק לה להפר פלל אבל להתרצו דסומכת שינדק להפר אף שהוא נדר מצוה אף שיש לו שהות להפר אחר שבת מ"מ לא אסחה דעתה והיא יושבת ומצפה אימת יפר לה שהרי אפשר שיפר לה בשבת ולא ימתין עד שעה אחרונה קודם המעל"ע: ועפ"י מ"ש א"ש קושית מהרש"א דסיפא דנשאלים א"א לומר דקאי על נדר מצוה דהחכם נדאי לא יתיר לו ולפמ"ש א"ש דלכאו' אדרבה איפכא מסתברא פיון דרישא מוקמי' בכל גונוי אף שהוא נדר מצוה גם סיפא דנשאלין בכה"ג מיירי.

וא"כ קשה באמת איך החכם מתיר לו אף י"ל דא"ש על פי מה דאיתא בנדרים דף ס"ט בעי רבא יש שאלה בהקם או אין שאלה בהקם כו' ת"ש דאמר ר"י נשאלים על ההקם כו' ולפי זה י"ל דגם סיפא דנשאלין שפיר מיירי בנדר מצוה מ"מ שפיר יכול להתיר ההקם שהקים לה הבעל אעפ"י שהנדר היה דבר מצוה.

ולפי"ז שפיר פריה הש"ס מי יימר דמנדק לה חכם פיון שעכ"פ גוף הנדר היה דבר מצוה אף שהחכם אין נשאל רק על הקמתו של בעל מ"מ דלמא לא יהיה ניחא לחכם להשאל עליו מחמת שהוא מצוה משא"כ בלא מי יימר שפיר קאמר דנשאלין דכל שאינו נשאל על עיקר הנדר של מצוה רק על הקמתו של בעל שפיר יכול להתיר לו.

ולפימ"ש א"ש ה' דקשה בריש ביצה דלמה נקט סתם תנא כר"ש מהו דמתחין כו' דהוי סתם ואח"כ מחלוקת דהא ר"י פליג וכמ"ש התוספות ויישבו בדוחק טפי הו"ל לאתווי מתני' דמפירין נדרים דמתניא בלא פלוגתא פלל דמינה מוכח כר"ש דשרי מוקצה אף י"ל דמתניתין אין מוכרח דאיכא למימר דמפירין נדרים בשבת היינו שלא לצורך רק משום שלא יוכל להפר אח"כ וכמ"ל דהעיקר הנסחא דש"ס מקשה מברייטא דרבה זוטרי ולא ממתניתין וא"כ ליכא סתם משנה אף דאפתי קשה דמצי לאתווי מהא דנשאלין לצורך שבת וצ"ל דגם מהו דנשאלין ליכא לאתווי לפי מ"ש דפרוישא דמלתא שהוא נשאל על ההקם וע"כ דמיירי שקיים לה בשבת ורוצה לשאול עליו דאם קיים לה בע"ש א"כ מה מועיל השאלה בשבת דהא עכ"פ הפרה ביום שמעו בעינו ותנא דמתניתין ס"ל הפרת נדרים פל היום ואפילו תימא דתנא ס"ל ג"כ מעל"ע ולצורך אתרוניייהו קאי מ"מ קשה דאם קיים בעל מאי אריא לצורך אפילו שלא לצורך נמי שהרי אם לא יתיר לו היום שוב לא יועיל ההפדה שהרי לא יהיה יכול להפר אחר שבת שהוא אחר מעל"ע

מיום שָׁמְעוּ וְעַכְשָׁיו שְׁקִינִים לָהּ בְּשֵׁבֶת וְרוּצָה לְשָׂאוֹל עַל הַהֲקָמָה וּלְפִי זֶה אֵין פֶּאן הַכְרַח כָּלֵל דְּמוֹקָצָה שְׂרִי דְהָא לִיכָא לְמִימַר מִיגוּ דְאַתְקָצִי לְבַה"ש דְּבַה"ש שְׁעַדְדִין לֹא קִינִים לָהּ עַדְדִין אַפְתִּי לֹא אֶסְחָה דְעַתָּה דְסִבְרָה שְׂיַפְרָה לָהּ וְאֵין הַמוֹקָצָה מִתְחִיל אֲלֵא מִשְׁעָה שְׁקִינִים לָהּ וְהֵיא שְׁעַתָּא כְּבָר הוּא שְׁבַת וְקִי"ל דְּאֵין מוֹקָצָה לְחֻצֵי שְׁבַת וּלְכַף לֹא מִינְיָתִי הַש"ס דְּסִתְמָא כַר"ש מְהֵרָה דְּנִשְׂאָלִין רַק מְהֵרָה דְּמִתְקִינִין כּו' וְהַש"ס דְּמִינְיָתִי מְהֵרָה דְּנִשְׂאָלִין ע"כ דְּהֵינּוּ לְמ"ד יֵשׁ מוֹקָצָה לְחֻצֵי שְׁבַת פְּדֵאִיתָא בְּבִיצָה דָּף כ"ז: אִף הָא דְּכַתְיְבָנָא דַע"כ מוֹכַח שְׁקִינִים לָהּ בְּשֵׁבֶת דַּא"כ אֲפִילוּ שְׂלֵא לְצוֹרְךָ נְמִי לְכַאוּרָה ז"א לְפִי מ"ש בְּסִי רַל"ד תְּשׁוּבַת הַרְשָׁב"א דְּאֵם הַקִּים וְסִבְרָה שְׂאֵין לְשׁוֹן זֶה מוֹעִיל לְהַקְמָה וְהַפֵּר לָהּ אֲזַע"פִי שְׁלִשׁוֹן הַקְמָה הִיזָה מוֹעִיל מ"מ הָרִי יְכוּל לְיִשְׂאֵל עַל הַהֲקָמָה וְעוֹקֵר לְמַפְרַע וְהַפְּרָתוֹ קִינְתָּא עֵי שָׁם וּלְפִי"ז שְׁפִיר י"ל שְׁקִינִים לָהּ בַע"ש וּמ"מ בְּעֵינֵן דְּוָקָא לְצוֹרְךָ דְּשְׂלֵא לְצוֹרְךָ אֵין לְשָׂאוֹל הַיּוֹם בְּשֵׁבֶת רַק הַבְּעַל יִפְיֵר לָהּ בְּשֵׁבֶת וְאֵע"פ שְׁכַעַת אֵין מוֹעִיל הַפְּרָה שְׂאֵחַר הַקְמָה מ"מ לְכַשְׂיִשְׂאֵל עָלֵיו בְּחוּל נְעַקֵּר הַהֲקָמָה לְמַפְרַע וְהַפְּרָה מוֹעִילָת: אִף נִרְאָה דַּמ"מ א"ש לְפַמ"ש דְּמִינְיָרִי בְּנִדְרֵי מְצֻנָה וּמ"מ הַחֲכָם מִתִּיר לוֹ לְפִי שְׂאֵין הֶעֱנִין נְגַמֵּר עַל יָדוֹ שְׂהוּא אֵינוֹ מִתִּיר רַק הַהֲקָמָה וּמ"מ עַדְדִין הַנִּדְרָה שְׂל מְצֻנָה בְּמִקּוּמוֹ עוֹמֵד עַד שְׂיַפְרָה הַבְּעַל וְאֲזַ בְּיַד הַבְּעַל הוּא תְלוּי אִם רוּצָה לְהַפֵּר אוֹ לֹא מִשְׂא"כ אִם הַבְּעַל הַקִּים הַנִּדְרָה שְׂל מְצֻנָה וְאֵח"פ הַפִּיר רוּצָה לְשָׂאוֹל עַל הַהֲקָמָה פִּינּוֹן דְּמִיד בְּשַׁעָה שְׂמִתִּיר הַחֲכָם הַנִּדְרָה שְׂל מְצֻנָה בְּטַל שְׂהַפְּרָה שְׂהַפִּיר הַבְּעַל מוֹעִילָת לְמַפְרַע שׁוּב אֵין לוֹ לְחֲכָם לְהַתִּיר הַהֲקָמָה דְּהוּי כְּאִילוּ הוּא עֲצָמוֹ מִתִּיר הַנִּדְרָה שְׂל מְצֻנָה וְא"כ פִּינּוֹן שְׂא"א לְהִיּוֹת נְשָׂאֵל אֵח"כ לְחֲכָם מוֹתֵר לְהִיּוֹת נְשָׂאֵל עָלֵיו בְּשֵׁבֶת קוֹדֵם הַפְּרָת הַבְּעַל דְּאִז אִף שְׂהוּא דְּבַר מְצֻנָה יוֹכַל הַחֲכָם לְהַתִּיר שְׂהָרִי כָּל שְׁעַדְדִין לֹא הַפִּיר אֵין זֶה כְּמִתִּיר נִדְרָה מְצֻנָה רַק הַהֲקָמָה לְבַד וְא"כ אִף שְׂלֵא לְצוֹרְךָ נְמִי אֲלֵא ע"כ דְּמִינְיָרִי שְׁקִינִים לָהּ בְּשֵׁבֶת דְּאִז אֶסוּר שְׂלֵא לְצוֹרְךָ דְּתַנָּא ס"ל מַעַל"ע וְא"כ יוֹכַל לְשָׂאוֹל בְּמוֹצָאֵי שְׁבַת קוֹדֵם הַהֲפְרָה וְאֵח"כ יִפְרָ וְעוֹד הָאֲרַכְתִּי בְּזָה בְּחִידוּשֵׁי וְאִי"ה עוֹד חֲזוֹן לְמוֹעֵד לְהִיּוֹת תּוֹרְתוֹ שְׁעַשׂוּעֵי כּו'.

דְּבַרֵי נְכֵד דוֹדוֹ זְעִירָא מִן חֲבֵרֵי: הַק' אֲפֵרִים זְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד שְׂאֵלָה סַב שְׂאֵלָה הַגּוֹזֵל מִחֲבִירוֹ אִסּוּרֵי הַנָּאָה שְׂאֲפָרָן מוֹתֵר פְּגוֹן עָרְלָה וְכִלְאֵי הַפְּרָם וְחִמְצָן בְּפִסְחָ לְר' יְהוּדָא וְאֲכָלָן אוֹ שְׂהִזִּיק אוֹתָם וְאֵיבָדָם וְהָאֲפֵר ש"פ אִם צָרִיף לְשִׁלְמָ דְּמִי אֲפָרָן: תְּשׁוּבָה לְכַאוּרָה דְּבַר זֶה תְלוּי בְּשֵׁנֵי תִירוּצֵי הַתּוֹס' בְּפִסְחִים דָּף כ"ט ד"ה אֵין פּוֹדִין דְּלִתְרוּץ קָמָא א"צ לְשִׁלְמָ וְלִתְרוּץ ב' דְּמִינְיָרִי שְׂאֵין בְּאֲפֵר ש"פ מִשְׁמַע דְּכָל שְׂיֵשׁ בְּאֲפֵר ש"פ שְׁפִיר מִיְקָרִי בַר דְּמִים לְעַנְיָן הָאֲפֵר וְכֵן פִּסְק הַב"ח בַּא"ע ס' ד"ט לְחוּשׁ לְתִירוּץ הַב' וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַכְרִיחַ כְּתִירוּץ הָא' מְדַפְרִיף בְּדָף ל"ב חִמְצָן בְּפִסְחָ בַר דְּמִים הוּא וְקָשָׁה דְּלָמָא מִינְיָרִי שְׂשׁוּהָ הָאֲפֵר פְּרוּטָה וְאֲפִילוּ אֵת"ל דְּמִינְיָרִי בְּכָל גְּוּוּנֵי מ"מ הָא בְּתִירוּמָה ס"ל לְרַבְּנָן דְּאֵם אֲכָל כְּזִיב וּמְבֹאֵר דְּלִידְדָהוּ אַע"פ שְׂאֵינוֹ ש"פ וְכֵן פִּסְק הַרְמָב"ם בְּפָרָק י' מִהֲלָכוֹת תְּרוּמוֹת הֶלְכָה כ"ג וְהַכ"מ שָׁם נִדְחַק לְיִישָׁב מ"ש בַּש"ס אֵי דְלִית בֵּיהּ ש"פ קָרוֹן נְמִי לֹא יִשְׁלָם ע"ש וְדְבָרֵיו תְּמוּהִים דְּבַש"ס שָׁם מִינְיָרִי הֵיכָא שְׂאֵין בּוֹ כְּזִיב וְא"כ אֵין פֶּאן חִיּוּב מְצַד אִסּוּר תְּרוּמָה וְכִינּוֹן שְׂהוּא פְּחוּת מִש"פ א"כ הוּא פְּטוּר אִף מְקָרָן מִשְׂא"כ הַרְמָב"ם שָׁם מִינְיָרִי כְּשֵׁשׁ כְּזִיב שְׂאֵין מִדִּין אֲכִילַת תְּרוּמָה נִגְעוּ בָּהּ וְאֲזַ אַע"פ שְׂאֵין בּוֹ ש"פ חִיּוּב וְכֵן מוֹכַח שָׁם לְמֵאֵי דְּבַעֵי לְמִימַר דְּאֲבָא שְׂאוּל תְּרַתִּי בְּעֵי אֲמַנָּם מ"ש הַרְמָב"ם דְּבַכָּה"ג מְשַׁלְּם לְכַהֲנִים וְלֹא לְהַקְדֵּשׁ וְכַתְּבַת הַכ"מ שָׁם הַטַּעַם מִשׁוּם דְּתִשְׁלוּמֵי הַקְדֵּשׁ בְּפְרוּטָה תְּלִיא

מלתא צ"ע שְהַרִי אַמְרִינן בב"מ דף נ"ה וְאֵת אֲשֶׁר חָטָא מִן הַקִּוְדֵשׁ יִשְׁלַם לְרַבּוֹת פְּחוֹת
מש"פ לְהִשְׁבוֹן וְכֵן פֶּסֶק הֶרְמֵב"ם בפ"ז מֵהִלְכוֹת מְעִילָה הִלְכָה ח' הַמוֹעֵל בְּפָחוֹת מִש"פ
בֵּין בְּזוּזוֹן בֵּין בְּשִׁגְגָה מִשְׁלֵם אֶת הַקֶּרֶן וְלֹא הַחֲנוּמֵשׁ כּו' וּא"כ אִפִּי אֵין בּוֹ ש"פ לְמָה לֹא
יִשְׁלַם לְהַקְדֵּשׁ דֵּהָא בְּהַקְדֵּשׁ חֲזִיב אֲפִילוּ בְּפָחוֹת מִש"פ וּצ"ל דַּמ"ש הֶרְמֵב"ם וְלִמֵּי מִשְׁלֵם
כו' ר"ל הַחֲנוּמֵשׁ וְכֵן מִבּוֹאֵר בִּירוּשְׁלַמֵּי דְקָאֵי אַחֲנוּמֵשׁ וּמ"מ צ"ע דְּמִבְּוֹאֵר לְמַעֲיָין
בִּירוּשְׁלַמֵּי דְקָאֵמַר אֲמַר ר' יִנְאִי לְצַדְדִּים הִיא מִתְּנִי' כּו' פֶּהֲנָא אֲמַר מִשְׁלֵם ב' חֲנוּמְשִׁין וּר"ל
דַּר' יִנְאִי מְפָרֵשׁ דְּלַעוּלָם אֵינּוּ מִשְׁלֵם אֲלֵא חֲנוּמֵשׁ א' אוֹ לְהַקְדֵּשׁ אוֹ לְשַׁבֵּט וּמִתְּנִי' דְּקִתְּנִי
ב' חֲנוּמְשִׁין לְצַדְדִּין קִתְּנִי דְּלַפְעָמִים מִשְׁלֵם לְתְרוּמָה וְלַפְעָמִים לְהַקְדֵּשׁ וּא"כ הֶרְמֵב"ם
שְׁכַתְּבַת מִשְׁלֵם קֶרֶן וּב' חֲנוּמְשִׁין חֲנוּמֵשׁ מִשׁוּם אוֹכַל תְּרוּמָה כּו' מִשְׁמַע שְׁפוֹסֵק פְּרַב פֶּהֲנָא
דְּצָרִיף ב' חֲנוּמְשִׁין וּא"כ אִיף פְּתַב וְאֵם יֵשׁ בֵּיהּ ש"פ בֵּין שְׂיֵשׁ בֵּיהּ כְּזִית וּבֵין שְׂאִין בֵּיהּ כְּזִית
מִשְׁלֵם לְהַקְדֵּשׁ וְהֵינּוּ כַר"ש בַּר יִיא בְּשֵׁם ר' יוֹחָנָן הֵתֵם בִּירוּשְׁלַמֵּי וְלִדְיָדִיָּה מִשְׁמַע דְּאֵינּוּ
מִשְׁלֵם רַק לְהַקְדֵּשׁ וְלֹא לְפִהֲגִים כָּלָל וּצ"ע: וְעַכ"פ קָשָׁה מ"ש דְּמֵאֵי פְּרִיף חֲמֵץ בַּר דְּמִים
הוּא דֵּהָא שְׁפִיר הָיִי בַר דְּמִים לְעַנְיָן הָאֲפָר וּא"ל דְּכִינּוֹן דְּאָסוּר לְשִׁהוּתוֹ לֹא מִיקְרִי בַר
דְּמִים מִשׁוּם הָאֲפָר וְכִדְאֲמַרִּינן בַּב"ק דף צ"ח הַפֵּל מוֹדִים בְּגוֹל חֲמֵץ כּו' וְשִׁרְפוֹ בְּמוֹעֵד
פְּטוּר שֶׁהַפֵּל מְצוּוֹן לְבַעֲרוֹ ז"א דֵּהֵתֵם מִיָּדִי לְעַנְיָן שְׁפִטוּר מְדַמֵּי הַחֲמֵץ אֲבָל מֵאֲפָר לֹא
מִיָּדִי דֵּהָאֲפָר בְּאַמַּת אֵיתָא בְּחֻזְרָה מִשָּׂא"כ פֶּאן שְׂאֲכְלוּ וְשִׁמְעֵתִי שְׁחַכְּם א' תִּירוּץ דֵּהֵתֵם
לֹא מִיָּדִי אֲלֵא לְעַנְיָן קִידוּשִׁין בְּדִיעֵבַד אֲבָל פֶּאן שְׁזָה יִשְׁלַם דְּמֵי הָאֲפָר לְכַהֵן אָסוּר לְקַבְּלוֹ
דְּהוּ"ל חֲלִיפֵי חֲמֵץ וְלַעֲנֵ"ד ז"א דְּדוֹקָא לְתִירוּץ קָמָא דֵּהֵתוּס' דְּאִזְלִינן בְּתַר הַשְׁתָּא דְּכַמּוֹת
שְׁהוּא בְּעִין לֹא שְׁוֵי מִיָּדִי שְׁפִיר שְׁיָיף לְוַמַּר דְּכִינּוֹן שְׁזָה אֲכָלוּ כְּמוֹת שְׁהוּא בְּעִין אִזְ א"צ
לְשֵׁלֵם דְּמֵי הָאֲפָר כָּלָל מִשָּׂא"כ לְתִירוּץ ב' דְּאֲמַרִּינן שְׁזָה הֵיָה יָכוֹל לְשַׁרְפוֹ וְלִהְנוֹת מֵהָאֲפָר
שְׁפִיר מְחֻנְיָיב לְשֵׁלֵם לוֹ דְּמֵי הֵיָזְקוֹ וּא"ל דַּע"כ לֹא פְּלִיגֵי בְּתִירוּץ הַב' אֲלֵא דֵּהֵתוּס' ס"ל
דַּאֲע"ג דְּאֵיהוּ לֹא מִיָּדִי יְהִיב לֵהּ מ"מ פִּינּוֹן שְׁהִיא יָכוֹלָה לְהַנּוֹת מִמֶּנּוּ שְׁפִיר מְקוֹדֶשֶׁת וְעֵי
בַמ"ל הַל' אֵישׁוֹת לְעַנְיָן אֵם הָאֲשָׁה חוֹלָה שְׂאִין בּוֹ סְפָנָה מ"ש שְׁם אֲבָל מ"מ מוֹדוֹ הַתוּס'
דְּלִדְיָדִיָּה לֹא שְׁוֵי וְלֹא מִיָּדִי דַּז"א דַּמ"מ גַּם הֵכָא שְׁפִיר מִיקְרִי בַר דְּמִים אַע"פ שְׁדַרְדָּר
מְכִירָה לֹא הֵיָה יָכוֹל לְמוֹכְרוֹ אִף לְקַבֵּל דְּמֵי הָאֲפָר לְבַד דְּכָל שְׁהוּא מוֹכְרוֹ ה"ל פְּדַרְדָּר
הִנְאָתוֹ עֵינּוֹ בַמ"ל הִלְכוֹת יְסוּדֵי הַתוּרָה בְּשֵׁם הֶרְשֵׁב"א מ"מ פִּינּוֹן שְׁהִפְהוּ עֲצָמוֹ הִי' יָכוֹל
לְהַנּוֹת מִמֶּנּוּ ע"י שְׁיִשְׁרָף אוֹתוֹ וַיִּהְיֶה מֵהָאֲפָר בְּכַדֵּי ש"פ שְׁפִיר מִיקְרִי בַר דְּמִים וְכַמוֹ
בְּתְרוּמָה טְמֵאָה שְׁצָרִיף לְשֵׁלֵם אִף הַחֲנוּמֵשׁ אַע"פ שְׂאִין לוֹ בֵּהּ הֵיתֵר אֲכִילָה פְּדַאֲמַרִּינן
לְקַמּוֹן שְׂאֵם רְצָה הַפְּהוּ מְסִיקוֹ תַחַת תְּבִשְׁלִילוֹ ה"נ דְּכֻוֹתָהּ וְאַע"ג דְּתְרוּמָה טְמֵאָה יֵשׁ לוֹ בֵּהּ
הֵיתֵר מְכִירָה לְאַחַר שְׁיִסִּיקְנָהּ תַחַת תְּבִשְׁלִילוֹ מ"מ אֵין נ"מ בְּזָה פִּינּוֹן שַׁס"ס אֵין לוֹ בֵּהּ הֵיתֵר
רַק לְמַפְּוֹר לְאַחַר לְהַסִּיק תַחַת תְּבִשְׁלִילוֹ גַּם פֶּאן הַפְּהוּ יֵשׁ לוֹ הֵיתֵר בֵּהּ לְשַׁרְפוֹ וְלִהְשַׁתְּמֵשׁ
בְּאֲפָר וְאַף לְמַפְּוֹר הָאֲפָר הוּא יָכוֹל וְכָל שְׂיֵשׁ לוֹ בֵּהּ הֵיתֵר הַנָּא' נִימָא דֵּהָיִי בַר דַּמֵּי לְתִירוּץ
הַב' דֵּהֵתוֹ וְאַפְּשָׁר דֵּהֵתוּס' ס"ל גַּם בְּתִירוּץ הַב' דְּוֹדָאֵי לֹא מִיקְרִי בַר דְּמִים לְעַנְיָן תְּשְׁלוּמִין
קֶרֶן וְחֲנוּמֵשׁ רַק הֵיכָא שְׁיָכוֹל לִיהְנוֹת מִמֶּנּוּ בְּשַׁעָה שְׁהוּא בְּעִין וְכַגּוֹן תְּרוּמָה טְמֵאָה שְׁמִסִּיקוֹ
תַחַת תְּבִשְׁלִילוֹ שְׁהִנְאָה בָּאָה לוֹ בְּשַׁעָה שְׁהוּא בְּעִין מִשָּׂא"כ הֵיכָא שְׁהִנְאָה בָּאָה לוֹ אַחַר
שְׁרִיפְתוֹ דְּלִכֵּי קְלִי לִיָּה גּוּפָא אַחֲרִינָא הוּא וְכַמ"ש הֶרְשֵׁב"א וְהֵרִיטְב"א בְּקִידוּשִׁין וְכ"כ
הֶרְאָב"ד בְּתַמִּים דְּעֵים בְּפִסְחִים אֲלֵא דַּמ"מ ס"ל לְעַנְיָן קִידוּשִׁין פִּינּוֹן שְׁהִיא יָכוֹלָה לְהַנּוֹת
מִמֶּנּוּ בְּאֵיזָה אִנְפוֹן שְׁיִהְיֶה שְׁפִיר הֵיתֵהּ מְקוֹדֶשֶׁת אֵם הֵיָה בְּאֲפָר ש"פ וְדוֹקָא לְעַנְיָן חֵיבוּב

חונמש בתרומה בעינין שיהיה הנאה פמות שהוא בעין דאל"כ אין זה בכלל אוכל תרומה
כלל ומ"מ נראה ששפיר צריך לשלם לו דמי הניזקו מדינא דגרמי וצ"ע בפוסקים בחילוקי
דיני דגרמי ע"ש ולכאורה י"ל דדוקא בהקדש קשיא להו להתוס' דיכול להנות באפר
דהתם קאי לר' יוסי הגלילי דמותר בהנאה ואפי' לר"ש מ"מ פיון דהקדש יכול לשהותו
שפיר יכול לשפרו והוי פתרכו קודם זמנו אבל בתרומה פיון דקי"ל פרבנו דחמץ
מהנקברין א"כ אפרו אסור אף מ"מ קשה מאי דנחקיה לאוקמי כר"י הגלילי נוקמי כר'
יהודא דאין ביעור חמץ אלא שריפה ואפשר דס"ל דכיון דהך גישנית בפלוגתא במסכתא
זו לא ניתא לי' לשונוא סתם ואח"כ מחלוקת משא"כ כר"י הגלילי שפיר מוקי ליה דהא
מצינו נמי סתמא דקידושין דף מ' שפתבו התוס' דסבר כריה"ג ועיין בפ"י שהקשה על
התוס' דהא קי"ל דחמץ מהנקברין דאפרו אסור ודבריו תמוהין פיון דלדברי ריה"ג
קיימינו כמ"ש רש"י ואפי' לפמ"ש התוס' בסוף הסוגיא ועיין במהרש"א שם דלפ"ז איפא
לאוקמא נמי כר"ש מ"מ לא שייך אלא בחמץ של הדיוט שפבר עבר עליו בב"י משא"כ
בשל הקדש או של עפ"ם שמוותר לשהותו בפסח ושרף אותו שפיר מותר לישראל
לקנות האפר דהו"ל פתרכו קודם זמנו וכמ"ש ודברי הפ"י צ"ע: והנה בע"ז בתוס' ד"ה
מכרו בדמיהו ותוכו פנונתם דנדאי אסור הוא למוכרו ולקבל דמים או חפץ אחר נגד מה
ששנה להנות ממנו שלא פדרף הנאתו או באפרו דזה שוב הוי פדרף הנאתו דמה לי
שמקבל עבורו סף רב או מעט וא"כ גם לקדש אשה אסור דזה ג"כ הנאה חשובה הוא
ואפי' בדיעבד נמי אינה מקודשת דאנו בעינין שיתן לה דבר שתוכל לקבל עבורו כסף או
דבר אחר דגרמי קיחה משדה עפרון שבאותו כסף שנתן לו הנה יכול להנות ממנו לקנות
עבורו איזה דבר משא"כ פאן שהאשה אינה יכולה להנות ממנו ליקח עבורו ד"א רק
להנות ממנו פמות שהוא דהא היא אסורה למכרו לאחר ואע"פ שיכולה לשפרו וליקח
איזה דבר בעד האפר מ"מ לכי קלי לי' גופא אחרתא הוא וכיון שבעד הדבר פמות שהוא
בעין אינה יכולה לקבל עבורו ד"א דאין זה דומה לקיחה דשדה עפרון ויותר נראה
שפנונתם דבעינין דומיא דשדה עפרון שראוי לקנות בו חפץ או שאר הנאות ר"ל שהקונה
צריך ליתן דבר שיכול לקנות עבורו ג"כ ד"א משא"כ פאן שהמקדש אסור להנות לו
באופן זה שיקנה עבורו חפץ או שאר הנאות דזה מיקרי דרף הנאתו ועיין בשער המלך
הל' שהקשה על התוס' מהא דאמרינו בבכורות דף ט' למ"ד פטר חמור אסור בהנאה
דמ"מ מיקדשא במאי דביני ביני ותירץ דהקא אסור לו למכור אף שיקבל עבורו רק דמי
אפרו או שלא פדרף הנאתו משא"כ בפטר חמור שהוא יכול למכרו לאחר ולקבל מאתו
מה ששנה יותר מדמי השנה פמבנאר ברא"ש וטור וצ"ע דהיא גופא קשיא דלמה יהיה
מותר בפטר חמור בכה"ג ובשאר איסורי הנאה יהיה אסור למכרו על אופן זה שיהנה
הלוקח ממנו כשיעשה אפר ונראה דהרא"ש וטור ילפי לה מהא דאמרינו דתיקדוש האשה
במאי דביני ביני וכן אמרינו שם דגונב פטר חמור משלם כפל לבעלים אף לר"י שאע"פ
שאין לו עכשיו יש לו לאחר מכאן והיינו משום דקני ליה האי דביני ביני א"כ יכול הוא
למכרו ג"כ ולפ"ז צ"ע בגונב פל איסורי הנאה ויש באפרו ש"פ נמי נימא אע"פ שאין
לו עכשיו יש לו לאחר שישרף ויעשה אפר ויצטרף לשלם כפל וצריך לחלק דשאני הקא
בפטר חמור שיהיה ראוי לו בעצמו לאחר שיפקיע איסורו בשה ומ"מ צ"ע דא"כ בחמץ
למה אמרו שתלוי בדין גורם לממון דמ"ד לא מעל סבר לאו פממון דמי ומה"ת נימא הכי

דְּהָא פִּינּוּן שְׁהוּא רְאוּי לְאַחַר הַפְּסַח וְאִינוּ רַב מְחַסְרַר זְמַן וְאִ"כ הוּ"ל דְּוּמְיָא דְּפֶטֶר חַמּוּר וְעֵדִיף מִינְיָה דְּהֵתָם הָוּי מְחַסְרַר מַעֲשֵׂה וּמִשְׁמַע דְּאַף לְמַאי דַּק"ל דְּדַבְרַהּ הַגּוֹרֵם לְמָמוֹן לְאוּ פְּמָמוֹן דְּמִי אַפ"ה בְּפֶטֶר חַמּוּר צְרִיף לְשַׁלֵּם שְׁהָרִי הַרְמַב"ם פְּסָקָה לְהַף בְּרִייתָא בְּפָרָק ב' מֵהֵלְכוֹת גְּנִיבָה אַע"ג דַּס"ל דְּלֵא קו"ל כְּרַבְּנָן (שׁוֹב רְאִיתִי בַּפ"י שְׁעָמַד בְּזַה דִּיהִבִּינוּ לְחַמְזִין דִּין גּוֹרֵם לְמָמוֹן וְהֶאֱרַכְתִּי בְּזַה בְּתִשְׁבָּה בְּחֵלֶק א"ח ס"י) וְעֵינִין בַּצַּל"ח סוּף פ"א דְּפֶסְחִים שְׁכַתְבֵּי אַהָא דְּאַמְרִינּוּן ב' אִינּוּן בְּרִשׁוּתוֹ כּו' אַע"ג דְּהָוּי בְּרִשׁוּתוֹ לְעַנְיָן אֶפְרָן מ"מ הַשְׁתָּא לֹא שְׁוִי מִיָּדִי וּבְאַמְתָּ בְּאַפְרָרְשׁוּת לְכָל אָדָם לְזַפּוֹת בּוֹ וְכַתְבֵּי לִינְיָשֵׁב בְּדוּחַק בַּמ"ש הַתּוֹס' לְעַנְיָן קִידּוּשִׁין וּבְאַמְתָּ הַרְשָׁב"א בְּקִידּוּשִׁין כ"כ לְתַרְזֵן קוּשִׁית הַתּוֹס' דְּכָל אָדָם יָכוֹל לְזַפּוֹת בְּאַפְרָה ע"ש: וְע"פ דְּבָרֵי הַרְשָׁב"א אֵלּוּ נִרְאָה לִינְיָשֵׁב מֵה שְׁשִׁמְעָתִי מִקְשִׁין לַפַּמ"ש הַתּוֹס' בְּמַקְדָּשׁ בְּאַיִסוּרֵי הַנְּאָה דְּמִיָּרִי שְׁלֵא כְּדָרְף הַנְּאָתוֹ אִין ש"פ דַּלְפ"ז מַאי קָא דְּחִי בְּגִיטִין דְּרָף ד' דְּמִיָּתִי לְגַט שְׁפִתְבוּ עַל אִיסוּר הַנְּאָה מַעֲלָה שְׁל זִית דְּהֵתָם חֲזִי לְאַצְטְרוּפִי דְּהָא בַּאֵה"נ גְּמִי חֲזִי לְאַצְטְרוּפִי וְיִהְיֶה ש"פ שְׁלֵא כַּדָּה"נ וְלַעֲנֵד י"ל ע"פ דְּבָרֵי הַרְשָׁב"א וְכ"כ הַרִיטְב"א בְּקִידּוּשִׁין בְּשֵׁם מוֹרוֹ לְתַרְזֵן קוּשִׁי הַתּוֹס' דְּאַפִּי הָאֶפְרָר ש"פ מ"מ אִין פְּאָן דִּין מָמוֹן דְּכִי שְׁרִיף לְהוּ וּבְעָרִינְהוּ לֹא דִּינְיָה נִינְהוּ וְכָל הַקּוּדָם זָכָה בְּאַפְרָן וְלְכַאֲוָרָה הוּא סְבָרָא גְּדוּלָה וְכ"כ הַתּוֹס' בְּסִנְהֶדְרִין דְּרָף פ' לְעַנְיָן שׁוֹר הַנְּסַקֵּל וְעֵינִין בְּשׁוֹ"ת נ"ב וּמ"ש בְּתִשְׁבָּה וְצ"ל דְּהֵתוֹסְפוֹת שְׁהַקְשׁוּ שְׁתַּהֲיָה מְקַנְדָּשֵׁת שְׁלֵא כַּדָּה"נ אוּ בְּאַפְרָר מִשׁוּם דַּאֵה"נ י"ל שְׁאִין לְקַדָּשׁ בְּהֵם מִשׁוּם דְּבַעֲיָנוּ נָתַן הוּא וְהָא לֹא נָתַיְנָה הוּא דְּהָא אִינוּ שְׁלוֹ שְׁכָל הַקּוּדָם זָכָה וְגַם י"ל מִשׁוּם דְּבַעֲיָנוּ שְׁתַּקְבֵּל כְּסָף וּבְכַחוֹת מִש"פ לֹא מְקַנְיָה נִפְשָׁה וַאֵה"נ שְׁאִין שְׁנֵה פְּלוּם אִין פְּאָן כְּסָף: וְלַפ"ז לְמַאי דְּאַמְרִינּוּ דַּאֵע"ג דְּכַתְיֵב וְנָתַן מ"מ לֹא בַעֲיָנוּ שְׁיָהָא ש"פ וְלַפִּיכָף בְּגַט דְּלֵא בַעֲיָנוּ שְׁתַּקְבֵּל הִיא מִיָּדִי דְּשְׁנֵה כְּסָף רַב מְחַמַּת הַנְּתִינָה מְצִידוֹ אַף אַה"נ קְרִינּוּן בִּי וְנָתַן שְׁנוֹתָן אוֹתוֹ דְּבָר וְאִ"כ אִין פְּאָן עֵיכּוֹב מְצַד הַנְּתִינָה רַב מְחַמַּת דְּבַעֲיָנוּ כְּסָף וְאִ"כ שְׁפִיר הַקְשׁוּ דְּהָא חֲזִי לְהַנּוֹת שְׁלֵא כַּדָּה"נ וְתִרְצוּ דְּלִית בֵּינָה ש"פ מִשְׁא"כ אִם נִימָא דְּגַט שְׁפִתְבוּ עַל אַה"נ פֶּשֶׁר וְהִינּוּ מִשׁוּם דְּבַעֲיָנוּ וְנָתַן שְׁתַּהֲיָה הַנְּתִינָה ש"פ פְּשִׁיטָא דְּאִין קוּשִׁיָא מְחַמַּת שְׁלֵא כַּדָּה"נ דְּהָא מ"מ אִין פְּאָן דִּין מָמוֹן שְׁלוֹ דְּכָל הַקּוּדָם זָכָה וְאִ"כ שְׁפִיר דְּחִי הַש"ס מַאי דְּמִיָּתִי מַעֲלָה שְׁל זִית דְּלַעוּלָם אִימָא לָף כְּתָבוּ עַל אַה"נ פְּסוּל וְעָלָה שְׁל זִית פֶּשֶׁר מִשׁוּם דְּחֲזִי לְאַצְטְרוּפִי וְלִק"מ הַקו' הַנ"ל דַּאֵה"נ גְּמִי חֲזִי לְאַצְטְרוּפִי וְלְהַנּוֹת שְׁלֵא כַּדָּה"נ דו"א דְּלַפִּי מַאי דְּקִימִינּוּ הַשְׁתָּא דְּגַט עַל אַה"נ פְּסוּל דְּבַעֲיָנוּ נְתִינָה מְמַשׁ אֶז אַפִּי אִם יֵשׁ בְּאוֹתוֹ דְּבָר לְבַד ש"פ שְׁלֵא כַּדָּה"נ לֹא מְהַנִּי דְּהַנְּאָה זוֹ לֹא דִּינְיָה הוּא וְאִנּוּ נְתִינָה מְשָׁלוּ בַעֲיָנוּ וְגַם בְּקִידּוּשִׁין הִנְּהִי הַדִּין פְּן וְקו' הַתּוֹס' דְּחֲזִי שְׁלֵא כַּדָּה"נ הוּא לְפּוּם הַף מְסַקְנָא דְּגַט שְׁפִתְבוּ עַל אַה"נ פֶּשֶׁר דְּלֵא בַעֲיָנוּ נְתִינָה מְמַשׁ וְדו"ק וְאַמְנָם בְּפִשְׁטוֹת י"ל דַּלְק"מ דְּנֻדָּאִי זְמַנִּין דְּלֵא שְׁנֵה כַּדָּה"נ וְלֹא מִיָּדִי רַב הַתּוֹס' הַקְשׁוּ הַאִיף סָתַם הַתַּנָּא דַּבַּא"נ אִין מְקַדְשִׁין וְלִזְהָ תִּירְצוּ דְּאִינוּ ש"פ כ"כ וּבְגִיטִין דְּאַמְרִינּוּ סָתְמָא כְּתָבוּ עַל אַה"נ פֶּשֶׁר דְּסָתְמָא מְשַׁמַּע אַף בְּגוּוּנָא שְׁאִינוּ שְׁנֵה פְּלוּם שְׁלֵא כַּדָּה"נ וּבְזַה שְׁפִיר מְחַלְקֵי בֵּין עָלָה שְׁל זִית דְּחֲזִי לְאַצְטְרוּפִי וְה"ה בְּהַנְּףָ אַה"נ שְׁהֵם ש"פ שְׁלֵא כַּדָּה"נ וּמ"מ מְנ"ל לְהַכְשִׁיר בְּכָל אַה"נ אַף אוֹתָן שְׁשָׁלֵא כַּדָּה"נ אִין שְׁוִים פְּלוּם: וּבְאַמְתָּ הַף סְבָרָא דְּחֲזִי לְאַצְטְרוּפִי צ"ע דְּמָה בְּכָף ס"ס הַשְׁתָּא לֹא יְהִיב מִיָּדִי וְאִ"כ בְּכָל אַה"נ נִימָא דְּחֲזִי לְאַצְטְרוּפִי אִם יִתַּן לָהּ עוֹד טַס שְׁל זָהָב וְאַטוּ לְאַצְטְרוּפִי בְּמִיָּדִי שְׁהוּא מְמִין גְּטַס בַּעֲיָנוּ וְנִרְאָה דַּה"פ דְּהָף עָלָה חֲזִי לְאַצְטְרוּפִי לְעַנְיָן אַחֲרִים וְאַז בְּצִירוּפֵם יְהִיָה

ש"פ אע"ג דהשתא אין שנה פלל וא"כ ממילא דשייך עליו שם נתינה משא"כ באה"נ
אם אין שנה פלל שלא כדה"נ אף אם יצטרף לאלף פעמים ככה לא יהיה שנה ועיין ברש"י
שם שפירש דחזי לאצטרופי להרבה עליו לשכב עליו ולמאכל בהמה נראה דס"ל דלא
מדין ש"פ אתינן עלה דאפשר גם הרבה אינם שנים או אף אם יהיו שנה בצירוף השתא
מיהא לא שנה רק הסברא הוא פנין דע"י צירוף חזי למידי שפיר קרינן ביה נתינה ועיין
בתשובות הרשב"א סי' תר"ג שהביא הירושלמי תמן ראוי להשלים עליו משמע
שהכוננה שאם יצטרפו לו דבר אחר לשטר שאין ש"פ יהיה שנה וצ"ע: והנה בדברי התוס'
דפסחים שהבאתי בתירוץ השני כתבו בלשונם ועוד י"ל דהא דאין מקדשין באה"נ היינו
היכא דלית בי' ש"פ לכשישרף ונעשה אפר כו' והוא תמוה דעיקר דבריהם הוא על סוגיא
דהכא בתמץ של הקדש והו' דקודשין מייתי ליה בתירוץ קמא אגב וא"כ איך בתירוץ
הב' דייקו בלישניהן הא דאין מקדשין כו' ותפסו הטפל והניחו העיקר דמייברי מינה הכא
לענן חמץ של הקדש ומי סני להו לשנויי הכי גם בתמץ של הקדש דמייברי דלית באפר
ש"פ ובהקדש לא מעל עד שיהי' ש"פ ומשמע מדבריהם דאהו דהכא במעילה לא שייך
לשנויי הכי וצריף טעם למה ולא ראיתי במפורשים שנתעוררו בזה ונראה לענ"ד דתוס'
אזלי לשיטתם בכתובות ר"פ אלו נערו בהא דמשני התם ל"צ דמצי לאהדורי ע"י הדחק
ופירשו התוס' דמייברי שבשעה שתחב לו חבירו נתקלקל ואפ"ה מחויב לשלם מה שנהנה
כדאיתא בב"ק בדר בתצר דלא קיימא לאגרא כו' וא"כ לא מצוי לשנויי דמייברי דלית
באפר ש"פ דמ"מ מחויב זה לשלם פנין שנהנה בש"פ ואף דלא אפסיד להקדש רק פחות
מש"פ מתחייב בכל וקצת צ"ע לפי מה דקי"ל שצריף שיהנה ויפגום בפרוטה במידי
דמופגם ועיין ברמב"ם הלכות מעילה וא"כ פנין דליכא ש"פ הרי לא נפגם ואפשר לומר
פנין דחמץ בפסח לאו בר דמים הוא ואינו בר דמים אלא ע"י האפר שאין בו ש"פ כמידי
דלא מיפגם חשיב ובמידי דלא מיפגם סגי בהנאת ש"פ ובחידושי כתבתי דאפשר לומר
דשפיר מתנישב בהו' תירוץא גם בסוגיא דהכא דשפיר מתוקמי בכהאי גוונא הכא שאין
האפר ש"פ ואי משום דמתחייב בזה שנהנה י"ל ע"פ מ"ש שם שיש מקום לפטור מטעם
מלקות שיתחייב על אכילת חמץ וקשה אף למ"ד פודין רק שי"ל דרב יוסף ס"ל כעולא
דאמר ממונא משלם מילקי לא לקי ועיין בצ"ח שם והנה הש"ס בכתובות בעי למימר
אליבא דעולא דממונא לקולא והקשו התוס' אתגורי אתגור ותירצו דחס רחמנא אממונא
דנחבל והיינו שאין להפסיד לנזק זה ממונו ולפ"ז א"ש דאי אין פודין לא מעל פנין
שהאפר ג"כ אינו ש"פ ואע"פ שזה נהנה מ"מ המלקות פוטרין ואף דס"ל ממונא משלם
זה דוקא היכא שהחויב מפני שמפסיד לנזק משא"כ היכא שאין החויב מפני הפסד הנזק
רק מחמת הנאתו שוב יש לדונו בתמורה במלקות דאתגורי אתגור ולא שייך חס רחמנא
דהקדש לא מפסיד מידי משא"כ אי ס"ל פודין כו' דממון גמור הוא אין לפוטרו מחמת
מלקות אליבא דעולא ועוד הארכתי בחידושי שם ואין כאן מקומו.

אפס לא אוכל מלט מה דתמיה' לי בענין זה על מ"ש הפה"ש"א בתוס' ד"ה ר"נ בה"ק
הוא שהקשה אמאי פטורי הכא מקרבן מעילה הא אמר בשבת דף צ"ב המוציא אוכלין
בפלי שגג באוכלין והיזיד בכלי חייב כו' וע"ז כתב הפה"ש"א דנדאי כל חייבי מיתות
פריתות שוגגין אע"ג דפטורין מתשלומין של ממון בקרבן חייבין אלא דהכא דפטור ליה
מקרבן מעילה משום דהו' בתמץ ולא שב מידיעתו בקלב"מ הוא התם נמי גימא הכי

כּינן דְּהַזִּיד בְּפִלִי וְלֹא שָׁב מִיִּדְעָתוֹ מִיִּקְרִי לֹא שָׁב מִיִּדְעָתוֹ גַּם לְגַבֵּי אוֹכְלִין כּו' ע"ש וְהוּא תִּימָא בְּעֵינֵי שְׁהַרְפִּיב עֲנִין קַלְב"מ וְאִין שָׁב מִיִּדְעָתוֹ יַחַד וּבְאַמַּת אִין זֶה עֲנִין לְזֶה דְאַפִּילוּ תִּימָא דְלֹא בְּעֵינֵי שָׁב מִיִּדְעָתוֹ אוֹ דְמַהֲנֵי לְזֶה עֲשֵׂה תְּשׁוּבָה עֵינֵין בְּמ"ל ה'ל' שְׁגָגוֹת מ"מ אֲמַרִּין קַלְב"מ וּמָה שְׁהַקְשָׁה הַתּוֹס' מַהֲדֵּד דְשִׁבְתָּ הֵינּוּ דְאַף דְלִשְׁיטת רש"י שָׁם צ"ל דְבְּאַמַּת לֹא אִיכְפַת לֹן בְּשָׁב מִיִּדְעָתוֹ (וְעֵינֵין שָׁם בְּתוֹס' דְשִׁבְתָּ שְׁהַר"י בְּאַמַּת הַקְשָׁה עַל רש"י דְלֹא הָוֵי שָׁב מִיִּדְעָתוֹ) וּמ"מ עכ"פ הֵיזֵה לְנוּ לֹמַר קַבְל"מ וּמוֹכַח דְלִעֲנִין קַרְבֵּן לֹא מַהֲנֵי קַלְב"מ וּכְמ"ש הַתּוֹס' לְעֲנִין תְּשֻׁלוּמֵי תְּרוּמָה שְׁהֵם כְּפָרָה וּמ"ש מַהֲרַש"א דְוַדַּאי כָּל ח"מ שׁוּגְגִין שְׁפִטּוּרִין מִתְּשֻׁלוּמֵין אִין פְּטוּרִין מִקְרָבֵן כּו' וּכ"כ שָׁם עַל דְבַרֵי רש"י בְּמ"ש יֵשׁ טוֹעִים כּו' ע"ש אִין הַנְּדוֹן דּוּמָה דְהַתָּם שְׁפִיר מְחַלְקִין דְלִעֲנִין תְּשֻׁלוּמֵין הָוֵי שְׁנֵי רִשְׁעִיּוֹת שְׁהָרֵי מְחַוֵּב עוֹנֵשׁ בְּדִינֵי שְׁמַיִם עַל שְׁגָגָתוֹ בְּח"מ אוֹ ח"כ וְאִם נִחְיִיב בְּתִשְׁלוּמֵין יֵשׁ שְׁנֵי רִשְׁעִיּוֹת שְׁהָרֵי אִין הַתְּשֻׁלוּמֵין מְכַפְרִין עַל הָעוֹנֵשׁ שְׁנִתְחַיֵּב בְּד"ש כָּלֵל וּלְפ"ז אִם נִתְחַיֵּב קַרְבֵּן עַל הַשׁוּגָג וּבְאוֹתָהּ מַעֲשֵׂה נִתְחַיֵּב מִיָּתָּה בְּמִזִּיד אוֹ בְּשׁוּגָג שְׁאִין בּוֹ לֹא מִיָּתָּה וְלֹא קַרְבֵּן בְּשׁוּגָג וְלֹא אֲתָרוּ בֵּיהּ שְׁפִיר הוּא פּוֹטֵר אוֹתוֹ מִקְרָבֵן שְׁעַל הַחֲטָא בְּשִׁגְגָה דְשְׁנֵי רִשְׁעִיּוֹת חֲשָׁבִין לִיהּ הָעוֹנֵשׁ שְׁעַל מַעֲשֵׂה שׁוּגָג דְלֹא אֲתָרוּ בֵּיהּ שְׁאִינוּ מִתְּכַפֵּר בְּקַרְבֵּן וְגַם שְׁיִתְחַיֵּב לְהִבְיָא קַרְבֵּן תְּרַתֵּי לֹא עֲבָדִין מִשְׁא"כ הַקְרָבֵן שְׁהוּא עֲצָמוֹ מְכַפֵּר עַל חַיִּיב הָעוֹנֵשׁ שְׁנִתְחַיֵּב עַל שְׁגָגַת פְּרַת וְאִין פֶּאן רַק רִשְׁעָה א' וְלֹא שְׁתֵּי רִשְׁעִיּוֹת כָּלֵל וְלִכֵּן הִבְיָאוּ הַתּוֹס' מִשְׁבַּת דְּשָׁם אַע"פ שְׁנִתְחַיֵּב סְקִילָה עַל הַכְּלִי וְקַרְבֵּן עַל הָאֹכְלִין וְאִין הַקְרָבֵן מְכַפֵּר עַל עוֹנֵשׁ הַסְקִילָה אַע"פ כִּי לֹא נִפְטֵר מִקְרָבֵן כֵּן נִלְעַנ"ד בְּרוּר וְדַבְרֵי מַהֲרַש"א צ"ע לְעַנ"ד: דְבַרֵי זְעִירָא הַק' אֲפָרִים זְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד: שְׁאַלָה סָג תְּשׁוּבָה לְכַבּוֹד מַחוּ' הָרַב הַגָּאוֹן אַב"ד דְק"ק בּוֹבַרְקָא מוהר"ר שְׁמַחָה נ"י: רֵאִיתִי דְבַרֵי שְׁמַחִים כְּנִתְיָנָתָן מְסִינֵי וְעוֹקֵר הָרִים בְּמַנְעֻצוֹת וְנִדְעַת נְאֻמֵּי וְחִזְיָנָא דְרַמֵּי קָלָא וְזַקֵּף בְּדַבְרֵי ר"ת ו"ל שְׁפּוֹסֵק כְּהַתּוֹסְפָתָא דְפַקֵּס אִינוּ יְכוּל לְכַתּוּב בְּכַתֵּב יְדוּ לְסוֹפֵר וּלְעַדֵּי לְכַתּוּב גִּט וּבְדִין עַדִּים בְּכַתֵּב ס"ל לר"ת דִּיכוּל לְשַׁלּוֹחַ בְּכַתֵּב יְדוּ לְב"ד.

וְלִכֵּן כָּתַב דַּע"כ טַעְמָא דִּידְיָהּ בְּגִט כְּמ"ש הַרְמַב"ן ו"ל לְמ"ד דְלֹא מַהֲנֵי אוֹמֵר אֲמָרוּ מְשׁוּם דְלֹא מִיְחָשֵׁב לְשִׁמָּה וְה"נ לְעֲנִין הַגְּדָה בְּכַתֵּב אֲבָל הַגְּדָה בְּכַתֵּב שְׁמִיָּה הַגְּדָה וְהַאֲרִיף בְּזָה: וּלְפַעַנ"ד שְׁתֵּי תְּשׁוּבוֹת בְּדַבְרֵי שְׁהָרֵי בְּהַד מְלִתָּא גּוֹפָא דְאוֹמֵר אֲמָרוּ הַקְשָׁה עָלָיו הַדַּא"ה ו"ל דַּא"כ מִנִּין דְלַר"י מִיְמֵי לֹא מִיְמֵסְרוֹן לְשִׁלִּיחַ דְלָמָּא טַעְמָא מְשׁוּם לְשִׁמָּה וְעַל זֶה כָּתַב הַר"ן דָּאִם אִיתָּא דְמִיְמֵסְרֵי לְשִׁלִּיחַ אִם כֵּן אֵלּוּ נַעֲשׂוּ שְׁלוּחֵי הַבַּעַל וְהֵם כְּמוֹתוֹ וְהַסּוֹפֵר וְהַעֲדִים שְׁשׁוּמְעִים הָוֵי כְּשׁוּמְעִים מִפִּי הַבַּעַל ע"ש.

וּלְפִי"ז הֵן הֵן הַדְּבָרִים גַּם לְעֲנִין שְׁלִיחוֹת בְּכַתֵּב דָּאִם נֹאמֵר הַגְּדָה בְּכַתֵּב ל"ש הַגְּדָה אִזְ שְׁפִיר י"ל דַּאֲע"ג דְלִעֲנִין גִּט לֹא בְּעֵינֵי הַגְּדָה בְּפָה רַק רִיצוּי בְּלִבְד מ"מ לְעֲנִין שְׁלִיחוֹת לְכַתּוּב לֹא מַהֲנֵי כֵּינן דְבְּעֵינֵין לְשִׁמָּה.

וְכֵינן שְׁע"י כָּתַב ל"ש הַגְּדָה לֹא מִיְקְרֵי לְשִׁמָּה שְׁלִיחוֹת זֶה שְׁהֵם עוֹשִׂין עַפ"י הַכְּתָב אֲבָל אִם נִימָא דְהַגְּדָה בְּכַתֵּב שְׁמִיָּה הַגְּדָה לְכָל מִיְלֵי לְמָה לֹא יוֹעִיל הַגְּדָה זֹו בְּכַתֵּב כְּהַגְּדָה בְּפָה לְעֲנִין כְּתִיבַת הַגִּט מַה"ת לֹא יִהְיֶה ע"ז שָׁם כְּרִיתוֹת לְשִׁמָּה כֵּינן שְׁהַבַּעַל מַגִּיד לְהֵם בְּכַתֵּב וְהַגְּדָה גְּמוּרָה וּמֵאֵי טְבוּתָא אִם אֲמַר יֹאמֵר בְּפָה מִמָּה שְׁכַתֵּב בְּסִפֵּר וְאִם נִרְצָה לְדַחֵק וְלֹאמֵר דַּאֲע"ג דְחֻשְׁבִּי הַגְּדָה לְכָל מִיְלֵי מ"מ לְעֲנִין לְכַתּוּב לְשִׁמָּה לֹא סְמָכָא דַּעֲתִיָּהּ

דסופר ועדים לסמוך על כתב הבעל לא ידעתי מאין הרגלים לומר כן ומה ראו לחלק בין הפרקים פיון דהגדה חשיבי הוא אף לענין עדות.

