

ספר

שופרא

דשעבודא

בעזוהשי"ת

ס פ ר

שופרא דשעבודא

כולל ביאורים בירורים חידושים הארות והערות
בעניני שעבודים בש"ס רמב"ם ושולחן ערוך

אשר חנני ה'

יעקב יוסף ריינמאן

מח"ס שופרא דשטרא וספר אביר יוסף על התורה

בלאאמו"ר מהרא"ל זצ"ל

ונלוה אליו הגהות ציונים והשלמות מאת

יוסף ברוך רייך

לייקוואוד

שנת תשע"ז לפ"ק

יו"ל ע"י

יוסף ארי' הכהן שווארץ

כל הזכויות שמורות
COPYRIGHT © 2017
BY RABBI Y. Y. REINMAN
yaakovyosefreinman@gmail.com

כריכה ושערים:
חיים יוסף בערנאמה
CALLIGRAPHIX
718.438.1334

עימוד ממוחשב:
"עמודים"

שמואל קמנצקי
Rabbi S. Kamenetsky

2018 Upland Way
Philadelphia, Pa 19131



Home: 215-473-2798
Study: 215-473-1212

ערב חג הסוכות תשע"ד לפ"ק

הן הובא לפני ספר שלם אשר בשם שופרא דשעבודא יכונה, מאת ידידי הרה"ג ר' יעקב יוסף ריינמאן שליט"א, אשר כבר אתמחי גברא בספריו המופלאים הקודמים, וכמעשהו בראשון כן מעשהו בזה. אז, ליכן וכירר ושיפר עניני שמרות, וכן עשה בעניני שעבוד, וכן עומד עוד לשפר בעניני מוען ונמען וקנינים ועדות, בעזרת השי"ת.

כבר כתב מרן הגרא"מ שך זצוק"ל בהסכמתו על ספרו שופרא דשטרא, שממנו נמשכים שאר חלקי השופרא, 'אשר אקוה כי במשך הזמן יהיה ספר זה ספר שימושי לבני תורה, בעניני שמרות, וביחוד להשיבות הגדולות'. כן תפלתי ותקותי שיבדרו דברי הגאון המחבר שליט"א בי מדרשא ויזכה להוציא שאר ספריו כיד ה' עליו להשכיל, וברכתי שיהי' חיליה, ואף שופריה, לאורייתא.

החותם בהוקרה ולכבוד התורה ולומדיה.

יעקב ריינמאן שליט"א

RABBI MOSES FEINSTEIN

455 F. D. R. DRIVE
New York, N. Y. 10002

ORegon 7-1222

משה פיינשטיין

ר"מ תפארת ירושלים

בנוא יארק

בע"ח

הנה ראיתי כמה קונטרסים מהספר החשוב 'שופרא דשטרא', שחברו הרב הגאון מוהר"ר יעקב יוסף בן ידידי הרב הגאון מוהר"ר ארי' ליב ריינמאן שליט"א, מחברי הכולל בבית מדרש גבוה שבליקוואד. והנה הספר כולל ביאורים בהרחבה גדולה על כמה עניני שמרות, ומהמקצת שראיתי, מאד נהנתי, שהיה ניכר שהמחבר שליט"א הצליח לכאר ענינים קשים בחריפות ובקיאות כראוי לת"ח גדול. והריני מברכו שיצליחנו השי"ת בהוצאת ספר זה, ושיזכה לחבר עוד ספרים להגדיל תורה ולהאדירה לתפארת השם ותורתו.

ועל זה באתי על החתום ביום י"ב לחודש מרחשון תשמ"ב בנוא יארק.

משה פיינשטיין

האי צורבא מדרבנן כיון דנבט נבט, [תענית ד' א', וערש"י שם], חד מיחידי הסגולה, השתול בבית ה' דבריו יפריחו בחצרות מקדשי המעמ, ידידי ויקירי האברך כמדרשו, הרב הגאון סוע"ה מוה"ר יעקב יוסף ריינמאן שליט"א [בן מע"כ ידידי הרב הגאון מוהרא"ל שליט"א]. מחברי הכולל של בית מדרש גבוה, אשר הפליא לעשות בחיבורו החשוב והמקיף על עניני שמרות, שעלה בתמרות סוגיות הש"ס ואחו בסנסני דברי הראשונים והאחרונים, צלל למעמקים ודלה דלה לנו פנינים ואבני-חן, וחרום כמרגליות בסדר ובמשטר, שמחים כבנין שלם ומבהקים באור הבנת הענינים - ואייתי קדם רבנן ותלמידיהון מהנך שפירתא מ'שופרא דשטרא' - בו שטר עדות על קנינו ושליטתו במקצוע גדול זה שבתורה, ושטר ראייה על יגיעו ועמלו באורייתא תדירא.

חיבה יתירה נודעת לדרך זו לכבר מקצוע בשלמות והיקף, בכללותו ופרטותיו, והחתירה לשרשים ויסודות, וביחוד בזמננו שיש והורגלו לתת הימים והסוגיות מפחות מפחות, צו וקו ועיר שם ועיר שם, - ללקט פרט ועוללות, גרגרים מראש אמיר, במקום לקבצם כעמיר גורנה, - ובוא יבוא ברנה נושא אלומות ומכניסם לבית דרך שערים ופתחים. ועוד זאת שיש בו מ'יתרון ידיעות הדברים על מתכונת חלקיהם כפי מחלקותם וסדרי יחסיהם וכו', כיתרון ראית הגן המהודר בערגותיו ומיופה במסילותיו ובשורות מטעיו, מראית חורש הקנים והיער הצומח בערבוב' [ל' רמח"ל בהקדמה לס' דרך ה']. וזכה המחבר 'דגלי מסכתא ונתקיימה תורתו בידו' [עירובין נ"ג א']. 'האי מאן דיליף מסכתא דרא ריית עלמא חדא' [מקורו בזה"ק, ושמעו אמרו' צוק"ל מפי הח"ח וצוק"ל בהתעוררות לגמור מסכת בשלמות]. ויתכן שכן הוא בכל ענין מסוים בש"ס, שבהיקפו ופנימיותו הרי הוא כולל בתוכו את כל היסודות השונים שמהם מורכב ונבנה עולם שלם, וממנו פנה ויתד להגיע גם למקצועות אחרים האחוזים וגנויים בכל ענין שבתורה כשלהבת בנחלת. - והרי כל עניני התורה קשורים ותלויים זה בזה ומאוחדים בשרשם.

ובתמורה ט"ז א', שלש מאות הלכות נשתכחו בימי אבלו של משה וכו', והחזירן עתניאל בן קנז בפלפולו, ולכאורה צ"ע, איך אפשר לחדש מתוך פלפול הלכות מסוימים שניתנו למרע"ה. ומצאתי בסידור הגר"א לרנ"ה הלוי וצ"ל מיפו, בפירושו בשם 'אמרי שפר', בברכת יוצר אור של שבת, וז"ל, 'וכמו שמצינו בעתניאל בן קנז שהחזיר הש' הלכות בפלפולו, דהיינו שפלפל בהלכות הידועות עד שמתוכם נזכר והכיר גם הלכות הנשכחות'. וביאור הדברים, שכל עניני התורה מאוחדים בשרשם במקור העליון, והבנת כל חלק לאשורו ואמתו וזקוקה להיסודות וההנחות היוצאים מתוכם ופנימיותם של כל חלקי התורה, וכשחדר בפלפולו לעומק ההלכות הנמצאות, בהכרח נתגלו לו ההלכות הנשכחות השקועות בתוכן.

וזאת הברכה הצפה ועולה בלב מתוך שמחת ראית האילן בלבבובו, - הארץ אשר אתה שוכב עליה לך אתננה וגו', ופרצת ימה וקדמה וצפונה ונגבה [בראשית כ"ח י"ג]. ובדעת זקנים מבעלי התוס', פ' אותה שאתה שוכב עליה לך אתן, ומעצמך תפרוץ כל הרוחות ותכבוש כל סביבך, כמו שעושים לפרשים חשובים שנותנים להם מעט קרקע והם כובשים בגבורתם כל הסביבות'. וביאור הדברים, כי מקום זה - הוא מקום המקדש שממנו מתפשטת הקדושה לא"י כולה, וכשתתבסס ותאחו בנקודה זו, כבושה וסלולה הדרך לכיבוש וקידוש הארץ כולה. וכן הוא במקצוע שבתורה שזוכה אדם למצות מדותיו ולירד לעמקו, נפרצו השערים לכל הרוחות והסביבות. כה לחי! יעלה מעלה מעלה ויפוצו מעינותיו חוצה לגאון ולתפארת בכרם בית ישראל.

הכו"ח לכבוד התורה, עמליה וחכמיה, אור ליום ה' לס' בן פורת יוסף, י"ב טבת התשמ"ב.

יוסף חיים שניאור קוטלר
בית מדרש גבוה
לייקוואוד, נ. ד.

הסכמות רבותינו שבארץ ישראל

אלעזר מנחם מן שך

קרית הישיבה

בני ברק

בס"ד,

יום ב' א' מנ"א לסדר 'אלה הדברים' תש"מ.

הנה מרחוק הובא אלי מארה"ב ספר שלם עומד לדפוס אשר בשמו יקרא 'שופרא דשמרא', מאת הרה"ג עדיו לגאון ולתפארת אשר זה מזמן מרביץ תורה עם תלמידים בישיבת לייקווד המפוארת ה"ה מהור"ר יעקב יוסף ריינמאן נ"י. והצאתי בו בספר וראיתי אשר הוא ספר המקיף כמעט כל עניני שמרות, אשר רבו פארותי, והוא בירר וליבן בסברות עמוקות ביושר שכלו בבקיאות רבה, אשר אקוה כי במשך הזמן יהי ספר זה ספר שימושי לבני תורה, בעניני שמרות, וביחוד להשיבות הגדולות, ואף כי מידי עברי בענינים שמדובר ראיתי להעיר כמה הערות, אבל מפני חולשתי וראייתי הלקוי, קשה עלי להעלות על הכתב אף מה שמתחדש אצלי דרך לימודי, נוסף על מרדתי כי רבו, ואינני מן הראויים לזכות שיהיה תורתו משתמרת כמאמרם ז"ל על הקדמונים, ולזה אני בא בדברי הקצרים האלו שיזכה להוסיף כהנה וכהנה בעוד ענינים ולהוציא מעינותיו החוצה ויגדיל תורה ויאדיר.

מנאי המכבדו ומוקירו כערכו הרם

מנאי המכבדו ומוקירו כערכו הרם

הסכמות רבותינו שבארץ ישראל

יצחק יעקב ווייס

רב ואב"ד

לכל מקהלות האשכנזים פניה"ק ירושלים תובב"א

מח"ס שו"ת מנחת יצחק

ירושלים, רחוב ישעיהו 20

בס"ד, ירושלים, ד' ואלה המשפטים וגו' תשמ"ב.

האי מאן דבעי מיחזי שופריה דיעקב נייתי האי ספרא דוקנא 'שופרא דשמרא', שנערך ונסדר בטוב טעם ודעת מתוך עמלה של תורה ע"י השוקד על דלתות התורה ומצא בה כדי מדתו להפליא, סדרן ופלפלן וכו' הרב יעקב יוסף ריינמאן שליט"א, בטוב לגבר כי ישא עול תורה מנעוריו, צלל במים אדירים וסידר סדר המערכה משמא דגמרא ונושאי דגל התורה ראשונים ואחרונים בכל עניני שטרות, וסדרינהו בסדר עליון כעבדתא שפירתא לפי טו"ב שערים מצוינים בהלכה דינא רבה ודינא זוטא כפלים לתושיה.

אכן תורה מחזרת על אכסניה שלה, הפעולה תעיד על הפועל כי דין רפיש מבית אבא, פרי מאילן ששרשיו מרובים, הגאון החסיד הנודע לתהלה, בתוך אמוני עם סגולה, בעל שו"ת מהר"ש ענגיל וצוק"ל, למותר להרבות בשבחו אחרי כי רבו המובהק, ידידי המכובד ראש הישיבה, הגאון הנעלה ר' שניאור קאטלער שליט"א (ה' הטוב יחזקוה ויאמצוהו וישלח דברו וירפאהו כי רבים צריכים לו) בא בקיום שטרות והפליג בשבחיו כאשרי מי שעמלו בתורה.

אותיות נקנות בכתיבה ובמסירה, בטחוני כי ספר זה ישמש כעזר רב להוגי תושיה במעוזי התורה הישיבות הקדושות ויפיקו ממנו תועלת רבה.

אני תפלה כי ה' נותן התורה היא בסעדרו לעסוק בד"ת ולאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא ויצליח בהו"ד ידו נטויה לחבר עוד חבורים טובים ומועילים ויגדיל תורה ויאדירה, וכולנו יחד נוכח בהרמת קרן התורה ולומדיה במהרה ולחזות בנין אריאל בהופעת אור יפעת משיח אלקי יעקב בב"א.

המצפה לחסדי ה' כי לא תמנו

יצחק יעקב ווייס רב ואב"ד



מכתב ברכה מאאמו"ר זצ"ל מח"ס לב איש על הש"ס והרמב"ם

ב"ה יום ג' פ' פנחס תשמ"א לפ"ק ברוקלין.

כבוד בני יקירי הרב יעקב יוסף שליט"א בשיבת לייקוואוד המפוארה.
עיינתי בהקונטרסים מספרך הנפלא 'שופרא דשמרא', שהולכים ונדפסים
ויופיעו אי"ה בקרוב לשמחת כל שוחרי תורה, ונהניתי מאד, כי לא היה עוד
כבושם הזה ספר גדול שיברר כל עניני שמרות שבש"ס בהיקף גדול אשר
המה מסתעפים לכמה ענינים שבשלחן ערוך חושן משפט, ישמחו הלומדים
ויגילו החריפים, בדברי תורתך המתוקים מדבש ונופת צופים, ירדת במצולות
ים התלמוד והפוסקים והעלית פנינים יקרים, כולם אהובים כולם ברורים,
כולם גדושים ומלאים חריפות ובקיאות, ואמינא לפעלא טבא יישר כחך וחילך
לאורייתא, ואם חכם בני ישמח לבי גם אני.

וברכתי תעלה כי יזל מים מדליך, תשריש נטיעותיך ענפיך ודליותיך,
ולאילנא רברכא כבר התעבדת בעזרה"ת לתפארת מטע אבותיך הגאונים
והקדושים זי"ע, וביחוד לתפארת זקנינו היחיד בדורו רבנו הגדול מהר"ש
ענגי"ל זצ"ל מראדאמישלא, וכבתחת ברוש רענן שמך ינון. ומובטחני כי ספרך
היקר ימצא חן בעיני תלמידי חכמים שבדור.

בברכת אביך אהובך
אריה לייב ריינמאן

דברים אחדים

טוב להודות לה' ולזמר לשמך עליון, כאשר זכינו להוציא לאור לפני כמה שנים את ספרנו זה "שופרא דשעבודא" וכבר ספו גם תמו מן השוק אמרנו וענינו להדפיסו שוב בחדא מחתא עם ספרנו "שופרא דברירא".

וכאן המקום להביע רוב תודה והוקרה לאשתי היקרה המשכלת מרת צביה בתיה שתחי', אשר מלאה וגדושה בחשיבות לתורה ועמליה, רגילה בתמידיות בתפילה ובאמירת תהלים, וזוכה לגמור אותו בכל שבוע, מסירותה אלי היא להפליא, וקבלה על עצמה כל טרדה ועבודה שלא להפריעני מלימודי, והיא היא המאירה ושמחה את חיי אחרי עת צרותי, ואסיר תודה אני לה לנצח.

יהא רעוא שאימא מילתא דתתקבל ויהיו נא אמרי לרצון לפני אדון כל וישיחו בי יושבי שער.

דבר המוציא לאור

שוש איש בה' ותגל נפשי באלקי, על כל החסד שגמלני והגיעני עד הלום, וזיכני להיות נטפל לדבר נשגב, ולראות בהופעת הספר היקר **שופרא דשעבודא** יוצא לאור עולם ברוב פאר והדר, ספר אשר מקיף נושא עמוק דשיעבוד הגוף שיעבוד ממון ושעבוד קרקעות הנוגעים לדיני חושן משפט ואבן העזר והמסתעף, וכולל בתוכו כמה וכמה סוגיות הש"ס, ונידון רבות בכמה מקצועות בהלכה, והוא מפרי עשתנותיו של ידיד נפשי ואהובי סיני ועוקר הרים, הרב הגאון המובהק חוטר מגזע גדולים וקדושים מוה"ר **יעקב יוסף ריינמאן שליט"א**, מרביץ תורה בעיר התורה **לעיקוואוד** יצ"ו, אשר כבר איתמחי גברא ואיתמחי קמיעא מלפני שנים רבות בחיבורו היקר והנפלא **שופרא דשטרא** שהאיר באור בזהק את עולם התורה, ואשר הכה גלים בהופיעו את עולם העיון והלומדות.

כמעשהו בראשון כך מעשהו באחרון שרש אחר יסודי הענין בסוגיות הש"ס. ובירר וליבן דברי הראשונים ז"ל ובראשם רבינו הנשר הגדול הרמב"ם ז"ל, בביאור מהלכן בכל סוגיא וסוגיא, כולה מלאכת מחשבת דאורייתא, ומובטחני שספר זה ישמש כאבן יסוד ומורה דרך לכל העוסקים בסוגיות דשעבודא, ובהיכלי התורה יאמרו שמועה מפיו.

ויכולנו להעיד בהאי תלמיד חכם דנתקיים בו בפשטות מה שאמרו ז"ל (תענית ד'): האי צורבא מדרבנן דמי לפרצידיא דתותי קלא דכיון דנבט נבט, ופירש"י כיון דנבט נבט - שמתחיל לבצבץ ולעלות עולה למעלה, כך תלמיד חכם כיון שיצא שמו הולך וגדל למעלה. ושמתתי שכוונתי בזה למ"ש מורי ורבי מרן ראש הישיבה הגאון הגדול רבי שניאור קאטלער זצ"ל בהעידו כן בהסכמתו לשופרא דשטרא על הרב המחבר שליט"א לפני שלשה עשורים, בבחינת חכם עדיף מנביא והרואה את הנולד, ועכשיו יעידון ויגידון כל מי שבא בהיכרות עם הרב המחבר שליט"א, או טעם מדבשה של תורה מחיבורו המאלף שהאיר את עולם התורה, שכן נמצא וכן היה.

ומחובר לטהור הציונים ביאורים והארות בשולי הגליון והוספות שבסוף הספר שהוא נדבך על גבי נדבך, מעשי ידיו להתפאר של האי צורב הרב הגאון המופלא חריף ובקי טובא מוה"ר **יוסף ברוך רייך שליט"א**, אשר הניף ידו לעטר את ספר הנ"ל בהוספות יקרות ציונים והשלמות, בהביאו דברי גדולי האחרונים על כל מה שנשא ונתן המחבר הנ"ל, והשווה שאר מקומות שבש"ס לעיקרי הסוגיות שדן בהם המחבר, ובאופן נהיר ומסודר הביא תמצית דברי הראשונים ומה שדנו בזה גדולי הפוסקים, גליא לדרעי' ונפל נהורא, טרח ומצא כדי מדתו, בגדולי האחרונים החל ובדברי גדולי ראש ישיבות בדור שלפנינו כלה, באופן נאה ומסודר עד להפליא, כדי שיהי' שוה לכל נפש וידי כולם ממשמשים בו.

ומחשבת לבי אביע בזה, דהתבוננתי טובא על הקשר שיש לי עם ספר הלזה, דהגם שבעזרתו יתברך שמו זכיתי בזכות אבותי הקדושים זי"ע להקים מכון להוצאת ספרים וכתבי יד, והכי קרא שמו "**מכון ממלכת כהנים**", שנתייסד להחזיר ולהוציא לאור עולם ספריהם וכתבי ידיהם של גדולי משפחתנו, משפחת אא"ז הכהן הגדול מאחיו, שר התורה מרן רבי **אברהם יהודה הכהן שווארץ** זצוק"ל בעל הקול אריה. וזאת הכל מכוחו של אבי

דבר המוציא לאור

מורי ורבי הרב הגאון החסיד בנש"ק מוה"ר אברהם משולם פייביש הכהן שווארץ שליט"א ראש ישיבה וכולל 'קול יהודא מכון להוראה' בן אחר בן לאא"ז הקול אריה זי"ע, אשר הגיע לארה"ב אחרי המלחמה הנוראה בעירום ובחוסר כל, ובכל זאת מתוך מסירות נפש עצומה עמל ויגע לעשות שם לאבותינו ורבותינו ארזי הלבנון אדירי התורה, והדפיס מחדש כמה וכמה ספרים, ובראשם הספר הגדול והנכבד 'שאלות ותשובות קול אריה' בארבעה מהדורות מפוארות, וכך זכה לדובב שפתי ישנים ולעשות להם יד ושם בארץ, ובוודאי תעמוד זכותם לו ולזרעו עד עולם.

אמנם כל הבקי בספרי משפחתינו יבין וישכיל כי רובן של הספרים נתחברו לשמש כעין אנציקלופדי' שלימה למקצוע וענין, לבאר משורשה שורש הנושא והמצוה מדברי הש"ס בבלי וירושלמי והראשונים, ואח"כ לעבור בביאור פרטי ודקדוקי המצוה, החל בפוסקים קדמונים ומה שדנו בזה האחרונים עד למנהגן של ישראל בכל פרט ופרט, הן הנוגע לדברים שנפסקו להדיא בשו"ע והן בספיקות ושאלות שהעלו מחברי הזמן לדורותיהם.

והנה גם על מכון זה נתחבר ספרא הדין, אשר השכילו לעשות בנושא העמוק והמקיף סוגיא דשיעבודא, להביא אל פונדק אחת כל הנידונים המפוזרים החל מדברי הש"ס ועד תורת מרנן גדולי הדור זי"ע בדורות האחרונים, ומכאן ישתו העדרים הדורשים ומבקשים תושיה, בענין אשר ניתן להגדירו עמוק עמוק מי ימצאנו, ועדיין לא נראה כבושם הזה במתכונתו והוא יצירת אומנות נפלאה, אשר נוכל להמליץ עליו מ"ש רז"ל במדרש רבה בתחילתו עה"כ (משלי ח, ל) ואהיה אצלו אמון ואהיה שעשעים יום יום, אל תקרי אמון אלא אומן.



והנה כיון דהספר מיוסד על ענין דשיעבודא נימא בה מילתא. ידוע החקירה שחקר הגאון הנודע מרוגאטשוב זצ"ל אם השעבוד של בעל לאשתו על כל התחייבות של שארה כסותה ועונתה, אם זהו ענין שמתחדש בכל רגע מחדש, או שזהו שעבוד שנמשך משעת החופה. ומסופר בפי העולם, שפעם נפגש הגאון הנ"ל עם מרן הגאון רבי חיים מבריסק זצ"ל, והציע לפניו את חקירתו הנזכרת, מיד ענה לו הגר"ח ז"ל, מגיע לכם ברכת מזל טוב, ולתמהונו של הראגאטשאווער ז"ל מה זה ועל מה זה, ענה לו הגר"ח, לפי הצד שהשעבוד מתחדש בכל רגע, נמצא שזה עתה באתם בברית הנישואין, ולעת כזאת מאחלים לחתן מזל טוב!...*

והנה ראיתי מובא, דהיה מרגלא בפומיה דמרן הגר"ח מבריסק זצ"ל לומר, שלימוד התורה החובה היא להיות בבחינת "שיעבודא דאורייתא", להיות משועבד לתורה בכל עת כל שעה, שהרי חיוב תלמוד תורה מחייב לעסוק בתורה בכל רגע ורגע, וממילא כדי לקיים חובה זו בשלימות, צריך לקבל את התורה בבחינה זו שמרגיש שזהו עיקר היום, שהשיעבוד והחובה העיקרית שצריך לעשות במשך היום הוא העסק בתורה. ודבר זה הוא רק בלימוד התורה, שבכל המצוות יש זמן מסויים שצריך לקיים המצוה, ולאחר שקיימה

* אמר המגיה: עי' בציונים בסוף הספר שט"ו פמ"ב מה שהבאנו בענין זה בשם תשובות המיוחסות להרשב"א.

דבר המוציא לאור

יצא ידי חובתה ושוב אינו מחוייב בה, שונה הוא לימוד התורה שבכל רגע ורגע מתחייב מחדש לעסוק בתורה, ממילא לכן ההרגשה בלימוד התורה צריכה להיות בבחינה כזו של "שיעבודא דאורייתא", שמרגיש שזהו הדבר העיקרי בחיי היום יום, אשר עיקר ההשקעה במשך היום צריך להיות בתורה.

וחושבני איפוא על פי דברי כ"ק אדמו"ר מהרי"ד מבעלזא זצוק"ל, שאמר לפרש מה שאנו אומרים בהנוסח דלשם יחוד קודם הנחת תפילין, לשעבד בזה תאוות ומחשבות לבנו וכו', שהלשון הוא בחינת דינא דשעבוד קרקעות, דהלכתא הוא דבעל חוב ראשון קודם לגבות, שכבר נשתעבדו לו הנכסים, והרי קיי"ל דשעבודא דאורייתא, וכמו כן נמי בקום אדם בבוקר ומניח תפילין ומשעבד את תאוות ומחשבות לבו להקב"ה, אזי אחרי כך במשך היום אם בא היצה"ר ומנסה להעבירו על דעת קונו ורוצה להחטיאו ח"ו, אז יש לו לאדם כח הטענה שלא ישמע אליו, שכבר נשתעבד לעבודתו יתברך שמו ובעל חוב קודם דהרי שעבודא דאורייתא, ודפח"ח וש"י. (ועי' בבית הלוי עה"ת שמות י"ט ה' וכן הוא בדרושיו דרוש י"ז, דבני ישראל נשתעבדו להקב"ה במתן תורה בשיעבוד הגוף, דאל"כ האיך יוכל לשעבד עצמו בדבר שאין לו קצבה, עיי"ש דבריו כי נעמו).

וכוונה זו יש להעמיס בנוסח מ"ש בפיוט הסליחות לרבי שלמה הבבלי ז"ל (סליחה ט' - נוסח פולין יום ד' ונוסח ליטא יום ג'), וכידוע שהפיוטים שנתקבלו לומר בכלל ישראל, ברוח הקודש נאמרו, וזה לשון קדשו, 'שטרך קודם ולו נושים מבקשים, שעבודך להרחיק רבו צוררים קשים', והיינו כנ"ל דהשעבוד של כלל ישראל לאביהם שבשמים, מגרש ומרחק צוררים קשים, דהיינו היצה"ר ושלוחיו שהוא הר קשה כברזל, וכדאמרן הלכתא הוא דבעל חוב ראשון קודם לגבות.

ובעניוטי אמלא אחרי דברי קודש, למצוא על פי זה ביאור על מה שתקנו לנו קדמוננו ז"ל, להגיד מיד אחר הנחת תפילין פסוקי דוארשתיך לי לעולם וארשתיך לי בצדק ובמשפט בחסד וברחמים וארשתיך לי באמונה וידעת את ה', דלפי הנ"ל מובן מאוד, דלאחר שבמצוות הנחת תפילין שהוקש לכל התורה כמ"ש למען תהי' תורת ה' בפיך, נשתעבד להקב"ה בכל הכוחות ובכל הרצונות בכל התוקף, ומתחדש מחדש קשר בל ינותק היחוד והקשר בין האיש הישראלי לאביו שבשמים, וכדוגמת יחוד הנישואין שמשתעבד הבעל לאשתו בכל עת ורגע מחדש בקשר חדש בל ינותק, וכן נמי משתעבד האדם לקונו בכל רגע ורגע מחדש בהתחדשות חדשה, וכפי הנאמר לעיל גם עול התורה והחיוב לעסוק בה מתחדש על האדם כל שעה ושעה מחדש. ולכן לרמוז זאת תקנו חז"ל מיד בהנחתן ולבישתן פסוקי דוארשתיך, לבטא ענין התחדשות האריסות שבא על ידי שעבוד לב האדם לבוראו, ומזה ילמוד האדם גם על חיובו ושיעבודו ללימוד התורה החל עליו כל שעה ורגע מחדש.



אברך בזה את כבוד ידידי המחבר הגאון שליט"א והרה"ג המגיה שליט"א, שכשם שזכו לסדר סוגיא זו ברוב בהירות ועמקות, כן יזכיהם ה' לסדר עוד ספרים כהנה וכהנה, ויזכו לישוב באוהלה של תורה ולהרביץ תורה מתוך הרחבת הדעת, שלוה, נחת ושמחת

דבר המוציא לאור

הנפש, ולרוות אך ורק תענוג דקדושה מיוצאי חלציהם שיחיו, מתוך בריאות השלימות לאריכת ימים ושנים טובות.

כמו כן חובה נעימה לי להודות לאלו שטרחו בהוצאת הספר לאור עולם, ובפרט ידידי הרב שמואל אהרן זינגר שליט"א מעיה"ק ירושלים ת"ו שערך ותיקן את הציונים, הרה"ג רבי אפרים פישל רויטמן שליט"א מעיה"ק ירושלים ת"ו שעשה אזנים לתורה וסידר המפתחות לספרא הדין, מפתח מקורות ענינים וערכים, וידידי הרב אהרן ברש"צ לוי שליט"א מעיה"ק ירושלים ת"ו, שהגיה הספר מהחל עד כלה, ולהרב ישראל צבי רויטמן שליט"א מעיה"ת בני ברק יצ"ו, שהי' לעזר לכל עניני הספר, ולידידי הרב אהרן ערנפעלד נ"י מעיה"ק ירושלים ת"ו שהשקיע מיטב כשרונו להוציא מתחת ידו דבר נאה ומתוקן, ברכות התורה יחולו על ראשם.

בצאתי מן הכרך אשבח ואודה לה' ואשא כפי בתפילה, שכשם שעזרתני להיות שותף למפעל גדול כזה להוציא לאור עולם ספר הדין, וכמו כן כל הספרים המפוארים שיצאו על ידינו עד כה ונתקבלו בחיבה ובהערצה רבה בהיכלי התורה, כן יעזרני ה' אלקינו ואלקי אבותינו שנוכל להמשיך לההדיר ספרי אבות משפחתינו לזכות בהם את הרבים ולהחיות שמם הנערץ והנקדש בהיכלי התורה, וזכות התורה יעמוד לי ולזרעי שלא תמוש התורה מפינו ומפי זרעינו מעתה ועד עולם.

פרוס ימי הרחמים והרצון תשע"ז לפ"ק

הק' יוסף ארי' הכהן שווארץ

תוכן הספר

ציונים	שופרא דשעבודא	
	א	הקדמה
	לא	מבוא השערים
תרכא	נה	שער א: שעבוד נכסים במלוה בשטר
תרכב	ק	שער ב: פריעת בעל חוב מצוה
תרסז	קכד	שער ג: מלוה הכתובה בתורה
תרעג	קלח	שער ד: קרקעות ומטלטלין
תרצ	קעא	שער ה: אפותיקי סתם ומפורש
תרצ	קפח	שער ו: שור תם מגופו
תשא	רנח	שער ז: שעבוד בלא בא לעולם
תשכד	שז	שער ח: אחריות בקרקע גזולה
תשכט	שיט	שער ט: בעל חוב גובה את השבח
תשמא	שסז	שער י: מאימתי גובים ושעבודא דרבי נתן
תשנד	שצז	שער יא: דברים המפקיעים מידי שעבוד
תשנו	תיג	שער יב: מלוה על המשכון
תשסז	תסב	שער יג: עידית בינונית וזיבורית
תשעז	תקל	שער יד: ערב ופורע חובו של חבירו
תשפו	תקנט	שער טו: סדר גבית חוב
	תתיז	מפתח מקורות
	תתלה	מפתח ערכים

הקדמה

יתברך הבורא ויתעלה היוצר אשר נתן בידי להוציא לאור חלק שני מסדרת ספר השופרא, הלא הוא ספר שופרא דשעבודא. כאשר יצא לאור החלק הראשון, שופרא דשטרא, לפני למעלה משלשים שנה, אמר לי אחד מידידי, "פעמים מצינו שהמחבר גדול יותר מספרו, וגם מצינו להיפך שהספר גדול ממחברו, מהו דעתך אודות ספרך". עניתי לו מיד שאין שום ספק שהספר יותר גדול ממחברו. כן הוא בספר זה אשר עיניכם תחזינה, שהרי מי כמוני מכיר גודל חסרונותי וחולשותי כמו שיודע אני בעצמי, אבל מסיבות נעלמות הידועות אך לו יתברך, החליט בורא עולם לסייעני בעמלי ולהאיר עיני בכמה סוגיות הקשות שבש"ס, והריני מתפלל ומתחנן לפניו שיעניק לי זמן וכוחות מאוצרו מתנת חנם לגמור ולהדפיס גם שלשת חלקים האחרונים של ספרי מסדרת השופרא, ביחד עם ספרים אחרים שהתחלתי ובדעתי להוציאם לאור עולם.

כאשר התחלתי לכתוב ספר שופרא דשטרא, ראיתי ערוך לפני מקצוע גדול המקיף סוגיות רבות בש"ס, והשערתי אז היתה שרובן קשורות ותלויות זו בזו, וכן נוכחתי בעצמי לאחר זמן, שכאשר השקעתי את עצמי בכתיבת הספר ועריכת הסוגיות, באתי לידי הכרה שמכל הספרים שלמדתי על אותן סוגיות, התועלת הגדולה היתה שכאשר הגוף הגדול של סוגיות שטרות נתגבש לפני, מצאתי הרבה יסודות חוזרים על עצמם בכל פרט ופרט של הסוגיות, עד שמתוך כולם נעשתה סוגיא אחת. והעליתי לדרוך במסילה זו במקצועות אחרים במסכתות נשים ונוזיקין שהם היסוד לסדרי הישיבות, לגלות את היסודות העומדים בבסיס הסוגיא והיאך היסודות עצמם מתחלקים לפרטי הסוגיא. לתכלית זו בחרתי בארבע מקצועות נוספים להשקיע את מאמצי בהם, והם שעבוד, טוען ונטען, קנינים ועדות, ונסיתי לבאר ולגלות במושגים רחבים את היקף כל הענינים ולסדר אותם דבר דבור על אופן. ולדוגמא הסוגיא דעדות, בה הכנסתי לשם יסוד גם שאר דיני נאמנות כגון מסיח לפי תומו ויכיר וכדו'. והן אמנם הרבה מקצועות אחרים מקיפים סוגיות שלמות בש"ס גם כן, כגון מזיק וניזק ועוד, מכל מקום היה נראה בעיני שאין למקצועות אחרים את גודל ההיקף שיש לחמשת מקצועות אלו.

מאז ועד עתה עמדה לפני משימת חיים זו, וכסימן לעצמי הטבעתי חמשה פסים על גב הספר הראשון שלי, להזכירני שלא אסתפק במה שעשיתי כבר, אלא יעמוד לנגד עיני כובד המלאכה המוטלת עלי, על מנת שאזכה להגיע לתכלית שקבלתי על עצמי.

במשך שלשים שנה האחרונות, מלבד שאר העבודות שהיו מוטלות עלי, למדתי כמה מסכתות וסוגיות, אשר ברובם קשורים לאחד מאותם מקצועות. את החידושים והיסודות שהתגלו בעזר החונן לאדם דעת חילקתי לפי מקצועות אלו, כל אחד במקומו הראוי לו. בדרך זה נכתבו כל הכרכים של סדרי השופרא יחד, עד שבו בזמן אשר עומד אני באמצע הדפסת ספרי 'שופרא דשעבודא', המהדורא הראשונה של 'שופרא דטענתא' עומדת קרוב לגמר, יחד עם חלקים נכבדים של 'שופרא דקנינא' ו'שופרא דסהדותא'. במשך שבע השנים האחרונות, עלה בידי להעלות עלי גליון ולהוציא לאור את ספרי אביר יוסף על התורה, ולמדתי שוב את הסוגיות של שעבודים, וגמרתי ספר זה בשעה טובה ומוצלחת, ולמדתי הרבה סוגיות בטוען ונטען, רווייתי נחת מפרי עמלי. אמנם אותו זמן היה לנו עת סבל וצרה, כאשר אשתי יקירתי אשר עמדה לימיני במשך מ"ד שנה מרת שלמציא בת ר' עזריאל ז"ל נפטרה ביום ד' אדר שנה זו אחרי י"א שנות חולי וסבל.

היה זה אחר שנתגדלו כל ילדינו, כאשר היתה לנו פרנסה מספקת והיינו צעירים בעלי כח ומרץ ועמדו לפנינו שנות מנוחת הנפש והרחבת הדעת באופן שהיינו יכולים לשים את כל מגמתינו בעבודת הקודש, ולפרות ולרבות בפעולותינו.

ואז נתהפך עלינו הגלגל בחולי אשתי ע"ה. כאשר מצב הבריאות של אשתי ע"ה ירד ללא הרף, גם סדר חיי נתהפך בגודל צרתי ודאגתי על בריאותה אשר גרמה לי סבל נפשי כבד, וכמה יוזמות שהתחלתי לא הצלחתי לשום עיני ומחשבתי עליהן כאשר עם לבבי, בהיותי עמוס בטרדת החולי, הן טרדת הזמן וטרדת הדאגה. אמנם כאשר ישבתי בבית המדרש הועתקתי לעולם אחר, ולא הפריעו צרותי את הריכוז בלימוד. אוכל לומר בפה מלא לולי תורתך שעשועי אז אבדתי בעיני. וכמו שאמר הגמרא (ברכות ה.) אלו הם יסורין של אהבה כל שאין בהן ביטול תורה, יעו"ש, וכן בבראשית רבה צב, א, יעו"ש.

כאשר יסורים עוברים על האדם, ממילא מתמעט זמנו והזדמניותו ללמוד, שזמן ההליכה לרופאים והטיפול בטרדותיו ממעטים מיכולתו לשבת בבית המדרש וללמוד, ולכן יפלא על הגמרא איך יתכן יסורים שאין בהן ביטול תורה, ומהי כונת הגמרא, אכן נראה שהטיפולים שהאדם מטפל בהן אין בהם משום ביטול תורה כלל שהרי הוא מחויב בהם, וכונת הגמרא היא לאדם בהיותו יושב בבית המדרש וטרדותיו מעכבות אותו מלהתרכז בלימודו, אלו הם יסורים שיש בהם ביטול תורה. הודות להשם יתברך לא נתנסיתי בביטול מעין זה, ועל כן נראה שיסורים האלו של אשתי משפחתי ושלי היו יסורים של אהבה, על אף אשר עדיין לא הגעתי להבנת המושג של יסורים של אהבה.

אשתי ע"ה היתה אשה מופלאה, אשה כשרה העושה רצון בעלה, דבוקה ומסורה ללימודי ולספרי, עד אשר מכרה את הטבעת שקניתי לה בעת בואנו בקשרי שידוכין עם היהלום אשר בה לצורך הדפסת ספרי שופרא דשטרא. יתר על כן, היא לא הרגישה נח כלל כשדברנו על זה, בחשבה שלא היתה שום מעלה וגדולה במה שעשתה, כאשר עשתה כן בלב שלם שלא הפסידה כלום אלא מקח טוב לקחה לעצמה.

במדרש נתחומא איתא (כי תשא יט) מעשה ברבי יוחנן שהלך מטבריא לצפורי והיה רבי חייא בר אבא תלמידו עמו וכו' והיה ר' יוחנן רואה כרם והיה אומר זו היתה שלי ומכרתי אותה בכך וכן שדה זיתים שלי היתה ומכרתי אותה בכך וכו' מכרתי דבר ששוה ו' זהובים וקניתי דבר ששוה מ' זהובים וכו' מכרתי שדות וכרמים שנבראו לששה ימים וקניתי תורה שנבראת לארבעים יום וכו', יעו"ש. במחשבה זו הביטה על רכושה. לא היתה בעיניה שום ערך לטבעת כלפי החשיבות והנצחיות של הדפסת הספר. איתא בגמרא (ברכות ה.) אדם מוכר חפץ לחבירו מוכר עצב ולוקח שמח, יעו"ש, אמנם היא כאשר מכרה את טבעתה לא הרגישה כמוכר כי אם כלוקח שלקחה מקח לעצמה, והרגישה רק שמחה של לוקח ללא שום שמץ חרטה.

כֵּף שנות חיינו יחד שמעה אשתי את חידושי על התורה ומועדים אשר לבסוף הודפסו בספר אביר יוסף במשך שנות חליה, היתה חוזרת על חידושים אחדים בפני אחת מחברותיה שבאה בקביעות לבקרה מדי שבוע, אמנם דבר תורה אחד אהבה ביותר ובקשה ממני כמה פעמים להגידו ולשנונו, ואזכיר אותו בהזדמנות זו לכבודה, כמו שעשיתי במעמד ההספד שנעשה לכבודה, ועוד כאשר חידוש זה ואהבתה אליו שופכת אור על תכונות נפשה ודרכי מחשבתה.

כאשר הריץ פרעה את יוסף מן הבור כדי לפתור לו את חלומותיו, ואחר שנענה לו יוסף ופתר אותו בדקדוק ובשלימות, הוסיף יוסף לפרעה: ועתה ירא פרעה איש נבון וחכם וישיתהו על ארץ

מצרים. וכפשוטו קשה, הרי לא נתבקש יוסף אלא לפתור את חלום פרעה, ולא בקשו לתת עצות מלבו איך יתמודדו המצרים עם הרעב.

והנה אחרי חלום פרעה הראשון כתיב ויקץ פרעה, ואחר כך ישן שנית, ולא נתבאר בקרא מה בא ללמדנו, וכאשר חזר פרעה על החלום ליוסף הזכיר דבר זה שאמר "ואיקץ", אבל לא הזכיר שישן שנית אלא המשיך מיד "וארא בחלומי".

והביאור בזה נראה, והנה כל אדם בחלומותיו עוברים עליו מאורעות שונים באריכות ובדקדוק גדול היכולים לעורר צער גדול ופחד נורא שהאדם מרגיש בהם כאילו היו אמיתיים, עד שהוא מתעורר מתוך פחדו וצערו ותופס ויודע שהכל אינו אלא חלום וישכך פחדו ויפג צערו. אמנם לפעמים אף באמצע החלום יכול האדם להרגיש שאינו אלא חלום ומזכיר לעצמו שכל מה שעובר עליו אינו אלא בראשו ובעשתונותיו, והוא שליט עליהם לגמור אותם כפי רצונו ומחשבתו, ואחר כך בחלומו ינהל הענינים שיגמרו בכי טוב וישן שינה רגועה ללא פחדים.

ובאן התורה אמרה לנו שלפרעה היה רגע זה של "ויקץ" באמצע חלומו, שלא היתה היקיצה הזאת כמו מי שקם בבקר לאחר גמר שינתו, וכמו שכתב הרשב"ם (בראשית מא, ד-ו), אלא שהלך מחלק ראשון של החלום לחלק שני כאילו אינו אלא חלום אחד, והיינו שקם מתרדמה עמוקה לשינת עראי באמצע הלילה וידע בידעה מה עבר עליו ומה חלם. ונראה שפרעה ידע שהיתה לנקודה זו חשיבות בחלומו והוא חלק מהנבואה של החלום ולכן סיפר את הדברים ליוסף, וגם יוסף הבין את גודל ערכה של נקודה זו, וכאשר פתר את החלום הוסיף לפתור דבר זה גם כן, שהיקיצה באמצע החלום היא סימן שיכול להתנהג בהשכל ודעת ובעינים פקוחות ולנהל את עניני החלום בעצמו, והוא שישית איש נבון וחכם על כל ארץ מצרים. ומזה באמת הבין פרעה שפתרון יוסף למעלה מפתרונני החרטומים, שיוסף הבין את ענין היקיצה באמצע.

דבר זה היה לו משמעות מיוחדת אצל אשתי ע"ה משום שכן הביטה על כל חייה, שאפילו בזמנים הגרועים ביותר ובמצב של צער ויגון, לא נתנה לעצמה ולמשפחתה ליפול לפח הדכאון והעצב, אלא האמינה בכל נימי נפשה שנשתנה תפקידה בחיים. במשך שנים רבות היתה מורה מופלאה ומחנכת לבנות בבית ספר, העירה את רוחן וקירבה את לבבן של מאות תלמידות בלבה המלא שמחה ואישיותה העליונה, אמנם כאשר התדרדרו כוחותיה הגופניים הוצרכה להפסיק מלשמש בעבודתה בקדש, ועמדה לפני עתיד מלא עצבות, תקלות וירידות ללא שום תקווה לישועה על פי דרך הטבע. עם זאת לא נפלה רוחה, וקבלה את מצבה ללא תלונות וקושיות, באמונה ובטחון אשר כל מה שקורה לה הוא רצונו יתברך, ואין לה להתייאש אלא לראות היופי שבחייה ולחפש את הפן הטוב בכל צעד ושעל.

היה לה הרגע של "ויקץ" ובנתה לעצמה חיים חדשים במצבה החדש, סיבבה את עצמה בחברות רבות ומבנות משפחתינו שנתקברו אליה מפני שמחתה בחיים וגודל נפשה האצילה, אשר כולן נתקבצו ונתגבשו לקהילה שלמה אשר במרכזה עמדה היא, וכך בעיצומן של שנות סבלה חקקה את חייה על ספר להגיד את העובר עליה ופרטי מחלתה ואיך התמודדה בצעריה. אלפי אנשים נתעוררו הודות לעבודת כתיבתה, וקיבלה מכתבים ואגרות מכל קצוי תבל.

ספר זה ושאר ספרים שכתבתי הם שלה כמו שהם שלי ולה חלק כחלק בכל עמלי, וברגש עמוק של הכרת הטוב הריני מקדיש ספר זה לזכרה, ובהיותה בת קדושים, נכדת המהרש"ם, הנועם אלימלך וגזע בית ראפשיץ, זידיטשויב ונדבורנא ועוד צדיקים וגדולי עולם, ללא שום ספק קבלה את מקומה הכבוד בגן עדן בתוך שאר הוריה וזקנותיה זי"ע.



מחברים כבר כתבו הקדמות לספריהם לבאר חשיבות כתיבת הספרים, ואיני רואה שיש לי מה להוסיף עליהם, אמנם רצוני בזה לחוק עלי ספר לנצח את פרטי נסיעתי באורחות התורה, האנשים אשר השפיעו עלי, והלימודים שלמדתי ממה שעבר עלי ועל אחרים, ודרך השתלשלות מחשבותי בתורה ובהשקפותיה.

המשפיע העיקרי עלי בימי צעירותי היה אבי מורי הרה"ג רב אריה ליב זצ"ל, שהיה עילוי גדול וגאון בתורה, אחד מגדולי תלמידי גאב"ד קאז'יגלוב בישיבת חכמי לובלין. אביו הג"ר חיים זצ"ל היה הרב דנאראל, דור י"ח לשלשלת רבני העיר הזאת במשפחתו, אבי אמו היה הגאון רבי שמואל ענגיל זצ"ל גאב"ד ראדומישלא, מח"ס שו"ת מהר"ש ענגיל, אשר גדול הפוסקים בגליציה ואונגן המהרש"ם התבטא לפני פטירתו שהוא מותיר אחריו את גאב"ד ראדומישלא כממלא מקומו. נתגדלתי בידיעה אשר מוטל עלי אחריות לדרוך בדרכם של זקני הדגולים, ויותר מכך השפיע עלי שהייתי צופה ומביט באבי מורי ואהבתו הגדולה ללימוד התורה שאפילו כילד קטן הרגשתי אותה, וכאשר נח על משכבו היתה ערימת ספרים על ידו, והיה נרדם כאשר הם פתוחים על חזהו.

אין כאן המקום לספר סיפור ימי חיי אבי מורי, אמנם מעט מזעיר אזכיר. כל בני משפחתו נהרגו בעת מלחמת העולם, והוא לבדו נשאר ואחר כמה זמנים קשים הגיע לקהילת הפליטים בסמרקנד במדינת אוזבקיסטן, ואחרי המלחמה נשא שם את אמי מורתי מרת יענטא ע"ה בת הרב חיים אייזיק קרסנינסקי ז"ל מקיעו. היא היתה דור שמיני להבעל שם טוב ונכדת עוד הרבה גדולי אוקראינה, ובתוכם התולדות יעקב יוסף אשר על שמו נקראתי. בסמרקנד למד אבי מורי בחברותא עם הג"ר חיים שטיין זצ"ל משיבת טלז, ואחר כך נסע לאמריקה דרך מדינת צרפת עם תלמידי חכמים אחרים מהפאראייניגטע ישיבה (הישיבה המאוחדת), שהיתה קיבוץ של שרידי הישיבות במזרח אירופה שהקימו חבורה ביחד.

הורי נתיישבו בניו יארק ואבי מורי שימש בתחילה כמגיד שיעור בישיבת רבינו שלמה קלוגר במאנהאטען, אמנם דרך הלימוד לבחורי התקופה ההיא באמריקה לא היה מתאים לכוחותיו כלל, ואחרי זמן קצר התחיל עבודה חדשה כמוכר ספרים אשר הודות לכך פגש ונתידד עם הרבה תלמידי חכמים גדולים, ובהם הג"ר בנימין פאלער זצ"ל, הג"ר ניסן אלפערט זצ"ל ויבל"ח הג"ר דוד פיינשטיין שליט"א, ועוד הרבה. לא ברור לנו כמות המסחר שנערכה בחנות ההיא, אמנם קול התורה שהדהד משם ברמה היה ידוע לכל. במשך השנים פרסם אבי מורי כמה מאמרים בירחונים כגון הפרדס, המאור, הדרום, מישרים, עם התורה ועוד, ובשנים האחרונות לחייו נתקבצו למקום אחד והודפסו כספר לב איש על הש"ס והרמב"ם.

כאשר הגעתי לגיל י"ב התחיל מחזור חדש של דף היומי, והציע לי אבי מורי, כיון שאז כבר הייתי יכול קצת לקרוא דף גמרא לבד, שאתחיל המחזור מעצמי בעזרת ספר מילים, והשיג עבורי תרגום של מסכת ברכות בלשון אידיש ישן, שלא נדפסו לשון הגמרא רק שני עמודים של תרגום אידיש על נייר ישן אשר התחיל ליסדק מחמת יושנו, וכך למדתי המסכת הראשונה של מחזור דף היומי. לא חזרתי למסכת ברכות עד שהייתי בגיל עשרים, ולהפתעתי אפילו אלו המילים הקשות לתרגם חזרו אלי, כך היא כוחה של גירסא דינקותא.

במשך השנים הבאות למדתי סדר מועד במסגרת דף היומי, על אף שהוצרכתי לעזרת אבי במסכת עירובין, אמנם לאחר מכן לא הייתי יכול להמשיך בכך בלי להפריע ללימוד סדרי בישיבה, אבל קבלתי על עצמי לסיים את הש"ס לפני גיל שלשים, ואכן זכיתי לכך ביום הולדתי השלשים,

אמנם חלקים אחדים הוצרכתי למלא בלימוד מהיר כמעט ללא עיון כלל, על כן לדעתי אינני נמנה בין אלו שגמרו את הש"ס.

במשך שנתי הי"ב הכין אבי מורי עבורי את הפשעטל עבור הבר מצוה, בסוגית הזמנה מילתא היא ולמדנו את הסוגיא יחד מהחל עד גמירא, הסוגיות בסנהדרין, מנחות, ברכות ומגילה עם רש"י והתוספות והרא"ש ושאר הראשונים, ואחר כך המשכנו לרמב"ם טור ושולחן ערוך. כפי הצפוי נתקלנו בכמה קושיות והערות, ואבי מורי השיג מהלך חדש לברר הסוגיא ולתרץ הקושיות, ואני הוספתי נופך מדילי סברא פעוטה לבאר את שיטת הראב"ד, ובסוף הגיע הפשעטל לכמה דפים, ובמשך חדשים ארוכים חזרתי עליו בפנים ובעל פה בדרך לישיבה, וחזרה משם, כאשר הלכתי ברחוב ובכל רגע פנוי, והרגשתיו כמשא כבד, אמנם קבלתי אותו באהבה, וכן עשו כמה מחבירי.

בלי"ה הבר מצוה דרשתי למשך שעה שלימה, כאשר אבי מורי עמד מאחורי מוכן לעזור באם אשכח או אטעה בהדברים. אבי מורי לא הניח לאחרים לפרוץ בשירה באמצע ולהפריע כאשר נוהגים אחרים, והואיל והיתה זו התקופה הראשונה של שמחות בר מצוה של הילדים שנולדו אחרי המלחמה, המשתתפים שעו לקולו, ואע"פ שרובם לא הבינו כמה המדובר ישבו שם בשעמום עד הסוף. שנים לאחר מכן כשנפגשתי עם אנשים שזכרו עדיין איך שישבו וסבלו בדומיה את הפשעטל שלי, הייתי מתנצל בפניהם שימחלו לי.

בשבת קודש דרשתי פשעטל קצר בבית המדרש לפני מוסף על פלוגתת הבעל המאור והרמב"ן בסוגית סוכה ישנה הקשורה לדינא דהזמנה מילתא היא, והפתעה נעימה היתה לי כאשר לפני כשנה הראני אחד את עיקרי הדברים בקובץ המאור מלפני חמשים שנה, בו מצא תוכנת 'אוצר החכמה סקירה על אודות הבר מצוה שלי. מעולם לא ידעתי שקיים מאמר כזה כלל, וכאשר קראתיו הרגשתי כאילו נעתקתי לעולם שעבר ולימי צעירותי.

לא קראתי בתורה פרשת הבר מצוה שלי בבית הכנסת רק ההפטר מהחומש. אבי השיג עבורי קלטת ישנה של חזן אחד שקרא פרשת הבאים ישרש יעקב, ושמעתי אותה כחמש או עשר פעמים, וזו היתה כל ההכנה שעשיתי עבור הבר מצוה חוץ מלימוד הפשעטל ולימוד הלכות תפילין. כפי הנראה לא הייתי מצליח להתרכז בהכנת הפרשה ולימוד הפשעטל בבת אחת. הן אמת שהלימוד והידיעה איך לקרות בתורה בניגונים טעמים ודקדוק דבר טוב הוא, אמנם לענ"ד, לימוד הפשעטל כמו שאני למדתי הוא דבר יקר מאד להרבה בחורים המוכשרים לכך, ולא היה כדאי לוותר עליו, ומתנה גדולה העניק לי אבי כאשר לימד אותי הפשעטל בדרך זה, שעל ידי כך למדתי אומנות חדשה בדרכי הלימוד שלא הייתי משיגה בישיבה בשנים ההם. הפשעטל נדפס בספרו לב איש.

הפשעטל שלי הביא לי עוד תועלת בחיים. בתקופה ההיא למדתי בישיבת חתן סופר במאנהאטען, והג"ר בנימין פאלער זצ"ל, מגדולי תלמידי הגרי"ז זצ"ל, היה ראש הישיבה והמנהל, ובתור ידיד לאבי מורי נכח בסעודת הבר מצוה, ואחר כך בקש ממנו אבי מורי לקרב אותי אם יראה בי הכשרונות לכך. הרב פאלער הסכים לעשות כן ובכל ערב שבת במשך שנה היה בוחר עבורי קטע בקצות החושן או בשב שמעתתא והייתי חייב לחזור אליו אחרי שבוע ולהגיד אותו בעל פה ואז היה נותן לי עוד קטע ללמוד. הואיל ועדיין בימי ילדותי הייתי, הוצרכתי לימשך לפעמים ממשחקי הילדים בכדורי שלג עם חברי כדי לדבר אתו, אולם חזקה עלי המחויבות לבצע את המשימה, כפי שהורגלתי מכבר בלימוד הפשעטל.

בתור עבודתו כמנהל המוסד, היה הרב פאלער נכנס מפעם לפעם לתוך הכיתות בחדר, והיה

עומד מאחורי הכתה ומביט על הנעשה. צורתו היתה איש רזה עם מבע פנים חד ועינים חודרות, וכאשר היה נכנס לכתה חרדו כולם, וגם אני בתוכם.

פעם אחת נכנס כאשר למדנו הגמרא בכבא קמא (דף צח.) ואמר רבה השורף שטרו של חברו פטור דאמר ליה ניירא קלאי מינך מתקיף לה רמי בר חמא היכי דמי אי דאיכא סהדי דידיעי מאי הוה בשטרא ליכתבו ליה שטרא מעליא וכו', יעו"ש, ואחרי כמה רגעים פנה אלי ובפני כל הכיתה צוה עלי להגיד את דברי התוס', וכמובן מיד מלאתי את ציווי ואמרתי את דברי התוס' וז"ל: נכתוב ליה שטרא לא שייך הכא מפייהם ולא מפי כתבם ולא בההיא דתנן בגט פשוט (ב"ב דף קסח.) מי שנמחק שטר חובו דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין והוי כאילו אמרי הני עדים ראינום שנחקרו עדותן בבית דין עכ"ל, יעו"ש.

יצוה עלי הרב פאלער לבאר קושית התוס', וכי לא ידעו דשטר כשר ואינו מיפסל משום מפי כתבם, ומה ענין מפי כתבם לסוגיא זו, וכמובן לא ידעתי מה לענות לו, ואמר לי דעיקר קושית התוס' היא משום עד מפי עד, דכיון שלא שמעו ההגדה בבית דין אלא ראו אותה מפי כתבם הוו להו עד מפי עד, ועל זה תירצו דכיון דשטר הוא כנחקרה הרי זה כמי ששמעו הגדתם בבית דין ולא הוי עד מפי עד.

אחר כן צוה עלי לחזור על דבריו ונעניתי לו ואמרתי את דבריו כפי אשר אמרם אלי, ואז אמר לי בחיוך על פניו "פרייער איז געווען טרוקען, אבער יעצט איז געסמאק, ניין?" (בתחילה היה יבש, עכשיו יש לו טעם, נכון?) לא רשמתי את הדברים בשעת מעשה, אמנם כל כך ברור לי שאמר אז שכונת התוס' היא פסול עד מפי עד ולא פסול מפי כתבם, ובכותבי זאת הנני מתכוונן על דבריו ויש לי להוסיף ביאור קצת.

שיטת הרי"ף ביבמות (דף לא:) היא דלולי דין נחקרה היה השטר נפסל משום מפייהם ולא מפי כתבם, יעו"ש, ואם התוס' אזלי בשיטת הרי"ף על כרחך כבר ידעו בקושיתם דשטר הוי כנחקרה, דאם לא כן היה נפסל, ואם כן מהי קושיתם דליהוי עד מפי עד, ולפי זה צריך לומר דבקושיתם סברי דכל דין נחקרה היינו כשהשטר בפני בית דין, ואם כן כשעדים ראו בשטר חוץ לבית דין אין זה כאילו שמעו עדות בבית דין, ותירצו התוס' דאפילו חוץ לבית דין הרי זה כנחקרה בפני בית דין ולא הוי כעד מפי עד, אולם שיטת הרמב"ם פ"ג עדות הל"ד היא דשטרי ראייה אין נפסלים משום מפי כתבם מתקנת חכמים שלא תנעול דלת בפני לוויין, יעו"ש, ואם התוס' אזלי בשיטת הרמב"ם מתבארים דבריהם כפשוטם, שאין צד לפסול השטר משום מפי כתבם, ועיקר קושיתם היא דהוי עד מפי עד, ועל זה תירצו דכיון דאיכא דין נחקרה לגבי דינא דאינו חוזר ומגיד שוב לא הוי נמי עד מפי עד.

הוא"ל וזכיתי לקשר אישי עם הרב פאלער, על אף היותי אתו רק פעם אחת בשבוע, חשבת בדעתי לקפוץ מיד ולעקוף שני שיעורים בישיבה להגיע לשיעור שלו, או על כל פנים לשיעורו של הרב שמחה בונם עהרנפעלד שליט"א וללמוד אצל הרב פאלער בשנה שלאחריו. בגמר השנה בקשתי מאבי מורי שיבקש מהרב פאלער שיקפיץ אותי, אמנם הרב פאלער מיאן בזה, והציע לי לעזוב את הישיבה לשנה אחת ולאחר מכן לחזור לישיבת חתן סופר הישר לשיעור שלו. כן עשיתי, ועברתי לישיבת רבינו חיים ברלין בברוקלין ברובע הנקרא איסט ניו יורק. ראש הישיבה היה הג"ר יצחק הוטנר זצ"ל. אבי הצליח להכניס אותי לשיעורו של הג"ר יעקב משה שורקין זצ"ל, תלמיד הגרונ"ט בראדין, שהיה המגיד שיעור של שיעור ג' בבית המדרש, אע"ג שבלמודי חול עדיין הייתי בכתה י'.

הייתי איפוא בשיעורו של הרב שורקין בגיל ארבע עשרה, היו שם כארבע או חמש בחורים

אחרים מבני גילי, כולל ידיד נפשי ר' יוסף אייכנשטיין נ"י, אשר נולד יום אחד אחרי שנולדתי, אבל גילי הבחורים נעו בין ארבע עשרה לעשרים, וכמה מהם ישבו שם בשיעור שנתיים ויותר.

שיעורו של הרב שורקין היתה עבורי חויה חדשה שלא חלמתי עליה. דרכו בשיעור היתה שלא להזכיר שום אחרונים, וגם בראשונים מיעט, ולמדנו רק גמרא רש"י ותוספות ולפעמים גם שיטת הרמב"ם. לא נהג לדרוש לנו דברי עצמו וחידושיו שחידש בסוגיא, אלא כל השיעור נמסר בדרך משא ומתן, שאל שאלות נוקבות וציפה שנענה כפי הבנתנו, ובמשך הזמן הצלחנו יותר ויותר ליענות לרצונו ולחדש דברים של טעם. כל ההתרכזות היתה על הלומדות ועומק הסברא של הסוגיא, למצוא יסודות צפונים וסברות ישרות ולחקור חקירות אשר סביבותם נסובו דברי הגמרא וצדדי הראשונים. במבט לאחור נראה שלקח את יסודם של הדברים מספרי גדולי האחרונים וראשי הישיבות, אמנם החביא ידיעה זו מהתלמידים למען לא יביטו עליה כעוד ידיעות ובקיאות אשר עליהם לספוג, באשר רצה שנתרכז במושגים וביסודות בעבור ערך עצמם, ובמשימה זו הצליח מאד ועיין מה שכתב הרמב"ם בסוף הקדמת שמונה פרקים, והנה בפעם הראשונה בחיי נחשפתי ללומדות של הישיבות ואהבתי את הדבר מאד.

השנה ההיא היתה עבורי שנת הצלחה ושמחה, והתכוננתי לישאר שם למשך שנה שניה וללמוד אצל הרב שורקין, אל דרבון הלב נפטר הרב שורקין נפטר בקיץ ההיא. אמנם אודה לבוראי יתברך כל ימי חיי שזיכה אותי ללמוד ולשמוע ולקבל ממנו על כל פנים במשך שנה אחת.

בתקופה ההיא זכיתי גם להכיר את הג"ר מרדכי וויינבערג זצ"ל שהיה ראש בבית מדרש של המתיבתא אשר שכנה באותו בנין של ישיבת רבינו חיים ברלין, בקומה למטה ממנה. הוא היה חבר טוב לאבי מורי ולפעמים שאלתי אותו בענינים פרטיים, והוא יעץ לי בהשכל ובדעת.

כאמור מתחלה חשבתי לחזור לישיבת חתן סופר ללמוד אצל הרב פאלער, אמנם אהבתי את החבורה שנתהוהה בשיעורו של הרב שורקין, לכן נשארתי עוד שנה בישיבת רבינו חיים ברלין, אף ששאר השיעורים שם לא היו בדרך הישיבות שהתרגלתי אליה בשיעורו של הרב שורקין, והעתיד עדיין היה מוטל בספק.

ואז הופיע בחיי הג"ר מיכל שורקין שליט"א בנו של הרב יעקב משה, שארגן וסידר חבורה של בחורים מישיבת רבינו חיים ברלין וישיבה דאיסטערן פארקוועי, שהיה כעין סניף לישיבת רבינו חיים ברלין ולמדו שם אותו מסכת. מישיבת רבינו חיים ברלין לקח את ר' יוסף אייכנשטיין נ"י ור' יצחק סטארעשעווסקי נ"י, שישבו עמדי בשיעורו של הרב שורקין, ומישיבה דאיסטערן פארקוועי לקח את ר' שלמה כהן ז"ל ויבל"ח ר' יעקב בוסל נ"י, והתחיל ללמוד אתם את הסוגיות של סדר ראשון שבישיבה בעיון גדול וכעין דרכו של אביו במהלך הבנתו, ואחר זמן קצר הזמין אותי להצטרף עמהם ונעניתי בשמחה.

נפגשנו מדי שבת למשך כשש או שמונה שעות, אותן התחלנו ביום ששי ואחר כך בשבת בצהרים למשך רוב שעות היום. ר' מיכל השתמש עם כתבים מישיבת בית התלמוד וכתבי הג"ר משה פיינשטיין והגרי"ד סאלאווייציק להכין חזרה רחבה של הסוגיא על כל פרטיה, ודרש מאתנו להגיש סברות ומושגים ביסודות של הסוגיא לפני שהוא הציע לנו את חידושיו. הייתי אז בגיל שש עשרה והוא היה מבוגר מאתנו כשש שנים, עדיין בשנות בחורתו. היחס שלנו אליו היה בתור ידיד, וקראנוהו בשמו הפרטי, אמנם ידענו כי השיג הרבה יותר מאתנו בלימוד, וקבלנו אותו כרבי ומורה דרך.

אחרי מעריב במוצאי שבת היינו חוזרים לביתו שם הבדיל על הכוס עבור אמו ואחותו, ואחר

כך חזרנו ביחד על הלימוד שלמדנו בשבת. ר' מיכל חילק עטים וניירות וחזר אתנו על ראשי הפרקים ששמענו וחדשנו במשך השבת, כדי שבתוך ימי השבוע נוכל לכתוב הכל, ביחד עם מה שהוספנו מעצמנו על הדברים. אז היה מדריך אותנו לשבוע הבא באיזה נקודות בסוגיא להתמקד, ואיך להתכונן עבור שבוע הבא. בכל יום למדנו והכנו את עצמנו ללימוד השבת עם ר' מיכל, וחדשנו כפי יכלתינו כדי לעמוד הכן עבור החבורה שלו, ובערב רשמנו מה שלמדנו בשבוע שעבר. כך מילאנו חוברות על מסכת גיטין קידושין סנהדרין נדרים וחולין, ומדי פעם בפעם היה ר' מיכל עובר עלי החוברות. כאשר הגעתי לליקוואוד היו אברכים חשובים מבקשים אותן חוברות והפיקו תועלת מהם. בתקופה ההיא היה לי לעול כבוד ועמל גדול, אמנם הרגשתי על עצמי התועלת מחדש לחדש.

באותו זמן החליט הרב פאלער לעזוב את ישיבת חתן סופר ולפתוח ישיבה בעצמו לשנה הבאה, ושלח לי על ידי אבי מורי שאבוא לשמוע אחד משיעוריו בישיבת חתן סופר במאנהאטען, ולאחר מכן אצטרף לישיבתו לשנה הבאה. הלכתי לשם ושמעתי שיעור בסוגיא דאיילונית בקידושין (דף ג.), ובאמת השיעור היה עמוק ומסובך, והלאה מכוחותי בגיל שש עשרה, והחלטתי להשאר בישיבת רבינו חיים ברלין וללמוד עם ר' מיכל, שם הרגשתי הצלחה בעמלי ולא היתה לי שום סבה לשנות.

בשנים הללו היו באים מספר בחורים מישיבות קטנות לליקוואוד לימי הקיץ ללמוד שם בבית המדרש במקום ללכת ללמוד במחנה קיץ בהרי הקאטסקילס, וידידי ר' יעקב בוסל החליט כבר ללכת לשם וגם אני רציתי לנסוע, אמנם אז שלח אחרי הג"ר יצחק הוטנר זצ"ל ראש ישיבת רבינו חיים ברלין שאבוא אליו לביתו.

הגר"י הוטנר היה עילוי מפורסם עם אישיות חזקה אשר דרש וקבל הכנעה מלאה ואהבה גמורה מתלמידיו. זכורני הפעם הראשונה שקרא לי לדבר אתו במשרד שלו, שכאשר פטרני לשלום הזכיר לי כי כשאפרד ממנו עלי ללכת בהליכה לאחור ללא להראות לו את גבי. הוא הרגיש והחליט שאין אפשרות שתהיה קירבה מתלמיד לרבי אלא אם כן הגבולים אשר ביניהם מוצקים ומיוסדים בבהירות. והצלחתו במשך כל השנים הראה בעליל את צדקת דרכו. המהלך שלו הניב פירות מרובים תלמידי חכמים מופלגים ובני תורה אמיתיים.

לפעמים היה הרב הוטנר מוסר שיעורים כלליים על הסוגיא הנלמדת בישיבה, אבל המאמרים הארוכים הנפלאים, אשר הודפסו לאחר כך בספר פחד יצחק, היו עיקר חלקו וחשיבותו בעולם התורה. המאמרים תפסו מקום נכבד בישיבה, ומי שרצה לזכות לחיבה יתירה אצלו, ידע שיש לו להתקרב ולשאול שאלות על המאמר. המאמרים נאמרו באופן הנקרא כהיום מחשבה, אשר יש לה הרבה אוהדים בתקופה זאת, אמנם אני בעצמי מעודי לא נמשכתי אליה, אולי בגלל היותי צעיר מכדי להוקיר את מעלת הדרך הזה, אולי לא היה לי כושר הריכוז באשר ארכו המאמרים זמן ניכר, בכל אופן לא הייתי חלק מהם, ונבצר ממני הדרך להתקרב קירבה יתירה לראש הישיבה כפי שרציתי.

כאשר שלח הרב הוטנר לקרוא לי, חשבתי ששמע שרצוני ללכת לליקוואוד לזמן הקיץ. אמנם למעשה לא כן היה. התחיל לשאול אותי אם יש לי תועלת משיעוריו, ובהיותי בחור תמים בן שש עשרה והיה דרכי ומטבעי לומר אמת, אמרתי שאין אני לומד בדרך ההוא. מיד תפסתי את טעותי שאין זה מן הנימוס לדבר כן והוספתי שיש לי הנאה ממנו, וענה לי "נו, הנאה דאס איז תועלת" (הנאה זוהי תועלת).

הרב הוטנר החל להסביר לי שכאשר יביט האדם על מפת העולם יראה עיירות גדולות

ובולטות, ועיירות קטנות אחרות אשר כמעט אי אפשר לראותם על המפה, אמנם המפה בשמים יש לה צורה אחרת, המקומות אשר יש שם תורה הם הבולטים. כונתו היתה לשכנע אותי להצטרף לחבורה של בחורים, תחת נשיאותו של ר' יוסף ראבינאוויטש ג"י, ההולכים לעיר ממפיס בטענעסי ללמוד שם בחדשי הקיץ ולחזק רוח התורה ולהציבה על המפה בשמים. כמוכן הסכמתי.

חבריי ר' יוסף אייכענשטיין ור' יצחק סטארעשעפסקי היו בחבורה ההיא, ולמדנו שם ביחד. ר' מיכל החזיק את קשרו אתנו על ידי שתבע מאתנו לכתוב לו כל שבוע, והוא השיב לנו עם הוספות והערות על דברינו. פעם שלחתי לו חידוש אחד וכתבתי באמצע בלשון וזה ברור. השיב לי ר' מיכל בכמה טענות ופירוכות והוסיף "וכמעט אצל למדן אין דבר ברור לעולם". דברים אלו עשו עלי רושם גדול, ומעולם לא שכחתי אותם, ולימדתי את עצמי להקשות ולהפריך את דברי פעם אחרי פעם. שכן המתחיל לתרץ הערותיו על הסוגיא עם טעות קטן, אם אך בעל כשרון הוא יכול להצליח ולגמור את החידוש אף אם אינו אמיתי. אמנם אני למדתי ממנו להיות מוכן כל הזמן להתחיל מחדש אם הרגשתי שהדברים דחוקים, ולבטל ההנחה הקדומה שלי עבור אמיתות פשוט הסוגיא.

בשנה השלישית שלי בישיבת רבינו חיים ברלין, עברה הישיבה מברוקלין לפאר ראקאוויי, והרב הוטנר מסר שיעור יומי כמה פעמים בשבוע, ואנחנו היינו בשיעור שלו. אני נעשיתי בן שבע עשרה באמצע השנה. למדנו סנהדרין ונדרים בקיץ, ובזמן הבא למדנו מסכת חולין בישיבה והשיעור שלנו נעתק לכולל גור אריה בקראון הייטס בפרעזידענט סטריט. החבורה שלנו נתקטנה קצת כאשר ר' יעקב בוסל עזב את ישיבת איסטערן פארקוועי ונסע לליקוואוד, אבל ר' שלמה כהן הצטרף אלינו. לר' מיכל היו הרבה חידושים על חולין ויורה דעה והיה לי זמן מוצלח, החוברות שלי היו מלאות, והצלחתי ללמוד האומנות של כתיבת חידושי תורה בבהירות, והיכולת שלי להביע את מחשבותי בכתב השתפר מאד.

הנתיימתי מהסביבה של הבחורים והאברכים ככולל והיו שם בעלי כשרונות מופלגים כגון ידידי ר' איסר וואלפסון זצ"ל ולהבחל"ח ר' יעקב דרילמן ג"י ור' מרדכי יפהן ג"י. אמנם עיקר המיקוד שלי היה ללמוד ולהתכונן עבור השבתות שעשיתי עם ר' מיכל.

פעם אחת קרא אלי הרב הוטנר למשרדו וצוה עלי לכתוב לו חידוש על איזה סוגיא. עשיתי כמצותו, כתבתי על פלוגתת הש"ך והרמ"א ביו"ד סי' צ"ח בענין בטר שמא ובתר טעמא במין במינו. עמלתי שלשה ימים עליו להכינו ולעבדו, ומסרתי לו. כשעבר על הדפים חיכיתי למשך כמה דקות, ואמר "יע, איך האב געוואלט זעהן דיין האנטשריפט" (רציתי לראות כתיבת ידך). הופתעתי מתגובה זו, עד שתפסתי שכונתו לסגנון הכתיבה. ומאז כבדוני במלאכת כתיבת שיעוריו.

מעבשיו הוכפלה עבודתי, שמלבד שהיה מוטל עלי לרשום במחברתי את החידושים שעלו בלימודנו עם ר' מיכל, הוטל עלי לכתוב את השיעורים, מכל מקום שמחתי לעשותו, כאשר עבודה זו נתנה לי את ההזדמנות לדבר אתו פעמים רבות, ועל הסוגיות הנלמדות ולא על המאמרים, ועל אף שלא הייתי לומד על פי דרכו, מכל מקום התענגתי על כשרונו הגדול.

פעם כאשר כתבתי את השיעור, מצאתי כמה דברים שאינם תואמים. ניסיתי ליישב אותם ועמלתי לכמה שעות ולא הצלחתי. ביום שלאחריו נכנסתי להרב הוטנר ואמרתי לו שלא כתבתי את השיעור מחמת הערות אלו, וענה לי "יע, דעם שיעור דארפסטו נישט שרייבען" (כן, השיעור הזה אין לך לכתבו), והוסיף "איך האב געזאגט דעם גאנצען שיעור נאר זאלסט פרעגען די קושיות" (אמרתי כל השיעור כדי שתשאל שאלות אלו). הבנתי מדבריו כמוכן, שחזר בו משיעורו, והתפעלתי מהמהלך שביטא אותו.

בזמן הקיץ הבא, בסוף שנה רביעית, למדנו בישיבה החלק השני של מסכת כתובות בבוקר פרק המדיר ואחרי הצהרים פרק מי שהיה נשוי, והואיל ואין פרקים אלו מהסוגיות הנלמדות בישיבות, לא היה לר' מיכל מספיק ספרים או כתבים למצוא היסודות והסברות של הסוגיות כמו שהיו לו בשאר הסוגיות, ולכן נפסקה החבורה למשך זמן הקיץ, ונשארתי לבדי ללמוד סוגיות קשות ומסובכות אלו. כתבתי הרבה על פרקים אלו בספרי שופרא דשעבודא וגם בכתבים המוכנים לשופרא דטענתא, אמנם בזמן ההוא הייתי בחור צעיר, שזה עתה נעשיתי בן שמונה עשרה, והתקשיתי למצוא דרך סלולה באותן סוגיות. באתי לידי הכרה שאין תכלית לישאר במקומי, והחלטתי לנסוע ללמוד בליקוואוד.

כאשר דברתי על כך עם הרב הוטנר אמר לי "דו פרעגסט מיר אדער דו זאגסט מיר?" (אתה שואל אותי או אומר לי?), ועניתי "אודאי וויל איך פאהרען מיט דעם ראש ישיבה'ס ברכה" (בודאי ארצה לנסוע בברכת ראש הישיבה). כאשר נוכח שדעתי נחושה, לא ניסה לשכנע אותי להשאר, ואמר "נו, חזק ואמץ און פאהר געזונטעהייט" (נו, חזק ואמץ וסע לחיים ולשלום).

כשש עשרה שנה אחרי זה לא ראיתי את הרב הוטנר, מלבד רגע אחד, כארבע שנים לאחר מכן, אחר שהיה במטוס שנחטף למדינת ירדן וניצול מיד המחבלים, אותה עת כבר העתיק את דירתו לארץ ישראל ופתח את ישיבת פחד יצחק, וכאשר ביקר באמריקה אחרי ההצלה, פגשתי אותו בחתונה וניגשתי לתת לו שלום. לא ראיתי אותו מאז עד אשר נסעתי לארץ ישראל לקבל הסמכה מאת הגרא"מ שך זצ"ל על ספרי שופרא דשטרא. לא הייתי שם אלא לימים אחדים, אבל החלטתי לבקר את הרב הוטנר גם כן. הוא היה עסוק מאד אבל מצא זמן עבורי בבוקר, סמוך לפני נסיעתי לנמל התעופה.

כאשר נכנסתי אליו התנצלתי שלא ביקרתי אותו מקודם, אבל הוא הפסיק אותי באמצע, "דו דארפסט זיך נישט פאר מיר אנטשולדיגען. איך האב אויף דיר קיינע שעבודים" (אינך צריך להתנצל לפני. אין לי עליך שום שעבודים), אמרתי לו "אבער איך האב געמיינט פאר זיך" (אבל אני התכוונתי עבור עצמי), ונפנף בידו בביטול "נו, דיינע טענות צו זיך אליין דארפסטו מיר נישט זאגען" (נו, טענותיך כלפי עצמך אין לך לספר לי). נהניתי כל כך מחריפות המענה שלו עד שלא היה איכפת לי מהדקירה שכוונה אלי, וישבנו ושחנו בנעימות כחצי שעה.

לא ראיתי אותו עוד פעם, כאשר נפטר כמה חדשים לאחר מכן. ובאמת חייב אני הכרת הטוב כבירה אליו עבור הזמן שהייתי בישיבתו והתשומת לב שנתן לי, וזה שלא נכנסתי אליו מקודם באמת לא היה מן היושר ומן הנימוס, ואסיר תודה אני להקב"ה שהנחה אותי לביתו ביום ההוא, שאם לא הייתי מדבר אליו אחרי שעזבתי את הישיבה הייתי מתחרט כל ימי חיי.



כאשר הגעתי לליקוואוד קבל אותי הג"ר שניאור קוטלר זצ"ל באדיבות, ומיד נקשר לבי אליו. דיבורו היתה בנחת ודרכו בצניעות, וקבל אותי בזרועות פתוחות, אף על פי שהייתי צעיר ביחס לשאר הישיבה. אמנם מקודם היה עלי להבחין על ידי ר' משה הלל הירש נ"י, הואיל ובאתי מישיבת רבינו חיים ברלין, שבכמה פנים לא היו הלימודים שם כדרך שאר הישיבות. אמרתי לו שני חידושים, אחד על סוגיא דמחוסר בגדים בסנהדרין, והשנית על סוגיא דדם הכבד במסכת חולין. אחרי שהתקבלתי לישיבה, נצטרפתי לחבורת בחורים שהיו מוסרים חבורות זה לזה כל אחד מדי ארבעה עד ששה שבועות. ר' משה הלל היה הראש חבורה אשר היה מקשיב להחבורות, אמנם הוא עצמו לא הגיד. אחרי כשנה עזב את ליקוואוד לישיבת סלבודקה בבני ברק, ומאז לא ראיתי אותו עד לשנים האחרונות, כשהתחיל לבא לאמריקה לצרכי ישיבתו.

ר' יעקב בוסל שקדם לי בישיבת ליקוואוד, עזר לי להסתדר וליכנס לחבורה אשר הצטרף אליה בעצמו. החבורה למדה בצד הימין מאחורי בית המדרש, הנקרא כהיום בית המדרש הישן, וכללה כעשרים בחורים ואברכים מצוינים, ובתוכם ר' שמואל מילר נ"י, ר' יוסף סביצקי נ"י, ר' ירוחם אלשין נ"י, ר' חיים גינזבורג נ"י, ר' יהושע הירשבערג נ"י, ר' ניסן גודמן נ"י, ר' ישראל ניומאן נ"י, ר' יוסף פרענקל נ"י, ר' יעקב פענסטערהיים נ"י, ר' אברהם ערליך נ"י, ר' צבי באש נ"י, ר' יהושע פענשטיין נ"י, ר' מנחם גרוס נ"י, ר' נחום ברנצקי נ"י ועוד, ואם שכחתי להזכיר מישהו, הריני מתנצל.

בן סידר עבורי ר' יעקב חברותות ללימוד לחדש אלול. בסדר ב' למדתי אתו ובסדר א' עם ר' יעקב פענסטערהיים נ"י. בזמן חורף למדתי בסדר ראשון עם ידיד נעורי ר' יוסף פרענקל, אשר הגיע זה עתה משיבת בית התלמוד, ועם ר' יעקב בוסל בסדר ב'. מצאתי עצמי בחבורת תלמידי חכמים אשר עברו במסלול הישיבות והיתה בינינו שפה משותפת. על אף שהתגעגעי להלימודים עם ר' מיכל, הגיע זמן שאלמד מחברי ולא מרבותי.

ר' יעקב בוסל עזר לי בכל צעד במעבר שלי לליקוואוד, החזיק עבורי מטה בחדרו, ומצא לי מקום בחדר אוכל ביחד עם הבחורים שבחבורה. אסיר תודה אני אליו על כל מה שעשה עבורי, וגם על היותו חבר טוב עד היום הזה.

בזמן אלול תשכ"ו כשהגעתי לליקוואוד למדו הסוגיא דבעל חוב גובה את השבח בפרק שנים אוחזין, והג"ר שניאור היה מוסר את שיעוריו המפורסמים של אביו הג"ר אהרן זצ"ל על הנושא. ואחרי הזמנים המוצלחים שלי עם ר' מיכל הבטתי על עצמי כעל בחור מן השורה היודע ללמוד, אמנם מהר מאד נוכחתי כי איני מצליח להבין כראוי את השיעורים שלו, בעוד אשר להחברותא שלי, ר' יעקב פענסטערהיים, לא היה כל קושי בדבר. אולי חסר היה לי כושר הריכוז לשיעור מסובך כזה. עד שהרגלתי את עצמי לרשום את השיעורים בעת שנמסרו, דבר שעזר לי להתרכז ולהבין.

למשך שנתיים הבאים למדה החבורה שלנו המסכתות של נשים ונזיקין. היו לי חברותות ודברתי בלימוד עם אחרים, והיה נראה שמצאתי את מקומי. גם נפלה לידי הזכות לדבר בתמידות בלימוד עם ר' מאיר הערשקאוויץ נ"י אשר היה מבוגר הרבה מאתנו ולא היה חלק מהחבורה שלנו, ויצרתי עמו קשר הנמשך עד היום, על אף שאיני פוגש אותו כל כך, וכאשר התחתן ר' מאיר קוטלר ז"ל בדעטרויט, שהוא היה החברותא שלי בלימוד פרק המפקיד, ישבתי ביחד עם ר' מאיר הערשקאוויץ נ"י באוירון ודברנו בלימוד כל הדרך, וזכורני שאמרתי לו את שנתחדש לי בסוגיא דעד מקום שידו מגעת בפרק שנים אוחזין, חידוש שלאחר מכן נכללה בספרי שופרא דטענתא.

בגיל עשרים חפצתי לעלות ללמוד בישיבת בריסק, אמנם בזמן ההוא היו לפעמים פיגועים בארץ ישראל, ואמי מורתי ע"ה פחדה לתת לי לנסוע לשם. בתקופה ההיא החליטו בחבורה שלנו להתחיל ללמוד קדשים, המבוגרים שבחבורה החליטו עליה והם לא שאלו את דעתי, אמנם הדבר תאם עבורי שתהיה לי התועלת של לימוד קדשים ללא הצורך לנסוע לארץ ישראל.

החבורה נעתקה לפינה שבצד שמאל בבית המדרש על יד כותל המזרח, והרבה בחורים ואברכים מופלגים נצטרפו אלינו בריכוז נדיר של כשרון, ובוה קמה החבורה המפורסמת שבישיבה ללימוד קדשים. בעיני רבים היתה זאת גולת הכותרת של הישיבה בצורתה הותיקה, בתקופה ההיא לא היו בישיבה כי אם כמה מאות תלמידים, ואם הקשה אחד קושיא טובה היתה

הקושיא מסתובבת בבית המדרש בין הלומדים, דבר שאינו שייך כהיום שהישיבה מונה כמה אלפי תלמידים ובתי מדרש רבים, עד שנכון לקרותו מרכז התורה ולא ישיבה.

לימוד קדשים היה השפעה גדולה על דרכי בלימוד. אכן בסדרי נשים ונזיקין ראיתי תועלת ורשמתי את חידושי, מכל מקום הסוגיות כה רחבות וקשות, עם כמה שיטות בראשונים ואחרונים עד שגודל העבודה הציף אותי. בסדר קדשים אינו כן, שהיסודות והמושגים יש להם הבנה עמוקה, אבל לא רחבה, כל מושג מוגבל ומוגדר הוא בדינו שבמקומו, ואין שיטות רבות בראשונים ואחרונים ולא פרטי דינים רבים, וכל הלכה היא דין שיש לה להיגדר ולא יותר, וזהו עיקר יתרון הלימוד בבריסק, והפקנו תועלת גדולה בהשתמשנו בספרי בריסק. בסדרי נשים ונזיקין קל לו ללומד לאבד את דרכו, להגיע לרעיונות מוטעים ולשגוג בהבנת הדברים ולעקם את שכלו. אבל בסדר קדשים הלומד מוגבל ומתרגל למשמעת לסוגיא ולדיניה. בקדשים צריך האדם להתרכז ולהשים כל מבטו על הגמרא רש"י והתוס' ולברר כונתם ללא הרעש הגדול שהוא אופייני לנשים ונזיקין. ובאמת לאחר מכן כאשר חזרתי למסכתות הנלמדות בישיבות, הרגשתי שמעתה אני מוכן להסתדר עם הסוגיות הקשות בקלות יותר מלפני שלמדתי קדשים.

למדנו מסכת זבחים במשך שני זמנים, והחזקתי על ידי חוברת כיס קטנה שרשמתי בה קושיות ותירוצים בכל יום, ובסוף הזמן ניסיתי לחבר אותם יחד למערכה שלמה בקישור רוב ההערות והחידושים ביחד. התרגלתי לאריכות בכתיבה ובחידושי תורה, מהלך שהוצרכתי לשנות בעת אשר כתבתי את השופרא דשטרא. באמצע הזמן הראשון עזב החברותא שלי את הישיבה ורבי שניאור ביקש ממני ללמוד עם ר' דוד שוסטאל נ"י אשר הגיע זה עתה לישיבה אחרי בואו בקשרי שידוכין עם בת רבי שניאור. אחיו ר' שלמה פייוויל נ"י הגיע לישיבה בשנה השלישית של החבורה, ואע"ג שלא למדנו ביחד, ישבנו בקירוב זה לזה ודיברנו הרבה בלימוד. זכורני שהגיד סברא טובה בגמרא בריש תמורה בענין השוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה, אבל אינני זוכר מה הוא. עוד הצטרפו לחבורה ר' רפאל פינטו ז"ל, שלמדתי עמו בחברותא, ויבל"ח ר' יהושע פענשטיין נ"י, ר' אליהו לויין נ"י ועוד.

בשנה השניה למדנו מסכת מנחות. והג"ר שניאור התחיל להרגיש שעל ידי לימוד הקדשים של החבורה שלנו רפו ידיהם של שאר הישיבה, כאשר רוב המצוינים הלכו ללמוד קדשים ובעיקר הבחורים הבינונים נשארו ללמוד המסכת של הישיבה, וביקש מאתנו לחזור ללימוד הישיבה בסדר ב' למשך זמן קיץ. בישיבה למדו אז מסכת פסחים ונשמענו לו ולמדנו פרק כל שעה אחר הצהרים. בזמן ההוא גם באתי בברית הנישואין וקבעתי מגורי בלייקוואוד, ור' שלמה פרישוואסער שזה עתה הצטרף לישיבה היה חברותא אתי בסדר ב' וגם חבר קרוב שלי, היה מעתה גם שכן לביתי. חותנו היה הג"ר גדליה שור זצ"ל, וכשהיה בא אליו לשבת הייתי מבקר בביתו כליל שבת ומדבר אתו בלימוד.

אחרי זמן קיץ נסעתי עם אשתי לארץ ישראל, והתגוררנו בבית משפחתי בכני ברק. שבתות וראש השנה תשל"א היינו בתל אביב עם האדמו"ר הזקן מנדבורנא רבי איתמר ראזענבוים זצ"ל, אבי סבתה של אשתי. בקרנו גם את דודיה רבי חיים מרדכי ראזענבוים זצ"ל האדמו"ר מנדבורנא בני ברק, ונשארנו שם ליום הכיפורים, ורבי מנחם טויב שליט"א אדמו"ר מקאליב, ששהינו אצלו פעמים לשבת בראשון לציון.

בזמן אלול למדתי לבדי בישיבת פאנאוויז', רציתי לדבר בלימוד עם הרב שך זצ"ל, אבל הוא היה עסוק מאד. תור ארוך השתרך ממקום ישיבתו בבית המדרש שחיכו לדבר אתו בלימוד. המתנתי עד שיגמר התור וניגשתי אליו לבקש ממנו לדבר אתו, וענה לי שאינו יכול משום שהוא

עסוק תמיד לדבר עם התלמידים, ואם יענה גם לי לא יהיה לו הזדמנות ללמוד בעצמו. אמרתי לו שאם אני אעזוב הרי יבוא אחר לדבר אתו, ובכל אופן לא יצליח ללמוד, צחק ואמר "נו, צו זיי האב איך א שיעבוד" (נו, להם אני הרי משועבד), ואמר לי לבוא לביתו ביום שמחת תורה. חפצתי לעשות כן אבל לדאבוני הייתי חולה על מטתי ביום שמחת תורה. עזבתי את ארץ ישראל באסרו חג ולא פגשתי אותו עד שנים עשרה שנה לאחר מכן.

בזמן חורף של השנה השלישית של החבורה למדנו הפרקים האמצעיים של מסכת יומא ובזמן קיץ למדנו תמורה, שהיתה המסכת הכי קשה שפגשנו עד אז. היה לי חידוש על סוגיא דהקדש ראשון מוסיף חומש שהדפסתי בירחון החדש מישרים, שהיה הקובץ החשוב בתקופה ההיא. בזמן ההוא שוב ביקש מאתנו רבי שניאור ללמוד עם הישיבה בסדר ב'. בישיבה למדו כתובות ובסדר ב' למדו הסוגיא דשטרות שבפרק שני.

אמנם היה לי חברותא טובה עם ר' יוסף פרענקל. העבודה בסוגיא זו היתה קשה ותבעה מאתנו ריכוז נפלא, אבל נהניתי מתביעה זו, והלימוד עצמו היה יותר עז ואף הנאת הלימוד נתעלה על ידה. לבסוף כתבתי יותר ממאה דפים של חידושים על הסוגיא, וצצה ברעיוני התכנית לכתוב ספר על שטרות. בעתיד הייתי מיועד ללמוד ולכתוב על הסוגיות הקשות במסכת גיטין בבא מציעא ובבא בתרא הקשורים לסוגיא דשטרות. אבל הייתי אז בגיל עשרים ושלש, והבנתי שטרם התכוננתי למפעל כזה ובכדי שתהיה תועלת רצינית ללומדים הוצרכתי עוד הכנה לזה.

אהבתי את הלימוד בסוגיא דשטרות, אמנם שאר החבורה פחות נהנו ולחודש האחרון של הזמן עברנו ללמוד מסכת תמורה בסדר ב' גם כן, ולמדנו פרק ששי. בשנה שלאחריה למדה החבורה מסכת חולין, שאני למדתי כבר עם ר' מיכל ברמה טובה ואילו בישיבה למדו אז גיטין, שעיקרו הוא על סוגיא דשטרות, אשר באמת השטר היחיד המוזכר בתורה הוא הגט, ולכן החלטתי לעזוב את החבורה ולחזור ולהיכנס לסוגיות דנשים ונזיקין.



למשך השנים הבאים למדתי כמה מסכתות בסדר ראשון ושני, רובם בנשים ונזיקין, וגם מסכתות אחרות כגון מסכת סוכה ושבת, ובערב למדתי דברים אחרים, כגון עירובין ומקואות. על פי רוב למדתי עם חברותות אשר היו צעירים ממני, ודברתי בלימוד עם אלו שרציתי, ללא להיות חלק מחבורה רשמית.

גם הייתי חלק מחבורה ללמוד פרק יש נוחלין בסדר ב', אשר כללה את ר' דוד הירש מאיער ז"ל, ר' ניסים רביבו ז"ל, ויבל"ח ר' יוסף זינגער נ"י, ר' אברהם ברוך זינגער נ"י, ר' יונה גינזבערג נ"י, ר' משולם פייש גינזבערג נ"י, ר' ידידיה איינהארן נ"י, ר' נחמן קאללער נ"י, ר' ירוחם ליוראוויץ נ"י, ר' דוד גיבער נ"י, ר' גבריאל בודנהימר נ"י, ר' משה פסקאוויטץ נ"י ור' מרדכי פסקאוויטץ נ"י. הוצאנו לאור קובץ בסוף הזמן, ואני כתבתי על הסוגיא דאב מנחיל לכל מי שירצה. כן הצטרפתי לחבורה קטנה שבה למדנו סוגיא דשגגות בתחלת פרק כלל גדול, אשר בתוכה היה ר' יעקב בוסל נ"י, ר' אליהו ברודנא נ"י, ר' אבא ברודנא נ"י, ר' יהושע קרופני נ"י ור' יעקב ליכטנשטיין נ"י. ר' יהושע קרופני היו לו כתבים מהחבורה הראשונה בבית התלמוד, כולל חידושי הג"ר אריה לייב מאלין זצ"ל שהכרתי בצעירותי כידיד אבי מורי, ואחרים מבני חבורתו, ונהנינו רבות מהם.

מתחלת הגיעתי לליקוואוד, היה לי קשר מיוחד עם הג"ר שניאור. לא מחמת ריבוי הדיבורים שבינינו, אלא שכאשר דברנו היתה קרבה ואהדה הדדית. היה לנו כמו סדר ביחד גם כן, שבסוף

כל זמן היה מבקש ממני להגיד לו מה שנתחדש לי בזמן ההוא. בדרך כלל היו לי מן המוכן איזה מערכות ארוכות, והייתי מברר החידוש הטוב ביותר ואומר לו. הם היו ארוכים, כדרכי בתקופה ההיא, ומקודם חשבתי שיקח בין חצי שעה לשלשת רבעי שעה להגיד אחד מהם, אבל מאחר שהיו לו ידיעות רחבות בלימוד וראש מהיר כבזק, בדרך כלל זה לא ארך יותר מחמש דקות. כשהתחלתי להגיד גמרא היה מנענע לי מיד בראשו ומסמן לי להמשיך שיודע כבר למה אני מתכוון, כששאלתי את הקושיות או הבאתי ראיות, היה תופש את הדברים לפני שגמרו לצאת מפי, כשהצעתי לו את החידוש היה מקשיב בריכוז ומנענע לי בראשו, וכאשר חזרתי לתרץ הקושיות היה מקדים ואומר "אה, זייער גוט, זייער גוט" (אה, טוב מאד, טוב מאד). וכן היה הדבר חוזר בסוף כל זמן בישיבה.

כשהייתי בגיל עשרים ושבע הציע לי הג"ר שניאור חבורה של בחורים, לא ללמוד אתם אלא להיפגש פעם בשבוע למסור חבורות זה לזה. הוא נתן לי בחורים מצוינים והיה אתגר מיוחד עבורי למצוא דבר עמוק למסור להם, הסדר היה ששבוע אחד אני מוסר, ושבוע לאחריו מוסר אחד מהם. הייתי יכול למסור מה שכתוב בספרים הרגילים בישיבות בתוספת נופך קטן והבנה יתירה משלי, אבל לא היה לי ענין בזה, שגם הם וגם אני לא היינו מרויחים ממנה, אחר שכבר עיינו בספרים הללו יותר ממני, והוצרכתי למצוא דבר חדש כל שבוע מהגמרא וראשונים. הייתי רגיל לעבודה כזו כבר כמה שנים, אבל אז היה רק כמה פעמים בזמן, כאשר במקרה היה נופל לרעיוני חידוש מתאים, אבל עכשיו היה לי לחץ ומאמץ גדול לעשות כן אחת לשבועיים. דאגתי על זה והתאמצתי עליו, ולפעמים הרגשתי לחץ בבטן מחמת הדחק למצוא חידוש מתאים, אבל עם זאת מעולם לא רימיתי את עצמי ואותם על ידי הסתכלות בספרים, ובעזרת השם הצלחתי תמיד למצוא דבר טוב להגיד להם.

מסכת יבמות היתה אתגר מיוחד עבורי, שלא זכיתי ללמוד אותו בעיון עד שהגעתי לגיל עשרים וחמש, כשלמדתי עם ר' אליהו ברודנא נ"י. ר' מלכיאל קוטלר נ"י, שהוא כשנתיים צעיר ממני, חזר זה עתה מארץ ישראל, וישב לפנינו ביחד עם חברותא. אמנם לא היה זה זמן מוצלח עבורי, משום שאמי מורתי היתה חולה אנושה בחורף ההוא, והרבה זמן עבר עלי בביקורים בכמה בתי חולים, ולבסוף נפטרה לפני חג שבועות של השנה ההיא. היא היתה אמא מופלאה ודבוקה ומסורה אלינו, והקדשתי את ספרי שופרא דשטרא לעילוי נשמתה. אולי אם היינו לומדים לימוד אחר הייתי מצליח יותר, אבל מסכת יבמות היה מסכת חדש עבורי, ומושגים של צרה וזיקה היו עמומים יותר מהמושגים המהודקים של שאר המסכתות של הישיבות, אולי להוציא מסכת נדרים. עכשיו כאשר עלתה מסכת יבמות עוד פעם במחזור הישיבה, היה לי למסור חבורות פעם בשבועיים לבחורים מהשורה הראשונה, והדבר הזה הרתיע אותי. אבל בעזרת השם חידשתי הרבה, אולי יותר מעל שאר מסכתות, ובדעתי לחזור לסוגיות הללו באריכות יותר גדולה כאשר אכתוב על יבום וחליצה בשופרא דקנינא בעזהשי"ת.

כשהגעתי לגיל שלשים עזבתי את החבורה ופניתי לכתוב ספרי. מצאתי את הלשון 'שופרא דשטרא' בגמרא בבא בתרא (דף טו:) ובתוספות גיטין (דף פד.), ובחזרתי בו כשם ספרי, והחלטתי גם לסגל שם זו לשאר מקצועות שרציתי לכתוב עליהם. רבי שניאור הציע לי לקרוא שם ספרי על שעבודים 'שפר ארג נכסין' אבל אני חשתי כי 'שופרא דשעבודא' הוא בחירה טובה יותר.

למדתי מנסיון חיי שכשהאדם מקבל על עצמו דבר גדול, הקב"ה מסתיר ממנו כל הקושיים שיעברו עליו בכטח בדרכו, שאולי יניאו אותו מהעבודה, וטוב לאדם כי יגש לעבודתו בתקוה ובטחון, וכך ניגשתי לכתוב הספר. היו לי כבר מאה דפים של חידושים, ורבותי ושנות נסיון

בישיבה למדו אותי איך ללמוד, ולא ידעתי איזה קשיים יכולים להתהוות, עד שעברתי אותם בעצמי. למעשה רק אחוז קטן של מה שכתבתי כבר היה לי לתועלת, והכנת הספר שינתה את דרכי לימודי גם כן. לשעבר כאשר הגעתי לתוס' המביאים גמרא ממקום אחר, הייתי מעיין שם להבין את דברי התוס', אבל מעתה כבר לא הייתי מעיין שם, אלא סגרת את הגמרא שלמדתי ופתחתי הגמרא המצוינת כאילו היא המסכת בה אני אוהב. לפעמים חזרתי לדברי התוספות, ולפעמים הגמרא ההיא ניהלה את פעמי למקום אחר. כל דבר היה קשור זה לזה, והכל היה מסובך עד שהתאמצתי להחזיק מעמד, שהרגשתי כאילו הראש שלי מתפוצץ. והיתה העבודה יותר קשה ממה שחשבתי.

דרכי מלפנים היתה לכתוב מערכות גדולות ומשוכללות המקיפות סוגיות שלמות, אך נוכחתי כי על אף הכשרון המונח במערכות כאלה, למעשה לא יהיה להם שימוש לבני ישיבות, שכן ידעתי בעצמי שאני אינו קורא המערכות של אחרים, ואיך אקוה שאחרים יקראו את שלי. ובאמת מערכה אינה אלא קיבוץ של קושיות וראיות ממקומות שונות, ויסוד אחד או שנים בהבנת הדברים ליישב את כל הקושיים, וולבסוף סידור הדברים כבנין שכלי. נתעוררתי לשנות את דרך כתיבתי, ולחלק הספר לפרקים לא ארוכים, שכל פרק יעמוד בפני עצמו. בפרק ההוא אקשה קושיא אחת או שתיים, אייסד יסוד ואביא ראיה לדברי ולא יותר, ובמקום אחר בספר, כאשר אקשה קושיא על סוגיא אחרת ואוכל לתרצה ביסוד ההוא, אכתבנו בשורה אחת בקצרה ואציין למקום הראשון בו הוזכר והתפתח יסוד זה, והמעייין, אם ירצה יאמין לי, או שיעיין בעצמו במקור הדברים שבפרק האחר ויברר בעצמו יסוד זה, והמעייין, ועל ידי כך יהיו כל קטעי המערכה מפורטים בנקודות קטנות, ובמקום שיהיו לי כעשרים או שלשים מערכות מורכבות, יהיו לי כארבע מאות פרקים, כדי להקל על הלומד.

משך כשנתיים וחצי עמלתי על ספרי מבוקר ועד ערב, חלקו עם חברותות וחלקו לבדי, מהם היו סוגיות שהיו יותר קלות עבורי, ואחרים היו קשים עבורי. זכורני שבמשך חדש אלול עמלתי רבות על תוספות קשה בסוגיא דמכירת שטרות בפרק המוכר את הספינה בבבא בתרא עד שהבנתיו, ובשמחת תורה הגעתי להקפות בישיבה, וראיתי את אבי מורי מדבר עם הג"ר ישעיה שמעונוביץ זצ"ל בצד בית המדרש, וניגשתי אליו לדבר על דברי התוס' הנ"ל, ונדהמתי לראות שמבלי לעיין בגמרא כלל ידע את התוספות הרבה יותר ממני, והיתה לי חלישת הדעת גדולה, שלא היה מסתבר שהוא למד התוס' בימים האחרונים, ובכל זאת היו הדברים תקועים בכרירות בראשו, וחלשה דעתי שמא לעולם לא אגיע למדרגה כזו.

סוגיא אחרת שהתאבקתי אתה היתה זו של עדי חתימה ועדי מסירה, שבפעם הראשונה שנסייתי לא הצלחתי להשיג אותה ועברתי לסוגיות אחרות. ומצאתי סיוע לדרכי זו מרש"י במסכת אבות (א, א) וז"ל: הוּו מתונים בדין לשון ממתניין שלא יהיו גומרים את הדין במהרה אלא חוקרין בו בעומק וכו' וכן הוא אומר גם אלה משלי שלמה אשר העתיקו אנשי חזקיה מלך יהודה וכו' והעתיקו לדוך ישן מיושן וכו' שצריך האדם לישנו כדי לעיין בה יפה עכ"ל, יעו"ש. ונראה לומר בכונת רש"י, שלפעמים האדם מסתבך כל כך בסוגיא או בדין תורה עד שאי אפשר לו לראותו ברור, ועדיף להסיח דעת ממנה וליתן להסוגיא להתיישן קצת ואחר כך לחזור אליו עם מבט חדש. בכמה סוגיות בש"ס ראיתי דבר זה. כגון הסוגיא של משכון כמו שנדפסה בספרי היה קשה מאד עבורי, ולמדתי אותה פעם אחת, ועזבתי אותה למשך כמה שנים וחזרתי אליה, ועדיין לא יישבתי אותה עד שחזרתי פעם שלישית לאחר כמה שנים. בסוגיא דעדי חתימה ועדי מסירה היו לי גם כן קשיים, ועוד לא זכיתי להבינה קרוב לגמר הספר.

כאשר הספר התקרב לגמר, נולדה הזדמנות לקנות כרטיס נסיעה לארץ ישראל בזול לנסיעה של ארבעה ימים, אשתי שידעה שמאד רציתי לקבל הסכמה מאת הרב שך זצ"ל, הציעה לי שאסע למטרה זו אף שהספר לא נגמר עדיין, באמרה שהרב שך הוא איש זקן, אז בגיל פ"ז, ומי יודע מה יולד יום. הודיתי בצדקת דבריה וקניתי כרטיס נסיעה, ועתה עמדה לפני עבודה כבירה טרם נסיעתי, שבתקופה ההיא לא היו מחשבים בנמצא, והכל היה בכתיבת יד. עשיתי צילום של כל הספר, וחלקתי את הדפים בין כמה מקלידים ויגעתי שישלימו מלאכתם במשך ימים ספורים. רבי שניאור נתן לי ביום נסיעתי מכתב המלצה להרב שך, וגם נתן בידי מכתב לגיסו הרב יהודה וולפא נ"י המתגורר בבני ברק בבקשה ממנו לעזור אותי בסידורים הנצרכים.

כשהגעתי לארץ ישראל קבעתי אכסנייתי בבית אב"ד נאראל הג"ר חיים מאיר יחיאל שפירא זצ"ל, בן אחיו של אבי אבי, שהתקרבותי אליו כשהייתי ילד והתפללנו בבית מדרשו בקראון הייטס בלילי שבת. בימי השבוע למדנו כמה מסכתות וענינים בערב, וזוכרני שהוצרך לדעת ביאור בכל כלומר בר"ן בנדרים, ולכן הספר ידות נדרים לא מש מעל שלחנו. הוא היה המסדר קדושין שלנו וזמן קצר אחרי החתונה שלי הלך לגור בארץ ישראל ופתח בית המדרש בבני ברק.

הלכתי ראשונה לפגוש את הרב יהודה וולפא והוא התקשר לכמה בני אדם עבורי וסידר לי זמן להכנס אל הרב שך ביום שלאחריו בצהריים. הודיתי לו וחזרתי לביתו של הנאראלער רב. הייתי עייף וסחוט מהכנת ההעתיקים והנסיעה עד שלא יכולתי לעמוד על רגלי, ושאלתי אותו מתי הוא זמן תפלת שחרית וענה לי שיש מנין בשש וחצי ויש עוד מנין בשבע וחצי, ואמרתי לי שאני מעדיף את השני, והלכתי לישון. כשקמתי היתה השעה מאוד מאוחרת, ושאלתי אותו למה לא העיר אותי, וענה לי "אין בעלזא וועקט מען נישט אויף א אידן, נאר צום עסן" (בבעלזא לא נהגו לעורר אנשים, זולת עבור אכילה), מה אוכל לומר לזה.

הלכתי לשיבת פאנאוויז לפגוש את הרב שך, ואמרתי לו שיש לי מכתב עבורו מאת רבי שניאור ומסרתיהו לו, והודה לי ושם אותו בצד. אמרתי לו שהמכתב הוא אודותי, ופתח את המכתב וקרא אותו בנחת עם פנים קמוטים. "וואס דארפט איהר מיין הסכמה, איהר דארפט נישט מיין הסכמה" (למה אתם צריכים את הסכמתי, אינכם צריכים את הסכמתי). אבל אני התעקשתי בנימוק ששטרות הוא מהסוגיות המיוחדות שלו ולהסכמתו תהיה חשיבות מיוחדת על ספר בענין שטרות. בסוף אמר לי "איך האב זיך באמת מתגדר געווען נישט צו געבען הסכמות, אבער מיט דעם בריוו האב איך נישט קיין ברירה. איהר ווילט די הסכמה יעצט, אדער קענט איהר דאס לאזען מיט מיר?" (באמת גדרתי בעדי שלא לתת הסכמות, אבל עם מכתב כזה אין לי ברירה. אתם רוצים ההסכמה עכשיו, או להשאיר הכתבים אצלי), כמובן השארתי אותם אצלו.

לאחרי ששה שבועות קבלתי את ההסכמה, וכתב הרבה יותר ממה שקויתי, שכתב שהוא מקוה שיהיה הספר ספר שימושי בישיבות הגדולות, ואילו היה ביכולתו מצד בריאותו היה כותב הגהותיו עליו. קבלת ההסכמה היתה חיזוק נפלא עבורי, והשתמשתי עם הדחף הזה לפענח סוגית עדי חתימה ועדי מסירה, שהרבה עבודה היה לי עדיין, אבל מעתה הצלחתי להגיע למסקנות אשר קודם לכן נעלמו ממני.

אחרי גמר כתיבת הספר בקשתי מאת רבי מלכיאל קוטלר, שלמד בארץ ישראל בתקופה ההיא, שימסור העתק להגאב"ד רב יצחק יעקב ווייס זצ"ל, מח"ס שו"ת מנחת יצחק, שקיבל סמיכה מזקני המהר"ש ענגיל זצ"ל, לצורך קבלת הסכמה. וכן השיג עבורי הסכמה ושלח אותה אלי על ידי שליח, אלא שההסכמה אבדה בידי השליח. רבי מלכיאל לא התעצל וביקש שוב. ההסכמה החדשה הגיע בשלום, ואמר לי ר' מלכיאל שההסכמה השניה עדיפה על הראשונה.

קבלתי הסכמה גם כן מאת הג"ר משה פיינשטיין זצ"ל, דבר שאבי מורי סידר עבורי. לא הלכתי בעצמי אליו מחמת חולשת בריאותו, ואיני יודע באיזה עיון הסתכל בתוכה, אבל כבוד גדול הוא לי להיות קשור לשמו. כצפוי קבלתי הסכמה מאת הגר"ש קוטלר, מכתב ארוך מלא יופי ואומנות. לדאבוננו נפטר זמן קצר אחר הופעת הספר, אבל הוא היה גאה בו, ובזמן חליו החזיקו על ידו.

כשגמרתי הסוגיא דשטרות התחלתי בעבודתי על סוגיא דשעבוד, בתקוה לגמרו תוך כמה שנים ולהתחיל ספר חדש, אבל מעתה נתקלה דרכי בכמה עקמומיות, והוצרכתי לשנות כיוון. למשך שלש עשרה שנה נתמכתי בלימודי על ידי מורי חמי ז"ל שהיה סוכן יהלומים אבל כאשר קרס שוק היהלומים, התמיכה דעכה עד שנגמרה והוצרכתי לחפש מה לעשות עבור פרנסתי. יכול הייתי יכול לבקש משרה ללמד תלמידים או לפתוח ישיבה, אבל הכיוון הזה לא משך אותי.

אך רגשי כבוד אני רוכש עבור אלו הבוחרים ליכנס לשדה החינוך, באשר הם עומסים על שכמם עול כבוד לטובת הכלל, ובונים את העתיד של עמנו, וכדי לעשות כן צריכים להקריב מתוך עצמם, שמלבד הלימוד וההוראה, עליהם לאסוף כסף, לטפל עם בעלי בתים והורים, ולהקריב מעצמם לתלמידיהם בכל עסקיהם בחייהם הפרטיים. מוגבלים הם בלימודם למחזור הישיבות, ומקבלים הם את הכל על עצמם לטובת הכלל ולגידול עצמם על ידי הלימוד עם תלמידים. ועל אף שהם רוכשים כבוד בעיני הציבור, אינני יכול להאמין שזהו מה שדוחק אותם לזה. המחיר הוא מדי כבוד עבורו.

זכורני כאשר הבטתי על רבי שניאור כשנכנס לבית המדרש להתפלל מנחה, שאם הגיע כמה שניות אחר שהתחילו באשרי היה ממתין אחורי בית המדרש שלא להטריח את הציבור לעמוד עבורו, והיה מחכה עד שנעמדו כולם לשמונה עשרה ואז היה הולך למקומו, והייתי מביט על פניו בזמנים אשר כולם ניצבו לכבודו כשנכנס לבית המדרש, כתפיו עקומות מהעול הכבד שנשא על עצמו עבור הישיבה והכלל כל יום מן הבקר ועד הערב, וראיתי שאיננו מקבל שום הנאה מהכבוד מחמת כבדות העול הרובצת עליו, והרגשתי צער עבורו, וגם אהדה והערצה עבור מה שקבל את אחריותו בשלימות.

עבור עצמי הבנתי שנדרש ממני ללמוד מקצועות שלמים ולכתוב ספרים להאיר אותם עד מקום שידי מגעת. משימת חיי היתה לכתוב את סדרת השופרא, ועלי לראות שמסלול חיי יביאני להשלים חפצי ולא יניאני מדרכי. הוצרכתי אל הזמן, החירות וחופש הפעולה ללמוד הסוגיות שהייתי צריך להם עבור ספרי עם ריכוז וגישה חופשית, לקפוץ מסוגיא לסוגיא השייכת אליה ומשם לעוד סוגיא, כל מקום שעיוני היה מוביל אותי וכפי שיעור הזמן שהוצרכתי לה.

לפיכך היה עלי למצוא דרך אחרת, מסלול שיביא לי פרנסתי וגם יתן לי החופש לעבוד על ספרי. כושר הכתיבה באנגלית וידיעת קצת מחכמת הטבע וההיסטוריה היו נחלתי מאז הלימודים בישיבת חתן סופר וישיבת רבינו חיים ברלין, ופניתי את ידי לכתיבה באנגלית. תרגמתי כמה ספרים וכתבתי סיפורים עבור הנוער, ובמשך העשור הבא עסקתי בהוצאה לאור של ספרים יהודיים, אשר בעצמי ערכתי כמה מאות מהם.

בתקופה ההיא, הקדשתי את שעות לפני הצהרים למען ספרי, ואם בתקופה מסוימת היו הלחצים מדי כבדים עלי, עברתי למסכת אחרת לזמן אחד. על אף שתוכניתי היתה לגמור סוגיא דשעבודים, למדתי גם כל מה שבא לידי הנוגע לשאר הספרים, הגם שעדיין ניסיתי להתרכז בענין

שעבודים, וספר שופרא דטענתא התחיל לגדול במהירות יותר, עד שלא ידעתי איזה מהם יגמר תחלה.

ר' יעקב ווייסבערג ז"ל, ממשרד בית מדרש גבוה, אמר לי באותה עת כי פגש את הרב שך שאמר לו שהספר שופרא דשטרא הוא ממש כמו שב שמעתתא על שטרות, ושאלו "איז ער נאך ממשיך" (האם הוא ממשיך). באמת המשכתי, אבל לא במהירות שרציתי.

מלבד סדרי הרגילים היה לי סדר מדי בוקר במשך שנים רבות עם ר' נחום זעלדעס ז"ל, תלמיד ישיבת קלעצק ונתגדל בבנין בו התגורר הג"ר אלחנן וואסרמאן זצ"ל בברנאוויטש. הוא היה חבר טוב לאבי מורי, הם נסעו ביחד עם הפאראייניגטע ישיבה אחרי המלחמה. שמעתי מאבי שהם גם ישבו יחד בכלא לילה אחד בפראג משום שהניירות שלהם לא היו בסדר. גם בינינו שררה ידידות גדולה, ולמדנו כל יום בחדר החבורות מהשעה חמש עד שמונה, כולל שחרית עם מנין השכמה. למדנו מסכתות במהירות, אבל יש דפים בהם מילאתי את גליונות הגמרא בהערות בעת לימוד זה.

כשעזבתי את ההוצאה לאור לאחר עשר שנים היו באמתחתי כמה שנות נסיון ויצאו לי מוניטין במלאכת הכתיבה עד שהייתי יכול להתפרנס הימנה ואף לתמוך במשפחתי ועוד נשאר ליי זמן וחופש ללימודי. אשתי היתה לה עבודה טובה כמורה, דבר אשר כמובן עזר הרבה. כתבתי כמה ספרים על עניני השקפה ויהדות עבור אחרים מתוך רשימות הדרשות שלהם וכדומה, ביניהן דברים שהוצרכו לשכתוב מלא ולא רק לעריכה ותיקון, ועל דרך זה כתבתי שני ספרים עבור הג"ר אליהו גולדשמידט זצ"ל, שנים עבור הג"ר שלמה פרייפעלד זצ"ל, ויבל"ח שנים עבור הג"ר מתתיהו סאלאמאן שליט"א, ושלושה עבור הג"ר ישכר פראנד שליט"א ועוד. כתבתי גם כמה ספרים על שמי, כולל היסטורית תקופת המקרא, וקורות חיי הרבי מבארדיטשוב והקול אריה ועוד. כן שימשתי עורך לחבורה שעבדה על תרגום של המדרש המבואר לאנגלית.

בתקופה ההיא עלה בדעתי להעלות עלי ספר חידושים על התורה, כאשר אבי מורי דיבר אלי רק על גמרא, והיה תמיד שקוע בסוגיא זו או אחרת. בילדותי נהגו שלא ללמוד חומש אחר כתה ה' או ו', ועל כן תמיד הרגשתי חולשה במקצוע זה. התחלתי סדר עם אחי ר' ישראל נ"י ולמדנו חומש ורש"י בעיון גדול בכל ערב שבת אחרי הצהרים למשך כשעתיים או שלש שעות, ועייננו במפרשים אחרים רק כפי הצורך להבין דברי רש"י או הקושיות שהעירו, גם עייננו הרבה בספר אור החיים מחמת קושיותיו החריפות, אבל הגישה לרש"י היתה בדרך פשט ועיון כעין רש"י על הש"ס, ועשינו את זה במשך כמה שנים, והחידושים והביאורים שלי קמו ונעשו לספר אביר יוסף על התורה והמועדים.

פעם אחת הזכיר לי אחי שהג"ר מתתיהו סאלאמאן, המשגיח החדש בבית מדרש גבוה, מוסר ועד על הפרשה כל מוצאי שבת, והחלטנו ללכת לשם לשמוע את שמועתו, אף שמעולם לא פגשתי אותו ולא שמעתי את דרשותיו. אחרי שהלכתי לשם אהבתי את הועד מפני שהיה הרבה לומדות בגישתו, גם אישיותו מצא חן בעיני, גישה חמה ומעוררת, עם הומור עדין, והיה מלא חן.

אחי ר' ישראל ואני הלכנו להועד בכל מוצאי שבת, אחרי הועד הייתי ניגש אליו, כמו אחרים, לדבר על הנושא שדרש עליו או להוסיף נופך משלי. לא הצעתי את עצמי ואת שמי, אבל אחר כארבע או חמש פעמים ניגשתי אליו אחרי הועד ואמרת לי את שמי, ולא ידעתי אז אם כבר הכיר אותי או לא. בקשתי ממנו לקבוע אתי סדר לימוד פעם בשבוע לרבע שעה שאגיד לו את

חידושי על החומש, והסכים עמדי, והייתי בא כל יום רביעי לביתו בחצות היום, ודברנו כרבע שעה שלפעמים נמשכה עוד זמן.

אחרי כמה חדשים הזמין ר' מרדכי ניושטאט נ"י, מייסד וראש ועד להצלת נדחי ישראל, שהוא סניף מאגודת ישראל, את רבי מתתיהו לנהל חבורת עשירים נגידיים לסיור במוסדותיהם בברית המועצות לשעבר. ר' ניסן וואלפין נ"י, עורך ה'דזשואיש אבזערווער', כתב עת של אגודת ישראל, בקש ממני להצטרף לנסיעה ולכתוב מאמר עליה עבור המכתב עת. הייתי כבר פעמיים בברית המועצות, עשר ושנים עשרה שנה קודם לכן בתור שליח של הועד, שם נכחתי כאחד מחבורת מדפיסי ספרים יהודיים בתערוכה הבינלאומית הדו-שנתית לספרים. לא מסרתי שיעורים והרצאות בערב כשאר חברי, ובמקום זאת הוזמנתי ללמוד בפרטיות עם בעל תשובה צעיר, בעל כשרון אדיר, שכהיום הרי הוא מרביץ תורה בארץ ישראל. לא רציתי לנסוע עוד פעם, אבל כאשר בקשתי מאת רבי מתתיהו ללמוד אתי בדרך, והוא הסכים לעשות כן, הסכמתי לנסוע בחפץ לב.

נפענו בתחלה לברטיסלאווא (מלפנים פרעשבורג), בירת מדינת סלאוואקיי, לבקר את קברי החתם סופר ורבי עקיבא איגר הראשון (בעל משנת רבי עקיבא), ואחר כך לטביליסי וקוטאיסי במדינת ג'ורג'יה, לבאקו וקובא במדינת אזרביידזשן, ביקור קצר במאסקוואו ובסוף לעיר פטרבורג. כמוכן היה לו לרבי מתתיהו להפנות את תשומת לבו לאחרים בנסיעה, אבל הצלחנו ללמוד פרשת נח ביחד, ברובו על המטוס ממקום למקום.

הידידות החדשה שלנו נתגבשה בנסיעה זו, ונשארנו ידידים וחברותות מאז ועד עתה, תוך זמנים טובים וזמנים קשים. במשך הזמן הורחב זמן הלימוד שלנו, ולמדנו ביחד רמב"ם הל' דעות, מסכת ערכין, רובה של מסכת מכות, חלק גדול של ספר יהושע, חלקים מחומש ורמב"ם הל' יסודי התורה ועוד. יש לרבי מתתיהו אלפי תלמידים, חסידים, מקורבים, ואוהדים, וגם כמה מתנגדים, כמו שהוא תמיד אצל אחד התופס מקום כמנהיג ציבורי, אבל אני מאמין שאני מקומץ קטן של אנשים שהם רק חבריו.



לפני כשמונה שנים החלטתי לשום את כל מבטי אל גמר כתיבת שופרא דשעבודא, והקמתי סדר לימוד עם אחי ר' ישראל ללמוד הסוגיות שהיו חסרים לי או שלא עמדתי על הבנתם לגמרי, כגון סוגיא דמשכון וסוגיא דשבח. בתקופה ההיא הייתי בצעדים האחרונים להדפסת ספר אביר יוסף, והעבודה האט אותי הרבה, אבל אחרי כשנתיים גמרתי הספר על שעבודים, או שכן חשבתי. אהבתי את עבודתו של הרב אליעזר אפטר נ"י, שערך את ספרי אביר יוסף במומחיות והבנה, וסיכמתי אתו לערוך את השופרא דשעבודא, אבל מקודם רציתי שיעבור עליו אחד לראות שלא טעיתי, ולא הייתי יכול לבקש מהרב אליעזר להתפנות על מנת להתעמק כל כך בסוגיות. לכן בקשתי מאת חתן אחי, הגאון הצעיר הרב יוסף ברוך רייך נ"י, ליכנס לעבודה. מסרתי לו את הכתבים, פרי עמלי של כמעט שלשים שנה, ואמר לי כי ינסה לעשותו.

אחרי שבוע אמר לי שהוא מרגיש קשיים בדרך, שלא היה יכול לעבור על הספר ללא שיכנס לעומק הסברות, והיסודות כל כך קשים ומסובכים עד שיקח לו שנים רבות לעשותו. הצעתי שנלמד בחברותא את הסוגיות עוד פעם. הרב יוסף ברוך הוא אברך פלא, בעל כשרון גדול, למדן מופלג עם הרבה ידיעות וזכרון יוצא מן הכלל, והוא הביא את כוחותיו הבלתי מוגבלים ומרץ החיים אל הלימוד בחברותא, עד שכל הלימוד נהיה חויה משעשעת.

לכסוף למדנו כל הסוגיות מהגמרא, ולא עיינתי בספרי תוך כדי לימוד הסוגיות עד שגמרנו

אותם, אבל כיונתי הרבה להדברים שחידשתי כבר. באמצע הדרך תרנו אחרי כמה סוגיות הקשורות רק במקצת להנידון העיקרי של שעבודים, וגם אלו שלא למדתי בראשונה עבור הספר. והיו לי גם דברים חדשים ומעניינים לומר ולהוסיף על מה שלמדתי וכתבתי כבר. ובנותן ענין להעיר שהסוגיא הראשונה שלמדנו יחד הוא סוגית דאיקני בבבא בתרא (דף קנז), והרשב"ם שם על המשנה מביא הסברא דאין ספק מוציא מידי ודאי, וסגרנו את הבבא בתרא ופתחנו מסכת יבמות ללמוד הסוגיא שם למשך כמה שבועות, ובסוף כתבתי שער שלם בספר שופרא דטענתא על הנושא, ורק לאחר מכן חזרנו למסכת בבא בתרא.

הדרך שלי שלמדתי מאת הרב יעקב משה שורקין ובנו הרב מיכל היתה להתרכז במקורות העיקריים ולעבוד בעצמי עליהם, ולא להתעניין בדברי האחרונים. כפי ידיעתי הרי זו דרך של בריסק, הגם שאינני חושב על עצמי כ'בריסקער'. המראה מקומות שהתרכזתי עליהם הם מוגבלים גם כן, למדתי הגמרא רש"י ותוספות, הרי"ף הרא"ש והר"ן והנמוקי יוסף, הרמב"ם ונושאי כליו, השולחן ערוך ונושאי כליו, אבל עיקר ההתרכזות חוץ מהגמרא, היתה על רש"י והרמב"ם. בכך עלה בידי בס"ד להציע לפני הלומדים ספר מקורי, שיש לו בהירות מיוחדת מחמת ריכוז המבט. אני מניח שאם הייתי מלקט את כל דברי האחרונים לא היה זה מוסיף אלא גורע, שכן כפי אשר הוא עכשיו, הלומד יכול לראות איך עבדתי על הסוגיא והחידושים שהצעתי בהירות ובפשיטות מתוך רצון להבין שורשי הדברים, ואם רוצים לעיין באחרונים בעצמם יכולים לעשות כן.

אולם הלימוד בחברותא שלנו הוליד דבר חדש בספרי. הרב יוסף ברוך בדק אחרי כסדר בספרי גדולי המפרשים וכתב ציונים על ספרי להקיף הענינים ולהביא ספרים אחרים המדברים על אותו נושא ואותו סברא ומציעים תירוצים אחרים. במשך הזמן הורחב חלק הציונים לכלול בתוכו הרחבת הענינים, כשהוא נותן רקע שלם לדברים שלא נגעתי עליהם אלא מקופיא. נהייתי מהצעתו באשר ראיתי כי הוספותיו יוסיפו אור ומבט חדש על כל הספר.

על אף שכבר היה הספר מוכן קודם שהתחלנו, עשינו עוד שלש שנים בלימוד הסוגיות, בהרחבת ושיפור הספר עד אשר גמרנו. לאחר מכן עברנו לשופרא דטענתא. למשך רוב שנה שלימה, כאשר ספר שופרא דשעבודא נערך והוכן לדפוס, למדנו הסוגיות של חזקת קרקעות, חזקת תשמישין, ברי ושמא, כאן נמצא כאן היה, ממון המוטל בספק, גלגול שבועה, מתוך שאינו יכול לישבע, שבועת הנוטלין ועוד. ובמשך כל הזמן הזה נתעוררו חידושים והוספות לסוגיות דשעבוד, שהצריכו תוספות או שינויים להספר שופרא דשעבודא. למשל כאשר למדנו הסוגיא דשבועת הנוטלין, מצאנו כמה מילים בסוף דברי רש"י בכתובות (דף פח.) ד"ה ומוקי הקשורים לשעבודים שלא דברו בזה האחרונים. כתבתי עליו בש"א פל"ב ושיניתי בפרקים אחרים גם כן כפי החידוש שנתחדש, ואפילו בזמן כתיבת תיבות אלו, איני יכול לדעת שנגמר הספר לגמרי, שפעמים רבות כאשר הכרזנו על גמר הספר ונעילתה, חפשנו את המפתח ופתחנוהו עוד פעם.

בחודש האחרון הוספתי קטעים ושיניתי אחרים והוספתי עליהם, על פי רוב מחמת הנושאים המתעוררים כאשר הרב יוסף ברוך עבד על הציונים, ולפעמים שנית בתוך הספר עצמו, ולפעמים דברנו עליהם בינינו והחלפנו הערות, והרב יוסף ברוך רשם את תוכן השיחות שלנו בתוך הציונים.

הציונים האלו נעשו ספר שלם לעצמו סביבות הדברים אשר אני עוררתי עליהם בספרי, ולכבוד זכות הוא לי שהספר הזה מצורף לספרי. והנני מזכיר עכשיו שהריני מאמין ביכולתו וכושרו של הרב יוסף ברוך, ולא הרגשתי צורך לעבור ולהסכים לכל דבר שהוא כתב, באשר הציונים הם הספר שלו, ואינו צריך להסכמת.

אמנם טרם ההדפסה היה עלי העול של קבלת הסכמות על הספר. בעצם לא הוצרכתי הסכמות חדשות, אחר שההסכמות שניתנו לשופרא דשטרא קיימים גם על שאר חלקי השופרא, והרגשתי שיהיה חשיבות גדול לספרי אם ישא הסכמות של גדולי הדור שעבר, והיה לי צורך רק להסכמה אחת שתזכיר נקודה זו.

בחדש אלול לפני כשנתיים התקשרתי להג"ר שמואל קמנצקי, שנתקרבתי אליו זה כמה שנים, ובקשתי ממנו לפגוש אותו. ענה לי שאבוא לדבר אתו בישיבתו אחרי מנחה ביום שלאחריו, ולקחתי צילומים של הכתבים ונסעתי לפילדלפיה. הרב קמנצקי לא נכח בתפלת מנחה, וניגש אלי אחד ושאל אותי אם באתי לפגוש את רבי שמואל ואמרתי לו הן, והלה אמר לי שרבי שמואל התמוטט באמצע אמירת סליחות בבקר, נדהמתי מאד אבל הלה הרגיע אותי שהרב מרגיש בסדר והלך הביתה ברגליו.

הואיל והייתי כבר בפילדלפיה הלכתי לביתו, וכאשר הרבנית פתחה את הדלת שאלתי אותה על מצב הבריאות של רבי שמואל, והאם אוכל לפגוש אותו לכמה דקות, באומרי שהוא דבר קטן שלא יוסיף עליו לחץ, ואמרה לי שהובילו אותו לבית חולים למעקב הרופאים למשך מעת לעת, ואמרה לי שבדעתה ליסע לבית חולים, והציעה לי להצטרף לנסיעתה, ומיד קבלתי את הזמנתה ונסעתי אחריה לבית חולים ברכב שלי.

כשהגענו לבית חולים פגש אותנו בחוץ הג"ר שלום קמנצקי שליט"א, בנו של רבי שמואל. הרב שלום הוא חבר טוב שלי וקבל אותי בלב שלם, והרגיע אותנו שאביו הוא בסדר, עכשיו הוא ממתין בחדר מיון משום שהם מחכים שיתפנה חדר בתוך הבית חולים עצמה. רב שלום שאל אותי אם אני רוצה לבא ביחד אתם לחדר המיון, וקבלתי את הזמנתו. כשנכנסתי ראיתי את רבי שמואל יושב בכסא נח ופניו היו נראים בריאים, ופנה את עצמו אלי ושאל אותי "וואס טוט איהר דא?" (מה אתה עושה כאן?), אמרתי לו "מיר האבען געהאט אן אפוינטמנט" (היינו אמורים להיפגש). כאשר ספרתי דבר זה לחברי פרצו בצחוק, ושאלו אותי "האם הלכת לחדר מיון לקבל הסכמה על הספר?", והריני מודה שיש בה משום צחוק בהצעה בלתי מדוקדקת של הדברים, אמנם לא כן היה אלא שהזמינו אותי לבא, ולא היה שום סבה למאן להזמנות שלהם.

אחרי זמן קצר העבירו את הרב שמואל לחדר, ובקש אותי לעלות ביחד עם בני משפחתו, כאשר נתישב שם מסרתי לו את הכתבים של השופרא דשעבודא, ביחד עם הכתבים שבאמצע הכתיבה של שופרא דטענתא, שופרא דקנינא ושופרא דסהדותא, וביארתי לו את בקשתי, ובאדיבותו האופיינית הסכים לכתוב לי הסכמה.

ואז כמעט נגמר הספר והוכן לדפוס. בהתקרב זמן הדפסת הספר, הפסקנו את לימודנו בעניני טוען ונטען, ופנינו את עיונונו למהדורא תנינא של שופרא דשטרא, עם הוספות, פרקים חדשים וציונים. ועכשיו שהגעתי לגמר, והספר מוכן לדפוס, אודה לבורא עולם יתברך שעזר לי להגשים שאיפתי להוציא לאור ספר זה, צעד השני בסדרת השופרא, ותפילתי שיעזורני לסיים הסדרא וגם להוציא לאור שאר המטרות שהצבתי לי, שהם משימת חיי.



ברצוני להעיר כמה דברים אודות דרך הלימוד המשתקפת בספר זה. בלימוד הסוגיא הנני משתדל ומתאמץ להבינה על פי דרכו של רש"י והרמב"ם, אשר הם בולטים בכך שנתיחדו ספריהם לשתי תכליות. פירוש רש"י הוא כמעט שלא כדרך הטבע, שמחד גיסא נכתב בפשיטות, שכל מתחיל בגמרא משתמש בה להבינה ברמה הנחותה שלו, ובו בזמן הרי הוא מלא חידושים

גדולים המתבטאים בתיבה או שתיים, או בסגנון הכתיבה, ורק אחרי העיון הרי הם נפתחים עם כל פינותיהם.

גם הרמב"ם בספר היד החזקה פועל בשני אופנים, כאשר בעצם הרי הוא מהפוסקים הגדולים להכריע ולבאר ההלכה, ובו בזמן הרי הוא מהמפרשים העיקרים של הגמרא. דרך ביטוי דעת הרמב"ם, המילים במ הוא משתמש, וסדר הצעת הדברים מגלים פשטים מחודשים המשנים את פני הסוגיות, ומיישבים כמה הערות אשר נתלבטו בהם שאר הראשונים, ועבודת הלומדים בזמנינו היא לפענח ולנתח כל מילה ואות בדברי הרמב"ם.

עיון נוקב כזה בדברי הרמב"ם חידש הג"ר חיים סאלאווייציק זצ"ל, אשר מעולם לא היה מוכן ליישב סתירות וקושיות בדברי הרמב"ם על ידי ההנחה שהרמב"ם חזר בו בדבריו, או שהשמיט הלכה אחת בהסתמכו על מה שיתבאר בפרקים הבאים או דוחקים אחרים, אשר האחרונים שלפניו מצאו לנכון. רב חיים הביט על הרמב"ם כמו לימוד הגמרא, וכמו שסתירה בדברי רבא אי אפשר ליישב על ידי שנאמר שחזר בו, בלתי אם הגמרא עצמה תגלה לנו כן, כמו כן ברמב"ם יש ליישב הדברים באופן ששני הצדדים יתיישבו לנכון. רבי חיים היה אבי דרך הלימוד בישיבות, מהלך שהורגלתי בו והתאמנתי על ידו, והיה גם המחודש בדרך זו בגישה לדברי הרמב"ם.

לימוד הרמב"ם בדרך זו הובילני לתירוצים חדשים ומקוריים לדברי הרמב"ם המוקשים בכמה מקומות, ובאופן זה מצאתי בדברי הרמב"ם דברים שהאחרונים לא עמדו עליהם כלל. אציע בזה ניתוח דברי הרמב"ם כדוגמא, וטרם החלטתי אם לצרף את הדברים לשופרא דקנינא או למהדורא תנינא של שופרא דשטרא, ואולי לשניהם.

כתב הרמב"ם פ"ו גירושין הלכ"א וז"ל: השולח גט ביד שליח ובטל הגט הרי זה חוזר ומגרש בו כשירצה שלא בטלו מתורת גט אלא מתורת שליחות לפיכך אם היה הגט ביד הבעל ובטלו כגון שאמר גט זה בטל הוא אינו מגרש בו לעולם והרי הוא כחרש הנשבר ואם גירש בו אינה מגורשת וכן אם פירש בעת שבטלו והוא ביד השליח ואמר גט ששלחתי הרי הוא בטל מלהיות גט אינו מגרש בו לעולם עכ"ל, יעו"ש, ומבואר שנקט אליבא דהלכתא גירסת הסוגיא דקדושין (דף נט:) דאפשר לבטל הגט, יעו"ש, ואם ביטל גוף הגט בפירוש הרי הגט בטל.

וטובא יש לדקדק בדבריו, דהלא הדברים נראים שלא כסידרם, מתחלה הביא דין גט ביד השליח ואחר כך דין גט ביד הבעל ואחר כך חזר לדין גט ביד השליח, ועוד דלשון לפיכך אינו מתבאר, איך יוצא לנו דין גט ביד הבעל מדין גט ביד השליח, והלא הדין הוא להיפך, והיה לו לומר אבל אם היה הגט ביד הבעל ולא לפיכך, וגם צריך ביאור בלשון הכפול ומכופל שכתב הרמב"ם בדין גט ביד הבעל, שאינו מגרש בו לעולם והרי הוא כחרש הנשבר ואם גירש בו אינה מגורשת, ולמה לא הספיק באמירת שאם גירש בו אינה מגורשת, ובכלל יש לעיין באומר גט זה בטל והגט ביד השליח דנקטינן שנתכוון לבטל השליחות ולא הגט עצמו, והוא כנגד פשוטם של דבריו שבטל את הגט.

ונראה שהרמב"ם למד דבודאי אין לשון גט זה בטל מורה על שום דבר שהוא חוץ להגט, ואין בדבריו ביטול להדיא על השליחות אלא על תורת נתינה של הגט עצמו, שהרי דין נתינה של הגט הוא להיות מסור על ידי בעל הגט או שלוחו, וכשאמר גט זה בטל הרי הוא מבטל תורת נתינה שלו, דאם בא לבטל עצם הגט צריך לומר גט זה בטל מלהיות גט, כמו שכתב בסוף ההלכה, כנ"ל, והיכא שהגט הוא ביד השליח תורת נתינה שלו היא במסירת השליח להאשה, וכשאמר גט

זה בטל הרי ביטל תורת נתינה שלו, ונעתק השליח מן הגט, ונתבטל חלק זה מן הגט ולא הגט עצמו.

וכן מדויק בלשון הרמב"ם שכתב שלא בטלו מתורת גט אלא מתורת שליחות, כנ"ל, שלא בטלו, כלומר שלא בטל הגט, אלא מתורת שליחות שבו ולא מלהיות גט, ומשום הכי לא כתב שבטל השליחות, אלא שבטלו מתורת שליחות, דהיינו שבטל הגט מדין שליחות שחל בתוך הגט שהוא עומד במקום בעל הגט, וממילא בטלה שליחותו כיון שנעתק מן הגט, אבל אין בלשון גט זה בטל שהוא מבטל עצם השליחות, וגם אין במשמעותו שמבטל הגט עצמו, שהרי לא אמר מלהיות גט, אלא המשמעות היא שמבטל תורת נתינה של הגט, ונעתק השליח מן הגט, כמש"נ, ודבריו מדויקים כלשון הסוגיא, נהי דבטליה מתורת שליח מתורת גט לא בטליה, יעו"ש, אותו הדבר דמדובר שבטליה, דהיינו הגט, בטליה מתורת שליחות ולא מתורת גט, וגם נקט לשון תורת שליחות ולא שליחות, שמדבר בתורת שליחות של הגט ולא השליחות עצמה, וכמש"נ.

ולפי זה נבין מה שכתב הרמב"ם לפיכך אם היה הגט ביד הבעל, ולא כתב אבל אם היה הגט ביד הבעל, שהרי אין במשמעות גט זה בטל שהוא מבטל הגט עצמו, כיון שלא אמר שהוא בטל מלהיות גט, ואם כן למה נתבטל גט שביד הבעל, אלא כיון שמצינו דאמירת גט זה בטל כשהגט ביד השליח מבטל תורת נתינה של הגט, ונעתק השליח מן הגט, כמו כן נמי כשהגט ביד הבעל ואמר גט זה בטל יש בזה ביטול על תורת נתינה של הגט, ונעתק ממנו בעל הגט לגמרי ובטלה תורת נתינה של הגט, והרי הגט פסול מלגרש בו, שאע"פ שעצם הגט לא נתבטל מלהיות גט, הרי חסר ממנו תורת נתינה ודין בעל הגט, ואי אפשר שוב לגרש בו.

ואי"ם היה אפשר לומר דכיון דהגט עצמו לא נתבטל, רק תורת נתינה שבו, אם חזר וגירש בו יש בזה ריח הגט, ופוסל לכהונה מדבריהם, כבההיא שהביא הרמב"ם לקמן פ"י הל"א, יעו"ש, שהרי מסר לה גט מעליא, רק שחסר בו דין נתינה, על זה כתב הרמב"ם דכיון שנתבטל תורת נתינה של הגט ונעקר הבעל ממנו שוב ממילא נעשה כחרס הנשבר, והגט בטל לגמרי ואין בו אפילו ריח הגט, דבשלמא כשבטל תורת שליחות של הגט הרי עדיין נשאר בו תורת נתינה על ידי הבעל עצמו, והגט בתוקפו, ויכול לגרש בו ולמנות שליח עוד הפעם, אבל כשהבעל עקר עצמו מתורת נתינה של הגט שוב אין בו שום תורת נתינה, והרי הוא בטל מאליו כחרס הנשבר.

ולכך כתב הרמב"ם כל האורך הזה, דמתחלה היה צריך לפרש שאין בלשון גט זה בטל ביטול על עצם הגט אלא בתורת נתינה שלו, כמו כשהוא ביד השליח, ואפילו כשהוא ביד הבעל, כמש"נ, ומשום הכי אינו חוזר ומגרש בו לעולם, שהרי נעתק הבעל מן הגט, כמש"נ, וכשנשאר הגט בלי תורת נתינה ממילא נתבטל לגמרי ונעשה כחרס הנשבר, שגט שאין בו תורת נתינה אינו גט, ואם חזר וגירש בו אינה מגורשת כלל, ואין בו אפילו ריח הגט.

ובסוף ההלכה כתב הרמב"ם ענין אחר, דגם כשהגט ביד השליח יש אופן לבטל עצם הגט, ולא רק התורת נתינה שבו, והיינו שיאמר הרי גט זה בטל מלהיות גט, דזהו ביטול להדיא על עצמותו של הגט, אבל כשהגט ביד הבעל יכול לבטלו גם בלי אמירת הרי גט זה בטל מלהיות גט, אלא גם אם אמר גט זה בטל יוצא הדבר שנתבטל הגט, שהרי נתבטל ממנו כל תורת נתינה, והגט נתבטל מאליו ונעשה כחרס הנשבר, וכמש"נ.

אני מאמין שהרמב"ם מגלה ביאור חדש ומאיר עינים בהסוגיא אשר למד מדיוק לשון הגמרא, כמו שביארתי, אבל הנושאי כלים והאחרונים לא דיברו על דברי הרמב"ם אלו כלל, ואין זה אלא דוגמא אחת מני רבות.

ברצוני להעביר לימוד אחר שגיליתי מנסיוני. בלימוד סוגיא קשה, מנסה אני לקבץ כמות גדול של קושיות כפי האפשרות, כי מצאתי שתירוץ נכון אחד מתרץ כמעט כל הקושיות, מלבד אלו שאינם נוגעים לעצם הסוגיא. וכאשר מגיעים להבנת הפשט האמיתי בסוגיא או בדברי הראשונים, מסתלקות כמעט כל הקושיות, ונמצא שכל קושיא אינה אלא ציון דרך להאמת, וככל שנרבה ציוני דרך ורמזים, כך יקל למצוא את הדרך הנכונה בסוגיא.



שאלת החיים הניצבת לפנינו תמיד היא מה הקב"ה שואל מעמנו, ומה תכליתנו בחיינו, איך נבחר לעצמינו יעדים ומטרות בחיינו ואיך נשיג אותם בהצלחה, אף שהרבה דברים יש לו לאדם להשיג ולעשות במשך ימי חייו, הן בעניני בין אדם לחבירו והן בעניני בין אדם למקום, אבל יש לנו לחפש יעד עליון על כל המטרות שלנו, מטרה הכוללת את כל פרטיה ומובלת את כל מפעלינו לתכלית אחת.

ולענין זה כתב הרמב"ם בריש פרק חמישי משמונה פרקים וז"ל: צריך לאדם שישעבד כוחות נפשו כולם לפי הדעת וכו' וישים לנגד עיניו תמיד תכלית אחת והיא השגת השם יתברך כפי יכולת האדם לדעת אותה וישים פעולותיו כולן תנועותיו ומנוחותיו וכל דבריו מביאים לזו התכלית וכו' עד שיגיע לתכלית ההיא עכ"ל, יעו"ש.

הרמב"ם מודיע לנו כברירות שחיפוש השגת שמו יתברך יש לו להיות המטרה הכוללת של חיינו, וכל מעשינו ופעולותינו יש להם להתאים לדרכי השגה זו. כתבתי בארוכה בטעם הדבר בספר אשר תקותי להדפיס אותה במשך שנה או שנתיים הבאים, ואציגה קצת מהדברים בקצרה כאן, באשר חקירותי להגיע להכרה זו הובילני לא רק לבורא העולם יתברך אלא גם לתורתו.

והנה ברור הדבר שטעות נחלו כמה מהפילוסופים שסברו שהעולם קדמון, משום שהצטברות של חפצים מוגבלים אי אפשר להגיע למצב של בלתי גבול ואין סוף, ויש לי ראיות מעולות על כך אבל אין כאן מקומן, ובגלל זה מציאות הצטברות הזמן דקה על דקה שעה על שעה ויום על יום, שהם בעצם חפצים מוגבלים, בעל כרחך יש לו תחלה, ואי אפשר לו להיות קדמון, ומחמת זה בעל כרחך יש יסוד בלתי מוגבל במגרעות הזמן והמקום שקדמה לעולם, וזהו הבורא עולם יתברך. אמנם הקושיא מתעוררת מעצמה, אם הקב"ה אין לו זמן והוא ראשון ואחרון בלתי מוגבל למדות עולם הזה, ובזה הוא ממלא את כל המציאות, איך יתקיים עולם שלנו, הרי במציאותו הוא דוחק כביכול את רגלי הבלתי מוגבל דלית אתר דפנוי מיניה. והתירוץ שהציעו לנו המקובלים הוא סוד הצמצום, שהקב"ה כביכול צמצם את עצמו לברוא את העולם, והקים את הרקע להקים עולם, והספרים מתאבקים קשות באיכות ומציאות צמצום זה.

עוד נושא שנתעורר בספרים הוא הסתירה בין מה שמבואר בתפלת שחרית המחדש בטובו בכל יום תמיד מעשה בראשית, שהעולם הוא תחת מהלך של בריאה תמידית שלעולם מתחדשת, יוצר אור ובורא חושך בלשון הוה, לבין המושג של אשר יצר את האדם בחכמה, המראה שהעולם פועלת על פי חוקי הטבע המתמידים, והדברים נאמרים בלשון עבר, וכמו שנראה לעינים שמה שהיה הוא שיהיה, וכל צעדי העולם פועלים בהמשך אחד מסבה ומסובב. יש שרוצים להכריע שהקב"ה בורא את העולם ומחדשו בכל רגע ורגע, ומה שנראה כסבה ומסובב בחכמה נפלאה, ביטוי החכמה העליונה, אינו אלא אחיזת עינים כאילו הם נמשכים אחד מהשני, ואם כנים דברים אלו יש להבין בשביל איזה טעם יעשה כן הקב"ה, האם הכל אינו אלא לנסות אותנו בענין האמונה.

ונראה להציע בזה שכל קיום העולם אינו אלא במחשבתו של הקב"ה, וכן אנו אומרים בתפלת שחרית ברוך שאמר והיה העולם, שאין הכונה לאמירה רגילה שהרי לא היה למי לאומרו, אלא פירושו של המלה אמר הוא שחשב כן, וכמו בכמה מקומות אחרות, ובמחשבתו גרידא נתהווה מציאות העולם על כל פרטיה, ולא היה לו יתברך לעשות עוד שום דבר, אלא כיון שעלה במחשבתו בזה נתהווה במציאות. ואין הכונה בזה שהעולם אינו דבר אמיתי, אלא להיפך, מחשבותיו של הקב"ה הם הם המציאות האמיתי.

ובעולם הלז שברא במחשבתו, יזם את המקום ואת הזמן, חזה מערכות של כוכבים המקיפות שטחים ענקים בשמים, עלה ברעיונו הרים וגבעות, נחלים וימים, אילנות ודשאים המכסות את פני הארץ, עורר במחשבתו החוקים המסובכים של פיזיקה, כימיה וביולוגיה, ועל כולם יזם גם את המין האנושי שרק הם יכולים להחליט החלטות, ויש להם בחירה בין טוב לרע והשכל להכיר את נוכחותו יתברך ולעבדו. כל זאת עלה במחשבתו דרך תהליך הטבע שהכניס בהעולם, ונתן לעולם להתנהג כפי הדרכים המהונדסים ומתוכננים מראש בדקדוק גדול, ועדיין הוא מנהל אותם על ידי השגחתו יתברך, ורק לעתים נדירות מוכן הוא לעקוף את חוקיו שחקק ולוותר על מה שהציב במחשבתו כיסוד מוצק, וכמו שכתב הרמב"ם בפירושו המשניות לאבות (ה, ה), יעו"ש. ובזה נבין מציאות העל-טבעי שקיימת לפעמים בעולם, דהואיל והכל קיים אך ורק במחשבתו יתברך ובדעתו, יש שבמחשבתו משנה הוא את העולם באופן למעלה מן הטבע שהיה מחשבתו מקודם, ומי יודע אולי יש המוני בריאות אחרות, אשר עלו במחשבתו באופנים שאי אפשר לנו לצייר לעצמינו, מוגבלות בחוקים שאינם דומים כלל לחוקי העולם שלנו, ואינם משועבדים לחוקי הטבע שבעולמנו.

והצמצום שיצר את הרקע לכל הבריאה המרהיבה הזאת היתה זולת במחשבתו הלזו, שמציאות הבריאה המוגבלת קיימת במחשבתו יתברך על ידי הצמצום, ואינה סותרת למציאותו יתברך שאין לה גדר וגבול, וכמו שכתב בתורתו אין עוד מלבדו, משום שהעולם קיים רק במחשבתו ולא בריאה נפרדת, ואין לעולם מציאות כלל אלא משום שקיימת היא במחשבתו יתברך, ואף שהעולם מתנהלת בחכמת הטבע, אבל אם הקב"ה יפסיק מחשבתו ממנה לרגע קטן, היה הכל מתעלם מן המציאות כאילו לא היה, ובמובן זה הרי הוא מחדש בטובו בכל יום תמיד, שהוא מחזיק אותה במחשבתו.

השם 'יהוה' מוזכרת בספרים הקדושים כשם הוי"ה, שהוא סידור אחר של אותיות השם המפורש הנכתב ואינו נקרא, ובספרי הקבלה וההשקפה ביארו בכמה אופנים כונת השם הזה ולמה הוא מרמז, אמנם נראה שמה שנקרא שם הוי"ה הוא יותר מסידור אחר של אותיות השם, אלא שהוא יסוד כונתו של השם, שהשם הזה מרמז על היותו יתברך, ואין בעולם שום מציאות של הויה מלבדו, ולכן לו ורק לו מתאים שם זה של הויה, שהוא המציאות ושום דבר אחר אינה קיימת במציאות. והיינו שהשם הזה מורה לנו שהוא ומציאותו שוים, שהוא לבדו הוא המציאות והוא לבדו נמצא בעולם, ושאר השמות מציירים לנו את מדות והנהגות הקב"ה שעל ידיהם נראה נוכחותו יתברך בעולם, אבל המציאות עצמה היא בשם הויה, כשמו כן הוא.

והנה התורה הקדושה היא שלמות מחשבותיו של הקב"ה, שאם אמרו חכמינו בגמרא (ברכות ט:): שיחת חולין של תלמידי חכמים צריך תלמוד, יעו"ש, ויש לה חשיבות של תורה, על אחת כמה וכמה שכל מחשבה שיוצאת ממחשבת הבורא יש לה חשיבות של תורה, שהעולם הגשמי הנוצר במחשבותיו יתברך אינו אלא פנה קטנה של מחשבותיו של הקב"ה, אמנם כלל המחשבות הוא התורה, ומצות תלמוד תורה היא מצוה ללמוד ולעיין בכל מחשבותיו של הקב"ה, שהם

למעלה מן הטבע, וכמו שהקב"ה הוא בלי גבול, כן תורתו היא בלי גבול, ארוכה מארץ מדה ורחבה מני ים, משום שהוא ותורתו שוים. הקב"ה הוא התודעה ללא גבול, והתורה היא מחשבותיו, וכמו שכתב הרמב"ם פ"ב יסודי התורה הל"י וז"ל: הוא היודע והוא הידוע והוא הדעה עצמה הכל אחד וכו' עכ"ל, יעו"ש. וזהו יסוד מה שאומרים ישראל ואורייתא וקודשא בריך הוא חד הוא, המבואר בדברי הזהר (ויקרא עג). כאשר הביא את האיסור ללמד תורה לאומות העולם, ג' דרגין אינון מתקשרין דא בדא קודשא בריך הוא אורייתא וישראל, יעו"ש.

ומה שישראל הם חלק משלש דרגות אלו, הוא מטעם שמחשבותיו של הקב"ה, חוץ מאלו המתגלים על ידי טבע הבריאה, הם מקומות מוסתרים שאין כניסה להם בלתי לישראל לבדם, ואחרים אסור להם לדרוך שם, וכנ"ל בזוהר הקדוש, לנו בני ישראל לא הוגבלה חקירתנו במחשבותיו אלא כפי מזער כח כשרוננו והיקף מוחנו, אבל לשאר האומות לא הורשה ליכנס מאחורי הפרגוד ולגלות מסתוריו שלא נתגלו בטבע הבריאה, ובוזה מיוחדים אנו בדעה אחת עם הדעה האלקית.

התורה שניתנה לנו מסיני, הן תורה שבכתב והן תורה שבעל פה, כוללת ומראה לנו בדרך נסתר את מחשבותיו הפנימיות של הקב"ה, וכאשר אנו לומדים תורתו הקדושה, בהשתמשות בכלים הנגלים או הנסתרים, אנו תרים אחרי המחשבות האלו, ולכן כאשר האדם מציע חידושים וביאורים, אינו אלא מגלה צפונות ולא מחדש כלום. האדם מאיר את המקומות, אשר עד אז היו עמומים בעיניו, ומעתה הרי הם גלויים על כל גוון צבעיה וקויה, ובמסירת הידיעות הבהירות האלו לדור הבא, אשר הם תרים יותר ומפענחים נעלמים חדשים, החובה לדעת שכל האפיקים האלו היו כבר במחשבתו יתברך. ובגמרא (מנחות כט:) מבואר שמשה רבינו לא היה יכול להבין את דברי רבי עקיבא ונצטער בזה, עד ששמע שכל הדברים הם הלכה למשה מסיני ונתנחם, יעו"ש, הפך בה והפך בה דכולא בה. וזוהי כונת הירושלמי (פאה א, ו) שכל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש נאמרה למשה מסיני, יעו"ש.

כשנחלקו האמוראים בגמרא, והראשון מחייב והשני פוטר, או שהאחד מתיר והשני אוסר, שניהם הם מושגים אמיתיים וקיימים ביחד במחשבתו של הקב"ה, אלו ואלו דברי אלקים חיים. אמנם ההלכה למעשה אינו כן, שההחלטה מה לעשות בפועל מוגדרת היא בחוקים אחרים שנאמרו בעיני הלכה למעשה.

ויש לבאר בזה דברי הגמרא בגיטין (דף ו: ו) ותזנה עליו פילגשו רבי אביתר אמר זבוב מצא לה רבי יונתן אמר נימא מצא לה ואשכחיה רבי אביתר לאליהו אמר ליה מאי קא עביד הקב"ה אמר ליה עסיק בפילגש בגבעה ומאי קאמר אמר ליה אביתר בני כך הוא אומר יונתן בני כך הוא אומר אמר ליה חס ושלום ומי איכא ספיקא קמי שמיא אמר ליה אלו ואלו דברי אלהים חיים הן זבוב מצא ולא הקפיד נימא מצא והקפיד, יעו"ש.

במחלוקת זו שהיא במציאות הדברים לא היה אפשר לומר אלו ואלו דברי אלקים חיים באופן ששניהם יהיו אמיתיים, שהרי רק דבר אחד משניהם קרה למעשה, ולכן נתן הגמרא לב לתרץ את הסתירה, דלכאורה שאחד מהם לא נתכוין לאמיתת הדברים, ולכן משני הגמרא מה שתירץ ששניהם מצא. הן אמת שמהלכי המחשבה שהביאו את האמוראים או התנאים לחדש את חידושם היו שניהם נקראים בשם תורה, וחייב לברך עליהם ברכת התורה לפני הלימוד בהם, אבל המסקנא במציאות הדברים היתה מוטעית עד שזכינו ליישב את שתיהם, וכמו שעשתה הגמרא שם בגיטין, אמנם במושגים בהלכה אין שום צורך ליישב המחלוקת ושתי הדעות ההפכיות כדי לומר בהם הך כללא דאלו ואלו דברי אלקים חיים, ששניהם קיימים הם במחשבותיו של הקב"ה.

הדברים האלו הם דברים עמוקים הנידונים באריכות בספרים הקדושים, והריני נוגע בהם בקצרה לבאר איך תלמוד תורה מביא לידי השגת ה', ומקיימת את תכליתנו בעולם. ואין דרך אחר מסוגל יותר להשיג את הבורא יתברך בלתי אם נתור אחרי מחשבותיו ללא להגביל את עצמינו, ללכת אחריהם עד המקום שהם יביאו אותנו ועד מקום שידינו מגעת, והוא האופן הכי מעולה להתקרב אליו ולאהוב אותו יתברך, שכאשר האדם מתעמק בתורה ואוהב אותה הרי הוא אוהב את בוראו, שהוא ותורתו אחד הם.

הספר הזה הוא התוצאה של שנות חקירתי אחרי מחשבותיו של הקב"ה בעניני שעבודים, וכמו שנתבארו ונתבהרו לנו על ידי התנאים אמוראים גאונים ראשונים וגדולי האחרונים, והריני עומד בכפיפות חיל לפניו ולפניהם, ותפלתי ותקותי שהמושגים והביאורים שלי הוסיפו קצת להארת הדברים.



הוצאות הכנת ספר כזה לדפוס הן גבוהות כמובן, ונסמכתי על מעות קדימה של קרובי וידידי התומכים בעבודתי במשך כל השנים, וברצוני להביע את הכרתי בטובתם ותודתי אליהם עבור התנדבותם. הראשון שנתן לי מעות קדימה, כאשר סיפרתי לו על עבודתי בספר זה לפני הרבה זמן, הוא האדמו"ר מסקווירא שליט"א. זקני הרב חיים אייזיק ז"ל היה מחסידיו של אביו של האדמו"ר ושל זקנו באוקראינה, והריני מרגיש קירבה לו, על אף שאינני נפגש אתו כמו שהייתי רוצה. אודה גם לידידי הרה"ח ר' חנניה גולדנברג שליט"א אשר בתרומתו החשובה התחילה הכנת הספר. אזכיר גם בזה את התמיכה בטוב לבב של הרה"ג רב משה פרץ הכהן שווארץ שליט"א, רב דבית המדרש קול אריה, שם קבעתי לי מקום תפלה, ולעתים קרובים הריני קובע גם חלק מלימודי שם. הרב משה פרץ הוא ידיד טוב ואיש נפלא, מהאנשים הכי טובים שפגשתי בחיי, ולכבוד הוא לי להזכיר את שמו בספרי.

ואוסיף בזה הבעת תודתי מעומק הלב לידידי הטוב הרה"ג רב יוסף אריה הכהן שווארץ שליט"א ראש מכון ממלכת כהנים, אשר הכיר במעלת הספר והסכים להדפיסו לצד שאר עבודתו הכבירה. הרב יוסף אריה מפורסם כגאון עצום דנחית לעומקא דדינא, וידיו רב לו בהוצאת ספרים לאור בהשכל ובדעת, וכבר זכה להוציא לאור כמה ספרים חשובים, ומה שספרי זכה להסכמתו, לא דבר קטן הוא בעיני.

ואודה גם לבני משפחתי וליוצאי חלצי על תמיכתם:

בתי מרת דבורה תחי' ובעלה ר' צבי יהודה פאלצמאן נ"י, בנם ר' שמואל נ"י ואשתו מרת אביגיל בת ר' אריה גרינעם נ"י מבית שמש וכו' פערל תחי', בנם ישכר דוב נ"י, בתם מרת בת שבע יענטא תחי' ובעלה ר' אליהו טרייטל נ"י, בתם בלימה תחי', בתם רייזל תחי', ובתם חנה שרה תחי'.

בני ר' חיים נ"י ואשתו מרת חנה רבקה תחי' בת ר' בן ציון הכהן נ"י מבלטימר, בנם שלום מרדכי נ"י, בנם שמואל אהרן נ"י, בנם ברוך אליעזר נ"י, בתם פרומא גיטל תחי', ובנם עזריאל נ"י.

בני ר' ישכר בער נ"י ואשתו מרת שרה רחל תחי' בת הרב יחיאל קויפמאן נ"י רב דקהל אנשי ספרד בבארא פארק, בנם ברוך נ"י, בתם מלכה תחי', בנם עזריאל נ"י, בנם דוד נ"י, בנם אריה לייב נ"י, בנם לוי יצחק נ"י, בנם אלימלך נ"י, ובתם רייזל תחי'.

בני ר' שלום מרדכי נ"י ואשתו מרת ברכה זעלדא תחי' בת ר' בן ציון ישעיה שטרן נ"י מבארא פארק, בנם מנחם דוב נ"י, ובנם עזריאל נ"י.

ואברך בזה את כל בני ובנותי, חתני וכלותי, נכדי ונכדותי, שיזכו למילוי כל משאלות לבם, לראות עולמיהם בחייהם בשלימות בסיפוק הנפש ובשמחה, ונהיה כולנו תפארת אבותינו וזקנינו ואשתי ע"ה וכפי עבודתם אשר השקיעו בנו מתוך שמחה ובנפש חפצה.

כן אזכיר לשבח את בני משפחתי: אחותי הרבנית שרה פייגא בולקא תחי', אחי ר' שלום זאב נ"י ואשתו מרת מרים תחי', אחותי מרת צביה תחי' ובעלה ר' משולם פייביש הכהן כהנא נ"י, אחי ר' ישראל נ"י ואשתו מרת פערל תחי', בני דודי מרת דבורה תחי' ובעלה ר' דוד יקותיאל הלוי סגל נ"י, ר' פנחס שפירא נ"י ואשתו מרת חיה איטא תחי', מרת שולמית תחי' ובעלה ר' יהושע דים נ"י, מרת גיטל תחי' ובעלה ר' יהושע גולדשמידט נ"י, ומרת יוכבד תחי' ובעלה ר' אשר לעמל מעהל נ"י. יתברכו מן השמים הם ומשפחותיהם בכל משאלות לבם לטובה, ואך טוב ואושר יהיו מנת חלקיהם, להם ולכל יוצאי חלציהם.

ואזכיר גם את חברי אהובי שהשתתפו ביד רחבה לפי סדר אלפא ביתא: ר' אביגדור בלעך נ"י, ר' אהרן קוטלר נ"י, ר' אהרן זאב הכהן קאהן נ"י, ר' אלכסנדר חיים הלוי מארקאוויטש נ"י, ר' אלעזר פאלמאן נ"י, ר' גדליה וויינברגר נ"י, ר' דוד זינס נ"י, ר' דניאל משערמאק נ"י, ר' הרשל הרשקאוויץ נ"י, ר' חנה חיים לבוביץ נ"י, ר' חנניה פמרניץ נ"י, ר' יוסף דויטש נ"י, ר' יעקב ניסן ברטרם נ"י, ר' יעקב הלפרין נ"י, ר' יעקב יודאוויץ נ"י, ר' יצחק שווארץ נ"י, ר' מאיר דנציגר נ"י, ר' משה מענדלאוויץ נ"י, ר' משה סמויט נ"י, ר' נפתלי הרץ שטרן נ"י, ר' שלמה חיים קנריק נ"י, ר' שמואל ורדיגר נ"י. יעמוד להם זכות מה שבאו לעזרתי להתברך בכל הברכות הכתובות על תומכי התורה וכותבי ספרי תורה, להיות דבוק לאילן החיים כל ימי חייהם, אותם וכל משפחתם כפי אוות נפשם.

ואודה בזה כל אלו אשר עזרו ועמדו לידי בהכנת הספר, ה"ה הרב הגאון ר' אברהם לאווענשטיין שליט"א, ראש העורכים במכון ממלכת כהנים והוא עצמו תלמיד חכם מופלג, אשר עמד על מלאכת בית ה' בהשכל ודעת וחקן. אודה גם להרב אלעזר אפטר נ"י, הרב משה רייד נ"י, הרב שמואל אהרן זינגר נ"י והרב שמעון גומבו נ"י שהוסיפו בסגנון הדברים ועריכת הכתבים בספר, בהקדמה ובציונים.

ואפיים בתפלה מעומק הלב, שיברך ה' את כל הנזכרים כאן בכל מילי דמיטב, וכשם שזיכני בוראי להגיע עד הלום, כן יתן בידי שנות חיים והרחבת הדעת להשיג את כל מבוקשי, לגמור את סדרת השופרא ושאר המטרות שהצבתי לי, מתוך נחת ובריאות ואושר, עד ביאת גואל צדק במהרה בימינו אמן.

יעקב יוסף ריינמאן

בלאאמו"ר הגרא"ל זצ"ל

ר"ח תמוז תשע"ה

ליקוואוד, נ. דז'.



שׁוּפְרָא

דִּשְׁעֲבוּדָא

מבוא השערים

שער א: בענין שעבוד נכסים במלואה בשטר

ובו 5"ה פרקים

על השטר מוציאים קול וכתב נמי שהקול יוצא על ידי שמתאספים לכתוב שטר.

פרק י: [נבא בתרא קעו.] בו יתיישבו דברי הרי"ף שכתב דרב פפא ס"ל שעבודא דאורייתא והא דקאמר מלוה על פה גובה מן היוורשים כדי שלא תנעול דלת בפני לוינ כונתו דאוקמוה רבנן אדאורייתא.

פרק יא: [נבא בתרא קעו.] בו יבואר המחלוקת בין הרי"ף ורבינו האי גאון למאן דאמר שעבודא דאורייתא אם מלוה על פה מוקדם קודם בגביתו למלוה בשטר המאוחר לו לגבות מנכסים בני חורין.

פרק יב: [נבא בתרא קעו.] בו יבורר שיטת הרא"ש להלכה לענין שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא שהעתיק דברי הרי"ף שפסק כמאן דאמר שעבודא דאורייתא ובמקום אחר משמע דפסק דלאו דאורייתא.

פרק יג: [קדושין יג:] בו יבוארו דברי רש"י דאפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אם כתב לו נכסי אחרת לך נשתעבדו נכסיו, ויבואר למה לא אמרינן אחריות טעות סופר אם לא כתב כן.

פרק יד: [נבא בתרא קעו.] בו יבואר הא דמיבעיא בגמרא בהוזק כתב ידו בבית דין אם גובה מנכסים משועבדים, ומחלק משטר שאין בו עדים ומסרו בפני עדים דשאני התם דמשעת כתיבה שעבד נפשיה.

פרק טו: [נבא בתרא קעו.] בו יבוארו דברי הרשב"ם דהבעיא אם הוזק כתב ידו בבית דין גובה מנכסים משועבדים או לא אזלא למאן דאמר אחריות טעות סופר ומיירי שלא כתב לו אחריות נכסים בפירושו.

פרק טז: [פסחים 5:] בו יבוארו דברי רש"י דהא דבעל חוב גובה מנכסים משועבדים הוא משום דממושכנים למלוה ואין מכירתו מכירה ואין הקדשו הקדש והחילוק בין קדושת דמים לקדושת הגוף.

פרק יז: [פסחים 5:] בו יבואר למה הוצרך רש"י לפרש דכיון דהנכסים ממושכנים למלוה אין מכירתם מכירה ואין הקדשם הקדש ולא קאמר בפשיטות דגובה מדין נכסי דאיניש אינון מערבין יתיה.

פרק א: [נבא בתרא קעה.] בו יבואר שיטת הרשב"ם דמאן דאמר שעבודא דאורייתא יליף לה ממשכון ומאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא מוקים לקרא דמשכון במשכנו שלא בשעת הלואה.

פרק ב: [נבא בתרא קעה:] בו יבואר דברי הרגמ"ה דמאן דאמר שעבודא דאורייתא יליף לה מקרא דעבד ליה לאיש מלוה, ואע"ג דהך קרא אינו בתורה אלא בכתובים ודברי תורה מדברי קבלה לא ילפינן.

פרק ג: [נבא בתרא קעה:] בו יבואר הא דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא אינו גובה ממשעבדי במלוה על פה משום פסידא דלקוחות ולמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אינו גובה משום דלית ליה קלא.

פרק ד: [נבא בתרא קעה:] בו יבואר הא דמדייק בגמרא דרבה ס"ל שעבודא דאורייתא מהא דאמר יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בכור נוטל פי שנים דהוה לה מוחזקת ביד אביהם.

פרק ה: [נבא בתרא קעה:] בו יבוארו דברי הרמב"ן דאפילו למאן דאמר שעבודא דאורייתא אם אין עדים מעידים לפנינו שהלוהו אין כפירת הלוה נחשבת כפירת שעבוד קרקעות.

פרק ו: [גיטין ג.] בו ידון במה שהוכיחו התוס' דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא מהא דאמר שטר חוב היוצא על היתומים גובה מן הזיבורית משום דבעל חוב מדאורייתא דינו בזיבורית.

פרק ז: [גיטין ג:] בו יבוארו דברי רש"י בצד האיבעיא דקצובים אע"פ שאינם כתובים דמלוה על פה שהיא קצובה גובה מנכסים משועבדים, ואע"ג דמשנה מפורשת היא דאינו גובה ממשועבדים.

פרק ח: [נבא מציעא ד:] בו יבוארו דברי התוס' שהקשו למאן דאמר שעבודא דאורייתא היכי משכחת דמודה במקצת הטענה נשבע והלא כפר קרקע ואין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות.

פרק ט: [נבא בתרא מא:] בו יבוארו דברי הרשב"ם דבשטר מכירה גובה ממשועבדים דעדים החתומים

פרק כז: [בכא מצינא יד.] בו יוכיח דמה שכתבו התוס' דהמוכר שדה לחבירו ונמצאת גזולה גובה ממשועבדים אפילו אם לא כתב לו אחריות אזלי בזה לשיטתייהו בדין המוכר ונמצא מקחו מקח טעות.

פרק כח: [בכא בתרא ק"ח.] בו יבוארו דברי הרשב"ם דבעל חוב גובה ממתנת שכיב מרע הואיל ורבנן שוויה כירושה ולמה הוצרך לכך, והלא בעל חוב גובה ממתנת בריא אע"ג דלא הוי כירושה.

פרק כט: [רמב"ם פ"א חגיגה ה"י] בו יתיישב סתירת דברי הרמב"ם שפסק דיולדת נשתעבדו נכסיה ואם מתה יורשיה חייבים להפריש עולתה ואילו בעולת ראייה פסק שהיורשים חייבים רק כשהאב הפריש.

פרק ל: [ירושלמי חגיגה פ"א ה"א] בו יבוארו דברי הירושלמי דפלוגתא דהפריש עולת ראייה ומת אם חייבים יורשים להביאה תליא בפלוגתא ביולדת, ואע"פ דהתם לכולי עלמא אם הפרישה ומתה חייבים להביא.

פרק לא: [רמב"ם פ"א שקלים ה"ט] בו יתיישב קושית האחרונים על הרמב"ם שכתב דכל שלא נתן מחצית השקל ממשכנים אותו ולוקחים עבטו ולא כתב דאם מכר קרקעות גובים מן הלקוחות.

פרק לב: [כתובות פז:] בו יבוארו דברי רש"י דאם פרע כתובתה שתי פעמים על ידי עד אחד יכול לתבוע שתחזיר מעותיו ולהשביעה על ידי העד, ולא הוי כפירת שעבוד קרקעות דלאו מכח כתובה תובעה.

פרק לג: [גיטין ה.] בו יבוארו דברי רש"י דהמלוה את הכהן להיות מפריש עליו מחלקו צריך שיפסוק דמים בשעת הלואה, ויבואר נמי מה שכתב דכדי לקיים מצות נתינה בעינן אתי ליד כהן.

פרק לד: [גיטין ו.] בו יתיישב סתירת דברי רש"י שכתב דצריך ליטול רשות מן היורשים וכתב נמי דירשו קרקע מוטלת עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, ויבואר למה לא פירש מצד שעבודא דאורייתא.

פרק לה: [גיטין ז.] בו יבואר מה שכתב רש"י דאם הניח מלא מחט קרקע גובה מלא קרדום של חוב לפי שהוא יכול לטרון ולחזור ולטרון כל שעה, ואע"ג דיכול לסלק המלוה מן השעבוד ולעכב גביתו.

פרק יח: [בכא בתרא קכד.] בו יבוארו דברי הרשב"ם דמעות הנגבות במלוה בשטר נחשבות שבח של השטר ונחלקו רבי ורבנן אם בכור נוטל פי שנים בשבח, ויוכיח דלרבנן נוטל פי שנים אם חלקו בשטרות.

פרק יט: [בכא בתרא קכד:] בו יבוארו דברי הרשב"ם דבכור נוטל פי שנים במעות שנגבו במלוה בשטר דהוה להו מוחזק ולא ראוי דמדמינן ליה למלוה שיש עליו משכון דנחשבת מוחזק ולא ראוי.

פרק כ: [בכא בתרא קכד:] בו יבא קושית התוס' דלמה אמרינן דקנס משמט משעת העמדה בדין, והלא משעמד בדין גבי ממשעבדי והוי כשטר שיש בו אחריות, ויבואר תירוץ דאלים טפי כשמפורש שיעבוד.

פרק כא: [בכא בתרא קכד:] בו יבוארו דברי הרשב"ם דרב נחמן דאית ליה גבו מעות יש לו גבו קרקע אין לו טעמא דידיה משום דזווי יהיב זווי שקיל וזה לא שייך אלא במלוה ולא ברבית.

פרק כב: [בכא בתרא קכד:] בו יבואר סברת רב נחמן דאית ליה גבו מעות יש לו ובכור נוטל בהן פי שנים, וטעמא משום דאמרינן זווי יהיב זווי שקיל והוה ליה מוחזק, ואע"ג דבשאר מטלטלין לא אמרינן הכי.

פרק כג: [בכא בתרא קכד:] בו יבוארו דברי הרשב"ם בקושית אב"י לרבה דאית ליה גבו קרקע יש לו גבו מעות אין לו והלא לאו האי קרקע שביק אבוהון ובארו הרשב"ם דאי בעי לוח הוה מסלק ליה בזווי.

פרק כד: [בכא בתרא קמז:] בו יבואר מחלוקת הראשונים בטעמא דמוכר שטר ומחלו מחול אם היא משום דמכירת שטרות מדרבנן או משום דאינו יכול למכור אלא השעבוד נכסים אבל לא השעבוד הגוף.

פרק כה: [רמב"ם פ"י מכירה ה"י] בו יבואר שיטת הראב"ד דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול משום דמכירת שטרות מהני מדין הרשאה, וכשמחלו אומר הלוח ללוקח לאו בעל דברים דידי את.

פרק כז: [בכא מצינא יד.] בו יבואר הא דבשטרי הלואה אמרינן אחריות טעות סופר, ואפילו אם לא כתב ככתוב דמי, אבל לא בשטרי מקח משום דעביד איניש דזבין ארעא לחד יומא.

שער ב: בענין פריעת בעל חוב מצוה

ובו י"ח פרקים

פרק י: [בבא בתרא קנז.] בו ידון במה שכתבו התוס' דליכא מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אלא כשירשו אחריות נכסים אם כונתם שירשו קרקע משועבדת או אפילו קרקע שאינה משועבדת.

פרק יא: [בבא בתרא קעד.] בו יובאו דברי הרשב"ם דמאן דחייש לצררי אתפסיה ס"ל דיתמי בני מיעבד מצוה ניהו, ויוכיח דמאן דאית ליה פריעת בעל חוב מצוה אית ליה נמי דשעבודא דאורייתא.

פרק יב: [בבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הרשב"ם דלכולי עלמא פריעת בעל חוב מצוה והא דאמר רב הונא בריה דרב יהושע דאין נזקקים משום חשש צררי משום דקטנים נמי בני מיעבד מצוה ניהו.

פרק יג: [בבא בתרא קעד.] בו ידון בהנך שיטות דמאן דאמר פריעת בעל חוב מצוה ס"ל שעבודא לאו דאורייתא וליכא אלא מצוה למה לא אמרין דספק מלוה חייב לשלם הואיל וספיקא דאורייתא לחומרא.

פרק יד: [בבא בתרא קעד:] בו יבוארו דברי הרשב"ם דרב פפא דאמר יתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה ניהו אינו במלוה בשטר ויחולק בין שטר שיצא על היתומים עצמם לבין שטר שיצא על אביהם.

פרק טו: [מכות ז.] בו יובא מחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע לענין עדים קרובים לערב שהעידו על הלוה, ויבואר דלמקצת ראשונים יש לומר דאזלי לשיטתייהו לענין פריעת בעל חוב מצוה.

פרק טז: [ערכין כב.] בו יחולק בין הא דאין נזקקים לנכסי יתומים קטנים הואיל ופריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה ניהו להא דמשכון של גר ביד ישראל ומת הגר קנה הישראל מיד.

פרק יז: [ערכין כב.] בו יבואר הא דרב הונא בריה דרב יהושע חושש לצררי אתפסיה דהיינו שאביהם נתן לבעל חובו משכון ואינו חושש שאביהם פרע חובו, ואע"ג דמבואר בגמרא דפרעון שכיח טפי.

פרק יח: [בבא קמא לה:] בו יובאו דברי הרמב"ם דטענו חטים והודה בשעורים פטור אף מדמי שעורים שהרי אומר אין לי בידך שעורים, ויוכיח דאין כונתו להודאת בעל דין, ויבואר למה תפסה מועילה לו.

פרק א: [כתובות פו.] בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' אם מצות פריעת בעל חוב ילפינן מהן שלך צדק או מיוציא אליך את העבוט, ויוכיח דאזלי בזה לשיטתייהו במחלוקתם בענין מצוה על היתומים.

פרק ב: [כתובות פו.] בו יובא הא דפריך לרב פפא דאמר פריעת בעל חוב מצוה אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי ומשני דכופים על המצות, ויבואר למה צריך כפיה ולא סגי בגביה מחמת השעבוד.

פרק ג: [כתובות פו.] בו יבוארו דברי התוס' בתירוצם השני למאן דאמר פריעת בעל חוב מצוה דהא דאמרין נזקקים לנכסי יתומים גדולים מיירי דלא אמרו לא ניחא לנו למיעבד מצוה.

פרק ד: [כתובות פו.] בו יובא מחלוקת הראשונים אם יש מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם היכא דירשו מטלטלין ולא קרקעות, וידון אם מגיעת קלון האב נחשבת מצוה שמתן שכרה בצדה.

פרק ה: [כתובות פט:] בו יבואר הא דאלמנה גובה מיתומים ולא חיישינן שגירשה סמוך למיתה ונתן לה כתובתה דהיה לו לדרוש שובר ממנה ואיהו דאפסיד אנפשיה, ואע"ג דהיתומים לא פשעו כלל.

פרק ו: [כתובות צא:] בו יובאו דברי רש"י דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם משום כיבוד אב, ויבואר הא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום דלאו בני מצוה ניהו, ואע"ג דאינו דין ממוני.

פרק ז: [בבא בתרא קנז.] בו יוכיח דשיטת הרשב"ם היא דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אינה רק בכנים שירשו אביהם אלא גם כל שאר יורשים מצוה עליהם לפרוע חוב המוריש מנכסים שירשו.

פרק ח: [בבא בתרא קנז:] בו יבוארו דברי הרגמ"ה דבמקום שלא ירשו היתומים אחריות נכסים אין עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, ויבואר למה בקטינא דארעא פרעו היתומים יותר ממה שירשו.

פרק ט: [רמב"ם פ"א מ"ה ו"ה הל"ח] בו יבואר שיטת הרמב"ם דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ממטלטלין שירשו אבל אין כופין אותם על כך, ויוכיח דהרשב"א דס"ל כופין אזיל בשיטת רב נחמן.

שער ג: בענין מלוא הכתובה בתורה

ובו י' פרקים

החמש סלעים מן אחים שחלקו, דאע"ג דהאחים שחלקו הם מחצה יורשים ומחצה לקוחות.

פרק ו: [בכורות מה.] בו יבואר מחלוקת רבי ירמיה ורבא במי שבכרה אשתו וילדה שני זכרים ומת בתוך שלשים יום קודם שנשתעבדו נכסיו אם הכהן גובה מירושה המשותפת שלהם בטענת ממה נפשך.

פרק ז: [בכורות מה.] בו ידון אם גביה משדה המשותפת מדין ממה נפשך הוי בתורת ודאי או ספק, ויבואר למה הרמב"ם השמיט דינא דשני יוסף בן שמעון שלקחו שדה בשותפות בעל חוב גובה מהם.

פרק ח: [בכורות מה.] בו יבואר הא דאמר רבא דרבי מאיר ורבי יהודה נחלקו אם דרשינן חמש סלעים ולא חצי חמש או חמש ואפילו חצי חמש, ויבואר למה הרמב"ם לא הזכיר דין חצי חמש כלל.

פרק ט: [בכורות מה:] בו יבוארו דברי רש"י דרבי יהודה ס"ל מת האב נשתעבדו הנכסים לחמש סלעים של פדיון הבן, ואע"ג דאחים שחלקו כלקוחות הם, משום דס"ל מלוה על פה גובה מן הלקוחות.

פרק י: [בכורות מה:] בו יבואר מהו החידוש נוסף בהא דשני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקח אחד מהם שדה מחבירו בעל חוב גובה ממנו, ואע"ג דכבר ידעינן מרבי מאיר דגובים בטענת ממה נפשך.

פרק א: [קדושין יג:] בו יבואר הא דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא להנך שיטות דמן התורה ליכא ענין של שעבוד כלל ואפילו אם כתב לו אחריות בפירושו.

פרק ב: [קדושין כט.] בו יבואו דברי רש"י בהא דאם יש לו חמש משועבדים וחמש בני חורין פודה את בנו וכהן טורף ממשועבדים דהיינו שמכורים ללקוחות, ויבואר למה הטור והמחבר נטו מפירושו זה.

פרק ג: [רמב"ם פ"א בכורים ה"ג:] בו יבואו דברי הרמב"ם שהוא לפדות ובנו לפדות יפדה עצמו תחלה, ומבואר בגמרא דמירי דאית ליה חמש משועבדין וחמש בני חורין, ויבואר למה הרמב"ם השמיט אוקימתא זו.

פרק ד: [טור יורה דעה סי' ש"ה סעי' ט"ז] בו יבואר קושית הפרישה על שיטת רבינו האי גאון דמלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר, ויבואר תירוצו דאף דשעבודא דאורייתא שטר שכתוב בו שעבוד קודם בכני חורין.

פרק ה: [בכורות מה.] בו יבואר הא דלמאן דאמר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי גובה כל

שער ד: בענין קרקעות ומטלטלין

ובו כ"ג פרקים

פרק ד: [בבא קמא יא:] בו יבואר הא דסלקא דעתין דלמאן דאמר עבדי כמקרקעי דמו יש חידוש נוסף בהא דגובים מן עבדים שירשו יתומים מן הלוה מהא דגובים מעבדים שמכר הלוה ללקוחות.

פרק ה: [בבא קמא יא:] בו יבואר דמחלוקת אם עבדים כקרקעות או כמטלטלין לענין גבית בעל חוב מן היתומים הוא בגדר לא פלוג רבנן, ויבואר דהא דעבדים הוקשו לקרקע אינו תלוי במחלוקת זה.

פרק ו: [בבא קמא יא:] בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' אם גובים ממטלטלין שעשאן אפותיקי ואית להו קלא רק מלקוחות או אף מיתומים, ויבוארו דברי התוס' דאם גובים מלקוחות גובים מיתומים.

פרק א: [פסחים לא.] בו יבוארו דברי רש"י דאין בעל חוב דלוה שמת גובה מעות ממי שחייב ללוה דהחוב הוא מטלטלין ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי וגם המעות לא נשתעבדו שלא היו בעין.

פרק ב: [בבא קמא קג:] בו יבואר דלפעמים בבא לצאת ידי שמים יש חיוב גמור לצאת ידי שמים ולפעמים אין זה אלא מדת חסידות, ויבואר הספק אם נמחל שעבוד השטר כשחזר ולקח מעות הפרעון.

פרק ג: [בתובות פד.] בו יבוארו דברי רבי טרפון שאמר שמי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשין והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים ינתנו לבעל חוב או לכתובה, ואע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי.

פרק ז: [בבא בתרא מד:] בו יבואר שיטת הרשב"ם דאינו צריך לכתוב בשטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסא דשטרי אלא כשמשעבד מטלטלין אגב קרקע ושיטת התוס' שצידדו דגם בקרקעות צריך לכתוב כן.

פרק יז: [בבא בתרא קעד.] בו יבואר דברי הרשב"ם דבזמן הזה דלא שכיחי קרקעות גובים ממטלטלי דיתמי, ויוכיח דלא ס"ל כדברי הרמב"ם דלא נשתעבדו המטלטלין אלא כשהלוה ידע מתקנת הגאונים.

פרק יח: [רמב"ם פט"ז אישות הל"ה] בו יבואר דברי הרמב"ם דחכמים תקנו דאין אלמנה גובה כתובתה אלא מן קרקע הבעל דמטלטלין לא משתעבדי לכתובה, ויבואר למה גובה ממעות ואע"ג דממון הוא מטלטלין.

פרק יט: [רמב"ם פ"א מ"ה ו"ה הל"ז] בו יבואר דברי הרמב"ם דמן התורה חל שעבוד על מטלטלין וכתב נמי דמטלטלין דיתמי אין עליהם שעבוד מן התורה, ויחולק בין מטלטלי דיתמי למלוה על פה דגובה מיתמי.

פרק כ: [רמב"ם פ"א מ"ה ו"ה הל"א] בו יבואר דברי הרמב"ם דאחר שתיקנו הגאונים דגובים מטלטלין, ובמנהג מערב כותבים כן בתוך השטר, גובים מטלטלין מיתמי אבל לא מלקוחות אם לא שעבדם אגב קרקע.

פרק כא: [רמב"ם פ"ה מ"ה ו"ה הל"ב] בו יבואר שיטת הרמב"ם דכדי לשעבד מטלטלין צריך לשעבד כל מטלטליו אגב קרקע ומהני מדין תנאי בדבר שבממון, ויבואר למה צריך לשעבד כל מטלטליו אם שעבדם בקנין גמור.

פרק כב: [רמב"ם פט"ז אישות הל"ה] בו יבואר דברי הרמב"ם דבעל שהודה במקצת כתובה נשבע שבועת התורה, ויבואר דברי המגיד משנה דלא הוי כפירת שעבוד קרקעות כיון דלאחר התקנה גובה גם מן המטלטלין.

פרק כג: [שבועות מז.] בו יתישב למה איצטריך למילף שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים הא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי וליכא גביה, ואם ירשו קרקע אין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות.

פרק ז: [בבא קמא יא:] בו יבואר דברי התוס' דלא פלוג רבנן וכל היכא דגובה מלקוחות גובה נמי מיתומים, ויבואר מה שכתבו דבמלוה על פה שלא חש לעשות שטר ליכא נעילת דלת אם אינו גובה מיתומים.

פרק ח: [בבא קמא יד:] בו יבואר הא דסלקא דעתין דאם אין למזיק כסף אלא מטלטלין שהניזק גובה מקרקעות דמזיק ולא אמרינן דמיניה דידיה אפילו מעל גלימא דעל כתפיה כדאמרינן בכמה מקומות.

פרק ט: [בבא קמא יד:] בו יבואר דברי רש"י דאין הניזק גובה ממטלטלי דיתמי דאיכא למימר לאחר מיתת אביהם קנאום ובמקומות אחרים כתב דלא סמיך דעתיה הואיל ויכולים להבריחם.

פרק י: [בבא קמא טז:] בו יבואר דברי רש"י דאין בעל חוב גובה ממטלטלין מפני שאינו סומך עליהן הואיל ויכול להצניען ולאבדן, ויוכיח דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא יש שעבוד במטלטלין ביד הלוה.

פרק יא: [בבא קמא טז.] בו יבואר דברי רש"י דטעמא דאין מעמידים אפוטרופוס לתם לגבות מגופו משום דהשור הוא מטלטלין ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ואע"ג דדין זה נאמר בבעל חוב דאביהם.

פרק יב: [בבא בתרא מד.] בו יבואר מחלוקת הראשונים בהא דיכול לשעבד מטלטלין אגב קרקע אם היינו מדין שעבוד נכסים או מדין קנין גמור על ידי תנאי בדבר שבממון ואם בעינן שישעבד לו כל מטלטליו.

פרק יג: [בבא בתרא מד:] בו יבואר דברי הרשב"ם בהא דיכול לשעבד מטלטלין אגב קרקעות, ויוכיח מדבריו דהא דמטלטלין נקנין אגב קרקעות הוא דין בהחלות קנין ולא בהמעשה קנין.

פרק יד: [בבא בתרא מד:] בו יבואר דברי הנמוקי יוסף דסלקא דעתין שאם שעבד מטלטלין שעתיד לקנות אגב קרקע שבידו נשתעבדו המטלטלין אף אם בשעה שבאו לידו כבר מכר אותה הקרקע.

פרק טז: [בבא בתרא מד:] בו יבואר דברי הרמב"ם דבין אם הקנה לו שעבוד על מטלטלין בקנין סודר ובין אם הקנה לו המטלטלין בקנין גמור על התנאי לא אהנו לו מעשיו דהוה ליה אסמכתא ולא קניא.

שער ה: בענין אפותיקי סתם ומפורש

ובו י"ג פרקים

נכסים שהרי תיקנו לה חכמים שעבוד מתנאי כתובה ומשום שייחד לה שדה לא הורע כחה.

פרק ח: [גיטין מא.] בו יבואר שיטת הרמב"ם דאם עשה שדהו אפותיקי לבעל חובו אינו יכול למכרו ממכר עולם, ודין זה נמצא בירושלמי אבל רק לגבי נכסי צאן ברזל וכתובת אשה.

פרק ט: [רמב"ם פ"ח מ"ה ול"ה הל"ג] בו יבוארו דברי הרמב"ם דאחר שהביא דין אפותיקי מפורש דאמר ליה אין לך פרעון אלא מזו כתב דאם ליה ופירש שאין לו אחריות עליו הרי זה אינו גובה מן המשועבדים לעולם.

פרק י: [רמב"ם פ"ח מ"ה ול"ה הל"ד] בו יבואר דהא דנחלקו הרמב"ם והר"ן אם לוקח דוחה בעל אפותיקי סתם ללקוחות מאוחרים אזלי לשיטתייהו בהא דנחלקו אם ליה יכול לדחותו משדה לשדה.

פרק יא: [רמב"ם פ"ח מ"ה ול"ה הל"ד] בו יבואר דמה שכתב הרמב"ם דעשה שדהו אפותיקי סתם לבעל חוב ומכרה ממכר עולם אינה מכורה אין זה מעיקר דיני אפותיקי אלא הוא רק הסכסם שלא ירחק שעבודו.

פרק יב: [בבא מציעא פה:] בו יבואר מחלוקת רש"י והרא"ש בהלוה על שדהו ואמר אם לא תפרעני תהא קנויה לי, דאין הקנין חל כמו שאמר אלא נעשה אפותיקי, אם יכול הלוה לסלקו בזווי.

פרק יג: [ערבין כב.] בו ידון אם בעל אפותיקי יכול לגבות מיתומים קטנים, מי אמרינן דאינו גובה הואיל וקטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו או דלמא גובה משום דאלים שעבודיה.

פרק א: [גיטין מא.] בו יבוארו שיטות הרמב"ם והר"ן בכללי אפותיקי מפורש דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזה ואפותיקי סתם דאמר ליה אם לא אפרע לך גבה מזו.

פרק ב: [גיטין מא.] בו יבוארו השיטות דאין הלוה יכול לסלק לבעל אפותיקי מפורש אלא לפני העמדה בדין אבל לאחר העמדה בדין נעשה כקנוי, וידון אם אמרינן שומא הדרא באפותיקי מפורש.

פרק ג: [גיטין מא.] בו יובא מחלוקת רש"י והתוס' במי שעשה אפותיקי אם יש עליו חובה לפרוע החוב קודם שיגבה הבעל חוב או אם אין עליו חובה ורק שיכול לסלקו אם ירצה.

פרק ד: [גיטין מא.] בו יבוארו דברי רש"י דאם עשה שדהו אפותיקי ושטפה נהר אינו גובה משאר נכסים דקמה ברשות בעל חוב וחייב באחריותה, ולא סגי במה שאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו.

פרק ה: [גיטין מא.] בו ידון בהא דתיקנו חכמים בעושה שדהו אפותיקי לכתובת אשה שאינו יכול למכור השדה ולדחותה לשאר נכסים אם צריכים שתגלה דעתה שאינה רוצה לחזור על בתי דינין.

פרק ו: [כתובות פא:] בו יבואר הא דנחלקו רב יוסף ואבבי בהא דתיקנו חכמים שלא ימכור היבם בנכסי המת אם אמרינן דעבר ומכר מכירתו לאו מכירה, ויבואר ראית רב יוסף מי שהיה נושה באחיו.

פרק ז: [גיטין מא.] בו יבוארו דברי הרא"ש דאם עשה אפותיקי סתם לכתובה ושטפה נהר גובה משאר

שער ו: בענין שור תם מגופו משתלם

ובו נ"ג פרקים

הנוגח שוה כנגד כל ההיזק, וכתב נמי ביושם השור דלכתחלה יתן דמים, ואם בתם כן כל שכן במועד.

פרק ג: [בבא קמא טז:] בו יובא המשנה דתם משלם חצי נזק מגופו ומועד נזק שלם מן העליה, ופירוש בגמרא דהיינו מיטב שהוא המעולה, ויבואר למה רש"י כתב לעיל דמשלם מן העליה היינו מביתו.

פרק א: [בבא קמא טז:] בו יבואר מחלוקת רבי ישמעאל ורבי עקיבא בשור תם שהיזק דמגופו משתלם אם יושם השור ודינו כאפותיקי מפורש או אם יוחלט השור והניזק נעשה שותף בשור המזויק.

פרק ב: [בבא קמא טז:] בו יתיישב הסתירה בדברי רש"י שכתב דבמועד שנגח משלם מביתו אם אין

פרק יד: [מכות ה.] בו יוכיח דרש"י מחלק בין הא דמחויב מיתה חשיב לאו בר קטלא קודם העמדה בדין להא דמחויב קנס חשיב לאו בר תשלומין קודם העמדה בדין, ויחולק בין קנס למגופו משתלם.

פרק טו: [מכות ה.] בו ידון אם הא דאין חיוב קנס חל בשעת עשית המעשה והא דמודה בקנס פטור חדא מלתא נינהו או שני דינים נפרדים הם, ויוכיח דנחלקו בזה רש"י והתוס'.

פרק טז: [מכות ה.] בו יבוארו שני הלשונות בתוס' לפרש למה לא נחשב בר קטלא קודם שנגמר דינו אם הוא מפני שאין הדבר ברור שיבואו עדים או אם הוא משום דליכא חיוב מיתה עד שנגמר הדין.

פרק יז: [בבא קמא א.] בו יבואר השקלא וטריא אליבא דרבי ישמעאל אם מכר המזיק שור תם שהזיק אם מכור הואיל וניזק אינו אלא בעל חוב או אינו מכור משום דאלמיה רחמנא לשעבודו כאפותיקי.

פרק יח: [בבא קמא א.] בו יבואר למה אליבא דרבי ישמעאל מפרש דהקדישו מוקדש היינו משום דרבי אבהו כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, וידון אם נגח ואחר כך הקדיש פטור בשור תם.

פרק יט: [בבא קמא א.] בו יובא שיטת הראשונים דלרבי עקיבא הוחלט השור להניזק מיד בשעת נגיחה, וידון בדברי הקצות החושן שדייק בשיטת הרמב"ם דהוחלט השור להניזק בשעת העמדה בדין.

פרק כ: [רמב"ם פ"ח נזקי ממוץ ה"ז] בו יובא מה שכתב הרמב"ם דמזיק שמכר שור תם קודם העמדה בדין ניזק גובה מלוקח ולוקח חוזר וגובה מן המזיק שמכר לו, ויבואר למה חייב באחריות לדעת הקצות החושן.

פרק כא: [בבא קמא א.] בו יבואר שיטת הרמב"ם דבעל שור תם ששחט שורו הרי הניזק גובה מבשרו ואין המזיק חייב לשלם בשביל פחת שחיטה, ואע"ג דהרמב"ם ס"ל דמזיק שעבודו של חברו חייב.

פרק כב: [בבא קמא א.] בו יבוארו דברי רש"י בהא דבעל חוב מוקדם שקדם וגבה שור תם לא עשה ולא כלום דניזק אומר לו אילו גבך הוה לא מינך הוה גבי ליה דהאי תורא דאזקן מינייה משתלימנא.

פרק כג: [בבא קמא א.] בו יבואר דברי רש"י דניזק על ידי שור תם קודם בגביתו לבעל חוב מאוחר הואיל ואין לו מקום אחר לגבות ממנו, ויקשה מדברי הרמ"א דבעל חוב מוקדם קודם לבעל אפותיקי.

פרק כד: [בבא קמא ד.] בו יבוארו דברי רש"י שכתב דטענת אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבי היינו אילו

פרק ד: [בבא קמא יח:] בו יבוארו דברי התוס' אליבא דרבי טרפון דאם ילפינן דשור תם משלם נזק שלם מגופו אין בזה עקירה גמורה מדין חצי נזק מגופו אבל למילף חצי נזק מן העליה הוי עקירה גמורה.

פרק ה: [בבא קמא א.] בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' בתם ומועד שחבלו זה את זה דהמועד משלם כמותר נזק שלם אם היינו דהחייבים מבטלים זה את זה או אם אין כאן חבלה אלא המותר.

פרק ו: [בבא קמא א.] בו יתורץ קושית הרש"ש בשני שוורים תמים שחבלו זה את זה דמשלם כמותר חצי נזק, ואע"ג דבעל השור שניזק ראשון כבר זכה שותפות בשור המזיק וחלק ההפסד מגיע לו.

פרק ז: [בבא קמא א.] בו יבוארו דברי הנמוקי שהקשה על הברייתא דשני שוורים תמים שחבלו זה בזה מוציאים חמשים כנגד חמישים מהא דשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה שניהם גובים.

פרק ח: [בבא קמא א.] בו יובאו דברי הנמוקי יוסף בשני תמים שחבלו זה בזה משלם כמותר חצי נזק דמחשבים רק החיוב שאפשר להשתלם מגופו, ויבואר למה לקתה מדת הדין אם אין עושים כן.

פרק ט: [בבא קמא א.] בו יובא מחלוקת רש"י והתוס' אם בעל שור תם שהזיק חייב לשלם זווי או אם אינו חייב ורק שיכול לסלקו לניזק אם ירצה, ויבוארו דברי המהרש"ל דאינו יכול לסלקו בזווי.

פרק י: [בבא קמא א.] בו יבואר דשייך לומר למפרע הוא גובה בשור תם שהזיק אפילו לשיטת התוס' דקודם העמדה בדין ליכא חיוב קנס כלל חל השעבוד בשעת מעשה הנגיחה בעידן דליכא חיובא.

פרק יא: [בבא קמא א.] בו יבוארו דברי התוס' בקושיתם דלמאן דאמר למפרע הוא גובה לא בעינן גביה לבסוף, ויבואר נמי מה שתירצו דמיירי שנתרצה הניזק לקבל מעות ומעולם לא בא לידי גביה.

פרק יב: [בבא קמא א.] בו יבוארו דברי התוס' דדין מודה בקנס פטור שייך אפילו דכבר חל החיוב או הקנין בשעת עשית המעשה, ומכל מקום יש חידוש נוסף בקנין מבחיוב דחשיב גברא לאו בר תשלומין.

פרק יג: [בבא קמא א.] בו יבוארו דברי התוס' דאליבא דרבי עקיבא דהוחלט השור יכול להודות ולהיפטר עד שעת העמדה בדין, ומכל מקום סלקא דעתין דאם הקדישו ניזק שוב אין המזיק מודה ומיפטר.

פרק א': [בבא קמא א'] בו יבוארו דברי הר"ן דמחלק בין הא דבמשנתנו מזיקים משותפים משלמים לפי מנין המעות ובשנים שהטילו לכיס חולקים לפי מספר השותפים, ויוכיח כדבריו מפרה שנגחה.

פרק ב': [בבא קמא ב'] בו יבואר קושית רש"י על הא דאליבא דרבי ישמעאל ראשון ראשון נשכר מהא דחב עד שלא הזיק וגבה לא עשה כלום, וידון בטענת מהאי תורא דאזקן מיניה משתלימנא.

פרק ג': [בבא קמא ג'] בו יבואר שיטת הבעל המאור דאליבא דרבי ישמעאל ניזק אחרון גובה מגופו וניזק ראשון גובה משאר נכסים של מזיק, ואע"ג דאמרינן שחטו מה שעשה עשוי והניזק נפסד.

פרק ד': [בבא קמא ד'] בו יבוארו דברי התוס' דאם אין הניזק בטוח שיזכה בדין אינו צריך לשמור חלקו בהשור שלא יזיק עור, אבל אם המזיק מסופק אם יזכה בדין צריך לשמור שורו שלא יזיק.

פרק ה': [בבא קמא ה'] בו יקיים הגירסא שלפנינו בדברי התוס' דאליבא דרבי עקיבא אין הניזק חייב בשמירה אם אינו בטוח שיזכה בדין ומיירי שיש בידו עדים והקשו דלמה לא מוקים לה כשאין בידו.

פרק ו': [בבא קמא ו'] בו יבואר דיסוד השקלא וטריא אם כשתפסו ניזק אליבא דרבי ישמעאל אם יש בו מותר יחזיר לשלפניו או לבעלים הוא אם תפיסת הניזק מחייב בשמירת נזקין או אם הוי גביה.

פרק ז': [בבא קמא ז'] בו ידון בהא דתפסו ניזק נעשה שומר שכר לנזקין אם היינו שמירת נזקין בלבד או גם בשמירת גופו, ויבואר למה נקט שומר שכר דהא שומר חנם נמי חייב בשמירת נזקין.

פרק ח': [בבא קמא ח'] בו יבואר דמחלוקת רש"י ותוס' אליבא דרבי עקיבא אם תפסו ניזק נעשה עליו שומר שכר תלוי בטעמא דהוי שומר שכר אי משום שלא יעריק אי משום דהוי ככל משכון.

פרק ט': [בבא קמא ט'] בו יבוארו דברי התוס' דאליבא דרבי עקיבא דשותפים נינהו אם תפסו ניזק אינו נעשה שומר על חלק המזיק, והרא"ש הוסיף דרק לרבי ישמעאל נעשה שומר דאין חלקו מבורר.

פרק י': [בבא קמא י'] בו יתיישבו דברי הרמ"א דשותף נעשה שומר שכר כשהתנו מתחלה שיתעסק אבל מתעסק מנדבת לבו הוי שומר חנם, ולכאורה קשה מדברי התוס' דתפסו ניזק לא נעשה שומר כלל.

פרק יא': [בבא קמא יא'] בו יבוארו דברי התוס' דאם נזקי החמישי יתרים על נזקי הרביעי נוטל חלקו של

כבר גבית ליה קודם שהזיק ולקמן כתב דהוא קדימה לניזק הואיל ואין לו מקום אחר לגבות ממנו.

פרק יב': [בבא קמא יב'] בו יבוארו שתי הלשונות בפירושו רש"י בשור תם שנגח שור שוה מאתים ושבח ועמד על ארבע מאות זוו ואלמלא הזיקו היה עומד על שמונה מאות זוו דנותן לו כשעת הנזק.

פרק יג': [בבא קמא יג'] בו יבוארו דברי התוס' דסלקא דעתין דפיטמו מזיק לא יוכל לגבות יציאותיו מדין יורד דדומה למי שהלך למדינת הים ובא אחר ופרנס אשתו דאמרינן הניח מעותיו על קרן הצבי.

פרק יד': [בבא קמא יד'] בו יבואר דין שבח שור המזיק הניזק נוטל כשעת העמדה בדין אליבא דרבי עקיבא דאית ליה יוחלט השור, ויבואר דלפי דרך הקצות החושן הרמב"ם מוקים לה כהר"ח.

פרק טו': [בבא קמא טו'] בו יבואר הא דאם כחש השור מחמת המכה משלם כשעת העמדה בדין דאומר לו קרנא דתורך קבירא ביה, ומכל מקום אין המזיק משלם בעד הכחשה שלאחר העמדה בדין.

פרק טז': [בבא קמא טז'] בו יבואר דין פחת נבילה למזיק בשור תם, ויסתפק אם הוא משום דהמזיק קונה חלק בגוף הנבילה כי היכי דהניזק קונה חלק בגוף שור המזיק או אם הוא רק חיוב תשלומין.

פרק יז': [בבא קמא יז'] בו יבוארו דברי הרמב"ם דשור תם שהזיק פחת נבילה לניזק ושבח הנבילה חולקין אותו הניזק והמזיק ולית ליה להרמב"ם הא דאמרינן בגמרא דאין להניח שיהא המזיק נשכר.

פרק יח': [בבא קמא יח'] בו יבואר הא דרבא מפרזיקא דייק לשון המשנה דהיו שניהם של איש אחד שניהם חייבים ולפי זה הקשה דאם כן שמע מינה שוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה.

פרק יט': [בבא קמא יט'] בו יבוארו דברי רש"י דשוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה היינו דניזק יכול לגבות משניהם כפי רצון המזיק, ואם אבד האחד קם חבירו במקומו ומשתלם ממנו.

פרק כ': [בבא קמא כ'] בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דבשני שוורים תמים שהזיקו, אליבא דרבי עקיבא דס"ל יוחלט השור, אין המזיק יכול לסלקו בזווי, אבל נותן לו איזה שירצה דידו על העליונה.

פרק כא': [בבא קמא כא'] בו יחולק בין דינא דרבא מפרזיקא דשני שוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה, דנדחה למסקנת הגמרא, לפרה ספק מעוברת שנגחה דניזק גובה בטענת ממה נפשך.

מועד בעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק ולא הביאו את כל השקלא וטריא דהגמרא.

פרק נ: [בבא קמא מ.] בו יבואר שיטת הרמב"ם דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד השואל משלם חצי נזק ומבואר דאינו יכול לטעון אם תם הוה מודינא ומפטרינא ולא הזכיר דמיירי שתפסוהו בית דין.

פרק נא: [רמב"ם פ"ד נזקי ממון ה"ח] בו יבואר מה שהביא הרמב"ם סברת כל מקום שהוא הולך שם בעליו עליו לחייב הבעלים בחצי נזק כששאלו בחזקת תם ונמצא מועד אע"ג דסברא זו נאמרה לגבי רשות משנה.

פרק נב: [בבא קמא מ:] בו יבואר הא דהשואל נפטר מטענת אי אהדרתיה ניהליה הוה מעריקנא ליה לאגמא משום שעבודא דרבי נתן, ואע"ג דמה שלא החזיר לו השור מיד נחשב פשיעה בשמירת השור.

פרק נג: [בבא קמא מ:] בו יבואר הא דהמשאיל יכול לטעון אתפסתי לתוראי בידא דמאן דלא מצינא לאשתעויי דינא בהדיה אי אהדרתיה ניהליה הוה מעריקנא ליה לאגמא הוא רק בשור המועד ולא בתם.

רביעי והשאר יפסיד, ואע"ג דשור ביד השומר שהזיק הניזק גובה מגופו והשומר משלם למפקיד.

פרק מו: [בבא קמא מ.] בו יבואר שיטת הרמב"ם לענין העמדת אפוטרופוס לתם לגבות מגופו מן היתומים וממי שהלך למדינת הים שנחלק על דברי רש"י והתוס' וס"ל דהעמדת אפוטרופוס מועילה.

פרק מז: [בבא קמא מ.] בו יבוארו טענות השואל דתורא שאילי אריא לא שאילי, תם שאילי מועד לא שאילי, אי תם הוה משתלם מגופו, אי תם הוה מודינא ומפטרינא, ואי תם הוה מעריקנא ליה לאגמא.

פרק מח: [רמב"ם פ"ד נזקי ממון ה"יב] בו יבואר שיטת הרמב"ם דשור תם ביד השומר שיצא והזיק אין הניזק גובה מגופו של שור אלא אם כן אין לשומר מה לשלם, דאע"ג דיוחלט השור עדיין איכא חובה על הגברא.

פרק מט: [בבא קמא מ.] בו יבואר למה הרי"ף והמחבר השמיטו הברייתא דשאלו בחזקת תם ונמצא

שער ז: בענין שעבוד בלא בא לעולם ובראוי

ובו ל"ז פרקים

ראיה דכתיבת דאיני מועילה מהא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם.

פרק ו: [בבא בתרא קנז.] בו יבואר מה שכתבו התוס' דהקנאת שעבוד בדבר שלא בא לעולם חשיב לא עבידי דאתו דמי ימר שיקנה נכסים וימכור, ויוכיח דקאי על המוכרים ולא על מכירה ללקוחות.

פרק ז: [בבא בתרא קנז.] בו יבוארו דברי התוס' דטעמא דאיני וקנה משעבד משום דשעבודא אלים מקנין הואיל והשעבוד חל ממילא, ולמה בשעבוד לא בעינן עבידי דאתו אע"ג דבקנין בעינן.

פרק ח: [בבא בתרא קנז.] בו יבוארו דברי התוס' די ש שלש מדרגות בדבר שלא בא לעולם, קנין אליבא דרבי מאיר, שעבוד אליבא דרבי מאיר, ושעבוד אליבא דרבנן.

פרק ט: [בבא בתרא קנז.] בו יבואר למה איצטריך לדין דאיני לשעבד נכסים שהבן יורש מאביו ולא אמרינן דכי היכי דיכול למכור נכסי אביו יכול נמי לשעבדם.

פרק א: [בבא בתרא קנז.] בו יבואר בעיא דשמואל אם כתיבת דאיני מהני לשעבד נכסים שעדיין לא באו לידו והיאך אזלא לפי מה דקיימא לן דאחריות טעות סופר ואע"פ שלא נכתב ככתוב דמי.

פרק ב: [בבא בתרא קנז.] בו יבואר הא דלא נשתעבדו נכסי הלוח שקנה אחר ההלואה אלא כשכתב לו דאיני אבל במלוה הכתובה בתורה למאן דאמר ככתובים בשטר נשתעבד גם מה שקנה אחר שנתחייב.

פרק ג: [בבא בתרא קנז.] בו ידון במי שלוח מעות וכתב למלוה כל נכסים דאיני משועבדים לך ואחר כך הרויח לו זמן אם הוי כשעת מתן מעות ולא אהני כתיבת דאיני לשעבד נכסים שקנה אחר ההרוחה.

פרק ד: [בבא בתרא קנז.] בו יבוארו דברי הרשב"ם דהא דכתיבת דאיני בתוך השטר מועילה לשעבד נכסים שעדיין לא קנה היינו משום שהקרקעות כבר באו לעולם אלא שעדיין לא באו ליד הלוח.

פרק ה: [בבא בתרא קנז.] בו יבוארו דברי התוס' דלולי טעמא דשעבודא דרבי נתן היה אפשר להביא

פרק כא: [רמב"ם פ"ח מלוא ולוא ה"א] בו יבואר מחלוקת הראשונים אם אמרינן אחריות טעות סופר רק לגבי נכסים שכבר קנה בשעת כתיבת השטר או אפילו לגבי נכסים שעדיין לא קנה.

פרק כב: [רמב"ם פ"ב מלוא ולוא ה"א] בו יבואר שיטת הרמב"ם דבין בלוא ולוא וקנה ובין בשני שטרות היוצאים ביום אחד חולקים ומכל מקום אם קדם וגבה גבה, ויבואר למה הראב"ד פליג בשני שטרות.

פרק כג: [רמב"ם פ"ב מלוא ולוא ה"א] בו יבואר מחלוקת הראשונים בלוא ששעבד למלוא כל נכסים שעתידי לקנות אם יכול לחזור בו קודם שבאו לידו כי היכי דיכול לחזור בו במקנה דבר שלא בא לעולם.

פרק כד: [רמב"ם פ"ב מלוא ולוא ה"ב] בו יבואר דברי הרמב"ם דלוא ששעבד למלוא נכסים שעתידי לקנות וקנה שדה ואחר כך לוא ממלוא שני דין הוא דמלוא ראשון קודם למלוא שני לגבות מן השדה.

פרק כה: [כתובות קד:] בו ידון בהא דאלמנה גובה מן היורש אף אם לא נודע איזה קרקע ירש מאביו, דמה לי מהני מה לי מהני, ומכל מקום יכול היורש להחזיר לה הקרקע שירש וליטול הקרקע שגבתה.

פרק כו: [נבא בתרא קנט.] בו יבואר שיטת התוס' בבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בחיי אביו בנו מוציא מיד הלקוחות, דהמכירה בטלה וכל הנידון הוא על שעבוד נכסים להחזרת המעות.

פרק כז: [נבא בתרא קנט.] בו יבואר שיטת הרשב"ם בבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בחיי אביו בנו מוציא מיד הלקוחות דהנידון הוא על עצם המכירה אם בן הבן יכול לבטלה.

פרק כח: [נבא בתרא קנט.] בו יבואר שיטת הרמב"ם בבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת דבנו מוציא מיד הלקוחות דמכח אבי אביו הוא בא, ולמה צריך לכך והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

פרק כט: [נבא בתרא קנט.] בו יבואר שיטת הרמב"ם דבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת ואחר כך מת אביו יכולים הלקוחות לתבוע הנכסים ולא נחשב מתנה לאחר מיתה, ויחולק בין דין זה לכותב נכסיו לבנו ולא כתב מהיום ולאחר מיתה.

פרק ל: [נבא בתרא קנט.] בו יבואר שיטת המחבר דהא דבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בחיי אביו הבן מוציא מן הלקוחות בטענת אנא מכח אבוה דאבא קאתינא מיירי במכר הבן לצורך קבורת אביו.

פרק י: [נבא בתרא קנז:] בו יבוארו דברי הרשב"ם דשטרי חוב המוקדמים פסולים דוקא כשלא קנה מידו לשעבד נכסים, והמאחרים כשרים הואיל ודאיקני קנה, ואע"ג דלא קנה מידו בשעת כתיבה.

פרק יא: [נבא בתרא קנז:] בו יבואר למה הרשב"ם נתן זמן קצר בצירורו לשטרי חוב המוקדמים וזמן יותר רחב בצירורו לשטרי חוב המאחרים.

פרק יב: [נבא בתרא קנז:] בו יחולק בשטרי חוב המאחרים בין היכא שלוח בניסן ולא כתבו השטר עד תשרי לבין היכא שכתבו השטר ביום שלוח אלא שאיחר הזמן הכתוב בו עד תשרי.

פרק יג: [נבא בתרא קנז:] בו יבואר הא דאיצטריך לדין דאיקני קנה ומכר משתעבד בשטרי חוב המאחרים שלוח בניסן ולא כתב עד תשרי ולא אמרינן דחלות השטר הוא בשעת כתיבתו בזמן המאוחר.

פרק יד: [נבא בתרא קנז:] בו יבואר דשטרי חוב המאחרים כשרים אליבא דרבי מאיר דס"ל אחריות לאו טעות סופר אפילו אם כתוב בהם אחריות, אבל לרבנן אסור לכתוב מאוחרים שאין בהם אחריות.

פרק טו: [נבא בתרא קנז:] בו יבוארו דברי התוס' לפי גירסת המהרש"ל דאין הלוקח דוחה לבעל חוב אצל נכסים שהלואה קנה ומכר אחר הלקיחה, ויבואר סברת התוס' בבבא מציעא דפליגי על דברי התוס'.

פרק טז: [נבא בתרא קנז:] בו יבואר דלפי גירסת המהרש"א התוס' בסוגיין סבירא להו כדברי התוס' בבבא מציעא, וידון בהא דהוה אמינא דלוקח דוחה בעל חוב אצל נכסים שהלואה קנה ומכר אחר כך.

פרק יז: [נבא בתרא קנז:] בו יבואר בעית הגמרא אם לוא מאחד ואחר כך לוא משני וכתב לשניהם דאיקני מי יש לו קדימה לגבות מן הנכסים שקנה אחרי כן.

פרק יח: [נבא בתרא קנז:] בו יבוארו דברי הרשב"ם דלוא ולוא וחזר וקנה משתעבד למלוא שני משום שחזר בו ממה שכתב למלוא ראשון, ויוכיח דאין הנידון על השעבוד אלא על קדימה בסדר גביה.

פרק יט: [כתובות נד:] בו יבואר קושית התוס' היאך יכול חתן לשעבד עצמו לשלם דמי הכתובה אם אין לו כעת שום נכסים ואפילו שוה פרוטה, ויבואר מה שחידשו התוס' בתירוץ לענין שעבוד הגוף.

פרק כ: [נבא בתרא ג.] בו יבוארו דברי התוס' דשותפים שקנו מידם לחצות נחשב קנין דברים אם קבלו לחלוק אבל אם קיבלו לבנות מחיצה נשתעבדו הנכסים אע"ג דלא שייך בזה שעבוד הגוף.

בחובת אביהם נתבטל השעבודא דרבי נתן, מכל מקום לא חשיב ראוי לגבי גבית הבעל חוב.

פרק ז: [בבא בתרא קנט.] בו יבואר מה שרצו התוס' להוכיח דבעל חוב נוטל בראוי ככמוחזק מהא דגובה מיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם, ואע"ג דבגמרא מפורש דטעמא משום שעבודא דרבי נתן.

פרק י: [בבא בתרא ק"ו.] בו ידון בכותב מהיום ולאחר מיתה דקונה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה אם יש בזה קנין גמור מיד אלא ששייר פירות בחייו או אם יש קנין מיוחד על הפירות לאחר מיתה.

פרק י"א: [רמב"ם פ"ב זכיה ומתנה ה"י-ג-ה"ט"ו] בו יבוארו דברי הרמב"ם שהביא דין כותב נכסיו לבנו לאחר מיתה קנה הגוף מיד ופירות לאחר מיתה קודם שהביא דין מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע ודין זמנו של שטר מוכיח עליו.

פרק י"א: [בבא בתרא קנט.] בו יבואו דברי הרא"ש בכך שמכר בנכסי אביו ומת בחיי אביו בן הבן מוציא מלקוחות ואף המעות שקיבל מאביו אינו מחזיר, ויבוארו דברי הב"ח דאם המעות בעין חייב להחזיר ואע"ג דלהוצאה ניתנו.

פרק י"ב: [רמב"ם פ"א נהלות ה"א] בו יבואר שיטת הרמב"ם והר"י מיגאש דהא דאין הבעל יורש את אשתו בראוי ככמוחזק היינו בנכסים שעתידה לירש אבל שטר חוב יורש, ואע"ג דנחשב ראוי לגבי ירושת הבכור.

פרק י"ג: [בבא בתרא קנט.] בו יבוארו דברי התוס' שרצו להוכיח דאין בעל חוב נוטל בראוי ככמוחזק מהא דתניא נפל הבית עליו ועל אביו ומבואר דאם הבן מת תחלה אין בעל חוב גובה מן נכסי האב.

פרק י"ד: [בבא בתרא קנט.] בו יבואר דאפילו למאן דאמר למפרע הוא גובה וביתומים שגבו קרקע

שער ח: בענין אחריות בקרקע גזולה

ובו י' פרקים

פרק ו: [בבא מציעא ט"ו:] בו יבוארו דברי רש"י בהא דאמר רב הכיר בה שאינה שלו מעות יש לו שבח אין לו היינו משום שהקרקע אינה קנויה להמוכר אלא גזולה בידו, ויחולק בין הכיר בה ללא הכיר בה.

פרק ז: [בבא מציעא ט"ו:] בו יתיישבו דברי הרמב"ם דנראים כסותרים אהדדי, דפסק דשדה שהכיר בה שאינה שלו ולקחה יש לו מעות, ופסק במקדש אחותו דמעות מתנה, ואע"ג דבגמרא תלה הלכות אלו זו בזו.

פרק ח: [בבא מציעא ט"ו:] בו יבוארו דברי רש"י דגזולן שלקחה מבעלים הראשונים מוציא מן הלוקח משום דמדמינן ליה לאחר שלקחה מן הבעלים, ויוכיח דנחלקו רש"י והתוס' אם מיבעי ליה נמי בהכיר בה שאינה שלו.

פרק ט: [בבא מציעא ט"ו:] בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' בחזר הגזולן ולקחה מבעלים הראשונים אם הלוקח זוכה בו מיד או אין לו אלא רשות להחזיק בהקרקע, ויבואר לדברי התוס' באיזה קנין קונה מיד.

פרק י: [בבא מציעא ט"ו:] בו יבואר דאם חזר הגזולן ולקחה מן הנגזל איצטריך לטעמא דמה מכר ראשון לשני גם אליבא דרב דאית ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ויחולק בין קרקע גזולה לאינה גזולה.

פרק א: [בבא מציעא י"ד:] בו יבואר שיטת רש"י דלוקח שדה והשביחה ונמצאת גזולה נוטל יציאות מנגזל כדין יורד, אבל נגזלה משובחת והוכספה ביד גזולן והשביחה הלוקח אינו נוטל יציאות מן הנגזל.

פרק ב: [בבא מציעא י"ד:] בו יבוארו דברי רעק"א, לפי סברת הש"ך ולפי סברא דידיה, ליישב שיטת רש"י דלוקח שהשביח קרקע ונמצאת גזולה אינו נוטל יציאות מן הנגזל מדין יורד כשנגזלה משובחת והוכספה ביד הגזולן.

פרק ג: [בבא מציעא י"ד:] בו ידון בלוקח שדה והשביחה ונמצאת גזולה דנחלקו רב ושמואל אם לוקח גובה שבח מן הגזולן, אם נחלקו בין לענין אחריות טעות סופר ובין לענין מיחזי כרבית.

פרק ד: [בבא מציעא י"ד:] בו יבואר שיטת רש"י בלוקח שדה ונמצאת גזולה דחלוק דין גזולה משובחת והוכספה ביד גזולן מדין גזולה מליאה פירות ואכל את הפירות.

פרק ה: [בבא מציעא ט"ו:] בו יבואר הא דאמרין בגמרא דלוקח שדה והכיר בה שהיא גזולה שצריך להחזיר השדה להנגזל כשתבעו ממנו אבל אינו צריך להחזיר הפירות שאכל כל זמן שהשדה היתה תחת ידו.

שער ט: בענוין בעל חוב גובה את השבח

ובו 5"ד פרקים

פרק יא: [בבא מציעא טו.] בו יבואר דהמחלוקת בגמרא אם בעל חוב גובה את השבח ואינו נותן כלום או נותן יציאות ללוקח תלויה באם הלוקח נחשב יורד לגבי הבעל חוב או לגבי הלוח.

פרק יב: [בבא מציעא טו.] בו יבואר דברי רש"י דכשבעל חוב גובה קרקע מלוקח חוזר הלוקח על המוכר בטענת פרעתי חובך, ואע"ג דקיימא לן הפורע חובו של חבירו הניח מעותיו על קרן הצבי.

פרק יג: [בבא מציעא טו.] בו יבואר שיטת הרי"ף דבעל חוב גובה את השבח ואינו נותן יציאות הואיל והלוקח אדעתיה דמוכר נחית, ואע"ג דהרי"ף ס"ל דאם נמצאת גזולה הלוקח נוטל יציאות מן הנגזל.

פרק יד: [בבא מציעא טו.] בו יבואר שיטת הרא"ש דבעל חוב גובה את השבח ואינו נותן יציאות כדי שלא תנעול דלת בפני לויין אבל מעיקר הדין היה צריך ליתן יציאות, ואע"ג דהלוח קבל אחריות על יציאות.

פרק טו: [בבא מציעא טו.] בו יבואר שיטת הרי"ף והרמב"ם דבעל חוב גובה פירות מחוברים אף שאינן צריכין לקרקע, ואע"ג דאם בא לגבות מן היתומים אינו גובה אלא מפירות הצריכין לקרקע.

פרק טז: [בבא מציעא טו.] בו יבואר שיטת בעל המאור דבעל חוב אינו גובה פירות כלל, ואף אם צריכין עדיין לקרקע, ואע"ג דאמרינן בגמרא דבעל חוב גובה פירות הצריכין לקרקע מן היתומים.

פרק יז: [בבא מציעא טו.] בו יבואר שיטת רש"י דאם בעל חוב גובה פירות שאינם גמורים אינו נותן יציאות ללוקח אבל אם המתין לגבות עד שקרבו ליקצרו ועדיין צריכין קצת לקרקע צריך ליתן יציאות.

פרק יח: [בבא מציעא טו.] בו יבואר מחלוקת רש"י והרמב"ם אם בעל חוב גובה מפירות המחוברין לקרקע ואינם צריכין לקרקע, ויבואר שיטת הרמב"ם דגובה מפירות גמורין אע"פ שעומדות ליבצר.

פרק יט: [בבא מציעא טו:] בו יבואר שיטת הרא"ש דבעל אפותיקי יכול לגבות שבח מן הלוקח אף בדלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא ולא שבחא דשדה האפותיקי הוי כמכורה לו וכאחת משדותיו.

פרק כ: [בבא מציעא טו:] בו יבואר דברי רש"י דסברת מאן דאמר אין הלוקח יכול לסלק לבעל חוב

פרק א: [בבא מציעא יד:] בו יבוארו דברי רש"י דמוכר משלם דמי שבח ללוקח שגבה ממנו בעל חוב הקרקע ושבתה ולא מיחזי כרבית הואיל והשתא הוא דהדר וזבין מיניה קרקע המכורה לו.

פרק ב: [בבא מציעא יד:] בו יבואר מחלוקת התוס' דבבא מציעא עם התוס' דבבא בתרא אם שבח שנטרף חשוב קצוב לגבי גבית אחריות ממשועבדים.

פרק ג: [בבא מציעא טו.] בו יבואר דאע"ג דתיקנו חכמים דאין מוציאין לאכילת פירות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם, מאחר שעמד בדין על הפירות דינם כקין.

פרק ד: [בבא מציעא טו.] בו יבואר הא דמוכח בגמרא דבעל חוב גובה את השבח ממה שכותב אחריות על השבח בתוך השטר מכירה, ויבואר למה צריך טענת אמאי קבלתיה לגבות ממקבל מתנה.

פרק ה: [בבא מציעא טו.] בו יבואר שיטת הנמוקי יוסף דבעל חוב גובה כל שבח דאתי ממילא ואינו גובה אלא חצי שבח דאתי מחמת הוצאה, ופליג על התוס' דלא מחלקי ביניהו.

פרק ו: [בבא מציעא טו.] בו יבוארו דברי התוס' דבעל חוב גובה שבח מן היורשים דכרעיה דאבוהון נינהו, ואף שאין להם על מי לחזור, ואע"ג דנוטלין יציאות מבעל אפותיקי הואיל ואין להם על מי לחזור.

פרק ז: [בבא מציעא טו.] בו יבואר מחלוקת הש"ך והתומים בלוח שכתב דאיני למלוח אחד ולהשני לא כתב וקנה שדה והיא ביד הלוח, אם זה שכתב לו דאיני קודם גם מבני חורין או רק ממשועבדים.

פרק ח: [בבא מציעא טו.] בו יבואר מחלוקת התוס' והרא"ש אם בעל חוב גובה שבח שהשביחו יתומים, אם יתומים כמקבלי מתנה הואיל ואין להם על מי לחזור או שאני יתומים דאית להו שעבוד הגוף.

פרק ט: [בבא מציעא טו.] בו ידון אם חל שעבוד הגוף על היתומים מדין מצוה לפרוע חוב אביהם על כל השבח שהושבחו נכסי היורשה או על שבח היתר על היציאה, ויחולק בין שעבוד גרידא לאפותיקי.

פרק י: [בבא מציעא טו.] בו יבואר שיטת הרי"ף דבעל חוב גובה שבחא דאתי ממילא ממקבלי מתנה, ואע"ג דאין להם על מי לחזור, שהרי לא הוציאו הוצאות ואין להם על מי לחזור.

פרק כח: [רמב"ם פכ"א מ"זה ו"זה ה"ה] בו יובאר דברי הרמב"ם דלוקח נוטל גריוא דארעא לחצי שבת המגיע לו, ויבואר למה לא הביא טעמא משום שיכול לטעון אילו הווי לי זוזי הווי מסליקנא לך מכולא ארעא.

פרק כט: [רמב"ם מ"זה ו"זה ה"ז] בו יבואר שיטת הרמב"ם דבעל אפותיקי יכול לגבות חצי שבת מן הלוקח בלי לשלם הוצאותיו ויכול נמי לגבות כל השבת בטענת ארעאי אשבח ואז משלם הוצאותיו.

פרק ל: [הו"מ סי' קט"ו פט"ו א'] בו יובא ספק הקצות החושן אם בעל חוב גובה שבת מקרקע שכבר נמכרה בשעת ההלוואה ואין לו שעבוד בה, ויבואר דלוקח גובה אחריות משבח קרקע אע"ג דאין לו שעבוד בגופה.

פרק לא: [הו"מ סי' קט"ו פט"ו א'] בו יובא מחלוקת הסמ"ע והש"ך אם הא דאין בעל חוב גובה מפירות תלושים הוי משום דהווי להו כמטלטלין או משום דגם לוקח הווי ליה בעל חוב וקדם גביתו לגבית המלוה.

פרק לב: [הו"מ סי' קט"ו פט"ו א'] בו יובא מחלוקת הגידולי תרומה והש"ך אם לוקח נוטל חצי שבת משום אחריות הקרן או משום אחריות השבח, ויוכיח דהש"ך אזיל לשיטתו דלא בעינן המוכר עודנו חי כשהושבח.

פרק לג: [הו"מ סי' קט"ו פט"ו א'] בו יבואר הא דלוקח גובה הוצאות מנגזל מדין מה מוכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, אע"ג דמדין יורד גרידא אינו גובה דלאו אדעתא דמרא דארעא נחית אלא אדעתא דמוכר.

פרק לד: [הו"מ סי' קט"ו פט"ו א'] בו יבואר קושית הש"ך על הנך שיטות דלוקח מחזיק בחצי שבת בשביל אחריות השבח עצמו מהא דאין מוציאין לשבח קרקעות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם.

בזוזי, וממילא אינו יכול לומר הב לי ארעא שיעור שבחאי, משום דאמר ליה בעל חוב כוליה ידידי ואת ירדת בו שלא ברשות.

פרק כא: [בבא מציעא טו:] בו יבואר שיטת הרי"ף דאין בעל חוב יכול ליתן ללוקח גריוא דארעא שיעור שבחא אם לא חזיא ליה אלא מעלה בדמים, ויבואר היאך הוכיח דין זה מדינא דגור או אגוד.

פרק כב: [בבא מציעא טו:] בו יבואר שיטת התוס' דמעיקר הדין בעל חוב גובה את השבח ואינו צריך ליתן יציאות ללוקח, ומכל מקום בעל אפותיקי שגבה את השבח מן הלוקח צריך ליתן לו יציאותיו.

פרק כג: [בבא מציעא קי.] בו יבואר דין בעל חוב שבא לגבות קרקע משוכחת מן היתומים והם אומרים אנו השבחנו, ויתבאר הא דמדמינן דין זה לספק אם האילן קדם לעיר או העיר קדם.

פרק כד: [בבא מציעא קי.] בו יבוארו דברי התוס' דגם מתחלה ידעינן דרבי חנינא ורבי יוחנן נחלקו באפותיקי ורבי יוחנן דאמר על היתומים להביא ראיה כונתו שאם יביאו ראיה יטלו הוצאות מדין יורד.

פרק כה: [בבא בתרא קנז:] בו יבואר הא דבעל חוב גובה את השבח מדין דאקני, שהלוה הקנה לו שעבוד בכל שבת שישביח הלוקח, ואע"ג דבאותה שעה ברשות הלוקח הושבחה.

פרק כו: [רמב"ם פכ"א מ"זה ו"זה ה"א] בו יבואר דברי הרמב"ם סדר חלוקת השבח בין שני מלוים שגבו מלוקח שהשביח הקרקע ולא הזכיר שהלוקח נוטל יציאות ודברי המגיד משנה דסמך על מה שכתב בריש ההלכה.

פרק כז: [רמב"ם פ"א מ"זה ו"זה ה"א] בו יבואר שיטת הרמב"ם דבעל חוב גובה את השבח ונותן ללוקח הוצאותיו כדין יורד, וידון אם שיעור ההוצאות ממעט בעצם הטריפה או אם לא הוי אלא חיוב צדדי.

שער י: בענין מאימתי גובים ושעבודא דרבי נתן

ובו כ"ד פרקים

פרק ב: [פסחים לא.] בו יוכיח דנחלקו רש"י והתוס' בטעמא דהרהינו אצלו מהני אליבא דרבא, דרש"י ס"ל דהיכא דהרהינו מודה רבא דלמפרע הוא גובה, והתוס' ס"ל דהוי דין מיוחד בחמץ.

פרק א: [פסחים ז:] בו ידון בדברי אב"י דבעל חוב למפרע גובה אם היינו משום דהלוואה הוי כמכירה על תנאי או אם הוי גביה למפרע בשעת ההלוואה, ויבואר טעמא דרבא דפליג הואיל ויכול לסלקו.

פרק יג: [כתובות יט.] בו ידון אם מלוה ראשון יכול למחול ללוה ועל ידי כך יפקע שעבודו של מלוה שני, ואפילו להשיטות דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול דמכירת שטרות מדרבנן.

פרק יד: [כתובות יט.] בו יבוארו דברי הרמב"ם דאין המלוה נאמן לומר שטר אמנה הוא כשחב למלוה שני שלא יוכל לגבות משעבודא דרבי נתן משום דחיישינן שמא המלוה והלוה עשו קנוניא להפסידו.

פרק טו: [כתובות יט.] בו יבוארו דברי הר"ן דלולי דינא דשעבודא דרבי נתן לא היינו אומרים דמלוה שאמר שטר אמנה הוא חב לאחרים שהיו יכולים לגבות השטר דלאו בני גוביינא נינהו שאין גופן ממון.

פרק טז: [כתובות יט.] בו יבואר קושיית המהרש"ל על דברי התוס' דהמוכר שטר חוב ומחלו מחול, והוא משום מדרבנן דאם כן היאך יכולה אשה שמכרה כתובתה למחול והא שעבודה על הבעל מתנאי בית דין.

פרק יז: [כתובות פא:] בו יבוארו דברי התוס' במי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם דמוציאים מיבם דלמה לא ימחול היבם לעצמו דהא המוכר שטר חוב ומחלו מחול ואפילו יורש מוחל.

פרק יח: [כתובות פא:] בו יבואר דאע"ג דמטלטלי לא משתעבדי חל שעבודו על מלוה בשטר דחשיב כמטלטלין, אכן אם מטלטלין לא משתעבדי לכתובה ליכא שעבוד על החוב וליכא שעבודא דרבי נתן.

פרק יט: [כתובות פא:] בו יתיישבו דברי התוס' דאם לרבי מאיר מטלטלי דיתמי משתעבדי לכתובה אין שומרת יבם צריכה לשעבודא דרבי נתן לגבות מן היבם שלוה מן המת.

פרק כ: [קדושין טו.] בו יבואר שיטת ה"ר נתנאל דאע"ג דבעלמא אית לן שעבודא דרבי נתן ומלוה שני מוציא מן הלוה מכל מקום אין הלכה כרבי נתן לגבי חיובים של שכירות והענקה הואיל וטרח בגופו.

פרק כא: [קדושין טו.] בו תתיישב סתירת דברי הרמב"ם דאית ליה שעבודא דרבי נתן ופסק נמי דעבד עברי שמכר עצמו אין מעניקים לו, ולכאורה בגמרא הרי תנא קמא לית ליה שעבודא דרבי נתן.

פרק כב: [בבא מציעא ט:] בו יבואר הא דבן שירש ואחר כך נודע שיש עוד בן צריך לחלוק עם הבן השני בכל מה שהעלו הנכסים הואיל ולא נחית להנכסים ברשות דכשירד לתוכם לא נמלך בבית דין.

פרק ג: [פסחים א:] בו יובא מחלוקת הבעל המאור והראב"ד אם רבא מודה דלמפרע הוא גובה בקרקע אם אמר מעכשיו, ויבוארו דברי הראב"ד דלא מהני אמירת מעכשיו כיון דבעי שומא והכרזה.

פרק ד: [רמב"ם פ"ד המין ומצה ה"ה] בו יובא שיטת הרמב"ם דנכרי שהלוה לישראל על חמצו והרהינו אצלו מותר בהנאה אחר הפסח אם הגיע זמנו קודם הפסח, ויבואר למה צריך מעכשיו אם הגיע זמנו קודם הפסח.

פרק ה: [פסחים א:] בו יובא פסק הרמב"ם דישראל שהרהין חמצו לנכרי מותר בהנאה אחר הפסח, וכרבא דמכאן ולהבא גובה, ויוכיח דינו דרבא דזבין מלוה זבינא לאו זבינא מובא בהלכות גזילה.

פרק ו: [פסחים א:] בו יבואר למאן דאמר בעל חוב למפרע גובה למה אין בעל חוב גובה את השבח היכא דלא מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא ולמה אין הלוקח חייב לשלם הפירות שאכל עד הגביה.

פרק ז: [פסחים א:] בו יובא מחלוקת הפוסקים אליבא דרבא דס"ל בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה אם מכר מלוה נכסי הלוה כשהגיע זמן הפרעון לפני שעשו בית דין שומא והכרזה אם מכירתו מהני.

פרק ח: [פסחים א:] בו יבואר הא דיתומים נתחייבו בחיוב אחריות על קרקע שאביהם מכר ואע"ג שנטרף לאחר מיתתו, וידון אם יש חיוב אחריות על דמי פיוס אם הלוקח פייס לבעל חוב בזווי.

פרק ט: [פסחים א:] בו יבוארו דברי הרמב"ם דלוקח פקח שזקף עליו דמי מכירה במלוה ופייס בעל חוב במעות יכול לפטור עצמו מלשלם ליתומים אם מגבה להם אותה קרקע שלקח מאביהם באחריות.

פרק י: [פסחים א:] בו יבוארו דברי רש"י דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם מדין שעבודא דרבי נתן משום דאמר להם ליתומים קדם שעבודי והיו נכסי משועבדים לעצמי.

פרק יא: [פסחים א:] בו יבוארו דברי התוס' שהקשו דלמה לא נימא יתומים שגבו מטלטלין בחובת אביהם בעל חוב גובה מהם משום שעבודא דרבי נתן ואע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב.

פרק יב: [פסחים א:] בו יבואר דאע"ג דבשעבודא דרבי נתן יכול מלוה ראשון לקבל פרעון מהלוה ולבטל שעבודו של מלוה שני מכל מקום יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם.

פרק כד: [נבא בתרא קבה.] בו יוכיח דלמאן דאמר בעל חוב למפרע הוא גובה אי אפשר לומר דטעמא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם היא משום שעבודא דרבי נתן.

פרק כג: [נבא בתרא קבד:] בו יבואר הא דמקשינן על רב נחמן דס"ל בכור אינו נוטל פי שנים כשגבו קרקע בחובת אביהם מהא דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב גובה מהם.

שער יא: בענין דברים המפקיעים מידי שעבוד

ובו י"ב פרקים

פרק א: [גיטין מ:] בו יבואר למה איצטריך לדין הקדש מפקיע מידי שעבוד בשור אפותיקי, ולמה לא נאמר דלא גרע הקדש מלקוחות ואם עשה שורו אפותיקי ומכר אין בעל חוב גובה הימנו.

פרק ב: [גיטין מ:] בו יבואר הא דאם חמצו משועבד לנכרי אהני איסור הנאה המוטל על הישראל להפקיע שעבוד שיש לו לנכרי בהחמץ ונעשה חמצו של ישראל שעבר עליו הפסח ואסור בהנאה.

פרק ח: [גיטין מ:] בו יבואר קושית התוס' דאליבא דאביי דאית ליה בעל חוב למפרע הוא גובה לא מיתוקמא מתניתין כרב דמיירי ששחררו רבו ראשון ולא כעולא דמיירי ששחררו רבו שני.

פרק ג: [גיטין מ:] בו יבואר הבנת ר"ת בשיטת רש"י דלא אמרינן הקדש מפקיע מידי שחרור אלא בשור תם שעשאו אפותיקי והקדישו קדושת הגוף אבל קדושת דמים אינה מפקיעה מידי שעבוד.

פרק ט: [גיטין מ:] בו יבואר דברי רש"י דאליבא דעולא נחלקו תנא קמא ורבין שמעון בן גמליאל בתרתי, אם היוק שאינו ניכר שמה היוק, ואם יש להטיל חיוב על העבד שנהנה או לא.

פרק ד: [גיטין מ:] בו יבואר שיטת ר"ת דהקדש מפקיע מידי שעבוד בין בקדושת הגוף ובין בקדושת דמים חוץ מהקדש קרקע, ויוכיח דטעמא משום דכל היכא דאיתא כי גזא דרחמנא איתא.

פרק י: [ערכין כג:] בו יבואר מחלוקת רש"י והראב"ד בהא דמוסיף דינר כשפודה שדה משועבדת שלא יאמרו הקדש יוצא בלי פדיון אם ההוספה היא מדין פדיון או משום חשש שומא שאינה מכוונת.

פרק ה: [גיטין מ:] בו יבואר שיטת הר"י דהקדש מפקיע מידי שעבוד רק בקדושת הגוף דכיון דחיילא תו לא פקע, והראיה שהביא כנגד שיטת ר"ת מאצטלא דמת ומהדמיון לחמץ ושחרור.

פרק יא: [רמב"ם פ"ז ערכין ה"ד-ה"ט"ז] בו יבואר שיטת הרמב"ם דמה שהפודה רוצה ליתן קובע שווי הקרקע ומה שהוא מוסיף דינר מדרבי אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון הוא שיעור למטה בפדיון הקדש.

פרק ו: [גיטין מ:] בו יבואר דברי התוס' דלא חשיב רבא מכירה מפקיע מידי שעבוד, דעשה שורו אפותיקי ומכרו אין בעל חוב גובה הימנו, משום דהוי תקנתא דרבנן משום פסידא דלקוחות.

פרק יב: [רמב"ם פ"ח מלוה ו"ה-ה"י-ה"י"ז] בו יבואר שיטת הרמב"ם דהקדש מפקיע מידי שעבוד רק כשהוא ביד הקדש אבל כשנפדה הרי בעל חוב גובה מן הפודה, ויתבאר למה לא הזכיר דקדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד.

פרק ז: [גיטין מ:] בו יבואר דברי התוס' דאם הקדש שור תם למזבח לאחר שהזיק אין ההקדש מפקיע

שער יב: בענין המלוה על המשכון

ובו ט"ט פרקים

פרק ב: [שבועות מג:] בו יבואר דינא דשמואל דאם הלוח אלף זוז ונטל משכון קטן אם אבד המשכון אינו גובה כלום מן החוב, ויבואר דברי רש"י דטעמא דמלתא משום דסבר וקיבל אע"ג דלא פירש.

פרק א: [שבועות מג:] בו יבואר שיטת הרמב"ן דעד שהמלוה יחזיר לו המשכון אין הלוח חייב לשלם מעיקר הדין אף כשאין המשכון כנגד כל החוב, ויובא שיטת הר"ן דהוא מדין כפיה על לא תחמוד.

פרק יג: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבוארו דברי ההגהות אשרי דדינא דשמואל דאבד קתא דמגלא אבד אלפא זווי לא שייך אלא במשכנו בשעת הלואתו אבל משכנו שלא בשעת הלואתו אינו מפסיד אלא כנגדו.

פרק יד: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבוארו דברי רש"י דאם פליגי רבי אליעזר ורבי עקיבא במשכון שוי שיעור זווי, ונחלקו בבעל חוב קונה משכון, פליגי נמי בלא שוי שיעור זווי ונקטיה לזכרון דברים בעלמא.

פרק טו: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבא שיטת רש"י דבעל חוב קונה משכון שלא בשעת הלואה וחייב באונסים, ויבואר קושית המלחמות דאומן קונה בשבח כלי ומקדש בו אשה ומכל מקום הוי רק שומר שכר.

פרק טז: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבא שיטת התוס' דמלוה שנטל משכון שלא בשעת הלואה פטור מן האונסים, ויבואר קושית הרמב"ן מהא דאיסור נטילת משכון בעל כרחו דלוה הוי לאו הניתן לתשלומין.

פרק יז: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבואר שיטת הרמב"ם דאם המלוה חטף משכון בעל כרחו דהלוה אינו לוקה כשהמשכון בעין דהוי לאו הניתק לעשה אולם אם נאבד מפסיד חובו ולוקה אע"ג דניתן לתשלומין.

פרק יח: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבוארו דברי התוס' דאם בעל חוב קונה משכון הוה עליה שומר שכר כיון שיכול לקדש בו אשה, וידון למה לא הוי שומר שכר דהרי חוב שיש עליו משכון שוה יותר לימכר בשוק.

פרק יט: [קדושין ה.] בו יבוארו דברי רש"י דקידשה במנה והניח לה משכון אינה מקודשת דמנה אין כאן הלכך משכון אינו שוה כלום שאין המשכון מתנה, ואע"ג דאפילו היה מתנה הרי קידשה במנה.

פרק כ: [קדושין ה.] בו יבוארו דברי התוס' דמנה אין כאן משכון אין כאן כיון שלא ישאר ביד האשה וכמו כן נמי לא מהני מסירת המשכון באומר אתן לך מנה במתנה דאין לחלק בין מתנה לקדושין.

פרק כא: [קדושין ה.] בו יבוארו דברי התוס' שרצו להוכיח דלא אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן בהתחייבות מהא דפועלים שחזרו בדבר האבוד וחבילתם ביד בעל הבית דנוטלו לשכור פועלים אחרים.

פרק כב: [קדושין ה.] בו יבוארו דברי הרא"ש דפועלים שחזרו באמצע מלאכה וחבילתם ביד בעל הבית שוכר עליהם, לא משום התחייבות ומשכון, דמנה אין כאן משכון אין כאן, אלא משום הפסד.

פרק כג: [קדושין ה.] בו יבוארו דברי הרמב"ן דמנה אין כאן משום דאגיד גביה ודברי הרשב"א דמדמה

פרק ג: [שבועות מג:] בו יבואו דברי רש"י דאע"ג דקיבל קתא דמגלא כמשכון עדיין גובה חובו בהחזרת המשכון, ויבוארו דברי הר"ן שהביא ראייה ממתניתין דסלע הלוייתני ושלשה דינרים היה שוה חייב.

פרק ד: [שבועות מג:] בו יבוארו דברי התוס' דאם נטל קתא ונסכא למשכון ונאבד הקתא והנסכא קיים אינו מפסיד אלא כנגד שויותו אבל אם נאבד הקתא אחר אבידת הנסכא אבד חצי מעותיו.

פרק ה: [שבועות מג:] בו יבוארו דברי התוס' דהא דאמר שמואל אבד קתא דמגלא אבד אלפא זווי מיירי דוקא כשפירש כן בשעת נטילת המשכון אבל אם לא פירש אין סברא להפסיד למלוה כל חובו.

פרק ו: [נבא מצינא מה:] בו יבואר שיטת הראשונים דרבי יוחנן דאית ליה ערבון קונה כנגד כולו ופסקינן הלכה כותיה לית ליה דשמואל דאבד קתא אבד אלפא זווי, ויחולק בין משכון קטן לדין ערבון.

פרק ז: [נבא מצינא פא:] בו יוכיח דמה שכתב רש"י דאליבא דרבי אליעזר אינו נוטל משכון לגוביינא אלא להיות בטוח במעותיו ושלא יוכל לכפור בו הם שני ענינים וקאי לפי המסקנא דסוגיא דשבועות.

פרק ח: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבואר החילוק בין הלוהו מעות על המשכון ובין הלוהו פירות על המשכון אליבא דרבי יהודה לענין אם המלוה הוי שומר חנם על המשכון או שומר שכר כיון דדרכן להקריב.

פרק ט: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבוארו דברי התוס' דלא שייך טעמיהו דרבי יצחק ורב יוסף אלא בדשוי המשכון שיעור זווי, וידון בדברי המהרש"א דלא שייך דינא דרב יוסף בדשוי המשכון יותר משיעור זווי.

פרק י: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבואו דברי התוס' שצידדו דאין הלכה כשמואל הואיל ורב פליג עליה לגבי מי שפרע ורב ושמואל הלכה כרב באיסורי, וידון בקבלת מי שפרע אם הוי מדיני ממון או מדיני איסור.

פרק יא: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבוארו דברי רש"י והרמב"ם בהא דאמרינן שומר אבידה כשומר שכר הואיל ומיפטר מלמיתב ריפתא לעניא, ויחולק בין חיוב שמירה להא דבמודר הנאה מחזיר לו אבידתו.

פרק יב: [נבא מצינא פ.ב.] בו יבוארו דברי רש"י דמלוה שנטל משכון בנכייטא להשתמש בו ולהיות פוחת והולך מן החוב הפסיד על ידי כך מצות אם כסף תלוה את עמי הואיל ולהנאת עצמו קא מתכוין.

מן התורה לתפוס משכון בין מביתו בין אם מצאו בשוק.

פרק ל"ב: [נבא מצינא קיד:] בו יבואר שיטת הרמב"ם דשליח בית דין אסור ליכנס לבית הלוח למשכנו אבל תופס ממנו משכון בשוק אבל בעל חוב אסור מן התורה לתפוס משכון בין מביתו בין אם מצאו בשוק.

פרק ל"ג: [רמב"ם פ"ג מ"זה ו"זה ה"ד] בו יבוארו דברי הרמב"ם דהמלוה את חבירו אחד עני ואחד עשיר ונכנס לביתו ומשכנו אינו לוקה שהרי ניתק לעשה דהחזרה, ואע"ג דמצות החזרה ליתא אלא בעני ולא בעשיר.

פרק ל"ד: [נבא מצינא קטו.] בו יבוארו דברי רש"י דחובל ריחים ורכב לוקה שלש, משום ריחים ורכב ונפש הוא חובל, ואם חבל זוג של ספרים אין בו משום ריחים ורכב אבל לוקה שתים משום נפש הוא חובל.

פרק ל"ה: [נבא מצינא קטו.] בו יבוארו דברי רש"י דאליבא דרבא מלוה שתפס סכין העושה אוכל נפש שלא בפני עדים, והיה יכול לטעון לקוח הוא בידי, קנה המשכון כדי שיוכל לישבע וליטול עד כדי דמיו.

פרק ל"ו: [נבא מצינא סז:] בו יבוארו דברי רש"י דאליבא דרבא מלוה שתפס סכין העושה אוכל נפש שלא בפני עדים, והיה יכול לטעון לקוח הוא בידי, קנה המשכון כדי שיוכל לישבע וליטול עד כדי דמיו.

פרק ל"ז: [ערכין כג:] בו יבוארו דברי רש"י בהא דאמרין חייב ערכין ממשכנים אותו דהגזבר נכנס לביתו ונוטל בעל כרחו, ואע"ג דאין ממשכנים אלא בבית דין ואפילו שליח בית דין אינו נכנס לביתו.

פרק ל"ח: [בכורות טז.] בו יבואר דמקבל צאן ברזל מן העובד כוכבים ולדותיהן פטורין משום דיד עובד כוכבים באמצע הוי דין מיוחד בבכורות, ויוכיח דרש"י ותוס' נחלקו אם מיירי בדור שני או שלישי.

פרק ל"ט: [רמב"ם פ"ד בכורות ה"ד] בו יבוארו דברי הרמב"ם דמקבל צאן מנכרי ולדותיהן פטורין מן הבכורה דנעשה כמי שיש לו אחריות עליהן והרי יד נכרי באמצע ויוכח דאזיל בשיטת רש"י דמתניתין מיירי בדור שלישי ורביעי.

דין מנה אין כאן לדין מקדש במלוה אינה מקודשת דבעינן תרתי שיוציא מרשותו ויכניס לרשותה.

פרק כ"ד: [קדושין ח.] בו יבואר שיטת הראב"ד דקידשה במנה והניח לה משכון אינה מקודשת משום דלא הקנה המנה אלא במילי בעלמא אבל אם אמר קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי בו מקודשת.

פרק כ"ה: [קדושין ח:] בו יבוארו דברי התוס' דאם בעל חוב קונה קנין גמור במשכנו כשהגיע זמן פרוץ אלים שעבודו במשכנו בשעת ההלואה ויכול לקדש אשה בחוב דאחרים על ידי מסירת המשכון.

פרק כ"ו: [קדושין ח:] בו יבואר מחלוקת בעלי התוס' בהא דבמשכנו שלא בשעת הלואה קנהו להתחייב בגניבה ואבידה אי הוי משום דנעשה עליו שומר שכר הואיל ויכול לקדש בו אשה או מטעם אחר.

פרק כ"ז: [קדושין ח:] בו יבוארו דברי התוס' במשכנו שלא בשעת הלואה והחזיר המשכון בלילה וברכו הלוח דאם אין בעל חוב קונה משכון נחשבת ברכתו רבית דברים ואם קונה משכון יכול לברכו.

פרק כ"ח: [קדושין יט.] בו יבואר מחלוקת הרמב"ם והתוס' בהא דמקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת אם צריך להחזיר המשכון בפועל בשעת שקידשה, ואע"ג דלא נתוסף לו שום קנין על ידי כך.

פרק כ"ט: [נבא מצינא קיג.] בו יבואר למה הוצרך דרשה דהשב תשיב לו לו ולא ליורשים למילף דליכא מצות החזרת העבוט כשמת הלוח, ולמה לא נאמר שיגבה חובו מיד מן המשכון הואיל והלוח כבר מת.

פרק ל': [נבא מצינא קיג.] בו יבואר הא דהוצרך קרא לרבנות מצות החזרת העבוט בלילה כשמשכנו שלא ברשות, ויוכיח דנחלקו רש"י והתוס' אם לולי קרא צריך להחזיר מיד או אין צריך להחזיר כלל.

פרק ל"א: [נבא מצינא קיג.] בו יבואר שיטת הרמב"ם דשליח בית דין אסור ליכנס לבית הלוח למשכנו אבל תופס ממנו משכון בשוק אבל בעל חוב אסור

שער יג: בענין עידית בינונית וזיבורית

ובו מ"ז פרקים

כסף או מיטב אם תשלומי כסף חשיבי לקיים דין מיטב או אם לא הוא אלא סילוק בעלמא.

פרק יא: [קדושין ב.] בו יבוארו דברי התוס' דאם היינו למדים דשוה כסף ככסף בפדיון עבד עברי מדין שוה כסף ככסף בתשלומי נזקין היה העבד צריך לשלם ממיטב שדהו אם בא לפדות עצמו בקרקע.

פרק יב: [בבא קמא ז.] בו יבוארו דברי רש"י דמי שהיו לו בתים שדות וכרמים ואינו יכול להמתין למוכרם לפי יוקרא דלקמיה מאכילים אותו מעשר עני עד מחצה לפי שאינו לא עני ולא עשיר.

פרק יג: [בבא קמא ז.] בו יובא מחלוקת רש"י והרי"ף בפירוש הסוגיא דמאכילים מעשר עני למי שאינו מוצא למכור נכסיו, ומבואר איך הם מדמים נזקין למעשר עני לענין שומא כיוקרא דלקמיה.

פרק יד: [בבא קמא ז:] בו יבואר החילוק בין סוגיתינו כאן דמבואר דעיקר הגביה כפי זולא דהשתא ולא כיוקרא דלקמיה ובסוגיא דבבא מציעא מבואר דעיקר התשלומין הוא כפי כמה חבית נמכרת ביום השוק.

פרק טו: [בבא קמא ז:] בו יבואר הא דאמרינן שיש לכל קרקעות שתי שומות, לפי שעת המכירה ולפי זמן הרגיל דמכירה, דגובה כדינו גובה כזולא דהשתא וגובה שלא כדינו גובה כיוקרא דלקמיה.

פרק טז: [בבא קמא ז:] בו ידון בהא דניזק גובה מבינונית דאם יפה כחו לגבות עידית כל שכן דגובה בינונית אם היינו משום דדין מיטב הוא דגובה מכל מה שרוצה או אם גביה מבינונית הוי מדין חדש.

פרק יז: [בבא קמא ז:] בו יבואר הא דאשה גובה בינונית בציר פורתא כיוקרא דלקמיה ובעל חוב גובה עידית בציר פורתא ונחלקו בזה הראשונים אם גובה כזולא דהשתא או כיוקרא דלקמיה.

פרק יח: [בבא קמא ז:] בו יבוארו דברי התוס' דליכא למילף מנזקין לעבד עברי דשוה כסף ככסף דמי דסלקא דעתא אמינא דאם בא עבד עברי לקנות את עצמו על ידי קרקע צריך ליתן לו דוקא מיטב.

פרק יט: [בבא קמא ז:] בו יבוארו דברי רש"י דמטלטלין נחשבין מיטב הואיל ואי לא מזדבני הכא כולי האי מזדבני במתא אחריתי, ומשמע דאי לא מזדבני כלל לא מהני מה דמזדבני במתא אחריתי.

פרק א: [בבא קמא ו:] בו יבוארו דברי רש"י אליבא דרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן דדין עידית דניזק בא לגרע כח הניזק, ואע"ג דמאשרו שלא יוכל המזיק לסלקו לניזק בזיבורית דידיה.

פרק ב: [בבא קמא ו:] בו יבואר מחלוקת השיטות אליבא דרבי ישמעאל דאהני קרא דאם אין למזיק כעידית דניזק נותן ממיטב דידיה אם הוא הדין דיכול ליתן לו בינונית דעדיף מעידית דניזק.

פרק ג: [בבא קמא ו:] בו יבואר למה מוקמינן אהני קרא להיכא דאית ליה למזיק עידית וזיבורית ועידית לניזק וזיבורית דמזיק לא שויה כעידית דניזק, ולמה לא נוקמיה היכא דאין לניזק קרקע כלל.

פרק ד: [בבא קמא ו:] בו ידון אם יש להוכיח אליבא דרבי ישמעאל דס"ל דבדניזק שיימינן דלא אמרינן למזיק זיל טרח וזבין מהא דמצינו שכן הוא הדין אליבא דרבי עקיבא דס"ל בדמזיק שיימינן.

פרק ה: [בבא קמא ו:] בו יבוארו דברי המהרש"א דאליבא דרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן לא אמרינן אהני קרא דאם אין למזיק עידית דניזק משלם באופן אחר אלא כשזו טובה להניזק.

פרק ו: [בבא קמא ז.] בו יבואר מחלוקת רש"י ותוס' אליבא דמאן דאמר בדניזק שיימינן וילפינן קל וחומר להקדש אם זה מגרע כח הניזק או מיפה כחו כיון דאין המזיק יכול להגבות גרוע דניזק.

פרק ז: [בבא קמא ו:] בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' במזיק הקדש דרש"י ס"ל דאם משלם עידית דניזק שהיא זיבורית דידיה מגרע כח הקדש והתוס' ס"ל דמה שמשלם בכלל הוי מעליותא להקדש.

פרק ח: [בבא קמא נח:] בו יבואר שיטת רש"י דאם אכלה ערוגה בבית סאה עושים שתי שומות, קודם שמים סאה בששים סאה ואחר כך שמים הערוגה בבית סאה בכמה נמכרת בקרחת הערוגה.

פרק ט: [בבא קמא נח:] בו יבוארו דברי ר"ת והרשב"א דרבי ישמעאל ורבי עקיבא דנחלקו אם בדניזק שיימינן או בדמזיק שיימינן נחלקו נמי באכלה חזית אם שמים לפי המשורר או אם רואים כמה יפה.

פרק י: [בבא קמא ז.] בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' בשם רב אלפס אליבא דמאן דאמר מזיק משלם או

פרק ז': [בבא קמא ה.] בו יבואר במכרו לשלשה בני אדם דכולם נכנסו תחת הבעלים למה לא אמרינן דזיל הכא מדחי ליה וזיל הכא מדחי ליה ולא יגבו כלל כיון דאין יודעים איזה שטר נמסר תחלה.

פרק ז"א: [בבא קמא ה.] בו יבוא מחלוקת הראשונים אם הלוקח יכול לדחות הניזק אצל זיבורית בטענת אי לא שתקית מהדרנא זיבורית למריה, ויבואר למה אינו יכול לטעון שיחזיר זיבורית דידיה.

פרק ז"ב: [בבא קמא ה.] בו יבואר למה טענת מהדרנא שטרא דזיבורית למריה מהניא רק בקרקע שקנה מן הלוחה ולא בזיבורית דידיה, ויבואר מה שהביא כאן רש"י דינא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי.

פרק ז"ג: [בבא קמא ה.] בו יבואר שיטת הרי"ף לפי הסבר הבעל המאור דלהלכה לא מועילה טענת אי שתקת דקיימא לן כרבא בגיטין דלא תיקנו רבנן תקנה להפקיע גביה מהעידית שהיא מדאורייתא.

פרק ז"ד: [רמב"ם פ"ט מ"ז ו"ז ה"ז] בו יבואר שיטת הרמב"ם דלקח שלש שדות בזה אחר זה נכנס תחת הבעלים אפילו אם לקח עידית באחרונה, ולא הזכיר דהיינו ביתמי אבל כשהמוכר חי יכול לטעון אי שתקת.

פרק ז"ה: [רמב"ם פ"ט ט"ז ו"ט ו"ז ה"א] בו יבוארו דברי הרמב"ם במי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו והיו השדות המקיפות אותה לאחד הבא מכח ארבע דדוחהו בטענת אי שתקת ובדין מה מכר ראשון לשני.

פרק ז"ו: [בבא קמא ה:] בו יבואר למה אין לוקח ראשון יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים כשלא השאיר בידו אלא קרקע עידית, ויבואר היאך מועיל דין מה מכר ראשון לשני לגבי אמירת אי אפשי.

פרק ז"ז: [בבא קמא ה:] בו יבואר מחלוקת הראשונים בדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ולוקח טוען טענות המוכר אם היינו דוקא כשמכר לו באחריות או אפילו אם מכר לו שלא באחריות.

פרק ז"ח: [בבא קמא ה:] בו יבואר שיטת רש"י והתוס' דמכר כל שדותיו והלוקח מכר שדה אחת רצה מזה גובה רצה מזה גובה מיירי בשטר אחד אבל בשתי שטרות נסתלק השעבוד מן השדה שקנה בראשונה.

פרק ז"ט: [בבא קמא ה:] בו יבואר מחלוקת המהרש"ל והש"ך בראובן שמכר שדותיו לשמעון ושמעון מכר בינונית ללוי אם לוי דוחה הבעל חוב לקרקע דשמעון שלקח באחרונה מדין מה מכר ראשון לשני.

פרק כ': [בבא קמא ז:] בו יבוארו דברי רש"י דבגמרא לא הובאה מימרא דרב הונא דאו מיטב או כסף מיד אחר מימרא דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דדין מיטב הוא משום דקפצי עלה זבני.

פרק כא: [בבא קמא ז:] בו ידון בדברי התוס' שבאו לתרץ למה לא מיבעי לן אליבא דרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן אם בשלו הן שמין לפי הנכסים שיש לו לדניזק או בשל עולם הן שמין.

פרק כב: [בבא קמא ה.] בו יבואר הא דמוכיח בגמרא דבשל עולם הן שמין מהא דתניא דאם יש ללוחה בינונית וזיבורית בעל חוב גובה מן הבינונית ואם בשלו שמין נעשה כעידית ויגבה מן הזיבורית.

פרק כג: [בבא קמא ה.] בו יבוארו דברי השיטה מקובצת דלרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן לא אמרינן נמי דבמלוה שיימינן אלא בשל עולם שמין, ואע"ג דלרבי עקיבא דין מלוה תלוי בדין ניזק.

פרק כד: [בבא קמא ה.] בו יבואר שיטת התוס' למאן דאמר בשל עולם שמין דאם אין למזיק עידית דעלמא הניזק גובה מעידית דידיה שהיא מעולה, ויוצא מן הכלל דכל שאינו יכול ליטול כדינו נוטל גרוע.

פרק כה: [בבא קמא ה.] בו יבואר שיטת הראשונים בהא דנחלקו הברייתות בדאית ללוחה רק בינונית וזיבורית אם בעל חוב גובה מן הבינונית או נדחה אצל זיבורית וקאמר רבינא דפליגי בתקנתא דעולא.

פרק כו: [רמב"ם פ"ט מ"ז ו"ז ה"א] בו יתיישב סתירת דברי הרמב"ם דפסק בשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה דזה גובה וזה גובה דבשלו הן שמין, ופסק דבינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית דבשל עולם הן שמין.

פרק כז: [רמב"ם פ"ט מ"ז ו"ז ה"א] בו יבואר דאע"ג דהרמב"ם פסק בשנים שהוציאו שטר חוב זה גובה וזה גובה דבשלו שמין, מכל מקום בינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית דנעשה שומא דעלמא כשומא דידיה.

פרק כח: [כתובות קי.] בו יבואר דרך המגיד משנה בישוב שיטת הרמב"ם דבאמת ס"ל בשל עולם שמין וטעמא דשנים שהוציאו שטר חוב זה גובה וזה גובה משום דבעל הזיבורית יכול להגבות תחלה.

פרק כט: [בבא קמא ה.] בו יבוארו דברי הנתיות המשפט דלא נאמר דכיון שחל שעבודו בבינונית תו לא פקע אלא כשהיתה לו עידית ובינונית ומכר העידית, אבל אם היתה לו בינונית וקנה זיבורית פקע.

פרק מד: [נבא קמא ח:] בו יובא דין מכר שדה שלא באחריות ויצאו עליה עסיקין דמשהחזיק בה אינו יכול לחזור, ויבוארו דברי רש"י דמיירי שלא נתן מעות ואם דייש אמצרי הוי קנין והמעות עליו מלוה.

פרק מה: [נבא קמא ח:] בו יבוארו דברי רש"י בקונה שדה ויצאו עליה עסיקין דמשהחזיק בה בדייש אמיצרי אינו יכול לחזור בו דהך דייש היא מדין קנין חזקה, ואע"ג דחזקה הוי בנעל גדר ופרץ.

פרק מו: [נבא קמא ח:] בו יבוארו דברי רש"י דאם המוכר קיבל אחריות המקח ויצאו עליו עוררים סלקא דעתין דיכול הלוקח לטעון דהואיל וסופו לחזור על המוכר יבוטל המקח מיד ויעכב המעות בידו.

פרק מז: [נבא קמא ט.] בו יבואר מחלוקת רש"י והרא"ש אליבא דרב הונא דאמר או כסף או מיטב, ובדלית ליה אפילו סובין, אם המזיק יש לו זיבורית אם צריך ליתנה להניזק או אם יכול ליתן סובין.

פרק מ: [נבא קמא ח:] בו יבואר שיטת בעל העיטור דאם לוקח ראשון לקח הזיבורית באחרונה ומכר הבינונית ללוקח שני אין בעל חוב טורף אותה ממנו דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

פרק מא: [נבא קמא ח:] בו יבוארו דברי רש"י בראובן שמכר כל שדותיו לשמעון ושמעון מכר שדה אחת ללוי דבעל חוב גובה מעידית דשמעון הואיל ונכנס תחת ראובן ואם אין לו עידית גובה מבינונית דלוי.

פרק מב: [נבא קמא ח:] בו יבוארו דברי התוס' דטענת להכי טרחי וזבני ארעא דלא חזיא לך מועילה אפילו היכא דלא שייכא הנחת לך מקום דהיינו דינא דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

פרק מג: [נבא קמא ח:] בו יבואר דמחלוקת התוס' והרא"ש אם יש דין מה מכר ראשון לשני לגבי טענת אי שתקת תלויה במחלוקת הראב"ד והתור"ד אם מה מכר הוי טענת המוכר או טענת הלוקח.

שער יד: בענין ערב ופורע חובו של חברו

ובו כ"ה פרקים

פרק ו: [נבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הרי"ף שהביא ראייה מסוגיין דגם למאן דאמר נפרעים שלא בפני הלוח שלא יהא כל אחד נוטל מעותיו של חברו והולך למדינת הים צריך להודיעו אם אפשר.

פרק ז: [נבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הרשב"ם דבמקום אחד כתב שלא יתבע מן הערב תחלה שלא נשתעבד אלא כשאין לגבות מלוה ובמקום אחר כתב דטעמא משום שאין להטריח את הערב חנם.

פרק ח: [נבא בתרא קעד.] בו יובא מחלוקת הרשב"ם והראב"ד בהא דאין גובה מן הנכסים קודם שיתבע ללוה לדין דאין נפרעים מן הערב תחלה אם היינו מנכסים משועבדים או אפילו מנכסים בני חורין.

פרק ט: [נבא בתרא קעד.] בו יבואר הא דדיין שהוריד מלוה לנכסי לוח קודם שתבע ללוה מסלקים אותו דאין נפרעים מן הערב תחלה, ואע"ג דבכל מקום טעה בדבר משנה חוזר ואין מסלקים אותו.

פרק י: [נבא בתרא קעד.] בו יובאו שיטות הראשונים לענין ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודיענהו ליתמי אם ההודעה היא מן המלוה או מן הערב ומתי אמרינן דביתומים נחשב כאין לו נכסים ללוה.

פרק יא: [שבועות מה:] בו יבואר הא דאם מת לוח בחיי מלוה ועברה גבית המלוה ליתמי ואחר כך מת

פרק א: [נבא בתרא קעג:] בו יבואר הא דמשמע בגמרא דלא הוצרך קרא אלא למילף דערב סתם משתעבד אבל הא דקבלן משתעבד ידעינן מן הסברא, ויבואר היאך ילפינן התחייבות דממון מחיוב שאין בו ממשות.

פרק ב: [נבא בתרא קעג:] בו יבואר הא דאם התנה המלוה שאפרע ממי שארצה הרי יכול לתבוע מהערב תחלה, אבל רק היכא דאין נכסים ללוה, אבל אם יש נכסים ללוה דינו כסתם ערב ואינו תובע הערב תחלה.

פרק ג: [נבא בתרא קעג:] בו יבוארו דברי הרא"ש דאם אמר ממי שארצה אפרע ומת הלוח אינו גובה מן הערב עד שיגדלו היתומים והוכיח כן מהא דאין מלוה גובה כשמת הלוח והניח יתומים קטנים.

פרק ד: [נבא בתרא קעג:] בו יבוארו דברי הרשב"ם דערב סתם משתעבד בההיא הנאה דקא מהימן ליה דהמלוה הוא שליח דערב, ואע"ג דכתב האי טעמא להא דקבלן משתעבד ורצה מזה גובה רצה מזה גובה.

פרק ה: [נבא בתרא קעד.] בו ידון בהא דקבלן שנשא ונתן ביד אין להמלוה על הלוח כלום אם היינו שאין לו שעבוד על הלוח חוץ משעבודא דרבי נתן או אם יש לו שעבוד אלא דגביה מן הקבלן קודמת לו.

דאין נפרעים מן הערב תחלה ואם פרע אינו גובה מהם.

פרק יט: [בבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הר"י שפירש דהך דאם כתב לו התקבלתי גובה היינו שהלוח כתבו להערב כדי לייפות כחו לדוחקו ומיירי שהמלוה צוה לו לכתוב כן כדי שיהא הערב קבלן גמור.

פרק כ: [רמב"ם פכ"ו מלוה ולוה ה"ד] בו יבואר מה שראו הגאונים לתקן שאין המלוה גובה מן הערב עד שישבע הלוח שאין לו כלום משום חשש קנוניא, ואע"ג דכל לוח שנמצא עני בלי נכסים משביעים אותו שבועה זו.

פרק כא: [רמב"ם פכ"ו מלוה ולוה ה"ה] בו יבוארו דברי הרמב"ם דמלוה שבא לגבות מלוה על פה מן הערב אומר לו הערב הבא ראיה שלא פרעך הלוח. וידון אם צריך הערב לטעון כן בפירוש או אם אנן טענינן ליה.

פרק כב: [רמב"ם פכ"ו מלוה ולוה ה"ו] בו יבוארו דברי הרמב"ם דערב שהיה מורשה לשלם החוב וקדם ושילם קודם שיגבה מן הלוח חוזר וגובה מן הלוח ויש בזה חידוש דאפילו אם היתה מלוה על פה חוזר וגובה.

פרק כג: [גדרים ג.] בו יבואר למה המודר הנאה מחבירו פורע חובו היכא דהלוה לו על מנת שלא לפרוע, ואע"ג דהלוה עלול לפרוע משום כיסופא לא נחשב שנתן לו כלום כיון שאין המלוה יכול לתובעו.

פרק כד: [בבא קמא נה.] בו יבא שיטת רש"י דהא דמבריה ארי פטור מלשלם הוא משום דמצוה עליו להציל ממון חבירו, ויבואר הא דאמרינן דפורע חובו של חבירו נחשב מבריה ארי אע"ג דליכא מצוה.

פרק כה: [בבא קמא נה.] בו יבואר שיטת התוס' דהא דמבריה ארי מנכסי חבירו אין חבירו חייב לשלם לו הוא רק היכא דאין הדבר ברור שיבאו נכסי חבירו לידי הפסד ואינו מצילו אלא מדאגה פחד וצער.

המלוה אין בניו יורשים החוב דאין אדם מוריש שבועה לבניו ואין גובים מן הערב דבתר יתמי אזיל.

פרק יב: [בבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דאם מת לוה והניח בנים קטנים אין נפרעים מן הערב דערבא בתר יתמי אזיל, ולא הביא טעמא דחיישינן לצררי אתפסיה המעכב גביה מן היתומים.

פרק יג: [בבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דאם יש משועבדים אין המלוה גובה מן הערב והוה ליה כיש נכסים ללוה, ואף דהלוקח טוען הנחתי לך מקום המלוה טוען איני רוצה אלא נכסי הלוח.

פרק יד: [בבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דסלקא דעתין דאם יש להלוה רק זיבורית ולהקבלן יש בינונית אין המלוה גובה מבינונית דקבלן, ואע"ג דבקבלן רצה מזה גובה רצה מזה גובה.

פרק טו: [בבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דבערב שפרע קודם שהודיעו ליתומים הנידון הוא אם הערב נפטר מלשלם ולכן אם פרע הוה ליה כפורע חובו של חבירו והניח מעותיו על קרן הצבי.

פרק טז: [בבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דהיכא דהיתומים פטורים אין נפרעין מן הערב הואיל וערב בתר יתמי אזיל, אבל אם הערב לא תבע היתומים תחלה הרי הערב חייב וחוזר וגובה מן היתומים.

פרק יז: [בבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דערב שפרע קודם שהודיע ליתמי הלוח אינו חוזר וגובה מהם דהוה ליה כפורע חובו של חבירו, אבל אילו היו חייבים גובה דשעבודא דנפשיה הוא דפרע.

פרק יח: [בבא בתרא קעד.] בו יבוארו דברי הבעל המאור דערב שפרע קודם שהודיע ליתומים חוזר וגובה כשיגדלו ואם הודיעם ונפטרו הערב פטור

שער טו: בענין סדר גבית חוב

ו בו מ"ה פרקים

פרק ב: [רמב"ם פכ"ב מלוה ולוה ה"ט"ו] בו יבואר שיטת הרמב"ם דבית דין ששמו נכסי יתומים לגבית בעל חוב וטעו בפחות משתות מכרם בטל, ואם טעו בכל שהוא בשומא ללוקח מכרם בטל דהא הוה כשלוחים.

פרק א: [רמב"ם פכ"ב מלוה ולוה ה"ט"ו] בו ידון בהא דמכריזים כדי שיבואו קופצים ויעלו בדמי הקרקע אם העילוי מגלה שומא נוספת או אין זה אלא כדי להרבות דמים בשביל הנטרף אע"פ שהשומא לא נשתנה.

פרק יג: [גיטין פה:] בו יבואר דתקנת אין נפרעים ממשועבדים במקום בני חורין ותקנת אין נפרעים מן הערב תחלה חלוקות זו מזו, ויבואר דתקנת אין נפרעים מן הערב תחלה לא שייכא בגובה מלוקח.

פרק יד: [בבא בתרא קסט:] בו יובאו דברי הרא"ש דמלוה שבא לגבות תחלה מן הלוקחות נזקקים לו ואין יכולים לדחותו אצל לוח, ויחולק מדין אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין.

פרק טו: [בבא בתרא קסט:] בו יבואר שהתוס' ס"ל דלוקח יכול לדחות בעל חוב בטענת שמא, ויבואר למה אין הלוקח אומר הנחתי לך מקום במי שטרפו מקחו והיאך זה תלוי באם המוכר יכול לסלקו בזווי.

פרק טז: [כתובות צד:] בו יבואר מחלוקת הרשב"א והיש מי שאומר בבעל חוב שבא לגבות מלוקחות שאחד כתוב בשטרו כ"ה בניסן ואחד ניסן סתמא אם דוחים אותו זה לזה או אם גובה מבעל הסתמא.

פרק יז: [כתובות צד:] בו יבואר שיטת הרא"ה דבעל חוב שכתוב בשטרו כ"ה בניסן גובה מלוקח שכתוב בשטרו ניסן סתמא דיד בעל השטר על התחונה ואע"ג דאין לו אלא ספק שעבוד.

פרק יח: [כתובות צג:] בו יבואר החילוק לענין חלוקה בין שותפים שהטילו לכיס ונתמעטו הנכסים ובין שלש נשים שתובעות כתובתן ואין די נכסים לתת לכולן כל מה שמגיע להן.

פרק יט: [כתובות צג:] בו יבואר מחלוקת הראשונים בהא דשלש כתובות אחת של מנה אחת של מאתים ואחת של שלש מאות חולקות בשוה אם היינו לפי מנין או לפי חשבון המעות.

פרק כ: [כתובות צג:] בו יבואר הא דבעלת כתובה של מאתים יכולה לסלק עצמה מדין ודברים עם בעלת כתובה של מנה, ואע"ג דבעצם אין להן תביעות זו על זו כלל.

פרק כא: [כתובות צג:] בו יבואר סדר החלוקה בשלש כתובות אחת של מנה אחת של מאתים ואחת של שלש מאות כשבאו לגבות בתפיסה אחת או בשתי תפיסות.

פרק כב: [רמב"ם פ"כ מ"זה ו"זה ה"ד] בו יבואר דברי הרמב"ם דבשלושה בעלי חוב זה של מנה זה של מאתים וזה של שלש מאות חולקים מתחלה על סדר שלש ואחר כך מאתים, ואע"ג דיש נכסים כנגד כל החובות.

פרק כג: [בבא מציעא טו:] בו יבואר הא דבעל חוב שגבה מקצת שדה הלוקח ולא נשאר דבר שאילו

פרק ג: [כתובות צא:] בו יבואר שיטת רש"י והתוס' דהא דלוקח מסלק לבעל חוב בזווי הוא על ידי עילוי דמים והרי הלוקח כשאר כל אדם שיכול להעלות בדמים בתוך ימי ההכרזה.

פרק ד: [כתובות צא:] בו יבואר שיטת הרמב"ם דמחלוקת אם לוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי היא אפילו בלא עילוי דמים והיאך נתלה מחלוקת זו בהא דיתומים אינם מעלים בדמים להוסיף מותר דינר.

פרק ה: [כתובות צא:] בו יבוארו דברי הרא"ש דמדקאמר רמי בר חמא דאין הלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי הלכך גם לרבא דס"ל דלוקח יכול לסלקו לא אמרינן שומא הדרא ללוקח.

פרק ו: [כתובות צא:] בו יבואר שיטת רבינו האי גאון דאם המלוה רוצה לקבל הקרקע בכל חובו והלוקח רוצה שישומו בית דין אין שומעים לו, אכן היכא דהיתומים אומרים כן שומעים להם.

פרק ז: [בבא מציעא טו:] בו יבואר שיטת התוס' דלוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי כשאר כל אדם ורק על ידי עילוי דמים ומכל מקום כשאין לו זווי יכול לתבוע גריוא דארעא בטענת אילו הווי זווי הווי מסליקנא לך בזווי.

פרק ח: [בבא מציעא טו:] בו יבוארו דברי רש"י דטעמא דמאן דאמר דאם אית ליה זווי ללוקח לא מצי לסלק בעל חוב בזווי היא משום דבעל חוב קדים לו ויכול לומר ללוקח אתה ירדת בו שלא ברשות.

פרק ט: [טור חו"מ סי' קי"ד פט"ו ו'ן] בו יבוארו דברי הדרישה שבא ליישב סתירת דברי הטור דמתחלה כתב דלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי בלי עילוי דמים ולבסוף כתב דאפילו על ידי עילוי דמים אין שומעים לו.

פרק י: [טור חו"מ סי' קי"ד פט"ו ט"ו ט"ז] בו יבוארו דברי הב"ח דאם הלוקח מעלה בדמים עד כנגד כל החוב שומעים לו אבל אם עילוי הלוקח אינו כנגד כל החוב אין שומעים לו דלטובת עצמו מכוון.

פרק יא: [חו"מ סי' קי"ד פט"ו ג'] בו יבוארו דברי הרמ"א דאם בית דין כבר עשו שומא והכרזה שוב אין הלוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי דשומא לא הדרא ללוקח, ואע"ג דעדיין לא הורידו הבעל חוב להקרקע.

פרק יב: [חו"מ סי' קי"ד פט"ו ו'ן] בו יבואר הא דכשבעל חוב ולוקח באים להעלות דמים אין נותנים הקרקע ללוקח אלא כשמוסיף על עילוי דמים של הבעל חוב, ואע"ג דשומא הדרא ללוקח אחר הגביה.

פרק ד': [בבא מציעא אה.] בו יתיישבו דברי רש"י והואיל ובעל בנכסי אשתו כלוקח אינו צריך להחזיר קרקע הנגבית להלוה מדין שומא הדרא, ואע"ג דלא איצטריך לכך, דהרי גם יורש אינו צריך להחזיר.

פרק אה: [ערכין בא.] בו יבואר הא דתנן דחייבי עולות ושלמים ממשכנין אותם אע"פ שאין מתכפר לו עד שיתרצה, ולכאורה ענין הכשר הקרבן וכפרתו אין נוגע לכח הקדש למשכן.

פרק לו: [ערכין כד.] בו יובא מחלוקת רש"י ורמב"ם אם הקדש אינו גובה מכסות אשתו משום דאינו שלו או משום שאין דעתו להקדישם, ויוכיח דהרמב"ם ס"ל דערכין לא הוי מלוה הכתובה בתורה.

פרק לו: [בבא מציעא קיד.] בו יבואר דדין מסדרין לחייבי ערכין ודין הישג יד שני דינים נפרדים נינהו, ויבואר היאך ילפינן מסדרין בבעל חוב ממסדרין לחייבי ערכין דנפטר לגמרי מה שאין כן בבעל חוב.

פרק אה: [בבא מציעא קיד.] בו יבוארו דברי רש"י שכתב דמסדרין בשעת נטילת המשכון ואחר כך כתב דמסדרין שלשים יום אחר נטילת המשכון כשבא למכור, ויחולק בין גבית הגזבר לגבית המלוה.

פרק לו: [רמב"ם פ"א מ"זוה ו"זוה ה"ה] בו יובא שיטת הרמב"ם דהא דבעל חוב אינו גובה מכסות אשתו בניו הוא דוקא בכגדי חול ולא בכגדי שבת, ויבואר למה לא חילק כן גם לענין גבית הקדש מחייב ערכין.

פרק מ: [בבא בתרא ק"ט:] בו יבואר סדר גבית כתובת בנין נוקבין מן הירושים דבנכסים מרובין מניחים הירושה בחזקת הבנים והבנות נזונות תחת ידם ובנכסים מועטין עושין להן הפרשה.

פרק מא: [בבא בתרא קמ.] בו יבוארו דברי הרשב"ם דמועטין ונתרבו נוטלים הבנים רק מותר הנכסים העודף מכדי מזונות הבנות עד שיבגרו, ואע"ג דנשתנה דין הנחלה ונתבטלה ההפרשה.

פרק מב: [בבא בתרא קמ.] בו יבוארו דברי הרשב"ם דיתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטין מה שמכרו מכרו רק קודם העמדה בדין, והיאך מוכח מזה דאם נתרבו אחר העמדה בדין ברשות יורשים שבוח.

פרק מג: [בבא בתרא קמ.] בו יבוארו שני לשונות של הרשב"ם בצד הבעיא דאלמנה אינה ממעטת ואין עושים לה הפרשה אם מכל מקום נחשבים כנכסים מרובין כדי לעשות הפרשה לצורך הבנות.

פרק מד: [בבא בתרא קמ.] בו יבוארו דברי התוס' שחילקו בין כתובת בנן נוקבין דכל שהיו מרובין או

יחלק שמו עליו שצריך ליתן לו את דמיו ולמה אין דינים להם דינא דגוד או אגוד.

פרק כד: [בבא מציעא טו:] בו יבוארו דברי הבעל המאור דאין הבעל חוב יכול ליתן ללוקח גריוא דארעא כנגד רצונו אבל בעל אפותיקי שפיר גובה חובו ומשייר ללוקח גריוא דארעא בעל כרחו.

פרק כה: [ניבמות טו.] בו יובא מחלוקת הרמב"ם והרשב"א בהא דלא ימכור הבעל כלי אשתו אם היינו רק לכתחלה או אם עבר ומכר לא קנה, ויבוארו דברי הרמב"ם שדימה דין זה לגבית כתובה.

פרק כו: [כתובות צג:] בו יבוארו דברי הרמב"ם דמי שהיה עליו שטר חוב וכתובת אשה אם היה החוב קודם בעל חוב גובה תחלה ואם הכתובה קודמת אשה גובה תחלה.

פרק כז: [כתובות צג:] בו יבואר הא דבארבע נשים שבאו לגבות כתובתם ונמצא ששדה שגבתה הראשונה היתה גזולה ביד הבעל אינה יכולה להחזיר השדה ולגבות שדה אחרת שהיתה שלו בכיורו.

פרק כח: [כתובות צג:] בו יבואר הא דהטילו שבועה על אשה אחרונה שבאה לגבות כתובתה מנכסי הבעל במקום שאחת מן הקרקעות שגבו בעלות כתובות הראשונות נמצאת שאינה שלו.

פרק כט: [כתובות צד.] בו יבואר הא דמשיבין בעלת כתובה רביעית אולי תכסיף השדה מפני שחוששת שאחת מן השדות שגבו הראשונות תמצא גזולה אבל בכל אשה אין לחוש שתכסיף משום חשש זה.

פרק ל: [בבא מציעא אה.] בו יבואר הא דמוכח דשומא הדרא מהא דאמרין דאם אבד כיפי שנפקדו אצלו וגבו ממנו אפדנא ונמצאו הכיפי הדרי כיפי למרייהו והדרא אפדנא למרה.

פרק לא: [בבא מציעא לה.] בו יבוארו דברי הרמב"ם והרשב"א דקנה מידו דלא ליהדר שומא לא הדרא, וכמו דמהני קנין לפוטרו מדינא דבר מצרא, ויבואר למה לא סגי ביותור כמו באגביה איהו בחובו.

פרק לב: [בבא מציעא אה.] בו יבואר סברת נהרדעי דשומא הדרא עד תריסר ירחי שתא, ויבואר למה בעל חוב אוכל פירות מכי מטא אדרכתא לידיה או שלמו ימי אכרזתא, ואע"ג דאינו קונה עד הירידה.

פרק לג: [בבא מציעא אה.] בו יבואר שיטת הרמב"ם דהיכא דאגביה בעל חוב ראשון לבעל חוב שני מדעתו אין הלוה מוציא מידו מדין שומא הדרא, ולא אמרינן ליה לא עדיף את מגברא דאתית מיניה.

דברי הרמב"ם דאם כתב לה גובה כתובתה מבני חורין.

פרק מז: [מכות ג.] בו יבוארו דברי רש"י לפרש פלוגתא דרב חסדא ורב נתן בר אושעיא בעדים זוממים שהעידו שגירש אשתו ולא נתן לה כתובתה אם שמין ההפסד בבעל או באשה.

פרק מה: [ערכין כג.] בו יבוארו דברי רש"י במקדיש נכסיו ובא לגרש אשתו שצריך להדירה דחיישינן לקנוניא שמגרשה לגבות כתובתה מהקדש כיון דאין שאלה להקדש ואינו מוצא חכם להתיר נדרו.

שנתרבו זכו בהם יורשים לבין כתובת בנין דיכרין דלעולם אזלינן בתר שעת מיתה.

פרק מה: [נבא בתרא קמ:] בו יבואר הא דאלמנה דוחה את הבת כשאין כאן אלא מזון לאחת מהן אע"ג דאין מפרישין מעות לאלמנה לצורך מזונותיה, ויבוארו דברי הרמב"ם במזונות וכתובת בנין דיכרין.

פרק מו: [כתובות נד:] בו יובא מחלוקת הראשונים אם אלמנה או גרושה מן האירוסין אית לה כתובה בתנאי בית דין אף אם לא כתב לה כתובה, ויבוארו

שער א: בענין שעבוד נכסים במלוה בשטר

וכו ל"ה פרקים

קרא דיוציא אליך במשכנו שלא בשעת הלואתו, וזוהי שיטת רבי יצחק בבבא מציעא (דף פב.), דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר (דברים כד, יג) ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה משכון צדקה מנין וכו', במשכנו שלא בשעת הלואתו וכו', יעו"ש. והיינו דבמשכנו שלא בשעת הלואה, שהגיע זמן פרעון ונטל שליח בית דין משכון בשבילו, כודאי אית בזה התחלת גוביינא, והרי זכה המלוה במקצת קנין בגוף המשכון, ועיין ברש"י שם, ועיימש"נ בשי"ב פל"ה, והראיה שיש למלוה קנין במשכון, דהא כתיב ולך תהיה צדקה, כנ"ל, ואם אין לו שום קנין אלא מחזיר לו את שלו, אין זה נחשב צדקה, כי היכי דהשבת אבידה אינה נחשבת צדקה, אלא ודאי כבר הותחלה הגוביינא בנטילת המשכון, ויש למלוה מקצת קנין בהמשכון.

ומאן דאמר שעבודא דאורייתא ס"ל דקראי דיוציא אליך, והשב תשיב, ולך תהיה צדקה, מיירי אפילו במשכנו בשעת הלואה, שהלוה מסר משכון למלוה בשעת הלואה, שיהא תחת ידו ויהא בטוח שאם לא יפרע לו כשיגיע זמן פרעון יוכל לגבות חובו מן המשכון, ואפילו בשעת הלואה אמרינן דכבר הותחלה הגוביינא וקנה המלוה מקצת קנין בהמשכון, ומשום הכי כשמחזיר העבוט כלילה הרי זה נחשב לו צדקה.

ובזה נחלקו מאן דאמר שעבודא דאורייתא ומאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ס"ל דליכא התחלת גוביינא קודם שמגיע זמן פרעון, ואין המלוה זוכה מידי בנכסי הלוה בשעת ההלואה, והא דחזינן דבעל חוב קונה משכון, דהא החזרת העבוט כלילה נחשבת לו צדקה, על כרחך צריך לומר דקרא מיירי במשכנו שלא בשעת הלואה, אלא כשהגיע זמן פרעון ונטל שליח בית דין משכון בשבילו, ונטילת המשכון יש בה התחלת גוביינא, ונמצא שיש למלוה זכות ומקצת קנין בהמשכון, ומשום הכי החזרתו נחשבת לו צדקה.

פרק א

בו יבואר שיטת הרשב"ם דמאן דאמר שעבודא דאורייתא יליף לה ממשכון ומאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא מוקים לקרא דמשכון במשכנו שלא בשעת הלואה.

[**נבא בתרא קעה**] מתניתין המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים גובה מנכסים בני חורין וכו'. ובגמרא, אמר עולא דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה גובה מנכסים משועבדים, מאי טעמא, שעבודא דאורייתא, ואלא מה טעם אמרו מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסין בני חורין, משום פסידא דלקוחות וכו'. ורבה אמר דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, מאי טעמא, שעבודא לאו דאורייתא, ומה טעם אמרו מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים, כדי שלא תנעול דלת בפני לוי וכו', יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: שעבודא דאורייתא, יוציא אליך את העבוט (דברים כד, יג). והוא הדין למקרקעי. לאו דאורייתא, וקרא במשכנו שלא בשעת הלואתו בבבא מציעא (דף קיד:) עכ"ל יעו"ש. ולמד הרשב"ם דהמקור למאן דאמר דשעבודא דאורייתא הוא ממשכון, דהמשכון משועבד למלוה, כדכתיב יוציא אליך את העבוט, והוא הדין למקרקעי. ויש לדקדק דמגלן דיש למלוה שעבוד על המשכון, דלמא אין לו אלא האפשרות לגבות ממנו, שהמשכון נמסר לידו שיהא מונח ברשותו ויוכל לגבות ממנו חובו, ואם נימא נמי דיש לו שעבוד בגוף המשכון, מגלן דהוא הדין במקרקעי, דלמא דוקא משכון שנמסר לידו להדיא לגביה יש למלוה שעבוד בו, אבל סתם מקרקעי שלא נמסרו למלוה לגביה מגלן דאית ליה למלוה שעבוד בהן.

ודברי הרשב"ם מבוארים ממה שכתב דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא מוקי

נכסיו ממילא, ועיימש"נ בש"ז פ"ב, ומשום הכי כשהגיע זמן פרעון ומסר לו משכון בידיים יש בזה התחלת גוביינא, אבל כל קרקעות שיש לו שלא מסרם לרשות המלוה לא הותחלה בהם גוביינא כשהגיע זמן פרעון, כי היכי דליכא התחלת גוביינא ממילא בהני קרקעות שקנה לאחר ההלוואה למאן דאמר שעבודא דאורייתא אם לא כתב לו דאקני, ועיימש"נ במלוה הכתובה בתורה למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא בש"ג פ"א, ועיימש"נ בש"א פ"ו.

פרק ב

בו יובאו דברי הרגמ"ה דמאן דאמר שעבודא דאורייתא יליף לה מקרא דעבד לזה לאיש מלוה, ואע"ג דהך קרא אינו בתורה אלא בכתיבים ודברי תורה מדברי קבלה לא ילפינן.

[בבא בתרא קעה:] אמר עולא דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה גובה מנכסים משועבדים, מאי טעמא שעבודא דאורייתא וכו', יעו"ש. וכתב הרגמ"ה וז"ל: שעבודא, שמשועבדין לו נכסים של לזה למלוה. מדאורייתא הוא, דכתיב עבד לזה לאיש מלוה וכו'. שעבודא לאו דאורייתא, וקרא אסמכתא בעלמא הוא עכ"ל יעו"ש. ולמד הרגמ"ה דהמקור לדין שעבודא דאורייתא הוא מקרא דעבד לזה לאיש מלוה, שהובא לעיל (דף קעא:): לענין דינא דכותבין שובר, ועל הלוה לשמור שוברו מן העכברים דעבד לזה לאיש מלוה, ומהא שמעינן דשעבודא דאורייתא, דאי שעבודא לאו דאורייתא, לא היה הלוה נחשב עבדו דמלוה. אכן קשה דהא הך קרא במשלי (כב. ז) כתיב, ודברי תורה מדברי קבלה לא ילפינן.

ולכאורה צריך לומר דס"ל להרגמ"ה דדין שעבודא דאורייתא הוא דבר הידוע לנו מן המסורה ואין לזה מקור מפורש בתורה, וקרא דעבד לזה לאיש מלוה הוי גילוי מלתא בעלמא, דאי לאו דקבלנו על ידי המסורה דשעבודא דאורייתא לא הוי קרי ליה שלמה המלך עבד לזה לאיש מלוה, ומאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ס"ל דכותבין שובר הוי מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא.

אבל מאן דאמר שעבודא דאורייתא ס"ל דשפיר שייך התחלת גוביינא אפילו קודם שהגיע זמן פרעון, והיינו דין שעבוד, ומשום הכי אינו מוכרח לאוקמי קרא דלך תהיה צדקה דוקא במשכנו שלא בשעת הלוואה, אלא בכל גונא מיירי קרא, ואפילו היכא דהלוה מסר משכון להמלוה מדעתו ורצונו בשעת ההלוואה, וקאמר קרא ולך תהיה צדקה, והיינו דהמלוה זכה במקצת קנין בהמשכון, דכבר הותחלה הגוביינא, ואע"ג דהלוה לא כוון אלא לתת משכון שיהא מונח בידו ויהא בטוח שיוכל לגבות חובו כשיגיע זמן פרעון, ולא כוון הלוה לתת לו איזה קנין בהמשכון, מכל מקום גילתה לנו התורה דכיון שבא משכון לידו דמלוה הותחלה הגוביינא וזכה במקצת קנין בגוף המשכון, והחזרתו בלילה נחשבת לו צדקה.

והיינו דינא דשעבודא דאורייתא, דמדמינן קרקע למשכון, כמו שכתב הרשב"ם והוא הדין למקרקעי, כנ"ל, דהא דקונה שעבוד בהמשכון הוא, משום שהוא תחת ידו ואין הלוה יכול לשמטו ממנו, דמטלטלין בעלמא אין המלוה סומך עליהם הואיל והלוה יכול לשמטם, ואם כן לא אמרינן שהותחלה הגוביינא במטלטלין, רק במשכון שהוא תחת ידו וסומך עליו, וכן נמי הותחלה גוביינא מיד בקרקעותיו של לזה, שהרי אינו יכול לשמטם ולהבריחם מן המלוה, וממילא שייך בהו התחלת גוביינא, ושפיר אמרינן דשעבודא דאורייתא, וכן מוכח בבבא מציעא (דף קטו.), יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פל"ב.

ואין להקשות דאם כן למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא למה לא יזכה המלוה שעבוד בקרקעות הלוה מיד כשמגיע זמן פרעון, דהרי טעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא משום דליכא התחלת גוביינא קודם זמן פרעון, כמש"נ, ואם כן כשמגיע זמן פרעון ישתעבדו נכסיו, זה אינו, שהרי מצינו דכל נכסים שקנה הלוה אחר ההלוואה לא נשתעבדו לבעל חוב אם לא כתב לו דאקני, כדאיתא לעיל (דף קנז.), ומבואר דשעבוד נקנה לבעל חוב רק בשעת מתן מעות ההלוואה, אבל מה שמחויב ועומד אינו משעבד

פרק ג

בו יבואר הא דלמאן דאמר דשעבודא דאורייתא אינו גובה ממשעבדי במלוה על פה משום פסידא דלקוחות, ולמאן דאמר דשעבודא לאו דאורייתא אינו גובה משום דלית ליה קלא.

[בבא בתרא קעה:] אמר עולא דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה גובה מנכסים משועבדים, מאי טעמא, שעבודא דאורייתא, ואלא מה טעם אמרו מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, משום פסידא דלקוחות. אי הכי מלוה בשטר נמי, התם אינהו דאפסידו אנפשייהו. ורבה אמר דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, מאי טעמא, שעבודא לאו דאורייתא, ומה טעם אמרו מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים, כדי שלא תנעול דלת בפני לויין, אי הכי מלוה על פה נמי, התם לית ליה קלא, יעו"ש.

וי"ש לדקדק, דהנה עולא קאמר דטעמא דמלוה על פה אינו גובה ממשועבדים משום פסידא דלקוחות, ורבה קאמר טעמא משום דלית ליה קלא, ולכאורה הלא ענין אחד הוא, דכיון דלית ליה קלא איכא למיחש לפסידא דלקוחות, ואם כן למה נקט עולא טעמא משום פסידא דלקוחות ורבה נקט טעמא משום דלית ליה קלא.