ועוד שפאמת צריף לעי' בכוננת הרמב"ן שכתב וז"ל ואפשר לומר שאני גט דבעינן לשמה ובעינן נמי וכתב הבעל ואין הסופר והעדים עומדים במקום הבעל אלא פשטמעו הם מפיו אבל בדברים אחרים אדם עושה שליח שלא בפניו כו' עי' שם ודבריו סתומים דאם פונונתו דבכה"ג לא סמכה דעתיהוהו לכתוב לשמה מאי האי דסיים בה ובעינן נמי וכתב הבעל.

ואם הוא טעמא באנפי נפשיה פשיטא שאין צריף שאין בזה בנ"ט פלל דהא גבי נתינה ג"כ ונתן בעינין שיתן הבעל ואפ"ה שליח עומד במקומו אעפ"י שלא שמע מפיו אלא בעשה שליח שלא בפניו ומאי עדיפותא דכתיבה מנתינה לענין זה ואמנם פשיטות דבריו משמע דחד טעמא הוא שצריף לשמה ובעינן וכתב הבעל ר"ל שהבעל יכתוב לשמה ואין הסופר והעדים עומדים במקומו לכתוב לשמה פשטמעו מפיו ומ"מ הלשון דחוק מאד והו' ובעינן נמי וכתב הבעל הוא שפת יתר לכאורה וגם גוף סברתו של הרמב"ן צ"ע דאפילו מאן דסבר דבעינן שליחות בכתיבה מ"מ הרי יש פאן שליחות בכתיבה זו שהרי מועיל מה שעושה שליח שלא בפניו וא"כ פיון שהאנשים האלה אשר צוה להם הבעל אמרו לסופר פשהם נאמנין בעיני הסופר והעדים שמבנין הבעל יצאו הדברים ועפי"ז עבדי עובדא בנפשיהוהו לכתוב גט ולחתום ומה"ת לא יתנו לב לכתוב לשמה ומכ"ש אם נימא דלא בעינן שליחות בכתיבה והיא שיטת הרמב"ן ג"כ.

ומ"ש התוס' בגיטין דף ד"ג אהא דעד שיאמר לסופר כתוב כו' הטעם משום דלא מקרי לשמה וכ"כ שאר מפורשים ה"תם א"ש דמיירי כשפותבין בלי צנואת הבעל רק שפותבין מעצמם אז אעפ"י שהם מתפוננים מעצמם לשם בעל ואשה זו מ"מ אין זה לשמה כ"א פשטכתב עפ"י הבעל שצוה ע"ז דאל"כ סתם אשה לאו לגירושין קיימא משא"כ באומר אמרו לפלוני דהא הני תר' לא חשידו דמשקרו ועושים מעשה על פיהם לכתוב ולחתום ואשה זו לגירושין קיימא מפי הבעל שגמר אומר לכתוב לה גט מה"ת לא יתנו לב לכתוב לשמה ואם נפשף לומר דאפתי דכל שהם עצמם לא שמעו מפי הבעל אף ע"פ ששמעו מפי שום עדים פשרים שאמרין כן בשם הבעל מ"מ אפתי לא ברירא להו מלתא והוא אין ולאו ורפאי בידיהוהו ואעפ"כ עושין מעשה וכותבין וחותמין מספק דשמא כדברי אילו העדים כן הוא וזה הני פכותב סתמא דלא הני לשמה פיון שסתם אשה לאו לגירושין קיימא מ"מ אם נאמר כן אין ללמוד מזה לענין הגדה בכתב פיון שהכתב ניקר וידוע להם שהבעל כותב להם לכתוב גט ומכ"ש אם הוא כותב לפניהם ממש למה לא יאמינו לקול האותיות האלה ונאמר דאפתי מספקא להו בדעת הבעל ואין נותנין לב לכתוב לשמה אף באמת אין נלענ"ד סברא זו גם לענין אומר אמרו פיון דתרי מהימני בכל עדיות שבתורה אף ע"פ שזה שאמרם לסופר ועדים אין ע"ז תורת עדות שצריף שייעידו בפני שליח וכל שאר דיני עדיות מ"מ עכ"פ מהיכי תיסיק אדעתיהוהו דסופר ועדים שסתפקו בדבר פיון דבי תרי לא חשידי פלל: ולכן נלענ"ד בסברת הרמב"ן דכל שלא שמע מפיו דבעל עצמו רק הוגד לו מפי אחרים בשמו אע"פ שהוא מאמין פי יאזין קולם מ"מ אין זה לשמה דעל הרוב דרפו של זה שנשלח ועושה מעשה לעשות הענין מחמת שנשלח מן

האיש המצננה לו ואע"פ שהוא אומר לו בפירושו שהוא אינו המצננה רק פלוני אומר לו שיצננה לעשות כה מ"מ זה העושה מעשה בשעת עצמיתו כל עיקר עצמיתו הוא עפ"י דבורו של זה ועינו ולבו על זה האיש ששמע מפיו שיעשה כה וכיון דגבי גט לשמה בעינו והיינו שיעשה השליחות שנוצטנה מהבעל ועל דעתו לבד ואז הוא עומד במקומו מ"מ פיון שאין פח אחר מעורב בו משא"כ אם בשעה שכותב דעתו גם ע"ז שאמר לו לכתוב והוא פותב בשם פלוני שאמר לו בשם הבעל שייכתוב אין זה עומד במקום הבעל שיהיה פאילו פתבו הבעל לשם פרישות משא"כ לעגן נתינה אף אם הוא נותן בכוננה זו לפי ששמע מאילו שנוצטנה מהבעל לא איכפת לן בהכי דגבי נתינה לא בעינו לשמה ונדקא בכתיבה דכתיב לה לשמה קפדינו שלא יהיה שם עירוב מכוננה אחרת כלל כנלע"ד לסברת הרמב"ן ז"ל: והנה עיינתי בלשונות הרמב"ן ז"ל המדברים מעגן זה וראיתי בחידושו לגיטין דף ר"ג פתב ונ"ל.

ומיהו קשיא היאך יכולים לכתוב הלא לאו בני שליחות ניהו כו'. ומנ"ל דבעינו שליחות דאמרינו ר"פ כל הגט ואי כתב רחמנא וכתב ה"א למעוטי האי דלאו איהו פתב ליה אלמא פשיטא דכתב מועיל ואפילו לרבנו דרשב"ג לא פליגי אלא בנתחראש אבל בפסק מה"ת לא יועיל פתב פיון דחזינו שנתרצה ולא דמי לאומר אמרו כמש"ל אלא ע"כ דבנתחראש מייירי ולפי שפסקת אין רגילות שייכתוב בכת"י רק בנתחראש לכה נקט סתם ומוכח מזה דלא פרשב"ג ואהא קאמר דע"כ ברייתא משבשתא הוא דהא הרפנה מהני א"כ י"ל דכתב נמי מייירי שכתב אמרו לסופר וכמ"ש בקרבן העדה וע"ז קאמר רבי יודן דלא משבשתא הוא דהא הרפנה היא שמיעת קול וא"כ מוכח מההך ברייתא דלא פרשב"ג וע"ז קאמר ר' יודן תמן באומר כה וכה עשיתי ברם הלא באומר כה וכה עשו ר"ל דליכא לאקשוויי אדרשב"ג דרשב"ג מייירי באומר כה וכה עשיתי ר"ל שכותב להם בעודו פסקת תרם פרי זה או עושה שליח לסופר ועדים אלו ובכה"ג ס"ל דשפיר מקיימין פתב ידו וכאן מייירי באומר כה וכה עשו ולכה לא מהני וע"ז פריה דאם יש בו דעת לשעבר יש בו דעת להבא ג"כ וע"ז משני ר' אבא מרי בחרש אנו קיימין ו ואין שליחות לחרש ר"ל דאע"ג דנדאי יש בו דעת להודיע לנו שעשה את אילו שלוחים בעודו בפקחותו מ"מ לעגן זה שיהיה יכול לעשות שליח עכשיו לא מפלגינן בינו לבין חרש דעלמא דומיא דאתם בעינו מה אתם בני דעת גמור אף שלוחכם בני דעת גמור והלכה אע"ג דפסקת ונתחראש אית ליה דעתא קלישתא להודיע את אשר כבר עשהו ומודה בזה שעדיין הוא מרוצה למה שצננה כבר מ"מ אפתי לא מקרי בן דעת גמור לעגן שיהא יכול לעשות שליח עכשיו ור"י בר בון אמר בבריא אנו קיימין ר"ל דיהו מתרץ הקושיא באופן אחר דהך דרשב"ג בפסקת ונתחראש ואמר כה וכה עשיתי ולכה מועיל אף שהוא ע"י פתב פיון שאומר עגן שניכר ונהך ברייתא בכותב כה וכה עשו ואפילו הוא פריא לא מהני פתיבה דידיה דאמרינו מתעסק הנה בשטרותיו ושטת הפוסקים דאף בפסקת לא מהני פתיבה היינו כר"י בר בון ומה דמסיים שם בירושלמי ותני פן בד"א בנשתתק מתוך בוריו כו' ע"ש לפירושי מתני קאי וכן נמצא כ"פ בירושלמי וכ"פ בקרבן העדה ולענ"ד.

דקאי התם אהא דקאמר התם לשמיעת קול פעם א' להרפנה ג"פ ע"ז מיייתי מההך ברייתא דמחלק בין נשתתק מתוך בוריו לנשתתק מתוך חוליו דלא חיישינן לדעתא שגישתא דיו בפעם אחת.

וא"כ פשיטא דבשמיעת קול סגי בפעם א' דלא גרע מנשמתק מתוך קוליו ע"י הרפנה ודעת הפוסקים הסוברים דפקח מהני כתיבה נראה שהם מפרשין הא דקאמר ר"י בר בון בבריא אנו קיימין ר"ל דנדאי מייירי שנשמתק וכס"ד דמקשה אלא שנשמתק מתוך בוריו ונשמתק מתוך בוריו גרע טפי ותיישנו למתעסק ומיייתי ראיה מברייטא זו דמחלק בין מתוך בוריו למתוך קוליו דמתוך בוריו תיישנו לטריפת דעת טפי ואין להאריה: ועכ"פ מה דקשיא ליה למר דמאי מקשה בירושלמי מגט אתרומה פשיטא דלק"מ אפילו אימא דרשב"ג דירושלמי גם כן אתרומה קאי מ"מ מקשי שפיר דהירושלמי בס"ד הוי מפרש הך ברייתא דהרי שפכת בכת"י כו' פקח ונתחרש לפי שהיה מוכרח לאוקמי בהכי דפקח למה באמת לא תועיל כתיבתו דלא גרע מריצוי בעלמא דמהני בשליחות וילכך סבר דהך ברייתא דסברה פקח ונתחרש לית ביה דעתא צילתא ע"כ פליגא אדרשב"ג דס"ל דפקח ונתחרש יכול לתרום דדעתא צילתא אית אית ביה ונה מבואר להדיא שפך היתה דעת המקשה שהרי ר' יודן מתרץ תמן באומר כף וכף כו' ועלה פריה אם יש בו דעת לשעבר כו' וכן ר' אבודימי מתרץ דבחרש קיימין כו' מבואר להדיא שהיה סובר דמייירי בחרש וא"כ מה שסוברים ר"ת ודעימיה לפסול פקח היינו לפי מסקנת ירושלמי דמוקי ר"י בר בון דמייירי בבריא ומטעם דמתעסק בשטרותיו אבל באמת לא פליג אדרשב"ג דתרומה קלל.

ול להיות פי מוכ"ז נחפז לדרכו הנצרכתי להפסיק באמצע הפרק ובגוף הענין הארכתי הרבה בתשובתי (עי' בחלק אה"ע סי') ושלום תורתו יגדל כנפשו ונפש זעירא מן חברייה הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה סד שלום לכבוד אהובי חתני החריף והשנון האברך מוהר"ר חיים נחמן נ"י: הנה מכתבך קבלתי ואכתוב בקצרה בהא דקשיא לך אהא דמייבעיא ליה דלמא תולדותיהן לאו פייצא אאינה תולדה קמייבעיא ליה אפשר לומר בפשיטות דבעל האיבעיא שפיר קא מייבעיא ליה הכי אתולדה דקרן ואע"ג דהתולדה דומה לאב בכל מקלי פיון דקי"ל פלגא ניוקא קנסא מקנסא לא ילפינו כדאיתא בגיטין דף נ"ב ובכמה דוכתי משא"כ הש"ס לקמן שפיר הקשה על רב פפא אהי קאי איילמא אקרן מ"ש קרן דהא ר"פ איהו ס"ל פלגא ניוקא ממונא וא"כ לדידיה אין מקום לומר דקרן תולדתו לאו פייצא בהן דמ"ש קרן כו' ודוחק לומר דרב פפא אליבא דבעל האיבעיא קאמר דסובר קנסא ולדידיה לא ס"ל אלא ודאי ר"פ פשיטות דידיה קאמר אליבא דכ"ע וא"כ פריה שפיר דע"כ לאו אקרן קאי.

ואין להקשות דבאמת האיך ילפינו תולדה דקרן מאב דידיה למ"ד קנסא י"ל דהא לאו מילף הוא אלא גילוי מלתא בעלמא הוא דכל מעשה השור כה"ג קנסי רחמנא פי היכא דלנטריה לתורא ובהכי א"ש מה שפי' רש"י בסוף הסוגיא גבי ח"נ צרורות אליבא דמ"ד קנסא אע"ג דר"פ גופא ס"ל פ"נ ממונא מ"מ פיון דרב פפא אתי למיפשט אליבא דבעל האיבעיא ולמימר מה דקמייבעיא לך בקרן פשיטא לי דתולדתו פייצא בהן רק יש מהן דלאו פייצא בהן דהיינו ח"נ צרורות וכיון דבעל האיבעיא הוא סובר פ"נ קנסא לך פירש הסוגיא אליביה ומה דקשיא לך בקושני' דא"כ לר"פ נימא דצרורות הני תולדה דקרן פיון דגם פ"נ דקרן ממונא הוא יבואר לקמן: והנה לכאורה יש מקום לומר דאתולדה דרגל קמייבעיא ליה ואע"ג דדומה לרגל בכל מקלי מ"מ הא איבא ח"נ צרורות דג"כ דמי ליה ומאי חזית דילפת מרגל גופי' גילף מח"נ צרורות דדמי ליה ג"כ בכל מקלי

אף י"ל פּינן דְצָרוּרוֹת הַלְכָתָא גְמִירֵי לֵה וְקִי"ל דְצָיִן דְנִין ק"ו מִהֲלָכָה וְה"ה דְצָיִן דְנִין ג"כ בְּנִין אָב מִהֲלָכָה פְּדָאֲמֵרִינְן בְּזַבְחִים דְּף צ"ג אִיבְעִיָא לֵהוּ בְּדָם מֵאֵי הַלְכָתָא הוּא וּמִהֲלָכָתָא לֹא גְמֵרִינְן כּו' עֵי' שָׁם אָף דְאַפְתִּי קָשָׁה בְּהָא דְמִיפְשֻׁט פְּשִׁיטָא לִיָּה דְתוֹלְדָה דְרַגְלָא פְּרַגְלָא פִּינּוּ דְדָמֵי לְרַגְלָא דְמֵאֵי חֲזִית לְמִילָף מְרַגְלָא גִילָף מְקָרְן דְלֹא מְשַׁלֵּם רַק ח"נ וּא"ל דְשִׂאֲנֵי קָרְן דְלֹא אֹרְחִיָּה דְהַתִּינַח לְמ"ד פְּלַגָּא נְזָקָא קְנָסָא אָבֵל לְמ"ד פ"נ מְמוּנָא קָרְן נְמֵי אֹרְחָא הוּא וְאַפ"ה לֹא מְשַׁלֵּם רַק ח"נ וּא"כ דְלֵמָּא דְוָקָא רַגְלָא גּוּפָא דְגִלֵי קָרָא לְשַׁלֵּם נ"ש אָבֵל בְּעֻלְמָא לֹא וצ"ל דְבִאֲמַת לְכַאוּרָה הָא גּוּפָא קְשִׁיָּא דִס"ל לֹא בְּחֻזְקַת שְׁיִמּוּר קִיָּמֵי וְרַחֲמֵנָא חֵס עָלֵיו דְלָמָּה חֵס רַחֲמֵנָא בְּקָרְן מְשׁוּם דְלֹא אִיָּעֵד יוֹתֵר מְרַגְלָא פִּינּוּ דְאִיְהוּ ס"ל דְסֻתָּם שְׁוֹרִים הֵם רְגִילִים לִיגַח וְאַפ"ה חֵס רַחֲמֵנָא גַם בְּרַגְלָא הו"ל לְמִיָּחֵס וצ"ל דְרִש"י פִּירֵשׁ רַגְלָא הִיזְקוּ מְצִי דְכָל שְׁעָה הִיא מִהֲלָכָתָא וְאֵם יֵשׁ כְּלִים תַּחַת רְגֵלִים הִיא דוֹרְסַת, וּלְפִי"ז י"ל דְבְּקָרְן אַע"ג דְשְׁוֹרִים רְגִילִין לִיגַח מ"מ שְׁפִיר חֵס רַחֲמֵנָא פִּינּוּ דְלֹא מְצִי שְׁיִגַח בְּכָל שְׁעָה מִשְׁא"כ רַגְלָא שְׁהִיזְקוּ מְצִי שְׁכָל שְׁעָה הִיא מִהֲלָכָתָא וְלֹא שְׁיִיָּד לְחוּס מְשׁוּם דְלֹא אִיָּעֵד כְּלָל וְכִינּוּ דְלֹא נְטָרֵי חֵיב נ"ש.

וּלְפִי"ז א"ש דְגַם תוֹלְדָה דְרַגְלָא לִיכָא לְמִילָף מְקָרְן דְמָה לְקָרְן אַע"ג דְאֹרְחִיָּה הוּא מ"מ אִין הִיזְקוּ מְצוּי כְּמוֹ תוֹלְדָה דְרַגְלָא הַלְכָּף לְרַגְלָא מְדַמִּינִין לִיָּה אֵלָא דְאַפְתִּי קָשָׁה גִילָף מְקָרְן וּא"ל מָה לְקָרְן שְׂאִין הִיזְקוּ מְצוּי דְהָא י"ל צָרוּרוֹת תּוֹכִיחַ דְהִיזְקוּ מְצוּי וְאַפ"ה לֹא מְשַׁלֵּם רַק ח"נ וְאַע"ג דְצָיִן דְנִין ק"ו מִהֲלָכָה שְׁפִיר עוֹשִׂין תּוֹכִיחַ מִהֲלָכָה וְכַמ"ש הַתּוֹס' לְקַמְן דְּף ד"ו בְּד"ה וְלֹא תִהְיֶה כּו' (וְעֵי' בְּסוּטָה דְּף ד"ח בְּתוֹס' מְשַׁמַּע דְּאָף יוֹכִיחַ אִין עוֹשִׂין מִהֲלָכָה וְעֵי' מ"ש אַא"ז מְהַרְשֵׁ"א שָׁם וְאִין כְּאֵן מְקוּמוֹ): וּמ"ש בְּדַבְרֵי הַתּוֹס' ד"ה אָבֵל מְחַוְּבַת אִימָא כְּוָלָה מוֹעֲדַת הִיא שְׁהִבִּיאוּ כְּאֵן הָךְ דּוּלְמ"ד קָרְן עֲדִיפָא וּפְרִירוּשׁ ר"ת וְהוּא אָף לְמוֹתֵר הו"ל לְאַתּוּיֵי רַק מְלֵתָא דְר"פ וְר"ה בְּרִיָּה דְר"י לְחוּד וְנִלְעַנ"ד כְּוָנְנַתְּם בְּזָה דְמַהֲךְ דְר"פ וְר"ה בְּרִיָּה דְר"י לֹא מְצִי לְאַקְשׁוּיֵי דִי"ל דְאִיְהוּ לֹא מְסַבְרָא דְנִפְשִׁיָּהוּ הַכְרִיעוּ אִם הֵם בְּחֻזְקַת שְׁיִמּוּר אוֹ לֹא אֵלָא כָּל חַד מוֹכִיחַ לְנִפְשִׁיָּה דְמַר לֹא מְשַׁמַּע לִיָּה לְמִימַר דְרַחֲמֵנָא קְנָסֵי הַלְכָּף ס"ל דַּע"כ הַתּוֹרָה יְרַדָּה לְסוּף הָעֵנִין דְרַוְבָּם לֹא בְּחֻזְקַת שְׁיִמּוּר רַק רַחֲמֵנָא הוּא דְחָס עָלֵיהּ וְר"ה בְּרִי' דְר"י לֹא מְשַׁמַּע לִיָּה לְמִימַר דְרַחֲמֵנָא חֵס עָלֵיהּ וּלְכָף ס"ל לְהִיכָּף אָבֵל אִם הִיָּינוּ אֹמְרִים דְהַתּוֹרָה מִיָּרִי מְקָרְן תְּלוּשָׁה דְוָקָא א"כ הִיָּינוּ יְכוּלִים לְוַמַּר דְלַעֲנִין מְחַוְּבַת וְדֵאִי לֹא בְּחֻזְקַת שְׁיִמּוּר גִּיְהוּ וְכִינּוּ דְלֹא ס"ל סְבָרָא דְרַחֲמֵנָא חֵס עָלֵיהּ חֵיב נְזָק שְׁלֵם בְּזָה וּלְכָף מִיָּתֵי הַתּוֹס' הָךְ דּוּלְמ"ד קָרְן עֲדִיפָא כּו' אֵלָמָּא דְקָאֲמַר הַש"ס שְׁהִיָּינוּ יְכוּלִין לְלַמּוֹד קָרְן מְשַׁאֲרָא אֲבוּתָא א"כ מְוַכְרַח דְר"פ וְר"ה בְּרִי' דְר"י הַכְרִיעוּ כֵּן מְסַבְרָא דְנִפְשִׁיָּהוּ דַּל"כ פְּשִׁיטָא דְהַוָּצְרָכָה הַתּוֹרָה לְהַשְׁמִיעֵנוּ הָךְ מְלֵתָא גּוּפָא דְלֹא בְּחֻזְקַת שְׁיִמּוּר וְאִי לֹא כְּתִיב קָרְן ה"א דְבְּחֻזְקַת שְׁיִמּוּר קִיָּמוּ וּא"כ הַאִיָּף קָאֲמַר דְקָרְן נְמֵי אֲתֵי אֵלָא ע"כ דְמְסַבְרָא הַכְרִיעוּ כֵּן וְהַלְכָּף מְקָשׁוּ שְׁפִיר דְלִר"ה בְּרִי' דְר"י דִס"ל מְסַבְרָא דְבְּחֻזְקַת שְׁיִמּוּר גִּיְהוּ וְהִיָּינוּ וְדֵאִי בְּקָרְן מְחַוְּבַת פִּינּוּ שְׁמַחֲוֹלְקִים הֵם בְּכָל פ"נ דִס"ל דְקָנָסָא הוּא וּא"כ קָשָׁה מְהִיכָא יְלִיף מְחַוְּבַת לְחֵיבּוּ נ"ש בְּפַעַם רַאשׁוּנָה: וְאַמְנָם מ"ש הַתּוֹס' דְלֵמָּ"ד קָרְן עֲדִיפָא א"ש הָכָא מֵאִי דְקָאֲמַר אָבֵל מְחַוְּבַת אִימָא מוֹעֲדַת הוּא וְלְכַאוּרָה קָשָׁה לְפִי מ"ש הַתּוֹס' לְקַמְן בְּדָף ט"ו בְּד"ה וְהַשְׁתָּא דְאֲמַר פ"נ הֵאִי כְּלָבָא כּו' וְכַתְּבוּ דְלֵמָּ"ד פ"נ מְמוּנָא לֹא מְשַׁלֵּם כְּלָל דְמְקָרְן לִיכָא לְמִילָף דְהוּי אֹרְחָא מִשְׁא"כ הֵאִי דְמְשׁוּנָה.

ולפ"ז קשה על התוס' שכתבו הכא דלהך מ"ד ניקח דאדרבא להך מ"ד תיקשי טפי פיון דהברייתא ס"ל דבין קרו תלושה ובין מחוברת משלם ח"נ ונהרי קרו תלושה ודאי לאו אורקא ומשונה הוא ולענין זה ודאי דבחקוקת שימור קיימי ואפ"ה איתא בברייתא דחייב א"כ מוכח מזה דפלגא נזקא קנסא דאל"כ אין לחייבו פלל בתלושה ויש ליישב קצת דהתוס' לקמן דף ר"ב הקשו דהא הוי תחלתו בפשיעה כו' ותירצו דלא אמרינן תחלתו בפשיעה לענין שון ורגל וסופו באונס דקרו דאפילו פשע בקרו לא משלם רק ח"נ.

ולפ"ז צ"ל הא דכלבא דאכל אימרי אע"ג דתחלתו בפשיעה לענין זוטרי מ"מ לענין רברבא אין פאן פשיעה פלל וכדאמרינן לקמן דלא אמרינן מיגו דהוי פשיעה לגמלים משא"כ פאן אע"ג דהשתא אונס דמשונה מ"מ תחלתו בפשיעה שלא יגח בקרו מחוברת פיון דלאו בחוקת שימור הם וסופו באונס ע"י שינוי ובהכי חייבא רחמנא פיון דאם פשע בקרו הי' חייב ח"נ עכ"פ וכיון שהיה פושע להך מלתא גופא שפיר מיקרי תחלתו בפשיעה וגם האונס בא מחמת הפשיעה ובעיקר קושית התו' שכתבו וא"ת מהיכא יליף לה אי מתלושה די' בתלושה י"ל בפשיטות דא"ש ע"פ התוס' בריש הסוגיא בד"ה ולא זה כו' וקצת קשה דמשמע דעונשין מן הדין ובמכילתין תניא פי יפתח וכי יכרה אם על הפתיחה חייב על הפריה לא כ"ש אלא ללמדך שאין עונשין מה"ד ומיהו בפירק הפרה כו'.

ולפ"ז מתני' דקתני לא הרי ע"כ מוכרח דס"ל עונשין משא"כ הך ברייתא דשילש אבות נאמרו בשור דלא אשפחו דקתני בה לא הרי כו' י"ל דס"ל כהמכילתא דאין עונשין מה"ד ולפ"ז י"ל דה"ק אבל במקושרת אימא פולה מועדת וא"כ פיון דחמיר טפי מתלושה א"כ פטור לגמרי דאי מתלושה הא אין עונשין כו' ולכך איצטרף קרא לאשמיעינו דמיקרי אף במקושרת כולענ"ד: ובקושית התוס' שם אהא דאמרינן ולכתוב רחמנא ושלח דמשמע רגל ומשמע שון כו' מפדי שקולין הם דרגל הניקו מצוי ויש הנאה להניקו ויבאו שניהם ומשני סד"א ה"מ היכי דשלח שלוחי כו' והקשו התוס' א"כ תיקשי השתא הא דפריה לעיל טעמא דכתיב פאשר יבער כו' ע"ש ונהירנא כד הוינא טליא שמעתי מפי אדוני אבי מ"ו הרב הגאון הגדול זכרוננו לברכה ששמע מפי רבו הפובהק המפורסים ש"ב מוה"ר יצחק הלוי ז"ל האב"ד דק"ק דוקלא ואח"כ נתקבל לאב"ד דק"ק פרעשבורג שאמר קו' התוס' דהנה הא דאמרי' שקולים הם היינו משום דרגל הניקו מצוי ונה דוקא אי אמרינן ל"ש שלח שלוחי כו' ל"ש אולא ממילא משא"כ אי נימא דוקא שלח שלוחיפשיטא דרגל אין הניקו מצוי פיון שאין חיובו אלא בשלח דוקא וא"כ י"ל דהכי אול תירץ הש"ס אי לא כתב רחמנא רק ושלח סד"א ה"מ היכא דשלח שלוחי.

ולפ"ז י"ל דלא קאי אלא אשון דמסתבר משום דיש הנאה להניקה משא"כ רגל וא"ל דגם רגל בכלל ושלח דשקולין הם ז"א דהא רגל אין הניקו מצוי בכה"ג ולכך איצטרף וביער לחייב בשון אף דאולא ממילא וא"כ ממילא מוכח דושילח קאי ארגל.

ולפ"ז א"ש קושית התוס' דאי לאו דכתיב פאשר יבער הוי מוקמינן ובער ארגל דא"ל דמושלח נפקא ז"א פיון דושלח מורה דוקא שלח שלוחי א"כ לא קאי ארגל אבל השתא דמיקמינן פאשר יבער דע"כ ובער פירושו שון ואפי' אולא ממילא א"כ מוכרח דושלח קאי ארגל ושוב אמרינן דומיא דשון וכמש"ל עכ"ד קדשו ז"ל (וקצת איני זוכר היטיב

אם הי' דבָּרְיוֹ ע"ד זֶה אוֹ קֶצֶת עַל דְּרָף אַחַר רַק הַמְכַנֵּן מְמַנּוּ כמ"ש) ודפח"ח: נאָנִי הוֹסֵפְתִי נֹפֵף מִשְׁלֵי לְתַרְץ קוֹשְׁנֵי הַתּוֹסֵ' שֶׁם בְּהָא דְאִמְרֵי דְוּמְיָא דְרַגְלָא מָה רַגְלָא ל"ש מְפֻלְיָא קַרְנָא כו' וְהִקְשׁוּ הַתּוֹסֵ' וּא"ת וְנִימָא אִיפְכָא כו' וְנִלְעַנ"ד דְּהִנְהָּ הָא דְאִמְרֵינוּ לֹא הָרִי הַשּׁוֹר הִינְנוּ מְשׁוּם דְּרַגְלָא הִיזְקוּ מְצוּי וְלִכְּךָ לֹא הָיִי יִלְפִינוּ מִינְיָהּ וְהִנְהָּ הַרְשָׁפִ"א פִּי הָא דְאִמְרֵינוּ דְוּמְיָא דְרַגְלָא הִינְנוּ מְשׁוּם דְּרוּב הִיזְקוּ שֶׁל רַגְלָא אִינוּ מְכַלָּה הַקְרָן וּמ"מ אִפְתִּי קִשְׁהָ דמ"מ נִימָא אִיפְכָא לְאִקְשׁוּנֵי לְשׁוֹן דְּמִסְתַּמָּא חַיּוּב דִּידְיָהּ בְּמְכַלְיָא קַרְנָא הוּא וּלְפַמ"ש א"ש דְּרַשׁ"י פֶּתַח רַגְלָא הִיזְקוּ מְצוּי דְּכָל שְׁעָה הִיא מְהַלְכַת וְאִם יֵשׁ תַּחַת רַגְלֵיהָ כְּלוּם הִיא דוֹרְסַת.

ולפ"ז א"א לומר דְּנִימָא אִיפְכָא וְאִין חַיּוּב בְּרַגְלָא כ"א בְּמְכַלְיָא קַרְנָא דְוּקָא דֵא"כ תִּיקְשֵׁי קַרְנָא בְּשׁוֹן ל"ל נִילְף מְרַגְלָא דֵא"ל דְּשִׁאֲנֵי רַגְלָא דְּהִיזְקוּ מְצוּי ז"א דָּאִם נִימָא דְּגַם בְּרַגְלָא מְכַלְיָא קַרְנָא דְוּקָא בְּעֵינֵינוּ א"כ גַּם רַגְלָא אִין הִיזְקוּ מְצוּי דֵאע"ג דְּכָל שְׁעָה הִיא מְהַלְכַת כו' מ"מ רֹב הִיזְקָא שְׁלָה לֹא מְכַלְיָא קַרְנָא וּא"ש נְמִי מֵאִי דְקִאֲמַר דְוּמְיָא דְשׁוֹן ל"ש שְׁלַח שְׁלוּחֵי כו' דע"כ מוֹכַח דְשׁוֹן ל"ש שְׁלַח שְׁלוּחֵי דֵא"ל אִיפְכָא דֵא"כ שׁוֹן ל"ל כָּל דֵא"ל דְשִׁאֲנֵי רַגְלָא דְּהִיזְקוּ מְצוּי ז"א פִּינוּ דְּבְעֵינוּ שְׁלַח שְׁלוּחֵי גַם רַגְלָא אִין הִיזְקוּ מְצוּי כְּמוֹ שׁוֹן וְכִסְבַּרַת הַגְּאוּן ז"ל וְקִצְרַתִּי דְּבַרֵי חוֹתְנָהּ הַק' אֲפָרִים זְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד.

וּמִיָּדֵי דְּבַרֵי בּוֹ זְכוּר אֲזַנְפְּרֵנוּ מַה דְּנִקִּיטָנָא בְּיָדֵי מְרַגְנִיתָא טְבָא שְׁאֲמַר א"א הֶרֶב הַה"ג ז"ל שְׁשִׁמְעָא מְרַבּוּ הַגְּאוּן הַנְּ"ל בְּעִירוּבֵינוּ דְּף נ"א דְאִמְרֵינוּ הָנִי אֲלָפִים אִמָּה הִיכָא כְּתִיבֵנוּ כו' אֲמַר ר"ח לְמַדְנוּ מְקוּם מְקוּם כו' וְחוּץ מְחוּץ דְּכַתִּיב וּמְדוּנָתָם מְחוּץ לְעִיר אֵת פְּאֵת קְדָמָה אֲלָפִים בְּאִמָּה כו' וְשׁוּב אִמְרֵינוּ אֵהָא דר"ח בֵּן אֲנִטִּיגְנוֹס דְאֲמַר אֲלָפִים אִמָּה עֲגוּלוֹת מ"מ"נ אִי אִית לֵיהָ ג"ש פִּיאוֹת כְּתִיבֵנוּ וּפִירַשׁ"י דְּכַתִּיב אֵת פְּאֵת נְגַב וּפְאֵת מְשִׁמְעָא מְרַבָּה ע"ש.

וְלְכַאוּרָה תְּמוּהָ דְלָמָּה נִקְטָא אֵת פְּאֵת נְגַב פִּינוּ דְּבִשׁ"ס נִקְטָא אֵת פְּאֵת קְדָמָה וְגַם הוּא קוּדָם בְּתוּרָה וְאֲמַר הַגְּאוּן ז"ל ע"פ מַה דְאִמְרֵינוּ בְּפִסְחִים דְּף י"ב בְּשְׁעָה שְׁיֵת יוֹמָא בְּקַרְנָתָא קִיאִי וּפִירַשׁ"י דְּדְבָר עֲגוּלָא אִין חִילּוּק אֲרַבְעָא רִוּחוֹת נִיכָר בּוֹ וּמְזַרְחוֹ מְתַעַגְלָא עַד חֲצִי דְרוּמוֹ וְחֲצִי צְפוֹנוֹ וּמְחִזִּי פְלָגָא דְרוּם בְּסוּף מְזַרְחָא וְרֵאשׁ מְעַרְבָא וְלִכְּךָ קִיאִי בְּקַרְנָתָא קִיאִי וְלֹא קִיאִי בְּמִצְעֵי דְּדְרוּם קִיאִי ע"ש.

וּמְמוּצָא דְבָר אָנוּ לְמַדִּין שְׁאִם בְּדְבָר עֲגוּלָא אָנוּ רוּצִים לְקָרוֹת עֲלֵינוּ שֶׁם פְּאֵה וְקָרוֹן א"א לְעִשׂוֹת מְמַנּוּ כ"א שְׁנֵי קַרְנוֹת דְּהִינְנוּ אוֹ מְזַרְחָא וּמְעַרְבָא אוֹ צְפוֹן וְדְרוּם שְׁבַדְבָר עֲגוּלָא הַקְרָן תּוֹפְסָא בְּחֲצֵי הַעֲיָגוּל כְּמַדְתּוֹ לְכָל רוּחַ וְזֶה כְּנוּנַת רַשׁ"י דְּבִשׁ"ס נִקְטָא אֵת פְּאֵת קְדָמָה שְׁהוּא מְזַרְחָא וְנִקְטָא אִיהוּ פְּאֵת נְגַב שְׁהוּא דְרוּם וְאִם מוֹכַח דְּהִנְי פִּיאוֹת מְרַבָּעִים הֵם דְּבְעִיגְוִל אִין מְצִיאוֹת לְהִיּוֹת פְּאֵת מְזַרְחָא וּפְאֵת דְרוּם רַק מְזַרְחָא וּמְעַרְבָא אוֹ צְפוֹן וְדְרוּם (וּאע"ג דְּבִקְרָא בְּלֵא"ה חֲשִׁיב הַפִּיאוֹת לְאַרְבַּע רוּחוֹת נִקְטָא רַשׁ"י פְּאֵת נְגַב דְּמַהָּא לְבַד נְמִי מוֹכַחָא מְלִתָּא וְכְדִרְפוֹ לְלַמַּד בְּכ"מ דְּרָף קִצְרָה: שְׁאֵלָה סָה שְׁאֵלָה לְבָאָר בְּדִין רְאוּבֵנוּ שְׁהִי נוֹשֶׁה בְּשִׁמְעוֹן וְשְׁלַח שְׁלוּחֵי לְתַפְנוֹס מְטַלְטְלִין שְׁלֵשׁ שִׁמְעוֹן וְשִׁמְעוֹן חֲזִיב לְבַע"ח הַרְבֵּה וְכָאוּ לְדִין עִם זֶה הַשְּׁלִיחַ מַה דִּינוֹ: תְּשׁוּבָה הִנְהָּ בְּכ"מ דְּף י' בְּסוּגְיָא דְּהִנְיָ רֹכֵב ע"ג בְּהִמָּה הַקְשׁוֹ הַתּוֹסֵ' עַל רַשׁ"י שְׁפִי דְּמַהֲנֵי בְּעִשְׂאוֹ שְׁלִיחַ אֲף שְׁהוּא תּוֹפְסָא לְב"ח מְעַנְבָדָא דְּיִימַר בְּרַחֲמֵי הַרְא"ש הַקְשָׁה מְמַתְנֵי דְקַתְנֵי וְאֲמַר תְּנָה לִי וְהַש"ס רוּצָה לְהוֹכִיחַ מְזֵה דְהַמְמִינְק"ח וְהַטְעַם מְשׁוּם תּוֹפְסָא לְבַע"ח וּא"כ מוֹכַח דְּלִהָךְ מ"ד אֲף בְּעִשְׂאוֹ שְׁלִיחַ לֹא מְהִנְי עוֹד הַקְשׁוֹ

דמעיקרא מאי קא קשיא ליה לר"נ ממתני' דלמא בדאמר תחלה ומנ"ל דמתני' מיירי שאומר זכיתי עכשיו ולהקשות על עולא.

עוד הקשו התוס' על ר"י דאמר משנתנו דאמר תנה לי כו' הא ר"י ס"ל האומר תן פאומר זכי דמי: ונלענ"ד לתרץ ומתחלה אבאר במאי דמוכח מפשיטות הש"ס דיימר בר קשי דעשאו שליח לא מהני כמ"ש התוספות ונהו מלתא טעמא בעי דלמה יגרע שליחות מפל שליחות שבתורה ואע"ג די"ל דע"כ לא ריבתה התורה שליחות אלא היכא שאינו חב לאחרים מ"מ הא חזינו באומר לשלוחו צא וגנוב דהוי מהני השליחות לחיוב למשלח אי לאו משום דאשדל"ע וכן גבי מעילה וטביחה וכו' ג ולא אמרינו דהוי חב לאחרים אלא ע"כ דשליחות מהני אף שחב לאחרים ונדקא לדון בדין זכיה מתורת שליחות לא מהני היכא שחב לאחרים פנין שמה שהוא זכות לזה הוא חוב לזה אין יכול להעשות שליח מעצמו אבל כשנעשה שלוחו של זה בפירוש למה לא יועיל השליחות וכ"כ הפ"י בכתובות באמת לשיטת רש"י.

אף י"ל ע"פ מה דאיתא בירושלמי דגיטין בפרק האומר דאע"ג דבאשה שאמרה התקבל והוא אמר הולך מגורשת משהגיע ליד השליח מ"מ במתנה אינו פן משום דבגט התורה זיכתה לקבל דבר שהוא שלה אבל במתנה שאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ע"ש וביאור הירושלמי כתבתי במקום אחר ולפ"ז א"ש בהא דיימר בר קשי דהרי התם אמרינו דאי לא תפס אזי ינתן ליורשים או לפושל רק אם תפס הבע"ח לא מפקינו מיניה ולפ"ז כל פמה דלא תפס לאו דידיה הוא ואינו חל ע"ז תורת שליחות כלל דהנה פועשה שליח לקבל דבר שאינו שלו ואין פאן מקום לדין רק מתורת זכיה דהיינו בפועה שהוא תופס יועיל תפיסתו בשביל חבירו וזה לא מהני שיהי חב לאחרים ולפ"ז א"ש גם במתנה דקתני תנה לי וקס"ד דהטעם משום דהממ"ל לק"ח ואע"ג דעשאו שליח מ"מ לא מהני שליחות בדבר שאינו שלו משא"כ בהא דתופס לבע"ח שפירש"י שיש לו נושין הרבה וא' מבקש לתפוס קודם ע"ז שפיר כתב רש"י שלא עשאו הנושה שליח דאם עשאו שליח מהני וטעמא דמלתא שיהי כפר כתבתי בשם הירושלמי דבגט מהני פנין שמקבלת דבר שלה ור"ל דאז הוי יד השליח פיד האשה ממש אע"פ שזה אמר הולך והיינו שייגיע ליד האשה מ"מ פנין שחל שליחות שלה לקבלה הוי פאילו קיבלה האשה בעצמה ולפ"ז גבי נושים הרבה כל פמה דלא תפס חז מינייהו ברשותא דכולהו קאי וגם לזה יש לו חלק בו לפי ערך החוב המגיע וע"ז בנדאי שפיר מועיל השליחות שיהי הוא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלו ולענן זה הוי יד השליח פיד הבעלים ואנו דנין פאלו הבעלים בעצמם הם התופסים וא"כ אף לענן שאר הממון שתפס אע"ג שלענן זה לא חל השליחות מ"מ שפיר מועיל תפיסתו דאמרינו ביה מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחבריה דלענן זה החלק הו"ל פאלו הוא הבעלים וזוכה בו לעצמו ולענן השאר זכה בו ג"כ לבעלים מטעם מיגו ושפיר כתב רש"י דמהני בזה אם עשאו שליח: ובהו יש ליישב ג"כ דברי רש"י בביצה דף גבי מילא מים ונתן לחבירו דקאמר דפליגי ר"נ ור"ש דמ"ס בירא דהפקרא והממ"ל לק"ח ומ"ס בירא דשנתפי ופירש"י דמיירי שאמר לו למלאות והלך בשליחותו ואין זה כמגביה מציאה ולכאורה קשה דהא רש"י ס"ל דעשאו שליח מהני וא"כ אף למ"ד בירא דהפקרא נמי מ"ט לא קני וכן הקשה באו"ת סי' ק"ה ולפמ"ש א"ש דרש"י פי' פן להו מ"ד בירא דשנתפי ולדידיה שפיר מהני השליחות משא"כ למ"ד בירא

דהפקרא ולשיטת רש"י גם בנה שייך דינא דתופס לבע"ח וא"כ מצד שליחות לא מהני כלל דאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו: ובאופן אחר י"ל דברי רש"י דלכאורה קשה לפי מ"ש הירושלמי שאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו לפ"ז קשה היאך חצר קונה מציאה למ"ד משום שליחות איתרבאי הא אף בשליח לא מהני בדבר שאינו שלו וכיוצא בזה הקשו המפרשים אם נימא דהו"ל כתופס לבע"ח ע"ש וצ"ל דאע"ג דלא חל השליחות קודם שתגיע לידו מ"מ שפיר חל השליחות כשתגיע לידו שאז השליחות חל בפעולה שהוא נעשה שלו ומ"מ שפיר קאמר הירושלמי היכא דא"ל הולך דלא מהני פיון דמעיקרא לא חל השליחות וא"כ בפעולת הנתינה אין זה פנותן ליד הבועלים ואחר שהגיע לידו לא מהני שהרי הנותן אמר לו הולך והיינו שגגיע ליד הבועלים ובפעולה שהגיע לידו עדיין לא היה ידו פיד הבועלים.

והנה בש"מ פתב בשם הרא"ש לפרש משנתנו דאמר תנה לי כו' היינו שזה לא היה מרגיש שמציאה הוא אלא כסבור שנפל מחבירו שום דבר ועיין בקצה"ח ח"ב סי' הוכיח מזה דאע"פ שהשליח אינו יודע שהוא מציאה מ"מ פיון שהמשלם פיון לקנות קני ע"ש: (אמנם לפענ"ד פוננת הרא"ש דכיון שזה אמר תנה ולא הרגיש זה שהוא מציאה א"כ לא קני לא המשלם ולא השליח ועתה שהשליח הרגיש שהוא מציאה ורוצה לזכות שפיר זכה בו עכשיו וזהו לתירוץ רבי יוחנן ומעיקרא הנה ס"ל לר"ס דמייירי שהשליח יודע שהוא מציאה ותן כזכה דמי) והנה התוס' בב"ב דף נ"ד ד"ה אדעתא דציבי פתבו אע"ג דידו קונה שלא מדעתו כמו חצירו היינו שאלו ידע היה מתפונן לקנות הא בידוע ואין מתפונן לקנות לא קני ולפי"ז אף ר"נ דס"ל בכיצה דהמגביה לא קני פגירסת רש"י שם היינו משום שידוע ואין מתפונן לקנות ולפי"ז במתני' שאין יודע שהיא מציאה ואם היה יודע היה מתפונן לקנות שפיר קני המגביה לעצמו בהגבחה זו.

ולפי"ז א"ש מ"ש דבמתני' לא מהני השליחות כלל פיון שאין נעשה שליח לקבל דבר שאינו שלו אימת שייך חלות השליחות לבתר דמטי לידיה אז כפר זכה המגביה שלא מדעתו ולא מתורת הפקר וכיון שאינו רוצה ליתנו שפיר זכי לנפשיה ועוד י"ל דנדאי מתני' מייירי לאוקמתא דר"נ בידוע שהוא מציאה וגם ר"נ מפרש למתני' דמייירי באומר זכיתי תחלה אלא דהנה ס"ד דתן הנה כזכה ולעולם אינו נאמן לומר זכיתי תחלה ונתורתי משליחותי וכמ"ש הטור לענין זכה לי וא"כ קשה אמאי זכה בה וע"כ לומר דנאמן במיגו דאי בעי הנה אמר לא הרגשתי כלל שהיא מציאה וא"כ ידו קונה לו שלא מדעתו שאלו היה יודע הי' מתפונן לקנות וא"כ אף שהגביה באמת לצורך חבירו לא מהני כמש"ל ומ"מ שפיר מוכח דמעני לעני מחלוקת דאל"כ אלא אמרי' דקנה חבירו א"כ אין פאן מיגו דלא ידעתי שהיא מציאה דנהי שלא ידע מ"מ פיון שעכ"פ פיון בהגבחה זו לחבירו הרי קנה חבירו כמש"ל בשם קצה"ח ותו לא מהני מה שרוצה לזכות עכשיו ובשלמא אי אמרינן לא ק"ח א"ש דאף ע"ג דמייירי בעשאו שליח מ"מ הרי הוא אומר חזרתי משליחותי ונאמן בזה מטעם מיגו שלא ידעתי שהיא מציאה ולכך לא קניתי לעצמי וא"כ קנה הוא ושוב חבירו לא קנה מטעם שזוכה בה דהא לק"ח ומטעם שליחות לא מהני כמש"ל דכל שהוא קונה בהגבחה שלא מדעתו שוב אין מועיל השליחות דלא חלה עד אחר שתגיע לידה או י"ל דנדאי שליח מהני אע"ג דזכין לא מהני משום דלאו פל פמינני' לחוב לאחרים אבל אם נעשה שליח בפירוש מהני וכל זה בקיבל עליו השליחות בפירוש

משא"כ היכא שלא ידע שהוא מציאה כלל שוב אמרינו שלא נעשה שליח לחוב לאחרים ולא מהני הגבחה זו בתורת שליחות עכ"פ ולפ"ז א"ש דאם לק"ח אז שפיר מיירי מתני' באומר זכיתי תחלה וא"כ לא מהני מה שנעשה שליח שהרי לא קיבל השליחות כלל והא דנאמן היינו משום מגו דלא ידעתי שהוא מציאה וא"כ ממילא אנדא לה השליחות שהרי לא הי' דעתו לחוב לאחרים וזכיה לחוד אין פאן פינן דקי"ל לק"ח משא"כ אם נימא דק"ח א"כ אין פאן מגו כלל דהא אע"ג שלא ידע שהוא מציאה מ"מ שפיר הוא זוכה לתבירו אע"פ שאין עליו תורת שליחות מ"מ תורת זכיה יש לו דמגו דזכי לנפשיה כו' ולכך הוכיח ר"נ דלא אמרינו מגו דזכי והא דמשני הש"ס מתני' דאמר תחלה יש לפרש דה"ק דהנה מבואר בטור באומר זכה אינו נאמן לומר שחזר בו ונראה הטעם דאמרי' חזקה שליח עושה שליחותו ומסתמא לא חזר בו ולפ"ז י"ל דאפי' דהיכא דאית ליה מגו לא מהימן דלא אמרינו מגו במקום חזקה אף היכא שהוא אומר שמעיקרא לא קיבל עליו השליחות כלל והא דשתק לא אודי כלל בזה רק משטה הי' בו כמ"ש הרשב"א בחלק תולדות אדם סי' ק"ב להוכיח מזה דמשני דאמר תחלה דשתיקה לא הוי כהודאה א"כ פשיטא דל"ש חזקה כו' פינן שזה טוען שמעולם לא קיבל עליו השליחות כלל ולפ"ז י"ל דהש"ס הנה סובר ג"כ דמתני' מיירי באומר חזרתי בי משליחותי הלכך אע"ג דעשא שליח לא מהני שהרי זה אומר שחזר בו אלא דק"ל למה יהא נאמן לומר שחזר בו וא"ל משום מגו דהא ה"ל מגו במקום חזקה דשליח כו' אף י"ל דאין זה מגו במקום חזקה דעיקר החזקה הוא שהי' לו לפרש בו וכמ"ש הפוסקים לענין פרוע במגו דמזניף ויש נאמנות בשטר משא"כ בההיא דאין אדם פורע לא שיף זה דה"ל למיחוש שיתבענו בזמנו ולא יהא יכול לטעון פרעתי אף כל זה אי אמרינו לק"ח ואין פאן מקום לקנות רק מחמת שנעשה שליח בזה אמרי' שנאמן במגו משא"כ אי קנה חבירו א"כ שוב אין פאן מגו דהא אף אם טוען שהוא מציאה ובטל תורת שליחות מ"מ קנה לחבריה משום זכי ולזה משני מתני' דאמר תחלה ר"ל בשעה שאמרת לי להגביה לא קבלתי שליחותך כלל וממילא דלא צריך למגו כלל דהא ליכא חזקה פינן דבאמת לא נעשה שליחו כלל: עוד אפשר לומר ולתרוץ קוש' התוס' הא ר"י ס"ל כל האומר תנו פאומר זכי דמי והוא ע"פ שיטת הרי"ף ורמב"ם בגיטין דאף ע"ג דאם רצה לחזור לא יחזור גיטא לא הוי עד דמטא לידיה והטעם דכיון שאמר תנו הנה דעתו שגייע לידו.

ולפ"ז גם להך שיטה התם דיתנו לאחר מיתה ג"כ אמרינו דמשגייע לידו הוא זוכה למפרע ומ"מ מטא לידיה בעינן ולפ"ז פאן שאמר תנו אע"פ שאם נתנם לו מהני לי הזכי למפרע מ"מ אם קודם שנתנה לא חזר בו ואמר זכיתי לעצמי ואיני רוצה ליתן לו שוב ליכא זכיה כלל וא"ל דא"כ אף תני ספא אם משנתנם לו כו' דהא אפילו קודם הניתנה אמר פן מ"מ פינן שנתנם לו יש לו לזכות למפרע י"ל ע"פ מש"ל דא"י מטעם דחזקה שליח כו' אף דקי"ל דוקא לחומרא ע"ש וא"כ ה"א אזלינן בתר קולא לנתבע ואם בשעה שנתנם לו לא אמר פלום ואח"כ אמר לא מהימן לומר זכות תחלה משא"כ אם אמר קודם שנתנם לו דאז הנה בידו והנה נאמן דלא אמרינו חזקה שליח כו' פינן שהוא מוחזק בה אז אף שנתן לו אח"כ לאו פלום ואין זה רק דרף פקדון פינן שבעודה ת"י אמר שחזר בו ואז הנה נאמן: והנה האו"ת בסימן פ"ג הקשה על הש"ף שכתב בשם תשובת הרשב"א דנאמן אף שאמר על חובי קבלתי וראיתו מהא דאמר תחלה וע"ז

הקשה מדברי הטור סימן רס"ט בשם הרמ"ה באומר זכה א"נ ע"ש שרוצה לתרץ דהרשב"א מייירי בלא עדים ונאמן במיגו ובאמת ז"א פמבואר למעיין בתולדת אדם להרשב"א סי' ק"ג ונהביאה מהר"א ששון סי' באנרף דמייתי ראיה מהא דאבימי דאמר שקול שטרא כו' ע"ש דמבואר דאף בעדים סובר הרשב"א שתיקה לאו פהודאה דמיא אמןם לענ"ד אף הרשב"א מודה דאם המגביה מודה שקיבל עליו השליחות אלא שאומר שאח"כ חזר בו והגביה לעצמו שאינו נאמן וכמש"ל דאמרינן חזקה שלים עושה שליחותו ובכה"ג מייירי הטור בסימן רס"ט וכו' הם דברי הרמ"ה בסי' קפ"ט היכא דאמר לחבריה זכי לי מידי כו' שאינו נאמן לומר לעצמי קניתיים משא"כ היכא שהוא אומר שמתחלה לא קיבל עליו השליחות כלל ומה ששיתק לא שהודה לו אלא משטה הנה שלא יקדמונו הרוכב ליטלו וכדומה איזה אמתלא אז לא אמרינן שתיקה פהודאה ובכה"ג מייירי תשובת הרשב"א שנותן אמתלא שמה ששיתק היינו פדי שיתן לו הפעות ולכו' נאמן בזה אבל היכא שמודה שקיבל עליו השליחות א"נ שוב לומר שחזר בו אח"כ פנין שאח"כ הגביה בסתם ואע"פ שאומר בלבי הנה לזפות בה לעצמי ה"ל דברים שבלב ואינם דברים פנין דלפי ראות עינינו הוא עושה מעשה הגבחה זו לשם חבירו לא מהני חזרתו בלב ולפ"ז י"ל דאף דאית ליה מיגו דאי בעי הוי אומר לא קבלתי עלי השליחות כלל מ"מ פנין דלפי האומדנא קיבל השליחות לא מהני אף שנאמין שחזר בו והגביה לעצמו אבל אם אומר שקיבל השליחות מהני אע"ג דמהימן לומר שלא קיבל ומה ששיתק הנה מחמת טעם אחר וא"כ נימא דה"ל דברים שבלב פנין שאין פאן אומדנא דמוכח דשתיקה זו פהודאה ז"א פנין דעכ"פ זה אומר לו שיהיה שלוחו ואנו מסופקים אם קבל עליו או לא לא מקרי דברים שבלב.

וע"כ לא מקרי דברים שבלב אלא היכא שדברים שבלבו סותרים את מעשיו וכמ"ש הרשב"א בקידושין ע"ש וכמו שמצינו לענין הולך למ"ד דמספקא ליה אי הוי כזכי או שאר לשונות דמספקא לן ולא אמרינן דאפילו הוי פוננתו זכי מ"מ ה"ל דברים שבלב א"ו שז"א דבכה"ג לא מקרי דברים שבלב: ולכאורה הנה אפשר לומר דה"ק הב"ע דאמר תחלה ר"ל שקנה קודם שהגביה דד"א של אדם קונה לו ואע"ג דנעשה שלוחו וד"א של שלים קונה למשלח וכמ"ש בש"מ בשם הרמ"ך גבי מציאת פועל דאם הנה המציאה תוף ד"א קודם שחזר בו הרי הוא של בעה"ב ז"א דכבר פתבתי דאע"ג דתן כזכי מ"מ י"ל דגלי דעת' דלא יזכה עד דמטא לידיה.

והנה לקמן אמרינן פנין דנפל גלי דעת' כו' וכתבו המפורשים בשם הר"ן דדוקא לענין ד"א דרבנן דהו"ל פאומר אי אפשי כו' ולפ"ז לענין ד"א דרבנן שפיר מועיל גילוי דעת' דלא ניחא ליה עד שיבא לידו משא"כ לענין גוף ההגבחה שהגביה השליח אע"ג דלא ניחא ליה שתגמר הזכיה עד דמטא ליד' מ"מ בקנין דאורייתא לא אמרינן הכי רק דר"י ס"ל דגליה דעתיה דלא עשאו שליח כלל רק על הנתינה לבדה וא"כ זה המגביה לא הגביה רק לנתינה ממש ואין בדעתו לזפות לו בהגבחה בלבד כמ"ש המפורשים משא"כ ר"נ ור"ח ס"ל דדעת המגביה הנה על הפל ומ"מ קנין ד"א לא מהני דגילוי דעת דלא ניחא ליה מועיל בזה משא"כ לענין הגבחה ולפ"ז א"ש קושית הרא"ש ממתני' דאמר תנה לי הא עשאו שליח ולפ"מ ש"ל מ"מ דהא עכ"פ במה שאמר תנה גלי דעתיה דלא ניחא ליה שיזכה בהגבחה א"כ לא מהני השליחות רק דאם איתא דהממ"ל ק"ח הנה לנו לומר

שִׁינּוּף מִצַּד הַהֶגְבָּהּ בְּעֵצְמָהּ וְאִין גִּילוּי דַעַת מוֹעִיל בְּזֶה אַע"כ דְּלֵא ק"ח: וְהִנֵּה
הַמְּפֹרָשִׁים הַקְּשׁוּ דְאִי מְעַנֵּי לְעַנֵּי מִחֲלֻקַּת אַמְאִי יִתְנַנֵּה לְעַנֵּי כּו' לִינְפִי לְנַפְשִׁיהָ וְנִלְעַנְד
ע"פ מ"ש הַתּוֹסְפוֹת בְּגִיטִין דְּקֶאֱמַר ע"כ ל"ק רַבָּנָן כּו' וּא"ת לְמ"ד אִי עֶבֶיד מְהֵנִי כּו'
דְּמַהֲכָא יְלִיף מ"ד דְּתוֹפֶס לְבַע"ח לֹא קָנָה וְהִנֵּה בְּיוֹמָא דָּף ל"ו אֲמַרִּינָן דְּפְלִיגֵי ר"ע וְרִי"ג
אִי תַעֲזוּב הַשְּׁתָּא מִשְׁמַע וְה"ל לֹא הִנְיָתָק לַעֲשֵׂה שֶׁהִזְהִירָה הַתּוֹרָה שְׁלֵא יִלְקֹט וְאִם עֶבֶר
וְלִקַּח מְחֻנְיָיב לְעִזּוֹב אוֹתָם לְעַנֵּי וְלָגַר וּכ"פ הַרְמַב"ם וְכַתּוּב דָּאִם אֲבִיד אוּ נְשָׂרָף לִוְקָה
וְהַשְּׁתָּא א"ש פִּינּוֹן דְּדַרְשִׁינּוּ לֹא תִלְקֹט בְּשִׁבִיל הָעַנִּי וְעוֹבֵר בְּלֹא וְתִיקוּן הִלְאוּ הוּא תַעֲזוּב
אוֹתָם וְהָד תַעֲזוּב אוֹתָם פִּירוּשׁוֹ שִׁינְיַת לְעַנִּים אַחֲרִים כְּמוֹ שְׁמַתְפָּרֵשׁ פְּשׁוּטוֹ דְּקֶרָא לְפִי
מַה דְּאֲמַרִּינּוּ תַעֲזוּב הַשְּׁתָּא שְׁאִם לְקֹט הוּא מְחֻנְיָיב לְעִזּוֹב אוֹתָם לְעַנִּים א"א לְחֻלְק פִּירוּשׁ
הַפְּתוּב לְחֻצְאִין וּמַתְפָּרֵשׁ ג"כ ע"ז הַדְּרָף כְּשֶׁלְקֹט בְּשִׁבִיל עַנֵּי צְרִיף לְתַמְנָן הִלְאוּ לְעִזּוֹבו
לְעַנֵּי וְלָגַר א"כ אִין חִילּוּק בֵּין אִם הוּא עֲצָמוֹ עַנֵּי אוּ לֹא (וּבְהַכִּי א"ש ג"כ קוֹשְׁיַת הַתּוֹסְפוֹת
שֶׁהַקְּשׁוּ דְהָא אִי עֶבֶיד מְהֵנִי וּלְפַמ"ש א"ש דְּהָא אֲבִי הוּא דַס"ל הַכִּי וְאֲבִי מְתַרְץ הַתָּם
דְּתַעֲזוּב הַשְּׁתָּא מִשְׁמַע וְהוּא כְּעִין שְׁתַּרְצוֹ הַתּוֹסְפוֹת) וְכִינּוֹן דַּמ"ד מְעַנֵּי לְעַנֵּי כּו' ס"ל
דְּאֵלִיבָא דְחֻכְמִים תּוֹפֶס לְבַע"ח לֹא קָנִי מִמִּילָא דְיִלְפִי מְהָד דְּלֵא תִלְקֹט לְעַנֵּי וְלִכְּהָ הַנְּצָרְכוּ
לְזַמְרֵי תִנְנָנוּ לְעַנֵּי הַנְּמַצָּא רֵאשׁוֹן דְּבַהֲכִי הָנִי תִיקְנָנוּ הִלְאוּ: וּבְזֶה י"ל דְּבַרִּי הַתּוֹסְפוֹת מ"ש
ד"ה מְעַנֵּי לְעַנֵּי כּו' וְיִחֲלֻקוּ בְּתוֹפֶס לְבַע"ח וְצ"ע דַּמְנ"ל דְּטַעְמָא דַר"א כּו' דְּלֵמָּא ר"א
ס"ל הַטַּעַם מִשׁוּם מִיגוֹ כּו' וּלְפַמ"ש י"ל דָּאִם נִימָא דְבַמִּיגוֹ פְּלִיגֵי א"כ צ"ל דְּחֻכְמִים ס"ל
דְּלֵא אֲמַרִּינּוּ מִיגוֹ וְיִמָּא שְׁצָרִיף לִיתָן לְאַחַר הִינְנוּ מִשׁוּם דְּכַתִּיב לֹא תִלְקֹט כּו' וְר"א פְּלִיג
בְּתַרְתִּי וּס"ל דְּאֲמַרִּינּוּ מִיגוֹ וְהִינְנוּ מִשׁוּם דְּלֵא דְרִישׁ הָא דְּלֵא תִלְקֹט וְלִיכָּא אִיסוּרָא כְּלָל
וּבְאֲמַת טְפִי מְסַתְּבַר דַר"א לֹא פְּלִיג אֵהָא דְּלֵא תִלְקֹט וּס"ל דְּדוּדָאִי אִיכָּא אִיסוּרָא אֵלָא
דַס"ל דְּתַעֲזוּב מְעִיקְרָא מִשְׁמַע וְא"כ אִי עֶבֶיד מְהֵנִי וְשִׁפִּיר זָכָה לוֹ (וְעִי' בְּחֻלְק אַה"ע ס'י
ק"ד שְׁפַתְבְּתִי מִזָּה וְקַצְרִתִי) וְהִנֵּה הַתּוֹסְפוֹת בְּבִיצָה הַקְּשׁוּ עַל רַש"י דָּאִין סַבְר' שְׁיִהְיֶה
הַמְּגַבִּיָּה קוֹנָה בְּלֹא פְּנוּנָה וְלִכְאוּרָה צ"ע דְּהַתּוֹסְפ' בַב"ב כְּתוּבוּ הַיְכָפָד דִּידוֹ לֹא עֲדִיף
מִחֻצְרִירוֹ וְאֵע"פ שֶׁהַתּוֹסְפוֹת כְּתוּבוּ שְׁם לְחֻלְק הִיכָּא דִינְדַע וְאִין מְתַפְּנִין לְקַנּוֹת אִין זֶה סְבָרָא
פְּשׁוּטָה כ"כ: וְנִלְעַנְד שֶׁהַתּוֹסְפוֹת ס"ל דַּע"ג דְּחֻצְרָא קוֹנָה הִינְנוּ בְּמִשְׁתַּמְרַת וְא"כ אִם
נִימָא דִינְדוּ פְּחֻצְרִירוֹ הִינְנוּ בְּמִשְׁתַּמְרַת דִּוְקָא וּבַהֲהוּא דְּמַחְזִיק בְּשִׁטְרָא אַע"ג דְּדַעֲתָהּ
אַאַרְעָא שְׁפִיר י"ל דְּקוֹנָה אַף ע"ג שְׁלֵא הִנֵּה פְּנוּנָתוֹ עַל הַשְּׁטֵר פִּינּוֹן דַּמ"מ הַשְּׁטֵר הוּא
דְּמִשְׁתַּמְרָא לְדַעֲתוֹ שְׁהָרִי הוּא רוּצָה לְהַחְזִיק בּוֹ אֵלָא דְּדַעֲתָהּ אַאַרְעָא מִשָּׂא"כ גְּבִי הוּא
דְּמִילָא מִים פִּינּוֹן שֶׁהוּא לֹא הִנֵּה פְּנוּנָתוֹ לְקַנּוֹת כְּלָל א"כ אִין זֶה קְרוּי מִשְׁתַּמְרָא לְדַעֲתוֹ כְּלָל
שְׁהָרִי הוּא אִין פְּנוּנָתוֹ לְהַחְזִיק בּוֹ כְּלָל רַק מְגַבִּיָּה לְדַעַת חֲבִירוֹ וְחֲבִירוֹ לֹא קָנָה וְהוּא גְּמִי
לֹא קָנָה וְאֵפְשָׁר שְׁזַהוּ פְּנוּנַת הַתּוֹסְפוֹת בַב"ב ג"כ דָּאִם לֹא יָדַע כְּלָל שְׁיִישׁ שְׁם מְצִיאָה וְאֵלוֹ
הִנֵּה יוֹדַע הִנֵּה מְתַפְּנִין לְקַנּוֹת שְׁפִיר קוֹנָה פִּינּוֹן דְּמִשְׁתַּמְרַת הוּא הו"ל כִּיז אַרִיכְתָּא וּבִידוֹ
גְּמִי כַה"ג שְׁפִיר קוֹנָה מִשָּׂא"כ הִיכָּא שְׁיִוְדַע וְאִין מְתַפְּנִין לְקַנּוֹת וְא"כ תּוֹ לֹא הָנִי
כְּמִשְׁתַּמְרַת לְדַעֲתוֹ וְלֹא קָנִי וּס"ל לְהַתּוֹסְפוֹת דַּע"ג דְּלִקַּח הַשְּׁטֵר אַדְעֲתָא דַאַרְעָא מ"מ
לֹא אֲמַרִּינּוּ דְּהַשְּׁטֵר הִנֵּה מִשְׁתַּמְרָא לְדַעֲתוֹ וְצ"ע: וְעוֹד י"ל לְפַמ"ש הַמְרַש"א דְּאִי אֲמַרִּינּוּ
הַמ"ל לְק"ח א"כ י"ל שְׁלֵא פִינּוֹן לְזַכּוֹת לְחֲבִירוֹ רַק לְנִתְיָנָה בְּעֵלְמָא א"ש שְׁהָרִי הַש"מ
בְּשֵׁם הָרֵא"ש כְּתוּב דְּלִכְּהָ קָנִי בְּלֹא פְּנוּנָה וְלֹא דְּמִי לְעוֹדֵר מִשׁוּם דְּהִתָּם אִינוּ מְתַפְּנִין לְזַכּוֹת
כְּלָל אֲבָל הִכָּא עַכ"פ מְכּוּנָן לְזַכּוֹת וְא"כ לְפַמ"ש מְהַרְש"א דְּאִי אֲמַרִּי לְק"ח ג"כ אִינוּ

מתפונן לזכיה פלל א"כ שפיר הקשו התוספות דאין סכרא שיהיה המגביה קונה בלא פוננה: והנה מ"ש לעיל בשם הירושלמי דאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו לכאורה י"ל דדוקא היכא שרשות בעלים מעכב עליו אמנם מדברי הר"ן הביאם בש"מ בסוגיא דראה אותן רצין פתב לענין תצר דא"א לומר מטעם שליחות שא"א לזכות לחבירו מתורת שליחות אא"כ נעשה שלוחו של בעל המזון ובמציאה ליכא בעל המזון וגם למ"ד הממ"ל לק"ח אינו מתורת שליחות רק משום דמיגו דזכי כו' ודברים אלו הובאו בני"י שם בשם הר"ן בקצרה ע"ש.

ולפ"ז מבואר דאף במציאה כה"ג לא מהני אמנם התוספות בב"מ דף ע"א פתבו דנהי שאם היה העפוש"ם מפקיר מעותיו הי' יכול לזכות לחבירו השתא מיהא שהנכרי אינו מפקירן אלא בא לזכות מעותיו למלנה כו' ע"ש משמע דבהפקר שפיר מהני להיות שלוחו וכ"כ התו' אע"ג דיכול לזכות לחבירו במציאה כו' ומשמע דמועיל מדין שליחות (ואפשר לדחות דאם הי' מפקירו היה יכול לזכות מטעם מיגו דזכי כו') ולפ"ז צריך לחלק דהתם אין רשות בעלים מעכב עליו ולפי זה לכאורה יש לומר לחלק בין מציאה להפקר גמור דבמציאה אע"פ שנתניאשו הבעלים מ"מ כל פמה דלא מטא ליד הזוכה לא נסתלק רשות בעליו ממנו לפמ"ש התוס' דיאוש אינו כהפקר גמור וא"כ אינו יכול לעשות שליח לזכות במציאה משא"כ בהפקר ולפ"ז קשה מאי מייתי ר"כ ראיה ממתני' דלמא דוקא גבי פיאה אמרינן מיגו דזכי כו'.

דמועיל זכית חבירו מטעם שליחות והנה התוספות הקשו למ"ד ד"א קונות בר"ה מאי פריה בכתובות אי דאפקיה לר"ה כו': ונלענ"ד ליישב עפ"י דבשבת דף צ"ב פריה לר"י דאמר שמי' אגד מברייתא דגונב פיס ומוקי בדנספא והנה לר"י בלא"ה פריה שפיר אי דאפקי' דר"י ס"ל דד"א אינו קונה אף במתנה פמבואר בש"מ בשם הירושלמי וא"כ לא אזיל קושית התוספות רק לאינה מ"ד וא"כ י"ל דפריה שפיר למ"ד ל"ש אגד א"כ איסור שבת איכא תיכף שיצא המעות לחוץ ואיסור גניבה ליכא פיון דהפיס אפתי מקצתו בפנים לא קנה הפיס עדיין כמו אליבא דר"י דנספא דלא קני עד שיצא פולה לחוץ וא"כ אף המעות לא קנה לענין גניבה מחמת ד"א דהו"ל פליו של לוקח ברשות מוכר דלא קני דהא התצר אינו רק רשות בלבד משא"כ אם משיכה קונה בר"ה שפיר קני דמשיכה מועלת בכליו של מוכר פמבואר בתוספות בב"ב דף פ"ו ובש"ע סי' רי"ש ועי' בתשובה שכתבתי בהלכות פסח חלק א"ח סי' ל"ז ובהלכות קידושין סי' מ"ח שהארבתי בזה: דברי זעירא מן חברייא.

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה סו שאלה לברר דין ראובן שפא ליקח פליו מבית האומן והשיב לו האומן שלי הם שקניתי אותם ממך והשיב ראובן הלא יש לי עדים שמסרתי אותם לתקנם והשיב האומן פן הדבר אבל את"כ שלמתי לה דמי מחירם והעדים אינם בכאן פי הלכו להם למדינת הים הדין עם מי: תשובה פדי לברר הדין על פוריו צריך אני להאריך לברר ולקשט ההלכה בסוגיא זו בב"ב דף מ"ה ואגבן יתבארו פמה דינים מחדושים בענין זה ויתנישבו פמה קושיות בסוגיא זו על מכונם וזה החלי בעזהשי"ת.

הנה אהא דתנן און אין לו חזקה איתמר עלה אמר רבה ל"ש אלא שמסר לו בעדים
אבל מסר לו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו לא היה דברים מעולם כי אמר ליה נמי
לקוחה הוא בידי מהימן א"ל אב"י א"ה אפילו בעדים נמי מתוך שיכול לומר לו החזרתיו
לה פי אמר ליה לקוחה הוא בידי מהימן א"ל רבה מי סברת המפקיד אצל חבירו בעדים
א"צ להחזיר לו בעדים לא ס"ד אלא המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים
והתוס' בד"ה אבל הקשו דמאי ארי' און דאין לו חזקה היכא דמסר לו בעדים אפילו
אחר נמי פשיש עדים שבא בתורת פקדון ונלענ"ד דא"ש ע"פ מ"ש התוס' חילוק בין
דברים העשויין להשאיל לאון משום דנותן לאון המפיר או היה לו להביא עדים בשעה
שמסר לו וכיון שלא מסר לו בעדים ע"כ שהיה בתורת לקוח עי' שם: ולפי"ז נראה דהא
נדאי און חלוק מאחר דסתם און לתקן וסתם אחר למכירה וא"כ פשרואין חפץ ביד
האון מוקמינו ליה בחזקת מריה קמא (והיינו טעמא דהרי"ף דס"ל לדינא דאפילו במגו
אינו נאמן משום דהו"ל מיגו להוציא וכמ"ש באו"ת סי' קל"ג) ומה שאנו מפקפקין בדבר
הוא לפי שלא מסר לו בעדים וא"כ פשיש טוען שבאמת מסר לו בפני עדים רק שאינם
לפנינו שהלכו להם למדה"י וא"כ פשיטא דלא מפקינן החפץ מחזקת מרי' שהרי לפי
טענתו עשה פראוי ומהימן בזה כמו שנאמן לומר פרעתי בפני פלוני ופלוני כו' דגם כאן
להחזיק הוא משא"כ פשהחפץ הוא ביד אחר שאינו און דראיה זו שאנו רואין החפץ
אצלו אינו מוציא מחזקתו אדרבה אמרינו חזקה מה שביד אדם בחזקת שלו וקנה אותו
מחבירו וא"א להוציא מחזקתו רק ע"י שיש עידי פקדון וזה דוקא פשיש עידי פקדון
לפנינו משא"כ במה שזה טוען שיש לו עידי פקדון אלא שאינם לפנינו פשיטא דבזה לא
מפקינן החפץ מיד זה שהוא מוחזק בו לפנינו כל כמה דלא אייתי סהדי וחילוק זה נכון
וברור ולפי"ז מדוקדק לשון רבה דאמר ל"ש אלא שמסר לו בעדים ור"ל שבאמת אין
העדים לפנינו רק שטענתו כן שמסר לו בעדים דאל"כ הו"ל למימר ל"ש אלא שיש
עדים שמסר לו אלא ע"כ דבאמת אע"פ שאין העדים כאן נאמן גבי און ולפי"ז מה
דקאמר אבל אם לא מסר לו בעדים כו' ר"ל דכשלא מסר לו בעדים ע"כ הימני' או שהיה
באמת בתורת לקוח כמ"ש התוס' וזהו דקאמר מתוך שיכול לומר להד"מ גריעא טענתו
דמערער שהיה לו למסור בעדים וכמ"ש התוס' ממש לכן באמת יכול לטעון לקוח (אך
כל זה אם נימא דצריך להחזיר בעדים אז בזה שמסר לו בעדים תיקן הפל ולא הניח
פתחון פה לאון פלל משא"כ אם אין צריך להחזיר בעדים עדיין גריעא טענתו דבעה"ב
שהרי אם ירצה הלה יטעון החזרתי וע"כ שבאמת בא לידו בתורת לקוח) והיינו דפריף
ליה אב"י לרבה א"ה אפילו בעדים נמי כו' ר"ל אע"פ שזה טוען שמסר לו בעדים מ"מ
אין ממש בדבריו שהרי היה האון יכול לטעון החזרתי וא"כ נימא דבאמת שקורי משקר
ובתורת לקוח בא לידו והיינו דאב"י היה סובר דגם רבה מודה דא"צ להחזיר בעדים רק
דלא ס"ל מיגו פלל רק מצד שהטענה של בעה"ב גריעא הוא לומר שמסר לו בתורת
אומנת ושלא בעדים ולכן פריף ליה דמצד גריעות הטענה גם אם היה טוען שהמסירה
בעדים נראה ג"כ לא מהני דס"ס טענתו שמסר לו מתחלה לשם אומנת גרועה הוא שהרי
יכול לטעון החזרתי ובשלקמא לדידי דס"ל דלאו מצד גריעות טענה אתינו עלה דבאמת
דין און דמי בזה לדברים העשויין להשאיל ובראה לחוד סגי א"ש דמתניתין מייירי בראה
דליכא מיגו דהחזרתי וממילא מוציאין מידו ואין לו חזקה משא"כ לדידה דע"כ לא ס"ל

מיגו פלל דאל"כ הו"ל לך למימר שיש עדים וראה אלא דהא דמצרכת עדים משום גריעות הטענה א"כ אפילו פשהמסירה היתה לפי טענתו בעדים וגם ראה לא מהני.

ובזה א"ש הא דפריף אב"י א"ה שעמדו תוס' על לשון זה ומצד זה חידש הרי"ף דלא מהני מיגו גם קשה דמנ"ל לאב"י באמת דרבה לא מיירי בראה וקרא ב"ם ונתוס' פירשו מדלא ופליג רבה בין ראה כו' ולפי מ"ש א"ש דאב"י סבר דאי בעדים דקאמר רבה טעמא דידיה משום מיגו הו"ל למימר ל"ש אלא שיש עדים כו' אלא ע"כ דלאו מדין מיגו קאמר וכדכתובנא ונאמטו להכי פריף דאפילו בעדים נמי ומשני ליה דצריף להחזיר בעדים וא"כ בכה"ג שטוען שפסר בעדים טובה טענת בעה"ב שיהרי במסירה זו שפסר בעדים תיקון הפל ולפ"ז גם רבה מיירי היכא דאיכא ראה דאז אין פאן מיגו באמת פלל רק על תחלת הטענה אנו פאין לדון משא"כ פשיש מיגו לפנינו שאין פאן עידי ראה גם רבה מודה דלא עדיף מעשויים להשאיל ולהשפיר דבלא ראה מהימן במיגו ולפ"ז צריף להבין הא דפריף מברייתא דראה עבדו כו' דמאי קושיא אי דאיכא עדים ל"ל ראה ניתי עדים ונשקול דמה קושיא דלמא מיירי בגנונא דרבה ממש שטוען שפסר בעדים ועתה אינם בפנינו וצריף לעידי ראה אף י"ל דלכאורה קשה בהא דמוקי סיפא ביוצא מת"י אחר ומיהימן במיגו דמינף זבינתה ולכאורה קשה לפי מ"ש התוס' הא דלא מהני מיגו דנאנסו משום דהשתא דס"ל צריף להחזיר בעדים הו"ל פאילו פירש ולא מהני מיגו במקום תנאי ולפ"ז קשה דזה דנקא גבי הבע"ד עצמו משא"כ היכא שפא להוציא מיד האחר מאי אריא שטוען בפני אמרת כו' דהו"ל מיגו אפילו בלא מיגו נמי מהימן דמה איכפת לו לזה האחר אם זה עבר על תנאו או לא שיהרי לפי טענתו דהאחר נתן לו האומן חפץ על פי ציווי דבעה"ב והיגו חזרה דידיה ואע"פ שאין לו עדים ששמעו פן מפי הבעה"ב וגם זה המחזיק לא שמע מפי בעה"ב וא"כ לא שייף מיגו מ"מ פיון דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן שפיר האמין לו ששמע פן מפי בעה"ב ומה איכפת לו לזה מה שזה עבר על תנאו וכן מבאר בח"מ סי' קל"ג מדברי הרמב"ם וה"ה שאם טוען שהשאיל לאחד ואותו השואל מוכרם לו אמרינן אחזוקי אינשי בגנבי כו' דמה שמוכר שאינו שלו היגו גניבה ולכן אין מוציאין מידו של זה המחזיק עי' שם בש"ף ס"ק י"ג: אף באמת דעת הראב"ד ודעמייה ונהכי קי"ל דלא עדיף מאותו פלוני כו' וכן פסק הש"ף ועי' שם שכתב משום דס"ל דבכה"ג השאלתיו ומכרם לך לא מיקרי גניבה לומר אחזוקי אינשי כו' ולעד"נ הטעם בפשיטות דכל שאנו רואין חפץ זה בידי מי שהוא ויש עדים שלא יצא מת"י בתורת מכירה או דברים העשויין להשאיל כו' הרי הוא בחזקת בעליו פבראשונה וא"כ זה האחר פא להוציא מחזקת הבעלים מחמת סברא דאחזוקי אינשי לפי שמברר שפא לו לידו מיד זה השואל פשיטא דלא אלימא הך סברא דאחזוקי כו' וטענת גנובין שאני משום דאע"ג שאנו מחזיקין חפץ העשוי להשאיל כו' בחזקת בעה"ב היגו משום חשש שאלה ולא מחמת חשש גניבה משא"כ פאן דמחמת טענת שאלה גופא אתינן עלה ולדיעה ראשונה ס"ל דגם בכה"ג פיון שלא נתברר לפנינו שיצא מת"י בתורת שאלה רק דממילא אמרינן הכי לפי שהם דברים העשויים להשאיל כו' בזה שוב אמרינן אחזוקי אינשי ומסתמא מעיקרא בתורת מכר אתי לדיה משא"כ פשיש עדים לפנינו שפא ליד שיצא מת"י בתורת שאלה וגם צריף להחזיר לו בעדים דבזה א"צ לטענת המערער פלל דממילא אנו מחזיקין הפלי בחזקתו תיכף פשרואין אותו ע"י עדים אילו וסברא דאחזוקי אינשי לא

אלימא לומר דמסתמא נתן זה ע"פ עדים שהיה שם בשעה שצוה המערער וכלל דמלתא כל שא"צ לטענת המערער רק דמעצמינו אנו מחזיקין הכלי בחזקת שלו ממילא דזה אחי להוציא ולא מהימן משא"כ היכא שאין אנו יודעין דבר זה רק שהמערער טוען טענה שהוא נאמן בה גגון באופן שמכר חפץ לאחר אליבא דרבה דסבר דבעינו דנקא שישטעון המערער שמסר בעדים וממילא דבלא טענת המערער לא היינו מחזיקין בחזקת בעה"ב ובה שוב י"ל דטענת המערער שקר פיו דאחזוקי אינשי כו' וכמו בטוען שאולין: ולפי"ז א"ש מה דקשה בה דקאמר מ"ש רישא ומ"ש סיפא דל"ל לאתויי הסיפא פלל פיו דעיקר קושיותו הוא מן הרישא ולפי מ"ש א"ש דהש"ס הוצרך לאתויי הסיפא דבפני אמרת לי ולפרש אותה דבל"ז לא הו"מ למפרך אי דאיכא עדים כו' דהא מצינו למימר שאין העדים לפנינו ולכן צריך ראה אף השתא דמיתי הסיפא דקתני בפני כו' והינו דבכה"ג א"צ למיגו פלל דבל"ז היה לו להיות נאמן וכדעת הרמב"ם דהא בלא טענת המערער שאומר שמסר בעדים אין אתנו יודע שהחפץ שנין למערער וא"כ שוב נימא דאחזוקי כו' ומסתמא מסר לו שלא בעדים ועתה צוה לו למפור וע"כ לומר אחד משני אלה או דמירי שיש עדים לפנינו או שאף בלא עדים פלל כל שהוא ביז אופן אנו מחזיקין אותו תיכף בחזקת בעה"ב ואין אנו צריכין לטענתו דבעה"ב בזה פלל וממילא דשפיר קאמר דביוצא מת"י אחר דנקא היכא דטוען בפני כו' הא לא"ה לא מהימן ולא מהני ליה סברא דאחזוקי אינשי כו' ולכך פריך אי דאיכא עדים וא"כ ע"כ שיש עדים לפנינו דאם אנו אומרים שצריך לעדים דנקא ע"כ מוכח מסיפא דיוצא מת"י אחר דבהכי מירי א"כ קשה ל"ל ראה כו' אע"כ דבראה לחוד סגי כשיטת אב"י וא"ש רישא וסיפא דגם בסיפא לא מהימן כ"א במיגו דמיגו דבינתה דאל"כ פיו דגם בלא טענת המערער הנה מוקמינן בחזקת בעה"ב לא מהני סברא דאחזוקי כ ודו"ק: ולפמ"ש י"ל ג"כ קושיות התוס' שהקשו דיהא נאמן במיגו דנאנסו ויתישב עפי"ז ג"כ באופן אחר הא דאיצטריך לאתויי הא דסיפא ולפרשה דהנה לכאורה י"ל דמיגו דנאנסו לא אמרינן דלא שכיח וכמ"ש הפוסקים רק שהתוס' הביאו ראיה דאמרינן נאנסו מפרק המוכר וי"ל דנדאי אין כל אדם רוצה לטעון טענה דלא שכיח רק היכא שהוא באה להחזיק שפיר אמרינן להך מיגו משא"כ היכא שאינה באה רק להוציא וכעין זה פתבו הפוסקים לענין מיגו דהעצה דלא אמרינן רק להחזיק ולא להוציא פיו דיש ב"א שאינם יכולין להעזי וה"נ דכנותה: והשתא א"ש דבפרק המוכר דמירי לענין החזרתי במיגו דנאנסו פיו דבטענת החזרתי אי לא מהימנינן לי על טענתיה אנו מחייבין אותו דמי החפץ שהרי על החפץ עצמו הוא טוען החזרתי וא"כ המיגו דנאנסו הוא להחזיק ונחזקה דמיון מסייע ליה שפיר מהני מיגו דנאנסו אף דלא שכיח משא"כ טענת לקוח שלולי המיגו הנה מוקמינן ליה בחזקת הבעלים דאית ליה חזקת מרא קמא וזה רוצה להחזיק בכלי של חבירו ע"י המיגו (ומהאי טעמא ס"ל להרי"ף דלא אמרינן מיגו פלל דהו"ל מיגו להוציא מחזקת מרא קמא דמה שהוא ברשות זה אינו רק תפיסה בלבד ולא מהימן כ"א ע"י המיגו והו"ל להוציא) אף שאין זה להוציא ממש שהרי עתה החפץ ברשותו וזה בא במיגו להחזיק מה שת"י ומהאי טעמא מהימן לדין לקוח במיגו דהחזרתי כקושיות אב"י ולא אמרינן דהו"ל מיגו להוציא מ"מ היינו דנקא במיגו דהחזרתי אליבא דמ"ד א"צ להחזיר בעדים דהחזרתי מצד עצמה טענה מעליא היא ונאמן בה משא"כ נאנסו דבאמת לא שכיח וכיון שזה בא להוציא החפץ

מחזקת מרא קמא ולהחזיק עי"ז החפץ לעצמו אינו נאמן: ובה א"ש מאי דקאמר ביוצא מת"י אחר וקאמר מינה ובינתיה ולכאורה קשה לכמ"ש הש"ך סי' קל"ג היכא דאמר אל תחזיר אלא בעדים אפילו במיגו דנאנסו לא מהימן דאנו סהדי שלא תחזיר כלל ויבדאי עשה כפי תנאו ע"ש דמייתי ראיה מהתוס' שכ"כ למ"ד צריה להחזיר ואף שהתוס' אח"כ כתבו דמהימן היינו היכא שלא התנה בפירוש אבל היכא שהתנה בפירוש מודים ע"ש ולפי"ז קשה למאי דס"ד דהתוס' דלדידהו הוי פאומר אל תחזיר כו' וא"כ לפי הטעם דבאל תחזיר לא מהימן מחמת דאנו סהדי א"כ למה ביוצא מת"י אחר מהימן משום מיגו דמינה ובינתיה דהא לפי טענתו של האמן שנתן את החפץ לזה ע"פ ציוויי של המערער היינו חזרה דידיה וכיון שהמערער מסר לו בעדים הו"ל כהתנה עמו אל תחזיר לי אלא בעדים וכיון שזה האחר אינו טוען שהמערער אמר להאמן בפניו ובפני עדים שימסור החפץ לו רק טוען בפני אמרת לבד ממילא אף מיגו אינו מועיל להאחר דהא הו"ל מיגו במקום אנו סהדי דאנו סהדי שזה משקר במה שאומר שהאמן מסר לו החפץ בלא עדים שהיה שם בשעת מסירה דהיינו חזרה דידיה ולמה יועיל מיגו ומה לי מיגו דהאמן גופיה מה לי מיגו דהאחר דהא אנו סהדי סברא הוא דמסתמא לא יעשה זה כנגד מה שמצווה ועומד מפי הבעה"ב וכיון שלפי דברי זה האחר ע"כ לומר שהאמן עבר על ציווי זה לא מהימנינו ליה אף במיגו כיון דאנו סהדי שהאמן לא עשה כן כיון שהאמן בעצמו אינו נאמן במיגו מטעם זה ומאי עדיפותא דהאחר וצ"ל דדוקא האמן גופיה אם בא לטעון לקוח במיגו דנאנסו לא מהימן דהא רצונו להחזיק בחפץ זה ואמרינו דמסתמא לא עשה כן נגד ציווי הבעה"ב שהרי טענת לקוח ג"כ בכלל חזרה ואף שי"ל שסמך עצמו שיוכל לטעון נאנסו מ"מ אין נאמן בשביל זה להחזיק בחפץ שאנו מחזיקין שהוא בחזקת הבעה"ב (וע"כ אנו צריכין לומר שנאמן מטעם מיגו דאי בעי הוי טעין נאנסו זה לא אמרינו כיון דנאנסו לא שכיח אין נאמן להחזיק חפץ של אחר דהוי כמו להוציא כנ"ל) דהא באמת אם יהיה עידי ראה לא יהיה יכול לטעון נאנסו וא"כ ל"ל מתחלה לסמוך עצמו ע"ז ולהחזיר בלא עדים ולהכניס א"ע בתגר זה כלל על לא דבר וא"כ ממילא דלא מהני ליה המגו במקום אנו סהדי והיינו נמי טעמא דפסקו שאין יכול לומר פרעתי ביני לבינה במיגו דפרעתי בפני פלוני ופלוני משום דאפילו תימא דשפיר מחשב מיגו דלא אמרינו הך סברא שכתב הרשב"ם דמתירא לומר כן פן יבואו ויכחישוהו כיון דהשתא מיהא ליתנייהו קמן מ"מ לא הוי מיגו מחמת אנו סהדי דשקר הוא דובר דמעיקרא לא היה לו לסמוך ע"ז ולפרוע בינו לבינו על סמך זה שיטעון כה דזימנין שלא יזדמן שיהיה עדים פשרים שילכו למדינת הים ולא יהיה לו מיגו זו מ"מ הו"ל מיגו במקום אנו סהדי וה"נ דכונתיה שהיה לו לאסוקי אדעתיה דשמא יבואו עידי ראה ולא יהיה נאמן החזרתי במיגו דנאנסו וא"כ הו"ל מיגו במקום אנו סהדי וכל זה באופן עצמו אבל אם האמן מכר לאחר שפיר מהימן האחר במיגו וא"ל דהו"ל מיגו במקום אנו סהדי דז"א כיון שהאמן הוא מוסר הטלית לאחר ושוב ליתא גביה ואין כאן מקום שיפחד שיבואו עידי ראה כיון דליתא גביה ממילא שהוא מוסרו להאחר במצותו של זה אף שלא בעדים ואם יתבע אותו קסבר בדעתיה שיהיה נאמן בטענה זו במיגו דנאנסו וממילא דאין כאן אנו סהדי כלל בכה"ג שהרי הוא מוצא הטלית מת"י וא"ל דאכתי ל"ל תגר זה שיהיה נאמן במיגו דנאנסו ואז צריה שבועה פדין כל טוען החזרתי שנאמן במיגו דנאנסו וצריה

שבועה ואפשר לומר דא"ש דקאי הך סיפא על ראה עבדו כו' ואין נשבעין על העבדים: ובהכי א"ש לענ"ד קושני' התוס' על פר"ח דמאי פריה מראה עבדו ל"ל ראה כו'.

דצריה ראה לענין דאפילו בשבועה לא מהימן ולפמ"ש לכאורה קשה טפי דהא אפי' שבועה א"צ גבי עבד היכא דלא ראה ומהימן במיגו דנאנסו ולכך צריה ראה ונלענ"ד דהנה אא"ז מהרש"א הקשה בהא דכתבו התוס' דלא אסיק אדעתין' טעמא דמיגו דהא למאי דכתבו התוס' בסוף ע"כ ידע ממיגו דנאנסו דאל"כ מצי אתי כמ"ד א"צ לפורעו בעדים ורבה סובר כמ"ד צריה לפורעו אלא ע"כ דקשיא ליה דמהברייתא מוכח דאף מ"ד צריה לפורעו היינו במלנה אבל בפקדון פינו דאית ליה מיגו דנאנסו א"צ לפורעו ע"ש: ולפענ"ד י"ל דנדאי לא אסיק אדעתיה מיגו דנאנסו שהוא טענה גרוע ומ"מ חזרה בעדים שפיר מסתבר ליה דפקדון עדיף מהלנאה דבפקדון אע"פ שסמך לו בעדים לא שנייה לומר דלא הימניה דהא עכ"פ הימניה כשיאמר נאנסו וסברא זו מוכח מהברייתא או אפשר דמוכיח מהברייתא דמיגו דנאנסו שפיר מהני ובלא הברייתא לא אסיק אדעתיה להקשות מסברא דשמא מיגו גרוע הוא ומ"ש התו' דלא אסיק אדעתיה כו' ר"ל מסברא לבד דהא ר"ח דלקמן בפ' המוכר ע"כ מסברא קאמר הכי דהא אין להם הוכחה מברייתא אליבא דמסקנא דא"צ להחזיר בעדים ומהימן במיגו דהחזרתי ואעפ"כ אביי לא אסיק אדעתיה לאקשויי הכי מסברא והקשה מברייתא): ומ"ש התוס' מיגו דנאנסו בסוף דבריהם לאו דוקא נקטו ור"ל לפי שבידו לומר נאנסו ועפ"ז א"ש דהנה מ"ד צריה להחזיר בעדים אם נאמר דאעפ"כ נאמן במיגו דנאנסו צ"ל דאע"ג דסברת התוס' אמת דהו"ל כפאמר אל תחזור כו' דהימניה על אמירתו נאנסו הימניה ג"כ על החזרה אם יאמר החזרתי וא"כ למה ייחד עדים דמה יועילו שאף אם לא יטעון להד"מ יטעון החזרתי או נאנסו אף דבאמת לא הימני' דהא בנאנסו שבועה בעי ועל שבועה הימניה כדאמרינו אתה מהימן לי בשבועה כו' וא"כ גם בהחזרתי יש להאמינו בשבועה כדאמרינו נאנסו לאו שבועה בעי ועכ"פ הועיל בעדים אלו שאם יטעון החזרתי יצטרף לישיבע וגם לא יוכל לטעון להד"מ משא"כ היכא שא"צ שבועה על נאנסו פלל פגון עבדים וכיוצא א"כ מעיקרא הימני' לגמרי אף בלא שבועה שאם יטעון נאנסו יפטר א"כ הדק"ל למה ייחד עדים פלל דהא לא הועיל פלל שהרי יכול לטעון נאנסו או החזרתי וצ"ל דבאמת לא ניחא ליה פלל שיחזיר לו שלא בעדים ולנאנסו שאני שע"כ הוא צריה למסור על נאמנותו בשבועה דשמא יארע אונס במקו' שאין רואין והלכך גבי עבדים שוב לא מהני דנאנסו פינו דאם נאמין לו הינה נאמן אף בלא שבועה דאין נשבעין על העבדים וממה שייחד עדים מוכח שלא רצה להאמין לו על החזרה בלא עדים ובלא שבועה פלל ושפיר פריה מברייתא דאי איכא עדים ל"ל ראה דכיון דאין צריה שבועה ע"כ שצריה להחזיר לו לפני עדים ולא מהימן בלא שבועה פלל ודו"ק: ואמנם בפשיטות יש ליישב קושני' התוס' הנ"ל דהנה התוספות כתבו אליבא דרבה החילוק בין אמן לאחר היכא שסמך בעדים פגון שנתן לו בסתם דסתם אמן לתקן וסתם בעה"ב למכירה אבל בענין ראה אין חילוק בין אמן לאחר דבלא ראה בתרנוניהו נאמן בשבועה במיגו דנאנסו אף היכא שיש עדים שבה ליד האחר בתורת פקדון ובראה בתרנוניהו לא מהימן פלל ועכ"פ אין מקום חילוק פלל לדידיה בראה בין אמן לאחר אליבא דאביי יש חילוק בין אמן לאחר היכא דראה דאף שלא מסר לו בעדים מ"מ מוציא מיד האמן דהו"ל כדברים העשויין להשאיל

וּלְהַשְׁפִּיר וּבְאֲחֵר אֶף דְּרָאָה מ"מ נְאָמֵן לֹמֵר לְקוּם הוּא בְּיַדִּי בִּינֵן שְׂאִין עֵדִים שְׂבָא לִידֹו
בְּתוֹרַת פְּקֻדוֹן וְעִיקָר הַחִילּוּק בֵּין אֲנוּמֵן לְאַחֵר הוּא בְּרָאָה וּלפ"ז א"ש דְּוַדַּאי הֵךְ בְּרִייתָא
דְּרָאָה עֲבָדוּ כּו' דִּינָא דְאֲנוּמֵן אֲתִי לְאַשְׁמַעִינּוּ דְאֲנוּמֵן אִין לֹו חֻזְקָה וְהִינּוּ בְּגוּנוּנָא דְבְּאֲחֵר
מְהֵי מ"מ בְּאֲנוּמֵן לֹא מְהֵי אֲבָל מַה שְׂאֲנוּמֵן וְאַחֵר שְׂוִים בְּהָ זֶה לֹא הוֹצֵרָהּ לְהַשְׁמִיעֵנוּ
וְהִינּוּ דְקָשְׂיָא לִיהָ לְהַש"ס אִי דְאִיפָא עֵדִים ל"ל רָאָה כּו' דַּא"ל דְּנָקֻט רָאָה כִּי הִיכָא שְׂלֹא
יְהִיָּה נְאָמֵן אֶף בְּשִׁבּוּעָה דְכִינּוּ דְרָאָה אֲזַדָּא לִיהָ מִיגֹו דְנֶאֱנָסוּ דּו"א דְבַעֲנִין זֶה אִין הַפְּרִשׁ
בֵּין אֲנוּמֵן לְאַחֵר וּמַאי הָא דְחֻזְקָתָא לָן הָאִי דִּינָא הִכָּא דְכָל עִיקָרָא דְבְּרִייתָא לְלַמּוּד לָנוּ
הַהִפְרֵשׁ שְׂבִין אֲנוּמֵן לְאַחֵר וְעִיקָר הַהִפְרֵשׁ הוּא מִצַּד הַמְּסִירָה בְּעֵדִים וּכְמוֹ דְמוּקִי רַבְּהָ
מִתְּנִי' ל"ש אֲלֵא שְׂמָסֵר לֹו בְּעֵדִים ר"ל הַהִפְרֵשׁ שְׂבִין אֲנוּמֵן לְאַחֵר הוּא בְּעֵנֵן הַמְּסִירָה
בְּעֵדִים דְכָל שְׂמָסֵר בְּעֵדִים הו"ל כְּאֵלוּ נִתְּן בְּהִדְיָא לְתַקּוּן וְהוּי דִּינוּ כְּמוֹ בְּאַחֵר שְׂנַתְּנֵן לֹו
בְּפְנֵי עֵדִים בְּפִירוּשׁ לְפַקְדוֹן דְּמִמִּילָא אִם לֹא רָאָה מְהֵימֵן בְּשִׁבּוּעָה בְּמִיגֹו וְאִם רָאָה לֹא
מְהֵימֵן כְּלָל אֲבָל שְׂלֹא בְּעֵדִים אִין הַפְּרִשׁ בֵּין אֲנוּמֵן לְאַחֵר מִתּוּף שְׂיִכּוּל כּו' וַא"כ בְּרִייתָא
נְמִי הו"ל לְמִנְקֻט עִיקָר הַחִילּוּק שְׂבִין הָאֲנוּמֵן לְהָאַחֵר דְהִינּוּ בְּמְסִירָה בְּעֵדִים וְזֶה מִמִּילָא
יְדַעִינּוּ דְאִם אִיפָא רָאָה אֶף שְׁבּוּעָה לֹא מְהֵי לִיהָ כְּמוֹ בְּאַחֵר וּלְאַבְיִי א"ש בִּינּוּ דְעִיקָר
הַחִילּוּק בֵּין אֲנוּמֵן לְאַחֵר הוּא לְעֵנֵן רָאָה שְׂפִיר נָקֻט רָאָה לְאַשְׁמַעִינּוּ הַחִילּוּק שְׂבִין אֲנוּמֵן
לְאַחֵר וּמִיירִי בְּלִיפָא עֵדִים וְכִי רָאָה מִיָּהָא תְּפִיס לִיהָ וּלְזֶה תִּירָץ רַבְּהָ דְבְּאַמַּת חוּזֵר בּוֹ
מְהָא דְאָמַר צְרִיף לְהַחְזִיר בְּעֵדִים וּמוּדָה דְאִין צְרִיף לְהַחְזִיר בְּעֵדִים וּמִמִּילָא דְאִין לְחַלֵּק
בֵּין אֲנוּמֵן לְאַחֵר כְּלָל כ"א הִיכָא דְאִיפָא רָאָה ג"כ דַּא"ל כ"א ע"ג דְאִיפָא עֵדִים שְׂמָסֵר בְּסִתְּמָם
וְנִתְּנוּ אֲנוּמֵן לְתַקּוּן מ"מ אִם לֹא רָאָה נְאָמֵן בְּמִיגֹו דְהַחְזוּרְתִי וּבְלֹא שְׁבּוּעָה כְּלָל מִשָּׂא"כ לְמַאי
דַּס"ד יֵשׁ חִילּוּק בֵּין אֲנוּמֵן לְאַחֵר אֶף בְּלֹא רָאָה דְבְּאֲנוּמֵן אִין לְהֶאֱמִינוּ בְּלֹא שְׁבּוּעָה בִּינּוּ
דְאִין לְהֶאֱמִינוּ כ"א בְּמִיגֹו דְנֶאֱנָסוּ מִשָּׂא"כ אַחֵר דְמְהֵימֵן אֶף בְּלֹא שְׁבּוּעָה וְכַמ"ש ר"ח
בְּפִירוּשׁ דְבָרֵי רַבְּהָ בְּמִתְּנִי' וְהו"ל לְמִנְקֻט בְּרִייתָא ג"כ בְּהִכִּי כְּנִלְעַנ"ד לְיִישָׁב קוֹשְׁיַת
הַתּוֹס' עַל פּר"ח וְהוּא נְכוּן: וְהִנֵּה בְּטוֹר סִי' קל"ג הִבִּיא דְעַת רַבִּינוּ יוֹנָה דְבִטּוּעָן אֲתָה
מְכַרְתּוּ לִי וְהוּא אוֹמֵר מְסַרְתִּי לְפָלוּנִי וְאַמְרַתִּי לֹו אַל תַּחְזִיר כּו' אִינוּ נְאָמֵן הַלּוֹקֵחַ וּלְכַאוּרָהּ
סוּתֵר לְהַש"ס דְקָאָמַר דְמְהֵימֵן הָאַחֵר שְׂיִוצֵא הַחֲפֵץ מִת"י בְּמִיגֹו דְמִינָף זְבִינְתִּיהָ וְעֵינֵן
בְּטוֹר שְׂהַשִּׁיג עַל ר"י וּבב"י וְש"ף שְׂם וּלְעַנ"ד י"ל דַּר"י ס"ל כַּמ"ש דְכִינּוּ דַּא"ל אַל
תַּחְזִיר כּו' אֲנִן סְהַדִּי שְׂלֹא הִחְזִיר לֹו וּמ"ש הַטּוֹר שְׂהָרִי אֶפְשָׁר שְׂהַחְזִיר לֹו בְּפְנֵי עֵדִים
כְּבָר פְּתַב הַב"ח דְמִיירִי שְׂאָמַר אַל תַּחְזִיר אֲלֵא בְּפְנֵי פ' וּפ' וְהֵם אוֹמְרִים שְׂלֹא הִחְזִיר
בְּפְנֵיהֶם וַא"כ בַּש"ס דִּידֵן אַע"ג דְקָאִי לְמ"ד צְרִיף לְהַחְזִיר בְּעֵדִים מ"מ א"ש דְהוּי מְצִי
טְעוֹן מִינָף זְבִינְתִּי חֻזָּא דְאַפְשָׁר רַבִּינוּ יוֹנָה ס"ל דְדוֹקָא בְּהַתְּנָה בְּפִירוּשׁ הוּי אֲנִן סְהַדִּי
אֲבָל מ"ד צְרִיף לְהַחְזִיר בְּעֵדִים מ"מ שְׂפִיר הִנֵּה מִיגֹו כַּמ"ש הַתּוֹס' בְּסוּף דְמוֹכַח מְפָרֵק
הַמוֹכַר כּו' וְכַמ"ש הַש"ף גּוּפְיָהּ בַּר"ס קל"ג וְעוֹד י"ל בִּינּוּ שַׁע"כ"פ אִין צְרִיף לְהַחְזִיר לְפְנֵי
עֵדִים פְּרֻטִי פְּשִׁיטָא דְהוּי מְצִי טְעוֹן מִינָף זְבִינְתָהּ וּמִסְתַּמָּא הִחְזִיר לָהּ בְּפְנֵי עֵדִים וַאֲע"ג
דְהַשְׂתָּא טוּעֵן בְּפְנֵי כּו' אִינוּ טוּעֵן שְׂהִי עֵדִים שְׂם וַא"כ סוּתֵר הָאֲנִן סְהַדִּי בְּטַעֲנָה זֹו שְׂטוּעֵן
עַכְשָׁיו מ"מ לֹאוּ אֲנִן סְהַדִּי גְמוֹר הוּא וּמְהֵי לִיהָ מִיגֹו לְהָאַחֵר מִשָּׂא"כ רַבִּינוּ יוֹנָה דְמִיירִי
דְלִיפָא מִיגֹו וְע"כ הוּא טוּעֵן אֲתָה מְכַרְתּוּ לִי וְכִינּוּ שְׂזֶה מְבָרַר שְׂמָסֵר לְפָלוּנִי וְהַתְּרָה בּוֹ
אַל תַּפְרֵעֵנִי אֲלֵא בְּפְנֵי פָלוּנִי וּפְלוּנִי וְנִתְּבָרַר שְׂלֹא פָרַע בְּפְנֵיהֶם לֹא מְהֵימֵינִן לִיהָ נִגְד
הַסְּבָרָא דְמִסְתַּמָּא לֹא עֵבֵר עַל הַתְּרָאָתוֹ דְהָא לִית לִיהָ מִיגֹו לְהַמְחֻזֵּק וּמַה"ת לְהֶאֱמִין לֹו