ונראה דאליבא דעולא דס"ל שעבודא דאורייתא ליכא אלא חד תקנה דרבנן לגבי גביה מן הלקוחות, שהם תיקנו דמלוה על פה אינו גובה מן המשועבדים, ויסוד התקנה הוא משום פסידא דלקוחות, ופרכינן בגמרא דאם כן לא יגבה נמי מלוה בשטר ממשועבדים משום פסידא דלקוחות, ומתריצין דאינהו דאפסידו אנפשייהו, ובאמת היינו יכולים לתרץ דהטעם הוא דאם כן נעלת דלת בפני לויין, אלא דלפי זה היינו מוכרחים לומר דאיכא שתי תקנות, תקנה שאינו גובה במלוה בעל פה משום פסידא דלקוחות, ועוד תקנה אחרת שגובה במלוה בשטר משום נעילת דלת, ועדיפא לן לומר דהיינו טעמא דמלוה בשטר גובה משום דאינהו דאפסידו אנפשייהו, ולפי זה אינו צריך אלא תקנה אחת, דחיישינן לפסידא דלקוחות, ותיקנו

חכמים שלא יגבה הבעל חוב מנכסים משועבדים כדי להציל הלקוחות מן המפסידים ולא להציל אותם מעצמם, וכל היכא דאיכא קלא ואף על פי כן קנו הקרקעות, אינהו דאפסידו אנפשייהו ולא בשבילם נתקנה התקנה, ואין הכי נמי דטעמא דחשיב דאינהו דאפסידו אנפשייהו משום דמלוה בשטר אית ליה קלא, מכל מקום עצם החילוק בין מלוה בשטר למלוה על פה הוא, דהתקנה של פסידא דלקוחות שייכת במלוה על פה ולא במלוה בשטר, כמשי"נ.

אבל רבה ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא, ותיקנו חכמים שיגבה מלוה בשטר מן המשועבדים כדי שלא תנעול דלת בפני לויין, ומהאי טעמא היה צריך להיות הדין דגם מלוה על פה גובה ממשועבדים משום נעילת דלת, אלא דאיכא תקנה אחרת שתיקנו חכמים שלא יגבה מלוה על פה מן המשועבדים משום פסידא דלקוחות, ונמצא שיש כאן שתי תקנות דסתרי אהדרי, תקנת נעילת דלת מחייבת שיגבה מן המשועבדים, ותקנת פסידא דלקוחות מחייבת שלא יגבה מן המשועבדים, והגדירו חכמים דתקנת נעילת דלת נוהגת היכא דאיכא קלא, דהיינו במלוה בשטר, ותקנת פסידא דלקוחות נוהגת היכא דליכא קלא, דהיינו במלוה על פה, ואין הכי נמי דסברת חילוק זה היא דבמקום דאיכא קלא היה להם להזהר על נפשם ולא הוצרכו חכמים לתקן תקנות להצילם מפסידא, מכל מקום עיקר הגדר והחילוק שבין מלוה בשטר למלוה על פה הוא דכאן איכא קלא וכאן ליכא.

פרק ד

בו יבואר הא דמדויק בגמרא דרבה ס"ל שעבודא דאורייתא מהא דאמר יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בכור נוטף פי שנים דהוה לה מוחזקת ביד אביהם.

[בבא בתרא קעה:] ורבה אמר דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, מאי טעמא, שעבודא לאו דאורייתא וכו'. ומי אמר רבה הכי, והאמר רבה גבו קרקע יש לו, גבו מעות אין לו וכו', יעו"ש.

גובה מן הלקוחות, דלגבי גבית החוב עדיין הקרקע ברשות הלזה וגובה ממנה, אכן אין כאן שום זכות המעכבת את המכירה שלא תהא לחלוטין, אלא תקנת חכמים מעכבת המכירה, שתיקנו חכמים דלגבי גביה ליכא מכירה, אבל אין לבעל חוב שום זכות בעצם הקרקע, כמש"נ, ועיימש"נ בש"א פ"א ופ"ח.

ושפיר פריך בגמרא דהיאך קאמר רבה דשעבודא לאו דאורייתא והא אמר רבה גבו קרקע יש לו, דבכור נוטל פי שנים במוחזק, ולא חשיב מוחזק אלא מה שהיה ביד המלוה קודם מיתתו, ולכן בשלמא אם שעבודא דאורייתא הרי היה לו להמלוה מקצת קנין בגוף הקרקע ונחשבת מוחזקת בידו, ושפיר נוטל בכור פי שנים, אבל אם שעבודא לאו דאורייתא הרי אין להמלוה שום קנין ותפיסת יד בקרקע הלזה, ואין הכי נמי דגובה מלקוחות דחכמים תיקנו דאין מכירתו מכירה, מכל מקום כיון דאין עיכוב המכירה על ידי קנין בגוף הקרקע אלא משום תקנה, לא חשיבא הקרקע כמוחזקת ביד אביהם, ואין הבכור נוטל פי שנים.

פרק ה

בו יבוארו דברי הרמב"ן דאפילו למאן דאמר שעבודא דאורייתא אם אין עדים מעידים לפנינו שהלזהו אין כפירת הלזה נחשבת כפירת שעבוד קרקעות.

[בבא בתרא קעה:] אמר עולא דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה גובה מנכסים משועבדים, מאי טעמא שעבודא דאורייתא, ואלא מה טעם אמרו מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, משום פסידא דלקוחות. אי הכי מלוה בשטר נמי, התם אינהו נינהו דאפסידו אנפשייהו וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' לעיל (דף קעה.) בד"ה שעבודא דאורייתא, כפי הגהת המהרש"א, וז"ל: והקשה ה"ר יעקב מקורביל אם כן היאך נשבעין במודה במקצת הטענה, והא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות. ואומר רבי כגון שמחל שעבודו, אי נמי בדליכא עדים, דהא דשעבודא דאורייתא היינו על פי עדים אבל על

והנה סוגיא דלעיל שם (דף קכד:) מיירי לענין דינא דבכור נוטל פי שנים בנכסי האב, בנכסים שהיו מוחזקים לאביהם בחייו, ולא בראוי לו שעדיין לא החזיק בחייו, ונחלקו שם רבה ורב נחמן ביתומים שירשו מלוה אביהם, וקאמר רבה דאם גבו קרקע בחוב אביהם הרי זה נחשב מוחזק ובכור נוטל פי שנים, ואם גבו מעות בחוב אביהם הרי זה נחשב ראוי ואין הבכור נוטל פי שנים, וטעמא דגבו קרקע יש לו, משום שהקרקע היתה משועבדת לאביהם, ומשום הכי נחשבת מוחזקת, ומיירי שהמלוה שירשו היא מלוה בשטר, דבמלוה על פה אפילו על ידי עדים לעולם יכול הלזה לטעון פרעתי, ולכן מלוה על פה לעולם נחשב ראוי, כמו שכתב הרשב"ם שם (דף קכד.) בד"ה ירשו שטר חוב, יעו"ש.

ופריך בסוגיין דהיאך קאמר רבה דשעבודא לאו דאורייתא, והלא רבה אית ליה גבו קרקע יש לו, דחשיב מוחזק בהקרקעות ובכור נוטל פי שנים, ועל כרחך היינו משום דהקרקע משועבדת לאביהם, ונמצא דס"ל דשעבודא דאורייתא.

וקשה מנליה להגמרא דהא דקאמר רבה גבו קרקע יש לו הוא מן התורה וס"ל דשעבודא דאורייתא, דלמא אמר רבה דינו גם למאן דאמר לאו דאורייתא, ומיירי לאחר התקנה דלכולי עלמא גובה מנכסים משועבדים, ומשום הכי חשיב ליה מוחזק ובכור נוטל פי שנים.

ונראה דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא על כרחך יש למלוה איזה זכות בגוף הקרקע של הלזה, ומחמת זכות זו חשיב אינו ברשותו דלוה למכור הקרקע להפקיע גוביינא דמלוה, דלגבי גוביינא נשאר שול ואין מכירתו מכירה, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל:) , ועיימש"נ בש"א פט"ז, וקנינו מעכב המכירה, וממילא נחשב שהקרקע עדיין ביד הלזה וגובה ממנו, וכל זה במלוה בשטר שקנינו של מלוה במקומו עומד, אבל במלוה על פה הפקיעו רבנן קנינו ומכירת הלזה נקרא מכירה, אכן למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אין בעל חוב קונה שום זכות בגוף הקרקע של הלזה, ומכל מקום אמרינן דאין מכירתו של הלזה מכירה ובעל חוב

לגבות מן המשועבדים, ואם כן לא חל השעבוד כלל, ואפילו אם הלוח מודה שלוח ממנו, הרי אין הודאתו מועילה אלא לגבות מן בני חורין ולא מלקוחות, וגם אם ליכא שעבוד על הקרקע הרי יכול לגבות מבני חורין, ונמצא דהשעבוד לא מעלה ומוריד כלל, ואם כן לא חל השעבוד מעיקרו, כן הוא יסוד סברת התוס' והרמב"ן דלא אמרינן שעבודא דאורייתא אלא כשהלוח לו בעדים, ובלי עדים אין כאן כפירת שעבוד קרקעות.

אכּן הרמב"ן הוסיף דאפילו אם תבע ממנו חוב שהלוח לו בעדים, אם אין העדים בפנינו לא נחשב כפירת שעבוד קרקעות, וכל מודה במקצת שאין העדים בפנינו חייב לישבע, והדבר צריך עיון, דהרי אם היו עדים בשעת הלואה הרי קנה המלוח שעבוד בקרקעות הלוח, והיאך מסתבר לומר דכיון שאין העדים לפנינו והלכו להם למדינת הים שנפקע השעבוד מן הקרקעות, הא עדיין יכולים העדים לחזור ממדינת הים וכאשר יעידו לו להמלוח על החוב יגבה מן המשועבדים, ואם כן כשהמלוח תובע מן הלוח שהלוח לו מנה בעדים, הרי לפי דבריו יש לו קרקעות אצלו למאן דאמר שעבודא דאורייתא, ואם כן הוה ליה כפירת שעבוד קרקעות, ומאי שנא מתובעו קרקע ממש בלי עדים דאמרינן אין נשבעין על הקרקעות, ואע"ג דבלי הודאת הלוח אינו יכול להוציא ממנו כלום, הואיל ולפי דבריו תובעו קרקעות, נימא כן נמי בתובעו שהלוחו בעדים, דלפי דבריו יש לו אצלו שעבוד קרקע, והוה ליה כפירת שעבוד קרקעות, ומה לי שאין העדים כאן לפנינו, ויעו"ש בשבועות בחידושי הרמב"ן.

ואיכא למימר דסוף דבר מנא ידעינן שהיה כאן שעבוד קרקעות כדי לפוטרו מן השבועה, אי משום שהודה הלוח על אותו מקצת שלוח ממנו בעדים, הרי אין הודאת בעל דין נאמן אלא לחיוב ולא לפטור, דהיינו שנאמן לומר שהוא חייב לו חמשים זוז, אבל אינו נאמן לומר שהיה בעדים כדי לפוטרו מן השבועה מדין כפירה והודאה בשעבוד קרקעות, ונמצא שיש לנו הודאה במקצת על הממון שתבע ממנו, ואין לנו שום סבה לומר שהיה כאן שעבוד

פי עצמו לא, ובפרק קמא דבבא מציעא (דף ד:) הארכתי יותר מבכאן עכ"ל יעו"ש. ושם בבבא מציעא הביאו התוס' ביתר ביאור תירוץ הראשון דכאן, ועיימש"נ בש"א פ"ח.

ודברי התוס' בתירוץ השני דשעבודא דאורייתא הוי רק על פי עדים, מתאימים לדברי הרמב"ן שהובאו ברא"ש בשבועות (פ"ה סימן ג דף לז:): וז"ל: אמר רבי יוחנן הכופר בממון שיש עליו עדים חייב, בשטר פטור. ומסיק טעמא משום דהוה ליה שטר שעבוד קרקעות, ואין מביאין קרבן על כפירת שעבוד קרקעות. והקשו התוס' מאי שנא שטר מעדים, דעדים נמי שעבוד קרקעות הוא, דהא רבי יוחנן הוא דאמר בפרק גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ה): דמלוה על פה גובה מן היורשין ומן הלקוחות משום דשעבודא דאורייתא. ועוד קשה דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא מודה מקצת דחייב רחמנא שבועה וכן על ידי עד אחד היכי משכחת לה, הא הוה ליה כפירת שעבוד קרקעות. ותירצו כגון שמחל לו השעבוד, או כגון שאין לו קרקע. והרמב"ן ז"ל כתב דהא בורכתא, דכל מודה מקצת שאין בו עדים כאן חייב, דאפילו תבעו נמי מנה לי בידך בשטר ואבד ממנו השטר, והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים בשטר חייב הוא שבועה דאורייתא, כיון דאמר דאין השטר כאן ואין יכול לגבות בו מן המשועבדים לאו שעבוד קרקעות מקרי וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה זה פשוט דאם ראובן תבע משמעון דעשר גפנים שבשדהו שלו הם, ושמעון מודה שחמשה מהם שייכים לראובן, דאינו נשבע שבועת מודה במקצת, דאין נשבעין על הקרקעות, ואע"פ שאין לראובן שום עדים על תביעתו, מכל מקום אין נשבעים על זה, כיון דראובן תובע ממנו קרקע ושמעון מודה במקצת הקרקע, הרי זה כפירה והודאה על הקרקעות, ומה שכתבו התוס' והרמב"ן דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא לא חשיב כפירת שעבוד קרקעות לפוטרו משבועת מודה במקצת אלא בדאיכא עדים, היינו דין מיוחד בשעבוד דלא חשיב שעבוד אלא כשאפשר לבא לידי גביה, ואם לוח ממנו בינו לבין עצמו הרי לא יוכל

הלוקח, אלא הרא"ש חולק על הרמב"ן מן הסברא, דאין דבריו נראין לו, אלא כל מלוה משעבד הנכסים, ולכן אם הודה הלוקח שלוה ממנו אפילו בלא עדים, שפיר יכול המלוה לגבות מן המשועבדים.

פרק ו

בו ידון במה שהוכיחו התוס' דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא מהא דאמר שטר חוב היוצא על היתומים גובה מן הזיבורית משום דבעל חוב מדאורייתא דינו בזיבורית.

[גיטין ג.] אמר מר זוטרא בריה דרב נחמן משמיה דרב נחמן שטר חוב היוצא על היתומין אע"פ שכתוב בו שבח אינו גובה אלא מן הזיבורית, אמר אביי תדע דבעל חוב דיניה בבינונית ומיתמי בזיבורית, אמר ליה רבא הכי השתא בעל חוב דיניה מדאורייתא בזיבורית כדעולא דאמר עולא דבר תורה בעל חוב בזיבורית שנאמר בחוץ תעמוד והאיש וגו', מה דרכו של איש להוציא פחות שבכלים, ומה טעם אמר בעל חוב בבינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לוין, וגבי יתמי אוקמוה רבנן אדאורייתא, אלא הכא כיון דדיניה מדאורייתא בעידית, אפילו מיתמי נמי בעידית וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה כיון דדיניה מדאורייתא בעידית וז"ל: נראה דסבר שעבודא דאורייתא, דאי דרבנן, אע"ג דמיניה דידיה דיניה מדאורייתא בעידית, מיתמי יהא בזיבורית, כיון דמדאורייתא לא גבי כלל. ומר זוטרא ואביי דסברי מיתמי בזיבורית, צריך לומר דקסברי שעבודא לאו דאורייתא כדפרשינן במתניתין, דאי לאו הכי מאי טעמא אפקעוה רבנן, אי נמי לא פלוג רבנן ביתמי עכ"ל יעו"ש.

והנה לכאורה הביאו התוס' ראייה חזקה דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא, דאם לא כן למה גובה עידית מיתמי. אלא דקשה לפי זה מהא דאמר רבא בערכין (דף י:.) דכולי עלמא מלוה על פה אינו גובה מן היורשים והכא במלוה הכתובה בתורה קמפלגי וכו', יעו"ש. והנה למאן דאמר שעבודא דאורייתא מלוה על פה גובה מן היורשין, כדאיתא בבבא בתרא (קע"ה:)

קרקעות, ואם תאמר דנהמניה שהיה בעדים מדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, דאם אתה מאמינו שחייב לו חמשים וזו נאמין לו נמי שלוה ממנו בעדים, זה אינו, דלדין הפה שאסר בעינן נמי מיגו, ועיימש"נ בשטרא שי"א פ"א, ומודה במקצת אין לו מיגו דאי בעי כופר הכל, כדמבואר בבבא מציעא (דף ג.) ובשבועות (דף מב:) מפני מה אמרה תורה וכו', יעו"ש, ואם כן לא איכפת לן במה שהלוה אומר שלוה ממנו בעדים, דלא מפיו אנו חייין.

וגם אין לפטור הלוה מן השבועה הואיל והמלוה תובע שהלוה לו בעדים, ונמצא לפי דבריו שהוא תובע ממנו שעבוד קרקעות, וכיון שהמלוה מודה שהודאת וכפירת הלוה הוי שעבוד קרקעות היאך תובע ממנו שבועת מודה במקצת, והלא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, גם זה אינו, דהמלוה שפיר יש לו הפה שאסר, דאם אנו מקבלים הודאתו שהלוה לו בעדים ויש כאן שעבוד קרקעות, אנו צריכים להאמין לו שהלוה לו מאה וזו ולא רק חמשים, ואם כן אין לקבל מה שאמר שהלוהו בעדים לפוטרו מן השבועה, ואין מודה במקצת נפטר מן השבועה למאן דאמר שעבודא דאורייתא אלא כשהעדים לפנינו.

והרא"ש שם פליג על הרמב"ן וז"ל: ואין דבריו נראין לי, דכיון דשעבודא דאורייתא אפילו מלוה על פה נמי נשתעבדו נכסיו, והא דלא גבי מיתמי ולקוחות, משום דאין המלוה ידוע, כיון שאין עדים בדבר, ואפילו הלוה מודה, דחיישינן לקנוניא, ואם היה הלוקח מודה בהלוואה היה גובה ממנו, הלכך אין שעבוד קרקעות תלוי לא בעדים ולא בשטר למאן דאית ליה שעבודא דאורייתא, אלא על כל הלוואה נשתעבדו נכסי הלוה עכ"ל יעו"ש.

ואין כונת הרא"ש להקשות על הרמב"ן, דהרי אם הלוקח מודה בההלוואה היה גובה ממנו אע"ג דלא הלוה לו בעדים אלא בינו לבין עצמו, דלהרמב"ן באמת לא היה גובה מן הלוקח בכהאי גונא, דכיון דליכא עדים ואין בכחו לגבות אלא אם יודה הלוקח, אם כן לא חל השעבוד מעיקרו, ואע"ג דהלוקח מודה שלוה ממנו, מכל מקום ליכא שעבוד ואינו גובה מן

בשעת הלואה, כנ"ל, דהרי הרמב"ם פסק דשעבודא דאורייתא ומוקי לקרא דמשכון במשכנו שלא בשעת הלואה, כמימרא דרבא, ועל כרחק מצא הרמב"ם מקור אחר למאן דאמר שעבודא דאורייתא.

פרק ז

בו יבוארו דברי רש"י בצד האיבעיא דקצובים אע"פ שאינם כתובים דמלוה על פה שהיא קצובה גובה מנכסים משועבדים, ואע"ג דמשנה מפורשת היא דאינו גובה ממשועבדים.

[גימין נ:] אין מוציאין לאכילת פירות, מאי טעמא אמר עולא אמר ריש לקיש לפי שאין כתובין וכו', רבי חנינא אמר לפי שאין קצובין. איבעיא להו לרבי חנינא קצובין וכתובין בעי, או דלמא קצובין ואע"פ שאינן כתובים, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: קצובין אע"פ שאין כתובין, ואית ליה דמלוה על פה שהיא קצובה טרפה ממשעבדי עכ"ל יעו"ש.

והתוס' בד"ה או דלמא הקשו על פירוש רש"י וז"ל: פירש בקונטרס ואית ליה דמלוה על פה גובה ממשעבדי, ואין נראה דבהדיא תנן בפרק גט פשוט (ב"ב דף קעה.) דגובה מנכסים בני חורין וכו' עכ"ל יעו"ש. והתוס' הבינו בדברי רש"י דרק לאכילת פירות אין מוציאין ממשועבדים משום שאין קצובין, ומי יוכל לדעת כמה פירות תוציא הקרקע, לפעמים תוציא פחות ולפעמים יותר, ולכן אינו גובה מלקוחות, אבל סתם מלוה על פה שהסכום קצוב מתחלה גובה מלקוחות, ולכן הקשו התוס' שהרי משנה מפורשת היא דמלוה בשטר גובה מן המשועבדים ומלוה על פה גובה מבני חורין, ולא מצינו שום תנא דפליג.

אכן נראה בישוב דברי רש"י, דאין כונתו לומר דכל מלוה על פה שהוקצב סכום שלה גובה ממשועבדים, ומעולם לא נתכוון לומר דאם הלוח מנה גובה מן המשועבדים, שהרי כל מלוה על פה הסכום קצוב בשעת ההלואה, ונמצא דכל מלוה על פה גובה ממשועבדים, ומשנה מפורשת שנינו דגובה רק מבני חורין, וכמו שהקשו התוס', אלא כונתו לומר דכל אופן של מלוה על

ובקדושין (דף יג:), יעו"ש, ואם כן היאך קאמר רבא דכל התנאים דמתני' דערכין שם ס"ל דמלוה על פה אינו גובה מן היורשים, ונמצא דכולהו ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא, והלא רבא עצמו ס"ל דשעבודא דאורייתא, כמו שכתבו התוס'.

ובלאו הכי יש להקשות דרבא אדרבא, דבערכין שם קאמר דכולי עלמא מלוה על פה אינו גובה מן היורשים, ובבכורות (דף מח.) קאמר רבא בפלוגתא דתנאים שם דכולי עלמא אית להו דרב פפא דמלוה על פה גובה מן היורשים, יעו"ש, ואם כן קשה מאי ס"ל לרבא עצמו, אם ס"ל דמלוה על פה גובה מן היורשים, היאך אמר בערכין דכולי עלמא אינו גובה מן היורשים, ואם ס"ל דאינו גובה מן היורשים, היאך אמר בבכורות דכולי עלמא גובה מן היורשים, ועל כרחק חדא מינייהו לא הוי אלא דחיה בעלמא דדחיק עצמו ליישב מחלוקת תנאים, אבל בגיטין הבינו התוס' דלא הוי דחיה בעלמא, דמה דחקו לרבא להקשות על אביי ממימרא דעולא לפי מאן דאמר שעבודא דאורייתא אם הוא עצמו לא ס"ל הכי.

אכן עדיין יש להקשות לפי מה שהוכיחו התוס' דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא, שהרי כתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף קעה:) דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא קרא דיוציא אליך את העבוט משתעי במשכנו בשעת הלואה, ולמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא משתעי במשכנו שלא בשעת הלואה, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פ"א, והרי בבבא מציעא (דף קיד:) אמר רבא דקרא מיירי במשכנו שלא בשעת הלואה, יעו"ש, ולפי מה שכתב הרשב"ם נמצא דס"ל שעבודא לאו דאורייתא. ואולי יש לומר דבבבא מציעא נדחק רבא ליישב לשון מגומגם של הברייתא שם, אבל ליה לא ס"ל הכי, אלא קרא מיירי במשכנו בשעת הלואה, וס"ל שעבודא דאורייתא כמו שהוכיחו התוס'.

והנה הרמב"ם פ"ג מלוה ולוה הל"ה פסק כרבא דסוגיא דבבא מציעא שם, ופסק נמי בפ"א שם הל"ג דשעבודא דאורייתא, יעו"ש, ומבואר דהרמב"ם פליג על מה שכתב הרשב"ם דהמקור למאן דאמר שעבודא דאורייתא הוא ממשכון ומוקי לקרא במשכנו

דאורייתא, היינו משום דכיון שהפקיעו חכמים השעבוד במלוה על פה משום פסידא דלקוחות, חשיב כאילו מחל לו השעבוד. ומיירי דאית ליה משעבדי ולית ליה בני חרי, דאי אית ליה בני חרי אפילו יש עליו עדים פטור, ואי לית ליה אפילו משועבדים אפילו יש עליו שטר חייב עכ"ל יעו"ש.

והנה התוס' לא הקשו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא היכי משכחת לה שבועת מודה במקצת במלוה על פה כשיש לו קרקעות בני חורין, ולמה לא הוי כפירתו כפירת שעבוד קרקעות, דאע"ג דגובה חובו מן הקרקעות, אין למלוה על הלואה אלא שעבוד הגוף בלבד, ואין לו שום קנין ותפיסה בנכסיו, ואין הנידון שלפני בית דין אלא על עצם החיוב ושעבוד הגוף של הלואה, ואם נתחייב לשלם, יגבו לו בית דין מכל מה שיש לו, בין מטלטלין בין קרקעות, וכיון שאין לו למלוה שום שעבוד ותפיסה בקרקעות הלואה, אין כפירת הלואה נחשבת לכפירת שעבוד קרקעות.

ואין קושיתם אלא למאן דאמר שעבודא דאורייתא, דיש לו למלוה שעבוד בעצם נכסיו, ומלבד מה שיש לו תביעה על הלואה מכח שעבוד הגוף, יש לו גם שעבוד בקרקע, והרי גם הקרקע בכלל דין זה שלפנינו, ואע"ג דצריך לתבוע מן הלואה תחלה, דאין נפרעין מן הערב תחלה, כדאיתא בבבא בתרא (דף קעד.) יעו"ש, מכל מקום אם אינו יכול לגבות מן הלואה הרי הוא תובע שעבודו, והוי ליה כפירת שעבוד קרקעות, ולכן הקשו התוס' רק למאן דאמר שעבודא דאורייתא למה נשבע מודה במקצת במלוה על פה.

ומעתה יש להסתפק האם קושית התוס' למאן דאמר שעבודא דאורייתא היא על עיקר דין שבועת מודה במקצת הכתובה בתורה, קודם שתיקנו חכמים דמלוה על פה אינו גובה מן המשועבדים, ולכן כפירה בכל מלוה הויא כפירת שעבוד קרקעות, ואם כן היכי משכחת לן דמודה במקצת נשבע, או אם קושיתם היא אפילו לאחר התקנה, שהרי לא הפקיעו חכמים שעבוד המלוה מקרקע הלואה במלוה על פה אלא כשמכרה, ומשום פסידא דלקוחות, אבל כל זמן

פה שהמספר קצוב בכל אופן גובה ממשועבדים, ואם היה סכום קצוב שתקנו חכמים דכך וכך חייב ליתן למזון האשה והבנות לא פחות ולא יותר, היינו אומרים דגובה ממשועבדים אף אם נחשיבו כמלוה על פה, וכן בכל חיוב שאינו כתוב בשטר והוי כמלוה על פה, אם היה סכום קצוב לתשלומי החיוב בכל פעם ובכל אופן היה גובה ממשועבדים, דגם מלוה על פה יש לו קצת קול אלא שסכום החיוב אין לו קול כלל, ולכן אין הלקוחות יכולים לשמור עצמם מן התובע, אבל אם הלקוחות שומעים שהמוכר נתחייב באיזה חיוב בעל פה והסכום שלו קצוב, הרי יודעים כל הנצרך להם ויכולים לשמור עצמם, ולכן גובה ממשועבדים.

אולם בסתם מלוה על פה אין סכום החיוב שלה קצוב כלל, דהכל תלוי בסכום המעות שהלוהו, וליכא סכום קצוב למלוה על פה, ומשום הכי תנן דמלוה על פה גובה מבני חורין, ומה שכתב רש"י מלוה על פה שהיא קצובה טרפה ממשעבדי, כנ"ל, ר"ל דכל חיוב שאינו כתוב בשטר ודינו כמלוה על פה, אם הסכום של החיוב היה קצוב כמו שלשים של עבד וכדו' היה גובה ממשועבדים, כמש"נ, אבל מלוה על פה ממש לעולם אין חיובו קצוב, ולכן גובה מבני חורין.

פרק ח

בו יבוארו דברי התוס' שהקשו למאן דאמר שעבודא דאורייתא היכי משכחת ליה מודה במקצת הטענה שנשבע והלא כפר בקרקעות ואין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות.

[כבא מצינא ד:] כתבו התוס' בד"ה אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות וז"ל: ואם תאמר למאן דאמר בפרק גט פשוט (ב"ב דף קעה:) שעבודא דאורייתא, מודה מקצת הטענה למה נשבע, הא כופר שעבוד קרקעות. ויש לומר שמחל לו השעבוד או שאין לו כלל קרקעות אפילו משעבדי, אבל לרבי יוחנן דאמר בפרק שבועת הפקדון (שבועות דף לו:) כופר בממון שיש עליו עדים חייב קרבן, שיש עליו שטר פטור משום דכופר שעבוד קרקעות, דבעדים לא חשיב כופר שעבוד קרקעות, אע"ג דסבר רבי יוחנן שעבודא

ושבו אין למלוה שום גביה ממנה, ולמה כתבו התוס' דמיירי שאין לו אפילו משעבדי, הרי אין מלוה על פה גובה מקרקעות שנמכרו, דכבר פקע השעבוד בשעת מכירה.

וְאִידך גיסא גם כן קשה, דאם קושיתם היא רק לפני התקנה, למה לא הקשו דגם אחר התקנה היה לנו לומר דאין נשבעים כיון דאין השעבוד נעקר אלא בשעת מכירת הקרקע, כמש"נ.

וְהִנֵּה כתבו התוס' ליישב דברי רבי יוחנן דס"ל דכופר בממון שיש עליו עדים ונשבע חייב קרבן, ואע"ג דרבי יוחנן ס"ל דשעבודא דאורייתא, היינו משום דכיון שהפקיעו חכמים השעבוד במלוה על פה משום פסידא דלקוחות חשיב כאילו מחל לו השעבוד, כנ"ל, שהוקשה להם דרבי יוחנן מחלק בחדא אוקימתא בין ממון שיש עליו עדים לממון שיש עליו שטר, ואם מיירי שיש לו קרקע, אפילו בממון שיש עליו עדים ליכא קרבן, ואם מיירי שאין לו קרקע או שמחל לו השעבוד, אפילו בממון שיש עליו שטר לא הוי כפירת שעבוד קרקעות ואיכא קרבן, וכמו שכתב המהר"ם יעו"ש, וצריך לאוקמי דברי רבי יוחנן כשאין לו בני חורין אבל היו לו קרקעות מכבר ומכרם, דאם אין לו שטר, הרי אינו גובה מלקוחות, ולא חשיבא כפירת שעבוד קרקעות וחייב קרבן, ואם יש לו שטר, גובה מן הלקוחות, ואם כפר ונשבע פטור מן הקרבן, דהוה ליה כפירת שעבוד קרקעות.

אכן טובא יש לדקדק במה שכתבו התוס' דטעמא דמלתא משום דכיון שהפקיעו חכמים שעבוד במלוה על פה משום פסידא דלקוחות חשיב כאילו מחל לו השעבוד, כנ"ל, דלמה הוצרכו התוס' לדמותו למחל לו השעבוד, הא גם בלא האי טעמא שפיר מבואר החילוק בין ממון שיש עליו עדים לממון שיש עליו שטר, שהרי עקרו חכמים השעבוד במלוה על פה מקרקע הנמכרת, ולכן לא חשיבא כפירתו כפירת שעבוד קרקעות, מה שאין כן בממון שיש עליו שטר לא נעקר השעבוד והוה ליה כפירת שעבוד קרקעות, ומה הוסיפו התוס' במה שכתבו דהוה ליה כמחל לו השעבוד.

שהקרקעות ביד הלוה, עדיין חל עליהם שעבוד המלוה מדין שעבודא דאורייתא, וכן כתבו התוס' בהמשך דבריהם דאם אית ליה בני חורין אפילו יש עליו עדים פטור, כנ"ל, וכן מבואר בכבא בתרא (דף קעו.) דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא מלוה על פה גובה מן היורשים אפילו לאחר התקנה יעו"ש, וכן פסק הרמב"ם פ"א מלוה ולוה הל"ד יעו"ש, ומבואר שלא נפקע השעבוד עד שעת המכירה ללקוחות, ואם כן קשה היכי משכחת לה שבועת מודה במקצת למאן דאמר שעבודא דאורייתא אפילו לאחר התקנה.

וְהִידָּה מסתבר לומר דקושיתם היא אף לאחר התקנה, כיון דאין השעבוד נעקר אלא בשעת מכירת הקרקע ללקוחות, כמש"נ, וכן משמע מלשון התוס' כאן ובכבא בתרא (דף קעה.) בד"ה שעבודא דאורייתא, יעו"ש, אלא דקשה לפי זה מה שכתבו התוס' בתירוץ השני דמיירי שאין לו קרקע כלל ואפילו משעבדי, כנ"ל, ומבואר דאילו היו לו קרקעות משועבדים, וכבר מכרן הלוה קודם שהודה במקצת, הוה לה כפירת שעבוד קרקעות אפילו במלוה על פה, וקשה למה חשיבא כפירת שעבוד קרקעות, הרי אין הנידון שלפנינו על הקרקע כלל, שהרי כבר נמכרה, ואין לפנינו אלא את החוב בלבד.

וּבְשַׁלְמָא אם קושיתם היא על עיקר דין מודה במקצת קודם התקנה, דאז גם מלוה על פה גובה ממשועבדים, איכא למימר דכפירתו נחשבת כפירת שעבוד קרקעות כיון דסופו לגבות מן הקרקע, ואע"ג דבשעת הנידון אין הקרקע שלו, וטעמא דמלתא משום דעיקר דין גבית קרקעות הוא משום דאין מכירת הלוה מכירה לגבי גבית בעל חוב, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל.) יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פט"ז, ואם כן אנו דנים על קרקעות שלעולם הן של הלוה לגבי גבית החוב, אי נמי משום שיוצא מזה גביה מן הלקוחות, ולהכי נחשב כפירת שעבוד קרקעות אפילו לגבי הלוה.

אבל אם נימא דקושית התוס' היא לאחר התקנה, שהפקיעו חכמים שעבוד המלוה מהקרקע כשנמכרה ללקוחות, כמש"נ, אם כן קשה למה נחשבת כפירתו כפירת שעבוד קרקעות אם כבר מכר הקרקע ונפקע השעבוד,

לומר כן, דאם לא כן לעולם לא משכחת לפטור הנתבע משבועה מדין אין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות, דכשיגיע לכך שאין לתובע על הנתבע אלא תביעת שבועה בלבד, והוא עומד להיפטור משום דאין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות, באותה שעה ימחול לו השעבוד, ושוב לא הוי כפירת שעבוד קרקעות, ויוכל להשביעו, אלא מבואר דאם לא מחל לו השעבוד מתחלה בשעת ההלואה אלא אחר כך, לא יצא מכלל כפירת שעבוד קרקעות, וטעמא דמילתא, משום דאם מחל בשעת ההלואה יכול לקבוע דחוב זה אין בו תורת שעבוד נכסים, דדבר שבממון תנאו קיים, אבל אם לא מחל בשעת ההלואה, כבר נקבע החוב כחוב שיש בו תורת שעבוד נכסים, ואם מחל על השעבוד אחר כך, אין זה מועיל אלא שבפועל לא יוכל לגבות מן המשועבדים, אבל אין מחילתו אחר כך מועילה לשנות את צורת עצם החוב, ועיימש"נ בש"א פל"ב.

ולכן כתבו התוס' דכיון שהפקיעו חכמים את השעבוד במלוה על פה מקרקע הנמכרת חשיב כאילו מחל לו השעבוד, והיינו כאילו מחל לו השעבוד בשעת ההלואה, ושוב לא חל על החוב תורת שעבוד נכסים, כמש"נ, ואם המלוה עצמו מחל לו אחר כך לא נשתנתה בזה תורת החוב, ועדיין הוי כפירת שעבוד קרקעות, כמש"נ, אכן כשרבנן הפקיעו השעבוד בשעת המכירה, עקרו את השעבוד מעצם החוב, דשוב אין בו תורת שעבוד כלל על הקרקע הנמכרת, ואם מכר כל קרקעותיו, ואין לו בני חורין אלא כל קרקעותיו מכורות, נעקרה מן החוב כל תורת שעבוד קרקעות, כאילו לא היו לו שום קרקעות בשעת ההלואה, או שמחל לו בשעת ההלואה, ונמצא דהשתא אין על החוב תורת שעבוד קרקעות כלל, ושוב לא הוי כפירת שעבוד קרקעות, ואילו עקרו רבנן רק השעבוד, לא היה החוב יוצא בזה מתורת כפירת שעבוד קרקעות כמו שאינו יוצא מתורת כפירת שעבוד קרקעות אם מחל המלוה אחר ההלואה, כמש"נ, אבל כיון דעשאוהו כאילו מחל לו החוב מתחלת ההלואה, נשתנתה תורת החוב על ידי התקנה, ונעשה כחוב שאין בו תורת שעבוד קרקעות, כמש"נ.

ונראה דדברי התוס' מתבארים בדרך משל, על פי מה שכתב הרמב"ם פ"ה טוען ונטען הל"ב דינא דאין נשבעים שבועת התורה על הקרקעות וז"ל: וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידוה, והרי הוא חייב לשלם, בין שטענו והוא אומר לא חפרתי, או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת וכו', הרי זה נשבע היסת על הכל עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דאע"ג שיש כאן תביעת תשלומי נזק, והנידון שלפנינו הוא ממון ולא קרקע, מכל מקום כיון דסבת החיוב היא קרקע אינו נשבע שבועת מודה במקצת, דגם בזה נאמר דאין נשבעים על הקרקעות, והראב"ד פליג עליו, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ח פ"א. ומבואר מדברי הרמב"ם דאע"ג דליכא שום תביעה בפועל על קרקעות המזיק, מכל מקום עדיין נחשבת כפירתו כפירת שעבוד קרקעות, כיון שהדמים באים לתקן הקרקע שהזיק.

והשתא נראה דכעין זה מתבארים גם כן דברי התוס', דלא בעינן תביעה בפועל על קרקע כדי שתיחשב כפירת הנתבע כפירת שעבוד קרקעות, אלא כל חיוב שעיקרו קרקעות נחשב לכפירת שעבוד קרקעות, ואע"ג דהשתא הנידון בפועל לפנינו אינו אלא על ממון בלבד, ולפיכך למאן דאמר שעבודא דאורייתא הרי בכל מלוה על פה המלוה זוכה מיד בשעבוד קרקעות הלוה מלבד שעבוד הגוף, ויש לו תביעת ממון על הלוה, בין מצד השעבוד הגוף בין מצד השעבוד שיש לו בקרקעותיו שיגבה מהן אם לא ישלם, ואם כן אפילו אם נעקר שעבוד הקרקע כשנמכרה, כבר חל על החוב תורת שעבוד קרקעות, והרי כפירתו נחשבת כפירת שעבוד קרקעות, אף אם השתא כבר נעקר השעבוד על ידי התקנה בשעת מכירה. וגם לפי דברי הראב"ד דדמי קרקע לאו כקרקע לענין מזיק כנ"ל, שפיר איכא למימר דאם נשתעבדו נכסיו על ידי ההלואה, כבר חלה על החוב תורת שעבוד קרקעות, והוה ליה כפירת שעבוד קרקעות אף אם ליכא גביה בפועל מן הקרקע.

ומה שכתבו התוס' דלא הוי כפירת שעבוד קרקעות היכא דמחל לו השעבוד, היינו שמחל לו בשעת ההלואה, ובאמת בהכרח צריך

קרקעות, ומשמע דבמלוה על פה חייב קרבן שבועה, והרי הרמב"ם עצמו פסק בפ"א מלוה ולוה הל"ד שכל נכסי הלוה תחת שעבוד המלוה מן התורה כמאן דאמר שעבודא דאורייתא יעו"ש, ואם כן קשה עליו קושית התוס' דהיאך נשבעים במלוה על פה, והא אין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות, והרמב"ם לא חילק בין מחל שעבודו ללא מחל שעבודו כמו שתירצו התוס', כנ"ל.

והגר"ח שם כתב ליישב דברי הרמב"ם, דכיון דיכול לתבוע מן הלוה מדין שעבוד הגוף, אין זה נחשב כפירת שעבוד קרקעות, שאין בשעבוד הגוף דין קרקע כלל, אע"ג דאם לא ישלם סופו לגבות משעבוד קרקעות, ומסיק וז"ל: ורק בשטר הוא דחשיב כפירת שעבוד קרקעות, משום דשטר יש בו דין הקנאת השעבוד, על כן זהו דמשוי ליה גם לעצם החוב שיהא בכלל שעבוד קרקעות, וגם דהשטר מועיל דאינו נגמר כפירת וגזילת החוב כי אם בצירוף כפירת וגזילת השעבוד נכסים שבשטר, ולהכי הוא די ש' לו דין כפירת קרקעות להיפטר מקרבן שבועה וכו' עכ"ל יעו"ש, ודבריו סתומים.

ואולי יש לבארם דאע"ג דהקרקעות משועבדים למלוה מדין שעבודא דאורייתא, אין הקרקעות כתפוסים בידו אלא כשיש לו שטר, דשטרא אפסירא דארעא, כדאיתא בקדושין (דף כז:), יעו"ש, וכשהלוה כופר בחוב וגזול אותו מן המלוה, הרי שבזה הוא גזול ממנו גם הקרקע המוחזקת בידו, והוה ליה כפירת קרקעות, אבל במלוה על פה, אע"ג דשעבודא דאורייתא, אין למלוה שום תפיסה בקרקעות עד שעת הגביה, ואם כפר בחוב לא בא לידי גביה, ומה שהיה אפשר שיבא לידי גביה אין זה נחשב כפירת קרקעות.

אולי נראה לבאר דברי הרמב"ם באופן אחר, דהנה אע"ג דס"ל דשעבודא דאורייתא כמש"נ, לאחר התקנה במלוה על פה הפקיעו חכמים השעבוד נכסים כשמכרם, ואין המלוה גובה מן הלקוחות, אכן כל זמן שלא מכרם עדיין נכסיו משועבדים, ואם מת הלוה גובה המלוה מן היורשים, כדאיתא בבבא בתרא (דף קעה:), יעו"ש,

והיינו מה שכתבו התוס' שאין לו קרקעות אפילו משעבדי, דהיינו שלא היו לו שום קרקעות בשעת ההלוואה, ולא חל תורת שעבוד בחוב, ואם כתב לו דאקני וקנה קרקע אחר ההלוואה, הרי נמצא שהחוב שעבד קרקעות שעדיין לא באו לעולם, והוה ליה כפירת שעבוד קרקעות, ועיימש"נ בש"ז פ"ד, ואם לא כתב לו דאקני וקנה קרקעות לאחר ההלוואה, ליכא תורת שעבוד נכסים בחוב זה, ומכל מקום כל זמן שיש בני חורין תחת ידו הוה ליה כפירת שעבוד קרקעות, מצד הקרקעות עצמן שיש לו תביעה בפועל עליהן, אבל אם חזר ומכרן, שוב אין לו תביעה בפועל על הקרקעות, וגם לא חלה על החוב תורת שעבוד קרקעות מתחלה, וליכא כפירת שעבוד קרקעות, והיינו מה שכתבו התוס' שאין לו קרקעות ואפילו משעבדי.

אכן תירוץ זה לא איצטריך אליבא דרבי יוחנן, דהא לדידיה צריכים לחדש דכשהפקיעו חכמים השעבוד חשיב כמחל לו, וכמש"נ, ואם כן גם במודה במקצת איכא לאוקמי כגון שאין לו קרקעות בשעת התביעה, ולא איכפת לן אם היו לו קרקעות בשעת ההלוואה ומכרן, שהרי נחשב כאילו מחל לו שעבודו ושוב לא חשיב כפירת שעבוד קרקעות, וכמש"נ, והיינו מה שכתבו התוס' דאם יש לו בני חורין אינו מביא קרבן אפילו בממון שיש עליו רק עדים, ואם אין לו אפילו משעבדי אינו מביא קרבן אפילו בממון שיש עליו שטר, דמעולם לא חלה תורת שעבוד קרקעות על החוב, כמש"נ, ואין לחלק בין ממון שיש עליו עדים לממון שיש עליו שטר, אלא כשהיו לו קרקעות ומכרן, דאם יש עליו שטר גובה מן הקרקעות ואינו נשבע, ואם אין עליו אלא עדים אינו גובה מהן, וגם נשתנה עצם צורת החוב על ידי התקנה ולא חשיב תו כפירת שעבוד קרקעות, כמש"נ.

ועיין ברמב"ם פ"ח שבועות הלי"ג וז"ל: וכן מי שהיתה עליו מלוה בשטר וכפר בה ונשבע, פטור משבועת הפקדון, שהרי בשטר נשתעבד הקרקע, ונמצא זה ככופר בקרקע, וכבר בארנו שהכופר בקרקע פטור משבועת הפקדון עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דפטור מקרבן שבועה במלוה בשטר, משום דהוי כפירת שעבוד

הכי, והתנן המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים גובה מנכסים בני חורין וכו', מלוה אזביני קא רמית, מלוה כי קא יזיף בצנעא קא יזיף, כי היכי דלא ליתזלו נכסיה עליה, זביני, מאן דזבין ארעא בפרהסיא זבין, כי היכי דליפוק לה קלא, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם בד"ה מצטרפין וז"ל: דכיון דבשטר לקחו זה מזה, כדמפרש רב בסמוך עדים שבשטר מפקי לקלא וכו' עכ"ל. ובד"ה שטר אית ליה קלא וז"ל: שמתאספין לכותבו ולחותמו והכל שומעין עכ"ל יעו"ש. וצריך עיון, דמתחלה כתב דעדים שבשטר מפקי לקלא, ואחר כך כתב דהקול יוצא משום שמתאספים לכתוב שטר. ועוד יש להקשות הלא גם במוכר שדהו בעדים יש קול אע"פ שלא נתאספו לכתוב, ומאי שנא.

ונראה פשוט דכונת הרשב"ם היא דאין העדים מפקי לקלא מפני שהם מסתובבים ומגידיים לכל שפלוני לזה מפלוני, אלא דכיון שמתאספים לכתוב השטר, דבר זה מעורר שבני אדם רוצים לדעת מה קרה כאן, והם שואלים את העדים והם אומרים להם, ועל ידי זה יוצא הקול, והיינו מה שכתב הרשב"ם לקמן (דף קעה:) בד"ה גובה וז"ל: אלא במלוה הכתוב בשטר שיש בו עדים, דכיון דאיכא תרתי שטר ועדים מפקי ליה לקלא עכ"ל יעו"ש, וכמו כן נמי במכירה, דכל דזבין בפרהסיא זבין, והדבר נשמע שהיה כאן איזה מכירה, ואז בני אדם שואלים את העדים מה יש כאן, והעדים אומרים להם, ועל ידי כך הקול יוצא.

ויעוין בתוס' (דף מב.) בד"ה מלוה שכתבו וז"ל: וקסבר דשעבודא לאו דאורייתא, ומלוה בשטר שהוא גובה היינו שלא תנעול דלת בפני לוי, ומכר נמי משום תקנת השוק וכו' עכ"ל יעו"ש. והיינו דהוקשה להם אע"ג דאיכא קול, מכל מקום למה גובה מנכסים משועבדים, והלא ס"ל לרב דשעבודא לאו דאורייתא, ועל זה כתבו דמלוה בשטר גובה ממשועבדים כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, וליכא למיחש לפסידא דלקוחות הואיל ויש כאן קול, וכן במכירת קרקע בעדים גובה מנכסים משועבדים משום תקנת השוק, וליכא פסידא דלקוחות הואיל ויש קול.

ולענין קרבן שבועה נתמעטה שבועה שפטרנו מקרקעות.

וחלוק בזה מלוה בשטר ממלוה על פה, דמלוה בשטר גובה מן הלקוחות, וזה נוגע גם להלוה, שהרי גביה מן הלקוחות יסודה משום דמכירתו לאו מכירה, ולענין גוביינא עדיין הקרקע שלו, והגביה היא ממנו, כמש"נ, ועוד שהרי הלוקח חוזר עליו אם מכרה באחריות, ואפילו אם לא מכרה באחריות הלוקח חוזר עליו בתערומת, וגם בזה נחשב הלוה כבעל דבר לגבי הגביה, כדאיתא בבבא קמא (דף ח:) יעו"ש, ונמצא שאם נשבע הלוה לשקר פטר עצמו מקרקע, ואינו חייב קרבן שבועה.

אבל במלוה על פה הרי אין השעבוד שיש עליו מדאורייתא נוגע אלא לגבי גביה מן היתומים, ואין להלוה עצמו שום הפסד בהשעבוד, שכשבא המלוה לגבות שעבודו כבר מת הלוה, ונמצא דכשנשבע הלוה לשקר לא בא לפטור עצמו אלא לפטור היתומים, ואין זה נחשב שבועה על הקרקע, שהרי כל דין טענה ושבועה שלו הוא לגבי מה שנוגע לדידיה.

ורק קודם התקנה, כשעדיין היה מלוה בעל פה גובה מן הלקוחות, היתה נחשבת שבועת הלוה כשבועה על הקרקע, ואז היינו צריכים לתרץ כמו שכתבו התוס' דמן התורה אין פטור קרבן שבועה אלא כשאין לו קרקע או מחל השעבוד, אבל לאחר התקנה שאין מלוה על פה גובה מן הלקוחות, הרי אין שבועתו פוטרת אותו מגבית קרקעו, כמש"נ, ולכן לא הוצרך הרמב"ם לחלק בין יש לו קרקע לאין לו קרקע.

פרק ט

בו יבוארו דברי הרשב"ם דבשטר מכירה גובה ממשועבדים עדים החתומים על השטר מוציאים קול, וכתב נמי שהקול יוצא על ידי שמתאספים לכתוב שטר.

נבא בתרא מא: שלשה לקוחות מצטרפין, אמר רב וכולם בשטר. למימרא דסבר רב שטר אית ליה קלא ועדים לית להו קלא, והאמר רב המוכר שדה בעדים גובה מנכסים משועבדים, התם לקוחות אינהו אפסידו אנפשייהו. ומי אמר רב

גם מדברי רש"י בקדושין שם יש להוכיח דדעתו כהר"ף דרב פפא אית ליה שעבודא דאורייתא, וכפשטות משמעות הגמרא, דהתוס' כתבו שם בשם הר"ח לדחות דמימרא דרב פפא דמלוה על פה גובה מן היורשים דשעבודא דאורייתא מישתעי רק במלוה הכתובה בתורה, כגון נזקין ערכין וקרובין, ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא, אבל בהלוואה לית ליה שעבודא דאורייתא, יעו"ש, אולם עיין מה שכתב רש"י שם בד"ה דלית ליה קלא וז"ל: ואיהו דאפסיד אנפשיה, ואף על גב דשעבודא דאורייתא, עבוד רבנן תקנתא ללוקח דלא הוה ידע עכ"ל יעו"ש. והא דבעל חוב אינו גובה מן הלקוחות משום דאיהו דאפסיד אנפשיה, לא שייך במלוה הכתובה בתורה שהחויב בא ממילא, ולא שייך אלא בהלוואה, שהיה לו לכתוב שטר ואיהו דאפסיד אנפשיה, ולכן עבוד רבנן תקנתא ללקוחות שלא יפסידו, שהרי לא ידעו להזהר במקום דליכא קלא, ולא חשו להפסד המלוה, דאיהו הוא דאפסיד אנפשיה, ומבואר דרב פפא אית ליה שעבודא דאורייתא בכל חוב שיש לו, ועיימש"נ בש"א פל"ב.

והנה לפי דברי הר"ף דסוגיין אתיא למאן דאמר שעבודא דאורייתא, דכן ס"ל לרב פפא בקדושין, ומכל מקום בעינן טעמא דנעילת דלת כדי לגבות מן היורשים דמהאי טעמא אוקמוהו אדאורייתא, כנ"ל, קשה למה לן טעמא דאוקמוהו אדאורייתא ביורשים, והלא טעמא דעקרו השעבוד בלקוחות הוא משום פסידא דלקוחות, דמלוה על פה לית ליה קלא, והך טעמא לא שייך אצל יורשים, ואם כן היאך נעלה על דעתינו שלא נוקים אדאורייתא, ולמה לן טעמא דנעילת דלת, ועיין בש"ך סי' ל"ט סק"ב שדחה דברי הר"ף מכח הך קושיא בשם כמה ראשונים.

ונראה ליישב, דהנה למאן דאמר שעבודא דאורייתא יש לו להמלוה מקצת קנין וזכות בגוף הקרקע, ומכח זה אמרינן דאין מכירתו מכירה, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל: ב) בד"ה כולי עלמא, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פט"ז, דלגבי גבית הבעל חוב עדיין נשארת הקרקע ברשות הלוה, ומדאורייתא יש לבעל חוב

ויש לדקדק מהא דאמרינן בגיטין (דף נא.) שאני פרנסה כיון דאית לה קלא כמאן דכתיבא דמי, יעו"ש. ואם כן במוכר שדהו בעדים למה הוצרכו התוס' לטעמא דתקנת השוק, תיפוק ליה דהואיל ואית ליה קלא כמאן דכתיבא דמי, והרי זה בכלל מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים. ואולי יש לומר דעיקר הכונה היא דתקנת פרנסה הוי ככתובה, ואי לאו דאיכא קלא לא היו עושים פרנסה ככתובה משום תקנה זו, והוא הדין במכירה דהוי ככתובה משום תקנת השוק.

פרק י

בו יתיישבו דברי הר"ף שכתב דרב פפא ס"ל שעבודא דאורייתא והא דקאמר מלוה על פה גובה מן היורשים כדי שלא תנעול דלת בפני לוינו כונתו דאוקמוה רבנן אדאורייתא.

נבא בתרא קעו.] אמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין כדי שלא תנעול דלת בפני לוינו, ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא, יעו"ש. ובקדושין (דף יג.) אמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין שעבודא דאורייתא, ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא, יעו"ש. ולכאורה שתי הסוגיות סתרי אהדדי, דבסוגיין אמר רב פפא דמלוה על פה גובה מן היורשין משום נעילת דלת, ובקדושין אמר הטעם משום דשעבודא דאורייתא. ועיין בתוס' שם בקדושין שהיתה להם גירסא אחרת במימרא דרב פפא דסוגיין ומה שכתבו ליישב הסתירה, ועיימש"נ בש"ג פ"א.

והתוס' בסוגיין בד"ה גובה מן היורשין כדי שלא תנעול דלת בפני לוינו כתבו דרב פפא אמר הדין ולא הטעם, ובסוגיין מוקי לה אליבא דכולי עלמא, בין למאן דאמר שעבודא דאורייתא בין למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, ושם בקדושין מפרש דברי רב פפא אליבא דמאן דאמר שעבודא דאורייתא, יעו"ש. והר"ף כתב דרב פפא ס"ל דשעבודא דאורייתא, כמו שמפורש בקדושין שם, ובסוגיין קאמר טעמא דאוקמוהו אדאורייתא משום שלא תנעול דלת, יעו"ש.

היורשים כמו שתיקנו שלא תגבה מן הלקוחות עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק במה שכתב שלא רצו לתקן שלא תגבה מן היורשים, דהיאך נעלה על דעתינו לתקן דבר כזה, והא לא חיישינן לפסידא דיורשים אלא לפסידא דלקוחות. אכן לפי דברינו כונתו שלא רצו לתקן התקנה באופן הפשוט שהשעבוד יהא נעקר מיד בשעת ההלואה משום פסידא דלקוחות, ואז לא יגבה גם מן היורשים, כמש"נ, אלא כדי שלא תנעול דלת בפני לוי תיקנו שהשעבוד נעקר רק בשעת המכירה, ושפיר גובה מן היורשים, כמש"נ.

ובהא דאמרינן בגמרא דגובה מן היורשים כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, יש לדקדק מהא דאמרינן בגיטין (דף ג.) דליכא נעילת דלת אם אינו גובה מן היתומים, דלא אסיק אדעתיה דמלוה דמית ליה ונפלי נכסי קמי יתמי, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"ז דלאחר התקנה איכא נעילת דלת גם מן היתומים.

פרק יא

בו יבואר המחלוקת בין הרי"ף ורבינו האי גאון למאן דאמר שעבודא דאורייתא אם מלוה על פה מוקדם קודם בגביתו למלוה בשטר המאוחר לו לגבות מנכסים בני חורין.

[בבא בתרא קעו.] כתב הנמוקי יוסף וז"ל: אמר המחבר כיון שמלוה על פה אינו גובה אלא מבני חרי, כתב הרי"ף ז"ל שאין למלוה על פה דין קדימה במקום מלוה בשטר, דשטרא כנכסים משועבדים חשיבא לגבי דידיה, ומלוה על פה אינו גובה מן המשועבדים, וכן דעת הרמב"ן ז"ל. ורבינו האי גאון ז"ל כתב בתשובה שיש בה דין קדימה לגבות ממנו או מיורשיו מן הקרקעות או ממטלטלין ששעבד באגב, וכן דעת הרשב"א ז"ל, כיון דקיימא לן שעבודא דאורייתא עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו, דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, בודאי אין קדימה למלוה על פה מוקדם, כיון דאינו גובה מנכסים משועבדים, ולא נחלקו הרי"ף ורבינו האי גאון אלא אליבא דמאן דאמר שעבודא דאורייתא.

ונראה דטעמא דרבינו האי גאון משום דאין קנין המלוה נעקר מן הנכסים במלוה

מקצת קנין זה בין במלוה בשטר בין במלוה על פה, אלא דרבנן עקרו קנינו במלוה על פה, דבמקום שלא כתב שטר אין לו שום קנין ותפיסה בנכסי הלוה, והאופן הפשוט לתקן תקנה הוא לעקור זכות המלוה במלוה על פה שלא יקנה שום קנין ותפיסה בנכסי הלוה מעולם אם לא כתב שטר, אלא דאם היו עושים התקנה באופן זה לא היה המלוה יכול לגבות גם מן היורשים, ועיימש"נ בש"ב פט"ז.

אלא דחששו רבנן שתנעול דלת בפני לוי אם יעקרו זכות המלוה אפילו במקום דליכא למיחש לפסידא, ולהכי תקנו במלוה על פה שאין קנין המלוה שיש לו מן התורה נעקר אלא בשעת מכירת הקרקע, דכל זמן שהקרקע ביד הלוה יש לו להמלוה קנין ותפיסה בה, ורק כשמכר הקרקע ללקוחות תיקנו חכמים שבאותה שעה נעקר קנין המלוה מן הקרקע, ואהני המכירה לגמרי ולא אמרינן אין מכירתו מכירה, ולכן אין בעל חוב גובה מן הלקוחות, אבל אם לא מכר הקרקע נשאר קנין המלוה במקומו, ומשום הכי גובה מן היורשים.

ונמצא שיש כאן תקנה כפולה, חדא, דבמלוה על פה נעקר קנין ותפיסת המלוה משום דלית ליה קלא ואיכא למיחש לפסידא דלקוחות, ועוד, דאין העקירה מיד בשעת ההלואה כמו שהיה האופן הפשוט של קביעת התקנה, אלא תיקנו רבנן שהעקירה תהא בשעת מכירת הקרקע, והיינו טעמא שתיקנו באופן זה כדי שלא תנעול דלת בפני לוי ויוכל לגבות מלוה על פה מן היורשים, דעל ידי תקנה זו אוקמוהו אדאורייתא וגובה מלוה על פה מן היורשים דשעבודא דאורייתא. ובהכי מתישבים דברי הרי"ף, דאע"ג דאין חוששים לפסידא דיורשים כמו דחוששים לפסידא דלקוחות שהוציאו כסף לקנות הקרקע, עדיין בעינן תקנה שלא תנעול דלת בפני לוי, כדי שלא יפקע השעבוד עד שעת מכירה ויוכל לגבות מן היתומים, כמש"נ.

ועייין מה שכתב התוספות הרא"ש שם בקדושין וז"ל: ור"י אלפס פירש דהכי קאמר, התם משום שלא תנעול דלת בפני לוי אוקמוהו אדאורייתא, ולא רצו לתקן שלא תגבה מן

בש"א פ"ד, ונמצא דכל זמן שהקרקע ביד הלוח אין לשום אחד מהם קנין בגוף הקרקע, ואם כן יוקדם מלוה על פה מוקדם למלוה בשטר מאוחר, ולמה תלה הנמוקי יוסף דינא דרבינו האי גאון במחלוקת אם שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא.

וצריך לומר דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא יש למלוה בשטר מיד כח לגבות מן הלקוחות על ידי התקנה, ואע"ג דלא הוי מכח קנין שזכה בגוף הקרקע אלא מכח תקנה שתיקנו חכמים, מכל מקום יש לו למלוה בשטר אלימות לגבי מלוה על פה, ומכח זה תקנו לו חכמים שיגבה קודם למלוה על פה, אכן למאן דאמר שעבודא דאורייתא אין למלוה בשטר שום כח לגבי מלוה על פה כל זמן שהקרקע ביד הלוח, דתרוייהו יש להם קנין בגוף הקרקע שעל ידי כך יוכלו לגבות בין מן היורשים בין מלקוחות, אלא דבמלוה על פה הפקיעו חכמים קנינו בשעת מכירה, ונמצא דקודם ההפקעה שניהם שוים בשעבודם, ולכן מלוה על פה מוקדם גובה תחלה, אבל למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא כבר זכה בעל מלוה בשטר מכח תקנת יפוי כח מיד כדי שיוכל לגבות מלקוחות, ואע"ג דאין לו קנין ונחשב ראוי ולא מוחזק, יש לו כח התקנה, וכחו עדיף מכחו של בעל מלוה על פה, ולכן גובה תחלה אע"פ שהוא מאוחר.

פרק יב

בו יבורר שיטת הרא"ש להלכה לענין שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא אחר שהעתיק דברי הר"ף שפסק דשעבודא דאורייתא ובמקום אחר משמע דפסק דלאו דאורייתא.

[בבא בתרא קעו.] אמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין כדי שלא תנעול דלת בפני לויין וכו'. וכתב הרא"ש וז"ל: אמר עולא דבר תורה אחד מלוה על פה ואחד מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים, מאי טעמא שעבודא דאורייתא וכו', קיימא לן כעולא, דהא רב פפא דהוא בתראה פסק הלכה הכי בפרק האשה נקנית (דף יג:) דאמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין וכו' שעבודא דאורייתא וכו', והא

על פה עד שעת מכירה, ועיימש"נ בש"א פ"י, ונמצא דכשבא לגבות מן הלוח עצמו הוא קודם למלוה בשטר מאוחר, שהרי יש לו שעבוד בהקרקע וקנינו קודם לקנין בעל המלוה בשטר מאוחר, אבל הר"ף ס"ל דאין למלוה על פה דין קדימה, דמה שבעל חוב מוקדם קודם בגביה לבעל חוב מאוחר, לאו היינו מפני ששעבודו חזק משל חבירו הואיל והוא הלוח לו תחלה, אלא דין קדימה בעלמא הוא, דהואיל ושניהם שוים מי יגבה תחלה, לכן תיקנו חכמים שזה שקדם בשעבודו הוא יוקדם בגביתו, ואולם כשאחד מהם בא במלוה על פה ואחד בא במלוה בשטר שדינו לגבות גם מלקוחות, אע"ג דשעבוד תרוייהו שוים, וכל זמן שהקרקע ביד הלוח אין שעבוד של האחד עדיף משל חבירו, שלא נפקע שעבוד המלוה במלוה על פה אלא בשעת המכירה, כמש"נ בסברת רבינו האי גאון, מכל מקום כיון דסוף סוף עדיף גוביינא דבעל המלוה בשטר משל בעל המלוה על פה, תיקנו חכמים דבעל השטר קודם בגביה אע"פ שחובו מאוחר, ועיימש"נ בש"ג פ"ד בדברי הפרישה לענין קדימה של שטר שכתוב בו אחריות.

והנה בהא דס"ל לרבינו האי גאון דמלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר לגבות מבני חורין, כתב הנמוקי יוסף דהיינו טעמא משום דקיימא לן שעבודא דאורייתא, כנ"ל, והיינו משום דבמלוה על פה הפקיעו רבנן שעבודו בשעת מכירה, אבל כל זמן שהקרקע ביד הלוח יש לשניהם שעבוד, דמלוה על פה ומלוה בשטר שוים לגבי בני חורין, וממילא אמרינן דזה שחובו קדים קודם לגבות, כמש"נ. אולם צריכים לעיין דהלא גם למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא מלוה על פה ומלוה בשטר שוים בבני חורין, דבין לזה ובין לזה אין לו קנין שעבוד בגוף הקרקע, אלא דבמלוה בשטר תיקנו רבנן דמכל מקום גובה מן הלקוחות, דעל ידי התקנה אמרינן דמכירתו לאו מכירה, וראיה לזה, דאמרינן לעיל (דף קעה:): דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא אם גבו קרקע בחוב אביהם נחשב הקרקע כמוחזקת ביד האב והבכור נוטל בו פי שנים, ולמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא חשיב ראוי ולא מוחזק, ועיימש"נ

והש"ך בסי' ל"ט סק"ב הקשה דדברי הרא"ש סתרי אהדדי, דמדבריו בבבא קמא מבואר דס"ל דשעבודא לאו דאורייתא, כנ"ל, ובסוגיין הרי פסק דשעבודא דאורייתא, וכדברי הרי"ף, וכן כתב נמי בבבא מציעא (דף יג.) ובגיטין (דף ג.) יעו"ש, וכן כתב נמי הב"ח דהרא"ש ס"ל דשעבודא דאורייתא, וכן כתב הגר"א ביו"ד סי' ש"ה סקכ"ט יעו"ש. וכתב הש"ך דלדעתו שיטת הרא"ש היא דקיימא לן שעבודא לאו דאורייתא, וכפי דבריו בבבא קמא כנ"ל, ומה שכתב הרא"ש בסוגיין דקיימא לן כעולא דשעבודא דאורייתא, העתיק בזה דברי הרי"ף, אע"ג דהרא"ש עצמו לא ס"ל הכי, דכן הוא דרך הרא"ש לפעמים להעתיק את דברי הרי"ף אע"ג דליה לא ס"ל הכי, וגם מה שכתב הרא"ש בבבא מציעא ובגיטין דחה הש"ך, יעו"ש.

ואיברא דכן הוא דרך הרא"ש לפעמים להעתיק דברי הרי"ף אע"ג דהוא עצמו לא פסק כן, וכמו שכתב הש"ך, אכן קשה טובא לומר דבסוגיין דבבא בתרא שהיא מקור העיקרי לפלוגתא דשעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא, לא כתב הרא"ש שום דבר לגלות דעתו היאך פוסק להלכה, ולא הביא אלא העתק דברי הרי"ף דפסק דשעבודא דאורייתא, ואע"ג דהרא"ש עצמו ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא, ולא גילה הרא"ש דעתו ופסקו במחלוקת גדולה הזאת אלא בבבא קמא בסוגיא דעבדא כמטלטלי דמי, דבר זה קשה מאד להולמו, וכן מדברי הרא"ש בבבא מציעא ובגיטין שהביא הש"ך, כנ"ל, משמע בפשיטות דס"ל דשעבודא דאורייתא, ועיין מה שכתב בפלפולא חריפתא בפרק קמא דבבא קמא שם, אלא דקשה לפי זה למה פסק הרא"ש כרב נחמן דאין גובין עבדים מיתמי, דבמילי דרבנן עבדא כמטלטלי דמי, והרי פסק הרא"ש כעולא ורב פפא דמלוה על פה גובה מן היורשים דשעבודא דאורייתא, וכמו שהקשה הש"ך, כנ"ל.

והנה בהא דשקיל וטרי בסוגיא דבבא קמא שם אם גובים את העבדים מיתמי, יש להסתפק אם היינו במלוה בשטר או במלוה על פה. והנה למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא על כרחך לומר דהיינו במלוה בשטר, דהא

דקפסק רב פפא הכא ואמר הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין וכו' שלא תנעול דלת בפני לויין וכו', לאו דפליגא דידיה אדידיה, אלא הא קא משמע לן דהיינו טעמא דאוקמוה רבנן דאדאורייתא וגובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לויין עכ"ל הרא"ש, והעתיק בזה לשון הרי"ף בסוגיין, יעו"ש.

והנה עיין בבבא קמא (דף יא:), ואמר עולא אמר רבי אלעזר הלכתא גובין מן העבדים וכו', הכי אמר רבי אלעזר אפילו מיתמי, פי' דעבדא כמקרקעי דמי, אמר רב נחמן אשתמטין עולא וכו'. אמר ליה רבא לרב נחמן, הא עולא, הא רבי אלעזר, הא דייני דנהרדעא, והא רב חנא בר ביזנא, מר כמאן סבירא ליה, אמר ליה אנא מתניתא ידענא, דתני אבימי פרוזבול חל על הקרקע ואינו חל על העבדים וכו', יעו"ש. ומבואר דרב נחמן ס"ל עבדא כמטלטלי דמי. וכתבו התוס' ד"ה אנא וז"ל: אע"ג דבכמה דוכתינן אשכחן דכמקרקעי דמי לענין אונאה ושבועה, אומר ר"י דהכא לא איירי אלא במילי דרבנן ולגבות מיתמי ומלקוחות, וסבר שעבודא לאו דאורייתא ולא גבי אלא מדרבנן וכו' עכ"ל יעו"ש.

וכן כתב הרא"ש שם (סימן יד) וז"ל: בעל חוב אינו גובה חובו מן היתומין מעבדים שהניח להם אביהם, דהלכה כרב נחמן בדיני דאמר עבדא כמטלטלי דמי בכל מילי דרבנן, לגבות מן היתומים ולענין פרוזבול ולענין קנין אגב, אבל אם עשה עבדו אפותיקי בשטר גובה אפילו מיתמי, משום דאית ליה קלא, וכיון דגבי מלקוחות גובה נמי מיתמי אע"ג דלא שייך בהו טעמא דקלא, משום דלא רצו חכמים ליפות כח יתומים יותר מכח לקוחות בשום דבר וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דהלכה כרב נחמן דקיימא לן כותיה בדיני, ואין גובים מן העבדים מיתמי, דעבדא כמטלטלי דמי במילי דרבנן, ולכאורה מבואר דס"ל דשעבודא לאו דאורייתא, כמו שכתבו התוס', וכן כתב הרא"ש גם לקמן שם בפרק הגזול (פ"ט סימן ו דף צו:): והתם במילי דרבנן איירי, כגון פרוזבול וקנין אגב וכו', ולגבות מיתמי נמי דרבנן דסברי שעבודא לאו דאורייתא עכ"ל יעו"ש.

תקנה דאין עקירת זכות וקנין המלוה בשעת הלואה אלא בשעת מכירה, ואם כן לגבי היורשים נשאר השעבוד במקומו, יעו"ש.

פ"י זה יש לומר דאע"ג דס"ל להרא"ש דשעבודא דאורייתא, מכל מקום לולי תקנה שניה דאוקמוה אדאורייתא לא היה יכול לגבות מן היורשים מחמת תקנה ראשונה, וכמש"נ, ולכן שפיר קרי ליה מילי דרבנן, אע"ג דלאחר תקנה שניה גובה מן היורשים מדין שעבודא דאורייתא, ושפיר איכא למימר דבכהאי גונא לא אמרינן עבדא כמקרקעי דמי.

ומשום הכי נחלקו בגמרא במלוה על פה לגבי גביה מן היתומים, ולא במלוה בשטר ולגבי גביה בין מיתומים ובין מלקוחות, כמו שכתבו התוס' ותוספות רבינו פרץ, כנ"ל, דכיון דס"ל שעבודא דאורייתא אם כן מלוה בשטר גובה מדין תורה ולא הוי מילי דרבנן כלל, ואם כן לכולי עלמא עבדא כמקרקעי דמי, אבל במלוה על פה גובה מן היתומים מדין שעבודא דאורייתא, רק משום התקנה דנעילת דלת תיקנו שלא תהא עקירת זכות המלוה בשעת ההלואה אלא בשעת המכירה, כמש"נ, ושפיר חשיב ליה מילי דרבנן, וס"ל דבהא אמרינן עבדא כמטלטלי דמי.

וירתישבן לפי זה דברי הרא"ש כמין חומר, דבאמת ס"ל שעבודא דאורייתא,

כפשטות כונת דבריו בסוגיין ובבבא מציעא ובגיטין, כנ"ל, ובבבא קמא פסק כרב נחמן דאינו גובה מן היתומים משום דהוי מילי דרבנן הואיל ואוקמוה אדאורייתא רק על ידי תקנה דנעילת דלת, כמש"נ, ומשום הכי לא הזכיר הרא"ש אלא דלא גבי מיתמי, ולא הזכיר דלא גבי מן הלקוחות, כמו שכתבו התוס', דעל כרחק מיירי במלוה על פה, וכל הנידון הוא לגבי גביה מן היתומים, והא דקאמר מיתמי דוקא קאמר.

פ"א נשאר לן ליישב אלא לשון הרא"ש בפרק הגוזל שכתב דמיירי במילי דרבנן ולגבות מיתמי נמי דרבנן דסברי שעבודא לאו דאורייתא, כנ"ל. ונראה לי דהמעתיק הכניס מלים אלו דסברי דשעבודא לאו דאורייתא בלשון הרא"ש, אבל הרא"ש עצמו לא כתבם, ובאמת אין דרכי כלל להגיה הספרים, אכן כאן כמעט וברור לי

במלוה על פה אינו גובה מן היתומים כלל ואפילו מקרקעות ממש, ואם כן אין נפקא מינה אם עבדא כמקרקעי או כמטלטלי, וצריך לומר דמיירי במלוה בשטר דגובה קרקעות בין מן היתומים בין מן הלקוחות, ובוה נחלקו אם עבדא כמקרקעי דמי וגובה בין מן היתומים בין מן הלקוחות, או כמטלטלי דמי ואינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות, והא דקאמר בגמרא מיתמי, לאו דוקא, אלא כונתו מיתמי ומלקוחות.

וכן הוא לשון התוס' אלא במילי דרבנן לגבות מיתמי ומלקוחות, כנ"ל, וכ"כ בתוספות רבינו פרץ וז"ל: והכא בשמעתין לא מיירי רק בתקנת חכמים, וקא סבר לה כמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, דהשתא לא גבי לה לא מיורשים ולא מלקוחות אלא מדרבנן עכ"ל יעו"ש. ובין התוס' ובין תוספות רבינו פרץ כתבו דסוגיין אתיא כמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, וכתבו נמי דאם עבדא כמטלטלי דמי אינו גובה לא מן היתומים ולא מן הלקוחות, והיינו משום דמיירי במלוה בשטר, וכמש"נ.

אולם למאן דאמר שעבודא דאורייתא לא איצטריך לאוקמי במלוה בשטר, דהא גם במלוה בעל פה גובה מן היורשים, ואם כן שפיר איכא לאוקמי במלוה על פה, והא דקאמר מיתמי דוקא קאמר, דמלקוחות אינו גובה אפילו מקרקעות, וכל הנידון הוא ביתומים, דאם עבדא כמקרקעי גובה מן היתומים, ואם כמטלטלי אינו גובה מהם, והרא"ש לא הזכיר גביה מן הלקוחות, ולא כתב אלא דלא גבי מיתמי, ולכאורה משמע דמוקי לה במלוה על פה, והיינו כמאן דאמר שעבודא דאורייתא, אלא דקשה לפי זה למה קרי ליה מילי דרבנן הואיל וס"ל שעבודא דאורייתא.

ונראה לבאר דברי הרא"ש עפימש"נ בש"א פ"י בשיטת הרי"ף דס"ל דשעבודא

דאורייתא, ומכל מקום כתב דטעמא דגובה מן היורשים כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, דמהאי טעמא אוקמוה אדאורייתא, ולכאורה למה צריך טעמא לאוקמוה אדאורייתא, ונתבאר לן דשתי תקנות תקנו, חדא תיקנו דבמלוה על פה נעקר קנין המלוה מהקרקעות, אלא דלפי זה לא היה יכול לגבות אף מן היתומים, לכן הוסיפו עוד

בעל חוב גובה הימנו וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי הרמב"ם דאין גובים מן העבדים אלא אם כן עשאו אפותיקי, ואע"ג דהרמב"ם פסק לגבי שבועה ואונאה דעבדא כמקרקעי דמי, כמו שכתב בפ"ה טוען ונטען הל"א, וגם ס"ל להרמב"ם דשעבודא דאורייתא, כמו שכתב בפ"א מלוה ולוה הל"ד שכל נכסי הלוה תחת שעבוד המלוה מן התורה, יעו"ש, ואם כן למה פסק דאינו גובה עבדים מן היתומים אם לא עשאו אפותיקי, וצריך לומר דהוי מילי דרבנן, כמו שכתב הרא"ש, וכמש"נ, או משום דלא סמ"ך מלוה עלייהו, וכמו שכתב הפלפולא חריפתא, כנ"ל.

פרק יג

בו יבוארו דברי רש"י דאפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אם כתב לו נכסי אחראין דף נשתעבדו נכסיו, ויבואר למה לא אמרינן אחריות טעות סופר אם לא כתב כן.

[קדושין יג:] הדור יתבי וקאמרי הא דתנן האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשין עולתה, אמר רב יהודה אמר שמואל והוא שהפרישתה מחיים, אבל לא הפרישתה מחיים לא, אלמא קסבר שעבודא לאו דאורייתא. אמר רב אסי אמר רבי יוחנן אע"ג שלא הפרישתה מחיים, אלמא קסבר שעבודא דאורייתא. והא פליגי בה חדא זימנא, דרב ושמואל דאמרי תרוייהו מלוה על פה אינו גובה מן היורשין ולא מן הלקוחות, ורבי יוחנן וריש לקיש דאמרי תרוייהו מלוה על פה גובה בין מן היורשין בין מן הלקוחות, צריכא, דאי אתמר בהא, בהך קאמר שמואל, משום דלא מלוה הכתובה בתורה היא וכו', ואי אשמועינן בהא, בהא אמר רבי יוחנן, דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה לאו דאורייתא היא וז"ל: לומר דנכסיה דאינש ערבין ביה ומשתעבדים מדין ערב ויהיו מלוה על פה ומלוה של שטר שוין, אלא מלוה בשטר שהוא שעבדו דכתב ליה נכסי אחראין לך משתעבדי, מלוה על פה לא משתעבדי עכ"ל יעו"ש. והקשו המפרשים דאם גם למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא מהני כתיבת כל נכסי אחראין לך לשעבד נכסיו

שטעות נפל כאן בלשון הרא"ש, שהמעתיק ראה מלים אלו בלשון התוס' והכניסם גם בלשון הרא"ש לברר הענין, אכן לא בירר אלא עוות, דהרא"ש לא הזכיר גביה מן הלקוחות כמו שהזכירו התוס', וגם לא הזכיר מלים אלו בפרק קמא דבבא קמא ששם עיקר הסוגיא, וגם מבואר מכמה מקומות דפסק שעבודא דאורייתא, אלא הנכון הוא להוציא מלים אלו מלשון הרא"ש בפרק הגוזל והכל יתיישב על בריו, כמש"נ.

ובמה שכתב הרא"ש בסוף דבריו בפ"ק דבבא קמא דאם עשה עבדו אפותיקי בשטר גובה אפילו מיתמי משום דאית ליה קלא, וכיון דגבי מלקוחות גבי נמי מיתמי, כנ"ל, יש לומר דגבית עבדים חשיב מילי דרבנן מחמת עיקר התקנה דפסידא דלקוחות, אם כן אע"ג דבשטר אמרינן אינהו דאפסידו אנפשייהו, עדיין חשיב מילי דרבנן ועבדא כמטלטלי דמי, ומכל מקום גבי מן הלקוחות הואיל ואית ליה קלא, ועיין בתוס' בסוגיין (דף קעה:) בד"ה לא מן היורשים דהיינו משום שעשו חוצפא לקנות דבר שיש עליו קול שהיה משועבד, יעו"ש, וכעין זה מבואר נמי מדברי התוס' בבבא קמא (דף יא:) בד"ה כגון, ועיימש"נ בש"ד פ"ו, וכיון דגבי מן הלקוחות גבי נמי מן היתומים.

ועיין בפלפולא חריפתא בבבא קמא שם אות ו' שכתב דיש לומר דטעמא דעבדא דמטלטלי לגבי גביה אע"ג דשעבודא דאורייתא, משום דמלוה לא סמ"ך עלייהו כיון דנייד, יעו"ש, ובאמת יש ליישב בסברא זו גם דברי הרא"ש שם, דכיון דאיכא תקנת חכמים דאפילו למאן דאמר שעבודא דאורייתא אין גובים מן המטלטלין, אי משום דלא סמ"ך עלייהו, כמו שכתב רש"י בבבא קמא (דף לג:) אי משום תקנת השוק, כמו שכתב הרשב"ם לעיל (דף מד:), אם כן אף אם אמרו להוציא עבדים מן הכלל משום דינא דעבדא כמקרקעי דמי, עדיין חשיב ליה מילי דרבנן, כיון דמחמת עיקר התקנה היה לנו לומר דאין גובים מן העבדים.

ועיין מה שכתב הרמב"ם פ"ח מלוה ולוה הל"ב וז"ל: אין כל הדברים אמורין אלא בקרקע, אבל המטלטלין אין עליהן אחריות וכו'. ובהל"ה וז"ל: עשה עבדו אפותיקי ומכרו הרי

בתרא, אם לא שנאמר דהרשב"ם פליג על דברי רש"י, אולם מדברי הרשב"ם בבבא בתרא (דף קעו.) גבי הוחזק כתב ידו בכית דין לכאורה מדויק דס"ל כדברי רש"י, ועיימש"נ בש"א פי"ד, ואם כן קשה למה לא נימא הוא הדין למקרקעי.

ונראה לבאר דבריו עפ"מ ש"נ בש"א פ"א דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אין למלוה שום קנין בגוף הקרקע, דלית דין התחלת גוביינא על ידי שעבוד, וגם מדרבנן ליכא דין קנין על ידי שעבוד, אלא דמכל מקום תקנו חכמים דאין מכירתו מכירה לגבי גוביינא, ומשום הכי גובה מן הלקוחות, וכן כתב רש"י בפסחים (דף ל:), יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פ"ד, ואם כן גם אם שעבד עצמו בפירוש וכתב לו כל נכסי אחראין לך, אין המלוה קונה תפיסה בגוף הקרקע, ואין להוכיח מדין זה שתקנו חכמים שיש דין שעבוד והתחלת גוביינא וממילא ישתעבדו כל קרקעותיו, כמו שאנו למדין ממשכנו בשעת הלואה למאן דאמר שעבודא דאורייתא, כמו שכתב הרשב"ם כנ"ל, דאע"ג דאם כתב לו בפירוש כל נכסי אחראין לך גובה מן הלקוחות מן התורה אפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, אין זה משום שעל ידי כתיבה זו קנה המלוה קנין ושעבוד בגוף הקרקע, אלא מדין אחר הוא, וכמו שיתבאר להלן.

ובביאור הדבר נראה, דהנה מצינו בגיטין (דף עז.) ובבבא בתרא (דף מט.) דאדם יכול לסלק עצמו מזכות המגיע לו כל זמן דלא אתי לידיה, ויכול הבעל לומר דין ודברים אין לי בנכסיך בעודה ארוסה, שעדיין לא זכה בקנין פירות בנכסי מלוג, יעו"ש. ונראה דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ואין להמלוה שום קנין בגוף הקרקע של הלואה, כמש"נ, מכל מקום אם כתב לו הלואה כל נכסי אחראין לך, הרי סילק עצמו שלא יוכל למכור קרקעותיו לגבי גבית המלוה, ואם ימכרה תהא מכורה לכל דבר חוץ מלגבי גוביינא דמלוה.

ואע"ג דהקרקע כבר קנויה לו מכבר, מכל מקום חלק זה שנפקע על ידי שעבוד למאן דאמר שעבודא דאורייתא או על ידי תקנה למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, דהיינו הזכות למכור קרקעו להפקיע זכות גוביינא של

גם מדאורייתא, אם כן גם אם לא כתב לו כן, אלא כתב לו שטר סתם, ישתעבדו נכסיו, דהא קיימא לן אחריות טעות סופר, כדאיתא בבבא מציעא (דף יד.) יעו"ש, ולמה קאמר בבבא בתרא (דף קעה:) דבר תורה מלוה בשטר אינו גובה מנכסים משועבדים, משום דשעבודא לאו דאורייתא. ועיין בתוס' שם ד"ה דבר תורה דפליגי על דברי רש"י וז"ל: אע"פ דכתב לו אחריות בהדיא, לאו דאורייתא הוי האי קנין, דמדאורייתא לא יוכל לשעבד בחובו את נכסיו וכו' עכ"ל יעו"ש.

ויש לעיין בדברי רש"י דלמה באמת תועיל לו כתיבת שעבוד בשטר למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא. ועוד מנליה הך חידוש דכתיבה מפורשת בשטר מהני. והפני יהושע כתב דמקורו מהא דאמרינן בגמרא דגם למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אפשר לומר דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי ונשתעבדו נכסיו מדאורייתא, ומשמע דהיינו משום דהוי כמלוה בשטר, ומבואר דאיכא מלוה בשטר דגובה מנכסים משועבדים מדאורייתא אפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, ולמד רש"י דהיינו היכא דכתב לו בפירוש בשטר כל נכסי אחראין לך, יעו"ש.

אולם קשה לפי זה מהא דקאמר הרשב"ם בבבא בתרא (דף קעה:) דהמקור למאן דאמר שעבודא דאורייתא הוא ממשכון, דכיון דחזינן דהמלוה קונה שעבוד במשכון הוא הדין למקרקעי, יעו"ש, ואע"ג דמשכון שעבדו בפירוש וקרקעות נשתעבדו ממילא, מכל מקום ילפינן זה מזה, דכיון דחזינן דשייך שעבוד כשנתן לו משכון, אם כן מן הסברא אמרינן דהוא הדין נמי דנשתעבדו קרקעותיו ממילא, ומאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ס"ל דקרא דמשכון מיירי במשכנו שלא בשעת הלואה, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פ"א, ומבואר דלכולי עלמא אם מצינו שיכול לשעבד בפירוש אמרינן דהוא הדין למקרקעי נשתעבדו ממילא, ואם כן לדברי רש"י דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא יכול לשעבד נכסיו על ידי כתיבת כל נכסי וכו', נימא דהוא הדין לכל מקרקעי שמשעבדים ממילא, כמו שכתב הרשב"ם בבבא

דאורייתא או מתקנת חכמים, ולמאן דאמר אחריות טעות סופר אין כאן שום הוכחה שמחל השעבוד ממה שלא חש לכתוב אחריות, ועיימש"נ בש"ז פ"א, אכן דין הגביה מלקוחות דכותב לו כל נכסי אחראין לך למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, הוא עצמו פעל הא דאין מכירתו מכירה לגבי גוביינא על ידי מה שסילק עצמו, ואם לא כתב לו אחריות הרי סוף כל סוף לא סילק עצמו, ולא מהני לזה אחריות טעות סופר, כמש"נ.

פרק יד

בו יבואר הא דמיבעיא בגמרא בהוזק כתב ידו בבית דין אם גובה מנכסים משועבדים, ומחלק משטר שאין בו עדים ומסרו בפני עדים דשאני התם דמשעת כתיבה שעבד נפשיה.

[בבא בתרא קעו.] הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו גובה מנכסים בני חורין וכו'. בעא מיניה רבה בר נתן מרבי יוחנן הוזק כתב ידו בבית דין מאי, אמר ליה אף על פי שהוזק כתב ידו בבית דין אינו גובה אלא מנכסים בני חורין. מתיב רמי בר חמא וכו' רבי אלעזר אומר אף על פי שאין עליו עדים אלא שנתנו לה בפני עדים כשר וגובה מנכסים משועבדים, שאני התם דמשעת כתיבה שעבד נפשיה, יעו"ש.

ועייין בחו"מ סי' ס"ט סעי' ב' בסמ"ע סק"ה ובש"ך סק"ו שכתבו דאינו גובה מנכסים משועבדים אם הוזק כתב ידו בבית דין, משום דלית ליה קלא, יעו"ש. ולפי זה בעיא דרבה בר נתן היא אם יש קול בהוזק כתב ידו בבית דין, ואמר לו רבי יוחנן דליכא קול, ופריך ממתניתין דגיטין, ופריק שאני התם דמשעת כתיבה שעבד נפשיה, והיינו דהיכא דכתבו מתחלה למסור בפני עדים איכא קול, מה שאין כן בכתב ידו שלא נכתב למסור בעדים ואחר כך הוזק בבית דין, ככהאי גונא ליכא קול.

עוד כתב הש"ך שם בסק"ז וז"ל: דליכא למימר דדייני הקיום יוציאו הקול, דהא הדיינים חותמים אע"פ שלא קראו מה שכתוב בו וכו', ומשמע לי עוד דאפילו קראו דייני הקיום החתימת יד, נאמן לומר פרעתי ואינו גובה

בעל חוב זה, וזכות זה יכול לסלק עצמו ממנו, שהרי לא זכה בזכות זה להפקיע גוביינא דבעל חוב אלא אחר שלוח ממנו והחוב בא לעולם, ובאותו רגע שבא החוב לעולם הרי סילק עצמו מלמוכרה לחלוטין ולהפקיע גוביינא דמלוה, ונמצא דלאחר הסילוק יכול למכור הקרקע ללוקה לכל דבר חוץ מלגבי גוביינא, והרי הוא עצמו יכול לפעול בסילוקו מה שפעלו חכמים בתקנתם, דהיינו שלא תהא מכירתו מכירה לגבי גוביינא, כמו שכתב רש"י בכתובות (דף נט: ט) ד"ה הקדש, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פט"ז.

ונמצא דאע"ג דליכא שעבוד ומקצת קנין על הקרקע, ואין למלוה שום תפיסה בה, מכל מקום גובה מן הלקוחות, דלגבי גוביינא דמלוה לעולם נשארה הקרקע ביד הלוה, ואולי יש לומר דיכול לסלק עצמו גם מלהורי, כי היכי דיכול לסלק עצמו מליירש, עיין בבא בתרא (דף קכד), ומכל מקום אין דין השעבוד פועל אלא דמכירתו לאו מכירה, ולא דירושתו לאו ירושה, ואיכא למימר נמי דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא יש לומר דרבנן לא עקרו ירושת היורשים, ועיימש"נ בש"ב פט"ז.

והא דצריך לכתוב כן בשטר ולא סגי ליה בקנין סודר כמו שאר סילוק, היינו טעמא מפני שאין לו עם מי לעשות הקנין סודר לגמירת דעת, אם מסלק עצמו מפירות של נכסי אשתו הרי זכות פירות נשאר אצלה, והרי הסילוק נעשה על ידי קנין עמה, אבל בלוה שסילק עצמו מלמכור לגבי גוביינא, הרי אין זה נעשה אלא בינו לבין עצמו, ולכן לא שייך בזה קנין סודר, ואין דעתו נגמרת אלא על ידי כתיבה בשטר.

ואתי שפיר לפי זה למה לא נאמר אחריות טעות סופר אם לא כתב לו כל נכסי אחראין לך, דדין אחריות טעות סופר היינו דכל שטר בעצם משעבד נכסיו, כמו שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף קעו). ד"ה מאי, יעו"ש, ואם כן המחלוקת אם אחריות טעות סופר או לא הוא אם המלוה גילה דעתו שהוא מוחל השעבוד ממה שלא חש לכתוב אחריות בתוך השטר, ועיין מה שכתב הש"ך חו"מ סי' רכ"ה סק"א, אבל לעצם חלות השעבוד לא נצרך כתיבתו, שהרי השעבוד חל ממילא, או מדין שעבודא

זה כתב ידי, אבל עצם דין הכתב יד נשאר כמו שהיה מכבר שלא היה עליו תורת שטר.

וכן פירש הרשב"ם בהא דמשני שאני התם דמשעת כתיבה שעבד נפשיה וז"ל: כשנכתב השטר נכתב כדי למוסרו בפני עדים שיהו עדי מסירה במקום עדי חתימה, הלכך כיון דלרבי אלעזר עדי מסירה כרתי, כאילו נחתמו בתוך השטר דמי, אבל אנו מיבעיא לן בהוציא כתב ידו בעלמא וכו', וכשהלוה כמלוה על פה הויא, ותו לא מצו בית דין בקיומן לעשותו שטר שיש בו אחריות נכסים, שהרי לא לדעת כן נכתב מתחלה וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר שאין הנידון אם יש קול או אין קול, אלא אם בית דין יכולים להשוותו שטר אם לא נכתב מתחלה לכך, וצריך לומר דבודאי איכא קול כשהוחזק בבית דין, ומכל מקום בעינן שיהא מלוה בשטר, ומיבעיא לן אם כתב ידו נעשה מלוה בשטר על ידי החזקתו בבית דין.

וכן איתא להדיא בשיטה מקובצת וז"ל: אמר ליה שאני התם דמשעת כתיבה שעבד נפשיה לכך גובה ממשעבדי בעדי מסירה, לפי ששעבד הלוה את עצמו מתחלת מסירת השטר ומשעת החוב, דהיינו מזמן הכתיבה נשתעבדו נכסיה, אבל הכא דבשעת כתיבה ליכא קלא, וכשהוחזק כתב ידו בבית דין אחר כך, אף על גב דאיכא קלא, לא שעבדו חכמים את נכסיו, כיון שמתחלה אדעתא דגובינא מבני חרי נחית, ולא נתחייב לו הלוה בעיקר החיוב אלא מבני חרי וכו' עכ"ל יעו"ש.

וְלְהַרְשֵׁבִים והשיטה מקובצת מבואר דאינו יכול להחליף מלוה על פה למלוה בשטר, ואפילו אם כתב לו מתחלה בכתב ידו, שהרי עיקר החיוב לא נעשה מתחלה לגבות ממשועבדים. אמנם זה ודאי דשייך להחליף מלוה על פה למלוה בשטר, באופן שהמלוה מוחל להלוה המלוה על פה והלוה כותב לו שטר שבו מחייב את עצמו במלוה חדשה, שהרי יכול לחייב את עצמו בשטר אפילו אם לא לוו ממנו כלום, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף קב.) בד"ה אליבא, יעו"ש, אולם אם לא עשו כך אלא רצו להוסיף תורת שטר במלוה על פה לא עשו ולא כלום, שלא הלוהו בתחלה לשם כך.

מנכסים משועבדים משעה שקראוהו, דכיון שלא היה מוטל עליהם לקרותו לא מפקי קלא וכו', וכן מוכח בסוף פרק גט פשוט, דאם לא כן לא הוי פשיט מידי מרבי אלעזר. ואין להקשות מכל מקום אמאי לא משני הכי דשאני עדים שהיה מוטל עליהם לקרותו, יש לומר דהיינו באמת מה דמשני התם משעת כתיבה שעבד נפשיה, כלומר שכתב על מנת שיקראוהו עדים וכו' עכ"ל יעו"ש.

ויצא לנו לפי דבריו, דאילו היו דייני הקיום מוציאים קול, היתה ההלואה מתחלפת ממלוה על פה למלוה בשטר, והא דמחלק בגמרא בין דייני קיום לעדי מסירה דמשעת כתיבה שעבד נפשיה, היינו דבשעת כתיבה כתב על מנת שיקראוהו עדים, ורק עדים כאלו מוציאים קול, אבל דייני קיום שלא הוטל עליהם לקרות השטר, אין מוציאים קול אפילו אם קראוהו, כנ"ל. ולפי זה לכאורה מבואר דאם לווה בלי כתיבת שטר, ולאחר זמן נמלכו המלוה והלוה והעמידו עדים לכתוב שטר על מלוה על פה זה, הרי יכולים להחליפו למלוה בשטר, וגובה מנכסים משועבדים מזמן הכתיבה, שהרי עליהם מוטל לקרות השטר וממילא מוציאים קול.

אכן עיין ברשב"ם וז"ל: בעא מיניה רבה בר נתן מרבי יוחנן הוחזק כתב ידו בבית דין מהו, לאחר זמן שמסר לו הלוה למלוה כתב ידו שהוא חייב לו ממון, ובא בבית דין והודה בפניהם שהוא כתב ידו וכו', מאי, מי אמרינן הרי הוא מעתה כשטר שיש בו עדים ויגבה ממשעבדי, דאחריות טעות סופר הוא, דכל שטר מלוה ומכירה שחותמים בו עדים גובין ממשעבדי כאילו כתוב בהן אחריות, או דלמא קיום שטר אינו מועיל לשום שטר אלא להחזיקו בבית דין לכמות שהיה מקודם לכן וכו', וגם זה לא יגבה אלא מבני חורין, ולהכי אהני בית דין שלא יוכל לווה לומר אין זה כתב ידי עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דאין הנידון אם יש קול כשהוחזק כתב ידו בבית דין, אלא הנידון הוא אם הוחזק כתב ידו בבית דין נותן לו תורת שטר גמור לגבות ממשועבדים, או דלא מהני החזקתו בבית דין אלא לאמת הכתב שלא יוכל לומר אין

והודה בפניהם שהוא כתב ידו וכו' מאי, מי אמרינן הרי הוא מעתה כשטר שיש בו עדים ויגבה ממשעבדי, דאחריות טעות סופר הוא, דכל שטר מלוה ומכירה שחותמים בו עדים גובין ממשעבדי כאילו כתוב בהן אחריות, או דלמא קיום שטר אינו מועיל לשום שטר אלא להחזיקו בבית דין לכמות שהיה מקודם לכן וכו', וגם זה לא יגבה אלא מבני חורין, ולהכי אהני בית דין שלא יוכל לזה לומר אין זה כתב ידי עכ"ל יעו"ש.

י"ש לדקדק במה שכתב הרשב"ם מי אמרינן הרי הוא מעתה כשטר שיש בו עדים ויגבה ממשעבדי דאחריות טעות סופר הוא דכל שטר מלוה וכו', כנ"ל, ולכאורה משמע מדבריו דלא מיבעיא ליה אלא היכא דלא כתב לו בפירוש ששעבד נכסיו למלוה, אבל אם כתב לו כן מפורש בכתב ידו כל נכסי אחראין לך והוחזק כתב ידו בבית דין גובה מנכסים משועבדים, שהרי שעבד עצמו, וגם אית ליה קלא על ידי החזקתו בבית דין, ובזה לא מיבעיא ליה, וכל הבעיא הוא היכא דלא שעבד עצמו ולא הוי אלא מלוה על פה בעלמא, ומיבעיא ליה אם החזקה בבית דין משווהו מלוה בשטר. ובעיא זו לא מיתוקמא אלא אם סבירא לן אחריות טעות סופר, דאם אחריות לאו טעות סופר וגם לא כתוב בו שעבוד נכסים, אם כן בודאי לא מהני החזקה בבית דין לגבות מנכסים משועבדים. ודוחק לומר דהבעיא היא בכל אופן ואפילו כתוב בו אחריות, דאם כן למה הכניס הרשב"ם עצמו לפלוגתא דאחריות טעות סופר דבא מציעא (דף יד.) יעו"ש. ואולי יש לומר דמלתא דלא שכיחא היא שיכתוב לו כל נכסי אחראין לך בכתב ידו, הואיל ואינו גובה מנכסים משועבדים, ולא מהני כתיבתו, ואם כן אפילו אם הוחזק כתב ידו בבית דין לא יגבה מן הלקוחות למאן דלית ליה אחריות טעות סופר.

אכ"נ דוחק הוא לומר כן, דאם כן למאן דאמר אחריות לאו טעות סופר היאך נפרש מתניתין דהוציא עליו כתב ידו גובה מנכסים בני חורין, הא אם לא פירש לו אחריות אפילו במלוה בשטר אינו גובה מנכסים משועבדים, ועל כרחך מוקי מתניתין כשכתב לו אחריות נכסים בכתב

ובביאור הדברים נראה, דהנה אין נכסי הלוח משתעבדים מחמת מציאות החיוב המוטל עליו, אלא המחייב של החיוב משעבד נמי נכסיו, ומשום הכי אין נכסים שקנה אחר כך משתעבדים לו ממילא, אלא בעינן קנין דאקני, דאדם משעבד דבר שלא בא לעולם, כדאיתא בכבא בתרא (דף קנ"ג.), יעו"ש, אבל מה שמוטל עליו חיוב בשעה שקנה נכסים אינו משעבד אותם, ועיימש"נ בש"ז פ"ב, ואם כן גבי הוחזק כתב ידו בבית דין המחייב של החיוב היה בשעת ההלואה, ובאותה שעה לא נשתעבדו הנכסים שהרי לא היו עדים בשטר אלא כתב ידו בלבד, ואם כן היכי ישתעבדו הנכסים אחר כך כשהוחזק כתב ידו בבית דין, אלא דמיבעיא ליה אם החזקת כתב ידו בבית דין משוי שינוי בעצם החיוב, דעד השתא היה מלוה על פה ועל ידי החזקה נתהפך להיות מלוה בשטר, ואין זה נחשב רק הוספת ראייה וקול, אלא דהוה ליה השתנות בעצם החיוב, ואם כן בההיא שעתא נחשב מחייב חדש וחיוב חדש וממילא נשתעבדו נכסיו, או דלמא אין כאן שום השתנות בעצם שעבוד הגוף המוטל על הלוח, רק שנתוסף בו שטר בעדים, ומכל מקום כיון שכבר חל החיוב בלי שעבוד נכסים שוב לא מהני החזקת כתב ידו בבית דין להוסיף שעבוד נכסים בחיוב שכבר חל מקודם, וכמש"נ. אולם לדברי הש"ך צריך לומר דיכול לשנות עצם החיוב על ידי כתיבת שטר למלוה שהיתה על פה, ולא מיבעיא ליה בגמרא בהוחזק כתב ידו בבית דין אלא אם יש בזה קול אם לא, ומסיק דליכא קול, אבל במלוה על פה שכתב עליו שטר איכא קול וגובה מנכסים משועבדים מזמן כתיבת השטר, כמש"נ.

פרק טו

בו יבוארו דברי הרשב"ם דהבעיא אם הוחזק כתב ידו בבית דין גובה מנכסים משועבדים או לא אז"א למאן דאמר אחריות טעות סופר, ומיירי שלא כתב לו אחריות נכסים בפירוש.

[כבא בתרא קע"ו.] כתב הרשב"ם וז"ל: בעא מיניה רבה בר נתן מרבי יוחנן הוחזק כתב ידו בבית דין מהו, לאחר זמן שמסר לו הלוח למלוה כתב ידו שהוא חייב לו ממון ובא בבית דין

יכול לגבות מחמת סילוקן של הלוח, כמש"נ, ובזה לא מספקא ליה להגמרא אם גובה מן המשועבדים, דבודאי גובה, וכל הבעיא היא כשלא כתבו לו כל נכסי אחראין לך, וליכא סילוק הלוח, וכל הגביה מן המשועבדים הוי רק מדין מלוה בשטר, ואם כן ליכא למיבעיא אלא למאן דאמר אחריות טעות סופר, אבל למאן דאמר אחריות לאו טעות סופר בודאי אינו גובה הואיל ולא כתב לו אחריות, ומשום הכי פירש הרשב"ם הבעיא רק למאן דאמר אחריות טעות סופר.

פרק טז

בו יבוארו דברי רש"י דהא דבע"ל חוב גובה מנכסים משועבדים הוא משום דמושכנים למלוה ואין מכירתו מכירה ואין הקדשו הקדש, והחילוק בין קדושת דמים לקדושת הגוף.

[פסחים ז':] איתמר בעל חוב אביי אמר למפרע הוא גובה, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה. כל היכא דאקדיש לוח וזבין לוח, כולי עלמא לא פליגי דאתי מלוה וטריף ואתי מלוה ופריק וכו', כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה וכו' יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה כולי עלמא לא פליגי וז"ל: אפילו לרבא דאמר עד עכשיו היו ברשות לוח מודה הוא דאין מכירתו לאחרים מכירה ואין הקדישו הקדש, שהרי ממושכנין הן למלוה, ואע"ג שהן שלו, אינן ברשותו, ורחמנא אמר (ויקרא כז, יד) ואיש כי יקדיש את ביתו קדש, מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו (כ"מ דף ג.) עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דכיון דהנכסים משועבדים למלוה, מכירתם לאו מכירה והקדישם לאו הקדש.

וכן כתב רש"י על הא דתנן בערכין (דף גג:) המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב וכו', הפודה פודה על מנת ליתן לאשה כתובתה ולבעל חוב את חובו וכו', וכתב רש"י וז"ל: בעלים פודין אותן מן ההקדש בזול כדינר או בדבר מועט על מנת לשלם, דודאי לא חייל עלייהו הקדש שהרי אינו שלו, והאי דבר מועט משום גזירה כדמפרש בגמרא עכ"ל יעו"ש. ומה שכתב שלא חל הקדש שהרי אינו שלו, כונתו

ידו, ואם כן מה הכריחו להרשב"ם לפרש בעיא דרבה בר נתן רק אליבא דמאן דאמר אחריות טעות סופר, אלא לכאורה מדויק דאם כתב לו אחריות נכסים בכתב ידו גובה מלקוחות היכא דהוחזק כתב ידו בבית דין ויצא עליו קול, כמש"נ, ובעיא דרבה בר נתן היא היכא דלא כתב בו אחריות, ויש לעיין למה תועיל לו כתיבת אחריות בכתב ידו, אחרי דבשעת כתיבתו וההלואה אין עליו דין שטר, ולא הוי אלא כמלוה על פה בעלמא, כמו שכתב הרשב"ם בשינויא דגמרא, כנ"ל.

ולכאורה דברי הרשב"ם דומים למה שכתב רש"י בקדושין (דף יג:), דאף למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, אם כתב לו בפירוש כל נכסי אחראין לך משתעבדי נכסיו למלוה מן התורה, יעו"ש, והוא הדין הכא, דבין לרבי יוחנן דס"ל שעבודא דאורייתא למעלה בסוגיין ובקדושין שם, ובין למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, הרי לאחר התקנה אינו גובה ממשועבדים אלא כמלוה בשטר, ומיבעיא ליה אם החזקה בבית דין משוי לכתב ידו למלוה בשטר, כמש"נ, ומכל מקום אם שעבד עצמו בפירוש וגם הוחזק כתב ידו בבית דין דאיכא קלא גובה מלקוחות, דבזה בודאי מהני החזקתו בבית דין שגיבה מנכסים משועבדים. ויש לעיין למה תועיל לכך כתיבתו בפירוש הואיל ולא הוי אלא כמלוה על פה. ועוד יש לדקדק דהיכי יכול להתחייב שעבוד על ידי כתב ידו בלבד, והלא אין בכתב ידו תורת שטר קנין.

ונראה לפרש דברי הרשב"ם עפ"מש"נ בש"א פי"ג בדברי רש"י בקדושין הנ"ל דכתיבת כל נכסי אחראין לך מהני מדין סילוק, שהוא סילק עצמו מלמכור הקרקע לגבי גוביינא דמלוה, וממילא אין מכירתו מכירה לגבי גוביינא, ולגבי גבית המלוה הקרקע עדיין ביד הלוח וגובה ממנה אפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, ונראה דהוא הדין בכתב לו בכתב ידו כל נכסי אחראין לך יש בזה סילוק מלמכור לגבי גוביינא דמלוה, ומדינא היה צריך להיות דהמלוה גובה מן הלקוחות מכח הך סילוק, אלא דחיישינן לפסידא דלקוחות דליכא קלא, אכן כשהוחזק כתב ידו בבית דין איכא קלא ושוב

לא חל ההקדש, ודין הוא שיוכל הבעל חוב לגבות מן ההקדש, שהרי שלו הוא גובה, כמש"נ, מכל מקום לא תהני לו גביתו להפקיע אלא רשות הקדש, אבל לא הקדושת הגוף שחל על הבהמה כדין ואי אפשר להפקיעה, וכיון שאי אפשר להפקיע הקדושת הגוף מאחר שכבר חל כדת וכדין, הרי ההקדש מפקיע שעבוד המלוה, וגם אינו יכול להוציא הבהמה מרשות הקדש, שהרי הקדושת הגוף אוסרת הבהמה בהנאה, והרי זה מפקיע השעבוד כמו החמץ, ועיימש"נ בשי"א פ"ה. וכל זה בקדושת הגוף, אבל קדושת דמים הרי יכול להפקיע על ידי פדיון, ולא עדיף הקדש ממקדיש, כמו שכתבו התוס' בגיטין שם, והרי המלוה יכול לגבות הנכסים מן ההקדש, שהרי לגבי גוביינא לא חל ההקדש, כמש"נ, וכיון דגבה להו פקעה מהם קדושתם, ואינו צריך ליתן להקדש אלא דבר מועט שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, אבל בעצם יכול לגבות בלי שום פדיון, שהרי לגבי גוביינא לא חל ההקדש, ואין קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד.

והוקשה לו לרש"י דכיון שיש להמלוה קנין בהשור, שאם בא לגבות דין השעבוד הוא דגובה את שלו, וקדושת הגוף מפקיע קנין המלוה שלא ברצונו של מלוה, אם כן זה שהקדיש את השור גזל מן המלוה, ואפילו אם לא עבר בכך על איסור גזילה, דלא הוי אלא גרמא בעלמא, מכל מקום לגבי הכשר הקרבן הרי זה ממון גזול ויפסל מלהקריבו על המזבח, ואם כן לא יחול על השור אלא קדושת דמים, כיון שאינו ראוי להקרבה, ולא יופקע שעבוד המלוה ויטרוף שורו מן ההקדש.

ועל זה תירץ רש"י דאף אם נאמר דהפקעת שעבוד המלוה חשיב גזילה, מכל מקום אין הקרבן נפסל בשביל כך, דהא גוף השור לא היה קנוי למלוה כלל, והלוה יכול להשתמש בו לרדיא בלי להעלות שכר למלוה, אלא כל קנין המלוה הוא לגבי גוביינא בלבד, שאם לא סילקו בזווי ובא לגבות חובו מן השור הרי לגבי גביה נחשב דשלו הוא נוטל, כמש"נ, אכן בעצם השור לא היה לו שום קנין, ולכן אין בו פסול הגוף של גזול, והשור כשר לקרבן, וחלה עליו קדושת הגוף ושעבוד המלוה הופקע.

למה שכתב בפסחים שאינו ברשותו, כנ"ל, וקצת צריך עיון למה שינה לשונו.

והנה בודאי אין כונת רש"י דכל היכא דאיכא שעבוד על נכסיו אינו יכול להקדישם כלל, שהרי גמרא מפורשת בגיטין (דף מ: מ:) ובכתובות (דף נט:) דהקדש מפקיע מידי שעבוד. וכתב רש"י לקמן (דף לא.) בד"ה ואתי מלוה ופריק וז"ל: ואע"ג דאמר רבא (בכתובות דף נט:) הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד, דוקא קדושת הגוף קאמר רבא, כגון קונמות או בהמה לקרבן וכו', אבל קדושת דמים לא אמרינן עכ"ל יעו"ש. ואם כונתו דכל מידי דמשועבד למלוה לא הוי ברשותו כלל, ואם הקדישו אין כל עיקר הקדש חל עליו, אם כן מאי שנא קדושת הגוף דמפקיע מידי שעבוד, והלא גם בקדושת הגוף אמרינן דאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, ואם כן לא תחול עליו קדושת הגוף מעיקרא, והיאך מפקיע מידי שעבוד.

אלא הדברים מבוארים בדברי רש"י בכתובות שם בד"ה הקדש וז"ל: כגון ששיעבד שורו לבעל חוב וחזר והקדישו, מפקיע שעבוד המלוה וגובה חובו ממקום אחר, וזה כשר לקרבן ואינו גזול, דלא הוי קני ליה אלא לגוביינא, ודוקא קדושת הגוף, אבל קדושת דמים דבדק הבית לא מפקיע שעבוד, כדתנן בערכין (דף כג:) מוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים הללו וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר דדוקא לגבי גוביינא ממושכנים נכסי הלוה למלוה ואינם ברשותו, דאם המלוה בא לגבות הרי דין השעבוד הוא דגובה מן הלוה, דלגבי גביה שלו הוא, אבל לשאר כל הדברים השדה מכורה ללוקח ומוקדשת לגבוה, ורק דאם בא לגבות אינו נחשב שהוא מוציא מיד הלוקח או מיד הקדש, דלגבי גוביינא מעולם לא חל ההקדש, ועדיין נשאר להלוה זכות להגבותה לבעל חובו, ולא שייך לומר הקדש הפקיע מידי שעבוד.

ורק בקדושת הגוף אמרינן הקדש מפקיע מידי שעבוד, דכיון שהקדישה קדושת הגוף חל על בשר הבהמה קדושת הגוף, וקדושה זו אי אפשר להעבירה, שהרי אין לה פדיון, ולא עדיף שעבוד מנתינת דמים, כמו שכתבו התוס' בגיטין (דף מ:) בד"ה הקדש יעו"ש. ונהי דלגבי גוביינא

ולמה לן טעמא דלגבי גוביינא ליכא מכירה כלל אלא שלו הוא גובה.

ונראה דהנה כשהמלוה קונה שעבוד וזכות גביה בקרקע שהיא ביד הלוה, הרי כשהוא גובה אותה מן הלוה, מלבד מה שהוא נוטל הקרקע שנתערבה לתשלומי החוב, הרי הוא מוציא ממון מן הלוה, שהרי הקרקע היא מנכסי הלוה, ועל ידי הגביה נתמעטו נכסיו, אלא דכיון שהלוה יש עליו שעבוד הגוף שפיר ונכון ליטול ממנו, אולם כשמכר הקרקע ועברה לרשות הלוקח, נהי דיש להמלוה זכות לגבות חובו מן הקרקע, אכן אם יגבה הקרקע הרי הוא נוטל ממון הלוקח ומחסר לו מנכסיו, והרי אין הלוקח חייב לו כלום, ולמה יוכל המלוה להפסיד לו וליטול ממנו, לכן כתב רש"י דלגבי גוביינא ליכא מכירה כלל, והרי נחשבת הקרקע כאילו היא עדיין ביד הלוה, ושפיר גובה המלוה אותה, והא דאמרינן דנכסי דאיניש אינון מערבין יתיה הוי טעם אמאי לא הוי מכירה לגבי גוביינא, ועיימש"נ בש"א פט"ז.

פרק יח

בו יבוארו דברי הרשב"ם דמעוה הנגבות במלוה בשטר נחשבות שבה ש"ה שטר ונחלקו רבי ורבנן אם בכור נוטל פי שנים בשבח, ויוכיח דרבנן נוטל פי שנים אם חלקו בשטרות.

[בבא בתרא קכד.] דתניא אין בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהם, רבי אומר, אומר אני, בכור נוטל פי שנים בשבח וכו', ירשו שטר חוב בכור נוטל פי שנים וכו' יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: ירשו שטר חוב, היינו מלוה בשטר, בכור נוטל פי שנים, דכיון דמוחזק בשטר ועל פי השטר גובין את המלוה, הרי הוא כאילו השטר השביח, דהיינו נכסים ששבחו ממילא, ומיהו אליבא דרבנן אינו נוטל פי שנים, ומסקנא דמלתא דרבי היא, והכי מוכח לקמן בשמעתיך, ודוקא מלוה בשטר, אבל מלוה על פה ואפילו בעדים, כיון דליכא שטרא ומצי למיטען פרעתיך, לך, דהמלוה את חבריו בעדים אין צריך לפורעו בעדים, אפילו רבי מודה דלא שקיל פי שנים, דהא אין מוחזקין בחוב זה כלל דנימא הנכסים שבחו מעצמן עכ"ל יעו"ש.

והנה עיין מה שכתבו התוס' בכתובות (דף כ"ג.) בד"ה שמע מינה בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה וז"ל: תימה מה סברא היא זו, דלא יהא בעל חוב אלא כלוקח, דמלוקח גופיה קטריף בעל חוב ראשון, ותירץ רשב"ם דבעל חוב מאוחר עדיף מלוקח שלא תנעול דלת בפני לוין וכו' עכ"ל יעו"ש. ואע"ג דבגבית בעל חוב לא שייך דין מה ביתו ברשותו, מכל מקום אין להוכיח דהתוס' פליגי על דברי רש"י, דיש לומר דכיון שיש למלוה ראשון שעבוד על הקרקע, שוב אין הלוה יכול להגבותו לגמרי, דלגבי גבית בעל חוב לעולם נחשבת קרקע ביד הלוה, ואם כן למה לא יוכל להוציא הקרקע מיד מלוה שני, ועל זה תירצו דדין מה שגבה גבה הוא כדי שלא תנעול דלת בפני לוין.

פרק יז

בו יבואר למה הוצרך רש"י לפרש דכיון דהנכסים ממושכנים למלוה אין מכירתם מכירה ואין הקדשם הקדש ולא קאמר בפשיטות דגובה מדין נכסי דאיניש אינון מערבין יתיה.

[פפחים ט:] איתמר בעל חוב אביי אמר למפרע הוא גובה, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה. כל היכא דאקדיש ליה זובין ליה כולי עלמא לא פליגי דאתי מלוה וטריף ואתי מלוה ופריק וכו', יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה כולי עלמא לא פליגי וז"ל: אפילו לרבא דאמר עד עכשיו היו ברשות ליה, מודה הוא דאין מכירתו לאחרים מכירה ואין הקדישו הקדש, שהרי ממושכנין הן למלוה וכו' עכ"ל. ומדברי רש"י בכתובות (דף נט:) מבואר דהיינו דאינו מכור לגבי גוביינא וכשגובה שלו הוא גובה, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פט"ז.

וייש לדקדק דלמה הוצרך רש"י לכך, ולמה לא למד כפשוטו דזובין ליה אתי מלוה וטריף מפני שיש לו שעבוד וזכות גביה על הקרקע, דכי היכי דיש לו שעבוד הגוף על הלוה שהוא יכול לתבוע ממנו שישלם לו, כן יש לו שעבוד על הקרקעות שנעשו ערבים לשעבוד הגוף של הלוה, כדאיתא בבבא בתרא (דף קעד.) נכסי דאיניש אינון מערבין יתיה, יעו"ש, ויכול לתבוע מן הקרקעות מדין ערבות, וכיון שזכה המלוה זכות זו בהקרקע, גובה ממנה אפילו כשמכרה ללוקח,

שהשביח, אבל כשהשביח שוב ליכא גוף כלל, וכל המעות נחשבות שבת. והיינו מה שכתב הרשב"ם לקמן (דף קכד:) ד"ה מלוה וז"ל: דאינו מוחזק כלל במעות אלא בשטר דהוה ניירא בעלמא עכ"ל יעו"ש. והיינו דאין לו שום תפיסה כלל בהמעות, ומה שהוא מוחזק בהשטר, היינו ניירא בעלמא וזה עתיד להתבטל, כמש"נ, וכל שכן דס"ל לרבנן דבשבח כי האי אין בכור נוטל פי שנים. ובזה מובן למה מתחלה קאמר דמלוה גרוע משבח ולבסוף קאמר דעדיף משום כמאן דגביא, דמצד שהגביה היא שבת של השטר גרוע הואיל ועצם השטר מתבטל, וליכא מוחזק קצת, ומכל מקום סלקא דעתין דהוי מוחזק להדיא על המעות משום דגביא דמי.

ונמצא לפי זה דאם ירשו שטרי חוב וחלקן השטרות ביניהם קודם גוביינא, גם רבנן מודו דבכור נוטל פי שנים, שהרי השטרות עצמם מוחזקים בידם, כמש"נ, אבל אם גבו השטרות קודם החלוקה, אז לרבנן אינו נוטל פי שנים כלל, שהרי הממון המוחזק הלך לו, והמעות הנגבות נחשבות כולן שבת, וכמש"נ, ועיין בתוס' לקמן (דף קכד:) ד"ה אין הבכור, יעו"ש.

פרק יט

בו יבוארו דברי הרשב"ם דבכור נוטל פי שנים במעות שנגבו במלוה בשטר דהוה מוחזק ולא ראוי, דמדמינן ליה למלוה שיש עליו משכון דנחשבת מוחזק ולא ראוי.

נבא בתרא קכד: שלחו מתם בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית, למאן, אילימא לרבנן, השתא שבחא דאיתיה ברשותיה אמרי רבנן דלא שקיל, מלוה מיבעיא וכו', לעולם רבנן היא, ומלוה כמאן דגביא דמי, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם בד"ה אבל לא ברבית וז"ל: אע"פ שכתוב בשטר ומלוה כמאן דגביא דמיא הואיל ונקיט שטרא, אבל רבית אע"ג דנקיט שטר וכבר עבר הזמן משמת אביו לא, דאין לך ראוי כזה דבר שלא היה שלו מעולם, אבל מעות מלוה קשקיל מעות שהלוהו, ונמצא השטר מוחזק בידו במקום מעותיו, והרי הוא כמו משכון, ובזה הכל מודים דמלוה שהניח

והיינו דמלוה על פה שיכול לטעון פרעתי לא נחשב מוחזק בידו, ואם כן גבית המלוה לא חשיב מוחזק אלא ראוי גמור, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, כדאיתא לעיל (דף קכג:) יעו"ש, אבל מלוה בשטר מוחזקת בידו, שהרי אינו יכול לטעון פרעתי, וגבית המעות נחשבת שבת, ורבי ס"ל דבכור נוטל פי שנים בשבת. ולפי זה מסתבר דהוא הדין במלוה על פה שהלוה בפני עדים ומסר לו הלוה נאמנות למלוה שלא יוכל לטעון פרעתי, הרי זה נחשב שהחוב מוחזק ביד המלוה וכשגובה המעות הרי זה נחשב שבת, ובכור נוטל פי שנים אליכא דרבי.

ונמצא שהשטר חוב עצמו שיש לו על הלוה חשיב מוחזק בידו ולא המעות שעתידי לגבות ממנו, והחוב עצמו יש לו שויות עכשיו גם קודם שיגבה המעות, שהרי יכול למכור השטר בשוק, וכן מלוה על פה יכול למכור במעמד שלשתן, כדאיתא בגיטין (דף יד:) יעו"ש, והשטר חוב כמו שהוא עכשיו מוחזק בידו, וכשיגבה המעות הרי זה השבת, והנה שטר חוב שכתוב בו מאה זוז יכול למוכרו בשוק למשל בחמשים זוז, הכל לפי אורך הזמן ואלימות הלוה, וכפי מה שנמכר בשוק, והרי החמשים זוז מוחזקים בידו, וכשגובה החוב ומקבל מאה זוז מן הלוה הרי השביח עוד חמישים זוז, ואם כן יש כאן חמשים זוז מוחזקים וחמשים זוז שבת, ולכאורה צריך להיות הדין דאליכא דרבנן דאין הבכור נוטל פי שנים שבת, יטול הבכור פי שנים על כל פנים בחמשים זוז של הגביה, שהרי חמשים זוז היו מוחזקים בידי היתורשים, ולא שייכא מחלוקת רבי ורבנן אלא בחמשים השניים שהם השבת, ואין שום זכר לכך בגמרא וברשב"ם, אלא לכאורה מבואר דלרבנן אין בכור נוטל פי שנים בשטר כלל, וצריך טעם למה לא יטלו פי שנים בחמשים המוחזקים.

ומבואר דחלוק שבת של גבית חוב משאר כל שבת, דאע"ג דשטר קודם גביה יש לו שויות לימכר בשוק, מכל מקום כשגובה המעות הכתובים בשטר הרי כל הגביה נחשבת שבת, ומה שהיה שוה מתחלה חמשים לימכר בשוק אזלא לה לגמרי ונתבטל על ידי גבית החוב, ונמצא דגוף החוב המוחזק הוא מה

וממילא איכא למימר נמי דמלוה שיש עליה שטר
הוי מוחזק, שהרי יש לו ממוני גבך אצל הלוה,
ויש לו תפיסה בהממון כיון שיש לו שטר בידו,
והיינו מאי דקאמר דשטר הוא כמו משכון, ויש
בזה חידוש יותר במשכון, שהרי במשכון כבר
יש לו בידו ממון שיכול לגבות ממנו וקרוב יותר
לגוביינא מן השטר, ומכל מקום איכא למימר
דגם בשטר הוי מוחזק ולא ראוי, הואיל ואית ליה
ממוני גבך אצל הלוה, ויכול לגבות ממונו על ידי
השטר.

פרק כ

בו יובא קושית התוס' דלמא אמרינן דקנס משמט
משעת העמדה בדין, והלא משעמד בדין גבי
ממשעבדי והוי כשטר שיש בו אחריות, ויבאר
תירוץ דאליים טפי כשמפורש שעבוד.

[בבא בתרא קכד:] שלחו מתם בכור נוטל פי
שנים במלוה אבל לא ברבית, למאן, אילימא
לרבנן, השתא שבחא דאיתיה ברשותיה אמרי
רבנן דלא שקיל, מלוה מיבעיא וכו', לעולם רבנן
היא, ומלוה כמאן דגביא דמי, יעו"ש. וכתב
הרשב"ם וז"ל: ומלוה כמאן דגביא דמיא הואיל
ונקיט שטרא וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה עיין בגיטין (דף לז), תנן התם השביעית
משמטת את המלוה בין בשטר בין שלא
בשטר, רב ושמואל דאמרי תרוייהו, בשטר, שטר
שיש בו אחריות נכסים, שלא בשטר, שאין בו
אחריות נכסים, כל שכן מלוה על פה, רבי יוחנן
ורבי שמעון בן לקיש דאמרי תרוייהו, בשטר,
שטר שאין בו אחריות נכסים, שלא בשטר, מלוה
על פה, אבל שטר שיש בו אחריות נכסים אינו
משמט, יעו"ש.

ו**כתבו** התוס' שם בד"ה שטר שיש בו אחריות
נכסים אינו משמט וז"ל: הא דאמרינן
לעיל בפ"ב (דף יח.) דאונס קנס ופיתוי שזקפן
במלוה משמטין, ומפרש דהיינו משעת העמדה
בדין, אע"ג דמשעמד בדין גבי ממשעבדי
כדמוכח בכמה דוכתי, וכן כתובה משתפגום
ותזקוף משמטת אע"ג דגבי ממשעבדי, מכל
מקום אליים טפי כשמפורש שיעבוד בשטר עכ"ל
יעו"ש. והקשו התוס' דכיון דהעמדה בדין באונס
קנס ופיתוי הוי כשטר לגבות ממשעבדי למה

משכון עליה שקיל פי שנים, דבעל חוב קונה
משכון, וכן פסק ר"ח עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק במה שכתב הרשב"ם דשטר הוי
כמו משכון, וכי השטר משכון הוא ביד
המלוה. ועוד שהרי הרשב"ם עצמו כתב דבכור
נוטל פי שנים במלוה שיש עליה משכון משום
דבעל חוב קונה משכון, כנ"ל, וענין זה לא שייך
בשטר כלל. עוד יש לדקדק על עצם דינו של
הרשב"ם דהכל מודים דבכור נוטל פי שנים
במלוה שיש עליה משכון, מגליה הא מלתא, ואם
הדבר פשוט לו כל כך במשכון מה שאין כן
במלוה בשטר, אם כן לקושטא דמלתא היאך
מדמינן מלוה בשטר למלוה שיש עליה משכון.

ו**נראה** דטעמא דמאן דאמר בכור נוטל פי
שנים במלוה בשטר, היינו משום דאית
ליה ממוני גבך אצל הלוה כיון שהלוה מעות,
ואפילו אם לא הלוהו מעות בפועל, אלא מסר לו
השטר בלי מסירת מעות, דיש בזה התחייבות
הלוה, עדיין חשיב שיש לו למלוה ממוני גבך
אצל הלוה, דעל ידי מסירת השטר חשיב כאילו
קיבל ממנו מעות ונתחייב, ואם כן יש לו למלוה
ממוני גבך אצל הלוה, ומשום הכי חשיב מוחזק
ולא ראוי, שהרי גם קודם גביה יש להיתומים
ממוני גבך אצל הלוה, והרי זה כמי שממון
שלהם מונח ביד הלוה, ולמסקנת הגמרא טעמא
דחשיב מוחזק ולא ראוי משום דמלוה כמאן
דגביא דמי, והרי יש להם תפיסה בממון שלהם
המונח ביד הלוה, וכל זה הוא בהמלוה עצמו,
אבל הרבית הוא תשלום חדש, ולא תשלומי
המעות שמסר לו המלוה, או כאילו מסר לו
המלוה, ואם כן ברבית ליכא צד ממוני גבך כלל,
והוי ראוי גמור, ואין בו צד מוחזק, ואין הבכור
נוטל בו פי שנים.

ו**השתא** נראה דמשום הכי פשוט לו
להרשב"ם דמלוה שיש עליה
משכון בכור נוטל בה פי שנים, שהרי בעל חוב
קונה משכון, והיינו דאין המשכון לזכרון בעלמא
אלא לגביה, כמו שכתב רש"י בבבא מציעא (דף
פב.) ד"ה בדלא שוי שיעור זוזי, יעו"ש, ואם כן
הווי להו המעות מוחזק ולא ראוי, שהרי יש לו
ממוני גבך אצל הלוה, ויש לו תפיסה באותו
ממון על ידי משכון שדינו לגביה, כמש"נ,

שהשביעית יסלק עונשו, אלא אינו נפטר עד שפרעו, וכן לענין מזיק ושאר מלוה הכתובה בתורה, אבל הלואה לא הוי אלא הסכם בין המלוה והלוה, ומסתברא שהשביעית יבטל ההסכם, ומכל מקום אם זקף הקנס עליו במלוה הרי זה כאילו פרעו וחזר ולוה ממנו, ודינו כהלואה גמורה.

פרק כא

בו יבוארו דברי הרשב"ם דרב נחמן דאית ליה גבו מעות יש לו גבו קרקע אין לו טעמא דידיה משום דזווי יהיב זווי שקיל וזה לא שייך אלא במלוה ולא ברבית.

[בבא בתרא קכד:] אמר ליה רב אחא בר רב לרבינא, איקלע אממר לאתרין דדריש בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית, אמר ליה נהרדעי לטעמייהו, דאמר רבה גבו קרקע יש לו, גבו מעות אין לו, ורב נחמן אמר גבו מעות יש לו, גבו קרקע אין לו וכו'. וכתב הרשב"ם וז"ל: גבו קרקע אין לו לבכור פי שנים, דמעות הלוהו ולא קרקע, אבל גבו מעות יש לו, שהרי מעות הלוהו ובמעות חשבינן ליה מוחזק. ולי נראה דהא דאמרין נהרדעי לטעמייהו לא בא למעט דברי רבה דאמר גבו קרקע יש לו, דהא אממר סתמא דרש בכור נוטל פי שנים במלוה לא שנא קרקע ולא שנא מעות, אלא למעוטי מדרב יהודה אמר שמואל אתא, דאמר לעיל אליבא דרבנן דאין הבכור נוטל פי שנים במלוה, ואממר סבירא ליה כדשלחו מתם, וכרב נחמן ורבה דסבירא להו כדשלחו מתם עכ"ל יעו"ש.

שוב כתב הרשב"ם וז"ל: גבו קרקע מבעל חוב יש לו לבכור פי שנים, דהאי קרקע אשתעבד לאבוהון בחייו, וכמי שהיה לו במשכון דמי, וחשבינן ליה מוחזק ליטול הבכור פי שנים עכ"ל יעו"ש.

והנה הרשב"ם פירש טעמא דרב נחמן דגבו מעות יש לו, משום דזווי יהיב זווי שקיל, וטעמא דרבה דגבו קרקע יש לו, משום דיש לו שעבוד על הקרקע והרי זה כמי שיש לו משכון, ולכאורה אין שתי שיטות אלו שייכי אהדדי כלל, ואם כן יש לעיין קצת במה שכתב הרשב"ם דאממר ס"ל כתרוייהו, כנ"ל. ועוד יש

משמטת, ליהוי כשטר שיש בו אחריות, ומצינו נמי בבבא מציעא (דף טז.) אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום, מאי טעמא, כל מעשה בית דין כמאן דנקיט שטרא בידיה דמי, יעו"ש, ומבואר דמעשה בית דין הוי כשטר גם לזה שאינו יכול לטעון פרעתי, כמו שכתב שם רש"י, יעו"ש, ולפי זה יש לדקדק דכיון דמעשה בית דין חשיב כנקיט שטרא בידיה, ומאן דנקיט שטרא כמאן דגביא דמי, למה משמטת, ומהי האלימות של שטר שכתוב בו אחריות ושמפורש שיעבודו בשטר, כיון דגם בלי השטר גובה ממשועבדים.

ונראה דכל האלימות של שטר שכתוב בו אחריות היא אך ורק לענין שלא תשמטנו שביעית, דלענין שמיטה אמרינן דכל מה שנחשב של אחיך בידך אין שביעית משמטתו, כמו שהביאו התוס' שם בד"ה דתפיס ליה בשם הספרי, יעו"ש, וכן בתוס' לעיל שם (דף לו.) בד"ה מי איכא מידי, יעו"ש, ולכן איברא דאמרין דמעשה בית דין כמאן דנקיט שטרא, וגובה מנכסים משועבדים, ואינו יכול לטעון פרעתי, ונחשב מוחזק לגבי ירושת הבכור, מכל מקום לא קרינן ביה ולא של אחיך בידך, כיון דסוף סוף מחוסר התדיינות בבית דין וטירפא, אבל שטר שכתוב בו בפירוש אחריות נכסים הרי זה כמו שיש לו מפתח, דבנקל יכול לירד שם כל זמן כשירצה, והרי זה נחשב של אחיך בידך ואין שביעית משמטתו.

ומה שהביאו התוס' דאונס קנס ופיתוי שזקפן במלוה משמטין, הביאו הרמב"ם פ"ט שמיטה ויובל ה"ב, יעו"ש, וכתב הכסף משנה וז"ל: וכתב עוד רבינו בפירוש המשנה, הקנסות שחייב הכתוב לאונס ומפתה ומוציא שם רע אינם כשאר חובות, אבל הם חיובים שהאיש ההוא נתחייב בהם, והאיש ההוא לא יהיה פטור עד שיפרעם עד כאן לשונו, ואיני יורד לסוף חילוק זה, דגם הלוה מחבירו חייב הוא לפורעו אלא שהשביעית משמטת. ואפשר לומר שמאחר שכתובים בתורה הוה ליה כגבויים או כמסורים ביד בית דין עכ"ל יעו"ש. ואין פירוש זה עולה כל כך בלשון הרמב"ם. ואולי יש לומר דכונת הרמב"ם היא, דכיון דהתורה הענישו, אין סברא

ד' וה' (כ"ק דף מג.) דפריך אמאי דאוקי רבה ורב נחמן הא דאין בעל יורש נזקי אשתו לרבי עקיבא היינו דוקא בגרושה, ולוקמה לרבה כגון שגבו מעות ולרב נחמן כגון שגבו קרקע דהוה ליה ראוי, למה ליה למינקט קרקע דגבו מעות נמי הוי ראוי, דהא דאמר הכא דגבו מעות יש לו והוי מוחזק היינו משום דמעות יהיב מעות שקיל, אבל התם גבי נזק דלא יהיב מעות מודי רב נחמן דגבו מעות נמי הוי ראוי וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה לא הקשו התוס' מסוגיא דהתם על שיטת הרשב"ם אלא לרב נחמן, דלידידה לא שייך גבו מעות יש לו בנזק, הואיל וליכא זוזי יהיב זוזי שקיל, ומשמע דלסברת רבה אין להקשות משם, והנה לפימש"נ דגם רבה מודה דלא אמרינן גבו קרקע יש לו ברבית הואיל ולא שייך התם ממוני גבך, כמש"נ, אם כן היו להם להתוס' להקשות גם לרבה, דהיאך אמרינן גבו קרקע יש לו בנזק, והלא כי היכי דלא אמרינן כן ברבית לא נימא כן נמי בנזק, ולכאורה משמע דהתוס' הבינו בדברי הרשב"ם דאליבא דרבה אמרינן גבו קרקע יש לו גם ברבית הואיל ואית ליה שעבוד, ואם כן הוא הדין בנזק דאמרינן גבו קרקע יש לו, ולכן לא הקשו אלא לרב נחמן ולא לרבה, ואולי יש לדחוק דהתוס' הקשו אליבא דרב נחמן והוא הדין אליבא דרבה, ולא חשו להאריך.

פרק כב

בו יבואר סברת רב נחמן דאית ליה גבו מעות יש לו ובכור נוטל בהן פי שנים, ומעמא משום דאמרינן זוזי יהיב זוזי שקיל והוה ליה מוחזק, ואע"ג דבשאר מטלטלין לא אמרינן הכי.

[בבא בתרא קכד:] אמר ליה רב אחא בר רב לרבינא, איקלע אממר לאתרין ודריש בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית, אמר ליה נהרדעי לטעמייהו, דאמר רבה גבו קרקע יש לו, גבו מעות אין לו. ורב נחמן אמר גבו מעות יש לו, גבו קרקע אין לו. אמר ליה אביי לרבה לדידך קשיא וכו', מאי שנא מעות דלא דלאו הני מעות שבק אבוהון, קרקע נמי לאו הא קרקע שבק אבוהון וכו', יעו"ש. וביאר הרשב"ם סברת רב נחמן וז"ל: גבו קרקע אין לו לבכור פי שנים,

לדקדק במה שכתב הרשב"ם דשעבוד הוי כמשכון, והרי אע"פ שיש לו דין גביה עדיין לא גבה ולמה חשיב מוחזק, ולא דמי למשכון שהוא כבר ביד המלוה ומוחזק אצלו.

אכן נראה דבין רב נחמן ובין רבה ס"ל דמלוה חשיב מוחזק מחמת שהמלוה יש לו ממוני גבך אצל הלוח, ועיימש"נ בש"א פי"ט, ורב נחמן ס"ל דלא אמרינן דהגביה נחשבת כקבלת הממון שיש לו גביה אלא כשגבה מעות, דזוזי יהיב זוזי שקיל, והממוני גבך הוא בצורת מעות דוקא, ועיימש"נ בש"א פכ"ב. ורבה ס"ל דהמעות כבר אינם בעין אבל הקרקע המשועבדת היא בעין, והרי הממוני גבך שקוע בגוף הקרקע, ולכן גבית קרקע חשיבא כקבלת הממוני גבך ולא גבית מעות, והיינו דקאמר דהוי כמשכון, שיש לו ממוני גבך אצל הלוח והכח בידו להוציאו ממנו, וכמש"נ. ונמצא דלתרווייהו תלוי דין מוחזק בממוני גבך, אלא דנחלקו באיזה אופן יש לו ממוני גבך, ואמימר ס"ל דלתרווייהו, ואית ליה דבכל האופנים יש לו ממוני גבך, שהרי יש לו ממוני גבך אצל הלוח, ובכל מה שהוא גובה, מעות או קרקע, נחשב כקבלת הממוני גבך, ושפיר הוי ליה מוחזק בין אם גבו מעות בין אם גבו קרקע ובכור נוטל פי שנים.

והנה אליבא דרב נחמן בודאי לא אמרינן גבו מעות יש לו אלא במלוה אבל לא ברבית, דדוקא במלוה איכא למימר זוזי יהיב זוזי שקיל אבל לא ברבית, ואם כן כפשוטו לכאורה הוא הדין במאי דקאמר רבה גבו קרקע יש לו לא קאי אלא במלוה אבל לא ברבית, ואם טעמא דידיה משום דאית ליה שעבוד, מאי שנא מלוה מרבית, והלא בין כך ובין כך איכא שעבוד, אולם לפימש"נ אתי שפיר, דגם עיקר טעמא דרבה היא משום קבלת הממוני גבך, כמש"נ, וכל זה הוא בהמלוה עצמה, אבל לגבי הרבית הרי ליכא ממוני גבך, ועיימש"נ בש"א פי"ט, ואם כן גם רבה מודה דלא אמרינן גבו קרקע יש לו ברבית, וכפשטות משמעות הגמרא, דלא מצינו שנחלקו רבה ורב נחמן בזה.

אלא דעיינן מה שכתבו התוס' בד"ה גבו מעות יש לו וז"ל: פירש הקונטרס משום דמעות יהיב מעות שקיל, ואין נראה, דבפרק שור שנגח

דמעות הלוהו ולא קרקע, אבל גבו מעות יש לו, שהרי מעות הלוהו ובמעות חשבינן ליה מוחזק וכו' עכ"ל יעו"ש.

וַיֵּשׁ לעיין בסברת רב נחמן דגבו מעות חשיב מוחזק דזווי יהיב זווי שקיל, דהלא המעות שנתן כבר נתאכלו והני זווי שגבו זווי אחריני נינהו, ואולי עבר נמי זמן שלא היה ללוה שום דבר והשתא באו לידו זווי עוד הפעם, ולמה נחשבים הזוויים החדשים כמוחזקים ביד אביהם לגבי ירושת היתומים, ובאמת היינו טעמא דרבה דס"ל גבו מעות אין לו, וכקושיית אביי לרבה מאי שנא מעות דלא דלאו הני מעות שבק אבוהון, כנ"ל, ואם כן מאי טעמא דרב נחמן, הגע עצמן, אם השאיל לו פרה ונאנסה ונתחייב השואל לשלם, ועכשיו שילם השואל ליורשים פרה חדשה במקום הראשונה, האם נאמר דפרה יהיב פרה שקיל ונחשבת פרה זו מוחזקת ובכור נוטל בה פי שנים, בודאי לא, ואם כן מאי שנא דבמעות אמרינן זווי יהיב זווי שקיל.

וּנְרָאָה דהעיקר של מעות לא הוי החומר של עצם המטבע, שאין שום תשמיש בגוף המטבע כל זמן שלא נפסלה והתקינה לאיזה תשמיש מסוים, כדאיתא בבבא מציעא (דף נב.) יעו"ש, אלא הפעולה של מטבע היא שנותנת לו האפשרות לקנות, וענין זה אינו מוחשי, אלא שיש דבר בעולם של יכולת לקנות, ויכול אדם להגיע ולהתחבר לכח ממוני זה על ידי מטבעות, וכל כלכלת העולם מתנהגת בכח זה שאדם יכול להתחבר לו על ידי מעות, והוא דבר פלא, כדאיתא בפסחים (דף נד.) תנו רבנן שלשה דברים עלו במחשבה ליבראות ואם לא עלו דין הוא שיעלו, על המת שיסריח, ועל המת שישתכח מן הלב, ועל התבואה שתרקב, ויש אומרים על המטבע שיצא, יעו"ש. והקשה המהרש"א וז"ל: על המטבע שיצא, יש לעיין בזה דכל הני בריאות דחשיב הוא שינוי וחידוש בריאה וכו' עכ"ל יעו"ש. אולם לפי דברינו הבריאה חדשה מובנת, והיינו דאין קנין כסף כמו חליפין חפץ בחפץ שוה בשוה, אלא הכסף מאפשר אותו להשיג כח ממוני ולקנות, כמש"נ.

וְלָפִי זה אין מטבע חלוקה ממטבע אחרת אלא בהחומר שלה, אבל במה שמטבע נותנת

לו כח לקנות אין שום נפקא מינה ביניהן, וכל המטבעות שוין בזה, ואם לזה ממנו מטבע והחזיר לו מטבע אחרת, הרי החזיר לו הכח לקנות שנטל ממנו, ולא דמי כלל לנטל ממנו פרה והחזיר לו פרה, שאין שויות הפרה אלא גופה, והפרה שהחזיר היא פרה אחרת, אבל עיקר שויות מטבע הוא האפשרות לקנות, ואין הבדל בין זו לזו, והיינו דתנן בשבועות (דף לח.) דינר זהב יש לי בידך, אין לך בידי אלא דינר של כסף וטריסית ופונדיות ופרוטה, חייב, שהכל מין מטבע אחת, יעו"ש, ולא חשיב הודאה שלא ממין הטענה, דאין הבדל בין המטבעות, אלא כולם מאפשרות להגיע לכח ממוני לקנות, כמש"נ, ואע"ג דעל החומר יש בעלות מיוחדת, ומשום הכי מטבע של הקדש שנפלה לכיס אוסרת את כל המטבעות, כדתנן במעילה (כא.) נפלה פרוטה של הקדש בתוך כיסו וכו', יעו"ש, ואינו יכול להוציא אחת ולהחזירה להקדש, דסוף סוף לא פקע הקדש מן החומר. ועיין נמי בבכורות (דף ג.) בקשו לגנוז דינרא דהריינא טירייאנא שייאפא מפני טבעה של ירושלים, יעו"ש. מכל מקום עיקר תשמישה של מטבע אינו החומר אלא מה שמאפשרתו לקנות, כמש"נ.

וְזוּדֵי סברת רב נחמן דזווי יהיב זווי שקיל, דאם גבו מעות חזר להם הכח לגבות שהיה לו לאביהם, ואין בזה הבדל בין מטבע למטבע, והרי זה נחשב מוחזק ולא ראוי. ונראה דגם רבה מסכים לסברא זו, אלא דס"ל דלענין מוחזק וראוי דירושה צריכים להתחשב גם עם החומר, ואע"ג דאין זה העיקר במטבע, כמש"נ, והחומר שהחזיר להם אינו אותו החומר שאביהם הלוהו, והיינו מה דאמר דלאו הני מעות שבק אבוהון, כנ"ל, ומשום הכי חשיב ליה ראוי ולא מוחזק.

פרק כג

בו יבוארו דברי הרשב"ם בקושיית אביי לרבה דאית ליה גבו קרקע יש לו גבו מעות אין לו והלא לאו האי קרקע שביק אבוהון, וביארו הרשב"ם דאי בעי לזה הוה מסלק ליה בזווי.

[בבא בתרא קכד:] דאמר רבה גבו קרקע יש לו, גבו מעות אין לו, ורב נחמן אמר גבו מעות יש

למחול, אלא אי אמרת דרבנן היא אמאי אינו יכול למחול וכו', יעו"ש.

והתוס' לעיל (דף עו:) בד"ה קני ובכתובות (דף פה:) בד"ה המוכר הביאו ראיה מסוגיין, דהיינו טעמא דהמוכר שטר חוב וחזר ומחלו מחול, משום דמכירת שטרות אינו אלא מדרבנן, דהרי מבואר בגמרא דאם הקנאת שטר במתנת שכיב מרע מהני מדאורייתא אינו יכול למחול, ואם כן צריך לומר דהא דהמוכר שטר חוב יכול למחול הוא, משום דמכירתו לא מהני אלא מדרבנן, אבל אם היתה מועילה גם מדאורייתא לא היתה מחילתו מחילה, והתוס' בכתובות הנ"ל כתבו דגם ר"ת ס"ל דיכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן, ואלא דר"ת דחה הראיה מסוגיין, אבל התוס' לעיל הנ"ל לא הביאו בשם ר"ת אלא דחית הראיה מסוגיין, ולא איתפרש בדבריהם למה אם מחלו מחול אליבא דר"ת, יעו"ש.

אכן הרא"ש בכתובות שם כתב דר"ת ס"ל דמכירת שטרות מדאורייתא ומכל מקום אם מחלו מחול וז"ל: דמהווא טעמא דמפרש רבינו תם דמוכר שטר חוב שיכול למחול אע"פ שמדאורייתא הוא מכר, משום דשני שעבודים יש לו למלוה על הלוחה, אחד שעבוד נכסיו ואחד שגופו משועבד לפרוע לו, ושעבוד נכסיו של הלוחה יכול המלוה למכור, אבל שעבוד גופו של הלוחה אין קנין נתפס עליו, הלכך כל זמן שלא מחל לו גובה נכסיו של לוחה, אבל אם מחל המלוה ללוחה שעבוד גופו שנשאר אצלו, פקע נמי שעבוד נכסים, דנכסי דאינשי אינון ערבין ביה, וכשנסתלק שעבוד הלוחה נסתלק נמי שעבוד נכסיו וכו' עכ"ל יעו"ש, וכן כתב הר"ן יעו"ש. ומבואר דשיטת ר"ת היא דמכירת השטר אינה מועילה להקנות השעבוד הגוף אלא השעבוד נכסים בלבד, ומשום הכי יכול המוכר למחול השעבוד הגוף, והשעבוד נכסים נתבטל מאליו, ועיין בקצות החושן סי' ס"ו סקכ"ו דטעמא דאינו יכול למכור השעבוד הגוף מפני שאין בו ממש, יעו"ש.

והנה שיטת רש"י בפסחים (דף ל:) בד"ה כולי עלמא היא דהא דמלוה גובה מן המשועבדים הוא משום דמכירתם לאו מכירה,

לו, גבו קרקע אין לו. אמר ליה אביי לרבה לדידך קשיא לרב נחמן קשיא, לדידך קשיא מאי שנא מעות דלא, דלאו הני מעות שבק אבוהון, קרקע נמי לאו הא קרקע שבק אבוהון וכו', יעו"ש.

והנה לפי פשוטו קושית אביי לרבה היא דלמה קאמר גבו קרקע יש לו, הרי סוף סוף לא הוריש להם אביהם קרקע זו, ולא זכו בה אלא לאחר הגביה, ולמה תיחשב מוחזקת בידיהם, אכן לא כן פירש הרשב"ם וז"ל: לאו הא קרקע שבק אבוהון, דאי הוה בעי לוח הוה מסלק ליה בזווי עכ"ל יעו"ש. ולכאורה קשה שהרי לעיל כתב הרשב"ם וז"ל: גבו קרקע מבעל חוב יש לו לבכור פי שנים, דהאי קרקע אשתעבד לאבוהון בחייו וכמי שהיה לו במשכון דמי עכ"ל יעו"ש, וכיון דסברת רבה היא דשעבוד הוי כמשכון, אם כן מאי איכפת לן דהלוחה יכול לסלקו בזווי, והא גם במשכון יכול לסלקו בזווי.

ונראה לבאר דברי הרשב"ם עפ"מ ש"נ בש"א פכ"א דעיקר טעמא דרבה נמי הוי משום דאית ליה ממוני גבך אצל הלוחה, אלא דס"ל לרבה דהממוני גבך הוא בהקרקע ולא במעות, יעו"ש, ועל זה פריך אביי דאם כן הוא דהממוני גבך הוא אך ורק בקרקע ולא בדבר אחר, אם כן היאך יכול הלוחה לסלק בזווי מן הקרקע, ולמה לא יוכל לתבוע הממוני גבך שיש לו אצל הלוחה, אלא מוכח דאין הממוני גבך מיוחד להקרקע, והיינו מאי דקאמר לאו האי קרקע שבק אבוהון, ואם כן מאי שנא קרקע ממעות.

פרק כד

בו יבואר מחלוקת הראשונים בטעמא דמוכר שטר ומחלו מחול אם היא משום דמכירת שטרות מדרבנן או משום דאינו יכול למכור אלא השעבוד נכסים אבל לא השעבוד הגוף.

[כבא בתרא קמז:] אמר רב נחמן אע"ג דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול, ואפילו יורש מחול, מודה שמואל שאם נתנו במתנת שכיב מרע דאינו יכול למחלו, אי אמרת בשלמא דאורייתא משום הכי אינו יכול

נכסים הוי דבר שיש בו ממש, דהיינו הקרקעות, והלא אם כתב לו דאיכני בתוך השטר יכול המלוה לגבות גם מנכסים שעדיין לא קנה הלוה, ולכאורה אם מכר השטר יכול הלוקח לגבות גם מקרקעות שקנה הלוה לאחר מכירת השטר, ובכהאי גונא גם השעבוד נכסים הוי דבר שאין בו ממש.

ונראה דסברת ר"ת היא, דאע"ג דחוב יש לו תורת ממון, והרי הוא מטלטלין, מכל מקום אין תורת ממון שלו מובדלת מן המלוה עצמו, ומשום הכי שפיר יכול להורישו, שהרי היורש נכנס במקום המלוה, אבל אינו יכול להקנותו, שאי אפשר להפריד החוב מן הבעל חוב, ואולי לזה כיון הקצות החושן במה שכתב דהוי דבר שאין בו ממש, אולם אע"פ שאינו יכול להקנות החוב עצמו, הרי יכול להקנות זכות גבית החוב, שזכות זו היא כשאר זכויות שיכול להקנותן, ומשום הכי החוב עצמו לעולם נשאר מן הלוה אל המלוה, אבל הזכות לגבות ממון מחמת החוב שפיר יכול למכרו ולהקנותו ללוקח, וכיון שזוכה הלוקח בזכות לגבות חוב המוכר, הרי זכותו לגבות בכל אופני הגביה שהיו לו להמוכר, בין מגלימא דעל כתפיה, בין מנכסים שמכרם, בין מנכסים שעדיין לא קנה הלוה בשעת מכירת השטר, והיינו הדין מכירת שעבוד נכסים שהזכיר ר"ת, דאין מכירת השטר קנין בעצם הקרקעות אלא בזכותו של הבעל חוב לגבות את חובו.

ולפי זה שפיר יש לומר דגם ר"ת אזיל בשיטת רש"י דדין שעבוד הוא דאין מכירת מכירה, כמש"נ, והרי הנכסים נחשבים בני חורין לגבי גוביינא, ובעל חוב יכול להקנות זכותו לגבות מן הלוה, כמש"נ, ואם חזר ומחלו מחול, דכיון שמחל וביטל עצם החוב נתבטלה ממילא הזכות לגבותו.

והנה יש לעיין בשיטת הרמב"ם פ"ו מלוה ולוה הלי"ב דמחלו מחול משום דמכירת שטרות מדרבנן, ומה בכך דהוי מדרבנן, הרי גם קנינים רבנן מועילים. ולכאורה כונתו דמשום הכי אינו מקנה אלא שעבוד נכסים ולא שעבוד הגוף כדברי ר"ת, וכך כתב להדיא בפ"ג שלוחין ושותפין הל"ו וז"ל: ואין לו דרך שיקנה

והיינו דלגבי גוביינא לעולם נשארת הקרקע הנמכרת ביד הלוה, ועיימש"נ בש"א פט"ז, ולפי דבריו אין גבית המלוה מן הלוקחות רק מחמת שיש לו אחיזה או מקצת קנין בגוף הקרקע, אלא מפני שלגבי גביתו כל נכסי הלוה נחשבים כבני חורין, שהרי אין מכירתם מכירה, כמש"נ. והשתא יש לעיין אם שיטת רש"י מתאימה עם דברי ר"ת דמכירת שטרות מהני לגבי שעבוד נכסים ולא לגבי שעבוד הגוף, ורש"י עצמו בכתובות שם באמת לא למד כר"ת דטעמא דמחלו מחול משום דהוי מכירה רק על שעבוד נכסים, ושם כתב רש"י דטעמא דמחלו מחול משום דאמר ליה לאו בעל דברים דידי את, וכשיטת הראב"ד בפ"י מכירה הלי"ב, ועיימש"נ בש"א פכ"ד, אכן יש לעיין אם ר"ת יכול להסכים לדברי רש"י בפסחים.

ולפום ריהטא נראה דאין דבריהם מתאימים, לדברי רש"י לכאורה אין לו למלוה איזה קנין שיכול למכור, אלא גביתו היא בתורת בני חורין, כמש"נ, ואפילו אם נאמר דיש למלוה איזה תפיסה בגוף הקרקע שמחמתה אמרינן אין מכירתם מכירה, מכל מקום עצם הגביה הוי בתורת בני חורין, ואם כן מה מכר ללוקח, ולכאורה צריך לומר לדברי ר"ת דגבית המלוה היא מדין קנין בגוף הקרקע, ולא כדברי רש"י.

והנה במה שכתב הקצות החושן דטעמא דר"ת שאינו יכול להקנות שעבוד הגוף היא משום דהוי דבר שאין בו ממש, כנ"ל, יש לדקדק שהרי כתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף קכד.) בד"ה ואם אמר איני נוטל בסוף הדיבור, דהחוב עצמו יש לו דין מטלטלין, וכן כתב שם (דף קכה.) בד"ה ועוד, יעו"ש, ובאמת מבואר כן בגמרא פסחים (דף לא.) יעו"ש, ואם החוב חשיב מטלטלין, למה לא יוכל להקנותו על ידי חליפין כשאר מטלטלין, ואי מכירת השעבוד הגוף אינה מועילה משום דאין מטלטלין נקנין בשטר, אם כן אין זה טעמא דאין בו ממש.

ועוד יש לדקדק בדברי ר"ת, דאם יכול להוריש שעבוד הגוף לבניו למה לא יוכל נמי להקנותו לאחרים, וגם במה שיכול להקנות שעבוד נכסים יש לדקדק, דלפי דברי הקצות החושן צריך לומר דהיינו טעמא משום ששעבוד

מהני מכירת שטרות אלא אם כן כתב לו זיל דון ואפיק לנפשך, והבין מזה דלהראב"ד מכירת שטרות מהני מדין הרשאה, דהלוקח גובה את החוב בשליחותו דהמלוה, ואי לאו דכתב לו זיל דון ואפיק לנפשך יכול הלוח לומר לו לאו בעל דברים דידי את, כמו שמבואר בבבא קמא (דף ע.י.), יעו"ש, ומשום הכי המוכר יכול למחול לו, דהרשאה אינה הקנאת החוב אלא מדין שליחות, וכיון שמחל לא תועיל לו השליחות, יעו"ש.

והנה עיין בחו"מ סי' קכ"ב סעי' ד' וז"ל: המרשה את חבירו להוציא את שלו מיד המחזיק בו, צריך ליקח לו בקנין שהרשהו, וצריך לכתוב לו דון וזכה ואפיק לנפשך וכו' עכ"ל, ועיין שם בש"ך סק"ג יעו"ש. ולפי זה קשה לשיטת הראב"ד דכיון דאינו יכול להקנות החוב, גם הרשאה לא תהני. וצריך לומר דס"ל כשיטת הרמ"ה מובא בש"ך שם דאינו צריך קנין גמור, ובביאור הדבר נראה, דהנה איתא בבבא קמא שם דאין כותבים הרשאה על מטלטלין דכפריה דמיחזי כשיקרא יעו"ש, ולכאורה למה לן טעמא דמיחזי כשיקרא, והלא כופר בפקדון נעשה עליו גזלן, כדאיתא בבבא מציעא (דף ד:) יעו"ש, ואם כן הוה להו הני מטלטלין נגזלין ואינן ברשותו ואינו יכול להקנותן, ויש לומר דזיל דון ואפיק לנפשך לא הוי קנין גמור אלא נתינת רשות בעלמא, וכבעל הבית שמזמין אורח לביתו ונותן לו רשות לאכול כל מה שירצה, דאין האורח קונה שום דבר אבל יש לו רשות לאכול, וכן נמי בהרשאה הוא נותן לו רשות ליטול לעצמו כשיוציא מן הלוח בדין, ואע"פ שאין לו שום קנין, אין הלוח יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את, שהרי יש לו רשות ליקח לעצמו, ושפיר הוי בעל דבר.

והדברי הראב"ד יש לדקדק דכיון דמכירת שטרות לא הוי אלא הרשאה בעלמא, למה ליה להמלוה לחזור ולמחול החוב, הרי יכול להפסיד להלוקח בביטול ההרשאה, דהא יכול לבטלו אפילו אם אמר לו זיל דון ואפיק לנפשך, כמו שכתב הש"ך שם סק"ט יעו"ש, ואם כן יכול המוכר לבטל ההרשאה, והוא עצמו עדיין יכול לגבות החוב מן הלוח, ואולי יש חידוש נוסף במה שיכול למחול אע"פ שלא

אדם חוב בה אלא במעמד שלשתן, והוא דבר שאין לו טעם כמו שביארנו, או בהקניית שטר החוב עצמו בכתיבה ומסירה, מפני שהוא מקנה השעבוד שבו עכ"ל יעו"ש, ואם כן למה צריך לומר דמכירת שטרות דהוי מדרבנן, אפילו אם היתה מן התורה חזר ומחלו מחול, וכסברת ר"ת.

ונראה דהרמב"ם אית ליה מן הסברא דאין להבדיל זכות הגביה מן החוב, ואין אדם נכרי יכול לגבות ממון שהלוח מחויב לאדם אחר, ואין זה כמו זכות תשמיש מיוחד שיכול אדם להקנות אע"פ שעצם הבעלות נשאר אצלו, אלא זכות הגביה ועצם החוב חדא מלתא נינהו, ואם כן מן התורה אי אפשר להקנות לא החוב ולא זכות גביתו, ומכל מקום תיקנו חכמים שיוכל להקנות זכות גביה ולהפרידו מן עצם החוב, שנתנו לו חכמים כח לגבות ממון שהוא מחויב לאדם אחר, אבל על עצם החוב לא תיקנו קנין, דאין שעבוד הגוף דבר ששייך בו קנין, ונמצא שלא הקנה המוכר אלא שעבוד נכסים בלבד, ואם מחל החוב מחול, וכדברי ר"ת, וכמו שכתב הרמב"ם בהלכות שלוחין ושותפין, כנ"ל.

פרק כה

בו יבואר שיטת הראב"ד דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול משום דבמכירת שטרות מהני מדין הרשאה, וכשמחלו אומר הלוח ללוקח לאו בעל דברים דידי את.

נרמב"ם פ"י מכירה ה"יב כתב הרמב"ם וז"ל: קנין השטרות בדרך הזאת מדברי סופרים, אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד נקנה, לפיכך המוכר שטר חוב לחבירו עדיין יכול למחול, ואפילו יורש מחלו עכ"ל יעו"ש. והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א לא מן השם הוא זה, אלא מפני שהלוח אומר ללוקח אני לא שעבדתי לך את עצמי, לפיכך אם כתב לו בשטר חובו הריני משועבד לך ולכל הבאים מכחך, אינו יכול למחול משמכר שטר חובו עכ"ל יעו"ש. וכן כתב רש"י בכתובות (דף פה:): דהא דחזר ומחלו מחול, משום דאמר ליה לוח ללוקח לאו בעל דברים דידי את, יעו"ש.

והקצות החושן סי' ס"ו סק"ו הביא דברי בעל התרומות בשם הראב"ד דלא

מאי בעית בהאי ארעא, ומשום הכי שטר חוב שעשוי לביטוח המעות אמרינן ביה אחריות טעות סופר, דבודאי כונתו לביטוח הכי טוב, ואפילו לא הזכיר אחריות, בודאי רוצה בכל מה שיבטיח לו החזרת מעותיו, שזהו עיקר מטרת השטר, אבל שטר מקח אינו נעשה לכך אלא לקיום המקח, כמש"נ, ואם כתב בו אחריות הרי זה ענין צדדי שהוא מוסיף בהשטר שאינו שייך כלל לעיקר מטרת השטר, שהשטר נעשה לקיום המקח ואחריות הוא ביטוח מעותיו, ואם צוה לכתוב אחריות כותבים, ואם לאו אין כותבים, ולא אמרינן אחריות טעות סופר.

והיינו המכוון במאי דקאמר עביד איניש דזבין ארעא ליומיה, ועיין בר"ח שכתב דעביד מאן דזבין ארעא ליומיה כי הא וכו', יעו"ש, כלומר איכא בעלמא מאן דזבין ארעא ליומיה, ואין זה לומר דנקטינן שהלוקח הזה רצה לקנות ליומיה, אלא כיון דאיכא אינשי בעלמא דזבני ארעא ליומיה אם כן אין אחריות המעות מעצם ענין השטר, אלא עצם ענין השטר הוא קיום המקח והוראת בעלות הלוקח כלפי המוכר, כמש"נ, ואחריות אינו מעיקר השטר, ואע"ג דמסתמא רוצה הלוקח בענין זה של אחריות שלא יפסיד מעותיו, מכל מקום אם שכח ולא הזכירו לא חשבינן ליה כמאן דנכתב, דעיקר השטר נגמר, דהיינו קיום המקח, וענין האחריות לא הוזכר כלל, מה שאין כן בשטרי הלואה, דענין כל השטר הוא ביטוח מעותיו, בזה אמרינן אחריות טעות סופר, וכיון שהוא לבטח מעותיו, דהיינו תשלומי המעות, אנן חשבינן ליה כאילו הוא בשלימותו, וגם גביה מן המשועבדים בכלל.

פרק כו

בו יוכיח דמה שכתבו התוס' דהמוכר שדה להבירו ונמצאת גזולה גובה ממשועבדים אפילו אם לא כתב לו אחריות אזלי בזה לשיטתיהו בדין המוכר ונמצא מקחו מקחו טעות.

בבא מציעא יד. והאמר שמואל שבח שפר ושעבוד צריך לימלך, יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה שעבוד צריך לימלך וז"ל: בשטרי מקח, ואי לא כתבו, מבני חרי נמי לא גבי אי בעל חוב טרפה לה וכו', אבל אי נגזל טרפה, חוזר על הגזולן

ביטל ההרשאה, דסלקא דעתין דכיון דהשתא מיהא יש לו להמורשה רשות ליקח הממון לעצמו כל זמן שלא ביטל השליחות, אם כן לאו כל כמיניה למחול החוב ולהפסידו, ואם ביטל ההרשאה הרי ביטלו, אבל כל זמן שלא ביטלו סלקא דעתין דההרשאה מעכבת המחילה, קא משמע לן שמואל דמכל מקום מחלו מחול.

פרק כו

בו יבואר הא דבשטרי הלואה אמרינן אחריות טעות סופר, ואפילו אם לא כתב ככתוב דמי, אבל לא בשטרי מקח משום דעביד איניש דזבין ארעא לחד יומא.

בבא מציעא יד. אמר שמואל מאי טעמא דרבנן, סברי אחריות טעות סופר, אמר ליה רבא בר איתי לרב אידי בר אבין ומי אמר שמואל הכי, והאמר שמואל שבח שפר ושעבוד צריך לימלך, לימא מאן דאמר הא לא אמר הא, לא קשיא, כאן בשטר הלואה דלא יהיב אינש זוזי בכדי, כאן במקח וממכר דעביד אינש דזבין ארעא ליומיה וכו', יעו"ש, ועיימש"נ בארוכה בש"ז פ"א בענין אחריות טעות סופר.

וכתבו התוס' בד"ה שעבוד צריך לימלך וז"ל: בשטר מקח, ואי לא כתבו מבני חרי נמי לא גבי אי בעל חוב טרפה לה וכו', אבל אי נגזל טרפה, חוזר על הגזולן אפילו בלא אחריות ואפילו ממשעבדי, כיון דהוי מקח טעות הוה ליה שטר הלואה וכו' עכ"ל יעו"ש. ועיין בנחלת דוד שהקשה דסוף סוף לוקח זה לא היה בדעתו לאחריות, שהרי לא אסיק אדעתיה דשדה זו גזולה היתה, והוא נחית לה אדעתא דמקח, ועביד איניש דזבין לחד יומא, וכיון שלא פירש אחריות למה נימא כאן אחריות טעות סופר, יעו"ש, וגם עיקר הסברא דעביד איניש דזבין ארעא לחד יומא צריך עיון שהוא דבר רחוק עד מאד.

ונראה דהחילוק בין שטר מקח לשטר חוב הוא, דשטר חוב עשוי לגבית החוב, ועיקר פעולתו היא לביטוח מעות ההלואה, אבל שטר מקח אין עיקר פעולתו לביטוח מעות המקח, אלא לקיום המקח עצמו, והשטר עשוי להוראת בעלות הלוקח שלא יוכל המוכר לומר

פרק כח

בו יבוארו דברי הרשב"ם דבעל חוב גובה ממתנת שכיב מרע הואיל ורבנן שוויה כירושה, ולמה הוצרך לכך והלא בעל חוב גובה ממתנת בריא אע"ג דלא הוי כירושה.

[בבא בתרא ק"ח.] תנו רבנן שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוני ושלוש מאות לפלוני וארבע מאות לפלוני, יצא עליו שטר חוב גובה מכולם וכו', יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: אם יצא עליו שטר חוב קודם שקבלו המעות, אי נמי כגון דהני מאתים זוז ושלוש מאות זוז שדות ששוות כך וכך דמים, הלכך אפילו לאחר שגבו גובה בעל חוב מהן, דמקבל מתנת שכיב מרע כירושה שוויה רבנן לקמן במי שמת (דף קמ"ט), ומקרקעי דיתמי משתעבדי לבעל חוב עכ"ל יעו"ש.

ומה שכתב הרשב"ם בלשון ראשון דמיירי קודם שקבלו המעות, היינו משום דלאחר שקבלו המעות אין בעל חוב גובה מהם, דמטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב, ודקדקן האחרונים דגם קודם שקבלו הוה להו מטלטלי, וכיון שמת אין בעל חוב גובה מהם. אכן נראה דכונתו שהניח קרקעות וצוה ליתן להם זוזים, והיה מוטל על היורשים למכור מן הקרקעות וליתן להם מעותיהם, ואם כן קודם שקבלו מעות היינו קודם שמכרו הקרקעות, ושפיר משועבדים, ושני הלשונות דומים אהדדי ובאו ליישב לשון זוזים בהברייתא, ללשון ראשון היינו זוזים ממש, ומיירי שעדיין לא נמכרו מן הקרקעות כמש"נ. וללשון שני זוזים לאו דוקא אלא כונתו ליתן להם קרקע שוה סכום זוזים.

והגרע"א בגליון הש"ס הקשה על מה שכתב הרשב"ם דבעל חוב גובה ממתנת שכיב מרע משום דרבנן שוויה כירושה ובעל חוב גובה מן היתומים וז"ל: תמיהני הא גם במתנת בריא גובה בשטר עכ"ל יעו"ש, דהרי בעל חוב בשטר גובה שעבודו מכל מקבל מתנה, ולמה סלקא דעתין שלא יוכל לגבות ממקבל מתנת שכיב מרע, ולמה לן טעמא דשוויה כירושה.

ונראה ליישב דברי הרשב"ם על פי מה שכתב רש"י בפסחים (דף לא: א) דבעל חוב גובה

אפילו בלא אחריות ואפילו ממשעבדי, כיון דהוי מקח טעות הוי ליה שטר הלואה וכו', והא ניחא נמי דלקמן (דף טו.) אמר שמואל אמליך וכתוב שופרא ושכחא ופירי, ולא קאמר שעבוד כדהכא, משום דלקמן מיירי בנגזל שטרפה, אף בלא כתיבת שעבוד חוזר עליו ואפילו ממשעבדי, והיינו טעמא כדפרישית דכיון דיש לו שטר מקח, והרי מקח בטל שגזולה היתה, והוי ליה שטר הלואה דאמרינן ביה אחריות טעות סופר הוא וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה עיין בבבא קמא (דף ט.) בתוד"ה רב הונא וז"ל: ור"ת אין סובר כן, דמפרש שיש ג' דינים בנזקין, או כסף או מיטב, ואי לית ליה אפילו סובין, ובעל חוב אי אית ליה זוזי וכו', אי לית ליה זוזי לא יאמר ליה זיל טרח וזבין ואייתי זוזי כדאמר התם, ולוקח שנמצא מקחו מקח טעות כמו כן דינו וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי ר"ת דאם נמצא המקח מקח טעות חשיב המוכר כבעל חוב על מעות המקח. אולם עיין בנמוקי יוסף לעיל שם (דף ז.) שהביא בשם הרמ"ה דגבי מקח טעות הוה ליה המוכר כגזולן, ודינו כאחד מכ"ד אבות נזיקין לשלם מן המיטב, יעו"ש.

והנה התוס' בסוגיין אזלי לשיטתייהו דבבא קמא וס"ל דבמקח טעות הוה ליה מוכר כבעל חוב, וחשיב השטר מכירה כשטר הלואה ואמרינן ביה אחריות טעות סופר, אבל להנמוקי יוסף לא איצטריך לכך, וגם בלי שטר גובה מנכסים משועבדים, דלדידיה הוה ליה מוכר כגזולן, והרי נכסיו משועבדים לנגזל כדין כל מזיק שאין צריך שטר לכך למאן דאמר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר, כדאיתא בערכין (דף ה.).

אלא דקשה להנמוקי יוסף מהגמרא דלקמן שהביאו התוס' דשופרא צריך לימלך, והיינו שצריך לכתוב בשטר שיכול לגבות מן העידית, ולשיטת הנמוקי יוסף דבמקח טעות מוכר הוה ליה כגזולן למה צריך לכתוב שופרא, הא דין כל מזיק לגבות מן העידית. ואולי יש לדחות דאיצטריך למיכתב משום שבח ופירות, דכשבא לגבות שבח ופירות גובה מן העידית, אבל מעות המקח גובה מן העידית אף בלי כתיבה כדין כל מזיק.

איתמר, מת לאחר שלשים יום אע"פ שלא נתן יתן, מנא לן, אמר רבי שמעון בן לקיש אתיא ערך ערך מערכין, רב דימי אמר רבי יונתן וכל בכור בניך תפדה ולא יראו פני ריקם (שמות לד, כ), מה להלן יורשין חייבין אף כאן יורשין חייבין, יעו"ש. ובדין זה נחלקו רבי אילא ורבי זעירא בירושלמי חגיגה פ"א סוף ה"א, יעו"ש, ופסק הרמב"ם כרבי זעירא דהיורשים חייבים להביא קרבנו.

והנה אפילו לרבי אילא דאין חייבים להביא עולת ראייה שהפריש המת, לא נפסל הקרבן מלהקריבו, ולא הוי קרבן שאין לו לא בעלים יחיד ולא בעלים ציבור, אלא שפיר חל שם היורשים על הקרבן בתורת בעלים לגבי כפרה, ואם חישב הכהן בעבודה שלא לשמם אינו מרצה, כדאיתא בזבחים (דף ה:) יעו"ש, והם יכולים לעשות תמורה, כמבואר שם ובתמורה (דף ב.) יעו"ש, ולא נחלקו בירושלמי אלא אם חלה עליהם נמי חובת גברא להביא העולה לבית המקדש, או אם יכולים לומר לגזבר בוא וקח את העולה, ואינם צריכים לטרוח להביאה.

ועיין בראש השנה (דף ו:), בעי רבי זירא יורש מהו בכל תאחר, כי תדר נדר אמר רחמנא והא לא נדר, או דלמא ובאת שמה והבאתם שמה, והא מיחייב, יעו"ש, ואזיל רבי זירא לשיטתו בירושלמי דאיכא חובת גברא על היורשים, ומיבעי ליה אם עובר בכל תאחר על חיוב זה שבא עליו ממילא או לא.

וכתב רש"י בכורות שם וז"ל: מה עולת ראייה יורשין חייבין, דעולת חובה היא, הכא נמי כי מת לאחר ל' נתחייב האב בפדיונו, וגבי עולת חובה תנן האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשין עולתה, אף כאן יורשין חייבים לאחר מיתת האב והבן, דהווי מחוייבים ומתו עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דדין חיוב היורשים בהפריש עולת ראייה ומת, תלוי בדין יולדת שמתה יביאו יורשים עולתה, ומשנה היא בסוף פ"ב דקנים, הובאה בקדושין (דף י:) יעו"ש, ושם קאמר דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא מוקי למתניתין בהפרישה עולתה מחיים, ומאן דאית ליה שעבודא דאורייתא מוקי לה אפילו אם לא הפרישה מחיים, ונמצא לפי זה דלמאן דאית

מן הלקוחות משום דלגבי גוביינא מכירתם לאו מכירה, דאין אדם מוכר דבר שאינו ברשותו, יעו"ש, וכן מפורש בדבריו בכתובות (דף ג:ט) יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פט"ז, וכיון שיש לבעל חוב שעבוד על חלק גוביינא של הקרקע, שוב אין הלוה יכול למכור הקרקע לגבי גוביינא, דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, ואע"ג דחל המכירה לגבי כל שאר עניני הקרקע, לגבי גוביינא עדיין הוי הקרקע של הלוה.

ולפי זה יש לומר דסלקא דעתין דבהכי עדיף מתנת שכיב מרע ממתנת בריא, דהא מתנת שכיב מרע חלה לאחר מיתה, ואע"ג דאין מתנה לאחר מיתה, תיקנו חכמים שתועיל מתנתו כדי שלא תטרף דעתו עליו, כדאיתא לקמן (דף קמז:) יעו"ש, והיינו מדין הפקר בית דין הפקר, ואין כח חכמים מוגבל לדבר שהוא ברשות השכיב מרע, דיש כח ביד חכמים להפקיר ולהעביר אפילו דבר שאינו ברשותו, ונמצא שמתנתו גמורה אף לגבי גוביינא, והרי הקרקע של המקבל גם לגבי גוביינא ואין הבעל חוב גובה ממנו.

ועל זה כתב הרשב"ם דמכל מקום בעל חוב גובה מן המקבל, שהרי איתא לקמן דמתנת שכיב מרע שוויה רבנן כירושה, כנ"ל, ובגמרא קאמר לה לגבי גר שאין לו יורשים, דלא תיקנו חכמים מתנת שכיב מרע אלא כבר ירושה, ומכל מקום כיון דרבנן שוויה כירושה אמרינן דגם לגבי גביה הוי כירושה, ולא נפקע גבית הבעל חוב על ידי המתנת שכיב מרע, אלא כי היכי דמקרקעי דיתמי משתעבדי גם מקרקעי דמקבל מתנת שכיב מרע משתעבדי.

פרק כט

בו יתיישב סתירת דברי הרמב"ם שפסק דיוולדת נשתעבדו נכסיה ואם מתה יורשיה חייבים להפריש עולתה ואילו בעולת ראייה פסק שהיורשים חייבים רק כשהאב הפריש.

[רמב"ם פ"א חגיגה ה"א] כתב הרמב"ם וז"ל: המפריש עולת ראייתו ומת היורשין חייבין להביאו עכ"ל יעו"ש. ומקורו מדברי הגמרא בכורות (דף נא:), וכי איתמר דריש לקיש ארישא

חיוב ממון, כמש"נ, ואם מתה יורשיה מביאים עולתה אפילו לא הפרישתה מחיים, וכמש"נ.

פרק 5

בו יבוארו דברי הירושלמי דפלוגתא דהפריש עולת ראייה ומת אם חייבים יורשים להביאה תליא בפלוגתא דיוולדת, ואע"פ דהתם לכולי עלמא אם הפרישה ומתה חייבים להביא.

ירושלמי חגיגה פ"א ה"א] הפריש חגיגתו ומת היורשים מהו שיביאו אותה, רבי אילא אמר יראה ייראה, הראוי לבוא מביא ושאינו ראוי לבוא אינו מביא, אמר רב זעירה כהיא דרבי יוחנן ורבי יונתן תרויהון אמרין כל בכור בניך תפדה אפילו לאחר מיתה, והכא לא יראו פני ריקם אפילו לאחר מיתה. אמר רבי בא בר ממל מחלוקת שמואל ורבי יוחנן, דתנינן תמן האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו היורשין עולתה, עולתה ומתה לא יביאו היורשין חטאתה, שמואל אמר במפרשת רבי יוחנן אמר אפילו אינה מופרשת, מה אנן קיימין, אם בשירשו קרקע, בהדא אמר שמואל במפרשת, אם בשירשו מיטלטלין, בהדא רבי יוחנן אמר אפילו אינה מופרשת, מה נפק מן ביניהון, ירשו קרקע, על דעתיה דשמואל לתבע אין תובעין ולמשכן אין ממשכנין, על דעתיה דרבי יוחנן אף למשכן ממשכנין. ירשו מטלטלין, על דעתיה דרבי יוחנן לתבוע תובעין ולמשכן אין ממשכנין, על דעתיה דשמואל אף לתבוע אין תובעין יעו"ש.

ומבואר דהירושלמי תלה דין עולת ראייה בדין עולת יולדת, ומחלוקת רבי אילא ורבי זעירא בהפריש עולת ראייה ומת אם יורשים חייבים להביאה, היא מחלוקת שמואל ורבי יוחנן גבי עולת יולדת, ועיין בלחם משנה פ"א חגיגה הל"י שהקשה על דברי הרמב"ם, דלפי מה שמבואר בירושלמי דהא בהא תליא, למה פסק הרמב"ם דבעולת ראייה אין היורשים חייבים להביא קרבן אביהם אלא כשהפרישה מחיים, ובעולת יולדת מביאים יורשיה קרבנה אפילו אם לא הפרישתה מחיים, ועיימש"נ בש"א פכ"ט.

אף ככלל יש לדקדק בדברי הירושלמי דקאמר להדיא דרבי אילא ורבי זעירא

ליה שעבודא דאורייתא גם בלא הפריש עולת ראייה מחיים אלא רק נתחייב בה, אף על פי כן חייבים היורשים להביאה, וכן משמע לכאורה בירושלמי שם דשני דינים אלו תלויים זה בזה, ועיימש"נ בש"א פ"ל.

וכיון שכן הקשה הלחם משנה על הרמב"ם שדבריו נראים כסותרים למה שפסק פ"א מחוסרי כפרה הלי"ג וז"ל: האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו היורשים עולתה, אע"פ שלא הפרישה אותה מחיים, כבר נשתעבדו נכסיה לקרבן והשעבוד דין תורה הוא עכ"ל יעו"ש. וכאן בהלכות חגיגה פסק שהפריש עולת ראייתו ומת היורשין חייבין להביאה, ומשמע דאם לא הפריש אינם חייבים להביאה, וגם הכסף משנה הביא שהירושלמי מדמה עולת ראייה לעולת יולדת, והקשה על דברי הרמב"ם בקצרה, יעו"ש.

ונראה דהא דיש להקדש שעבוד בקרקעות המת, היינו משום דכיון שהתורה חייבתו להביא קרבן למקדש, ויש בזה הנאה להקדש באכילת המזבח, הרי זה נעשה חיוב ממון להקדש, ולמאן דאמר שעבודא דאורייתא נכסיו משועבדים, אכן כל זה הוא כשהבאת הקרבן היא עיקר חיובו, כגון אשה יולדת שנתחייבה קרבן להקדש, וכן מי שנדר להביא קרבן נתחייב להקדש על ידי נדרו ונעשה חיוב ממון להקדש, והוי מלוה הכתובה בתורה, אולם אין עיקר דין עולת ראייה שהתורה הטילה חיוב קרבן על מי שעולה לרגל, אלא עיקר החיוב הוא לבא לראות וליראות, ואם לא הביא קרבן הרי זו ראייה ריקנית, שהאורח בא בידים ריקניות, והתורה אמרה ולא יראו פני ריקם, ונמצא דלא חל עליו חיוב להביא קרבן להקדש אלא חיוב ראייה בלבד, ומדיני הראייה הוא שצריך להביא קרבן כדי שתהא ראייה מלאה, וממילא יהנה הקדש באכילת המזבח, אבל אין זה אלא בדרך אגב ולא מצד עיקר החיוב, ולא נעשה בזה חיוב ממון להקדש, ואין נכסיו משועבדים לעולת הראייה, ולכן ליכא חיוב על היורשים אלא כשהפרישה אביהם מחיים, אבל ביולדת עיקר החיוב הוא להביא קרבן, ונעשה על ידי זה

להביא קרבן, אלא דיין הוא בראיה שלא תהא ראייה ריקנית, שהתורה אמרה ולא יראה פני ריקם, ואיין בזה אלא חיוב הבאה בעלמא ולא חובת ממון, ועיימש"נ בש"א פכ"ט, וכיון שכן לא שייך בעולת ראייה הדין הכללי שבחובות דעלמא שמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, והא דקאמר רבי זעירא דהפריש ומת היורשים חייבים להביא, הוא דיין חדש מיוחד לקדשים, דהיורש חייב להביא קרבנות אביו אע"ג דאין עליו שום חובת ממון ושעבוד הגוף, ורבי אילא פליג ולית ליה דיין חדש זה, אבל היכא דחייב הקרבן נעשה חיוב ממון להקדש, כגון ביולדת, גם רבי אילא מודה דחלה על היתומים מצוה לפרוע חוב אביהם, ואם הפרישה העולה מחיים חייבים להביאה שהרי ירשו בהמה משועבדת, כמש"נ, ואם לא הפרישה וירשו קרקע הדבר תלוי אם אית לן שעבודא דאורייתא, כדאיתא בקדושין (דף יג:), יעו"ש.

י"פ זה יתיישבו היטב דברי הירושלמי דשמואל ורבי יוחנן נחלקו במחלוקת רבי אילא ורבי זעירא, דמצינו דשמואל ורבי יוחנן נחלקו בסוף בבא בתרא (דף קעה:), דשמואל לית ליה שעבודא דאורייתא ורבי יוחנן אית ליה, ולכן שמואל מוקי למשנה דיולדת במופרשת, שירשו בהמה משועבדת וחייבים להביאה דמצוה לפרוע חוב אביהם, כמש"נ, ורבי יוחנן מוקי לה אפילו באינה מופרשת וירשו קרקע, דכיון שירשו אחריות נכסים חלה עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, כמש"נ.

י"ד מבאר הירושלמי פרטי מחלוקתם בירשו קרקע ובירשו מטלטלין, דבירשו קרקע קאמר שמואל דלא תובעים ולא ממשכנים, והיינו משום דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, ורבי יוחנן ס"ל דאף ממשכנים, דהא ס"ל שעבודא דאורייתא והרי ירשו אחריות נכסים וחלה עליהם מצוה לפרוע ושעבוד הגוף, והקדש גובה מהם כמו שאר בעל חוב, אבל היכא דירשו מטלטלין אין עליהם מצוה לפרוע, שהרי לא ירשו אחריות נכסים וליכא שעבוד הגוף, ומשום הכי אמר שמואל דלא תובעים ולא ממשכנים, אבל רבי יוחנן קאמר דתובעים אבל לא ממשכנים, והא דלא ממשכנים, הוא משום דאין שעבוד הקדש

נחלקו בהפריש ומת, ומבואר דאם לא הפריש לכולי עלמא אין חייבים להביא קרבנו מנכסי הירושה, ושוב קאמר דנחלקו בזה נמי שמואל ורבי יוחנן, והיינו דשמואל ס"ל כרבי אילא ורבי יוחנן כרבי זעירא, והלא נחלקו שמואל ורבי יוחנן בהא גופא אם יורשי היולדת חייבים רק במופרשת או אפילו אינה מופרשת, ובעולת ראייה לא נחלקו אלא במופרשת, אבל באינה מופרשת לכולי עלמא אינם חייבים, והיאך אפשר לומר דהא בהא תליא.

והנה מצינו בגביה מן היתומים דאף אם אית לן דשעבודא דאורייתא, והקרקעות שירשו מאביהם משועבדות למלוה, אין גובים מהן אלא משום מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, ואם הם קטנים דלאו בני מעבד מצוה נינהו אין גובים עד שיגדלו, כדאיתא בערכין (דף כב:) ובבבא בתרא (דף קעד:), יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"י, וחל על היתומים שעבוד הגוף כנגד הנכסים משועבדים שירשו, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו:) בד"ה פריעת ובבבא בתרא (דף קנה:) בד"ה מצוה, יעו"ש, ומשום הכי הבעל חוב גובה מהם.

ומי שנתחייב קרבן הרי חל עליו חיוב ממון להקדש ונעשה הקדש בעל חוב דידיה, וכשמת יכול ההקדש לתבוע מן היתומים שיקיימו מצותם לעמוד במקום אביהם לשלם חובו, ואם לא הפריש וירשו קרקע, הרי זה תלוי במחלוקת אם שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא, דאם נשתעבדו הנכסים חל עליהם מצוה כנגד הנכסים, ואם לא נשתעבדו אין עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, כמו שכתבו התוס', כנ"ל, אבל אם הפריש קרבנו מחיים, אפילו למאן דלית ליה שעבודא דאורייתא חלה על היתומים מצוה להביא הקרבן ואין יכולים לומר לגזבר בא וקח הקרבן, שהרי מאחר שהפריש הקרבן וחלה עליו קדושת הגוף הרי נשתעבדה הבהמה להקדש לכולי עלמא, וכיון שירשו בהמה משועבדת חלה עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם ולהביא הקרבן לבית המקדש.

וכ"ז זה הוא בעולת יולדת דהתורה הטילה עליה חיוב קרבן וחל על ידי זה חיוב ממון להקדש, אבל בעולת ראייה אין עיקר חיובו

דפריך לרבי יוחנן דאם מיירי בירשו מטלטלין למה חייבים אתי שפיר, דלמה חייבים הא ליכא שעבוד, ומשני דאין הכי נמי דבירשו מטלטלין ליכא שעבוד ואין ממשכנין, מכל מקום תובעים ממנו משום דס"ל כרבי זעירא דאיכא דין מיוחד בקדשים דחייב היורש למלא חיובי אביו, כמש"נ, אכן השקלא וטריא אליכא דשמואל עדיין לא נתייבשה.

י"ט לבאר דברי הירושלמי על פי מה שכתבו התוס' בכתובות שם דאין מצוה לפרוע חוב אביהם אלא כשירשו אחריות נכסים, אבל אם לא ירשו אחריות נכסים, אמנם איכא מצות כיבוד אב, אבל אין כופים על כך דהוי מצוה שמתן שכרה בצידה, יעו"ש. ולפי זה יש לומר דהירושלמי ס"ל דליכא מצות כיבוד אב אלא כשירשו קרקעות, כיון דשם אביהם על הקרקע, ואף אם לא חל על הקרקע שום שעבוד למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, מכל מקום חלה עליה מצות כיבוד אב וחייבים לשלם חוב אביהם אע"ג דאין כופים על כך. ומצינו סברא כזו בהוה אמינא דהבבלי בבבא בתרא (דף קנז.) דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אינה תלויה בירושת נכסים משועבדים אלא בירושת קרקעות אפילו אינן משועבדות, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"י, וכל זה הוא בקרקעות, אבל במטלטלין שירשו ליכא כלל מצות כיבוד אב כיון דאין שם האב על המטלטלין, והא דאמרינן בבבא קמא (דף ע"ד.) הניח להם אביהם טלית גזולה חייבים להחזיר מפני חוב אביהם, יעו"ש, היינו דוקא את החפץ הנגזל ולא שאר מטלטלין, ולפיכך הקשה הירושלמי גם לשמואל דלית ליה שעבודא דאורייתא דלמה מוקים מתניתין במופרשת, והלא אפילו אינה מופרשת אם ירשו קרקעות חייבים להביא משום מצות כיבוד אב.

י"ז דשמואל ס"ל דבירשו לא תובעים ולא ממשכנין, דכיון דמצות כיבוד אב מתן שכרה בצדה אין לנו אפילו לתבוע מן היורשים שיביאו, וכל שכן שאין ממשכנין לגבות מהם, וכל החיוב הוא רק עליהם בינם לבין עצמם, ואנו אין יכולים לא לתבוע ולא לגבות, וליכא לאוקמי מתניתין בכך.

חל על מטלטלין, ומה שתובעים סבר הירושלמי דטעמא משום דס"ל לרבי יוחנן כרבי זעירא דאיכא דין חדש בקדשים דעל היתומים לקיים חובת אביהם אפילו היכא דאינם מחויבים מצד חיוב ממון, כמש"נ, ולכן ביולדת שנתחייבה מחיים חיוב ממון להביא עולתה ממטלטלין דידה, נהי דאין החיוב ממון עובר ליתומים, שהרי לא ירשו אחריות נכסים, מכל מקום מצד הדין המיוחד בקדשים חייבים לקיים מה שהאם היתה חייבת, והיינו דתובעים, אבל לא ממשכנים כיון דליכא הדין הכללי דמצוה לפרוע חוב אביהם ושעבוד הגוף, וליכא גביה, וכן בהפריש עולת ראייה ומת תובעים ולא ממשכנים אליכא דרבי זעירא, שמחייבים אותם להביא הקרבן אבל ליכא שום גביה.

א"ב שמואל פליג וס"ל דבירשו מטלטלין לא תובעים ולא ממשכנים, ונהי דליכא במטלטלין שום צד של הדין הכללי דמצוה לפרוע חוב אביהם, מכל מקום צריך להבין למה לא תובעים מכח הדין החדש בקדשים שאינו דין ממוני כלל, וכסברת רבי יוחנן. וצריך לומר דשמואל פליג על רבי זעירא וס"ל כרבי אילא דלית ליה דין חדש בקדשים לחייב יורשים בחובת אביהם, ונמצא לפי זה דמחלוקת שמואל ורבי יוחנן גבי ירשו מטלטלין בסוף דברי הירושלמי אם תובעים או לא תובעים, תלויה במחלוקת רבי אילא ורבי זעירא אי איכא דין חדש בקדשים לחייב את היורש מלבד הדין הכללי דמצוה לפרוע חוב אביהם, כמש"נ, ושפיר עולים דברי הרמב"ם כמין חומר עם דברי הירושלמי.

י"ח נשאר לנו לבאר המשך דברי הירושלמי, דמתחלה פריך אם בשירשו קרקע למה מוקי לה שמואל במופרשת, הא אפילו אינה מופרשת צריכים יורשים להביא קרבנה מן הנכסים שירשו, ומשני דשמואל ס"ל דבירשו קרקע לא תובעים ולא ממשכנים, והלא על הא גופא היתה הקושיא. ועוד דמאי פריך לשמואל דבירשו קרקע למה לן מופרשת, והלא שמואל ס"ל שעבודא לאו דאורייתא, וקצת דוחק לומר דמתחלה סלקא דעתיה דשמואל ס"ל שעבודא דאורייתא ומסיק דס"ל לאו דאורייתא. אבל מאי

כתובתה באפי חד סהדא, וסמיך סהדא קמא אסהדא בתרא, ומוקים להו להנך קמאי במלוה. מתקיף לה רב שישא בריה דרב אידי היאך סמיך סהדא קמא אסהדא בתרא, אלא אמר רב שישא בריה דרב אידי יהיב לה כתובתה באפי סהדא קמא וסהדא בתרא ומוקים לה להנך קמאי בהלוואה וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה ומוקי להנך קמאי בהלוואה וז"ל: יתבענה פרעון הראשון ויאמר מלוה הן אצלך שהרי התקבלת כתובתיך שנית, וכשתכפור ותאמר לא קבלתי אלא הפעם הזאת, ועד אחד מעיד על הראשונה, איכא שבועה דאורייתא, נשבעת ולא משלמת, ואין כאן שיעבוד קרקעות, שלא מכח כתובה תובעה עכ"ל יעו"ש. וכונתו דיכול להשביע אותה שבועה דאורייתא כשבא לגבות דמי פרעונו הראשון, ולא שייך כאן דינא דאין נשבעים על כפירת שיעבוד קרקעות, שהרי כשפרע שנית נהפכו דמי פרעון הראשון למלוה, ואינו גובה דמי החזרת כתובה אלא פרעון מלוה.

אכן קשה טובא דמאי שנא אם גובה מלוה או החזרת דמי כתובה לגבי דינא דאין נשבעים על כפירת שיעבוד קרקעות, דאם אית לן שיעבודא דאורייתא, גם במלוה על פה אינו יכול להשביעה אלא אם כן אין לו קרקע או מחל לה השעבוד, כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף ד: ד"ה אין נשבעין, יעו"ש, ואם אית ליה דשעבודא לאו דאורייתא, הרי יכול להשביעה אפילו אם מכח כתובה תובעה. ועוד דהרי רש"י ס"ל דרב פפא אית ליה שיעבודא דאורייתא, כמו שמבואר מדבריו בקדושין (דף יג: ד"ה דלית ליה קלא, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פ"י, ואם כן היאך יכול להשביעה, והא אין נשבעים על כפירת שיעבוד קרקעות.

והנה באמת יש לדקדק בהא דסלקא דעתיה דרב פפא דמצטרף העד שראה את הפרעון הראשון עם העד שראה את הפרעון השני, ונמצאו שניהם מעידים שכתובתה פרועה, ואחר כך גובה דמי הפרעון הראשון על ידי העד שראהו, והיאך מועילה הגדת העד הראשון שראה שפרע גם לקבוע שכתובתה פרועה וגם לחייבה להחזיר המעות, ועיין במהרש"א שלמד

פרק לא

בו יתיישב קושית האחרונים על הרמב"ם שכתב דכל שלא נתן מחצית השקל ממשכנים אותו ולוקחים עבטו ולא כתב דאם מכר קרקעות גובים מן הלקוחות.

[רמב"ם פ"א שקלים הל"ט] כתב הרמב"ם וז"ל: באחד באדר משמיעין על השקלים, כדי שיכין כל אחד ואחד מחצית השקל שלו ויהיה עתיד ליתן וכו', בחמשה ועשרים בו ישבו במקדש לגבות, ומכאן ואילך כופין את מי שלא נתן עד שיתן, וכל מי שלא יתן ממשכנין אותו ולוקחין עבטו בעל כרחו ואפילו כסותו עכ"ל יעו"ש. והקשו האחרונים דלמה לא כתב הרמב"ם דגובים מן הלקוחות שלקחו ממנו קרקע, דהא חיוב שקלים הוא מלוה הכתובה בתורה, והרי הרמב"ם פסק כמאן דאמר שיעבודא דאורייתא.

ונראה דהרמב"ם ס"ל דהחיוב לתת מחצית השקל לא הוי חיוב ממוני כלל, אלא התורה חייבתו ליתן מטבע מיוחדת להקדש, ואין זה אלא חיוב מעשה מצוה בלבד, וכן מדויק מהא דתנן בבכורות (דף ט: וכו' נפדין בכסף ובשוה כסף חוץ משקלים, יעו"ש, ואינו יוצא חובתו אלא בנתינת המטבע בלבד, ואילו היה חיוב ממוני היה יכול לשלם בכסף ושוה כסף, וכיון דליכא אלא חיוב מצוה גובים וממשכנים ממנו משום כפיה על המצות, אבל ליכא שיעבוד נכסים ואין גובים מן הלקוחות.

פרק לב

בו יבוארו דברי רש"י דאם פרע כתובתה שתי פעמים על ידי עד אחד יכול לתבוע שתחזיר מעותיו ולהשביעה על ידי העד, ולא הוי כפירת שיעבוד קרקעות דלאו מכח כתובה תובעה.

[כתובות פז:] עד אחד מעידה שהיא פרועה וכו', סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא וכו', אמר רבא שתי תשובות בדבר, חדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נשבעת ונוטלת, ועוד אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות. אלא אמר רבא מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל. אמר רב פפא אי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא, יהיב לה

במלוה, כמש"נ, וזו היא תביעה חדשה, והיא כופרת ואומרת שלא נתן לה כלום ביום ראשון, והעד מעידה שקיבלה ממנו מעות ביום ראשון, ונמצא שהוא מחייבה שבועה דאורייתא.

ומשום הכי לא קאמר דמוקים לפרעון שני במלוה, שהרי באמת לא נתן לה דמים שניים לשם פרעון, דהא כבר פרע לה, אלא מתחלה נתנם לה לשם מלוה, ולא תהני לו לתת לה המעות השניים לשם פרעון ומיד לזקפם עלה במלוה, דאין זה אלא מלוה מתחלה ואין בו צד פרעון, ואם כן אין לצרף שני העדים, אבל כיון שהפרעון הראשון היה נתון לפרעון מעליא בשעתו, שפיר יכול העד להעיד על פרעון הכתובה, ויש לצרפו עם השני שמעיד על פרעון, אלא כיון שפרע לה שתי פעמים יכול להפך פרעון הראשון למלוה, ויכול לתובעה על ידי העד שראה מסירת אותן מעות ולחייבה שבועה דאורייתא, כמש"נ.

אכן הוקשה לו לרש"י דכיון דרב פפא אית ליה שעבודא דאורייתא היאך יכול לחייבה שבועה, והא אין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות, וכתב ליישב דאין כאן שעבוד קרקעות שלא מכח כתובה תובעה כנ"ל. וכונתו, דכיון דחל כאן חיוב חדש דמלוה, הרי בשעת חלות ההלוואה מחל לה השעבוד, ובכהאי גונא איכא שבועה אפילו למאן דאית ליה שעבודא דאורייתא, כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף ה:) בד"ה ואין נשבעין, יעו"ש, ופקח זה דסוגיין בודאי אינו רוצה בשעבוד שחל ממילא על ההלוואה החדשה מדין שעבודא דאורייתא, שהרי אין לו שום תועלת בשעבוד זה, ולעולם לא יוכל לגבות על ידו, דהא אין לו אלא עד אחד, וכל פעולת שעבוד זה היא אך ורק לעכבו מלהשביעה שבועה דאורייתא, ואומדן דעתו דבודאי אינו רוצה בשעבוד כזה, והוא מוחל אותו מיד כשחלה ההלוואה החדשה, ושוב לא הוי כפירת שעבוד קרקעות, אבל אילו היה בא לגבות דמי הפרעון הראשון מכח החזרת דמי הכתובה מכיון שפרע לה שנית, הרי הם גזולים אצלה למפרע, וחל בשבילם שעבוד על נכסיה דשעבודא דאורייתא, והשתא שפקח זה בא לתבוע הדמים הגזולים שוב לא יועיל לו למחול

שזו היא קושית רב שישא היכי סמיך סהדא קמא אסהדא בתרא, כנ"ל. אכן רש"י להדיא לא פירש כן קושית רב שישא וז"ל: היכי סמיך וכו', מה שראה זה לא ראה זה, ואם תכפור על שתיהן אין כאן אלא עד אחד, ותשבע ותטול שלישיית ונמצא מפסיד עכ"ל יעו"ש. וכן פירשו התוס' וז"ל: היכי סמיך סהדא קמא אסהדא בתרא כו', תימא מאי קשיא ליה, הא פלוגתא היא בפרק זה בורר (סנהדרין דף ל:). הלואה אחר הלואה אי מצטרפי, דאיכא מאן דאמר לא בעינן ראייה כאחד עכ"ל יעו"ש, וכן קשה לדברי רש"י, ועל כל פנים מבואר דרש"י והתוס' לא פירשו קושית רב שישא כמו שפירש המהרש"א, וצריך עיון היאך מועילה הגדת עד אחד לחייבה פעמיים, חדא בצירוף עד השני לקבוע שכתובתה פרועה, ותו לחייבה שבועה דאורייתא על החזרת המעות, כמש"נ.

עוד יש לדקדק דמבואר בגמרא דתובע ממנה המעות של הפרעון הראשון, ולכאורה הסברא נותנת איפכא, שהפרעון הראשון בצירוף הגדת עד השני יסלק ממנו חיוב כתובתה, ויחזור ויתבע ממנה הדמים שפרע לה שנית לאחר שכבר היתה כתובתה פרועה.

ונראה דהא דקאמר ומוקים להו להנך קמאי במלוה, היינו שזקפה עליו במלוה ממש, ונהפך החיוב מהשבת גזילה על דמי כתובה שתחת ידה לחיוב הלואה, והוי כאילו החזירה דמי כתובתה וחזר והלוה אותם לה מחדש, ולהכי סלקא דעתיה דיכול לצרף העד שראה את הפרעון הראשון לעד שראה את הפרעון השני, וגם יכול לתובעה החזרת דמי הפרעון על ידי הגדה זו עצמה, שהרי אית לן שני עדים מעידים שכתובתה פרועה, וכמו דבהלואה אחר הלואה מצרפים שני עדים המעידים על החוב אע"פ שזה ראה הלואה ביום ראשון וזה ביום שני, דסוף סוף שניהם מעידים שהלוה חייב למלוה, כמו שהביאו התוס' מסוגיא דסנהדרין, כנ"ל, וכן בדין זה ראה ביום ראשון וזה ביום שני, ומכל מקום שניהם מעידים שכתובתה פרועה, ואחר כך הוא תובע ממנה תשלומין מחמת מלוה חדשה שיש לו עליה כיון שפרע שתי פעמים והוא זקף את הפרעון הראשון

וכתב רש"י וז"ל: להיות מפריש עליהן מחלקן, המלוה הזה כשיפריש תרומותיו ימכור התרומה ויעכב הדמים לעצמו בפרעון החוב זה בשביל הכהן, וכן המעשר ראשון בשביל לוי, ומעשר עני בשביל עני, והמעשרות יעכב ויאכל, אלא שמפריש מעשר מן המעשר לכהן, שהן מותרין לזרים, מכיון שאין כאן גזל מתנות שכבר נתן דמיהם לכהן זה, ובשעת ההלואה פסק להם דמים עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו שצריך לפסוק להם דמים בשעת הלואה. אולם הרמב"ם פ"ז מעשר הל"ו כתב וז"ל: ואחר שמפריש מחשב כמה שוה זה שהפריש ומנכה מן המלוה עד שיפרע כל חובו וכו' עכ"ל יעו"ש, ומבואר מדבריו שאינו פוסק דמים בשעת ההלואה, ויש לעיין למה הצריך רש"י לפסוק דמים.

עוד כתב רש"י על הא דפריך בגמרא ואף על גב דלא אתו לידיה וז"ל: בתמיה אע"פ שאינו נותנן לכהן ויחזירם לו קתני מתניתין דיפריש עליהן, וכיון דלא מטו לידיה מאן זכי ליה להאי כהן הך תרומה שיקבלנה זה בחובו והיאך יצא ידי נתינה עכ"ל יעו"ש. וכתב רש"י שתי תשובות בדבר, חדא דאם לא אתי התרומה ליד הכהן ולא זכה בה היאך פורע בו חובו, ושנית דהיאך יצא ידי נתינה, ולכאורה אין צורך לתשובה שניה, ומה לנו אם קיים מצות נתינה אם לא קיים, הלא העיקר הוא שאם הכהן לא זכה בתרומה אינו יכול לפרוע בה חובו.

ועוד יש לדקדק בהא דקאמר שמואל דמזכה לו על ידי אחרים, והרי הא דבכל מקום המקנה צריך לזכות על ידי אחר, ואין המקנה יכול לזכות בשביל הקונה, היינו משום שאין אדם יכול לעשות קנין בדבר שכבר קנוי לו, ולכן מזכה על ידי אחר, אכן הכא אין התרומה קנויה למלוה, ואם כן למה אין המלוה עצמו יכול לזכות בה בשביל הכהן, ולמה צריך לזכות על ידי אחר. ויש לדחות דכיון שהמלוה יש לו בה טובת הנאה ליתן לאיזה כהן שירצה הרי זה נחשב לו כצד קנין, והוי כזוכה בשלו בשביל הכהן.

ובבבב יש לדקדק אהא דאמרין במתניתין, המלוה את הכהן להיות מפריש עליו,

השעבוד, דהא לא מהני מחילת השעבוד אלא בשעת חלות החוב, ועיימש"נ בש"א פ"ה, אבל כיון שבא לגבות מכח מלוה חדשה, הרי בשעה שחל החוב מיד מחל לה השעבוד, ולא הוי תו כפירת שעבוד קרקעות, וכמש"נ.

ועל זה מתקיף רב שישא בריה דרב אידי היכי סמיך סהדא קמא אסהדא בתרא, ופירש רש"י מה שראה זה לא ראה זה ואין לצרפם, כנ"ל, וקשה לדידיה קושיית התוס' דהא איכא למאן דאמר הלואה אחר הלואה מצטרפת, כנ"ל, וכן הלכה. ואולי יש ליישב קושיית התוס' דהכא לא שייך דינא דהלואה אחר הלואה מצטרפת, דהתם הרי אין הדמים שנמסרו מיד המלוה ללוה נוגעים כלל לנידון בפני בית דין, דהא מלוה להוצאה ניתנה, וכל הנידון שלפני בית דין הוא אם יש על הלוח חיוב תשלומין למלוה אם לא, והרי שנים מעידים שיש עליו חיוב תשלומין למלוה, אבל הכא הרי היא תובעת פרעון ובדינה לתבוע, והנידון שלפני בית דין הוא אם היה פרעון אם לא, והבעל טוען שפרע והיא טוענת שלא פרע, אכן אין לבעל שני עדים על הפרעון, ורק ששני עדים מעידים שכתובתה נתבטלה, ודבר זה מסור לבית דין ולא להם, שאין להם להעיד אלא על הנידון שלפני בית דין, ולפי זה הוא הדין בכל פרעון חוב דפרעון אחר פרעון אינו מצטרף, ולא רק בכתובה, והדבר צריך תלמוד.

פרק לג

בו יבוארו דברי רש"י דהמלוה את הכהן להיות מפריש עליו מחלקן צריך שופסוק דמים בשעת הלואה, ויבואר נמי מה שכתב דכדי לקיים מצות נתינה בעינן אתי ליד כהן.

[גיטין 5.] מתניתין המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני להיות מפריש עליהן מחלקן, מפריש עליהן בחזקת שהן קיימין וכו'. ובגמרא ואף על גב דלא אתו לידיה, אמר רב במכרי כהונה ולויה, ושמואל אמר במזכה להם על ידי אחרים, עולא אמר הא מני רבי יוסי היא דאמר עשו את שאינו זוכה כזוכה, יעו"ש.

התרומה, ואע"פ שקנינו תלוי ועומד עד שיגיע ליד הכהן, כמש"נ, הרי הוא כעושה קנין בדבר שהוא שלו, ולכן צריך לזכות לו על ידי אחר.

פרק לד

בו יתיישב סתירת דברי רש"י שכתב דצריך לייטול רשות מן היורשים וכתב נמי דירשו קרקע מופלגת עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, ויבואר למה לא פירש מצד שעבודא דאורייתא.

[גיטין 5.] מתניתין המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני להיות מפריש עליהן מחלקן, מפריש עליהן בחזקת שהן קיימין וכו', מתו צריך לייטול רשות מן היורשים, אם הלון בפני בית דין אינו צריך לייטול רשות מן היורשין, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: לייטול רשות מן היורשין, מפני שאין חוב זה מוטל עליהן לפרוע, יטול מהם רשות אם רוצים שיתקבל חובו בשבילם יעכבם ממעשרות עצמו עכ"ל יעו"ש. ועל הא דתנן הלון בפני בית דין כתב רש"י וז"ל: אינו צריך לייטול רשות, דיש כח לבית דין להטיל חוב זה על כל הכהונה והלויה, לפי שתקנתם הוא שימצאו מעות להלוואה עכ"ל יעו"ש.

ובגמרא לקמן (דף 6), מת צריך לייטול רשות וכו', תניא רבי אומר יורשין שירשו, ומי איכא יורשין דלא ירתי, אלא אמר ר' יוחנן שירשו קרקע ולא שירשו כספים וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: שירשו קרקע, שעליהם מוטל המצוה לפרוע חוב אביהם עכ"ל יעו"ש, ודבריו לכאורה סותרים למה שכתב במתניתין שאין חוב זה מוטל עליהם.

ובחידושי מים חיים להפרי חדש, שבשלהי המסכת, דייק מדברי רש"י דהא דקאמר רבי יורשים שירשו קרקע קאי אסיפא דמתניתין דאם הלון בפני בית דין אינו צריך לייטול רשות מן היורשים, וכמו שכתבו התוס' בד"ה תניא, יעו"ש, דאי קאי ארישא למה אין החוב מוטל על היורשים, ולמה אינו צריך לייטול רשות מהם. אכן אם קאי אסיפא, כמו שכתבו התוס', והלון בפני בית דין מיירי רק בשירשו קרקע, למה הוצרך רש"י לפרש דאינו צריך לייטול רשות מן היורשים משום שיש כח לבית

דמבואר דבעינן להסכמת הכהן לגבות התרומה, ולמה צריך להסכמתו, גם בלי הסכמתו יכול להפריש תרומתו ולזכותה לכהן על ידי אחר, ולחזור וליקח את התרומה בחובו בעל כרחו של הכהן.

ונראה דרש"י למד דהך דינא דמלוה להיות מפריש הוי ביסודו דין מכירה ולא דין הלואה, שהכהן מקנה למלוה את זכותו לייטול תרומתו כשיעור המעות שהלוהו, וכעין מה שמצינו בבבא בתרא (דף קנט.) דיוורש יכול להקנות זכות ירושתו גם בחיי אביו, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פכ"ז, וכל זמן שלא הפריש התרומה עדיין המעות מלוה ביד הכהן, אבל כשהפריש התרומה וזיכה אותה לכהן, או במכירי כהונה, אז נגמרה המכירה כיון דאיגלאי מילתא שזו היא התרומה שיש לכהן זכות בה, והיינו מה שכתב רש"י בתשובה שניה דהיאך יצא ידי נתינה, כלומר דאע"ג דהמלוה קנה מן הכהן את הזכות לייטול תרומה, מכל מקום הלא לא נגמר שם תרומה עד שתגיע ליד הכהן, דצריך לקיים מצות נתינה, ולכן לא מהני מה שהקנה לו זכותו לייטול תרומה במקומו, דהא בלי נתינה לא נגמר שם תרומה, ואין הזכות שקנה המלוה מועילה לו.

ומהאי טעמא בעינן שיפסוק לו דמים בשעת הלואה, דאינו יכול למכור לו את הזכות לייטול תרומה אם לא פסקו דמים בשעת הלואה, דרש"י ס"ל דאין מכירה בלי פסיקת דמים, ואם הלוח מעות לכהן בלי הסכמתו להיות מפריש עליהן אין כאן צד מכירה אלא הלואה, ואם הפריש תרומה בלי הסכמת הכהן וזיכה אותה לו על ידי אחר, יכול המלוה לייטול התרומה בתשלומי חובו, אבל אם הוקרו הפירות אינו יכול לייטול תרומה אלא כשער היוקר, אבל אם מכר לו זכותו ופסקו דמים בשעת הלואה, יכול לייטול התרומה כפי השער שהיה בשעת ההלואה, שאז היתה המכירה, ואם הסכימו שיקח תרומה כפי שער הזול שעדיין לא יצא יכול לעשות כן, כדאיתא בגמרא, וגם זה נחשב פסיקה, והוי מכירה מעליא.

ולפי זה מובן למה צריך לזכות לו על ידי אחר, והמלוה עצמו אינו יכול לזכות לכהן, שהרי קנה מן הכהן את זכותו לייטול את

ומה שיכולים לגמור המכירה, ואינם נחשבים כנכרים, הוא משום דכל זמן שלא נגמרה המכירה המעות שביד הכהן הם הלואה, וחלה תורת הלואה גם לגבי היורשים, דמצוה לפרוע חוב אביהם, כמו שכתב רש"י לקמן, והרי הם עומדים במקום אביהם וקבלתם את התרומה גומרת המכירה, אכן בפועל אין המלוה יכול לגבות מהם, שהלואה זו לא ניתנה לתשלומין אלא לזכיה על ידי אחר וגמר המכירה, ואין המלוה יכול להכריחם לפרוע לו, וכדאמרינן בגמרא שאם בא המלוה לחזור אינו חוזר, ורק אביהם היה מחויב לגמור המכירה שהוא עצמו עשה.

והיינו מה שכתב רש"י במתניתין דאין החוב מוטל עליהם, דכיון דהלואה זו לא ניתנה לתשלומין אלא להיות דמי מכירה כשתבא התרומה ליד הכהן, אין פרעון חוב זה מוטל עליהם, ואין המלוה יכול לגמור המכירה על ידי שיזכה להם התרומה על ידי אחר, שהרי אין להם שום זכות בזכיה זו, ולא איכפת להו אם תשאר המכירה במצב שלא נגמרה, ומשום הכי צריך ליטול רשות מהם שיקבלו התרומה, ובהגעה לידם ממילא יגמר שם תרומה ותגמר המכירה, והרי המלוה זוכה בתרומה מכח המכירה שאביהם מכר לו, ובלשון ליטול רשות מן היורשים אין הכוונה שהם פטורים מלשלם, אלא שאי אפשר לגמור המכירה אלא אם כן קבלו היורשים התרומה, דזה נחשב כאילו אביהם קיבל התרומה כיון דמצוה עליהם לפרוע חוב אביהם כשירשו קרקע, כמש"נ, אכן אין המלוה יכול לכופם על כך, דבפועל אין תשלומי החוב מוטל עליהם, כמש"נ, ולכן צריך ליטול רשות מהם.

וְכִי זה מיושבים היטב דברי רש"י, דירשו קרקע קאי על כל המשנה, וצריך ליטול רשות משום דאין חיוב הפרעון מוטל עליהם, כמש"נ, ואם הלזום בפני בית דין אינו צריך ליטול מהם רשות, אלא יכול לגמור המכירה על ידי זיכוי התרומה לאיזה כהן שירצה, והתרומה חוזרת לו, שיש כח לחכמים להטיל החוב על כל הכהונה.

דין להטיל החוב על כל הכהונה, כנ"ל, והלא כיון דירשו קרקע ומשועבדת למלוה אינו צריך ליטול רשות מהם.

ובבבב קשה לומר דרש"י ס"ל כהתוס' דבריייתא דרבי קאי אסיפא, דהא בתוספתא הובאה מימרא דרבי ארישא, יעו"ש, וכן מבואר בירושלמי, כמו שכתב היפה עינים, יעו"ש, וכן מפורש ברמב"ם פ"ז מעשר הל"ז, יעו"ש, ואם רש"י ס"ל כהתוס' היה לו לפרש.

ובמים חיים הקשה עוד על מה שכתב רש"י דבירשו קרקע מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, למה צריך לכך, והא רבי יוחנן ס"ל כבבא בתרא (דף קעה:) דשעבודא דאורייתא, יעו"ש.

ועוד יש לדקדק בהך נטילת רשות מן היורשים, והלא אין חוב זה מוטל עליהם, כמו שכתב רש"י, ופטורים מלשלם, ואם רוצים לשלם אע"פ שאינם חייבים, כנותן מתנה להמלוה, לא שייך בזה לשון נטילת רשות. ובבבא בתרא (דף קעה:) דאיכא מאן דאמר מלוה על פה אינו גובה מן היורשים דשעבודא לאו דאורייתא, יעו"ש, לא קאמר התם דצריך ליטול רשות לגבות מן היתומים אלא דאינו גובה.

ונראה ליישב דברי רש"י עפימש"נ בש"א פל"ג דהמלוה את הכהן להיות מפריש עליהם ביסודו הוי מכירה, שהכהן מוכר למלוה את זכותו ליטול תרומה, אלא דלא נגמרה המכירה עד דאתי ליד הכהן, והמעות שהלוה לו הם דמי מכירה, וקודם דאתי ליד הכהן הרי המעות שבידו מלוה, וקאי רבי בבריייתא ארישא דמתניתין דאם מת צריך ליטול רשות מן היורשים, וקאמר רבי דמיירי שירשו קרקע, והני יורשים אין חוב אביהם מוטל עליהם, ואע"פ שירשו קרקע, דהא המעות ניתנו לאביהם כדמי מכירה, ולא נגמרה המכירה עד שתגיע התרומה ליד הכהן, ואם מת הכהן יכול לגמור המכירה על ידי היורשים, שמזכה להם התרומה וממילא חל המכירה, כמש"נ, והרי הם במקום אביהם, וכשמגיע התרומה לידם הרי זה גומר המכירה שמכר אביהם.

חוב טרפוה, אתו יתמי יהבי ליה חמשין וסלקוהו, הדר אתא טרפה וכו' עכ"ל יעו"ש.

ובהמשך הסוגיא שם איתא, אתו לקמיה דאביי אמר להם מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, הני קמאי מצוה עבדיתו, השתא כי טריף בדין קטריף. ולא אמרן אלא דלא אמרו ליה הני חמשין זווי דמי דארעא קטינא, אבל אמרו ליה הני חמשין זווי דמי דארעא קטינא סלוקי סלקיה, יעו"ש. ומבואר דאם אמרו לו להדיא שדעתם לסלק השעבוד מן הקטינא דארעא אין הבעל חוב יכול לחזור ולטרוף, ואם כן היאך כתב רש"י, ובאמת כבר מבואר כן בסוגיין, שיכול לטרוף ולחזור ולטרוף כל החוב מן הקרקע מלא מחט, הלא בודאי אחר שתים או שלשה פעמים יסלקנה מן הקרקע, ושוב לא יוכל לגבות כלום.

אלא כונת רש"י דמבואר בסוגיא דכתובות דקרקע קטנה יכולה להשתעבד לשעבוד הגוף גדול, ולא אמרינן דלא חל השעבוד על הקרקע אלא כנגד חלק שעבוד הגוף כשיעור שווי הקרקע, אלא אף בקרקע קטנה חל שעבוד כנגד כל השעבוד הגוף, והיינו דאם הקרקע שוה מנה והחוב הוא מאתים, לא אמרינן דהקרקע משועבדת למנה של החוב ושאר החוב אין שום דבר משועבד לו, אלא הקרקע משועבדת לכל המאתים, ואם משלם מנה של שעבוד הגוף לא נסתלק בזה השעבוד מן הקרקע, אלא עדיין נשאר על הקרקע שעבוד כנגד שאר החוב, וכמו אם היו כמה בעלי חוב וקרקע אחת, הרי הקרקע משועבדת לכולם כפי סדר קדימתם, והיינו דקאמר אביי דמצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, ויש עליהם שעבוד הגוף, ובתשלומי מקצת החוב לא נתמעט השעבוד על הקרקע, ולכן יכול לחזור ולגבות, ורק אם אמרו להדיא שדעתם לפדות הקרקע משעבוד המלוה אהני פרעונם לסלק השעבוד, דכיון דאין הבעל חוב יכול לגבות מהם תשלומי שעבוד הגוף אלא מן הנכסים שירשו מאביהם, יכולים היורשים להגבות לו הקרקע וליתן לו דמים במקומה למאן דאמר לוקח מצי לסלק לבעל חוב בזווי, ועיימש"נ בשט"ו פ"ה.

ואע"ג דאין שעבוד הגוף חל על היתומים אלא כשירשו אחריות נכסים, כמו שכתבו

ויש ליישב לפי זה גם את קושית המים חיים דלמה כתב רש"י טעמא דמצוה לפרוע חוב אביהם, והלא קיימא לן דשעבודא דאורייתא, דהנה יסוד שעבודא דאורייתא הוא המצוה לפרוע, כמו שמבואר בכתובות (דף פו.), יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"ב, וכיון דכופים על מצוה זו יוצא ממנה שעבוד ממוני מדאורייתא, אכן בסוגיין ליכא גביה בפועל מן היורשים, דלא ניתנה הלואה זו לפרעון, כמש"נ, והעיקר הוא דהיורשים עומדים במקום אביהם הכהן לענין שקבלתם את התרומה גומרת המכירה, וזה בא מכח המצוה המוטלת עליהם לפרוע חוב אביהם, כמש"נ, ואיברא דהקרקעות שירשו מאביהם משועבדים למלוה, הרי הכא ליכא גביה בפועל, ואין השעבוד מועיל למלוה לגמור המכירה, אלא מה שעומדים במקום אביהם ומקבלים את התרומה פועל לגמור המכירה, וכיון דמצוה עליהם לפרוע חוב אביהם אינם נחשבים כנכרים, כמש"נ.

פרק לה

בו יבואר מה שכתב רש"י דאם הניח מלא מחט קרקע גובה מלא קרדום של חוב לפי שהוא יכול לטרוף ולחזור ולטרוף כל שעה, ואע"ג דיכול לסלק המלוה מן השעבוד ולעכב גביתו.

[גיטין פ:] מת צריך ליטול רשות וכו', תניא רבי אומר יורשין שירשו, ומי איכא יורשין דלא ירתי, אלא אמר רבי יוחנן שירשו קרקע ולא שירשו כספים. אמר רבי יונתן הניח מלא מחט גובה מלא מחט, מלא קרדום גובה מלא קרדום, ור' יוחנן אמר אפילו הניח מלא מחט גובה מלא קרדום, וכמעשה דקטינא דאביי, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: מלא מחט, כלומר הניח קרקע מועט אין זה מפריש בחזקת יורשין אלא כשיעור דמי הקרקע. מלא קרדום, כלומר קרקע הרבה. אפילו הניח מלא מחט גובה מלא קרדום, כלומר כל חובו, לפי שהוא יכול לטרוף ולחזור ולטרוף כל שעה שיפדוהו ממנו. כי ההוא מעשה דקטינא דאביי, במי שהיה נשוי בכתובות (דף צא:) דהוא דהווי מסקי ביה מאה זווי ושכיב ושביק קטינא שוי חמשים, אתא בעל

כנגד כל החוב, ובמקום אביהם הם עומדים, ויכולים ליתן רשות למלוה ליטול תרומה כנגד כל החוב, אבל אם לא ירשו קרקע כלל אינם נכנסים תחת אביהם כלל לגבי המלוה, והרי הם כנכרים, ואין נתינת רשות שלהם מועילה, כמו שכתב הכסף משנה פ"ז מעשר הל"ז, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פל"ד.

ורבי יונתן נמי ס"ל דאם היו לו כמה בעלי חוב שעבוד כולם חל על קרקע אחת, וכן אם היה לו שעבוד הגוף גדול לבעל חוב אחד וקרקע מלא מחט הרי הקרקע משועבדת לכל השעבוד הגוף, כמש"נ, אכן מאחר שזה מוסכם דבפועל אי אפשר שיגבה הבעל חוב כל שעבוד גופו של הלוה מאותה קרקע, דבודאי אחר כמה פעמים יסלקוהו מן הקרקע, וכמו שאמר אביי לגבי קטינא דארעא, כנ"ל, על כן ס"ל לרבי יונתן שאין לומר שהיורשים עומדים במקום אביהם לגבי כל החוב כדי שיוכלו ליתן לו רשות להפריש תרומה כנגד כל החוב ולהחזיקו לתשלומי חובו, והם כנכרים לגבי כל החוב חוץ משיעור קרקע מלא מחט שאפשר לגבות ממנו בפועל, אבל רבי יוחנן ס"ל דכיון דמעיקר הדין חל כל שעבוד הגוף בקרקע מלא מחט, אע"ג דבפועל לא יניחוהו לגבות, כמש"נ, הרי הם עומדים במקום אביהם ויכולים ליתן רשות למלוה להפריש תרומה, כמש"נ.

התוס' בבבא בתרא (דף קנט.) בד"ה מצוה, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"י, הרי מבואר מסוגיא דכתובת דאם ירשו אחריות נכסים נכנסו תחת אביהם לגבי כל השעבוד הגוף, ולא רק שעבוד הגוף כשיעור הקרקעות שירשו, אכן בפועל אין צריכים להגבות למלוה אלא מן הקרקעות שירשו, וכיון שיצאו הקרקעות מתחת ידם פקע מהן שעבוד הגוף, ואם לא נתנו לבעל חוב הקרקע המשועבדת, אלא נתנו לו דמים, הרי דמים אלו ממעטים משעבוד הגוף שעליהם, אבל שאר השעבוד הגוף עדיין משעבד את הקרקע הנשארת בידם, ועדיין הם כרעא דאביהם עד שיסלקוהו להדיא מן הקרקע, והרי הם יכולים ליתן רשות להמלוה, ועיימש"נ בש"א פל"ד.

וכן בסוגיין כתב רש"י דמלא מחט קרקע יכול לטרוף ולחזור ולטרוף, ואע"ג דבפועל בודאי יאמר לו שרוצה לסלקו מן השעבוד, כמש"נ, מכל מקום מעיקר הדין חל השעבוד בקרקע מלא מחט כנגד כל השעבוד הגוף, כמש"נ, ואם משלם מקצת שעבוד הגוף לא נתמעט השעבוד נכסים כשיעור התשלומין, שעדיין הקרקע משועבדת לשאר שעבוד הגוף אם לא סלקו להדיא כההיא דקטינא דאביי.

וכיון שהקרקע מלא מחט משועבדת לכל החוב, הרי היורשים נכנסו תחת אביהם

שער ב: בענין פריעת בעל חוב מצוה

ובו י"ח פרקים

פרק א

בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' אם מצות פריעת בעל חוב ילפינן מהן שלך צדק או מוציא אליך את העבוט, ויוכיח דאזלי בזה לשיטתייהו במחלוקתם בענין מצוה על היתומים.

[כתובות פו.] אמר ליה רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניחא לי דאיעביד מצוה מאי, אמר ליה תנינא וכו' אבל במצות עשה כגון שאמרין לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: פריעת בעל חוב

מצוה, מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו, דכתיב (ויקרא כ. לו) הין צדק, שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק (ב"מ דף מט.) עכ"ל יעו"ש. ועיין בשיטה מקובצת בשם התוס' והריטב"א ותלמידי רבינו יונה דילפי לה להמצוה דפריעת בעל חוב מוהאישי אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה (דברים כד, יא), וכן כתבו התוס' בבכורות (דף מח:.) בד"ה מלוה, יעו"ש.

ומימרא דרב פפא היא בערכין (דף כב.), דאמרין התם דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אלא אם כן רבית אוכלת בהם,

לומר מן הסברא דגם היורשים יש להם ממון המלוה בידם שירשו נכסי אביהם הלוה, וגם עליהם מוטלת מצוה זו, אבל אם הלוה הבטיח להמלוה שישלם לו, למה נאמר שמוטל על היורשים לאמת דבריו אם לא משום כיבוד אב, ואין כופין על מצות כיבוד, ולכאורה מוכח דהתוס' אזלי לשיטתם דהמצוה היא והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה.

אב"ר רש"י ס"ל דהמצוה היא הן שלך צדק, וזה לא שייך אלא בהלוה, ולכן כתב רש"י לקמן (דף צא:): דהמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם היא משום כיבוד אב מדרבנן, אבל אם רוצים לשלם מעות תחת הקרקע הרי זה כשאר מכר, יעו"ש, ולא כתב שהוא מדין פרעון החוב משום שהם כרעא דהלוה, וכמו שאם פרע אביהם היה נחשב קיום עיקר מצות פריעת בעל חוב, ועיימש"נ בש"ב פ"ו.

פרק ב

בו יובא הא דפריך לרב פפא דאמר פריעת בעל חוב מצוה אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי ומשני דכופים על המצות, ויבואר למה צריך כפיה ולא סגי בגביה מחמת השעבוד.

[כתובות פו.] אמר ליה רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה אמר לא ניחא לי דאיעביד מצוה מאי, אמר ליה תנינא וכו' אבל במצות עשה, כגון שאומרינן לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו יעו"ש.

והנה כל הראשונים הקשו על הא דפריך לרב פפא אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי, והלא משנה מפורשת היא בכבא בתרא (דף קעח.) המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים גובה מנכסים בני חורין יעו"ש, הרי דבית דין יורדים לנכסיו. ועוד דרב פפא עצמו אמר בקדושין (דף יג:) הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין וכו' שעבודא דאורייתא, הרי להדיא דרב פפא ס"ל דשעבודא דאורייתא, ועיין מה שכתב הר"ף בכבא בתרא (דף קעו.) יעו"ש, ואם כן אפילו אם אינו רוצה לקיים המצוה יורדים לנכסיו מכח השעבוד. וכן קשה

וקאמר רב פפא דטעמא משום דפריעת בעל חוב מצוה ויתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו, יעו"ש. ומבואר דכל חיוב פריעתו הוא משום מצוה, והיכא דליכא מצוה ליכא חיובא, ולכן פריך בסוגיין דאם כן יהא הכל תלוי ברצונו, ואם אינו רוצה לקיים מצוה דרמיא עליה היאך גובים ממנו, ומשני שכופים על המצות.

ולגבי המצוה המוטלת על היתומים כתבו התוס' בד"ה פריעת בעל חוב מצוה וז"ל: בדאיכא אחריות נכסים, דעלה איתמר מילתיה דרב פפא בערכין (דף כב.), ואפילו הכי אין נפרעין מנכסי יתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו, אבל מנכסי יתומים גדולים נפרעין, אבל בדליכא אחריות נכסים מצוה על היתומין ואין כופין וכו', משום דהוי מצות כיבוד מצוה שמתן שכרה בצידה וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר דכשהניח להם אביהם קרקעות נזקקין לנכסי יתומים גדולים מדין כפיה על המצות, דכיון שיש בידם נכסי אביהם ועל אותם נכסים היה על האב מצות פריעת בעל חוב, אז גם היתומים נכנסים תחת אביהם ומצוה עליהם לגבי הקרקעות שהוריש להם, וכופים על המצות וגובים מהם, אבל אם לא הניח להם קרקעות, אז אין היתומים מצווים לפרוע חוב אביהם, ואין עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, אלא משום מצות כיבוד אב דהוי מצוה שמתן שכרה בצדה ואין כופים עליה, ואם רצו לפרוע יפרעו, ואם לאו אין נזקקים להם אפילו הם גדולים.

ודברי התוס' אלו לכאורה אזלי לשיטתם, כמו שהובאה בשיטה מקובצת, דמצות פריעת בעל חוב היא והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה, כנ"ל, דבזה יש לומר שהמצוה שהתורה הטילה על הלוה לפרוע להמלוה עוברת גם ליורשי הלוה, שהם עומדים במקומו, אבל לשיטת רש"י דהמצוה היא הן שלך צדק, כלומר שלא יוציא שקר מפיו, ואם אמר שישלם מוטל עליו לשלם, היאך עוברת מצוה זו ליורשי הלוה שיעמדו במקומו, הלא הם לא אמרו מאומה, והיאך שייך בהם מצות הן שלך צדק. ובשלמא אם המצוה היא והאיש אשר אתה נושה בו, שהתורה הטילה מצוה על הלוה שבידו ממון המלוה לפרוע לו ממונו, אז נוכל

על המצות, שהרי לגבי גוביינא אמרינן דמכירתו לאו מכירה, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל:): יעו"ש, ונחשב כאילו הקרקע עדיין ביד הלוה ועליו יש מצוה, ועיימש"נ בש"א פט"ז. אכן עדיין קשה מהא דאייתא בבבא קמא (דף מט:): משכנו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו, זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה את השאר, יעו"ש, ומבואר דלוה גר שמת בלא יורשים יכול מלוה לגבות חובו מכח השעבוד שיש לו על המשכון, ואע"ג דאין שם שום צד קיום מצות פריעת בעל חוב, שהרי הגר כבר מת ויורשים אין לו, וכל הגביה היא אך ורק מכח עצם השעבוד, ואם כן קשה באמר לא ניחא לי למיעבד מצוה למה לן כפיה על המצות, תיפוק ליה גביה מכח השעבוד כמו בגובה מנכסי גר שמת.

י"ש מן הראשונים שכתבו דרב פפא באמת ס"ל שעבודא לאו דאורייתא, והא דקאמר שעבודא דאורייתא בקדושין, היינו במלוה הכתובה בתורה, יעו"ש בתוס', ועיין בשיטה מקובצת בסוגיין ובבבא בתרא (דף קע"ד). ובנמוקי יוסף שם, יעו"ש, ולדידהו ליכא אלא מצוה, וזהו יסוד דין שעבודא לאו דאורייתא, והא דנחתין לנכסיה הוא מדין כפיה על המצות למסקנא דגמרא, דעד שאתה כופהו בגופו אתה כופהו בממונו. אכן לשיטת הרי"ף בסוף בבא בתרא (דף קע"ז) דרב פפא ס"ל שעבודא דאורייתא צריך עיון היאך יתכן דינא דפריעת בעל חוב מצוה.

והנראה בזה דבדאי יש למלוה שעבוד ממוני על נכסי הלוה, ומכל השעבוד יכול לגבות בלי שום כפיה על המצות, דהלכות הלואה שייכים לחלק חושן משפט ולא לחלק יורה דעה, אלא דכל שעבוד שחל על הנכסים מבוסס על השעבוד הגוף שחל על הלוה, כמו שכתבו התוס' לעיל (דף נ"ד): בד"ה אע"פ, ועיימש"נ בש"ז פי"ט, ולכמה דעות מוכר שטר חוב וחזר ומחלו מחול, שלא הקנה לו אלא שעבוד נכסים, וכיון שמחל שעבוד הגוף נתבטל שעבוד נכסים, ועיין בחו"מ סי' ס"ו ובקצות החושן סקכ"ו, ולכל הדעות אין הנכסים משתעבדים מעיקרא אלא על ידי שעבוד הגוף, וקאמר רב פפא דשעבוד הגוף שהוא דין ממוני

על עצם מימרא דרב פפא בערכין דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דפריעת בעל חוב מצוה ויתמי קטני לאו בני מיעבד מצוה ניהו, והלא הנכסים משועבדים ולמה אין נזקקים לנכסיהם מכח השעבוד.

והרא"ש (פ"ט סימן יג) דחה דמיירי באין לו נכסים ותלה מעותיו ביד הנכרי, אבל אם יש לו נכסים גובה מכח השעבוד, יעו"ש, וכ"כ התוס' ד"ה אמר לא ניחא לי בשם יש מפרשים, וכן כתב השיטה מקובצת בשם תלמידי רבינו יונה, יעו"ש. אולם רש"י במהדורא קמא, מובא בשיטה מקובצת, כתב וז"ל: אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי, כלומר איני רוצה לשלם, מאי, כיון דמצוה היא מי כייפין ליה ומחתין בעל חוב בנכסים או לא וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר דגם בשיש לו נכסים סלקא דעתין דלא יגבה אם אמר איני רוצה לשלם.

והריטב"א כתב ליישב הקושיות דבדאי לא סלקא דעתין דאם אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה שלא נרד לנכסיו, אלא פריך אם אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי אמרינן ליה ומאי טעם אמרו חכמים לכוף אותו יעו"ש. וגם התוס' שם רצו ליישב הקושיות על דרך זה, דבדאי ידעינן דכופים אלא דשואלים על לשון מצוה, דכיון דכופים היאך קוראים לפריעת בעל חוב מצוה, ומשני דכופים על המצות, ושפיר יש לקרותו מצוה אע"ג דכופים על כך, יעו"ש. עוד כתבו התוס' ישוב אחר על הקושיות, ועיימש"נ בש"ב פ"ג.

וְכַכֵּן הפירושים דמיירי בשיש לו נכסים מבואר ממסקנת הסוגיא דהא דגובים מן הלוה אע"ג דאמר לא ניחא לי למיעבד מצוה הוא משום דכופים על המצות, ולכאורה נשאת הקושיא מהא דאמר רב פפא דשעבודא דאורייתא, כנ"ל, ואם כן למה לן כפיה על המצוה ולמה לא יגבה מכח השעבוד. והיה אפשר לומר דכל דין שעבודא דאורייתא הוא מדין כפיה על המצות, וכן כתבו מקצת ראשונים, וגם מן היורשים כן, דגם עליהם איכא מצוה בדאיכא אחריות נכסים, כמו שכתבו התוס', כנ"ל, וגם מן הלוקח יש לומר דהוי מדין כפיה

פרק ג

בו יבוארו דברי התוס' בתירוץ השני למאן דאמר פריעת בעל חוב מצוה דהא דאמרינן נזקקים לנכסי יתומים גדולים מיירי דלא אמרו לא ניהא לנו למיעבד מצוה.

[כתובות פו.] אמר ליה רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניהא לי דאיעבד מצוה מאי, אמר ליה תנינא וכו' אבל במצות עשה, כגון שאומרינן לו עשה סוכה ואינו עושה לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו, יעו"ש. ומשמע דכל דין גביה הוא מדין מצות פריעת בעל חוב, והקשו הראשונים מהא דתנן בבבא בתרא (דף קעה.) המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, וכן מהא דאמר רב פפא עצמו בקדושין (דף יג.) מלוה על פה גובה מן היורשין דשעבודא דאורייתא, ועיימש"נ בש"ב פ"א.

וגם התוס' עמדו על ענין זה בד"ה אמר וז"ל: הא פשיטא ליה דכופין, דהא עיקר מילתיה בערכין (דף כב.) אהא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים, וקאמר משום דפריעת בעל חוב מצוה והני לאו בני מיעבד מצוה נינהו, מכלל דלנכסי יתומים גדולים נזקקין, אלא הכי קאמר וכו', אי נמי יש לומר דבעא מיניה אם כופין אם לאו, אע"ג דפשיטא דלנכסי יתומים גדולים נזקקין, הני מילי היכא דלא אמרו לא ניהא לן למיעבד מצוה, אבל היכא דאמרו מאי, אמר ליה תניתוה וכו' עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק בדבריהם דאם כונתם לומר דהא דנזקקים לנכסי יתומים היינו כשלא אמרו לא ניהא לן למיעבד מצוה, אלא שעומדים מוכנים לפרוע לבעל חוב מדעתם ורצונם, והלא אין בזה שום חידוש, ולמה באו לפני בית דין, והלא זה תובע והם רוצים לשלם, ולמה צריכים הבית דין לזקק להם. ועוד קשה שהרי התוס' בתחלת הדיבור כתבו דהא פשיטא לן דכופין דהא נזקקין לנכסי יתומים גדולים, כנ"ל, והביאו התוס' בפשיטות דהיינו על ידי כפיה, ואם כן מאי קאמרי השתא דמיירי כשלא אמרו לא ניהא לן למיעבד מצוה אלא משלמים בלי כפיה.

יסודו הוא מצות פריעת בעל חוב המוטלת אקרקפתא דגברא, דאם לא היתה עליו מצוה לפרוע החוב לא היה משתעבד לכך שעבוד הגוף וגם לא היו נכסיו משתעבדים, ובודאי השתא הוי שעבוד הגוף ושעבוד נכסים דין ממוני השייך לחלק חושן משפט, אבל בעיקרו בא הכל מן המצוה, ולכן בההיא דערכין אמר רב פפא דיתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו לא שייך שיחול עליהם שעבוד הגוף, ואם כן אין נזקקים לנכסיהם עד שיגדלו, דאז חל עלייהו שעבוד הגוף לגבי אחריות נכסים, כמו שכתבו התוס', כנ"ל, וממילא גובים נמי מנכסיהם מכח שעבוד נכסים.

ובסוגיין פריך על עצם יסודו דרב פפא דכל דין שעבוד הגוף ושעבוד נכסים מבוסס על מצות פריעת בעל חוב, כמש"נ, דהיאך חלים על ידי המצוה שעבודים ממוניים, והלא יכול לומר לא ניהא לי למיעבד מצוה, ונמצא שאין המצוה מחייבת אותו לפרוע לבעל חוב, אלא רוצה מקיים רוצה אינו מקיים המצוה, והיאך יוצא מזה שעבוד ממוני על גופו ועל נכסיו, ועל זה משני דכופין על המצות, והרי המצוה מחייבת אותו לפרוע לבעל חוב, דאם אינו משלם מכין אותו עד שתצא נפשו, ושפיר שייך לומר דעל ידי מצוה זו חל עליו שעבוד הגוף ועל נכסיו שעבוד נכסים, ושוב אינו צריך לגבות מדין כפיה על המצות אלא מכח השעבוד הממוני שחל על נכסיו, ואפילו אם היה הלוה גר ומת בלא יורשים עדיין יכול המלוה לגבות מנכסים שהשאיר, ואע"ג דליכא עוד שום צד מצות פריעת בעל חוב, הרי הוא גובה מכח השעבוד, דהא מתחלה היתה מצות פריעת בעל חוב מוטלת על הגר ונשתעבדו גופו ונכסיו ולא נפקע השעבוד מנכסיו במיתתו, ושוב לא איכפת לן אם לאחר מיתת הגר ליכא עוד צד מצות פריעת בעל חוב, שהרי כבר זכה המלוה בשעבוד ממוני בנכסיו והרי הוא גובה מכח השעבוד בלבד, אבל יתומים קטנים מעולם לא חל עליהם שעבוד הגוף שהרי יתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו, ולענין הא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים מכח השעבוד בלבד עיימש"נ בש"ב פט"ז.

רב פפא הבעיא מהא דתנן כופין על המצות, וכיון שהוא מוכרח לקיימה אין פריקתו מעלה או מוריד, ולעולם חל שעבוד ממוני על גופו ונכסיו, וכמש"נ.

פרק ד

בו יובא מחלוקת הראשונים אם יש מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם היכא דירשו מטלטלין ולא קרקעות, וידון אם מניעת קלון האב נחשבת מצוה שמתן שכרה בצדה.

[כתובות פו.] כתבו התוס' בד"ה פריעת בעל חוב מצוה וז"ל: בדאיכא אחריות נכסים איירי, דעלה איתמר מלתא דרב פפא בערכין (דף כב.), ואפילו הכי אין נפרעין מנכסי יתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו, אבל מנכסי גדולים נפרעין, אבל בדליכא אחריות נכסים מצוה על היתומין ואין כופין וכו', וטעמא משום דהוי מצות כיבוד מצוה שמתן שכרה בצידה דאין בית דין שלמטה מוזהרין עליה. והא דאמר בהגוזל עצים (ב"ק דף טז:) הניח להם אביהם פרה וטלית וכל דבר המסוים חייבים להחזיר מפני כבוד אביהם, התם אם לא יהיו מחזירים איכא קלון אביהם הלכך חייבים לשלם, אבל משום כבוד לחודה לא עכ"ל יעו"ש.

והמאירי הביא מחלוקת הראשונים בהא דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם משום כיבוד אב אפילו אם לא ירשו קרקעות, יש אומרים שמצות כיבוד אב מחייבת אותם לפרוע חוב אביהם רק מן מטלטלין שירשו, ויש אומרים דאפילו לא ירשו כלום, לא קרקעות ולא מטלטלין, מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם משום כיבוד אב, יעו"ש.

והנה בקדושין (דף לב.) נחלקו האמוראים משל מי מאכילו ומשקהו ומכבדו לאביו, רב יהודה אמר משל בן, רב נתן בר אושעיא אמר משל אב, יעו"ש, וקיימא לן כרב נתן דמכבדו משל אב. ולפי זה ניחא קצת הך שיטה דמצות פריעת חוב אביו היא רק מן מטלטלין שירשו, דאע"ג דכבר זכו בהן היורשים, מכל מקום כיון שבאו להם בירושה חשבינן להו כמשל אב, ומצוה עליהם לפרוע חוב אביהם במטלטלין

ולכאורה צריך לומר בכונת התוס' דהא דאמרינן נזקקין לנכסי יתומים גדולים, היינו דלא אמרו לא ניחא לן למיעבד מצוה, ומכל מקום אינם רוצים לשלם משום סבות אחרות, כגון שכופרים בראיות המלוה, או שטוענים דלמא כבר פרע אביהם למלוה, או צררי אתפסיה, ובכל אלו אם לא נתקבלו טענותיהם בבית דין כופים אותו וגובים מהם, ורק כשאמרו לא ניחא לן למיעבד מצוה אז סלקא דעתין שלא נוכל לגבות מהם.

אכן יש לעיין לפי זה דהואיל ואינם רוצים לפרוע לבעל חוב, מה לי אם אינם רוצים מפני שמסרבים בעצם המצוה או מפני שיש להם טענות אחרות, סוף סוף הרי בין כך ובין כך אינם רוצים לקיים מצות פריעת בעל חוב כתביעה זו, ולמה במסרבים בקיום המצוה סלקא דעתין דאין כופין ובאינם רוצים לשלם מחמת סבה אחרת כופים אותם.

ונראה לבאר דברי התוס' עפימש"נ בש"ב פ"א דבדואי איכא שעבוד ממוני על גופו ונכסיו, אלא דס"ל לרב פפא דיסוד השעבוד הוא המצות פריעת בעל חוב המוטלת אקרקפתא דגברא, ונתבאר דקושיית רב כהנא לרב פפא היא דכיון שיכול לומר לא ניחא לי למיעבד מצוה אם כן היאך יכולה המצוה להחיל שעבוד ממוני על גופו ונכסיו, אבל התוס' בתירוץ זה פירשו באופן אחר, דהיכא דאין הלוח רוצה לשלם מחמת סבות שונות אבל אינו מסרב בקיום מצות פריעת בעל חוב, והוא מקבל עליו המצוה בחובה ורק שבא בטענות אחרות לפטור את עצמו מלשלם, אז אמרינן שהמצוה המוטלת עליו פועלת גם כן שעבוד ממוני בגופו ונכסיו, ואם אין טענותיו מתבררים בבית דין יורדים לנכסיו מכח השעבוד, ומיבעי ליה לרב כהנא היכא דאמר לא ניחא לי למיעבד מצוה ופורק מעליו חובת מצוה זו, מי אמרינן דסוף סוף המצוה מוטלת עליו בין רוצה לקיימה בין אינו רוצה, וממילא חל עליו נמי שעבוד הגוף וגם שעבוד על נכסיו, כמש"נ, או דלמא כיון שהוא פורק מעליו המצוה ולא ניחא ליה לקיימה שוב אין מצוה זו פועלת שעבוד ממוני בגופו ונכסיו, ופשיט

וגביה ביה, ביושבת תחת בעלה, ודלמא סמוך למיתה גירשה, איהו הוא דאפסיד אנפשיה, יעו"ש. והיינו דבאמת יש לחוש שגירשה סמוך למיתה ונתן לה כתובתה, והשתא שבאה לגבות בעדי מיתה שלא כדין גביא, אלא דאמרינן איהו דאפסיד אנפשיה, שהיה לו לדרוש ממנה שובר, וכיון שלא עשה כן אין לנו לעכב גבית האלמנה.

אולם קשה טובא שהרי האלמנה באה לגבות מן היתומים שירשו נכסי בעלה, ואם באמת כבר נתן לה כתובתה הרי היא גוזלת את היורשים, ואינהו לא עשו כלום ולא אפסידו אנפשיהו, ומה לי שאביהם פשע במה שלא נטל שובר ממנה, הם לא פשעו, ולמה יפסידו ממונם שלא כדין.

ועיין בקובץ שיעורים סי' ש"ט שהביא שיטת הגאונים דאם הלוח נתן נאמנות לבעל חוב הרי זה מועיל לגבי היורשים אבל לא לגבי לקוחות, והביא מקור לדבריהם מסוגיא דידן דאמרינן איהו דאפסיד אנפשיהו אע"ג דהיא באה לגבות מן היתומים, יעו"ש.

ובביאור הענין נראה דגביה מן קרקעות משועבדים שירשו יתומים הוי באמת כמו גביה מן הלוח עצמו, ואע"פ שמת הרי יורשיו עומדים במקומו, וברא כרעיה דאבוה ובא כחו הוא, והבעל דבר הוא האב ולא היתומים כשהם לעצמם, ולכן שפיר אמרינן איהו דאפסיד אנפשיה, שהרי הגביה היא מן האב והוא הוא הבעל דבר שלפנינו, ולכן אהני נמי נאמנות שנתן לבעל חוב, ואע"פ שכבר מת והיתומים מעולם לא האמינו לו לבעל חוב, שהרי הבעל דבר הוא הלוח עצמו על ידי יורשי נכסיו, והלוח האמינו לבעל חוב.

אבל אם בא בעל חוב לגבות מלקוחות, הרי אין הלוח הבעל דבר, שאין הלוקח שלוחו של לוח, שהוא לא ירש ממנו מידי אלא קנה את הקרקע ושלם לו, וגבית הבעל חוב ממנו הוא מדין שעבוד נכסים, ולכן הלוקח הוא הבעל דבר, והוא לא האמינו לבעל חוב. אלא דלכאורה צריך לומר לפי זה דגם לא אמרינן איהו דאפסיד אנפשיה לגבי לוקח, שהרי הלוקח הוא הבעל דבר והוא לא פשע כלום, ואם כן עדיין נחוש

שהוריש להם, והיינו טעמא משום כבודו, אכן צריכים לעיין בהך שיטה דהמצוה היא אפילו אם לא ירשו כלום, והלא מצות כיבוד היא משל אב ולא משל בן, כנ"ל.

וצריך לומר דאין זה מעיקר דין כיבוד אב דאורייתא, אלא תקנה דרבנן היא שהיורשים יפרעו חוב המוריש משום כבודו, כמו שכתב רש"י לקמן (דף צ"א): ד"ה מצוה על היתומים, יעו"ש, והא דאין כופין על מצוה זו לא הוי משום דהוי מצוה שמתן שכרה בצדה, שהרי אין זו המצוה הכתובה בתורה, אלא היינו טעמא דאין כופין משום דהוי מצוה דרבנן, כמו שכתב רש"י להלן, יעו"ש, אי נמי יש לומר דכיון שתיקנו חכמים שמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם משום כיבוד אב ואפילו מממונם, שוב נכללת פריעה זו במצות כיבוד אב דאורייתא והרי מתן שכרה בצידה.

ובמה שכתבו התוס' דהניח להם אביהם פרה וטלית חייבים להחזיר, ואע"ג דאין כופים על מצות כיבוד אב, שאני התם דאיכא קלון אביהם, כנ"ל, יש לדקדק, דסוף סוף הרי המצוה והחיוב להחזיר מדין כיבוד אב, והלא אין כופים על כיבוד אב, ומה לי אי הוי משום כבוד או משום מניעת קלון. ואולי יש לומר דהתורה לא הבטיחה לו שכר אריכת ימים אלא במה שהוא עושה לכבוד אביו, אבל הא פשיטא שלא יעשה שום מעשה שממנה יבא קלון לאביו, ולא הבטיחה לו התורה שכר על כך, ונמצא דאע"ג דהוי בכלל מצות כיבוד אב אין מתן שכרה בצידה. אי נמי יש לומר דמניעת קלון לאביו לא הוי בכלל מצות כיבוד אב, אלא בכלל מצות מורא אביו, ואין מתן שכרה בצידה.

פרק ה

בו יבואר הא דאלמנה גובה מיתומים ולא חיישינן שגירשה סמוך למיתה ונתן לה כתובתה, דהיה לו לדרוש שובר ממנה ואיהו דאפסיד אנפשיה, ואע"ג דהיתומים לא פשעו כ"ל.

[כתובות פט:] אלמנה מן הנשואין במאי גביא, בעדי מיתה, וליחוש דלמא גירשה ומפקא לגיטה

פרק ו

בו יובאו דברי רש"י דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם משום כיבוד אב, ויבואר הא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום דלאו בני מצוה נינהו, ואע"ג דאינו דין ממוני.

[כתובות צא:] ההוא גברא דהווי מסקי ביה מאה זוזי, שכיב שבק קטינא דארעא דהויא שויא חמשיין זוזי, אתא בעל חוב וקטריף ליה, אזול יתמי יהבו ליה חמשיין זוזי, הדר קטריף לה, אתו לקמיה דאביי אמר להן מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן, הני קמאי מצוה עבדיתו, השתא כי קא טריף בדין קטריף. ולא אמרן דלא אמרו ליה הני חמשיין זוזי דמי דארעא קטינא, אבל אמרו ליה הני חמשיין זוזי דמי דארעא קטינא סלוקי סלקוה, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן משום כבוד אביהן, אלא שאין לבית דין לכופן על כך דלאו מצוה עשה מפורשת היא כסוכה וכלולב, אלא מצוה בעלמא דרבנן עכ"ל יעו"ש.

והנה כתבו התוס' לעיל (דף פ"ב) בד"ה פריעת בעל חוב מצוה דיש שני דיני מצות פריעת חוב המוטלות על היתומים וז"ל: פריעת בעל חוב מצוה, בדאיכא אחריות נכסים, דעלה איתמר מילתיה דרב פפא בערכין (דף כ"ב), ואפילו הכי אין נפרעין מנכסי יתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו, אבל מנכסי יתומים גדולים נפרעין, אבל בדליכא אחריות נכסים מצוה על היתומין ואין כופין, כדמוכח בפרק מי שהיה נשוי (דף צ"א): גבי ההוא דשבק קטינא דארעא, וטעמא משום דהוי מצות כיבוד מצוה שמתן שכרה בצידה דאין בית דין שלמטה מוזהרין עליה וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר דבירשו קרקעות איכא מצות פריעת חוב דכופים עליה, חוץ מן הבא לגבות מן קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו, וכשלא ירשו קרקעות ליכא אלא מצות פריעת חוב אביהם משום כיבוד ואין כופין עליה.

והדברי התוס' הא דאמרין בסוגיין דאם אמרו ליה הני חמשיין זוזי דמי דארעא קטינא נינהו סלוקי סלקוה, היינו דנתנו לו החמשיין זוזי בתורת פרעון על עיקר מצות פריעת חוב אביהן המוטלת עליהם, ולא משום מצות כיבוד אב,

דלמא מפקא לגיטה וגביא מן הלקוחות לאחר מיתה, ועיין באילת השחר שעמד על זה.

ויש לומר דמעולם לא הוקשה להגמרא אלא על גביה מן היורשים ולא מן הלקוחות, שהרי בעצם חשש זה שגירשה סמוך למיתה ושילם לה ולא נטל ממנו שובר הוא חשש רחוק, ולגבי גביה מן היורשים עדיין יש לחוש, אבל מן הלקוחות החשש רחוק יותר, שהרי אינה יכולה לגבות מן הלקוחות אלא אם כן מתחלה גבתה מן היתומים, ורק אם אין להם מה לפרוע מנכסי הירושה אז יכול לגבות מן הלקוחות, וכל כך לא חשו רבנן.

אולם עדיין צריכים לעיין, דהנה נחלקו רש"י והתוס' לענין מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, התוס' ס"ל דמלבד מצות כיבוד אב מוטל נמי עלייהו עיקר מצות פריעת חוב כמו שהיה מוטל על אביהם, אבל רש"י ס"ל דליכא על היתומים אלא מצות כיבוד אב מדרבנן, ולולי הא אינם אלא כלקוחות, ואם פרעו החוב בדמי הקרקע אין זה אלא כשאר מכר כמו בלוקח דמסלק לבעל חוב, ועיימש"נ בש"ב פ"ו, והשתא בשלמא לשיטת התוס' דמצות פריעת בעל חוב דהאב מוטל על יורשיו, והרי הם כרעא דידיה, שפיר איכא למימר דהלוה עדיין הוא הבעל דבר על ידי באי כחו ואיהו דאפסיד אנפשיה, כמש"נ, אבל לשיטת רש"י דאין על היתומים אלא מצות כיבוד אב, ולא אמרינן דהם כרעא דלוה, נמצא לכאורה דהיתומים הם הבעלי דבר, ואינהו לא אפסידו אנפשיהו, ולמה לא ניחוש דהדר מפקא לגיטא וגביא שלא כדין.

ואולי יש לומר דגם לשיטת רש"י הגביה מן היתומים היא מדין שעבוד הגוף דהלוה שמת, שהרי השאיר קרקעות, ודין נכסי הירושה הוא לפרוע שעבודי הגוף של המוריש קודם שיאכלו אותם היורשים, ואם כן עדיין הלוה הוא הבעל דבר כביכול, ומכל מקום אינו גובה אלא מקרקעות הירושה, שהרי יש בהם שעבוד נכסים, והן אחראין לשעבוד הגוף של הלוה, אבל מטלטלין שהוריש אין בהם שום שעבוד, ונקנין לגמרי להיורשים, ואין לגבות מהן, ולפי זה שפיר אמרינן איהו הוא דאפסיד אנפשיה.

שעבוד הגוף כמו שהיה מוטל על אביהם, אם כן אין לגבות משעבוד נכסים כל זמן שיכול לגבות משעבוד הגוף, וכיון שהיתומים עדיין קטנים צריכים להמתין עד שיגדלו, אכן לשיטת רש"י דמצוה על היתומים לא הוי אלא מדין כיבוד אב ואין בזה כפיה, וחזן מזה אין בהם שום מצוה, אם כן למה לא יוכל לגבות מן הנכסים משועבדים של יתומים קטנים, ולמה צריכים להמתין עד שיוכלו לקיים מצות כיבוד אב שאין זה דין ממוני כלל.

ונראה ליישב עפ"מ"ש"נ בדברי רש"י בש"ב פט"ז דהא דכתב רש"י בפסחים (דף ל:) דגביה מנכסים משועבדים היא מדין דמכירתם לאו מכירה, ולא סגי בכך דיש להמלוה שעבוד בהקרקע, היינו משום דסוף סוף הוא נוטל ממון הלוקח, ואין זכותו לגבות מן הקרקע סגי להוציא ממון מן הלוקח, ומשום הכי אמרינן דאין מכירתו מכירה, ולגבי גביה עדיין נחשבת קרקע הלוה, ונמצא שאין המלוה נוטל ממון הלוקח. וכל זה הוא בלוקח, דאיכא למימר מכירתו לאו מכירה, אבל ביתומים הלא אין לומר דירושתו לאו ירושה, ואם יגבה המלוה מהם קרקע המשועבדת לו נמצא הוא נוטל ממון היתומים, לכן בעינן שיהא על היתומים שעבוד הגוף, ואז יכול המלוה לגבות מקרקעות אע"פ שבזה הוא לוקח ממונם של הירורשים.

וְפ"י זה נוכל לומר דלדין זה לא בעינן מצוה ממוני, אלא כל זמן דאיכא עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם משום כיבוד אב, יש לו להמלוה לגבות מהם קרקע המשועבדת לו, ועיקר הגביה היא מדין שעבוד קרקעות, ואי משום דבהדי הגביה הוא מוציא ממון היתומים שלא לוו ממנו כלום, לא איכפת לן בכך, כיון שיש עליהם מצות פריעה משום כיבוד אב, ואע"ג דאין כופים על מצות כיבוד אב, הרי אין זה נחשב כפיה כלל, דעיקר הגביה היא מדין שעבוד נכסים, ורק דאין לחוש במה שאגב הוא מחסר ממון היתומים, שהרי מוטלת עליהם מצות פריעה מדין כיבוד אב, ולכן קאמר רב פפא דאין נפרעין מיתומים קטנים, דכיון דלאו בני מיעבד מצוה אין לנו להניח להמלוה לגבות מדין שעבוד נכסים, הואיל ועל ידי כך הוא נוטל ממון

ועיקר מצות פריעת חוב אביהם לא הוי אלא על חמשין זוזי, דהיינו שויות הקרקעות שירשו, וכיון שנסתלקה מצוה זו, שוב אין הבעל חוב יכול לגבות מהם אלא משום מצות כיבוד ואין כופים עליה.

אכן עיין מה שכתב רש"י גבי הני חמשין זוזי דמי קטינא וז"ל: דמי קטינא כשאר מכר ולא כפריעת חוב עכ"ל יעו"ש, ומבואר דאם היורשים נתנו מעות להמלוה לתשלומי חובם, הרי זה או בתורת פרעון משום מצות כיבוד, או משום דהוי כשאר מכר, דהיינו כמו לוקח שמסלק לבעל חוב בזווי למאן דאמר מצי לסלקן, ועיימש"נ בשט"ו פ"ג, והיינו מאי דקאמרי הני חמשין זוזי דמי קטינא דארעא נינהו, דהיינו דהוי כשאר מכר כאילו קנו הקרקע מיד המלוה, אולם לדברי התוס' אין צורך לפרש כן, דשפיר יש לומר דאם אמר הני זוזי דמי ארעא נינהו, היינו שרוצים לשלם משום עיקר מצות פריעת בעל חוב שהם במקום אביהם, ויש עליהם שעבוד הגוף, ועיימש"נ בש"ב פט"ז, וכיון שפרעו השעבוד הגוף נסתלק השעבוד מן הקרקע, כמו שהיה מסתלק אם אביהם פרע, ולא איצטריך לומר דהוי כשאר מכר.

ומבואר מדברי רש"י דדין פריעת בעל חוב מצוה של האב לא שייך אצל היתומים, וכן מסתברא, דהא רש"י ס"ל דהמצוה היא הין שלך צדק, כמו שכתב בכתובות (דף פו.) יעו"ש, וענין זה לא שייך אצל היתומים, שלא אמרו כלום ואין עליהם מה להצדיק, ועיימש"נ בש"ב פ"א, וכל דין מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם לא הוי אלא מדין כיבוד אב בעלמא, ואין עליהם מצוה אחרת של פריעת בעל חוב, ואם אמרו להדיא שנותנים המעות תחת הקרקע, היינו כשאר מכר, כנ"ל, ואם לא אמרו כן נקטינן שרצו לשלם החוב כדי להרים כבוד אביהם, ועיימש"נ בש"ב פ"א.

אלא דקשה טובא לפי זה הא דאמר רב פפא בבבא בתרא (דף קעד.) ובערכין (דף כב.) דאין נפרעין מיתומים קטנים דפריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו, יעו"ש, ובשלמא לשיטת התוס' דמצות היתומים היא עיקר מצות פריעת בעל חוב, ומוטל עליהם

כן הדרא קושיא לדוכתא דהלא במשנה מבואר דדאיקני קנה והוריש משתעבד, ואם כן מאי מיבעי ליה לשמואל, והלא משנה מפורשת היא דקנה, וכמש"נ.

אבן עדיין יש לדקדק בדברי הרשב"ם דמשמע דאם היה גובה מיורשי הבן מדין מצוה כדסלקא דעתיה דרב נחמן לא היה קשה על שמואל אמאי מיבעי ליה דהלא משנה מפורשת היא, ולמה לא יקשה גם לפי זה, דהיכי מיבעי ליה לשמואל אי דאיקני קנה והוריש משתעבד ויכול לגבות מן היורשים או לא משתעבד ואינו גובה מן היורשים, והלא משנה מפורשת היא דבעל חוב גובה מיורשי הלוה מנכסים שבאו לו לאחר כתיבת השטר, ומה לי אם טעמא משום דאיקני קנה, או משום דמצוה לפרוע אפילו בדליכא שעבוד, לפי ההוה אמינא, ועיימש"נ בש"ב פט"ז, סוף סוף הרי משנה מפורשת היא דבעל חוב גובה, ולמה מיבעי ליה לשמואל.

ואין לומר דבעיא דשמואל דאיקני קנה והוריש עדיין מיתוקמא בשאר יורשים דאין בהם מצוה לפרוע חוב המת, והרי מבואר בגמרא דמצוה לפרוע הוי דוקא כשירשו קרקע משועבדת, כמש"נ בש"ב פ"ד, ומבואר דאינו גובה מן היורשים על ידי השעבוד גרידא, ואם כן היאך אפשר לגבות משאר יורשים, כגון אב ואח, אם אין להם מצוה לפרוע, ועל כרחך דדין מצוה לפרוע חוב אביהם איכא נמי בשאר יורשים, ואם כן לפי מאי דסלקא דעתין דאיכא מצוה אפילו אם ירשו קרקע שאינה משועבדת, עדיין היה יכול להקשות אמאי קמיבעי ליה לשמואל דאיקני קנה והוריש מאי, והלא משנה מפורשת היא דלעולם יכול לגבות מדין מצוה על היורשים לפרוע חוב המוריש.

וכן יש להוכיח מדברי הרשב"ם בסוגיין, דהנה במתניתין כתב דיורשי האב היינו או אחיו של הבן או בנו של הבן, וכד אמרינן בגמרא על הך אוקימתא גופא דאפילו אם מת אב ברישא בעל חוב גובה מיורשי האב משום מצוה לפרוע חוב אביהם, שתק הרשב"ם ולא חזר בו ממה שכתב במתניתין לאוקמי יורשי האב דוקא בבן הבן, ומבואר דאפילו אם מת האב ראשון חייב אחי הבן לשלם לבעל חוב משום מצוה לפרוע

היתומים, ורק דלכשיגדלו יהיה עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, וממילא יוכל לגבות קרקע המשועבדת לו מדין שעבוד נכסים.

פרק ז

בו יוכיח דשיטת הרשב"ם היא דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אינה רק בכנים שירשו אביהם אלא גם כל שאר יורשים מצוה עליהם לפרוע חוב המוריש מנכסים שירשו.

[כבא בתרא קנז]. בעי שמואל דאיקני וקנה מהו וכו', תא שמע נפל הבית עליו ועל אביו וכו', ואי סלקא דעתא דאיקני קנה והוריש לא משתעבד, נהי נמי דאב מית ברישא, דאיקני הוא וכו', מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן, מתקיף לה רב אשי מלוה על פה הוא, ורב ושמואל דאמרי תרויהו מלוה על פה אינו גובה לא מן היורשין וכו', יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: והא רב ושמואל דאמרי תרויהו לקמן בפרק גט פשוט (דף קעה:) מלוה על פה אינו גובה מן היורשין, וכי אמרינן מצוה על היתומין, הני מילי מלוה בשטר, ושמואל גופיה הוא דקמיבעיא ליה האיבעיא, ואם כן קשיא דידיה אדידיה, ומיהו לקמן פסקינן מלוה על פה גובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי' עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק במה שכתב הרשב"ם דפריך לשמואל דידיה אדידיה, דדבריו סותרים אלו את אלו, והלא שמואל לא קאמר מהו הדין בדאיקני קנה והוריש, אלא מיבעיא ליה, ובגמרא רצה לפשוט הבעיא ממתניתין לפי מה דס"ל לשמואל דמלוה על פה אינו גובה מן היורשין, והיכן ראה כאן הרשב"ם סתירה דשמואל אדשמואל. וצריך לומר דהא דקאמר תא שמע נפל הבית וכו' אין זה רק פשיטות בעיא דשמואל אלא קושיא עליו, דאמאי מיבעי ליה, דהא משנה מפורשת היא דבעל חוב גובה מן הבן מה שירש לאחר כתיבת השטר, ואין לדחות דטעמא דמתני' לא הוי משום דאיקני אלא משום מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, דהרי אם דאיקני לא קנה הוה ליה מלוה על פה, והרי אמר שמואל עצמו דמלוה על פה אינו גובה מן היורשין, ואם

דבדאי קני משתעבד, ואם כן נדחה בעיא דשמואל מכל וכל, דגם דאי קני קנה ומכר לא הוי ליה למיבעי שהרי משנה מפורשת היא דקנה, וכשמ"נ.

ועיימ"ש הרשב"ם בסוף דבריו דמיהו לקמן פסקינן דמלוה על פה גובה מן היורשים שלא תנעול דלת בפני לוי, ולכאורה יש לדקדק דמה ענין זה לכאן דפריך דשמואל אדשמואל. אכן נראה דכונתו היא דגם לדין דפסקינן דגובה מן היורשים אין להוכיח ממתניתין דאיכא שעבוד בין בדאי קני קנה והוריש ובין בדאי קני קנה ומכר, כמש"נ, דטעמא דגובה מן היורשים הוא שלא תנעול דלת בפני לוי ולא משום דאיכא שעבוד, ובעיא בדאי קני קנה ומכר עדיין לא איפשיטא.

פרק ח

בו יבוארו דברי הרגמ"ה דבמקום שלא ירשו היתומים אחריות נכסים אין עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, ויבואר למה בקטיןא דארעא פרעו היתומים יותר ממה שירשו.

[בבא בתרא קנז:] דאי קני קנה ומכר דאי קני קנה והוריש מאי, אמר רב חנא ת"ש נפל הבית עליו ועל אביו וכו', ואי סלקא דעתך דאי קני קנה ומכר דאי קני קנה והוריש לא משתעבד, נהי נמי דאב מית ברישא, דאי קני הוא, אמר להו רב נחמן זעירא חברין תרגמה מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן, מתקיף לה רב אשי מלוה על פה הוא, ורב ושמואל דאמרי תרוייהו מלוה על פה אינו גובה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות וכו', יעו"ש.

וכתב הרגמ"ה וז"ל: דהכא טעמא מאי טעני בעל חוב וכתובת אשה האב מת ראשון ונפלו נכסים לבן וחייבין אתם לפרוע חובנו, לאו משום האי טעמא דקנה והוריש משתעבד, אלא משום דמצוה על היתומין לפרוע חובת אביהם, ולא מן הדין כי אם מצוה, דאע"ג דכתב דאקני בשטר וקנה והוריש לא משתעבדין ודמי כמאן דלא איכתוב, והא דקא תבעי יורשין לאו משום דינא אלא מצוה. מתקיף לה רב אשי וכו', והא מלוה על פה אינה גובה לא מן היורשין ולא מן

חוב המת, וכן מדויק ממה שהרשב"ם כסדר דיין לכתוב יורש ויורשים ולא כתב בן, יעו"ש, ועיין במאירי ובשיטה מקובצת שיש חולקים בדבר.

וראיה לכך דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם איכא גם בכל שאר יורשים, ואינו תלוי כלל בחיוב הבן לשלם חיובי אביו, מהא דאמרינן בכתובות (דף פג.) אמר ליה רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה אמר לא ניחא לי דאי עבד מצוה מאי וכו', יעו"ש, והיכן היא מימרא דרב פפא דפריעת בעל חוב מצוה, הלא היא לקמן (דף קעד.) ובערכין (דף כב.) דאמר רב פפא מצוה על היתומין לפרוע חוב אביהם, יעו"ש, דהחיוב המוטל על היתומים הוא אותו החיוב שהיה מוטל על אביהם, ועבר החיוב להם הואיל וירשו הנכסים, ואם כן הוא הדין בשאר קרובים שירשו הנכסים, ובעל חוב גובה מהם הואיל ומצות פריעת בעל חוב מוטלת עליהם.

אכן עיימש"נ בשיטת רש"י דמימרא דרב פפא דפריעת בעל חוב מצוה ומימרא דידיה דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם תרי מילי נינהו, ולדידיה אין על היתומים אלא מצות כיבוד אב, וזה לכאורה לא שייך בשאר יורשים, ומכל מקום לשיטת התוס' דחדא מלתא נינהו יש להוכיח מסוגיא דהתם דגם על שאר יורשים איכא מצוה לפרוע חוב המת, אכן איכא נמי למימר דאפילו אם המצוה היא משום כיבוד אב עדיין שייכת גם בשאר יורשים, דעיקר דין ירושה היא מאב לבן, ובמקום דאין בן נתנה התורה הירושה לשאר יורשים לעמוד תחת הבן, וכל דיני הבן לענין ירושה חלים על שאר יורשים, ובכלל זה חיובים הנובעים ממצות כיבוד אב, וצריך עיון.

ואולי יש לומר דאילו היתה הגביה במתניתין מדין מצוה לפרוע לא היתה נדחית בעיא דשמואל אלא לגבי דאי קני קנה והוריש, דהרי משנה מפורשת היא דאי קני קנה והוריש גובה, מאיזה טעם שיהיה, ועדיין מיתוקמא בעיא דשמואל באקני קנה ומכר, דאינו גובה מלקוחות אלא כשנשתעבדו הנכסים, אבל לפי מה שהוכיח דגם מן היורשים אינו גובה אלא במלוה בשטר שנשתעבדו הנכסים, אם כן מוכח ממתניתין

משום מצוה ועוד חמשים משום גביה, והלא לא ירשו אלא הקטינא דארעא דשוה חמשים, ואין עליהם מצוה אלא חמשים, וכל המצוה היא כנגד האחריות נכסים, אם כן כשפרעו החמשים נתקיימה המצוה ונסתלק השעבוד, והיאך יכול בעל חוב לחזור ולגבות מהם.

וּנְרָאָה דאע"ג דלא שויא קטינא דארעא אלא חמשים, חל עליה שעבוד כנגד כל המאה זוזי של החוב, דהא בנתייקרה ועמדה על מאה גובה ממנה כל המאה, וכיון שכן כשפרעו היתומים חמשים זוז משום מצוה בודאי סילקו ממנה השעבוד, דהא המצוה תלויה בהשעבוד לפי הרגמ"ה, וקיום המצוה מסלק השעבוד, אכן אין תשלומי חמשים משום מצוה מסלק אלא חמשים זוז של השעבוד, ועדיין נשארה הקרקע משועבדת להחמשים השני, ונמצא שבידם אחריות נכסים שירשו מאביהם וגובה ממנה בעל חוב משום מצוה ומשום שעבוד, ואם הניחו היורשים לבעל חוב לטרוף את הקרקע לא היה יכול לחזור לגבות מהם, שהרי שוב אין בידם אחריות נכסים מאביהם וליכא מצוה כלל, אבל כיון שנתנו לו ממון לקיים המצוה והקרקע נשארה בידם, בעל חוב חוזר וגובה ממנה, שהרי לא נסתלק אלא שעבוד של חמשים, ועדיין משועבדת לחמשים השני, כמש"נ.

וְהַרְשַׁבִּים כתב וז"ל: מצוה על היתומים וכו', ולא משום שכתב לו דאיקני הוא, וגבי קנה ומכר לא משתעבד, אלא גבי יורשים משום מצוה, ואפילו לא כתב לו דאיקני, משתעבד יורש למלוה, משום מצוה על היתומים עכ"ל יעו"ש. ולמד הרשב"ם דאין הגביה משום מצוה בעלמא, ומרצונם של היורשים, אלא דעל ידי המצוה נשתעבדו נכסיהם, ואפילו בלי כתיבת דאיקני, ונפשט חלק מהאיבעיא דשמואל, דבכל דאקני קנה והוריש גובה משום מצוה ושעבוד הנעשה על ידה, ומיתוקמא הבעיא רק באקני קנה ומכר, כמ"ש הרשב"ם, כנ"ל, ולא כרבא דאוקים בעיא דשמואל בין במכר בין בהוריש, ואע"ג דהמצוה אינה פועלת שעבוד בנכסי היורשים שלא ירשו מאביהם, כמו שהוכיחו התוס' מכתובות (דף קא:) גבי קטינא דארעא, כנ"ל, מכל מקום על ידי המצוה חל שעבוד על נכסים

הלקוחות, דליכא אמרינן מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן, היכא דירשו הנהו נכסי דהוו בשעת הלואה, אבל דאקני לא עכ"ל יעו"ש.

וּמְבוּאָר מדבריו דממתניתין אין להוכיח דכתיבת דאיקני משעבד, כיון דתביעת הבעל חוב דאיירי בה מתניתין הוא משום מצוה ומרצונם של היתומים, ושמואל מיבעי ליה אם יכול לגבות בעל כרחם של היתומים מדין שעבוד שחל על ידי כתיבת דאקני, דאין כופין על מצות פריעת בעל חוב אלא כשירשו נכסים משועבדים, ורב אשי מתקיף ליה מהא דאמר שמואל מלוה על פה אינה גובה מן היורשים, ומשמע דאפילו משום מצוה ומרצונם אינו גובה, ואין לבעל חוב גישה אצל היתומים כלל, ומבוואר דבמקום דלא ירשו משועבדים ליכא מצוה כלל.

וְהִנֵּה איתא בכתובות (דף קא:), ההוא גברא דהוי מסקי ביה מאה זוזי, שכיב שביק קטינא דארעא דהויא שויא חמשין זוזי, אתא בעל חוב וקטריף ליה, אזול יתמי יהבי ליה חמשין זוזי, הדר קטריף להו, אתו לקמיה דאביי אמר להן מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן, הני קמאי מצוה קא עבדיתו השתא כי טריף בדין קטריף, ולא אמרן אלא דלא אמרו ליה הני חמשין זוזי דמי ארעא דקטינא וכו', יעו"ש.

וְהַתּוֹס' בסוגיין הביאו רביה מסוגיא זו דאין כופין על מצוה לפרוע חוב אביהם במקום דלא ירשו אחריות נכסים יעו"ש, ובכתובות כתבו דהיינו טעמא משום דכשאין ירושה ליכא אלא מצות כיבוד אב בעלמא, ואין כופין עליה הואיל ומתן שכרה בצדה יעו"ש. ורש"י גבי קטינא דארעא נמי ס"ל דאין כופין, וכתב טעמא למילתא משום דבכהאי גונא לא הוי אלא מצוה דרבנן, יעו"ש, וההוכחה מהסוגיא היא דמבוואר שם דאין כופין אותם לשלם כל המאה זוזי אם אמרו להדיא שנתנים החמשים זוזי לדמי קטינא דארעא, וכן אם בעל חוב טרף הקרקע ולא סילקו אותו לא אמרינן להם לפרוע החמשים שנשארו מן החוב.

אוֹלָם קשה לפי דברי הרגמ"ה דבמקום דליכא אחריות נכסים ליכא מצוה כלל, כמש"נ, היאך גבה אביי מאה זוזי מן היתומים, חמשים

דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש לא משתעבד, נהי נמי דאב מית ברישא, דאיקני הוא, אמר להו רב נחמן זעירא חברין תרגמה מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם וכו', יעו"ש. וכתב הרגמ"ה דאליבא דרב נחמן מצוה הוא ולא דינא, ואין כופים אותם לשלם, ומבואר דאם מת אב ברישא איכא מצוה בלא כפיה, ואם מת בן ברישא ליכא אפילו מצוה, דליכא מצוה אלא כשירשו נכסים אבל לא מדידהו.

וכן היא שיטת הרמב"ם, אלא שהוא כתב בפירושו דאפילו אם ירשו מטלטלין מצוה עליהם לפרוע, והרגמ"ה לא גילה דעתו בזה, ואפשר לומר דליכא מצוה אלא כשירשו קרקעות, ואע"פ שאינן משועבדות, ובין כך ובין כך קשה לדידהו מסוגיא דקטינא דארעא, ועיימש"נ בש"ב פ"ח בדברי הרגמ"ה.

והמגיד משנה תירץ דהתם מיירי שפרעו בזווי שירשו מאביהם, כנ"ל, וכן מפורש בדברי הרמב"ם לקמן שם פ"ח הל"י, יעו"ש, וישוב זה יועיל גם ליישב שיטת הרגמ"ה, אכן הרמב"ם עושה אוקימתא דמיירי שפרעו בזווי שירשו מאביהם, אבל התוס' בכתובות (דף פו.) בד"ה פריעת כתבו להדיא דפרעו מדידהו. ולפי דברינו יתיישבו דברי הרגמ"ה גם לפי דברי התוס'.

ושיטת הרשב"א שהביא המגיד משנה היא, דבירשו מטלטלין יש מצוה וכופין, ובדלא ירשו מטלטלין אף שיש מצוה מכל מקום אין כופין, ולדידיה יתיישב סוגיא דקטינא דארעא, אכן קשה לדידיה מסוגיא דדאיקני דרב נחמן אית ליה דמצוה על היתומין לפרוע חוב אביהם אפילו בירשו נכסים שלא נשתעבדו למלוה, ומתקיף ליה רב אשי דאם כן לא עדיף ממלוה על פה, ושמואל ס"ל דמלוה על פה אינו גובה מן היורשים, ומזה הוכיח רב אשי דליכא מצוה וכפיה אלא כשירשו נכסים משועבדים, והרי מטלטלין דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי, כדאיתא בפסחים (דף לא.) ובכתובות (דף צב.) יעו"ש, ולא עדיפי מקרקעות שלא נשתעבדו דלית בהו מצוה וכפיה, וקשה להרשב"א דאית ליה דבירשו מטלטלין איכא מצוה וכפיה.

שירשו מאביהם, ואף אם קנה אותם לאחר כתיבת השטר, ולא נשתעבדו אי ס"ל דכתיבת דאיקני אינה מועילה.

ולפי זה צריכים לומר דהמצוה חלה על הקרקעות שירשו מאביהם, ואף אם אין בהם שעבוד, ועל מצוה זו כופין, היינו סברת רב נחמן בשם זעירא, ומתקיף ליה רב אשי מהא דאמר שמואל מלוה על פה אינו גובה מן היורשים, ואע"ג דירשו קרקעות ומצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, ועל כרחך צריך לומר דליכא מצוה שיש בה כפיה אלא כשירשו קרקעות שנשתעבדו למלוה, ולכן אם כתיבת דאיקני אינה מועילה גם מצוה ליכא.

פרק ט

בו יבואר שיטת הרמב"ם דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ממטלטלין שירשו אבל אין כופין אותם על כך, ויוכיח דהרשב"א דס"ל כופין אויל בשיטת רב נחמן.

רמב"ם פ"א מלוה ולוה הל"ח כתב הרמב"ם וז"ל: מצוה על היתומין לפרוע חוב אביהן מן המטלטלין שהניח, ואם לא רצה היורש ליתן אין כופין אותו וכו' עכ"ל יעו"ש. וכתב המגיד משנה וז"ל: מפורש בגמרא במי שהיה נשוי (דף צא:), ושם במעשה דקטינא מוכח דאין כופין אותן, וכן כתבו הרבה מפרשים ז"ל, ומה שכתב מן המטלטלין שהניח, דעתו ז"ל כדעת קצת מהמפרשים ז"ל שכתבו דכי אמרינן מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ה"מ ממטלטלי דאבוהון, אבל אם לא שבק מטלטלי לא אמרינן מצוה לפרוע מדידהו, וכדמוכחא בהדיא סוגיא דסוף מי שמת (דף קנז.), ולפי זה עובדא דקטינא דמי שהיה נשוי הנהו זווי דאבוהון אישתארו, וכ"כ רבינו ז"ל סוף פ"ח, אבל הרשב"א ז"ל כתב דממטלטלי דאבוהון מצוה וכופין אותן, מנכסי דידהו מצוה ואין כופין אותן, וכדברי רבינו כתבו רוב המפרשים ז"ל עכ"ל יעו"ש.

ומבואר דשיטת הרמב"ם היא כשיטת הרגמ"ה כבבא בתרא (דף קנז.), אמר רב חנא תא שמע נפל הבית עליו על אביו וכו', בעל חוב אומר האב מת ראשון וכו', ואי סלקא דעתך

בשם הרי"ף והרמב"ן ורבינו האי גאון דמלוה בשטר מאוחר קודם לגביה ממלוה על פה מוקדם הואיל ואית ביה שעבוד נכסים, יעו"ש, ואיכא למימר דכי היכי דחשיבא מלוה בשטר לגבי קדימה חשיבא נמי לגבי ירושה, ורק בחוב חשוב אמרינן דהיורש עומד תחת המוריש, ומצוה לפרוע אפי' מנכסים שאין בהם שעבוד בפועל, וכמש"נ.

פרק י

בו ידון במה שכתבו התוס' דליכא מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אלא כשירשו אחריות נכסים אם כונתם שירשו קרקע משועבדת או אפילו קרקע שאינה משועבדת.

[בבא בתרא קנו.] בעי שמואל דאיכא וקנה מהו וכו', כי קא מיבעיא לן דאיכא קנה ומכר דאיכא קנה והוריש, מאי, אמר רב חנא תא שמע נפל הבית עליו ועל אביו וכו' ובעלי חובות אומרים האב מת ראשון וכו', ואי סלקא דעתך דאיכא קנה ומכר דאיכא קנה והוריש לא משתעבד, נהי נמי דאב מית ברישא, דאיכא הוא, אמר להו רב נחמן זעירא חברין תרגמה מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן, מתקיף לה רב אשי מלוה על פה הוא, ורב ושמואל דאמרי תרויהו מלוה על פה אינו גובה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות וכו', יעו"ש.

והנה בשנויא דרב נחמן דטעמא דבעל חוב גובה מן הבן מה שירש מאביו לא הוי משום דאיכא קנה והוריש משתעבד, אלא משום דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, הרי ליכא שעבוד על הנכסים שירש, דהא דאיכא קנה והוריש לא משתעבד, ומכל מקום מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, ואין חיובם אלא כשירשו קרקע ולא כשירשו מטלטלין, כמו שכתבו התוס' בד"ה מצוה דהיינו כשהניח להם אחריות נכסים, ונמצא לפי זה דהא דאיכא מצוה כשירשו אחריות נכסים, לאו היינו נכסים משועבדים, אלא כל שום קרקעות שירשו, ואפילו אם אינן משועבדות, דירושת קרקעות מחייבת היורשים לפרוע חוב אביהם מן אותן קרקעות, ואולי הסברא לפי ההוה אמינא היא

ואשר נראה לומר דהרשב"א אזיל לפי דברי רב נחמן דאע"ג אי דאיכא לא משתעבד, עדיין איכא מצוה על היתומים, וס"ל להרשב"א דהוא הדין נמי דבמטלטלין איכא מצוה וכפיה אע"ג דלית בהו שעבוד, ולא איתותב רב נחמן על ידי אתקפתא דרב אשי, וממילא למסקנת הגמרא אית כאן פלוגתא דרב נחמן ורב אשי, דרב נחמן ס"ל דאיכא מצוה אפילו אם לא ירשו משועבדים, ורב אשי ס"ל דליכא מצוה וכפיה אלא כשירשו אחריות נכסים, והרשב"א פסק כרב נחמן, ואינו מחלק בין קרקעות שלא נשתעבדו לבין מטלטלין.

אכן לכאורה רב אשי הביא ראיה חזקה לדבריו מהא דשמואל ס"ל דמלוה על פה אינו גובה מיתומים, וטעמא דידיה משום דשעבודא לאו דאורייתא, כדאיתא לקמן (דף קעה:) יעו"ש, ולמה לא יגבה מלוה על פה מן היתומים משום מצוה וכפיה כי היכי דגובין מהם מן המטלטלין שירשו, ויש לעיין היאך יתיישבו דברי שמואל אליבא דרב נחמן.

ונראה דרב נחמן מחלק בין מלוה בשטר למלוה על פה, דיסוד דינא דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם הוא דנכנסים תחת אביהם וחל עליהם שעבוד הגוף ומצוה לפרוע חוב אביהם, ונעשה ברא כרעא דאבוה לגבי פריעת החוב, או משום כיבוד אב או מטעם אחר, אבל סוף מילתא מוטל עליו החוב ונעשה עבד ליה לאיש מלוה לשלם מנכסי האב, ואיכא למימר דכיון דשטר חוב יש בו שעבוד נכסים הרי היורש נכנס תחת המוריש לעמוד במקומו לגבי חוב זה, וכופין אותו לשלם מכל הנכסים שירש, ואפילו מקרקעות שקנה אחר כך ולא כתב לו דאקני, ואפילו ממטלטלין לשיטת הרשב"א, כנ"ל, מה שאין כן מלוה על פה שאינו משעבד נכסים לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אין היורש נכנס תחת המוריש לגבי חוב כזה, וליכא עליו מצוה לפרוע.

והעיקר הוא שדנים על סוגי החוב ולא על הנכסים בפרט, והמצוה לפרוע היא במלוה בשטר בלבד, ומצוה לשלם מכל נכסי הירושה, אפילו אלו שבפועל לא נשתעבדו, ודמא למה שכתב הנמוקי יוסף לקמן (דף קעה:)

נמי מצוה, והיינו מאי דקאמרי חייב לפרוע ומצוה לפרוע, דחייב לפרוע מדין שעבוד, ואיכא נמי מצוה, ואיצטריך לתרוייהו, ועיימש"נ בש"ב פט"ז.

פרק יא

בו יובאו דברי הרשב"ם דמאן דחייש לצררי אתפסיה ס"ל דיתמי בני מיעבד מצוה נינהו, ויוכיח דמאן דאית ליה פריעת בע"ל חוב מצוה אית ליה נמי דשעבודא דאורייתא.

[בבא בתרא קעד.] ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי, אמר רב פפא פריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו, ורב הונא בריה דרב יהושע אמר אימר צררי אתפסיה, מאי בינייהו, איכא בינייהו כשחייב מודה, אי נמי דשמתהו ומת בשמתיה, שלחו מתם וכו' הלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע, יעו"ש.

הרמב"ן ועוד מן הראשונים למדו דיסוד מחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע הוא, דרב פפא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא, ומן התורה אין על הלזה שום שעבוד הגוף או שעבוד נכסים אלא מצוה בלבד, והא דגובים ממנו הוא מדין כפיה על המצות, כדאיתא בכתובות (דף פו.) יעו"ש, ועד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו, ורק מדרבנן תיקנו שעבוד במלוה בשטר, ורב הונא בריה דרב יהושע ס"ל שעבודא דאורייתא, וחובה על הלזה לשלם מדין שעבוד ולא רק מחמת מצוה.

אב"י הרי"ף לקמן (דף קעו.) כתב דרב פפא ס"ל שעבודא דאורייתא, יעו"ש, והא דקאמר הכא ובכתובות פריעת בעל חוב מצוה, נתבאר לן בש"ב פ"א דיסוד החיוב הוא מצות פריעה, ומכח זה חל עליו חיוב ממוני, ואי לאו דכופים על המצות לא היה חיוב ממוני נובע מחובת מצוה, וכן ביתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו, דכיון שאין עליהם חובת מצוה גם חיוב ממון אין עליהם, דהחיוב ממון מתחיל מחובת מצוה, וכמש"נ.

והשתא יש להסתפק מה היא דעת הרשב"ם בענין זה, ולכאורה יש להביא ראיה

דשם אביהם על הקרקעות, וכשהם נכנסים תחתיו חייבים לשלם חובו.

אכ"ן קשה מאי פריך רב אשי מלוה על פה הוא ומלוה על פה אינו גובה מן היורשים, נהי דמלוה על פה אין בו שעבוד קרקעות כדתנן לקמן (דף קעה.), סוף סוף הרי ירש קרקע, ואם כן מוטל עליו לפרוע חוב אביו. וצריך לומר דהא גופא היא פירכת רב אשי, דלמה אמרו רב ושמואל דמלוה על פה אינו גובה מן היורשים, והלא לרב נחמן מצוה לפרוע חוב אביהם אפילו אם ליכא שעבוד על הקרקע שירשו, ועל כרחך צריך לומר דליכא מצוה על היורשים אלא כשירשו קרקע משועבדת, כמו שכתב הרשב"ם בד"ה והא רב ושמואל דליכא מצוה אלא במלוה בשטר, כלומר בקרקע משועבדת, ודין המלוה לגבות מן היורשים הוא משום מצוה לפרוע חוב אביהם, ואם כן קשה למה הוצרכו לכך הואיל וליכא גביה אלא כשירשו קרקע משועבדת, למה לא יגבה מכח השעבוד גרידא, אלא הביאור הוא לפימ"ש רש"י בפסחים (דף ל:) דגביה מן הלקוחות הוא משום דמכירתו לאו מכירה, וביתומים הרי ליכא למימר ירושתו לאו ירושה, ומשום הכי איצטריך למצוה על היורשים, ועיימש"נ בש"ב פט"ז.

והנה כתבו התוס' בד"ה מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן וז"ל: וכופין כדמוכח כאן, ומיהו אין כופין במקום שלא הניח להם אחריות נכסים, אבל הניח להם כופין, דהא נזקקין ליתומים ובמלוה בשטר, והכי נמי משמע בסמוך כדפרישית מדקאמר מלוה על פה אינו גובה מן היורשים, משמע דאי למאן דאמר גובה מן היורשים חייב לפרוע ומצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם עכ"ל יעו"ש.

והנה התוס' לא הוצרכו להביא ראיה מהמשך סוגיין דמלוה על פה גובה מן היורשים, דהרי להדיא איתא בגמרא לקמן (דף קעה:) דאיכא מאן דסבר מלוה על פה גובה מן היורשים, יעו"ש, אלא דמהתם ליכא להוכיח דאיכא מצוה על היתומים, דדלמא אין הגביה אלא מדין שעבוד, אבל בסוגיין מבואר דלמאן דאמר מלוה על פה אינו גובה מן היורשים וליכא שעבוד ליכא נמי מצוה, אבל למאן דאמר גובה איכא

בד"ה ואם כתב, יעו"ש, ובשלמא להנך שיטות דמיירי שהמלוה מכר השטר להערב מדין מכירת שטרות שפיר איכא שטר לגבות בו מדרבנן, אבל אין שום זכר לכך בדברי הרשב"ם, ועיימש"נ בש"ב פי"ד, וכיון דלא הוי שטר גמור שוב אין לומר דטעמא דרב פפא משום דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, דאם כן בשטר נמי לא יגבה וכמש"נ, ולכאורה מוכח דהרשב"ם ס"ל כשיטת הר"ף דרב פפא ס"ל שעבודא דאורייתא, וכמש"נ.

פרק יב

בו יבוארו דברי הרשב"ם דלכולי עלמא פריעת בעל חוב מצוה והא דאמר רב הונא בריה דרב יהושע דאין נזקקים משום חשש צררי משום דקטנים נמי בני מיעבד מצוה נינהו.

[בבא בתרא קעד.] ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעניהו ליתמי, אמר רב פפא פריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו, ורב הונא בריה דרב יהושע אמר אימר צררי אתפסיה וכו', יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: פריעת בעל חוב מצוה, הערב עתה נעשה בעל חוב ומלוה על פה הוא ומצוה לפרעו, ואם יתומים פחותים מי"ג לאו בני מיעבד מצוה נינהו, וכי גדלי לישתעי דינא בהדיהו וכו'. רב הונא בריה דרב יהושע אמר לעולם יתמי נמי בני מיעבד מצוה נינהו, כדאמר בערכין פרק שום היתומים (דף כב.) יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שיבקייהו, אלא היינו טעמא דלא גובה ערב מיתמי עד דגדלי וידעו לטעון ולחזור אחר דינם, דאיכא למימר אימור צררי אתפסיה אביהם למלוה בחייו לפטור את הערב וכו' עכ"ל יעו"ש.

הרשב"ם כתב כאן דבר חדש שלא מצינו מפורש בגמרא, דלולי דברי

הרשב"ם טעמא דרב הונא בריה דרב יהושע היא משום דלית ליה פריעת בעל חוב מצוה, כלומר דאפילו אם נאמר דמצוה לפרוע החוב, מכל מקום אין גבית המלוה תלויה בהמצוה כלל, אלא שיש לו דין ממוני וזכות לגבות חובו מכח השעבוד, ובאמת היה יכול לגבות מן יתומים מכח השעבוד גרידא, אלא דחיישינן דלמא צררי אתפסיה, אכן הרשב"ם כתב דטעמא דרב הונא בריה דרב יהושע היא משום דיתומים קטנים נמי

ממה שכתב בד"ה רב הונא בריה דרב יהושע אמר וז"ל: לעולם יתמי בני מיעבד מצוה נינהו וכו' עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פי"ב, הרי דלכולי עלמא פריעת בעל חוב מצוה, ולא נחלקו אלא אם יתומים קטנים בני מיעבד מצוה נינהו, ואם נימא דמאן דאמר פריעת בעל חוב מצוה אית ליה שעבודא לאו דאורייתא, נמצא דבין רב פפא ובין רב הונא בריה דרב יהושע ס"ל שעבודא לאו דאורייתא שלא כהלכתא, ובגמרא קאמר הלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע, ויש לדחוק דהלכתא כותיה אבל לא מטעמיה, דהלכתא כותיה משום דשעבודא דאורייתא ורק דחיישינן לצררי אתפסיה, אבל לא מטעמיה דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, אלא דיתמי בני מיעבד מצוה נינהו. אולם זה לא יתכן כלל, דמי הכריחו לפרש דברי רב הונא בריה דרב יהושע משום דס"ל יתמי בני מיעבד מצוה נינהו, ולמה לא קאמר משום דס"ל שעבודא דאורייתא כדמסיק הלכתא כותיה, אלא לכאורה מבואר דהרשב"ם ס"ל כהר"ף דרב פפא ס"ל שעבודא דאורייתא, ורק דיסוד החיוב הוא מצוה, כמש"נ, וגם רב הונא בריה דרב יהושע מסכים לכך אלא ס"ל דיתמי בני מיעבד מצוה נינהו.

עוד יש להביא ראיה ממה שכתב הרשב"ם לקמן (דף קעד:) ד"ה דלהכי כתב ביה התקבלתי וז"ל: ובמלוה בשטר מודה רב פפא דגבינן מיתמי, דלא אמרינן הכא מצוה אלא חוב ומוטלת עליהם לפרוע בעל כרחם עכ"ל יעו"ש, ואם טעמא דרב פפא משום שעבודא לאו דאורייתא, הרי גם בשטר שעבודא לאו דאורייתא, כדאיתא להדיא לקמן (דף קעה:) ורבה אמר דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, מאי טעמא שעבודא לאו דאורייתא וכו', יעו"ש, ולדעת הרמב"ן אי אפשר לחלק בין מלוה על פה למלוה בשטר לענין פריעת בעל חוב מצוה אלא מדרבנן, דבמלוה על פה ליכא אלא מצוה מדינא דאורייתא ובמלוה בשטר תיקנו רבנן שעבוד ממון.

אכן לזה בודאי צריכים שטר גמור, דבוה תיקנו חכמים שעבוד, אבל להרשב"ם אין כאן שטר גמור, רק כתיבת המלוה לערב התקבלתי, ואין לזה תורת שטר גמור, כמו שכתבו התוס'

בהמעשה איסור של לא תגזול, חובה עליהם להחזיר הממון שבידם שאינו שלהם, ומה שאין גובים מהם הוא משום דחיישינן דלמא צררי אתפסיה, וממתנינים לגבות עד שיגדלו, אכן נמצא שיתכן שיש בידם ממון שהמצוה מחייבת שיוחזר להמלוה, והם אוכלים ממון זה, ומשום הכי אמר רב נחמן יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שיבקייהו.

אב"ל רב פפא ס"ל המצוה המוטלת אקרקפתא דגברא, ויתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו, ומכל מקום איכא למימר דמלבד זה איכא נמי מצוה על הממון שיוחזר, ונמצא שהקטנים אוכלים ממון שמצוה מוטלת עליו שיוחזר להמלוה, ושפיר קאמר רב נחמן דליזלו בתר שיבקייהו.

ועיין ברמב"ן שכתב דאין לומר דלכולי עלמא פריעת בעל חוב מצוה, ולא נחלקו רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע אלא אי יתמי בני מיעבד מצוה, וכמו שכתב הרשב"ם, כנ"ל, דאם כן מאי פריך לרב פפא בכתובות (דף פו.) לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי, יעו"ש, ומבואר דלא פריך אלא לרב פפא, ואם לא נחלקו אלא אם יתמי בני מיעבד מצוה נינהו, וכולי עלמא ס"ל פריעת בעל חוב מצוה, אם כן היה לו להקשות אליבא דכולי עלמא, יעו"ש. ולפימש"נ יש ליישב דברי הרשב"ם דאף דלכולי עלמא אמרינן פריעת בעל חוב מצוה, אם המצוה היתה מוטלת בעיקר על הממון, כמש"נ, אז פשיטא ליה שיכול לגבות ואינו יכול לומר לא ניחא למיעבד מצוה, וכיון דלרב פפא דעיקר המצוה בפועל מוטלת אקרקפתא דגברא, ואם כן יוכל לומר לא ניחא לי למיעבד מצוה, לכך לא פריך אלא לרב פפא.

פרק יג

בו ידון בהנך שיטות דמאן דאמר פריעת בעל חוב מצוה ס"ל רשעבודא לאו דאורייתא וליכא אלא מצוה למה לא אמרינן דספק מלוה חייב לשלם הואיל וספיקא דאורייתא לחומרא.

[בבא בתרא קעד.] בשיטה מקובצת בסוגיין ובכתובות (דף פו.) הביא דברי הרמב"ן ועוד

בני מיעבד מצוה נינהו, וכן מדויק נמי בדברי רש"י על הא דאיתא בגיטין (דף ל:) תניא רבי אומר יורשין שירשו, ומי איכא יורשין דלא ירתי, אלא אמר רבי יוחנן שירשו קרקע ולא שירשו כספים. וכתב רש"י וז"ל: שירשו קרקע, שעליהם מוטל המצוה לפרוע חובת אביהן עכ"ל יעו"ש, והוא כדברי התוס' בכתובות (דף פו.) ד"ה פריעת, ומשמע מרש"י דהיינו לכולי עלמא ולא רק אליבא דרב פפא, וכדברי הרשב"ם.

והביא הרשב"ם ראייה על כך מהא דאמרינן בערכין יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שיבקייהו, כנ"ל, ואם אין עליהם שום מצוה למה ראויים הם לקללה זו, ומוכח מזה דיש עליהם מצוה, ובמצוה זו לא אמרינן יתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו, אלא לעולם בני מיעבד מצוה נינהו, ומכל מקום אין גובים מהם דחיישינן דלמא צררי אתפסיה.