ודו"ק: ועיין באו"ת סי' נ"ו שהקשה על הש"ך דמיימי מהתו' דגיטין דף ס"ג דהיכא דמכחיש ואומר שפא לידו בתורת שאלה ולא בפקדון אינו נעשה שלישי ז"א דהתוס' פתבו פן בדברים העשויין להשאיל דמשאילן ג"כ אף למי שאין מוחזק לנאמן וכמ"ש התוס' לחלק פאן בין אמן לדברים העשויין להשאיל ע"ש ולענ"ד דברי הש"ך נכונים דהתם הנצרכו לחילוק זה אליבא דרבה משא"כ אב"י ס"ל דאין לחלק בכה אלא אע"ג דבשעה שמשאיל או מוסר לאמן הוא מחזיק אותו לנאמן ואינו מחפש אחר עדים מ"מ אח"כ הוא כופר עקב היתה רוח אחרת עמו ואטו מי לא יכול לתפוע לחבירו מלנה ע"פ בלא עדים אע"פ שמודה שהחזיקו לנאמן ואע"פ שאמרו אסור להלוות בלא עדים כו' מ"מ בשביל זה לא נגרע טענתיה כלל וה"ה באמן או בדברים העשויין להשאיל לא נגרע טענת בעה"ב בשביל זה שמודה שמסר שלא בעדים ולכן אף אם אומר שנעשה שלישי למסור לאחר אינו נאמן פיון (שהבעה"ב טוען שנתן לידו בתורת אמן או בתורת שאלה ולא בתורת שלישי כלל וא"ש מה ששמעתי להקשות דה"מ"ש רישא כו' דהא איפא לפרושי שהספץ עדיין ת"י אמן וטוען בפני אמרת כו' שנעשה שלישי על דבר זה דז"א פיון דמכחישו אינו נאמן אף דמ"מ לכאורה קו' א"ש לבעה"ת דס"ל דאף דמכחיש ואומר לפקדון מ"מ שייך הימני' ואליבא דרבה הוי אמן כמו אומר לפקדון דהיכא דליכא עדים נאמן במיגו והארבתי בזה בתשובה אחת לברר דעת בעה"ת בזה: ולכאורה קשה הא דקאמר דנאמן במיגו דמינה ובינתיה דמה מיגו דנקט שהרי הוא אומר להדיא שקנה ממנו שהרי הוא אומר בפניו אמרת לו כו' אין זה האמן רק שליח לבד והרשב"ם נדחק קצת לפרש דזבנא מינה וזבנא ניהליה אבל פשטא דלישנא לא משמע הכי אלא משמע שהוא צוה לו שימכור לזה ולפיכך שפיר הוא נאמן וא"כ א"צ למיגו כלל דהא הוא טוען שקנה ממנו והחזיק ג' שנים ומה איכפת לו מה שהי' האמן שליח במקירה זו עוד קשה דלפ"ז ע"כ מייירי שהאחר החזיק ג' שנים ובכה"ג נראה דאף אם לא היה טוען בפני אמרת כו' היה מועיל כמו אם החזיק בקרקע ג' שנים ואייתי סהדי דדר ביה המוכר חד יומא דמהני חזקת הלוקח לומר שקנאה המוכר ואע"ג דאם המוכר בעצמו היה מחזיק ג' שנים לא מהני היינו לפי שהוא אמן ודרף להניח בידו זמן רב משא"כ פאן שנמסר ליד אחר והאחר אינו אמן מסתמא שמע זה שאחר מחזיק בקרקע ג' שנים ושתק והוי חזקה מעליא אלא שי"ל דכיון שמתחלה ירד לתוכה בתורת אומנות אף שמכרה לאחר לא ידע זה שאחר מחזיק בה וכמו שאמרו אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל ויש לחלק ועיין בקצה"ח סימן קמ"ו ס"ק י"ב שכתב דלוקח בשני חזקה נאמן פשוטאמר בפני זבנה בטענה בפ"ע בלא מיגו ע"ש וצ"ע מסוגיא דהקא וקצרותי: ובמה שהקשו התוס' בד"ה אי דאיפא עדים נחזי כו' דהא אדרבה קשה טפי גם לרבה ע"ש י"ל דהנה ה"ן פתב בחד תירוץא על דין הגאונים דמלנה על המשכון צריף שבועה דוקא בתובע חובו אבל כל שהוא שותק ומעכב הטלית עבור הפרעון א"צ לינשבע דהא קאמר אין אתה יכול להוציא מפני השעבוד שיש לי על טלית זה ע"ש בשבועות אף ה"ן מייירי היכא דאית ליה מיגו רק לענין שבועת הגאונים מחלק בכה"ג משא"כ היכא דלית ליה מיגו ודאי דמוציאין הטלית מידו אף בכה"ג דלא מהימן כלל לומר שיש לו שיעבוד עליו אף לענ"ד פיון דשכר שכיר מלנה הפתובה בתורה הוא (אע"ג דעיקר החיוב הוא פשוטא לבעה"ב דקודם לזה א"ע בבל תלין מ"מ כל שאמרו וא"ל הבא מעות וטול את שלך נראה דשפיר הוי מלנה ועיין

באה"ע סי' ק"ו ובקצה"ח סימן ע"ב הָאָרִיף בְּזָה וצ"ע) וְרַבֵּי יְהוּדָה ס"ל בְּבִכּוּרוֹת דְּמִלְוָה
הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה וְדַאי שְׁעֵבּוּדָא דְאִוְרֵייתָא וּא"כ טְלִית זָה מְשֻׁנְעָבָד לֹא ג"כ וְהוּא טוֹעֵן
שְׁהַטְלִית שְׁיִיף לֹא שְׁמְשֻׁנְעָבָד לֹא וְאִיף אָנוּ יְכוּלִין לְהוֹצִיא הַשְּׁעֵבּוּד מִתַּח"י וְאִם אֵין לֹא
מִיגו דְלִקּוּחַ מ"מ זָה הֵי טוֹעֵן עַל גּוּף הַטְּלִית שְׁהָרִי הוּא רוֹצֵה שְׁיִתְקַיֵּים שְׁעֵבּוּדוֹ ת"י
וּבְשֻׁלְמָא אִי שְׁעֵבּוּדָא ל"ד א"כ אֵין עֵנִין הַמְּעוֹת שְׁתוּבָע לְהַטְּלִית פְּלִל וְכָל שְׂאִין לֹא מִיגו
מְחַנְיֵיב לְהַחְזִיר מִשָּׂא"כ אִי ש"ד וּכְמ"ש הַרְשָׁב"א בְּמִשְׁכּוֹן דְּהוּי מְחַנְזֵק מִשׁוּם דְּבַע"ח
קוּנָה מִשְׁכּוֹן כְּמוֹ כֵן בְּאִנְפֵּן אַע"ג שְׁכַתְב הַרְשָׁב"א דְלֹא שְׁיִיף בְּאִנְפֵּן שְׁיִקְנָה מִשְׁכּוֹן מ"מ
מִטַּעַם שְׁעֵבּוּדָא דְאִוְרֵייתָא מְהַנִּי כֵינֵן שַׁע"כ פ' יְדוּע לָנוּ שְׁזָה יֵשׁ לֹא שְׁעֵבּוּד עַל חֶפֶץ זָה וְזָה
טוֹעֵן שְׁתִּים קִצְצָת לִי שְׁפִיר מְהִימֵן אִף בְּלֹא מִיגו אִף בְּאִמַּת פְּתָבוּ הַתּוֹס' בְּב"ב דְלֹא
אִמְרִינֵן ש"ד בְּמִלְוָה ע"פ כ"א הִיכָא דְאִיכָא עֲדִים אָבֵל אִי לִיכָא עֲדִים שִׁל"ד וּלפ"ז א"י
וְיִתְיַשֵּׁב ג"כ מַה שְׁהַקְשׁוּ הַתּוֹס' בְּשָׁבוּעוֹת דְּהָא בְּשָׁבוּעוֹת מוֹקִי לָהּ שְׁלֹא יָדְעוּ הַקְּצִיצָה
וְהִכָּא פְּרִיף נְחֻזִי כו' וּלְפִי מ"ש י"ל דְּהִכִּי פְּרִיף אִי דְאִיכָא עֲדִים וּא"כ שְׁפִיר א"צ לְמִיגוּפְלָל
וּא"ש בֵּין לְרַבָּה וּבֵין לְאַבְיֵי דְכֵינֵן דְאִיכָא עֲדִים ש"ד וְשְׁפִיר הֵי מְחַנְזֵק בְּחֶפֶץ עַל הַשְּׁעֵבּוּד
שְׁיֵשׁ לֹא עָלְיוּ בְּשֻׁכְר מְלֹאכָה שְׁעֵשָׂה בּוּ אִף לִפ"ז ע"כ לֹא מְרַבֵּן שְׁיִדוּע לְעֲדִים כְּמַה דְּזוּלָא זָה
א"ל ש"ד כֵּינֵן שְׂאִין הַדְּבָר יְדוּע לְעֲדִים וּא"כ כְּשִׁדוּע לְעֲדִים א"כ קִשָּׁה נְחֻזִי עֲדִים מְאִי
קְאָמְרִי וּע"כ דְלִיכָא עֲדִים וּמִטַּעַם מִיגו אֲחִינֵן עָלָה וְקִשְׁיָא לְאַבְיֵי וְהוּא נְכוּן לְעַנ"ד דְּבָרֵי
זְעִירָא: הַק' אֲפָרִים זִלְמֵן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד: שְׁאֵלָה סוּ רְאִיתִי לְבָאָר הַדִּין הַמְּבֹאָר בַּח"מ
סִי' שִׁפ"ב בְּש"ף שָׁם ס"ק ד' כְּתַב דְּמַדְבְּרֵי הָרֵא"ש פְּרָק פְּסוּי הַדָּם מוֹכַח דְּמִי שְׁהוּא מוֹהֵל
אִינוּ רִשְׁאִי לִיטֵן אֶת בְּנוֹ לְאַחַר לְמוֹל אוֹתוֹ דְּוּמִיָּא דְכִסּוּי דְּמִי שְׁשֻׁפָּה הוּא יְכִסָּה כו' וְכַתְּבִיתִי
זָה לְפִי שְׁרִאִיתִי כְּמַה אֲנָשִׁים מְכַבְּדִים לְאַחֲרִים אִף שְׁהֵם בְּעֵצָמָם יְכוּלִים לְמוֹל וּלְדַעֲתִי
הֵם מְבַטְלִים מִצְּנוֹת עֲשָׂה וְיֵשׁ לִב"ד לְבַטֵּל הַדְּבָר הַזֶּה עַכ"ל וּאִי"ז בְּסִפְר תְּבוּאוֹת שׁוֹר סִי'
כ"ח הִבִּיא דְּבָרֵי הַד"מ שְׁכַתְב בְּשָׁם א"ז דְּאָסוּר וְהַד"מ כְּתַב עָלְיוּ דִּישׁ לְתַמּוּהָ דְּמ"ש מְפִל
הַתּוֹרָה דְּשְׁלוּחוֹ שֶׁל אָדָם כְּמוֹתוֹ וּאִי"ז שָׁם הַרְבֵּה בְּרֵאוֹת דְּשָׁרִי וְשׁוֹב הִבִּיא דְּבָרֵי הַשְּׁ"ף
בְּזָה וְכַתְּב דו"א דְּנִדְאִי הַמְּצֻנָה מְנוֹטְלָת עַל הָאָב תַּחֲלָה וּמ"מ מְצִי מְשׁוּי שְׁלִיחַ גַּם מ"ש
שְׁמַבְטֵל מ"ע יֵשׁ לְהִבִּיא רְאִיָּה מִשְׁבֶּת דָּף קל"ג דְּמִשְׁנֵי בְּאוּמֵר לְקוּץ בַּהֲרַת בְּנוֹ מִתְּפוּזִין
וּפְרִיף וְאִי אִיכָא אַחַר לְעַבְדוֹ אַחַר כו' וְלְדְבָרֵי מְאִי פְּרִיף דְּהָא מְעִיקְרָא עֲשָׂה דְאַבִּי הַבֵּן
וּקמ"ל דְּאֲתִי עֲשָׂה דְאַבִּי וְדַחֵי צָרַעַת אֵלָא דְהִיכָא דְאַבִּי מְרַשָּׁה לְאַחַר הו"ל מְקַיֵּים הַעֲשָׂה
וּמִקְרִי אֲפָשֵׁר לְקַיֵּים שְׁנִיָּהֶם כו' ע"ש: וּמְקָרוֹב יְצֵא לְאוּר עוֹלָם סִפְר הַמְּקַנָּה עַל קִידוּשֵׁין
לְמַחו' הַגְּאוּן הַחֲסִיד נ"י וְרִאִיתִי בְּדָף ר"ט שָׁם שְׁהִבִּיא דְּבָרֵי אִי"ז הַת"ש וְכַתְּב עַל רְאִיָּה
זוֹ מִשְׁבֶּת שְׂאִין מְשָׁם רְאִיָּה פְּלִל דְּנָהִי דְאִיכָא בְּאָב מְצֻנָה יוֹתֵר מְבֹאָר מ"מ כֵּינֵן דְאִיכָא
ל"ת אֵין עֲדִיפוֹת מְצֻנָה זוֹ דוֹחָה ל"ת כו' וּמְאֹד נְפִלְאִיתִי מַה רְאָה עַל פְּכָה שְׁהָרִי שְׁפִתִי
אִי"ז בְּרוּר מְלָלוּ דְמוּדָה בְּהָא דְהַמְּצֻנָה עַל הָאָב תַּחֲלָה וְאִפ"ה לֹא קִשְׁיָא לִי דְלִדְחִי ל"ת
דְּנִדְאִי אֵין עֲדִיפוֹת הַמְּצֻנָה דוֹחָה ל"ת רַק אִי"ז בַּת"ש דְּיִיק וְכַתְּב עַל מ"ש הַשְּׁ"ף שְׁמַבְטֵל
מ"ע שְׁנִרְאָה מְדְבָרֵי דְבְּמִצְּנוֹת מִיָּלָה יֵשׁ שְׁנֵי מִצְּנוֹת עֲשָׂה חֲדָא שְׁיִמּוֹל וְאִידָף שְׁהָאָב מְוֹל
וְכָל שְׁמַכְבֵּד לְאַחַר מְקַיֵּים מ"ע דְּמִיָּלָה וּבִיטֵל מ"ע דְּמִיָּלָה וּבִיטֵל מ"ע דְּאָב יְמוּל.

וּע"ז מְקַשָּׁה שְׁפִיר דִּא"כ מְאִי פְּרִיף לְעַבְדֵי אַחַר דְּהָא הֵי מְצֻנָה שְׁהָאָב יְמוּל דְּחִי ל"ת
דְּבַהֲרַת וְלִהְיֵי אֲתִי קְרָא דְיְמוּל אַע"פ שְׁיֵשׁ בַּהֲרַת לְאַשְׁמְעִינֵן דְּעֲשָׂה דְאָב דְּחִי אַע"כ דְּהָדָף
דְּאָב יְמוּל אִינוּ מ"ע בִּפ"ע לֹא מְרַבֵּן דְּכִשְׁעוּשָׂה ע"י אַחַר הוּא מְבַטְלָה וּמ"ש בְּסִפְר הַמְּקַנָּה

עוד שם דאם האב עושה שלים הוי מצנה דאב וְלא עדיף אב אלא משום דמצנה בו יותר וְלא שייך לדחות ל"ת בשביל זה גם זה תמי' שהרי גם אא"ז דעתו פן שהרי הביא דברי הד"מ דשלוחו של אדם פמותו וכן מבואר בדבריו להדיא שכתב על דברי הש"ך ונ"ל גם מ"ש שמבטל מ"ע ע"ז יש ראי' דאינו פן מדאמרין בש"ס דשבת דף קל"ג דאמרין דקמ"ל קרא ימול אפי' אומר האב לקוז בהרת פנו מתפונן דאמי עשה דמילה ודחי צרעת ופריה ואי איכא אחר לעביד אחר דאמר ר"ל כו' אם יכול לקיים שניהם מוטב כו' והשתא מאי קפריה הרי מעיקרא עשה דאבי הבן וקמ"ל קרא דאמי עשה דאביו ימול ודחי צרעת אע"כ דהיכא דאביו מרשה לאחר ה"ל מקיים העשה ומיקרי יכול לקיים שניהם עכ"ל.

ואמנם מה שרוצה הגאון ז"ל לפרש דגם הש"ך מודה בשלים וְלא קאמר אלא במקבד שלא בדרך שליחות ע"ש לפעד"נ דלענן ביטול מ"ע פשיטא דליתא אף במקבד לאחר פי מ"ש הגאון דהתם בדרך שליחות והוי פאלו הוא העושה המצנה הוא תמוה לפענ"ד שאם נאמר שמדין שליחות האב נגעו בה א"כ הרי הוא נעשה שלים גם לבטל הל"ת דבהרת שהרי האב מתפונן בשליחות זה לקוז בהרת פנו וא"כ אף שהשלים אינו מתפונן לקציצת הבהרת אנו לאו בטר מעשה השלים בעינו דלאו אדעתיה דנפשיה עביד רק על דעת המשלם וא"כ אם לא היה פאן מ"ע דמילה המוטל על האב היה השליחות בטל דאין שלד"ע רק פיון דיש פאן דבר מצנה שהרי מקיים בשליחות זה מ"ע שעעליו למול את בנו העשה דוחה הל"ת ואין זה שלד"ע וא"כ אין חילוק בין איכא אחר או לא דגם מעשה האחר אע"פ שאינו מתפונן ע"כ אנו צריכין לומר שהאב הוא העושה והרי הוא מתפונן לעבור הל"ת ע"י קיום המצנה ופשיטא שא"ל דלענן קציצת הבהרת חשבינן שהוא מעשה השלים שאינו מתפונן פיון שאין שלד"ע ולענן מצנת מילה המוטלת עליו חשבינן פאלו האב הוא העושה דהא ודאי ליתא שאין המעשה מתחלק לחצאין ועיין בספר המקנה שם מה שהביא מדברי הרמב"ם לענן מעילה שיש שלד"ע ובלבד שלא יתערב עמו איסור אחר דאז בטל השליחות ע"ש וקצתתי אלא ודאי דהא דאמרין לעביד אחר דהיינו שלא בתורת שליחות האב ואע"פ שהאב קודם לזכות במצנה זו פל שהוא מרשה אותו הוא מותר לעשותו (וע"ש ברש"י שפירש לעביד אחר לא ליקו אב להתם נראה שפונתו דאין לו לעשות דרך שליחות ואי קאי האב התם נראה פעושה בשליחותו וכדאמרי' בשבת דף ק"ב בקטן העושה לדעת אביו ואמנם דברי רש"י צ"ע דלענן דאורייתא נראה דלא שייך למימר הכי וכל שבאמת אינו עושה בשליחותו אין פאן איסור ויש ליישב ואין פאן מקומו) ולכן נלענ"ד פי מ"ש אא"ז אח"כ היכא דאביו מרשה לאחר ה"ל מקיים העשה אין ר"ל שמקיים העשה שהוטל על האב דבאמת ס"ל דאין פאן עשה בפ"ע לענן חייב האב רק ר"ל שמקיים העשה של מילה שישנה פאן ובזה לבד מיקרי מקיים שניהם ומ"מ א"צ להרשות דרך שליחות רק בנתינת רשות בלבד סגי ליה ומ"ש הגאון ז"ל לדחות ראיות אא"ז משבת משום דמצנה על האב מאברהם ילפינן וה"ל עשה דלפני הדבור לפענ"ד ז"א שאם עכ"פ היה פאן עשה בפ"ע על האב שפיר הוי מצין לאוקמי קרא דימול לרבוני דהו עשה דאבי הבן דחי הל"ת והיא גופא אשמועינן קרא דהו עשה נוהג לדורות ופשיטא שאין לדמות זה למה דאמר ר"ל אם אפשר לקיים שניהם כו' וקצתתי: גם הלום ראיתי בספר קצה ח"ב סי' שפ"ב שכתב על מ"ש אא"ז הת"ש על

הש"ך דמיימי מהרא"ש דמילה לכסוי דמ"ש פסוי דפשיטא להש"ך ומ"ש מילה דקמייבציא לי' וכסוי גופא מנ"ל.

וע"ז פתב בקצה"ח דראיות הש"ך מהרא"ש שכתב דאם האב אמר למוהל למול את בנו וקדמו אחר פטור ואם איתא דהוא יכול לעשות שליח א"כ יהיה צריך לשלם לאב שביטל מצותו שהי' שלוחו עושהו והו"ל מצנה דידיה ע"ש והנה מלבד שאין זה פוננת הש"ך שכתב ומדברי הרא"ש מוכח כו' דומיא דכסוי דמי ששפף יכסה כו' אף בלא"ה אין מדברי הרא"ש אלו ראי' פלל ומתחלה אבאר במ"ש בקצה"ח על קו' הד"מ על הא"ז שאם האב מוהל אסור ליתן לאחר וע"ז הקשה בד"מ דהא בכל התורה שלוחו של אדם כמותו וכתב בקצה"ח וז"ל נראה לפמ"ש בתוס' רי"ד בפרק האיש מקדש וז"ל יש מקשים א"כ בכל דבר מצנה יועיל שליח ואומר אדם לחבירו שב בסופה עבורי הנח תפילין עבורי ואלו מלתא הוא שהמצנה שחייבו המקום לעשות בגופו האיה פטור הוא ע"י שלוחו והוא לא יעשה פלום בנדאי בקידושין ובגירושין מהני כי הוא המגרש כו' וכן בפסח הוא אוכלו ועל שמו ישחט ויזרק הדם כו' אבל בסופה אה"נ שיכול לומר לשלוחו עשה לי סופה והוא יושב בה ואם ישב בה חבירו לא קיים פלום וכן לילב וכן ציצית וכל המצות עכ"ל: ובה נדחו כל הראיות שהביא התב"ש משום דגבי קבע לי מזוזה הו"ל כעושה שליח לעשות לו סופה והוא יושב בה וה"נ במזוזה הוא הדר בבית שיש בו מזוזה אבל במצנה פסוי שהתורה הטילה עליו מי ששפף יכסה אם מכסהו שלוחו לא קיים פלום וה"ה לתפילין וסופה וציצית דאינו בשליחות וכמ"ש בתוספות רי"ד עכ"ל ונראה בעליל כי אגב חורפי' ושיטפי' רהיט ונטה מדרף הפשט הפשוט בתוס' רי"ד והיא שמ"ש שהמצנה שחייב המקום לעשות בגופן כו' ר"ל שחייב עליו לעשות ע"י גופו ולכן בכסוי שאמרה תורה מי ששפף יכסה אם מכסהו שלוחו הרי גופו לא עשה פלום וזה דבר שאינו פלל דא"כ בשחיטת פסח הא נדאי שהמצנה מוטלת על כל איש מישראל לשחוט הפסח והוא מחויב לעשותו בגופו אלא פינן שעושה ע"י שלוחו הו"ל כאלו עשה בעצמו וכדאמרין ושחטו כו' דכל ששלוחם שוחט קרינן ביה ושחטו וא"ל דכיון שהאכילה ע"י עצמו הרי עושה המצנה ע"י גופו ז"א דמה ענין מצנת אכילה שמקיים ע"י גופו למצנת שחיטה ועוד דהא איכא פמה תנאי דס"ל אכילת פסחים לא מעכב' והכי קי"ל וגם בטביחה ומעילה דקי"ל דמהני השליחות אע"פ שגופו לא עשה פלום רק השליח שחט מעלה עליו כאלו הוא שחט בעצמו אע"ג דקרא פתיב וטבחו או מכרו ולמה יגרע מצנת פסוי אם השופף הדם מצנה לשלוחו לכפות מעלה עליו כאלו זה ששפף הוא פסה ועוד דהיכן מצינו בתפילין שהוא מחויב לעשות ע"י גופו והלא לא אמר הכתוב רק והיה לה לאות על ידך כו' אבל הדבר הפשוט הוא שמ"ש התוס' רי"ד שהמצנה שחייבו המקום לעשות בגופו אין ר"ל גופו רק ר"ל שהקב"ה צנה שגוף שלו יהיה נעשה בו אינה מצנה וכגון תפילין וציצית שהמצנה שגופו יהיה מלובש בתפילין או ציצית ואם אחר הניח לו תפילין או הלבישו ציצית מהני וכן מילה שהצווי הוא שיהיה הוא מהול ואם אחר מל אותו מהני אף שהוא לא עשה פלום אבל אם אמר לשלוחו הנח תפילין על ידך אף שתאמר שהנחה זו שע"י השליח הוא כמותו והו"ל כאלו הוא הניח תפילין על יד השליח שאינו מועיל פלל שיצא הוא ידי מצנה שהוא חובת גופו וכן ציצית וסופה כשאמר לו שב בסופה בשליחות הרי זה כאלו הושיב את גוף השליח בסופה אבל גופו לא ישב בסופה וכן מילה

אם ראובן לא מל ואמר לשמעון שימול א"ע אף שנה נימול בשליחות שלו הוא נשאר ערל בשר משא"כ אם אין המצנה מוטלת על הגוף עצמו רק על חפץ שלו אף שהחייב הוא יכול לעשות ע"י שלוחו כגון לשחוט הפסח ולזרוק פינן דבשליחותו הוא נשחט ונזרק הרי זה פאלו הוא עצמו עשה מעשה זה לשחוט ולזרוק.

וכיוצא בזה במילה שהתורה צונתה שהאב יעשה מצוה זו של מילה בבנו כששלוחו עושה הו"ל פאלו הוא עשה ומל את בנו. וכן בכסוי שמצנה עליו לקיים בדם ששפף מצות פסוי יכול לעשותו ע"י שליח משא"כ תפילין וסופה ואכילת הפסח שאם מצנה לשליח שיאכל הפסח הרי זה פאלו הוא האכיל לשליח ומ"מ הוא לא אכל וזה פוננת התוספות רי"ד במ"ש וכן פסח הוא אוכלו כו' ר"ל דלענין מצות האכילה באמת הוא האוכל ולא מהני ביה שליחות רק לענין שחיטה וזריקה וכן במגורש ומקדש מהני ע"י שליח דלא שייך למימר דהשליח הוא המגורש שהרי כותב בגט אגא פב"פ פטרית כו' וכן במקדש וכמ"ש בתוס' רי"ד שם משא"כ בשאר מצות שהמצנה השליח הוא עושה ע"י גופו אינו פוטר גופו של משלח כלל הדברים שבמעשה השליח אנו יכולין לדון פאלו המשלח עשה אכל מ"מ הגופים מחולקים ודבר הנעשה בגוף השליח אין יכולים לדון שהוא כנעשה בגוף המשלח והוא ברור ופשוט ולא הייתי צריך להאריך בזה רק אחרי רואי שהגאון בעל קצה"ח ז"ל קרא והטה ומיקרי וכתב לדחות ראית התב"ש ובמחילה מכ"ת לפום ריהטא כ"כ וליתא: ומ"ש בקצה"ח שם כי מ"ש בת"ש ואל תשיבני ממה שאמרו ביבמות גבי מצות תאכל כו' דהתם תנא בי' קרא לעכב א"צ לזה דנדאי במידי דאכילה לא שייך שליחות כו' וגם מ"ש מהא דאמרין מצנה בגדול לייבם כו' ותמהני איך עלה על דעתו הנפלאה דהא שאחד מייבם מטעם שליחות הוא אלא דהתם לא מתורת שליחות הוא אלא פינן שהגדול אינו רוצה מחזירין על שאר האחין ואפ"ל אם הגדול אינו רוצה שיבמו שאר האחין ומשום דייבום הוא בכל האחין ומצנה בגדול לייבם ואם לא רצה הרי הוא מצנתו בשאר האחין עכ"ל.

ויש להפליא עליו שתלה בוקי סריקי באא"ז ז"ל לומר שעלה על דעתו דשאר האחין המייבמין הוא בשליחות האח הגדול וגרם לו זה שהעתיק דברי אא"ז שלא פראוי והחליף השחיטה ונתן עליונים למטה ותחתונים למעלה והעתיק תחלה מ"ש בת"ש בשם הד"מ שכתב שהוא מדין שלוחו של אדם כמותו ואח"כ העתיק מ"ש ואל תשיבני כו' ולכן הי' סבור דהתב"ש מפרש דהתם מדין שליחות הוא כמ"ש בשם הד"מ אבל באמת הקורא למפרע לא יצא ידי חובת העיון בזה והמעניין בדברי אא"ז יראה דמעיקרא לאו מדין שליחות קאתי עלה וע"ש בסוף הס"ק דסיי' בה להדיא וז"ל ומש"ס ושאר ראיות שהבאתי נלמד לכסוי דשרי לפרקים לכבוד המהדר אחר המצנה כו' אבל דרף שליחות לא כמש"ל דמצנה בו כו' וכ"ש שלא יטול ממון למפור וע"ז נאמר אמת קנה כו' עכ"ל ומסוף דבריו נזכר שראש דבריו המה אמורים לענין לכבוד לאחר שלא בדרף שליחות אי שרי לכתחילה משום דחזינן שהתורה הטילה המצנה עליו וכן מבואר שם באמצע דבריו במ"ש איברא דקי"ל מצנה בו רק לפע"ד דוקא היכא דקעביד שליח לא בדרף שפכד לאחר לזכות במצנה רק נראה שאינו רוצה לטרוח בעצמו כו' אבל בדרף כבוד כו' ע"ד שאמרו ביומא דף ל"ט דדמי למי שמודד אפרסמון שאומרים לו בא ונתבסם אני ואתה שהוא גרם המצנה והאחר עושהו ומתבסמים שניהם כו' מבואר מדבריו ז"ל דאף

ע"ג דבתורת שליחות הש"כר מצנה להמשלח מ"מ פשעושה שליח שלא לטרונם בעצמו יצא קצת ש"כרו בהפסידו שפראה בעצמו שאין המצנה חביבה עליו לטרונם בה משא"כ פשעמכבד בה לאחר אע"פ שהאחר זוכה בעשיית המצנה מ"מ פינון שהוא דרף פבוד שנה שמח ומחזיק טובה למכבד לא אבד ש"כרו מבעל הגמול שהוא הגורם לעשייתה וזוכה ומזכה אחיו עמו.

וע"ז פא בראש דבריו להביא ראיה ממנהג לכבד במילה לאחר אף לכתחלה ושוב הביא מפהו המקריב דמשמע שנותנה לאחר אף לכתחלה וכן מנדרים בתורם משלו על של חבירו דאף שתאמר צריף דעת בעלים מ"מ יכול הוא להרשותו אע"פ שנה האחר הוא הזוכה במצנה זו של התרומה והמצנה היא מןטלת עליו והיינו דמיייתי מנדרים ולא מיייתי מדין שליחות המבואר במס' תרומות ובקידושין וכל הש"ס משום דמשליחות אין ראיה דאז הני פשעושה בעצמו וש"כר מצנה שלו משא"כ התם מבואר דאע"ג דמצנה דילג' הוא להפריש תרומה יכול להרשות לאחר שיזכה במצנה ומכ"ש אם נאמר שא"צ דעת בעלים וחסבינו לי לזכות מה שהאחר תרם משלו לפי שלא אבד בזה ש"כר המצנה פינון שהוא גרם לה (ומ"ש בתב"ש שם אדרבה מהתם ילפינו שליחות כו' מלתא בעלמא נקט לסיועי דמדינא שרי להרשות לאחר ע"ש) ושוב מיייתי ראיה מיבום דלא אמרינו מצנה על הגדול לייבם את פולם אלא קאמר אם רצה כו' אלמא דגוף המצנה המןטלת עליו ברצונו תליא מלתא ולא אמרה תורה המצנה אלא שאם רוצה הוא קודם למצנה זו ואם הוא מסלק עצמו המצנה על השאר ומעולם לא עלה על דעת אא"ז ששאר האחים הם שלוחים של הגדול ושוב אח"כ הביא הא דמצנה בו כו' ודברי הא"ז וד"מ ומחלק בין שלוחים בשביל שאינו רוצה לטרונם למכבד ק בדרף פבוד ואח"כ הביא דברי הש"ף ע"ש: ועתה אבאר פי מ"ש הגאון בספר המקנה בסוף דבריו דאף הש"ף לא קרא תגר אלא למכבדים אחרים במצנה אבל אם הוא מדין שליחות שהמצנה של האב אין בזה ביטול מ"ע דאב אלא משום דמצנה בו יותר כו' ובזה נדחו כל הראיות שהביא התב"ש משליחות דתרומה ומפהו העושה שליח להקריב קרבנותיו ומשליח לעשות מזונה דפשיטא דבכל המצות קי"ל שלוחו של אדם כמותו אלא דמצנה בו יותר עכ"ל ואני תמה מאד שהרי מבואר מדברי התב"ש שהוא סובר דנדאי אי בעי למעבד דרף שליחות מהני בדיעבד דשלוחו של אדם כמותו אבל עכ"פ לכתחלה אין לו לעשות פן דמצנה בו יותר והתב"ש חידש בדרב דאע"ג דדרף שליחות לא מהני רק בדיעבד מ"מ דרף פביבד אף לכתחלה שרי וכמש"ל באנרף וע"ז סובב ראיות אא"ז מהא דתרומה האמור בנדרים וכן בכהו שנותן לכל מי שירצה להקריב קרבנותיו (וימה דמשמע מספר המקנה דהו"ב דב"ק הוא בדרף שליחות דוקא הנה אע"ג דמפשיטות הש"ס משמע הכי דפריף שליח היכא מצוי משוי וז"א לפענ"ד כמ"ש לקמן) או במנחות דאמר ר"ג לר"נ קבע לי מזונתא ועביד הכי לכתחלה מוכח דלאו משום שליחות הוא דאל"כ: הו"ל למעבד בנפשיה משום מצנה בו יותר אלא ע"כ דאין כל ענין שליחות שוין דבכה"ג שנותן לאחרים לזכות במצנה דרף פבוד אין קפידא לעשות פן אף לכתחלה ומכ"ש לכבד לגדול וכמו דמיייתי בהא דסוטה דף י"ג שאמרו הניחו לו פבודו בגדולים משא"כ אם הנה דרף שליחות האיה התירו לכתחלה לעשות ע"י שלוחים ועי' בתב"ש שם שכתב דנדאי היכא דאמרינו מצנה בו אסור לעבור עליו כו' וגם הא דמיייתי מיבום דלא קאמר בגדול לייבם את פולם רק ברצה

תלֵיָא מְלֵתָא וְהֵתָם לָא שְׂיִכָא שְׁלִיחוֹת אֶלְמָא דְמָה שְׁהֵטִילָה הַתּוֹרָה הַחַיִּיב ע"ז יוֹתֵר הֵיִינוּ בְּמָקוֹם שְׂאִין אַנְשִׁים שְׁרוּצִים לַעֲשׂוֹתָהּ אוֹ כְּשֶׁהוּא רוֹצֶה הוּא קוֹדֵם אֲבָל אִם יֵשׁ שָׁם אַחֲרִים וּבְרִצוֹנוֹ הַנִּיחַ לָהֶם הַמְצָנָה אִין אִיסוּר בְּדָבָר וְאִף לְכַתְחֻלָּה יְכוּל לַעֲשׂוֹת כֵּן: וְאֶדְרָבָה נִלְעַנ"ד כִּי מ"ש בַּס' הַמְקַנָּה דָּאָם הוּא מְדִין שְׁלִיחוֹת הַמְצָנָה שְׁל הָאָב וּבְאַמַּת שְׁלִכְאוּרָה הִיא קְוֹשֵׁית הַד"מ עַל הַא"ז וְלַעַנ"ד נִרְאָה בְּדַעַת הַא"ז דַּס"ל שְׁלֵא נֶאֱמָרוּ הַדְּבָרִים דְּשְׁלוּחוֹ שְׁל אָדָם כְּמוֹתוֹ אֶלָּא לַעֲנִין הַתּוֹעֵל' שְׁל הַמְעַשֶׂה כְּגוֹן בְּקִידוּשִׁין וּגְיָרוּשִׁין וְכָל מִיּוֹדֵי דְבַעֵי שְׁלִיחוֹת וְאִם לֹא הָיָה זֶה שׁוֹלְחוֹ לֹא הִי' הַדְּבָר הַהִיא מְתַקְיָם אִם הָיָה עוֹשֶׂה מְעַצְמוֹ ע"ז אֶמְרִינָן דְּשְׁלוּחוֹ שְׁל אָדָם כְּמוֹתוֹ וּר"ל שְׁהַמְעַשֶׂה הַהִיא שְׁעַשֶׂה הַשְּׁלִיחַ מוֹעִיל וּמְתַקְיָם כְּאִילוֹ עֲשֶׂה הוּא בְּעַצְמוֹ וְכֵן לַעֲנִין דְּבַר עֲבִירָה דְּאִי לֹא דְקִי"ל אִין שְׁלִיחַ לַד"ע וְכֵן בְּמַעֲלָה וּטְבִיחָה וּשְׁלִיחוֹת יְד שְׁאָם לֹא הָיָה זֶה מְשַׁלְחוֹ לֹא הָיָה עוֹשֶׂה הַדְּבָר עַל דַּעַת עַצְמוֹ רַק עַתָּה שְׁשׁוֹלְחוֹ זֶה הוּא עוֹשֶׂה הַדְּבָר ע"ד מְשַׁלְחוֹ לְהִיּוֹת קוֹלָר תְּלוּי בְּצַוְנָאוֹרָו בְּזֶה אֶמְרִינָן שְׁהַמְעַשֶׂה שְׁעוֹשֶׂה ע"י שְׁלִיחוֹת זֶה הוּא מוֹעִיל לְחַיִּיב מְשַׁלְחוֹ כְּאִילוֹ עֲשֶׂאוֹ בְּעַצְמוֹ אֲבָל בְּדָבָר מְצָנָה שְׂאִין צְוֹרָף לְשְׁלִיחוֹת וּמְתַקְיָם הוּא בְּלַעֲדוֹ אֶפְיִלוֹ תֵּאמַר שְׁלוּלִי שְׁהֵיָה זֶה עֲשֶׂאוֹ לְשְׁלִיחַ לֹא הָיָה זֶה עוֹשֶׂה וְא"כ הוּא גֵרַם לְמַצָּנָה זֹו שְׁתַּעֲשֶׂה וּמְקַבֵּל שְׁכָר עַל הַמְצָנָה שְׁנַעֲשֶׂה בְּגִרְמָתוֹ ע"ז שְׁהֵטִילָה הַתּוֹרָה עָלָיו שֶׁהוּא יַעֲשֶׂה אִין מְקַבֵּל שְׁכָר כְּשֶׁנַּעֲשֶׂה ע"י שְׁלִיחַ דְּהָא מ"מ הוּא לֹא הָיָה הַעוֹשֶׂה רַק הַשְּׁלִיחַ וְנֶאֱנָן לֹא אֶמְרִינָן דְּכַשְׁהַשְּׁלִיחַ עוֹשֶׂה הַנִּי כְּאִילוֹ יְדוֹ עֲשֶׂתָה כֹּל זֹאת דְּהֵיִינוּ יְדוֹ מִמֶּשׁ אֶלָּא שְׁמוֹעִיל כְּאִילוֹ יְדוֹ עֲשֶׂתָה וְא"כ בְּמִלָּה דְּהַמְעַשֶׂה אֵינָה תְּלוּי בְּשְׁלִיחוֹת כֹּלֵל אַע"פ שְׁמַצְנוֹת מִלָּה גְתַקְיָם ע"י הַשְּׁלִיחַ וְאֶפְיִלוֹ בְּלֹא דִין שְׁלִיחוֹת מ"מ דִּין מְצוֹת הָאָב לֹא גְתַקְיָם ע"י הַשְּׁלִיחַ: וְאַמְנָם הַד"מ שְׁתַּמָּה עַל הַא"ז ס"ל דְּגַם לַעֲנִין זֶה מוֹעִיל שְׁלִיחַ שְׁל אָדָם כְּמוֹתוֹ לְדוֹן כְּאִילוֹ קִיָּם הָאָב שְׁמָה שְׁהֵטִילָה הַתּוֹרָה עַל הָאָב אֵינָה שְׁיַעֲשֶׂה הוּא בְּעַצְמוֹ אֶלָּא שְׁיַעֲשֶׂה הוּא שְׁלוּחוֹ שֶׁהוּא כְּמוֹתוֹ וּמ"מ י"ל דְּלַעֲנִין שְׁכָר הַמְצָנָה אֵינָה שְׁל הָאָב רַק שְׁל הַשְּׁלִיחַ דְּזֶה שׁוֹלֵחַ וְזֶה עוֹבֵד לֹא אֶמְרִינָן דְּהָא לַעֲנִין קִיבוּל שְׁכָר הַמְצָנָה הַשְּׁלִיחַ אֲדַעֲתִיָּה דְּנִפְשִׁיָּה קַעֲבִיד לְקַבֵּל שְׁכָר מְצָנָה וְאִם נֵאמַר שְׁהַשְּׁכָר הוּא שְׁל הָאָב א"כ נֶאמַר שְׁהַשְּׁלִיחַ הַעוֹשֶׂה הוּא יֵצֵא נְקִי וְהוּא מְשַׁמֵּשׁ שְׁלֵא עַל מְנַת לְקַבֵּל פְּרָס זֶה דְּבָר שְׁאֶפְשֵׁר לְאֶמְרוֹ אִם הָאָב הוּא נוֹתֵן שְׁכָר לְמוֹהֵל לְמוֹל אֵת בְּנוֹ וְיֵצֵא שְׁכָרוֹ בְּהַפְסָדוֹ כְּשֶׁכָּר עוֹה"ב אֲבָל אִם הוּא מוֹהֵל בְּחֻנָּם וּבְצַע כְּסָף לֹא לְקַח וְגַם בַּעוֹה"ב אִין לוֹ שְׁכָר טוֹב בְּעַמְלוֹ אֲתַמְהָה כִּי כְּפָה גְדוּלִי הַדּוֹר אֲשֶׁר הִתְחַזְּקוּ בְּמַצָּנָה זֹו בְּיַתֵּר שְׁאֵת וּמְחַזְּרִין אַחֲרֶיהָ כְּפָה דְּאֶפְשֵׁר וְדוֹחִין מִפְּנֵי כְּפָה מְצוֹת וּשְׁכָר פְּעוֹלָתָם יִקַּח אַחַר (וּקְצַת יֵשׁ לְדַחוֹת דְּרוּבָא דְּאִינְשֵׁי אֵינָם יְכוּלִין לְמוֹל וְא"כ לֹא מְצִי מְשׁוּי שְׁלִיחַ.

אֲבָל בְּאַמַּת ז"א כַּמ"ש לְקַמֵּן) וְאִם נִפְשֵׁף לּוֹמַר שְׂאִין הַקַּב"ה מְקַפֵּחַ שְׁכָר כֹּל בְּרִיָּה וּבְאַמַּת נוֹתֵן לְמִשְׁלַח שְׁכָר מְצָנָה שְׁנַעֲשִׂית ע"י שְׁלִיחַ שְׁמַעֲלָה עָלָיו כְּאִילוֹ עֲשֶׂאוֹ בְּעַצְמוֹ וְגַם לְשְׁלִיחַ שְׁעַמֵּל וְיַגַּע בָּהּ מְקַבֵּל שְׁכָר חֵלֵף עֲבוּדָתוֹ אֲשֶׁר עֲבַד אִף אֲנִי נֵאמַר לְהִיָּפּוֹף שְׁעִיקָר הַשְּׁכָר הוּא שְׁל הַשְּׁלִיחַ כִּיּוֹן שְׁזֶה סִילָק מְעָלָיו צְוֹרָף הַמְצָנָה וּמַעֲשֶׂה הַמְצָנָה קִיָּם כְּלִי שְׁלִיחוֹת וְהַשְּׁלִיחַ אֲדַעֲתִיָּה דְּנִפְשִׁיָּה קַעֲבִיד לְקַבֵּל שְׁכָר הַמְצָנָה שְׁעַשֶׂה וְלֹא ע"ד שְׁיַקְבֵּל הַמְשַׁלֵּחַ וְאִף שְׁלֵא הָיָה סִיפּוּק בְּיָדוֹ לַעֲשׂוֹת זוּלַת רְשׁוֹת הַמְשַׁלֵּחַ מ"מ אִין לוֹ שְׁכָר עֲשִׂית הַמְצָנָה מִמֶּשׁ דְּהָא לֹא טְרַח בָּהּ וְלֹא מִיּוֹדֵי עֲבִיד דְּשְׁלִיחוֹת זֶה אֵינּוּ מַעֲלָה וּמוֹרִיד לְהִיּוֹת קַרִי שְׁלִיחוֹת רַק הִרִי זֶה כְּנוֹתֵן רְשׁוֹת לְבַד וּמ"מ עִיקָר הַשְּׁכָר שְׁל הַשְּׁלִיחַ הוּא: וְלָכֵן

נלע"ד דהא נדאי לענגן מ"ש הש"ך שישי פאן ביטול מ"ע שהמצינה על האב והוא מבטלה בזה שפיר קאמר הד"מ דהא קי"ל דשליחו של אדם פמותו ומועיל לענגן זה שלא יהיה לו עונש פדין מבטל מ"ע ציצית ותפילין וכיוצא אבל מ"מ לענגן השכר לא מהני שהוא יטול השכר של המצינה פיון דהשליח אדעתיה דנפשיה קעביד שהוא העושה וטרח במצינה ונהרי זה פמי שהזמין לעבודת המלך וזה שולח אחר בחריקאו שאע"פ שאין עונשין מן הדין לזה שהוטלה העבודה עליו פיון דענין גברא בתריקיה מ"מ מה שהעובדין נוטלין פרוס מבית המלך אין לזה חלק בו רק יתן לאשר עמל בה ועי' בכר"ו ופכתב ג"כ כמ"ש במקנה דבשליחות השכר של המשלח ולפענ"ד ז"א ומ"ש ראיה משליחות לד"ע פבר פתבתי דהתם אין זה עושה ע"ד עצמו פלל רק ע"ד המשלח ולכן פיון דאמרינו דברי הרב כו' נמצא דלא עביד ע"ד המשלח רק הוי פעושה לדעת עצמו אע"פ שזה אומר לו להיות שלוחו וה"נ בשליחות לדבר מצינה והוא עושה ע"ד שהשכר של המצינה יהיה לו ואין מעלה על לבו פלל שלא יהיה לו שכר בזה ובכא רק למשלחו וא"כ השכר של השליח הוא וא"כ מ"ש בקצה"ח שראיית הש"ך מהרא"ש שפסק שאם האב אומר לזה שימול וקדם אחר פטור דאם איתא דמהני שליחות א"כ למה פטור מלידתו לאב שהפסידו שכר מצינה שהיה לו ע"י שליחות זה כו'.

והנה פבר פתבתי שבש"ך מבואר שאין פנונתו לזה וגם דמאן לימא לן שאם היה האב פא לתובעו לזה שלא עשאו שליח לא היה מחויב לו ליתן רק הרא"ש קאי שם על עובדא ד"ת שזה שאמר לו האב למול הוא היה התובע אבל האב לא פא לתבוע פלל דלא איכפת לי בזה אם הוא המוהל או אחר וגם בפשיטות י"ל דע"כ לא נחלקו אלא אם האב בעצמו הוא מוהל אם יכול למפור המצינה לאחר ועל זה שפיר כתב הד"מ דשלוחו של אדם פמותו דכיון דהוא מלתא דאיהו מצי עבוד מצי משוי שליח משא"כ אם האב אינו יודע למול פלל אין פאן תורת שליח וכמבואר בנזיר ובב"ק דף ק"י דדוקא בזמן או חולה דמצי למעבד ע"י הדחק מצי משוי שליח א"כ היכא שאין האב יכול לאמן ידיו פלל לא מצי משוי שליח רק שזה תובעו שהאב פקיד אותו במצינה זו וזכה בו ופטרו ר"ת.

וע"ז פתב הרא"ש דבלא"ה פטור פיון שהאב אינו יודע למול וכל ישראל חייבין למולו לא זכה בו בדיבור האב כו' וא"כ אין משם ראיה פלל לכאן: ולכאורה לפמ"ש בספר המקנה והכר"ו דע"י שליחות המצינה על האב מוכח דאם האב אינו יכול למול לא משוי שליח דאל"כ הי' החיוב מוטל על כל מי שישי לו בן למול לומר למוהל שיעשה דרך שליחות ואז קנים המצינה שהטילה התורה על אבי הבן למול והיינו הוא או שלוחו וכדאמרינו נמי גבי גט וכתב לה דהיינו הוא או שלוחו ולפ"ז למה קרא הש"ך פגך דוקא על אותן שיודעין למול ומכפדים לאחרים דלדברי ספר המקנה ממ"נ אם בדרך שליחות מותר אף שיודע למול ואם בדרך פבוד מה בכך שאינו יודע למול מ"מ מפקיע המצינה אלא ע"כ כמ"ש דאם אינו יודע למול אין פאן דין שליחות פלל.

אף לפ"ז קשה להפוסקים דבעינו שליחות בכתיבת הגט דהא על הרוב אין הפעל יכול לכתוב ואפי' ע"י הדחק ואיך מצי משוי שליח ובאמת שכבר עמד בזה בספר מחנה אפרים ובספר בית מאיר ע"ש באורף ובמחנה אפרים פתב לחלק דדוקא היכא דלאו בר עשוי פלל פגון ישראלים דלאו בני קרפנות נינהו או היכא דהגריעות במעשה שהוא דבר שלא

בא לעולם והקשה ע"ז מהא דב"מ דפריה ואי דלא מצי עביד עבודה שליח היכא מצי משוי ומשני דמצי עביד ע"י הדחק ומאי קושיא דהא היינו דנקא היכא דלאו פר עשוי פלל ע"ש ולענ"ד נראה דהתם לא מיירי לענן אם מהני מיוני שליח דבאמת א"צ שליחות לגוף הקרבה כמ"ש ר"ה ברי' דר"י בקידושין דשלוחי דרממנא גינהו דאל"כ קרפן של ישראל היכא מצי לאקרובי דמי איפא מידי כו' רק התם מיירי לענן הזכות שזיפתה תורה לכהן להקריב קרבנותיו במשמר שאינו שלו אם יש לו זכות למסור לאחר ולומר שזה שלווחו פמותו והוא מקנה לו הזכות שלו ואהא קאמרינן דאם לא מצי עביד עבודה בנפשי שליח לא מצי משוי ר"ל דבשלמא אי מצי עביד שפיר י"ל שפסר זכות לאחר ואפי' עבודתה ועורה שלו ואי לא מצי עביד אין שליחות פלום דקרא ובא בכל אנות נפשו ושרת וכינן דלא מצי מה פחו יפה למסור לאחר וכן מבואר שם בהא דכ"ג אונן דקאמר סד"א פי חס רממנא עליו דכ"ג לקרובי הוא אבל לשונן שליח לא מצי משוי קמ"ל.

ולכאורה מצי משוי שליח פיון דהוא מצי עביד יהי מאיז טעם שיהי ולפמ"ש א"ש דסד"א דמ"מ זה לא זיפתה לו תורה שיהי יכול למסור זכותו לאחר אף במקום שהוא אונן ודי לו בהא דחס רממנא עליו שהוא בעצמו יהיה יכול להקריב וקמ"ל דאף בכה"ג יכול למסור זכותו לאחר והיינו כמש"ל דלא מיירי מענן אי מהני ע"י שליח דנדאי מהני וא"כ גם אם אינו יכול למול שפיר מצי משוי שליח פמו שליחות דכתיבת הגט וא"כ לעולם הי צריה לכבד לחבירו בדרהו שליחות דנקא ומעולם לא שמענו זה והמוהל אדעתיה דנפשי עביד ולא ע"ד שהוא שליח האב פלל ופוק חזי מה עמא דבר שאין שום אדם מכוין שיהי המוהל מדין שליח בין אם האב יכול למול או לא וע"כ כמ"ש אא"ז דהמצנה המוטלת על האב ברצונו תליא מלתא ואם לא רצה מכבד לאחר לכתחלה ואינו חושש וא"צ לבא בדין שליחות פלל: ומ"מ אע"פ שפירתי דשינה שליחו אע"ג דהאב א"י למול אפ"ה א"ש דברי הרא"ש שהקשה בקצה"ח שהאב יתבע.

ולפמ"ש ז"א דכינן דהאב א"י למול אין זכות פלל לענן זה שימסר לאחר זכותו וכמבואר ממה שפרשתי בדברי הש"ס דב"ק דפריה אי דלא מצי עביד שליח היכא מצי משוי דהיינו שלא זכה בזה שימסור לאחר והתם איירינן בזכות שזכתה לו תורה ומכ"ש בזה דלא בא התורה לזכות רק לחוב אותו ולהטיל עליו מצנה זו יותר מאחרים רק דממילא נחשב לו לזכותו מצנה דיליה הוא והאחר החוטף ממנו הו"ל פעני המהפך כו' ובה קנסוהו לשלם לו ג"כ שכר מצנה אבל מ"מ לא קנה לה לעשות שליח עליו ושיקבל שכרו משלו פאלו מידו היתה זאת וכמש"ל באורח ואתהלכה ברחבה לבאר יותר בענן זה שפל עיקר דין השליחות הוא שהדבר המוטל על אדם זה יכול להתקיים ע"י עשיית שלווחו ויש בו שני ענינים הא' הוא שאינו מתקיים בעשיית אחר אם לא שהוא נעשה שליח מהבעלים פגון קידושין וגיטין ושחרורי עבדי ושחיטת קדשים ותרומה וכן מעילה וטביחה ושליחות ד' דמרבנין להו שאע"פ שהוא שלד"ע מהני הנה פולהו אין להם קיום אם לא נעשו דרה שליחות מהבעלים משא"כ שאר מצות פל שהם מתקיימים ע"י עשיית אחרים הם מתקיימים שלא ע"ד שליחות פלל שאפי' אם נעשית בלא שליחות מהבעלים היא קיימת אלא שיש חלק מהם שהטילה התורה המצנה תחלה על מי שהדבר ברשותו או שהוא העושה וכגון מילה וכיסוי וכיוצא שאז אם אחד בא ועשה בלא רשותם חיסר

מהבעלים מצוה וקנסוהו חכמים לשלם להבעלים שכר מצוה ומ"מ הדבר פשוט שאותן המצוות שהם יכולים להתקיים בלא שליחות אין להבעלים זכות בעשיית המצוה לומר שאם הוא רוצה להסתלק ממנה יש לו בה טוה"נ ליטן אותה למי שירצה פשיטא שז"א דנדאי אין לו זכות בה יותר מאחר רק חיוב מוטל עליו יותר מאחר וכל זמן שאינו פורק מעליו עול החיוב הוא קודם לזכות בעשייתה מאחר והיינו טעמא דמילה וכסוי פיון שהחיוב עליו ביותר ואין האחרים מתחייבין בה עד שיסתלק הוא וכל זמן שלא נסתלק הוא קודם לכל אדם והחוטף ממנו המצוה יש לקנסו אבל מעולם לא ניתן לו פח להיות זוכה בהמצוה לעשות שליח בחריקאו אלא אם הוא מושף ידו מלעשותה הרי כל אדם מתחייבין בה ונד פולם שוין בה ולא מצינו בשום מקום שיהי' זוכה לעשות שליח ולמנוע אחרים מלעשותה לא מדאוריין ולא מדרבנן והיינו דכתב הרא"ש דאם אין האב רוצה למולו פל ישראל חייבין למולו ובדבור שאמר האב למהל לא זכה במצוה לחייב לאחר אם קדמו עכ"ל ופשיטא שאין פוננתו דדוקא בדבור לא זכה אבל יכול להקנות לו בקנין אחר שיזכה בה דפשיטא דלא שייך פאן אלא ר"ל דבשביל דבור האב אין לו זכות שמיד שמסתלק האב בעצמו החיוב חוזר על פל ישראל שאין זכות לאב לענין לעשות שליח שהתורה לא הטילה עליו רק חוב שלא ע"מ לזכות להיות מזכה אחרים הבאים מפחו שלא יקדמו אחר ולפ"ז הדבר ברור שגם האב שעשה שליח למול אינו יכול לתבוע האחר שקדמו פיון שאין בידו זכות זה, פלל לעשות שליח וגם המוהל אינו יכול לתבוע ולומר שהאב סילק זכותו ונתנו לו שמיד שהוא מסלק זכותו הרי הוא בו פכל אנשים ואין לו זכות מן הדין לומר בפלוני אני רוצה ולא באחר ובזה חולק הרא"ש על ר"ת דמשמע מדבריו שיש לאב פח לתת זכותו למי שירצה ולכן הוצרך לטעם דלא עבדינו שליחותיהו ע"ש והרא"ש ס"ל דזכות האב לו לבדו ואין לזרים הבאים מפחו פלוס וא"כ מ"ש בקצה"ח ראיה מהרא"ש דכתב דפטור זה שקדמו דמ"מ יתחייב לשלם לאב ז"א מהני טעמא דכתובא ומכ"ש לפי דעת המע"מ שאין זה רק שכר ברכה ולא שכר המצוה עיין בפ"י סי' שפ"ב א"כ פשיטא שאין ראיה פלל וקצת: וטרם אכלה לדבר נראה להביא ראיה מן המקרא פרשת שמות ויהי בדרך במלון כו' ותקח צפורה צר ותכרות את ערלת בנה כו'.