ויש לעיין בדבריו דהיאך נוכל לומר דיתמי בני מיעבד מצוה נינהו, והלא קטנים הם ולא הגיעו עדיין לכלל מצות, וכמו שכתב הרשב"ם בדברי רב פפא. ועוד יש לעיין בדבריו דלפי מה שהוכיח מהא דאמר ליזלו בתר שיבקייהו דאיכא מצוה אפילו על יתומים קטנים, אם כן מאי טעמא דרב פפא דאמר יתמי לאו בני מיעבד מצוה, דאם אין עליהם מצוה למה ליזלו בתר שיבקייהו.

ונראה דלדברי הרשב"ם מצות פריעת בעל חוב לא הוי מצוה המוטלת אקרקפתא דגברא כמו סוכה ולולב, דהיינו שחובה עליו לעשות איזה מעשה מצוה, אלא המצוה מוטלת על הממון, שהלוה יש לו ממון המלוה בידו, בין שהוא בעין בין שאינו בעין, והתורה חייבה שהממון יוחזר להמלוה, ומצות פריעת בעל חוב היא לקיים דין הממון ולהחזירו להמלוה, וס"ל לרב הונא בריה דרב יהושע דלא נפטרו קטנים ממצוה המוטלת על הממון, דרק במצוה המוטלת אקרקפתא דגברא אמרינן דקטנים לא נצטוו, דהתורה לא חייבה את הקטנים בעשיתן, אבל מצוה המוטלת על הממון שיוחזר להבעלים גם קטנים מחויבים בה, ואם יש בידם ממון שהמצוה מחייבת שיוחזר להמלוה גם הם מצווים בקיום מצוה זו, ואפילו אם אין מצווים

במלוה, והא דאמרינן מכירת שטרות מדאורייתא, היינו דלאחר שתיקנו חכמים שעבוד במלוה לא איצטריך תו תקנה שניה שיוכל למכור השעבוד, אלא כיון שיש לו שעבוד יכול למוכרו מדיני התורה.

והנה באמת צריך לומר דגם למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא איכא עליו חיוב תשלומין מלבד המצוה, וכמו שכתבו התוס' בבכורות (דף מה.) בד"ה מלוה הכתובה בתורה וז"ל: היינו דוקא כגון פדיון הבן וערכין ונזקין וכיוצא בהן שלא נתחייבו אם לא שחייבתו תורה, אבל מלוה על פה אע"ג דכתיב (דברים כד, יא) האיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט, לא מיקרי כתובה להיות ככתובה בשטר, ואע"ג דאיירי על פה, דלא חייבתו ממה שכתובה בתורה, כיון דבלאו הכי פשיטא הוא שיש לו לשלם מה שהלוהו עכ"ל, יעו"ש ובהגהת השיטה מקובצת. ומבואר דמלתא דפשיטא היא דאיכא חיוב ממון, אכן למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אין להמלוה שום שעבוד על הלוה מחמת החיוב הזה, וגם אין הלוה חייב לקיים חיוב ממון זה אלא מכח מצות פריעת בעל חוב, ולכן פריך שפיר על רב פפא דלמה נחתנין לנכסיה, לימא לא ניחא לי למיעבד מצוה, ועל זה משני דכופים על המצות, ועד שאתה כופהו בגופו אתה כופהו בממונו, כמו שכתבו הראשונים, ועיימש"נ בש"ב פ"א בהנך שיטות דרב פפא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ובהנך שיטות דס"ל שעבודא דאורייתא.

והפי זה דגם למאן דאמר פריעת בעל חוב מצוה איכא בעצם חוב ממון אלא שאין המלוה יכול לגבות, כמש"נ, יש לומר דהך חיוב ממון נחשב מידי שיוכל למוכרו, וכיון שעבר החיוב ממון למי שמכרה לו, ממילא גם מצות פריעת בעל חוב עברה לו, דהמצוה היא לפרוע למי שהוא מחויב לו, כדכתיב האיש שאתה נושה בו יוציא אליך וגו'.

ומבואר נמי לפי זה הא דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה במקום ספק מלוה, דגם לפי מאי דס"ל פריעת בעל חוב מצוה איכא נמי חיוב לשלם גם בלי המצוה, כמש"נ,

ראשונים דטעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא משום דס"ל פריעת בעל חוב מצוה, ואין לו למלוה שום שעבוד בממונו דלוה, ואין על הלוה אלא מצוה לפרוע.

ויש לדקדק דהנה בכל ספק ממון אמרינן שהממון נשאר ביד המוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה, והקשו האחרונים דהרי בכל ספק ממון איכא נמי ספק איסור, דאם האמת הוא כדברי התובע הרי הממון שביד הנתבע גזול אצלו, ובספיקא דאיסורא אזלינן לחומרא, או מדאורייתא או על כל פנים מדרבנן, ואם כן נהי דמצד דין הממון אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, מכל מקום מצד הספק איסור צריך לשלם, דספיקא דאיסורא לחומרא. ותירצו דבכל ספק ממון דנינן דין הממון ואחר כך דין האיסור, דהאיסור מתלא תלי בדין הממון, וכיון שזכה מצד משפטי הממון שוב ליכא ספק וליכא צד איסור כלל.

אכן קשה דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, להנך שיטות דהיינו משום דס"ל פריעת בעל חוב מצוה, ואין עליו לשלם אלא מחמת המצוה, כדאיתא בכתובות שם דכופין על המצות, יעו"ש, אם כן היאך אמרינן בהלואה המוטלת בספק המוציא מחבירו עליו הראיה, הא ליכא אלא ספק מצוה וספיקא דאורייתא לחומרא.

עוד יש לדקדק לשיטות אלו דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ליכא אלא מצוה בעלמא, דאם כן היאך שייך כל ענין מכירת שטרות, הא אין למלוה שום ממון שיוכל למכור, שהרי ליכא אלא מצוה המוטלת אקרקפתא דגברא, ובשלמא להרמב"ם דס"ל דמכירת שטרות מדרבנן, כמו שכתב פ"ו מלוה ולוה הלי"ב, יעו"ש, יש לומר דרק אחר שתיקנו חכמים שעבוד במלוה שייך בו מכירה, אכן קשה לשיטת ר"ת דמכירת שטרות מהני מן התורה, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פה.) בד"ה המוכר, ועיימש"נ בש"א פכ"ד, הרי ליכא אלא מצוה, ומה יש לו למלוה שיוכל למכור לאדם אחר.

ואולי יש לומר דבאמת לא היה מהני מכירת שטרות קודם שתיקנו חכמים שעבוד

היתומים להערב כמלוה בשטר, ואיכא עליהם חוב גמור, וגם מן הקטנים יכול לגבות.

והתוס' לעיל (דף קעד.) בד"ה ואם כתב הביאו דעה זו דבכתיבת התקבלתי אליים כחו והוי כמלוה בשטר, ובזה מודה רב פפא דאיכא חוב גמור, ועל זה הקשו וז"ל: וקשיא לן דבערכין פרק שום היתומים (דף כד:) מוכח דאיירי רב הונא ורב פפא במלוה בשטר, דפריך התם שום היתומים שלשים יום, בשלמא לרב הונא מוקי לה בשחייב מודה, אלא לרב פפא במאי מוקי לה, אמר לך רב פפא איבעית אימא בכתובת אשה משום חינא, אבל בבעל חוב בשטר לא מצי מוקי לה, אלא מיירי ודאי אפילו בשטר, ועוד מאי משני דלהכי כתב ליה התקבלתי דהוי כמלוה בשטר, מה יש לו לכתובת המלוה להועיל לערב לגבות מיתמי מאחר שהלוה לא כתב כלום וכו' עכ"ל יעו"ש.

והביאו התוס' ראייה חזקה מסוגיא דערכין דגם במלוה בשטר קאמר רב פפא דיתמי לאו בני מיעבד מצוה ניהו, וכן הקשו כמה ראשונים. ועוד הקשו דכיון דחייב היתומים להערב הוי חייב חדש המוטל עליהם ובעצם הוי מלוה על פה, וכמו שכתב הרשב"ם בד"ה פריעת בעל חוב מצוה, יעו"ש, אם כן היאך אהני כתיבת התקבלתי של המלוה להערב לאשוויי חוב היתומים להערב כמלוה בשטר, והדברים תמוהים.

והנה עיין בשיטה מקובצת ד"ה בשלמא לרב הונא שכתב וז"ל: ורוב הספרים כתוב בהם להכי טרח וכתב ליה התקבלתי, פירוש שמתוך כך הויא לה מלוה בשטר, ומודה רב פפא וכו' דבמלוה בשטר תקינו רבנן שעבודא עכ"ל יעו"ש. והך תקנה דנקט השיטה מקובצת לכאורה היינו עיקר התקנה דמלוה בשטר גובה מן המשועבדים למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, כדאיתא לקמן (דף קעה:), וס"ל כהנך שיטות דטעמא דרב פפא משום דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, ועיימש"נ בש"ב פי"א, ואהני כתיבת התקבלתי לאשוויי כמלוה בשטר וגובה על כל פנים משום תקנה דרבנן, אולם בודאי אין שטר שכתב בו המלוה להערב התקבלתי נופל בכלל תקנה זו, דאין זה ממש מלוה בשטר לגבי

ומחמת הספק נסתלק החיוב, ושוב ליכא עוד חיוב ממון כלל, וממילא דליכא נמי מצוה.

פרק יד

בו יבוארו דברי הרשב"ם דרב פפא דאמר יתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה ניהו אינו במלוה בשטר, ויחולק בין שטר שיצא על היתומים עצמם לבין שטר שיצא על אביהם.

וכבא בתרא קעד: מיתבי ערב שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו אינו גובה, ואם כתוב בו התקבלתי ממך גובה. בשלמא לרב הונא בריה דרב יהושע משכחת לה כשחייב מודה, אלא לרב פפא קשיא, שאני התם דלהכי טרח וכתב ליה התקבלתי, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: אינו גובה עד שגדלי יתמי ומשתעי דינא בהדיהו, ואז ישבע ויפרע מהם כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים וכו' עכ"ל יעו"ש. והיינו דאע"ג דהערב נקיט שטר המלוה בידו, אינו גובה מן היתמים, דחיישינן לנפילה, דלמא נפל מיד המלוה ומצאו הערב, כמו שכתב רבינו גרשום, יעו"ש, ואם היה נשבע כדרך הבא ליפרע מנכסי יתומים שוב לא חיישינן לנפילה, וכל זמן שהם קטנים אינו יכול להעמידם בדין ולישבע כנגדם, אבל לכי גדלי נשבע וגובה, ואם כתב לו התקבלתי גובה מיד, דשוב ליכא למיחש לנפילה, ובשלמא לרב הונא בריה דרב יהושע איכא לאוקמי כשחייב מודה ושוב לא חיישינן לצררי אתפסיה, אלא לרב פפא דיתמי לאו בני מיעבד מצוה ניהו למה גובה מהם כשכתב לו המלוה התקבלתי.

ומשני דלהכי טרח הערב וכתב לו התקבלתי, וכתב הרשב"ם וז"ל: דלהכי כתב ליה התקבלתי דהוי ערב מוחזק בשטר שיש לו עליהם ולא חשיבא מלוה על פה, ובמלוה בשטר מודה רב פפא דגבינן מיתמי, דלא אמרינן הכא מצוה אלא חוב, ומוטלת עליהם לפרוע בעל כרחם עכ"ל יעו"ש. ובלי כתיבת התקבלתי לא הוי חוב היתומים להערב שפרע בעדם אלא מלוה על פה, ואין עליהם אלא מצוה לפרוע, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה, אבל אם כתב המלוה להערב התקבלתי ממך, אז נעשה חוב

לטעון פרעתי אז אפילו אם לא טען פרעתי אין התחייבותו מכריחתו, כמש"נ.

ובא רב פפא לחדש דגם במלוה על פה שייך חובת ממון אם לא טען פרעתי, דאע"ג דמצד ההתחייבת גרידא ליכא חובת ממון הואיל ויכול לפטור עצמו, כמש"נ, מכל מקום הרי מוטלת עליו חובת מצוה לשלם, וממילא חל עליו גם חובת ממון אע"פ שהיה יכול לפטור את עצמו, כמש"נ, אלא דפריך בגמרא אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי, דסוף סוף אם אין המצוה מכרחת אותו לשלם היאך יוצא מזה חובת ממון, ומשני דכיון דכופין על המצות ממילא איכא נמי חובת ממון, וכמש"נ, אבל במלוה בשטר לא איצטריך לכל זה, דכיון דאינו יכול לכפור ולטעון פרעתי הרי התחייבותו מחייבתו ממון גם בלי שום חובת מצוה, כמש"נ.

ושפיר מחלק הרשב"ם בין מלוה בעל פה למלוה בשטר לגבי יתומים קטנים, דהיכא דאיכא שטר על היתומים שפיר חל עלייהו חיוב ממון גם בלי שום חובת מצוה, ואפילו כשכתב המלוה לערב התקבלתי ממך דלא הוי שטר גמור, כמו שכתבו התוס', כנ"ל, מכל מקום אהני כתיבתו שלא יוכלו עוד לטעון פרעתי, שהרי לא היה להם להניח ביד הערב שטר אביהם שכתב בו המלוה לערב התקבלתי, ויכול הערב לטעון שטרך בידי מאי בעי, וכיון דאין יכולים לטעון פרעתי הרי השטר מחייב אותם בלי שום חובת מצוה, שהרי הערב פרע חוב שלהם והם חייבים לחזור ולפרוע לו, ויש בידו שטר, אבל אם לא כתב לו התקבלתי הרי יכולים היתומים לטעון פרעתי, ואם כן אין עצם פריעת הערב בעדם [מחייבת] מכריחה אותם, ולא חל עליהם חובת ממון אלא מחמת החובת מצוה, דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, וזה לא שייך אלא ביתומים גדולים, אבל יתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה ניהו, ונמצא שאין עליהם חובת ממון כלל עד שיגדלו, דעצם פריעת הערב בעדם אינה מכריחה אותם, דהוי מלוה על פה ויכולים לטעון פרעתי, כמש"נ, וגם המצוה אינה מחייבת אותם דעדיין קטנים הם.

ולפי זה תתיישב היטב קושית התוס' מסוגיא דערכין, כנ"ל, דבסוגיין הנידון על חיוב

היתומים, ומנלן דאיכא תקנה מיוחדת לגבי כתיבת התקבלתי בכהאי גונא לחדש בו שעבוד, אלא דהשיטה מקובצת אזיל לפי הנך שיטות דכתיבת התקבלתי הוי כמכירת השטר להערב, ונכנס במקום המלוה, והשתא יש לו שטר גמור על היתומים כמו שהיה לו להמלוה, וכן כתב להדיא בהמשך דבריו, יעו"ש, אבל אין שום הכרח בדברי הרשב"ם לדעה זו, אלא כונתו שכתבת התקבלתי גרידא נחשב כמלוה בשטר, וכמו שהבינו התוס' בדבריו, ולכאורה לא הוי כמלוה בשטר אלא לגבי הא דאינם יכולים לטעון עוד פרעתי, דיכול הערב לומר שטרך בידי מאי בעי, ואילו פרעתם היה לכם ליטול השטר ממני, וצריכים לעיין למה אליבא דרב פפא לא אמרינן יתמי לאו בני מיעבד מצוה גם בכהאי גונא.

ונראה לבאר דברי הרשב"ם עפ"י מש"נ בש"ב פ"א בשיטת הרי"ף, וכן היא נמי שיטת הרשב"ם, כמש"נ בש"ב פ"א, דהא דקאמר רב פפא פריעת בעל חוב מצוה היינו דיטוד החיוב ממון הוא המצוה המוטלת עליו, וכיון שהוא מחויב לשלם משום מצוה ממילא חלה עליו חובת ממון גם כן, ועל זה פריך בכתובות (דף פו.) אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי, כלומר היאך אפשר שיחול חובת ממון מן המצוה אם יכול לומר לא ניחא לי למיעבד מצוה, ומשני דכיון דכופין על המצות ובעל כרחיה ישלם אם כן ממילא חל עליו נמי חובת ממון, יעו"ש, והשתא נראה דס"ל להרשב"ם דאין צריכים שיחול חובת ממון דרך המצוה המוטלת עליו אלא במלוה על פה ולא במלוה בשטר.

והסברא היא דמלוה בשטר איכא עליו חובת ממון הואיל וחייב עצמו לשלם, ובדין הוא שיכול לחייב עצמו ממון, אכן במלוה על פה אמרינן דבעצם לא היה חל עליו חובת ממון, שהרי לעולם יכול להשתמט מן המלוה ולטעון פרעתי, ומדאורייתא אין שום שבועה בכופר הכל, ואיזה חובת ממון היא זו שאינה מכריחה אותו לשלם, ולעולם יכול ליפטר בטענת פרעתי, ובשלמא במלוה בשטר הרי מוכרח לשלם, דהא יכול המלוה לטעון שטרך בידי מאי בעי, ואם כן איכא חובת ממון עליו מדין התחייבות, אבל במלוה על פה שיכול

בריה דרב יהושע, דבודאי דין זה נוגע להערב, ואם היה בא לבית דין היו שומעים טענותיו, כדמבואר בבבא קמא (דף ח:), ומכל מקום ס"ל לרב פפא דיכולים קרובי הערב להעיד בנידון של לזה ומלוה, ואף שיכול לצאת מזה ריוח או הפסד להערב קרובם, ורב הונא בריה דרב יהושע ס"ל דכיון דאי ליה ללוה אזיל מלוה בתר ערב, הרי קרובי הערב פסולים להעיד בנידון זה מכל וכל, ובמה תלוי מחלקתם.

ונראה דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע אזלי בזה לשיטתייהו בהא דנחלקו בערכין (דף כב.) בטעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים, רב פפא ס"ל דפריעת בעל חוב מצוה ויתמי קטני לאו בני מיעבד מצוה נינהו, ורב הונא בריה דרב יהושע אמר דחיישינן לצררי אתפסיה, ולית ליה טעמא דפריעת בעל חוב מצוה, יעו"ש, ויש מן הראשונים שלמדו דטעמא דרב פפא משום דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ואין עליו אלא מצוה בלבד, ומכל מקום גובים מנכסיו דעד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו, ורב הונא בריה דרב יהושע ס"ל דשעבודא דאורייתא וגובה משום שעבוד ולא משום מצוה, ועיימש"נ בש"ב פ"א.

וְלַפִּי זה דרב פפא ס"ל דיסוד הגביה הוא מצות פריעת בעל חוב המוטלת על הלוה, אם כן אין נידון זה שייך להערב כלל, דהמצוה היא רק על הלוה, ומה ענין הערב אצל מצוה המוטלת אקרקפתא דלוה, ואין הכי נמי דגם הערב יש לו מצות פריעת בעל חוב, שהרי קיבל על עצמו לשלם למלוה אם אינו יכול לגבות מן הלוה, אכן זוהי מצוה אחרת השייכת להערב בלבד, ואינה שייכת למצוה המוטלת על הלוה, ולכן עדים הקרובים לערב כשרים להעיד על הלוה, שאין גוף העדות אלא על הלוה בלבד, ואע"ג דהעדות נוגעת גם לערב, דאם לית ליה ללוה אזיל בתר ערב, לא איכפת לן בכך הואיל וגוף העדות לא הוי אלא על הלוה ולא על הערב כלל.

אבל רב הונא בריה דרב יהושע לית ליה פריעת בעל חוב מצוה, ועיקר הגביה הוא מכח השעבוד הגוף ולא משום מצוה על הגברא, והרי הערב חתם על שעבוד זה וחייב עצמו בו, ונמצא

דידהו מצד עצמם ולא מצד פרוען חוב אביהם, דכיון דהערב פרע חוב אביהם בעדם, ובמשך הזמן היו מוכרחים לפרוע החוב אילו לא פרע הערב בעדם, הרי זה נחשב כאילו הערב הלוה מעות להיתומים, ועליהם לפרוע לו, והרי זה חובה דידהו, ואע"ג דחוב אביהם היה בשטר, חוב דידהו להערב הוא מלוה על פה, כמו שכתב הרשב"ם לעיל (דף קעד.) ד"ה פריעת בעל חוב מצוה, יעו"ש, ולכן אם כתב מלוה לערב התקבלתי נעשה חוב דידהו להערב כמלוה בשטר, דהיינו דאינם נאמנים שוב לטעון פרעתי, וחלה עליהם חובת ממון גם בלי שום חובת מצוה, כמש"נ, ולא איכפת לן דיתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו.

אבל בסוגיא דערכין לא מיירי בערב שפרע בעדם, אלא מיירי כשהמלוה בא לגבות מן היתומים, ואין זה חוב דידהו אלא חוב דאביהם, ואין המלוה יכול לגבות מן היתומים בין במלוה על פה בין במלוה בשטר אלא מדין מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, שהרי לגבי חוב אביהם אין להם שום התחייבות אלא מצוה בלבד, והרי יתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו, וכיון דליכא חובת מצוה ליכא נמי חובת ממון, אבל בסוגיין שכבר פרע הערב חוב אביהם וחל חיוב חדש על היתומים, הרי אין חיוב חדש זה תלוי בחובת מצוה אלא במלוה על פה שיכולים לטעון פרעתי, וכמש"נ, אבל אם כתב לו מלוה לערב התקבלתי שוב אין היתומים יכולים לטעון פרעתי, וחל חוב דידהו גם בלי חובת המצוה, כמש"נ, ושוב לא איכפת לן כמה דיתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו.

פרק טו

בו יובא מחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע לענין עדים קרובים לערב שהעידו על הלוה, ויבואר דלמקצת ראשונים יש לומר דאזלי לשיטתייהו לענין פריעת בעל חוב מצוה.

[מכות ז.] אילעא וטוביה קריביה דערבא הוו, סבר רב פפא למימר גבי לזה ומלוה רחיקי נינהו, אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא אי לית ליה ללוה לאו בתר ערבא אזיל מלוה, יעו"ש. ויש לעיין במה נחלקו רב פפא ורב הונא

אינו רוצה לקיים המצוה יש לגבות ממנו מכח השעבוד.

עוד יש להקשות מהא דאיתא בבבא קמא (דף טז:) משכנו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו, זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה את השאר, יעו"ש, והרי לאחר מיתת הגר בלא יורשים ליכא שום צד קיום מצות פריעת בעל חוב, ואעפ"כ גובה מן המשכון מכח השעבוד, ואם כן קשה דגם כשאינו רוצה לקיים המצוה, וגם ביתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו, למה לא נגבה מכח השעבוד גרידא.

ועיימש"נ בש"ב פ"א דלהנך שיטות דס"ל דרב פפא פסק כמאן דאמר שעבודא דאורייתא, כמו שכתב הרי"ף בבבא בתרא (דף קעו.), יעו"ש, בודאי ס"ל לרב פפא דאית ליה למלוה שעבוד ממוני על נכסי הלוה, אכן כל השעבוד יסודו עומד על שעבוד הגוף, ויסוד שעבוד הגוף הוא מצות פריעת בעל חוב, דכיון שהוא מחויב במצות פריעת בעל חוב חל שעבוד ממוני על גופו ונכסיו, ושוב יכול לגבות מכח השעבוד כמו בההיא דגר שמת, ובגמרא כתובות פריך דאם יכול לומר לא ניחא לי למיעבד מצוה אם כן לא מסתברא שעל ידי זה יחול עליו שעבוד ממוני, ומשני דכיון דכופים על המצות הרי הוא מוכרח לקיימו, ושפיר חל עליו נמי שעבוד ממוני על גופו ונכסיו, יעו"ש.

אכן עדיין קשה דלמה לא נגבה מיתומים קטנים מכח השעבוד ממוני, שהרי אביהם נתחייב במצות פריעת בעל חוב, ועל ידי זה חל שעבוד ממוני על גופו ונכסיו, והרי המלוה יכול לגבות מן הלקוחות מכח השעבוד אע"פ שאין עליהם שום מצות פריעת בעל חוב, כדתנן במתניתין דבבא בתרא, כנ"ל, ואם כן גם מיתומים קטנים למה לא יוכל לגבות מכח השעבוד.

ונראה ליישב עפ"ימש"נ בש"א פט"ז בדברי רש"י בפסחים (דף ל:) דהא דגובים מן הלוקח הוא משום דלגבי גובינא מכירתו לאו מכירה, ונתבאר לן דרש"י הוצרך לכך, ולא כתב בפשיטות דגובה מכח השעבוד, משום דכשגובה מן הלוקח הרי הוא נוטל ממון הלוקח ומחסרו, ואין השעבוד מועיל אלא ליקח ממון הלוה,

דכשעדים מעידים על הלוה עיקר עדותם הוא על השעבוד ממון, ואם יש ערב שקיבל אחריות על שעבוד זה הרי עדותם גם על הערב, ולכן אין עדים קרובים דערב יכולים להעיד על הלוה, שהרי גוף עדותם על שניהם.

פרק טז

בו יחולק בין הא דאין נזקקים לנכסי יתומים קטנים הואיל ופריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו לאה דמשכון של גר ביד ישראל ומת הגר קנה הישראל מיד.

[ערכין כב.] אמר רב יהודה אמר רב אסי אין נזקקין לנכסי יתומים אלא אם כן רבית אוכלת בהן וכו', אמר רב נחמן מרישא לא הוי מיזדקקנא לנכסי יתמי, כיון דשמענא להא דרב הונא חברין משמיה דרב יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו מכאן ואילך מיזדקקנא, מעיקרא מאי טעמא לא, אמר רב פפא פריעת בעל חוב מצוה ויתמי לא בני מיעבד מצוה נינהו, רב הונא בריה דרב יהושע אמר אימר צררי אתפסיה, מאי בינייהו, איכא בינייהו בשחייב מודה, אי נמי שמתהו ומת בשמתיה, שלחו מתם דשמתהו ומת בשמתיה. והלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע, יעו"ש, ובסוגיא דבבא קמא (דף טז.) מבואר דרך אחרת בטעמא דרבי יוחנן דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים, וטעמא משום דאין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין, ויעוין שם בתוס' ד"ה ורבי יוחנן, ואע"ג דהיה מהני לזה העמדת אפוטרופוס, אין מעמידים להם אפוטרופוס אלא במקום מזיק ומפני תיקון העולם, יעו"ש.

והנה עיין בכתובות (דף פו.) אמר ליה רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי, אמר ליה תנינא וכו' אבל במצות עשה, כגון שאומרין לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו, יעו"ש. והקשו הראשונים דהא משנה מפורשת בבבא בתרא (דף קעה.) המלוה את חבריו בשטר גובה מנכסים משועבדים, ורב פפא עצמו קאמר בקדושין (דף טז:) שעבודא דאורייתא, יעו"ש, ואם כן אפילו

כבר פרע חובו, כמו שכתב רש"י וז"ל: משום שובר, דשמא שובר היה לאביהם על השטר הזה שפרעו ויתומים אין יודעין היכן הוא עכ"ל יעו"ש.

ובהמשך הסוגיא (דף כב:) אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע לרבא ומי חיישינן לשובר, והתנן הנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה וכו', ורבה אמר רב נחמן אפילו בעל חוב נמי, ואי חיישת לשובר התם נמי נישחש, אמר ליה התם כדאמרינן טעמא שלא יהא כל אחד נוטל מעותיו של חברו והולך ויושב לו במדינת הים, יעו"ש.

והקשו התוס' וז"ל: וא"ת רב הונא בריה דרב יהושע תקשי ליה נמי לנפשיה ליחוש לצררי, ויש לומר דהוה פשוט לרב הונא בריה דרב יהושע דמשום צררי אין למנוע לפרוע שלא בפניו משום שלא יהא כל אחד ואחד נוטל מעותיו של חברו ויושב לו במדינת הים, אבל משום חששא דשובר לא הוה מסיק אדעתא לומר כן, ומשום הכי הקשה לו ליחוש לשובר ותיריך לו התם כדאמרינן שלא יהא כל אחד ואחד כו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריהם דמשכון לא שכיח כל כך כמו פרעון, ולכן לא קשה מנפרע שלא בפניו אלא לרבא.

אכן קשה טובא דהא רב הונא בריה דרב יהושע לא אמר טעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים משום חשש פרעון, דלא חיישינן לכך, וקאמר טעמא משום אימר צררי אתפסיה, דחיישינן דלמא נתן לו משכון, ואם לא חיישינן לפרעון דשכיח טפי למה חיישינן למשכון דהוי דבר רחוק מאד, ועיין בהמפרשים שנדחקו ליישב קושיא זו.

ונראה לבאר דברי רב הונא בריה דרב יהושע עפימ"ש הרמב"ם פי"א מלוה ולוה הל"א וז"ל: אבל המלוה את חברו בשטר צריך לפרעו בעדים, לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן, אלא אומרים לו או הבא עדים או עמוד ושלם לו חובו עכ"ל יעו"ש. וידוע קושית הגר"ח דבריו הרמב"ם נראים כהפוכים, דהיה לו לכתוב דהמלוה את חברו בשטר אין הלוח נאמן לומר פרעתי לפיכך צריך לפרעו בעדים, דהואיל ואינו נאמן לומר פרעתי יאבד מעותיו אם לא

להכי כתב דלגבי גוביינא עדיין הוי ממון הלוה, יעו"ש. ולפי זה יש לומר דהיכא דגובה מנכסי הגר שמת הרי גביתו חלה מיד כשמת, ובאותה שעה הרי הנכסים הפקר ואינו נוטל ממון שום אדם, ואם כן שפיר יכול לגבות מכח השעבוד גרידא בלי שום מצות פריעת בעל חוב ושעבוד הגוף, וכשהוא גובה מן הלוקח אמרינן דמכירתו לאו מכירה, דלגבי גוביינא עדיין הוי ממון הלוה, כמש"נ.

אכן ביתומים אי אפשר לומר דירושתו לאו ירושה, דהא הלוה נסתלק מן העולם וכל מה שהשאיר ירשו בניו, והרי הקרקע שלהם לגמרי, ואפילו לגבי גוביינא, וכשהבעל חוב גובה מהם הרי הוא נוטל ממון היתומים, ומאיזה דין יוכל ליטול ממון מן היתומים, והלא הם לא לוו ממנו שום ממון, ואם כן כשבא לגבות מן היתומים אינו יכול לגבות אלא מכח השעבוד הגוף דרמי עליהו, והרי בדין נוטל ממונם, שהרי מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, וחל עליהם נמי שעבוד הגוף כנגד האחריות נכסים שהניח להם אביהם, אבל לולי הך שעבוד הגוף אין שעבוד המלוה מועיל ליקח ממון היתומים, דהא ליכא למימר בהו דירושתם לאו ירושה כמו בלוקח דמכירתו לאו מכירה, וכמש"נ, ועיימש"נ ש"ד פכ"ב.

פרק יז

בו יבואר הא דרב הונא בריה דרב יהושע חושש לצררי אתפסיה דהיינו שאביהם נתן לבעל חובו משכון ואינו חושש שאביהם פרע חובו, ואע"ג דמבואר בגמרא דפרעון שכיח טפי.

[ערכין כב.] אמר רב יהודה אמר רב אסי אין נזקקין לנכסי יתומים וכו', מאי טעמא לא, אמר רב פפא פריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה ניהו, רב הונא בריה דרב יהושע אמר אימר צררי אתפסיה וכו', רבא אמר משום שובר וכו', יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה צררי אתפסיה וז"ל: אביהם נתן לבעל חובו מעות או כסף וזהב במשכון בשעת מיתה ולא הספיק ליטול את השטר מידו עכ"ל יעו"ש. והיינו דלרב הונא בריה דרב יהושע חושש הוא שאביהם נתן משכון להבעל חוב, ולרבא חושש הוא שאביהם

וז"ל: פטור אף מדמי שעורין, דהא אמר ליה תובע לאו שעורין יהי לך ואחולי מחיל גביה עכ"ל יעו"ש, וכן כתבו התוס' בד"ה לימא דהיינו טעמא דפטור משום דמחל ליה, יעו"ש. והרא"ש כתב דפטור מדמי שעורים שהרי המלוה מודה שאינו חייב לו שעורים, והודאת בעל דין כמאה עדים דמי, וחולק על הרמ"ה שכתב דפטור מפני שיכול לטעון משטה הייתי כך, יעו"ש, וכן כתב המחבר סי' פ"ח סעי' י"ב, יעו"ש.

א"ל עיין מה שכתב הרמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"י וז"ל: כור חטים יש לי בידך, אין לך בידי אלא כור שעורים, פטור אף מדמי שעורים, שהרי אומר לו אין לי בידך שעורים, ונמצא זה דומה למי שאמר לחבירו בבית דין מנה לך בידי, ואומר לו האחר אין לי בידך, שאין בית דין מחייבין אותו ליתן לו כלום, ואם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאין מידו עכ"ל יעו"ש.

א"ל כתב הרמב"ם הטעם משום מחילה, אלא משום שאומר אין לי בידך שעורים, ויש שרוצים לפרש דבריו דכונתו למה שכתב הרא"ש דהוי הודאה כנגד הודאה, שזה מודה שחייב לו מנה וזה מודה שאינו חייב לו, אכן קשה לפי זה דלמה האריך כל כך בלשונו, והביא משל למה הדבר דומה, והיה לו לומר בפשיטות דפטור אף מדמי שעורים שהרי הודה לו שאין לו בידו שעורים. ועוד יש לדקדק בדברי הרמב"ם שכתב דאם אחד אמר מנה לך בידי והשני אומר אין לך בידי אין בית דין מחייבים אותו כלום, למה הוסיף כאן מלת כלום, האם יעלה על הדעת שמחייבים אותו מקצת שהוצרך לומר דאין מחייבים אותו לשלם כלום, ובשלמא בחטים ושעורים יש הבדל בין הסכומים ואולי היה שייך בזה לשון כלום, אכן הרמב"ם קאי על המשל ששניהם מדברים במנה, ואם כן או חייב או פטור, ומה שייך לשון כלום.

ובב"ל צריך עיון בדברי הרמב"ם שכתב דאם תפס שעורים לא מפקינן מיניה, למה תהני לו תפיסה על השעורים, הרי הודה שאין לו בידו שעורים, או מחל לו על השעורים לדברי רש"י והתוס', כנ"ל, והתוס' שם (דף לו.) בד"ה ראוי ליטול כתבו דבאמת לא מהני תפיסה

יפרענו בעדים, ומחמת קושיא זו קבע הגר"ח יסוד גדול, דהא דאין הלוח נאמן לומר פרעתי הוא מדיני השטר, והוי כמו שנתן להמלוה נאמנות כל זמן שהשטר בידו לומר שלא נפרע, והלוח ויתר על נאמנותו לטעון פרעתי, אלא אם כן פרע בעדים.

א"ל פי זה נבין סברת רב הונא בריה דרב יהושע דלא חייש לפרעון וחייש למשכון, דכיון שדין השטר הוא דאין נאמנות לומר פרעתי נגדו, אם כן גם חכמים אין להם לחוש לכך, דדין וראית השטר מועיל לא רק לטענת הנתבע אלא גם לחששא דרבנן, אבל לגבי טענת מסרתי לך משכון דאין טענה זו מועילה לפוטרו מתביעת הבעל חוב, דאין זה אלא טענה בעלמא כמו מחלת לי שהיא טענה גרועה ואינו נאמן אלא במיגו, כדאיתא בחו"מ סי' ע' סעי' א', יעו"ש, אכן יכול לטעון משכון לי בידך, ורק דאם טען כן לא יפטור בכך, שטענה גרועה היא, ומכל מקום כיון שיוכל לטעון טענה זו שפיר יכולים חכמים לחוש לכך, ואע"ג דהוי מלתא דלא שכיחא, כמו שכתבו התוס'. ורבא דאמר חיישינן לפרעון ס"ל דאין לדמות דין הטוען לחששא דרבנן, ואע"ג דהלוח אבד זכותו לטעון פרעתי, עדיין יכולים חכמים לחוש לכך להגן על היתומים.

פרק יח

בו יובאו דברי הרמב"ם דטענו חטים והודה בשעורים פטור אף מדמי שעורים שהרי אומר אין לי בידך שעורים, ויוכיח דאין כונתו להודאת בעל דין, ויבואר למה תפיסה מועילה לו.

[כבא קמא אה:] גופא אמר רבה בר נתן טענו חטין והודה לו בשעורין פטור, מאי קא משמע לן תנינא טענו חטין והודה לו בשעורין פטור, אי מהתם הוה אמינא פטור מדמי חטין וחייב בדמי שעורין, קא משמע לן דפטור לגמרי. תנן היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן וכו', והתניא הרי זה משתלם על הקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן, דתפס וכו', יעו"ש.

ונחלקו הראשונים בטעמא דרבה בר נתן דפטור אף מדמי שעורים, רש"י כתב

להשאר תחת שעבוד המלוה, ותובע מן המלוה שישחרר אותו מיד על ידי קבלת התשלומין, ואז המלוה חייב לקבל הפרעון.

והשתא היכא דהלוה אומר להמלוה יש לך בידי שעורים והמלוה אומר אין לך בידי שעורים, הרי הלוה בודאי נתחייב בתשלומין, שהרי הודה בהשעורים והודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ונתחייב על פי הודאתו לשלם שעורים להמלוה, ופריעת בעל חוב מצוה, ומכח מצות הלוה מוטל על המלוה לקבל ממנו שעורים, ואע"פ שהודה שאין לו בידו שעורים, וגם בזה איכא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אין הודאה זו פוטרת המלוה מלקבל השעורים מן הלוה, דכיון דאיכא חיוב גמור על הלוה לשלם השעורים, ואם לא ישאר משועבד להמלוה דעבד לזה לאיש מלוה, הרי מוטל על המלוה לשחררו על ידי קבלת תשלומין ולסלק שעבודו ממנו, ולכן לא כתב הרמב"ם דפטור אף מדמי שעורים משום שהמלוה הודה שפטור, דאין הודאת המלוה מבטלת הודאת הלוה, ובודאי חייב לשלם, וממילא מוטל על המלוה לקבל ממנו תשלומין, כמש"נ.

ולכן כתב הרמב"ם טעם אחר לפטור אותו אף מדמי שעורים, והביא לזה משל, דאם אחר אומר לחבירו בבית דין מנה לך בידי ואומר לו האחר אין לי בידך אין בית דין מחייבין אותו ליתן לו כלום, ולא אמרינן שעל המלוה מוטל לקבל תשלומין כדי שהלוה יקיים מצותו ויפרוק עול המלוה מעל צוארו, אלא יכול המלוה לומר לדברי אין כאן חוב ואין כאן שעבוד, ואין אתה יכול לחייב אותי לקבל ממון של אחרים, ושונא מתנות יחיה, כמו שכתב רש"י בבבא בתרא (דף קלח.) בד"ה כאן בצווח, יעו"ש.

ומענה זו אינה צריכה לדין הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, דאדרבה אין דין זה מועיל לו בענין זה, כמש"נ, אלא הכל מדיני טוען ונטען, דזה טוען אני חייב לך ועליך לקבל תשלומין ממני ולשחרר אותי משעבודי דעבד לזה לאיש מלוה, וזה טוען שאין כאן חוב ואין כאן שעבוד, והודאת בעל דין שלך לא מעלה ולא מוריד אצלי, ואין אתה יכול לתבוע ממני לקבל מעות שאינן ראויות לי, ושונא מתנות

בהשעורים, והא דקאמר בגמרא שם דאי תפס לא מפקינן, היינו דוקא בגונא דאיכא תביעה ממה נפשך, יעו"ש, אכן הרמב"ם כתב להדיא דטענו חיטים והודה לו שעורים אם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאין מידו, וקשה לדידיה הרי הודה שאין לו שעורים בידו, והודאת בעל דין כמאה עדים, והיאך יכול לתפוס השעורים. ועיין בלחם משנה שעמד על דבריו, יעו"ש, וכן הקשה הש"ך סי' פ"ח סקכ"ג, יעו"ש. והקצות החושן שם סק"ט כתב ליישב דהודאה כנגד הודאה הוי כהכחשה דתרי ותרי ומהני תפיסה, יעו"ש, אך יש לדקדק בדבריו מהא דאמרינן בכריתות (דף יב.) דנאמן אדם על עצמו יותר ממאה איש, יעו"ש, וכיון דלגבי עצמו נאמן לגמרי עדיין קשה למה תפיסתו מועילה לו.

ונראה בביאור הדברים על פי מה שכתב המחבר סי' ע"ד סעי' ו' וז"ל: לזה שאמר כשהגיע זמן הפרעון אין לי מעות ולא מטלטלים אלא קרקע טול אותו בחובך, והמלוה אומר איני חפץ בקרקע, ואני רוצה להמתין עד שיהיו לך מעות, ואינך יכול לכופני שאקח קרקע כיון שאיני תובע חובי עכשיו, הדין עם המלוה עכ"ל יעו"ש, וכן הוא בתשובת הרא"ש מובא בטור שם, ועיימש"נ בש"ד פ"א, ומבואר דאם הלוה רוצה לפרוע חובו במעות, המלוה מחויב לקבל תשלומין, ורק אם רצה ליתן לו קרקעות או מטלטלין הרשות ביד המלוה להמתין עד שיביא לו מעות.

ולכן בנידון דידן אם לא אמר המלוה אין לי בידך שעורים, אלא אמר יש לי בידך שעורים אבל אין רצוני להתדיין עליהם עכשיו, וכשארצה אתבע השעורים ממך, והלוה שהודה על השעורים עומד בפניו ורוצה לשלם השעורים מיד, ככהאי גונא בית דין מחייבים המלוה לקבל ממנו השעורים מיד, ובטעמא דמילתא נראה, דכיון דמוטל על הלוה מצות פריעת בעל חוב, וקיום מצוה זו תלוי בקבלת המלוה, או מדעתו או בפרעון בעל כרחו, הרי המלוה מחויב לקבל הפרעון מן הלוה, ובפרט משום דעבד לזה לאיש מלוה (משלי כב, ז), והובא דין זה להלכה בבבא בתרא (דף נא. וקעא:), יעו"ש, ובעוד מקומות, ויכול הלוה לטעון שאינו רוצה

תשלומין אם לדבריו ליכא חיוב כלל, וכמש"נ. וְפִי זה שפיר מובן מה שפסק הרמב"ם דאע"פ שאמר אין לך בידי שעורים אי תפס לא מפקינן מיניה, דאין הודאתו בעצם פוטרנו מחיובו לקבל השעורים ולשחרר הלוח משעבודו שמוטל עליו בודאי מחמת הודאתו שחייב לו שעורים, כמש"נ, ומכל מקום אין מחייבים את המלוה לקבל תשלומין אם אומר אין לי בידך שעורים, דיד הנתבע על העליונה, כמש"נ, אולם אם תפס השעורים אין מוציאים מידו, שהרי מוטל חיוב גמור על הלוח לשלם לו שעורים מחמת הודאתו, והגם שאין זה מחייב המלוה לקבל המעות אם טוען שאין חוב ואין שעבוד, אין זה אלא טענה נצחת בטוען ונטען, אבל אם תפס ורצה לקבל תשלומין הדין עמו ואין מוציאים מידו.

יחיה, ובכהאי גונא הדין עם המלוה, ואינו צריך לקבל תשלומין כל זמן שאין הדבר ברור שיש כאן חיוב, דלעולם יד נתבע על העליונה, כמו שכתב רש"י בבבא קמא (דף לה:) בד"ה רישא דקאמר מזיק, יעו"ש.

וְיֵשׁ להוסיף ולומר דבכהאי גונא שהלוח רוצה לשלם והמלוה אינו רוצה לקבל תשלומין שיחלוקו וישלם חצי, דהא אין בזה דין חזקת ממון לפטור הנתבע, שהרי אין הלוח תובע ממונו של המלוה אלא שיקבל ממנו תשלומין, לכן כתב הרמב"ם דאין בית דין מחייבים אותו כלום, ולא אמרינן שהלוח ישלם חצי והמלוה יקבלו ממנו, אלא אין מחייבים אותו כלום, דאע"ג דלא שייך בזה חזקת ממון עדיין אמרינן יד נתבע על העליונה, והמלוה הוא הנתבע לקבל תשלומין, וידו על העליונה, ואין לחייבו לקבל

שער ג: בענין מלוה הכתובה בתורה

ובו י' פרקים

מיירי במלוה הכתובה בתורה, כגון נזקין וערכין וקרובין, דאמר לעיל דשעבודא דאורייתא, דלא שייך טעמא דנעילת דלת, דלענין יורשים עשאוים כמלוה בשטר, אבל התם במלוה על פה שאינה כתובה בתורה, כגון שהלוח מעות בלא שטר עכ"ל יעו"ש.

וְהִנֵּה למאן דאמר שעבודא דאורייתא ליכא נפקא מינה מן התורה בהא דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי, שהרי גם כל חיוב ממון משעבד נכסים מן התורה, וגם מדרבנן לא שייך דין מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר אלא לגבי גביה מן הלקוחות, למאן דאמר מלוה הכתובה בתורה גובה מן הלקוחות לפי פירש"י לקמן (דף כט:), וכמו שכתבו התוס' בבבא קמא (דף ח.) בד"ה כולן נכנסו תחת הבעלים, יעו"ש בתירוץ השני, וקאי התוס' שם כסוגיא דלקמן וכרבי יהודה דלית הלכתא כותיה, ועיימש"נ בש"ג פ"ב בפירוש הטור והמחבר בסוגיא דלקמן דאפילו למאן דאמר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר אינו גובה מלקוחות, וסוגיא דלקמן מיירי בבני חורין, אי נמי לגבי גביה מן היורשים למאן דאמר מלוה

פרק א

בו יבואר הא דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא להנך שיטות דמן התורה ליכא ענין של שעבוד כלל ואפילו אם כתב לו אחריות בפירוש.

[קדושין יג:] האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשין עולתה, אמר רב יהודה אמר שמואל והוא שהפרישתו מחיים, אבל לא הפרישתו מחיים לא, אלמא קסבר שעבודא לאו דאורייתא וכו', והא פליגי בה חדא זימנא וכו', צריכא דאי איתמר בהא, בהך קאמר שמואל משום דלא מלוה כתובה בתורה היא וכו'. אמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, גובה מן היורשין שעבודא דאורייתא, ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא, יעו"ש.

וְכַתְּבוּ התוס' בד"ה אמר רב פפא וז"ל: תימה דבשלהי גט פשוט (ב"ב דף קעו.) קאמר רב פפא גופיה מלוה על פה גובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוינ ואינו גובה מן הלקוחות דשעבודא לאו דאורייתא. ואומר ר"ח דהכא

לפי שיטת הרשב"ם בבבא בתרא (דף קע"ה:) דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ליכא תורת שעבוד כלל, כמש"נ בש"א פ"א, וכן כתבו התוס' שם בד"ה דבר תורה וז"ל: אע"פ דכתב ליה אחריות בהדיא, לאו דאורייתא הוי האי קנין, דמדאורייתא לא יוכל לשעבד בחובו את נכסיו מן הלקוחות, אע"פ שיכול למוכרן עכ"ל יעו"ש, ואם כן במאי עדיפא מלוה הכתובה בתורה שיוכל לשעבד נכסיו.

וּנְרָאָה לבאר עפימשי"נ בדברי הרשב"ם שם דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ס"ל דלא שייך התחלת גוביינא בשעת הלואה הואיל ועדיין לא הגיע זמן פרעון, ואם אין על החוב תורת פרעון אין בו נמי תורת גוביינא כלל, ומאן דאמר שעבודא דאורייתא מוקים קרא דמשכון בשעת הלואה, והרי מבואר בקרא דיש התחלת גוביינא מיד אפילו קודם זמן פרעון, ומאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא מוקים לקרא במשכנו שלא בשעת הלואה כשהגיע זמן פרעונו, ואז בודאי שייך התחלת גוביינא, ולפי זה מובן היטב הא דמלוה הכתובה בתורה עדיפא, שהרי מלוה הכתובה בתורה אין לה זמן פרעון אלא החיוב הוא לשלם מיד, ולכן שפיר שייך בה התחלת גוביינא, כי היכי דאיכא התחלת גוביינא במשכנו שלא בשעת הלואה כשכבר הגיע זמן פרעון החוב.

וְלִכְּן מדאורייתא אפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ואפילו בכתב בפירוש איכא שעבודא דאורייתא במלוה הכתובה בתורה, וגם מדרבנן גובה מן היורשים כדברי רב פפא, או מן היורשים והלקוחות כסוגיא דלקמן, ואע"ג דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא הפקיעו השעבוד במלוה על פה לגבי לקוחות או לגבי יורשים ולקוחות משום דלית ליה קלא, והא גם למלוה הכתובה בתורה לפי הפשטות אין לו קול, מכל מקום לא תקנו חכמים להפקיע שעבוד שהתורה עשתה להדיא, שהתורה רצתה שהממון ישולם, ומשום פסידא לא רצו חכמים לבטל דין זה, מה שאין כן במלוה על פה, למאן דאמר שעבודא דאורייתא דהוא עצמו פעל החיוב תקנו חכמים לעקור שעבודו במקום דליכא קלא, ולמאן דאמר שעבודא דאורייתא אם נאמר דס"ל

על פה אינו גובה מן היורשים בערכין (דף ע"ג), אם סוגיא דהתם אזלא אפילו כמאן דאמר שעבודא דאורייתא.

אוּלָּם למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא איכא למימר דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי ונשתעבדו נכסיו מן התורה, וכן כתבו התוס' הנ"ל דאע"ג דרב פפא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא כדאמר בבבא בתרא לפי גירסת התוס', מכל מקום במלוה הכתובה בתורה שעבודא דאורייתא, וכן כתב רש"י בערכין (דף ע"ג) בד"ה תשלומי נזק, יעו"ש, וכתבו התוס' דמלוה הכתובה בתורה עשאום רבנן כמלוה בשטר לגבי יורשים וכמלוה על פה לגבי לקוחות, כלומר דמדרבנן אינו גובה ממשועבדים אלא במלוה בשטר, ובמלוה הכתובה בתורה דאיכא שעבודא דאורייתא חשבינן ליה מדרבנן כמלוה בשטר לגבי יורשים וכמלוה על פה לגבי לקוחות, כנ"ל, והתוס' חילקו בין יורשים ללקוחות אליבא דרב פפא דאמר מלוה על פה גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות, ולמדו התוס' דרב פפא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ובמלוה הכתובה בתורה מחלקינן ביניהם לגבי דינא דרבנן, כמש"נ, אכן לקמן בפרקין (דף כ"ט:) מבואר דאיכא מאן דאמר דמלוה הכתובה בתורה גובה אף מלקוחות לפי פירש"י שם, כנ"ל.

הַיּוֹצֵא לנו דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא איכא למימר דבמלוה הכתובה בתורה אמרינן שעבודא דאורייתא, ועוד יש תקנה דגובה מן היורשים ולא מן הלקוחות, אי נמי יש תקנה דגובה אף מן הלקוחות, ולא חיישינן לפסידא דלקוחות, כמו דחיישינן במלוה על פה למאן דאמר שעבודא דאורייתא. והנה להנך שיטות דטעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא משום דפריעת בעל חוב הוי רק מצוה, עיימש"נ בש"ב פ"ב, יש לבאר הא דמלוה הכתובה בתורה עדיפא, ואיכא למימר בה שעבודא דאורייתא, לפי מה שכתבו התוס' בבכורות (דף מ"ח.) בד"ה מלוה דבמלוה הכתובה בתורה החיוב נעשה על ידי המצוה, מה שאין כן במלוה דגם בלי המצוה נתחייב, ועיימש"נ בש"ב פ"ג, ולפי זה יש לומר דמצוה המחייבת ממון פועל שעבוד מה שאין כן מצוה בעלמא, אכן

י"ש לדקדק במה שכתב רש"י דלא הוי אונאה ללקוחות דמצות בנו עליו יותר ממצותו, דהרי מבואר בגמרא דמצוה דגופיה עדיפא. וצריך לומר דלגבי המעשה מצוה של פדיון הבן מצות בנו עליו יותר, שהתורה צותה שהאב יפדה את בנו, ואם לא פדהו אז מצוה על הבן לפדות את עצמו, ומשום הכי הנכון שיפדה בנו קודם שפודה עצמו, כמו שכתב רש"י, אכן בעיקר חיובא דמצות פדיון הבן הוא שיהיו פדוים, ולענין זה בודאי אמרינן דחייך קודמים, ואם ליכא אלא חמש סלעים יפדה את עצמו ולא בנו, כדי שיהא פדוי, והיינו מאי דקאמר מצוה דגופיה עדיפא, אבל אם יש כסף מספיק לפדות את שניהם שיהיו פדוים, אז לגבי עשית המצוה יש לו לפדות בנו קודם, שמצות בנו עליו יותר ממצותו, כמש"נ.

והטור יו"ד סי' ש"ה סעי' ט"ז יש לו דרך אחרת בהא דקאמר בגמרא היכא דאיכא חמש משועבדים וז"ל: שעבד כל נכסיו עד שלא נשאר לו ה' סלעים בני חורין, אין הכהן גובה הפדיון מן המשועבדים אף על פי שקדם חוב הפדיון לחוב של בעל חוב עכ"ל יעו"ש, וכן כתב המחבר, ולמדו דלא מיירי שמכר נכסיו ובא הכהן לפדות מלקוחות, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, אלא שעדיין הנכסים ביד הלוה אלא ששעבד מקצתם לבעל חוב מאוחר, וקאמר הגמרא דלמאן דאמר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי אם כן קדם שטרו לשטר בעל חוב וגובה הכהן מהם, ולמאן דאמר מלוה הכתובה בתורה לאו כמלוה בשטר אינו אלא כמלוה על פה ובעל השטר קודם לו בגביה אע"פ שהוא מאוחר, ועיימש"נ בש"ג פ"ד.

והא דדחקו עצמם לפרש כן ולא למדו כפשיטות הלשון, דמשועבדים ובני חורין היינו מכורים ללקוחות ואינם מכורים, וכמו שכתב רש"י, יש לומר דלא רצו לפרש דלמאן דאמר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי גובה מלקוחות, דהא סוף סוף לא כתבו שטר ולא חתמו עדים וליכא קלא ונמצאו לקוחות מפסידים, ועיימש"נ בש"ג פ"א. אי נמי יש לומר דאפילו אם נימא דמלוה הכתובה בתורה גובה מלקוחות, כדמשמע בבכורות (דף

מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי על כרחך היינו לגבי גביה מלקוחות, דמן היורשים גובה אפילו אם לאו ככתובה בשטר דמי, כמש"נ, ולפי זה צריך לומר דדין זה הוא מדרבנן והם עשו תקנה מיוחדת למלוה הכתובה בתורה דגובה מלקוחות, אבל למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אין זה תקנה מיוחדת, אלא דנכלל בהתקנה הכללית דמלוה בשטר גובה מן הלקוחות, ועיין בביאור הגר"א יו"ד סי' ש"ה סקכ"ט שכתב דלא חשו לפסידא דלקוחות במלוה הכתובה בתורה, משום דהוי מלתא דלא שכיחא, יעו"ש.

פרק ב

בו יובאו דברי רש"י בהא דאם יש לו חמש משועבדים וחמש בני חורין פודה את בנו וכהן טורף ממשועבדים דהיינו שמכורים ללקוחות, יבואר למה הטור והמחבר נטו מפירוש זה.

[קדושין כט.] תנו רבנן הוא לפדות ובנו לפדות, הוא קודם לבנו, רבי יהודה אומר בנו קודמו שזה מצותו על אביו וזה מצות בנו עליו, אמר רבי ירמיה הכל מודין כל היכא דליכא אלא חמש סלעים הוא קודם לבנו, מאי טעמא, מצוה דגופיה עדיפא, כי פליגי היכא דאיכא חמש משועבדים וחמש בני חורין, רבי יהודה סבר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, בהני חמש פריק לבריה, ואזיל כהן וטריף ליה לחמש משועבדים לדידיה, ורבנן סבר מלוה דכתיב באורייתא לאו ככתובה בשטר דמיא, והלכך מצוה דגופיה עדיף, יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה ככתובה בשטר דמיא וז"ל: ובפדיון עצמו היה מחויב קודם ששיעבד קרקעותיו ויטרוף את הלקוחות, הלכך בחמש בני חרי דאיכא פריק לבריה, דאין זה אונאה ללקוחות שהרי מצות בנו עליו יותר ממצותו. ואזיל כהן וטריף, לקוחות על פדיון עצמו עכ"ל יעו"ש. ולמד רש"י דהא דקאמר בגמרא דאיכא חמש משועבדים היינו שמכרם ללקוחות, ואם מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי גובה גם מלקוחות, ואע"ג דלית ליה קלא, ועיימש"נ בש"ג פ"א.

אפילו מלוה על פה גמורה קודמת למלוה בשטר מאוחר לגבות מבני חורין, ועיין בפרישה ובב"ח מה שתירצו, ועיימש"נ בש"א פי"ג.

ונראה דהנה הרמב"ם פסק כרב האי גאון בפ"כ מלוה ולוה הל"א, יעו"ש, ועיין במגיד משנה שם, ולמד נמי כהטור והמחבר דהגמרא לא מיירי בגביה מלקוחות, אלא בגביה מבני חורין במקום דאיכא מלוה בשטר מאוחר, ועיימש"נ בש"ג פ"ב, ולכן הוקשה לו קושית הפרישה דמאי נפקא מינה אם מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר או לא, והלא גם מלוה על פה קודם למלוה בשטר מאוחר לגבות מבני חורין, ומכח קושיא זו הכריח הרמב"ם דרבי ירמיה אית ליה דשעבודא לאו דאורייתא, ולדידיה אין מלוה על פה קודמת למלוה בשטר מאוחר, ועיימש"נ בש"א פי"א, אכן לדין דקיימא לן שעבודא דאורייתא פשיטא דכהן קודם למלוה בשטר מאוחר לגבות מבני חורין, ושפיר השמיט הרמב"ם דין זה, ולדידיה צריך לומר דפלוגתא דרבנן ורבי יהודה היא אם מצות בנו עדיפא או מצות גופיה עדיפא, ודלא כרבי ירמיה דהכל מודים דהיכא דליכא אלא חמש סלעים מצוה דגופיה עדיפא, דאם כן למאן דאמר שעבודא דאורייתא שוב לא שייך פלוגתייהו, ועל כרחך צריך לומר דרבי ירמיה פירש המחלוקת הכי דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, אבל לדין דשעבודא דאורייתא נחלקו באיזה מצוה קודמת, של בנו או שלו, ופסק הרמב"ם כרבנן.

פרק ד

בו יובא קושית הפרישה על שיטת רבינו האי גאון דמלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר, ויבואר תירוצו דאף דשעבודא דאורייתא שטר שכתוב בו שעבוד קודם בבני חורין.

[טור יורה דעה סי' ש"ה פעי' ט"ז] כתב הטור וז"ל: שעבד כל נכסיו עד שלא נשאר לו ה' סלעים בני חורין, אין הכהן גובה מן המשועבדים, אע"פ שקדם חוב הפדיון לחוב של בעל חוב עכ"ל יעו"ש, ומקורו מגמרא דקדושין (דף כט.), ולמד דהא דקאמר שם בני חורין ומשועבדים לאו היינו מכורים ואינם מכורים, אלא כולם אינם מכורים, ובני חורין היינו שלא

ועיימש"נ בש"ג פ"ה, מכל מקום הכא לא רצו לפרש דגובה מלקוחות, דס"ל דמצוה דגופיה עדיפא לעולם, ולית להו החילוק שכתב רש"י דכשיש נכסים הרבה אמרינן דמצות בנו עליו יותר מממונו, כמש"נ, ואם האב יפרע חוב בנו תחלה יש אונאה ללקוחות.

פרק ג

בו יובאו דברי הרמב"ם דהוא לפדות ובנו לפדות יפדה עצמו תחלה, ומבואר בגמרא דמיירי דאית ליה חמש משועבדין וחמש בני חורין, ויבואר למה הרמב"ם השמיט אוקימתא זו.

[רמב"ם פי"א בכורים הל"ג] כתב הרמב"ם וז"ל: היה הוא לפדות ובנו לפדות, יפדה עצמו תחלה ואחר כך בנו, ואם אין לו אלא כדי פדיון אחד יפדה עצמו עכ"ל יעו"ש, ומקורו מסוגיא דקדושין (דף כט.), תנו רבנן הוא לפדות ובנו לפדות, הוא קודם לבנו, רבי יהודה אומר בנו קודמו, שזה מצותו על אביו וזה מצות בנו עליו. אמר רבי ירמיה הכל מודין כל היכא דליכא אלא חמש סלעים הוא קודם לבנו, מאי טעמא, מצוה דגופיה עדיפא, כי פליגי היכא דאיכא חמש משועבדים וחמש בני חורין, רבי יהודה סבר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, בהני חמש פריק לבריה, ואזיל כהן וטריף ליה לחמש משועבדים לדידיה, ורבנן סברי מלוה דכתיב באורייתא לאו ככתובה בשטר דמיא, והלכך מצוה דגופיה עדיף, יעו"ש.

ופסק הרמב"ם כרבנן דהוא קודם לבנו, אכן בגמרא מבואר דמחלוקת רבנן ורבי יהודה היא במקצת משועבדים ומקצת בני חורין, והרמב"ם השמיט כל זה, וצריכים לעיין למה לא הזכירו כמו שהזכירום הטור והמחבר ביו"ד סי' ש"ה סעי' ט"ז.

והפרישה הקשה על הטור שם דלדין דקיימא לן כרב האי גאון דמלוה על פה קודם למלוה בשטר מאוחר לגבות מבני חורין הואיל ושעבודא דאורייתא, ועיימש"נ בש"א פי"א, כדאיתא בחו"מ סי' ק"ד סעי' י"ג, יעו"ש, מאי נפקא מינה אי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר אי לאו ככתובה בשטר, הא

בהלואה, ואמרינן ביה שעבודא דאורייתא. ולכאורה צריך לומר דס"ל להב"ח דהא דקאמר בגמרא שם אמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשים דשעבודא דאורייתא, פליגא על רב יוחנן וס"ל דבערכין ונדירים לא אמרינן שעבודא דאורייתא, רק בהלואה.

ובטעמא דמלתא יש לומר דהואיל והלוהו מעות יש למלוה דין ממוני גבך אצל הלוה, ומכח תפיסה זו זוכה במקצת קנין בקרקעות הלוה מדין שעבודא דאורייתא דילפינן מקראי, אבל מלוה הכתובה בתורה לא הוי עליו אלא חיוב בעלמא, ואין בזה שום צד ממוני גבך, וממילא ליכא למילף מדין שעבודא דאורייתא שגילתה התורה בהלואה דגם במלוה הכתובה בתורה אמרינן שעבודא דאורייתא. ויש להסתפק לדעת הב"ח אם חייב עצמו לחבירו איזה סכום ולא קיבל ממנו כלום בהלואה אם גם בזה נימא שעבודא דאורייתא, דמה שמחייב עצמו מדעתו חשיב כאילו קיבל ממנו ממון, וכעין הא דאמרינן הריני כאילו נתקבלתי בנדרים (דף סג:), יעו"ש, או אם כיון דלא הוי אלא חיוב בעלמא בלי מסירת מעות, לא אמרינן ביה שעבודא דאורייתא, וצריך עיון.

והפרישה שם יש לו תירוץ אחר על קושיתו וז"ל: ויש לומר דהכא איירי דשעבד נכסיו בפירושו בתוך השטר משום הכי מיחשבה כמכורה או נתונה, ובחושן משפט איירי בסתם שטר חוב עכ"ל יעו"ש. ולכאורה קשה דכיון דקיימא לן שעבודא דאורייתא הרי חל שעבוד גמור במלוה על פה וגובה מן היורשים, ורק אם מכר קרקע המשועבדת עקרו חכמים שעבודו של מלוה, אבל כל זמן שהנכסים בני חורין יש למלוה על פה בהם שעבוד גמור, ואם כן במה נתחזק בעל השטר במה שכתב לו בפירושו ששעבד לו נכסיו, והלא גם בלי כתיבה זו נכסיו משועבדים לו.

ונראה לבאר דברי הפרישה עפימ"ש"נ בש"א פי"א בדברי הרי"ף בשלהי בבא בתרא (דף קעה:). דפליג על דברי רבינו האי גאון הנ"ל וס"ל דאין מלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת לגבות מבני חורין, דשטרא כנכסים משועבדים חשיבא לגבי מלוה על פה,

היו משועבדים לבעל חוב מאוחר, ומשועבדים היינו שנשתעבדו לבעל חוב מאוחר, ועיימש"נ בש"ג פ"ב.

וכתב הב"ח בקונטרס אחרון וז"ל: הקשה מהר"ו"ך (פרישה סק"ל) דלרבינו האי גאון בחושן משפט סי' ק"ד סעי' י"ג דמלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר, הכי נמי נימא דשעבודא דכהן בעל פה קדים לשעבודא דבעל חוב בשטר. ונלפע"ד דלא אמר רבינו האי גאון אלא במלוה בעל פה דמשתעבד לחבירו על ידי שהלוהו, דשעבודא דאורייתא כרב פפא (קדושין ג:), לפיכך מלוה על פה קדים, ולא קאמר דבעל חוב מאוחר בשטר קדים אלא גבי פדיון הבן וכיוצא בו בערכין, דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי אפילו קדמה לבעל חוב ואפילו לא היתה מלוה בשטר אלא בעל פה, אפילו הכי בעל חוב קודם דשעבודא דאורייתא משעה שהלוה, וכן מפורש בתוס' פרק יש בכור (דף מט:). בד"ה ודידיה יעו"ש עכ"ל יעו"ש, ועיין בדברי התוס' בבכורות שמהם הביא הב"ח ראייה לדבריו, ולא ברירא לי מה ראה שם, ועיימש"נ בש"ג פ"ג בדעת הרמב"ם.

ודעת הב"ח בזה היא לכאורה מחודשת מאד, שלמד הב"ח דכל דין שעבודא דאורייתא הוא אך ורק בהלואה ולא בשאר חיוב שחל עליו מן התורה, דקיימא לן מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי, ואע"ג דלא בעינן מלוה בשטר לדין שעבודא דאורייתא, יש לומר דעיקר דין שעבודא דאורייתא הוא בהלואה, ואם ס"ל מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי, היינו דאע"פ דמלוה הכתובה בתורה לא הוי מלוה, תיקנו חכמים שתהא כמלוה בשטר לאחר התקנה, אבל אם ס"ל לאו ככתובה בתורה דמי, לא תקנו חכמים שום דבר במלוה הכתובה בתורה, וממילא אין בה דין גביה מעליא בבני חורין, דלא נאמר שעבודא דאורייתא אלא בהלואה בלבד.

ויש לדקדק מהא דאמרינן בקדושין (דף יג:). האשה שמתה יביאו יורשים עולתה, ומבואר בגמרא שם בשם רבי יוחנן דמיירי אע"ג דלא הפרישתו מחיים דקסבר שעבודא דאורייתא, והתם מיירי במלוה הכתובה בתורה ולא

מחצה יורשין ומחצה לקוחות, ודכולי עלמא מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא, ודכולי עלמא אית להו דרב פפא דאמר רב פפא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, והכא בחמש ולא חצי חמש קמיפלאגי וכו', יעו"ש.

ומבואר מן הסוגיא דלמאן דאמר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי גובה כל החמש סלעים מן האחים, דאע"ג דהאחים שחלקו מחצה יורשים ומחצה לקוחות, הרי מלוה בשטר גובה מן הלקוחות, וכן אזלא סוגיא דקדושין (דף כט:) דאי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי גובה מן הלקוחות, וכן כתבו התוס' בבבא קמא (דף ט.) ד"ה כולן נכנסו, יעו"ש, ולא כרב פפא בקדושין (דף יג:) דאמר מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, יעו"ש, וכתבו התוס' שם בד"ה אמר רב פפא דקאי על מלוה הכתובה בתורה וס"ל דככתובה בשטר דמי ושעבודא דאורייתא, יעו"ש, ומכל מקום אינו גובה מלקוחות דלית ליה קלא.

והלקוחות דסוגיין הם היורשים עצמם שקנו זה מזה מחצה הנכסים על ידי החלוקה, והנה איתא בערכין (דף כב.) ובבבא בתרא (דף קעז.) דאין גובים מיתומים קטנים משום דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו, ונמצא דגביה מן היתומים תלויה במצוה לפרוע חוב אביהם, ועיימש"נ בש"ב פט"ז, ומכל מקום חזינן בסוגיין דגובים מלקוחות שקנו מיתומים, שהרי על החלק שהם לקוחות אחר החלוקה הרי הם כשאר אנשים נכרים דעלמא, והוא הדין נמי אם ירש קרקע מאביו ומכרה ללוקח דאתי בעל חוב של אביו וטריף הקרקע מן הלוקח, ועל כרחך היינו מכח השעבוד שעל הקרקע, שהרי אין שום מצוה על הלקוחות או על היורשים במה שקנו בתורת לקוחות, דאין עליהם מצוה לשלם אלא באחריות נכסים שירשו מאביהם כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו.) ד"ה פריעת, יעו"ש.

ואם כן יש להקשות דלמה אין גובים מנכסי יתומים קטנים משום דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו, למה לא יגבה מכח השעבוד גרידא, כמו שהוא גובה מן לקוחות שקנו מן היתומים מכח השעבוד גרידא, כמש"נ, ומה לי

וסברת הרי"ף היא דקדימה בגביה אינו תלוי בחוזק השעבוד אלא בסדר שתקנו חכמים, דאע"ג דמלוה על פה ומלוה בשטר שוים בשעבודם בבני חורין, מכל מקום נתנו חכמים קדימה לזה שיש לו מלוה בשטר שבפועל גביתו עדיפא הואיל וגובה מן הלקוחות, והיינו מאי דקאמר דשטרא כמשועבדים חשיב לגבי מלוה על פה, דכי היכי דהפקיעו חכמים שעבודו של מלוה על פה במקום לקוחות, כמו כן עקרו חכמים דין קדימה בגביה של מלוה על פה מוקדמת במקום דאיכא מלוה בשטר.

ולפי זה מובנים נמי דברי הפרישה, דקיימא לן כרבינו האי גאון דמלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר לגבות מבני חורין, ולא אמרינן דחכמים נתנו יפוי כח לבעל השטר ועקרו קדימת המלוה על פה, כמש"נ, אכן כל זה הוא היכא דלא כתב שעבוד נכסים בפירוש בתוך השטר, אבל אם שעבד לו נכסיו בפירוש בשטר, אין הכי נמי דאין בזה שום התחזקות בעצם השעבוד, מכל מקום הרי גילה דעתו שהלוהו רק על סמך השעבוד נכסים הואיל ולא הלוהו סתם, ולכן אע"ג דבבני חורין לעולם איכא שעבוד גמור בין במלוה על פה בין במלוה בשטר למאן דאמר שעבודא דאורייתא, מכל מקום היכא דכתב לו בפירוש ששעבד נכסיו חזינן דדעת המלוה על השעבוד, ולכן תקנו לו חכמים שתוקדם גביתו לגבי המלוה על פה המוקדמת.

פרק ה

בו יבואר הא דלמאן דאמר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי גובה כ"ל החמש סלעים מן אחים שחלקו, דאע"ג דהאחים שחלקו הם מחצה יורשים ומחצה לקוחות.

[בכורות מה.] מתניתין מי שלא בכרה אשתו וילדה שני זכרים וכו', מת האב והבנים קיימים, רבי מאיר אומר אם נתנו עד שלא חלקו נתנו, ואם לאו פטורין, רבי יהודה אומר נתחייבו נכסים וכו'. ובגמרא, דמית האב אימת וכו', אלא אמר רבא לעולם שמת לאחר ל' יום, ואי דאיכא נכסי טובא הכי נמי דשקיל, והכא במאי עסקינן כגון דליכא אלא חמש סלעים, ודכולי עלמא אית להו דרב אסי דאמר רב אסי האחין שחלקו

וכתב רש"י דאם מת האב לאחר ל' יום וז"ל: הא אישתעבד נכסיה דחוב מעליא הוא עכ"ל יעו"ש, וכיון שנשתעבדו נכסי האב בחיוב מעליא, על היתומים לפרוע חובו מן הקרקעות שירשו ממנו, ולא איכפת לן איזה מהם הוא הבכור, אבל אם מת האב קודם ל' יום לא חל חוב מעליא על האב הואיל ועדיין לא הגיע זמן הפרעון, וכל תביעת הכהן הוא מצד החיוב שעל הבן עצמו במקום דליכא אב, והרי הדבר ספק, וזיל הכא מדחי ליה זיל הכא מדחי ליה, וקאמר רבי ירמיה דאכן כשיש להם קרקע בשותפות, כגון שירשו שדה ועדיין לא חלקו או אם לקחו שדה ביחד, אז גובה הכהן חובתו מן השדה ממה נפשך, ויתפשו בו ביניהם, כמו שכתב רש"י, כן היא סברת רבי מאיר, ועיימש"נ בש"ג פ"ז בדברי רבי יהודה.

אולם רבא לית ליה הך סברא דכשנשתתפו האחים המוטלים בספק או השני יוסף בן שמעון שבעל חוב שלהם גובה מקרקע המשותפת בתורת ממה נפשך, הואיל דגביה מן הקרקע המשותפת היא מדין ערבות להשעבוד הגוף של המחויב, וכיון שאי אפשר לגבות מן המחויב שהרי זיל הכא מדחה וזיל הכא מדחה ליה, אם כן גם מן השעבוד אינו יכול לגבות כלל.

ויש לדקדק בדברי רבא מהא דאמרינן בבבא קמא (דף מט:) דבעל חוב יכול לגבות חובו מנכסי הגר שמת, יעו"ש, והלא התם ליכא שעבוד הגוף שכבר מת, ומכל מקום גובה מן המשועבדים, ועיין בקצות החושן סי' ס"ו סקכ"ו שכתב דלהא גופא נשתעבדו הנכסים שאם לא יוכל לגבות מן השעבוד הגוף יגבה מן המשועבדים, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ג פ"ו, ואם כן הכא נמי נימא דלהא גופא נשתעבדו הנכסים, שאם לא יוכל לגבות מן השעבוד הגוף הואיל והבנים מדחים אותו מזה לזה, שיוכל לגבות מן השעבוד במקום שיש לו דין גביה ממה נפשך, דמה לי שאינו יכול לגבות מן השעבוד הגוף מחמת מיתת הגר, ומה לי דאינו יכול לגבות משום דמדחי ליה, סוף סוף הרי להצד שמת האב בתוך ל' חל שעבוד על הנכסים שירשו, ובפרט אם עדיין לא נתערבו, ולמה לא יגבה מן

אם יש על היתומים מצוה לפרוע אם לא, ילך אל הקרקעות מדין שעבוד, דאם מלקוחות דידהו גובה מדין שעבוד, מדידהו לא כל שכן.

ונראה ליישב עפיש"נ בש"ב פט"ז דגביה מן הלקוחות הוי מטעם דמכירתו לאו מכירה, מה שאין כן ביורשים דהגביה תלויה בשעבוד הגוף, ולכן לקוחות שלקחו מן היורשים גובים מהם, דמכירת היורשים לכך לאו מכירה היא לגבי גוביינא, ונמצא דלגבי גוביינא עדיין הקרקע ברשות היורשים, והרי איכא עליהן מצות פריעת החוב, והרי הבעל חוב גובה מהם, אכן מן היורשים עצמם אין לגבות אלא מדין מצוה ושעבוד הגוף, ולכן אין גובים מיתמי דלאו בני מיעבד מצוה נינהו.

פרק ו

בו יבואר מה'לקות רבי ירמיה ורבא כמו שבכרה אשתו וי'דה שני זכרים ומת בתוך שלשים יום קודם שנשתעבדו נכסיו אם הכהן גובה מירושה המשותפת שלהם בטענת ממה נפשך.

[בכורות מה.] מתניתין מי שלא בכרה אשתו וילדה שני זכרים נותן ה' סלעים לכהן, מת אחד מהן בתוך שלשים יום האב פטור, מת האב והבנים קיימים, רבי מאיר אומר אם נתנו עד שלא חלקו נתנו, ואם לאו פטורין, רבי יהודה אומר נתחייבו נכסים. ובגמרא דמית אב אימת, אילימא דמית לאחר ל' יום, בהא אמר רבי מאיר כי חלקו פטורין, והא אשתעבדו להו לנכסי, אלא דמית בתוך ל' יום, מאי שנא כי חלקו דאזיל לגבי האי ומדחי ליה דאזיל לגבי האי ומדחי ליה, כי לא חלקו נמי ליזיל לגבי האי ולידחיה וליזיל לגבי האי ולידחיה, אמר רבי ירמיה זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקחו שדה בשותפות בעל חוב גובה אותה מהם, דאמר ליה אי בדיך מסיקנא מנתא דידך קא שקילנא, ואי בחברך מסיקנא מנתא דחברך קא שקילנא, אמר רבא מכדי נכסי דבר איניש אינון ערבין ביה, מי איכא מידי דלדידיה לא מצי תבע ליה ולערב מצי תבע וכו', אלא אמר רבא וכו', יעו"ש.

השעבוד כשיש מצב של ממה נפשך, דמה לי אם מת מה לי אם נתערב.

ספק ממון, ולא דמי לזרוע ולחיים דכל הספק מתחלה הוא ספק ממון ודינו להקל.

ונראה דזוהי קושית הירושלמי, דלמה אמרינן יטול דמיו מן הכהן, והלא כיון דצריך להפריש מן הספק הרי היא נחשבת חלה, וחלה דינה שתנתן לכהן, ולמה יטול דמים מן השבט, ומשני דמכל מקום יטול דמיו מן השבט, ולא חשבינן לה כחלה, אלא אפילו לאחר הפסק לא נחשבת אלא ספק חלה, ועדיין תורת ספק עליה אפילו אחר הפסק, ולכן לענין הממון אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה ויטול דמיו מן השבט.

ועיין בחולין (דף קלד.) מתניתין גר שנתגייר והיתה לו פרה, נשחטה עד שלא נתגייר פטור, משנתגייר חייב, ספק פטור שהמוציא מחבירו עליו הראיה. ובגמרא אמר רבא הכא פרה בחזקת פטורה קיימא וכו', אמר ליה אביי והרי עיסה נעשית עד שלא נתגייר פטור מן החלה, משנתגייר חייב, ספק חייב, אמר ליה ספק איסורא לחומרא ספק ממונא לקולא, יע"ש.

והשתא נראה דבוה נחלקו רבי ירמיה ורבא בסוגיין דבכורות, דרבי ירמיה ס"ל כהירושלמי דאף לאחר דאזלינן לחומרא ומחייבינן ליה להפריש חלה עדיין נשאר תורת ספק על החלה, ואמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה ויטול דמיו מן השבט, ואם כן הוא הדין נמי בספק מי הוא הבכור או בשני יוסף בן שמעון דאין הכהן או הבעל חוב יכול לגבות מהם מחמת הספק, ואמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, דעדיין נשאר הממון בספק אף לאחר הפסק של המוציא מחבירו עליו הראיה, והממון נשאר בידו בתורת ספק, ואיברא דתפיסה לא מהני בהאי גונא, דמהיכי תיתי שהוא אותו יוסף בן שמעון והממון שלו, אכן עצם דין הממון נשאר בתורת ספק, ולא אמרינן דהפסק של המוציא מחבירו עליו הראיה קובע שהממון שלו בתורת ודאי, ולכן היכא דנשתתפו השני יוסף בן שמעון, דהשתא ממה נפשך יש לבעל חוב תביעה על הקרקע, שפיר יכול לגבותה, שהרי שניהם מוחזקים בממונם אבל בתורת ספק, וכשנשתתפו ליכא עוד ספק, דממה נפשך יש לבעל חוב תביעה להקרקע המשותפת.

והך דעיסת הגר היא במתניתין פ"ג דחלה, יע"ש, ובירושלמי שם ה"ד הקשה נמי קושית אביי, תמן תנינן גר שנתגייר והיתה לו פרה וכו' ואם ספק פטור שהמוציא מחבירו עליו הראיה, אמר רבי אחא וכו' נוטל הוא דמיו מן השבט, ופריך ויפריש, ומשני ויטול דמיו מן השבט, יע"ש, כן למד הפני משה במהלך הסוגיא, דבתחלה קאמר ליישב הסתירה דהא דקאמר ספק חלה חייב לאו היינו שצריך ליתנה לכהן, אלא דחייב להפריש ואחר כך מוכרו לכהן, והדר פריך ויפריש, כלומר יהא מפריש ולא יטול דמיו מן השבט, ומשני דמכל מקום יטול דמיו מן השבט דהכהן הוא המוציא מחבירו ועליו הראיה, והלשון מגומגם, ויש לדקדק מאי סלקא דעתיה שיטול דמיו מן השבט דפריך עלה יפריש ולא יטול דמים, ומאי משני.

אבל רבא אזיל לשיטתו בסוגיא דחולין שם, וס"ל דבספק חלה חייב להפריש וליתן לכהן, ולא קאמר דיטול מעות מן השבט, כדקאמר בירושלמי, ולא תירץ דחייב דמתני' דחלה לאו היינו חייב דמתני' דחולין, דבחלה לא קאמר אלא דחייב להפריש ובחולין קאמר פטור מליתן, ורבא לא נחית לחילוק זה, אלא שתי המשניות מיירי לענין חיוב ליתן להכהן,

והנה בבבלי בחולין שם לא קאמר ויטול דמיו מן השבט כדמשני בירושלמי, אלא קאמר ספק איסורא לחומרא ספק ממונא לקולא, כנ"ל, והיינו דספק לענין זרוע לחיים וקבה הוי רק ספק ממון, שאין בדברים אלו שום איסור או קדושה, וכל דינם הוא שיש לכהן זכות ממון בהם, ואמרינן ספק ממונא לקולא והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל ספק חלה הוי ביסודו ספק איסור, ואמרינן ספק איסור לחומרא, וחשבינן ליה חלה, ומשום הכי תנתן לכהן, ולא אמרינן יטול דמיו מן הכהן, וטעמא דמלתא דכיון דלענין איסור נפסק ההלכה שצריך להפריש חלה, אם כן לאחר הפסק יש לה תורת חלה ודאית, ודין החלה הוא שתנתן לכהן, וליכא

קקושיית הגמרא בלישנא קמא דרבי ירמיה דאפילו כשהם שותפים לא אמרינן דגובה ממה נפשך כיון דכל אחד הוא ספק, וזיל הכא מדחי ליה וזיל הכא מדחי דרבי ירמיה דהרמב"ם פסק כותיה לית תנא דפליג על דינא דבשני יוסף בן שמעון גובה משדה המשותפת.

ודוחק לומר דהרמב"ם ס"ל דאליבא דרבי יהודה לית לן דינא דשני יוסף בן שמעון וכסברת רבא, דאם כן נמצא דפליגי רבי מאיר ורבי יהודה בתרתי, חדא דרבי מאיר ס"ל דבא מכח חיוב הבן ורבי יהודה ס"ל דבא מכח חיוב האב, ושנית דרבי מאיר ס"ל דבשני יוסף בן שמעון גובה משדה המשותפת ודלא כסברת רבא, ורבי יהודה ס"ל דאינו גובה משדה המשותפת וכסברת רבא, והיכן מצינו בדבריהם רמז שנחלקו בתרתי.

לכך נראה דבין לרבי מאיר בין לרבי יהודה כשמת האב בתוך שלשים אין לכהן גביה אלא מכח חיוב הבן, שהרי האב לעולם לא נתחייב הואיל ומת בתוך שלשים, וס"ל לרבי מאיר דקודם שחלקו גובה מהם, דאע"ג דכל אחד מן האחים הוא ספק בכור, מכל מקום כשנכסיהם משותפים יכול הכהן לגבות מדין ממה נפשך, וכשחלקו נסתלק הממה נפשך וכל אחד מדחהו מחלקו, ועל זה פריך בגמרא דהלא גביה מתורת ממה נפשך נמי הוא גביה מספק, אלא דעל ידי שני הספיקות נעשה ממה נפשך, ואם כן נימא כל אחד ואחד על חלקו המוציא מחבירו עליו הראיה ולא יגבה כלל, ומשני זאת אומרת שני יוסף בן שמעון וכו', דכיון שהוא ודאי יש לו תביעה על השדה מכח שני הספיקות אינם יכולים לדחותו, ורבא פליג וס"ל דכיון דאינו גובה מחמת שעבוד הגוף נתבטל השעבוד נכסים, ועיימש"נ בש"ג פ"ו.

אבל רבי יהודה פליג ואמר נתחייבו הנכסים, דהרי גם כשגובה מנכסים משועבדים הוא משום חובת הגברא, וכמו שכתבו הראשונים בכתובות (דף פו.) עד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"ב, אלא דסברת רבא היא דכיון דמצד השעבוד הגוף עדיין הוא ספק אפילו כשהם משותפים, דהא

דרבי יהודה משום שנתחייבו הנכסים משום חיוב האב, ואע"ג דמית האב קודם שלשים יום ולא נתחייב בפדיון בנו, מכל מקום נשתעבדו נכסיו לפדיון בנו אם יחיה, וגובה הכהן מהם בתורת ודאי, דהא שני הבנים קיימים, אכן בלישנא בתרא בודאי אין זה כונת רבי יהודה, דהא פריך כי חלקו נימא זיל הכא מדחי ליה וזיל הכא מדחי ליה, ועל כרחך לא בא מכח חיוב האב, יעו"ש, ובסברת רבי יהודה לפי מה שכתב הרי"ט אלגזי צריך לומר דעצם החיוב פדיון הבן חל מיד כשנולד, אלא דהזמן פרעון הוא לאחר ל', ולא הוא מיד חוב מעליא, כמו שכתב רש"י, ומכל מקום נשתעבדו הנכסים.

אולם עיין מה שכתב הרמב"ם פ"א בכורים הל"כ וז"ל: ילדה שני זכרים, אע"פ שאין ידוע איזה מהם הבכור, נותן ה' סלעים לכהן. מת אחד מהם בתוך ל' יום, פטור, שהמוציא מחבירו עליו הראיה. מת האב בין בתוך שלשים יום בין לאחר שלשים יום, בין שלא חלקו האחים בין שחלקו, ינתן מן הנכסים ה' סלעים לכהן, שכבר נתחייבו הנכסים עכ"ל יעו"ש. ופסק הרמב"ם כרבי יהודה דמתניתין דאמר נתחייבו הנכסים, וכתב הכסף משנה דלא אוקים לפלוגתא דרבי מאיר ורבי יהודה כשמת לאחר ל' יום כדאמר רבא בסוגיין, ועיימש"נ בש"ג פ"ו, אלא מוקים לה כרבי ירמיה דנחלקו כשמת בתוך ל' יום, וכלישנא קמא דרבי ירמיה דרבא קא מתמה על רבי מאיר, ולא כלישנא בתרא דרבא קא מתמה על רבי יהודה, ופסק כרבי יהודה דמסתבר טעמיה, יעו"ש.

והשתא אם נאמר דטעמא דרבי יהודה משום דהכהן גובה מחיוב האב, אם כן בעצם לא פליג על סברת רבי מאיר אילו היה בא מכח חיוב הבן, דכשלא חלקו גובה כההיא דשני יוסף בן שמעון, וכשחלקו כל אחד מדחהו, אלא דלדידיה בא מכח חיוב האב, ולכן גובה בין כשלא חלקו בין כשחלקו, ואם כן כולי עלמא סבירא להו דבשני יוסף בן שמעון שנשתתפו גובה משדה השותפות, ודלא כסברת רבא דמי איכא מידי דלדידיה לא מצי תבע וכו', ואם כן קשה דלמה השמיט הרמב"ם דין זה דשני יוסף בן שמעון שנשתתפו, ולכאורה משמע דס"ל

שאינו יודע ממי גובה, כמש"נ, וממילא לא נתבטל השעבוד נכסים.

לפי זה לית ליה לרבי יהודה דינא דשני יוסף בן שמעון שנשתתפו, דהא ס"ל כסברת רבא דספק נעשה ודאי לאחר הפסק, כמש"נ, ואם כן הני שני יוסף בן שמעון שהיו יכולים לומר המוציא מחבירו עליו הראיה קודם שנשתתפו נעשו ודאי פטורים, ושוב לא איכפת לן אם נשתתפו, דכבר נתבטל מהם שעבוד הגוף קודם לכן, ושוב לא שייך בהם שעבוד נכסים, ומה לי דאיכא ממה נפשך, אבל הכא בסוגיין מיירי כפשוטו שכשהגיע שלשים יום עדיין לא חלקו הירושה, וכן מבואר מדברי הכסף משנה שם בסוף הדיבור, יעו"ש, ונמצא דבשעה שחל על הבכור החיוב פדיון היו שותפים בהנכסים, ויש לכהן לגבות ממנה בתורת ממה נפשך, ועל ידי הממה נפשך זוכה בגביה ודאית, כמש"נ, ואם איכא גביה ודאית איכא נמי קיום חובת הגברא בתורת ודאי, כמש"נ, ונמצא דמיד ברגע ראשונה שחל חיוב פדיון הבן על הבכור שייך גביה ודאית מצד חובת הגברא, כמש"נ, ולא נתבטל השעבוד הגוף, וגם השעבוד נכסים לא נתבטל, והרי הכהן גובה מן הנכסים אפילו לאחר חלוקה, שהרי זכה בגביה ודאית ונתחייבו הנכסים, כמש"נ.

ישפיר השמיט הרמב"ם דינא דשני יוסף בן שמעון שנשתתפו, דהא פסק כרבי יהודה דאית ליה בעצם סברת רבא, כמש"נ, ולית ליה דינא דשני יוסף בן שמעון, ורבא בסוגיין פריך דגם לרבי מאיר לא נאמר ממה נפשך, ומשום הכי מוקים מתניתין כשמת לאחר שלשים, אבל הרמב"ם לית ליה אוקימתא דרבא, ועיימש"נ בש"ג פ"ח, ופסק כלישנא קמא דרבי ירמיה דנחלקו כשמת בתוך שלשים, ופסק כרבי יהודה דנתחייבו נכסים, דהיינו כסברת רבא דספק נעשה ודאי, ובשני יוסף בן שמעון שנשתתפו אינו גובה מהם שכבר פקע שעבודם קודם שנשתתפו, ועיימש"נ בש"ג פ"י לענין סברת רבי יהודה לפי לישנא בתרא דרבי ירמיה.

והנה עיין ביבמות (דף לז:) ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא ספק אמר אנא בר מיתנא הוא ונכסי דידי הוא, ויבם אמר את בראי

לכשיחלקו שוב לא יוכל לגבות מחמת השעבוד הגוף, אם כן השעבוד הגוף בטל, וממילא גם השעבוד נכסים בטל, אכן רבי יהודה ס"ל דכשהם שותפים חל השעבוד נכסים בתורת ודאי, ואע"ג דיסוד הדברים הוא ממה נפשך, דכיון דאמרינן ממה נפשך חל השעבוד בתורת ודאי, והבעל חוב קונה זכות גביה בשדה המשותפת בתורת ודאי, ואפילו לאחר שחולקים אינו מפסיד זכותו, דכיון שחל עליו תורת גביה ודאית שוב לא פקע, והיינו מאי דקאמר נתחייבו הנכסים, כלומר שחל עליהם גביה ודאית.

לפי קשה לפי זה קושית רבא דכיון דליכא גביה מחמת שעבוד הגוף נתבטל נמי השעבוד נכסים, שהרי כיון שיכול לגבות בתורת ודאי אפילו אחר חלוקה, נמצא דלעולם יכול לגבות מצד השעבוד הגוף, שהרי נטילת הקרקע היא משום חובת גברא, כמש"נ, ואי משום שצריך לתבוע מן הלוח תחלה, ילך אצליהם ויתבע מהם והם ידחוהו, אבל לא נתבטל כזה השעבוד הגוף, דעדיין יכול להשלים חובת הגברא על ידי נטילת הקרקע, ואדרבה סברת רבי יהודה היא ממש כסברת רבא, דכי היכי דרבא ס"ל דאם דינא הוא דהמוציא מחבירו עליו הראיה במקום ספק אז אמרינן דנעשה פטור ודאי ושוב ליכא למימר ממה נפשך, ועיימש"נ בש"ג פ"ו, כמו כן נמי ס"ל לרבי יהודה דהיכא דיש לו דין גביה מחמת שני ספיקות וממה נפשך אז אמרינן דנעשה גביה ודאית ואינה בטלה אפילו לאחר חלוקה.

לפי פריך רבא אלא אליבא דרבי מאיר דס"ל דאין הבעל חוב זוכה בגביה ודאית כשהם שותפים, וכל דין גביה שלו הוא מדין ספק, אלא דבמקום דאיכא שני ספיקות אמרינן ממה נפשך, וכשחולקים בטל הממה נפשך ושוב אין בעל חוב גובה, ונמצא דגם כשהם משותפים גביתו בתורת ספק, ואם כן גם קיום דין שעבוד הגוף הוא מדין ספק, וס"ל לרבא דכשהשעבוד הגוף הוא בספק דדינו המוציא מחבירו עליו הראיה יש לו דין ודאי פטור, ואם אין שעבוד הגוף אין שעבוד נכסים, אבל לרבי יהודה לא קשה מידי, דכיון דאיכא שעבוד נכסים ודאי שממנו יוכל לגבות אפילו אחר חלוקה, כמש"נ, אם כן יש לו נמי לגבות מן השעבוד הגוף בתורת ודאי אע"פ

לפימש"נ אין זה מכריח לומר הדר דינא בסוגיין, דמכל מקום ס"ל דנשאר הדבר בספק אפילו בספק חיוב ואמרינן ממה נפשך, וכמש"נ.

פרק ח

בו יובא הא דאמר רבא דרבי מאיר ורבי יהודה נחלקו אם דרשינן חמש סלעים ולא חצי חמש או חמש ואפילו חצי חמש, ויבואר למה הרמב"ם לא הזכיר דין חצי חמש כלל.

[בכורות מח.] אלא אמר רבא לעולם שמת לאחר ל' יום, ואי דאיכא נכסי טובא הכי נמי דשקיל, והכא במאי עסקינן כגון דליכא אלא חמש סלעים, ודכולי עלמא אית להו דרב אסי, דאמר רב אסי האחים שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות, ודכולי עלמא מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא, ודכולי עלמא אית להו דרב פפא, דאמר רב פפא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, והכא בחמש ולא בחצי חמש קמיפלגי, דרבי מאיר סבר חמש ולא חצי חמש, ורבי יהודה סבר חמש ואפילו חצי חמש וכו', אלא דכולי עלמא חמש ולא חצי חמש, והכא בדרב אסי ורב פפא קמיפלגי, יעו"ש.

והנה הרמב"ם בפ"א ביכורים הל"כ פסק כרבי יהודה לפי האוקימתא דרב ירמיה בריש סוגיין, ולא כאוקימתא דרבא דנחלקו כשמת לאחר שלשים, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ג פ"ז, אכן צריך עיון דהרמב"ם השמיט כל דין חמש ולא חצי חמש, ואע"פ דלא מוקים למתניתין דבא מלתא פליגי, מכל מקום הרי הוזכר ענין זה בגמרא, והיה לו להרמב"ם להביאו להלכה, או דאמרינן חמש ולא חצי חמש, או דאמרינן חמש ואפילו חצי חמש, אולם לא הביא דין זה כלל, וצריך עיון למה השמיטו.

ונראה דהנה זה פשוט דמי שבכרה אשתו ולא היה לו אלא ב' סלעים, נותן הב' סלעים לכהן והשאר נשאר מחויב לו וכשירויח ישלם, ואין זה נחשב חמש ולא חצי חמש, שהרי החיוב שחל עליו הוא חיוב של חמש ורק שאין לו מספיק מעות לשלם, ולכן ישלם מה שיכול לשלם והשאר נשאר מחויב, והא דאמר רבא דאם הוריש

דידי את ולית לך ולא מידי בנכסי, הוי ממון המוטל בספק, וממון המוטל בספק חולקין וכו'. ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא, בני יבם אמרי אייתי ראייה דאחונא את ושקול, אמר להו ספק מה נפשיכו אי אחוכון אנא הבו לי מנתא בהדייכו, ואי בר מיתנא אנא הבו לי פלגא דפלג אבוכון בהדאי, רב אבא אמר רב קם דינא, ורב ירמיה אמר הדר דינא, לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי, דתנן מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו, אדמון אומר ילך בקצרה, וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר וכו', ואמר רבא וכו', כי פליגי בחד דאתי מכח ארבע, אדמון סבר מצי אמר ליה מכל מקום דרכי גבך הוא, ורבנן סבר דאמר ליה אי שתקת שתקת וכו', יעו"ש, ועיין בקונטרס הספיקות כלל ו' סעי' יב שהביא בשם הש"ך דרבא דסוגיין דבכורות אית ליה קם דינא.

אולם לפימש"נ לא ניחא ליה לרבא לאוקמי דרבי מאיר ורבי יהודה נחלקו בסברתו, אלא כולי עלמא ס"ל דהלוה פטור בתורת ודאי, ואם טעמא דידיה הוא משום קם דינא, אם כן למה ניחא ליה לאוקמי פלוגתא דאדמון ורבנן כן ביבמות שם.

ונראה דרבא לא קאמר דנעשה פטור, או ודאי חיוב לרבי יהודה, כמש"נ, אלא בספק חיוב, דאם פטרינן ליה מספק הרי אינו מחויב ובטל החיוב, ואם מחייבינן ליה משום ממה נפשך הרי נשתעבדו נכסיו ומחויב לשלם בתורת ודאי, דחיוב ופטור תלויים בהמצב בפועל, וס"ל לרבא דדבר זה מוסכם לכל, אבל ביבמות מיירי לענין בעלות, ואם אינו יכול להוציא ממונו מספק לא נתבטלה על ידי זה בעלותו, והרי זה כמי שנגנב ממונו ואין הגנב בנמצא, דלא פקע בזה קנינו אם לא נתייאש, דבכל מקום שהוא הרי הוא שלו, ובזה ס"ל לרבא דיש להסתפק אם קם דינא או הדר דינא, ויעו"ש בקונטרס הספיקות שהביא בשם התרומת הדשן דקם דינא משום יאוש, יעו"ש, אבל בחיוב ופטור ס"ל לרבא דהכל תלוי במה שהוא בפועל, ואם אי אפשר לגבות החיוב פקע חיובו, והש"ך הנ"ל כתב דרב ירמיה דסוגיין אזיל לשיטתו דיבמות דס"ל הדר דינא, אכן

יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה הכא וז"ל: במתניתין בדרב אסי או בדרב פפא פליגי, דרבי מאיר אית ליה דרב אסי ורב פפא וכו', ורבי יהודה אית ליה דרב אסי דפלגא הוי לקוחות, ולית ליה דרב פפא, אלא סבירא ליה דמלוה על פה גובה מן הלקוחות ושקיל כולהו, אי נמי לית ליה דרב אסי אלא כולהו הוי ירושה ושקיל כולה וכו' עכ"ל יעו"ש.

ולכאורה תמוהים דברי רש"י שכתב בפירוש הראשון דרבי יהודה לית ליה דרב פפא אלא ס"ל דמלוה על פה גובה מן הלקוחות, וכן הקשו התוס' לעיל (דף מח.) בד"ה ודכולי עלמא וז"ל: אטו מי לית ליה לרבי יהודה, הא דתנן בגט פשוט (דף קעה.) המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים בעל פה גובה מן בני חורין וכו' עכ"ל יעו"ש. והצאן קדשים כתב דמשום הכי כתב רש"י פירוש שני דס"ל דאחים שחלקו יורשים הם כדי להשמר מקושית התוס', יעו"ש. והרש"ש כתב דדברי הצאן קדשים תמוהים, יעו"ש, דהא לא יישב בזה הפירוש הראשון שהביא רש"י, וכי היכן מצינו מאן דס"ל דמלוה על פה גובה מלקוחות, והא אפילו למאן דאמר שעבודא דאורייתא חששו רבנן לפסידא דלקוחות.

ונראה ליישב דברי רש"י עפ"י מש"נ בדברי רש"י בגיטין (דף נא.) דמיבעי ליה שם לרבי חנינא קצובין וכתובין בעי או דלמא קצובין אע"פ שאין כתובין, יעו"ש, וכתב שם רש"י בד"ה קצובין אע"פ שאין כתובין וז"ל: ואית ליה דמלוה על פה שהיא קצובה טרפה ממשעבדי עכ"ל יעו"ש, וגם שם הקשו התוס' דהא משנה מפורשת היא דמלוה על פה אינה גובה מלקוחות, כנ"ל, ונתבאר לן דמה שכתב מלוה על פה שהיא קצובה טרפה ממשעבדי, לאו היינו שלוה ממנו סכום קצוב ומסוים, אלא כל מלוה על פה שהחייב שלה קצוב ושוה בכל פעם גובה מן הלקוחות, וסתם מלוה על פה אינה קצובה שהרי בכל מלוה ומלוה יש סכום אחר, ועיימש"נ בש"א פ"ו.

ולפי זה יש לומר דאע"ג דפדיון הבן חשיב מלוה על פה, דס"ל מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי, מכל מקום

רק ה' סלעים ואמרינן האחים שחלקו מחצה יורשים ומחצה לקוחות אתינן לדין חמש ולא חצי חמש או חמש ואפילו חצי חמש, היינו משום דכל חיובם של היורשים לפרוע חוב אביהם הוא רק כפי הסכום של הנכסים שירשו, ואם חשיבי יורשים רק על מחצה הרי חיובם לפרוע חוב אביהם של פדיון הבן חל רק על שני סלעים ומחצה ולא יותר, והרי זה חצי חמש, אבל אם האב לא היה לו אלא שני סלעים ומחצה לא היה נחשב חצי חמש, שהרי חיובו הוא חמש, כמש"נ.

ויש בדברי רבא חידוש גדול, דאע"ג שכבר חל על אביהם חיוב פדיון הבן, ועכשיו חל כסתם חוב שנתחייבו, ולא נחשב שיש עליהם חיוב פדיון, והרי החיוב לא הוי אלא שני סלעים ומחצה ולא יותר, כמש"נ, ונמצא שזה חצי חמש, אכן בפשיטות היה אפשר לומר דמאחר שחל החיוב פדיון הבן על האב שוב הוה ליה חיוב ממון בעלמא, ואם בשעת חלות החיוב נתחייב בה' סלעים אין זה נחשב חצי חמש, ושוב הוה ליה חיוב ממון סתם, וכשנתמעט החיוב אצל היורשים מחמת שלא ירשו אלא שני סלעים ומחצה לא איכפת לן בכך ולא נעשה חצי חמש, שהרי אין על החיוב עוד תורת פדיון הבן, ורבא הוכרח לחדש דעדיין יש לחובם כל דיני פדיון הבן כדי ליישב המחלוקת בהמשנה, דהא פליג על סברת רבי ירמיה, אבל הרמב"ם מוקים מתניתין כרבי ירמיה, ואם כן לא הוצרך לחדש דלעולם נשאר תורת פדיון הבן על החיוב, אלא נקט כפשוטו דמאחר שחל החיוב פדיון הבן נעשה חיוב ממון בעלמא, כמש"נ, ואם כן להרמב"ם לא משכחת לן היכי תמצא של חצי חמש, דאצל האב לעולם הוי חמש, כמש"נ, וגבי היורשים לעולם הוי ממון סתם ולא חיוב פדיון הבן, וכמש"נ.

פרק ט

בו יבוארו דברי רש"י דרבי יהודה ס"ל מת האב נשתעבדו הנכסים לחמש סלעים של פדיון הבן, ואע"ג דאחים שחלקו בלקוחות הם, משום דס"ל מלוה על פה גובה מן הלקוחות.

[בכורות מח:] אלא דכולי עלמא חמש ולא חצי חמש, והכא בדרב אסי ורב פפא קמיפלגי,

ועל זה משני זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שלקח אחד מהם שדה מחבירו בעל חוב גובה ממנו, וטעמא דרבי יהודה משום דס"ל האחים שחלקו לקוחות, כמו שכתב רש"י, אבל רבי מאיר ס"ל דהאחים שחלקו יורשים הם, ולכן כשחלקו שוב ליכא ממה נפשך דאם השני הוא הבכור אין לו תביעה אצל הראשון כלל.

אכן יש לדקדק דמשמע בגמרא שיש חידוש נוסף בהא דאמרינן ממה נפשך בשני יוסף בן שמעון שלקח האחד שדה מחבירו, שהרי באמת כבר ידעינן דיש לגבות מדין ממה נפשך, דהיינו טעמא דרבי מאיר דקודם חלוקה גובה מהם, ולא הוקשה לו כלל סברא דרבי מאיר, כמש"נ, ואם כן לכאורה פשיטא ליה נמי דשני יוסף בן שמעון שלקח אחד שדה מחבירו בעל חוב גובה ממנו, דגם התם איכא ממה נפשך, ועיקר חידושו דרבי ירמיה הוא דרבי יהודה ס"ל האחים שחלקו לקוחות נינהו, ולא היה לו לומר זאת אומרת שני יוסף בן שמעון וכו', שהרי אין זה החידוש, אלא החידוש הוא דלקוחות נינהו ואין ברירה.

ונראה דהא דפשיטא ליה דיוורשים קודם חלוקה גובה מהם מדין ממה נפשך, היינו משום דשני הצדדים של הגביה הם מחדא דינא, דהרי הוא גובה מדין חיוב הבכור לפדות את עצמו, ואע"פ שאין ידוע מי הוא הבכור, הרי הוא גובה מדין ממה נפשך או מזה או מזה יש לו דין לגבות, אבל לאחר שחלקו שוב לא הוי הממה נפשך מדין אחד, אלא או שהוא גובה מדין חיוב הבכור או שהוא גובה מדין שעבוד הלקוחות, ועל כל טענה וטענה יכול לדחותו, דאם אתה תובע ממנו מדין בכור, דלמא לא אני הוא הבכור אלא אחי הוא הבכור, ואם אתה תובע ממנו מדין לוקח מן הבכור, דלמא אני הוא הבכור ולא הלוקח, ונמצא דכל טענה בפני עצמה גרועה, ולא דמי לקודם חלוקה דהוא בא לגבות בודאי מדין חיוב בכור, והממה נפשך הוא על החיוב שלו, דהכא הוא גובה בצירוף שתי טענות גרועות, והממה נפשך הוא על הגברא, ועל זה קאמר רבי ירמיה זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שלקח אחד שדה מחבירו בעל חוב גובה ממנו, וקא משמע לן דגובה מדין ממה

מלוה על פה קצובה היא, שהחייב לעולם הוא חמש סלעים לא פחות ולא יותר, ואם כן להך צד של הבעיא בגיטין דקצובין אע"פ שאין כתובין טרפה ממשעבדי, הוא הדין דפדיון הבן גובה מן המשועבדים, ולפירוש הראשון דרש"י יש לומר דהיינו טעמא דרבי יהודה דגובה מן הלקוחות.

פרק י

בו יבואר מהו החידוש נוסף בהא דשני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקח אחד מהם שדה מחבירו בעל חוב גובה ממנו, ואע"ג דכבר ידעינן מרבי מאיר דגובים בטענת ממה נפשך.

[בכורות מה:]: ואיכא דמתני ליה אסיפא נתחייבו הנכסים, דמית האב אימת, אילימא דמית לאחר שלשים, מכלל דרבי מאיר סבר כי חלקו פטורים, הא אישתעבדי להו נכסי, אלא בתוך שלשים, כי חלקו אמאי מחייב רבי יהודה, ליזיל לגבי האי לידחיייה וגבי האי ולידחיייה, אמר רבי ירמיה זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקח אחד מהם שדה מחבירו, בעל חוב גובה ממנו, דאמר ליה אי בדיך מסיקנא מנתא דידך שקילנא, ואי בחברך מסיקנא משתעבדא לי מקמי דידך, אמר רבא מכדי נכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה וכו', יעו"ש.

ובלישנא בתרא לא פריך על רבי מאיר דכהן גובה מהם קודם שחלקו, ולמה לא נאמר זיל הכא מדחי וזיל הכא מדחי ליה, כדפריך בלישנא קמא, אלא סבירא ליה דכיון דאיכא סברא דממה נפשך, אם כן אע"ג דכל אחד בפני עצמו הוי ספק בכור, ויכול לומר המוציא מחבירו עליו הראיה, מכל מקום כששני הספיקות באים כאחד ואיכא סברת ממה נפשך שפיר גובה, ומה דמחדש לן רבי ירמיה בלישנא קמא פשיטא ליה בלישנא בתרא, ושפיר קאמר רבי מאיר דקודם שחלקו גובה אבל לאחר שחלקו אינו גובה, דשוב ליכא ממה נפשך, ולא פריך אלא לרבי יהודה דגם אחר שחלקו גובה, ואע"ג דשוב ליכא ממה נפשך, ונימא זיל הכא מדחי ליה וזיל הכא מדחי ליה.

תחלה קודם שבא אצל הקרקע מדין שעבוד נכסים, מדינא דהשעבוד הגוף זיל הכא מדחי ליה וזיל הכא מדחי ליה, יכול לתבוע מבעל השדה מדין שעבוד נכסים, שפיר משום שאין נפרעין מן הערב תחלה דהוי כתבע לתרוייהו מדין שעבוד הגוף, אלא שלא הצליח מצד השעבוד הגוף בלבד, וממילא יכול לגבות מן השעבוד נכסים.

והיינו סברת הממה נפשך, דאע"ג דלא אהני תביעתו להשעבוד הגוף לגבות מגלימא דעל כתפיה, אהני ליה לגבות מן המשועבדים, דהוי כתבע מן תרוייהו, ומתחלה הלך להשני ודחה ליה, והשתא אומר לזה שהשדה בידו אי בך מסיקנא וכו', ונמצא שבודאי תבע מן השעבוד הגוף אלא שלא הצליח, ויכול השתא לגבות ממשועבדים, וזהו החידוש של הממה נפשך, דאע"ג דמצד השעבוד הגוף אידחי כאן וכאן, מכל מקום לא שייך בזה דין אין נפרעין מן הערב תחלה וגובה ממשועבדים, ועל זה פליג רבא וקאמר דכיון דאי אפשר לגבות מן השעבוד הגוף, דכל אחד אומר לו המוציא מחבירו עליו הראיה, הרי השעבוד הגוף בטל מכל וכל וממילא נתבטל נמי השעבוד נכסים, ועיימש"נ בש"ג פ"ו.

נפשך אע"פ שאין שני צדדי הממה נפשך מדין אחד.

אכן יש לדקדק דהרי יש שעבוד נכסים על אותה שדה שלקח, בין אם הלוקח הוא היוסף בן שמעון שלוח, בין אם המוכר הוא היוסף בן שמעון שלוח, ואם כן למה צריך הממה נפשך אם בך מסיקנא וכו', ולמה לא יגבה בודאות מכח השעבוד נכסים, ואם תאמר דאין נפרעין מן הערב תחלה, ואינו יכול לגבות מן המשועבדים במקום שיכול לגבות משעבוד הגוף, אם כן היאך באמת יכול מן המשועבדים, ילך אצל השעבוד הגוף וזיל הכא מדחי ליה וזיל הכא מדחי ליה ולא יגבה כלל, ואלא מאי דבמקום שאין השעבוד הגוף ידוע הוה ליה כמי שהלך הלוח למדינת הים דגובה מן המשועבדים, אם כן הדרא קושיין לדוכתא, דלמה צריך ממה נפשך ולמה צריך לומר אי בדידך מסיקנא וכו', והלא איכא שעבוד נכסים בלי שום ספק על הקרקע הלוקחה, ולמה לא יגבה ממנה.

אלא נראה דבכהאי גונא דשני יוסף בן שמעון לא הוי כמי שהלך הלוח למדינת הים, שהרי הוא לפנינו ורק שאין ידוע איזהו, ועל כרחך דאף דצריך לגבות מן השעבוד הגוף דאין נפרעין מן הערב תחלה, כיון דאי דתבע לתרוייהו

שער ד: בענין קרקעות ומטלטלין

ובו כ"ג פרקים

פרק א

בו יבוארו דברי רש"י דאין בעל חוב דלוח שמת גובה מעות ממי שחייב דלוח דהחוב הוא מטלטלין ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי וגם המעות לא נשתעבדו שלא היו בעין.

[פסחים א.] והאמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה, ומת ראובן, ואתא בעל חוב דראובן וטריף ליה משמעון, ואתא שמעון ופייסיה בזווי, דינא הוא דאתו בני ראובן ואמרי לשמעון אנן מטלטלי שבק אבון גבך, ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: אע"ג דאבוהון קביל עליו אחריות מכירה זו, אפילו הכי יכולים בני ראובן לבא על שמעון ולומר אנן מטלטלי שבק אבון גבך, לא היית חייב עליו אלא מעות, ולא היה לך ליתנן לבעל חוב, ולא לעכבן בשביל אחריות מכירתך, דמטלטלי דיתמי לא שעבדום חכמים לבעל חוב, דקרקע של יתומים הוא דאמרינן בעל חוב גובה אותה בחובת אביהם משום דמחיים חל שעבודא עליהן, אבל על מעות שלא היו בעין לא חייל שעבודו מחיים עליהם, וכשהן בעין אין כאן לוח, ולבעלי המעות דהיינו יתומים לא הלוח זה כלום עכ"ל יעו"ש.

ונראה דהנה בענין פרעון החוב מצינו דעות דפרעון בעל כרחו שמיא פרעון, ועיין בחושן משפט סי' ק"כ סעי' ב' ובקצות החושן סי' ע' ס"ק ז', יעו"ש, ואע"פ שאין אדם קונה ממון בעל כרחו, הרי החוב נפרע במה שיחד לו ממון לתשלומי החוב, ואלו המעות הם באים במקום החוב, והרי נסתלק החוב והמעות נכנסו לרשות המלוה בלי דעת וקנין, ובאמת נעשו המעות דמי פרעון ביחוד בעלמא, אלא דכל זמן שלא החזירם לרשות המלוה הרי הלוה חייב באחריותם, ואם נאנסו צריך לשלם לו מעות אחרים.

ויתר על כן מצינו בחושן משפט סי' ע"ד סעי' ר' וז"ל: לזה שאמר כשהגיע זמן הפרעון אין לי מעות ולא מטלטלים אלא קרקע טול אותו בחובך, והמלוה אומר איני חפץ בקרקע, ואני רוצה להמתין עד שיהיו לך מעות, ואינך יכול לכופני שאקח קרקע, כיון שאיני תובע חובי עכשיו, הדין עם המלוה עכ"ל יעו"ש. ומבואר דלא אמרינן פרעון בעל כרחו שמיא פרעון אלא כשהלוה רוצה לשלם מעות, דהיינו עיקר החיוב, דהממון שיש לו גביה הוא מעות, דזווי יהיב זווי שקיל, ובכלל כל חיובי ממון הם במעות, אבל אם אין לו מעות ורוצה לשלם במטלטלין או בקרקע אין בזה דין פרעון בעל כרחו שמיא פרעון, ואם המלוה רוצה להמתין הרשות בידו, ואין הלוה יכול לכופו לקבל מטלטלין או קרקע, דלא חלה על דברים אלו תורת פרעון כשיחדם לשלם לבעל חוב, ורק דאם אינו רוצה להמתין חייב לקבל כל דבר לסלק החוב.

וכן מדויק מלשון הטור בשם תשובות הרא"ש וז"ל: דמצי אמר אילו הוה לי זווי לא שקילנא קרקע כי איני צריך לו, בשביל שמעותי אצלך תכופני ליקח בהן קרקע עכ"ל יעו"ש. ולא קאמר בפשיטות שרוצה מעות ולא קרקע, אלא אמר שאם יקבל הקרקע תהא זה כמי שכפה אותו ליקח קרקע, והיינו משום דגוף החוב הוא מעות, ואינו יכול לכופו ליקח בהן קרקע אם אינו רוצה, ולכן לא שייך בזה דין פרעון בעל כרחו שמיא פרעון, אבל אם רוצה לשלם מעות יכול ליחדם להיות דמי פרעון, והרי הם קנויים למלוה ממילא, ואינו יכול לעכב על הפרעון, כמש"נ.

ומבואר דשמעון בא לפטור את עצמו מחיובו לשלם דמי מכירה להיתומים בטענה שהוא נטל הממון שחייב להם מכח החיוב אחריות שהם היו מחויבים לו במקום אביהם, ויצא לו זה בזה, ואינו מחויב להם כלום, והם עונים לשמעון שאין עליהם חיוב אחריות לו שהרי לא ירשו קרקע, ואי משום מה ששמעון חייב להם דמי מכירה, זה נחשב מטלטלין, ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ומבואר מדברי רש"י דאילו היו יורשים קרקע היו מחויבים לו מדין אחריות, שהרי לוקח שסילק בעל חוב בזווי חוזר וגובה מן המוכר, כדמבואר בכתובות (דף ע"א), יעו"ש, ועיימש"נ בש"י פ"ט דהרמב"ם חולק עליו בזה.

והוסיף רש"י דמלבד מה שאין לבעל חוב דראובן שעבוד בעצם החוב ששמעון חייב להיתומים דמי המכירה שזקפו עליו במלוה, והיינו משום שהחוב הוא מטלטלין ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי, אין לו שעבוד כלל בהמעות ששילם שמעון להבעל חוב, שהרי המעות לא היו בעין, וכשהם בעין הרי לבעלי המעות שהם היתומים לא הלוה זה כלום, כנ"ל, ולפי זה הא דקאמר בגמרא אנן מטלטלין שבק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי, לא קאי אלא על עצם השעבוד, ולא על המעות, והא דאין לו שעבוד על המעות הוא מטעמא אחרינא, והיינו שלא היו בעין.

ויש לדקדק בדבריו דלמה הוצרך לכל זה, ועוד דמשמע מדבריו דאילו היו המעות בעין בחיי ראובן היה בעל חוב גובה אותן משמעון, ואע"ג דגם מעות הוו מטלטלין. ובכלל צריכים לעיין מה ענין מעות אלו, ומאי שנא מעות משאר תשלומין, ובאמת כבר הזכיר רש"י ענין המעות לעיל בד"ה ומת ראובן וז"ל: ובא בעל חובו וטורפה משמעון, ועדיין לא נתן שמעון המעות לראובן ולא ליתומיו, ופיסייה שמעון לבעל חוב דראובן באותן מעות עכ"ל יעו"ש, הרי שכתב רש"י שבא לפייס בעל חוב דראובן באותן מעות שהיה צריך ליתן ליתומים ולא בסתם מעות, וצריך עיון מהו כונתו בזה.

חוב דראובן, והיינו שחלה עליהם תורת דמי פרעון, כמש"ג, ועל זה אומרים היתומים דאין לבעל חוב שום תביעה כלל על אותן המעות, דאילו היו מטלטלי דיתמי משתעבדי לבעל חוב, היה שמעון יכול ליחד מעות לפרעון חובו, ואז גם מעות אלו היו משועבדים לבעל חוב כמו שאר מטלטלין, אבל כיון דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, ואין לבעל חוב שום זכות ושעבוד בחיובו של שמעון להיתומים, אם כן לאו כל כמיניה דשמעון ליחד ממון לפרוע חוב זה להבעל חוב, וכשהוא מיחד המעות לפרעון הם מיוחדים לפרוע להיתומים ולא להבעל חוב, והיינו מאי דקאמר וכשהן בעין, דהיינו כשיחדם לפרעון, הרי לבעלי המעות שהם היתומים לא הלוה זה כלום.

פרק ב

בו יבואר דלפעמים בבא לצאת ידי שמים יש חיוב גמור לצאת ידי שמים ולפעמים אין זה אלא מדת חסידות, ויבואר הספק אם נמחל שעבוד השטר כשחזר ולקח מעות הפרעון.

[בבא קמא קג:] מעשה בחסיד אחד שלקח משני בני אדם ולא היה יודע מאיזה מהם לקח, ובא לפני רבי טרפון אמר לו הנח דמי מקחך ביניהם והסתלק, בא לפני רבי עקיבא אמר לו אין לך תקנה עד שתשלם לכל אחד ואחד וכו', יעו"ש. וכתב הרמב"ם פ"כ מכירה הל"ב וז"ל: הלוקח מאחד מחמשה בני אדם, וכל אחד תובע אותו ואמר אני הוא בעל המקח, והוא אינו יודע ממי מהם לקח, מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק, ויהיו הדמים מונחין עד שיודו או עד שיבא אליהו, ואם הוא חסיד נותן דמים לכל אחד ואחד כדי לצאת ידי שמים עכ"ל יעו"ש. ולמד הרמב"ם דכל חיוב לצאת ידי שמים הוא לחסיד בלבד.

עוד כתב הרמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ט וז"ל: מנה לי בידך בודאי, והנתבע אומר כן היה לך בידי אבל איני יודע אם החזרתי לך או עדיין לא החזרתי לך, חייב לשלם וכו', אבל אם אין לו תובע והודה מעצמו ואמר גזלתך או הלוייתי מנה, אביך הפקיד אצלי מנה ואיני יודע אם החזרתיו או לא החזרתיו, אינו חייב לשלם, ואם

וכן נראה מבואר מדברי הריטב"א, על הא דאמרינן בגיטין (דף גט:) אתמר התקבל לי גיטי, ואשתך אמרה התקבל לי גיטי, והוא אומר הולך ותן לה, אמר רב אבא אמר רב הונא אמר רב נעשה שלוחו ושלוחה וחולצת, למימרא דמספקא ליה לרב אי הולך כזכי דמי אי לאו כזכי דמי, והא אתמר הולך מנה לפלוני שאני חייב לו, אמר רב חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר, התם ספק ממונא לקולא הכא ספק איסורא לחומרא, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: ספק ממונא לקולא, והמוציא מחבירו ידו על התחתונה לפיכך אינו חוזר עכ"ל יעו"ש. וצריך עיון דהא המעות ביד השליח, ואנו מסופקים אם הולך כזכי והם של המלוה, או לאו כזכי והם של הלוה, ואין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו, ולמה נחשיבנה להלוה כמוציא מחבירו והמעות ינתנו למלוה. ובאמת לא כתב רש"י דהמוציא מחבירו עליו הראיה אלא דידו על התחתונה, והוא דינא דספק ממונא קולא לנתבע, ועיין בקצות החושן סי' ע"ח סק"ז, יעו"ש, אכן למה יחשב המלוה הנתבע ולא הלוה דמעותיו הם.

והריטב"א כתב דדין מתנה כדין הגט וז"ל: והוא הדין במתנה היכא שעשה המקבל שליח קבלה נמי הוי ספק, ואע"ג דספק ממונא הוא, לא אזלינן לקולא, דלא דמי לחוב ופקדון דלפרעון קיימי, אלא אמרינן בהו שודא וכו' עכ"ל יעו"ש. ואין כונתו בזה דהואיל וחוב עומד לפרעון נקטינן דבכהאי גונא הולך כזכי דמי, דהרי להדיא אמרינן דטעמא דאינו חוזר משום דספק ממונא לקולא והמוציא מחבירו ידו על התחתונה, אלא נראה בביאור דבריו, דכיון דעומד לפרעון, מיד כששלח המעות חלה עליהם תורת דמי פרעון, ואם הולך לאו כזכי יכול לחזור בו ולבטלם מתורת דמי פרעון כל זמן שלא באו ליד המלוה, אבל כיון דהדבר מוטל בספק אם יכול לחזור ולבטלם מתורת דמי פרעון, אמרינן דידו על התחתונה, דכיון שחלה עליהם תורת דמי פרעון אינו יכול להוציאם מחזקתם על ידי ספק חזרה.

וזהו טענת שמעון בסוגיין שפייס בעל חוב דראובן באותן המעות שיחדם לפרוע חובו לראובן, ותחת ליתנם לראובן נתנם לבעל

כל החוב, ושוב אין על המעות תורת פרעון, ולמד הרמב"ם שיש עוד ענין של לצאת ידי שמים מלבד היכא דאיכא עליו חיוב גמור לצאת ידי שמים, ואע"ג דבהניח הדמים ביניהם ונסתלק ליכא חיוב לצאת ידי שמים הואיל ואין הממון מוטל בספק בין המוכר והלוקח אלא בין המוכר ועסקיו, כמש"נ, מכל מקום החוב עדיין קיים עד שיבואו המעות ליד המוכר ויוכל לערובם עם מעותיו, והרי מוטל על הלוקח חוב ממון שאינו מחייב בתשלומין לא בידי אדם ולא בידי שמים, כמש"נ, אכן מדת חסידות היא ליתן דמים לכל אחד ואחד שעל ידי זה יסולק ממנו גם עצם החיוב, והיינו מה שכתב הרמב"ם אם חסיד הוא נותן לכל אחד ואחד, דאין עליו חיוב תשלומין אפילו בידי שמים, כמש"נ, ולא שייך בו לשון חיוב אלא נותן מרצונו אם רוצה להתנהג במדת חסידות.

ל"פ זה יש לבאר הא דאיתא בכבא בתרא (דף ל"ב:) ההוא ערבא דאמר ליה ללוה הב לי מאה זוזי דפרעתי למלוה עילוך והא שטרא, אמר ליה לאו פרעתיך, אמר ליה הדרת שקלתינהו מינאי, שלחה רב אידי בר אבין לקמיה דאביי כי האי גונא מאי וכו', יעו"ש, וכתב הרשב"ם בד"ה כה"ג מאי וז"ל: אבל הכא לא היה לערב שטר אחר מעולם כי אם זה, והלכך אע"ג דפרעניהו, כיון דהדר שקלתינהו כאילו לא פרעניהו דמי וחייב לפרוע, או דלמא מכל מקום מודה הוא שפרעו, וקיימא לן שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו וכו' עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק דמאי סלקא דעתיה דיכול לגבות בשטר זה, וכי מספקא האי דינא גופא דשטר שלוה בו ופרע נמחל שעבודו.

אכ"נ יש להסתפק במה דנתבאר, דאם יחד מעות לתשלומין חל עליהן תורת פרעון ולא נסתלק מהן האי תורת פרעון עד שבאו לידו ויוכל לערבן עם מעותיו, אם סגי לן במה שיכול לערבן לסלק מהן תורת פרעון, או דלמא צריך לערבן בפועל או להוציאן לסלק מהן תורת פרעון, אבל כל זמן שהמעות צבורין ומונחין על השולחן לפני המלוה עדיין תורת פרעון עליהן, ובזה מספקא ליה לרב אידי בר אבין, מי אמרינן דכל זמן שצבורין ומונחין עדיין תורת פרעון

בא לצאת ידי שמים חייב לשלם עכ"ל יעו"ש, והוא מגמרא בבא קמא (דף ק"ח.) דבשמא ושמא וחזקת חיוב חייב לצאת ידי שמים, יעו"ש.

ומדויק לשון הרמב"ם שלא הזכיר שחיוב זה לצאת ידי שמים הוא רק למי שהוא חסיד, כמו שכתב בהלכות מכירה, כנ"ל, ועוד דבהל' טוען ונטען כתב שיש עליו חיוב לצאת ידי שמים, ובהלכות מכירה לא הזכיר מלת חייב, אלא כתב דאם הוא חסיד נותן דמים לכל אחד ואחד, ומבואר דאין זה אלא מדת חסידות ולא חיוב.

ובביאור הדברים נראה דבשמא ושמא וחזקת חיוב הרי הממון מוטל בספק, ואלא דכיון דאין להכריע הספק מוקמינן הממון בחזקת מריה, אבל אפילו לאחר הפסק הרי הממון עדיין מוטל בספק, ואע"ג דאין להוציא מידו בדיני אדם, איכא עליו חיוב גמור לשלם לצאת ידי שמים, ואין זה מדת חסידות אלא חיוב ממון בידי שמים, אבל במי שלקח מחמשה בני אדם והניח הדמים ביניהם ונסתלק פקע ממנו לגמרי חיוב תשלומין, ואין פטורו משום דממון המוטל בספק אין להוציא מן המוחזק, אלא כיון שיחד המעות לפרוע חובו חלה עליהם תורת פרעון, ועיימש"נ בש"ד פ"א בדברי רש"י, וכיון שהניח המעות פרעון לפני המוכר יצא ידי חיובו בידי אדם, ורק דהמוכר יצאו עליו עסקין שטוענים ששייכים להם, וסכסוך הוא בין המוכר וביניהם, ואין הלוקח שייך לסכסוך זה כלל, אלא כיון שמעות שחלה עליהם תורת פרעון מונחים ביד בית דין או ביד שלישי אין על הלוקח עוד שום חיוב.

אמנם אע"ג דחיוב התשלומין הנובע מן החוב נסתלק, מכל מקום עצם החוב עדיין לא נסתלק, דכל מחויב שנתן מעות מיוחדים לפרעון להמחויב לו, הרי מיד שנתן לו המעות נסתלק החוב ושוב אין על המעות תורת פרעון, שהרי יכול להוציאם או לערובם עם שאר מעותיו, אבל הכא, נהי דחובת תשלומין של הלוקח נסתלק כשיחד מעות לפרעון והשלישם למלוה, אכן כל זמן שמונחים ביד השליש לא נפקע מהם תורת פרעון, ולא נסתלק החוב עד שיגיעו המעות ליד המוכר ויוכל לערובם עם מעותיו, ורק אז נגמר

והרי"ף כתב וז"ל: ומאי שנא פקדון ומלוה, משום דמטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי, והני כיון דלא אתו לרשות יורשים משתעבדי לבעל חוב מדרכי נתן, דתניא רבי נתן אומר מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו שמוציאין מזה ונותנין לזה, תלמוד לומר ונתן לאשר אשם לו עכ"ל יעו"ש. והחילוק בין מלוה או פקדון ביד אחרים לשאר מטלטלין מבואר בסיפא דמתניתין דהניח פירות תלושין כל הקודם בהם זכה, ולא אמרינן ינתנו לכושל שבהם, וכן בשאר מטלטלין, אכן צריך עיון במה שכתב דטעמא משום דשעבודא דרבי נתן, דהא שעבוד האב בטל במיתתו, ובמקום שאין אחריות נכסים אין היורשים נכנסים תחתיו, ובטל נמי השעבודא דרבי נתן. ועוד קשה דאם רבי טרפון ס"ל דבעל חוב יש לו זכות במלוה ופקדון ביד אחרים משעבודא דרבי נתן, אם כן מאי קאמר רבי עקיבא אין מרחמים בדין, והא אין זה רחמים אלא דין, ועיין בהגהות חוות יאיר מה שהקשה עוד על דברי הרי"ף, יעו"ש.

ונראה לומר דגבית הכושל היא תקנה דרבנן, ויתכן משום נעילת דלת, וכן מדויק בדברי הר"ן וז"ל: ואע"ג דלא משתעבדי מטלטלי דיתמי לא לבעל חוב ולא לכתובה, הכא דלאו ברשותיהו מנחו, ס"ל לרבי טרפון דמוציאים מיד הלוח או מיד מי שהפקדון אצלו, ונותנין לבעל חוב או לכתובה שנתחייב בהן המת מחיים, וכי תימא תינח בעל חוב דאיכא למימר דכל שלא זכו בהן היורשין לאו מטלטלי דיתמי הן ומשתעבדי לבעל חוב, אבל לכתובת אשה אמאי, דהא קיימא לן דאפילו מיניה דידיה אינה נגבית אלא מן הקרקע, ולא עדיפא מטלטלין ברשות אחרים מאותם שהן ברשות הבעל מחיים, איכא למימר דס"ל לרבי טרפון כרבי מאיר דאמר (דף פא:) דמטלטלי משתעבדי לכתובה עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דלגבי מה שתקנו חכמים דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, לא כל מה שקנו בירושה נחשב מטלטלי דיתמי, דהמטלטלין שמהן הפקיעו השעבוד הן אותם מטלטלין שכבר באו לרשותם מיד כשמת הלוח, וזהו מה שכתב דכל שלא זכו בהן לאו מטלטלין דיתמי הן, כלומר שאינם אותו

עליהן, ואם חזר ונטלן הרי זה מבטל הפרעון, ולא נמחל שעבודו של השטר, ויכול לגבות בו, וכן מדויק בלשון הרשב"ם כיון דהדר שקלינהו כאילו לא פרעינהו דמי, כנ"ל, וכן בד"ה לאו הדרת, יעו"ש, או דלמא מכל מקום מודה הוא שפרעו, ונסתלק התורת פרעון מיד כשבאו המעות לידו, ואם חזר ונטלן הוה ליה הלואה חדשה, ונמצא שלוח ממנו בשטר שנמחל שעבודו.

פרק ג

בו יבוארו דברי רבי טרפון שאמר שמי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשין והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים ינתנו לבעל חוב או לכתובה, ואע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי.

[כתובות פד.] מתניתין מי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשין, והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים, רבי טרפון אומר ינתנו לכושל שבהן, רבי עקיבא אומר אין מרחמין בדין אלא ינתנו ליורשין, שכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה, הניח פירות תלושין מן הקרקע כל הקודם בהן זכה בהן. ובגמרא מאי לכושל, רבי יוסי רבבי חנינא אומר לכושל שבראיה, רבי יוחנן אמר לכתובת אשה משום חנינא וכו', ורבי עקיבא תפיסה לא מהניא כלל, אמר רבא אמר רב נחמן והוא שתפס מחיים, יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה ינתנו לכושל שבהן וז"ל: בגמרא מפרש מאי ניהו, ואף על גב דלא משתעבדי מטלטלי דיתמי לא לבעל חוב ולא לכתובה, הכא דלאו ברשותיהו מנחי, סבירא לרבי טרפון דמוציאין מיד הלוח או מיד מי שהפקדון אצלו, ונותנין לבעל חוב ולכתובה שנתחייב בהן המת מחיים עכ"ל יעו"ש. ויש לעיין למה גובה בעל חוב מן המטלטלין שהניח הלוח, והלא ירושה קונה אפילו מה שאינו בידם, ובמקום שאין בעל חוב אין אדם אחר יכול ליקח את המטלטלין, ויכולים היורשים להקדיש המטלטלין או לקדש בהן את האשה, שהרי הן ממונם של היורשים, וגם אינן משועבדים לבעל חוב, דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ואם כן למה ינתנו לבעל חוב.

משום שאין מרחמים בדין, וטעמא דאין צריכים שבועה היא רק לאלומי מלתא כנגד דברי רבי טרפון.

ובביאור טעמא דכולם צריכים שבועה ויורשים אין צריכים שבועה, יש לומר דכיון דיורשים אין צריכים שבועה ובעל חוב צריך שבועה הרי זה כמי שכבר באו לידם, ובמטלטלין שברשותם גם רבי טרפון מודה דאין נותנים אותן לבעל חוב, אבל לרבי עקיבא אין צריך לטעם זה, כמש"נ.

ועוד מבואר בגמרא דגם רבי עקיבא אית ליה הך תקנה, ודוקא כשתפס מחיים, ואע"ג דהתפיסה מחיים לא היתה גביה מעליא לסלק החוב, שגזירת הכתוב היא דאין אדם דן דין לנפשו, כמבואר ברא"ש בבבא קמא (דף כז:) אבל למשכנו בשביל חוב וכו', יעו"ש, ועיינן עוד במגיד משנה פ"ג מלוה ולוה הל"ג, יעו"ש, מכל מקום כיון שהמטלטלין הן ביד הבעל חוב מסתברא שיתקנו לו רבנן שיגבה מהן, ולא הוי רחמים בדין.

ובזה יש לבאר נמי את דברי הרי"ף, דבודאי אין דין שעבודא דרבי נתן לגבי היורשים מדין שעבודא דרבי נתן, כמש"נ, אכן כיון שבחיי אביהם היתה לבעל חוב תביעה לגבי המטלטלין ביד אחרים מדין שעבודא דרבי נתן, על כן ס"ל לרבי טרפון דמסתברא שיתקנו לו לגבות מהן כל זמן שלא באו לידי היורשים, אבל לגבי פירות תלושין או שאר מטלטלין שביד הלוה לא היתה לבעל חוב שום שייכות להם מחיים, שהרי אין לו שעבוד במטלטלין, ואינו יכול לתבוע מן הלוה שיתנן לו אם יש לו שאר נכסים, אבל מלוה ופקדון ביד אחרים יכול לתבוע מן האחרים מדין שעבודא דרבי נתן, ונמצא שהיה יכול לגבות המלוה או הפקדון בחיי הלוה, לכן תיקנו חכמים שגובים מהם קודם דאתו לרשותיהוה, ולפיכך לא תיקנו בשאר מטלטלין אלא שכל הקודם זכה, ואינו גובה בבית דין, ורבי טרפון ס"ל דגם תפיסה דלאחר מיתה מהני שלא יהיו נחשבין מסוג מטלטלי דיתמי לגבי התקנה כיון שלא באו לרשותם.

סוג מטלטלין שבו דיברו חכמים, וזהו מאי דקאמר רש"י דאע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב מפני התקנה, מכל מקום ס"ל לרבי טרפון דבהני מטלטלין שלא הגיעו לידם בפועל חשו חכמים לטובת הבעל חוב והניחו לו לגבות מהן.

ואמרינן בגמרא לקמן (דף פד:) ולרבי טרפון דמנחי היכא, רב ושמואל דאמרי תרוייהו והוא שצבורין ומונחין ברשות הרבים אבל בסימטא לא, ורבי יוחנן וריש לקיש דאמרי תרוייהו אפי' בסימטא, יעו"ש, ולא נחלקו כאן אם ירושה קונה בסימטא או רק ברשותו ממש, דבודאי קונה אפילו ברשות הרבים, כמש"נ, אלא נחלקו מה קובע שם מטלטלי דיתמי לגבי התקנה, מי בעינן שיבאו המטלטלין לרשותם ממש, או דסגי במה שהם נמצאין בסימטא שהוא מקום הראוי לקנין.

ורבי עקיבא ס"ל דלתקן לבעל חוב לגבות מטלטלין שבעצם אין בהן זכות גביה נחשב כרחמים בדין, ולהכי ינתנו ליורשים שממונם הן. ובהא דאמר שהיורשים אין צריכים שבועה כתב הרי"ף וז"ל: ומיהו טעמא דשבועה לאו דוקא וכו', והכי איתא בירושלמי (הלכה ב) הגע עצמך שפטורים מן השבועה זו תורה וזו אינה תורה עכ"ל יעו"ש. והיינו דבירושלמי פריך מהיכא דהתנה עם בעל חוב שיפטר מן השבועה דלמה יקדם ליורשים, ומשני זו תורה, כלומר אין מרחמים בדין הוי עיקר טעמא דרבי עקיבא, וזו אינה תורה, דמה שיוורשים אין צריכים שבועה הוא רק לאלומי מילתא, ועיינן שם בפני משה ובקרבן העדה שפירשו דברי הירושלמי באופנים אחרים, יעו"ש.

וכדברי הנמוקי יוסף כן מבואר מדברי הרמב"ם פ"א מלוה ולוה הל"ז וז"ל: אבל הבא ליפרע מן היורש בין קטן בין גדול לא יפרע מן המטלטלין, אפילו היו מופקדין או מלוה אצל אחרים, שהמטלטלין אינן תחת שעבוד בעל חוב מן התורה עכ"ל יעו"ש, והוא דינא דרבי עקיבא דאין נפרעים מפקדון או מלוה, ולא הביא טעמא דכולם צריכים שבועה ויורשים אין צריכים שבועה, והיינו משום דעיקר טעמא

על היתומים מצוה לפרוע חוב אביהם, כדמבואר בבבא בתרא (דף קנז), "יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"י.

פ"י זה איכא למימר דאפילו אם קיימא לן דעבדי כמקרקעי לגבי דיני קרקע, כגון לענין דרכי הקנין, מכל מקום כיון דסוף סוף נייד, אין היתומים נכנסים תחת הלוה שיחול עליהם חיוביו, דדוקא אם ירשו ביתו ושרותיו שהם דברים קבועים הרי נחשב שרשות הלוה נמשך דרך היתומים, ולא אם ירשו מקרקעי דנייד, ולא משום דלא סמכא דעתיה דמלוה עליהם, אלא משום שאינם קבועים. ואם עומדים היתומים במקום אביהם צריכים לשלם חובותיו, והיה אפשר לומר דסברא זו דעומדים במקום אביהם אינה שייכת בעבדים על אף שיש להם דין קרקע כיון דנייד, ואם כן אין שעבוד הגוף חל על היתומים בירשת עבדים, ומצד שעבוד נכסים גרידא אין לגבות מהם, כמש"נ, והיה אפשר לומר דאם עבדי כמקרקעי גובה מן הלקוחות ולא מן היתומים, לכן שאל רב נחמן מעולא אם רבי אלעזר אמר דגובים מן העבדים אפילו מיתמי, ועולא דחה אותו בדברים, אבל בתר דנפיק אמר דעבדי כמקרקעי וגובה אפילו מן היתומים, כדאיתא בגמרא.

פרק ה

בו יבואר דמהלוקת אם עבדים כקרקעות או כמטלטלין לענין גבית בעל חוב מן היתומים הוא בגדר לא פלוג רבנן, ויבואר דהא דעבדים הוקשו לקרקע אינו תלוי במהלוקת זה.

בבא קמא יא: ואמר עולא אמר רבי אלעזר הלכתא גובין מן העבדים, אמר ליה רב נחמן לעולא אמר רבי אלעזר אפילו מיתמי, לא מיניה, מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, הכא במאי עסקינן שעשאו אפותיקי, כדרכא דאמר רבא עשה עבדו אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה הימנו, שורו אפותיקי ומכרו אין בעל חוב גובה הימנו, מאי טעמא, הא אית ליה קלא והא לית ליה קלא, לכתר דנפק אמר להו עולא הכי אמר רבי אלעזר אפילו מיתמי וכו'. לימא כתנאי, מכר לו עבדים וקרקעות, החזיק בעבדים לא קנה קרקעות, בקרקעות לא קנה עבדים וכו'. עבדים ומטלטלין,

פרק ד

בו יבואר הא דמסקא דעתין דלמאן דאמר עבדי כמקרקעי דמו יש חידוש נוסף בהא דגובים מן עבדים שירשו יתומים מן הלוה מהא דגובים מעבדים שמכר הלוה ללקוחות.

בבא קמא יא: ואמר עולא אמר רבי אלעזר הלכתא גובין מן העבדים, אמר ליה רב נחמן לעולא אמר רבי אלעזר אפילו מיתמי וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אם מת לוה ונפלו קמי יתמי, מי אמר רבי אלעזר דבעל חוב גובה מן העבדים דמקרקעי דמו עכ"ל יעו"ש, ולא קאמר בגמרא מי אמר רבי אלעזר אפילו מיתמי ולקוחות דמקרקעי דמו, ומבואר דאף אם עבדי כמקרקעי יש חידוש נוסף בהא דגובה מן העבדים.

ובדמשך הסוגיא דחי עולא דאפילו אם עבדי כמטלטלי גובה מהם משום דאית להו קלא, וכתב שם רש"י דהיינו דוקא מלקוחות אבל לא מיתמי, וגם התוס' הסימו לזה, אלא דאית להו דלא פלוג רבנן בין יתומים ללקוחות, ואם גובה מלקוחות גובה גם מיתומים, ואף דשפיר מובן הטעם לחלק בין יתומים ללקוחות, דמטלטלין אין בהם שעבוד, ותקנו בהם שעבוד משום קלא, וטעם זה לא שייך אלא בלקוחות ולא ביתומים, מכל מקום ס"ל להתוס' דכיון שתקנו בהם שעבוד תיקנו גם ביתומים דלא שייך למיחשב בהו לפסידא, ועיימש"נ בש"ד פ"ו, אכן לפי קושיית רב נחמן שהבין דטעמא דרבי אלעזר משום דעבדי כמקרקעי דמו, כנ"ל, הרי בעצם איכא עליהו שעבוד, וצריכים לעיין למה איכא חידוש נוסף בהא דגובה אפילו מיתומים.

ונראה לפרש עפימש"נ בש"ג פ"ח דאין בעל חוב גובה מן היתומים אלא מצד שעבוד הגוף שעליהם לפרוע חוב אביהם, ואלא דהחיוב מוגבל לאחריות נכסים שירשו מן הלוה, והיינו משום דכיון שירשו קרקעות הלוה הרי הם נכנסים תחתיו לשלם חיוביו מאותם הנכסים, וגם מצינו דאפילו אי ליכא שעבוד על הנכסים שירשו סלקא דעתין דעדיין נכנסים תחת הלוה, כגון אם לוה וקנה למאן דלית ליה אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, עדיין איכא

פרק ו

בו יובא מחלוקת רש"י והתוס' אם גובים ממטלטלין שעשאן אפותיקי ואית להו קלא רק מלקוחות או אף מיתומים, ויבוארו דברי התוס' דאם גובים מלקוחות גובים מיתומים.

[בבא קמא יא:] ואמר עולא אמר רבי אלעזר הלכתא גובין מן העבדים, אמר ליה רב נחמן לעולא אמר רבי אלעזר אפילו מיתמי, לא מיניה, מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, הכא במאי עסקינן שעשאו אפותיקי, כדרבא דאמר רבא עשה עבדו אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה הימנו, שורו אפותיקי ומכרו אין בעל חוב גובה הימנו, מאי טעמא, הא אית ליה קלא והא לית ליה קלא, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: אפותיקי, אפה תהא קאי, כלומר מזה יהא לך פרעון, ואשמועינן רבי אלעזר דאם מכרו גובה בעל חוב ממנו עכ"ל יעו"ש. ולמד רש"י דלרבי אלעזר אם עשה עבדו אפותיקי גובה מן הלקוחות אבל לא מיתמי, וכן מבואר בשיטה מקובצת שהקשה על דברי רש"י דלמה לא קאמר בגמרא הכא במאי עסקינן בלקוחות, יעו"ש, אבל הר"י פירש דשפיר מיירי ביתמי, וכי היכי דגבי מלקוחות גבי נמי מיתמי, יעו"ש.

ועיין בתוס' שהביאו ראה לכך וז"ל: כגון שעשאו אפותיקי, והשתא גבי מיתמי, ואע"ג דמיתמי לא שייך טעמא משום קלא כמו בלוקח וכו', מכל מקום היכא דגבי מלקוחות גבי נמי מיתמי, מידי דהוה אמלוה בשטר דגבי מיתמי ומלקוחות אפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, ומלוה על פה לא גבי ממשעבדי ולא מיתמי, ובשלמא לקוחות איכא לפלוגי בין על פה לבשטר, דבמלוה בשטר גובה משום נעילת דלת ובמלוה על פה לא גבי משום דליכא קלא ובשטר איכא קלא, אבל ביתמי מה לי מלוה על פה מה לי מלוה בשטר, אלא ודאי כל היכא דגבי מלקוחות משום נעילת דלת גבי נמי מיתמי וכו' עכ"ל יעו"ש. ולכאורה צדקו דברי התוס' דדין היתומים אזיל בתר דין הלקוחות, וכיון דמלוה על פה לא גבי מלקוחות משום דלית ליה קלא הוא הדין דלא גבי מיתומים, ומלוה בשטר

החזיק בעבדים לא קנה מטלטלין, במטלטלין לא קנה עבדים, והתניא החזיק בעבדים קנה מטלטלין, מאי לאו בהא קמפלגי דמר סבר עבדים כמקרקעי דמי ומר סבר עבדים כמטלטלין דמי וכו', יעו"ש.

ומבואר בגמרא דעולא ורב נחמן נחלקו אם עבדים כמקרקעי דמי וגובים אותם מן היתומים, או כמטלטלי דמי ואין גובים אותם אלא מיניה. והנה טעמא דשעבוד הבעל חוב הוא רק בקרקע ולא במטלטלין, כתב רש"י לקמן (דף לג:) ובבבא מציעא (דף ק"ט:) דמלוה לא סמיך עליהם דיכול לאבדם ולהצניעם, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"ט, ואם כן לכאורה היה צריך להיות דאם סמיך דעתו על עבדים גובה מהם ואי לא לא, ובגמרא תלה בעיקר דין העבדים אם יש להם תורת קרקע או מטלטלין, ורצה להוכיח מקנין אגב דהתם אינו מטעם סמיכות דעת אלא הכל תלוי בדין קרקע או מטלטלין לגבי הקנינים שהתורה נתנה להם, ומבואר דלא פלוג רבנן בשעבודים, וגזרו דכל קרקעות גובים מהם וכל מטלטלין אין גובים מהם, ולכן שקיל וטרי אם עבדים כמקרקעי או כמטלטלי, וכל זה הוא בשעבודא דעלמא, אבל בשעבוד מיוחד דאפותיקי הכל תלוי בהמצאות, אם אית ליה קלא גובים מהם אע"ג דהוי להו מטלטלי, ואם לית להו קלא אין גובים מהם.

והנה עיין לקמן (דף ס"ב:) ת"ר על כל דבר פשע וכו', מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המטלטל וגופו ממון, יצאו קרקעות שאינן מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, יצאו שטרות שאף על פי שמטלטלין אין גופן ממון וכו', יעו"ש. ובסוגיין לא הביא ראה מההיא ברייתא דעבדים כמקרקעי דמי, דאין דין קרקע או דין מטלטלין לגבי חיוב כפל דגנב, אלא הכל תלוי בדבר המטלטל, וקרקע לא נתמעט משום שיש לה דין קרקע אלא משום דלא הוה דבר המטלטל, ועבד נתמעט אע"ג דהוי דבר המטלטל משום דאיתקיש לקרקע, ואין להוכיח משם מהו דין העבד לענין קרקעות ומטלטלין.

דליכא קלא ליכא סבת שעבוד כלל, ומשום הכי כתבו התוס' דגבי מיתמי אע"ג דלא שייך בהו טעמא דקלא, שהם לא עשו מידי להרחיק האפותיקי מן המלוה, ומכל מקום גובה מהם דהואיל וגבי מלוקח גבי נמי מיתמי.

ובזה נחלקו רש"י והתוס', דהתוס' מדמי תקנה דנעילת דלת לתקנה דקלא, וכי היכי דלא פלוג רבנן בקרקעות למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, וגבי נמי מיתמי אע"ג דלא שייך גבייהו תקנה דנעילת דלת, ועיימש"נ בש"ד פ"ז, כמו כן נמי לא פלוג בתקנה דקלא, וגובה מן היתומים אע"ג דלא שייך בהו טעמא דקלא, אבל רש"י ס"ל דהא לחוד והא לחוד, ובתקנה דקלא דעיקר היסוד שלה הוא קנסא ללוקח לא אמרינן לא פלוג לגבות גם מיתומים.

פרק ז

בו יובאו דברי התוס' דלא פלוג רבנן וכל היכא דגובה מלקוחות גובה נמי מיתומים, ויבואר מה שכתבו דבמלוה על פה שלא חש לעשות שטר ליכא נעילת דלת אם אינו גובה מיתומים.

[בבא קמא יא:] ואמר עולא אמר רבי אלעזר הלכתא גובין מן העבדים, אמר ליה רב נחמן לעולא אמר רבי אלעזר אפילו מיתמי, לא מיניה, מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, הכא במאי עסקינן שעשאו אפותיקי, כדרבא דאמר רבא עשה עבדו אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה הימנו, שורו אפותיקי ומכרו אין בעל חוב גובה ממנו, מאי טעמא, הא אית ליה קלא והא לית ליה קלא, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה כגון שעשאו אפותיקי וז"ל: והשתא גבי מיתמי כמו מלוקח, ואע"ג דמיתמי לא שייך טעמא משום קלא כמו בלוקח, דלגבי דידהו אפותיקי ולא אפותיקי שוה, מכל מקום היכא דגבי מלקוחות גבי נמי מיתמי, מידי דהוה אמלוה בשטר דגבי מיתמי ומלקוחות אפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, ומלוה על פה לא גבי ממשעבדי ולא מיתמי, ובשלמא בלוקוחות איכא לפלוגי בין על פה לבשטר, דבמלוה בשטר גובה משום נעילת דלת ובמלוה על פה לא גבי משום דליכא קלא

דאית ליה קלא וגובה מן הלקוחות משום נעילת דלת גובה נמי מן היתומים, ואם כן קשה אמאי ס"ל לרש"י דעשה עבדו אפותיקי גובה מן הלקוחות ולא מן היתומים.

עוד יש לדקדק בדברי התוס' דהנה במטלטלין ליכא שעבוד כלל, בין למאן דאמר שעבודא דאורייתא בין למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, דמטלטלין לאו מידי דקאי בעיניה ולא סמיך מלוה עלייהו, כמו שכתב רש"י לקמן (דף ג:) יעו"ש, או מטעמי אחרוני שהביאו הראשונים, ואם כן הא דגובה ממטלטלי אפותיקי היכא דאיכא קלא לכאורה היינו טעמא כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, והיכא דליכא קלא לא גבי משום פסידא דלקוחות, וכדין הקרקעות למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, והא דעשה עבדו אפותיקי גבי נמי מיתמי היינו משום לא פלוג רבנן, וכי היכי דגבי מלקוחות כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, גבי נמי מיתמי אע"ג דלא שייך בהו טעמא דנעילת דלת, אכן לא כן הוא בלשון התוס', אלא כתבו דגבי מיתמי אע"ג דמיתמי לא שייך טעמא דקלא כמו בלוקח, כנ"ל, וצריכים לעיין למה כתבו התוס' בלשונם דגבי אע"ג דלא שייך בהו טעמא דקלא, שהוא הטעם דאין גובה משור אפותיקי משום דלית ליה קלא וחיישינן לפסידא דלקוחות, ולמה לא כתבו דגבי מיתמי אע"ג דלא שייך בהו טעמא דנעילת דלת כמו בלוקח.

ולכאורה מבואר מדברי התוס' דטעמא דעשה עבדו אפותיקי ומכרו גובה מלוקח לא הוי משום נעילת דלת, דכיון דתיקנו חכמים שעבוד קרקעות שוב ליכא נעילת דלת, אלא טעמא דגובה עבד אפותיקי מן הלוקח הוא משום דאיכא קלא, והלוקח ידע שהמלוה קנה שעבוד אפותיקי בהעבד ואעפ"כ לקחו, משום הכי קנסוהו רבנן שיבא המלוה ויגבה ממנו. וכעין סברא זו כתבו התוס' בבבא בתרא (דף קעה:): ד"ה לא מן הירושין וז"ל: וטעמא משום שעשו חוצפא לקנות דבר שיש עליו קול שהיה משועבד וכו' עכ"ל יעו"ש. וכעין זה נמי מצינו ברש"י בבבא מציעא (דף טו.) בד"ה יפה ויפה וז"ל: אמאי קבלתיה מאין אגבה חובי עכ"ל יעו"ש. ונמצא דהקלא בסוגיין הוי עצם סבת החיוב, ובשור

הוא מפני דלא פלוג בין לקוחות ליתומים לענין גביה, ואם גובה מן הלקוחות גובה מן היתומים.

אכן יש לדקדק בסברא זו דהואיל ולא חש לכתוב שטר גם כי לא גבי מיתמי ליכא נעילת דלת, והלא כתבו התוס' דטעמא דנעילת דלת לא שייך אלא בלקוחות ולא ביתומים, והא דמלוה בשטר גובה מן היתומים למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא הוא רק משום לא פלוג, ואם גבי מלקוחות גבי נמי מיתמי, והיאך כתבו דרק במלוה על פה ליכא נעילת דלת אם לא גבי מיתומים מפני שלא חש לעשות שטר, כנ"ל, ומשמע דהיכא דחש לעשות שטר גובה מן היתומים משום נעילת דלת. ובכלל קשה לדברי התוס' דמלוה בשטר גובה מן היתומים למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא רק משום לא פלוג, אבל מצד עצמם ליכא נעילת דלת, הלא גמרא מפורשת היא בבבא בתרא דמלוה על פה גובה מן היורשים כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, כנ"ל.

והנה עיין בגיטין (דף ג.) אמר עולא דבר תורה בעל חוב בזיבורית וכו' ומה טעם אמרו בעל חוב בכינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לוי וכו', אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית, בעי רב אחדובי בר אמי יתומים שאמרו קטנים או אפילו גדולים, תקנתא הוא דעבוד רבנן גבי יתמי, לקטנים עבוד רבנן לגדולים לא עבוד רבנן, או דלמא משום דלא מסיק אדעתא דמלוה דמית ליה ונפלי נכסי קמי יתמי, דהוה ליה נועל דלת, הלכך אפילו גדולים נמי וכו', והלכתא יתומין שאמרו גדולים ואין צריך לומר קטנים וכו', יעו"ש, ומבואר מן הסוגיא שם דליכא נעילת דלת אם אינו גובה מן היתומים, דלא אסיק אדעתא דמלוה דמית ליה ונפלי נכסי קמי יתמי, וזה לכאורה סותר להא דאמרין בבבא בתרא דמלוה על פה גובה מן היורשין כדי שלא תנעול דלת בפני לוי.

ונראה דבעצם ליכא נעילת דלת אם לא היה גובה מן היתומים, דלא אסיק אדעתא דמלוה דמית ליה, כנ"ל, אלא דכיון דתיקנו רבנן דמלוה בשטר גובה מן הלקוחות כדי שלא תנעול דלת בפני לוי למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, ותיקנו נמי דלא פלוג וכי היכי דגבי

ובשטר אית ליה קלא, אבל מיתמי מה לי מלוה על פה מה לי מלוה בשטר, אלא ודאי כל היכא דגבי מלקוחות משום נעילת דלת גבי נמי מיתמי כמו מלוה בשטר וכו', אבל במלוה על פה כיון דלא חש לעשות שטר לגבות מלקוחות כי לא גבי נמי מיתמי ליכא נעילת דלת וכו' עכ"ל יעו"ש.

התוס' הוכיחו דהיכא דגבי מלקוחות גבי מיתומים, אבל איפכא אין גביה מן היתומים תלויה בגביה מן הלקוחות, והיכא דלא גבי מלקוחות משום פסידא דלקוחות לא אמרינן דלא גבי נמי מיתומים, דהא אמרינן בבבא בתרא (דף קעו.) אמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, גובה מן היורשין כדי שלא תנעול דלת בפני לוי ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא, יעו"ש, הרי דאע"ג דלא גבי מלקוחות עדיין גבי מיתומים למאן דאמר שעבודא דאורייתא, ועיין בתוס' שם ד"ה גובה, ובתוס' לקמן (דף יד:) ד"ה ביתמי, יעו"ש, ורצו התוס' להוכיח דמכל מקום אם גובים מלקוחות גובים נמי מיתומים, והראיה ממלוה בשטר למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, דתיקנו חכמים לגבות מן הלקוחות משום נעילת דלת, וגובים נמי מיתומים, ואע"ג דלא שייך גביהו טעמא דנעילת דלת, אלא מבואר דכל היכא דגבי מלקוחות משום נעילת דלת גבי נמי מיתמי, ואם כן הוא הדין בעשה עברו אפותיקי, כי היכי דגבי מלקוחות גבי נמי מיתמי.

ובסוף דבריהם כתבו התוס' דהא דאינו גובה מיתומים במלוה על פה הוא, משום דכיון דלא חש לעשות שטר לגבות מלקוחות כי לא גבי נמי מיתמי ליכא נעילת דלת, כנ"ל, והתוס' הוצרכו לטעם זה, ולא כתבו בפשיטות דכיון דלא גבי מלקוחות מפני פסידא דלקוחות לא גבי נמי מיתמי, דהא מבואר מן הסוגיות דלא אמרינן לא פלוג בין לקוחות ליתומים לענין לא גבי, וביתומים לא שייך טעמא דפסידא, כמש"ג, ולכן איצטרך טעמא למה אינו גובה מלוה על פה מן היורשים למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, אבל מה שגובה מן היורשים במלוה בשטר אע"ג דלא שייך בהו טעמא דנעילת דלת

שאין בית דין נזקקין אלא לנכסים שיש להן אחריות, והתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין, הכא במאי עסקינן ביתמי, יעו"ש. ומתחלה סלקא דעתיה דברייתא קמייתא מיירי מיניה דידיה, דאינו גובה מן המזיק עצמו אלא מקרקעות ולא ממטלטלין, ועל זה פריך והתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין.

והנה עיין לעיל (דף יא:): ואמר עולא אמר רבי אלעזר הלכתא גובין מן העבדים, אמר ליה רב נחמן לעולא אמר רבי אלעזר אפילו מיתמי, לא מיניה, מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, הכא במאי עסקינן וכו', יעו"ש. והגמרא פריך בפשיטות דאין שום חידוש במה שגובה מטלטלין מיניה, והלא דבר פשוט הוא דמיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, ולא הוצרך להביא ראיה לכך משום ברייתא או מימרא, אלא דבר פשוט וידוע הוא דמיניה גובים אפילו מגלימא דעל כתפיה, ואם כן למה לא קאמר הכי גם בסוגיין, דלמה אין בית דין נזקקים אלא לנכסים שיש להם אחריות, והלא מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, ועל זה היה לו לתרץ הכא במאי עסקינן ביתמי, ולמה הוצרך להביא הברייתא דישיב לרבות שוה כסף.

ונראה לחלק דהתם מיירי במלוה שבא לגבות מן הלוה, והלוה הרי לקח ממונו של המלוה ושעבד עצמו להחזיר לו ממונו לאחר זמן קצוב, ואם כן הא מלתא פשיטא דשעבד עצמו להחזיר לו ולהשלימו מכל מה שיש לו, ואם אין לו כסף יתן לו מטלטלין, ואפילו גלימא דעל כתפיה, ולא איצטריך לכך דינא דשוה כסף ככסף, דאין השעבוד המוטל על הלוה מוגבל לכסף בלבד, ורק ביתמי איכא נפקא מינה בין מקרקעי למטלטלי, דמקרקעי משועבדים וערבים לחובו, אבל מטלטלין אין עליהן שעבוד וערבות ואינו גובה מיתמי, ועיין מה שכתבו התוס' בבכורות (דף מת.) בד"ה מלוה, יעו"ש.

אכן בסוגיין לא מיירי במלוה ולוה אלא בניזק ומזיק, והרי המזיק לא שעבד עצמו בכלום, אלא שהתורה הטילה עליו חובת תשלומין, והיה אפשר לומר דתורת תשלומין שהתורה הטילה עליו הוי רק ממון, שהוא לעולם עיקר תשלומין, וכתוב נמי כסף ישיב לבעליו,

מן הלקוחות גבי נמי מן היתומים, אם כן לפי התקנה קאי הסברא דנעילת דלת גם על היתומים, וגובים מן היתומים משום נעילת דלת, וכיון שכן במלוה על פה אין גובים מן הלקוחות, ואע"ג דאיכא נעילת דלת, משום דליכא קלא וחיישינן לפסידא דלקוחות, אבל ביתומים ליכא חשש פסידא, ומשום הכי קאמר רב פפא דגובים מהם משום נעילת דלת, דהיינו לפי מה שתיקנו חכמים דמשום נעילת דלת גובים גם מן היתומים, וכל זה הוא לענין שיוכל לגבות מן המשועבדים, בזה תיקנו נעילת דלת גם ביתומים, אבל לענין שגיבה מן הבינונית ולא מן הזיבורית בזה לא תיקנו נעילת דלת ביתומים, ולכן מן הלקוחות גובה מן הבינונית שהרי בפועל איכא נעילת דלת אם לא יגבה בינונית מהם, דהא אסיק אדעתא דמלוה שהלוה ימכר שדותיו, אבל לגבי יתמי בעצם ליכא נעילת דלת, וגם לא תיקנו להם נעילת דלת לגבות מבינונית דיתומים.

וְלָפִי זה מובנים דברי התוס', דכי היכי דגבי מלקוחות במלוה בשטר משום נעילת דלת למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, גבי נמי מיתומים אע"ג דלא שייך בהו עצם סברת נעילת דלת, ותיקנו רבנן דלא פלוג, והשתא חיישינן לנעילת דלת גם ביתומים, כמש"נ, ומשום הכי איצטריך לסברא דלא חש לעשות שטר לגבות מן הלקוחות, דמן הלקוחות אינו גובה דאע"ג דאיכא נעילת דלת חיישינן לפסידא שלהם הואיל ומלוה על פה לית ליה קלא, ומכל מקום היה צריך לגבות מיתומים, הואיל ותיקנו רבנן דגם ביתומים חיישינן לנעילת דלת, אלא דכיון דסוף סוף אינו גובה מלקוחות משום פסידא, והוא לא חש לעשות שטר כדי לגבות מלקוחות, אם כן לגבי דידיה בכלל ליכא נעילת דלת, ואינו גובה מן היורשים.

פרק ח

בו יבואר הא דסלקא דעתין דאם אין למוזיק כסף אלא מטלטלין שהניזק גובה מקרקעות דמוזיק וְלָא אמרינן דמיניה דידיה אפילו מעל גלימא דעל כתפיה כדאמרינן בכמה מקומות.

נבבא קמא ידן רמי ליה רב יהודה בר חיננא לרב הונא בריה דרב יהושע תנא שוה כסף מלמד

ואם כן קשה ברייתא מרישא לסיפא, אלא מבואר דמיניה דידיה לא הוקשה לו, ואתי שפיר דמהני תפיסה, ולא פריך אלא משיב וגו' על עצם הדין דאין גובים ממטלטלי דמזיק, ומוקים לה ביתמי, ופריך אי ביתמי למה מהני תפיסה, דבשלמא אם מהלוח עצמו אין גובים מטלטלין, הרי מכל מקום יש עליו שעבוד הגוף, ומשום הכי היה מהני תפיסה, אבל ביתמי קשה למה מהני תפיסה, שהרי אין לניזק שום תביעה להם, דהא מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, וגם שעבוד הגוף אין להם כיון שלא ירשו אחריות נכסים. אכן קשה דאם כן מאי משני שתפס מחיים, למה תועיל לו תפיסתו לגבות מיתמי שאין לו עליהם שום שעבוד.

ועיין ברש"י וז"ל: ביתמי קאמרינן דאי שבק להו אבוהון המזיק מקרקעי גבי מינייהו, אבל ממטלטלי לא, דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, דאיכא למימר לאחר מיתת אביהן קנאום עכ"ל יעו"ש. ודברי רש"י לכאורה תמוהים, דאם טעמא דאין גובים ממטלטלי דיתמי הוא משום דחוששים שמא לאחר מיתת אביהם קנאום, אם כן היכא דהבעל חוב הביא ראיה שירשו המטלטלין מאביהם יוכל לגבות חובו גם ממטלטלין אלו, ובודאי אינו כן, דלעולם אין בעל חוב גובה ממטלטלי דיתמי, ועיין במאירי שעמד בזה.

ועוד קשה דאמרינן לקמן (דף לג:) שמע מינה לוח ומכר מטלטלין בית דין גובין לו מהם, יעו"ש, וכתב שם רש"י וז"ל: שמע מינה, בתמיה, והא מטלטלין לאו מידי דקאי בעיניה ולא סמיך מלוה עלייהו, ואמאי טרפינן להו מלוקח עכ"ל יעו"ש. הרי שאינו גובה מטלטלין מלקוחות דלא סמיך עלייהו, ואם כן מהאי טעמא גופא לא יגבה מן היתומים.

ובאמת כתב כן רש"י גם לגבי יתומים בכבא מציעא (דף טו:) בד"ה אין בעל חוב גובה הימנו וז"ל: ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב וכו', אבל היכא דמית, בהדי יתמי מאי עבידתיה דתבע, הרי לא לוח ממנו, ואי ירתי קרקעות משתעבדי נכסי מחיים ומיחייב מדין ערב, דנכסייהו דבר איניש אינון ערבין ביה, דכי אוזפיה עלייהו סמיך, אבל מטלטלי אפילו דין

הרי שהתורה חייבה אותו בתשלומי ממון, וסלקא דעתין דבמקום שאין לו ממון אתינן לדיני גביה, דכל דין פרעון אינו מקיים אלא על ידי ממון, ואם אין לו אזלינן בתר ערבא בתורת גביה, ואם כן אין גובים אלא מקרקעותיו, דקרקעותיו ערבים לחוב אבל לא מטלטליו, ולא דמי ללוח שלקח מעות המלוה וקבל עליו לשלם, ואם כן פשיטא דתורת תשלומין חל על כל מידי ולא רק על ממון, ומשום הכי גובים אפילו מגלימא דעל כתפיה, כמש"נ, אבל במזיק לא לקח ממנו מידי ולא שעבד עצמו בכלום, ואיכא למימר דתורת פרעון לא חל אלא על ממון, ואם אין לו ממון הרי הוא גובה מן הערב, דהיינו קרקע ולא מטלטלין, ואינו גובה מגלימא דעל כתפיה, ומשום הכי הביא ברייתא דישב לרבות שוה כסף ואפילו טובין, דגם במזיק הטיילה עליו התורה חיוב תשלומין מכל מילי, והניזק גובה גם ממטלטלין, ואפילו מגלימא דעל כתפיה.

פרק ט

בו יבוארו דברי רש"י דאין הניזק גובה ממטלטלי דיתמי דאיכא למימר לאחר מיתת אביהם קנאום ובמקומות אחרים כתב דלא סמיך דעתיה הואיל ויכולים להבריחם.

[כבא קמא יד:] שוה כסף, דתנו רבנן שוה כסף מלמד שאין בית דין נזקקין אלא לנכסים שיש להן אחריות, אבל אם קדם ניזק ותפס מטלטלין בית דין גובין לו מהן. אמר מר שוה כסף מלמד שאין בית דין נזקקין אלא לנכסים שיש להן אחריות, מאי משמע וכו', אלא אמר רב אשי שוה כסף ולא כסף וכו'. רמי ליה רב יהודה בר חיננא לרב הונא בריה דרב יהושע תנא שוה כסף מלמד שאין בית דין נזקקין אלא לנכסים שיש להן אחריות, והתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפילו טובין, הכא במאי עסקינן ביתמי, אי ביתמי אימא סיפא אם קדם ניזק ותפס מטלטלין בית דין גובין לו מהן, אי ביתמי אמאי בית דין גובין לו מהן, כדאמר רבא אמר רב נחמן שתפס מחיים, הכא נמי שתפס מחיים, יעו"ש.

ויש לעיין למה לא פריך מיד כדסלקא דעתיה דמירי בלוח עצמו דאין גובין ממטלטלין ממנו ולמה אם תפס ניזק בית דין גובין לו מהם,

יגבה מנכסיו, ואמרינן דלא סמיך דעתיה אלא על קרקעות ולא על מטלטלין דאפשר להצניען ולאבדן, כמו שכתב רש"י בבבא מציעא ולקמן, כנ"ל, וגם לא אסיק אדעתיה שימות הלוה, כדאיתא בגיטין (דף ג), יעו"ש, אלא כל דעתו הוא שהלוה עצמו יפרע לו, ואם לאו יגבה מקרקעותיו, ומשום הכי אין שעבוד וערבות חלים על מטלטלין דידיה, שהתורה הטילה שעבוד על הלוה כדי שיקוים רצונו ויגבה חובו, ואם כל דעתו של המלוה לא היתה אלא על הקרקע, למה נטיל שעבוד גם על המטלטלין מה שהוא עצמו לא חישב עליהם, ולמאן דלית ליה שעבודא דאורייתא כן הוא טעמא דתקנה דרבנן שלא תיקנו לו שעבוד במטלטלין.

אב"ד הניזק הרי לא נתן כלום להמזיק ולא האמינו, ואם התורה הטילה חיוב ושעבוד על המזיק למה לא יחול השעבוד על כל מה דאפשר ואפילו על מטלטלין, ואם נמצא אצלו מטלטלין יגבה הניזק מהם אם ירצה, דכל זה הוא יפוי כח לו, שיש לו עוד מקומות לגבות חובו מהם, ואע"ג דלא סמיך דעתו עליהם, הרי בניזק לא בעינן סמיכות דעתו, שהתורה זיכתה אותו בשעבודיו, כמש"נ.

ו"כ"ן איצטריך סברא נוספת גבי ניזק שמחמתה אינו גובה מן המטלטלין, דאפילו אם לא יצניען ולא יאבדן עדיין אין גביתו מן המטלטלין מוכרחת, דעדיין יכולים היתומים לומר שלאחר מיתת אביהם קנאום, וכן הלקוחות יאמרו שקנאום לאחר המכירה או לאחר מיתת המוכר, ויצטרך הניזק להביא ראיות, ונמצא שהגביה מן המטלטלין קשה עד מאד, והרי הניזק מיאש מהם ובטל שעבודם, ונמצא דהא דאין גובים ממטלטלי דיתמי לא הוי משום חששא דבאמת קנאום אחר מיתת אביהם, אלא עיקר הטעם הוא משום דלא סמיך דעתיה, וגם הניזק לא סמיך דעתיה ומיאש מהן הואיל ויכולים לטעון שלאחר מיתת אביהם קנאום.

והנה הקצות החושן סי' קס"ג סק"א הביא מחלוקת הפוסקים אי מועיל יאוש מחוב, והקצות החושן ס"ל דמועיל, ואם כן הוא הדין דמועיל בשעבוד, ושפיר איכא למימר בדברי רש"י דניזק אינו גובה ממטלטלין משום

ערב ליכא, דלאו עלייהו סמיך מלוה הואיל ובידו להצניען ולאבדן עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פל"ו, הרי שכתב רש"י דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב דלא סמיך עלייהו, כמו שכתב לגבי לקוחות, כנ"ל, ואם כן למה הביא סברא חדשה בסוגיין דדלמא לאחר מיתת אביהם קנאום.

עוד יש לדקדק בהגמרא דלמה מוקי לה ביתמי, ולמה לא קאמר הכא במאי עסקינן במכר והוריש, דהא אינו גובה לא ממטלטלין דיתמי ולא ממטלטלין דלקוחות. אכן בזה יש לומר דאי הוי מוקים לה גם בלוקח לא היה מתיישב סיפא דברייתא דאם תפס ניזק בית דין גובין לו מהם, ומסיק בגמרא דמיירי שתפס מחיים, וזה לא שייך בלוקח, דאם תפס מן המוכר שוב אין המוכר יכול למכור ללוקח, דכבר אינם ברשותו, אבל אם מת הרי היתומים יורשים המטלטלין אע"פ שהם ביד הניזק שתפסם, דלהוריש לא בעינן שיהיו ברשותו.

ובבב"ד יש לדקדק בלשון הברייתא דנכסים שאין להם אחריות אין בית דין נזקקין להם, דמשמע שהוא דין בבית דין, וכההיא דלקמן (דף לט.) ובערכין (דף כב.) אין נזקקין לנכסי יתומין אלא אם כן רבית אוכלת בהן, יעו"ש, ובבא מציעא (דף נה.) בית דין נזקקין אפילו לפחות משוה פרוטה, יעו"ש, וכן בכמה מקומות, ולמה לא קאמר אין בית דין גובים מן המטלטלים שאין השעבוד חל עליהם. וגם בתפס הניזק לא קאמר שכבר אהני תפיסתו לגבות החוב אלא שבית דין גובים לו מהם, כלומר דנזקקים להם. ועוד דמתחלה סלקא דעתיה דאין בית דין גובים ממטלטלין דמזיק עצמו, ודחי ליה משום דכתיב ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין, ולמה לא פריך בפשיטות ובתמיה כדפריך לעיל (דף יא.) מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, יעו"ש.

ו"ל"ישב דברי רש"י היה אפשר לומר דאיצטריך לטעמא דדלמא לאחר מיתת אביהם קנאום משום דבסוגיין מיירי במזיק וניזק, מה שאין כן בבבא מציעא מיירי במלוה ולוה, ובמלוה הסברא נותנת שהוא האמינו להלוה והלוהו מעות אדעתא לאישתלומי מיניה, וכל השעבוד הוא שאם לא יוכל לגבות ממנו

לא שייכא בדמי גזילה, כמש"נ, ומכל מקום אינו גובה דמי גזילה ממטלטלין משום דלא פלוג בין חוב לחוב, או מדינא דאורייתא או מדינא דרבנן, ולגבי גביה בפועל גם דמי גזילה נחשבים כחוב, ואע"ג דטעמא דחוב לא שייך בגזילה.

דלפי זה אין בעל חוב יכול לגבות ממטלטלין דלוקח, כדאיתא לקמן (דף לג:), כנ"ל, דכיון דלא סמך לא נשתעבדו לו כלל, וגם מן היתומים אינו יכול לגבות מהאי טעמא, כדאיתא בבבא מציעא (דף טו:), כנ"ל, ואע"ג דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ויש עליהם שעבוד הגוף, היינו דוקא כשירשו נכסים משועבדים, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו:). בד"ה פריעת, ועיימש"נ בש"ב פ"א, וכיון דאין שעבוד על מטלטלין כלל, דהא מלוה לא סמך, הרי לא ירשו אחריות נכסים.

וגם הניזק אינו גובה ממטלטלין דלוקח, ואע"ג דלא שייך בו טעמא דלא סמך, כמש"נ, דלא פלוג ודמי מזיק כחוב, כמש"נ, אכן ס"ל לרש"י דניזק בעצם יכול לגבות ממטלטלי דיתמי, דכיון דבעצם ראוין לגביה, ורק משום לא פלוג ליכא גביה בפועל, הרי זה נחשב שירשו אחריות נכסים ויכול לגבות מדין שעבוד הגוף, והרי זה דומה למה שמצינו בבבא בתרא (דף קנז:). דסלקא דעתיה דאיכא מצוה לפרוע חוב אביהם כל שירשו קרקע שלקח אביהם לאחר ההלוואה, ואפילו למאן דלית ליה דינא דדאקני ולא נשתעבדו הקרקעות, דמכל מקום נחשב שירשו אחריות נכסים הואיל וראוין לשעבוד, ואע"ג דבפועל אין בהן שעבוד, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"י, וכן במטלטלין דבעצם ראוין לשעבוד הניזק, אלא דמשום לא פלוג ליכא גביה בפועל, אהני שעבוד המטלטלין על כל פנים לקיים השעבוד הגוף, והיה צריך להיות הדין דניזק גובה מטלטלין מן היתומים משום מצוה לפרוע חוב אביהם, לכן הוצרך רש"י טעם חדש דדלמא לאחר מיתת אביהם קנאום.

ויסוד הך טעמא הוא דלפי סוגיא דידן איכא דין מיוחד בניזק דאין בית דין נזקקין לו לגבות מן המטלטלין, והוא דין בבית דין כדמוכח מלשון אין נזקקין, כמש"נ, ולפי ההוה אמינא גם מן המזיק עצמו אין נזקקין, כנ"ל, וזה

דמיאש מהם, כמש"נ. אולם נראה דדברי רש"י מתיישבים גם לפי הנך שיטות דיאוש אינו מועיל בחוב, וטעמא דמלתא משום דהחוב הוא ברשותו, ואין יאוש מועיל אלא בדבר שאינו תחת ידו, ולפי דבריהם יש לחלק בין חוב לשעבוד, דהרי החוב הוא לגמרי ביד המלוה ורק דמחוסר גוביינא, והרי זה נחשב שהחוב הוא תחת ידו ואין יאוש מועיל בו, אבל נכסים המשועבדים למלוה הרי כפי שעתם הם לגמרי ביד הלוח להשתמש בהם ולאכול פירותיהם, ונהי דהמלוה יש לו זכות לגבות מהם כשיגיע זמנם, השתא מיהא הם תחת יד הלוח ולא תחת יד המלוה, ויאוש מועיל בו, ורק אם הוא מיאש בגוף החוב אמרינן להנך שיטות דאין יאוש מועיל בו, אבל אם הוא מיאש משעבוד בנכסים מיוחדים שפיר מועיל בהם יאוש, כמש"נ.

אולם עדיין קשה לפי זה הא דקאמר לגבי מכירת שור תם לקמן (דף לג:). מכרו וכו' חוזר וגובהו וכו' שמע מינה לוח ומוכר מטלטלין בית דין גובין לו מהם, יעו"ש, הגמרא מתמה היאך אפשר לומר דלוח ומכר מטלטלין מלוה גובה מהם, וכתב שם רש"י דמלוה לא סמך דעתו עליהן, כנ"ל, ואם כדברינו דטעמא דלא סמך לא שייך בניזק, אלא טעמא אחרינא דדלמא אחר מיתת אביהם קנאום לא פריך מדי, דאע"ג דהוכחנו מן הברייתא דליתא לטעמא דניזק מיאש כיון דאיכא צד דאחר מיתת אביהם קנאום, כמש"נ, עדיין יש לומר דלוח ומכר מטלטלין אינו גובה משום דמלוה לא סמך דעתו על המטלטלין.

לכן נראה לפרש דברי רש"י על פי מה שכתב הרמב"ם פ"ה גזילה ואבידה הל"ה וז"ל: הגזול ומת וכו' אם הניח קרקע חייבין לשלם, אבל מן המטלטלין אינן חייבין לשלם, שדמי הגזלה חוב הן על הגזול, ואין המטלטלין משתעבדין לבעל חוב עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דדמי הגזילה מצד עצמם היה יכול לגבות גם ממטלטלין, דרק במלוה אין שעבוד על המטלטלין, ומכל מקום גם דמי גזילה אין גובים ממטלטלין דדמי גזילה הם כחוב, ובביאור הדברים נראה דהרמב"ם ס"ל כרש"י דאין גובים ממטלטלין דמלוה לא סמך דעתיה, וסברא זו

המטלטלין וכו', שהמטלטלין אינן תחת שעבוד בעל חוב מן התורה, ואם תפס בעל חוב מחיים גובה מהן עכ"ל יעו"ש, ובפ"ח נזקי ממון הלי"א כתב וז"ל: מת המזיק קודם שישלם אין בית דין נזקקין למטלטלין של יתומים, מפני שהניזק נעשה כבעל חוב והמטלטלין אינן משועבדין לבעל חוב, ואם תפס הניזק המטלטלין בחיי המזיק גובין לו מהן אחר מותו עכ"ל יעו"ש, לגבי בעל חוב כתב שלא יפרע מן המטלטלין, והיינו משום דאין בהם שעבוד כלל, כמש"נ, אבל בניזק כתב דאין נזקקין להם, דבמזיק איכא שעבוד הגוף על היתומים אלא דאין בית דין נזקקין להם, כמש"נ.

פרק י

בו יבוארו דברי רש"י דאין בעל חוב גובה ממטלטלין מפני שאינו פומך עליהן הואיל ויכול להצניען ולאבדן, ויוכח דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא יש שעבוד במטלטלין ביד הלוה.

[בבא קמא פ"ג:] והתניא מכרו מכור, חוזר וגובהו, וכי מאחר שחוזר וגובה למה מכור, לרדיא, שמע מינה לוח ומכר מטלטלין בית דין גובין לו מהם, שאני התם דכמאן דעשאו אפותיקי דמי, והאמר רבא עשה עבדו אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה הימנו, שורו אפותיקי ומכרו אין בעל חוב גובה הימנו, עבד מאי טעמא משום דאית ליה קלא, האי נמי כיון דנגח קלא אית ליה דתורא נגחנא קרי ליה, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: שמע מינה, בתמיה, והא מטלטלין לאו מידי דקאי בעיניה ולא סמך מלוה עליהו, ואמאי טרפינן ליה מלוקח עכ"ל יעו"ש, ועיימ"ש רש"י בבבא מציעא (דף טו:) בד"ה אין בעל חוב דהא דלא סמך מלוה אמטלטלין משום דבידו להצניען ולאבדן, יעו"ש. ועיין ברשב"ם בבבא בתרא (דף מד:) שכתב דטעמא משום פסידא דלקוחות, יעו"ש, ועיימ"ש בש"ד פי"ג. ויש לדקדק בלשון הגמרא דפריך בלשון שמע מינה בתמיה, ולמה לא פריך בפשיטות כדאמרינן בבבא בתרא שם דמטלטלין לבעל חוב לא משתעבדי, יעו"ש.

ואיצטריך לטעמא דלא סמך עליהו גם לפי מסקנת הגמרא דרבנן הפקיעו שעבוד ממטלטלין הואיל ולית להו קלא, דהא

נדחה מחמת דרשת ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין, כנ"ל, ומסיק דהא דאין נזקקין היינו ביתמי, דאע"ג דהניזק היה צריך לגבות משום מצוה לפרוע חוב אביהם, כמש"נ, אין נזקקין להם דלמא לאחר מיתת אביהם קנאום, דהיינו שלא יהיו בית דין צריכים לחפש ולברר מתי קנאום, ודין זה הוא בניזק ולא במלוה, דבמלוה ליכא שעבוד כלל הואיל ולא סמך, ואם כן אין על היתומים גם שעבוד הגוף, ובכלל לא שייך גביה מהם, ולמה לן טעמא דלמא לאחר מיתת אביהם קנאום ואין בית דין נזקקין לו, ורק בניזק דבעצם איכא שעבוד על הנכסים, ואלא דבפועל אינו גובה, היה צריך להיות הדין דגובים, כמש"נ, ומכל מקום אין בית דין נזקקין לו לגבות, דקשה לברר מתי קנאום, וכמש"נ.

ומשום הכי לא היה יכול לתרץ הכא במאי עסקינן בלקוחות, דלקוחות אין עליהם מצוה לפרוע חוב המוכר, ואין הניזק יכול לגבות מדין שעבוד הגוף, וגם אין הניזק יכול לגבות מדין שעבוד נכסים, ואע"ג דליכא סברא דלא סמך, דהא לא פלוג, כמש"נ, ולכן לא סלקא דעתיה דגובה מלוקח, אבל מיתמי בעצם היתה שייך גביה מהם, כמש"נ, ולכן קאמר הכא במאי עסקינן ביתמי, ולמסקנא אינו גובה מיתמי דאין בית דין נזקקין להן, אבל אם תפס ניזק מחיים שוב לא אמרינן שאין בית דין נזקקין, אלא התפיסה מחייבת אותם לדון כיון דתו אין לחוש שלאחר מיתת אביהם קנאום, וגובים ממטלטלין הואיל ובעצם ראויים לשעבוד, ועל ידי כך חל על היתומים מצוה לפרוע ונשתעבדו גופם, כמש"נ.

ושפיר מובן לפי זה הא דהגמרא מתמה לקמן על הא דתניא דמכר שור תם חוזר וגובהו וכי שמעינן מינה דמכר ולוח מטלטלין בית דין גובים לו מהן, כנ"ל, ולא חילק בין ניזק לבעל חוב, דבאמת לגבי גביה מן הלקוחות אין שום נפקא מינה ביניהם, וכל החילוק הוא לענין גביה מיתמי, כמש"נ, והתם לא מיירי ביתמי אלא בלקוחות.

ומדויק לפי זה לשון הרמב"ם שבפי"א מלוה ולוח הל"ז כתב וז"ל: אבל הבא ליפרע מן היורש בין קטן בין גדול לא יפרע מן

חידשו רבנן שום שעבוד בתקנתם, ואם כן למה יש שעבוד במטלטלין דאית להו קלא, וכי היתה תקנה מיוחדת לכך, ולכאורה יש בזה סמך למה שכתב הרמב"ם פ"א מלוה ולוה הל"ז ופי"ח מלוה ולוה הל"א דמטלטלין משועבדים מן התורה, ועיימש"נ בש"ד פ"ט.

פרק יא

בו יבוארו דברי רש"י דטעמא דאין מעמידים אפטרופוס לתם לגבות מגופו משום דהשור הוא מטלטלין ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ואע"ג דדין זה נאמר בבעל חוב דאביהם.

[בבא קמא פ"ט.] מתניתין שור של פקח שנגח שור של חרש שוטה וקטן חייב, ושל חרש שוטה וקטן שנגח שור של פקח פטור, שור של חרש שוטה וקטן שנגח, בית דין מעמידין להן אפטרופוס ומעידין להן בפני אפטרופוס וכו'. ובגמרא הא גופא קשיא אמרת שור של חרש שוטה וקטן וכו' פטור, אלמא אין מעמידין אפטרופוס לתם לגבות מגופו, אימא סיפא וכו' מעמידים להם אפטרופוס, אמר רבא הכי קתני, ואם הוחזקו נגחנין, מעמידין להם אפטרופוס ומעידין להן בפני אפטרופוס, ומשונין להו מועד דכי הדר נגח לשלם מעליה וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י במתניתין בד"ה שור של חרש שנגח לשור של פקח פטור וז"ל: בגמרא מפרש דאין מעמידין אפטרופוס לתם לגבות מגופו, אבל בנוקי מועד מעמידין אפטרופוס לשור היתומים להיות במקום הבעלים לקיים והועד בבעליו, וגובים הנזק מנכסי הקרקע של יתומים, אבל תם דגביתו מגופו הוא, והוא מטלטלין, אין מעמידין אפטרופוס לכך, כדאמרינן בפרק קמא (דף יד:) שוה כסף מלמד שאין בית דין נוקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות, ואוקימנא ביתמי עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי רש"י דשור מועד של קטן שהזיק גובים מקרקעותיו אבל לא ממטלטליו, ולכן אין מעמידין אפטרופוס לשור תם לגבות מגופו, דהשור הוא מטלטלין, ואין גובים ממטלטלין דקטן, והביא ראיה לכך מהא דאמרינן לעיל דמי שהזיק ומת גובים מן היתומים מקרקעות שהניח להם אביהם, אבל לא

שור נגחן אית ליה קלא, ומכל מקום אין שעבוד המלוה חל על שור נגחן דלא סמיך אמטלטלין, אכן אם עשאו אפותיקי הרי סמיך עלייהו והיה בדין שישתעבדו, אבל אם לא עשאו אפותיקי אין שעבוד חל על שור נגחן דהא לא סמיך עליה.

ובמה שכתב רש"י דמלוה לא סמיך אמטלטלין משום דבידו להצניען ולאבדן יש לדקדק דאם כן מה מועיל לן דשור תם אית ליה קלא, והלא עדיין בידו להצניעו ולאבדו, וצריך לומר דכיון שעשאו אפותיקי הרי שעבדו בידים, וכן שור תם הרי התורה שעבדו, ושוב לא איכפת לן אם יכולים להצניעו, אבל במלוה סתם אמרינן שלא חל השעבוד אלא על קרקעות דדעתו עליהן.

ויש לדקדק במה שכתב רש"י דמטלטלין לא משתעבדי משום דמלוה לא סמיך עלייהו, והלא בודאי רוצה המלוה כל זכות שתבא לידו, ואם יש ללוה מטלטלין הרי לטובת המלוה שיוכל לגבות גם מהם, ולמה יוותר על כך.

ונראה דמאי דקאמר לא סמיך עלייהו, היינו דלא היה מלוה לו כסף על סמך מטלטלין בלבד אלא על סמך קרקעות, ונמצא דמטלטלין לא הוי מידי דשעבוד, ואם כן אע"ג דהמלוה ניחא ורוצה שישתעבדו מטלטלין דלוה לא נשתעבדו, ועיימש"נ בש"ד פ"ט, ולכן פריך בגמרא בלשון שמע מינה בתמיה ולא קאמר והלא מטלטלין לא משתעבדי לבעל חוב, דאם נימא דהתורה הטילה שעבוד על שור נגחן שהוא מטלטלין דמזיק הרי נמצא דמטלטלין שפיר הוה להו מידי דשעבוד, והיה הדין נותן דלוה ומכר מטלטלין גובה אותן מן הלקוחות, וזה דבר תמוה.

והנה בגמרא מבואר דמטלטלין אין גובים מהם, והיכא דאית להו קלא גובים, ודבר זה מובן למאן דאית ליה שעבודא לאו דאורייתא, דלדידיה בעצם ליכא שעבוד בקרקע, ותיקנו חכמים שעבוד במלוה בשטר, ואיכא למימר דגם מטלטלין דאית להו קלא נכללין בתקנה זו, אולם למאן דאמר שעבודא דאורייתא, הרי בלי תקנת חכמים היה הכל משועבד, והפקיעו חכמים השעבוד במלוה על פה, ובמלוה בשטר נשאר השעבוד במקומו, ונמצא דלא

ממטלטלין שהניח להם, ומיירי התם בין ביתומים קטנים ובין ביתומים גדולים.

והתום' הקשו על הדרך שבחר לו רש"י בפירוש הסוגיא וז"ל: אין מעמידין אפטרופוס לתם לגבות מגופו, תימה מאי טעם דאין מעמידין, דאין לומר משום דאין בית דין נזקין אלא לנכסים שיש להם אחריות, כדאיתא בפרק קמא (דף י"ד:) גבי שוה כסף ואוקמינן ביתמי, דלא דמי כלל, דהתם מיירי בהזיקו בחיי האב, ומשום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב וכו' עכ"ל יעו"ש, ואם כן קשה לדברי רש"י דמה ענין זה לזה, דהתם קאמר דאין גובים חוב האב מן היתומים, בין גדולים בין קטנים, אלא מן הקרקעות שנשתעבדו ולא מן המטלטלין, דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, וכאן מיירי בענין אחר לגמרי, דקטן חייב בנזקי ממונו, אבל אין גובים מהם אלא מן קרקעות שלו ולא מן המטלטלין, והיאך נלמד דין זה מההיא דפרק קמא דהוא מדינא דשעבוד וכאן הוא מדינא דנזקי קטן.

עוד יש לדקדק בדברי רש"י דלמה לא הביא ראייה מהא דאמרינן בבבא בתרא (דף מד:) מטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי, יעו"ש, ואינו גובה מטלטלין מן הלקוחות, וכן איתא נמי לעיל (דף לג:) דלוה ומכר מטלטלין אינו חוזר וגובה מהם, יעו"ש, ולמה עדיפא ליה לרש"י להביא ראייה מיתומים גדולים, והלא הלכה מרווחת היא דמטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, ואיזה ענין מיוחד ראה רש"י בסוגיא דפרק קמא.

ונראה דחלוק גביה מן המטלטלין מיניה ידידה מגביה מן קרקעות מיניה ידידה, דגביה מן הקרקעות הוי בתורת ערבות, דנכסי דאיניש אינון מערבין יתיה, כדאיתא בבבא בתרא (דף קע"ד), ואמרינן שם דאין נפרעין מן הקרקעות קודם שיתבענו ללוה לדין דאין נפרעין מן הערב תחלה, יעו"ש, ונראה מבואר מזה דאין בגבית קרקע מיניה דלוה תורת פרעון, ונהי דעל ידי הגביה נסתלק ממנו חובתו, אין זה אלא ממילא, אבל לא אמרינן דהגביה מן הקרקע היא כמו כפיה על הלוה לפרוע חובו, דאם כן לא היה

נחשב פריעה מן הערב תחלה היכא דגבה קרקע קודם שתבעו לדין, דנהי דיש כאן גביה מן הערב, אבל יש כאן נמי כפיה על הגברא לפרוע חובו בעל כרחו, ולא דמי לכל גביה מן הערב דליכא פרעון מן הלוה כלל. ויש מן המפרשים שרצו לפרש סוגיא דכתובות (דף פ"ו) דפריעת בעל חוב הוי מדין כפיה על המצות, ועיימש"נ בש"ב פ"ב, אכן נראה דלפי דברי רש"י אין בגבית הקרקעות צד פרעון החוב, אלא הגביה היא על השעבוד, וכיון שנגבה השעבוד נסתלק החוב ממילא.

וב"ל זה הוא בקרקעות, אבל מטלטלין אין בהם צד גביה כלל, רק תורת פרעון ותשלומין, שהרי לא חל שעבוד ותורת ערבות על המטלטלין, כדאמרינן בבבא בתרא (דף מד:) מטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב, יעו"ש, ועיין ברש"י בבא מציעא (דף ט"ו:) ד"ה אין בעל חוב גובה הימנו, יעו"ש, וכשהבעל חוב גובה מטלטלין מן הלוה אין זה מדין גבית השעבוד, שהרי אין לבעל חוב על המטלטלין כלום, אלא הוי מדין פרעון ותשלומין, שגביה מן המטלטלין הוי בגדר כפיה על פרעון, וכשבית דין גובים ממנו מטלטלין הרי זה נחשב שהוא עצמו פרע החוב, אבל מצד השעבוד לא שייך גביה מן המטלטלין.

והנה כשבית דין מעמידים אפטרופוס על נכסי קטן הרי הוא עומד במקום הבעלים, ויש לו כח לישא וליתן בהנכסים ככל בעלים, וכל הנידון על הממון והשעבוד יש לידון בפני האפטרופוס וחשיב בפני הבעל דין, שהרי הוא הממונה על הנכסים והנושא ונותן בהם, אכן אינו אפטרופוס אלא על הנכסים ולא על הקטן עצמו, ולכל מה שאנו נצרכים להחובת גברא של הקטן אין האפטרופוס עומד במקומו, ומצינו דאליבא דרב הונא בריה דרב יהושע שייך מצות פריעת בעל חוב גם ביתומים קטנים, כמו שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף קע"ד) בד"ה רב הונא, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"ב, אכן נראה דאין האפטרופוס שהעמידו בית דין על נכסי יתומים קטנים עומד במקומם לגבי המצוה המוטלת אקרקפתא דגברא, דאינו ממונה אלא על הנכסים להיות עומד במקום הבעלים.

הסוגיא דלעיל דאין גובים לניזק ממטלטלי דיתמי, בין גדולים בין קטנים, ומבואר דליכא על המטלטלין שום שעבוד וערבות, דלא פלוג בין חוב לחוב, כמש"נ, ואם כן כשגובים לניזק ממטלטלין דמזיק אין זה מדין גביה מהשעבוד, אלא מדין כפיה על הגברא לפרוע חובו, דמה לי דכופים אותו בגופו או בממונו, ואם כן אין לגבות ממטלטלין דקטן כששורו הזיק, דאין לנו לכופו את הקטן בחובת פרעון חובו, וכמש"נ.

וי"ש לדקדק בדברינו מהא דאמרינן לעיל (דף לג:) דשור תם שמכרו חוזר וגובה מן הלוקח, ומסיק בגמרא דרחמנא שויה אפותיקי, ולא דמי לעשה שורו אפותיקי דאינו גובה מלוקח דשור לית ליה קלא אבל נגחן אית ליה קלא, יעו"ש, ולכאורה מבואר דשור תם איכא שעבוד אפותיקי בגופו וגובה מן הלוקח, ואם כן נגבה נמי מקטן מהשעבוד היכא דהעמידו בית דין אפוטרופוס.

וי"ש לתרץ דבאמת אין שעבוד במטלטלין, ומכל מקום אם עשה עבדו אפותיקי מהני אפילו למאן דאמר עבדי מטלטלי נינהו, כדאיתא לעיל (דף יא:) יעו"ש, ואין המלוה יכול לתבוע פרעון מן שום נכסי הלוה זולת העבד, אולם אין זה משום שבאמת חל שעבוד אפותיקי על העבד, אלא משום דדבר שבממון תנאו קיים, והרי הסכימו ביניהם הלוה והמלוה שגביתו מן הלוה תהא בדרכי האפותיקי אע"ג דאינו בעצם אפותיקי, ושפיר יכולים להתנות כן, וגם בעשה שורו אפותיקי יכולים לעשות כן, ואין המלוה יכול להפרע מן הלוה אלא מן השור בלבד, ואם שטפה נהר ונאבד השור הפסיד חובו, שהרי כן התנו ביניהם, אכן אין תנאי שלהם מועיל לגבי לקוחות, ואם מכר המטלטלין שעשאן אפותיקי באמת לא היה יכול המלוה לגבות מן הלוקוחות, אלא דאיכא דין חדש שחכמים קנסו את הלוקח שלקח האפותיקי שרק ממנו היה המלוה יכול לגבות, וכן מבואר מדברי התוס' לעיל (דף יא:) ד"ה כגון, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"ו, ובעשה עבדו אפותיקי תקנו גביה מן הלוקח הואיל ואית ליה קלא, ולא היה לו ליקח את העבד, אבל שור לית ליה קלא, והלוקח לא ידע במלתא, ואין לנו לקנסו.

וכן בנזקי ממונו של קטן, דאע"ג דמצינו בסוגיין דאיכא חיוב מזיק על קטן שממונו הזיק, ובשור המועד גובה מקרקעותיו, כדמבואר בסוגיין, מכל מקום אין האפוטרופוס הממונה על נכסי הקטן עומד במקומו אלא לגבי דיני הנכסים ולא על חובת הגברא שעל הקטן עצמו.

וזהו מה שכתב רש"י בביאור הא דאין מעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו, דכיון דהאפוטרופוס הוא עומד במקום הבעלים על כל נכסי הקטן, שפיר יש להעיד על השור בפניו, ונחשב והועד בבעליו, והשור נעשה מועד, וכשנגח אחר כך שפיר יכול לגבות מקרקעות של הקטן, שהרי הקרקעות ערבים ומשועבדים לחיוב נזק, והרי הגביה להדיא מהשעבוד. אכן אם נגח השור כשהוא עדיין תם הרי גביתו מגופו דהוי מטלטלין, וגביה מן המטלטלין לא הוי מהשעבוד אלא הוי כפיה על פרעון החוב, כמש"נ, ואם היה גובה מגופו של תם היה נחשב כפיה על הקטן לפרוע, וזה אי אפשר כל זמן שהוא קטן, שהרי בעינן קבלת עדות בפני בעל דין, כדאמרינן לקמן (דף קיב:) יעו"ש, ורק היכא דהקטן תפס עבד מוציאים מידו, שהרי הנידון הוא על הממון שתפס, אבל לכופו אותו בפרעון חוב המוטל אקרקפתא דגברא לא, ולכן אין לגבות ממטלטלין של קטן, וגם העמדת אפוטרופוס לא מהני לכך, דהא אינו ממונה על הקטן אלא על שורו, כמש"נ.

והביא רש"י ראייה לכך דאין במטלטלין שום שעבוד וערבות מגמרא דלעיל (דף יד:), שהרי היה אפשר לומר דהא דמטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב לא הוי משום דבעצם לא חל עליהם שעבוד וערבות, ואולי באמת חל שעבוד על המטלטלין, אלא דרבנן תקנו שלא יגבה מהן משום תקנת הלוקוחות, ואפילו אם נאמר דבמלוה ולוה ליכא שעבוד על המטלטלין משום דלא סמיך עלייהו, ולכן אינו גובה לא מן הלוקוחות ולא מן היתומים, עדיין אפשר לומר דבמזיק וניזק איכא שעבוד על המטלטלין, שהרי אין שם ענין סמיכות דעת, ומכל מקום אין גובים מלקוחות משום דלית להו קלא ואיכא פסידא דלקוחות, אבל מן היתומים אפשר דגובים, ועיימש"נ בש"ד פ"ט, לזה הביא רש"י ראייה מן

בזה דיכול לגבות מן המטלטלין אע"ג דלית בהו קול, דהא אין שעבוד חל על המטלטלין, אבל אם עשה דרך קנין אין בזה תקנה, ומועיל שיוכל לגבות חובו אע"ג דשייך פסידא דלקוחות.

ובן משמע מדברי הרי"ף שכתב וז"ל: ליחוש דלמא אקנייה לההיא פרה וטלית לבעל חוב דידיה אגב מקרקעי קנין גמור עכ"ל יעו"ש, ומבואר דהקנה לו בקנין גמור ולא בשעבוד. וכן משמע מדברי הרמב"ם פ"ח מלוה ולוה ה"ב וז"ל: וכן אם כתב שכל הנכסים שאני עתיד לקנות בין קרקעות בין מטלטלין קנויין לך על גב הקרקעות וכו' הרי זה טורף וכו', שכל תנאי שבממון קיים עכ"ל יעו"ש. ואם כונתו דהוי שעבוד גרידא, לא צריך לזה דין דבר שבממון תנאו קיים, ועיימש"נ בש"ד פכ"א בדבריו. אולם עיין מה שכתב המגיד משנה פ"א מלוה ולוה ה"א דהא דמהני מנהג מערב לכתוב בשטר שיגבה מטלטלין בחייו ומן היורשים במותו הוא משום דכל תנאי שבממון קיים, יעו"ש, ואע"ג דהתם ליכא קנין וליכא גביה מן הלקוחות, ולפי דבריו צריכים לומר דלהא גופא דמשעבד מטלטלין צריכים נמי לדין תנאי שבממון קיים.

ובהא דצריך להקנות לו המטלטלים על ידי אגב ולא על ידי קנין אחר, אין לומר דכונת הרי"ף מיגאש להא דכתב הריטב"א דאינו יכול להקנות כל מטלטלין אלא על ידי קנין אגב, ועיימש"נ בש"ד פט"ו, דהא הרי"ף מיגאש לא הזכיר שצריך להקנות כל מטלטלין, וגם מדברי הרי"ף מבואר דאינו צריך להקנות כל מטלטלין, דאיברא דבגמרא דקאמר וליחוש דלמא אקני ליה מטלטלין אגב קרקע איכא למימר דהיינו כל מטלטלין, אכן הרי"ף כתב להדיא וליחוש דלמא אקנייה לההיא פרה וטלית אגב קרקע, כנ"ל, הרי להדיא דלא בעינן כל מטלטלין.

וי"ט לומר דס"ל להרי"ף מיגאש והרי"ף דלולי אגב הוה ליה אסמכתא, כמו שכתב הרשב"ם וז"ל: אבל אקני ליה מטלטלין גרידי בסודר להשתעבד לו לכשיגיע זמנו אם לא יפרענו יגבה מהם, לא קני, ואפילו בלשון מתנה, דכל דאי לא קני, דאסמכתא היא ואסמכתא לא קניא בפרק איזהו נשך (ב"מ דף טו:) עכ"ל יעו"ש, והריטב"א למד דמשעבד המטלטלין אגב

וקאמר בגמרא דגם במכר שור תם יש לקנוס הלוקח, שהרי נגחן אית ליה קלא ולא היה לו לקנותו, אכן באמת אין על השור תם שעבוד גמור, דהא אין שעבוד במטלטלין, וכקושית הגמרא שם שמע מינה לזה ומכר מטלטלין חוזר וגובה מהם בתמיה, ועל זה משני דהתורה עשאו כאפותיקי, יעו"ש, אבל בעצם לא הוי אפותיקי גמור, וליכא שעבוד על השור, רק דנוהגים בגביתו כאילו עשה אפותיקי מעליא בקרקע, והא דגובהו מן הלוקח, היינו משום דשור נגחן אית ליה קלא ולא היה לו ליקח את השור מן המזיק.

פרק יב

בו יובא מחלוקת הראשונים בהא דיכול לשעבד מטלטלין אגב קרקע אם היינו מדין שעבוד נכסים או מדין קנין גמור על ידי תנאי בדבר שבממון ואם בעינן שישעבד לו כל מטלטלין.

[כבא בתרא מד.] דאמר רבין בר שמואל משמיה דשמואל, המוכר שדה לחבירו שלא באחריות אין מעיד לו עליה, מפני שמעמידה בפני בעל חובו, ודוקא בית או שדה, אבל פרה וטלית לא מיבעיא בסתמא דלא משתעבדא ליה, מאי טעמא מטלטלי נינהו ומטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי וכו'. וליחוש דלמא אקני ליה מטלטלי אגב קרקע וכו', וליחוש דלמא דאיקני הוא וכו', יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: לא משתעבדי, דלית להו קלא ולא יזהרו לקוחות, דאי משתעבדי, אין לך אדם שלוקח עוד מטלטלין מחבירו, דלמא טרפי להו מיניה עכ"ל יעו"ש. וצריך לעיין לפי זה למה מהני הקנאת מטלטלי אגב קרקע, והריטב"א כתב דבאגב איכא קול, ועיימש"נ בש"ד פט"ו.

והר"י מיגאש כתב וז"ל: אי אקני ליה לבעל חוב דיליה מטלטלי אגב מקרקעי, כגון דאמר ליה אי לא פרענא לך מכאן ועד יום פלוני הקנתי לך מקרקעי ואגבן הקנתי לך מטלטלי קני, דכי אמרינן מטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי, הני מילי בסתמא וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דהא דגובה ממתלטלין לא הוי מדין שעבוד אלא מדין קנין, שהוא מקנה לו המטלטלין אם לא יפרע חובו, ולכאורה הרויח

דאורייתא חל השעבוד ממילא, ולמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא נמי ליכא מעשה קנין אלא כולו מתקנת חכמים, ולכן מוקמי לה בקנין גמור דאז שייך להקנות מטלטלין אגב מקרקעי.

אופ"ם עדיין קשה לשיטתם הא דפריך בגמרא דלמא דאיני הוא, כנ"ל, והרי מבואר לקמן (דף קנו:). דהא דמהני דאיני אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא משום דשעבוד אלים מקנין, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פ"א, ואם בסוגיין מיירי שהקנה מטלטלין בקנין גמור, היאך מהני דאקני, והלא הוא דבר שלא בא לעולם. ואולי יש ליישב על פי מה שכתב הרשב"ם שם בחד לישנא דהאלימות דשעבוד הוא מתקנת חכמים כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דאע"ג דבסוגיין עשה השעבוד על ידי הקנאת קנין גמור אם יפרע, מכל מקום כיון דעיקר הכונה היא להטיל שעבוד על המטלטלין בכל אופן שיועיל, אם כן גם זה בכלל התקנה דמהני דאקני אע"ג דהוי דבר שלא בא לעולם כדי שלא תנעול דלת בפני לוי.

פרק יג

בו יבוארו דברי הרשב"ם בהא דיבול' לשעבוד מטלטלין אגב קרקעות, ויוכיח מדבריו דהא דמטלטלין נקנין אגב קרקעות הוא דין בהחלות קנין ו"ל בהמעשה קנין.

[בבא בתרא מד:] ומטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי ואע"ג דכתב ליה מגלימא דעל כתפיה, הני מילי דאיתנהו בעינייהו, אבל ליתנהו בעינייהו לא וכו', וליחוש דלמא אקני ליה מטלטלין אגב קרקע וכו', הכא במאי עסקינן כגון שלקח ומכר לאלתר, וליחוש דלמא דאקני הוא וכו', לא צריכא דקאמרי עדים ידעינן ביה בהאי דלא הוה ליה ארעא מעולם וכו' יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: לא משתעבדי, דלית להו קלא ולא יזהרו לקוחות, דאי משתעבדי, אין לך אדם שלוקח עוד מטלטלין מחבירו, דלמא טרפי להו מיניה עכ"ל יעו"ש. ולתקן יישובו של עולם תיקנו חכמים שלא ישתעבדו מטלטלין, והיינו דלא כפירוש רש"י דלא

מקרקעי, אבל הר"י מיגאש והרי"ף למדו דהוי קנין גמור, ואיצטריך אגב כי היכי דלא תהא כאסמכתא.

ועיין ברש"ש שהקשה על דברי הרשב"ם וז"ל: תמוה דגם אגב מקרקעי הוי אסמכתא, ולהכי אמר רב חסדא והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא, ואם כן אפילו אקני ליה מטלטלי גרידי וכתב דלא כאסמכתא נמי וכו' עכ"ל יעו"ש. אכן עיין מה שכתב הגר"א בחו"מ סי' קי"ג סק"ד דמשועבדים לא הוי אסמכתא גמורה, דאי לאו הכי לא היה מהני כתיבת ודלא כאסמכתא, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דמכל מקום מטלטלין ששעבדם הוי אסמכתא גמורה, ובפרט להר"י מיגאש דהוי קנין בתנאי, כדאיתא בכבא מציעא שם, וכמו שכתב הרמב"ם פ"ו מלוה ולוה הל"ד, יעו"ש, ולפיכך לא היה מהני כתיבת ודלא כאסמכתא לגבי המטלטלין להוציאם מידי אסמכתא, אלא צריך להקנותם אגב קרקעות, ובקרקעות לא הוי אסמכתא גמורה ומהני כתיבת דלא כאסמכתא, וכיון שתלה המטלטלין בהקרקע אמרינן דגם בהמטלטלין לא הוי אסמכתא.

עוד אפשר לפרש הא דהר"י מיגאש והרי"ף אוקמי מטלטלין אגב מקרקעי בקנין גמור ולא בשעבוד, מלבד טעמא דקול, כמש"נ, דהרי למאן דאמר שעבודא דאורייתא לכאורה לא איצטריך לקנין השטר לשעבוד נכסיו, דגם מלוה על פה גובה מן היוורשים, כדאיתא לקמן (דף קעה:). יעו"ש, ואם כן היאך יכול לשעבד מטלטלין אגב קרקע, הלא בהקרקע עצמה לא בעי קנין אלא חל השעבוד ממילא במקום שיש חוב מדין שעבודא דאורייתא, לולי דנאמר כדברי הקצות החושן סי' ס"ו סק"כ דגם למאן דאמר שעבודא דאורייתא איכא הקנאת שעבוד ושעבוד חל על שעבוד, יעו"ש, אי נמי יש לומר דיכול להקנות מטלטלין אגב חלות השעבוד שחל על הקרקע אע"ג דליכא מעשה קנין, ולכן יכול לשעבד מטלטלין אגב קרקע בשעת הלואה, דבאותה שעה נשתעבדו הקרקעות ואגב נשתעבדו גם המטלטלין, אכן להר"י מיגאש והרי"ף יש לומר דמשום הכי הוצרכו לאוקמי בקנין גמור על הקרקע וקנין גמור על המטלטלין, משום דבשעבוד לא שייך אגב, דלמאן דאמר שעבודא

ונראה דמדברי הרשב"ם יש להוכיח דדין אגב הוא בהחלות קנין ולא בהמעשה, דאם כל דין אגב הוא בהמעשה בלבד, שמצא אופן לשעבד מטלטלין על ידי מעשה קנין דקרקע, למה יהנו מעשיו לשעבד המטלטלין, הא תיקנו חכמים דמטלטלי לא משתעבדי, ובשלמא אם הדין אגב הוא בהחלות, שפיר איכא למימר דחכמים הפקיעו תורת שעבוד דמטלטלין כשמכרם, אבל הכא על ידי דין אגב הוא משעבד המטלטלין בכלל שעבוד קרקעות, ולא הפקיע חכמים שעבוד קרקעות שנמכרו, ואין הכי נמי דטעמא דלא יזהרו שיין גם כשנשתעבדו המטלטלין אגב קרקעות, מכל מקום לא ראו חכמים לתקן דגם שעבוד זה נפקע מן מטלטלין כשמכרם, דמלתא דלא שכיחא היא ולא איצטריך תקנה מיוחדת לכך, אבל אם נאמר דכל דין אגב לא הוי אלא לגבי המעשה, והחלות שעבוד שחל על המטלטלין הוא תורת שעבוד דמטלטלין, הרי התקנה הפקיעה שעבוד זה, ומה לי דמצא מעשה קנין חדש לשעבד המטלטלין, אבל אם נימא דאגב הוי בהחלות שעבוד, הרי חל על המטלטלין תורת שעבוד דקרקעות, ואין שעבוד זה נפקע על ידי התקנה, כמש"נ.

אכן עדיין יש לדקדק בדברי הרשב"ם, דעיימש"נ בש"ז פ"ד דלשיטת הרשב"ם דאדם משעבד דבר שלא בא לעולם משום דהשעבוד חל מיד שאם תבא שום קרקע לידו לא יוכל למוכרה להפקיע גוביינא דמלוה, ולפי זה אם רצה לשעבד מטלטלין שעדיין לא קנה אגב מקרקעי שעדיין לא קנה יכול לעשות כן, וכן משמע מדברי הרמב"ם פ"ח מלוה ולוה הל"ב וז"ל: וכן אם כתב שכל נכסים שאני עתיד לקנות בין קרקעות בין מטלטלין הרי הן משועבדים לך להפרע מהן, והמטלטלין קנויין לך על גב הקרקעות להפרע מהן וכו', הרי זה טורף אף מן המטלטלין שקנה הלוח לאחור שלוה וכו' עכ"ל יעו"ש, ומשמע דהקנה לו מטלטלין שעתידי לקנות אגב קרקעות שעתידי לקנות, אולם בגמרא מבואר דאי אפשר לומר כן, דקאמר בגמרא וליחוש למטלטלין דאקני, ומשני דמיירי שהעידו עדים שלא היה לו קרקע מעולם, כנ"ל, ומבואר דאם לא היה לו קרקע אינו יכול לשעבד

משעבדי משום דמלוה לא סמך, ועיימש"נ בש"ד פ"ט. אכן מבואר בגמרא דלא הפקיעו השעבוד אלא ממטלטלין שמכר, אבל מטלטלין בני חורין משתעבדי. ועיימש"נ בש"ד פ"ט בדברי הרמב"ם, דהא לא קאמר דכתיבת גלימא דעל כתפיה לא מהני משום דהוי דברים בטלים מאחר שחכמים תיקנו דמטלטלי לא משתעבדי, אלא קאמר דלא מהני כתיבת מגלימא דעל כתפיה אלא לשעבדו כשהן ביד הלוח, אבל אם מכרם לא.

ולענין הא דיכול לשעבד מטלטלין אגב קרקע כתב הרשב"ם וז"ל: וגבי מטלטלי מן הלקוחות דנכסים שאין להם אחריות, כגון מטלטלין נקנין עם נכסים שיש להם אחריות לענין מתנה בכסף שטר וחזקה, והוא הדין לענין שעבוד, דמיגו דחייל שעבוד אמקרקעי חייל נמי אמטלטלי וכו' עכ"ל יעו"ש.

ויש מן הראשונים שלמדו דהא דיכול לשעבד מטלטלין אגב קרקע הוא משום בכהאי גונא יש להם קול, ועיימש"נ בש"ד פ"ב, אולם הרשב"ם כתב להדיא דעל ידי עצם קנין אגב נשתעבדו כמו דמהני לגבי קנין, דמיגו דחל השעבוד על הקרקע חל נמי על המטלטלין, ויש לעיין דמה בכך ששעבד המטלטלין אגב קרקע, הרי תיקנו חכמים דמטלטלי לא משתעבדי דאין הלקוחות יודעים להזהר, כנ"ל.

והנה יש להסתפק בהא דיכול להקנות מטלטלין אגב קרקע, אם האגב הוא בהמעשה קנין, דאע"ג דכסף שטר וחזקה אינם קונים מטלטלין, מכל מקום אם עשה אחד מקנינים אלו בקרקע ורוצה שיהני גם למטלטלין, הרי הקנין שעשה בהקרקע מועיל גם להמטלטלין כאילו עשה בהם משיכה או הגבהה, ואין קניני הקרקע והמטלטלין קשורים זה לזה אלא בהמעשה, או דנימא דדין אגב הוא בהחלות קנין, דעל ידי אגב החלות קנין בהקרקע מועיל גם להמטלטלין, ועיימש"נ בש"ד פ"ד בדברי הקצות החושן, וכמו דמצינו לגבי התפסה דנדרים דיש להסתפק אם הוי מתפיס בהמעשה נדר או בהאיסור.

מעולם, ולא אמר שלא היו לו קרקעות בשעה שקנה מטלטלין אלו, ששעבודא קמא חייל אמטלטלי שיקנה אפילו לאחר שמכר הקרקע וכו' עכ"ל יעו"ש, ומבואר מדבריו דאם שעבוד מטלטלין דאקני אגב קרקע שיש לו, אשמועינן בזה חידוש דחל שעבוד על המטלטלין אם כבר מכר הקרקע בשעה שקנה המטלטלין.

והקשה עליו הקצות החושן סי' קי"ג סק"א וז"ל: אמנם לא נדע הרבותא דנקטי במכר הקרקעות קודם שקנה המטלטלין, דהא אפילו היה לו בידו הקרקע, מכל מקום כל שקנה הקרקע קודם המטלטלין ותיכף חל שעבודו עליו ושעבוד מטלטלין עדיין לא חיילא דהא לא באו לידו, ואחר כך כשבאו המטלטלין לידו ליתיה לאגב קרקע כיון שכבר נשתעבד לו הקרקע, ולא משכחת שעבוד מטלטלין אגב קרקע אלא כשבאו לידו בבת אחת קרקע ומטלטלין וכו', ואם כן אם נימא דכשמכר הקרקע קודם שקנה המטלטלין לא חייל שעבוד מטלטלין, וא"כ אי נימא דכשמכר הקרקע קודם שקנה המטלטלין לא חייל שעבוד מטלטלין, אז צריך לומר אפילו לא מכר הקרקע אלא כל שקנה הקרקע קודם המטלטלין לא חייל שעבוד מטלטלין וכו"ל, ואם כן על כרחך צריך לומר דשעבודם משעה ראשונה חייל כל זמן שלא חזר, דאם לא כן הוה להו מטלטלי אגב קרקע של המקבל, ואם כן הוה הדין אם מכר קודם שקנה המטלטלין עכ"ל יעו"ש.

ובכונת דבריו נראה, דהנה יש להסתפק בקנין אגב אם המעשה קנין שעל הקרקע מועיל גם על המטלטלין, או אם החלות קנין שעל הקרקע חל גם על המטלטלין, ועיימש"נ בש"ד פי"ג, וקאמר הקצות החושן דאם שעבוד מטלטלי דאקני אגב קרקע שיש לו בידו, אין שום חידוש במה שחל השעבוד, אפילו אם מכר הקרקע קודם שקנה המטלטלין, דממה נפשך, אם דין אגב הוא על החלות, דהשעבוד שחל על הקרקע חל גם על המטלטלין, אם כן אפילו אם לא מכר הקרקע אלא עדיין היא בידו, לא יחול שעבוד על מטלטלין שקנה אחר כך, דהא אינו יכול לכלול אותן בשעבוד שעל הקרקע אלא בשעת חלות השעבוד, דאינו יכול להקנות

מטלטלין דאקני, ובעינן שהיה לו קרקע בשעה ששעבד מטלטלין דאקני, ומסתמא גם הרמב"ם כוון לכך, ולדברי הרשב"ם יש לדקדק דלמה לא יוכל לשעבד מטלטלין דאקני אגב מקרקעי דאקני כיון דשני השעבודים חלים מיד, וכמש"נ.

ונראה דאף להרשב"ם דחל השעבוד מיד גם על קרקעות שביד אחרים, כמש"נ, מכל מקום אין זה אלא שעבוד קלוש, שהרי עדיין אין בו דין גוביינא בפועל, ואין הכי נמי דיכול לפעול שעבוד קלוש, וכשתבא הקרקע לידו יהא נעשה ממילא שעבוד אלים, השתא מיהא דעדיין לא אתו לידו אין זה אלא שעבוד קלוש, ואינו חשוב כל כך כמו שעבוד אלים או קנין גמור שיוכל למשוך החלות שעבוד מן הקרקעות אל המטלטלין על ידי קנין אגב, ומשום הכי אינו יכול לשעבד מטלטלין דאקני אלא אגב קרקע שכבר יש לו בידו, דעל ידי שמשעבד הקרקע וחל בו שעבוד אלים יכול לשעבד גם מטלטלין דאקני שיחול בהם מיד שעבוד קלוש, ולא בעינן שעבוד אלים אלא בעיקר השעבוד שממנו נמשך שעבוד מטלטלין דאקני על ידי אגב, אבל השעבוד הטפל שחל על המטלטלין שפיר יכול לחול אע"ג דישאר שעבוד קלוש עד שיקנה המטלטלין, ועיימש"נ בש"ד פי"ד בדברי הנמוקי יוסף.

פרק יד

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דס"קא דעתין שאם שעבד מטלטלין שעתיד לקנות אגב קרקע שבידו נשתעבדו המטלטלין אף אם בשעה שבאו לידו כבר מכר אותה הקרקע.

נכא בתרא מד:] וליחוש דלמא אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי וכו', הכא במאי עסקינן כגון שלקח ומכר לאלתר, וליחוש דלמא דאקני הוא וכו', לא צריכא דקאמרי עדים ידעינן ביה בהאי דלא הוה ליה ארעא מעולם וכו', יעו"ש.

וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: משום דאיכא עדים דאמרי כל ימיו היה רגיל אצלנו ולא ידענו שהיה לו קרקע מעולם, הילכך איך יקנה לו מטלטלי אגב מקרקעי אם לא היה לו קרקע מעולם, ושמעינן מהכא מדאיצטריך למימר

מפני שהשעבוד חל מיד, הואיל והקרקע כבר בעולם אלא שעדיין לא באה לידו, ועיימש"נ בש"ז פ"ד, ולפי זה לא בעינן שיהא ראוי לקנין ושלא יהא גוסס בשעה שבאו המטלטלין לידו, דהרי כבר נשתעבדו קודם שבאו לידו, כמש"נ, ושוב לא בעינן שיהא ראוי לקנין כשבאו לידו, דמה שיושלם שעבוד הקלוש לשעבוד גמור הוא ממילא, ועיימש"נ בש"ד פ"ג, ולפי זה אינו יכול לשעבד מטלטלין דאקני אגב קרקע אלא מטלטלין דכבר איתנהו בעולם אלא שלא באו לידו, וכדברי הרשב"ם לקמן בכל דאקני, וכמש"נ.

פרק טו

בו יבוארו דברי הרמב"ם דבין אם הקנה לו שעבוד על מטלטלין בקנין סודר ובין אם הקנה לו המטלטלין בקנין גמור על התנאי לא אהנו לו מעשיו דהוה ליה אסמכתא ולא קניא.

[כבא בתרא מד:] ומטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי וכו', לית ליה קלא, וליחוש דלמא אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי, דאמר רבה אי אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי, קני מקרקעי קני מטלטלי, ואמר רב חסדא והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא ודלא כטופסא דשטרי וכו', יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: דכהאי גונא משתעבדי מטלטלי לבעל חוב דאמר רבה וכו', וגבי מטלטלי מן הלקוחות, דנכסים שאין להם אחריות כגון מטלטלין נקנין עם נכסים שיש להן אחריות לענין מתנה בכסף בשטר ובחזקה, והוא הדין לענין שעבוד, דמיגו דחל שעבוד אמקרקעי חייל נמי אמטלטלי, אבל אקני ליה מטלטלי גרידי בסודר להשתעבד לו לכשיגיע זמנו אם לא יפרענו יגבה מהם לא קני, ואפילו בלשון מתנה, דכל דאי לא קני דאסמכתא היא ואסמכתא לא קניא וכו' עכ"ל יעו"ש, ומבואר מדבריו דבין אם הקנה לו שעבוד על מטלטלין בקנין סודר בין אם הקנה לו מטלטלין בקנין גמור דסודר אם לא יפרע, ואפילו בלשון מתנה, אינו קונה, דאסמכתא לא קניא.

וי"ש לדקדק בדבריו דאם שעבוד חשיב אסמכתא, דאינו גובהו אלא אם לא

מטלטלין אגב קרקע שכבר הקנה לו מקודם, ואם נימא דדין אגב הוא על המעשה, דהמעשה קנין שעשה על הקרקע מועיל גם על המטלטלין, ועל ידי מעשה זה שבא לו מדין אגב יכול לשעבד גם מטלטלין שעתידי לקנות, הרי פשיטא דלא בעינן שישאר הקרקע בידו בשעה שקנה מטלטלין, דהא אין שעבוד שעל המטלטלין קשור לעצם שעבוד הקרקע אלא להמעשה שעשה בה, ואין שום חידוש במה דמהני קנין אגב לשעבד מטלטלין אפילו אם מכר הקרקע, וכמש"נ.

אכן נראה דשפיר איכא חידוש בדברי הנמוקי יוסף, דהנה מבואר לקמן (דף קכז:) דאפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בעינן שיהא בו כח ליתן בשעה שבאו הנכסים לעולם, ואם הוא גוסס באותה שעה אין הקנין חל, וכן אם כבר מת באותה שעה, כמו שכתבו התוס' לקמן (דף קטז.) בד"ה ולימרו ליה, יעו"ש, ואם כן לדידן נמי דלית לן אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל אית לן דאדם משעבד דבר שלא בא לעולם, היכא דשעבד למלוה מטלטלין דאקני אגב קרקע שבידו, ניבעי שיהא ראוי להקנות בשעה שבאו המטלטלין לעולם, ואם כבר מכר הקרקע בשעה שבאו המטלטלין לעולם, הרי שוב אין לו שום קשר להקרקע, והוה ליה כגוסס ומת לגבי אותה קרקע, ואינו בתורת קנין אגב לשעבד המטלטלין, ואיכרא דגם אם לא מכר אין בידו לעשות קנין אגב כשבאו המטלטלין לעולם, דבאותה שעה כבר שעבד הקרקע ואינו יכול להקנות שעבוד אגב נכסים נשתעבדו, כמו שכתב הקצות החושן, כנ"ל, מכל מקום יש להחשיבו בר קנין הואיל והקרקע שעל ידה משעבד המטלטלין היא בידו, והרי הקנין אגב נעשה על ידי קרקע שלו, אבל אם כבר מכר הקרקע בשעה שבאו המטלטלין לעולם, הרי נתרחק לגמרי מן הקרקע ואינו נחשב שוב בר קנין, כמש"נ.

קא משמע לן דגם אם כבר מכר הנכסים חל השעבוד על המטלטלין, ואע"ג דאינו ראוי לעשות קנין באותה שעה, וטעמא דמלתא יש לומר על פי דברי הרשב"ם לקמן (דף קכז.) דמבואר מדבריו דאדם משעבד דבר שלא בא לעולם,

אם לא פרעו ליכא קנין כלל, וממילא הוה ליה אסמכתא.

פרק טז

בו יבואר שיטת הרשב"ם דאינו צריך לכתוב בשטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסא דשטרי אל"א כשמשעבד מטלטלין אגב קרקע ושיטת התוס' שצידדו דגם בקרקעות צריך לכתוב כן.

[בבא בתרא מד:] וליחוש דלמא אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי, דאמר רבה אי אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי קני מטלטלי, ואמר רב חסדא והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא ודלא כטופסא דשטרי וכו', יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: ואמר רב חסדא והוא דכתב ליה בשטר השעבוד דלגמרי משעבד להו למטלטלי בהדי מקרקעי, דלא כאסמכתא כו', דכיון דאין זו מכירה גמורה ולא מתנה ולא משכון אלא שעבוד בעלמא, ודמי לאסמכתא דקאמר ליה אם לא אפרע לך לזמן פלוני תגבה מכאן, הלכך צריך לכתוב בו לאלומי שטריה דלא כאסמכתא דאסמכתא לא קניא עכ"ל יעו"ש.

ולמד הרשב"ם דהא דצריך לכתוב ודלא כאסמכתא הוא רק בשטר ששעבד בו מטלטלין אגב קרקע, אבל התוס' כתבו וז"ל: והוא דכתב דלא כאסמכתא, מספקא לן אי במטלטלי אגב מקרקעי דוקא או אפילו במקרקעי לחודיה עכ"ל יעו"ש, דלכאורה גם בקרקע דומה לאסמכתא כיון דאמר אם לא אפרע תגבה מנכסי, וכל דאי אסמכתא היא, כדאמרינן בבבא מציעא (דף טו:) יעו"ש, אולם באמת אין שעבוד נכסים, לא במטלטלין ולא בקרקעות, נחשב אסמכתא, דאילו כן לא היה מהניא כתיבת ודלא כאסמכתא, אלא דדמי לאסמכתא, כמו שכתב הרשב"ם, ולזה מהני שיכתוב דלא כאסמכתא.

ויש לעיין למה באמת אין השעבוד כאסמכתא הואיל ואין המלוה גובה אלא אם לא יפרע הלוה. וצריכים לומר דלא דמי לאסמכתא הואיל והשעבוד חל מיד, או משום הדין דאין מכירתו מכירה לגבי גבית המלוה, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל:) ועיימש"נ בש"א פט"ז, או

יפרענו, אם כן גם אם שעבד קרקעות בשטר לא יקנה, ואין לומר דאהני ליה לזה כתיבת ודלא כאסמכתא, דאם הוי אסמכתא גמורה לא הוה מהני כתיבה, ועיימש"נ בש"ד פי"ב, ועוד דאם כתיבה מהני למה לא מהני גם לגבי מטלטלין ששעבדם בקנין סודר, וצריך לומר דשעבוד בקרקע לא הוי אסמכתא, דהמלוה סמיך עליה, אבל מטלטלי לא סמיך עלייהו והוי אסמכתא אפילו אם שעבדם בסודר אלא אם כן שעבדם בקנין אגב, דמיגו דחל השעבוד על הקרקע חל נמי על המטלטלין, והואיל וצירפם בחדא מחתא אין בזה החיסרון דאסמכתא.

אל"א דעדיין יש לדקדק דלמה לי טעמא דאסמכתא, תיפוק ליה דמטלטלי לית להו קלא, ועיין ברש"ש שעמד בזה, יעו"ש, ועוד צריכים לעיין דמה מהני ליה אם שעבד מטלטלין אגב קרקע, והרי לית להו קלא, וצריכים לומר דס"ל להרשב"ם דכל שעשה קנין להדיא לשעבד מטלטלין אית להו קלא, ואין נפקא מינה באיזה קנין שעבדם, אלא דאם שעבדם בקנין סודר לא מהני דהוי אסמכתא, אבל בקנין אגב אין בזה החיסרון דאסמכתא, וכמש"נ.

ועיין בריטב"א וז"ל: אבל כששעבד לו כל מטלטלין אגב קרקע יש לו קול שהרי שעבדם כולם, ואילו הוה אפשר לכולהו באפותיקי הכי נמי, אבל צריך היה להמשיכם, ואם בסודר, הרי יש מעות שאינן נקנין בחליפין, הילכך אגב עדיף דמהני לכולהו, כך פירש מורי נר"ו וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דהא דצריך אגב ולא מהני בסודר הוא משום דלא אפשר להקנות כל מטלטלין כן, דלא מהני על מעות, וקצת קשה וכי לא יצא קול אם שעבד כל מטלטליו חוץ מן המעות, ואפשר דאיכא קלא רק כשמשעבד את כל המטלטלין שלו עם המעות, דבזה איכא קלא טובא.

והנה הריטב"א לא חש לטעמא דאסמכתא כמו שכתב הרשב"ם, כנ"ל, ולכאורה היינו טעמא משום דשעבוד לא הוי אסמכתא, שהרי אין השעבוד תלוי בדבר שעדיין לא היה, אלא נותן לו שעבוד מוחלט מיד בלי שום תנאים, ודין השעבוד הוא שיכול לגבות אם לא יפרע חובו, ולא דמי לקנין גמור על מנת שלא יפרענו, דאז

מן המשועבדים, וכל ההלואה מתחלה נעשית על סמך הקרקעות, ומשום הכי לא הוי כאסמכתא, אכן במטלטלין הסברא נותנת שאין עיקר דעתו על המטלטלין, אלא דעתו שאם לא ימצא קרקעות יגבה מן המטלטלין, ואם כן הוה ליה אסמכתא, ומשום הכי צריך לכתוב דלא כאסמכתא להוכיח שעיקר סמיכותו גם על המטלטלין כמו על הקרקעות, וכן כתב הטור בחו"מ סי' קי"ג סעי' ד' יעו"ש.

וזהו מה שכתב המהר"ם, דהיכא דאין לו קרקעות בשעת ההלואה הסברא נותנת שדעתו על המעות שיכול להוציא מו הלוח, ולא על קרקעות שעתידי לקנות, ולהכי נסתפקו התוס' אי צריך לכתוב דלא כאסמכתא להוכיח דמכל מקום עיקר סמיכותו על קרקעות, ואע"ג דעדיין אין לו.

פרק יז

בו יובאו דברי הרשב"ם בזמן הזה דלא שכיחי קרקעות גובים ממטלטלי דיתמי, ויוכיח דלא ס"ל כדברי הרמב"ם דלא נשתעבדו המטלטלין אלא כשהלוח ידע מתקנת הגאונים.

[בבא בתרא קע"ד.] כתב הרשב"ם בד"ה רב הונא בריה דרב יהושע בסוף הדיבור וז"ל: ונראה בעיני דבזמן הזה דליכא מקרקעי כל כך, אע"ג דקיימא לן (כתובות דף צב.) מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, בזמן הזה דינם לגבות ממטלטלי דשבק להון אבוהון וכו', וכן הלכה למעשה, דהא אמרינן לקמן (דף קע"ו.) מלוה על פה גובה מן היתומים כדי שלא תנעול דלת בפני לוין, ואי ממטלטלי דשבק אבוהון לא גובה אין לך נעילת דלת גדול מזה, דהא לא שכיחי לן מקרקעי עכ"ל יעו"ש.

ועיין מה שכתב הרמב"ם פ"א מלוה ולוה הלי"א וז"ל: כבר תקנו גאונים האחרונים כולם שיהיה בעל חוב גובה מן מטלטלין מן יורשים, וכן דנין ישראל בכל בית דין שבעולם, אבל במערב היו כותבים בשטרי חובות שיש לגבות מן הקרקע ומן המטלטלין וכו', וסייג גדול עשו בדבר שמא לא ידע הלוח בתקנה זו וכו' עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד

שקונה מיד זכות גביה, ולא חשיב אסמכתא אלא כשמקנה דבר או מחייב עצמו באיזה חיוב שכל חלות הקנין או החיוב תלויה בדבר שעדיין לא קרה, אבל חלות השעבוד אינה מעוכבת שום דבר, וחלה מיד לחלוטין, אלא דכן הוא דין השעבוד שצריך לגבות מן הלוח תחלה, כדאיתא לקמן (דף קע"ד.), יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"ט, ומכל מקום דומה לאסמכתא הואיל ואין לבעל חוב שום גישה להקרקע קודם שעת הגביה, ולא דמי למכירה או מתנה שהוא קונה מיד, או אפילו למשכון שהחפץ על כל פנים מונחת תחת ידו, אבל שעבוד אין בו אלא דין גביה, ואין זה ניכר קודם שעת הגביה, ומשום הכי דמי לאסמכתא, וצריך לכתוב ודלא כאסמכתא.

והמהר"ם הקשה על דברי התוס' וז"ל: צריך עיון בדברי התוס' הללו דמאי מספקא להו, דהא קרקעות משועבדים למלוה אפילו אם לא כתב בשטר אחריות, דקיימא לן אחריות טעות סופר, ואם כן מאי צריך למיכתב בקרקעות דלא כאסמכתא. ויש ליישב דאין לו קרקע בשעת ההלואה וכתב ליה דמשעבד ליה הקרקעות שיקנה אחרי כן, ואז יש לספק אם צריך למיכתב בשטר דלא כאסמכתא ודוק עכ"ל יעו"ש.

והנה באמת יש לעיין בכל שעבוד למה לא הוי אסמכתא, והרי אין נפרעים מקרקעות קודם שיתבע תשלומין מן הלוח עצמו, דאין נפרעים מן הערב תחלה, כדאיתא בבבא בתרא (דף קע"ד.) יעו"ש, ואם כן כל השעבוד הוא נוגע רק אם הלוח לא יפרע, והיינו כאילו אמר דאי, וכל דאי אסמכתא, כדאיתא בבבא מציעא שם, כנ"ל, ועיין בחידושי הר"ן שהקשה כן בשם הרמב"ן, וכתב דעיקר שעבודיה ואסמכתיה דמלוה אקרקעות הוא, ולכן רק שעבוד מטלטלין דומה לאסמכתא, ומשום הכי צריך למיכתב ודלא כאסמכתא לגלויי דעיקר שעבודיה נמי אמטלטלין הוא, יעו"ש.

וכונתו דאע"ג דכודאי אינו יכול לגבות מן הקרקעות אלא לאחר שתבע ללוה לדין ולא שילם לו, מכל מקום לא חשיב דאי, דעיקר סמיכות דעת המלוה על הקרקעות, ויודע לבו שעלול הדבר שלא יפרע לו ויצטרך לגבות

לויך, וממילא נשתעבדו המטלטלין על ידי תקנת חכמים, בין אם ידע לזה מן התקנה בין אם לא ידע.

פרק יח

בו יובאו דברי הרמב"ם דחכמים תקנו דאין אלמנה גובה כתובתה אלא מן קרקע הבעל דמטלטלין לא משתעבדי לכתובה, ויבואר למה גובה ממעות ואע"ג דמזון הוי מטלטלין.

[רמב"ם פט"ז אישות ה"ה] כתב הרמב"ם וז"ל: וכן התקינו שלא תגבה אלמנה כתובתה אלא מן הקרקע וכו' עכ"ל יעו"ש. ועיין במגיד משנה שדייק מדברי הרמב"ם דרק אלמנה לא תגבה מעיקר הדין אלא מן הקרקע, אבל גרושה גובה מיניה דידיה אפילו מגלימא דעל כתפיה, והביא דהרשב"א היה לו גירסא אחרת בלשון הרמב"ם והוא, שלא תגבה האשה וכו', ולפי זה גם הגרושה נכללת בהך תקנה, דגרוע כתובה משאר בעל חוב, ואינה גובה מגלימא דעל כתפיה, דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה, יעו"ש, וכן כתבו התוס' בכתובות (דף פא.) בד"ה רבי מאיר, יעו"ש, ומכל מקום גובה האשה ממנו מעות בכתובתה, כמו שכתב הרמב"ם בהל"ו, יעו"ש, ולפי נוסחא ראשונה המחלוקת בכתובות שם אם מטלטלי משתעבדי לכתובה היא אם ייפו חכמים כח הכתובה שתגבה ממטלטלי דיתמי, ולנוסחא בתרא המחלוקת היא אם גרעו חכמים כח הכתובה שלא תגבה מיניה מגלימא דעל כתפיה, ועיימש"נ בש"י פי"ח.

והביאור בהא דאין אשה גובה מגלימא דעל כתפיה לנוסחא בתרא, דמטלטלין לא משתעבדי לכתובה, ומכל מקום גובה ממנו מעות, אע"ג דגם מעות הוו מטלטלין, היינו טעמא משום דעיקר החיוב הוא במעות, ועיקר פרעון הוא במזון, ואם גובה ממנו הרי היא מכריחו לקיים עיקר דין הפרעון, אבל אם גובה קרקע או מטלטלין אין בזה עיקר דין פרעון אלא תשלומין בעלמא, ועל ידי זה נפרע ונסתלק החוב, והפקיעו חכמים דינה לגבי מטלטלין, ולכן אינה גובה מגלימא דעל כתפיה, אבל עדיין יכולה לגבות מעות שהוא עיקר דין פרעון הכתובה, ואע"ג דאמרינן שוה כסף ככסף, והרי

פ"כ, ומבואר מדבריו דהא דגובים ממטלטלין בזמן הזה הוא, מפני שהלוה גמר ומקנה השעבוד כפי תקנת הגאונים, ואם לא ידע מן התקנה לא נשתעבדו מטלטלין, וטעמא דמלתא לכאורה היא, משום דאין לגאונים אחרונים שבזמן הזה הכח של הפקר בית דין הפקר כמו שהיה לחכמי המשנה והתלמוד, ואין ביכולתם לחדש שעבודים בנכסי הלוה, ולכן לא הועילה תקנתם אלא כשידע הלוה מן התקנה ושעבד עצמו כפי תקנתם.

ויש לעיין אם גם הרשב"ם מסכים בזה לדברי הרמב"ם, והנה לעיל (דף מד.) אמרינן בגמרא דיכול המלוה לגבות מטלטלין מן הלקוחות אם שעבדם לו אגב קרקע, יעו"ש, וכתב שם הרשב"ם בד"ה וניחוש דהא דבעינן קנין אגב ולא קנין אחר כמו סודר הוא כדי שלא תהא כאסמכתא, יעו"ש, ונמצא דהקנתא שעבוד בכל קנין חוץ מאגב הוי אסמכתא, ואם נאמר דס"ל להרשב"ם כדברי הרמב"ם, ושעבוד מטלטלי דיתמי בזמן הזה נעשה על ידי הלוה, כמש"נ, קשה טובא דלמה לא הוי כאסמכתא הואיל ולא נעשה על ידי קנין אגב.

ולכאורה צריכים לומר דהשעבוד נעשה על ידי תקנת הגאונים ולא על ידי הלוה, וממילא לא שייך בזה ענין אסמכתא, והרי המטלטלין משועבדים אף אם לא ידע הלוה מן התקנה, ודלא כדברי הרמב"ם, אלא דעדיין לא יתיישב היאך מועיל תקנת הגאונים בזמן הזה לשעבד נכסי הלוה שלא מדעתו, והלא אין להם כח של הפקר בית דין הפקר, אם לא נאמר דהיכא דאיכא תקנת הגאונים וחשש נעילת דלת אז הלוה משעבד נפשיה וליכא אסמכתא.

ונראה דהרשב"ם ס"ל דמטלטלי דיתמי משתעבדי בזמן הזה מאותה תקנה שבזמן הגמרא דגובים קרקעות מן היוורשין כדי שלא תנעול דלת, ותיקנו חכמים דהיכא דאיכא חשש נעילת דלת נשתעבדו נכסי הלוה, אם כן בזמן הזה דאיכא נעילת דלת אם לא יגבה ממטלטלין נשתעבדו המטלטלין, ואין השעבוד נעשה על ידי תקנת הגאונים אלא על ידי תקנת חכמי התלמוד, והגאונים שבזמנינו פסקו שאם לא יגבה מטלטלין בזמן הזה תנעול דלת בפני

שלוה שמכרן לשעתו, אין בעל חוב טורף אותן עכ"ל יעו"ש. ושם מיירי לענין טירפא מן הלקוחות, ובהיא שעתא כבר הפקיעו חכמים השעבוד מן המטלטלין, ולהכי אין עליהן אחריות, כנ"ל, אבל כל זמן שהן ביד הלוח גובה מהן מפני השעבוד שחל עליהם, וצריך לומר דאם לא היה שעבוד חל לא על הקרקע ולא על המטלטלין, לא היה המלוה גובה מן הלוח עצמו אלא כסף בלבד, דבכסף הוי פרעון ותשלומין, ויכול לתבוע תשלומין, שהרי לוח ממנו וחיוב לו, אבל משאר נכסים לא הוי פרעון אלא גביה, ואין גובים אלא נכסים משועבדים, ומכל מקום מבואר מדברי הרמב"ם דאיכא שעבוד על מטלטלין ביד הלוח, וכמו שדקדקו האחרונים מדבריו בפ"א הל"א, כנ"ל, וצריך עיון במה שכתב בהל"ז דאינו גובה מן היתומים דליכא שעבוד במטלטלין מן התורה.

ונראה דבעצם איכא שעבוד במטלטלין שביד הלוח, וכדמשמע מדברי הרמב"ם, כנ"ל, אלא דהשעבוד הוא גרוע, דאין המלוה סומך על המטלטלין, ואילו לא היה ללוח אלא מטלטלין לא היה מלוה לו, ואין המטלטלין מידי דשעבוד, ועיימש"נ בש"ד פ"י, אכן כיון שהיה לו להלוח קרקע, ועל סמך הקרקע הלוח לו, השתא רוצה המלוה ששעבודו יחול גם על המטלטלין, שהרי הוא רוצה כל מה שמוסיף בהבטחת מעותיו, וכיון שהמלוה רוצה שעבוד המטלטלין, נהפך השעבוד גרוע לשעבוד גמור, וכעין דינא דאחשביה לגבי מאכלות אסורות, ולכן גובה ממטלטלין דלוח, דכיון דגובה מן קרקע חל שעבוד גמור גם על המטלטלין, כמש"נ, ובאמת היה צריך לגבות גם ממטלטלין שמכרן ללקוחות, שהרי משועבדים לו, כמש"נ, אלא דחכמים הפקיעו השעבוד במקום דליכא קלא משום פסידא דלקוחות, אי נמי יש לומר דעל ידי שעבוד גרוע גובה מיניה דלוח, אבל כדי לגבות מלקוחות צריכים לומר דמכירתו לאו מכירה, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל:) , ועיימש"נ בש"א פט"ז, ולזה בעינן שעבוד אליו.

וכ"ל זה הוא בלקוחות שעיקר הגביה מהם הוא מדין שעבוד נכסים, אבל ביתומים הרי הגביה מהם מדין שעבוד הגוף הוא, דמצוה

כל מטלטלין הם ככסף, היינו שיש למטלטלין דין כסף, וכל שכסף יכול לפעול גם מטלטלין יכולין לפעול, אבל בודאי עיקר דין פרעון הוא במעות ולא במטלטלין, ועיימש"נ בש"ד פ"ח ופכ"ב.

פרק יט

בו יבוארו דברי הרמב"ם דמן התורה חל שעבוד על מטלטלין וכתב נמי דמטלטלין דיתמי אין עליהם שעבוד מן התורה, ויחולק בין מטלטלי דיתמי למלוה על פה דגובה מיתמי.

רמב"ם פ"א מלוה ולוה הל"ז כתב הרמב"ם וז"ל: אבל הבא ליפרע מן היורש בין קטן בין גדול לא יפרע מן המטלטלין, אפילו היו מופקדין או מלוה אצל אחרים, שהמטלטלין אינן תחת שעבוד בעל חוב מן התורה עכ"ל יעו"ש. והאחרונים הקשו דדברי הרמב"ם אלו לכאורה סותרים למה שכתב למעלה שם בהל"ד וז"ל: שכל נכסי הלוח תחת שעבוד המלוה מן התורה עכ"ל יעו"ש, ודקדקו בדבריו דלשון כל נכסי הלוח משמע בין קרקע בין מטלטלין, ודלא כמו שכתב בהל"ז דמטלטלין אין עליהם שעבוד מן התורה, דאם איכא שעבוד מן התורה במטלטלין למה לא יגבה מן היתומים, כמו שמלוה על פה גובה מן היתומים למאן דאמר שעבודא דאורייתא.

ובאמת מבואר להדיא בדברי הרמב"ם פ"ח מלוה ולוה הל"א דאיכא שעבוד במטלטלין וז"ל: המלוה את חבירו סתם הרי כל נכסיו אחראין וערבאין לחוב זה, לפיכך כשיבא לגבות תובע את בעל חובו תחלה, אם מצא עמו נכסים בין מטלטלין בין קרקעות גובה מהן ברצון הלוח, ואם לא נתן הלוח מדעתן מגבין אותו בבית דין וכו' עכ"ל יעו"ש. הרי להדיא דגובה ממטלטלין דלוח משום דמשועבדים למלוה. ובדרך אגב יש להעיר דכאן קרי ללוח בעל חוב, ובגמרא וראשונים קרי למלוה בעל חוב.

ובהל"ב כתב וז"ל: אין כל הדברים אמורים אלא בקרקע, אבל המטלטלין אין עליהן אחריות, אפילו מטלטלין שהיו לו בעת

המלוה גובה מן המטלטלין אפילו אם יש לו ללוה קרקעות, יעו"ש, ועיין עוד במגיד משנה ובלחם משנה, יעו"ש.

ותקנת הגאונים, ומה שהיו כותבים במערב, לא מהני אלא לגבות מטלטלין מן היתומים אבל לא מן הלקוחות, ואין גובין מטלטלין מן הלקוחות אלא אם כן שעבדם למלוה בקנין אגב, וכן מבואר בבא בתרא (דף מד:): יעו"ש, וכן כתב הרמב"ם פ"ח מלוה ולוה הל"ב וז"ל: וכן אם כתב שכל נכסים שאני עתיד לקנות בין קרקעות בין מטלטלין הרי הן משועבדים לך להפרע מהן, והמטלטלין קנוין לך על גב הקרקעות להפרע מהן שלא כאסמכתא ושלא כטופסי שטרות, הרי זה טורף אף מן המטלטלין שקנה הלוה לאחר שלוה, שכל תנאי שבממון קיים עכ"ל יעו"ש.

והנה כאן בתקנת הגאונים ומנהג מערב כתב המגיד משנה דכתיבתו מועלת משום דכל תנאי שבממון קיים, וכן מדויק בלשון הרמב"ם שכתב ונמצא גובה על תנאי זה יותר מן התקנה, כנ"ל, וגם בפ"ח כתב הרמב"ם דאהני הקנאת שעבוד במטלטלין אגב קרקע משום שכל תנאי שבממון קיים, כנ"ל, ואם כן צריך לעיין למה לא מהני תנאי שבממון של כתיבת גביה מן המטלטלין בתוך השטר לגבות מן הלקוחות כמו מן היורשים, ולמה בעינן שיקנה לו שעבוד במטלטלין בקנין אגב.

ונראה דאינו יכול להקנות למלוה שעבוד גמור על מטלטלין אלא על ידי קנין אגב, דאין מעשה קנין להקנאת שעבוד ומקצת קנין במטלטלין, ורק על ידי אגב אמרינן דמיגו דמשתעבדי קרקעות משתעבדי נמי מטלטלין, ועיימש"נ בש"ד פכ"א, ומכל מקום זכות גביה גרידא יכול להקנות למלוה אפילו בלא קנין אגב, ואין המלוה קונה תפיסה בגוף המטלטלין, אלא שיש לו זכות לגבות מהם ואין הלוה יכול לדחותו למקום אחר, והוי כעין זכות תשמיש, אכן לא מהני זכות גביה זו לגבות מן הלקוחות, דגביה מן הלקוחות תלויה בהא דאמרינן אין מכירתו מכירה, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל:), ועיימש"נ בש"א פט"ז, והיינו דהשעבוד מעכב בעצם הקנין שלגבי גבית המלוה אינה נמכרת

עליהם לפרוע חוב אביהם מן אחריות נכסים שירשו, והרי הנכסים משועבדים לשעבוד הגוף החדש שלהם, ועיימש"נ בש"ב פ"י, ולכן הקרקעות דחל עליהן שעבוד גמור שפיר משועבדים לשעבוד הגוף של היתומים, אבל המטלטלין אין עליהם בעצם אלא שעבוד גרוע, ורק דסמיכות דעת המלוה גומר שעבודם, וביתומים ליכא סמיכות דעת המלוה לגבות מהם שום דבר, כדאמרינן בגיטין (ג:) דלא אסיק אדעתיה דמלוה שימות הלוה, יעו"ש, ולכן קרקעות דבעצם איכא עליהם שעבוד גמור משועבדים לשעבוד הגוף דיתומים, אבל מטלטלין דלא הוו מידי דשעבוד אלא על ידי סמיכת המלוה עליהן, כמש"נ, לא נשתעבדו לשעבוד הגוף של היתומים, ונמצא דמטלטלין דיתומים אין עליהם שעבוד מן התורה, וכמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל.

פרק כ

בו יבוארו דברי הרמב"ם דאחר שתיקנו הגאונים דגובים מטלטלין, ובמנהג מערב כותבים כן בתוך השטר, גובים מטלטלין מיתמי אבל לא מלקוחות אם לא שעבדם אגב קרקע.

[רמב"ם פ"א מלוה ולוה הל"א] כתב הרמב"ם וז"ל: כבר תקנו גאונים האחרונים כולם שיהיה בעל חוב גובה מן מטלטלין מן היורשים, וכן דנין ישראל בכל בית דין שבעולם, אבל במערב היו כותבים בשטרי חובות שיש לגבות מן הקרקע ומן המטלטלין בין בחייו בין אחר מותו, ונמצא גובה על תנאי זה יותר מן התקנות, וסייג גדול עשו בדבר, שמא לא ידע הלוה בתקנה זו ונמצא ממון יתומים יוצא שלא כדין, שאין כח בתקנת אחרונים לחייב בה יתומים עכ"ל יעו"ש.

וכתב הכסף משנה דהא דנהגו במערב לכתוב שיש לגבות מן הקרקע ומן המטלטלין בין בחייו בין במותו מרויח לו להמלוה בשני דברים, חדא דאי משום תקנת הגאונים אפשר שלא ידע מזה הלוה, ונמצא שלא נשתעבדו המטלטלין, ועוד דאפילו ידע מתקנת הגאונים וקבלה על עצמו, אין המלוה גובה מן המטלטלין אלא כשאין ללוה קרקעות, אבל אם כתב לו שיש לו לגבות מן הקרקעות ומן המטלטלין וכו', הרי

המטלטלין אין עליהן אחריות וכו', הקנה לבעל חוב כל המטלטלין על גב קרקע שיש לו להיותו נפרע מן הכל, הרי זה טורף מאותן המטלטלין, והוא שיכתוב לו בשטר חובו שהקניתי לך מטלטלין שיש לי על גב הקרקע שיש לי שלא כאסמכתא ושלא כטופסי השטרות, וכן אם כתב שכל נכסים שאני עתיד לקנות בין קרקעות בין מטלטלין הרי הן משועבדים לך להפרע מהן והמטלטלין קנוין לך על גב הקרקעות להפרע מהן שלא כאסמכתא ושלא כטופסי שטרות, הרי זה טורף אף מן המטלטלין שקנה הלוח לאחר שלוה, שכל תנאי שבממון קיים עכ"ל יעו"ש.

ומדברי הרמב"ם מבואר דלשעבד מטלטלין בעינן שלשה דברים, חדא שישעבד לו כל מטלטלין שיש לו, ועוד שישעבד לו המטלטלין אגב קרקע, ועוד הוצרך לדין כל דבר שבממון תנאו קיים. והנה מה שהזכיר כאן הא דדבר שבממון תנאו קיים, לכאורה כונתו למה שכתבו הר"י מיגאש והר"ף דהא דמהני אגב לשעבד מטלטלין הוא כשהקנה אותם קנין גמור שאם לא יפרענו יקנה אותם למפרע, ולפי זה ניחא הא דהמטלטלין נשתעבדו אע"ג דאין להם קול, דכיון דהקנה אותן קנין גמור אין המטלטלין בכלל התקנה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, ואע"ג דלא רצו חכמים שיגבה בעל חוב מן המטלטלין, יכול המלוה להערים ולעשותו בדרך קנין, וזהו דין דבר שבממון תנאו קיים, דאע"ג דהוי כנגד מה שרצו חכמים, יש כח בידו להתנות בדיני ממון שלו, כגון שקידש אשה על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה, דאע"ג דהתורה חייבה אותה בדברים אלו, יכול להתנות עמה שתמחול לו, הוא הדין הכא דאע"פ שתיקנו חכמים שאין שעבוד במטלטלין משום פסידא דלקוחות, יכול ליתן למלוה מקום גביה במטלטלין על ידי שיקנה אותם קנין גמור אם לא יפרע חובו.

אכן יש לדקדק לפי זה במה שכתב הרמב"ם דצריך שישעבד לו כל מטלטלין, ודין זה מצינו בהריטב"א דמצריך כל מטלטלין משום קול, דאע"ג דמטלטלין אין להם קול, כל מטלטלין יש להם קול, אבל הר"י מיגאש וכן הר"ף לית להו דבעינן כל מטלטלין, וכן מדויק

ועדיין הקרקע ברשות הלוח, ובזה אמרין דרק שעבוד גמור מעכב בעצם הקנין, אבל לא זכות גביה בעלמא, ולכן אינו גובה מטלטלין מן הלקוחות אלא כשהקנה למלוה שעבוד גמור בהם על ידי קנין אגב, אבל בהקנאת זכות גביה בעלמא, כמו על ידי תקנת הגאונים או מנהג מערב, אין זה מעכב בחלות המכירה לגבי גבית המלוה, ובודאי מהני תנאי שלו לגבות מן הלוח, אבל הא דאין גובין מטלטלין מן הלקוחות הוא מפני שהשירור בהמכירה בא ממילא על ידי הא דיש לו להמלוה שעבוד, ולזה בעינן שעבוד גמור ולא זכות גביה בלבד, ואין המלוה קונה שעבוד גמור במטלטלין אלא על ידי קנין אגב, כמש"נ.

וכ"ל זה הוא בגבית מטלטלין מן הלקוחות, לזה בעינן שלא תהא מכירתו מכירה, אבל בגביה מן היורשים לא אמרין שאין ירושתו ירושה, דבודאי יורשים הנכסים, והא דגובה מלוה מן היתומים הוא משום דמצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, ועיימש"נ בש"ב פט"ז, ואין המצוה לפרוע אלא כשירשו אחריות נכסים מאביהם, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו.) בד"ה פריעת בעל חוב מצוה, יעו"ש, ולזה אמרין דכל שיש למלוה זכות גביה במטלטלין דלוה, הרי מטלטלין אלו בכלל אחריות נכסים שירשו מאביהם, ומצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם מאותם נכסים.

והא דעל ידי תקנת הגאונים אין מלוה גובה מטלטלין אלא היכא דליכא קרקעות, מה שאין כן אם כתב לו לזה כמנהג מערב, היינו משום דלא תיקנו גאונים שיגבה מטלטלין אלא כשאין קרקעות, ועל זה הסכים הלוח, אבל אם הלוח עצמו כתב שיגבה בין קרקעות בין מטלטלין, הרי הוא גובה מכל מה שירצה, ופשוט הוא.

פרק כא

בו יובא שיטת הרמב"ם דכדי לשעבד מטלטלין צריך לשעבד כל מטלטלין אגב קרקע ומהני מדין תנאי בדבר שבממון, ויבואר למה צריך לשעבד כל מטלטלין אם שעבדם בקנין גמור.

[רמב"ם פ"ח מלוה ולוה הל"ב] כתב הרמב"ם וז"ל: אין כל הדברים אמורין אלא בקרקע אבל

מטלטלין בקנין אגב בעינן דין תנאי שבממון קיים, דהא מן התורה אין שעבוד במטלטלין, וגם לדידיה יש לומר דבעינן ששעבד כל מטלטלין משום קול ורק על ידי קנין אגב שלא תהא כאסמכתא.

וְלַפִּי דרך זה צריך לומר טעם אחר להא דבעינן דוקא קנין אגב ולא קנין אחר כמו סודר, דהנה לא מצינו בתורה קנינים אלא על הקנאת גוף החפץ ולא לגבי הקנאת שעבודים, ובאמת אין כל מעשה קנין מועיל לכך, וכמו דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אינו יכול לשעבד נכסיו מן התורה אפילו אם כתב לו אחריות, כמו שכתבו התוס' לקמן (דף קעה:): בד"ה דבר תורה, יעו"ש, ונראה דכעין זה נמי למאן דאמר שעבודא דאורייתא אינו יכול להקנות שעבוד במטלטלין, דאין מעשה קנין מועיל לכך, אבל קנין אגב מהני, שהרי על ידי ההלואה קנה שעבוד בקרקעות הלוה, ועל ידי קנין אגב אמרינן דשעבוד זה מהני גם במטלטלין, ואע"ג דקנין להדיא על נכסים שלא נכללו בדין שעבודא דאורייתא אינו מועיל, מכל מקום על ידי אגב מועיל, שהרי אין זה חסרון בהמעשה קנין אלא בהחלות, ומיגו דחל שעבוד על הקרקעות חל נמי על המטלטלין.

פרק כב

בו יובאו דברי הרמב"ם דבעל שוה"מ במקצת כתובה נשבע שבועת התורה, ויבוארו דברי המגיד משנה דלא הוי כפירת שעבוד קרקעות כיון דלאחר התקנה גובה גם מן המטלטלין.

רמב"ם פט"ז אישות ה"כ"ה כתב הרמב"ם וז"ל: היא אומרת בתולה נישאתי ועיקר כתובתי מאתים, והבעל או יורשיו אומרים בעולה נשאת ואין לה אלא מאה, אם יש עדים שראו שעשו לה המנהגות שנהגו אנשי אותה העיר לעשותן לבתולה, כגון מיני שמחה או כתרים או מלבוש ידוע או שאר דברים שאין עושין כך אלא לבתולה, הרי זו נוטלת מאתים, ואם אין לה עדים בזה הרי זו נוטלת מנה, ואם היה הבעל קיים יש לה להשביעו שבועת התורה שהרי הודה במקצת הטענה עכ"ל יעו"ש.

בלשון הרי"ף שכתב דלמא אקנייה לה היא פרה וטלית וכו', יעו"ש, דהא ס"ל דמטלטלין אגב קרקע לא הוי שעבוד אלא קנין, והרי יכול להקנות מטלטלין בכל תנאי שרוצה, ולא איכפת לן אם אין להם קול כיון דתקנת חכמים היתה על שעבוד וזה הוי קנין, ועיימש"נ בש"ד פי"ב, ואם כן צריכים להבין למה מצריך הרמב"ם שיקנה לו כל מטלטלין, והלא ס"ל כהר"י מיגאש והרי"ף דהוי קנין גמור ולא שעבוד, כמש"נ, ואם ס"ל דבעינן כל מטלטלין משום קול למה למד דהוי קנין ולא שעבוד.

ונראה דהרמב"ם ס"ל דכיון דרבנן תיקנו דמטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי משום דלית להו קלא, אם כן הפקיעו השעבוד מכל מטלטלין, ואפילו אם משכחת גונא דמטלטלין שיש בהם קול אין בהם שעבוד, שכן תיקנו חכמים שאין שעבוד במטלטלין, ומשום הכי לא מהני מטלטלי אגב מקרקעי אלא על ידי קנין גמור, דלא תיקנו חכמים לבטל קנין גמור, ומכל מקום אם לא היה בהם קול גם קנין גמור היה נעקר מחמת התקנה, שהרי תיקנו חכמים לחשוש לפסידא דלקוחות, ומשום הטעם של התקנה היה הקנין נעקר, משום הכי בעינן כל מטלטלין כדי שיהא להן קול, ואז מהני הואיל ולא הוי שעבוד במטלטלין אלא קנין וגם ליכא פסידא דלקוחות, והא דבעינן קנין אגב ולא שאר קנין המועיל במטלטלין הוא משום שלא תהא אסמכתא, כמו שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף מד:): יעו"ש, ועיין מה שכתב הרמב"ם פ"ו מלוה ולוה הל"ד, יעו"ש.

והנה עיין במגיד משנה פי"א מלוה ולוה הלי"א על מה שכתב הרמב"ם דבמערכ היו נוהגים לכתוב שיש לו לגבות בין מקרקעות בין ממטלטלים וכו', וכתב המגיד משנה דכתיבה כזה מהניא משום דתנאי שבממון קיים יעו"ש, ואע"ג דהרמב"ם שם לא כתב כן להדיא כמו שכתב כאן בפ"ח, ולפי דברי המגיד משנה שייך דין תנאי שבממון קיים אפילו על עצם שעבוד, דהא במנהג מערב ליכא קנין גמור, שהרי גובה רק מן היתומים ולא מן הלקוחות, ואם כן אין להוכיח דהרמב"ם ס"ל כדברי הר"י מיגאש והרי"ף, אלא יש לומר דלהא גופא דמשעבד

ונראדה דחלוק גבית המלוה מקרקעות שיש לו בהן שעבוד, מגבית מטלטלין שאין לו בהם שעבוד, דכשגובה קרקע הרי הוא תובע זכותו בגוף הקרקע ליפרע ממנה, ונהי דשעבוד קרקעות תלוי בשעבוד הגוף, ואם מחל החוב בטל השעבוד, כדאיתא בכתובות (דף פה:), ועיימש"נ בש"א פכ"א, מכל מקום כשהוא גובה אינו צריך לתבוע פרעון שעבוד הגוף, אלא הוא תובע זכותו לגבות הקרקע אם הלוה לא ישלם חובו, וכשגובה הקרקע ממילא נפרע החוב ונתקיים חיוב הלוה.

אבן כשמלוה גובה מטלטלין הרי אין לו שום זכות ושעבוד בגופן, אלא תביעתו היא להלוה שישלם את חובו ויקיים מצות פריעת בעל חוב, ובית דין כופים על כך, כדאיתא בכתובות (דף פו:), יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"ב דכיון דכופים על מצוה זו חל שעבוד ממון על הקרקעות, וכל גביתו מן המטלטלין לא הוי אלא מדין כפית בית דין להלוה שישלם חובו, ולא משום שיש להמלוה שום תפיסה בגופן.

ואע"ג דהרמב"ם פסק בפ"א מלוה ולוה ה"ד וז"ל: כשיתבע המלוה הלואתו וכו' גובין לו חובו עד פרוטה אחרונה מכל מטלטלין שימצאו לו, ואם לא הספיקו המטלטלין גובין לו מן הקרקע וכו' עכ"ל יעו"ש, ומבואר דיכול המלוה ליטול מטלטלין אם ירצה ואין הלוה יכול לסלקו בקרקע, הרי כתב הלחם משנה שם דאין זה משום שיש לו זכות ושעבוד בהמטלטלין, אלא משום שהלוה מחויב לכתחילה לשלם מעות, דזווי יהיב זווי שקיל, ואין הלוה יכול לסלקו בדבר אחר, כמו שכתבו התוס' בבבא קמא (דף טו.) בד"ה רב הונא, יעו"ש, ומהאי טעמא יכול המלוה לתבוע מטלטלין אם רוצה בהן, אפילו אם הלוה רוצה להגבותו קרקעות, דהא מטלטלין מיקרבי טפי מקרקעות למעות, יעו"ש, ומכל מקום אין תביעת מטלטלין מדין גביה ושעבוד אלא מדין פרעון וכפיה.

ואדרבה, אם היתה גביתו ממטלטלין מדין שעבוד, הלא מצינו שהרשות ביד הנתבע לבחור איזו קרקע שרוצה להגבות להתובע, כמו שכתב הרא"ש בבבא קמא (דף טז:), ועיימש"נ בש"ג פ"א, ולמה לא יוכל לדחותו ממטלטלין לקרקעות, ומבואר דגביה מן

והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א שבועת התורה אין כאן, שהרי כפירת שיעבוד קרקעות הוא עכ"ל יעו"ש. והמגיד משנה הביא דברי הראב"ד וכתב וז"ל: והכונה לפי שאין הכתובה נגבית מן המטלטלין כמו שנתבאר למעלה, ואני אומר שאין זו קושיא, שכיון שהגאונים תקנו שתגבה כתובה מן המטלטלין חזרה כתובה שאינה כפירת שעבוד קרקעות בלבד עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדבריו דליכא פטור דאין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות אלא כשאין הגביה אלא מן הקרקעות בלבד, אבל אם יש גביה גם מן המטלטלין אינו נפטר מן השבועה, והראב"ד אזיל לפי תקנת התלמוד דאשה אינה גובה כתובתה אלא מן הקרקע ולא מן המטלטלין, כמו שכתב הרמב"ם למעלה ה"ה, ולפי נוסחא אחת היינו אפילו בגרושה שבאה לגבות מיניה דידיה, כמו שכתב שם המגיד משנה בשם הרשב"א בשיטת הרמב"ם, יעו"ש, וכן מבואר בקדושין (דף סה:), ואשה אומרת אלו שני עבדי וחבילה שלי וכו', ורבי מאיר היא דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה, יעו"ש, ועיימש"נ ש"ד פ"ח, ומבואר דלרבנן דס"ל דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אינה גובה החבילה מן הבעל, ולכן הקשה הראב"ד למה נשבע הבעל והא אין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות, אבל הרמב"ם אזיל לאחר תקנת הגאונים שתהא כתובה נגבית מן המטלטלין, כמו שכתב למעלה בהל"ז, יעו"ש, ושוב לא הוי כפירת שעבוד קרקעות, ושפיר נשבע שבועת התורה אם הודה במקצת.

והל"ח משנה הקשה עליו קושיא עצומה וז"ל: ומכל מקום אני תמה טובא על דברי הרב המגיד שכתב שכיון שגובה מן המטלטלין מתקנת הגאונים דלא הוי כפירת שעבוד קרקעות בלבד, דהא בפרק קמא דמציצא (דף טז.) גבי שטר שכתוב בו סלעים ומלוה אומר חמש ולוה אומר שלש, אמרו שם בגמרא אי נמי משום דהוי שעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, והא התם בחוב איירי, והחוב מדינא דגמרא גובה מן המטלטלין, ואם כן לא הוי כפירת שעבוד קרקעות בלבד, ולדברי הרב המגיד ז"ל אין ראוי לפוטרו משבועה עכ"ל יעו"ש.

וגביה גם ממטלטלין, ושוב אין דין גביה שלה מיוחד לקרקעות, ואין לו תורת קרקעות, כמש"נ.

ובל זה הוא בכתובה שאינה משתלמת אלא מדין גביה, כמש"נ, אבל בחוב אין למלוה שום שעבוד במטלטלין, ותביעתו להן היא מדין כפיה, כמש"נ, אבל מדין גביה אינו גובה אלא קרקעות בלבד, ומשום הכי הגביה נחשבת קרקעות, כמש"נ, ואם כפר הלוח בחובו הרי בא לעקור דין גביה שיש עליו תורת קרקעות, כמש"נ, ושפיר חשיב ליה כפירת שעבוד קרקעות.

והנה הרמב"ם כתב דאם היה הבעל קיים יש לה להשביעו שבועת התורה שהרי הודה במקצת הטענה, כנ"ל, אבל היתומים אין נשבעים שבועת מודה מקצת, דיתומים מן הסתם טוענים שמא, אכן אם טוענים ברי נשבעים שבועת מודה במקצת כמו שהיה אביהם נשבע, וכן הוא להדיא בשבועות (דף מו:), שבועת ה' תהיה בין שניהם, ולא בין היורשין, היכי דמי אילימא דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמשין אית ליה וחמשין לית ליה, מה לי הוא ומה לי אבוהא וכו', יעו"ש.

אולם יש לדקדק בדברי הרמב"ם דלכאורה סותר עצמו מיניה וביה, דמתחלה כתב דאם הבעל אומר בעולה נשאת ואין לה עדים שראו שעשו לה כנהוג לעשות לבתולה הרי זו נוטלת מנה, והלא אין הדבר כן אלא צריך לישיבע שבועת מודה במקצת, כמו שכתב בסוף דבריו. ועוד יש לדקדק במה שכתב שיש לה להשביעו שבועת התורה שהרי הודה במקצת הטענה, כאילו היא צריכה לתבוע השבועה, ובשאר מקומות לא כתב אלא שנתחייב לישיבע, כגון בפ"א טוען ונטען הל"א וז"ל: הטוען את חברו מטלטלין והודה לו במקצת, הרי זה משלם מה שהודה בו ונשבע על השאר וכו' עכ"ל יעו"ש, ולא הזכיר שהטוען צריך לתבוע השבועה, אלא בית דין משביעים אותו מעצמם.

ונראה דאם לא הספיקה למצוא שום עדים שראו שעשו לה כנהוג לבתולות הרי זה סמך לדברי הבעל שבעולה נשאת, וכן איתא בכתובות (דף טו:), הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא, יעו"ש, ולמד הרמב"ם דאין בזה ראייה

המטלטלין לא הוי מדין זכות ושעבוד אלא משום דמיקרבי למעות, וכמו שכתב הלחם משנה.

היוצא לנו לפי זה דיש למלוה שני אופנים לתבוע חובו, או לתבוע שבית דין יכופו הלוח לקיים חיובו משעבוד הגוף, או לגבות קרקעות המשועבדים לו שיש לו זכות ותפיסה בהן להיות ערבים לחוב הלוח, כמש"נ, וכשהלוח כופר בחובו הרי הוא עוקר שני האופנים של פרעון, וכיון שאופן הגביה מחמת שעבוד ליכא אלא בקרקעות אבל לא במטלטלין, דהא אינן משועבדין לחובו, הרי עצם דין גבית החוב נחשב כקרקע, ונמצא דכשהוא כופר בזכות גביה הרי זה נחשב כפירת קרקעות, ואין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, והרי הוא נפטר משבועתו, ואע"ג דכפר נמי בזכות המלוה לתבוע מבית דין שיכופו אותו לשלם ממטלטלין, אין זה שייך לדין גביה, אלא הוא כפר בשני דברים, כפיה וגביה, ומה שכפר בגביה קובע ששבועתו הוי כפירת שעבוד קרקעות ופטור.

אולם בכתובה הרי מעיקר הדין אינה גובה ממטלטלין של הבעל, כמש"נ, דאין עליו מצוה ולא שעבוד הגוף אלא להגבותה הקרקעות המשועבדין לה, וכל זכותה ליטול היא מדין גביה מקרקעות, והיינו מה שכתב המגיד משנה לבאר דברי הראב"ד, דאילו היתה גובה גם ממטלטלין לא היתה הודאת הבעל במקצת נחשבת כפירת שעבוד קרקעות, דאם היתה גובה גם ממטלטלין, היינו משום שתיקנו לה שעבוד גם במטלטלין, וכמו שתיקנו הגאונים, כנ"ל, וכיון שכן אין דין גבית הכתובה מיוחד לקרקעות, דגם במטלטלין יש דין שעבוד וגביה, ומשום הכי אין עצם דין גביה נחשב כקרקעות, שהרי גביתה שייכת בכל דבר שיש לו, בין קרקעות בין מטלטלין, ואע"ג דאחד מן הדברים שהלוח כופר בהם הוא קרקעות, אין זה קובע תורת טענה וכפירה מיוחדת לקרקעות, שהרי יש לו מקומות אחרים לגבות מהן, אלא תורת טענה וכפירה חלה לגבי עצם דין גביה, שהוא אופן אחר של תשלומי החוב, וכיון דאופן זה שייך בכל דבר אין עליו תורת קרקעות, ולא הוי כפירת שעבוד קרקעות, והמגיד משנה תירץ קושית הראב"ד דהרמב"ם קאי לאחר תקנת הגאונים שתיקנו לה שעבוד

ליה וחמשין לית ליה, מה לי הוא ומה לי אבוהא, אלא לאו דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך, ואמר ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא וכו', יעו"ש. ומבואר דירוש שהודה במקצת חוב אביו צריך לישבע, ואם אמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ילפינן מקרא דאין בו חיוב שבועה.

ובשער המלך פי"ט מלוה ולוה הל"ה הקשה וז"ל: ושמעתי מקשים משם הרב המובהק מו"ה יהונתן אשכנזי לתירוץ התוס' הלזו מהא דדרשינן בעלמא שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, והשתא אם מיירי בדלית ליה קרקע, הא מדינא לא גבו מן היורשים, דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ואי בדאית ליה קרקע, ליתיה בשבועה כלל, דאין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות וכו' עכ"ל יעו"ש.

ונראה ליישב עפ"י מש"נ בש"ב פ"ו ופט"ז דכיון דיסוד גביה מן הלקוחות הוא משום דמכירתם לאו מכירה לענין גוביינא, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל:) ובכתובות (דף נט:). יעו"ש, על כרחך אין לגבות מן היתומים אלא מכח שעבוד הגוף המוטל עליהם משום מצוה לפרוע חוב אביהם, דגבי יורשים ליכא למימר ירושתם לאו ירושה ועדיין הם של הלוה לגבי גוביינא, דהא כבר מת הלוה, והא דגובים רק קרקעות הוא משום שאין עליהם שעבוד הגוף אלא כנגד הנכסים משועבדים שירשו מאביהם, וחזינן נמי דסלקא דעתיה דהגמרא בבבא בתרא (דף קג:) דעליהם לפרוע אפילו אם ירשו קרקעות שאינן משועבדות, יעו"ש, ולפי זה על כרחך אין זה מדין גבית השעבוד, ועיימש"נ בש"ב פ"י, וגם למסקנא אין הגביה מכח השעבוד, דהא ליכא למימר ירושתם לאו ירושה, אלא דשעבוד הגוף שלהם אינו כנגד שום קרקעות, אלא דוקא קרקעות משועבדות שירשו, כמש"נ, ורק בנכסי הגר שמת בעל חוב גובה בלי שעבוד הגוף, כדאיתא בבבא קמא (דף טו:) יעו"ש, דהתם הנכסים הפקר ואין המלוה נוטל ממון שום אדם כשגובה שעבודו, ולא דמי לגביה מן הלקוחות דאיצטריך לטעמא דמכירתו לאו מכירה, כמש"נ.

ולפי זה לא הוי גבית קרקע מן היורשים מדין שעבוד קרקעות אלא מדין שעבוד הגוף

מעליא כאנן סהדי שבעולה נשאת, וליכא אלא הוכחה בעלמא, ואין הוכחה זו מספקת לפוטרו משבועת מודה במקצת, ומכל מקום אין בית דין נזקקים להשביעו מעצמם כיון דמסתברא מלתא שהבעל צודק בטענתו, אולם אם היא רוצה להשביעו הדין עמה כיון שהודה במקצת ויש עליו חיוב שבועת התורה.

וכעין זה מצינו בשבועות (דף מא.), אמר רב פפא האי מאן דאפיק שטרא על חבריה ואמר ליה שטרא פרוע הוא, אמרינן ליה לאו כל כמינך זיל שלים, ואם אמר לישתבע לי אמרינן ליה אישתבע ליה וכו', ואי צורבא מרבנן הוא לא משבעינן ליה, אמר ליה רב ימר לרב אשי צורבא מרבנן משלח גלימא דאינשי, אלא לא מזדקקינן ליה לדיניה, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: לא מזדקקינן ליה להישבע דמיחזי דחשדינן ליה, ולא לגבות לו דהא אמר אישתבע לי דלא פרעתין עכ"ל יעו"ש, וכן מבואר מדברי הרמב"ם פי"ד מלוה ולוה הל"ב, יעו"ש ובמגיד משנה. והמחבר חו"מ סי' פ"ב סעי' ו' כתב דאם הוא מעצמו רוצה לישבע כדי לגבות את שלו שומעין לו, יעו"ש, הרי שלא בטלה שבועת אישתבע לי דלא פרעתין, ומכל מקום יכולים בית דין למשוך ידיהם מן הדין תורה שלפניהם ולא להשביע התלמיד חכם ולא לגבות לו אם אין רוצים לפגוע בכבודו, ואם הוא רוצה לישבע ישבע ויגבה, וכן בדין אין בית דין נזקקין להשביע הבעל שבעולה נשאת כיון שנראה להם שכן הוא האמת גם בלי שבועתו, והרי הם מושכים ידיהם מן מנה השנית ולא מגבים לה ולא משביעים אותה, ומכל מקום לא בטלה השבועה, ואם היא תובעת שישבע הדין עמה, כמש"נ.

פרק כג

בו יתישב למה איצטריך למו"ה שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים הא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי וליכא גביה, ואם ירשו קרקע אין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות.

[שבועות מז.] דתני רבי אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, היכי דמי אילימא דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך, ואמר ליה חמשין אית

גובה מן הלקוחות קרקעות שלקחו מן היורשים, ויש לדקדק דכיון דמן היורשים אינו גובה אלא מדין שעבוד הגוף, היאך גובה מן הלקוחות שאין עליהם שעבוד הגוף, וגם אין לומר מכירתו לאו מכירה, דהא הלוח כבר מת, אכן נראה דכיון דשעבוד הגוף מוטל על היורשים לשלם לבעל חוב מן הנכסים משועבדים שירשו מאביהם, כמש"נ, אם כן מכירתם של היורשים להלקוחות לאו מכירה, ונשאר הקרקעות המשועבדות ברשות היורשים לגבי גובינא, וכיון שעדיין יש להם הקרקעות בעל חוב גובה מהם מדין שעבוד הגוף, כמש"נ.

שחל עליהם כשירשו קרקעות משועבדות, כמש"נ, והיורשים יכולים לסלק הבעל חוב במעות או מטלטלין או קרקע אחרת, ואין זה כפירת שעבוד קרקעות.

והנה עיין בבכורות (דף מח.), ודכולי עלמא אית להו דרב אסי דאמר רב אסי האחים שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות, ודכולי עלמא מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא, ודכולי עלמא אית להו דרב פפא דאמר רב פפא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות וכו', יעו"ש, ועיימש"נ בש"ג פ"ג, ומבואר בהסוגיא שם דבמלוה בשטר הבעל חוב

שער ה: בענין אפותיקי סתם ומפורש

ובו י"ג פרקים

פרק א

בו יבוארו שיטות הרמב"ם והר"ן בכללי אפותיקי מפורש דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזה ואפותיקי סתם דאמר ליה אם לא אפרע לך גבה מזו.

אכן אם לא שטפה נהר נחלקו הראשונים אם גובה מנכסים אחרים, הרמב"ם ס"ל דאין גביתו אלא מן האפותיקי בלבד כל זמן שהוא ביד הלוה, והר"ן ס"ל דמלוה גובה מכל מה שירצה, אלא דאם בא לגבות משאר נכסים יכול הלוה לדחותו מקרקע לקרקע, אבל אם בא לגבות מן האפותיקי אינו יכול לדחותו מקרקע זו, ולדברי הר"ן אין בדין שטפה נהר שום חידוש, דהא גם בלי שטיפת הנהר גובה מנכסים אחרים, אבל להרמב"ם אין לו גביה משאר נכסים אלא כששטפה נהר, ועיימש"נ בש"ה פ"ט, ולעולם יכול הלוה לסלקו למלוה בזווי לכולי עלמא בין באפותיקי סתם בין באפותיקי מפורש.

[גיטין מא.] איתמר העושה שדהו אפותיקי לאחרים ושטפה נהר, אמי שפיר נאה א"ר יוחנן אינו גובה משאר נכסים, ואבוה דשמואל אמר גובה משאר נכסים, אמר רב נחמן בר יצחק משום דאמי שפיר נאה הוא אומר שמעתא דלא שפירן, תתרגם שמעתתיה דאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו. תניא נמי הכי העושה שדהו אפותיקי לאחר ושטפה נהר גובה משאר נכסים, ואם אמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו אינו גובה משאר נכסים יעו"ש.

ואם מכר הלוה הקרקע שעשאו אפותיקי סתם והניח בידו נכסים בני חורין, אין המלוה גובה מן הלקוחות אלא מן בני חורין. ואם לא נשאר בני חורין אצל הלוה, הרי המלוה גובה מן הלוקח, ונחלקו בזה הרמב"ם והר"ן, הרמב"ם ס"ל דאפילו אם יש ללוה כמה לקוחות הרי המלוה הולך מיד למי שיש לו האפותיקי, אבל הר"ן ס"ל דמתחלה צריך לילך אל הלקוחות המאוחרים, שיכול לוקח האפותיקי לומר לו הנחתי לך מקום לגבות ממנו, כדאיתא בבבא קמא (דף פח.), שהרי היו לו ללוה בני חורין בשעה שקנה האפותיקי, ועיימש"נ בש"ה פ"י

בכללי האפותיקי נחלקים לשני סוגים, אפותיקי סתם ואפותיקי מפורש, אפותיקי סתם הוא שאמר לו אם לא אפרע לך גבה מזו, ולא אמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו, ודין אפותיקי סתם הוא שהמלוה גובה מן האפותיקי כל זמן שהוא ביד הלוה, ואין הלוה יכול לדחותו לנכסים אחרים, ומכל מקום צריך לתבוע את הלוה תחלה, דאין נפרעין מן הערב תחלה, כדמבואר בבבא בתרא (דף קעד.) יעו"ש, ואם שטפה נהר הרי המלוה גובה מנכסים אחרים,

לא עשו אפותיקי, ונמצא שאין להמלוה שום חסרון בעשית אפותיקי, רק תועלת בלבד, ולאידך גיסא אין להלוה שום תועלת אלא חסרון בלבד, ורק דמשום הכי הלוה לו את המעות.

ובאפותיקי מפורש לכל הדעות עיקר התועלת הוא להלוה שהרי

שומר כל שאר נכסיו מן המלוה, ואם רוצה לסלקו מסלקו, ואם אינו רוצה לסלקו או אינו יכול לסלקו אין המלוה גובה אלא מקרקע זו בלבד, ואם שטפה נהר הפסיד, וכל החסרון להלוה הוא שקצת יותר קשה למכור אפותיקי מפורש מאפותיקי סתם, שהלוקח יודע שאם יבא מלוה אצלו לא יוכל לסלקו בזווי, ולאידך גיסא התועלת להמלוה היא שאין הלוה יכול לדחותו לנכסים אחרים, אכן תועלת זו היה מרויח גם אם עשאו אפותיקי סתם ולא היה מפסיד חובו אם שטפה נהר, אלא התועלת הנוספת למלוה באפותיקי מפורש הוא שגובה מן הלקוחות אפילו אם השאיר בני חורין אצל הלוה ואין הלוקח יכול לסלק בזווי, ולהכי עשהו אפותיקי מפורש מפני שהוא רוצה אותה קרקע, וכדאי לו כל החסרונות של אפותיקי מפורש כיון שאין הקרקע יכולה להישמט ממנו אלא אם כן סילקו הלוה בזווי, וכמעט וברור שלבסוף יזכה בהקרקע שרוצה, ויש לו נמי תועלת שקונה את השבח אפילו אם לא מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא לשיטת הרא"ש בבבא מציעא (דף טו:), יעו"ש.

עוד הזכיר הר"ן אפותיקי שלישי וז"ל: ומשכנתא שאוכל פירותיה מעתה עד שתפדה אע"פ שלא אמר לו בפירוש גבה מזה, הסכימו הראשונים ז"ל שדינה כאפותיקי סתם וגובה ממנה אם ירצה או מקרקע אחרת כדינו, ועדיפא מאפותיקי שאם מכרה בתוך הזמן שאוכל פירות אינה מכורה כלל אפילו לשעה וכו' עכ"ל יעו"ש. ומשכנתא היינו שהמלוה אוכל פירות כל זמן שלא נפרע החוב, ועיין בפרק איזהו נשך (ב"מ דף טו:). יעו"ש, ואמרינן מן הסברא דכשנטל הקרקע במשכנתא רצה נמי שיהא לו אפותיקי סתם על הקרקע, דהואיל וקרקע זו כבר תחת ידו יוכל לקחת אותה מיד כשבא לגבות חובו, ולא יצטרך לחזור מקרקע לקרקע, וכתב

במחלקתם, ולכולי עלמא הלוקח יכול לסלקו בזווי מן האפותיקי סתם.

ואפותיקי מפורש הוא שהלוה כתב לו למלוה אם לא אפרע לך חובי לא יהא לך פרעון אלא מזו, והרי הלוה לעולם יכול לסלקו בזווי אם ירצה, אבל אם לא סילקו בזווי אין להמלוה שום תביעה וגביה אלא על האפותיקי מפורש בלבד, ואינו יכול לתבוע ממנו שישלם מדין שעבוד הגוף, ואינו יכול לגבות משום נכסים אחרים, שכל דינו הוא אך ורק בהאפותיקי מפורש, ואם שטפה נהר אינו גובה מנכסים אחרים והפסיד חובו, ואם מכר הלוה את האפותיקי מפורש המלוה גובהו מיד הלוקח בין אם השאיר אצלו בני חורין בין אם לא השאיר, ואינו הולך אצל לקוחות מאחרים, אלא לעולם הולך מיד אל האפותיקי מפורש בין שהוא ביד הלוה בין שהוא ביד הלוקח, ובאפותיקי מפורש אין הלוקח יכול לסלקו למלוה בזווי, כדמבואר בבבא מציעא (דף טו:). יעו"ש, ואע"ג דהלוה עצמו יכול לסלקו בזווי, ועיימש"נ בשי"א פ"ז. ואם היו עליו בעלי חוב שקדמו לזה שקנה אפותיקי הרי מוציאים מידו, כמו שכתב הרמ"א סי' קי"ז סעי' א', ועיימש"נ בש"ה פ"ב. עוד נחלקו הרמב"ם והר"ן באפותיקי מפורש אם הלוה יכול למכור אותו ממכר עולם או רק ממכר לשעתה, ומקור מחלוקתם הוא מדברי הירושלמי, ועיימש"נ בש"ה פ"ח.

ובאפותיקי סתם לשיטת הרמב"ם דאין המלוה גובה אלא מן האפותיקי בלבד, כנ"ל, יש למלוה תועלת בעשית האפותיקי, שאין הלוה יכול לדחותו מקרקע לקרקע אלא גביתו מבוררת, ויש להלוה תועלת שהוא שומר כל שאר נכסיו מגבית המלוה, ויש בזה חסרון למלוה שאינו גובה משאר נכסים אם לא ששטפה נהר, ויש בזה חסרון ללוה דקשה למכור האפותיקי שהלקוחות יודעים שאם לא יהיו לו ללוה בני חורין ילך המלוה מיד אל האפותיקי שביד הלוקח, ולשיטת הר"ן דהאפותיקי סתם מלוה גובה מכל שאר נכסים אם ירצה, התועלת למלוה הוא שיש לו מקום לגבות ממנו שאין הלוה יכול לדחותו ממנה לקרקע אחרת, ומלבד זה יש לו כל זכות שהיה לו אילו

דלרבי עקיבא יוחלט השור וקונה מיד כשעמד בדין, ולרבי ישמעאל עדיין הוי כבעל חוב ויש כאן דין אפותיקי מפורש על שור המזיק, ולפי זה לא אמרינן דאפותיקי מפורש נעשה כגבוי בשעת העמדה בדין, ואינו זוכה בו אלא בשעת גביה. אכן המגיד משנה פ"ח נזקי ממון הל"ז למד דגם הרמב"ם ס"ל דמחלוקת רבי ישמעאל ורבי עקיבא הוי קודם העמדה בדין, ועיימש"נ בש"ו פי"ט, ולפי זה לכולי עלמא אין הלוח יכול לסלקו למלוה בזווי לאחר העמדה בדין.

והנה בכל השעבודים יכול הלוח לסלק המלוה בזווי אפילו לאחר העמדה בדין, ולא עוד אלא הלוקח מן הלוח יכול לסלקו למלוה בזווי כשבא לגבות ממנו, ומכל מקום באפותיקי מפורש אין הלוח יכול לסלקו בזווי לאחר העמדה בדין, וטעמא דמלתא משום דהא דיכול לסלקו בזווי הוא משום דעדיין נשאר על הלוח שעבוד הגוף, וכשהוא מסלקו בזווי פקע ממנו שעבוד הגוף ונפרע החוב וממילא נסתלק המלוה מן הנכסים משועבדים, ובכל השעבודים הרי עיקר הגביה הוא מן שעבוד הגוף שעל הלוח, והנכסים משועבדים בתורת ערבות לחובת הגברא, כדאיתא בבבא בתרא (דף קע"ד), יעו"ש, ואם כן גם אחר העמדה בדין עדיין נשאר שעבוד הגוף על הלוח עד שעת הגביה דאז יפרע החוב, ולכן יכול הלוח לסלקו למלוה בזווי אפילו אחר העמדה בדין.

אכן באפותיקי מפורש לא הוי השעבוד מדין ערבות כלל, שהרי אין המלוה יכול לתבוע תשלומין מן הלוח, וכל דין גביתו הוא אך ורק משדה האפותיקי, ומכל מקום איכא שעבוד הגוף על הלוח, דאם אין עליו שעבוד הגוף מיד נעשה האפותיקי כגבוי והוי ממש מכירה ואין הלוח יכול לסלקו בזווי, כמו שכתב הש"ך בשם הרא"ש בחו"מ סי' קי"ז סק"א, ועיימש"נ בש"ו פ"א, ונמצא דכל דין שעבוד הגוף שחל על הלוח לא הוי אלא כדי לקיים השעבוד על האפותיקי שלא יחלף לקנין, דאם אין שעבוד הגוף אין שעבוד נכסים, אבל אין שעבוד הגוף זה מחייבו לשלם בפועל, ואין המלוה יכול לתבוע ממנו תשלומין, ועיימש"נ בש"ה פ"ד, אלא כיון דסוף סוף יש עליו שעבוד הגוף יכול לסלקו בזווי, וכל

הר"ן דבמשכנתא הדין הוא דאינו יכול למוכרה אפילו לפי שעה, אכן אין דין זה מכללי ודיני אפותיקי, אלא דכיון דכבר זכה המלוה בקנין פירות בהקרקע שוב לאו כל כמיניה דהלוח למכור הקרקע ולהפקיע זכותו, ומשום הכי בהאי גונא אף דהוי דאפותיקי סתם אינו יכול למכרו כלל.

פרק ב

בו יבוארו השיטות דאין הלוח יכול לסלק לבעל אפותיקי מפורש אלא לפני העמדה בדין אבל לאחר העמדה בדין נעשה כקנוי, וידון אם אמרינן שומא הדרא באפותיקי מפורש.

[גיטין פ"א.] איתמר העושה שדהו אפותיקי וכו', דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו יעו"ש. והנה דין אפותיקי מפורש הוא דמלוה גובה משדה האפותיקי בין מן הלוח בין מן הלוקח ואינו יכול לדחותו לשדה אחרת, ומכל מקום הלוח עצמו יכול לסלקו בזווי, ועיימש"נ בש"ה פ"א. ולענין אם הלוח יכול לסלקו בזווי אחר העמדה בדין קודם הגביה בפועל, יש בזה שתי שיטות, כמו שכתב הקצות החושן סי' ת"ז סק"א, יעו"ש.

ורבי ישמעאל ורבי עקיבא נחלקו בבבא קמא (דף לג.) בשור תם שמגופו משתלם אם הניזק הוא כבעל חוב או שנעשה שותף בגוף שור המזיק יעו"ש, ולרוב שיטות הראשונים המחלוקת הוא קודם העמדה בדין, דלרבי עקיבא נעשה שותף מיד בשעת הנגיחה, ולרבי ישמעאל אין לו אלא שעבוד מיוחד כמו אפותיקי מפורש, אבל אחר העמדה לכולי עלמא זכה הניזק בגוף השור, וכן מבואר בהסוגיא שם (דף לג:), והא דהניזק קונה בגוף שור המזיק בשעת העמדה בדין הוי דין מיוחד בשור תם שהזיק, אף דאין לנו על זה שום גזירת הכתוב, מכל מקום כיון דשור תם אינו גובה אלא מגופו, הוי כאפותיקי מפורש דבשעת העמדה בדין נעשה כגבוי. אבל הקצות החושן שם למד בשיטת הרמב"ם דמחלוקת רבי ישמעאל ורבי עקיבא הוי לאחר העמדה בדין, אבל קודם העמדה בדין שעדיין יכול להודות וליפטר לכולי עלמא אין להניזק קנין בשור המזיק, ולאחר העמדה בדין נחלקו,

והטוב אין זה מעכב בעצם הגביה, דהא שומא הדרא אפילו היכא דגבה בפועל.

פרק ג

בו יובא מחלוקת רש"י והתוס' במי שעשה אפותיקי אם יש עליו חובה לפרוע החוב קודם שיגבה הבעל חוב או אין עליו חובה ורק שיכול לסלקו אם ירצה.

[גיטין מא.] איתמר העושה שדהו אפותיקי לאחרים ושטפה נהר, אמי שפיר נאה א"ר יוחנן אינו גובה משאר נכסים וכו', תתרגם שמעתיה דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו, יעו"ש, והיינו אפותיקי מפורש. והנה עיין לעיל (דף מ:) מתניתין עבד שעשאו רבו אפותיקי לאחרים ושיחררו וכו', יעו"ש, וכתב שם רש"י וז"ל: אפותיקי אם לא אפרע לך חובך ממקום אחר הרי זה לפניך לגבותה עכ"ל יעו"ש, ולא נתבאר מדבריו אם היינו אפותיקי סתם או אפותיקי מפורש.

אולם התוס' בד"ה במזיק שעבודו של חברו קמפילגי הוכיחו דאפותיקי דמתניתין היינו אפותיקי מפורש דאמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו, דאי לאו הכי לא הוי נחשב מזיק שעבודו של חברו במה ששחררו, שהרי אפותיקי סתם ששטפה נהר גובה ממנו ומשאר נכסיו, ולכאורה ראייה מוכרחת היא, וצריך לומר דגם רש"י מודה לכך, ונמצא לפי זה לדעת רש"י דבאפותיקי מפורש נמי אומר לו אם לא אפרע לך חובך ממקום אחר הרי זה לפניך לגבותה, כנ"ל, ומשמע דלכתחלה חובה על הלוח לשלם לו מעות, אלא שאין המלוה יכול לתבוע ממנו לא מנכסיו ולא מגלימא דעל כתפיה, ואם לא פרע לו הלוח מדעתו או גובה הבעל חוב מן האפותיקי.

ונראה דרש"י אזיל בזה לשיטתו בכבא קמא (דף לג.) בשור תם דמשתלם מגופו וקאמר דרבי ישמעאל סבר בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ביה, וכתב שם רש"י וז"ל: יושם השור המזיק בבית דין ויתן לו מזיק מעות דמי השור שהוא חצי נזקו וכו' עכ"ל יעו"ש, ודין שור תם הוא כאפותיקי מפורש, כדמבאר בסוגיא שם, וכתב רש"י דלכתחלה צריך ליתן לו

זה הוא קודם העמדה בדין, אבל כיון שעמדו בדין והגיעו לידי גביה שוב אין שום צורך בהשעבוד הגוף, והגביה חלה מעצמה, ונעשה האפותיקי כגבוי וזכה בו המלוה, ושוב אין הלוח יכול לסלקו בזווי, מה שאין כן בכל שעבוד מדין ערבות, הרי העיקר הוא השעבוד הגוף שעל הלוח, כמש"נ, ולא נסתלקה חובת הגברא על ידי העמדה בדין אלא על ידי הגביה בפועל שאז נפרע החוב, וכמש"נ.

והנה בכל השעבודים אמרינן בכבא מציעא (דף לה.) דאפילו לאחר גבית המלוה יכול הלוח להביא לו מעות ולסלקו בזווי, דשומא הדרא מדין ועשית הישר והטוב, ונחלקו בגמרא שם אם שומא הדרא עד תריסר ירחי שתא או לעולם, והלכתא שומא הדרא לעולם, יעו"ש, ויש להסתפק אם גם באפותיקי מפורש אמרינן שומא הדרא, דאולי יש לומר דלא אמרינן ועשית הישר והטוב ושומא הדרא אלא כשדעת הלוח היה לפרוע החוב, ועיקר דין הגביה היה משום חובת הגברא, ורק דאיתרמי מלתא שלא היה לו מעות לפרוע ולכן אבד שדהו, ואם כן הישר והטוב הוא דכשיהא לו מעות לפרוע שהמלוה יקבלם ממנו ויחזיר לו שדהו, אבל באפותיקי מפורש כל עיקר הגביה הוקבע על השדה ולא על החובת גברא, כמש"נ, ואלא דכיון דאיכא עליו שעבוד הגוף כדי לקיים האפותיקי יכול לסלקו למלוה בזווי, ואע"פ שאין המלוה יכול לתבוע ממנו תשלומין, כמש"נ, אולם כשכבר גבה המלוה את האפותיקי שוב אינו צריך לקבל עוד תשלומין מן הלוח, שמעולם לא התחייב עצמו לפרוע חובו אלא מן הקרקע, או דלמא נאמר דלא שנא, ובכל גבית מלוה אמרינן שומא הדרא, ואפילו באפותיקי מפורש.

אכן נראה פשוט דאפילו אם אמרינן שומא הדרא באפותיקי מפורש, ולעולם יכול הלוח לסלקו בזווי אפילו אחר הגביה, אין דין סילוק זה מעכב חלות קנין המלוה בשעת העמדה בדין, דדוקא בסילוק בזווי שהוא מעיקר דין השעבוד הגוף אמרינן דלא נעשה הקרקע כגבוי וקנוי כל זמן שהוא יכול לסלקו בזווי, כמש"נ, אבל אם יכול לסלקו מדין ועשית הישר

ממנו או לגבות משאר נכסיו אלא מקרקע זו בלבד, ואם כן אם שטפה נהר נסתחפה שדהו, ושוב אין לו מהיכן לגבות חובו, והפסיד מעותיו, ולמה לא סגי בכך לפרש דין אפותיקי מפורש, ולמה איצטריך לטעמא דקמה ברשותיה וחייב באחריותה, וגם לא מצינו בשאר ראשונים הך טעמא שכתב רש"י.