ולכאורה קשה פיון שהמצוה היא מוטלת על האב והיא עשה שקודם הדבור איך בטלתו למשה במצוה זו ואע"ג דאליבא דריב"ג דמפרש קרא ויבקש המיתו היינו במשה לפי שנתעסק במלון תחלה וכן פירש"י בחומש א"ש שמאחר שראתה שאין סיפוק בידה לעשות והוא מסור בידי מלאך אכזרי להרגו נזדרזה למולו ולא השגיחה על פיטול העשה דחמירא סבת' מ"מ הא בדרך ל"ב אמר רשב"ג שלא למשה בקיש להרוג אלא לתינוק כו' ולדידיה תיקשי למה לא מלו משה בעצמו אחר שע"ז המלאך הרגישו שפא על עסק מילה ודחוק לומר שמשה לא ידע מזה ולא הנה לה שעות להודיעו וא"ל לפמ"ש בספר המקנה שפיר קיים העשה שעשה אותה שליח והרי הוא פאלו הוא קיים העשה ז"א דהא בע"ז דף ר"ז פ"י אמ"ד אשה פסולה למול מהא דצפורה ומשני ותקח כתיב ותכרות כתיב דאמרה לאחרים ועבד וא"כ האיך היתה היא יכולה להיות שליח פיון דאיהו לא מצי עבדה ובדחוק י"ל שהיא באמת לא נעשית שליח רק שמשה צוה לה שהיא תמנה שליח בחריקאו ועיין ברא"ש סוף פ"ב דגיטין בשולח ע"י נכרי ומצוה למנות שליח

וקצרתיו ועינין בע"ז שם דאמר ואי בעית אימא דאתחילה איהו ואתי משה וגמרה ונראה דאזלא אליבא דמ"ד דמפרש ויבקש המיתו קאי על משה ואחר שיהיה ממנו גמר משה בעצמו ולפום תירוץ קמא היא או שלקחה גמרו ג"כ: ונלענ"ד לפרש בזה לשון רש"י ז"ל בחומש שפתב והיה המלאך נעשה כמין נחש ובולעו מראשו כו' הבינה צורה שבשכיל המילה הוא בא ואח"כ על פסוק ויך ממנו פ"א אז הבינה שעל המילה בא להרגו והוא תמוה וכבר עמד הרא"מ ושאר מפרשים ולפמ"ש י"ל דנדאי ארגשה מעיקרא שעל המילה בא רק שהיתה סבורה שאין בדעתו להרגו רק בא לרמוז לו שימול אותו.

אך לפ"ז אחרי עשות הרמז הזה הי' לו לירך ממנו מיד פי מסתמא אחרי שגפקחו עיניו פי לא יפה עשה שנתרשל יתעסק במצנת מילה מיד וימול אותו בעצמו ויקיים המצנה שהטילה עליו ומצנה בו יותר משלוחו, אך באמת המלאך לא הך ממנו ועשה פן כמה פעמים שמחמת זה לא היה יכול לעשות בעצמו וזרזה היא ומלה אותו ואז הך ממנו ולא קודם וגרם עי"ז ב"טול מ"ע שהי' על משה שהי' לו להניחו מיד לקיים המצנה בעצמו או עכ"פ מיד דאתחילה הי' לו לירך ממנו שהיא יגמרה וכיון שלא השגיח על ב"טול מצנה שעל האב ולא הך עד שנימול מזה הבינה שעל אודות מצנת המילה בעצמה שהיא גדולה מאד בא להרגו שזה עיקר המצנה וכיון שגמרה המילה הך ממנו ולכן אמרה חתן דמים למולות ר"ל לא על מצנת האב רק על עיקר מצנת המילה בעצמו הי' הולך למות ויש להמתיק הענין יותר וקצרתיו ועכ"פ נראה ברור כמ"ש שאם הי' מקום לחשוב שזו המצנה שעל האב היא מצנת עשה בפ"ע ומתקיימת ע"י שליח הי' החיוב מוטל על כל אדם שיש לו בן למול לעשות את המוהל שליח ולא יעשה על דעת עצמו רק על דעת משלחו ואף אם האב אינו יודע למול וכמ"ל דאף בכה"ג מהני לי' השליחות אלא ע"כ ש"המצנה שעל האב אינה עשה לעצמה ומ"ש הש"ך שהנותן לאחר כשיודע למול הוא מבטל מ"ע לדבריו הו"ל למימר דאף כשאינו יודע למול אם נותן שלא בדרך שליחות הוא מבטל מצנת עשה ונראה שמ"ש שב"טול מ"ע הוא ע"פ מה שהזכיר שם מדברי הרמב"ם בהלכות מילה שמצנה על האב תחלה וב"מב"ם שם איתא ומצנה על האב למול כו' עבר האב או האדון ולא מל אותו ב"טול מ"ע כו' אך באמת פשוט דכוננת הרמב"ם דהיינו כשהגיע הזמן למול אותו ולא מלו הוא עובר בעשה שהוטל עליו למולו וכל זמן שלא נימול כלל בכל שעתא קאי עלי' בעשה אבל אם בהגיע זמן לימול בין ע"י האב או ע"י אחר סגי בהכי ואין האב עובר בעשה כלל וכיון שמימינו לא שמענו אף מגדולי הדור ורבנן קשישאי דעבדי הכי ליקח מוהל בדרך שליחות ע"כ כמ"ש שאין זה עשה בפ"ע וא"כ אף כשיודע למול והיה יכול לעשות שליח א"צ לזה והדין דין אמת כמ"ש אא"ז שאם עושה לסלק הטורח לאו שפיר עביד וע"ז אמרו מצנה בו יותר אבל בדרך כבוד שפיר דמי וראיה לדבר ברכת המזון עיין בסי' ר"א בש"ע ומג"א שם ופשיטא שאין לומר ששם רשאי ליתן לאחר כדאמרי' אורח מברך פדי שיברך את בעה"ב דפשיטא שאין זה מספיק שיהא רשאי לבטל המצנה וגם כי הגדול רשאי לכבד הקטן וגם בחולין דא"ל כוס של ברכה אתה שותה כו' ע"ש הנראה לפענ"ד פתבתי הק' אפרים ולמן מרגליות מבראד.

והנה אחי הקריף ובקי מוה' אליקים געציל נ"י אמר שיש להביא ראיה משבת פ"ק ר"א דמילה דאמר התם רב אדא בר אבהו הו"ל יבוקא שנולד מהול ואהדריה אתריסר מהולי

ושוב מלו בעצמו ועשאו פרות שפכה ע"ש והראיתיו שהתה"ד סי' רס"ה רצה להביא ראיה מזה דאבי ה"ן לא ימול בשפת ושוב דחה זה דהוי מהדר אאחרני לפי שלא רצה בידים לעבור אדרב א"נ משום דנולד פשהוא מהיל צריף אמנות יתירה ואיהו נמי הוי מוהל אבל לא הי' בקי בהפלגה פולי האי ע"ש ובזה נדחה נמי ראית אחי נ"י.

ומצאתי בספר יד אליהו סי' נ"א עמד ג"כ בענין זה ודעתו כא"ז וע"ש לענין לפדות ע"י שליח ויש לישא וליתן בדבריו וקצרת פעת:שאלה סח לכבוד אהו' ידידי החכם השלם נ"י אשר שאל כ"ת לענין במיליו הנה מפאת טרדוטי בענינים הנוגעים למעשה אפס קציהו אראה והנה במ"ש כ"ת ב'שוב קושני' התוס' שם ד"ה ותנא תונא דהו"ל למימר ותנא תונא אקמיתא והביא בזה מ"ש בספר קצה"ח הבא מן החדש שכתב דבכל פס"ד י"ל בו כי היכא דאנו סהדי כו' לבבי לא כן ידמה לענ"ד נהפוך הוא ואדרבה בהכי מתנישבא קושני' התוס' שפיר טפי ואכתוב הנלענ"ד בענין זה ומתחלה אבאר דהנה דעת הפוסקים דפסק ב"ד ח'שוב פעדים והש"ף רוצה להוכיח זה מדאמרין אנו סהדי מאי דתפיס כו' וכלומר שיהי' הב"ד מאמינין לו ובקצה"ח שם כתב דב"ד אלימי מעדים ולפ"ז אדרבה קשיא טפי מאי מיייתי ראי' מב"ד לעדים אף י"ל דנדאי איכא פרונייהו דבתחלת ביאתן לב"ד איכא סברא דאנו סהדי כו' פיון דחזקה מה שביד אדם כו' וכן י"ל שיש פאן דין מודה מקצת מחמת פסק ב"ד שיהי' על הב"ד לפסוק שהחצי שלו ונ"מ דאם אנו תופסין אותו שהוא מודה מקצת מחמת שהתפיסה שלו נחשב פעדים איכא למיפרי כו' היכא דאנו סהדי כו' ואם נתפוס למ"מ מחמת פסק הב"ד ליכא למיפרי כו' כי היכא שהב"ד פוסקין להאי כו' דז"א שבאמת כף הוא פסק הב"ד לפי שהם אינם יכולין להוציא מה שהוא תפוס ת"י הרי הם מוכרחים ע"פ פס"ד שלהם להחזיק את זה שיעמוד בשלו וישבע על המותר וכן השני וככל מודה מקצת דעלמא שנותן מה שמודה ונשבע על השאר שהוא מוחזק בו ופאן מה שפוסקין לו הב"ד ח'שוב כהודאה ועוד יש נ"מ דאם אין באין עליו מצד אנו סהדי י"ל דלא מחשב הילך פיון שמ"מ זה כופר בדבר וצועק שהוא שלו וכ"ז שלא נפסק בב"ד אע"פ שהוא תחת יד זה מ"מ אין לדמותו להודאה ואומר הילך פלל וענין לקמן ברש"י הך גירסא שטרך דקמודי בי' כו' משא"כ אם באין עליו מצד פסק הב"ד הרי הב"ד פוסקים שהוא של זה שתופס בו וא"צ שוב להודאת הנתבע והכחשתו ושפיר הוי הילך ולפ"ז כדבעי לאתויי אדר"ח קמיתא י"ל דהוי ס"ל הילך פטור וא"כ ע"כ שאין השבועה במתני' משום פסק ב"ד דזה הו"ל הילך וע"כ השבועה משום דבתחלת ביאתם לב"ד אנו סהדי כו' ובזה תיקשי כי היכא דאנו סהדי להאי כו' ולכן קאמר תנא תונא אאידיך דר"ח וכדגרסינן פיון דתפוס הילך הוא ולא גרסינן אנו סהדי דלאו מהאי טעמא אתינין עלה כ"א מצד שע"י התפיס' אנו מוכרחין לפסוק שהוא שלו וזה הוי הילך ומוכח דהילך חייב וליכא למיפרי כו' כי היכא דאנו כו' כמ"ש דבפסק ב"ד לא שייך קו' ולכך ליכא לאתויי אקמיתא פלל רק דמוכח הילך חייב ומ"מ מסיק דשבועה זו תק"ח דמ"מ לא הוי כמ"מ ממש מחמת פסק הב"ד כדעת הפוסקים החולקים רק מחמת דהוי פנותה באורייתא והוא כפתור ופרח: ועוד נלענ"ד ליישב קושית התוס' דבאמת סברא פשוטה להש"ס כמ"ש התוס' דהא דתפיס הוי הודאה ולפ"ז קשה האיך פשוט לעיל העדאת עדים מינה וצ"ל דבאמת ס"ל דאע"פ שמה שתופס הוי כהודאה מ"מ מה דלא תפסו בה רק שהוא בחזקת שניהם אף ע"ג דגם בזה אנו סהדי פיון שהחצי הוא

בְּחֻקֵּי כ"א מ"מ זֶה לֹא מְחַשֵּׁב הוֹדָאָה רַק כְּמוֹ הַעֲדָאָת עֲדִים לְבַד הַלְפָּה פְּשׁוּט מִיָּנָה דר"ח קְמִינְיָא וְאֵהָא פְּרִיָּה בִּינּוֹן דְּאֲמַרְתָּ דְּהוּי פְּאָלוּ יֵשׁ לַכ"א עֲדִים עַל הַחֲצִי א"כ קִשְׁיָה פִּי הֵיכָא דְאַנּוֹן סְהַדִּי כּו' אִף הַשְּׁתָּא דְבְּעֵי לְמִימַר וְתִנָּא תוֹנָא אֲאִידָּהּ דר"ח א"כ מְצִינּוֹן לְמִימַר דְּבִאֲמַת מַה דְּתַפְּסוּ בְּהַ חֲשִׁיב הוֹדָאָה וּמַה דְּלֹא תַפְּסוּ רַק שְׁהוּא בְּחֻקֵּי שְׁנִיָּהֶם לֹא אֲמַרִּינוּ עֲלֵה אַנּוֹן סְהַדִּי וְאִף כְּהַעֲדָאָת עֲדִים לֹא חֲשִׁיב וְכ"א פְּנֹפֶר לְחַבְרִירוֹ הַטְּלִית וְאִין כְּאִן הוֹדָאָה רַק מַה שְׁתַּפּוּס בְּיָדוֹ וְשִׁפִּיר הוּי מ"מ וּמִשְׁתַּבַּע וּמוֹכַח דְּהִילָּךְ חֲזִיב וְלֹא שְׁנִיָּהּ לְמִפְּרָה פִּי הֵיכָא דְהָאִי דְאַנּוֹן סְהַדִּי כּו' אוּ פִּי הֵיכִי דְהָאִי מוֹדָה מְשׁוּם דְּמָאִי דְּלֹא תַפּוּס בְּהַ לֹא כְּהוֹדָאָה הוּא וְלֹא כְּהַעֲדָאָת עֲדִים מִשְׁא"כ לְעֵיל פְּרִיָּה שִׁפִּיר פִּי הֵיכָא דְאַנּוֹן סְהַדִּי דַּע"כ מוֹכַח דַּס"ל דְּמַה דְּלֹא תַפּוּס הוּי הַעֲדָאָת עֲדִים עַכ"פ דַּא"ל"כ אִין שְׁם מְקוּם לְהַעֲדָאָת עֲדִים דְּמַה דְּתַפּוּס הוֹדָאָה הוּא: וְא"ל דְּלַפִּי"ז אֲפַתִּי מִנ"ל הֵתֵם דְּמִשׁוּם הַעֲדָאָת עֲדִים נְשַׁבַּע דְּלִמָּא מְשׁוּם הוֹדָאָת מְקַצָּת בְּמַה דְּתַפּוּס כְּמוֹ דְּקִאֲמַר הַשְּׁתָּא ז"א דִּי"ל דְּהוּהָ קַס"ד דַּס"ל הִילָּךְ פְּטוּר אוּ י"ל דְּהוּי ס"ל דְּמַה דְּתַפּוּס הוּי טְפִי מִהִילָּךְ דְּכִמָּאן דְּפָסִיק דְּמִי וְלֹא שְׁנִיָּיָא גַבִּי הוֹדָאָה כָּלֵל אֲבָל הַשְּׁתָּא ס"ל דְּשִׁפִּיר הוּי הוֹדָאָה וּמִדִּין הִילָּךְ חֲזִיב נִגְעוּ בְּהַ וְעַפ"י מ"ש א"ש מַה שְׁהַקְּשָׁה בַּקְּצָה"ח סִי פ"ז לְפִי מ"ש הַנ"י בַּב"מ גַּבִּי טְעֵנוּ פְּסוּת עֲבָד גְּדוּל כּו' בִּינּוֹן שְׁאִין הַבְּגָד מְסוּנִים אֲלֵא יָכוּל לִיתֵן לוֹ בְּכָל מְקוּם שְׁיִרְצָה אִין זֶה הִילָּךְ וְע"ז הַקְּשָׁה מָאִי מִיִּתִּי תִנָּא תוֹנָא דְּהִילָּךְ חֲזִיב הָא אִין הַהוֹדָאָה מְסוּנִים דְּמָאִי חֲזִית דְּפִלְגַתְּ הֵכִי כּו' ע"ש שְׁתִּירֵץ בְּדוּחַק וּלְפַמ"ש י"ל דְּעֵיקַר הִילָּךְ הוּא מַה שְׁתַּפּוּס בְּיָדוֹ וְזֶה הוּא דְּבַר מְסוּנִים וְנִתְחַזַּק בְּיוֹתֵר מַה שְׁפַתְּבִנוּ לְחַלֵּק בֵּין מַה שְׁתַּפּוּס בְּיָדוֹ לְהַשְׁאֵר: וְהִנֵּה בְּחִידוּשֵׁי פַתְבְּתִי לְתַרְץ קוּשְׁנֵי הַתּוֹס' ד"ה וּש"מ הִילָּךְ פְּטוּר דִּיהָא נְאֻמָּן שְׁלֵשׁ בְּמִגּוֹ דְּאִי בְּעֵי אָמַר שְׁתִּים וְנִלְעַנ"ד לְתַרְץ דְּלַכְּאוּרָה קִשְׁיָה עַל הַש"ס דְּבְּעֵי לְאַתּוּנִי דְּאִי שְׁתִּים חֲזִיב ש"מ הִילָּךְ חֲזִיב וְלַכְּאוּרָה מָאִי רְאָיָה הוּא זֶה שְׁהַרִי הַתּוֹס' פְּתַבּוּ טְעֵמָא דְּכוּפֶר הַפֵּל פְּטוּר מְשׁוּם גַּזְה"כ דְּכַתִּיב פִּי הוּא זֶה מְשַׁמַּע דְּנִקָּא מוֹדָה בְּמַקְצָת וְלֹא כּוּפֶר הַפֵּל וּלְפ"ז קִשְׁיָה מ"ט בְּאַמַּת יְהִנָּה הִילָּךְ פְּטוּר דְּהָא אַע"פ שְׁאֹמַר הִילָּךְ מ"מ הִיאָה מְמַעִיט מְפִי הוּא זֶה דְּהָא מ"מ הוּא מוֹדָה וְאֹמַר פִּי הוּא זֶה וְדוּחַק לֹא מֵר דְּכִינּוֹן דְּכִמָּאן דְּנִקְיֵט לְהוּ מְלוּה דְּמִי אִינוּ בְּכָלֵל פִּי הוּא זֶה דְּפְטוּר זֶה דוּחַק גְּדוּל דַּס"ס הָרִי הוּא מוֹדָה וְנִתְּנָן לוֹ וְאִיָּהּ נְכָלֵל זֶה בַּגְּזָה"כ וְכֵן הוּא בְּאַמַּת לְמ"ד הִילָּךְ חֲזִיב שִׁפִּיר הוּא בְּכָלֵל פִּי הוּא זֶה וְצ"ל דְּבַסְבְּרָא בְּעֵלְמָא פְּלִיגִי דַּמ"ד הִילָּךְ חֲזִיב ס"ל דְּגַם אִם אָמַר הִילָּךְ אִין זֶה הַעֲזָה כָּלֵל וְא"כ אִין לוֹ מִיָּגוֹ דַּכ"ה וּמ"ד הִילָּךְ פְּטוּר ס"ל דְּכִינּוֹן דְּמָאִי דְּקַמּוּדִי כְּמָאן דְּנִקְיֵט לְהוּ מְלוּ דְּמִי א"כ הו"ל הַעֲזָה וְשִׁפִּיר אִית לִי מִיָּגוֹ דַּכ"ה וְאִי מְשׁוּם דְּהוּי מִיָּגוֹ דְּהַעֲזָה ז"א דְּגַם הַשְּׁתָּא מְעִיז וּלְפ"ז בִּינּוֹן דְּטַעַם הִילָּךְ דְּפְטוּר אִינוּ רַק מְשׁוּם מִיָּגוֹ וּלְפ"ז בְּשְׁתִּים דְּאִין לוֹ מִיָּגוֹ דַּכ"ה בִּינּוֹן דַּע"ז יֵשׁ כְּאִן שְׁטֵר א"כ אִין לוֹ מִיָּגוֹ וְלַכְּהַ שְׁתִּים חֲזִיב וְלַעוֹלָם שְׁאֵר הִילָּךְ יֵשׁ לְפְטוּר מְשׁוּם מִיָּגוֹ אִף י"ל דַּז"א דְּאֲדַרְבַּה בִּינּוֹן שְׁאוּתוֹן הַשְּׁתִּים אִינוּ יָכוּל לְכַפּוֹר א"נ אִינוּ בְּכָלֵל הוֹדָאָה כָּלֵל וְכַמ"ש ד"ז הַגְּאוּן בַּתו"ח וְע"ש שְׁפַתְּב דְּמִיָּרִי בְּשְׁטֵר שְׁאִינוּ מְקוּנִים וְכ"כ בַּאו"ת בְּשֵׁם ש"מ וּלְפ"ז גַּם בְּשְׁתִּים יֵשׁ לוֹ מִיָּגוֹ דַּכ"ה וְאִי אֲמַרִּינוּ דְּהִילָּךְ פְּטוּר מְשׁוּם דְּהוּי הַעֲזָה וְאִית לִי מִיָּגוֹ דַּכ"ה א"כ גַּם שְׁתִּים הִי לוֹ לְפְטוּר וְשִׁפִּיר מוֹכִיחַ הַש"ס דְּאִי שְׁתִּים חֲזִיב ע"כ דְּהִילָּךְ חֲזִיב אִף אֲפַתִּי קִשְׁיָה דְּדַלְמָא ס"ל כַּמ"ד מוֹדָה בְּשְׁטֵר שְׁפַתְּבוּ א"צ לְקִיָּמוֹ וְהִיָּנוּ דְּלֹא אֲמַרִּינוּ שְׁנָאֻמָּן פְּרוּעַ בְּמִיָּגוֹ דְּמִזְוִיָּה א"כ גַּם בְּזֶה לֹא מְהִימֵן שְׁתִּים בְּמִיָּגוֹ דְּמִזְוִיָּה אִף י"ל דְּהַתו' בְּכַתְּוִבוֹת דַּף י"ט הַקְּשׁוּ דְּבִאֲמַת לְהַךְ מ"ד מ"ט אִינוּ נְאֻמָּן בְּמִיָּגוֹ דְּמִזְוִיָּה וְתִירְצוּ שְׁאִין

זה מיגו שמתירא פן יבואו העדים ויכחשוהו וזה שינה דוקא לעגנו טענת פרעון שאינו עומד להתברר ע"י עדים ושפיר טוען הך טענה טפי מטענת מזוניף משא"כ בלנה אומר שתי שפי' אית לי' מיגו דמזוניף וא"ל שמתירא פן יבואו עדים ויכחשוהו ז"א שאם יבואו עדים ידעו ג"כ ששקר הוא טוען שפים ויכחשוהו גם בזה פדאמרינו בב"מ דף ק"ט גבי שטרא דכתיב ביה שנין סתמא וקדים מלנה ואכלינהו לפירי דאמרינו בחזקת אוכליהן קנימו דהו"ל מלתא דעבידי לגלויי שעומד להתברר ע"י עדים ע"ש: ולפי"ז א"ש מ"ש התוס' שיהא נאמן שלש במיגו דשפים דהנה הסמ"ע בסי' שי"ו פתב דדוקא גבי מלנה אומר שלש ולנה אומר שתי הו"ל מלתא דעבידא לגלויי שעל העדים מוטל לזכור פיון שכתבו שנין סתמא משא"כ אם אין זמן בשטר ומלנה אומר שיש לו לאכול שנה יותר אין זה עביד לגלויי שאין על העדים מוטל לזכור אימת התחיל זמן השכירות ע"י שם ולכאורה אין כ"כ טעם לדבר ונ"ל דהחילוק הוא דבשלקא בשנין סתמא פיון שמשמעות הלשון אינו רק שפים ואם באמת הנה תנאי ביניהם שיאכל יותר יתברר אדעתיהו לזכור זה שהנה תנאי פפי משמעות הלשון לכד או יותר מזה משא"כ כשמשחולקים על זמן השכירות אע"פ שיודעים שלא הנה פתוב זמן בשטר מ"מ לא רמו נפשיהו למדכר אע"פ שיכול להיות שיפול אח"כ הכחשה בין המלנה ללנה בעסק זה לא איכפת להו ועיקר מה שזוכרים הוא רק אם הנה הענין נגד משמעות לשון השטר זה הם זוכרים שהוא קצת כמו מלתא דתמיהא דדכירי אינשי ולפ"ז יש מקום לומר דע"כ לא אמרינו דהו"ל מלתא דעל"ג אלא במלנה אומר שלש ולנה אומר שפים אבל במלנה אומר שלש ולנה אומר חמש אין זה מוטל על העדים אף שהם זוכרים שהנה התנאי יותר ממשמעות לשון השטר מ"מ אינם זוכרים כמה הנה יותר וזה דומה למתי התחיל זמן השכירות שאין בכלל מלתא דעל"ג ובזה א"ש מה דנקיט סתם פלוגתא זו דר"נ ור"י אי פירות בחזקת אוכליהן לענין שפים ושלש ואח"כ נקיט מלתא אחרתא לענין שלש ונחמש ולא נקיט גם בזה שלש ונחמש משום דבהא גם ר"י מודה דבחזקת בעליהן קנימא דלא הו"ל מלתא דעל"ג מטעם שכתבתי שאין העדים זוכרים רק שכתבו לשון סתום בשטר המתנגד לתנאי שהנה ביניהם וכמה הנה זה אינו מוטל עליהם לזכור: והשתא א"ש קושית התוס' דבשלקא בשפים שפיר נאמן משום דהילך פטור ואע"פ שנאמר שהילך אינו פטור רק מטעם מיגו וכאן הא איכא שטרא מ"מ יש לו מיגו דמזוניף וא"ל שמתירא שאם יבואו העדים דא"כ האיה טוען השתא שפים שהרי גם בזה יהיה מוכחש מהעדים שהרי זה נדאי יזכרו העדים שפסד ההלואה הנה יותר ממשמעות הלשון שבשטר שמורה על שפים ולכך טוען שלש דבזה סובר שלא יהיה מוכחש מהעדים שאע"פ שיידעו שהנה יותר מ"מ מדמה בדעתו שלא ידעו כמה הנה יותר דזה מלתא דלא רמיא עליהו ולא יהיה מוכחש מפייהם וא"כ אין כאן מיגו דאי בעי אומר שפים שמתירא פן יבואו העדים כמ"ש התוס' לעגנו מזוניף ודו"ק.

וע"י בפ"י סי' ק"נ ס"ק ט' בסופו דמשמע מדבריו דאף במלנה אומר חמש ולנה שלש הוי מלתא דעל"ג ואפשר דהש"ך לשיטתו אזיל בסי' שי"ו שחולק על הסמ"ע וס"ל דאף לעגנו זמן השכירות מתי התחיל הו"ל מלתא דעל"ג משא"כ למאי דס"ל להסמ"ע לעגנו זמן השכירות לא הו"ל מלתא דעל"ג א"כ י"ל דה"ה לעגנו זה: ועוד הארכתי שם בפוגיא הרבה ואין פנאי להעתיק רק כמה שהעיר בענין הודאה במקצת פלים הנה נלע"ד לתרץ

מה שהקשו התוס' דמודה במקצת כלים יהא נאמן במיגו דהודה במקצת קרקעות ונלענ"ד דהנה אין מקום לשבועה לחול על הקרקעות ש"כפ"ר כמ"ש התוס' לקמן דקרקע ל"ש אשתמוטי וע"כ לומר כמ"ש התוס' דמ"מ משתמיט דש"מא משפנה כו' ולפי"ז אין מיגו שהיה מודה בקרקע שהרי מהאי טעמא גופא אנו מחייבין אותו שבועה לפי שהוא משתמיט מלהודות הקרקע דמשפנה כו' משא"כ הפלים שהם ת"י בעין הוא כופר אף י"ל דאפתי תקשי לשיטת רש"י דס"ל דפקדון הוי הילך א"כ ע"כ דמיירי שגם הפלים שמודה בהם אינם בעין ייצטרף לשלם תחתיהם שוב יש לו מיגו דהיה מודה בקרקעות ואי משום דמשפנה הרי יכול לפדות באותן המעות ויש לדחות דהא י"ל שמשפנה לזמן וכה"ג: אף י"ל דז"א פינן שאין הקרקע שלו א"כ הוא יכול להוציאו מיד המלנה שנתמשכן אצלו.

אף ז"א דהוא אינו נאמן בהודאתו שהוא של אחר לחוב המלנה ולפי מ"ש במקום אחר לתרץ הא דס"ד דצריך לשבע בקרקע אף דלא שייך משום מלנה ישנה י"ל דלכאורה אין מקום לומר שתופס בשביל מלנה ישנה דהא מ"מ אין חפץ זה שלו וצ"ל דמ"מ אין חשוד על השבועה בשביל כך דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע ולפי"ז אם יודע שיש איסור בלא תחמוד אף שנותן דמים שוב אין מקום לומר ש"מא תופס מחמת מלנה ישנה אף עדיין י"ל דש"מא הוא מסופק באותו הדבר עצמו אם שלו הוא או של חבירו ונדקא בתופס בטליתו של חבירו לא שייך לומר ש"מא הוא מסופק על אותו הטלית עצמו משא"כ היכא שהוא תובע שיש לו פקדון אצלו והוא כופר י"ל ש"מא הוא מסופק אם קנה אצלו אותו חפצים או לא וכדומה וא"ל דאם יש לו ספק על אותו דבר עצמו א"כ אף אם הוא מודה שיש לו ספק שפיר מועיל תפיסתו והמע"ה ז"א פינן שזה טוען ברי ואית ליה חזקת מרא קמא שפיר מוציאין מידו ולפי"ז א"ש מ"ש התוס' דנימא מיגו שהיה מודה במקצת קרקעות דז"א שהרי י"ל דש"מא אין טענתו מחמת מלנה ישנה כלל דבאמת היה יודע שיש איסור מחמת לא תחמוד אף בדמי אף שהוא מסופק על אותו הפלים עצמן וא"כ אין מקום לומר שיש לו מיגו שייכפור הקרקעות דז"א דעל הקרקעות אין לו שום ספק כלל ולכך הוכרח להודות בקרקעות: ומ"ש כ"ת ששמע מחכם א' שהקשה דלמה יתחייב בכפור במקצת כלים ע"י גלגול שהרי התוס' הקשו למ"ד שעבודא דאורייתא הו"ל כפירת ש"ק ותירצו באין לו קרקע ולפי"ז כ"אן בכופר בקרקעות א"כ יש לו קרקע וא"כ הודאתו בפלים הו"ל הודאת ש"ק והניחא למ"ד הילך חייב א"כ י"ל שהודה אותן הפלים עצמן ואין כ"אן שעבוד משא"כ למ"ד הילך פטור א"כ ע"כ שאין הפלים בעין דאל"כ לשיטת רש"י הו"ל הילך דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה וא"כ הך הודאה הו"ל ש"ק וא"ל כמחל דהא הו"ל מחילה בדבר שלב"ל פינן שאין השעבוד אלא משעת שבורה ומתה והאריה בזה ונלענ"ד דא"ש דלכאורה למ"ד הילך חייב נמי קשה כקו' הנ"ל דנהי דהפלים שמודה הם בעין מ"מ קשה הפלים שפופר הו"ל כפירת ש"ק וע"כ צ"ל שהפלים הם בעין ת"י רק שפופר ואומר שלו הם וכן מוכרח ג"כ למ"ד הילך פטור ע"כ לומר שיש לו מטלטלים אחרים דאל"כ קשה קושית התוספות שיהא נאמן במיגו שהיה מודה במקצת קרקעות וא"ל כתירוצם שחפץ יותר בקרקעות פינן דמיירי דלית ליה מטלטלים אחרים כלל א"כ אותן הפלים שהוא מודה שנאבדו וצריך לשלם עבורם ע"כ יגבה זה מאותן קרקעות וא"כ מה בצע שפופר בקרקעות לפי שחפץ בהן סוף סוף לא ישארו

בְּיָדוֹ שְׁנֵה הַמַּפְקִיד יִגְבֶּה בְּהֵן דְּמֵי הַכֵּלִים שֶׁהוּא מוֹדֶה עֲלֵיהֶן וְע"כ שְׁיֵשׁ לוֹ מְטַלְטְלִים
אַחֲרַיִם וּלפ"ז מִמִּילָא דְלֹא קָשָׁה קְוִשְׂיָא הַנ"ל דְּהו"ל הוֹדָאת ש"ק שְׁהָרִי פְתַב הַמַּגִּיד
מִשְׁנֵה פט"ז מה"ל אִישׁוֹת וְהִבִּיאוּ הַמ"ל בַּה"ל טוֹעֵן דְּהָא דְּאִין נִשְׁפָּעִין עַל כְּפִירַת ש"ק
הִיָּנּוּ דְּנֻקָא כְּשֶׁאִין הַשְׁעָבוּד רַק עַל קַרְקַע אַבְל אִם הַשְׁעָבוּד גַּם עַל מְטַלְטְלִים לֹא מִיקְרֵי
כְּפִירַת ש"ק וּלפ"ז פִּינּוּ דְּהִקָּא ע"כ יֵשׁ לוֹ מְטַלְטְלִין ג"כ לֹא מִיקְרֵי ש"ק אִף דְּעִדְיִין צ"ע
דְּהָא מִשְׁמַע מֵהַתּוֹס' דְּלֹא ס"ל הִכִּי דַאל"כ לֹא הָיוּ צָרִיכִים לוֹמַר שְׁאִין לוֹ קַרְקַע
דְּבִפְשִׁיטוֹת הָיוּ מְצִי לְשִׁנּוּי דְּמִיקְרֵי שְׁיֵשׁ לוֹ מְטַלְטְלִין גַּם כֵּן אֲלֵא ע"כ דס"ל כֹּל שְׁיֵשׁ לוֹ
קַרְקַע עֵינָר הַשְׁעָבוּד עַל הַקַּרְקַע וּא"כ הַדָּק"ל בַּהוֹדָה בְּמַקְצַת כֵּלִים הָא הו"ל הוֹדָאת
ש"ק: אִף נִרְאָה דְּמַעֲיָקְרָא לִק"מ דְּהָא בְּאַמַּת אָנוּ מְחִיבִין אוֹתוֹ שְׁבוּעָה עַל הַקַּרְקַע אִם
הוּא שְׁלוֹ וְהִיָּנּוּ מִשׁוּם שְׁאָנוּ חוֹשְׁדִין אוֹתוֹ שְׁמָא הִדִּין עִם הַמַּפְקִיד שְׁנֵה הַקַּרְקַע הוּא שְׁלוֹ
אֲלֵא דְבָאִין שְׁמֵ תְּבִיעָה רַק עַל הַקַּרְקַע גְּזִירַת הַפְּתוּב הוּא דְּפִטוֹר מִשְׁבוּעָה מִשָּׂא"כ כְּשֶׁשִׁישׁ
שְׁמֵ הוֹדָתָה בְּמַקְצַת כֵּלִים צָרִיף לִישְׁבַע עַל הַפְּלָל וְאִין כְּאִן הוֹדָתָה ש"ק שְׁהָרִי אִין לוֹ
קַרְקַע אַחַר רַק אוֹתוֹ קַרְקַע שְׁכּוּפֵר לְזָה וְאִמְרִינּוּ שְׁמָא הוּא שְׁל הַמַּפְקִיד וְאִין כְּאִן הוֹדָתָה
ש"ק כֹּל וְשִׁפִּיר מְחֻיָּב שְׁבוּעָה עַל הַפֶּל כְּנִלְעַנ"ד וְעוֹד הָאֲרַכְתִּי בְּחִידוּשִׁים בְּזָה וּמ"ש
כ"ת בְּסוּגִיָּא דְּרְכוּב וּמְנַהִיג בְּהָא דְּפָרִיף מְשֻׁנִּים רוֹכְבִין כו' ש"מ רְכוּב קָנִי דְּהָא הַש"ס
מְחַלֵּק בֵּין מְצִיָּאָה לְמַקְח וּמְמַכֵּר דְּבְמַקְח וּמְמַכֵּר מוֹסִירָא קָנִי וּא"כ דְּלָמָּא מִיָּרִי בְּמוֹ"מ
וּמִשׁוּם מוֹסִירָא כו' הִנֵּה בְּעֵינָר הַקְּוִשְׂיָא כְּבָר עֲמַד בְּזָה בַּפ"י וּמְהָר"ם ש"י"ף וַיִּשְׁבּוּ
בְּדוּחַק.

וּלְעַנ"ד יֵשׁ לִישְׁבַב בְּרוּנוּחָא דְּהִנֵּה לְעֵיל אֲמִרִינּוּ הַחֲלִיּוּק בֵּין מְצִיָּאָה לְמִשְׂאָה וּמִתָּן בְּמִשְׂאָה
וּמִתָּן הָרִי מְסַר לִיהַ חֲבָרְיָ מִשָּׂא"כ בְּמְצִיָּאָה מֵאֵן מְסַר לִיהַ דְּלִיקְנִי וְהַשְׁתָּא א"ש לְפִי דְּבָרִי
הַתּוֹסְפוֹת דְּבְאַמַּת מְתַנִּיתִין מִיָּרִי לְעַנְנָן אִי חֲשִׁיבִי מְוַחְזָקִין וְהַש"ס מוֹכִיחַ דְּרְכוּב לְחוּדִיָּה
קָנִי דַאל"כ לֹא חֲשִׁיבִי מְוַחְזָקִין וּא"כ שְׁפִיר מוֹכִיחַ מִמְתַּנִּי דְּאִף בְּמְצִיָּאָה קוֹנָה דַאל"ל דְּמִתַּנִּי
דְּנֻקָא בְּמוֹ"מ ז"א פִּינּוּ דְּעֵינָר הַחֲלִיּוּק הוּא מִשׁוּם דְּמְסַר לִי חֲבָרְיָ וּא"כ אֲפִתִּי קָשָׁה לְמָה
יָהּא קְרוּי מְוַחְזָק לְגַבִּי הַמְנַהִיג וּא"ל מְחַמַּת שְׁתַּפּוּס בְּמוֹסִירָא ז"א נָהִי דְּתַפִּיסָא בְּמוֹסִירָא
הוּא קִנְנָן הַמוֹעִיל בְּמִכִּירָה אִי יִדְעִינּוּ שְׁתַּמּוּכְר מְסַר לוֹ מִיָּד לִיָּד מ"מ הַשְׁתָּא לְפָנֵי הַב"ד
מֵאֵן מְפִיס אִם חֲבִירוֹ מְסַר לוֹ אוֹ מְעַצְמוֹ נְטַל הַמוֹסִירָא וּא"כ הָדָּ רֵאָהֵה שְׁאָנוּ רוֹאִין תְּפִיסָתוֹ
בְּמוֹסִירָא אִין מְחֻזֵּק אוֹתוֹ פִּינּוּ שְׁלִפְנִינּוּ אִין לוֹ בְּבִירוֹר קִנְנָן הַמוֹעִיל וְהַמְנַהִיג שַׁעַש'
מְשִׁיכָה קִנְנִינוּ בְּרוֹר לְפָנֵינוּ וְהִי לָנוּ לוֹמַר דְּחֻזְקַת הַמְנַהִיג מְבַטֵּל חֻזְקַת הַרְכוּב וְהו"ל לוֹמַר
דְּמְנַהִיג קָנִי וְלֹא רְכוּב אֲלֵא ע"כ מוֹכַח מִמְתַּנִּי דְּמוֹסִירָא אִף בְּמְצִיָּאָה קָנִי וְשִׁפִּיר מִיקְרֵי
הַרְכוּב ג"כ מְוַחְזָק פִּינּוּ דְּהָא קָמֵן שְׁתַּפּוּס בְּמוֹסִירָא שְׁהוּא קִנְנָן הַמוֹעִיל אִף דְּלֹא מְסַר לִי
חֲבָרִיָּה וּלְכָף פִּסְק שְׁפִיר דִּיחֲלֹקוּ מִשָּׂא"כ אִם נֹאמַר דְּבְמְצִיָּאָה לֹא קָנִי רַק בְּמַקְח וּמְמַכֵּר
מִשׁוּם דְּמְסַר לִיהַ חֲבָרִיָּה לֹא מִיקְרֵי רְכוּב מְוַחְזָק אֲפִילוּ בְּמַקְח וּמְמַכֵּר.

וְהַשְׁתָּא א"ש קְוִשְׂיָא אַא"ז מְהַרְש"א עַל תּוֹס' שְׁפִתְבוּ וּמְתַנִּיתִין דַאל' רְכוּב לְקָמֵן כו' וְהַקָּשָׁה
דְּהו"ל לְהַקְשׁוֹת מְרִישָׁא דְּשֻׁנִּים רוֹכְבִין מֵהַ שְׁתַּרְיָ דְּבִשְׁנִימִים רוֹכְבִין י"ל דַעכ"פ שְׁנִינְהֵם
קְרוּינּוּ מְוַחְזָקִין לְעַנְנָן טַעֲנַתֶּם שְׁעִשׂוּ אִיזָה קִנְנָן לְכָף חוֹלְקִין פִּינּוּ שְׁחֻזְקַת שְׁנִינְהֵם שְׁנֵה בּוֹ
מִשָּׂא"כ בְּרְכוּב וּמְנַהִיג אִם אִיתָּא דְּרְכוּב לְחוּדִיָּה לֹא קָנִי וְאִין לוֹמַר דְּפִין יֹאמַר לוֹ נְשַׁרְף
זְהָבָה מְחֻיָּב לִתְּמוֹן לוֹ זְהָב אַחַר וּמְוַחְזָק לוֹמַר פִּינּוּ דְּזַהָבָא פִּירִי הוּא דְּהוּי וְכִסְפָּא טַבְעָא
מִן הַסְתָּם הַדְּרָף שְׁקוֹנָה מְמַנּוּ הַאי פִּירִי בְּכִסְף סְתָם כְּמוֹ בְּשַׁאָר חֲפָצִים שְׁדָרְף שְׁהוּא קוֹנָה

מִמְנוּ הַחֶפֶץ וְהוּא מְחֻיָּב לִיתֵן לוֹ הַמַּעוֹת סֶתֶם וּלְכֹה הַפֶּסֶף אֵינוֹ קוֹנֶה אֶת הַזֶּהָב מִשּׁוּם דְּאִיכָּא לְמִיחֵשׁ פֶּן יֵאמֶר לוֹ נִשְׂרַף זֶה הַזֶּהָב וְשִׁקְנִית מִמְנֵי אֲבָל בְּרִישָׁא אֵין לְחוּשׁ אֵי אֲמַרְתָּ קִנִּי פֶּן יֵאמֶר נִשְׂרַף כִּסְפָה דְּאֵעִפִּי כִּי מְחֻיָּב לִיתֵן לוֹ פֶּסֶף אַחֵר: וּלפ"ז נִיחָא הָא דְאֵמֶר וְעוֹד תַּנְיָא דַע"כ מְוַכְרַח דְּטַעֲמָא דְּמַתְנִיתִין מִשּׁוּם דְּדַהֲבָא פִירִי וְכִסְפָּא טַבְעָא דְּלְכְאוּרָה לְפִי שְׁיטוֹת הַתּוֹ' דְּלֵא ס"ל הָאֵי סְבָרָא וְשִׁכְתַּבְתִּי דְּהִיכָא דְּרַצוֹנוֹ בְּזַה הַחֶפֶץ לְמַכְרוֹ לֹא חִיִּישִׁינוּ פֶּן יֵאמֶר כּו'.

קִשְׁיָה לְכְאוּרָה עַל מ"ש דְּבַס"ד דְּמִינִירִי בְּחִלְפִין הֵוִי סְבַר דְּדַהֲבָא טַבְעָא וּלְכֹה הַפֶּסֶף אֵינוֹ קוֹנֶה אֶת הַזֶּהָב וּלְפִי הַנְּ"ל פִּינוֹן דְּדַהֲבָא טַבְעָא וְכִסְפָּא פִירִי א"כ מִן הַסֶּתֶם קִנְיָה מִמְנוּ הָאֵי כִסְפָּא בְּדַהֲבָא סֶתֶם א"כ נְהִי דְּמַצֵּד הַחֶלְפִין לֹא קִנִּי דְּאֵין מְטַבֵּעַ נִקְנָה בְּחִלְפִין מַצֵּד הַתְּקִנָה אֵית לֵן לְמִימַר דְּקִנִּי פֶּן יֵאמֶר לוֹ נִשְׂרַף כִּסְפָה פִּינוֹן דְּקִנְיָה מִמְנוּ הָאֵי כִסְפָּא וּלְפִי שְׁיטַת הַתּוֹס' בְּעִירוּבִין שְׁהִבְאֵתִי לְעִיל דְּאֵין דְּרָף לְאַחֵר הַמְּשִׁיכָה אַחֵר נְתִינַת הַמַּעוֹת פִּינוֹן דְּלֵא קִנִּי מִן הַסֶּתֶם לֹא מְאַחֵר אֶת מְשִׁיכַת הַזֶּהָב מִיְהוּ לְפִי שְׁיטוֹת הַתּוֹס' לְעִיל דְּרָף מ"ג דְּכִינוֹן דְּדַבְרֵי תוֹרָה מַעוֹת קוֹנוֹת מְוַתֵּר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּמַעוֹת וְחִיָּב בְּאַוְנוֹסִין לִיכָּא לְמִימַר נִשְׂרַפוּ מַעוֹתֶיהָ וְא"כ הֵכָא פִּינוֹן דְּלֵא קִנִּי הַפֶּסֶף מִן הַתּוֹרָה דְּהָא אֵין נִקְנָה בְּחִלְפִין א"כ אֲסוּר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּמַעוֹת וְא"כ אֵית לֵן לְמִימַר דְּקִנִּי אֵף י"ל כַּמ"ש הַתּוֹס' לְקַמֵּן דְּבְּחִלְפִין לֹא אֲמַרִּינוּ גְזִירָה שְׁמָא יֵאמֶר דְּלֵא שְׂכִיחַ שְׁיִתֵּן חֶפְצוֹ בְּמַעוֹת שְׁאֵין שְׁוֹת הַמַּקְחַח כּו' וְאִיכָּא לְמִימַר דְּמַתְנִיתִין מִינִירִי בְּאֵינוֹ שְׁוֹה וּלְעוֹלָם דְּבְּחִלְפִין מִינִירִי וְדַהֲבָא טַבְעָא הֵוִי וּלְזַה קְאָמַר הַגְּמָרָא חֲדָא דְּהָא אֲמַרִּינוּ לְעִיל טַעֲמָא דְּמַתְנִיתִין מִשּׁוּם דְּדַהֲבָא פִירִי וְעוֹד דְּהָא תַּנְיָא הַפֶּסֶף אֵינוֹ קוֹנֶה אֶת הַזֶּהָב כִּי צֵד מְכַר לוֹ דִּינָר זֶהָב בְּעֶשְׂרִים וְחַמְשָׁה דִּינָר כֶּסֶף הֵרִי דְּמִינִירִי בְּשְׁוֹה בְּשְׁוֹה וְא"כ הִדְרָא קוּשְׁיָה הַנְּ"ל לְדוּכְתִיָּה אֵי ס"ד דְּדַהֲבָא טַבְעָא הֵוִי אֲמַאי לֹא קִנִּי נְהִי דְּלֵא קִנִּי מְטַעֵם חֶלְפִין אֵית לֵן לְמִימַר דְּקִנְיָה פֶּן יֵאמֶר לוֹ נִשְׂרַף כִּסְפָה וְא"ל כַּמ"ש הַתּוֹס' דְּלֵא שִׁכ כּו' ז"א דְּהָא הֵכָא בְּשְׁוֹה מִינִירִי כְּדִאִיתָא בְּהִדְיָא בְּבְרִיָּתָא אֲלֵא ע"כ דְּדַהֲבָא פִירִי אֵי אֲמַרְתָּ בְּשִׁלְמָא בְּדָמִים שְׁפִיר אֲלֵא אֵי אֲמַרְתָּ בְּחִלְפִין נִקְנִי כְּנַלְעַנ"ד נְכוּן דְּבָרִי זְעִירָא הִק' אֲפָרִים וּלְמִן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד: שְׁאֲלָה עַ שְׁאֲלָה רְאוּבֵן נָתַן לְשִׁמְעוֹן מְנָה וּבְקִישׁ מִמְנוּ שְׁיִלְנָה אוֹתָם עַל עֶסְקָא לְמִי אֲשֶׁר יוֹכֶשֶׁר בְּעֵינָיו וְהִקְרָן וְהִרְיוּחַ הַפֶּל? הָא תַּחַת דְּיוּעַ עַד יִגִּיעַ תּוֹר נִישׁוּאֵי קִטְנָה אַחַת מְקֻרְבוּתִיו אֲשֶׁר הִיא תּוֹמָה מִן הָאֵם וּלְכַשְׁתַּעֲמֹד עַל פִּרְקָה פִּרְקָה בְּתוֹלָה נִישׁוּאֵת אֲזִי יִנְתֵן הִקְרָן וְהִרְיוּחַ לָהּ אוֹ לְב"כ שְׁתַּנְשָׂא לְאִישׁ וְהַנּוֹתֵן הַתְּנָה בְּפִירוּשׁ שְׁקוֹדֵם הַזְּמַן הַזֶּה לֹא יֵהָא לְהַקְטִינָה שׁוּם זְכוּת בְּעוֹלָם בְּמַעוֹת הֵן בְּקִרְוֹן וְהֵן בְּפִירוּת וְלֹא יֵהָא נִקְרָא שְׁמָה עַל הַמַּעוֹת כְּלָל וְעַתָּה אֵירַע אֵיזָה קְלָקוּל בְּמַעוֹת וּבָא אֲבִי הַיְתוּמָה לְתַבְנוּעַ אֶת שְׁמַעוֹן וְעַרְף טַעֲנוּתִיו בְּכַתֵּב וְשְׁמַעוֹן הִשִּׁיבוֹ אִם אֲמַנְם כִּי בִינּוּתִי בְּטַעֲנוּתִיָּה וְאֵין בְּהֵם מִמֶּשׁ אַעֲפ"כ לֹא אֲעַרְוֶה מִיִּלִּין נִגְדָה כִּי לֹא בְּעַל דְּבָרִים דִּידִי אֶת שְׁאֵר אִם תִּמְנָה אוֹתָהּ אֲפוּטְרוֹפּוֹס לְבַתָּה לְטַעוֹן עֲבוּר הַנְּ"ל הֵלֵא עַד דִּינִי אֵין לָהּ זְכוּת בְּמַעוֹת כְּלָל וּלְמָה זֶה הֵבֵל אֵיגַע עֲמָה וּלְכַשְׁיָבֵא רְאוּבֵן הַנּוֹתֵן וְיִתְבַּעֲנִי אַדַּע מַה לְהַשִּׁיב לוֹ וְעַל דְּבַר זֶה נִתְעַצְמוּ לְדִין וְעַמְד הַשּׁוֹאֵל וְשְׁאֵל הִיכִי לִידְיִנִי דְּיִנִּי לְהָאֵי דִינָא.

תְּשׁוּבָה דְּבַר בְּרוּר הוּא שְׁהִדִין עִם שְׁמַעוֹן דְּכָל כַּה"ג הֵף מְמוּנָא אַפְתִּי בְּרִשׁוּתִיָּה דְּנוֹתֵן קִינִי וְא"כ אֲבִי הַבַּת לֹא בַע"ד דִּידִי וְדְבַר זֶה מְתַבְרַר מִמ"ש הַמְּרַדְכִי פִּרְקָה מִי שְׁמַת בְּשֵׁם מַהֲר"מ בְּתְשׁוּבָה וְז"ל דְּבַר פְּשוּט יוֹתֵר מִבִּיעוּתָא בְּכוּתָא שְׁהִאֲשָׁה גּוּבָה כְּתוּבָתָה מְאוּתֵן מַעוֹת שְׁהַשְׁלִישׁ רְאוּבֵן בִּיד שְׁמַעוֹן וְאֵמֶר תְּנֵם לְבִנִי בְּנִישׁוּאֵין וּבְרִיא הִנֵּה רְאוּבֵן

באותו שעה ושוב מת ראוּבן ומת בנו קוֹדֵם הַנִּישׁוּאִין הָרִי לֹא זָכָה הַבֵּן מֵעוֹלָם בְּאוֹתוֹ מְעוֹת וְלֹא יֵצֵא מִרְשׁוֹתוֹ שֶׁל רְאוּבֵן דְּקִי"ל אִפִּי אִם אָמַר תָּנוּ לוֹ לְאַלְתֵּר הַנִּי מְצִי רְאוּבֵן לְמַהֲדָר בִּי וְלוֹמַר הַחֲזִירִים לִי כֹל כִּמְהָ דְלֹא אֲתוּ לִידְיָה דְבֵן דָּתָן לְאוּ פְזִכִי דְמִי בְּמִתְנָה כּו' כ"ש בְּנִדּוֹן זֶה שְׁלֹא רָצָה שְׂיִתְּנוּ לוֹ אֶלָּא בְּשַׁעַת נִישׁוּאִין וְאַפִּילוּ בְּאוּ לִיד הַבֵּן קוֹדֵם הַנִּישׁוּאִין הִי צָרִיף לְהַחֲזִיר שְׁהָרִי לֹא יֵצֵאוּ מִרְשׁוֹת רְאוּבֵן מֵעוֹלָם כּו' ע"ש וק"ו הַדְּבָרִים בּנ"ד שֶׁבְּפִירוּשׁ הַשְּׁלִישׁ הַנּוֹתֵן עַל אֲנָפֵן זֶה שְׁלֹא יֵהָא לְהִתְוֹמָה שׁוּם זְכוּת בְּקֶרֶן וּבְפִירוֹת עַד שַׁעַת הַנִּישׁוּאִין פֶּאֵן פֶּאֵן פִּקְפוּק כֹּלֵל דְּבִרְשׁוֹת הַנּוֹתֵן קָאִי וְכֵן מְבֹאֵר מְדַבְּרֵי הָרֵא"ש, בְּפֶרֶק מְצִיאַת הָאִשָּׁה וְנ"ל פֶּסֶק הַגָּאוֹן כּו' אֲבָל מִי שֶׁנָּתַן מְעוֹת לְבִתּוֹ סָתֵם שְׁתַּנְּשָׂא בּוֹ וְהוּבָא לִי זֶה בְּטוֹר וּש"ע אַהֲע"ז ס' נ"ג וּמְבֹאֵר דְּכָל שְׁעֵדִינִין לֹא נִתְקַדְּשָׁה יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ אַע"פ שֶׁנָּתַן לִידָה מִמֶּשׁ וְהִינּוּ כְּדַבְּרֵי תְּשׁוּבַת מְהָר"ם הַנֶּ"ל וּפְשִׁיטָא דְלֹא עֲדִיף יֵשׁ הַשְּׁלִישׁ מִידָה שְׁאֵם חוֹזֵר בּוֹ צָרִיכָה לְהַחֲזִיר לוֹ וּמְצִאֲתִי בְּסִפְרֵי הַמְּקַנָּה שֶׁכְּתֹב שֶׁם כֵּן לְהַדְּיָא דְקוֹדֵם שֶׁנִּתְקַדְּשָׁה יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ לְגַמְרֵי דְהוּי כְּנֻתָן מִתְּנָה שְׁתַּחֲוִיל הַמִּתְּנָה לְאַחַר שְׁלֵשִׁים יוֹם ה"נ פִּינּוֹן שְׁאֵמֵר שְׁתַּנְּשָׂא בְּזֶה הַמְּעוֹת לֹא תַחֲוִיל הַמִּתְּנָה עַד שְׁתַּנְּשָׂא כּו' וּמכ"ש בְּלֹא הַגִּיעַ לִידָה וְהַתְּנָה בְּפִירוּשׁ שְׁלֹא יֵהָא לָהּ זְכוּת בְּמְעוֹת דְּלִית דִּין צָרִיף בְּשֵׁשׁ דְּוּוּזֵי בְּרִשׁוֹת נּוֹתֵן קִיָּמִי לְגַמְרֵי.