והנה באפותיקי מפורש אין הלוקח יכול לסלקו לבעל חוב בזווי, כדאיתא בבבא מציעא (דף טו:), ואע"ג דבכל שאר שעבודים וגם באפותיקי סתם יכול הלוקח לסלקו לבעל חוב בזווי, באפותיקי מפורש אינו יכול, ומכל מקום הלוח עצמו יכול לסלקו בזווי, ונתבאר לן בש"ה פ"ב דאפותיקי מפורש אין גביתו מדין ערבות אלא כל עיקר הגביה הוא על קרקע האפותיקי, ומכל מקום אי אפשר לשעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף, ועל כרחק יש שעבוד הגוף על הלוח מלבד הא דכל דין גביתו הוא על הקרקע, ולכן יכול הלוח לסלקו בזווי וממילא בטל האפותיקי, אבל אין זה ביטול להדיא על האפותיקי שנוכל לומר בו מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, ומשום הכי אין הלוקח יכול לסלקו בזווי, ועיימש"נ בזה שם.

והנה זה יש לומר דס"ל לרש"י דאע"ג דכל דין גביתו הוא אך ורק בקרקע האפותיקי, מכל מקום הרי איכא על הלוח גם שעבוד הגוף, דבלי שעבוד הגוף לא שייך שעבוד נכסים, ואם שטפה נהר לשדה האפותיקי מפורש שוב אין לו מקום גביה כלל, הרי עדיין נשאר על הלוח שעבוד הגוף ודין פריעת בעל חוב מצוה, ונהי דכל זמן ששדה האפותיקי בעין אין לו דין גביה אלא ממנה, השתא ששטפה נהר ושוב אין האפותיקי בעין היה צריך להיות גובה מן הלוח מדין שעבוד הגוף ופרעון החוב, להכי איצטריך טעמא דקמה ברשותיה וחייב באחריותה, דכששטפה נהר הלוח צריך לשלם למלוה מדין שעבוד הגוף והמלוה צריך לשלם ללוח מדין חיוב אחריות, והרי כל אחד עומד בשלו.

ונראה דרש"י אזיל בזה לשיטתו למה שכתב לעיל (דף מ:) ובבבא קמא (דף לג.) דבאפותיקי מפורש צריך הלוח או המזיק לכתחלה ליתן דמים, ועיימש"נ בש"ה פ"ג וש"ו

מעות, אבל התוס' שם כתבו שיכול המזיק לסלקו בזווי, אבל לא הזכירו שחובה עליו לשלם לו, ועיימש"נ בש"ו פ"ט, ורש"י בסוגיין אזיל לשיטתו דלכתחלה חובה על הלוח לשלם כי היכי דחובה על המזיק לשלם, ועיימש"נ בש"ה פ"ד ופ"ב.

פרק ד

בו יבוארו דברי רש"י דאם עשה שדהו אפותיקי ושטפה נהר אינו גובה משאר נכסים דקמה ברשות בעל חוב וחייב באחריותה, ולא פגי במה שאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו.

[גימין מא.] איתמר העושה שדהו אפותיקי לאחרים ושטפה נהר, אמי שפיר נאה א"ר יוחנן אינו גובה משאר נכסים וכו', תתרגם שמעתיה דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: לא יהא לך פרעון וכו', אבל אם אמר לו אם לא פרעתך גבה מזו לא קמה ליה ברשותיה, ולא אדעתא דידה לחודיה אוזפיה, ואינו חייב באחריותה, וגובה משאר נכסים עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי רש"י דהא דאמר רבי יוחנן דאפותיקי מפורש, שאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו, ששטפה נהר, אינו גובה משאר נכסים, היינו טעמא משום דאדעתא דהאי ארעא אוזפיה וקמה ליה ברשותיה וחייב באחריותה, והיינו דכיון דאין להמלוה גביה ממקום אחר אלא מקרקע זו בלבד, אם כן הרי זה כגבוי קצת, וקמה ליה ברשותיה, וחייב להחזירה להלוח אם לא יגבה ממנו חובו לבסוף, ואם נאנסה חייב באחריותה, ויש להמלוה קנינים באפותיקי מפורש דומים לקניני גזילה שגולן קונה בחפץ הגזול, שאע"פ שאינו שלו קמה ברשותו להתחייב באונסים, והוא הדין למלוה באפותיקי מפורש, ומצינו נמי שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף טו:) ד"ה כגון דשויה אפותיקי דבאפותיקי מפורש המלוה קונה את השבח אף כשעדיין לא גבה ממנו חובו, יעו"ש.

אכן יש לדקדק בדברי רש"י דלמה צריך לכל זה, תיפוק ליה משום שהתנה עמו שלא יהא לו פרעון אלא מזו, ואין לו שום זכות לתבוע

והנה בירושלמי יבמות פ"ו ה"א מבואר דמשום הך תקנה שלא תהא האשה מחזרת בבתי דינים אמרינן נמי דעבדי צאן ברזל שמכרם לשעתה אינם מכורים, ואע"פ שהבעל אוכל פירות אינו יכול למכור זכותו ללוקח משום תקנה שלא תהא מחזרת בבתי דינים, ועיימש"נ בש"ה פ"ח בדברי הירושלמי, והרי בעבדי צאן ברזל לא גילתה דעתה שאינה רוצה לחזור בבתי דינים, דמה שכתבה הצאן ברזל בכתובתה היינו כדי שתוכל לגבות אם תתגרש, אבל לא הוסיפה שום דבר להראות לנו שהיא מקפדת שלא לחזור בבתי דינים, ומכל מקום אהני לה התקנה שלא יוכל הבעל למכור עבדי צאן ברזל אפילו לפי שעה.

והזינן מזה דס"ל להירושלמי שחכמים התקינו לכל אשה שלא תצטרך לחזור בבתי דינים, ואפילו לא גילתה דעתה שאינה רוצה בכך, ואלא דאם לא עשתה אפותיקי לכתובתה ודינה לגבות מכל נכסיו הרי אי אפשר לתקן שלא יוכל הבעל למכור שום נכסים שיש לו כל זמן שהוא נשוי לאשה ויש עליו כתובה, דאם כן הלא לעולם לא ימכר כמעט שום קרקעות, אולם כשעשה אפותיקי אז אפשר לתקן שלעולם לא יוכל למכור שדה זו ותוכל לגבות כתובתה בלי לחזור על בתי דינים, וכל שאר שדותיו ילך וימכור אם ירצה, וכן בעבדי צאן ברזל הרי הם מיוחדים לה, ואע"פ שהבעל אוכל פירות, ושפיר אפשר לתקן שלא יוכל למכורם כלל, ואפילו לשעה, כדי שלא תצטרך האשה לחזור על בתי דינים, וכמש"נ.

פרק ו

בו יבואר הא דנחלקו רב יוסף ואבבי בהא דתיקנו חכמים שלא ימכור היבם בנכסי המת אם אמרינן דעבר ומכר מכירתו לאו מכירה, ויבואר ראית רב יוסף מי שהיה נושה באחיו.

[כתובות פא:] ההוא גברא דנפלה ליה יבמה בפומבדיתא בעי אחוה למיפסלה לה בגיטא מיניה, אמר ליה מאי דעתך משום נכסי, אנא בנכסי פליגנא לך, אמר רב יוסף כיון דאמור רבנן לא ליזבין אע"ג דזבין לא הוה זביניה זביני, דתניא מי שמת והניח שומרת יבם והניח נכסים

פ"ט, ושאר הראשונים לא כתבו אלא דהלוה או המזיק יכולים לסלקו בזווי, ומשמע דאין עליו שעבוד הגוף גמור ומצוה לפרוע חובו, אלא דין שעבוד כדי לקיים האפותיקי, אבל עצם השעבוד אינו מחייב בכלום, ומשום הכי אם שטפה נהר אין המלוה גובה ממנו, שהרי אין דין גביה אלא מן האפותיקי, ולא הוצרכו להך טעמא דרש"י, אבל רש"י ס"ל דהוי שעבוד הגוף גמור אלא דאין מלוה יכול לגבות אלא מן האפותיקי, ואם כן כשנשתטפה שדה האפותיקי הרי נשאר על הלוה שעבוד הגוף גמור, והיה צריך המלוה להיות גובה ממנו, לזה אהני טעמא דקמה ברשותיה וחייב באחריותה, וכמש"נ.

פרק ה

בו ידון בהא דתיקנו חכמים בעושה שדהו אפותיקי לכתובת אשה שאינו יכול למכור השדה ולדחותה לשאר נכסים אם צריכים שתגלה דעתה שאינה רוצה לחזור על בתי דינים.

[גיטין מ"א.] תניא אידך העושה שדהו אפותיקי לבעל חוב ולכתובת אשה גובין משאר נכסים, רבן שמעון בן גמליאל אומר בעל חוב גובה משאר נכסים, אשה אינה גובה משאר נכסים, שאין דרכה של אשה לחזור על בתי דינים, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: גובין משאר נכסים, כלומר אם ירצה מוכר את אלו והן גובין מן השאר. אינה גובה משאר נכסים, לפי שאין דרכה של אשה לחזור על בתי דינים, כלומר דוקא הטילה אחריות כתובתה על שדה זו, ועל מנת כן נשאת, ולא שיהיו כל נכסיו אחראין לה, ולא תדע על איזה לחזור מי קנה ראשון ומי אחרון, ותצטרך לדון עם כל אחד ואחד עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי רש"י שהאשה עצמה גורמת התקנה, דכיון שאנו רואים שהקפידה להטיל אפותיקי על אחת מקרקעות הבעל, וגילתה דעתה שאינה רוצה לחזור אחרי הלקוחות בבתי דינים, הרי אנו עושים לה תקנה יתירה שלא תהא השדה מכורה כלל, ולא תצטרך ללכת אפילו אחרי לוקח אחד, ולא תהא לה דין ודברים אלא עם הבעל, אבל אילו לא היתה מגלה דעתה בזה אין אנו עושים תקנה בשביל אשה גרידא, כן מדויק מדבריו.

אחיו המת לא ימכור כדי שלא תצטרך לחזור על בתי דינים.

ואביי הקשה על רב יוסף ממתניתין דלעיל (דף ע"ג) שנחלקו בית שמאי ובית הלל אם תקנו חכמים שארוסה לא תמכור קרקעותיה שנפלו לה כשנתארסה קודם שנשאת כיון שהבעל עתיד לאכול מהם פירות, בית שמאי ס"ל דאין להבעל שום זכות בהם קודם נשואין ואם רצתה למכור תמכור, ובית הלל ס"ל דיש לו זכות בהן כיון שעומדת לינשא לו ותיקנו חכמים שלא תמכור להפקיע זכותו, ומודים שאם מכרה מכירתה קיימת ונפקע זכותו לגמרי מן הקרקעות, ולא דמי ממש להא דשומרת יבם שאפילו אם מכרה הוי מכירה לא נפקע זכותה לגמרי מן הקרקעות, שהרי עדיין יש לה שעבוד בהם גם בלי תקנת חכמים, ושפיר גובה מן הלקוחות, ואלא להא מלתא מדמי להו דחזינן מדברי בית הלל שלא עשו חכמים חיזוק לדבריהם להפקיע המכירה, ואם כן הוא הדין בשומרת יבם שאע"פ שתיקנו חכמים לטובתה שלא ימכור היבם בנכסי המת, כמש"נ, אם עבר ומכר לא הפקיעו חכמים מכירתו.

ובהמשך הגמרא בא רב יוסף להביא ראיה לדבריו דלא הניחו לו חכמים להוציא נכסי המת מרשותו, ואמרינן נפק רב יוסף דק ואשכח, דתניא הרי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם, לא יאמר הואיל שאני יורש החזקתי, אלא מוציאין מיבם ויקח בהן קרקע והוא אוכל פירות וכו', יעו"ש, ויש לודקדק מהו ראיתו משם, והלא לא קאמר אלא דאינו יכול לבטל החוב ולומר הואיל ואני יורש החזקתי.

אולם נראה פשוט בכיבור הדברים דאפילו אם אינו יכול לבטל החוב אמאי מוציאין מיידו ולוקחים את הקרקע, ואמאי לא נשאר המצב כמות שהוא שהחוב לא נתבטל והרי הוא חייב עדיין לשלם הדמים שלוה מאחיו, ולכשתגרוש תגבה כתובתה מאותו החוב, אבל כל זמן שלא נתגרשה ולא נתחייב לה היבם כלום למה לא נשאר החוב אצלו כשאינו גבוי, אלא מבואר שחשו חכמים לטובת השומרת יבם שלא תצטרך לתובעו לבית דין לגבות ממנו לתשלומי

במאה מנה, אע"פ שכתובתה אינה אלא מנה לא ימכור, שכל נכסיו אחראין לכתובתה. אמר ליה אביי וכל היכא דאמור רבנן לא ליזבין אע"ג דזבין לא הוה זביניה זביני, והתנן בית שמאי אומרים תמכור ובית הלל אומרים לא תמכור אלו ואלו מודים שאם מכרה ונתנה קיים וכו', יעו"ש.

והנה הא דאמר רב יוסף דיבם שמכר בנכסי המת אין מכירתו מכירה, אין כונתו לומר דבאמת הוי מכירה אלא דאם נתגרשה חוזר וגובה הקרקע ממנו, וכההיא דבבא קמא (דף לג:) דאמרינן שם אינו מכור וכו' חוזר וגובהו, יעו"ש, זה אינו, דהא פשיטא דיכולה לגבות כתובתה מן הלקוחות ככל אשה שגובה מן המשועבדים, וגם אביי לא הוה פליג על כך, אלא הא דאמר זביניה לאו זבינא היינו דאינו יכול למכור נכסי המת כלל, שתקנו חכמים שלא ימכור נכסי המת כלל הואיל והם אחראין לכתובתה.

ודומה לזה מצינו בגיטין (דף מא:), העושה שדהו אפותיקי לבעל חוב ולכתובת אשה גובין משאר נכסים, רבן שמעון בן גמליאל אומר בעל חוב גובה משאר נכסים אשה אינה גובה משאר נכסים, שאין דרכה של אשה לחזור על בתי דינים, יעו"ש, והיינו דאינו יכול למכור שדה האפותיקי ולדחות האשה אצל שאר נכסים דאין דרכה של אשה לחזור על בתי דינים, וכתב רש"י וז"ל: כלומר דוקא הטילה אחריות כתובתה על שדה זו ועל מנת כן נשאת ולא שיהיו כל נכסיו אחראין לה ולא תדע על איזה לחזור מי קנה ראשון ומי אחרון ותצטרך לדון עם כל אחד ואחד עכ"ל יעו"ש.

ובבב אשה לא תקנו שלא יוכל בעלה למכור שדותיו כדי שלא תצטרך אשתו לחזור על בתי דינים, דזה דבר שאי אפשר, דאם כן לא יוכל בעלה להיות נושא ונותן בקרקעות להרויח ולהתפרנס מהן, אבל אם הטילה שעבודה על שדה אחת באפותיקי שפיר יש לתקן שכל שאר הקרקעות יוכל למכור ולישא וליתן בהן, ורק קרקע האפותיקי לא ימכור כדי שלא תצטרך לחזור על בתי דינים, וכן נמי בשומרת יבם תקנו חכמים שלא ימכור אותן כלל, כמו בשדה האפותיקי, שהרי עדיין יכול לישא וליתן בכל שאר קרקעותיו, ורק באותן קרקעות שירש מן

לי דיש לה שעבוד מדין תנאי בית דין, הרי גילתה דעתה שאינה רוצה אלא בזו, וכי מוכרתת היא שיהא שעבודה קיים בכל הנכסים.

ונראה דהנה בכל השטרות אמרינן אחריות טעות סופר, כדאיתא בבבא מציעא (דף

י.ד.), ובפרט בכתובת אשה שהיא דומה לשטרי הלואה, והיינו דאפילו אם לא כתב להדיא בהשטר שיגבה ממשועבדים, בודאי כונת המלוה להגן על ממונו ולגבות ממשועבדים, ואם המלוה תבע ממנו שיעשה שדה אחת אפותיקי סתם, אין בזה שום הוכחה שאין בדעתו הרצון הכללי של אחריות טעות סופר, אלא תבע האפותיקי כדי לאלם כחו וזכותו יתר על מה שיש לכל מלוה, שהרי לא איכפת ליה למלוה לחזור על בתי דינין, ובודאי לא היה בדעתו אלא תוספת ויפוי כוחו.

אבל באשה שאינה רוצה לחזור על בתי דינים, אם לא כתבה אפותיקי בכתובתה הרי בודאי גם בדידה אמרינן אחריות טעות סופר, שהרי רוצה לגבות כתובתה ואינה רוצה להפסידה, אבל אם כתבה אפותיקי בכתובתה, אז אמרינן שעיקר דעתה עליו, וגילתה דעתה בדדידה לא אמרינן אחריות טעות סופר, דעדיפא לה אפותיקי כדי שלא תצטרך לחזור על בתי דינים, ולא אמרינן שעשתה כן משום תוספת כח כמו בכל בעל חוב, אלא דעתה לגבות מן האפותיקי, וממילא בדידה לא אמרינן אחריות טעות סופר כשעשתה אפותיקי, ואין לה שעבוד על שום שאר נכסים, ואם שטפה נהר אינה גובה מן המשועבדים, ומיניה דידיה מגלימא דעל כתפיה או מנכסים בני חורין בודאי יכולה לגבות, אבל אין לה שעבוד בנכסים אחרים לגבות מן הלקוחות, כן סלקא דעתיה דהרא"ש לפרש דברי רבן שמעון בן גמליאל.

ודחה הרא"ש פירוש זה דאמרינן בכתובות דשעבוד נכסים לכתובה הוי מתנאי בית דין, כנ"ל, ולא איצטריך לדין אחריות טעות סופר לשעבד כל נכסי הבעל להאשה, ואם כן נהי דבמה שעשתה אפותיקי גילתה דעתה דעדיפא לה אפותיקי ולא סגי לה בהא דאחריות טעות סופר, כמש"נ, עדיין יש לה שעבוד על כל נכסי הבעל מתנאי בית דין, ולהפקיע שעבוד זה צריכה סילוק גמור, שתסלק עצמה להדיא מדין

כתובתה, אלא מיד מוציאים ממנו הדמים ולוקחים בהם קרקע, והרי מקום גביתה מזומן בלי שום קושי, והוא הדין נמי חשו לטובתה שלא ימכור היכם בנכסי המת ואם עבר ומכר מכירתו לאו מכירה.

פרק ז

בו יבוארו דברי הרא"ש דאם עשה אפותיקי סתם לכתובה ושטפה נהר גובה משאר נכסים שהרי תיקנו לה חכמים שעבוד מתנאי כתובה ומשום שייחד לה שדה לא הורע כחה.

[גיטין מא.] תניא אידך העושה שדהו אפותיקי לבעל חוב ולכתובת אשה גובין משאר נכסים, רבן שמעון בן גמליאל אומר בעל חוב גובה משאר נכסים, אשה אינה גובה משאר נכסים, שאין דרכה של אשה לחזור על בתי דינין, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: גובין משאר נכסים, כלומר אם ירצה מוכר את אלו והן גובין מן השאר עכ"ל יעו"ש.

וכתב הרא"ש וז"ל: רבן שמעון בן גמליאל אומר בעל חוב גובה משאר נכסים כתובת אשה אינה גובה משאר נכסים, כלומר אינו מוכר שדה זו ותגבה היא משאר נכסים, שאין דרכה של אשה לחזור על בתי דינים, ואין לפרש אינה גובה משאר נכסים אם שטף נהר שדה האפותיקי, דהא תנן (כתובות דף נא.) לא כתב לה כל נכסי אחראין לכתובתיך חייב משום שהוא תנאי בית דין, ומשום שייחד לה שדה אחת לא הורע כחה עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק בהא דסלקא דעתיה דהרא"ש לפרש דברי רבן שמעון בן גמליאל דאם עשה שדהו אפותיקי סתם לאשה ושטפה נהר שוב אין האשה גובה משאר נכסים, מה שאין כן בבעל חוב, ולא דחה הרא"ש פירוש זה אלא מפני שתנאי בית דין הוא שגובה מנכסים משועבדים, ולכאורה למה איצטריך לדיחוי זה, ולמה סלקא דעתא שבשביל שהאשה אינו רוצה לחזור על בתי דינים תיגרע האשה משאר כל בעל חוב, ואין לומר דבמה שעשתה אפותיקי על שדה אחת גילתה דעתה שאינה רוצה בשעבוד על שאר כל נכסי הבעל, דאם כן נסתלק דיחוי הרא"ש, דמה

לשעתה, אבל אם מכרה ממכר עולם אינה מכורה עכ"ל יעו"ש. ופסק הרמב"ם כתנא קמא דרבן שמעון בן גמליאל בברייתא דירושלמי, ולית ליה תקנה שלא תהא אשה מחזרת על בתי דינין. ואע"ג דקיימא לן דכל מקום ששנה רבן שמעון בן גמליאל במשנתנו הלכה כמותו חוץ מערב צידון וראיה אחרונה, כדאיתא לעיל (דף לה.), יעו"ש, הרי כתבו התוס' לעיל (דף ט:) ד"ה אמר דלשון זה מכיל רק משניות ולא ברייתות, יעו"ש. אכן התפלאו המפרשים על מה שכתב הרמב"ם דגם בעשה שדהו אפותיקי לבעל חובו אינו יכול למכור ממכר עולם, והלא בירושלמי לא הוזכר דין זה אלא לענין עבדי צאן ברזל וכתובה, כנ"ל, ועיין בראב"ד ובמגיד משנה.

והר"ן דחק עצמו ליישב דברי הרמב"ם שהוציא דין זה מן הסברא, ואזיל בזה לשיטתו דס"ל שאם מכר אפותיקי סתם ובשעת גביה לא היו לו בני חורין, הרי הבעל חוב גובה מן האפותיקי שביד הלוקח ואינו צריך לילך מקודם אל הלקוחות המאוחרים, ועיימש"נ בש"ה פ"א, ואם כן יש ללוקח הפסד במה שהשדה שקנה יש עליה אפותיקי סתם, והיה לו להלוה לפרש להלוקח ולהודיעו שיש אפותיקי על שדה זו, ולכן אינה מכורה כלל אלא אם כן מכרה בפירוש עד זמן גבית החוב בלבד, יעו"ש.

ואע"ג דגם במכר לשעתה יש בזה הפסד ללוקח במה שהבעל גובה ממנו ולא מן הלקוחות המאוחרים, ולמה לא נאמר גם בזה דהיה לו להודיעו ותבטל המכירה, וצריך לומר דהחילוק לכאורה הוא, דכשמכרה לשעתה בלבד הרי זה מעורר חששות בדעת הלוקח והיה לו לדרוש ולשאול אם יש אפותיקי על השדה, ואם לא עשה כן איהו דאפסיד אנפשיה, אבל מכרה ממכר עולם לא היה לו ללוקח לחוש שיש בשדה זו שעבוד, ולא היה לו לחשוש שיש עליו אפותיקי, וכיון שלא הודיעו הרי המקח בטל, כן דרך הר"ן בשיטת הרמב"ם, דדין זה לא הוציא הרמב"ם מן הירושלמי אלא מן הסברא, ועיין במגיד משנה שכתב דכל זה דחוק, יעו"ש, ועוד יש להקשות על דבריו דאם מבטלים המקח משום שלא הודיע, הרי הלוקח מפסיד, שהרי צריך להחזיר כל הפירות שאכל, ואולי יש לו

שעבוד זה, ובודאי בכתובת אפותיקי ליכא סילוק גמור להפקיע שעבוד של תנאי בית דין, ואין בזה אלא גילוי דבאשה זו לא אמרינן אחריות טעות סופר, שלא היתה דעתה אלא על האפותיקי, אבל לא סילקה עצמה מן השעבוד שזיכו לה חכמים בתנאי בית דין, דלזה בעינן סילוק בפירוש.

פרק ח

בו יבואר שיטת הרמב"ם דאם עשה שדהו אפותיקי לבעל חובו אינו יכול למכרו ממכר עולם, ודין זה נמצא בירושלמי אבל רק לגבי נכסי צאן ברזל וכתובת אשה.

[גיטין מא.] תניא אידך העושה שדהו אפותיקי לבעל חוב ולכתובת אשה גובין משאר נכסים, רבן שמעון בן גמליאל אומר בעל חוב גובה משאר נכסים, אשה אינה גובה משאר נכסים, שאין דרכה של אשה לחזר על בתי דינין, יעו"ש. והרי"ף ציין כאן דברי הירושלמי ביבמות פ"ו ה"א, ויעוין שם רבי יעקב בר אחא אמר בעבדי צאן ברזל פליגינן, רבי יוחנן אמר מכרן אינן מכורין, אמר ליה רבי לעזר אוכלין בתרומה מכוחו ואת אמרת אכין וכו'. מתניתא מסייעא לרבי אליעזר, עבדי מלוג יוצאין בשן ועין לאשה אבל לא לאיש, ועבדי צאן ברזל יוצאין בשן ועין לאיש אבל לא לאשה. מה עבד ליה רבי יוחנן, קל הוא בשחרור כהדא דתני העושה עבדו אפותיקי מכרו אינו מכור שחררו משוחרר וכו', מה פליגינן בשמכרן לעולם או בשמכרן לשעה וכו', נישמענה מן הדא העושה שדהו אפותיקי לאשה בכתובתה ולבעל חובו על חובו, מכרה הרי זו מכורה והלוקח יחוש לעצמו, רבן שמעון בן גמליאל אומר לאשה בכתובתה אינה מכורה שלא עלה על דעת שתהא אשה מחזרת על בתי דינים, אמרו אתייה דרבי אלעזר כרבנן דרבי יוחנן כרבן שמעון בן גמליאל, הוי בשמכרן לשעה אנן קיימין, אבל אם מכרן לעולם דברי הכל אינן מכורין, יעו"ש.

ועיין ברמב"ם פ"ח מלוה ולוה הל"ד וז"ל: עשה שדהו אפותיקי לבעל חובו או לאשה בכתובתה ומכרה הרי זה מכורה, וכשיבא בעל חוב לגבות אם לא ימצא נכסים בני חורין יטרוף אותה, במה דברים אמורים בשמכר

יכול למכור היא המקור לדברי הרמב"ם, שהרי לשון מכרו אינו מכור יש לפרש בתרי אנפי, או שהמכירה בטלה או שחוזר וגובה, כדמבואר בבבא קמא (דף לג:) יעו"ש, והכא בירושלמי על כרחך אין לפרש דבעשה עבדו אפותיקי מכרו אינו מכור היינו דחוזר וגובה, דאם כן אין מזה ראייה לעבדי צאן ברזל דאינו יכול למכור כלל, כמש"נ, אלא הפירוש הוא כפשוטו דהמכירה בטלה, שאלימות השעבוד מעכבת המכירה, והיינו על כרחך בשמכרו ממכר עולם, שמכר גוף העבד, אבל אם מכרו לשעתה, דהיינו שלא מכר אלא הקנין פירות עד אותה שעה, בודאי מכור, שהרי הלוח אוכל פירות בלי שום עיכוב, ולמה לא יוכל למכור זכותו ללוקח, ונמצא שיש לנו ברייתא מפורשת דבאפותיקי אינו יכול למכור ממכר עולם, והוא מקור נאמן לשיטת הרמב"ם.

וְלָפִי זה מתבארים היטב המשך דברי הירושלמי, דבהא דנחלקו רבי יוחנן ורבי אלעזר אם יכול למכור עבדי צאן ברזל מיבעי ליה אם נחלקו במכרם לעולם אבל במכרם לשעה דברי הכל מכורים, או אי נחלקו במכרם לשעתו אבל במכרם לעולם דברי הכל אינו מכורים, ועל צד הראשון שנחלקו במכרם לעולם הרי המחלוקת ביסוד דין נכסי צאן ברזל, דרבי אלעזר ס"ל דכל נדוניא שהאשה הכניסה והבעל קיבל עליה אחריות בכתובתה הרי נכסים אלו נכנסים לרשות הבעל והרי הם שלו, ואין עליו אלא חוב לשלם לה בשבילם כשתתגרש, וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ז תרומות הל"כ דעבדי צאן ברזל הם של הבעל, יעו"ש, ואע"ג דקיימא לן דאם הצאן ברזל קיימים בשעת הגירושין והיא אומרת כלי אני נוטלת הדין עמה, כדאיתא ביבמות (דף י"ג:) יעו"ש, הרי אין זה אלא שעבוד שיכולה לתבוע החזרת הכלים, כדמסיק שם מי לא מודה רבי יהודה דמחוסר גוביינא, ויעו"ש ברש"י, ועיין בתוס' לעיל (דף מ:) ד"ה הקדש, ומבואר דהבעל קנה להו בהחלט, ולפיכך ס"ל לרבי אלעזר דמכרם לעולם מכורים, שהרי הם קנינו ולמה לא יוכל למכרם, אבל רבי יוחנן ס"ל דנכסי צאן ברזל הם כמו נכסי מלוג שהגוף נשאר ברשות האשה והבעל יש לו קנין פירות ורק שקיבל עליהם אחריות, ולכן מכרם ממכר עולם

ריוח היכא דקנה שלא באחריות, דאם המכירה בטלה חוזר ולוקח מעותיו מן הלוח.

והנה יש לדקדק בהא דקאמר בירושלמי הוי מחלוקת תנא קמא ורבן שמעון בן גמליאל בשמכרן לשעה אבל מכרן לעולם דברי הכל אינן מכורים, מנא ליה הא, דלמא נחלקו במכרן לעולם אבל במכרן לשעה דברי הכל מכורים, דלא הוצרכו רבנו לתקן אלא שלא תצטרך להוציא מלוקח שקנה קנין עולם ולא תוכל בקל להוציא השדה מידו, אבל לוקח שלא קנה השדה אלא עד שעת הגביה יותר קל להוציא ממנו, ובזה לא הוצרכו חכמים להצילה מזה. ואפשר לומר דלשון רבן שמעון בן גמליאל דלא על דעת שתהא מחזרת על בתי דינין משמע שלא רצו שתהא מחזרת על בתי דינין כלל, ומזה מבואר דגם מכרה לשעתה אינה מכורה, מכל מקום קשה מנלן דבמכרן לעולם דברי הכל אינה מכורה, דלמא תנא קמא לית ליה תקנה כלל, ומנלן דס"ל לתנא קמא דחכמים רצו על כל פנים להצילה מלדון עם לוקח שחשב בדעתו שהשדה שלו עולמית, דלמא ס"ל דלא תיקנו לה כלום, ואין זה מחלוקת מן הקצה אל הקצה, אלא מחלוקת אחת היא, מר אית תקנה שלא תהא מחזרת ומר לית תקנה שלא תהא מחזרת, ומנא ידעינן דתנא קמא מודה לרבן שמעון בן גמליאל במכרן ממכר עולם דאינן מכורים.

עוד יש לדקדק במה שהביא הירושלמי ראייה דבשחרורו הקילו שהרי אפילו במקום שאינו יכול למכור יכול לשחרר, ולכן בעבדי צאן ברזל דלרבי יוחנן מכרן אינם מכורים אם שחררם משוחררים, והביא הירושלמי ראייה מהא דתני עשה עבדו אפותיקי מכרו אינו מכור שחררו משוחרר, ומהו הראייה, הרי בעשה עבדו אפותיקי באמת יכול למוכרו אלא דבעל חוב חוזר וגובה מן הלוקח, ואם כן למה לא יוכל לשחררו, ואי משום השעבוד, הרי שחרורו מפקיע מידי שעבוד, כדאיתא לעיל (דף מ:), יעו"ש, אבל בעבדי צאן ברזל שאליבא דרבי יוחנן לא קנה בהם קנין גמור ואינו יכול למוכרם מי יימר שיוכל לשחררם.

ונראה דברייתא זו שהביא ממנה הירושלמי ראייה דיכול לשחרר במקום שאינו

אי תנא קמא ורבין שמעון בן גמליאל נחלקו במכרם ממכר עולם או ממכר לשעתה כי היכי דמספקינן במח' ר"י ור"א, ועל זה קאמר הירושלמי הוי מחלקתם בממכר לשעתה אבל מכרם ממכר עולם דברי הכל אינן מכורים, והיינו משום דבאפותיקי אית לן ברייתא מפורשת דעשה עבדו אפותיקי ומכרו ממכר עולם אינו מכור, כמש"נ, ולא הזכירה הברייתא שיש בזה מחלוקת, ואם כן הוא הדין בעשה שדהו אפותיקי לכתובת אשה ומכרה ממכר עולם אינה מכורה, כמו בכל אפותיקי לבעל חוב שאינו יכול למוכרה ממכר עולם, ועל כרחך לא נחלקו תנא קמא ורבין שמעון בן גמליאל אלא במכרה לשעתה, דרבין שמעון בן גמליאל ס"ל אינה מכורה מפני התקנה שלא תהא מחזרת, ותנא קמא ס"ל מכורה שהרי הלוה אוכל פירות בלי שום עיכוב ויכול להעביר זכותו ללוקח, וגם לית ליה כלל תקנה שלא תהא מחזרת, אבל מכרם ממכר עולם לדברי הכל אינה מכורה, ולא איצטריך לזה תקנת האשה, אלא דכן הוא הדין בכל אפותיקי לכל בעל חוב שאינו יכול למוכרה ממכר עולם, וכמש"נ.

ויצא לנו לפי זה דאדרבה, דוקא לשיטת הרמב"ם עלו דברי הירושלמי כמין חומר, אבל לדברי הראב"ד והמגיד משנה והר"ן דכל דין מכרם ממכר עולם אינן מכורים הוא רק בכתובת אשה ומפני התקנה, עדיין לא יתיישב מנא ליה להירושלמי שלא נחלקו תנא קמא ורבין שמעון בן גמליאל בתרווייהו, וכמש"נ, ויתר על כן קשה היאך הביא הירושלמי ראייה מעשה עבדו אפותיקי ושחררו דיכול לשחרר אפילו במקום שאינו יכול למכור, וכמש"נ, וצריך עיון.

פרק ט

בו יבוארו דברי הרמב"ם דאחר שהביא דין אפותיקי מפורש דאמר ליה אין לך פרועון אלא מזו כתב דאם לזה ופירש שאין לו אחריות עליו הרי זה אינו גובה מן המשועבדים לעולם.

[רמב"ם פי"ח מל"ה ול"ה הל"ג] כתב הרמב"ם וז"ל: עשה שדהו אפותיקי לבעל חובו או לאשה בכתובתה, והוא שיכתוב להן מכאן תגבו, ושטפו נהר, הרי זה גובה משאר נכסים וטורף מהם, ואם

אינן מכורים, שהרי אין הגוף שלו, אבל לשעה מכורים, שהרי יש לו זכות לאכול פירות, ויכול למכור זכותו ללוקח.

ולפי צד השני של הבעיא נחלקו בממכר לשעה, אבל ממכר עולם לדברי הכל אינם מכורים, וכולי עלמא ס"ל לפי זה דנכסי צאן ברזל הם בעצם נכסי מלוג עם קבלת אחריות על כל הפסד שיבא, ולכן אינו יכול למכרם ממכר עולם, שהרי אין הגוף שלו, ולא נחלקו אלא בממכר לשעה, דרבי אלעזר ס"ל שיכול למוכרן לשעה, שהרי הפירות שלו ומה שיש לו יכול למכור ללוקח, ורבי יוחנן ס"ל דמכל מקום אינו יכול למוכרן אפילו לשעתה משום תקנת האשה, וכמו שיתבאר.

אבל זה אין לומר שנחלקו בין במכרם לעולם ובין במכרם לשעתה, דרבי אלעזר ס"ל דבין כך ובין כך מכורים ורבי יוחנן ס"ל דבין כך וכך אינם מכורים, דלפי זה היה נמצא דיש בדברי רבי יוחנן שני חידושים, חדא הא דפליג על רבי אלעזר וס"ל דאין נכסי צאן ברזל קנוים לבעל אלא להאשה, דאם הם ממונו של הבעל לא שייך בהם תקנת האשה, ולמה לא יוכל למוכרם, ועל כרחך ס"ל לרבי יוחנן שנכסי צאן ברזל הם ממונה של האשה והבעל אוכל פירות וחייב באחריותם, כמש"נ, ושנית חידש לנו רבי יוחנן דגם הקנין פירות שיש לו לבעל אינו יכול למכור משום תקנת האשה שלא תצטרך לחזור על בתי דינין להוציא את ממונה מיד הלוקח, והיכן ראינו שני חידושים אלו במה שאמר רבי יוחנן עבדי צאן ברזל מכרם אינן מכורים, ויותר מסתברא לומר דנחלקו או בזה או בזה, ואין בדברי רבי יוחנן אלא חידוש אחד, וכמו שפירש בירושלמי, כנ"ל.

והירושלמי פשט בעיא זו מברייתא שנחלקו בה תנא קמא ורבין שמעון בן גמליאל בעשה שדהו אפותיקי לאשה ומכרה, דתנא קמא ס"ל דהוי מכירה וחוזר וגובה ורבין שמעון בן גמליאל ס"ל דאינה מכורה מפני התקנה, ואמרו דמחלוקת ר"י ור"א תלויה במחלוקת תנא קמא ורבין שמעון בן גמליאל, ר"ל דכן היתה קבלה לבני הישיבה, כמו שכתבו המפרשים שם, אלא דהא גופא צריכים אנו לדון

שעבודו במקום אחד, הא גופא נותן אלימות בהשעבוד.

וּנְרָאָה דהרמב"ם ס"ל דכל דין ואלומות אפותיקי מפורש לא אתי אלא ממילא, דכל שנתרכו השעבוד ממילא נתאלם, ובאפותיקי סתם בו ריכוז קצת ממילא יש בו נמי קצת אלימות, ועיימש"נ בש"ה פ"י, ובאפותיקי מפורש דיש בו ריכוז גמור הרי השעבוד נתאלם הרבה יותר, ומשום הכי הביא הרמב"ם דין לזה ופירש שאין לו אחריות כאן אצל דין אפותיקי מפורש, ואע"פ שבודאי פשוט הוא, הרמב"ם רצה להורות לנו יסוד דין אפותיקי מפורש, והוא ממש דין לזה ופירש שאין לו אחריות, אלא שהתנה כן על כל נכסיו חוץ מקרקע אחת, ואמר לא יהא לך פרעון אלא מזו, וזהו כל דין אפותיקי מפורש, שהתנה עמו שאין עליו אחריות על כל שאר נכסיו ואלומות השעבוד בא ממילא, כמש"נ, וזהו מה שכתב וכן וכו', כלומר דזהו יסוד דין אפותיקי מפורש, כמש"נ, ואם התנה שאין לו שום אחריות אז אינו גובה ממשועבדים כלל.

פרק י

בו יבואר דהא דנחלקו הרמב"ם והר"ן אם לוקח דוחה בעל אפותיקי סתם ללקוחות מאוחרים אזלי לשיטתייהו בהא דנחלקו אם לזה יכול לדחותו משדה לשדה.

[רמב"ם פי"ח מ"זוה ולזה ה"לד] כתב הרמב"ם וז"ל: עשה שדהו אפותיקי לבעל חובו או לאשה בכתובתה ומכרה הרי זה מכורה, וכשיבא בעל חוב לגבות אם לא ימצא נכסים בני חורין יטרוף אותה, במה דברים אמורים בשמכר לשעתה, אבל מכרה ממכר עולם אינה מכורה עכ"ל יעו"ש.

וּבְמַגִּיד משנה דיין מלשון הרמב"ם דבאפותיקי סתם אם לא מצא בני חורין אצל הלוח גובה מן הלוקח, ואפילו אם יש לקוחות מאוחרים שלקחו קרקעות מן הלוח אחר שקנה זה האפותיקי סתם, אין המלוה צריך לגבות מהם תחלה, אלא הולך מיד אצל האפותיקי סתם, ורק אם נשאר בני חורין אצל הלוח אינו גובה מן אפותיקי סתם שביד הלוקח,

התנה עמו שלא יהיה לו פרעון אלא מזו אינו גובה משאר נכסים, וכן אם לזה ממנו ופירש שאין לו אחריות עליו, הרי זה אינו גובה מן המשועבדין לעולם עכ"ל יעו"ש.

וְהִנֵּה וכפשוטו באפותיקי סתם אינו גובה אלא מן שדה האפותיקי כל זמן שהיא ביד הלוח, ורק אם שטפה נהר יכול לגבות משאר נכסים, וכ"כ המגיד משנה, יעו"ש, והר"ן פליג וס"ל דבאפותיקי סתם יכול המלוה לגבות מכל נכסי הלוח, אלא דאם בא לגבות מן האפותיקי אין הלוח יכול לדחותו לקרקע אחת, ועיימש"נ בש"ה פ"י במחלוקתם.

וּבְסוּף ההלכה כתב הרמב"ם וכן אם לזה ממנו ופירש שאין לו אחריות עליו הרי זה אינו גובה מן המשועבדין לעולם, כנ"ל, וכתב המגיד משנה וז"ל: וכן אם וכו', זה פשוט דעד כאן לא אמרינן אחריות טעות סופר הוא אלא בסתם, אבל התנה שאין עליו אחריות פשיטא דתנאו קיים עכ"ל יעו"ש. ובאמת יש לדקדק למה הביא הרמב"ם דין זה שהוא כל כך פשוט, ואם רצה להביאו למה לא הביאו לעיל הל"א או בפ"ט מכירה הל"ג אצל דין אחריות טעות סופר, ולמה הביאו כאן אצל דין אפותיקי מפורש, וגם הלשון וכן לכאורה אינו מובן, דבאיזה אופן דומה דין זה לדין אפותיקי מפורש.

וְהִנֵּה שעבוד אפותיקי מפורש אלים משאר שעבודים וגובה מיד מן הלוקח, ומצינו נמי בתוס' בבבא מציעא (דף טו:) ד"ה כגון דבאפותיקי מפורש בעל חוב קונה את השבת, ויש להסתפק אם עשית האפותיקי פועלת אלימות השעבוד, שהלוח מאלם ומחזק השעבוד על שדה האפותיקי, או דלמא אין הלוח עושה כלום לאלם ולחזק השעבוד, וכל הסכם האפותיקי מפורש הוא לסלק ולהעבירו מכל שאר נכסיו שלא יוכל לגבות מהם, אלא דכל שנתרכו השעבוד במקום אחד ממילא נתאלם ונתחזק השעבוד, וכמו שכתב רש"י בבבא קמא (דף לו:) בד"ה ראשון נשכר דכיון דניזק אין לו מהיכן לגבות אלא מגופו של שור תם עדיף שעבודו משעבוד בעלי חוב שקדמו לו, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פכ"ב, וכן בכל אפותיקי מפורש הא גופא שאינו גובה ממקום אחר ונתרכו כל

חורין הרי המלוה גובה מן האפותיקי אפילו אם יש לקוחות מאוחרים, ואין לוקח שקנה האפותיקי יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות הימנו, דאלים שעבוד אפותיקי סתם כנגד טענת הנחתי לך מקום, אבל לא כנגד דין אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין.

אבל הר"ן ס"ל דאפותיקי סתם גובה מכל מה שירצה, ורק שאם רצה לגבות מן האפותיקי הרי התנו תנאי ביניהם שלא יוכל לדחותו לקרקע אחרת, אבל לא נתמעט כח המלוה בכל נכסי הלוה, ואם כן לא מצינו שום ריכוז השעבוד באפותיקי סתם אליבא דהר"ן, וממילא אין באפותיקי סתם שום אלימות השעבוד, רק תנאי שלא ידחה ממנה לקרקע אחרת, כמש"נ, ואם כן כשהאפותיקי סתם ביד הלוקח אין להמלוה שום דין מיוחד בו, ולא הוי לדידיה אלא ככל שאר נכסים משועבדים, ובמקום דאיכא לקוחות מאוחרים יכול הלוקח לומר לו להמלוה הנחתי לך מקום לגבות ממנו ולדחותו מן האפותיקי.

ולענין מה שכתב הרמב"ם בסוף דבריו במה דברים אמורים בשמכר לשעתה אבל מכרה מכר עולם אינה מכורה עיימש"נ בש"ה פ"ח.

פרק יא

בו יבואר דמה שכתב הרמב"ם דעשה שדהו אפותיקי סתם לבעל חוב ומכרה ממכר עולם אינה מכורה אין זה מעיקר דיני אפותיקי אלא הוא רק הסכם שלא ירחק שעבודו.

[רמב"ם פי"ח מ"ז וז"ה ה"ד] כתב הרמב"ם וז"ל: עשה שדהו אפותיקי לבעל חוב או לאשה בכתובתה ומכרה הרי זה מכורה וכשיבא בעל חוב לגבות אם לא ימצא נכסים בני חורין יטרוף אותה במה דברים אמורים בשמכר לשעתה אבל מכרה ממכר עולם אינה מכורה עכ"ל יעו"ש, ומיירי הרמב"ם באפותיקי סתם, שהרי אינו גובה מן האפותיקי אם יש נכסים בני חרין, וכתב הרמב"ם דאם מכר ממכר עולם אינה מכורה, ומקור לדברי הרמב"ם הוא מן הירושלמי ביבמות, ועיימש"נ בש"ה פ"ח, ויש לעיין בזה

ודייק מלשון הרמב"ם שכתב אם לא ימצא נכסים בני חורין יטרוף אותה, ומשמע אפילו אם יש לקוחות מאוחרים, וכן מדויק מלשון הירושלמי והלוקח יחוש לעצמו, והיינו דצריך ליהזר כשקונה אפותיקי סתם שיתור עלול המלוה לגבותה ממנו מאילו היה שעבוד רגיל, דבשעבוד רגיל הולך תחלה אצל לקוחות מאוחרים ובאפותיקי סתם הולך מיד אצל האפותיקי, וגם הר"ן הבין כן בשיטת הרמב"ם, יעו"ש.

והר"ן עצמו פליג על הרמב"ם וס"ל דגם באפותיקי סתם אין המלוה הולך מיד אצל הלוקח אלא מתחלה הולך אצל לקוחות מאוחרים, ואם אינו מוצא לגבות מהם הולך אצל האפותיקי סתם, ונמצא דכל מעלת אפותיקי סתם הוא כשהשדה ביד הלוה, דאם עשאה אפותיקי ובא המלוה לגבות ממנה אין הלוה דוחהו לשדה אחרת, אבל כשמכר האפותיקי סתם דינו כשאר נכסים משועבדים שיכול הלוקח לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו, כדאיתא בבבא קמא (דף פ.ג), יעו"ש, ומתחלה צריך לגבות מלקוחות מאוחרים, ולדידיה אין מתיישב כל כך לשון והלוקח יחוש לעצמו.

עוד מצינו מחלוקת רמב"ם והר"ן באפותיקי סתם שהוא עדיין ביד הלוה, הרמב"ם ס"ל דאין המלוה גובה אלא מן האפותיקי, והר"ן ס"ל דהמלוה גובה מכל מה שירצה כמו אם לא עשה אפותיקי, אלא דאם בא לגבות מן האפותיקי אין הלוה יכול לדחותו לשדה אחרת.

ונראה דהרמב"ם והר"ן אזלי בזה לשיטתייהו, דהרמב"ם ס"ל דכל שנסתלק השעבוד משאר נכסים ונתרכז במקום אחד הרי השעבוד ממילא נתאלם ונתחזק, ועיימש"נ בש"ה פ"ט, ובאפותיקי מפורש שאין לו שום גביה אחרת כלל הרי השעבוד נתאלם מאד, ובאפותיקי סתם נמי נתרכז השעבוד, שהרי ס"ל להרמב"ם דבאפותיקי סתם אינו גובה אלא מן האפותיקי, ורק אם שטפה נהר גובה משאר נכסים, ואם כן גם השעבוד של אפותיקי סתם יש בו אלימות, ואין הכי נמי דאם מכרו אינו גובה ממנו אלא מנכסים בני חורין, דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין, מכל מקום אהני אלימות האפותיקי סתם שאם אין ללוה בני

אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא אלא אפותיקי דקאמר רב פפא מאי היא דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו, יעו"ש, ולפי שדברי רש"י לא נתחוורו לי בהשקפה ראשונה אפרשם על הסדר.

ובתהלה סלקא אדעתיה דרב פפא דאם הלוח מעות ואמר לו אם לא תפרעני בתוך שלש שנים תהא כל השדה קנויה לך באותם הדמים שנתתי לך הרי הדין דאין המלוה קונה שדהו דאסמכתא לא קניא, ומכל מקום נעשה שדהו אפותיקי להלוואה אע"פ שלא אמר כן להדיא, וכתב רש"י וז"ל: למיגבא מינה קונה בה כנגד מעותיו ואם בא לפרוע המעות לאחר זמן לא יקבלם עכ"ל יעו"ש, ואע"ג דבכל אפותיקי מפורש הדין הוא דהלוה יכול לסלקו למלוה בדמים בין בתוך הזמן בין אחר הזמן, הכא שאני, שהרי בעצם רצה שאם לא יפרענו יקנה כל השדה קנין גמור מיד כשיגיע זמן שלש שנים ושוב לא יוכל הלוח לפרוע החוב, הואיל וכבר קנה המלוה קנין גמור בהשדה, כן היה רצונו, ואם כן סברא היא דאם לא נתקיים רצונו, דהא אסמכתא לא קניא, שתהא שדהו על כל פנים אפותיקי לקיים דעתו כל מה דאפשר, והיינו שיוכל לסלקו תוך זמנו ולא יוכל לסלקו לאחר זמנו, ואלא דאם אסמכתא היתה קונה היה קונה כל שדהו, והשתא דלא קניא אינו קונה אלא כנגד מעותיו, אבל חוץ מזה נתקיימה דעתו על ידי האפותיקי, והרי הלוח יכול לסלקו במעות תוך זמנו ולאחר זמנו אינו יכול לסלקו כלל, ואע"ג דבכל אפותיקי יכול לסלקו בזווי, באפותיקי זה אינו יכול לסלקו, שהרי יכול להתנות כל מה שירצה, ודבר שבממון תנאו קיים, וכאן הסברא נותנת שהוא רוצה שיתקיימו דבריו כל מה דאפשר על ידי האפותיקי, כמש"נ.

ופריך בגמרא דכיון שהלוה עצמו לא הזכיר כלל ענין אפותיקי, ולא אמר קני לגוביינא, אין לנו לומר מעצמנו שאם אין הקנין פועל משום דאסמכתא לא קניא שתהא השדה על כל פנים אפותיקי, ודומה לדברים שבלב, ועל הא גופא פריך בגמרא דמשמע דאם אמר קני לגוביינא מועיל לו ונעשה אפותיקי, והלא גם זה הוי אסמכתא, דבודאי לא איירי בגמרא שאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו, כדין כל אפותיקי

דלמה בעשאה אפותיקי לא יוכל למכור ממכר עולם.

ונראה דאין זה מעיקר דיני האפותיקי, אלא דמסתברא מלתא דאם עשו אפותיקי ויחד לו קרקע לגביה שאין המלוה רוצה שהלוה ירחיק ממנה הקרקע המיוחדת לו, ואם מכרה לשעתה הרי אין זה אלא קנין פירות עד זמן הגביה, וכשבא לגבות הגיע הזמן ונסתלק הלוקח, ואין לבעל חוב שום עסק עמו, אבל אם מכר ממכר עולם הרי הקרקע קנויה להלוקח קנין גמור, וכשבא הבעל חוב לגבות ממנו הרי צריך להוציא ממנו ממנו, וזה עסק גדול, ומסתמא אינו רוצה בכך, והדבר מובן מאליו שאם עשה אפותיקי שלא יוכל הלוח למכור ממכר עולם, ולפי זה בשור תם שהתורה עשאו אפותיקי ולא היה שום הסכם ביניהם דין הוא שהמזיק יכול למכרו ממכר עולם, ועיימש"נ בש"ו פ"כ בדברי הרמב"ם.

פרק יב

בו יבואר מהלוקת רש"י והרא"ש בהלוה על שדהו ואמר אם לא תפרעני תהא קנויה לי, דאין הקנין חל כמו שאמר אלא נעשה אפותיקי, אם יוכל הלוח לסלקו בזווי.

[כבא מציעא סה:] מתניתין הלוח על שדהו ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי היא שלו, ובגמרא (דף י"ט.) הדר אמר רב נחמן אפילו בשעת מתן מעות לא קנה ולא כלום איתיביה רבא לרב נחמן אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי היא שלו אמר ליה אני אומר וכו' אסמכתא לא קניא וכו' מתני' רבי יוסי היא דאמר אסמכתא קניא איבעית אימא דאמר ליה קני מעכשיו, יעו"ש, והיינו משום דכשאומר מעכשיו גמר ומקנה ולא הוי אסמכתא.

ולא ה"ל אמרינן בגמרא (דף י"ט.) ואמר רב פפא אף על גב דאמור רבנן אסמכתא לא קניא אפותיקי הוי למיגבא מינה אמר ליה רב הונא בריה דרב נתן לרב פפא מי קאמר ליה קני לגוביינא אמר ליה מר זוטרא בריה דרב מרי לרבינא ואי אמר קני למיגבא מינה סוף סוף

ובזה מחדש לנו רב פפא דאע"ג דנתבטלו דבריו שתהא קנויה לו עדיין הוי על כל פנים אפותיקי גם אם לא יפרע מעותיו בתוך הזמן, דאם עשה שדהו אפותיקי אם יפרע בודאי רצה שתהא גם כן אפותיקי אם לא יפרע אם יתבטלו דבריו של קנין משום אסמכתא לא קניא, ואם כן דינו אם לא יפרע מעותיו שוה לדינו אם יפרע מעותיו, ובין כך ובין כך חל דין האפותיקי שלא יוכל לסלקו אלא בחלק מן הקרקע ולא בדמים, וכל זה לא נאמר אלא בכהאי גונא שצירף האפותיקי עם קנין אסמכתא, אבל בכל שאר אפותיקי הרי הלוח מסלקו בדמים בין בתוך זמנו בין לאחר זמנו, וכן הסכימו כל הפוסקים.

ועיין ברא"ש בסוגיין דפליג על דברי רש"י וז"ל: אבל אפותיקי הוי אי אמר לא יהא לך פרעון אלא מזו אע"ג דמצי לסלוקי בזווי דאם לא כן לא מיקרי אפותיקי דמעתיא היא מכורה מקצת או כולה וכו' עכ"ל יעו"ש, ואע"ג דהכא עשה האפותיקי על הצד שיפרע לו בתוך זמנו, כמש"נ, אין להקשות על הרא"ש דאם יכול לסלקו בזווי מה פעל האפותיקי, דשפיר פעל שלא יוכל לסלקו בקרקעות אחרות אלא במעות בלבד, ועיין בחו"מ סי' ר"ז סעי' ט' ובסמ"ע סק"כ שהקשה דאם כן מה אתא רב פפא לאשמועינן, וכי דין אפותיקי בא ללמדינו, יעו"ש, אולם לפי דברינו לא קשה מידי, דבא לאשמועינן דאע"ג דלא הזכיר אפותיקי אלא על הצד שיפרע, ועל הצד שלא יפרע רצה לעשות קנין גמור על כל שדהו, מכל מקום כיון שהקנין נתבטל משום דאסמכתא לא קניא עדיין הוי אפותיקי גם על אותו צד שלא יפרע, כמש"נ.

ובמה שכתב הרא"ש דאם אין הלוח יכול לסלקו בזווי הוי מכירה, אין כונתו בזה דאם כן מאי נפקא מינה בין הלוחו על האפותיקי למכירה, דהא שפיר איכא נפקא מינה לענין אכילת פירות בין שעת ההלואה לשעת הפרעון, דאם הוי שעבוד אפותיקי הרי הלוח אוכל פירות ואם הוי מכירה הרי המלוה אוכל פירות, אלא כונתו לומר מן הסברא דכל שהמלוה יכול לגבות ואין הלוח יכול לעכב עליו בשום אופן מסתברא דממילא נעשה השדה קנויה לו ושוב אוכל פירות מיד, ואין כאן שעבוד אלא מכירה, ולכן

מפורש, דאין לזה שום שייכות להנידון של הקנאת השדה אם לא יפרע לו מעותיו, אלא דאע"ג דאסמכתא לא קניא ולא קנה קנין גמור הוי על כל פנים כאילו אמר אם לא תפרע לי בתוך שלש שנים תהא השדה אפותיקי, ואם כן הא גופא הוי אסמכתא, שלא הקנה לו שעבוד האפותיקי אלא אם לא יפרע לו, וזהו מה שכתב רש"י וז"ל: סוף סוף אסמכתא היא דלא אמר ליה קני לגוביינא אלא אם איני נותן לך מכאן ועד שלש שנים הדר הויא ליה אסמכתא דכל דאי אסמכתא היא עכ"ל יעו"ש.

ומסיק דאפותיקי דרב פפא היינו דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו, וכתב רש"י וז"ל: אלא אפותיקי דרב פפא היכי דמי דגבי אסמכתא תיהוי אפותיקי דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו אף בתוך שלש שנים ואם אין אני נותן לך מגופה כנגד מעותיך עד שלש שנים תהא כולה שלך בהא אמר רב פפא דאע"ג דלא קניא למיהוי כולה ידידה לאחר שלש אפותיקי הוי למיגבי מינה דבלא אסמכתא נמי שויה אפותיקי עכ"ל יעו"ש.

וכונתו לומר דרב פפא מיירי שהלוח אמר לו למלוה אם אפרע לך בתוך שלש שנים לא יהא לך פרעון אלא מזו ואם לא אפרע לך בתוך שלש שנים תהא כל השדה קנויה לך במעות ההלואה, ונמצא דחלוק אפותיקי זה מכל אפותיקי, דבדרך כלל עשה אפותיקי על הצד שלא יפרע לו חובו ויצטרך לגבות וקאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו, אבל הכא על הצד שלא יפרע הרי הקנה לו כל שדהו יותר מכנגד מעותיו, והאפותיקי נעשה על הצד שיפרע בתוך זמנו, ואם כן מה היה רוצה לפעול על ידי האפותיקי, ועל זה כתב רש"י שרצה להחמיר על כל אפותיקי ולומר שלא יוכל הלוח לסלקו במעות אלא בחלק מן הקרקע כנגד מעותיו, באיזה חלק שירצה, אבל לא מקרקע אחרת, ואם לא יפרע תהא כל שדהו קנויה, אכן חלק זה בטל, ואף אם לא יפרע אין שדהו קנויה לו דאסמכתא לא קניא, ונמצא דעל הצד שיפרע תוך זמנו הוי השדה אפותיקי, ועל הצד שלא יפרע רוצה להקנות כל השדה ליכא כלום, שהרי נתבטלו דבריו.

הב לי גריוא דארעא בארעאי שיעור שבחאי הכא במאי עסקינן כגון דשויא ניהליה אפותיקי דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו, יעו"ש.

ומבואר במסקנת הסוגיא שם דהא דבעל חוב יכול לסלק הלוקח בדמי השבח, ואין הלוקח יכול לטעון הב לי גריוא דארעא שיעור שבחאי, הוא משום דאין הלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי באפותיקי מפורש, ואם כן הא דאמרינן שם ביתמי שהשביחו שדה השעבוד דמסלקינן להו בדמי ולא בארעא על כרחך מיירי נמי באפותיקי מפורש, דאי לאו הכי כי היכי דהלוקח מסלק לבעל חוב גם היתומים מסלקים אותו בדמים, ומבואר נמי דבאפותיקי מפורש אין היתומים יכולים לסלק לבעל חוב בזווי, ולהכי אינם יכולים לטעון הב לנו גריוא דארעא, ומסלקינן להו בדמי.

והנה לעיל שם בבבא מציעא (דף ט:) נחלקו הראשונים בהא דבעל אפותיקי מפורש גובה את השבח מן הלוקח ומעלה לו יציאותיו בדמים אם היינו רק במסיק ביה שיעור ארעא ושבחא או אפילו אם אינו מסיק בו אלא שיעור ארעא בלא שבחא, יעו"ש בתוד"ה כגון דשויא אפותיקי וברא"ש ובש"ך חו"מ סי' קט"ו סקכ"ו.

וסברת השיטות דבעל חוב נוטל שבח היתר על היציאה, ואע"ג דהוי יותר על דמי החוב, היא משום דמיד כשנמכר האפותיקי נעשה כגבוי וקנוי להבעל חוב, והוי כאחת משדותיו, כמו שכתב הרא"ש שם, והיינו משום דהלוקח אינו יכול לסלק לבעל חוב בזווי באפותיקי מפורש, כנ"ל, וגם הלוח אינו עלול לסלקו כשהאפותיקי ביד הלוקח, והרי אין המלוה יכול לגבות ממקום אחר אלא משדה זו, וכיון שאין מי שישלוקו הרי הגביה חשובה כנעשית מעצמה והשדה היא כאחד משדותיו, ועיימש"נ בש"א פ"א, והני שיטות דס"ל דאין לבעל חוב שבח באפותיקי מפורש, אם לא דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, היינו משום דאין הגביה חשובה כנעשית מיד מעצמה, דאע"ג דאין הלוח עלול לסלקו לבעל חוב בזווי כשהאפותיקי ביד הלוקח, מכל מקום הואיל ובידו לסלקו אם ירצה הרי זה מעכב בחלות הגביה, ועדיין לא נעשה כאחת משדותיו, ואין

צריכים לומר דהלוח יכול לסלקו בזווי כמו בכל אפותיקי.

ורש"י לא ס"ל כן אלא דאין הכי נמי דבכל אפותיקי יכול הלוח לסלק בזווי, וכמו שכתב בד"ה למיגבא מינה דתוך זמנו יכול לסלקו בזווי אפילו בסוגיין, כנ"ל, מכל מקום כשצירף האפותיקי עם קנין אסמכתא, ועשה האפותיקי על הצד שיפרע חובו מסתברא שכונתו שלא יוכל לסלקו בזווי אלא בחלק מן הקרקע, כנ"ל, ומכל מקום הוה ליה שעבוד ולא קנין הואיל ואוכל פירות עד שעת הפרעון, כמש"נ, ודלא כדברי הרא"ש, ודו"ק.

פרק יג

בו ידון אם בעל אפותיקי יכול לגבות מיתומים קטנים, מי אמרינן דאינו גובה הואיל וקטנים לאו בני מיעבד מצוה ניהו או דלמא גובה משום דא"ם שעבודיה.

[ערכין כב.] אמר רב נחמן מרישא לא הוה מיוזקקנא לנכסי יתומים וכו' מאי טעמא לא אמר רב פפא פריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה ניהו רב הונא בריה דרב יהושע אמר אימר צררי אתפסיה וכו', יעו"ש.

ויש להסתפק אליבא דרב פפא אם בעל חוב יכול לגבות אפותיקי מפורש מיתומים קטנים, מי אמרינן גם באפותיקי מפורש דקטנים לאו בני מיעבד מצוה, או דלמא כיון דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו יפה כח המלוה וגובה אפילו מיתומים קטנים.

ועיין בבבא מציעא (דף קי:) אייתי יתמי ראיא דאינהו אשבחו סבר רבי חנינא למימר כי מסלקינן להו בארעא מסלקינן להו ולא היא בדמי מסלקינן להו מדרב נחמן דאמר רב נחמן אמר שמואל שלשה שמין להם את השבח ומעלין אותן בדמים ואלו הן בכור לפשוט וכתובת אשה ליתומים ובעל חוב ללקוחות וכו' הניחא למאן דאמר אי אית ליה זווי ללוקח לא מצי מסלק ליה לבעל חוב שפיר אלא למאן דאמר אי אית ליה זווי ללוקח מצי מסלק ליה לבעל חוב ונימא ליה אי הווי לי זווי הוה מסלקנא לך מכולא ארעא השתא דלית לי זווי

שכתבא לידו, וזה לא שייך באפותיקי מפורש, ועיימשׁנ בשיׁא פ״ז, אכן יתומים הרי יש עליהם מצות פריעת חוב דאביהם, והרי הם עומדים במקום הלוה, ואם כן למה לא יוכלו לסלקו לבעל חוב בזווי אפילו מן אפותיקי מפורש, ואפילו להנך דעות דשדה האפותיקי נעשית כגבוי וכאחת משדותיו מיד כשמת הלוה, הרי כל זה הוא משום שלא היו היתומים יכולים לסלקו אפילו אם לא היתה נעשית כגבוי ומשום הכי נעשית כגבוי, אכן למה הדין כן שלא יהיו יכולים היתומים לסלקו בזווי, הא מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם.

י״ט לבאר הענין בשני פנים, חדא יש לומר דבאפותיקי מפורש ליכא מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, דאע״ג דאביהם היה עליו שעבוד הגוף גם באפותיקי מפורש, והיה אביהם יכול לסלקו לבעל חוב בזווי, מכל מקום עיקר הגביה היתה על שדה האפותיקי, ולא היה המלוה יכול לתבוע ממנו פרעון בדמים מכח השעבוד הגוף, וכל השעבוד הגוף לא היה אלא כדי לקיים שעבוד האפותיקי, ועיימשׁנ בשיׁא פ״ב, ואם כן יש לומר דאין שעבוד הגוף כזה עובר להיתומים, וממילא אינם יכולים לסלקו בזווי.

א״י נמי יש לומר דבאמת הרי היה המלוה יכול לגבות מן היתומים מכח השעבוד נכסים כמו בנכסי גר שמת, אלא דזה לא סגי ליקח ממון היתומים, וביתומים הרי ליכא למימר מכירתו לאו מכירה, כמו דאמרינן גבי לוקח, ולכן איצטריך לומר דכיון דגם עליהם יש מצוה לפרוע חוב אביהם אם כן יכול לגבות מכח השעבוד נכסים ולא איכפת לן במה שנוטל ממון היתומים, ועיימשׁנ בשיׁא פ״ח, ולפי זה יש לבאר דהא דאין היתומים יכולים לסלקו לבעל חוב בזווי הוא משום דאין המלוה מחויב לקבל מהם תשלומין מצד שעבוד הגוף שלהם, שהרי לא בא לגבות אלא מכח שעבוד נכסים שקיבל מאביהם, ואי משום שעם גביתו הרי הוא נוטל נמי ממון היתומים, הרי מצוה מוטלת עליהם לפרוע חוב אביהם ולא נחשב הפסד להם מה שהבעל חוב נוטל ממנו, ובכל שאר שעבודים יכולים לסלקו דלא גרעו יתומים מלקוחות

לו שבח יותר מדמי חובו, אי נמי יש לומר דס״ל דלעולם לא נעשית הגביה מעצמה, ואף אם אין שום אדם יכול לסלקו, חוץ מנכסי הגר שהרי הם הפקר והבעל חוב קונה מיד, אבל כל שיש בעל דבר כנגדו עדיין מחוסר גוביינא.

והשתא להנך שיטות דהאפותיקי נעשה כאחת משדותיו מיד בשעת המכירה הואיל ואין הלוקח יכול לסלקו הוא הדין ביתומים, דמיד כשמת הלוה הרי בעל חוב זוכה בהאפותיקי, דהא אין היתומים יכולים לסלקו בזווי, כמשׁנ בסוגיא שם, כנ״ל, ואם כן בודאי יכול הבעל אפותיקי מפורש לגבות גם מיתומים קטנים אליבא דרב פפא, דהא השדה קנויה לבעל חוב מיד כשמת הלוה והיא כאחת משדותיו, ושוב אין להיתומים שום שייכות עם השדה, ומה לי דלאו בני מיעבד מצוה ננהו.

אכ״ן לאידך שיטות דאין הבעל חוב קונה שדה האפותיקי מיד בשעת מכירה ללוקח יש להסתפק אם הוא קונה בשעת מיתת הלוה, דאם טעמא דאינו קונה בשעת מכירה היא משום דעדיין הלוה יכול לסלקו בזווי, אם כן ביתומים אינו כן, דהרי הלוה מת והיתומים אין להם כח לסלקו לבעל חוב בזווי, אבל אם אינו קונה בשעת מכירה היא משום דכל שיש בעל דבר כנגדו עדיין מחוסר גוביינא, ואפילו אם אינו יכול לסלקו בזווי, אם כן הוא הדין ביתומים, דאע״ג דאין שום אדם יכול לסלקו לבעל חוב מן האפותיקי בזווי, מכל מקום הרי יש בעל דבר כנגד הבעל חוב, ואין הגביה כנעשית מאליה, וכמו דבלוקח אין לבעל חוב שבח יתר על דמי חובו, כמו כן נמי ביתומים, ועדיין השדה בידם עד שיגבנו הבעל חוב, ואם כן יש להסתפק אליבא דרב פפא אם הני יתומים קטנים הם אם יכול לגבות מהם הואיל ופריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו.

והנה יש לעיין בהא דמבואר בבבא מציעא שם דאין היתומים יכולים לסלקו לבעל חוב בדמים מן אפותיקי מפורש, דבשלמא לוקח אינו יכול לסלקו שהרי מה ללוקח עם הבעל חוב, והלא הוא לא לווה ממנו כלום, והא דבכל שעבוד יכול לוקח לסלקו לבעל חוב לחד דעה בהגמרא שם היינו מדין מה מכר ראשון לשני כל זכות

מצד השעבוד נכסים, ולא נצרכה המצוה אלא מפני שהבעל חוב נוטל ממונם, ומכל מקום אין יכולים לסלקו כיון שאינו גובה מכח מצותם, כמש"נ, אם כן אינו גובה אפותיקי מפורש מיתומים קטנים, דאע"ג דגובה מכח שעבוד נכסים הרי הוא נוטל ממונם, ומה יש לך לומר, הרי מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, אכן קטנים לאו בני מיעבד מצוה ניהו, ואין להוציא ממונם מהם מכח השעבוד נכסים שיש לו על השדה מאביהם.

דיכולים לסלקו, והם יורשים כח אביהם, מה שאין כן באפותיקי.

ונפקא מינה בין שני דרכים אלו אם בעל חוב יכול לגבות אפותיקי מפורש מיתומים קטנים אליבא דרב פפא, דאם טעמא דאין יתומים יכולים לסלקו בזווי משום דבאפותיקי מפורש אין על היתומים מצוה לפרוע חוב אביהם, כמש"נ, אם כן גובה גם מיתומים קטנים, אבל אם טעמא משום דבאמת יש מצוה על היתומים גם באפותיקי מפורש אלא דהגביה היא

שער ו: בענין שור תם מגופו משתלם

ובו נ"ג פרקים

פרק א

ואליבא דרבי ישמעאל יש כמה גדרים בדין מגופו משתלם, חדא שיש חובה על הגברא ושעבוד על השור, ועוד שהחובה מוגבלת על ידי שויות שור המזיק, כמו שכתב רש"י לעיל (דף טו.) בד"ה מגופו וז"ל: ואם אינו שוה חצי נזק מפסיד הניזק עכ"ל יעו"ש. ואף כשבא לשלם דמים, שכן דינו לכתחלה אליבא דרש"י, אינו מחויב לשלם יותר משויות שור המזיק. עוד דין יש, דאם נאבד שור המזיק פקע מן המזיק כל חובת גברא של תשלומין, כדאיתא לקמן (דף לג:) שחטו מה שעשה עשוי, וכן לקמן (דף לו.) ועיימש"נ בש"ו פל"ב.

ובביאור הענין נראה, דהנה בכל חיוב ממון ושעבוד נכסים הדין הוא דעיקר החיוב מוטל על הגברא וגביה מן משועבדים היא מדין ערבות, כדאיתא בבבא בתרא (דף קעו.) נכסי דאיניש אינון מערבין יתיה, יעו"ש. אכן בשור תם שהזיק לא הזכירה התורה כלל ענין התשלומין אלא הגביה בלבד, ולא כתיב בשור תם שלם ישלם כמו דכתיב בשאר נזקין, ולא כתיב ביה אלא ומכרו את השור החי וחצו את כספו, שהוא ענין גבית החוב ולא החוב עצמו, ומזה הבין רבי ישמעאל דכאן לא בא השעבוד על השור בתורת ערבות, אלא עיקר הגביה הוא מן השור, ואין לו זכות לתבוע ממון מן המזיק, אלא כל דינו של ניזק הוא אך ורק לגבות מגוף השור, והוי כאפותיקי מפורש דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו, ועיימש"נ בש"ה פ"ב, ולית

בו יבואר מחלוקת רבי ישמעאל ורבי עקיבא בשור תם שהזיק דמגופו משתלם אם יושם השור ודינו כאפותיקי מפורש או אם יוחלט השור והניזק נעשה שותף בשור המזיק.

[בבא קמא טז:] מתניתין מה בין תם למועד, אלא שהתם משלם חצי נזק מגופו ומועד משלם נזק שלם מן העליה. ונחלקו התנאים בדין שור תם מגופו משתלם לקמן (דף לג.), דתניא יושם השור בבית דין דברי רבי ישמעאל, רבי עקיבא אומר הוחלט השור, במאי קמיפלגי, רבי ישמעאל סבר בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ליה, ורבי עקיבא סבר שותפי ניהו, וקמיפלגי בהאי קרא ומכרו את השור החי וחצו את כספו, רבי ישמעאל סבר לבי דינא קמזהר רחמנא, ורבי עקיבא סבר לניזק ומזיק מזהר להו רחמנא וכו', יעו"ש.

והנה אליבא דרבי עקיבא השור הוחלט מיד להניזק בשעת ההיזק וקונה חלק בהשור המזיק כנגד חצי נזק, ומיד הוי להו שותפים, ועיימש"נ בש"ו פי"ט בשיטת הרמב"ם, אבל אליבא דרבי ישמעאל אין הניזק זוכה בגוף שור המזיק אלא שעבוד בעלמא כנגד חצי נזק, וקודם הגביה עדיין איכא חובת גברא על המזיק לשלם דמי, ורש"י לקמן שם כתב דזהו דינו שיתן זווי, והתוס' שם כתבו שהמזיק יכול לסלקו בזווי, ולא הזכירו שלכתחלה צריך לשלם זווי, יעו"ש.

לקיים השעבוד, שאין שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף, כמש"נ, ועיימ"ש הנמוקי יוסף לקמן (דף ג.) וז"ל: וראוי שתדע דכי קאמרינן משלמין במותר דוקא במאי דיכלי לאשתלומי מהדדי וכו' עכ"ל יעו"ש, ואם כן לא חלה עליו שעבוד הגוף אלא כנגד מה שיכול הניזק לגבות בעיקר דין גביתו, ואם אין השור שוה כנגד כל החצי נזק, הרי ליכא שעבוד אלא כנגד שויו, ואם כן לא הטילה התורה על המזיק שעבוד הגוף אלא כנגד סכום זה, ומהאי טעמא נמי אם נאבד השור פקע חיובו, כדאמרינן שחטו מה שעשה עשוי, כנ"ל, שהרי כל חיובו לא הוא אלא לקיים השעבוד שהוא עיקר גביתו, ואם נאבד השור בטלה נמי חיובו, וכמו דאמרינן בגיטין (דף מא.) באפותיקי מפורש דאם שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים.

ונראה דגם רבי עקיבא ס"ל בעצם כרבי ישמעאל דעיקר דין שור תם מגופו משתלם הוא דין אפותיקי מפורש על השור, שהרי איתא לקמן (דף מ.) דאם הזיק שור תם ברשות השומר, שהניזק גובה מגוף השור ומפקיד חוזר וגובה מן השומר, יעו"ש, וכתב הרמב"ם פ"ד נזקי ממון הלי"ב דהניזק צריך לחזור אחר השומר תחלה ואם אין לו מה לשלם אז גובה מגוף השור, ועיימ"ש"נ בש"ו פמ"ח, ומבואר דכשהשור ביד השומר לא חל הקנין מיד, ובאותה שעה אם הקדישו ניזק אינו קדוש, ויש לעיין מה דין השור באותם הימים, ולפי מה שכתב הקצות החושן סי' ת"ז סק"א דלשיטת הרמב"ם אין השור מוחלט להניזק קודם העמדה בדין, יש לומר דמתחלה צריך לבא בדין עם השומר, אבל המגיד משנה פ"ח נזקי ממון הל"ז למד דהרמב"ם ס"ל דהשור מוחלט להניזק מיד בשעת הנזק, ועיימ"ש"נ בש"ו פי"ט, ולדידה יש לעיין מהו דין שור שהזיק ברשות השומר.

אלא נראה דגם לרבי עקיבא חל אפותיקי מפורש על השור וחובה על הגברא, אלא דכיון דעיקר דין הגביה הוא מן השור, כמש"נ, אם כן מיד נעשה כגבוי ונסתלקה חובת הגברא וקנה הניזק את גוף השור ונעשה בו שותף, והכל נעשה ממילא מיד, ורבי ישמעאל ס"ל דכל זמן דאיכא חובה על הגברא אין השעבוד נסתלק ממילא ויכול לסלקו בזווי ולבטל השעבוד,

כזה דינא דאינו גובה ממשועבדים עד שיתבע ללוה דאין נפרעים מן הערב תחלה, כדאיתא בכבא בתרא, כנ"ל, אבל בשור תם ובכל אפותיקי מפורש אין דין השעבוד בתורת ערבות אלא דזה הוא עיקר הגביה.

אכן לא שייך שעבוד נכסים אלא אם כן איכא נמי שעבוד הגוף, דשעבוד הוי לגבית חוב וחוב הוא מה שמוטל על הגברא, אלא דבכל פעם עיקר הנידון הוא על החוב, והשעבוד בא בתורת ערבות אם לא יוכל להפרע מן שעבוד הגוף, אבל בשור תם ואפותיקי מפורש עיקר הדין הוא על הגביה מן השעבוד, ומשום הכי אינו יכול לתבוע פרעון מן המחויב, אבל אם רצה המחויב יכול לסלקו בזווי וממילא יבוטל השעבוד, דאם ליכא שעבוד הגוף, ואינו יכול לסלקו בזווי, אם כן אין זה שעבוד כלל אלא מכירה, כמו שכתב הש"ך בחו"מ סי' קי"ז סק"ב בשם הרא"ש, יעו"ש, ומכיון דס"ל לרבי ישמעאל דלבי דינא קמזהר רחמנא, ולא נעשה עדיין הקנין, ואין על השור אלא שעבוד המחוסר גוביינא, אם כן על כרחך איכא נמי חובה על הגברא, ואע"פ שאין הניזק יכול לתבוע ממנו תשלומין, וכל ענין חוב זה הוא אך ורק לקיים שעבוד של השור, דאי אפשר להטיל שעבוד על השור אלא אם כן נטיל נמי חובה על הגברא, ומכל מקום הגביה בפועל לא הוי אלא מן השעבוד, שאין השעבוד בא בתורת ערבות אלא בתורת עיקר הגביה, כמש"נ.

אלא כיון דסוף סוף הרי איכא שעבוד הגוף וחובה על הגברא, ס"ל לרש"י דחובה על המזיק לכתחלה לתת לו זווי, ואע"ג דאין הניזק יכול לתבוע ממנו תשלומין בבית דין, והתוס' לא הזכירו חיוב זה על המזיק מצד עצמו, אכן בודאי יכול לסלקו בזווי כיון דסוף סוף מוטל עליו שעבוד הגוף, ואם סלקו בזווי ממילא נסתלק השעבוד על שור המזיק, וכמש"נ.

ולפי זה מובן היטב הא דאין דין המזיק לשלם לניזק לכתחלה אליבא דרש"י או לסלקו בזווי אליבא דהתוס' אלא בכדי שויות שור המזיק ולא יותר, שהרי עיקר הגביה שנתנה התורה בשור תם הוא מגוף השור, וכל דין שעבוד הגוף שחל על המזיק הוא אך ורק כדי

ואם שור המזיק כל כך קטן שאינו שוה כל החצי נזק הרי הניזק מפסיד את השאר, אבל במועד אפילו אם אין שור הנוגח שוה כל הנזק אין הניזק מפסיד כלום, שהרי המזיק משלם מן העליה ולא מגופו של שור, ואין להניזק שום תביעה על גופו של שור המזיק.

א"ל עיין מה שכתב רש"י לעיל (דף טו.) על מתניתין שהובאה שם וז"ל: מגופו, ואם אינו שוה חצי נזק מפסיד הניזק, כדכתיב (שמות כא, לה) וחצו את כספו. מן העליה, אם אינו שוה כל הנזק נוטל נכסים מביתו עכ"ל יעו"ש. ולכאורה מבואר מדבריו דבשור מועד אינו משלם מנכסים שבביתו אלא אם כן אין הנוגח שוה כנגד כל הנזק, ומשמע דאם שוה כנגד כל הנזק צריך ליתן לו השור, והוא חידוש גדול שלא מצינו בגמרא ובראשונים.

י"ש להקשות מהא דנחלקו רבי ישמעאל ורבי עקיבא לקמן (דף לג.) בשור תם אם יושם השור או יוחלט השור, ורבי ישמעאל ס"ל דבעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ביה, ורבי עקיבא ס"ל דהניזק קנה חלק בגוף השור ושותפי ניהו, וכתב שם רש"י וז"ל: יושם שור המזיק בבית דין ויתן לו מזיק מעות דמי השור שהוא חצי נזקו וכו' עכ"ל יעו"ש, הרי שכתב להדיא בשור תם אליבא דרבי ישמעאל דס"ל דדין מגופו משתלם הוא חיוב ממון ולא קנין שותפות, שלכתחלה צריך ליתן לו מעות כנגד שויות שור המזיק עד כדי חצי נזק, ואם כן בשור המועד דלכולי עלמא הדין הוא חיוב ממון, למה כתב רש"י דצריך ליתן שור המזיק להניזק ורק אם אינו שוה כל הנזק משלם מביתו.

ד"הנה עיין מה שכתב הרמב"ם פ"ה טוען ונטען הל"ב לענין דינא דאין נשבעים שבועת התורה על הקרקעות וז"ל: וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידוה והרי הוא חייב לשלם, בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי, או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת וכו', הרי זה נשבע היסת על הכל עכ"ל יעו"ש. וכתב הראב"ד וז"ל: א"א נראין הדברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצירות, אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעת ממון וכו' עכ"ל יעו"ש.

כמש"נ, אבל רבי עקיבא ס"ל דכל שהשעבוד והחובת גברא הם במקום אחד הרי השעבוד נעשה כגבוי מיד ונעשה שותף, אבל כשהחובת גברא היא אצל השומר ושעבוד הוא על השור שהוא ממון המפקיד, אז לא נעשה כגבוי מיד, אלא מתחלה צריך לגבות מן השומר שהוא פשע בשמירת השור, ורק אם אין לו לשומר מה לשלם אז גובה מן השור שהוא ממונו של המפקיד.

ואע"ג דבכל אפותיקי מפורש לכולי עלמא יכול הלואה לסלק בזווי, ולא אמרינן שכיון דעיקר הגביה הוא מן השעבוד הרי מיד נעשה כגבוי ונקנה להמלוה, מכל מקום גבי שור תם גילתה לנו התורה במה שלא הזכירה חובת הגברא כלל דשעבוד הניזק בשור המזיק נגבה מיד ונעשה קנין, ובטעמא דמלתא יש לומר, דבהלואה חלה חובת גברא ומצות פריעת בעל חוב מיד קודם שהגיע זמן הפרעון והגביה, ולכן כשהגיע זמן הפרעון חובת הגברא במקומה עומדת עד שייגבה בפועל, אבל בשור תם שהזיק, הרי שעת הגביה היא מיד, ואין שום זמן שיש חובת גברא בלי דין גביה, ולכן אמרינן דהשעבוד נעשה קנין. אי נמי יש לומר דרבי עקיבא ס"ל דיסוד חיובו הוא לסלק הנזק על ידי שיתן לו שור אחר תחת שור הניזק, ומשום הכי נעשה כגבוי מיד, אבל באפותיקי מפורש במלוה הרי יסוד החיוב הוא תשלומין בעלמא, ולכן כל זמן שיכול לסלקו בזווי אין האפותיקי נעשה קנין, ועיימש"נ בש"ו פ"ב.

פרק ב

בו יתיישב הסתירה בדברי רש"י שכתב דבמועד שננה משלם מביתו אם אין הנוגח שוה כנגד כל ההיזק, וכתב נמי ביושם השור דלכתחלה יתן המים, ואם בתם כן כל שכן במועד.

[בבא קמא טז:] מתניתין מה בין תם למועד, אלא שהתם משלם חצי נזק מגופו ומועד משלם נזק שלם מן העליה, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: מן העליה, ואפילו אין הנוגח שוה שיעור הנזק, דבמועד כתיב ישלם שור תחת שור, ולא כתיב ביה דמגוף הנוגח יפרע עכ"ל יעו"ש. ולפום ריהטא היה אפשר לומר דרש"י בא לחלק בין תם למועד, דבתם חיוב המזיק מוגבל בשויות השור,

אבל רבי עקיבא ס"ל דהתורה נתנה קנין להניזק בגופו של שור המזיק כנגד חצי נזקו, והרי שכאן הקפידה התורה למלאות ולהשלים הפסד הניזק בפועל ולזכות לו שור אחר במקום שורו, והתורה יחדה שור המזיק שהרי מי יימר שיש לו למזיק שוורים אחרים, ואע"ג דבכל נזקי ממון יכול להשלים ולסלק הנזק על ידי דמים, בשור תם נתנה התורה שור המזיק להניזק כדי להשלים ולסלק נזקו.

לפי זה יש לומר דס"ל לרש"י, דכמו שנחלקו רבי ישמעאל ורבי עקיבא בשור תם נחלקו נמי בשור מועד, רבי ישמעאל ס"ל דכמו דבשור תם אין חיובו אלא ממון כמו בכל נזיקין, הוא הדין נמי במועד אין עליו אלא לשלם מעות ולא גוף השור, אבל אליבא דרבי עקיבא דהתורה הקפידה בשור תם שהנזק יסולק בפועל על ידי הקנאת גוף שור המזיק, סברא היא דגם בשור המועד עיקר החיוב הוא לסלק הנזק על ידי מסירת שורו, וכדכתיב בקרא (שמות כא, טו) שלם ישלם שור תחת השור, ואע"ג דבשור מועד איכא חיוב ממון ולא קנין, מכל מקום עיקר חובתו לכתחלה הוא להשלים לו שור תחת שורו, ורק אם אין הנוגח שוה כל הנזק ישלם לו השאר מביתו.

ובזה יתיישבו דברי רש"י, דלקמן כתב דיהיב דמים ולא הזכיר מסירת השור אפילו בשור תם, שהרי בא לפרש דברי רבי ישמעאל דס"ל דבשור תם עיקר החיוב הוא ממון כמו בכל נזקי ממון, וכמש"נ, אבל במתניתין דידן קאי רש"י אליבא דהלכתא דקיימא לן כרבי עקיבא דיוחלט השור, והתורה הקפידה לסלק הנזק בפועל על ידי השור, כמש"נ, ואם כן ס"ל לרש"י דמסתברא דמה שכתבה התורה מיד אחר כך בשור המועד שלם ישלם שור תחת שור גם כן אזיל בדרך זה, ואע"ג דכאן ודאי הוי חיוב ממון ולא קנין, יסוד חיובו לכתחלה הוא להשלים לו בפועל שור תחת שור, וכמש"נ, ובאמת יש לומר נמי דגם אליבא דרבי ישמעאל עדיף בזה מועד מתם, דבמועד כתיב שלם ישלם שור תחת השור, ואם כן הקפידה התורה על סילוק הנזק, ולכן עדיף אם יתן לו שורו, אבל בהתם לא משתעי קרא כלל בתשלומי הנזק אלא בדיני הגביה, והם

והמגיד משנה הקשה על הראב"ד וז"ל: ואין החילוק שכתב הרב ז"ל נראה נכון, שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות, אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו, הלכך מה לי תובעו למלאות מה לי תובעו בדמים, כאן וכאן תביעתו דמים הבאים מחמת קרקע הן עכ"ל יעו"ש. והמשנה למלך שם כתב לקיים דברי הראב"ד וז"ל: אם עפר קרקעו הוא בעין ועדיין קיים, אפשר שביד התובע להכריח לנתבע למלאות החפירות, ולא אמרינן שישלם דמי נזקו, אלא לומר דאינו חייב לקנות עפר אחר למלאות החפירות עכ"ל יעו"ש.

ומדברי הראב"ד והמשנה למלך מבואר דעיקר החיוב במזיק הוא לסלק הנזק ולהחזיר נכסי הניזק לכמות שהיו מקודם, ולכן אם העפר קיים והניזק תובע שימלא החפירות ולהשוות החצירות יכול להכריחו על כך, וגם להרמב"ם שלא חילק בין תביעת מילוי לתביעת דמים, אלא כל תביעת דמים הבאה מחמת קרקע נחשבת כקרקע ואין נשבעים עליה, כמו שכתב המגיד משנה, כנ"ל, מסתבר לומר דכל תביעת ממון דנזק היא להשלים ולסלק הנזק על ידי דמים, דהעיקר הוא לסלק הנזק, אבל אין צריך לעשות כן בידיים, אלא יכול לתת לו מעות בהשלמת הנזק, ולכן אם הזיק קרקע הרי תביעת הניזק היא סילוק ההיזק והשלמת הקרקע, והרי זו נחשבת תביעת קרקע ואין נשבעים עליה. ומסתברא נמי דאם מכר לו קרקע בקנין ותובע דמי המכירה מן הלוקח, והלה טוען שכבר פרע מקצתה, ככהאי גוונא גם הרמב"ם יודה שאין תביעה זו נחשבת תביעת קרקע, ואע"פ שהתביעה באה על ידי קרקע, כיון שאין עצם החיוב נוגע לקרקע כלל ולא הוי אלא חיוב תשלומין בעלמא, מה שאין כן בתביעת נזקי קרקע שהתביעה היא להשלים קרקע הנפסדת.

והשתא נראה דבזה נחלקו רבי ישמעאל ורבי עקיבא בשור תם מגופו משתלם, רבי ישמעאל ס"ל דעיקר החיוב בשור תם שהזיק הוא חיוב ממון כמו בכל נזקי ממון, אלא דבשור תם נתנה התורה להניזק אפותיקי בגוף השור, ועיימש"נ בש"ו פ"א, והרי הוא מקיים דין השלמת הנזק על ידי תשלומין כמו בשאר נזיקין,

לכּן נראה דבודאי מן העליה היינו מעלית ביתו, ואפילו אם אין השור שוה שיעור הנזק, כמו שכתב רש"י לעיל, ובגמרא פריך מאי עליה, כלומר למה נקיט תשלומין גמורין בלשון עליה ולא קאמר בפשיטות שמשלם נזק שלם מביתו, ועל זה קאמר דנקיט לשון מן העליה משום דיש בזה גם משמעות דמשלם ממיטב הארץ.

פרק ד

בו יבוארו דברי התוס' אַלִיבא דרבי טרפון דאם ילפינן דשור תם משלם נזק שלם מגופו אין בזה עקירה גמורה מדין חצי נזק מגופו אבל לַמִּילָף חצי נזק מן העליה הוי עקירה גמורה.

[בבא קמא יח:] אימור דשמעת ליה לרבי טרפון נזק שלם, מגופו מי שמעת ליה, אין, מהיכא תיתי לה מקרן ברשות הרבים, דיו לבא מן הדין להיות כנדון, יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה היכא וז"ל: ואם תאמר ונימא איפכא קל וחומר לשלם מן העליה ודיו לחצי נזק, ויש לומר דהכי שפיר טפי דכי אמר דיו לענין מגופו לא משנינן מחצי נזק כלל מכמו שהיה, אלא שאנו מוסיפין עליו עוד חצי נזק אחר, אבל אי אמרת דיו לחצי נזק עקרת ליה לגמרי מחצי נזק קמא דמפקא ליה מתשלומי גופו ומוקמינן אתשלומי עליה וכו' עכ"ל. וקשה דלמה אם ילפינן מקל וחומר דתם ברשות הנזק משלם נזק שלם מגופו לא חשבינן ליה עקירה מחצי נזק קמא ורק דמוסיף עוד חצי נזק, ואם נילף חצי נזק מן העליה חשבינן ליה עקירה מחצי נזק קמא, הא הכא נמי נימא דלא עקרת ליה לחצי נזק קמא אלא דמוסיף עוד מקום לגבות מן העליה.

לכּן נראה דהחילוק בין תשלומין מגופו ותשלומין מן העליה לא הוי רק נפקא מינה מהיכא הוא גובה, אלא דהוי חילוק בעצם התשלומין, דתשלומין מן העליה הוי תשלומין בעד חיוב מזיק של הבעלים, אבל תשלומי מגופו לא הוי תשלומין בעד חיוב מזיק של הבעלים, אלא דהוא דין חדש בשור תם דהניזק יש לו זכיה בגוף המזיק היכא דפשע ויש לו דין מזיק, וכן מוכח נמי מהא דאיתא לעיל (דף יג:) דלולי קרא דשור רעהו דבעינן נכסים מיוחדין סלקא דעתין דשור של הפקר שנגח וזכה בו אחר גובה הנזק

בעיקר לטובת המזיק, שהרי אין הנזק גובה משאר נכסים ואינו גובה אלא כנגד שויות של שור המזיק, ואם כן לא מצינו שהתורה חסה על הנזק שיסולק הזיקו על ידי מסירת שור המזיק, ולכן לכתחילה יהיב דמי, ואם לאו גובה מגוף השור.

פרק ג

בו יובא המשנה דתם משלם חצי נזק מגופו ומועד נזק שלם מן העליה, ופירוש הגמרא דהיינו מיטב שהוא המעולה, ויבואר למה רש"י כתב לעיל דמשלם מן העליה היינו מביתו.

[בבא קמא טז:] מתניתין מה בין תם למועד, אלא שהתם משלם חצי נזק מגופו ומועד משלם נזק שלם מן העליה. ובגמרא מאי עליה, אמר רבי אלעזר במעולה שבנכסיו וכו', יעו"ש, והיינו דינא דמזיק משלם ממיטב שדה.

ועיין לעיל (דף ג:) בחצי נזק צרורות דהלכתא גמירי לה, ואמאי קרי לה תולדה, דרגל לשלם מן העליה, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: לשלם מן העליה, שאם הזיקה יותר ממה שהיא שוה משלם ההיזק מביתו כי רגל, דכתיב בה ברגל מיטב שדהו וגו', ולא הויא כי קרן דאין המזיק משלם אלא מגופו וכו' ואם הזיק יותר על כדי דמיו מפסיד הנזק עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי רש"י דמשלם מן העליה היינו עלית ביתו, וכמו שכתב דמשלם ההיזק מביתו, וצריך עיון למה נטה מהא דאיתא בגמרא דמן העליה היינו ממיטב המעולה שבנכסיו, כנ"ל.

ובאמת יש לדקדק על גופא דגמרא דמפרש מן העליה דהיינו מיטב, והלא במשנה קמייתא דמסכתין קאמר וכשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק במיטב הארץ, יעו"ש, וכן במשנה שניה (דף ט:) יעו"ש, ולא קאמר לשון מן העליה כמו במשנה דידן. עוד יש לדקדק דמה ענין מיטב במתניתין, והלא החילוק בין תם למועד הוא דמועד חייב לשלם כל ההיזק מביתו אפילו אין השור שוה שיעור הנזק, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, ומה שמשלם מן המיטב הוא ענין צדדי, ואין זה נוגע להחילוק בין תם למועד.

תם. ומה שהוצרך לפרש מועד בתם וכו', כבר פירש לנו פירושו של במותר, אלא דקדק בלשונו אם הוא הזיק בו יותר משהזיקו תם, לומר לך שהתם משלם נזק שלם בנגיחה זו, כגון אם חבל מועד בתם חמשים ותם במועד ארבעים, הדין נותן שישלם מועד בתם שלשים, קא משמע לן שאין משלם אלא עשרה, דהיינו יותר על מה שהזיקו תם, וסברתו משום שהתחילו כאחת אין כאן חבלה אלא המותר, ולשון במותר משמע כפירושו, דמשמע אמותר חבלה קאי ולא אמותר חיוב תשלומין, והתוס' לא הסכימו על זה כיון שפירשו דמשנה שאין צריכה היא עכ"ל הרא"ש, יעו"ש, ועיין בים של שלמה שנראה לו דהרא"ש עצמו ס"ל כהתוס'.

ולשיטת רש"י גם בתם ומועד שמין כל ההיזק כנגד כל ההיזק, וליכא תורת מזיק אלא על חלק ההיזק שהאחד הזיק לחבירו יותר ממה שחבירו הזיק לו, ועל אותו העודף משלם מועד נזק שלם, דההיזקות מבטלות זו את זו ואין כאן חבלה אלא המותר, אבל לשיטת התוס' שמין חיוב כנגד חיוב ולא היזק כנגד היזק, ובמועד ותם שמין נזק שלם כנגד חצי נזק, ומנכיין הקטן מן הגדול ומשלם המותר.

וגם לשיטת התוס' יש בזה ביטול החיובים ולא רק דין הפוכי מטרתא למה לי, כההיא דכתובות (דף ק"ט), דעד שישלם ויחזור ויגבה המעות ששילם יעמוד כל אחד בשלו, שהרי כתבו התוס' דחידוש מתניתין אליבא דרבי עקיבא הוא דלא אמרינן שהוחלט לו השור ויכול להקדישו, כנ"ל, ולמה באמת לא יוכל להקדישו, אלא מבואר דאמרינן חיובים מבטלים זה את זה, ונתבטלה ההחלטה. וכן מבואר בתירוץ שני של התוס' דאליבא דרבי ישמעאל דהשור נעשה אפותיקי ואם נאבד בטלה זכותו, הכא לא נאמר כן אם נאבד רק שור האחד ולא שור השני, שהרי החיובים מבטלים זה את זה ונתבטל האפותיקי המוטל על השור שלא נאבד.

ונמצא לפי זה שלש מדרגות בחיוב מזיק כנגד חיוב מזיק, חדא יש דין הפוכי מטרתא למה לי, שאין להטריח בית דין להוציא ולהחזיר אם אין בזה שום נפקא מינה, אלא כל

ממנו, יעו"ש, ואע"ג דליכא חיוב מזיק על שום אדם, ולפי זה מובנים דברי התוס', דאם נילף נזק שלם מגופו עדיין הוי בגדר תשלומין של חצי נזק מגופו, אבל אם נילף חצי נזק מן העליה הרי הוי דין תשלומין אחר לגמרי, דזה הוי תשלומי גופו דלא הוי בעד חיוב מזיק, וזה הוי תשלומי עליה על החיוב מזיק, ועיימש"נ בש"ו פמ"ח.

פרק ה

בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' בתם ומועד שחבלו זה את זה דהמועד משלם במותר נזק שלם אם היינו דהחיובים מבטלים זה את זה או אם אין כאן חבלה אלא המותר.

[בבא קמא אג.] מתניתין שני שוורין תמין שחבלו זה את זה משלמין במותר חצי נזק, שניהם מועדין משלמין במותר נזק שלם, אחד תם ואחד מועד, מועד בתם משלם במותר נזק שלם, תם במועד משלם במותר חצי נזק וכו'. וכתב רש"י וז"ל: במותר, שמין מה הזיקו של זה יותר על נזקו של זה, ובאותו מותר משלם מי שהזיק יותר את החצי. מועד בתם משלם במותר, כלומר אם המועד הזיק את התם יותר משהזיקו תם עכ"ל יעו"ש.

ועיין בתוד"ה שני שוורים תמים שחבלו זה בזה וז"ל: תימה דכולה מתניתין שאין צריכה היא, ויש לומר דלרבי עקיבא איצטריך, שלא תאמר כיון דאית ליה יוחלט השור לניזק אם כן שורו של זה קנוי לזה ואם הקדישו קדוש, קא משמע לן דלא אמרינן הכי, ואפילו לרבי ישמעאל נמי נפקא מינה אם נאבד האחד שלא יאמרו הבעלים אגבה כל חצי נזקי משלך ואתה תפסיד נזקך שנאבד שורי שמשלתם מגופו עכ"ל יעו"ש.

והרא"ש נקט דיש כאן מחלוקת רש"י והתוס', וז"ל: פירשו התוס' דכולה משנה כדי נקטא דאין בה שום חידוש, ומתוך פירש"י נ"ל שר"ל שיש חידוש גדול במשנה וזה לשונו, במותר, שמין מה שהזיקו של זה יותר מנזקו של זה ובאותו מותר שהזיק יותר משלם החצי. מועד בתם משלם במותר, כלומר אם הוא הזיק את התם יותר משהזיקו

הכי וכו' עכ"ל, ועיימש"נ בש"ו פ"ה בפלוגתא דרש"י והתוס'.

והרש"ש הקשה על דברי התוס' וז"ל: אנכי תמה דלכאורה לרבי עקיבא דשותפי נינהו ואם כחש המזיק הוה ברשות שניהם כדלקמן (דף לד.), ואם כן הוה אמינא דניזק ראשון יפסיד לפי ערך חלקו בשור המזיקו החצי נזק כשהוזק אחר כך משור תם, קא משמע לן דאינו נפסד כלל בזה וכו', ועדיין דין זה צריך לי תלמוד, וכן מה שכתב הנמוקי יוסף וראוי שתדע וכו' כגון וכו' לפיכך דין הוא וכו' ויגבה האחרון מן הראשון כ' זוו, ואמאי, כיון דניזק ראשון היה לו חלק שותפות במזיקו מ' זוו וכו', מהראוי שגם הוא יפסיד ערך חלקו בו שהוא חלק חמישית דהיינו ט"ז זוו, וישאר בשורו ששורה עשרים זוו, והמזיק הראשון ישלים לו עוד ד' זוו וכו' עכ"ל יעו"ש.

והיינו דשור ראובן שוה מאתים נגח לשור שמעון שוה מנה, והפחיתו שמונים זוו ועמד על עשרים, וחזר שור שמעון ונגח לשור ראובן והפחיתו מנה, דמחשבין עשרים כנגד עשרים ושמעון גובה עשרים מראובן, והרי אליבא דרבי עקיבא דיוחלט השור קונה שמעון חלק חמישית בשור ראובן כנגד הארבעים זוו שראובן חייב לשמעון, ואם כן כשחזר שור שמעון ונגח לשור ראובן והכחישו מנה, ולא שילם אלא עשרים כשיעור שויות גופו, נמצא שראובן מפסיד שמונים זוו, וכיון שהוחלט לשמעון חמישית שור ראובן, עליו להפסיד ט"ז זוו, דהיינו חמישית ההפסד, ואם לא נשאר לו אצל ראובן אלא ד' זווים, העשרים שחייב לו פחות ט"ז של חלקו בהפסד, כמש"נ, וזוהי קושית הרש"ש, דלמה אמרינן אליבא דרבי עקיבא דמשלם במותר חצי נזק, דמחשבים חיוב כנגד חיוב, והלא יש לנו נמי לחשב ההפסד שבא לו על ידי שהיה לו שותפות בשור המזיק, כמש"נ.

וי"ט להעיר על חשבוננו של הרש"ש שחישב העשרים ששמעון נתחייב כנגד כל ההפסד של מנה, ונשאר הפסד של שמונים, ועל שמעון להפסיד חמישית מן ההפסד, דהיינו ט"ז זוו, כנ"ל, אכן נראה שאין לחשב העשרים שנתחייב

אחד יעמוד בשלו, ואין בזה חידוש, ולא הוצרך מתניתין להגיד לנו דבר פשוט כזה, ועוד יש דין חיובים מבטלים זה את זה, והוא ביטול החיובים לפי סכומי התשלומין, וזוהי שיטת התוס', כמש"נ, ועוד יש דין אין כאן חבלה אלא המותר, דמחשבים נזק כנגד נזק, בין בתם בין במועד, וכל דין מזיק לא חל אלא על המותר, וזוהי שיטת רש"י, כמש"נ, ועיימש"נ בש"ו פ"ז.

ויעיין ברש"ש שדייק בלשון הרא"ש דתבריה לגזיזיה, דבתחלת דבריו כתב דמתני' מיירי בין כשהתחילו כאחת בין כשחבל השני בראשון לאחר זמן, ובדיבור הנ"ל כתב דמשום שהתחילו כאחת אין כאן חבלה אלא המותר, יעו"ש. ונראה דאין בזה שום סתירה, דהרא"ש עצמו ס"ל כהתוס' דהחיובים מבטלים זה את זה, וכן מדויק בדברי הפלפולא חריפתא שכתב שהתוס' הרגישו בדיוקו של רש"י ואפילו הכי לא רצו לפרש כחידוש גדול שלו, יעו"ש, וגם הטור לא הביא הך חידוש גדול של רש"י בקיצור פסקי הרא"ש, יעו"ש, ולכן אפילו כשנגח בזה אחר זה, כל זמן שנגיחה שניה היתה נקמת ראשונה דנים שני החיובים כאחד ומבטלים זה את זה, אבל כשפירש דברי רש"י דאין כאן חבלה אלא המותר, והיינו דההיזקות עצמם מבטלים זה את זה וליכא תורת מעשה מזיק אלא על מותר ההיזק, לזה בודאי בעינן שנגחו אהדדי בבת אחת.

פרק ו

בו יתורין קושית הרש"ש בשני שוורים תמים שחבלו זה את זה דמשלם במותר חצי נזק, ואע"ג דבעל השור שניזק ראשון כבר זכה שותפות בשור המזיק וחלק ההפסד מגיע לו.

[בבא קמא א.] מתניתין שני שוורים תמים שחבלו זה את זה משלמין במותר חצי נזק וכו'. וכתבו התוס' בד"ה שני שוורים וז"ל: תימה דכולה מתניתין שאין צריכה היא, ויש לומר דלרבי עקיבא איצטרין, שלא תאמר כיון דאית ליה יוחלט השור לניזק אם כן שורו של זה קנוי לזה ואם הקדישו קדוש, קא משמע לן דלא אמרינן

פרק ז

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף שהקשה על הברייתא דשני שוורים תמים שחבלו זה בזה מוציאים חמישים כנגד חמישים מהא דשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה שניהם גובים.

[כבא קמא ג.] מתניתין שני שוורין תמין שחבלו זה את זה משלימין במותר חצי נזק, יעו"ש. וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: פירשו בתוספתא כיצד במותר חצי נזק, שור ששוה מאתים שנגח לשור ששוה מאתים והכחישו חמשים זוז, וחזר האחרון והכחישו שלשה דינרי זהב, האחרון משלם לראשון חצי דינר זהב שהם שנים עשר זוז ומחצה, משמע שמוציאין חמשים שהם שני דינרין כנגד שני דינרין שהזיקו הראשון, והמותר שהוא דינר שהזיקו האחרון יותר יתן חציו שהוא חצי נזק לבעל השור הראשון, אמר המחבר וקא משמע לן מתניתין דאע"ג דקיימא לן בעלמא כרב נחמן (כתובות דף קי.) דאמר זה גובה וזה גובה, גבי נזקין כולי עלמא אית להו דלא אמרינן זה גובה וזה גובה, דכיון דזכי להו רחמנא למיגבי ממיטב, זהו מיטב שלהם שיעמוד כל אחד בשלו. אי נמי נפקא מינה היכא דשניהן תמין ואבד האחד, שאינו יכול לומר בעליו לחבירו שלם אתה לי כי שלי אבד ואינך יכול להשתלם אלא מגופו, אלא כיון שהזיקו זה לזה יצא נזק זה בזה, הרא"ה ז"ל, עכ"ל יעו"ש.

וקשה טובא על דברי הנמוקי יוסף שהרי טעמא דרב נחמן דאמר זה גובה וזה גובה מבואר בכתובות שם, משום דס"ל בשלן הן שמין, ואם יגבה בעל הזיבורית תחילה בינונית של השני, נעשה הבינונית עידית דידיה שאין בעל חוב גובה ממנה, ושוב מגבה לו הזיבורית, ונמצא מרויח טובא כמה דזה גובה וזה גובה, ורב ששת דפליג דאמר הפוכי מטרחת למה לי, ס"ל בשל עולם הן שמין, ולא ירויח בעל הזיבורית אם נימא זה גובה וזה גובה, ומה שיין פלוגתא זו לדידן דשני שוורים תמים שחבלו זה בזה דדינא הוא דמגופו משתלם.

עוד יש לדקדק במה שכתב דבנזקין כולי עלמא אית להו דלא אמרינן זה גובה וזה גובה כיון דזכי ליה רחמנא למיגבי ממיטב זהו מיטב שלהם שיעמוד כל אחד בשלו, כנ"ל, והלא בשור

שמעון אלא כנגד השמונים שבחלק ראובן, אבל על העשרים שבחלקו ליכא תורת מזיק כלל, שהרי הוא הזיק את עצמו, ולכן עליו להפסיד כל העשרים שיש לו בשור ראובן, וכל אחד יעמוד בשלו, ועיימש"נ בשו"פ פ"ח בדברי הנמוקי יוסף, ולא באתי בזה ליישב קושית הרש"ש, דגם לפי חשבון זה קשה כדבריו, ולא באתי אלא להעיר על חשבונם.

ונראה ליישב קושית הרש"ש הכי, דהנה מבואר לקמן (דף לו.) דלמאן דאמר יוחלט השור חל מיד על הניזק חיוב שמירת נזקין על החלק שזכה בגוף המזיק, יעו"ש, אכן נראה דמכל מקום מוטלת על המזיק שמירת גופו של חלק הניזק עד שיפרענו בפועל, דכיון דיש לניזק ממון אצל המזיק חייב המזיק למוסרו לו בשלימות, וממילא נעשה עליו שומר עד שיוציאו מרשותו, ונמצא דשמירת גופו של חלק הניזק בשור המזיק מוטלת על המזיק, אבל שמירת נזקיו של אותו חלק מוטלת על הניזק, ואע"ג דכל השומרים נכנסים תחת הבעלים לענין שמירת נזקין, כדאיתא לקמן (דף מד.), יעו"ש, היינו משום שקיבלו בפירושו, או משום דקבלת שמירה סתמית כוללת שמירת נזקין, עיין ברמב"ם פ"ד נזקי ממון הל"י ובמגיד משנה שם, אבל הכא דלא היתה קבלה כלל, אלא ממילא נעשה עליו שומר, אינו חייב אלא בשמירת גופו ולא בשמירת נזקיו, וצריך לשמור חלק הניזק שלא יוזק אבל לא שלא יזיק.

ולפי זה אולי נוכל לתרץ קושית הרש"ש, דאין הכי נמי דכשחזר שור שמעון ונגח שור ראובן והפחיתו, הרי נפחת גם חלק שמעון הואיל והוא שותף לגבי כחש המזיק, כמש"נ, מכל מקום ראובן אחראי על אותו הפסד מדין שומר, שהיה לו לשומרו שלא יוזק, ואיברא דאם שמרו שמירה מעולה והוזק באונס פטור מדין שומר, מכל מקום באופן רגיל הרי ראובן חייב להשלים לשמעון מה שהפסיד, ולכן חייב ראובן לשלם לשמעון בשביל כל החלק שזכה בשור המזיק, ואע"ג דנפחת חלק זה על ידי נגיחת שור שמעון, הרי נתחייב ראובן בשמירת גופו של אותו חלק וחייב להשלים לו כל מה שנפחת.

החיובים מבטלים זה את זה כיון דשניהם חיובי נזק, דאע"ג דשור תם מגופו משתלם ונעשה שותף בשור חבירו, אכן ביסוד הוא חיוב מזיק, אלא דלצורת התשלום אמרה התורה שיקנה שותפות בשור המזיק כנגד חצי היזקו, אכן אם גם הוא יש לו חיוב מזיק אמרינן דשני החיובים מבטלים זה את זה, וכיון שנסתלק החיוב בטלה השותפות.

ואפילו אם שור האחד נגח היום ושור השני נגח למחר, דכבר חל השותפות ביום ראשון, עדיין יכול להפקיעה על ידי ביטול החיובים, דהשותפות מבוססת על החיוב, ויש לבטל החיוב אפילו לאחר שחלה השותפות, דעדיין לא ברור חיובו, כי היכי דמצינו דאע"ג דס"ל לרבי עקיבא יוחלט השור, עדיין יכול להודות וליפטר מדין מודה בקנס כל זמן שלא עמד בדין, ועיין מה שכתבו התוס' בד"ה איכא בינייהו, יעו"ש, וכן יכול נמי להיפטר מן החיוב על ידי ביטול החיובים וממילא פקע השותפות, וכל זה הוא אם אמרינן חיובים מבטלים זה את זה, אבל אם אמרינן דאין חיובים מבטלים זה את זה, ורק דאמרינן הפוכי מטרתא למה לי, זה לא שייך בשני שוורים תמים, דמיד שחל החיוב חל הקנין, ואינו יכול לבטלו אלא על ידי הקנאה גמורה, כמש"נ.

והיינו מה שהקשה הנמוקי יוסף, דמן הברייתא מבואר דחיובים מבטלים זה את זה, כמש"נ, והרי קיימא לן כרב נחמן דזה גובה וזה גובה ולא אמרינן חיובים מבטלים זה את זה, דאם היו מבטלים זה את זה היו שתי ההלואות בטלות ולא איכפת לן דבשלו הן שמין ואחד מהם יכול להרויח כשיגבו שניהם, דמעולם לא באו הלואות אלו לידי גביה הואיל ובטלו זה את זה, כמש"נ, ואין כונת הנמוקי יוסף לומר דברייתא אתי כרב ששת דפליג על רב נחמן ואית ליה הפוכי מטרתא למה לי, דגם רב ששת מסכים לרב נחמן דאין החיובים מבטלים זה את זה, אלא דס"ל דבשל עולם הן שמין, ואם כן אין נפקא מינה אם יגבו או לא יגבו, ולכן אמרינן הפוכי מטרתא למה לי, אכן מן הברייתא מבואר דחיובים מבטלים זה את זה, כמש"נ, ולא הזכיר הנמוקי יוסף רב נחמן בקושיתו אלא משום

תם קיימינן שאין דינו לגבות מן המיטב אלא מגופו משתלם.

ונראה דהא דאיתא בהברייתא דמוציאים חמשים כנגד חמשים אין זה דינא דהפוכי מטרתא למה לי דקאמר רב ששת בכתובות, אלא דין הוא בעצם החיוב דשני חיובים מבטלים זה את זה, דלא שייך חיוב לחבירו במקום שגם חבירו חייב לו באותו סוג חיוב, כגון הלואה כנגד הלואה או נזק כנגד נזק, והרי החיובים מבטלים זה את זה מעיקרם, אכן רב נחמן ורב ששת תרוייהו לית להו הך דינא דחיובים מבטלים זה את זה, דאילו כן לא היה נפקא מינה אם בשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין, דכל זה אינו נוגע אלא כשבאנו להגביה בפועל, אז אמרינן דאם בשלו הן שמין זה גובה וזה גובה, ואם בשל עולם הן שמין למה נטריח את עצמנו לגבות לזה ולזה הואיל ולבסוף לא ירויח שום אחד, ולכן אמרינן הפוכי מטרתא למה לי, ואין נזקקים לגבות להם, אבל אם חיובים מבטלים זה את זה, הרי החיובים בטלים מיד מעיקרם ולא משום שאין תועלת בהגביה בפועל, ואם כן לא איכפת לן דאם החיובים יבואו לידי גביה ירויח אחד מהם, אלא מיד כשחלו שני חיובים שוים בצורתם בחשבונם ובזמן פרעונם הרי הם מבטלים זה את זה.

והנה בשני שוורים תמים שחבלו זה בזה לא שייך לומר הפוכי מטרתא למה לי, דהא שור תם מגופו משתלם, ואליבא דרבי עקיבא דיוחלט השור קנה כל אחד קנין ושותפות בשור חבירו, ואי אפשר לומר שיעמוד כל אחד בשלו אם לא שיקנה כל אחד לחבירו בקנין גמור את חלק השותפות שיש לו בשור חבירו, ובשלמא בשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה דנחלקו בזה רב נחמן ורב ששת בכתובות שם הרי עדיין שטרותיהם מחוסרים גוביינא, ואמרינן הפוכי מטרתא למה לי אם בשל עולם הן שמין, ואין עושים גוביינא כלל אלא כל אחד עומד בשלו.

אבל בשני שוורים תמים שאינם מחוסרים גוביינא ומיד קונה כל אחד שותפות בשור חבירו, לא שייך שיעמוד כל אחד בשלו בלי קנין גמור זה לזה, ולא שייך שיעמוד כל אחד בשלו אלא אם כן סבירא לן דבעצם

לא יבא לעולם לידי גביה, דהיינו אם נאבד שור המזיק, ומשום הכי אמרינן דהחייובים מבטלים זה את זה ולא יבא לידי כך שהאחד יגבה ולא השני, אבל בהוציאו שטר חוב זה על זה, הרי לעולם לא יבוטל דין גביה של שום אחד מן השטרות, ואפילו אם אחד מהם לא יהא לו מה לשלם, הלא היום או למחר יהא לו, ולכן אין לבטל החייובים מיד אלא ילכו לגביה ומה שיהיה יהיה, ואם ס"ל בשלו הן שמין נמצא האחד מרויח.

פרק ח

בו יובאו דברי הנמוקי יוסף בשני תמוים שחב"ו זה בזה משלם במותר חצי נזק דמחשבים רק החיוב שאפשר להשתלם מגופו, ויבואר למה לקתה מדת הדין אם אין עושים כן.

[בבא קמא ג.] כתב הנמוקי יוסף וז"ל: וזה שכל מה שהזיק התם עולה ק"ג, נמצא דפלגא הנזק הם ג' של זהב, ומה שהזיק לו המועד עולה נ' דהוא שנים של זהב, נמצא שכשמוציאין כל נזק המועד כנגד כל נזק התם, מצינו כי לשנים של זהב דמועד מוציאין משל תם כנגדו הכפל שהם ד' של זהב שהם ק' וזו, מה נשאר מכל הזיקו של תם נ' שהם שנים של זהב, משלם מאותו מותר חצי נזק שהוא דינר של זהב או חצי דינר של זהב אם תחלוק כל הזיק של כל שור מיד שלא יעלה כל הזיק התם אלא ג' של זהב והזיק המועד דינר עכ"ל יעו"ש. ודע דמה שכתב דחצי נזק עולה חצי דינר אם תחלוק כל הזיק של כל שור, כנ"ל, כונתו לתת עוד ציור כדי שהחשבון יבורר להקוראים, ולזה כתב שאם יצויר שכל שור לא הזיק אלא מחצה ממה שהזיקו בציור הראשון אז תעלה החצי נזק לחצי דינר, ופשוט הוא.

שוב כתב הנמוקי יוסף וז"ל: וראוי שתדע דכי קאמרינן משלמין במותר חצי נזק, דוקא במאי דיכלי לאשתלומי מהדדי הוא דחזינן שיעור מאי דשוו ביה להדדי, דהיינו שיעור מאי דאית ליה כל חד מינייהו לאשתלומי מחבריה, כגון אם שור תם שוה ר' נגח לשור תם שוה מנה והכחישו שמונים וזו, וחזר האחרון והכחישו לראשון מנה, אם נאמר נוציא ארבעים וזו שהם

דקיימא הלכה כרב נחמן בדיני, כדאיתא בכתובות (דף יג.), ונמצאת הבריייתא שלא כהלכה.

וזהו נמי כונת התוס' בד"ה שני שוורים שהקשו מאי קא משמע לן מתניתין והלא פשיטא דמשלם במותר, ותירצו דאשמועינן דאליבא דרבי עקיבא לא אמרינן הקדישו ניזק מוקדש, יעו"ש, והיינו דבתחלה הבינו דדין משלם במותר הוא משום דהפוכי מטרתא למה לי, והקשו דהא מלתא דפשיטא היא שאין להוציא ולהחזיר בלי שום תועלת, ועל זה תירצו דהחידוש הוא דלרבי עקיבא לא אמרינן הקדישו ניזק מוקדש, והיינו משום דחייובים מבטלים זה את זה, וכמש"נ.

ובנמוקי יוסף תירץ דגבי נזקין כיון דזכי ליה רחמנא לגבות ממיטב זהו מיטב שלהם שיעמוד כל אחד בשלו, כנ"ל, ולכאורה אין זה ממש דין מיטב, אלא דכיון דגובה ממיטב יש לו נמי יפוי כח בענינים אחרים, כמו שמצינו לעיל (דף ט) יעו"ש, והכא נמי אמרינן דאע"ג דחייובי הלואה אין מבטלים זה את זה והוא הדין חייובי נזקין אין מבטלים זה את זה. ומה שהקשינו דהרי בנזקי שור תם אינו גובה ממיטב אלא מגופו משתלם, יש ליישב עפ"מש"נ בש"ה פ"ט בדברי הרמב"ם דכל דין אפותיקי הוא לסלק שעבוד המלוה מכל שאר נכסי הלוה, וממילא נתרכזו שעבודו בשדה האפותיקי ועל יד זה נתאלם ונתיפה כח השעבוד, ולפי זה יש לומר דכן הוא נמי בדין מגופו משתלם, דבעצם יכול כל ניזק לגבות ממיטב המזיק, בין מן קרקע עידית בין ממטלטלין, דגם הן נחשבין מיטב, כדאיתא לעיל (דף ט) כל מילי מיטב דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתא, יעו"ש, ובשור תם יחדה התורה גבית הניזק מן השור המזיק, ונתרכזו שעבודו אך ורק בהשור, ולרבי ישמעל נעשה על ידי זה דין אפותיקי ולרבי עקיבא נתאלם עוד יותר ונעשה קנין, ומכל מקום יסוד שעבוד וקנינו בהשור תם הוא מה שניזק גובה מן המיטב.

ומה שכתב הנמוקי יוסף בתירוץ השני דנפקא מינה אם נאבד אחד מן השוורים, כונתו לומר דלא אמרינן חייובים מבטלים זה את זה אלא בנזקי שור תם דשייך שאחד מן החייובים

העשרים שווה שורו והשאר יפסיד ראובן, אם כן מחשבים העשרים ששמעון חייב לראובן כנגד הארבעים שראובן חייב לשמעון, ושמעון גובה עשרים מראובן, כן הוא ציורו של הנמוקי יוסף, נמצא דמשום כחשות שורו מרויח שמעון שלשים זוז, שאינו משלם עשרה אלא גובה עשרים, ולמה לא אמרינן בזה לקתה מדת הדין.

אכנ נראה דאנו צריכים לראות מה יהא הדין אם שור שמעון לאחר שהוזק והוכחש חזר ונגח לשור לוי שוה מאתים והכחישו מנה, הרי אז בודאי לא היה לוי גובה ממנו אלא עשרים זוז שאין הגוף שוה יותר מזה, ושמעון גובה מגופו של שור ראובן ארבעים זוז חצי נזקו, ואם כן לא מסתברא שאם שור שמעון חזר ונגח שור ראובן שוה מאתים שיהא חיובו גדול מאילו נגח שור לוי שוה מאתים, דאם נאמר כן לקתה מדת הדין, ועל כרחך צריך לומר דמגופו לא הוי שיעור בהגביה אלא בהחיוב, ולעולם אין שייך בשור שמעון חיוב יותר מעשרים מאחר שהוכחש ועמד גופו על עשרים, ולא שנא נגח שור ראובן לא שנא נגח שור לוי, ומחשבים העשרים של חיוב של שמעון כנגד הארבעים של חיובו של ראובן, וגובה שמעון מראובן ארבעים זוז.

אבל על עצם דין הנמוקי יוסף יש לעיין, דלפי דבריו מחשבים עשרים כנגד עשרים וגובה שמעון עשרים, והלא לרבי עקיבא דיוחלט השור קונה שמעון שותפות בשור שמעון שוה ארבעים זוז, דהיינו חלק חמישית שבו, וחלק ראובן נתמעט על ידי ההחלטה ממאתים למנה וששים, וקנינו של שמעון חל מיד בשעת הנגיחה אם שיבא לידי העמדה בדין, כמו שכתבו התוס' בד"ה איכא בינייהו, יעו"ש, ואחר כך כשהזיק שור שמעון את שור השותפות ונפחת מנה, נמצא דשמעון הפסיד עשרים וראובן הפסיד שמונים, ונשאר חלק שמעון עשרים וחלק ראובן שמונים, אכן לגבי חלקו בהשותפות אין לשמעון תורת מזיק כלל, שהרי הזיקו ממון שלו, ולגבי חלק ראובן יש לו דין מזיק, וחייב לשלם כל העשרים שלו לראובן, נמצא דראובן תובע משמעון עשרים מתורת מזיק, ושמעון תובע מראובן עשרים לסלקו מחלק השותפות שיש לו בשורו,

חצי נזק שחייב הראשון, כנגד ארבעים זוז של חצי נזק שחייב האחרון, ויגבה הראשון מן האחרון עשרה דינרין במותר חצי נזקו, לקתה מדת הדין, שהרי האחרון שהכחישו לראשון מנה אינו שוה אלא עשרים זוז, ואין לו לראשון להשתלם אלא מגופו, והראשון שהכחישו לאחרון שמונים זוז עדיין שוה מנה, והאחרון יכול להשתלם ממנו חצי נזקו שהוא ארבעים זוז, לפיכך דין הוא שנוציא עשרים כנגד עשרים דהוא שיעור מאי דאית להו לאשתלומי מהדדי, ויגבה האחרון מהראשון עשרים זוז שהוא מותר הארבעים שהוא חצי נזקו, וראשון שמותר חצי נזקו שלשים אין לו להשתלם מן האחרון כלום, כיון דאינו שוה כל כך, נמצא שפעמים שהניזק שנוקו מועט גובה יותר מחבירו שנוקו מרובה עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדבריו דבהך דינא דשור תם מגופו משתלם, דאם אין גופו שוה חצי הנזק מפסיד הניזק, כמו שכתב רש"י לעיל (דף טו. וטו.) ובסוגיין, אין הגדר דאע"ג דחיובו חצי נזק אין בדינו לגבות אלא מגופו בלבד, ולכן כשאין ערך גופו שוה כשיעור חצי נזק מפסיד השאר משום חסרון בהגביה, אלא דבכלל לא חל עליו חיוב תשלומין אלא כנגד שויות שור המזיק ולא יותר, ואם כן בגונא שציייר הנמוקי יוסף אין חיובו אלא עשרים כנגד שויות שור המזיק, ועל השאר ליכא חיוב כל עיקר, ונמצא דכשהחיובים מבטלים זה את זה אין שמין לו אלא עשרים כנגד עשרים, ולא נפחת מחיוב השני אלא עשרים בלבד ולא כל חצי נזקו.

ובמה שכתב הנמוקי יוסף דאם נוציא ארבעים כנגד ארבעים ויגבה האחרון מן הראשון עשרה דינרין במותר חצי נזק לקתה מדת הדין, לכאורה יש לדקדק דאדרבה אם נאמר שמחשבים עשרים כנגד עשרים לקתה מדת הדין, והיינו דאם שור ראובן שוה מאתים נגח לשור שמעון שוה מנה והכחישו שמונים, ונתחייב ראובן לשמעון ארבעים זוז מדין חצי נזק, ואחר כך נגח שור שמעון לשור ראובן והכחישו מנה, ונתחייב חמישים זוז לראובן מדין חצי נזק, אם מחשבים ארבעים כנגד ארבעים הרי שמעון משלם עשרה זוזים לראובן, אבל אם אין חיוב שמעון אלא

בודאי הוי קאמר ליה, אלא מוכח דגם אליבא דרבי ישמעאל אינו יכול לסלקו בזווי.

אבן במהרש"א שם כתב דדוחק לומר דאליבא דרבי ישמעאל אין המזיק יכול לסלק הניזק בזווי, דהא קאמר בגמרא דבעל חוב הוא, אלא כונת התוס' היא דאם מכרו מזיק אין הלוקח יכול לסלק הניזק בזווי אפילו אליבא דרבי ישמעאל, יעו"ש, והוא באמת דין אפותיקי מפורש, ובסוגיין לקמן (דף לג:) אמרינן דשור תם התורה עשאו אפותיקי, יעו"ש, וכונתו היא דכיון דחזינן דשעבוד הניזק על השור הוא כל כך חזק שאין הלוקח יכול לסלקו בזווי, ואע"ג דבכל בעל חוב הבא לגבות מן הלקוחות יכולים לסלקו בזווי, לפיכך גם הקדש קדושת הגוף הראוי למזבח אינו יכול להפקיע שעבוד אלים כזה.

אבל קשה לפי זה דהא אמרינן לעיל בפ"ק (דף ה:) מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, יעו"ש, ואם המזיק היה יכול לסלק את הניזק בזווי, למה לא תעבור זכות זו גם ללוקח שיוכל גם הוא לסלקו בזווי.

ונראה לכאר הענין עפ"ימש"נ בש"ו פמ"ח בשיטת הרמב"ם דבשור תם יש שני דינים, חובה על הגברא לשלם תשלומי נזק כדין כל ממון המזיק, ועוד יש שעבוד וקנין על השור כנגד החצי נזק, ואין הגביה מן השור כדין כל שעבוד נכסים שהגביה היא בתורת נכסי דבר איניש אינון מערביין יתיה, כדאיתא בבבא בתרא (דף קעד.), אלא בשור תם הגביה מגופו היא דין בפני עצמו שאינו תלוי בחובת הגברא כלל, ומשום הכי סלקא דעתין דגם שור של הפקר משתלם מגופו אי לאו דמיעטיה קרא, כדאיתא לעיל (דף יג:), ונחלקו רבי ישמעאל ורבי עקיבא בדין חדש זה של גביה מגופו של שור תם אם הוא בתורת אפותיקי או בתורת קנין גמור, דרבי עקיבא ס"ל דהוי קנין גמור, ואם כן מיד בשעת הנזק נעשה הניזק שותף בשור המזיק, וממילא נסתלק החובת גברא, שהרי כבר נשתלם הנזק בממונו, אבל רבי ישמעאל ס"ל דהוי אפותיקי, ועדיין מחוסר גוביינא, והניזק הוא בעל חוב ולא שותף, ואם עדיין לא נשתלם הנזק, לא נסתלק החובת גברא המוטלת על המזיק.

והרי היה צריך להיות הדין דכל אחד עומד בשלו, ואין אחד מהם משלם לחבירו כלום, ועיימש"נ בש"ו פ"ו בדברי הרש"ש.

פרק ט

בו יובא מחלוקת רש"י והתוס' אם בעל שור תם שהזיק חייב לשלם זווי או אם אינו חייב ורק שיכול לסלקו לניזק אם ירצה, ויבוארו דברי המהרש"ל דאינו יכול לסלקו בזווי.

[כבא קמא לג.] דתניא יושם השור בבית דין דברי רבי ישמעאל, רבי עקיבא אומר הוחלט השור, במאי קמיפלגי, רבי ישמעאל סבר בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ליה, ורבי עקיבא סבר שותפין נינהו וכו', יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: יושם השור המזיק בבית דין ויתן לו מזיק מעות דמי השור וכו' עכ"ל יעו"ש, ומבואר דעיקר הדין אליבא דרבי ישמעאל הוא שהמזיק יתן מעות להניזק. ועיין בתוד"ה הקדישו ניזק איכא בינייהו וז"ל: הוה מצי למימר דלמר יכול לסלקו בזווי ולמר אינו יכול לסלקו עכ"ל יעו"ש, ומשמע מדברי התוס' דזכות היא למזיק שיכול לסלקו לניזק בזווי אם רוצה, אבל מעיקר הדין אינו צריך לשלם לו מעות, אלא הניזק יקח השור בתשלומי נזק, ודלא כדברי רש"י. ויש לעיין בשיטת התוס' דאם בעל חוב הוא ויכול לסלקו בזווי, למה לא יהא עליו חובה לשלם לו מעות בתחלה.

והנה כתבו התוס' בגיטין (דף מ:) בד"ה הקדש וז"ל: פי' בקונטרס דוקא קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד אבל קדושת דמים לא וכו', ובפרק המניח (ב"ק דף לג:) דאמר הקדישו מוקדש משום דרבי אבהו אבל קדושה גמורה לא, איכא לאוקמי אפילו בראוי למזבח, אפילו הכי אין מפקיע מידי שעבוד דניזק, דכיון דאינו יכול לסלקו בזווי אפילו לרבי ישמעאל וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי התוס' דגם אליבא דרבי ישמעאל אינו יכול לסלקו בזווי, ועיין במהרש"ל שם שכתב דהתוס' דגיטין פליגי על תוס' דידן, וטעמא דידהו משום דלא קאמר בגמרא איכא בינייהו דלמר יכול לסלקו בזווי ולמר אינו יכול לסלקו, ואע"ג דתוס' דידן כתבו דהו"מ למימר דהן נפקא מינה, בתוס' דגיטין ס"ל דאם כן הוא

בוזוי נפקע ממילא, אולם הלוקח לאו בעל דברים ידידיה הוא לשלם חובת המזיק כדי שהשעבוד יפקע ממילא, וכיון שאינו משלם מדין חיוב המזיק אלא דנשתעבד השור אין הניזק מחויב לקבל ממנו הזווי.

ובדברי המהרש"ל הנ"ל שהבין בדברי התוס' בגיטין דפליגי על תוס' דידן, וס"ל דגם אליבא דרבי ישמעאל אין המזיק יכול לסלקו בזווי, לכאורה קשה דאם בעל חוב הוא למה לא יוכל לסלקו בזווי, ולפימש"נ יש לומר דכיון דאין השעבוד על גוף השור בא בתורת ערבות להחובת גברא, הרי הניזק יכול לתבוע הגביה מגופו של שור שהוא מעיקר דינו של החיוב, ואינו צריך להתחשב עם חובת גברא המוטלת על המזיק.

פרק י

בו יבואר דשייך לומר למפרע הוא גובה בשור תם שהזיק אפילו לשיטת התוס' קודם העמדה בדין ליכא חיוב קנס כלל על השעבוד בשעת מעשה הנגיחה בעידן דליכא חיובא.

[**בבא קמא** לג.] כתבו התוס' בד"ה הקדישו ניזק איכא בינייהו וז"ל: דלרבי ישמעאל אין קדוש, ואם תאמר ואמאי אין קדוש למאן דאמר בפרק כל שעה (פסחים דף ל:). למפרע הוא גובה וכו' עכ"ל יעו"ש. ומדברי התוס' לכאורה יש להביא ראיה דדין למפרע הוא גובה לא הוי משום דכל הלואה הוי כמכירה על התנאי, שמוכר לו השדה מיד אם לא ישלם לו מעותיו כשיתבענו בבית דין, דאם כן לא שייך דין למפרע הוא גובה לגבי חיוב שור המזיק, שהחיוב חל ממילא ומעולם לא מכר לו שום דבר על התנאי, ועיימש"נ בש"י פ"א.

וי"ש לדקדק דהנה מבואר מדברי התוס' במכות (דף ה.) ד"ה דבעידנא דבחיביי קנסות ליכא חיוב כלל קודם העמדה בדין, וכן כתבו התוס' בכתובות (דף לג:) בד"ה לאו משום, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פט"ז, ולפי זה מה היא קושית התוס', והלא קיימא לן כמאן דאמר פלגא נוקא קנסא, כדאיתא לעיל (דף טו.), יעו"ש, ואם כן ליכא חיוב מזיק עד שעת העמדה בדין, והיאך נוכל לומר בזה דלמפרע הוא גובה משעת נגיחה.

ובזה נחלקו רש"י והתוס', רש"י ס"ל דאע"ג דשני הדינים אלו, החובת גברא והגביה מן השור, אינם שייכים זה לזה, ויש להניזק שני אופנים נפרדים לגבות נזקו, מכל מקום צריך המזיק להקדים לשלם לו זווי כדי לקיים החובת גברא המוטלת עליו, שעיקר הדין הוא לשלם זווי, ולא לדחותו אל גוף השור, אבל התוס' ס"ל דכיון דהגביה מגוף השור לא הוי מדין ערבות עד שנאמר אין נפרעים מן הערב תחלה, כדאיתא בכבא בתרא שם, אלא דהתורה יחדה השור לתשלומין, אם כן אין המזיק צריך להקדים לו זווי, אלא ילך הניזק לכתחלה אל גוף השור, ומכל מקום כיון דלרבי ישמעאל הוי אפותיקי ולא קנין, ועדיין לא נסתלקה החובת גברא, כמש"נ, שפיר יכול המזיק לסלקו בזווי אם ירצה, וכיון ששילם לו מצד החובת גברא הרי נשתלם הנזק ופקע האפותיקי, ואע"פ שהאפותיקי לא בא לערב החובת גברא, סוף סוף אם נשתלם הנזק שוב פקע האפותיקי מעצמו.

ולפי זה שפיר מובן מה שכתב המהרש"א בדברי התוס' בגיטין דאע"ג דלרבי ישמעאל יכול המזיק לסלקו לניזק בזווי מכל מקום הלוקח את השור מן המזיק אינו יכול לסלק הניזק בזווי, ואע"ג דאמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, ואם המזיק היה יכול לסלקו למה לא יוכל גם הלוקח העומד במקומו לסלקו לניזק, כמו כל לוקח קרקע שיכול לסלק הבעל חוב בזווי ולעכבו מלגבות הקרקע, ולפימש"נ לא דמי כלל, דכל שעבוד הרי בא בתורת ערבות על החובת גברא, וכשקנה הלוקח הקרקע המשועבדת קנה נמי הכח להפקיע השעבוד על ידי תשלומי החוב, דזה הוי הפקעה על השעבוד, אבל בשור תם אין שום שייכות בין השעבוד להחובת גברא, ואין תשלומי המעות הפקעה להדיא על השעבוד, שהרי לא בא השעבוד להיות ערב לחיובו, אלא דמכל מקום אם שילם חובו הרי ממילא נפקע השעבוד, שהרי סוף סוף נשתלם הנזק, אבל אין זה זכות וכח שיש לו למזיק לבטל השעבוד על ידי תשלומין, ואם כן אין זה בכלל דינא דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, שהרי גם להמזיק לא היה זכות וכח להפקיע השעבוד, ורק דאם סילקו

דלמאן דאמר למפרע הוא גובה היינו היכא דגבאו לבסוף, אבל הכא אם נתרצה ניזק לבסוף לקבל המעות ולא גבאו, לרבי ישמעאל אין קדוש, ומכל מקום לרבי עקיבא קדוש דשותפין נינהו וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה בדיבור הקודם כתבו התוס' דאליבא דרבי ישמעאל יכול המזיק לסלקו לניזק בזווי, והכא כתבו דלמאן דאמר למפרע הוא גובה בעינן דגבה בסוף, ואם נתרצה הניזק לקבל מעות לא אמרינן למפרע הוא גובה, ויש לדקדק למה כתבו שנתרצה הניזק לקבל מעות, ולמה לא כתבו בפשיטות שאם המזיק סילקו בזווי ולא בא לידי גביה לא אמרינן למפרע הוא גובה.

ועיין בפסחים שם (דף לא.) כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה, אביי אמר למפרע הוא גובה, כיון דמטא זמניה ולא פרעיה, איגלאי מלתא למפרע דמעיקרא ברשותיה הוה קאי ושפיר אקדיש ושפיר זבין, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, כיון דאילו הוה ליה זווי הוה מסלק להו בזווי אישתכח דהשתא קא קני, יעו"ש. וכתב שם רש"י וז"ל: כי פליגי דאקדיש מלוה בתוך הזמן את הקרקע המשועבד לו, והשתא כשהגיע הזמן ולא פרעו זה והוא בא לגבותה מן הלוח חוזר בו מן ההקדש עכ"ל יעו"ש. ולכאורה משמע מדברי רש"י דפליגי על התוס' וס"ל דלא בעינן גבהו לבסוף, דאליבא דאביי חל ההקדש למפרע מיד כשהגיע זמנו, ואע"פ שחזר בו, ואליבא דרבא לא היה בידו להקדיש, ולא חל מידי, וכשהגיע זמנו יכול לגבותו ולעשות בו כל מה שירצה, ולשיטת התוס' לא חל ההקדש למפרע כשהגיע זמן הפרעון אלא כשגבה הקרקע בפועל, ואליבא דרבא לא חל מידי, דס"ל דמכאן ולהבא הוא גובה.

ולשיטת רש"י לכאורה קשה קושית התוס' דגם אליבא דרבי ישמעאל אם הקדישו יהא קדוש למאן דאמר למפרע הוא גובה ואינו יכול לחזור בו, ואין לתרץ דמכל מקום יכול לחזור בו קודם שהגיע זמנו, דהא בניזק לכאורה זמן הפרעון הוא מיד בשעת הנזק, ואם כן למאן דאמר למפרע הוא גובה מיד כשהגיע זמנו לכאורה אין נפקא מינה בין רבי

ונראה דהדברים מתבארים על פי מה שכתב הנמוקי יוסף לעיל (דף כב.) על הא דאמר רבי יוחנן אשו משום חציו וז"ל: אילו מת קודם שהספיק להדליק הגדיש ודאי משתלם ניזק מאחריות נכסים דידיה, דהא קרי כי תצא אש שלם ישלם, ואמאי מחייב הרי מת ומת לאו בר חיובא הוא, אלא לאו שמע מינה דלאו כמאן דאדליק השתא בידיים חשבינן ליה, אלא כמאן דאדליק מעיקרא משעת פשיעה חשבינן ליה וכו' עכ"ל יעו"ש. והיינו דחל השעבוד נכסים בשעת עשית המעשה היזק אע"ג דבפועל לא הוזק עד לאחר כן, ולפי זה בודאי איכא שעבוד נכסים בחיוב קנס מיד בשעת עשית המעשה, ועדיף מההיא דאשו משום חציו, דהתם לא נעשה ההיזק בפועל עד שהאש מגיע להגדיש, ומכל מקום נשתעבדו נכסיו מיד כשהדליק האש, וכל שכן בשור תם שהיזק דכבר הוזק הניזק בשעת נגיחה, ורק דלא נוצר החיוב תשלומין בפועל עד שעת העמדה בדין, דנכסי המזיק נשתעבדו מיד, ושפיר שייך לומר למפרע הוא גובה.

והנה בכתב ללוות בניסן ולא לוח עד תשרי אמרינן בבבא מציעא (דף יג.) דשעבוד נכסים חל בשעת כתיבה בניסן, או לאביי משום דעדיו בחתומין זכין לו או לרב אסי מפני שהקנה לו השעבודים להדיא, ומבואר דיכול לשעבד נכסיו לחיוב שעדיין לא בא, אכן נראה דהתם לא נימא למפרע הוא גובה, שהרי בשעה שחל השעבוד ליכא לא חיוב ולא מחייב, מה שאין במדליק אש ובשור תם, דאע"ג דלא חל חיוב תשלומין בפועל עד העמדה בדין, מכל מקום כבר איכא מיד מעשה מזיק, ובשור תם כבר הוזקו נכסי הניזק, ויש כאן מחייב לתשלומין.

פרק יא

בו יבוארו דברי התוס' בקושיתם דלמאן דאמר למפרע הוא גובה לא בעינן גביה לבסוף, ויבואר נמו מה שתירצו דמירי שנתרצה הניזק לקבל מעות ומעולם לא בא לידי גביה.

[בבא קמא ג.] כתבו התוס' בד"ה הקדישו ניזק איכא בינייהו וז"ל: דלרבי ישמעאל אין קדוש, ואם תאמר ואמאי אין קדוש למאן דאמר בפרק כל שעה (פסחים דף ל:) למפרע הוא גובה, ויש לומר

בזווי, שאין הניזק מוכרח לקבל תשלומין שנית ולבטל התשלומין שכבר קיבל, ומשום הכי לא כתבו התוס' שהמזיק רוצה לסלקו בזווי, ומכל מקום כיון שעדיין לא חלה הגביה בפועל הואיל ובעינן גבה לבסוף, שפיר יכול הניזק להתרצות לקבל מעות מן המזיק כדי שלא יגבה ממנו בכית דין, ואם לא יבא לעולם לידי גביה בפועל, ממילא לא יבא לידי גביה למפרע, ונמצא ההקדש בטל מאליו, ובזה יש נפקא מינה בין רבי ישמעאל ורבי עקיבא, דאליבא דרבי ישמעאל אם נתרצה הניזק בטל ההקדש, אבל לרבי עקיבא שותפין נינהו.

פרק יב

בו יבוארו דברי התוס' דדין מודה בקנס פטור שייך אפילו דכבר חל החיוב או הקנין בשעת עשית המעשה, ומכל מקום יש חידוש נוסף בקנין מבחיוב דחשיב גברא לאו בר תשלומין.

[בבא קמא א:] כתבו התוס' בד"ה איכא בינייהו וז"ל: ונראה דאע"ג דלרבי עקיבא קיימא ליה ברשותיה משעת הנזק קודם העמדה בדין, וחשבינן כאילו בא חצי נזק לידו מאותה שעה, ואע"ג דקיימא לן פלגא נזקא קנסא, מכל מקום אם העידו עדים ששורו נגח ביום א', ואתו עדים אחרוני ואמרו ביום א' הייתם עמנו אלא בערב שבת נגח, דמשלמין, דבעידנא דמסהדי גברא לאו בר תשלומין הוא, דכל זמן דלא נתגלה הדבר שלא העידו עליו חשיב לאו בר תשלומין, אע"ג דקם ברשותו בשעת הנזק, כדמוכח במרובה (לקמן דף עד.) גבי מעידנו באיש פלוני שהפיל שן עבדו וכו', ואפילו הכי פריך אי דלא עמד בדין דמי כולו עבד בעי לשלומי דאכתי לא מיחייב גברא, אלמא לא חשבינן גברא בר תשלומין כל זמן שלא נודע וכו'. ואם תאמר דבפרק נערה (כתובות דף מא:) תנן לא הספיק לעמוד בדין עד שבגרה קנסה לעצמה וכו', אלמא משמע דבקנס לא זכי עד שעת העמדה בדין, והכא סבר רבי עקיבא דזכי משעת הנזק וכו', ושמא יש לומר דהיינו טעמא דזוכה משעת נגיחה משום דגלי לן קרא דמשמע לרבי עקיבא דמכרו אמזיק ואניזק קאי וכו' עכ"ל יעו"ש.

ישמעאל ורבי עקיבא אם הקדישו ניזק, דלתרווייהו קנה הניזק מיד או משום קנין או משום גבית השעבוד למפרע וחל ההקדש, ואולי יש לומר דבמזיק שאני דבעי שומא, וקודם לכן ליכא חיוב בפועל לשלם ויכול לחזור בו, לכן נראה דרש"י לא נקט אלא לשון הגמרא, אבל באמת בעינן גביה לבסוף, ורק דלאחר דמטא דמניה גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה, וכדברי הנתיבות המשפט סי' ק"ג סק"ח, ועיימש"נ בש"י פ"ו.

ובאמת קשה גם למאי דסלקא אדעתיהו דהתוס' דלא בעינן גביה לבסוף, ולכאורה אולו בזה לפי פשטות לשון הגמרא דפסחים הנ"ל דכיון דמטא זמניה איגלאי מלתא למפרע דברשותיה הוה קאי, אולם אם כן הוא היאך שייך בכלל דין יושם השור, הלא לעולם הוי כגבוי מיד כיון דזמנו מיד, ואין שום נפקא מינה בין רבי ישמעאל לרבי עקיבא.

ואולי יש לומר דבודאי לא עלה על דעת התוס' דחל הגביה מיד כשהגיע הזמן, ושפיר ידעו דבעינן גביה כדי שנאמר למפרע הוא גובה, אכן סלקא אדעתיהו דכיון שהקדישו ניזק הרי קיבל בזה תשלומין על נזקו, שהרי על ידי מעשה הקדש דידיה יבא השור לרשות הקדש, ורק דמחוסר גוביינא, ואם כן על ידי המעשה הקדש גופא נעשה רצונו ונשתלם הנזק, והיא היא הגביה, ולא נצטרך עוד גביה, שהרי כבר גבוי על ידי הקדש הניזק, וממילא חלה הגביה למפרע וחל ההקדש, ואם כן קשה דהרי גם אליבא דרבי ישמעאל נימא דהקדישו ניזק קדוש.

ועל זה תירצו התוס' דאע"ג דכבר נעשה רצון הניזק והמלוה על ידי מה שהקדישו מה שמשועבד להם, מכל מקום אין זה נחשב גביה גמורה שנוכל לומר מיד למפרע הוא גובה, אלא עדיין מחוסר גביה בפועל, ועד שיבוא לידי גביה בפועל לא אמרינן למפרע הוא גובה, אלא דמכל מקום אהני מה שהקדישו ונעשה רצון הניזק לעכב המזיק מלסלקו בזווי, שהרי כבר נשתלם הניזק במה שנעשה רצונו והשור יכנס לרשות הקדש מיד על ידי הגביה, וכיון שאין עוד דין תשלומין על המזיק שוב אינו יכול לסלקו לניזק

ורק בשור תם שגופו הוחלט ונקנה להניזק אליבא דרבי עקיבא, היה להם שאלה להתוס' אם גם בזה יהא נחשב גברא לאו בר תשלומין קודם גמר דין לגבי הזמה, כמו שהמחויב קנס נחשב לאו בר תשלומין, דהיה אפשר לחלק דדוקא גבי חיוב נאמר כן, שהרי אף מי שיש לו חיוב מוחלט על חברו עדיין אין לו כלום בידו בפועל, ואם כן יש לומר דחשיב גברא לאו בר תשלומין כיון דהחיוב שכבר חל עדיין אין לו תוצאה בפועל, אולם ביוחלט השור הרי כבר בא השור ליד הניזק, ונהי דהמזיק יכול לעקרו על ידי הודאה, השתא מיהא לא הודה, ואם הקדישו ניזק קדוש, והיאך יחשב גברא לאו בר תשלומין. וזהו מה שדייקו וכתבו דאע"ג דקיימא ליה ברשותיה בשעת הנזק קודם העמדה בדין, כנ"ל, וחשבינן כאילו בא חצי נזק לידו מאותה שעה, ולכאורה יש בזה כפל לשון, אלא כונתם לומר דלא רק שיש לו לניזק זכות בגוף השור, דאולי מצד זה עדיין יחשב לאו בר תשלומין כמו בחיוב שכבר חל, אלא יתר על כן יש לו קנין גמור בהשור, והוי כאילו בא כבר לידו ויכול להקדישו, והיאך יחשב גברא לאו בר תשלומין.

וכתבו התוס' מן הסברא שנראה להם דאף על פי כן חשיב לאו בר תשלומין שהרי עדיין לא נודע ולא נתגלה הדבר בעדים בבית דין, ואע"ג דכבר יש לו קנין גמור, הואיל ואין הדבר ידוע חשיב לאו בר תשלומין, והביאו ראיה מסוגיא דמרובה, כנ"ל.

והנה לפי מה דסלקא דעתייהו להתוס' דבכל קנס איכא חיוב מיד, הרי מבואר דדין מודה בקנס פטור אינו דליכא חיוב מיד, אלא אע"ג דיכול להודות ולפטור עצמו עדיין שייך בו חיוב, וכן שייך בו קנין, וכמש"נ, ואם כן גם לפי המסקנא שהוכיחו מן הסוגיות דליכא חיוב מיד, טעמא דליכא חיוב לא הוי משום מודה בקנס פטור, אלא דילפינן מאשר ירשיעון אלהים דאין בקנס חיוב אלא על ידי הרשעת אלהים, ובשור תם גלי לן קרא דיוצא מן הכלל, אבל עצם דין יוחלט אינו סותר לדין מודה בקנס פטור, וכסברתם דלעיל, והתוס' פליגי בזה על דברי רש"י במכות שם, ועיימש"נ בש"ו פט"ו.

והנה מהמשך דברי התוס' מבואר דבמה שכתבו ונראה וכו' סלקא אדעתייהו דכן הוא הדין בכל קנס שהחיוב חל מיד, ועל זה הקשו התוס' מה שהקשו בהמשך דבריהם, ולא הוקשה להם להתוס' דהיאך אפשר לומר דחיוב קנס חל מיד והלא קיימא לן מודה בקנס פטור, דזה לא קשיא להו כלל, שהרי גמרא מפורשת היא לעיל (דף טו.) דבשור תם יכול להודות ולפטור, ועל פי פשוטות קאי גם אליבא דרבי עקיבא דיוחלט השור, והביאו הרמב"ם להלכה פ"ב נזקי ממון הל"ח, יעו"ש, ונמצא דאע"ג דהשור הוחלט לניזק מיד יכול להודות ולהיפטר, הרי להדיא דמודה בקנס יכול לעקור קנין שכבר חל, וכל שכן שיכול לבטל חיוב שעדיין לא בא לידי גוביינא.

וביאור הדברים הוא דבקנס גילתה לן התורה דבעינן אשר ירשיעון אלהים ולא שירשיע את עצמו, ואם הודה קודם שבאו עדים הרי זה נחשב הרשעת עצמו ולא הרשעת אלהים, ואין בית דין יכולים לדון דין זה, שהרי התורה מיטטה אותו, ואם כן אף אם כבר חל חיוב קנס בשעת עשית המעשה, עדיין יכול להודות ולפטור עצמו, דכיון שהודה אם כן מכאן ולהבא לא יוכל הבית דין לחייבו בחיוב זה, והרי הוא בטל מאליו, וכן בקנין של קנס, כיון שהודה שוב אי אפשר לחייבו אף מכאן ולהבא, והרי הקנין נעקר ובטל מאליו.

וכן לא הוקשה להם להתוס' לפי מה דסלקא דעתייהו דחיוב קנס חל מיד בשעת עשית המעשה, מהא דאמרין במכות (דף ה.) דבקנס לפני גמר דין חשיב גברא לאו בר תשלומין, ואם החיוב חל מיד למה חשיב לאו בר תשלומין, דגם זה לא קשה, שהרי כתב רש"י שם דאע"ג דבנפשות חל חיוב מיתה מיד בשעת עשית המעשה, מכל מקום חשיב לאו בר קטלא הואיל ואין בזה נפקא מינה למעשה כל זמן שלא נגמר דינו, ועיימש"נ בש"ו פ"ד, ואם כן יש לומר דהוא הדין בקנס, אין הכי נמי דהחיוב כבר חל עליו מיד, מכל מקום כיון דבפועל אינו משלם על פי עצמו, דמודה בקנס פטור, אם כן חשיב גברא לאו בר תשלומין.

פרק יג

בו יבוארו דברי התוס' דאליבא דרבי עקיבא דהוחלט השור יכול להודות ולהיפטר עד שנת העמדה בדין, ומכל מקום סלקא דעתין דאם הקדישו ניזק שוב אין המזיק מודה ומיפטר.

[כבא קמא ג:] כתבו התוס' בד"ה איכא בינייהו וז"ל: דלרבי עקיבא קדוש אף על גב דאי מודה מיפטר דקנס הוא, מכל מקום השתא מיהא לא הודה עכ"ל יעו"ש. ולא באו התוס' ליישב מה שהיה אפשר להקשות דהיאך אפשר לומר דיוחלט השור והלא מודה בקנס פטור, שהרי גמרא מפורשת היא לקמן (דף מ.) דיכול להודות וליפטר בשור תם, אלא הנידון של התוס' הוא בדין הקדישו ניזק קדוש.

ובודאי ידעו התוס' דאם הודה בנוקי השור תם הרי הקנין נעקר, ואין זה החידוש שלהם כאן, אלא חידשו דגם בהקדישו ניזק אמרינן דאם אחר כך הודה בקנס מיפטר ונעקר הקנין, דסלקא דעתין דבהקדישו ניזק שוב לא מהני ביה הודאה למיפטריה, קא משמע לן דמכל מקום אהני הודאתו וההקדש נעקר, וכן כתב השיטה מקובצת בשם הרא"ש שהנהנה ממנו תלוי ועומד, ואי מודה לא מעל, יעו"ש. ויש לדקדק דלמה סלקא דעתין דלא מהני הודאה לאחר הקדש, וכי לא יוכל ליתן להקדש דבר מועט שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון ויוציא השור מרשות הקדש, וכסברת רבי אבהו בסוגיין.

ונראה לבאר על פי הא דאמרינן לקמן (דף מ.) דאם בית דין תפסו השור שוב אינו יכול להודות וליפטר, ועיימש"ג בש"ו פמ"ז דהיינו טעמא משום דתפיסת בית דין נחשב שכבר הותחלה ההרשעת אלהים, ושפיר קרינן ביה אשר ירשיעון אלהים, יעו"ש, ולפי זה היה אפשר לומר דכן הוא נמי בהקדישו ניזק, שהרי מיד כשהקדישו נחשב שכבר תפוס השור ביד הקדש, דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא הוא, והרי בא השור ליד הקדש, והיה אפשר לומר דגם זה הוי כתפיסת בית דין, וחשיב הרשעת אלהים, ושוב לא מהני הודאת לפוטרו ולעקור הקנין וההקדש, קא משמע לן דתפיסת הקדש לא הוי כתפיסת בית דין, ואילו מודה מיפטר ונעקר ההקדש.

פרק יד

בו יוכיח דרש"י מחלק בין הא דמחויב מיתה חשיב לאו בר קטלא קודם העמדה בדין להא דמחויב קנס חשיב לאו בר תשלומין קודם העמדה בדין, ויחולק בין קנס למגופו משתלם.

[מכות ה.] ואמר רבא רבא באו שנים ואמרו בחד בשבתא הרג פלוני את הנפש, ובאו שנים ואמרו עמנו הייתם בחד בשבתא, אלא בתרי בשבתא הרג פלוני את הנפש, ולא עוד אלא אפילו אמרו ערב שבת הרג פלוני את הנפש, נהרגין, דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר קטלא הוא וכו', וכן לענין תשלומי קנס, באו שנים ואמרו בחד בשבתא גנב וטבח ומכר, ובאו שנים ואמרו בחד בשבתא עמנו הייתם, אלא בתרי בשבתא גנב וטבח ומכר, משלמין, ולא עוד אלא אפילו אמרו בערב שבת גנב טבח ומכר משלמין, דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר תשלומין הוא, יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה מאי טעמא דבעידנא דקא מסהדי וז"ל: כשבאו יום שלישי להעיד עליו אכתי גברא לאו בר קטלא, שלא הועד עליו בבית דין, ואילו הוה אתי ומודה הוה מיפטר, נמצא שהם היו מחייבין מיתה את מי שאינו ראוי למות עכ"ל יעו"ש. והתוס' תמהו על דברי רש"י וז"ל: פירוש הקונטרס משום דאי הוה מודה מיפטר, ולא נראה, דזה לא מצינו, דאם כן כל חייבי מיתות בית דין יכול להודות ולפטור עצמו עכ"ל יעו"ש.

ובהא דקאמר בגמרא וכן לענין קנס דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר תשלומין כתב רש"י וז"ל: ופירושו משום דהוה מצי למיפטר נפשיה בהודאה אישתכח דאינהו הוו מפסדי ליה, ודוקא קנס אבל בעדות ממון פטורין שהרי לא היו מפסדין אותו כלום אחר שהוא מחויב ועומד עכ"ל יעו"ש. ודקדק רש"י בלשונו לחלק בין קטלא לקנס, דבקטלא כתב אילו הוה מודה מיפטר, ובקנס כתב דהוה מצי למיפטר נפשיה בהודאה, ולא חדא מלתא נינהו.

ונראה דמה שכתב רש"י גבי קטלא דאילו הוה מודה מיפטר אין כונתו בזה דיכול לפטור עצמו מחיוב מיתה על ידי הודאה כמו שיכול לפטור עצמו מחיוב קנס, אלא כונתו

אלהים אם כבר הודה מעצמו, ואם כן אי אפשר להביא קנין או חיוב זה לידי גביה, והרי הוא בטל מעצמו, אכן אם לא הודה היה אפשר לומר דכבר יש עליו חיוב קנס משעת המעשה, ואם כן היה מספיק לומר דחשיב לאו בר תשלומין משום דבפועל אין עליו חובה לשלם אפילו אם הודה, כדקאמר לגבי קטלא, ולא היה צריך רש"י לומר אלא אילו הוה מודה מיפטר, ולא היה צריך לדין נוסף זה שהיה יכול למיפטר נפשיה דשוב לא יוכלו בית דין לחייבו מדין מודה בקנס פטור.

אכן לקושטא דמלתא ליכא חיוב קנס מיד בשעת עשית המעשה, כמו שהוכיחו התוס' בבבא קמא (דף לג:) (מכתובות (דף מא:)) לא הספיק לעמוד בדין עד שבגרה קנסה לעצמה, הרי שלא זכה האב בהקנס בשעת פיתוי, וכן מגמרות אחרות, יעו"ש, ולכן פירש רש"י הא דבקנס חשיב גברא לאו בר תשלומין דלא כמו שפירש דבחייבי מיתה גברא לאו בר קטלא, דלענין קטלא כבר איכא חיוב, ומכל מקום חשיב לאו בר קטלא דאילו הוה מודה הוה מיפטר, ואין שום חובה מוטלת עליו בפועל לפי השעה, וכמש"נ, אבל בקנס בכלל ליכא חיוב בשעת המעשה, וטעמא דמלתא משום דיכול להודות ולמיפטר עצמו מכל וכל, לא רק לפי השעה אלא לחלוטין, וכל חיוב שהמחויב יכול להיפטר ממנו לא נחשב חיוב כלל, ועיימש"נ בש"ו פט"ו, ואם כן גברא לאו בר תשלומין פשוטו כמשמעו, שאין עליו חיוב כלל, מה שאין כן בממון שהחיוב חל עליו מיד, שהרי אינו יכול לפטור עצמו ממנו, הרי הוא מחויב ועומד, ושפיר הוי בר תשלומין.

ועדיין יש לדקדק במה שכתב רש"י דכיון דמצי למיפטר נפשיה על ידי הודאה ליכא חיוב כלל, מהא דאמרינן בבבא קמא (דף מ.) דבשור תם שהזיק יכול להודות וליפטר אע"ג דכבר קנה הניזק שותפות בגוף השור המזיק, כנ"ל, ולא אמרינן דהואיל ויכול למיפטר עצמו על ידי הודאה ליכא קנין כלל, ולפי דברי התוס' בבבא קמא (דף לג:) ד"ה איכא בינייהו דחשיב לאו בר תשלומין אע"ג דכבר קנה גוף השור הואיל ועדיין לא נתגלה הדבר בבית דין, יעו"ש, יש לומר דגם בסוגיין חשיב גברא לאו בר תשלומין

דאע"ג דחל חיוב מיתה מיד בשעת הרציחה, מכל מקום עדיין אין בחיוב זה שום תכלית ונפקא מינה בפועל כל זמן שלא באו עדים ונגמר דינו בבית דין, דהא אם מודה אין שום דבר שמוטל עליו לעשות, ולא דמי לחיוב ממון דאפילו קודם שיבואו עדים אם הוא מודה בחיוב הרי חובה מוטלת עליו לשלם לבעל חובו, ונמצא שהעדים באו לחייב מי שכבר מוטל עליו להוציא הממון בפועל מכיסו ולילך לשלם לבעל חובו, וזהו בר תשלומין, ונמצא שלא הפסידוהו בעדותם ואינם משלמים, מה שאין כן לגבי קטלא, נהי דמיד בשעת הרציחה כבר נתחייב מיתה, מכל מקום לפי שעה לא נשתנה מידי לגביה, ואינו מחויב לעשות שום דבר, והיינו אילו הוה מודה מיפטר, וחשיב לאו בר קטלא, והעדים באו לחייבו מיתה בפועל שיוציאוהו ויהרגוהו, הרי שהיו מחייבים מי שאינו ראוי למות, ולכן נהרגים.

וא רצה רש"י לפרש דקודם גמר דין אין עליו חיוב מיתה כלל מה שאין כן בממון שנתחייב מיד, וכמש"נ בש"ו פט"ז דברי התוס', דבשלמא בקנס איכא למימר דקודם גמר דין ליכא חיוב כלל, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף לג:) ד"ה לאו משום, יעו"ש, דהרי בקנס דרשינן אשר ירשיעון אלהים, אבל בקטלא ליכא ילפותא על כך, ואם כן מסתברא שהחיוב חל מיד, ולכן כתב רש"י דמכל מקום חשיב לאו בר קטלא הואיל ובפועל אין שום נפקא מינה בחיוב זה עד שיגמר דינו בבית דין, וכמש"נ.

ובאמת היה רש"י יכול לפרש כן גם לענין קנס, והיה אפשר לומר דגם בקנס חל החיוב מיד כשעשה המעשה, ואע"ג דהדין הוא דמודה בקנס פטור, אין זה סתירה לחלות החיוב מיד, דהא מצינו בשור תם מגופו משתלם שהניזק זוכה בגוף השור מיד בשעת ההיזק ואף על פי כן יכול להודות וליפטר, כדאיתא בבבא קמא (דף מ.), ועיימש"נ בש"ו פי"ב, והיה אפשר לומר דגם בכל קנס כן הוא, דהחיוב חל מיד ומכל מקום מודה בקנס פטור, והיינו טעמא משום דבעינן אשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע את עצמו, ואם הודה שוב אין לחייבו, דחשיב הרשעת עצמו, ולא אפשר להיות עוד הרשעת

ויש להסתפק אם הם שני דינים נפרדים או דהא בהא תליא, מי אמרינן דמאשר ירשיעון אלהים ילפינן דהחייב חל על ידי הרשעת אלהים, ואפילו אם מודה בקנס לא מיפטר, ועוד ילפינן פרט למרשיע את עצמו, דמודה בקנס פטור, ודין זה הוא אפילו אם נתחייב בשעת מעשה, דהא בשור תם שהניזק זוכה בגופו מיד עדיין יכול לפטור עצמו בהודאה, כדאיתא בבבא קמא (דף מ.) יעו"ש, ונמצא שאין שני דינים אלו תלויים זה בזה, או דלמא העיקר דילפינן הוא דמודה בקנס פטור, וכיון דמודה בקנס פטור ולעולם יכול להשתמט מן החיוב, הרי אין שייך חיוב כזה, ועל כרחך ליכא עליו חיוב עד שיגמר דינו בבית דין ולא יוכל עוד להודות וליפטר.

ומדברי רש"י בסוגיין מבואר דכל דין לאו בר תשלומין דקנס הוא משום שהיה יכול למיפטר נפשיה על ידי הודאה, ועיימש"נ בש"ו פי"ד, אבל מדברי התוס' בבבא קמא (דף לג:) מבואר דס"ל דלאו בר תשלומין ומודה בקנס שני דינים נפרדים ניהו, שהרי סלקא אדעתיהו דהתוס' התם דבכל חיוב קנס החיוב חל מיד בשעת עשית המעשה, ואף על פי כן אם הודה בקנס פטור, ועיימש"נ בש"ו פי"ב.

פרק טז

בו יבוארו שני הלשונות בתוס' לפרש למה לא נחשב בר קטלא קודם שנגמר דינו אם הוא מפני שאין הדבר ברור שיבואו עדים או אם הוא משום דליכא חיוב מיתה עד שנגמר הדין.

[מכות ה.] כתבו התוס' בד"ה דבעידנא דאסהידו עדים לאו בר קטלא הוא וז"ל: ונראה לפרש לאו בר קטלא הוא, פירוש קודם שנגמר דינו הוא, דשמא לא יבואו עדים, ואם יבואו עדים לא יהא עדותן קיים, ועוד שאסור להורגו עד שיגמר דינו, וכשנגמר דינו כבר ודאי בר חיובא הוא הואיל וכבר באו עדים ונתקבל עדותן וההורגו פטור עכ"ל יעו"ש.

והנה כנראה יש בדברי תוס' אלו שני פירושים בהא דקודם גמר דין חשיב גברא לאו בר קטלא, בפירוש הראשון ס"ל להתוס' דחיוב מיתה חל מיד בשעת רציחה, וכשיטת רש"י,

לענין קנס משום שעדיין לא נתגלה הדבר בבית דין, אבל לדברי רש"י דחשיב לאו בר תשלומין הואיל ויכול להודות וליפטר מן החיוב ונמצא שאינו מחויב, אם כן גם בתם יבוטל הקנין הואיל ויכול להודות ולהיפטר.

אולם יש לחלק דהרי בחיוב אין לו להתובע שום דבר בידו, וכל מה שיש לו מן החיוב הוא שיכול לתובעו ולהוציא ממנו ממון, ואם לעולם יכול להודות וליפטר הרי אין לו עליו כלום, ולא נחשב חיוב כלל, אבל בשור תם הרי יש לו מיד קנין בגוף השור, והרי הוא בידו וברשותו להקדישו ולעשות כל מה שרוצה בחלקו, ואין הכי נמי דאם המזיק יודה אחר כך יכול להפקיע את כל הקנין, השתא מיהא הרי לא הודה, והרי שורו בידו, ואין דין מודה בקנס סתירה לקנין אלא לחיוב בלבד, וכמש"נ, ועיימש"נ בש"ו פט"ז בדברי התוס'.

פרק טז

בו ידון אם הא דאין חיוב קנס ח"ל בשעת עשית המעשה והא דמודה בקנס פטור חדא מלתא ניהו או שני דינים נפרדים הם, ויוכיח דנחלקו בזה רש"י והתוס'.

[מכות ה.] וכן לענין תשלומי קנס, באו שנים ואמרו בחד בשבתא גנב טבח ומכר, ובאו שנים ואמרו בחד בשבתא עמנו הייתם, אלא בתרי בשבתא גנב טבח ומכר, משלמין. ולא עוד אלא אפילו אמרו בערב שבת גנב טבח ומכר משלמין, דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר תשלומין הוא, יעו"ש. והא דבקנס נחשב לאו בר תשלומין קודם גמר דין הוא, משום דקודם גמר דין ליכא חיוב כלל, וכמו שכתבו התוס' בכתובות (דף לג:) ד"ה לאו משום וז"ל: דדוקא בממון הוא וכו' דמחייב לצאת ידי שמים, אבל קנס לא מחייב אלא על פי בית דין, כדאמרינן אשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע עצמו וכו' עכ"ל יעו"ש, וכ"כ התוס' בבבא קמא (דף לג:) ד"ה איכא בינייהו, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פי"ב ופי"ד.

והנה מצינו בתשלומי קנס שני דינים, חדא דליכא שום חיוב בשעת עשית המעשה קודם גמר דין, ועוד ילפינן דמודה בקנס פטור,

גנב וּבַחַד בַּשַּׁבָּת עֲמָנוּ הֵייתֶם, וּדְאֵי אֵינְךָ מִשְׁלָמִין מִמּוֹן, דְּבַהֲהִיא שַׁעְתָּא דְּמִסְהֵדֵי גְבֵרָא בַּר חֵיבָא, אַע"ג דְּלִגְבֵי נַפְשׁוֹת לֹא תִדְמָנוּ לְכַר חֵיבָא, דְּכָל כְּמָה דְּלֹא נִגְמַר דִּינּוּ בְּמִמּוֹן הוּי קְרוּב לודאי שִׁיבּוּאוּ עֵדִים וְיַעֲדוּ, אֲבָל בַּעֲדוֹת נַפְשׁוֹת דְּבַעֲיָנָן דְּרִישָׁה וְחִקִּירָה אִזּוּ וּדְאֵי אִמְרִינָן דְּקוּדְם שְׁנַגְמַר דִּינּוּ לֹא הוּי בַּר חֵיבָא עַכ"ל יַעו"ש.

וְהֵנָּה דְּבַרֵי תוֹס' אֱלוּ נִמְשָׁכִים מִפִּירוּשׁ הַרְאִשׁוֹן שֶׁל הַדִּיבּוּר הַקּוּדְם, דְּלִפִּירוּשׁ הַשְּׁנִי דְּבַקְטָלָא לֹא חֲשִׁיב בַּר חֵיבָא עַד שַׁעְתָּא גַּמְר דִּין אִם כֵּן הַחִילּוֹק בֵּין נַפְשׁוֹת לְמִמּוֹן מוּבָן מֵאִלּוּ, דְּבַנַּפְשׁוֹת לִיכָא חֵיבּוּ מִיד וּבְמִמּוֹן אִיכָא חֵיבּוּ מִיד וְחֲשִׁיב בַּר תְּשׁוּמִין, אֲבָל לִפִּירוּשׁ הַרְאִשׁוֹן דְּחֵיבּוּ מִיתָה חַל מִיד וּמְכָל מְקוּם חָשׁוּב לֹאֻ בַּר קְטָלָא, כְּמִש"נ, צְרִיךְ לְחַלֵּק בֵּין נַפְשׁוֹת לְמִמּוֹן, וְעַל זֶה כָּתְבוּ דְּבַמִּיתָה אֵינְךָ הַדְּבַר בְּרוּר שִׁיבָא לִידֵי מִיתָה דְּשִׂמָּא יִתְכַחְשׁוּ הָעֵדִים, וְאִם כֵּן אַע"ג דְּכִלְפֵי שְׂמִיא גְלִיא שְׁהוּא מְחֻיב מִיתָה עַדִּין חֲשִׁיב לֹאֻ בַּר קְטָלָא, מַה שְׂאֵינְךָ כֵּן בְּמִמּוֹן שְׁהַדְּבַר בְּרוּר שִׁיבָא לִידֵי תְשׁוּמִין כְּבַר הוּא לִיהַ בַּר תְּשׁוּמִין מִיד.

וְהַתּוֹס' לֹא הִזְכִּירוּ כָּלֵל טַעְמָא לְחַלֵּק בֵּין קִנְס לְמִמּוֹן, דְּהָא מִלְתָּא דְּפִשְׁטָא הִיא, שְׁהֵרִי מְבוּאָר בְּכִמָּה מְקוּמוֹת דְּלִיכָא חֵיבּוּ קִנְס קוּדְם גַּמְר דִּין, וְעֵימִשְׁנֵי בְּש"ו פִּי"ד, וְחֵיבּוּ מִמּוֹן פִּשְׁטָא לֶן דְּחַל מִיד, וְהֵרִי זֶהוּ הַחִילּוֹק, דְּקִנְס אֵינְךָ בּוּ חֵיבּוּ וְחֲשִׁיב לֹאֻ בַּר תְּשׁוּמִין, וּמִמּוֹן יֵשׁ בּוּ חֵיבּוּ וְחֲשִׁיב בַּר תְּשׁוּמִין, וּפְשׁוּט הוּא וְלֹא הוּצְרָכוּ הַתּוֹס' לְכַתְּבוּ, וְכָל הַנִּידוֹן הוּא לְפִי הֵךְ פִּירוּשָׁא קִמָּא דְּחֵיבּוּ מִיתָה חַל מִיד וּמְכָל מְקוּם חֲשִׁיב לֹאֻ בַּר קְטָלָא, דְּלִפִּי פִירוּשׁ זֶה צְרִיכִים לְחַלֵּק בֵּין מִיתָה לְמִמּוֹן, וְכְמִש"נ.

וּבְכַל אֵי אִפְשָׁר לומר שֶׁהַתּוֹס' בָּאוּ לְחַלֵּק בֵּין מִמּוֹן לְקִנְס, דְּבְּמִמּוֹן קְרוּב לודאי שִׁיבָא לִידֵי חֵיבּוּ מַה שְׂאֵינְךָ כֵּן בְּקִנְס, שְׁהֵרִי עַל חֲדָא עוּבְדָא הֵם מְעִידִים שִׁישׁ בַּהּ מִמּוֹן וְקִנְס, שְׁהוּא גַּב טַבַּח וּמְכָר, וְהֵרִי הַקְּרָן הוּא מִמּוֹן וְהַכְּפַל וְאַרְבַּעָה וְחֲמִשָּׁה הֵם קִנְס, וְלִגְבֵי הַקְּרָן חֲשִׁיב בַּר תְּשׁוּמִין וְלִגְבֵי הַכְּפַל וְאַרְבַּעָה וְחֲמִשָּׁה חֲשִׁיב לֹאֻ בַּר תְּשׁוּמִין, וְהֵרִי אִם בָּאוּ עֵדִים עַל הַגְּנִיבָה אִיכָא מִמּוֹן וְקִנְס, וְאִם לֹא יְבוּאוּ לִיכָא מִיד, אֲלֹא וּדְאֵי כְּמִש"נ, דְּהַחִילּוֹק בֵּין קִנְס וּמִמּוֹן הוּא

כְּמִש"נ בְּש"ו פִּי"ד, דְּאֵינְךָ לְנוּ שׁוּם יִלְפּוּתָא דְּאֵינְךָ חֵיבּוּ מִיתָה חַל עַד שִׁיגְמַר הַדִּין, וְאִם כֵּן צְרִיךְ בִּיאור לְמַה נַחֲשָׁב לֹאֻ בַּר קְטָלָא קוּדְם גַּמְר דִּין, וְרִש"י פִּירֵשׁ מִשׁוּם דְּאֵילוּ הוּא מוּדָה הוּא מִיפְטָר, וְעֵימִשְׁנֵי בְּדַבְרֵיו, אֲבָל הַתּוֹס' פִּירֵשׁוּ דְּאֵינְךָ הַדְּבַר כָּל כֵּךְ בְּטוּחַ שִׁיבָא לִידֵי חֵיבּוּ מִיתָה, דְּאֵילוּ לֹא יְבָאוּ עֵדִים אִזּוּ תַתְּבַטֵּל עֲדוּתָן בְּדְרִישָׁה וְחִקִּירָה, וּמִשׁוּם הֵכִי חֲשִׁיב גְּבֵרָא לֹאֻ בַּר קְטָלָא, אֲבָל לֹאֻ הָא הִיָּה נַחֲשָׁב בַּר קְטָלָא מִיד, שְׁהֵרִי לֹאֻ בָּאוּ לְחִיבּוּ מִיתָה אֲלֹא לְמִי שְׁכַבְר מְחֻיב וְעוּמַד, וְאִף אִם הֵיָּינוּ בְּטוּחִים שִׁיבּוּאוּ עֵדִים וְשִׁלָּא תַתְּבַטֵּל עֲדוּתָם, דְּאִזּוּ הִיָּה נַחֲשָׁב בַּר קְטָלָא לְגַבֵּי חֵיבּוּ הַזְּמָה, שְׁהֵרִי בָּאִים לְחִיבּוּ מִי שְׁכַבְר מְחֻיב, מְכָל מְקוּם לֹאֻ הִיָּה נַחֲשָׁב גְּבֵרָא קְטִילָא וְכִמְתָּ שְׁכָל הַהוּרְגוּ פְטוּר, עַד לְאַחַר גַּמְר דִּין, אַע"ג דְּהוּי בַּר קְטָלָא וּמְחֻיב מִיתָה מִיד, וְאִפִּילוּ אִם כְּבַר נִתְקַבְּלוּ הָעֵדִים וְלֹא נַתְּבַטְּלָה עֲדוּתָם, כְּדַמְבוּאָר בְּסַנְהֶדְרִין (דף פה). הַיּוּצָא לִיהֵרַג וְכו', בָּא אַחַר וְהַכְּהוּ וְקַלְלוּ פְטוּר וְכו', גְּבֵרָא קְטִילָא הוּא, יַעו"ש, וּמְבוּאָר דְּרַק הַיּוּצָא לִיהֵרַג נַחֲשָׁב גְּבֵרָא קְטִילָא, מֵאַחַר שְׁכַבְר נִגְמַר דִּינּוּ, דְּאַע"ג דְּקוּדְם גַּמְר דִּין כְּבַר יֵשׁ עֲלֵיו חֵיבּוּ מִיתָה, מְכָל מְקוּם לֹאֻ נַחֲשָׁב כְּטְרִיפָה וְכִמְתָּ עַד שִׁיּוּצָא לִיהֵרַג.

וּבִפִּירוּשׁ הַשְּׁנִי ס"ל לְהַתּוֹס' דְּקוּדְם גַּמְר דִּין אֵינְךָ עֲלֵיו חֵיבּוּ מִיתָה כָּלֵל, דְּאֵילוּ הִיָּה עֲלֵיו חֵיבּוּ מִיתָה הִיָּה נַחֲשָׁב נְמִי גְּבֵרָא קְטִילָא, וְכִיּוֹן שְׂמַצִּינוּ שְׂאִסוּר לְהוּרְגוּ קוּדְם שְׁנַגְמַר דִּינּוּ, הֵרִי מְבוּאָר דְּלֹא הוּי עַדִּין בַּר חֵיבּוּא כָּלֵל, וְאִם כֵּן פִּשְׁטָא דְּנַחֲשָׁב גְּבֵרָא לֹאֻ בַּר קְטָלָא, וְלִפִּירוּשׁ הַשְּׁנִי לְכַאוּרָה צְרִיךְ לומר דְּאַע"ג דְּלִיכָא יִלְפּוּתָא דְּלִיכָא חֵיבּוּא קוּדְם גַּמְר דִּין, אֲלֹא סְבָרָא הִיא דְּאֵינְךָ מִיתָה חוּבָה שְׂמוּטִלַת עֲלֵיו לְשִׁלְם אֲלֹא עוֹנֵשׁ הוּא שְׁבִית דִּין מְטִילִים עֲלֵיו, וְאִם כֵּן סְבָרָא הִיא דְּכָל זְמַן שִׁלָּא הַעֲנִישׁוּ אוֹתוֹ לִיכָא עֲלֵיו מִידִי. וְאִף לִפִּירוּשׁ הַשְּׁנִי דְּלִיכָא חֵיבּוּ מִיתָה עַד גַּמְר דִּין, עַדִּין שִׁיךְ דִּין קָם לִיהַ בְּדַרְבָּה מִינִיָּה לְפּוּטְרוּ מְחֻיבֵי מִמּוֹן שְׁנַתְּחִיבֵי בְּשַׁעָה שְׁעֵבֵר עַל חֲיִיבֵי מִיתָה, כִּיּוֹן שְׁעֵשָׂה מַעֲשָׂה שְׂמַמְנוּ יְבָא לִידֵי מִיתָה.

שׁוּב כָּתְבוּ הַתּוֹס' בְּד"ה וְכֵן לְעַנִּין קִנְס וְז"ל: אֲבָל וּדְאֵי לְעַנִּין מִמּוֹן לֹא, דְּכְשִׁמְעִידִין דְּבַחַד בַּשַּׁבָּת גַּב וּבָאוּ שְׁנִים וְאִמְרוּ דְּבַעֲרַב שַׁבַּת

משום דאית ליה קלא, האי נמי כיון דנגח קלא אית ליה דתורא נגחנא קרו ליה, יעו"ש.

וקושית הגמרא דמאחר דחוזר וגובה למאי מכור לכאורה אינה מובנת, והלא כן

הוא הדין בכל נכסים משועבדים, שהלוה מוכר קרקעותיו ובעלי חוב חוזרים וגובים מהם, אבל כל זמן שלא גבו הרי הם מכורים והלוקח אוכל פירות, ולא מצינו בשום מקום שהגמרא מקשה על כמה וכמה משניות וברייתות שיכול הלוה למכור קרקעותיו, דמאחר שחוזר וגובה למאי מכור, ומאי שנא דפריך בשור תם.

עוד יש לדקדק במאי דפריך שמע מינה לזה ומוכר מטלטלין בית דין גובין מהם, וכתב רש"י וז"ל: בתמיה והא מטלטלין לאו מידי דקאי בעיניה ולא סמיך מלוה עלייהו, ואמאי טרפינן להו מלוקח עכ"ל יעו"ש. ומבואר דטעמא דאין בעל חוב גובה מטלטלין משום דלא סמיך עלייהו, ואם כן מאי פריך לשור תם שאין לניזק שום גביה חוץ מן השור, ובודאי סמיך וסמיך.

ויתר על כן יש לדקדק על קושיא זו, דהנה מתחלת הבעיא הרי בודאי כבר ידע דשור תם מגופו משתלם ואין לו לניזק שום גביה ממקום אחר, וכן מפורש במתני' לעיל (דף טו:), ועיין מה שכתב רש"י לפרש משנה זו לעיל (דף טו:) בד"ה מגופו, יעו"ש, ובודאי ידע רבא דין זה דאינו גובה ממקום אחר, והיינו ממש דין אפותיקי מפורש המוזכר בכמה מקומות בש"ס, ואם כן בודאי כבר ידע רבא דשור תם הוי לכל הפחות כאפותיקי מפורש, ואולי יותר ממנו, דהרי הלוה יכול למכור אפותיקי מפורש ובעל חוב גובה ממנו, ומיבעי ליה לרבא אם כן הוא הדין נמי בשור תם, דהואיל ובעל חוב הוא דינו ככל בעל חוב שמכר אפותיקי מפורש דמכרו מכור, או דלמא כיון דמשתעבד ליה לניזק, כלומר כיון דשעבוד זה הוא לניזק ולא למלוה, דרחמנא דשעבדיה ניהליה, כמו שכתב רש"י, חסה התורה על הניזק לאלם אפותיקי שלו שלא יוכל המזיק למוכרה כלל, מה שלא מצינו בכל שאר אפותיקי, חוץ מאפותיקי לכתובת אשה לרבן שמעון בן גמליאל משום שאין דרכה של

דבקנס ליכא חיוב ובממון איכא חיוב, והתוס' באו לחלק לפי הפירוש הראשון דאיכא חיוב מיתה מיד, ואם כן צריכים לחלק בין מיתה לממון, וכמש"נ.

והגרעק"א כתב בגליון הש"ס וז"ל: תמיהני למה הוצרכו לזה ולא בפשוטו, דבממון אף דליכא עדים כלל אלא הוא בעצמו אומר לא כי אלא לזיתי בערב שבת או כבי בשבת, מכל מקום ליכא דין הזמה דהעידו בבר חיובא, דאף בלא עדים לא היה הבית דין יכולים לחייבו, מכל מקום הוא בעצמו שיודע האמת בר חיובא הוא ומוטל עליו לשלם, מה שאין כן בקנס דלקושטא דמלתא אינו מוטל עליו לשלם דכל זמן שלא חייבוהו בית דין אינו מחויב כלל, ועיין תוס' כתובות (דף לג:) ד"ה לאו, וכן בדיני נפשות דבמה שיודע האמת שהרג לאו בר קטלא ואין עליו חיוב כלל להמית את עצמו, וליכא חיוב רק על פי פסק בית דין וכו' עכ"ל יעו"ש, ולפי דברינו בודאי החילוק בין ממון וקנס הוא כמו שכתב הגרעק"א דבממון איכא חיוב ובקנס ליכא, וכמש"נ, ולא באו התוס' אלא לחלק בין ממון למיתה לפי הפירוש הראשון דבנפשות איכא חיוב קטלא מיד, וכמש"נ.

פרק יז

בו יבואר השקלא וטריא אליבא דרבי ישמעאל אם מכר המזיק שור תם שהזיק אם מכור הואיל וניזק אינו אלא בעל חוב או אינו מכור משום דאלמוה רחמנא דשעבודו כאפותיקי.

[כבא קמא ג.] בעא מיניה רבא מרב נחמן מכרו מזיק לרבי ישמעאל מהו, כיון דאמר רבי ישמעאל בעל חוב הוא וזוזי הוא דמסיק ביה מכור, או דלמא כיון דמשעבד ליה לניזק לאו כל כמיניה, אמר ליה אינו מכור, והתניא מכור מכור, חוזר וגובהו, וכי מאחר שחוזר וגובהו למה מכור, לרדיא, שמע מינה לזה ומוכר מטלטלין בית דין גובין לו מהם, שאני התם דכמאן דעשאו אפותיקי דמי, והאמר רבא עשה עבדו אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה הימנו, שורו אפותיקי ומכרו אין בעל חוב גובה הימנו, עבד מאי טעמא

כונתו שאינו מכור כלל אלא דחוזר וגובהו, היינו דעל ידי אלימות דשעבודה דניזק בשור תם מצי לגבותו מן הלקוחות, אע"ג דשאר בעל חוב אינו גובה מטלטלין מן הלקוחות.

ופריך וכי מאחר דחוזר וגובה למה מכור, ואע"ג דכן הוא הדין בכל נכסים משועבדים דמכרו מכור וחוזר וגובה, ואם כן קשה מאי שנא דפריך כן לרב נחמן דוקא, כנ"ל, אלא נראה דבכל נכסים משועבדים אין להקשות שהרי כל לוקח הקרקע משועבדת אין הדבר ברור שתחזור ותילקח ממנו, דדלמא יסלקו לזה בזווי, או דלמא יגבה מבני חורין, או דלמא ידחה אותו ללקוחות אחרים, או דלמא הלוקח עצמו יסלקו בזווי וישאר קרקע בידו, ואם כן שפיר יכולים לקרות לקנין קרקע משועבדת מכירה, שהרי היא שלו בהחלט, ואע"פ שיש צד אחד שיבא בעל חוב ויטרפנו ממנו, אכן במוכר שור תם שדינו כאפותיקי, הרי הדבר כמעט ברור שיבא הניזק ויטרפנו ממנו, שהמזיק אינו עלול לסלקו בזווי, כמש"נ בשי"א פ"א, והלוקח אינו יכול לסלקו בזווי, כדאיתא בבבא מציעא (דף טו:), וגם אין לו לניזק ממקום אחר לגבות ממנו, ואם כן כמעט ואי אפשר שלא יצא שור זה מיד הלוקח, ואיזה מכירה היא זו שהשור מכור וחוזר בבירור, וכי לזה קוראים מכירה.

ותיריץ רב נחמן לרדיא, דכיון דכל זמן שלא חזר השור הרי הלוקח אוכל פירותיו דהיינו הרדיא, לא מדין קנין פירות לשעתו אלא מדין קנין הגוף גמור, שפיר שייך לקרות לקנין כזה מכירה, ובודאי לא בא רב נחמן לחדש שהלוקח יכול להשתמש בהשור לרדיא, דזה פשוט ומוסכם לכל, אלא בא ליישב לשון הברייתא לפי מה דס"ל דחוזר וגובה, דרבא הקשה דכיון דחוזר וגובה לא נכון לקרותו מכירה, וקאמר רב נחמן דשפיר שייך בזה לשון מכירה, כיון שאוכל פירות ומשתמש לרדיא מדין קנין הגוף, ולא רק מדין קנין פירות לשעתו שאינו אלא כשוכר בלבד.

שוב פריך רבא שמע מינה לזה ומוכר מטלטלין בית דין גובין לו מהם, ולכאורה קשה טובא דמה ענין דין זה דלא סמיך מלוה לדין ניזק בשור תם, ובכלל מאי פריך לרב נחמן

אשה לחזר על בתי דינים, כדאיתא בגיטין (דף מא:), יעו"ש, ועיימש"נ ב"ש"ה פ"ה.

וקאמר רב נחמן אינו מכור, והיינו כצד השני שיש בשור תם אלימות שלא מצינו בכל שאר אפותיקי, ופריך והתניא מכרו מכור, וקאמר רב נחמן חוזר וגובה, ולא מסתבר לומר דחזר בו רב נחמן והשתא ס"ל כצד הראשון דאין שור תם שונה משאר אפותיקי, ואין בו אלימות כלל, אלא לכאורה כונתו לפרש דבריו ולומר דכל אפותיקי מטלטלין מכרו מכור לחלוטין ואין גובין מן הלקוחות, וכאן חסה התורה על הניזק ונתנה לו אלימות שיכול להוציא השור מיד הלוקח, ומשום הכי אם מכרו אינו מכור לחלוטין אלא חוזר וגובהו, אלא דקשה לפי זה מאי פריך שמע מינה לזה ומוכר וכו', והלא אלימות מיוחדת נתנה התורה לניזק שיוכל להוציא השור מיד הלקוחות, ואף אם בדרך כלל אמרינן דאין גובים מטלטלין מן הלקוחות מאיזה טעם שיהיה, כאן חידשה התורה דגובה מלקוחות.

וגם על מה דמשני בגמרא שאני התם דכמאן דעשאו אפותיקי קשה טובא, שהרי בודאי כבר ידע רבא דלרבי ישמעאל שור תם הוא לכל הפחות כאפותיקי, ואולי אפילו יותר ממנו, שהרי אין לניזק פרעון אלא ממנו, והיינו דין אפותיקי מפורש, כמש"נ, ואם כן מאי קאמר שאני התם דכמאן דעשה אפותיקי דמי, דמשמע דרק בתירוץ הגמרא הוא כן.

ונראה דהכי אזלא הסוגיא, דבודאי ידע רבא דשור תם לא גרע מאפותיקי, ומיבעי ליה אם עדיף ממנו, דשור תם אין המזיק יכול למוכרו כלל אלא צריך לעכבו ברשותו שיהא מוכן מיד לגבית הניזק, כמש"נ, ויש להסתפק לפי צד השני אם יכול למכור פירות לשעתו, כגון להשכירו יום יום לרדיא, ומסתברא דלא הקפידה התורה בזה כיון שאינו מוציא השור מרשותו ורק שמוכר פירות לשעה, אבל למכור קנין הגוף אינו יכול דמשועבד הוא לגבית הנזק.

וקאמר רב נחמן אינו מכור, והיינו דאליים שעבודה דניזק שלא וכל המזיק למכור השור, וקא סלקא דעתין דהיינו שאינו מכור כלל, ופריך רבא והתניא מכרו מכור, ופירש רב נחמן דבריו הראשונים שלא היתה

ואפילו בניזק, ואם כן לא יוכל לחזור ולגבות מפני התקנה.

וקאמר ליה רב נחמן שאני הכא דהוי כאפותיקי, כלומר דאפותיקי לא היה בכלל התקנה, ופריך מהא דעשה שורו אפותיקי אין בעל חוב גובה הימנו, ואע"ג דחל האפותיקי ואין הבעל חוב יכול לגבות אלא מן השור בלבד, מכל מקום אם מכרו אין הבעל חוב גובה מן הלוקח, הרי שגם אפותיקי בכלל התקנה, והתירוץ הוא לפימש"נ בש"ד פ"ו בדברי התוס' (דף י"א:) דגובים אפותיקי משום הקול, שלא היה לו ליקח העבד שנעשה אפותיקי והוא ידע בדבר שהרי יש לו קול, ובשור ליכא קול, אבל בנגחן יש לו קול, ונהי דהתורה לא גילתה דגובה שור תם מלקוחות, מכל מקום תקנה דעבד אפותיקי שייך ביה שלא היה לו לקנותו, ועיימש"נ בש"ד פ"א.

פרק יח

בו יבואר למה אליבא דרבי ישמעאל מפרש דהקדישו מוקדש היינו משום דרבי אבהו כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, וידון אם נגח ואחר כך הקדיש פטור בשור תם.

[בבא קמא א:] תני רב תחליפא בר מערבא קמיה דרבי אבהו מכרו אין מכור הקדישו מוקדש, מכרו מאן וכו', לעולם מזיק ודברי הכל, מכרו אינו מכור אפילו לרבי ישמעאל דהא משעבדא ליה לניזק, הקדישו מוקדש אפילו לרבי עקיבא משום דרבי אבהו גזירה שמא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון. תנו רבנן שור תם שהזיק עד שלא עמד בדין מכרו מכור הקדישו מוקדש וכו', מכרו מכור לרדיא, הקדישו מוקדש משום דרבי אבהו וכו', יעו"ש.

והנה בהא דמפרש ברייתא דרב תחליפא במזיק ואליבא דכולי עלמא והקדישו מזיק מוקדש אפילו לרבי עקיבא משום דרבי אבהו, לכאורה לא איצטריך הך טעמא אלא אליבא דרבי עקיבא, אבל אליבא דרבי ישמעאל הקדישו מוקדש כפשוטו, דבידו להקדיש והקדש מפקיע מידי שעבוד ואינו חוזר וגובהו והוי מוקדש, מה

דאליים בזה שעבוד הניזק, כנ"ל. ונראה דהנה באמת יש לדקדק בלשון הקושיא וכי בית דין גובין לו מן המטלטלין, ולמה הזכיר כאן בית דין, והלא בכל מקום לא קאמר אלא או גובה מהם או אינו גובה מהם, ואם אין שעבוד במטלטלין משום דמלוה לא סמיך עלייהו היה לו לומר אינו גובה מהם, שהרי אין לו שעבוד עליהם, ולמה לו להזכיר בית דין כאן.

לכך נראה דהא דקאמר לא סמיך מלוה עלייהו אין הכונה דמשום הכי אין המטלטלין משועבדים, דלמה יחוש המלוה שיהיה לו שעבוד גם על מטלטלין, שאם לא ימצא לגבות מן הקרקעות יוכל על כל פנים לילך אצל המטלטלין, ולמה יותר על שום זכות שיש לו, אלא באמת יש שעבוד גם על הקרקעות גם על המטלטלין, ותקנה היא שתקנו חכמים לטובת הלקוחות שלא יוכל מלוה לגבות מן המטלטלין, הואיל ואין להם קול, והיא תקנה כמו כמה תקנות השוק שתיקנו חכמים, וכן כתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף מד:) יעו"ש, ותיקנוה לטובת הלקוחות, אבל לא רצו להזיק לבעל חוב, וראו שעיקר סמיכת דעת המלוה היא על הקרקעות ולא על המטלטלין, וממילא היה ניחא להם לתקן לטובת הלקוחות לבטל השעבוד מן המטלטלין, ואין בזה היזק לבעל חוב דברדך כלל אינו סומך על שעבוד המטלטלין, וממילא ביטלוהו חכמים, ומשום הכי קאמר אין בית דין גובים מהן, דאין זה משום דליכא שעבוד מעיקרו אלא משום שבית דין עקרוהו.

והיינו מאי דפריך רבא לרב נחמן, דאפילו אם יש אלימות נוספת שהתורה נתנה לניזק בשור תם, עדיין אי אפשר לומר דמשום אלימות זו יוכל לגבות מן המטלטלין, שהרי הא דאינו גובה מן המטלטלין בכל בעל חוב לאו היינו משום קלישת השעבוד במטלטלין אלא משום תקנת חכמים, כמש"נ, דאין בית דין גובים מהם, ואם כן גם בשור תם לא יגבה, ונהי דבניזק לא שייך טעמא דלא סמיך מלוה, הרי בלאו הכי אין טעם זה מבטל השעבוד, כמש"נ, אלא הוא רק סעד לתקנת חכמים, כמש"נ, אבל עצם התקנה נוהגת בכל גווני, ואפילו במלוה דסמיך דעתו

שאינ כן במכרו דחוזר וגובהו לא קרינא ליה מכור אלא אינו מכור.

המזיק יכול למכור מכירה גמורה קנין הגוף לעולם.

אכץ עיין בתוד"ה משום דרבי אבהו וז"ל: אבל בלא רבי אבהו לא קדיש, משום דקדושת דמים אין מפקעת מידי שעבוד, ומיירי הכא בבעל מוס, אי נמי בתם וכגון שהקדישו לבדק הבית דקדוש קדושת דמים וכו', וקשה לר"ת שמפרש דבכל קדושת מטלטלין מפקעת מידי שעבוד ואפילו קדושת דמים, ואומר ר"ת דאלמיה רבנן לשעבודא דניזק וכו' עכ"ל יעו"ש.

אולם כשאמר התנא הקדישו מוקדש, אם נאמר דאליבא דרבי ישמעאל היינו שחל הקדש גמור ואליבא דרבי עקיבא היינו דינא דרבי אבהו, אם כן אין בלשון זה מכוון אחד לתרוייהו, ולא שייך לומר בזה דהתנא אזיל אליבא דכולי עלמא, ועל כרחך צריך לומר דהא דקאמר הקדישו מוקדש משום דרבי אבהו אזיל גם לרבי ישמעאל, ולכן דחקו התוס' עצמם למצוא אוקימתא דלא נאמר בה הקדש מפקיע מידי שעבוד, וכיון דאין השעבוד מופקע חוזר וגובה, ואליבא דרב תחליפא חוזר וגובה קרוי אינו מכור, וגם אינו מוקדש, ומכל מקום חשיב ליה מוקדש משום דרבי אבהו.

וכץ דברי התוס' הם אליבא דרבי ישמעאל דשור תם הוי שעבוד ולא קנין, והתוס' דחקו עצמם למצוא אוקימתא אליבא דרבי ישמעאל דמוקדש משום דרבי אבהו אבל אינו מוקדש מעיקר הדין, ולא אמרינן הקדש מפקיע מידי שעבוד, הרי שהתוס' הבינו דמאי דקאמר משום דרבי אבהו אזיל לכולי עלמא, וכן מבואר מגמרא דלקמן דקאמר מכרו מכור לרדיא הקדישו מוקדש משום דרבי אבהו, והתם קאי אליבא דרבי ישמעאל, דאליבא דרבי עקיבא אינו מכור כלל, ועיימש"נ בש"ו פ"ט, ואמרינן הקדישו מוקדש משום דרבי אבהו, הרי דגם רבי ישמעאל אית ליה האי טעמא, ויש לדקדק מנלן הא, הא שפיר איכא למימר דלרבי ישמעאל הקדישו מוקדש הקדש גמור דהקדש מפקיע מידי שעבוד, וכמש"נ, ומנלן דאית ליה לרבי ישמעאל טעמא דרבי אבהו.

ויש לדקדק בהא דקאמר לקמן אליבא דרבי ישמעאל מכרו מכור לרדיא הקדישו מוקדש משום דרבי אבהו, דנהי דרבי ישמעאל אית ליה דרבי אבהו כדמבואר מריש הסוגיא, כמש"נ, מכל מקום למה איצטריך להך טעמא בברייתא בתרייתא, והלא הך תנא קאמר דמכרו מכור משום דאהני לרדיא, ואם כן גם בהקדישו מוקדש נימא הכי, דאע"ג דמיירי בגונא דאין הקדש מפקיע מידי שעבוד, כנ"ל, מכל מקום להא מיהא ודאי אהני שהקדש קנה לרדיא עד שעת הגביה, וכמו דזהו פירוש של מכרו מכור נימא פירוש זה גם בהקדישו מוקדש, ולמה לן טעמא דרבי אבהו.

אכץ נראה דהגמרא והתוס' דייקו מהא דרצה לאוקמי ברייתא דרב תחליפא אליבא דכולי עלמא, ולכאורה לפי זה צריכים לומר דהברייתא אזלא בין לרבי עקיבא בין לרבי ישמעאל בחדא פירושא, ולא מסתברא שהתנא יאמר איזה דין ואליבא דרבי עקיבא המכוון הוא דבר אחד ואליבא דרבי ישמעאל המכוון הוא דבר אחר לגמרי, אם כן כשאמר התנא מכרו אינו מכור הרי המכוון אחד הוא בין לרבי עקיבא בין לרבי ישמעאל, והיינו דמכירה גמורה מעוכבת, ולרבי עקיבא אינו יכול למכור כלל, וגם לרבי ישמעאל אינו יכול למכור מכירה גמורה, אלא דמכל מקום אם מכר אהני לרדיא, אבל בלשון מכרו אין מכור המכוון אחד הוא לתרוייהו דאין

ויש לומר דמדברי רב תחליפא חזינן דטעמא דרבי אבהו עדיפא מטעמא דמכור לרדיא, דבמכירה להדיוט קרי ליה אינו מכור, ואע"ג דמכור לרדיא, אבל בהקדישו קרי ליה מוקדש משום דרבי אבהו, והיינו דמכור לרדיא לא הוי מכירה גמורה ולא קרינא ביה מכור מכור, אבל הקדישו הוי הקדש גמור מדרבנן על גוף השור ולא רק על תשמישיו, וצריך לפדותו בדבר מועט, ושייך בזה יותר לשון מוקדש מבמכר דאין מכירה אלא לרדיא, ואם כן גם בברייתא בתרייתא דקרי למכירה לרדיא מכרו מכור ניהא ליה להגמרא לפרש הקדישו מוקדש באופן דנופל ביה יותר לשון מוקדש, והיינו משום דרבי אבהו.

ונמצא דכשהניזק חוזר וגובה מן ההקדש הרי השור נחשב שהוא ברשות המזיק והניזק גובה מן המזיק, ונמצא דעדיין יד המזיק שולטת בגוף השור, ושפיר חשיב שעדיין שם בעלים עליו בשעת העמדה בדין ולא פקע חיובו, ואיצטריך לטעמא דרבי אבהו, ורק בשור המועד אמרינן דנגח ואחר כך הקדיש פטור, שהרי אינו גובה היזקו מן ההקדש ונסתלק המזיק לגמרי מכאן, ואין שם הבעלים על השור בשעת העמדה בדין ופקע חיובו.

פרק יט

בו יובא שיטת הראשונים דלרבי עקיבא הוה חלם השור להניזק מיד בשעת נגיחה, וידון בדברי הקצות החושן שדייק בשיטת הרמב"ם דהוה חלם השור להניזק בשעת העמדה בדין.

[בבא קמא א:] תנו רבנן שור תם שהזיק עד שלא עמד בדין מכרו מכור הקדישו מוקדש, שחטו ונתנו במתנה מה שעשוי עשוי וכו'. אמר מר מכרו מכור לרדיא, הקדישו מוקדש משום דרבי אבהו וכו', יעו"ש. והך דרבי אבהו מובא לעיל בסוגיין דאפילו לרבי עקיבא דס"ל יוחלט השור וזכה בו הניזק, מכל מקום אם הקדיש מזיק צריך לפדותו בדבר מועט כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, ובריייתא דשור תם שהזיק עד שלא עמד בדין וכו' לדעת רוב הראשונים אתיא כרבי ישמעאל דס"ל יושם השור ואין לניזק עליו אלא שעבוד אפותיקי, עיין בתוס' לקמן (דף לו.) ד"ה ורבי עקיבא, יעו"ש, וקאמר בגמרא דאין ההקדש מפקיע השעבוד, ושפיר יכול לגבות ולהוציא השור מן ההקדש, והא דקאמר הקדישו מוקדש היינו רק מדרבנן שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון.

ונמצא לפי זה דלרבי ישמעאל יש תוספת בשעבוד השור בשעת העמדה בדין, דקודם העמדה בדין הוי בעל חוב, והשור הוי אפותיקי דידיה כדין אפותיקי מפורש דאמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזה, ולאחר העמדה בדין זכה הניזק בגוף השור, ואם שחטו המזיק צריך לשלם כדין כל מזיק, וכן כתב רש"י וז"ל: משעמד בדין נשתעבד גופו לניזק ושליו הוא עכ"ל יעו"ש, ובודאי היה לו להניזק שעבוד גם

והנה הגרע"א בפ"ד מ"ז הקשה על הא דקאמר בגמרא הקדישו מוקדש אליבא דרבי ישמעאל משום דרבי אבהו איירי בגונא דלא אמרינן הקדש מפקיע מידי שעבוד, ממה שכתב הרא"ש בפ"ק סי' ט"ז דלכולי עלמא אם נגח ואחר כך הפקיר או נגח ואחר כך הקדיש ולא היה עליו שם בעליו בשעת העמדה בדין הרי הוא נפטר מן התשלומין, ואם כן קשה למה בהקדיש צריכים טעמא דרבי אבהו, הרי מיד שהקדיש פקע ממנו כל החוב, ואף אם הקדש זה אינו מפקיע מידי שעבוד אינו חוזר וגובה, שהרי לא היה להשור בעלים בשעת העמדה בדין, יעו"ש, ועיין ברש"ש שהביא דבריו ומה שכתב על זה.

ונראה דגם לשיטת הרא"ש אין שני דינים אלו, נגח ואחר כך הפקיר נגח ואחר כך הקדיש, אמורים אלא בשור המועד ולא בשור תם, דהנה עיין לקמן (דף מט.) משכנונו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו, זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה את השאר, יעו"ש, ומבואר דמיד בשעת מיתת הגר, דשוב לא נשאר שום שעבוד הגוף, מיד נעשה חובו כגבוי, והרי המלוה קונה את המשכון קנין גמור ואין ישראל אחר יכול לזכות בו, ולא הוי עוד מחוסר גוביינא כיון שאין מי שיעמוד כנגדו בדין, ואם כן הוא הדין נמי בשור תם שנגח ואחר כך הפקירו הרי מיד בשעת ההפקר זוכה הניזק בגוף השור וקונה אותו קנין גמור, שהרי שעבודו וגביתו מיוחדים בגוף השור ואין מי שיעמוד כנגדו מאחר שהשור הוא הפקר, ואם כן נעשה כגבוי מיד, ואין צריך שום העמדה בדין, וליכא לפוטרו מחמת שלא היה לו בעלים בשעת העמדה בדין, שהרי הוא כגבוי מיד ולא בעי העמדה בדין, ולא שייך דין נגח ואחר כך הפקיר פטור אלא בשור המועד שאין גבית הניזק מיוחדת בהשור, ולא נעשה כגבוי מיד שהפקירו.

וכן נמי אין דין נגח ואחר כך הקדיש פטור נוהג אלא בשור המועד ולא בשור תם, דהנה יסוד דין גביה מן הלוקוחות הוא דמכירתו לאו מכירה, ולגבי גוביינא דבעל חוב עדיין הנכסים ביד המחויב, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף לו.) ובכתובות (דף טז.), יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פט"ז,

מכל מקום כיון שהקדישו חיישינן שלא יאמרו וכו'.

אולם עיין מה שכתב הרמב"ם פ"ח נזקי ממון הל"ז וז"ל: שור תם שהזיק עד שלא עמד בדין, אע"פ שהוא מכור, הניזק גובה ממנו וחוזר הלוקח וגובה מן המזיק שמכר לו, שכיון שנגח קול יש לו ולא היה ללוקח ליקח עד שיגבה ניזק. הקדישו המזיק הרי זה מוקדש, שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון עכ"ל יעו"ש. והנה הרמב"ם פסק בפ"ט נזקי ממון הלי"ב כרבי עקיבא דיוחלט השור ושותפי ניהו, ואף על פי כן פסק דהקדישו מוקדש מדרבי אבהו שלא יאמרו וכו', ומבואר שלמד הרמב"ם דהברייתא וסוגית הגמרא אתיין כרבי עקיבא, ועיין במגיד משנה הל"ו שכתב דהרמב"ם מוקי לה כרבי עקיבא דשותפי ניהו, ולא כרבי ישמעאל דבעל חוב הוא דלדידיה לא צריך לטעמא דרבי אבהו, יעו"ש, דהרי הרמב"ם פסק בפ"ז ערכין הלי"ד ובפ"ח מלוה ולוה הל"ו דאף קדושת דמים מפקעת מידי שעבוד, ואם כן יש לפרש הקדישו מוקדש כפשוטו, וכמו שהקשו התוס' לדברי ר"ת, ולכן מוקי לה כרבי עקיבא דשותפי ניהו, והניזק זוכה מיד בשור המזיק, ואין המזיק יכול להקדישו כלל, והא דקאמר הקדישו מוקדש היינו מדרבי אבהו כדי שלא יאמרו וכו'.

אכן קשה טובא לדברי המגיד משנה שהרי קאמר נמי בברייתא שחטו מה שעשה עשוי, וקאמר בגמרא אמר רב הונא בריה דרב יהושע זאת אומרת המזיק שעבודו של חברו פטור, יעו"ש, ואם ברייתא וסוגית הגמרא אתיין כרבי עקיבא דשותפי ניהו, וזכה הניזק בשור המזיק מיד בשעת ההיזק, אם כן שחטו מזיק הוי ממש מזיק ממון חברו בידיים, ולמה חשיב ליה מזיק שעבודו של חברו ופטורו מתשלומין. ועוד קשה מאי דקאמר מכרו מכור לרדיא, ואם שותפי ניהו למה יוכל המזיק למכור לרדיא, ועיין מה שכתב הרמ"א בחו"מ סי' ת"ז סעי' ב' דאם המזיק נשתמש בו קודם העמדה בדין צריך לשלם שכירות לניזק, יעו"ש. והמגיד משנה הרגיש בקושיות אלו וכתב בסוף דבריו וז"ל: ובאמת שאין בסוגיא דבר בהיפך דוק ותשכח עכ"ל יעו"ש, ולכאורה כונתו דיש להקשות כנ"ל

קודם העמדה בדין, אלא כונתו דלאחר העמדה בדין שוב אין המזיק יכול לסלקו בזווי ונתיחד כל התשלומין על השעבוד שעל השור, וממילא נעשה כגבוי מיד ונעשה שלו, דאפותיקי מפורש שאינו יכול לסלקו בזווי הוי כמכירה, כמו שכתב הש"ך בחו"מ סי' קי"ז סק"ב בשם הרא"ש, ועיימש"נ בש"ו פ"א, ולכן לאחר העמדה בדין שאינו יכול לסלקו עוד בזווי נעשה שלו, וכ"כ הקצות החושן בסי' ת"ז סק"א בשיטת התוס' יעו"ש, וצריך לומר לפי זה דכן הוא הדין בכל אפותיקי מפורש שאינו יכול לסלקו בזווי אלא קודם העמדה בדין, אבל משעמד בדין שוב אינו יכול לסלקו בזווי והמלוה זוכה בהאפותיקי מיד, ואע"פ שעדיין לא הושם ולא הוכרו ולא גבה ולא אתיא לידיה.

והנה כתבו התוס' בד"ה משום דרבי אבהו וז"ל: אבל בלא רבי אבהו לא קדיש, משום דקדושת דמים אין מפקעת מידי שעבוד, ומיירי הכא בבעל מום, אי נמי בתם וכגון שהקדישו לבדק הבית דקדוש קדושת דמים, וכדאמרינן (תמורה דף ו.) המתפיס תמימים לבדק הבית מה שעשה עשוי. וקשה מכאן לר"ת שמפרש דכל קדושת מטלטלין מפקעת מידי שעבוד ואפילו קדושת דמים, ואומר ר"ת דאלמוה רבנן לשעבודא דניזק, כדאמרינן בהחובל (לקמן דף ז.) אלמוה רבנן לשעבודיה דבעל עכ"ל יעו"ש.

ופירוש הראשון של התוס' הוא כשיטת רוב הראשונים דקדושת דמים אינה מפקעת מידי שעבוד, עיין רש"י בפסחים (דף לא.) ובכתובות (דף נט.) ובגיטין (דף מ.), יעו"ש, ולדידהו צריך לאוקמי דמיירי הכא שלא הקדישו קדושת הגוף, ור"ת ס"ל דקדושת דמים נמי מפקעת מידי שעבוד, ועיימש"נ בש"א פ"ד, ואם כן לכאורה לא היה צריך לטעמא דרבי אבהו, אלא דאלמוה רבנן לשעבודיה דניזק שיהא חזק כל כך שלא יוכל המזיק להקדיש את השור בכלל, ועדיף שעבודו מאפותיקי מפורש שיכול הלוה להקדישו, דשור תם שהזיק אי אפשר להקדישו כלל, והא דקאמר הקדישו מוקדש היינו על כרחך מדרבי אבהו, דאע"ג דאין כאן הקדש כלל,

לסלקו בזווי משעמד בדין, ולשיטת הרמב"ם לפי ביאור הקצות החושן גם בכל אפותיקי מפורש יכול הלוח לסלקו למלוה בזווי אחר העמדה בדין עד שישלמו ימי ההכרזה.

אב"ב באמת עדיין לא יתיישבו בזה דברי הרמב"ם, דהא שיטת הרמב"ם היא דקדושת דמים מפקעת מידי שעבוד, כנ"ל, ואם כן אם הקדישו לשור המזיק קודם העמדה בדין שעדיין לא זכה בו הניזוק, ואין לו עליו אלא שעבוד, שפיר חל ההקדש והרי ההקדש מפקיע מידי שעבוד, בין שהיה בעל מום והקדישו קדושת הגוף בין שהיה בעל מום והקדישו קדושת דמים, ואם כן למה כתב הרמב"ם דהקדישו מוקדש שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, וכקושית התוס' על דברי ר"ת.

ואין לומר דהרמב"ם מתרץ הקושיא כמו שתירצה ר"ת דבשור תם שהזיק אלמוה רבנן לשעבודיה ולא חל ההקדש כלל ולא הוי מוקדש אלא מדרבי אבהו כדי שלא יאמרו, דאם כן היה לו להרמב"ם לפרש דטעמא דהקדישו מוקדש כדי שלא יאמרו וכו' הוא משום דאלמוה רבנן לשעבודא דניזוק, כמו שכתב הרמב"ם פ"ד נדרים הל"ו וז"ל: אמרה יקדשו ידי לעושיהו וכו' אינו נאסר במעשה ידיה מפני שידיה משועבדין לו, שאע"פ שאמרו השחרור והחמץ וההקדש מפקיעין השעבוד, חכמים עשו חיזוק לשעבוד הבעל שאינה יכול להפקיעו וכו' עכ"ל יעו"ש, והוא מגמרא דכתובות (דף נט:) יעו"ש, הרי דהיכא דאלמוה רבנן להשעבוד הביא הרמב"ם הטעם להלכה, ואם כן אם סברתו כר"ת דאלמוה רבנן לשעבודא דניזוק היה לו להביא טעם זה בפירושו.

ואולי יש לבאר דברי הרמב"ם על פי מה שכתב בפ"ח מלוה ולוה הל"ד וז"ל: עשה שדהו אפותיקי לבעל חוב או לאשה בכתובתה ומכרה הרי זה מכורה, וכשיבא בעל חוב לגבות אם לא ימצא נכסים בני חורין יטרוף אותה, במה דברים אמורים בשמכר לשעתה, אבל מכרה ממכר עולם אינה מכורה עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ה פ"ח, עוד כתב שם הרמב"ם בהל"ו וז"ל: עבד שעשאהו רבו אפותיקי ושחררו, אע"פ שכתב לו לא יהא לך פרעון אלא מזה יצא לחירות, וכן אם הקדישו, שהחמץ

וס"ל דלא קשה מידי, ולא ביאר לנו סברתו בזה, ואולי כונתו דכיון דגם לרבי עקיבא יכול להודות ולהפקיע קנין המזיק עד העמדה בדין, כדאיתא לקמן (דף מ.) דמודה בקנס פטור, יעו"ש, לכן חשיב ליה מזיק שעבודו של חבירו ופטור, ואולי מהאי טעמא נמי השור עדיין ברשות המזיק, ונחשב גולן בהיתר, ומשום הכי אינו צריך לשלם דמי רדיא לניזוק, דכל הגולנים משלמים כשעת הגזילה, ועיימש"נ בש"י פ"ו.

אכ"ב הקצות החושן שם סי' ת"ז סק"א כתב דהרמב"ם ס"ל דכל פלוגתא דרבי ישמעאל ורבי עקיבא הוי לאחר העמדה בדין, אבל קודם העמדה בדין לכולי עלמא לא זכה הניזוק עדיין בגופו של שור המזיק, כיון שהמזיק עדיין יכול להודות ולפטור עצמו, דמודה בקנס פטור, ולפי זה ברייתא דשור תם שהזיק עד שלא עמד בדין אתיא אליבא דכולי עלמא ומכרו מכור לרדיא והקדישו מוקדש מדרבי אבהו.

והנה התוס' בסוגיין כתבו דאף אם זוכה בשעת נגיחה עדיין שייך דין מודה בקנס פטור, ועיימש"נ בש"ו פ"ב, אבל הרמב"ם לפי דרך הקצות החושן לית ליה סברת התוס', ולכן למד דלא נחלקו אלא אחר העמדה בדין, ולפי זה לרבי ישמעאל לא נעשה השור שלו בשעת העמדה בדין אלא בשעת הגביה בפועל, ולרבי עקיבא קונה מיד בשעת העמדה בדין הואיל ואינו יכול עוד לפטור עצמו בהודאה, וצריך לומר לפי זה דלרבי ישמעאל עדיין יכול המזיק לסלקו בזווי אחר העמדה בדין, כדין כל מלוה הבא לגבות מנכסי הלוח שאינו זוכה בהקרקע לאכול פירות עד דשלמו ימי אכרזתא, כדאיתא בבבא מציעא (דף לה:) יעו"ש, והוא הדין באפותיקי מפורש, אבל רבי עקיבא ס"ל דאע"ג דבכל אפותיקי מפורש הלוח יכול לסלקו בזווי אפילו אחר העמדה בדין, מכל מקום בשור תם חידשה התורה שהניזוק נעשה שותף בשור המזיק מיד כשאינו יכול עוד להודות וליפטור, ולכל הדעות אין שום מחלוקת רבי עקיבא ורבי ישמעאל לענין דין אפותיקי מפורש בכל מלוה, ולא נחלקו אלא בשור תם, אבל בכל אפותיקי מפורש, הן לשיטת הראשונים והן לשיטת הרמב"ם לפי ביאור המגיד משנה אין הלוח יכול

וזכה הלוקח בהרדיא עד שעת הגביה, אבל בהקדיש סתם לא אמרינן שהקדישו לשעתו כיון שלא פירש כן להדיא, כמש"נ, ואם כן נקטינן שהקדישו הקדש עולם ולא חל ההקדש כלל, כי היכי דמכרה ממכר עולם אינה מכורה, ומן הראוי היה שהניזק יטול השור בלי נתינת כלום להקדש, אלא דמכל מקום צריך ליתן להקדש דבר מועט שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון.

יאין זה ממש דינא דרבי אבהו, דלשיטת הרמב"ם דינא דרבי אבהו היינו דגם פדיון גמור לעולם יהא לכל הפחות בדינר, ועיימש"נ בשי"א פי"א, אלא דמדדרכי אבהו חזינן דחששו חכמים שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, ואם כן הכא נמי כשהקדיש שור תם הקדש עולם דאין ההקדש חל, מכל מקום צריך לפדותו בדבר מועט כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, וכתבתי כל זה בישוב דברי הרמב"ם מחמת חוזק הקושיא.

אכן עדיין צריך עיון טובא לדברי הקצות החושן מהא דאמרינן לקמן (דף לד.) אמר מר שבח מזיק נותן כשעת הנזק, מני רבי ישמעאל היא דאמר בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ליה, אימא סיפא כחש כשעת העמדה בדין, אתאן לרבי עקיבא דאמר שותפי נינהו וכו', כולה רבי עקיבא היא והכא במאי עסקינן כשפיטמו, יעו"ש, ומבואר בגמרא דהיכא דהושבח שור המזיק מעצמו בין נגיחה להעמדה בדין הניזק נוטל חלק בהשבח אליבא דרבי עקיבא, וכן פסק הרמב"ם פ"ז נזקי ממון הלי"ב, יעו"ש, הרי להדיא דהניזק נעשה שותף להמזיק משעת נגיחה, וקשה להקצות החושן.

עוד קשה לדבריו ממה שכתב הרמב"ם שור תם שהזיק עד שלא עמד בדין אע"פ שהוא מכור הניזק גובה ממנו וחוזר הלוקח וגובה מן המזיק שמכר לו שכיון שנגח קול יש לו ולא היה ללוקח ליקח עד שיגבה ניזק, כנ"ל, ואם לא הוחלט השור לניזק אלא בשעת העמדה בדין הרי מכירתו מכירה מעליא היא ורק שהניזק גובה מן הלוקח, ולמה חוזר וגובה מן המזיק שמכר לו, וכי באחריות מכר לו, וכי במכירת שור אמרינן אחריות טעות סופר.

והשחרור וההקדש מפקיעין מידי שעבוד וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה לכאורה מה שכתב הרמב"ם שעשה עבדו אפותיקי והקדישו היינו שהקדישו לשעתו, שהרי מיד לפני זה כתב הרמב"ם דאם עשה אפותיקי ומכרה ממכר עולם אינה מכורה, כנ"ל, וכי היכי דאינו יכול למכור ממכר עולם לא יוכל נמי להקדיש הקדש עולם, ומעולם לא חל ההקדש ולא שייך בזה דין הקדש מפקיע מידי שעבוד, וצריך לומר דהקדישו לשעתו, וכיון שחל ההקדש תו לא פקע, ואע"ג דהוי קדושת דמים, דלשיטת הרמב"ם אין קדושת דמים נפקעת אלא על ידי פדיון ולא על ידי גביה, ועיימש"נ בזה בשי"א פי"ב, וממילא אמרינן הקדש מפקיע מידי שעבוד, ופקע שעבודו של הבעל חוב ונשאר העבד ביד הקדש, וכל זה כשהקדישו לשעתו, אבל אם הקדישו הקדש עולם לא חל ההקדש מעיקרו, כי היכי דמכרה ממכר עולם אינה מכורה, וכמש"נ.

ונראה דאם מכר אפותיקי ולא פירש אם מכר לשעתו או ממכר עולם נקטינן שהמכירה היתה לשעתו, ולא נתכוון אלא למכור לו הפירות עד שיגבנו הבעל חוב, שהרי יש מכירות כאלו שאין הלוקח זוכה אלא בפירות לשעתו, וכשמכר אפותיקי ולא פירש מסתמא כיון למכירה כזו המועילה ולא למכר עולם שאינה מועילה, אכן לא מצינו בהקדש שתהא מוקדש לשעתו, שהרי כיון שהקדיש תו לא פקע ההקדש אלא השעבוד פקע, כמש"נ, ואם כן כשאדם מקדיש אפותיקי ולא פירש אין לומר דמסתמא כיון שיהא מוקדש רק לשעתו, דהא לא נמצא דבר כזה בפועל, ומשום הכי צריך לפרש שהוא מקדיש לשעתו ולא לעולם, כמו שתיקנו חכמים באפותיקי, ומה שהאפותיקי נשאר ביד הקדש הוא מדינא דהקדש מפקיע מידי שעבוד, אבל עצם מעשה הקדש שלו היה כפי התקנה שתיקנו חכמים באפותיקי.

ולפי זה יש לומר דהא דקאמר בברייתא מכרו מכור הקדישו מוקדש, היינו שמכרו והקדישו סתם ולא פירש שהוא מוכר ומקדיש לשעתו, ולכן במכרו אמרינן שהוא נמכר לשעתו עד שיגבנו הניזק, ואע"פ שלא פירש כן להדיא,

מכירת השור, והלא אין דרך למכור מטלטלין באחריות, ואי מיירי הכא שכתב לו אחריות היה לו להרמב"ם לפרש, ולכאורה מוכח מזה דהרמב"ם ס"ל דשור תם הוחלט מיד בשעת הנגיחה, ונמצא שהמזיק מכר ללוקח שור שאינו שלו אלא של הניזק, ולכן צריך להחזיר לו מעותיו, אבל קשה לדברי הקצות החושן דלהרמב"ם לא הוחלט השור עד שעת העמדה בדין, ועיימש"נ בש"ו פ"ט דגם לדרך הקצות החושן הוחלט מיד ורק דאינו ברשותו דניזק אלא דמזיק.

אכ"נ אם כונת הקצות החושן אליבא דהרמב"ם היא דלא הוחלט כלל עד שעת העמדה בדין, אולי נוכל עדיין ליישב דברי הרמב"ם ולומר דהלוקח חוזר וגובה מן המזיק מדין מקח טעות, שהוא לא ידע שהשור נגחן וגם לא ידע שעלול הניזק לגבות השור ממנו, ולא דמי לכל לוקח קרקע שדרך הקרקעות להיות עליהם שעבודים ואם בא בעל חוב לגבות מן הלוקח אינו יכול לטעון שמקחו מקח טעות ושהמוכר יחזיר לו מעותיו אפילו אם מכר לו שלא באחריות, מה שאין כן בשור לא הוה ליה לאסוקי אדעתיה דלמא שור תם הוא דמשתלם מגופו, ואם גבה ממנו הניזק הרי מקחו מקח טעות וחוזר וגובה מן המזיק שמכר לו את השור, ואע"ג דשור נגחן אית ליה קול, כדאיתא בגמרא שם, אין זה אלא טעמא דלא הפקיעו רבנן דין גבית שור תם מן הלוקחות, דכיון דאיכא קול אין להפקיע שעבוד הניזק, אבל עדיין אין מוכרח שלוקח זה שמע ששור זה נגח, וכי מחויב הוא לשמוע כל קול היוצא בשוק, ושפיר יכול לומר אני לא שמעתי ששור זה נגחן הוא, ואילו הייתי יודע לא הייתי לוקח, והוי מקח טעות.

וראיה לכך מגמרא מפורשת בבבא קמא (דף מ.), תנו רבנן שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, בעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק וכו', ואמאי לימא ליה תורא שאילי אריא לא שאילי, אמר רב הכא במאי עסקינן שהכיר בו שהוא נגחן וכו', יעו"ש, והיינו דמתחלה סלקא דעתא דשאלו בחזקת תם היינו תם ממש תמיד שלא נגח מעולם, ומשני שהכיר בו שהוא נגחן אבל לא ידע שהועד ליגח, ולפי

ובשלמא אם השור הוחלט להניזק מיד בשעת נגיחה שפיר מוכן מה שחוזר וגובה מן המזיק, שהרי המזיק מכר לו שור שאינו שלו אלא של הניזק ואין כאן מכירה, וצריך להחזיר לו מעות המקח, והוסיף הרמב"ם דגובה ממנו מפני ששור נגח אית ליה קול, דסלקא דעתין שלא נוציא משום פסידא דלקוחות, על זה קאמר דיש לו קול ולא היה ללוקח ליקח עד שיגבה ניזק, אבל אם ס"ל להרמב"ם דלפני העמדה בדין אין לניזק בשור המזיק אלא שעבוד, ומכירתו ללוקח מכירה מעליא היא, למה יתחייב המזיק באחריות המקח אם לא קבל כן בפירוש, ואדרבה, מסתברא דלכן הזכיר כאן הרמב"ם ענין אחריות, מה שלא הוזכר בגמרא, כדי לרמז לנו שהוחלט להניזק מיד, וכמש"נ, ועיימש"נ בש"ו פכ"ז.

פרק כ

בו יובא מה שכתב הרמב"ם דמזיק שמכר שור תם קודם העמדה בדין ניזק גובה מלוקח ולוקח חוזר וגובה מן המזיק שמכר לו, ויבואר למה חייב באחריות לדעת הקצות החושן.

רמב"ם פ"ח נזקי ממוזן ה"ו כתב הרמב"ם וז"ל: שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין, אע"פ שהוא מכור, הרי הניזק גובה הימנו וחוזר הלוקח וגובה מן המזיק שמכר לו, שכיון שנגח קול יש לו ולא היה לו ללוקח ליקח עד שיגבה הניזק עכ"ל יעו"ש.

וי"ש לדקדק במה שכתב הרמב"ם אע"פ שהוא מכור הרי הניזק גובה הימנו, דמשמע דמה שהוא מכור היה צריך להיות סבה שלא יוכל ניזק לגבות ממנו, אלא דאף על פי כן חוזר וגובה ממנו, וקשה דמאי שנא מכל שעבוד שהלוה מוכר שדותיו ללוקח ובעל חוב חוזר וגובה ממנו, ואיזה חידוש נוסף יש כאן שאע"פ שהוא מכור חוזר וגובה ממנו.

עוד יש לדקדק במה שכתב הרמב"ם וחוזר הלוקח וגובה מן המזיק, ודין זה לא הוזכר בסוגיא דבבא קמא (דף ל"ג:) יעו"ש, והרמב"ם כתב כן מן הסברא, אכן באמת למה חוזר וגובה מן המזיק, וכי כתב לו אחריות על

שעבוד וגביה, וזה עסק גדול, ובמקום שיחד לו אפותיקי מסתמא לא רצה המלוה שיוכל למכור ממכר עולם, והרי הלוה הסכים על כך, וכעין מה שמצינו בדברי הר"ן בגיטין (דף מא.) דמשכנתא הוי כאפותיקי סתם, ואע"פ שלא פירש לו כן להדיא, סברא היא דאם עשה משכנתא רוצה נמי לגבות ממנה כשיגיע זמן הפרעון, וכן לענין ממכר עולם, וכיון שעשה אפותיקי מסתברא שאינו רוצה שימכור הקרקע המיוחדת לו ממכר עולם.

וְכִי זה אין דין זה נוהג אלא בבעל חוב וכתובת אשה שעשו האפותיקי מדעתם וכפי הסכמתם, אז סברא היא שלא הסכימו שיוכל למכור ממכר עולם, אבל הא דשור תם הוי כאפותיקי מפורש לא בא על ידי שום הסכם, אלא דהתורה יחדה לו גביתו מן השור וממילא נעשה לו אפותיקי מפורש, ועיימש"נ בש"ו פ"א, ואם כן יכול המזיק למכור שור תם ממכר עולם, שהרי אין שום דין בעצם אפותיקי מפורש שלא יוכל למכרו, וגם לא היה שום הסכם על כך. ונראה דזהו מה שכתב הרמב"ם, דאם מכרו מזיק מכירה גמורה ממכר עולם הרי מכירתו מכירה, ואע"פ שהוא מכור ממכר עולם, מה שלא מצינו בכל שאר אפותיקי, מכל מקום חוזר הניזק וגובה ממנו, דאלים שעבודה להוציא מן הלקוחות, אבל בכל שאר אפותיקי גובה מן הלקוחות מפני שלא נמכר לעולם אלא לשעתה עד שיבא לגבות.

פרק כא

בו יבואר שיטת הרמב"ם דבע"ל שור תם ששחט שורו הרי הניזק גובה מבשרו ואין המזיק חייב לשלם בשביל פחת שחיטה, ואע"ג דהרמב"ם פ"ה דמזיק שעבודו של חבירו חייב.

[כבא קמא א:] שחטו וכו' מה שעשה עשוי וכו', אלא שחטו ליתי לישתלם מבשריה, דתניא חי, אין לי אלא חי, שחטו מנין, תלמוד לומר ומכרו את השור מכל מקום, אמר רב שיזבי לא נצרכא אלא לפחת שחיטה, אמר רב הונא בריה דרב יהושע זאת אומרת המזיק שעבודו של חבירו פטור, פשיטא, מהו דתימא התם הוא דאמר ליה לא חסרתין ולא מידי דאמר ליה זיקא בעלמא הוא דשקלי מינך, אבל בעלמא ליחייב קא משמע

הסלקא דעתא טוען השואל תורה שאילי אריא לא שאילי, כלומר שהקבלת שמירת נזקין היתה בטעות ומעולם לא קיבל שמירה על שור נגחן, ואע"ג דשור נגחן אית ליה קלא, כנ"ל, עדיין יכול לטעון שהיתה קבלה בטעות, דאינו מחויב לשמוע כל קול שיוצא, ודין קול הוא רק גדר בתקנת חכמים, דבמקום דאיכא קול לא הפקיעו השעבוד, אבל השואל יכול לטעון דהוי קבלה בטעות, וכן הלוקח את השור ולא הכיר בו שהוא נגחן יכול לטעון שמקחו מקח טעות וחוזר וגובה מן המזיק שמכר לו את השור, וגם אינו צריך להחזיר להמזיק דמי רדיא שחרש עם השור משעת מכירה עד שעת גביה שהרי לא נחית אדעתא דאגרא, וכמו שמבואר בכבא קמא (דף צז.) יעו"ש, ועיימש"נ בש"י פ"ו.

ובמה שכתב הרמב"ם אע"פ שהוא מכור הרי הניזק גובה ממנו, נראה דכונתו למה שכתב בפ"ח מלוה ולוה הל"ד דבאפותיקי אינו יכול למכור אלא לשעה, אבל מכר ממכר עולם אינה מכורה, ועיימש"נ בש"ה פ"א, אכן נראה דכל זה הוא במלוה ולוה או כתובה, ואין זה מעיקר דיני האפותיקי דלא מהני ביה ממכר עולם, ורוב ראשונים באמת ס"ל דרק בכתובת אשה אינו יכול למכור ממכר עולם משום תקנה דידה שלא תהא צריכה לחזר על בתי דינים, אבל הרמב"ם אית ליה ראייה מן הירושלמי דהוא הדין בכל אפותיקי לבעל חוב אינו יכול למכור ממכר עולם, ועיימש"נ בש"ה פ"ח, אבל גם הרמב"ם מודה שאין זה מעיקר דין האפותיקי, אלא דמסתברא דכיון שעשה לו אפותיקי ויחד לו קרקע שיוכל לגבות ממנו, או באפותיקי סתם או באפותיקי מפורש, מסתמא לא רצה המלוה שירחק שעבודו ממנו שיצטרך לגבותו מידי הלוקח.

ובשלמא אם לא מכרה אלא לשעתה, דהיינו שיאכל פירות עד הגביה, אם כן כשבא לגבות אינו בא להוציא שום דבר מרשות הלוקח, אלא כל קנין הלוקח היה לפירות עד זמן הגביה, והרי הגיע הזמן ונסתלק הלוקח, ואין למלוה שום עסק עמו, אבל אם מכר ממכר עולם הרי הקרקע קנויה ללוקח וכשבא המלוה לגבות הרי צריך להוציא ממון הלוקח ממנו מדין

והרמב"ם פסק כרבן שמעון בן גמליאל דעשה עבדו אפותיקי ושחררו חייב, כנ"ל, הואיל ועקר עצם השעבוד, אבל במזיק שעבודו שאינו עושה כלום לעצם השעבוד אלא להממון המשועבד לא חשיב אלא גרמא, שהרי הממון עדיין אינו של המלוה, ועיימש"נ בשטרא ש"י פ"ב.

ולפי זה נוכל להבין נמי הא דסלקא דעתין דאע"ג דאם חפר בורות שיחין ומערות בקרקע המשועבדת לו חייב משום מזיק שעבודו של חבירו, אם שחט שור תם המשועבד לו פטור, דאמר ליה זיקא בעלמא הוא דשקלי מינך, כנ"ל, דהיינו שלא עשה מידי רק שנטל הרוח חיים מן השור, ולכאורה הוא פלא, דהא במזיק ממונו של חבירו אינו יכול לפטור עצמו בטענה זו, שהרי הזיקו היזק גמור, ולמה תיסק אדעתין דבמזיק שעבודו של חבירו פטור.

אכן לפימש"נ אתי שפיר, דיותר יש לחייב מזיק שעבודו של חבירו שעוקר עצם השעבוד, כגון משחרר עבדו, ממזיק הדבר המשועבד אבל אינו נוגע לעצם השעבוד. והנה למאן דמחייב בחפר בורות שיחין ומערות, יש לומר דס"ל דאפילו אם הוא מזיק הדבר המשועבד חייב שהרי גרם לו חסרון ממון, ולפי זה אין נפקא מינה בין חפר בורות לשחט שור, אולם היה אפשר לומר דסברת מאן דמחייב מטעם אחר, דיש לומר דעל ידי מה שהוא מפסיד הדבר המשועבד הרי הוא גם כן עוקר השעבוד, והרי הוא חייב משום עקירת השעבוד ולא מפני שהזיק גוף הדבר, ולפי זה אין לחייבו אלא בחפר בורות שיחין ומערות, דעל ידי זה נתמעט חומר המשועבד ונתמעט נמי השעבוד כפי ערך ההפסד, אבל בשחט שור הרי לא נתמעט החומר כלל, ורק שחסר ממנו רוח חיים שהוא דבר שאין בן ממש, וכיון שלא נתמעט החומר לא נתמעט השעבוד, ורק שירד בשויותו, אבל אין לחייבו לשלם בשביל כך שהרי אין השור ממונו של הניזק, והרי השעבוד במקומו עומד בלי חסרון, וכדאמרין זיקא בעלמא הוא, כמש"נ.

ולמסקנא ס"ל דאף בשחט שורו חייב משום מזיק שעבודו של חבירו, ולכאורה

לן, הא נמי רבה אמרה דאמר רבה השורף שטרותיו של חבירו פטור, מהו דתימא הוא דאמר ליה ניירא בעלמא קלאי מינך, אבל היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות ליחייב, קא משמע לן, דהא הכא כמאן דחפר בה בורות שיחין ומערות דמי וקאמר מה שעשה עשוי וכו', יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה זאת אומרת וז"ל: ופליג אדרבן שמעון בן גמליאל דמחייב בהשולח (גיטין דף מא.) לחד מאמוראי דהתם עכ"ל יעו"ש.

וכתב הרמב"ם פ"ח נזקי ממון הל"ז וז"ל: שחטו גובה מבשרו עכ"ל, ועיין בלחם משנה שדייק מדברי הרמב"ם דס"ל דאם שחטו אינו צריך לשלם בשביל הפחת שחיטה, דאם לא כן היה לו להרמב"ם להזכיר שצריך לשלם פחת שחיטה, ומבואר בגמרא דטעמא דאינו משלם פחת שחיטה משום דמזיק שעבודו של חבירו פטור, ואם כן קשה על הרמב"ם שפסק בפ"ז חובל ומזיק הלי"א ובפ"ח מלוה ולוה הל"ו דעשה עבדו אפותיקי ושחררו חייב מפני שהפקיע השעבוד וגרם לאבד ממון חבירו, יעו"ש, והיינו כרבן שמעון בן גמליאל דגיטין שם דמזיק שעבודו של חבירו חייב, ואם כן קשה למה אינו משלם פחת שחיטה. עוד הקשה עליו הלחם משנה דהא בסוגיין מבואר דיותר יש לחייב בשחט שור תם דהוי כחפר בה בורות מבשורף שטרותיו, והרמב"ם פסק בפ"ז חובל ומזיק הל"ט דשורף שטרותיו של חבירו חייב, יעו"ש, ואם כן כל שכן שהיה לו ליחייב בשחט שור תם, ולמה לא הביא דמשלם פחת שחיטה.

ונראה דיש שני עניני מזיק שעבודו של חבירו, יש מזיק שעבוד שהוא מזיק גוף הקרקע המשועבדת ומפחיתה מדמיה, כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות, וכגון שחטו לתם והפחיתה מדמיה, ועוד יש מזיק שעבוד שהוא מפקיע כל שעבודו של המלוה, ואינו עושה כלום להממון אלא שהוא מפקיע עצם השעבוד, כגון עשה עבדו אפותיקי ושחררו או הקדישו, שהקדש ושחרור מפקיעים מידי שעבוד, ועל ידי כך הוא עוקר עצם השעבוד של המלוה.

ניזק ולא משתלם אלא מגופו, ומאי דשקיל האי מפסיד האי, הלכך קמא קמא קדים עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי רש"י דאע"ג דאליבא דרבי ישמעאל שמין השור ויתן לו המזיק מעות דמי השור, כדאיתא לעיל (דף לג.) יעו"ש, מכל מקום אם אין גוף השור בפנינו אינו משלם כלום, ואם קדם בעל חוב וגבה אין המזיק משלם כלום לניזק, ומשום הכי יכול הניזק לעכב גבית הבעל חוב, אבל בשני נזקין דכל אחד יפסיד אם יגבה השני אמרינן דקמא קמא קדים, ובאמת מבואר כן לעיל בסוגיין דקאמר שחטו מה שעשה עשוי אליבא דרבי ישמעאל, הרי שהניזק מפסיד בפחיתת גוף המזיק, אכן יש לדקדק בדברי רש"י דמה בכך דהניזק יפסיד אם הבעל חוב המוקדם יגבה שורו, הרי סוף סוף שעבודו של בעל חוב קודם לשעבודו של הניזק, ולמה מה שגבה לא גבה, וכן אם נאמר דבכל מקום בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה, למה לא נאמר כן גם במקום דאיכא ניזק שגובה מגופו, ומה בכך שהניזק יפסיד.

ונראה דהא דבשני בעלי חובות שבאו לגבות ואין ללוה קרקע מספקת אלא לאחד מהם דבעל חוב מוקדם קודם לגביה, לאו היינו טעמא משום שאין הקרקע סובלת אלא שעבוד אחד כנגד שויות הקרקע, ומיד כשלוה מבעל חוב ראשון וחל שעבודו על הקרקע שוב אין מקום לשעבודו של בעל חוב שני, ולא קנה השני אלא שעבוד קליש בגוף הקרקע שאם יסתלק הראשון בוויי יוכל השני לגבות מן קרקע, והרי קדימת בעל חוב ראשון משום דאליים שעבודו משעבוד בעל חוב שני, אלא באמת הקרקע סובלת שעבודים יותר משויות הקרקע עד אין שיעור, אלא דדין הוא בסדר הגביה דבית דין מורידים בעל חוב מוקדם לגבות תחלה, ולא הוי אלא דין קדימה בעלמא.

ומאן דאמר בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה ס"ל דכיון דאין עצם שעבודו של בעל חוב מוקדם עדיף משעבודו של בעל חוב המאוחר, והמוקדם אין לו אלא קדימה בסדר הגביה, לכן אם קדם המאוחר ועבר על סדר הגביה מה שגבה גבה, דהא אין שעבודו גרוע משעבוד המוקדם, ומאן דאמר מה שגבה

מבואר דהך מאן דאמר ס"ל דחייב משום מזיק הדבר המשועבד אפילו אם לא חסר מידי בהשעבוד, כמש"נ, והרמב"ם פסק דבכהאי גונא אין לחייבו משום מזיק מפני שלא הזיק עצם השעבוד, וכמש"נ.

פרק כב

בו יבוארו דברי רש"י בהא דבעל חוב מוקדם שקדם וגבה שור תם לא עשה ולא כלום דניזק אומר לו אילו גבך הוה לא מינך הוה גבי ליה דהאי תורא דאזקן מיניה משתלימנא.

[כבא קמא ג:] קדמו בעלי חובות והגביהו, בין חב עד שלא הזיק בין הזיק עד שלא חב, לא עשה ולא כלום. בשלמא הזיק עד שלא חב, ניזקין קדמו, אבל חב עד שלא הזיק, בעל חוב קדים, ואפילו הזיק עד שלא חב בעל חוב קדים, שמע מינה בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה, לא לעולם אימא לך מה שגבה גבה, ושאני התם דאמר ליה אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבי ליה, דהאי תורא דאזקן מיניה משתלימנא, יעו"ש, וקאי אליבא דרבי ישמעאל כמו שמבואר מכל הסוגיא, ועיימש"נ בש"ו פ"י"ט.

והביאור בהא דמצי אמר ליה אילו גבך הוה וכו' הוא, דאלימות הניזק הוא מה שדינו להשתלם מגופו של שור, כמו שכתבו התוס' בד"ה אילו, יעו"ש, ורש"י ביארו היטב לקמן (דף לו.), דתנן התם שור שנגח ארבעה וחמשה שוורים זה אחר זה ישלם לאחרון שבהם, ואם יש בו מותר וכו' והאחרון אחרון נשכר, וקאמר בגמרא דמתני' דלא כרבי ישמעאל דאמר בעלי חובות נינהו, דאם כן ראשון ראשון נשכר מיבעי ליה. וכתב רש"י בד"ה ראשון נשכר מיבעי ליה וז"ל: והאחרון יפסיד, שהרי אין ראשון שותף בו שתהא שמירתו עליו להתחייב בנזקין, והא לא דמיא לחב עד שלא הזיק דאמרינן בהמניח (דף לג.) קדמו בעלי חובות והגביהו לא עשו כלום, דהתם הוא דאמר ליה ניזק מהא תורא דאזקן מיניה משתלימנא, ובעל חוב לא מצי למימר ליה הכי, הלכך בעל חוב יטול נכסים אחרים, אבל הכא האי ניזק והאי

לא גבה ס"ל דאין בית דין מניחים להמאוחר לעבור על סדר הגביה, ועיימש"נ בש"א פי"א.

והנה לפי המתבאר דכל השעבודים שוים אלא שיש קדימה בסדר הגביה, וגבית המוקדם קודם לגבית המאוחר, יש עוד קדימות בסדר הגביה שאינן תלויות במוקדם ומאוחר, והיינו בעל חוב וניזק בשור תם, שגבית הניזק קודמת לגבית הבעל חוב משום טענה דהאי תורא אזקן וכו', דכיון דבעל חוב יכול לגבות ממקום אחר וניזק אינו גובה אלא כשגוף השור ביד המזיק, והרי שני השעבודים שוים, אם כן הסברא נותנת שתוקדם גבית הניזק לגבית הבעל חוב, ולאידך גיסא יש לבעל חוב קדימה במה שהוא מוקדם, בזה אמרינן דעדיף קדימת הניזק מקדימת הבעל חוב, ועוד עיימש"נ בש"ו פל"ו בדברי רש"י.

פרק כג

בו יובאו דברי רש"י דניזק על ידי שור תם קודם בגביתו לבעל חוב מאוחר הואיל ואין לו מקום אחר לגבות ממנו, ויקשה מדברי הרמ"א דבעל חוב מוקדם קודם לבעל אפותיקי.

[בבא קמא ג:] קדמו בעלי חובות והגביהו, בין חב עד שלא הזיק בין הזיק עד שלא חב, לא עשה ולא כלום וכו', דאמר ליה אילו גבך הוה לא מינך הוה גבי ליה, דהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא, יעו"ש. ורש"י לקמן (דף לו.) בד"ה ראשון נשכר פירש טענת הניזק להוציא השור מבעלי חובות וז"ל: דאמר ליה ניזק לבעל חוב מהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא, ובעל חוב לא מצי למימר ליה הכי, הלכך בעל חוב יטול נכסים אחרים וכו' עכ"ל יעו"ש. דכיון דניזק אינו יכול לגבות אלא מגופו של שור, ובעל חוב גובה מכל נכסיו, הרי הניזק קודם לבעל חוב, ועיימש"נ בש"ו פכ"ב.

ועיין מה שכתב הרמ"א חו"מ סי' קי"ז סעי' א' וז"ל: עשה שדהו אפותיקי מפורש שאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו, ונמצא שהשדה לא היתה שלו, יש אומרים דגובה משאר נכסים, אבל אם טרף ממנו בעל חוב מוקדם אינו חוזר עליו עכ"ל יעו"ש.

והנה דברי הרמ"א לכאורה סותרים לדברי רש"י שהניזק קודם לבעל חוב מוקדם ומוציא ממנו כיון שאין לו מקום אחר לגבות ממנו, כנ"ל, ואם כן הוא הדין באפותיקי צריך להיות הדין דלא יוכל בעל חוב מוקדם להוציא ממנו, שהרי בעל האפותיקי אין לו מקום אחר לגבות ממנו, והבעל חוב מוקדם יכול לגבות משאר נכסים, וצריך עיון.

פרק כד

בו יבוארו דברי רש"י שכתב דטענת אילו גבך הוה לא מינך הוה גבי היינו אילו כבר גבית ליה קודם שהזיק ולקמן כתב דהוא קדימה לניזק הואיל ואין לו מקום אחר לגבות ממנו.

[בבא קמא ד:] שמע מינה בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה, לא לעולם אימא לך מה שגבה גבה, ושאיני התם דאמר ליה אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבי ליה, דהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא, יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבי ליה וז"ל: תימה אז הוא בדין שיגבה שפשע בשמירתו, ויש לומר דלא קאמר אלא כלומר דאין גוף השור משועבד לבעל חוב כמו שהוא משועבד לניזק שמשתלם מגופו, וכן פירש בקונטרס בריש שור שנגח ארבעה וחמשה (דף לו.) עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי התוס' דאין לחייב בעל חוב שיש לו שעבוד בהשור כל זמן שאינו חייב בשמירתו ולא פשע בו, ומזה הוכיחו דטענה זו רק נותנת לו קדימה בהגביה, שהרי הבעל חוב יכול לגבות מנכסים אחרים וניזק אינו גובה אלא מגופו.

ודברי רש"י מבוארים לקמן וז"ל: ראשון נשכר מיבעי ליה, והאחרון יפסיד וכו', והא לא דמיא לחב עד שלא הזיק דאמרינן בהמניח (לעיל דף לג.) קדמו בעלי חובות והגביהו לא עשו כלום, דהתם הוא דאמר ליה ניזק לבעל חוב מהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא, ובעל חוב לא מצי למימר הכי, הלכך בעל חוב יטול נכסים אחרים, אבל הכא האי ניזק והאי ניזק ולא משתלם אלא מגופו, ומאי דשקיל האי מפסיד האי, הלכך קמא קמא קדים עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פל"ו, ולדבריו ניזק

דאזקן מינייה משתלימנא, והיינו כמו שכתב רש"י בסוגיין דאומר לו אילו גבך הוה דכבר גבית ליה קודם שהזיק, כנ"ל, ואין כונתו בזה שמסר השור להבעל חוב ופשע בו והזיק, אלא כונתו דבאותו המצב שלפנינו שהיה השור משועבד לבעל חוב ופשע בו המזיק ויצא והזיק, אם היה השור נגבה להבעל חוב, שכתבו לו בית דין שטר הורדה עליו וזכה בו לכל דבר, אבל עדיין היה עומד בחצר המזיק, והמזיק פשע בו ולא נעל בפניו ויצא והזיק, הרי הניזק היה גובה חצי נזק מגופו של השור, ואע"ג דהשור כבר הוי ממונו של הבעל חוב וזה שהיה השור ברשותו פשע בו, וכן אמרינן להדיא לקמן (דף מ.) דשור תם שנמסר ליד שומר ויצא והזיק הרי הניזק גובה מגופו של שור, ואע"ג דהשור הוא ממונו של מפקיד והשומר הוא שפשע, יעו"ש, ואזיל שם אפילו לרבי ישמעאל, כמו שכתבו התוס' שם (דף מ:) בד"ה הוה מעריקנא, יעו"ש, ומבואר דהתורה זיכתה לניזק לגבות מגופו אע"פ שבעל השור לא פשע, ועיין בתוספות רבינו פרץ שביאר דברי רש"י בדרך זה.

ובזה מובנת טענת אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבי ליה דהאי תורא דאזקן מינייה משתלימנא, דהא מצינו דניזק גובה מגופו של שור אפילו כששומר שקבל עליו שמירת נזקין פשע בו ולא הבעלים, והיינו אילו הוה גבך וכו', כמש"נ, ועל כרחך היינו משום דכיון שהתורה מיעטה בגבית הניזק שלא לגבות אלא מגופו של שור, סברא היא שבהשור עצמו על כל פנים נתנה לו התורה שעבוד אלים לגבות ממנו אף כשאין על הבעלים חובת גברא, ושעבוד אלים זה נותן לו קדימה לבעל חוב מוקדם, והיינו מה שכתב רש"י לקמן שאין לו מקום אחר לגבות ממנו, לא משום דהמציאות כן הוא, אלא משום שהתורה מיעטה גביתו לגופו של שור וחזיקה שעבודו במקומו, כמש"נ, ולא דמי לבעל אפותיקי מאוחר שהלוה הוא שמיעט גביתו, ולא כל כמיניה להפקיע זכות המוקדם, כמש"נ.

אבל בשני נזקים ס"ל לרש"י דאין ניזק אחרון יכול לטען לניזק ראשון אילו גבך הוה

מוציא מבעל חוב מוקדם שגבה הואיל ואין לו מקום אחר לגבות ממנו, ובעל חוב יכול לגבות משאר נכסים, וצריכים לעיין היאך ראה רש"י סברא זו בלשון אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבי ליה.

אולם יש לדקדק בדברי רש"י בסוגיין וז"ל: אילו גבך הוה דכבר גבית ליה קודם שהזיק עכ"ל יעו"ש, ולכאורה אין זו הסברא שכתב רש"י לקמן, ולא הזכיר כאן שבעל חוב יכול לגבות מנכסים אחרים מה שאין כן ניזק שאינו גובה אלא מגופו. וביותר קשה על רש"י קושית התוס' דאילו גבה בעל חוב את השור קודם שהזיק פשיטא שגובה ממנו הואיל והוא פשע בשמירתו.

עוד יש לדקדק דלפי סברת רש"י לקמן לכאורה יצא לנו דהוא הדין דכל בעל אפותיקי מאוחר קדם גביתו לגבית בעל חוב מוקדם שאין לו אפותיקי, שהרי הבעל חוב מוקדם יכול לגבות משאר נכסים ובעל אפותיקי אינו גובה אלא מן האפותיקי, ודין זה לא מצינו בהרמב"ם ובשולחן ערוך, ולא מצינו זכר לזה אלא בדברי הרמ"א סי' קי"ז סעי' א' וז"ל: עשה שדהו אפותיקי מפורש שאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו, ונמצא השדה לא היתה שלו, יש אומרים דגובה משאר נכסים (ורבנו ירוחם נתיב ו חלק ג בשם התוס'), אבל אם טרף ממנו בעל חוב מוקדם אינו חוזר עליו עכ"ל יעו"ש, ועיין עוד שם סי' ק"ד סעי' י"ד, הרי להדיא דבעל חוב מוקדם מוציא מבעל אפותיקי מאוחר, ולא הביא הרמ"א דין זה אלא דרך אגב לענין אם בעל האפותיקי חוזר על הלוה וגובה משאר נכסים, אבל עצם הדין דבעל חוב מוקדם מוציא מבעל אפותיקי מאוחר נראה מדבריו דדבר פשוט הוא ולית מאן דפליג, ולא נזכר בהנושאי כלים שהוא נגד דברי רש"י והתוס' הנ"ל.

לכן נראה דבדואי אין בעל אפותיקי מוציא מבעל חוב מוקדם, ואע"ג דאין לו מקום אחר לגבות ממנו, דלאו כל כמיניה דלוה לתת אפותיקי למלוה מאוחר להפקיע זכותו של מלוה מוקדם, ודוקא הכא בנזקי שור תם אמרינן סברא זו, וטעמא דמלתא משום דאמר ליה אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבי ליה דהאי תורא

ששבח השור אחר כך ועמד על ארבע מאות זווי. אלא ביאור הדבר הוא כמו שכתב השיטה מקובצת בשם הרא"ש דטענת מאי אפסדתיך היא שנסתלקו מעשיו, והוי כמו שנתרפא המכה, דאז אמרינן דאיגלאי מלתא שלא הזיקו כלל ושמעיקרא לא זכה כלום בשור המזיק, אכן אם היה משיבח עד שמנה מאות זווי לולי החבלה אז ליכא למימר שנסתלק המעשה היזק, ואין המזיק יכול לטעון מאי אפסדתיך.

ובמה שכתב בלישנא בתרא שהניזק תובע מאתים חציין של ד' מאות חצי נזק שהפסידו, כנ"ל, לכאורה יש לדקדק דלמה אינו תובע מן המזיק מאתים ועשרים וחמש זווי, שהרי בשעת הנגיחה זכה מיד כ"ה דינרים בשור המזיק כנגד החמשים זווי שחבל בשורו, ובשעת הנגיחה עמד שור הניזק במאה וחמשים זווי, ועכשיו השביח השור ועלה עד ארבע מאות זווי, ולולי הנגיחה היה עולה עד שמנה מאות זווי, ונמצא שהזיקו עוד ארבע מאות זווי, והוא תובע מאתים של נזק זה, ולהיכן הלכו הכ"ה דינרים של הנזק הראשון. ואולי יש לומר דמה שכתב רש"י שהניזק תובע מאתים זווי כונתו עוד מאתים זווי, אבל בודאי תובע נמי הכ"ה דינר של נזק הראשון.

והנה התוס' בד"ה שאלמלא הקשו שתי קושיות על הלישנא בתרא שהביא רש"י, וז"ל: לא נקטיה לאשמועינן שלא ישלם כל מה שהיה ראוי להשביח אלמלא לא הוזק, דמלתא דפשיטא היא, דאטו אם נגח שור קטן הייתי סבור שישלם דמי שור גדול לפי שהיה ראוי להיות גדול ומשביח, ועוד אי להכי איצטרין מאי פריך בסמוך אי כשפטמו צריכא למימר, אלא צריך לומר כפירוש הקונטרס בלשון אחר עכ"ל יעו"ש.

ובמה שהקשו דמלתא דפשיטא היא דאם הזיק שור קטן אינו משלם מה שהפסידו ששור קטן זה לא יתגדל להיות שור גדול, יש לחלק דבשור קטן מי יימר שלולי הנגיחה היה בא לידי כך להיות שור גדול, אולי ימות, אולי ישחטנו, אבל הכא הרי השביח השור לפנינו, ואנו רואים אותו עומד משובח לפנינו, ואנו יודעים שלולי נגיחה היה השבח הרבה יותר

וכו', דאין שעבודו האלים חל אלא על גופו של שור ולא על השעבודים שעליו, ונמצא דאין שעבודו של ניזק ראשון משועבד לניזק שני אלא הגוף משועבד לשניהם, והרי הם שוים באלימות שעבודם והראשון קודם לגביה. אבל הבעל המאור בסוגיא דלקמן ס"ל דניזק אחרון יכול לטעון אילו גבך הוה וכו' לניזק ראשון, והיינו משום דס"ל דחל שעבודו לא רק על הגוף אלא גם על השעבודים שעליו, ועיימש"נ בש"ו פל"ז.

פרק כה

בו יבוארו שתי הלשונות בפירוש רש"י בשור תם שנגח שור שוה מאתים ושבח ועמד על ארבע מאות זווי ואצמלא הזיקו היה עומד על שמונה מאות זווי דנותן לו כשעת הנזק.

[כבא קמא ד.ד.] תנו רבנן שור תם שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים וחבל בו בחמשים זווי ושבח ועמד על ארבע מאות זווי שאלמלא הזיקו היה עומד על שמונה מאות זווי נותן כשעת הנזק וכו', יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: שאלמלא וכו', כלומר הואיל ואיכא למימר אלמלא לא הזיקו היה עומד על שמונה מאות זווי, נותן לו כ"ה זוזים כשעת הנזק, ולא מצי אמר ליה מאי אפסדתיך הא שבח טפי, משום דאמר ליה ניזק אי לא אזיקתן הוי שבח וקאי על תמני מאה. לישנא אחרינא שאלמלא לא הזיקו וכו' ועכשיו תובע ניזק מאתים חציין של ד' מאות חצי נזק שהפסידו, אינו נותן לו אלא כ"ה כשעת הנזק, וראשון עיקר עכ"ל יעו"ש.

לפי הלישנא קמא דרש"י מבואר דאם שבח ועמד על ארבע מאות זווי וגם אם לא היה נחבל נמי לא היה משתבח יותר מארבע מאות זווי, דשפיר יכול המזיק לומר מאי אפסדתיך, שהרי אין הניזק יכול לומר לו אי לא אזיקתן וכו', ויש לדקדק דהרי בגמרא מוקים לה להא ברייתא כרבי עקיבא דיוחלט השור ונעשה שותף מיד בשעת הנגיחה, ונמצא דמתחלה כבר זכה הניזק בחלק שמינית בשור המזיק כנגד כ"ה דינרים של חצי נזק, והרי הניזק יכול מיד להקדיש חלקו בשור המזיק, כדמבואר לעיל בהסוגיא (דף לג), ואם כן היאך נפקע קנינו במה

דסיפא איצטריך דסלקא דעתך אמינא כיון דאמר רבי עקיבא הוחלט השור הוי ליה מזיק כשפיטמו מניח מעותיו על קרן הצבי כמו בהלך למדינת הים ובא אחר ופרנס אשתו (כתובות דף קז: עכ"ל יעו"ש).

וי"ש לדקדק דהיכי מדמה פיטמו מזיק אליבא דרבי עקיבא לההיא דהלך למדינת הים ובא אחר ופרנס את אשתו דהניח מעותיו על קרן הצבי, הא התם לא שייך דין יורד, שלא ירד לנכסיו ולא השביח כלום, והוא לא אמר לו לפרנס את אשתו, וממילא אין לו פתח לגבות ממנו והניח מעותיו על קרן הצבי והפסידם, אבל מזיק שפיטם הרי הוחלט השור להניזק, והמזיק שהשביחו הוי כיוורד לשדה חבירו והשביחה, ולמה לא יוכל לגבות יציאותיו מן הניזק.

ואי"י יש ליישב דברי התוס' עפ"מ ש"נ בש"ו פי"ט בדברי המגיד משנה דאע"ג דלרבי עקיבא הוחלט השור בשעת נגיחה, מכל מקום אם שחטו מה שעשה עשוי ופטור, והוי כמזיק שעבודו של חבירו דפטור כדאיתא בגמרא, דנהי דהשור קנוי מיד להניזק ויכול להקדישו, מכל מקום כיון דהמזיק יכול לסלקו מן השור על ידי שיודה ופטור, דמודה בקנס פטור, אם כן לגבי נזקין לא חשיב האי שור להניזק אלא כמזיק שעבודו של חבירו, שהרי אין הדבר ברור שישאר בידו, ולפי זה יש לומר דהוא הדין לגבי דין יורד, דהא דבעל השדה חייב ליתן ליורד ברשות כשתילי העיר וליורד שלא ברשות יציאה שיעור שבח, היינו משום דאכן אמרינן שהוא רוצה לחייב עצמו בכך הואיל וירויח במה ששדהו משוכחת, אבל בשור המזיק שאינו יודע שישאר בידו ס"ד אמינא שאינו רוצה לחייב עצמו בכלום, וליכא דין יורד, קא משמע לן דחייב ליתן לו יציאות כדין יורד, וזהו מה שכתבו כיון דאמר רבי עקיבא הוחלט השור וכו', כנ"ל, דאליבא דרבי ישמעאל דהשור לא הוי אלא אפותיקי לניזק הרי מה שהשביח המזיק דידיה הוא, דהא שורו השביח, אבל כיון דאמר רבי עקיבא הוחלט השור הרי יצא מרשות מזיק ואינו גובה שבח אלא מדין יורד, וכשיעור יציאה בלבד, וסלקא דעתין דאין בו דין יורד, כמש"נ.

ממה שאנו רואים בפנינו, וסלקא דעתין שיכול הניזק לתובעו על כך, קא משמע לן הברייתא דמכל מקום לא הוי אלא גרמא בעלמא, ואין הניזק יכול לתובעו.

וקושייתם השניה מיושבת לפי דברי רבינו חננאל שלמד כהלישנא בתרא וז"ל: תנו רבנן שור שוה ר' שנגח שור שוה ר' וחבל בו בני' זוזי ולא תבעו הבעלים ושבח מעצמו, וכל שכן אם פטמו, דאמר ליה המזיק אנת מפטם ליה לתורך ואנא יהיבנא לך, אינו נותן לו אלא משעת ההיזק עכ"ל יעו"ש. וזהו מאי דפריך בגמרא אי כשפטמו צריכא למימר, דאם השביח מעצמו היה אפשר לומר דמה שלא השביח הרבה יותר חשיב נמי בכלל הנזק, ואשמועינן דמכל מקום לא הוי אלא גרמא, אבל כשפטמו בידים למה תיסק אדעתין שמה שלא השביח יותר הוא בכלל הנזק, הא פיטום זה הוי דבר חדש, וכל שכן שיכול המזיק לומר לו אנת מפטם ליה ואנא יהיבנא לך, ובודאי לא חשיב נזק אלא מה שנחסר השור מחמת עצמו.

פרק כו

בו יבוארו דברי התוס' דסלקא דעתין דפיטמו מזיק לא יוכ"ל לגבות יציאותיו מדין יורד דדומה ל"מי שהלך למדינת הים ובא אחר ופרנס אשתו דאמרינן הניח מעותיו על קרן הצבי.

[כבא קמא ד'] אמר מר שבח מזיק נותן כשעת הנזק, מני רבי ישמעאל היא דאמר בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ליה וכו', לא כולה רבי עקיבא היא, והכא במאי עסקינן כשפיטמו, אי כשפיטמו אימא רישא שבח ועמד על ארבע מאות זוז נותן לו כשעת הנזק, אי כשפיטמו צריכא למימר וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה הכא במאי עסקינן וז"ל: וכגון שאין השבח יותר על היציאה, שאם היה יותר, נהי נמי דאמרינן בחזקת הבתים (ב"ב דף מב:) דשותף הוי כיוורד ברשות, מכל מקום מה שאדם רוצה ליתן למפטם לפטם יטול המזיק והמותר יש לו להיות לניזק. ואם תאמר אם כן אמאי איצטריך למיפרך מרישא, מסיפא גופא ליפרוך אי בשפיטמו צריכא למימר. ויש לומר

פרק כז

בו יובא דין שבח שור המזיק הניזק נוטל כשעת העמדה בדין אליבא דרבי עקיבא דאית ליה יוחלט השור, ויבואר דלפי דרך הקצות החושן הרמב"ם מוקים לה כהר"ח.

[כבא קמא ד.] אמר מר שבח מזיק נותן כשעת הנזק, הא מני רבי ישמעאל היא דאמר בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ליה, אימא סיפא וכו', לא כולה רבי עקיבא היא והכא במאי עסקינן כשפיטמו וכו', יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: שבח מזיק ועמד על ד' מאות, נותן לו כ"ה זוז כשעת הנזק, ואין יכול הניזק לומר לו תן לי חלק שמינית שבו שזכיתי בו משעת הנזק וברשותי השביח עכ"ל יעו"ש, וקאמר בגמרא דהא מני רבי ישמעאל דבעל חוב הוא, ולכן אין לו חלק בשבח שהשביח בין שעת הנזק לשעת העמדה בדין, אבל לרבי עקיבא דהניזק נעשה שותף בשור המזיק שפיר יכול לומר תן לי חלק שמינית שבו שברשותי השביח, ומשני דמיירי כשפיטמו מזיק ולכן אין השבח מגיע להניזק, ומבואר בגמרא, כפי מה שפירש רש"י, דאליבא דרבי עקיבא הניזק זוכה בגופו של שור המזיק מיד בשעת הנגיחה, ולכן נוטל חלק בהשבח, שהרי שורו השביח.

או"ם הקצות החושן בסי' ת"ז סק"א כתב דלשיטת הרמב"ם אין השור מוחלט להניזק עד שעת העמדה בדין, אבל קודם העמדה בדין עדיין לא זכה בו, דקנס אין אדם זוכה אלא אחר העמדה בדין דאי מודה מיפטר, יעו"ש, והכריחו לכך הא דהרמב"ם פסק כברייתא דלעיל (דף ג:) תנו רבנן שור תם שהזיק עד שלא עמד בדין וכו', ולרוב הראשונים סוגיא דהתם קאי כרבי ישמעאל, אבל הרמב"ם הביאו להלכה בפ"ח נזקי ממון הל"ו-הל"ח, ואע"ג דהרמב"ם פסק כרבי עקיבא בפ"ט שם הלי"ב, ולכן למד הקצות החושן דאליבא דהרמב"ם כל דינא דיוחלט השור לא הוי אלא לאחר העמדה בדין, ועיימש"נ בש"ו פי"ט.

ולפי דבריו קשה טובא הא דקאמר בסוגיין דאליבא דרבי עקיבא שבח המזיק שבחא דממילא כשעת העמדה בדין, והניזק זוכה חלק בשבח שהשביח המזיק, והלא לא הוחלט לו

השור עד שעת העמדה בדין, ולמה נוטל את השבח, כי היכי דקאמר בגמרא דלרבי ישמעאל אינו נוטל את השבח, ואם לא נחלקו רבי ישמעאל ורבי עקיבא אלא לאחר העמדה בדין, אם כן קודם העמדה בדין היה צריך להיות דכמו דלרבי ישמעאל אינו נוטל שבח גם לרבי עקיבא אינו נוטל שבח, וכי היכי דלדברי הקצות החושן הא דקאמר בגמרא מכרו מזיק מכור לרדיא קאי אליבא דרבי עקיבא, ואין הלוקח משלם דמי חרישה לניזק קודם העמדה בדין, כמו כן נמי לא יטול הניזק בשבח.

והנה עיין מה שכתב הרמב"ם פ"ז נזקי ממון הלי"א והלי"ב וז"ל: שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והפחיתו חמשים ובשעת העמדה בדין השביח הניזק וכו', השביח המזיק בשעת העמדה בדין, אם מחמת שפטמו שבח אינו משתלם ממנו אלא מה שהיה שוה בשעה שהזיק, ואם מחמת עצמו השביח משתלם חצי נזק ממנו כלו כשעת העמדה בדין עכ"ל יעו"ש. ומה שכתב שאם השביח המזיק משתלם חצי נזק ממנו כלו כשעת העמדה בדין הלשון קצת מגומגם, דהא אפילו לא השביח המזיק יש בגופו שויות יותר מדי לשלם החצי נזק, שהרי המזיק שוה מאתים והניזק לא נפחת אלא חמשים, והחצי נזק הוא עשרים וחמש, אלא מסתברא דכונתו שהניזק נוטל חצי נזק כולו, בין עצם החצי נזק בין כל השבח שהשביח חלקו בשור המזיק שהוא קנה כנגד חצי נזקו, וכן מובא בחו"מ סי' ת"ד סעי' ב', יעו"ש, אבל אין פירוש זה עולה לפי דברי הקצות החושן שאין השור מוחלט להניזק עד שעת העמדה בדין.

אכן נראה דלדברי הקצות החושן יש לפרש דברי הרמב"ם באופן אחר, והוא מפרש משתלם חצי נזק כולו כפשוטו, ולא מיירי כאן הרמב"ם באותה אוקימתא שהביא בהלי"א בשור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והפחיתו חמשים, וכרישא דברייתא דסוגיין, אלא מיירי באוקימתא שאין שור המזיק שוה כנגד כל החצי נזק, ובכהאי גונא הניזק אינו נוטל אלא השור והשאר מפסיד, ומכל מקום אם השביח השור ועלו דמיו יותר מהחצי נזק בשעת העמדה בדין הרי הניזק נוטל חצי נזק כולו, ולא אמרינן דלא

לרבי עקיבא, דלרבי ישמעאל הרי השור לגמרי של המזיק, שלו וברשותו, ואין לניזק עליו אלא אפותיקי מפורש, אבל לרבי עקיבא השור קנוי להניזק אלא שהוא עדיין ברשות המזיק בתורת גזילה, כמש"נ, ונפקא מינה אם יכול המזיק לסלקו לניזק בזווי, אליבא דרבי ישמעאל יכול לסלקו בזווי שהרי אין הניזק אלא בעל חוב וזווי הוא דמסיק ביה, והשור הוא אפותיקי מפורש, ויכול המזיק לסלקו בזווי כדין כל אפותיקי מפורש, אבל לרבי עקיבא השור קנוי לניזק אלא שעדיין אינו ברשותו עד שעת העמדה בדין, דאז אין המזיק יכול עוד להודות וליפטר, ולכן אין המזיק יכול לסלקו בזווי.

והשתא נראה דיש עוד נפקא מינה בין רבי ישמעאל ורבי עקיבא לענין שבח המזיק כשעת העמדה בדין, דלרבי ישמעאל דדין השור כשאר אפותיקי מפורש אין לניזק כלום בשבח השור, וגם אינו גובה חצי נזקו מן השבח היכא דגוף השור אינו שוה כנגד כל החצי נזק, ואע"ג דאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח בדמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, כדאייתא בבבא מציעא (דף יד.) יעו"ש, הרי מבואר בבבא בתרא (דף קנו.) דהיינו מדין דאקני, דבשעת ההלואה הלוח משעבד לו גם השבח העתיד לבא, דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, ואם כן כל זה הוא כבעל חוב שהלוח הקנה לו שעבוד מיוחד בהשבח, אבל בשור תם שהזיק לא שעבדה לו התורה שעבוד בשבח העתיד לבא, ואם כן אינו גובה ממנו כלל.

אבל לרבי עקיבא הרי מיד בשעת הנגיחה קנה הניזק חלק בשור המזיק כנגד חצי נזקו, ואלא דכיון דעדיין יכול המזיק להודות וליפטר לא הוי השור ברשותו של ניזק אלא של מזיק, ויש לו עליו תורת גזלן, כמש"נ, ולפיכך אין הניזק קונה את השבח בתורת תוראי אשבח, דהא כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, כמש"נ, אכן אם אין השור שוה כנגד החצי נזק אלא ביחד עם השבח שהשביח, אז גובה כל החצי נזק בין מן הגוף ובין מן השבח, דאפילו אם אין השור שוה כנגד החצי נזק נעשה כמי שהניזק קנה חלקו בהשור כנגד כל חצי נזקו.

זכה אלא בדמי השור כמו שהי' בשעת הנזק והשאר יפסיד, ואע"פ ששור המזיק שוה הרבה יותר בשעת העמדה בדין, אלא נוטל כל חצי נזקו מן השור כמו שהוא עכשיו לפנינו, אולם כל מה שהשביח שור המזיק יותר על החצי נזק אין הניזק נוטלו, שהרי עדיין לא זכה בהשור עד שעת העמדה בדין, ואין השבח מגיע לו, וכן פירש רבינו חננאל בסוגיין.

וביאור הדברים הוא, דגם לפי דברי הקצות החושן זכה הניזק בשור המזיק בשעת הנגיחה, אלא דלא הוחלט לו לגמרי עד שעת העמדה בדין, הואיל וקודם לכן אי מודה מיפטר, ועד שעת העמדה בדין הרי השור המזיק שלו של הניזק אבל אינו ברשותו אלא ברשותו של המזיק, שהרי בכל שעה יכול המזיק להודות וליפטר ולהפקיע קנין הניזק, ועל ידי זה חשיב השור ברשותו של מזיק עד שעת העמדה בדין, וכל אותם הימים שבין נגיחה לשעת העמדה יש להמזיק דין גולן בהיתר על שור המזיק, לא שהוא עובר על איסור גזילה, אלא כיון שהשור קנוי להניזק והוא ברשות המזיק הרי דינו כדין הגולן לגבי קנינו וחייבו, וכמו שכתב הנמוקי יוסף לעיל (דף ט.) שבמקח טעות דין המוכר כדין הגולן, ועיימש"נ בש"י פ"ו, ולפיכך אם מכרו מזיק קודם העמדה מכור לרדיא אליבא דרבי עקיבא ואין הלוקח צריך להעלות דמי חרישה להניזק, דדין הלוקח דאתי מכח המזיק נמי כדין הגולן, וכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ואינו משלם בשביל גיזות וולדות, כדתנן לקמן (דף צג.) יעו"ש, ואף שבח שע"ג גזילה קיימא לן לקמן (דף צה.) דגולן הוי יעו"ש, ולכן אין המזיק או הלוקח משלם דמי רדיא לניזק, וכן הא דקאמר שחטו מה שעשה עשוי, ואינו משלם בשביל פחת שחיטה מפני שהוא מזיק שעבודו של חברו, אתי שפיר אליבא דרבי עקיבא, דהואיל ודין גולן להמזיק אינו משלם בשביל פחת שחיטה, דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ואי משום שהוא מזיק בידים, והוי כתברא או שתיא דלקמן (דף סה.) הרי על זה נמי אין לחייבו, שהרי אין זה אלא מזיק שעבודו של חברו ופטור.

ונמצא לפי זה דגם לפי דרך הקצות החושן יש נפקא מינה גדולה בין רבי ישמעאל

משמעות הגמרא היא דהניזק יכול לתבוע מן המזיק כל שהוכחש שורו מחמת המכה בין שעת הנזק לשעת העמדה בדין, אבל מה שהוכחש מחמת המכה אחר העמדה בדין, אינו יכול לחזור ולתבוע ממנו אחר שכבר יצא מבית דין, ואין לומר דהיינו טעמא מפני שהיה עליו למכור שורו מיד אחר העמדה בדין, שהרי כתבו התוס' לעיל (דף י:) בד"ה לא נצרכא דכל שלא מת השור אין עליו למכור השור אלא יש לו להמתין עד שיתרפא, יעו"ש, ואין סברא שההעמדה בדין תגביל הזמן שכדאי להמתין עד שיתרפא, אלא מבואר דאין המזיק צריך לשלם בשביל כל נזק שבא מחמת המכה אחר העמדה בדין.

וכן מדויק נמי בדברי רבינו חננאל שכתב וז"ל: שור שוה ר' שנגח שור שוה ר' וחבל בו בנ' זוז ולא תבעו הבעלים ושבח מעצמו וכו' עכ"ל יעו"ש, ולמד רבינו חננאל כלישנא בתרא דרש"י דחידוש הברייתא הוא דאינו צריך לשלם בעד מה שלא השביח מחמת הנגיחה, והדגיש הר"ח דלא תבעו הבעלים, ומבואר דאם תבעו ועמד בדין שוב אין שום חידוש במה שמשלם כשעת הנזק, וכן מדויק מדברי רש"י לעיל (דף י:) ד"ה אלא לפחת נבילה וז"ל: ואם הסריח ופחתה דמיה משעת מיתה ועד שעת העמדה בדין פסידא דניזק הוא וכו' עכ"ל, ומשמע דמה שהסריח אחר העמדה בדין פשיטא דאין המזיק צריך לשלם, וצריכים לעיין למה יפטר מכל היזק שבא מחמת המכה אחר העמדה בדין.

ונראה לבאר הענין על פי הא דאיתא לקמן (דף פטו:) דאמר רבא צא תן לו טבח ומכר פטור, מאי טעמא כיון דפסקוה למילתיה וטבח ומכר הוה ליה גזלן, וגזלן אינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה, יעו"ש. והיינו דאע"ג דהשור הגנוב עדיין ביד הגנב ועדיין לא החזירו לבעליו, אם עמד בדין ופסקוה בית דין למילתיה, שוב פקע ממנו תורת גנב ואם טבח ומכר אינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה, ומה שטבח ומכר הוי מחייב חדש, וגזילה היא ולא גניבה, ומבואר דכיון שעמד בדין נגמרה ופקעה תורת גנב שלו, והוא הדין נמי בדין כיון שעמד בדין נגמרה ופקעה תורת מזיק שלו, ואינו חייב אלא על הנזק שבא מחמת המכה קודם העמדה בדין.

והרי זה כמו אם קנה קרקע שוה חמשים זוז ושילם בעדה מאה זוז, שהם יותר מכדי דמיו, דלא אמרינן ששילם חמשים זוז בעד הקרקע ועוד חמשים זרק לים, אלא כל התשלום של מאה זוז הן דמי הקרקע, ואע"פ שאינו שוה מה ששילם בעדה, ולא נחשב לו שבח עד שיעלה שויות הקרקע יותר ממאה, דהמאה זוז הוא דמי הקרקע והעודף הוא הריוח.

וכן הוא בשור תם, כשהניזק קונה חלק בשור המזיק שעבודו היא כל חצי נזקו, ואפילו אין גוף השור שוה כל כך, וכשהשור השביח ועמד על שויות כל החצי נזק או יותר הרי הניזק נוטל כל חצי נזקו, ואין זה מדין בעל חוב גובה את השבח, אלא מפני שיש לו שעבוד בגופו של שור כנגד כל חצי נזקו, וכשהשור השביח דין הוא שיכול להוציא ממנו כל שעבודו, ואע"פ שהשור השביח ברשות המזיק ולא ברשות הניזק, ולא שייך בזה דינא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה לפטור את המזיק מלשלם מה שהשביח, שהרי אין הניזק נוטל אלא הממון שמשועבד לו בהשור, והרי זה כמו ממוני גבך בהאי שור, וכל זה הוא בשור תם שיש להניזק קנין בו, ואע"פ שלא הוחלט לו לגמרי עד שעת העמדה בדין, אבל כל בעל חוב אינו גובה מן השבח אלא מדין דאקני, ואפילו מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, דהא אין לו שום קנין בגוף הקרקע, רק שעבוד בעלמא בקרקעות הלוה, ואינו מסוים באיזה קרקע הוי השעבוד דיוכל לומר לו ארעאי אשבת, והוא רק מדין דאקני. וכתבתי כל זה ליישב דברי הקצות החושן לפי הסוגיות ודברי הרמב"ם, אמנם דבריו סתומים ולא אוכל לדעת אם לכל זה נתכוון, ודו"ק.

פרק כח

בו יבואר הא דאם כחש השור מחמת המכה משלם כשעת העמדה בדין דאומר לו קרנא דתורך קבירא ביה, ומכ"ל מקום אין המזיק משלם בעד הכחשה שלאחר העמדה בדין.

[כבא קמא ד.] כחש כשעת העמדה בדין, כחש מחמת מאי וכו', דכחש מחמת מכה, דאמר ליה קרנא דתורך קבירא ביה, יעו"ש. והנה פשטות

פרק כט

בו יובא דין פחת נבילה למזיק בשור תם, ויסתפק אם הוא משום דהמזיק קונה חלק בגוף הנבילה כי היכי דהניזק קונה חלק בגוף שור המזיק או אם הוא רק חיוב תשלומין.

[כבא קמא ד.] תנו רבנן שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והנבילה יפה חמשים זוז, זה נוטל חצי החי וחצי המת וזה נוטל חצי החי וחצי המת, וזהו שור האמור בתורה דברי רבי יהודה, רבי מאיר אומר אין זהו שור האמור בתורה וכו', וגם את המת יחצוץ, פחת שפחתו מיתה מחצין בחי. מכדי בין רבי מאיר בין רבי יהודה האי מאה ועשרים וחמשה שקיל והאי מאה ועשרים שקיל, מאי בינייהו, אמר רבא פחת נבילה איכא בינייהו, רבי מאיר סבר פחת נבילה דניזק הוי, ורבי יהודה סבר פחת נבילה דמזיק הוי פלגא, אמר ליה אביי אם כן מצינו לרבי יהודה תם חמור ממועד וכו', יעו"ש.

והא דקאמר רבי מאיר פחת נבילה דניזק הוא, מפני שאין מחשבים הנזק אלא פחת שפחתו מיתה, ואם כן כל הנבילה שייכת להניזק ודידיה פחתה, וכמו דאמרינן לעיל (דף י:) והמת יהיה לו מלמד שהבעלים מטפלין בנבילה וכו', השתא אי אית ליה לדידיה כמה טריפות יהיב ליה וכו', לא נצרכא אלא לפחת נבילה, יעו"ש, והיינו דהא דתניא בעלים מטפלין בנבילה, היינו ללמדנו שהנבילה עדיין של ניזק, ולכן אם פחתה פחתה לו, ועיין בתוד"ה דרבי מאיר שהקשו דלמה לן קרא בתם נילף ממועד, והיינו משום דבשניהם פחת נבילה לניזק מפני שעדיין הנבילה קנויה לו.

אכן בהא דקאמר רבא דלרבי יהודה פחת נבילה הוי פלגא למזיק, יש להסתפק אם היינו משום דהמזיק קנה חצי הנבילה וממילא הוי חצי הפחת שלו, או אם זה דין מיוחד דהמזיק צריך לשלם בשביל חצי פחת נבילה שגורם מלבד מה שמשלם חצי הנזק שפחתו מיתה. ולכאורה יש להביא ראיה מהא דאמרינן לעיל (דף לב.) מאי בינייהו דרבי עקיבא ורבי ישמעאל הקדישו ניזק איכא בינייהו, יעו"ש, ויש לדקדק דלמה לא קאמר נמי בסוגיין הקדיש מזיק חצי הנבילה

איכא בינייהו, אלא מבואר דלכולי עלמא הקדישו מזיק אינו קדוש דאינו זוכה קנין בגוף הנבילה.

עוד יש להביא ראיה מהא דפריך אביי אם כן מצינו לרבי יהודה תם חמור ממועד, כנ"ל, והיינו דתם משלם חצי פחת נבילה ומועד אינו משלם פחת שחיטה כלל, ואם נאמר דפחת נבילה הוי פלגא למזיק מפני שחצי הנבילה שלו ושלו הסריח ושלו פחתה, אם כן אין זה חומרא כלל לגבי מועד, דכיון שקנה המזיק חצי הנבילה היה לו למוכרה מיד, כמו שכתבו התוס' לגבי ניזק לעיל (דף י:) בד"ה לא נצרכא, ומה שלא מכרה קודם שהסריחה היא פשיעותא דידיה, מה שאין כן במועד שאין לו שום חלק בהנבילה למה ישלם בעד פחת נבילה, ואין לומר דהא גופא הוי חומרא דתם דקונה חצי הנבילה וממילא יש לו פחת, דהא לפעמים בא לו פחת ולפעמים שבח, ולמה יחשב קנינו חומרא בתם מבמועד.

אלא מסתברא לומר דרבא אזיל כאן לפי מאי דקאמר במסקנת הסוגיא דגם רבי יהודה ס"ל דפחת שפחתו מיתה מחצין בחי, והא דמזיק יש לו חצי שבח נבילה, היינו משום דרחמנא חס עליה ונתנה לו מתנה אע"פ שאין לו קנין בהנבילה, והכא נמי קאמר בהסלקא דעתא דהגמרא דהתורה חייבה למזיק לשלם חצי פחת נבילה אע"ג שאין הנבילה שלו, ועל זה פריך שפיר דנמצא תם חמור ממועד שאינו משלם בשביל פחת נבילה.

והא דמביא ראיה מהא דתניא רבי יהודה אומר יכול שור שוה מנה וכו' הוי אומר להחמיר עליו וכו', היינו להוכיח דמועד חמור מתם ולא איפכא, אבל רבי יהודה בהברייתא קאמר דהמזיק קונה חצי שור הניזק, ומשום הכי לפעמים בתם משלם יותר ממועד, ולמסקנא לא בא רבי יהודה אלא להוכיח דהכא לא אמרינן דברים ככתבם וחולקים שור המזיק ושור הניזק, דאם כן לפעמים תם חמור מועד, ולפעמים מזיק נשכר, אלא על כרחך גם לדידיה פחת שפחתו מיתה מחצין, וכמו שכתב הפני יהושע, ועיימ"ש"נ בש"ו פ"ל.

פרק 5

בו יבוארו דברי הרמב"ם דשור תם שהזיק פחת נבילה לניזק ושבח הנבילה חולקין אותו הניזק והמוזיק ולית ליה להרמב"ם הא דאמרינן בגמרא דאין להניח שיהא המוזיק נשכר.

[כבא קמא דד:] אלא אמר רבי יוחנן שבח נבילה איכא בנייהו, דמר סבר דניזק הוי ומר סבר פלגא, והיינו דקא קשיא ליה לרבי יהודה, השתא דאמרת חס רחמנא עלויה דמוזיק דשקיל בשבחה, יכול שור שוה חמש סלעים שנגח שור שוה מנה והנבילה יפה חמישים זוז, זה נוטל חצי החי וחצי המת וזה נוטל חצי החי וחצי המת, אמרת היכן מצינו מוזיק נשכר שזה נשכר, ואומר שלם ישלם, בעלים משלמין ואין בעלים נוטלין, מאי ואומר, וכי תימא הני מילי היכא דאיכא פסידא לניזק, אבל היכא דליכא פסידא לניזק, כגון שור שוה חמש סלעים שנגח שור שוה חמש סלעים והנבילה יפה שלשים זוז שקיל נמי מוזיק בשבחה, ואומר שלם ישלם בעלים משלמין ואין בעלים נוטלין וכו', אית ליה לרבי יהודה פחת שפחתה מיתה מחציין בחי וכו', יעו"ש. ומבואר בגמרא דאם שבח נבילה יתר על החצי נזק אין המוזיק נוטל את השבח, דהיכן מצינו מוזיק נשכר.

והנה עיין ברמב"ם פ"ז נזקי ממון הלי"ח וז"ל: שמין לניזקין וכו' אומדין כמה פחת הכלי מדמיו ונותן לו כל הפחת אם המוזיק מועד, או חצי הפחת אם היה תם, שנאמר והמת יהיה לו, פחת נבילה של ניזק, ושבח הנבילה חולקין אותו הניזק והמוזיק עכ"ל יעו"ש. והקשה עליו הלחם משנה וז"ל: בגמרא (דף לד:) שור שוה חמש סלעים שנגח שור שוה חמש סלעים והנבילה יפה שלשים זוז שקיל נמי מוזיק בשבחה, ואומר שלם ישלם הבעלים משלמים ואינם נוטלים, כלומר אין לומר שריוח, וכתבו הטור ז"ל בסי' ת"ג בחו"מ, ולא ידעתי למה לא הזכירו רבינו ז"ל עכ"ל יעו"ש.

ונראה דהא דקאמר היכן מצינו מוזיק נשכר והתורה אמרה בעלים משלמים ואינם נוטלים, היינו דוקא בכרייתא שהביאה הגמרא יכול וכו', כנ"ל, דאתי רבי יהודה להוכיח דלא

אמרינן דברים ככתבם וחולקין גם שור החי וגם שור המת, דאם כן נמצא דלפעמים מוזיק נשכר מפני גודל שויות שור הניזק ולפעמים מפני שבח שהשביחה הנבילה, והרי התורה אמרה בעלים משלמים ואין בעלים נוטלים, אלא על כרחך דאין המוזיק קונה חצי הנבילה דפחת שפחתה מיתה מחציין בחי כדמסיק רבא, וכן פירש בפני יהושע, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פכ"ט, ולמסקנת הגמרא הא דמוזיק נוטל חצי שבח נבילה לא הוי מפני שקנה חצי הנבילה, אלא מתנה היא שהתורה זיכתה לו דחס רחמנא עלויה דמוזיק בשור תם.

ולמד הרמב"ם דדוקא לפי הא דקאמר יכול וכו' שנזכר בכרייתא אמרינן דאין מוזיק יכול ליטול שבח היתר על הנזק, דאז סלקא דעתין דהוא נוטל השבח משום שזהו צורת תשלומי הנזק שלו שהוא מתקיים על ידי שזה נוטל חצי החי וחצי המת וכן השני, ואם כן על ידי תשלומי נזק אלו יצא שהמוזיק הרויח, בין מצד שויות שור הניזק בין מצד שבח שהשביחה הנבילה, והיכן מצינו שהמוזיק נשכר על ידי תשלומי נזק, והרי אמרה התורה שבעלים משלמים ולא שנוטלים, אבל למסקנת הגמרא גם לרבי יהודה פחת שפחתה מיתה מחציין בחי, ואין המוזיק זוכה כלום בשור הניזק, וכל דין תשלומין מתקיים אך ורק על ידי מכירת שור החי וחצו את כספו, ומה שהמוזיק נוטל שבח הוא דין בפני עצמו, דמלבד מה שהוא משלם חצי של פחת שפחתה מיתה חס רחמנא עלויה וזיכתה אותה במתנה שהוא נוטל חצי שבח שהשביחה הנבילה, ודין זה אין אנו צריכים לשער כנגד הנזק שמשלם, ולא שייך לומר בזה בעלים משלמים ואין בעלים נוטלים, שאין זה שייך כלל לצורת תשלומי הנזק, והא דאמרינן שלם ישלם בעלים משלמים ואין בעלים נוטלים, אין זה דרשה גמורה מיתורא דקרא, שהרי כתב רש"י בפרשת משפטים (שמות כא, לו) שבא ללמד דמועד משלם נזק שלם ולא חצי נזק כשור תם, יעו"ש, אלא כונת הגמרא דתשלומי נזק הם שהבעלים ישלמו ולא שיטלו, כמש"נ, וזכות המוזיק בשבח נבילה לא באה לו משום צורת תשלומי הנזק למסקנת הגמרא, וכמש"נ.

פרק לא

בו יבואר הא דרבא מפרזיקא דייק לשון המשנה דהווי שניהם של איש אחד שניהם חייבים ולפי זה הקשה דאם כן שמע מינה שוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה.

[כבא קמא לו.] היו שניהם של איש אחד שניהם חייבים, אמר ליה רבא מפרזיקא לרב אשי שמע מינה שוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, הכא במאי עסקינן וכו', אלא לעולם בתמין ורבי עקיבא היא דאמר שותפין נינהו, וטעמא דאיתנהו לתרוייהו דלא מצי מדחי ליה, אבל ליתנייהו מצי אמר ליה זיל אייתי ראייה דהאי תורא אזקך ואשלם לך, וכתב רש"י וד"ל: שמע מינה, מדקתני שניהם. רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ואם אבד האחד קם חבירו במקומו ומשתלם ממנו עכ"ל יעו"ש.

וי"ש לעיין בהא דקאמר רבא מפרזיקא שמע מינה שוורים תמים וכו', אם דבריו נאמרו בלשון בתמיה וכונתו להקשות דהיאך יכול להיות דבר כזה, או דלמא אמר מילתיה בניחותא, ולא בא להקשות כלל אלא לקבוע הלכה על פי דיוקא דמתניתין, ומשמעות לשון רב אשי דמהדר ליה הכא במאי עסקינן וכו' משמע שבא לתרץ קושיא, וכן מדויק בדברי התוס' בד"ה שמע מינה שהקשו על דברי רש"י וד"ל: קשה דלא הוה ליה למימר שמע מינה, אלא מסיפא הוה ליה למפרך, דקתני דאחד גדול ואחד קטן המוציא מחבירו עליו הראיה ומשלם לגדול מן הקטן, א"כ כשאבד אחד מהן לא משתלם מאותו שנשאר עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריהם דרבא מפרזיקא פריך מן הסברא, ועל זה הקשו התוס' דמסיפא הוה ליה למפרך.

אכן מדברי רש"י לכאורה משמע דלא הוי קושיא אלא בניחותא קאמר לה, דעיין לעיל (דף יד:) שמע מינה לזה ומכר נכסיו ואחר כך בא לבית דין אין בית דין גובין לו מהן, וכן (דף יג:) שמע מינה לזה ומוכר מטלטלין ב"ד גובין לו מהם, וכן (דף לה.) שמע מינה בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה, ובכל מקומות אלו כתב רש"י שהשמע מינה הוא בלשון בתמיה, יעו"ש, ובסוגיין לא כתב כן, אלא משמע

דבניחותא אמר לה, ובין כך ובין כך נדחו דבריו במסקנת הגמרא, כנ"ל.

והנה במסקנת הגמרא, דמתניתין אתיא כרבי עקיבא דאמר שותפין נינהו, וטעמא דאיתנהו לתרוייהו דלא מצי מדחי ליה, אבל ליתנייהו מצי אמר ליה זיל אייתי ראייה דהאי תורא אזקך ואשלם לך, כתב רש"י וז"ל: הלכך אבד השור אבד נזקו, הלכך כי הווי שניהם הוא דמחייב, ואי ליתנהו לתרוייהו אלא אחד אמר ליה אייתי ראייה כו', אבל לרבי ישמעאל כיון דאמר בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ביה אבד האחד לא איבד את זכותו עכ"ל יעו"ש. ובהשקפה ראשונה היה נראה במסקנת הגמרא דקיים סברת רבא מפרזיקא אליבא דרבי ישמעאל, והיינו דאם אבד האחד קם חבירו במקומו ומשתלם הימנו, אולם יש קצת שינוי לשון ביניהם המורה שאינו ענין אחד, ובאמת אם היה ענין אחד לא היה צריך לאוקמי מתניתין כרבי עקיבא, דמיתוקמא גם לרבי ישמעאל, וכדיוקא דרבא מפרזיקא, ועיימש"נ בש"ו פל"ב בסברת רבא מפרזיקא.

והתוס' בודאי הבינו כן בדברי רש"י, שהרי הקשו עליו דהיאך אפשר לומר דאליבא דרבי ישמעאל אבד האחד לא איבד את זכותו, והלא גמרא מפורשת היא לעיל (דף יג:) דשחטו מה שעשוי עשוי, יעו"ש, ואם סברת רבי ישמעאל היא כרבא מפרזיקא דקם חבירו במקומו הרי אינו גובה אלא כשנאבד רק אחד, דאז גובה מן השני, דרצה מזה גובה רצה מזה גובה, אבל אם נאבדו שניהם אינו גובה, ואם כן אין להקשות משחטו מה שעשוי עשוי, דהתם נאבד חלק השור ואין בנבילה כדי לגבות כל החצי נזק, ומוכח שהתוס' הבינו בדברי רש"י דגם אם נאבדו שניהם גובה ממנו, דבעל חוב הוא וזווי מסיק ביה, ולא קאמר אבד האחד לא איבד את זכותו אלא משום דנקט הלשון דקאמר אליבא דרבי עקיבא אבד השור אבד נזקו, ואליבא דרבי ישמעאל אינו כן.

והפ"י הבנת התוס' בדברי רש"י צריך לומר דאליבא דרבי ישמעאל כל דין מגופו משתלם אינו אלא לקבוע שיעור החצי נזק, דאינו חייב לשלם יותר משויות שור המזיק, אבל

למיפרך מגמרא מפורשת, ובאמת הוי מצי לאקשווי מדברי רש"י בעצמו.

אי נמי יש לומר בישוב דברי רש"י דרבא מפרזיקא קאמר דבריו בניחותא ומדייק ממתניתין דאם אבד האחד גובה מן השני, וקאי דוקא אליבא דרבי ישמעאל, דהא לרבי עקיבא אם אבד האחד אבד זכותו, ורב אשי לא רצה לאוקמי מתניתין כרבי ישמעאל, ולכן למד הדיוק דלשון שניהם חייבים באופן אחר, דבזמן ששניהם לפנינו חייב, אבל אם אבד האחד אבד זכותו, ולרבי ישמעאל קיים סברת רבא מפרזיקא למסקנא, ולפי זה לא קאמר רש"י דאם נאבדו שניהם גובה משאר נכסים, ורק אם אבד האחד לא אבד זכותו, ודלא כדברי התוס', ולפי זה לא קשה מידי משחטו מה שעשו עשוי, כמש"נ.

והתוס' פליגי על דברי רש"י, ולדידהו לא אתי רבא מפרזיקא לדייק דהיכא דמסופקים איזה שור הזיק ונאבד אחד מהם דגובה מן השני, וכתבו התוס' וז"ל: ונראה לפרש דבשני שוורים שהזיקו שור בודאי איירי, דחשיב כאילו הוי חד גופא ומשתלם מן השני, ואע"ג דמתני' לא איירי אלא בענין שאנו מסופקים איזה מהם נגח, מכל מקום דייק מלישנא דקתני שניהם חייבים לאשמועינן שיכול להיות ששניהם חייבים, כגון אי ידעינן בודאי שהזיקו שניהם בודאי עכ"ל יעו"ש, ומיתורא דלישנא דייק רבא מפרזיקא דשנים שהזיקו ביחד נחשבים כחד גופא, ואם נאבד האחד גובה חצי נזקו מגופו של השני.

ויש לדקדק דלכאורה הא לא מיתוקמא אלא אליבא דרבי ישמעאל, אבל אליבא דרבי עקיבא דיוחלט השור והניזק זוכה חלק בהך חד גופא המצורפת כנגד חצי נזקו, אם כן אם נאבד אחד מהם הרי גם הניזק מפסיד כנגד חלקו, והיאך גובה כל חצי נזקו מן השור הנשאר, ויש לדחוק דהא גופא היא קושית רבא מפרזיקא, דמשמע מיתורא דלישנא דשנים שהזיקו הוי כחד גופא ואם אבד האחד גובה כנגד חצי נזקו מן השני, ונמצא מתניתין כרבי ישמעאל ולא כרבי עקיבא, ואתיא שלא כהלכתא, ומסיק דלישנא דשניהם חייבים אתי לאשמועינן דבגונא דלא הזיק אלא אחד מהם ואנו מסופקים איזהו,

הגביה אינה מוגבלת בגוף השור, ואף אם נאבד צריך לשלם, דבעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ביה, ואם אין השור כאן גובה משאר נכסים, ואע"ג דאמרינן לעיל (דף לג:) דאליבא דרבי ישמעאל התורה עשאו אפותיקי, יעו"ש, ומשום הכי מוציא מן הלקוחות, אכן דין האפותיקי הוא דאם שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים, כדאייתא בגיטין (דף מא.), יעו"ש, ואם כן היאך גובה משאר נכסים כשנאבד השור, ולכאורה צריכים לומר שהתורה נתנה לו המעלות של אפותיקי שלא יוכל לעכב גביתו ושיוכל להוציא מן הלקוחות, אבל מכל מקום אם נאבד גובה משאר נכסים, כן הבינו התוס' בדברי רש"י, והקשו עליו מהא דאמרינן שחטו מה שעשו עשוי, כנ"ל.

ואו"י יש ליישב קושית התוס' על דברי רש"י דשאני נאבד משחטו, דבאמת אין הניזק יכול לגבות אלא מגוף השור, ואם שחטו ונפחת גוף השור מכדי שיעור החצי נזק הרי הניזק מפסיד, אולם כשנאבד השור הרי באמת הוא קיים בעולם, ורק שלא נודע לנו מקומו, ואז יש לניזק טענת ממוני גבך להמזיק, ואם אינו מחפש ומוסר לו השור צריך ליתן לו דמים תחתיו.

ולפי זה אין להקשות על דברי רש"י ממה שכתב בסוף העמוד בד"ה ראשון נשכר דאליבא דרבי ישמעאל אם בעל חוב דהמזיק יגבה השור לא יוכל הניזק תו לגבות דמגופו משתלם, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פל"ו, הרי להדיא דאע"ג דלרבי ישמעאל המזיק משלם מעות, מכל מקום אם אין השור ביד המזיק אינו משלם כלום, ואם כן היאך כתב כאן דאליבא דרבי ישמעאל דאם אבד האחד לא אבד זכותו וגובה משאר נכסים, ולפי דברינו לא קשה, דהיכא דגבה בעל חוב את השור הרי זה דומה לשוחט ולא לנאבד, דמכיון שיצא מרשות המזיק ונכנס לרשות הבעל חוב לא שייך בו עוד גביה ובטלה זכותו של הניזק, כמש"נ, ולא דמי לנאבד שעדיין שייך בו גביה ורק שלא נודע מקומו, כמש"נ, אכן יש לדקדק קצת בדברי התוס' דלפי דבריהם דאינם מחלקים בין נאבד לשחטו למה לא הקשו על רש"י דסתר עצמו ממה שכתב בסוף העמוד, כנ"ל, אולם יש לומר דעדיפא להו

הצירוף הוא לענין טענת ממוני גבך לגבי התערובת, כמש"נ, ומובן שפיר לפי זה לשון הגמרא דרצה מזה גובה רצה מזה גובה, שהרי יש לו תביעה של ממוני גבך לגבי שניהם.

ובל זה הוא אליבא דרבי ישמעאל דאית ליה יושם השור ולא קנה הניזק בשור המזיק אלא שעבוד אפותיקי בלבד, ועדיין הוי מחוסר גוביינא, וכל זמן שלא גבה הרי השור ביד המזיק, ושפיר יכול לטעון ממוני גבך, אבל לרבי עקיבא דאית ליה יוחלט השור הרי הניזק קונה מיד קנין גמור בשור המזיק, ורק שבפועל השור עדיין עומד בחצר המזיק, ולא נחשב בזה שיש לו ממון אצל המזיק, כמו דבודאי מי שנפל חפצו לחצר חבירו דפשיטא דאין לו תביעה של ממוני גבך לבעל החצר אלא יטול חפצו וילך לו, והכא נמי אליבא דרבי עקיבא אין לניזק תביעה של ממוני גבך אל המזיק כל זמן שלא כפר בו ונעשה עליו גזלן, ורק דיכול הניזק ליטול השור המזיק בכל מקום שהוא הואיל וזכה בו מיד בשעת נגיחה, ואם נתערב בשור אחר יסדרו ביניהם, אבל אם אבד האחד אבד זכותו, דמצי אמר ליה זיל אייתי ראייה דהאי תורא אזקך ואשלם לך, כדאיתא בגמרא, והמוציא מחבירו עליו הראיה.

ואם נימא דרבא מפרזיקא קאי אליבא דכולי עלמא, יש לומר דגם לרבי עקיבא יש לניזק תביעת ממוני גבך להמזיק קודם העמדה בדין, דכיון שהמזיק יכול להודות ולהפטר, כדאיתא לקמן (דף מ.) יעו"ש, עדיין נחשב השור ביד המזיק, ויכול הניזק לטעון ממוני גבך מכח מה דיש לו תביעת ממון על שעבודו.

עוד יש לבאר דברי רש"י באופן אחר אם נקטינן דרבא מפרזיקא אזיל בשיטת רבי ישמעאל וסברתו היא סברת רבי ישמעאל דאבד האחד לא אבד זכותו, דהנה התוס' הקשו על דברי רש"י וז"ל: וקשה דלא הוה ליה למימר שמע מינה, אלא מסיפא הוה ליה למיפרך דקתני אחד גדול ואחד קטן המוציא מחבירו עליו הראיה ומשלם לגדול מן הקטן, אם כן כשאבד אחד מהן לא משתלם מאותו שנשאר עכ"ל יעו"ש, ואם כדברי רש"י דאם אבד האחד קם חבירו במקומו וגובה מן השני, אם כן בסיפא

ואיתנייהו לתרוייהו, לא מצי מדחי ליה, וכרבי עקיבא, ודוחק הוא.

פרק לב

בו יבוארו דברי רש"י דשוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה היינו דניזק יכול לגבות משניהם כפי רצון המזיק, ואם אבד האחד קם חבירו במקומו ומשתלם ממנו.

[כבא קמא לו.] אמר ליה רבא מפרזיקא לרב אשי שמע מינה שוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ואם אבד האחד קם חבירו במקומו ומשתלם ממנו עכ"ל יעו"ש. ולכאורה אין זו סברת רבי ישמעאל שכתב רש"י במסקנת הגמרא בד"ה ורבי עקיבא וז"ל: אבל לרבי ישמעאל כיון דאמר בעל חוב הוא וזווי הוא דאסיק ביה אבד האחד לא איבד זכותו עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פל"א, וגם לא הוזכר בדברי רש"י בשיטת מי אזיל, ומשמע דסברא זו שייכת בין לרבי עקיבא בין לרבי ישמעאל, וצריכים לעיין למה יוכל לגבות משור שני שנתערב עם שורו שאין שום שעבוד או קנין בו.

ונראה ליישב דברי רש"י דהנה כשנגח שור תם והזיק נכסי הניזק מיד קנה הניזק שעבוד של אפותיקי בגופו של שור המזיק, ושוב יש לו תביעת ממון של שעבודי גבך להמזיק כדין כל תביעת ממון של ממוני גבך, ואם נתערב שור המזיק עם שור אחר יש לניזק תביעת ממוני גבך לגבי שני השוורים, שהרי בודאי מונח שעבודו בתערובת השוורים האלו, ושוב לא איכפת לן איזה שור הזיק, שהרי עכשיו בא אליו בטענת ממוני גבך ולא רק בתביעה מדין מזיק, ותביעת ממוני גבך יש לו על שני השוורים, כמש"נ, ולכן אם אבד האחד לא אבד זכותו, שהרי גם על השני יש לו תביעת ממוני גבך, אבל אם נאבדו שני השוורים שוב אינו יכול לגבות, שהרי כל טענת ממוני גבך דידיה היתה רק לגבי התערובת הזאת ולא לגבי נכסים אחרים, ולכן אם שחטו מה שעשה עשוי, ודומה קצת למה שכתבו התוס' דשני שוורים שנגחו בבת אחת נצטרפו למזיק אחד, כנ"ל, אלא דלדעת רש"י

ועיימש"נ בש"ו פ"ד בדברי התוס' דכל התביעה היא להדיא אל השור, וגם לפי זה יש להסתפק אם דין זה ממעט בחיוב שעל המזיק, דאין חיוב חל אלא כנגד מה שיש לגבות מגופו, או אם הוא פוטר, כמש"נ.

ונראה דרש"י ס"ל דדין מגופו משתלם הוי פוטר צדדי, אבל מצד עצם החיוב חל עליו חיוב כל החצי נזק, והנה איתא בגמרא (ב"ק קיח.) דאם אמר איני יודע אם פרעתוך חייב לשלם, והיינו טעמא משום דאיכא חזקת חיוב וספק פטור, והרי הוא המוציא ועליו להביא ראיה, ואם כן הוא הדין נמי בשור תם שהזיק ונתחייב בעליו לשלם כל חצי נזק, וספק אם נאבד השור ונפטר מחיובו, הרי יש כאן חזקת חיוב וספק פטור וחייב המזיק לשלם, ובשלמא אם נאבדו שני השוורים פטור, דהא אבידה פוטרתו, כדמבאר מהא דשחטו מה שעשה עשוי, ואם אבדו שני שוורים איכא אבידה ודאית ובודאי נפטר מלשלם, אבל אם נאבד רק האחד ואין ידוע אם השור המזיק נאבד, אז הוי חזקת חיוב וספק פטור, ואבד האחד לא איבד זכותו וגובה מן השני.

אבל התוס' ס"ל דחיוב חצי נזק אינו חל לחלוטין, אלא לעולם הוא כפי שויות לגוף השור, ואם נאבד השור ליכא חיוב כלל, ולא הוי פטור בעלמא אלא דבכהאי גונא ליכא חיוב מעיקרו, ואם כן אם נאבד האחד הוי ספק חיוב ואיבד זכותו גם אליבא דרבי ישמעאל.

וְפ"י זה מובן שפיר מה שהקשו התוס' על רש"י דאם אבד האחד איבד זכותו לפרוך מסיפא דמתני', דאם החיוב חל ומגופו הוי פוטר צדדי, אם כן גם בספק אם גדול הזיק גדול וכו' איכא חיוב כל חצי נזק בודאי וספק פטור של מגופו משתלם דהתורה פטרותו מלשלם יותר משויות שור המזיק, ואם כן הוי חזקת חיוב וספק פטור, ולמה לא יגבה כל חצי נזק גם כנגד שור הגדול. וליישב דברי רש"י אולי יש לומר דהיכא דהפטור בא בבת אחת עם חלות החיוב, ולא חל החוב בפועל אפילו לרגע אחת, אז לא חשיב דאית ליה חזקת חיוב, ואע"ג דמצד החיוב לא חסר מידי, ולא הוי אלא פטור צדדי, ולכן

דמסופקים אם גדול הזיק גדול וקטן את הקטן או אם גדול הזיק קטן וקטן את הגדול, למה אינו גובה לגדול אלא כשיעור הקטן דהמוציא מחבירו עליו הראיה, נימא רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ואם אין לו לגבות מן הקטן יגבה מן הגדול.

ולכאורה נפלאה קושית התוס', דבסיפא לא נודע כמה חיובו, שהרי אין המזיק חייב אלא כנגד שויות גוף שור המזיק, ואם באמת קטן הזיק את הגדול אינו חייב אלא כשיעור שור הקטן, והיאך נאמר דיגבה השאר מגוף הגדול שלא נגחו, והלא הדבר ספק והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל רבא מפרזיקא מיירי כששויות שני השוורים שוין, וערך החיוב שחל על המזיק נודע בודאי ואין בו שום ספק, ומוכיח רבא מפרזיקא ממתני' דהיכא דנאבד אחד מן השוורים אין הניזק מפסיד בכך אלא גובה מן השני, דדין מגופו משתלם אליבא דרבי ישמעאל אינו אלא לקבוע שיעור החיוב, אבל אם אבד השור לא איבד זכותו, ומהי הקושיא מסיפא דמתני', ואיברא דקשה על רש"י מסוגיא דלעיל דשחטו מה שעשה עשוי, כמו שהקשו התוס' בד"ה ורבי עקיבא, כנ"ל, מכל מקום מסיפא לכאורה אין להקשות.

והנה אליבא דרבי ישמעאל אין חיובו אלא כנגד שויות גופו של שור המזיק, וגם אם נפסד השור בטל חיובו, כדמבאר בגמרא שחטו מה שעשה עשוי, כנ"ל, והיינו דיתר מגוף השור בכלל ליכא חיוב ולא רק דאינו יכול לגבות, כמש"נ בש"ו פ"א, ויש להסתפק אם היינו דחיוב חצי נזק לשלם מעות חייבה התורה כפי גוף השור ולא יותר, ואם אין השור שוה שיעור חצי נזק או אם שחטו והפסידו ליכא חיוב יותר על שויות שור שבידו, דאין החיוב חל אלא לגוף השור, ואם אין שור אין חיוב, או דלמא אליבא דרבי ישמעאל מצד דין מזיק שלו חל חיוב וחצי נזק גמור לחלוטין, ודין מגופו משתלם הוא פוטר, דאע"ג דחל על המזיק חיוב כל החצי נזק, מכל מקום התורה פטרותו מלשלם כשאין השור שוה כל החצי נזק או אם נשחט או נאבד לגמרי.

להשתלם ניזק חצי נזק אלא מגופו של שור המזיק, ואם מת או נאבד לית ליה כלום, ואפילו אי בעי מזיק לסלקו בזווי לא מצי עביד, דלא מצי לאישתמוטי, דממה נפשך אי האי הוא דאזיק אי האי משתלם מאותו דבעי מזיק דידו על העליונה וכו' עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק דהא לרבי עקיבא דשותפי נינהו זכה הניזק באחד מן השוורים אלא שלא נודע איזה מהם, והרי זה כמו שור של ראובן שנכנס לחצר של שמעון ונתערב עם שור של שמעון, וכי נאמר בכהאי גונא דהברירה ביד שמעון לברר איזה מן השוורים לתת לראובן, בודאי לא נאמר כן, אלא יסדרו ביניהם, דלא יפה כח שמעון מכח ראובן, והכא נמי שנתערבו השוורים ולא נודע איזה מהם הזיק, ועל ידי כך עבר לרשותו של הניזק, למה יפה כחו של המזיק שיוכל לברר איזה מן השוורים לתת להניזק, ולמה ידו על העליונה.

והנה עיין במנחות (דף קח:) בית בבתי אני מוכר לך ונפל מראהו נפול, עבד בעבדי אני מוכר לך ומת מראהו מת, יעו"ש. ועיין ברמב"ם פכ"א מכירה הלי"ט וז"ל: האומר לחבירו בית מבתי ושור משורי אני מוכר לך נתן לו הקטן שבהן, מת אחד מן השוורים או שנפל אחד מן הבתים מראה לו זה שמת או שנפל, שיד בעל השטר על התחתונה עכ"ל יעו"ש.

ויש להסתפק בדין יד בעל השטר על התחתונה, אם היינו דאין השטר מעיד אלא על הפחות שיכול להיות בכונתו, או דלמא השטר מעיד על מה שמעיד, אלא דכיון דאין המכוון של השטר מבורר המוציא מחבירו עליו הראיה, והנה אם נימא דהשטר מעיד על הפחות שיכול להיות בכונתו, יצא לנו דבמכר לו בית בין בתיו הרי השטר מעיד על הקטן שבהם, ואם היה בא להחזיק בבית שקנה מיד אחר שנכתב השטר, היינו נותנים לו הקטן בתורת ודאי, ואם כן כשנפל אחר כך בית אחר בין הבתים היאך יכול המוכר לדחותו אל הנפול לומר לו זהו שמכרתי לך, אלא מוכח דיד בעל השטר על התחתונה מדין המוציא מחבירו עליו הראיה, ואם היה בא לתבוע ביתו מיד אחר הקנין היה דוחהו אל הקטן שבהם מספק, דהמוציא מחבירו עליו

בקטן וגדול ליכא חזקת חיוב, דהספק בא מיד בשעת ההיזק, וממילא נחשב ספק חיוב והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל אם נאבד אחד מן השוורים לאחר שהזיק, אז איכא חזקת חיוב וספק פטור, ואבד האחד לא איבד זכותו, וכמש"נ.

אכן קשה למה שנתבאר דהתוס' הבינו בדברי רש"י דטעמא דידיה משום חזקת חיוב וספק פטור, אם כן למה הקשו בד"ה ורבי עקיבא על דברי רש"י משחטו מה שעשה עשוי, אלא דבלאו הכי שתי התוספות נראין כפליגי אהדדי, דאם נדייק מדברי רש"י דרק כשנפל ספק על שני שוורים מי הוא המזיק והאחד בפנינו והאחר איננו רק אז אמרינן דאם אבד האחד לא איבד זכותו וגובה מן השני, אבל אם נאבדו שני השוורים אינו גובה כלום, אם כן ליכא למיפרך מידי משחטו מה שעשה עשוי, דהתם הוי כמאן דנאבדו תרוייהו, ואם התוס' הבינו ברש"י דאפילו אם נאבדו שניהם לא איבד זכותו וגובה ממקום אחר, דכל דין מגופו אינו אלא לקבוע סכום החוב אבל הגביה היא מכל נכסיו, ומשום הכי הקשו משחטו מה שעשה עשוי, אם כן ליכא להקשות מסיפא על רבא מפרזיקא דהיה לו להקשות, דהרי סכום החוב בספק, מה שאין כן בשני שוורים תמים שנתערבו ששויים בשויותם והסכום ידוע, ומשום הכי רצה מזה גובה רצה מזה גובה, וצריך עיון.

פרק לג

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דבשני שוורים תמים שהזיקו, א"יבא דרבי עקיבא דס"ל יוחלט השור, אין המזיק יכול לסלקו בזווי, אבל נתן לו איזה שירצה דידו על העליונה.

[כבא קמא לו.] אמר ליה רבא מפרזיקא לרב אשי שמע מינה שוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, הכא במאי עסקינן וכו', אלא לעולם בתמין, ורבי עקיבא היא דאמר שותפין נינהו, וטעמא דאיתנהו לתרוייהו דלא מצי מדחי ליה, אבל ליתנייהו מצי אמר ליה זיל אייתי ראיא דהאי תורא אזקן ואשלם לך, יעו"ש. וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: שותפי נינהו ניזק ומזיק בגופיה דשור המזיק, משום שאינו יכול

שהזיקו דאם אבד האחד גובה כל החצי נזק מן האחר, והתם נמי הרי הולד מוטל בספק חיוב, שהרי אינו יכול לגבות ממנו אלא מקצת מדין ממון המוטל בספק חולקים אליבא דסומכוס, וצריך לגבות רק מן הפרה, ומכל מקום אמרינן דגובה ממה נפשך, והיינו דקם הולד במקומו ומשתלם הימנו, והלא נדחו דברי רבא מפרזיקא במסקנת הגמרא.

וצריכים לומר דאם נגחה הפרה כשהיתה מעוברת אין זה נחשב כאילו היו כאן שני מזיקים, הפרה והולד, אלא חשיבי כגוף אחד ומזיק אחד, ואם על ידי לידה חסר מקצת המזיק עדיין יכול לגבות כל חצי נזק משאר המזיק, דהיינו הפרה, ולא בעינן לדינא דקם במקומו ומשתלם הימנו, ואם מיירי בפרה דחד וולד דחד עדיין נחשב כגוף אחד ומזיק אחד, והוי מזיק משותף לשני בני אדם.

פרק לא

בו יובארו דברי הר"ן דמחלק בין הא דבמשנתנו מזיקים משותפים משלמים לפי מנין המעות ובשנים שהטילו לכיס חולקים לפי מספר השותפים, ויוכיח בדבריו מפרה שנגחה.

[בבא קמא לא.] מתניתין שור שנגח ארבעה וחמשה שוורים זה אחר זה ישלם לאחרון שבהם, ואם יש בו מותר יחזיר לשלפניו, ואם יש בו מותר יחזיר לשלפני פניו, והאחרון אחרון נשכר דברי רבי מאיר, רבי שמעון אומר שור שוה מאתים שנגח לשור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום, זה נוטל מנה וזה נוטל מנה, חזר ונגח שור אחר שוה מאתים, האחרון נוטל מנה, ושלפניו זה נוטל חמשים וזו וזה נוטל חמשים וזו, חזר ונגח שור אחר שוה מאתים, האחרון נוטל מנה ושלפניו חמשים וזו ושנים הראשונים דינר זהב. הרי דבנגיחה אחרונה זה שהיה לו מנה נותן חמשים וזו ואלו שהיו להם חמשים וזו נותנים כל אחד דינר זהב, יעו"ש.

ועיין בתוספות יום טוב שהביא דברי הר"ן בכתובות (דף ע"ג:) על הא דאיתא שם, שנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים, הותרו חולקין בשוה, כגון שלקחו שור לחרישה,

הראיה, ואם בא לתבוע אחר שנפל אחד מהם דוחהו אל הנפול מספק, וגם שם יש לדקדק דכיון דבודאי קנה הלוקח אחד מן הבתים, ועכשיו יש תערובת שלא נודע איזה שלו, למה תהא הברירה ביד המוכר לדחותו להבית הנפול, כמש"נ.

ונראה דאע"ג דהמוכר והלוקח שוים לגבי בעלות הבתים, הרי הדבר מוטל בספק, והמוכר הוא המרא קמא על שני הבתים, ועל כל אחד שבא הלוקח לתבוע יכול לדחותו מדין מרא קמא, וברם דאינו יכול לדחותו משניהם, דאין ספק שאחד שלו, מכל מקום יכול לדחותו אל הבית הנפול, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וכן בדין הרי המזיק הוא מרא קמא על שני השוורים, ויכול לדחותו לאיזה מהם שירצה.

פרק לד

בו יחולק בין דינא דרבא מפרזיקא דשני שוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה, דנדחה למסקנת הגמרא, לפרה ספק מעוברת שנגחה דניזק גובה בטענת ממה נפשך.

[בבא קמא לא.] אמר ליה רבא מפרזיקא לרב אשי שמע מינה שוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: ואם אבד האחד קם חבירו במקומו ומשתלם ממנו עכ"ל יעו"ש. ובמסקנת הגמרא נדחה חידושו של רבא מפרזיקא.

והנה עיי' לקמן (דף ע"ג:), וכן פרה שנגחה את השור וכו' חצי נזק ורביע נזק, פלגא נזקא הוא דבעי שלומי, כולי נזקא נכי רבעא מאי עבידתיה, אמר אביי חצי נזק אחד מארבעה בנזק, ורביע נזק אחד משמנה בנזק, ואי פרה וולד דחד יניהו, הכי נמי דמצי אמר ליה לבעל פרה ממה נפשך חצי נזק הב לי, אלא לא צריכא דפרה דחד וולד דחד וכו' יעו"ש. ומבואר דאם פרה וולד דחד יכול הניזק לגבות מבעל הפרה בטענת ממה נפשך חצי נזק אית ליה גבך, ואע"ג דמסופקים אם היתה מעוברת כשנגחה ואינו יכול לגבות מן הולד, גובה הכל בטענת ממה נפשך.

וקשה דלכאורה היינו דינא דרבא מפרזיקא דשני שוורים תמים של אדם אחד

נגיחת השור, שפיר חולקים לפי מנין המעות כמו שמבואר בסוגיין.

אמנם עדיין צריך עיון דהא הכא מיירי במזיק, ועדיין יחלקו בשוה, דהלא לא גדלה פשיעתו של זה שיש לו חלק גדול מן פשיעתו של זה שיש לו חלק קטן, וכיון דשוים בפשיעתם, למה לא יושוו בתשלומיהם, ודוחק לומר דזה שיש לו חלק גדול הזיק ביותר, דזה יתכן דוקא אם הזיק על ידי דריסה, אבל אם הזיק בחידוד הקרן מאי איכא למימר.

עוד יש לעיין בדברי רש"י וז"ל: ושלפניו, זה ניזק ראשון, נוטל חמשים זוז, והבעלים חמשים זוז, דיש לניזק ראשון בו החצי, הלכך משלם חצי תשלומי נזקו, דסבר לה כרבי עקיבא דאמר שותפים נינהו. חזר ונגח שור שוה מאתים האחרון נוטל מנה, החצי מכל מי שהוא, דמגופו משתלם, ונמצא אותו שלפניו שהיה החצי שלו משלם מחלקו חצי מנזק שנוטל האחרון. ושנים הראשונים, ניזק ראשון והבעלים שהיה להן לכל אחד רביע משלמין כל אחד רביעית של נזקו עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק בדבריו דלמה נטר עד נגיחה האחרונה להביא טעמא דמגופו משתלם, ולמה לא כתבו בכיבור תשלומי נגיחות הראשונות.

אולם לפימשי"נ בש"ו פ"ד דמגופו משתלם הוא דין חדש דהניזק יש לו זכיה בגוף המזיק, והיכא דפשע יש לו דין מזיק, מיושבים דברי הר"ן בכתובות הני"ל, דאם תשלומי תם מגופו הוי מדין תשלומין בעד חיובי מזיק, אין הכי נמי דהיה צריך להיות הדין דמשלמים לפי מספר השותפים, אבל מכיון דהוי דין זכיה לניזק בגוף המזיק, אם כן חזרו כל דיני שותפות דעלמא, ושפיר קאמר הר"ן דכיון שנשתתפו שלא לדעת חולקים לפי מנין המעות ולא לפי מספר השותפים.

ומיושבים נמי דברי רש"י שלא הביא הא דמשתלם מגופו עד נגיחה אחרונה, והיינו משום דבנגיחות ראשונות אין נפקא מינה אם משלמים לפי מנין המעות או לפי מספר השותפין, דהא כולם שוים, אבל בנגיחה אחרונה הרי יש לאחרון מנה ולשנים האחרונים חמשים זוז, ולכן כתב רש"י דהא דמשלמים לפי

יעו"ש, הרי דשותפים חולקים לפי מספר השותפים ולא לפי מספר המעות, והקשה הר"ן על סוגיין דלמה בדין משלמים לפי מספר המעות ולא לפי מספר השותפים, ולמה אין כל אחד נותן שלישי מנה להאחרון מחלקו, ותיירץ הר"ן דהוה ליה כנשתתפו שלא לדעת דהולכים לפי מספר המעות, ורק כשנשתתפו לדעת הולכים אחר מספר השותפים, יעו"ש.

ויש להביא ראייה לדברי הר"ן מהא דתנן לקמן (דף מו.), וכן פרה שנגחה את השור ונמצא ולדה בצדה, ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה אם משנגחה ילדה, משתלם חצי נזק מן הפרה ורביע נזק מן הולד. ובגמרא שם (דף מו.), וכן פרה שנגחה את השור וכו', חצי נזק ורביע נזק, פלגא נזקא הוא דבעי שלומי, כולי נזקא נכי רבעא מאי עבידתיה, אמר אביי חצי נזק אחד מארבעה בנזק, ורביע נזק אחד משמנה בנזק, ואי פרה וולד דחד נינהו הכי נמי דמצי אמר ליה לבעל פרה ממה נפשך חצי נזק הב לי, אלא לא צריכא דפרה דחד וולד דחד, יעו"ש. ומבואר דנוטל חצי החצי נזק, דהיינו רביע, מן הפרה, ורביע החצי נזק, דהיינו שמינית, מן הולד, אליבא דסומכוס דממון המוטל בספק חולקים, ואם היינו יודעים בבירור שמשנגחה ילדה היה נוטל רביע מן הפרה ועוד רביע מן הולד.

ועיין שם בתוד"ה רביע נזק וז"ל: תימה היאך משוה הולד לפרה, פשיטא שלא עשה הולד נזק כמו הפרה, דאטו אם יש לו לאחד ט' חלקים ולאחד חלק אחד מי ישלם זה כמו זה כאילו היתה חציה שלו, והא תניא בהדיא בפרק ארבעה וחמשה (לעיל דף לו.) האחרון נוטל מנה ושלפניו [חמשים זוז ושנים] הראשונים דינר זהב, משמע שכל אחד מפסיד כפי מה שיש לו, ומפרש ריב"א דכולה מלתא נקט לסימנא בעלמא וכו' עכ"ל יעו"ש.

אולם לפי מה שחילק הר"ן בין נשתתפו לדעתם לבין נשתתפו שלא לדעתם, אין צריכים לדחות ולומר דרביע ורביע לאו דוקא, ולא קשה קושית התוס' מסוגיין, דשאני התם דנשתתפו לדעת, שהרי בעל הפרה מכר הולד במעי אמו, ולכן אזלינן בתר מספר השותפים, מה שאין כן בדין דנשתתפו שלא לדעת על ידי

שויים ולא אמרינן קמא קמא קדים. עוד יש לדקדק דמהי קושית רש"י, הלא לפי מסקנא דהתם ליכא קושיא, כמו שכתב רש"י כאן, וקשה לומר דקושיתו היא לפי ההוה אמינא דהגמרא בהמניח ותירוצו הוא לפי המסקנא דהתם.

לכּן נראה דבקושיתו ס"ל ליה לרש"י דהא דקאמר בהמניח האי תורא דאזקן מיניה משתלימנא, היינו דדין מגופו משתלם הוי שעבוד מחודש, ושעבוד מחודש זה אלים כל כך שאין כל דין קדימות במקומו, ומשום הכי הגביהו בעלי חובות בחב עד שלא הזיק לא עשו כלום, דאלימות דשעבוד מחודש דמגופו משתלם אין במקומו כל דין קדימה, ולכן הקשה רש"י דאם כן במקום דאיכא כמה ניזקים שגובים מגופו למה נימא ראשון ראשון נשכר, והלא לכל אחד יש לו שעבוד אלים שאין במקומו דין קדימות, ויגבו כולם בשוה, כמש"נ.

ועל זה תירץ דסברת האי תורא דאזקן וכו' לא הוי דאין דין קדימות במקום שעבוד מחודש, אלא האי תורא דאזקן הוי קדימה אחרת, דבעל חוב יש לו זכות לגבות מכל נכסים וניזק אינו גובה אלא מגופו, ומשום הכי סברא היא שגבית הניזק קודם לגבית בעל חוב אפילו אם חב עד שלא הזיק, דקדימה זו עדיפא מקדימת מוקדם, אבל כשיש כמה ניזקים שכולם שויים בגביתם מגופו של שור, אמרינן קמא קמא קדים, וראשון ראשון נשכר.

פרק לו

בו יבואר שיטת הבעל המאור דאליבא דרבי ישמעאל ניזק אחרון גובה מגופו וניזק ראשון גובה משאר נכסים של מוזיק, ואע"ג דאמרינן שחטו מה שעשה עשוי והניזק נפסד.

[בבא קמא לו.] ראשון ראשון נשכר מיבעי ליה וכו' יעו"ש. כתב הבעל המאור וז"ל: פירוש משאר נכסים, כיון דאמר רבי ישמעאל בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ביה מיחיבי בעלים באחריותו דמחיבי לשלם משאר נכסים, דמגופו ליכא למימר הכי, משום דאמר ליה סוף סוף אילו גבך הוה לאו מינך הוי גבינא ליה, ומתני' דקתני האחרון נשכר משנה יתירה היא, דמכדי

מנין המעות ולא לפי מספר השותפין הוא משום דתם משתלם מגופו, והיינו דלא הוי תשלומי חיוב מזיק, אלא מדין זכיה לניזק, כמש"נ, ולכן משלמים לפי מספר המעות.

פרק לו

בו יבואר קושית רש"י על הא דאליבא דרבי ישמעאל ראשון ראשון נשכר מהא דחב עד שלא הזיק וגבה לא עשה כלום, וידון בטענת מהאי תורא דאזקן מיניה משתלימנא.

[בבא קמא לו.] אי כרבי ישמעאל דאמר בעלי חובות ניהו, האי אחרון אחרון נשכר, ראשון ראשון נשכר מיבעי ליה. וכתב רש"י וז"ל: ראשון נשכר מיבעי ליה, והאחרון יפסיד, שהרי אין ראשון שותף בו שתהא שמירתו עליו להתחייב בנזקין, והא לא דמיא לחב עד שלא הזיק, דאמרינן בהמניח (לעיל דף לג:) קדמו בעלי חובות והגביהו לא עשו כלום, דהתם הוא דאמר ליה ניזק לבעל חוב מהאי תורא דאזקן מיניה משתלימנא, ובעל חוב לא מצי למימר הכי, הלכך בעל חוב יטול נכסים אחרים, אבל הכא האי ניזק והאי ניזק, ולא משתלם אלא מגופו, ומאי דשקיל האי מפסיד האי, הלכך קמא קמא קדים עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פכ"ד.

והנה קושית רש"י היא דאם ראינו דניזק עדיף מבעל חוב מוקדם ומוציא ממנו, אם כן למה ראשון ראשון נשכר אליבא דרבי ישמעאל, היה צריך להיות הדין דכל הניזקים שויים וחולקים בשוה, ולא יוקדם אחד מהם לחבירו המאוחר ממנו, אבל אין כונתו דהואיל ומצינו דניזק עדיף מבעל חוב מוקדם אם כן נימא אחרון אחרון נשכר אליבא דרבי ישמעאל ומאי פריך בגמרא, דמאיזה טעם יוקדם ניזק מאוחר לניזק מוקדם שאין עליו שום חיוב שמירה, אלא כונתו שכולם יגבו בשוה הואיל ומצינו דניזק עדיף מבעל חוב מוקדם.

אכּן יש לדקדק בזה, דמאי מקשה מהא דחב עד שלא הזיק וקדם וגבה לא עשה כלום, דניזק עדיף מבעל חוב מוקדם, והלא הכא שכולם ניזקים ושויים אם כן יוקדם המוקדם, והיאך ראה רש"י בגמרא שם שבנזקים כולם

ונעשה עליו שומר, ואם כן היאך יכול לטעון אילו גבך הוה וכו'.

יעוד יש להתפלא על דברי הבעל המאור שכתב שהבעלים חייבים לשלם משאר נכסים כל מה שאין הניזקים גובים מגופו של שור, והרי מבואר בכל הסוגיות דאם אבד השור אבד זכותו, ואין הבעלים חייבים באחריות, וכן הוכיחו התוס' בד"ה ורבי עקיבא מסוגיא דלעיל (דף לג:). דאליבא דרבי ישמעאל שחטו מה שעשוי עשוי ולא אמרינן שהמזיק צריך לשלם מנכסיו, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פ"ב, ואם כן היאך קאמר הבעל המאור דהמזיק חייב לשלם משאר נכסיו. וכן קשה מהא דאמרינן לקמן (דף מ:) דאם המזיק העריק השור לאגם אין הניזק יכול לגבות ממנו, יעו"ש, ועיינ במלחמות שהרבה מאד להקשות על דברי הבעל המאור בדרך זה.

עוד יש לדקדק בלשון הבעל המאור שכתב כיון דאמר רבי ישמעאל בעל חוב הוא וזוזי הוא דמסיק ביה מיחייבי בעלים באחריותו דמחייבי לשלם משאר נכסים, כנ"ל, מה הוצרך להוסיף הא דמחייבי בעלים באחריותו, ולמה לא סגי ליה רק בהא דמחייבי לשלם משאר נכסים.

ונראה ליישב דבריו על פי מה שמבואר לקמן (דף מ:) דשומר נכנס תחת הבעלים לשמירת נזקין, ואם נמסר לידו שור תם ופשע בו והזיק הרי הניזק גובה חצי נזקו מגופו של שור, יעו"ש, ויצא לנו דהניזק גובה ממונו של המפקיד אע"פ שלא הוא פשע בשמירת השור אלא השומר, דלעולם יש לו זכות לגבות מגופו של שור בין אם פשעו הבעלים בין אם פשע בו מישהו אחר שעליו היתה מוטלת חובת השמירה, ומבואר דהתורה זיכתה לניזק קנין או שעבוד אפותיקי אף במקום שאין לו תביעת ממון על בעל השור, וכן מצינו לעיל (דף יג:). דאיצטריך קרא למעט שור הפקר מדין מגופו משתלם, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פמ"ח דאיכא חובה על הגברא ואיכא נמי דין גביה על גופו של שור, ולמד הבעל המאור דדין מגופו משתלם חל לא רק על הבעלות והממון של השור אלא אף גם על כל שעבודים שעליו, וזוהי טענת הניזק לבעל חוב היכא דחב עד שלא הזיק, אילו גבך הוה

הא תני ליה רישא ישלם לאחרון שבהם ואם יש בו מותר יחזיר לשלפניו, למה ליה למיתני תו האחרון נשכר, אלא לאשמועינן ממשנה יתירה אע"ג דאית ליה שאר נכסים עכ"ל יעו"ש.

והנה זה מוסכם דגבית הניזק הוא כפי השווי של שור המזיק, ואם היה חצי נזקו יותר משווי של כל שור המזיק אינו גובה אלא שווי השור, וכן מבואר במתניתין לעיל (דף לה:). ניזק אומר גדול הזיק את הגדול וקטן הזיק את הקטן, יעו"ש, ולית מאן דפליג בזה, ומה שכתב הבעל המאור דניזק ראשון גובה משאר נכסים, היינו אם זכה שעבוד לגבות מגופו וניזק אחרון נטל את השור בטענת אילו הוה גבך וכו', ולא עלה ביד הראשון לגבות מגופו, אז גובה משאר נכסים מה שהיה עומד לגבות מגופו.

ולמד הבעל המאור דעל התשלומין מגופו של שור ליכא למימר ראשון ראשון נשכר אפילו לרבי ישמעאל, דיכול ניזק אחרון לומר לניזק דלפניו אילו גבך הוה לא מינך הוה גבי ליה וכו', כדאיתא לעיל (דף לד:). יעו"ש, ואדרבה ניזק אחרון בעל כרחו אינו גובה אלא מגופו ולא משאר נכסים, וכן הניזק שלפניו גובה מן המותר מגופו של שור, ומה שלא גבה מגופו גובה משאר נכסים, וכן זה שלפני פניו, ולגבי שאר נכסים ליכא טענה של אילו גבך הוה וכו', ולכן קדם גביתו של ניזק ראשון משאר נכסים לגביתם של הניזקים האחרונים, ואם אין למזיק די נכסים לשלם לכולם ראשון ראשון נשכר.

והנה טענת אילו גבך הוה וכו' שהוזכרה בגמרא לעיל (דף לד:). היא טענת הניזק לבעל חוב מוקדם, וכתב רש"י בסוגיין דיסוד הטענה הוא מעליותא דזכות גבית הניזק שאינו גובה אלא מגופו על זכות גבית בעל חוב שגובה מכל נכסים, וגם התוס' לעיל (דף לד:). הוכיחו כדברי רש"י, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פכ"ד, ואם כן אין ניזק אחרון יכול לטעון כן לניזק שלפניו, שהרי שניהם שוים בדיני גביה, אכן הבעל המאור למד דכל ניזק יכול לטעון לניזק שלפניו אילו גבך הוה וכו', ואם כן קשה עליו קושית התוס' שם דהא זה שלפניו לא פשע בשמירת השור, דעדיין לא אוקים לה דמיירי שתפסו ניזק

פרק לח

בו יבוארו דברי התוס' דאם אין הניזק בטוח שיזכה בדיון אינו צריך לשמור חלקו בהשור שלא יזיק עוד, אבל אם המזיק מסופק אם יזכה בדיון צריך לשמור שורו שלא יזיק.

[בבא קמא ל"ו.] אי כרבי ישמעאל דאמר בעלי חובות נינהו, האי אחרון אחרון נשכר, ראשון ראשון נשכר מבעי ליה, אי כרבי עקיבא דאמר תורא דשותפי הוא, האי יש בו מותר יחזיר לשלפניו, יחזיר לכולם מיבעי ליה, יעו"ש. והיינו משום שכולם קנו חלק בגוף השור ונתחייבו בשמירת נזקיו, ואם כן ליכא למימר ראשון ראשון נשכר, שהרי הוא חב בנזקו של אותם שלאחריו.

וכתבו התוס' וז"ל: תימה דלרבי עקיבא נמי אמאי אין ראשון נשכר, דלמה יהא מוטל עליו לשמור חלקו כל זמן שלא עמד בדיון ולא באו עדים, דמה הוא יודע אם יזכה, וצריך לדחות דכיון שיש בידו להביא עדים לאלתר ולזכות מתחייב בשמירתו וכו' עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי התוס' דמה בכך שאינו יודע אם יזכה בדיון, והלא הוי על כל פנים ספק, דהא שפיר יכול להיות שבאמת יזכה בדיון, ומן הספק יחויב לשמור את חלק השור שזכה מדיון יוחלט השור, והרי התורה הטילה חובה על כל אחד לשמור את ממונו שלא יזיק לאחרים, ולמה יפטר אם הוא מסופק, הלא ספיקא דאורייתא לחומרא, ואפילו למאן דאמר ספיקא דאורייתא מדאורייתא לקולא, גם הוא מודה דמדרבנן חייב להחמיר, ואם כן למה יפטר משמירת חלקו אם אולי יזכה בהשור.

ועוד קשה דלדבריהם גם בעל השור יפטר משמירת חלק הניזק, דכי היכי דהניזק מסופק אם יזכה בדיון גם המזיק יש לו ספק זה, דאינו יודע אם ייזכה בדיון, ואם לא זכה הרי הוחלט חלק השור, ואם כן השתא נמי למה יהא מוטל על בעל השור לשמור חלק השור המוטל בספק, ונמצאו שניהם פטורים משמירת חלק הספק, גם בעל השור גם הניזק הראשון, ואם כן ניזק השני יפסיד חלק מחצי נזקו, שהרי החלק המוטל בספק שאין שום אדם מחויב בשמירתו

וכו', כלומר דדיון מגופו משתלם היה חל על השור אם גבה אותו ועדיין נשאר ביד המזיק, וכיון שכן חל נמי על כל שעבודים שעליו, ואע"פ שהבעל חוב לא פשע בהשור, וכיון שכן חל שעבודו של ניזק אחרון גם על שעבודו של ניזק ראשון, והרי הוא קודם לו בגביה מגופו, ועיימש"נ בדברי רש"י בש"ו פכ"ד דפליג עליו בזה.

אכן כשבעל השור פשע בשמירתו עוד הפעם והזיק שורו לניזק אחרון וגרם שיגבה גוף השור לחצי נזקו, דהא שעבודו חל על גופו של שור וגם על השעבודים שעליו, כמש"נ, הרי נמצא דבעל השור פרע חובו לניזק אחרון על ידי שור המשעובד לניזק ראשון, וכן לכולם שבאמצע, והיה עליו לתת השור לניזק ראשון ונתנו לניזק אחרון, ונמצא שאכל שעבודם של כל הניזקים הראשונים, ועליו להשלים להם מה שנטל מהם, והיינו מה שכתב הבעל המאור דהבעלים מחייבי באחריות, והרי תביעתם לו מדין בעל חוב ולא מדין מזיק, דמדין מזיק זכו שעבודים בגופו של שור, וכיון שהוא פרע חיובו לניזק אחרון בשעבודם חייב לשלם להם מדין בעל חוב, ולכן גובים משאר נכסים ככל בעל חוב, וגובים מן הבינונית ולא מן העידית, שכן הוא דינו דבעל חוב, ובזה קאמר בגמרא דראשון ראשון נשכר מיבעי ליה, דזה שקדם שעבודו קודם בחיוב אחריות וקודם לגביה.

ולא דמי לשחטו מה שעשוי עשוי, דהתם לא אכל שעבודו של הניזק אלא הזיקו, ומזיק שעבודו של חברו פטור, כדאיתא בגמרא שם, ואין עליו אלא חיוב מזיק להניזק, וחיוב מזיק אינו נגבה אלא מגופו של שור, ואם נפחת השור מכדי חצי נזק של הניזק מה שעשה עשוי והניזק מפסיד, ומה שהקשה הרמב"ן מהא דמיבעיא לעיל (דף ל"ג) מכרו מזיק לרבי ישמעאל מאי, ולפי דברי הבעל המאור למה אינו גובה משאר נכסים, יעו"ש, יש לומר דאין הכי נמי דגובה משאר נכסים, דהא אם מכרו הרי אכל שעבודו, ועיקר בעית הגמרא היא אם מכירתו מכירה.

פרק לט

בו יקיים הגירסא שלפנינו בדברי התוס' דאליבא דרבי עקיבא אין הניזק חייב בשמירה אם אינו בטוח שיזכה בדין ומיירי שיש בידו עדים והקשו דלמה לא מוקים לה כשאין בידו.

[בבא קמא לו.] אי כרבי עקיבא דאמר שותפין נינהו יחזיר לכולן מיבעי ליה. וכתבו התוס' וז"ל: תימה דלרבי עקיבא נמי אמאי אין ראשון נשכר דלמה יהא מוטל עליו לשמור חלקו כל זמן שלא עמד בדין ולא באו עדים, דמה הוא יודע אם יזכה. וצריך לדחות דכיון שיש בידו להביא עדים לאלתר ולזכות מתחייב בשמירתו, ולא מצי לשנויי כגון שאין בידו, דאם כן תקשי ליה לרבי עקיבא ראשון נשכר מבעי ליה עכ"ל יעו"ש.

ועיין במהר"ם שהקשה על סוף דברי התוס' ולא מצי לשנויי וכו', דהלא כבר כתבו התוס' דלרבי עקיבא אם אין בידו להביא עדים אמרינן ראשון ראשון נשכר, והיאך היה משני דהך דאחרון אחרון נשכר מיירי כשאין בידו להביא ראיה, ומשום האי קושיא תיקן את הגירסא דלא קאמר ולא מצי לשנויי אלא דלא מצי לשנויי, והכל ענין אחד הוא יעו"ש. וקצת דחוק הוא, דאם כן אין מוסיפים כלום בדברים אלו אלא חוזרים על הראשונים.

ואולי יש לקיים הגירסא שלפנינו, דבודאי אמת הוא דאם לא אמרינן יחזיר לכולם על כרחך היה צריך להיות דראשון ראשון נשכר, אלא דאין קושיא התוס' מבוססת על כך, והקשו בפשיטות דכי היכי דקאמר דלא אתי כרבי ישמעאל דראשון ראשון נשכר מיבעי ליה, נימא כן גם לרבי עקיבא דלא אתי כותיה הואיל וניזק אינו מובטח שיזכה, ואם כן ראשון ראשון נשכר מיבעי ליה, ועל זה תירצו דמיירי שבידו להביא ראיה, ומשום הכי פריך בגמרא דיחזור לכולם מיבעי ליה, דכולם אחראים על שמירת חלקם, ושוב הקשו התוס' דלמה לא משני כגון שאין בידו, ואם כן אין לומר יחזיר לכולם, דאין אחראי אלא הראשון, ותירצו התוס' דאם לא אמרינן יחזיר לכולם אין לנו לומר אלא דראשון ראשון נשכר, וכמו שהקשו בקושיאם, ועדיין לא

נזקיו לא עדיף משור ההפקר שאינו גובה ממנו, כדאייתא לעיל (דף יג:) יעו"ש, ואם כן כמו שהניזק אינו מפסיד הואיל ואין עליו אלא ספק חיוב שמירה, גם המזיק לא יפסיד, שגם עליו ליכא אלא ספק חיוב שמירה על החלק שהוחלט לניזק ראשון, ויפסיד ניזק שני חצי החצי נזק, דזיל הכא קא מדחה ליה וזיל הכא קא מדחה ליה.

ונראה דכל דין בעל המזיק בממון המזיק אינו תלוי כלל בבעלות על הממון, דלא על הבעלים הטילה התורה השמירה אלא על זה שהמזיק תחת ידו ושליטתו, ואע"פ שאין תורת הממון שייכת לו, ומהאי טעמא אמרינן לקמן (דף מד:) מסרו לשומר חנם ולשואל לנושא שכר ולשוכר נכנסו תחת הבעלים, מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק, יעו"ש, דהואיל והשור נכנס תחת שליטתו של השומר הרי שהוא נעשה הבעל המזיק לענין נזקין. וכן לקמן (נה:) הוציאוה לסטים לסטים חייבין, יעו"ש, דאין תורת בעל המזיק שייכת כלל לבעלות הממונית אלא לזה שהמזיק תחת שליטתו. וכן כתבו התוס' לקמן (נדו) בד"ה פשיטא וז"ל: דלענין נזקין איקרי בעלים כל מי שבידו לשומרה וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומשום הכי הקשו התוס' דאפילו לרבי עקיבא דיוחלט השור ושותפי נינהו מכל מקום עדיין מחוסר העמדה בדין וגוביינא, וכל זמן שלא גבה חלקו בהשור מי יימר שיזכה בדין, ואם כן השתא מיהא השור עומד תחת יד המזיק ושליטתו, ואין זה שייך כלל לדין חזקת ממון, דאפילו אם האמת הוא שהניזק זכה חלק בגוף השור ונעשה שותף, מכל מקום אין בידו להוציא השור ממנו, ורק כשגבה בבית דין וזכה בדין הרי הוא בטוח שיוכל להוציאו, ואם כן כל זמן שלא גבה הרי השור בפועל תחת שליטתו של המזיק, ועדיין הוא בעל המזיק גמור לגבי עוד נזקין שזיק השור. ועל זה תירצו התוס' דמיירי שיש לו ראיות ברורות והוא בטוח לגמרי שיזכה בדין, ולא הוי אלא כמחוסר מעשה, ומיד הוי כשותף גמור והשליטה בידו, וגם עליו לשמור השור שלא יצא ויזיק, ושאינו משומר דשם נכנס השומר תחת הבעלים, אבל כאן הם כשותפין וחיוב השמירה על שניהם.

כבר שילם חובתו בתפיסת הניזק הראשון, ושוב אין עליו תורת בעל המזיק וחייב שמירה, ולמה יפסיד חלקו, וכמו שבאמת פריך בגמרא יחזיר לבעליו מיבעי ליה.

וּנְרָאָה דמתחלה סלקא דעתיה דאע"ג דכל אחד נכנס תחת שלפניו לחובת שמירה, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, מכל מקום אין התפיסה נחשבת תשלומי החוב וסילוק תביעתו, וכל פעולת התפיסות היא אך ורק לחייב התופס בשמירת נזקין ולפטור את שתפס ממנו שאינו חייב עוד בשמירה, ואם כן עדיין יש לכל אחד ואחד תביעת נזקין על זה שלפניו, ולכן אחר שיהודה גבה חצי נזק ידידיה, הרי לוי קודם לשמעון בהגביה, שלוי הוא הניזק ושמעון המזיק, וכן שמעון קודם לראובן, ששמעון הוא הניזק בנגיחה ראשונה וראובן הוא המזיק, ונמצא דאם יש מותר יחזיר לשלפניו ואחרון אחרון נשכר.

וְעַל זה פריך בגמרא יחזיר לבעליו מיבעי ליה, דהשתא ס"ל דהתפיסה מסלקת את זה שלפניו מתשלומי ההיזק, דאליבא דרבי ישמעאל דהניזק הוא בעל חוב יש לו אפותיקי בגוף השור, וכשתפס את האפותיקי נחשב שקיבל תשלומין על נזקו, וכשחזר לוי ותפס משמעון הרי עבר האפותיקי מיד שמעון ליד לוי, ונשתלם חובו של לוי, ונמצא דכל אחד ואחד עמד במקום זה שלפניו, ונסתלקו כל האמצעים, ולכן אם יש מותר לאחר שגבה האחרון אין להאמצעים שום תביעה, שהרי נסתלקו כולם, ורק להמזיק הראשון נשאר המנה שלו אלא נשתעבד לניזק רק חצי נזק ואם כן יחזיר לבעליו מיבעי ליה.

פרק מא

בו ידון בהא דתפסו ניזק נעשה שומר שכר לנזקין אם היינו שמירת נזקין בלבד או גם בשמירת גופו, ויבואר למה נקט שומר שכר דהא שומר חנם נמי חייב בשמירת נזקין.

[בבא קמא ל"ז:] הכא במאי עסקינן כגון שתפסו ניזק לגבות הימנו ונעשה עליו שומר שכר לנזקין. וכתב רש"י בד"ה יחזיר לבעלים וז"ל:

מתוקמא מתני' דאחרון אחרון נשכר כרבי עקיבא.

אכּן בעצם דברי התוס' יש לדקדק דלמה יפטר משמירת נזקיו בחלק השור שזכה על ידי יוחלט השור אם אינו בטוח שיזכה בדין, והלא איכא על כל פנים צד ספק שיזכה בדין, ואם כן מספיקא יתחייב לשמור חלקו, ועיימש"נ בש"ו פל"ח.

פרק מ

בו יבואר דיסוד השקלא ופריא אם כשתפסו ניזק אליבא דרבי ישמעאל אם יש בו מותר יחזיר לשלפניו או לבעלים הוא אם תפיסת הניזק מחייב בשמירת נזקין או אם הוי גביה.

[בבא קמא ל"ז:] אמר רבא לעולם כרבי ישמעאל דאמר בעלי חובות ניהו, ודקשיא לך אחרון אחרון נשכר ראשון ראשון נשכר מבעי ליה, הכא במאי עסקינן כגון שתפסו ניזק לגבות הימנו ונעשה עליו שומר שכר לנזקין, אי הכי יש בו מותר יחזיר לשלפניו, יחזיר לבעלים מיבעי ליה וכו', יעו"ש. ומבואר דעל ידי התפיסה נכנס השור תחת שליטת הניזק שתפסו, ואין תורת מזיק אלא עליו בלבד, כמו שכתב רש"י וז"ל: שתפסו ניזק וכו', וכן שני וכן שלישי הלכך אין שמירתו אלא עליו עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פל"ח.

וְעַל הא דפריך בגמרא יחזיר לבעליו מיבעי ליה כתב רש"י וז"ל: דאין על הבעלים להפסיד מנה שהיה להם בו משעת הנזק הראשון, שהרי לא היתה שמירתו עליהם אלא על הניזק, וכשהזיק לשני איבד הראשון מנה שלו ותפסו שני ונעשה עליו שומר, וכן כולם נעשו שומרי שכר לשמור חלק הבעלים בההיא הנאה דמשתלמי נזקיהו מהשור דלא אעריקו ליה בעלים לאגמא עכ"ל יעו"ש.

וּסְלָקָא דעתא דהא דתפסו ניזק יחזיר לשלפניו ואחרון אחרון נשכר מיירי שהזיקם של כל אחד מהם היה שוה, וחצי נזק של כל אחד היה מנה, ואם האחרון גבה כל המנה של חצי נזק שלו שוב יגבה לוי מן המנה השניה ששייכת לראובן המזיק הראשון. ויש לדקדק דהלא ראובן

משום דבנזקין מישתעי, אבל הוא הדין לשמירת גופו.

ועיין ברא"ש וז"ל: אבל לרבי ישמעאל שאין לו חלק מבזבז בגוף השור ולשעבודא בעלמא הוא דתפיס ליה, הוי כמו ראובן שחייב לשמעון מנה, ותפס שמעון משל ראובן חפץ ששורה מאתים כדי ליפרע ממנו, מלתא דפשיטא היא שחייב בשמירת כל החפץ עכ"ל יעו"ש, ושמירה זו היא בעיקר שמירת גוף החפץ כמובן, ומבואר דניזק התופס נעשה שומר שכן גמור גם על שמירת גופו, ובאמת מסתברא כן מדברי רש"י דנעשה שומר שוכר בההיא הנאה דלא מצי המזיק להעריקו לאגם, וזוהי סברא שתהא עליו שמירת גופו, ואין בזה סברא מיוחדת לגבי שמירת נזקיו, אלא ודאי דמהאי סברא נעשה שומר גמור, ומשום הכי מוטלת עליו גם שמירת נזקין.

פרק מב

בו יבואר דמחלוקת רש"י ותוס' א"יבא דרבי עקיבא אם תפסו ניזק נעשה עליו שומר שכן תלוי בטעמא דהוי שומר שכן אי משום שלא יעריק אי משום דהוי כב"ל משכון.

[בבא קמא 19:] הכא במאי עסקינן כגון שתפסו ניזק לגבות הימנו ונעשה עליו שומר שכן לנזקין וכו', יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: נעשו שומרי שכן לשמור חלק הבעלים בההיא הנאה דמשתלמי נזקיהו מהשור דלא אעריקו ליה בעלים לאגמא עכ"ל יעו"ש. והוא לפי סוגיית הגמרא לקמן (דף מ) דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד יכול לפטור עצמו בטענת אי תם הוא הוה מעריקנא ליה לאגמא יעו"ש.

ולא דה"ל בסוגיין כתב רש"י בד"ה שבוק וז"ל: ואי קשיא נוקמא לרבי מאיר נמי כרבי עקיבא וכשתפסו ניזק וכדשנינן וכו', דאי אמרת רבי ישמעאל היא איצטריך לאשמועינן דאחרון אחרון נשכר וכו', אלא לרבי עקיבא למה ליה למיתני כלל, בלא תפיסה נמי הוי אחרון נשכר עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דגם לרבי עקיבא היה אפשר ליישב מה שאמר רבי מאיר דאם יש בו מותר יחזיר לשלפניו, דהיה אפשר לאוקמי

וכן כולם נעשו שומרי שכן לשמור חלק הבעלים בההיא הנאה דמשתלמי נזקיהו מהשור דלא אעריקו ליה בעלים לאגמא עכ"ל יעו"ש.

והא דבעינן שהניזק התופס יהא שומר גם על חלק הבעלים, הוא משום דאם לא כן לא היה הניזק השני גובה כל חצי נזק שלו מחלק ניזק הראשון, אלא היה דינו לגבות רביע נזק מניזק ראשון שעליו לשמור חצי השור, שהיינו חלק האפותיקי שממנו גובה, ורביע נזק ממזיק הראשון שעדיין מוטל עליו לשמור חלקו הנשאר לו יותר על חצי נזק של הראשון, ולכן צריך לומר דהניזק התופס נעשה שומר על כל השור, והניזק השני גובה חצי נזק שלו מחלק הניזק הראשון, וחלק המזיק הראשון במקומו עומד, ועיימש"נ בשו"פ פ"מ.

ומה שכתב דנעשה עליו שומר שכן, באמת לא בעינן שיהא שומר שכן להתחייב בשמירת נזקין, דגם שומר חנם חייב בשמירת נזקין, כדתנן לקמן (דף מד:) יעו"ש, אלא דרצה לפרש למה באמת נעשה שומר כלל, והרי לא קיבל עליו שום תורת שומר, רק שתפס השור כדי לגבות ממנו חלקו, אכן קאמר בגמרא שיש ריוח כמה שמכניס כל השור תחת ידו ושליטתו, דאם ישאיר להמזיק שליטה על חלקו יוכל להעריק כל השור לאגמא ולא יוכל הניזק לגבות כלל, ולכן ניחא ליה שיהא כל השור תחת ידו ושליטתו דאם כן בטוח לו שיוכל לגבות ממנו, ובההיא הנאה נעשה שומר על חלק הבעלים, ואם כן הוה ליה שומר שכן, ודומה להא דאמרין לקמן (דף נ) דשומר אבידה הוי שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף בההיא הנאה דלא בעיא למיתב ליה ריפתא לעניא יעו"ש, אכן אם קיבל עליו להיות שומר חנם על שור חבירו נכנס תחתיו לשמירת נזקין.

ויש להסתפק בהא דקאמר נעשה עליו שומר שכן לנזקין אם הכונה שכל דין שמירתו הוא אך ורק לגבי שמירת נזקין ואין עליו חיוב שמירת גופו, או אם באמת נעשה שומר גמור בין לענין שמירת גופו ובין לענין שמירת נזקין, וכההיא דשומר אבידה דנעשה שומר בההיא הנאה וכו', כנ"ל, והיינו שמירה גמורה על הגוף ועל הנזקין, והא דקאמר בגמרא לנזקין היינו

והנה רש"י ס"ל דנעשה שומר שכר בההיא הנאה דלא מצי בעלים להעריק לאגמא, כנ"ל, ומשום הכי ס"ל דאין נפקא מינה לענין זה בין רבי ישמעאל ורבי עקיבא, דאליבא דתרווייהו היה המזיק יכול להעריקו לאגמא, כמו שכתבו התוס' לקמן (דף מ:) בד"ה הוה מעריקנא, יעו"ש, ואם כן לשניהם יש לניזק הנאה במאי דתפס שור המזיק ונעשה שומר שכר על כל השור, אבל התוס' ס"ל דנעשה שומר שכר כדין כל בעל חוב שהוא תופס חפץ מן הלוחה שהוא נעשה שומר שכר על החפץ, כמו שכתב הרא"ש יעו"ש, וההנאה היא שיש לו עכשיו משכון על חובו, וכל זה לא נאמר אלא אליבא דרבי ישמעאל דהניזק הוא בעל חוב והשור נעשה לו משכון, אבל לרבי עקיבא הרי השור כחפץ שהוא של שניהם, שלפעמים זה שומרו ולפעמים זה שומרו, ולעולם אחריותו על שניהם, וכמש"נ בדברי הרא"ש, יעו"ש, ועיין בנמוקי יוסף שהקשה דגם לרבי עקיבא נעשה שומר שכר על כל השור, דהא תנן בבא בתרא (דף מב:) השותפין נעשו שומרי שכר זה לזה, אכן הבעל המאור תירץ בשם רבינו אפרים דהיינו דוקא כגון דאמר ליה שמור לי היום, אבל בסתמא נטירותא אתרווייהו כהדדי רמיא, יעו"ש.

אכן עדיין יש לעיין בדברי התוס', אין הכי נמי דמשום תפיסת משכון לא נעשה שומר שכר על חלק הבעלים אלא אליבא דרבי ישמעאל ולא רבי עקיבא, כמש"נ, מכל מקום למה לא יעשה שומר שכר גם מחמת ההיא הנאה דשוב לא מצי הבעלים להעריק לאגמא, כמו שכתב רש"י, והא טובה היא לניזק בין אליבא דרבי ישמעאל בין אליבא דרבי עקיבא, כמש"נ, אם כן גם לרבי עקיבא אם תפסו ניזק למה לא יהא עליו שומר שכר, ואין לומר דהתוס' לית להו חששא דמעריק ליה לאגמא, דהא גמרא מפורשת היא לקמן (דף מ:) דהשומר יכול לפטור עצמו מחיוב תשלומין בטענת אי תם הוא הוה מעריקנא ליה לאגמא, כנ"ל, ואם אלימא ענין העריקא לאגמא לפטור את השומר מן התשלומין, למה לא יחשב עיכוב העריקא כהנאה להניזק להשוותו שומר שכר על השור, וכדברי רש"י.

כשתפסו ניזק ונעשה שומר שכר על כל השור, וכדשנינן אליבא דרבי ישמעאל, אלא דעדיין לא יתיישב לפי זה הא דאמר רבי מאיר אחרון אחרון נשכר ומיירי שתפסו ניזק, הרי לרבי עקיבא אין בזה שום חידוש דאפילו בלא תפסו ניזק לעולם אחרון אחרון נשכר, וכמו שאמר רבי שמעון בסיפא דמתני' דקאי בשיטת רבי עקיבא, וכן היא נמי שיטת הרי"ף, יעו"ש, ולפי זה לעיל בסוגיין דפריך בגמרא אי רבי עקיבא יחזיר לכולם מיבעי ליה, היה יכול נמי להקשות אי רבי עקיבא מאי קאמר אחרון אחרון נשכר פשיטא, אלא דעדיפא מיניה פריך דלמה חוזר לשלפניו היה צריך להיות הדין דחוזר לכולם, אולם אילו היה רבי מאיר אומר יחזיר לכולם היה פריך עליו דפשיטא היא ומאי קא משמע לן.

וְלָפִי דברי רש"י לכאורה יש ליישב הא דפריך בגמרא רישא רבי ישמעאל וסיפא רבי עקיבא, וקשה דהא רישא היינו רבי מאיר וסיפא היינו רבי שמעון, והרי מצינו בכמה וכמה מקומות דהני תנאי כהני תנאי, ומוקמינן פלוגתא דתנאי דאזלי בשיטת פלוגתא דתנאים אחרים, ומה שייך להקשות רישא כרבי ישמעאל וסיפא כרבי עקיבא, אכן לפי דברינו נמצא דרבי מאיר דקאי כרבי ישמעאל צריך לאוקמי כשתפסו ניזק, ורבי שמעון דאזיל כרבי עקיבא צריך לאוקמי דוקא כשלא תפסו ניזק, דהא בתפסו מודה רבי עקיבא דיחזיר שלפניו, כמש"נ, ואם כן יש לומר דקושית הגמרא היא דרישא בשתפסו ניזק איירי וסיפא בשלא תפסו ניזק, וזהו המכוון במאי דקאמר רישא רבי ישמעאל וסיפא רבי עקיבא.

והתוס' בד"ה כגון פליגי על דברי רש"י וז"ל: ודוקא לרבי ישמעאל הוא נעשה שומר שכר, אבל לרבי עקיבא דאמר שותפין נינהו וכיחש ושיבח הוי ברשות הניזק לא נעשה שומר שכר אלא מחלקו, דעל כל אחד מוטל לשמור חלקו, והשתא אתי שפיר דבין רבי מאיר ובין רבי שמעון איירי בשתפסו ניזק ולא כפירוש הקונטרס עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פמ"ג, ולדבריהם לא יתיישב כל כך הא דפריך רישא רבי ישמעאל וסיפא רבי עקיבא, כנ"ל, ועיין במלחמות מה שכתב בסוף דבריו יעו"ש.

משל ראובן חפץ ששוה מאתים כדי ליפרע ממנו, מלתא דפשיטא היא שחייב בשמירת כל החפץ עכ"ל יעו"ש. ומה שכתב הרא"ש דלרבי עקיבא כחש ושבח הוי ברשות שניהם והתוס' כתבו דהוי ברשות הניזק, חדא מלתא נינהו, דהחלק כנגד החצי נזק הוי ברשות הניזק וממילא הוי השור ברשות שניהם, ויש לדקדק במה שכתב דאליבא דרבי ישמעאל אין לו חלק מבורר, דהלא גם לרבי עקיבא אין חלקו מבורר עד שיעשו חלוקה ביניהם.

וּנְרָאָה דהנה חוב של מאה זוז משעבד נכסים אפילו של אלף זוז, וחל שעבודו לא

רק על קרקע שוה מאה זוז בתוך קרקעותיו, אלא שעבודו בכל הקרקעות כדי לגבות המאה זוז שחייב לו, ועיימש"נ בשט"ו פכ"ג, ונמצא דלרבי ישמעאל כל השור משועבד לניזק, אבל לרבי עקיבא שקנה קנין גמור בהשור כנגד חצי נזק אין לו בהשור אלא חלקו בלבד, ורק שלא נודע היכן הוא חלקו, והיינו מאי דקאמר הרא"ש דלרבי ישמעאל אינו מבורר, והיינו דאין שעבודו מסוים כנגד חצי נזק, ולכן אם כחש גובה מן השאר, שהרי כל השור משועבד לחובו, מה שאין כן לרבי עקיבא דכבר הוקבע חלקו, ואין לו בהשור אלא חלקו, אם כחש כחש לשניהם, שהרי הם שותפים גמורים שההפסד לשניהם.

וְלִכְּן אליבא דרבי עקיבא אם תפסו ניזק לא נעשה שומר אלא על חלקו, שהרי אין לו

בהשור אלא חלקו, ואין לו שום צורך בחלק המזיק, אבל לרבי ישמעאל דאין שעבודו מסוים כנגד חצי נזק, אלא שעבודו בכל השור לגבי חצי נזק, כמש"נ, ואם כחש השור יגבה ממה שנשאר, אם כן תפיסתו היא בכל השור לגבות חצי נזק מאיפוא שיוכל, ולכן נעשה שומר על כל השור.

פרק מד

בו יתיישבו דברי הרמ"א דשותף נעשה שומר שכר כשהתנו מתחלה שיתעסק אב"ד מתעסק מנדבת לבו הוי שומר חנם, ולכאורה קשה מדברי התוס' דתפסו ניזק לא נעשה שומר כ"ל.

[בבא קמא ל"ז:] כתבו התוס' בד"ה כגון וז"ל: אבל לרבי עקיבא דאמר שותפי נינהו וכו' לא

וי"ש לומר עפ"מ"ש התוס' שם דהמעריק השור לאגם עושה שלא כהוגן כדי לכוף הניזק להתפשר עמו בדבר מועט, יעו"ש, ואיכא למימר דהיכא דטען הוה מעריקנא ליה לאגם הרי על ידי הטענה הראה עצמו שהוא אדם מכוער שעושה שלא כהוגן, וממילא אהני לו טענתו, אבל אם לא טען כן אין לחוש שהמזיק הוא אדם מכוער כזה, ולא חשיב הנאה לניזק בזה שעל ידי תפיסתו הוא מעכב המזיק מלעשות מעשה מכוער.

פרק מג

בו יבוארו דברי התוס' דאליבא דרבי עקיבא דשותפים נינהו אם תפסו ניזק אינו נעשה שומר על חלק המזיק, והרא"ש הוסיף דרק לרבי ישמעאל נעשה שומר דאין חלקו מבורר.

[בבא קמא ל"ז:] הכא במאי עסקינן כגון שתפסו ניזק לגבות הימנו ונעשה עליו שומר שכר לנזקין וכו' יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה כגון וז"ל: ודוקא לרבי ישמעאל הוא נעשה שומר שכר, אבל לרבי עקיבא דאמר שותפין נינהו וכיחש ושיבח הוי ברשות הניזק לא נעשה שומר שכר אלא מחלקו, דעל כל אחד מוטל לשמור חלקו, והשתא אתי שפיר דבין רבי מאיר ובין רבי שמעון איירי בשתפסו ניזק ולא כפירוש הקונטרס עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פמ"ב.

וי"ש לדקדק בדברי התוס' דלמה הביאו הא דאמרין לעיל (דף לד.) דכחש ושבח לניזק אליבא דרבי עקיבא להוכיח דאליבא דרבי עקיבא שותפים נינהו, ולמה לא הביאו הא דקאמר לעיל (דף לג.) דהקדישו ניזק איכא בינייהו בין רבי ישמעאל לרבי עקיבא, דלרבי עקיבא קדוש. ובכלל למה הוצרכו להוכיח דלרבי עקיבא הוי להו שותפים גמורים, והלא כבר מבואר מכל הסוגיות דלרבי עקיבא יוחלט השור וקנה בו הניזק כנגד חצי הניזק.

וְעֵינֵינוּ ברא"ש שכתב כדברי התוס' וז"ל: והתוס' פירשו דלרבי עקיבא שותפין נינהו ואם כחש או שבח הוא ברשות שניהם לא נעשה שומר אלא מחלקו, דעל כל אחד לשמור חלקו, אבל לרבי ישמעאל שאין לו חלק מבורר בגוף השור, ולשעבודא בעלמא הוא דתפיס ליה, הוי כמו ראובן שחייב לשמעון מנה ותפס שמעון

הרביעי ונעשה שומר שכר על השור למה לא ישלם כל נזק החמישי מגוף השור, דהיינו כל חלק הרביעי וגם מקצת חלק הבעלים, ואחר כך יגבה הבעלים מן הניזק הרביעי חלק הזה, אכן למה יפסיד ניזק חמישי מקצת תשלומי נזקו המגיע לו, יעו"ש, ואין לחלק דסוגיא דהתם קאי אליבא דרבי עקיבא דיוחלט השור, ומשום הכי זוכה בגוף המזיק אף אם הזיק ברשות השומר, אבל הכא קאי אליבא דרבי ישמעאל דבעלי חוב נינהו, ואין השומר משלם חובו בממונו של הבעלים, זה אינו, שהרי להדיא כתבו התוס' לקמן שם בד"ה הוה מעריקא דסוגיא דהתם קאי בין לרבי עקיבא בין לרבי ישמעאל, ועיין במלחמות בסוגיין שרצה להוכיח דסוגיא דהתם אזלא דוקא כרבי ישמעאל ולא כרבי עקיבא, יעו"ש.

והש"ך ס"י ת"א סק"ג רצה לחלק דאינו גובה מגופו אלא כשהשור ביד השומר, שהרי הבעלים מסרוהו לו ושוב אינם יכולים לטעון אנוסים היינו, אבל כשתפסו ניזק בעל כרחו דמזיק, ולא מסר לו השור מרצונו, אז יכול המזיק לטעון אנוס הייתי מה הייתי יכול לעשות, ומשום הכי אין הניזקים האחרונים גובים מחלקו, אכן הקצות החושן שם סק"א דחה דברי הש"ך והוכיח דגם כשנגזל השור והזיק ברשות הגולן הרי הניזק משתלם מגופו של שור, יעו"ש.

והנה נתבאר לן בדברי הרמב"ם פ"ד נזקי ממון הלי"ב דיש שני דינים בשור תם, חדא דאיכא חיוב על הגברא מדין ממון המזיק, וחיוב זה הוא כפי בשויות גופו של שור המזיק, דליכא עליו חיוב תשלומי נזק יותר משויות הגוף, ועוד יש דין אחר שהניזק קונה חלק בגוף השור המזיק כנגד שיעור החצי נזק, אלא דכיון דהניזק קנה חלקו בשור המזיק מיד נשתלם ונסתלק חובת גברא של המזיק ואינו יכול לסלקו בזווי, אכן כשמסר השור לשומר והזיק ברשות השומר, הרי החובת גברא חל על השומר והקנין הוא בגוף השור שהוא ממון הבעלים, ואין זה מסלק חובת השומר, ולכתחלה צריך לשלם להניזק וממילא יסתלק קנינו מן השור, ורק אם אין לו מה לשלם גובה מן השור והשומר משלם למפקיד, ועיימש"נ בש"ו פמ"ח.

נעשה שומר שכר אלא מחלקו, דעל כל אחד מוטל לשמור חלקו וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה עיין בחו"מ סי' קע"ו סעי' ח' וז"ל: השותפין שומרי שכר הן וכו', כמה דברים אמורים בזמן שכל אחד מתעסק בשותפות זמן ידוע ונגנב לו בזמן שנתעסק בו עכ"ל, וכתב הרמ"א וז"ל: הגה ודוקא שהתנו כן מתחלה, אבל אם אחד אינו מחויב להתעסק רק עושה מנדבת לבו, אינו חייב בשמירת השותפות ולא הוי רק כשומר חנם עכ"ל יעו"ש. והקשה הש"ך על דברי הרמ"א דהם סותרים לדברי התוס' דאליבא דרבי עקיבא דשותפי נינהו אם תפסו ניזק לא הוי שומר כלל על חלק המזיק יעו"ש.

ואו"י יש לחלק דעל ידי תפיסה לא נעשה שומר כלל על חלק השני, ורק אם נשתמש או נתעסק בו, והכא מיירי שתפסו הניזק אבל לא עשה שום דבר עם השור, ולא תפסו אלא שיהא בטוח שיקבל חצי נזקו, ולכן לא הוי אפילו שומר חנם על חלק השני, אבל אם נתעסק בו הרי צריך כל השור לכך, וממילא נעשה על כל פנים שומר חנם על חלק השני.

פרק מה

בו יבוארו דברי התוס' דאם נזקי החמישי יתרים על נזקי הרביעי נוטל חלקו של רביעי והשאר יפסיד, ואע"ג דשור ביד השומר שהזיק הניזק גובה מגופו והשומר משלם למפקיד.

[כבא קמא לז:] אמר רבינא הכי קתני אם יש בו מותר בנזקו יחזיר לשלפניו וכו'. וכתבו התוס' בד"ה אם יש בו מותר בנזקו וז"ל: ואפילו חמישי נמי פעמים שאין לו כל נזקו אם נזקו יתרים על של רביעי שאין נוטל אלא חלקו של רביעי וכו' עכ"ל יעו"ש.

ועיין במהרש"א ובשלטי גבורים שנתפלאו בדברי התוס', דהלא גמרא מפורשת היא לקמן (דף מ.) דאם הזיק השור ברשות שומר הרי הניזק גובה מגוף השור וחוזר השומר ומשלם לבעלים, יעו"ש, ומכל מקום מבואר דהך חיוב תשלומי נזק של השומר שבא מחמת פשיעתו הרי השומר משלם מגופו של השור, ואע"ג דלאו ידידה הוא, ואם כן הכא נמי כשתפסו הניזק

יכול להוציא שורו מיד הניזק עד שישומו לו בית דין דמי נזקו ויחזירו לו את המותר, כמו שכתב הרא"ש לעיל (דף טו:) יעו"ש, ונמצא שאין לבעל השור שום שליטה על השור, ואיברא דיש לו קנין במנה של השור, שלא נתחייב אלא מנה של היזק, כמש"נ, מכל מקום אותה מנה השייכת לו אין לו שום שליטה עליה, שכבר נעשה כל השור משכון להניזק ולא יניחוהו בית דין לקחת את שורו עד שישומו אותו, ואם כן אין לו תורת בעל המזיק על חלקו בהשור, ולא שייך ביה דין מגופו משתלם בחלקו, כמש"נ.

ונמצא לפי זה דכל דין מגופו משתלם בשתפסו הניזקים זה אחר זה לא אתי אלא מכח חובת הגברא ותורת בעל המזיק של כל ניזק התופס, אבל המזיק הראשון נסתלק מתורת בעל המזיק על ידי התפיסה, כמש"נ, וליכא דין מגופו משתלם על ממונו אלא בנגיחה ראשונה, וכל דין מגופו משתלם מנגיחה שניה והלאה הוא אך ורק משום האפותיקי שזכה הניזק בשור המזיק, ולכן כשתפסו הניזק וחזר ונגח חל עליו הניזק חובה לשלם עד כדי שיעור האפותיקי והרי הניזק השני זוכה אפותיקי בהאפותיקי שבגוף השור, והרי האפותיקי עובר מרשות ניזק ראשון לרשות ניזק שני, ולכן כשהיה נזק החמישי יתר על של רביעי אין לו לגבות אלא מן השעבוד שהיה לו להרביעי בגוף השור, והשאר אינו יכול לגבות מחלק המזיק הראשון, שהרי אין לו למזיק הראשון תורת בעל המזיק על חלקו, שהרי הניזקים קנו תורת משכון בכל השור, וכמש"נ, ואם אין לבעל השור תורת בעל המזיק מחמת שאין השור תחת שליטתו שוב לא שייך ביה דין מגופו משתלם, וכמש"נ.

פרק מו

בו יבואר שיטת הרמב"ם לענין העמדת אפוטרופוס לתם לגבות מגופו מן היתומים וממי שהלך למדינת הים שנחלק על דברי רש"י והתוס' ופ"ה דהעמדת אפוטרופוס מועילה.

[בבא קמא ל"ט.] שור של פקח שנגח שור של חרש שוטה וקטן חייב, ושל חרש שוטה וקטן שנגח שור של פקח פטור, שור של חרש שוטה וקטן שנגח בית דין מעמידין להן אפוטרופוס

והשתא נראה דאע"ג דעיקר חיוב תשלומי נזק הוא על השומר, שהרי עליו היתה מוטלת השמירה והוא פשע, מכל מקום גם המפקיד יש לו תורת בעל המזיק, ומשום הכי קונה הניזק חלק בגוף השור, ואע"ג דהוא לא פשע והוא לא נתחייב בתשלומי נזק, וכדאמרינן לקמן (דף מ:) כל מקום שהולך שם בעליו עליו, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פנ"א, וכל דין מגופו משתלם הוא גזירת הכתוב שהניזק קונה חלק בשור המזיק כנגד החצי נזק, מכל מקום בעינן שבעל השור יהא עליו תורת בעל המזיק, דהא מצינו לעיל (דף יג:) דשור הפקר שהזיק אינו משתלם מגופו, יעו"ש, ואין דין מגופו משתלם מזכה את הניזק קנין בהשור שהוא ממונו של הבעלים אלא כשהבעלים יש עליו תורת בעל המזיק, ואע"ג דהחיוב שמירה בפועל וחיוב תשלומי נזק עברו לשומר שנכנס תחתיו לנזקין, ואז גובה חצי נזק מגופו של השור, והבעלים חוזרים וגובים מן השומר שעליו היתה השמירה מוטלת, אולם אם אין על הבעלים תורת בעל המזיק כלל אז ליכא דין מגופו משתלם, ודומה לשור הפקר, ואין הניזק זוכה חלק בשור שהוא מנכסיו של אדם שאין עליו תורת בעל המזיק כלל.

ונראה דלפי זה יתיישבו היטב דברי התוס', דהיכא דהשור הוא ביד השומר או אפילו ביד הגזלן הרי בכל שעה יכול בעל השור לקחת השור מידם אם ירצה, וגם בגזול הרשות בידו לקחת את שורו מיד הגזלן, ונמצא שעדיין יש לו שליטה על השור, ואע"ג דהשמירה מוטלת על השומר או על הגזלן וכן החיוב תשלומי נזק, מכל מקום הואיל והבעל השור יש לו שליטה על השור חלה גם עליו תורת בעל המזיק, ובודאי דעיקר בעל המזיק הוא השומר או הגזלן, וחיוב שמירה ותשלומין עליהם, מכל מקום גם המפקיד יש לו נמי תורת בעל המזיק ואהני לכך דהניזק זוכה בחלק השור מדין מגופו משתלם.

אכן היכא דתפסו ניזק ראשון בשביל חצי נזק המגיע לו הרי קנה כל השור בתורת משכון אליבא דרבי ישמעאל דבעלי חובות ניהו ואית להו אפותיקי בגוף השור, ואין בעל השור

ובטעמא דמלתא דאין מעמידים אפטרופוס לתם לגבות מגופו נחלקו רש"י ותוס', רש"י למד דטעמא משום דגוף השור הוא מטלטלין ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"א, והתוס' למדו דטעמא משום דכיון דהתורה הקילה בשור תם שאינו משלם נזק שלם, חסו רבנן נמי על היתומים שלא לגבות מהם בקטנותם, וחסו נמי על מי שהלך למדינת הים הואיל ובעלות דאפטרופוס לאו בעלות גמורה היא יעו"ש.

והנה זה ברור דאם לא נעמיד להם אפטרופוס אין לגבות מן היתומים, דהא אין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין, וקטנים כמאן דליתא הם, כמו שמבואר לקמן (דף קיב:), יעו"ש, ועיימש"ה התוס' בסוגיין בד"ה ורבי יוחנן, יעו"ש, ולכן כשהוחזק השור נגחן מעמידים להם אפטרופוס כדי להשוותו מועד מפני תיקון העולם, ובלי העמדת אפטרופוס לא נעשה השור מועד, ובאמת היה אפשר להעמיד להם אפטרופוס גם לנגיחה ראשונה שנוכל לקבל עדות ולגבות מגופו של שור, ולמה אין מעמידים להם אפטרופוס, בזה נחלקו רש"י והתוס', ושניהם ס"ל דהא דאין מעמידים להם אפטרופוס הוא משום דלא תועיל העמדת אפטרופוס לגבות מהם, רש"י ס"ל מפני שהשור הוא מטלטלין, והתוס' ס"ל מפני שרבנן הקילו עליהם במקום חצי נזק שלא לגבות מהם בקטנותם, כנ"ל.

אכן נראה דהרמב"ם ס"ל דאם היינו מעמידים אפטרופוס בודאי היתה העמדתו מועילה לגבות מן היתומים לכולי עלמא, ולא נחלקו התנאים אלא אם בפועל מעמידים אפטרופוס לתם לגבות מגופו, ומאן דאמר אין מעמידים ס"ל דכיון דהתורה הקילה בתשלומי נזק של תם שמשלם רק חצי נזק, כמו שכתבו התוס' כנ"ל, וגם התשלום הוא רק כפי שווית גופו ולפעמים הוי פחות מחצי נזק, לכן תקנו שלא יהיו בית דין מעמידים אפטרופוס ליתומים או למי שנשתטה או הלך למדינת הים לגבות מגופו של שור, ולא ס"ל להרמב"ם כמו שלמדו רש"י והתוס' דלא תועיל להם העמדת אפטרופוס אלא ס"ל דבפועל אין מעמידין, ומשום הכי אין גובים

ומעידין להן בפני אפטרופוס וכו'. ובגמרא הא גופא קשיא אמרת שור של חרש שוטה וקטן שנגח שור של פקח פטור, אלמא אין מעמידין אפטרופוס לתם לגבות מגופו, אימא סיפא שור של חרש שוטה וקטן שנגח בית דין מעמידין להם אפטרופוס ומעידין להם בפני אפטרופוס, אלמא מעמידין להם אפטרופוס לתם לגבות מגופו. אמר רבא הכי קתני, ואם הוחזקו נגחנין, מעמידין להם אפטרופוס, ומעידין להן בפני אפטרופוס, ומשונין להו מועד, דכי הדר ונגח לשלם מעליה וכו'. ומעמידים להן אפטרופין לתם לגבות מגופו תנאי היא, דתניא שור שנתחרשו בעליו ושנשתטו בעליו ושהלכו בעליו למדינת הים יהודה בן נקוסא אמר סומכוס הרי הוא בתמותו עד שיעידו בו בפני הבעלים, וחכמים אומרים מעמידין להן אפטרופין ומעידין בהן בפני אפטרופין וכו' יעו"ש. ומבואר בגמרא דתנא דמתניתין אית ליה אין מעמידין אפטרופוס לתם לגבות מגופו, ובברייתא נחלקו בזה תנאים.

ועיין ברמב"ם פ"ו נזקי ממון הל"ב-הל"ד וז"ל: אין העדה אלא בפני הבעלים ובפני בית דין וכו', שור של חרש שוטה וקטן ומי שהוא במדינת הים שנגחו פטורין, אבל בית דין מעמידין להם אפטרופין ומעידין בהן בפני האפטרופין, הויקו אחר שהועדו בפני אפטרופין אם עדיין הוא תם משלם חצי נזק מגופו, ואם הועד בו שלשה ימים ואחר כך הויק, משלם נזק שלם מן היפה שבנכסי אפטרופין, ולכשיגדלו היתומים יעשו דין עם האפטרופין וישלמו להן עכ"ל יעו"ש. והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א ורבא בבבא קמא מפרש לסתם מתניתין דאין מעמידין אפטרופוס לתם לגבות מגופו עכ"ל יעו"ש. וראה הראב"ד בדברי הרמב"ם דכשהזיק תם ביד האפטרופוס משלם חצי נזק מגופו, הרי דס"ל מעמידים אפטרופוס לתם לגבות מגופו, והלא רבא דייק מסתם משנה דאין מעמידים אפטרופוס לתם לגבות מגופו, ולמה פסק הרמב"ם כנגד סתם משנה. וגם המגיד משנה הבין כן בדברי הרמב"ם, וכתב דהרמב"ם כחכמים דברייתא וס"ל דמתניתין דעת יחידאה היא יעו"ש.

שאיילי אריא לא שאילי, ועל זה קאמר דמיירי שהכיר בו שהוא נגחן, שידע השואל שהשור נגח אבל חישוב שלא נגח אלא פעם או פעמים אבל לא איעד, ועדיין הוא תם, שהרי שאלו בחזקת תם, אכן קשה דנהי שידע שהשור נגחן ועלול ליגח עוד הפעם, אכן אינו עלול ליגח כמו שור שאיתחזק בנגיחות ונעשה מועד, ועיין לעיל (דף ט.) בתוד"ה ואם הוחזקו שכתבו דמיירי שהכיר בו שהוא רשע ומשתגע ליגח ורק דלא איעד, ואפילו אם נגח שלש נגיחות לא נעשה מועד אלא אם כן איעד כרדין, לכן עדיין הוה ליה תם, ומכל מקום אינו יכול לטעון אריא לא שאילי, שהרי הכיר בו שהוא אריא.

שוב טוען השואל תם שאילי מועד לא שאילי, וצריכים לעיין היאך שונה טענה זו מטענת תורא שאילי אריא לא שאילי. ונראה דמתחלה טען על עצם קבלת השמירה, שלא קיבל שמירה אלא על תורא ונמצא שהיה אריא, ומשני שהכיר בו שהוא נגחן, כנ"ל, אכן מלבד מה שצריך לקבל על עצמו לשמור השור שלא יצא להזיק, צריך נמי לקבל על עצמו אחריות השמירה, שעליו לשלם אם יזיק, וכל זה נכלל בסתם קבלת שמירת נזקין, אכן הכא שסבור היה שהשור תם הוא למרות שהוא נגחן, הרי לא קיבל על עצמו אלא תשלומין של חצי נזק ולא תשלומין של נזק שלם.

ועל זה עונה לו המשאל סוף סוף אי תם הוה פלגא נזקא בעית שלומי השתא נמי זיל שלים פלגא נזקא, ואין הכונה בזה שהמשאל אומר לו שהוא מוכן לשלם החצי השני, דמה לו להשואל שעכשיו המשאל רוצה לשלם חצי ההיזק, סוף סוף קבלתו היתה בטעות, והוא רוצה לבטל קבלת השמירה לגמרי שלא יתחייב לשלם כלום, אלא הכונה היא כמו שכתב הרמב"ם פ"ד נזקי ממון הל"ח וז"ל: אם ידע השואל שהוא נגחן הבעלים משלמים חצי נזק, שכל מקום שהוא הולך הרי שם בעליו עליו, והשואל משלם חצי נזק וכו' עכ"ל יעו"ש, ומבואר מדבריו דחצי נזק שהבעלים משלמים הוי משום דיש לבעלים תורת בעל המזיק על השור, דהשואל לא קיבל עליו אלא חצי נזק, וממילא לא נתחייב אלא במקצת תשלומי נזק השור, ושאר חובת התשלום

מהם, דהא אין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין, כמש"נ.

אכן מכיון שנגח מעמידים אפוטרופוס על השור מפני תיקון העולם להשוותו מועד אם יחזור ויגח עוד פעמים, ושוב ליכא חסרון של אין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין על שאר הנגיחות, שהרי העידו בפני האפוטרופוס, ולכן אם עדיין הוא תם בנגיחה ראשונה שהעידו בה העדים לאחר העמדת האפוטרופוס בודאי יש לגבות חצי נזק מגופו של שור, וכן מדויק בדברי הרמב"ם שכתב שור של חרש שוטה וקטן ומי שהוא במדינת הים שנגחו פטורין, כנ"ל, והיינו שפטורים לחלוטין דאין מעמידים אפוטרופוס לשור תם לגבות מגופו, כמש"נ, ומכל מקום מעמידים להם אפוטרופוס לנגיחות עתידיות, והיינו ממש כסתמא דמתניתין, והוסיף הרמב"ם מסברתו דעל הנגיחות של תמות דלאחר העמדת האפוטרופוס צריך לשלם חצי נזק מגופו, דשוב לא הוי קבלת עדות שלא בפני בעל דין.

פרק מז

בו יבוארו טענות השואל דתורא שאילי אריא לא שאילי, תם שאילי מועד לא שאילי, אי תם הוה משתלם מגופו, אי תם הוה מודינא ומפטרינא, ואי תם הוה מעריקנא ליה לאגמא.

[כבא קמא מ.] תנו רבנן שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, בעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק וכו', ואמאי לימא ליה תורא שאילי אריא לא שאילי, אמר רב הכא במאי עסקינן שהכיר בו שהוא נגחן. ונימא ליה תם שאילי מועד לא שאילי, משום דאמר ליה סוף סוף אי תם הוה פלגא נזקא בעית שלומי, השתא נמי זיל שלים פלגא נזקא. ונימא ליה אי תם הוה משתלם מגופו, דאמר ליה סוף סוף לאו תורא בעית שלומי לדידי, ונימא ליה אם תם הוה מודינא ומפטרינא, ואפילו למאן דאמר פלגא נזקא ממונא, נימא ליה אי תם הוה מעריקנא ליה לאגמא, אלא הכא במאי עסקינן דאקדים ביה דינא ותפסיה וכו' יעו"ש.

וטובה יש לדקדק בהך שקלא וטריא בין השואל והמשאל, מתחלה טוען תורא

גופו בכלל קבלת תשלומי נזקין דנזק שלם, ונמצא דאין עליו קבלת תשלומין כלל כי אם לשמירת גופו, דאם אינו מחויב לשלם מה שהזיק אין מה שגרם שיגבה הניזק נחשב פשיעה בשמירת גופו, וטוען השואל שבדין הוא שיפטר לגמרי.

והמשאיל עונה לו שאע"פ שבפועל אין אתה צריך לשלם לניזק, שהרי הוא גובה מגופו של שור, מכל מקום יש עליך חיוב תשלומי נזק דתורא בעית שלומי לדידי, ותשלומין אלו הם בתורת תשלומי נזק, שאני שלמתי מגופו של שורי, ואתה חייב להחזיר לי מה ששלמתי במקומך, ועיקר הדבר הוא דכשהשואל מקבל שור תם מן המשאיל הוא מקבל על עצמו תשלומי נזק אם יזיק, ואם הניזק גובה מגופו צריך השואל להשלים הגביה להמשאיל, וכיון שקיבל על עצמו תשלומי חצי נזק נשאר עליו חיוב זה אף אם איגלאי מלתא שהשור היה מועד, כמש"נ, ונמצא דלמסקנת הגמרא איכא חובת גברא על השומר כשנמסר לו שור תם והזיק ברשותו, וכן מבואר בדברי הרמב"ם פ"ד נזקי ממון הלי"ב שכתב דאם השומר יש לו נכסים צריך לשלם, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פמ"ח.

הדרך טען השואל אם תם הוה מודינא ומפטרנינא או הוה מעריקנא ליה לאגמא, וקאמר בגמרא דמיירי שבית דין תפסו השור מיד כשהזיק דשוב לא מהני הודאתו לפוטרו, ולכאורה היינו טעמא משום דמודה בקנס פטור מדרשא דאשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע את עצמו, כדאיתא לקמן (דף סד,): ואם תפסו בית דין חשיב שכבר התחיל הרשעת אלהים ושוב אין הודאתו פוטרתו, וכן כתב בתורת חיים, יעו"ש, וגם אינו יכול להעריק השור לאגם הואיל והוא ביד בית דין.

אכן קשה דאם טענתו היא דלא קיבל עליו חיוב חצי נזק שלא יוכל לפטור עצמו ממנו על ידי הודאה או הערקה, אם כן מה לי דלבסוף תפסו בית דין את השור, הרי דבר זה נולד לאחר ששאל את השור, והוא טוען שכיון ששאל את השור בחזקת תם היה בדעתו שיוכל לפטור עצמו מלשלם על ידי הודאה או הערקה, ובאמת

נשאר על המשאיל, ואם כן אין השואל יכול לטעון שקבלתו היתה בטעות, והרי זה כמי שלוקח רצה לקנות שק עם סאה חטים והמוכר נתן לו שק עם סאתים חטים שהלוקח קונה הסאה רצעה, דבכלל מאתים מנה, והכא נמי כיון שלא קיבל השואל על עצמו אלא אחריות חצי נזק חל עליו חיוב תשלומין כנגד מה שקיבל ושאר החיוב תשלומין נשאר על המשאיל.

הדר טוען השואל ליה אי תם הוה משתלם מגופו והמשאיל עונה לו סוף סוף לאו תורא בעית שלומי לדידי, וצריכים לעיין מהו המשא ומתן ביניהם, וכי לא ידע השואל שצריך לחזור ולשלם למשאיל כל מה שהניזק גבה מגופו של שור.

ונראה דהנה יש להסתפק למה השואל צריך לשלם למשאיל מה שגבה הניזק, מי אמרינן דכל דין התשלומין של הניזק הוא מגופו של שור ולא איכפת לן של מי הוא, והא דהשואל צריך לחזור ולשלם למשאיל הוא מדין שמירת גופו, דכיון שהיה עליו חיוב לשמור גופו של שור שלא יזיק ושלא יזיק ולהחזירו להמשאיל שלם כמו שקיבלו ממנו, והוא פשע בהשור והניחו לצאת ולהזיק, ומחמת פשיעתו גבה הניזק הזיקו מגופו של שור ונאבד השור לבעליו, משום הכי חייב השואל לשלם למשאיל מה שגרם לו הפסד בפשיעתו.

א דלמא חיובו של שואל להמשאיל הוא משום שהמשאיל פרע חובו על ידי שורו, דחיוב מזיק מוטל על השומר, אבל הגביה היא מגופו של שור, או בתורת קנין לרבי עקיבא או בתורת שעבוד אפותיקי לרבי ישמעאל, והרי המשאיל גובה מן השואל בטענת אכלת שעבודי, שהשואל שילם חובו על ידי גופו של שור המשאיל.

ובזה נבין המשא ומתן בין השואל והמשאיל, דהשואל טוען שאילו היה האמת כמו שאמר לו המשאיל מתחלה כשהשאילו לו בחזקת שהוא תם, לא היה חל עליו שום חיוב תשלומי נזק כלל, ורק שהיה צריך לשלם לו מדין שמירת גופו, כמש"נ, ואם כן לא היה עליו שום קבלת תשלומי נזקין, לא לנזק שלם ולא לחצי נזק, דמשום שמירת גופו לא שייך לומר בזה בכלל מאתים מנה, דאין חיוב מחמת שמירת

חצי נזק ושואל משלם חצי נזק וכו', ונימא ליה תם שאילי מועד לא שאילי, משום דאמר ליה סוף סוף אי תם הוה פלגא נזקא בעית שלומי השתא נמי זיל שלים פלגא נזקא, ונימא ליה אי תם הוה משתלם מגופו, משום דאמר ליה סוף סוף לאו תורא בעית שלומי לדידי וכו' יעו"ש.

וכתב הרמב"ם דכל הדין דשור תם שהזיק ברשות השומר גובה חצי נזק מגופו הוא אך ורק כשאין לו להשומר לשלם מנכסיו, אבל אם יש לו נכסים, על השומר לשלם ואינו גובה מגוף השור. ואולי דייק כן מהא דאמרין בגמרא דמפקיד אומר להשומר אי תם הוה פלגא נזקא בעית שלומי, דמשמע דמוטל על השומר לשלם, והשומר אומר לו דהוה משתלם מגופו, ואם כן יש לדקדק דמה אמר לו המפקיד מתחלה, ומזה דייק הרמב"ם דחובה על השומר לשלם מנכסיו, אלא שהשומר יכול לחזור ולטעון דאם אין לו היה גובה מגופו, והשתא שהשור מועד נשאר החיוב והגביה עליו, ומעולם לא קיבל עליו חיוב תשלומין שיוכל להשתלם מגופו של שור אם לא יהיה לו, ומבואר דאם יש לו חייב לשלם, ואם אין לו גובה מגופו וחזור השומר לשלם למפקיד מה שהפסידו.

וענין כמה השומר צריך לשלם מנכסיו אם יש לו לכאורה יתכן שאינו צריך לשלם אלא כנגד שויות גוף השור, שהרי כל עצם החיוב הוא רק כפי שויות השור, ועיימש"נ בש"ו פ"א, אכן התשלומין בפועל צריך להיות מנכסיו ולא מגוף השור שהוא ממון המפקיד, שהשמירה היתה מוטלת על השומר ולא על המפקיד, ורק כשאין לו נכסים גובה מגופו, אבל אפילו כשיש לו נכסים להשומר הרי סכום החיוב נקבע על ידי שויות גוף השור.

אכן טובא יש לדקדק בדין זה, שהרי הרמב"ם בפ"ט נזקי ממון ה"ב פסק כרבי עקיבא דשותפי נינהו, ואליבא דרבי עקיבא אין המזיק יכול לסלק הניזק בזווי, כמו שכתבו התוס' בבבא קמא (דף לג.) בד"ה הקדישו ניזק, יעו"ש, דכיון שזכה הניזק בגופו של שור המזיק נעשה בו שותף ואין המזיק יכול להפקיע זכותו ולסלקו בזווי, ואם כן קשה היאך יכול השומר לסלקו בזווי ולהפקיע זכות הניזק בגוף השור, מה

לא היה יכול, דהא מועד היה, ונמצא שקבלתו היתה בטעות.

ונראה דהנה מצינו שני אופנים של מקח טעות, חדא הוא על עצם הדבר שקנה, דאם רצה לקנות חטים והמוכר נתן לו שעורים אין כאן קנין כלל, שלא זהו הדבר שרצה, ואם נתרצה לבסוף לקבל השעורים צריך קנין חדש, ועוד יש מקח טעות כגון שקנה הדבר שרצה לקנות אלא שמצא בו מום, ובזה הדין הוא דהזכות בידו לחזור בו ולבטל הקנין, ואם סבור וקבל ונתרצה בו לבסוף, שגילה דעתו שאינו מקפיד על המום, הרי הקנין קיים ואינו צריך קנין חדש, וכן הוא הדין נמי בסוגיין, דהיכא דטען תורא שאילי או תם שאילי או שור שמגופו משתלם שאילי הרי לא זהו הדבר שרצה, ואין כאן קבלת שמירה כלל, אבל טענת הודאה או הערקה הוי משום דבר צדדי, ולא הוי אלא כמו שנמצא בו מום, שהרי בודאי קיבל על עצמו אחריות תשלומין על חצי נזק, ואפילו אם איגלאי מלתא דהשור הוא מועד קבלתו קיימת, דבכלל מאתים מנה, כמש"נ, וכל טענתו היא שיוכל לחזור בו מחמת המום דבשור מועד אינו יכול לפטור עצמו בהודאה או הערקה, אולם אם תפסו בית דין את השור מיד כשהזיק שוב אין לו טענת חזרה מחמת המום, שהרי מום זה לא מעלה ולא מוריד הואיל והשור הוא כבר ביד בית דין, ואינו יכול לבטל קבלת שמירתו מחמת מום שאין בו שום נפקא מינה בפועל בשעה שבא לחזור בו.

פרק מח

בו יבואר שיטת הרמב"ם דשור תם ביד השומר שיצא והזיק אין הניזק גובה מגופו של שור אלא אם כן אין לשומר מה לשלם, דאע"ג דיוחלט השור עדיין איכא חובה על הגבירא.

[רמב"ם פ"ד נזקי ממון ה"ב] כתב הרמב"ם וז"ל: כל שומר שנתחייב לשלם ואין לו, והיה המזיק תם שהוא משלם חצי נזק מגופו, הרי הניזק משתלם מן הבהמה שהזיקה, וישאר דמי מה שגבה הניזק חוב על השומר לבעל הבהמה עכ"ל יעו"ש. ומקורו מהסוגיא דבבא קמא (דף מ.) שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, בעלים משלמין

שהרי אין השור ממונו של השומר, ולכן חובה על השומר לשלם החצי נזק מנכסיו אם יש לו, שהרי לא יצא שור תם מכלל כל ממון המזיק שחובה על זה שפשע בשמירתו לשלם תשלומי נזק, ולא נפטר מחיוב זה על ידי דיין מגופו משתלם שהניזק קונה שותפות בגוף השור שהוא ממון המפקיד, כמש"נ, ומשום הכי חייב השומר לשלם תשלומי נזק מנכסיו, וכל זמן שלא שילם לא קנה הניזק גוף השור, וכיון שנשתלם התשלומי נזק ממילא פקע קנין הניזק בגוף השור, שהרי כל קנינו היה תחת הנזק, וכבר נשתלם הנזק על ידי השומר, כמש"נ, וממילא פקע קנין הניזק.

וכ"כ זה הוא כשהשומר יש לו נכסים, דאז עדיף שיקיים חובת הגברא קודם שיגבה מדין מגופו משתלם, אבל אם אין לו לשומר ממה לשלם, ואי אפשר לקיים דין חובת גברא, אז גובה הניזק מדין מגופו שהתורה נתנה זכות וקנין שותפות בגוף שור המזיק תחת נזקו היכא דנגח מחמת פשיעה, אפילו אם אין הפשיעה אלא של השומר או של הגזלן, כמו שהוכיח הקצות החושן חו"מ סי' ת"א סק"א, אבל אם אף אחד לא פשע הרי זה נגיחה באונס ואינה בכלל תורת חצי נזק, וכשגובה הניזק מגוף השור נסתלק ממילא חובת הגברא של השומר שהיה צריך לשלם מתחלה, והשתא צריך השומר לחזור ולשלם להמפקיד בעד השור שהניזק גבה מחמת פשיעתו, או מדין שמירת גופו של השור או מדין פורע חובו בממון חבירו, ועיימש"נ.

ועיין מה שכתב הרמב"ם פ"ח נזקי ממון הל"ה וז"ל: שור של ישראל שנגח שור של עכו"ם בין תם בין מועד פטור, לפי שאין העכו"ם מחייבין את האדם על בהמתו שהזיקה והרי אנו דנים להם כדיניהם וכו' עכ"ל. והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א הטענה הזאת אינה מספקת, שהרי הם תופסים גוף המזיק ונפרעין ממנו עכ"ל יעו"ש. ועיין במגיד משנה שנדחק דאפשר דבזמן הגמרא לא היו העכו"ם נפרעים כלל יעו"ש. אולם נראה דלפמש"נ מיושבים דברי הרמב"ם, דיסוד כל דין התשלומין הוא משום חובת הגברא לשלם תשלומי נזק, ואלא דהקנין בהגוף מסלק החובת גברא, ובשומר שלא נסתלק

שהמפקיד לא היה יכול לעשות אילו הזיק השור כשהיה תחת ידו. ועיין בקצות החושן סי' ת"ז סק"א שלמד דלשיטת הרמב"ם לא הוחלט השור להניזק עד שעת העמדה בדין, ועיימש"נ בש"ו פי"ט, אכן לרוב דעות האחרונים ס"ל להרמב"ם שהשור הוחלט מיד בשעת נגיחה, ואם כן מאי שנא דהשומר צריך לשלם אם יש לו, והבעלים עצמם אינם יכולים לסלקו בזווי.

ובאמת צריך עיון בהך דינא דמבואר בגמרא דאם הזיק השור ברשות השומר שקבל עליו שמירת נזקין הרי הניזק גובה מגוף השור, ואע"ג דהשור הוי ממונו של המפקיד והוא לא פשע מידי, שהרי החיוב היה על השומר ולא עליו, ומכל מקום גובה מגופו של שור והשומר מחייב להשלים לו מה ששילם בעבורו.

ונראה דהנהגה לכאורה הדין בשור תם הוא כמו בשאר כל ממון המזיק, שזה שהשמירה מוטלת עליו הוא הבעל המזיק ועליו לשלם מה שהזיק, ואלא דבשור תם אין החיוב נזק שלם אלא חצי נזק, או מדין קנסא או מדין ממונא, ואין דין יוחלט השור מפקיע וממעט שור תם מפרשת ממון המזיק לומר דבשור תם אין בו חובת גברא ורק קנין שותפות בגוף השור, דזה אינו, אלא יש בזה שני דינים, חדא חובת גברא מדין ממון המזיק כשאר כל ממון המזיק, ועוד יש בו דין שהניזק זוכה קנין שותפות בגוף השור תם, ודין השני מבטל ומסלק דין הראשון, דכיון שהניזק זכה קנין כנגד נזקו בגוף השור הרי נסתלק החובת גברא המוטלת על בעל השור, שהרי כבר נשתלם על ידי הקנין שהניזק זכה בממונו, ועבר גוף השור מרשות המזיק לרשות הניזק, וממילא יצא גם החובת גברא מיד כשהוחלט השור, ומשום הכי אינו יכול לסלקו בזווי, שהרי מיד בשעת ההיזק זכה הניזק שותפות בשור המזיק ונסתלקה החובת גברא.

אולם כל זה הוא כשהזיק ברשות הבעלים, אבל אם מסר שורו לשומר וקיבל עליו שמירת נזקין והזיק ברשות השומר, הרי החובת גברא של ממון המזיק מוטלת על השומר שעליו היה החיוב שמירה, ודין מגופו משתלם וקנית השותפות הוא בגוף השור שהוא ממון הבעלים, ואין זה מועיל לסלק החובת גברא של השומר,

השואל חיוב כלל, ולית להו כדברי הרמב"ם פ"ד נזקי ממון הלייב וז"ל: כל שומר שנתחייב לשלם ואין לו, והיה המזיק תם שהוא משלם חצי נזק מגופו, הרי הניזק משתלם מן הבהמה שהזיקה, וישאר דמי מה שגבה הניזק חוב על השומר לבעל הבהמה עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דאע"ג דהרמב"ם פסק כרבי עקיבא, מכל מקום כשנמסר השור ליד השומר אין הניזק גובה מגוף השור אלא אם השומר אין לו נכסים, אבל אם יש לו נכסים הרי השומר משלם ואינו גובה מגופו, ועיימש"נ בש"ו פמ"ח, אבל הרי"ף והמחבר ס"ל דאין הניזק גובה מן השומר כלל, ואין לו גביה אלא מגופו של השור שהוא ממון המפקיד.

וכיון דלדידהו לא שייך חיוב ממון מדין שמירת נזקין על השומר, לא חל עליו כלל תורת בעל המזיק וחיוב שמירת נזקין על השור, דליכא חיוב שמירת נזקין אם אינו אחראי לשמירתו על ידי תשלומין, ונמצא דלא נעשה שומר על שור תם אלא לגבי שמירת גופו ולא לגבי שמירת נזקין, והחיוב שמירת נזקין נשאר על המפקיד, וממילא אין לחייב השומר אפילו מדין שמירת גופו על שנמסר השור ליד הניזק, שהרי לא בפשיעתו נמסר אלא בפשיעת המפקיד שעליו נשאר חיוב שמירת נזקין, ונמצא שהשומר פטור לגמרי מלשלם כשנמסר לידו שור תם, כמש"נ, ואם שאלו בחזקת תם ונמצא מועד נמי פטור לגמרי, שהרי הוא לא קיבל על עצמו שום שמירת נזקין בחשבו שהשור תם, ולא הוצרכו הרי"ף והמחבר להביא דין זה דהוא פטור לגמרי אליבא דרבי עקיבא, דאין בזה שום חידוש, שהרי מקח טעות גמור הוא.

אבל אליבא דרבי ישמעאל הניזק הוא רק בעל חוב, וחל חובת גברא על השומר שקיבל על עצמו לשמור שור תם, ונתחייב בשמירת נזקין, ואם פשע עליו לשלם, ואם אין לו גובה מגופו של שור, ואם שאלו בחזקת תם ונמצא מועד יש לחייבו חצי נזק, שהרי כן היה מתחייב גם לפי מה שחשב שקיבל שור תם, וכל השקלא וטריא דהגמרא לא אתיא אלא אליבא דרבי ישמעאל, כמש"נ.

החובת גברא הרי הוא מחויב לשלם ויסתלק הקנין, כמש"נ, אכן עכו"ם אין בדיניהם דין חובת גברא על מי שפשע בממונו והזיק, ואין להם אלא דין תפיסה בגוף המזיק, ואם כן שור של ישראל שהזיק שור של עכו"ם לא חל על ישראל חובת גברא כלל שאנו דנים בזה כדיניהם, ולכן אין אנו מניחים העכו"ם לקחת גוף השור, שהרי הואיל ואין על ישראל חובת גברא נסתלק ממילא כל דין מגופו משתלם דלא חל מעיקרו אלא להפקיע החובת גברא.

פרק מט

בו יבואר למה הרי"ף והמחבר השמיטו הברייתא דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד בעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק ולא הביאו את כל השקלא וטריא דהגמרא.

[בבא קמא מ.] תנו רבנן שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, בעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק, ואמאי לימא ליה תורא שאילי אריא לא שאילי, אמר רב הכא במאי עסקינן שהכיר בו שהוא נגחן, ונימא ליה תם שאילי מועד לא שאילי, משום דאמר ליה סוף סוף אי תם הוה פלגא נזקא בעית שלומי השתא נמי זיל שלים פלגא נזקא, ונימא ליה אי תם הוה משתלם מגופו, דאמר ליה סוף סוף לאו תורא בעית שלומי לדידי, ונימא ליה אם תם הוה מודינא ומפטרינא, ואפילו למאן דאמר פלגא נזקא ממונא, נימא ליה אי תם הוה מעריקנא ליה לאגמא, אלא הכא במאי עסקינן דאקדים ביה דינא ותפסיה וכו' יעו"ש.

והנה הרי"ף והמחבר לא הביאו הברייתא וכל השקלא וטריא דהגמרא, וצריך עיון למה השמיטו את כל הענין, ועיין במגיד משנה פ"ד נזקי ממון הל"ט שתמה על הרי"ף והניח בצריך עיון.

ונראה דהרי"ף והמחבר ס"ל דכל הסוגיא אתיא אליבא דרבי ישמעאל דניזק הוא בעל חוב ודין מגופו הוא דהשור נעשה שעבוד אפותיקי להחובת גברא, אבל לרבי עקיבא דיוחלט השור, והניזק נעשה שותף בו, אם שאלו בחזקת תם ונמצא מועד אין על

נינהו אי מעריק ליה חייב, ומחלוקתן בפרק המניח וקיימא לן הלכה כרבי עקיבא מחבירו, ולפיכך לא חשש רבינו לאותה קושיא עכ"ל יעו"ש.

ובלחם משנה העיר על דברי המגיד משנה וז"ל: ותימה דשם אמרו ונימא ליה אי

תם הוה מודינא ומיפטרנא, ואפילו למאן דאמר פלגא נזקא ממונא נימא ליה אי תם הוה מעריקנא ליה לאגמא וכו', ואפילו שתפרש דקושיא זו לדעת רבי ישמעאל דאמר בעלי חוב נינהו דלא הוי אלא מזיק שעבודו של חבירו, וכדכתבו שם התוס' ז"ל, אבל לרבי עקיבא ינדוהו אם לא ישלם לו דגזל לו שורו, מכל מקום למאן דאמר פלגא נזקא קנסא איכא טעמא אחרינא דהוא מודה ומיפטר, ורבינו ז"ל פסק בפ"ב כמאן דאמר פלגא נזקא קנסא, שכן כתב שם וכל המשלם חצי נזק הרי התשלומים קנס וכו', ואם כן אמאי חייב לדידיה, נימא ליה אי הוה מודינא מיפטרנא כדהקשו בגמרא עכ"ל יעו"ש. וכן מפורש בגמרא לעיל (דף טו.) דלמאן דאמר פלגא נזקא קנסא המודה בחצי נזק דשור תם פטור מלשלם, יעו"ש, ומשמע דאתיא לכולי עלמא, והרמב"ם הביאו להלכה פ"ב נזקי ממון הל"ח, יעו"ש.

ונראה דהנה מבואר מדברי הרמב"ם פ"ד נזקי ממון הלי"ב, דאע"ג דס"ל כרבי עקיבא דיוחלט השור, מכל מקום איכא נמי חובת תשלומין על הגברא והחלטת השור מסלקו, ומשום הכי אין המזיק יכול לסלק לניזק בזווי, אכן אם הזיק ברשות השומר ויש לשומר נכסים עליו לשלם קודם שנחליט השור להניזק, ועיימש"נ בש"ו פמ"ח, ונמצא דבין לרבי ישמעאל ובין לרבי עקיבא איכא חובת תשלומין על הגברא, אלא דלרבי ישמעאל הדין דמגופו משתלם הוא שעבוד אפותיקי להחייב תשלומין, ואפילו אם החייב תשלומין מוטל על השומר, הרי השור של הניזק אפותיקי לו, ולרבי עקיבא הדין מגופו משתלם הוא קנין בהשור שהתורה זיכתה לניזק וממילא נסתלק ממנו החובת גברא, וגם כשהשור הזיק ברשות השומר זיכתה התורה להניזק קנין בגופו של שור המפקיד, ואלא שאין חובת גברא של השומר מסולקת ממילא על ידי

והנה הרי"ף והמחבר השמיטו נמי כל ענין רשות משנה וגם ענין ליעודי תורא וליעודי גברא דלעיל (דף כד.) יעו"ש, והמחבר השמיט גם ענין מועד למינו ולשבחות ולסירוגין דלעיל (דף לו.) יעו"ש, והדבר צריך תלמוד.

פרק נ

בו יבואר שיטת הרמב"ם דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד השואל משלם חצי נזק ומבואר דאינו יכול לטעון אם תם הוה מודינא ומפטרנא ולא הזכיר דמירי שתפסוהו בית דין.

בבא קמא מ.] אמר מר שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, בעלים משלמין חצי נזק ושואל חצי נזק, ואמאי לימא ליה תורא שאילי אריא לא שאילי, אמר רב הכא במאי עסקינן שהכיר בה שהוא נגחן, ונימא ליה תם שאילי מועד לא שאילי, משום דאמר ליה סוף סוף אי תם הוה פלגא נזקא בעית שלומי, השתא נמי זיל שלים פלגא נזקא, ונימא ליה אי תם הוה משתלם מגופו, משום דאמר ליה סוף סוף את לאו תורא בעית שלומי לדידי, ונימא ליה אם תם הוה מודינא ומפטרנא, ואפילו למאן דאמר פלגא נזקא ממונא, נימא ליה אי תם הוה מעריקנא ליה לאגמא, אלא הכא במאי עסקינן כגון דאקדים בי דינא ותפסיה יעו"ש.

וכתב הרמב"ם בפ"ד נזקי ממון הל"ח וז"ל: שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, אם ידע השואל שהוא נגחן הבעלים משלמים חצי נזק, שכל מקום שהוא הולך שם בעליו עליו, והשואל משלם חצי נזק, שאפילו היה תם חצי נזק היה משלם, שהרי ידע שהוא נגחן. ואם לא ידע שהוא נגחן, אין השואל חייב כלום, והבעלים משלמין נזק שלם עכ"ל יעו"ש. ועייין במגיד משנה וז"ל: ועל מה שכתב והשואל משלם חצי נזק כתוב עליו בהשגות, א"א הא דלא כהלכתא, שאין זה הדין אלא בשתפסוהו בית דין עד כאן לשונו. ובאמת שהגמרא כך היא דמקשי, נימא ליה אי תם הוה מעריקנא ליה לאגמא, ופריק הכא במאי עסקינן דאקדים בית דין ותפסיה, ויש דרך לתרץ דברי רבינו שאותה סוגיא אינה אלא לדעת רבי ישמעאל שאמר יושם השור ובעל חוב הוא, אבל אליבא דרבי עקיבא דאמר שותפי

מועילה לעקור קנין הניזק בגופו של שור, כמש"נ, וכיון שעל ידי פשיעתו גרם שהניזק יטול שור המשאיל הרי הוא חייב לשלם להמשאיל מדין שמירת גופו של שור, ונהי שפטור מלשלם לניזק מדין בעל המזיק, עדיין חייב לשלם למשאיל מדין שומר שפשע בשמירת גופו של שור, ונמצא שלא היה מרויח כלום אם הודה בקנס, אולם סוגיין אתיא כרבי ישמעאל דגוף השור הוא אפותיקי לחובת הגברא, כמש"נ, ולכן שפיר יכול לטעון אם תם הוה מודינא ומפטרנינא, דאילו הודה והפקיע חובת הגברא שעליו, היה נפקע נמי האפותיקי מן השור, ולא היה הניזק יכול לגבותו, והיה השומר פטור לגמרי.

פרק נא

בו יבואר מה שהביא הרמב"ם פברת כל מקום שהוא הולך שם בעליו עליו לחייב הבעלים בחצי נזק כששאלו בחזקת תם ונמצא מועד אע"ג דכברא זו נאמרה לגבי רשות משנה.

[רמב"ם פ"ד נזקי ממונ ה"ח] כתב הרמב"ם וז"ל: שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, אם ידע השואל שהוא נגחן הבעלים משלמים חצי נזק, שכל מקום שהוא הולך שם בעליו עליו, והשואל משלם חצי נזק, שאפילו היה תם חצי נזק היה משלם, שהרי ידע שהוא נגחן. ואם לא ידע שהוא נגחן, אין השואל חייב כלום, והבעלים משלמין נזק שלם עכ"ל יעו"ש.

וה"לחם משנה הקשה על דברי הרמב"ם מהא דאמרינן בבבא קמא (דף מ.) תנו רבנן שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, בעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק, הועד בבית שואל והחזירו לבעלים, בעלים משלמין חצי נזק ושואל פטור מכלום. ואמרינן בגמרא (שם דף מ.), הועד בבית שואל והחזירו לבעלים בעלים משלמין חצי נזק ושואל פטור מכלום, סיפא רשות משנה רישא רשות אינה משנה וכו', רב פפא אמר מדסיפא רשות משנה רישא נמי רשות משנה, ורישא היינו טעמא משום דכל מקום שהולך שם בעליו עליו יעו"ש.

והקשה הלחם משנה וז"ל: ועוד נתקשו אצלי דברי רבינו ז"ל מה שהוצרך לתת

החלטת השור כשיש לו נכסים, ואכן הדין דמגופו משתלם והחובת גברא שני ענינים נפרדים הם, כמש"נ, מה שאין כן לרבי ישמעאל הדין מגופו משתלם והחובת גברא לעולם קשורים הם, דגופו של שור הוא שעבוד אפותיקי להחייב תשלומין בין כשהוא מוטל על הבעלים בין כשהוא מוטל על אדם אחר, כגון שומר או גזלן.

ויצא לנו לפי זה נפקא מינה בין רבי ישמעאל לרבי עקיבא לענין אם הודה השומר כדי להיפטר מדין מודה בקנס, דאליבא דרבי ישמעאל פקע נמי דין מגופו משתלם, דהא כל דין מגופו משתלם הוא אפותיקי להחייב, וכיון שפקע החייב, דמודה בקנס פטור, פקע נמי האפותיקי, ואין הניזק גובה מגופו של שור, אולם לרבי עקיבא לא אהני הודאת השומר אלא לפטור את עצמו מחייב תשלומין המוטל עליו, אבל אין הודאתו מבטלת זכות הניזק בגופו של שור, שאין דין מגופו שעבוד על השור, אלא קנין שזיכתה התורה להניזק, כמש"נ, ואילו הזיק השור ביד הבעלים והודה הבעלים שפיר היה נפקע הקנין, כמו שכתבו התוס' לעיל (דף לג.) בד"ה איכא ביניהו, יעו"ש, שהרי הניזק מוציא קנינו מיד הבעלים, והבעלים הוא הבעל דבר על הקנין, והודאתו פוטרתו, אבל אם הזיק ביד השומר אין הודאת השומר מבטלת הקנין מדין מודה בקנס, שהרי אין הוא בעל דבר על הגביה מגופו אלא על החייב תשלומין המוטל עליו, וברם שפוטר עצמו בהודאתו אין הודאתו מעכבת הניזק מליטול השור מיד הבעלים, שהרי אין השומר בעל דבר בכך, מה שאין כן לרבי ישמעאל דגובה מגופו מדין אפותיקי, וכיון שהשומר עקר החייב תשלומין על ידי הודאתו פקע גם האפותיקי, כמש"נ.

ולפי זה יש לישב דברי הרמב"ם על פי דרך המגיד משנה דסוגיין אתיא כרבי ישמעאל, והקשה עליו הלחם משנה דהתינח לגבי טענת מעריקנא ליה לאגמא אבל עדיין יוכל לטעון אם תם הוה מודינא ומפטרנינא, כנ"ל, ולפי דברינו לא היתה טענה זו מועילה לו אליבא דרבי עקיבא, דנהי דאהני הודאתו לפוטרו מן החובת תשלומין המוטלת עליו, אין הודאתו

בעל המזיק ונכנס לרשות אחרת, אע"ג דעדיין טבעו ליגח, הרי השור חוזר לתמותו עד שתהא העדאה חדשה כבעלים החדשים להשוותו מועד עוד הפעם, ובסברא זו נחלקו האמוראים אם רשות משנה או אינה משנה.

ל"ב אם הועד בבית השואל הרי שם מועד שלו שייכא לתורת בעל המזיק של השואל, וכשהחזירו לבעליו שוב אין על השואל תורת בעל המזיק, וגם לא הועד אצל בעלים, ואין להבעלים תורת בעל המזיק דמועד עד שיגח שלש פעמים ברשותו, ונמצא שהשור חזר לתמותו על אף שהוא עדיין נגח, כמו שכתב הרמב"ם פ"ד נזקי ממון הל"ט יעו"ש, אבל אם הועד בבית הבעלים ועבר לרשות השואל אינו חוזר לתמותו, שהרי כל מקום שהולך שם בעליו עליו, ואף אם השואל נכנס תחתיו ונתחייב בשמירה וחל עליו תורת בעל המזיק, לעולם חשיב גם הבעלים בעל המזיק, ואף אם אין עליו חיובי שמירה ותשלומין בפועל כשנכנס השואל תחתיו, כדתנן לקמן (דף מד:) יעו"ש, מכל מקום שם מועד של השור לעולם שייכא גם לתורת בעל המזיק של הבעלים, ואין החזרתו מן השואל להבעלים מחזירתו לתמותו.

וכתב הרמב"ם דמהאי טעמא גופא הבעלים משלמים חצי נזק כששאלו בחזקת תם ונמצא מועד, דהרי השומר קיבל עליו שמירת כל השור, ומכל מקום לא נתחייב בעד שמירה זו אלא חצי נזק, כדמבאר בגמרא, וממילא נופל חיוב שאר הנזק שלם על הבעלים, שהרי יש לו תורת בעל המזיק אפילו כשהשור ביד השואל, ואם ידע השואל שהשור הוא מועד וקיבל על עצמו כל התשלומין הרי זה פוטר הבעלים מלשלם, אבל אם לא ידע, ולא נתחייב אלא חצי הנזק שלם, הרי השאר נופל על הבעלים, וכמש"נ, ואולי לזה נתכוין הלחם משנה בתירוצו.

והנה עיין בבבא קמא (דף לט.), אמר רבא הכי קתני ואם הוחזקו נגחנין מעמידין להם אפוטרופוס, ומעדיין להן בפני אפוטרופוס, ומשונין להו מועד, דכי הדר ונגח לשלם מעלייה, מעלית מאן וכו', רבי יוחנן אמר מעלית יתומים, דאי אמרת מעלית אפוטרופוס ממנעי ולא עבדי,

טעם לחייב חצי נזק לבעלים משום דכל מקום שהוא הולך הרי שם בעליו עליו, דטעם זה אמר רב פפא שם בגמרא דאמאי אמרינן ברישא דהיכא דשאלו בחזקת תם והוא מועד והזיק בבית שואל דמשלם נזק שלם ולא אמרינן רשות משנה, והוצרך שם לומר דאין שם שינוי רשות משום דשם בעליו עליו, אבל לענין חיוב הבעלים ודאי דראוי לחייבם בחצי נזק מאחר דלשואל אין ראוי לחייבו אלא מה שהיה משלם אם היה תם, וכמו שאמר שם סוף סוף אי תם הוה פלגא נזקא בעית שלומי. מיהא יש לומר דכונת רבינו שם לומר דהשואל היה ראוי שלא ישלם אלא החצי נזק בלבד והבעלים לא ישלמו כלל שאינו ממועד, לזה אמר דמועד הוא דכל מקום שהוא הולך הרי שם בעליו עליו, והם דברי רב פפא עכ"ל יעו"ש.

עוד יש לדקדק בדברי הרמב"ם שהביא דברי רב פפא שבא לתרץ למה כששאל מועד לא אמרינן רשות משנה וחזר לתמותו, ואמר רב פפא משום דכל מקום שהולך שם בעליו עליו, והרמב"ם הביא אותו לשון בדיוק לפרש למה הבעלים משלמים חצי נזק, אכן כשהביא עצם הדין דאם הועד אצל הבעל והשאלו לשואל אין רשות משנה לא הביא הרמב"ם לשון רב פפא בדיוק, דעיין מה שכתב פ"ו נזקי ממון הל"ו וז"ל: שור שהועד ונמכר או ניתן במתנה חזר לתמותו, שהרשות שנשתנית משנה דינו, אבל אם השאלו או מסרו לשומר הרי הוא בחזקתו, וכן שור שהועד בפני אפוטרופין, ונתפקח החרש, ונשתפה השוטה, והגדיל הקטן, אע"פ שבטל האפוטרופוס הרי הן מועדין בחזקתן, שהרי ברשות בעליהן הן עכ"ל יעו"ש, ולא כתב שם הרמב"ם משום דכל מקום שהולך שם בעליו עליו אלא שהרי ברשות בעליהם הם.

ונראה דדין רשות משנה לאו היינו דכיון שעבר לרשות אחר נשתנה טבעו וחזר לאיתנו ולא הוי עוד נגחן, וכמו אם חזר בו מליגח שלשה ימים, או אם התינוקות ממשמשין בו ואינו נוגח, דחזר להיות תם, כדתנן לעיל (דף כג:) יעו"ש. אלא היינו טעמא דרשות משנה משום דשם מועד שייכא לתורת בעל המזיק של בעליו או זה ששליטתו עליו, וכיון דיצא מרשות

פרק נב

בו יבואר הא דהשואל נפטר מטענת אי אהדרתיה ניהליה הוה מעריקנא ליה לאגמא משום שעבודא דרבי נתן, ואע"ג דמה שלא החזיר לו השור מיד נחשב פשיעה בשמירת השור.

[בבא קמא מ:] אי הכי בעלים אמאי משלמים חצי נזק נימא ליה אתפסתיה לתוראי בידא דמאן דלא מצינא לאשתעויי דינא בהדיה, משום דאמר ליה אי אהדרתיה ניהלך לאו מינך הוו שקלי ליה, ונימא ליה אי אהדרתיה ניהליה הוה מעריקנא ליה לאגמא, משום דאמר ליה סוף סוף לאו מעליה הוו משתלמי. הניחא היכא דאית ליה נכסי, היכא דלית ליה נכסי מאי איכא למימר, משום דאמר ליה כי היכי דמשתעבדנא לדידך הכי נמי משתעבדנא להיאך מדרבי נתן, דתניא רבי נתן אומר מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו, מנין שמוציאין מזה ונותנין לזה, תלמוד לומר לומר ונתן לאשר אשם לו יעו"ש.

ודינא הוא דהמפקיד יכול לטעון אי אהדרתיה ניהליה הוי מעריקנא ליה לאגמא, ומשום הכי תובע שהשומר אחראי על תשלומי חצי הנזק שהפסידו, ואע"ג דלית מאן דפליג ששלוחי בית דין תפסו את השור כדין, מכל מקום אם היה מחזיר השור היה המפקיד מעריקו לאגם, ועל ידי כך היה הניזק מתפשר עמו, כמו שכתבו התוס' בד"ה הוה מעריקנא, יעו"ש, ומבואר דבמה שלא עזר לו השומר להמפקיד לגרום לניזק להתפשר עמו וליקח פחות ממה שמגיעו לו מן הדין, היה נחשב שהשומר פשע בשמירת גופו של השור וחייב לשלם להבעלים, ואין המפקיד טוען שגבית הניזק לא היתה כדין, אלא דמכל מקום אית ליה תביעה על השומר שפשע בשמירתו וחייב לשלם לו מה שהפסיד, כמש"נ.

אכן קשה טובא לפי זה דמה שייך כאן ענין שעבודא דרבי נתן, ומה ענה לו השומר כי היכי דמשתעבדנא לך משתעבדנא נמי לדידיה מדרבי נתן, הלא סוף סוף פשע בשמירתו, שאילו החזירו להמפקיד היה משתמט מן הניזק, והשתא נפל השור ביד הניזק, ובודאי כדין בא לידו, אבל כיון שהמפקיד היה יכול להשתמט ממנו ולהכריחו להתפשר הרי זה חשוב שהמפקיד

רבי יוסי בר חנינא אמר מעלית אפוטרופוס וחוזרין ונפרעין מן היתומים לכי גדלי וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: מעלית אפוטרופוס שלא שמרהו כראוי עכ"ל יעו"ש, והיינו דהאפוטרופוס נתחייב בשמירה, וכך כתבו התוס', יעו"ש, אבל כיון דמימנעי ולא עבדי פטרו רבנן את האפוטרופוס מלשלם, ולא אמרו אלא שילוח להיתומים המעות עד שיגדלו. ויצא לנו דכיון דאחר תקנת חכמים אין עליו חיוב תשלומין לא נתחייב בעצם בשמירת נזקין, ועיימש"נ בש"ו פמ"ט, ולא חל עליו תורת בעל המזיק, וליכא תורת בעל המזיק אלא על היתומים שהם הבעלים.

ולפי זה באפוטרופוס לא איצטריך לחידושו דרב פפא דכל מקום שהולך שם בעליו עליו, דסברא זו איצטריך כשנמסר ליד השומר, ונתחייב השומר בשמירת נזקין וחיוב תשלומין, וחל עליו תורת בעל המזיק, וסלקא דעתין דבזה פקע תורת בעל המזיק של הבעלים, ומחדש לנו רב פפא דאין תורת בעל המזיק של הבעלים בטלה, דכל מקום שהולך שם בעליו עליו, אבל באפוטרופוס הרי לא חל עליו תורת בעל המזיק כלל, ופשיטא דאין תורת בעל המזיק של הבעלים בטלה גם בלי סברת כל מקום שהולך שם בעליו עליו, דלעולם נשאר ברשות היתומים לנזקין.

ושפיר מובן למה הרמב"ם לא הזכיר טעמא דכל מקום שהולך שם בעליו עליו בפ"ו נזקי ממון הל"ו כשהביא הדין דאם הועד בבית בעליו אין רשות משנה, אלא כשמכרו או נתנו במתנה, אבל לא כשנמסר לשומר או אפוטרופוס, כנ"ל, דהא לגבי אפוטרופוס לא שייך טעמא דכל מקום שהולך שם בעליו עליו, כמש"נ, ולכן כתב טעמא דברשות בעליהם הם, דהך טעמא שייך לאפוטרופוס, כמש"נ, וטעם זה מהני גם לשומר, דכיון דכל מקום שהולך שם בעליו עליו, אם כן אינו יוצא מרשות הבעלים לנזקין אף כשנכנס לרשות השומר, כמש"נ, וסוף דבר טעמא דלא אמרינן רשות משנה, בין כשנמסר לשומר בין כשנמסר לאפוטרופוס, הוא משום דברשות בעליהם הם, וכמש"נ.

דרכי נתן, אכן לא יתיישב לפי זה היאך מצטרף חיוב שמירה לחיוב תשלומי נזק, וכמש"נ.

והיה אפשר לומר דחיוב השומר לא בא בעצם מחמת פשיעתו, אלא דדין הוא דכל שומר מחויב בהשבת החפץ למפקיד, וחייב תשלומין של שומר שפשע הוא כעין חיוב השבה דגזלן, ואם לא השיב הפקדון בעצם היה צריך לשלם, אלא דדין הוא דאם שמר את הפקדון כראוי הרי זה פוטר מהשבה ותשלומין, וחייב השבת הפקדון חל מיד כשנפקד אצלו, ולכן שפיר קאמר לו השומר למפקיד דכי היכי דאני מחויב להשיב השור לרשותך הרי אתה מחויב למסור השור להניזק, ואם כן אין לך תביעה עלי, דאפילו אם פשעתי במה שהנחתי לבית דין לתפוס את השור, הרי אין חיובי לך אלא מדין חיוב השבה שחל עלי בתחלת הפקדון, והרי על ידי מה שמסרתי השור להניזק קיימתי חיוב השבה שלי מדין שעבודא דרבי נתן, דלפי זה מצרפים שני חיובי תשלומין ולא חיוב שמירה עם חיוב תשלומין, כנ"ל.

אכן גם זה לא יתיישב דאם תורת שומרים היא שלעולם נתחייב מיד בחיוב השבה כשקיבל הפקדון ואם שמר את הפקדון כראוי הרי זה פוטר, אם כן היה צריך להיות דכל ספק בחיוב שומרים נחשב חזקת חיוב וספק פטור, כמו אינו יודע אם פרעתך או איני יודע אם החזרתיו לך, דבכהאי גונא צריך לשלם, כדתנן לקמן (דף ק"ח.) יעו"ש, והלא להדיא תנן בבבא מציעא (דף ק"ז.) שכר אחת ושאל אחת ומתה, משאיל אומר שאולה מתה וכו' והלה אומר איני יודע חייב, ומבואר בגמרא דמתני' אזלא כמאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף, אבל הרמב"ם בפ"ג שאלה ופקדון הל"ג פסק דהמוציא מחבירו עליו הראיה, דקיימא לן כמאן דאמר ברי ושמא לאו ברי עדיף יעו"ש, ואם ספק דשומרים הוי חזקת חיוב וספק פטור, אם כן לכולי עלמא היה צריך להתחייב כשאומר איני יודע, וכמתניתין דלקמן, כנ"ל.

וכן קשה מהא דאמרין בסנהדרין (דף ע"ב.) כי אוקימנא רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מיקנא ברשותיה דמרייהו קיימי מידי דהוה אשואל יעו"ש, ומבואר דיסוד חיוב אונסים

הפסיד מחמת פשיעת השומר, ולמה יפטר מלשלם.

וצריך לומר דאין החיוב שמירה המוטל על השומר מתחלה יכול לחייבו לעבור על החיובים המוטלים עליו מצד עצמו, דלא לכך הכניס הפקדון לשמירתו, ואם כן אין המפקיד יכול לטעון שהשומר פשע בשמירתו במה שלא החזיר השור לבית המפקיד מיד כשנגח, דכיון דמדין שעבודא דרבי נתן מוטל עליו ליתן השור להניזק, אין חובת שמירה שלו יכולה לחייבו לעשות דבר הסותר לחיוב זה, ואם כן לא פשע כלל במה שלא החזיר השור להמפקיד מיד כשנגח.

אולם עדיין קשה דהיאך מצרפים חיוב שמירה דשומר וחייב תשלומי נזק דמפקיד לעשות משניהם שעבודא דרבי נתן, דכל דין שעבודא דרבי נתן הוא כשראובן לזה משמעון ושמעון לזה מלוי, דבכהאי גונא מוטל על ראובן חיוב ישיר לשלם ללוי, דתרוייהו חיובי תשלומין נינהו, אבל הכא עיקר חיוב השומר להחזיר השור להמפקיד הוא חיוב שמירת גופו של השור ולא חיוב תשלומין, והיאך נתחייב על ידי זה חיוב תשלומי נזק להניזק.

ואין לומר דהשעבודא דרבי נתן בא על ידי החיוב תשלומין שבא על ידי פשיעתו במה שהניח לבית דין לתפוס השור, ובאמת היה צריך לשלם להבעלים, אלא דמדין שעבודא דרבי נתן יצא ידי חובתו להמפקיד במה ששילם להניזק, וממילא אין המפקיד יכול לשוב לגבות ממנו, זה אינו, חדא דהא שילם להניזק במסירת שורו של המפקיד, והיאך יוכל לפטור חובתו להמפקיד מדין פושע על ידי תשלומי חוב המפקיד עם ממונו של המפקיד, ויתר על כן דהא כל חיוב תשלומי השומר מדין פשיעה לא חל אלא על ידי מה שמסר השור להניזק, והתשלום עצמו הוא הוא המעשה מזיק ופשיעה שמחייב את השומר בתשלומין להמפקיד, והיאך יכול לעשות שעבודא דרבי נתן עם חיוב שכבר עבר ונשתלם קודם שחל חיוב השומר, ולא עוד אלא שהתשלום עצמו גרם החיוב, כמש"נ, ועל כרחק צריך לומר דהשומר טוען שלא פשע הואיל והיה מוטל עליו למסור השור להניזק מדין שעבודא

פשיעה מצד השומר, ונסתלק ממנו תביעת המפקיד.

פרק נג

בו יבואר הא דהמשאיל יכול לטעון אתפסתיה לתוראי בידא דמאן דלא מצינא לאשתעווי דינא בהדיה אי אהדרתיה ניהליה הוה מעריקנא ליה לאגמא הוא רק בשור המועד ולא בתם.

[בבא קמא מ:] אי הכי בעלים אמאי משלמים חצי נזק, נימא ליה אתפסתיה לתוראי בידא דמאן דלא מצינא לאשתעווי דינא בהדיה וכו', אי אהדרתיה ניהלי הוה מעריקנא ליה לאגמא וכו'. וכתבו התוס' וז"ל: ואם תאמר הרי הוא לא התפיסו בידים, דהא קדים בית דין ותפסוהו והוא לא היה יודע שהוא מועד. ויש לומר דמיד כשנגח היה לו לחוש יותר שמא היה מועד וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' דאין לבעלים טענת אתפסתיה לתוראי וכו' אלא בשור המועד, אבל אם היה באמת שור תם והשומר הניח לבית דין לתפוס השור אין הבעלים יכולים לטעון אתפסתיה וכו' אי אהדרתיה ניהלי הוה מעריקנא ליה לאגמא, ואע"פ שבאמת היה המפקיד יכול לפטור עצמו משלומין אילו החזיר לו השור.

ובמעמא דמלתא נראה, דהיכא דהשור תם הרי כל דין הגביה הוא בגוף השור, או משום שותפות לרבי עקיבא או משום אפותיקי לרבי ישמעאל, ואם כן אילו היה השומר מעכב על בית דין לתפוס השור היה עושה שלא כדין, ואין המפקיד יכול לתבוע מן השומר שיעשה שלא כדין, שאין חיוב שמירת גופו של שור מחייב את השומר להתנהג שלא כדין, ואע"ג דהשומר יכול לטעון שכל הקבלת שמירה היתה בטעות דאילו היה השור תם כמו שחשב היה מתיר לעצמו לעשות שלא כדין ולהעריק השור לאגם כדי לכופ לניזק להתפשר עמו, מכל מקום אין המפקיד יכול לתבוע ממנו שיעשה שלא כהוגן לטובתו, כמשי"נ.

אכן בשור המועד הרי אין בית דין תופסים את השור אלא כמטלטלי בעלמא, וליכא תורת גביה מיוחדת בגוף השור, ואם כן אילו היה

דשואל אע"ג דלא פשע הוא משום דבשעת האונס אוקמיה רחמנא ברשותיה כדי שיחשב שממון השואל נאנס ולא ממון המשאיל, וכמו שכתב רש"י שם יעו"ש, ואם יסוד דין שומר הוא דיש לו חיוב השבה מיד כשקיבל הפקדון ורק דשמירה כראוי פוטרנו, אם כן בשואל נימא בפשיטות דהואיל וכל הנאה שלו אין שמירה כראוי פוטרנו, ומשום הכי חייב באונסים, שהתורה לא פטרה השואל מחיוב השבה ידידה על ידי ששמרה כראוי, ולמה הוצרך לומר דלענין אונסים אוקמיה רחמנא ברשותיה, אלא מוכח דכל חיובי שומרים נולדו בשעת שלא שמר כראוי, ובשואל בשעת אונסים נתחייב הואיל ואוקמיה רחמנא ברשותיה, כנ"ל, וקודם לכן אין עליו אלא חיוב שמירה, והדרה קושיין לדוכתיה דהיאך מצטרפים חיוב שמירה וחיוב תשלומין שיצא מביניהם שעבודא דרבי נתן.

לכן נראה דיש שני דינים בחיוב השומר, חדא יש עליו חיוב השבת הפקדון להנפקד, אכן כל זה הוא כשהחפץ בעין, אבל אם נאבד החפץ אין החיוב השבה מחייבתו בתשלומין תחת החפץ, אלא דיש דין שני שהוא חייב בשמירת החפץ ואם לא שמרו כראוי הרי הוא חייב מדין מזיק, כמו שמבואר לעיל (דף ד:). שהשומר הוא בכלל אבות נזיקין, יעו"ש, וחיוב השואל באונסים הוא משום שהתורה אוקמיה ברשותיה בשעת האונס ודידיה מתה, כמשי"נ.

ולפי זה בסוגיין שהשומר לא החזיר השור הנוגח לבית בעליו קודם שתפסוהו בית דין, הרי המפקיד טוען שפשע השומר והרי הוא חייב לשלם מדין מזיק, ואע"ג דבצדק תפסוהו בית דין, מכל מקום מה שהמפקיד היה יכול להעריקה לאגמא ועכשיו מחמת השומר שוב אינו יכול, נחשב פשיעה מצד השומר, כמשי"נ. ועל זה עונה לו השומר דהואיל והיה עליו חיוב השבת הפקדון להמפקיד, והמפקיד היה עליו חיוב למסור השור להניזק בתורת תשלומי נזק, אם כן מדין שעבודא דרבי נתן היה מוטל על השומר למסור השור להניזק, והרי אין חיוב שמירה המוטל על השומר יכול לחייבו לעבור על חיובים פרטיים המוטלים עליו מצד עצמו, ואם כן אין מסירת השור להניזק יכולה להיחשב

מוטלת עליו להחזיר השור להמפקיד, ושפיר יכול לטעון אתפסתיה וכו' אי אהדרתיה ניהלי וכו'.

השומר מחזיר השור להמפקיד ומעכב על בית דין לתופסו לא היה נחשב לו כמעשה שלא כדין, ואם כן מצד חיוב שמירת גופו של השור חובה

שער ז: בענין שעבוד בלא בא לעולם ובראוי

ובו ל"ז פרקים

פרק א

בו יבואר בעיא דשמואל אם כתיבת דאיקני מהני לשעבד נכסים שעדיין לא באו לידו והיאך אזלא לפי מה דקיימא לן דאחריות טעות סופר ואע"פ שלא נכתב ככתוב דמי.

חבירו בשטר אפילו כתוב בו אחריות הא פסקינן הלכתא בשנים אוחזין (ב"מ טו:) דאחריות טעות סופר הוא וכמי שכתוב בו אחריות דמי עכ"ל יעו"ש, הרי ששם על מקומה של המשנה כתב הרשב"ם בקיצור נמרץ כדי שידעו לומדי המשנה שהוא הדין אפילו לא כתוב בו אחריות פסקינן הלכתא דאחריות טעות סופר, ותו לא, אבל בסוגיין האריך הרשב"ם מאד, והביא טעמא דלא שדי איניש זווי בכדי, מה שלא הביא התם, וגם כתב דשטר קלא אית ליה ולקוחות הוא דאפסידו אנפשייהו, מה שלא כתב התם, כנ"ל.

ולכאורה מבואר מכל זה דהרשב"ם הביא כאן דין אחריות טעות סופר בכל פרטיה ודקדוקיה כהקדמה לבעיא דשמואל, דלא שייכא בעיא דשמואל אם דאיקני משעבד נכסים שעדיין לא קנה אלא לשיטתו דס"ל אחריות טעות סופר, וצריך עיון מה ענין זה לזה.

ונראה דהנה שמואל ס"ל לקמן (דף קע"ה:) דשעבודא לאו דאורייתא יעו"ש, ולדבריו לא הטילה התורה שעבוד על נכסי מי שמחויב ממון, ותיקנו חכמים דמכל מקום יכול הלוח להקנות שעבודים להמלוה על ידי כתיבת שטר חוב, והשתא יש לחקור היאך נקנו השעבודים על ידי השטר חוב, מי אמרינן דמלבד מה ששטר חוב הוא שטר ראייה על המלוה, יש בכללו נמי שטר קנין על השעבודים, ונמצא דכל שטר חוב הוא באמת שני שטרות בנייר אחד, שטר ראייה על החוב ושטר קנין על השעבודים, דהא קרקע נקנית בשטר, או דלמא אין כאן שני שטרות אלא שטר אחד, שטר ראייה על המלוה, ותיקנו חכמים דעצם השטר ראייה מקנה שעבודים להמלוה, ואין קנין זה מדין כללי של קרקע נקנית בשטר, אלא קנין חדש הוא דעצם הראיה על החוב משעבד נכסי הלוח.

[כבא בתרא קנז.] תנן התם המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים גובה מנכסים בני חורין, דאיקני וקנה מהו וכו'. וכתב הרשב"ם וז"ל: המלוה את חבירו בשטר, אפילו לא נכתב בו אחריות. גובה מנכסים משועבדים, אם אין ללוח נכסים בני חורין גובה מלוה מן הלקוחות, דאמר בשנים אוחזין (ב"מ דף יד.) לרבנן אחריות שלא נכתב בשטר טעות סופר הוא וכמי שנכתב בו דמי, דלא שדי איניש זווי בכדי, ולכך נתכוין המלוה שיכתוב בשטר אחריות, אלא ששכח הסופר וטעה, וסתם שטר קלא אית ליה, ולקוחות הוא דאפסידו אנפשייהו שלקחו קרקע מן הלוח ולא הניחו לו בני חורין כדי לגבות מהן מלוה את חובו עכ"ל יעו"ש.

ומובא יש לדקדק בדברי הרשב"ם דמה ראה להביא כאן ענין אחריות טעות סופר שנחלקו בה האמוראים לקמן (דף קסט:) יעו"ש, ומה ענין זה לבעיא דשמואל אם דאיקני קנה או לא קנה, דמספקא ליה דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דלמא אלים שעבוד מקנין ואדם משעבד דבר שלא בא לעולם, כמו שמבואר בסוגיין, ומה לי אם אחריות טעות סופר, ואיברא דשמואל ס"ל בכבא מציעא (דף יד.) כמאן דאמר אחריות טעות סופר, ושמואל הוא דמיבעי ליה אם דאיקני משתעבד, מכל מקום מה ענין זה לזה, ומה ראה הרשב"ם להכניס עצמו כאן לענין אחריות טעות סופר.

ויתר על כן קשה דעל משנה זו במקומה לקמן (דף קע"ה.) כתב הרשב"ם וז"ל: המלוה את

דאין סברת לא שדי איניש זוזי בכדי מוכרחת, ושפיר איכא למיחש דלמא מחל על השעבוד, אי נמי אפשר לומר דס"ל כצד האחר דיש בשטר חוב גם שטר קנין מיוחד להקנאת השעבודים מדין קרקע נקנית בשטר, כנ"ל, ואם כן לא איכפת לן אם לא שדי איניש זוזי בכדי וטעה הסופר, דסוף סוף חסר השטר קנין, כמש"נ, והיינו המכוון של אחריות לאו טעות סופר. ונמצא דממאן דאמר אחריות לאו טעות סופר אין להוכיח אופן הקנין של הקנאת השעבודים, אכן ממאן דאמר אחריות טעות סופר שפיר מוכח דעצם הראיה של השטר משעבד הנכסים, והוה ליה קנין חדש, וכמש"נ.

והנה עיימש"נ בש"ז פ"ד בפירוש דברי הרשב"ם בהא דדאיקני משעבד דשעבוד עדיף מקנין, ונתבאר לן דכשבא לשעבד קרקעות דכבר אתו לעולם אלא עדיין לא אתו ליד הלוח, כל החסרון של דבר שלא בא לעולם לא הוי אלא לגבי המעשה ולא לגבי החלות, ובעיא דשמואל היא אם אמרינן דאלים שעבוד מקנין, דלא אמרינן אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אלא כשגם מצד החלות לא שייך בו עדיין קנין, אבל אם החלות שייך אפילו כשעדיין לא בא לידו אלא החסרון הוא מצד המעשה, אז מסתפקא ליה לשמואל דלמא גם רבנן מודו דבכהאי גוונא יכול אדם לעשות מעשה קנין בדבר שעדיין לא בא לידו.

והשתא יש לומר דס"ל להרשב"ם דבאמת גם לגבי מעשה קנין בעינן דאתי לידו, דגם לעשות מעשה קנין בעינן בעלות, וכל בעיא דשמואל הוא במעשה קנין דשטר חוב על שעבודים, דהתם המעשה קנין הוא הראיה על החוב, והרי הוא בעלים לכתוב שטר ראיה על החוב, ומשום הכי יש לומר דחשיב נמי מעשה קנין על השעבודים, וכתקנת חכמים, אבל אם הקנאת השעבודים הוי על ידי שטר קנין מיוחד שנכלל בהשטר חוב, לא היה יכול לעשות אפילו המעשה קנין לגבי קרקעות שעדיין לא באו לידו, דאינו בעלים עליהם ואין דעת המתחייב שלו פועל שטר קנין, ורק אם הקנאת השעבודים נעשה על ידי עצם השטר ראיה איכא למיבעי אם

ותלוי בזה דין אחריות טעות סופר, דאם נאמר דכל שטר חוב הוי כשני שטרות, ראיה על החוב וקנין שטר על השעבודים, לא היה אפשר לומר דאחריות טעות סופר, ואפילו אם נימא דלא שדי איניש זוזי בכדי והמלוה רצה שעבודים והסופר הוא שטעה, מה בכך, הרי סוף סוף לא נכתב שטר קנין, ובמה יקנה השעבודים, והלא הנייר חלק, אלא מוכח דאינו צריך לכתוב בתוך השטר חוב שטר מיוחד להקנאת השעבודים, אלא הראיה עצמה היא קנין חדש לשעבד הנכסים אפילו לא כתב בו אחריות כלל, ורק דכיון דבנוסח השטר כותבים בו אחריות לשופרא דשטרא, והוא לא כתב בו אחריות, איכא למיחש דלמא לא רצה הלוח לשעבד עצמו, וגם המלוה הסכים לכך, ודבר שבממון תנאו קיים, ועיין בחו"מ סי' קי"א סעי' א', יעו"ש, על זה אמרינן אחריות טעות סופר, ואין להוכיח שמחל השעבודים ממה שלא הוזכר אחריות בהשטר, דלא שדי איניש זוזי בכדי, ובודאי טעות סופר הוא, אבל לעצם הקנאת השעבוד לא צריך כתיבה מפורשת כלל, דהקנין נעשה על ידי עצם הראיה על החוב, כמש"נ, אבל אם נאמר דשטר חוב יש בו שטר קנין מיוחד מלבד השטר ראיה, לזה בעינן כתיבה מפורשת, ולא מהני לכך אחריות טעות סופר, דהא סוף סוף הנייר חלק וליכא שטר קנין, כמש"נ.

ויש להביא ראיה ממה שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף י"ד.) בד"ה שעבוד צריך לימלך וז"ל: בשטר מקח וכו' אבל אי נגזל טרפה חוזר על הגזלן אפילו בלא אחריות ואפילו ממשעבדי, כיון דהוי מקח טעות הוי ליה שטר הלואה עכ"ל יעו"ש, ובשטר הלואה אמרינן אחריות טעות סופר, והנה התם ליכא למימר שכן היה בדעתו והסופר טעה, דהא כתב השטר אדעתא דמכר, אלא על כרחך דין הוא דשטר הלואה משעבד נכסים, ורק דאם לא הזכיר אחריות יש לחוש שמחל השעבוד, והתם דכתב אדעתא דמכר אין לחוש שהיה בדעתו שאם תמצא השדה גזולה, ויהא השטר מקח נהפך לשטר הלואה, שמחל השעבוד.

ובמברת מאן דאמר אחריות לאו טעות סופר יש להסתפק, אפשר לומר דס"ל

מהני הקנין אפילו בקרקעות שעדיין לא באו לידו.

ואתי שפיר לפי זה למה הביא הרשב"ם דין אחריות טעות סופר כהקדמה לבעיא דדאיקני, דהרי כל הבעיא לא שייכא אלא אם הקנאת השעבודים נעשה על ידי עצם השטר ראייה, כמש"נ, וממאן דאמר אחריות טעות סופר מוכח דבאמת כן הוא, כמש"נ, ומשום הכי דוקא כאן ולא בהמשנה על מקומה הביא הרשב"ם טעמא דלא שדי איניש זוזי בכדי, דסברא זו לא היתה מועילה אם יש שטר קנין מיוחד בתוך השטר חוב, דהא סוף סוף הנייר חלק, כמש"נ, ובסוף דבריו כתב סברא להא דלא בעינן שטר קנין מיוחד, שהרי השטר קלא אית ליה, ועל הלקוחות לשמור על עצמם, ואם לא שמרו על עצמם אינהו דאפסידו אנפשיהו, ואם כן מסתברא מלתא שתיקנו חכמים דעצם השטר מקנה שעבודים אף אם לא נכתב בו שעבוד כלל, וכל דין אחריות טעות סופר הוא כדי שלא נאמר דמדלא כתב מחל על השעבוד, וכמש"נ, ואכן אפשר דגם למאן דלית ליה אחריות טעות סופר איכא למימר דמסכים להא דעצם השטר ראייה הוא הקנין, אלא דלית ליה סברא דלא שדי איניש זוזי בכדי, כמש"נ, ומכל מקום אין להוכיח מדבריו, דאולי טעמא דידיה משום דהקנאת שעבודים נעשה על ידי שטר קנין מיוחד, כמש"נ, אבל ממאן דאמר אחריות טעות סופר שפיר יש להוכיח, וכמש"נ.

והנה אנן קיימא לן דשעבודא דאורייתא, והתורה הטילה שעבוד נכסים בלי שום הקנאה על מי שנתחייב ממון, ואפילו אם נתחייב שלא מדעתו, כגון נזקי ממונו ופדיון הבן, ורק שהפקיעו חכמים השעבוד במקום לקוחות במלוה על פה, וקיימא לן נמי דאיקני קנה, ואיכא למימר דהיינו טעמא משום שהתורה הטילה שעבוד על נכסיו בין אותם שכבר יש לו ובין אותם שעדיין לא באו לידו, ואין בזה שום מעשה קנין, וקיימא לן נמי אחריות טעות סופר, והיינו דהיה אפשר להוכיח ממה שהשמיט כתיבת אחריות שמחל על השעבוד, קא משמע לן דטעות סופר הוא, ולא נמחל השעבוד, ולגבי דאיקני לא אמרינן אחריות טעות סופר, כמש"ש

בחו"מ סי' קי"ב סעי' א', דלגבי דאיקני אמרינן דאם השמיט כתיבתו מסתמא מחל לו, ולדידן דקיימא לן שעבודא דאורייתא אין דין דאיקני תלוי באחריות טעות סופר, וגם לא צריך לומר דטעמא דקנה משום דשעבוד אלים מקנין, ואדם משעבד דבר שלא בא לעולם, דשפיר איכא למימר דגם לגבי דאיקני אמרינן שעבודא דאורייתא, ואין כאן צורך לקנין כלל, ובגמרא קאמר טעמא דשעבוד אלים מקנין לשיטתו דשמואל דס"ל דשעבודא לאו דאורייתא והשעבודים נקנים על ידי השטר, וכמש"נ, והדבר צריך תלמוד.

פרק ב

בו יבואר הא דלא נשתעבדו נכסי ה"זה שקנה אחר ההלואה אלא כשכתב לו דאיקני אבל במלוה הכתובה בתורה למאן דאמר ככתובים בשטר נשתעבד גם מה שקנה אחר שנתחייב.

[בבא בתרא קנז.] תנן התם המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים גובה מנכסים בני חורין. בעי שמואל דאיקני וקנה מאי וכו', כי קא מיבעיא ליה דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש מאי וכו', יעו"ש. ומבואר דלא חל שעבוד נכסים במלוה בשטר אלא בשעת הלואה דאז חל החיוב, אבל מה שמוטל עליו חוב אחר כך אינו משעבד נכסיו אלא אם כן כתב לו דאיקני, וגם למאן דאמר שעבודא דאורייתא אין עצם החיוב משעבד אלא חלות החיוב, כמו שמבואר ברמב"ם פ"א מלוה ולוה הל"ד ופי"ח שם הל"א, יעו"ש.

אולם כל זה הוא בהלואה, אבל במלוה הכתובה בתורה יש להסתפק אם בעינן כתיבת דאקני לשעבד נכסים שקנה אחר המעשה, ועיין בתוס' בבכורות (דף מט:) ד"ה ודידיה שצדדו בזה וכתבו בתירוץ השני וז"ל: ועוד יש לומר דנכסים שקנה אחרי כן חל עליהו שעבוד לענין פדיון, ואע"ג דלא כתב דאיקני, דכל שעתא ושעתא רכיב עליה חיוב פדיון, וכיון דחשבינן ליה כמלוה בשטר הוי כאילו נכתב לאחר שקנה הקרקעות עכ"ל יעו"ש. ואין חילוק בין נכסים שהיו לו בשעת חלות החיוב לנכסים שקנה לאחר כך לענין גביה מן הלקוחות, ולא אמרינן שאין

פרק ג

בו ידון במי שלוח מעות וכתב למלוה כל נכסים דאיקני משועבדים לך ואחר כך הרויח לו זמן אם הוי כשעת מתן מעות ולא אהני כתיבת דאיקני לשעבד נכסים שקנה אחר ההרוחה.

[בבא בתרא קנז.] תנן התם המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים גובה מנכסים בני חורין. בעי שמואל דאיקני וקנה מאי וכו', כי קא מיבעיא ליה דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש מאי וכו', יעו"ש. והנה במי שלוח מעות וכתב למלוה שמשעבד לו כל נכסים דאיקני, והגיע זמן פרעון והרויח לו זמן לפרוע חובו, וקנה נכסים אחר ההרוחת זמן, יש להסתפק אם גם אותם נכסים נשתעבדו למלוה או רק הנכסים שקנה קודם שהרויח לו זמן.

ועיין ברמב"ם פ"ו מלוה ולוה הל"ג וז"ל: הורו רבותי שהמלוה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר לו הלוה דור בחצרי עד שאחזיר לך חובך הרי זה אבק רבית לפי שלא קצץ בשעת הלואה שנאמר לא תתן לו בנשך עכ"ל יעו"ש. והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א חיי ראשי לא יפה הורו שאם הגיע זמן הפרעון וארווח ליה זמניה משום שהוא דירה כשעת מתן מעות דמיא, וקדושין יוכיחו עכ"ל יעו"ש. ועיין במגיד משנה שהביא גם דעת הרמב"ן והרשב"ם דס"ל כדעת הראב"ד דהרוחת זמן הוי כשעת מתן מעות, ואם נתן לו מידי שירוויח לו זמן הרי זה רבית קצוצה, יעו"ש.

ומשמע מדבריהם דמה שפסק הרמב"ם בשם רבותיו דאם נתן לו מידי להרויח לו זמן לא הוי רבית קצוצה אלא אבק רבית, היינו טעמא משום דס"ל דהרוחת זמן לא הוי כהלואה חדשה, אלא עדיין הלואה ראשונה קיימת ורק שנדחה זמן הפרעון, ועל זה נחלקו הראב"ד והראשונים וס"ל דהרוחת זמן הוי כמו פרעון והלואה חדשה, והרי זה כמו בהתחייב בלי הלואה דנחשב כקבלת מעות, ועיימש"נ בש"ז פ"ב, ואם נתן לו מידי הוה ליה רבית קצוצה.

ולכאורה תליא בהך פלוגתא אם כתיבת דאיקני משעבדת נכסים שקנה לאחר שהרויח לו זמן, דאם עדיין הלואה

הכהן גובה מלקוחות אלא כשהיו אותן הקרקעות ביד האב בשעת שהגיע זמן פדיון, אלא כל נכסי האב משועבדים לכהן, בין אם היו בידו בשעת שהגיע זמן פדיון בין אם קנה אותם אחרי כן, ואם מכרם הרי הכהן גובה אותם מן הלקוחות, ואע"ג דבהלואה לא נשתעבדו אלא הנכסים שהיו לו ללוה בשעת הלואה אם לא שכתב לו דאיקני.

ובביאור הדבר נראה, דבהלואה, בין למאן דאמר שעבודא דאורייתא בין למאן דאמר לאו דאורייתא, השעבוד נקנה על ידי מסירת המעות, ולכן לא נשתעבדו אלא אותם נכסים שהיו בידו בשעת מסירת המעות, אבל במלוה הכתובה בתורה, כגון מזיק ופדיון הבן, ליכא שום מעשה הקנאה על השעבודים, אלא התורה הטילה שעבוד על המחויב, וכל שעתא ושעתא רכיב עליה החיוב, כמו שכתבו התוס', ואם כן לא שניא נכסים שהיו לו כששורו הזיק ולא שניא נכסים שקנה אחרי כן, דכל שהוא מחויב התורה הטילה שעבוד על נכסיו, מה שאין כן בהלואה דמסירת המעות משעבד נכסיו, ולא נשתעבדו נכסים שקנה אחרי כן אלא כשכתב לו דאיקני.

ואיברא דבאמת לא בעינן מסירת מעות להתחייב במלוה בשטר, ואף אם מסר לוה למלוה שטר חוב ולא קיבל ממנו ממון נתחייב לשלם ונשתעבדו נכסיו, וכן אם כתב לו שטר התחייבות נשתעבדו נכסיו, ועי' בתוס' כתובות (דף קב.) ד"ה אליבא, יעו"ש, מכל מקום יש לומר דמהאי טעמא נשתעבדו נכסיו דהתחייבות הוי כמו קבלת מעות, וכמו שמצינו בנדרים (דף כד.) האומר לחבירו קונם שאתה נהנית לי אם אי אתה נותן לבני כור של חיטין ושתי חביות של יין, רבי מאיר אומר עד שיתן, וחכמים אומרים אף זה יכול להתיר את נדרו שלא על פי חכם שיכול לומר הריני כאילו התקבלתי, יעו"ש. וכן מצינו בכתובות (דף נג.) דאשה כותבת לבעלה התקבלתי כתובתי, ואע"ג דאם מחלה כותבתה אסורה היא לו, יעו"ש, וכמו כן יש לומר דזהו יסוד כל התחייבות שנחשב לו כאילו קיבל ממנו מעות, ובאותה קבלה נתחייב ונשתעבדו נכסיו.

נתינת המעות ממשי, ונתינת המעות היתה בהלואה ראשונה, אבל בשעת ההרוחת זמן לא היתה שום נתינת ממון, ואע"ג דבהלכה נחשבת כשעת מתן מעות לא הוי רבית קצוצה אלא בשעת נתינת מעות בפועל, והא מלתא דקדקו רבותיו מקרא דלא תתן, ולכן לא הביא הרמב"ם דרשא זו בהל"ב, דזה מובן מאליו דעיקר דין רבית דאורייתא הוא בשעת הלואה, ולא איצטריך משמעות מיוחדת לכך, אבל הרוחת זמן הרי נחשבת כהלואה חדשה, ואם קצץ לו כשהרויח לו זמן הרי קצץ לו בשעת הלואה, אלא דמכל מקום לא הוי רבית קצוצה לפי שלא קצץ לו בשעת נתינת מעות בפועל, וחידוש זה הוכיחו רבותיו ממשמעות דקרא, וכמש"נ.

עוד יש להסתפק בניזוק שהרויח זמן למזיק, ולא כתב לו מזיק דאיקני, אם נשתעבדו נכסים שקנה המזיק אחר שהרויח לו, ולכאורה כיון דהרוחת זמן כשעת מתן מעות הרי מכאן ולהבא הוה ליה כהלואה ולא מלוה הכתובה בתורה ולא נשתעבדו נכסים חדשים בלי כתיבת דאיקני, וצ"ל מהו הזמן דהמזיק צריך לשלם תוך זמן זה לניזוק.

פרק ד

בו יבוארו דברי הרשב"ם דהא דכתיבת דאיקני בתוך השטר מועילה לשעבד נכסים שעדיין לא קנה היינו משום שהקרקעות כבר באו לעולם אלא שעדיין לא באו ליד הל"ה.

[בבא בתרא קנו.] תנן התם המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים גובה מבני חורין. בעי שמואל דאיקני וקנה מהו, אליבא דרבי מאיר דאמר דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא תיבעי לך דודאי קנה, כי תיבעי לך אליבא דרבנן דאמרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו', מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, כי קא מיבעיא לן דאיקני קנה ומכר, דאיקני קנה והוריש מאי וכו' יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: אליבא דרבי מאיר וכו', לא תיבעי לך דודאי קנה, דכיון דפירות דקל דעדיין לא באו לעולם קנה, כל שכן דמשמעבדי ליה קרקעות דאתו לעלמא אלא

ראשונה קיימת, ובאותה הלואה כתב לו דאיקני, אז גם נכסים שקנה לאחר שהרויח לו נשתעבדו, אבל אם הרוחת זמן הוי כשעת מתן מעות, ונסתלקה הלואה ראשונה ואית כאן הלואה חדשה צריך לכתוב לו דאיקני מחדש לשעבד נכסים שיקנה לאחר הלואה זו, אכן זה צריך לומר דאף אם הרוחת זמן הוי הלואה חדשה, הרי בהחלפת ההלוואות הוא זוכה בכל השעבודים שהיו לו בהלואה ראשונה, וגובה מן הלקוחות שקנו נכסי הלוה קודם שהרויח לו זמן, אבל להחיל שעבודים חדשים על הנכסים שיקנה אחר ההרוחת זמן צריך לכתוב לו דאיקני עוד הפעם.

והיה אפשר לדחות דגם הרמב"ם ס"ל כהנך שיטות דהרוחת זמן הוי כשעת מתן מעות, אלא דס"ל דדור בחצרי עד שאחזיר לך חובך לא חשיב הרוחת זמן, דבכהאי גוונא ההלואה ראשונה עדיין קיימת, ורק דמשתמט מיניה עד שמחפש מעות לשלם לו ואומר לו שבין כך ובין כך ידור בחצרו, אבל לא נדחה הזמן פרעון, ועדיין מוטל עליו לשלם חובו מיד כשימצא מעות, ואם נאמר כן יש לומר דהיכא דהרויח לו זמן גם הרמב"ם מודה דכשעת מתן מעות דמיא.

אכן עדיין יש לדקדק בדברי הרמב"ם שכתב דהוי אבק רבית לפי שלא קצץ בשעת ההלואה שנאמר לא תתן לו בנשך, כנ"ל, ולמה הביא הרמב"ם כאן דרשה זו שלא הוזכרה בגמרא, ועוד דלמה לא הביא הרמב"ם דרשה זו לעיל בהל"ב שכתב וז"ל: המלוה את חבירו וכו' ולא ידור בחצירו בחנם וכו', ואם דר צריך להעלות לו שכר, ואם לא העלה לו הרי זה אבק רבית, לפי שלא התנה עמו שילוה וידור בחצרו עכ"ל יעו"ש, ויש לדקדק למה לא הביא הרמב"ם לעיל דרשא דלא תתן כמו שהביאה בהל"ג, כנ"ל.

לכן נראה דגם הרמב"ם ס"ל כשיטת הראשונים דהרוחת זמן כשעת מתן מעות דמי, וס"ל דדור בחצרי עד שאחזיר לך חובך נחשב כהרוחת זמן, ומכל מקום לא הוי רבית קצוצה אלא אבק רבית, דאע"ג דהרוחת זמן נחשבת כהלואה חדשה לא הוי רבית קצוצה אלא כשקוצץ בשעת

לומר דהשעבוד בא על ידי תקנת חכמים כל שגילה דעתו שרוצה בה, וממילא ליכא חסרון של אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, שהרי אין הוא המקנה את השעבוד אלא תקנת חכמים, אכן אין לומר דזוהי נמי כונת הרשב"ם, שהרי מדברי הרשב"ם מבואר דאין דאיני מועיל אלא משום שהקרקעות הם בעולם בשעת כתיבת השטר, ולא משום שהשעבוד חל ממילא על ידי התקנה.

עוד יש לדקדק בדברי הרשב"ם דהא מבואר בגמרא לקמן (דף ק"ג:) דבעל חוב גובה שבח מן הלוקח מדין דאקני, יעו"ש, והלא השבח עדיין לא היה בעולם בשעת כתיבת השטר, ולדברי הרשב"ם הרי הא דיכול לשעבד קרקעות שיקנה הוא משום שהקרקעות כבר באו לעולם.

ונראה ליישב דברי הרשב"ם עפ"מ"ש רש"י בפסחים (דף ל:) דדין השעבוד הוא דהקרקע המשועבדת היא ברשות המלוה ואין הלוחה יכול למוכרה, ומדברי רש"י בכתובות (דף ט"ט:) מבואר דהיינו לגבי גוביינא, דאין הלוחה יכול למכור קרקע משועבדת לגבי גוביינא דהמלוה, ואם בא המלוה לגבות מן הלקוחות הרי לגבי גוביינא דידיה עדיין היא ברשות הלוחה וכאילו לא נמכרה, ועיימש"נ בש"א פט"ז, ולפי זה נראה דבאמת יכול הלוחה לשעבד למלוה אפילו קרקע שאינו שלו, דהיינו שיתן לו זכות דאם יבא היום ויקנה הקרקע שלא יוכל למוכרה לגבי גוביינא דהמלוה, וזכות זה בעצם יכול לתת להמלוה אפילו כשהקרקע עדיין לא הגיע לידו, ואע"פ שהקרקע עדיין היא ברשות המוכר, שהרי אין זכות זה נוגע לבעלותו כלל וכלל, ואין זה מפריע להבעלים בשום דבר, שהרי הזכות היא שאם תבא הקרקע ליד הלוחה שלא יוכל עוד למוכרה, וכל הענין הוא בין הלוחה והמלוה ואינו נוגע כלל להמוכר.

ובמו שיכול לאסור חפץ של חבירו על עצמו, ואע"ג דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, דכיון דכל האיסור אינו נוגע אלא אל הנודר אין בעלים של החפץ מעכב על ידו, וחל הנדר על החפץ ויכול אחר כך להתפייס ממנו עוד נדרים אחרים, והוא הדין הכא בעצם היה יכול הלוחה לזכות להמלוה שעבוד בקרקע של המוכר הואיל

שעדיין לא קנאן לוח בשעה ששעבד. אלא כי תבעי לך אליבא דרבנן, מאי, מי שאני שעבוד מקנין וטעמא כדפרישית, א"נ אלמוה רבנן לשעבוד יותר מקנין דלא תנעול דלת בפני לוי'ן או לא עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי הרשב"ם דלמה הוצרך להביא ראיה דיכול לשעבד קרקע שהיא כבר בעולם אלא שאינה שלו, בקל וחומר מהא דיכול להקנות פירות שעדיין לא באו לעולם כלל, ולמה לא אמר בפשיטות דכי היכי דאית ליה לרבי מאיר דאדם יכול לומר שדה זו שאני לוקח לכשאקחנה תהא קנויה לך, כדאיתא בבבא מציעא (דף ט"ז:), הוא הדין נמי דיכול לשעבד קרקע שעדיין לא באה לידו, ולמה הוצרך לקל וחומר מפירות דקל.

ובמה שכתב הרשב"ם דגם אליבא דרבנן מהני דאיני ושאני שעבוד מקנין מטעמא דפרישית, כנ"ל, כלומר מה שכתב אליבא דרבי מאיר שהרי הקרקע כבר בעולם, קשה טובא, והלא רבנן ס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אפילו כשהקרקע בעולם, והאומר שדה זו לכשאקחנה תהא קנויה לך אין בדבריו כלום, כדאיתא בבבא מציעא שם, ואם כן מהו המעליותא של שעבוד, ועיין ברש"ש שעמד בזה יעו"ש.

ועיימש"נ בתוס' בד"ה דאיני קני ומכר מהו וז"ל: אליבא דרבי מאיר דקאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא קמיבעיא ליה כדמפרש בסמוך. ואם תאמר אימור דאמר רבי מאיר כגון פירות דקל דעבידי דאתו, הני לא עבידי דאתו שיקנה נכסים וימכור. ויש לומר דמודה רבי מאיר בהא שהשעבוד חל ממילא, אע"פ שלגבי קנין לא היה לו להועיל, כאן יועיל, דהא גבי דאיני נמי אמרינן לעיל דמהני אפילו לרבנן דרבי מאיר אע"פ שסבורים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, משום דאליים כח השעבוד וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי התוס' דהא דאליים כח השעבוד הוא מפני שהשעבוד חל ממילא.

וקשה דהא שמואל ס"ל לקמן (דף ק"ה:) דשעבודא לאו דאורייתא ואין השעבוד נקנה אלא על ידי השטר. ואולי כונתם

והיינו מאי דקאמר הרשב"ם שהרי הקרקעות הם כבר בעולם אע"פ שעדיין לא קנאן הלוה, דאם לא היו הקרקעות בעולם אז הוי דבר שלא בא לעולם גם מצד החלות, דהדבר שרצה לשעבד לא שייך ביה שעבוד כלל, דליכא עדיין מה שישתעבד, ואם שעבד לו פירות דקל של שדהו אגב קרקעות אין השעבוד חל, דהוי דבר שלא בא לעולם מצד החלות, אבל קרקע שהיא בעולם ברשות אדם אחר שפיר שייך בה חלות שעבוד, ולא הוי דבר שלא בא לעולם אלא מצד המעשה קנין, ומיבעי ליה אם מודים חכמים לרבי מאיר דיכול לעשות מעשה קנין אף כשעדיין אין לו בעלות, וכמ"ש"נ. ולא קשה לפי זה קושית הרש"ש, דבדואי אם הקנה קרקע שעדיין לא קנה לא אהני לרבנן, דהוי דבר שלא בא לעולם בין מצד המעשה בין מצד החלות, אבל אם אמר דאיקני ושעבד קרקע שהיא כבר בעולם אלא שעדיין לא קנאה חל השעבוד, דאין החסרון מצד החלות אלא מצד המעשה, ובהא מודו רבנן דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וכמ"ש"נ.

ויש להוסיף נמי דמשום הכי הביא הרשב"ם ראייה דלרבי מאיר יכול לשעבד קרקע שעדיין לא קנה מהא דיכול להקנות פירות שלא באו לעולם, ולא הביא ראייה מעצם הדין דרבי מאיר ס"ל שדה זו לכשאקחנה קנויה לך שהיא קנויה, ויש לומר דהרשב"ם רצה להורות לנו חילוק זה דהכא הוי חסרון מצד המעשה ולא מצד החלות, ולכן הביא דין פירות דקל דהתם פשוט ביותר דהחסרון הוא מצד החלות הואיל ואינם בעולם כלל, והוצרך לנקודה זו לאשמועינן טעמא דרבנן, דאליבא דרבי מאיר אין שום נפקא מינה בזה הואיל וס"ל דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם קנין גמור אפילו כשאין הדבר הנקנה בעולם.

ונחזור למה שהקשינו על הרשב"ם דהיאך יכול לשעבד שבח מדין דאיקני והלא השבח עדיין לא הוי בעולם, ונראה דחלוק הא דבעל השדה קונה פירות מהא דקונה שבח, דפירות הוי דבר חדש, וזכות היא לבעל השדה שהוא זוכה בכל מה שיוציא שדהו, והרי קנינו בהפירות נחשב כקנין חדש, וכמו בולדות, דבעל

ואין שעבוד זה נוגע להמוכר כלל וכלל, וכשתבא הקרקע ליד הלוה אז יזכה המלוה תפיסה בגוף הקרקע הואיל והיא מיוחדת לגביתו, ואין הלוה יכול למוכרה לגבי גוביינא דידיה, ודין בעל חוב למפרע הוא גובה דקאמר אביי בפסחים (דף ל: ב) חל מאותה שעה שבאה לידו, ומכל מקום גם לפני שתבא ליד הלוה נמי שייך בהקרקע זכות זו שאם תבא ליד הלוה לא יוכל למוכרה לגבי גוביינא דמלוה.

אולם עדיין יש להסתפק אם הלוה יכול להקנות להמלוה זכות זה כל זמן שהקרקע עדיין ביד המוכר, וטעמא לא הוי משום דחלות שעבוד זה לא שייך כל זמן שהקרקע עדיין ביד המוכר, דשפיר יכול המלוה לזכות בשעבוד כזה בקרקע המוכר, כמ"ש"נ, אלא דהנידון הוא מצד המעשה, אם אמרינן דכיון דהשתא מיהא אין הלוה בעלים על הקרקע אינו יכול לעשות בה מעשה קנין להקנות בה זכויות להמלוה, ואם כן אין המלוה יכול לזכות בשעבוד זה אלא כשבאה הקרקע ליד הלוה, ונמצא דהוי הקנאת דבר שלא בא לעולם, או אם נימא דשפיר יכול לעשות מעשה קנין בנכסי חבירו להקנות זכויות שאינן מפריעות להבעלים ולא יהיו נוגעים בפועל עד שתבא הקרקע לידו.

והנה למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם חזינן שתי יסודות, חדא שיכול לפעול חלות דלא שייך מיד, ועוד שיכול לעשות מעשה קנין לפעול אותה חלות, ואע"פ שעדיין אין לו בעלות בהדבר שלא בא לעולם, ומיבעי ליה לשמואל אם מודים חכמים לרבי מאיר שיכול לעשות מעשה קנין בדבר שאינו תחת ידו, ולא פליגי אלא על היסוד האחר שיכול לפעול חלות בדבר שלא בא לעולם, ואם כן הוא נמצא שיכול לשעבד דבר שלא בא לעולם, דהא החלות שייך מיד וגם מצד המעשה קנין ליכא חסרון, ונמצא השעבוד חל מיד בכל קרקעות שבעולם שלא יוכל הלוה למוכרם להפקיע גבית הבעל חוב, וכל זמן שהקרקע ביד האחר אין שום נפקא מינה בשעבוד זה, אבל כשבא ליד הלוה שפיר יש נפקא מינה בשעבוד זה שכבר חל מעיקרא כשכתב לו דאיקני, ועיימ"ש"נ בש"ז פ"ח בדברי התוס'.

השבח מחוסר מעשה עדיין לא נחשב ברשותו שיוכל להקנותו, והרי כל דין לא בא לעולם של שבח הוא מצד המעשה ולא מצד החלות, והרי זה ממש דינא דדאיקני לשיטת הרשב"ם, וכמש"נ.

פרק ה

בו יבוארו דברי התוס' דלולי טעמא דשעבודא דרבי נתן היה אפשר להביא ראיה דכתיבת דאיקני מועילה מהא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם.

[בבא בתרא קנז.] בעי שמואל דאיקני וקנה מהו וכו', כי תבעי לך אליבא דרבנן דאמרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אמר רב יוסף תא שמע וכו', יעו"ש. וכתבו התוס' וז"ל: לא הוה מצי להביא ראיה מרב נחמן דאמר (לעיל קכה.) יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב גובה אותה מהם, דהיינו טעמא מדרבי נתן, ועוד אפילו היה יכול להביא ראיה מתני' עדיפא ליה עכ"ל יעו"ש. וס"ל להתוס' דממירא דרב נחמן בעצם מוכח דדאיקני קנה, וסברא זו קיימת גם לפי מסקנת דבריהם לולי טעמא דשעבודא דרבי נתן.

וייש' לדקדק בדבריהם דהא אפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בעינן דאתי לידיה לבסוף, וביתומים שגבו קרקע בחובת אביהם הרי מעולם לא אתי ליד אביהם, אלא הם גבו וקנו לאחר מיתת אביהם, ואם כן אפילו אם נימא דעל ידי כתיבת דאיקני אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, למה יועיל ביתומים שגבו מה שמעולם לא אתי ליד אביהם, ואין לומר דכונתם על השעבוד ולא על הקנין, והשעבוד כבר היה לו בחייו, דאם כן לא בעינן לכך דין דאיקני כלל, ובאמת היינו טעמא דרבי נתן, כמו שכתבו התוס' כנ"ל.

ונראה, לבאר דברי התוס' עפ"ימש"נ בש"ז פ"ד בשיטת הרשב"ם דעל ידי כתיבת דאיקני יכול להקנות להמלוה שעבוד על כל קרקעות שבעולם שלא יוכל למוכרם להפקיע גבית המלוה, ואין שעבוד זה נוגע אלא כשבאו הקרקעות לידו, דאז בידו למכור והשעבוד

הפרה זוכה קנין חדש בהולדות, דהיוצא משלו נעשה שלו, מה שאין כן בשבח שהשדה עצמה הושבחה אז אמרינן ארעאי אשבת, ואין זה קנין חדש אלא דהקנין בהשדה נתפשט, ועיימש"נ בש"ט פט"ז, וכמו שאם יש לו פרה והשמינה, דאינו קונה קנין חדש על הבשר שנתרבה, אלא קנינו בהפרה כוללת כל מה שתתרבה או תתמעט, ונמצא דהשתא יש לו תורת בעלים לגבי כל מה שתושבח שדהו, שהרי ליכא קנין חדש בהשבח.

וכן כתב הנמוקי יוסף להדיא בבבא מציעא (דף טו.) לגבי שבחא דממילא וז"ל: אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח בין שבחא דממילא בין שבחא דמחמת הוצאה, אלא דבשבחא דממילא כגון דיקלא ואלים ארעא ואסקה שרטון, או שהוקר הקרקע, בעל חוב גובה כל השבח, דלא חשבינן ליה כדבר שלא בא לעולם, אלא כאילו היה בעולם בשעת השעבוד וקנאו ליה למלוה מתחלה, ומהאי טעמא גובה אפילו מיורש וממקבל מתנה, וכמו שכתב הריא"ף ז"ל, ובשבחא דמחמת הוצאה וכו' לא גבי ליה בעל חוב אלא חציו, וכדכתב ליה דאקנה, אבל לא כתב לו דעתיד אנא למקנא לא גבי כלל עכ"ל יעו"ש. ומבואר דהשתא כבר יש לו בעלות על השבחא דממילא שעדיין לא בא לעולם, ולא חשיב דבר שלא בא לעולם, והיינו משום דליכא קנין חדש בשבח, אלא הבעלות דהשתא כוללת גם השבח, כמש"נ.

והשתא נראה דבעצם אין שום נפקא מינה בין דין ארעאי אשבח בשבחא דממילא לדין ארעאי אשבח בשבחא דמחמת הוצאה, וגם בשבחא דמחמת הוצאה ליכא קנין חדש על השבח אלא בעלות הראשונה מתפשטת וכוללת גם השבח, כמש"נ, אלא דבשבחא דממילא דאין ביאתה מחוסרת שום מעשה הרי השבח נחשב בידו אף קודם שהושבח, ויכול להקנותו לאחרים, אבל בשבחא דמחמת הוצאה אין השבח נחשב שהוא כבר בידו, ואינו יכול להקנותו, ונמצא דהוי דבר שלא בא לעולם מצד המעשה, דאי מצד החלות הרי הבעלות על השבח שעתיד לבא כבר נחשב בא לעולם, כמו שכתב הנמוקי יוסף, כנ"ל, אלא דכיון דביאת

אמר רב הונא אמר רב האומר שדה שאני לוקח לכשאקחנה קנויה מעכשיו קנה, אמר רבא מסתברא מלתא דרב בשדה סתם, אבל בשדה זו לא, מי יימר דמזבין לה ניהליה, והאלקים אמר רב אפילו בשדה זו, מכדי רב כמאן אמרה לשמעתי, כרבי מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, דתניא האומר לאשה התקדשי לי לכשאתגייר לכשתתגיירי וכו' רבי מאיר אומר מקודשת, והא אשה כשדה זו דמיא ואמר רבי מאיר מקודשת, יעו"ש.

וכתב הרש"ש וז"ל: תימה דהא גם לגבי קנין אמר רב הונא אמר רב דקנה כדהבאתי לעיל מגמרא דבבא מציעא, ואין לומר דשאני הכא דאיכא מי יימר דימכור, דהא השעבוד והקנין הוא מיד כשיקנה עכ"ל יעו"ש, הרי מבואר דאע"ג דרבי מאיר מצריך עבידי דאתי כגון פירות דקל, מכל מקום יכול להקנות שדה לכשאקחנה, לכל הפחות באומר שדה סתם, ואם כן הוא הדין באומר דאיני לא יהא בזה חסרון של לא עבידי דאתי.

עוד כתב הרש"ש דאין לומר דשאני הכא דמי יימר דימכור, דהא השעבוד והקנין הוא מיד כשיקנה, ואין חלות השעבוד תלויה כלל באם יחזור הלוח וימכרנה ללקוחות, כנ"ל, ובודאי כן הוא כדבריו דאין השעבוד תלוי במכירה, אלא דאין מובן למה הזכירו התוס' לא עבידי דאתי שיקנה וימכור, ולכאורה תיבת וימכור מיותרת היא.

ונראה דמה שכתבו התוס' וימכור אין כונתם שהלוח ימכור ללקוחות, אלא שבעל השדה ימכרנה להלוח, וכהא דאמר רבא בבא מציעא מי יימר דמזבין לה ניהליה, כנ"ל. ואע"ג דלא מיירי שאמר דאיני על איזו שדה בפרט אלא שעבד כל נכסים שעתידי לקנות, אין נידון זה דומה לאומר שדה סתם אלא לאומר שדה זו, דאם הקנה לחבירו שדה סתם שעתידי לקנות הרי הדבר מצוי שימצא שום שדה שבעליה יסכימו להקנותה לו, והרי זה נחשב עבידי דאתי, אבל כשמשעבד למלוח כל נכסים שעתידי לקנות, הלא אין לנו לומר שכל הנכסים שיבואו לידו כבר עבידי דאתי לידו השתא, דמי יימר דאין ביניהם בעלים שלא יתרצו להקנות לו שדותיהם, ואם

מעכבו מלמכור, אבל גם קודם דאתי לידו חל השעבוד שלא יוכל למכור להפקיע גבית המלוה, אלא דבלאו הכי אינו יכול למוכרה, שהרי עדיין לא קנה אותה ואינה שלו, ובעיא דשמואל היא אם יכול לעשות מעשה קנין בקרקעות שעדיין לא קנה להקנות שעבוד שבעצם יכול לחול מיד ואינו מתעכב על ידי בעלות של בעל הקרקע, כמש"נ, ועיימש"נ בש"ז פ"ז דשיטת התוס' היא כשיטת הרשב"ם, ולפי זה שפיר שייך דין דאיני ביתומים שגבו קרקע בחובת אביהם, דאם דאיני קנה שייך לומר דיכול לעשות מעשה קנין בקרקע דאחרים והשעבוד חל מיד, כמש"נ, ואם כן חל שעבודו דהמלוה בקרקע זו בחיי הלוח אע"פ שמעולם לא באה הקרקע ליד הלוח בחייו, ושוב לא יוכלו הלוח, או יורשיו הבאים מכחו ונתחייבו לפרוע חובו, למכור הקרקע להפקיע גבית המלוה.

פרק ו

בו יבואר מה שכתבו התוס' דהקנאת שעבוד בדבר שלא בא לעולם חשיב לא עבידי דאתי דמי יימר שיקנה נכסים וימכור, ויוכיח דקאי על המוכרים ולא על מכירה ללקוחות.

[כבא בתרא קנז]. כי קא מיבעיא לן דאיני קנה ומכר דאיני קנה והוריש מאי, יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה דאיני קנה ומכר מהו וז"ל: אליבא דרבי מאיר דקאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא קמיבעיא ליה כדמפרש בסמוך. ואם תאמר אימור דאמר רבי מאיר כגון פירות דקל דעבידי דאתו, הני לא עבידי דאתי שיקנה נכסים וימכור. ויש לומר דמודי רבי מאיר בהא דהשעבוד חל ממילא, אע"פ שלגבי קנין לא היה לו להועיל, כאן יועיל, דהא גבי דאיני נמי אמרינן לעיל דמהני אפילו לרבנן דרבי מאיר, אע"פ שסבורים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, משום דאליים כח השעבוד, הכי נמי אליים לרבי מאיר לענין דמהני אע"ג דלא עבידי דאתי עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פ"ד.

ועל מה שכתבו התוס' דאליבא דרבי מאיר דאיני וקנה משתעבד אע"ג דרבי מאיר בעי עבידי דאתו והני לא עבידי דאתו שיקנה וימכור, הקשה הרש"ש מסוגיא דבבא מציעא (דף

דהא גבי דאיקני נמי אמרינן לעיל דמהני אפילו לרבנן דרבי מאיר אע"פ שסבורים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, משום דאליים כח השעבוד, הכי נמי אליים לרבי מאיר לענין דמהני אע"ג דלא עבידי דאתו עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדבריהם דטעמא דשעבוד אליים מקנין אליבא דרבנן הוא משום שהשעבוד חל ממילא, וכיון שכן איכא למימר דאפילו לרבי מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם רק כאשר עבידי דאתו, איכא למימר דשעבוד עדיף הואיל וחל ממילא. ויש לעיין במה שכתבו דהשעבוד חל ממילא, והלא גם שעבוד בעי קנין, ואם לא הקנה לו השעבוד על ידי כתיבת דאיקני לא חל השעבוד. ועוד יש לדקדק דהיאך מהני סברא זו דלא ניבעי לרבי מאיר עבידי דאתו, ואם בדבר דאתי ממילא לא בעינן עבידי דאתי, אם כן הא גופא הוא התירוץ לקושיתם, ולמה להו להביא ראיה מרבנן, ומדבריהם משמע דכיון שאלימות השעבוד מהני שיוכל לשעבד דבר שלא בא לעולם אליבא דרבנן, מהני נמי לגבי החסרון של לא עבידי דאתו, ומה ענין זה לזה.

עוד יש לדקדק דלמה לא הקשו התוס' אלא אליבא דרבי מאיר, והלא גם אליבא דרבנן יש להקשות, דאפילו אם ס"ל דאליים כח השעבוד, ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, לא תהא שעבוד אליבא דרבנן עדיף מקנין אליבא דרבי מאיר, ואם לרבי מאיר בעינן לעבידי דאתו בקנין, למה לא יצריכו רבנן עבידי דאתו בשעבוד, ואם כן בטל דין דאיקני דהא לא עבידי דאתו.

ונראה לבאר דברי התוס' עפ"ימש"נ בש"ז פ"ד בשיטת הרשב"ם דבעצם שייך חלות שעבוד לחובת הלואה אף בקרקעות שאינן שלו אלא של אחרים, דיסוד השעבוד הוא שלא יוכל הלואה למכור הקרקע להפקיע גבית המלוה, ואין זה סותר לבעלותו של בעל הקרקע, ודין זה שייך אף בקרקע שאינה שלו, אלא דאין השעבוד נוגע למעשה אלא כשבאה הקרקע לידו, ובעיא דשמואל היא אם יכול לעשות מעשה קנין בדבר שאינו שלו לגבי השעבודים, דאע"ג דחלות

יארע שיקנו לו יארע, אכן השתא מיהא לא עבידי דאתי, ולא דמי לשדה סתם דשפיר עבידי דאתי שיקנה שדה אחת, שימצא בעל שדה שרוצה להקנות לו, אבל במשעבד כל נכסיו אין לומר שכולם כבר עבידי דאתי ליה השתא, כמש"נ, והיינו מה שכתבו התוס' דלא עבידי דאתי שימכור, ואין הכי נמי דעבידי דאתי ששדה אחת תבא לידו, הרי לא שעבד לו שדה אחת שיקנה אלא כל נכסיו שעתיד לקנות, והני לא עבידי דאתו, כמש"נ, וזהו מה שכתבו התוס' אע"ג דלגבי קנין לא היה לו להועיל, כנ"ל, והיינו כגון שהקנה לו כל קרקעות שעתיד לקנות, וזה נחשב לא עבידי דאתי, דאין כל קרקעותיו שעתיד לקנות כבר מוכנות ומזומנות לקניתו מיד, דמי יימר דבשעת הקנין כבר נתרצו כל המוכרים, ולא דמי למוכר שדה סתם, שהרי הדבר יתכן שיש שום קרקע בעולם שבעלה כבר מוכן בשעת הקנין למכור אותה, ושפיר הקשו התוס' שהיה צריך להיות הדין דדבריו בטלים ואין כאן שום שעבוד.

ודברי התוס' אזלי כדברי רבא בבבא מציעא שם דאינו יכול להקנות אלא שדה סתם ולא שדה זו, ואע"ג דהתם מביא ראיה מברייתא דגם שדה זו יכול להקנות, דאשה כשדה זו דמיא, רבא מוקים לה לברייתא בגונא דעבידי דאתי, כמו שכתבו התוס' לעיל (דף ע"ט:) בד"ה אימור, יעו"ש.

פרק ז

בו יבוארו דברי התוס' דטעמא דאיקני וקנה משעבד משום דשעבודא אליים מקנין הואיל והשעבוד חל ממילא, ולמה בשעבוד לא בעינן עבידי דאתו אע"ג דבקנין בעינן.

[כבא בתרא קנז.] כי קא מיבעיא לן דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש מאי, יעו"ש. וכתבו התוס' וז"ל: אליבא דרבי מאיר דקאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא קמיבעיא ליה כדמפרש בסמוך. ואם תאמר אימור דאמר רבי מאיר כגון פירות דקל דעבידי דאתו, הני לא עבידי דאתו שיקנה נכסים וימכור. ויש לומר דמודה רבי מאיר בהא דהשעבוד חל ממילא, אע"פ שלגבי קנין לא היה לו להועיל, כאן יועיל,

לידו, ושפיר הקשו דהא לא עבידי דאתו, ועל זה תירצו דגם אליבא דרבי מאיר חל השעבוד מיד כמו לרבנן, דאליים כח השעבוד שחל מיד, ומה שבפועל יכול לגבות רק כשבאה לידו הוא משום דאז השעבוד חל ממילא, כמש"נ, ומשום הכי לא בעינן עבידי דאתו, כמש"נ, שהרי השעבוד חל מיד, וטעמא דלא מיבעי אליבא דרבי מאיר משום דלדידיה בודאי יכול לעשות מעשה קנין בדבר שאינו שלו, דאפילו בקנין דלא שייך החלות מיד יכול לעשות המעשה קנין מיד, והחלות יחול לאחר זמן, ורק אליבא דרבנן מיבעי ליה, דאע"ג דחלות השעבוד שייכא מיד, דלמא סוף סוף לא מהני דאינו יכול לעשות מעשה קנין על קרקע דחבירו, או דלמא כיון דהשעבוד שייך מיד הוא הדין דיכול לעשות מעשה קנין מיד.

פרק ח

בו יבוארו דברי התוס' דיש שלש מדרגות בדבר שלא בא לעולם, קנין אליבא דרבי מאיר, שעבוד אליבא דרבי מאיר, ושעבוד אליבא דרבנן.

[בבא בתרא קנז.] כי קא מיבעיא לן דאי קני קנה ומכר דאי קני קנה והוריש מאי, יעו"ש. וכתבו התוס' וז"ל: הקשה רבינו שמואל תפשוט ליה מדידיה מדאמר שמואל בפרק קמא דבבא מציעא (דף יד:) בעל חוב גובה את השבח, פירוש שהשביח הלוקח, ואין לומר כמו שפי' דאליבא דרבי מאיר איירי, דהא שמואל לית ליה דרבי מאיר וכו'. ויש לומר דשמואל ס"ל ליה כרבי מאיר הכא דאליים כח השעבוד שיועיל אע"פ שלא בא לעולם, אע"ג דבקנין לא ס"ל כותיה מטעם דפי' לעיל דהכא מיבעיא ליה לרבנן עכ"ל יעו"ש.

ודברי הרשב"ם שהביאו התוס' הם לקמן (דף קנז:) בסוף העמוד, יעו"ש, והתוס' בתירוצם קיימו דבריו, דשמואל ס"ל כרבי מאיר לגבי שעבוד ומיבעי ליה אליבא דרבנן, ויש לדקדק בדבריהם דהיכן ראה שמואל חילוק בדברי רבי מאיר בין קנין לשעבוד שיוכל לפסוק כותיה לגבי שעבוד ולא לגבי קנין.

ונראה לבאר עפימ"ש"נ בש"ז פ"ז בשיטת הרשב"ם והתוס' דשעבוד אליים מקנין משום שחלות השעבוד שייכא מיד, ולא

השעבוד חל מיד, מכל מקום כיון דאינו בעלים על אותה קרקע אינו יכול לעשות מעשה קנין להקנות להמלוה השעבוד, או דלמא יש בידו לעשות מעשה קנין גם בקרקע אחרים כיון דהדבר שרוצה להקנות, דהיינו השעבוד, שייך מיד, כמש"נ, וזוהי סברת שעבוד אליים מקנין, דהיינו שחלות השעבוד שייך מיד, והיינו מאי דקאמרי דהשעבוד חל ממילא, כלומר דעצם חלות השעבוד חל מיד, כמש"נ, ואע"פ שאין זה עדיין נוגע למעשה, וכשבאה הקרקע לידו אז נוגע למעשה, דשוב יכול המלוה לגבות ממנה בפועל על ידי השעבוד שכבר חל מעיקרא, ושינוי זה נעשה ממילא על ידי שבאה הקרקע לידו ולא בעינן לזה חלות חדש, דאותו השעבוד שחל מיד כשכתב לו דאי קני מאפשר להמלוה לגבות ממנה כשתבא לידו, וכיון דזה נעשה ממילא בלי השתנות בחלות השעבוד לא איכפת לן כמה דהוי דבר שלא בא לעולם, שהרי השעבוד חל מיד, אף קודם שבא לידו, וכמש"נ.

ומהאי טעמא גופא ס"ל לרבי מאיר דיכול לשעבד דבר שלא בא לעולם אפילו

כשלא עבידי דאתו, דגם רבי מאיר מודה לרבנן דשעבוד אליים מקנין והשעבוד חל מיד, כמש"נ, ורק בקנין נחלקו, דרבי מאיר אית ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואע"ג דחלות הקנין לא שייך מיד, שהרי הקרקע קנויה לאחר, מכל מקום יכול להקנות לו שיחול הקנין לעתיד כשתבא הקרקע לידו, ולזה בעינן עבידי דאתו, אבל בשעבוד לא בעינן שיחול השעבוד לעתיד אלא הוא חל מיד, כמש"נ, ואם כן לא בעינן עבידי דאתו, דהא כבר איכא הקרקע בעולם וחל עליה השעבוד מיד גם אליבא דרבי מאיר.

ולפי זה מובן שפיר למה לא הקשו התוס' אליבא דרבנן היאך יכול לשעבד דבר שלא בא לעולם על ידי כתיבת דאקני והא לא עבידי דאתו, דהרי כל סברת רבנן היא דהשעבוד חל מיד אף כשהקרקע בידי אחרים, כמש"נ, ואם כן פשיטא דלא בעינן עבידי דאתו, אבל סלקא אדעתיהו דהא דלרבי מאיר לא מיבעיא ליה הוא משום דכי היכי דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול נמי לשעבד דבר שלא בא לעולם, וכי היכי דהקנין חל כדאתי לידו גם השעבוד חל כדאתי

דעתך דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש לא משתעבד, נהי נמי דאב מית ברישא דאיקני הוא יעו"ש.

והנה עיין לקמן (דף קנט), איתמר בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת, בנו מוציא מיד הלקוחות, וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה אבוך מזבין ואת מפיק וכו', יעו"ש. ומבואר שיכול הלוקח לטעון שמקחו יקוים אע"ג דמעולם לא אתי ליד הבן שמכרו לו, ונחלקו הראשונים אם הנידון הוא על הקרקע עצמה או על מעות המקח, ולדברי הרשב"ם והרמב"ם הנידון הוא על הקרקע, וצריך לומר שהבן יש לו זכות לירש נכסי אביו, ומשום כך יכול למכור זכותו לאחרים, ואפילו אם מת קודם אביו ומעולם לא באה הקרקע לידו, הועילה מכירתו, ועיימש"נ בש"ז פכ"ז.

ויש להקשות לפי דברי הרשב"ם והרמב"ם דבן יכול להקנות נכסי אביו בחיי אביו, ואהני הקנאתו אם מת אביו כשעדיין הנכסים בידו, למה לא יוכל נמי לשעבד נכסי אביו העומדים לבא לו בירושה, וגם בלי דינא דאדם משעבד דבר שלא בא לעולם, ולמה לן דינא דדאיקני לגבי נכסים שיורש מאביו, הרי אפילו אם לא מהני דאיקני לשעבד נכסים שקנה מעלמא, עדיין יוכל לשעבד נכסי אביו כי היכי דיכול להקנותם.

ונראה ליישב עפ"מ"ש הרשב"ם לעיל (דף קנד). בד"ה ואם אמר איני נוטל וז"ל: שהרי השטר היוצא על אביהן אינו דינו לגבות משטר שיש לאביהם על אחרים, דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר דאע"ג דיכול לשעבד קרקע אינו יכול לשעבד זכות גבית קרקע, דעצם הזכות חשיב מטלטלין ומטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב.

ולפי זה לא דמי שעבוד בנכסי אביו לקנין בנכסי אביו, דבן שמכר בנכסי אביו לא הקנה אלא הזכות ירושה שיש לו באותם הנכסים, כמש"נ, ושפיר יכול להקנות זכות זו לאחרים, אבל אינו יכול לשעבד זכותו לאחרים, דזכות ירושה לא הוי אלא מטלטלין ומטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב.

מסתפקא לן אלא אם יכול לעשות מעשה קנין בקרקע של חבירו להקנות לו אותו שעבוד, והנה בדברי רבי מאיר חזינן שתי יסודות, חדא שיכול להקנות דבר שלא בא לעולם, ואע"פ שבשעתו לא שייך חלות קנין כלל הואיל והקרקע ביד אחרים, מכל מקום יכול לפעול חלות קנין שלא יוכל לחול עד לאחר זמן, ועוד חזינן בדבריו דיכול לעשות מעשה קנין מיד בדבר שעדיין לא בא לידו, דכיון דיכול לפעול חלות קנין שעדיין אי אפשר לחול, יכול נמי לעשות מעשה קנין מיד לפעול אותה החלות.

והנה בשעבוד הרי נתבאר לן דהשעבוד יכול לחול מיד, והנידון הוא אם יכול לעשות המעשה קנין, ואליבא דרבי מאיר בודאי יכול לעשות מעשה קנין בקרקע חבירו מיד, ופסק שמואל כותיה בזה דיכול לעשות מעשה קנין בקרקע חבירו אם החלות שרוצה לפעול היא כדין, אבל לא פסק כותיה במאי דס"ל דיכול להקנות דבר שלא בא לעולם אף היכא דהחלות לא יוכל לחול עד לאחר זמן, ולכן פסק שמואל בפשיטות דבעל חוב גובה את השבח מדין דאקני, דהא השעבוד שייך מיד, ומצד המעשה קנין ליכא חסרון, וכיסוד השני דרבי מאיר, והכא מיבעי ליה אליבא דרבנן, מי פליגי על רבי מאיר רק על יסוד הראשון דאפשר להחיל קנין שלא יוכל לחול עד לאחר זמן, אבל לענין המעשה קנין מסכימים לדברי רבי מאיר דכל היכא דליכא חסרון מצד החלות ליכא חסרון מצד המעשה, ואם כן יכול לשעבד דבר שלא בא לעולם, וכמש"נ, או דלמא פליגי רבנן עליה דרבי מאיר בשני היסודות, ואם כן אע"ג דחלות השעבוד שייך מיד אינו יכול לפעול השעבוד, דאינו יכול לעשות מעשה קנין כלל בקרקע דאחרים.

פרק ט

בו יבואר למה איצטריך לדין דאיקני לשעבד נכסים שהבן יורש מאביו ולא אמרינן דכי היכי דיכול למכור נכסי אביו יבוא נמי לשעבדם.

[כבא בתרא קנז]. דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש מאי, אמר רב חנא תא שמע נפל הבית עליו ועל אביו עליו ועל מורישיה וכו', ואי סלקא

פרק י

בו יבוארו דברי הרשב"ם דשטרי חוב המוקדמים פסולים דוקא כשא קנה מידו לשעבד נכסים, והמאחרים כשרים הואיל ודאיקני קנה, ואע"ג דלא קנה מידו בשעת כתיבה.

כבא בתרא קנו: תא שמע שטרי חוב המוקדמין פסולין והמאחרין כשרין, ואי סלקא דעתך דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש לא משתעבד, מאחרין אמאי כשרין דאיקני הוא, הא מני רבי מאיר היא דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: המוקדמין שנכתבו ביום ט"ו בניסן וכתב בתוך השטר באחד בניסן פסולין, דאתי למטרף לקוחות של ט"ו ימים ראשונים דניסן שלא כדין, שהרי ההלואה היתה בט"ו בניסן והוא יטרוף לקוחות דט"ו [ימים] קודם, ומיהו אם ההלואה היתה באחד בניסן בפני עדים וקנו מידו להשתעבד נכסי ליה למלוה ולא כתבו את השטר עד ט"ו בניסן וכתבו בו באחד בניסן, כי האי מוקדם כשר, כדאמר להו רבה בר שילא להנך דכתבי אקנייתא אי ידעיתו ההוא יומא דאקניתו ביה לחיי, ואי לא כתיבו יומא דקיימיתו ביה, לקמן בגט פשוט (דף קעב.) עכ"ל יעו"ש, ומבואר מדבריו דאם הקנה לו שעבוד בנכסיו על ידי קנין סודר הרי נכסיו משועבדים למלוה משעת הקנין, ומוציא מידי הלקוחות מזמן הקנין אע"פ שעדיין לא נכתב השטר.

וישם בפרק גט פשוט כתב הרשב"ם וז"ל: ודוקא שטרי אקנייתא, אבל שטרי הלואה שיש בו אחריות לא יכתוב אלא יום שעומד בו עכשיו, דאם [לא] כן הוה ליה מוקדם ופסול, דאתי למיטרף לקוחות מזמן הכתוב בשטר שלא כדין, דלעולם אין לקוחות משועבדים לשום אדם כל זמן שלא נכתב שטר עד שיקחו מן הלוח קרקעות אחר שנכתב השטר המשעבד נכסיו וכו', דעדים החתומים על השטר אינהו מפקי ליה לקלא, כדאמרין לענין הלואה בחזקת הבתים (לעיל דף מא.) וכו' עכ"ל יעו"ש, ומבואר מדבריו דבלי שטר אינו גובה מנכסים משועבדים, דעדים החתומים מפקי לקלא, וחיישינן לפסידא דלקוחות, כדאיתא לקמן (דף קעה:) יעו"ש.

וצריך לומר לפי זה דמה שכתב הרשב"ם בסוגיין דגם אם עדיין לא כתב לו שטר גובה מנכסים משועבדים אם הקנה לו שעבוד בנכסיו בקנין, כנ"ל, היינו משום דגם על ידי הקנאת שעבוד בקנין איכא קלא, דעדי הקנין מפקי לקלא, ועיימ"ש הנתיבות המשפט סי' ל"ט סק"ג, יעו"ש.

אכן יש לדקדק לפי זה דלמה כתב הרשב"ם דהיכא דהקנה לו שעבוד בנכסיו באחד בניסן ולא נכתב השטר עד ט"ו בניסן וכתבו בו באחד בניסן כי האי מוקדם כשר, כנ"ל, אפילו אם נימא כי האי מוקדם פסול גובה שעבודים מאחד בניסן, דדל מהכא השטר הרי הקנה לו שעבוד בקנין והעדים הוציאו קול, ומאי נפקא מינה אם השטר כשר או פסול.

עוד יש לדקדק במה שכתב הרשב"ם בד"ה מאחרין אמאי כשרין וז"ל: כשלוה בניסן ונכתב בתשרי, והלא שמא קנה זה הלוח נכסים אלו בין ניסן לתשרי ולא אשתעבדו למלוה, דהא דאיקני הוא בשעת הלואה, והטורף יבא לטרוף מתשרי ואילך שלא כדין מן הלקוחות שקנו מן הלוח נכסים הקנוין לו מניסן ועד תשרי, אלא שמע מינה דאיקני משתעבד, והלכך מאחרים כשרים דליכא למיחש להכי עכ"ל יעו"ש. ולכאורה יש לדקדק דאפילו אם דאיקני קנה ומכר משתעבד, הלא עדיין הוי מלוה על פה עד שנכתב השטר בתשרי, ומלוה על פה אינו גובה מן המשועבדים, וצריך לומר דמיירי שהקנה לו שעבוד על ידי קנין, כמו שכתב הרשב"ם למעלה, כנ"ל, והקנה לו שעבוד בין בנכסים שכבר יש לו בין בנכסים שעתידי לקנות, ומשום הכי אין לחוש לפסידא דלקוחות, שהרי נשתעבדו הנכסים על ידי הקנין, ושמע מינה דאיקני קנה ומכר משתעבד.

ועיימ"ש הרשב"ם בד"ה המוקדמין פסולין וז"ל: כדפרישית שהקדים זמן הכתוב בשטר ליום כתיבתו, א"נ שנכתב השטר באחד בניסן, וכן כתוב בו באחד בניסן לוח פלוני מפלוני, והוא לא לוח ממנו כלום עד ט"ו בניסן, גם זה מוקדם ופסול, שאין לו לטרוף אלא מזמן ההלואה ואילך, ודלא כאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו בפרק שנים אוחזין (ב"מ דף יג.) עכ"ל יעו"ש.

נחשב כבר מלוה בשטר אף קודם שנכתב בפועל, וגם אין לחוש לפסידא דלקוחות דהא עדי קנין מפקי לקלא, ושפיר הוי מלוה בשטר וגובה ממשועבדים אע"פ שלא נכתב עד תשרי.

ואתי שפיר לפי זה מה שהתנא מחלק בין שטרי חוב מוקדמין למאוחרין, דלדין זה דסתם קנין לכתיבה עומד לא בעינן קנין סודר על שעבודים, אלא כל שקנה מידו על עצם החיוב הרי זה עומד לכתיבה ויכולים העדים לכתוב שטר, וכדאיאתא בחור"מ סי' ל"ט סעי' ג' וז"ל: אבל אם קנו מידו שהוא חייב לו מנה, הרי אלו כותבין ונותנין אע"פ שלא אמר להם כתבו, שסתם קנין לכתיבה עומד עכ"ל יעו"ש, וכיון שלוה ממנו בניסן וקנה מידו שהוא חייב לו, הרי זה נעשה מלוה בשטר מיד אלא שעדיין לא נכתב השטר, כמש"נ, ועל ידי קנין כזה שלא הקנה לו שעבודים מיד בקנין סודר אין הקול יוצא עד שעת הכתיבה, ומשום הכי אינו גובה אלא מזמן המאוחר, דמההיא שעתא יוציאו קול, ואע"ג דכבר נחשב מלוה בשטר משעת הקנין, כמש"נ, מכל מקום אינו גובה מלקוחות במקום דליכא קול.

ושפיר מביא ראייה מהא דמאוחרין כשרין דאמרינן דאיקני קנה ומכר משתעבד, דאם לא קנה יבא לטרוף מלקוחות קרקעות שקנה בין ניסן לתשרי שלא נשתעבדו בשעת ההלואה, אבל אם דאיקני קנה איכא לאוקמי שקנו מידו לכתוב גם דאיקני, וכמו שכתב הרשב"ם בד"ה הא מני, יעו"ש, שהרי לית ליה להרשב"ם אחריות טעות סופר לגבי דאיקני, ועיימש"נ בש"ז פכ"א, ואם כן הרי דיין דאיקני חל מיד ונשתעבדו הנכסים שקנה בין ניסן לתשרי, ומכל מקום אין המלוה גובה מן הנכסים שמכר בין ניסן לתשרי, שהרי לא יצא קול עד שעת הכתיבה בתשרי, כמש"נ, אבל הנכסים שמכר אחר הכתיבה שפיר גובה מהם, שהרי נשתעבדו מדין דאיקני בשעת ההלואה וגם יצא עליהם קול בשעת הכתיבה.

וזדהו החילוק בין שטר מוקדם לשטר מאוחר, דבין בזה ובין בזה לא הקנה לו שעבוד על ידי קנין סודר בפני עדים, ובין בזה ובין בזה נעשה שטר מיד, במוקדם כתב לו שטר אלא שלא לזה עדיין והרי זה פסול דהוי שטר בלי הלואה, דהיינו שטר מוקדם, ובמאוחר לזה ממנו ועשה

והנה אם הקנה לו השעבודים להדיא בשעת הכתיבה הרי נשתעבדו לו נכסיו מיד אפילו אם לא לזה עד לאחר זמן, כדאמר רב אסי שם בפרק שנים אוחזין דבשטרי אקנייתא לא חיישינן לשמא כתב ללות בניסן ולא לזה עד תשרי, ולא נחלקו אלא כשלא הקנה לו שעבודים להדיא, ובוזה נחלקו אם אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו.

ויצא לנו לפי זה דהא דאמרינן מוקדמין פסולין באוקימתא שניה שהביא הרשב"ם, דכתב ללות ועדיין לא לזה, היינו כשכתב לו שטר ולא הקנה לו שעבודים על ידי קנין סודר, והא דאמרינן המאוחרין כשרין כשלוה בניסן ונכתב בתשרי, היינו כשהקנה לו שעבודים על ידי קנין סודר, כמש"נ, ואין החילוק בין שטרי חוב מוקדמין דפסולין לשטרי חוב מאוחרין דכשרין, אלא החילוק הוא בין הקנה לו שעבוד נכסים על ידי קנין ללא הקנה לו שעבודים על ידי קנין, ואילו הקנה לו השעבוד על ידי קנין היה המוקדם כשר, ואם לא הקנה לו השעבוד על ידי קנין גם המאוחר היה פסול, דחיישינן לפסידא דלקוחות שקנו ממנו קרקעות בין הלואה לכתיבת השטר, כנ"ל, ואם כן קשה דלמה מחלק התנא בין מוקדמין למאוחרין, היה לו לחלק בין הקנה לו שעבוד על ידי קנין לבין לא הקנה לו.

ויתר על כן קשה דהרי במאוחרין כשרין כתב הרשב"ם דאינו טורף לקוחות אלא מתשרי ואילך, ואם הקנה לו שעבודים בסודר בניסן, ועדי הקנין הוציאו קול מיד בשעת הקנין, למה לא יגבה מניסן כדין כל מקנה שעבודים בקנין סודר, וכי מפני שכתב לו שטר בתשרי יפסיד זכותו.

ונראה ליישב עפיימש"נ בשטרא ש"ה פט"ו דהיכא דאמרינן סתם קנין לכתיבה עומד הרי תורת השטר חלה מיד כשניתן להיכתב ורק דמחוסר כתיבה, ומהאי טעמא מהני הקנאת שעבוד על ידי קנין, שהרי תיקנו חכמים דמלוה בשטר גובה ממשועבדים ומלוה על פה אינו גובה ממשועבדים, ובאמת לא היה מועיל לו הקנאת השעבוד על ידי קנין בלבד, ואיברא דעדי הקנין מפקי לקלא, כנ"ל, סוף סוף מלוה על פה הוא ואינו גובה ממשועבדים, אלא דאמרינן דכיון שקנה ממנו הרי זה עומד לכתיבה והרי זה

ועד תשרי, ולעיל גבי מוקדמין קרבו מאחד בניסן עד ט"ו בו וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה בגמרא רצו להביא ראיה מברייטא זו דדאיקני קנה ומכר משתעבד, דאם לא כן מאוחרין אמאי כשרין, ליחוש דלמא אתי למיטרף שלא כדין מלקוחות שקנו מן הלוח נכסים שקנה בין ההלואה לזמן השטר, דנחשוב שבזמנו נכתב וכבר היו הנכסים ברשות הלוח ונשתעבדו למלוח, ובאמת לא חל השעבוד מוקדם, וכל מה שקנה אחר כך לא נשתעבד, אלא ודאי דאמרינן דאיקני קנה ומכר משתעבד, ועיימש"נ בש"ז פ"י.

וְפ"י זה נראה דלא היה יכול לאוקמי שטרי חוב המאוחרין כשלוח בא' בניסן ולא כתב עד ט"ו ניסן, שהרי ט"ו בניסן הוא יום ראשון של חג הפסח ואסור לכתוב בו, ואמרינן לקמן (דף קצא.) תנו רבנן שטר שזמנו כתוב בשבת או בעשרה בתשרי שטר מאוחר הוא וכשר וכו', יעו"ש, וכ"כ הרמב"ם פכ"ג מלוח ולוח הל"ג, יעו"ש, ואם כן אילו היה זמן הכתוב בשטר ט"ו ניסן היינו יודעין ששטר מאוחר הוא, ושוב אין לחוש לפסידא דלקוחות אפילו אם דאיקני קנה ומכר לא קנה, שהם יטענו שעדיין לא קנה הלוח הקרקע בשעת ההלואה, שאנו רואים בכירור שהיתה קודם לזמן הכתוב בשטר, אבל אם היה כתוב בו זמן שמותר בכתיבה לא היו יכולים לטעון כן, כמו שמבואר מראית הגמרא, כנ"ל, דאין לחוש שהשטר מאוחר אלא כשמוכח כן מזמנו שלא היה אפשר להיכתב באותו זמן, ומתחלה כתב הרשב"ם גבי מוקדמין א' בניסן וט"ו בניסן, וכשהגיע למאוחרין הוצרך לשנות מזמנים אלו, כמש"נ, אכן לא נתיישבו דבריו לגמרי, דהיה יכול לכתוב במוקדמין א' ניסן וי' ניסן ואז היה יכול לאוקמי גם מאוחרין בזמנים אלו.

פרק יב

בו יחולק בשטרי חוב המאוחרים בין היכא שזיה בניסן ולא כתבו השטר עד תשרי לבין היכא שכתבו השטר ביום שזיה אלא שאיחר הזמן הכתוב בו עד תשרי.

[כבא בתרא קנז:] כתב הרשב"ם וז"ל: והמאוחרין כשרין, לוח בניסן ולא נכתב עד

שטר מיד על ידי קנין, שהרי קנה מידו לכתוב וחל השטר אע"פ שעדיין לא נכתב, ומשום הכי אמרינן דשטר מאוחר כשר, שהרי כבר נמסרו המעות בשעה שנעשה השטר על ידי הקנין לכתוב, כמש"נ, אלא דאינו גובה עד זמן כתיבתו, דאז יוציאו עדי השטר את הקול, ומשום הכי כשהזמן מאוחר כשר, שהרי לא יגבה מן הלקוחות שלקחו קודם זמן כתיבתו, מה שאין כן מוקדם דאיכא שטר וקול אבל ליכא הלואה מעות פסול, אכן אם הקנה לו שעבודים בסודר בשעת כתיבת השטר הרי זה כשר אף אם עדיין לא היתה מסירת המעות, כמו שכתב הרשב"ם, כנ"ל.

ושפיר מובן לפי זה מה שכתב הרשב"ם דאם לוח באחד בניסן וקנו מידו להשתעבד ולא כתבו השטר עד ט"ו בניסן כי האי מוקדם כשר, כנ"ל, והקשינו דכיון שהקנה שעבודים בקנין למה איצטריך לומר כי האי מוקדם כשר, והלא אפילו אם כי האי מוקדם פסול גובה ממשועבדים, דדל מהכא השטר הרי שעבד לו נכסים בקנין סודר, ולפי דברינו לא קשה מידי, דאי משום הקנין גרידא סוף סוף לא הוי אלא מלוח על פה, ואינו גובה ממשועבדים אלא משום שכבר חל תורת השטר בשעה שקנה ממנו וניתן להיכתב, כמש"נ, וכשכתב השטר לבסוף הרי זהו השטר שכבר חל דינו בשעת הקנין, ואם השטר היה נחשב מוקדם ופסול כשכתב בו זמן הקנין ולא זמן הכתיבה שוב לא היה יכול לגבות ממשועבדים, שהרי השטר נפסל, ואי משום הקנין הרי לא הוי אלא מלוח על פה ואינו גובה ממשועבדים, ואע"ג דאיכא קול, כמש"נ, ומשום הכי הוצרך הרשב"ם לומר דכי האי מוקדם כשר, ושפיר גובה על ידי השטר, כמש"נ.

פרק יא

בו יבואר למה הרשב"ם נתן זמן קצר בצירור לשטרי חוב המוקדמים וזמן יותר רחב בצירור לשטרי חוב המאוחרים.

[כבא בתרא קנז:] כתב הרשב"ם וז"ל: המוקדמין שנכתבו ביום ט"ו בניסן וכתב בתוך השטר באחד בניסן וכו', והמאוחרין כשרין לוח בניסן ולא נכתב עד תשרי וכו' עכ"ל יעו"ש. והקשה הרש"ש לא ידעתי מדוע הרחיב כאן הזמן מניסן

בשטר, והרי זה כאילו כתבוהו באותו זמן, ואם כן אין לחוש למידי, שהרי בשעת חלות השטר, דהיינו בתשרי, כבר היו אותן הקרקעות ברשות הלוח ונשתעבדו למלוה גם בלי דין דאינקני, ואין זה נחשב משעבד דבר שלא בא עדיין לעולם, שהרי אינו מקנה למלוה להדיא שעבוד על הקרקעות שיקנה בין ניסן לתשרי, אלא הוא עושה מלוה בשטר שתחול בתשרי, וכיון דבידו לעשות מלוה בשטר השתא בניסן, אין עשית השטר לזמן תשרי חשיב דבר שלא בא לעולם, וכשחל השטר בתשרי אז ממילא נשתעבדו כל נכסיו, שהרי תיקנו חכמים דמלוה בשטר גובה מן המשועבדים, ורק היכא דכתב בשטר בזמנו, וחל השטר מיד לשעבד כל נכסיו, ורוצה לשעבד גם נכסים שיקנה לאחר כך, רק אז איצטריך לדין דאנקני, שהרי צריך הקנאה להדיא על שעבודים שלא נשתעבדו ממילא בשעת חלות השטר.

אב"ד היכא דלוה בניסן וכתבו בתשרי שהיה השטר עומד לכתיבה מיד אלא שהעדים לא כתבוהו עד תשרי, הרי תורת השטר חל מיד בשעת ההלואה, ועיימש"נ בש"ז פ"י, וכל הקרקעות שקנה אחר כך לא נשתעבדו למלוה אלא על ידי קנין להדיא ומדין דאינקני, מה שאין כך להך אוקימתא דמחל השעבוד עד תשרי הרי ליכא שטר כלל מיד, דהא מחל על כל תורת השטר עד תשרי, וכמש"נ.

פרק יג

בו יבואר הא דאיצטריך לדין דאינקני קנה ומכר משתעבד בשטרי חוב המאוחרים שלוח בניסן ולא כתב עד תשרי ולא אמרינן דחלות השטר הוא בשעת כתיבתו בזמן המאוחר.

[כבא בתרא קנז:] כתב הרשב"ם וז"ל: מאוחרין אמאי כשרין, כשלוה בניסן ונכתב בתשרי, והלא שמא קנה זה הלוח נכסים אלו בין ניסן לתשרי, ולא אשתעבדו למלוה, דהא דאינקני הוא בשעת הלואה, והטורף יבא לטרוף מתשרי ואילך שלא כדין מן הלקוחות שקנו מן הלוח נכסים הקנויין לו מניסן ועד תשרי, אלא שמע מינה דאינקני משתעבד, והלכך מאוחרים כשרים דליכא למיחש להכי עכ"ל יעו"ש.

תשרי, אי נמי כתבוהו ביום שלוח אך אחר הזמן בתוך השטר וכתב בו בתשרי, כשרין, שמחל לו השעבוד עד תשרי ולא יטרוף לקוחות אלא מתשרי ואילך עכ"ל יעו"ש, וכ"כ רש"י בעבודה זרה (דף י: ד"ה מאוחר, יעו"ש).

ומדין זה דמאוחרים כשרין מוכיח בסוגיין דדאינקני קנה ומכר משתעבד ויכול לשעבד דבר שלא בא לעולם, וכתב הרשב"ם וז"ל: מאוחרין אמאי כשרין כשלוה בניסן ונכתב בתשרי, והלא שמא קנה זה הלוח נכסים אלו בין ניסן לתשרי, ולא אשתעבדו למלוה דהא דאינקני הוא בשעת הלואה, והטורף יבא לטרוף מתשרי ואילך שלא כדין מן הלקוחות שקנו מן הלוח נכסים הקנוים לו מניסן ועד תשרי, אלא שמע מינה דאינקני משתעבד, והלכך מאוחרים כשרים דליכא למיחש להכי עכ"ל יעו"ש.

והנה הרשב"ם הביא שתי אוקימתות לשטרי חוב המאוחרין, חדא כשלוה בניסן ולא נכתב השטר עד תשרי, ועוד כשלוה וכתב בניסן אלא שאחר זמן הכתוב בשטר לתשרי, כנ"ל, אולם בראית הגמרא דדאינקני קנה הדגיש הרשב"ם שהיא מאוקימתא קמיייתא כשלוה בניסן ונכתב בתשרי, כנ"ל, וקשה דגם משטרי חוב המאוחרין לפי אוקימתא שניה יש להביא ראייה דדאינקני קנה ומכר משתעבד, דאם כתב השטר בניסן בשעת ההלואה ואחר זמנו לתשרי ומחל השעבוד עד אותו זמן למה לא ניחוש שיבא לטרוף מנכסים שקנה הלוח לפני תשרי ולא נשתעבדו למלוה, כמו שהביא ראייה מאוקימתא קמיייתא, כנ"ל. ודוחק לומר דכונת הרשב"ם היא לשתי האוקימתות, ומה שכתב ונכתב בתשרי היינו או שנכתב ממש בתשרי או שנכתב בתוכו זמן תשרי, ועוד דאם כן לא היה לו לכתוב שום דבר, שהרי בדיבור הקודם ביאר איזה שטר נחשב שטר מאוחר שהוא כשר.

ואן"י יש לומר דמה שכתב הרשב"ם דבאחר זמנו מחל השעבוד עד תשרי, אין כונתו בזה שהשטר חל מיד אלא שמחל מקצת השעבודים הנובעים מן השטר, אלא כונתו שמחל על כל תורת השטר קודם זמן הכתוב בו, וכל חלות השטר נעשה בשעה שהגיע זמן הכתוב

של מלוה על פה, וכשיכתוב אחר כך שטר הרי זה משנה עצם השעבוד ממלוה על פה למלוה בשטר, ושפיר אמרינן דחלות השטר היא בשעת כתיבתו ובאותה שעה חל השעבוד על נכסיו, אבל בשטר מאוחר שקנה מידו לכתוב אלא שעדיין לא כתב, הרי מיד כבר נעשה השטר וכבר חל עליו שעבוד של מלוה בשטר, כמש"נ, וכשכותב שטר לאחר זמן אין בזה שום השתנות בעצם השעבוד, שכבר היה מלוה בשטר מתחלה, ובכהאי גוונא גם הש"ך מודה שאין בכתיבת השטר תורת שטר חדש, ואין בו אלא כתיבה על הנייר אותו השטר שכבר נעשה בשעת ההלואה, ואם דאיקני וקנה ומכר לא משתעבד איכא למיחש לפסידא דלקוחות, כמו שכתב הרשב"ם, כנ"ל.

פרק יד

בו יבואר דשטרי חוב המאוחרים כשרים אליבא דרבי מאיר דס"ל אחריות לאו טעות סופר אפילו אם כתוב בהם אחריות, אבל לרבנן אסור לכתוב מאוחרים שאין בהם אחריות.

[בבא בתרא קנז:] תא שמע שטרי חוב המוקדמין פסולין והמאוחרין כשרין, ואי סלקא דעתך דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש לא משתעבד, מאוחרין אמאי כשרין דאיקני הוא, הא מני רבי מאיר היא דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יעו"ש.

וכתב הרשב"ם בד"ה מאוחרין אמאי כשרין וז"ל: כשלוה בניסן ונכתב בתשרי,

והלא שמא קנה זה הלוה נכסים אלו בין ניסן לתשרי ולא אשתעבדו למלוה דהא דאיקני הוא בשעת ההלואה, והטורף יבא לטרוף מתשרי ואילך שלא כדין מן הלקוחות שקנו מן הלוה נכסים הקנוין לו מניסן ועד תשרי, אלא שמע מינה דאיקני משתעבד, והלכך מאוחרין כשרין דליכא למיחש להכי עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פ"י.

והנה לא הוזכר בברייתא דמאוחרין כשרין רק כשכתב לו דאיקני, אבל אם לא כתב דאיקני פסולין דעדיין איכא למיחש שיטרוף שלא כדין, ולכאורה מוכח מזה דאמרינן אחריות טעות סופר, כדאיתא בבבא מציעא (דף ע"ד), ועל

ויש לעיין דלמה איצטריך לדין דאיקני כשלוה בניסן והשטר נכתב בתשרי, והלא בשעה שנכתב השטר כבר היו הנכסים ביד הלוה ונשתעבדו, ובניסן כשלוה המעות לא היה אלא מלוה על פה, והשתא כשכתב שטר בתשרי נעשה מלוה בשטר ונשתעבדו כל נכסים שהיו בידו בתשרי, ואם כן שפיר טורף מן הלקוחות.

והנה שיטת הרשב"ם לקמן (דף קע"ג) היא דאי אפשר להחליף מלוה על פה למלוה בשטר, ועיימש"נ בש"א פ"ד, ואם כן על כרחך כשלוה בניסן וכתב בתשרי לא היתה ההלואה מלוה על פה מניסן ועד תשרי, דאם כן לא היה אפשר להוסיף בו שטר ולהשוותו מלוה בשטר, דאי אפשר לשנות מלוה ממה שנעשה לכך מתחלה, כמש"נ, ועל כרחך צריך לומר דבשעת ההלואה בניסן כבר נעשה מלוה בשטר אלא שעדיין לא נכתב השטר, ועיימש"נ בש"ז פ"י, וכתיבת השטר בתשרי לא הוי אלא כתיבה על הנייר אותו שטר שכבר נעשה בניסן כשלוה על דעת לכתוב שטר, ושעבודו של שטר זה חל בשעת ההלואה בניסן שאז חלה תורת השטר, אלא דאינו גובה מנכסים שמכר קודם תשרי שהרי עדיין לא יצא הקול, וחיישינן לפסידא דלקוחות, וכל הנכסים שקנה מניסן ועד תשרי לא שייך בהם שעבוד אלא מדין דאיקני, וצריך לומר דכשקנה מידו לכתוב אמר שרוצה לשעבד גם נכסים שיקנה אחר כך, אי נמי אמרינן בזה נמי אחריות טעות סופר, ועיימש"נ בש"ז פכ"א, ושפיר מביא ראיה דאמרינן דאיקני קנה ומכר משתעבד.

אכן עדיין יש לדקדק לשיטת הש"ך דס"ל דיכול להוסיף שטר במלוה על פה, כמש"נ בש"א פ"ד, והרי הוא גובה ממשועבדים מזמן כתיבת השטר אע"פ שזמן ההלואה היה הרבה קודם לכן, ואם כן הוא הדין בשטר מאוחר נימא כן, דאע"פ שלוה בניסן יגבה נכסים משועבדים מתשרי שאז נכתב השטר, ולמה לן כלל לדין דאיקני, ומהי ראית הגמרא.

ולפי דברינו יש לומר דגם הש"ך מודה שאינו יכול לעשות שטר חדש היכא דקנו מידו מתחלה לכתוב, דרק במלוה על פה יכול להוסיף שטר אחר כך, שהרי בשעת ההלואה חל שעבוד

פרק טו

בו יבוארו דברי התוס' לפי גירסת המהרש"ל דאין הלוקח דוחה לבעל חוב אצל נכסים שהלזה קנה ומכר אחר הלקיחה, ויבואר סברת התוס' בבבא מציעא דפליגי על דברי התוס'.

[בבא בתרא קנו:] אמר רב משרשיא משמיה דרבא תא שמע, לשבח קרקעות כיצד, הרי שמכר שדה לחבירו והשביחה ובא בעל חוב וטרפה, כשהוא גובה, גובה את הקרן מנכסים משועבדים ואת השבח מנכסים בני חורין, ואי סלקא דעתך דאיקני קנה ומכר וכו' לא משתעבד, בעל חוב אמאי גובה שבחא וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' וז"ל: גובה את הקרן מנכסים משועבדים ושבח מבני חורין, ואם תאמר כיון שיש לו נכסים ללוה שיגבה ממנו הלוקח אם כן לא יקח הבעל חוב ממנו, לימא ליה לוקח הנחתי לך מקום לגבות ממנו. ויש לומר דאיירי כגון שאין לו למוכר נכסים אחרים אלא משועבדים, ולכך טורף הימנו המשועבדים, ולכשיחזור ויקנה בני חורין יחזור זה לוקח ויטרוף מבני חרי, ואפילו דאיקני קנה ומכר משתעבד, מכל מקום כבר חל שעבודו דבעל חוב על הלוקח וכו' עכ"ל יעו"ש, כך היא גירסת הב"ח בסוף דברי התוס'.

ולמדו התוס' דמיירי כשקנה הלוה קרקעות ומכרם לאחר מכירתו ללוקח זה וקודם לגבית המלוה, דאילו עדיין היו ללוה בני חורין בשעת הגביה בודאי היה לוקח דוחה בעל חוב אצליהם, דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין, אבל מכיון שכבר מכר הקרקעות הרי אין לו אלא משועבדים, ואין הלוקח דוחה לבעל חוב אצל המשועבדים האחרים בטענת הנחתי לך מקום, שהרי בשעה שלקח שדהו לא הניח לו מקום, שלא היו ללוה נכסים אחרים, ורק אחרי כן לקח הלוה קרקעות, ובאותה שעה כבר חל שעבודו של הבעל חוב בנכסי הלוקח בכל תוקפו, ושוב אינו יכול לדחותו, וכן פי' המהרש"ל בדברי התוס', יעו"ש.

ודע דלפי מה שהוכיחו התוס' באמת אפשר להביא ראיה דדאיקני משעבד מהא גופא דהלוקח גובה קרן מנכסים משועבדים, ועל

כל מה דחסר מן השטר שהוא לטובת המלוה אמרינן שטעות סופר הוא, לא רק על עצם השעבוד נכסים אלא גם על דאיקני, וכן כתב הרמ"א סי' מ"ט סעי' ב', ומקורו מכתובות (דף קד:), כמו שכתב הגר"א שם, וכן לכאורה מוכח נמי מסוגיין.

אולם הרמב"ם פי"ח מלוה ולוה הל"א פסק דלא אמרינן אחריות טעות סופר לגבי דאיקני, וכן מוכח מדברי הרשב"ם ד"ה הא מני רבי מאיר היא וז"ל: והלכך מאוחרים כשרים, שאם כתב בתוך השטר שום אחריות כך כתב דקנאי ודעתיד אנא למיקני, שאין כותבין אחריות לחצאין וליכא למיחש למידי, וגם אם לא נכתב בו אחריות ליכא למיחש כלל, דהא לרבי מאיר לא טריף ממשעבדי בשנים אוחזין [דלית ליה אחריות טעות סופר], ומיהו אם כתב בהו דקנאי ולא כתיב בהו דאיקני, בהא ודאי מודה רבי מאיר דמאוחרין פסולין וכו', מיהו לא שכיחא מלתא לכתוב אחריות לחצאין והלכך לא חש לאקשוויי טפי עכ"ל יעו"ש. והנה כתב הרשב"ם דלרבי מאיר מאוחרים שלא כתב בהם אחריות כשרים הואיל וס"ל אחריות לאו טעות סופר, ולמה הוצרך לכך, והלא אפילו אם אחריות טעות סופר ליכא למיחש למידי, דהא דאיקני קנה, אלא מבואר דאם לא כתב לו אחריות לא אמרינן אחריות טעות סופר אלא לגבי נכסים שכבר קנה, ולא אלו שעתידי לקנות, ואיכא למיחש לפסידא דלקוחות, ועיימש"נ בש"ז פכ"א.

ולפי דבריהם של הרמב"ם והרשב"ם צריך לומר דהא דאמרינן בברייתא שטרי חוב המאוחרין כשרין, היינו כשכתב לו דאיקני, ולא חש לפרש, הואיל ואין כותבין אחריות לחצאין, כמו שכתב הרשב"ם, כנ"ל, ואכן אם לא כתב לו אחריות לא אמרינן אחריות טעות סופר אלא לשעבד מה שיש לו בשעת כתיבה, ולא מה שעתידי לקנות, ומאוחרים שאין בהם אחריות פסולים, דחיישינן לפסידא דלקוחות, ומשום הכי אין כותבים מאוחרים שאין בהם אחריות נכסים, והוסיף הרשב"ם דאליבא דרבי מאיר דס"ל אחריות לאו טעות סופר מותר לכתוב מאוחרים שאין בהם אחריות, שהרי אינו גובה בו כלל.

קרקע מזוזי שאין לבעל חוב דין עליהם כלל, ואדרבה עדיפי הני בני חורין שהרי הם משועבדים למלוה, ואם כן מסתבר שיכול לוקח ראשון לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו, אף כשלא הניחם בני חורין ביד הלוח בשעה שלקח שדהו, אבל לוקח שני פשיטא דאינו דוחה בעל חוב אצל לוקח ראשון הואיל ויכול לסלקו בזוזי, כיון דהוא קנה שדהו באחרונה וחל עליה עיקר השעבוד נכסים, והרי לוקח ראשון שפיר אומר לבעל חוב הנחתי לך מקום לגבות ממנו אצל לוקח שני, אף דבאמת בשעת לקיחת הראשון לא היו לו נכסים ללוה, מכל מקום שייך טענת הנחתי לך מקום גם אם אחר כך היו לו בני חורין, דכי היכי דמצי לסלקו בזוזי אף דלא הוי תביעתו על זוזי כמו על השעבוד, וכמש"נ.

פרק טז

בו יבואר דלפי גירסת המהרש"א התוס' בסוגיין כבירא להו כדברי התוס' בבבא מציעא, וידון בהא דהוה אמינא דלוקח דוחה בעל חוב אצל נכסים שהלוח קנה ומכר אחר כך.

[בבא בתרא קנז:] כתבו התוס' בד"ה גובה וז"ל: ואם תאמר כיון שיש לו נכסים ללוה שיגבה ממנו לימא ליה לוקח מקום הנחתי לך לגבות ממנו. ויש לומר דאיירי כגון שאין לו למוכר נכסים אחרים אלא משועבדים, ולכך טורף ממנו המשועבדים, ולכשיחזור ויקנה נכסים בני חורין חוזר זה הלוקח ויטרוף מבני חורין, ואפילו כתב לו דאיקני וקנה ומכר ומשתעבד כבר לקח הבעל חוב כל שעבודו מן הלוקח עכ"ל יעו"ש, כך היא גירסת המהרש"א בדברי התוס', יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פט"ו בדברי התוס' לפי גירסת המהרש"ל.

וכתב המהרש"א לבאר דבריהם לפי גירסתו וז"ל: על כרחק איירי שלא היו לו למוכר נכסים כשטורף הבעל חוב המשועבדים לו מן הלוקח, דאם לא כן יאמר לו הלוקח הנחתי לך מקום לגבות ממנו, אלא שאותן המשועבדים והבני חורין שגובה מהן הלוקח חזר המוכר וקנה אותן אחר שטרף הבעל חוב מן הלוקח, ועל זה כתבו ואפילו כתב לו דאיקני וכו' ומשתעבד לבעל חוב אותן הנכסים המשועבדים השניים,

כרחק צריך לומר דקנה ומכר אחר לקיחתו, כמו שכתבו התוס', והרי מבואר דדאיקני משעבד, אכן יותר פשוט להביא ראיה מהא דבעל חוב גובה את השבח, דאינו צריך שום הקדמה לראיה זו.

והתוס' בסוגיין פליגי על מה שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף י"ד:) בד"ה תריץ וז"ל: ואם תאמר אדרבה לוכח מהכא דלא משתעבד מדלא טרף בעל חוב ממשעבדי דטריף לוקח, דאין לומר דאחר שטרף בעל חוב קרקע מן הלוקח קנה המוכר קרקעות ומכרם, דאם כן גם בשבח יגבה מהני משעבדי, דגם השבח היה קצוב כיון שכבר טרף הבעל חוב קודם שלקח זה הקרקע. ויש לומר דמיירי שזה הקרקע עשאו מוכר לבעל חוב אפותיקי וכו' עכ"ל יעו"ש. וכתב שם המהרש"ל על קושית התוס' וז"ל: ומכל מקום קשה דלמא לעולם דאיקני קנה ומכר משתעבד, ואיירי בנכסים שקנה ומכר אחר שמכר שדה זו ללוקח ראשון, דעכשיו לא שייך למימר הנחתי לך וכו'. ונראה דאף בכהאי גונא יכול הלוקח ראשון לומר גבה מן השני, שהרי הלוקח יכול לסלק הבעל חוב בדמי, ומכל שכן שיכול לדחותו על אלו משועבדים ולא יתן לו שדהו ודו"ק עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' שם דלוקח יכול לדחותו לבעל חוב לקרקעות שקנה ומכר הלוח אחר הלקיחה וקודם לטירפא דבעל חוב מן הלוקח, וכתב המהרש"ל שם טעמא למלתא משום דכיון שלוקח יכול לסלקו בזוזי, כל שכן שיכול לדחותו למשועבדים שקנה הלוח אחר הלקיחה, אולם זה פשיטא לן דלוקח שני, אע"פ שגם הוא יכול לסלק לבעל חוב בזוזי, אינו יכול לדחותו למשועבדים שביד לוקח ראשון.

וביאור הדברים דאם מצינו דלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזוזי, ואע"פ שאין עליו תורת תשלומי החוב, ויכול לדחותו מן שדהו לזוזי שאין לבעל חוב שום דין ותביעה עליהם, כל שכן שיכול לדחותו לקרקעות בני חורין של הלוח שיש לבעל חוב שעבוד עליהם, כיון שהיו אותן הקרקעות בני חורין ביד הלוח קודם שמכרם ללוקח שני, ואע"ג דלא היו ביד הלוח בשעת לקיחת לוקח ראשון, דלא גרע אותה

לבעל חוב אצל הנכסים החדשים, קא משמע לן התוס' דכיון שטרף מן הלוקח נסתלקו כל השעבודים, וגם שעבודים שחלו על ידי כתיבת דאיקני, ועם כל זה דברי התוס' לפי גירסת המהרש"א עדיין תמוהים.

פרק יז

בו יבואר בעית הגמרא אם לזה מאחד ואחר כך לזה משני וכתב לשניהם דאיקני מי יש לו קדימה לגבות מן הנכסים שקנה אחרי כן.

[בבא בתרא קנז:] אם תמצא לומר דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש לא משתעבד הא לא משתעבד, אם תמצא לומר משתעבד, לזה ולזה וחזר וקנה מהו, לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד, אמר רב נחמן הא מלתא איבעיא לן ושלחו מתם ראשון קנה רב הונא אמר יחלוקו וכו' והלכתא יחלוקו, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: לזה וכתב למלוה שעבדתי לך כל נכסי דקנאי ודאיקני, וחזר ולזה מאחר וכתב לו כמו שכתב לו לראשון, ואחר כך קנה נכסים ומכרם או שמת והורישם ליורשים, ובאו שני הנושים לטרוף אותם הנכסים, הדין עם מי, לקמא משתעבד שהרי כתוב בשטר מוקדם, או לבתרא משתעבד דלא אלים דאיקני לתפוס עד שיבאו הנכסים בעולם, וכי קנה הני נכסים אחרי כן הא הדר ביה מקמא ויקנה בתרא. יחלוקו, כל אחד לפי מעותיו, דבכת אחת נשתעבדו להם, שהרי אחר שתי ההלוואות קנאה, ובאותה העת שקנאה מיד נשתעבד לשניהם שאין קדימה לאחד מהם עכ"ל יעו"ש.

ומבואר דסברת הצד דלשני משתעבד הוא דכשכתב דאיקני להשני חזר בו ממה שכתב להראשון, ומשמע דלצד הראשון דלקמא משתעבד היינו משום שלא חזר בו מן הראשון, והיינו דגם לצד הראשון היה יכול לחזור בו אם אמר לו כן בפירוש, אלא כיון דלא הזכיר שחזר בו מן הראשון נקטינן שלא חזר בו, ומשום הכי לקמא משתעבד, ולצד השני נקטינן שחזר בו מן הראשון אף אם לא אמר כן בפירוש, ומשום הכי לבתרא משתעבד.

לא שייך לומר שיגבה מהן הבעל חוב, שהרי כבר לקח שעבודו מן הלוקח טרם שקנה המוכר אלו המשועבדים וכו' עכ"ל יעו"ש. ולפי דברי המהרש"א מוקמי התוס' סוגיין שקנה הלזה נכסים לאחר טירפא דבעל חוב, ומשמע דאילו קנה נכסים חדשים קודם טירפא דבעל חוב ומכרם ללוקח שני הרי לוקח ראשון דוחה הבעל חוב אצל לוקח שני, וכן היא שיטת התוס' בבבא מציעא (דף יד:) בד"ה תריץ, יעו"ש, ולא כהמהרש"ל שלמד דהתוס' פליגי אהדדי, ועיימש"נ בש"ז פט"ו.

אולם לפי זה תמוהים דברי התוס' שהוצרכו לאשמועינן דאע"ג דכתב דאיקני לבעל חוב אין הלוקח דוחהו לנכסים שהלוה קנה ומכר לאחר טירפת הבעל חוב מן הלוקח, ולמה תיסק אדעתין דבר רחוק כל כך שהלוקח יוכל לדחות הבעל חוב לנכסים שהלוה קנה ומכר כמה שנים אחר שכבר נטרפה שדהו ונסתלק הבעל חוב, והרי שטר שלוה בו ופרעו כבר נמחל שעבודו, כדאייתא בבבא מציעא (דף יז:) יעו"ש, והרי החוב פרוע וכל השעבודים נסתלקו, ואם נסתלקו מכל נכסים שכבר נשתעבדו, כל שכן שלא ישתעבדו נכסים חדשים על ידי כתיבת דאיקני, והיאך תיסק אדעתין שיוכל לדחותו לאותם נכסים.

ואולי יש להטעים דבריו קצת עפ"ימש"נ בש"ז פ"ד בדברי הרשב"ם ובש"ז פ"ז בדברי התוס' דבכתיבת דאיקני חל השעבוד מיד אפילו על קרקעות שעדיין לא קנה, שלעולם לא יוכל למוכרם להפקיע גבית המלוה, אלא דאין שעבוד זה נוגע בפועל עד שתבא לידו, ולפי זה יש לומר דשעבוד זה יש לו תורת בני חורין, שהרי פעם הראשונה שנוגע בפועל היא כשתבא הקרקע ליד הלוה, ואז הוא בני חורין, ואם כן היה אפשר לומר דמקום הראשון לגבית המלוה הוא מאותם שעבודים ולא מקרקע שנמכרה ללוקח, ושייך בזה דין הנחתי לך מקום, אכן כיון דבפועל אינו יכול לגבות מאותם שעבודים הרי הוא טורף מן הלוקח, אבל לאחר כך, כשבאה אותה קרקע שכבר נשתעבדה על ידי דאיקני ליד הלוה, סלקא אדעתין שיוכל הלוקח לדחות הבעל חוב אצלה, שהרי מתחלה היה דינו לגבות ממנה אלא שלא היה אפשר, ולכן מחזירים הטירפא והלוקח דוחה

פרק יח

בו יבוארו דברי הרשב"ם דל"ה ול"ה וחזר וקנה משתעבד למלוה שני משום שחזר בו ממה שכתב למלוה ראשון, ויוכיח דאין הנידון על השעבוד אלא על קדימה בסדר גביה.

[בבא בתרא קנז:] ל"ה ול"ה וחזר וקנה מהו, לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד וכו', והלכתא יחלוקו, יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: ל"ה וכתב למלוה שעבדתי לך כל נכסי דקנאי ודאיקני, וחזר ול"ה מאחר וכתב לו כמו שכתב לו לראשון, ואחר כך קנה נכסים ומכרם או שמת והורישם ליורשים, ובאו שני הנושים לטרוף אותן הנכסים, הדין עם מי, לקמא משתעבד שהרי כתוב בשטר מוקדם, או לבתרא משתעבד דלא אלים דאיקני לתפוס עד שיבואו הנכסים בעולם, וכי קנה הני נכסים אחרי כן הא הדר ביה מקמא ויקנה בתרא עכ"ל יעו"ש.

והנה עיימש"נ בש"ז פ"ד בדברי הרשב"ם ובש"ז פ"ז בדברי התוס' דעל ידי כתיבת דאיקני חל השעבוד מיד, אפילו כשהקרקע היא ביד אחרים, אלא דגביה בפועל ליכא עד שבאה הקרקע ליד, ומשום הכי לא בעינן עבידי דאתו, יעו"ש, ולפי זה יש להקשות דהיכי יכול לחזור בו מהדאיקני שכתב למלוה ראשון, והלא כבר זכה בשעבודו מיד, והיכי יכול להפקיעו ממנו, ולא דמי לאדם מקנה דבר שלא בא לעולם אליבא דרבי מאיר דיכול לחזור בו קודם שבא לידו, כדאיתא בבבא מציעא (דף ט"ו:) יעו"ש, דהתם לא חל הקנין עד שבא לידו, וקודם לכן יכול לחזור בו, אבל שעבוד אלים מקנין הואיל ויכול לחול אפילו ביד אחרים, כמש"נ, ואם כן למה יכול לחזור בו.

והנה הכא אין הנידון על עצם השעבוד שחל על ידי כתיבת דאיקני, דמזה בודאי אינו יכול לחזור בו, אלא הנידון הוא על קדימה בסדר הגביה, דהיכא דבאו שני בעלי חוב לגבות מורידים בעל חוב המוקדם לנכסי הלוה תחלה, ואחר כך מורידים להבעל חוב מאוחר, ואין זה דין בעצם השעבוד דאין לבעל חוב מאוחר שעבוד אלא במה שלא נשתעבד להראשון, דהא איכא למאן דאמר בכתובות (דף צ"ד.) ובבבא קמא

ויש לדקדק דכיון דיכול לחזור בו אם ירצה קודם שקנה הנכסים אם כן אין להם שום קנין כלל קודם לכן, לא מלוה ראשון ולא מלוה שני, וכשקנה נכסים נשתעבדו ביחד, ואם כן מהו הצד דלראשון משתעבד, אפילו אם נאמר דלא חזר בו ממה שכתב להראשון מכל מקום עד שקנה נכסים ליכא עדיין חלות השעבוד, ובאותה שעה כבר נשתעבד לשניהם, ואם כן למה יוקדם מלוה קמא למלוה בתרא.

ומבואר דהא דמלוה מוקדם קודם למלוה מאוחר בגביה אף בנכסים שיש לו ללוה תחת ידו בשעת ההלואה, לאו היינו משום דקנינו ושעבודו עדיף, אלא באמת כשנשתעבד למלוה מאוחר גם שעבודו חל בצד שעבודו של מלוה מוקדם שוה בשוה, וכן מבואר בדברי רש"י בבבא קמא (דף לו.) ד"ה ראשון נשכר, ועיימש"נ בש"ז פכ"ב, אלא דתיקנו רבנן קדימה בגביה שבעל חוב מוקדם יגבה תחלה הואיל והלואתו קדמה להלואת השני, וכן נמי באין לו נכסים וכתב להם שעבוד דאיקני אמרינן דזה שהלוהו תחלה קודם לזה שהלוהו אחר כך, וכן מדויק ממה שכתב הרשב"ם דלקמא משתעבד הואיל וכתוב בשטר מוקדם, כלומר לא משום שיש לו אלימות בשעבודו אלא אך ורק מפני ששטרו מוקדם, ומאן דאמר לבתרא משתעבד ס"ל דחזר בו מן הראשון.

ומסיק בגמרא הלכתא יחלוקו, ולא אמרינן שחזר בו ממה שכתב להראשון וגם אין לראשון קדימה במה ששטרו כתוב קודם, דקדימת מלוה מוקדם לא הוי משום שהלואתו קדמה אלא מפני ששעבודו קדם לשעבוד המלוה המאוחר, ואע"ג דשני השעבודים שוים בתקפם ואין לשעבוד מלוה קמא שום עדיפות בעצם על שעבוד מלוה בתרא, מכל מקום תקנו חכמים שזה ששעבודו קודם הוא קודם לגביה, אבל קדימה במסירת מעות ההלואה אינה נותנת לו שום דין קדימה למלוה ראשון, וכיון דשעבודם חל ביחד כשהלוה קנה נכסים אין להם שום קדימה זה על זה, ולכן יחלוקו, ועיימש"נ בש"ז פכ"ב ופכ"ג בשיטת הרמב"ם והראב"ד.

הואיל והדר ביה, ולפי דברינו אתי שפיר, דלא מצינו להרשב"ם דיכול לחזור מעצם השעבוד, ורק מדין קדימה בלבד, כמש"נ.

וכן מבואר להדיא מדברי התוס' וז"ל: אם תמצי לומר משתעבד לזה ולזה וכו', והכי נמי הוה מצי למיבעי היכא דאמר איקני ולא מכר והוריש לזה ולזה, ואפילו תמצא לומר דאיקני קנה ומכר לא משתעבד, אלא מדסליק מיניה נקט בעיא עכ"ל יעו"ש. הרי דאיכא למיבעי לגבי גביה מן הבני חורין מי קדים היכא דכתב דאיקני, ואע"ג דאין כתיבתו מהני לשעבד, וכן משמע מדברי הרשב"ם שכתב וז"ל: ואם תמצא לומר וכו', בעיא באפי נפשיה היא עכ"ל יעו"ש. ולפי זה אין לומר דלבתרא משתעבד משום שחזר בו מן השעבוד, דהרי ליכא שעבוד, אלא על כרחך מיבעי ליה לגבי דין קדימה דבעל חוב מוקדם ומאוחר, אם אהני כתיבת דאיקני לגלות דעתו שרוצה להקדים מלוה בתרא לגבי אותם הנכסים שעדיין לא קנה, וכמש"נ.

והנה לקמן בסוגיין אמרינן, והלכתא יחלוקן, מיתבי לשבח קרקעות כיצד, הרי שמכר שדה לחבירו והשביחה, ובא בעל חוב וטרפה, כשהוא גובה גובה את הקרן מנכסים משועבדין ואת השבח מנכסים בני חורין, ואם איתא חצי שבח מיבעי ליה וכו', יעו"ש. והיינו דבעל חוב הוא מלוה ראשון והלוקח באחריות הוא מלוה שני והשבח הוא דאיקני, ואם בלוה ולוה וקנה חולקים לא יגבה בעל חוב אלא חצי שבח. ויש לדקדק דלמה לא הביא ההיא ברייתא בתחילת הסוגיא לפשוט הבעיא בלוה ולוה וקנה אם לקמא משתעבד אם לבתרא משתעבד, דהלא אם לבתרא משתעבד נמצא שאין השבח משועבד אלא להלוקח ולא להבעל חוב ולא יגבה בעל חוב שבח כלל, ונפשוט מן הברייתא דלקמא משתעבד.

אולם לפימש"נ דאין הנידון אלא על הקדימה אתי שפיר, דהא פשיטא לן שלא נעקר שעבודו של מלוה ראשון, ורק דמיבעיא לן מי קודם לגביה, מלוה ראשון או מלוה שני, וזה לא שייך גבי לוקח באחריות, דהא אין לו גביה כלל עד שיטרוף הבעל חוב ממנו, והיאך יוקדם הלוקח להבעל חוב לדחותו לגמרי מן הגביה,

(דף לה.) דבעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה, ומבואר דלענין עצם השעבוד בעל חוב מוקדם ובעל חוב מאוחר שוים, אלא דבעל חוב מוקדם קודם לגבות, כמש"נ, וס"ל להך מאן דאמר דקדימה זו היא רק לכתחילה, אבל אם קדם וגבה מה שגבה גבה, ומאן דאמר מה שגבה לא גבה ס"ל דהקדימה היא לעיכובא, אבל גם הוא יודה שאם הלוח סילק לבעל חוב מוקדם בזווי שיכול בעל חוב מאוחר לגבות מכל הקרקעות, שהרי כולם משועבדות לו מתחלה, ורק דבעל חוב מוקדם קודם לגביה, ואם נסתלק בזווי בעל חוב מאוחר גובה מכל הנכסים, כמש"נ.

ונראה דאע"ג דשעבוד דאיקני חל מיד בשעת כתיבת השטר, כמש"נ, מכל מקום אין בעל חוב מוקדם זוכה בזכות קדימה בסדר הגביה אלא כשבאה הקרקע ליד הלוח ושייך בזה גביה בפועל, דרק אז איכא גביה ורק אז שייכא קדימה, ודין קדימה נקבע בהתקנה להקדים הבעל חוב המוקדם, אכן בידו של הלוח לשנות סדר הקדימה אם רוצה כל זמן שלא זכו בזכות קדימה, דדבר שבממון תנאו קיים, ומספקא לן בגמרא אם כתב דאיקני ולוה ולוה ואחר כך קנה, מי אמרינן דמלוה ראשון קודם כפי שהיה בדעתו של לוח בשעת הכתיבה, או דלמא השתא שנצרך למעות עוד הפעם ולוה ממלוה שני אולי היה בדעתו לשנות סדר הקדימה, והברירה בידו הואיל ועדיין לא באו הקרקעות לידו ועדיין ליכא גביה בפועל, כמש"נ, ומסיק והלכתא יחלוקן, וכתב הרשב"ם וז"ל: כל אחד לפי מעותיו דבכת אחת נשתעבדו להם, שהרי אחר שתי ההלוואות קנאה, ובאותה העת שקנאה מיד נשתעבדו לשניהן, שאין קדימה לאחד מהן עכ"ל יעו"ש, והיינו דליכא תקנה כלל כל זמן שלא בא השעבוד מן הכח אל הפועל, ובאותה שעה שניהם שוים ויחלוקן.

ויש להביא סמך לדברינו מדברי הרמ"א סי' קי"ב סעי' א' שהביא מחלוקת הפוסקים אם יכול לחזור בו מכתובת דאיקני כל זמן שלא קנה, יעו"ש, והסמ"ע והש"ך שם הביאו מקורות לדעת הפוסקים דיכול לחזור בו, ולא הביאו דברי הרשב"ם דהצד דלבתרא משתעבד הוא

עוד יש לדקדק דמבואר מדברי התוס' דאם יש לו על כל פנים שוה פרוטה של נכסים אהני שעבודו, ואם נאמר דכונתם בקושיא היתה שאינו יכול לשעבד גופו, ולמה סגי בנכסים שוה פרוטה לחייבו כתובה שלמה מנכסים שקנה אחר כך, ואם היינו טעמא משום דאיקני, למה צריך שיהיה לו שום נכסים בשעת כתיבת הכתובה, ואפילו נאבדו אחר כך, ולא סגי בהקנתא שעבוד בנכסים שעתידי לקנות בכתיבת דאיקני.

והנה שם בבבא בתרא כתב הרשב"ם בפירושו השני דהא דשעבוד אלים מקנין וחל אפילו על דבר שלא בא לעולם הוא משום תקנה שלא תנעול דלת בפני לוי, יעו"ש, ואם כן בודאי קשה דלמה לא תועיל כתיבת דאיקני אפילו אם אין עליו שום שעבוד עכשיו. והתוס' שם כתבו דשעבוד אלים מקנין משום שהשעבוד חל ממילא, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פ"ז, וגם לפי זה קשה דלמה לא יהני דאיקני אם אין לו שום שעבוד עכשיו.

והתוס' כתבו לתרץ קושיתם וז"ל: ושאל ר"י לרבי אליהו והשיב לו דמצינו כענין זה בפרק השוכר את הפועלים (ב"מ דף צד.), דתניא מתנה שומר חנם להיות כשואל, ופריך במאי בדברים, ומשני בשקנו מידו, משמע בכל ענין אע"פ שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה ולכשיהיו לו נכסים כל שעבודו מעתה ואין זה קנין דברים בעלמא, דקנין דברים לא הוי אלא כההיא דריש בבא בתרא (דף ג.) שקנו מידם לחלוק חצר שאין בה דין חלוקה, אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה משתעבד ואין זה קנין דברים בעלמא וכו' עכ"ל יעו"ש, וגם הרא"ש בסוגיין הביא תירוץ זה כצורתו, יעו"ש. ויש לדקדק למה הביא רבי אליהו ראייה דאיכא שעבוד הגוף מההיא דבבא מציעא, והוצרך לדייק דמסתמא מיירי אפילו אם אין לו נכסים בשעת מעשה, ולמה לא הביא ראייה מסוגיא דלקמן דמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו, ובכלל יש להבין מה ענין קנין דברים לכאן.

לכן נראה דבודאי ידעו התוס' גם בקושיתם כמו דאיכא שעבוד הגוף ושעבוד נכסים, כמו

ולא דמי ללוה ולוה דכל אחד בא לגבות חובו, ומיבעי לן איזה מהם קודם, ורק לפי מה דמסיק דיחלוקו ואין לשום אחד קדימה, יש להוכיח מן הברייתא, דמיד שהבעל חוב גובה חל נמי חיוב אחריות וגבית הלוקח, ושניהם יש להם זכות בהשבח ויחלוקו.

פרק יט

בו יבואר קושית התוס' היאך יכול חתן לשעבד עצמו לשלם דמי הכתובה אם אין לו כעת שום נכסים ואפילו שוה פרוטה, ויבואר מה שחידשו התוס' בתירוץם לענין שעבוד הגוף.

[כתובות נד:] כתבו התוס' בד"ה אם רצה להוסיף וז"ל: תימה דעכשיו נהגו שכותב חתן לכלה מאה ליטרין אע"פ שאין לו שוה פרוטה, דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב, והואיל ונתחייב אפילו נאבדו אלו הנכסים וקנה אחרים הם משתעבדים, אע"פ שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, כיון שכתב ודעתיד אנא למיקני כדאמרינן במי שמת (ב"ב דף קנז.), אבל אותו שאין לו היאך ישתעבד נכסיו שיקנה אחרי כן, כיון שלא נתחייב לה היינו דבר שלא בא לעולם וכו' עכ"ל יעו"ש.

וטובה יש לדקדק בדברי התוס', דמשמע מדבריהם שבקושיתם עדיין לא ידעו שיש שעבוד הגוף מלבד שעבוד נכסים, והלא גמרא מפורשת היא לקמן (דף פה:) אמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול יעו"ש, ולדעת כמה ראשונים היינו משום שאינו יכול למכור השעבוד הגוף רק השעבוד נכסים, ונשאר השעבוד הגוף אצל המוכר, ואם חזר ומחלו נתבטל שעבוד הגוף וממילא נתבטל נמי השעבוד נכסים, ועיימש"נ בש"א פכ"ד, וכן הוא דעת הרא"ש שם, ומכל מקום הרא"ש בסוגיין הקשה כקושית התוס' ולא דחה אותה מסוגיא דלקמן, וכן הוא נמי דעת ר"ת כמוכא ברא"ש שם, ובהמשך דברי התוס' מבואר שגם ר"ת הסכים לקושיתם, ולמד כהיש מפרשים דמתרצי משום הודאת בעל דין.

חל עליו שעבוד הגוף ממוני, ולא הוי קנין דברים, כמש"נ.

ואפילו אין לו בשעת הכתיבה אלא נכסים שוה פרוטה, הרי הפרוטה משתעבדת לכל החוב, וכדאמרין בגיטין (דף לו:), תנן התם אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע, אם אין לו מזכהו בתוך שדהו כל שהו וכו' יעו"ש, ועיין ברש"י ד"ה אלא על הקרקע וברדב"ז פ"ט שמיטה ויובל הלי"ט, יעו"ש, ונחשב שכל החוב מקושר לקרקע כל שהו ואין שביעית משמטתו, ועיימש"נ בש"א פל"ה, וכן בדין כל חיוב הכתובה משעבד את הנכסים שוה פרוטה שתוכל לגבות מהם, והרי זה פועל שעבוד הגוף, כמש"נ, ולא הוי קנין דברים.

ורבי אליהו הביא ראייה מהסוגיא דבבא מציעא דגם התחייבות שאינה פועלת שום זכות וקנין מיד, אבל פועלת שישתעבדו נכסים שעתיד לקנות, לא נחשבת קנין דברים, שהרי עיקר חיוב השומר הוא מלוה הכתובה בתורה, אבל כשמתנה להיות כשומר אחר אין חיובו אלא התחייבות בעלמא, ולא חילקו בגמרא בין יש לו נכסים בשעת התנאי בין אין לו, ומבואר דאפילו אם אין לו נכסים לא הוי קנין דברים, והרי הוא משעבד עצמו לחוב מעתה ונותן להמפקיד זכות לגבות מנכסים שעתיד לקנות, על כל פנים כשהם בני חורין, וכשקונה אותם נכסים אגלאי מילתא שהתחייבותו לא היתה הבטחה בעלמא, וחל עליו שעבוד הגוף מעתה, אבל כל זמן שלא קנה נכסים לא נתברר עדיין שחל עליו שעבוד הגוף בהחלט, שאולי לא יקנה נכסים, ונמצא שהתחייבותו לא פעלה שום הקנאה, ולא הוי אלא הבטחה בעלמא.

עוד תירצו התוס' וז"ל: ויש מפרשים דכיון דכותב סתמא שיהיו כל נכסיו אחראין למה לא נתחייב, הרי הודה שיש לו נכסים, ואע"פ שאנו יודעים שאין לו, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. ומטעם זה אומר ר"ת שכותבין בהרשאות והקניתי לו ארבע אמות קרקע בחצרי, אע"פ שאנו יודעים שאין לו קרקע, כיון דמודה שיש לו הודאת בעל דין כמאה עדים דמי עכ"ל יעו"ש. והיש מפרשים הסכימו ליסוד דברי התוס' בקושייתם דכל התחייבות שאינה פועלת

שמבואר מסוגיא דלקמן, אלא שהוקשה להם למה לא תהא נחשבת כתיבת כתובה כשאין לחתן אפילו שוה פרוטה כקנין דברים בעלמא, שהרי בשעתו אינו נותן לה זכות וקנין בשום דבר, רק שמבטיח לה שישלם כתובתה אם יגרשנה, ולמה אין זה כמו קנין אתן דאמרין בבבא מציעא (דף מט.) דהאומר לחבירו מתנה אני נותן לך הוי קנין דברים בעלמא, ולא נחלקו אמוראים אלא אם יש בהם משום מחוסרי אמנה, יעו"ש, שלא נתן לו כלום אלא הבטחה בעלמא, וכן נמי בכותב כתובה ואין לו נכסים אינו נותן לה שום זכות וקנין אלא הבטחה בעלמא, ואינו יכול לשעבד גופו אם לא יצא מזה שום זכות וקנין אלא הבטחה בלבד, שמה תוכל לעשות אם יגיע הזמן ואין לה ממה לגבות, והלא לא תוכל אלא לתבוע ממנו שיקיים מצות פריעת בעל חוב להיות הן שלך צדק, כדאיתא לקמן (דף פו.) וברש"י שם ד"ה פריעת, יעו"ש, ולא נולד שעבוד הגוף ממוני ממצוה זו אלא משום דכופים על המצות כמבואר בסוגיא שם, וכיון שיש לו נכסים יבא לידי גביה, וחל עליו מיד שעבוד הגוף וחיוב ממוני, ועיימש"נ בש"ב פ"ב, אמנם אם אין לו שום נכסים לא קיבל עליו אלא מצוה בלבד, והרי זה נחשב קנין דברים בעלמא, ואפילו אם קנה נכסים אחר כך לא יצטרך לשלם, שמעולם לא חל עליו שעבוד הגוף ממוני, ולא נתחייב בכלום.

אכן כל זה הוא אם אין לו שום נכסים בשעת הכתיבה, אבל אם יש לו בשעת הכתיבה אפילו שוה פרוטה של נכסים, ואפילו מטלטלין, אז לא נחשבת התחייבותו קנין דברים, שהרי נותן לה מיד זכות לגבות כתובתה מנכסיו, וממילא חל עליו גם שעבוד הגוף ממוני, ואם נאבדו הנכסים ושוב קנה נכסים נשתעבדו בני חורין, ואם מכרם נשתעבדו מדין דאיקני, כיון שכבר נתחייב וחל עליו שעבוד הגוף, וכמו שמצינו שתורת החוב הוקבעה בשעת חלות החיוב, ועיימש"נ בש"א פ"ח, אבל לולי השעבוד הגוף שחל עליו בשעת התחייבותו אינו יכול לשעבד נכסים שיקנה, דאם אין שעבוד הגוף אין שעבוד נכסים, והוי כמוכר שטר חוב וחזר ומחלו, אבל אם יש לו נכסים בשעת ההתחייבות

מתנה שומר חנם להיות כשואל, ומוקי לה בקנו מידו, התם לאו קנין דברים הוא, אלא קנין גמור הוא שמשעבד את עצמו שאם יאנס ישלם עכ"ל יעו"ש. והתוס' לא הקשו על עיקר קבלת שמירה דשומר חנם דהלא קנין דברים בעלמא הוא, דבכל שומר חנם לא בעינן התחייבותו, אלא כיון דקיבל עליו להיות שומר חנם הטילה עליו התורה כל דיני שומר חנם, והוה ליה מלוה הכתובה בתורה, אבל היכא דהתנה להיות כשואל ליכא מלוה הכתובה בתורה אלא הוא עצמו כדין שואל בהתחייבותו, ועל זה הקשו דלמה לא הוי קנין דברים, ותירצו דהוא מחייב עצמו לשלם אם יאנס, והרי חל עליו חיוב ממון על התנאי, ואין זה קנין דברים לעשות איזה מעשה.

עוד עיין בתוס' לעיל ד"ה כי רצו מאי הוי ניהדרו בהו וז"ל: למאן דאמר מחיצה גודא לא פריך, דאיכא למימר דקנו ושעבדו נכסיהן לבנין הכותל וכו' עכ"ל יעו"ש. ולא שייך לומר ששעבדו נכסיהם לחלוקה, דלא שייך בזה שעבוד, אבל לבנין הכותל שייך שישעבדו נכסיו, ולא כתבו התוס' ששעבד עצמו, כמו שכתבו התוס' גבי שומר חנם שהתנה להיות כשואל, אלא כתבו ששעבד נכסיו, וטעמא דמלתא דלא שייך שעבוד הגוף על בנין הכותל, דאינו מחייב עצמו ליתן כלום לשכנו, ורק שיבנה כותל מממונו והכותל עדיין יהיה שלו, ואם כן אין זה חיוב ממון אלא קנין דברים בעלמא, ולכן כתבו ששעבד נכסיו, אכן קשה דהא כיון דליכא שעבוד הגוף לא שייך שעבוד נכסים, ועיימש"נ בש"א פכ"ד.

ונראה דאין כונת התוס' לדין שעבוד נכסים של נכסי דאינשי מערבין יתיה, דהא ליכא שעבוד הגוף ולאיזה חיוב נתערבו נכסים, אלא כונת התוס' הוא לזכות תשמישין, שיכול להקנות לחבירו זכות להשתמש בחצירו להניח שם כליו וכדומה, והכא נמי מקנה לו זכות בנכסיו שישתמש בהם לסלק מעליו היזק ראייה על ידי בנין כותל, והרי הוא יורד לנכסיו ליקח מה שצריך לבנין הכותל, ואין זה בתורת גבייה אלא בתורת זכותו להשתמש בחצר חבירו להישמר מהיזק ראייה.

כלום בשעתה הוי קנין דברים, כמש"נ, והם תירצו דכיון דאמר כל נכסי אחראין הרי יש בזה הודאת בעל דין שיש לו נכסים אע"פ שלא נודעו לנו, ועל ידי התחייבותו הוא משעבד לה הנכסים שבהודאתו, ולא הוי קנין דברים, אולם בפועל אין האשה יכולה לגבות מאותם נכסים עד שתמצא אותם, ואפילו אם לא תמצא, עדיין עלינו להאמין לו שיש לו נכסים, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ושנשתעבדו לה, ולא הוי קנין דברים.

ולכאורה היה אפשר לומר דהודאת בעל דין מהני גם לפרוזבול, אכן לא הוזכר דבר זה בגמרא שם, ואולי יש לומר דלגבי שמיטה בעינן שהחוב יהא כגבוי, ואם אין שום קרקע שלו ידועה לנו אין חוב זה כגבוי, שלעולם לא ימצא המלוה קרקע זו הצפונה בהודאתו, אבל לגבי כתובה אנו דנים אם התחייבותו הוי קנין דברים, ובזה שפיר יש לומר דכיון שנותן לה זכות גביה בקרקע הצפונה שנודעה לנו רק על ידי הודאת בעל דין שפיר נחשב שנתן לה זכות גביה, ולא הוי קנין דברים. ויותר נראה לחלק דגבי שמיטה לא מהני הודאת בעל דין שהרי הוא מודה לזכותו ולא לחובתו, דעל ידי הודאתו פועל שאין שביעית משמטת החוב שיש לו על חבירו, אבל בכתובה כל הודאתו לא הוי אלא לחובתו, ושפיר אמרינן דכמאה עדים דמי.

פרק כ

בו יבוארו דברי התוס' דשותפים שקנו מידם לחצות נחשב קנין דברים אם קבלו לחלוק אבל אם קיבלו לבנות מחיצה נשתעבדו הנכסים אע"ג דלא שייך בזה שעבוד הגוף.

[כבא בתרא ג.] לישנא אחרינא אמרי לה סברוה מאי מחיצה פלוגתא וכו', מאי איריא רצו אפילו לא רצו נמי, אמר רב אסי אמר רבי יוחנן משנתנו כשאין בה דין חלוקה וכו', אי בשאין בה חלוקה כי רצו מאי הוי נהדרו בהו, אמר רב אסי אמר רבי יוחנן שקנו מידן, וכי קנו מידן מאי הוי קנין דברים בעלמא הוא וכו' יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה קנין דברים וז"ל: בפרק השוכר את הפועלים (ב"מ דף צד.) דתנן

פרק כא

בו יבואר מהלכות הראשונים אם אמרינן אחריות טעות סופר רק לגבי נכסים שכבר קנה בשעת כתיבת השטר או אפילו לגבי נכסים שעדיין לא קנה.

[רמב"ם פ"ח מלוה ולוה ה"א] כתב הרמב"ם וז"ל: המלוה את חבירו סתם הרי כל נכסיו אחראין וערבין לחוב זה וכו', במה דברים אמורים בקרקעות שהיו לו בעת שלוה, אבל נכסים הבאין לו לאחר שלוה לא נשתעבדו ואינו טורפן, ואם התנה עליו שכל נכסים שיקנה יהיו משועבדין להפרע מהן, וקנה אחר שלוה ומכר או נתן הרי בעל חוב טורף מהן עכ"ל יעו"ש, ועיין במגיד משנה שכתב דזוהי שיטת הרמב"ם דלא אמרינן אחריות טעות סופר בשעבוד דאיקני, וכן דעת בעל העיטור והרמב"ן, אבל הרשב"א ס"ל דגם בשעבוד דאיקני אמרינן אחריות טעות סופר יעו"ש.

והגם הרשב"ם ס"ל כשיטת הרמב"ם דלא אמרינן אחריות טעות סופר לגבי כתיבת דאיקני, דעיין בבבא בתרא (דף קנז:) דהגמרא רצה להביא ראיה דדאיקני קנה מהא דשטרי חוב המאוחרין כשרין, ודחה דאתי אליבא דרבי מאיר דאית ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ולדידיה בודאי אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, ויכול לשעבד נכסים שעתיד לקנות, ועדיין אין אנו יודעים אם דאיקני קנה אליבא דרבנן, וכתב הרשב"ם שם בד"ה הא מני רבי מאיר היא וז"ל: והלכך מאוחרין כשרין, שאם כתב בתוך השטר שום אחריות כך כתב דקנאי ודעתיד אנה למיקני, שאין כותבין אחריות לחצאין וליכא למיחש למידי, וגם אם לא נכתב בו אחריות ליכא למיחש כלל, דהא לרבי מאיר לא טריף ממשעבדי בשנים או חזין (כ"מ דף יג:), ומיהו אם כתב בהו דקנאי ולא כתב בהו דאיקני בהא ודאי מודה רבי מאיר דמאוחרין פסולין, כקושיין דלעיל דלמא אתי למיטרף קרקעות שקנה בין זמן הלואה לזמן כתיבת השטר שלא כדין, מיהו לא שכיחא מלתא לכתוב אחריות לחצאין הילכך לא חש לאקשוויי טפי עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק בדבריו דלמה הוצרך לומר דרבי מאיר אזיל לשיטתו דלית ליה אחריות

טעות סופר, אפילו אם אית ליה אחריות טעות סופר ליכא למיחש למידי, דהא על ידי דין אחריות טעות סופר הרי זה נחשב כאילו כתב לו להדיא דקנאי ודאיקני, והרי זה בודאי מועיל אליבא דרבי מאיר דאית ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואם כן תו ליכא למיחש לפסידא דלקוחות, ומוכח מזה דדין אחריות טעות סופר לא מהני אלא לגבי נכסים שכבר יש לו ולא לגבי נכסים שעדיין לא קנה, ואם כן איכא למיחש לפסידא דלקוחות, ולכן כתב הרשב"ם דרבי מאיר אזיל לשיטתו דלית ליה אחריות טעות סופר, ואם לא כתב אינו גובה כלל, ותו ליכא למיחש למידי.

והמחבר סי' קי"ב סעי' א' פסק כדברי הרמב"ם, אבל הרמ"א כתב וז"ל: וי"א כיון דקיימא לן אחריות טעות סופר הוא, כל מה שראוי להשתעבד אמרינן ביה אחריות טעות סופר ואפילו דאיקני נמי וכו' עכ"ל יעו"ש, והוא כשיטת הרשב"א, וכתב טעמא דמלתא משום דמסתמא רצה לשעבד כל מה דאפשר לשעבד, ואם יכול לשעבד נכסים שעדיין לא קנה בודאי רצה המלוה לגבות גם מהם, ולכאורה צריך עיון בשיטת הרמב"ם והמחבר דלמה לא אמרינן אחריות טעות סופר גם על נכסים שעדיין לא קנה, ועיין בסמ"ע ובש"ך מה שכתבו ליישב דבריו.

והנה יש לעיין בהא דאמרינן בבבא מציעא (דף יד:) דאחריות טעות סופר דלמה באמת צריכים לכך, והלא למאן דאמר שעבודא דאורייתא נשתעבדו הנכסים ממילא, ורק דחיישינן לפסידא דלקוחות, וכיון שכתב שטר יש לזה קול ואינהו דאפסידו אנפשייהו ואפילו לא כתב לו אחריות, ולמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא תקנו חכמים דמלוה בשטר גובה מקרקעות כדי שלא תנעול דלת בפני לויין הואיל ויש לזה קול ויכולים הלקוחות להזהר, ואם כן למה לן כלל טעמא דאחריות טעות סופר, ודוחק לומר דאין הקול יוצא אלא כשכתב לו אחריות בתוך השטר, דאם כן מה מהני אחריות טעות סופר כיון שלא כתוב אחריות בתוך השטר וליכא קלא, וכי למאן דאמר אחריות טעות סופר יש לזה קול ולמאן דאמר אחריות לאו טעות סופר

ונראה לחדש לפי זה דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא ומלוה על פה גובה מן היורשים, כדאייתא בב"ב (דף קעה:), אם לזה ולאחר כך קנה נכסים ומת אין המלוה גובה מן היורשים מאותם נכסים שקנה לאחר ההלוואה, שהרי אין שעבוד חל ממילא אלא בשעת חלות החיוב, כמש"נ, ובאותה שעה הרי עדיין לא היו הנכסים ברשותו, ואם כן אין הנכסים אלא בני חורין בלבד, וכשהיתומים ירשו אותם לא ירשו אחריות נכסים, ואין עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם אלא כשירשו אחריות נכסים, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו.) ובבבא בתרא (דף קנז:), אכן אם תאמר דלמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אין צריכים ירושת נכסים משועבדים אלא ירושת קרקעות בלבד, אם כן גם על ידי ירושת קרקעות בני חורין נתחייבו במצות פריעה, וגובין מן היורשים, ועיימש"נ בש"ב פ"י.

פרק כב

בו יבואר שיטת הרמב"ם דינן בלוה ולוה וקנה ובינן בשני שטרות היוצאים ביום אחד הולקים ומכל מקום אם קדם וגבה גבה, ויבואר למה הראב"ד פליג בשני שטרות.

[רמב"ם פ"כ מצוה ולוה הל"א] כתב הרמב"ם וז"ל: מי שיש לו חובות הרבה, כל שקדם חובו גובה תחלה בין מן הלוה עצמו בין מן הלקוחות, ואם קדם האחרון וגבה מוציאים מידו, שכל שקדם חובו זכה. במה דברים אמורים בקרקעות שהיו לו בעת שלוה, אבל הקרקעות שקנה אחר שלוה מבעלי חובות הרבה, אע"פ שכתב לכל אחד מהם מה שאני עתיד לקנות משועבד לך, אין בהן דין קדימה אלא כולן שוין, וכל שקדם וגבה זכה אע"פ שהוא אחרון עכ"ל יעו"ש.

ודין זה דלוה שכתב דאיני לבעלי חובות הרבה מבואר בבבבא בתרא (דף קנז:), לזה ולוה וחזר וקנה מהו וכו' והלכתא יחלוקו, יעו"ש. וכן פסק הרמב"ם בהל"ד וז"ל: או שבאו לגבות מקרקע שקנה הלוה לאחר שלוה מן האחרון שבהם, ואין בנכסים כדי שיגבה כל אחד מהם את חובו, מחלקין ביניהם עכ"ל יעו"ש. וכאן בהל"א לא הביא אלא שדין כולם שוה ואם

אין לזה קול. וצריך לומר דאי לאו דאמרינן אחריות טעות סופר היינו אומרים דכיון שהשמיט שעבוד נכסים מלשון השטר הרי זה מראה לנו שאינו רוצה לשעבד נכסיו, ובודאי יכול להתנות שלא ישתעבדו, לכן אמרינן אחריות טעות סופר, ובודאי ניחא ליה בשעבוד נכסים, והרי הם משועבדים או מדאורייתא או מתקנת חכמים.

אולם נראה דהא דקרקעות נשתעבדו ממילא לבעל חוב, או מדאורייתא או מתקנת חכמים, היינו על ידי חלות החיוב ולא על ידי עצם החיוב, דבמתן מעות הלוואה נשתעבדו נמי הנכסים, אבל אי משום הא שיש עליו חיוב אין נכסיו משתעבדים, ומשום הכי בנכסים שקנה אחר שעת ההלוואה צריך דאיני, דהרי בשעת חלות החיוב לא היו הנכסים ברשותו להשתעבד, וכשקנה אותם אינם משתעבדים ממילא על ידי הא דמוטל עליו חיוב תשלומין, דעצם מציאות החוב אינו פועל שום שעבוד, ולכן בעינן שיכתוב לו דאיני, והרי זה הקנאה מיוחדת לשעבד נכסיו שעתיד לקנות, דלמאן דאמר דאיני קנה אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, ועיימש"נ בש"ז פ"ב, ונמצא לפי זה דחלוק הא דשטר חוב משעבד נכסים דאית ליה מהא דמשעבד נכסים שעתיד לקנות, דנכסים דאית ליה משתעבדי ממילא על ידי מתן מעות ההלוואה כל זמן דאיכא שטר, אבל לנכסים שעתיד לקנות בעינן הקנאה מיוחדת, והרי השטר חוב משמש נמי כשטר קנין לשעבדם.

ומובן היטב לפי זה למה לא אמרינן אחריות טעות סופר לגבי שעבוד דאני, דאין הכי נמי דנקטינן שהסופר טעה במה שלא כתב אחריות, ובודאי רצה המלוה שישתעבדו לו כל נכסים שעתיד הלוה לקנות, אמנם לזה בעינן שטר קנין, כמש"נ, והרי לא כתוב הך קנין בתוך השטר, ואיה השטר קנין, אבל לשעבוד נכסים שיש לו בשעת הלוואה לא צריך הקנאה מיוחדת, ורק שלא נאמר שהשמיט השעבוד מלשון השטר מראה לנו שאינו רוצה בו, לזה אמרינן אחריות טעות סופר, ובודאי ניחא להו בהשעבוד שחל ממילא המלוה בשטר.

שויים הם לגבי הגביה, והא דחולקים לא הוי משום דשניהם שותפים בהשעבוד, שהרי אין לכל אחד שייכות לחבירו, וכל אחד יש לו שעבוד גמור על כל הנכסים, אלא דבפועל מחלקים הנכסים ביניהם כיון ששניהם שויים, ואי אפשר לתת הכל לשניהם, ובכהאי גונא פשיטא לן דאם קדם אחד וגבה זכה ואין מוציאים מידו, שהרי יש לו שעבוד גמור ודין גביה מעליא לגבי כל הנכסים, ואם בית דין לא ראו אלא שטר האחד והורידו אותו להנכסים הרי כדין עשו, ואין מוציאים מידו, ולא דמי לבעל חוב מאוחר שקדם וגבה שפסק הרמב"ם דמוציאים מידו, דהתם תקנו חכמים דין קדימה לבעל חוב מוקדם, ועיימש"נ בש"ז פי"ז, אבל בלוה ולוה וקנה אין לשום אחד מהם קדימה, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, וגם יש לכל אחד שעבוד גמור על כל הנכסים, ואם באו לגבות ביחד חולקים, ואם קדם האחד וגבה מה שגבה גבה.

אכ"נ בשני שטרות היוצאים ביום אחד אין הדבר כל כך פשוט, דשפיר איכא למימר דכיון שכתב שטר לשניהם ביום אחד כונתו היתה לשעבד הנכסים להם בשותפות, ואם כן דינא דיחלוקו לא הוי מפני שבפועל אי אפשר לתת לשניהם את הכל ומשום הכי מחלקים ביניהם, אלא היינו טעמא משום דעצם השעבוד היה שגביתם תהא כאחד, ואם אין נכסים להגבות לשניהם כל חובם יחלוקו ביניהם, ואם כן הוא, דיחלוקו הוא עיקר דין גביה שלהם, אם קדם אחד וגבה את הכל לא זכה ומוציאים מידו, וזוהי סברת הראב"ד, ולא דמי ללוה ולוה וקנה דשתי ההלוואות לא היו בבת אחת, ואפשר נמי שעברו שנים רבות בין זו לזו, ולא מסתברא שכונתו היתה לצרפם יחד בכח הגביה, מה שאין כן בשני שטרות היוצאים ביום אחד.

אב"ל הרמב"ם ס"ל דגם שתי שטרות היוצאים ביום אחד לא צירפם יחד בשעבוד, אלא כל אחד יש לו שעבוד גמור על הכל, וממילא מחלקים ביניהם, כמש"נ, ועל זה קאמר הראב"ד דאם כן הוא היה לו להתנא לפרש דאם קדם וגבה זכה, ובשלמא בלוה ולוה וקנה אין שום קושיא ממה שלא הוזכר בגמרא דאם קדם וגבה זכה, דמלתא דפשיטא היא כיון דאין להם שום

קדם האחד וגבה אין מוציאים מידו, דכיון דשויים לא חשיב כבעל חוב מאוחר שקדם וגבה דמוציאים מידו.

עוד כתב הרמב"ם בהל"ג וז"ל: שטרות שזמן כולן יום אחד או שעה אחת במקום שכותבין שעות, כל שקדם מהם וגבה בין קרקע בין מטלטלין זכה עכ"ל יעו"ש, וגם שם עיקר הדין הוא דיחלוקו, כמו שכתב הרמב"ם בהל"ד, וכמו שמבואר במתניתין בכתובות (דף צג:) יעו"ש, ופסק הרמב"ם דאם קדם האחד וגבה אין מוציאים מידו, וכמו שפסק בלוה ולוה וקנה, כנ"ל, ואע"ג דאמרינן בכתובות (דף צד.) ובב"ב (דף לה.) שני שטרות היוצאין ביום אחד רב אמר יחלוקו ושמואל אמר שודא דיני, וקיימא לן כשמואל, הרי הוכיח הרי"ף בכתובות שם דרב ושמואל נחלקו בשטרי קנין, וכן פסק הרמב"ם פ"ה זכיה ומתנה הל"ו דעבדינן שודא, אבל בשטרי חוב כולי עלמא ס"ל דיחלוקו, וס"ל להרמב"ם דאם קדם האחד וגבה אין מוציאים מידו.

ובהל"ג השיגו הראב"ד וז"ל: א"א מאין הוציא זה דין חדש לומר כל הקודם זכה במה שאמרו חכמים יחלוקו, ולא לשתמיט תנא בחד דוכתא דלימא יחלוקו או כל הקודם זכה, ואין לנו אלא מה שמנו חכמים וחוזן מזה משפט מעוקל עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק בדברי הראב"ד דלמה לא השיג על דברי הרמב"ם בהל"א, דגם שם בלוה ולוה וקנה הדין הוא דיחלוקו, כנ"ל, וגם שם פסק הרמב"ם דאם קדם אחד מהם וגבה זכה ואין מוציאים מידו, וגם שם לא הוזכר בגמרא אלא דינא דיחלוקו בלבד ואין שום זכר בגמרא דאם קדם אחד וגבה זכה, וגם שם היה לו להראב"ד להשיג על דברי הרמב"ם, ולמה נטר עד הל"ג בדין שני שטרות היוצאים ביום אחד להשיג על דברי הרמב"ם.

ונראה דבלוה ולוה וקנה הרי נתן לכל אחד מהבעלי חובות שעבוד גמור על כל נכסיו, בין אלו שכבר היו תחת ידו בשעת ההלוואה בין אלו שעתיד לקנות, ואין כאן שום שייכות כלל בין שעבוד האחד לשעבוד השני, וכל אחד יש לו שעבוד גמור על כל נכסיו שעתיד לקנות, וכיון שהלוואתם קדמה לקניה הרי

זמן הקנין לאחר ל', ואם כן גם בשעבוד דאי קני ניאא כן, דכל זמן שלא קנה נכסים ולא חל עדיין השעבוד יכול לחזור בו. וכן מצינו בבבא מציעא (דף טו:) דיכול לחזור בו בהקנה דבר שלא בא לעולם, ולכאורה הוא הדין בשעבוד דבר שלא בא לעולם, ולמה הוצרך להביא ראיה מהא דחלוקה. וגם מאי טעמייהו דהנך ראשונים דפליגי עליה וס"ל דאינו יכול לחזור, ועיין בחו"מ סי' קי"ב סעי' א', יעו"ש.

ונראה דהרשב"א הוצרך להביא ראיה מדינא דיחלוקה דיכול לחזור, דאי מדין קנין לאחר שלשים דיכול לחזור בו אין כל כך ראיה לדידן, דהיה אפשר לומר דשאני שעבוד מקנין הואיל והשעבוד חל ממילא, ועיימש"נ בש"ז פ"ד, והיה אפשר לומר דבשעבוד יש להמלוה זכות גביה מלבד מה שזוכה תורת גביה בגוף הקרקע, ודומה לדין מכירי כהונה שיש להם זכות בכל התרומות שעתיד להפריש, ועיימ"ש התוס' בב"ב (דף קג:.) ד"ה הכא במכירי כהונה, יעו"ש, ואיכא למימר נמי דהמלוה זוכה בזכות לגבות מכל נכסי הלוה אפילו אלו שעדיין לא קנה, וזכות זו שייך אפילו אם אין ללוה נכסים כלל, וכיון שזכה בזכות זו שוב אין הלוה יכול לחזור בו ולהפקיעו ממנו, מה שאין כן בקנין לאחר שלשים דאין שם אלא קנין בלבד בלי שום זכות, וכל זמן שלא חל הקנין יכול לחזור בו, אבל בשעבוד שכל עיקר דינו הוא זכות לגבות, סלקא דעתין דמלבד הא דהמלוה קונה זכות בגוף הקרקע איכא נמי זכות גביה בעלמא שחלה גם קודם שבאה הקרקע ליד המלוה, ומהאי טעמא הוה אמינא דאינו יכול לחזור בו, משום הכי הוצרך הרשב"א להביא ראיה דאין לו שום תורת ממון קודם שקנה נכסים ואם רצה הלוה יכול לחזור בו.

והנה עיין שם בבבא מציעא (דף טו:) המוכר פירות דקל לחבירו, אמר רב הונא עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו משבאו לעולם אינו יכול לחזור בו יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו וכו', דאפילו למאן דאמר (יבמות דף צג.) אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הני מילי שבא לחזור אחר שבא לעולם

שייכות זה לזה, כמש"נ, אבל בשני שטרות היוצאים ביום אחד אין זה פשוט כלל, ואם באמת אף בכהאי גונא יש לכל אחד שעבוד גמור על הכל היה לו לפרש בגמרא דכן הוא ואם קדם וגבה זכה.

פרק כג

בו יבואר מהלוקת הראשונים בלוה ששעבד למו"ה כל נכסים שעתיד לקנות אם יבוא לחזור בו קודם שבאו לידו כי היכי דיכול לחזור בו במקנה דבר שלא בא לעולם.

[רמב"ם פ"כ מלוה ולוה ה"א] כתב הרמב"ם וז"ל: אבל הקרעות שקנה אחר שלוה מבעלי חובות הרבה, אע"פ שכתב לכל אחד מהם מה שאני עתיד לקנות משועבד לך, אין בהן דין קדימה אלא כולן שוין, וכל שקדם וגבה זכה אע"פ שהוא אחרון עכ"ל יעו"ש.

וכתב המגיד משנה וז"ל: זה מבואר בפרק מי שמת (דף קג:), לוה ולוה ואחר כך קנה יחלוקו וכו', וכתב הרשב"א ז"ל מהכא שמעינן לשעבוד דאקנה דכל שלא קנה יכול לחזור בו, דאי לא לקמא משתעבד לבתרא לא משתעבד, דכשם שאינו יכול לחזור בו בכל כך אינו יכול לחזור בו במקצת וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי הרשב"א דהא דפסקינן לוה ולוה וקנה יחלוקו, היינו משום שיש כאן חזרה במקצת ממה שכתב דאי קני להראשון, שלא הפקיע ממנו לגמרי השעבוד דאי קני שכתב לו כשהלוהו, אלא הפקיע ממנו הדין קדימה שהיה לו במה שהלוהו קדמה להלוואת השני, וקאמר הרשב"א דאי לאו דיכול לחזור בו מן השעבוד דאי קני מכל וכל, לא היה יכול נמי לחזור מדין קדימה להשני, ועיימש"נ בש"ז פ"ח.

אולם יש לדקדק בדבריו דלמה צריך להביא ראיה לכך שיכול לחזור, ולמה תיסק אדעתין שלא יוכל לחזור בו, ומאי שנא מהא דאמרינן בקדושין (דף נט.) וכן האומר לאשה התקדשי לי לאחר שלשים יום וכו' וחזרה בה מהו, רבי יוחנן אמר חוזרת אתי דיבור ומבטל דיבור, יעו"ש, וכל זמן שלא חלו הקדושין יכולה לחזור בה ואפילו במה שתחת ידה אלא שקבעה

בפועל כל זמן דלא אתי לידו לא חשיב קנין גמור ויכול לחזור בו, ועיימש"נ בש"ז פכ"ד.

פרק כד

בו יבוארו דברי הרמב"ם דל"ה ששעבד למלוה נכסים שעתיד לקנות וקנה שדה ואחר כך ל"ה ממלוה שני דין הוא דמלוה ראשון קודם למלוה שני לגבות מן השדה.

רמב"ם פ"ב מלוה ול"ה ה"ב כתב הרמב"ם וז"ל: ל"ה וכתב לו שאני עתיד לקנות משועבד לך, ואחר כך קנה שדה וחזר ול"ה מאחר, הרי השדה משועבד לראשון והוא קודם לגבות עכ"ל יעו"ש. והנה מיד כשקנה השדה נשתעבדה למלוה ראשון, שהרי כתב לו דאיקני, ורק אחר כך ל"ה מן השני ונשתעבדה שדהו להשני, ואם כן בודאי שעבודו של מלוה ראשון קודם לשעבודו של מלוה שני, ואם כן מה מחדש לנו הרמב"ם במ"ש דמלוה ראשון קודם לגביה, והלא דברים פשוטים הם, ועיינ במגיד משנה שכתב דפשוט הוא יעו"ש, אולם קשה דהלא הם כל כך דברים פשוטים שלכאורה לא היה לו להרמב"ם להזכירם.

ונראה ליישב דברי הרמב"ם עפיש"נ בש"ז פ"ד בדברי הרשב"ם דהא דאיקני קנה ומכר מלוה גובה מן הלוקח, ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, היינו משום דלא הוי חסרון דדבר שלא בא לעולם אלא מצד המעשה ולא מצד החלות, דעיקר דין שעבוד הוא דאין מכירתו מכירה לגבי גוביינא דמלוה, ודין זה יכול לחול על הקרקע אפילו קודם שקנאה, שחל בה דין דלעולם לא יוכל הל"ה למוכרה לגבי גוביינא דמלוה, ולכן אם שוב קנאה אינו יכול למוכרה להפקיע גוביינא דידיה, וכשבאה הקרקע ליד הל"ה אז חל שעבוד גמור על הקרקע הואיל ואין הל"ה יכול למוכרה לגבי גוביינא דמלוה, ולמאן דאמר למפרע הוא גובה (פסחים דף ל:) חלה גביתו למפרע כשבא ליד הל"ה, אבל גם קודם לכן בעצם היה שייך דין זה שלא יוכל למכור, אע"ג דשעבוד גמור לא שייך הואיל ועדיין הקרקע ברשות המוכר.

עכ"ל יעו"ש, והגיה הגר"א וז"ל: וכן לענין דאיקני לכולי עלמא עכ"ל יעו"ש.

והוא כדברי הרשב"א שם וז"ל: מכאן נראה לי לשעבוד דאיקני שיכול לחזור בו עד דלא קנה, דהא מדמי להו התם בפרק מי שמת (ב"ב דף קנ:), דבעי שמואל דאיקני מהו, אליבא דרבי מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא תבעי לך, כי תיבעי לך אליבא דרבנן מאי, וכן דבר שלא בא לעולם מודה רבי הונא דאית ליה כרבי מאיר דיכול לחזור בו עד שלא באו לעולם, כל שכן לדידן דסבירא לן כרבנן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דאם בא לחזור בדאיקני שיכול לחזור בו וכו' עכ"ל יעו"ש.

וי"ש לדקדק בדברי הרשב"א למה הוצרך להביא ראייה דיכול לחזור משעבוד דאיקני מהא דמדמינן דאיקני לדבר שלא בא לעולם בפרק מי שמת, כנ"ל, ולמה לא קאמר בפשיטות דכי היכי דלמאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו קודם שבאו פירות לעולם הואיל ועדיין לא קנה מידי, כמו כן נמי בשעבוד דאיקני יכול לחזור בו קודם שקנה הנכסים ועדיין לא זכה במידי, ולמה הוצרך להא דבגמרא מדמי להו אהדדי.

ולפימ"ש אתי שפיר, דמעצם הך דינא דאפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עדיין יכול לחזור בו קודם שבא לעולם אין להביא ראייה דגם בשעבוד דאיקני יכול לחזור בו, דהיה אפשר לומר דבשעבוד איכא זכות גביה על כל נכסים שעתיד לקנות, והרי הוא זוכה בזכות זו אפילו קודם שהל"ה קנה נכסים, וכמש"נ, משום הכי הוצרך להביא מהא דמדמינן שעבוד דאיקני לקנין דבר שלא בא לעולם, ומשמע דדין אחד לשניהם, ואם בקנין דבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו קודם שבא לעולם, הוא הדין נמי בשעבוד דאיקני שיכול לחזור בו, ואין המלוה זוכה בשום דבר קודם שהל"ה קנה נכסים.

והנהך ראשונים דפליגי על הרשב"א, כנ"ל, ס"ל דהמלוה קונה מיד זכות לגבות מכל נכסים שיש לו להלוה או שעתיד לקנות שלא יוכל למכור אותם להפקיע גביתו של המלוה, כמש"נ בש"ז פ"ד, ואיכא למימר דגם הרשב"א מודה בכך אלא דס"ל דכיון דאין בזכות זו תועלת

ליה וכו' הב לי כתובה וכו', תבעתיה לדינא קמיה דרבה בר שילא וכו', אמר ליה וכו' זיל הב לה, לא אשגח, כתב לה אדרכתא אנכסיה, אתא לקמיה דרבה אמר ליה חזי מר היכי דנן, אמר ליה שפיר דנן, אמרה ליה אי הכי לזייל ליהדר לי פירי דמן ההוא יומא עד האינדא, אמר לה אחוי לי אדרכתין, חזייה דלא הוה כתוב בה ואישתמודענא דנכסים אלו דמיתנא אינון וכו', אמרה ליה והא מר הוא דאמר אחריות טעות סופר הוא, אמר לה רבא בהא ליכא למימר טעות סופר הוא, דבהא אפילו רבה בר שילא טעי מעיקרא, הוא סבור הני והני ידידיה מה לי מהני מה לי מהני, ולא היא, זימנין דאזלה ומשבתה להו דבעלה מכספי, ואמר לה שקיל דיך והב לי דידי ואתי לאפוקי לעז על בי דינא יעו"ש.