וּגְדוּלָה מְזוֹ אֲנִי אוֹמֵר דְּאַפִּי אִם אָמַר הַנּוֹתֵן בְּפִירוּשׁ לְהַשְּׁלִישׁ שְׂיֵהָא הַזּוֹכָה עֲבוּרָה שְׁתַּנְּשָׁה לְכַשְׁתַּגְּדִיל לֹא קָנְתָה הִתְוֹמָה כְּמְבֹאֵר בְּנִדְרִים דָּף מ"ח גְּבִי הֵיזָא עֲבֻדָּא דְשְׁמִיט כּוֹפִי ע"ש בְּדַבְּרֵי הָרֵשֶׁבֶ"א וְהָרֵא"ש בְּפֶסְקִין וְהָר"ן וְכֵן פֶּסְקוֹ הָאֲחֵרוֹנִים דְּכָל שְׁלֹא אָמַר לִי קִנִּי מֵעַכְשָׁיו ע"מ לְהַקְנוֹת לְאַחַר שְׁלֵשִׁים לֹא קָנָה דְּכָבֵר כְּלָתָה מְשִׁיכְתוֹ וּא"כ ק"ו פֶּאֵן שְׁלֹא הַזְּכִיר לְשׁוֹן זְכִי כֹלֵל וּא"ל דְּהוּי כְּמִתְּנָה לְעַנִּי כְּמְבֹאֵר בַּח"מ ס' כ"ו דְּהוּי כְּמוֹ נִדָּר וְאִין יָכוֹל לְחַזֵּר כְּמְבֹאֵר בְּסִימָן קכ"ה דְּשֵׁם מִיָּרִי דְאָמַר הִילָף וְלֹא הִגְבִּיל זְמַן אֲבָל כְּמִגְבִּיל זְמַן יָכוֹל לְחַזֵּר בְּתוֹף הַזְּמַן כְּמוֹ שֶׁכְּתֹב הָרֵשֶׁבֶ"א בְּנִדְרִים דָּף ל' דְּהָאוֹמֵר סְלַע זוֹ לְצִדְקָה לְאַחַר שְׁלֵשִׁים יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ וְלֹא אֲמַרִּינּוּ אֲמִירְתוֹ לְגַבּוּהַ כְּמִסִּירְתוֹ לְהַדְּיוּט דְלֹא יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ אֶלָּא בְּמִקְדִּישׁ מֵעַכְשָׁיו וְהִלָּפָה אִפִּי אָמַר זֶה עוֹלָה לְאַחַר ל' יוֹם יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ לְאַבְיֵי וְרָבָא ע"ש וְהִבִּיאוּ הָר"ן וּמִשְׁמַע דְּהָכִי ס"ל: וְהִנֵּה יֵשׁ בְּזֶה שִׁטוֹת הָרַבָּה דס"ל דְלֹא אֲמַרִּינּוּ אֲמִירְתוֹ לְגַבּוּהַ בְּהַקְדָּשׁ עֲנִיִּים וּא"כ אַע"פ שֶׁנַּעֲשָׂה נִדָּר מ"מ הָף מְמוּנָא לֹא קִנִּי רַק דְּחִיּוּבָא אֲקָרְקַפְתָּא דְּגַבְרָא מִנַּח לְקִיָּים נִדְרוֹ וּא"כ יָכוֹל לְשִׂאוֹל עֲלָיו וְעִיָּין בְּאו"ק ס' ככ"ה וְלֹא רְצִיתִי לְהֶאֱרִיף פִּינּוֹן דְּבנ"ד שְׁלֹא נָתַן מֵעַכְשָׁיו וְדַאי דִּיכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ אָף בְּהַקְדָּשׁ עֲנִיִּים וּמכ"ש הִיכָא שְׁאֵמֵר לְהַדְּיָא שְׁלֹא יֵהָא לְעַנִּיִּים שׁוּם זְכוּת עַד זְמַן הֵיזָא.

וּמ"ש הַח"מ וְהַב"ש בְּסִי' נ"א בְּכַתֵּב לְהַלְבִּישׁ בִּתּוֹ צָרִיף לְקִיָּים כִּי הַזּוֹג עֲנִיִּים בְּשַׁעַת הַשִּׁדּוּכִין פְּשִׁיטָא דְהֵתֵם לֹא קָאִי אֲדָבֵר מְסוּיָם שְׁהַפְרִישׁ שְׂיֵהָא שְׁלֵה לְכַשְׁתַּנְּשָׂא אֶלָּא שְׁהוּא הַתְּחַיִּיב א"ע לְהַלְבִּישׁ וְכָל שַׁעֲתָא הָף חִיּוּבָא רְמִי עֲלָיו לְקִיָּים נִדְרוֹ אֲבָל בְּאוֹמֵר מְעוֹת אֵלוֹ אוֹ חֲפִץ זֶה יֵהָא צִדְקָה לְאַחַר שְׁלֵשִׁים יוֹם מְצִי הָדָר בִּיהַ תּוֹף שְׁלֵשִׁים כֹּל שְׁלֹא הַקְדִּישׁ מֵעַכְשָׁיו כְּמ"ש מְדַבְּרֵי הָרֵשֶׁבֶ"א וְהָר"ן וְכֵן מוֹכַח מְדַבְּרֵי מַהֲר"ם הַנֶּ"ל דְּהָא מִשְׁמַע אָף שְׁלֹא הִנֵּה לָהּ בֵּן כֹּלֵל וְהוּא עֲנִי מ"מ הַנֶּה זְוּזֵי קִיָּיִמִי בְּרִשׁוֹתֶיהָ דְאָב וּמְצִי הָאָב הָדָר בִּיהַ: וְדַאֲמַתָּן עֲלָהּ בּנ"ד נִרְאָה בְּרוּר דְאַפִּי אִם נַעֲשָׂה בְּאוֹפְנוֹ דְלֹא מְצִי הָדָר בִּיהַ הַנּוֹתֵן וְהַקְנֵן חָל ע"כ בְּהַגְעַת הַזְּמַן מ"מ פִּינּוֹן דְּהַשְׁתָּא מִיָּהָא לֹא זְכָתָה וְלֹא מִיָּדִי לֹא בְּקֶרֶן וְלֹא בְּפִירוֹת אִין לָהּ פַּח לְדוֹן עִם הַשְּׁלִישׁ כֹּלֵל מִיָּדִי דְהוּי אֲבָן בְּנִכְסֵי אָבִיו אַע"ג דְּוּדַאי סוֹפּוֹ

לירש מ"מ לא מצי לתפנע ולדון עבור אביו בלא הרשאה ואם נפשך לומר דהתם שאני דמאן לימא לו שיזכה בירושתו דשמא ימות קודם הגעת הזמן ה"נ דכונתיה הוא.

ומכ"ש לפי מה שביארתי שאם יחזור הנותן בטילה המתנה לגמרי: ונלענ"ד דכל כה"ג שאין לה שום זכות בהמעות אלא לאחר שתגדיל אם פשע השליש במעות ונגנבו או נאבדו הוא פטור מחמת זכות היתומה לאחר שתגדיל דאין זה ממון גמור רק גורם לממון וק"ל דלאו כממון דמי ודכונתיה אשכחן בפסחים גבי האוכל חמין של הקדש דאמרין דהוי גורם לממון פינו דהשתא לא חזי אע"ג דלקמיה חזי.

ומה לי דהשתא לא חזי משום איסורא דרביע עלה ומה לי משום דאפתי לאו דידיה הוא אלא שסופו לזכות בו ואדרבה נראה דהוה חשיב טפי גורם לממון מדדהתם ולא דמי למזיק שעבודו של חבירו דמחייבין ליה מדיני דגרמי דהתם השתא איכא שיעבודא עלי' וזה הזיקו משא"כ אם עקשיו אין לו פלום לא בגוף ולא בפירות וכמו בנכסי לה ואחריה לפלוני דאין לשני אלא מה ששייר הראשון ואם מכר או הוציא עבדים לחרות מעשיו קיימים ולא מחייבין ליה מדינא דגרמי פינו דהשתא מיהא אין לשני בנכסים אלו פלום ומכ"ש אם פשע בהם ונאבד, וא"כ פשיטא באומר נכסי לי ואחר עשר שנים יהיה לה וקודם הזמן אבדן בפשיעה פטור ונדקא במתנה ע"מ להחזיר חייב בפשיעה פינו שביטל תנאי החזרה משא"כ בלא תנאי הרי השליש במקום הנותן קאי טרם הגיע הזמן פינו שיהפך עדיין ברשות נותן ואין לזה דין עליו רק דינו עם הנותן לבד ומכ"ש לכמ"ש דהנותן מצי הדר ביה א"כ אין פאן ודאי גורם לממון וא"כ לית ליה דינא עם אפוטרופוס היתומה כלל רק עם הנותן: אמנם מה שראיתי בטענות אבי הבת שרוצה לבא עליו בעקופין לחשבו כפושע הם דברים שאין מתקבלין על הדעת כלל ואף פנגד הנותן הוא פטור בבירור אף לא רציתי להכניס ראש בזה פעת שאין אנו עסוקין בתביעות הנותן והשליש כ"א בתביעת היתומה והשליש ובזה נראה ברור לפוטרו אף אם היה פושע ומכ"ש שאין חיוב מוטל עליו לעמוד לדין עם ב"כ של היתומה: ומחמת שהדברים פשוטים לענ"ד לא הארכת יומר וגם לא רציתי לעמוד על כל פרטי מוצא הדברים רק לעיקר הדין בקצרה: דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה עא שאלה במי שמהפך שבועה על שפגגו אם צריף לקבל חרם סתם או לא: תשובה ידוע שזה מחלוקת בין הסמ"ע והט"ז סי' פ"ז ואין פנאי להאריך ואכתוב בקצרה.

הנה בסי' צ"ב סעיף י"א כתב בש"ע בנתחייב החשוד היסת אין שפגגו נשבע ונוטל כו' ומ"מ מחרימין סתם כו' וכתב הרמ"א בהג"ה מיהו הנתבע יכול לומר השבע נוטל ואז פטור אפי' מקבלת חרם וכתב הסמ"ע ס"ק ל"ב נראה פשוט דגם בזה אם ירצה התובע ואמר לא אשבע ואטול אלא תקבל עליך חרם סתם כו' ולכאורה דינו צ"ע דאם הברירה בידי התובע להכריח להחשוד לקבל חרם סתם מה נ"מ בזה שכ' הרמ"א מיהו הנתבע יכול לומר דנדאי אם הנתבע אומר פן והתובע מרנצה מי ימחה בינדם לעשות פרצונם ואם מיירי שאין התובע מתרצה לפטור את זה מקב"ח ע"כ שהוא רוצה ממנו שהוא יקבל בחרם ויהי' פטור וא"כ האף כתב מיהו הנתבע יכול לומר כו' שהרי לדברי הסמ"ע באמת א"י לומר פן ובפשיטות דברי הרמ"א משמע שהברירה בידי הנתבע: ומ"ש הסמ"ע דנדאי לא עדיף פחו דנחשד כו' לפענ"ד אין ראיה מסי' פ"ב בנשבע ונוטל לשיטת הסמ"ע

גופיה בסימן פ"ז דס"ל דנשבע ונוטל ג"כ צריף שפנגדו לקב"ח תחלה ע"ש ס"ק וא"כ פשיטא שהוא יכול לומר פיון שדיני ליתן אלא שאני צריף לישבע באופן שאמה תקבל חרם תחלה א"כ אם אינו רוצה לקב"ח הרי אטול בשבועה ואם תרצה תקב"ח ותפט' ואני איני רוצה לישבע וליתן ולכן הדין עם התובע בזה משא"כ פאן שאין לתובע דין לישבע וליתן רק יש לו ע"ז חרם יכול הוא לומר איני רוצה לקבל חרם בחנם ואם טענתה אמת השבע וטול בלא קב"ח שלי פה נראה לכאורה וצ"ע נראה מפאן ראיה דבהיפך צריף קב"ח דאל"כ מה חידוש רמ"א שהנתבע יכול לומר השבע וטול ולא יקב"ח פשיטא דאף בלא חשוד הרשות בידו להפך ולא יקב"ח: ומ"ש הט"ז שם ראיה מסי' פ"ב דאם היפך צריף קב"ח מה זה רבותא שאין זה יכול לומר השבע וטול ולא אקב"ח פיון שהוא שלא פדין נראה דא"ש דהתם קמ"ל דאע"ג דזה מותר לו משבועות המשנה לישבועות היסט ליתן הנה קס"ד דעדיף מהיפך דעלמא שאינו מותר פנגדו קמ"ל דז"א דבאמת אין זה ויתר דהא אדרבה מה שהוא מן הנשבעין ונוטלין בשבועת המשנה הוא יפוי פח של התובע אלא שהוא בעצמו מבטל יפוי כוחו להיות לתובע דעלמא לחייב הנתבע היסט וא"כ פשהנתבע חוזר ומהפך עליו להיטת אין זה ויתר פלל ולכן חייב לקב"ח פדין היפך דעלמא ויש להצריף חרם סתם אלא אם לא במקום שנהגו כהט"ז בזה כנלענ"ד: דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה עב שאלה לבאר דין מלנה שמודה בשטרו שמקצתו פרוע אם הוא גובה ממשעבדי או לא: תשובה בכתובות דף פ"ז הפוגמת פתובתה לא תפרע כו' סבר רמב"ח למימר ש"ד כו' עד ורמי רבנן שבועה עלה פי היכא דתידיק והקשו בתוס' דהו"ל למימר שלש תשובות בדבר דהא בנשבע ונוטל לא שייך אשתמוטי ור"ל דהא בכל מ"מ קשה דלהימן במיגו דאי בעי כ"ה דהא השתא נמי מעיז על המקצת ולכן הוצרך רבה למימר דאמרינן בכולי בעי דלודי רק אשתמוטי וא"כ בנוטל דלא שייך אשתמוטי הדרא קושיא לדנפתה דלהימן במיגו דכ"ה עיין בפ"י שכ"כ בפירוש דברי התוספות לפי שיטתם שפירשו הך דרבה דלכך צריף אשתמוטי דלא תיקשי למה מ"מ ישבע נימא שיהא נאמן במיגו דכ"ה ונלענ"ד לתרץ משום דלכאורה יש לדקדק בלישנא דרבא דאמר שני תשובות בדבר חדא כו' דמה דקאמר שתי תשובות הוא אף למותר והו"ל למימר פדקאמר בעלמא הא ליתא חדא כו' ונראה דהנה הסמ"ע והש"ף מחולקים בשטר שנפרע מקצתו דהסמ"ע סובר דאינו גובה ממשעבדי גזרה שמה יפרע פולו והש"ף חולק עליו ע"ש בסימן נ"ה ולכאורה מוכח פדברי הש"ף דהנה התוספות הקשו למ"ד שד"א מ"מ דחייב שבועה היכא משפחת לה ותרצו פגון שאין לו קרקע או שפחל השעבוד של קרקעות ודעת הרמב"ן דכל היכא שאינו יכול לגבות מלקוחות פגון מלנה ע"פ פת דתיקון שאינו גובה ממשעבדי או בכתיב יד אין לו דין פפירת ש"ק וחייב שבועה וכן פסק הטור וש"ע סימן פ"ח ולפי"ז מוכח דלא כהסמ"ע דאם נימא דנפרע מקצתו אינו גובה ממשעבדי אם פן מאי פריף רבא לרמב"ח ועוד הו"ל פפירת ש"ק ז"א דמיד כשאומרת שנפרע מקצתו שוב אינה יכולה לטרון ממשעבדי ונהו ליה פמחלה השעבוד שעל הלקוחות ולא הו"ל פפירת ש"ק פלל אלא ע"כ פדעת הש"ף דאף שיפרע מקצתו שפיר גבי ממשעבדי.

(א) דלכאורה גם לשיטת הש"ף קשה דמנ"ל לרבא להקשות דהוי פפירת שעבוד קרקעות דא"כ תיקשי ליה קושית התוס' בכל מ"מ למ"ד שד"א וע"כ לומר באין לו

קרקע או שמחל וא"כ נהי דלא מצינו לאוקמי באין לו קרקע פיון דקי"ל מטלטלי לא משמעדי לתובה וע"כ שהיא רוצה לגבות מקרקע מ"מ שפיר מצינו לאוקמי שהשטר אין בו אחריות נכסים דהיינו שמחלה השעבוד של הלקוחות בהדיא רק שהיא באה לגבות מקרקע ב"ח וכינו דעכ"פ אין פאן ש"ק לטרון מלקוחות לא הוי כפירת ש"ק) אף י"ל דהנה המפנרשים מקשין דמאי ס"ד דרמב"ח למימר שד"א פיון דמשנה מפנרשת דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ותיירז מחותני בספר כתובה דרמב"ח ס"ל כמ"ד שטר העומד לגבות פגבוי דמי וא"כ שבועה זו שנשבעת על שטר שפינדה דהוי פגבוי חשיב פנשבעת לפטור עי"ש ולפ"ז א"ש דבגיטין דף ל"ח אמרינו דברייתא דקתני שטר שאין בו אחריות משמט ושיש בו אחריות נכסים אינו משמט אתי כב"ש דשטר העומד לגבות פגבוי דמי ע"ש מבואר דהא דאמרינו בשטר דהוי פגבוי היינו דוקא פשיש אחריות נכסים דאז ודאי לגבוינא עומד שא"א להבריח נכסיו משא"כ אם אין שם אחריות נכסים שהיא יכול למפור נכסיו ולהבריחן בכה"ג לא הוי פגבוי לכ"ע ולפ"ז פריד שפיר רבא דהא הו"ל ש"ק דא"ל דס"ל כסברת הסמ"ע או דמייירי בליפא אחריות נכסים שאין שעבוד לקוחות א"כ תקשי ליה מתני' דכל הנשבעין כו' וא"ל דהו"ל נשבע לפטור דשטר הו"ל פגבוי ז"א דע"כ בשטר בלא אחריות מייירי דלא הוי פגבוי ועפ"ז א"ש לישנא דרבא דאמר שני תשובות בדבר כו' וכוננתו לומר דנדאי פל קושיא בפ"ע מצי רמב"ח לתירוצי דעל קושיא א' דהא פל הנשבעין כו' הוי מצי לתרוצי דס"ל דהוי פגבוי וה"ל ליפטי ועל קושיא דה"ל ש"ק הו"מ לתרץ בדליפא אחריות נכסים דלא הוי אכל שני תשובות יחד חזו לאצטרופי דממ"נ קשה דאם ס"ל כסברת הסמ"ע או מייירי בדליפא אחריות נכסים או כסברת הסמ"ע דנפרע מקצתו אין גובה ממשעבדי א"כ קשה דכל הנשבעים דא"ל דהו"ל פגבוי דז"א דכינו דליפא טריפת משעבדי לא חשיב פגבוי ואם תאמר בדאיפא אחריות וסובר כסברת הש"ך דנפרע מקצתו גובה ממשעבדי וא"כ שפיר הוי נשבע ליפטר דהוי פגבוי א"כ קשה קושיא השני' דהא הו"ל כפירת ש"ק פיון דע"כ בפשיש ש"ק לטרון מלקוחות איירי א"כ מ"ממפרד הא דרמב"ח (ועי' בתוס' בכתובות דף פ"ו גבי ר' מיאשו דאפקידו גביה שב מרגניתא כו' חזא דידענא דלא אמיד ועוד דהא יהיב סימנא וכתבו התוס' דהך חזא ועוד צריכין להדדי דבעינו לא אמיד וסימן והכא דקאמר רבא שני תשובות כו' בשפיטא שיש לפרש פן דהני תרי תשובות צריכין להדדי ומטעם ממ"נ אתי עלה וכמ"ש): והשתא לפ"ז א"ש קושית התוס' דהא בנוטל לא שייך אשתמוטי וא"כ נימא מיגו דכ"ה פקושית רבה בכל מ"מ ולפי מ"ש א"ש דלכאורה אין התחלה לקושית התוס' דבשלקמא בכל מ"מ שפיר קשיא ליה לרבה דלהימן במיגו דכ"ה דהא הו"ל מיגו להחזיק משא"כ בזה שהיא באה ליטול הו"ל מיגו להוציא ולא אמרינו אף י"ל דהתוס' מקשין שפיר עפ"י מ"ש הש"ך סי' פ"ג בכללי מיגו דהיכא דאיפא שטרא אמרינו מיגו אף להוציא וכאן הא איפא שטרא ושפיר מקשין דאי בעי כ"ה.

והנה בכה"ג הביאו האו"ת בכללי מיגו כתב טעמא דבשטר אמרינו מיגו להוציא משום דכל העומד לגבות פגבוי דמי: והנה כבר כתבנו שמחלוקת הסמ"ע והש"ך בשטר שנפרע מקצתו שדעת הש"ך דגובה ממשעבדי ולא גזרינון שמה יגבה פולו מטעמא דתרתיה לא עביד שיהא נפרע שנית מה שפכר נפרע וגם נשבע לשקר לזה לא חיישי' והשתא א"ש הפל דרבא קאמר שתי תשובות בדבר היינו דמקשה על רמב"ח ממ"נ שאם דעתו כסברת

הסמ"ע דלא גבי ממשעבדי א"כ הוי נשבעת ונוטלת ואם פסברת הש"ך הו"ל שעבוד קרקעות ולפי"ז א"ש קושית התוס' דממ"נ לא הוי מצוי פריה שתהיה נאמנת במיגו דכ"ה בין לסברת הסמ"ע ובין לסברת הש"ך דלסברת הסמ"ע לא הוי מיגו דהו"ל מיגו להוציא וא"ל דאיכא שרא ז"א דמידי הוא טעמא משום דשטר הוי פגבוי ולפי סברת הסמ"ע דלא גבי ביה ממשעבדי כ"ע מודו דלא הוי פגבוי כמש"ל וא"כ הו"ל מיגו להוציא ולסברת הש"ך דגבי ממשעבדי דלא אמרי' גזרה שמה יפרע פולו ממשעבדי משום דתיתי לא עביד א"כ פשיטא שאין בזה מיגו דכ"ה דלא בעי לכפור הכל ולמעבד תיתי שהרי אם היינו חוששין שתעשה פן שתכפור הכל לא היתה יכולה לגבות ממשעבדי כלל פסברת הסמ"ע משום גזרה שמה תגבה פולו ממשעבדי וע"כ דלא חיישינן שתעשה פן לכפור מה שנופרעה ולגבות הכל כול' האי לא עבדה א"כ אין פאן מיגו דכ"ה כלל וא"כ ממ"נ מה שפסק רבא בדרמב"ח אי ס"ל פסברת הסמ"ע או פהש"ך לא מצוי לאקשויי מחמת מיגו דכ"ה דלסברת הסמ"ע הו"ל מיגו להוציא ולסברת הש"ך לא שייך מיגו דכ"ה דהא לדידיה א"א לה לכפור הכל דתיתי לא עבדה ולכך שפיר קאמר רבא שתי תשובות בדבר ואין לפקפק במ"ש לסברת הש"ך דתיתי לא עבדה לא הוי מיגו דיש לדחות דבשקלא שם פן הוא האמת שלא נפרעה רק מקצתו לא חיישינן שיגבה פולו משא"כ פאן דהבעל אומר שפרע פולה והאשה טוענת שנופרעת רק מקצתו א"כ י"ל דהאשה נאמנת דאי ס"ד שהאמת פדברי בעל שנופרעת פולו א"כ הרי רצונה לגבות מה שנופרע א"כ היתה יכולה כמו כן לומר שלא נפרעת כלל.

אף ז"א דע"כ לא חשדינן לה שתעשה פן שתירצה לגבות מה שנופרעה ולישבע ע"ז וכמו דלא חיישינן בכל מאן דנקט שטרא רק דכאן פיון דנופרעת מקצתה חיישינן דלמא דפרע דייק כו' ולרמב"ח ס"ל דחיישינן לסברא זו אף דמאורייתא וא"כ מה שטוענת שלא נפרעה פולו אינו מחמת שרצונה לגבות במזיד מה שנופרעת פבר רק משום דלא דייקא וא"כ זה שיודעת בבירור שנופרעה ע"כ היא צריכה להודות פסברת הש"ך וזה שפופרת משום דלא דייקא הוא ואין פאן מיגו וגם אין לפקפק פיון דמתניתין פבאה לגבות מב"ח הוא א"כ שפיר יש לה מיגו דכ"ה ולא היתה צריכה שבועה לגבות מב"ח וליכא תיתי ז"א דבשעה שהיא פאה לב"ד לגבות אינה יודעת אולי תצטרך לגבות ממשעבדי ואף שפאמר שיודעת שיש קרקע לבעל מ"מ אולי נתן שטר מכירה לאחר או שעבדה לבע"ח ותצטרך לישבע וגם י"ל שחוששת שמה יטעון הבעל השבע לי ותצטרך לישבע ולכך היא מודה במה שברור לה שנופרעת ומה שפופרת מחמת שסבורה שהאמת אמה.

והנה פדי לתרץ קושית הנ"ל דמאי פריה הא אין נשבעין על פפירת ש"ק הא מודה שנופרעת מקצת ולא גביה ממשעבדי להסמ"ע יש לתרץ דמקור הדין הוא מהרא"ש בנדרים והרא"ש לשיטתו אזיל דס"ל דאף בכה"ג שאינה טורפת ממשעבדי מחמת תקנת חכמים מ"מ שפיר מקרי ש"ק דהא הוצרך לתרץ הך קושית דמודה פמקצת למ"ד שעבודא דאורייתא מירי שאין לו קרקע או שמחל השעבוד ועי' באו"ת סי' פ"ח בזה וא"כ שפיר הו"ל ש"ק אף דהשתא משום גזירה שמה תגבה פולו לא מצוי גבי ממשעבדי מ"מ עיקר השטר הו"ל שעבוד קרקעות ולפי"ז י"ל פהא פליגי רמב"ח ורבא דרמב"ח ס"ל דבכה"ג לא הו"ל ש"ק פיון דהשתא מיהו לא גביה ממשעבדי ורבא השיב דמ"מ שפיר הוי עכ"פ פפירת ש"ק וא"ל דאכתי הוי מצוי לאוקמי שאין לו קרקע או שמחל

השעבוד דז"א כמש"ל לשיטת הש"ך דכתובה אינו נגבת אלא מן הקרקע לדעת הרבה פוסקים אפילו מינה גופיה ולפי מ"ש הפ"י בקדושין דף ס"ה דמינה שפיר גובה אף ממטלטלין לכאורה שפיר אפשר לאוקמי בכה"ג שמחל השעבוד או שאין לו קרקע ומכ"ש לפי מ"ש ה"ה פט"ז מהלכות אישות והביאו המ"ל בהלכות טוען דהיכא דמשועבד לו מטלטלין וקרקעות לא מיקרי כפירת ש"ק צ"ע ואם נימא דלא פסברת ה"ה אפשר ליישב כמש"ל דא"א לאוקמי במחל השעבוד דהא רמי ב"ח ע"כ ס"ל דהוי פגבוי והיכא שאין בו אחריות נכסים לא הוי פגבוי ועדיין קשה דנוקמי באין לו קרקע וצ"ל דסתמא דמתני' משמע דבכל גונוי מייירי וצ' ונלענ"ד להביא ראיה לסברת ה"ה הנ"ל ממ"ש הרמב"ם בפרק מהלכות שבוועות גבי משביע עד מיתה ונ"ל בד"א שהיה לה לגבות כתובה מן המטלטלין כו' והקשה הלח"מ דהא לבתר תקנת הגאונים א"צ לתירץ הש"ס בדתפסה מטלטלי ותמה אני עליו דאדרבה הרמב"ם מייירי לבתר תקנת הגאונים ולכך לא כתב דתפסה מטלטלי רק דוקא פשהיה לה לגבות כתובתה מן המטלטלים שאז היא גובה אותם בתקנת הגאונים אבל אם לא היה לה לגבות כתובתה אלא מן הקרקע פטור דמה בכך שתקנת הגאונים לגבות אף ממטלטלים פינון שאין פאן מטלטלים רק קרקעות ואם היה פאן מטלטלים ג"כ אפשר דחייב דהוי נמי ש"ק מ"מ לפי סברת ה"ה הנ"ל דכל היכא דמשועבד לו מטלטלים וקרקעות לא מיקרי כפירת ש"ק ודקא פינון דמטלטלין משעבדי ליה בתקנת הגאונים לכך צ"ל שאין לו קרקע: והנה במ"ש התוס' קשה לרשב"א הא יש תשובה שלישית לכאורה צריך להבין דאדרבה מקשה דהו"ל למימר עוד תשובה והו"ל לאקשוני אדרמי ב"ח דהיאך מצינו למימר ש"ד הא לא שייך אשתמוטי וצ"ל על פי מ"ש לעיל דברי הפ"י שפי' פוננת רש"ל דלשיטת התוס' דס"ל דאשתמוטי צ"ל משום דלא נימא מיגו א"ש די"ל דגם רמי ס"ל דפרע דייק כו' וס"ל דהך סברא מדאורייתא רק לשיטת רש"י שהטעם משום מיגו דחשוד שפיר קשיא להו עי' שם: ובאמת שהוא תמוה דא"כ גם לשיטת רש"י לק"מ דנימא ג"כ דבס"ד ידע סברא דפרע דייק כו' וא"כ לא שייך מיגו דחשיד דלמא לא חשידא כלל אממונא רק שאומרת פן משום דלא דייקא ולכך היא צריכה שבוועה דאורייתא כמו כל מ"מ דעלמא פינון דאיכא למימר דלא חשיד דאומר פן משום אשתמוטי ובלא הך סברא דמפרע לא דייק מסברת אב"י דשמא ספק מלנה ישינה ולכך אפשר דלא חשיד אממונא ולכן נלענ"ד להיפך דאדרבא לשיטת רש"י לק"מ דאיכא למימר דידע מהך סברא וכמש"ל משא"כ התוס' לשיטתיהו מקשי שפיר דע"כ רמי ס"ל דא"א לומר הך סברא דמפרע לא דייק מדאורייתא כלל דאל"כ לא הוי פריך על רמב"ח דהא כל הנשבעין שבתורה כו' דהנה מבואר דהא דפריך רבא פל הנשבעין כו' היינו משום דבתורה פתיב ולקח בעליו כו' משמע דנאמנות השבוועה היא רק לענין שלא ישלם אבל לא לענין שיהא נאמן בשבוועה ליטול עי' במפורשים ולכאורה פאן לא שייך זה דדוקא היכא דעיקר הנאמנות הוא ליטול או ליפטור מחמת השבוועה בזה אמרינו שאינו נאמן בשבוועה רק לפטור ולא לטול משא"כ פאן דנאמנות הוא בשטר כתובה שבידה ליטול ואף שהיא מודה במקצת מ"מ על המקצת השני היא נאמנת על השטר שבידה ואף בלא שבוועה היתה נוטלת במיגו דאי בעי היתה כ"ה אלא שלפ"ז י"ל דדלמא אין טענתה רק מחמת שאומרת בדדמי וכיון שהיא נשבעת ע"ז הרי מתברר לנו דרמיא אנפשה שפיר ולכך טוענת פן ומפילא שיש לה נאמנות

מחמת השטר עצמו וגם במיגו דכ"ה ואם היה אפשר שיתברר לנו מאיזה צד שעכ"פ אינו אומרת פן מחמת שלא דייקא פן אלא שיש להסתפק דלמא שקורי משקרת ג"כ שהיתה הנאמנת מחמת השטר ובמיגו דכ"ה הגע עצמה כגון שטוען ברגע זו קודם שבאו לפני ב"ד נתתי לה פל דמי פתן פתה והיא אומרת לא נתתי לי רק מנה פשיטא שיש לה מיגו ונאמנת וא"כ גם היכא שנשבעת שעי"ז מתברר לנו שאין טענתה מחמת דלא דייקא נאמנת נמצא שאין פאן נאמנות מחמת השבועה ואע"ג דבעלמא שאנו צריכים להאמין טענתה מחמת השבועה שפיר י"ל דאין נותנין נאמנות בשבועה ליתול מ"מ בזה שאין השבועה רק לברר שאין טענתה מחמת אומדן דעתה דהא נדאי עכ"פ רמיא אנפשא ולכן אע"פ שאפשר שבשטאט נפש היא משקרת וגם אפשר שהיא נשבעת לשקר כדי ליתול מ"מ נאמנת מצד השטר שבידה ובצירוף מיגו דכ"ה וא"כ דבדאורייתא שייכו הך סברא דפרע דייק כו' לא הוי מקשי רבא מהך דכל הנשבעין כו' דהתורה מיירי בנאמנות מצד השבועה עצמו משא"כ הכא שאין השבועה רק לברר שטענתה לאו משום דלא דייקא הוא אלא ע"כ דאין זה סברא מדאורייתא פלל וע"כ פשאמר רמי ב"ח בשבועה זו מדאורייתא היינו משום דס"ל דאין נאמנות מחמת השטר שבידה רק פל עיקר נאמנות שלה מחמת השבועה שנשבעת ונוטלת וע"ז פריה רבא שפיר דלא האמינה תורה כ"א לישבע ולקטר והקשו התוספות שפיר דהא יש עוד שלישית דהא לא שייך אשתמוטי והו"ל לאקשוני שלא תצטרף לישבע פלל שתהא נאמנות במיגו דכ"ה אבל על רמב"ח גופא לא הוי מצי לאקשוני דהי' אפשר לומר דס"ל סברא דמפרע לא דייקא הוא מדאורייתא וליכא מיגו וע"י השבועה היא נוטלת דאז מתברר שאין טענתה משום דלא דייקא ושפיר נאמנות ע"י השטר ומחמת מיגו ומינשב בזה מה שהקשו דאטו לא ידע רמי ב"ח מתני' דכל הנשבעין כו' ולפמ"ש א"ש דשפיר ידע אלא שהי' סובר דהמתני' מיירי בענין שהנאמנות מצד השבועה עצמה ורבא לא מסתבר לומר הך סברא מדאורייתא וא"כ אי בעינו למימר שיש פאן חיוב שבועה ע"כ שפלא שבועה לא היתה נאמנת פלל רק מחמת השבועה נאמנת וזה לא אשכחן בנשבעין ונוטלין: והנה לשיטת רש"י י"ל ע"פ מ"ש הפ"י דהא דקי"ל חשיד אמונא לא חשיד אשבועתא היינו מדרבנן וכמ"ש התוס' וא"ת אף שמדאורייתא אמרינן מיגו דחשיד ואשתמוטי לא שייך פאן מ"מ פנין דחזי רבנן דשבועה חמורה להם ולא אמרינן מיגו דחשיד חזר הדין למקומו שצריך לישבע ש"ד ע"ש.

ולפ"ז שפיר קאמר רב"ח דבעי ש"ד ואף דבדאורייתא פתיב דווקא נשבעין ולא משלמין לאו משום גזה"כ פן הוא אלא דבנשבעין ונוטלין ליכא שבועה דהא לא שייך אשתמוטי ומדאורייתא אמרי' מיגו דחשיד כו' ומ"מ השתא דלא אמרינן מיגו דחשיד שפיר שייכא שבועה אף מדאורייתא וממתניתין לק"מ דהכי קאמר פל הנשבעין שבתורה אותן שכתובים בתורה נשבעין ולא משלמין ואלו נשבעין ונוטלין לדידן דלא אמרינן מיגו דחשיד ומ"מ השבועה גופא היא דאורייתא כמ"ש הפ"י מה שא"כ רבא ס"ל דלא אמרינן חשיד אמונא כו' מדאורייתא והא דצריך רבה לאשתמוטי דלא נימא מיגו דכ"ה וכמ"ש התוס' בזה וא"כ אף בדאורייתא שפיר משפחת שלא יהיה לו מיגו דכ"ה כגון שיש עדים או ע"א וכיוצא ואפ"ה לא אמרה תורה שבועה כ"א בנשבעין ולא משלמין וא"כ ע"כ גזרת הכתוב הוא והיינו דפריה רבא הא דכל הנשבעין כו'.

ולפ"ז א"ש דעל רמב"ח דס"ל דרק מדרבנן לא אמרינן מיגו דחשיד לא מצי לאקשוני די"ל כמ"ש הפ"י דעכשיו חזר הדין לישבע שבועת התורה אף דליכא אשתמוטי משא"כ לרבא דס"ל דטעמא משום מיגו וכיון דליכא אשתמוטי א"כ יש פאן מיגו וא"כ הו"ל למימר שלש תשובות בדבר: וכדי ליישב קוש' התוס' נלענ"ד ע"פ מה דקשה לכאורה לשיטת רש"י מטעם מיגו דחשיד צריף רבה לאשתמוטי קשה דלימא בפשיטות דלמא מספק ביה מלתא גופא אם פרע או לא ולכך טוען פרי ובאמת לא חשיד אממונא פלל ורמי רבנן שבועה עלי' פי היכא דלודי.

אף י"ל דז"א דהא התורה מייירי אף אם פופר במקצת בעיקר ההלואה ובכה"ג הו"ל איני יודע אם נתחייבתי לה דפטור וכמדומה שכ"כ המפורשים שם ולפ"ז לפי מאי דקי"ל בש"ע סי' נ"ט פהך דעה בבעה"ת דמלנה בשטר ואומר המלנה א"י אם פרעתי הלנה פטור א"כ שפיר מחוייב ש"ד וליכא פאן משום חשוד אממונא די"ל דשמא היא מספקת בפרעון ובכה"ג הלנה פטור ולכך מחוייבת שבועה כדי שתודה שאין לה פרי שלא נפרעה כ"א ספק לבד והלכך אף דאין לומר אשתמוטי שפיר מחוייבת שבועה וא"ש לשיטת רש"י.

ועוד י"ל דצריף להבין טעמא דרב"ח דמדמי ליה למ"מ ונהנה הך"ן פתב דס"ל דנשבעין ונפטרין לאו דוקא אלא דס"ל פיון שהוא בא להעמיד הדבר על חזקתו הראשונה הוא וה"נ האשה שאומרת שלא נפרעת ובאה להעמיד על החזקה הראשונה נשבעת ונשבעין ונפטרין לאו דוקא ובאו"ת בכללי מיגו אות קי"ג פתב דאף דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן מ"מ קשיא שפיר דלהימן במ"מ במיגו דכ"ה דהאיף חייבה התורה שבועה לכתחלה וכן עד"ז פריף ש"ש דחייב רח בא כו' ומשני דאפקיד בשטר וכיון דיש במציאות חיוב השבועה א"כ שוב לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה אף היכא דאיכא מיגו ע"ש.

ולפ"ז לרמב"ח דס"ל דנשבעין ונוטלין עם נשבעין ונפטרי' חד גוונא הוא שלהעמיד על חזקתו הוא נשבע וא"כ פיון דבנשבעין ונוטלין שפיר איכא חיוב שבועה אע"ג דאיכא מיגו פיון דלא שייף אשתמוטי מ"מ פיון דעיקר השבועה להעמיד דבר על חזקתו ישנה במציאות גבי נשבעין ונפטרין שפיר נשבע אף ליטול דהו"ל מיגו לאפטורי משבועה.

והנה לענ"ד י"ל בסברת רמב"ח דס"ל דכמו במ"מ דאורייתא שאם הנה כ"ה הי' פטור אלא שהוא מגרע טענתו ע"י שעכ"פ הוא מודה במקצת לדברי התובע וצריף להחזיק טענתו ע"י שבועה פמו כן בנשבע ונוטל כגון הכא שהאשה באה ליטול והיא מגרעת טענתה ע"י שהיא מודה שנופרעת מקצת וכמ"ש התוס' דמה"ט תני בכריתא דמיייתי לקמן הפוגם שלא בעדים בין נשבעין ונוטלין לפי שלא חשיב בא מפח השטר פמו אינף משום שהוא עצמו מודה שנופרע מקצת והלכך ס"ל דצריף ש"ד להחזיק טענתה וקרוכי' דברים אלו לדברי הך"ן שהבאתי לעיל: והנה אהא דסבר רמב"ח למימר שבועה דאורייתא פירש"י ונ"מ לאנקוטי חפצה ולקמן גבי אי פקח הוא כו' פירש לידי שבועה דאורייתא שהוא בשם או בכנוי ואוחזו"ס"ת בידו נלע"ד משום דבריש שמעתא דאירינן לענן הב"ד אינה שבועה הם מחייבין אותה שפיר פירש"י דנ"מ שאינו יכול להפך אותה משא"כ ה"ם דמייירי להשיא לבעל עצה מהוגנת שיודע בנפשו שפרע אין זו עצה הוגנת

שלא תוכל להפך מה גרעונות היא פנין שהאמת אתו ישבע ויפטר ואם נפשך לומר שאינו רוצה לישבע אפי' באמת יותר יש עליו עונש שבועה כשמשביע אותה ונשבעת לשקר וכדאיתא לעיל שהשבועה חלה על שניהם וא"ל שע"י שבועה דאורייתא תודה ולא תרצה לישבע ז"א פנין דאפתי לא ידעין שיש איום יותר בשבועה דאורייתא א"כ ג"כ תודה מחמת השבועה דהשתא וא"ל דאעפ"כ נ"מ דבשבועה דרבנן אע"פ שלא תרצה לישבע לשקר מ"מ תהפך עליו משא"כ בשבועה דאורייתא אם לא תרצה לישבע וגם להפך אינו יכולה תצטרף להודות לגמרי ז"א דכיון דהאמת אתו למה תעשה פזאת להביאו לידי שבועה בחנם שמגן היא יודעת שלא ירצה לישבע באמת ובנדאי גם עתה תודה משא"כ השתא דפירש"י לעגן נק"ח א"כ אתי שפיר דכיון דבדאורייתא בעי נק"ח שהוא איום יותר תפריש ותודה משא"כ בלא נק"ח וא"כ יש נ"מ גם לעגן הפוך: ועיין באו"ת סי' פ"ז ס"ק ט"ז שכתב דמוכח מהתוס' שכתב שיש .

ספק אם יכול לומר ללנה השבע ותפטר וקשה פשיטא דדל שטרא מהכא יכול להשביע היסת כו' ולענ"ד בלא"ה לק"מ דאם יאמר דל שטרא וירצה להשביעו היסת זה יתפוך עליו ויאמר השבע וטול והתו' מסופקי' דשמא פנין שיש לו שטר רק שזה אומר השבע לי שמא יוכל לומר או תשבע ותפטר או אטול בלא שבועה ומ"ש עוד לתרץ מ"ש התוס' על רש"י בגיטין ותירץ דהתם פתובה דרבנן הם אמרו והם אמרו דלבעי נק"ח ע"ש באנרף ולפענ"ד אין זה נכון דהא קאמר התם אדרה בב"ד ואשבעה חוץ לב"ד דבב"ד בעי נק"ח.

וע"ז הקשו התו' שפיר פנין דמשום חומר שבועה באו להקל עליה ישביעוה בב"ד בלא נק"ח ובשולמא אי אמרינן דבכל דוכתא בעי נק"ח דטכסיס שבועה כף הוא אתי שפיר ושבועה בלא נק"ח מיקרי שבועה חוץ לב"ד משא"כ לפי מ"ש רש"י פאן דשבועה דרבנן לא בעי נק"ח א"כ קשה ישביעוה שבועה דרבנן בב"ד כמו כל שבועת היסת דברי זעירא הקטן אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה עג שאלה לבאר דין הטוען אחר מעשה ב"ד ואמר פרעתיך אם נאמן במיגו או לא: תשובה הנה בב"מ דף י"ז אמרינן אמר ר"י הטוען אחר מעשה ב"ד ואמר פרעתי לא אמר פלום כו' ע"ש.

והנה במה שכתבו התוספות ד"ה לא אמר פלום תמה אא"ז מהרש"א שהרי בכתובות דף פ"ט דחו התוספות זה שכתבו שם דאם הוא במקום שאין מכירין אע"פ שהפתובה בידה יזנה נאמן במיגו דלא גרשתיך וכן הקשו שאר מפנרשים.

ונלענ"ד לתרץ ומתחלה אבאר מה שיש לדקדק בלשון התוס' שפאן כתבו אם אין לה עידי קידושין ובכתובות נקטו בסתם שיהיה נאמן במיגו דאין את אשתי ובפשיטות הנה אפ"ש לומר דהתוספות הכא קיימו למאי דס"ד בש"ס דאבניי מייתי סייעתא לר"י דאל"כ אלמנה מן האירוסין היא גביא ומזה הוכחה דאלמנה מן האירוסין אית לה פתובה אע"ג דלא כתב לה ולכך הנצרכו התוס' לפרש שיתתם שיוכל לומר אין את אשתי אם אין לה עידי קידושין והיינו שע"כ אנו צריכין לומר שיטענון להכחיש שאף ארוסתו אינה משא"כ התם בכתובות קיימי התוספות לפרושי מלתא דר"י לפום המסקנא דארוסה אין לה פתובה רק דגופא מתני' קשית' כו' שפיר נקטו התו' דנאמן במיגו דאין את אשתי ור"ל דאף אם יהי עידי קידושין מ"מ יוכל להכחיש שלא נשאה נארוסה אין לה פתובה ובהכי

א"ש מה דקשה לכאורה לפי מ"ש הר"א"ה בפ"ב דכתובות ונהביאו האו"ת סימן נ"ד לתרץ
הא דלא חיישינו כשאין השטר כתובה בינדה ורוצה לגבות הכתובה בתנאי ב"ד דדלמא
מכרה הכתובה לאחר משום דהא קי"ל דמוכר שט"ח לתבירו וחסור ומחלו מחול: לפ"ז
קשה על מ"ש התוספות דאף שהכתובה בינדה נאמן לומר פרעתי במיגו דלא גרשתיך
וא"כ אין לו הפסד במה שאינה מוציאה הכתובה מת"י ולפי דברי הר"א"ה הנ"ל קשה
דאפתי יוכל לבא לידי הפסד דכיון שהשטר כתובה נשאר בינדה יש לחוש שפא מכרה
או תמכור לאחר הכתובה והוא יפסיד שוכרו ויצטרך לשלם שנית ללוקח ואי משום
שיהיה נאמן במיגו דלא גרשתיך ז"א כמ"ש התוס' לקמן שאין זה מיגו שהרי יתחייב
בשאר פסות ועונה וא"ל פתרוץ התו' דהו"ל טענו חטים.

והודה בשעורים ז"א דזה ניחא בהא דכתובה ואין עמה גט דמיירי שהאשה באה לגבות
ושטר כתובה בינדה והו"ל לגבי שאר פסות כטענו חטים משא"כ כאן דהחשש הוא שפא
הלוקח יבא לגבות הכתובה והאשה לא תתבע כלום וא"כ אינו נאמן במיגו דלא גרשתיך
שאם יודה פן בב"ד תתבענו היא שאר פסות ועונה שהרי היא לא מחלה לו כלום וגם
יש להקשות לפמ"ש התוס' דהא דמהימן במיגו דלא גרשתיך אע"ג דהאומרת גרשתי
נאמנת משום דקשטובעת כתובתה אין נאמנת ויש חולקים בזה על התוס': ונלענ"ד
דהיכא דהאשה טוענת גרשתי ואינה תובעת כתובתה רק הלוקח הכתובה הוא תובע
ע"פ דבורה של אשה ודאי דגובה וגם התוס' מודים בזה וא"כ התניח בכתובה ואין עמה
גט שפיר קאמר הש"ס דאם אין עידי גירושין נאמן במיגו דלא גרשתיך פיון דהאשה
בעצמה היא התובעת כתובתה משא"כ בזה שיש לחוש שתמכור הכתובה והלוקח יגבה
ע"פ האשה שאומרת גרשתי ולפמ"ש א"ש דבאמת מתוך לשון הכתובה אין הכרח אם
היא ארוסה אלא שכתב לה כתובה או היא נשואה וא"כ שפיר כתבו התוס' דאף אם יהיה
שטר כתובה בינדה מ"מ יוכל לומר לא גרשתיך וא"ל שימכור הכתובה לאחר דז"א דמ"מ
יהיה נאמן לומר לא גרשתיך ועדיין היא ארוסה ואז אינו מתחייב בשאר פסות וגם
בטענתה גרשתי אינה נאמנת כמ"ש במשנה למלך פרק מהלכות אישות בשם מהר"ד
ערמאה שי"ל דבארוסה לא אמרינן חזקה אין מעיזה ע"ש.

ולפ"ז י"ל דדוקא בכתובות שפיר כתבו התו' לדחות אף אם ישאר הכתובה איכא מיגו
דלא גרשתיך משא"כ בב"מ דהתו' קט"ו ה"תם אי ארוסה אית לה כתובה וא"כ צ"ל דאין
כאן עדים על הקידושין כלל.

ולפ"ז א"א לומר פן משום דאפתי יפסיד כשתמכור לאחר וא"ל שיהיה נאמן לגבי הלוקח
במיגו דלא גרשתיך פיון שהיא ארוסה אינה נאמנת לומר גרשתיך ז"א פיון דאין עדים
על הקידושין בלא"ה מהימנא לומר אשת איש הייתי וגרושה אני כמבואר בכתובות
ואע"פ שאז כשיבא הלוקח עם הכתובה יתברר מחמת הכתובה שהיתה א"א מ"מ הא
אמרינן ה"תם דאיכא דמתני ארישא דאם משהתירוה לינשא באו עדים אם ניסת לא תצא
ואפ"י ס"ל כה"ד מ"ד כמ"ש בספר פתובה בסוגיא דשנים אומרים לא מת וכיון שהיא
מוותרת לינשא ממילא שצריך לשלם הכתובה ללוקח דממדרש כתובה נלמד לכשתנשא
כו' וא"כ יש לו הפסד כשישאר הכתובה ת"י במקום שאין מכירין שאם לא תהיה
הכתובה ת"י הרי יוכל לטעון לא קדשתיך משא"כ כשהכתובה ת"י חיישינו דתמכור

ואינה מהימנא לטעון גרשתיני ויצטרף לפרוע הפתובה ללוקח: ועדיין נשאר לנו לפרש דמ"ט פתבו התוס' בכתובות דאין תועלת משטר פתובה דאף אם הפתובה בידה יטעון לא גרשתיך דמ"מ יש תועלת כשלא יהיה עידי קידושין דאז תהיה נאמנת במיגו דלא קדשתיני וכמ"ל אף י"ל דנדאי לגבי דידה גופא ליפא חששא דהרי ע"י מיגו דלא קדשתיני לא תגבה פתובה אף החששא הוא לגבי לוקח כמ"ל והנה לעיל מבואר בדרף מ"ד דאחד זה ואחד זה מן הנשואין והטעם מבואר שם דמחלה לשעבודא קמא דמשעת אירוסין ועיין בספר פתובה שם דלכאורה אי הפתובה מתקנת חכמים אין מועיל לה מחילה דחכמים עשו חיזוק אף אם אינה מתקנת חכמים רק מחמת שכתב לה שוב שפיר מועיל מחילה והנה אנן קי"ל דמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ולפ"ז שפיר פתבו התו' בכתובות דאין תועלת מפתובה ואי משום דתמפור הלא יכול לטעון שכתובות אירוסין היתה זו ובאמת עתה כבר היא נשואה וממילא שגמחלה לו הפתובה אירוסין וכיון שחזרה ומחלה הרי הוא מחול פינן דבכתובות קיימי התוספות למסקנא דארוסה לית לה פתובה א"כ אף שכתב לה מהני מחילה משא"כ בב"מ דקיימינן התם דארוסה אית לה פתובה ולא מהני מחילה שפיר פתבו התוס' שם שיהיה נאמנת במיגו אם אין לה עידי קידושין וכמ"ל אלא דבתו' דף מ"ד ד"ה והלכתא משמע להיפך דאם הפתובה מתנאי ב"ד טפי שייך מחילה כשכתב אח"כ ועיין בספר פתובה שם.

ועוד י"ל דלכאורה קשה בהנך מיגו שכתבו התוס' שיש לו מיגו דאלמנה או אין את אשתי או לא גרשתיך שהרי התו' בכתובות דף י"ט הקשו למ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו דמ"ט לא מהימן פרוע במיגו דמזוניך וכתבו די"ל דשמא ירא לומר מזוניך פן יכחישוהו וא"כ איך קאמרו התוס' הךא דנאמן פרוע בהנך מיגו פינן דבאמת איכא עדים ע"ז ואע"פ שאינם לפנינו אין זה מיגו וא"ל דהתו' פתבו פן למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ז"א דהא הש"ס קאמר פולה מתני' רשב"ג היא ורשב"ג הא ס"ל א"צ לקיימו כדאיתא בב"מ דף ז' וגם אליבא דרבי יוחנן פירשו התוס' הא דמן הספנה ואילך בדליכא עידי גירושין משום דאלמנה הא קודם הספנה נאמן במיגו דלא גרשתיך: ולכן נלענ"ד דנדאי לא בכל מקום אמרינן שאינו מיגו שמתניירא פן יכחישוהו דא"כ בטלת כל דיני מיגו דבכל מקום ניהוש שמא לא הוי מצי לטעון הך טענה שמתניירא פן יתבדה ויאחז אלא דוקא בכה"ג דפרוע במיגו דמזוניך שהרי בנדאי הי' פאן עדים שחתומים ע"ז השטר והלכך שפיר י"ל דמתניירא שלא יתפס בשקרו ואף אם מתו עדים אלו חושש שמא כבר עשו בשטר קיום והעידו באיזה ב"ד על קיום זה השטר וכדומה וכן בכל דבר שגוף הענין נעשה ע"י עדים לא אמרינן מיגו אע"פ שהעדים עתה אינם לפנינו אבל ענין שיכול להיות שמעולם לא היה עדים על הדבר לברר שקרו מה"ת ניהוש לי' דניקום ונימא שמא מתניירא לטעון שלא יתברר היפך טענתו פינן שאין ידוע לנו שיש עדים שיכולים לברר.