ומבואר בגמרא דמעיקרא סבר רבה בר שילא דכיון שבאה האלמנה לתבוע כתובתה מן היורש, והרי יש בידו קרקע המשועבדת לה שירש מבעלה, שוב אין אנו צריכים לדעת שהקרקע שהיא טורפת היא היא הקרקע שירש מבעלה ומשועבדת לה, ואין בית דין צריכים לכתוב בהאדרכתא ואישתמודענא דנכסים אלו דמיתנא אינון, דכיון דכולם ביד היורש מה לי מהני מה לי מהני, כלומר דבאמת יכולה לגבות מכל קרקעותיו של היורש, ואפילו מהני שאינן משועבדות לכתובתה.

וקאמר רבא דרבה בר שילא טעי בכך, דאם נניחנה לגבות משאר נכסיו, ואפילו אלו שאינן משועבדות לה, יתכן שלאחר זמן תשביח הקרקע שגבתה שלא היתה משועבדת לה, ויבא היורש ויאמר שקיל את הקרקע המשועבדת לך והב לי קרקע דידי, ונמצא האלמנה מפסדת, ואתי לאפוקי לעז על בית דין שלא נזהרו בטובת האלמנה וגרמו לה הפסד ממון.

וייש לדקדק דמאי סלקא דעתיה דרבה בר שילא דמה לי אם מהני גביא מה לי אם מהני, והלא אין לה שעבוד אלא על הקרקע שירש מבעלה, ובאמת סברת רבה בר שילא קיימת גם למסקנת הגמרא ורק דחיישינן שלאחר זמן יבא היורש ויחזיר לה הקרקע המשועבדת לה, ויטול ממנה קרקע שלו שהיא השביחה, ונמצא

ולפי זה היה באמת אפשר לומר דזהו כל דין שעבוד דאקני, דחל דין על הקרקע דאין הלוח יכול למוכרה לגבי גוביינא דמלוה, ומעולם לא זכה המלוה שעבוד גמור בגוף הקרקע, ואפילו למאן דאמר למפרע הוא גובה בכל שעבודים, כנ"ל, לא נאמר למפרע הוא גובה בשעבוד דאיקני, ואינו זוכה בהקרקע אלא משעת גביתו ואילך, ולא אמרינן דעל ידי הא דאין מכירתו מכירה חל ממילא שעבוד גמור על הקרקע כשבא לידו, דאין שעבוד גמור חל אלא כששעבדו להדיא, ובדאיקני ליכא שעבוד להדיא, דלגבי שעבוד גמור הוה ליה החסרון דדבר שלא בא לעולם גם מצד החלות, כמש"נ.

ונמצא דאם כתב למלוה ראשון דאיקני וקנה שדה ואחר כך לוח ממלוה שני, הרי שעבוד דמלוה ראשון הוא רק דין דאין מכירתו מכירה, אבל אין לו שעבוד גמור ותפיסה בגוף הקרקע, ומלוה שני שקנה שעבודו לאחר שכבר בא השדה ליד הלוח יש לו שעבוד גמור על הקרקע, ועדיף שעבוד השני משעבוד הראשון, וסלקא דעתין דאע"ג דהשני מאוחר בהלואתו הרי הוא קודם בגביתו, דזה ששעבדו עדיף קודם לגביה, כמו שכתב רש"י בב"ק (דף לו.) ד"ה ראשון נשכר, ועיימש"נ בש"ו פכ"ב.

ולאפוקי מסברא זו כתב הרמב"ם דמלוה ראשון לעולם קודם למלוה שני לגבות, ואפילו אם המלוה ראשון בא מכח דאיקני, והיינו דיכול לשעבד מה שעדיין לא קנה, שהרי אינו מקנה לו אלא דין זה שלא יוכל הלוח למוכרה להפקיע גוביינא דמלוה, כמש"נ, מכל מקום כשבאה הקרקע לידו חל ממילא גם שעבוד גמור, ונמצא דלא עדיף השני מן הראשון, והרי הראשון קודם לשעבוד וקודם לגביה.

פרק כה

בו ידון בהא דאלמנה גובה מן היורש אף אם לא נודע איזה קרקע ירש מאביו, דמה לי מהני מה לי מהני, ומכל מקום יבא היורש להחזיר לה הקרקע שירש וליטול הקרקע שגבתה.

[כתובות קד:] חמתיה דרב חייא אריכא אינתת אחוה הואי ואלמנה בבית אביה הואי וכו' אמרה

ואפילו מאלו שלא נשתעבדו, ובאמת קיימת סברא זו גם למסקנא אי לאו דחיישינן ללעז, כמש"נ, והיינו טעמא משום שיש לה תביעה על כל נכסיו מדין ממוני גבך, דבודאי אם נתערב ממון דידה בממון דידיה אינו יכול לדחותה ולומר לה תביא ראיה איזה ממון שלך וטול והמוציא מחבירו עליו הראיה, זה אינו, שהרי בודאי יש לו ממון שלה בידו וצריך לשלם לה, וכן הוא נמי בסוגיין, הרי בודאי ירש רבי חייא קרקע מבעלה שנשתעבדה להאלמנה, והרי בודאי ממונה גביה, ואפילו אם לא נודע איזו קרקע משועבדת לה, דין הוא שתקח ממנו שום קרקע שיש לו מדין ממוני גבך, והיינו דקאמר מה לי מהני מה לי מהני, ובודאי אם יצביע היורש על הקרקע המשועבדת ויטעון שתקח רק אותה קרקע, בודאי שומעים לו ואינה גובה אלא הקרקע המשועבדת, אבל אם היורש לא אמר ולא מידי הרי בדין נוטלת שום קרקע שיש לו מדין ממוני גבך, ומשום הכי לא הקפיד רבה בר שילא לכתוב בתוך האדרכתא ואשתמודענא דנכסים אלו דמיתנא אינון. אלא דעדיין קשה לפי זה דכיון דבדין גבתה קרקע של היורש מדין ממוני גבך, היאך יכול לבא לאחר זמן ולהוציאה ממנה, וכמש"נ.

ואולי יש לומר דהוא מדין שומא הדרא, כדמבואר בבבא מציעא (דף לה.), דאם לא היה ללוה מעות לשלם חובו וגבה ממנו המלוה קרקע שלו, יכול הלוה לאחר זמן לתת לו המעות שהיה חייב לו והקרקע חוזרת לו, וכעין זה איכא למימר גם בדין, שהרי עיקר דינה היתה לגבות הקרקע המשועבדת לה, ואלא דמדין ממוני גבך יש לה דין ליקח קרקע אחרת במקום שעבודה, ולכן יכול היורש לבא לאחר זמן ולהחזיר לה הקרקע המשועבדת לה מעיקר הדין, וליטול ממנה קרקע שלו שלקחה ממנו בדין, במקום קרקע המשועבדת לה מדין ממוני גבך, אלא דאין זה ממש כדינא דשומא הדרא, כיון דהחזרה הוי למפרע ונוטל הקרקע עם השבח, ולכן לא אמרינן מתחלה מה לי מהני מה לי מהני שלא יוציאו לעז על הדיינים, ואולי לזה כוון נמי הסמ"ע.

האלמנה מפסדת ויצא לעז על הבית דין, הרי דהא דלא אמרינן מה לי מהני מה לי מהני הוא רק משום חשש לעז ולא משום דבעצם אין לה דין גביה אלא מן הקרקע שירש.

עוד קשה דאם מעיקר הדין אמרינן מה לי מהני מה לי מהני, והרי היא יכולה לגבות מכל נכסי היורש, היאך יכול היורש לבא לאחר כך להתחזיר לה הקרקע המשועבדת וליטול ממנו קרקע שלו, והלא בדין הורידה בית דין לקרקע זו, והיאך יכול להוציאה מידה.

והנה עיין בחו"מ סי' ק"ט סעי' ב' וז"ל: כשכותבים האדרכתא על נכסי יתומים בין גדולים בין קטנים כותבים בה, והכרנו שהנכסים האלו הם של פלוני המת, ואם לא כתבו כך האדרכתא פסולה עכ"ל יעו"ש. וכתב הסמ"ע בסק"ו וז"ל: דחששו שמא היורש יתן את שדה שלו להמלוה בשומת חובו, ושל המת שירש ישאר בידו ויבור ויפסידו, ואחר שישביח המלוה השדה שקבל יביא היורש עדים שאותה השדה היא שלו ובטעות נתנה לו, ויוציאה מידו ליתן השדה שנתקלקלה בידו, ויוציאו לעז על הבית דין וכו' עכ"ל יעו"ש. ולפום ריהטא משמע מדברי הסמ"ע דרצה להשמר מקושינתו דאם בדין גבתה שדהו היאך יכול להוציאה מידה לאחר זמן, ולכן כתב הסמ"ע דחיישינן שיתן היורש שדה שלו כאילו היא השדה המשועבדת ואחר זמן יביא ראיה שכל הגביה היתה בטעות, וטעות לעולם חוזר, ויוכל להוציא שדהו מיד האשה או המלוה אחר שכבר הושבחה ויוציא לעז על בית דין.

אולם אין פירוש זה עולה כל כך יפה בלשון הגמרא מה לי מהני מה לי מהני, דמשמע דבדין יכולה לגבות מכל נכסי היורש אפילו אלו שאין עליהם שום שעבוד, וכן מפורש בשיטה מקובצת וז"ל: כלומר נכסי דמיתנא ונכסי דרבי חייא גופיה רמו כולהו קמי דרבי חייא והני דידיה נינהו מה לי אם מגבינא לה מהני וכו' עכ"ל יעו"ש.

ונראה דבאמת סלקא דעתיה דרבה בר שילא דיכולה לגבות מכל נכסי היורש

פרק כו

בו יבואר שיטת התוס' בבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בחיי אביו בנו מוציא מיד הלקוחות, דהמכירה במל'ה וכל הנידון הוא על שעבוד נכסים להחזרת המעות.

[כבא בתרא קנט.] איתמר בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בנו מוציא מיד הלקוחות, וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה אבוך זבין ואת מפיק, ומאי קושיא דלמא מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא, תדע דכתיב תחת אבותיך וגו' יעו"ש. ועיין ברי"ף שכתב, וזו היא שקשה בדיני ממונות אבוה מזבין ואיהו מפיק, יעו"ש, והיינו דבעצם היה צריך להיות הדין עם הלקוחות דלאו כל כמיניה דבן להוציא מהם הואיל ואבוה מזבין, אלא דמכל מקום תקנו חכמים דבן מוציא מיד הלקוחות, והיינו הקושי, וכן כתב המפרש על הרי"ף, יעו"ש. ואולי עשו כן חכמים כדי שלא ילך כל אחד וימכור ירושתו כשהוא נצרך למעות, ופריך בגמרא ומאי קושיא ודלמא מצי אמר מכח אבוה דאבא קא יריתנא וכו', והיינו דאין כאן קושי, אלא הדין עם הבן שמוציא מיד הלקוחות הואיל ואין ירושתו בא לו דרך אביו אלא דרך אבי אביו.

וכתבו התוס' בד"ה ולימרו ליה אבוך זבין ואת מפקת וז"ל: ותימה למה לא יוכל להוציא מיד הלקוחות אפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, היינו כגון שלא מת הבן בחיי האב וכו', אבל כשנפלו לו כשהוא גוסס אמרו לעיל (דף קכז:) דאפילו לרבי מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא מהני מידי לקנות בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, [וכל שכן כשהוא מת]. ופי' הר"ר יצחק בר' מאיר דודאי המכר אינו מכר, אלא לענין חזרת המעות איירי הכא, שבנו מוציא השעבוד שהיה להם ללקוחות מן הדין מהם כי אין להם אפילו שעבוד בקרקע בשביל מעותיהם, ולפי זה צריך לומר דס"ל אדם משעבד דבר שלא בא לעולם וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' דכשאדם משעבד דבר שלא בא לעולם לא בעינן שיהא ראוי לשעבדם כשיבאו לעולם כמו גבי קנין, דאפילו לרבי מאיר דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא

מהני אם בשעה שבא לעולם כבר מת או גוסס, כמו שכתבו התוס' כנ"ל, וכן מצינו דאפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו כל זמן שלא בא לעולם, כדאיתא בבבא מציעא (דף טז.) יעו"ש, ואכן משעבד דבר שלא בא לעולם אינו יכול לחזור בו, וצריך לומר דהא דאדם משעבד דבר שלא בא לעולם אפילו לרבנן דס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, היינו משום שהשעבוד חל מיד, ואע"פ שהקרקע היא עדיין ביד אחרים, ולפיכך כתב הרשב"ם לעיל (דף קנז.) בד"ה אליבא דאין אדם משעבד אלא דברים שכבר באו לעולם אבל לא לידו, ואינו יכול לשעבד פירות דקל אע"ג דעבידי דאתי, ועיימש"נ בש"ז פ"ד.

ואע"ג דאין שעבוד זה שחל מיד מהני לבעל חוב לגבות מן הקרקע בפועל, דהא אינה קנויה ללוה, מכל מקום חל על הקרקע תורת שעבוד לגבי הלוה שאם תבא הקרקע לידו לא יוכל למוכרה להפקיע גבית הבעל חוב, אבל הדין גביה בפועל אינו חל אלא כשבאה הקרקע לידו, ואם כן הכא כשמת הבן בחיי אביו, ומעולם לא באה הקרקע לידו, הרי לא זכה בעל חוב בדין גביה בפועל מן הקרקע, ואם כן יש להקשות דמהי טענת הלקוחות אבוך זבין ואת מפקת, נהי דחל שעבודם על הקרקע מיד כשהיתה עדיין ביד אביו, כמש"נ, מכל מקום לא היה להם דין גביה בפועל על ידי שעבוד זה, כמש"נ, והיאך יכולים לעכב על בן הבן שלא יטול הקרקע, ודוחק לומר דהשעבוד בפועל חל בקבר, דלא מצינו אלא דירושה חל בקבר, ועיימש"נ בש"ז פכ"ז, אבל לא מצינו ששאר דיני ממונות יחולו לאחר מיתה.

אכן נראה לישב דהנה גביה מן היתומים היא בעיקר מדין מצוה לפרוע חוב אביהם ולא מכח עצם השעבוד כמו בלקוחות, כדאיתא בערכין (דף כב.), ועיימש"נ בש"ב פט"ז, אלא דאין המצוה מוטלת עליהם אלא באחריות נכסים שירשו מאביהם, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו.) ד"ה פריעת ולעיל (דף קנז.) ד"ה מצוה, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דכיון שחל שעבוד הלקוחות בנכסי האב בחיי הבן, וכבר חל על הקרקע שלא יוכל הבן למוכרה להפקיע זכותם כשתבא לידו,

ומכירתו לאו כלום היא עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דהנידון בסוגיין לא הוי על המעות אלא על המכירה עצמה, וכן דייק מדבריו בהגהות אשר"י, יעו"ש, וכן מבואר מדברי הרמב"ם פכ"ב מכירה הל"ז, יעו"ש, ועיימש"ג בש"ז פכ"ח, ומבואר דכל הנידון הוא על הנכסים ולא על דמי המקח, ומסיק בגמרא דבן הבן מוציא מיד הלוקחות לפי שאין ירושתו באה לו דרך אביו אלא ישיר מאבי אביו, ובלא הך טעמא לא היה מוציא מיד הלוקחות, וקשה לדידהו קושית התוס' דהא לא הקנה ללוקחות אלא דבר שלא בא לעולם, וכיון דמת הבן בחיי האב קודם שבא לעולם אצלו לכולי עלמא לא קנה, ולמה לן טעמא דמכח אבוה דאבא קא יריתנא.

והנה עיין לעיל (דף קיד:), מה אשה את בעלה אין הבעל יורש את אשתו בקבר, אף אשה את בנה אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב, יעו"ש. ולעיל (דף קיג:) ילפינן מקרא דאין הבעל נוטל בראוי כבמחוקק, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה מה אשה וז"ל: אבל תימה אמאי פשיטא ליה בבעל מבבן, דמה שפירש ריב"ם דלכך פשיטא ליה בבעל משום דשארות פקע לה על ידי מיתה כמו על ידי גירושין אין נראה, דאמר בהבא על יבמתו (יבמות דף נה:) דלאחר מיתה נמי מיקריא שארו. אומר ר"י דהיינו טעמא משום דאין אדם יורש בקבר להנחיל לקרובים אלא על ידי משמוש נפקא לן לקמן מובן אין לו דהיינו הנהו דיוורשים מחמת קורבה, אבל בעל דלא ירית מחמת קורבה [אלא מחמת שאר] לא אשכח משמוש עכ"ל יעו"ש.

ישם ביבמות קאמר בגמרא אמר רבא למה לי דכתב רחמנא וכו' שכבת זרע באשת איש וכו' אלא פרט למשמש מתה, דסלקא דעתא אמינא הואיל ולאחר מיתה נמי איקרי שארו אימא ליחייב עלה באשת איש קא משמע לן, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: סלקא דעתא אמינא הואיל ולאחר מיתה שארו דבעלה מיקרי, דכתיב גבי טומאה כי אם לשארו, ואמרינן לעיל (דף כב:) שארו זו אשתו, ליחייב עליה עכ"ל יעו"ש. ולכאורה מבואר מדברי רש"י דגם למסקנא אמרינן דאשתו נחשבת שארו גם לאחר מיתה, שהרי כן מבואר בגמרא לגבי טומאה,

אם כן אע"ג דמעולם לא יצא מזה דין גביה בפועל הואיל ומת הבן בחיי אביו ומעולם לא באו הנכסים לידו, מכל מקום הרי זה נחשב שבן הבן ירש אחריות נכסים ומצוה עליו לפרוע חוב אביו, שהרי חיוב הבן אינו בא מחמת השעבוד אלא מחמת מצותו כל זמן שירש אחריות נכסים, כמש"ג, ולזה מהני גם שעבוד זה שחל בחיי אבי אביו ולא יצא ממנו דין גביה, דמכל מקום נחשב שירש אחריות נכסים וחל עליו מצוה לפרוע חוב אביו, והיינו טענת הלוקחות בסוגיין אבוכן זבין ואת מפקת.

פרק כז

בו יבואר שיטת הרשב"ם בבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בחיי אביו בנו מוציא מיד הלוקחות דהנידון הוא על עצם המכירה אם כן הבן יכול לבטלה.

נבא בתרא קנטא. איתמר בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת, בנו מוציא מיד הלוקחות, וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה אבוכן מזבין ואת מפיק, ומאי קושיא דלמא מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא וכו' יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה ולימרו וז"ל: ותימה למה לא יוכל להוציא מיד הלוקחות אפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם היינו כגון שלא מת הבן וכו'. ופי' הר"ר יצחק בר' מאיר דודאי המכר אינו מכר, אלא לענין חזרת המעות איירי וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי התוס' דאפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אינו יכול להקנות נכסי אביו שעומדים לבא אליו בירושה אם ישארו ביד אביו עד שימות, ומה שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף טז.) בד"ה מה שאירש מאבא מכור לך דלמאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מכור, יעו"ש, היינו כשמת האב בחיי הבן, אבל אם מת הבן קודם שבא לידו לכולי עלמא לא אהני מכירתו.

אכנ עיימ"ש הרשב"ם בד"ה דלמא וז"ל: דאמר להו חנוך בן ראובן מכח יעקב דהוה אבוה דאבא קא אתינא וכו', ולא מכח ראובן אבי אני יורש, ואין בנכסים הללו שום זכות לראובן

וְלִפִּי זה יצא לנו דהריב"ם בסוגיין אזיל לשיטתו בפרק יש נוחלין שם, שהרי פירש התם דלהכי פשיטא ליה בבעל מבכך משום דשארות פקע על ידי מיתה, כנ"ל, ונמצא לפי זה דלא סלקא דעתין שהבעל ירש זכות ירושתה שהיתה לה בנכסי מורישיה כשעדיין היתה שארו, אלא כל דין ירושה לא שייך אלא בקבר, ואז כבר אינה שארו, כמש"נ, ומבואר דלדעת הריב"ם אין זכות ירושה דין ממוני, ולכן פירש הריב"ם בסוגיין דאין הנידון אלא על דמי המקח ולא על המכירה עצמה, שהרי לא היה להבין שום דין ממוני שיוכל להקנותו להלקוחות, אבל הרשב"ם ס"ל דהוי דין ממוני ויכול למוכרה, ולכן פירשו שהנידון בגמרא הוא אם יכול בן הבן ליטול הקרקע ולבטל המכירה.

אֵלָא דעדיין יש להקשות מהא דאמרינן בבבא מציעא (דף טו.) מה שאירש מאבא מכור לך, מה שתעלה מצודתי מכור לך, לא אמר כלום, יעו"ש, והיינו טעמא משום דהוי דבר שלא בא לעולם, הרי להדיא דגם בירושה אמרינן אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

אִוָּלָם נראה דאין זכות ירושה נותנת לו שום זכות וקנין בגוף הקרקע שעומד לירש, אכן עצם הזכות ירושה שלו הוי דבר ממוני שכבר בא לעולם ויכול למוכרה, ולכן יכול למכור ללוקח כל דין יורש שלו ליכנס תחתיו להיות יורש גמור של האב, וכשימות האב תבא לו גוף הקרקע מדין ירושה בפועל, ואין בזה משום מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל אם מכר לו שדה מיוחדת בין השדות שעומד לירש הרי לא הקנה ללוקח דין יורש שלו, דלא שייך שיהא לו דין יורש לגבי שדה זו ולא לגבי שדה אחרת, ואם כן הקנין הוא על גוף הקרקע, ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל אם הקנה ללוקח כל דין יורש שלו אינו צריך קנין בגוף הקרקע, אלא הקנין הוא על דין יורש שלו דכבר בא לעולם, וכמש"נ.

וּבִן מדויק בלשון הרשב"ם בד"ה בן שמכר בנכסי אביו וז"ל: כגון ראובן שמכר חלקו הראוי לו לירש בנכסי יעקב אביו וכו' עכ"ל יעו"ש, הרי שכתב להדיא שמכר לו כל חלקו

כנ"ל, וכן משמע קצת לשון הגמרא דקאמר הואיל ולאחר מיתה נמי קרי שארו, דמשמע דזה נקטינן בפשטות, והחידוש בהא דמשמש מתה פטור הוא דביאת מתה לא איקרי ביאה, ולכן פטור אע"פ שהיא שארו.

אבל התוס' שם פליגי וז"ל: היינו מהך דרשא דהכא דאשמועינן דלאחר מיתה לא איקרי שארו עכ"ל יעו"ש, ואזל לפי שיטת הריב"ם בפרק יש נוחלין דשארות פקע על ידי מיתת האשה, כנ"ל, ולפי זה אין הנידון בגמרא אם משמש מתה נחשב ביאה או לא, אלא הנדון הוא אם אשתו מתה עדיין נחשבת שארו לאחר מיתתה או לא, ומסיק דלא הויא עוד שארו, ולענין הא דמביא רש"י ראייה מטומאה דעדיין היא שארו יש לומר דהתורה אמרה ליטמא לאשה שהיתה שארו, ולא שהיא שארו לאחר מיתתה.

וְלִהֲנִיךְ שיטות דאשתו נחשבת שארו אפילו לאחר מיתתה שפיר מובן הא דאיצטריך קרא למעט בעל מירושת אשתו בראוי אם מתה בחיי מורישיה, שהרי עדיין היא אשתו בקבר, והוה אמינא דכשהיא יורשת בקבר הוא חוזר ויורש ממנה, ואיצטריך למעט שאינו יורש את אשתו בקבר אע"פ שעדיין היא שארו, אולם להנך שיטות דדרשא דמעט משמש מתה מחיוב מיתה אשמועינן דאינה עוד שארו לאחר מיתה, למה איצטריך קרא למעט בעל מירושת אשתו כשהיא בקבר, והלא אינה עוד שארו.

וְלִכְאוּרָה מבואר מדבריהם דירושה הוי דין ממוני ולא רק מציאות דכשמת המוריש נכסיו עוברים להיורש, אלא גם מחיים של המוריש יש להיורש זכות ודין ממוני לגבי נכסיו שישארו ביד המוריש בשעת מיתתו, ולכן הוה אמינא דהבעל יורש את אשתו בקבר אע"פ שאינה עוד שארו באותה שעה, דזכות ירושתו בהדין ירושה שיש לאשתו לגבי מורישיה כבר חלה לפני מיתתה, והוה אמינא דכשמתה הוא יורש זכות ירושתה במורישיה, והרי הוא נכנס תחתה מדין יורש, וכשמתו מורישיה הוא יורש אותם אע"פ שאין אשתו עוד שארו, קא משמע לן קרא דבעל אינו יורש אשתו בקבר.

פ"ל, אכן אין זה מתיישב היטב בדברי הרמב"ם שלא הזכיר דמיירי במוכר לצרכי קבורה, ואע"ג דבהלכה הקודמת הביא הרמב"ם דין מוכר לצרכי קבורה, היה לו לפרש דגם הלכה זו מיירי בצרכי קבורה, דהא גם המחבר הביא דין צרכי קבורה בסעי' ב' שם, ובסעי' ג' פירש להדיא דמיירי במוכר לצרכי קבורה, ולא סמך עצמו על מה שסעי' ב' משתעי במוכר לצורכי קבורה.

והנה עיין בבבא מציעא (דף טו:) אמר רב נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרי פירי, למימרא דסבר רב נחמן מחילה בטעות לא הוי מחילה, והאיתמר המוכר פירות דקל לחבירו אמר רב הונא עד שלא בא לעולם יכול לחזור בו, ואמר רב נחמן מודינא דאי שמיט ואכיל אין מוציאין מיניה וכו', יעו"ש, וס"ל לרב הונא דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וכל זמן שלא בא לעולם יכול לחזור בו, אבל משבא לעולם חל הקנין מיד ואינו יכול לחזור בו, ורב נחמן ס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ויכול לחזור בו אפילו כשבא לעולם דעדיין לא חל ולא מידי, ומכל מקום אי שמיט ואכיל אין מפקינן מיניה, וקאמר בגמרא דהיינו כמו מחילה בטעות, ומבואר דמחילה בטעות הוי מחילה.

וכתב רש"י בד"ה לא מפקינן מיניה וז"ל: שהרי כל זמן שלא חזר מחל על אכילתו, ואע"פ שבטעות שלא היה יודע שיוכל לחזור בו, מחילה היא עכ"ל יעו"ש, ונמצא דס"ל לרב נחמן דמחילה בטעות הוי מחילה, והקשו עליו התוס' וז"ל: ועוד דמשמע לפירוש הקונטרס דבמסקנא לרב נחמן מחילה בטעות הויא מחילה וכו', ובכל דוכתינן משמע דמחילה בטעות לא הויא מחילה לרב נחמן בחזקת הבתים (ב"ב דף מא.) וכו' ולעיל בריש המקפיד (דף לה.) וכו' עכ"ל יעו"ש, ולכאורה לפירוש רש"י דברי רב נחמן סותרים אלו את אלו.

ונראה דמחילה דהתם אין זו מחילה ממש אלא דין דעת מקנה, דאיכא למימר דלמאן דאמר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אין דבריו בטלים לגמרי כאילו לא עשה כלום, אלא אע"ג דאין קנינו קנין יש בדבריו דעת מקנה ונתינת רשות להלוקח להחזיק בהנכסים

בנכסי אביו ולא רק שדה אחת, ואז חלה המכירה על דין יורש שלו דכבר בא לעולם, כמש"נ.

פרק כח

בו יבואר שיטת הרמב"ם בנן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת דבנו מוציא מיד הלוקחות דמכח אבי אביו הוא בא, ולמה צריך לכך והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

נכבא בתרא קנט. איתמר בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת, בנו מוציא מיד הלוקחות, וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה אבוך מזבין ואת מפקת, ומאי קושיא דלמא מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא וכו', יעו"ש.

ונחלקן הראשונים אם הנידון בסוגיין הוא על הנכסים שמכר הבן אם בן הבן מוציאם מן הלוקחות, או אם הנידון הוא על החזרת מעותיהם של הלוקחות, התוס' כתבו דהמקח בודאי אינו קיים, דהא הוה ליה מקנה דבר שלא בא לעולם, אלא הנידון הוא אם הלוקחות גובים מעותיהם מנכסי הירושה, יעו"ש, אבל הרשב"ם למד דהנידון הוא על הנכסים, ומכל מקום לא הוי מקנה דבר שלא בא לעולם, דמיירי שלא הקנה לו הנכסים עצמם, אלא דין יורש שלו לגבי כל נכסי אביו, והדין יורש שלו כבר בא לעולם, ועיימש"נ בש"ז פכ"ז.

אכן עיין מה שכתב הרמב"ם פכ"ב מכירה הל"ז וז"ל: הבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת הבן בחיי אביו ואחר כך מת האב, בן הבן מוציא מיד הלוקחות, שהרי אביו מכר דבר שלא בא עדיין לרשותו, ונמצאו הנכסים ברשות האב, וזה יורש אבי אביו, וכן כל כיוצא בזה עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דמיירי שמכר הנכסים ולא הדין יורש, דאם כדברי הרשב"ם לא חשיב שהקנה דבר שלא בא עדיין לרשותו, ואם כן קשה לדבריו דלמה לן טעמא דאנא מכח אבוה דאבא קאתינא, הא קיימא לן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וכמו שהקשו התוס' בד"ה ולימרו, יעו"ש, והמחבר סי' רי"א סעי' ג' מוקים לה במוכר לצרכי קבורת אביו דתיקנו חכמים שיכול להקנות נכסי הירושה אע"פ שעדיין לא באו לעולם, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז

וְלִפִּי זה נוכל ליישב דברי הרמב"ם שהוצרך לטענת מכח אבוה דאבא קא אתינא ולא סגי לו בטעמא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, דאיכא למימר דהרמב"ם נמי ס"ל דלמאן דאמר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם איכא על כל פנים דעת מקנה דיוכל הלוקח להחזיק בהנכסים כשיבאו לעולם, ולכן אם החזיקו הלוקחות בהנכסים שמכר להם בחיי אביו לא היינו מוציאים מידם, שכבר זכו שיש להם רשות להחזיק בנכסים, ואין זה נפקע במיתת המוכר, ואף דהמוכר עצמו היה יכול לחזור בו ולבטל הדעת מקנה דאתי דיבור ומבטל דיבור, כמש"נ, אבל בן המוכר אינו יכול לבטל דעת מקנה של אביו, דאין זה דיבור דידיה, ולא אתי דיבור ומבטל דיבור אביו, ונמצא שקנין הלוקחות מהני מדין שמיט ואכל, כמש"נ, ויכולים לומר אבן מזבין ואת מפקת, לזה איצטריך טעמא דאנא מכח אבוה דאבא קאתינא, דכיון דיש לו דין יורש מצד עצמו ולא מכח אביו, אם כן לא סגי בדעת מקנה של המוכר אלא בעינן נמי דעת מקנה של בן המוכר שיש לו תורת יורש בהנכסים, ואע"ג דדעת מקנה של המוכר לא נתבטלה, אין הלוקחות יכולים להחזיק בהנכסים, כיון דחסר להם דעת מקנה של בן הבן, שגם הוא יש לו על נכסים אלו תורת מקנה מצד עצמו שהוא יורש אבי אביו.

וּבְהָא דשמיט ואכיל אין מוציאים מידו איכא שתי שיטות בהריטב"א, חדא דשמיט ואכיל לאו דוקא וסגי בשמיט בלבד, וחדא דלא סגי בשמיטה אלא בעינן נמי אכילה, והנה המחבר סי' ר"ט סעי' ד' כתב דאי תפס אין מוציאים מידו, ולא הזכיר דבעינן אכילה, אבל הרמב"ם פכ"ב מכירה הל"ב כתב וז"ל: ואם שמיט הלוקח ואכל אין מוציאים מידו עכ"ל יעו"ש, ולכאורה מבואר דבעינן נמי אכילה, אי לאו דנדחק דמה שכתב אכילה לאו דוקא, ונקט לשון הגמרא דשמיט ואכיל.

וְצָרִיכִים לעיין להנך דעות דלא סגי בנטילה אלא בעינן נמי אכילה, דאם נימא דהמחילה היא ממש מחילה, לכאורה אין לומר דהיינו שרואה אותו אוכל הפירות שלא כדין ומוחל לו שאינו צריך לשלם לו, דהא לפי דעתו

כשיבאו לעולם, ובזה נחלקו, דמאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ס"ל שיכול אדם לעשות מעשה קנין אע"פ שהדבר הנקנה אינו בעולם, והרי זה מעשה קנין גמור ופורח באויר, וכשבאו הנכסים לעולם מיד נתפס בהם המעשה וחל הקנין, וכל זמן שלא באו לעולם יש להמעשה קנין תורת דיבור, ויכול לחזור בו, דאתי דיבור ומבטל דיבור, כדאיתא בקדושין (דף טו.) לגבי קידשה לאחר ל', יעו"ש, אבל משבאו הנכסים לעולם וחל הקנין שוב אינו יכול לחזור בו ולבטל הקנין, ומאן דאמר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ס"ל דאי אפשר לעשות מעשה קנין אם החפץ הנקנה אינו בעולם, וטעמא משום דלא סמכא דעתיה על כך, כדאיתא בבבא מציעא (דף טז.) יעו"ש, ומכל מקום יכול להביע דעת מקנה שלו וליתן רשות ללוקח לעשות בו מעשה קנין כשיבאו לעולם, וכשיבאו לעולם אהני הדעת מקנה שיוכל הלוקח להחזיק בהפירות, אכן כיון דליכא עדיין אלא דעת מקנה הרי זה דיבור ויכול לחזור בו, דאתי דיבור ומבטל דיבור.

וְהַיִּינוּ דינא דשמיט ואכיל לא מפקין מיניה, דאם החזיק בהפירות ועשה בהם קנין מפני שיש כאן דעת מקנה ועדיין לא חזר בו המוכר, הרי עשה הלוקח קנין מעליא וזכה במה שתפס ואין מוציאים מידו, וזה המוכר לא חזר בו מפני שטעה ולא היה יודע שיכול לחזור בו, וקרי לזה מחילה בטעות, שהרי בטעות הניח הדעת מקנה להישאר במקומו, ומבואר דס"ל לרב נחמן דמחילה בטעות בכהאי גוונא הוי מחילה, והדעת מקנה נשאר במקומו אע"פ שהיה חוזר בו אילו ידע שיכול לחזור בו, ולא קשה לפי זה קושית התוס' הנ"ל, דכל הני גמרות שהביאו התוס', שמהן מבואר דמחילה בטעות לא הוי מחילה, מיירי כשהמחילה מבטלת החוב, ובזה אמרינן דאין בכח מחילה בטעות לבטל חוב, אבל הכא הרי בודאי היה כאן דעת מקנה ולא היה בזה שום טעות, ואין אנו צריכים לעצם טעותו שיועיל קנין הלוקח, אלא דהטעות הוא שהיה יכול לחזור בו ולבטל הדעת מקנה, בזה אמרינן דכיון דסוף סוף לא חזר בו הרי הדעת מקנה במקומה עומדת, ואי שמיט ואכיל לא מפקין מיניה.

אכן מדברי הרמב"ם משמע דמיירי בסתם מכירה, ומכל מקום צריך לומר מכח אבוה דאבא קאתינא, ועיימש"נ בש"ז פכ"ח דהיינו טעמא משום דאיכא דעת מקנה וזכו הלקוחות כמו שעבוד לקנות הנכסים, ואין בן הבן מעכב עליהם, ויש לעיין דיהיה איך שיהיה מאי שנא הך מהא דתנן לעיל (דף קלו.) הכותב נכסיו לבניו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה דברי רבי יהודה וכו', יעו"ש, וקאמר בגמרא דהיינו שמקנה לו הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה, ואי לא כתב לו מהיום לא עשה כלום דהוה ליה מתנה לאחר מיתה, דבההיא שעתא אין לו חלק בהן שיוכל להקנותן, כמו שכתב הרשב"ם, יעו"ש, ואם כן קשה מאי שנא דבסוגיין אהני מכירת בן בחיי אביו שיחול הדעת מקנה, ואם מת הבן בחיי האב זכו הלקוחות בהנכסים לאחר מיתת האב, ולמה לא הוי מתנה לאחר מיתה, ואם דעת מקנה מהני אחר מיתתו, אם כן גם לעיל בכותב נכסיו לבנו למה צריך לכתוב מהיום ולאחר מיתה.

ונראה דהנה הא דמהני כתיבת מהיום ולאחר מיתה, או כתיבת זמן למאן דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו, היינו משום דיש בזה התחלת הקנין, בכותב נכסיו לבנו הוא מקנה לו הגוף מהיום, ובמתנת בריא לאדם אחר שהוא כמתנת שכיב מרע הוא עושה המעשה קנין מיד אע"פ שאין החלות קנין על הגוף חל עד לאחר מיתה, ועיימש"נ בש"ז פכ"ח, ובאמת בדעת מקנה בלבד איכא נמי התחלת הקנין מחיים, אכן בזה חלוק הכותב נכסיו לבנו מבין שמכר בנכסי אביו, דכותב נכסיו לבנו אין לו דעת מקנה מהיום אם לא כתב לו מהיום ולאחר מיתה, שהרי בדוקא רוצה שלא יקנה מהיום אלא לאחר מיתתו ושישאר הקרקע בידו כל ימי חייו, ואינו רוצה שיתחיל הדעת מקנה עד לאחר מיתה, וליכא למימר שיש התחלת קנין מהיום אי לאו דכתב לו שמקנה לו הגוף מהיום, או במתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע שהוא עושה על כל פנים המעשה קנין מהיום, כמש"נ, אבל בן שמכר בנכסי אביו הרי הוא מוכן ומזומן שיקנה הלווקח מיד, ואלא שכל זמן שלא מת אביו אין לו עדיין זכות בהם, אבל מצד עצמו הוא רוצה

מכר לו השדה ושוב אינה שלו, ואם כן מה לו למחול בדבר שאינו שייך לו כלל, והא כדין אכל, אלא לכאורה צריך לומר דהך מחילה היינו שאינו עומד על בעלותו, ואע"ג דשתיקתו מחמת טעותו, מכל מקום כיון דסוף סוף שתק אהני מעשה הלווקח, אכן אם כן הוא למה לא נאמר כן גם בתפיסה גרידא, וגם אם נאמר דהך מחילה היא דעת מקנה, כמש"נ, לא יתיישב למה בעינן אכילה, והלא כיון שהביע דעת מקנה שלא בשעת הקנין תהני ליה תפיסה בלי אכילה, והדבר צריך תלמוד.

ואי נימא דהרמב"ם ס"ל דלא סגי בתפיסה אלא בעינן נמי אכילה, יש להקשות על מה שכתב דמכר הבן בנכסי אביו ומת בחיי אביו מוציאים מן הלקוחות משום דבן הבן יכול לומר אנא מכח אבוה דאבא קאתינא, ואיצטרך להאי טעמא דאי לאו הכי זכו בו הלקוחות מדין שמיט ואכיל, כמש"נ, והלא בקרקע לא שייך אלא תפיסה ולא אכילה, ולכאורה צריכים לומר דמה שהזכיר אכילה בהל"ב לאו דוקא אלא כונתו שהכניסם לרשותו, כנ"ל.

פרק כט

בו יובא שיטת הרמב"ם דבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת ואחר כך מת אביו יכולים הלקוחות לתבוע הנכסים ולא נחשב מתנה לאחר מיתה, ויחולק בין דין זה לכותב נכסיו לבנו ולא כתב מהיום ולאחר מיתה.

[כבא בתרא קנט.] איתמר בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת, בנו מוציא מיד הלקוחות, וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה אבוך מזבין ואת מפקת, ומאי קושיא דלמא מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא וכו', יעו"ש. ומבואר דאי לאו דאמר להו מכח אבוה דאבא קאתינא לא היה מוציא מיד הלקוחות, ואע"ג דהקנה להם דבר שלא בא לעולם, ויש דרכים שונים בהראשונים ליישב קושיא זו, התוס' פירשו דהסוגיא איירי לגבי אחריות למעות המכירה, הרשב"ם פירש דמיירי שהקנה דין יורש, ועיימש"נ בש"ז פכ"ז, והמחבר פירש דמיירי במוכר לצרכי קבורת אביו, ועיימש"נ בש"ז פ"ל.

צריך המעות לצרכי קבורת אביו, כדאיתא בבבא מציעא (דף טו.) 'יעו"ש', ובמה שכתבו התוס' דאפילו אם אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בעינן שיוכל לעשות קנין כשבא לעולם, יש לומר דהיכא דתיקנו חכמים דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כשצריך המעות לצרכי קבורה, הרי אין הקנין מועיל בדרכי הקנין אלא מתקנת חכמים, ומדין הפקר בית דין הפקר, ולכן לא איכפת לן אם ראוי להקנות כשבא לעולם, אי נמי יש לומר דמת עדיף מגוסס, דבמת הרי נכנסו בניו תחתיו כרעא דאבוה, וכיון שהבנים יכולים להקנות כשבא לעולם חל הקנין על ידי ההקנאה שהקנה אביו בחייו, אבל בגוסס הרי הנכסים בחזקתו כשבאו לעולם, והוא אינו יכול להקנות, ולכן אין הקנין חל.

והנה לפי צד הראשון לא שייך קנין בדבר שבא לעולם אחר מיתה אלא בצרכי קבורה, אבל אם לא לצרכי קבורה לא מהני קנינו אפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, דהא לא מהני בגוסס, וכל שכן דלא מהני במת, כמש"נ, ולפי זה צריכים לומר דהמחבר למד דסוגיין מיירי במוכר לצרכי קבורה, ואע"פ שאין לזה שום משמעות בגמרא כן.

אולם לצד השני אין צריכים לדחוק ולאוקמי במוכר לצרכי קבורה, דשפיר איכא למימר דאזיל למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ובמת ליכא חסרון דאינו ראוי להקנות כמו גבי גוסס, דהא ראוי להקנות על ידי בנו, כמש"נ, ושפיר איכא לאוקמי המימרא במוכר סתם ולא לצרכי קבורה, ואמרינן בגמרא דאע"ג דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול בן הבן לומר אנא מכח אבוה דאבא קאתינא ולהוציא מן הלקוחות, וכתב המחבר דהלכה זו נוגע אף לדידן דלית לן אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, והיינו באוקימתא דמוכר לצרכי קבורה דכולי עלמא מודו דמקנה דבר שלא בא לעולם, ומכל מקום יכול בן הבן להוציא מיד הלקוחות דאומר להם אנא מכח אבוה דאבא קאתינא.

ומה שכתב המחבר דטעמא דמוציא מיד הלקוחות משום שמכר דבר שלא בא עדיין לרשותו ועוד שנמצאו הנכסים ברשות האב וזה יורש אבי אביו, כנ"ל, והוצרך לשני

שיקנה הלוקח בזמן המוקדם, ונמצא דשפיר אית כאן דעת מקנה מיד, ויש בזה התחלת הקנין מיד, כמש"נ, ושוב לא נחשב מתנה לאחר מיתה.

פרק 5

בו יבואר שיטת המחבר דהא דבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בחיי אביו הבן מוציא מן הלקוחות בטענת אנא מכח אבוה דאבא קאתינא מיירי במכר הבן לצורך קבורת אביו.

נכח בתרא קנט. איתמר בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת, בנו מוציא מיד הלקוחות, וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה אבוך מזבין ואת מפקת, ומאי קושיא דלמא מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא וכו', יעו"ש.

וכתב המחבר חו"מ סי' רי"א סעי' ג' וז"ל: היה אביו נוטה למות ולא היה לו צרכי קבורה, ומכר לאחד לצרכי קבורה ואמר ליה מה שאירש מאבא היום מכור לך בכך וכך, ומת הבן בחיי האב ואחר כך מת האב, הבן מוציא מיד הלקוחות ואינו צריך להחזיר דמים, שהרי אביו מכר דבר שלא בא עדיין לרשותו, ונמצאו הנכסים ברשות האב וזה יורש אבי אביו עכ"ל יעו"ש.

והנה עיין בתוד"ה ולימרו ליה אבוך זבין ואת אמאי מפקת וז"ל: ותימה למה לא יוכל להוציא מיד הלקוחות אפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, היינו כגון שלא מת הבן בחיי האב אלא שנתנו לו דמים קודם שמת האב, אבל נפלו לו כשהוא גוסס אמרו לעיל (דף קכז:) דאפילו לרבי מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא מהני מידי לקנות בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס וכו' עכ"ל יעו"ש, וקושייתם היא דלמה תהני טענת אבוך זבין ואת מפקת, והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הלא בעינן שיהא ראוי לעשות קנין בשעה שבא לעולם, ואם הוא גוסס לא מהני, וכל שכן כשהוא מת.

ובא המחבר ליישב קושיית התוס' דאפילו למאן דאמר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם משכחת לן דקנה מפני תקנת חכמים כשהמוכר

ולא מכח אביו שלא היה ברשותו כלל, כמש"נ, אי נמי יש לומר כדברי הרשב"ם דכיון דבן הבן בא מכח אביו דאבא, ואינו צריך לירושת אביו להעביר לו הנכסים במשמוש, הרי דין ירושת האב בקבר נעקר, ואין לו בנכסים הללו שום זכות ומכירתו לאו כלום היא, יעו"ש, ולפי זה אף אי מקנה דבר שלא בא לעולם לא קנה, דהרי לא בא לעולם ברשות המוכר, דנעקר דינו כשמת בחיי אביו והשאיר בן שירש מאביו דאבא, כמש"נ.

פרק לא

בו יובאו דברי הרא"ש בן שמכר בנכסי אביו ומת בחיי אביו בן הבן מוציא מלקוחות, ואף המעות שקיבל מאביו אינו מחזיר, ויבוארו דברי הבי"ח דאם המעות בעין חייב להחזיר ואע"ג דלהוצאה ניתנו.

[בבא בתרא קנט.] איתמר בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת, בנו מוציא מיד הלקוחות, וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה אבוך מזבין ואת מפיק, ומאי קושיא דלמא מצי אמר אנא מכח אביו דאבא קאתינא וכו' יעו"ש. וכתב הרא"ש וז"ל: שלחו מתם וכו' בן הבן מוציא מיד הלקוחות ואף המעות שקבל אביו אינו מחזיר וכו' עכ"ל יעו"ש. והבי"ח סי' רי"א סעי' ג' פירש דבריו דהיינו דוקא כשכבר הוציאם אביו, אבל אם המעות עדיין בעין בודאי צריך בן הבן להחזירם ללקוחות יעו"ש.

וי"ש לדקדק דהא מעות אלו שנתנו הלקוחות לאביו בשעה שקנו ממנו שדה הירושה העתידה בודאי להוצאה ניתנו, ולא היה מוטל על המוכר להשאיר המעות בעין עד שימות אביו, דאם כן מה הרויח במכירתו, וגם מדברי הבי"ח מוכח כן שכתב דמיירי שכבר הוציא המעות, כנ"ל, ולא כתב דמיירי שעבר והוציאם, וכיון שכן דמעות אלו להוצאה ניתנו למה צריך להחזירם אם הם עדיין בעין, והא אמרינן בקידושין (דף טז.) אמר רב המקדש במלוה אינה מקודשת מלוה להוצאה ניתנה, יעו"ש, והיינו דהמעות שהלוה לה כבר הן שלה ולא נתן לה מידי, ואם כן הכא נמי כיון דלהוצאה ניתנו למה

הטעמים, אין כונתו בזה דהוי מקנה דבר שלא בא לעולם, דהא לצרכי קבורה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אלא כונתו למה שכתב הרשב"ם לעיל (דף קלו.) על הא דתנן הכותב נכסיו לבניו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה וכו', וכתב הרשב"ם וז"ל: צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה דמשמעותו מהיום יהא קנוי לך הגוף לבדו ולאחר מיתה תהא נגמרת המתנה שתאכל גם הפירות ולאחר מיתתי, אבל בלא מהיום לא נתן להם כלום, דאין מתנה לאחר מיתה, דבהיא שעתא אין לו חלק בהן שיוכל להקנותן עכ"ל יעו"ש, ומבואר דאע"ג דהנכסים בעולם וברשותו ועשה מעשה קנין גמור אלא שהתנה שהקנין יחול לאחר מיתתו הרי זה נחשב מתנה לאחר מיתה ולא מהני, משום דאין בידו להקנות מה שברשות אחרים בשעת חלות הקנין, ולפי זה לא מהני מקנה דבר שבא לעולם אם בשעה שבא לעולם כבר מת ועבר לרשות היורשים, ואין אדם מקנה דבר שאינו שלו.

אכ"נ בן שמכר בנכסי אביו ומת בחיי אביו לא חשיב קנין לאחר מיתה אם אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, דבמתנה לאחר מיתה הרי ברגע של מיתה זכו היורשים בנכסיו, וכיון שרצה שיחול הקנין באותו רגע לאו כל כמיניה להקנות דבר שאין לו בו קנין, אבל בדין הרי סלקא דעתך דאחר מיתת האב באים הנכסים לבן הבן בתורת משמוש, שהבן יורש בקבר ומוריש לבנו, וברגע שבאו לו הנכסים חל מכירתו, ולא זכה בן הבן בנכסים אלא לאחר שזכה בהם אביו בקבר, ואז מיד חל קנין הלקוחות, ונמצא שאין האב מקנה דבר שאינו שלו, ואין בזה חסרון של קנין לאחר מיתה, ושפיר פריך בגמרא לימרו ליה הלקוחות אבוך זבין ואת מפקת.

ויע"ל זה משני דיכול לומר להם אנא מכח אביו דאבא קאתינא, ואין זכותו באה לאחר ירושת אביו בקבר, אלא מיד במיתת אביו דאבא זכה בירושתו, ונמצא דלא באו הנכסים כלל לרשות הבן ואין בידו להקנותו כלל משום דלא הוי שלו אף בקבר, ולפי זה לא הביא המחבר שני טעמים אלא חדא ענין להם, דכיון שמכר דבר שאינו ברשותו הרי יכול לחול רק הקנין לאחר מיתה, ואז עומד הבן מכח אביו דאבא,

לשלם מיד אין זה נחשב שנסתלק ממנו בלי טענה, אלא הוא מודה בחיובו ורוצה לסלקו מיד, והרי זה נחשב הודאה ונשבע על השאר.

וְלִפִּי דברי רש"י שפיר מובנים דברי הב"ח דאם הבן לא הוציא מעות הלקוחות חייב בן הבן להחזירם ללקוחות, ואע"ג דבוראי להוצאה ניתנו, כמש"נ, מכל מקום כל זמן שלא הוציאם הם ממונם של הלקוחות וצריך להחזירם להם.

פרק לב

בו יבואר שיטת הרמב"ם והר"י מיגאש דהא דאין הבעל יורש את אשתו בראוי כבמוחזק היינו בנכסים שעתידה לירש אבל שטר חוב יורש, ואע"ג דנחשב ראוי לגבי ירושת הבכור.

רמב"ם פ"א נחלות הלי"א כתב הרמב"ם וז"ל: בעל שמתה אשתו ואחר כך מת אביה או אחיה או אחד מן המורישין אותה, אין הבעל יורש אותן וכו', שאין הבעל יורש נכסים הראויים לבא לאחר מכאן אלא נכסים שכבר באו לירושה קודם שתמות עכ"ל יעו"ש. ודין זה מבואר בבבא בתרא (דף קכה:) אמר רב פפא הלכתא אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק.

ודקדק המגיד משנה דהנה לקמן שם פ"ג נחלות הל"ה כתב הרמב"ם דאין הבכור נוטל פי שנים במלוה אפילו היא בשטר שאין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, והכא לא הזכיר הרמב"ם דאין הבעל יורש מלוה מאשתו הואיל ואינו נוטל בראוי כבמוחזק, ולכאורה משמע דהרמב"ם ס"ל כהר"י מיגאש דבעל יורש מלוה מאשתו, וכן משמע ממ"ש פכ"ב אישות הל"ז דבעל יורש כל נכסים שיש לאשה ולא חילק כלל בין נכסים לנכסים, ולכאורה מדויק דבעל יורש מלוה מאשתו, יעו"ש.

ובביאור החילוק בין ראוי למלוה היה אפשר לומר דראוי דירושה גרוע ממלוה מפני שלא הגיע לאשתו שום זכות בנכסי מורישה בחייה, מה שאין כן במלוה, וכמו שכתב השיטה מקובצת בבבא בתרא (דף קכה.) בד"ה לרב נחמן קשיא, יעו"ש, אכן עדיין לא נתבאר למה נחלק לגבי ירושת הבעל ולא לגבי

צריך בן הבן להחזירם ללקוחות, מאי שנא הוציאם ומאי שנא לא הוציאם.

והנה עיין בבבא מציעא (דף ד.) דאמר רבי חייא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים וזו והילך חייב וכו', ורב ששת אמר הילך פטור, מאי טעמא כיון דאמר ליה הילך הני זוזי דקא מודי בגוייהו כמאן דנקיט להו מלוה דמי, באינך חמשים הא לא מודי, הלכך ליכא הודאת מקצת הטענה יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: והילך לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהם עכ"ל יעו"ש, הרי דלא חשיב הילך אלא כשהמעות בעין. ובהגהות הגר"א הביא שיטת הר"ן דאין נפקא מינה בין הוציאם ללא הוציאם, דהא מלוה להוצאה ניתנה יעו"ש.

אכן רש"י ס"ל דאע"ג דמלוה להוצאה ניתנה ואינו יכול לקדש במלוה שיש לו בידה אפילו אם המעות עדיין בעין, אולם אם המעות בעין הרי הן מעותיו של המלוה, דאינם עוברים מרשות המלוה לרשות הלוה אלא כשהוציאם, דכיון דמלוה להוצאה ניתנה הרי נתן לו המלוה רשות להחזיק ולהוציא המעות כשיש לו צורך בהן, ומכל מקום אין המלוה יכול לקדש אשה במלוה שיש לו בידה, ואפילו המעות עדיין בעין ולא יצאו מרשות המלוה, דכיון דלהוצאה ניתנו לא נחשב שנותן לה מידי לקדושין, דכבר היתה יכולה להשתמש בהמעות גם בלי הקידושין. וכן מדויק מדברי רש"י בקידושין שם וז"ל: וכיון דלהוצאה ניתנה הויא לה כי דידה ולא יהיב לה מידי עכ"ל יעו"ש, ולא כתב רש"י דהוי דידה אלא דהוי כי דידה, כמו דידה, דאע"ג דעדיין הן ממון הבעלים, הרי הן נחשבין כמו דידה, כיון דלהוצאה ניתנה, ולא יהיב לה מידי, כמש"נ. וגם מה שכתב רש"י לעיל שם (דף ע"ג.) וז"ל: ומלוה להוצאה ניתנה וכבר הן שלה וכו' עכ"ל יעו"ש, כונתו לכך דכבר הן כמו שלה.

וְלִגְבִי הילך ס"ל לרש"י דלא חשיב הילך אלא כשנסתלק לגמרי ממחצה ההוצאה ואינו טוען עליה כלל, והיינו שאמר עדיין לא הוצאתים, וליכא עדיין שום חיוב בפועל על הלוה לשלם, שעדיין לא החזיק במעות המלוה, אבל אם הוציאם ויש לו ממון אחר מוכן בידו

פרק לג

בו יבוארו דברי התוס' שרצו להוכיח דאין בעל חוב נוטל בראוי כמבואר מהא דתניא נפל הבית עליו ועל אביו ומבואר דאם הבן מת תחלה אין בעל חוב גובה מנכסי האב.

[כבא בתרא קנט.] כתבו התוס' בד"ה ולימרו וז"ל: דלמא היינו טעמא משום דאין בעל חוב נוטל בראוי כמו כתובת אשה דתנן בבכורות פרק יש בכור (דף נב.) דאינה נוטלת בראוי. ושמא יש לומר דוקא כתובת אשה אבל בעל חוב נוטל בראוי וכו'. אבל אין להביא ראיה מדאמר בסמוך (דף קנט:) מאי לאו יורשי האב בנים, מורישין אחין, פירוש בני הבן, וקאמר אין בעל חוב נוטל, לאו משום דאינו נוטל בראוי, אלא טעמא משום דאמרי מכח אבוא דאבא קאתי וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה הגמרא שממנה רצו התוס' להוכיח דאין בעל חוב נוטל בראוי מיירי לענין ירושת

בן הבן במקום שמת הבן בחיי אביו, אם היא דרך הבן, או אם בן הבן יורש ישיר מאבי אביו, ומצי אמר מכח אבוא דאבא קאתינא, וילפינן לה מקרא דתחת אבותיך יהיו בניך, וקאמר והתניא נפל הבית עליו ועל אביו ועל מורישיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב, יורשי האב אומרים הבן מת ראשון ואחר כך מת האב, ובעל חוב אומר האב מת ראשון ואחר כך מת הבן, מאי לאו יורשי האב בני מורישיו אחי, ואי סלקא דעתך לא מצי אמר מכח אבוא דאבא קאתינא וכו', כי מת הבן ואחר כך מת האב מאי הוי, נימא ליה בעל חוב ירושת אבואהו קא שקילנא וכו', יעו"ש, וכיון דבעל חוב מפסיד אם הבן מת ראשון, חזינן דלאחר מיתת הבן הירושה עוברת מן האב לבן הבן, ולא דרך הבן שכבר מת, ומבואר דאמרינן מכח אבוא דאבא קאתינא, כן היא ראיית הגמרא.

אכן קשה דהיאך רצו התוס' להוכיח מכאן דאין בעל חוב נוטל בראוי, והלא להדיא קאמר בגמרא דהא דאין בעל חוב נוטל הוא משום דבן הבן אומר מכח אבוא דאבא קאתינא, וכמו שכתבו התוס' לדחות ראייתם, והיאך שייך בזה הוה אמינא של ראיה דאין בעל חוב נוטל בראוי ודחיה דהתם טעמא משום דמכח אבוא דאבא קאתי, והרי להדיא קאמר בגמרא דהיינו טעמא

ירושת הבכור. ועוד שהרי שיטת הרמב"ם היא דבן יכול למכור בנכסי אביו בחיי אביו, ומבואר דירושה הוי דין ממוני, ועיימש"נ בש"ז פכ"ו, ואם כן צריכים לעיין מהי המעליותא של מלוה על ראוי דירושה, ומאי שנא ירושת הבעל מירושת בכור.

והנה כתב הרשב"ם בכבא בתרא (דף קכד.) בד"ה ירשו שטר חוב דאליבא דרבי דבכור נוטל פי שנים בשבח נוטל נמי פי שנים במלוה, דהשטר חשיב גוף ומה שעתיד לגבות חשיב שבח, יעו"ש. והתוס' לקמן שם (דף קכד:) פליגי דאם כן יחלוקן השטרות שהן גוף ויטול בהן הבכור פי שנים, וממילא יטול פי שנים בהממון הנגבה, כמו כל ירושת גוף דבכור נוטל פי שנים ואחר כך ממילא יש לו פי שנים בהשבח, יעו"ש.

ונראה ליישב דברי הרשב"ם דנהי דהשטר חשיב גוף והממון חשיב שבח, מכל מקום לאחר הגביה לא נשאר אלא השבח, דהיינו הממון הנגבה, אבל הגוף נתבטל על ידי הגביה, דלאחר הגביה ליכא עוד דבר שנחשיבנו גוף, ולא דמי לאילן שנתן פירות דאף לאחר שלקט הפירות עדיין נשאר האילן, ולכן כשעושים החלוקה אין היורש הבכור יכול לתבוע לחלק השטרות בתורת גוף, שהרי לא יתקיים גוף זה, אלא החלוקה צריכה להיות כפי הממון שסופם לגבות על ידי השטרות, וממון זה חשיב ראוי, ועיימש"נ בש"א פי"ח.

ולפי זה יש ליישב נמי שיטת הרמב"ם, דלגבי ירושת הבכור הרי כל החלוקה היא לפי הממון דסופם לגבות, ולא לפי עצם השטר והשעבוד, שהרי לא יתקיימו לאחר הגביה, כמש"נ, ולכן חשיבא מלוה ראוי ואין הבכור נוטל בה פי שנים, אבל ירושת הבעל אין בה שום חלוקה, אלא הכל יורש הבעל, ולפיכך אמרינן שהוא יורש השטר והשעבוד דהוי מוחזק ולא ראוי, ולא איכפת לן דהממון שעתיד לגבות חשיב ראוי בשעת מיתתה, שהרי הירושה חלה על עצם המלוה, מה שאין כן בבכור דדין פי שנים הוא בהחלוקה, והחלוקה הוי לפי מה שסופם לגבות, והרי זה ראוי ולא מוחזק.

נעקר כל זכות ירושתו מכל וכל, וכמו שכתב הרשב"ם לעיל (דף קיד:) ד"ה אף האשה וז"ל: וסברא היא דכיון שמת בנה קמי דידה פקע כח ירושתו בנכסי אמו עכ"ל יעו"ש, וכשנעקר כח ירושתו של הבן נעקר נמי השעבוד שחל על זכותו בנכסים אלו, ונמצא שלא ירש בן הבן נכסים המשועבדים לבעל חוב דאביו, ולא חל עליו מצוה לפרוע חוב אביו, ואם כן שפיר איכא למימר דבעל חוב נוטל בראוי כשמת האב בחיי הבן ובא ירושתו לידו, וקדים שעבודו לבעלי חוב שבאו אחריו, ושאיני הכא דנעקר השעבוד מיתת הבן בחיי אביו, וכמש"נ.

פרק לד

בו יבואר דאפילו למאן דאמר למפרע הוא גובה וביתומים שגבו קרקע בחובת אביהם נתבטל השעבודא דרבי נתן, מכל מקום אפשר לצדד דלא חשיב ראוי לגבי גבית הבעל חוב.

[בבא בתרא קנט.] כתבו התוס' בד"ה ולימרו וז"ל: אבל אין להביא ראיה מדאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם אלמא נוטל בראוי, שהרי אין זה ראוי אלא משעבדי ליה מדרבי נתן (פסחים דף לא:) עכ"ל יעו"ש. והנה שם בפסחים מתחלה רצה להוכיח מדברי רב נחמן דס"ל כאביי דאית ליה בעל חוב למפרע הוא גובה, דאם כרבא דאית ליה בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה הוה לה קרקע שגבו יתומים כקרקע שקנו לאחר מיתת אביהם, ומשני דקאי גם אליבא דרבא, וטעמא דבעל חוב גובה מהם מפני שהקרקע כבר היתה משועבדת לו מדין שעבודא דרבי נתן.

והנה עיין לעיל (דף קכד:) דאביי פריך לרב נחמן דאית ליה דיתומים שירשו שטר חוב וגבו קרקע אין לבכור פי שנים, דהוה לה ראוי ולא מוחזק, והלא אמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם, ומכח פירכא זו דחה אביי הא דאמר רב נחמן גבו קרקע אין לו ואמר דלא קאמר לה רב נחמן אלא אליבא דבני מערבא וליה לא סבירא ליה יעו"ש. והקשה השיטה מקובצת דלמה לא משני דטעמא דבעל חוב חוזר וגובה מהם משום שעבודא דרבי נתן, ותירץ דאביי לית ליה דטעמא

דאין בעל חוב נוטל כשהבן מת תחלה, והיאך אסיק אדעתיהו דהתוס' להביא ראיה משם דאין בעל חוב נוטל בראוי, ואדרבה השיטה מקובצת לעיל (דף קכה:) ד"ה ולרב נחמן הביא ראיה להיפך מאותה גמרא, והוכיח ממנה דבעל חוב נוטל בראוי, דמבואר בגמרא דלולי טעמא דמכח אבוא דאבא קאתינא היה בעל חוב גובה מן הבן, ואע"ג דנכסים אלו ראויים היו אצל הבן המת ולא מוחזקים, ומבואר דבעל חוב נוטל בראוי, וצריך עיון היאך רצו התוס' להוכיח מגמרא זו איפכא ממה שהוכיח השיטה מקובצת, והרי לכאורה צדקן דברי השיטה מקובצת.

ואולי יש לומר דהתוס' ראו הוכחה בהגמרא דבעל חוב אינו נוטל בראוי אפילו לפי מאי דקאמר טעמא דבן הבן יכול לומר מכח אבוא דאבא קאתינא, דהרי אם בעל חוב נוטל בראוי נמצא שחל שעבודו בנכסי האב לגבי חוב הבן אפילו בחיי האב, ובודאי אין שעבודו מעכב על האב מלעשות בנכסיו כל מה שירצה קודם מיתתו, אלא מכל מקום חל שעבוד הבעל חוב על נכסים אלו הראויים לבא להבן על ידי ירושה לענין שאם יבא היום שהבן ירש הנכסים יוכל בעל חוב לגבות מהם, ועיימש"נ בש"ז פכ"ו, וסלקא אדעתיהו דהתוס' דאפילו אם יאמר הבן אנא מכח אבוא דאבא קאתינא מכל מקום הרי ירש נכסים שהיו משועבדים לחובת אביו, וחל עליו מצוה לפרוע חוב אביו כל זמן שירש אחריות נכסים, ועיימש"נ בש"ז פכ"ו, ואע"ג דלא באה הירושה אליו מאביו אלא מאבי אביו, סלקא אדעתיהו דתוס' דאעפ"כ חל עליו מצוה לפרוע חוב אביו הואיל וירש קרקע המשועבדת לחוב אביו, כמש"נ, ולכאורה מבואר מזה דאין בעל חוב נוטל בראוי, ומעולם לא חל שעבודו על נכסי האב לגבי חובת הבן, ולא ירש בן הבן אחריות נכסים, ולא חל עליו מצוה לפרוע חוב אביו, כך היא ראית התוס' דבעל חוב אינו נוטל בראוי.

ודחן התוס' ראיתם דהתם היינו טעמא משום דמצוי אמר בן הבן מכח אבוא דאבא קאתינא, וכונתם בזה דהא דילפינן מתחת אבותיך יהיו בניך דבמקום שמת הבן בחיי אביו אז בן הבן יורש מאבי אביו, היינו דבמיתת הבן

מהם, דעד שעת הגביה היה לו שעבוד בהקרקע מדין שעבודא דרבי נתן, ולא היתה נחשבת ראויה אצלו, ואחר הגביה כשנתבטל דין שעבודא דרבי נתן הרי אמרינן דבעל חוב למפרע הוא גובה, ונמצא שהיתה מוחזקת ביד אביהם, ואע"ג דאפילו אם נאמר דלמפרע הוא גובה נחשב ראוי קודם הגביה, לזה אהני שעבודא דרבי נתן שהיה לו להבעל חוב עד שעת הגביה, ואם כן שפיר קאמרי התוס' דאין להביא ראיה מדברי נחמן דבעל חוב נוטל בראוי.

וְלַעֲנִיָּין מה שהתוס' מספקא להו אם בעל חוב גובה מן הראוי, עיין מה שכתב הרשב"ם לעיל (דף קכה.) בד"ה ועוד וז"ל: קשיא אחרת לרב נחמן דחשיב מעות מוחזקות טפי מקרקעות הא איפכא הוה ליה למימר משום דקרקע של זה הוי מוחזק טפי למלוה וכו' ואם לא היה מוחזק ביד אביהם מחיים איך יכול בעל חוב לגבותו וכו' והלא משנה שלמה שנינו בבכורות (דף נב.) שאין האשה נוטלת כתובתה בראוי ובעל חוב כיוצא בה וכו' עכ"ל יעו"ש, ולדברי הרשב"ם לכאורה מבואר בגמרא דאין בעל חוב גובה מן הראוי, ואם קרקע הניגבית נחשבת ראוי לגבי בכור לא היה בעל חוב גובה מקרקע שגבו יתומים בחובת אביהם.

אֲוֵלָם התוס' לכאורה לא ילפי דין הבעל חוב מדין הכתובה לענין גביה מן הראוי, וגם לא הביאו ראיה מגמרא שם להוכיח דאינו גובה מן הראוי, דאם גובה מן הראוי למה לא יגבה בעל חוב מקרקע שגבו יתומים בחובת אביהם, ואפילו אם לא היתה הקרקע מוחזקת ביד אביהם מחיים, ומהי קושית אביי.

וְאֲוֵלָי יש לומר דהתוס' ס"ל דקושית אביי היתה איפכא, דכיון דחזינן דבעל חוב גובה מקרקע שגבו יתומים בחובת אביהם הוא הדין דבכור נוטל פי שנים, ואפילו אם נחלק דהך קרקע נחשבת ראוי ובעל חוב גובה מן הראוי, עדיין לא יתיישב בזה, דהא החוב הוי מטלטלין ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, כדפריך בפסחים (דף לא.), ומשם רצה הגמרא להוכיח דרב נחמן ס"ל דבעל חוב למפרע הוא גובה, יעו"ש, וצריך לומר דהיתה נחשבת קרקע ביד אביהם ולא מטלטלי, ואם כן למה אין

דרב נחמן היא משום שעבודא דרבי נתן אלא משום דלמפרע הוא גובה, יעו"ש, ולכאורה קשה דסוף סוף למה דחה אביי מימרא קמא דרב נחמן ולמה לא תירץ דטעמא דידיה משום שעבודא דרבי נתן, ועיימש"נ בש"י פכ"ד דאע"ג דאביי ס"ל למפרע הוא גובה עדיין הוה ליה ראוי, ואם גבו קרקע אין בכור נוטל פי שנים, ובהא דקאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם לא הוי מצי לשנויי דטעמא משום שעבודא דרבי נתן, דכיון דס"ל לאביי דבעל חוב למפרע הוא גובה הרי נתבטל השעבודא דרבי נתן על ידי גבית היתומים, יעו"ש.

אֲכָן קשה לפי זה דאם כן לכאורה יש להוכיח מדרב נחמן, על כל פנים אליבא דאביי, דבעל חוב נוטל בראוי, דהרי אליבא דאביי ליכא שעבודא דרבי נתן ביתומים שגבו קרקע בחובת אביהם, כמש"נ, ומכל מקום הוה לה ראוי, כדמוכח מסוגיא דלעיל, כמש"נ, ואם כן מוכח דבעל חוב נוטל בראוי, ואם מדברי אביי מבואר דבעל חוב נוטל בראוי, למה נאמר דרבא פליג עליה בהא מלתא, ואם כן שפיר יש להביא ראיה מדרב נחמן דבעל חוב נוטל בראוי, ועיין בשיטה מקובצת שם שהקשה דמאי פריך אביי מדרב נחמן אדרב נחמן, והלא שפיר איכא למימר דהוי ראוי לגבי ירושת בכור, ומכל מקום בעל חוב גובה ממנה דלא אשכחן בשום מקום דאין בעל חוב נוטל בראוי, יעו"ש, ואולם להתוס' דמספקא להו אם בעל חוב נוטל בראוי, למה אין להוכיח מדרב נחמן אליבא דאביי, ואם כן הוא הדין אליבא דרבא, וכמש"נ.

וְנִרְאָה ליישב לפי המתבאר דהנה דאליבא דאביי לא שייך שעבודא דרבי נתן ביתומים שגבו, דעל ידי הגביה נתבטל השעבודא דרבי נתן, וטעמא דלא חשבינן הך קרקע כמי שקנו אותה לאחר מיתת אביהם היא אך ורק משום דבעל חוב למפרע הוא גובה, אולם עד שגבו יתומים אותה קרקע היתה משועבדת לבעל חוב דאביהם מדין שעבודא דרבי נתן, ואע"ג דדין שעבודא דרבי נתן נתבטל על ידי גבית היתומים, מכל מקום אהני בשעתו שלא תהא הקרקע נחשבת ראוי אלא מוחזק, ושפיר גובה

חוזר וגובה מהם אלא נוטל בראוי שהרי אין זה ראוי אלא משעבדי ליה מדרבי נתן וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה נחלקו הראשונים אם בעל חוב נוטל בראוי כבמוחזק, ועיימ"ש הראב"ד והרמב"ן בספר הזכות בכתובות (דף פא:), ועיימ"ש"נ בש"ז פל"ג, ואם כן יש לעיין להראב"ד ולהני שיטות דבעל חוב גובה מן הראוי למה איצטריך בכלל לשעבודא דרבי נתן, הרי נכסי הלוח ראויים למלוה ראשון וממילא הם משועבדים למלוה שני, ולמה לן שעבודא דרבי נתן.

ובדברי התוס' נמי יש לדקדק שמתחלה רצו להוכיח מההיא דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע וכו' דבעל חוב גובה בראוי, כנ"ל, ודחי להו משום דאיכא שעבודא דרבי נתן, והלא גמרא מפורשת בפסחים (דף לא.) ובכתובות (דף צב:). דטעמא דרב נחמן משום שעבודא דרבי נתן, ומה היתה ההוה אמינא להביא ראיה משם דבעל חוב נוטל בראוי.

ונראה לבאר עפ"מ"ש"נ בש"י פי"ח דדין שעבודא דרבי נתן הוא ליתן זכות מלוה שני לגבות מן הלוח שלא יוכל לומר לו לאו בעל דברים דידי את, ולפי זה דאפילו לדברי הראב"ד ושאר ראשונים דס"ל דבעל חוב גובה בראוי, וחל שעבוד מלוה שני על השעבוד שיש לו למלוה ראשון על הלוח, עדיין לא היה יכול מלוה שני להכריחו ללוה לשלם, דסוף סוף אין הוא בעל השעבוד ויכול הלוח לומר לו לאו בעל דברים דידי את, כמ"ש"נ, לזה אהני שעבודא דרבי נתן שיוכל לגבות השעבוד ולא יוכל הלוח לומר לו לאו בעל דברים דידי את.

והשתא יש לומר בדברי התוס' שמתחלה רצו להביא ראיה מדינא דרב נחמן דבעל חוב גובה בראוי, ואע"ג דאמרין בגמרא דטעמא דידיה משום שעבודא דרבי נתן, כל זה הוא לגבי שלא יוכל לומר לו לאו בעל דברים דידי את, אבל מעצם הך דינא דחל שעבודו על השעבוד שיש לו למלוה על הלוח לכאורה יש להוכיח דבעל חוב גובה בראוי, ויתר על כן דאפילו לאחר דאית לן שעבודא דרבי נתן אין מלוה שני גובה מנכסי הלוח אלא אם כן אין למלוה ראשון

הבכור נוטל בה פי שנים, הא הוי מוחזק ולא ראוי, כן הבינו התוס' קושית אביי, ואע"ג דבפסחים שם דחי דטעמא דרב נחמן היא משום שעבודא דרבי נתן, יעו"ש, אביי לית ליה דטעמיה משום שעבודא דרבי נתן אלא משום דלמפרע הוא גובה, וכמו שכתב השיטה מקובצת, כנ"ל.

אכן עדיין יש לדקדק בדברי התוס' דסלקא דעתייהו להביא ראיה דבעל חוב גובה מן הראוי ממימרא דרב נחמן דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם, כנ"ל, והלא פריך בגמרא שם בפסחים דשטר חוב בעצם הוא מטלטלין והיאך גובה אותו בעל חוב מיתומים, כנ"ל, והגמרא פותר בעיא זו בשני אופנים, או משום דבעל חוב למפרע הוא גובה או משום שעבודא דרבי נתן והרי הבעל חוב גובה מן לוח דאביהם ולא מהם, ולא מצינו בגמרא שום פתרון אחר, ואם כן היאך רצו התוס' להוכיח מרבי נחמן דבעל חוב גובה מן הראוי, והא אם בעל חוב למפרע גובה הוה ליה מוחזק ולא ראוי, ואי משום שעבודא דרבי נתן הרי גביתו מן הלוח ולא הוי גביה מן הראוי.

ונראה ליישב דברי התוס' עפ"מ"ש"נ דאע"ג דאביי ס"ל למפרע הוא גובה עדיין הוה ליה ראוי, דאע"ג דאיגלאי מילתא למפרע שהקרקע היתה גבויה ביד המלוה משעת ההלואה, מכל מקום באותה שעה עדיין לא היה דבר זה ידוע, ואין הקרקע נחשבת שהיתה מצויה בידו, ונחשבת ראוי ולא מוחזק, ואם גבו קרקע אין בכור נוטל פי שנים, ומשום הכי סלקא דעתייהו דהתוס' דיש להוכיח משם דבעל חוב גובה מן הראוי.

פרק לה

בו יבואר מה שרצו התוס' להוכיח דבעל חוב נוטל בראוי כבמוחזק מהא דגובה מיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם, ואע"ג דבגמרא מפורש דטעמא משום שעבודא דרבי נתן.

[כבא בתרא קנט.] כתבו התוס' בד"ה ולימרו וז"ל: אבל אין להביא ראיה מדאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב

ייש להסתפק בהא דמועיל מהיום ולאחר מיתה ולא הוי מתנה לאחר מיתה, אם היינו טעמא משום דנחשב כאילו הקנה לו גוף ופירות לעולם, ומה ששייר לעצמו פירות כל ימי חייו הוא כאילו חזר ולקח ממנו פירות לזמן. וכמו שיכול לקנות משום בעל שדה בעלמא שיאכל פירות כל ימי חייו וכשימות נגמר קנינו וחוזר לבעלים ממילא, כמו כן נמי אם כתב לבנו מהיום ולאחר מיתה הרי זה הקנה לו קנין גמור וחזר ולקח ממנו פירות לזמן, וכשימות עובר הכל לבנו ממילא מפני שהוא הבעלים ולא צריך עוד קנין לאחר מיתה.

אן דלמא יש במהיום ולאחר מיתה שני קנינים, גוף היום ופירות לאחר מיתה, ולא זכה באכילת פירות אלא כשימות האב, ומכל מקום אין בזה משום מתנה לאחר מיתה, כיון דהגוף והפירות הם בעצם דבר אחד, וכבר זכה בהגוף מחיים, ואף דאם בעל שדה הקנה הגוף לאחר ושייר לעצמו קנין פירות לעולם לא עשה כלום, מכל מקום במהיום ולאחר מיתה דלא שייר לעצמו הפרות לעולם נחשב הקנאת הגוף מהיום כהתחלת קנין לגבי הפירות, וקנין הפירות לאחר מיתה נחשב גמור, וכיון שהתחיל הקנין זכה זכות בהקרקע שיכול לגומרם אפילו לאחר מיתה, ואין בזה חסרון של מתנה לאחר מיתה.

ומלשון הרשב"ם שכתב ולאחר מיתה תהא נגמרת המתנה, כנ"ל, משמע דאין בהקנאת הגוף אלא התחלת הקנין, וכן ממה שכתב בד"ה מוכיח עליו וז"ל: שמאותו זמן התחילה המתנה וכו' עכ"ל יעו"ש.

ונראה להביא ראייה מהא דתנן לקמן (דף קלח:): האב תולש ומאכיל לכל מי שירצה ומה שהניח תלוש הרי הוא של יורשין, ובגמרא תלוש אין מחובר לא, והא תניא שמין את המחוברין ללוקח, אמר עולא לא קשיא כאן בבנו כאן באחר הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו, יעו"ש. ויש לעיין היאך קנה הבן הפירות המחוברים, והלא בעת שגדלו זכה בהן האב קנין גמור לכל דבר, ואם אירע שמת קודם שבצרם לא פקע קנין האב, והיאך עבר הקנין מן האב לבנו שדעתו קרובה אצלו. וצריכים לומר שיש

שום נכסים, כדאיתא בחו"מ סי' פ"ו סעי' ב', ומשום הא נמי הוה ליה ראוי, וחזינן דמלוה יש לו שעבוד וגביה בראוי, ומכל מקום כשבא לגבות מן הלוח איצטריך לדין שעבודא דרבי נתן כדי שלא יאמר לו לאו בעל דברים דידי את, וכמש"נ.

פרק לו

בו ידון בכותב מהיום ולאחר מיתה דקונה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה אם יש בזה קנין גמור מיד אלא ששייר פירות בחייו או אם יש קנין מיוחד על הפירות לאחר מיתה.

נבא בתרא קפ"ו. מתניתין הכותב נכסיו לבנו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה דברי רבי יהודה, רבי יוסי אומר אינו צריך. הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובין לבן, והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות האב, מכר האב מכורים עד שימות, מכר הבן אין ללוקח בהן כלום עד שימות האב. ובגמרא וכי כתב מהיום ולאחר מיתה מאי הוי וכו', הכי קאמר ליה גופא קני מהיום פירא לאחר מיתה, רבי יוסי אומר אינו צריך וכו', הכי אמר רב הלכה כרבי יוסי, היינו טעמיה דרבי יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו וכו', יעו"ש, ולדעת רבי יוסי כיון שכתב בו זמן הרי זה כמו שכתב בו מהיום ולאחר מיתה, ונחלקו רבי יהודה ורבי יוסי אם צריך לכתוב מהיום ולאחר מיתה בפירושו, או אם סגי לרמוז לכך על ידי כתיבת זמן בתוך השטר.

וכתב הרשב"ם בד"ה הכותב נכסיו לבנו וז"ל: בריא שרוצה לישא אשה ואינו רוצה לשעבד נכסיו לאשתו פן יפסידו בנים שיש לו מאשתו ראשונה, ורוצה לכתוב להם נכסיו לאחר מותו אלא שיאכל פירות בחייו, צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה, דמשמע מהיום יהא קנוי לך הגוף לבדו ולאחר מיתה תהא נגמרת המתנה שתאכל גם הפירות לאחר מיתתי, אבל בלא מהיום לא נתן להם כלום, דאין מתנה לאחר מיתה, דבההיא שעתא אין לו חלק בהן שיוכל להקנותן עכ"ל יעו"ש.

ולאחר מיתה וכו', אמר אביי איזו היא מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע דלא קני אלא לאחר מיתה, כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: ואיזו היא מתנת בריא שתקנה כל שכתוב בה מהיום וכו', דמשמע גופה קנוי לך מהיום ופירי לאחר מיתה וכו', דלא קני פירות אלא לאחר מיתה, דומיא דמתנת שכיב מרע שאינו קונה אלא לאחר מיתה, ומיהו בהכי עדיפא משכיב מרע דמתנת שכיב מרע יכול לחזור בו וליתן לאחר וכו', אבל מתנת בריא דמהיום ולאחר מיתה אינו יכול למכור עוד הגוף כל ימי חייו אלא פירות עכ"ל יעו"ש. ומבואר דמתנת בריא שכתוב בו מהיום ולאחר מיתה לא הוי ממש כמתנת שכיב מרע, ואינה דומה למתנת שכיב מרע אלא לענין הא דאין להמקבל קנין גמור דגוף ופירות אלא לאחר מיתה, אכן במתנת שכיב מרע אין לו שום קנין בחיי הנותן, ולהכי יכול לחזור בו, אבל מתנת בריא שכתוב בו מהיום ולאחר מיתה קונה הגוף מהיום, ולהכי אינו יכול לחזור בו.

ולכאורה לפי דברי הרשב"ם ברייתא דמתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע היא דינא דמתניתין דכותב נכסיו לבנו, ויש לדקדק קצת דלמה לא הוזכר בגמרא דזו היא דברי רבי יהודה אבל לרבי יוסי אינו צריך לכתוב מהיום היכא דאית ביה זמן, דזמנו של שטר מוכיח עליו, ועיימש"נ בש"ז פל"ז דהרמב"ם יש לו דרך אחרת בסוגיא זו.

פרק לז

בו יבוארו דברי הרמב"ם שהביא דין כותב נכסיו לבנו לאחר מיתה קנה הגוף מיד ופירות לאחר מיתה קודם שהביא דין מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע ודין זמנו של שטר מוכיח עליו.

[רמב"ם פ"ב זכיה ומתנה ה"י"ג-ה"ט"ו] כתב הרמב"ם וז"ל: הכותב נכסיו לבנו ולאחר מותו, הרי הגוף של הבן מזמן השטר והפירות לאב עד שימות וכו', מת האב והניח פירות מחוברין לקרקע הרי הן של בן, מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו וכו'. מתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, הרי היא כמתנת שכיב מרע שאינו קונה אלא לאחר מיתה, שמשמע דברים

במתנתו הקנאה על אותן פירות שעתידי שיגדלו אצלו אם ישארו מחוברים בעת שימות. ובשלמא אם נימא דהקנה לו רק הגוף מהיום וקנין פירות הקנה לו לאחר מיתתו, ואין בזה משום מתנה לאחר מיתה כיון שכבר הותחל הקנין, כמש"נ, שפיר יש לומר דנכלל בהקנאת הפירות שיגדלו לאחר מיתתו גם הקנאת המחוברים בשעת מיתתו, והכל מועיל הואיל והותחל הקנין על הקנאת הגוף מהיום, כמש"נ, אבל אם נימא דכל הקנין הוי מיד, בין על הגוף בין על קנין פירות לעולם, ורק ששייר לעצמו פירות כל ימי חייו, הרי אין בשטר זה שום מעשה קנין על העתיד, והיאך קנה המחוברים בשעת מיתה, הרי אי אפשר להקנותם בשעת כתיבת השטר, דהא בשעה שגדלו עדיין לא ידוע מתי ימות האב, וזכה בהם האב לגמרי, כמש"נ, והיאך קנה אותן הבן, ודוחק לומר דיש קנין מיד בהשטר על גוף ופירות וקנין לאחר מיתה רק על מחוברים, דהא לא הוזכרו מחוברים בהשטר, אלא מוכח דאיכא קנין לאחר מיתה על כל הפירות, ונכלל בזה גם המחוברים בשעת מיתה הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו.

והא דאמרינן לקמן בסוגיין דכותב נכסיו לבנו לאחר מותו ומכר הבן בחיי האב ומת בחיי האב דלמאן דאמר קנין פירות לאו כקנין הגוף קנה לוקח, יעו"ש, הרי הא דלוקח קנה הגוף פשוט הוא, שהרי הבן כבר קנה הגוף ומכרו ללוקח, והא דקנה פירות לאחר מיתה אף כשמת הבן בחיי האב ולא זכה בהפירות, מכל מקום כיון שהותחל הקנין לגבי הפירות וכבר היה כאן דעת מקנה, זכה הבן זכות בגוף הקרקע לקנות פירותיה לאחר מיתת האב, ואותה זכות מכר ללוקח, והרי הוא עומד במקום הבן, אבל למאן דאמר קנין פירות כקנין הגוף אינו יכול למכור הגוף, שהרי אינו ברשותו, וליכא התחלת הקנין ולא קנה ולא מידי, אבל אם מת האב בחיי הבן קונה, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, כמו שכתב רש"י בבבא קמא (דף פח:) יעו"ש.

והנה עיין לעיל (דף קלה:), תנו רבנן איזו היא דייתיקי, כל שכתוב בה דא תהא למיקם ולהיות, ואיזה היא מתנה, כל שכתוב בה מהיום

ובשלמא בהברייתא שהביא דין מתנת שכיב מרע ואחר כך מתנת בריא שכתוב בה מהיום יתכן לומר שהיא כמתנת שכיב מרע בדמיון בעלמא, אבל הרמב"ם לא הביא דין מתנת שכיב מרע אלא בתחלת הפרק, ומה ראה להזכיר כאן מתנת שכיב מרע שאין זה אלא דמיון רחוק בעלמא.

וּנְרָאָה דהרמב"ם למד דמשנה דכותב נכסיו לבנו וברייתא דמתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע לאו חדא מלתא נינהו, דבכותב נכסיו לבנו וכתב בו מהיום ולאחר מיתה כונתו להקנות לו הגוף מהיום בקנין גמור ופירות לאחר מיתה, אבל במתנת בריא למי שאינו בנו שכתוב בו מהיום ולאחר מיתה אין כונתו אלא לעשות מעשה קנין על הגוף מהיום, ואינו רוצה שיזכה בהגוף אלא לאחר מיתה, וכן מדויק מלשון הרמב"ם שכתב לגבי מתנת בריא שמשמע דברים אלו שאע"פ שקנה הגוף מהיום אינו זוכה בו ואוכל פירות אלא לאחר מיתה, כנ"ל, ומדויק בדבריו שאינו זוכה בהגוף ואינו אוכל פירות עד לאחר מיתה, וכן ממה שכתב בהלט"ו שמחיים הקנה לו ואינו זוכה אלא לאחר מיתה, כנ"ל, ולגבי כותב נכסיו לבנו לא כתב הרמב"ם לשונות כאלו.

וּמַעֲבָד החילוק הוא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, כמו שכתב הרמב"ם לענין פירות מחוברים, כנ"ל, וניחא ליה שהבן יקנה הגוף מיד בקנין גמור דשוב לא יוכל האב לחזור בו, כדאיתא במתניתין האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובין לבן, ואין לך חזרה גדולה מזו, ומבואר דאינו יכול לחזור, אבל בשאר בני אדם אינו רוצה שיקנה הגוף מיד בקנין גמור שלא יוכל לחזור עוד, ולכן אינו רוצה אלא לעשות המעשה קנין מיד כדי שתוכל המתנה לחול אחר מיתה כיון שהותחל הקנין, ועיימש"נ בש"ז פל"ו, אבל כיון דעדיין לא חל שום קנין בפועל אין קנינו נחשב מעשה אלא דיבור, ואתי דיבור ומבטל דיבור, ונמצא לפי זה דמתנת בריא שכתוב בה מהיום הוי ממש כמתנת שכיב מרע, דלא חל מיד שום קנין בפועל ויכול לחזור בו, ודלא כהרשב"ם, אבל בכותב נכסיו לבנו הרי הבן קונה הגוף מיד ושוב אין האב יכול לחזור בו או למכור הגוף לאדם אחר.

אלו שאע"פ שקנה הגוף מהיום אינו זוכה בו ואוכל פירות אלא לאחר מיתה. שטר מתנה שכתוב בה שיקנה פלוני שדה פלונית לאחר מיתה וכו', כיון שכתוב בו זמן ובזמן זה חי היה, הזמן מוכיח שמחיים הקנה לו ואינו זוכה אלא לאחר מיתה, שאילו היה בדעתו להקנות לו בשטר זה לאחר מיתה לא היה כותב בו זמן, לפיכך אע"פ שאין כתוב בו מהיום ולאחר מיתה קונה לאחר מיתה וכו' עכ"ל יעו"ש.

וּדְבָרֵי הרמב"ם לכאורה תמוהים, דבהל"ג הביא דין כותב נכסיו לבנו לאחר מותו, שנחלקו בו רבי יהודה ורבי יוסי במתניתין דבבא בתרא (דף קלו.) אם צריך לכתוב בו מהיום ולאחר מיתה או אמרינן דזמנו של שטר מוכיח עליו, יעו"ש, ולא הזכיר הרמב"ם שצריך לכתוב מהיום או דזמנו של שטר מוכיח עליו, וצריך לומר דמה שכתב דהבן קונה הגוף מזמן השטר הוא מדינא דזמנו של שטר מוכיח עליו, אכן קשה טובא שהרי הרמב"ם לא הביא דין זמנו של שטר מוכיח עליו אלא בהלט"ו, כנ"ל, והיאך נאמר דבהל"ג הוא מרמז להלכה שכתב בהלט"ו, וכל דברי הרמב"ם הם שלא על הסדר.

עוֹד יש לדקדק בדבריו דבהל"ד הביא דין מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע, והוא על פי הברייתא בבבא בתרא (דף קלה.) יעו"ש, ולכאורה היינו כדינא דמתניתין דכותב נכסיו לבנו, וכתב הרמב"ם דצריך לכתוב מהיום ולאחר מיתה, דהיינו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, ובהלט"ו הוסיף דאם לא כתב מהיום וכתב בו זמן אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו, כנ"ל, אכן בהל"ג בדין כותב נכסיו לבנו לא הביא כלל דצריך לכתוב מהיום ולאחר מיתה, ולא הביא אלא רמז לדין זמנו של שטר מוכיח עליו במה שכתב שהבן קונה הגוף מזמן השטר.

ג במה שכתב הרמב"ם דמתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה היא כמתנת שכיב מרע אינו מובן כל כך, שהרי באמת אינה ממש כמתנת שכיב מרע, דהרי קונה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, ולהכי אינו יכול לחזור בו, אבל במתנת שכיב מרע אינו קונה כלום עד לאחר מיתה, ולהכי יכול לחזור בו, כמו שכתב שם הרשב"ם, יעו"ש, ואין זה אלא דמיון בעלמא,

מתנת בריא שכתוב בה לאחר מיתה, וכתבה מסברא דנפשיה אע"ג דלא שייך התם דינא דרבי יוסי, כמש"נ.

וְלַפִּי זה עלו דברי הרמב"ם על הסדר וכמין חומר, דבהלי"ג הביא הרמב"ם דין המשנה דכותב נכסיו לבנו, וכיון דדעתו של אדם קרובה אצל בנו הרי הקנה לו הגוף בקנין גמור מיד, ומשום הכי נקטה מתניתין דוקא אוקימתא דאב כותב לבנו, ופסק הרמב"ם כרבי יוסי דשטר קונה בזמנו, והרי הבן קונה הגוף מזמן השטר, ולא הוצרך להביא כתיבת מהיום ולאחר מיתה, אלא הביא מימרא דרבי יוסי דאינו צריך. ואחר כך בהלי"ד מביא דין הברייתא דמתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע כשכתוב בה מהיום, כדאימא בגמרא, ובמתנה זו אינו קונה הגוף מיד בקנין גמור, וליכא מיד אלא מעשה קנין אבל אינו זוכה בהגוף עד לאחר מיתה, כמש"נ. ובהל"ט"ו הביא חידוש שלא נמצא בגמרא, דגם במתנת בריא לאדם שאינו בנו אהני כתיבת זמן בלי כתיבת מהיום, ואע"ג דלא שייך התם דין שטר בזמנו קונה, כמש"נ, מכל מקום הסברא נותנת שרוצה לעשות על כל פנים המעשה קנין מיד, דאי לא תימא הכי בחנם נכתב הזמן.

וּנְרָאָה דגם הרשב"ם נחית לחילוק זה שבין כותב נכסיו לבנו למתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע, שהרי בכותב נכסיו לבנו כתב וז"ל: אבל בלא מהיום לא נתן להם כלום דאין מתנה לאחר מיתה דבהיא שעתא אין לו חלק בהן שיוכל להקנותן עכ"ל יעו"ש, ומבואר דטעמא דאין מתנה לאחר מיתה משום שבאותה שעה אינו עוד בעלים, אכן לעיל במתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע כתב הרשב"ם וז"ל: אבל אי לא הוה כתב בה מהיום אינו קונה, דאין מתנה לאחר מיתה, שהרי אין כח לאדם ליתן מקודם לכן דבר שלא יוכל להקנות באותו הזמן שהוא רוצה שתקיים המתנה, ואחר מיתה היאך יכול אדם ליתן אחרי שמת ונקבר עכ"ל יעו"ש, והיינו טעמא אחרינא לאין מתנה לאחר מיתה, דאין אדם עושה מעשה קנין מאחר שכבר מת ונקבר, ולכאורה דבריו סותרים אהדדי.

אוֹלָם לפי מה שחלקנו בין בנו לאדם אחר אתי שפיר, דאם לא כתב מהיום, ולא הקנה

וּפְסָק הרמב"ם כרבי יוסי דמתניתין דאין צריך לכתוב מהיום דזמנו של שטר מוכיח עליו. והנה הרשב"ם כתב לפרש דין זה וז"ל: זמנו של שטר וכו' מוכיח עליו שמאותו זמן הותחלה המתנה, דאי לא תימא הכי זמן שנכתב בשטר בחנם נכתב, אלא ודאי להקנות מאותו היום נכתב עכ"ל יעו"ש. אולם נראה דהרמב"ם ס"ל דלא איצטריך לסברא זו דאי לא תימא הכי וכו', אלא הפירוש פשוט, דשטר קונה בזמנו, ואם יש בו זמן הרי מבואר שיש בו קנין, ולמשל אם כתב בשטר שהקנה לו קרקע זו לא איצטריך לומר שבודאי הקנה לו קרקע זו דאי לא תימא הכי לחנם נכתב בשטר, כל זה הוא למותר, אלא כיון שכתב שהקנה לו הקרקע הרי הקנה לו הקרקע, והוא הדין נמי אם כתב זמן בשטר הרי זה מורה שהקנה לו באותו זמן, ולכן כתב הרמב"ם בפשיטות דבכותב נכסיו לבנו הרי הבן קונה הגוף מזמן השטר, שהרי זמן מורה על קנין בזמנו, וכתב נמי לאחר מיתה, ואמרינן דהקנין בזמנו הוא על הגוף והקנין לאחר מיתה הוא על הפירות, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל.

אוֹלָם במתנת בריא שכתוב בה שמקנה לאחר מיתה וגם כתוב בה זמן הרי אמרינן דכיון דנותן לאדם שאינו בנו אינו רוצה להקנות לו הגוף מיד, כמש"נ, ואם כן לא שייך בזה דין זמנו של שטר מוכיח עליו דרבי יוסי דשטר קונה בזמנו, שהרי כיון שכתב לאחר מיתה לאדם אחר בודאי אינו רוצה שיקנה בזמנו, כמש"נ, ובאמת לא הוזכר בגמרא לגבי מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע אלא שצריך לכתוב מהיום ולאחר מיתה, ולא הוזכר בגמרא דמהני בזו כתיבת זמן בלי כתיבת מהיום, אלא דאעפ"כ כתב הרמב"ם מן הסברא דסגי בכתיבת זמן לבד, ואע"ג דאינו מקנה לו הגוף מיד בקנין גמור, הזמן מוכיח שרצה על כל פנים לעשות מעשה קנין מיד על הגוף כדי שלא תיחשב מתנה לאחר מיתה, וזה לא שייך לדין שטר בזמנו קונה, אלא סברא היא שאילו היה בדעתו להקנות לו בשטר זה לאחר מיתה לא היה כותב בו זמן, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, והיא סברת הרשב"ם, כנ"ל, אלא דהרשב"ם כתבה לפרש דברי רבי יוסי בכותב נכסיו לבנו, אבל הרמב"ם לא הביאה אלא לגבי

מעשה קנין בכלל מאחר שכבר מת ונקבר, אבל אם כתב לו מהיום ולאחר מיתה ס"ל להרשב"ם דבין בבנו בין באדם אחר הקנה לו הגוף מיד בקנין גמור, אבל הרמב"ם ס"ל דבבנו הקנה לו הגוף מיד ובאדם אחר ליכא מיד אלא מעשה קנין ודעת מקנה בלבד, וכמש"נ.

לו הגוף מיד, בבנו דעתו על כל פנים לעשות המעשה קנין מיד, ולכן ליכא חסרון מצד המעשה אלא מצד החלות, שהרי באותה שעה אינה שלו, אבל באדם אחר אינו רוצה לעשות כלום מיד, ואינו רוצה שתיעשה המעשה קנין אלא לאחר מיתתו, ואז איכא חסרון דליכא

שער ח: בענין אחריות בקרקע גזולה

ובו י' פרקים

פרק א

בו יבואר שיפת רש"י דלוקח שדה והשביחה ונמצאת גזולה נוטל יציאות מנגזל כדין יורד, אבל נגזלה משובחת והוכספה ביד גזלן והשביחה הלוקח אינו נוטל יציאות מן הנגזל.

אולם דבריו אלו תמוהים, דלמה יפטר הנגזל מלשלם ללוקח יציאה כדין יורד, ומה לי דהיתה משובחת מקודם ועכשיו החזירה הלוקח כפי שהיתה בשעת הגזילה, סוף כל סוף הוא מצאה שהוכספה והשביחה, ויורד גמור הוא, הגע עצמך, האם יעלה על הדעת שאם בא רוח סערה והפסיד שדהו וירד לתוכה אחד והשביחה, האם גם בכהאי גוונא נאמר שאין בעל השדה חייב לשלם יציאות הואיל והיתה משובחת מקודם, והלא זה פשוט דיורד גמור הוא וחייב לשלם לו, ואם כן מה לי דבא אדם והכסיפה, סוף סוף היורד מצאה מופסדת והשביחה, ואם בשביל שהגזלן חייב לשלם בשביל ההפסד, הלא אין זה אלא מעליותא לבעל הבית שאחר ששילם היציאות להיורד חוזר וגובה מן הגזלן מה ששילם ללוקח, ולמה יפטר הנגזל מחיובו להלוקח שירד לתוך שדהו, ועוד עיימש"נ בש"ח פ"ב.

ועיין בסמ"ע סי' שע"ג סק"ג שעמד על דברי רש"י, ועיין במהר"ם שי"ף שכתב דהתוס' פליגי על דברי רש"י מהאי טעמא, דלא נראה להם חילוק זה, ומה שכתבו התוס' דמיירי שנגזלה ריקנית, ר"ל אפילו נגזלה ריקנית, והוא הדין אם נגזלה משובחת והכסיפה ביד הגזלן, אלא דאז משלם בעל השדה יציאות ללוקח, דהא ירד לתוכה כשהיתה ריקנית, ושאר השבח גובה הלוקח מן הגזלן יעו"ש.

והנה עיין ברמב"ם פ"ה טוען ונטען ה"ב וז"ל: וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידוה והרי הוא חייב לשלם, בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי, או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי

בבא מציעא יד:] איתמר המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינו שלו, רב אומר יש לו מעות ויש לו שבח, ושמאל אמר מעות יש לו שבח אין לו. בעו מיניה מרב הונא פירש לו את השבח מהו, טעמא דשמאל משום שלא פירש שבחא והכא הא פירש, או דלמא טעמיה דשמאל כיון דלית ליה קרקע מיחזי כרבית יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: ויש לו שבח, אם זה השביח את הקרקע בזבל או בגדר קודם שהוציא נגזל מידו גובה לוקח מן המוכר שבח, ואם תאמר הנגזל יתן שבח שהרי השיבו קרקע משובחת, [יש לומר] כגון שגזלה משובחת והכסיפה ביד הגזלן עכ"ל יעו"ש, ולפי זה יוצא דהנגזל נוטל כל השבח, ואינו נותן כלום ללוקח.

אבל התוס' כתבו בד"ה ויש לו שבח וז"ל: שהנגזל לוקח הקרקע עם השבח ואינו משלם ללוקח רק היציאה, כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות דאם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה, ואותו שבח היתר יקח הלוקח מן הגזלן, ומיירי שנגזלה ריקנית עכ"ל יעו"ש. ורש"י לא כתב כן דמשמע ליה שנוטל כל השבח מן הגזלן, ולכן פירש דמיירי כגון שגזלה משובחת והכסיפה והשתא החזירה הלוקח כפי שהיתה בשעת הגזילה, ומשום הכי אין הנגזל מחויב לשלם לו היציאה כדין יורד שלא ברשות, וחוזר הלוקח ונוטל כל השבח מן הגזלן.

חיוב לסלק ההיזק, וגם הרמב"ם לא פליג בכך, אלא דס"ל דאף חיוב ממון גרידא שנגרם על ידי קרקע הוי כקרקע ואין נשבעין עליו, אכן אם אפשר להחזיר הקרקע לאיתנה מוטל עליו לעשות כן על ידי דמים.

וְלָפִי זה אולי נוכל ליישב דברי רש"י בסוגיין, דהיכא דירד לתוך שדה שהוכספה והשביחה צריך בעל השדה לשלם מדין יורד, שהרי הוציא היורד הוצאות בשבילו, אבל היכא דאיכא נמי מזיק שמוטל עליו לסלק ההיזק ולהחזירה למצבה שהיה, הרי זה היורד שהשביחה יותר יש לו דין יורד לגבי המזיק מלגבי בעל השדה, דבעל השדה יש לו רשות להשביחה אבל המזיק חייב להשביחה, ולכן תביעת הלוקח היורד על יציאתו הוי על המזיק ולא על בעל השדה, ונמצא דאם המוכר הגזלן פירש לו אחריות על שבח הלוקח נוטל ממנו כל השבח, ואם לא פירש לו אחריות על השבח נוטל ממנו יציאות בלבד מדין יורד והשאר הפסיד.

וַיֵּשׁ קצת הוכחה לכך, שהרי לצד הבעיא דטעמא דשמואל דאין לו שבח משום דמחזי כרבית, שהרי מקבל יותר ממה שנתן, אם כן כל זה הוא בשבח דממילא, אבל בשבח שעל ידי הוצאה יכול לגבות ההוצאה מן הגזלן, דכיון שהוציא יציאות נוסף על הקרן לא מחזי כרבית, ועיין בסמ"ע סי' שע"ג סק"ה שכתב סברא זו בשם הרי"ף, ונמצא דלצד זה נוטל יציאות מן הגזלן, ואם להך צד דהבעיא דטעמא דשמואל מפני שלא פירש לו אחריות אין לו מן המוכר אפילו יציאות, נמצא נפקא מינה גדולה להלכה בין הני לישני, ובגמרא לא הוזכרה נפקא מינה זו, ומשמע דלשני הצדדים יש לו יציאות מן המוכר אפילו בלא פירש לו אחריות על השבח, והיינו טעמא משום דחשיב יורד בשביל המזיק, וכמ"ל.

פרק ב

בו יבוארו דברי רעק"א, ל"פ סברת הש"ך וְלָפִי סברא דידיה, ליישב שיטת רש"י דלוקח שהשביח קרקע ונמצאת גזולה אינו נוטל יציאות מן הגזלן מדין יורד כשנגזלה משובחת והוכספה ביד הגזלן. **[בבא מציעא יד:]** אתמר המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו, רב אמר יש לו מעות ויש

אלא אחת, או שהיה שם עד אחד שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום, הרי זה נשבע היסת על הכל עכ"ל יעו"ש, וס"ל להרמב"ם דדמי קרקע כקרקע ואין נשבעין על הקרקעות, ועיין מה שכתב הר"ן בשבועות (דף מב:) יעו"ש.

והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א נראין דברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החפירות, אבל אם תבעו לשלם פחתו הריהו כשאר תביעת ממון וכו' עכ"ל יעו"ש. והנה הא דיכול לתבוע מן המזיק למלאות החפירות הוי נמי תביעת ממון, שישלם ההוצאת של מילוי החפירות, אף אם אין זה ממש סכום מעות של הפחת שנפחתה השדה על ידי החפירות, שהרי כל חיובים הוו על ידי תביעת ממון, ולא עלה על דעת הראב"ד שיכול הניזק להכריח המזיק לבא בעצמו למלאות החפירות, וס"ל להראב"ד דאם משלם פחת השדה אין זה אלא חיוב דמים בעלמא, ולא חשיב כתביעת קרקע שנוכל לומר אין נשבעין על הקרקעות, אבל אם התשלומין באין למלאות החפירות שפיר נוכל לומר דדמי קרקע אלו כקרקע ואין נשבעין על הקרקעות.

ומדברי המגיד משנה והמשנה למלך שם מבואר סברת הראב"ד, דיעו"ש במגיד משנה שהקשה על הראב"ד דמהו החילוק, הלא בין כך ובין כך לא הוי אלא תביעת דמים הבאה מחמת קרקע, ותירץ המשנה למלך בחד תירוץ דמיירי שהעפר שהוציא מן החפירות עדיין בעינא, יעו"ש, וחזינא מכאן דס"ל להראב"ד דמוטל על המזיק לסלק הזיקו אם אפשר, ואם לא אפשר חל עליו חיוב תשלומי נזק, או להשלים ההפסד ממון או להשלים הפסד החפץ, ובודאי גם זה הוי חיוב ממון, אבל מטרת החיוב הוי סילוק ההיזק, וכמו חיוב מזונות דהוי חיוב ממון שמטרתו שיוזנו האשה והבנות, הכי נמי חל עליו חיוב ממון לסלק המעשה היזק, וס"ל להראב"ד דכיון דחיוב ממון זה בא לתקן הקרקע ולהחזירו למצבו שהיה, שפיר נאמר בזה דדמי קרקע כקרקע, אבל בחיוב תשלומין גרידא בשביל שהוזלה הקרקע לא נאמר כן. והמשנה למלך הוסיף דאיכא למימר דרק אם העפר שהוציא עדיין בעינא נחשיבנה כסילוק ההיזק, ולא על ידי עפר אחר, ומכל מקום חזינא דאיכא

ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, מה שאין כן בלוקח מן הלוחה והואיל והלוחה אינו נוטל יציאות מבעל חוב היכא דמסיק ביה שיעור ארעא ושבתא גם הלוקח אינו נוטל מבעל חוב, דליכא למימר מה מכר ראשון לשני, וקשה דמה שייך כאן ענין מה מכר ראשון לשני, והלא לא אלים דין יורד של המוכר מדין יורד דלוקח, ותרווייהו שוים שאם השביחו יש להם לתבוע יציאות מן הבעלים, ואלא שהלוקח מחל להבעלים הואיל ואדעתא דמוכר נחית, והיאך מהני לזה דין מה מכר ראשון לשני.

ואילוי יש לומר דהיכא דהלוקח מן הגזולן השביח קרקע הנגזל יש לשניהם תביעה להנגזל מדין יורד, דהלוקח השביח קרקע הנגזל והרי יש לו דין יורד בה, וגם הגזולן יש לו תביעה מדין יורד, שהרי יכול הגזולן לתבוע לנגזל אני השבחת קרקע שלך על ידי מה שהבאתי לכאן אדם שיעבוד וישביח הקרקע, ויכול לתבוע יציאות מן הנגזל מדין יורד, ודין זה הוא מקנה ללוקח מדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, ועיימש"נ בש"ט פל"ג, ולפי זה צריכים לומר דאין הלוקח מסולק במאי דנחית אדעתא דמוכר אלא מעיקר דין יורד שלו, שהוא עשה המלאכה כדי להשתלם מן המוכר ולא מן הנגזל או הבעל חוב, אבל מכל מקום לא נסתלק בזה זכות המוכר לתבוע מן בעל השדה מדין יורד אודות המלאכה שעשה לוקח זה שהעמיד שם, כמש"נ, ולכן בכל עת שירצה הלוקח לתבוע יציאות מן הנגזל יכול להשתמש בזכות המוכר שעדיין קיים, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, מה שאין כן בבעל חוב שאין למוכר שום תביעה לגבי הבעל חוב, דהא מסיק ביה שיעור ארעא ושבתא, ואע"פ שהעמיד לוקח לעבוד את הקרקע, הכל עולה לו בחובו, וליכא למימר מה מכר ראשון לשני.

גם על סברת רעק"א יש לדקדק, שהרי כתב דאם אין הנגזל נותן לו יציאות יגרום לו שיחזור על הגזולן ויגבה מדין אחריות, ונמצא שהגזולן מפסיד, שהוא משלם בעד כל הקרקע וגם בעד כל השבת, אבל בבעל חוב הרי כל מה שמשלם המוכר עולה לו בחובו, דאי לאו דמסיק ביה שיעור ארעא ושבתא לא היה בעל חוב גובה ממנו

לו שבת וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: ויש לו שבת, אם זה השביח את הקרקע בזבל או בגדר קודם שהוציא נגזל מידו, גובה לוקח מן המוכר שבת, ואם תאמר הנגזל יתן השבת שהרי השיבו קרקע משובחת, [יש לומר] כגון שגזלה משובחת והכסיפה ביד הגזולן עכ"ל יעו"ש. וכבר הקשו המפרשים על דברי רש"י דמה לי שהיתה משובחת כשבת ליד הגזולן, השתא מיהא הרי הכסיפה בידו, הרי באה ליד הלוקח כשהוכספה והוא השביחה, ולמה לא יהא לו דין יורד לגבי הבעלים לגבות ממנו היציאות, ועיימש"נ בש"ח פ"א.

והגרעק"א כתב ליישב דברי רש"י וז"ל: והראשונים כולם ומכללם הנמוקי יוסף תמהו על פרש"י, דמכל מקום יאמר הלוקח מה לי בכך שהכסיפו הגזולן אנכי השבחת ונתן לי הוצאה, ואפשר דכונת רש"י לפי מה שכתב הרי"ף להסביר הא דבעל חוב אינו מחזיר הוצאה, ולמה יהיה עדיף מיוורד לתוך שדהו, דביורד נחית אדעתא להשתלם ממרי דארעא, אבל בלוקח נחית אדעתא לחזור על המוכר. ובש"ך סק"י כ' עלה, אע"ג דבלוקח מגזולן הנגזל מחזיר הוצאה ולא אמרינן גם כן דהלוקח נחית להשתלם ממוכר, דשאני התם כיון שאילו הוציאה נגזל ממוכר היה מחזיר לו ההוצאה, אמרינן מה מכר כל זכות שתבא לידו, מה שאין כן בבעל חוב דאם היה נוטל ממוכר לא היה מחזיר לו ההוצאה יעו"ש. ובלאו הכי יש להסביר כיון דהלוקח חוזר על המוכר, אם כן אם אין הנגזל מחזיר ההוצאה להלוקח על ידי כך חוזר על המוכר, והוי כאילו הנגזל מפסיד להמוכר ההוצאה, וכעין דאמרינן גבי יתומים מן היתומים ערבא לאו בתר יתמי אזיל, והרי הדין דהנגזל צריך להחזיר ההוצאה על כל פנים. יהיה איך שיהיה, הן מסברת הש"ך הן מסברא דידן, עיקר הטעם כיון דגם למוכר היה צריך להחזיר ההוצאה, אם כן ממילא בהכסיפה הגזולן דאם היה הגזולן משביחו לא היה מחזיר לו ההוצאה, ממילא גם להלוקח אינו מחזיר, דלא שייך מה מכר וק"ל, עכ"ל רעק"א, יעו"ש.

ויש לדקדק בסברת הש"ך דלוקח מן הגזולן נוטל יציאות מן הנגזל הואיל והגזולן עצמו היה נוטל יציאות ממנו אילו השביחה, ומה מכר

להמוכר הגזלן אילו השביחה בעצמו אם כן צריך לשלם יציאות להלוקח, כמשי"נ, אבל אם גזלה משובחת והכסיפה ביד הגזלן אז לא היה הנגזל משלם יציאות להגזלן אם חזר והשביחה והחזירה לכמות שהיתה, ולכן גם הלוקח אינו גובה יציאות מן הנגזל, ולפי זה מיושבים דברי רש"י דלוקח גובה כל השבח מן הגזלן, כנ"ל.

אמנם נראה דלקושטא דמלתא אין דברי רש"י מתיישבים אלא לפי סברת רעק"א, דלפי סברת הש"ך צריכים לומר דבגזלה משובחת והכסיפה ומכרה לית דין מה מכר ראשון לשני הואיל ולא היה הנגזל משלם יציאות לגזלן אילו השביחה, וקשה דלכאורה הא דאין הגזלן גובה יציאות מן הנגזל לאו היינו משום דבעצם אין לו תביעה על היציאות, אלא משום דמוטל עליו לשלם מדין מזיק על שהכסיף קרקע משובחת של הנגזל, והפוכי מטרותא למה לי, דכיון דהגזלן חייב להנגזל מדין מזיק והנגזל חייב להגזלן מדין יורד, אם כן יעמוד כל אחד בממונו ולא ישלם, אולם כיון דהגזלן בעצם היה יכול לתבוע יציאות מן הנגזל למה לא נימא ביה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, כמו בכל לוקח שגובה יציאות מן הנגזל היכא דהיתה ריקנית מתחלה לפי דעת הש"ך, ומה לי דבפועל לא היה הנגזל נותן יציאות לגזלן אם השביחה דהפוכי מטרותא למה לי, מכל מקום לגבי לוקח הרי ליכא הפוכי מטרותא, דהא הוא לא הכסיף קרקע משובחת, וגם קנה זכות גבית היציאות מדין מה מכר ראשון לשני, ואם כן למה לא יגבה היציאות.

וצריכים לומר דהא דהגזלן לא היה גובה יציאות אילו הוא עצמו השביחה לאו היינו משום הפוכי מטרותא למה לי, אלא משום דבעצם לא היתה לו תביעה על היציאות, והיינו משום דמה שהשביח הגזלן לא חשיב לגבי דידיה אלא כסילוק היזקו, ואין לו דין יורד כלל, שאם גזל שדה גדורה והפיל את הגדר וחזר והעמידה אין זה נחשב כיורד לתוך שדה חברו והשביחה, אלא כמזיק שסילק היזקו והחזיר השדה לכמות שהיתה מקודם, ומשום הכי אין הנגזל משלם לו יציאות, שהרי אין כאן דין יורד כלל, ונמצא דגזל שדה משובחת והכסיפה פקע ממנו דין יורד לגבי אותה קרקע, וממילא לא

את השבח, וקשה דמה בכך שהנגזל יפסיד להגזלן אם לא ישלם לו יציאות, יקוב הדין את ההר, אם הוא חייב לשלם יציאות להלוקח בודאי ישלם לו, ואם אינו חייב לשלם יציאות מאי איכפת ליה אם יחזור הלוקח על הגזלן ויבוא לידי הפסד.

ויש ליישב דהנה באמת יש ללוקח שתי תביעות על היציאות, חדא לגבי בעל הקרקע מדין יורד, וחדא לגבי המוכר מדין אחריות שקיבל עליו להשלים לו כל מה שיפסיד מן הקרן והשבח, ומן הסברא תקדים תביעתו לבעל הקרקע לתביעתו להמוכר, דתביעתו לבעל הקרקע היא מעיקר הדין, שהרי ירד לתוך שדהו והשביחה, ותביעתו להמוכר לא הוי אלא מדין אחריות, שהמוכר מחייב עצמו שישלים לו שום הפסד שיארע לו אחר שיעשה כל מה דאפשר בדין, ולפי זה באמת היתה תביעתו ראשונה אל הבעל חוב והנגזל דאית ליה דין יורד לגבייהו, אלא דאיכא סברא דאדעתא דמוכר נחית, כמו שכתב הרי"ף כנ"ל, והיינו דהלוקח מכיר המוכר וכבר נשא ונתן עמו, ויותר ניחא ליה לתבוע יציאות ממנו מלהתדיין עם בעל חוב שאינו מכיר אותו כלל, ולכן סברא היא דגם המוכר מסכים על כך להפך סדר קדימת התביעות לטובת הלוקח שיוכל לתבוע היציאות מיד מן המוכר, והלוקח אדעתא דהכי נחית, דכיון דיכול לגבות מיד מן המוכר מדין אחריות אין בדעתו לגבות כלל מבעל הקרקע, אכן כל זה לא נאמר אלא כשגבה ממנו בעל חוב, דהתם אין המוכר מפסיד במה שהלוקח גובה ממנו, דבלאו הכי היה צריך לשלם לבעל חוב, דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, אבל כשגבה נגזל מלוקח הרי יפסיד המוכר אם ילך הלוקח מיד לגבות ממנו, ובכהאי גונא בודאי אינו מסכים להפך סדר קדימת התביעות, וצריך הלוקח לתבוע תחלה יציאות מן הנגזל, ששם עיקר תביעתו מדין יורד, דבודאי לא נחית אדעתא דמוכר היכא דאינו מסכים שיגבה ממנו תחלה, ולכן תחלת גביתו מן הנגזל, ואם לא יוכל לגבות אז ילך אצל המוכר מדין אחריות, כמשי"נ.

וכתב רעק"א דלשתי הסברות, סברת הש"ך דלוקח גובה מן הנגזל מדין מה מכר ראשון לשני, וסברא דידיה שלא יגרום הפסד למוכר, כיון דהנגזל היה צריך לשלם יציאות

לו שבח, ושמואל אמר מעות יש לו שבח אין לו, בעו מיניה מרב הונא פירש לו את השבח מהו, טעמא דשמואל משום דלא פירש שבח והכא הא פירש לה, או דלמא טעמיה דשמואל כיון דלית ליה קרקע מחזי כרבית, אמר ליה אין ולא ורפיא בידיה. איתמר אמר רב נחמן אמר שמואל מעות יש לו שבח אין לו אע"פ שפירש לו את השבח, מאי טעמא כיון דקרקע אין לו שכר מעותיו עומד ונוטל יעו"ש.

לפי צד זה דשמואל מיירי בלא פירש, וטעמא דאין לו שבח משום דס"ל דלא אמרינן אחריות טעות סופר לגבי שבח, נמצא דטעמא דרב דיש לו שבח משום דס"ל דאמרינן אחריות טעות סופר אף לגבי שבח, וס"ל נמי דלא שייך כאן מיחזי כרבית, וריהטא דסוגיא משמע דגם לצד השני הוא כן, דבין כך ובין כך ס"ל לרב דאמרינן אחריות טעות סופר אף לגבי שבח ולא חיישינן למיחזי כרבית, ומיבעי לן אליבא דשמואל באיזה פרט פליג על רב, אם פליג על הא דאמרינן אחריות טעות סופר לגבי שבח, ואם כן בפירש יש לו שבח, או דלמא פליג על הא דלא חייש רב למיחזי כרבית, ואם כן לעולם אין לו שבח, דאע"ג דאחריות טעות סופר אף לגבי שבח, מכל מקום אינו גובה שבח הואיל ומחזי כרבית.

אמנם עיין לקמן (דף טו.), וסבר שמואל לוקח מגולן לית ליה שבחא, והא אמר ליה שמואל לרב חיננא בר שילת אמליך וכתוב שופרא שבחא ופירי, במאי, אי בבעל חוב מי אית ליה פירי, והאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, שבח אין אבל פירות לא, אלא לאו בלוקח מגולן, אמר רב יוסף הכא במאי עסקינן כגון שיש לו קרקע יעו"ש, והיינו דכשיש לו קרקע לא מיחזי כרבית, ומבואר משם דאע"ג דטעמא דשמואל משום דמיחזי כרבית, מכל מקום אמר ליה לרב חיננא בר שילת אמליך וכתוב שופרא שבחא ופירי, ולית ליה אחריות טעות סופר לגבי שבח, ואף כשיש לו קרקע, דליכא מיחזי כרבית, אית ליה לשמואל דאינו גובה את השבח אם לא פירש, והיכן מצינו דפליג שמואל על רב בתרתי, בין במה דס"ל לרב דלא חיישינן כאן למיחזי כרבית, ובין במה דס"ל

שייך כאן מה מכר ראשון לשני, וגם הלוקח אינו גובה יציאות מן הנגזל.

אכן כל זה לא שייך אלא בגזל קרקע משובחת והכסיפה, שהפיל את הגדר וחזר והעמידה, אולם רש"י כתב דינו גם לגבי פירות, שאם גזל קרקע עם פירותיה ואכל הפירות ומכר הקרקע ושוב הוציא הלוקח פירות מחדש אינו גובה יציאות מן הנגזל, ועיימש"נ בש"ח פ"ד, והתם ליכא למימר דהוצאת הפירות הוי סילוק ההיזק כמו העמדת גדר שנפל, ואילו היה הגולן עצמו מוציא פירות חדשות בודאי היה נחשב בזה כיוורד, דהני פירי אחריני נינהו, ולא דמי להעמיד גדר דחזרה השדה להיות גדורה כמות שהיתה מקודם, ומכל מקום כיון שהוא עצמו אכל פירות ראשונות לא היה גובה יציאות מן הנגזל, דהפוכי מטרותא למה לי, ומכל מקום לגבי לוקח נימא מה מכר ראשון לשני, ולמה לא יגבה לוקח יציאות מן הנגזל היכא דגזלה המוכר מליאה פירות, ונמצא שאין דברי רש"י מתיישבים לפי סברת הש"ך.

אבל לפי סברת רעק"א שפיר מתיישבים דברי רש"י גם בגזל קרקע עם פירותיה, דטעמא דבגזלה ריקנית ומכרה הלוקח גובה יציאות מן הנגזל משום דאילו היה גובה מן המוכר היה מפסיד לו, כמש"נ, ולא ניחא ליה למוכר להפך סדר הגביה במקום דאית ליה הפסידא, ולכן קדים תביעת הלוקח לנגזל מדין יורד לתביעתו למוכר מדין אחריות, כמש"נ, אבל היכא דהכסיפה ביד הגולן, בין בגדר שנפלה בין בפירות שאכל, הרי לא יפסיד המוכר אם יגבה הלוקח ממנו, כיון דסוף סוף חייב מדין מזיק, וניחא ליה להפך סדר התביעות שיוכל הלוקח לגבות מיד מן המוכר מדין אחריות, והלוקח אדעתא דהכי נחית, ומשום הכי אינו גובה יציאות מן הנגזל.

פרק ג

בו ידון בלוקח שדה והשביחה ונמצאת גזולה דנחלקו רב ושמואל אם לוקח גובה שבח מן הגולן, אם נחלקו בין לענין אחריות טעות סופר ובין לענין מיחזי כרבית.

[כבא מצינא יד:] איתמר המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו, רב אמר יש לו מעות ויש

דלא שייך מיחזי כרבית, כגון היכא שיש לו קרקע.

ומלתא דמסתברא היא, דיותר איכא למימר אחריות טעות סופר לגבי נמצאת שאינה שלו, דבכהאי גונא ליכא סברת עביד איניש דזבין ארעא לחד יומא, כדלעיל (דף יד.), ויותר איכא למימר אחריות טעות סופר לגבי שבח מלגבי פירות, דשבח הוי בגוף הקרקע, מה שאין כן פירות, ולכן בנמצאת שאינה שלו אמרינן אחריות טעות סופר לגבי שבח, וכסברת רב, ואמליך וכתוב שבחא הוי בשביל גבית בעל חוב בלבד, ומכל מקום לגבי פירות לעולם לא אמרינן אחריות טעות סופר, ואפילו לגבי נמצאת שאינה שלו, ומשום הכי צריך להימלך לכתוב פירי, ובסוגיין לא מדמה פירות לשבח אלא לגבי סברת מיחזי כרבית בלבד, וכמשי"נ.

פרק ד

בו יבואר שיטת רש"י בלוקח שדה ונמצאת גזולה דחלוק דין גזלה משוכחת והוכספה ביד גזלן מדין גזלה מליאה פירות ואכל את הפירות.

[בבא מציעא יד:] איתיביה רבא לרב נחמן אין מוציאין לאכילת פירות וכו' מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם וכו', ואי כבעל חוב מי אית ליה פירי, והאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, שבח אין אבל פירות לא, אלא פשיטא בגזול ונגזל וכו', יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: וכגון שגזלה עם פירותיה ומכרה, אי נמי גזלה בלא פירות ומכרה לאחר ועשה בה פירות וטוען נגזל ארעאי אשבח, ומיהו היציאה שהוציא הלוקח ישלם לו הנגזל, שהרי מתוך כך הושבחה יותר, ואם אין השבח יותר אלא היציאה יתירה נותן לו יציאה שיעור שבח ודיו עכ"ל יעו"ש.

ומה שכתב בפירוש הראשון דמיירי שגזלה עם פירותיה ומכרה, היינו שלא היו עדיין הפירות גמורין, דאם לא כן אין זה פירות אלא קרן, ושפיר הוי דבר שיש לו קיצבה ולא שייך כאן תיקון העולם, אלא על כרחך מיירי שאינן גמורין, ומשום הכי הוה ליה דבר שאין לו קיצבה, שהרי לא נודע שויותן עד שיגמרו, ולפירוש השני יותר פשוט למה חשיב דבר שאין

דאחריות טעות סופר לגבי שבח, ודוחק לומר להך צדדא דטעמא דשמואל משום מיחזי כרבית גם רב ס"ל דהיכא דלא פירש אין לו שבח, ולא קאמר רב אלא דלא חיישינן למיחזי כרבית היכא דפירש.

והנה באמת יש לדקדק בסוגיא דלקמן דמגלן דס"ל דלוקח מגזלן גובה שבח ממה דאמר אמליך וכתוב שופרא שבחא ופירי, הא יש לומר דאין הכי נמי דאחריות על פירות נוגע רק אם יבורר הדבר שהשדה היתה גזולה, דהא בעל חוב אינו גובה פירות, מכל מקום אחריות על שבח נוגע אם יגבנו בעל חוב, דהרי הסברא נותנת דכשמוכר שדה מקבל אחריות לגבי כל מקרים האפשריים, כלומר אם יבורר הדבר שגזולה היא ישלם ללוקח בעד הפירות, ואם יגבנו בעל חוב ויטול גם השבח ישלם ללוקח בעד השבח, ואם כותב פירות בנוגע לנמצא גזולה, מגלן דגם שבח כותב בשביל כך.

לכן נראה דסוגיא דלקמן לא באה להוכיח מפירות דכיון דפירות מיירי בנגזל גם שבח מיירי בנגזל, אלא פריך מפירות גופא, דגם בפירות שייך טעמא דמיחזי כרבית, ואם לוקח מגזלן אין לו שבח, הוא הדין נמי דאין לו פירות, כדאיתא בסוגיין, והכי פריך, ומי אית ליה לשמואל לוקח מגזלן אין לו שבח דמיחזי כרבית, והא אמר ליה שמואל לרב חיננא בר שילת אמליך וכתוב שופרא שבחא ופירי, ופירות על כרחך נכתב משום לוקח מגזלן, דהא אין בעל חוב גובה פירות, ואם חייש למיחזי כרבית גם לוקח מגזלן אינו גובה פירות, ומשני דמיירי כגון שיש לו קרקע, וכן כתב הש"ך סי' קט"ו סקכ"ו יעו"ש.

ונמצא לפי זה דאין להוכיח מסוגיא דלקמן דס"ל לשמואל דבלוקח מן הגזלן לא אמרינן אחריות טעות סופר לגבי שבח, דרק לגבי פירות לא אמרינן אחריות טעות סופר, אבל לגבי שבח שפיר יש לומר דאחריות טעות סופר, והא דאמר אמליך וכתוב שבחא, היינו משום דס"ל דלא אמרינן אחריות טעות סופר לגבי שבח היכא דבא בעל חוב וגובה שבח, אבל לגבי היכא דבא נגזל ונטל קרן ושבח שפיר אמרינן אחריות טעות סופר אף לגבי שבח, וגובה שבח מן הגזלן היכא

וכו', ושמואל סבר אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשום מתנה וכו'. בין לרב דאמר פקדון בין לשמואל דאמר מתנה, האי לארעא במאי קא נחית ופירות היכי אכיל, סבר אנא איחות לארעא, ואיעבד ואיכול בגויה, כי היכי דהוה קא עביד איהו, לכי אתי מרא דארעא, וזוזאי נהוו, לרב דאמר פקדון פקדון, לשמואל דאמר מתנה מתנה, יעו"ש.

ומדויק בגמרא דהכיר בהשדה שהיא גזולה ולקחה ואכל פירותיה, ובא הנגזל והוציא השדה מידו, מחזיר לו השדה אבל אינו צריך לשלם לו בעד הפירות שאכל, והיינו דקאמר איחות לארעא ואיכול בגויה כי היכי דהוי עביד הגזולן, וכשיבא הנגזל ויוציאנה מידו יחזור על הגזולן לקבל מעותיו או ישאירם ביד הגזולן למתנה, ואם צריך לשלם להנגזל בשביל כל מה שאכל איזה ריוח יש לו בזה, אלא מוכח דאינו משלם בעד הפירות, וצריך עיון דכיון דקרקע אינה נגזלת, ולעולם נשארת בחזקת בעליה, למה אינו צריך לשלם בעד הפירות שאכל.

ועיין בריטב"א הישן שדייק מן הגמרא דאינו משלם בעד פירות שאכל, והקשה מהא דאמרין בבבא מציעא (דף טו:) הדרא ארעא הדרי פירי, יעו"ש, ומבואר דמי שהחזיק בשדה חבירו פחות משלש שנים ואין לו שטר צריך להחזיר השדה וגם כל פירות שאכל, ולכאורה זה סותר לסוגיין, וכתב לחלק דהתם מיירי בפירות האילן שגדלו ממילא ולא טרח בהן, דהני פירות חוזרין לבעליהן, אבל בדין מיירי בפירות דאתו על ידי טורח דידיה, ופירות כאלו אינן חוזרין, יעו"ש. וצריכים להבין מאי נפקא מינה אם טרח בהן אם לא טרח בהן, הרי בין כך ובין כך כבר אכל הפירות ואינן בעולם, ולמה יפטר מלשלם אם טרח להוציא הפירות, הלא סוף סוף הפירות ממונא דנגזל נינהו, ואם בא הנגזל כשהיו הפירות בעין היה נוטלם לעצמו, ועכשיו שהלוקח מן הגזולן אכלן למה יפטר מלשלם.

והנה עיין ברמב"ם פ"א גזילה ואבידה הל"ג וז"ל: איזהו גזול, זה הלוקח ממון האדם בחזקה וכו', או שתקף בעבדו ובבהמתו ונשתמש בהן וכו' עכ"ל יעו"ש. הרי דאע"ג דקרקע אינה

לו קיצבה, שהרי לא היו כאן פירות כלל, אלא דלפירוש שני צריך לומר דהנגזל נותן יציאות, ולפירוש ראשון אין הנגזל נותן יציאות.

ויש לדקדק דאם כן למה לא כתב רש"י דמיירי כגון שגזלה מליאה פירות ואכל הפירות ומכר השדה והשתא עשה הלוקח פירות, דאין הנגזל משלם יציאה ככהאי גונא, הואיל והיתה מליאה פירות כשנגזלה, דומיא דגזלה משובחת והכסיפה, וגם הוה ליה ממש דבר שאין לו קיצבה, שהרי כשבאה השדה ליד הלוקח לא היו בה פירות כלל, ואם היה רש"י מפרש כן היה מרויח המעליות של שני הפירושים הנ"ל, וראיתי ברש"ש שצייד לומר דאין הכי נמי דזוהי כונת רש"י בפירוש הראשון, אמנם לא משמע כן, וגם הרש"ש בעיקר דבריו ביאר דברי רש"י בפירוש ראשון דמיירי בפירות שלא נגמרו, יעו"ש.

אולם לפימש"נ בש"ח פ"א מתבארים היטב דברי רש"י, דהא דאין הנגזל משלם יציאות בגזלה משובחת והכסיפה הוא משום דמוטל על המזיק להחזירה למצבה הקדמי, כמש"נ, וכל זה לא שייך אלא בשבח, דהשוואת הגומות והעמדת הגדרים הוי סילוק המעשה היזק, אבל בגזלה מליאה פירות ואכל הפירות אי אפשר להחזירה להמצב הקדמי ולסלק ההיזק, דאף אם יעשה פירות אין זה סילוק ההיזק, דפירות הראשונות כבר נאכלו, והני פירות אחריני נינהו, ונמצא דלא מוטל על המזיק אלא חיוב תשלומין בעלמא, ולא יפטר על ידי זה הנגזל מלשלם יציאות ללוקח כדין יורד, וכמש"נ.

פרק ה

בו יבואר הא דאמרין בגמרא דלוקח שדה והכיר בה שהיא גזולה שצריך להחזיר השדה להנגזל כשתבעו ממנו אב"א אינו צריך להחזיר הפירות שאב"א ב"א זמן שהשדה היתה תחת ידו.

[בבא מציעא טו:] הכיר בה שאינה שלו ולקחה, אמר רב מעות יש לו שבח אין לו, ושמואל אמר אפילו מעות אין לו, במאי קמיפלגי, רב סבר אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשום פקדון

של הגזילה הראשונה, שבידו גזל וכידו הוסיף בגזילתו, וכולה חדא גזילה גינהו, והרי הוא יכול להשיבו ריקם בלי פירות דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, אבל אם גדלו הפירות מאליהן הרי אין בגדילתן שום הוספה בהמעשה גזילה, והפירות קודם שאכלם הרי הם ממון הבעלים, דאם בא לתבוע השבה כשהקרקע מלאה פירות הוא נוטל את הקרקע ואת פירותיה, ונמצא דכשהגזלן אכל הפירות יש בזה גזילה חדשה ואין לפוטרו משום כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, דשעת הגזילה של הגזילה החדשה היא כשהגדילו הפירות ואכלן, וצריך לשלם בשביל הפירות שגזל ואכל, אבל אם טרח ואייתי פירות הרי כל זה נכנס בכלל הגזילה הראשונה, כמש"נ, וכזה אמרינן כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ואין עליו להחזיר אלא הקרקע עצמה ולא פירותיה, כמש"נ, ועיין שם בדברי הריטב"א שחזר בו לבסוף.

פרק ו

בו יבוארו דברי רש"י בהא דאמר רב הכיר בה שאינה שלו מעות יש לו שבה אין לו היינו משום שהקרקע אינה קנויה להמוכר אלא גזולה בידו, ויחולק בין הכיר בה אלא הכיר בה.

[בבא מציעא טו:] הכיר בה שאינה שלו ולקחה, רב אמר מעות יש לו שבה אין לו, ושמואל אמר אפילו מעות אין לו וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: שבה אין לו, שקרקע זה אינו קנוי לו עכ"ל יעו"ש. ויש להקשות דהא קאי השתא במימרא דרב, ואמרינן לעיל (דף יד:), איתמר המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו, רב אמר יש לו מעות ויש לו שבה וכו' יעו"ש, ומבואר דס"ל לרב דאע"ג דמכר לו קרקע גזולה, ואין הקרקע קנויה ללוקח, מכל מקום כשהנגזל הוציא מידו הרי הגזלן חייב לשלם ללוקח בין מעות בין שבה, ואם כן מאי שנא דבהכיר בה שאינה שלו אינו צריך לשלם לו השבח, והלא בין כך ובין כך אין הקרקע קנויה לו.

והרא"ש כתב טעמא אחרינא להא דאין לו שבה וז"ל: שבה אין לו, כיון שיודע שאין מכר, אי הוה יהיב ליה שבחא מיחזי כרבית, אע"ג דזוזי לרב הוי פקדון, מכל מקום

נגזלת, מכל מקום אם חטף עבדים, שהם כקרקע, הרי נחשב גזול ועובר בלא תגזול. ובהל"ה כתב וז"ל: כל הגזול חייב להחזיר הגזולה עצמה, שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דיש גזילה בקרקעות לענין עבירות הלאו וחייב השבה, וכן כתב החינוך, ויש להגזלן תפיסה בגוף הקרקע הנגזלת וזה מחייבו להשיב הגזילה, אלא דאין התפיסה כל כך חזקה כמו קניני גזילה במטלטלין, ואין הגזלן קונה קרקע בשינוי כמו שהוא קונה מטלטלין, וכן מבואר ממה שכתב בפ"ט שם הל"א דקרקע ששטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך, יעו"ש, והוא לשון השבה, ועיין בראב"ד שכתב דאע"ג דעבד כקרקע, אם גזל עבד ומת אינו אומר הרי שלך לפניך, יעו"ש, דאין העבד בעין אלא גולמו, וליכא קיום השבה בהחזרתו, וכן כתב הנתיבות המשפט סי' ס' ס"ק י"א, יעו"ש, ועיין מה שכתב הקצות החושן סי' ס"ו ס"ק י"ד, יעו"ש.

וְלַפִּי זה יש לומר דיכול הגזלן למכור ללוקח אותה תפיסת גזילה שיש לו בהקרקע הגזולה, ונכנס הלוקח תחתיו ונתחייב להשיבה להבעלים, וכל זמן שלא השיבה הרי הוא בידו בתפיסת גזילה, ואם הוציאה פירות בידו ואכלם אינו צריך לשלם להנגזל בעד הפירות שאכל, שהרי כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ואומר לו הרי שלך בפניך, והא דאמרינן לקמן הדרא ארעא והדרי פירי, ולא אמרינן כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, היינו משום דלא לקח השדה בחזקה אלא בא בטענת לקוחה היא בידי, וכיון שאין לו ראייה על כך מוציאים הקרקע מידו, אבל גזלן לא הוי, ולכן צריך לשלם בעד כל הפירות שאכל, והא דאמרינן בבבא בתרא (דף כח:) פלוני אוכל בגזלנותא וכו', הכונה דנעשה גזלן על הפירות שאוכל, אבל אינו נעשה גזלן על הקרקע אלא כשלקחה בחזקה, אבל בטענת לקוחה אינו נעשה גזלן, כמש"נ.

וּנְיָחָא נמי לפי זה מה שהריטב"א רצה לחלק ולומר דפירות שיצאו ממילא הדרי עם הקרקע אבל פירות שטרח בהן לא הדרי, כנ"ל, דאיכא למימר דאם טרח והוציא פירות הרי זריעתו חרישתו ולקיתתו כולן נחשבות המשך

אפילו מעות אין לו, במאי קמיפלגי, רב סבר אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשום פקדון וכו', ושמואל וכו' וגמר ונתן לשום מתנה וכו', והא פליגי בה חדא זימנא, דאיתמר המקדש את אחותו רב אמר מעות חוזרין ושמואל אמר מעות מתנה וכו', צריכא וכו', אמר רבא הלכתא וכו' הכיר בה שאינה שלו ולקחה מעות יש לו שבח אין לו וכו' יעו"ש. ומבואר דרב ס"ל בין בהכיר בה שאינה שלו ובין במקדש אחותו דמעות פקדון, ושמואל ס"ל בתרוייהו דמעות מתנה.

וכתב הרמב"ם פ"ט גזילה ואבדה הל"ח וז"ל: הגזול שדה ומכרה ואכל הלוקח פירותיה, מחשבין עליו כל הפירות שאכל ומשלם לבעל השדה, וחוזר וגובה אותן מן הגזול מנכסים בני חורין, ואם הכיר בה שגזולה היא אין לו פירות ואינו גובה מן הגזול אלא הקרן בלבד עכ"ל יעו"ש, ומבואר מדבריו דפסק כרב דמעות פקדון ומשום הכי גובה את הקרן מן הגזול.

אולם בפ"ו זכיה ומתנה הל"כ כתב וז"ל: והמקדש אחותו המעות מתנה, אדם יודע שאין קדושין תופסין בעריות, ואין זה טועה אלא גמר ונתן לשם מתנה עכ"ל יעו"ש, הרי שפסק להדיא כשמואל דמעות מתנה, ונמצא דדבריו סתרי אהרדי, וכן הקשה בלחם משנה שם.

ונראה ליישב, דבאמת פסק כשמואל דמעות מתנה, שהרי הלכה כשמואל בדיני, ופסק נמי כהא דאמר רבא הלכתא הכיר בה שאינה שלו ולקחה מעות יש לו שבח אין לו, ואין מכאן ראיה שהלכה כרב דמעות פקדון, דשפיר יש לומר דרבא ס"ל כשמואל דמעות מתנה, ומכל מקום יכול הלוקח לתבוע מעות מן הגזול מדין אחריות, כיון שהלוקח נתן המעות להגזול לחלוטין, ואינו יכול לתבוע החזרת מעותיו, והרי היה כאן מקח, והגזול קבל עליו אחריות לקיימו, ואם נתבטל המקח עליו לקיים המקח על ידי תשלומין, והיינו דינא דרבא דאע"ג דמעות מתנה יכול לתבוע ממנו לקיים המקח על ידי מעות. וכן מדויק מלשון הרמב"ם שכתב דבלא הכיר בה שאינה שלו גובה קרן ופירות מן הגזול ואם הכיר בה שאינה שלו אינו

לאישתמושי בהו יהביה ניהליה והווי כהלואה, ומיחזי כשכר מעותיו, ואפילו פירש לו את השבח לא יהיב ליה מידי וכו' עכ"ל יעו"ש, וכן כתב הנמוקי יוסף, יעו"ש. ויש לדקדק בדבריו דהרי בגמרא לעיל מבואר דרב לא חייש למיחזי כרביית, והמוכר שדה שאינו שלו יש לו ללוקח שבח, ושמואל הוא דאמר אין לו שבח משום דמיחזי כרביית. אכן יש לומר דהתם הרי נראה כאילו היה כאן מכר, וכיון שנתבטל המכר צריך להחזיר לו המעות, ואליבא דשמואל כיון שמחזיר לו מעותיו דומה להלואה, ואם יתן לו גם שבח מיחזי כרביית, אבל רב ס"ל דאין זה דומה להלואה, שלא לקח ממנו המעות בתורת מלוה אלא בתורת דמי מקח, ולפיכך יש לו שבח ולא חיישינן למיחזי כרביית, אבל אם הכיר בה שאינה שלו הרי הלוקח נתן לו המעות בתורת פקדון, וגם נתן לו רשות להשתמש בהן כמו שכתב הרא"ש, כנ"ל, וגם רב מודה דבכהאי גונא דומה להלואה ואם יתן לו גם שבח מיחזי כרביית. אולם דברי רש"י צריכים עיון לכאורה, דבפשוטו לא נזכר בדבריו סברא דריבית.

ונראה לבאר דברי רש"י דהיכא דמכר שדה שאינה שלו ולא הכיר בה הלוקח הרי כפי הנראה יש כאן מכר מעליא, ואם הוא קיבל עליו אחריות המכירה חל חיובו על כל המקח, בין על הקרקע עצמה בין על השבח, אבל אם הכיר בה שאינה שלו אין כאן מקח כלל אלא פקדון בעלמא, ואפילו אם כתב לו אנא איקום ואשפי וכו' ושבחיהון וכו', כדלעיל (דף טו.), יעו"ש, אין חיוב חל אלא על המעות עצמן שהן הפקדון, אבל על השבח אין עליו שום חיוב, שהרי לא היה כאן שום מקח כלל, וגם אין ללוקח שום זכות בעצם השבח שהרי אין הקרקע קנויה לו, וכמו שכתב רש"י.

פרק ז

בו יתיישבו דברי הרמב"ם דנראים כסותרים אהרדי, דפסק דשדה שהכיר בה שאינה שלו ולקחה יש לו מעות, ופסק במקדש אחותו דמעות מתנה, ואע"ג דבגמרא ת"ה הלכות א"ו זו בוז.

[בבא מציעא טו:] הכיר בה שאינה שלו ולקחה, אמר רב מעות יש לו שבח אין לו, ושמואל אמר

אכּן נראה דזה פשוט דאין הגזלן כהבעלים הראשונים להוציא מיד הלוקח, דהבעלים יכולים לתבוע ממנו השבה, אבל אם מכרה לאחר אין הקונה ממנו יכול להוציאה מן הלוקח מדין השבה, דליכא חיוב השבה אלא להבעלים הנגזל, ומכל מקום יכול להוציאה מן הלוקח מדין ממוני גבך, וזהו מה דמיבעי ליה אם גם הגזלן יכול להוציאה מיד הלוקח מדין ממוני גבך.

וייעוין בתוד"ה חזר ולקחה כו' שכתבו וז"ל: בלא הכיר בה מיירי, וקמיבעיא ליה אם הגזלן יכול לבטל המקח ולהחזיר לו מעותיו או לאו עכ"ל יעו"ש, וס"ל להתוס' דבעיא דשמואל קאי על סוגיא דלעיל (דף יד:) במוכר שדה גזולה שלא הכיר בה הלוקח, אבל בסוגיין שהכיר בה הלוקח ליכא מכר כלל אלא המעות הם פקדון או מתנה, ולא שייך בזה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, וגם אם נאמר דהגזלן מכר להלוקח תפיסת גזילה שהיה לו בהשדה, ומשום הכי הלוקח אוכל פירות ואינו משלם, כמו שמבואר בסוגיין, ועיימש"נ בש"ח פ"י, ועדיין אין כאן מכירה גמורה ולא שייך בזה מה מכר ראשון לשני, דהיכא דלא הכיר בה הלוקח הרי עשה הגזלן מעשה קנין על גוף הקרקע, ולא פעל הקנין כלום כיון שהשדה לא היתה שלו, אולם המעשה קנין היה להקנות גוף השדה, ובזה יש לומר דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, ואם חזר ולקחה רוצה שיחול המעשה קנין כפי מה שעשה בתחלה, אבל בהכיר בה הלוקח שהיא גזולה לא מכר לו גוף הקרקע אלא תפיסת הגזילה שהיה לו בה, ולא אמרינן בזה מה מכר ראשון לשני שיזכה בהגוף אם חזר ולקחה.

אולם רש"י לית ליה כדברי התוס', שהרי לא פירש דהבעיא קאי על סוגיא דלעיל, ומן הסתם קאי על סוגיא דאיירי בה, דהיינו הכיר בה שאינה שלו ולקחה, ומסתמא קאי נמי על לא הכיר בה, אבל אם לא קאי אלא על לא הכיר בה היה לו לרש"י לפרש, וכמו שפירשו התוס', וצריכים לומר לפי דברי רש"י דכיון שהיה כאן מכירה כל דהו לתפיסת גזלן לגבי פירות, שייך בזה נמי מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

גובה ממנו אלא קרן בלבד, ומשמע דהיינו אותו דין גבית קרן של לא הכיר בה, דבלא הכיר בה גובה שניהם ובהכיר בה אינו גובה אלא האחד, וכיון דהא דגובה קרן בלא הכיר בה הוא מדין אחריות, גם הא דגובה קרן בהכיר בה הוא מדין אחריות, וכן משמע לשון קרן, דהיינו הקרקע עצמה ולא פירותיה, אבל החזרת מעות שנמסרו לפקדון אין להם שום שייכות להקרקע ואין להחשיבה תשלומי קרן.

וייעוין כשיטה מקובצת בשם הרשב"א וז"ל: הכיר בה שאינה שלו מעות יש לו, הרב בעל המאור כתב דדוקא בשלא קנו מידו, אבל קנו מידו אפילו שבח יש לו בהכיר בה לרב כשלא הכיר בה לשמואל, ואינו מחוור דהא בשהכיר בה לרב מעות פקדון ואם כן היאך יש לו שבח וכו' עכ"ל יעו"ש. ולפי דברינו יש ליישב דברי הבעל המאור, דאע"ג דהמעות פקדון או מתנה, עדיין איכא אחריות המקח, ועל הגזלן לקיים המקח אפילו הכיר בה הלוקח ולקחה, ואם קנו מידו איכא חיוב אחריות גם על השבת.

פרק ח

בו יבוארו דברי רש"י דגזלן ש'לקחה מבעלים הראשונים מוציא מן הלוקח משום דמדמינן ליה לאחר ש'לקחה מן הבעלים, ויוביח דנחלקו רש"י והתוס' אם מיבעי ליה נמי בהכיר בה שאינה שלו.

[כבא מצינא טו:] בעא מיניה שמואל מרב חזר ולקחה מבעלים הראשונים מהו, אמר ליה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: חזר גזלן ולקחה מבעלים הראשונים לאחר שמכר ללוקח מהו להיות במקום בעלים כאילו לקחה אחר ויוציאה מיד הלוקח עכ"ל יעו"ש.

וייש לדקדק בדברי רש"י שכתב דמיבעי ליה אם הגזלן הוא כמו אדם אחר שלקחה מבעלים הראשונים שיכול להוציאה מיד הלוקח, למה צריך לכך, ולמה לא קאמר דמיבעי ליה אם הגזלן הוי כהבעלים עצמו שיכול להוציא הקרקע מיד הלוקח, ולמאי הוצרך לדמותו לאדם אחר שלקחה מן הבעלים.

פרק ט

בו יובא מחלוקת רש"י והתוס' בחדר הגזלן ולקחה מבעלים הראשונים אם הלוקח זוכה בו מיד או אין לו אלא רשות להחזיק בהקרקע, ויבואר לדברי התוס' באיזה קנין קונה מיד.

בבא מציעא טו: בעא מיניה שמואל מרב חזר ולקחה מבעלים הראשונים מהו, אמר ליה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, מאי טעמא, מר זוטרא אמר ניחא ליה דלא נקרייה גזלנא, רב אשי אמר ניחא ליה דליקום בהימנותיה, מאי בינייהו, איכא בינייהו דמית לוקח וכו' יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: דמית לוקח לאחר שלקחה גזלן מן הבעלים והגזלן בא להוציאה מבניו עכ"ל יעו"ש. והתוס' בד"ה דמית לוקח פליגי וז"ל: פירש"י אחר שלקחה, ואין נראה דמיד שקנה הגזלן זכה בו לוקח, ואטו משום דמית ליה פקע כחו, אלא יש לומר דמית קודם שלקחה הגזלן מן הנגזל וכו' עכ"ל יעו"ש. ובודאי צדקו דברי התוס' דמאחר שחל הקנין וזכה הלוקח בהקרקע שוב לא פקע כשמת הלוקח.

אלא דרש"י ס"ל דאין הלוקח זוכה בהקרקע מיד כשלקחה הגזלן מבעלים הראשונים, והסברא דמה מכר ראשון לשני לא מהני אלא לקבוע דעת מקנה שהגזלן בודאי נותן להלוקח רשות להחזיק בהקרקע ולקנותה, ועיימש"נ בש"ז פכ"ח, אבל כל זמן שלא החזיק בה לא קנה, ואמרינן דאם מית לוקח לאחר שלקחה גזלן מבעלים הראשונים ועדיין לא הספיק הלוקח להחזיק בה עד שמת בטלה הדעת מקנה, דלא נתן לו רשות אלא דלא לקרייה גזלנא, והרי מת לוקח ומי יחריפנו, ואומדן דעתו של גזלן שרוצה לחזור בו מדעת מקנה, ואתי דיבור ומבטל דיבור.

אולם מדברי התוס' מבואר דס"ל דהלוקח קנה הקרקע מיד כשלקחה הגזלן מבעלים, ויש לעיין באיזה קנין קנהו הלוקח. והיה אפשר לומר דכשלקחה הגזלן זכה בה הלוקח מדין זכין לאדם שלא בפניו, וכן כתב הרמב"ן דנעשה כשלוחו יעו"ש. אך על זה יש להקשות מהא

דאמרינן לקמן (דף טו.) פשיטא וכו' נפלה ליה בירושה, ירושה ממילא היא ולא איהו קא טרח אבתרא וכו' יעו"ש, ולדברי הרמב"ן למה צריכים לטעמא דלא טרח אבתרא, והלא ירושה אין בה מעשה קנין, ולא שייך לזכות בירושה לאחרים מדין זכיה ושליחות, ולא שייך למימר התם דנעשה שלוחו, ויש לדחוק דאי משום דאין שליחות בירושה הוה אמינא דאיכא על כל פנים דעת מקנה, וכסברת רש"י, כנ"ל, ואע"פ שלא קנה הלוקח מיד מדין זכיה, עדיין יכול להחזיק בה ולקנותה, אבל כיון דלא טרח אבתרא ליכא אפילו דעת מקנה, ואין הלוקח יכול להחזיק בה כלל.

אולם בתוד"ה חזר ולקחה כתבו וז"ל: וקמיבעיא ליה אם הגזלן יכול לבטל המקח ולהחזיר לו מעותיו או לא עכ"ל יעו"ש, ומשמע מדבריהם דמספקא להו אם קנין הלוקח חל ממילא, ומבואר בגמרא דהיינו משום מה מכר, או אם יכול הגזלן לבטל המקח, ולדברי הרמב"ן מספקא ליה אם נעשה שלוחו כי היכי דליקום בהימנותיה או לא, ומאי דקאמר מה מכר וכו' לאו דוקא הוא, כמו שכתב השיטה מקובצת בשם הריטב"א, יעו"ש.

ונראה לפרש דברי התוס' דאף אם אין הגזלן נעשה שלוחו של לוקח, ואין לנו ממנו אלא גילוי דעת מקנה בעלמא, אפילו הכי הלוקח זוכה בהקרקע מיד ואינו צריך לילך ולהחזיקה, דבמה שהוא דר ומשתמש בו נחשב הקרקע בתפיסתו, והרי זה קנין חזקה מעליא וקנה הקרקע מיד כשגילה הגזלן דעת מקנה שלו כשלקחה מבעלים הראשונים, ואפילו אם לא היה הלוקח בתוך הקרקע באותה שעה שלקחה מבעלים הראשונים, עדיין נחשבת הקרקע כתפוסה ומוחזקת בידו כיון שהוא רגיל להשתמש בה בקביעות, וכן משמע מדברי התוס' בבבא בתרא (דף כח.) בד"ה אלא דסלקא דעתין דמחזיק בלא טענה קונה במחילת המרא קמא, יעו"ש, והוא הדין הכא הרי הוא קונה מיד הואיל ומוחזקת בידו, כמש"נ.

ויש להביא סמך לדברינו מהא דאיתא בבבא בתרא (דף מב.), ומעדיין זה לזה אמאי נוגעין בעדותן הן, הכא במאי עסקינן דכתב ליה

פרק י

בו יבואר דאס חזר הגולן ולקחה מן הגזול איצטריך
למעמא דמה מכר ראשון לשני גם אליבא דרב
דאית ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ויחולק
בין קרקע גזולה לאינה גזולה.

[בבא מציעא טו:] בעא מיניה שמואל מרב חזר
ולקחה מבעלים הראשונים מהו, אמר ליה מה
מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, מאי
טעמא, מר זוטרא אמר ניחא ליה דלא נקרייה
גזלנא, רב אשי אמר ניחא ליה דליקו בהמנותיה,
מאי בינייהו, איכא בינייהו דמית לוקח וכו'
יעו"ש.

והנה בסוף הסוגיא אמרינן (דף טז:), אמר רב
הונא אמר רב האומר לחבירו שדה שאני
לוקח לכשאקנה קנויה לך מעכשיו קנה וכו',
מכדי רב כמאן אמרה לשמעתי, כרבי מאיר
דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו',
יעו"ש, ועיין בראשונים שהקשו דאם כן למה
צריך רב לטעמא דמה מכר ראשון לשני כל זכות
שתבא לידו, תיפוק ליה דאדם מקנה דבר שלא
בא לעולם, ותירצו דמיבעי ליה לדעתו דשמואל,
אבל אליבא דרב אין הכי נמי דמהני משום מקנה
דבר שלא בא לעולם ואינו צריך לטעמא דמה
מכר, יעו"ש.

אכן עיין לקמן דפריך לרב (דף טז:) מתיב רב
ששת מה שאירש מאבא וכו', יעו"ש,
והקשו התוס' וז"ל: ואם תאמר לימא דרב כרבי
מאיר ובריייתא כרבנן, ויש לומר דלדידן קפריך
וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריהם דלית להו
להתוס' כהני דעות דרב בא לפרוק הבעיא למאן
דאמר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כנ"ל,
דאם כן אין מקום לקושיית התוס' נימא דרב כרבי
מאיר, ומבואר דלדברי התוס' רב הוצרך לטעמא
דמה מכר גם לפי מה דס"ל דאדם מקנה דבר
שלא בא לעולם.

ונראה דמאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא
לעולם ס"ל דיכול לעשות מעשה קנין
אף בשדה חבירו והקנין חל כשבא לידו,
ועיימש"נ בש"ז פכ"ח, אכן נראה דכל זה הוא
בשדה שהיא עדיין ביד בעליה, ואין לו להמקנה
שום דינים לגבי אותה קרקע, בהכי אמרינן דאדם

דין ודברים אין לי על שדה זו, וכי כתב לו מאי
הוי, והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי
על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקות הימנה
לא אמר כלום, הכא במאי עסקינן כשקנו מידו
וכו', וכי מסלק נפשיה מיניה מי מסתלק, והתניא
בני עיר שנגנב ספר תורה שלהן אין דנין בדייני
אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה
העיר, ואם איתא ליסלקו בי תרי מינייהו ולידיינו,
שאני ספר תורה דלשמיעה קאי וכו' יעו"ש.

והא דמהני קנו מידו לא הוי משום שבזה נותן
לו מתנה, דאם כן מאי פריך מבני העיר
שנגנב ספר תורה שלהם ששנים מהם יסלקו
ידיהם ויעידו, כלומר על ידי קנין, והא אמרינן
בקדושין (דף נב.) ובבבא קמא (דף סח:) אמר רבי
יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם
יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי
שאינו ברשותו, יעו"ש, וכן הדין לענין הקנאה,
כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל:) בד"ה כולי עלמא
לא פליגי, יעו"ש, ואם כן איך יהי סילוק אפילו
בקנין בספר תורה שנגנב ואינו ברשותם, ובכלל
אין בן עיר יכול להקנות חלקו בנכסי העיר
לאחרים, דאין זכותו בנכסים אלו כממון פרטי
שלו, אלא על כרחך אין קנין זה פועל משום
הקנאה אלא משום גמירת דעת על הסילוק, וכן
הוא להדיא בדברי הרשב"ם שם (דף מג.) בד"ה
כשקנו מידו וז"ל: שותף חבירו קנה מידו בקנין
סודר והשתא דאיכא קנין מועיל התנאי עכ"ל
יעו"ש, ועל ידי קנין מועיל התנאי דסילוק אפילו
אם אינו ברשותו, ומשני דכיון דספר תורה
לשמיעה קאי ליכא גמירת דעת אפילו על ידי קנין
אלא אם כן עברו לדור בעיר אחרת.

ואבתי יש לעיין באיזה קנין קנה השותף
כשנסתלק שותפו ממנו, ובשלמא
להנך דעות דכל שותף יש לו כולו הרי כיון
שנסתלק השותף ממילא נשאר לגמרי ביד השני
בלי שום קנין, אכן להנך דעות דכל שותף אין
לו אלא החצי איך קנה חצי האחר בלי הקנאה,
אמנם לדברינו יש לומר דאע"ג דאין לו אלא
החצי הרי יש לו חצי בכל מיעוט ומיעוט, ויכול
להשתמש בכולו, ועל ידי זה יש לו תפיסה
בכולו, וכשנסתלק השותף הוא קונה ממילא במה
שהכל תפוס בידו בלי שום קנין נוסף, וכמש"נ.

ופקע ממנו חיוב השבה הרי הגזלן קונה קנין גמור על ידי קניני גזילה, וכמו כן נמי הכא יש לומר דחיוב השבה מעכבו מלעשות מעשה קנין בקרקע הגזולה, אבל אם לא גזל מידי, אלא בא להקנות קרקע שהיא ביד בעליה מעכשו כשתבא לידו, בהא אמרינן שכיון שאין מוטל עליו שום חיובים לגבי אותה קרקע שפיר יכול לעשות בה מעשה קנין להקנותה לאחרים כשתבא לידו.

מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל בשדה גזולה הרי חל על הגזלן חיוב השבה להוציאה מידו ולהחזירה להגזל, ועיימש"נ בש"ח פ"ה, ואיכא למימר דחיוב השבה מעכב היכולת לעשות מעשה קנין בה להקנותה ללוקח, דדינו הוא להשיבו ולא להקנותו, והרי דומה להא דאמרינן דחיוב השבה מעכב הגזלן מלקנות קנין גמור בהגזילה שבידו, ומשום הכי אם נשתנה החפץ

שער ט: בענין בעל חוב גובה את השבח

ובו ל"ד פרקים

פרק א

בו יבוארו דברי רש"י המוכר משלם דמי שבח ללוקח שגבה ממנו בעל חוב הקרקע ושבחה ולא מוחזי כרבית הואיל והשתא הוא דהדר וזבין מיניה קרקע המכורה לו.

[כבא מציעא יד:] איתמר אמר רב נחמן אמר שמואל מעות יש לו שבח אין לו אע"פ שפירש לו את השבח, מאי טעמא, כיון דקרקע אין לו שכר מעותיו עומד ונוטל, איתיביה רבא לרב נחמן אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות וכו', מאי לאו בלוקח מגזלן, לא בבעל חוב וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה לא בבעל חוב וז"ל: שטרפה בעל חוב ממנו בשביל חובו, ולא גזולה היתה, דההיא ודאי אית ליה שבחא, דמכירה מעלייתא היא כל זמן שלא טרפה ממנו, שאם פרע המוכר מעותיו לבעל חוב הוא מסולק מן הלקוחות, הלכך כי משלם ליה יותר ממה שקיבל, השתא הוא דהדר זבין מיניה קרקע המכורה לו ולא מוחזי כרבית עכ"ל יעו"ש. והיינו דכשבעל חוב טורף הקרקע עם השבח מן הלוקח, הרי זה נחשב כאילו הלוח קנה השבח מן הלוקח ונתנה לבעל חוב בפרעון חוב, ואם כן לא מוחזי כרבית, דהא צריך לשלם ללוקח בעד השבח שנטל ממנו, וצריכים להבין מהי כונתו בזה דהשתא הוא דזבין מיניה, ודוחק לומר דבאמת לא חזרה לרשות המוכר ורק דנראה כהדר וזבין וממילא לא מוחזי כרבית, דאין זה משמעות לשון רש"י.

והיה אפשר לומר דכונתו למה שכתב הנמוקי יוסף בכבא בתרא (דף קנ"ג:) דהא דבעל חוב גובה את השבח הוא משום דהלוה קונה את השבח כשבא לעולם והוא מוכרו ללוקח, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ט פכ"ה, אולם גם זה לא יתכן, שהרי הנמוקי יוסף כתב דברים אלו לפרש הא דקאמר התם דבעל חוב גובה את השבח מדין דאיקני, לפי זה צריכים לומר דהשבח בא לרשות הלוה, ומסיק התם דלפי זה אין בעל חוב גובה אלא חצי שבח, יעו"ש, אכן בסוגיין לא הוזכר ענין חצי שבח בפירוש, ומדברי רש"י להלן נראה דס"ל דלפי סוגיין בעל חוב גובה כל השבח, ועיימש"נ בש"ט פ"ה, ולפי זה צריך לומר דלעולם לא בא השבח ליד הלוה ולא חל שעבוד הלוקח עליו, ולכן בעל חוב גובה כל השבח, ואם כן צריכים להבין מאי קאמר דהשתא הוא דזבין מיניה.

ונראה דדבריו מתבארים על פי מה שכתב בפסחים (דף ל:) דאפילו למאן דאמר בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה מכירתו לאו מכירה, הואיל וממושכנין למלוה, ואיש כי יקדיש את ביתו אמר רחמנא וכו', יעו"ש. ובדברי רש"י בכתובות (דף נ"ט:) מבואר דהיינו שלגבי גביה עדיין נשאת הקרקע ביד הלוה, ועיימש"נ בש"א פט"ז. ונמצא לפי זה דאע"פ שהשדה קנויה לגמרי ללוקח להשתמש בה ולאכול פירותיה, מכל מקום לגבי גבית הבעל חוב לא נמכרה השדה, והרי נחשב שהמלוה מוציאה מיד הלוה, וכך הוא הדין נמי לגבי גבית השבח, דכיון דגוף הקרקע נחשב קנויה ללוקח לכל דבר חוץ מלגבי

מהנהו משעבדי, דגם השבח היה קצוב כיון שכבר טרף הבעל חוב קודם שלקח זה הקרקע, ויש לומר דמיירי שזה הקרקע עשאו המוכר לבעל חוב אפותיקי וכו' עכ"ל יעו"ש.

וְלַמִּדָּן התוס' דאע"ג דתקיננו רבנן דאין מוציאין לשבח קרקעות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם, דכיון שאין הסכום ידוע וקצוב אין הלקוחות יכולים להזהר בכך, מכל מקום אם יציור היכי תמצא שהשבח קצוב שפיר גובה מנכסים משועבדים, והכא שהבעל חוב טרף השבח קודם שהלוה מכר קרקעותיו הרי הסכום כבר ידוע וקצוב, והלקוחות יודעים להזהר בכך, ושפיר גובים מנכסים משועבדים.

אבל התוס' בבבא בתרא (דף קנ"ג:) בד"ה גובה, לפי גירסת המהרש"א, פליגי על דברי התוס' דסוגיין, דעיין מה שכתב המהרש"א שם וז"ל: ור"ל לתירוץ דבין המשועבדים שגובה מהן הלוקח הקרן ובין הבני חורין שגובה מהן הלוקח השבח, על כרחך איירי שלא היו לו למוכר נכסים כשטורף הבעל חוב המשועבדים לו מן הלוקח, דאם לא כן יאמר הנחתי לך מקום לגבות, אלא שאותן המשועבדים והבני חורין שגובה מהן הלוקח חזר המוכר וקנה אותן אחר שטרף הבעל חוב מן הלוקח וכו' עכ"ל יעו"ש, ומבואר מדבריו דאע"פ שהלוה מכר קרקע לאחר שטרף בעל חוב מן הלוקח קרן ושבח, אין הלוקח גובה שבחו אלא מן בני חורין, ואע"ג דהשבח כבר קצוב לאחר הטירפא, מכל מקום עדיין שם שבח עליו ותיקנו חכמים שאין גובים שבח ממשועבדים.

וְהַנְּהָה בהמשך סוגיין אמרינן, תא שמע לאכילת פירות כיצד, הרי שגזל שדה מחבירו והרי היא יוצאה מתחת ידו, כשהוא גובה גובה את הקרן מנכסים משועבדים ופירות גובה מנכסים בני חורין וכו', אמר רבא הכא במאי עסקינן כגון שגזל שדה מחבירו מלאה פירות ואכל את הפירות וחפר בה בורות שיחין ומערות, בא נגזל לגבות קרן גובה מנכסים משועבדים בא נגזל לגבות פירות גובה מנכסים בני חורין, יעו"ש, והנה נכסי הגזלן נשתעבדו לנגזל בשעה שאכל הפירות והפחית הקרקע, ואם מכר

גבית המלוה, כמש"נ, אם כן כשהושבחה השדה חל על השבח כל הדינים שהיו על גוף השדה, וגם השבח קנויה ללוקח לכל דבר וללוה חוץ לגבי גבית המלוה, ונמצא שהמלוה גובה חובו מנכסי הלוה, והרי הלוה פורע חובו גם עם השבח, ושפיר חוזר הלוקח וגובה אחריות מן הלוה ולא מיחזי כרבית.

וְהַנְּהָה כשהלוה משלם ללוקח בשביל השבח שגבה ממנו המלוה הרי זה פשוט דמשלם כפי שויות השבח בשעת הגביה, שהרי בשעת המכירה עדיין לא היה השבח בעולם, וכפי מה שכתב רש"י התשלומין הוא בשביל מה שהלוה משלם חובו על ידי שבח שהשביח הלוקח, כמש"נ, והשתא יש להסתפק בהא דמשלם ללוקח על גוף הקרקע שגבה המלוה אם הוא משלם כפי שויות הקרקע בשעת גבית המלוה או אם הוא משלם כפי מה שהיתה שוה בשעת מכירה ומחזיר לו דמי מקחו, כגון אם מכר לו שדה במנה ועמדה במאתים וגבה אותה הבעל חוב במאתים אם נותן ללוקח מנה או מאתים. אכן באמת יוקרא נחשבת שבחא דממילא, והרי קיבל אחריות על השבח, אלא הנפקא מינה אם הוזלה הקרקע, ועיין ברמב"ם פ"ט מכירה הל"ג דנותן לו דמי מקחו, ויש לומר דמלבד מה שחייב באחריות אם פרע חובו בשדה הלוקח דנחשב כאילו השתא הוא דהדר זבין מיניה, כנ"ל, איכא נמי אחריות על דמי המקח עצמם, ולכן משלם לו דמי המקח אע"פ שהוזלה הקרקע.

פרק ב

בו יבואר מהלוקת התוס' דבבא מציעא עם התוס' דבבא בתרא אם שבח שנטרף חשוב קצוב לגבי גבית אחריות ממשועבדים.

[בבא מציעא יד:] כתבו התוס' בד"ה תריץ וז"ל: בפרק מי שמת (ב"ב דף קנ"ג:) רצה להוכיח דאיקני קנה ומכר משתעבד מהכא דגבי בעל חוב שבח שלא היה בעין בשעת הלוואה וכו', ואם תאמר אדרבה לוכח מהכא דלא משתעבד מדלא טריף בעל חוב ממשעבדי דטריף לוקח, דאין לומר דאחר שטרף בעל חוב קרקע מן הלוקח קנה המוכר קרקעות ומכרן, דאם כן גם השבח יגבה

הרב המגיד דבעל חוב גובה שבחא אפילו ליה ליה דאיקני, ומשאר נכסים דאיקני לא גבי אלא אם כן אית ליה דאיקני, ואע"ג שהרב המגיד בעצמו סובר דשבחא לא גבי ממלוה אלא אם כן כתב ליה דאיקני וכשיטת הרבנותא, מכל מקום אפשר לומר דבתיורצו שכתב כגון דלית ליה למלוה דאיקני פונה על דרך שיטה הנזכרת דלא בעי דאיקני עכ"ל יעו"ש, ודברי המגיד משנה הם בפכ"א מלוה ולוה הל"א, יעו"ש.

והיה אפשר ליישב דברי המגיד משנה בדרך הקצות החושן, ועדיין נאמר דאזיל אפילו לפי דעתו דאין מלוה גובה שבח אלא אם כן כתב לו דאיקני, והיינו דמיירי שכתב לו לשתעבד לך האי ארעא וכל שבח דאתי בה לעולם, אבל לא כתב לו לשתעבד לך כל נכסי דאיקני, ואם כתב לו בלשון כזה הרי יש כאן דאיקני לגבי השבח אבל לא לגבי שאר נכסים, וגובה מלוה שבח אבל לא הנכסים דקנה לאחר מיכן, ואע"ג דגילה דעתו שרוצה לשתעבד השבח, אין בזה הוכחה שרוצה לשתעבד כל נכסים שיקנה, וכסברת השיטה מקובצת הנ"ל, דלגבי שבח אמרינן אחריות טעות סופר מה שאין כן לגבי שאר נכסים שיקנה לאחר כך, וכמו כן יש לומר גם להמגיד משנה דס"ל דלגבי שבח נמי לא אמרינן אחריות טעות סופר, וצריך לכתוב דאיקני על השבח, אכן אם כתב דאיקני לגבי שבח אין בכלל זה קנין דאיקני לגבי שאר נכסים.

עוד כתב הקצות החושן בהמשך דבריו וז"ל: ואכתי יש לדקדק בתיורצו של הרב המגיד דנהי דלענין משועבדים מצינו לומר דלית ליה דאיקני, הא תנן התם והשבח מנכסים בני חורין, ובזה קשה יגבה הבעל חוב הנכסים בני חורין דאע"ג דדאיקני הוא הא מיניה אינו צריך דאיקני וכו' עכ"ל יעו"ש.

ולכאורה יש לומר דמה דגובה מבני חורין היינו מבני חורין שקנה הלוח אחר גבית המלוה מן הלוקח, וכמו שרצו התוס' לומר לכתחלה לגבי משועבדים, ודחו משום דאם כן יגבה גם השבח ממשועבדים, דהשתא הוה ליה דבר קצוב, אולם בהבני חורין לא שייך דחית התוס', דהא גובה מהם שבח, ושפיר איכא לאוקמי שקנה אותם אחר הגביה.

קרקעותיו אין הנגזל גובה אלא קרן מן הלקוחות, ואע"ג דבאותה שעה כבר קצוב חיובו בעד הפירות, ואם כן דברי התוס' בסוגיין צריכים עיון למה לא יגבה גם פירות ממשועבדים. ואולי יש לומר דשבח ופירות לא חשיבי קצובים אלא כשהוקבע סכום החיוב בבית דין, ולכן דוקא כשטרף המלוה קרקע ושבחא אמרינן דמכאן ולהבא חשיב השבח קצוב, אבל אכילת פירות דנגזל לא חשיבא קצוב, דאע"ג דבעצם הסכום קצוב, מכל מקום כיון דאינו ידוע שייך בזה תיקון העולם.

ובש"ך סי' קט"ו סעי' י"א הביא ישובים אחרים על קושית התוס' ובתוכם דברי המגיד משנה וז"ל: כתב הרב המגיד וכו' ואם תאמר אחר שיש שם משועבדים מאוחרים לאלו איך טורף בעל חוב מאלו, יאמר לו לוקח לך אצל המאוחרין וכבר הנחת לך בעת שקניתי מקום לגבות הימנו, וזו שאלה הגונה. ויש להשיב לפי דעת רבינו שכתב בפ"ח ששעבוד אקנה אינו חל בסתם, משכחת לה בשלא היו לו המשועבדים המאוחרים בעת שלוה והיו לו בעת שמכר אלו, ומפני כך לא נכנסו תחת אחריות המלוה ונכנסו תחת אחריות הלוקח, אי נמי בשכתב דאקנה ללוקח ולא למלוה וקנה ומכר אחר מקח זה, ואפילו לפי דעת הרשב"א שכתבתי שם משכחת לה בשעתנה בעת שלוה בפירוש שלא יהיו הנכסים שיקנה משועבדים למלוה וכו' עכ"ל, ומביאו ב"י ס"ב בקצרה וכו', מיהו קשה על הרב המגיד אמה שתירץ דמיירי שאין המלוה גובה מדאיקני, דאם כן היאך גובה השבח מהלוקח וכו' עכ"ל הש"ך, יעו"ש.

ובקצות החושן סק"ד כתב ליישב דברי המגיד משנה וז"ל: אמנם מצאתי בשיטת הגאון מוהר"ר בצלאל אשכנזי בפ"ק דמציעא שהבעל חוב גובה את השבח בלא דאיקני וכו', והא דאקשינן בגמרא מסכת בתרא ואי סלקא דעתך דאיקני קנה ומכר לא משתעבד בעל חוב אמאי גובה שבחא, הכי קאמר אי אמרת בשלמא היכא דאמר ליה דאיקני משתעבד דין הוא שיגבה בעל חוב את השבח דסתמא כמאן דאמר ליה לשתעבד לך האי ארעא וכל שבח דאתי בה לעולם וכו', ואם כן לפי שיטה הנ"ל ניחא דברי

פרק ג

בו יבואר דאע"ג דתיקנו חכמים דאין מוציאין לאכילת פירות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם, מאחר שעמד בדין על הפירות דינם כקרן.

[כבא מצינא טו.] בין לרבא בין לרבה בר רב הונא מלוה על פה הוא ומלוה על פה אינו גובה מנכסים משועבדים, הכא במאי עסקינן כשעמד בדין והדר זבין, אי הכי פירות נמי, כשעמד בדין על הקרן ולא עמד בדין על הפירות וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה כשעמד בדין על הקרן ולא על הפירות וז"ל: תימה אם כן מאי מפני תיקון העולם, הלא בדין לא גבי דמלוה על פה לא גבי ממשעבדי, ויש לומר דאי לאו מפני תיקון העולם הוה אמינא הואיל ועמד בדין על הקרן יש קול גם לפירות עכ"ל יעו"ש. ויש להקשות דלמה לא הקשו התוס' מיד על קושית הגמרא, דמאי פריך אי הכי פירות נמי, כלומר דליגבי לפירות ממשעבדי הואיל ועמד בדין, והלא תיקנו דאין גובים לפירות ממשעבדי מפני תיקון העולם, וכדאיתא בברייתא.

ונראה דהא לא קשה, דאם מיירי כשעמד בדין שוב הוה להו פירות דבר שיש לו קיצבה, ואין להן דין פירות אלא דין קרן וגובה מנכסים משועבדים, והוי קושית הגמרא בגדר ממה נפשך, דאם עמד בדין על הפירות שוב הוה ליה כקרן ולא שייך בהו מפני תיקון העולם, ואם לא עמד בדין הוה ליה כמלוה על פה ואינו גובה מנכסים משועבדים ולא צריך לטעמא דמפני תיקון העולם, ורק כדמשני דעמד בדין על הקרן ולא על הפירות הוקשה להם להתוס' דלמה לי טעמא דמפני תיקון העולם, ותירצו דאי לאו טעמא דמפני תיקון העולם היה גובה פירות מנכסים משועבדים, דהואיל ועמד בדין על הקרן יש קול גם לפירות.

פרק ד

בו יבואר הא דמוכח בגמרא דבעל חוב גובה את השבח ממה שכותב אחריות על השבח בתוך השטר מכירה, ויבואר למה צריך טענת אמאי קבלתיה לגבות מוקבא מתנה.

[כבא מצינא טו.] גופא אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, אמר רבא תדע שכך כותב לו

מוכר ללוקח אנה איקום ואשפי ואדכי ואמריק זביני אילין אינון ועמליהון ושבחהון ואיקום קדמך וצבי זבינא דנן וקביל עלוהי. אמר ליה רב חייא בר אבין לרבא אלא מעתה מתנה דלא כתיב ליה הכי הכי נמי דלא טריף שבחא, אמר ליה אין, וכי יפה כח מתנה ממכר, אמר ליה אין יפה ויפה, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: תדע דגובה ולא מצי לוקח למימר אנה אשבחי. שכך כותב לו מוכר ללוקח באחריות שטר המכר ואשפי וכו' אינון ועמליהון ושבחהון, וכיון דעל מוכר הדר, גבי בעל חוב שבחא מלוקח וחוזר הלוקח על המוכר. מתנה דלא כתיב ביה הכי וכו', וכי יפה כח מתנה וכו' בתמיה. יפה ויפה, בדבר זה, דכיון דלא הדר גבי ליה לא מפסיד ליה במידי דלא אפסדיה לבעל חוב, דבשלמא גופה של קרקע אומר לו אמאי קבלתיה מאין אגבה חובי, אבל שבחא אומר לו מאי אפסדתך עכ"ל יעו"ש.

שוב אמרינן בגמרא, אמר רב נחמן הא מתניתא מסייע ליה למר שמואל והונא חברין מוקים לה במילי אחרני, דתניא המוכר שדה לחבירו והרי היא יוצאה מתחת ידו כשהוא גובה גובה את הקרן מנכסים משועבדים ושבח גובה מנכסים בני חורין, והונא חברין מוקים לה במילי אחרני בלוקח מגולן, יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה בלוקח מגולן וז"ל: דנגול ודאי טריף שבחא, דאמר ליה ארעאי אשבח, אבל בעל חוב כל כמה דלא טרפה לה לאו דידיה הוא וברשותא דלוקח אשבח עכ"ל יעו"ש.

ודברי רש"י לכאורה תמוהים, שהרי כתב דבעל חוב גובה גופה של קרקע משום שטוען אמאי קבלתיה, כנ"ל, וקשה דהלא מעיקר הדין הוא גובה, או משום שעבודא דאורייתא או משום תקנה דנעילת דלת, כדאיתא בבבא בתרא (דף קעה:) יעו"ש, וכתב נמי רש"י בפסחים (דף ל:;) ובכתובות (דף נט:) דאין מכירתן מכירה הואיל וממושכנין למלוה ואין הלואה יכול למכור לגבי גבית המלוה, ועיימש"נ בש"א פט"ז, ואם כן למה לן לטעמא דאמאי קבלתיה.

ולענין שבח כתב רש"י תדע דגובה ולא מצי לוקח למימר אנה אשבחי וכו' וכיון דעל מוכר הדר גבי בעל חוב שבחא וכו', כנ"ל,

דהשעבוד מתפשט להשבח בין בשבחה דממילא בין בשבחה דמחמת הוצאה, ועיימש"נ בש"ט פ"א.

וְלַמִּדְרָשׁ רש"י דהא דאמר רבא תדע שכך כותב לו וכו' לא בא לפרש עצם כח הגביה של הבעל חוב לגבות את השבח, שהרי השבח משועבד לבעל חוב כי היכי דהגוף משועבד לו, דכל זה הוא מעיקר דין השעבוד, אכן מדרבנן אית לן למיחש לפסידא דלוקח שיטעון ארעאי אשבח, שהרי טרח והוציא הוצאות, וכיון דמעיקר הדין קנה הלוקח את השבח מדין ארעאי אשבח, ואלא שהבעל חוב מוציא מידו על ידי השעבוד, יש לנו לחוש לפסידא דידיה, ועל זה קאמר שכיון שהמוכר כותב לו אחריות על כל השבח שיוציא מן הקרקע אין לנו לחוש לפסידא דידיה, וזהו נמי מה שכתבו התוס' שאינו מפסיד כל כך, דבודאי עדיף ליה ללוקח שלא יוציא ממנו השבח כלל ולא יצטרך לחזור אחר המוכר לגבות אחריות השבח ממנו, אכן אין זה נחשב הפסד כל כך, ואין לנו לעכב הבעל חוב מלגבות שעבודו שיש לו מעיקר הדין משום חשש פסידא מועטת דלקוחות.

וְזָדוֹן נמי הביאור במה שכתב רש"י לגבי מתנה, דבודאי מעיקר הדין יש לבעל חוב לגבות שעבודו בין מן הקרקע עצמה שנשתעבדה לו ובין מן השבח ששעבודו נתפשט בו, כמש"נ, אלא דיש לנו לחוש מדרבנן לפסידא דמקבלי מתנה, ולכן אמרינן דגוף הקרקע יכול הבעל חוב לגבות ממקבל מתנה אע"פ שאין לו על מי לחזור, שהרי אומר לו בעל חוב אמאי קבלתיה הואיל וידעת שמשועבדת לי ומאין אגבה חובי, ולכן אין לחוש בזה לפסידא דמקבל מתנה, שהרי עשה שלא כהוגן, וממילא שבקינן ליה לבעל חוב לגבות כדיניה מעיקר הדין, אבל לגבי השבח שהשביח אומר לו מקבל מתנה מאי אפסדתך ולא עשיתי שלא כהוגן, וממילא חיישינן לפסידא דידיה, ואין הבעל חוב גובה ממנו אלא הגוף בלבד ולא השבח, אבל מלוקח גובה גם השבח דאע"ג דיכול לומר מאי אפסדתך ולא עשיתי שלא כהוגן, והיה לנו לחוש לפסידא דידיה, הרי אין לו כל כך פסידא, שהרי כתב לו מוכר אחריות ויש לו על מי לחזור,

ולכאורה לא פירש למה בעצם יוכל הבעל חוב לגבות את השבח, דהרי למאן דפליג על שמואל כתב רש"י דאין בעל חוב גובה את השבח משום דכל כמה דלא טרפה לאו דידיה הוא וברשותא דלוקח אשבח, כנ"ל, ואם כן היה צריך לפרש אליבא דשמואל למה באמת גובה, ואם כונתו דכיון דחזור על המוכר תיקנו לו חכמים שיגבה שבחה אע"ג דברשותא דלוקח אשבח, הרי מדברי רש"י משמע שבא ליישב למה לא יוכל הלוקח לטעון ארעאי אשבח, ואם גבית השבח הוי תקנה מה לי בטענת הלוקח.

וְגַם דברי התוס' דומים בזה לדברי רש"י וז"ל: אלא יש לומר מדמשלם מוכר ללוקח את השבח אין לחוש אם יגבהו בעל חוב ממנו דאין הלוקח מפסיד כל כך עכ"ל יעו"ש, וגם דברים אלו צריכים ביאור, וכי בשביל שלא יפסיד כל כך יגבה ממנו בעל חוב שלא כדין, ואם כדין גובה למה לי טעמא דאינו מפסיד כל כך.

לְכַן נראה דעיקר טעמא דשמואל דבעל חוב גובה את השבח הוא משום דכי היכי דאמרינן ארעאי אשבח על גוף הקרקע, כמו כן נמי אמרינן ארעאי אשבח על השעבוד, דמי שקנה קרקע והשביחה הרי הוא זוכה בהשבח בלי שום קנין חדש, אלא בעלות דידיה בגוף הקרקע מהני גם להשבח, דכשהקרקע השביחה גם הזכויות שיש לו בה הגדילו, וכן נמי בשעבוד הבעל חוב, דאם יש לו שעבוד בגוף הקרקע וזוכה בה זכות גביה בכולה והשביחה הקרקע בשבח גם שעבוד הבעל חוב מתפשט לתוך השבח, ויכול לגבות בחובו כל זמן דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, ואין חלוק גוש הקרקע מהשבח.

וּפְלִיגָא סוגיא זו על סוגיא דבבא בתרא (דף קנז:): דאינו גובה שבח אלא מדין דאקני, ואינו גובה אלא חצי שבח, דהוי כלוה ולוה וקנה, יעו"ש, דהרי בסוגיין לא הוזכר דין חצי שבח, ומבואר דאין גבית המלוה תלויה בדין דאיקני, וכ"כ הרשב"ם שם בד"ה חצי שבח, יעו"ש, ולכן לא הוצרך רש"י בסוגיין לפרש עצם דינו דשמואל דבעל חוב גובה את השבח, דלא איצטרך בזה לשעבוד מיוחד על השבח מדין דאיקני, אלא גובה כפשוטו משום דס"ל

ידי דקל לפירותיו, ועל כרחק צריך לומר דס"ל להנמוקי יוסף דשבחא דממילא לא חשיב דבר שלא בא לעולם, ולא איצטרך לכתוב דאינקי לשעבודו, אלא שבח הבא ממילא חשיב כגוף הדבר, והוי דבר הבא לעולם.

ובעין זה מצינו בתוס' בבבא קמא (דף צה:) ד"ה שבח שעל גבי גזילה וז"ל: ולרב זביד שבח שלא על גבי גזילה דלא הדרא הוי דגזולן, אבל שבח שעל גבי גזילה דשינוי דהדר הוא ולא קני הוי דנגזל עכ"ל יעו"ש. והנה התם דנים על השבח ולא על גוף הבהמה, דהבהמה תוזרת לנגזל, ולגבי גיזות מחלק בין על גבי גזילה לשלא על גבי גזילה, דאם כבר גזז הצמר הרי הוא קונה הגיזות בשינוי, דהא אינו תוזר לברייתו, אבל כשעדיין לא גזז הצמר אינו קונה הגיזות, דהוי שינוי החזור לברייתו, אולם רק השינוי לגבי גוף הבהמה חוזר לברייתו, אבל בשינוי לגבי גיזות אינו חוזר לברייתו, דהא מתחלה לא היו גיזות והשתא איכא גיזות, וזה לעולם אינו חוזר לכמות שהיה.

ומבואר מדברי התוס' דאין דנים על השבח כדבר בפני עצמו אלא כשהופרד מן הגוף, אבל כל זמן שהשבח מחובר להגוף אינו תופס מקום בדין בפני עצמו, אלא הוא בטל אל הגוף, ואם הגוף לא נשתנה הואיל וחוזר לברייתו, גם השבח הבטל אל הגוף לא נחשב שנשתנה, ולכן השבח לנגזל, וכמו כן נמי בסוגיין אמרינן דשבחא דממילא אין לו דין בפני עצמו אלא הוא בטל לגוף הקרקע, ואם הקרקע משועבדת הרי השעבוד מכיל גם שבחא דידה.

וכ"ל זה הוא בשבחא דאתי ממילא, דכל זה כבר הוי בכח של הקרקע, ויש לו בעלות לגבי הך שבחא, אלא דעדיין לא הוי בעין, ולגבי שעבוד הרי זה חשיב בא לעולם וקונה זכות גביה לגבי השבח מיד בשעת השעבוד, אבל שבחא דמחמת הוצאה לא חשיב בא לעולם, אלא דבר חדש הוא ואינו בטל לגוף הקרקע, והרי זה כקנה קרקע ממקום אחר, ולא מצי לשעבודו אלא על ידי כתיבת דאקני, ויחול השעבוד כשיבא השבח לעולם, ואע"ג דכשיבא השבח לעולם ברשות הלוקח יבא, כבר הקשה כן הנמוקי יוסף בבבא בתרא (דף קנז:), ותירץ דתקנה

ואינו מפסיד כל כך, כמו שכתבו התוס', וממילא שבקינן ליה למלוה לגבות כדינו שהרי כל הגוף והשבח משועבדים לו מעיקר הדין, וכמש"נ.

פרק ה

בו יבואר שיטת הנמוקי יוסף דבעל חוב גובה כל שבח דאתי ממילא ואינו גובה אלא חצי שבח דאתי מחמת הוצאה, ופליג על התוס' דלא מחלקי ביניהו.

[כבא מציעא טו.] גופא אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, אמר רבא תדע שכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום וכו', אמר ליה רב חייה בר אבין לרבא אלא מעתה מתנה דלא כתיב ליה הכי הכי נמי דלא טריף שבחא, אמר ליה אין, וכי יפה כח מתנה ממכר, אמר ליה אין יפה ויפה יעו"ש. ושיטת הרי"ף היא דהא דלא טריף בעל חוב שבח ממקבל מתנה היינו בשבח דמחמת הוצאה, אבל שבחא דממילא גובה.

וביארין הנמוקי יוסף וז"ל: אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, בין שבחא דממילא בין שבחא דמחמת הוצאה, אלא דבשבחא דממילא, כגון דיקלא ואלים וארעא ואסקה שרטון או שהוקר הקרקע, בעל חוב גובה כל השבח, משום דלא חשבינן ליה כדבר שלא בא לעולם אלא כאילו היה בעולם בשעת השעבוד וקנאו ליה למלוה מתחלה, ומהאי טעמא גובה אפילו מיורש וממקבל מתנה, וכמו שכתב הרי"ף ז"ל, ובשבחא דמחמת הוצאה לא שנא שבחא שהוא כנגד הוצאה או שבח שהוא יתר על ההוצאה לא גבי ליה בעל חוב כולו אלא חציו, וכדכתב ליה דאקנה, אבל לא כתב לו דעתיד אנא למקנא לא גבי כלל וכו' עכ"ל יעו"ש.

ולמוד הנמוקי יוסף דבעל חוב גובה שבחא דממילא מעיקר הדין, וחל שעבוד על השבח מיד בשעת ההלוואה, וליכא חסרון של דבר שלא בא לעולם ולא צריך לכתוב דאקני, אלא חשבינן כאילו הוי בעולם בשעת השעבוד, ואין הכונה בזה דהוי כמקנה לו דקל לפירותיו, דאם כן הוא הדין נמי בשבחא דמחמת הוצאה, וגם פירות הבאין מחמת הוצאה יכול להקנות על

מתקנת חכמים לא תיקנו במקום פסידא, וכדין המתנה.

י"פ שיטתו לא קשה מה שהקשו התוס' בד"ה בעל חוב, דבפרק יש בכור (בכורות דף נב.) משמע דבעל גובה שבח מן היתומים, ולקמן (דף ק"ג) גבי יתומים שאמרו אנו השבחנו וכו' משמע שאין בעל חוב גובה שבח, והוצרכו התוס' לאוקמי ההיא דלקמן דאזיל גם בתחלת הסוגיא לפי מה דמסיק שם דמיירי באפותיקי ומיירי שתבעו יציאות, אבל הנמוקי יוסף יתרוץ דהך דבכורות מיירי בשבחה דממילא דגובה מעיקר הדין ואפילו מן היתומים, אבל אנו השבחנו הוי שבח שמחמת הוצאה דאינו גובה אלא מכח תקנה, ואינו גובה מן היתומים שאין להם על מי לחזור.

א"ל התוס' לא חילקו בין שבחא דממילא לשבחא דמחמת הוצאה לגבי גביה מן היתומים, ומבואר מדבריהם דגם שבח הבא מחמת הוצאה חשיב כגוף הדבר, ובעל חוב גובה כל השבח, ומשום הכי לא הוזכר בסוגיין דאינו גובה אלא חצי שבח, דהרי כל שבח הוי גוף הדבר, ולא צריך לכתוב דאיני לשעבד שבח דמחמת הוצאה, וקדים שעבוד הבעל חוב לשעבוד הלוקח ונוטל כל השבח, וסוגיא דבבא בתרא (דף קנ"ג:) דקאמר בעל חוב אינו גובה אלא חצי שבח הואיל ואינו גובה אלא מדין דאקני, פליג על סוגיין וס"ל דשבחא דמחמת הוצאה לא הוי גוף הדבר, ומשום הכי בעינן קנין מיוחד לשעבדו, ואם כן אין בעל חוב גובה כלל משבח שהשביחו יתומים, שהרי אין הלוחה יכול לשעבד בקנין שבחא דאתי אחר מיתתו, וכן פסק הרמב"ם פכ"א מלוה ולוה הל"ז, אבל התוס' בסוגיין ס"ל דגם שבחא דמחמת הוצאה הוי גוף הדבר ולא בעי דאקני, כמש"נ, ואם כן בעל חוב גובה שבח שהשביחו יתומים, ועיימש"נ בש"ט פ"ו.

והנה עיין מה שכתב הנמוקי יוסף בבבא בתרא (דף קנ"ג:) דהא דבעל חוב גובה השבח, היינו משום דכיון דבאפותיקי כותב לו מוכר ללוקח אחריות, שהרי בעל אפותיקי בודאי נוטל שבח, אם כן משום לא פלוג כותב לו אחריות אף בשעבוד סתם, וכיון שכותב לו כן שוב הוה

דרכנן היא דחשבינן ליה כאילו בא לרשות המוכר וחזר והקנהו ללוקח, וכיון דבא לרשות מוכר, וכתב נמי דאיני למלוה, משתעבד שבח דמחמת הוצאה למלוה מדרכנן, ועל כרחך צריכים לחלק בין ממילא למחמת הוצאה, דהרי להדיא איתא התם בבבא בתרא דגבית שבח תלויה בדין דאקני, וצריכים לומר דהיינו בבא מחמת הוצאה.

ובהמשך הדברים כתב הנמוקי יוסף בבבאור הא דאמר רבא תדע שכך כותב לו וכו' וז"ל: תדע שהדין כך הוא, שהרי כך כתב לו מוכר ללוקח וטופס שטרות כך הוא, ואי לא דבעל חוב גובה למה כותב, וכיון שכן לא מצי למימר ליה לוקח לבעל חוב אנא אשבחי הב לי שיעור שבחאי, דלוקח אדעתא למשקל ממוכר נחת שכך כתב לו, ולא אדעתא למשקל מבעל חוב, והוה ליה כאילו הקנה לוקח למוכר וכו' עכ"ל יעו"ש.

ודבריו לכאורה אינם מובנים, דמתחלה כתב דכתיבת אחריות הוי הוכחה דגובה שבח, וכמו שכתב דאי לא דגובה למה כותב, כנ"ל, הרי דכתיבה הוי מחמת גביה, ומיד אחר כך כתב דגביה הוי מחמת כתיבה, דכיון דכותב ליה אחריות אדעתא למשקל ממוכר נחת. ועוד קשה מה שהקשו התוס' בד"ה תדע דאם היינו הוכחה דגובה שבח, אם כן מאי פריך מתנה דלא כתיב הכי נמי דלא טריף שבחא, והלא אין גביה תלויה בכתיבת אחריות.

אכן דברי הנמוקי יוסף מבוארים היטב, דשבחא דממילא גובה מעיקר הדין, וראיה לכך דהא כותב ליה אחריות, ואי לא דבעל חוב גובה למה כותב, וכיון דכותב אחריות ולוקח אדעתא דמוכר נחת, תיקנו דבעל חוב גובה גם שבחא דמחמת הוצאה, דחשבינן ליה כאילו קנאו מוכר והקנה ללוקח, והא דפריך ממתנה, היינו בשבחא דמחמת הוצאה דאינו גובה אלא מכח תקנה, ואם כן במתנה דליכא אחריות ליכא תקנה, אבל בשבחא דממילא דגובה מעיקר הדין, אין הכי נמי דגובה אפילו ממקבל מתנה, וכן נמי מיתומים גובה שבחא דממילא מעיקר הדין, אבל לא שבחא דמחמת הוצאה, דכיון דכל הגביה הוי

נינהו, ואם כן למה יגבה בעל חוב שבח מן היתומים אע"פ שאין להם על מי לחזור, וכעין זה הקשה הרא"ש על דברי התוס' יעו"ש.

ונראה ליישב דברי התוס' דבודאי אין לנו לחוש לפסידא דיורשים במה שאין להם על מי לחזור, דהא כרעיה דאבוהון נינהו, ומצוה עליהם לפרוע חוב אביהם כל זמן שירשו אחריות נכסים, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו.) ד"ה פריעת, ובבבא בתרא (דף קנז.) ד"ה מצוה, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"א, ואין לפטור אותם ממצותם מחמת שאין להם על מי לחזור, דהא חובה עליהם לשלם, ולא דמי למקבל מתנה שאין הגביה ממנו אלא מכח שעבוד נכסים, אכן ביתומים שהשביחו אפותיקי יש להניחם לקבל יציאות מדין יורד הואיל ואין להם על מי לחזור, ושוב נמצא שלא חל שעבוד הבעל חוב אלא על שבח היתר על היציאה, ועיימש"נ בש"ט פכ"ז, וממילא גם החוב המוטל עליהם לא הוי אלא כנגד שבח היתר על היציאה, אבל אין פוטרים אותם מליתן לבעל חוב שבח כלל מחמת שאין להם על מי לחזור, דהא חובת גברא מוטלת עליהם.

אולם עדיין יש להקשות שהרי מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם היא רק כשירשו אחריות נכסים, כלומר נכסים משועבדים, ואם כן נימא נמי דכיון דמכח השעבוד נכסים אין לגבות מהם, דהא אין להם על מי לחזור, אם כן גם חובת גברא שלהם פקע, דהא אין מצוה עליהם אלא כשירשו אחריות נכסים.

ונראה דכשתיקנו חכמים דאין בעל חוב גובה ממקבל מתנה הואיל ואין לו על מי לחזור, לא הפקיעו שעבוד המלוה בשבח של הקרקע, אלא הפקיעו רק הדין גביה בפועל מן השבח, שלא הניחו לבעל חוב להפסיד למקבל מתנה, אבל השעבוד עדיין במקומו עומד, ולא דמי למה שהפקיעו חכמים השעבוד שחל על ידי מלוה על פה למאן דאמר שעבודא דאורייתא, כדאיתא בבבא בתרא (דף קעה:) יעו"ש, דהתם עקרו השעבוד מכל וכל, ואחר התקנה אין מלוה על פה משעבד נכסים, אבל הכא הרי חל שעבוד של בעל חוב על כל שבח שיעלה השדה, ואם ימכרנה הלוה באחריות שפיר יכול בעל חוב

ליה כמאן דקנאו מוכר וכו' יעו"ש. ולכאורה זה סותר למה שכתב הנמוקי יוסף בסוגיא דידן, ומבואר דס"ל דנחלקו הסוגיות. ועוד יש לדקדק בדברי הנמוקי יוסף בסוגיין, דוכי מאחר שכותב לו אחריות על שבחא דממילא שדין הבעל חוב לגבותו יכתוב לו נמי אחריות על שבחא שמחמת הוצאה שאין דין בעל חוב לגבותו. אלא יש לומר דכיון שבלאו הכי כותב אחריות משום שבחא דממילא, תיקנו שיכתוב נמי על שבחא דמחמת הוצאה משום לא פלוג דאפותיקי.

פרק ו

בו יבוארו דברי התוס' דבעל חוב גובה שבח מן היורשים דכרעיה דאבוהון נינהו, ואף שאין להם על מי לחזור, ואע"ג דנוטלין יציאות מבעל אפותיקי הואיל ואין להם על מי לחזור.

[**בבא מציעא טו.**] גופא אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח. וכתבו התוס' וז"ל: נראה דגבי אפילו מן השבח שהשביחו יתומים, אע"פ שאין להם על מי לחזור, והוה כמתנה דאמרינן לקמן דלא גבי שבחא, מכל מקום גובה מהן משום דכרעיה דאבוהון נינהו וכו' עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ט פ"ה.

וצריכים לעיין בדברי התוס' דמה לי דיתומים כרעיה דאבוהון נינהו, ולמה יגרעו בשביל כך, והלא תיקנו חכמים שלא יגבה בעל חוב שבח אלא מן לוקח שיכול לחזור ולגבות מן המוכר, ולא מן מקבל מתנה שאין לו על מי לחזור, וגם יתומים אין להם על מי לחזור. והיה אפשר לדחוק דכיון דיתומים כרעיה דאבוהון נינהו לא חשו חכמים לפסידא דידהו, הואיל וחוב אביהם מוטל עליהם, אמנם לכאורה אי אפשר לפרש כן, שהרי לקמן (דף טו.) רצו התוס' להוכיח דהיכא דשויה אפותיקי ומסיק ביה שיעור ארעא ושבחא נותן בעל חוב יציאות כדין יורד, והוכיחו כן מהא דאיתא בפרק המקבל (דף קי.) דאם היתומים השביחו הקרקע צריך בעל חוב ליתן להם היציאה, ודחו התוס' דשאני יתומים דאין להם על מי לחזור, אבל בלוקח שיכול לחזור על המוכר ואינו מפסיד כלום אין בעל חוב נותן היציאה יעו"ש. הרי להדיא דחשו חכמים לפסידא דיתומים אע"ג דכרעיה דאבוהון

ומלוה שני, ששעבודם חל כאחד בשעה שקנאה, ויגבה כל אחד לפי חובו, והכא נמי שבח שהשביח הלוקח כאילו קנאו מוכר ומכרו ללוקח, וחל שעבוד המלוה והלוקח כאחד עליו, והמלוה שגבה כבר הקרקע עדיין נשאר מחובו כנגד השבח, וללוקח שיעבד כל הקרקע שגבה המלוה על אותו שבח, הלכך אם הקרקע שוה ק' זהובים והשבח עשרה זהובים, יטול הלוקח עשרה חלקי השבח והמלוה חלק אחד מאחד עשר חלקים שבו, והא דאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, לא אתא אלא לאשמועינן ששעבוד המלוה על השבח ולא שיטול את כולו, ופעמים נוטל את כולו כגון שכתב למלוה דאיקני ולא כתב ללוקח דאיקני וכו', עכ"ל יעו"ש. ולמד הרא"ש דחולקים לפי מעותיהם, כדברי הרשב"ם בבבא בתרא (דף קנ"ג:) ד"ה יחלוקו, ודלא כהרמב"ם פכ"א מלוה ולוה הל"א שלמד דחולקים לפי מנין, ועיימש"נ בש"ז פי"ז וש"ט פכ"ז וש"טו פי"ט.

ועיין מה שכתב הש"ך בסי' ק"ד סקט"ו וז"ל: וכתב הרב בספר בדיק הבית ובכסף משנה וז"ל: ולכאורה משמע מפשט לשון הרמב"ם שאם לוה וכתב לו דאיקני, וחזר ולוה מאחר ולא כתב לו דאיקני, ואחר כך קנה נכסים, יחלוקו. אבל מדברי הרא"ש בפרק קמא דבבא מציעא גבי בעל חוב גובה את השבח משמע דבהא נמי לקמא משתעבד ולא לבתרא, שכתב ופעמים נוטל את כולו כגון שכתב למלוה דאיקני ולא כתב ללוקח דאיקני, וכ"כ בספר התרומות שער מ', ואין לומר שהרמב"ם חולק בדבר, דאם כן לא הוי שביק בעל התרומות מלהביא דעת הרמב"ם כמנהגו, הילכך צ"ל דסבר בעל התרומות דהרמב"ם חדא מינייהו נקט והוא הדין לאידך, ואע"ג שבספר צרור הכסף כ' והיכא שכתב לראשון דאיקני ולשני לא כתב דאיקני, וקנה אחר שתי ההלוואות, גם בזה השעבוד לשניהם כשנמצא בידו, אבל כשמכר הקרקע לאחרים אינו משועבד וכו', וכ"כ הרמב"ם וכו' עכ"ל, נראה לי דכיון דהרא"ש ובעל התרומות מסכימין לדעה אחת, וגם הרמב"ם אפשר דלא פליג עלייהו, הכי נקטינן עכ"ל בדיק הבית, ואחריו נמשך הב"ח, ולפענ"ד דברי צרור הכסף

לגבות השבח מן הלוקח, ורק אם נתנה הלוה במתנה אין בעל חוב גובה את השבח, ומסתברא לומר שלא הפקיעו את השעבוד בעת הקנאת המתנה, אלא שמנעו הבעל חוב מלגבות מן השעבוד הואיל ואין למקבל מתנה על מי לחזור, אבל השעבוד עדיין קיים, ונפקא מינה אם הלוה מכר השדה, וכתב אחריות על כל מה שתבא, וחזר הלוקח ונתנה לאדם אחר במתנה לשנה אחת והשביחה המקבל מתנה, ולבסוף שנה חזרה השדה ללוקח, אם אמרינן דפקע השעבוד כשנתנה למקבל מתנה אין בעל חוב גובה מן הלוקח, אבל אם השעבוד קיים אלא שבפועל אינו יכול לגבות ממקבל מתנה ולהפסידו, אם כן השתא שהשבח ביד הלוקח יכול בעל חוב לגבות ממנו, וכן מסתברא.

ויצא לנו לפי זה דלגבי גבית שבח מן היתומים הרי שפיר נחשב שירשו אחריות נכסים מאביהם, ואף אם מצד השעבוד לא היה אפשר לגבות, דהא אין ליתומים על מי לחזור, מכל מקום הרי השעבוד נשאר על הקרקע, כמש"נ, ונמצא שירשו אחריות נכסים בין מצד הגוף ובין מצד השבח, וממילא נכנסו תחת אביהם לגבי תשלומי כל החוב דברא כרעיה דאבוה, וחל עליהם שעבוד הגוף דמצוה לפרוע חוב אביהם, ולא איכפת לן אם אין להם על מי לחזור, כמש"נ.

פרק ז

בו יבואר מחלוקת הש"ך והתומים ב"זה שכתב דאיקני למלוה אחד ולשני לא כתב וקנה שדה והיא ביד הלוה, אם זה שכתב לו דאיקני קודם גם מבני חורין או רק ממשועבדים.

[**בבא מציעא טו.**] גופא אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח יעו"ש. וכתב הרא"ש וז"ל: ואסיקנא הא דאמר שמואל בעל חוב גובה את כל השבח ולא יהיב ליה הוצאה ללוקח, היכא דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, הלכך כולא שבחא משעבד ליה, ולא דגבי ליה כולא שבחא קאמר שמואל, דהא מסקינן בפרק מי שמת (דף קנ"ג:) דגובה חצי שבח, דהיכא דכתב דאיקני ולוה וחזר ולוה ואחר כך קנה, יחלוקו מלוה ראשון

לכן אמרינן דכח שניהם שוה ויחלוקו, אבל כשנמצא השדה אצל הלוקח, והוא בא לגבות מן השדה שנמצא תחת ידו לתשלומי חוב שיש לו על המוכר, הרי לא שייך הכא גביה מדין נטילה מגלימא דעל כתפיה, ועל כרחק לא אתי עלה אלא מדין שעבוד נכסים, והכא הרי ליכא שעבוד נכסים, דהא לא כתב לו דאיקני ללוקח, ומה לי דאין סברא שיוגרע כחו של לוקח במה שנמצא בידו, סוף סוף מאיזה דין יוכל לגבות משדה זו שתחת ידו, הלא שעבוד הגוף ליכא, וגם שעבוד נכסים ליכא.

ונראה דהתומים והמוהרי"ן לב ס"ל דגם כשגובה מגלימא דעל כתפיה עיקר הגביה הוי מדין שעבוד נכסים, דהואיל ומוטל חיוב על הלוח מוטל נמי שעבוד לגבי החיוב על נכסיו, ועיין נמי בתוס' בבבא בתרא (דף קע"ה:) בד"ה דבר תורה דהביאו צד דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אפילו מיניה לא גבי יעו"ש. והיינו משום דגם מיניה גובה מדין שעבוד נכסים, ואף לפי מה שהעלו התוס' דמיניה שפיר גבי, היינו משום דשעבוד כזה מועיל אפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, וכן מבואר נמי מהא דאיתא לקמן סי' ק"ד סעי' י"ג דמלוה על פה מוקדמת קודם לשטר חוב מאוחר, יעו"ש, אלא דלא אלים שעבוד קלוש זה שלא שעבדו להדיא להיות כקנין בגוף הקרקע להוציא מן הלוקחות, ומכל מקום מבני חורין שוה כחו עם זה שכתב לו דאיקני ויש לו שעבוד אלים, דסוף סוף הרי הקרקע משועבד לשניהם וחולקים, ואלא דאם מוכרו הלוח אז הדין דרק זה שכתב לו דאיקני גובה מן הלוקחות, דאלים שעבודו והוי כזכות וקנין כגוף הקרקע, אבל שעבוד השני קלוש ואינו מספיק להפקיע בעלות הלוקח, ואם כן כל זה הוא כשמכרו לאחר, אבל אם המלוה עצמו הוא הלוקח אז לא גרע כחו מאם היתה השדה נשאת אצל הלוח, וכי היכי דמבני חורין היה גובה על ידי השעבוד קלוש, גם ממה שמנצא בידו על ידי הך שעבוד קלוש, ואין בעלותו מבטלת שעבודו להפקיע זכותו.

אולם עדיין קשה טובא בדברי התומים והמוהרי"ן לב שלמדו בשיטת הרא"ש

עיקר, דמסתבר כיון שלא יצא עדיין השדה מרשותו ובאו שניהם לגבות ממנו נשתעבד לשניהם בשוה, ומה שהקשו הבדק הבית והב"ח מהא דלפעמים נוטל כל השבח כשכתב למלוה דאיקני, נלפע"ד דלא קשה מידי, דהתם השבח שביד הלוקח אינו ביד המוכר אלא אצל הלוקח, ונהי דהשתא מוכרח הלוקח ליתנו לבעל חוב, מכל מקום הוה ליה כאילו באו שניהם לטרוף את השבח מעלמא וכו', עכ"ל הש"ך, יעו"ש באריכות דבריו.

ותמצית דבריו הוי דנקטינן מפשטות משמעות לשון הרמב"ם דאם כתב דאיקני לאחד ולשני לא כתב דאיקני, אין לראשון שום קדימה בגביה מנכסים בני חורין, ורק אם מכר הלוח נכסיו גובה ראשון מן הלוקחות ולא השני, ואע"ג דהרא"ש ס"ל דאם כתב למלוה דאיקני ולא ללוקח גובה מלוה כל השבח ואין ללוקח כלום, אין להכית מזה דפליג על הרמב"ם, דשאני התם דהואיל וכבר בא השבח לידי הלוקח שוב אין זה גביה מן בני חורין אלא מן הלוקחות, ואין לגבות אלא על ידי כתיבת דאקני.

ובקצות החושן סק"א כתב וז"ל: ובתומים מיאן בדברי הש"ך וכתב דאין הדעת נותן שאם היה ביד הלוח היה הלוקח נוטלו ועכשיו שהוא בידו לא יטול וכו' עכ"ל יעו"ש. והיינו דאם המלוה קונה שדה מן הלוח אין המלוה נפסד בקנייתו, ועדיין חשיבא הך שדה בני חורין לגבי המלוה לזכותו, והכא נמי אע"ג דהשבח ביד הלוקח עדיין חשיבא כאילו הוי בני חורין ביד הלוח, ואי משום הא שפיר היה אפשר להוכיח מדברי הרא"ש דמאן דכתב ליה דאיקני יש לו קדימה גם בנכסים בני חורין, אלא דהתומים דחה הראיה מצד אחר, ובאמת הש"ך עצמו הביא סברא זו בהמשך דבריו בשם המוהרי"ן לב, יעו"ש.

ובעצם סברת התומים והמוהרי"ן לב צריכים להתבונן, דהרי הא דאם כתב דאיקני לאחד ולשני לא כתב דאיקני תרויהו שוים לגביה מבני חורין, היינו משום דזה שגובה מדין שעבוד נכסים לא עדיף מן השני שגובה מדין שעבוד הגוף דנוטל אפילו מגלימא דעל כתפיה,

השבח, וה"ל כלוה ולוה ואחר כך קנה ומכר דחולקין מלוה ראשון והשני בדכתב להו דאקנה, כיון שלא קנאו אלא לאחר הלואת שניהם ושעבוד שניהם חל עליו כאחד, עכ"ל בקצת שינוי לתוספת ביאור, וכן הוא באשר"י בפ"ק דבבא מציעא וכו'. ובוה עדיף הלוקח מהמלוה, דאע"פ דלא כתב לו דאיקני מחזיק בחצי שבח שבידו, דהא לא מצריכו לכתיבת שעבוד דאקנה משום דקנה וחזר ומכרה ואין כח ביד המלוה להוציא מיד הלוקח מה שקנה אחר הלואת המלוה ומכרה, וזהו דוקא שייך בבעל חוב שהשבח שקנה הלוח המוכר חזר ומכרה ללוקח, אבל הלוקח שהוא מוחזק ועומד בו והשביחה אצלו, לא גרע בו מאילו לא מכרו המוכר ועדיין הוא ביד המוכר דהיה גובה וחולק עם מלוים בהשבח בלי כתיבת דאיקני. ואין לומר כיון דאמרינן בהשבח כאילו קנאו הלוח מהלוקח אם כן ה"ל דינו כלוה ולוה וקנה וכתב להראשון דאיקני ולא להני דקנאו הראשון ולא השני, דשאני הכא דהקנאת השבח מהלוקח והמכירה לו נעשה הכל בפעם א' אחר שהשביחה ביד הלוקח, ומשום הכי לא נזכר בשום פוסק ומחבר דצריך הלוקח כתיבת דאיקני, דמצידו לא גרע מאילו לוח ממנו לחוד וקנה ועדיין הוא ביד הלוח ודוק, עכ"ל הסמ"ע יעו"ש.

ובהשקפה ראשונה היה נראה דדברי הסמ"ע הם מתאימים לדברי התומים והמוהרי"ן לב, דמשום הכי אין לוקח צריך כתיבת דאיקני, משום דלגבי ידידיה עדיין הוה ליה כבני חורין, אלא דלא מיתוקמא לפי זה מה שהקשה ואין לומר וכו', דלכאור"ל דאפילו מבני חורין זה שכותב לו דאיקני קודם, וכ"ה שיטת הסמ"ע בסי' ק"ד סעי' י"ט, לפי ביאור הקצות החושן שם סק"ט, ויתר על כן, דהרי הכא אתי לבאר דברי הרא"ש שהביא בריש דבריו, ושיטת הרא"ש הרי הוי להדיא דאם כתב דאיקני למלוה ולא כתב דאיקני ללוקח דמלוה גובה כל השבח.

לכך נראה דכונת הסמ"ע היא דאינו צריך לכתוב דאיקני ללוקח לגבי שבח אותו קרקע עצמה שקנה, דאף אם לא כתב כמאן דכתב דמי, וכמו שכתב בקצות החושן סק"ד בשם השיטה

דשבח ביד הלוקח חשיב כבני חורין ולא כמשועבדים, דלפי זה לכאורה נמצא דהרא"ש סותר עצמו מיניה וביה, שמתחלה כתב הרא"ש דהא דקאמר בעל חוב גובה חצי שבח היינו לפי חובו, כנ"ל, דאם הקרקע שוה ק' זהובים והשבח י' זהובים, ובא בעל חוב דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא וגבה הקרקע, והשתא בא לגבות מן השבח הי' זהובים שעדיין נושה בו, והלוקח בא לגבות הק' זהובים של אחריות על הקרקע מן השבח, בעל חוב נוטל חלק א' מי"א חלקים ולוקח נוטל י' חלקים מי"א חלקים, והקשה בפלפולא חריפתא הלא הלוקח צריך לגבות בין כנגד הקרקע בין כנגד השבח, ואם כן יטול הבעל חוב חלק א' מי"ב חלקים והלוקח י"א חלקים מי"ב חלקים, ותירץ הפלפולא חריפתא דאין הלוקח יכול לגבות אלא כנגד גוף הקרקע, דאין מוציאין לשבח קרקעות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם, יעו"ש. ואם כדברי התומים והמוהרי"ן דשבח ביד הלוקח חשיב כבני חורין לזכותו, שפיר יכול לגבות ממנו אפילו לאחריות השבח, והדרא קושית הפלפולא חריפתא לדוכתא.

וצריכים לומר אליבא דידהו דהא דאינו גובה אחריות שבח מן השבח עצמו לאו היינו טעמא משום דהוה ליה משועבדים, אלא היינו טעמא משום דבעצם לא שייך שעבוד כזה, דאין קרקע יכולה להיות משועבדת למכירת עצמה, דכל השעבוד לא חל אלא מצד רשות המוכר, דנכסי המוכר משועבדים להמכירה, ואם היינו נכסי המוכר הרי אין כאן מכירה כלל, וכל חיוב אחריות המוכר חל רק מחמת המכירה, והרי המכירה עצמה מוציאתה מרשות המוכר שלא יחול עליה שעבודים, ואם כן שפיר חל שעבוד אחריות גוף הקרקע על השבח, אבל אין שעבוד אחריות מכירת השבח חל על השבח עצמו, ולכן אין הלוקח גובה אלא י' חלקים שכנגד גוף הקרקע, ועיין מה שכתב הש"ך סי' קט"ו סקי"ב.

והנה עיין מה שכתב הסמ"ע בסי' קט"ו סק"ג וז"ל: טורף חצי השבח, ז"ל הטור, דהאי שבח כאילו קנאו מוכר ומכרו ללוקח אחר שמכר לו השדה, ונמצא גם אחריות של הלוקח על

משום דכרעיה דאבוהון ניהו וכו' עכ"ל יעו"ש. והיינו דאיכא עליהם שעבוד הגוף משום מצוה לפרוע חוב אביהם, כדאיתא בכבא בתרא (דף קעד.) ובערכין (דף כב.) יעו"ש.

אבל הרא"ש פליג על דברי התוס' וז"ל: והשתא דאסיקנא דבעל חוב גובה שבח מלוקח ולא ממקבל מתנה, ושבח שהשביחו יתומים ראוי היה לדמותו למקבל מתנה שאין להם על מי לחזור, ומיהו נראה דגבי בעל חוב שבחא דיתומים וכו', ולא דמי למקבל מתנה, לפי שאין מוטל עליו לפרוע חובת הנותן, הלכך כיון דאין לו על מי לחזור לא גבי בעל חוב מיניה, אבל יורש כרעיה דאבוה הוא ועליו מוטל יותר לפרוע חוב אביו, הלכך גבי בעל חוב מנייהו שבחא אע"ג דאין להם על מי לחזור וכו' כל זה פירשו התוס' ונראה לי דוחק וכו', ואני אומר כמקצתו כן כולו ואין בעל חוב גובה שבחא דיתמי, כיון דאין לו על מי לחזור, כי היכי דלא גבי ממקבל מתנה וכו' עכ"ל יעו"ש, ואע"ג דבודאי איכא חובה על היתומים, כמו שמבואר בגמרא, כנ"ל, מכל מקום ס"ל להרא"ש דאין הבעל חוב גובה שבח מן היורשים הואיל ואין להם על מי לחזור.

והנה הרא"ש כתב לעיל (דף יד.) בסוף סי' ל"ח דהא דבעל חוב גובה את השבח הוא מפני התקנה כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, ותיקנו חכמים שיש לבעל חוב שעבוד על השבח שהושבח ביד הלוקח ולא על השבח שהושבח ביד מקבל מתנה, ולפי זה יש לומר דאם עקרו חכמים שעבוד נכסים משבח שהושבח ביד היתומים הואיל ואין להם על מי לחזור, אם כן גם שעבוד הגוף אין להם כנגד השבח, שהרי אין להם שעבוד הגוף של מצוה לפרוע חוב אביהם אלא כנגד אחריות נכסים שירשו, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו.) ד"ה פריעת בעל חוב ובב"ב (דף קנו.) ד"ה מצוה, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פט"ז, ואם ליכא שעבוד נכסים על שבח שהשביחו יתומים הואיל ואין להם על מי לחזור גם שעבוד הגוף אין להם על כך.

ובזה נחלקו התוס' והרא"ש, שהרי תיקנו חכמים שבעל חוב גובה את השבח, והוציאו מקבלי מתנה מן הכלל הואיל ואין להם

מקובצת, יעו"ש, והוא הדין נמי בלוקח, דסברא היא דאף אם לא כתב דאיקני למלוה ולא רצה לשעבד לו כל נכסים שיקנה לאחר כך שיוכל המלוה לגבותם מן הלוקחות, מכל מקום אומדן דעתו דאם יבורר הדבר שהמלוה עצמו הוא הלוקח דשפיר ניחא ליה להקנות לו שעבוד דאיקני על קרקע כזו, וכן הוא הדין בשבח, דאע"ג דבעינן לזה שעבוד אקני והרי לא כתב ללוקח דאיקני לגבות האחריות, מכל מקום סברא היא דשפיר רוצה לשעבד לו כל נכסים חדשים שהלוקח עצמו יקנה ממנו.

ועל זה הקשה הסמ"ע דאם כן לא חל שעבוד דאיקני בכהאי גונא עד שהמלוה קונה הנכסים החדשים מן הלוה, דעד ההיא שעתא לא ידעינן שישתעבד לו, דדלמא לא יקנהו המלוה אלא מישהו אחר, ונמצא דהוא הדין בשבח שעבוד המלוה קודם לשעבוד הלוקח, דשעבוד המלוה חל מיד כשבא השבח לעולם, שהרי כתב לו דאקני, אבל שעבוד הלוקח לא חל עד דאתי לרשות מוכר והדר אתי לרשותיה דלוקח, דרק כשבא לרשותו חל השעבוד, כמש"נ, ונמצא דעדיין שעבוד המלוה קודם לשעבוד הלוקח, ולמה אינו נוטל כולו שבח, ותירץ הסמ"ע דהקנאת השבח למוכר והחזרה ללוקח כולהו נעשו בב"א, ונמצא דלא קדים שעבוד המלוה כלל.

ושפיר מתיישבים דברי הסמ"ע אף לפי שיטת הרא"ש, דאע"ג דלוקח יש לו שעבוד דאיקני על שבח קרקעו אף בלי כתיבה, מכל מקום אם כתב לו להדיא שאין לו שעבוד דאיקני אז נוטל המלוה כל השבח.

פרק ח

בו יבואר מחלוקת התוס' והרא"ש אם בעל חוב גובה שבח שהשביחו יתומים, אם יתומים כמקבלי מתנה הואיל ואין להם על מי לחזור או שאני יתומים דאית להו שעבוד הגוף.

[**כבא מצינא טו.**] כתבו התוס' בד"ה בעל חוב גובה את השבח וז"ל: נראה דגבי אפילו משבח שהשביחו יתומים, אע"פ שאין להם על מי לחזור, והוה ליה כמתנה, מכל מקום גובה מהם

והנה הא דיתומים כרעיה דאבוהון ניהו ומצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, היינו דוקא כנגד אחריות נכסים שירשו מאביהם, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו.) בד"ה פריעת בעל חוב מצוה, וכ"כ התוס' בב"ב (דף קנז.) ובכמה מקומות, והשתא יש להסתפק ביתומים שירשו קרקע משועבדת מאביהם, דחל עליהם שעבוד הגוף כנגד הקרקע, ואחר כך השביחו את הקרקע על ידי הוצאות, מי נתפשט שעבוד הגוף שלהם כנגד כל השבח, כמו שנתפשט שעבוד המלוה, או דלמא אין שעבוד הגוף שלהם אלא כנגד שבח היתר על היציאות שהוציאו, והשתא אם שעבוד הגוף שלהם הוא כנגד כל השבח היאך גובים יציאות מבעל האפותיקי, הרי מחוייבים לתת לו הכל משום מצוה לפרוע חוב אביהם, ואם מצוה שלהם לא הוי אלא כנגד השבח היתר על היציאות, שהשבח נחשב נכסים שירשו מאביהם, אבל ההוצאות הרי באו מממונם, אם כן גם בשעבוד גרידא דלא הוי אפותיקי לא יגבה בעל חוב את כל השבח מן היתומים, שהרי אין גביה מן היתומים אלא במקום שיש מצוה עליהם לפרוע, כדאיתא בבבא בתרא (דף קעד.), ועיימש"נ בש"ב פט"ז, ואם כן יצטרך הבעל חוב לתת להם היציאות לא מדין יורד אלא משום דליכא מצוה כנגד היציאות, כמש"נ, ולמה אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח ואינו נותן יציאות.

ונראה לבאר עפיש"נ בש"ט פכ"ב לחלק בין שעבוד גרידא לאפותיקי, דבשעבוד גרידא הטענת ממוני גבך מדין יורד היא לגבי הלוה, דעיקר דין השעבוד הוא לקיים פרעון החוב, אבל באפותיקי הטענת ממוני גבך היא לגבי המלוה, דעיקר דין השעבוד הוא לגבות הקרקע, ולא הוי מדין ערבות לקיים הפרעון, ולפיכך בשעבוד גרידא אין להם טענת ממוני גבך לגבי המלוה, שהרי דין השעבוד הוא לערב ולקיים מצות פריעת בעל חוב שעבר מן הלוה ליורשיו, ולכן אין ההוצאות ממעטות בשעבוד שעל השבח, והשעבוד הגוף המוטל עליהם הוא כנגד כל השבח, אבל באפותיקי שעיקר השעבוד הוא לגבות הקרקע הרי הטענת ממוני גבך לגבי המלוה, ולכן לא חל השעבוד על השבח אלא על החלק היתר על היציאה, וממילא גם שעבוד

על מי לחזור, וס"ל להרא"ש דגם יתומים יצאו מכלל לקוחות הואיל ואין להם על מי לחזור, וממילא ליכא עליהם שעבוד הגוף כנגד השבח, כמש"נ, אבל התוס' ס"ל דכיון דבדרך כלל יש ליתומים שעבוד הגוף כנגד אחריות נכסים שירשו, אם כן אין סברא להוציא יתומים מכלל לקוחות לגבי שבח, ואע"פ שאין להם על מי לחזור, דרק מקבלי מתנה שאין עליהם תורת שעבוד הגוף לגבי חיובי הנותן יש להוציאם משום שאין להם על מי לחזור, אבל יתומים דבעצם יש להם שעבוד הגוף על חוב אביהם, ואלא דשעבודם מוגבל בירושת נכסים משועבדים, אין להוציאם מן הכלל שתיקנו חכמים דבעל חוב גובה את השבח שהשביחו לקוחות, ואע"ג דיתומים אין להם על מי לחזור.

פרק ט

בו ידון אם ח"ל שעבוד הגוף על היתומים מדין מצוה לפרוע חוב אביהם על כל השבח שהושבחו נכסי הירושה או על שבח היתר על היציאה, ויחולק בין שעבוד גרידא לאפותיקי.

[כבא מצינא טו.] כתבו התוס' בד"ה בעל חוב גובה את השבח וז"ל: נראה דגבי אפילו מן השבח שהשביחו יתומים, אע"פ שאין להם על מי לחזור והוה ליה כמתנה, מכל מקום גובה מהם משום דכרעיה דאבוהון ניהו וכו', והא דאמר בהמקבל (לקמן דף קי.) יתומים אומרים אנו השבחנו ואין השבח שלך, משמע דלא גבי משבח יתומים, התם מיירי כשעשה אפותיקי ואומרים אנו השבחנו ותן לנו יציאות כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות, וכן מוקי התם במסקנא כשעשאה אפותיקי עכ"ל יעו"ש.

ומה שכתבו התוס' לקמן (דף טו.) בד"ה כגון דשויה אפותיקי דאין בעל אפותיקי נותן יציאות, דלמה יגרע כחו בשביל שעשאה אפותיקי, היינו בלוקח שיש לו על מי לחזור, דחזור על המוכר וגובה יציאות, ולכן תיקנו חכמים שלא יטול יציאות מבעל חוב, אבל ביתומים שאין להם על מי לחזור אוקמינן על דינא ובעל חוב נותן להם יציאות מדין יורד.

הגוף ליכא אלא כנגד שבח היתר על היציאה, ולהכי צריך לשלם להם יציאות.

פרק י

בו יבואר שיטת הרי"ף דבע"ל חוב גובה שבחא דאתי ממילא ממקבלי מתנה, ואע"ג דאין להם על מי לחזור, שהרי לא הוציאו הוצאות ואין להם על מי לחזור.

[כבא מצינא טו.] אלא מעתה מתנה דלא כתיב ליה הכי הכי נמי דלא טריף שבחא, אמר ליה אין, וכי יפה כח מתנה ממכר, אמר ליה אין יפה ויפה יעו"ש. וכתב הרא"ש וז"ל: כתב רב אלפס ז"ל דוקא שבחא דאתי מחמת הוצאה, אבל שבחא דאתי ממילא טריף. וה"ר זרחיה הלוי ז"ל כתב דאכולא אמר שמואל דבעל חוב גובה מלוקח, ופירוש רבא טעמא, ושאל רבי חייא בר אבין לרבא מה הדין במתנה, והשיב לו על כל השבח דלא טריף, והכי מסתברא טפי, דאם יש חילוק בין שבח דמכר ובין שבח דמתנה הוה ליה לגמרא לפרושי עכ"ל יעו"ש.

ולכאורה טעמא דהרי"ף דמחלק בין שבחא דממילא לשבחא דמחמת הוצאה הוא משום הפסד המקבל מתנה שאין לו על מי לחזור, ולכן בשבחא דממילא שלא הוציא עליה כלום לא תיקנו חכמים להוציא מקבלי מתנה מכלל כל הלקוחות, מה שאין כן בשבחא דמחמת הוצאה. והבעל המאור והרא"ש ס"ל דהואיל והוציאו חכמים מקבלי מתנה מכלל כל הלקוחות לענין שבח לא חילקו בין שבחא לשבחא, אלא לעולם אין בעל חוב גובה שבח ממקבלי מתנה. אכן יש לדקדק לפי זה בטעמא דהרי"ף דאם חששו חכמים להוציא שבחא מיד מקבל מתנה ולהפסידו את השבח, ולא חששו אלא להפסדו שהוציא הוצאות, אם כן היה להם לתקן שבעל חוב יגבה שבח ממקבלי מתנה וישלם להם ההוצאות שהוציאו.

אלא מוכח לפרש דברי הרי"ף כמו שכתב הנמוקי יוסף דשבחא דממילא חשיב כאילו כבר בא לעולם, ואם כן שבחא דאתי ממילא הוי אותו דבר ממש ולא דבר חדש, והשעבוד שהיה לו על הקרן הוא השעבוד

שיש לו על השבח, שהשעבוד נתפשט, ולא תיקנו חכמים להפקיע ולמעט שעבוד שהיה לו מקודם, אבל שבחא דאתי מחמת הוצאה הוי דבר חדש, וקונה הבעל חוב שעבוד בדבר חדש זה, בזה תיקנו חכמים במקבלי מתנה שאין הבעל חוב זוכה בשעבוד חדש הזה, ועיימש"נ בש"ט פ"ה, והרא"ש ס"ל דגם בשעבוד הישן הפקיעו אותו חכמים מן השבח במקבלי מתנה.

פרק יא

בו יבואר דהמחלוקת בגמרא אם בע"ל חוב גובה את השבח ואינו נותן כלום או נותן יציאות ללוקח תלויה באם הלוקח נחשב יורד לגבי הבע"ל חוב או לגבי הלזה.

[כבא מצינא טו.] אמר רב נתמן הא מתניתא מסייע ליה למר שמואל והונא חברין מוקים לה במילי אחריני, דתניא המוכר שדה לחבירו והרי היא יוצאה מתחת ידו, כשהוא גובה את הקרן מנכסים משועבדים ושבח גובה מנכסים בני חורין, והונא חברין מוקים לה במילי אחריני בלוקח מגזלן יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: אבל בעל חוב כל כמה דלא טרפה לה לאו ידידה הוא וברשותא דלוקח אשבח עכ"ל יעו"ש.

עוד אמרינן בגמרא, תניא אידך המוכר שדה לחבירו והשביחה ובא בעל חוב וטרפה, כשהוא גובה, אם השבח יותר על היציאה נוטל את השבח מבעל הקרקע והיציאה מבעל חוב, ואם היציאה יתירה על השבח אין לו אלא הוצאה שיעור שבח מבעל חוב, והא שמואל במאי מוקים לה וכו', אי בבעל חוב קשיא רישא וסיפא, דאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: נוטל הלוקח את השבח מבעל הקרקע, מה שעודף על היציאה, דאמר ליה פרעתי את חובך וכו'. קשיא רישא וסיפא, דקתני בעל חוב נותן את היציאה ולשמואל בעל חוב גובה השבח ואינו נותן כלום עכ"ל יעו"ש.

הנה מצינו בגמרא דידן שלשה צדדים בדין גבית בעל חוב את השבח, שמואל ס"ל דבעל חוב גובה את כל השבח ואינו נותן כלום מן היציאות שהוציא בהשכחת הקרקע, ורב הונא

ואינו נותן כלום או דגובה ונותן יציאות, כנ"ל, במה תלוי מחלוקת זו, ובכלל מה שייך ענין יורד לתוך שדה חבירו דאם השבח יתר על היציאה נוטל את היציאה, והלא אין הקרקע עדיין של הבעל חוב וכשטרח הלוקח בדידה טרח.

ונראה לבאר הענין על פי מה שכתב רש"י בפסחים (דף ל:) ובכתובות (דף נט:) דאין מכירת קרקע משועבדת מכורה לגבי גבית המלוה, אלא עדיין נחשבת הקרקע ברשותו של הלוה, ועיימש"נ בש"א פט"ז, ונמצא שכשהלוקח השביח את הקרקע הרי השבחה זו מועלת לגבי גוף הקרקע וגם לגבי השעבוד שבה, דבמה שהשביח גוף הקרקע שהיא שלו השביח נמי קרקע הלוה לגבי גבית המלוה והוסיף בה שעבוד יותר על מה שהיה בה מקודם, והרי יציאותיו שקועות בקרקע הלוה, ויש לו להלוקח תביעה של ממוני גבך על יציאותיו.

והנידון הוא אם תביעת הלוקח היורד היא להלוה או להמלוה, שהרי לגבי גבית המלוה נשאר הקרקע ברשות הלוה כאילו לא נמכרה, דלגבי גביה מכירתו לאו מכירה, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, והרי בעלות הקרקע לגבי גביה שייכת להלוה, ועוד יש להמלוה זכות גבית הקרקע לתשלומי החוב, ובזה יש לדון מי הוא עיקר בעל דבר לגבי תורת השעבוד שעל קרקע זו, מי אמרינן דהלוה הוא עיקר בעל דבר שהרי הקרקע שלו לגבי גביה ופרעון, והרי הוא הבעלים והפורע כשיגבה המלוה, או דלמא הבעל חוב הוא העיקר בעל דבר, שהרי אין להלוה שום תועלת במה שהוא נשאר בעלים על הקרקע לגבי גביה זולת הא דנותנו בפני בעל חובו התובע אותה מדין זכות גביה שיש לו בה, ולכן הבעל חוב נחשב עיקר בעל דבר מחמת זכותו לגבות אע"ג דהלוה יש לו בעלות לגבי גביה, ועיימש"נ בש"ט פכ"ח בדברי הרמב"ם.

ופברת הברייתא לפי ההוה אמינא, דבעל חוב גובה את השבח ונותן יציאות, היא דהבעל חוב הוא עיקר בעל דבר לפנינו, והרי תביעת הלוקח היורד מדין ממוני גבך היא להבעל חוב, שבשבילו ירד במה שהשביח והגדיל השעבוד, ולכן בעל חוב נותן לו את היציאות, אבל שמואל ס"ל דעיקר בעל דבר הוא

ס"ל דאין בעל חוב גובה את השבח כלל שהרי כל זמן שלא טרף הקרקע לאו דידיה וברשותא דלוקח אשבח, ועוד יש צד אחר בהתניא אידך לפי ההוה אמינא דהגמרא דבעל חוב גובה את השבח ונותן ללוקח יציאותיו. עוד אמרינן בסוגיא דבבא בתרא (דף קנז:) דבעל חוב גובה חצי שבח, ויש מן הראשונים שלמדו דגם סוגיין מסכמת לכך, ויש מן הראשונים שלמדו דהסוגיות פליגי אהדדי, ועיימש"נ בש"ט פכ"ה.

ובעצם מחלוקת שמואל ורב הונא אם בעל חוב גובה את השבח או לא יש לבאר עפיימש"נ בש"ט פ"ד דטעמא דשמואל משום שהשעבוד מתפשט מן הגוף להשבח מדין ארעאי אשבח, כי היכי דהבעלות מתפשטת מן הגוף להשבח בלי שום קנין נוסף, ולפי זה יש לומר דשמואל ס"ל דהשעבוד נתפשט בין אם הושבח ממילא בין אם השביחה בידים, שהרי סוף סוף השתא השביחה הקרקע וכל הדינים שהיו בה מקודם עברו גם להשבח, בין עצם הקנין בין השעבוד, ורב הונא ס"ל דאין השעבוד נתפשט אלא לשבחא דממילא אבל שבח שהשביחו בידים הוי דבר חדש, ויש בזה דין מיוחד דבעל הקרקע קונה את השבח אע"ג דאין זה עצם הקרקע שהיה לו מקודם, והוי כפירות וולדות, דכל היוצא מן ממונו הוי שלו, ועייין במעילה (דף ג.) שנחלקו שם התנאים אם גידולי הקדש כהקדש יעו"ש, אבל לית מאן דפליג דבהמת הקדש שנתפטמה שכולה הקדש, דהיינו ההקדש עצמו, ורק בגידולים פליגי אם יש דין יוצא מן ההקדש הקדש, אבל בממון הכל מודים שהפירות לבעלים, וגם שבח הבא על ידי חרישה וזיבול נחשב כפירות, והבעלים קונים את השבח מדין קנין פירות, וזה לא שייך אלא לגבי הבעלות של הקרקע, אבל שעבוד הבעל חוב לא הוי אלא זכות גביה ואין בזה תורת קנין פירות, ואינו גובה אלא הגוף ולא השבח, ושמואל סבר דגם שבח הבא על ידי חרישה וזיבול קונה מכח התפשטות עצם הבעלות ולא מדין פירות, ולכן גם השעבוד מתפשט לשבח זה ובעל חוב גובה אותו.

אכן יש לעיין בהא דמצינו שני צדדים בהך צד דבעל חוב גובה את השבח, או דגובה

שמואל לוקח מגזלן לית ליה שבחא, אי בבעל חוב, קשיא רישא וסיפא דאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח. ופרש"י וז"ל: קשיא רישא וסיפא, דקתני בעל חוב נותן את היציאה, ולשמואל בעל חוב גובה את השבח ואינו נותן כלום עכ"ל יעו"ש.

ועיין מה שכתב רש"י בד"ה את השבח מבעל הקרקע וז"ל: מה שעודף על היציאה דאמר ליה פרעתי את חובך עכ"ל יעו"ש, ודבריו לכאורה אינם מובנים, שהרי בכל הסוגיא מבואר דאם גבה ממנו בעל חוב את השבח חוזר הלוקח וגובה מן המוכר משום חיוב אחריות, ולמה לי טעמא דפורע חובו של חברו. ועו"ק דהא קיימא לן כחנן דס"ל דהפורע חובו של חברו הניח מעותיו על קרן הצבי, כדאיתא בנדרים (דף לג:) ובכתובות (דף קח.).

והנה בהמשך סוגיין (דף טו:) מוקים לה להך ברייתא בבעל חוב דמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא דיהיב ליה בעל חוב שבחא ללוקח ומסלק ליה, ונחלקו שם רש"י והתוס', דרש"י פירש דאין לו לבעל חוב אלא קרן בלבד ונותן ללוקח כל השבח, ולא נקיט ליה בלשון יציאה בברייתא אלא לאשמועינן דאם היציאה יתירה על השבח נותן לו רק יציאה שיעור שבח, אבל התוס' פירשו דבההוא אמינא היה בעל חוב נוטל השבח מדין ארעאי אשבח והיה משלם ללוקח יציאה כדין יורד, וכפשטות לשון הברייתא, ואע"ג דתמיה להו דכיון דלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא אמאי שבח היתר על היציאה, והא לא שייך ארעאי אשבח גבי בעל חוב, מכל מקום כך היא ההוה אמינא דהגמרא, והוא הדין דהוה מצי למיפרך נמי הא, אלא דבלאו הכי אידחי ומוקים לה באפותיקי ותו לא קשה מידי, ומכל מקום לפי ההוה אמינא היה בעל חוב נוטל שבח מדין ארעאי אשבח אע"ג דלא היה מסיק ביה אלא שיעור ארעא, והיה משלם ללוקח יציאה בעלמא כדין יורד.

ונראה דאילו כן דבעל חוב נוטל שבח מדין ארעאי אשבח לא היה הלוקח יכול לחזור לגבות מן המוכר דמי השבח מדין אחריות סתם, דבכתיבת אחריות סתם אין המוכר משעבד עצמו להשלים ללוקח כל הפסד שיבא לו, ואינו

עדיין הלוה שהוא הבעלים לגבי גבית החוב, כמש"נ, ואם כן אין להלוקח תביעה לגבי הבעל חוב, שלא בשבילו ירד אלא בשביל הלוה, והבעל חוב ממילא הרויח, אבל הדין יורד הוא לגבי הלוה, אלא דמן הלוה לא יוכל הלוקח היורד לתבוע יציאות אם לא כתב לו אחריות וקיבל עליו לשלם לו שבח ויציאות, אבל אם מכר לו השדה להדיא שלא באחריות אין הלוקח יכול לגבות ממנו מדין יורד, דנהי דהלוה הוא הבעלים לגבי גבית החוב, כמש"נ, מכל מקום איזו הנאה יש לו במה שהלוקח השביח הקרקע והגדיל השעבוד, שאין זה הנאה אלא להבעל חוב שיוכל לגבות עוד חלק מחובו אבל מה הרויח הלוה, הלא אין לו שום נכסים בני חורין, ואין לו מה שהמלוה יוכל ליטול ממנו אם לא הושבח השעבוד, וכל הנאה שיש לו הוא אם יקנה עוד נכסים שלא יוכל עוד הבעל חוב לתובעם ממנו הואיל שכבר נפרע חובו, ודי לצרה בשעתה, השתא מיהא הרי לא נהנה כלום בירידת הלוקח, וממילא אין להלוקח תביעה להלוה, דאומר טול עציך ואבניך, כדאיתא לקמן (דף קא.) דיכול לומר לא ניחא לי, יעו"ש, וכן הכא נמי לא ניחא ליה להלוה לחייב עצמו ללוקח כדי לפטור עצמו מחיובו להמלוה, ואינו צריך ליתן לו כלום אם לא שקבל עליו אחריות, וגם המלוה אינו צריך ליתן ללוקח כלום, שלא בשבילו השביח אלא בשביל הלוה, כמש"נ, וזוהי סברת שמואל דבעל חוב גובה את השבח ואינו נותן כלום.

פרק יב

בו יבוארו דברי רש"י דכשבעל חוב גובה קרקע מלוקח חוזר הלוקח על המוכר בטענת פרעתי חובך, ואע"ג דקיימא לן הפורע חובו של חברו הניח מעותיו על קרן הצבי.

[בבא מציעא טו.] תניא אידך המוכר שדה לחבירו והשביחה, ובא בעל חוב וטרפה, כשהוא גובה, אם השבח יותר על היציאה נוטל את השבח מבעל הקרקע והיציאה מבעל חוב, ואם היציאה יתירה על השבח אין לו אלא הוצאה שיעור שבח מבעל חוב. והא שמואל במאי מוקים לה, אי בלוקח מגזלן, קשיא רישא, דאמר

לתשלומי שעבוד המוכר, וחוזר הלוקח וגובה מן המוכר מדין אחריות שקיבל עליו.

היוצא לנו, דאע"ג דיסוד חיוב אחריות לגבי גבית נגזל ולגבי גבית בעל חוב חדא הוא, דכל הפסד שהמוכר גורם ללוקח חייב להשלים לו, מכל מקום למעשה חלוק חיובו בגבית נגזל מבגבית בעל חוב, דאם גבה נגזל נמצא דרמאות המוכר גרם לו ההפסד, ויש בכלל זה גם הפסד השבת, אבל בגבית בעל חוב לא חשיב שההפסד בא לו בגלל המוכר אלא היכא דהגביה היתה לתשלומי חיובים המוטלים על המוכר, וכמ"ש.

והנה בההוה אמינא הראשונה של הגמרא מיירי ברייתא במסיק שיעור ארעא ושבחא, ומכל מקום נוטל לוקח יציאות מבעל חוב, ולכאורה היינו מעין דין יורד, דאין הכי נמי דבעל חוב יש לו שעבוד על השבח, מכל מקום אילו לא היה הלוקח משביח השבח לא היה כאן שבח כלל, ורק על ידי השבחת הלוקח בא כאן שבח שיוכל הבעל חוב לגבות ממנו שעבודו, וסלקא דעתא דיש לו תביעה לבעל חוב על היציאות דומיא דיורד, ועל זה פריך דהיינו דלא כשמואל דאמר בעל חוב גובה את השבח ואינו נותן כלום.

וה"פ זה עולים דברי רש"י כפשוטם, דבודאי חוזר לוקח ונוטל דמי השבח מן המוכר מדין חיוב אחריות ולא מדין פורע חובו של חבירו, אלא דכיון דנטל יציאות מן הבעל חוב כדין יורד, לפי ההוה אמינא הראשונה, אומר לו השתא לוקח למוכר שלא יחשוב שבעל חוב נטל את העודף מדין ארעאי אשבח, ואם כן ליכא על זה חיוב אחריות על המוכר, כמ"ש, אלא פרעתי את חובך, ר"ל שנטלו בגבית חובו, והמוכר גרם לו ההפסד ללוקח, וחייב לשלם לו מדין אחריות שקיבל עליו.

פרק יג

בו יבואר שיטת הר"ף דבע"ל חוב גובה את השבח ואינו נותן יציאות הואיל והלוקח אדעתיה דמוכר נחית, ואע"ג דהר"ף ס"ל דאם נמצאת גזילה הלוקח נוטל יציאות מן הנגזל.

[בבא מציעא טו.] תניא אידך המוכר שדה לחבירו והשביחה, ובא בעל חוב וטרפה, כשהוא

מקבל עליו אלא להשלים לו הפסד הבא בגללו, והגם דבודאי יכול לקבל עליו כל דבר שבעולם, אפילו שאם ישטפנו נהר יחויב לשלם, מכל מקום היכא דלא פירש בודאי אין זה בכלל קבלתו, שאינו מקבל עליו אלא להשלים ההפסד שהמוכר עצמו גרם לו.

ונמצא לפי זה דחלוק חיוב המוכר היכא דבא נגזל ונטלו מחיובו היכא דבא בעל חוב וגבה, דאם נגזל הוציא השדה מן הלוקח הרי גרם המוכר ללוקח כל ההפסד, בין הקרן ובין השבת, שהרי הלוקח קנה השדה ממנו בחזקת שהיא שלו והמוכר רימהו, ואילו היה המוכר מגיד לו האמת היה הלוקח קונה שדה אחרת וכל השבח שעשה היה נשאר בידו, ונמצא דרמאות המוכר גרם לו הפסד הקרן והפסד השבת, ומשום הכי חייב להשלים גם השבח אם כתב לו אחריות או אם אחריות טעות סופר.

אבל אם בא בעל חוב וגבה השדה מן הלוקח לא בא לו ההפסד משום המוכר, שהרי אמת שהשדה היתה שלו, ומכירה מעליתא היתה כאן, ולא העלים המוכר מן הלוקח שום דבר, ואדרבה טעמא דבעל חוב גובה מן הלוקח היא משום דמלוה בשטר יש לה קול, ומסתמא ידע הלוקח שהיה כאן בעל חוב, ואף על פי כן קנה השדה, שהיה סובר דלמא יסלקו בזווי ולא יבא לגבות ממנו, ואם בעל חוב שגובה נוטל גם השבח מדין ארעאי אשבח, כפי ההוה אמינא דלקמן, ומשלם ללוקח יציאותיו כדין יורד, אין זה אלא שורת הדין, ולא הפסיד הלוקח מיד, שהרי קיבל מה שמגיע לו מעיקר הדין, דהיינו דמי יציאותיו כדין יורד, ומה שהפסיד שבח היתר על היציאה לא חשיב הפסד שבא לו בגלל המוכר, ולא היה המוכר מחויב להשלים לו הפסד זה מדין קבלת אחריות סתם.

וכ"ל זה הוא אם מסיק ביה רק שיעור ארעא בלבד ונוטל השבח מדין ארעאי אשבח, כההוה אמינא דלקמן, אבל אם מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא ונוטל השבח משום גבית חובו, וכדינא דשמואל דבעל חוב גובה את השבח, ככהאי גונא בודאי בא לו ההפסד ללוקח בגלל המוכר, שהרי הבעל חוב גבה ממנו השבח

הלוקח יכול לגבות הוצאות מבעל חוב מדין יורד, וטעמא דאינו גובה הוא מפני התקנה, ואין בזה פסידא ללוקח שהרי על דעת כן נחית, יעו"ש, אכן הרי"ף לא הזכיר תקנה מיוחדת לבעל חוב שלא יצטרך לשלם הוצאות ללוקח, ולדידיה עיקר טעמא דאינו משלם משום דאדעתא דמוכר נחית, ולכאורה מה בכך, ואולי כונתו בזה שהלוקח מוחל זכותו לגבות מבעל חוב הואיל ואדעתא דמוכר נחית.

אולם אין סברא זו עולה יפה בדברי הרי"ף, דעיין מה שכתב למעלה שם וז"ל: ועוד שמעינן מינה בדיניה דלוקח בהדי גזולן ונגזל, דהיכא דזבין לוקח ארעא מגזולן ואשבחה, ואתא נגזל לאפוקי מיניה דלוקח, דינא הוא דשקיל לה נגזל ולשבחא דאית בה, וחזינא ליה לשבחא אי הוי יתר על הוצאה שקיל לה להוצאה מנגזל, דשבח הוצאה גביה דנגזל הוא ואיהו מתהני ביה, ומאי דפייש ליה משבחא שקיל ליה מגזולן, שכך כתב לו וכו' עכ"ל יעו"ש, הרי מבואר דלוקח נוטל הוצאה מן הנגזל מדין יורד אם נמצא שהקרקע היתה גזולה, ולמה לא אמרינן שלא יגבה ממנו הוצאות הואיל ואדעתא דמוכר נחית, שהרי הוא חוזר על המוכר שמכר לו קרקע גזולה לגבות ממנו אחריות הקרן והשבח, ויגבה ממנו גם ההוצאות, דהא אדעתא דלגבות ממנו נחית, ודוחק לומר דכונת הלוקח לגבות הוצאות מן הנגזל ולא מבעל חוב.

ונראה לבאר דברי הרי"ף דבודאי לוקח נחית לארעא אדעתא דמוכר, והרי הוא השקיע הוצאותיו בהקרקע לטובת המוכר הואיל ויוכל לחזור ולגבות ממנו מדין אחריות, וממונו של הלוקח המונח בהקרקע מסור להמוכר להשתמש בו ואחר כך יחזור וישלימנו לו מדין אחריות, ולכן אם בא בעל החוב וטרף הקרקע הרי השתמש המוכר בההוצאות המושקעות בהקרקע לפרוע חובו להבעל חוב, ועיימש"נ בש"ט פי"א, ושוב אין ללוקח ממון בהך קרקע, שהרי ממונו פרע חוב הלוח, ואם כן אין לו תביעה אל הבעל חוב מדין יורד, אבל כשבא נגזל וטרף הקרקע הרי הממון של הלוקח שנמסר להמוכר עדיין מונח בתוך הקרקע, שהקרקע

גובה, אם השבח יותר על היציאה נוטל את השבח מבעל הקרקע והיציאה מבעל חוב וכו', אי בבעל חוב קשיא רישא וסיפא, דאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח יעו"ש. וכתב רש"י קשיא רישא וסיפא, דקתני בעל חוב נותן את היציאה, ולשמואל בעל חוב גובה השבח ואינו נותן כלום עכ"ל יעו"ש, והיינו דבעל חוב גובה את השבח ואין הלוקח יכול לתבוע ממנו יציאות מדין יורד לשדה חבירו שלא ברשות.

אכן הרי"ף בשלהי הסוגיא כתב וז"ל: איכא מאן דאמר הא דשמואל שנויא דחיקא היא ולא סמכינן עלה, ולעולם נוטל הלוקח ההוצאה מבעל חוב כפשוטה, דהא מתניתא דלא גרע מיורד לשדה חבירו שלא ברשות, דקיימא לן שמין לו וידו על התחתונה, ואנן מסתברא לן דלא דמי לוקח ליורד לשדה חבירו שלא ברשות, דיורד לשדה חבירו שלא ברשות ונטעה שלא ברשות אדעתא דשקיל ממרא דארעא הוא דמשבח בה בגופיה ובמוניה, אבל לוקח כי מפיק ממוניה או משבח בדיה לאו אדעתא דשקיל ליה מבעל חוב הוא דעבד הכי, אלא אדעתא דאי מפיק לה בעל חוב מיניה הדר עליה דמוכר ושקיל מיניה כוליה ממונא, בין קרנא בין הוצאה בין שבחא דאתי ממילא וכו' עכ"ל יעו"ש כל האריכות, ומבואר מדבריו דהא דאין הלוקח גובה הוצאה מן הבעל חוב מדין יורד הוא משום דאדעתא דלגבות מן המוכר מדין אחריות נחית.

ויש לדקדק דסוף סוף כיון שהשקיע ממונו בהקרקע למה לא יוכל לגבות מן הבעל חוב שגבה הקרקע והריהי עכשיו תחת ידו, ומה לי אם בשעת ההשקעה חשב בדעתו שיגבה הוצאות מן המוכר מדין אחריות, הרי לא הפקיר השקעתו, ולמה לא יוכל לימלך ולגבות מן הבעל חוב אם ירצה, ועיין ברא"ש שכתב דעיקר טעמא דאינו גובה הוצאות מן הבעל חוב הוא משום תקנה שלא תנעול דלת בפני לוויין, ואלא דלמה נפסיד ללוקח משום תקנה שעושים לטובת הבעל חוב, ועל זה כתב הרא"ש דאין כאן פסידא ללוקח שהרי יכול לגבות אחריות מן המוכר, ועוד שהרי מתחלה אדעתא דלגבות מן המוכר נחית, ולדברי הרא"ש מבואר דמעיקר הדין היה

חוב גובה את השבח משום שהלוה כתב לו ללוקח
אנא איקום ואשפי וכו', כדאיתא בגמרא, והלא
האי טעמא שייך גם לגבי ההוצאת, שהרי הלוה
קיבל עליו אחריות על הכל, בין ההוצאות בין
השבח, דכתב לו אינון ועמליהון ושביהון, וכמו
שכתב הרי"ף, יעו"ש, ומאי שנא דבעל חוב גובה
השבח מן הלוקח והלוקח חוזר על הלוה,
ובהוצאות אמרינן דבעל חוב צריך לשלם הוצאות
ללוקח לשיטת הגאונים, וגם להרא"ש אי לא תקנה
מפני שלא תנעול דלת בפני לויין.

ונראה ליישב שיטתם עפימשי"נ בש"ט פ"ד
דבברי רש"י דבעל חוב היה גובה את
השבח אפילו אם לא כתב לו הלוה אחריות
ללוקח, דגם על שעבוד אמרינן ארעאי אשבח,
ואם יש לו שעבוד על הגוף קנה נמי שעבוד
על השבח. אי נמי שיש בזה תקנה מיוחדת
שבעל חוב גובה את השבח, ובפרט למאן דאמר
גובה חצי שבח מסתברא דיסוד הגביה הוא
מתקנת חכמים, כמו שכתב הקצות החושן סי'
קט"ו סק"ג, אלא דהוקשה להגמרא דנהי דבעל
חוב דינו לגבות השבח, או מן התורה או מן
התקנה, מכל מקום ניוחש לפסידא דלקוחות
ולא נניחנו לבעל חוב לגבות השבח, ומשני
דכיון דהלוה כותב לו אחריות אין הלוקח
מפסיד כל כך, וממילא מניחים את הבעל חוב
לגבות כדינו.

ולפי זה שפיר מבואר החילוק בין שבח
להוצאות, דהרי מן הדין בעל חוב גובה
את השבח, וכיון שהלוקח יכול לחזור ולגבות
מן הלוה אין לנו לחוש לפסידא דידיה, כמש"נ,
אכן אע"ג דבעל חוב גובה את השבח הרי
מעיקר דין צריך לשלם הוצאות כדין יורד,
ולמה יפטר מחיובו, ונהי דאין הלוקח מפסיד
כל כך שהרי יכול לחזור ולגבות מן הלוה, מכל
מקום בודאי עדיף ליה שלא יגבה ממנו המלוה
אלא שבח היתר על היציאה, ולכן ס"ל
להגאונים דאין הכי נמי דצריך לשלם לו
הוצאותיו, וגם הרא"ש ס"ל דכן היה צריך
להיות הדין, אלא יש תקנה נוספת של נעילת
דלת, לא רק שבעל חוב גובה את השבח אלא
שאינו צריך לשלם אפילו הוצאות.

הגזולה הוחזרה לבעלה, וההוצאות המושקעות
בה עדיין במקומן עומדות, ולא נשתמשו למידי,
ואם כן נהי שהלוקח מסר ממונו לטובת המוכר
להשתמש בה, והוא ישלם לו אחריות, הרי לא
השתמש בו, ואיפוא הם, הלא בתוך הקרקע
שחזרה להנגזל, ויכול הלוקח לגבות הוצאות מן
הנגזל מדין ממוני גבך.

פרק יד

בו יבואר שיטת הרא"ש דבעל חוב גובה את השבח
ואינו נותן יציאות כדי שלא תנעול דלת בפני לויין,
אבל מעיקר הדין היה צריך ליתן יציאות, ואע"ג
דהלוה קבל אחריות על יציאות.

כבא מצינא טו. הרי"ף הביא שיטת הגאונים
דבעל חוב גובה את השבח ונותן יציאות ללוקח
כדין כל יורד לשדה חבירו, והרי"ף חולק על
שיטה זו וקאמר דשאני לוקח מכל יורד, דיורד
נחית אדעתא למישקל ממרא דארעא, ולוקח יורד
אדעתא למישקל ממוכר שכתב לו אחריות על כל
השבח והיציאות, יעו"ש.

והרא"ש הסכים לשיטת הרי"ף אבל לא
מטעמיה וז"ל: אמר שמואל בעל
חוב גובה את השבח, בין שבחא דאתי מחמת
הוצאה בין שבחא דאתי ממילא, משום דלא
תנעול דלת בפני לויין אלמיה רבנן לשעבודא
דבעל חוב שלא יפסיד כלל ממה שמכר הלוה
קרקע המשועבד לו, ויגבה השבח מן הלוקח
כמו שהיה גובהו אילו היתה השדה ביד הלוה
והיה גם הוא עמל בה ומשביחה, הלכך אפילו
הוצאה לא מהדר ליה וכו' עכ"ל יעו"ש.
ומבואר מדבריו דבעצם ס"ל כשיטת הגאונים
דבעל חוב צריך לשלם הוצאות ללוקח, אלא
דמפני שלא תנעול דלת בפני לויין תקנו חכמים
שלא יתן לו הוצאות שלא יפסיד הבעל חוב
מחמת מכירת הקרקע המשועבדת לו, דאם
הושבחה הקרקע ביד הלוה היה הבעל חוב
גובה השבח ולא היה נותן הוצאות ללוה,
ותיקנו חכמים דגם כשגובה מן הלוקח לא
ישלם לו הוצאות.

ויש לדקדק בשיטת הרא"ש דלמה באמת יתחייב
לשלם לו הוצאת מעיקר הדין, והלא בעל

דבעל חוב גובה כל פירות שמחוברים לקרקע ואפילו אינם צריכים לקרקע, ורק פירות תלושים אינו גובה, ושיטת רש"י דבעל חוב גובה רק פירות מחוברים שעדיין צריכים לקרקע, ושיטת הבעל המאור דאפילו פירות שצריכין לקרקע אינו גובה.

ועיין במלחמות שהקשה על הבעל המאור מגמרא דכתובות (דף נ:), ההוא דאתא לקמיה דרב יוסף אמר להו הבו לי מתמרי דעל בודיא, אמר ליה אביי אילו בעל חוב הוה כי האי גונא מי הוה יהיב ליה מר, אמר ליה דחזייה לבודיא קאמינא, סוף סוף כל העומד לגזוז כגזוז דמי, דצריכא לדיקלא קאמינא, יעו"ש. ומבואר בגמרא דבעל חוב גובה מן היתומים מפירות דצריכי לארעא דנחשבים כמקרקעי, ולא מפירות העומדים ליבצד דנחשבים כמטלטלים, ומכל מקום חזינן להדיא דבעל חוב גובה פירות דצריכי לארעא, ודלא כמו שכתב הבעל המאור, ועיימש"נ בש"ט פט"ז.

ובאמת קשה מגמרא זו גם על הרי"ף שכתב דהא דבעל חוב אינו גובה פירות היינו דוקא פירות תלושים, והתם מבואר דאין בעל חוב גובה אפילו מפירות מחוברים העומדות ליבצר, והרמב"ן בחידושים דחק ליישב דברי הרי"ף דמה שכתב פירות דתלישי כונתו גם לפירות מחוברין שעומדין ליתלש וכתלושין דמו, ולשון קצרה נקט, יעו"ש, אכן בדברי הרמב"ם אי אפשר לפרש כן, שהרי כתב להדיא דבעל חוב גובה פירות מחוברין אע"פ שאינן צריכין לקרקע, כענבים שהגיעו ליבצר, כנ"ל, ועיין במגיד משנה שהביא קושית הרמב"ן, יעו"ש.

והל"ה משנה הביא קושית הרמב"ן מגמרא דכתובות דאמרינן כל העומד לגזוז כגזוז דמי ואין בעל חוב גובה מפירות מחוברין שאינן צריכין לקרקע, כנ"ל. ועוד הקשה על הרמב"ם ממה שכתב בפ"א מכירה הלי"ז וז"ל: כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ונקנה בכסף בשטר או בחזקה, ואם אינו צריך לקרקע, כגון ענבים העומדות ליבצר, הרי הן כמטלטלין לקנין ויש להן אונאה עכ"ל יעו"ש. וכתב המגיד משנה שם דמקורו של הרמב"ם הוא מגמרא דכתובות

פרק טו

בו יבואר שיטת הרי"ף והרמב"ם דבעל חוב גובה פירות מחוברים אף שאינן צריכין לקרקע, ואע"ג דאם בא לגבות מן היתומים אינו גובה אלא מפירות הצריכין לקרקע.

נכבא מצינא טו. והאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח שבח אין אבל פירות לא וכו', והא מעשים בכל יום וקא מגבי שמואל אפילו בשבח המגיע לכתפים וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: קרוב ליקצר אלא שעדיין צריכין לקרקע וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דבעל חוב אינו גובה פירות גמורים שאינם צריכים לקרקע, דהני כתלושים הם, אבל אם צריכים עדיין לקרקע בעל חוב גובה מהם, ופירות אלו הם הנקראים שבח המגיע לכתפים.

והרי"ף פליג וז"ל: שבח אין אבל פירות לא, פירוש הני פירות דלא גבי להו בעל חוב פירות דאכיל להו לוקח נינהו, אי נמי פירות דתלישי, אבל פירי דאיתנהו האידנא מיחברי בארעא גבי להו בעל חוב, והיינו דאמרינן והא מעשים בכל יום וקא מגבי שמואל אפילו בשבח המגיע לכתפים, והם הפירות שהגיעו ליבצר ולהינטל על הכתף עכ"ל יעו"ש. ומבואר דאפילו אם אינם צריכים לקרקע כלל בעל חוב גובה מהם.

וכ"כ הרמב"ם פכ"א מלוה ולוה הל"ב וז"ל: כל הפירות שאכל הלוקח אינן נטרפין ממנו, אבל הפירות המחוברין לקרקע אע"פ שאינן צריכין לקרקע, כענבים שהגיעו ליבצר, הרי בעל חוב גובה מהן כמו שגובה מן השבח עכ"ל יעו"ש. והיינו כדברי הרי"ף דכל פירות המחוברים לקרקע, אע"פ שאינם צריכים לקרקע, בעל חוב גובה מהם. ומה שכתב דגובה מן הפירות כמו שגובה מן השבח, כנ"ל, לכאורה כונתו בזה דאם גדלו הפירות מעצמם גובה כולם, ואם גדלו מחמת הוצאה גובה חציים, כמו שדינו בשבח, כמו שכתב בהל"א שם.

עוד יש בזה שיטת הבעל המאור דלעולם אין בעל חוב גובה את הפירות, ואפילו אם צריכים לקרקע, ועיימש"נ בש"ט פט"ז. ונמצא שלש שיטות בדבר, שיטת הרי"ף והרמב"ם

אב"ד בגביה מן היתומים לא סגי בשעבוד נכסים, אלא בעינן נמי השעבוד הגוף שחל על היתומים מדין מצוה לפרוע חוב אביהם, ועיימש"נ בש"ב פט"ז, ומבואר בדברי התוס' בכתובות (דף פ"ד) בד"ה פריעת, ובבבא בתרא (דף קנ"ג) בד"ה מצוה, דלא חל מצוה על היתומים אלא כנגד אחריות נכסים שירשו מאביהם ולא כנגד מטלטלין, ובזה שפיר יש לומר דכל זה תלוי בדין הפירות, דאם כתלושים דמו ויש להם דין מטלטלין, אז לא חל על היתומים מצוה לפרוע כנגדם, ואם כן נהי דאיכא עליהם שעבוד נכסים הואיל ומחוברים לקרקע, מכל מקום אין בעל חוב גובה מהם הואיל ואין על היתומים מצוה לפרוע כנגד המטלטלים, ולכן אמרינן בכתובות דאין בעל חוב גובה מפירות העומדים ליבצר, אבל הרי"ף והרמב"ם כתבו דינם לגבי גבית בעל חוב מן הלקוחות, ובזה ס"ל דגובים מפירות העומדים ליבצר הואיל ויש עליהם שעבוד נכסים, וכמש"נ.

וא"ל יש להוסיף דרש"י דס"ל דאין בעל חוב גובה מלוקח פירות שאינם צריכים לקרקע, והרמב"ם דס"ל דבעל חוב גובה כל פירות מלוקח כל זמן שהם מחוברים לקרקע, אזלי בזה לשיטתייהו במה שנחלקו בסוגיא דב"ק (דף צ"ה), דאיתא התם, רב פפא אמר דכולי עלמא שבח שעל גבי גזילה דגולן הוי וכו', והיינו גיזות שעדיין לא גזו, וכתב שם רש"י דהיינו טעמא משום דשינוי קונה, והרי זה דבר חדש, ואין זה חלק מהדבר הגזול ואין בו דין השבה, אבל התוס' כתבו דטעמא משום תקנת השבים, וכ"כ הרמב"ם פ"ב גזילה ואבידה הל"ב, יעו"ש, ואם כן ס"ל דהשבח לא הוי דבר חדש ושינוי, אלא עדיין הוי חלק מהדבר הגזול.

ו"ל זה יש לומר דרש"י ס"ל דאין שעבוד נכסים שעל הקרקע מהני גם להפירות שעליה אלא כשעדיין צריכים לקרקע, אבל מכיון שנחבשו לגמרי ואינם צריכים תו לקרקע הרי נשתנו שינוי גמור, ושוב אין השעבוד כולל אותם, אבל הרמב"ם ס"ל דלעולם אין הפירות נחשבים כדבר חדש לגמרי, ולכן השעבוד לעולם כולל גם הפירות כל זמן שמחוברים לקרקע, ואפילו עומדים ליבצר, ומכל מקום כשעומדים

הנ"ל, וכן פסק הרמב"ם פ"ה טוען ונטען הל"ד לענין אין נשבעין על הקרקעות, יעו"ש, ואם כן קשה דלמה לגבי גבית בעל חוב פסק דענבים שהגיעו ליבצר דינם כקרקע ואע"פ שאינן צריכין לקרקע, ולהיפך מגמרא דכתובות הנ"ל.

ותירין הלחם משנה זו"ל: ויש לומר דרבינו סובר דלא אמרו כן בפרק נערה אלא לענין דנקראים מטלטלין כיון שאינם צריכים לקרקע, והוו מטלטלי דיתמי דלא משתעבדי לבעל חוב, אבל כאן אפילו שיהיו כמטלטלים כיון שהגיעו ליבצר, מכל מקום כיון דלא זכה בהם הלוקח גובה בעל חוב מהם, כיון שהם מחוברים לקרקע שלו ועדיין לא תלשן הלוקח, דכשתלשם הרי זכה בהם, אבל כל זמן שלא זכה בהם ראויים הם לבעל חוב, מה שאין כן בפרק נערה דהתם כיון שהם מטלטלין הם של יתומים ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב ודוחק עכ"ל יעו"ש.

וקשה דמנא ליה דאין הלוקח זוכה בפירות עד שיבצור, והא הקרקע ידידה עד שיגבה המלוה, ובודאי אם הקדיש הפירות הוקדשו ופקע שעבוד המלוה, ואפילו אם אין עומדים עדיין ליבצר, וכיון שהפירות שלו ויש להם דין מטלטלין, כדמבואר בגמרא דכתובות, למה יגבה בעל חוב מהם.

ונראה דבדואי יש לפירות העומדים ליבצר דין מטלטלין דכתלושים דמו, כדאיתא בכתובות, אלא דמכל מקום כל זמן שהם מחוברים בפועל לקרקע הרי שעבוד הבעל חוב על הקרקע מהני גם על המטלטלין המחוברים לה, ולכן בעל חוב גובה מהם אע"פ שהם כתלושין ודינם כמטלטלין.

אכן חלוק דין מטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי לגבי גביה מן הלקוחות, כדאיתא בב"ב (דף מ"ד), מדין מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, דהא דאין בעל חוב גובה ממטלטלי דלוקח הוא משום דאינו סומך דעת עליהם, כמו שכתב רש"י בכתובות שם בד"ה או דלמא מזוני ממש, יעו"ש, וכן כתב נמי בבבא קמא (דף לג:) יעו"ש, ואם כן יש לומר דכל זמן שהמטלטלין מחוברים לקרקע סומך דעתו עליהם, והרי הם בכלל השעבוד נכסים.

לא יגבה בעל חוב מהם על כל פנים כל זמן
שצריכים לקרקע.

ונראה, דהנה שבח שבעצם הקרקע הוי חלק
מגוף הקרקע, והרי בעל הקרקע קונה
השבח מדין ארעאי אשבח, אלא דחלוק שבחא
דממילא משבחא דמחמת הוצאה, בשבחא
דממילא אינו צריך קנין חדש כלל, אלא הבעלות
שלו על הגוף נתפשט ממילא גם על השבח,
ולהכי לא בעינן קנין דאקני, שהרי שעבוד
המלוה על גוף הקרקע נתפשט גם על השבחא
דממילא, אבל שבחא דמחמת הוצאה נחשב חלק
חדש בגוף הקרקע ובעי קנין, אכן דאינו צריך
מעשה קנין בפועל, אלא הא גופא שהקרקע שלו
קונה בשבילו שבחא דמחמת הוצאה, ואם כן כל
זה לא אמרינן אלא בבעלות גמורה, דכיון שהוא
הבעלים הרי הוא קונה כל מה שנתרבה בגוף
הקרקע, אבל אין דין כזה בשעבוד, דכל דין
השעבוד הוא זכות גביה, ואין זכות גביה קונה
לו עוד זכות גביה בחלק חדש של הקרקע, ורק
בשבחא דממילא אמרינן דיש לו שעבוד אף בלי
קנין, שהרי השבח הוא הוא הדבר המשועבד
אלא שנתפשט, והרי גם השעבוד נתפשט עם
החפץ בלי שום קנין נוסף, אבל שבחא דמחמת
הוצאה לא הוי התפשטות אלא קנין, ואין בעל
חוב קונה שעבוד בחלק חדש במה שיש לו זכות
גביה, כמש"נ, ולהכי אינו קונה שעבוד אלא על
ידי דאקני, ועיימש"נ בש"ט פי"א.

ובזה שאני פירות דאתי ממילא משבחא דאתי
ממילא, דשבחא דאתי ממילא הוי
התפשטות של גוף הקרקע, כמש"נ, אבל פירות
דאתו ממילא לא הוי התפשטות של גוף הקרקע,
שהרי עתידים ליתלש, והא דקונה פירות לא
שייך לדין ארעאי אשבח דשבחא דממילא או
אפילו דשבחא דמחמת הוצאה, דכיון דאין
הפירות חלק מגוף הקרקע על כרחך קונה אותן
מדין חדש של קנין פירות, דכל פירות היוצאין
מן הקרקע הרי בעל הקרקע קונה אותן, והוי קנין
חדש לגמרי אפילו בפירות גדולי ממילא, ולכן
אין בעל חוב גובה את הפירות, ואפילו מפירות
גדולי ממילא, שהרי אין שעבודו מתפשט עליהן,
דהוו להו דבר חדש, כמש"נ, ואין שעבוד חל
עליהם אלא על ידי קנין מיוחד, דמקני לו שעבוד

ליבצר יש להם בעצם דין מטלטלין, ושוב ליכא
כנגדם מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם,
וכמש"נ.

פרק טז

בו יבואר שיטת בעל המאור דבעל חוב אינו גובה
פירות כלל, ואף אם צריכין עדיין לקרקע, ואע"ג
דאמרינן בגמרא דבעל חוב גובה פירות הצריכין
לקרקע מן היתומים.

[כבא מציעא טו.] כתב הבעל המאור וז"ל: ובעל
חוב גובה את השבח ולא את הפירות, ואע"ג
דצריכי לארעא, שלא כדברי הרי"ף ז"ל, ומאי
דמגבי שמואל אפילו בשבח המגיע לכתפים, לאו
פירות שהגיעו לינטל על הכתף, דמפירות לא
מגבינן כלל ואפילו בשלא הגיעו כל שכן
בשהגיעו, אלא שבח המגיע לכתפים הוא שבח
שהשביח בגופו ובידיו וכו' עכ"ל יעו"ש. וגם
ר"ת פירש כן דשבח המגיע לכתפים היינו דבר
שבא בטורח, הובאו דבריו בכבא קמא (דף צה:)
בתוד"ה שבת, יעו"ש, ועיין במלחמות שהקשה
על דברי הבעל המאור מגמרא דכתובות (דף נג)
דמבואר התם דבעל חוב גובה מן היתומים
פירות שעדיין צריכים לקרקע, והיינו דלא
כהבעל המאור דבעל חוב לעולם אינו גובה
פירות, ועיימש"נ בש"ט פט"ו.

ובעצם בכלל יש לעיין בשיטת הבעל המאור
דלמה לא יגבה בעל חוב מפירות
הצריכים לקרקע, והלא קונה מדין ארעאי אשבח,
וכמו בשבח, ובשלמא בפירות הבאים מחמת
הוצאה אולי יש לחלק משבח הבא מחמת
הוצאה, שהרי בעינן לכך קנין דאיקני לפי
הסוגיא דכבא בתרא (דף קג:) יעו"ש, ועיין בנמוקי
יוסף בסוגיין, אם כן יש לומר דאין דעת הלוח
להקנות להמלוה שעבוד אלא על שבח שהוא
בעצם הקרקע אבל לא על פירות שעתידים
ליקצר, ולכן ליכא עליהם שעבוד אף כשעדיין
צריכים לקרקע, אולם בשבח הבא ממילא הרי
לא בעינן קנין דאקני, כמו שכתב הנמוקי יוסף,
דחשיב דבר שבא לעולם כבר, ואם כן כי היכי
דחל שעבוד הבעל חוב מאליו על שבח דאתי
ממילא, למה לא חל נמי על פירות דאתי ממילא,
כגון פירות האילן שאין צריך להם זריעה, ולמה

הבעל חוב גובה מהם, שהרי אין עליהם עוד תורת קרקע אלא מטלטלין גמורין גינהו, ובעל חוב לא גבי ממטלטלין, אכן כשהפירות עדיין צריכים לקרקע נחשבים מחוברים והרי הם קרקעות ולא מטלטלין, ועיימש"נ בש"ט פט"ו בדברי הרמב"ם.

אלא דצריכים לעיין בסברת רש"י דבשבח המגיע לכתפים גם שמואל מודה דבעל חוב נותן יציאות, ואילו היה בעל חוב בא לגבות הקרקע כשהצמיחו הפירות אבל עדיין לא היו קרובים ליקצר היה נוטל כל הקרקע עם השבח ולא היה נותן ללוקח כלום, ואפילו את היציאות לא היה נותן לו, אולם אם המתין ולא בא לגבות עד שגדלו יותר וקרובים ליקצר אז צריך ליתן לו יציאות מדין יורד, והדברים לכאורה אינם מובנים, דאם לא היה להלוקח דין יורד לגבי הבעל חוב בשבח שאינו מגיע לכתפים, היאך נתחדש לו דין יורד כשהגדילו הפירות עוד והגיעו לכתפים, והא לא עשה הלוקח שום דבר באותו זמן.

ונראה לבאר דברי רש"י עפיימש"נ בש"ט פ"א דהנידון אם בעל חוב נותן יציאות או לא, היינו דדייננן ליה מי הוא עיקר הבעל דבר לגבי שעבוד ותורת גביה שעל הקרקע, אם היינו הלוח שהרי הקרקע נשארה בבעלותו לגבי גביה, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ט:) ובכתובות (דף טז:) דאין מכירתו מכירה לגבי גבית הבעל חוב, או אם המלוה הוא עיקר בעל דבר, שהרי יש לו זכות גביה בהקרקע, וכל דין בעלות של הלוח הנשארת בהקרקע הוא אך ורק כדי לקיים ולהשלים זכות גביה של המלוה, ועיימש"נ בש"א פט"ז, ואם הלוח הוא עיקר בעל דבר הרי תביעת הלוקח של ממוני גבך במה שהשקיע יציאות הוא אל הלוח, ואם המלוה הוא עיקר בעל דבר אם כן תביעת ממוני גבך הוא אל המלוה, ושמואל ס"ל דעיקר בעל דבר הוא הלוח, ולכן בעל חוב גובה את השבח ואינו נותן כלום.

ולפי זה יש לומר דסלקא דעתיה דהגמרא דהלוח נחשב עיקר בעל דבר רק לגבי עצם הקרקע שהיתה בידו לגמרי קודם שמכרה ללוקח, אז אמרינן דאע"ג דמכרה ולא נשארה

בפירות העתידים לבא מדין דאקני, ובפירות לא אמרינן שהקנה לו שעבוד בכל פירות דאיקני הואיל ואינם חלק מגוף הקרקע ועתידים ליתלש, כמש"נ.

ולפי זה יש ליישב נמי קושית הרמב"ן מסוגיא דכתובות, כנ"ל, דיש לומר דהא דאין בעל חוב גובה את הפירות היינו בעל חוב שבא לגבות מן הלקוחות, שהרי גביתו מכח שעבוד נכסים והרי אין שעבוד הקרקע מהני להפירות, כמש"נ, אכן בכתובות שם מיירי בבעל חוב שבא לגבות מן היתומים, והרי עיקר גביתו מן היתומים הוא מדין שעבוד הגוף שנתחייב במצוה לפרוע חוב אביהם, ושעבוד הגוף של היתומים הוא כפי הקרקעות שירשו מאביהם, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פז.) בד"ה פריעת ובבבא בתרא (דף קנז.) בד"ה מצוה, יעו"ש, ובוזה יש לומר דכל פירות הגדלים מקרקע הירושה נחשבים כקרקע שירשו מאביהם ויש להם שעבוד הגוף כנגד אותם פירות כל זמן שהם צריכים לקרקע, ואע"פ שאין על הפירות שעבוד נכסים, כמש"נ, מכל מקום אין שעבוד הגוף שלהם תלוי בנכסים משועבדים שירשו אלא בקרקעות שירשו, ופירות הצריכים לקרקע נחשבים בכלל קרקעות שירשו, והרי יש ליתומים מצוה לפרוע חוב אביהם גם כנגד הפירות, והבעל חוב גובה מהם מכח שעבוד הגוף ולא מכח שעבוד נכסים, ועיימש"נ בש"ט פט"ו.

פרק יז

בו יבואר שיטת רש"י דאם בעל חוב גובה פירות שאינם גמורים אינו נותן יציאות ללוקח אבל אם המתין לגבות עד שקרבו ליקצר ועדיין צריכין קצת לקרקע צריך ליתן יציאות.

[כבא מציעא טו.] איבעית אימא בבעל חוב ולא קשיא כאן בשבח המגיע לכתפים כאן בשבח שאינו מגיע לכתפים, והא מעשים בכל יום וקא מגבי שמואל אפילו בשבח המגיע לכתפים וכו', יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: המגיע לכתפים, קרוב ליקצר אלא שעדיין צריכין לקרקע, הוה להו כפירות גמורין ואין בעל חוב גובה אותו בלא יציאה עכ"ל יעו"ש. ומבואר דאם הפירות אינן צריכים עוד לקרקע הרי הם כתלושים ממש ואין

אלא שעדיין צריכין לקרקע, הוי להו כפירות גמורין, ואין בעל חוב גובה אותו בלא יציאה עכ"ל יעו"ש, אבל אם אין צריכין לקרקע כלל הוי להו כתלושין ואין בעל חוב גובה מהן, דבעל חוב גובה את השבח אבל לא פירות. וכן כתב רש"י להדיא לעיל (דף יד:) בד"ה לאכילת פירות וז"ל: מי אית ליה לבעל חוב פירות גמורין המחוברין בקרקע ואינן צריכין לקרקע כלום שיכול לטורפן עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ט פ"ז בדברי רש"י.

והרי"ף פליג על דברי רש"י וז"ל: אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, שבח אין פירות לא, פירוש הני פירות דלא גבי להו בעל חוב דאכל להו לוקח נינהו, אי נמי פירות דתלישי, אבל פירי דאיתנהו האידנא מיחברי בארעא גבי להו בעל חוב וכו' עכ"ל יעו"ש. הרי שחילק בין תלושין למחוברין, ודוקא פירות תלושין אין בעל חוב גובה מהם, אבל ממחוברין גובה, ואפילו אם אין צריכין לקרקע.

ובן מפורש בדברי הרמב"ם פכ"א מלוה ולוה הל"ב וז"ל: כל הפירות שאכל הלוקח אינן נטרפין ממנו, אבל פירות המחוברין לקרקע אע"פ שאינן צריכין לקרקע, כענבים שהגיעו להבצר, הרי בעל חוב גובה מהן כמו שגובה מן השבח עכ"ל יעו"ש. ומה שכתב כל הפירות שאכל הלוקח, כונתו שבצרם והכניסם לגרנו, ולא דוקא שאכלם ממנו.

ועייין במגיד משנה שכתב דדברי הרמב"ם הם כדברי הרי"ף ולא כדברי רש"י, והביא ראיה לדברי רש"י מהא דאמרינן בכתובות (דף נ:): לענין גובין למזון הבנות מנכסי היתומים, ההוא דאתא לקמיה דרב יוסף דאמר להו הבו לה מתמרי דעל בודיא, אמר ליה אביי אילו בעל חוב הוה כי האי גונא מי הוה יהיב ליה מר, אמר ליה דחזיא לבודיא קאמינא, סוף סוף כל העומד ליגזז כגזוז דמי, דצריכא לדיקלא קאמינא, יעו"ש. הרי דאין בעל חוב גובה מפירות מחוברין אלא כשצריכין לקרקע, והביא בשם הרמב"ן שנדחק ליישב דברי הרי"ף כדברי רש"י דמה שכתב תלושין היינו מחוברין העומדין ליתלש ביד, ומה שכתב מחוברין היינו שעדיין צריכין לקרקע, ורק מפירות אלו גובה בעל חוב, אכן עדיין לא

בעלותו בהקרקע לשום דבר זולת תשלומי חובו להמלוה עדיין חשבינן ליה עיקר בעל דבר לגבי הקרקע המשועבדת, אבל במה שהשביחה הקרקע ביד הלוקח, ופשטה בשבח זה בין זכות גביה של המלוה ובין בעלות הלוח לגבי תשלומין של הלוח, כמש"נ בש"ט פ"א, בזה גם שמואל מודה דעיקר בעל דבר הוא המלוה ולא הלוח, שהרי שבח זה לא היה מעולם קנוי לגמרי להלוח.

ולכן אם השבח עדיין אינו מגיע לכתפים ואינו קרוב ליקצר אז אמרינן שהוא בטל לגבי הקרקע, וכל דינא דאיכא על הקרקע איכא נמי ממילא על השבח, וכיון שהלוח הוא עיקר בעל דבר על הקרקע, הוא הדין נמי על שבח שאינו מגיע לכתפים שהוא בטל אל הקרקע, דהא כל העומד ליקצר כקצור דמי, אבל אם הפירות קרובים ליקצר אז אינם בטלים אל הקרקע, ודנים עליהם בפני עצמם לענין מי הוא עיקר בעל דבר לגביהו, ואמרינן דאע"ג דיש להלוח בעלות עליהם לגבי תשלומי חובו, מכל מקום כיון שפירות אלו גדלו אצל הלוקח ומעולם לא היה קנויים לגמרי להלוח לא מחשבינן ליה עיקר בעל דבר לגביהו, אלא המלוה שיש לו זכות גביה בהם ליפרע מהם הוא נחשב עיקר בעל דבר, ותביעת ממוני גבך של הלוקח היא לגבי המלוה ולא לגבי הלוח, ולכן המלוה נותן יציאות, אבל כל זמן שלא הגיעו לכתפים דינם כדין הקרקע, כמש"נ, ועיקר בעל דבר לגביהו הוא הלוח ולא המלוה, ואין תביעת הלוקח להמלוה אלא להלוח, והרי המלוה גובה שבח ואינו נותן כלום, ולמסקנת הגמרא הדר ביה מסברא זו, ולעולם הלוח הוא עיקר בעל דבר אליבא דשמואל הואיל ויש לו בעלות על השבח לגבי תשלומי החוב.

פרק יח

בו יבואר מחלוקת רש"י והרמב"ם אם בעל חוב גובה מפירות המחוברין לקרקע ואינם צריכין לקרקע, ויבואר שיטת הרמב"ם דגובה מפירות גמורין אע"פ שעומדות ליבצר.

[כבא מצינא טו.] לא קשיא כאן בשבח המגיע לכתפים כאן בשבח שאינו מגיע לכתפים, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: המגיע לכתפים, קרוב ליקצר

ליבצר וכו' והודה במקצתן וכפר במקצתן הרי זה נשבע עליהם כשאר מטלטלין, והוא שאינן צריכין לקרקע, שכל העומד ליבצר הרי הוא כבצור לענין כפירה והודיה וכו' עכ"ל יעו"ש. ועיין מה שכתב הראב"ד דפסק כרבי מאיר כיון דסתמא דגמרא דכתובות אית לה דכל העומד ליבצר דמי, יעו"ש. ונשארה קושית הרמב"ן במקומה, דכיון דהרמב"ם פסק כרבי מאיר דעומד ליבצר כבצור דמי, הווי להו מטלטלין, ולמה פסק דגובה ממחוברין שאין צריכין לקרקע, ודלא כסוגיא דכתובות.

ונראה דהרמב"ם ס"ל דכיון שחל שעבוד הבעל חוב על הקרקע שוב נתפשט השעבוד להפירות כמו שנתפשט להשבח, ועיימש"נ בש"ט פט"ו, ואפילו כשנתבשלו הפירות ואין צריכין עוד לקרקע, ונשתנה דינם ממקרקעי למטלטלין, לא פקע מינייהו השעבוד, שהרי בעצם שייך שעבוד גם במטלטלין, דהא יכול לשעבד מטלטלין אגב קרקע, כדאיתא בבבא בתרא (דף מד:) יעו"ש, והא דאמרינן מטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב היינו מפני שאינו סומך דעתו עליהן, כמו שכתב רש"י בבבא קמא (דף לג:) יעו"ש, ומכל מקום היכא דחל שעבוד הבעל חוב בקרקע הלוה הרי שעבוד זה נתפשט ממילא לשבח ולפירות, ואף כשהגיעו ליבצר לא פקע שעבודו מהם, ולא שייך בזה דין מטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי, וחידוש לן שמואל דשעבוד הבעל חוב לא פקע מן הפירות כשהגיעו ליבצר ונחשבו כמטלטלין, ומכל מקום כשנתלשו מן הקרקע שפיר פקע שעבודם, ואולי טעמא דידיה מפני שאין הפירות משועבדין אלא בכלל שעבוד הקרקע, ואינם נכללים עם הקרקע אלא כשמחוברין לה בפועל, אבל כשנתלשו נפרדו מן הקרקע ושוב אינם נכללים בשעבוד הקרקע.

ולפי זה שפיר יש ליישב דברי הרמב"ם עם סוגיא דכתובות הנ"ל, דהתם מיירי לענין גביה מן היתומים למזון הבנות, ואין נכסיהם שירשו משועבדים למזון הבנות, כמו שכתב רש"י שם, אלא חובה היא עליהם משום תנאי כתובה ומתקנת חכמים, וס"ל לאביי דלא תיקנו חכמים לגבות אלא מן הקרקעות ולא מן

יתיישבו דברי הרמב"ם שכתב להדיא דפירות מחוברין שאינן צריכין לקרקע אפילו הכי גובה בעל חוב מהם, כנ"ל, ואי אפשר ליישב דבריו עם דברי רש"י, וקשה לדידיה מסוגיא דכתובות, כנ"ל, ועיימש"נ בש"ט פט"ו.

עוד יש לדקדק בדברי הרמב"ם דבעל חוב גובה מפירות המחוברין שאין צריכין לקרקע, מהא דאמר שמואל בעל חוב אינו גובה פירות היינו תלושין ממש, דאם כן מה בא שמואל להשמיענו, והלא פירות תלושין מטלטלין גמורים הם, ומטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי, כדאיתא בבבא בתרא (דף מד:) יעו"ש, ולמה תיסק אדעתין דבעל חוב גובה מפירות תלושין.

עוד יעו"ש בכתובות בתוד"ה סוף סוף כל העומד ליגזז ליגזז כגזוז דמי וז"ל: אע"ג דפלוגתא דרבי מאיר ורבנן היא בפרק שבועת הדיינין (דף מג.) בענבים העומדים ליבצר, דרבי מאיר סבר כבצורות דמיין ורבנן סברי לאו כבצורות דמיין, מכל מקום פריך הכא בפשיטות דכגזוז דמי, כמו שפירש רבינו חננאל דמההיא דפרק הכונס (ב"ק דף נט:) קיימא לן הכי, דקאמר התם רבי שמעון אומר אכלה פירות גמורין משלמת פירות גמורין, אם סאה סאה אם סאתים סאתים, דחשבינן להו כתלושין, ופסקינן התם הלכה כרבי שמעון וכו' עכ"ל יעו"ש, וטעמא דרבי שמעון משום דפירות גמורין נחשבין כבצורין והווי להו מטלטלין, דאם דינם כקרקע הרי קרקע אין לה שער ולעולם צריכה שומא, ומבואר דטעמא דידיה משום דכבצורין דמי והווי להו מטלטלין, והלכתא כותיה, ולכן נקט סוגיא דכתובות דכבצורין דמי כרבי מאיר ולא כרבנן.

ולפי זה יש ליישב קושית הרמב"ן על הרי"ף בפשיטות, דהרי הרי"ף פסק שם בשבועות לגבי אין נשבעין על הקרקעות כרבנן דלאו כבצורות דמיין, ולכן פסק דבעל חוב גובה מפירות מחוברין אע"פ שאין צריכין לקרקע, וסוגיא דכתובות אזלא כרבי מאיר דכבצורות דמיין, כמו שכתבו התוס', כנ"ל, ולכן אין בעל חוב גובה אלא מפירות הצריכין לקרקע.

אולם עדיין קשה קושית הרמב"ן על דברי הרמב"ם, שהרי הרמב"ם פסק בפ"ה טוען ונטען הל"ד וז"ל: טענו ענבים העומדות

אב"ש הרא"ש כתב דמיירי במסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא, אלא דכיון דעשאה אפותיקי הרי היא אצל המלוה כאחת משדותיו ונוטל הבעל חוב יותר מדמי חובו, דעל ידי האפותיקי נחשבת השדה כדידיה, ויש לו דין ארעאי אשבח לגבי כל השבח, ואינו משלם אלא יציאות. והש"ך סי' קט"ו סקכ"ו האריך בדברי הרא"ש והקשה עליו דאם כן גם כל הפירות שאכל הלוקח יצטרך לשלם לבעל חוב כשגובה את האפותיקי, ולמה אינו נוטל אלא השבח שעל הקרקע בשעת הגביה. עוד הקשה הש"ך לדברי הרא"ש למה לא יטול בעל האפותיקי שבח שהשביח הלוה ברשותו, והרי להדיא כתב המגיד משנה פכ"א מלוה ולוה הל"ו בשם רבינו האי גאון והרי"ף שאינו נוטל שבח שהשביח הלוה קודם שמכרו, ונוטל רק שבח שהשביח הלוקח, יעו"ש.

ועוד קשה טובא על דברי הרא"ש דהיאך אפשר לומר דבעל האפותיקי זוכה בשבח מדין ארעאי אשבח, והוי דידיה אפילו אם לא מסיק ביה אלא שיעור ארעא, והלא על עצם קרקע האפותיקי יכול הלוה לסלקו בזווי, כמו שכתב הרא"ש לקמן (דף י"ט:) יעו"ש, וכמו שהסכימו כל הפוסקים, ונמצא שאין לו על גוף הקרקע אלא שעבוד ולא קנין, והיאך אפשר לומר שעל שבח הקרקע יש לו קנין גמור מדין ארעאי אשבח, ושבחא דידיה אפילו אם לא מסיק ביה אלא שיעור ארעא בלבד, היאך עדיף השבח מגוף הקרקע.

ונראה דבודאי אין הבעל אפותיקי קונה קנין גמור בהשבח, דלא עדיף שבחא מארעא גופא, אלא דדין ארעאי אשבח הוא דדין הקרקע הוא גם על שבחא דידיה, וכי היכי דאם יש לו קנין גמור בגוף הקרקע הרי הוא זוכה על ידי כך קנין גמור בשבחא, הוא הדין נמי אם יש לו שעבוד אפותיקי בגוף הקרקע לגבות ממנה דמי החוב, הרי דין זה הוא גם על השבח, ויכול לגבות גם השבח בעד החוב, ונמצא שיכול לגבות בין הקרקע עצמה בין שבחא בשביל חובו, ואע"ג דהקרקע ושבחא שוין יותר מדמי החוב, וכגון אם יש לו חוב של מאה זוז ושעבוד אפותיקי על הקרקע שוה מאה זוזי, והושבחה

המטלטלין, דלא עדיפי מבעל חוב דאינו גובה מן המטלטלין, וקאמר רב יוסף דלא אפשר להן לגבות אלא מן המחוברין, ושוב פריך והא כל העומד לגזוז כגוזז דמי, וקושיא זו היא אך ורק על למזון הבנות דאין להם שעבוד וגובין מתקנת חכמים, ולא תיקנו להם לגבות אלא מן הקרקעות ולא ממטלטלין, והני פירות העומדות ליבצר יש להן דין מטלטלין ולא דין קרקעות, ועל זה משני דצריכי לדיקלא, ועדיין יש להן דין מקרקעי, אבל בבעל חוב אין צריכים לכך, שהרי אית ליה שעבוד על הקרקעות, ושעבוד זה נתפשט להפירות אף כשנשתנה דינם להיות מטלטלין, כמש"נ, וכל זמן שהפירות מחוברין גובה מהן אפילו אם אין צריכין לקרקע, ורק כשנתלשו בפועל פקע שעבודם, כמש"נ.

פרק יט

בו יבואר שיטת הרא"ש דבעל אפותיקי יכול לגבות שבח מן הלוקח אף בדלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא ולא שבחא דשדה האפותיקי הוי כמכורה לו וכאחת משדותיו.

[בבא מציעא טו:] הא דלא מסיק ביה אלא כשיעור ארעא דיהיב ליה שבחיה ומסליק ליה, הניחא למאן דאמר אי אית ליה זוזי ללוקח לא מצי מסליק ליה, אלא למאן דאמר כי אית ליה זוזי ללוקח מצי מסליק ליה לבעל חוב, נימא ליה אילו הוה לי זוזי הוה מסלקינך מכולה ארעא, השתא דלית לי זוזי הב לי גרבא דארעא בארעאי שיעור שבחאי, הכא במאי עסקינן כגון שעשאו אפותיקי, דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו יעו"ש.

ונחלקו הראשונים בה דמוקים לה באפותיקי, רש"י למד דעדיין מיירי במסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא, אלא דכיון דבאפותיקי לכולי עלמא אין הלוקח יכול לסלקו לבעל חוב בזווי אין הלוקח יכול לטעון הב לי גרבא דארעא שיעור שבחאי, אלא בעל חוב מסלקו ללוקח בזווי. והתוס' רצו לפרש דמיירי אפילו במסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, ומכל מקום יכול הלוקח לתבוע ממנו יציאות הואיל והוי אפותיקי, ועיימש"נ בש"ט פכ"ב.

נמי דגם כשהקרקע ביד הלוקח יכול הלוה לסלקו בזווי, אכן בודאי אינו עלול לעשות כן, ועיימש"נ בשי"א פ"ז.

פרק כ

בו יבוארו דברי רש"י דסברת מאן דאמר אין הלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי, וממילא אינו יכול לומר הב לי ארעא שיעור שבחאי, משום דאמר ליה בעל חוב כוליה דידי ואת ירדת בו שלא ברשות.

[בבא מציעא טו:] הא דלא מסיק ביה אלא כשיעור ארעא דהייב ליה שבחיה ומסליק ליה, הניחא למאן דאמר אי אית ליה זווי ללוקח לא מצי מסליק ליה לבעל חוב שפיר וכו'. וכתב רש"י וז"ל: הניחא למאן דאמר כו', פלוגתא היא בכתובות (דף צא:). אי אית ליה זווי ללוקח, לפרוע החוב. לא מצי מסלק ליה לבעל חוב, מן ארעא דבעל חוב קדים. שפיר, דמצי למימר דהיכא דיש קרקע מותר על החוב עם השבח מסלק ליה ללוקח בזווי על כרחו דלוקח, ולא מצי אמר לוקח הב לי מן ארעא שיעור שבחי, דאמר כוליה דידי ואת ירדת בה שלא ברשות עכ"ל יעו"ש.

וּבּוּבֵא יש לדקדק במה שכתב רש"י דלוקח לא מצי לסלק לבעל חוב בזווי משום דאמר ליה כוליה דידי ואתה ירדת בה שלא ברשות, והיאך אפשר לומר שהלוקח ירד בה שלא ברשות, והלא קנה הקרקע מן הלוה ואכל בה פירות כמה שנים, ואילו היה נוטל רשות בבית דין בשעת המקח אם ירד בה אם לא, בודאי היו נותנים לו רשות להחזיק בקרקע שלקח אותה כדת וכדין, ומה זה דקאמר את ירדת בה שלא ברשות. וכן יש לדקדק במה שכתב דלמאן דאמר לא מצי מסלק הוא משום דבעל חוב קדים, והיינו דשעבודו קודם לקנינו של הלוקח, ומה בכך, ולכאורה כונתו למה שכתב בסוף דבריו אתה ירדת בה שלא ברשות, והכל צריך ביאור.