ולפ"ז א"ש הא דמהימן במיגו דלא גרשתיך אף לרשב"ג דהא רשב"ג ס"ל בב"ב דף ק"ע ע"ח פרתי ולדידי' פתב בכתב ידו פשר מדאורייתא א"כ אע"פ שעתה היא תובעת בגט שחתומין עליו עדים מ"מ אין בכך פלוג' ויפרע לאשה ויציא הגט מתחת ידה ובכתובה לא איכפת לן דאם יבא למקום שאין מפירין יהי' נאמן פרעתי במיגו דלא גרשתיך שהרי לא נתברר לב"ד גם שבמקום שאין מפירין שהי' עדים בדבר דדלמא

גְּרָשָׁה בְּכַתֵּב יָדוֹ וְאִין עָלָיו עֵדִים דְּמַהֲנֵי לְמַ"ד ע"ח פְּרָתֵי וּלְפ"ז גַּם בְּמִיגוֹ דְּאִין אֶתְּ אִשְׁתִּי
לְכַאוּרָה א"ש לְמַ"ד דְּאָם מְהֵנִי בְּגֵט ה"ה דְּמַהֲנֵי בְּקִידוּשֵׁין כַּמ"ש בַּנ"י הוּבָא בַב"ש ס'י
ל"ב אָף לְדַעַת הַרְשָׁפָ"א שָׁם דַּס"ל דַּאֲע"ג דְּמַהֲנֵי בְּגֵט לֹא מְהֵנִי בְּקִידוּשֵׁין לְכַאוּרָה הָף
מִיגוֹ לֹא מִיגוֹ הוּא פִּינּוֹן דַּעַכ"פ ה' פֶּאן עֵדִים עַל הַקִּידוּשֵׁין אָף י"ל לְפִי מַה דְּאִיתָא
בְּכַתְּוֹבוֹת דְּרַמ"ד דַּאֲע"ג דְּאִית לָהּ פְּתוּבָה לְאַרוּסָה מ"מ אַם נְשׂוּאת אַחְלָיָה לִי לְשַׁעֲבוּד'
קָמָא וְאִינוּ גוּבָה אֲלֵא מַחְמַת הַפְּתוּבָה בְּשַׁעַת נִישׁוּאִין וּלְפ"ז א"ש דְּבִאָמַת אִית לָהּ מִיגוֹ
שְׂיֵאמַר אִין אֶתְּ אִשְׁתִּי וּר"ל שְׂאִינָה נְשׂוּאָה אֲבָל מ"מ שְׂפִיר יוּדָה שְׂהִיא אַרוּסָה וַאֲע"ג
דְּאַרוּסָה נְמִי אִית לָהּ פְּתוּבָה מ"מ הָרִי הִיא תַטְעוֹן הָאָמַת שְׂהִיָתָה נְשׂוּאָה וְתַתְּבַע הַפְּתוּבָה
שְׂמַשְׁעַת נִישׁוּאִין וּמְמִילָא דְּמַחְלָה לְכַתְּוֹבַת אִירוּסִין וְעַל כַּתְּוֹבַת נִישׁוּאִין הוּא יַכְחִישָׁה
וּפְטוּר וְהו"ל כַּמ"ש הַתּוֹס' דְּפְטוּר מְשָׂאָר פְּסוּת דְּהִנָּה טְעֵנוּ חֲטִיִּים כו' וְעַדִּיף מִינְיָה שְׂהִרִי
זֶה פֶּאֻמֵר הַחֹב הַמְּגִיעַ לִי מְכַבֵּר מְחַלְתִּי לָהּ וְאִנִּי תוֹבֵעַ אוֹתָהּ חוֹב אַחַר וְהוּא כּוֹפֵר הַחֹב
הָאֲחַר וּמוּדָה לוֹ בְּחֹב הַנְּמַחֵל דְּפְשִׁיטָא דְּפְטוּר: וְהִנָּה בַתּוֹ ד"ה אַבְיִי מְגוּפָא דְּמַתְּנִי הָדַר
בְּיָה כו' דְּלֹא מְסַתְּפֵר שְׂכַתְּבַב בְּשִׁבִיל אַהֲבָתָה כו' אַא"ז מְהַרְשָׁ"א מְגִיָה בְּדַבְּרִיהֶם וְנִלְעַנ"ד
לְפָרֵשׁ ע"פ מ"ש הָרֵא"ש דַּאֲף בְּמִקּוּם שְׂאִין כּוֹתְבִין נ"מ מִמְעַשָּׂה ב"ד כְּגוֹן שְׂכַתְּבַב לָהּ
אַפ"ה לֹא יִשְׁתַּנָּה הַדִּין בְּשִׁבִיל כְּף וְהַשְׂתָּא א"ש א"ש דְּוֹדַאי י"ל דַּאֲע"פ שְׂאִינוּ כּוֹתְבַב
לְאַהֲבָתָה כּוֹתְבַב לְהַפְּסִידָה שְׂהִיָתָה נְאָמֵן לְטַעוֹן פְּרַעַתִּי אֲלֵא דְזֶה תְּלוּי אַם נִימָא דְּגֵט הִינּוּ
כַּתְּוֹבָתָה וְאִין פֶּאן מְעַשָּׂה ב"ד כְּלָל אָף בְּמִקּוּם שְׂאִין כּוֹתְבִין א"כ לֹא שְׂיָיָף לֹא פְּלוּג רַבְּנָן
בְּתַקְנָתוֹן וְכָל שְׂנָה פְּתַב לָהּ פְּתוּבָה שׁוּב אִינָה יְכוּלָה לְגַבּוֹת בְּגֵט לְבַד דְּהוּי כְּשֵׁנִי שֵׁט"ח
עַל חוֹב א' וְשְׂפִיר י"ל שְׂכַתְּבַב לָהּ פְּדִי שְׂלֵא תוּכַל לְגַבּוֹת בְּגֵט לְבַד וַא"ש הַסִּיפָא דְּכַתְּוֹבָה
וְאִין עֲמָה גֵט אֲבָל הַשְׂתָּא דְּדַחִי אַבְיִי שֵׁא"א לּוֹמַר דְּגֵט הִינּוּ פְּתוּבָה א"כ ע"כ אַם נִאמַר
דְּמִיָּרִי בְּמִקּוּם שֵׁא"כ הִינּוּ מְשׁוּם דְּבִאוּתוֹ מְקוּם כְּף נִתְקַן וּלְפ"ז שׁוּב לֹא פְּלוּג רַבְּנָן
בְּתַקְנָתוֹן וְאִין אַם זֶה פְּתַב לָהּ אִין הַתְּקִנָּה מְשַׁתַּנָּה בְּשִׁבִיל כְּף וְגַבְיָא בְּלֵא פְּתוּבָה א"כ אִין
טַעַם לְדַבֵּר כְּלָל לְמָה פְּתַב לָהּ זֶה דְּהֵא פְּדִי לְגָרְוַע פְּחָה אִין בְּיָדוֹ מַחְמַת זֶה וְגַם לֹא מְסַתְּפֵר
שְׂכַתְּבַב בְּשִׁבִיל אַהֲבָתָה וּלְכָף הוֹכִיחַ דְּבְמִקּוּם שְׂכּוֹתְבִין מִיָּרִי כּוֹן נִרְאָה נְכוּן לַעַנ"ד: דְּבָרִי
זַעֲרֵא הַק' אֲפָרִים זְלַמֵּן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד שְׂאֵלָה עַד שְׂאֵלָה לְבָרַר הַדִּין אִי אֲמַרִּינּוּ מִיגוֹ
בְּמִקּוּם שְׂהוּא מְשִׁים עֲצָמוֹ רְשַׁע אוֹ בְּטַעֲנָה עֲצָמָה אוֹ בְּטַעֲנוֹת הַמִּיגוֹ: תְּשׁוּבָה דְּבָר זֶה כְּבָר
עֲמַדְתִּי עָלָיו בְּאוּרָף בְּכַמָּה תְּשׁוּבוֹת בַּאֲה"ע וְכֵאֵן לֹא בְּאִתִּי אֲלֵא בְּשִׁבִיל דְּבָרִים שְׂנַתְּחַדְּשׁוּ
לִי בְּעֵדִינָא דְּעֵסִיקְנָא לְבָרַר הַדִּין מִתּוֹף הַסּוּגִיא דְּכַתְּוֹבוֹת דְּף י"ח הָעֵדִים שְׂאֲמָרוּ כַּת"י
הוּא זֶה אֲבָל אֲנוּסִים הִינּוּ וְאִין שְׂקִצַּת דְּבָרִים דְּרָף פְּלִפּוּל לֹא מְנַעַתִּי לְכוֹתְבָם לְהַגְדִּיל
תּוֹרָה וְיֵאדִיר וְגַם כִּי בַעֲזָה"י הָמָה הוֹלְכִים עַל נְתִיב יוֹשֵׁר מְסַלָּה אֲפֹס אֲכַתּוּב בְּקַצְרָה
וְהִנָּה אֲמַרִּינּוּ הֵתֵם הָעֵדִים שְׂאֲמָרוּ כו' אֲמַר רַמִּי ב"ח ל"ש אֲלֵא שְׂאֲמָרוּ אֲנוּסִים הִינּוּ
מַחְמַת מְמוֹן אֲבָל מַחְמַת נְפִשׁוֹת נְאָמְנִים א"ל רְבָא פֶּל כְּמִינְיָה פִּינּוֹן שְׂהִגִּיד כו' אֲלֵא כִּי
אִיתְּמַר אַרְיִשָׁא אִיתְּמַר הָרִי אֵלוֹ נְאָמְנִים אֲמַר רַמִּי ב"ח ל"ש אֲלֵא שְׂאֲמָרוּ אֲנוּסִים מַחְמַת
נְפִשׁוֹת כו'.

וְלְכַאוּרָה צ"ע פִּינּוֹן דְּבִאָנוּסִים מַחְמַת מְמוֹן לֹא סִתַּר רְבָא סְבַרְת רַמִּי ב"ח דְּמַהֲיָמוֹן לְמַשׁוּי
נְפִשְׁיָהּוּ רְשִׁיעוֹ וּבְמִיגוֹ א"כ מִי הַכְּרִיחוֹ לְחַזּוֹר גַּם מְזָה וְלוֹמַר דְּאִין אָדָם מְע"ר. וּמְצִאֲתִי
בְּסַפֵּר פְּתוּבָה שְׂכַתְּבַב לְתַרְץ זֶה עִי שָׁם שְׂדַפְח"ח: אָף לַפְעַנ"ד נִרְאָה דַּא"ש דְּהִנָּה בְּאָמַת
צָרִיף לְהַבִּין סְבַרְת רַמִּי ב"ח דְּלִדִּידִי מְהֵנִי מִיגוֹ אָף בְּמִקּוּם שְׂמַשְׁעַת עֲצָמוֹ רְשַׁע דְּהֵא מְשַׁמַּע

דמה"ת אפילו במיגו לא מהני כדמשמע ביבמות בפלוגתא דרבנן ור"י גבי הרגתיו והגאון ז"ל שם מיתי אח"כ ג"כ מהא.

ובתשובה פוננתי בזה לדעת הגאון ז"ל והארכתי. ועכ"פ סברת רמב"ח בזה מחודשת הוא ולכן נראה דגם רמב"ח מודה בזה דלא מהני מיג' במקום שמשים ע"ר רק דס"ל דאנוסים מחמת ממונ דמשע"ר אינו כ"א בכת"י יוצא ממ"א אבל אם אין יוצא ממ"א אין נעשה רשע כלל מחמת זה דהא א"א לקיימו כ"א ע"פ ומימר אמר פשיטתא בעהש"ט לקיימו אז אומר האמת שאנוס הייתי ולא יועיל הקיום וכל כמה שאינו מקנים חספא בעלמא הוא פדאיתא בב"מ דף ז' ולא מדי עביד שפאמר אין אדם מע"ר ואדרבה צ"ע למה אמר רבא דאין נאמנים משום דמשע"ר אף י"ל דהתינתא אם יבא לגבות מהלנה והלנה יטעון מזוניף ויצטרף לבא לידי קיום אבל מ"מ הנה לו לחוש שפא יבא לגבות מיתומים ולקוחות שלא בפני הלנה דאז גובה בלא קיום דאין טוענים ליתומים ולקוחות מזוניף כמ"ש התוס' לקמן סי' צ"ב דכיון דמדאורייתא פמי שנתקרה כו' ולא בעי קיום הלכך פי תקינו רבנן קיום ה"מ פי אמר לנה מזיף אבל ליתומים ולקוחות א"צ קיום עי' שם ובש"ף סי' מ"ו: ולפי"ז י"ל דרבא לשיטתו דס"ל כר"ל דעדים התיומים כו' וא"כ מדאורייתא לא בעי קיום וממילא דגובין מיתומים ולקוחות בלא קיום והלכך שפיר סובר דאם אמרו אנוסים היינו מחמת ממונ אין אמע"ר דא"ל שפמכו שאם ירצה לקיים יאמרו מזוניף או אנוסים במיגו דמזוניף ז"א דשפא יגבה מיתומים ולקוחות בלא קיום משא"כ רמב"ח דאמר מחמת נפשות נאמנים אף בכת"י יוצא ממ"א ואע"ג דאין חוזר ומגיד ס"ל כדאמרינן ה"מ ע"פ אבל בשטר שפיר חוזר ומגיד דלא ס"ל הך דר"ל דעדים התיומים כו' (ואע"ג דהכא הך דר"ל מענין שאין יכולים לחזור ולומר מבודין מ"מ חד טעמא הוא עם הא דא"צ קיום מדאורייתא פמבואר בשו"ת מהרי"ק ועי' בפ"י ריש גיטין ובק"א שם) וא"כ לדידיה שפיר בעי קיום מדאורייתא ועי' לקמן דף ד"ח בתוס' ד"ה קיום שטרות מדרבנן עי' שם שכתב דנוקא במודה לנה כו' עי' שם ולפ"ז ממילא דגם מיתומים ולקוחות בעי קיום ונקא ולכך שפיר ס"ל דאם אין כת"י יוצא ממ"א נאמנים אף מחמת ממונ דלא משוי נפשייהו רשיעי דהא ליפא למיחש למידי וכמ"ש.

ולפ"ז א"ש דכיון דרבא דחי מלתא דרב"ח משום הא דר"ל כו' שפיר הוכרח לסתור דברי רמב"ח גם בזה דאנוסים מחמת ממונ דכיון דקי"ל כר"ל ממילא באנוסים מחמת ממונ משוי נפשייהו רשיעי דהא בהא תליא וכמ"ש: עוד הקשה שם בספר פתופה על מ"ש התוס' הלכך לא אמרינן פלגינן דבורא פיון דקיום שטרות דרבנן כו' דאפתי תיקשי לפי התוס' לקמן מיירי מתני' דהלנה טוען מזוניף ויש פוסקים דכשהלנה טוען מזוניף בעי קיום מדאורייתא ונלענ"ד דלכאורה דברי התוס' צריכין ביאור דמה ענין זה לקיום שטרות דרבנן דהא מה דפלגינן דבורא היינו בעדותן שאומרים אנוסים היינו ואפילו אם אין שטר צריך קיום כלל והם אומרים אנוסים מחמת ממונ אפשר למפליג ולומר אנוסים ולא מחמת ממונ כ"א מ"נ ואם פוננת דבריהם פיון דעיקר נאמנותם מחמת מיגו שלא היו אומרים כת"י ולא הנה מקנים וזה אינו רק מדרבנן מ"מ אין זה ענין למה שאנו אומרים פלגינן דבורא בעדות אנוסים והנאמנות מחמת מיגו דאי בעי שתקי והוי השטר חספא בעלמא אין לחלק בזה בין אם הוא מדרבנן או דאורייתא דס"ס מיגו טובה היא: ואמנם פוננת דבריהם עפ"י מש"ל דהוי מיגו במקום עדים אלא פיון דהצריכו חכמים קיום אף

דאָמרי כת"י הוא אינהו אַמרי אַנוסים כו' ור"ל דאף שאין פֿאן מיגו שְלִפּי דְבַרְיָהּם
שְאָמְרוּ שְחַתְמוּ אוֹתוֹ אֲנִי סִהְדִי שְחַתְמוּ בְכַשְרוֹת מ"מ אִין זֶה קִיּוֹם שֶהֲצָרִיכוּ חו"ל שְהָרִי
הַקִּיּוֹם הוּא לִידַע שְנִחְתַּם מְעַדִים פְּשָרִים בְּרִצּוֹן הַלֹּהֵ וְכֵאֵן הַמְקַיְיִמִים הֵם הַסּוֹתָרִים
שְאוּמְרִים אַנוסים כו' וְאֲמַנְם זֶה רַק מְדַרְבְּנֵן אֲבָל פִּינֵן דְמְדַאוּרִיָּתָא א"צ קִיּוֹם תּוּ לֹא הָוִי
מִשְאֲחִינִין בְּאֲמִירְתָם אַנוסים אֲפִילוּ מַחְמַת נְפִשׁוֹת דְהָא אִין חוּזָר וּמַגִּיד וּא"כ דִּי בְזַה דָאֵם
אוּמְרִים מ"נ אֲמַרִינֵן דְהַשְׁטֵר פֶּסוּל פִּינֵן שְצָרִיף קִיּוֹם מְדַרְבְּנֵן עכ"פ וְזֶה לֹא מִקְרִי קִיּוֹם
מִשָּׂא"כ מַחְמַת מְמוֹן שְאִין נְאֻמְנִים רַק שְנִפְלוֹג דְבוּרָא לֹמַר מ"נ פִּינֵן דְמְדַאוּרִיָּתָא אֲפִילוּ
אוּמְרִים מ"נ לֹא מְהִימְנִי לֹא פ"ד בְּכַה"ג כְּלַענ"ד בְּבִיאוּר דְבַרְיָהּ הַתּוֹס' אִף בְּאֲמַת עֵיקַר
הַקְּוִשָּׂא שֶהַקְּשׁוּ דְנִימָא פ"ד הוּא תְמוּהָ דְבִשְׁלֵמָא אִם הִיָּה הַנְּאֻמְנוֹת פֿאן מְתוּרַת עֵדוּת
שְיִיף פְּלִגִינֵן דְבוּרָה כְּמוֹ בְּפִלוּנִי רְבַעֲנִי מִשָּׂא"כ פֿאן שְאִין הַנְּאֻמְנוֹת מְתוּרַת עֵדוּת רַק
מְתוּרַת מִיגוּ וּבְמִיגוּ לֹא מְהִימֵן לְמִשׁוּי נְפִשְׁיָהּוּ רְשִׁיעָא אִיף נְאֻמַר בְּזַה פְּלִגִינֵן דְבוּרָא
לֹמַר שְיִהָא נְאֻמֵן עַל דְבַר שְאִינוּ אוּמַר בְּמִיגוּ שְהִיָּה אוּמַר כְּפֹד וְכֹף שְפָל הַנְּאֻמְנוֹת מַחְמַת
מִיגוּ צָרִיף לְהֶאֱמִין אֵת מַה שְהוּא אוּמַר כְּמוֹת שְהוּא וּמכ"ש לְפִי מ"ש הֶרָאָב"ד בְּטַעֲמָא
דְפְּלִגִינֵן דְבוּרָא מִשׁוּם דְעַל עֲצָמוּ אִינוּ בְּגֵדָר עֵדוּת וְלֹא אֲמַרִינֵן בִּיָּה עֵדוּת שְבִטְלָהּ וּשְאָר
הָעֵדוּת נְשָׂא קִיּוֹם א"כ פְּשִׁטָא דְלֹא שְיִיף פְּלִגִינֵן דְבוּרָא לְהֶאֱמִינוּ בְּמִיגוּ בְּמַה שְהוּא
מְע"ר וְאִין זֶה דוּמָה לְהָא דב"ב דְבַעַל שְאֻמַר גְּרִשְׁתִּי שְנֶאֱמַן לְהִבָּא וְלֹא לְמַפְרַע דְהֶתֶם
אִין חוֹלְקִין הַדְּבוּר רַק שְאִין מְאֻמִינִין לוֹ מַה שְאִין לוֹ מִיגוּ עִי' שֵׁם וְקַצְרִתִי לְכֵן נִלְעַנ"ד
דְבַאֲמַת לְכַאוּרָה קִשָּׂה עַל רְבָא גּוּפָא דְקֶאֱמַר מַחְמַת מְמוֹן אִין נְאֻמְנִין דְאֲמַע"ר וְהִיָּנוּ
דס"ל דְלֹא מְהִינִי בְזַה מִיגוּ וּבְאֲמַת קִשָּׂה לְמָה לֹא יוֹעִיל מִיגוּ לְהֶאֱמִינוּ דְבִשְׁלֵמָא לְעַנְיָן
עֵדוּת שְפִיר דְאֵדָם קְרוּב אֲצַל עֲצָמוּ וְאִינוּ בְּגֵדָר עֵדוּת אֲצַל עֲצָמוּ מִשָּׂא"כ לְעַנְיָן מִיגוּ יְהָא
נְאֻמֵן כְּמוֹ שְנֶאֱמִין פְּשִׁטוּעַן עַל חֲבִירוֹ כמ"ש הֶרִיב"ש גַּבִּי מִי שְתוּבְעוּ שְנִדְרָ לְהָ בְּאֲתַנְנָהּ
עִי' סִי' פ"ז סְעִיף כ"ה דְמְבוּנָר שְיִכּוֹל לְתַבְּנֹעַ חֲבִירוֹ וּלְהַשְׁבִּיעוּ אִף שְמִשִּׁים ע"ר וּבְאֲמַת
יֵשׁ מַחְלוּקַת הַפּוֹסְקִים בְּזַה לְעַנְיָן אִם טוֹעַן לְקַחְתָּ מִמֶּנִּי רַבִּית עִי' שֵׁם וְאִין פֿאן מְקוּמוֹ
ומ"ש הַש"ף בְּכִלְיִ מִיגוּ בְשֵׁם סֶפֶר פְּרִיתוֹת כְּתַבְתִּי בְּתוֹשׁבָה שְדְבַרְיֹ תְמוּהִים: אִף זֶה
הִיכָא שְטוֹעַן לְזַכּוֹת עֲצָמוּ וְהוּא הַתּוֹבַע אֲמַרִינֵן דְאִין מְאֻמִינִים תְּבִיעְתוּ לְמִשׁוּי נְפִשְׁיָהּ
רְשִׁיעָא מִשָּׂא"כ הִיכָא שְהוּא מִיגוּ שֶׁל אַחַר מַה לְנוּ בְּכֹף שְעוֹשָׂה עֲצָמוּ רְשַׁע מ"מ נְאֻמֵן
הוּא בְּדְבַרְיֹ לְזַכּוֹת שֶׁל אַחַר בְּמִיגוּ וּכְמוֹ דְמְהִימֵן בְּמִיגוּ דְקַלְתִּיָּהּ וְכֵן בְּמֶאֱמַר אֶחָד רְאִיתִי
אַבִּיכֶם שְהֶטְמִין וּאֲע"ג דְהֶתֶם לֹא מִיָּרִי בְּמַע"ר מ"מ אִין לְחַלֵּק בְּכֹף לְעַנְיָן מַה שְהוּא
נְאֻמֵן בְּמִיגוּ וְלְכֵן נִרְאָה דְעֵיקְרוֹ שֶׁל דְבָרִים בְּכוּנוֹת הַתּוֹס' שְהַקְּשׁוּ לְעִיל דְהָא הָוִי מִיגוּ
בְּמִקּוּם עֵדִים וְתִירְצוּ דְכִינֵן שְהֲצָרִיכוּ קִיּוֹם כו' נִרְאָה דְנוֹדָי מְדַאוּרִיָּתָא דְלֹא בְעִי קִיּוֹם
אִית לֹן לְמִימַר דְהָוִי כְּמִי שְנִחְקְרָה בְּב"ד מְשַׁעָה שְחַתְמוּ עַל הַשְׁטֵר וְהָרִי זֶה כְּאֵלוֹ הַגִּידוּ
אַז ע"פ שֶׁל הַלֹּהֵ וּא"כ מִיגוּ דְהַשְׁתָּא הוּא מִיגוּ בְּמִקּוּם עֵדִים אֲבָל פִּינֵן דְעכ"פ מְדַרְבְּנֵן
בְעִי קִיּוֹם א"כ אִין בְּעַת חֲתִימַת הַשְׁטֵר מִשׁוּם הַגְּדָה פְּלָל וְעֵיקְרוֹ שֶׁל שְטֵר וְחִקִּירַת עֵדוּת
בְּב"ד הוּא בְשַׁעַת קִיּוּמוֹ וְעַד הַשְׁתָּא חֲסָפָא הוּא וְהָוִי כְּאֵילוֹ בְּאִין עֵדִים לְפִנֵינוּ וּמְעִידִים
לְנוּ אֲנַחְנוּ עֵדִים כְּתַבְנוּ שְטֵר לְפִלוּנִי וְחַתְמָנוּ עָלֵינוּ מַחְמַת דְפְּשִׁטָא שְאִין מְקוּם לְחַלֵּק
הָעֵדִים לְשִׁנִּים וְלֹמַר שְנֶאֱמִינִים שְחַתְמוּ לוֹ שְטֵר הַלְוָה וְשִׁלָּא מַחְמַת אֲוֹנָס וְהַשְׁתָּא שְפִיר
קֶאֱמַר רְבָא דְמַחְמַת מְמוֹן א"נ דְאֲמַע"ר דָאֵם מְעִידִים כְּתַבְנוּ לְפִלוּנִי שְטֵר וְחַתְמָנוּ אוֹתוֹ
מַחְמַת אֲוֹנָס מְמוֹן אִין נְאֻמְנִים ע"ז שְחַתְמוּ מַחְמַת אֲוֹנָס מְמוֹן פִּינֵן שְמַע"ר וּבְכַה"ג שְפִיר

אמרין אין אמער דלאו בתורת מגו אתינן עלה כ"א מתורת עדים ובעדים מה שמעיד על עצמו שנעשה רשע לא מהימנין ליה והלכה אע"ג דמדרבנן בעי קיום והתחלת הגדת העדות הוא בשעת הקיום מ"מ א"נ על הגדתם אנוסים מחמת ממון רק על מה שאומרים שחתמו שטר וע"ז הקשו התוס' דמה חזית דפלגת הכי פליג הכי אנוסים ולא מ"מ כ"א מ"נ וע"ז תירצו פיון דקיום שטרות דרבנן כו' ר"ל דמדאורייתא דהוי כמי שנחקרה משעת חתימה א"כ אפילו אם אמרו עתה אנוסים מ"נ לא מהימני דהא ה"ל חוזר ומגיד רק מדרבנן לא חשבינן ליה הגדה ועדות רק עתה בשעת קיום ולכן אם אומרים מ"נ חשבינן ליה חדא הגדה ונאמנין כל מה שמעידים באותה עדות שאין משימין עצמם רשעים וא"כ די בזה שיועיל לפסול השטר מחמת שהצריכו חכמים קיום היכא שאומר בפירוש מ"נ אבל למפלג דבורה לפסול השטר ולומר שאנוסים מ"נ זה לא אמרינן פיון דמ"נ גופא לא מהני למפסל מדאורייתא רק מדרבנן ולכן לא מהימנין להאי דבורא דאנוסים מ"מ פלל: ולפ"ז מ"ש בספר כתובה דהא פשהלנה טוען מזוניך צריך קיום מדאורייתא לק"מ דעיקר הענין תלוי אם אמרינן דהוי כמו שנחקרה בב"ד משעת חתימה וכיון דמדאורייתא פו הוא והיננו מלתייה דר"ל א"כ פיון דעכשיו מתאמת לנו שאמת הוא שחתמו ושלא כדברי הלנה שטוען עכשיו לפנינו מזוניך נמצא שהיה כאילו נחקרה העדים בשעת חתימה והגידו אז ולדינא דאורייתא אף שהעדים אומרים אנוסים מ"נ לא מהימני דהא כבר היה הגדה בעת חתימה ואין חוזרים ומגידים ומגיד הוי מיגו במקום עדים וכיון שאף מ"נ לא מהימני מדאורייתא רק מחמת שצריך קיום מדרבנן ממילא דלא פ"ד לומר שלא היה רק מ"נ והבו דלא לוסוף עלה דוקא באומרים בפירוש מ"נ ולא ע"י פ"ד: ועפ"י מש"ל יש ליישב קושית התוס' שהקשו על רמב"ח דלהימן מחמת ממון במיגו דמחמת נפשות ולפי מ"ש א"ש דבאמת גם רמב"ח לית ליה מיגו במקום שמע"ר רק טעמיה דבכה"ג שאין כת"י יוצא ממ"א לא משוי נפשייהו רשעים פיון שא"א לגבות בלי שיקיימו הם השטר ואז יאמרו שאנוסים היו וגם שמא יגבה שלא בפניו ליכא למיחש פיון דלא ס"ל הא דר"ל טענינן ליתומים ולקוחות מזוניך כמ"ש באנר"ז וכ"ז באין כת"י יוצא ממ"א אבל בשכת"י יוצא ממ"א והיה אפשר לגבות בלעדם שוב כשאומרים אנוסים מחמת ממון משוי נפשייהו רשעים ולא מהימני אף במיגו דמיגו לא מהני במקום שמע"ר אף לרמב"ח: ולכאורה בהא דכתבנא דאליבא דרבה שפיר משוי נפשייהו רשעי אף באין כת"י יוצא ממ"א פיון דס"ל דר"ל ולא בעי קיום מדאורייתא יש לחוש שיגבה שלא בפניו דלדידיה אין טוענין ללקוחות מזוניך כמ"ש התוס' בכתובות דף צ"ב ולכאורה ז"א לפי התוס' שם דאף דלא טענינן להו פרוע שהיה אביהן או המוכר יכול לטעון פרוע במיגו דמזוניך עי' שם.

אף אא"ז מהר"מ מלובלין בריש גיטין תמה על התוס' שם דמ"מ מה נ"מ הא נטעון ללוקח פרוע עי' שם ותירץ דנ"מ אם נכתב בשטר שהוא תוך זמנו ולפי"ז לרבא דס"ל בב"ב אדם פורע ת"ז א"כ אפילו תימא שהיה להם לחוש שמא יתבע בשטר תוך זמנו מ"מ לרבא שפיר טענינן פרוע אף ת"ז ואפשר לומר דגם לאבני ורבא שם דעביד אינש דפרע גו זמניה דלא לטרדן היננו דוקא בטוען ברי אבל ליתומים וללקוחות אף לאבני ורבא לא טענינן וכמ"ש בסי' ע"ח לענין יומא דמשלם זמן דדוקא אי טעין איהו אבל

ליתמי לא טענינו (והא דפשיט בב"מ מהו דבכור מת האב עד שלא נפדה והתוס' מיייתי לה בב"ב אהו דרבא י"ל כמ"ש באו"ת שם ס"ק י"א דשאני התם שגם הפהו טוען שמא ע"י שם) ולפי"ז שפיר יש לחוש שיטרון בשטר זה שיראה אותו לפני ב"ד ת"ז שלא יהיה חשש שנפרע אח"כ ויגבה בו מלקוחות פגון שמת או שהיה הלנה במה"י וכיוצא בו וכשיגיע זמנו לגבות יטרון מיתומים ולקוחות: אף הפ"י בריש גיטין שדא נרגא בקא דאא"ז מהר"ם דאם נאמר שבשטר שהוא תוך זמנו שפיר נפרעין מיתומים ולקוחות א"כ שיהי שוב לא שבקת חיי' שיינוף שטר ויתבע בו ת"ז ועיין באו"ת סי' ס"ט מ"ש לתרץ והוא דחוק אף דאפילו תימא דטענינו פרוע במיגו דמזונף אף בשטר דת"ז פיון ש"ל דמזונף וא"כ אין פאן הלואה פלל מ"מ בגוונא דהכא דמזונף שאומרים שההלואה אמת א"כ יש לחוש שמא יהיה עדים אחרים על ההלואה שהוא ת"ז או שיודה לפני עדים שלנה לזמן פלוני וא"כ אין פאן טענת פרועון רק שהשטר נכתב שלא מדעת הלנה וא"א לטרון בו מלקוחות והוא יוציא השטר עם העדים שלנה ממנו והוא ת"ז ואז שפיר יטרון בו מלקוחות כי אנחנו לא גודע שאנוסים היו ונכתב שלא מדעת הלנה ולא טענינו לה מזונף וגם פרוע לא נטעון פיון שיש עדים שההלואה אמת והוא ת"ז ואפשר לדחות פיון דע"כ אין פאן עדים שיאמרו שהמה ראו המלנה שנכתב עליו זה אע"פ שיעידו שראו הלואה מצי לקוחות למטען שהוא הלואה אחרת בע"פ ואותה הלואה בשטר פרוע לה ויהיה נאמן במיגו דמזונף אף שיכתבו בו הזמן והוא ת"ז מ"מ טענינו פרוע במיגו דמזונף דאל"כ לא שבקת חיי וכמ"ש הפ"י ויש ליישב וקצרת: והנה מה שהקשו התוס' שיהא נאמן במיגו דפרוע או לרמב"ח במיגו דמ"נ י"ל למאי דאמרין לקמן דר"מ ס"ל מודה בשטר כו' ולא אלים מיגו לאורעי שטרא ואף דרבנן פליגי או דס"ל דעדים אלימי לאורעי שטרא כמ"ש בתוספות שם מ"מ היינו דוקא בכה"ג שהשטר אינו מקנינים עד עתה שבאין לקנינים אותו ובתכ"ד אומרים אנוסים היינו אין זה אורעי שטרא שהרי עתה הוא נעשה שטר גמור ולכך שפיר מהני מיגו דאין זה כת"י לאורעי וכעין זה פתבו התוס' לתרץ קושיות דהני מיגו במקום עדים משא"כ היכא שכת"י יוצא ממקום אחר שאז הוא שטר גמור מבלעדי העדים תו לא מהני מיגו דפרוע או מיגו מחמת נפשות לאורעי שטרא ואפשר לפרש שזה פנונת התוספות במ"ש דהוי מיגו במקום עדים ותירוץם וכבר ביארתי לעיל ולפמ"ש י"ל דהנה לר"מ ילפינו מהו דמודה בשטר לכאן ולכאורה התם מיירי בטענת פרוע דאינו עוקר השטר פלל משא"כ פאן שע"י המיגו עוקרין השטר ובכה"ג מהני פיון שלדבריהם אין פאן שטר פלל וצ"ל דהכי מדמה הש"ס דכמו דהתם אמרינו פיון דהשטר הוא בחזקת שאינו פרוע לא מהני מיגו לבטולי הו דחזקה כמו כן פאן דחזקה שהשטר נחתם פהוגן דאנו סהדי שהשטר שחתומים עליו עדים אם ההלואה אמת הו"ל נחתם פהוגן נאנו סהדי לאו דוקא כמ"ש הפ"י רק פירושו שאנו מחזיקין אותו בחזקת פשר ולא מהני ביה מיגו לבטולי והתוספות קשיא להו דאף לרבנן אית לן למימר הכי דהא חזקה זו אלימתא הוא וכעדים דמי ואף דרבנן ס"ל גבי מודה בשטר דצריף לקיימו התם י"ל דמחמת המיגו אזל חזקה שיש לשטר שאינו פרוע דהא פל הלואה לפרעון עומד רק בשטר שיהי שטרא בידי מאי בעי נכאן י"ל דסמך על המיגו דהא בידו לטעון מזונף משא"כ הכא גבי עדים שהאינו היא נוד חזקת השטר לגמרי וכמיגו במקום עדים דמי וע"ז תירצו פיון שהצריכו קיום כו' ר"ל כמ"ש דכל כפה דלא נתקנים אין פאן

שְׁטַר שְׁנָאָמַר בּוּ שְׁהוּא בְּחֻזְקָה שְׁהוּא כְּהוֹגֵן רַק עֲכָשְׁוּ בְּשַׁעַת קִיּוּם נַעֲשֶׂה שְׁטַר וְהָרִי הֵם
אוֹמְרִים תַּכ"ד אָנוּסִים וּבְכַה"ג שְׁפִיר מְהִי מִיגוֹ לְאוֹרְעֵי שְׁטַר כְּזֶה שְׁאָנוּ בְּאִין עֲכָשְׁוּ
לְקִיּוּמוֹ וַיֵּשׁ פֶּאֶן הַפָּה שְׁאָסַר וּלְפִי זֶה גַם מַה שְׁתִּירְצוּ הַתּוֹסְפוֹת עַל קוֹשְׁיֵיכֶם דְּאִין נְאֻמִּים
בְּמִיגוֹ דְּפָרוּעַ דְּהוּ"ל מִיגוֹ בְּמִקּוּם עֵדִים ג"כ ע"ד שְׁפִתְבְּתִי כִּינּוֹן דְּמִיירִי בְּכַת"י יוֹצֵא מִמ"א
וּכְבָר הַשְׁטַר בְּחֻזְקָתוֹ דְּמִסְתַּמָּא נְחַתְמַם כְּהוֹגֵן הוּ"ל מִיגוֹ בְּמִקּוּם עֵדִים אֲדָּה עַל קוֹשְׁיָא דִּיהִי
נְאֻמִּים בְּמִיגוֹ דְּמַחְמַת נְפֻשׁוֹת לֹא פְתָבוּ הֵךְ תִּירוּצָא דְּהִי מִיגוֹ בְּמִקּוּם עֵדִים ג"כ ע"ד
שְׁפִתְבְּתִי כִּינּוֹן דְּמִיירִי בְּכַת"י יוֹצֵא מִמ"א וּכְבָר הַשְׁטַר בְּחֻזְקָתוֹ דְּמִסְתַּמָּא נְחַתְמַם כְּהוֹגֵן
הוּ"ל מִיגוֹ בְּמִקּוּם עֵדִים אֲדָּה עַל קוֹשְׁיָא דִּיהִי נְאֻמִּים בְּמִיגוֹ דְּמַחְמַת נְפֻשׁוֹת לֹא פְתָבוּ הֵךְ
תִּירוּצָא דְּהִי מִיגוֹ בְּמִקּוּם עֵדִים מִשְׁמַע דְּקוֹשְׁיֵיכֶם לְעֵיל דְּהִי מִיגוֹ בְּמִקּוּם עֵדִים הִינּוּ
מִשׁוּם דָּאֵם בְּאִים עֲכָשְׁוּ בְּתוֹרַת עֵדִים הוּ"ל חוֹזֵר וּמַגִּיד וּלְפִי זֶה לְרַמִּי ב"ח דס"ל חוֹזֵר
וּמַגִּיד לִיכָּא לְתוּרְצֵי מִטְעַם מִיגוֹ בַּמ"ע דְּהָא מ"מ י"ל דְּעַתָּה חוֹזְרִים וּמַגִּידִים וַיְהִי נְאֻמִּים
אֲע"פ שְׁמִשְׁיָמִים עֲצָמָם רְשָׁעִים בְּמִיגוֹ: וְהִנֵּה בְּקִידוּשֵׁין דְּרַף מ"ג ע"ב ד"ה לְעוֹלָם כּו' הַקְּשׁוּ
הַתּוֹסְפוֹת דְּהָא אֵית לְהוּ מִיגוֹ דְּנֶאֱנָסוּ וְתִירְצוּ דַּמ"מ צְרִיף שְׁבוּעָה וְעַד הַצְּרִיף שְׁבוּעָה אִינוּ
עַד וְשְׁמַעְתִּי מִקְשֵׁין לְמ"ד שׁוֹמְרִין צְרִיכִין שְׁנֵי כְּסָף א"כ מִשְׁפַּחַת לְהָ שְׁלֵא יִצְטָרְכוּ שְׁבוּעָה
כְּגוֹן דְּלִיכָּא כְּפִירַת ב' כְּסָף וְאִיכָּא מִיגוֹ וְקָשָׁה עַל הַש"ע בַּא"ע סִימָן ל"ה וְכ"כ הֶרְמִ"א
שְׁם דְּבִשְׁטַר שְׁיֵשׁ בּוּ ש"פ הוּוּ נּוֹגְעִים וְלִדְעַת הַש"פ סוּף סִימָן ס"ו בְּשֵׁם הֶרִיטְבָּ"א דַּאֲע"ג
דְּעַל טַעְנַת הַמִּיגוֹ א"צ לִישְׁבַע מ"מ כִּינּוֹן דְּעַתָּה מְכַחֲשׁוּ בְּכָרִי צְרִיף לִישְׁבַע הִיסַת א"ש
אֲדָּה אֲפִתִּי קָשָׁה לְדַעַת הַר"ר יִשְׁעִיָּה וְהַר"ן וְהַמְרָשִׁים הוּבָא בַּש"פ סִימָן פ"ח דְּשְׁבוּעַת
הִיסַת נְמִי דְּנֻקָּא בְּכְפִירַת ב' כְּסָף וּמִצָּאֵתִי שְׁכֵן הַקָּשָׁה בְּסִפְרָא שְׁנַדְפַס מְחַדָּשׁ קִצּוֹת הַחֻזְן
ע"ש בְּסִי' ע"ח וּלְפּוֹם רִיקְטָא י"ל דְּלְכַאוּרָה לֹא מִקְשׁוּ הַתּוֹס' מִיַּדִּי דְּהָא קִי"ל בְּמִפְקִיד
מַעוֹת אֲצֵל חֲבִירוֹ יִשְׁתַּמֵּשׁ בְּהֵם לְפִיכָּה אִם אֲבָדוּ חֲזִיב בְּאַחֲרֵינָן וְא"כ אֲדָּה אִם יִטְעֵנוּ
נֶאֱנָסוּ יִצְטָרְכוּ לְשַׁלֵּם וּכְבָר פְּתַבְתִּי בְּמִקּוּם אַחַר דְּאֲרַף בְּמוֹסַר מַעוֹת לְקַדָּשׁ יְכוֹל לְהוֹצִיאָן
וְלִיתָן אַחֲרֵים תַּחְתִּיָּהוּ ע"ש בְּשֵׁם הַפּוֹסְקִים וְצ"ל דְּבִאֲמַת הַכִּי קִיּוּמִין אֲלִיכָּא דַּר"נ וְר"נ
ס"ל ב"ב דְּרַף מ"ג דְּנֶאֱנָסוּ לֹא אֲבָל בְּאֲמַת אֲנִין קִי"ל הַתָּם כַּר"ה דְּאֲרַף בְּנֶאֱנָסוּ חֲזִיב
בְּאַחֲרֵינָן פְּסָקוּ שְׁפִיר בְּסַתְּם דְּבְקִידוּשֵׁי כְּסָף הִי נּוֹגְעִין.

אֲלֵא עֲדִינּוּ קָשָׁה עַל הֶרְמִ"א שְׁפִתְבְּתִי בְּשְׁטַר שְׁיֵשׁ בּוּ ש"פ הִי נּוֹגְעִין וְזֶה צ"ע וְעוֹד י"ל
דְּלְכַאוּרָה נֶאֱנָסוּ לֹא שְׁכִיחַ וְע"כ לּוֹמַר דְּאֲרַף בְּלֹא שְׁכִיחַ אֲמַרִּין מִיגוֹ אֲדָּה דְּהַתּוֹסְפוֹת כְּפֶאֶן
הַקְּשׁוּ הָא הִי מִיגוֹ בְּשֵׁנִים וְתִירְצוּ דְּבִטְעָנָה שְׁנַפְטָרָם מְמֻמּוֹן אֲמַרִּין מִיגוֹ אֲרַף בְּשֵׁנִים וִי"ל
דַּע"כ לֹא אֲמַרִּין בְּכַה"ג שְׁנַפְטָרָם מְמֻמּוֹן אֲלֵא אִם הַטְעָנָה שְׁכִיחַ אֲמַרִּין שְׁבוּדָאֵי שְׁנִיָּהֶם
דְּכָר א' יִתְפּוֹנוּ מִשָּׂא"כ אִם הַטְעָנָה לֹא שְׁכִיחַ אֲזִי אֲרַף בְּכַה"ג לֹא אֲמַרִּין מִיגוֹ בְּשֵׁנִים דַּמ"מ
חוּשֵׁשׁ כ"א שְׁמָא לֹא יִתְפּוֹנוּ חֲבִירוֹ עֲמוּ לְדָבָר זוּ כִּינּוֹן דְּלֹא שְׁכִיחַ וּבְהַכִּי יֵשׁ לְפָרֵשׁ דְּכָרִי
הַתּוֹסְפוֹת בְּכַתְּנֻבוֹת שְׁהַקְּשׁוּ דְּנִימָא מִיגוֹ דְּהוּוּ אֲמָרוּ אָנוּסִים מַחְמַת נְפֻשׁוֹת וּמְתַרְצִים דְּבַב'
לֹא אֲמַרִּין מִיגוֹ וְעוֹד וְאֲנוּסִים מַחְמַת נְפֻשׁוֹת לֹא שְׁכִיחַ וְלְכַאוּרָה קָשָׁה דְּהָא קִי"ל דְּאֲמַרִּי
מִיגוֹ דְּנֶאֱנָסוּ וּלְפִימ"ש י"ל כְּנֻנְתָּם בְּתִירוּץ הַב' דַּר"ל דַּאֲע"ג דְּנִימָא מִיגוֹ בְּשֵׁנִים דְּעַלְמָא
מ"מ הָכָא דְּאֲנוּסִים מַחְמַת נְפֻשׁוֹת לֹא אֲמַרִּין מִיגוֹ בְּכַה"ג וּבְזֶה יֵשׁ לִישְׁבַע כְּפָה עֲנִינִים
וְקַצְרֵתִי: דְּכָרִי זְעִירָא מִן חֲבִרֵי אִי הַק' אֲפָרִים זְלָמָן מְרַגְלִיּוֹת מְבָרָאד שְׁאָרָה עַה אֲלֵה
רְאוּבֵן הוֹצִיא שְׁטַר שְׁפִתּוֹ בּוּ שְׁנַתְּחִיב לְתַת לוּ מְזוֹנוֹת אַא אֲשֵׁלֵא אוּ סָף כְּפָה וְכֵן לְשִׁנָּה
וְשְׁמַעוֹן אִינוּ רוּצָה לְתַת יוֹתֵר מְשִׁנֵּי שְׁנִים וְגַם אִינוּ רוּצָה לְתַת מְזוֹנוֹת רַק כְּפִי סָף הַקְּצוּב

וראוּבן טוּען שְׁמַחֲוֵיב לִיתֵן לוֹ עכ"פּ שְׁשֵׁה שָׁנִים פְּדִיָּה הָעוֹלָם וְגַם רוּצָה דְּוֹקָא בְּמִזּוֹנוֹת
כִּי פְּוֹנְתוֹ הִיָּה שְׁהוּא מְחַוֵּיב לְתַת לוֹ אִיזָה דְּבַר שְׁיִבְרֹךְ לוֹ אִם מִזּוֹנוֹת אוֹ דְּמִיָּהּ הַדִּין עִם
מִי: תְּשׁוּבָה דְּבַר פְּשׁוּט וּמְבֹאָר בְּש"ס דב"מ בְּשִׁטְר שְׁכָתוּב סְלָעִים דְּשִׁתִּים מְשַׁמַּע וְהָכִי
אֲמַרִינּוּ נְמִי פֶּרֶק הַמְקַבֵּל גְּבִי הִיָּה שְׁטָרָא דְּכָתִיב בֵּינָה שְׁנֵין סְתָמָא וּבב"ב ר"פ הַמּוֹכֵר
אֶת הַבַּיִת נְאִי א"ל אֲרַעֲתָא סְתָמָא מִיעוּט אֲרַעֲתָא שְׁתִּים וְכֵן שָׁם דָּף ס"ט גְּבִי אֲרַעֲא וְדָקְלִי
יְהִיב לִיהַ תְּרֵי דָקְלִי וְעִי' בְּתוֹסְפוֹת שָׁם וּא"כ פִּינּוֹן דְּשָׁנִים סְתָם נְמִי מְשַׁמַּע עכ"פּ שְׁתִּים
וּבְכָל דְּוֹכְתָא קו"ל דְּכָל לִישְׁנָא יִתִּירָא לְטַפּוּי אֲתִי וּא"כ גְּרָאָה שַׁעכ"פּ צָרִיף לִיתֵן לוֹ
שְׁלֵשׁ שָׁנִים דְּלִישְׁנָא דְּכַמָּה שָׁנִים לְטַפּוּי אֲתִי וְאֲפִילוּ טוּבָא מְשַׁמַּע אֲלָא דס"ל יָד בַּעֲהַש"ט
עַל הַתְּחַתּוּנָה וְאִינוּ יָכוֹל לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ יוֹתֵר מִשְׁלֵשׁ אֲבָל עכ"פּ שְׁלֵשׁ צָרִיף לִיתֵן לוֹ אֲלָא
שְׁקַצַּת יֵשׁ לַעֲיִין בְּזָה מְדַאֲמַרִינּוּ בְּהוֹרִיּוֹת דָּף זִימְרֵי זִינָה וְנִפְלוּ פְּמָה רְבָבוֹת מִיִּשְׂרָאֵל וְהָרִי
הָתָם בְּאֲמַת לֹא נִפְלוּ רַק כ"ד אֲלָף וְאִינוּ עוֹלָה לִג' רְבָבוֹת וְהו"ל לְמִימֵר סְתָם וְנִפְלוּ רְבָבוֹת
מִיִּשְׂרָאֵל וּמְדַנְקֵט בְּלִישְׁנָה פְּמָה רְבָבוֹת צ"ל דְּכִינּוֹן דְּהָנִי טְפִי מַחֲד רַבּוּא אוֹרְחָא לְמַנְקֵט
לְשׁוֹן פְּמָה רְבָבוֹת וּא"כ ה"ה הָכָא וּאֲע"ג דְּכָל לִישְׁנָא יִתִּירָא לְטַפּוּי אֲתִי הִיָּינוּ הִיָּכָא שְׁמָה
שְׁאָנוּ רוּצִים לְלַמּוֹד מִמֶּנּוּ יֵשׁ הוֹרָאָה מְלִשׁוֹן זָה שְׁהוּא מְיוֹתֵר וּכְגוֹן הָא דב"ב דָּף ס"ד
וּמוֹדָה ר"ע בְּזִמְן שְׁאָמֵר לוֹ חוּץ מֵאִילוּ שֵׁא"צ לִיקַח לוֹ דְּרָף ע"ש אֲבָל לְשׁוֹן פְּמָה שָׁנִים
אֲע"ג דְּמַשְׁנִים בְּלַבַּד נְמִי הָנִי יִדְעִינּוּ תְּרִיתִי וּמ"מ גַּם לְשׁוֹן פְּמָה שָׁנִים אֲשַׁכְּחוּ דְּקָאֵמֵר הָכִי
עַל שָׁנִים וּא"כ אִינוּ בְּכָלֵל לִישְׁנָא יִתִּירָא רַק אוֹרְחָא דְּאִינְשֵׁי דְּמַשְׁתַּעֵי הָכִי וְאֲפֹשֶׁר לְדַחּוֹת
דְּהָתָם פִּינּוֹן דְּהָנִי עכ"פּ יוֹתֵר מִשְׁנֵי רְבָבוֹת לֹא דַק בְּלִישְׁנָה לְמַנְקֵט לְשׁוֹן זָה אֲבָל בְּשִׁטְר
דַּעכ"פּ הָף לִישְׁנָא יוֹתֵר מְשַׁמַּע וּא"א לֹאֵר שְׁיִתֵּן לוֹ קַצַּת יוֹתֵר מִשְׁנֵי שָׁנִים
דְּסְתָמָא אֲשַׁנִּי' שְׁלִימוֹת הוּא מְתַחֲוֵיב וּבִשְׁטָרָא דְּיִיקִינּוּ טְפִי וְכִינּוֹן דְּמַפְקִינּוּ לִיהַ מְשַׁתִּים
אוֹקְמִי אֲשַׁלֵּשׁ וְכֵן גְּרָאָה דְּבַלְשׁוֹן בְּנֵי אָדָם פְּמָה שָׁנִים מְשַׁמַּע שְׁלֵשׁ שָׁנִים וְיוֹתֵר וְלָכֵן גְּרָאָה
בְּשִׁטְר שְׁכָתוּב בּוֹ שְׁנַתְּחִיב לְפָרוּעַ אַחַר פְּמָה שָׁנִים שְׁאִינוּ יָכוֹל לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ אַחַר ג'
שָׁנִים וּקַצַּת רָאָה מְהָא דְּאֲמַרִינּוּ בְּגִיטִין דָּף וְא"ו גְּבִי פִלְגֵשׁ בְּגַבְעָה לְפִי שְׁהִטִּיל אִימָה
יִתִּירָה בְּתוֹף בֵּיתוֹ נִפְלוּ פְּמָה רְבָבוֹת מִיִּשְׂרָאֵל וְשָׁם נִפְלוּ מִיִּשְׂרָאֵל וּבְנִימִין יוֹתֵר מִחֲמַשָּׁה
רַבּוּא אָף גְּרָאָה דַּמ"מ מְחַוֵּיב לְשַׁלֵּם לוֹ עכ"פּ אַחַר תְּשַׁעָּה שָׁנִים דְּכָל שְׁהוּא מְגִיעַ לְסָכוּם
עֶשֶׂר אֶסְוִכִי מְסָכִי לְהוֹ וְכַה"ג אֲמַרִינּוּ בב"ב דָּף קס"ו לַעֲנִין אֶסְתְּרִי וְזוּזִי וְעִינּוּ בְּסִימָן מ"ב
בְּחֻשְׁבוֹן סְתָם שְׁהוֹלְכִים אַחַר הַמְּנַהֵג שְׁרָגִילִים בְּאוֹתוֹ מְקוּם וְה"נ דְּכּוֹנְתִיָּה וּבִש"ס מְשַׁמַּע
שְׁהִיָּה רְגִילוֹת לְהַלוֹת לַעֲשֹׂר שָׁנִים כַּמ"ש בְּכַתּוּבוֹת גְּבִי שָׁנִים שְׁהוֹצִיאוּ ש"ח זָה ע"ז ה"ד
אִי לִימָא זָה לַעֲשֹׂר וְזָה לְחַמֵּשׁ כּו' וְכֵן בְּמַפּוֹת דָּף ה' הַמְלִנָּה אֶת חֲבִירוֹ לַעֲשֹׂר שָׁנִים (וּקַצַּת
יֵשׁ לְדַחּוֹת דַּכַּה"ג אֲשַׁכְּחוּ בְּפֶרֶק הַשּׁוֹאֵל הָאִי מָאֵן דְּאָגַר בֵּיתָא לַעֲשֹׂר שָׁנִין כּו') וּמ"מ
בְּזַמְנֵינוּ אִין לְדוֹן מְזָה רַק לְפִי מְנַהֵג הַמְּקוּם וּלְשַׁעַר כְּפִי הַרְגִילוֹת שְׁמַאֲחֵרִין הַלְוָאָה פְּזוּ
לְפִי עֶרְףֵהּ הַמְּמוֹן וּלְפִי מַה שְׁהוּא אָדָם וְאִם לֹא תֵאֵמֵר כֵּן אֲלָא לֹאֵר יָד בַּעֲהַש"ט עַל
הַתְּחַתּוּנָה א"כ חֲזַר הַדִּין לְהִיּוֹת דּוּמָה לְמַתְחִיב לְפָרוּעַ בְּפֶסַח שְׁמַחֲוֵיב בְּפֶסַח הַבָּא רֵאשׁוֹן
וְאִינוּ יָכוֹל לֹאֵר אֲפֶרְעֵנוּ בְּפֶסַח הַבָּא אַחַר פְּמָה שָׁנִים וְע"ש בַּסְמ"ע דַּאֲל"כ הִיָּה הַשְׁטֵר
בְּטַל לְגַמְרֵי וּבַכַּה"ג לֹא אֲמַרִינּוּ יָד בַּעֲהַש"ט עַל הַתְּחַתּוּנָה וְה"נ הִיָּה מְחַוֵּיב לְפָרוּעַ לוֹ
אַחַר ג' שָׁנִים שְׁהוּא הַפְּחוֹת שְׁבַלְשׁוֹן זָה כַּמֶּש"ל וְעַדִּינּוּ לֹא גַתְּחוּנּוּר לִי כָּל הַצְּוֹרֵף דִּישׁ
לְחַלֵּק בְּזָה בֵּין הָף דְּהָכָא לְהָכָא דְּפֶסַח וְגַם יֵשׁ שְׁכָתוּבוֹ שָׁם הַטַּעַם דְּמַסְתָּמָא מְתַחֲוֵיב
לַעֲשׂוֹת בְּזִמְן רֵאשׁוֹן מִשֵּׁא"כ הָכָא לֹא שְׁיִיף הָף טַעְמָא אָף עכ"פּ סְמוּךְ לַעֲשֹׂר נִלְעַנְד

שְׁמִחוּיָב לְפָרוּעַ אִם יֵאָרֵעַ כְּזֶה בְּעֵינָיו שְׂאִין לְתֵלוֹת בְּמִנְהַג הַמָּקוֹם אֲבָל הֵיכָא שְׂיֵשׁ מְקוֹם לְדוֹן לִילָף אַחַר הַמִּנְהַג הַמָּקוֹם פְּשִׁיטָא דְדָמִי לְהֵהוּא דְכָתוּב בּוֹ חֲשׁוֹבֹן סֶתֶם וּכְמ"שׁ: וּבְעֵינָיו חַיִּיב מְזוֹנוֹת מְשׁוּם דְּהֵי דְבָר שְׂאִינוּ קְצוּב כְּבָר הִסְפִּימוּ כָּל הַפּוֹסְקִים דְּשִׁפּוּר יָכוֹל לְחַיִּיב עֲצָמוֹ וְכֵן הַמִּנְהַג פְּשׁוּט וְאֵע"ג דְּאִין הַמִּנְהַג רְאִיָּה לִנ"ד דְּהַמִּנְהַג הוּא פְּשׁוּטוֹתוֹן קְצָבָה לְשָׁנִים וּבְכַה"ג דַּעַת רַש"י דְּמִקְרִי דְבָר שְׂיֵשׁ לוֹ קְצָבָה מ"מ הָרִי הַפּוֹסְקִים חוֹלְקִים וּס"ל דְּמְזוֹנוֹת גּוֹפְיָהוּ לֹא קִיָּיצִי אֲלָא הִטְעַם מְשׁוּם דְּיָכוֹל לְחַיִּיב עֲצָמוֹ אַף בְּדָבָר שְׂאִינוּ קְצוּב כַּאֲשֶׁר הָאָרִיָּה בְּזֶה הַש"ף וְהַבָּאִים אַחֲרָיו רַק לְעֵינָיו מְשׁוּעָבְדִים מִסְתַּפֵּק הַש"ף וְאֲפִילוּ בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ וְע"ש שֶׁהֵבִיא פֶן בְּשֵׁם הָרִיטְב"א וּבְמִקוֹם אַחַר בְּאִתִּי בְּאַרְנֹכָה בְּעֵינָיו זֶה וְכַעַת לֹא נִפְגְּמִיתִי לְהָאָרִיָּה אֶפְסֵי אֲזַכִּיר מַה דְּתַמְמִיָּה לִי עַל מֶרֶן הַגָּאוֹן בְּעַל פ"י ו"ל שֶׁהֵבִיא קְוִשְׁיָת הַש"ף עַל הָרִיטְב"א שֶׁפִּירֵשׁ דְּבִשְׁטָר גְּבִי מְמַשְׁעָבְדִי וְע"ז הַקְּשָׁה הַש"ף דְּהָא הַש"ס מְשַׁנֵּי כְּשֶׁקִּנּוּ מִיָּדוֹ מְשַׁמַּע דְּבִשְׁטָר לֹא מְהַנִּי וְהוּא ו"ל פְּתַב לְתַרְזֵן קְוִשְׁיָא זֹו ע"פ דְּרַכּוֹ וְכַתְּבֵי דְּאִין צִוְרָף לִפ"ז לְכָל מַה שֶׁהָאָרִיָּה הַש"ף בְּשִׁיטַת הָרִיטְב"א ע"ש בִּפ"י בִּד"ה מְתִיב כּוֹ וּבְמַחֲזִילָה מְכ"ת כִּי רַב הוּא וְאֵגֶב חוֹרְפָא וְשִׁטְפָא הִיָּה סְבוּר שְׁקוֹשְׁיָת הַש"ף הוּא עַל מ"ש הָרִיטְב"א דְּשִׁטְר מְהַנִּי וְהָרֹאָה יִרְאָה כִּי ע"ז לֹא קְשִׁיָּא לִיָּה כָּלֵל רַק דְּהַש"ף קָאִי עַל מ"ש הָרִיטְב"א דְּקִנְיָן לֹא מְהַנִּי וְע"ז מְקַשָּׁה דְּהָא בִּש"ס מוֹקִי שְׁקִנּוּ מִיָּדוֹ וְא"כ עַכ"פ קִנְיָן הָנִי כְּכַתִּיבָה אוֹ אֵלִים מְכַתִּיבָה וְא"כ לְמָה פְּתַב הָרִיטְב"א דְּבִשְׁטָר עֲדִיף לְטָרוּף מְמַשְׁוּעָבְדִים וּבְקִנְיָן לֹא טָרוּף וְע"ז פְּתַב דְּהָרִיטְב"א לְטַעֲמִיָּה כּוֹ וְהָא דְּמְשַׁנֵּי בְּשִׁקְנוּ מִיָּדוֹ הֵינּוּ קִנְיָן בְּהַדִּי כְּתִיבָה וְכָל דְּבָרָיו סוֹבְבִים ע"ז ע"ש: אַף כ"ז לְעֵינָיו מְשׁוּעָבְדִים אֲבָל לְעֵינָיו ב"ח כָּל בְּתִי שְׁפִישְׁרָאֵל פּוֹסְקִים לְחַיִּיב הַמְּחַיִּיב בְּדָבָר שְׂאִינוּ קְצוּב וְא"כ גַּם בִּנ"ד הַדִּין דִּין אֶמֶת כַּאֲשֶׁר כְּתִיבִי (וְעֵינָיו בְּתוֹס' כְּתוּבוֹת לְעֵינָיו מְזוֹן הַבְּנוֹת לְאַחַר מִיתָה דְּמִיקְרִי יֵשׁ לְהֵם קְצָבָה לְמַעְלָה עַד דְּתַבְּגַר) אַף בְּאֶמֶת כָּאֵן א"צ לְזַה דְּשִׁפּוּר מִיקְרִי דְבָר קְצוּב פִּינּוֹן שֶׁא"א לְחַיִּיבוּ יוֹתֵר מְשַׁלְּשָׁה אֲפִילוּ אִם לֹא הִיָּה דְבָר קְצוּב ג"כ קָם דִּינָא דְּחַיִּיב וּכְמ"שׁ: וּבְעֵינָיו הַבְּרִירָה בִּיָּד מִי אִם בִּיָּד הַמְּתַחַיִּיב אוֹ בִּיָּד מִי שְׁנַתְּחַיִּיב לוֹ רְאִיתִי וְנִזְכָּרְתִי הִלְכָה לְמַעֲשֵׂה אֲשֶׁר רְאִיתִי בְּהִיוֹתִי מְנוֹפֵלָא סְמוּךְ לְאִישׁ וְלְמַדְתִּי בַּק"ק וְזָבְאָרִיז לְפָנַי כְּבוֹד דּוֹדִי מ"ו הַגָּאוֹן מוהר"ר סְעֵנְדֵר ו"ל שֶׁהִיָּה מְשַׁפֵּן כְּבוֹדוֹ שְׁמָה בְּעַת הַהִיא וְאִיקְלַע עֲוֹבְדָא לְפָנַי הַדִּינָיִם שְׁרוּפָא אֶחָד עָשָׂה הַתְּקַשְׁרוֹת בְּכַתְּבַע עִם נַעַר מְשַׁפְּנֹרְתוֹ אוֹ מַחְצִית שְׁכָר הַגִּילּוּחַ אוֹ סָף כֶּף וּבְכֵלוֹת הַשְּׁנָה הִיָּה מְדִינָיִם הַבְּרִירָה בִּיָּד מִי וְהַדִּינָיִם חֲפָשׁוּ בְּחוֹשֶׁן מְשַׁפֵּט וְיִלְאוּ לְמַצּוֹא פְּתַח לְדִין זֶה וְרַצּוֹ לְדוֹן בְּדִין הַמוֹצִיא מִחֲבִירוֹ ע"ה וְיִקְרִיבוּ הַדְּבָר לְפָנַי אֲדַמ"ו ו"ל וְהָאִיר עֵינֵיהֶם בְּהִלְכָה כִּי דִין זֶה מְבֹאָר בִּי"ד הַלְכוֹת רַבִּית בְּסִי קַע"ז בְּטוֹר בְּשֵׁם הַרְמ"ה וּבִש"ע סִימָן ק"ו בְּאִם הַתְּנוּ הַנּוֹתָן וְהַמְּקַבֵּל שְׁיִהְיֶה פְּלָגָא בְּאַגַר וּבְהַפְסֵד הֵיכָא שֶׁהוּא אָדָם גָּדוֹל דְּדִינָיִן בִּיָּה לְהִתְרָא אֲזֵי אִם פְּתוּב בְּשִׁטְר דִּיְהִיב מְרִי עֵיסקָא לְמַקְבֵּל פְּלָגָא בְּאַגַר וּבְהַפְסֵד מְשַׁמַּע דְּמַלְתָּא בְּמְרִי עֵיסקָא קִיָּמָא וּבְדִידִיָּה תְּלִיא מַלְתָּא לְמִיתַב לְמַקְבֵּל וְאִי דְּנִיחָא לִיָּה וְאִי פְּתִיב בִּיָּה לְמַשְׁקַל פְּלָגָא בְּאַגַר וּבְהַפְסֵד מְשַׁמַּע דְּבְמַקְבֵּל תְּלִיא מַלְתָּא לְמַשְׁקַל מְאִי דְּבַעֲי עַכ"ל.

וּמִזֶּה נִקַּח לִנ"ד שְׁפָתוּב בְּשִׁטְר שְׁנַתְּחַיִּיב לְתַת לוֹ מְזוֹנוֹת אוֹ דְּמֵיהֶם דְּבְמַתְחַיִּיב תְּלִיא מַלְתָּא שְׁאֵם יִרְצָה לְזוֹן רִשְׁאִי וְאִם יִרְצָה נוֹתֵן סָף הַקְּצוּב וְנִרְאָה בְּהַדִּין דִּינָא דְּהַרְמ"ה אִם לֹא הַזְכָּר בְּשִׁטְר מְהַנֵּף לִישְׁנָא לְמִיתַב אוֹ לְמַשְׁקַל רַק סֶתֶם שְׁעֵשׂוּ בֵּינֵיהֶם שְׁיִהְיֶה פְּלָגָא בְּאַגַר וּבְהַפְסֵד אֲזֵי הַמַּע"ה וּבִנ"ד הַדְּבָר פְּשׁוּט דְּכָל הַמְּתַחַיִּיב דְּבָר נִגְדַת חֲבִירוֹ בְּמַתְחַיִּיב

תלמי מלמא אם לא לשון השטר מורה להדיא שהתנאי היה שהענגן תלוי ביד השני והדברים פשוטים לענ"ד.

דברי ועירא מן סברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד. שאלה עו שאלה ראובן קנה סחורה משמעון ושוב לא רצה לשלם לו כי אמר שלא היה בדעתו לקנות כלל רק שרצה לתפוס בעד חובו שמגיע לו משמעון ושמעון טוען כי המקח קיים ובענגן החוב יקוב הדין את ההר ביניהם מה דינו: תשובה לכאורה נראה שהדין עם שמעון שאינו יכול לבטל המקח שאע"פ שלדבריו לא היה דעתו לקנות כלל רק לתפוס מ"מ הא קי"ל בהיה דזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל דדברים שבלב אינם דברים ואע"ג דבאומדנא דמוכח דברים שבלב הוי דברים מ"מ אין פאן אומדנא דמוכח דארף שנאמר שהדברים מוכיחין שרצה לתפוס לחובו מ"מ אין פאן אומדנא שלא נתרצה לקנות הסחורה די"ל דשפיר נתרצה לקנות הסחורה והיה בדעתו לתפוס המעות אף מצאתי בשו"ת פנים מאירות חלק א' סי' פ"ב פתב פערבדא דנ"ד ומשמע שדעתו שם לפסוק דהמכירה בטלה ולא נתן טעם למה לא נימא שהוא דברים שבלב ואפשר דאזיל לשיטתו שם בתשובה סי' נ"ג פתב לענגן קידושין לחלק דהא דזבין אדעתא למיסק כו' שפיר הנה דברים שבלב לפי שבעיקר המכירה היה פיו ולבו שנים אלא שבלבו להטיל בדבר תנאי המבטלו עי' שם ולכאורה י"ל דמסתמא היה פנונתו לקנות ולא לעבור איסור דאין אדם משים עצמו רשע: אף י"ל דלענגן דין ממון שפיר מהני טענתו אף במקום שמשים ע"ר ועי' מ"ש בזה בשו"ת ב"ח החדשות בק"א שם ובדברי הח"צ סי' ק"ן וגם נראה דהא דעובר בלאו היינו פשתופס בחזקה מיד חבירו אבל דרף הערמה שרי דאל"כ קשה היכא משפחת דינא דתופס בעל חוב במקום שחב לאחרים ויש סוברים דע"י שליח עדיף ולכאורה היה מקום לומר בזה אין שליח לדבר עבירה ועי' בח"מ סי' ד' לענגן עביד דינא לנפשיה שכתב אבל תפיסה בעלמא שהוא תופסו למשכון יכול לעשות בכל ענגן והיש"ש שחולק שם ס"ל דיכול לעכב פקדון שתחת ידו עי' שם (ואחר זמן נדפס ספר קצה"ח וכתב שם על פי דברי הריטב"א סי' כ"ח אף בפקדון בעי למעבד השקה מעליא ואין פנאי לעמוד על דבריו ועי' באורים ותומים סי' ע"ב ושוב ראיתי בשו"ת שבות יעקב חלק ב' סי' ודעתו שהמקח קיים וראייתו מהא דאמרינן בכתובות פקח היה שמכר לו השדה שיוכל למשכנו ועוד הביא ראיה מסימן ע"ד וראייתו יש לדחות במ"ש שם אחר כף וא"ל דהקא ניכר האונס כו' ז"א דהתם נמי מייירי שהיה מבריח מטלטלין כמ"ש רש"י שם והו"ל אגב אונסא גמר ומקני עכ"ל וא"כ י"ל דמוכר שדה נהי דנימא דמוכר מחמת אונס תלוהו וזבין מהני דאגב אונסא גמר ומקני אבל אנסוהו לקנות אינו קנגן פמבואר בסי' ר"ה: ולדינא נראה לפי עניינת דעתי דכל שאין גילוי דעת או שמסר מודעא בפני אחרים שאין בדעתו לקנות הו"ל דברים שבלב ואינם דברים והמקח קיים (ומלמא אגב אורחא ראיתי בשו"ת שבות יעקב חלק א' בסוף סי' קי"א הביא ראיה לענגן ערב לאשת אביו בכתובתה מב"ב דף קע"ג דקאמר מנין לערב דמשתעבד דכתיב אנכי אערבנו ומאי ראיה נימא דברא לגביה אפנה משעבד נפשיה עי' שם והוא תמוה דהא דאמרינן אבא לגבי בריה משעבד נפשיה היינו פשהו ערב והוא עושה בזה טובה לבן וא"כ י"ל דבן לגבי אב פאב לגבי בן דמי רק ביהודה שאני שלא היה ערבותו בשביל טובת האב רק שהיה ערב לאביו עבור בנימין שילף עם אחיו ואין הפרש בין ערבות זה לשאר ערבות דעלמא) הנראה לפי עניינת דעתי

פְּתַבְתִּי דְבָרֵי זַעֲרָא מִן חֲבֵרֵי: הִק' אֲפָרִים זַלְמָן מְרַגְלִיּוֹת מִבְּרָאד: שְׂאֵלָה עַז שְׂאֵלָה מִכְּבוֹד גִּיסֵי הַחֲכָם הַשְּׁלָם מְנֻפֶּלֶג בְּתוֹרָה וּבִירְאָה הַפְּנוּחַ מוהר"ר יֶאֱקִיל זִלְהָה"ה: בְּכַתְּנוּבוֹת דָּף ק"ט ע"ב הֵהוּא דְאָמַר דְקָלָא לְבִרְתֵּיהָ כּו' הֵינְנוּ מִתְּנִיתִין פִּי רִש"י דְאִזְלָא גְבִי פֶל חַד וְחַד וּמְצִי מְדַחֵי לִיה פֶּרְבֵּנוּ וְתִיבַת פֶּרְבֵּנוּ הוּא תְּמוּהָ דְהָא הִכָּא הוּי בְּאַרְבְּעָה דְאָתוּ מִפְּחַ חַד דְאָמַר רַבָּא דְאֶפִּילוּ אֲדָמוּן מוֹדָה: תְּשׁוּבָה אֲמַת שְׁלִכְאוּרָה הוּא תְּמוּהָ וְכַמְדוּמָה שְׁזָה כְּפִיר גַּם פֶּן נִשְׂאֵלְתִי עַל לְשׁוֹן רִש"י בְּזָה וְעֵינֵינִי בְּאֶלְפָסִי וּבְדְבָרֵי הַמְּפֹרָשִׁים שָׁם וְלִיתָא שָׁם תִּיבַת פֶּרְבֵּנוּ.

אִךְ אַחַר הָעֵיוֹן נִלְעַנ"ד לִינְשֵׁב הַגִּירָסָא שְׁלִפְנֵינוּ דְרִש"י קִשְׂיָא לִיהָ הָא דְקָאֵמַר הֵינְנוּ מִתְּנִי וּבְאֲמַת אֵין זֹו דוּמָה לְמִשְׁנֵתֵינוּ דְהָא בְּזוּ אַף אֲדָמוּן מוֹדָה לְכוּ הַנּוֹכַרְח רִש"י לְפָרֵשׁ דְהָא מִקְלָתָא נְמִי תִלְיָא בְּפִלּוּגְתָא דְאֲדָמוּן וְרַבְּנוּ וְא"ש עַל פִּי מַה דְאָמְרִי בִיבְמוֹת דָּף ל"ז ע"ב סָפֵק וּבְגִי יָבָם שְׂבָאוּ לְחִלּוּק בְּנִיכְסֵי יָבָם לְבַתֵּר דְפָלִיג יָבָם בְּנִיכְסֵי מִיתְנָא בְּגִי יָבָם אֲמְרִי אֵינִי תִי רְאִיָּה וְשָׁקִיל וְאָמַר לְהוּ סָפֵק מַה נִּפְשִׁיכּוּ אֵי אֲחִיכּוּן אֲנָא כּו' ר"א אָמַר קָם דִּינָא ר' יִרְמְיָה אָמַר הִדֵּר דִּינָא לִימָא בְּפִלּוּגְתָא דְאֲדָמוּן וְרַבְּנוּ קְמִיפְלִיגִי כּו' אָמַר לָךְ ר"א אֲנָא דְאָמְרִי אֶפִּילוּ פְּאֲדָמוּן ע"כ ל"ק אֲדָמוּן הֵתָם אֵלָא מְשׁוּם דָּא"ל מִמ"נ דְרַכִּי גִבְיָה הוּא אֲבָל הִכָּא מִי אִיכָּא לְמִימַר הִכִּי וְר"י אָמַר לָךְ ע"כ ל"ק רַבְּנוּ הֵתָם אֵלָא מְשׁוּם דָּא"ל אֵי שְׂתַקִּית כּו' וּפִי רִש"י בְּהָא דְר"א דְאֲדָמוּן לָא קָאֵמַר אֵלָא הֵתָם דִּידְעָה קְתַבְעָה מִינֵיהָ אֲבָל הִכָּא לָא יָדַע מַה תְּבַע מִינֵיהָ אֵי פִלְגִי בְּנִיכְסֵי מִיתְנִי אֵי פִלְגָא בְּנִיכְסֵי יָבָם וּמִפְּחַ שְׁנֵי הַטְעָנוֹת בָּא עֲלֵיהֶם בְּכָל אַחַת אוֹמְרִים לוֹ הִבָּא רְאִיָּה עֵי שָׁם: וְעֵינִין בְּאִשְׁרִי שְׂרַבִּינוּ אֶלְפָסִי פְתַב דְהִלְכְתָא כְּר"א דְקִים לִיה פֶּרְבֵּנוּ וְהִרְמַב"ן מְפָרֵשׁ דְבָרֵי דְנִקְטִינֵן כִּס"ד דְש"ס וְלָא סְמִיכִינוּ אֲדַחוּיָה דְדַחֵי דְאֵתִי פְתַרְנוּיָהוּ וּלפ"ז פִּלּוּגְתֵיהוּ דְרַבְּנוּ וְאֲדָמוּן הֵינְנוּ בְּהָא גִנוּנָא דְלָא יָדַע מַה תְּבַע מִינֵיהָ דְלֵאדָמוּן אַף בְּכַה"ג נְמִי אֲמַרִינוּ מִמ"נ (וּכְדִי לְבָאָר יוֹתֵר נִלְעַנ"ד דְּוַדָּאי לְכָאוּרָה קִשְׂיָה דְהָא שְׁפִיר קָאֵמַר ר"י דְלַרְבֵּנוּ לָא קָאֵמְרִי רַק מְשׁוּם אֵי שְׂתַקִּית פְּדַמְפָּרֵשׁ רַבָּא וּצ"ל דִּס"ל לָר"א דְמְשׁוּם זֶה אֵין מְקוּם לְזַכּוּתוֹ לְגַמְרִי פְּאֵלוּ בִּינְד הָאֲרַבְעָה דְהָא ס"ס הַשְּׂתָא מִיָּהָ בִּידְיָה הִיא וְהָרִי ע"כ א' מְהֵם לָא מְכַר רַק מַה שְׁיֵשׁ לוֹ בּוּ רַק פִּינּוּ דַעֲכ"פ אֵין יָכוֹל לְבָא עָלָיו מִפְּחַ אֲחַד שְׁהוּא טַעֲנַת בְּרִי רַק מִפְּחַ אֲרַבְעָה וְעַל פֶּל חַד הוּי מְצִי מְדַחֵי לִיה מְמִילָא דְדַמִּי לְהָאֵי דִס' וְיָבָם דְכִינוּ דְאֵתִי מִפְּחַ מִמ"נ אֵין עָלָיו שָׁם טַעֲנַת בְּרִי פְּלָל וּלפִי"ז י"ל דְּוַדָּאי גַּם אֲדָמוּן לָא פִלְיָג דְמְצִי לְמִימַר אֵי שְׂתַקִּית אֵלָא דְאֲדָמוּן סְבַר פִּינוּ דַעֲכ"פ מְצִי לְמִיתִי עָלָיו מִפְּחַ מִמ"נ תּוּ לָא מְצִי מְדַחֵי לִיה אַף שְׂבָא עָלָיו מִפְּחַ שְׁנֵי טַעֲנוֹת): וּלפִי"ז בְּהֵיחָא דְדַקְלָא לְבִרְתִּי אַע"ג דְפָלְגִי לְנִכְסֵי מ"מ וְדָאי שְׁיֵשׁ ת"י כ"א הַדְּקָל אוֹ חֵלֶק שְׁלֵקַח מְנַכְסֵי אֲבִיו תְּמוּרַת הַדְּקָל שְׁלֵקַח אֲחִיו וּלפִי"ז פְּשִׁטָא דְלָא שְׁיֵיךְ דַּחֵי לְאֲדָמוּן דְהָא שְׁפִיר מְצִי לְמִיתִי עַל פֶּל חַד מִתּוֹרַת מִמ"נ וּלְכַף קָאֵמַר רַב יוֹסֵף הֵינְנוּ מִתְּנִי מְשׁוּם דְלַרְבֵּנוּ אַף הִיכָּא שְׂבָא עָלָיו בְּתוֹרַת מִמ"נ מְצִי מְדַחֵי לָהּ וְע"ז קָאֵמַר אֲבִי דְלָא דַמִּי דְהֵתָם פֶּל חַד מְצִי מְדַחֵי לִי ר"ל שְׂאָם הִיָּה מְחִזֵּר הַשְּׁטָרוֹת הִיָּה בְּיָדָם לְדַחוּתוֹ לְגַמְרִי שְׁל מְזַרְחָ אוֹמַר לוֹ בְּצַפּוֹן הַלְכָךְ אַף דְהַשְּׂתָא אֲתִי עֲלָה בְּתוֹרַת מִמ"נ לָאו טַעֲנַת בְּרִיא הוּא וּמְצִי מְדַחֵי לִיה כְּהֵיחָא דְסָפֵק וּבְגִי יָבָם מְשִׁא"כ הִכָּא דְקָלָא גִבְיָהוּ הוּא שְׁהָרִי פֶל הַנְּכָסִים הָיוּ יַחַד כּו' כִּמ"ש רִש"י שָׁם וּמַעוֹלָם לָא הִיָּה שְׁעַת הַפְּנוּשָׁר לְפָטוֹר נְכָסִים אֵלוּ מְחִיבָם וְכִינוּ שְׁפִין לָא נִסְתַּלַּק מֵעַל הַנְּכָסִים וְצָרִיכִין לְתַת כּוֹלָם יַחַד דְקָל אֲחַד מְקוֹדָם שְׁחִלּוּקְתָן אֵינוּ מוֹעִיל לְסַלֵּק חַיִּיב הַדְּקָל וְזֶה בְּרוּר לְעַנ"ד דְבָרֵי גִיסוּ הַצָּעִיר: הִק' אֲפָרִים זַלְמָן מְרַגְלִיּוֹת

מבראד שאלה עח להרב וכו' מוהר"ר יוסף אב"ד דק"ק בערזאן במ"ש על דברי הרא"ש בב"ק ריש פרק המניח: אה"ש הגיעני דברות שניות שלו נאמר בהם פי טוב וכשר לפניו לנישב גרסא הישנה דהש"ס ס"ל דאם באורה חייב באפילה נמי חייב וקשיא לי על גירסת המע"מ דל"ל להרא"ש למימר דלית הלכתא פרב נגד שמואל ור"י דר"ל דאונס דרב הוא אונס גמור דליכא דכונתיה ימחול מעכ"ת לעי' בסמ"ע סי' תי"ב ס"ק ג' דאף דקאמר דממלא כל הדרך פדים מ"מ מיירי שאפשר לו לסבב ולילך מן הצד או להגביה רגליו לעבור דרך עליהן דאל"כ אפילו שבר בידיים פטור ע' שם וממילא דא"ש דברי המע"מ ומה שהקשה עוד דהו"ל להש"ס למימר והא קי"ל כר' אלעאי כו' נפלאתי דגם תי' מעכ"ת ע"כ דהש"ס קשיא ליה דלא מסתבר לחלק בין אפילה לאורה וע"כ דמתני' דפטרך אף באורה נמי פטור וכ"כ הב"ח ושאר המפורשים לגירסא הישנה א"כ היינו דר' אלעאי והו"ל למימר והא קי"ל כר' אלעאי א"ו דמהא דאנן לא מסתברא לן דשמואל וסבירא לן כר' אלעאי ל"ש לעשות מזה דרך קושיא על רבא דסבר כשמואל רק פן דרך הש"ס בעלמא לימא רב דאמר כו' אמר לך וכן פאן אומר כמסתפק ושואל לימא רבא דאמר כשמואל ופסק דלא פהלכתא כו' ומשני קרנא דעצרי הנה כו' ומ"ש דהש"ס פריך דרבא ע"כ או כשמואל או כר"י דכרב בלא"ה מדחה הש"ס כו' הוא תמוה דא"כ לא הנה צריך הרא"ש לומר טעמא דלא קי"ל פנוותיה נגד שמואל ור"י ובעיקר הפירוש שכתב מכת פבר כתבתי שכ"כ הב"ח: ולענ"ד הוא תמוה ג"כ דל"ל להרא"ש להאריך בזה ובפשיטות הו"ל למימר פיון דהש"ס קאמר אמלתא דרבא דמחייב באורה לימא כו' משמע דהש"ס ס"ל להלכתא לפטור באורה אף בלי אונס כלל דלא כשמואל ורב ור"י דלכולהו לא הנה צריך לאוקמי בקרנא דעצרי אלא כל שאינו ממלא או שאינו בקרן זויות חייב ולפמ"ש המע"מ א"ש דלכאורה הנה אפשר לדייק מדנקיט לימא כשמואל ס"ל ונהרי באמת אין הכרח שיסבור כשמואל דוקא דהא רב ור"י נמי סברי הכי ומזה היינו מדייקים דדוקא קאמר כשמואל דלא מסתבר ליה מילתא שיצטרף אונס אפילה לפוטרו אבל מ"מ אם נרצה לפוטרו בעינן אונס דקרן זויות או דממל' והש"ס קים ליה דעובדא בכה"ג הני נאפ"ה חייביה רבא דס"ל דכה"ג לא הני אונס כ"א אונס דאפילה דוקא וע"ז כתב הרא"ש דז"א דהא אונס קרן זויות הוא אונס גדול יותר מאפילה וא"כ ע"כ דלא מיירי בקרן זויות דאל"כ אמאי חייביה רבא נהי דס"ל כשמואל מ"מ הו"ל למפטרך דאפילו באונס קטן מזה דהיינו אפילה פטור ומכ"ש בקרן זויות אלא ע"כ דלא הני עובדא בקרן זויות נאפ"ה ס"ל להש"ס דדינא הוא דפטור באורה ומכ"ש שאין מקום לאוקמי הך עובדא בממלא ולמימר דאנן ס"ל כרב דבעי אונס ממילא שהוא אונס קטן מזה פיון שעניו הרואות והו"ל לסבב הדרך דז"א דאין לפסוק פרב נגד שמואל ור"י ולפי מסקנת הרא"ש צ"ל הא דנקיט הש"ס במילתיה לימא כשמואל כו' הוא לאו דוקא אלא משום דמעיקרא קאמר הנה עובדא וחייביה שמואל וכ"כ בפ"י עי' שם: דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה עט שנית על עגון הנ"ל: להרב ה"ה וכו' מוהר"ר יוסף אב"ד דק"ק בערזאן: אמרו תיו הנעומים קבלתי והנה מ"ש על מ"ש מדברי הסמ"ע סי' תי"ב במכתבי הראשון קצתתי לגודל הנחיצה והואיל וראיתי שדרכן של ב"א להתבונן בדרכים אילו אמרתי לבאר קצת ומתחלה אבאר דלכאורה קשה לפמ"ש הש"ע שם ולפי פירוש הסמ"ע בקרנא דעצרי ומילא פדין ויש מקום לסבב ולילך

יש חילוק בין נתקל ובין שבר א"כ מאי פריה ר"פ על רב מאי אריא נתקל כו' דהא ר"פ גופיה מוקי מילתיה דרבא בקרנא דעצרי וא"כ לוקי מתני' בהכי ולא תיקשי על רב וצ"ל דמתני' לא ניתא ליה לאוקמי בהכי פניו דקתני המניח את הפד בר"ה משמע דאף בר"ה ממש שאינו קרנא דעצרי פטור: אף עדיין קשה דמנ"ל לאקשווי בפשיטות על רב ונצטרף לדחוקי דה"ה שבר כו' דהו"ל לאוקמי בכה"ג שאפשר לו להקיף ולילף מן הצד וס"ל לרב דבכה"ג דווקא נתקל פטור אבל שבר חייב וכמ"ש הסמ"ע לענין קרנא דעצרי לדיןו פמו כן י"ל אליבא דרב בר"ה ממש וצ"ל דבאמת הסמ"ע מחלק בין היכא דיש קצת דרף לעבור אז יש חילוק בין נתקל ובין שבר משא"כ היכא שאין דרף לעבור פלל אפילו שבר פטור וטעם הדבר מבואר דכל שהניח דרף לעבור אפתי ברשות קא עביד פניו דקרני דעצרי הוא רק בנתקל פטור פניו שעכ"פ מילא פל הדרף אף שהניח דרף קצת מ"מ לא הו"ל להף לאסוקי אדעתיה אבל מ"מ מקרי ברשות לענין אם שבר זה בידים חייב משא"כ מילתא דרב דקאי אמתני' דמייירי בר"ה ממש שעשה שלא ברשות מה בכף שהניח דרף ע"י סיבוב והקפה וכיון שלא ברשות קעביד הא קי"ל כר"נ דאמר עביד אינש דינא לנפשיה ואפילו שבר ממש פטור וזה מבואר להדיא לקמן בש"ס דף ק"ח ת"ש המניח כו' טעמא דנתקל ביה הא שבר חייב אמר רב זביד כו' ופירשו התוס' שם דלר"נ פריה דלר"י דס"ל היכא דליכא פסידא לא עביד כו' לק"מ דלא דמי לחצר חבירו שאדם יכול להקיף בר"ה ולילף בכל מקום שירצה עכ"ל והנה רש"י שם מפרש דאתרוננייהו פריה ולדידיה י"ל דס"ל דגם בכה"ג איכא פסידא מקרי דהא צריף להקיף ולסבב וכל שהוא מרבה עליו הדרף יכול לעכב עליו וכדאיתא בב"ב ופסידא מקרי וכיוצא בזה פתבו התוס' ד"ה משבר וינצא דלא אטרחהו רבנו לסדרו זה ע"ג זה וע"ש דהתם קאי גבי חצר ומינה נמי בר"ה אף שיש קצת דרף אין מחייבין אותו להקיף ואף לר"י משבר והולף והתוס' סוברים דכיון דעכ"פ יכול להקיף לא מקרי פסידא וקושניית הש"ס אליבא דר"נ ולפי דברי התוס' דבר זה מוכרח דרב מייירי בכה"ג דליכא פסידא דאל"כ הו"ל למפרה נמי על רב יהודה דדחיקא ליה להתוס' לומר דאתרוננייהו קאי וכ"כ בהגהות אשר"י נו"ל אבל ממלא ר"ה או חצירו חביות שיש טורח לסדר זע"ז יכול לשבר ולצאת ולקנס וגם אצל להקיף וכ"כ בהגמ"י פרק מהל' הרי מבואר כמ"ש דדברי רב אמורים היכא דליכא אונס פולי האי שגרי יכול להקיף ולילף בכל מקום שירצה או לסדרו זע"ז והני אונס קטן יותר מדשמואל ור"י וא"ש דברי הרא"ש לגירסת המע"מ: ובמכתבי הראשון הבאתי בקצרה מדברי הסמ"ע לראיה דאף דאי תנא שם בש"ע שמילא פל הדרף פדים פירושו דמייירי שיש דרף לעבור מן הצד (ואף דשם מייירי לענין קרנא דעצרי היינו לדין דקי"ל כר"נ ואי לאו קרנא דעצרי פטור אפ"ל שבר דעביד אינש כו') וה"נ שפיר מתפרש פן מילתא דרב דקאמר בממלא ר"ה פולה חביות ויש קצת סיוע מזה למ"ש הט"ז בהלכות ר"ה סי' תקפ"ב בהא דאמרי' בתפלה מלןף על פל העולם פולו שהוא כפל דמצינו הרבה פעמים רובו ככולו וקמ"ל פאן פולו ממש ויש סיוע לזה לעיל עכ"ל.

ומ"ש ויש סיוע לזה לעיל ר"ל ממ"ש בסי' ש"פ לענין מבטל רשות דלא מהני שיאמר לכו לכם ע"ש ומפאן נמי משמע דאע"ג דקאמר ר"ה פולה אין ר"ל פולה ממש דאפתי יש דרף מן הצד: אמנם מ"ש בש"ע מתחלה לשון הרמב"ם ואח"כ לשון הטור וזה

הזיקוק להסמ"ע לפירוש דמחלק בין יש דרף לעבור או לא ובאמת שצ"ע על הש"ע דמנ"ל
הך חילוקא שְהרי הרמב"ם לא פתב פלשון הטור אלא סתם וכתב פטור על שבירתה
ולא ביאר אם ר"ל שבירה בידיים או שבירה דע"י שנתקל בה שבירה והטור שפתב להדיא
דאף שיבר בידיים פטור השמיט בלשון הרמב"ם או שמילא כו' ולא העתיק רק מ"ש
הרמב"ם ואם הנה אפילה ונראה שבכוננה השמיט זה דאין דיניהם שנה דבאפילה ונוקא
נתקל פטור הא שיבר בידיים חייב ובמילא פדים פטור אף שיבר בידיים: אף גלענ"ד
דחילוק הסמ"ע מוכרח אף להטור דאל"כ קשה היאך פתב פאן דאפי' שיבר בידיים פטור
ולעיל ס"ס שע"ט העתיק לשון הרמב"ם פ"ו מהלכות חובל ומזיק שפתב ונ"ל הרי
שמילא תצר חבירו פדי יין ושמן אפילו הכניס ברשות ה"ז נכנס ויוצא פדרכו וכל מה
שישתבר בכניסתו וביציאתו הוא פטור ואם שברן בכוננה אפילו הכניס בעל הפדים שלא
ברשות חייב לשלם עכ"ל והטור שם השיג ארישא דמילתא דהרמב"ם לענין הכניס
ברשות אבל בסיפא נראה דאודי ליה וכן פסק הש"ע ג"כ הרי דאפילו בתצר חבירו
ממש והכניס שלא ברשות מ"מ אם שבר בכוננה חייב וכ"ש בר"ה וכ"ש בין הגיתות
שעכ"פ יש לחייב זה על שבירתו בכוננה וצ"ל דהתם אע"ג דנקט שמילא תצר חבירו
מ"מ מייירי שיש לו דרף מן הצד שיכול להקיף אלא שאינו מחוייב בדבר לכן בשיבר
בידיים חייב משא"כ הך שאין לו דרף לעבור פלל אפילו בין הגיתות שלא ברשות קעביד
ואפילו שיבר בידיים פטור ומכ"ש בר"ה דעלמא ומכ"ש בתצר ואפטר שלזה רמז הסמ"ע
במ"ש וגם עיין ס"ס שע"ט ר"ל דכי היכי דלא לסתרי דברי הש"ע מוכרח חילוק זה:
ומעתה מ"ש כ"ת לפירוש דהרמב"ם מייירי ג"כ בדליפא דרף לעבור ומ"ש פטור על
שבירתה לצדדין קתני באפילה באיתבר ממילא ובממלא אף שיבר בידיים ז"א ששבר
בידיים חייב אף בתצר שהכניס בו חבירו שלא ברשות ומכ"ש בזה ועוד דפשיטא דלא
הו"ל לכלול אפילה וממלא ביחד וה"ל למפסק להו בספינא חריפא פינן דאישתמי דינא
דממלא אפי' שבר בידיים פטור.

לכן גלע"ד לבאר פנונת הרמב"ם שפתב ונ"ל ואם הנה אפילה או שמילא כו' פטור על
שבירתה ואם נתקל בה הרי בעל הפד חייב וצריף להבין הך לישאנא שכ' ואם נתקל בה
דהא מיניה קא סליק דהא מה שפוטור על שבירתה גם אפילה היינו נמי שנתקל בה והו"ל
למימר פמו בסיפא דרישא פדנקט ואם הנוק בה המהלך כו' לכן גלפענ"ד דהרמב"ם פאן
לא מייירי משבירה בידיים דבהא חייב בכל גונוי דלא עדיף מחצר חבירו רק הרמב"ם
מייירי משבירה דרף פניסה ויציאה וס"ל דיש חילוק בין אם נתקל בה ונשברה ובין אם
נשברה דרף פניסה ויציאה.

והחילוק הוא דדרף פניסה ויציאה יודע בפשוו שהוא דורס על הפלי ואפטר שתשתבר
אבל מ"מ הוא אינו מכוון לשבור ואם נשברה דרף הלוכו נשברה ואם נתקל ושברה
פירושו דלא ידע פלל שיש פאן פלי רק שנתקל בה וע"כ נשברה שלא בידיעתו
ובפשיעתו פלל ומעתה נחזי אנו באפילה וקרן זווית אע"ג דג"כ שבירת הפלי הוא דרף
הלוכו מ"מ שפיר מיקרי נתקל שְהרי הוא הולך באפילה ולא ידע שבזה פכשל ואין יודע
אם יש שם פלל משא"כ לרב דמייירי באור' והוא נופל וגלו עינים שרואה הפלי לפניו
אף שאין פוונתו לשבר אותם מ"מ אם נשברה דרף פניסתו ויציאתו לא מיקרי נתקל
שְהרי במתכוון הוא דורס על הפלי אלא דמ"מ הוא פטור משום שנה ממלא פל ר"ה

והיינו דקאמר הש"ס דמתני' דוקא פשמואל וכו' דאי פרב מאי אריא נתקל אפי' שבר נמי ואין ר"ל שבר בינדים אלא ר"ל דארף ששבר דרף פניסה ויציאה ונדע שהוא דורף על במתי הפלים לא מתחייב בהכי ולישנא דנתקל משמע שלא נתפונן לדרוס על הכלי אלא מתמת שנתקל נפל עליו וע"ז משגי אפי' שבר כו' ולפי"ז א"ש מ"ש הרמב"ם פטור על שבירתה ור"ל על שבירתה בדרף הלוכו דאז בין באפילה בין בממלא פטור אף דבכה"ג אם הוזק בה בעל הפד פטור פינון שעכ"פ הנה דעתו לדרוס על הכלי וה"ל לאסוקי אדעתיה דשמא ישבר וינוק בה והו"ל לנטורי נפשיה ודוקא בנתקל בה פטור וכמ"ש בש"ס דסיפא נתקל דוקא ולכה פתב הרמב"ם ואם נתקל בה כו' דמתחלה מיירי בשובר דרף הלוכו ובזה פטור בין באפילה בין בממלא אף דרף הלוכו בכלל נתקל הוא ובממלא פטור פינון שנה עביד שלא ברשות עביד אינש דינא לנפשיה אבל משובר בינדים לא מיירי הרמב"ם דבכה"ג לא שינה עביד אינש דינא לנפשיה רק אם שיבר דרף פניסה ויציאה אבל בינדים ממש דהיינו ששובר בכוננה לא עדיף מאם הכניס חבירו לחצירו שלא ברשות דאם שיבר בכוננה חייב פנ"ל ברור בלשון הרמב"ם ז"ל ולפי"ז י"ל דשפיר מיירי הרמב"ם אף היכא שנשאר דרף מן הצד ואפ"ה פטור על השבירה דרף פניסה ויציאה דדוקא אליבא דר"י דס"ל היכא דליכא פסידא לא עביד כו' מחלקים התוס' בין ר"ה לחצר חבירו משום דיכול להקיף משא"כ לדידן דקי"ל כר"נ אף בר"ה נמי משבר ויוצא משבר ונכנס אף שיכול להקיף ואין להאריה: כ"ד אוה"נ דורש"ת הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד סליק שאלות ותשובות בית אפרים חלק חשן משפטשמוטת הסימן שנשמט ממקומו סי' כ"ד שאלה כד שאלה ראונו ושמעון הנה להם סכסוכים נידון בית שהיו שותפים בו ואח"כ נתפשו וז"ל הכתב נתפשונו כו' ועתה טוען ראונו כי כתב ההתפשויות אינו פלום דהקנן שלא להשפיר הוא קנן דברים ואפילו אם קנן להשפיר קנן דברים הוא ואפילו שהקנן ובכה"ג איתא בסי' רי"ב אם אמרינו דמסתמא ליפות פחו פתבוהו שלא נכתב ב"פ בכדי אין ענין לכאן דהתם יש לפרש דמסתמא הקנה הגוף כדי לדור בו פמבנאר שם אפילו לא הוקפל ע' שם אבל פאן שאין לקנן הנה שום מקום לחוש ע"ז ואין לה קנן על דבר שאין בו ממש גדול מזה ולא שינה חליפין בכה"ג פינון שאינו מקנה שום דבר ואפ"ת דאם קיבל בקנן והשפיר ובכה"ג מהני שיכול לחייב עצמו אף בזה פבר האריה בספר בני יעקב שאף בכה"ג לא מהני לדעת הרבה פוסקים אבל איהו תקיים ע"י הקנן שלא יוכל להשפיר ועוד דשאני הך דסי' רי"ב מהך דהקא שזנפר עוד כמה ענינים ויכול להיות שהקנן קאי ע"ז ולא על למחות להשפיר.

ומצד מ"ש שנשבע אין לחוש שהסופר שכותב טופסי דשטרא הכי הוא ובכה"ג מבנאר בשו"ת ובפרט בנדע ביהודה סי' ל' חלק ח"מ שאין לחוש וגם פינון שהוא בלשון עבר קל הפוסקים מודים ואע"ג דבסי' ע"ג כתב הסמ"ע דאם כתב שנשבע בפ"מ לא מהני טענתיה אף בזו פתב הט"ז דבאמתלא נאמן ואין לה אמתלא גדולה מזו שנוסח השטר פן הוא וכ"כ הגאון הג"ל בחלק יו"ד סי' ס"ח.

אף דלכאורה תברא לגזוזה בחלק ח"מ סי' ל' הג"ל: ולענ"ד העיקר כמ"ש בסי' ס"ח דמשמע שגם שם באתה הפלה עצמה לבסוף עה"ח ואפ"ה פטרה וכתב דהוי אמתלא וכן מבנאר בכנה"ג סי' ע"ג ובהגהות הב"י ס"ק י"ח בשם הרא"ם עי' שם ומ"ש הנ"ב באותו

תשובה אות י"ג שהתה"ד מסתפק אם התובע מודה ורמ"א סי' ר"ז הכריע דמהני אם הודה שגשבע.

ולענ"ד ה"תם אף אם התובע מודה שלא נשבע מהני פמבואר בסמ"ע שם ובסעיף ט"ו ולענ"ד אם פתב בשטר שקנו ממנו בבד"ח ע"י שם בסמ"ע דטעמא משום דגמר ומקני ומה שמשגיג על הט"ז נלע"ד עיקר כהט"ז בפ"י דב"ר רמ"א דאל"כ אין פירוש למ"ש וכ"ש אם אמת שלא נשבע שלא נחייב אותו בהודאתו ובאמת פוננת רמ"א הוא ע"י במ"ש מהר"ם פדוואה סי' נ' דגם בסיפא מיירי התה"ד בבע"ד מודה שלא נשבע אלא שהוא טוען לענין הממון פיון שהודית תתחייב לי מחמת הודאת בע"ד ולכן פתב רמ"א דאפילו אם אין הבע"ד מודה מ"מ אין ה"ב"ד מחייבים להזכירו וזה עדיף טפי ממ"ש מהר"ם פדוואה בפירוש התה"ד דבכה"ג נמי פשיטא לרמ"א דנאמן לענין איסור שבועה ומכ"ש אם האמת שלא נשבע דהיינו שחבירו מודה וא"כ אין פאן איסור מפח השבועה אע"פ שחבירו טוען הרי הודית לי מ"מ אין אנו מחייבין מחמת הודאתו רק ע"י השבועה הפתיכה ונאמן ע"י אמתלא ונראה דרמ"א יליף לה ממה דסיים התה"ד ונראה שאם הודה ברבים כו' וכמבואר בדבריו בי"ד סי' רל"ג דכ"ל ותני להו בהדי אהדדי וזהו פוננת הסמ"ע בח"מ סי' ע"ג שפתב בשם תה"ד דאם אינו מודה לענין ממון דינו כשטר דלית ביה שבועה ר"ל שאין ה"ב"ד יכולין לכופו רק דלא מהני: ומה שמחלק בשב יעקב סי' מ"ט ובנ"ב בח"מ סי' ל' דמה שגשבע לחבירו שפיר ה"ב"ד יכופו אותו וכמ"ש הסמ"ע דאם פתב שגשבע בפ"מ לא מצי להתנצל בזה אני תמה דהרי מה שהב"ד מחייבים לכופו אינו רק מחמת שזה יעבור על איסור שבועה אם לא יקיים לחבירו ומה לי שהוא נגד ב"א או לשמים לחוד סוף סוף אי אמרינן שהוא נאמן וכהוא דאמרו לו אכלת חלב כמ"ש בשב יעקב ובמהרי"ט סי' ק"א ה"ה לענין הנשבע לתועלת חבירו כגון שפתב שגשבע שיתן מתנה לפלוני ועתה אומר שלא נשבע בפועל ונותן אמתלא דמה לי זה או פתב בשטר שגשבע להתענות היום ונותן אמתלא ובזה צדקו דב"ר הט"ז דכל שנותן אמתלא נאמן ונראה דאפילו הסמ"ע מודה דדוקא בנידון דתה"ד דיוכל להיות שבאמת גמר ונתחייב לו כף אין לנו להאמינו פיון שפתב ונשבע בפ"מ משא"כ פאן שהענין ידוע שקיבל עליו שלא להשפיר הבתים וע"ז אין קנן מועיל רק אם באמת נשבע ממש וכיון שהכל יודעים שלא נשבע אין לנו לומר דמסתמא נשבע שלא בפני בע"ד פיון שהוא מודה אלא נאמן שלא נשבע רק שחתם על טופסי השטרות וכדברי הרמ"א בי"ד סי' רל"ב.

הטענה הב' פיון שהיה פתוב ששמעון יתן מפיו בתחילת הבנין סף כף וראובן טוען שלא קיים א"כ נתבטלה השבועה והקנן פיון ששמעון פרץ הגדר תחלה פמבואר בי"ד סי' תל"ב וע"י סי' כ"א ובנ"ב סי' ס"ח וכבר פתב הרשב"א סי' קי"ח דכל שאין החייב מצד הדין רק מצד השבועה שחייב לקיים פולאו טצדקי דאפשר למיעבד להעמיד הדין עבדינו ולפטור מעונש חרם ושבועה וכתב עוד שם שנאמן לפרש פוננתו באיזה אופן אפילו היה אפשר לספק בלשון השנוי או שלא היה מתברר כף וטוען הוא שפך היה פוננתו נאמן הוא שהרי פשאתה בא לחייבו אינו מצד הדין רק מחמת החרם ושבועה ואדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים וליהן לו איזה דבר אינו נאמן נגדם ולא אמרי' אדם נאמן כו' דעתם לפסוק פהרמב"ם פ"ק י"א מהלכות שגגות דלא פסק ה"ד דנאמן על

עצמו אבל הראב"ד דס"ל הלכתא דנאמן ע"ע א"כ אפילו יש עדים המכחישים אותו אין הב"ד יכולין לכופו אבל אפשר דכת"י גרע טפי.

אף בנותן אמתלא למה כ"כ א"נ פיון דלעגן איסור מהימן שוב אין מקום לחלק ולומר דלעגן ממון פניפיון ליה ואע"ג דלעגן טענת אונס הייתי מחלק כמ"ש הש"ך דלעגן ממון לא מהימן היינו מטעמיה דכ"א יאמר אנוס הייתי בלא"ה לא וכמ"ש הש"ך שם בשם הרשב"א דאף בנדר לחבירו אם יש שם אונס אע"פ שאמר שהוא נשבע ונודר מדעת אין בכך פלוג שמתוך אונסו אמר פן ואם אין האונס ידוע רק שיש רגלים לדבר נאמן ואין לה רגלים לדבר יותר מזה שידוע שאין שום בני אדם נשבע רק שהסופרים כותבין לרונקא דמלתא ומכ"ש שהוא נאמן שלא קיים התנאי שהוא בקום ועשה ועי' ביו"ד סי' רל"ב שכתב הש"ך דלעגן שט"ח לא מהימן והקשה ממ"ש הר"י בן הרא"ש דאם אמר קיימתי השבועה נאמן וכתב דשאני אונס דלא שכיח א"נ דכל אחד יאמר אנוס הייתי נאני תמה דמבואר בב"י סי' רכ"ח דהר"י השיב על מי שחייב לחבירו מנה בשטר וכ' שנשבע לפרוע לזמן פ' וטוען שקיים שבועתו והלה אומר לא קיים והשיב שאם אין פתוב בשטר שלא יוכל לטעון פרעתי אין אנו יכולין לפוסלו מחמת השבועה אע"פ שחייב לפורעו עכ"ל וא"כ הר"י לפסלו מייירי ובכה"ג נראה דאפילו לטעון אנוס הייתי מהימן וקצת הנה נלענ"ד דתיבת לפסלו הוא ט"ס וצ"ל לכופו מחמת השבועה אף בב"י שם ממ"ש על תשובת הרשב"א שהביא שם שאין זה סותר לתשובת הרא"ש ובנו דשאני הקא שיש ב' עדים לא משמע הכי וצ"ע ודברי הש"ך יש ליישב וקצת ועי' בח"מ סי' ל"ד סעיף ה' במ"ש הרמ"א שאינו נאמן לומר אנוס הייתי ובדברי הש"ך והאחרונים שם וקצת: דברי זעירא הק' אפרים ולמן מרגליות מבראד.