וּיּוֹתֵר קשה על דברי רש"י שהרי כתב דהך פלוגתא דסוגיין היא פלוגתא דרמי בר חמא ורבא בכתובות, יעו"ש, ושיטת רש"י התם היא דהמחלוקת היא אם מצי לסלק על ידי עילוי

הקרקע ועמדה על מאתים זוז, אמרינן דכיון שיש לו שעבוד אלים מאד של אפותיקי בגוף הקרקע לגבותה תחת חובו, אמרינן שהיא כמכורה לו ודומה כמי שיש לו בה קנין, וגם מצד השעבוד יש לו דין ארעאי אשבח, וחל על השבח שיכול לגבותו תחת חובו, ונמצא שגובה מאתים תחת חוב של מאה, ואין בזה משום שכר המתנת מעות ורבית, שהרי זכה בכך ממילא מדין ארעאי אשבח.

אִי נמי יש לומר בסגנון אחר קצת, דדין האפותיקי הוא שעבוד אלים מאד והוי כמכורה לו, ובעל האפותיקי זכה זכות גמור בהאי ארעא ליקח אותה תחת חובו, והרי היא כמעט כשלו, ולכן נוטל אותה וכל שבחה מדין ארעאי אשבח, והרי כל הקרקע המשובחת באה לידו תחת חובו, ואע"ג דשויות שלה הוי יותר מחובו, ואין בזה משום רבית, דאין כאן שכר המתנת המעות אלא הוי כמכירה.

וְלִפִּי זה מיושב קושית הש"ך הנ"ל דלמה לא נאמר דגם כל הפירות משעת ההלוואה דידיה נינהו, דהרי אין הבעל האפותיקי קונה קנין גמור בגוף הקרקע, וממילא אין לו פירות, ומכל מקום אותו שבח שעל הקרקע זוכה בה דין גביה מדין ארעאי אשבח, שדיני הקרקע עוברים להשבח, כמש"נ, ויכול לגבות הקרקע והשבח תחת חובו, ואע"ג דשוה יותר, כמש"נ, וכל זה הוא בשבח, אבל בפירות לא אמרינן דדין הקרקע עובר להפירות, אלא דין חדש הוא דיש קנין פירות, ובעל הקרקע קונה פירות, ואין זה אלא במי שיש לו קנין גמור בגוף הקרקע, ועיימש"נ בש"ט פט"ז, ולכן אין לבעל האפותיקי שום תביעה על הפירות שאכל הלוה או הלוקח, ושיטת הרמב"ם פכ"א מלוה ולוה הל"ו היא כשיטת הרא"ש, והרבה דקדוקים יש בדבריו שם, ולפי דברינו הנ"ל מיושבים דבריו היטב, ועיימש"נ בש"ט פ"ט.

והשתא יש לומר דהך אלימות יתירה דשעבוד האפותיקי דהוי כמעט כמכורה לא אתי אלא לאחר מכירת הקרקע ללוקח, דכל זמן שהקרקע ביד הלוה הרי יכול לסלקו לבעל חוב בזווי, אבל כשהגיע ליד הלוקח הרי אין הלוקח יכול לסלקו בזווי, ואז נעשה כמכורה, ואין הכי

הכי גובה הקרקע ממנו, שהרי יש לו ממי לגבות, כמש"נ.

וְלִזְזָה כיון רש"י כאן במה שכתב בעל חוב קדים ואתה ירדת בו שלא ברשות, והיינו טענת אמאי זבנתיה, דבודאי מיירי כאן שהלוקח בא לסלק בעילוי דמים, וכמו שכתב רש"י בכתובות, כנ"ל, ולא הוצרך רש"י להזכירו כאן בסוגיין, שהרי אין בזה נפקא מינה לדינא, דמה לי אם מסלקו במאתים מנה תחת כל הקרקע בשויותה או במאתים מנה על ידי עילוי דמים תחת חצי הקרקע, וכמו שכתבו התוס' בכתובות שם, וכן מדויק במה שכתב רש"י אית ליה זוזי ללוקח לפרוע החוב, כנ"ל, ואם הסילוק הוא בשויה למה הזכיר כאן פרעון החוב, אבל עילוי דמים הוי עד כדי החוב ושפיר כתב לפרוע החוב, וטעמא דמאן דאמר לוקח לא מצי לסלק לבעל חוב בזוזי היא משום דאינו יכול לסלקו אלא על ידי עילוי דמים, ועילוי דמים דלוקח לא חשיבא דלתועלת עצמו הוא מעלה, כמש"נ, אלא דמכל מקום סלקא אדעתין דנעשה לו תקנה ללוקח משום פסידא דידיה שיוכל לעלות בדמים ולסלק המלוה כדי שישאר הקרקע בידו, ועל זה כתב רש"י דאין לנו לעשות תקנות ללוקח היכא דהבעל חוב יכול לטעון אתה ירדת בה שלא ברשות, והיינו ממש טענת אמאי זבנתיה שכתב רש"י בתחלה הסוגיא, וכמש"נ.

פרק כא

בו יבואר שיטת הרי"ף דאין בעל חוב יכול ליתן ללוקח גריוא דארעא שיעור שבחא אם לא חזיא ליה אלא מעלה בדמים, ויבואר היאך הוכיח דין זה מדינא דגוד או אגוד.

[כבא מציעא טו:] אלא למאן דאמר כי אית ליה זוזי ללוקח מצי מסליק ליה לבעל חוב, נימא ליה אילו הוה לי זוזי הוה מסלקינך מכולה ארעא, השתא דלית לי זוזי הב לי גרבא דארעא שיעור שבחאי וכו' יעו"ש. והוסף הרי"ף וז"ל: והני מילי היכא דחזיא ללוקח, אבל אי לא חזיא ללוקח שקיל ליה לדמיה מבעל חוב, כדאמרינן התם כל שאילו יחלק ושמנו עליו חולקין ואם לאו מעלין אותו בדמים עכ"ל יעו"ש.

דמים כשאר כל אדם, וטעמא דרמי בר חמא דלא מצי לסלק הוא משום דלוקח גרע משאר כל אדם הואיל ולתועלת עצמו הוא עושה, ודומה ליתומים שרצו להעלות מותר דינר על נכסי אביהם כדי לגבות כתובת בנין דיכרין, ועיימש"נ בשט"ו פ"ג, ולפי זה לא שייך כאן כלל טעמא דבעל חוב קדים ואתה ירדת שלא ברשות, אלא טעמא אחרנא לגמרי הוא, דאין מקבלים עילוי דמים דלוקח כיון דאינו מעלה בדמים משום שרוצה לשלם כל כך בעד הקרקע אלא משום שרוצה לסלק הבעל חוב, וכמו שכתב הטור חו"מ סי' קי"ד סעי' ט"ו שהלוקח אומר בלבו מה אני חושש שאוסיף משאר הקרקע בידי כי אחר כך אחזור ואקח הכל מן המוכר וכו', יעו"ש.

ודוחק גדול לומר דרש"י בסוגיין למד כשיטת הריטב"א והרמב"ם דטעמא דמאן דאמר לא מצי לסלק בזוזי הוא משום דארעא דבעל חוב לגבי גביה, ועיימש"נ בשט"ו פ"ד, ואע"פ שציינן כאן סוגיא דכתובות, נטה בפירוש הסוגיא ממה שכתב שם לפרש הסוגיא, ועוד דטעמא דבעל חוב גובה מלוקח היא משום דארעא דבעל חוב היא, דלגבי גביה אמרינן דמכירתו לאו מכירה ועדיין הקרקע ביד הלוה, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל:), ולגבי גביה הלוקח כמאן דליתא, כמש"נ, ואם כן לא שייך בזה כלל טעמא דאתה ירדת בה שלא ברשות.

ונראה לבאר דברי רש"י עפיימש"נ בש"ט פ"ד דברירו לעיל (דף טו), דאע"ג דמעיקר הדין בעל חוב יש לו שעבוד ויכול לגבות בין גוף הקרקע בין שבח מן הלוקח, סלקא אדעתין דעדיין יש לנו לעשות תקנה משום פסידא דלקוחות שלא יוכל לגבות מהם, ועל זה אמרינן דכיון שיש לו ללוקח ממי לגבות, שהרי הוא חוזר על המוכר, אין צריכים לעשות תקנה לטובתו, מה שאין כן מקבל מתנה שאין לו ממי לגבות, ומשום הכי תקנו שלא יגבה בעל חוב שבח ממנו, אבל על גוף הקרקע אין לנו לעשות תקנה בשביל המקבל מתנה, שהרי אומר לו אמאי קבלתיה, אבל על השבח אומר לו מאי הפסדתין, וכן בלוקח איכא נמי האי סברא דעל גוף הקרקע אומר לו אמאי זבנתיה, אלא דבלאו

והלא לא המלוה ולא הלוקח אית להו זווי, והיאך דיינינן להו גוד או אגוד. ועוד דהלא גם באית ליה זווי למלוה לכאורה מחייבין ליה לסלקו בדמים מדין כל שאין שמו עליו מסלקו בדמים, דהיינו דינא דגוד או אגוד, כנ"ל.

והנה עיין ברמב"ם פכ"א מלוה ולוה לה"ה וז"ל: בעל חוב שטרף בחובו מיד הלוקח מה שראוי לו מן הקרן וחצי השבח, רואין הנשאר מן הקרקע אם יש בו תעלה ללוקח וכו' ישתתפו בה שניהם, ואם לא נשאר לו דבר שאילו יחלק שם כולו עליו נותן לו בעל חוב את דמיו עכ"ל יעו"ש. וכתב המגיד משנה שכך כתב נמי הרי"ף, יעו"ש. והרי הרמב"ם לא הזכיר כלל ענין גוד או אגוד, ולא הזכיר מה שהלוקח טוען ותובע, ומשמע מדבריו דאין זה תלוי כלל בדינא דגוד או אגוד, אלא שכך היא סדר הגביה, דאם הגריוא דארעא לא חזיא ליה ללוקח מעלה אותה בדמים.

ונראה דזוהי נמי שיטת הרי"ף, כמו שכתב המגיד משנה, והוכיח דינו מסוגיא דגוד או אגוד, דיסוד המחלוקת אם אית דינא דגוד או אגוד הוא אם שותף יכול לכוף לחבירו לחלוק היכא דאין בה כדי חלוקה, דמאן דלית ליה דינא דגוד או אגוד ס"ל דאינו יכול לכוף אלא יעמדו בשותפותם עד שיבאו לידי הסכם, ומאן דאית ליה גוד או אגוד ס"ל דאין שותף מחויב להשאר בשותפותו כנגד רצונו, ואם רוצה להפרד משותפו הרשות בידו, והיכא דיש בשדה השותפות כדי חלוקה יחלוקו וילכו להם, וגם אם אין בה כדי חלוקה, דאילו יחלק לא יהיה שמו עליו, עדיין יכול לכוף לחלוק על ידי נתינת דמים, אכן אין סברא שיוכל לכוף לחבירו למכור לו חלקו, ולכן צריך לומר גוד או אגוד, לתת הברירה לחבירו, ובזה יצא מן השותפות, או במכירה או בלקיחה, והיינו דתניא מעלין אותו בדמים, אבל העיקר הוא דאין לכוף להשתתף בעל כרחו, ואם כן מסתברא שתקנו חכמים כשאין שמו עליו דבעל חוב מעלה אותו בדמים, ואולי אם רוצה לוקח לקבל החלק שאין שמו עליו מניחים לו לקבלו, וכמו שכתב הרמ"ך, כנ"ל, אכן אם אינו רוצה לקבל אין מכריחים

ומדהיא ברייתא מוכיח בכבא בתרא (דף יג:) כמאן דאמר אית דינא דגוד או אגוד, ובשדה שאין בה כדי חלוקה יכול שותף אחד לומר לחבירו או אתה קח חלקי או אני אקח חלקך, יעו"ש. ולכאורה משמע מדברי הרי"ף דבגריוא דארעא דלא חזיא ללוקח, דאין בו כדי תשעה קבין לשדה או כדי חצי קב לגינה, כדתנן בכבא בתרא (דף יא:) יעו"ש, שקיל דמים מבעל חוב מדינא דגוד או אגוד.

וקשה, במאי מיירי, אם הבעל חוב רוצה לסלקו בדמים והלוקח תובע הגריוא דארעא שאין שמו עליו בטענת אילו הוה לי זווי וכו', ואע"ג דלא חזיא לעיקר תשמישו, למה לא נניחנו לקבלו, וכמו שיוכל לתבוע גריוא דחזיא ליה בהאי טענה, וכן כתב השיטה מקובצת בשם הרמ"ך, יעו"ש, ואם נימא דהלוקח תובע דמים, והרי המלוה היה מוכן מתחלה לתת לו דמים לולי טענת אילו הוה לי זווי וכו', אם כן יתן לו דמים וילכו להם, ומה לנו לדינא גוד או אגוד. ואולי יש לומר דמתחלה טען אילו הוה לי זווי, ותבע הגריוא דארעא אע"ג דלא חזיא ליה, ולבסוף חזר בו ותבע דמים, דדינא הוא דאינו יכול לחזור בו, כמו שכתב השיטה מקובצת בשם הרמ"ה, יעו"ש, ומכל מקום יכול לתבוע דמים מדין גוד או אגוד. אולם זה אינו, דאם כן היה לו להרי"ף לפרש האוקימתא ועיקר חסר מן הספר, ובכלל לא שייך בזה דינא דגוד או אגוד, דהא אין ללוקח זווי, ואם כן גוד איכא אגוד ליכא, ובזה לא אמרינן גוד או אגוד, כדאיתא בכבא בתרא (דף יג:) יעו"ש.

עוד עיין בנמוקי יוסף וז"ל: והא דאמרינן גריוא דארעא, כתב הרי"ף ז"ל דכל היכא דהוי דיניה למשקל גריוא דארעא ולא חזיא ליה שקיל לדמי מבעל חוב, כדאמרינן התם כל שאילו יחלק ושמו עליו חולקין ואם לאו מעלין אותו בדמים, והיכא דלית ליה דמי דיינינן ביה דינא דגוד או אגוד, ואף בבעל חוב דעלמא נראה שהדין כן היכא דלית ליה ללוה זווי ואיבעי ליה למלוה דאיפרועי ממקרקעי דאי כנגד חובו לא הוי ראוי אמרינן גוד או איגוד עד דליתן ליה שיעור הראוי עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק בדבריו דבלית ליה זווי למלוה דיינינן גוד או אגוד,

ושבחה, דהא אם אביהם השביח גובה הכל, ומיהו אין ראייה דשאני יתומים שאין להם על מי לחזור ליקח היציאה, דכיון שעשה אביהם אפותיקי הרי הוא כיוורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות שאינו מפסיד היציאה, אבל בלוקח שאינו מפסיד כלום שהמוכר משלם לו היציאה והשבח שזה פוטרו מחובו, מצינו למימר דאפילו באפותיקי כיון דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא שקיל הכל, שבשביל שעשאה אפותיקי לא יגרע כחו עכ"ל יעו"ש. ויש מן הראשונים שלמדו דכל בעל חוב נותן יציאות ללוקח שהשביח שעבוד, ועיימש"נ בש"ט פי"ד.

ומבואר מדברי התוס' דחלוק דין אפותיקי מדין שעבוד גרידא לגבי תשלומי שבח מדין יורד, דבשעבוד גרידא בעל חוב גובה את השבח ואינו נותן הוצאות, ובאפותיקי נותן הוצאות ללוקח מדין יורד, וכן כתבו התוס' לקמן (דף קי:) בד"ה סבר, יעו"ש. והנה הרי"ף כתב דטעמא דבעל חוב גובה את השבח ואינו נותן הוצאות משום דלוקח אדעתיה דמוכר נחית, ודעתו לטרוף כל הקרן וההוצאות והשבח מכח אחריות המכירה, ולפי סברת הרי"ף לכאורה אין לחלק בין אפותיקי לשעבוד גרידא, דבין כך ובין כך דעתו לגבות מכח אחריות המכירה, ומאי איכפת ליה אם שעבוד הבעל חוב הוא אפותיקי או לא, ולכאורה מוכח דהתוס' ס"ל דבעצם אין ללוקח דין יורד לגבי בעל חוב אלא כשיש לו אפותיקי.

ובביאור הדבר נראה דהנה באמת יש לדקדק היאך שייך בכלל דין יורד בלוקח שהשביח הקרקע המשועבדת למלוה, והלא כל זמן שלא גבה הקרקע שלו הוא אוכל פירות ויכול להקדישה ולקדש בה אשה, והיאך נחשיבנו כיוורד לשדה חבירו שלא ברשות. ועוד דאם דין היורד הוא דנחשב כפועל של בעל השדה, זה לא שייך בלוקח קרקע משועבדת, דאם הוא נחשב כפועל של המלוה במה שהשביח הקרקע והגדיל שעבודו ומקום גביתו, אם כן מיד יתחייב המלוה לשלם לו יציאותיו, ואפילו אם עדיין לא גבה, ואפילו אם לעולם לא יבא לידי גביה.

אותו להשאר בשותפות עם הבעל חוב אלא מחייבין לבעל חוב לסלקו בדמים.

וע"ז זה כתב הנמוקי יוסף דאם אין לבעל חוב זווי דיינינן להו דינא דגוד או אגוד, והיינו דבעל כרחם יעמדו בשותפותם אם אין רוצים למכור השדה ולחלוק המעות, ובשותפות זו דנין להם גוד או אגוד, ולכשיבא ממון ליד אחד מהם יוכל לסלק לחבירו בטענת גוד או אגוד, ויתר על כן כתב הנמוקי יוסף דגם לבעל חוב אין לחייב לקבל כנגד חובו חלק משדה הלוח דלא חזיא ליה לתשמישו או להשאר בשותפות עם הלוח, אלא מחייבין הלוח להוסיף לו קרקע עד דחזיא ליה, והרי הם שותפין בה, ואית דינא דגוד או אגוד, ושוב יוכל כל אחד לצאת מן השותפות, ומה שכתב דדין זה נראה לו, כלומר שיש בו חידוש, היינו שהמלוה על ידי שעבודו יש לו דין שותף ושייך בזה דינא דגוד או אגוד.

והמגיד משנה שם כתב עוד חידוש וז"ל: ולמדו מכאן דהיכא שהחוב דבר מועט והקרקע המגיע לגבות חובו אין בו שיעור, שאין בית דין מזיקין בעל חוב ליקח בחובו פחות מכשיעור, אלא מוכרין או משכירין את הקרקע לזמן ונותנין לו מעותיו, וכן כתבו הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל בתשובותיהם עכ"ל יעו"ש, והיינו דאפילו אם אין הקרקע דלא חזיא ליה חלק משדה גדול אין מכריחין הבעל חוב לקבלו, ואע"ג דשווא כנגד חובו, אלא מוכרין או משכירין ונותנין לו מעותיו.

פרק כב

בו יבואר שיטת התוס' דמעיקר הדין בע"ז חוב גובה את השבח ואינו צריך ליתן יציאות ללוקח, ומכ"ל מקום בע"ז אפותיקי שגבה את השבח מן הלוקח צריך ליתן לו יציאותיו.

נבא מצינא טו:] כתבו התוס' בד"ה כגון דשווא אפותיקי וז"ל: השתא מצי איירי דמסיק ביה אפילו שיעור ארעא ושבחא, ואפילו הכי כיון דשווא אפותיקי צריך ליתן היציאה כדין יורד כו', כדאמרינן בפרק המקבל (דף קי:) גבי יתומים אומרים אנו השבחנו ורוצים היציאה דמיירי באפותיקי ואע"ג דמסיק בהו שיעור ארעא

אבן כל זה הוא בשעבוד גרידא, שכל דין השעבוד הוא בתורת ערבות להשעבוד הגוף, אבל באפותיקי הרי עיקר הגביה היא מן השעבוד, וכל השעבוד הגוף הוא רק לקיים שעבוד האפותיקי, ועיימש"נ בש"ה פ"ב, ואם כן ירידת הלוקח היא בעיקר להשביח קרקע הממושכנת לבעל חוב ולא לפרוע שעבוד הגוף של הלוח, ולא שייך כאן ענין הניח מעותיו על קרן הצבי, ועיקר תביעת הלוקח היא להמלוה ולא להלוח, ושפיר יש לו דין יורד, שהרי השביח קרקע המשועבדת לו, וצריך לשלם לו יציאות.

פרק כג

בו יבואר דין בעל חוב שבא לנכות קרקע משובחת מן היתומים והם אומרים אנו השבחנו, ויתבאר הא דמדמינן דין זה לספק אם האילן קדם לעיר או העיר קדם.

בבא מציעא קי. יתומים אומרים אנו השבחנו ובעל חוב אומר אביכם השביח, על מי להביא ראייה, סבר רבי חנינא למימר ארעא בחזקת יתמי קיימא ועל בעל חוב להביא ראייה, אמר להו ההוא סבא הכי אמר רב יוחנן על היתומים להביא ראייה, מאי טעמא, ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגביא דמיא ועל היתומין להביא ראייה, אמר אביי אף אנן נמי תנינא ספק זה קדם וספק זה קדם קוצץ ואינו נותן דמים, אלמא כיון דלמיקץ קיימא אמרינן ליה אייתי ראייה ושקול, הכא נמי האי שטרא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגביא דמיא ועל היתומים להביא ראייה יעו"ש.

ילפום ריהטא נחלקו רבי חנינא ורבי יוחנן בקרקע המשועבדת כשהיא ביד היתומים מי הוא המוחזק לגבי ספק בהשבח, רבי חנינא ס"ל דהיתומים מוחזקים, שהרי יש להם חזקת מרא קמא, ורבי יוחנן ס"ל דהבעל חוב מוחזק, שהרי הקרקע משועבדת לו ולגוביינא קיימא וכמאן דגביא דמיא.

אלא דקשה לפי זה היאך הביא אביי ראייה לדברי רבי יוחנן מאילן הסמוך לעיר, והלא התם בודאי הזכות להעיר לקרן האילן משום גוף, אלא דאם קדמה העיר לאילן קוצץ ואינו נותן דמים, ואם קדם האילן לעיר קוצץ

ולכאורה צריכים לומר דדין יורד הוא משום ממוני גבך, דיציאות היורד מושקעות בתוך הקרקע עד כדי שיעור השבת, דאם היציאה יתירה על השבת אי אפשר לומר דכל היציאות מושקעות בתוך הקרקע, שהרי חלק מהן הלכו לאיבוד, וכיון שכן דדין יורד הוא תביעה של ממוני גבך, אם כן יכול הלוקח לתבוע יציאותיו מן הבעל חוב שגבה הקרקע ממנו, שהרי ממונו של לוקח מושקע בקרקע המלוה.

אלא דקשה לפי זה, שהרי כתבו התוס' דמעיקר הדין יכול הלוקח לתבוע יציאות מבעל חוב שיש לו אפותיקי על קרקע שלו, אבל אם אין לו אלא שעבוד גרידא אין לו כלל דין יורד לגבי המלוה שגבה קרקע ממנו, ואם הדין יורד הוא משום ממוני גבך מאי שנא אפותיקי משעבוד בעלמא, והלא בין כך ובין כך ממון הלוקח מושקע בהקרקע שהמלוה גבה ממנו.

ונראה דהרי כל שעבוד נכסים שגובה ממנו הבעל חוב נעשה פרעון להשעבוד הגוף, דהא הנכסים ערבים לחובת גברא דלוה, כדאיתא בבבא בתרא (דף קע"ד) יעו"ש, וכשהלוקח השביח הקרקע הרי בעצם היתה עשיתו בשביל הלוח, והרי זה נחשב כמי שהלך אחד למדינת הים ועמד אחר ושילם את חובו דאמרינן הניח מעותיו על קרן הצבי ואין הלוח צריך לשלם לו, כדאיתא בכתובות (דף ק"ג), וכן זה הלוקח שירד לקרקע המשועבדת והשקיע בה ממונו בעיקר מחשבינן שמסר מעותיו לפרוע חוב הלוח ולא להעמיד קרקע משובחת ביד המלוה, ותביעת ממוני גבך היא אל הלוח ולא אל המלוה, ועיקר דינו הוא עם הלוח כמה שפרע חובו, ובזה אמרינן הניח מעותיו על קרן הצבי, שהרי לא על פי צווי הלוח פרע חובו אלא מדעת עצמו, ונמצא שמדין יורד הוא קרח מכאן ומכאן, לגבי המלוה אין לו תביעה של ממוני גבך שהרי לא נטל המלוה ממון הלוקח המושקע בקרקע המשועבדת אלא בתורת פרעון חוב הלוח, וגם אל הלוח אין לו תביעה שהרי הניח מעותיו על קרן הצבי, כמש"נ, ונמצא שאין לו תביעה כלל מדין יורד, ומכל מקום גובה כל השבח מן הלוח המוכר מדין אחריות שקיבל עליו.

והביא אביי ראיא לרבי יוחנן מקציצת האילן, דהתם נמי תביעת ממון שלו לתשלומין מן העיר נובעת ממה שהאילן היתה שלו, ולסברת רבי חנינא אם יש ספק בתביעתו היה נחשב מוחזק לגבי תביעת תשלומין שלו, ובמתניתין דבבא בתרא (דף כד:) איתא דבספק קוצץ ואינו נותן דמים, אלא מבואר דכיון דממה נפשך עומד האילן ליקצץ אין בעלותו בהאילן מחזקתו לגבי תביעת ממון הנובעת ממנה, דהרי בעלותו עומדת ליבטל, והוא הדין בתביעת ממוני גבך הנובעת מבעלותם בהקרקע אין בעלותם מחזקתם הואיל וקיימא לגוביינא ובעלותם עומדת ליבטל.

ועיין מה שכתב רש"י וז"ל: אלמא גבי ספק אילן דעיר, טעמא משום דממה נפשך עומד לקציצה, והכא נמי בין יתומים השביחו ובין אביהן השביח דינו ליטול קרקע עם השבח, ואם היתומים השביחו מעלה להן השבח בדמים כדלקמיה, הלכך גבי ארעא עם השבח ממה נפשך, נמצא היתומים תובעים להוציא ממנו ועליהם הראיה עכ"ל יעו"ש.

והמהרש"א בביאורו לדברי התוס' הקשה על דברי רש"י, דאם רצה להוכיח דעל היתומים להביא ראיא משום דבעל חוב מסלקם בדמים, ונדחו דברי רבי חנינא, והלא להלן בסוגיין קאמר רבי חנינא דכי מסלקינן להו בארעא מסלקינן להו יעו"ש, ואם כן לא קשה לרבי חנינא ממתניתין דבבא בתרא.

ונראה דגם רבי חנינא ס"ל דאין ליתומים אלא תביעת תשלומין מדין ממוני גבך, ואין להם שום תביעה בהקרקע עצמה, ומכל מקום ס"ל לרבי חנינא דכיון דהוי ממוני גבך בגוף הקרקע יכול לתבוע תשלומין על ידי גריוא דארעא ולא בדמים, ואין להם שותפות בהקרקע, ותביעתם לא הוי אלא מדין תשלומין בלבד, ומכל מקום היכא דאיכא ממוני גבך בגוף הקרקע דין התשלומין הוא על ידי קרקע. ויתיישבו בזה דברי רש"י, דדין הבעל חוב הוא ממה נפשך לגבות כל הקרקע לשעבודו, ואין עליו אלא חיוב תשלומין להיתומים, וצריך לשלם להם על ידי גריוא דארעא במקום דמים, ולכן אם יש ספק בתביעתם עליהם להביא ראיא, והיינו מה שכתב

ונותן דמים, ובין כך ובין כך יש להעיר לקוץ האילן, והיכא דאיכא ספק איזה קדם הרי אין ספק זה נוגע אלא לתשלומין ולא לעצם הקציצה, ולכן קוצצים האילן ואינם נותנים דמים, דבספק חיוב תשלומין אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל בעל חוב שבא לגבות קרקע שהשביחו יתומים אין לו דין גביה אלא בהקרקע עצמה, והשבח עדיין הוי ממונם של יתומים.

הגע עצמך, אם היתומים בנו בירה גדולה על הקרקע המשועבדת, מי הוא הבעלים על הבירה לאחר שהבעל חוב גובה הקרקע, והלא פשוט הוא דהבירה של היתומים והם יכולים להקדישה או לקדש בה אשה עד שהבעל חוב מסלק אותם בדמים, ואם ספק הוא אם היתומים בנו הבירה או אביהם בנה, הרי זה ספק בעצם הבעלות, אם היא של היתומים או אם הבעל חוב גובה אותה בחובו, ונחלקו רבי חנינא ורבי יוחנן מי הוא המוחזק בהבירה המוטלת בספק, ולא דמי כלל לאילן דלא הוי אלא ספק חיוב תשלומין, ובזה בודאי אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה.

ולבאורה צריכים לחלק ולומר דבכל שבח שהוא בגוף הקרקע, כגון שבח הבא על ידי חרישה וזיבול, אין להיתומים בעלות מיוחדת על השבח, שאינו דבר המסוים, וכל דינם על השבח הוא שממונם מושקע בהקרקע שלהם, ולכן כשגובה בעל חוב גוף הקרקע אין להם ליתומים אלא תביעה של ממוני גבך, ואין זה אלא תביעת ממון בלבד, ומכל מקום סבר רבי חנינא למימר ארעא בחזקת יתמי קיימא ועל בעל חוב להביא ראיא, וכונתו דאע"ג דאין ליתומים אלא תביעת ממון להבעל חוב, מכל מקום כיון דתביעה זו של ממוני גבך נובעת ממה שהיתה קרקע זו שלהם, אם כן יש להם תורת מוחזקים לגבי תביעת ממוני גבך, ורבי יוחנן ס"ל דכיון דארעא לגוביינא קאי וכמאן דגביא דמיא לא הוחזקה להם תביעת ממוני גבך בשעה שהיתה הקרקע שלהם והשביחו אותה, דגם באותה שעה היתה הקרקע עומדת לעבור להבעל חוב, ונחשב כאילו כבר גבה אותה, ולא נולד הספק בתביעתם כשהיתה הקרקע מוחלטת להם, ואין להם דין מוחזק לגבי תביעתם.

שקיל מגוף הקרקע את השבח. ויש לומר דכיון שהיה הקרקע בחזקת אביהם תחלה ועדיין לא יצאת מרשותן עדיפי מיורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, אי נמי ביורד לתוך שדה חבירו נמי היה סבור דמסלקינן ליה בקרקע עכ"ל יעו"ש.

והנה התוס' למדו דמיירי באפותיקי, וכמו שנכתב בסוף הסוגיא, דהא טעמא דרבי יוחנן משום שכגביא דמיא, וזה לא נאמר אלא באפותיקי, ודלא כמו שכתבו התוס' בסוטה (דף כה:) ד"ה בית הלל, יעו"ש, ולפי זה כשנחלק רבי יוחנן על רבי חנינא ואמר דעל היתומים להביא ראיה דכגביא דמי, אין כונתו דאם לא הביאו ראיה שהם השביחו אינם נוטלים כלום מהשבח, ואם הביאו ראיה נוטלים כל השבח, אלא כונתו לומר דאם הביאו ראיה נוטלים יציאות מבעל האפותיקי, ועל זה הקשו דכיון דהדר ביה רבי חנינא והודה לרבי יוחנן למה נוטלים קרקע, והלא יורד שנוטל יציאות מעלין אותם בדמים.

וכתבו התוס' בתירוץ השני דסלקא דעתיה דכל יורד מסלקינן ליה בקרקע, ומאי דפריך עליה דרבי חנינא מהא דאמר רב נחמן דבעל חוב ליתומים שמין את השבח ומעלין אותו בדמים, ואף דרב נחמן מיירי בשבח שהשביחו יתומים דאין בעל חוב נוטל אלא גוף הקרקע ולא השבח, ורבי חנינא מיירי באפותיקי ומשלם ללוקח יציאותיו מדין יורד, שפיר מדמינן להו, דאם יורד שבא בתביעת ממוני גבך מסלקינן ליה בארעא, כל שכן ביתומים שהשבח שלהם, והוי ממש ממוני גבך, היה צריך להיות הדין דמסלקינן להו בארעא, ובלאו הכי הרי מסקינן דרב נחמן מיירי באפותיקי, כמו שכתב רש"י יעו"ש.

פרק כה

בו יבואר הא דבעל חוב גובה את השבח מדין דאקני, שהלואה הקנה לו שעבוד בכל שבח שישביח הלוקח, ואע"ג דבאותה שעה ברשות הלוקח הושבחה.

בבא בתרא קנו: לזה ולזה וחזר וקנה מהו וכו', והלכתא יחלוקו, מיתיבי לשבח קרקעות כיצד, הרי שמכר שדה לחבירו והשביחה ובא בעל חוב וטרפה, כשהוא גובה גובה את הקרן מנכסים

רש"י דאם היתומים השביחו מעלה להן השבח בדמים, כלומר דאין עליו אלא חיוב תשלומין, כמש"נ, ונחלקו בגמרא אם חיוב תשלומין זה משתלם על ידי דמים ממש ככל שאר חיובי ממון, או אם בתביעת ממוני גבך בגוף הקרקע הרי החיוב תשלומין משתלם על ידי גריוא דארעא, כמש"נ.

ולפי זה צריך לומר דגם בכל יורד ס"ל לרבי חנינא דמסלקין אותו בארעא, שהרי תביעתו מדין ממוני גבך בגוף הקרקע, ובאמת כתבו התוס' כן בד"ה סבר בתירוץ השני, ואולי יש לחלק בין יורד שמעולם לא היה לו בעלות בגוף הקרקע לבין יתומים שהקרקע היתה שלהם בשעה שהשביחו, דאז חיוב תשלומין של ממוני גבך משתלם על ידי קרקע לסברת רבי חנינא.

פרק כד

בו יבוארו דברי התוס' דגם מתחלה ידעינן דרבי חנינא ורבי יוחנן נחלקו באפותיקי ורבי יוחנן דאמר על היתומים להביא ראיה כונתו שאם יבאו ראיה יטלו הוצאות מדין יורד.

בבא מציעא קי.] יתומים אומרים אנו השבחנו ובעל חוב אומר אביכם השביח, על מי להביא ראיה, סבר רבי חנינא למימר ארעא בחזקת יתמי קיימא ועל בעל חוב להביא ראיה, אמר להו ההוא סבא הכי אמר רבי יוחנן על היתומים להביא ראיה, מאי טעמא, ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגביא דמיא ועל היתומין להביא ראיה. אמר אביי אף אנן נמי תנינא וכו', אייתו יתמי ראיה דאינהו אשבחו, סבר רבי חנינא למימר כי מסלקינן להו בארעא מסלקינן להו, ולא היא, בדמי מסלקינן להו מדרב נחמן, דאמר רב נחמן אמר שמואל שלשה שמין להם את השבח ומעלין אותו בדמים, ואלו הן בכור לפשוט, ובעל חוב וכתובת אשה ליתומים, ובעל חוב ללקוחות, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה סבר רבי חנינא למימר בארעא מסלקינן להו וז"ל: תימה כיון דטעמא דעל היתומין להביא ראיה משום שהקרקע בחזקת בעל חוב, והיינו כשעשה אפותיקי כדמסיק, אם כן הוה ליה יורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות דפשיטא דלא

השבח, שהרי אין מוציאים לשבח קרקעות מן המשועבדים, כדאיתא בגיטין (דף מח:.) יעו"ש, ומכל מקום יש לו זכות לעכב לעצמו השבח שנשתעבד להפסד גוף הקרקע, וגם המלוה יש לו זכות לגבות חובו מן השבח, ולכן אין המלוה גובה אלא חצי שבח, ובסוגיא דבבא מציעא (דף טו.) לא הוזכר ענין חצי שבח, ויש מן הראשונים שפירשו דגם התם הכונה לחצי שבח, ויש שראו בזה מחלוקת הסוגיות, ועיימש"נ בש"ט פ"ה.

ובהא דהלוה יכול לשעבד השבח שהושבחה הקרקע אחר שבא ליד הלוקח, כתב הנמוקי יוסף דהרי זה כמי שקנה המוכר את השבח וחזר ומכרו ללוקח, כנ"ל, והנה הא דהמוכר הלוה קנה השבח כשבא לעולם, יש לפרש דהיינו מדין שיור בהמכירה, שהלוה מכר הקרקע ללוקח ושייר לעצמו הזכות של ארעאי אשבח, ונמצא דגוף הקרקע מכורה ללוקח, אבל דין ארעאי אשבח שבו עדיין ביד המוכר, וממילא קנה את השבח, אכן צריכים להבין היאך חזר ומכרו ללוקח, היכן הוא הקנין בשעה שהשבח בא לעולם, ואם נאמר שהקנה השבח ללוקח במכירה הראשונה, והלא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וצריך לומר דאינו משייר לעצמו דין ארעאי אשבח אלא לרגע קטן, וכמו שמצינו בבבא קמא (דף עח:.) שיכול למכור חוץ משלשים יום, יעו"ש, כמו כן נמי הכא הרי הוא מוכר ללוקח כל הקרקע וכל דין ארעאי אשבח, אלא ששייר לעצמו בעלות על השבח לרגע הראשון שבא לעולם, ובאותו רגע חלו שעבוד המלוה ושעבוד הלוקח, והרי שעבוד המלוה על כל השבח משום חובו, ושעבוד הלוקח על כל השבח משום אחריות שקיבל המוכר על גוף הקרקע, וממילא יחלוקו, ואין המלוה גובה אלא חצי שבח.

פרק כו

בו יובאו דברי הרמב"ם סדר הלוקח השבח בין שני מצוים שגבו מלוקח שהשביח הקרקע ולא הזכיר שהלוקח נוטף יציאות ודברי המגיד משנה דפמך על מה שכתב בריש ההלכה.

[רמב"ם פכ"א מלוה ולוה ה"א] כתב הרמב"ם בסוף ההלכה וז"ל: לפיכך ראובן שלוה משמעון מנה וכתב לו שאני עתיד לקנות, וחזר ולוה מלוי

משועבדים ואת השבח מנכסים בני חורין, ואם איתא חצי שבח מיבעי ליה, מאי גובה נמי דקתני חצי שבח, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: ואם איתא חצי שבח מיבעי ליה, שכיון שמכר הלוה שדהו וכתב לו אחריות עליו ואחרי כן השביחן הלוקח, נמצא המלוה והלוקח שניהן נושין בלוה, ונמצא השבח קנוי ללוה אחר שעבוד שניהן למלוה בחובו וללוקח בכסף מקנתו, לפיכך חולקין השבח כדין לוה ולוה וחזר וקנה, הלכך אין למלוה בכל מקום אלא חצי שבח וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנמוקי יוסף כתב ביתר ביאור וז"ל: ואם תאמר ומאי טעמא בשלמא מה שקנה הוא שהרי כתב ודעתיד אנא למיקני, אבל השבח לא קנאו מעולם המוכר, שהרי הלוקח אחר שלקחו הוא שהשביחו בעידור וזיבול. ונראה לאחרונים ז"ל דכיון שמצינו שבעל חוב זוכה בשבח היכא דשויה ניהליה אפותיקי מפורש כמפורש פרק קמא דמציעא (דף טו:), הורגלו בכל המכירות לכתוב שהוא מקבל אחריות שבח עליו וכו', וכיון שנהגו לכתוב כן אמרו שיהא בעל חוב גובה אותו, דכיון דמוכר מקבל עליו אחריות כל שבח כדדידה הוא ודינא הוא שיהא בעל חוב, וכיון שהשבח הזה ברשות לוקח ואמרו דזכה בו מוכר, חשבינן ליה כאילו קנאו מוכר וחזר ומכרו ללוקח, ובודאי הלוקח זוכה בו וגם המלוה, כיון שחשוב כאילו קנאו מוכר וכתב לו ודעתיד אנא למיקני, אם כן הוה לגביה כלוה וחזר ולוה שיחלוקו, ולא יגבה המלוה אלא חצי השבח, הלכך כשיגבה הלוקח מהמוכר השבח לא יגבה אלא החצי, שהרי החצי האחר כבר נשאר בידו עכ"ל יעו"ש.

והנה בסוגיין מבואר דאין דין שעבוד המלוה בקרקע הלוה חל ממילא גם בשבח, ואין המלוה גובה את השבח אלא מדין דאיקני, שהלוה משעבד לו כל מה שעתידי לקנות, וחל שעבוד המלוה כשבא השבח לעולם, ובאותה שעה חל נמי שעבוד הלוקח מכח אחריות מכירתו, ויש לו שעבוד על השבח לגבות ממנו מה שהפסיד את גוף הקרקע, אבל על מה שהפסיד השבח אינו גובה מן השבח, ואע"פ שכתב לו אחריות גם על

במאה וחמשים של חצי השבט, ואם השביחה מחמת עצמה כגון שהוקרה בדמים או עלו בה אילנות גובה את כולה, הורו חכמים גדולים ואמרו לא יהא הלוקח רע כחו מהיורד לשדה חבירו שלא ברשות ששמיין לו וידו על התחתונה, לפיכך אם השביח מאה והוציא חמשים נוטל כל ההוצאות, וחצי השבט היתר על ההוצאה והחצי עם הקרן טורף בעל חוב ודברים של טעם הם וכן ראוי לדון וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומבואר דהרמב"ם ס"ל כשיטת הגאונים שמוכא ברי"ף דבעל חוב גובה את השבט ומשלם ללוקח הוצאותיו כדין יורד, ופסק כפשטה דהברייתא מוכא בבבא מציעא (דף טו.) ודלא כשמואל, וכן מוכא שיטת הרמב"ם בפוסקים, אכן לפום ריהטא משמע מתחלת דבריו דאינו משלם הוצאות, שהרי כתב דבשדה שוה מנה שהשביחה הלוקח עוד מנה נוטל בעל חוב מאה וחמשים, דהיינו הקרן וחצי השבט, ואם צריך לשלם להלוקח הוצאותיו הרי נוטל פחות ממאה וחמשים. וצריך לומר דמתחלה נקט הרמב"ם שיעור הטריפה, דדין יורד הוא דבר צדדי, ועדיין לא דן בה הרמב"ם, ולכן כתב הרמב"ם דשיעור הטריפה הוא מאה וחמשים, והשתא יש לדון אם יש ללוקח דין יורד, דאם אינו כיוורד אין מנכים מן הטריפה כלום, ואם יש לו דין יורד מנכים הוצאותיו וגובה בעל חוב פחות מעצם שיעור הטריפה, וכתב הרמב"ם דהורו הגאונים דלוקח כיוורד וכן ראוי לדון, כנ"ל.

והשתא יש להסתפק אם שיעור ההוצאות ממעט בעצם הטריפה, דכיון שהלוקח הוציא הוצאות על השדה שוב אין לבעל חוב דין טריפה על מאה וחמשים, אלא על מאה וחמשים פחות שיעור ההוצאות, או דלמא אין שיעור ההוצאות ממעט בעצם הטריפה, דחיוב הבעל חוב להלוקח מדין יורד הוא דבר צדדי, כמו אם בא אדם מעלמא וירד להשדה שלא ברשות, ונמצא דשיעור הטריפה עדיין הוא מאה וחמשים, ומצד אחר יש לו לבעל חוב חיוב להלוקח מדין יורד, והפוכי מטרותא למה לי, ונמצא דבפועל משלם לו פחות ממאה וחמשים, אבל עיקר דין הטריפה עדיין הוא מאה וחמשים.

מאתים וכתב לו שאני עתיד לקנות, וקנה אחר כך שדה ומכרה ליהודה במאה וחמשים, והשביחה יהודה בהוצאתו והרי היא שוה שלש מאות, טורף שמעון ולוי הקרן וחולקין אותו בשוה, ונמצא ביד זה ע"ה וביד זה ע"ה, וחוזרין שמעון ולוי ויהודה וחולקין מאה וחמשים של שבט על הדרך שפירשנו, נמצא שמעון טורף מנה שלו משדה זו, ולוי מאה ושלושים ושבעה ומחצה, ויהודה נוטל מן השבט שנים וששים ומחצה וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה לעיל שם בריש הל"א הארוכה כתב הרמב"ם וז"ל: הורו חכמים ואמרו לא יהא הלוקח רע כחו מהיורד לשדה חבירו שלא ברשות ששמיין לו וידו על התחתונה וכו' [ודברים של טעם הם וכן ראוי לדון] וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר לפי הגירסא שלפנינו המוקפת סוגריים דס"ל להרמב"ם דבעל חוב גובה את השבט ומשלם ללוקח הוצאותיו כדין יורד, וכן מוכא שיטתו בפוסקים, ואם כן יש לדקדק דבחלק יהודה שהשביח הקרקע בהוצאות לא הזכיר הרמב"ם שהוא מקבל נמי דמי יציאותיו. ועיין במגיד משנה שכתב וז"ל: והרי היא שוה שלש מאות, ר"ל בחלוקת ההוצאה כפי הוראת הגאונים הגדולים שכתב למעלה והכריע כמותם עכ"ל יעו"ש, וכונתו דכל החשבון שהזכיר הרמב"ם בשווי השדה הוא חוץ מחלק ההוצאה, ואותו חלק צריך לשלם ליהודה.

פרק כז

בו יובא שיטת הרמב"ם דבעל חוב גובה את השבט ונותן ללוקח הוצאותיו כדין יורד, וידון אם שיעור ההוצאות ממעט בעצם הטריפה או אם לא הוא אלא חיוב צדדי.

[רמב"ם פכ"א מלוה ולוה הל"א] כתב הרמב"ם וז"ל: בעל חוב גובה את השבט שהשביח הלוקח בין שהשביחו מתמת הוצאה בין ששבתו נכסים מאליהן, אלא שאם שבחו מאליהן טורף כל השבט, ואם השביחו מחמת הוצאה גובה חצי השבט, כיצד ראובן שהיה לו חוב על שמעון מאתים, ומכר שמעון ללוי שדה במנה, והוציא עליה לוי הוצאות והשביחה והרי היא שוה מאתים, כשיבא ראובן לטרוף מלוי טורף ממנה

דתביעתו לבעל השדה היא מדין ממוני גבך, ועיימש"נ בש"ט פכ"ב, מכל מקום אין זה אלא שם התביעה, דיכול לתבוע ממוני גבך אף היכא דאין להנתבע שום ממון כלל, דכיון שהשקיע ממון אצלו יכול לתבוע שיחזיר לו ממונו, אבל אינו קונה קנין ובעלות בעצם השדה שירד לתוכו שלא ברשות, אכן הלוקח הרי יש לו בעלות גמורה בהשדה קודם גבית הבעל חוב, ואם השקיע בו הוצאות הרי קנה קנין גמור בכל מה שהושבחה השדה כנגד הוצאותיו, ואם דינו כיורד לגבי הלוח הרי בעל חוב גובה כל השבח והלוקח חוזר וגובה אחריות מן הלוח, אבל אם דינו כיורד לגבי הבעל חוב נוטל הוצאותיו מגוף הקרקע שהרי קנה כנגדם קנין גמור, ונתמעטה עצם הטריפה, וזוהי כונת התוס' בבבא מציעא (דף ק"ג: ד"ה סבר, יעו"ש).

והנה עיין מה שכתב הרמב"ם בסוף ההלכה הארוכה הזאת וז"ל: לפיכך ראובן שלוח משמעון מנה וכתב לו שאני עתיד לקנות, וחזר ולוח מלוי מאתים וכתב לו שאני עתיד לקנות, וקנה אחר כך שדה ומכרה ליהודה במאה וחמשים, והשביחה יהודה בהוצאתו והרי היא שוה שלש מאות, טורף שמעון ולוי הקרן וחולקין בשוה, ונמצא ביד זה ע"ה וביד זה ע"ה, וחוזרין שמעון ולוי ויהודה וחולקין מאה וחמשים של שבח על הדרך שפירשנו, נמצא שמעון טורף מנה שלו משדה זו, ולוי מאה ושלושים ושבעה ומחצה, ויהודה נוטל מן השבח שנים וששים ומחצה וכו' עכ"ל יעו"ש.

וכתב המגיד משנה וז"ל: ומה שכתב רבינו והרי שוה שלש מאות, ר"ל בחלוקת ההוצאות כפי הוראת הגאונים הגדולים שכתב למעלה והכריע כמותם עכ"ל יעו"ש, וכונתו דכל החשבון שהזכיר הרמב"ם בשווי השדה הוא חוץ מחלק ההוצאות, ואותו חלק שלא הזכיר צריך לתת ליהודה שהוציא ההוצאות, ולשון בחלוקת ההוצאת מגומגם, ויש בזה חלופי גירסאות, ובין כך ובין כך הכונה אחת היא ליישב דבריו עם הוראתו כשיטת הגאונים, כמש"נ.

והנה מבואר מדברי הרמב"ם דכשבאו שלש בעלי חוב לגבות מן המשועבדים ואין חובותיהם שוים מחלקים הנכסים לפי מספר

ונפקא מינה אם יכול בעל חוב לסלק ללוקח בדמים כנגד הוצאותיו, דהרי מבואר בבבא מציעא (דף טו:): דאין בעל חוב יכול לסלק הלוקח מן השבח בדמים אלא צריך לתת לו גריוא דארעא שיעור שבח יעו"ש, וכן פסק הרמב"ם לקמן הל"ז יעו"ש, ועיימש"נ בש"ט פכ"ח, ומהו הדין לגבי הוצאותיו, אם נימא דשיעור ההוצאות ממעט בעצם הטריפה, ואין לבעל חוב לגבות אלא הקרן וחצי שבח היתר על היציאה, בעל כרחו צריך לתת ללוקח גריוא דארעא שיעור חצי שבח וההוצאות, אבל אם אין שיעור ההוצאות ממעט בעצם הטריפה, ואינו אלא חיוב צדדי מדין יורד, וממעט בהטריפה בפועל דהפוכי מטרותא למה לי, כמש"נ, אם כן שפיר יכול לסלק מן ההוצאות בדמים, כדין כל יורד דמסלק בדמים, ולא מצינו אלא דעה אחת בתוס' בבבא מציעא (דף ק"ג: ד"ה סבר שיש אפילו הוה אמינא שכל יורד יכול לתבוע גריוא דארעא כנגד הוצאותיו, יעו"ש, והרמב"ם לא הזכיר חידוש גדול כזה בפ"י גולה ואבירה הל"ד, יעו"ש, ולכן אם אין שיעור ההוצאות ממעט בעצם הטריפה ואינו אלא חיוב צדדי דיוורד, כמש"נ, שפיר יכול בעל חוב לסלקו בדמים.

ומדקדוק לשון הרמב"ם בשם הגאונים משמע דשיעור ההוצאות ממעט בעצם הטריפה, שכתב שהלוקח נוטל כל ההוצאות וחצי השבח היתר על ההוצאה ובעל חוב טורף החצי עם הקרן, כנ"ל, הרי שכתב דבעל חוב טורף חצי שבח היתר על ההוצאה עם הקרן, ואם כונתו שחיוב להלוקח הוא מדין צדדי כמו לכל יורד דעלמא, היה לכתוב דבעל חוב נוטל חצי של כל השבח ומשלם ללוקח חצי ההוצאות, והחיוב הוא בדמים ולא בקרקע, אלא לכאורה, מבואר דשיעור ההוצאות ממעט בעצם הטריפה, והלוקח נוטל גריוא דארעא כנגד חצי השבח וההוצאות, אלא דעדיין צריכים לבאר למה עדיף לוקח משאר יורד, דכל יורד בעל השדה מסלקו בדמים ולוקח שבא לבעל חוב בתביעת הוצאותיו מדין יורד אין הבעל יכול לסלקו בדמים אלא צריך לתת לו גריוא דארעא שיעור הוצאותיו.

ובמעמא דמלתא נראה דכל יורד אינו קונה שותפות בהשדה שהשביח, ואע"ג

שראוי לו מן הקרן וחצי השבח, רואין הנשאר מן הקרקע אם יש בו תעלה ללוקח, כגון שנשאר לו בשדה בית תשעה קבין ובגנה בית חצי קב, ישתתפו בה שניהם, ואם לא נשאר לו דבר שאילו יחלק יהיה שם כולו עליו נותן לו בעל חוב את דמיו עכ"ל יעו"ש.

ודין זה דהמלוה צריך לתת להלוקח חלק מן הקרקע אם ראויה להשתמש ואינו יכול לסלקו בזווי, מבואר בבבא מציעא (דף טו:) דהיינו משום דאי אית ליה ללוקח זווי יכול לסלק לבעל חוב, ולכן השתא נמי דלית ליה זווי יכול לומר הב לי גריוא דארעא שיעור שבחאי, יעו"ש, ונחלקו בזה שם בגמרא, והרמב"ם פסק כמאן דאמר לוקח מצי לסלקו בזווי, כמו שכתב לעיל פי"ח הל"ח, יעו"ש, ואית ליה נמי דשומא הדרא ללוקח, כמו שכתב לקמן פכ"ב הל"ז, יעו"ש, ולכן אם יש בהקרקע כדי חלוקה אין המלוה יכול לסלק ללוקח בדמים.

אבל אם אין בה כדי חלוקה, והיינו דהלוקח לא יוכל להשתמש בהחלק המגיע לו, אז דיינינן בה דינא דגוד או אגוד, כדאיתא בכ"ב (דף יב:) דאו זה יקנה חלקו של זה או זה יקנה חלקו של זה, יעו"ש, והרי המלוה אומר להלוקח גוד או אגוד, והלוקח אינו יכול לקנות חלק הבעל חוב דהא לית ליה זווי, דאי אית ליה זווי יכול לסלקו גם בלי דין גוד או אגוד, כנ"ל, ונמצא הבעל חוב קונה חלק הלוקח מדינא דגוד או אגוד ולא מדין סילוק, דארעא דלוקח, ועיימש"נ בשט"ו פכ"ג.

אכן יש לדקדק בדברי הרמב"ם דלמה לא הזכיר בפירוש דאי אית ליה זווי ללוקח מצי לסלק לבעל חוב בזווי, כמו שכתב שם בהל"ז לגבי יתומים וז"ל: בעל חוב שבא לטרוף מן היתומים וכו', במה דברים אמורים בשעשה שדה זו אפותיקי, אבל אם לא עשהו אפותיקי, אם רצו היתומים לסלק בעל חוב בדמים מסלקים אותו, ואם רצו נוטלים מן הקרקע שיעור שבח שלהם עכ"ל יעו"ש, ולמה לא כתב לשון זה גבי לוקח נמי שאם רצה לסלק לבעל חוב בדמים מסלקו.

עוד עיין בחו"מ סי' קט"ו סעי' ב' שהעתיק לשון הרמב"ם, וכתב הרמ"א וז"ל: וי"א

הבעלי חוב ולא כפי מספר המעות שתובעים, ודלא כשיטת הרשב"ם בבבא בתרא (דף קנא:) ד"ה יחלוקו דמחלקים לפי מעותיהם, וס"ל להרמב"ם דכיון דכולם יש להם דין לגבות בכת אחת מחלקים הנכסים ביניהם בשוה עד כדי חובותיהם, אולם לענין דין יורד לכאורה ראוי לדון לפי מעותיהם, דאם יש שני שותפין בשדה, האחד יש לו שלישי והשני יש לו שני שלישים, וירד היורד לתוך השדה והשביחה, ונתחייבו השותפין לשלם לו הוצאותיו, לכאורה פשיטא שבעל השלישי נתחייב בשליש ההוצאות ובעל השני שלישים נתחייב בשני שלישי ההוצאות, ולא אמרינן שיחלקו ההוצאות ביניהם לפי מנין השותפין, שהרי זה הרויח שלישי וזה שני שלישים, וכנגד מה שהרויחו צריכים לשלם הוצאות.

ולפי זה בנידון של הרמב"ם דשמעון לוי ויהודה צריכים לחלק ההוצאות ביניהם לפי שיעור מעותיהם, ושמעון שקיבל מאה מן השדה השוה שלש מאות ישלם שלישי ההוצאות, וכן כולם לפי מעותיהם, והיה לו להרמב"ם לפרש דאע"ג דחולקים הגביה לפי מנין הבעלי חוב מכל מקום חולקים ההוצאות לפי מספר המעות, ולמה לא חש הרמב"ם להזכיר שחייבים לשלם הוצאות כדין יורד כהוראת הגאונים, כמו שכתב המגיד משנה, כנ"ל, והלא חלוקת ההוצאה שונה מחלוקת הגביה, כמש"נ.

ואולם לפמש"נ דההוצאות ממעטים בעצם הטריפה שפיר מובן למה לא הוצרך להזכירו, שהרי הלוקח הוציא ההוצאות לעצמו וקנה בכך קנין גמור בעצם הקרקע, ואין לבעלי חוב שעבוד על חלק זה, ולכן לא שייך שיחלקו לפי מספר המעות, שהרי אין ההוצאות נכנסין להגביה כלל, ולכן לא הזכירו הרמב"ם, וחולקים הקרן והשבח לפי מספר הבעלי חוב.

פרק כח

בו יובאו דברי הרמב"ם דלוקח נוטל גריוא דארעא חצי שבח המגיע לו, ויבואר למה לא הביא טעמא משום שיכול לטעון אילו הווי זווי הווי מפליקנא דך מכו"א ארעא.

[רמב"ם פכ"א מלוה ולוה הל"ה] כתב הרמב"ם וז"ל: בעל חוב שטרף בחובו מיד הלוקח מה

לשעבד גריוא דארעא שיעור שבחא להלוקח, ולכן כשבאו בעל חוב והלוקח לגבות השבח שכולו משועבד לשניהם, כמו לזה ולזה ואחר כך קנה ומכר, כדאיתא בבבא בתרא (דף קנ"ג:) יעו"ש, הרי הם כשני בעלי חוב שאין אחד מהם קודם לחבירו ובאו לגבות בבת אחת קרקע שאין בה כדי לפרוע חובות שניהם דחולקים הקרקע ביניהם, וכן נמי בעל חוב ולוקח שבאו לגבות השבח, כמש"נ, ואין זה תלוי כלל אם הלוקח יכול לסלקו לבעל חוב בזווי אם לא, דהא יש לו ללוקח שעבוד על גריוא דארעא שיעור שבחא כמו שיש לו לבעל חוב, ולמה יגרע ממנו בגביתו, ושפיר כתבו הרמב"ם והמחבר שנתתפו שניהם, והיינו דשניהם גבו את הקרקע כל אחד בחוב שלו, כמש"נ, ולכן כתבו שנתתפו ולא חולקים, דלשון שנתתפו מגיד לנו ששניהם שוים, כמש"נ, ומה יעשו אחר כך יבורר בהלכות שותפין, או יעמדו בשותפתם או יחלוקו. ומוכן שפיר למה לא כתב הרמב"ם דאם אית ליה זוזי ללוקח יכול לסלקו לבעל חוב בזווי, ואיברא דבאמת דינא הכי, כנ"ל, הרי הלכה זו מתקיימת אפילו לא היה יכול לסלקו בזווי, דלעולם דינא הוא דלוקח גובה גריוא דארעא לחצי שבחו, כמש"נ, ואין זה מבואר בגמרא, אלא סברת הרמב"ם הוא והעתיקו המחבר.

והוסיף הרמ"א דהוא הדין היכא דמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא דיכול הלוקח לתבוע גריוא דארעא, וזהו דינא דגמרא, והמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא אין ללוקח שום שעבוד על השבח, ולא הוקבע שעבודו של המלוה באופן שישתעבד גריוא דארעא שיעור שבחא להלוקח, כמש"נ, ואין ללוקח אלא תביעת ממוני גבך להמלוה, ובוזה אמרינן דאם לא היה לוקח יכול לסלקו לבעל חוב בזווי אין מגיע לו אלא דמים, ואם היה יכול לסלקו בזווי יכול לתבוע שיתן לו גריוא דארעא שיעור שבחא, והביא הרמב"ם דין זה בהל"ז לגבי יתומים ככהאי גונא שהשביחו היתומים ואין לבעל חוב שעבוד אלא על גוף הקרקע, והוא הדין בלוקח היכא דמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא, וחדא מלתא נינהו, ואין דין זה נלמד מהלכה הקודמת כשלוקח גובה חצי שבת, כמש"נ.

שהוא הדין אם לא היה דמי החוב רק נגד הקרן ולא נגד השבח שאז נשאר כל השבח ללוקח נמי דינא הכי, ודוקא שלא עשאו אפותיקי, אבל אם עשאו אפותיקי גובה בעל חוב אף בשבח רק שנתן ללוקח הוצאותיו וכו' עכ"ל יעו"ש. והקשה עליו הש"ך ס"ק כ"ד וז"ל: וכן הוא בעיר שושן ולא ידעתי למה כתבו בלשון זה, דהא דין זה פשוט בש"ס ואין חולק עליו, ואדרבא הך דינא דלעיל נלמד מזה עכ"ל יעו"ש. עוד הקשה הש"ך ס"ק כ"ג וז"ל: ישתתפו בה שניהם, הוא לשון הרמב"ם, ואין לשון זה מדוקדק, ואדרבא איפכא הוה ליה למימר חולקים כדלקמן סי' קע"א וכו' עכ"ל יעו"ש.

ונראה דהנה באמת אין הלכה זו שכתבו הרמב"ם והמחבר בדיוק כאוקימתא דגמרא, דבגמרא מיירי דלא מסיק ביה בעל חוב אלא כשיעור ארעא ולא שבחא, ואין בדינו לגבות אלא גוף הקרקע בלבד, ואלא דאדוק לגוף הקרקע שבחא שעלה ממילא או שהשביח הלוקח, ואין הבעל חוב יכול ליטול שבח זה שזכה בו הלוקח בלי לשלם לוקח, דהא ממונו גביה, לזה אמרינן בגמרא דאם דינא הוא דאין לוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי מכל הקרקע אז יכול בעל חוב לעלות השבח הלוקח בדמים, אבל אם דינא הוא דלוקח היה יכול לסלק לבעל חוב מכל הקרקע אילו היו לו זוזי, אז יכול לתבוע שיתן לו על כל פנים גריוא דארעא שיעור שבחא.

אולם הלכה של הרמב"ם מיירי דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, אלא דאינו נוטל כל השבח שהרי גם לוקח אית ליה שעבוד על השבח, ולכן כל אחד נוטל חצי שבח, והשתא אם הלוה נתן ללוקח שעבוד על השבח שיוכל לגבות ממנו אחריות מכירתו, הרי בודאי נתן לו שעבוד על גריוא דארעא שיעור שבחו, שהרי איזה שעבוד הוא זה לגבות ממה שהושבחה הקרקע על ידי חרישה וזיבול, והלא אין זה דבר מוחשי שיוכל לגבות ממנו, ועל כרחך הוקבע השעבוד של הלוקח על גריוא דארעא שיעור שבחא, שזהו דבר שיכול לגבות, ומתחלה כששעבד הקרקע להבעל חוב שייר בה שיוכל

ומבואר מדברי הרמב"ם דבעל אפותיקי יכול ליטול שבח בשני אופנים, חדא הוא מדין דאיקני, דכשהלוה נתן לו שעבוד על שדה האפותיקי נתן לו נמי שעבוד של אפותיקי על כל שבח שיצא משדה זו, ומדין דאיקני אינו יכול ליטול אלא חצי שבח, כדאיתא בכבא בתרא (דף קיג:) יעו"ש, דהרי גם הלוקח יש לו שעבוד על השבח מדין דאיקני לגבות משום אחריות השדה שנטרפה ממנו, ואע"ג דבעל חוב יש לו אפותיקי ולוקח יש לו סתם שעבוד, כיון דחלים בבת אחת כשבא השבח לעולם אין לכל אחד אלא חצי שבח.

ובאופן אחר יכול ליטול השבח מדין ארעאי אשבח, דכיון דאלימ שעבוד אפותיקי והוי כמכורה הרי השבח היוצא מן השדה ידידיה מדין ארעאי אשבח, ולכאורה היינו כשיטת התוס' בכבא מציעא (דף טו:) בד"ה הא דלא מסיק אלא שיעור ארעא וז"ל: תימה כיון דלא מסיק אלא שיעור ארעא אמאי נוטל שבח היתר על היציאה וכו', ולפי המסקנא דמוקי באפותיקי אתי שפיר דאע"פ דלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא נותן לו היציאה ללוקח והשבח היתר על היציאה נוטל חנם כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות עכ"ל יעו"ש, וכ"כ הרא"ש שם, ועיימש"נ בש"ט פי"ט.

ונפקא מינה בין שני האופנים לפי דברי הרמב"ם הוא, דאם נוטל השבח מדין דאיקני אינו נוטל אלא חצי שבח אבל אינו משלם יציאות, ואם נוטל השבח מדין ארעאי אשבח נוטל כל השבח, דקדם דינו לדין הלוקח, אבל צריך לשלם יציאות ללוקח כדין כל יורד, והברירה ביד בעל האפותיקי, אם היציאות מועטות או כדאי לו ליקח כל השבח ולשלם ללוקח יציאותיו, ואם היציאות מרובות או כדאי לו ליקח רק חצי שבח בלי לשלם לו בעד יציאותיו כלום, ויכול לעשות כטוב לו.

אכן טובא יש לדקדק בדברי הרמב"ם, דאם ס"ל להרמב"ם דבעל אפותיקי דמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא יכול ליטול שבח מדין ארעאי אשבח יותר על סכום החוב, וכמו שכתבו התוס' והרא"ש, כנ"ל, היה לו ליכתוב הלכה זו בפירוש לחלק בין מסיק ביה שיעור ארעא

ובמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא יש לחלק בין שעבוד גרידא לאפותיקי, כמו שכתב הרמ"א, דכיון דאין לוקח יכול לסלקו לבעל אפותיקי בזווי אינו נוטל גריוא דארעא, אבל כשגבו שניהם חצי שבח אין לחלק בין שעבוד גרידא לאפותיקי, דאע"פ שאינו יכול לסלק לבעל אפותיקי בזווי מכל מקום נוטל גריוא דארעא, דהא שעבודו ושעבוד הבעל חוב באו בבת אחת, ולא איכפת לן אם שעבוד הבעל חוב אלימ, וה"ז כמו שני בעלי חוב שחלו שעבודם בבת אחת, כגון שנכתבו שטרותיהם ביום אחד וכאו לגבות בבת אחת דחולקים ביניהם, כמו שכתב הרמב"ם לעיל פ"כ הל"ד, יעו"ש, ואין נפקא מינה אם האחד יש לו שעבוד גרידא והאחד יש לו אפותיקי, וכמו כן נמי בבעל חוב ולוקח שבאו לגבות השבח, ומה שכתב הרמב"ם בהל"ו דנוטל דמי השבח מן הטורף, היינו כשאין שמו עליו על הגריוא דארעא, כמו שכתב הרמב"ם בסוף הל"ה דעלה קאי, אבל בשמו עליו נשתתפו שניהם, ואע"ג דאינו יכול לסלקו בזווי כמש"נ, ורק בהל"ז הביא הרמב"ם דינא דמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא, והתם אינו נוטל גריוא דארעא אלא כשיכול לסלקו בזווי, ולכן באפותיקי אינו נוטל גריוא דארעא, אלא בעל האפותיקי מעלה את השבח בדמים, וכמש"נ.

פרק כט

בו יבואר שיטת הרמב"ם דבעל אפותיקי יכול לגבות חצי שבח מן הלוקח בלי לשלם הוצאותיו ויכול נמי לגבות כל השבח בטענת ארעאי אשבח ואז משלם הוצאותיו.

[רמב"ם פכ"א מ"זה וז"ה הל"ו] כתב הרמב"ם וז"ל: היתה השדה אפותיקי בעל חוב נוטל את כולה, ורואין חצי השבח הנשאר ללוקח אם היה חצי השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבעל חוב, שהרי אומר לו בעל חוב שדי הוא שהשביחה, והנשאר לו מן השבח נוטל מן המוכר, ואם היה חצי השבח פחות מן ההוצאה אין לו מן הטורף אלא דמי חצי שבח וחוזר וגובה מן המוכר חצי השבח שנטרף בלבד עכ"ל יעו"ש.

מגוף הקרקע שיצא ממנו, ועל הגוף אין לו קנין גמור אלא שעבוד אפותיקי, ואע"ג דאלימ שעבודה והוי כמכורה, מכל מקום לא נעשה קנין גמור עד שגובהו בפועל, וקודם הגביה יכול הלזה לסלקו בזווי, ולמה יקנה קנין גמור בהשבח, אלא כונתו דשעבוד אפותיקי שעל גוף הקרקע מתפשט גם להשבח וקונה שעבוד אפותיקי גם על השבח, והיינו מאי דקאמר ארעאי אשבת, דבשעבוד גרידא אין השעבוד מתפשט להשבח אלא בשבחא דממילא ולא בבא מחמת הוצאה, ועיימש"נ בש"ט פ"ד, אכן שעבוד האפותיקי אלימ כל כך שהוא מתפשט אפילו לשבחא דמחמת הוצאה.

ונמצא לפי זה דבאפותיקי אית ליה לבעל חוב שני שעבודים על השבח, או מדין ארעאי אשבת, שהשעבוד על הגוף נתפשט אל השבח, או מדין דאיקני, שהלזה נתן לו שעבוד אפותיקי מיוחד על השבח שיצא מן השדה האפותיקי, והברירה ביד בעל אפותיקי להחליט באיזה שעבוד בא לגבות מן הלוקח, אם בא לגבות מדין ארעאי אשבת, דהיינו מכח השעבוד שעל הגוף שנתפשט להשבח, הרי קדם שעבוד לשעבוד הלוקח דלא הוי אלא מדין דאיקני, ולכן בעל אפותיקי גובה את כל השבח, ואם בא לגבות מדין דאיקני הרי לא זכה בשעבוד זה בפועל אלא כשהשבח בא לעולם, וגם הלוקח יש לו אז שעבוד על השבח לחיוב אחריות שיבא כשיגבה הבעל חוב, דיכול לשעבד נכסים קודם חלות החיוב, ועיימש"נ בש"ט פכ"ב, ונמצא דכשהושבחה הקרקע באו שעבוד האפותיקי של הבעל חוב ושעבוד סתם דהלוקח בבת אחת, ואין לאחד קדימה על חברו, ונוטל כל אחד חצי שבח.

והרי בסכום הגביה בודאי עדיף לבעל האפותיקי לגבות מדין ארעאי אשבת דנוטל כל השבח, מלגבות מדין דאיקני דאינו נוטל אלא חצי שבח, אלא דהכל תלוי בסכום ההוצאות, שהרי אם גובה מכח שעבוד הראשון שנתפשט להשבח נתן הוצאות ללוקח, ואם גובה מדין דאיקני אינו נתן הוצאות.

ומעמא דמלתא נראה לפי שיטת הרמב"ם דהא דבעל חוב נתן הוצאות ללוקח מדין

ושבחא ובין לא מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, כמו שמחלק בגמרא שם. ועוד קשה דאם קונה השבח מדין ארעאי אשבת אם כן מיד כשבא השבח לעולם קנאו בעל האפותיקי, שהרי אינו יכול לסלק עצמו מזכות שכבר יש לו, כדמבואר בכתובות (דף פג.) יעו"ש, וכיון שקנאו נתחייב ביציאות מדין יורד, והיאך יכול ליקח השבח מדין שעבוד דאיקני מאחר שכבר קנאו מדין ארעאי אשבת.

ויתר על כן קשה דהרי הרמב"ם לעיל שם הל"א פסק כשיטת הגאונים דבעל חוב משלם ללוקח כל היציאות ונוטל חצי שבח היתר על ההוצאה, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ט פכ"ז, ואם כן למה פסק דבעל אפותיקי יכול ליטול חצי שבח בלי לשלם ללוקח הוצאות כלל, ולמה לא יצטרך לשלם ללוקח הוצאותיו מדין יורד כמו כל בעל חוב הגובה חצי שבח, ועיין בהשגות הראב"ד ובמגיד משנה ובלחם משנה שנתקשו בדברי הרמב"ם, יעו"ש.

ונראה דהרמב"ם פליג על דברי התוס' והרא"ש דבעל אפותיקי יכול ליקח שבח חנם מדין ארעאי אשבת, ואע"ג דהוי יתור על כדי חובו, כנ"ל, ולמד דבדברי רש"י שם דהא דקאמר בברייתא דבמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא בעל חוב נתן יציאות ללוקח היינו דמחזיר לו כל השבח, דאינו יכול לגבות יותר מכדי חובו, והא דקרי ליה יציאות הוא לאשמועין דהיכא דיציאה יתירה על השבח אין לו אלא יציאה שיעור שבח, יעו"ש, ולכן לא הביא הרמב"ם דין מסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא, דהא מילתא דפשיטא דאינו יכול לגבות יותר מכדי חובו, וגם לא הוצרך להביא דאם היציאה יתירה על השבח אינו נתן לו אלא יציאה שיעור שבח, שהרי כבר כתב הרמב"ם כל דיני יורד בארוכה בפ"י גזילה ואבידה יעו"ש, וכל דברי הרמב"ם בפרק זה הם במסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, כמו שמבואר בהלכות הקודמות, וגם בהלכה זו מיירי דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא.

ומה שכתב דבעל האפותיקי יכול לתבוע השבח בטענת שדי הוא שהשביחה אין כונתו שקנה אותו קנין גמור, דלמה יהא עדיף השבח

וממילא נעשה עוד חלק מן החוב כפרוע, אין זה נחשב שהירידה היתה לטובת הלוה, שהרי הוא לא נתכוון לעשות מעשה פרעון על ידי השבח, אלא שנעשהו כפרוע ממילא, בזה אמרינן דירידת הלוקח היתה בעיקר לטובת הבעל חוב, שהרי הוסיף לו נכסים משועבדים, ותביעתו מדין יורד היא להבעל חוב וצריך ליתן לו הוצאותיו, ולכן אם ההוצאות מרובין יותר נח לו להבעל חוב לגבות חצי שבח מדין שעבוד דאיקני, דיש בזה מעשה פרעון להדיא וחיוב ההוצאות על הלוה ולא על הבעל חוב, כמש"נ, ואם ההוצאות מועטין יותר נח לו לגבות מדין שעבוד שבא לו על ידי ארעאי אשבח שנוטל כל השבח ומשלם ההוצאות.

פרק 5

בו יובא ספק הקצות החושן אם בעל חוב גובה שבח מקרקע שכבר נמכרה בשעת ההלואה ואין לו שעבוד בה, ויבואר דלוקח גובה אחריות משבח קרקע אע"ג דאין לו שעבוד בגופה.

[ח"מ סי' קט"ו פעי' א'ן] כתב הקצות החושן בסק"ג וז"ל: ויש להסתפק ראובן לזה משמעון בניסן, ומכר ללוי באייר, ובסיון חזר ולוה מיהודה, והשבח בא אחר כל ההלואות, כגון שהשבח נעשה בתמוז, אם יהודה נוטל חלק משבח זה, כיון דשבח זה בא אחר הלואתו הוה ליה לזה ולוה דחולקין בין שלשתן. אמנם לענ"ד נראה דהשבח לא משתעבד רק למלוה שלוה קודם המכירה של השדה ללוקח, אבל למלוה שלוה אחר המכירה לא נשתעבד השבח, והיינו משום דמדינא אין השבח משתעבד כלל למלוה אפילו אית ליה דאיקני, וכאשר יבואר לפנינו אי"ה, דהא מעולם לא קנה הלוה את השבח, אלא משום נעילת דלת עשאוה, כמו שכתב הרא"ש בפרק קמא דמציעא אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, משום דלא תנעל דלת בפני לוין אלמוה רבנן לשעבודא דבעל חוב שלא יפסיד כלל ממה שמכר הלוה קרקע המשועבד לו ויגבה השבח מן הלוקח כמו שהיה גובהו אילו היה ביד הלוה וע"ש, ואם כן דוקא בקרקע המשועבד לבעל חוב עשאו לשבח כאילו היה

יורד כשגובה את השבח, היינו משום דירידת הלוקח היתה בעיקר לטובת המלוה, שהרי על ידי הירידה קנה המלוה עוד שעבוד שלא היה לו מקודם, דהא השבח נשתעבד לו, אבל הלוה לא הרויח מידי על ידי הירידה, שהרי לא נפרע החוב ולא נתמעט החיוב המוטל עליו, וכל מה שהרויח הוא שהשתא עלול יותר שימצא המלוה מקום גביה מנכסים משועבדים, ואז יהא החוב פרוע ולא יבא הבעל חוב לתבוע ממנו עוד, אכן באשר הוא שם לא הרויח דבר מוחשי על ידי הירידה, ולכן יותר אמרינן שהירידה היתה לצורך הבעל חוב שזכה בעוד שעבוד על ידי הירידה, ותביעת הלוקח מדין יורד היא להבעל חוב וצריך ליתן לו הוצאות.

ובזה חלוק שעבוד אפותיקי משעבוד סתם, דכשנותן הלוה להבעל חוב שעבוד אפותיקי הרי זה נחשב כמעשה פרעון, שהרי שדה האפותיקי כמכורה לבעל חוב ואינה מחוסרת אלא גוביינא, והרי חובו כפרוע מיד, ורק דמחוסר גוביינא ולכן יכול לסלקו בזווי, ועיימש"נ בש"ה פי"ג, ולכן אם נתן הלוה שעבוד אפותיקי מדין דאיקני על שבח שיצא מן הקרקע, הרי מיד כשבא השבח לעולם נחשב שהלוה עשה מעשה פרעון על ידי מה שנשתעבד השבח להבעל חוב, ואם הוציא הלוקח הוצאות להשביח הקרקע הרי ירידתו היא לטובת הלוה, דירידתו מקיימת מעשה פרעון של הלוה, והרי הלוה מרויח מיד על ידי ירידת הלוקח, ולכן עיקר דין יורד דידיה הוא לגבי הלוה, דאדעתא דלוה נחית, כמו שכתב הרי"ף, ולא דמי לשעבוד סתם דלא עשה כלום מיד להלוה, ורק שקירב גבית המלוה, כמש"נ, אבל באפותיקי חל מעשה פרעון של הלוה על ידי ירידתו של הלוקח, ותביעתו מדין יורד היא לגבי הלוה ולא לגבי המלוה, כמש"נ, ומשום הכי אין הבעל חוב חייב ליתן לו הוצאותיו.

אכן אם בא המלוה לגבות את השבח מדין ארעאי אשבח, דהיינו שממילא נתפשט שעבוד אפותיקי שלו בגוף הקרקע אל השבח שיצא ממנו, הרי לא עשה הלוה מעשה פרעון להדיא על ידי השבח, ורק דעל ידי מה שנתפשט ממילא השעבוד על הגוף אל השבח שיצא ממנו,

פרק לא

בו יובא מחלוקת הסמ"ע והש"ך אם הא דאין בעל חוב גובה מפירות תלושים הוי משום דהוה ליה כמטלטלין או משום דגם לוקח הוה ליה בעל חוב וקדם גביתו לגבית המלוה.

[חו"מ סי' קמ"ז סעי' א'] כתב המחבר וז"ל: וכל הפירות שאכל הלוקח אינם נטרפים ממנו, אבל כל הפירות המחוברים לקרקע אע"פ שאינם צריכים לקרקע כענבין שהגיעו להבצר הרי בעל חוב גובה מהם כמו שגובה מן השבח עכ"ל יעו"ש. וכתב הסמ"ע סק"ח וז"ל: לאו דוקא שאכלם, אלא כל שאינם מחוברים עוד להקרקע הרי הוא כאילו קדם וגבה, וקיימא לן ליה ולוה ואחר כך קנה דאם הקדים אחד וגבה מה שגבה גבה, כמו שכתב הטור והמחבר בר"ס ק"ד עכ"ל. הרי שכתב הסמ"ע דהא דאין בעל חוב גובה מפירות תלושין שאצל הלוקח משום דהוה ליה לוקח כבעל חוב שקדם וגבה דמה שגבה גבוי.

והשיגו הש"ך בסק"ז וז"ל: ואין דבריו נכונים בעיני דאין ענין קדם וגבה לכאן, דהא אפילו מונחים עדיין שם אין בעל חוב גובה מהן כל שאין מחוברים לקרקע, אלא נראה לי הטעם דתלושים מטלטלין נינהו ובעל חוב אינו יכול לטרוף ממטלטלי וכו', וכן משמע בכל הפוסקים שהבאתי לעיל סי' צ"ה סעי' ב' ולקמן בס"ק שאחר זה שכולם למדו כן מהך דפרק נערה שנתפתה, ושם משמע דהיינו משום דמטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב ע"ש וכו' עכ"ל הש"ך, יעו"ש.

ויעו"ש בכתובות (דף נ:), ההוא דאתא לקמיה דרב יוסף אמר להו הבו לה מתמרי דעל בודיא, אמר ליה אביי אילו בעל חוב הוה כי האי גונא מי הוה יהיב ליה מר, אמר ליה דחזייה לבודיא קאמינא, סוף סוף כל העומד לגזוז כגזוז דמי, דצריכא לבודיא קאמינא יעו"ש. ומבואר משם דכל שהפירות כמטלטלין אין בעל חוב גובה מהן, ואפילו אם הפירות מחוברין ואינן צריכין לקרקע. ואע"ג דהמחבר כאן ס"ל דאם הפירות מחוברין ואין צריכין לקרקע בעל חוב גובה מהן, כבר עמדו על זה האחרונים דזה סותר לסוגיא דכתובות, והביאם הש"ך סק"ח,

ביד הלוה, אבל נגד מלוה שני שלוה אחר מכירת השדה ולדידיה לא נשתעבד מעולם גוף השדה גם בשבחו אינו נוטל, ולכן אין לו זכות בשבח כי אם המלוה והלוקח, דהלוקח מדינא אית ליה בשבחה והמלוה מדינא לית ליה, אלא דחכמים עשאו משום נעילת דלת שלא יפסיד המלוה כיון שמכר קרקע המשועבד לו, אבל למלוה שני דלא נשתעבד גוף השדה גם השבח לא נשתעבד ואוקמה אדינא דמדינא לא משתעבד כלל כיון דלא קנאו הלוה מעולם וכו' עכ"ל הקצות החושן, יעו"ש.

ומה שכתב דלא תיקנו חכמים שיחשב כאילו הושבח ביד הלוה משום נעילת דלת אלא לגבי זה שהיה לו שעבוד בגוף הקרקע, אין כונתו בזה שתיקנו שלא יוגרע כחו משום מכירת הקרקע המשועבדת לו, שהרי אין בזה גרעון כח, דמה שהיה השבח משועבד למלוה אילו היה השבח נעשה אצל הלוה אין זה נובע משעבוד המלוה בגוף הקרקע, אלא שעבוד חדש הוא מדין דאינני, ונמצא דאין המכירה מגרעת כח המלוה כלל בעצם שעבודו, אלא כונתו לומר דסברא בעלמא היא, דאם יש לו שעבוד בגוף הקרקע אז אמרינן דאם לא יוכל לגבות גם השבח לא ירצה להלוות, והרי אתה נועל דלת בפני לוי, אבל אם מעולם לא היה לו שעבוד על גוף הקרקע אין כאן שום נעילת דלת במה שאין לו דין לגבות משבח הקרקע.

ומה שכתב דלוקח מדינא אית ליה שבח, הוצרך לכך משום דלכאורה הלוקח הוי כמלוה שני, שהרי הוא בא לגבות אחריות לגוף הקרקע מן שבח הקרקע, ואין שעבוד דהך אחריות אלא על השבח ולא על הגוף, דאין דבר אחראי למכירת עצמו, ועיימש"נ ש"י פ"י, ונמצא דגובה מן השבח אע"ג דאין לו שעבוד על הגוף, לכן כתב הקצות החושן דלוקח היה צריך לעמוד בשבחו מעיקר הדין, שהרי אצלו הושבח, אלא דתיקנו חכמים שיחשב כאילו הושבח אצל הלוה, והרי גם על צד זה גובה שבח מן הלוה, ונמצא דממ"נ הדין עם הלוקח ליטול השבח, ומשום הכי גובה מן השבח אע"ג דאין לו שעבוד על גוף הקרקע.

חסרוני, לכן כתב הסמ"ע דהכא אין לבעל חוב תביעה כלל על הלוקח, דהרי גם הלוקח הוה ליה בעל חוב כאן, ולוה ולוה וקנה וקדם אחד וגבה מה שגבה גבוי.

וההיא דכתובות נמי יש ליישב על פי מה שכתב הש"ך בסקי"ח שהביא קושית האחרונים על הרמב"ם והמחבר, כנ"ל, דס"ל דבעל חוב גובה מפירות מחוברים אע"ג דאינם צריכים לקרקע, ובכתובות מוכח דאינו גובה דהוה להו כמטלטלין, ותיירץ הש"ך דבעל חוב יכול לומר לאו אדעתא דלמתלשינהו, אמנם כל זה הוא כשגובה גם גוף הקרקע, אבל בההיא דכתובות דגובה רק הפירות על כרחך עומדים לתלישה והוה ליה כמטלטלין, ולפי זה יש לומר דהתם פקע השעבוד ממילא בשעה שאינם צריכים תו לקרקע, ומשום הכי סגי בטעמא דכמטלטלין דמי, אבל הכא דלאו כתלושין דמי הואיל ובעל חוב גובה גם גוף הקרקע, אם כן לא נעשו כמטלטלין להפקיע שעבוד בעל חוב עד שבא הלוקח ותלשם ונטלם עצמו, ובההיא שעתא יכול הבעל חוב לתבוע ממנו בטענת אכלת חסרוני, לכן הוצרך הסמ"ע לטעמא דקדם וגבה.

פרק לב

בו יובא מחלוקת הגידולי תרומה והש"ך אם לוקח נוטל חצי שבח משום אחריות הקרן או משום אחריות השבח, ויוביח דהש"ך אויז' לשיטתו דלא בעינן המוכר עודנו חי כשהושבח.

[חוי"מ סי' קמ"ו פט"ו פט"ו] כתב המחבר וז"ל: ואם השביחו מחמת הוצאה טורף חצי השבח היתר על ההוצאה וכו', וחוזר הלוקח וגובה הקרן מנכסי המוכר אף מהמשועבדים שמכר או נתן מאחר זמן שמכר לו השדה, אבל השבח שטרף ממנו בעל חוב אינו גובה אותו מנכסי המוכר אלא מבני חורין עכ"ל יעו"ש.

וכתב הש"ך סקי"ב וז"ל: יש לי כאן מקום עיון דלפי מאי דמשמע מפשטא דש"ס ופוסקים והטור חוזר וגובה כל הקרן מנכסים משועבדים, ואמאי הא כבר גבה חצי השבח, וגם ראיתי בספר גידולי תרומה שהתעורר בזה שכתב

אמנם הא מיהא חזינן דעיקר הנידון הוא אם הפירות חשיבי כמקרקעי או כמטלטלין, ואם כן היכא דתלש הלוקח למה ליה להסמ"ע לטעמא דקדם וגבה, ולמה לא מספיק ליה בטעמא דהוה להו כמטלטלין, וכמו שכתב הש"ך, כנ"ל.

והנה עיין בבבא קמא (דף כ), הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר או אין צריך, היכי דמי, אילמא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, זה נהנה וזה לא חסר וכו'. וכתבו התוס' וז"ל: אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר הוה מצי למימר דפטור, כיון דלא נהנה, אע"פ שגרם הפסד לחבירו, דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא עכ"ל יעו"ש. אבל הרא"ש פליג וז"ל: ורב אלפס ז"ל כתב אבל בחצר דקיימא לאגרא צריך להעלות לו שכר, ואע"ג דלא עביד למיגר, דהא חסריה ממונא וכו', ומיהו כבר הוכחתי שעל החסרון אין חייב דלא הוה אלא גרמא בעלמא, ואי איכא לחיוביה מהאי טעמא איכא לחיוביה משום שאכל חסרונו של זה, ולא דמי לנועל ביתו של חבירו שלא בא לידו כלום, או המוביר שדה של חבירו שלא בא לידו כלום מחסרון חבירו, אבל זה אע"ג שלא נהנה שהיה מוצא דירה אחרת בחנם, מכל מקום השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד וכי", עכ"ל הרא"ש, יעו"ש, וכן פסקו הרמב"ם בפ"ג גזילה ואבידה הל"ט והמחבר בסי' שס"ג סעי' ו', יעו"ש. וס"ל להנך שיטות דאע"ג דמצד נהנה אין לחייבו דהא הוה ליה גברא דלא עביד למיגר, וגם מזיק לא הוה אלא גרמא בעלמא, מכל מקום כיון שחסר לחבירו כמה שנטל חייב משום אכילת חסרונו.

ונראה דלפי זה מבוארים דברי הסמ"ע בדידן, דאין הכי נמי דכשתלש הלוקח הפירות ונטלם לעצמו פקע מעליהן שעבוד המלוה, דמטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב, מכל מקום יכול הבעל חוב לומר ללוקח אכלת חסרוני, דאע"ג דאין אתה חייב משום מזיק כמה שהפקעת שעבודי על ידי תלישת הפירות, מכל מקום הרי נהנית בתלישת הפירות שנטלתם לעצמך, וגם יש לי חסרון בזה שנפקע שעבודי, ונמצא שאכלת חסרוני ואתה חייב לשלם לי

גובהה כנגדו מנכסים משועבדים וכל השאר גובה מנכסים בני חורין בלבד.

והביא הגידולי תרומה ראייה לכך, דהנה הא דלוקח נוטל חצי שבח, היינו משום דגם הוא חשיב כמלוה של המוכר מכח חיוב אחריות, והיכא דלוה ולוה ואחר כך קנה חולקים שני המלוים, כדאיתא בכבא בתרא (דף קנ"ו: יעו"ש, והשתא בשלמא אם גבית הלוקח מן השבח הוי בשביל אחריות הקרן, הרי אותו חיוב היה מוטל על המוכר גם קודם שבא השבח לעולם, והוה ליה לווה ולוה וקנה וחולקים, אבל אם גביתו הוי בשביל השבח עצמו, הרי אין חיוב אחריות חל על המוכר עד אחר שבא השבח לעולם ונחשב כנכנס לרשות המוכר ומכרו ללוקח, ואם כן הוה ליה כלוה וקנה ולוה דמלוה ראשון גובה ולא מלוה שני. אבל הש"ך פליג וס"ל דחיוב אחריות חל על המוכר בשעת מכירה אפילו לגבי השבח, ואע"ג דליכא עדיין חיוב בפועל, מכל מקום גם לגבי הקרן ליכא עדיין חיוב בפועל, ומכל מקום חשיב שכבר נתחייב מיד בקבלת אחריות בשעת מכירה, והוא הדין נמי לגבי השבח, דמיד בשעת המכירה כבר נתחייב המוכר באחריות השבח, וגם לגבי אחריות השבח הוה ליה כלוה ולוה וקנה, ונוטל לוקח חצי השבח.

אולם סברת הגידולי תרומה בזה היא דלא שייך חיוב אחריות בעד השבח בשעת המכירה, דהרי הא דבעל חוב גובה היינו משום דחשבינן ליה כקנאו מוכר ומכרו ללוקח, ואם קנאו מוכר הרי כבר נגמרה ונסתלקה מכירה ראשונה של השבח, שהרי חזרה למוכר בקנין ונסתלק הלוקח ונתבטל חיוב האחריות, והשתא דחשבינן ליה כמכרו ללוקח הרי מכירה חדשה אנו רואים כאן ובעינן לכך קבלת אחריות מחדש, דמה לי בקבלת אחריות שבשעת מכירה בנוגע למכירה חדשה זו שלפנינו, ואף אם בשעת מכירה ראשונה קיבל חיוב אחריות בשביל שבח שעתידי למכור לו במכירה שניה אין בכך כלום, דאף אם חיוב אחריות יכול לחול קודם שיבא השבח לעולם, היינו משום שכבר עשה הקנין, אבל היכא דגם הקנין עצמו עדיין לא נעשה אין חיוב אחריות חל עליו אלא משעת הקנין, ושפיר

בשער ג' ח"ו ריש דף כ' וזה לשונו, קשה דהא ודאי מאי דחשבינן ללוקח כמלוה אחר בהדי בעל חוב, היינו ודאי בעבור אחריות מוכר הקרקע שבעל חוב טורף ממנו בשביל הלואתו וכו', דפשיטא דלא יעלה על הדעת לומר דהאי חצי השבח הנשאר ללוקח הוא בשביל השבח עצמו, דהא מטעם לווה ולוה וקנה קא אתינן עלה, וחשבינן לשבח כאילו קנאו עתה המוכר ומכרו ללוקח, ואי מחזיק ביה ללוקח בשביל עצמו הוי לגביה קנה ואחר כך לווה וזה פשוט ומבואר, אלא ודאי בשביל המעות הראשונות של עיקר המכר הוא עד כאן לשונו, אך מה שהוכיח דאי מחזיק בשביל השבח עצמו הוי ליה קנה ואחר כך לווה אין נראה לי, דהא כתב רשב"ם וכו' הטעם דלוקח נוטל חצי שבח, דהאי שבח הוי כאילו קנאו המוכר ומכרו ללוקח כו', אלמא דהיינו משום חיוב דהשבח עצמו מכור לו, דאם לא כן הוה ליה למימר כאלו שעברו המוכר ללוקח כו', ועוד דאי לא תימא הכי אמאי יתחייב המוכר לחזור ולשלם השבח ללוקח, אלא ודאי פשיטא דזכה בו הלוקח מטעם מכירה ואחריותו עליו, והמוכר בשעת מכירה מוכר ללוקח גוף הקרקע וכל השבח שעתידי לעשות וכו', ואם כן בכהאי גוונא הוה ליה נמי לווה על השבח מיד בשעת המכירה וכו' עכ"ל הש"ך יעו"ש.

והנתיבות המשפט סק"ה ביאר דברי הש"ך אבל לא זכיתי להבין ביאורו בקושיא ראשונה של הש"ך על דברי הגידולי תרומה, ואכתוב מה שנראה לי בעזהשי"ת בביאור דברי הגידולי תרומה והש"ך ויסוד מחלוקתם.

והנה הגידולי תרומה ס"ל דהא דלוקח חולק עם בעל חוב ונוטל חצי השבח, היינו בשביל אחריות שקיבל המוכר על הקרן ולא בשביל אחריות שקיבל בשביל כל שבח שיעלה, ונפקא מינה בדבר, דהרי אין לוקח גובה אחריות שבחו אלא מנכסי בני חורין בלבד, ונמצא דאם נוטל חצי השבח בשביל אחריות השבח, עדיין יכול לגבות כנגד כל סכום הקרן אפילו מנכסים משועבדים, אבל אם נוטל חצי השבח בשביל אחריות הקרן, לא נשאר אלא מקצת סכום הקרן

הוצרכו לתקן דהוי כמאן דחזר ומכרו ללוקח, דאם לא כן ליכא סיבת גבית אחריות, דכל גביתו הוי משום שהבעל חוב גובה ממנו השבח, ועל כרחק בעינן שיהא השבח בידו, אבל אם גובה בשביל הקרן שהיה בידו ונטלו בעל חוב לא הוצרך בשביל כך לתקן שגם השבח חזרה ליד הלוקח, ואין לדחות דהוצרכו לתקן שהשבח חוזר ליד הלוקח כדי שלא יפסיד הלוקח שבחו ויוכל לגבות מאחריות המוכר, ואם לא יוחזר לו השבח ולא נחשיבנו כמאן שניטל ממנו היאך יגבה מן המוכר להשלים הפסד, זה אינו, דהרי לעולם יכול לגבות ממונו מן המוכר, דאם חשבינן להשבח כמאן דהוחזר ללוקח וניטל ממנו, אם כן גובה השבח מן המוכר משום חיוב אחריות, ואם לא חשבינן ליה כהוחזר אלא כנמכר למוכר בלבד, אם כן גובה מן המוכר דמי מכר ותשלומי השבח שנמכר לו יצריך לשלם בשבילו, ונמצא דבין כך ובין כך לא יפסיד הלוקח שבחו, ואם כן למה תיקנו דהוה ליה כקנאו מוכר וחזר ומכרו ללוקח.

ומוכח מזה דגבית הלוקח מן השבח הוי בשביל השבח עצמו, ולכן הוכרחו רבנן לתקן דאחר שקנאו מוכר חזר ומכרו ללוקח, דאם עדיין נשאר השבח ביד המוכר וגובה ממנו הלוקח דמי ממכרו הרי לא בא חיוב זה עד אחר המכירה, דהמכירה הוא הסיבה המחייבת חיוב זה, וחיוב המלוה בשביל חובו קדם למכירה, והוה ליה כלוה וקנה ולוה, ולא יגבה אלא מלוה בלבד, ולכן תיקנו דהוה ליה נמי כמאן דחזר ומכרו ללוקח, דהשתא הוי גביתו בשביל השבח משום חיוב אחריות ולא משום תביעת דמי ממכרו, וחיוב אחריות נמי קדמה למכירה לפי הש"ך כנ"ל, ושפיר הוה ליה כלוה ולוה וקנה דחולקים, אבל אם הלוקח גובה מן השבח בשביל הקרן לאיזה צורך הוצרכו לתקן דהוה ליה נמי כחזר ומכרו ללוקח, דאי משום הפסד השבח, הרי בין כך ובין כך יגבה דמי השבח מבני חורין דמוכר, כמש"נ, כן נראה לי כונת דברי הש"ך בקושיתו הראשונה.

ומה שהקשה הש"ך בקושיתו השניה כבר נתבאר בדברי הנתיבות המשפט הנ"ל, דר"ל דאם כדברי הגידולי תרומה דאין חיוב

קאמר הגידולי תרומה דנמצא דהוה ליה כלוה וקנה ולוה, דאין חיוב אחריות על השבח חל עד שחזר ומכרו ללוקח, ובההיא כבר חל שעבוד המלוה.

אכן נראה דהש"ך דפליג וס"ל דשפיר יכול לקבל עליו חיוב אחריות שיחול עליו מיד בשעת מכירה אף לגבי שבח שעדיין לא בא לעולם, אזיל בזה לשיטתו, דהנה בהמשך סעיף זה הביא הרמ"א שיטת הנמוקי יוסף דאין בעל חוב גובה אלא שבח ששבחו הנכסים בעוד המוכר חי, והיינו טעמא משום דכיון דחשבינן ליה כמאן דקנאו מוכר ומכרו ללוקח בעינן לזה שהמוכר בעולם, ועיימש"נ בש"ט פ"ה, אבל הש"ך שם סקט"ז פליג על כך וס"ל דאף אם אין המוכר עודנו חי בשעת ששבחו הנכסים גובה בעל חוב מן השבח, וז"ל: ומכל מקום גם בזה לא נהירין דברי הנ"י לפענ"ד, דאטו אנן אמרינן שקנאו המוכר, והלא לא קנאו המוכר מעולם, אלא דאמרינן כיון דשבח זה אתי מארעא דיליה הוה ליה כאילו קנאו מוכר דהא מארעא דיליה אתי, ואם כן מה לי שהמוכר חי או מת, סוף סוף ארעא דיליה אשבח וכו' עכ"ל יעו"ש. והיינו דלא תיקנו חכמים שהמוכר יקנה השבח ושוב יחזור ללוקח, אלא אלמוה רבנן לשעבודיה דמלוה שיכול לגבות מן הלוקח כאילו קנאו מוכר ומכרו ללוקח, ואם כן עדיין מכירה ראשונה קיימת ושפיר יכול לקבל עליו אחריות על השבח בשעת מכירה, אבל הגידולי תרומה אזיל בשיטת הנמוקי יוסף דחכמים תיקנו דהשבח עובר בפועל למוכר וחוזר ללוקח, ונסתלקה מכירה ראשונה והשתא הוי מכירה שניה, ומשום הכי אין חיוב אחריות על השבח חל מעיקרא, ושפיר קאמר דהוה ליה ליה וקנה ולוה.

והקשה הש"ך על הגידולי תרומה דאם אתה אומר דגבית הלוקח מן השבח הוי בשביל עצמו אם כן למה הוצרכו רבנן לתקן דחשבינן לשבח כקנאו מוכר ומכרו ללוקח, ולמה לא יספיק לומר שקנאו מוכר סתם והלוקח יש לו שעבוד על השבח בשביל הקרן כמו דמלוה אית ליה שעבוד על השבח בשביל חובו, ובשלמא אם לוקח גובה בשביל השבח שפיר

הרי אדעתא דמוכר נחית ולמה גובה מבעל הקרקע.

וּנְרָאָה דבודאי הפסיד הלוקח זכותו לגבות מבעל הקרקע הואיל ואדעתא דמוכר שקיבל עליו אחריות נחית, אולם עדיין המוכר עצמו יש לו זכות לגבות הוצאות מן הנגזל מדין יורד, דזה הלוקח בא מכחו דמוכר, ועיימש"נ בש"ח פ"ב, והיה צריך להיות הדין דמוכר גובה הוצאות מן הנגזל, והא דאינו גובה משום שלא מתחת ידו הוציאה הנגזל, אבל אילו הוציאה הנגזל מתחת ידו דמוכר היה צריך לשלם לו הוצאות אפילו אם הלוקח הוציא ההוצאות ולא המוכר, ובזה אמרינן דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, דאע"ג דאין הלוקח יכול לגבות הוצאות מן הנגזל מדין עצמו הואיל ומתחלה אדעתא דמוכר נחית ולא אדעתא דמרא דארעא, מכל מקום שפיר יכול לגבות הוצאות מן הנגזל מדין המוכר שלא הפסיד זכותו, שהרי הלוקח בא בכל זכות שיש לו להמוכר, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

פרק לד

בו יבואר קושית הש"ך ע"ל הנך שיטות דלוקח מחזיק בחצי שבח בשביל אחריות השבח עצמו מהא דאין מוציאין לשבח קרקעות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם.

[ח"מ סי' קמ"ז סעי' א'] כתב המחבר וז"ל: ואם השביתו מחמת הוצאה טורף חצי השבח היתר על ההוצאה וכו' וחוזר הלוקח וגובה הקרן מנכסי המוכר אף מהמשועבדים שמכר או שנתן אחר זמן שמכר לו השדה, אבל השבח שטרף ממנו בעל חוב אינו גובה אותו מנכסי המוכר אלא מבני חורין וכו' עכ"ל יעו"ש.

וְהַנְּהָה הא דבעל חוב גובה חצי שבח מבואר בב"ב (דף קנ"ג:) דהיינו טעמא משום דלוקח נמי יש לו שעבוד על השבח בשביל אחריות המכירה, והוה ליה כלוה ולוה וקנה דחולקין, ובש"ך סקי"ב הביא שתי דעות בזה, אם גבית הלוקח מן השבח הוי בשביל אחריות הקרן או בשביל אחריות השבח, ונפקא מינה בזה דאם הוי בשביל השבח עדיין יכול לגבות כל הקרן

אחריות לגבי השבח חל בשעת המכירה אלא בשעת שבא לעולם ונקנה למוכר וחזר ללוקח לא יחול עליו חיוב כלל דהרי באותה שעה ליכא קנין, ואין קנין קבלת אחריות בשעת מכירה ראשונה מועיל לעשות חיוב אחריות בשעת מכירה שניה העתידה לבא, ואפילו אם ברצונו לעשות כן, ודו"ק.

פרק ל"ג

בו יבואר הא דלוקח גובה הוצאות מנגזל מדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, אע"ג דמדין יורד גרידא אינו גובה דלאו אדעתא דמרא דארעא נחית אלא אדעתא דמוכר.

[ח"מ סי' קמ"ז סעי' א'] כתב הרמ"א וז"ל: הגה וי"א דאין הבעל חוב נותן לו ההוצאה כלל מאחר דהחוב שלו נגד הקרן עם השבח עכ"ל יעו"ש. וכתב הש"ך בסקי"י וז"ל: כבר כתבתי שכן עיקר, וכתבו הרי"ף והרא"ש והנמוקי יוסף דלא דמי ליורד שלא ברשות דנוטל הוצאה מבעל הקרקע, דהתם אדעתא דשקיל ממרא דארעא הוא דאשבח, אבל הכא לאו אדעתא דשקיל מבעל חוב הוא דעבד, אלא אדעתא דאי מפיך ליה בעל חוב מיניה הדר עליה דמוכר, שכך כותב מוכר ללוקח אנא איקום ואשפי ואדכי זביני אלין עמליהון ושבחהיהון וכו', ואע"ג דהמוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינו שלו נוטל הוצאה מנגזל כדלקמן סי' שע"ג, אע"ג דהתם נמי כותב לו מוכר ללוקח כך, שאני התם כיון דאילו הוציאה נגזל ממוכר גופיה היה מוכרח ליתן לו ההוצאה, אם כן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, מה שאין כן הכא שהמוכר חייב לבעל חוב כשיעור השבח וההוצאה כנ"ל, עכ"ל הש"ך יעו"ש.

וְקִשְׁיָה לי טובא דמה ענין דין מה מכר ראשון לשני כאן, גם בלי דין זה היה יכול הלוקח לגבות הוצאות מבעל הקרקע כדין כל יורד שלא ברשות דעלמא, ואלא דכיון דקיבל עליו המוכר אחריות אמרינן דלוקח אדעתא דלגבות ממוכר נחית וויתר על זכותו לגבות מבעל הקרקע, ואם כן מה אהני ליה דינא דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, סוף סוף

בגביתה, אבל הרמב"ם ס"ל דכיון דהשדה משועבדת למלוה אם כן כל מאן דגובה הך קרקע הוה ליה כמוציא מרשות המלוה, לכן דין משועבדים לה ולא דין בני חורין, ולמד הקצות החושן דקושית הש"ך היתה דהיאך יכול הלוקח לגבות חצי שבח בשביל אחריות השבח, הלא כיון דהמלוה יש לו שעבוד על השבח הוה ליה להשבח דין משועבדים, וקיימא לן דאין מוציאין משבח קרקעות מנכסים משועבדים, ואם כן היא כונת הש"ך נכונים דברי הקצות החושן דקושיתו מיוסדת על שיטת הרמב"ם, דלרבינו האי גאון לא קשה מידי, דאין שעבוד המלוה עושהו למשועבדים, והגם דלא נדחו דברי הש"ך בשביל כך, מכל מקום אינם עולים כל כך יפה דהא קיימא לן כרבינו האי גאון בסי' ק"ד סעי' י"ג, וכמו שכתב הקצות החושן בסוף הדיבור, כנ"ל.

אולם נראה דאין זו כונת הש"ך ואין קושיתו תלויה בפלוגתת רבינו האי גאון והרמב"ם, אלא כונתו לומר דאם לוקח גובה חצי שבח בשביל אחריות השבח על כרחך גביתו תלויה בגבית המלוה, דאם אין המלוה גובה השבח ועדיין נשאר השבח ביד הלוקח ליכא חיוב אחריות ואין כאן מקום לגבית הלוקח, ורק על ידי מה שהמלוה גובה השבח ומוציא השבח מרשות הלוקח חלה חיוב אחריות על המוכר ויכול הלוקח לגבות חצי שבח לתשלומי אותו החיוב, ובודאי אין זה לומר דמתחלה גובה בעל חוב ואחר כך חוזר לוקח וגובה ממנו, דהכל חל ממילא בבת אחת, ורק דאמרינן דכיון דאילו יגבה המלוה יוכל הלוקח לחזור ולהוציא ממנו חצי השבח, דחיוב המוכר למלוה וללוקח שוים דהוי כלוה ולוה וקנה, אם כן גם מתחלה אין הבעל חוב יכול להוציא מן הלוקח אלא חצי השבח.

ועל זה שפיר הקשה הש"ך דכיון דלוקח נוטל חצי שבח מכח דינו להוציא מבעל חוב, וכמו שכתבו התוס' בכתובות (דף ז' ע"ב) ד"ה שמע מינה, יעו"ש, הרי לשבח אין מוציאין מנכסים משועבדים, ואילו יגבה מלוה אין הלוקח חוזר וגובה ממנו, וגם לשיטת רב האי גאון דקיימא לן כותיה דשדה המשועבדת למלוה לא יצאה מתורת בני חורין, מכל מקום הכא דלוקח נוטל

מנכסים משועבדים ושאר השבח מנכסים בני חורין, אבל אם הוי בשביל מקצת הקרן אז גובה רק שאר הקרן מנכסים משועבדים וכל השבח גובה מנכסים בני חורין, והש"ך עצמו למד כפשטות משמעות דברי המחבר דחוזר הלוקח וגובה כל הקרן מנכסים משועבדים, ואם כן נמצא דחצי שבח גובה בשביל אחריות השבח עצמו.

והקשה הש"ך וז"ל: אך יש לדקדק אם כן דחצי השבח שנוטל הלוקח הוא בשביל חיוב השבח עצמו, אם כן הרי אי לאו הלוקח היה הבעל חוב גובה כל השבח, ואיך נוטל במקום הבעל חוב, הלא בעל חוב מכל מקום דין משעבדי יש לו ואין גובים השבח ממשועבדים. והיה נ"ל דאין מוציאין לשבח קרקעות מפני תיקון העולם תנן, והאי שבח ביד הלוקח הוא, וכיון שאינו מוציא אלא מחזיק מה שתחת ידו לא שייך תיקון העולם וכו' עכ"ל יעו"ש.

ובקצות החושן סק"ה תירץ וז"ל: ולענ"ד נראה דשבח דגבה הוא בשביל השבח עצמו, ואין כאן משום דאין גובין השבח מנכסים משועבדים, דהא דעת רבינו האי גאון דמלוה על פה מוקדמת קודם למלוה בשטר מאוחרת, וכן פסק בשו"ע סי' ק"ד סעי' י"ג, ואם כן המלוה אין לו דין משועבדים וכו', מיהו גם לפי דעת הרמב"ם דסובר דמלוה על פה ומלוה בשטר אין לו למלוה על פה כלום נגד מלוה בשטר, שהוא נקרא גם כן משועבדים, מכל מקום נראה כיון דקיימא לן בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה אין זה נקרא נכסים משועבדים משעת הלוואה אלא משעת הגביה וכו', מיהו כיון דקיימא לן כדעת רבינו האי גאון דמלוה על פה גובה נגד מלוה בשטר, וכמו שכתב בש"ע סי' ק"ד, אתי שפיר טפי וכו' עכ"ל יעו"ש.

והבין הקצות החושן בדברי הש"ך דקושיתו שייכת להך פלוגתא דבין רבינו האי גאון והרמב"ם אם שדה הלוח המשועבדת למלוה נחשבת כבני חורין או כמשועבדים, דרבינו האי גאון ס"ל דכיון דסוף סוף עדיין לא יצאה מרשות הלוח הוה ליה בני חורין ומשום הכי מלוה על פה מוקדמת קודם למלוה בשטר

ותירץ הש"ך דכל זה לא הוי אלא מפני תיקון העולם, והכא סוף כל סוף אין כאן הוצאה אלא שנשאר השבח בידו.

חצי שבח מכח הא דהיה יכול לגבות מן המלוה, הרי גביה מרשות המלוה לכולי עלמא הוי מנכסים משועבדים, והיאך גובה ממנו שבח,

שער י: בענין מאימתי גובים ושעבודא דרבי נתן

ובו כ"ד פרקים

פרק א

בו ידון בדברי אביו דבעל חוב למפרע גובה אם היינו משום דהלוואה הוי כמכירה על תנאי או אם הוי גביה למפרע בשעת ההלוואה, ויבואר טעמא דרבא דפליג הואיל ויכול לסלקו.

[פסחים ט:] איתמר בעל חוב אביו אמר למפרע הוא גובה ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, כל היכא דאקדיש ליה וזבין ליה כולי עלמא לא פליגי דאתי מלוה וטריף ואתי מלוה ופריק, דתנן מוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים האלו, כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה, אביו אמר למפרע הוא גובה, כיון דמטא זמניה ולא פרעיה איגלאי מילתא למפרע דמעיקרא ברשותיה הוה קאי ושפיר אקדים ושפיר זבין, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, כיון דאילו הווי ליה זוזי הווי מסליק להו בזוזי אשתכח דהשתא קא קני, יעו"ש.

ויש לעיין בטעמא דאביו דס"ל למפרע הוא גובה, והלא בשעת ההלוואה אין לו לבעל חוב אלא שעבוד, והרי הלואה יכול לסלקו בזוזי כל זמן שלא גבה, וכסברת רבא, כנ"ל, ואם כן למה גובה למפרע. ויש מן האחרונים שרצו לפרש דטעמא דידיה משום דכל הלואה הוי כמו מכירה על תנאי, והרי זה כמו שהתנה עמו שאם לא יפרע החוב בזמנו יהיו מעות ההלוואה למפרע מעות מכירה, ונמצא שמכר לו השדה בשעת ההלוואה, וכן משמע נמי מדברי הרמב"ן במלחמות, יעו"ש.

אכן לכאורה קשה לומר כן, דאם כן היאך אהני כתיבת דאיקני לשעבד נכסים שעדיין לא קנה, כדאיתא בבא בתרא (דף קנז), ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עדיין יכול לשעבד דבר שלא בא לעולם דשעבוד אלים כחו מקנין, כמבואר בסוגיא שם יעו"ש, ועיימש"נ

בש"ז פ"ד, ואם ליה בתשרי וקנה שדה בחשון וכשהגיע זמן פרעון לא פרעו ליה הרי המלוה גובה השדה שקנה בחשון אע"פ שלא היה ביד הלואה בשעת ההלוואה, ולאביו דס"ל למפרע הוא גובה חל גבית המלוה למפרע בחשון כשקנה השדה, ואם גביה למפרע הוא מדין מכירה על תנאי, דאיגלאי מילתא למפרע שהיה כאן מכירה ולא הלואה, והוי כאילו הלואה מכר לו השדה בחשון במעות שקבל ממנו בתשרי, והיאך אהני קנין זה, והלא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ועוד קשה דאם נתאכלו המעות קודם חשון לא יקנה דהא מלוה להוצאה ניתנה, כמבואר בקדושין (דף טו.) יעו"ש, ודוחק לומר דאביו לית ליה דאיקני וקנה משתעבד, או דבדאקני מודה דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה.

יעוד יש להוכיח דטעמא דאביו לא הוי משום דהלוואה נחשבת כמכירה על תנאי, דהנה רבא קאמר דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה כיון דאילו הווי ליה זוזי הווי מסליק להו בזוזי אשתכח דהשתא קא קני, כנ"ל, ופליג רבא על סברת אביו דלמפרע הוא גובה הואיל ויכול לסלקו בזוזי, ואם טעמא דאביו משום דהוי מכירה על תנאי, היאך אסיק אדעתיה דרבא לדחות דבריו הואל ויכול לסלקו, הרי זה גופא התנאי, דאם אינו מסלקו הוי ליה מכירה למפרע.

ויעויין עוד לקמן (דף לא.), לימא כתנאי ישראל שהלוה לנכרי על חמצו לאחר הפסח אינו עובר, משום רבי מאיר אמרו עובר, מאי לאו בהא קמיפלגי דמר סבר למפרע הוא גובה ומר סבר מכאן ולהבא הוא גובה, ותסברא אימא סיפא אבל נכרי שהלוה לישראל על חמצו לאחר הפסח דברי הכל עובר, והא איפכא מיבעי ליה, למאן דאמר התם אינו עובר הכא עובר, למאן דאמר התם עובר הכא אינו עובר, אלא הכא

גובה הוא קנין על תנאי למה יתעכב הקנין בשביל שמחוסר שומא והכרזה, והלא אמרינן במנחות (דף קח:) האומר לחבירו בית בביתי אני מוכר לך מראהו עליה, וכן הוא בנדרים (דף נו.) יעו"ש, ולא אמרינן דהקנין מעוכב מכל וכל עד שנעשה שומא והכרזה, אלא הקנין הוא מיד, והרי הם כשותפים, וצריכים שומא והכרזה לברר ולחלק השותפות, ואם כן למה לא נאמר למפרע הוא גובה באומר מעכשיו, אלא מוכח דלמפרע הוא גובה הוא מדין גביה, כמ"ש"נ, וס"ל להראב"ד אליבא דרבא דלא שייך גביה מיד בקרקע כיון דמחוסר שומא והכרזה שהוא דין מיוחד בגביה, וגם בדברי הבעל המאור יש לומר דלא פליג על עצם יסודו של הראב"ד, אלא דס"ל דאין שומא והכרזה מעכבות בתורת גביה מיד, ועיימש"נ בש"י פ"ג.

פרק ב

בו יוכיח דנחלקו רש"י והתוס' בטעמא דהרהינו אצ"ו מהני א"יבא דרבא, דרש"י ס"ל דהיבא דהרהינו מודה רבא דלמפרע הוא גובה, והתוס' ס"ל דהוי דין מיוחד בהמין.

[פסחים זא.] ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, כיון דאילו הווי ליה זוזי הווי מסליק ליה בזוזי אישתכח דהשתא קא קני וכו'. תנן נכרי שהלוה ישראל על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה, אי אמרת בשלמא למפרע הוא גובה אמטו להכי מותר בהנאה, אלא אי אמרת מכאן ולהבא הוא גובה אמאי מותר בהנאה, ברשותא דישאל הווי קאי, הכא במאי עסקינן כשהרהינו אצלו וכו' יעו"ש.

ורש"י במתניתין לעיל (דף ל:) ביאר שנויא דגמרא זו"ל: ולקמיה בגמרא מוקי לה כשהרהינו אצלו בביתו, ושוהה אצל הנכרי כל ימות הפסח, דכיון דמטא זמניה ולא פרעיה, ומחוסר גוביינא נמי לא הווי, שהרי אצלו נתון, איגלאי מילתא למפרע דמשעה שהרהינו אצלו הווי דידיה עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי רש"י דהיכא דאינו מחוסר גוביינא לא איכפת ליה לרבא במה דיכול לסלקו ומודה לאביי דלמפרע הוא גובה, וכן כתב הבעל המאור להדיא, יעו"ש.

במאי עסקינן כשהרהינו אצלו, יעו"ש. והקשה השפת אמת היאך שייך לומר למפרע הוא גובה בישראל שהלוה לנכרי על חמצו והא אין כסף קונה מטלטלין, ואם נאמר דאתי כמאן דאמר דבר תורה מעות קונות ורבנן גזרו שמא יאמר נשרפו חטיף בעליה, כדאיתא בבבא מציעא (דף מ:) יעו"ש, הכא ליכא למיגזר, הרי להך מאן דאמר אין לנכרי קנין אלא משיכה, ונדחק ליישב דמייירי שמשך, יעו"ש.

לכ"ן נראה דטעמא דאביי דאית ליה למפרע הוא גובה לא הוי משום דנחשב מכירה על תנאי, אלא טעמא דידיה משום דאיכא גביה לאלתר בשעת הלואה המעות, וכמו דאפותיקי הוי כגבוי מיד אע"ג דהלוה יכול לסלקו בזוזי, ולשיטת הרא"ש נוטל בעל האפותיקי את השבח אפילו אם מסיק ביה רק שיעור ארעא ולא שבחא, ועיימש"נ בש"ט פ"ט, כמו כן נמי בכל חוב איכא גביה מיד, אלא דכפועל אינו יכול להשתמש בו כיון שיש ללוה זכות לסלקו בתוך זמנו או מיד כשהגיע זמנו, ואם לא סלקו בזוזי נשאר הקרקע במצב של גביה שהיתה בו למפרע וזוכה בה המלוה לחלוטין, ועדיף אפותיקי דהוי כגבוי גם בלי לומר למפרע הוא גובה, ומשום הכי נוטל שבח אע"ג דסתם בעל חוב אינו נוטל שבח, ועיימש"נ בש"י פ"ו, וגם לאביי לעולם בא השדה הנגבית לבעל חוב מכח גביה, ואין צריכים לזה קנין מיוחד, אלא הגביה עצמה קונה לו בלי שום מעשה קנין, ולא מצינו דבעל חוב שהורידוהו בית דין לקרקע שצריך לעשות בה מעשה קנין, אלא הא גופא שנתיחד לו גביתו באיזה דבר קונה לו בלי שום קנין, ואין נפקא מינה בזה בין קרקעות למטלטלין, וכן נמי אהני כתיבת דאקני לאביי דכשיגיעו הנכסים ליד הלוה בעל חוב גובה אותם בלי קנין אלא על ידי גבית שעבוד, והרי אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, ועיימש"נ בש"י פ"ב.

וכן מדויק נמי מדברי הראב"ד בהשגותיו על הבעל המאור שכתב דאע"ג דרבא מודה דבאמר לו מעכשיו אמרינן למפרע הוא גובה, בקרקע לא מהני אמירת מעכשיו כיון דמחוסר שומא והכרזה, יעו"ש, ואם נאמר דלמפרע הוא

היינו משום דלמסקנא דלקמן (דף לא:): אין נכרי קונה משכון מישראל, אלא טעמא דמתניתין משום דאמר לו אם לא אתן לך עד יום פלוני יהא שלך מעכשיו, יעו"ש, ולכאורה קשה דאם כן דברי רש"י במתניתין לא קאי לפי מסקנת הגמרא, דבמתניתין קאמר דמודה רבא בהרהינו דלמפרע הוא גובה הואיל ואינו מחוסר גוביינא, כמש"נ, ולמסקנת הגמרא דהרהינו מהני משום דאמר לו מעכשיו לא איצטריך כלל לטעמא דנתון אצלו ואינו מחוסר גוביינא, ויש לדחוק דלפעמים מפרש רש"י מתניתין לפי ההוה אמינא דהגמרא.

אלא דלפימש"נ מובנים היטב דברי רש"י, דלמסקנת הגמרא דמתניתין מיירי באמר לו מעכשיו אין לומר דהיינו בגדר קנין על התנאי, דהא נכרי אין לו קנין, כמו שהעירו האחרונים, ועיימש"נ בש"י פ"א, אלא צריך לומר דהכל מדין גביה, דגם רבא מודה דהיכא דאמר לו מעכשיו שייך גביה מיד, ואע"ג דאין לנכרי דין משכון מישראל עדיין שייך בו למפרע הוא גובה, ונמצא דדברי רש"י במתניתין מתישבים היטב בין לפי ההוה אמינא דטעמא דהרהינו משום בעל חוב קונה משכון ובין למסקנת הגמרא דמיירי דאמר ליה מעכשיו, דבין כך ובין כך עיקר הטעם משום דבהני גווני מודה רבא דלמפרע הוא גובה, וכמש"נ, ועיימש"נ בש"י פ"ד בדברי הרמב"ם.

ועיין בהמשך הסוגיא, לימא כתנאי ישראל שהלוה לנכרי על חמצו לאחר הפסח אינו עובר, משום רבי מאיר אמרו עובר, מאי לאו בהא קמיפלגי דמר סבר למפרע הוא גובה ומר סבר מכאן ולהבא הוא גובה, ותסברא אימא סיפא אבל נכרי שהלוה לישראל על חמצו לאחר הפסח דברי הכל עובר, והא איפכא מיבעי ליה, למאן דאמר התם אינו עובר הכא עובר, למאן דאמר התם עובר הכא אינו עובר, אלא הכא במאי עסקינן כגון שהרהינו אצלו, וקמיפלגי בדברי יצחק דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון וכו', יעו"ש, והקשו התוס' בד"ה אלא הכא במאי עסקינן שהרהינו וז"ל: תימה לריב"א אביי היאך יתרוץ הך, דעל כרחך בדברי יצחק קמיפלגי, וסיפא דקתני נכרי שהלוה את

והנה להנך דעות דטעמא דאביי דלמפרע הוא גובה משום דהוי מכירה על תנאי, ולרבא לא הוי מכירה על תנאי כיון שיכול לסלקו בזווי, ועיימש"נ בש"י פ"א, צריכים לומר דגם רבא ס"ל דהיכא דמסר השעבוד לידו דלא הוי מחוסר גוביינא ושפיר איכא למימר דמסר לו בתורת מכירה על התנאי, וגם רבא מודה דבכהאי גוונא למפרע הוא גובה.

אולם יעויין בדברי רש"י בסוגיין וז"ל: כשהרהינו אצלו, בביתו של נכרי נתנו, קא סלקא דעתיה השתא דטעמא משום דהוה ליה תורת משכון ובעל חוב קונה משכון עכ"ל יעו"ש. ולמד רש"י דהרהינו מהני משום דבעל חוב קונה משכון, ולכאורה זה סותר למה שכתב במתניתין דטעמא משום דבהרהינו גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה הואיל ולא הוי מחוסר גוביינא, כנ"ל, וצריכים לומר דבהרהינו מודה רבא דלמפרע הוא גובה הואיל ובעל חוב קונה משכון, ואם טעמא דאביי דלמפרע הוא גובה משום דהוי כמכירה על התנאי, ומודה רבא דאם מסר לו השעבוד הוי מכירה על התנאי, הרי דבר זה תלוי בדעת האדם, שאין בדעתו לעשות הלוואה גרידא אלא מוכרו לו בתנאי שלא יחזיר לו מעותיו, ואם כן מה לי אם הדין הוא דבעל חוב קונה משכון או אינו קונה משכון, הלא הלוה לא נחית לדין זה, אלא אם דעתו למכור גובה למפרע, ואם אין דעתו למכור גובה מכאן ולהבא.

אבל לפימש"נ בש"י פ"א בדברי רש"י דטעמא דאביי דלמפרע הוא גובה לא הוי משום דהוי מכירה על התנאי אלא משום דהוי גבוי אצלו מיד, ורק דיכול לבטל הגביה אם יפרע לו כשהגיע זמנו, ורבא ס"ל דאין דין השעבוד להיות גבוי מיד, ומשום הא דהרהינו בפועל ונשתנה מקום השעבוד לא נשתנה דין השעבוד, ולא נאמר בזה דלמפרע הוא גובה, ורק משום דעשאו משכון ובעל חוב קונה משכון ונשתנה דין השעבוד, רק אז איכא למימר דגם לרבא הוי כגבוי מיד כיון דאית ליה למלוה זכות בהמשכון וגם אינו מחוסר גוביינא.

ומה שכתב רש"י דקא סלקא דעתיה דטעמא משום דבעל חוב קונה משכון, כנ"ל,

ימצא משום שקנה למפרע קנין גמור מדין למפרע הוא גובה, ואין צורך לדין מיוחד בחמץ, אלא מבואר דאליבא דרבא לא שייך למפרע הוא גובה, ועל כרחך חיובו במשכנו בשעת הלואה הוא משום דנחשב מצוי בידו אע"פ שאינו קנוי לו, והוא דין מיוחד בחמץ.

והא דמהני אמירת מעכשיו בנכרי שהלואה את ישראל על חמצו, ואע"ג דליכא קנין כסף בנכרי, כמש"נ, משום דבכהאי גונא למפרע הוא גובה גם לרבא, כמש"נ, לדברי התוס' אולי יש לומר דאע"ג דמשום דין משכון בשעת הלואה לא אמרינן למפרע הוא גובה, היכא דאמר לו מעכשיו מודה רבא דלמפרע הוא גובה, אי נמי יש לומר דהיכא דאמר לו מעכשיו גם נכרי קונה משכון מישראל.

פרק ג

בו יובא מחלוקת הבע"ל המאור והראב"ד אם רבא מודה דלמפרע הוא גובה בקרקע אם אמר מעכשיו, ויבוארו דברי הראב"ד דלא מהני אמירת מעכשיו כיון דבעי שומא והכרזה.

[פסחים י"א:] לא קשיא הא דאמר לו מעכשיו הא דלא אמר לו מעכשיו וכו' יעו"ש. וכתב הבע"ל המאור וז"ל: איתמר בעל חוב אביי אמר למפרע הוא גובה רבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, ורמינן מתניתין עליה דרבא ואוקימנא בשהרהינו אצלו ובדאמר לו מעכשיו, ומשום הכי קתני רישא מותר בהנאה, דבכהאי גונא אפילו רבא מודה שלמפרע הוא גובה וכו', והאי דינא במטלטלי בלחוד הוא, ולא גמרינן מינה למקרקעי מפני שהקרקע בחזקת בעליה עומדת עד שעת גביתה וכו', אבל ודאי אי אמר ליה מעכשיו אפילו במקרקעי קני, ושפיר אקדיש ושפיר זבין וכו' עכ"ל יעו"ש.

והשיגו הראב"ד וז"ל: אמר אברהם אנן לא אמרינן הכי, אלא לרבא אפילו אמר ליה מעכשיו לא הוי זביניה זביני, דהא טעמיה דרבא משום דאילו הוה ליה זוזי הוה מסלק ליה בזוזי, הלכך אפילו במעכשיו ואפילו לא יהא לך פרעון אלא מזו, כיון דצריך שומא לרבא לא קני עד שעת גוביינא לאחר שומא ואכרזתא ושטר

ישראל על חמצו אמאי דברי הכל עובר אע"ג דלא קנה כיון דלמפרע הוא גובה, ורישא נמי אמאי אינו עובר כיון דלמפרע הוא גובה וכו' עכ"ל יעו"ש.

וְלָפִי המבואר מדברי רש"י דבהרהינו מודה רבא לאביי דלמפרע הוא גובה לכאורה היו התוס' יכולים להקשות גם אליבא דרבא דאף אם לית לן דבעל חוב קונה משכון עדיין איכא למימר למפרע הוא גובה, כמו שהקשו אליבא דאביי, אבל לפי דברינו אין כאן קושיא אליבא דרבא, דהא רבא ס"ל דעצם דין השעבוד לית ביה גביה מיד, ורק משום דבעל חוב קונה משכון אמרינן למפרע הוא גובה, כמש"נ, והיכא דלא אמרינן בעל חוב קונה משכון לא אמרינן למפרע הוא גובה.

ונראה דלקושטא דמילתא התוס' פליגי על דברי רש"י, ולית להו דלפעמים מודה רבא דלמפרע הוא גובה, אלא טעמא דרבא בהרהינו או משום דבעל חוב קונה משכון או משום דאמר לו מעכשיו, וכן מבואר מדברי התוס' ד"ה בדרכי יצחק קמפלגי וז"ל: תימה הא רבי יצחק לא קאמר דקני משכון אלא שלא בשעת הלואה כדמוכח בהאומנין (ב"מ פב.), והכא ישראל שהלואה לנכרי על חמצו תנן דמשמע בשעת הלואה וכו'. ויש לומר דהכי פירושו כיון דשלא בשעת הלואה קונה לגמרי כדרכי יצחק, אם כן לענין חמץ יש לנו לחושבו כאילו הוא שלו לעבור בלא ימצא אף בשעת הלואה דחשבינן ליה מצוי, וכן יש לפרש בהשולח (גיטין לו.) גבי המלוה על המשכון אינו משמט מדרבי יצחק כיון דקני ליה שלא בשעת הלואה בשעת הלואה נמי מיקרי של אחיך בידך עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדבריהם דהא דישראל שהלואה לנכרי על חמצו והרהינו אצלו עובר, היינו דין מיוחד בחמץ דנחשב מצוי בידו ועובר בכל ימצא, ודומה לההיא דגיטין דהוי דין מיוחד בשביעית, ואילו אזלי התוס' בשיטת רש"י דמודה רבא במשכון דלמפרע הוא גובה לא היו צריכים לעשות דין מיוחד בחמץ, אלא כיון דשלא בשעת הלואה קונה לגמרי גם בשעת הלואה איכא איזה קנין קצת, וממילא אמרינן דלמפרע הוא גובה, כמש"נ, והרי הוא עובר בכל

בוזוי לא אמרינן דנחשב גביה מיד, כמש"נ, ומכל מקום בהרהינו או אם אמר מעכשיו מודה רבא דלמפרע הוא גובה, דאע"ג דעצם דין השעבוד לא הוי כגבוי, מכל מקום כיון שקירב הגביה הרי מדעתו עשאו כגבוי. אכן כל זה הוא במטלטלין, אבל בקרקע אינו יכול לעשות השעבוד כגבוי מיד, שהרי עדיין מחוסר שומא והכרזה, מה שאין כן במטלטלין שאין גביתן מחוסרת שומא והכרזה שפיר איכא למימר דאם קירב הגביה מדעתו חלה הגביה מיד, וגם רבא מודה דלמפרע הוא גובה, וכמש"נ.

פרק ד

בו יובא שיטת הרמב"ם הנכרי שהלואה ל'ישראל' ע"ל חמצו והרהינו אצלו מותר בהנאה אחר הפסח אם הגיע זמנו קודם הפסח, ויבואר למה צריך מעכשיו אם הגיע זמנו קודם הפסח.

רמב"ם פ"ד חמץ ומצה הל"ה כתב הרמב"ם וז"ל: ישראל שהרהין חמצו אצל העכו"ם, אם אמר לו אם לא הבאתי לך מעות מכאן ועד יום פלוני קנה חמץ זה מעכשיו, הרי זה ברשות העכו"ם ואותו החמץ מותר לאחר הפסח, והוא שיהיה אותו זמן שקבע לו קודם הפסח, ואם לא אמר לו קנה מעכשיו נמצא אותו החמץ כאילו הוא פקדון אצל העכו"ם ואסור בהנייה לאחר הפסח עכ"ל יעו"ש. והשיגו הראב"ד וז"ל: כתב הראב"ד לא נהיר ולא צהיר, אלא אפילו לא הגיע זמנו עד לאחר הפסח אינו עובר עליו, ואם הגיע זמנו קודם הפסח אפילו לא אמר מעכשיו קנאו, שאין דין אסמכתא לעכו"ם עכ"ל יעו"ש.

ונחלקו בזה דהרמב"ם ס"ל דמותר בהנאה רק אם הגיע זמנו קודם, אבל אם הגיע

זמנו אחר הפסח אסור בהנאה, ואע"ג דאמר ליה קנה מעכשיו, אבל הראב"ד ס"ל דאפילו אם הגיע זמנו אחר הפסח מותר בהנאה, כיון דאמר מעכשיו וקונה למפרע, ואם הגיע זמנו קודם הפסח מותר בהנאה אפילו אם לא אמר מעכשיו.

ובביאור דברי הרמב"ם נראה דהיכא דהגיע זמנו אחר הפסח, נהי דקנה הנכרי חמצו של ישראל למפרע משעת ההלואה, מכל מקום כיון דבימות הפסח לא היה ביד הנכרי

חליטה מבית דין או משטר הלוח עצמו מדעתו, אבל לאביי כי מטא שעת גוביינא שומא ואכרזתא ושטר חליטה מבית דין או משטר הלוח עצמו למפרע קני ליה ואי זבין זביניה זביני עכ"ל יעו"ש.

וי"ש לדקדק במה שכתב הראב"ד דלרבא לא אמרינן למפרע הוא גובה בקרקע אפילו אמר מעכשיו כיון דטעמא דידיה משום דיכול לסלקו בבוזוי ובקרקע בעינן שומא והכרזה, והלא מבואר בגמרא אליבא דרבא דבמטלטלין אמרינן למפרע הוא גובה אע"ג דיכול לסלקו בבוזוי, ואם כן גם בקרקע נאמר כן, ואם עיקר כונתו משום דבקרקע בעינן שומא והכרזה לא היה לו להזכיר כלל טעמא דיכול לסלקו בבוזוי.

ונראה לבאר דבריו עפימש"נ בש"י פ"א דטעמא דאביי דלמפרע הוא גובה היא משום דבכל הלואה ושעבוד נחשב דאיכא גביה מיד ואלא דיכול הלוח לסלקו בבוזוי ולבטל הגביה, אבל אם לא סילקו נשארה הגביה במקומה וזכה המלוה בהקרקע מיד בשעת ההלואה שאז היתה הגביה, ונחלקו בזה אביי ורבא, דאביי ס"ל דכן היא מהות השעבוד דהוי כגבוי מיד, ואביי לא איכפת ליה בהא דיכול לסלקו בבוזוי, שהרי עצם השעבוד הוא להיות כגבוי מיד, ולא מפני שבפועל יכול לגבות, אבל רבא לא ס"ל דעצם דין השעבוד הוא להיות כגבוי מיד, ואי תימא דליהוי כגבוי מיד הואיל ובפועל יכול לגבות הרי יכול לסלקו בבוזוי ולעכבו מלגבות, אכן אם הרהינו אצלו או אמר לו מעכשיו הוא עצמו קירב הגביה ועשאו כגבוי, ואז גם רבא מודה דאיכא גביה מיד ולמפרע הוא גובה, ושוב לא איכפת לן במה שיכול לסלקו בבוזוי שהרי הוא מדעתו עשה השעבוד כגבוי.

ופ"ל להראב"ד דבקרקע אי אפשר לעשות השעבוד כגבוי מיד על ידי מעשיו, שהרי הגביה מחוסרת שומא והכרזה, ורק אליבא דאביי הוי השעבוד כגבוי מיד, שהרי זהו עצם דין השעבוד, ולא משום שיכול לגבות בפועל, אולם רבא קאמר טעמא משום דיכול לסלקו בבוזוי, ומבואר מדבריו דעצם השעבוד לא הוי כגבוי, ורק דאפשר להיות כגבוי על ידי מה שיכול לגבות בפועל, לזה אמרינן דהואיל ויכול לסלקו

צריך לומר לו קנה מעכשיו, הא אפילו אם אמר לו אם לא אפרע לך תקנה בשעת הגעת הזמן אין הישראל עובר עליו כיון דנגמר קנינו כשהגיע זמנו קודם הפסח, ואי משום כל דאי לא קני משום דהוה ליה אסמכתא, כדאיתא בבבא מציעא (דף טו:) יעו"ש, הרי אין דין אסמכתא לעכו"ם, יעו"ש.

ונראה דהרמב"ם אזיל בשיטת רש"י דהא דמהני אמירת מעכשיו לא הוי משום קנין, אלא משום דבאומר מעכשיו גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה, דהרי מדין קנין אינו מועיל דאין קנין כסף לעכו"ם, ולא מהני אלא מדין גביה, דאם אמר מעכשיו אמרינן שהחוב גבוי מיד אלא דיכול לבטל הגביה על ידי פרעון במעות, ועיימש"נ בש"י פ"ב, ולהכי לא מהני אמירת אם אלא אמירת מעכשיו בלבד, דליכא דין גביה בשעת הגעת זמן, וכל דין גביה הוא או למפרע למאן דאמר למפרע הוא גובה או בשעת הגביה בפועל למאן דאמר מכאן ולהבא הוא גובה, ואם לא אמר מעכשיו נמצא דשעת הגביה היא כשיגבה בפועל אחר הפסח ועובר בכל ימצא, אבל אם אמר מעכשיו אז לדברי הכל למפרע הוא גובה, וחלה הגביה בשעת ההלואה, ואם הגיע זמנו קודם הפסח הרי ביד הנכרי לקחת החמץ לעצמו והוה ליה מצוי ביד הנכרי, ואין הישראל עובר בכל ימצא, וכמש"נ.

פרק ה

בו יובא פסק הרמב"ם דישרא"ל שהרהין חמצו לנכרי מותר בהנאה אחר הפסח, וכרבא דמכאן ולהבא גובה, ויוכיח דינו דרבא דזבין מלוה זבינא לאו זבינא מובא בהלכות גזילה.

[פסחים 5:] איתמר בעל חוב אביי אמר למפרע הוא גובה ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה וכו', כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה, אביי אמר למפרע הוא גובה, כיון דמטא זמניה ולא פרעיה איגלאי מילתא למפרע דמעיקרא ברשותיה הוה קאי ושפיר אקדיש ושפיר זבין, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, כיון דאילו הוה ליה זווי הוה מסליק ליה בזווי אישתכח דהשתא קא קני וכו'. תנן נכרי שהלוה את ישראל על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה וכו', אלא אי

לקחת החמץ, ואדרבה ביד הישראל לסלקו בזווי, הרי זה נחשב מצוי ביד הישראל ועובר בכל ימצא, והוא דין מיוחד בחמץ דאע"ג דלבסוף איגלאי מילתא למפרע שהיה חמצו של נכרי, דהא אמר לו מעכשיו, מכל מקום לגבי חמץ נחשב מצוי ביד הישראל ועובר עליו בכל ימצא, ולאחר הפסח אסור בהנאה, ודומה לסברת התוס' בפסחים (דף לא:) ד"ה בדרכי יצחק, דאע"ג דבעל חוב קונה משכון דוקא שלא בשעת הלואה, מכל מקום כיון דשלא בשעת הלואה קונה לגמרי, גם משכנו בשעת הלואה יש בו איזה תפיסה בגוף המשכון ונחשב מצוי בידו לגבי חמץ, והוא דין מיוחד בחמץ, כמו שהוא דין מיוחד בשביעית דנחשב של אחיך בידך ואינו משמט, יעו"ש.

ולפי זה יש ליישב דברי התרומת הדשן לגבי מכירת חמץ במתנה על מנת להחזיר, דעיינ באו"ח סי' תמ"ח סעי' ג' וז"ל: חמץ של ישראל שעבר עליו הפסח אסור בהנאה וכו', ואם מכרו או נתנו לאינו יהודי שמחוץ לבית קודם הפסח, אע"פ שהישראל מכרו לאינו יהודי ויודע בו שלא יגע בו כלל אלא ישמרנו לו עד לאחר הפסח ויחזור ויתננו לו מותר, ובלבד שיתננו לו מתנה גמורה וכו', אבל מתנה על מנת להחזיר לא מהני עכ"ל יעו"ש. ועיינ בביאור הלכה שהביא בשם ההגהות מיימוני ותרומת הדשן שדייק מן התוספתא דהא דמתנה על מנת להחזיר לא מהני הוי משום חומרא דחמץ, ואי לאו משום הא היה מותר אפילו לכתחילה, והקשה דהלא גם בלי חומרא דחמץ צריך להיות אסור לכתחילה ליתן החמץ במתנה על מנת להחזיר, דאם לא יתקיים התנאי נמצא שנתבטלה המתנה למפרע והיה החמץ של הישראל בימות הפסח ועבר עליו בכל ימצא, אולם לפי דברי הרמב"ם יש ליישב דבריהם, דכיון דבימות הפסח היה ביד העכו"ם לקיים התנאי הרי חמץ זה נחשב מצוי אצלו ולא אצל הישראל, ואפילו אם לבסוף לא קיים התנאי ונתבטלה המתנה אין הישראל עובר עליו, כיון דבימות הפסח היה החמץ מצוי אצל העכו"ם, והוא דין מיוחד בחמץ, כמש"נ.

והראב"ד הקשה על דברי הרמב"ם, כנ"ל, דאם הגיע זמנו קודם הפסח למה

אליבא דאביי דס"ל למפרע הוא גובה מה לי שלא לקחה אדעתא לאוקמה קמיה לוקח, הא כיון שגבה הקרקע בחובו זכה בה למפרע ונמצא שקרקע שלו מכר להלוקח ומקחו קיים, והיינו ממש כזבין מלוה דסוגיין, ומבואר דסוגיא דהתם אזלא אליבא דרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה, והרמב"ם הביאה להלכה בפ"ט גזילה ואבידה הלי"ב, יעו"ש, וגם הרי"ף הביאו להלכה בבבא מציעא שם, הרי להדיא שפסקו כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה וזבין מלוה לא הוי זבינא, וכמש"נ.

והנמוקי יוסף שם כתב וז"ל: גביה בחובו לאחר שגזלה ומכרה, נמצא שהיה לו חוב אצל נגזל ואמר לו הגבה לי בחובי קרקע שגזלתוך עכ"ל יעו"ש, ובהשקפה ראשונה אין הדברים מובנים, אכן להאמור מתבארים היטב, וכונתו שבגמרא אינו מחלק בין אם כבר נתחייב לו הנגזל קודם שגזל הקרקע ממנו ובין אם נתחייב לו הנגזל אחר שגזלה ממנו, דבין כך ובין כך אמרינן דאם אמר זו בעינא העמידו קמי לוקח ואם גבה סתמא לא העמידו קמי לוקח, והיינו כרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה, דאליבא דאביי דס"ל למפרע הוא גובה אין לחלק אלא כשנתחייב הנגזל לאחר שגזל ממנו הקרקע, אבל אם נתחייב מקודם והגבה לו בחובו זכה בה הלוקח בין אם אמר הגזלן זו בעינא בין אם גבה סתמא, שהרי זכה בה הגזלן למפרע בשעת ההלואה ומכירתו להלוקח מכירה מעליא היא, כמש"נ.

פרק ו

בו יבואר למאן דאמר בעל חוב למפרע גובה למיה אין בעל חוב גובה את השבח היכא דלא מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא ולמה אין הלוקח חייב לשלם הפירות שאכל עד הגביה.

[פסחים ט:]: איתמר בעל חוב אביי אמר למפרע הוא גובה ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, כל היכא דאקדיש ליה וזבין ליה כולי עלמא לא פליגי דאתי מלוה וטריף ואתי מלוה ופריק, דתנן מוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים האלו, כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה, אביי אמר למפרע הוא גובה, כיון דמטא זמניה ולא פרעיה

אמרת מכאן ולהבא הוא גובה אמאי מותר בהנאה ברשותא דישאל הוה קאי, הכא במאי עסקינן כשהרהינו אצלו יעו"ש.

והרמב"ם פ"ד חמץ ומצה הל"ה הביא דין ישראל שהרהין חמצו אצל העכו"ם דאותו החמץ מותר לאחר הפסת, יעו"ש, והיינו אליבא דרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה, ולהכי בעינן שהרהינו אצלו, כנ"ל, וכן כתב המגיד משנה, יעו"ש, אכן עיקר פלוגתא דאביי ורבא הוי באקדיש מלוה וזבין מלוה, כנ"ל, והרמב"ם לא הביאו להלכה, ודוחק לומר דסמך על מה שכתב דבעינן הרהינו אצל העכו"ם ומזה מובן מאליו דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה לגבי אקדיש מלוה וזבין מלוה שהוא עיקר המחלוקת, דדין הרהינו הוא רק ליישב קושיית הגמרא ממתניתין, ולמה לא הביא עיקר דינא דרבא דאקדיש מלוה וזבין מלוה לא אהנו מעשיו.

וגם הרי"ף לא הביא אלא דינא דהרהינו מותר בהנאה אחר הפסת ולא הביא דינא דאי זבין מלוה זבינא לאו זבינא, יעו"ש, ועיין בבעל המאור בסוף הדיבור וז"ל: ובהלכות הרי"ף דברים אלו מקצרים לענין איסורא ולענין דינא לא הזכירם כלל עכ"ל יעו"ש, וגם על דבריו קשה למה סמך על מה שפסק מכאן ולהבא הוא גובה לענין איסורא ולא הביא דינא דזבין מלוה שבו עיקר פלוגתייהו. ויותר קשה לדברי הרמב"ן במלחמות שכתב דלפי המסקנא אביי מודה דבמטלטלין לא אמרינן למפרע הוא גובה ובעינן הרהינו כמשמעות הברייתא דנכרי שהרהין פת פורני אצל ישראל, יעו"ש, ולפי זה בכלל אין להוכיח ממה שפסק הרי"ף לענין איסורא דאית ליה מכאן ולהבא הוא גובה לענין דינא.

והנה עיין בבבא מציעא (דף טו:) דהמוכר שדה שאינה שלו וחזר ולקחה מן הנגזל אמרינן דלאוקמה קמי לוקח בעי כי היכי דליקום בהימנותיה או כי היכי דלא נקרייה גזלנא, יעו"ש, ובהמשך הסוגיא שם (דף טז:) גבי איהו בחובו חזינא אי אית ליה ארעא אחריתי ואמר האי בעינא לאוקמה קמיה לוקח קא בעי ואי לא זוזי הוא דבעי אפרועי, יעו"ש, ולא גבה אותה קרקע אדעתא לאוקמה קמיה לוקח, והשתא

ולהבא דנים כאילו זכה בעל חוב בהקרקע למפרע, אכן כיון דבשעתו היתה המכירה להלוקח מכירה גמורה לכן כל הפירות שאכל היו שלו, ומלבד דפירוש זה נראה דחוק, דלמה לא נאמר מכאן ולהבא למפרע גם לגבי הפירות, לכאורה אי אפשר לפרש כן בדברי התוס' בגיטין (דף מ:) בד"ה הקדש וז"ל: פי' בקונטרס דוקא קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד אבל קדושת דמים לא וכו', וקשה לר"ת דאי חשיב ברשותו של לוח כל זמן שלא הגיע הזמן אפילו קדושת דמים נמי תפקיע מידי שעבוד, ואי לא חשיב ברשותו אפילו קדושת הגוף נמי לא וכו', ואור"י דרבא לטעמיה דאמר בפרק כל שעה (פסחים דף לא.) דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה וחשיב ברשותו, ודוקא קדושת הגוף שאין לו פדיון מפקיע מידי שעבוד וכו', דכיון דחל שעה אחת תו לאו פקע, דלא עדיף שעבוד מנתנית דמים וכו', אבל קדושת דמים לא אלים כח הקדש מכח מקדיש כיון דיש לה פדיון וראויה לפקוע עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריהם דלמאן דאמר למפרע הוא גובה אין קדושת הגוף מפקיעה מידי שעבוד דלא הוי ברשותו להקדיש, ואם נאמר דלמאן דאמר למפרע הוא גובה אין המלוה קונה אלא מכאן ולהבא למפרע ובשעתו היתה הקרקע קנויה ללוח, אם כן תחול ההקדש בשעתו, וכיון דחייל תו לא פקע, ומוכח דלמאן דאמר למפרע הוא גובה איגלאי מלתא למפרע דהקרקע היתה של מלוה בשעת ההלואה, והקדשו לא היה הקדש ואינו מפקיע מידי שעבוד.

לכך נראה לבאר דאע"ג דבעל חוב למפרע הוא גובה אין גביתו חל למפרע אלא על מה שגבה לבסוף כשהגיע זמן פרעון, ובשעת גביתו הרי הגוף והשבח בפנינו, ואין בעל חוב גובה אלא הגוף ולא השבח, ואפילו אם מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא אין בית דין מניחים לו ליקח אלא הגוף כנגד חובו, ונמצא שהגביה כשהגיע זמן הפרעון חלה דייקא על הגוף בלא השבח, ואין בעל חוב נוטל אלא הגוף, והשבח ניתן ללוקח, וממילא חלה גביתו למפרע דייקא על הגוף בלי זכות ליטול השבח שהושבחה הקרקע משעת ההלואה עד זמן הפרעון, וכל שבח זה דינו להשאר ביד הלוקח, וכן לגבי

איגלאי מלתא למפרע דמעיקרא ברשותיה הוה קאי ושפיר אקדים ושפיר זבין, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, כיון דאילו הוה ליה זוזי הוה מסליק להו בזוזי אשתכח דהשתא קא קני יעו"ש. **והנה** בין לאביי ובין לרבא אין הלוקח צריך לשלם למלוה בעד הפירות שאכל משעת המכירה עד שעת הגביה, או ליתן לו שבח ששובח הקרקע היכא דמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא, שהרי באמת מה שהלוה מכר הקרקע ללוקח הוי מכירה גמורה, ורק דלגבי גוביינא יש למלוה זכות וקנין לגבות, וס"ל לרבא דמכאן ולהבא הוא גובה, ואין למלוה דין זה אלא מכאן ולהבא, דזכות המלוה היא דכשהוא בא לגבות נחשבת שלו, אולם רק משעת הגביה, וכל פירות שאכל הלוקח קודם שעת הגביה כדין אכלום, ואינו צריך לשלם למלוה כלום, אכן אליבא דאביי דס"ל דבעל חוב למפרע הוא גובה, והמלוה זכה בהשדה משעת ההלואה, ואי זבין וקדיש קודם גביה ולבסוף גבה מעשיו קיימין, אם כן צריכים להבין למה אין הלוקח חייב לשלם למלוה בשביל השבח והפירות שאכל משעת המכירה עד שעת הגביה, וכן יש לדקדק דלמה אין הלוח צריך לשלם בשביל הפירות שאכל משעת ההלואה הואיל והמלוה זכה בהקרקע למפרע.

ואין לומר דזה הוי כמו תנאי בהשעבוד, שהסכימו מלוה ולוח שלא יגבה אלא גוף הקרקע ולא פירות, שהרי איתא בבבא קמא (דף ג.) גבי פלוגתא דרבי ישמעאל ורבי עקיבא בשור תם שהזיק דמשתלם מגופו אם יושם השור או יוחלט השור, וקאמר בגמרא הקדיש ניזק איכא בינייהו, וכתבו התוס' בד"ה איכא בינייהו וז"ל: אבל לרבי ישמעאל אפילו למאן דאמר למפרע הוא גובה שבח דמזיק הוי ולא קדיש עד שיגבנו עכ"ל יעו"ש, וכל שבח שנשתבח בין נגיחה לגביה דמזיק הוי, והתם הרי לא היה שום הסכם ביניהם, ולמה אין הניזק זוכה בהשבח משעת נגיחה למאן דאמר למפרע הוא גובה.

ויש שרוצים לומר דבעל חוב למפרע הוא גובה לאו היינו דאיגלאי מלתא למפרע שכל אותם הימים היתה הקרקע קנויה לבעל חוב, אלא הוא דין מכאן ולהבא למפרע, דמכאן

קנין מעליא, ואם הלואה היה מסלק לבעל חוב בזווי היתה הקרקע נשארת ביד הלוקח, ולא עוד אלא שהיה יכול להפקיע שעבוד המלוה, דאין הכי נמי אם הקדישה לא היה מפקיע שעבודו דאין קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד, מכל מקום אם היה קובר בו מת היה שעבוד המלוה נפקע, דמת קונה מקומו והוי כקדושת הגוף, וכהיא דרבמות (דף י"ט): אצטלא דפרסוה אמיטנא יעו"ש, ונמצא דבשעתו היה קנינו של הלוקח קנין מעליא והקרקע היתה ברשותו וחזקתו, ואלא דכשגבה המלוה לבסוף זכה בה למפרע למאן דאמר למפרע הוא גובה, ונעקר קנין הלוקח למפרע, מכל מקום כיון שהקרקע היתה בחזקתו יש לו עליה דין גזלן, כמש"נ, ואינו צריך לשלם בעד הפירות שאכל דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, וכדברי הגר"א בבבא קמא שם, כנ"ל, והראשון נראה לי עיקר.

פרק ז

בו יובא מחלוקת הפוסקים א"יבא דרבא דס"ל בע"ל חוב מכאן ולהבא הוא גובה אם מכר מלוה נכסי הלוה כשהגיע זמן הפרעון לפני שעשו בית דין שומא והכרזה אם מכירתו מהני.

[פסחים פ:] כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה, אביי אמר למפרע הוא גובה, כיון דמטא זמניה ולא פרעיה איגלאי מלתא למפרע דמעיקרא ברשותיה הוה קאי ושפיר אקדיש ושפיר זבין, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, כיון דאילו הוה ליה זווי הוה מסליק להו בזווי אשתכח דהשתא קא קני יעו"ש. ויש לעיין בטעמא דהא דכי מטא זמניה ולא פרעיה איגלאי מלתא למפרע דברשותיה הוה קאי, וכי דין למפרע הוא גובה תלוי בהגעת זמן, והלא להדיא כתבו התוס' בבבא קמא (דף ל"ג): בד"ה איכא בינייהו דלא אמרינן למפרע הוא גובה אלא אם כן גבה לבסוף יעו"ש.

והתוס' שם בקושיתם נקטו דלא דבעינן גבה לבסוף, והיינו משום דמפשטות לישנא דגמרא משמע דסגי בהגעת זמן הפרעון, ולכן הוצרכו לחדש בתירוצם דבעינן גבה לבסוף, ודלא כפשטות משמעות לשון הגמרא, אכן צריכים לעיין דלמה באמת נקט בגמרא לשון

פירות, דבשעה שהגיע זמן הפרעון הרי הקרקע לפנינו וגם הפירות, ואפילו אם הלוקח כבר אכל הפירות, הרי חיוב הלוקח לשלם בעד הפירות לפנינו, ומכל מקום אין גבית בעל חוב אלא מן גוף הקרקע כנגד חובו, ואפילו אם מסיק ביה שיעור ארעא ושכחא, וכפי הגביה דהשתא אין בית דין מחייבים ללוקח לשלם בעד הפירות שאכל, וממילא גם למפרע חלה גביתו דייקא על הגוף בלי זכות ליטול פירות שיעלו מן הקרקע משעת ההלואה עד זמן הפרעון.

אי נמי יש לפרש על פי מה שכתב בהגהות הגר"א על הא דאיתא בגמרא שם (דף ל"ג): דמכרו מזיק לרבי ישמעאל מכור לרדיא, וכתב רש"י דאם חרש בו הלוקח אינו נותן דמי חרישה ללוקח. והגר"א הביא שיטת הרמב"ם והרשב"א דמותר לחרוש בו לכתחילה, אבל לשלם בלאו הכי פטור, כדאיתא לקמן שם (דף י"ז): סוף סוף גזילה הוא וקא הדרא בעיניה דתנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, יעו"ש, ומבואר דלוקח זה יש לו דין גזלן על השור אע"פ שלא עבר על לא תגזול, וכעין זה מצינו לעיל שם (דף ט): שכתבו התוס' בד"ה רב הונא דבמקח טעות דין המוכר כבעל חוב לגבי תשלומין, אכן בנמוקי יוסף שם הביא בשם הרמ"ה דדינו כגזלן שהוא מכ"ד אבות נזיקין ומשלם ממיטב, ואע"ג דהמוכר בודאי לא עבר על איסור גזילה, מכל מקום המעות נחשבות גזולות בידו, ודינו עליהן כדין גזלן, וכן לוקח שור תם שהזיק חשיב כגזלן עד שעת הגביה, ואינו צריך לשלם דמי החרישה דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה.

וה"פ זה יש לומר דגם לוקח קרקע המשועבדת למלוה למאן דאמר למפרע הוא גובה יש לו דין גזלן כל אותם הימים שהקרקע היתה בידו משעת מכירה עד שעת הגביה, שהרי היתה הקרקע קנויה לו, וכשגבה המלוה את הקרקע צריך להחזירה לו, אבל אינו צריך לשלם בשביל הפירות שאכל דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ואינו צריך להחזיר לו אלא הקרן בלבד, ואין להקשות והרי קרקע אינה נגזלת, כדאיתא בבבא קמא (דף צ"ה): דכל זה הוא כשתוקף בקרקע חבירו דלא עשה ולא כלום, שהקרקע לעולם היא בחזקת בעליה, אבל הכא הרי קנין הלוקח היה

שייך תורת גביה, ולכן כשגבה לבסוף בשומא והכרזה חלה הגביה למפרע כשהגיע זמן הפרעון, ונמצא לפי היש אומרים דכל מחלוקת אביי ורבא היא כשמכרה המלוה בין שעת ההלוואה לשעת הפרעון, אבל אם מכרה לאחר זמן הפרעון לכולי עלמא מכירתו מכירה אם גבה לבסוף.

ף פ שיטה זו יש לומר דמשום הכי נקט בגמרא לשון כי מטא זמניה, להוכיח דאביי בא לחדש דאם מכרה קודם שהגיע זמן הפרעון, ואם היה אומר דכי גבה בבית דין איגלאי מלתא למפרע, היה אפשר לטעות ולומר דמיירי שמכר אפילו לאחר הגעת זמן הפרעון וקודם הגביה, והיה משמע לפי זה דלא הוי מכירה אלא אליבא דאביי, ואנן קיימא לן כרבא ואם כן אין מכירתו מכירה, אכן לקושטא דמלתא לדעת היש אומרים גם אליבא דרבא מכירתו מכירה אם מכר לאחר שהגיע זמן הפרעון, כמש"נ, ולכן אמר כי מטא זמניה, אבל בודאי בעינן נמי שומא והכרזה, ולסברא ראשונה שהביא המחבר צריך לדחוק דשיגרא דלישנא דכי מטא זמניה היא דמטא זמניה וגבה בבית דין.

פרק ח

בו יבואר הא דיתומים נתחייבו בחיוב אחריות על קרקע שאביהם מכר ואע"ג שנטרף לאחר מיתתו, וידון אם יש חיוב אחריות על דמי פיוס אם הלוקח פיים בעל חוב בזווי.

[פסחים א.] והאמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה, ומת ראובן ואתא בעל חוב דראובן וטריף משמעון, ואתא שמעון ופייסיה בזווי, דינא הוא דאתו בני ראובן ואמרי ליה לשמעון, אנן מטלטלי שבק אבון גבך, ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי. ואמר רבא אי פיקח שמעון מגביהו ארעא והדר גבי לה מינייהו, דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם וכו' יעו"ש.

ומבואר בסוגיין דשמעון יכול לתבוע אחריות מן היתומים אם יש להם קרקע, ואע"פ שלא נגבה ממנו הקרקע עד אחר מיתת אביהם, ואין המתים מתחייבים, הכא הרי קיבל

דאפשר לטעות בהמכוון שבו, ולמה לא קאמר בפירוש דכי גבה בבית דין איגלאי מלתא למפרע דברשותיה הוה קאי.

והנה עיין בחו"מ סי' ק"ג סעי' ו' וז"ל: קרקע שעשו בית דין שומא והכרזה להוריד בו המלוה, ואירע שנשתתה זמן שלא הורידהו בו, כל זמן שלא החליטו בית דין הקרקע למלוה, אי אייקר או זילי ברשות לזה קאי, וצריך לעשות שומא אחרת והכרזה אחריו. אם ירד המלוה לנכסי הלוה והחזיק בהם או מכרן בלא בית דין אינו כלום, אפילו היתה משכונה בידו או אפותיקי מפורש, כיון שיכול לשלם לו מעות ולסלקו, ויש אומרים שאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע או שהיא משכונה מוחזקת ביד המלוה יכול למכרה עכ"ל יעו"ש.

והסמ"ע הקשה על סברת היש אומרים דמיד כשהגיע שעת הפרעון יכול המלוה להחזיק בהקרקע ולמוכרה, והלא בעינן שומא והכרזה, ותירץ דמיירי שהמלוה הביא ג' שמאים ועשה שומא והכרזה אבל לא על פי בית דין.

וכתב הנתיבות המשפט וז"ל: עיין סמ"ע וש"ך שהקשו הא בעי שומא והכרזה ודחקו עצמם מאד בתירוץ, והעיקר כתירוץ התומים דס"ל להנך פוסקים בהא דפליגי אביי ורבא בפסחים, דאביי ס"ל דלמפרע הוא גובה ואי אקדיש מלוה וזבין מלוה מוקדש ומכור, והיינו כשגבו לבסוף חל המכירה למפרע, ורבא פליג שם, וס"ל להנך פוסקים דאם מכרה אחר שהגיע הזמן פרעון וגבה לבסוף על ידי שומא והכרזה, אף רבא מודה דהמכירה חל למפרע, ולא פליג רבא רק במכרה קודם זמן הפרעון, אבל ודאי דהנך פוסקים מודים דבלא שומא והכרזה המכירה לאו כלום היא וכו' עכ"ל יעו"ש.

היוצא מדבריו בביאור היש אומרים דלאביי דס"ל למפרע הוא גובה חלה הגביה למפרע בשעת הלואת המעות, ולרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה חלה הגביה למפרע בשעת הגעת זמן פרעון, והחילוק מובן לפימש"נ בש"י פ"א דאליבא דאביי חלה גביה למפרע ולא מכירה, ולפי זה יש לומר דרבא פליג עליה משום דלא מסתברא ליה דשייך תורת גביה מיד בשעת הלואת המעות, אכן כשהגיע זמן פרעון שפיר

קרקעות, דכל זמן שמגיע לידם שום קרקע יכול לגבות מהם חיוב אחריות, ואילו היו מטלטלין דיתמי משתעבדי לבעל חוב היה גובה מהם החוב שהוא חייב להם דמי מכירה, ויצא חוב זה בחוב זה ונפטר מהם, אבל כיון שאין החוב משועבד אינו יכול לגבות מהם אלא אם כן הגבה להם איזו קרקע.

אבן מדברי הרמב"ם פי"א מלוה ולוה הל"י מבואר דאינו יכול ליפטר מן היתומים אלא אם כן הגבה להם אותה קרקע שלקח מאביהם באחריות, ולפי דבריו צריך לומר דליכא חיוב אחריות על דמי סילוק החוב, ועיימש"נ בש"י פ"ט, ואם הא דקא אמרי אנן מטלטלין שבק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, אין כונתם בזה דאילו היו מטלטלי דיתמי משתעבדי היה יכול לגבות החוב משום חיוב אחריות, כמש"נ, דהא ליכא חיוב אחריות על דמי פיוס, אלא כונתם דאילו היו מטלטלי דיתמי משתעבדי לבעל חוב היה הבעל חוב יכול ליטול לתשלומי חובו אותו חוב ששמעון חייב לשלם דמי מכירה להיתומים, ובזה היה שמעון נפטר מן היתומים, שהרי בא הבעל חוב ונטל חובם, והוא שילם להבעל חוב, ושוב אין להם אצלו כלום, אבל משום חיוב אחריות לא היה נפטר מהם, דהא לדעת הרמב"ם אין חיוב אחריות על דמי פיוס.

פרק ט

בו יבוארו דברי הרמב"ם דלוקה פקח שוקף עליו דמי מכירה במלוה ופיוס בעל חוב במעות יכול לפטור עצמו מלשלם ליתומים אם מגבה להם אותה קרקע שלקח מאביהם באחריות.

[פסחים זא.] והאמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה, ומת ראובן ואתא בעל חוב דראובן וטריף ליה משמעון, ואתא שמעון ופייסיה בזווי, דינא הוא דאתו בני ראובן ואמרי לשמעון, אנן מטלטלי שבוק אבון גבך, ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי. ואמר רבא אי פיקח שמעון מגבי להו ארעא והדר גבי לה מינייהו, דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהן יעו"ש.

עליו אחריות בשעת המכירה, וחל עליו החיוב מיד שנתחייב לשלם אם יטרפנו בעל חוב, והרי נכסיו משועבדים מיד לחיוב אחריות זה, ובפועל ליכא גביה אלא אם נטרף מן הלוקחות ואפילו אחר מיתת מוכר, ולכן עבר החיוב אחריות להיתומים כשמת המוכר.

ודומה לזה מצינו במכות (דף ג), מתניתין מעידים אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ולא נתן לה כתובתה, והלא בין היום ובין למחר סופו ליתן לה כתובתה, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה של זו וכו', יעו"ש. ומבואר דהעדים זוממים שרצו לחייבו כתובה אע"פ שלא גירש את אשתו צריכים לשלם שויות הכתובה בעוד שהיא תחתיו, ומבואר דמיד בשעת כתיבת הכתובה נחשב בר תשלומין, דמיד חל עליו חיוב לשלם אם יגרשנה, ועיימש"נ בשט"ו פמ"ז, וכן הוא הדין נמי במוכר שדה באחריות הרי החיוב חל עליו מיד אם יטרפנה, ואע"פ שלא נטרף אלא אחר מיתתו, וכשמת נכנסו היתומים תחתיו להתחייב באחריות כל זמן שירשו קרקעות, וכמש"נ.

והנה בסוגיין משמע דהיתומים נתחייבו באחריות אע"ג דשמעון סילק לבעל חוב בזווי ולא נטרפה ממנו הקרקע שלקח מאביהם, דגם על המעות שסילק בהן הבעל חוב איכא חיוב אחריות, ואלא דאינו יכול לגבות מן היתומים שהרי לא ירשו קרקעות רק החוב שיש להם אצל שמעון לדמי המכירה שזקף עליו במלוה, וחוב זה הוי מטלטלין, ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, ולכן אם פיקח הוא נותן להם איזה קרקע לתשלומי חובו, והשתא יש להם קרקע, ויכול לגבות חיוב אחריות מהם, וכן מבואר דאיכא אחריות על מעות שסילק בהם בעל חוב בכתובת (דף זא): יעו"ש, ומבואר שם דלוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי בעילוי דמים וחוזר וגובה מן המוכר, ועיימש"נ בשט"ו פ"ג.

היוצא לנו דאם איכא אחריות נכסים על דמי סילוק באמת היה יכול לגבות מן היתומים, ורק דלא ירשו קרקעות ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, ולפי זה הא דאמר רבא אי פיקח הוא מגבה להו אין שום נפקא מינה בין אותה קרקע שלקח או שאר

ממנו, ומכל זה מוכח דבעינן דוקא אותה קרקע, וצריכים לעיין מאי שנא אותה קרקע משאר קרקעות.

ונראה דהרמב"ם למד דאם שמעון פייס לבעל חוב בזווי ליכא חיוב אחריות על המוכר או על יורשיו, ואע"ג דמבואר בבבא מציעא (דף טו:) דאיכא למאן דאמר לוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי יעו"ש, וכן פסק הרמב"ם פ"ח מלוה ולוה הל"ט יעו"ש, ומבואר בכתובות דיכול לחזור ולתבוע אחריות מן המוכר, כנ"ל, מכל מקום ס"ל להרמב"ם דחלוק סילוק בזווי מפיוס בזווי, דסילוק בזווי על ידי עילוי דמים כההיא דכתובות, היינו כשבית דין ירדו לנכסיו לגבות לבעל חוב והתחילו ימי הכרזה, אז יכול הלוקח להעלות דמים ולומר לבעל חוב או אתה נוטל קרקע זו בכפלים דשוויי עד כדי שיעור החוב, ואם לאו אני נותן לך המעות ותסתלק, ככהאי גונא אם סילק לבעל חוב בזווי ונשארה הקרקע בידו שפיר גובה אחריות מן המוכר, שהמוכר קיבל עליו שאם תגבה הקרקע ממנו שהוא ישלים לו חסרונו, הגוף וגם השבח, כדמבואר בבבא מציעא (דף טו.) יעו"ש, והרי נגבה קרקע זו מן הלוקח, אכן לא גרע הלוקח משאר אדם מן השוק ויכול להעלות דמים בהכרות הקרקע, וכשהוא מסלק הבעל חוב הרי זה כמי שחזר ולקח הקרקע מן ההכרזה כמו שאר אדם מן השוק, והרי זה נחשב שנגבה הקרקע ממנו, והעילוי דמים הוא שבחא דיוקרא, והרי המוכר מחויב להעמיד לו חסרונו שהרי קיבל עליו אחריות.

אבל פיוס בזווי הוי ענין אחר לגמרי, דכשבא אצלו הבעל חוב ואמר לו שרוצה לגבות השדה ממנו פייס אותו ונתן לו דמים לשלם חובו, ומעולם לא בא הדבר לבית דין, ולא ירדו לנכסיו, ולא הותחלה שום טירפא בהשדה, ולא שייך למימר בזה דחשבינן ליה כאילו השדה עמדה לגביה והוא לקח אותה כשאר אדם מן השוק, ונמצא דלא אבד השדה משום חובו של המוכר, ואין בזה חיוב אחריות, ואי משום שפרע חובו של המוכר, הרי אינו בזה אלא כשאר אדם מן השוק שפרע חובו של המוכר שהניח מעותיו על קרן הצבי, כדאמרינן בכתובות (דף קז:) יעו"ש.

ופשטות משמעות הגמרא היא דאם שמעון פקח מגבה ליה ליתומים כל שום ארעא שיש לו, והדבר מסתבר, דכיון דמבואר בכתובות (דף צא:) דלוקח שסילק לבעל חוב בזווי גובה אחריות מן הלוה, ועיימש"נ בשט"ו פ"ג, אם כן חל חיוב אחריות על אביהם של היתומים, וכיון שמת חל החיוב על היתומים, והא דאינו גובה מהם הוא משום שלא ירשו קרקעות מאביהם, ולא ירשו אלא החוב שיש להם על שמעון בשביל דמי המכירה שזקף עליו במלוה, והחוב הוא מטלטלין, ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, ולכן אין שמעון יכול לגבות מהם אחריות, אכן אם מגבה להם קרקע בתשלומי חובו להם שפיר יכול לחזור ולגבות מהם, דהא אמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם, ועיימש"נ בש"י פ"ח.

אולם עיין מה שכתב הרמב"ם פ"א מלוה ולוה הל"י וז"ל: ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקף שמעון דמי השדה עליו מלוה לראובן, ומת ראובן ובא בעל חוב של ראובן לטרוף משמעון השדה, ופייסו שמעון במעות והלך לו, הדין נותן שיבאו יורשי ראובן ויתבעו שמעון במלוה שזקף עליו, שהרי אינה משועבדת לבעל חוב של ראובן, לפיכך אם היה שמעון פקח נותן להן הקרקע שלקח מראובן במלוה שזקף על עצמו, וחוזר וטורף אותה מהן מפני המעות שנתן לבעל חוב של ראובן כדי שלא יטרוף אותה ממנו שהרי באחריות לקחה מראובן עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו שיש לו עצה לאחר שפייס בעל חוב דראובן במעות שיכול לפטור עצמו מלשלם דמי מכירה ליתומים, על ידי שגיבה להם אותה הקרקע שלקח ויחזור ויגבה אותה מהם משום חיוב אחריות שקבל אביהם על המכירה.

ועיין במגיד משנה שנדחק לומר דמה שכתב הרמב"ם שנותן להם אותה קרקע לאו דוקא, והוא הדין לשאר קרקעות שיש לו, ואכן קשה לומר כן בדברי הרמב"ם שהדגיש שהיא הקרקע שלקח מראובן, ושזקף עליו דמי המכירה במלוה, ושטורף אותה מהן מפני המעות שנתן לבעל חוב של ראובן כדי שלא יטרוף אותה

גובה אמאי חוזר וגובה אותה מהם, הא הוי כמאן דזבין יתמי נכסי דמי, ואילו קני יתמי נכסי מי קא משתעבדי לבעל חוב, שאני התם דאמר להו כי היכי דמשתעבדנא ליה לאבוכון משתעבדנא נמי לבעל חוב דאבוכון מדרכי נתן, דתניא רבי נתן אומר מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו שמוציאין מזה ונותנין לזה, ת"ל ונתן לאשר אשם לו יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה שאני התם וז"ל: לעולם מכאן ולהבא הוא גובה, ומאי דאמר רב נחמן בעלמא בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם, משום דאמר להם בעל חוב ליתומים מכח מי באתם וגביתם קרקע זו, מכח שעבוד של אביכם, וכי היכי דמשתעבדא לאבוכון קרקע זו של לזה שלזה מאביכם, משתעבדא נמי לדידי שהייתי מלוה של אביכם, והמחויב לו כלום משועבד לי מדרכי נתן, הלכך קדם שיעבודי עליה אפילו אצל לזה שהיתה ברשותו, ושמעון נמי אמר להו לבני ראובן כי היכי דהוי נכסיי משועבדין לאביכם בשביל חובו, היו משועבדין גם לעצמי מכח אביכם, שהיה לזה אצלי מחמת אחריות המכירה מדרכי נתן, דמה לי אני מה לי אחר, הלכך אע"פ שלא היתה קנויה לאביכם מחיים, חל שעבודי עליה אצל עצמי עכ"ל יעו"ש.

ומה שכתב רש"י הלכך קדם שעבודי עליה אין כונתו בזה שקדם שעבודו לשעבודם בזמן, חדא דזה תלוי בדין בעל חוב מאוחר שקדם וגבה, ונחלקו בזה הראשונים אם קיימא לן מה שגבה גבוי או אינו גבוי, ועיין מה שכתב המגיד משנה פ"כ מלוה ולוה הל"א, יעו"ש, ועוד דשפיר שייך ששעבוד אביהם על הלוה קדם אם הלוה לו מעות קודם שמכר הקרקע באחריות, אלא כונתו שהיה לו שעבוד ישיר על נכסי הלוה אף קודם שגבו היורשים בחובת אביהם, שהרי יש לו שעבוד על שעבודם, ואין גביתו תלויה בגבית היתומים, ופשוט.

ומה שכתב רש"י בסוף דבריו דחל שעבודו עליה אצל עצמו כשהקרקע שקנה מאביהם עדיין היתה בידו, אע"ג דלכאורה אין אדם יכול להיות לו שעבוד על עצמו, כונתו בזה שמדין שעבודא דרבי נתן יש לו שעבוד על שעבוד, והרי היה להמוכר שעבוד על קרקע

ונמצא לפי זה דאם שמעון מחזיר להם שום קרקע בעלמא לא יוכל לחזור ולגבות מן היתומים, שהרי לא נגבה הקרקע ממנו ואין עליהם חיוב אחריות, ואם כן חייב הוא לשלם להם הדמי מכירה שעדיין לא שילם, אכן אם פקח הוא יש לו עצה לפטור עצמו מלשלם להם, והיינו שיתן להם אותה קרקע שלקח ממנו תחת חיובו לשלם דמי מכירה, ונמצא שזה הפסיד הקרקע בגלל אביהם, שהמעות שהיה מוכן לשלם להם בשביל דמי המכירה נתן לבעל חוב בפרעון החוב, והשתא הוצרך להחזיר להם הקרקע בשביל דמי המכירה, ונמצא שאבד הקרקע בגלל חוב דראובן אביהם ונתחייב באחריות, וגם היתומים נתחייבו באחריות שהרי השתא יש להם קרקע, והרי הוא חוזר וטורף הקרקע מהם, וכל זה כמוכרן הוא דוקא כשהחזיר להם אותה קרקע, אבל אם נתן להם קרקע אחרת ליכא חיוב אחריות, שהרי הקרקע שנמכרה לו עדיין היא בידו, וכמש"נ, והחידוש שחידש לנו רבא בהעצה של פקחות הוא דהחיוב אחריות לא הוי רק כשהבעל חוב גבה קרקע ממנו, אלא בכל אופן שאבד הקרקע מחמת חוב המוטל על המוכר נתחייב המוכר להשלים חסרונו.

פרק י

בו יבוארו דברי רש"י דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם מדין שעבודא דרבי נתן משום דאמר להם ליתומים קדם שעבודי והיו נכסי משועבדים לעצמי.

[פסחים ז"א.] ומי אמר רבא הכי, והאמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה, ומת ראובן ואתא בעל חוב דראובן וטריף לה משמעון, ואתא שמעון ופייסיה בזווי, דינא הוא דאתו בני ראובן ואמרי ליה לשמעון, אנן מטלטלי שבק אבון גבך, ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי. ואמר רבא אי פקח שמעון מגבי להו ארעא והדר גבי לה מינייהו, דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם, אי אמרת בשלמא למפרע הוא גובה אמטו להכי חוזר וגובה אותה מהם, דכמאן דגבו מחיים דאבוהון דמי, אלא אי אמרת מכאן ולהבא הוא

שהמטלטלין ביד הלוה יש למלוה זכות ושעבוד בגווייהו, אבל כשיצאו מתחת ידו על ידי מכירה פקע מהן השעבוד משום תקנת השוק, וכן כשהורישם לבניו משום לא פלוג, וכמו שכתבו התוס' בבבא קמא (דף י"א:) בד"ה כגון, יעו"ש, ודומה להא דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא פקע השעבוד בשעת מכירה במלוה על פה, ועיימש"נ בש"א פי"א.

וְלַפִּי זה יש לומר דהתוס' ס"ל כדברי הרשב"ם, וסלקא אדעתיהו שמטלטלין ביד הלוה משועבדים למלוה, ואם כן במקום דאיכא שעבודא דרבי נתן, מלבד הא דיכול מלוה שני לתבוע פרעון מן הלוה, יש לו נמי שעבוד במטלטלין דלוה, וכן הוקשה להם להתוס' למה אמר רב נחמן דיתומים שגבו קרקע בעל חוב גובה מהם משעבודא דרבי נתן, והלא גם אם גבו מטלטלין יגבה מהם, שהרי גבו מטלטלין המשועבדים להמלוה, וקדם שעבודו לשעבודם, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, ולא שייך כאן תקנת השוק ולא פלוג, שלא באו המטלטלין לידם על ידי מכירה או ירושה אלא בגביה, ושעבודו קדם.

וַעֲלֵה זה תירצו התוס' דלא נשתעבדו נכסי הלוה למלוה שני מדרבי נתן אלא כשנחשבים כמוחזקים בידו ויכול להוציאם אם נמכרו, וזה אינו אלא בקרקעות ולא במטלטלין, אבל אם לא גבו היתומים שפיר יכול בעל חוב של אביהם לתבוע פרעון מן הלוה ולגבות ממנו אפילו מטלטלין, וגם אינו צריך לתבוע אותם תחלה, שהרי אי אפשר להוציא מהם כל זמן שלא גבו קרקע.

וּמִסְתַּמָּא זוהי גם כן כונת הרמב"ם במה שכתב פי"א מלוה ולוה הל"ט וז"ל: יתומים שגבו קרקע בחוב שהיה לאביהן אצל אחרים, יש לבעל חוב של אביהם לחזור ולגבות אותה מהן, שהרי קרקע זו של אביהם היא עכ"ל יעו"ש. ואע"פ שמעולם לא באה הקרקע ליד אביהם, דהא קיימא לן בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה, מכל מקום נחשבת כאילו היתה של אביהם הואיל והיה יכול להוציא מהידי הלקוחות, וכמו שכתבו התוס', כמש"נ.

הלוקח לדמי המכירה, והלוקח יש לו שעבוד על שעבוד זה מדין שעבודא דרבי נתן, ונמצא שיש לו שעבוד על שעבוד שבקרקע שלו, ואע"פ שהקרקע שלו השעבוד אינו שלו, ושפיר שייך בו שעבודו.

פרק יא

בו יבוארו דברי התוס' שהקשו דלמה לא נימא יתומים שגבו מטלטלין בחובת אביהם בעל חוב גובה מהם משום שעבודא דרבי נתן ואע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב.

[פסחים לא.] דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם וכו', דאמר להו כי היכי דמשתעבדנא ליה לאבוכון משתעבדנא נמי לבעל חוב דאבוכון מדרבי נתן, דתניא רבי נתן אומר מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו שמוציאין מזה ונותנין לזה, ת"ל ונתן לאשר אשם לו יעו"ש.

וְכַתְּבוּ התוס' בד"ה משתעבדנא לבעל חוב דאבוכון מדרבי נתן וז"ל: ואם תאמר גבי מטלטלים נמי נימא הכי, ונראה לר"י דדוקא גבי קרקע שייך למימר הכי דבת שעבוד היא, דכשהקרקע זו משועבדת לראובן חשבינן ליה כאילו היא בידו, דהא אם מכרה או משכנה חוזר ראובן וגובה אותה, ולכך משועבדת נמי לבעל חוב, אבל מטלטלים אין להחשיבם כאילו הם ביד ראובן, כיון שאילו מכרם או משכנם אין גובה מהן עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק בדבריהם דהיאך סלקא דעתא שיגבה מטלטלין מן היתומים, והא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, ועיין במהרש"א.

וְהִנֵּה מצינו שתי דרכים בהא דמטלטלין לא משתעבדי לבעל חוב, רש"י בבבא קמא (דף לג:) כתב הטעם משום דמלוה לא סמיך דעתא עלייהו יעו"ש. אבל הרשב"ם בבבא בתרא (דף מד:) כתב דטעמא משום תקנת השוק יעו"ש. והנה לכאורה לדברי רש"י אין לבעל חוב שום זכות ושעבוד בגוף המטלטלין אפילו כשהן ביד הלוה, דהא לא סמיך עלייהו, ורק דיכול לגבות ממנו מכל מה שיש לו, ואפילו מגלימא דעל כתפיה, אבל להרשב"ם שפיר איכא למימר דכל זמן

פרק יב

בו יבואר דאע"ג דבשעבודא דרבי נתן יכול מלוא ראשון לקבל פרעון מהלוא ולבטל שעבודו של מלוא שני מכל מקום יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם.

[פסחים לא.] ומי אמר רבא הכי, והאמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון וכו', ואמר רבא אי פקח שמעון מגבי להו ארעא והדר גבי לה מינייהו, דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם וכו', אלא אי אמרת מכאן ולהבא הוא גובה אמאי חוזר וגובה אותה מהם, הא הוי כמאן דזבין יתמי נכסי דמי וכו', שאני התם דאמר להו כי היכי דמשתעבדנא ליה לאבוכון משתעבדנא נמי לבעל חוב דאבוכון מדרבי נתן וכו' יעו"ש.

והנה עיין בתוס' בכתובות (דף טו.) בד"ה וכגון שחב לאחרים שכתבו, דאם המלוה הראשון שעומד באמצע בין לוח למלוה שני מחל לו להלוה, הרי החוב מחול ואין מלוה שני גובה מן הלוה מדין שעבודא דרבי נתן, כי היכי דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול כדאיתא שם (דף פה.) יעו"ש, וכן כתב הנמוקי יוסף בבבא בתרא (דף קעד.) יעו"ש, והביאור בזה הוא דעל ידי שעבודא דרבי נתן לא נתחדש שעבוד הגוף מן הלוה למלוה שני, אלא לעולם נשאר השעבוד הגוף אצל מלוה ראשון, ורק דהשעבוד נכסים שיש לו למלוה ראשון על הלוה נשתעבדו למלוה שני, והחידוש דשעבודא דרבי נתן הוא דחל שעבודו דמלוה שני על שעבוד נכסים שיש לו למלוה ראשון על הלוה, ולכן אם מחל מלוה ראשון ללוה נסתלק השעבוד הגוף וממילא נתבטל השעבוד נכסים, והוא הדין נמי אם הלוה פרע חובו למלוה ראשון נסתלק השעבוד הגוף ונתבטל השעבוד נכסים, דלא גרע פרעון ממחילה, ועיימש"נ בש"י פי"ג.

ולפי זה יש להקשות דכי היכי דמחילה ופרעון מסלקים השעבוד הגוף, לכאורה הוא הדין נמי דגבית קרקע מסלקו, דסוף סוף נפרע החוב ונסתלק השעבוד הגוף, וכיון דתו ליכא שעבוד הגוף ליכא נמי שעבוד נכסים, ואם כן הכא בסוגיין דכבר גבו היתומים קרקע בחובת אביהם, ועל ידי זה נפרע חוב הלוה להיתומים

ונסתלק שעבוד הגוף, היאך חוזר מלוה שני וגובה מהם משעבודא דרבי נתן, והלא אם מחלו היתומים להלוה או קיבלו פרעון ממנו בודאי היה נפטר בזה הלוה מן מלוה שני, וכמו שכתבו התוס' והנמוקי יוסף, כנ"ל, אם כן למה לא היא הדין כן גם כשגבו קרקע בחובת אביהם, הלא בין כך ובין כך נסתלק החוב ובטלו השעבודים.

וגם להפוסקים דס"ל דמלוה ראשון אינו יכול למחול ללוה במקום דאיכא מלוה שני, כמו שכתב המחבר בסי' פ"ו סעי' ה', ועיין מה שכתב הש"ך ס"ק י"א יעו"ש, מכל מקום גם לדידהו יכול מלוה ראשון לקבל פרעון מן הלוה כל זמן שלא נתחייב הלוה למלוה שני בבית דין, כמו שכתב המחבר שם, ואם כן בודאי יכולים היתומים לקבל פרעון מן הלוה על כל פנים קודם שנתחייב למלוה שני בבית דין, ובפרט לפי מה שכתב הגר"א שם דאף לאחר שנתחייב הלוה לשלם למלוה שני עדיין יכול מלוה ראשון לקבל ממנו פרעון, ורק דהלוה צריך לשלם למלוה שני מדין מזיק שעבודו של חבירו, ועיימש"נ בש"י פי"ג, אם כן למה לא אהני גבית היתומים לסלק למלוה שני דשוב לא יהא לו שום תביעה לגבי הקרקע שגבו בחובת אביהם, וכל שכן בהיא עובדא דרמי בר חמא דאין להלוקח שום גישה להקרקע עד שיגבו אותה היתומים בחובת אביהם.

ונראה מוכרח מזה דגבית קרקע משועבדת אינה מבטלת השעבוד של הקרקע, אלא הדין הוא דעל ידי גבית הקרקע נתאלם השעבוד ונעשה קנין, ובשלמא אם מלוה ראשון מחל ללוה או קיבל ממנו פרעון הרי נסתלק שעבוד הגוף של הלוה, וקרקע המשועבדת נשארה אצל הלוה בלי שעבוד, אבל אם השעבוד הגוף נסתלק על ידי גבית אותה קרקע המשועבדת לא נתבטל השעבוד, אלא אדרבה נתאלם ונתגדל ונעשה קנין, ונמצא שהקרקע כשהיא השתא ביד היתומים עדיין נשאר עליה השעבוד נכסים שחל עליה בחיי אביהם, אלא שעל ידי הגביה נתוסף כחם בהקרקע ונעשה קנין, ולכן שפיר יכול מלוה שני לגבות הקרקע מהם, שהרי יש לו שעבוד על השעבוד שבאותה קרקע, ועדיין השעבוד קיים, וכמש"נ.

פרק יג

בו ידון אם מלוא ראשון יכול למחול ללוא ועל ידי כך יפקע שעבודו של מלוא שני, ואפילו להשיטות דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול דמכירת שטרות מדרבנן.

[כתובות יט.] אמר רב יהודה אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן, דקאמר מאן וכו', ואלא דקאמר מלוא תבוא עליו ברכה וכו', אביי אמר לעולם דקאמר מלוא, וכגון שחב לאחרים וכדרכי נתן, דתניא רבי נתן אומר מנין לנושה בחבירו וכו' יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה וכגון וז"ל: ואם תאמר וליהמניה במיגו דאי בעי מחיל ליה, דהא המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול (לקמן דף פה:) וכו', ואם נאמר דמכירת שטר חוב אינו אלא מדרבנן הוה אתי שפיר, דמצינן למימר דוקא מוכר שטר חוב דהוי מדרבנן יכול למחול, אבל בנושה בחבירו וכו' דחייב לו מן התורה אינו יכול למחול וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריהם דלהנך שיטות דמכירת שטרות מן התורה ומכל מקום יכול למחול, הוא הדין נמי בשעבודא דרבי נתן יכול מלוא ראשון למחול ללוא ונסתלקה גם תביעת מלוא שני שבא בשעבודא דרבי נתן.

וכן כתב נמי הנמוקי יוסף בבבא בתרא (דף קעד.) וז"ל: ושני מיני קבלנות איכא וכו', והיאך קבלנות שנשא מן המלוא ונתן ללוא ביד שלא נטל הלואה מן המלוא כלום אלא מן הערב, ומיהו אומר ר"ת שאם אין נכסים לערב חוזר על הלואה מהא דרבי נתן, אלא אם כן מחל הערב להלוא בהא אין המלוא יכול לחזור עליו, דאפילו המוכר שטר חוב אמרינן לעיל (דף קמז:) שאם חזר ומחלו מחול עכ"ל יעו"ש, ועיין בחו"מ סי' פ"ו סעי' ה' דיש דעות דאינו יכול למחול יעו"ש.

והנה כתבו התוס' בבבא בתרא (דף עו:) בד"ה קני דהמוכר שטר חוב לחבירו יכול לחזור ולמחלו משום דמכירת שטרות מדרבנן, יעו"ש, וכן היא נמי שיטת הרמב"ם פ"ו מכירה הלי"ב, יעו"ש, ולדידהו אין להוכיח ממוכר שטר חוב דגם מלוא ראשון יכול למחול ללוא ולהפקיע זכותו של מלוא שני, דהא שעבודא דרבי נתן הוא מדאורייתא, וטעמא דיכול למחול מוכר שטר חוב היא משום דמכירת שטרות

מדרבנן, וכמו שכתבו התוס' בתירוץ השני, כנ"ל. אכן שיטת ר"ת שם ובכמה מקומות היא דמכירת שטרות דאורייתא ומכל מקום יכול למחול, וטעמא דמלתא משום דאינו יכול למכור אלא השעבוד נכסים, אבל השעבוד הגוף עדיין נשאר אצל המלוא, והיינו דעצם החיוב עדיין הוי להמלוא, דאינו יכול למכור שעבוד הגוף, ועל ידי מכירת השטר לא מכר לו אלא הזכות לגבות אותו החוב, וכשהמוכר מחל להלוא פקע שעבוד הגוף וממילא בטל נמי שעבוד נכסים, שהרי הנכסים משועבדים לתשלום שעבוד הגוף, ואם אין עוד שעבוד הגוף אין עוד שעבוד נכסים, וכ"כ הרשב"ם בבבא בתרא (דף קמז:) בד"ה ואפילו יורש, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פכ"ד.

ונמצא לפי זה שהוא הדין בשעבודא דרבי נתן לא חל שעבוד הגוף למלוא שני על ידי דין ונתן לאשר אשם לו, וכל דין שעבודא דרבי נתן הוא רק לגבי שעבוד נכסים, דמלוא שני קונה שעבוד בכל שעבוד נכסים שיש לו למלוא ראשון על הלואה, והרי הוא קונה זכות לגבות חוב מלוא ראשון מנכסי הלואה, ומכל מקום השעבוד הגוף של הלואה הוא להמלוא ראשון, ואם מחל המלוא ראשון ללוא פקע שעבוד הגוף וממילא בטל שעבוד נכסים שיש למלוא ראשון על הלואה, וכיון שבטל שעבודו של מלוא ראשון בטל נמי שעבודו של מלוא שני.

ומה שכתב הנמוקי יוסף דבשעבודא דרבי נתן אם מחל מלוא ראשון מחול דאפילו במוכר שטר חוב אם מחלו מחול, כנ"ל, והיינו דאם מוכר יכול למחול כל שכן שמלוא ראשון יכול למחול, הכונה בזה כפשוטו היא דבמוכר הרי אין לו שום דין בהחוב, דכל דין גבית החוב הוא ביד לוקח השטר, ומכל מקום כיון דעצם שעבוד הגוף הוא לדידיה יכול למחול, כל שכן בשעבודא דרבי נתן דמלוא ראשון עדיין יש לו דין גביה מן הלואה, ויכול לגבות חובו ממנו, ורק דגם מלוא שני יכול לגבות מן הלואה משעבודא דרבי נתן, כל שכן דמלוא ראשון יכול למחול השעבוד הגוף.

והנה עיין בחו"מ סי' פ"ו סעי' ה' שפסק דבשעבודא דרבי נתן אין מלוא ראשון יכול למחול ללוא, ועיין בסמ"ע שם סק"ח

שני שעבוד הגוף על הלוה, ואין מלוה ראשון יכול למחול לו אפילו אם לא ידע הלוה כלל שמלוה ראשון מחויב למלוה שני, מכל מקום שאני קבלת פרעון ממחילה, וכל זמן שלא נודע ללוה שעליו לשלם למלוה שני יכול מלוה ראשון לקבל פרעון ממנו ולהפקיע שעבוד מלוה שני על הלוה.

ובביאור הדברים נראה דשעבוד הגוף של הלוה למלוה שני מדין שעבודא דרבי נתן הוא להמציא נכסים למלוה ראשון כדי שיופרע חובו למלוה שני, והוי כמו שעבוד הגוף על שעבוד הגוף, ואם כן אין שעבוד הגוף זה מעכבו מלשלם למלוה ראשון, ואינו מעכב אלא מחילה שהיא מבטלת שעבודו ונתרחק בזה גבית מלוה שני, אבל פרעון בעצם אינו מרחק גבית המלוה, ומשום הכי יכול מלוה ראשון לקבל ממנו פרעון, והשתא יש לו נכסים לשלם למלוה שני, ומכל מקום היכא דנתחייב הלוה בבית דין לפרוע למלוה שני מדין שעבודא דרבי נתן, או על כל פנים התרה בו מלוה שני שאין למלוה ראשון נכסים והוא יבא לגבות ממנו מדין שעבודא דרבי נתן, וכמו שכתב הש"ך, כנ"ל, אז חל החיוב פרעון בפועל על הלוה לפרוע למלוה שני, ושוב נסתלק מלוה ראשון מדין פרעון בפועל, ושוב אינו יכול לקבל פרעון מן הלוה, ואם קבל לא נתקיים בזה דין פרעון וצריך לפרוע למלוה שני פעם אחרת, אולם אפילו קודם שחל על הלוה חיוב פרעון בפועל למלוה שני אין מלוה ראשון יכול למחול ללוה, שהרי שעבוד הגוף שיש לו למלוה שני על הלוה יכול לעכב עליו, וכמש"נ.

ועיין בהגהות הגר"א שם סק"כ דהא דנתחייב לשלם פעם אחרת הוא מדין מזיק שעבודו של חברו, יעו"ש, ולפי זה אינו צריך לשלם כל דמי החוב אלא שמין את השטר כפי מה ששוה לימכר, כמו שפסק המחבר בסי' ס"ו סעי' ל"ב לגבי מוכר שטר חוב וחזר ומחלו, יעו"ש, ומכל מקום מבואר מדברי הגר"א דחלוק פרעון ממחילה, דאע"פ שמלוה ראשון אינו יכול למחול ללוה עדיין יכול לקבל ממנו פרעון אפילו כשנתחייב בבית דין למלוה שני, ואלא דהלוה חייב לשלם למלוה שני מדין מזיק שעבודו,

דדוקא מוכר שטר חוב יכול למחול, ששעבוד הגוף נשאר אצל המוכר, מה שאין כן בשעבודא דרבי נתן דנסתלק לגמרי שמעון מלוי יעו"ש, וכ"כ הש"ך סק"א וז"ל: ועוד נראה לי עיקר דאף למאן דסבר מכירת שטרות דאורייתא וכו', דהיינו טעמא דיכול למחול משום דשני קנינים יש, שעבוד הגוף ושעבוד נכסיו, והמוכר שטר חוב אי אפשר שימכור שעבוד הגוף וכו', אם כן האי טעמא לא שייך בנושה מחבירו שנשתעבד הלוה השני לגמרי לראשון מדאורייתא וכו', ואם כן גם גופו נשתעבד לו מדאורייתא וכו' עכ"ל יעו"ש, והביא נמי כמה שיטות דאינו יכול למחול, וכן העלה להלכה, וגם הסמ"ע כיון לזה במה שכתב דנסתלק לגמרי שמעון מלוי, כנ"ל, דאין כונתו בזה דנסתלק מכל החוב ואינו בעל דבר עוד לתבוע פרעון, אלא כונתו דאינו עומד בין הלוה למלוה שני, אלא קנה מלוה שני שעבוד הגוף על הלוה ויש לו כח לתבוע מצד עצמו, ואין מלוה ראשון יכול למחול ללוה ולהפקיע כחו של מלוה שני, וכמו שכתב הש"ך.

אכן עיין מה שכתב המחבר בהמשך הסעיף שם וז"ל: ואם אחר שנתחייב לוי לראובן בבית דין הלך ופרע לשמעון, חייב לפרוע לראובן פעם אחרת עכ"ל יעו"ש. ומשמע דקודם שנתחייב בבית דין יכול מלוה ראשון לקבל פרעון מן הלוה, ועל ידי זה נסתלק הלוה ממלוה שני ואין לו עליו עוד תביעה מדין שעבודא דרבי נתן, ומבואר דאע"ג דאית ליה למלוה שני שעבוד הגוף על הלוה מדין שעבודא דרבי נתן לא נתבטל בזה שעבודו של מלוה ראשון על הלוה, דכל שעבוד הגוף שיש לו למלוה שני על הלוה הוא רק כשאין למלוה ראשון נכסים ואינו יכול לפרוע למלוה שני, כמו שכתב המחבר שם בסעי' ב', יעו"ש, וכיון שכן יכול מלוה ראשון לקבל פרעון מן הלוה קודם שנתחייב הלוה בבית דין לשלם למלוה שני, ואיברא דהש"ך כתב שם בס"ק י"ד דלשון המחבר לאו דוקא אלא אורחא דמלתא נקט, גם הש"ך העלה שם דבעינן שהמלוה שני התרה בלוה שלא יפרע למלוה ראשון מפני שהוא חייב לו ואין לו נכסים, אבל קודם לכן גם הש"ך מודה דמלוה ראשון יכול לקבל פרעון מן הלוה, ואע"פ שיש לו למלוה

קנוניא ביניהם לאבד זכותו של שמעון, ולמה הוצרך לטעמא דקנוניא, והלא גמרא מפורשת היא בקידושין (דף סה:), אמר ליה רב אשי לרב כהנא מאי דעתך דילפת דבר דבר מממון, אי מה להלן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אף כאן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אמר ליה התם לא קא חייב לאחריני הכא קא חייב לאחריני יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: לא קא חייב לאחריני, אינו חב לאחריים בהודאתו זו, שאין נפסד אלא הוא, הכא קא חייבה לאחריני, שקרובותיה נאסרו בו וקרוביו נאסרין בה עכ"ל יעו"ש, ומבואר דבעצם אין הודאת בעל דין נאמן אלא לחוב לעצמו ולא לחוב לאחריים, דהא בקרוביו וקרובותיה ליכא צד קנוניא ומכל מקום אינו נאמן, ואם כן קשה למה כתב הרמב"ם דהיכא דמפסיד בהודאתו לאחריים שהיו יכולים לגבות משעבודא דרבי נתן אינו נאמן משום דחיישינן לקנוניא, תיפוק ליה דבכלל ליכא נאמנות של הודאת בעל דין לחוב לאחריים.

וכן יש להקשות נמי על מה שכתב הרמב"ם שם בהל"ה וז"ל: מי שנתחייב בשבועה זו מפני שטר חוב שעליו והודה לאחריים בחובות אחרים והשיגה ידו יתר על הראוי לו לא יטול היתר אלא בעלי שטרות בלבד שמא קנוניא עושה בהודאתו על נכסיו של זה עכ"ל יעו"ש, והיינו שנשבע שבועה שתיקנו הגאונים הראשונים רבנן סבוראי שישבע הלוח שבועה חמורה שלא החביא נכסים מן המלוה, כמו שכתב בהל"ב, יעו"ש, ובא לידו נכסים והודה שיש לו בעלי חוב אחרים אינו נאמן להפסיד לבעל השטר דחיישינן לקנוניא, ולמה הוצרך לכך, תיפוק ליה דאין לו נאמנות לחוב לאחריים.

ונראה דלא נחשב הודאת בעל דין במקום שחב לאחריים אלא היכא שעל ידי הודאתו הוא מבטל זכויות האחרים, כגון ההיא דקידושין דקרוביו נאסרים עליה, אבל בסוגיין הרי אינו מבטל זכותו של מלוה שני, ועדיין שטרו בתקפו הוא עומד, ורק דאינו יכול לגבות מן הלוח מדין שעבודא דרבי נתן, אבל אם יתרכו לו נכסים למלוה ראשון בודאי יוכל מלוה שני לבא ולגבות מהם, ורק דלעת עתה אין לו מקום גביה, ונמצא שלא איבד זכותו על ידי ההודאה,

והביאור הוא כדברינו, ולדידיה אין שעבוד הגוף שיש למלוה שני על הלוח מעכבו כלל מלפרוע למלוה ראשון, ואפילו היכא דהחויב פרעון בפועל כבר חל לגבי מלוה שני.

פרק יד

בו יבוארו דברי הרמב"ם דאין המלוה נאמן לומר שטר אמנה הוא כשחב למלוה שני שלא יוכל לגבות משעבודא דרבי נתן משום דחיישינן שמא המלוה והלוח עשו קנוניא להפסידו.

[כתובות יט.] אמר רב יהודה אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן, דקאמר מאן וכו', ואלא דקאמר מלוה, תבוא עליו ברכה וכו', אביי אמר לעולם דקאמר מלוה, וכגון שחב לאחריים, וכדרכי נתן, דתניא רבי נתן אומר מנין לנושה בחבירו וכו' יעו"ש. ובהאי צדדא דגמרא דלמא קאמר מלוה שהשטר הוא אמנה יש לדקדק דאם כן למה הם עומדים בבית דין, וכי תבעו המלוה לדין כדי להודות שהשטר שבידו אינו ראוי לגביה.

אלא שהדבר מתבאר על פי מה שכתב הרמב"ם פ"ב מלוה ולוה הל"ו וז"ל: ראובן שהיה חייב לשמעון מאה ולוי חייב לראובן מאה, מוציאין מלוי ונותנין לשמעון, לפיכך אם אין לראובן נכסים והיו לו שטרי חוב על לוי ואמר לוי שטר אמנה הוא פרוע הוא והודה לו ראובן, אין משגיחין על הודאתו, שמא קנוניא הם עושין לאבד זכותו של שמעון וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי הרמב"ם שהמלוה תבע ללוה לדין עם שטר זה שבידו, וטען הלוח ששטר אמנה הוא ומעולם לא לוה ממנו, ונזכר המלוה שכן היו הדברים והודה בבית דין ששטר אמנה הוא, ועל זה קאמר בגמרא דאם כן למה אינו נאמן, תבא עליו ברכה שאינו רוצה ליקח ממון שאינו שלו, ומשני דמיירי שהמלוה מחויב ממון למלוה ידידה, ומלוה שני היה יכול לגבות מן הלוח משעבודא דרבי נתן, ובהודאתו ששטר אמנה הוא מפסיד למלוה שני שלא יוכל עוד לגבות מן הלוח ואינו נאמן לחוב לאחריים.

אכן יש לדקדק בדברי הרמב"ם שכתב דטעמא דאינו נאמן משום דחיישינן דלמא עשו

ישראל להוציא מזה וליתן לזה, והוא דינא דהפקר בית דין הפקר, ויש בכח בית דין לתפוס נכסים מן המחויב, אכן כל זה הוא בדבר ששייך בו תפיסה וקנין, אבל שטרות אין גופם ממון, ולא שייך בהם תפיסה וקנין, והא דיכול להקנות שטרות, או על ידי מסירה או על ידי כתיבה ומסירה, ואע"ג דמילי נינהו, כדאיתא בכבא בתרא (דף עו.) יעו"ש, הוא משום דעל ידי מה שמוסר השטר הוא מאשר הלוקח להיות בעל השטר במקומו לגבות החוב מן הלוח, ואין זה מדרכי הקנינים, וכן מדויק בדברי הרשב"ם שם בד"ה ואותיות במסירה וז"ל: אבל משיכה אינה אלא בדבר שגופו ממון דמכי משך ליה זכה ביה וכו', אבל כדי לגבות החוב צריך שימסרנו מלוה ללוקח עכ"ל יעו"ש, ומבואר דמסירת השטר הוא דין חדש שעושהו ללוקח כבעל השטר, ודבר כזה אין בית דין יכולים לעשות בכח הפקר בית דין הפקר, ולכן אין בית דין מגבים לבעל חוב שטרות שאין גופם ממון.

פרק טז

בו יבואר קושית המהרש"ל על דברי התוס' דהמוכר שטר חוב ומחלו מחול, והוא משום מדרבנן דאם כן היאך יבואר אשה שמכרה כתובתה למחול והא שעבודה על הבעל מתנאי בית דין.

[כתובות יט.] כתבו התוס' בד"ה וכגון וז"ל: ואם תאמר וליהמניה במיגו דאי בעי מחיל ליה, דהא המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול (לקמן דף פה:) וכו', ואם נאמר דמכירת שטר חוב אינו אלא מדרבנן הוה אתי שפיר, דמצין למימר דוקא מוכר שטר חוב דהוי מדרבנן יכול למחול, אבל בנושה בחבירו וכו' דחייב לו מן התורה אינו יכול למחול וכו' עכ"ל יעו"ש.

וכתב המהרש"ל וז"ל: ותימה לפי זה הא דפרק קמא דבבא מציעא (דף טו:) אין מיתרצת דהא מכירת כתובתה היא מכירה ממש שיש לה שעבוד על הבעל מתנאי בית דין אפילו בלא שטר וכו', וצריך לומר דשאני כתובה שהרי לא נתנה לגבות מחיים ולא שייך לומר כהאי גונא הא דרבי נתן וכו', דהא לא חל שעבודא על

ולא נחשב הודאת בעל דין במקום שחב לאחרים, ולכן למד הרמב"ם דטעמא דאינו נאמן במקום מלוה שני שיכול לגבות מדין שעבודא דרבי נתן היא משום דחיישינן לקנוניא, והדברים פשוטים.

פרק טז

בו יבוארו דברי הר"ן דל"ו דינא דשעבודא דרבי נתן לא היינו אומרים דמלוה שאמר שטר אמנה הוא חב לאחרים שהיו יכולים לגבות השטר דלאו בני גוביינא נינהו שאין גופן ממון.

[כתובות יט.] אמר רב יהודה אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן, דקאמר מאן וכו', ואלא דקאמר מלוה, תבוא עליו ברכה וכו', אביי אמר לעולם דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים וכדרכי נתן, דתניא רבי נתן אומר מנין לנושה בחבירו וכו', יעו"ש. וכתב הר"ן וז"ל: ואי תימא דבלאו רבי נתן נמי הוי חב לאחרים, דנהי דאין מוציאין מזה ונותנין לזה כל זמן שלא יתבענו ללוה, מכל מקום כשיתרעם המלוה בבית דין למה לא יגבו לו חובו זה כשם שהם מגבין לו שאר נכסיו, יש לומר דשטרות לאו בני גוביינא נינהו שאין גופן ממון, וכל שאין גופן ממון אין בית דין מגבים לו, ומהכא שמעינן לה, והכי נמי מוכח מסוף מכילתין (דף קי.) גבי שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה דאמרין זה גובה וזה גובה וכו' עכ"ל יעו"ש.

והראיה מלקמן היא מהא דאמרין דלמאן דאמר בשל עולם שמין, ויש לאחד מהם עידיית ובינונית ולאידך זיבורית, זה גובה וזה גובה, ונמצא בעל הבינונית גובה זיבורית ובעל הזיבורית גובה בינונית ומרויח, ולמה לא נאמר דבעל הבינונית יגבה השטר שיש לו לבעל הזיבורית עליו, וכל אחד יעמוד בשלו, וכן כתב הר"ן שם בשם הרשב"א, יעו"ש, אלא ודאי דאין בית דין מגבים לבעל חוב שטרות דאין גופן ממון.

ובביאור הדברים נראה דהנה בכל גביה שגובים בית דין נכסים מן הלוח ונותנים למלוה הרי המלוה קונה הנכסים אע"ג דהלוח עומד וצווח שאינו רוצה ליתנם לו, והיינו משום שיש לבית דין כח ושליטה על ממונם של

יכול למחול הואיל וחזינן דהמוכר שטר חוב יכול למחול, כנ"ל, אין זה רק דמיון דאם מוכר יכול למחול מסתברא דהוא הדין בשעבודא דרבי נתן, ועיימש"נ בש"י פי"ג, אלא הראיה היא לעיקר הדין, דבכל מוכר שטר חוב צריכים לדין שעבודא דרבי נתן כדי שיוכל קונה השטר לגבות מן הלוח, שהרי זה מבואר בראשונים דאין המלוה יכול למכור שעבוד הגוף שיש לו על הלוח אלא שעבוד נכסים בלבד, ואם כן היאך יוכל קונה השטר לגבות מן הלוח, והלא גביה מן נכסים משועבדים היא כדי לפרוע החוב, והשעבוד הגוף הלא מוטל על הלוח, דנכסי דאיניש ערבים לחיוביו, ואם כן כשבא זה שקנה השטר לגבות מן הלוח למה לא יוכל לדחותו בטענת לאו בעל דברים ידידי את, ואפילו אם נימא שמכר לו הזכות גביה, מכל מקום הזכות גביה עצמה לא הוי אלא מכח השעבוד הגוף, וזה שקנה השטר אין לו שעבוד הגוף על הלוח, ועיימש"נ בש"א פכ"ד, ובאמת שיטת הראב"ד היא דמכירת שטרות לא מהני אלא אם כן כתב לו זיל דון ואפיק לנפשך כדין הרשאה, ועיימש"נ בש"א פכ"ה.

פ"ב למד המהרש"ל דכל מכירת שטרות מהני מדין שעבודא דרבי נתן, דהמלוה המוכר השטר חוב ללוקח מחייב עצמו ללוקח כנגד נכסי הלוח, ואין בזה התחייבות גמורה שיוכל לגבות מכל נכסי המלוה, אלא שבכלל המכירה יש התחייבות מוגבלת כנגד נכסי הלוח, ונמצא דהלוקח יש לו תביעה להלוה מדין שעבודא דרבי נתן, וממילא יכול לקנות השעבודים שבתוך השטר, דשוב אין הלוח יכול לומר לו לאו בעל דברים ידידי את, ומכל מקום לא מהני מכירת שטרות אלא מדרבנן, דהא תיקנו חכמים דאין לגבות מנכסים משועבדים אלא בשטר, וגביה מלוה שני מן הלוח נחשב גביה מנכסים משועבדים, כמו שכתב הסמ"ע שם סק"ה, יעו"ש, ולזה בעינן גביה בשטר, והרי אין לוקח השטר נעשה בעל השטר, כמו שכתב הרמב"ם פ"י מכירה ה"י"ב שאין הראיות נקנות, יעו"ש, ונמצא שלא אהני לו השעבודא דרבי נתן, אלא מכל מקום תיקנו חכמים דמכירת שטרות מועילה, וכיון דאין זה אלא מדרבנן יכול המוכר

הכתובה מחיים כלל, ומשום הכי יכולה שפיר למחול, וכן פירש הר"ן עכ"ל יעו"ש.

ומוכר יש לדקדק בדברי המהרש"ל, ועיין בש"ך חו"מ סי' פ"ו סק"א שעמד על דבריו באריכות יעו"ש, ראשית כל יש לדקדק בדבריו דאם מכירת שטרות מדרבנן מה לי דכתובה הוי תנאי בית דין, סוף סוף כשמכרה השטר כתובה לא הוי אלא מדרבנן, וכן הקשה עליו המהרש"א וז"ל: ולא הבנתי דבריו דאטו שעבוד שטר חוב לאו שעבוד גמור הוא על נכסי הלוח, אלא דהכי קאמרי כיון דמכירתו לחבירו לאו מכירה היא אלא מדרבנן בקל יוכל לסלק מכירתו לו במחילתו ללוח, הכי נמי ודאי איכא למימר במכירת כתובתה דשעבודה תנאי בית דין הוא ושעבוד גמור הוא על נכסי בעלה, אלא דמכירת כתובתה לאחר לא עדיף ממכירת השטר חוב דלא הוי רק מדרבנן ובקל תוכל לסלק הקונה כתובתה במחילתה לבעלה, מה שאין כן בנושה בחבירו וכו' דהוה ליה שני חייב למלוה ראשון מדאורייתא מדרבי נתן, ולא יוכל ראשון למחול ללוח שני, והדברים ברורים ודו"ק עכ"ל יעו"ש.

אכ"נ המהרש"ל באמת לא הקשה על עצם דברי התוס' דהמוכר שטר חוב וחזר ומחלו מחול משום דמכירת שטרות מדרבנן, ולא הוקשה לו דהלא בכתובה איכא שעבוד גמור ואף על פי כן אם חזרה ומחלה מחול כדאיתא בבבא מציעא שם, דאם כן היה לו להמהרש"ל להקשות על דברי התוס' לקמן (דף פה:) בד"ה המוכר ובבבא בתרא (דף עו:) ד"ה קני, דשם נתבאר שיטה זו, ולא הקשה שם המהרש"ל מידי, אלא מוכח דקושייתו היתה דהיאך יכולה למחול כשמכרה כתובתה והלא כתבו התוס' דבשעבודא דרבי נתן אין האמצעי יכול למחול, אלא דהא גופא קשיא, דמה ענין שעבודא דרבי נתן לדין מכירת כתובתה, דהא התם אינה מחויבת להלוקח כלום, רק שמכרה לו כתובתה בטובת הנאה, וכן הקשה הש"ך שם וז"ל: דמכל מקום זה לא קשה מידי דמה בכך סוף סוף אינו שעבודא דרבי נתן אלא מכירת השטר ויכולה למחול וכו' עכ"ל יעו"ש.

ונראה דהמהרש"ל הבין דמה שהביאו התוס' בריש דבריהם דבשעבודא דרבי נתן

החזקתי, אלא מוציאין מיבם ויקח בהן קרקע והוא אוכל פירות יעו"ש. והקשו התוס' בד"ה לא יאמר וז"ל: ואם תאמר ולמחול לנפשיה, דהא אמרינן המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפילו יורש מוחל. ויש לומר דשאני הכא דאינו יורש אלא מכחה, אי נמי כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי ומגבי ביה שטרא מעליא כדאמרינן לקמן (דף פו.) עכ"ל יעו"ש.

ומה שכתבו התוס' דלמחול לנפשיה אין כונתם בזה שהחוב יבוטל מאליו הואיל והוא חייב לעצמו ולא שייך שיהא אדם משועבד לעצמו, שהרי כתבו התוס' דאליבא דרבי מאיר דדאין דינא דגרמי אם מוחל לעצמו יצטרך לשלם מדין מזיק, ומבואר דמחילתו מבטלת החוב, ובלי מחילתו הרי הוא משועבד לעצמו, וצריך לומר דהוי כמי שיש לו שתי רשויות, רשות עצמו שהוא לזה ונתחייב לאחיו, ועוד יש לו רשות שהוא יורש את אחיו ועומד במקומו ומשועבד לכתובת אשתו, ושייך שתהא רשות זו חייבת לרשות זו, ונמצא שיש לו שעבוד על עצמו, ועל זה הקשו התוס' וכמה ראשונים דעל כל פנים ימחול לעצמו כדין מוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחלו ואפילו יורש מוחל, כנ"ל.

ועייין בר"ן שהקשה כן וצידיד לומר שאינו יכול למחול לעצמו יעו"ש, וגם הרמב"ן כתב כן בספר הזכות ונתן טעם לדבר וז"ל: ושוא מכאן נלמוד שאין היורש מוחל לעצמו, לפי שכבר נשתעבדו נכסיו בין מדאורייתא בין מדרבנן, ואין מחילתו להפטר מהשעבוד שלו כלום, ושמע מינה שהאלמנה שמכרה כתובה ומתה אין בנה שירש נכסי אביו מוחל לעצמו, וכן הדין עכ"ל יעו"ש. ואולי לזה כיונו נמי התוס' במה שכתבו בתירוץ ראשון דשאני הכא דאינו יורש אלא מכחה, כנ"ל, והיינו מפני שהוא משועבד לה, ויתר על כן דכל ירושתו היא כדי לשלם אותו השעבוד, ועדיף מההיא שהביא הרמב"ן אלמנה שמכרה כתובה ומתה אין בנה מוחל לעצמו, דהתם אין ירושת הכתובה קשורה במה שאביו נשתעבד לה, אלא בן יורש אמו, מה שאין כן הכא דכל דין יבם יורש אחיו המת הוא כדי שישלם שעבודיו, והיינו מה שכתב דאינו יורש אלא מכחה.

למחול, אבל בשעבודא דרבי נתן גמורה שיש למלוה שני שטר גמור על מלוה ראשון שפיר יש לומר דאין מלוה ראשון יכול למחול, שהרי הוא בעל השטר מעליא וכל נכסיו ושעבודיו של מלוה ראשון משועבדים לו, כן הבין המהרש"ל בדברי התוס'.

וישפיר הקשה המהרש"ל לפי זה דהא בכתובה לא בעינן בעל השטר, ואפילו לאחר תקנת חכמים דמלוה בעל פה אינו גובה מן המשועבדים, דכתובה תנאי בית דין היא, ויש לה שעבוד גמור על הבעל אף בלי השטר כתובה, ואם הנכון הוא כמו שכתבו התוס' דבשעבודא דרבי נתן אינו יכול למחול, אם כן במכרה כתובתה לא תוכל למחול מכח השעבודא דרבי נתן דאיכא בכל מכירת שטרות, כמש"נ, אבל אם נאמר דבשעבודא דרבי נתן לעולם יכול מלוה ראשון למחול ללוה אתי שפיר הא דמכרה כתובתה יכולה למחול, דאי משום השעבודא דרבי נתן הרי בכל שעבודא דרבי נתן יכול מלוה ראשון למחול ללוה, וממילא יכולה למחול לבעל, ואי משום שמכרה ללוקח השטר כתובה ונעשה הלוקח בעל השטר וכל הכתובה נמסרה ללוקח, הרי אין מכירת שטרות אלא מדרבנן, ואף לאחר המכירה יכול המוכר למחול ללוה, ולכן לא הקשה המהרש"ל מסוגיא דבבא מציעא על עיקר השיטה דמוכר שטר חוב וחזר ומחלו מחול משום דמכירת שטרות דרבנן, דאע"ג דכתובה תנאי בית דין ואיכא שעבודא דרבי נתן גמ בלי מכירת השטר, הרי אין דין שעבודא דרבי נתן מעכב אותה מלמחול, וגם מכירת שטר הכתובה לא מעכבתה, דהא לא הוי אלא מדרבנן, ולא הוקשה לו אלא על מה שכתבו התוס' דבכל שעבודא דרבי נתן דהוי מדאורייתא אינו יכול למחול, וכמש"נ.

פרק יז

בו יבוארו דברי התוס' במי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם דמוציאים מיבם דלמה לא ימחול היבם לעצמו דהא המוכר שטר חוב ומחלו מחול ואפילו יורש מוחל.

[כתובות פא:] דתניא הרי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם, לא יאמר הואיל ושאני יורש

משועבד להאשה ומוחל לעצמו הרי הוא פוטר עצמו במחילה זו מעצם חיובו, ורק דלרבי מאיר חייב מדין מזיק, וזהו חיוב חדש שחל עליו אחר המכירה, ומשום הכי לאו כל כמיניה למחול לעצמו.

לפי זה יצא לנו הבנה מחודשת בשיטת הראשונים דבשעבודא דרבי נתן אין מלוה ראשון יכול למחול ללוה, וכתב הש"ך דטעמא דמלתא משום דמלוה שני קונה שעבוד הגוף בהלוה, ועיימש"נ בש"י פי"ג, אכן לפי דברי ההגהות אשרי לא נצטרך לכך, אלא טעמא דאינו יכול למחול מפני שחב לאחרים, ואע"ג דאין למלוה שני שעבוד הגוף על הלוה, מכל מקום כיון דמלוה ראשון משועבד למלוה שני לאו כל כמיניה למחול להלוה ולפטור עצמו משעבודו, וכמש"נ.

פרק יח

בו יבואר דאע"ג דמטלטלי לא משתעבדי ה"ל שעבודו על מלוה בשטר דחשיב כמטלטלין, אכן אם מטלטלין לא משתעבדי לכתובה ליכא שעבוד על החוב וליכא שעבודא דרבי נתן.

[כתובות פא:]: נפק רב יוסף דק ואשכח, דתניא הרי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם, לא יאמר הואיל שאני יורש החזקתי, אלא מוציאין מיבם ויקח בהן קרקע והוא אוכל פירות וכו', זו אינה משנה, מאי טעמא אילימא משום דהוה להו מטלטלי ומטלטלי לכתובה לא משתעבדי, דלמא רבי מאיר הוא דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה, ואלא משום דאמר לה לאו בעלת דברים דידי את, דלמא רבי נתן היא, דתניא אמר רבי נתן מנין לנושה בחבירו וכו' יעו"ש.

דףיינן דעצם החוב שהיה נושה באחיו חשיב מטלטלין, וכההיא דלקמן (דף צב:): ודפסחים (דף לא.) אגן מטלטלין שבק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי יעו"ש, ואע"ג דאמרינן אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות דמודה במקצת חוב הכתוב בשטר, כדאיתא בבבא מציעא (דף טז:), דקרקעות נתמעטו משבועה, אין זה משום דעצם השעבוד חשיב

ועייין בהגהות אשרי וז"ל: תימה הא אמר שמואל המוכר שטר חוב לאחרים דאפילו יורש מוחל, הלא זה היבם יורש הוא, ואם לאחריני מצי מחיל כל שכן לדידיה, ויש לומר כיון דנשתעבד מקודם לכתובת אשת אחיו אלים שעבודה ולא מצי מחיל, דכל היכא דחב לאחרים לא מצי מחיל מדרבי נתן, כדאמרינן לעיל בפרק שני (דף ט), ודוקא גבי שטר חוב יכול למחול שזה הלוה לא נשתעבד מעולם וזה הלוקח וכו' עכ"ל יעו"ש. ומה שכתב דהיכא דחב לאחרים לא מצי מחיל מדרבי נתן, לאו היינו הא דקאמר בגמרא שם דאינו יכול להודות במקום שחב לאחרים שהוא דין בהודאת בעל דין, אלא כונתו לשיטת הראשונים שם דאין מלוה ראשון יכול למחול ללוה במקום דאיכא מלוה שני שהלוה למלוה ראשון ויש לו שעבודא דרבי נתן על הלוה, וכתב ההגהות אשרי דטעמא דמלתא משום דבמחילתו חב לאחרים, דהיינו מלוה דידיה שהוא משועבד לו, והוא הדין הכא אין היבם היורש מוחל לעצמו הואיל והוא משועבד להאשה.

וייש לדקדק בזה דהא טעמא דמוכר שטר חוב יכול למחול ואפילו יורש מוחל הוא משום דלא מכר לו אלא שעבוד נכסים ושעבוד הגוף נשאר אצל המוכר או אצל היורש העומד במקומו, וכיון שמחל שעבוד הגוף ממילא נתבטל שעבוד נכסים, כמו שכתב הרא"ש לקמן (דף פו.) יעו"ש, ואם כן מה לי דנכסיו משועבדים לכתובת היבמה, מכל מקום ימחול לעצמו השעבוד הגוף וממילא יתבטל השעבוד נכסים.

וצריך לומר דגם שעבוד נכסים הוי חיובא דידיה, דהא הנכסים הם בידו, ויש עליו חובת גברא ליתנם למי שיש לו שעבוד בהם, ולא אמרינן דהנידון הוא בין התובע והנכסים, אלא בעל הנכסים הוא הנתבע, ויש עליו חובת גברא למוסרם להתובע, וכיון שכן לאו כל כמיניה למחול לעצמו ולהפקיע מעצמו חובת גברא המוטלת עליו, ולא דמי לכל מוכר שטר חוב שאין שום שעבוד להלוקח מוטל עליו, ומשום הכי שפיר יכול למחול השעבוד הגוף שיש לו על הלוה, שהרי אינו מפקיע מעצמו שום שעבוד וחובה על ידי מחילה זו, אבל הכא שהוא

לומר דטעם זה לא שייך גבי שטר חוב, דבודא מלוה סומך דעתו על שטר חוב שעל ידו יוכל להשיג ממון או קרקע, ועיימש"נ, וחל שעבודו על השעבוד שבשטר חוב אע"ג דהוי מטלטלין, ואלא דאין בכחו להכריח לגבות השעבוד, דיכול הלוח לומר לאו בעל דברים דידי את, לזה אהני שעבודא דרבי נתן, דהואיל ואית ליה שעבוד על השעבוד הרי הוא בעל דבר לגבותו, או משום דעל ידי שעבודא דרבי נתן קונה שעבוד הגוף במקום דכבר אית ליה שעבוד על השעבוד, או משום דעל ידי שעבודא דרבי נתן נעשה בעל דבר לגבי גבית השעבוד שכבר נשתעבדו כשחל שעבודו על השעבוד, ומוציאים מזה ונותנים לזה בלי סיוע המלוה הראשון שהוא באמצע, ונמצא לפי זה דכל דין שעבודא דרבי נתן לא הוי לשעבוד השעבוד, דזה נעשה ממילא, אלא להשוותו בעל דבר לגבות השעבוד, אבל אין דין שעבודא דרבי נתן פועל שעבוד על השעבוד, דזה נעשה ממילא, כמש"נ.

וב"ל זה הוא בבעל חוב דאין לו שעבוד על מטלטלין משום דלא סמיך, ואם כן יש לו שעבוד על שטר חוב דסמיך עליה, ואין מעכב הגביה, ורק כלפי זה דיכול לטעון לאו בעל דברים דידי את, לזה אהני שעבודא דרבי נתן, כמש"נ, אכן הא דאמרינן מטלטלי לא משתעבדי לכתובה לאו היינו משום דלא סמכה דעתה, אלא משום שעקרו חכמים שעבודה כדי לגרוע כחה וליפות כח הבעל, דהא אפילו מיניה דידיה לא גביא מטלטלין, ואע"ג דבעל חוב דעלמא גובה אפילו מגלימא דעל כתפיה, דעקרו רבנן ממנה זכות לגבות מן המטלטלין, ואם כן אין נפקא מינה בזה בין שטר חוב לשאר מטלטלין, ולא חל שעבוד על השעבוד שבשטר למאן דאמר מטלטלי לכתובה לא משתעבדי, ואם כן לא היה יכול לשנות ולתרץ ודלמא רבי נתן היא, דאין בדין שעבודא דרבי נתן לתת שעבוד על השעבוד, אלא דבמקום דכבר איכא שעבוד על השעבוד אהני שעבודא דרבי נתן שלא יוכל לומר לאו בעל דברים דידי את, ובכתובה דליכא שעבוד על השעבוד לא מהני שעבודא דרבי נתן, ולכן מתחלה צריך לאוקמי כרבי מאיר דאית ליה מטלטלי משתעבדי לכתובה, ואי משום דיכול

קרקעות, אלא משום דשבועה זו נוגעת לקרקעות, שהרי סופו לגבות קרקע, אבל עצם השעבוד כל זמן שלא נגבה חשיב מטלטלין, וסלקא דעתיה דגמרא דברייתא זו אינה משנה דהא אין החוב משועבד לכתובתה דמטלטלין לא משתעבדי לכתובה, וקאמר דלמא אתיא כרבי מאיר דמטלטלין משתעבדי לכתובה, ואינו צריך לומר דאינה משנה, אלא היינו טעמא דאינה משנה משום דאמר לה לאו בעלת דברים דידי את, וגם זה נדחה דדלמא אתיא כרבי נתן דמוציאים מזה ונותנים לזה.

וי"ש לדקדק דמיד כשרצה לומר דאינה משנה משום דמטלטלין לא משתעבדי לכתובה למה לא משני דאתיא כרבי נתן, דהא בכל שעבודא דרבי נתן הרי שעבודו של מלוה ראשון על הלוח יש לו תורת שעבוד מטלטלין ומטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי, כדאיתא בכבא בתרא (דף מד:), ומכל מקום אהני לזה שעבודא דרבי נתן שיכול מלוה שני לגבות מן הלוח, ואם כן הכא נמי כדפריך על הברייתא דמטלטלי לכתובה לא משתעבדי למה לא משני מיד דלמא אתיא כרבי נתן.

והנה באמת צריך עיון בהא דפריך לימא לה לאו בעלת דברים דידי את, והלא ס"ל לרבי מאיר דמטלטלי משתעבדי לכתובה, ויש לה שעבוד על החוב שהיה חייב לבעלה, ומבואר מדברי הגמרא דאע"ג דיש לה שעבוד על שעבודו, ויכולה לגבות כתובתה מכל מה שיצא מאותו שעבוד, מכל מקום אין השעבוד לה אלא לבעלה, ואין לה כח לתבוע גבית השעבוד, דיכול לומר לה לאו בעלת דברים דידי את, ובודאי אם יפרע שעבודו תוכל לגבות ממה שפרע, אבל אינה בעלת דבר להכריחו לפרוע, ולזה אהני שעבודא דרבי נתן, דדרשינן ונתן לאשר אשם לו, ומוציאים מזה ונותנים לזה, ויכול מלוה שני לתבוע ללוח לדין ולהוציא ממון ממנו, ואינו יכול לומר לאו בעל דברים דידי את.

והשתא נראה דהנה הא דאמרינן מטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי, היינו טעמא משום דלא סמיך על מטלטלין, או משום תקנת השוק שאין לך אדם שלוקח מחבירו מטלטלין בשוק, ועיימש"נ בש"ד פ"ט, ואולי יש

ממקרקעי דין הוא גוביה אפילו ממטלטלי דיתמי, וכן הבין רע"א בדברי הרא"ש, וכן מוכח מדברי הרמב"ם פט"ז אישות הל"ז וז"ל: תקנו הגאונים בכל הישיבות שתהיה האשה גובה כתובתה אחרי מות בעלה אף מן המטלטלין, כדרך שהתקינו לבעל חוב לגבות מן המטלטלין עכ"ל יעו"ש, וכ"כ המגיד משנה שם בהל"ח דגובה כתובתה ממטלטלי דיתמי, יעו"ש, ועל זה כתב הרא"ש דבנידון דהיה נושה באחיו גובה מדרכי נתן, וטעמא לכאורה משום דאף אם מחשבינן למטלטלי כמקרקעי עדיין לא נשתעבד לה אלא שעבוד בעלמא, ויכול לומר לה לאו בעלת דברים דידי את, ולהכי איצטרין לשעבודא דרבי נתן, ואם כן אין להביא ראיה דרבי מאיר אית ליה מטלטלי משעבדי לכתובה אפילו מיתמי מהאי דתלה בגמרא דינא דרבי מאיר בדרכי נתן, זוהי קושית המהרש"א.

ורע"א רצה לישב קושית המהרש"א דלפי מה שכתב השיטה מקובצת בשם הריטב"א דאם שעבד לו מטלטלין אגב קרקע וחזר והלוה לאדם אחר לא צריך לשעבודא דרבי נתן, דהמעות עצמם שהלוה משועבדים למלוה דידיה ומצי אמר שעבודא דידי איתא גבך, ולפי זה אם מטלטלי משתעבדי לכתובה כמו קרקע וגובה מיתמי אינה צריכה לשעבודא דרבי נתן, דהמעות עצמן שבעלה הלוה לאחיו נשתעבדו לה ובשעבודא דידיה אית לה גביה, יעו"ש, אכן ישוב זה לא יספיק אלא אם קידש ואחר כך הלוה, דאז נמצא שהמעות שהלוה היו משועבדים לה, אבל אם הלוה ואחר כך קידש לא היה לה שום שעבוד על מעות ההלוואה וחזרה קושין לדוכתא.

ונראה דהנהגה בהא דתקנו חכמים אליבא דרבי מאיר דמטלטלי משתעבדי לכתובה, אם נאמר דהיינו רק מיניה, אם כן אין בתקנה זו אלא יפוי כח הכתובה כח הבעל חוב דגובה מגלימא דעל כתפיה, ואין בזה שום ענין של מטלטלי כמקרקעי, אבל אי נימא דאהני הך תקנה אף שגיבה ממטלטלי דיתמי צריך לומר שתיקנו דמטלטלין כמקרקע דמי, ואע"ג דכל עיקר דין שעבוד הוא על הקרקע ולא על מטלטלין, אי מטעמא דסמיכות דעת, כמו שכתב

לומר לה לאו בעלת דברים דידי את, דלמא רבי נתן היא דאית ליה מוציאים מזה ונותנים לזה, וכמש"נ.

פרק יט

בו יתיישבו דברי התוס' דאם לרבי מאיר מטלטלי דיתמי משתעבדי לכתובה אין שומרת יבם צריכה לשעבודא דרבי נתן לגבות מן היבם שלוח מן המת.

[כתובות פא:] דתניא הרי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם, לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי, אלא מוציאין מיבם ויקח בהן קרקע והוא אוכל פירות וכו', אמר רב נחמן זו אינה משנה, מאי טעמא אילימא משום דהוה להו מטלטלי ומטלטלי לכתובה לא משתעבדי, דלמא רבי מאיר היא דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה, ואלא משום דאמר לה לאו בעלת דברים דידי את, דלמא רבי נתן היא דתניא רבי נתן אומר מנין לנושה בחבירו וכו' יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה רבי מאיר וז"ל: אומר ר"ת דלא אמר רבי מאיר לגבות מיתמי אלא דוקא מיניה, ויבם במקום אחיו קאי והוה כמו מיניה וכו', וליכא למימר דלרבי מאיר מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי לכתובה וכמקרקעי דמי, דאם כן אפילו לית לן דרבי נתן דין הוא שתגבה ממנו כאילו הוה מקרקעי וכו' עכ"ל יעו"ש.

ודברי התוס' לכאורה תמוהים, דהלא טעמא דאיצטרין לשעבודא דרבי נתן הוא כדי שלא יוכל לומר לה לאו בעלת דברים דידי את, כנ"ל, ואם כן אפילו אם נאמר דמטלטלי דיתמי משתעבדי לכתובה כמקרקעי, עדיין איצטרין לשעבודא דרבי נתן כדי שלא יאמר לה לאו בעלת דברים דידי את.

ועיין במהרש"א שעמד על דברי התוס' וז"ל: וק"ק דמה ראייה היא, דאימא דבקרקה נמי גביה מדרכי נתן, וכן נראה מדברי הרא"ש עכ"ל יעו"ש. ודברי הרא"ש הם בסוף הדיבור וז"ל: אבל השתא דתיקנו רבנן דגבי כתובה ממטלטלי, יחזרו להיות המטלטלי כמו מקרקעי ואין כאן אלא חומרא אחת כרבי נתן עכ"ל יעו"ש, ומשמע מדבריו דלפי מה שתיקנו הגאונים בזמנינו דכתובה גובה ממטלטלין כמו

ובזה חלוק תקנת הגאונים מדינא דרבי מאיר, בזמן התלמוד לא היתה תורת שעבוד אלא על הקרקעות, ודינא דרבי מאיר דמטלטלי משתעבדי לכתובה על כרחך היה משום דחכמים תקנו לגבי כתובה שמטלטלין יהיו נחשבין כקרקעות, וכיסוד התקנה יש לומר דהיינו משום שיש לקנות בהן קרקע, וכמ"ש, אבל תקנת הגאונים בזמן הזה הרחיבה את תורת השעבוד לכלול גם קרקעות גם מטלטלין, ולא תקנו שיהיו מטלטלין נחשבין כקרקעות אלא שיהיו משועבדין מחמת עצמן, ואם כן לא מצינו בתקנת הגאונים דלגבי כתובה חשבינן כאילו קנו בהן קרקע, וכמו כן לא מצינו דחשבינן לשטר חוב שהוא מטלטלין כאילו כבר גבה בו קרקע המשועבד לו, ואם כן עדיין יכול לומר להאשה לאו בעלת דברים דידי את, כמ"ש, ומשום הכי תליא גבית כתובתה בשעבודא דרבי נתן, וכמו שכתב הרא"ש.

פרק כ

בו יבואר שיטת ה"ר נתנאל דאע"ג דבעלמא אית לן שעבודא דרבי נתן ומלוה שני מוציא מן הלוה מכל מקום אין הלכה כרבי נתן לגבי חיובים של שכירות והענקה הואיל וטרח בגופו.

[קדושין טו.] מאי טעמא דתנא קמא דאמר מוכר עצמו אין מעניקין לו, מיעט רחמנא גבי מכוהו בית דין הענק תעניק לו, לו ולא למוכר עצמו, ואידך הווא מיבעי ליה לו ולא ליורשיו, יורשיו אמאי לא, שכיר קרייה רחמנא, מה שכיר פעולתו ליורשיו אף האי פעולתו ליורשיו, אלא לו ולא לבעל חובו, מדסבירא לן בעלמא כרבי נתן, דתניא אמר רבי נתן מנין לנושה בחבירו וכו', אתא לו לאפוקי, ואידך בעלמא נמי לא סבירא לן כרבי נתן יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה ואידך וז"ל: פירוש תנא קמא בעלמא נמי לא סבירא ליה כרבי נתן, מכאן מדקדקין דאין הלכה כרבי נתן, דהא רבי אליעזר ורבנן פליגי בדרבי נתן, ורבי אליעזר דשמותי הוא סבר כרבי נתן והלכה כרבנן וכו'. וה"ר נתנאל מפרש לגבי מלוה כולי עלמא אית להו כרבי נתן, והכי נפרש לעיל אליבא דרבי אליעזר אלא לו ולא לבעל חובו משום דסבירא

רש"י בבבא קמא (דף לג:), אי משום תקנת השוק, כמו שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף מד:), יעו"ש, וליכא תורת שעבוד במטלטלין כלל, ואם כן צריכים להבין היאך חל שעבוד הכתובה במטלטלין לגבות מיתמי, ולא מסתברא שחידשו חכמים בכתובה תורת שעבוד חדש שלא נמצא במקום אחר, ויותר מסתברא שתקנו חכמים דכיון דעל ידי מטלטלין אפשר לקנות קרקע אם כן לגבי כתובה חשבינן ליה כאילו כבר קנה בהן קרקע, וחל שעבודה על המטלטלין על שם סופן, והרי הן נכללין בתורת שעבוד קרקעות, וכן מדויק קצת בלשון התוס' שכתבו דמטלטלי דיתמי נמי משתעבדי לכתובה וכמקרקעי דמי, כנ"ל.

ולפי זה אם בעלה הלוה מעות לאחרים וחל שעבוד כתובתה על השטר חוב מדין מטלטלין משתעבדי לכתובה כרבי מאיר, אם נימא דקאמר רבי מאיר אפילו מיתמי, והיינו משום דלגבי כתובה חשבינן כאילו קנה בהן קרקע וממילא חלה תורת שעבוד קרקעות גם על המטלטלין, כמ"ש, אם כן הוא הדין דבשטר חוב חשבינן ליה כאילו כבר גבה בו קרקע המשועבדת לו, וחשבינן ליה ממש כגבוי, ועדיף מדין שטר העומד לגבות כגבוי דמי, וממילא חל תורת שעבוד קרקעות על השטר, ואם כן אין הלוה יכול לומר להאשה לאו בעלת דברים דידי את, דהא חשבינן ליה כאילו הקרקע כבר נגבית אצל בעלה, ושפיר נחשבת בעלת דברים לגבי הך קרקע, ואינה צריכה לשעבודא דרבי נתן.

אולם מה שתיקנו הגאונים בזמננו לגבות מן המטלטלין ואפילו מיתמי, היינו משום שנשתנו העתים ובזמנינו עיקר העסק והמסחר מיוסדים על מטלטלין, וכמו שכתב המגיד משנה בהלכות אישות שם הל"ז דהטעם היה מפני שהרבה אנשים מתעסקים במטלטלין בלבד בזמן הזה, יעו"ש, ולפיכך תקנו הגאונים דבר חדש ומחודש, והפכו כל תורת השעבודים מחמת השתנות המציאות, והתקינו תורת שעבוד בין על קרקעות ובין על מטלטלין, ורק דאין גובין מטלטלין מן הלקוחות משום הפסד, וכיון שכן הרי המטלטלין משועבדים לכתובה מצד עצמן ולא מפני שיכול לקנות בהן קרקעות.

להשכיר הואיל וטרח בגופו, אבל עצם החיוב אינו מחייב דוקא זווי, אם כן יכול בעל הבית לשלם להם בכל מה שירצה, ואינו חייב לטרוח להם, שהרי הם לא טרחו בגופם בשבילו.

ובן יש להסתפק בהא דאמרינן לקמן (דף יז.) דצריך להעניק להעבד מכל מין ומין, אם דין זה נוהג גם לגבי יורשי העבד שמת קודם שקיבל הענקתו, דהא שכיר קרייה רחמנא, כדאיתא בסוגיין, כנ"ל, ואם כן שכירותו ליורשיו, אכן יש להסתפק אם צריך ליתן להם מכל מין ומין, דזהו מעצם החיוב, או אם סגי שהאדון נותן להם סכום אחד מצורף לקיים חיובו לשלם דמי השכירות, אבל דין מכל מין ומין אינו שייך לעצם החיוב אלא דין צדדי הוא, וכל דין זה הוא לגבי העבד עצמו שטרח בשבילו, ולא לגבי היורשים.

ונראה דה"ר נתנאל למד דבזה נחלקו תנא קמא ורבי אליעזר, דתנא קמא ס"ל דחיוב שכירות בעצם שונה משאר חיוב ממון, כמש"נ, ולכן לא שייך דין שעבודא דרבי נתן בשכירות, ואין בעל חוב דשכיר גובה דמי שכירות מבעל הבית, דלא שייך בזה ונתן לאשר אשם לו, דאין החיובים דומים זה לזה, ואינו נעשה בעל דבר לגבות דמי שכירות שאין לו שייכות לחיוב כזה, שהרי לא טרח השכיר בגופו בשבילו, ורבי אליעזר ס"ל דהזכויות המיוחדות לשכיר וכן לעבד אינן שייכות לעצם החיוב שכירות, כמש"נ, ושפיר שייך דין שעבודא דרבי נתן אפילו בדמי שכירות, ואיצטריך קרא גבי עבד למעט לו ולא לבעל חובו, ובשאר שכירות גובה מדין שעבודא דרבי נתן, אבל במלוה ושאר חיובים כולי עלמא מודו שיש דין שעבודא דרבי נתן, שהרי כל החיובים דומים לענין דהחיוב הוא תשלומין גרידא, ובזה אמרינן ונתן לאשר אשם לו.

ויצא לנו לפי זה דמחלוקת תנא קמא ורבי אליעזר הוא גם בכהאי גונא דבעל חוב דהשכיר גובה מבעל הבית מדין שעבודא דרבי נתן, וכן היכא שמת השכיר ובאו היורשים לגבות דמי השכירות נחלקו בזה תנא קמא ורבי אליעזר, דלתנא קמא אינו גובה מדין שעבודא דרבי נתן אפילו במקום יורשים שלא טרחו בגופם, שהרי

לן בעלמא כרבי נתן בשאר שכירות שמוציאין מזה ונותנין לזה אתא לו ואפקיה, פירוש שאינו משלם הענקה לבעל חוב, ואידך תנא קמא בעלמא נמי, פירוש בשאר שכירות, לא קיימא לן כרבי נתן, משום דטרח בגופו, אבל לבעל חוב כולי עלמא אית להו דרבי נתן עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי ה"ר נתנאל דתנא קמא אית ליה שעבודא דרבי נתן במלוה אבל לית ליה שעבודא דרבי נתן בכל שכירות משום דטרח בגופו, ומנא ליה חילוק כזה שלא הוזכר בגמרא בשום מקום. ועוד דהא בודאי יכול מלוה דשכיר לגבות ממנו דמי השכירות מאחר שבא לידו, ורק בהענקה מצינו דעות דאין בעל חוב גובה הענקה אפילו לאחר שבא ליד העבד, ועיימש"נ בש"י פכ"א, אבל בשכירות אין שום שיטה שאינו גובה דמי שכירות שבאו ליד השכיר, ואע"ג דטרח בגופו, ואם כן למה לא יגבה בעל חוב דמי השכירות מבעל הבית מדין שעבודא דרבי נתן, ומה לי דטרח בגופו.

והנה עיין בתוס' בבבא קמא (דף ט.) בד"ה ורב הונא שכתבו דאם אין ללוה זווי אלא מטלטלין או קרקע אין המלוה יכול לומר לו זיל טרח וזבין ואייתי זווי, אבל בשכיר אי לית ליה לבעל הבית זווי אמר ליה זיל טרח וזבין ואייתי זווי יעו"ש. ומבואר דיש לשכיר זכות מיוחדת שתבא לו דמי שכירותו על צד היותר טוב, ואולי טעמא דמלתא משום דטרח בגופו.

והשתא יש להסתפק אם זהו דין בעצם החיוב שכירות, דהחיוב ממון שחל על הבעל הבית שונה משאר חיובי ממון, ועצם החיוב הוא לשלם בזווי ולא בדבר אחר, או דלמא עצם החיוב לשלם שכירות הוא כמו כל שאר חיוב ממון המשתלמת בכסף ובשוה כסף, אלא דיש דין נוסף שהבעל הבית חייב לטרוח להביא לו זווי הואיל וטרח בגופו, ונפקא מינה אם מת השכיר ובאו יורשיו לתבוע השכירות מבעל הבית, אם החיוב לטרוח להביא זווי הוא מעצם חיוב השכירות אם כן חייב בעל הבית לטרוח להביא מעות גם להיורשים, שהרי ירשו השעבוד של דמי שכירות, ודין דמי שכירות הוא לשלם בכסף בלבד ולא בשאר דרכים, אכן אם חיוב הבעל הבית לטרוח הוא זכות צדדי

דחה המשנה למלך בהל' עבדים ישוב זה, יעו"ש.

עוד כתב הרמב"ם פ"ג עבדים הל"טו וז"ל: ענק עבד עברי לעצמו ואין בעל חוב גובה הימנו עכ"ל יעו"ש, ומשמע מדבריו דאפילו כשבאה ההענקה לידו אין בעל חוב גובה ממנו, וכן דקדק המשנה למלך בשם האחרונים, וכן דייק נמי ממה שכתב הרמב"ם בפירוש המשנה וז"ל: ואין לבעל חוב שום זכות בו ולא יגבה חובו מזה, דרחמנא זכי ליה לעבד ואין לבעל חוב על אותם הנכסים עכ"ל יעו"ש. והקשה המשנה למלך מהא דאמרינן בגמרא דטעמא דתנא קמא דממעט לו ולא למוכר עצמו משום דלית ליה דרבי נתן, כנ"ל, ולפי דברי הרמב"ם אפילו אם לית ליה דרבי נתן עדיין איצטריך לו לבעל חובו שלא יגבה מן העבד עצמו, ואם כן אינו יכול לדרוש לו ולא למוכר עצמו, ולמה פסק הרמב"ם כתנא קמא דמוכר עצמו אין מעניקים לו, והמשנה למלך רצה ליישב דברי הרמב"ם דס"ל דהענקה הוי מדין צדקה, וכי היכי דאין בעל חוב גובה ממעשר עני הוא הדין דאינו גובה מהענקה, יעו"ש, אכן יש לדקדק בדבריו דמי יימר לן דבצדקה גמורה אין בעל חוב גובה ממנו, ועוד דבגמרא אמרינן להדיא דהענקה הוי מדין שכירות, כנ"ל.

והנה לכאורה המקור למה שכתב הרמב"ם דאין בעל חוב גובה מן ההענקה אפילו כשהגיעה ליד העבד, הוא מהמשך הסוגיא דקדושין שם (דף טו), תני חדא ענק עבד עברי לעצמו וענק אמה עבריה לעצמה, ותניא אידך ענק אמה עבריה ומציאתה לאביה וכו', אידי ואידי דנפקא לה בסימנים, ולא קשיא הא דאיתיה לאב הא דליתיה לאב, בשלמא ענק עבריה לעצמה למעוטי אחין וכו', אלא ענק עבד עברי לעצמו פשיטא אלא למאן וכו', אביי אמר הכי אמר רב ששת הא מני תוטאי הוא, דתניא תוטאי אומר לו ולא לבעל חובו יעו"ש. וכתב שם רש"י וז"ל: ולא לבעל חובו, ומדסבירא לן כרבי נתן אתא לו אפקיה כדפרישית לעיל (דף טו). עכ"ל יעו"ש, ולמד רש"י דהא דאמר תוטאי לו ולא לבעל חובו והא דקאמר לעיל לו ולא לבעל חובו

חיוב שכירות העוברת להם שונה מחיוב הלואה, כמש"נ, ולרבי אליעזר בעצם שייך גביה מדין שעבודא דרבי נתן בין מן השכיר בין מיורשיו.

פרק כא

בו תתיישב סתירת דברי הרמב"ם דאית ליה שעבודא דרבי נתן ופסק נמי דעבד עברי שמכר עצמו אין מעניקים לו, ולכאורה בגמרא הרי תנא קמא לית ליה שעבודא דרבי נתן.

[קדושין טו.] מאי טעמא דתנא קמא דאמר מוכר עצמו אין מעניקין לו, מיעט רחמנא גבי מכרוהו בית דין הענק תעניק לו, לו ולא למוכר עצמו, ואידך ההוא מיבעי ליה לו ולא ליורשיו, יורשיו אמאי לא, שכיר קרייה רחמנא, מה שכיר פעולתו ליורשיו אף האי פעולתו ליורשיו, אלא לו ולא לבעל חובו, מדסבירא לן בעלמא כרבי נתן, דתניא אמר רבי נתן מנין לנושה בחבירו וכו', אתא לו לאפוקי, ואידך בעלמא נמי לא סבירא לן כרבי נתן יעו"ש.

ומבואר בגמרא דתנא קמא דס"ל מוכר עצמו אין מעניקין לו לית ליה דרבי נתן, ולא איצטריך קרא למעט לו ולא לבעל חובו, ושפיר דריש לו ולא למוכר עצמו, ועיין בתוד"ה ואידך שדקדקו מכאן דאין הלכה כרבי נתן, אכן הרי"ה הוכיח מסוגיא דפסחים (דף לא.) דהלכה כרבי נתן, ואם כן לית הלכתא כתנא קמא, ולבסוף הביאו בשם ה"ר נתנאל דתנא קמא ס"ל כרבי נתן לגבי מלוה אבל לא לגבי שכירות יעו"ש.

ועיין ברמב"ם פ"ג עבדים הל"יב שפסק כתנא קמא דמוכר עצמו אין מעניקין לו, יעו"ש, ולפי המבואר בגמרא לית ליה דרבי נתן, כנ"ל, והרי זה סותר למה שכתב הרמב"ם פ"ב מלוה ולוה הל"ו וז"ל: ראובן שהיה חייב לשמעון מאה, ולוי חייב לראובן מאה, מוציאין מלוי ונותנין לשמעון עכ"ל יעו"ש, הרי להדיא שפסק כרבי נתן, ועיין בלחם משנה בהל' מלוה ולוה שם שרצה ליישב דברי הרמב"ם דס"ל כסברת ה"ר נתנאל שהביאו התוס' שמחלק בין מלוה לשכירות, כנ"ל, אלא דהרמב"ם לא הזכיר חילוק זה בדבריו, ואילו כן היה לו לפרש, וכן

שמכרוהו בית דין ולא למוכר עצמו, ועוד ילפינן דאין ההענקה נחשבת נתינה לו, למי שהוא מקבלה, אלא אם כן אין לבעל חוב שום תפיסה בה, ואין דרשא זו כמו לו ולא לאחר, אלא לו שצריך להיות לו לגמרי, ושפיר איכא למידרש תרוייהו, דבעינן לו לגמרי, וגם דרשינן לו ולא לאחר, דהיינו מוכר עצמו, אבל לפי מאי דסלקא דעתיה דגמרא דלו ולא לבעל חובו אתי למעט מדין שעבודא דרבי נתן, אם כן גם זו היא דרשא דלו ולא לאחר, שהאדון צריך ליתן ההענקה להעבד ולא לבעל חובו, אבל מאחר שבא ליד העבד שפיר גובה ממנו בעל חוב, ונמצא דתרוייהו הן דרשא דלו ולא לאחר, ואם דרשינן לו ולא לאחר למעט בעל חוב, אין לדרוש נמי לו ולא לאחר למעט מוכר עצמו.

פרק כב

בו יבואר הא דבן שירש ואחר כך נודע שיש עוד בן צריך לחלוק עם הבן השני בכל מה שהעלו הנכסים הואיל ולא נחית להנכסים ברשות דכשירד לתוכם לא נמלך בבית דין.

[בבא מציעא ט:ט] מרי בר איסק אתא ליה אחא מבי חוזאי אמר ליה פלוג לי, אמר ליה לא ידענא לך, אתא לקמיה דרב חסדא וכו', אתו סהדי דאחיה הוא, אמר ליה לפלוג לי נמי מפרדיסי ובוסתני דשתל, אמר ליה שפיר קאמר לך וכו', אגלגל מלתא ומטא לקמיה דרבי אמי אמר להו גדולה מזו אמרו שמין להם כאריס, השתא דידיה לא יהבינן ליה, אהדרוהא לקמיה דרב חסדא, אמר להו מי דמי, התם ברשות נחית הכא לאו ברשות נחית וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: הכא לא ברשות נחית, כשירד זה לתוכו לא נמלך בבית דין עכ"ל יעו"ש.

והדבר צריך עיון, וכי למה היה לו לימלך בבית דין, והלא לא ידע שיש לו אח בעולם, ולמה לא ירד לנכסים שירש מאביו. ועיין בשיטה מקובצת שהקשה בשם הרשב"א על דברי רש"י מהא דאמרינן לעיל (דף לח:): היורד לנכסי שבויים אין מוציאין אותם מידו, אלמא דאע"פ שלא נמלך תחלה בבית דין לא הפסיד יעו"ש.

היינו הך, ואתי לאפוקי דאין האדון מחויב להגבות הענקו לבעל חובו.

אכן נראה דלא כן פירש הרמב"ם סוגיא דלקמן, דהרי קאמר התם בחדא ברייתא ענק עבד עברי לעצמו וענק אמה עבריה לעצמה, ודין אמה עבריה לעצמה היינו דאין לאחיה זכות בה, כנ"ל, והיינו אפילו כשבאה ההענקה לידה, ואם כן הוא הדין ענק עבד עברי לעצמו היינו אפילו אם כבר באה ההענקה לידו אין בעל חוב גובה הימנו, והיינו מימרא דתוטאי שהביא רב ששת, ופסק הרמב"ם כתוטאי ולעולם אין בעל חוב גובה ממנו.

ולפי זה מיושבים דברי הרמב"ם, דלפי תוטאי דלעולם אין בעל חוב גובה מן ההענקה הרי לא שייך בה כלל דין שעבודא דרבי נתן, שהרי אין לבעל חוב שום שעבוד בה, כמו שכתב הרמב"ם בפירושו המשנה, כנ"ל, ואם כן אין להוכיח מדברי תנא קמא דלית ליה דרבי נתן, ושפיר פסק הרמב"ם כרבי נתן וגם כתנא קמא דמוכר עצמו אין לו הענקה.

אלא דעדיין קשה לפי זה, דאין הכי נמי דלא שייך כל ענין שעבודא דרבי נתן בהענקה, מכל מקום היאך דריש לו ולא למוכר עצמו למעטו מהענקה, והרי איצטריך למידרש ולא לבעל חובו שלא יגבה בעל חוב אפילו ממנו, והיינו קושית המשנה למלך, כנ"ל.

ונראה דחלוק דרשת לו ולא לבעל חובו כשבאה למעט הענקה מדין שעבודא דרבי נתן, מדרשת לו ולא לבעל חובו אליבא דתוטאי שבא למעט בעל חוב מלגבות מהענקה, דאם בא למעט מדין שעבודא דרבי נתן הרי זה דין על האדון, שאין עליו חיוב למסור ההענקה להבעל חוב, ולא הוי דין בעצם ההענקה עצמה, אבל אליבא דתוטאי הרי ילפינן דין בהענקה עצמה, שאין לבעל שום תפיסה בהענקה, דדרשינן לו ולא לבעל חובו, דאין ההענקה נחשבת כמסורה לו אם הבעל חוב יכול לגבותה ממנו, ואין זה מיעוט בחובת האדון אלא בעצם דין ההענקה, ולפי זה יש לומר דאין שום סתירה בין דרשת התנא קמא לדרשת תוטאי, דשפיר יש לדרוש דחובת האדון להעניק הוא רק לו לעבד

שלפנינו, והקשה עליו וכי מפני שהיה בדעת ליטול את הכל יזכה בשל אחרים, יעו"ש, ולפי דברינו יש לומר שכיון שיש לו עליו תורת גזילה בהיתר הרי הקרקע בידו עד שיחזירנה ויקיים בה השבה, ובהיא שעתא אמרינן דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה.

פרק כג

בו יבואר הא דמקשינן על רב נחמן דס"ל בכור אינו נוטל פי שנים כשגבו קרקע בחובת אביהם מהא דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב גובה מהם.

[כבא בתרא קבד:] דאמר רבה גבו קרקע יש לו גבו מעות אין לו, ורב נחמן אמר גבו מעות יש לו גבו קרקע אין לו, אמר ליה אביי לרבה לדידך קשיא וכו' לרב נחמן קשיא וכו', ועוד הא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם וכו', ולא לרב נחמן קשיא טעמא דבני מערבא קאמרינן וליה לא סבירא ליה יעו"ש.

ויש לדקדק דהנה הא דס"ל לרב נחמן גבו קרקע אין לו, היינו משום דלא חשיב לה שהיתה מוחזקת ביד אביהם הואיל ולא גבו אותה עד לאחר מיתתו, וחשיב ראוי ולא מוחזק, ואין בכור נוטל בה פי שנים, אכן אביי ס"ל בפסחים (דף ל:) דבעל חוב למפרע הוא גובה, ואי זבין מלוה או קדיש מלוה ואחר כך גבה מכירתו והקדשו קיימים, ואם כן היה לו להקשות על עצם דינו דרב נחמן דלמה קרקע אין לו, והלא בעל חוב למפרע הוא גובה, ותיחשב מוחזקת ביד אביהם, ויש לדחוק דאביי רצה להקשות על רב נחמן אפילו אם דעתו היה כרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה.

ועיין בשיטה מקובצת שעמד בזה ולמד דהא גופא היא קושית אביי מהא דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם, דממימרא שניה דרב נחמן מבואר דס"ל למפרע הוא גובה, ואם כן למה קאמר גבו קרקע אין לו, דאם למפרע הוא גובה הרי היתה הקרקע מוחזקת ביד אביהם ולמה תיחשב ראוי.

ונראה לבאר דברי רש"י עפ"מ ש"נ בהא דאמרינן בפסחים (דף ל:) בעל חוב למפרע הוא גובה ומכל מקום אין הלוקח צריך להחזיר לבעל חוב פירות שאכל כל הימים שהקרקע היתה בידו, ונתבאר לן ב"ש"י פ"ו בדרך אחד דהיינו טעמא משום דכל זמן שהקרקע היתה ברשותו היה לו עליו תורת גזלן אם לבסוף נתברר שהבעל חוב גבה אותה וזכה בה למפרע, אע"פ שלא עבר על שום איסור, ודומה למה שכתב הנמוקי יוסף בכבא קמא (דף ט.) דחוב המוכר להחזיר המעות במקח טעות הוא מדין גזלן, והוא הדין נמי בלוקח שקנה הקרקע קנין גמור נכנסה לרשותו כעין גזילה, ואע"ג דקרקע אינה נגזלת, היינו אם תופסה בחזקה, אבל לוקח שקנה בה קנין גמור נעשה עליה גזלן למפרע, ומשום הכי אינו צריך להחזיר פירות, דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה.

ולפי זה יש לומר דהוא הדין בקרוב היורד לנכסי שבוי ששמעו בו שמת שתפס בה בתורת ירושה, ותקנו שאין מוציאים אותה מידו והקרקע נמסרה בידו ומשום הכי אוכל פירות, אבל מרי בר איסק לא ידע שהיה לו אח בעולם, ולא נמסרה חלק אחיו מעולם לרשותו על ידי בית דין, וגם הוא לא החזיק בה להכניסה לרשותו ברשות בית דין, ואם כן מעולם לא נקרא הוא כלפי החלק הזה בתורת גזלן, וצריך להחזיר לו כל חלקו, אולם אם היה מבקש מבית דין להרשותו להחזיק בכל נכסי הירושה ואפילו אם עתיד לבא מישהו ויוכיח שהוא אחיו, אז היתה הקרקע באה לידו ברשות והיה נעשה עליה גזלן בהיתר, ולא היה צריך להחזיר לו מה שהשביח.

ואין נוכל לבאר לפי זה הא דאמרינן לעיל (דף ח.) דתניא היורד לנכסי שבוי אין מוציאין אותו מידו, ולא עוד אלא אפילו שמע שממשמשין ובאין וקדם ותלש ואכל הרי זה זריז ונשכר וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: הרי זה זריז, מהיר לזכות בשלו בטרם יפסיד ונשכר בזריזותו עכ"ל יעו"ש, ולכאורה צריכים לעיין דהואיל וידע שהבעלים באים למה יזכה בפירותיהם, ועיין בשיטה מקובצת שכתב בשם רש"י דהיינו טעמא דנשכר מפני שזה על דעת ירושה ירד יעו"ש, ואין דברים אלו ברש"י

ונראה לבאר באופן אחר, דהנה יש להסתפק בהא דתקנו חכמים דבעל חוב למפרע הוא גובה, מי אמרינן דהתקנה היתה בשעת ההלואה עצמה דמיד חשיב כאילו גבה הקרקע תחת חובו, אכן לא נגמרה הגביה לגמרי ולא נסתלק השעבוד הגוף עד שיגיע שעת הפרעון, ואם שילם בטלה השעבוד הגוף ובטלה הגביה, או דלמא לא היתה התקנה אלא בשעת ההלואה, דגבית הקרקע פועלת שתהא נחשבת כאילו היה גובה אותה למפרע, אבל כל זמן שלא גבה אין למלוה שום תפיסת קנין בהקרקע, ורק השתא חל הקנין למפרע כאילו היתה נגבית אצלו משעה ראשונה, ולכן אם הקדיש או זבין מלוה קודם שיגבה הקרקע מעשיו קיימים, ועיימש"נ בש"י פ"י.

ומשום הכי לא הקשה אביי על עצם דינו דרב נחמן דלמה אמר גבו קרקע אין לו והלא בעל חוב למפרע הוא גובה, כנ"ל, דלזה איכא למימר דרב נחמן שפיר ס"ל דבעל חוב למפרע הוא גובה דכך הוא דין הגביה שהוא קונה למפרע, אבל כל זמן שלא גבה אין לו שום תפיסה בהקרקע, כמש"נ, ואם כן לגבי ירושת הבכור חשבינן ליה ראוי ואינו נוטל פי שנים, דהא בשעת מיתת האב לא היתה הקרקע מוחזקת כלל ביד אביהם, שהרי לא עשה בה קנין אפילו על התנאי, ורק דדין הוא דגביה פועלת למפרע, אבל הגביה היתה אצל היתומים ולא אצל האב, ושפיר חשיב ליה ראוי לגבי ירושת בכור.

והוקשה לו לאביי דלפי זה נמצאו דברי רב נחמן סותרים זה את זה, דאם נאמר דלמפרע הוא גובה לא הוי גביה מיד בשעת ההלואה, אלא דין הוא בגביה שהוא קונה למפרע, כמש"נ, אם כן בשעת מיתת האב לא היתה הקרקע קנויה לו, ונמצא שבפועל לא ירשו קרקע מאביהם אלא שטר חוב בעלמא שהוא נחשב מטלטלין, כמו שכתב הרשב"ם לעיל (דף קכד), ועיימש"נ בש"א פ"ח, ולא חל על היתומים מצוה לפרוע חוב אביהם אלא כשירשו ממנו אחריות נכסים, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו.) ד"ה פריעת, ועיימש"נ בש"ב פ"א, ואם כן היאך יוכל בעל חוב לגבות מהם, דאע"ג דעל ידי גבייתם חלה הקנין למפרע בחיי

והקשה השיטה מקובצת וז"ל: וקשיא לי טובא מאי קא מדמה דין בכור לדין בעל חוב, והא איכא למימר אע"ג דכי גבו קרקע בחובת אביהם איגלאי מלתא שהיתה קנויה לאביהם משעת הלואה ולפיכך בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם ולא הוי נכסי דקנו יתמי, מכל מקום הוה ליה קרקע זו ראוי אצל אביהם כיון שהיתה שם צד הפקעה דהוה מצי מסלק ליה לזה בזווי ולפיכך לא שקיל בה בכור פי שנים כיון שאינו נוטל בראוי וכו', ולענין בעל חוב ודאי כיון שהיתה קרקע זו שגבו היתומים קנויה לאביהם, אע"ג דהוה ליה ראוי מחמת צד הפקעה, דינא הוא דבעל חוב חוזר וגובה אותה מהם, דלא אשכחן בשום דוכתא שלא יהא נוטל בראוי כבמוחזק, ובראוי דירושה לחוד הוא דלא שקיל לפי שלא זכה כלל הלוח במה שראוי לירש וכו' עכ"ל יעו"ש. ולענין מה שכתב דלא אשכחן בשום דוכתא שלא יהא בעל חוב נוטל בראוי כבמוחזק, עיין בתוס' לקמן (דף קנט.) בד"ה ולימרו שנסתפקו בזה, ועיימש"נ בש"ז פל"ג.

והשיטה מקובצת הניח קושיתו בצריך עיון, דלכאורה לא קשה מבעל חוב לבכור, דבכור אין נוטל פי שנים בראוי, ואפילו אם בעל חוב למפרע גובה, מכל מקום הוה ליה ראוי הואיל ויכול לסלקן בזווי, אבל יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב גובה מהם דבעל חוב נוטל בראוי כבמוחזק.

ונראה דקושית השיטה מקובצת היא גופא סברת אביי דלא פריך על הא דקאמר רב נחמן גבו קרקע אין לו והלא בעל חוב למפרע הוא גובה, דשפיר איכא למימר דאע"ג דבעל חוב למפרע הוא גובה, מכל מקום הוה ליה ראוי לגבי ירושה ואין בכור נוטל בו פי שנים, אכן נראה דטעמא דהוה ליה ראוי לא הוי משום צד הפקעה, דהא אביי אינו חושש לצד הפקעה לגבי עצם דין בעל חוב למפרע הוא גובה, כדאיתא בפסחים שם, דטעמא דרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה היא משום צד הפקעה, ואביי אינו חושש לכך, ואיברא דאיכא למימר דמכל מקום אהני צד הפקעה להחשיבה ראוי ולא מוחזק.

ומשני דבעל חוב גובה מדין שעבודא דרבי נתן, דאומר להם כי היכי דאשתעבד לזה זה לאביהם אישתעבד נמי לדידי, יעו"ש, ואם כן למה דוחה מימרא קמא דרב נחמן בסוגיין, ולמה לא משני כדמשני בפסחים דטעמא דרב נחמן דבעל חוב חוזר וגובה מהם משום שעבודא דרבי נתן. ועיין בשיטה מקובצת שעמד בזה, ודחק דאביי ס"ל דטעמא דרב נחמן משום דס"ל למפרע הוא גובה, יעו"ש, אולם עדיין קשה דכיון דאליבא דרבא משנינן דטעמא דרב נחמן משום שעבודא דרבי נתן, אם כן מנלן להקשות על רב נחמן ולדחות מימרא קמא דידיה, דלמא טעמא דידיה משום שעבודא דרבי נתן.

ונראה דקושיא זו לא קשה אלא אם כן פירכת אביי היא דממימרא קמא דרב נחמן דיתומים שגבו קרקע נחשבת ראוי מבואר דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה, וממימרא בתרא דבעל חוב חוזר וגובה מהם מבואר דבעל חוב למפרע הוא גובה, דאם כן הוי קושית אביי בדיוק כקושית הגמרא בפסחים, ולפי זה שפיר יש להקשות דלמה לא משני דחוזר וגובה מדין שעבודא דרבי נתן, כדמשני בפסחים שם.

אכן עיין בשיטה מקובצת שכתב דממימרא קמא דרב נחמן אין להוכיח דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה, דשפיר איכא למימר למפרע הוא גובה, ומכל מקום נחשב ראוי לגבי ירושה ואין הבכור נוטל פי שנים, ונראה דהיינו טעמא דהוי ראוי, משום דס"ל דבעל חוב למפרע הוא גובה הוא דין שחל בשעת הפרעון שהקרקע נחשבת למפרע כאילו היתה נגבית לו משעת ההלוואה, אבל מיד בשעתה של ההלוואה לא נעשית שום גביה ולא זכה הבעל חוב שום תפיסה בהקרקע, ונמצא דבשעת מיתת האב עדיין לא היתה הקרקע נגבית אצלו והויא לה ראוי, אולם אם כן היה המכוון של למפרע הוא גובה לא היה נחשב שירשו אחריות נכסים מאביהם, ולא היתה חלה עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, ולא היה בעל חוב חוזר וגובה מהם, וכיון דאמר רב נחמן דחוזר וגובה מבואר דמיד בשעת ההלוואה איכא נמי גביה אלא דהלוה יכול לסלקו עד שיגיע זמן הפרעון, ואם כן הוא הרי לא היתה הקרקע נחשבת ראוי לגבי חלוקת

אביהם, מכל מקום הך דין גביה למפרע לא חל אלא בשעת גביה, אבל בשעתו של האב לא היה לו שום תפיסה בקרקע המשועבדת, ונמצא שלא ירשו ממנו קרקעות, וכיון דאמר רב נחמן בעל חוב גובה מהם הרי מבואר דס"ל דלמפרע הוא גובה הוי גביה בשעת ההלוואה ורק דהלוה היה יכול לבטלה עד שיגיע זמן הפרעון, כמש"נ, ושפיר ירשו קרקע מאביהם ועליהם לפרוע חובו, ואם כן גם לגבי ירושת הבכור היה צריך להיות הדין דהקרקע נחשבת מוחזקת ביד אביהם ובכור נוטל בה פי שנים, וסברא זו נשארת גם למסקנת הגמרא דרב נחמן לדידיה באמת ס"ל גבו קרקע יש לו, ולא קאמר גבו קרקע אין לו אלא אליבא דבני מערבא.

פרק כד

בו יוכיח דלמאן דאמר בעל חוב למפרע הוא גובה אי אפשר לומר דטעמא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם היא משום שעבודא דרבי נתן.

נבא בתרא קבה. ועוד הא אמר רב נחמן וכו' יעו"ש. ומבואר דס"ל לרב נחמן דחשבינן קרקע זו שגבו כאילו שהיתה מוחזקת ביד אביהם, וזה סותר למימרא קמא דרב נחמן דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם אין בכור נוטל בה פי שנים, דחשיב ראוי ולא מוחזק, ומכח קושיא זו מסיק בגמרא דמימרא קמא נאמרה אליבא דבני מערבא וליה לא סבירא ליה.

וקשה טובא דהיכי הוכיח מהא דיתומים שגבו קרקע בעל חוב חוזר וגובה מהם שהקרקע הניגבית נחשבת מוחזקת ביד אביהם, דלמא היינו טעמא דבעל חוב גובה מהם מדין שעבודא דרבי נתן, וכן משני בגמרא פסחים (דף א.) דפריך התם לרבא דאית ליה בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה, והרי ס"ל כרב נחמן דאמר יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם, ודומה ממש לקושית אביי בסוגיין, כנ"ל, ובשלמא אם למפרע הוא גובה הרי הקרקע נחשבת מוחזקת ביד אביהם, אבל אם מכאן ולהבא הוא גובה הרי קרקע זו קנו לאחר מיתת אביהם והיאך גובה ממנה בעל חוב,

גובה, ונמצא דעד שעת הגביה היה לו בה שעבוד ומקצת קנין, ועל ידי הגביה נגמר קנינו, כמש"נ, אכן למאן דאמר למפרע הוא גובה, בין אם הוא גביה מיד ורק דיכול לסלקו עד זמן הפרעון ובין אם הגביה חלה למפרע כשגבה לבסוף, בין כך ובין כך קנינו בהקרקע הוי בשעת ההלואה, ואם כן אין להקנין שום שייכות בעצם להשעבוד שהיה לו בה, ולא שייך למימר שהשעבוד נגמר ונעשה קנין, שהרי הקנין נעשה משעה ראשונה, וכל דין השעבוד הוא לאפשר את הגביה, אבל הקנין שבא מן הגביה הוא למפרע בשעת ההלואה, ואם כן אין קנינו בתורת גמר על השעבוד, ונמצא שלאחר הגביה לא נשאר שום זכר מהשעבוד, ולפיכך פקע כל דין שעבודא דרבי נתן על ידי גבית היתומים, דכיון שקבלו פרעון מן הלוה אזלא שעבוד הגוף שלו ואזלא השעבוד מעל קרקעותיו, וממילא נסתלק מלוה שני, כמש"נ, וליכא למימר שעדיין נשאר השעבוד בכלל הקנין ואפילו לאחר הגביה, שהגביה גומרת השעבוד, דזה לא שייך אלא למאן דאמר מכאן ולהבא הוא גובה, כמש"נ, ונמצא דאביי דס"ל למפרע הוא גובה לא היה יכול ליישב סתירת דברי רב נחמן דטעמא דבעל חוב חוזר וגובה משום שעבודא דרבי נתן, משום דלדידיה בעל חוב למפרע הוא גובה ונתבטל השעבודא דרבי נתן על ידי גבית היתומים, וכמש"נ, ואולי לזה כוון נמי השיטה מקובצת.

היורשים, ונמצאו דברי רב נחמן כסותרים אהדדי, כך היא קושיית אביי, וכל הסוגיא אזלא אליבא דשיטתו דבעל חוב למפרע הוא גובה, ועיימש"נ בש"י פכ"ג.

והנה באמת יש להקשות על הא דאמר בפסחים אליבא דרבא דטעמא דרב נחמן דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה משום שעבודא דרבי נתן, כנ"ל, והרי מבואר בפוסקים דאם מלוה ראשון קבל פרעון מן הלוה נתבטל השעבודא דרבי נתן ונסתלק מלוה שני, ואם כן כשגבו היתומים קרקע בחובת אביהם הרי נפרע בזה חובת אביהם ונתבטל השעבודא דרבי נתן, ונתבאר לן דאין גבית הקרקע מבטלת השעבוד אלא גומרת אותו, דעד השתא היה לו מקצת קנין ותפיסה בהקרקע על ידי השעבוד, ועל ידי הגביה נגמר הקנין, ולכן לא נתבטל השעבודא דרבי נתן על ידי גבית הקרקע כמו על ידי מחילה או קבלת פרעון, דהקרקע הניגבית לעולם נשאר בה השעבוד אלא שנחאלס ונתוסף בה עד דהוי קנין גמור, ולא נתבטל השעבודא דרבי נתן על ידי גבית הקרקע, ועיימש"נ בש"י פ"ב.

וְלָפִי זה יש ליישב סוגיין, דסברא זו דגבית קרקע משועבדת גומרת המקצת קנין שהיה לו בה על ידי השעבוד, כמש"נ, לא שייכא אלא אליבא דרבא דאית ליה מכאן ולהבא הוא

שער יא: בענין דברים המפקיעים מידי שעבוד

ובו י"ב פרקים

דמים לענין דינא דהקדש מפקיע מידי שעבוד, ועיימש"נ בש"א פ"ג.

וַיֵּשׁ לדקדק למה לן כלל האי דינא דהקדש מפקיע מידי שעבוד, והא אמרינן בבבא קמא (דף י"א): דאמר רבא עשה עבדו אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה הימנו, שורו אפותיקי ומכרו אין בעל חוב גובה הימנו, מאי טעמא, האי אית ליה קלא והאי לית ליה קלא יעו"ש, ומבואר דמכר שור אפותיקי מפקיע מידי שעבוד, ועיין בתוד"ה הקדש שבארו למה לא הזכיר רבא מכר בכלל הדברים המפקיעים מידי שעבוד

פרק א

בו יבואר למה איצטריך לדין הקדש מפקיע מידי שעבוד בשור אפותיקי, ולמה לא נאמר דלא גרע הקדש מלקוחות ואם עשה שורו אפותיקי ומכר אין בעל חוב גובה הימנו.

[גיטין מ:] דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: הקדש, עשה שורו אפותיקי והקדישו קדושת הגוף למזבח, ודוקא קדושת הגוף, דקדושת דמים לא מפקיעה מידי שעבוד וכו' עכ"ל יעו"ש. ורש"י מחלק בין קדושת הגוף לקדושת

פרק ב

בו יבואר הא דאם חמצו משועבד לנכרי אהני איסור הנאה המוטל על הישראל להפקיע שעבוד שיש לו לנכרי בהחמץ ונעשה חמצו של ישראל שעבר עליו הפסח ואסור בהנאה.

[גיטין מ:]: דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה חמץ וז"ל: עובד כוכבים שהלוה את ישראל ושעבד לו חמצו ולא הרהינו אצלו, אתי איסור חמץ ומפקיע לשעבודיה דעובד כוכבים, והוה ליה חמצו של ישראל שעבר עליו הפסח ואסור בהנאה עכ"ל יעו"ש. ומדברי רש"י בפסחים (דף לא.) מבואר שעשאו אפותיקי וז"ל: תנן נכרי שהלוה וכו', שאם לא אתן לך עד יום פלוני בא לביתי וגבה מחמץ זה עכ"ל יעו"ש.

והנה בכל חוב ושעבוד מלבד מה שיש על הלוה חובת גברא ושעבוד הגוף לפרוע חובו, יש למלוה איזה דין וזכות גביה בנכסיו לגבות מהך חובו אם לא יוכל ליפרע מן הלוה, ואם עשה אפותיקי יש לו שעבוד לגבות מן הנכסים בלי לתבוע את הלוה תחלה, ואע"פ שהלוה יכול לסלק בזווי, ועיימש"נ בש"ה פ"א, ואם כן בנכרי שהלוה את ישראל על חמצו ועבר עליו הפסח, יש לדקדק למה יפקיע האיסור חמץ שעבודו של נכרי, ונהי דהחמץ בימי הפסח אסור בהנאה להישראל ואינו יכול לפרוע חובו עם החמץ, מכל מקום הנכרי יש לו זכות גביה בהחמץ ולו אין בו איסור, ולמה יפקיע איסורו של ישראל את הזכות ממון של הנכרי.

ונראה דכל גביה מן השעבוד היא בעצם פרעון החוב, שכל זכות המלוה לגבות מן הקרקעות הוא משום דעל ידי כך הוא כופה את הלוה לשלם לו חובו, וזהו דין ערבות המבואר בבבא בתרא (דף קעד.) יעו"ש, והרי הערב משלם בעד הלוה, בין שהלוה בחיים בין שכבר מת, ואם כן כל שגביתו יש עליה תורת פרעון הוי גביה מעליתא, אבל אם אין בה תורת פרעון גם דין גביה בטל, ולכן חמץ בימי הפסח הרי אסור בהנאה לישראל, ואינו יכול לקיים בו דין פרעון, וממילא גם שעבודו של הנכרי פקע מן החמץ, ורק כשהרהינו אצל הנכרי והקנהו

יעו"ש, ומכל מקום קשה למה לא נאמר דהקדש מפקיע מידי שעבוד משום דלא גרע הקדש מלקוחות, ובמקום דליכא קלא חיישינן לפסידא דהקדש. ועוד יש לדקדק על דברי רש"י דקדושת דמים אינה מפקיעה מידי שעבוד, ותיפוק ליה דהקדש כלקוחות וניחוש לפסידא דהקדש, ואע"ג דהקדש לא שלם דמים כמו לוקח, הרי כתב הש"ך סי' קי"ז סקי"ב בשם הרשב"א דגם ממקבל מתנה אינו גובה, ואם כן הוא הדין שלא יגבה מהקדש.

וצריך לומר דקדשי מזבח לא הוי כמכירה, וכדאיתא בבבא קמא (דף עו.) מעיקרא תורה דראובן והשתא תורה דראובן, ולא שייך לגבי הקדש תקנתא דלקוחות, וכן הדין נמי לגבי קדושת דמים לצורך מזבח, דכי היכי דאם הקדיש בהמה תמימה למזבח אמרינן מעיקרא תורה דראובן והשתא תורה דראובן, הוא הדין אם הקדיש דמים לקנות קרבן אמרינן נמי מעיקרא דמים דראובן והשתא דמים דראובן, ולית בזה תקנתא דלקוחות, וגם לית בזה הקדש מפקיע מידי שעבוד, דדין זה לא נאמר אלא בקדושת הגוף, כנ"ל.

ויצא לנו דכל זה הוא בקדשי מזבח, אבל אם עשה שורו אפותיקי והקדישו לבדק הבית שפיר אמרינן דפקע השעבוד, דאע"ג דהקדש מוציא מידי שעבוד לא נאמר לגבי קדושת בדק הבית, מכל מקום לא גרע הקדש בדק הבית מלקוחות ופקע השעבוד.

ועיין בתוס' בבא קמא (דף לג:) בד"ה משום וז"ל: אבל בלא רבי אבהו לא קדיש, משום דקדושת דמים אין מפקעת מידי שעבוד, ומיירי הכא בבעל מום, אי נמי בתם וכגון שהקדישו לבדק הבית דקדוש קדושת דמים, וכדאמרינן (תמורה דף ו.) המתפס תמימים לבדק הבית מה שעשה עשוי עכ"ל יעו"ש, ואע"ג דקדושת בדק הבית מפקיעה מידי שעבוד מדין לקוחות, כמש"נ, התם מיירי בשור נגח דאית ליה קלא, כדמבואר בגמרא שם, ומכר אינו מפקיע מידי שעבוד במקום דאיכא קלא, וגם לא שייך בזה הקדש מפקיע מידי שעבוד דדין זה לא נאמר אלא בקדושת הגוף.

פרק ג

בו יבואר הבנת ר"ת בשיטת רש"י דלא אמרינן הקדש מפקיע מידי שחרור אלא בשור תם שנשאו אפותיקי והקדישו קדושת הגוף אבל קדושת דמים אינה מפקיעה מידי שעבוד.

[גיטין מ:] דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה חמץ וז"ל: עובד כוכבים שהלוה את ישראל ושעבד לו חמצו ולא הרהינו אצלו אתי איסור חמץ ומפקיע לשעבודיה דעובד כוכבים והוה ליה חמצו של ישראל שעבר עליו הפסח ואסור בהנאה עכ"ל יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה הקדש וז"ל: פי' בקונטרס דוקא קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד אבל קדושת דמים לא וכו', וקשה לר"ת דאי חשיב ברשותו של לווה כל זמן שלא הגיע הזמן אפילו קדושת דמים נמי תפקיע מידי שעבוד, ואי לא חשיב ברשותו אפילו קדושת הגוף נמי לא, דכי יקדיש את ביתו כתיב, מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו. ואור"י דרבא לטעמיה דאמר בפרק כל שעה (פסחים דף לא.) דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה וחשיב ברשותו, ודוקא קדושת הגוף שאין לו פדיון מפקיע מידי שעבוד וכו', דכיון דחל שעה אחת תו לאו פקע, דלא עדיף שעבוד מנתינת דמים וכו', אבל קדושת דמים לא אלים כח הקדש מכח מקדיש כיון דיש לה פדיון וראויה לפקוע וכו', ובפרק המניח (דף לג:) דאמרו הקדישו מוקדש משום דרבי אבהו אבל קדושה גמורה לא, איכא לאוקמי אפילו בראוי למזבח אפילו הכי אין מפקיע מידי שעבוד דניזק, דכיון דאינו יכול לסלקו בזווי אפילו לרבי ישמעאל כדמפרש בפרק המניח (שם), מודה רבא דלמפרע הוא גובה עכ"ל יעו"ש.

ומבואר בדברי התוס' דר"ת פליג על דברי רש"י דמחלק בין קדושת הגוף לקדושת דמים, דקדושת הגוף מפקיעה מידי שעבוד וקדושת דמים אינה מפקיעה מידי שעבוד, וס"ל לר"ת דאין לחלק, וגם קדושת דמים מפקיעה מידי שעבוד, וכן איתא בתוס' בבבא קמא (דף לג:) בד"ה משום בשם ר"ת יעו"ש, ואין כונתו בהצד דחשיב אינו ברשותו דלא ליהוי

לו מעכשיו גובה ממנו, כדמבואר בפסחים (דף לא:) יעו"ש, דכבר הוי כגבוי ופרוע, אבל כל שמחוסר גוביינא ואינו ראוי לפרעון פקע ממנו השעבוד.

ואע"ג דקרקעות בעצם אין עליהם תורת פרעון, דהא אין הלוה יכול לסלק למזיק ובעל חוב בזיבורית מדין תשלומין דשוה כסף ככסף, דאין תורת תשלומין אלא על ידי כסף או על ידי מטלטלין שהם כמו כסף, אבל קרקע לעולם חשיב גביה, אפילו אם מוסר לו הקרקע מדעתו, ואינו יכול להגבותו קרקע אלא לפי גדרי הגביה, אכן אע"פ שאינו יכול ליתן להמלוה קרקע בתורת פרעון ושעבוד הגוף, מכל מקום היינו עצם דין הגביה דעל ידי מה שהוא גובה הקרקע הוא מקיים דין פרעון של הלוה בין מדעתו בין שלא מדעתו, ולכן בחמץ ושאר איסורי הנאה דלא שייך בהם תורת פרעון גם השעבוד פקע ממנו, וכמש"נ.

והוסיף רש"י דכיון דחמץ מפקיע מידי שעבוד הוה ליה חמצו של ישראל שעבר עליו הפסח ואסור בהנאה, כנ"ל, וכונתו דשעבוד הנכרי בהחמץ משהו לחמצו של נכרי ואינו עובר עליו בכל יראה וכל ימצא, אולם אפילו חמצו של נכרי אסור בהנאה בתוך הפסח, וכיון דלא שייך פרעון על ידי החמץ בתוך הפסח גם גביה ליכא, כמש"נ, אכן אילו היה חמץ שעבר עליו הפסח מותר בהנאה לא היה השעבוד נפקע לגמרי, דאע"ג דלא שייך גביה בתוך הפסח הרי יכול לגבות אחר הפסח, ולא היה פקע אלא הגביה בפועל בימי הפסח ולא כל השעבוד, וכשיטת הרמב"ם דאע"ג דהקדש מפקיע מידי שעבוד כשיפדה אותו ישראל חזר השעבוד למקומו, ועיימש"נ בשי"א פי"ב, אלא דכיון דליכא גביה בפועל בתוך הפסח לא נחשב באותם ימים חמצו של נכרי אלא חמצו של ישראל, ולאחר הפסח הוה ליה חמץ שעבר עליו הפסח ואסור בהנאה, או מעיקר הדין או משום קנסא, כדאיתא בפסחים (דף כח.) יעו"ש, וכיון שכן גם לאחר הפסח לא שייך גביה, כמש"נ, ונמצא דהשעבוד פקע לגמרי.

המעוּת שהלוּה ללוּה, דוּוּי יְהיב זוּי שקיל, ולכן חל שעבוד המלוּה על דמי הנכסים משועבדים ולא על גופם, שעיקר דין שעבוד הוא להוציא מעותיו מן הנכסים, ובודאי יכול המלוּה לקבל הנכסים תחת דמים הראוים לו, אבל עיקר השעבוד הוא על דמי הנכסים, ובוּה חלוק קדוּשת דמים מקדוּשת הגוף, דאין עיכוב בחלות קדוּשת הגוף, שהרי אין הגוף משועבד למלוּה אלא הדמים, וכיון שחל קדוּשת הגוף פקע השעבוד, אבל קדוּשת דמים לא חל להפקיע גוביינא דמלוּה, דהא הדמים משועבדים למלוּה, ואינו יכול להקדישם להפקיע גוביינא דמלוּה, ולמד ר"ת דחילוק זה לא שייך אלא קודם שהגיע זמן הפרעון, דאז עדיין ליכא גביה בפועל, ואין דנים אלא על יסוד השעבוד, אבל כשכבר הגיע זמן הפרעון, ואיכא גביה בפועל גם על הדמים גם על הגוף, אז תפס השעבוד גם בגוף הנכסים ואינו יכול להקדישם אפילו קדוּשת הגוף להפקיע גוביינא דמלוּה.

וְעַל זה הקשה ר"ת דממה נפשך, אם קדוּשת הגוף מפקיעה מידי שעבוד קודם שהגיע זמנה כיון דחשיב ברשותו של לוּה, אם כן גם לגבי קדוּשת דמים יחשב ברשותו, שהרי עדיין ליכא גביה בפועל, ואם לגבי קדוּשת דמים לא נחשב ברשותו הואיל ויש לו זכות גביה בהדמים, אם כן גם לגבי קדוּשת הגוף הוי אינו ברשותו הואיל ועל ידי זכות המלוּה לגבות הדמים יכול ליטול הגוף, וס"ל לר"ת דאי אפשר להפריד הדמים מן הגוף, ושפיר מובן לפי זה למה התחיל קושיתו מצד קדוּשת הגוף, דאם אינו ברשותו לגבי קדוּשת הגוף הוא הדין לגבי קדוּשת דמים, כנ"ל, דלפי דברינו החידוש של רש"י הוא דקדוּשת הגוף מפקיעה מידי שעבוד הואיל וליכא שעבוד על הגוף תוך זמנו, ואם נימא כן נמי לגבי קדוּשת דמים, אם הדמים נחשבים ברשותו קודם זמנו, אם כן הוא הדין הגוף, וכמש"נ.

וְהָרִ"י בא ליישב דברי רש"י דאין כונתו כמו שהבין ר"ת דלגבי קדוּשת דמים חשיב אינו ברשותו הואיל ועיקר שעבוד המלוּה הוא על הדמים, כמש"נ, אלא טעם החילוק בין קדוּשת הגוף לקדוּשת דמים משום דקדוּשת הגוף

הקדש כלל, דבודאי הקדש אוכל פירות כל זמן שלא גבה המלוּה כמו לוקח קודם גביה, אלא כונתו למה שכתב רש"י בפסחים (דף ל:), וביתר ביאור בכתובות (דף נט:), יעו"ש, דמלוּה גובה מן הלקוחות דאינו ברשותו של לוּה ומכירתן לאו מכירה, והיינו דאין הלוּה יכול למכור שדותיו לגבי גוביינא, ולגבי גוביינא לעולם נשאר ברשות הלוּה, וזהו נמי כונת ר"ת דאינו ברשותו של לוּה להקדישו גם לגבי גוביינא ולהפקיע שעבוד המלוּה, וזהו הצד דאין הקדש מפקיע מידי שעבוד.

וְיֵשׁ לדקדק דהיאך הבין ר"ת דברי רש"י דקדוּשת הגוף מפקיע מידי שעבוד אבל קדוּשת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד, מהי סברת רש"י לפי הבנת ר"ת, ואין לומר דר"ת הבין סברת רש"י כדברי התוס' דקדוּשת הגוף כיון דחיילא תו לא פקע אבל קדוּשת דמים ראויה להיפקע על ידי פדיון, דא"כ מהי קושיתו דממה נפשך אם נחשב ברשותו קדוּשת דמים נמי תפקיע וכו', כנ"ל, הא טעמא דרש"י אינה תלויה כלל באם חשיב ברשותו או לא.

עוּד יש לדקדק בדברי ר"ת דאם החידוש לפי רש"י הוא דקדוּשת דמים אינה מפקיעה מידי שעבוד, הוּה ליה לר"ת להתחיל הממה נפשך איפכא, דאם חשיב אינו ברשותו של לוּה ואינו יכול להקדיש קדוּשת דמים להפקיע שעבוד המלוּה, אם כן גם קדוּשת הגוף לא תיחול להפקיע שעבוד המלוּה, ואם חשיב ברשותו גם קדוּשת דמים תפקיע מידי שעבוד, איפכא ממה שכתבו התוס'.

גם צריך עיון במה שכתב ר"ת דהנידון הוא אם חשיב ברשותו של לוּה כל זמן שלא הגיע הזמן, למה הכניס כאן ענין הגעת זמן, ומבואר מדבריו, לפי הבנתו בדברי רש"י, דאם הקדיש קדוּשת הגוף לאחר שהגיע זמן הפרעון אין ההקדש מפקיע מידי שעבוד, ומנא ליה הא, ומה הכריחו לכך.

וּנְרָאָה דר"ת הבין דלפי סברת רש"י יסוד החילוק בין קדוּשת הגוף לקדוּשת דמים הוא במקום חלות שעבוד המלוּה, דהרי עיקר שעבוד המלוּה הוא לעזור לו לגבות ולקבל

הקדש מוציא מידי שעבוד, משום דקרקע כגבוי דמי ומה ביתו ברשותו בעינן, וזה לאו של מקדיש הוא אלא של מלוה, יעו"ש.

והנה הא פשיטא דאין כונתו לומר דהוי כגבוי ממש ולא הוי של לזה אלא של מלוה, דהא אם מכר קרקע משועבדת לוקח אוכל פירות עד שעת הגביה, וכן אם הקדיש הרי הקדש אוכל פירות עד שעת הגביה, וכי היכי דנחשבת הקרקע ברשותו שיכול למוכרה, הוא הדין דהוי ברשותו שיכול להקדישה, ועל כרחך צריך לומר דכונת הרשב"א היא למה שכתב רש"י בפסחים (דף ל: ב) ד"ה כולי עלמא דהא דבעל חוב גובה מנכסים משועבדים משום דאינו ברשותו של לזה ומכירתם לאו מכירה, יעו"ש, וכונתו שאינו ברשותו לגבי גוביינא, ומכירתם לגבי גוביינא לאו מכירה, וכשבא המלוה לגבות הרי זה נחשב גביה מן הלזה, וכן כתב רש"י בכתובות (דף נט: ב) יעו"ש, ולזה כוונן נמי הרשב"א דקרקע כגבוי דמי והרי היא של המלוה ולא של הלזה, והיינו דאין הלזה יכול למוכרה להפקיע גוביינא של המלוה, וכמו כן נמי אינו יכול להקדישה להפקיע הגוביינא, ויכול המלוה לגבותה מן ההקדש ומוסיף דינר מדרבי אבהו.

ויש להסתפק בסברת ר"ת דגם קדושת דמים מפקיעה מידי שעבוד, ואין הבעל חוב יכול להוציא מן ההקדש כמו שיכול להוציא מן הלקוחות, אם גם לדידיה טעמא משום דכיון דחל ההקדש תו לא פקע, וכמו שכתבו התוס', כנ"ל, אלא שהתוס' חילקו בין קדושת הגוף שאין לה פדיון לקדושת דמים שיש לה פדיון וראויה לפקוע, כנ"ל, ור"ת ס"ל דגם קדושת דמים כיון דחיילא תו לא פקע, והא דיש לה פדיון אין זה הפקעת הקדושה מכל וכל, אלא דין חדש שיכול להעביר הקדושה ממקום למקום על ידי פדיון, אבל לגבי הפקעת הקדושה על ידי גבית המלוה אמרינן דכיון דחיילא תו לא פקעה.

אן דלמא סברת ר"ת היא דלא שייך גביה מן ההקדש הואיל וכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא היא, כדאיתא בראש השנה (דף א: ב) יעו"ש, ומבואר בגמרא דכן הוא הדין גם בקדשי מזבח דלעולם קיימי ברשות הקדש, ואע"ג דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן, כדאמרינן

כיון דחיילא תו לא פקע אבל קדושת דמים יש לה פדיון וראויה לפקוע, כנ"ל.

פרק ד

בו יבואר שיטת ר"ת דהקדש מפקיע מידי שעבוד בין בקדושת הגוף ובין בקדושת דמים חוץ מהקדש קרקע, ויוכיח דטעמא משום דכ"ל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא.

[גיטין מ: ב] דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה הקדש וז"ל: פירש בקונטרס דוקא קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד אבל קדושת דמים לא כדמשמע בערכין (דף כג: ב) וכו', וקשה לר"ת דאי חשיב ברשותו של לזה כל זמן שלא הגיע הזמן, אפילו קדושת דמים נמי תפקיע מידי שעבוד, ואי לא חשיב ברשותו, אפילו קדושת הגוף נמי לא, דכי יקדיש את ביתו כתיב, מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו וכו', ואומר ר"י דרבא לטעמיה דאמר בפרק כל שעה (פסחים דף לא: ב) דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה, וחשיב ברשותו, ודוקא קדושת הגוף דאין הפדיון מפקיעה מידי שעבוד וכו', דקדושת הגוף כיון דחיילא תו לא פקע, אבל קדושת דמים לא אלים כח הקדש מכח מקדיש כיון דיש לה פדיון וראויה לפקוע עכ"ל יעו"ש. ור"ת פליג על דברי רש"י וס"ל דבין קדושת הגוף בין קדושת דמים מפקיעין מידי שעבוד, והובאה שיטתו בתוס' בכמה מקומות, ועיימש"נ בשי"א פ"ג.

ויעיין ברשב"א שהביא דברי ר"ת והקשה עליו מהא דאיתא בערכין (דף כג: ב), מתניתין המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב, אין האשה יכולה לגבות כתובתה ולא בעל חוב את חובו אלא הפודה פודה וכו', ובגמרא למה לי למימר הפודה פודה, משום דרבי אבהו דאמר רבי אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון יעו"ש. ומבואר דאין הקדש מוציא מידי שעבוד, ומכל מקום צריך ליתן להקדש דבר מועט מדרבי אבהו, ומשום ההיא גמרא חילק רש"י בין קדושת הגוף לקדושת דמים, אבל לשיטת ר"ת דגם קדושת דמים מפקיעה מידי שעבוד למה לא פקע שעבוד הבעל לגמרי, ותירץ הרשב"א דגם ר"ת מודה דבהקדיש קרקע אין

דאלמוה רבנן לשעבודיה דניזק וכו' עכ"ל יעו"ש. ואם סברת ר"ת היא דגם בקדושת דמים אמרינן דכיון דחיילא תו לא פקע, היאך אהני לזה מה שאלמוה רבנן לשעבודיה דניזק, הא סוף סוף אין הקדש יוצא בלא פדיון, אולם אם סברתו היא משום דאין גביה מוציאה מרשות הקדש, כמש"נ, איכא למימר דבשור תם אלמוה רבנן לשעבודיה כל כך דעדיף תפיסתו מתפיסת הקדש על ידי הא דכל היכא דאיתא ביה גזא דרחמנא איתא, והרי שעבודו מפקיע מידי הקדש.

פרק ה

בו יבואר שיטת הר"י דהקדש מפקיע מידי שעבוד רק בקדושת הגוף דכיון דחיילא תו לא פקע, והראיה שהביא כנגד שיטת ר"ת מאצטלא דמת ומהדמיון לחמץ ושחרור.

[גיטין מ:] דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה הקדש וז"ל: פ' בקונטרס דוקא קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד אבל קדושת דמים לא וכו', וקשה לר"ת דאי חשיב ברשותו של לוח כל זמן שלא הגיע הזמן, אפילו קדושת דמים נמי תפקיע מידי שעבוד, ואי לא חשיב ברשותו, אפילו קדושת הגוף נמי לא וכו'. ואומר ר"י דרבא לטעמיה וכו' וחשיב ברשותו, ודוקא קדושת הגוף שאין לו פדיון מפקיע מידי שעבוד, כגון שור תם למזבח או קונמות דפרק אע"פ (כתובות דף ט:). ואצטלא דפרסוה אמיתא ביבמות בפרק אלמנה (דף טו:), דכיון דחל שעה אחת תו לא פקע, דלא עדיף שעבוד מנתינת דמים, וכן חמץ, וכן שחרור ומפרש בירושלמי טעמא משום דלא מצינו עבד משתחרר וחוזר ומשתעבד, והיינו כדפרישית דקדושת הגוף כיון דחיילא תו לא פקע וכו', והא דלא חשיב רבא מת כגון ההיא דאצטלא, ועבודה זרה שעשה ביתו אפותיקי והשתחוה לו, דמפקיעין מידי שעבוד, משום דהוי בכלל הקדש עכ"ל יעו"ש.

והנה בדברי התוס' דהקשו אמאי לא חשיב רבא אצטלא דפרסוה אמיתא, ותירצו דהוי בכלל הקדש, יש לדקדק דאם כן למה חשיב שחרור וחמץ, ולמה לא נימא דגם שחרור וחמץ הוי בכלל הקדש, וצריך לומר דהא דשחרור

בבבא קמא (דף עו.) יעו"ש, ולכן אי אפשר לגבות מן ההקדש, שהרי אי אפשר להוציא מרשות הקדש, דכל מקום הוא רשות הקדש, וליכא הפקעה בעצם הגביה, דשפיר שייך דין גביה גם מן ההקדש, אכן גביה בפועל לא שייכא הואיל ואי אפשר להוציא שום דבר מרשות הקדש, דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, כמש"נ, אבל אם טעמא דידיה משום דבכל הקדש כיון דחייל תו לא פקע אז נפקע כל דין גביה מן ההקדש, דכיון שהוקדש הממון ונעשה הקדושה אחד עם הממון בל יפרד אז אמרינן דבממון כזה לא שייך בעלות הדיוט, ופקע כל דין גביה ממנו.

ויש להביא ראיה דסברת ר"ת היא משום דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא ולא שייך גביה בפועל מן ההקדש, כמש"נ, דהא לפי דברי הרשב"א ס"ל לר"ת דאין הקדש קרקע מפקיע מידי שעבוד, כנ"ל, דקרקע הוי כגבוי ואינה יכול להקדישה לגבי גוביינא, כמש"נ, ואם סברת ר"ת היא דגם קדושת דמים כיון דחיילא לא פקעה, אם כן גם בהקדיש קרקע נימא הכי, שהרי בשעתה חל ההקדש לגבי כל דבר חוץ מגוביינא, ונימא דכיון דחיילא תו לא פקעה, אלא מוכח דטעמא דר"ת משום דלא שייך גביה בפועל מן ההקדש, דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, אכן בהקדיש קרקע הרי אמרינן דלא חל ההקדש לגבי גוביינא, וכשבא המלוה לגבות הרי זה נחשב שהוא גובה מן הלוח ולא מן ההקדש, ואם כן לא איכפת במה דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, דהא אין ההוצאה מרשות ההקדש אלא מרשות הלוח, ועיימש"נ בשי"א פ"ה.

עוד יש להביא ראיה דטעמא דר"ת לא הוי משום דכיון דחיילא תו לא פקע, ממה דאמרינן בבבא קמא (דף לג.) דאם בעל שור תם שנגח הקדיש את שורו הקדישו הקדש, ואע"ג דהשור משועבד להניזק, משום שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, וכתבו התוס' בד"ה משום דרבי אבהו וז"ל: אבל בלא רבי אבהו לא קדיש, משום דקדושת דמים אין מפקעת מידי שעבוד, ומיירי הכא כבעל מום וכו', וקשה מכאן לר"ת שמפרש דבכל קדושת מטלטלין מפקעת מידי שעבוד ואפילו קדושת דמים, ואומר ר"ת

הקדש, ואי אפשר להוציא דבר מרשות הקדש, ונמצא דאע"ג דשייך שעבוד בהקדש מכל מקום גביה בפועל לא שייך, כמש"נ, אבל הר"י פליג וס"ל דאין דין כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא מעכב בגבית בעל חוב אם היה דינו לגבות, וטעמא דהקדש מפקיע מידי שעבוד משום דכיון דחיילא תו לא פקע, וכיון שהוקדש החפץ ונשתנה דינו להיות דבר קדוש, ולא שייך בעלות של הדיוט על דבר קדוש, ממילא פקע עצם השעבוד, דהא לא שייך שעבוד בממון שהוקדש, כמש"נ, ולכן לא נאמר דהקדש מוציא מידי שעבוד אלא בקדושת הגוף ולא בקדושת דמים, כמש"נ.

והביא הר"י סמך לדבריו מהא דהגמרא ביבמות מביא דין הקדש מוציא מידי שעבוד לגבי אצטלא דמת, וכן ממה שרבא כלל הקדש עם חמץ ושחרור בחדא מימרא, וכל אלו, אצטלא חמץ ושחרור, אינם מפקיעים מידי שעבוד מצד המעשה גביה, דלא שייכא בהו גביה בפועל, אלא הם עוקרים עצם השעבוד, דלא שייך בהו שעבוד כלל וכלל, ואם כן מסתברא דגם הקדש מפקיע מידי שעבוד על ידי שעוקר עצם השעבוד, ולא מפני שלא שייך בו גביה בפועל אע"ג דעצם השעבוד שייך, וכשיטת ר"ת, אלא יותר מסתברא דגם הקדש מפקיע עצם השעבוד כמו הני אחריני, ועל כרחק טעמא משום דכיון דחיילא תו לא פקע, ולא שייך שעבוד בממון הקדש, כמש"נ, וזה לא נאמר אלא בקדושת הגוף ולא בקדושת דמים.

פרק ו

בו יבוארו דברי התוס' דלא חשיב רבא מכירה מפקיע מידי שעבוד, דעשה שורו אפותיקי ומכרו אין בעל חוב גובה הימנו, משום דהוי תקנתא דרבנן משום פסידא דלקוחות.

[גיטין מ:]: דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה הקדש וז"ל: והא דלא חשיב מכר דעשה שורו אפותיקי ומכרו (ב"ק יא:): דאין בעל חוב גובה ממנו, התם תקנתא דרבנן היא משום פסידא דלקוחות דלית ליה קלא, דהא בעשה עבדו

וחמץ מפקיעין מידי שעבוד לא דמי להא דקדושת הגוף מידי שעבוד, ורק אצטלא דמת דומה לדין קדושת הגוף, דכי היכי דקדושת הגוף כיון דחיילא תו לא פקע, כן הוא נמי בתכריכי המת, דכיון שזכה בהם המת תו לא פקעה זכותו, אבל בשחרור וחמץ לא הוי ההפקעה משום דכיון דחיילא תו לא פקע, אלא מטעמי אחריני נינהו.

וביאור הדברים נראה דשחרור מפקיע מידי שעבוד משום דבן חורין לא הוי דבר ממוני, ולא שייך בו שעבוד, וכל זמן שהוא עבד שייך בו שעבוד, דעבד בעצם הוי נכסים, אבל כששחררו פקע ממנו תורת ממון ושוב לא שייך בו שעבוד, והיינו מאי דקאמר בירושלמי דלא מצינו עבד משתחרר וחוזר ומשתעבד, כלומר דלא שייך שעבוד על בן חורין, כמש"נ, וטעמא דחמץ מפקיע מידי שעבוד משום שהוא איסורי הנאה, ועיימש"נ בשי"א פ"ב, ונמצא דאין שחרור וחמץ מפקיעים מידי שעבוד משום דכיון דחיילי תו לא פקע, ואם כן אינם בכלל הקדש.

אלא דקשה לפי זה למה הביא הר"י חמץ ושחרור בריש דבריו כסמך לשיטתו דרק קדושת הגוף מפקיעה מידי שעבוד, דלא כשיטת ר"ת דגם קדושת דמים מפקיעה מידי שעבוד, וטעמא משום דכיון דחיילא תו לא פקע, וכן חמץ וכן שחרור, כנ"ל, והא טעמא דחמץ ושחרור מפקיעים מידי שעבוד לא הוי משום דכיון דחיילי תו לא פקעי אלא מטעמי אחריני, כמש"נ, והיאך הוכיחו התוס' דהקדש מפקיע מידי שעבוד היינו דוקא קדושת הגוף מהא דרבא כלל הקדש בחדא מימרא עם חמץ ושחרור.

ונראה לבאר דברי הר"י עפ"ימש"נ בשי"א פ"ד דסברת ר"ת דכל הקדש מפקיע מידי שעבוד, בין קדושת הגוף בין קדושת דמים, לא הוי משום דכיון דחיילא תו לא פקע, אלא משום דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ובאמת שפיר שייך שעבוד בנכסים שהוקדשו לאחר הלואת המעות, אכן לא שייכא גביה בפועל, דאי אפשר להעביר ממון מרשות הקדש לרשות מלוה, דכל מקום הוי רשות

פרק ז

בו יבוארו דברי התוס' דאם הקדיש שור תם למזבח לאחר שהזיק אין ההקדש מפקיע מידי שעבוד, דכיון דאינו יכול לסלקו בזווי כולו עלמא מודו דלמפרע הוא גובה.

[גיטין מ:] דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה הקדש וז"ל: פי' בקונטרס דוקא קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד אבל קדושת דמים לא וכו', וקשה לר"ת דאי חשיב ברשותו של לוח כל זמן שלא הגיע הזמן, אפילו קדושת דמים נמי תפקיע מידי שעבוד, ואי לא חשיב ברשותו, אפילו קדושת הגוף נמי לא, דכי יקדיש את ביתו כתיב, מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו. ואורי"י דרבא לטעמיה דאמר בפרק כל שעה (פסחים דף לא.) דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה וחשיב ברשותו, ודוקא קדושת הגוף שאין לו פדיון מפקיע מידי שעבוד וכו', דכיון דחל שעה אחת תו לא פקע, דלא עדיף שעבוד מנתינת דמים וכו', אבל קדושת דמים לא אלים כח הקדש מכח מקדיש כיון דיש לה פדיון וראויה לפקוע וכו', ובפרק המניח (דף לג.) דאמרו הקדישו מוקדש משום דרבי אבהו אבל קדושה גמורה לא, איכא לאוקמי אפילו בראוי למזבח, אפילו הכי אין מפקיע מידי שעבוד דניזק, דכיון דאינו יכול לסלקו בזווי אפילו לרבי ישמעאל כדמפרש בפרק המניח (סו), מודה רבא דלמפרע הוא גובה עכ"ל יעו"ש.

והמהרש"ל הקשה דדברי התוס' אלו, דבשור תם שהזיק אליבא דרבי ישמעאל אינו יכול לסלקו בזווי, סותרים למה שכתב בפרק המניח בד"ה הקדישו ניזק דלרבי ישמעאל יכול לסלקו בזווי, והעלה המהרש"ל דהתוס' פליגי אהרדי, והקשה עליו המהרש"א דהיאך אפשר לומר דהתוס' ס"ל דאינו יכול לסלקו בזווי, והביאו ראיה על כך מפרק המניח, הלא התם קאמר להדיא דאליבא דרבי ישמעאל הניזק הוא בעל חוב וזווי הוא דמסיק ביה, ואדרבה, מזה משמע שיכול לסלקו בזווי, כמו שכתבו התוס' שם, ובודאי לא מצינו בפרק המניח איזה סמך לומר דאינו יכול לסלקו בזווי, ולכן פירש המהרש"א דבודאי ס"ל להתוס' דהמזיק יכול

אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה הימנו (סו) כיון דאית ליה קלא ונזהרים הלקוחות עכ"ל יעו"ש.

וי"ש לדקדק בדברי התוס' לאיזה צורך הביאו הא דעשה עבדו אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה הימנו הואיל ואית ליה קלא, והלא אין צריכים ראיה דהא דעשה שורו אפותיקי ומכרו אין בעל חוב גובה הימנו הוא משום תקנתא דלקוחות הואיל ולית ליה קלא, דדבר זה מפורש בגמרא בבבא קמא שהביאו התוס', וכן לקמן שם (דף לג.) יעו"ש, ואם כן לא שייך לומר בזה דמכר מפקיע מידי שעבוד, ומה הוסיפו התוס' במה שהביאו דין עשה עבדו אפותיקי ומכרו.

ונראה דהנידון בדברי התוס' הוא יסוד התקנה, דיש להסתפק אם התקנה הפקיעה האפותיקי בשעת מכירת השור הואיל ולית ליה קלא, דהא כל זמן שהשור ביד הלוח יש עליו תורת אפותיקי, ואינו גובה ממקום אחר וגם הלוח אינו יכול לדחותו למקום אחר, אכן כשמכר השור ללוקח תקנו חכמים שיופקע שעבוד האפותיקי מן השור, או דלמא לא תקנו לעקור עצם השעבוד בשעת מכירה, ולא תקנו אלא שבפועל לא יגבה בעל חוב מן הלוקח כיון דלית ליה קלא, ובין כך ובין כך טעמא דאינו גובה מן הלוקח משום דלית ליה קלא, כדמפורש בגמרא, כנ"ל, והנידון הוא אם התקנה הפקיעה השעבוד מכל וכל או אם עיכבה גבית השעבוד בפועל, כמש"נ.

והביאו התוס' מעשה עבדו אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה הימנו הואיל ואית ליה קלא, ובאמת היו יכולים להביא נמי מהא דאמרינן בבבא קמא (דף לג.) דשור נגח אפותיקי שמכרו בעל חוב גובה הימנו דכיון דנגח אית ליה קלא יעו"ש, ולא מסתברא דאיכא תקנה מיוחדת לסתם שור ועוד תקנה לשור נגח ועוד תקנה לעבד, אלא הנכון הוא דכולם נכללים בחדא תקנה, דהיינו שתיקנו דאין האפותיקי נפקע על ידי המכירה ומכל מקום אינו יכול לגבות בפועל אלא במקום דאיכא קלא וליכא למיחש לפסידא דלקוחות, ומשום הכי בשור סתם אינו גובה ובשור נגח ועבד גובה, ומבואר דאין התקנה מפקיעה עצם השעבוד, ולא שייך לומר מכר מפקיע מידי שעבוד.

כן כדאי לו שהמלוה יוציא האפותיקי מיד הלוקח, והלוקח יחזור עליו, והוא ידון עמו, ואם לבסוף יצטרך לשלם ללוקח זוזי, דיה לצרה בשעתה, השתא מיהא למה יתן זוזי להבעל חוב, ואם כן שוב אינו עלול שיסלקו בזוזי, והלוקח עצמו הרי אינו יכול לסלק לבעל חוב בזוזי באפותיקי מפורש, ונמצא שכמעט ברור שהשעבוד יבא לידי גביה, ובזה גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה ואין הקדש מפקיע מידי שעבוד, אבל כל זמן שלא מכר האפותיקי עדיין אומרים דמכאן ולהבא הוא גובה, דנוח לו לסלק לבעל חוב בזוזי כדי שתשאר הקרקע בידו, כמש"נ, אבל מיד כשמכר האפותיקי חל דינא דמפרע הוא גובה.

והיינו מה שכתבו התוס' דבשור תם לא אמרינן הקדש מוציא מידי שעבוד דהואיל ואין הלוקח יכול לסלקו בזוזי גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה, דהא כשהקדישו הרי השור עבר לרשות הקדש והקדש הוא הלוקח, ואין הקדש יכול לסלקו לניזק בזוזי, כדין כל אפותיקי מפורש, וגם המזיק אינו עלול לסלקו לניזק בזוזי דהא לא ירויח בכך, כמש"נ, ומיד שעבר להקדש הרי ברורה גבית השעבוד, ומאז אמרינן דכשיגבה גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה, ונמצא דהגביה קודם להקדש, והרי השעבוד מפקיע ההקדש ולא ההקדש את השעבוד, ואפילו אם הקדישו קדושת הגוף.

וקשה מידי לפי זה על המהרש"א ממתני' דעבד שעשאו רבו אפותיקי ושחררו דאמרינן שחרור מוציא מידי שעבוד, דהא לא מיירי מתני' שמכר את העבד, אלא עדיין הוא ברשות הלוה, והלוה יכול לסלקו בזוזי וגם עלול לסלקו בזוזי, דהא רוצה שהעבד ישאר בידו, ובכהאי גוונא אמרינן מכאן ולהבא הוא גובה והשחרור מפקיע מידי שעבוד, ולא דמי לשור תם שהקדישו שכבר יצא מרשותו ואינו עלול עוד לסלקו בזוזי, וגם הלוקח אינו יכול לסלקו בזוזי, דאז הגביה ברורה ולמפרע הוא גובה גם אליבא דרבא, וכמש"נ.

והנה לפי דברי המהרש"א דאם אין הלוקח יכול לסלקו לבעל חוב בזוזי גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה, אם כן בכל שעבוד ליכא

לסלקו בזוזי, אלא דהלוקח מן המזיק אינו יכול לסלקו בזוזי, והא ודאי מפורש שם בפרק המניח (דף לג:) דאליבא דרבי ישמעאל שור תם הוא כאפותיקי מפורש, והרי באפותיקי מפורש אין הלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזוזי, כדאיתא בפרק שנים אוחזין (ב"מ דף טו:) יעו"ש, ומבואר מדברי המהרש"א דכיון דבשור תם אין לוקח יכול לסלק לניזק בזוזי, בהא מודה רבא דבעל חוב למפרע הוא גובה ולא אמרינן הקדש מפקיע מידי שעבוד אפילו בהקדישו קדושת הגוף.

והקשה עליו הפני יהושע דהא מתני' דעבד שעשאו רבו אפותיקי ושחררו אין העבד חייב כלום מיירי בשעשאו אפותיקי מפורש, כמו שכתבו התוס' בהמשך הסוגיא (דף מא.) בד"ה במזיק שעבודו של חבירו, יעו"ש, ובהא קאמר בגמרא דאין העבד חייב כלום לרבו שני כיון דשחרור מפקיע מידי שעבוד, והלא בכל אפותיקי מפורש אין הלוקח יכול לסלקו בזוזי, כנ"ל, ואם כן מודה רבא דלמפרע הוא גובה, ואם כן למה מפקיע השחרור מידי שעבוד, הרי השעבוד הוי כגבוי למפרע ושחרורו לאו שחרור, ומשום קושיא זו דחה דברי המהרש"א יעו"ש.

ונראה ליישב דברי המהרש"א דאין כונתו לומר דכל שעבוד שדינו שאין הלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזוזי דינא הוא דשעבוד כזה הוי כגבוי למפרע ואי אפשר להפקיעו על ידי הקדש חמץ ושחרור, אלא כונתו דאפותיקי מפורש כל זמן שהוא ביד הלוה לא הוי כגבוי למפרע והרי הקדש יכול להפקיע, אבל מכיון שמכר האפותיקי מפורש ללוקח מיד חל על השעבוד דינא שהוא כגבוי למפרע, שהרי טעמא דרבא דאית ליה מכאן ולהבא הוא גובה הוא משום דיכול לסלקו בזוזי, כדאיתא שם בפסחים, ולא אמרינן דהשעבוד הוא כגבוי למפרע, כיון דהוא עלול לסלקו בזוזי ולא יגבה מן השעבוד כלל, ורק כשהאפותיקי אצל הלוה הוא עלול לסלקו בזוזי, שהרי הוא רוצה להעמיד הקרקע בידו ולסלק הבעל חוב ממנה, אבל כשמכר האפותיקי ללוקח, אין הכי נמי דהלוה עדיין יכול לסלק לבעל חוב בזוזי, אכן למה יעשה כן, הרי לא ירויח כלום בסילוק הבעל חוב בזוזי, שאם יסלקו ישאר הקרקע אצל הלוקח ולא אצלו, ואם

שחרורו ויצא לחירות מעיקר הדין, ובוזה נתקיים תיקון העולם, ונמצא דשורת הדין דעבד חייב במצות, והיאך יפרש אביי הא דאמר במתניתין שורת הדין אין העבד חייב כלום במצות. ובאמת קשה על אביי גם מהא דתנן כופין רבו ראשון לכתוב לו שטר שחרור, ואלבא דאביי לא איצטריך לכך, דאם נניחנו לרבו שני לגבות ממילא יצא העבד לחירות, דהא למפרע הוא גובה, וכמש"נ, אלא דחדא מינייהו נקטו התוס', אע"ג דקושייתם על תרוייהו, אינו חייב כלום במצות וכופין את רבו לתת לו שטר שחרור.

ותירצו התוס' דמתניתין מיירי כגון שהלוח רוצה לסלקו בזווי, כנ"ל, ואע"ג דזה הוי דבר רחוק, דעיקר אפותיקי הוא לגביינא, מכל מקום מיירי בכך, אולם קשה דכיון דכופין את רבו ראשון לכתוב לו שטר שחרור למה רוצה לסלק לרבו שני בזווי, והלא באמת אינו צריך לתת לו כלום מאחר שעשה עבדו אפותיקי, ורק דאם רוצה יכול לסלקו בזווי, והכא שרבו שני גרם לו להפסיד עבדו למה רוצה לשלם לו זווי, אכן לפי המתבאר שפיר מובנים דברי התוס', שהרי יסוד הקושיא היתה שאלבא דאביי אין צורך לתקן שרבו ראשון יכתוב לו שטר שחרור, נניחנו לגבות וממילא ישתחרר, כמש"נ, ועל זה תירצו התוס' דמיירי שהלוח רוצה לסלקו בזווי ולקיים העבד בידו, ואע"ג דדבר רחוק הוא, ואם כן לא יבא העבד לידי גביה, ולא נאמר עליו למפרע הוא גובה, ולא ישתחרר, והלא יצא עליו שם בן חורין ויבאו העולם לידי קלקול, לכן הוצרכו לתקן שכופין רבו ראשון לכתוב לו שטר שחרור, וכיון שכן תיקנו, אם כן אף כשאינו רוצה לסלקו בזווי לא יבא העבד לידי גביה, דאם כופין את רבו ראשון לשחררו, כל שכן שלא נניחנו לרבו שני לגבות, וכמש"נ.

פרק ט

בו יבוארו דברי רש"י דאלבא דעולא נחלקו תנא קמא ורבין שמעון בן גמליאל בתרתי, אם היוק שאינו ניכר שמה היוק, ואם יש להטיף חיוב על העבד שנהנה או לא.

[גיטין מ:] עבד שעשאו רבו אפותיקי לאחרים ושחררו, מי שחררו, אמר רב רבו ראשון, שורת

למימר מכאן ולהבא הוא גובה אלא אליבא דמאן דאמר לוקח מצי לסלק לבעל חוב בזווי, כדאיתא בכבא מציעא (דף טו:) יעו"ש, ובאמת כן היא שיטת רבא בכתובות (דף צא:) יעו"ש, ואזיל רבא לשיטתו.

פרק ח

בו יבואר קושית התוס' דאלבא דאביי דאית ליה בעל חוב למפרע הוא גובה לא מיתוקמא מתניתין כרב דמיירי ששחררו רבו ראשון ולא כעולא דמיירי ששחררו רבו שני.

[גיטין מ:] כתבו התוס' בד"ה הקדש וז"ל: ואם תאמר ולאביי דאמר בפרק כל שעה (פסחים לא.) דלמפרע הוא גובה היכי משני למתניתין דהכא, דכדרבא לא מצי לשנויי דאביי לית ליה דמפקיע מידי שעבוד כיון דסבר למפרע הוא גובה, וכדעולא נמי לא מצי לשנויי דקאמר שורת הדין אין העבד חייב כלום במצות, ולאביי דאמר למפרע הוא גובה אמרינן דשפיר אקדיש ושפיר זבין וכו', ויש לומר דאביי מפרש כעולא וכגון דרוצה הלוח לסלקו בזווי עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק בקושית התוס' דהא דאמר אביי למפרע הוא גובה היינו כשגבה לבסוף אז אמרינן דחל גביתו למפרע ונעשה שלו למפרע בשעת הלואת המעות, ולפי זה למה הוקשה להם לשנויי אליבא דאביי כעולא, הרי שפיר קאמר דכשכתב לו רבו שני שטר שחרור לא נעשה עדיין דבר ואין העבד חייב כלום במצות, ולא חל שחרורו למפרע אלא כשגבה לבסוף, והכא הרי לעולם לא יבא לידי גביה, דאם תקנו רבנן דכופין את רבו ראשון וכותב לו שטר שחרור, כל שכן שלא יניחו רבו שני לגבותו מרבו ראשון מאחר שיצא עליו שם בן חורין, וממילא לא שייך לומר למפרע הוא גובה, ושפיר יכול אביי לאוקמי מתניתין כדעולא.

ונראה דלאביי דאית ליה למפרע הוא גובה לא איצטריך כלל לתקן דכופין רבו ראשון וכותב לו שטר שחרור מאחר שיצא עליו שם בן חורין מפני תיקון העולם, אלא היה לרבנן להניח לרבו שני לגבות את העבד מרבו ראשון, וממילא נאמר דבעל חוב למפרע הוא גובה וקנה אותו רבו שני למפרע בשעת הלואת המעות, ונמצא דלמפרע כשכתב לו רבו שני שטר שחרור חל

שני, דלדידיה שפיר מוכן דהעבד כותב לרבו שני כדי לפדות את עצמו ממנו.

יפ"י דברי רש"י אליבא דעולא יצא לנו דתנא קמא ורבן שמעון בן גמליאל פליגי בתרתי, חדא פליגי בהיזק שאינו ניכר אם שמייה היזק או לאו שמייה היזק, ועוד נחלקו אם על העבד לכתוב שטר לרבו ראשון, דרבן שמעון בן גמליאל ס"ל דאינו כותב לו דמאי עבד איהו לא גרם לו ולא מידי, כנ"ל, ותנא קמא ס"ל דכותב לו לפי הנאתו מן השחרור, כנ"ל, ויש לעיין בדבריו דמנליה דנחלקו בתרתי, דלמא לא נחלקו אלא בהיזק שאינו ניכר אם שמייה היזק, כי היכי דאליבא דרב לא נחלקו אלא בחדא, אם מזיק שעבודו של חבירו חייב או פטור, ולמה לא נאמר דמלבד מחלוקתם בהיזק שאינו ניכר לא נחלקו עוד, וכולי עלמא ס"ל דעבד בעצם היה צריך לכתוב לו שטר לרבו ראשון לפי הנאתו, אלא דאליבא דרבן שמעון בן גמליאל דרבו שני חייב לשלם לרבו ראשון משום היזק שאינו ניכר העבד פטור, ולתנא קמא דאין לחייב את רבו שני דהא היזק שאינו ניכר לא שמייה היזק אז חייב העבד לשלם לרבו ראשון לפי הנאתו, ומנליה דפליגי בתרתי.

י"ט לומר דהנה כל דין מזיק המוטל על רבו שני אליבא דרבן שמעון בן גמליאל הוא מפני שהוציא עליו שם בן חורין, ומחמת זה כפו חכמים לרבו ראשון להוציאו לחירות, אכן אם היה שייך חיוב על העבד לשלם לרבו ראשון לפי הנאתו לא היה שחרורו של רבו שני נחשב היזק, שהרי מה הפסידו, הרי מוטל על העבד לשלם, ועל כרחק ס"ל לרבן שמעון בן גמליאל דאין העבד צריך לשלם כלום, דמאי עבד ליה איהו לא גרם ליה ולא מידי, כנ"ל, ומשום הכי חשיב שחרורו של רבו שני היזק לרבו ראשון, ותנא קמא ס"ל דהיזק שאינו ניכר לאו שמייה היזק, ועבד כותב לו לרבו ראשון, ועל כרחק ס"ל לתנא קמא דעבד חייב לשלם לפי שנהנה מן השחרור.

אב"י אליבא דרב דרבו ראשון שחררו שפיר איכא למימר דלכולי עלמא עבד בעצם היה חייב לשלם לרבו שני לפדות את עצמו ממנו, מכל מקום אליבא דרבן שמעון בן גמליאל אין לחייב אותו לשלם, שהרי רבו ראשון חייב

הדין אין העבד חייב כלום לרבו שני, כדרבא, דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד, אלא מפני תיקון העולם שמא ימצאנו בשוק ויאמר לו עבדי אתה כופין את רבו שני ועושה אותו בן חורין, וכותב עבד שטר על דמיו, רבן שמעון בן גמליאל אומר אין העבד כותב אלא משחרר כותב, במאי קמיפלגי, במזיק שעבודו של חבירו וכו'. עולא אמר מי שחררו רבו שני, שורת הדין אין העבד חייב כלום במצות, אלא מפני תיקון העולם, שהרי יצא עליו שם בן חורין, כופין את רבו ראשון ועושה אותו בן חורין, וכותב עבד שטר על דמיו, רבן שמעון בן גמליאל אומר אין העבד כותב אלא משחרר כותב, במאי קמיפלגי בהיזק שאינו ניכר קמיפלגי וכו' יעו"ש.

וכתב רש"י בביאור דברי עולא וז"ל: כותב לו שטר על דמיו העודפים על החוב עכ"ל יעו"ש, ואליבא דרב לא פירש רש"י כן, דהא רבו ראשון ששחררו הפקיע שעבודו של רבו שני, ואליבא דרבנן אינו חייב כלום לרבו שני דהא מזיק שעבודו של חבירו פטור, ומכל מקום תיקנו חכמים שהעבד יפדה עצמו מרבו שני שלא יאמר לו עבדי אתה, ולכן כותב לו שטר על כל דמיו, ורק אליבא דעולא דרבו שני שחררו ותיקנו חכמים שרבו ראשון יוציא אותו לחירות מאחר שיצא עליו שם בן חורין, ועל ידי זה נפקע שעבודו של רבו שני, דהא שחרור מפקיע מידי שעבוד, ונמצא דהפסדו של רבו ראשון הוא דמי העבד העודפים על החוב, ותיקנו חכמים שהעבד יכתוב לרבו ראשון שטר על דמיו העודפים על החוב.

שוב כתב רש"י לפרש דברי רבן שמעון בן גמליאל דאין העבד כותב אלא רבו שני כותב דהיזק שאינו ניכר שמייה היזק וז"ל: אין עבד כותב לו שום שטר, דמאי עבד ליה איהו לא גרם ליה ולא מידי. אלא משחרר כותב לו, שטר על העודף. היזק שאינו ניכר שמייה היזק, ולתנא קמא לא שמייה היזק לפיכך אין לנו לחייב את המשחרר אלא העבד לפי הנאתו מן השחרור עכ"ל יעו"ש. ומבואר דלתנא קמא העבד חייב לרבו ראשון לפי הנאתו שיצא לחירות, ורש"י לא הוצרך לפרש כן אליבא דרב דהעבד כותב לרבו

ובטעמא דרבנן שמעון בן גמליאל כתב רש"י שתי לשונות וז"ל: אם חובו כנגד הקדשו פודה, ואי לאו דחובו יותר מהקדשו, לאו אדעתא למיגבי מהנך נכסי אוזפיה אלא המוני מהמניה, הלכך לא גבי מהקדש, לישנא אחרינא ואם לאו אינו פודה אלא בלא פדיון יקח, והראשון שמעתי והוא עיקר עכ"ל יעו"ש. ועיין בתוס' שכתבו דבתוספתא דמכילתין משמע כלישנא בתרא יעו"ש, וכתבו התוס' דגם דברי רבנן דפודה עד פלגא יש ליישבם כשתי הלשונות וז"ל: דכיון שאינו שוה אלא בציר מפלגא ודאי לאו אדעתיה דהכי אוזפיה, וללישנא בתרא כיון דהחוב טפי מפלגא לא חל הקדש עליו ולא שייך שמא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק ללישנא בתרא דאם החוב יתר על ההקדש אפילו פורתא לרבן שמעון בן גמליאל או פי שנים לרבנן אינו צריך פדיון, ומהי הסברא בכך, וכתב הראב"ד פ"ז ערכין הלט"ז וז"ל: אבל פירוש הענין אני סובר לרבן [שמעון בן] גמליאל אם היה חובו יותר מדמי ההקדש אינו צריך לפדותו שאין ההקדש חל עליו, אבל אם הוא כנגד חובו מוסיף דינר ופודהו שמא יש בה מותר שאי אפשר לכוין, ורבנן סברי לעולם צריך לפדות עד שיהא החוב פי שנים על דמי ההקדש, וטעמייהו דרבנן לפי שאין אונאה לקרקעות עד כפלים, הלכך אם הקדיש במנה, אע"פ שחובו מאתים חסר דינר, ההקדש חל עליו עד מאתים עכ"ל יעו"ש.

וביאור דברי הראב"ד הכי הוא, דהראב"ד ס"ל דאין קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד, כמו שכתב בהלי"ד שם, ובעצם לא חל ההקדש, ומעיקר הדין יכול לגבות הקרקע בלי פדיון כלל, אלא דצריך להוסיף דינר מדברי אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, והכונה בזה היא דאם החוב ודמי השדה שוים הרי אי אפשר לכוין בדיוק השויות, ושייך שהשדה שוה קצת יותר על החוב, ואם יקח השדה בחובו יש לחוש שיאמרו אנשים שהשדה היתה שוה קצת יותר והבעל חוב נטל העודף בחנם, והרי העודף הזה יצא מהקדש בלי פדיון, ולכן תיקנו חכמים שיתן דינר כשגובה השדה מן

לשלם לו משום מזיק שעבודו של חבירו, וחוב זה הוא מעיקר דין מזיק, ויותר יסודי מחוב העבד לפדות את עצמו מרבו שני כדי שלא יאמר לו עבדי אתה, והרי חיובו של רבו ראשון מבטל חיובו של העבד לרבו שני.

והנה עיין בלשון הרמב"ם בפירוש המשניות וז"ל: ואם שחררו חייב הדין ודרך המשפט שיאבד הממון ולא יהיה חייב העבד שום דבר, לפי שהעיקר בדינו חמץ הקדש ושחרור מפקיעים מידי שעבוד אלא מפני תיקון העולם וכו' וכותב שטר עליו בשוויו לא כמה שיש לו עליו מן החוב, ואם היה החוב יותר מדמיו, זה ענין מה שאמר כותב שטר על דמיו וכו' עכ"ל יעו"ש, ועיין ברש"י שדייק מדברי הרמב"ם דס"ל דלשון דמיו היינו כל דמיו, ואם כן גם אליבא דעולא היינו כל דמיו, ופליג על דברי רש"י דס"ל דדמיו היינו דמים העודפים על החוב, ומשלם כל דמיו לרבו ראשון והוא חולק עם רבו שני, יעו"ש.

פרק י

בו יבואר מחלוקת רש"י והראב"ד בהא דמוסיף דינר כשפודה שדה משועבדת שלא יאמרו הקדש יוצא בלי פדיון אם ההוספה היא מדין פדיון או משום חשש שומא שאינה מכוונת.

[ערכין כג:] מתניתין הקדיש תשעים מנה והיה חובו מאה מנה, מוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים האלו על מנת ליתן לאשה כתובתה ולבעל חוב את חובו, ובגמרא למה לי למימר הפודה פודה, משום דרבי אבהו, דאמר רבי אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, מתניתין דלא כרבן שמעון בן גמליאל, דתניא רבן שמעון בן גמליאל אומר אם היה חובו כנגד הקדשו פודה ואם לאו אינו פודה, ורבנן עד כמה, אמר רב הונא בר יהודה אמר רב ששת עד פלגא יעו"ש. והנה בהא דס"ל לרבנן עד פלגא כתב רש"י דבציר מפלגא לא יעו"ש, ולפי זה בפלגא ממש פודה להגבות, אבל הרמב"ם פ"ז ערכין הלט"ז כתב דאם היתה השדה שוה מנה והחוב מאתים אין גובין, ולפי זה עד פלגא היינו עד ולא עד בכלל.

אָפֿט רש"י לא למד כן שהרי כתב דפודה בדבר מועט מדרבי אבהו, יעו"ש, ולמד רש"י דנתינת הדינר הוא מדין פדיון מדרבנן, וכן כתב רש"י בפסחים (דף לא.) פריק מן ההקדש בדבר מועט כדי שלא יאמרו וכו' יעו"ש, הרי דהוספת הדינר הוא בתורת פדיון מדרבנן ולא משום החזרת איזה עודף שאולי היה על שומת השדה, ולפי זה לדברי רש"י אי אפשר לפרש הלישנא בתרא כמו שפירשה הראב"ד, ובכלל אי אפשר לפרש דברי רש"י כסברת הראב"ד, שהרי כתב רש"י דטעמא דרבן שמעון בן גמליאל ורבנן משום דאדעתא דהכי אוזפיה, ולדברי הראב"ד אין זה מן הענין כלל אלא הכל מפני שאי אפשר לכוין השומא ואולי יש קצת עודף בשווי השדה ויאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, כמש"נ, ולפי זה יש לעיין לפי דברי רש"י למה ללישנא בתרא גובה בעל חוב בלא פדיון כשחובו יותר על דמי השדה לרבן שמעון בן גמליאל, או אם חובו פי שנים בדמי השדה לרבנן.

וְאִי יש לומר דחכמים תיקנו להוסיף דינר שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, אכן כשהמלוה מפסיד בגביתו ואינו גובה כל חוב לרבן שמעון בן גמליאל, או אפילו פלגא חובו לרבנן, לא הוסיפו לו חכמים היזק על היזקו, ולא חייבוהו רבנן להוסיף עוד דינר.

וְיִצֵא לנו שלש דרכים בדין הוספת דינר כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, שיטת רש"י דאע"ג דמעיקר הדין יכול בעל חוב לגבות מן ההקדש דאין קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד, מכל מקום תיקנו חכמים שיפדה בדבר מועט כדי שלא יאמרו וכו', כמש"נ. שיטת הראב"ד דאי אפשר לכוין בשומת השדה ותיקנו חכמים שיחזיר דינר להקדש גזירה שמא יאמרו שהיה השדה שוה יותר פורתא והבעל חוב נוטל העודף בחנם, כמש"נ. ושיטת הרמב"ם היא דקדושת דמים מפקיע מידי שעבוד אלא דהשעבוד חוזר לאחר הפדיון, ושומת השדה מועטת היא מפני השעבוד שעומד לחזור, ומכל מקום תיקנו חכמים שיפדה השדה מן ההקדש לכל הפחות כדינר שלא יאמרו וכו', ועיימש"נ בדברי הרמב"ם בשי"א פי"א.

ההקדש בחובו, דאפילו אם יאמרו שהיה כאן איזה עודף בהשדה על החוב הרי החזיר דינר להקדש, אבל אם החוב יותר על ההקדש הרי הוא גובה בלא פדיון, דאפילו יאמרו בני אדם שהשדה היתה שוה קצת יותר לא יעלה על דעתם שהקדש יצא בלא פדיון, שהרי חובו היתה יותר על ההקדש, ואם השדה היתה שוה יותר גם יתרון זה מגיע להבעל חוב שחובו גדול מן שויות השדה, ורבנן ס"ל דיש לחוש לשמא יאמרו עד פלגא לפי שאין אונאה בקרקעות עד כפליים, ואם היה החוב מאתים והשדה מנה יש לחוש שיאמרו בני אדם שגם השדה שוה מאתים, וכיון שאי אפשר לכוין השויות בדיוק אולי שוה פורתא יתר על מאתים, ואם הבעל חוב נוטל את השדה בחובו יאמרו בני אדם שנטל עודף זה בחנם והרי הקדש יצא לחולין בלי פדיון, ולכן צריך לתת להקדש דינר, שאפילו אם יאמרו שהיה כאן עודף הרי החזיר דמיו להקדש, אבל אם היה החוב יותר משנים בדמי השדה שוב ליכא למיחש למידי, דאפילו אם השדה שוה כפליים בהשומא וכן אם יש גם קצת עודף מפני שאי אפשר לכוין בדיוק, הרי חובו יותר גם על הכפליים וגם על העודף, וכל מה שהוא נוטל נמצא דבדין נוטל, ולא יאמרו בני אדם שהקדש יוצא לחולין בלי פדיון, כן הוא פירוש הראב"ד בסוגיא דערכין.

וְלִפִּי דברי הראב"ד הא דבעל חוב צריך להוסיף דינר מדרבי אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, אין על ההוספת דינר דין פדיון מדרבנן, ואין הכונה דרבנן תיקנו שאע"ג שאין ההקדש חל עליו ויכול לגבות בלא פדיון מכל מקום יש לו לתת דינר להקדש שיהא נראה לבני אדם שהיה כאן איזה פדיון ולא יאמרו הקדש יוצא לחולין בלא פדיון, אלא להראב"ד דין הוספת דינר הוא החזרת קצת מן הדמים להקדש אולי לא כיונו השומא בדיוק והיתה השדה שוה קצת יותר והבעל חוב נוטל העודף בחנם, כמש"נ, ולכן צריך להחזיר דבר מועט להקדש שלא יאמרו שנטל העודף בחנם, ואין על החזרה זו תורת פדיון מדרבנן כלל אלא החזרה בעלמא להוציא מכל צד נטילת ממון מהקדש בלא פדיון, כמש"נ.

פרק יא

בו יבואר שיטת הרמב"ם דמה שהפודה רוצה ליתן קובע שווי הקרקע ומה שהוא מוסיף דינר מדרבי אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון הוא שיעור למטה בפדיון הקדש.

[רמב"ם פ"ז ערכין ה"י-ה"ט"ז] כתב הרמב"ם וז"ל: המקדיש כל נכסיו והיתה עליו כתובת אשה או שטרי בעלי חובות, אין האשה יכולה לגבות כתובתה מן ההקדש ולא בעל חוב את חובו, שההקדש מפקיע השעבוד שקדם, אבל כשימכור ההקדש הקרקע שלו ותצא השדה לחולין יש לבעל חוב ולאשה לגבות מן הפודה, שהרי שעבודה עומד על קרקע זו. הא למה זה דומה, לשני לקוחות שכתבה לראשון דין ודברים אין לי עמך ומכר לשני, שהיא טורפת מן השני. וכיצד פודין קרקע זו, משביעין את האשה או בעל חוב תחלה כדרך כל הבא ליפרע מנכסים משועבדים, ואחר כך מכריזין עליהם ששים יום בבוקר ובערב כמו שבארנו, ואומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה על מנת ליתן לאשה כתובתה ולבעל חוב את חובו, ואחר שפודין אותו ולוקח אותה הלוקח אפילו בדינר כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, חוזר הפודה ומגבה לאשה כתובתה או לבעל חוב את חובו, אפילו היה החוב מאה והשדה שוה תשעים על מנת כך פודה אותה הרוצה לפדותה, אבל אם היה החוב שנים בדמי השדה, כגון שהיתה שוה מאה ויש עליה חוב וכתובת אשה מאתים, אין פודין אותה על מנת ליתן החוב או הכתובה, אלא פודין אותה סתם שאם התנו ליתן אינה נפדית כלל עכ"ל יעו"ש ובמה שכתבו הנושאי כלים.

והנה רבו הדקדוקים על דברי הרמב"ם, ואפרש את דבריו על סדרם בעזהשי"ת והכל יתבאר היטב, דהנה שיטת הרמב"ם היא דקדושת דמים נמי מפקיע מידי שעבוד מדאורייתא, דאי אפשר להעביר קדושת דמים אלא על ידי פדיון, וגבית בעל חוב לא הוי פדיון, ועיימש"נ בשי"א פי"ב, ולכן אם הקדיש כל נכסיו אין האשה ובעל חוב גובים מן ההקדש, אכן עצם השעבוד לא פקע, ורק דאי אפשר לגבות הואיל וקדושה מורכבת על השעבוד ואי אפשר להעבירה בלי

פדיון, כמש"נ, ולכן כשפדה אדם אחר את הקרקע מן ההקדש יכולים בעל חוב ואשה לטרוף את הקרקע מיד הפודה, וכיצד פודין, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו על מנת ליתן לאשה בכתובתה ולבעל חוב את חובו, דמבואר בערכין (דף כא:). דאדם עשוי לפדות קרקע שיש עליה כתובה ובעל חוב, שיכול לסלק לבעל חוב בזווי שבורים וחסרים שאין הסותרים מקפידים על כך, כמו שכתב רש"י שם, וגם להאשה יכול לשלם פורתא ופורתא במשך זמן רב ובין כך ובין כך הקרקע בידו, ונמצא שיש לו ריוח במה שפודה את הקרקע המשועבדת, אכן בודאי לא ירצה לשלם כל דמי שויות הקרקע שהרי יצטרך לסלק הבעל חוב והאשה, אבל ישלם סכום קטן כדי להרויח בסילוק פורתא ופורתא ובזוויזים רעים, ומה שהאדם ירצה ליתן בקרקע זו על מנת להגבותה לבעל חוב ואשה זהו שויות הקרקע, שהרי שום אדם לא ישלם דמים גמורים בעד קרקע משועבדת, ואם כן לא שוה דמים גמורים, ואין הפודה צריך ליתן יותר משויות הקרקע, ולכן אומדים כמה אדם רוצה ליתן בקרקע כזו, וזהו מה שהפודה נותן בפדיונה.

אכן אם מה שהאדם רוצה ליתן הוא פחות מדינר אין מניחים לו לפדותה בכך, דסכום כל כך קטן אינו ניכר ואתו למימר הקדש יוצא בלא פדיון, ולכן תיקנו חכמים דהפודה קרקע משועבדת צריך ליתן לכל הפחות דינר בפדיונה, וזהו מימרא דרבי אבהו בערכין (דף כג:), ואין הרמב"ם מפרש דבריו כמו שכתב רש"י שם דאע"ג דלא חל ההקדש צריך ליתן דבר מועט שלא יהא נראה כהקדש יוצא בלא פדיון, אלא הרמב"ם למד דההקדש חל ומפקיע מידי שעבוד, כלומר דמעכב בגבית השעבוד, וצריך לפדותו לפי האומד, כמש"נ, ותיקנו חכמים דבכל אופן אין פודים בפחות מדינר שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, כמש"נ.

ומדברי הרמב"ם מבואר דאשה ובעל חוב אינם יכולים לפדות את הקרקע מן ההקדש, ורק אדם אחר פודה על מנת להגבות להם, וצריך עיון למה יגרעו משאר כל אדם שיכול לפדות הקרקע מן ההקדש, ולמה אין גובים אלא על ידי פדיון אדם אחר, ועיין בלחם

כמש"נ, וכשבאה לגבות אחר הפדיון אינה צריכה לישבע, שכבר נשבעה לגבי האומד.

ובסוף ההלכה כתב דאם היה החוב שנים בדמי השדה אם התנו לפדות על מנת ליתן לאשה בכתובתה אינה נפדית כלל, והיינו משום דבכהאי גוונא לאו אדעתא דהאי ארעא אוזפיה, כדמבואר בערכין (דף כג:), ועקרו רבנן לשעבודא לגמרי, כמש"נ, ואין האשה יכולה לגבות מן הקרקע אפילו כשנפדה, ואם כן שוה הקרקע כסף מלא, צריך לפדותה בכל שויותה, ואם התנו לפדותה באומד על מנת ליתן לאשה בכתובתה אין הקרקע נפדית כלל שאין זה שויות הקרקע, וכמש"נ.

פרק יב

בו יבואר שיטת הרמב"ם דהקדש מפקיע מידי שעבוד רק כשהוא ביד הקדש אבל כשנפדה הרי בעל חוב גובה מן הפודה, ויתבאר למה לא הזכיר דקדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד.

[רמב"ם פי"ח מ"זוה ו"זוה ה"ל"ו-ה"ל"ז] כתב הרמב"ם וז"ל: עבד שעשאוהו רבו אפותיקי ושחררו אע"פ שכתב לו לא יהיה לך פרעון אלא מזה יצא לחירות, וכן אם הקדישו, שהחמץ והשחרור וההקדש מפקיעין מידי שעבוד וכו', המקדיש נכסיו אין בעל חוב יכול לטרוף מן ההקדש שההקדש מפקיע השעבוד, וכשפורין הקרקע מיד ההקדש אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו על מנת שיתן לבעל חוב את חובו ולאשה כתובתה, לפיכך לכשתפדה ותצא לחולין ביד הלוקח יבא בעל חוב ויטרוף אותה או האשה בכתובתה כמו שבארנו בערכין עכ"ל יעו"ש.

לפי רוב שיטות הראשונים אין הקדש מפקיע מידי שעבוד אלא בהקדישו קדושת הגוף, אבל הקדישו קדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד, וכן כתב רש"י בפסחים (דף לא.) בד"ה אתי מלוה ובגיטין (דף מ:.) ובכתובות (דף נט:.) בד"ה הקדש, יעו"ש, וכן כתב התוס' בבבא קמא (דף לג:.) בד"ה מדרבי אבהו ובגיטין (דף מ:.) בד"ה הקדש, יעו"ש, וכתבו התוס' טעמא דמלתא משום דלא עדיף שעבוד מנתינת דמים, דאי אפשר להעביר קדושת הגוף ואפילו על ידי פדיון, ולא עדיף

משנה שדחק לפרש דהרואה בעל חוב לוקחו סבור שבלא פדיון הוא, יעו"ש.

אולם לפי המתבאר בדברי הרמב"ם מובן שפיר למה כל דין אומד ופדיון הוא רק על ידי אדם אחר, שהרי האומד הוא לקבוע שויות קרקע שיש עליה שעבוד שיבואו בעל חוב ואשה לטורפה כשתפדה, וכמש"נ, ושויות קרקע משועבדת היא רק חלק קטן משויות קרקע שאין עליה שעבוד, ואומדים כמה היא שויות זו והפודה נותן הסכום שעלה מן האומד ופודה הקרקע כדין כל פדיון דאורייתא, אכן אם הבעל חוב יפדה הקרקע אין השעבוד שעל הקרקע חוזר, שהרי אין לאדם שעבוד על עצמו, ואם הבעל חוב עצמו פודה הקרקע הרי פקע השעבוד לגמרי, ונמצא שהוא פודה קרקע שאין עליה שעבוד, ואם כן צריך לפדותה במחיר מלא, ואינו יכול לפדותה בסכום פועט שעלה מן האומד, דכל זה הוא לאדם אחר שהוא פודה מן ההקדש קרקע שיש עליה שעבוד, ואם כן יכול לפדות בדמים מועטים, אבל הבעל חוב פודה קרקע שאין עליה, ואם כן צריך ליתן כל שויות הקרקע ומה ירויח בהפדיון, ובודאי אם רוצה ליתן כסף מלא יכול לפדות, הלא הרצון כאן הוא למצוא אופן שיוכל לגבות חובו, וזה שייך דוקא אם יפדה אדם אחר בדבר מועט, ואז יגבה ממנו הבעל חוב, וכמש"נ.

ולפי זה מובן היטב מה שכתב הרמב"ם דכשפורין משביעין את האשה או בעל חוב תחלה כדרך כל הבא ליפרע מנכסים משועבדים ואחר כך מכריזין ואומדין ופורין וגובין, כנ"ל, ולכאורה יש לדקדק דלמה הביא כאן הרמב"ם דין זה דהבא ליפרע מנכסים משועבדים צריך לישבע, ועוד דלמה נשבעין קודם הכרזה ולא בשעת הגביה, אכן לפימש"נ שבועה זו היא שבועה מחודשת, שאין השבועה על עצם הגביה, אלא דכיון דהאומד קובע שויות הקרקע לפי שעבוד זה המורכב עליו, כמש"נ, אם כן צריכים לדעת שבאמת יש עליו שעבוד ולא קיבלה האשה מכבר פרעון לכתובתה, ולכן משביעין אותה מיד לגבי האומד אותה שבועה שנתקנה לענין גביה מנכסים משועבדים, וכיון שנשבעה אומדים שויות הקרקע לפי השעבוד,

זה מפקיע מידי שעבוד, ואפילו אם הומם ונפדה במומו אינו גובה ממנו, ובכלל קשה לומר דקדושת דמים מפקיעה מידי שעבוד רק מדרבנן, דהא חמץ ושחרור בודאי מפקיעין מידי שעבוד מדאורייתא, דכיון ששחרר את העבד ונעשה בן חורין שוב אי אפשר לגבות ממנו, והרי כללם רבא בחדא מימרא, הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד, והיאך אפשר לומר דמקצתם מדאורייתא ומקצתם מתקנת חכמים.

לכּן נראה דס"ל להרמב"ם דקדושת דמים מפקיעה מידי שעבוד מדאורייתא, כמו חמץ ושחרור, ואין ההפקעה עולמית אלא השעבוד במקומו עומד והקדושה מורכבת על השעבוד ואי אפשר לגבותה, כמו שכתב הרמב"ם בהלכות ערכין שם הלי"ד, וכשהקדושה עוברת מן הנכסים על ידי פדיון יכול בעל חוב לגבות מן הפודה, וכן הדין נמי בקדושת הגוף דלא פקע השעבוד אלא מונח במקומו ואי אפשר לגבות דקדושת הגוף מורכבת עליו, כמ"ש"נ, ואין שום חילוק בין הקדישו קדושת דמים להקדישו קדושת הגוף, בין כך ובין כך אינו יכול לגבות מכח השעבוד מדאורייתא, ולכן לא חש הרמב"ם להזכיר דין קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד בהלכה מיוחדת, והיכא דהחוב פי שנים בדמי השדה אז תיקנו חכמים שיופקע השעבוד לגמרי הואיל ולא אדעתא דהאי ארעא אוזפיה ולא יוכל בעל חוב לגבות מן הפודה, ודין זה הוא תקנת חכמים, אבל עיקר דין הקדש מפקיע מידי שעבוד, בין קדושת הגוף בין קדושת דמים הוא מדאורייתא.

ובביאור הדברים נראה דהרמב"ם לית ליה סברת התוס' דלא עדיף הקדש ממקדיש, דכיון דמצינו דאפשר להעביר קדושת דמים על ידי פדיון, אם כן למה לא נוכל לגבות מן הקדש, דלא עדיף הקדש ממקדיש, כנ"ל, אכן הרמב"ם ס"ל דהא דאפשר להעביר קדושת דמים הוא חידוש התורה בפדיון בלבד, דאך ורק על ידי פדיון יכול להעביר קדושת דמים מן החפץ המוקדש לדמי הפדיון, אבל בלי פדיון אין שום חילוק בין קדושת דמים לקדושת הגוף, וגבית הבעל חוב לא הוי פדיון, ואם כן אינו יכול להפקיע הקדושת דמים, אלא ההקדש מפקיע מידי שעבוד מדאורייתא.

שעבוד להעבירו, ונשאר בקדושתו ופקע השעבוד, אבל קדושת דמים אפשר להעביר, שהרי יש לה פדיון, ואם כן לא עדיף הקדש ממקדיש, וכי היכי דהיה יכול לגבות מן המקדיש כשהיתה הקרקע בידו כן גובה מן ההקדש, דאין קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד, ולפום ריהטא סוגיא דערכין (דף כג:) משמע דאין קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד ויכולים בעל חוב וכתובת אשה לגבות מן ההקדש, אבל שיטת הרמב"ם היא דכל הקדש מפקיע מידי שעבוד, ועיימש"נ בדרך הרמב"ם ליישב כל הסוגיא דערכין בשי"א פ"א.

והנה הרמב"ם בפ"ז ערכין הלי"ד-הלט"ז כתב דהא דקדושת דמים מפקיע מידי שעבוד היינו כל זמן שהקרקע ביד הקדש אבל כשנפדה גובה בעל חוב מן הפודה, ואם היה החוב שנים בדמי השדה אין הבעל חוב גובה מן הפודה, והבין המגיד משנה כאן בהל' מלוה ולוה דלשיטת הרמב"ם כל דין קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד הוא מדרבנן, וכשדמי השדה קרובים לסכום החוב לא הפקיעו השעבוד אלא כל זמן שהקרקע בידי הקדש, ויכול לגבות מן הפודה, אבל כשהחוב פי שנים בדמי השדה אמרינן דלאו אדעתא דהאי שדה אוזפיה ועקרו חכמים את השעבוד לגמרי, ואין הבעל חוב יכול לגבות מן הפודה, אכן כל זה הוא בקדושת דמים אבל קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד מדאורייתא, דהא קדושת הגוף אין לה פדיון, ואי אפשר להעבירה, ואם כן אי אפשר לגבותה מן ההקדש, כמ"ש"נ, ופקע השעבוד לגמרי מדאורייתא, ולכן כתב המגיד משנה וז"ל: ולדברי רבינו ז"ל כל ההקדש מפקיע מידי שעבוד, ואם הוא קדושת הגוף ההפקעה עולמית, ואם הוא קדושת דמים נפקע עד שיפדה עכ"ל יעו"ש.

אכן קשה טובא לפרש דהרמב"ם מחלק בין קדושת הגוף דמפקיעה השעבוד עולמית וקדושת דמים דמפקיעה רק עד שיפדה, דאם כן היה לו להרמב"ם להביא דין קדושת הגוף מפקיעה מידי שעבוד, והרמב"ם לא הזכירו כלל, וכל הקדש שהביא לגבי דין הקדש מפקיע מידי שעבוד בהל' ערכין ובהל' מלוה ולוה הוא רק קדושת דמים, כגון שהקדיש עבד או קרקע, והיה לו לכתוב שאם הקדיש שור תמים למזבח הרי

שער יב: בענין המלוה על המשכון

ובו ל"ט פרקים

המשכון שוה כנגד כל החוב, דלכאורה היה אפשר לומר דכונתו היא רק מדין כפיה, שאין בית דין מחייבים אותו לפרוע כדי לכופ המלוה להחזיר המשכון.

אןֶלם עיין בהמשך דברי הר"ן וז"ל: ואינם ברורים אצלי וכו', לפיכך אני אומר, דבמשכון דלא שוה, אפילו ידעינן בודאי דאיכא בידו דמלוה, אעפ"כ חייב לוה לפרוע העודף, שאע"פ שהמלוה עובר בלא תחמוד, אפילו הכי ממונא אית ליה גביה דלוה, דהיינו אותו העודף, ואע"פ שאפשר שאין בית דין נזקקים לכופ את הלוח כל זמן שהמלוה עובר בלא תחמוד, היינו כדי לכופ את המלוה שלא יעבור עבירה זו, כשם שהיו מכיין אותו עד שתצא נפשו באומר סוכה איני עושה (כתובות דף טו, ב), אבל אין הלוח נפטר מחיובו בכך, וחייב בבא לצאת ידי שמים לפרעו את העודף וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר דזוהי שיטת הר"ן שהוא חייב רק שאין כופין אותו, שמתחלה הביא דברי הרמב"ן דס"ל דאינו צריך לשלם מעיקר הדין ולכן הקשה דאין כאן מודה במקצת, והר"ן מחדש בתירוצו דהלוח אית ליה חיוב גמור וגם חייב לצאת ידי שמים, והרי זה מודה במקצת מעליא, אלא דבפועל אין בית דין מחייבים אותו לשלם כדי לכופ המלוה שלא לעבור על לאו דלא תחמוד, וממילא אזלא קושית הרמב"ן.

ומבואר לפי זה דמה שכתב הרמב"ן דהלוח אינו צריך לשלם כלום כל זמן שהמשכון ביד המלוה הוא מעיקר הדין, ולכאורה דומה דין זה לדינא דשמואל דסוגיין גבי הלוחו אלפא זוזי על קתא דמגלא, דאבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי, אלא דהרמב"ן אזיל אליבא דהלכתא דליתיה לדשמואל, כמו שכתב בבבא מציעא (דף פב, ב) יעו"ש, ואם אבד המשכון גובה חובו, ומכל מקום אם המשכון ביד המלוה ליכא חיוב כלל על הלוח לשלם כלום מחובו, וצריך עיון מאי שנא.

פרק א

בו יבואר שיטת הרמב"ן דעד שהמלוה יחזיר לו המשכון אין הלוח חייב לשלם מעיקר הדין אף כשאין המשכון כנגד כל החוב, ויובא שיטת הר"ן דהוא מדין כפיה על לא תחמוד.

[שבועות מג:]: מתניתין סלע הלוייתך עליו ושקל היה שוה, והלה אומר לא כי אלא סלע הלוייתי עליו ושלשה דינרים היה שוה חייב וכו'. והשתא דאמר רב אשי זה נשבע שאינו ברשותו וזה נשבע כמה שוה, הכי קאמר מי נשבע תחלה, מי שהפקדון אצלו, שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון, יעו"ש.

וכתב הר"ן וז"ל: הקשה הרמב"ן ז"ל אמאי חייב והא לאו מודה מקצת הוא, דהא ודאי אם איתיה למשכון בידיה דמלוה לא מחייב לוה למלוה כלום עד דמהדר ליה משכונו, וכיון שכן הכא שאינו יודע אם אבד אם לאו אין כאן הודאה במקצת, אלא הוה ליה לוה כאומר דינר מאותו שקל שאתה תובע ידענא דלית לך, ששלשה דינרים היה שוה המשכון ודינר אחד לא ידענא, כלומר אם נאבד המשכון כמו שאתה אומר ובעינא לשלומי לך, או אם ישנו ברשותך ואיני חייב לך כלום עד שתחזיר לי המשכון, והוה ליה כאומר חמשיין לית לך וחמשיין לא ידענא דפטור וכו'. ויש לומר דכיון שהוא מודה לו בעיקר החיוב, שאפילו ישנו למשכון בידו מכל מקום הוא חייב לו אותו העודף שעל כדי דמיו, ואם אבד נמי חייב לו בהם, אע"פ שאם לא אבד אינו גובה ממנו עד שיחזיר לו, וכיון שהוא נאמן בכך בשבועה מודה מקצת הוא, דתרתיה מילי נינהו, והודאה דיליה הודאה גמורה היא וכו' אלו דבריו ז"ל עכ"ל יעו"ש.

והנה יש לעיין בכונת הרמב"ן כמה שכתב דאין הלוח חייב לשלם כלום מחובו כל זמן שהמשכון ביד המלוה, ואינו צריך לשלם אלא אם כן החזיר המשכון או נאבד, ואפילו אין

האבידה מבטלת הגביה אלא כשנאבד באונס, וכמש"נ.

וְלִכְן הקשה הרמב"ן דכיון שאין הלוח צריך לשלם כלום כל זמן שהמשכון ביד המלוה, אם כן כשהמלוה אומר סלע הלוייתך ושקל היה שוה, והלוח אומר סלע הלוייתני ושלשה דינרים היה שוה, למה נחשב בכהאי גוונא למודה במקצת, הא גם את הדינר שהודה הוא מסופק אם חייב לשלם, דדלמא עדיין משכון ביד המלוה, וס"ל השתא להרמב"ן דגבית המשכון חשיבא גביה מעליא כל זמן שלא החזיר המשכון וביטל גביתו, ואם הוי גביה מעליא נסתלקה כל חובת הלוח כל זמן שהמשכון ביד המלוה, ואין כאן הודאה במקצת.

וְעַל זה תירץ הרמב"ן דאין במשכון גביה מעליא אלא מקצת גביה בלבד, ואם כן אכתי לא נסתלקה בזה חובת הלוח, דעדיין חיוב גמור מוטל עליו, אלא דכיון דסוף סוף אית כאן על כל פנים מקצת גביה של המשכון אין המלוה יכול לתבוע פרעון עד שיבטל הך מקצת גביה, או על ידי החזרתו או שישבע שנאבד ואינו בידו, ומכל מקום עדיין חשיבא הודאת מקצת, דתרי מילי נינהו, ואף דאכתי מוטל חיוב גמור על הלוח, מכל מקום אין המלוה יכול לתבוע פרעון עד שיבטל גבית המשכון, כמש"נ, וכיון שהמלוה נאמן בשבועה לגבי ביטול גבית המשכון, שפיר נחשב הלוח מודה במקצת על עצם החיוב, דאין עצם החיוב תלוי כלל בביטול גבית המשכון ונאמנות המלוה בשבועה וכמש"נ.

וְלִפִּי דרך הרמב"ן יש לישב קושית הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף פב.) דכיון דדינא דשמואל תלוי בדינא דרבי יוחנן דערבון קונה כנגד כולו, אם כן לדידן דקיימא לן כרבי יוחנן למה לית הלכתא כשמואל, ועיימש"נ בשי"ב פ"ו. ולפי סברת הרמב"ן יש לחלק בפשיטות, דשמואל אית ליה תרתי, ערבון קונה כנגד כולו, ואין אבידה שלא באונס מבטלת גבית המשכון, וכמש"נ, ואנן קיימא לן כרבי יוחנן דערבון קונה כנגד כולו, והוא הדין נמי במשכון דחלה תורת הגביה לגבי כל החוב, אלא דבהא לית לן דשמואל, דאנן ס"ל דכל אבידת משכון מבטלת הגביה, כמש"נ, אבל כל זמן שהמשכון בעין אינו

וְנִרְאָה לבאר דבריו עפ"מש"נ בשי"ב פ"ב דטעמא דשמואל משום דס"ל כרבי יוחנן בבבא מציעא (דף מח.) דערבון קונה כנגד כולו, ויכול משכון קטן ליחשב כגביה כנגד כל החוב, וכיון דמשכון כבר איתא גביה אינו יכול לתבוע פרעון עד שמחזיר המשכון ומבטל הגביה, וס"ל נמי לשמואל דאונס מבטל גבית המשכון, דלא חשיב התחלת גביה אלא אם כן יכול לבא לידי גמר, אבל אם נאבד על ידי חסרון שמירה, אע"ג דאין לחייבו מדין שומר, דלא הוי אלא שומר חנם, מכל מקום כיון שהיה לו לשמור המשכון ולקיימו בידו אין אבידה כזו מבטלת גבית המשכון, וכיון שאי אפשר תו לבטל הגביה על ידי החזרת המשכון, שהרי כבר נאבד, שוב אי אפשר לתבוע פרעון החוב, ואבד המשכון אבדו מעותיו, יעו"ש.

וְלִפִּי זה איכא למימר דס"ל להרמב"ן דאף לדידן דלא קיימא לן כשמואל, מכל מקום סבירא לן כותיה בעיקר דיניה וסברתו, ואנן נמי ס"ל דמשכון קטן חשיב כגביה לגבי כל החוב מדין ערבון קונה כנגד כולו, ואנן נמי ס"ל דאינו יכול לתבוע פרעון עד שיבטל גבית המשכון, ורק דשמואל ס"ל דאין אבידת המשכון מבטלת הגביה אלא כשנאבד באונס, אבל כשנאבד על ידי חסרון שמירה לא נתבטלה גבית המשכון, ואע"ג דאין המשכון בעין, כיון שכבר היה המשכון גבוי בידו אין זה מתבטל אלא על ידי החזרת המשכון או אבידתו באונס, כמש"נ.

אב"ל אנן לית לן הך סברא, אלא כל שאבד המשכון, ואפילו בפשיעה, נתבטלה הגביה, דלא חשיב גביה כיון דלא אפשר עוד להיפרע ממנו, וכיון שאין המשכון בעין בטלה הגביה ויכול לתבוע פרעון כל החוב, ועל אבידת המשכון דנים כדין שומר חנם ועל שוויו בלבד, אבל כל זמן שהמשכון ביד המלוה אין הלוח צריך לשלם, דבהא קיימא לן כשמואל דכיון דאיכא גביה דמשכון אינו יכול לתבוע פרעון כמש"נ, ולעולם אינו יכול לתבוע פרעון עד שיבטל גבית המשכון, והחזרת המשכון מבטלת גביתו לכולי עלמא, בין לדידן בין לשמואל, ואבידת המשכון לדידן לעולם מבטלת גבית המשכון, דהא אינו בעין, אבל לשמואל אין

מינייהו לא ליפסיד חמש מאה, דהא לא פריש חדא בפלגא וחדא בפלגא, אלא תרוייהו קבלינהו בחדא במשכונו ולא בפרעון, וכיון דמהדר ליה מקצת משכונו, במאי דחסר מיניה פטר נפשיה בתשלומי שווי עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק בדבריו טובא, דמנא לן לנקוט מן הסתם שהמלוה קיבל עליו אחריות הקתא בשיעור כזה שאם יאבד הקתא יאבדו אלפא זווי, דבשלמא לפי דברי התוס' בד"ה מתניתין שכתבו דשמואל מיירי בדפריש כן להדיא, וקא משמע לן דאין בזה משום אסמכתא, שייך לומר דכן הוא רצון המלוה, ועיימש"נ בשי"ב פ"ה, אבל לפירש"י דשמואל מיירי בדלא פריש, מנלן הך סתמא דרצונו להפסיד אלפא זווי אם יאבד הקתא.

יעוד יש לדקדק במה שכתב רש"י דאם המשכון בעין יכול לגבות חובו, ולמה לא יוכל, וכי קיבל קתא דמגלא בתורת פרעון על חוב דאלפא זווי, ועיין בר"ן שהביא שתי ראיות לדין זה שכתב רש"י, ולכאורה מוכח מזה שהיה לו צד חשוב לומר דאינו יכול לגבות כל החוב אפילו אם המשכון בעין, וזה צריך עיון דאמאי לא יוכל, וכן יש לדקדק במה שכתב רש"י כאן הדין דסתם הלואה שלשים יום, ולכאורה אין זה שייך כלל להנידון שלפנינו.

יעוד קשה במה שכתב רש"י דלא מצי פטר נפשיה בדמי שוויין, וצריך עיון למה תיסק אדעתין שיוכל לפטור עצמו בדמי שוויין הואיל וסבר וקיבל הקתא דמגלא כנגד כל החוב. ועוד קשה טובא דבבבא מציעא (דף פב.) משמע דשמואל לא איירי אלא בגניבה ואבידה, אבל נאבד באונס גובה חובו, ואם סביר וקיבל מאי שנא הא מהא. ויש מן האחרונים שדחקו סוגיא דהתם ומוקמי דינא דשמואל אפילו באונס, אבל הר"ן בסוגיין כתב להדיא דשמואל לא איירי באונס, ואם סבר וקיבל למה לא יפסיד כל מעותיו אפילו באונס.

והנה עיין לקמן בשלהי הסוגיא (דף מד.), לימא כתנאי המלוה את חבירו על המשכון ונכנסה שמיטה אע"פ שאינו שוה אלא פלגא אינו משמט דברי רבן שמעון בן גמליאל, רבי יהודה הנשיא אומר אם היה משכונו כנגד חובו

יכול לתבוע עד שיחזיר המשכון, משום דצריך לבטל גבית המשכון, והגביה היא כנגד כל החוב, דהא קיימא לן כרבי יוחנן דערבון קונה כנגד כולו, וכמש"נ.

והנה התוס' והרא"ש בסוגיין פסקו כשמואל, דכיון דשמואל ורבי יוחנן חד טעמא להו, ורב ורבי יוחנן הלכה כרבי יוחנן, אם כן הלכה נמי כשמואל יעו"ש, ולא הביאו הדין דאם המשכון בעין ביד המלוה אין הלואה צריך לשלם כלל, כדעת הרמב"ן, ומשמע דס"ל דאינו יכול לעכב אלא כנגד משכונו, ונמצא דמימרא דשמואל הוא ממש דינא דערבון קונה כנגד כולו, ואם כן מאן דפליג אשמואל לית ליה עיקר דין ערבון קונה כנגד כולו, וכיון דקיימא לן כרבי יוחנן דערבון קונה כנגד כולו, קיימא לן נמי כשמואל דאבד קתא אבד אלפא זווי, אבל לרבירי הרמב"ן הא לכולי עלמא אמרינן ערבון קונה כנגד כולו במשכון, ואינו גובה כלום כל זמן שהמשכון בעין, וכמש"נ, ומימרא דשמואל פירושה דאבידת המשכון אינה מבטלת הגביה, כמש"נ, ומאן דפליג ס"ל דאבידת המשכון מבטלת הגביה, וכולי עלמא ס"ל כרבי יוחנן דערבון קונה כנגד כולו, וכמש"נ.

פרק ב

בו יבואר דינא דשמואל דאם הלואה אלה זוו ונפלא משכון קמן אם אבד המשכון אינו גובה כלום מן החוב, ויבוארו דברי רש"י דטעמא דמלתא משום דסבר וקיבל אע"ג דלא פירש.

שבועות מג: אמר שמואל האי מאן דאוזפיה אלפא זווי לחבריה ומשכן ליה קתא דמגלא אבד קתא דמגלא אבד אלפא זווי אבל תרתי קתאתי לא וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: אבד אלפא זווי, דסבר וקיבל, אבל כל זמן שהן קיימין על כרחו גובה חובו, אם מלוה סתם הוא, סתם מלוה שלשים יום, ואם פירש לו זמן, כשיגיע זמנו יפרע, ולא מצי למימר סברת וקיבלת, דאי לשם משכון קבליה, לשם פרעון לא קבליה, וכיון דקבליה לשם משכון, כל כמה דלא מהדר ליה משכוניה לא גבי ולא מצי פטר נפשיה בדמי שוויין. אבל תרתי קתא, לא אמרינן חדא קביל בחמש מאה וחדא בחמש מאה, ואי אבד חדא

מקום אם נתן לו עשרה זוזי בתורת ערבון, והמוכר קיבל אותם, הרי זה קונה כל השדה ולא נשאר על הלוקח אלא חוב לשלם השאר, ונמצא דמקצת הדמים יכולים לעמוד ולפעול במקום כל הדמים, דזה נחשב שכבר הותחל נתינת כל הדמים, וזה מספיק לפעול הקנין, ודין ערבון היינו דאם נתן לו עשרה זוזי הרי נחשב לגבי פעולת חלות הקנין כאילו נתן לו כל המאה, ואע"פ שהוקבע המחיר במאה זוזי, יכולים גם עשרה זוזי להכיל ולהקיף קנין של מאה זוזי, ואם כן גם לענין משכון נימא כן, דאם נתן משכון שוה עשרה זוזי על חוב של מאה זוזי, יכולים העשרה זוזים להיחשב כגביה לגבי כל המאה זוזי, אבל למאן דאמר ערבון קונה כנגדו, אין תורת גביה של המשכון חל אלא כנגד מעותיו, ועל השאר ליכא משכון וגביה כלל, ובודאי צריך הלוה לשלם מעות העודף, ורק למאן דאמר ערבון קונה כנגד כולו חל תורת גביה של המשכון לגבי כל החוב.

ישמואל ס"ל דכיון דחל תורת גביה של המשכון לגבי כל החוב אין המלוה יכול לגבות חובו עד שיחזיר המשכון, דאין בכחו לעשות שתי גביות על חוב אחד, ואם בא לגבות ממון מן הלוה צריך מתחלה לבטל גבית המשכון, והדר יכול לגבות ממנו ממון כנגד כל החוב, ועל ידי החזרת המשכון הוא מבטל גבית המשכון ושוב גובה כל חובו ממון הלוה, אולם אם נאבד המשכון שוב אינו יכול להחזירו ולבטל גבית המשכון, וממילא אינו יכול לגבות פרעון מן הלוה, דכבר היתה גביה כנגד כל החוב על ידי המשכון, ומדין ערבון קונה כנגד כולו, כמש"נ. וזהו מה שכתב רש"י דסבר וקיבל, היינו דבודאי רוצה המלוה לגבות כל החוב, ומכל מקום הסכים לקבל משכון קטן שיהא מונח בידו על שעת הפרעון, וקבלת משכון לגוביינא הוא ולא לזכרון דברים בעלמא, ומדין ערבון קונה כנגד כולו חל תורת גביה של המשכון כנגד כל החוב, וזהו פירוש סבר וקיבל, ולכן אם נאבד המשכון אבד כל מעותיו, דאינו יכול לתבוע פרעון החוב עד שיבטל גבית המשכון על ידי החזרתו להלוה, וכמש"נ, והרי נאבד, וזהו יסוד דינא דשמואל דאבד קתא דמגלא אבד אלפא

אינו משמט, ואם לאו משמט, מאי אינו משמט דקאמר תנא קמא, אילימא כנגדו, מכלל דרבי יהודה הנשיא סבר כנגדו נמי משמט, אלא אמאי תפיס משכון, אלא לאו כנגד כולו ובדשמואל קמיפלגי, לא לעולם כנגדו, ובהא קמיפלגי תנא קמא סבר כנגדו ורבי יהודה הנשיא סבר כנגדו נמי משמט, ודקא אמרת למאי תפיס ליה משכון, לזכרון דברים בעלמא יעו"ש.

ולמסקנת הגמרא דחי דכולי עלמא לית להו דשמואל וכנגד כולו בודאי משמט, ונחלקו אם משמט כנגדו לזכרון דברים בעלמא נקטיה, או אם אינו משמט כנגדו דלגוביינא נטליהת אולם שמואל עצמו על כרחך מוקי פלוגתייהו כנגד כולו, ובדשמואל קמיפלגי, ושמואל עצמו ס"ל כרבן שמעון בן גמליאל דאע"ג דאינו שוה אלא פלגא מכל מקום כל החוב אינו משמט, ועיין בבבא מציעא (דף מח:). דנחלקו שם רב ורבי יוחנן במי שקנה שדה מקצת דמי המכירה ערבון עד שיתן כל הדמים, דרב ס"ל ערבון קונה בשדה כנגד מעותיו, ורבי יוחנן ס"ל דקונה כנגד כולו וחובה עליו להשלים השאר. וקאמר התם דאם רבן שמעון בן גמליאל ורבי יהודה הנשיא נחלקו אם משכון שוה פלגא פועל כנגד כולו שלא ישמט, פלוגתתם תליא בפלוגתא דרב ורבי יוחנן אם ערבון קונה כנגדו או כנגד כולו, ורבן שמעון בן גמליאל ס"ל כרבי יוחנן דערבון קונה כנגד כולו, ואם פסק דמי קנין והמוכר קיבל מקצתם הרי זה קונה כל המקח, והוא הדין נמי במשכון, ועיימש"נ בשי"ב פ"ו.

ולפי זה לכאורה מוכח דטעמא דשמואל דאבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי, היינו משום דס"ל כרבי יוחנן דערבון קונה כנגד כולו, וכן כתבו התוס' בד"ה מתניתין בסוף הדיבור, יעו"ש, וכן מדויק מלשון רש"י לקמן (דף מד:). שכתב וז"ל: אלא לאו כנגד כולו, קאמר תנא קמא אינו משמט, דאע"פ שאינו שוה אלא פלגא הוי משכון כנגד כולו והיינו כשמואל עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דסבר וקיבל לא הוי קבלת אחריות אלא שהמשכון חל כנגד כולו, וכמו דערבון קונה כנגד כולו.

והביאור הוא, דאע"ג דהתנה עמו שרוצה להקנות לו שדה במאה זוזי, מכל

כתב רש"י דכיון דתרווייהו נקיט להו בתורת משכון אחד, לכך אם אבד חדא מינייהו לא הפסיד מעותיו, דכיון דמהדר ליה מקצת משכונו במאי דחסר מיניה פטר נפשיה בתשלומי שוויו, כנ"ל, והרי זה להדיא כמש"נ, דאם קיים מקצת המשכון יכול למלאות חסרונו בדמים, וחשיב על ידי כך החזרת כל המשכון לבטל כל תורת גביה של המשכון, אבל אם ליתיה למשכון בעיניה כלל, אין תשלומי שווין יכולין לעמוד במקום המשכון להיחשב כהחזרת המשכון לבטל הגביה, וכיון שלא נתבטלה הגביה אינו יכול לתבוע פרעון, וכמש"נ.

והנה הא דמשכון חשיב כגביה על החוב לאו היינו גביה גמורה, דזה לא נאמר אלא במשכנו שלא בשעת הלואה וכדרכי יצחק דבעל חוב קונה משכון, ושמואל מיירי במשכנו בשעת הלואה, וכן מבואר להדיא בבבא מציעא (דף פב.) יעו"ש, ונמצא דמשכנו בשעת הלואה לא הוי אלא התחלת גביה בלבד, ומכל מקום כיון שכבר התחיל בזה סדר גביה דמשכון אינו יכול לתבוע פרעון עד שיחזיר המשכון ויבטל תחילת גביה זו, אמנם לא חשיב תחילת גביה אלא גביה שיכולה לבא לידי גמר, אבל אם אי אפשר להגביה ליגמר, בטלה הגביה וליכא בזה אפילו התחלת גביה.

ובזה חלוק אונס מאבידה, דאם נאנס המשכון אז איגלאי דלא אפשר להגביה להיגמר, ובטלה כל הגביה, וליכא אפילו התחלת גביה, אבל אם נאבד המשכון על ידי חסרון שמירה בגניבה ואבידה, אין הכי נמי דאין לו דין שומר שכר להיות מצוה על שמירת המשכון מגניבה ואבידה, מכל מקום הא הברירה היתה בידו לשמור המשכון ולקיימו שיוכל לגבות ממנו, דלטובת עצמו הוא לעשות כן, ונמצא דגביה זו היתה אפשר לה ליגמר, ורק משום שלא שמר כראוי אבד, ואיהו דאפסיד אנפשיה, ולא נתבטלה גביה המשכון על ידי אבידה כזו, ומשום הכי אם אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי, אבל אם אבד באונס הרי האונס מבטל הגביה מעיקרא, וכמש"נ, ויכול לתבוע פרעון כל החוב. והך דינא דמלוה על המשכון כשומר שכר אין זה מדין חיוב שמירה דשומרים, כמו שכתבו

זוזי, ועיין בבא מציעא (דף נז.) דאמר שמואל, הקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה מחולל, יעו"ש, ואולי חדא ענין הוא.

וזהו שהוצרך רש"י להורות דכל זמן שהמשכון קיים על כרחו גובה כל החוב, דהנה יש לחקור בגדר כל גבית ממון מהלוה במקום שכבר נטל המלוה משכון ועכשיו מחזירו, אם היינו ביטול כל גבית המשכון וחשיב עכשיו גבייה מחודשת מממון הלוה, או אם היינו רק זכות המלוה לתבוע מן הלוה שיפדה משכוננו, אבל גבית המשכון במקומה עומדת, ואם נימא דאין כאן גביה חדשה לאחר החזרת המשכון אלא פדיון המשכון בלבד, אם כן כשקיבל המלוה קתא דמגלא משכון לחוב של אלפא זוזי, הרי חלה תורת גבית משכון לגבי כל המלוה מדין ערבון קונה כנגד כולו, כמש"נ, ואם כן איך יכול עכשיו לתבוע מן הלוה שיפדה הקתא ביותר משוויו, וזהו שהוצרך רש"י להביא ראיה דהחזרת המשכון מבטלת הגביה לגמרי, והראיה, דכשמחזיר המשכון עדיין איכא הדין דסתם הלואה שלשים יום, או אם פירש לו זמן אינו צריך לשלם עד אותו זמן, ואם גדר הפרעון היה דאי אפשר לבטל תורת הגביה של המשכון, ואין התשלומין אלא מדין פדיון המשכון, למה שייך גבי הך פדיון דין סתם הלואה שלשים יום, ובעל כרחך דמוכח דהחזרת המשכון מבטלת הגביה, ועכשיו בא לתבוע פרעון החוב, וסתם הלואה שלשים יום, ואחר שנתבאר דהחזרת המשכון מבטלת הגביה, אם כן נתבטלה גביה של הקתא דמגלא על ידי החזרתה, ואע"ג דחל תורת הגביה כנגד כל החוב מדין ערבון קונה כנגד כולו, מכל מקום כל זמן שהקתא בעין הרי הוא מחזירו ללוה וגובה כל חובו.

וזהו מה שכתב רש"י דכיון דקבליה לשם משכון כל כמה דלא מהדר ליה משכוניה לא גבי ולא מצי פטר נפשיה בדמי שווין, פירוש דאינו יכול לגבות מדין פרעון עד שיבטל גבית המשכון על ידי החזרתה, כמש"נ, וסלקא דעתין שיוכל לקיים החזרת המשכון על ידי תשלומי דמי שווין, דמה לי הן מה לי דמיהן, ולכן כתב רש"י דלא מצי פטר נפשיה בדמי שווין, ולא חשיב בזה החזרת המשכון, אבל בתרתי קתאתי

ודבריו לכאורה תמוהים, דלמה לא הוקשה לו אלא כשהמשכון בעין, הרי גם אם נאבד פוטר עצמו מן החוב על ידי המשכון, דהא קאי השתא אליבא דשמואל דאבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי, והיינו באמת קושית הגמרא אמירא דשמואל, ופרקינן דמיירי בדפריש וליכא סבר וקיבל, ולפי זה אזלא גם ראית הר"ן, דכיון דפריש שאינו מקבלו בעד כל החוב, תו לא פטר ליה נפשיה מן החוב על ידי המשכון.

והחידושי אנשי שם לכאורה הרגיש בזה וכתב ליישב דבריו וז"ל:

ובשלמא כי אוקמא במאמינו הויא הודאת דינר כדי לחייבו, דהא אוקמא לה בדפריש שאינו מקבל המשכון אלא באחריות שוויו, אבל אם כשאינו מאמינו וצריך המלוה שבועה שאינה ברשותו, כמאן דלא פריש דמי, שהרי אינו נפטר מן הלזה על דבר משכוננו עד שישבע עכ"ל יעו"ש. ולכאורה כונת דבריו דאם בשאינו מאמינו וצריך המלוה לישבע, חשבינן ליה כמאן דלא פירש אע"ג דפריש שאינו מקבל עליו אחריות כנגד כל החוב, ואילו היה הלזה יכול לפטור עצמו על ידי עזיבת המשכון היה פוטר עצמו כאן אע"ג דפריש וליכא מודה במקצת, ואם כן הוא כונתו יש להקשות איך אפשר להטיל על המלוה חיוב אחריות היכא דפריש שאינו רוצה לקבלו, ועוד קשה דגם בנאבד המשכון נימא כן והדרה קושית הגמרא לדוכתא, וצריך עיון.

ונראה לבאר דבריו עפ"ימש"נ בשי"ב פ"ב דשמואל תרי דיני קאמר, חדא דערבון קונה כנגד כולו וחל על המשכון תורת גביה כנגד כל החוב, ושנית דאין אבידת המשכון מבטלת הגביה, ואינו יכול לתבוע פרעון עד שיבטל גבית המשכון, וכיון שנאבד המשכון שוב אי אפשר לבטל הגביה על ידי החזרה, וממילא אבד אלפא זוזי, ולשיטת הרמב"ן גם מאן דפליג אדשמואל מודה דאם המשכון בעין ואין המלוה רוצה להחזירו דאין הלזה צריך לשלם כלום, ועיימש"נ בשי"ב פ"א דהיינו טעמא דלכולי עלמא אמרינן במשכון ערבון קונה כנגד כולו, כדמשמע בבבא מציעא (דף מח:)

התוס' להדיא בבבא מציעא (דף פב:) בד"ה נימא בסוף הדיבור, יעו"ש, ולא הוי אלא כמו שומר, וכן משמע מרש"י שם שלא הזכיר ענין שכר עד סוף הסוגיא כשמדמה משכון לשומר אבידה, וחייב המלוה כשומר שכר היינו משום דאבידה גרידא אינה מבטלת הגביה, אבל אבידה באונס מבטלת הגביה, כמש"נ, ומשום הכי יכול לגבות כל חובו, ואין דנים על הקתא אלא מדין חיובי שומר חנם וכנגד דמי שוויו בלבד, ועיימש"נ בשי"ב פ"א.

פרק ג

בו יובאו דברי רש"י דאע"ג דקיבל קתא דמגלא כמשכון עדיין גובה חובו בהחזרת המשכון, ויבוארו דברי הר"ן שהביא ראיה ממתניתין דסלע הלויתני וש"ש דינרים היה שוה חייב.

[שבועות מג:] אמר שמואל האי מאן דאזופיה אלפא זוזי לחבריה ומשכן ליה קתא דמגלא, אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי, אבל תרתי קתאתי לא וכו' יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה אבד אלפא זוזי וז"ל: דסבר וקיבל, אבל כל זמן שהן קיימין על כרחו גובה חובו, אם מלוה סתם הוא סתם מלוה שלשים יום, ואם פירש לו זמן כשיגיע זמנו יפרע, ולא מצי למימר סברת וקבילת, דאי לשם משכון קביליה לשם פרעון לא קביליה וכו' עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פ"ב.

והר"ן העתיק דברי רש"י והביא ראיה להם וז"ל: ומתני' נמי דיקא הכי, דקתני סלע הלויתני עליו ושקל היה שוה והלה אומר לא כי אלא סלע הלויתני עליו ושלשה דינרין היה שוה חייב, ואי אמרת דכל שהמשכון קיים אינו יכול לכופו לפרעו, התם בפרק המפקיד (דף לד:) דלא הוה ס"ל מעיקרא לאוקמא מתניתין במאמינו מאי הודאה איכא, הא לא מודה ליה מידי בבירי, אלא ודאי כדאמרינן עכ"ל יעו"ש. והיינו דלפי הסלקא דעתא לא מיירי במאמינו ויש להסתפק דלמא עדיין המשכון ביד המלוה, ואם נאמר דאין הלזה צריך לקבל המשכון מן המלוה, ויכול לפרוע כל חובו בהקתא דמגלא, אם כן לית כאן מודה במקצת בבירי, דאף הדינר שמודה בו אינו צריך לשלם אם המשכון בעין ביד המלוה.

ונסכא, לא אמרינן נסכא קביל בפלגא, דכיון דמידי דחזי לפרעון הוא לא קבליה עליו אלא בדמי שוויו עכ"ל יעו"ש.

והיינו דגם רב נחמן ס"ל כשמואל דערבון קונה כנגד כולו וחל גבית המשכון על כל החוב, ועיימש"נ בש"י"ב פ"ב, אבל בתרתי קתאתי ס"ל דחדא הוי משכון על חמש מאות וחדא על חמש מאות, ואם נאבד אחד מהם אינו יכול למלאות החסרון בתשלומי דמי שוויו כדעת שמואל, והיכא דנטל קתא ונסכא למשכון, כיון דחזי לפרעון לא קבליה אלא בדמי שוויו.

והיה אפשר לפרש דבריו דבכהאי גונא שנטל קתא ונסכא הרי הנסכא כנגד שוויו כמשכון גרידא ולא להתחלת גביה על החוב, והקתא הוי התחלת גביה על שאר החוב מדינא דשמואל, ואם נאבד אבד מעותיו חוץ ממה שכנגד הנסכא, דעל מעות אלו לא היתה גביה כלל.

אכן עיין בתוד"ה אבל קתא ונסכא לא וז"ל: פירש בקונטרס דכיון דנסכא בת פרעון היא לא קבלו עליה אלא בדמי שוייה, וקשיא דבסמוך פריך ממתניתין אמאי חייב לימא ליה הא קבילתיה, ומאי קושיא, שמואל מודה במידי דבר פרעון, וליכא למימר דלנהרדעי פריך, מדמשני כי קאמר שמואל כו'. ובדוחק יש לחלק דמודי רב נחמן בחד נסכא או בתרי נסכא, אבל נסכא בהדי קתא מוכחא מילתא דקתא למשכון ונסכא לפרעון. ונראה לפרש דהכי קאמר, אבל קתא ונסכא לא אלא אבד כל חד לפי מאי דשויה, דאם הנסכא שוייה עשר קתי אבד נסכא אבד עשר חלקים, אבד קתא אבד חלק אחד עשר עכ"ל יעו"ש. ולפי זה גם הקתא גם הנסכא הוו להו משכון דגביה על כל החוב, הקתא על חלקו והנסכא על חלקו, והחלקים נקבעים על ידי ערך שויותם זה כלפי זה, ונהרדעי ס"ל בקתא ונסכא אמרינן דהקתא הוי גביה על חצי והנסכא על חצי.

ובתירוץ השני כתבו התוס' פירוש אחר בדברי רב נחמן לא כדרך רש"י וז"ל: ועוד נראה לפרש קתא ונסכא לא, ואי אבד קתא לא אבד פלגא אלא מאי דשו, דעיקר סמיכת המלוה על הנסכא, אבד נסכא אבד

דמדמי הא להא, ומימרא דשמואל היא דאין אבידת המשכון מבטלת החוב.

וְלָפִי זה יש לומר דזוהי כונת הר"ן, דאילו היה הדין דהלוה יכול לפרוע חובו על ידי המשכון בעל כרחיה דמלוה אע"פ שאינו שוה כל החוב, אז על כרחך היה הטעם משום דערבון קונה כנגד כולו, והוא דין ראשון דשמואל, ובגמרא לא פריך אלא על דין שני דשמואל דאבידת המשכון אינה מבטלת הגביה, ואם כן יותר הוה ליה למיפרך על עיקר יסוד דינו דשמואל דערבון קונה כנגד כולו, דלפי מאי דסלקא דעתין דלא מיירי במאמינו אם כן ליכא מודה במקצת כלל, דכבר פרוע כל החוב על ידי המשכון אפילו אם אינו שוה כנגד כל החוב, ולמה לא פריך אלא על הא דקאמר שמואל דאין אבידה מבטלת הגביה, ובעל כרחך מכאן ראייה למה שכתב רש"י דאע"ג דערבון קונה כנגד כולו עדיין יכול המלוה להחזירו להלוה בעל כרחיה, ולבטל הגביה ולתבוע פרעון כל החוב.

פרק ד

בו יבוארו דברי התוס' דאם נטל קתא ונסכא למשכון ונאבד הקתא והנסכא קיים אינו מפסיד אלא כנגד שויותו אב"ל אם נאבד הקתא אחר אבידת הנסכא אבד חצי מעותיו.

[שבועות מג:] אמר שמואל האי מאן דאוזפיה אלפא זווי לחבריה ומשכן ליה קתא דמגלא, אבד קתא דמגלא אבד אלפא זווי, אבל תרתי קתאתי לא, ורב נחמן אמר אפילו תרתי קתאתי אבד חדא אבד חמש מאה, אבד אידך אבד כוליה, אבל קתא ונסכא לא, נהרדעי אמרי אפילו קתא ונסכא אבד נסכא אבד פלגא, אבד קתא אבד כוליה יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: אבל תרתי קתא, לא אמרינן חדא קביל בחמש מאה וחדא בחמש מאה וכו', אלא תרוייהו קבלינהו בחדא במשכונו ולא בפרעון, וכיון דמהדר ליה מקצת משכונו, במאי דחסר מיניה פטר נפשיה בתשלומי שוויו. ורב נחמן אמר אפילו תרתי קתאתי, ואע"ג דלא פריש, מסתמא חדא בפלגא וחדא בפלגא קבלינהו, ואי אבוד חדא אבוד פלגא. אבל קתא

חפצים תופס כל אחד גביה כנגד חצי, כמש"נ, ואינו יכול לפטור עצמו בתשלומי דמי הנסכא, דאין אבידת הנסכא נחשבת חסרון בהקתא, כמו שכתרתי קתאתי אין אבידת האחד נחשבת חסרון באידך קתא, כמש"נ, ורק אבידת הקתא נחשבת חסרון לגבי הקתא הואיל ועיקר דעת המלוה על הנסכא, ולכן אם אבד הנסכא אבד חצי מעותיו, ואם אבד אחר כך גם הקתא אבד שאר כל מעותיו.

פרק ה

בו יבוארו דברי התוס' דהא דאמר שמואל אבד קתא דמגלא אבד אלפא זווי מיירי דוקא כשפירש כן בשעת נטיילת המשכון אבל אם לא פירש אין סברא להפסיד למלוה כל חובו.

[שבועות מג:ג] אמר שמואל האי מאן דאוזפיה אלפא זווי לחבריה ומשכן ליה קתא דמגלא, אבד קתא דמגלא אבד אלפא זווי וכו'. תנן סלע הלוייתך עליו ושקל היה שוה, והלה אומר לא כי אלא סלע הלוייתני עליו ושלשה דינרים היה שוה חייב, לימא הא קבילתיה, מתניתין בדפריש שמואל בדלא פריש יעו"ש, כך היא הגירסא שלפנינו. וכתב רש"י דמתניתין בדפריש שאינו מקבלו עליו אלא באחריות דמיו בשווי יעו"ש. ואע"ג דדינא דשמואל הוא דחל תורת גביה של המשכון לגבי כל החוב ולא משום קבלת אחריות, ועיימש"נ בשי"ב פ"ב, מכל מקום אם התנה בפירוש שלא יפסיד חובו, אם אבד המשכון אהני תנאו, דדבר שבממון תנאו קיים.

א"ל עיין בתוד"ה מתניתין וז"ל: ר"ח גריס איפכא וכן ר"ת ומוקי דשמואל בדפריש, דאין סברא להפסיד למלוה כל חובו היכא דלא פריש. ואם תאמר כי מוקי בסמוך פלוגתא דרבי אליעזר ורבי עקיבא בדשמואל, אי בדפריש מאי טעמא דרבי אליעזר, ויש לומר דקסבר רבי אליעזר דאסמכתא בעלמא היא ואפילו כנגד המשכון לא מפסיד וכו' עכ"ל יעו"ש.

ו"ל ריהטא היה אפשר לפרש בדברי התוס' דהא דאמר שמואל אבד קתא דמגלא אבד אלפא זווי היינו משום דהמלוה קבל עליו אחריות על כך דאם אבד המשכון יפסיד כל

כולהו, ואי אבד נסכא ברישא אבד פלגא, אבד קתא אבד כולה, נהרדעי אמרי אפי' אבד קתא ברישא אבד פלגא, וגרס ברישא דמילתייהו אבד קתא אבד פלגא עכ"ל יעו"ש. ומבואר דאם אבד הקתא לא הפסיד אלא כנגד דמי הקתא, ואם אבד אחר כך הנסכא אבד כל שאר החוב, אכן אם אבד הנסכא תחלה לא אבד אלא חצי מעותיו, ואם אחר כך אבד גם הקתא אבד כל שאר מעותיו, והדבר צריך ביאור, דאם נטילת הקתא נחשבת גביה רק כנגד דמי שוויו, מה לי אם אבדו קודם הנסכא או אם אבדו אחר הנסכא.

ונראה דהתוס' ס"ל דהא דאמר רב נחמן בתרתי קתאתי אבד חדא אבד חמש מאות אבד אידך אבד חמש מאות, אין כונתו בזה דנחשב כשתי הלואות נפרדות ועל כל אחד איכא משכון קתא דמגלא, אלא כונתו דאיכא חדא הלואה וחדא משכון של שני חפצים נפרדים ובין תרוייהו איכא גביה על כל החוב, ולכן אם אבד אחד מהם אבד חצי חובו, אכן כיון דשני חפצים נפרדים חשבינן ליה שאינו יכול למלאות חסרון הקתא בתשלומי דמי שוויו, ודלא כסברת שמואל דתרתי קתאתי חשיבי כחדא חפצא ואם אבד חדא מנייהו יכול למלאות החסרון בדמים, דלרב נחמן אין התרי קתאתי נחשבים כחדא חפצא, אלא נחשבים כשני חפצים, ולא נחשבת אבידת האחד כחסרון בחבירו, ולכן אינו פוטר עצמו בדמי שוויו אלא מפסיד חמש מאות, דהיינו חצי החוב.

א"ל שאני קתא ונסכא, דכיון דעיקר דעתו של המלוה על הנסכא, הרי הנסכא עיקר והקתא טפל לו, ועדיין אמרינן דאיכא משכון אחד של שני חפצים, וממילא הוי כל אחד גביה לגבי חצי החוב, כמש"נ, אבל כיון דהקתא טפל להנסכא שפיר אמרינן שאם אבד הקתא יכול למלאות החסרון בהמשכון המשותף מתרוייהו על ידי תשלומי דמי שוויו של הקתא, ונמצא שהמשכון שלם ואינו מפסיד כלום מחובו חוץ ממה שהיה צריך לשלם דמי הקתא להשלים המשכון, אבל אם אבד אחר כך הנסכא הרי נאבד המשכון ואבדו מעותיו.

אכן אם הנסכא נאבד תחלה לא אבד אלא חמש מאות חצי מעותיו, דבמשכון של שני

וכו', לימא כתנאי, המלוה את חבירו על המשכון ונכנסה השמיטה, אע"פ שאינו שוה אלא פלג אינו משמט דברי רבן שמעון בן גמליאל, רבי יהודה הנשיא אומר אם היה משכון כנגד הלואתו אינו משמט ואם לאו משמט וכו', מאי אינו משמט דקאמר רבן שמעון בן גמליאל אינו משמט כולו, ומאי משמט דקאמר רבי יהודה הנשיא להך פלגא דלא נקיט עליה משכון, ובהא קמיפלגי דרבן שמעון בן גמליאל סבר כנגד כולו הוא קונה, ורבי יהודה הנשיא סבר כנגדו הוא קונה, לא מאי אינו משמט דקאמר רבן שמעון בן גמליאל, להך פלגא דנקיט עליה משכון, מכלל דרבי יהודה הנשיא סבר להך פלגא דנקיט עליה משכון נמי משמט, אלא משכון דנקיט למה ליה, לזכרון דברים בעלמא, יעו"ש.

ועייין בשבועות (דף מד:) דבעינן נמי לתלות בהך פלוגתא דתנאי הא דאמר שמואל דלוה אלפא זוזי והניח עלייהו קתא דמגלא למשכון אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי, וגם התם דחי דפלוגתייהו כנגד דמיו וטעמא דרבי יהודה הנשיא משום שנטלו לזכרון דברים בעלמא, כדדחי בסוגיין כנ"ל, ולפי זה כולי עלמא לית להו דשמואל, אולם שמואל עצמו על כרחך מוקי פלוגתייהו כנגד כל החוב, וס"ל כרבן שמעון בן גמליאל דהמשכון הוא כנגד כל החוב אע"ג שאינו שוה אלא פלג, ולכן כל החוב אינו משמט, ולפי מה דקאמר בסוגיין דאם נחלקו כנגד כל החוב תליא פלוגתתם בדין ערבון קונה כנגדו או כנגד כולו, נמצא דשמואל ס"ל כרבי יוחנן דערבון קונה כנגד כולו, ועיימש"נ בשי"ב פ"ב, וכן כתבו התוס' שם והרא"ש להדיא דהלכתא כשמואל, משום דשמואל ורבי יוחנן חדא מילתא קאמרי, וכיון דקיימא לן כרבי יוחנן קיימא לן נמי כשמואל יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פ"א.

והנה לקמן בפרק השוכר את האומנין (דף פב.) נחלקו הראשונים אם קיימא לן כשמואל אליבא דהלכתא, וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: ופסקו הגאונים ז"ל והרי"ף ז"ל דליתיה לדשמואל, דהכא ובשבועות אסיקנא דכולי עלמא לית לה דשמואל, וליכא למימר הא מוקמינן בפרק הזהב הא דרבי יוחנן דאמר ערבון כנגד כולו הוא קונה כתנא קמא דשמיטה דאמר דהמלוה את חבירו

חובו, והרי זה כמחילה על החוב, אכן ליכא מחילה אלא אם פריש להדיא שמקבל על עצמו אחריות על המשכון כנגד כל החוב, ואם לא פריש לא אמרינן שכן היתה כוננתו, דעל אחריות כזה לא אמרינן אחריות טעות סופר, אלא דאין לשון התוס' מדוקדק כל כך, דהיה להם לומר אין סברא שלא פריש יחשב כפריש, ולשון התוס' דאין סברא להפסיד לגמרי כל חובו היכא דלא פריש משמע דאין ההפסד תלוי בקבלתו למחול החוב, אלא דבעצם איכא סברא להפסידו אבל אין סברא להפסיד לו כל חובו היכא דלא פריש.

ונראה דגם התוס' ס"ל כדברי רש"י דטעמא דשמואל דאבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי היא משום שבנטילת המשכון איכא התחלת גוביינא כנגד כל החוב, ועיימש"נ בשי"ב פ"ב, אלא דמכל מקום אין סברא שנידון על נטילת משכון כהתחלת גוביינא על כל החוב, ועל ידי כך להפסידו כל חובו אם אבד המשכון, אם לא כשפירש המלוה וגילה דעתו שהוא מבין שנטילת משכון קטן יכולה להפסידו כל חובו, אבל אם לא פריש לא היה לרבנן לרון נטילת משכון כהתחלת גוביינא על כל החוב, ולפי זה אין הנידון אם אמרינן אחריות טעות סופר על כך, אלא הנידון הוא בעצם דין גוביינא דמשכון אם הנכון הוא לדונו כהתחלת גוביינא על כל החוב אם לא פריש שהוא יודע שכן הוא הדין ושיכול להפסיד כל חובו אם יאבד המשכון, וגם מה שכתבו התוס' אחר כך דרבי אליעזר פוטר אפילו בדפריש משום דהוה אסמכתא בעלמא כנ"ל, אין כוננתם דהוי אסמכתא על המחילה, דהא לית כאן מחילה, כמש"נ, אלא כוננתם דמה דפריש וגילה דעתו שיוודע שהמשכון יש בו התחלת גוביינא וניחא ליה בכך, הך גילוי דעת לא הוי אלא אסמכתא בעלמא.

פרק ו

בו יבואר שיטת הראשונים דרבי יוחנן דאית ליה ערבון קונה כנגד כולו ופסקינן הלכה כותיה לית ליה דשמואל דאבד קתא אבד אלפא זוזי, ויחולק בין משכון קטן לדין ערבון.

[כבא מצינא מח:] אתמר ערבון רב אמר כנגדו הוא קונה, ורבי יוחנן אומר כנגד כולו הוא קונה

דכיון דחל תורת גביה על הקתא כנגד כל החוב, אין המלוה יכול לתבוע פרעון עד שיבטל גביה המשכון על ידי החזרתו להלוה, יעו"ש.

י"ש להסתפק בהא דערבון קונה כנגד כולו, ואהני נתינת מקצת המעות לפעולת כל הקנין כאילו נתן כל המעות, אי טעמא משום דהיכא דהמוכר מקבל עשרה זוזי לערבון במקום המאה זוזי נתאלם כח העשרה זוזי והרי הם עומדים במקום המאה זוזי, ובכהאי גונא יש לעשרה זוזי כח המאה, וכל הקנין נעשה על ידי העשרה זוזי, או דלמא דבאמת צריכים נתינת מאה זוזי לפעולת הקנין, אלא דדין ערבון קונה כנגד כולו הוא דהתחלת הנתינה כבר יכולה לפעול כל הקנין כאילו כבר נגמרה הנתינה, ואין נתינת עשרה זוזי פועל הקנין אלא התחלת נתינת מאה זוזי.

ונפקא מינה, דאם העשרה זוזי יש להם כח לפעול כל הקנין מדין ערבון, דעשרה עומדים במקום מאה כמש"נ, אם כן הא דהלוקח חייב להשלים הוא מדין חוב בעלמא, שכך היה הפיסוק ביניהם, אבל אין זה שייך כלל לעצם הקנין, אבל אם העשרה זוזי מהני מדין התחלת נתינת מאה זוזי, אם כן הא דהלוקח חייב להשלים הוא משום עצם הקנין, דנתינת עשרה זוזי לא חשיב התחלת נתינת מאה זוזי אלא אם כן בא לבסוף לידי גמר.

ובזה נחלקו שמואל ורבי יוחנן, דשמואל ס"ל דעשרה זוזי במקום מאה זוזי קיימי, וכל הקנין נעשה על ידי העשרה זוזי, והחוב על הלוקח להשלים הוא מדין חוב בעלמא כפי פיסוק הדמים, וזה לא שייך במשכון, אלא כיון דהמלוה קיבל משכון קטן בתורת גביה לגבי כל החוב לא צריך תו להשלים, שהרי לא היה פיסוק דמים ביניהם, אבל רבי יוחנן ס"ל דנתינת עשרה זוזי מהני מדין התחלת נתינת מאה זוזי, והקנין נפעל על ידי מאה זוזי שכבר הותחלה הנתינה, וחייב להשלים כדי שתבא ההתחלה לידי גמר כמש"נ, אם כן במשכון נמי כן הוא הדין, דאין תורת גביה חל על משכון קטן אלא מפני שהוא התחלת נתינת משכון שלם, וחייב הלוה להשלים כדי שתבא ההתחלה לידי גמר, ואם לא השלים איגלאי מילתא למפרע דליכא תורת גביה אלא

על המשכון אע"פ שאינו שוה אלא פלג חובו אינו משמט, והתם בשבועות נמי מוקמינן דשמואל כהוא תנא, אלמא כולהו בחד טעמא שייכי, וכיון שכן דקיימא לן בערבון כרבי יוחנן בהא נמי קיימא לן כשמואל, דלאו ראייה היא, דאע"ג דכולהו בחד טעמא שייכי, מיהו דשמואל עדיפא מכולהו ואינהו לא ס"ל כותיה.

אבל שמואל על כרחו כתנא קמא דשמיטה ס"ל, דכיון דאמר שמואל דקתא דמגלא שקיל איניש לגוביינא דאלפא זוזי פשיטא דאינו משמט, אבל תנא קמא דשמיטה לא ס"ל כשמואל שלא יהא חייב להשלים עד כדי חובו אם אבד, אלא בדרכי יוחנן סגי ליה, דכי היכי דאמר רבי יוחנן דערבון כנגד כולו הוא קונה ואע"פ שחייב הלוקח להוסיף דמים כנגד מקחו, הכא נמי משכון שהמלוה תופס אע"פ שאינו שוה אלא פלג חובו כנגד כולו הוא תופסו ומיהו אם אבד חייב לזה להשלים עד כדי חובו, כן כתבו הרשב"א והרנב"ר ז"ל בשם הרמב"ן שכתב כך דברי הגאון ז"ל שפסק דהא דשמואל ליתא, ומיהו אע"ג דליתא היינו שלא לומר שאינו חייב לזה להשלים, אבל כנגד משכונו ודאי אבד מלוה במאי דשוה וכו' עכ"ל יעו"ש.

י"ש לעיין במה תלוי הך פלוגתא דשמואל ורבי יוחנן אליבא דהנך ראשונים שפסקו כרבי יוחנן ולא כשמואל, דשמואל ס"ל דגבי משכון אמרינן ערבון קונה כנגד כולו ואינו צריך להשלים, ואע"ג דערבון דמקח צריך להשלים, ורבי יוחנן ס"ל דכי היכי דערבון קונה כנגד כולו במקח קונה נמי כנגד כולו במשכון, וכי היכי דבמקח חייב הלוקח להשלים גבי משכון נמי חייב הלוה להשלים.

ונראה לבאר עפ"י מש"נ בשי"ב פ"ב דדינא דערבון קונה כנגד כולו היינו דמקצת דמים יכולים לעמוד ולפעול במקום כל הדמים, ואע"ג דהסכימו לקנות השדה במאה זוזי, יכולים גם מקצת הדמים להכיל ולהקיף קנין של מאה זוזי, וכמו כן נמי במשכון, דכי היכי דעשרה זוזי עומדים במקום מאה זוזי לפעולת הקנין, כמו כן נמי יכול משכון שוה עשרה ליחשב כגביה מעליא לגבי חוב של אלף זוזי, והיינו טעמא דשמואל דס"ל אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי,

יהודה אומר הלוהו מעות שומר חנם הלוהו פירות שומר שכר, מכלל דלתנא קמא לא שני ליה וכו', יעו"ש.

ובביאור החילוק בין הלוהו מעות להלוהו פירות כתב רש"י בפירוש המשנה

לעיל (דף פא:) וז"ל: הלוהו, מעות על המשכון. שומר שכר, שכר מצוה. הלוהו מעות שומר חנם, דלית ליה לרבי יהודה שכר מצוה לענין דינא. הלוהו פירות שומר שכר, דדרך פירות להרקיב עכ"ל יעו"ש. ובפירושו לדברי התנא קמא כתב רש"י וז"ל: הלוהו מעות על המשכון עכ"ל יעו"ש, ואע"ג דהתנא לא הזכיר דמיירי שהלוהו מעות, ועוד דבגמרא מסיק דתנא קמא איירי בין שהלוהו מעות בין שהלוהו פירות, ומסתמא כתב רש"י כן לקיים כל הלשונות של הגמרא, דלכלוהו לישני איירי תנא קמא בגונא דהלוהו מעות, ולפי חד אוקימתא אין דינו מתקיים אלא כשהלוהו מעות ולא כשהלוהו פירות, ולמסקנת הגמרא הוא הדין כשהלוהו פירות, ומה שכתב רש"י דלתנא קמא הוה ליה שומר שכר משום שכר מצוה, אזיל בזה לפי מסקנת הגמרא דנחלקו בפלוגתא דרבה ורב יוסף לגבי שומר אבידה.

ומה שכתב רש"י אליבא דרבי יהודה הלוהו פירות שומר שכר משום דדרך פירות להרקיב, כונתו דיש לו הרבה פירות, ודרכם להרקיב אם לא ימצא למוכרם מיד, וטוב לו להלוותם לחבירו ולאחר זמן הוא ישלם לו מעות או פירות אחרים כפי שויותם בשעת ההלוואה, ונמצא שיש לו ריוח והנאה במה שהלוה לו הפירות, וכמו שמצינו במסקנת הגמרא דהמלוה הוי שומר שכר על המשכון בשכר מצוה שהלוהו מעות, כמו כן נמי הוי שומר שכר אפילו לרבי יהודה דלית ליה שכר מצוה לענין דינא במה שמרויח שלא יופסדו פירותיו.

פרק ט

בו יבוארו דברי התוס' ד"א שייך טעמייהו דרבי יצחק ורב יוסף א"א בדשוי המשכון שיעור זווי, וידון בדברי המהרש"א ד"א שייך דינא דרב יוסף בדשוי המשכון יותר משיעור זווי.

[בבא מציעא פב.] כתבו התוס' בד"ה נימא בדלא שוי שיעור זווי ובדשמואל קמיפלגי וז"ל: פירש

כנגד משכונו בלבד. ועיימש"נ בשי"ב פ"א דרך אחר בישוב קושית הנמוקי יוסף לפי דברי הרמב"ן בשבועות יעו"ש.

פרק ז

בו יוכיח דמה שכתב רש"י דאליבא דרבי אליעזר אינו נוטל משכון לגוביינא אלא להיות בטוח במעותיו ושלא יוכל לכפור בו הם שני ענינים וקאי לפי המסקנא דסוגיא דשבועות.

[בבא מציעא פא:] לימא מתניתין דלא כרבי אליעזר, דתניא המלוה את חבירו על המשכון ואבד המשכון ישבע ויטול מעותיו דברי רבי אליעזר וכו', אבל הלוהו אלף זוז בשטר והניח לו משכון עליהם דברי הכל אבד המשכון אבדו מעותיו וכו' יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה ישבע וז"ל: דאין אדם נוטל משכונו לגוביינא אלא להיות בטוח במעותיו ושלא יוכל לכפור וכו' עכ"ל יעו"ש.

ויש גמגום בהגירסא שלפנינו אם גורסים שלא והוי חד טעמא או שלא והוה שני טעמים, וכנראה דגורסים ושלא ושני טעמים הם, וכן מבואר ממה שכתב בד"ה אבל הלוהו אלף זוז בשטר וז"ל: דסתם שטר יש בו שעבוד קרקעות, ויש לו מהיכן לגבות ובטוח הוא, וגם לכפור אינו יכול דהא קאי שטרא, הלכך לאו לזכרון דברים נקטיה עכ"ל יעו"ש, הרי להדיא דשני ענינים נפרדים נינהו.

אכן רש"י בשבועות (דף מד.) בד"ה ובדשמואל לא הביא אלא טעמא דזכרון דברים יעו"ש, ואולי יש לומר דלא אסיק עדיין בסוגיא שם דמלבד גוביינא יש שני סבות לנקיטת משכון, להיות בטוח ולזכרון, ובמסקנא שם (דף מד:) נחלקו בזה תנאים, ובסוגיין הביא רש"י שני הטעמים לפי המסקנא דסוגיא דשבועות.

פרק ח

בו יבואר החילוק בין הלוהו מעות על המשכון ובין הלוהו פירות על המשכון אליבא דרבי יהודה לענין אם המלוה הוי שומר חנם על המשכון או שומר שכר כיון דדרכן להרקיב.

[בבא מציעא פב.] אלא קשיא כאן שהלוה מעות כאן שהלוהו פירות, והא מדקתני סיפא רבי

כדרכי יצחק דבעל חוב קונה משכון, לא יפסיד אלא כנגד שויות המשכון, שלא יגבה ממנו אלא מקצת המעות על ידי נטילת המשכון שלא בשעת הלואה, וכן אם טעמא דידיה כדרכ יוסף דהוי שומר שכר על המשכון משום שכר מצוה לא יפסיד מחובו אלא כנגד המשכון שנתחייב לשלם בעדו מדין שומר, ולמה יפסיד כל חובו, ועל כרחק צריך לומר דכשמוקמינן דינא דרבי עקיבא דאבד כל מעותיו מיירי בשוה המשכון שיעור כל החוב.

אכנ יש לעיין בעצם הדין העולה מתוך דברי המהרש"א דלא אמרו רבי יצחק ורב יוסף דינייהו כשהמשכון שוי יותר משיעור זוזי, ובשלמא אליבא דרבי יצחק יש לומר דאם נטל משכון דשוה יותר משיעור זוזי כשהגיע זמן פרעון אין בעל חוב קונה משכון, דאם נטלו לגבית חובו לא היה נוטל אלא משכון שוי שיעור חובו, ומה שנטל משכון שוה יותר מחובו מגלה דעתו שנטלו לכופו לפרוע חובו בדמים, ועדיין ליכא גבית החוב ולא קנה המשכון, אולם למה לא שייך דינא דרב יוסף כשנטל משכון שוה יותר משיעור החוב, והלא כיון דלא היה מלוה לו מעות בלי נטילת המשכון נחשב שיש לו שכר מצוה של אם כסף תלוה את עמי במה שאוחז המשכון בידו, ועל ידי זה נעשה שומר שכר, ואם כן למה לא יהא נחשב שומר שכר על משכון דשוה יותר משיעור זוזי, והלא משום משכון זה הלוהו מעותיו, ויש לו שכר מצוה משום שאוחז משכון זה בידו.

ונראה לפרש דברי המהרש"א דאם נוטל משכון שוה יותר משיעור זוזי לא קיים בזה מצוה דאם כסף תלוה את עמי, ואין לו שכר מצוה ולא הוי שומר שכר, דעיין בפתחה לספר אהבת חסד להחפץ חיים שהאריך לבאר דמעיקרי מצות אם כסף תלוה את עמי הוא לחזק מדת החסד בלב המלוה, ולפי זה יש לומר דהמצוה היא להאמין לחבירו ולהלוות מעות אע"פ שאינו בטוח שהחוב ישולם, ואם אוחז בידו משכון שוה יותר משיעור החוב הרי זה ברור ומבורר שהלוה ימצא דרך לשלם לו חובו וליטול המשכון ממנו, ונמצא דאע"פ שעשה דבר טוב, מכל מקום אין בזה מדת החסד הנצרכת

בקונטרס אבל בדשוי הוי לכולי עלמא שומר שכר וכו', וקשה דאם כן אמאי קאמר מתניתין דלא כרבי אליעזר, לוקמה בדשוי שיעור זוזי ותיתי ככולי עלמא וכו'. ונראה לפרש לימא בדלא שוי ובדשמואל קמיפלגי, פירוש אף בדלא שוי, ובדשמואל קמיפלגי ולא כדרכי יצחק ורב יוסף, דבטעמייהו לא מצי פליגי אלא בדשוי עכ"ל יעו"ש.

וכתב המהרש"א וז"ל: לא מצי פליגי אלא בדשוי כו' עכ"ל, פירוש לאפוקי בדלא שוי דהיינו ביתר מדמי המשכון, אבל בדלא שוי כנגד המשכון ודאי דפליגי וק"ל עכ"ל יעו"ש, והיינו דהוקשה לו להמהרש"א דלמה לא שייכי דיניהם דרבי יצחק ורב יוסף אם לא שוי משכון שיעור זוזי אלא פחות משיעור זוזי, ולמה לא נימא בעל חוב קונה משכון אם שוה פחות משיעור, ולמה לא יקנה לרבי יצחק על כל פנים כנגד מעותיו, ואדרבה העבוט שהוא נוטל וחייב להחזירו ולו תהיה צדקה בפשטות מיירי דהוי דבר מועט, וכן לרב יוסף למה לא יהא נחשב שומר שכר בשכר מצוה שהלוהו על משכון קטן, וכמו שכתבו התוס' לעיל בדיבור זה דכל שכן שעשה מצוה שהלוהו על המשכון מועט, יעו"ש, ולכן למד המהרש"א דכונת התוס' היא דלא שייך טעמייהו בדלא שוי שיעור זוזי אלא יותר משיעור זוזי.

אכנ קשה טובא לומר דכונת התוס' כן, דהא בכל הסוגיא ובשאר דברי התוס' המכוון של לא שוי שיעור זוזי הוא פחות משיעור זוזי, וכקתא דמגלא דשמואל, ומתוך דוחק הקושיא פירש המהרש"א כן בדברי התוס', כמש"נ.

אולם נראה דיש לבאר דברי התוס' כפשטם, דאין כונתם לומר דרבי יצחק ורב יוסף לא אמרו דיניהם בדלא שוי שיעור זוזי אלא פחות משיעור, דזה ודאי אינו כמש"נ, אלא כונתם דלא אפשר לאוקמי מחלוקת דרבי אליעזר ורבי עקיבא דפליגי כדרכי יצחק או כדרכ יוסף אם נחלקו באופן דהמשכון שוה פחות משיעור זוזי, שהרי אמר רבי עקיבא דאם אבד המשכון אבדו מעותיו, ומשמע דהיינו כל מעותיו, ובשלמא אם טעמא דרבי עקיבא כדשמואל שפיר קאמר דאבד כל מעותיו, אבל אם טעמא דידיה

כרבי יוחנן וממילא גם כשמואל, והתוס' רצו מתחלה להוכיח דהלכה כשמואל הואיל והוי דיני, ונמצא דהלכה כשמואל משני טעמים, משום דהלכה כותיה בדיני וגם משום דרבי יוחנן כותיה.

ובמה שכתבו התוס' דמי שפרע הוי איסורי לכאורה יש להסתפק בזה, דשפיר היה אפשר לומר דקבלת מי שפרע הוי מדיני ממונות, שבית דין מאיימים עליו שלא יחזור בו מן המקח, ואע"ג דדבר תורה אין מעות קונות, תיקנו חכמים שלא יוכל לחזור בו אלא אם כן קיבל עליו מי שפרע, או משום הודעה או משום קלא, כדאיתא לעיל (דף מח:): יעו"ש. ועיין ברמב"ם פ"ז מכירה הל"ב וז"ל: וכיצד מקבל מי שפרע, אוררין אותו בבית דין ואומרין, מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו, ואחר כן יחזיר הדמים עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי הרמב"ם דאינו יכול להחזיר הדמים ללוקח ולבטל המקח עד שיקבל עליו מי שפרע, ולכאורה מוכח מזה דקבלת מי שפרע הוי מדיני ממונות ולא מדיני איסור, ודלא כמו שכתבו התוס'.

אולם עיין בחו"מ סי' ר"ד סעי' ד' שהביא דברי הרמב"ם והשמיט מה שכתב בסוף דבריו ואחר כך יחזיר הדמים יעו"ש, ואפשר לומר דהמחבר אזיל בשיטת התוס' דמי שפרע לא שייך לדיני ממונות, ואם כן יכול להחזיר הדמים גם קודם שקיבל עליו המי שפרע, דמעוה אינן קונות, ורק דלאחר המעשה בית דין מקללים אותו על שלא עמד בדיבורו.

והנה הרמ"א שם כתב דמקללים אותו בלשון נוכח ולא בלשון נסתר וז"ל: ויש אומרים שאומרים לו הוא יפרע ממך אם אינך עומד בדיבורך עכ"ל יעו"ש, ועיין בסמ"ע סק"ט שכתב דהרמב"ם לא ס"ל הכי, אלא אומרים בסתם על כל מי שאינו עומד בדיבורו יעו"ש, ואפשר לומר דכיון דהרמב"ם ס"ל דמקבל מי שפרע קודם החזרת הדמים, אם כן אי אפשר לקללו בלשון נוכח, שהרי אפשר שלא יחזיר הדמים אלא יתן לו המקח ואינו ראוי לקללה, ולכן אומרים המי שפרע בלשון סתם, אבל

לקיום מצות אם כסף תלוה, אבל אם המשכון לא שוה שיעור החוב אינו בטוח שממונו יחזור לו, ואפילו אם המשכון שוה שיעור החוב, ואם הלוה לא ישלם לו ימכור המשכון ויקח מעותיו לא יהא לו הפסד ממון, מכל מקום הרי דעת המלוה שיוחזרו לו מעותיו כמו שהלוהו, ואינו רוצה לטרוח למכור המשכון ולגבות ממנו, ואם כן אינו בטוח שיתקיים רצונו, דשמא לא ישלם לו הלוה וישאיר המשכון בידו לגביה, וכיון שכן יש בהלוואה על משכון שוי שיעור זוזי ענין חשוב של מדת החסד, ובזה קיים מצות אם כסף תלוה את עמי, אבל אם המשכון שוי יותר משיעור זוזי אין שום ספק שבדרך העולם יחזור לו ממונו, ואין בזה קיום מצוה, כמש"נ. ובאמת מבואר חידוש זה בדברי התוס' לקמן (דף פד:): בד"ה במלוה צריך למשכון שכתבו בשם הר"ח דאם אינו רוצה להלוות בלא משכון לא עביד מצוה יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פי"ב.

פרק י

בו יובאו דברי התוס' שצידדו דאין הלכה כשמואל הואיל ורב פליג עליה לגבי מי שפרע רב ושמואל הלכה כרב באיסורי, וידון בקבלת מי שפרע אם הוי מדיני ממון או מדיני איסור.

[כבא מציעא פב.] דאמר שמואל האי מאן דאוזפיה אלפא זוזי לחבריה ואנח ליה קתא דמגלא עילויהו, אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי, וכתבו התוס' בד"ה לא וז"ל: ואם כן קיימא לן כשמואל ואע"ג דרב פליג עליה, דהא בפרק הזהב (לעיל דף מח:): מדמי פלוגתא דרב דערבון לפלוגתייהו דרבן שמעון בן גמליאל ורבנן גבי ואינו שוה אלא פלג, ובשבועות (דף מד:): מדמי פלוגתא דרבן שמעון בן גמליאל ורבנן לדשמואל, אם כן פלוגתא דשמואל ורב לענין מי שפרע דאיסורא איתמר, והלכה כרב באיסורי, הכא נמי דשמואל לענין דינא איתמר והלכתא כשמואל, ועוד דרבי יוחנן פליג אדרב בערבון וסבר כשמואל, וקיימא לן רב ורבי יוחנן הלכה כרבי יוחנן וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה מתחלה כשהביאו התוס' מימרא דרב בערבון לא הזכירו דרבי יוחנן הוא בר פלוגתא דידיה, דאם כן מיד היינו יודעים דהלכה

מהדר, דקא מהני ליה פרוטה דרב יוסף, וחד אמר אפילו נכסי בעל אבידה אסורין על המחזיר מהדר ליה, ומשום פרוטה דרב יוסף לא שכיח וכו', איכא דמתני לה בהאי לישנא, פליגי בה רב אמי ורב אסי, חד אמר לא שנו אלא בשנכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר ומשום פרוטה דרב יוסף לא שכיח, אבל נכסי מחזיר אסורים על בעל אבידה לא מהדר ליה משום דקא מהני ליה, וחד אמר אפילו נכסי מחזיר אסורים על בעל אבידה מותר דכי מהדר ליה מידי דנפשיה קמהדר ליה יעו"ש.

י"ט מן הראשונים שכתבו דטעמא דרב יוסף דשומר אבידה הוי שומר שטר מפני שמרויח הפרוטה שהיה צריך לתת לעני, והרי זה כאילו הגיע לידו פרוטה, עיין בש"ך סי' ע"ב סק"י בשם הרשב"א והרא"ש, וכן כתב הסמ"ע סק"ט יעו"ש. ובטעמא דרבה דפליגי עליה כתב הנמוקי יוסף שם בבבא קמא וז"ל: כשומר חנם משום דלא מטיא ליה הנאה כדעת רבה, דאע"ג דמודה דעוסק במצוה פטור מן המצוה, מכל מקום לא חשיב ליה האי שומר שטר, דמילתא דלא שכיח הוא, כיון דלא מיפטר אלא בשעה שהוא עוסק במצוה וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דרב יוסף ס"ל דפרוטה דעני שכיח, ובזה נחלקו, דרבה ס"ל דלא שכיח ורב יוסף ס"ל דשכיח, ונמצא לפי"ז דפלוגתא דרב אמי ורב אסי בנדירים תליא בפלוגתא דרבה ורב יוסף בשומר אבידה, וכפשטות משמעות לשון הגמרא שם.

י"ט לדקדק לפי שיטות אלו דאיזה אדם יחייב עצמו לשמור אבידה יקרה בשביל שטר של פרוטה, ואפילו בשביל שטר של כמה פרוטות. ועוד דמה שיכול להרויח פרוטה בהעתיד, אפילו אם שכיח שיבא, אינו שוה פרוטה אלא פחות מפרוטה.

ישיב זה לא תתיישב אליבא דהרמב"ם שפסק בפ"ז נדרים הל"א כמאן דאמר מותר להחזיר לו אבידתו דלא שכיח, יעו"ש, ופסק נמי בפ"ג גזילה ואבידה הל"י כרב יוסף דשומר אבידה כשומר שטר, יעו"ש, וכן פסקו הר"ח ובה"ג, הובאו דבריהם בתוס' בבבא קמא (דף נ"ו:) בד"ה בההיא הנאה, יעו"ש, וכפי הנך שיטות

הרמ"א אזיל בשיטת התוס' דמקבל מי שפרע לאחר החזרת הדמים, וכבר עבר על דיבורו, וראוי לקללו בלשון נוכח, והמחבר ס"ל דאע"ג דיכול להחזיר הדמים קודם קבלת המי שפרע, אעפ"כ אומרים בלשון סתם.

והקצות החושן שם כתב וז"ל: ואם כופר ואומר שלא קיבל הדמים על המקח כלל וכו', דכהאי גונא דאין בזה כפירת ממון אין אוררין אותו לנוכח כיון שכופר, אלא אוררין סתם בבית דין, הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו עכ"ל יעו"ש. ולכאורה יש להוכיח מדבריו דס"ל דמי שפרע לא הוי מדיני ממונות, דאילו היה מדיני ממונות הרי מצד הממון נפסק הדין כדבריו שלא קיבל דמים, דהמוציא מחברו עליו הראיה, ואם כן אין כאן מקום למי שפרע כלל, אבל אם הוי רק מדיני איסור על שעבר על דיבורו שפיר שייך מי שפרע מספק, אלא כיון דסוף סוף ספק הוא אין לאומרו בלשון נוכח אלא בלשון נסתר.

פרק יא

בו יבוארו דברי רש"י והרמב"ם בהא דאמרין שומר אבידה כשומר שטר הואי ומיפטר מלמיתב ריפתא לעניא, ויחולק בין חיוב שמירה להא דבמודר הנאה מחזיר לו אבידתו.

בבא מציעא פב.] והכא במשכנו בשעת הלואה ובשומר אבידה קא מיפלגי, דאתמר שומר אבידה רבה אמר כשומר חנם רב יוסף אמר כשומר שטר וכו' יעו"ש, וטעמא דרב יוסף דמשוי שומר אבידה כשומר שטר מבואר בבבא קמא (דף נ"ו:), רב יוסף אמר כשומר שטר דמי, בההיא הנאה דלא בעיא למיתב ליה ריפתא לעניא הוי כשומר שטר, איכא דמפרשי הכי, רב יוסף אמר כשומר שטר דמי, כיון דרחמנא שעבדיה בעל כורחיה הלכך כשומר שטר דמי יעו"ש.

ודינא דרב יוסף הוזכר נמי לגבי מודר הנאה מחבירו בנדירים (דף ג:) מחזיר לו אבידתו, פליגי בה רב אמי ורב אסי, חד אמר לא שנו אלא בשנכסי מחזיר אסורין על בעל אבידה, דכי מהדר ליה מידעם דנפשיה קא מהדר ליה, אבל נכסי בעל אבידה אסורין על המחזיר לא קא

גם ממצות עשה אחרות בשעה שעוסק בשמירת האבידה, והשכר שעושה שומר שכר הוא שכר המצוה, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, והא דחשיב ליה שכר לא הוי משום שיקבל שכר בעלמא דאתי, דמשום הא לא נעשה שומר שכר בהאי עלמא, אלא מה שמרויח בהאי עלמא הוא שנפטר מלטרות במצות אחרות בשעה שהוא עוסק בשמירת האבידה.

ובהא דנקט דוגמא מריפתא לעניא יש לומר דבמצוה זו יותר משכחת שיפטר ממנו אם עוסק בשמירת המשכון, דשאר מצות כגון תפילין וכדומה הרי מחויב לקיימן כשיגמור עסקו עם האבידה, אבל עני שדפק בדלתו הרי באותה שעה פטור, וכשיגמור העסק כבר הלך לו העני, ונמצא שנפטר מהך מצוה משום עוסק במצוה פטור מן המצוה, אבל הוא הדין אם יצויר מצוה אחרת שנפטר ממנה מחמת עסקו הרי גם פטורו מאותה מצוה משווהו לשומר שכר על האבידה, וכמו שכתב הרמב"ם שנפטר מכמה מצות, כנ"ל.

ולכן לא הוזכרה פרוטה דרב יוסף בשום מקום חוץ מסוגיא דנדרים דמישתעי באיסור הנאה, ושיעור הנאה היא בפרוטה, ואע"ג דבשעת הגבהת אבידת חבירו שנדר ממנו הנאה לא נהנה פרוטה, דמי אמר שיבא עני בשעה שהוא עוסק בה, מכל מקום אם יארע שיבא לביתו עני באותה שעה והוא יפטר מלתת לו צדקה הרי באותה שעה ירויח פרוטה, ולא חייבה אותו התורה להגביה אבידה שיוכל לבא על ידה לעבירת איסור הנאה דנדרים, ומאן דמתיר ס"ל דמלתא דלא שכיחא היא שיבא עני דייקא באותה שעה, ואינו נפטר מחיוב הגבהת האבידה.

ונמצא לפי זה דסוגיא דנדרים אתיא בין לרבה בין לרב יוסף, דמחלקתם בשומר אבידה היא אם שכר מצוה נחשב שכר לענין דינא הואיל ועוסק במצוה פטור מן המצוה, כמו שכתב רש"י במתניתין, כנ"ל, ותרווייהו מודו דאם יבא עני יפטר מלמיתב ליה ריפתא כמו שהוא שנפטר מכמה מצות אחרות, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, אכן לגבי נדרים איכא חשש שיבא עני ויפטר מלמיתב ליה ריפתא וירויח

אליבא דרב יוסף היה צריך להיות הדין דאסור להחזיר לו אבידתו. וצריך לומר דהנך שיטות ס"ל דהלכה כרבה דשומר אבידה כשומר חנם, וכמו שכתבו התוס' שם בשם הר"י, יעו"ש, אבל הרמב"ם דפסק כרב יוסף דכשומר שכר דמי היאך פסק דמותר להחזיר לו אבידתו, והלא דינים אלו סתרי אהדדי.

והנה רש"י בסוגיין לא הזכיר פרוטה דרב יוסף וז"ל: והכא בשומר אבידה קא מיפלגי, דטעמא דרבי עקיבא משום דשומר שכר הוא והעוסק במצוה פטור מן המצוה דאי בעי לא יהיב ריפתא לעניא. שומר אבידה, שמצא אבידה והכניסה אל תוך ביתו, כדכתיב (דברים כב, ב) ואספתו אל תוך ביתך. כשומר שכר, מצוה עכ"ל יעו"ש. ולא הזכיר רש"י שמשום עוסק במצוה פטור מן המצוה הרויח פרוטה, רק שאינו צריך ליתן ריפתא לעניא, ובהא דהוי שומר שכר כתב רש"י מצוה, ומשמע דהשכר הוא המצוה עצמה.

וכן מדויק מדברי רש"י בפירוש המשנה לעיל (דף פ:) הלוהו על המשכון שומר שכר רבי יהודה אומר הלוהו מעות שומר חנם, ובסוגיין מסיק דנחלקו בשומר אבידה, וכתב שם רש"י וז"ל: שומר שכר, שכר מצוה. הלוהו מעות שומר חנם, דלית ליה לרבי יהודה שכר מצוה לענין דינא עכ"ל יעו"ש. ומבואר דרבה ורב יוסף נחלקו אם שכר מצוה עושהו שומר שכר, וטעמא דרבה משום דלית ליה שכר מצוה לענין דינא, והלא בנדרים קאמר דטעמא דמאן דלית ליה פרוטה דרב יוסף משום דלא שכיחא, כנ"ל.

וגם מדברי הרמב"ם פ"ג גזילה ואבידה הל"י מבואר כדברי רש"י וז"ל: ובכל זמן שהאבידה אצלו אם נגנבה או אבדה חייב באחריותה ואם נאנסה פטור, ששומר אבידה כשומר שכר הוא, מפני שהוא עוסק במצוה ונפטר מכמה מצות עשה כל זמן שהוא עוסק בשמירתה עכ"ל יעו"ש, ולא הזכיר הרמב"ם פרוטה דרב יוסף, ולא הזכיר אפילו דלא בעי למיתב ריפתא לעניא, והא דהוי שומר שכר הוא מפני שנפטר מכמה מצות, כנ"ל, והא דקאמר בגמרא דלא בעי למיתב ריפתא לעניא לא הוי אלא דוגמא אחת ממצוה שנפטר ממנה משום עוסק במצוה פטור מן המצוה, והוא הדין שנפטר

כזה ילך וישכור לו בשוק, ואיזה ריוח יש לו במה שהלוה לו ולקח ממנו משכון דצריך לו לתשמישיו, ודוחק גדול לומר דמיירי במשכון שהוא יקר המציאות ואי אפשר למצוא אחר כמותו בשוק שיוכל לשכור לתשמישיו, וגם הלוה אינו מוכן להשכיר לו החפץ כשוכר רגיל אם לא שילוח לו מעות וישתמש בהמשכון בנכייטא.

ונראה לבאר הענין עפ"מ"ש"נ בדברי המהרש"א בשי"ב פ"ט דעיקר מצות

אם כסף תלוה את עמי הוא לחזק מדת החסד בלב המלוה שיאמין להלוה וילוה לו אף כשאינו בטוח שהלוה ישלם לו מעותיו כמו שנתן לו, ואם נטל משכון דלא שוה שיעור זוזי אולי לא ישלם לו ויפסיד מקצת מעותיו, ואם נטל משכון שוי שיעור זוזי אולי לא יחזיר לו מעותיו ויצטרך לטרוח למכור המשכון בשוק, אבל אם נטל משכון שוי יותר משיעור זוזי אז בטוח הוא שהלוה יטרח בכל כחו להחזיר לו מעותיו ולא ישאיר משכון יקר ביד המלוה, ואם כן לא קיים מצות אם כסף תלוה את עמי, ולא שייך ביה דינא דרב יוסף, דלא אמרינן בזה עוסק במצוה פטור מן המצוה.

ולפי זה שפיר מובן הא דקאמר לאו מצוה קא עביד דלהנאתו מתכוין, דכיון שנטל ממנו משכון הצריך לו ומשתמש בו ופוחת והולך מן החוב הרי אין כאן צד אמנה להלוה כלל, והרי הוא בטוח לגמרי שמעותיו יוחזרו לו, דהמעות שהיה צריך לשלם בשכירות לאחרים הוא מקבל בתשלומי החוב, וגרע משכון כזה ממשכון דשוי יותר משיעור זוזי לדעת המהרש"א, דאפילו אם נימא דהתם קיים מצות אם כסף תלוה את עמי, היינו משום דאע"פ שהלוה בודאי יחזיר לו מעותיו עדיין תלוי הוא בדעת הלוה ואולי יתאחר לשלם לו, אבל אם נטל משכון בנכייטא דאינו תלוי כלל בדעת הלוה אלא משתמש בהמשכון ופוחת והולך וחובו משתלם, ובכהאי גוונא ליכא קיום מצוה, ואע"ג דבודאי עשה דבר טוב ותבא עליו ברכה, מכל מקום לא קיים מצות עשה דאורייתא של אם כסף תלוה את עמי, כמ"ש"נ, ולא שייך בזה עוסק במצוה פטור מן המצוה, ולא הוי אלא שומר חנם, ורבי עקיבא

פרוטה, והיינו מה דקרי ליה פרוטה דרב יוסף, ובגמרא דנדרים שקיל וטרי אם צריכים למיחש לכך דדלמא לא שכיחא, וגם רבה היה יכול לאסור אם שכיחא, וגם רב יוסף היה יכול להתיר אם לא שכיחא, אולם אפילו אם לא שכיחא שפיר נחשב שומר שכר הואיל ועוסק במצוה פטור מן המצוה ונפטר מכמה מצות, ועל ידי זה נעשה שומר שכר, כמ"ש"נ, ושפיר פסק הרמב"ם דשומר אבידה כשומר שכר ופסק נמי במודר הנאה דמותר להחזיר לו אבידתו.

פרק יב

בו יבוארו דברי רש"י דמ"וה שנטל משכון בנכייטא להשתמש בו ולהיות פוחת והולך מן החוב הפסיד על ידי כך מצות אם כסף תלוה את עמי הואיל ולהנאת עצמו קא מתכוין.

[כבא מצינא פב.] והכא במשכנו בשעת הלואה ובשומר אבידה קא מיפלגי, דאיתמר שומר אבידה רבה אומר כשומר חנם ורב יוסף אמר כשומר שכר, לימא דרב יוסף תנאי היא, לא בשומר אבידה דכולי עלמא אית להו דרב יוסף, והכא במלוה צריך למשכון קמיפלגי, מר סבר מצוה קא עביד שהלוה והוי שומר שכר, ומר סבר לאו מצוה קא עביד שלהנאתו מתכוין והוי שומר חנם יעו"ש. והאחרונים נתקשו בדברי הגמרא דהיכא דלהנאתו מתכוין לא חשיב ליה מצוה, ולא שייך ביה דינ העוסק במצוה פטור מן המצוה, ומה לי דלא עשה המצוה לשמה, והא אמרינן בפסחים (דף ת.) האומר סלע זו לצדקה בשביל שיחיה בני הרי זה צדיק גמור, יעו"ש, ועיין ברש"י פרשת כי תצא (דברים כד, יט) דנפל סלע מכיסו ומצאה עני ונתפרנס בה הרי זה מתברך עליה, יעו"ש.

ובפירושו הא דלהנאתו קא מתכוין כתב רש"י וז"ל: המלוה צריך למשכון להשתמש בו ולפסוק עליו להיות פוחת מן החוב והולך קמיפלגי, ורבי עקיבא סבר אפילו הכי איכא מצוה עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק בדבריו דאיזה הנאה יש לו כאן במה שהוא פוחת והולך ומנכה לו מחובו, והלא עדיפא ליה אם לא הלוה כלל והמעות נשארו בידו, ואם צריך לחפץ

פרק יג

בו יבוארו דברי ההגהות אשרי דדינא דשמואל
דאבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי לא שייך אלף
במשכנו בשעת הלואתו אבד משכנו שלא בשעת
הלואתו אינו מפסיד אלף כנגדו.

[בבא מציעא פב.] דאמר שמואל האי מאן
דאוזפיה אלפא זוזי לחבריה ואנח ליה קתא
דמגלא עלוייהו, אבד קתא דמגלא אבד אלפא
זוזי יעו"ש. וכתב בהגהות אשרי וז"ל: ואם אבד
המשכון אבדו כל מעותיו אפילו יתירים על
המשכון, אבל שלא בשעת הלואתו לא אבד אלא
כנגד המשכון משום דרבי יצחק, אבל דשמואל
נראה שלא שייכא שלא בשעת הלואתו, וכן
משמע מפירוש ר"י ופוסק כשמואל עכ"ל יעו"ש.
ודבריו צריכים עיון, דלכאורה הסברא איפכא
נותנת, דשלא בשעת הלואה דאלים גוביינא
דמשכון כל שכן דנקנה כנגד כולו.

ונראה לבאר דבריו עפ"מש"נ בשי"ב פ"ב
דטעמא דשמואל משום דס"ל כרבי
יוחנן דערבון קונה כנגד כולו, וכי היכי דבנתנית
ערבון של מאה זוז במקום תשלום של אלף זוז
יכולים המאה זוז לעמוד במקום האלף ולפעול
הקנין, הכי נמי חלה תורת גביה של אלף זוז על
משכון של מאה זוז, ואינו יכול לתבוע פרעון עד
שיבטל הך גביה על ידי החזרת המשכון, והשתא
נראה דלא שייך דין ערבון קונה כנגד כולו אלא
לגבי קנין וכדו', אבל אם המלוה רוצה לקבל
פרעון של מאה זוז במקום חוב של אלף זוז לא
מהני אלא מדין מחילה, שהוא נוטל פרעון של
מאה זוז ומוחל לו על התשע מאות זוז
הנשארים, אבל לא שייך בזה דין ערבון, דאי
אפשר למאה זוז להיות פרעון על אלף זוז, ורק
גבי קנין נוכל לומר דכח הקנין שיש באלף זוז
איכא נמי בערבון של מאה זוז העומד במקומו.

ובמשכון נמי לא שייך דין ערבון אלא לגבי
דין גביה בעלמא, דאיכא למימר
דאיכא תורת גביה של אלף זוז על משכון דמאה
זוז, והיינו משום דאין כאן גביה גמורה אלא
תורת גביה בלבד, ואין זה אלא דין וכת, ושייך
בזה דין ערבון קונה כנגד כולו, ולכן לא נאמר
דין זה אלא במשכנו בשעת הלואה, אבל משכנו

ס"ל דאפילו בכהאי גונא קיים את המצוה והוה
ליה שומר שכר.

ובאמת סברא זו כמעט מפורשת בתוס' ד"ה
במלוה צריך למשכון וז"ל: פירש
בקונטרס להשתמש וכו', ור"ח פירש צריך
למשכון היינו שאינו רוצה להלוות לו בלא
משכון וכו', אבל אין נראה פירושו וכו', שאע"ג
דאין רוצה להלוות אלא על המשכון מצוה
קעביד שבלא משכון אין לו להלוות כיון שירא
להפסיד ואפשר במשכון עכ"ל יעו"ש. ומבואר
מדברי הר"ח דמשום הא גופא שמפחד שיפסיד
מעותיו ונוטל משכון הפסיד קיום המצוה, ואין
המלוה על המשכון שומר שכר אלא כשמוכן
להלוות לו גם בלי משכון, אלא דכיון דאפשר
במשכון נוטלו לו לרוחא דמלתא, רק אז קיים
המצוה, אבל אם אינו רוצה להלוות אלא אם כן
הוא בטוח במעותיו לא קיים המצוה ולא הוי
שומר שכר, והתוס' פליגי על הר"ח וס"ל דלא
הפסיד המצוה במה שהוא דואג על הפסד
מעותיו, דאינו מחויב להשליך מעותיו לאיבוד,
ומכל מקום אם החזרת מעותיו בטוחה באופן
שהוא רוצה שלא יצטרך לטרוח ולגבות, בזה
נחלקו רבי אליעזר ורבי עקיבא אם הפסיד מצותו
אם לא, וכמש"נ.

ולדברי הר"ח צריך לומר דהא דמלוה על
המשכון שומר שכר משום דנטילת
המשכון מצוה לו כמו הגבהת אבידה, לאו היינו
משום דכיון דלא היה מלוה לו אלא בנטילת
המשכון נמצא דנטילת המשכון חשיב ליה
כהלואה, דלדברי הר"ח הרי נאמר דינא דרב
יוסף כשהיה מלוהו גם בלי נטילת משכון,
כמש"נ, אלא צריך לומר דכיון דההלואה סוף
סוף היא על המשכון, הרי ההלואה והמשכון
חדא נינהו, וממילא איכא קיום מצוה בנטילת
המשכון, וכן מדויק נמי בדברי הנמוקי יוסף
שכתב דהוי שוכר שכר משום עוסק במצוה פטור
מן המצוה בין שמשכנו בשעת הלואה בין
שמשכנו שלא בשעת הלואתו, יעו"ש, הרי דאף
אם נטל ממנו המשכון כשהגיע זמן הפרעון
חשיב ליה המשכון קיום המצוה דאם כסף תלוה
את עמי.

עקיבא להך סברא שכתב רש"י לעיל, כנ"ל, דהיכא דלא שוי נקטיה לזכרון דברים בעלמא ולא הוי עליה אלא שומר חנם, ומנליה לרש"י דנחלקו רבי אליעזר ורבי עקיבא בתרתי, דלמא לא נחלקו אלא בדשוי שיעור זוזי דנקטיה לגוביינא, דלרבי עקיבא בעל חוב קונה משכון וחייב באונסים ולרבי אליעזר אין בעל חוב קונה משכון והוי שומר חנם, אבל בדלא שוי שיעור זוזי דנקטיה לזכרון דברים בעלמא לכולי עלמא לא הוי אלא שומר חנם ואינו מפסיד כלום.

והזינן מהא דדין בעל חוב קונה משכון אינו תלוי כלל בכונת המלוה, ואין הקנין בא מפני שנטלו לגוביינא, ולא דמי מימרא דרבי יצחק כלל למימרא דשמואל, והא דבעל חוב קונה משכון הוא משום דרחמנא אוקמא ברשותיה להיות עליו שומר בעל כרחיה, ואפילו אם נטלו לזכרון דברים בעלמא קנה משכון להתחייב באונסים, דהא אין קנינו תלוי בגוביינא, כמש"נ, וכיון דרבי עקיבא ס"ל כרבי יצחק דבעל חוב קונה משכון על כרחך גם בדלא שוי שיעור זוזי מפסיד כנגד המשכון.

פרק טו

בו יובא שיטת רש"י דבעל חוב קונה משכון שלא בשעת הלואה וחייב באונסים, ויבואר קושית המסחמות דאומן קונה בשבח כלי ומקדש בו אשה ומכר מקום הוי רק שומר שכו.

[בבא מציעא פב.] וקא מיפלגי בדרבי יצחק דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה משכון צדקה מנא ליה, מכאן לבעל חוב שקונה משכון, ותסברא אימור דאמר רבי יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו אבל משכנו בשעת הלואתו מי אמר וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: שקונה משכון, לכל מילי להתחייב באונסין. אימור דאמר רבי יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו, דהא קרא במשכנו על ידי שליח בית דין כתיב, דכתיב לעיל מיניה בחוץ תעמוד ומוקמינן לה לקמן (דף קיג). בשליח בית דין, וההוא ודאי קני דלגוביינא שקליה, וליכא לדמויה למשכנו בשעת הלואתו, ובהך פלוגתא דרבי אליעזר המלוה על המשכון קתני עכ"ל יעו"ש. ומבואר דבמשכון

שלא בשעת הלואה הוי גוביינא מעליא, ודומה ממש לפרעון גמור, שהוא נוטל המשכון לפרעון חובו אם לא יפדהו הלוה, ולענין פרעון ממש ליכא למימר ערבון קונה כנגד כולו, דאין זה דין אלא מציאות, והרי המציאות דליכא משכון דפרעון אלא כנגד מקצת החוב.

פרק יד

בו יבוארו דברי רש"י דאם פליגי רבי אליעזר ורבי עקיבא במשכון שוי שיעור זוזי, ונחלקו בבעל חוב קונה משכון, פליגי נמי בלא שוי שיעור זוזי ונקטיה לזכרון דברים בעלמא.

[בבא מציעא פב.] אי בדלא שוי משכון שיעור זוזי דכולי עלמא לית להו דשמואל, והכא בדשוי שיעור זוזי וקא מיפלגי בדרבי יצחק דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון וכו' יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה דכולי עלמא לית להו דשמואל וז"ל: דלרבי אליעזר לא מפסיד כלום ולרבי עקיבא אינו מפסיד אלא כנגד המשכון עכ"ל יעו"ש.

והנה לעיל כדבעי לאוקמי פלוגתייהו בדלא שוי משכון שיעור זוזי ונחלקו בדשמואל כתב רש"י וז"ל: דאי בדשוי מודה רבי אליעזר דלגוביינא שקליה, ובדלא שוי פליגי, דלרבי אליעזר לית ליה דשמואל דאמר אבד אלפא זוזי וסבר דקביל לגוביינא, הא לית ליה לרבי אליעזר, דכיון דלא שוי לזכרון דברים בעלמא הוא דנקיט ליה ושומר חנם הוא, ורבי עקיבא אית ליה דשמואל ואמר סבר וקביל בתורת משכון וכל כמה דלא מיהדרי ליה לא לגבי עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דלרבי אליעזר דלית ליה דשמואל ס"ל דהיכא דלא שוי שיעור זוזי לא נקטיה אלא לזכרון דברים בעלמא, ולא הוי עליה אלא שומר חנם.

ולפי זה יש לדקדק במה שכתב רש"י למאי דמוקמינן פלוגתייהו בדשוי משכון שיעור זוזי, ונחלקו בדרבי יצחק דבעל חוב קונה משכון, נחלקו נמי בדלא שוי משכון שיעור זוזי, דלרבי אליעזר אינו מפסיד כלום ולרבי עקיבא מפסיד כנגד המשכון, כנ"ל, ומנליה דרבי עקיבא ס"ל דמפסיד כנגד המשכון, דלמא מודה רבי

בקצות החושן סי' ש"ו סק"ד שהקשה כן על דברי המלחמות, יעו"ש מה שתירץ.

והנה באמת יש לעיין בשיטת רש"י דקונה משכון להתחייב באונסים, דהא חיובי אונסים לאו מדין שמירה ניהו, דאי אפשר להישמר כנגד האונס, אלא החיוב הוא משום דאוקמיה רחמנא ברשותיה, ואמרינן דידיה נאנס, ונמצא דצריך לשלם משום חיוב השבה דידיה, דאין האונס פוטר מחיוב השבה ותשלומין אם נאנס כשכבר היה ברשותו, ומהאי טעמא סלקא דעתין דהבא במחירת ונטל כלים פטור בסנהדרין (דף עב.), דכיון דהגנב חייב באונסים חזינן דברשותיה קיימא, וכבר קנה החפץ הנגנב על ידי המעשה גניבה, ורק דחייב בהשבה, ואם אירע בו אונס אינו נפטר מחיוב השבה ומשלם, ואם כן סלקא דעתין דבא במחירת נפטר מחיוב השבה מדין קם ליה בדרכה מיניה וממילא עומד בקנינו ואינו צריך להחזיר החפץ הנגנב, ודחה שם רבא דמהא דחייב באונסים אין להוכיח דכבר אית ליה קנין בגוה, דדלמא באמת אין לו קנין, ומכל מקום במקום אונסים אוקמיה רחמנא ברשותיה כדי שיתחייב באונסים, מידי דהוה אשואל, דאין לו קנין בגוף החפץ ועדיין ברשותיה דמשאל קיימא, ומכל מקום חייב באונסים דרחמנא אוקמיה ברשותיה לגבי הא שאם נאנס דידיה נאנס, יעו"ש, וחזינן מהתם דעיקר חיוב אונסים הוא חיוב השבה, דאוקמיה רחמנא ברשותיה ודידיה נאבד, וחיוב השבה במקומו עומד.

וְפַי זה יש להקשות דכל זה הוא בגנב או בשואל שהתורה חייבה אותם באונסים, ועל כרחך משום דאוקמיה ברשותיה, כמש"נ, אולם למה יתחייב באונסים במשכון, אפילו נימא דהתורה גילתה בקרא דולך תהיה צדקה דיש להמלוה איזה קנין בהמשכון, הרי קנין הלואה לא נעקר על ידי זה, ועדיין שלו לגמרי הוא, וכמו שכתב הרמב"ן במלחמות שם דהלואה מותר להשתמש בו בלי תשלומין והמלוה אסור להשתמש בו אלא אם כן מנכה לו מחובו, ואם כן כיון דלא פקע בעלות הלואה על ידי קנין המלוה למה יתחייב באונסים, הא חפץ דלוה נאנס.

שלא בשעת הלואתו איכא חיוב אונסים. והתוס' בד"ה אימור הקשו הא בגמרא סלקא דעתין לאוקמי פלוגתא דרבי אליעזר ורבי עקיבא דרבני יצחק, והני תנאי נחלקו אם מלוה על המשכון שומר חנם הוא או שומר שכר, כדמוכח בסוגיין, ולית מאן דמחייב באונסים.

ואיכא למימר בישוב דברי רש"י דבההוא אמינא כבר ידע דרבי יצחק מיירי שלא בשעת הלואה ומתניתין מיירי במשכנו בשעת הלואה, כדמדייק מלשון המשנה בריש הסוגיא, אלא דסלקא דעתיה דמדין משכנו שלא בשעת הלואה איכא למידק דין משכנו בשעת הלואה, כמו שכתבו התוס' לעיל (דף פא.) בד"ה והא אידי ואידי, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פכ"ה, וסלקא דעתיה דאם שלא בשעת הלואה קונה קנין גמור עד כדי כך שנתחייב באונסים, אם כן בשעת הלואה קונה על כל פנים להיות כשומר שכר ולהתחייב בגניבה ואבידה, ומשני אימור דאמר רבי יצחק שלא בשעת הלואה, כלומר דאין לדייק דין משכון בשעת הלואה מדין משכון שלא בשעת הלואה, והיינו מה שכתב רש"י וליכא לדמויה למשכנו בשעת הלואתו, כנ"ל, ואין זה צד חדש שהזכיר כאן בשינויא דהגמרא, אלא היא היא הסלקא דעתיה דבדרבי יצחק פליגי, וכן כתב הש"ך בסי' ע"ב סק"ט, יעו"ש, והדבר צריך ביאור.

והנה עיין בבעל המאור בשבועות (דף מד.) שכתב כשיטת רש"י דמשכנו שלא בשעת הלואתו חייב באונסים, והרמב"ן במלחמות פליג עליה וס"ל דאינו חייב אלא בגניבה ואבידה כשומר שכר, והביא ראיה לדבריו וז"ל: והם אמרו אומן קונה בשבח כלי ומקדשין בו את האשה ואינו אלא שומר שכר, דתנן (ב"מ דף פ.) כל האומנין שומרי שכר וכו', עכ"ל יעו"ש.

ודבריו לכאורה תמוהים, דהא אומן אינו קונה אלא בשבח הכלי, וגוף הכלי עדיין של הבעלים בקנין גמור, ואין האומן יכול לקדש את האשה אלא בהשבח שהשביח בהכלי, ומה שהאומן שומר שכר הוא על גוף הכלי, וחייב על הגניבה ואבידה, אבל למה יתחייב באונסים על אף הכלי הואיל ואין לו בה זכיה כלל, ועיין

דגניבה ואבידה חייב בתשלומין, ונמצא דאין החיוב בגניבה ואבידה בא על ידי קבלת שכר, אלא על ידי חיוב השבת המשכון המחייבו בשמירה מעולה, והיינו נמי סברת התוס' בקדושין (דף ח:), ועיימש"נ בשי"ב פכ"ה.

לפי זה מתבאר מה שתלה רש"י דין משכון בשעת הלואה בדין משכון שלא בשעת הלואה, דאם קונה משכון שלא בשעת הלואה עד כדי כך דאית ליה חיוב השבה מדין ממוני גבך, אם כן במשכון בשעת הלואה יתחייב על כל פנים בהשבת המשכון שלא מדין ממוני גבך, ואין הכי נמי דאינו מתחייב באונסים על ידי כך, יתחייב על כל פנים בגניבה ואבידה, כמש"נ, ומסיק דליכא לדמויה, ואין חיובי שמירה דאית ליה עליו כדי שיוכל לקיים חיוב השבת המשכון מחייבים אותו בתשלומין כלפי הלוה, ודינא דנפשיה הוא שצריך לשמור המשכון היטב כדי שיוכל להחזירו, ולא נעשה על ידי כך פושע כלפי הלוה אלא אם כן קיבל עליו להדיא שמירת גניבה ואבידה, ואע"ג דמחויב בהשבת המשכון, אם נאבד מן העולם אינו צריך לשלם אלא אם כן קיבל עליו תורת שומר, וכן היא נמי שיטת התוס' דלא חשיב שומר שכר אלא אם כן קיבל איזה הנאה, אבל על ידי חובת השבת המשכון גרידא לא, ודו"ק.

ועל יסוד מחודש זה דקנין בממון חבירו מחייב השבה של ממוני גבך הקשה המלחמות שפיר מאומן קונה בשבח כלי, דאין הכי נמי דאין האומן קונה אלא השבח ולא גוף הכלי, ואינו יכול לקדש אשה אלא בהשבת, מכל מקום הרי אין השבח מסוים שיוכל להצביע כאן הוא השבח וכאן הגוף, אלא הנסרים עצמם ששיפן נשתבחו, ונמצא דבכל הנסרים יש לאומן קנין לגבי השבח, והרי זה קנין בכל החפץ לגבי הוצאת השבח ממנו, ואע"ג דבורדאי אין קנין זה פוגע ומפריע בקנין הבעלים על גוף הכלי להקדישו או לקדש בו אשה וכיוצא בו, מכל מקום קנין האומן מתפשט בכל הכלי.

ואם כן הוא, כיון שיש להאומן קנין בכל הכלי לגבי השבח שבו, דין הוא לפי שיטת רש"י הנ"ל, שיחול עליו חיוב השבה להוציא חפץ חבירו מתחת ידו או להביאו לידי גמר

ומוכח דרש"י ס"ל דכל שיש לו קנין בממון חבירו נתחייב בהשבה, ורק אם בא לו הקנין על ידי מכר או מתנה נשאר הממון בידו בלי שום חיובים, אבל אם זכה קנין בממון חבירו לאיזה דין ושעבוד חל עליו חיוב להחזיר הממון לבעלים או לגמור ולקיים דינו שבגללו החזיק בממון חבירו, אבל לא שייך הדבר שממון חבירו ישאר בידו, ולכן כשקנה המלוה קנין בהמשכון שהוא ממון הלוה חל עליו חיוב השבה של ממוני גבך להוציאו מתחת ידו ולהחזירו או להביאו לידי גמר וליפרע חובו ממנו, אבל אינו יכול להישאר במצב כזה, וכיון שחל עליו חיוב השבה על ידי הקנין שזכה נתחייב נמי באונסים, דגם אחר האונס עדיין חובה עליו לקיים השבה, ואינו נפטר מכך על ידי מה שנאנס ואי אפשר לו להחזירו לבעלים.

והני ראשונים דפליגי עליה דרש"י ס"ל דליכא חיוב השבה אלא כשיצא מרשות הבעלים ונכנס לרשותו, אבל רש"י למד דכל שזכה קנין בממון חבירו נתחייב בהשבה של ממוני גבך אף אם לא יצא מרשות הבעלים, והיינו נמי מאי דקאמר בסנהדרין דשואל חייב באונסים דאוקמיה רחמנא ברשותיה לענין אונסים, ואין זה לומר דרגע קודם האונס התורה מקנהו לו, אלא דמיד זוכה השואל בהחפץ הנשאל אע"ג דלא יצא מרשות הבעלים, ומטרת הך קנין אינו אלא להא גופא לחייבו בהשבה, וממילא אם נאנס חייב לשלם.

לפי זה נוכל לבאר מה שכתבנו בשיטת רש"י דאם שלא בשעת הלואה קונה משכון להתחייב באונסים אם כן בשעת הלואה יתחייב על כל פנים בגניבה ואבידה, דס"ל לרש"י דהא דאיכא חיוב גניבה ואבידה במשכון בשעת הלואה לאו משום שיהא לו איזה הנאה או קיבול איזה שכר, אלא היינו טעמא משום דחל עליו חיוב החזרת המשכון על ידי הא דנתחייב בשמירה, ואין זה השבח מדין ממוני גבך, כנ"ל, דהא אין לו קנין בגוף המשכון, אלא חיוב השבת המשכון הוא, וחיוב זה מחייבו בשמירה מעליא עד כדי כך שיוכל לומר מאי הוה ליה למיעבד, דהיינו אונסים, ופחות מכאן הוי גניבה ואבידה, וכיון שנתחייב בשמירה אם לא שמר כשיעור

ביטלו, יעו"ש, וכן כתב הש"ך בסי' ע"ב סק"ט בשם בעל העיטור, יעו"ש.

וְאִם הקשו הרמב"ן ובעל העיטור אלא מגונא דנאבד באונס, דאז ליכא חיוב תשלומין, אבל אם אירע גניבה ואבידה לא הוקשה להם, דהא גם לשיטת התוס' חייב בתשלומין בגניבה ואבידה, ושפיר הוה ליה לאו הניתן לתשלומין, אבל קשה דהלא הא דחייב בגניבה ואבידה לכאורה הוא מדין שמירה, דהוא מרויח במה שיש לו משכון בידו, שהרי יכול לקדש בו את האשה, כמו שכתבו התוס' בקדושין (דף ה:) בד"ה משכון, יעו"ש, ועל ידי זה נעשה עליו שומר שכר וחייב בגניבה ואבידה, ואין חיוב תשלומין זה שייך כלל להלאו דנטילת המשכון בעל כרחו דלוה, אלא חיוב חדש הוא שחל עליו כשנעשה שומר שכר אחר הנטילה, ואם כן גם אם אירע גניבה ואבידה לא היה לו להיחשב כלאו הניתן לתשלומין לשיטת התוס', ולמה לא הקשו הרמב"ן ובעל העיטור אלא מנאבד באונס.

וְנִרְאָה לכאר דבריהם עפ"מש"נ בשי"ב פט"ו בשיטת רש"י ובדברי המלחמות דאם קונה משכון שלא בשעת הלואה להתחייב באונסים אהני נמי בשעת הלואה לחייבו בגניבה ואבידה, ונתבאר לן דרש"י ס"ל דכל שיש לו קנין בממון חבירו יש לו חיוב השבה מעליא, ואם כן מסתברא דאע"ג דבשעת הלואה אין לו קנין בה, יש לו על כל פנים חיוב השבה על ממון חבירו, וחייב להשיב לו את שלו, ואינו נפטר מחיוב זה אלא על ידי אונס, דמאי הוה ליה למיעבד, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דגם התוס' הלכו בדרך זה לענין עיקר יסוד החיוב במשכנו שלא בשעת הלואה, דהתורה הטילה עליו חובת השבת המשכון, וחייב להשיב ללוה את ממונו, אלא דהתוס' ס"ל דאי משום הא לא היה צריך לטרוח כל כך בהשבת המשכון, והיה יוצא ידי חובתו בשמירה פחותה שלא פשע בה, אבל כיון שיש לו נמי הנאה מן המשכון, שיכול לקדש בו את האשה, מסתברא מלתא דחיוב השבה מחייבתו אפילו בשמירה כנגד גניבה ואבידה, ואינו נפטר מחיובו אלא על ידי אונס, דמאי הוה ליה למיעבד, ונמצא דלא דמי חיוב גניבה ואבידה במשכון לחיוב גניבה ואבידה דשומר

ולגבות שבחו, אבל להישאר כמות שהוא אי אפשר, וכיון דאיכא על האומן חיוב השבה היה צריך להיות הדין דאם נאנס חייב לשלם, ותנן האומנין שומרי שכר הן, אלא מוכח דכל דבר שלא הוציא מרשות בעליהם לא חל עליו חיוב השבה, ודלא כמו שכתב רש"י, ואם כן הוא הדין במשכון אין הקנין מחייב המלוה באונסים אלא בגניבה ואבידה בלבד ומדין שומר שכר, ודו"ק.

פרק טז

בו יובא שיטת התוס' דמלוה שנטל משכון שלא בשעת הלואה פטור מן האונסים, ויבואר קושית הרמב"ן מהא דאיסור נטילת משכון בעל כרחו דלוה הוי לאו הניתן לתשלומין.

[כבא מצינא פב.] דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה משכון צדקה מנא ליה, מכאן לבעל חוב שקונה משכון יעו"ש. ונחלקו בזה רש"י בסוגיין והתוס' בשבועות (דף מד:) בד"ה מכאן, יעו"ש, רש"י ס"ל דקני להתחייב באונסים, והתוס' ס"ל דפטור מן האונסים אבל חייב בגניבה ואבידה יעו"ש.

והרמב"ן במלחמות שם בשבועות הקשה על שיטת התוס' מהא דאמרינן במכות (דף טו:), והא איכא גזל דרחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזילה, משכון דרחמנא אמר לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו השב תשיב לו העבוט כבא השמש, ומשכחת לה בקיימו ולא קיימו וביטלו ולא ביטלו, התם כיון דחייב בתשלומין אין לוקה ומשלם יעו"ש. ומבואר שם דלא משכחת לה מלקות על לאו דנטילת משכון בעל כרחו דלוה, דאפילו אם יתבטל העשה המנתקו ללאו עדיין הוה ליה לאו הניתן לתשלומין, ובשלמא לשיטת רש"י דחייב באונסים אם כן לעולם איכא חיוב תשלומין במשכון ולא שייך בו מלקות, אבל לשיטת התוס' דפטור באונסים שפיר משכחת לה מלקות למאן דאמר קיימו ולא קיימו היכא דנאבד באונס, דהשתא לא הוי ניתק לעשה וגם חיוב תשלומין ליכא, ותירץ דמכל מקום קאמר שפיר דלא משכחת לן בביטלו ולא

חייב לו, ואין צריך לומר אם נכנס לתוך בית חבירו ומשכנו שהוא גזלן, שנאמר בחוץ תעמוד עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי הרמב"ם דאיסור לא תעבט הוה מעין איסור גזילה, ולכאורה נראה מזה דהאיסור הוא על הגוביינא והקנין שהוא קונה בגוף המשכון בעל כרחו דלוה, דאם האיסור הוא על עצם נטילת המשכון הרי כפשוטו אין בזה צד גזילה, שהרי אינו משמט החפץ אלא מניחו בגלוי ואוחז בו על דעת בית דין, ועדיף טובא מגונב על מנת למיקט דאסור משום לא תגנוב, כדאיתא בבבא מציעא (דף סא:), דהתם איכא על כל פנים מעשה גניבה שהחפץ נעלם ונאבד מבעליו, מה שאין כן במשכון שהחפץ בעין והוא תפוס בו על דעת בית דין, אלא נראה דהצד גזילה הוא הגוביינא שקנה שעבוד בממון חבירו בעל כרחו, ועבירת הלאו לא הוי על הפעולה של נטילת גוף החפץ אלא על הגוביינא שהוא זוכה בו, כמש"נ.

והנה הא דחייב בתשלומין היכא דנאבד המשכון מבואר בסוגיין (דף פב.) ובשבועות (דף מד.) דהיינו טעמא משום דבעל חוב קונה משכון וכדרכי יצחק, יעו"ש, ומבואר שם בגמרא דלא קאמר רבי יצחק דבעל חוב קונה משכון אלא שלא בשעת הלואה, ופירש רש"י משום דנטלו לגוביינא, מה שאין כן בשעת הלואה דלא נטלו אלא לזכרון דברים בעלמא, אולם הרי"ף בשבועות שם פסק דבעל חוב קונה משכון בין שלא בשעת הלואה בין בשעת הלואה, ובנמוקי יוסף הביא מקור לדבריו מסוגיא דפסחים (דף לה.) וגיטין (דף לו.), יעו"ש, וגם הרמב"ם פסק בפ"י שכירות הל"א דבעל חוב קונה משכון בין שמשכנו שלא בשעת הלואה בין שמשכנו בשעת הלואה כסוגיא דפסחים וגיטין, וכשיטת הרי"ף, כנ"ל.

והשתא לפי הסוגיות דבבא מציעא ושבועות דאין בעל חוב קונה משכון אלא שלא בשעת הלואה, הרי החיוב תשלומין משום הגוביינא, דהתורה עשאתו שומר שכר הואיל ונטלו לגוביינא, אבל בשעת הלואה שלא נטלו אלא לזכרון דברים בעלמא לא עשאתו התורה שומר שכר, אבל לפי הסוגיות דפסחים וגיטין דבעל חוב קונה משכון אפילו בשעת הלואה אין

שכר דעלמא, דבכל מקום חיובו משום קבלת אחריות, אבל במשכון חיובו משום חיוב השבה שחל עליו על ידי נטילת המשכון, כמש"נ, ואם נגנב או נאבד שפיר חשיב החיוב ממון כתשלומין על נטילת המשכון, והוי לאו הניתן לתשלומין וליכא מלקות, ולכן לא הקשו אלא מהיכא דנאבד באונס, ועיימש"נ בשיטת הרמב"ם בשי"ב פ"ז.

פרק יז

בו יבואר שיטת הרמב"ם דאם המלוה חטף משכון בעל כרחו דהלוה אינו לוקה כשהמשכון בעין דהוי לאו הניתק לעשה אולם אם נאבד מפסיד חובו ולוקה אע"ג דניתן לתשלומין.

בבא מציעא פב.] דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה משכון צדקה מנא ליה, מכאן לבעל חוב שקונה משכון יעו"ש. וכתב הרמב"ם פ"ג מלוה ולוה הל"ד וז"ל: המלוה את חברו אחד עני ואחד עשיר לא ימשכנו אלא בבית דין וכו', עבר בעל חוב ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה, שהרי ניתק לעשה, שנאמר השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש, ואם לא קיים עשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה, ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין עכ"ל יעו"ש.

והמגיד משנה הקשה על דברי הרמב"ם מהא דאיתא במכות (דף טו.), ותו ליכא והא איכא גזל דרחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזילה, משכון דרחמנא אמר לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו השב תשיב לו העבוט כבא השמש, ומשכחת לה בקיימו ולא קיימו וביטלו ולא ביטלו, התם כיון דחייב בתשלומין אין לוקה ומשלם, יעו"ש. ומבואר דאפילו אם אין המשכון בעולם, ותו לא שייך לקיים העשה המתק ללאו, מכל מקום אינו לוקה דהוי לאו הניתן לתשלומין, והרמב"ם הרי כתב דאע"ג דחייב בתשלומין ומחשב דמי המשכון לוקה, יעו"ש.

והנה עיימש"ה הרמב"ם פ"ג גזלה ואבידה הלט"ז וז"ל: החוטף משכון מיד הלוה שלא ברשות בית דין הרי זה גולן אע"פ שהוא

לתשלומין, יעו"ש, ואם נאמר דכן הוא דעת הרמב"ם הדרא קושית המגיד משנה למקומה, דהא עבירת הלאו גורמת חיוב אונסים, ואם כן שפיר הוי לאו הניתן לתשלומין, ולמה פסק הרמב"ם דלוקה, והרמב"ם מחלק בין משכנו ברשות ומשכנו שלא ברשות, ומה שכתב בהל' שכירות דהוי כשומר שטר היינו רק במשכנו ברשות, היה לו לחלק כן להדיא, והיה לו להזכיר בהל' מלוה ולוה דהוי כגולן להתחייב באונסים, וצריך עיון, אמנם אם נאמר דהרמב"ם אזיל בשיטת הרמב"ן והעיסור דגם במשכנו שלא ברשות אינו חייב אלא על גניבה ואבידה, אם כן אין עבירת הלאו מוסיף בו שום חיובי תשלומין, ועצם החיוב תשלומין דבעל חוב קונה משכון לא הוי בשביל הגוביינא אלא בשביל עצם הפעולה של נטילת המשכון, ועבירת הלאו לא הוי אלא על הגוביינא, ולא הוי לאו הניתן לתשלומין, כמש"נ.

פרק יח

בו יובאו דברי התוס' דאם בעל חוב קונה משכון הוה עליה שומר שטר כיון שיכול לקדש בו אשה, וידון למה לא הוי שומר שטר דהרי חוב שיש עליו משכון שוה יותר לימכר בשוק.

[בבא מציעא פב.] דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה משכון צדקה מנא ליה, מכאן לבעל חוב שקונה משכון יעו"ש. ונחלקו בזה הראשונים, דרש"י ס"ל דקונה משכון להתחייב באונסים, אבל התוס' ס"ל דאינו חייב באונסים אלא בגניבה ואבידה כשומר שטר, ועיימש"נ בשי"ב פט"ז. וכתבו התוס' לקמן (דף פב:) בד"ה אימור וז"ל: וצריך לפרש מאיזה טעם יהיה שומר שטר, דאי חשיב קנין גמור אפילו באונסין יתחייב, ואי לא חשיב קנין גמור לא יהא אפילו שומר שטר. ויש לומר דבההיא הנאה שיכול לקדש בו את האשה כדאמרין בפרק קמא דקדושין (דף ח:) דקדשה במשכון דאחרים מקודשת ולקנות בו עבדים וקרקעות הוי עליה שומר שטר וכו' עכ"ל יעו"ש.

ועיין לעיל (דף פ:) בתוד"ה דקא תפיס ליה וז"ל: ואם תאמר הא דתנן הלוהו על המשכון

חיוב תשלומין שייך לגוביינא כלל, דכל שנטל משכון אפילו בשעת הלוואה דלא הוי אלא לזכרון דברים בעלמא עשאתו התורה עליו שומר שטר להתחייב בתשלומין, כמש"נ.

ולפי זה נראה דסוגיא דמכות אזלא בדרך הסוגיות דבבא מציעא ושבועות הסמוכות לה בסדר נזיקין דבעל חוב קונה משכון דוקא שלא בשעת הלוואה, ונמצא דהחיוב תשלומין הוא בא על ידי הגוביינא, ואם כן היכא דחטף המשכון ועבר על לא תעבט, שהאיסור הוא הגוביינא ולא עצם הפעולה של נטילת המשכון, כמש"נ, הרי גרם לו הך גוביינא דאיסורא חיוב תשלומין, דהא בעל חוב קונה משכון, והוה ליה לאו הניתן לתשלומין ואינו לוקה.

אבל הרמב"ם פסק כסוגיות דפסחים וגיטין, כנ"ל, דבעל חוב קונה משכון אפילו במשכנו בשעת הלוואה, ולא בא החיוב תשלומין על ידי הגוביינא אלא על ידי הפעולה של נטילת המשכון, ואפילו נטלו לזכרון דברים בעלמא עשאתו התורה שומר שטר על המשכון, כמש"נ, ואם משכנו שלא בשעת הלוואה בעל כרחו דלוה וזכה בה גוביינא בעבירה אין זה מוסיף כלל בחיוב תשלומין דידיה, דגם בלאו הגוביינא נתחייב בתשלומין, ואם כן לא הוי לאו הניתן לתשלומין, וכל זמן שהמשכון בעין אינו לוקה דהוי ניתק לעשה דהשב תשיבם, אבל כשנאבד המשכון לוקה דלא ניתן הלאו לתשלומין, כמש"נ.

וכפ"ז זה אתי שפיר לפי דעת הרמב"ן במלחמות שם בשבועות והעיסור הובא בש"ך סי' ע"ב סק"ט שהקשו לשיטת התוס' דבעל חוב קונה משכון להתחייב בגניבה ואבידה כשומר שטר מההיא דמכות דאינו לוקה משום דניתן לתשלומין, ולשיטת התוס' הרי ניתן לתשלומין כשנאנס, ועיימש"נ בשי"ב פט"ז, ולדידהו ליכא תוספת חיוב תשלומין כשמשכנו בעבירה, כמש"נ, אולם הש"ך שם רצה ליישב קושיתם דאפילו לשיטת התוס' דבעל חוב קונה משכון רק להתחייב בגניבה ואבידה כשומר שטר, היינו במשכנו ברשות אבל משכנו שלא ברשות חייב באונסים, ומשום הכי לעולם הוי לאו הניתן

ההיא אמתא בפריטי, לא הוו בהדייהו אותיבי נסכא עליה, לסוף אייקר אמתא, אתו לקמיה דרבי אמי אמר להו פריטי אין כאן נסכא אין כאן יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: מנה אין כאן, הלכך משכון אינו שוה כלום, שאין המשכון מתנה עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק במה שכתב שאין המשכון מתנה, והלא אפילו אם היה נותן לה להדיא אמר לה התקדשי לי במנה, ורצונו לקדשה בהחוב שמקבל על עצמו ולא בהמשכון.

ולכאורה כונתו למה שכתבו התוס' בד"ה מנה אין כאן משכון אין כאן וז"ל: פירוש ואינה מקודשת, לפי שהאשה נקנית בכסף, והכסף אינו בעין היאך יקנה, שאין המשכון תחת הכסף, כיון שלא ישאר ביד האשה וכו' עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פ"כ, ולהכי הוצרך לומר משכון אין כאן, לא מפני דסלקא דעתין דמקודשת על ידי עצם המשכון, דהא אמר להדיא שמקדשה במנה, אלא מפני דסלקא דעתין דהמשכון עומד במקום המנה לתת לו דין כסף, ועל זה קאמר דמשכון אין כאן, ואינו עומד במקום המנה, וכן מדויק ממה שכתב רש"י לגבי ההיא אמתא וז"ל: פריטי אין כאן, שהתנו עליה, הלכך נסכא שהוא משכון אין כאן להיות במקומו לקנות, שאם נתנו הפרוטות היתה קנויה להם דעבד כנעני נקנה בכסף עכ"ל יעו"ש. ומבואר מלשונו דהחסרון הוא בקנין כסף, כמו שכתבו התוס', ומשכון אין כאן היינו שאינו עומד במקום החיוב לתת לו דין כסף.

ועל זה כתב רש"י דאילו היה נותן לה המשכון במתנה, כלומר שנותן לה במתנה אלא שמשׁייר לעצמו שיכול לפדות המשכון ממנה על ידי פרעון החוב, אז היה המשכון עומד במקום החוב לתת לו דין כסף, והוי כמתנה על מנת להחזיר, ואע"ג דאמרינן לעיל (דף ט:) דאם מקדשה במתנה על מנת להחזיר אינה מקודשת יעו"ש, היינו משום שמקדשה בעצם המתנה שעליה להחזיר, אבל הכא מקדשה בהמנה שנתחייב לה, וגם משכון שנתן לה במתנה על מנת להחזיר יכול לעמוד תחת המנה לתת לו דין כסף, ועדיף משכון כזה ממשכון שצייר רבינו חיים כהן בשם

שומר שכר, ודחיק לאשכוחי טעמא בגמרא דהוי שומר שכר כדשמואל או כדרב יוסף, לימא טעמא דבההיא הנאה דתפיס ליה אחוביה הוי שומר שכר, ויש לומר דהתם לא איתהני ליה מידי, דאין מרויח במה שהלוה ממה שלא היה מלוה ולא היה לו משכון עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק למה לא נימא הכי נמי לגבי היכולת לקדש במשכון את האשה, דהא אילו לא הלוה המעות היה יכול לקדשה בהמעות, ואיזה ריוח יש לו במה שיכול עכשיו לקדשה בהמשכון, ואולי היינו טעמא משום דאינו צריך לטלטל כל המעות, אלא בטלטול המשכון בלבד יכול לקדשה כאילו נתן לה כל המעות.

אולם קשה טובא דהנה מצינו לעיל (דף ט:) ובבבא בתרא (דף קמז:) וכן בכמה מקומות דאין החוב שוה כל דמיו כמו שכתוב בשטר אלא שויות החוב הוא כפי מה שיוכל למוכרה בשוק, ונקבע המחיר כפי מצב הגביה אם קרוב לזמן הפרעון, ואם הלוה יש לו הרבה נכסים וכהנה וכהנה, ולכן אם הלוה לחבירו מאה זוזי שוב אין החוב שוה לו אלא שמונים זוז למשל, ולכאורה עולה על השכל דאם יש לו משכון על החוב, ועל ידי זה נתקרבה גביתו קצת, יעלה שויות החוב לכל הפחות זוז או חצי זוז או אפילו פרוטה, ונמצא שיש לו ריוח מסוים במה שנטול משכון מן הלוה, ולמה לא נאמר דנעשה שומר שכר על ידי ריוח זה, ולמה לא הזכירו הראשונים צד זה כלל, וצריך עיון.

פרק יט

בו יבוארו דברי רש"י דקידשה במנה והניח לה משכון אינה מקודשת דמנה אין כאן הלכך משכון אינו שוה כלום שאין המשכון מתנה, ואע"ג דאפילו היה מתנה הרי קידשה במנה.

[קדושין ח.] אמר רבא אמר רב נחמן אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן, איתחייב רבא לרב נחמן קידשה במשכון מקודשת, התם במשכון דאחרים וכדרכי יצחק, דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה צדקה מנין, מכאן לבעל חוב שקונה משכון. בני רב הונא בר אבין זבון

והניח לו משכון עליה לא קנה המנה במשיכת המשכון, ואין לחלק בין מתנה לקדושין, ורבינו חיים כהן בשם ר"ת אומר שאם אמר אדם לחבירו אתן לך מנה במתנה והילך משכון עליו ואל תחזיר לי המשכון עד שאתן לך המנה, דאז ודאי יכול לעכב המשכון עד שיתן לו המנה וכו' עכ"ל יעו"ש.

ורבו הדקדוקים בדברי התוס', מתחלה כתבו דהא דאינה מקודשת במנה הוא משום דלקדושין בעינן כסף וכיון שאין המנה בעין ליכא כסף, וצריך ביאור דהרי אמרינן לקמן (דף 67) דיכול לקדשה בשטר חוב דאחרים, וכתבו התוס' שם בד"ה לעולם וז"ל: אבל כשנתן לה המלוה דאחרים נותן לה דבר חדש שלא היה בידה קודם אמר דמקודשת, דנהי דאין המלוה בעין, מכל מקום זכות הוא לו כאילו היה בעין עכ"ל יעו"ש, הרי דחוב חשיב כסף אע"ג דאינו בעין, וכבעין דמי, אלא דהחילוק הוא דהתם כבר איכא החוב בעולם קודם הקדושין, וכשנותן לה החוב שיש לו על אחרים הרי זה נחשב שנותן דבר שהוא בעין וקיים בזה דין כסף קדושין, אבל כשמחייב עצמו לתת לה מנה לשם קדושין, הרי אין שום חוב בעולם קודם שנתקדשה לו, ורק על ידי חלות הקדושין יבא החוב לעולם, אכן כיון דבשעת מעשה הקדושין ליכא חוב בעולם אינה מקודשת, ואי משום שאחר הקדושין יהא בידה דבר חשוב, מכל מקום בשעת הקדושין לא היה עדיין החוב בעולם, וליכא כסף לפעול הקדושין מתחלה.

שוב כתבו התוס' שאין המשכון תחת הכסף כיון שלא ישאר ביד האשה, וכונתם בזה, דאין הכי נמי דקידשה בהמנה ולא בהמשכון, שהרי אמר התקדשי לי במנה, כנ"ל, מכל מקום סלקא דעתין דכיון שמסר לה משכון על המנה יהני המשכון להחשיב המנה לכסף, שהרי המשכון עומד תחת הכסף, והרי הוא מוסר לה דבר שהוא בעין, ואין הכי נמי דאין המשכון ראוי לגביה אלא אם כן חל חיוב המנה, מכל מקום נאמר דכיון שעל ידי המשכון חשיב התחייבות של מנה ככסף, אם כן חלין הקדושין ונתחייב בהמנה, והרי אית לה גביה בהמשכון, וכתבו התוס' דזה אינו כיון שלא ישאר המשכון

ר"ת הובאו דבריו בתוס' הנ"ל, דבמשכון ההוא אינו נותן לה שום קנין בהמשכון, רק נתינת רשות לעכבו בידה, ועיימש"נ בשי"ב פ"כ, אבל הכא הרי המשכון קנוי לה ויכול לעמוד במקום החוב לתת לו דין כסף, אלא דמכל מקום אמרינן משכון אין כאן, שהרי לא נתנו לה בתורת מתנה אלא בתורת משכון גרידא לזכרון דברים, וכיון דמנה אין כאן משכון אין כאן, ואין המשכון שוה כלום, ואינו עומד במקום המנה.

וזהו מה שכתב רש"י בד"ה במשכון דאחרים וז"ל: שהיה בידו וקדשה בחוב שיש לו עליו הלכך מקודשת שהמשכון עצמו קנוי לה עכ"ל יעו"ש, דאתיא ברייתא כרבי יצחק דבעל חוב קונה משכון, ויש לו בו קנין גמור עד שיפדה, כמו שכתבו התוס' בד"ה משכון דאחרים, יעו"ש, והרי מנה יש כאן שהאחרים כבר נתחייבו בהחוב, וממילא משכון יש כאן, וכשמוסר לה המשכון הרי המשכון עצמו קנוי לה, ומשכון כזה עומד במקום המנה, ועל ידי מסירת המשכון הוא מקנה לה המנה שביד האחרים, והרי היא מקודשת בהחוב כמו שאמר התקדשי לי במנה ולא בהמשכון, ולפי זה יש לקיים הגירסא שלפנינו שהמשכון קנוי לה, ואין צריכים להגיה שהמשכון קנוי לו, כמו שהגיה הב"ח, יעו"ש, דכיון שהמשכון עצמו קנוי לה הרי הוא עומד במקום החוב, וכמש"נ.

פרק כ

בו יבוארו דברי התוס' דמנה אין כאן משכון אין כאן כיון שלא ישאר ביד האשה וכמו כן נמי לא מהני מסירת המשכון באומר אתן לך מנה במתנה דאין לחלק בין מתנה לקדושין.

[קדושין ח.] אמר רבא אמר רב נחמן אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן וכו' יעו"ש. וכתבו התוס' וז"ל: מנה אין כאן משכון אין כאן, פירוש ואינה מקודשת לפי שהאשה נקנית בכסף והכסף אינו בעין היאך יקנה, שאין המשכון תחת הכסף כיון שלא ישאר ביד האשה, ודאי אי אמר לה התקדשי לי במשכון זה והמשכון יהיה שלך, פשיטא דמקודשת, וכמו כן אם אדם אומר לחבירו אתן לך מנה במתנה

לחלוטין, והרי המשכון שלה על כל אופן, ומהני נמי משכון כזה שיחול עליו ההתחייבות של מנה שלא היה בתורת קדושין אלא בתורת התחייבות, וממילא חל על המשכון תורת משכון לגבי ההתחייבות ויכול לפדותו מידה בתשלומי המנה, שמשרכת משכון כזה מהני לקנות החוב הואיל ונותנו לה לחלוטין, כמש"נ, ואם אינו משלם יכולה לגבות חובו מן המשכון, ושוב אינה צריכה לצד מתנה שבו, אבל אם אמר התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה ואמר המשכון יהיה שלך במתנה בכל אופן אינה מקודשת, שהרי קידשה בהמנה ואין משכון כזה עומד במקום המנה לתת לו דין כסף, שהרי מצד המשכון שבו אינו שלה לחלוטין, דאם אין הקדושין חלין צריכה להחזיר המשכון, והא דאינה צריכה להחזירו הוא משום שיש בו נמי צד מתנה, אבל צד מתנה אין לו שום שייכות להמנה, ולכן אין משכון כזה עומד במקום המנה לתת לו דין כסף, ורק אם אמר לה התקדשי לי במשכון זה מקודשת, דהמשכון עצמו יש לו דין כסף הואיל ונותנו לה לחלוטין, וכמש"נ, ואם כן לא הוי משכון כלל.

ואחר כך כתבו התוס' דכמו כן אם אמר אדם לחבירו אתן לך מנה במתנה והניח לו משכון עליה לא קנה המנה במשיכת המשכון, דאין לחלק בין מתנה לקידושין, כנ"ל, אולם לכאורה יש חילוק גדול בין מתנה לקידושין, דהא לקדושין בעינן כסף, כמו שכתבו התוס' בתחלת דבריהם, ולמתנה לא בעינן כסף. ועוד יש לדקדק דבמתנה כתבו התוס' דאין משיכת המשכון קנין על המנה, ולא חל החיוב כלל, ולגבי קדושין כתבו דאין המנה חשיב כסף, ולא הזכירו דאין משיכת המשכון קונה המנה.

אכן בזה נראה דלגבי קדושין יותר ראוי להביא טעמא דחסר כסף קדושין, ולא סגי בטעמא דאין משיכת המשכון קונה המנה, שהרי יש אופנים אחרים של התחייבות, כגון שכתב לו חייב אני לך מנה בשטר, כדאיתא בכתובות (דף קא:) יעו"ש, או שאמר אתם עדיי או שמסר לו סודר, ועיין ברמב"ם פ"א מכירה הל"טו ובמגיד משנה, יעו"ש, ואם חייב עצמו מנה לאשה גם

בידה, ולכן אין מסירת המשכון יכול לתת דין כסף בהמנה.

ואין כונתם דלא ישאר בידה דכשיתן לה המנה תצטרך להחזיר לו המשכון, דאם כן גם במשכון דאחרים לא ישאר בידה כשישלמו האחרים את חובם, וכן במקדשה בשטר חוב דאחרים ומקנה לה השטר בדרכי מכירת שטרות, והרי שיטת ר"ת מובא ברא"ש בכתובות (דף פה:) דאינו יכול למכור אלא השעבוד נכסים ולא השעבוד הגוף, ועיימש"נ בש"א פכ"ד, ונמצא שמקדשה בהשעבוד שיש לו בנכסי הלוה, והלא השעבוד לא ישאר בידה כשהלוה יסלקה בזווי, אלא לכאורה מבואר דאין זו כונת התוס', אלא כונתם דאם מקדשה במנה ומניח לה משכון עליה אינו נותן לה דבר לחלוטין, ולא דמי לשעבוד ומשכון דאחרים שזכתה בה לחלוטין, דהכא אינו נותן לה זכות בהמשכון אלא אם הקדושין חלין, ואם ליכא קדושין צריכה להחזיר המשכון, ואין בכח משכון כזה לעמוד במקום הכסף לפעול הקדושין, דכיון דקדושין עדיין אין כאן גם המשכון אין כאן, וליכא משכון לפעול הקדושין.

והוסיפו התוס' דאכן אם אמר לה התקדשי לי במשכון זה והמשכון יהיה שלך מקודשת, כנ"ל, וצריך עיון מהו המכוון במה שאמר המשכון יהיה שלך, ואין לומר דהיינו שהמשכון יהיה שלה בתורת מתנה, דאם כן אין זה משכון אלא מתנה בעלמא, ולא הוצרכו התוס' לאשמועינן דבכהאי גוונא מקודשת. עוד יש לדקדק בדברי התוס' אלו דלכאורה יש בזה שני שינויים מאוקימתא קמייתא, חדא דבקמייתא אמר לה התקדשי לי במנה ובבתייתא אמר התקדשי לי במשכון זה, ועוד דבקמייתא מיירי במשכון רגיל שלא ישאר ביד האשה ובבתייתא מיירי שאמר לה והמשכון יהיה שלך, ולא פירשו התוס' מה יהיה הדין אם אמר לה התקדשי לי במנה והמשכון יהיה שלך.

אלא נראה דכונת התוס' שנתן לה בתורת משכון ואם לא תוכל לגבות מדין משכון יהיה שלה בתורת מתנה, ואמירה זו מהני רק אם אמר לה התקדשי לי במשכון זה, דהמשכון יש לו תורת כסף הואיל ונותנו לה

כלום, כמש"נ, אבל רבינו חיים כהן ס"ל דשפיר מהני משיכת המשכון לקנות החוב, דאע"ג דלא ישאר המשכון בידו ואינו נותן דבר לחלוטין שיוכל המשכון לעמוד במקום המנה, ואין עליו תורת משכון דמנה אין כאן משכון אין כאן, מכל מקום הרי בדיני ממונות יכול אדם לומר לחבירו אתן לך מנה במתנה והילך משכון עליו ואל תחזיר לי המשכון עד שאתן לך המנה, ואז הדין הוא דיכול לעכב המשכון בידו עד שיתן לו המנה, ואין לו בהמשכון שום שעבוד וקנין, אלא הוא מדין נתינת רשות בעלמא, ועיימש"נ בש"א פכ"ה, ואין להמקבל שום זכויות במשכון כזה, ורק דיכול לעכבו בידו גם שלא בתורת משכון, ואפילו אם מצד הדין לא נתחייב הנותן ליתן לו המתנה, יכול לעכבו בידו כל זמן שאינו נותן לו מרצונו.

וס"ל לרבינו חיים כהן דכיון דבפועל אינו צריך להחזיר המשכון, ואע"פ שלא חל שום חיוב על הנותן, שפיר חשבינן ליה שנתן לו דבר לחלוטין הקשור לחלות ההתחייבות, ואהני משיכת דבר זה להקנות על ידי כך המתנה וחל על המקבל התחייבותו, ושוב הוה ליה נמי משכון גמור, ויכול המקבל לגבות חובו מן המשכון וגם משאר נכסי הנותן ואפילו מגלימא דעל כתפיה.

אבן מסירת דבר כזה שאין עליו תורת משכון אמיתית לא מהני אלא להקנאת החוב על ידי משיכתו הואיל וקשור להחוב בפועל, אבל לגבי קדושין לא מהני לקדשה בהמנה שעליה הניח המשכון, דנהי דמשיכת המשכון מהני למעשה הקנאת החוב, מכל מקום לחלות הקדושין בעינן נמי דין כסף, והרי בשעת המעשה ליכא עדיין מידי בעין ולית כאן כסף, וגם המשכון אינו עומד במקום המנה לתת לו דין כסף, שהרי אין המשכון קשור להמנה מצד הדין והשעבוד, אלא משום דבפועל אינה צריכה להחזירו משום נתינת רשות, כמש"נ, ולכן אין המשכון נותן להמנה דין כסף, שהרי מצד שהוא משכון המשועבד להחוב לא ישאר בידה, ומנה אין כאן משכון אין כאן, ואם כן איכא סברא מעליא לחלק בין מתנה לקדושין.

בדרכים אלו ואמר לה התקדשי לי במנה זו אינה מקודשת, שהרי אין כאן כסף קדושין, כמש"נ, וכן כתב הרשב"א לקמן (דף מז:) יעו"ש, ועיימש"נ בשיטת הראב"ד בשי"ב פכ"ד, ולכן כתבו התוס' טעמא דחסר כסף, משום דזה שייך גם היכא דליכא חסרון מצד המעשה התחייבות, והוסיפו התוס' דהמשכון אינו מועיל לתת להמנה דין כסף כיון שלא ישאר בידה, כמש"נ, ולענין הא מלתא מדמינן מתנה לקדושין, דכיון דאמרינן דאין המשכון עומד במקום הכסף לתת להמנה דין כסף, ולא חשיב שהמנה אית כאן על ידי המשכון שעומד במקומו, כיון שלא ישאר המשכון בידה לחלוטין אלא לגוביינא, ולכשישולם החוב יחזור המשכון למקומו, אם כן סברא היא דגם במתנה שמתחייב עצמו לחבירו וליכא דין כסף לא מהני משיכת המשכון להקנות החוב, דכיון שאין המשכון עומד במקום המנה לתת לו דין כסף, אינו עומד במקום המנה להקנותה על ידי מסירת המשכון, ואין סברא לחלק בין מתנה לקדושין, כלומר דלמא נחלק דאע"ג דאין המשכון נותן להמנה דין כסף מכל מקום אהני משיכתו להקנות החוב, אין סברא לומר כן, דמאחר שאינו קשור להחוב ואינו עומד במקומו, ואם מנה אין כאן משכון אין כאן, נמצא דמה שהוא מושך אין לו תורת משכון כלל, והיאך תהני משיכתו להקנות החוב.

והשתא הביאו התוס' בשם רבינו חיים כהן בשם ר"ת שאם אמר אדם לחבירו אתן לך מנה במתנה והילך משכון עליו ואל תחזיר לי המשכון עד שאתן לך המנה דאז ודאי יכול לעכב המשכון עד שיתן לו המנה, כנ"ל, ומלשון התוס' שכתבו רבינו חיים כהן אומר משמע דבא לחלוק על הקודם, וצריך עיון במה נחלק ומהו לשון זה שאמר שיוכל לעכב המשכון עד שיתן לו המנה.

ונראה דרבינו חיים כהן בא לחלוק על מה שכתבו התוס' בסמוך לעיל דאין לחלק בין מתנה לקדושין, וסברת התוס' היא דכיון דאין המשכון עומד במקום הכסף אין משיכתו קונה החוב, דאין משיכת המשכון נחשבת משיכת החוב, וממילא אין כאן משכון כלל, דמנה אין כאן משכון אין כאן, ואין משיכתו

פרק כא

בו יבוארו דברי התוס' שרצו להוכיח דלא אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן בהתחייבות מהא דפועלים שחזרו בדבר האבוד והבילתם ביד בעל הבית דנומלו לשכור פועלים אחרים.

[קדושין ח.] אמר רבא אמר רב נחמן אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה מנה אין כאן משכון אין כן וז"ל: ורבינו חיים כהן בשם ר"ת אומר שאם אמר אדם לחבירו אתן לך מנה במתנה, והילך משכון עליו ואל תחזיר לי המשכון עד שאתן לך המנה, דאז ודאי יכול לעכב המשכון עד שיתן לו המנה. ותימה מהא דאמר בהשוכר את האומנין (ב"מ דף ע"ה:) גבי השוכר את הפועלים להעלות פשתן וכל דבר שהוא אבוד מקום שאין שם אדם וחזרו בהן שוכר עליהן או מטען, וקאמרינן עד כמה שוכר עליהן אמר רב נחמן עד כדי שכרן, איתיביה רבא לרב נחמן עד ארבעים וחמשים זוז, התם כשבאת חבילה בידו, פירוש שבאו כלי אומנות של פועל ליד בעל הבית, והשתא כי באת חבילה בידו מאי הוי, הא מנה אין כאן משכון אין כאן, ויש לומר דלא דמי דהתם גרמו לו הפסד, ועוד שאין החבילה בתורת משכון אלא קנויה לו לשכור פועלים עכ"ל יעו"ש, וכן כתב הרא"ש, ועיימש"נ בשיטת רבינו חיים כהן בשי"ב פכ"ב.

והתוס' הקשו מסוגיא דהתם דהלא אין לחייב הפועלים מדין מזיק דהא אין החזרתם אלא גרמא בעלמא, ואם תאמר דאין זה גרמא בלבד אלא מזיק או על כל פנים גרמי, עדיין קשה דאם כן למה לי חבילה בידו, בלאו הכי נמי יגבה מכל נכסיו מדין מזיק, אלא מוכח דלאו מדין מזיק הוא אלא מדין התחייבות, שחייבו עצמם במסירת החבילה ליד בעל הבית, וחזינן דבהתחייבות לא אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן, ועל זה תירצו התוס' דשאני התם דגרמו לו הפסד, וצריך עיון דהא לא שייך התם דין מזיק, כמש"נ.

והנה עיין בבבא מציעא (דף י'), רב נחמן ורב חסדא דאמרי תרווייהו המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו וכו', איתיביה רבא לרב

נחמן מציאת פועל לעצמו, במה דברים אמורים בזמן שאמר ליה בעל הבית נכש עמי היום עצור עמי היום, אבל אמר לו עשה עמי מלאכה היום מציאתו של בעל הבית הוא, אמר ליה שאני פועל דידו כיד בעל הבית הוא, והאמר רב פועל יכול לחזור בו ואפילו בחצי היום, אמר ליה כל כמה שלא הדר ביה כיד בעל הבית הוא, כי הדר ביה טעמא אחרינא הוא דכתיב כי לי בני ישראל עבדים עבדי הם ולא עבדים לעבדים יעו"ש.

והקשו התוס' בד"ה יכול לחזור בו ואפילו בחצי היום וז"ל: ואם תאמר ומאי קא משמע לן והלא בפרק האומנין (לקמן דף ע"ז.) לא פליגי רבי דוסא ורבנן אלא דרבי דוסא סבר דיד פועל על התחתונה ורבנן סברי דידו על העליונה, אבל לכולהו יכול לחזור בו. ויש לומר דקא משמע לן דיכול לחזור בו וידו על העליונה כרבנן אפילו אם נתייקרו פועלים בחצי היום לאחר שחזר בו לא יפחת לו מחצי שכרו, ולכך מייתי מלתא דרב דכיון דידו על העליונה אם כן אין ידו כיד בעל הבית עכ"ל יעו"ש. וצריך עיון דמה ענין ידו על העליונה ליד פועל כיד בעל הבית, ומה לי כמה משתלם כשחזר בו, סוף סוף כיון שיכול לחזור חזינן דלא אלים שעבוד בעל הבית כל כך דליהוי יד פועל כיד בעל הבית.

והא דס"ל לרבנן דיד פועל על העליונה משכחת לה בשני ציורים, כמש"נ בטור סי' של"ג, יעו"ש, חדא הוא היכא דשכרו בבוקר לפעולת יום בח' דינרים ובאמצע היום חזר בו, ובאותה שעה כבר הוקרה פעולת יום ועמדה על י"ב דינרים, דהשתא צריך לשכור פועלים בששה דינרים לגמור העבודה, מכל מקום צריך לשלם להפועל ד' דינרים שכר חצי יום, ואע"פ שבעל הבית מפסיד בחזרתו שצריך לשכור פועלים ביוקר לגמור העבודה, והיכא דשכרו לפעולת יום בח' דינרים וחזר בו באמצע היום ואז כבר הוזלה ועמדה על ד' דינרים לפעולת יום, צריך הבעל הבית לשלם להפועל י' דינרים, ואע"פ שלא עשה אלא חצי יום עבודה ומחיר עבודתו לפי המדובר הוא ח' דינרים ליום וד' דינרים לחצי יום מכל מקום משלם לו ו' דינרים, והיינו טעמא משום דהפועל יש לו הבכירה שלא לחזור בו בפסיקת השכירות אלא להשלים עבודת היום על

ועיין שם בתוס' שכתבו דמותר לאדם להשכיר עצמו, דדוקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם, והקשה הרש"ש דהא גם עבד עברי יכול לחזור בו, דיוצא בגרעון כסף בעל כרחו של אדון, ובמרדכי שם בפרק האומנין שם יליף דפועל יכול לחזור בו מגרעון כסף, הרי דהוי דמיון מעליא, יעו"ש. אבל לפימש"נ אתי שפיר דהא דיוצא בגרעון כסף הוא מדין השלמה שמשלים ימי עבודתו על ידי נתינת ממון, וכן מתבאר מן הראשונים לקמן (דף יג:), ואין חזרה של השלמה על ידי ממון מנגדת לשעבודו, ורק חזרה של הפסקת השעבוד מורה על קלישת השעבוד, כמש"נ, ואם כן הא דעבד עברי יוצא בגרעון כסף אינו פוטרו מלעבור על עבדי הם, ואתי שפיר לפי זה נמי הא דבמרדכי יליף חזרה מגרעון כסף ומסוגיין יליף חזרה מלי בני ישראל עבדים, דהשתא יש לומר דבסוגיין מביא מקור לדין חזרה של הפסקת העבודה, ומגרעון כסף ילפינן דיכול להשלים על ידי ממון.

ולפי זה יש לבאר דברי התוס' בסוגיין, דהא דאמרינן דפועל יכול לחזור בו בפסיקת השעבוד הוא רק היכא דיש שם אדם, אבל במקום שאין שם אדם הרי יש בכלל התחייבות הפועל שלא יוכל לחזור בו, וכן מדויק בלשון הרמב"ם פ"ט שכירות הל"ד וז"ל: אבל בדבר האבוד וכו' אינו יכול לחזור בו עכ"ל יעו"ש, וכן כתב המחבר בס"י של"ג סעי' ד', יעו"ש, אלא בעל כרחו הוא משלים עבודתו או על ידי עצמו או על ידי ממון, ומשום הכי שוכר עליהן עד כדי שכרם, לא מפני התחייבות חדשה לענין הא, אלא מעיקר הדין דהפועל חייב להשלים עבודתו על ידי ממון, אולם לא סמכה דעתו לחייב עצמו על כך במה שנשכר לו להיות פועל אלא כנגד סכום שכרו, אבל היכא דבאת חבילה בידו סמכה דעתו כנגד כל שיווי החבילה וחייב לשלם מדין השלמת העבודה ולא מדין התחייבות חדשה, וזהו מה שכתבו התוס' דבמקום שהם גרמו לו ההפסד אינו יכול לחזור בפסיקת השעבוד אלא בעל כרחם צריכים להשלים עבודתם עד כנגד שכרם או חבילתם דסמכה דעתם על כך ולא שייך לענין זה מנה אין כאן משכון אין כאן.

ידי נתינת ממון לבעל הבית לשכור פועלים לעמוד תחתיו, וזהו לשון הטור דנותן לו ו' דינרים ומעכב לעצמו שני דינרים לשאר היום, אולם היכא דהוקרה מחיר השכירות דהשתא על ידי השלמה יפסיד הפועל, מכל מקום לא יפחות לו מחצי השכר שהתנו עליו בבוקר.

היוצא לנו דאיכא שני אופנים של חזרה משכירות, חדא היא הפסקת השכירות לגמרי, ועוד איכא חזרה שלא נפסק על ידה עצם השכירות אלא שהוא משלים עבודתו על ידי אחרים כשמניח ממון לבעה"ב, ולמאן דאמר ידו על העליונה הברירה ביד הפועל לחזור באופן שהוא ירויח ביותר, ואם הוזלה העבודה הרי הוא חוזר בהשלמה על ידי שמנכה לו משכירותו לשאר היום, ואם הוקרה העבודה יכול לחזור בו בהפסקת העבודה ומקבל שכר על מה שעשה כבר, אבל למאן דאמר ידו על התחתונה אין הברירה ביד הפועל אלא ביד בעה"ב, ונהי דיכול לחזור בו, מכל מקום ביד בעל הבית הוא לקבוע אופן חזרתו כפי רצונו לפי היוקר והזול.

ובהכי מתפרשי דברי התוס' במה שתלו הא דאם יכול לחזור בו לא אמרינן יד פועל כיד בעל הבית בדין יד פועל על העליונה, דס"ל להגמרא דמהא דיכול לחזור בו אין להוכיח כנגד יד פועל כיד בעל הבית אלא אם כן החזרה מפסקת השכירות, דאז יש לומר דסברא הוא דלא אלים שעבוד הבעל הבית ביד הפועל כל כך דליהוי יד הפועל כידו כיון דלעולם יכול הפועל לבטל השכירות, אבל אם כל חזרתו לא הוי אלא שיכול לגמור העבודה על ידי שנותן ממון לשכור אחר תחתיו לא מצינו שיכול הפועל לבטל השכירות, וכל כמה דלא הדר ביה שפיר יכול להיות דאליים שעבודיה למיהוי יד פועל כיד בעה"ב, ואם כן רק ממאן דאמר יד פועל על העליונה איכא להוכיח דלא אמרינן יד פועל כיד בעל הבית, דלדידיה הברירה ביד הפועל להפסיק שכירותו אם רוצה, אבל למאן דאמר ידו על התחתונה, נהי דיכול לחזור, מכל מקום ביד בעל הבית הוא לקבוע אם נפסקה השכירות, או אם צריך להשלים על ידי ממון, ועדיין איכא למימר יד פועל כיד בעל הבית.

פרק כב

בו יבוארו דברי הרא"ש דפועלים שחזרו באמצע מלאכה וחבילתם ביד בעל הבית שוכר עליהם, לא משום התחייבות ומשכון, דמנה אין כאן משכון אין כאן, אלא משום הפסד.

[קדושין ח.] אמר רבא אמר רב נחמן אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן וכו' יעו"ש. וכתב הרא"ש וז"ל: יש מפרשים דהיינו דוקא בקנין אשה ועבדים כי ההיא עובדא דאמתא דבסמוך, וכן בקרקע לפי שנקנין בכסף ואין כאן כסף שיוכל לקנות, שאין המשכון קנוי שלא נתנו לה זכות בגופו, אבל אם אדם נותן מתנה לחבירו ונתן לו משכון בשביל המתנה, משיכת המשכון כאילו זכה במתנה, ומביא ראייה מהא דאמרינן בפרק השוכר את האומנין (דף עח.) דקאמר התם האומנין שחזרו בהן בדבר האבד ובאתה חבילתו ליד בעל הבית, דהיינו כלי אומנות של פועלים, שוכר עליהן עד כדי דמיהן, אלמא במשיכת המשכון נתחייבו הפועלים לקיים דיבורם עכ"ל יעו"ש.

והיש מפרשים חולקים על מה שכתבו התוס' בד"ה מנה אין כאן, דאם אין משכון עומד במקום המנה לתת לו דין כסף לא מועילה נמי משיכתה לפעול התחייבות, דאין סברא לחלק בין קדושין למתנה יעו"ש, והיש מפרשים ס"ל דשפיר יש לחלק ולומר דאע"ג דאין משכון נותן למנה דין כסף, מכל מקום מועילה משיכתו לפעול התחייבות, אי נמי יש לומר דס"ל כדברי רבינו חיים כהן בשם ר"ת שהביאו התוס' דמשכון פועל התחייבות אף כשאין עליו תורת משכון גמור, ועיימש"נ בשי"ב פ"כ, ומה שכתבו דעל ידי משיכת המשכון נתחייבו הפועלים לקיים דיבורם, כנ"ל, אין כונתם דאיכא חיוב לקיים הדיבור, דהרי להדיא אמרינן בבבא מציעא (דף מט.) ובבבא בתרא (דף ג.) דקנין דברים לא מהני, יעו"ש, אלא כונתם שנתחייבו הפועלים לשלם החיוב שנתחייבו על ידי דיבורם כיון שמסרו משכון לבעל הבית, ומבואר דבהתחייבות לא אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן.

והרא"ש דחה ראיתם וז"ל: וליתא דאין חילוק בין מתנה לקדושין, וטעם אחד לכולן לפי שאין המשכון משועבד לכלום משום אדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שנתחייב בו, אבל בדבר שלא נתחייב לא חל שעבוד על נכסיו, ובמתנה שאמר ליתן לו לא נתחייב בה ולא יתחייב בה לעולם לפי שיכול לחזור בו, לפיכך לא נשתעבד לו המשכון במשיכתו, אבל ההוא דפועלים כיון דדבר האבד הוא וחזרו בהו חייבין לשלם לו ההפסד, הילכך נשתעבד לו המשכון שלהם לשכור עליו עד כדי דמיו וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומה שכתב הרא"ש דאין אדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שלא נתחייב בו, אין כונתו לומר דליכא שעבוד אלא היכא דכבר איכא חיוב, דהא מצינו בבבא מציעא (דף יג.) דאם כתב ללות בניסן ולא לזה עד תשרי חל שעבודו אם כתב לו אקנייתא או אם סבירא לן דעדיו בחתומין זכין לו יעו"ש, וכן מצינו בנמוקי יוסף בבבא קמא (דף כב.) דאם זרק חץ ומת נשתעבדו נכסיו משעת הזריקה דאז כבר נגמרה המעשה היזק, ואע"פ שההיזק לא נעשה והחיוב בפועל לא חל אלא לאחר מיתתו, יעו"ש, אלא כונתו לומר שאינו יכול לשעבד נכסיו אלא לחיוב שאינו תלוי בהשעבוד, אבל במי שחייב עצמו והניח לו משכון, הרי לולי המשכון ליכא חיוב כלל, וכמו שכתב שלא נתחייב בה ולא יתחייב בה לעולם, כנ"ל, ורק על ידי השעבוד רוצה שיחול החיוב, ובהא אמרינן דאין אדם משעבד נכסיו אלא לחיוב שאינו תלוי בהשעבוד, כמש"נ.

ובשדחה הראיה מההוא דפועלים כתב הרא"ש דשאני התם דהיה דבר האבד וחייב לשלם לו ההפסד הלכך נשתעבד לו המשכון, כנ"ל, והנה היש מפרשים למדו שהניחו לו החבילה בתורת משכון והתחייבות, ולא חלק הרא"ש על הנחה זו ולא כתב שלא הניחיה בתורת משכון, ואדרבה גם בדחיתו כתב הרא"ש שנשתעבד לו המשכון שלהם, כנ"ל, ואם כן צריך עיון מאי קאמר דחייבים לשלם לו הפסדו, ועיימש"נ בדברי התוס' בשי"ב פכ"א, ואולי גם הרא"ש נתכוון לכך.

כל ממון שהוא ביד בעל הבית נוטלו להיות שוכר עליהם פועלים אחרים, וכן הוא נמי לשון המחבר סי' של"ג סעי' ד', יעו"ש, אכן קשה היאך יכול לתפוס ממון שהוא אצלו באקראי ולא בתורת משכון, ועיין שם בש"ך סקל"ד שכתב דמיירי בדלא ציית דינא או בדאין שם בית דין, יעו"ש.

אולם לפי דברינו יתיישבו היטב דברי הרמב"ם, דהרמב"ם ס"ל דלאו דוקא מה שהניחו לו בתורת משכון נכנס למסגרת השכירות, וכסברת הרא"ש, כמש"נ, אלא כל ממון הפועלים שיש לבעל הבית תחת ידו נכנס למסגרת השכירות ונשתעבדו לבעל הבית מתקנת חכמים, ומאותה התקנה יכול ליטלה כדי לשכור פועלים בדבר האבוד אף בלי לתבוע אותו לבית דין, כמש"נ.

פרק כג

בו יבוארו דברי הרמב"ן דמנה אין כאן משום דאניד גביה ודברי הרשב"א דמדמה דין מנה אין כאן לדין מקדש במלוה אינה מקודשת דבעינן תרתי שיוציא מרשותו ויכניס לרשותה.

[קדושין ה.] אמר רבא אמר רב נחמן אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן יעו"ש. וכתב הרמב"ן וז"ל: מנה אין כאן משכון אין כאן, משמע לי דהכי פירושו כיון שהוא אינו מקדשה בגופו של משכון, אע"פ שאמר לה קני אותו לשעבוד מנה וקנתה, אין כאן משכון, כלומר שאינו קונה בה דהוה ליה כהלואה דליתא בעין הואיל ומנה אין כאן לפיכך אינה מקודשת וחוזר ונוטל משכונו ממה עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדבריו דאם רוצה לקדשה בגופו של משכון הרי היא מקודשת, ולכאורה זה יצויר כגון שחייב עצמו לה במתנה והניח לה משכון על החיוב ובא לקדשה בנתינת המשכון ולא בהחייב עצמו, אז אמרינן דהחיוב חל ואע"ג דאינו בעין והוה ליה נמי משכון, דשוב ליכא למימר מנה אין כאן משכון אין כאן, והיא מתקדשת על ידי המשכון, ומה שחייב עצמו מנה במתנה לא חייב עצמו אלא אם תתקדש לו על

אכן נראה דתקנת חכמים היא דאע"ג דפועל יכול לחזור בו בחצי היום, כדאיתא בבבא מציעא (דף י'), יעו"ש, מכל מקום במקום שאין אדם והוי דבר האבוד תקנו חכמים ששוכר עליהם עד כדי שכרם, והממון שהיה מוכן בידו לשלם להם לחצי יום של מלאכה יכול להוסיפו לפועלים אחרים לשכנע אותם לגמור המלאכה, ואינו צריך לתבוע אותם לבית דין על כך, אלא מיד הוא נותנו לפועלים אחרים, ואם יש להפועלים שחזרו בהם איזו טענה שהממון מגיע להם יכולים לתבוע הבעל הבית בבית דין לאחר המעשה, אבל בשעת מעשה שהדבר האבוד עומד לפניו יכול ליטול הממון המוכן להם להוסיפו על שכר פועלים אחרים שיבאו ויגמרו המלאכה.

וכ"ל זה בנוגע לממון הפועלים שביד בעל הבית, אבל לא תיקנו שיוכל בעל הבית לתבוע מהם לשלם כל ההפסד היותר על ממונם שביד בעל הבית, וכל התקנה הוא שדמי השכירות משועבדים לבעל הבית לשכור פועלים אחרים, וממונם שאינו במסגרת השכירות אינו משועבד לבעל הבית, ועל זה קאמר הרא"ש דכיון דהניחו לו משכון על שכירותם, הרי גם משכון זה נכנס למסגרת השכירות, והרי הוא משועבד לבעל הבית לשכור פועלים אחרים, ונמצא שאין בעל הבית נוטל החבילה שהניחו בידו מדין התחייבות ומשכון, כמו שהבינו היש מפרשים, דבתורת משכון לא נשתעבד הואיל ומנה אין כאן משכון אין כאן, ומכל מקום כיון דהניחו לו כמשכון לשכירותם הרי גם זה נשתעבד לבעל הבית מתקנת חכמים, כמו דמי השכירות שעדיין לא נתן להם, דכל שבמסגרת השכירות נשתעבד מתקנת חכמים, כמש"נ.

והנה הרמב"ם פ"ט שכירות הל"ד הביא דין הפועלים שחזרו בהם במקום שאין אדם דאם באת החבילה ליד בעל הבית שוכר עליהם עד כדי דמיהם, וכתב וז"ל: ואם היה להם ממון תחת ידו שוכר להשלים המלאכה עד ארבעים וחמשים זוז וכו' עכ"ל יעו"ש, ולמד הרמב"ם דהחבילה היינו לאו דוקא כלי אומנות שלהם, כמו שכתבו רש"י והרא"ש, כנ"ל, דכלי האומנות מניחים בדרך כלל למשכון, והרמב"ם למד דגם

עדיין מרשותו שום דבר להכניסו ברשותה, ואנן תרתי בעינן שיוציא מרשותו ויכניס ברשותה כנ"ל עכ"ל יעו"ש, ולא הזכיר הרשב"א ענין אגיד גביה, ועוד חזינן בהרשב"א שדין מנה אין כאן ודין המקדש במלוה אינה מקודשת דלעיל (דף ו:), הם שני פנים של מטבע אחת, וכמו שכתב הרשב"א ואנן תרתי בעינן שיוציא מרשותו ויכניס ברשותה, כנ"ל.

והיה אפשר לפרש דברי הרשב"א דאע"ג דשעבוד נחשב כסף, דהא יכול לקדש אשה בשעבוד שיש לו על אחרים, מכל מקום לקנין כסף בעינן שיוציא הנותן מידו ויכניס ליד המקבל, ורק אז נחשב לנתינת כסף, אבל אם מוציא מידו אבל ליד המקבל לא נכנס מאומה, או איפכא דעל ידו נכנס ליד המקבל אבל הוא לא מוציא מידו כלום, הא לא חשיב לנתינת כסף, ולכן אמרינן המקדש במלוה אינה מקודשת, שהרי לא מטי לידה כלום, אלא דשעבודו פקע ממנה, דכיון דאי אפשר לאדם להיות משועבד לעצמו, אם כן במסירתו השעבוד לה בטל השעבוד מאליו, והרי זה כאילו הבריה ארי מנכסיה במה שביטל השעבוד שהיה לו עליה, וכן איפכא במחייב עצמו בשטר דנהי דהיא קנתה שעבוד עליו ועל נכסיו, מכל מקום שעבוד זה לא היה אצלו, דהא אי אפשר לאדם להיות משועבד לעצמו, אלא השעבוד נתחדש אצלה כשחייב עצמו לה, ושעבוד זה מעולם לא היה אצלו, אולם כשהוא מקדשה בשעבוד שעל אחרים הרי שעבוד זה היה אצלו ועכשיו הוא אצלה, ואית כאן נתינת כסף ומקודשת, ולפום ריהטא היה אפשר לומר דלזה כיון הרמב"ן במה שכתב דאינה מקודשת משום דאגיד ביה.

אכן אי אפשר לפרש כן בדברי הרמב"ן, שהרי כתב הר"ן בשמו דעיקר שעבודא דמנה גבי לזה הוא ולא גבי אשה, כנ"ל, ולדברינו החסרון הוא דליכא שעבודא גבי לזה אלא נתחדש אצל האשה, וכן מדויק נמי בלשון הרשב"א שכתב דלא דמי למלוה שעמה דאז אינו מכניס לרשותה דבר מחודש ששעבודה בידה היה, וכבר כתבנו למעלה בפרק קמא גבי הניח לה משכון עליה, ולמקדשה במנה והניח לה משכון עליה לא דמי, דהתם נמי אע"ג דנכנס לרשותה דבר מחודש דהיינו שעבוד שנשתעבד לה ואפילו נשתעבד לה בשטר, דמכל מקום הוא לא הוציא

ידי המשכון, אלא המכוון בזה הוא דחייב עצמו במנה כדי שתתקדש על ידי נתינת המשכון על המנה, אבל עצם המעשה קדושין לא נעשה על ידי המנה דאינו בעין אלא על ידי המשכון, אולם צריכים לבאר למה המנה עצמו נחשב שאינו בעין אבל השעבוד שעל המשכון נחשב בעין ומתקדשת בו.

והנה בעצם הענין שאינו יכול לקדשה בהתחייבותו לה מנה כיון שאינו בעין ויכול לקדשה במלוה דאחרים כתב הרמב"ן בהמשך דבריו וז"ל: מכל מקום דוקא במלוה של אחרים, דהא נפיק שעבודא מיניה דמקדש לידה דמתקדשת, אבל שעבודא דידיה, כגון חייב אני מנה לך בשטר או בקנין, אין אשה מתקדשת בכך דומיא דמלוה, דהכא לא מטי לידה כלום והכא לא נפיק מיניה כלום, דשעבודא ברשות לזה הוא וכולי ממונא גביה, וכיון דאגיד ביה לאו קדושין נינהו כדפרישית כנ"ל עכ"ל יעו"ש.

וכן כתב הר"ן בשם הרמב"ן וז"ל: דעיקר שעבודא דמנה גבי לזה הוא ולא גבי אשה וכו', והא דאמרינן בפרק האיש מקדש (דף מז:), המקדש בחוב דאחרים וכו' מקודשת וכו', איכא למימר דלא דמי, דבשלמא מקדש בחוב דאחרים לא שייכי כסף קדושין גבי מקדש כלל, שכיון שקדש את האשה באותו מלוה אין כאן אצלו ממנה כלום, מה שאין כן במקדש במלוה דידיה דמנה אין כאן כלומר דאותו מנה שהוא מקדש בה אכתי אגיד גביה, וכסף קדושין דאגיד גבי בעל לא כסף קדושין הוא עכ"ל יעו"ש. וצריכים לבאר ענין אגיד גביה.

ועיין מה שכתב בהרשב"א לקמן (דף מז:), וז"ל: לעולם שטר חוב דאחרים וכו', אע"ג דאף היא ניתנה להוצאה אצל האחרים, מכל מקום כיון שהוא מוציא השעבוד מרשותו ומכניסו לרשותה הוה ליה כנותן פרוטה מידו לידה, ולא דמי למלוה שעמה, דאז אינו מכניס לרשותה דבר מחודש ששעבודה בידה היה, וכבר כתבנו למעלה בפרק קמא גבי הניח לה משכון עליה, ולמקדשה במנה והניח לה משכון עליה לא דמי, דהתם נמי אע"ג דנכנס לרשותה דבר מחודש דהיינו שעבוד שנשתעבד לה ואפילו נשתעבד לה בשטר, דמכל מקום הוא לא הוציא

נסכא אין כאן, כלומר דכיון שלא נתחייב בפריטי אין השעבוד נתפס על הנסכא שהוא משכון, אבל היכא שנתן לה משכון ואמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי לי בו מקודשת עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדבריו דאם חייב עצמו לתת לה מנה בקנין גמור, כגון בשטר או בסודר, ורוצה לקדשה באותה מנה שנתחייב בה, חל החיוב וחלו הקדושין, ודלא כמו שכתבו הרמב"ן בסוגיין והרשב"א לקמן (דף מז:), יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פכ"ג, ודלא כשיטת התוס', ועיימש"נ בשי"ב פ"כ, וכל החסרון באומר לה התקדשי במנה והניח לה משכון עליה הוא דאין כאן מעשה קנין על ההתחייבות דמנה, שלא נתן לה המשכון בתורת קנין אלא בתורת משכון בלבד, ונמצא שלא הקנה לה החיוב בקנין אלא במילי בעלמא, וכיון דלא חל חיובו על המנה גם המשכון אינו משכון ואינה מקודשת, אבל אם מסר לה משכון ואמר שעל ידי משיכת המשכון תקנה ההתחייבות דמנה שפיר חל חיובו ומקודשת, אולם יש לדקדק דאם כן מה מחדש לן רב נחמן דמנה אין כאן ומשכון אין כאן ואינה מקודשת, הלא פשיטא דאינה מקודשת בהמנה, שהרי לא עשה בה קנין, ואין חיוב חל בלי קנין, ולית כאן מנה שתתקדש בה, ועוד למה ליה למימר משכון אין כאן, הרי לא אמר לקדשה בהמשכון אלא בהמנה, ואם כן למה בכלל הוצרך לדבר בענין המשכון.

ונראה דסלקא דעתין דעצם הנחת משכון על המנה יחשב כמעשה קנין על המנה, שהרי עשה מעשה שתוכל לגבות החיוב, ובזה נקנה לה החוב אע"פ שלא עשה מעשה מיוחד על הקנאת החוב, ועל זה אמר רב נחמן דכיון דבעצם ליכא חוב עליו מצד אמירתו, אם כן ליכא תורת משכון על המשכון, דאם מנה אין כאן משכון אין כאן, ואין כאן הנחת משכון על החוב שעל ידה יקנה החוב הואיל וקודם חלות החוב לא חשיב משכון כלל, ולא אמרינן דאם על ידי הנחת המשכון יחול עליו החוב ויחול תורת משכון על המשכון אם כן מיד אית כאן הנחת משכון לגבי הקנאת החוב, וכעין גיטה וידה באין כאחד, זה אינו, אלא כיון דהשתא

וצריכים לומר לדידהו דאין דנים על השעבוד וזכות גביה, דלענין זה לכאורה הנכון כדברינו דהשעבוד נתחדש בהתחייבותו ולא הוי עיקר שעבודא דמנה אצלו, אלא דנים דין הכסף לפי הנכסים שעתידה לגבות ממנו, ועל אף שנשתעבדו נכסים אלו לה הרי עדיין הם בידו, ובעיקר הם אצלו, ונמצא דידו ותפיסתו בנכסים אלו אלים מידה ותפיסתה, ובזה נחשב אגיד גביה, והחסרון הוא בהמעשה קנין של נתינת כסף ואינה מקודשת, ולא דמי למקדש במלוה דאחרים, דהתם הוא מוסר לה תפיסה בנכסי האחרים, ותפיסה זו נחשבת כסף, ואפילו אם אין לאחרים נכסים בפועל בשעת הקדושין יש לומר דנותן לה תפיסה ברשותו להשיג נכסים, ועיין מה שכתבו התוס' בכתובות (דף נד:) בד"ה אע"פ, יעו"ש, ולא איכפת לן במה דיד האחרים אלים מידה באותם הנכסים, דעל כל פנים מה שהוא נתן לה הוציא לגמרי מידו, וזהו ענין אגיד גביה, והרמב"ן והרשב"א נתנו לדבר אחד.

ומה שכתב הרמב"ן דאם רוצה לקדשה בגופו של משכון ואמר לה קני אותו לשעבוד מנה מקודשת, כנ"ל, ולא חשיב בכך אגיד גביה, ואע"ג דעדיין יש לו קנין ותפיסה בגוף המשכון שסמך לה, צריכים לומר דכיון שסוף סוף המשכון בידה לא חשיב אגיד גביה.

פרק כד

בו יבואר שיטת הראב"ד דקידשה במנה והניח לה משכון אינה מקודשת משום דלא הקנה המנה אלא במילי בעלמא אבל אם אמר קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי בו מקודשת.

[קדושין ח.] אמר רבא אמר רב נחמן אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן וכו', יעו"ש. וכתב הר"ן וז"ל: אבל הראב"ד ז"ל פירש דהכי קאמר מנה אין כאן שהרי לא נתחייב לה בו דמילי בעלמא נינהו, וכיון דמנה אין כאן משכון נמי אין כאן, דלא קניא ליה למשכון במידי, דמאי יהבה ליה דקניא לה משכון, ודכותה נמי הא דאמרינן בסמוך פריטי אין כאן

הלואתו קונה קנין גמור אלים שעבודו, הסברא נותנת דגם במשכנו בשעת הלואה יכול לקדש אשה בחוב דאחרים על ידי מסירת המשכון.

אב"ד התוס' בבבא מציעא (דף פב:) בד"ה אימור פליגי כתבו וז"ל: פירש בקונטרס דשלא בשעת הלואתו קני ליה להתחייב אף באונסין וכו', ומיהו נראה דשלא בשעת הלואתו לא קני להתחייב באונסין אלא דהוי שומר שכו, דהא מדמה מתניתין דקתני שומר שכו לדרכי יצחק וכו', וצריך לפרש מאיזה טעם יהיה שומר שכו, דאי חשיב קנין גמור אפילו באונסין יתחייב, ואי לא חשיב קנין גמור לא יהיה אפילו שומר שכו, ויש לומר דבההיא הנאה שיכול לקדש בו את האשה, כדאמרינן בפרק קמא דקדושין (דף ח:): דקדשה במשכון דאחרים מקודשת, ולקנות בו עבדים וקרקעות, הוי עליה שומר שכו, ולפי זה הא דאמר קדשה במשכון מקודשת, היינו דוקא במשכון שמשכנו שלא בשעת הלואתו עכ"ל יעו"ש, ולית להו להתוס' דבבא מציעא דלרבי יצחק אלים שעבודו בשעת הלואה לקדש בו אשה, וברייתא דמקדש במשכון דאחרים מקודשת מיירי במשכנו שלא בשעת הלואה.

ואע"ג דהתוס' לעיל שם (דף פא:) בד"ה והא אידי ואידי הביאו סברא זו דכיון דקונה שלא בשעת הלואה אלים שעבודה בשעת הלואה לגבי שאינו משמט בשביעית ושעובר עליו בבל יראה ובל ימצא, כמו שכתבו התוס' בסוגיין, כנ"ל, מכל מקום לא מהני אלימות זו שיוכל לקדש אשה במשכנו בשעת הלואה, וצריכים לבאר במה נחלקו התוס' דסוגיין והתוס' דבבא מציעא.

ובבב"ד צריכים לעיין בעצם סברא זו דכיון דכשמשכנו לאחר שהגיע זמן הפרעון קונה קנין גמור עד שיפדה, אם כן גם כשמשכנו בשעת הלואה אלים שעבודה לקדש בו אשה או על כל פנים שלא ישמט חובו ויעבור בבל יראה ובל ימצא, ומהו הקשר בין שני סוגים אלו של משכון, ולמה לא נוכל לומר דאם נטל המשכון כשהגיע זמן הפרעון יש בנטילה גביה מעליא, אבל כשנטלו בשעת ההלואה אינו אלא לזכרון דברים בעלמא, ואין בו שום שעבוד אלים, ואינו יכול לקדש בו אשה, כמו דאמרינן למאן דלית

ליכא חיוב ליכא נמי משכון, ואין הנחתו מועילה להקנאת החוב, כמש"נ.

אכ"נ אם נתן משכון ואמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה מקודשת, דאין כונתו שתקנה השעבוד על ידי הא גופא דאיכא משכון עליו, ואע"פ שלא עשה מעשה קנין להדיא, אלא כונתו שתקנה השעבוד כמעשה משיכת המשכון, ובזה מקודשת, דאע"ג דהשתא אין עליו עדיין תורת משכון, מכל מקום משיכת חפץ שעתידי להיות עליו תורת משכון נחשבת מעשה קנין מעליא להקנאת השעבוד, והרי היא מקודשת על ידי המנה שנתחייב לה בקנין גמור שאינו תלוי בתורת משכון, כמש"נ.

פרק כה

בו יבוארו דברי התוס' דאם בע"ל חוב קונה קנין גמור במשכנו כשהגיע זמן פרעון אלים שעבודו במשכנו בשעת ההלואה ויכול לקדש אשה בחוב דאחרים על ידי מסירת המשכון.

[קדושין ח:] איתיביה רבא לרב נחמן קידשה במשכון מקודשת, התם במשכון דאחרים וכדרכי יצחק, דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה צדקה מנין, מכאן לבעל חוב שקונה משכון יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה משכון דאחרים וכדרכי יצחק וז"ל: אע"ג דרבי יצחק איירי במשכון שלא בשעת הלואה, מצינו למימר כיון דבעל חוב קונה משכון שלא בשעת הלואה קנין גמור עד שיפדה, בשעת הלואה נמי אלים שעבודה לחשב ממון לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים וקרקעות, וכן צריך לפרש בפרק השולח (גיטין דף לו:) בההיא דאמר המלוה על המשכון אינו משמט וכו', התם כיון דקני ליה שלא בשעת הלואתו לגמרי, סברא הוא דיקנה הוא בשעת הלואתו שלא ישמט דחשיב של אחיך בידך וכו', וכן יש לפרש פרק כל שעה (פסחים דף לא:) בההיא דישאל שהלוה את העובד כוכבים על חמצו אחר הפסח וכו', וכיון דקני ליה כרבי יצחק שלא בשעת הלואתו, בשעת הלואתו קני ליה נמי לענין דקרינן ליה שלך אי אתה רואה עכ"ל יעו"ש. ומבואר דברייתא דסוגיין מיירי אפילו במשכנו בשעת הלואה, וכיון דשלא בשעת

על ידי מסירת המשכון, ומשום הכי ס"ל להתוס' בבבא מציעא דאינו יכול לקדש אשה אלא במשכנו שלא בשעת הלואה, דאז יש בהמשכון מקצת גביה וחשיב אפסרא דהחוב, ומהני מסירתו להקנות חוב דאחרים להאשה ולקדשה בו, אבל משכון בשעת הלואה דאינו אלא לזכרון דברים בעלמא לא הוי אפסרא דהחוב, ואינו יכול לקדש אשה במסירת המשכון, דלא קנתה בכך החוב שיש לו אצל האחרים, כמש"נ.

או"ש התוס' בסוגיין ס"ל דאעפ"כ יכול לקדש אשה במסירת משכון שנטל בשעת ההלואה, והואיל וקנה קנין גמור שלא בשעת הלואה אלים נמי שעבודיה בשעת הלואה, והיינו דמשכון שלא בשעת הלואה הוא נוטל על ידי שליח בית דין כשהגיע זמן הפרעון ותבעו ולא פרע, ובגביה זו קונה בהמשכון מקצת קנין להתחייב בגניבה ואבידה, אבל התורה אסרה לו למעבד דינא לנפשיה ליכנס לבית הלואה לתפוס לו משכון, דכתיב (דברים כד, י"א) לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו בחוץ תעמוד וגו', וגם אסור לנתח ולתפוס ממנו אם פגע בו בשוק, כדאיתא בבבא מציעא (דף ק"ג.) יעו"ש, אכן נראה דכשנטל משכון מן הלואה בשעת הלואה לזכרון דברים והגיע זמן הפרעון יכול לתפוס לו להיות לו כמשכון שלא בשעת הלואה, ולא הוצרך לכך תביעה בבית דין ועזרת שליח בית דין, שהרי אינו קונה בו אלא מקצת קנין, והלואה עדיין הוא הבעלים על החפץ, ואין זה נוגע לדינא דעביד איניש דינא לנפשיה, וגם אין בו האיסור של לא תבא אל ביתו, שהרי אינו צריך ליכנס לרשות הלואה, דהמשכון כבר מונח ברשותו, ונמצא לפי זה דבמשכון בשעת הלואה כבר נעשה הנטילת חפץ הנצרך למקצת קנין של משכון שלא בשעת הלואה, ומפאת זה כבר התחיל המקצת קנין שיבא כשיגיע זמן הפרעון, וס"ל להתוס' דגם זה מספיק להחשיב משכון בשעת הלואה כאפסרא דהחוב, וכיון שכן יכול להקנות חוב דאחרים על ידי מסירת משכון שנטל בשעת הלואה ולקדש בו אשה.

ג התוס' בבבא מציעא מסכימים לסברא זו דמשכון בשעת הלואה יכול לתפוס כשיגיע זמן הפרעון להיות בו מקצת קנין הואיל וכבר נעשה המעשה נטילה והכנסה לרשותו,

ליה דרבי יצחק דבעל חוב קונה משכון, ומנא ידע האמורא דלרבי יצחק יכול לקדש אשה במשכון שנטלו בשעת הלואה.

ויעוד יש לדקדק דהרי ס"ל להתוס' דהא דלרבי יצחק בעל חוב קונה משכון שלא בשעת הלואה היינו להתחייב בגניבה ואבידה ולא להתחייב באונסים, כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא שם, כנ"ל, ולמטה בד"ה מנין לבעל חוב, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פכ"ו, ובשלמא לשיטת רש"י בבבא מציעא שם דקונה להתחייב באונסים איכא למימר דבעל חוב קונה את המשכון לגמרי להיות שלו, ורק דהלוה יכול לפדותו ממנו אם ישלם חובו, ואם כן כשנאנס המשכון הרי בידיו של המלוה נאנס ושוב אינו יכול לגבות החוב מן הלואה, והיינו החיוב אונסים, אכן לדברי התוס' דאם נאנס יכול לגבות מן הלואה, ואינו מפסיד חובו אלא כשנגנב או נאבד, נמצא דאין לו קנין שלם בהמשכון, ואין לו אלא מקצת קנין, ומה שכתבו התוס' דקונה קנין גמור שלא בשעת הלואה היינו דהוי מקצת קנין בהמשכון ולא רק שעבוד בעלמא, ואם כן כמה אלים שעבודא דמשכון בשעת הלואה, וכי הוי מקצת מן המקצת, וכי נאמר דמשכון שלא בשעת הלואה הוי מקצת קנין גדול ולכן חייב בגניבה ואבידה ומשכון בשעת הלואה הוי מקצת קנין קטן ולכן פטור מגניבה ואבידה ובין כך ובין כך יכול לקדש בו אשה.

והנהגה הא דיכול לקדש אשה במשכון דאחרים הוא משום דעל ידי זה מקנה לה החוב, וכמו שכתב רש"י, יעו"ש, וכי היכי דיכול להקנות חוב על ידי מסירת השטר יכול נמי להקנותו על ידי מסירת המשכון, דמשכון אפסרא דחוב הוא, ועל ידי שנתן לה האפסרא נתן לה החוב, ובזה היא מתקדשת, ולא חשיב אפסרא דהחוב אלא כמה דאיכא כבר גביה במקצת, דאז אמרינן דעל ידי תפיסה הדבר הנגבה אית ליה נמי תפיסה בגוף החוב, אבל אם אין המשכון אלא לזכרון דברים בעלמא, וגם להיות בטוח בממונו הואיל ויש לו מקום לגבות ממנו, כמו שכתב רש"י בשבועות (דף פ"א.), יעו"ש, אבל אין בו עדיין אפילו מקצת גביה, אז אין המשכון נחשב אפסרא דהחוב, ואינו יכול להקנות החוב

בשעת הלואתו. ואם תאמר ולמה יחשב שומר שכר בשביל כן, והלא כך היה יכול לקדש במעותיו, ויש לומר דכיון דעכשיו שנוטל משכון אין מעותיו בידו חשיב שומר שכר לפי שיכול לעשות בו קדושין או קנין עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריהם דהא דקדשה במשכון דאחרים מקודשת על כרחך היינו שלא בשעת הלואה, דאם גם בשעת הלואה מקודשת אם כן להוי שומר שכר אף במשכון בשעת הלואה הואיל וזהו שכרו מה שיכול לקדש בו את האשה.

וכתב המהרש"א דהיינו לאפוקי מסברא דהואיל וקונה שלא בשעת הלואה גם בשעת הלואה אלים שעבודיה, כמו שכתבו התוס' בסוגיין בד"ה במשכון דאחרים, וגם לעיל שם בבבא מציעא (דף פא:) בד"ה והא אידי ואידי כתבו התוס' סברא זו לענין שמיטה ולעבור בכל יראה ובבל ימצא, וסלקא דעתא דהוא הדין נמי לגבי קדושין, לכן כתבו התוס' דמכל מקום לענין הקנאת חוב דאחרים לא סגי בכך, דאם לא כן להוי נמי כשומר שכר אף כשמשכנו בשעת הלואה, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פכ"ה, ולדברי התוס' בסוגיין דיכול לקדש אשה במשכון בשעת הלואה ומכל מקום הוה ליה שומר חנם אי אפשר לומר דבמשכנו שלא בשעת הלואה הוי שומר שכר משום דיכול לקדש בו אשה, דאם כן אין נפקא מינה בין בשעת הלואה לשלא בשעת הלואה, ועל כרחך הוה ליה שומר שכר מטעמא אחרינא.

ולכאורה צריכים לומר דהתוס' ס"ל כדברי התוס' בבבא מציעא (דף פב:) בד"ה נימא שכתבו וז"ל: והא דקתני מתניתין שומר שכר לאו דוקא, דהא האי לישנא לא שייך אמעות יתרים על המשכון, אלא כלומר כדין שומר שכר דמפסיד הכל בגניבה ואבידה ולא באונסין עכ"ל יעו"ש. ולפי זה אין צורך למצוא שכר ורווח במה שהמשכון בידו, דאין חיובו על גניבה ואבידה מדיני שומרים, ונראה דדומה חיובו להא דנתבאר לן בשיטת שמואל בבבא מציעא (דף פא:) דאם המלוה היה לו אפילו מקצת גביה מן הלואה אינו יכול לגבות ממנו חובו אלא אם כן מבטל גביה הראשונה, ואונס גמור מבטל הגביה, אבל גניבה ואבידה אינן מבטלין הגביה

כמש"נ, אלא דס"ל דלא אהני סברא זו אלא ליחשב של אחיך בידך כדי שלא תשמטנו שמיטה, וגם נחשב ברשותו לעבור עליו בכל יראה ובל ימצא, אבל אין זה מספיק להחשיב המשכון כאפסרא דהחוב הואיל ועדיין אין בו שום קנין כלל, ואינו יכול להקנות חוב דאחרים על ידי מסירת משכון בשעת הלואה, ולכן הוצרכו לאוקים סוגיין רק כשקידשה במשכון דאחרים שנטל כשהגיע זמן הפרעון וקנה בו מקצת קנין.

פרק כו

בו יבואר מחלוקת בעלי התוס' בהא דבמשכנו שלא בשעת הלואה קנהו להתחייב בגניבה ואבידה אי הוי משום דנעשה עליו שומר שכר הואיל ויכול לקדש בו אשה או מטעם אחר.

[קדושין ח:] איתביה רבא לרב נחמן קידשה במשכון מקודשת, התם במשכון דאחרים וכדרכי יצחק, דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה צדקה מנין, מכאן לבעל חוב שקונה משכון יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה מנין לבעל חוב שקונה משכון וז"ל: פ"י בקונטרס בשאר דוכתי להתחייב באונסין וכו', לכך נראה לי שקנה את המשכון להתחייב בגניבה ואבידה עכ"ל יעו"ש, והיינו במשכון שלא בשעת הלואה, אבל במשכון בשעת הלואה פטור על גניבה ואבידה, כדאיתא בבבא מציעא (דף פב:) יעו"ש.

וגם התוס' בבבא מציעא שם בד"ה אימור דאמר רבי יצחק כתבו דאינו קונה משכון להתחייב באונסים וז"ל: ומיהו נראה דשלא בשעת הלואתו לא קני להתחייב באונסין אלא דהוי שומר שכר, דהא מדמה מתניתין דקתני שומר שכר לדרכי יצחק וכו', וצריך לפרש מאיזה טעם יהיה שומר שכר, דאי חשיב קנין גמור אפילו באונסין יתחייב, ואי לא חשיב קנין גמור לא יהא אפילו שומר שכר, ויש לומר דבההיא הנאה שיכול לקדש בו את האשה, כדאמרינן בפרק קמא דקדושין דקדשה במשכון מקודשת, ולקנות בו עבדים וקרקות, הוי עליה שומר שכר, ולפי זה הא דאמר קדשה במשכון מקודשת היינו דוקא במשכון שמשכנו שלא

מעות, ובמצב הזה יש לו ריוח בנטילת המשכון שיכול לקדש בו אשה.

פרק כז

בו יבוארו דברי התוס' במשכנו שלא בשעת הלואה והחזיר המשכון בלי"ה וברכו הלואה דאם אין בע"ז חוב קונה משכון נחשבת ברכתו רבית דברים ואם קונה משכון יכול לברכו.

[קדושין ח:]: דאמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה צדקה מנין, מכאן לבעל חוב שקונה משכון יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה צדקה מנין וז"ל: ואם תאמר איכא צדקה ממה שיחזיר לו לשכוב עליו, ויש לומר דדייק מדכתיב (דברים כד, יג) ושכב בשלמתו וברכך, ואי לא הוי קונה אם כן כשמברכו העני הוי ליה רבית דברים, ויש מפרשים דלא מיקרי צדקה אלא הנותן משלו, כמו צדק משלך ותן לו (ב"ב פח:): עכ"ל יעו"ש, ועיין בשיטה מקובצת בשם הריטב"א שתיקן כמו שתירצו היש מפרשים, יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' דגם אם אין בעל חוב קונה משכון נחשבת החזרת המשכון צדקה הואיל והיה יכול לעכב המשכון ביד ולא להחזירו, אלא דאם אינו קונה משכון אז היתה ברכת הלואה רבית דברים, אכן אם בעל חוב קונה משכון אז אין ברכת הלואה רבית דברים, וקשה דלמה הוי ברכתו רבית אף אם בעל חוב קונה משכון, אי משום דבנטילת משכון שלא בשעת הלואה נגמרה כבר ההלואה, ליהוי ברכת הלואה על כל פנים רבית מאוחרת, וכן קשה דלמה אם אינו קונה משכון נחשבת ברכת הלואה רבית דברים, והלא היה בידו לעכב המשכון ולא להחזירו, והוא בחר להחזירו, ועל זה ברכו הלואה, ואיזה צד רבית יש בזה.

אלא הביאור הוא דאם בעל חוב קונה משכון הרי כבר נשתלם ההלואה, ואע"ג דהתוס' ס"ל דאינו חייב באונסים אלא בגניבה ואבידה, כמו שכתבו בד"ה מנין, יעו"ש, ונמצא דאין לו קנין גמור אלא מקצת קנין, מכל מקום חשבינן ליה שכבר הותחלה הגוביינא וליכא הלואה, ונמצא דכשמחזיר לו המשכון הרי המלוה והלוה

הראשונה, ולכן הפסיד חובו, ועיימש"נ בשי"ב פ"א.

ולפי זה לא הוי כשומר שכר אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו, דאז קנה מקצת קנין בהמשכון, וכבר אית ליה גוביינא בהחוב, ואינו יכול לגבות מן הלואה עד שמחזיר המשכון ומבטל גביה ראשונה, ואם נגנב או נאבד הפסיד חובו, כמש"נ, אבל במשכנו בשעת הלואתו אין בו שום קנין וגוביינא, והא דאלים שעבודו היינו שהחפץ כבר בידו ויכול לתופסו לגוביינא כשיגיע זמן הפרעון, ובוזה מספיק שהמשכון יחשב אפסרה דהחוב להקנותו על ידי מסירת המשכון, ועיימש"נ בשי"ב פכ"ה, אבל אין בזה עדיין שום גוביינא, ולכן אם נאבד לא הפסיד חובו אם נגנב או נאבד, אבל אם פשע בה הפסיד חובו, דכיון שהמשכון בידו הוה ליה שומר חנם עליו.

והנה יש לדקדק במה שהקשו התוס' שם בבבא מציעא בסוף הדיבור דלמה יחשב שומר שכר בשביל שיכול לקדש בו אשה והלא כך היה יכול לקדש במעותיו, כנ"ל, ולכאורה אין קושיהם מובנת, דהא השתא מיהא אין לו את מעותיו, שכבר הלואה אותם להלוה, ובמה שהוא נוטל משכון מן הלואה כשהגיע זמן הפרעון הלא מרויח שיוכל לקדש בו אשה, ובאמת זהו מה שתירצו התוס' דכיון דעכשיו שנוטל משכון אין מעותיו בידו חשיב שומר שכר לפי שיכול לעשות בו קדושין או קנין, כנ"ל, אכן דקארי לה מאי קארי לה, וכי לא ידעו התוס' בקושיהם דהשתא שאין לו המעות מרויח בנטילת המשכון.

אכן נראה דקושיה דהתוס' היא דהשתא שהגיע זמן הפרעון ועל הלואה להחזיר לו מעותיו ובמקומם נתן לו משכון מה הרויח המלוה בקבלת המשכון, והלא יותר היה עדיף לו אם החזיר לו הלואה מעותיו שהלוה, ואז היה יכול לקדש אשה על ידי המעות, ואם כן לא לא קיבל שום שכר בנטילת המשכון, ולמה הוה ליה שומר שכר, ועל זה תירצו דעכשיו שנוטל המשכון אין מעותיו בידו, כלומר בידו דלוה, ואין לו מעות להחזיר, ואע"ג דהיה עדיף לו אם הלואה החזיר מעותיו, מכל מקום באשר הוא שם אין לו ללוה

ובין כך חזר המשכון להיות שלה לגמרי, ובכל עת שתמצא יכולה לקחת אותו, ובשלמא אם היה מקדשה בהמשכון עצמו היה אפשר שצריך למוסרו לה בשעת קידושין, אכן כיון דמקדשה בהמלוה תהא מקודשת אף אם לא החזיר המשכון בידים, ומקדש בשאר מלוה אינה מקודשת דכבר עברה הנאתו, כמו שכתב הרמב"ם שם בהל"ג, יעו"ש, אבל מקדש במלוה שיש עליה משכון הגיע הנאה לידה הגם שקידשה בהחוב עצמו, ובודאי הגיע הנאה לידה במה שמחל לה החוב, שהשתא נשתחרר המשכון ויכולה להשתמש בו בכל עת שתמצא, אכן לא נתברר מהי המעליותא של החזרת המשכון לידה, ומהאי טעמא באמת ס"ל להתוס' שאינו צריך להחזיר לה המשכון, כנ"ל, ולמה כתב הרמב"ם דצריך להחזיר לה המשכון.

ואו"י יש לומר דאע"ג דיכול למחול לה החוב לשם קידושין בדיבור בעלמא, מכל מקום אפשר נמי לבטלו על ידי מעשה, כגון קריעת השטר, ואע"ג דגם קריעת השטר מבטלת החוב משום שיש בזה אופן של מחילה, הך מחילה דקריעת השטר נעשית על ידי מעשה ולא על ידי דיבור בעלמא, וכן הוא נמי בחזרת המשכון, דגם זה הוי מחילה על ידי מעשה.

ולפי זה יש לומר דאין מקדש במלוה מקודשת אלא כשהגיע הנאה לידה על ידי המעשה קידושין, ובכל מקדש במלוה אין שום הנאה מגיע לידה הואיל וכבר עברה הנאתו, כנ"ל, אבל כשקידשה במלוה שיש עליה משכון והחזיר לה המשכון הרי הגיע הנאה לידה על ידי עצם המעשה קידושין, דהיינו החזרת המשכון המבטלת החוב, והרי זה מעשה קדושין מעליא, שעל ידי המעשה קדושין בא לידה כסף, דהיינו המלוה, וגם הנאה, דהיינו תשמישי המשכון, ונחשב בכך שנתן לה כסף שיש בו הנאה, אבל אם אינו מחזיר לה המשכון אז נעשה המחילה על ידי דיבור, ואין למחילת החוב שום שייכות להחזרת המשכון, ורק דזה יוצא ממילא דכשנמחל החוב נשתחרר המשכון, ואע"ג דיש לה הנאה בזה שהחזיר המשכון לרשותה ויכולה להשתמש בו, אין הנאה זו באה מן המעשה קדושין, אלא דאגב שנמחל החוב יש לה נמי

כמשאל ושואל דעלמא, ובודאי יכול השואל לברך המשאל, ואין בזה משום רבית דברים.

אכן אם לא היה בעל חוב קונה משכון הרי ההלואה עדיין קיימת, וכשמחזיר לו המשכון הרי שלו הוא מחזיר לו, ונמצא דעל ידי החזרת המשכון מיקל הלואתו על הלוח, דכל זמן שהמשכון ביד המלוה הרי ההלואה היא על המשכון, וכל זמן שמוחזר ליד הלוח הוי ההלואה שלא על המשכון, ועל ידי החזרת המשכון הוא מיקל ומקליש ההלואה, והא גופא נחשב כהלואה, וכעין מה שמצינו לעיל (דף ו' ע"ב) דהרוחת זמן נחשב כהלואה, יעו"ש, ואם ברכו הלוח על כך הרי זה רבית דברים.

פרק כח

בו יובא מחלוקת הרמב"ם והתוס' בהא דמקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת אם צריך להחזיר המשכון בפועל בשעת שקידשה, ואע"ג דלא נתוסף לו שום קנין על ידי כך.

[קידושין יט.] ואמר רבא אמר רב נתמן המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת וכו' יעו"ש. וכתבו תוס' בד"ה במלוה וז"ל: ואפילו אין מחזיר לה המשכון, אלא שמוחל לה את המלוה, ואע"פ שהמשכון בידו, דהא המקדש במלוה שיש עליה משכון קאמר ולא המקדש במשכון עכ"ל יעו"ש. ועל מה שכתבו התוס' דאינו צריך להחזיר לה המשכון, קאמר הרשב"א דהפריזו בזה על המדה והדבר צריך תלמוד יעו"ש, ולפי דברי הרשב"א הסברא הפשוטה היא שצריך להחזיר לה המשכון בשעה שקידשה.

וכן כתב הרמב"ם פ"ה אישות הל"ד וז"ל: היה לו אצלה מלוה על המשכון וקידשה באותה המלוה והחזיר לה המשכון הרי זו מקודשת, שהרי היא נהנית במשכון מעתה והרי הגיע הנאה לידה עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו שדייק בלשון הגמרא כמו שדייקו התוס' דמקדשה בהמלוה ולא בהמשכון, אלא דפליג עלייהו בהכי דמכל מקום בעינן שיחזיר לה המשכון, וכסברת הרשב"א.

וצריך עיון בזה, דמאי נפקא מינה אם מסר לה המשכון בידים אם לא, והלא בין כך

ורבנן סברי די שנה לשכירות מתחלה ועד סוף, כלומר דכל פרוטה כשנגמרה נתחייב בה בעל המלאכה לפועל, הלכך כשמחזירין לה הויא מלוה למפרע וכו', ומקדש במלוה אינה מקודשת, ואם תאמר ואמאי לא והא איכא משכון דמצי תפיס ליה אאגריה, והמקדש במלוה דידה שיש לו עליה משכון מקודשת וכו', ומאי דמקשו לאו קושיא היא, דשאני משכון דעלמא דקני ליה כדרב יצחק, אבל האי כיון דמעיקרא לאו בתורת משכון אתי לידיה לא קני ליה וכו' עכ"ל יעו"ש.

וּמִבְּרֵא יש לדקדק דהא לא קאמר רב יצחק דבעל חוב קונה משכון אלא במשכנו

שלא בשעת הלואה, כדאיתא בבבא מציעא (דף פב:) יעו"ש, ולפי דבריו מבואר דאם משכנו שלא בשעת הלואה יכול לקדש אשה באותה מלוה שיש עליה משכון שלא בשעת הלואה, ואע"ג דלא נתנה לו אותו משכון בשעת הלואה, ועוד מבואר מדבריו דאם נטל ממנה המשכון בשעת הלואה נמי יכול לקדש בו אשה באותו מלוה ובהחזרת המשכון, כמו שכתב הר"ן לעיל בסוגיא דמקדש במלוה (דף ו:) יעו"ש, אמנם אינו יכול לקדשה בשירים שבידו כיון דמעיקרא לאו בתורת משכון אתי לידיה, ומבואר דאפילו אם תפס השירים ואמר לה שהם משכון בידו אינו יכול לקדש בו אשה הואיל ומעיקרא לאו בתורת משכון אתי לידיה, ודלא כמו שכתב הרמ"ה, כמש"נ.

וְלִפִּי דברינו שפיר מובנים דברי הר"ן, דס"ל כהרמב"ם דבעינן החזרת המשכון כמש"נ, וטעמא דמלתא משום דהחזרת המשכון הוי מעשה המבטל את החוב, והרי זה חלק מהמעשה קידושין, כמש"נ, וס"ל להר"ן דרק במשכון הקשור לעצם החוב אמרינן דהחזרתו מבטלת החוב, ומשום הכי אם הלואה לא על המשכון מהני החזרתו שיוכל לקדשה, כמש"נ, וכן נמי אם משכנו שלא בשעת הלואתו, שהגיע זמנו לפרוע וגבה ממנו המשכון וזכה בו שעבוד מעליא, דבעל חוב קונה משכון שלא בשעת הלואה, והרי זה כמו שהמלוה כלול בהמשכון, ולכן אם החזיר המשכון הרי זה מבטל המלוה, אבל אם בא לידו משכון אחר ההלואה אבל קודם שהגיע זמן פרעון אין משכון זה קשור

ממילא פועל יוצא שהמשכון חוזר לידה, ואין הנאה זו מצטרפת לעצם המעשה קדושין כדי שיחשב הכסף שנתן לה, דהיינו המלוה, כסף שיש בו הנאה, ולהכי פסק הרמב"ם דבעינן החזרת המשכון בשעת מעשה קידושין, והרשב"א נסתפק בזה.

וְעֵינִין בלחם משנה שכתב וז"ל: כתב הטור בשם הרמ"ה דוקא דמטא לידיה בתורת משכון, ונפקא מהא דעשה לי שירים ונזמים וכו' דהשוו הגמרא למקדש במלוה ונימא שאני התם דאית ליה משכון ולכך מקודשת, אלא כיון דלא נתנה ליה מעיקרא בתורת משכון אינה מקודשת כמו במלוה, וכן כתב הר"ן בפרק האיש מקדש (דף מח.) עכ"ל יעו"ש. אולם אחר העיון נראה דהרמ"ה והר"ן לאו חדא מלתא אמרו.

דְּבָרֵי הרמ"ה מובאים בטור סי' כ"ח סעי' י"א וז"ל: והרמ"ה כתב דוקא כשהחזיר לה המשכון, וכתב עוד דוקא דמטא לידיה דמקדש בתורת משכון, אבל אי לא מטא לידיה בתורת משכון אע"ג דמדינא מצי למיתפשיה אוזוי דכל כמה דלא גלי דעתיה דנקטיה ליה בתורת משכון אינה מקודשת עכ"ל יעו"ש, ומה שכתב דלא מטא לידיה בתורת משכון אע"ג דמדינא מצי למיתפשיה, כונתו בזה להא דאמרינן לקמן (דף מח.) דאם אמרה לו עשה לי שירים ונזמים ואית לך ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף הוה ליה מקדש במלוה ואינה מקודשת, כמו שפירש הלחם משנה, כנ"ל, ואע"ג דיכול לעכב השירים בידו עד שתפרע לו, לא אמרינן בזה המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת.

וּמִעֲמָא דמלתא מבואר בדברי הרמ"ה משום דלא גלי דעתיה דנקטיה לשירים בתורת משכון, אבל אם אמר לה שתפס השירים להיות משכון בידו, אז הוה ליה מלוה שיש עליה משכון, ואם קידשה בהמלוה והחזיר לה השירים מקודשת, והעיקר הוא שיהא תורת משכון על השירים, אבל במה שהשירים תחת ידו ויכול לעכבם עד שתשלם עדיין ליכא תורת משכון על השירים, ולכן אינו יכול לקדשה בהחזרת השירים.

אִכְּנֵן עיין מה שכתב הר"ן לקמן (דף מח.) וז"ל: וגריסין תו בגמרא עשה לי שירים וכו',

ויש לדקדק במה שכתב רש"י דאינו משיב העבוט ליורשים דדרשינן השב תשיבם לו ולא ליורשים, כנ"ל, וצריכים לעיין למה איצטריך לכך, והלא המלוה תופס המשכון שאם לא יפרע הלוה יגבה מן המשכון, וכל זמן שהמשכון מעוכב בידו מצוה עליו להשיב כסות לילה בלילה ושל יום ביום, וכל זה הוא מן הלוה עצמו שיכול להשתלם ממנו, אבל ביורשים שאינו יכול לגבות מהם תשלומין למה לא יטול המשכון מיד בעד פרעון חובו.

ומבואר מדבריו דבעצם המלוה רוצה לגבות חובו מיד מן המשכון כשמשכנו שלא בשעת הלואה, אלא דמצות השב תשיב מעכבת הגביה, ומשום הכי נשאר המשכון בידו בתורת משכון עד שיגמר דינו עם הלוה בבית דין, ולדברי רבן שמעון בן גמליאל עד שלשים יום, כנ"ל, ובימים האלו מצוה עליו להחזירו כשהלוה צריך לו, ולכן אם לא היינו דורשים לו ולא ליורשים, וגם אצל היורשים היתה שייכת מצות השב תשיבם, אז היתה הגביה מעוכבת גם כשמת הלוה, והיה גובה המשכון מן היורשים בבית דין, דמצוה עליהם לפרוע חוב אביהם מן הנכסים שהשאיר להם אביהם, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו.) בד"ה פריעת, יעו"ש, והרי אית ליה למלוה שעבוד בהמשכון והוה ליה אחריות נכסים.

פרק ז

בו יבואר הא דהוצרך קרא לרבות מצות החזרת העבוט בלילה כשמשכנו שלא ברשות, וזוכיח דנחלקו רש"י והתוס' אם לולי קרא צריך להחזיר מיד או אין צריך להחזיר כלל.

[כבא מצינא קיג.] מתניתין ומחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום, ואם מת אינו מחזיר ליורשיו, רבן שמעון בן גמליאל אומר אף לעצמו אינו מחזיר אלא עד שלשים יום, ומשלשים יום ולהלן מוכרן בבית דין יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: מת הלוה אינו משיב העבוט ליורשין שאין כאן מצות העבוט, אלא ימכרנו ויגבה חובו, דהשב תשיבם לו כתיב ולא ליורשין עכ"ל יעו"ש. וכל זה מיירי במשכנו שלא בשעת הלואה, שהגיע זמנו ולא פרעו, אבל אם הלוה מסר לו משכון מדעתו בשעת הלואה ליכא מצות חזרה, כדאיתא לקמן (דף קיד:) יעו"ש.

לעצם החוב, שלא על המשכון הלוהו וגם לא זכה שום שעבוד בהמשכון, והא דיכול לעכב המשכון בידו ולעכבה מלהשתמש בו לא הוי אלא לזכרון דברים בעלמא, ומשום הכי אין החזרתו מבטלת החוב, ומה שהחוב בטל הוא מפני שמחל לה כפה ולא מפני שהחזרה הוי מעשה ביטול על החוב, ולכן לא חשיב שהגיע הנאה לידו, כמש"נ.

אבל הרמ"ה ס"ל דאין לחלק בין משכון למשכון, והחזרת כל משכון מבטלת החוב, אכן שירים ונזמים אין להם תורת משכון אפילו כשהם בידו והרשות בידו לעכבם בשביל מעותיו, דכל כמה דלא אמר בפירוש שהוא תופס למשכון אין עליהם תורת משכון, והר"ן פליג וס"ל דשירים ונזמים יש עליהם תורת משכון ממילא, שהרי הם בידו ויכול לעכבם אם ירצה, ודבר כזה נקרא משכון, וטעמא דאינה מקודשת משום דהחזרת המשכון לא מהני אלא היכא דאתי לידו מעיקרא בתורת משכון, כנ"ל, ויש נפקא מינה להלכה בשירים ונזמים שגילה דעתו שאוחזם בתורת משכון, שלפי דברי הרמ"ה יכול לקדשה באותה המלוה ובהחזרת המשכון, ואליבא דהר"ן אינו יכול לקדשה, וכמש"נ.

פרק כט

בו יבואר למה הוצרך דרשה דהשב תשיב לו לו ולא ליורשים למי"ף דליכא מצות החזרת העבוט כשמת הלוה, ולמה לא נאמר שיגבה חובו מיד מן המשכון הואיל והלוה כבר מת.

[כבא מצינא קיג.] מתניתין ומחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום, ואם מת אינו מחזיר ליורשיו, רבן שמעון בן גמליאל אומר אף לעצמו אינו מחזיר אלא עד שלשים יום, ומשלשים יום ולהלן מוכרן בבית דין יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: מת הלוה אינו משיב העבוט ליורשין שאין כאן מצות העבוט, אלא ימכרנו ויגבה חובו, דהשב תשיבם לו כתיב ולא ליורשין עכ"ל יעו"ש. וכל זה מיירי במשכנו שלא בשעת הלואה, שהגיע זמנו ולא פרעו, אבל אם הלוה מסר לו משכון מדעתו בשעת הלואה ליכא מצות חזרה, כדאיתא לקמן (דף קיד:) יעו"ש.

והנה התוס' כתבו דליכא למימר דסוגיא דתמורה סמכה על הך ברייתא דלעיל להוכיח דמשכנו שלא ברשות אי עביד מהני, דהא בהברייתא גופא קאמר תלמוד לומר השב תשיב מכל מקום, והיינו גופא תירוץ הגמרא בתמורה, כנ"ל, ומבואר מדברי התוס' דפליגי על פירוש רש"י דסלקא דעתין דאינו צריך השבה, דלפי דברי רש"י הרי מעצם הברייתא מבואר דאי עביד מהני, ומשום הכי סלקא דעתין דאינו צריך להשיבו כלל, וכמו שכתב הריטב"א, כנ"ל, ולהכי איצטריך גזירת הכתוב לגלות דמכל מקום צריך להשיבו, ושפיר יש לומר דסוגיא דתמורה פריך מכח הך ברייתא, ומשני דהשב תשיב מגלה דבמשכון אי עביד מהני, ולכן סלקא דעתין דגם אינו צריך להשיב כלל אי לא דרשא דהשב תשיב מכל מקום, ודרשא דהשב תשיב בברייתא דלעיל ודרשא דהשב תשיב דסוגיא דתמורה לאו חדא מלתא נינהו.

וצריכים לומר דהתוס' פירשו דסלקא דעתין דמשכנו שלא ברשות לא אהני תפיסתו כלל, וצריך להחזירו מכל וכל, תלמוד לומר השב תשיב, ואתי שפיר אליבא דמאן דאמר אי עביד לא מהני, כמו שכתב הריטב"א, כנ"ל, ולכן כתבו התוס' דאין לומר דסוגיא דתמורה סמכה על עצם הדין דהך ברייתא דמשכנו שלא ברשות הועילו לו מעשיו ומחזיר בלילה, דכל זה נילף מהשב תשיב, והיינו גופא מה דמשני בתמורה שם.

פרק לא

בו יבואר שיטת הרמב"ם דשליח בית דין אסור לייננס לבית הלל דמשכנו אבל תופס ממנו משכון בשוק אבל בעל חוב אסור מן התורה לתפוס משכון בין מביתו בין אם מצאו בשוק.

[בבא מציעא קיג.] אמר שמואל שליח בית דין מנתח נתוחי אין אבל משכוני לא, והא תנן המלוה את חבירו לא ימשכנו אלא בבית דין, מכלל דבבית דין ממשכנין, אמר ליה שמואל אימא לא ינתחנו אלא בבית דין, הכי נמי מסתברא דקתני סיפא לא יכנס לביתו ליטול משכונו, מני אילימא בעל חוב מרישא שמע

דמתניתין איירי במשכנו באיסור, ואין לומר דסמיך אברייתא דאלו מציאות (לעיל דף לא:) דקתני משכנו שלא ברשות וכו', דאם כן מאי קשה דהא בברייתא גופיה יליף מהשב תשיב כדמשני התם וכו' עכ"ל יעו"ש, ועיין בדברי התוס' שם בתמורה בד"ה מחזיר שהקשו כקושית התוס' בסוגיין, ותירצו דהגמרא מדייק דמיירי שמשכנו שלא ברשות מהמשך דברי המשנה, דקאמר לא יכנס לביתו ליטול משכונו ומיד אחר כך היו לו שני כלים וכו' מחזיר את הכר בלילה, יעו"ש, אבל התוס' בסוגיין למדו דהיו לו שני כלים הוא ענין חדש, ואין להוכיח דקאי במשכנו שלא ברשות, דלמא קאי במשכנו בבית דין.

ועיין לעיל (דף לא:) בהך ברייתא שהביאו התוס' השב תשיב אין לי אלא שמשכנו ברשות בית דין, משכנו שלא ברשות בית דין מנין, ת"ל השב תשיב מכל מקום, יעו"ש, וכתב שם רש"י וז"ל: שלא ברשות בית דין מנין דצריך השבה עכ"ל יעו"ש, והנה באמת היה אפשר לפרש הברייתא דבמשכנו שלא ברשות מנין שיכול לעכבו אצלו כלל, דלמא צריך להחזירו מכל וכל ואינו יכול לעכבו אפילו ביום, אכן רש"י למד דמנין שצריך השבה, דלמא במשכנו שלא ברשות יכול לעכבו אפילו בלילה, והסברא מבוארת במאירי ובשיטה מקובצת דסלקא דעתין דבמשכנו בבית דין הוא בטוח שיחזירנה לו בבוקר ולכן צריך להשיבו בלילה, אבל במשכנו שלא ברשות בית דין יש לחוש שהלוה לא יחזירנו בבוקר, ולכן סלקא דעתין דאינו צריך להשיבו לו בלילה, קא משמע לן השב תשיב מכל מקום, כנ"ל.

והריטב"א מובא בשיטה מקובצת פירש הברייתא בתרי אנפי, למאן דאמר אי עביד מהני תנא דברייתא קאמר דסלקא דעתין דהועילו לו מעשיו ואינו צריך להשיבו כלל, ולמאן דאמר אי עביד לא מהני תנא דברייתא קאמר דסלקא דעתין דלא אהני תפיסתו כלל וצריך להחזיר המשכון מכל וכל, יעו"ש, אכן רש"י לא חילק בין מאן דאמר מהני למאן דאמר לא מהני, וכתב בסתמא דסלקא דעתין דאינו צריך השבה כלל.

שאינו חב לאחרים, כדמוכח לעיל (דף י.) יעו"ש, ועיין בבבא קמא (דף טו:) בתוד"ה ואי תפס לענין תפיסה בחיוב קנס במקום דאין דנין דיני קנסות, יעו"ש, אבל תפיסה בחיוב ממון בודאי מועיל, והא דלא מהני תפיסה בעבוט הוא מפני שמצות השב תשיבם מעכבת, ועיימש"נ בשי"ב פכ"ט, אכן אי משום העיכוב דעצם מצות השב תשיבם הרי עדיין היה שייך לומר שתהני תפיסת המלוה לשעבד המשכון אע"ג דלא מהני לקנותו בגביה גמורה, ואין מצות השב תשיב מעכבת בשעבוד המשכון, דשפיר יכול להשיבו ולקיים המצוה אף לאחר שנשתעבד כיון דעדיין הוי ממון הלוה עד שנגמרה הגביה, אלא דס"ל להרמב"ם דעיקר איסור דלא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו לא הוי הכניסה לבית אלא עצם קנית השעבוד בעבוטו בעל כרחו דלוה, ואם כן הוא הדין אם תופס ומשעבד עבוטו בשוק, והרי זה אסור מן התורה ואם בטל העשה לוקה, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל.

וראיה, לכך מהא דפריך בתמורה (דף ו.) לרבא דאית ליה כל מאי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, והרי השבת העבוט דאמר רחמנא לא תעבוט עבוטו, ותנן מחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום, תיובתא דרבא, אמר לך רבא שאני התם דאמר קרא השב תשיב, יעו"ש, והיינו דמחזיר כמה פעמים, ולא משכחת לה אלא בכלי יום ביום וכלי לילה בלילה, ומהכא נפקא דקני, כמו שכתב רש"י שם, ועיין בתוס' ד"ה מחזיר שהביאו כאן דברי הגמרא דתמורה, יעו"ש.

והשתא אם נאמר דמן התורה מותר לבעל חוב לנתק משכון מן הלוה בשוק, והרי הוא קונה שעבוד בגוף המשכון, ואינו אסור אלא לבא אל ביתו למשכנו, אם כן מבואר דליכא איסור בעצם קנית השעבוד, ולא אסרה תורה אלא כניסה לבית הלוה שלא ברשות, אם כן לא שייך למיפרך בזה לרבא דנימא אי עביד לא מהני, והלא אין שום איסור בחלות השעבוד, ולא דמי לתמורה וגזל וכל הני דסוגיא דתמורה שם דעצם החלות הוא האיסור, מה שאין כן בתפיסת העבוט דעצם האיסור לא הוי אלא הכניסה לביתו, וכניסה לא הוי אלא פעולה בעלמא, ולא

מינה, אלא לאו שליח בית דין, אי משום הא לא איריא, הכי קאמר המלוה את חבירו לא ימשכנו אלא בבית דין, מכלל דבבית דין ממשכנים, ובעל חוב אפילו נתוחי נמי לא גזירה שמא יכנס לביתו ליטול משכנו, יעו"ש.

והנה בגמרא לא נתבאר טעמא דשמואל דשליח בית דין מותר לנתח ולתפוס חפץ מן הלוה כשפוגע בו בשוק אבל המלוה עצמו אסור לנתח ממנו בשוק, וכתבו התוס' בד"ה אימא לא ינתחנו וז"ל: ואם תאמר מנין דניתוח אסור לבעל חוב, ואומר ר"י דמדרבנן הוא כדאמר בסמוך בעל חוב ניתוח נמי לא גזירה שמא יכנס לביתו עכ"ל יעו"ש.

אכן עיין ברמב"ם פ"ג מלוה ולוה הל"ד וז"ל: עבר בעל חוב ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה, שהרי ניתק לעשה שנאמר השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש, ואם לא קיים עשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה עכ"ל יעו"ש, ומבואר מדברי הרמב"ם דמלוה שמשכנו, בין שבא לביתו בין שחטף ממנו בשוק, עובר בלא תעשה ואם ביטל העשה לוקה, והקשה עליו הלחם משנה דהא ניתוח אינו אסור אלא מדרבנן גזירה שמא יכנס לביתו, וכמו שכתבו התוס', כנ"ל.

וצריך לומר דהרמב"ם ס"ל דניתוח אסור מדאורייתא, ודלא כמו שכתבו התוס', והא דקאמר בגמרא גזירה שמא יכנס לביתו, בעל הגמרא קאמר ליה לדחות ראיה דשמואל דגם שליח בית דין אינו נכנס לביתו, וליישב לשון המשנה קאמר דבעל חוב אינו מנתח גזירה שמא יכנס, אבל לא מצינו בגמרא דטעמא דשמואל דאוסר ניתוח בבעל חוב הוא משום גזירה שמא יכנס, ואדרבה אם היינו טעמיה היה לו להזכירו, אכן צריכים לעיין לפי שיטת הרמב"ם דלמה באמת בעל חוב אסור לנתח מן התורה ולוקה, והלא הלאו הוא לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו, והיאך לוקה על לאו זה כשהוא חוטף ממנו משכון בשוק.

ונראה לבאר דברי הרמב"ם דהנה בעל חוב יכול לתפוס ממון הלוה לפרעון החוב, ואפילו אחר יכול לתפוס לבעל חוב במקום

כדי שלא יעשה מטלטלין אצל בניו ולא יוכל המלוה לגבות חובו ממנו, ודלא כרבי יוחנן דאמר משכנו ומת שומטו מעל גבי בניו, ויש לדקדק דאם המלוה גובה מן המשכון כשהוא בידו למה לא יגבה ממנו כשהוא מוחזר אצל הלוח בלילה, והלא זכה המלוה בשעבוד בגוף המשכון, ומלשון הגמרא דהדר משכניה היה משמע דכשמחזיר המשכון בטל ממנו תורת משכון וכשהדר נטלו ממנו הדר להיות ממושכון למלוה, אכן דחוק טובא לומר דבכל לילה פקע השעבוד ובכל בוקר חוזר וניעור.

וּנְרָאָה, דבאמת כיון שחל השעבוד על המשכון שוב לא פקע ממנו, לא ביום ולא בלילה, אולם כשבא לגבות מן היתומים היה אפשר לחלק בין מת הלוח ביום לבין מת בלילה, דהנה הא דבעל חוב גובה מן היתומים הוא כשירשו קרקעות ולא מטלטלין, דמטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי, כדאיתא בפסחים (דף לא.) יעו"ש, ומכל מקום בעל חוב גובה מן המשכון ואע"ג דהוי מטלטלין, יש ליתן טעם לזה משום דהחילוק בין קרקעות למטלטלין הוא דקרקעות קבועים ועומדים במקומם אבל מטלטלין ניידים ויכול הלוח להבריחם, ומשום הכי עיקר השעבוד חל על קרקעות, וכמו שכתב רש"י בבבא מציעא (דף קסו.), ובזה דומה משכון לקרקעות הואיל והוא ביד הלוח ואין הלוח יכול להבריחו, ולכן דינו כקרקעות, וכן משמע מדברי הרשב"ם בבבא בתרא (דף קעח:) בד"ה שעבודא דאורייתא, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פ"א.

וְלָפִי זה יש לומר דסלקא דעתיה דהמקשן דכשהמשכון מוחזר להלוח בלילה נשתנה דינו ממה שהיה כקרקעות להיות מטלטלין גמורים, שהרי באותו לילה יכול הלוח להשמיטם, ואע"ג דלא פקע ממנו השעבוד אך מכל מקום אין השעבוד אלא במטלטלין, ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי, ונמצא שאם מת הלוח בלילה פקע שעבוד המשכון, ואם לא מת בלילה והחזירו להמלוה בבוקר שוב חזר המשכון להיות כקרקעות, ואם מת ביום לא פקע שעבודו ממנו ושומטו מן היתומים, והיינו מאי דקאמר דהדר משכניה, דהדר להיות משכון גמור שדינו כקרקעות, כמש"נ, ומסיק דאין זו כונת

שייך בזה מהני ולא מהני, אלא מבואר מזה דעצם קניית שעבוד הוא האיסור, ושפיר פריך דלמה לא אמרינן אי עביד לא מהני.

וּכְיוּן שכן דהאיסור הוא קניית השעבוד, שפיר פסק הרמב"ם דהאיסור נוהג בין אם בא לביתו בין אם חטף ממנו בשוק, וכל זה הוא בבעל חוב עצמו, אבל שליח בית דין דינו לגבות משכון ולשעבדו, ומכל מקום ס"ל לשמואל דשליח בית דין אסור ליכנס לביתו למשכנו, וילפינן לה מוהאישי, כדאיתא בגמרא, ואיסור לשליח בית דין הוא על הכניסה בלבד, ומשום הכי אסור למשכנו ומותר לנתחו.

וְלָפִי דברי התוס' דאליבא דשמואל ניתוח מותר מן התורה ולא נאסר אלא משום גזירה, כנ"ל, ונמצא דעצם קניית השעבוד לא נאסר, כמש"נ, צריכים לומר דמכל מקום כשנאסרה הכניסה לביתו לא רק הכניסה נאסרה אלא גם קניית השעבוד, ואע"ג דקניית השעבוד מותר כשמנתחו בשוק, ומשום הכי פריך מיניה בתמורה למאן דאמר אי עביד לא מהני.

פרק לב

בו יבואר הא דמשמע מדברי המקשן דאם המלוה החזיר המשכון ללוח בלילה ומת הלוח קודם שחזר ונטלו ממנו שבטל שעבוד המשכון ועשה מטלטלין אצל בניו ואינו גובה ממנו.

[כבא מציעא קיד:] אמר רבי יוחנן משכנו ומת שומטו מעל גבי בניו, מיתבי אמר רבי מאיר וכי מאחר שממשכנין למה מחזירין, למה מחזירין, רחמנא אמר אהדר, אלא מאחר שמחזירין למה חוזרין וממשכנין, שלא תהא שביעית משמטתו ולא יעשה מטלטלין אצל בניו, טעמא דהדר ומשכניה, הא לא הדר ומשכניה לא, אמר רב אדא בר מתנא ולא תרוצי קא מתרצת לה, תריץ הכי, וכי מאחר שמחזירין למה ממשכנין מעיקרא, שלא תהא שביעית משמטתו ולא יעשה מטלטלין אצל בניו, יעו"ש.

וּמֵת חַלְּהָה סלקא דעתיה דהמקשן דרבי מאיר בא לבאר למה המלוה חוזר ונוטל העבוט מן הלוח בבוקר אחר שהחזירו לו בלילה, ועל זה קאמר רבי מאיר דהמלוה חוזר ונוטלו

קודם שיחזיר לוקה עכ"ל יעו"ש, והשיגו הראב"ד שם וז"ל: א"א לא בהיר עכ"ל יעו"ש. והמגיד משנה כתב דקאי על מה שכתב בין שהלוה על המשכון, דהראב"ד ס"ל שכל בשעת הלואה אין זה חובל, כמו שהשיג על דברי הרמב"ם בהל"א, יעו"ש, אולם לפי זה אין הפרש בין השגת הראב"ד בהל"א והל"ב, ואולי יש לומר דהראב"ד קאי על מה שכתב הרמב"ם בסוף ההלכה דאם נאבד המשכון לוקה, והראב"ד פליג וס"ל ליה דהוי לאו הניתן לתשלומין ואינו לוקה, והיינו מה שכתב כדכתיבנא לעיל.

ועיין במשנה למלך שהקשה על דברי הרמב"ם וז"ל: אני תמיה בדין זה דאינו לוקה משום דניתק לעשה, דהא לא ניתק אלא לגבי עני כדכתיב ואם איש עני הוא וגו', ובלאו דלא תבא אל ביתו הוא כולל יחד עשיר ואביון וכמו שכתב רבינו, ועשה דחזרה הוא בעני שמשכנו כסות יום או לילה והדומה אליו, ואם כן תינח היכא דמשכן עני דאינו לוקה משום דאית ביה עשה דחזרה, אבל משכן עשיר אמאי אינו לוקה כיון דליכא ביה חזרה וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה עיין במתניתין בנדרים (דף סה:), ועוד אמר ר"מ פותחין לו מן הכתוב שבתורה ואומרין לו אילו היית יודע שאתה עובר על לא תקום ועל לא תטור ועל לא תשנא את אחיך בלבבך ואהבת לרעך כמוך וחי אחיך עמך שמא יעני ואין אתה יכול לפרנסו, יעו"ש, ומבואר דמי שאסר הנאתו על חבירו עובר על מצות וחי אחיך עמך, ואפילו אם חבירו הוא עשיר בשעת הנדר, לפי הגירסא במשניות, עדיין עובר על איסור וחי אחיך עמך שמא יעני, וקשה דהלא בשעת הנדר אינו מחויב להחיות אחיו העשיר, ואחר כך אם יעני נמי אינו עובר על האיסור דהא נדרו פוטרו ממצוה זו, ואם כן היאך שייך שיעבור על וחי אחיך עמך כשמדיר הנאתו על אחיו העשיר.

אלא מבואר דגלגל הוא שחוזר בעולם, כדאיתא בשבת (דף קנא:), יעו"ש, ואין העשיר בטוח שלעולם לא יעני, ומלבד מה שהוא עשיר יש בו נמי צד עני, ולכן יש מצוה להחיותו למרות שהוא עשיר, אלא דכל זמן שהוא עשיר אינו צריך לעזור בפועל כיון דלעת עתה יש לו

רבי מאיר, ואפילו מת בלילה שומטו מבניו, דכיון דמשכניה הרי הוא נחשב מובטח למשכון אפילו כשהוא ביד הלוה.

פרק לג

בו יבוארו דברי הרמב"ם דהמלוה את חבירו אחד עני ואחד עשיר ונכנס לביתו ומשכנו אינו לוקה שהרי ניתק לעשה דחזרה, ואע"ג דמצות החזרה ליתא אלא בעני ולא בעשיר.

[רמב"ם פ"ג מלוה ולוה ה"ד] כתב הרמב"ם וז"ל: המלוה את חבירו אחד עני ואחד עשיר לא ימשכנו אלא בבית דין וכו', עבר בעל חוב ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה, שהרי ניתק לעשה, שנאמר השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש, ואם לא קיים עשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה וכו' עכ"ל יעו"ש, והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א שבוש הוא זה אלא מפני שנתחייב באחריותו כדכתיבנא לעיל עכ"ל יעו"ש.

ונחלקן הרמב"ם והראב"ד למה אין לוקים על חטיפת המשכון, הרמב"ם ס"ל משום דהוי לאו הניתק לעשה, והראב"ד ס"ל דהוי לאו הניתן לתשלומין, וביאר המגיד משנה סברת הרמב"ם דלא הוי לאו הניתן לתשלומין וז"ל: שהרי לא אסרה תורה זה מחמת הפקעת ממון חבירו, שהרי נוטלו בחובו ואין זה לא גנב ולא גזלן, אלא גזירת הכתוב היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו, ואין זה לאו הניתן לתשלומין, שהרי הלוה והמלוה אין מחלוקתם עכשיו בממון עכ"ל יעו"ש, ובביאור דברי הראב"ד יש לומר דכיון דלעת עתה אין להמלוה גישה להמלוה שיש לו ביד הלוה קודם שיבא לבית דין, הרי השבת המשכון נחשבת דין ממוני, ועל המלוה ידונו אחר כך בבית דין.

ובמה שכתב הראב"ד כדכתיבנא לעיל אין הדבר מבורר מתוך ההשגות, ולעיל בהל"ב כתב הרמב"ם וז"ל: וכן המלוה את חבירו בין שהלוהו על המשכון בין שמשכנו אחר ההלוה בידו או על פי בית דין לא יחבול כלים שעושים בהם אוכל נפש וכו', ואם חבל מחזיר בעל כרחו, ואם אבד המשכון או נשרף

חבל ריחים לוקה שתיים, משום ריחים ומשום כי נפש הוא חובל, ריחים ורכב לוקה שלש, משום ריחים ורכב ומשום כי נפש הוא חובל, ורב יהודה אמר חבל ריחים לוקה אחת ורכב לוקה אחת, ריחים ורכב לוקה שתיים, כי נפש הוא אוכל לשאר דברים הוא דאתא, יעו"ש.

וְלִקְמוֹן אמרינן (דף קטז). תניא כותיה דרב יהודה חבל זוג של ספרים וצמד של פרות חייב שתיים, זה בעצמו וזה בעצמו אינו חייב אלא אחת, ותניא אידך חבל זוג של ספרים וצמד של פרות וכו', יעו"ש. וכתב רש"י דסיועא לרב יהודה לא הוי אלא משתי הברייתות ביחד, דכל ברייתא בפני עצמה מתיישבת גם אליבא דרב הונא, וז"ל: דאי משום דקתני חייב ב' ולא ג', הא אפילו רב הונא מודה דמהיכא תיתי, הא הני לא כתיבי ומכי נפש הוא חובל הוא דנפקי, דאכל חד קאי כי נפש וכו' עכ"ל יעו"ש.

וְקֶשֶׁה לדברי רש"י דאם כן דבזוג של ספרים לוקה שתיים משום כי נפש הוא חובל, אם כן בחובל ריחים ורכב דכתיבי ולוקה שתיים וגם לוקה משום כי נפש הוא חובל, לילקי ארבע, דבין על הריחים בין על הרכב לילקי נמי משום כי נפש הוא חובל, ועיין בתוס' ד"ה ותניא אידך שהקשו כן אבל לאידך גיסא, דכיון דאמר רב הונא דריחים ורכב לוקה שלש, ומבואר דינו לוקה אחת משום כי נפש הוא חובל, אם כן הוא הדין בזוג של ספרים לא ילקה אלא אחת, ואם כן קשה לרב הונא דלמה חייב שתיים, יעו"ש.

וּנְרָאָה ליישב דברי רש"י דזוג של ספרים עדיף מריחים ורכב, דריחים ורכב אין עושים אוכל נפש אלא כשהם ביחד, ואם כן נהי דרב הונא ס"ל דעל ריחים לבד לוקה שנים, משום ריחים ומשום אוכל נפש, שהרי הריחים הוא דבר הנצרך לאוכל נפש, מכל מקום כשמוסיף הרכב אינו מוסיף אוכל נפש חדש, אלא היינו גופא האוכל נפש שעליו כבר לקי משום ריחים בלבד, אכן בזוג של ספרים וצמד של פרות הרי כל אחד ואחד עושה אוכל נפש בפני עצמו, דזוג של ספרים מתפרק לשני סכינים שכל אחד בפני עצמו יכול לעשות אוכל נפש, וכן צמד מתפרק לשני צמדים שבכל אחד יכול לחרוש בפרה אחת, ולכן איכא מלקות בפני

מספיק לצרכיו, אבל עצם המצוה מחייבת אותו להחיות גם אחיו העשיר, ואם הוא מדירו בהנאה שוב לא יוכל להחיותו אם הוא יעני, ואם כן מיד כשהוא נודר עובר על מצות וחי אחיך עמך, והרי הנדר הוא העבירה.

וְלַפִּי זה נראה ליישב דברי הרמב"ם, דכיון דעשיר גם בהיותו בעשרו יש לו נמי צד עני, כמשי"נ, לכן נחשב האיסור למשכנו לאו הניתק לעשה בין בעני בין בעשיר, ואע"ג דלשעתו אין קיום העשה בפועל שייך בלוה עשיר, דהא עצם המצוה שייך אפילו לגבי העשיר, ולכן יכולה המצוה לנתק הלאו אע"ג דעדיין לא שייך בו קיום בפועל, וקצת דמיון לזה מצינו במכות (דף קטז). על הא דתניא אונס שגירש את אשתו מחזיר ואינו לוקה, ומשמע דאם לא החזיר לוקה, ואע"ג דהוי לאו הניתק לעשה, וקאמר בגמרא הניחא למאן דתני קיימו ולא קיימו אלא למאן דתני בטלו ולא בטלו וכו' היכי משכחת לה וכו', אלא אמר רב שימי מנהרדעא כגון שהדירה ברבים, הניחא למאן דאמר נדר שהודר ברבים אין לו הפרה, אלא למאן דאמר יש לו הפרה מאי איכא למימר וכו', יעו"ש, ומבואר בגמרא דאם היה יכול להתיר הנדר עדיין היה נחשב שהלאו ניתק לעשה, ואע"ג דלשעתו לא שייך קיום העשה כל זמן שלא התיר הנדר, מכל מקום כיון שיש אפשרות שיוכל לקיים העשה אם יתיר נדרו, אינו לוקה אפילו אם עדיין לא הופר הנדר, דכל שיש בו צד שיוכל לקיים העשה הוה ליה לאו הניתק לעשה ואינו לוקה, ואם כן שייך נמי צד קיום מצות השב תשיב גם בלוה עשיר, ויש לחלק.

פרק לד

בו יבוארו דברי רש"י דחובל ריחים ורכב לוקה שלש, משום ריחים ורכב ונפש הוא חובל, ואם חבל זוג של ספרים אין בו משום ריחים ורכב אבל לוקה שתיים משום נפש הוא חובל.

[בכא מצינא קטו]. מתניתין החובל את הריחים עובר משום לא תעשה וחייב משום שני כלים, שנאמר לא יחבול ריחים ורכב, ולא ריחים ורכב בלבד אמרו אלא כל דבר שעושין בו אוכל נפש, שנאמר כי נפש הוא חובל. ובגמרא אמר רב הונא

נחשב מיגו להוציא, כיון דכפי טענתו השתא אין לו שום קנין בהמשכון שבידו, אבל כיון דבעל חוב קונה משכון, וכבר יש לו בו התחלת גוביינא, כמש"נ בש"א פ"א, לכן חשיב מיגו להחזיק, ואע"ג דצריך להחזירו להלוה לעשות בו צרכיו, מכל מקום כיון דגם כשהמשכון חוזר אל הלוה לאוכל נפש עדיין קנין המלוה בו, ושפיר הוי מיגו להחזיק.

ועיין במגיד משנה פ"ג מלוה ולוה הל"ג באמצע דבריו וז"ל: שאם היו שם עדים שהוא משכון בידו כמו שהוא אומר ולא היו יודעים בכמה היה צריך מלוה שבועת התורה עכ"ל יעו"ש, וכונתו דהיה צריך לישבע בנקיטת חפץ כעין שבועת התורה.

פרק ל"ו

בו יבוארו דברי רש"י דבע"ל חוב גובה ממשכון דאחרים ביד הלוה וטעמא משום שהתורה אמרה יכנס שליח בית דין לביתו ויטול משכונו, ואע"ג דמיררי בגביה ולא בנטיילת משכון.

נכבא מצינא פז: האי משכנתא באתרא דמסלקי אין בעל חוב גובה הימנה וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: אין בעל חוב גובה הימנו, ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, דבשלמא בעודו קיים גבי אפילו מגלימא דעל כתפיה, שהרי לו הלוה מעותיו ונשתעבד והתורה אמרה יבא שליח בית דין ויכנס לביתו ויטול משכונו, דכתיב (דברים כד, יא) והאיש אשר אתה נושה בו וגו', ואמרינן לקמן (דף ק"ג.) זה שליח בית דין, אבל היכא דמית בהדי יתמי מאי עבידתיה דתבע, הרי לא לוו ממנו, ואי ירתי קרקעות משתעבדי נכסי מחיים, ומיחייב מדין ערב, דנכסייהו דבר איניש אינון ערבין ביה, דכי אוזפיה עלייהו סמך, אבל מטלטלי אפילו דין ערב ליכא, דלאו עלייהו סמך מלוה הואיל ובידו להצניען ולאבדן עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"ט.

ויש לדקדק בדברי רש"י דהרי בסוגיין המדובר הוא גביה ולא נטילת משכון, דאין בעל חוב גובה הימנו משום דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי, אבל בעודו קיים גובה מגלימא דעל כתפיה, ואם כן למה הביא רש"י כאן הא דשליח

עצמו לכל אחד משום כי נפש הוא חובל, מה שאין כן בריחים ורכב דאין עושים אוכל נפש אלא ביחד, ונהי דעל כל אחד לוקה נמי משום כי נפש הוא חובל, הואיל והוא דבר הנצרך לאוכל נפש, מכל מקום כשהם ביחד לא נתוסף מידי, וליכא אלא מלקות אחת, וכמש"נ.

והנה רש"י גרס זוג של ספרים, אבל התוס' לעיל (דף ק"ג.) בד"ה ואת המחרישה גרסי זוג של מספרים, והיינו כלי שמשמשין בו לתספורת של ירק או לגזוז בית השחיטה, יעו"ש, ויש לומר דרש"י לא רצה לפרש כן, דאם כן היינו ממש כריחים ורכב, שאין האחד עושה אוכל נפש בלי סיוע חבירו, ואם כן לא היה לוקה אלא אחת אליבא דרב הונא, והיה קשה לדידיה מברייתא קמייתא דלמה חייב שתיים, ובשלמא לרב יהודה אתי כי נפש הוא חובל לרבות שאר כלים ללאו דריחים ורכב, ושפיר חייב שתיים, אבל לרב הונא דכי נפש הוא חובל לא הוי רבוי אלא לאו חדש ובריחים ורכב לוקה רק אחת הואיל ואין עושים אוכל נפש אלא ביחד, כמש"נ, אם כן הוא הדין בזוג של מספרים, ולמה חייב שתיים, ולכן גרס זוג של ספרים.

פרק ל"ז

בו יבוארו דברי רש"י דא"יבא דרבא מלוה שתפס סכין העושה אוכל נפש שלא בפני עדים, והיה יבואר לטעון לקוח הוא בידי, קנה המשכון כדי שיוכל לישבע וליטול עד כדי דמיו.

נכבא מצינא קטין: ההוא גברא דחבל סכינא דאשכבתא מחבריה, אתא לקמיה דאביי אמר ליה זיל אהדריה דהוי ליה כלי שעושים בו אוכל נפש ותא קום בדינא עלה, רבא אמר לא צריך למיקם בדינא עלה ויכול לטעון עד כדי דמיהן יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: רבא אמר, כיון דמשכניה ואין עדים שמשכנו היה יכול לטעון לקוחה היא בידי, לא צריך למיקם בדינא עלויה, דקנה ליה משכון לישבע וליטול עד כדי דמיו עכ"ל יעו"ש.

ונראה דמה שכתב רש"י דקנה ליה משכון, ולא הספיק לו במיגו דלקוחה היא בידו לישבע וליטול, היינו כדי שלא יהא מיגו להוציא, דאם לא היה בעל חוב קונה משכון היה

י"ש לדקדק בדברי רש"י, דהנה מבואר במתניתין בבבא מציעא (דף ק"ג:) דאסור לבעל חוב ליכנס לבית הלוח לטול ממנו משכון, ואליבא דשמואל בגמרא שם גם שליח בית דין אסור ליכנס לביתו ואינו יכול לטול ממנו משכון אלא כשפגע בו בשוק יעו"ש. וצריך עיון לפי זה למה יוכל הגזבר ליכנס לביתו למשכנו בעל כרחו, דאפילו נימא דגזבר יש לו דין שליח בית דין, הרי גם שליח בית דין אסור ליכנס לביתו. ואולי יש לומר דכיון דנתמעט הקדש ממצות החזרת העבוט בלילה, כדאיתא בבבא מציעא (דף ק"ג:) יעו"ש, נתמעט נמי מכל המצות שבפרשת משכון, וגם מן האיסור לבא אל ביתו לעבוט עבוטו, אולם לא הוזכר דבר כזה בגמרא.

ע"ד יש לדקדק בדברי רש"י דהנה הא דקאמר במתניתין אע"פ שאמרו חייבי ערכין ממשכנין אותו מוסב על הא דתנן לעיל (דף כ"א.) חייבי ערכין ממשכנין אותו, יעו"ש, ושם לא כתב רש"י שהגזבר נכנס לביתו ונוטל בעל כרחו, ולמה הניח לפרש עיקר הדין במקורו ונטר לפרשו עד שהזכירו במתניתין.

והנה עיין בבבא מציעא (דף ק"ד.) ויסדרו בבעל חוב קל וחומר מערכין, ומה ערכין שאין מחזירין מסדרין, בעל חוב שמחזירין אינו דין שמסדרין יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה מה ערכין שאין מחזירין מסדרין וז"ל: ואם תאמר כיון שמסדרין ומניחין לו שיעור המפורש במשנה אם כן מה חזרה שייך, דהרי מניחין לו לגמרי כדי צרכו ומה יחזיר לו, ואומר ר"ת דכשנוטל ממנו בתורת פרעון אז מסדרין, אבל כשנוטל בתורת משכון, דחייב ערכין ממשכנין אותן, אז אין מסדרין ושייך חזרה עכ"ל יעו"ש, והנמוקי יוסף פליג וכתב דמשעה שממשכנין אותם מסדרים להם, יעו"ש.

וְלְדַבְרֵי ר"ת מתניתין דסוגיין מיירי כשהקדש בא לגבות הערכין מן הנודר, ובזה קאמר דמסדרים לו צרכיו, ומתניתין דלעיל מיירי בנטילת משכון, והא דמתניתין דידן תלי דין מסדרים בגביה בדין נטילת משכון, באמרו אע"פ שאמרו חייבי ערכין ממשכנין אותו, יש לומר דסלקא דעתין דחייב ערכין הוא מצוה דרמיא אקרקפתא דהנודר, וליכא חיוב ממון להקדש,

בית דין נכנס לביתו למשכנו לגבי גביה מגלימא דעל כתפיה. ועוד יש לדקדק דלמה כתב רש"י דשליח בית דין נכנס לביתו, והלא בסוגיא דלקמן (דף ק"ג:) נחלקו התנאים אם שליח בית דין נכנס לביתו למשכנו או אם אינו יכול למשכנו אלא כשפגע בו בשוק, ולמה הכניס רש"י עצמו לפלוגתא זו, ועיין ברש"ש שעמד על כך והניח בצריך עיון, יעו"ש.

וּנְרָאָה דבדואי מיירי הכא בגביה ולא בנטילת משכון, אכן הכא כשגובה המשכנתא מבעל המשכון בתורת גביה הרי בעל חוב זה אינו קונה בו אלא זכותי המשכנתא כמו שהיו אצל הלוח, ונמצא דעל ידי הגביה נתמשכן השדה להבעל חוב כנגד רצונו של בעל השדה, שמעולם לא הסכים על כך, והיאך יכול לעשות כן, והלא כתיב לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו, ועל זה כתב רש"י דכיון דבית דין גובים לו את המשכנתא הרי שליח בית דין מותר למשכן בעל השדה שמשועבדת להבעל חוב, ואע"ג דהמשכנתא עצמה היא מטלטלין, הרי מיניה דידיה גובה אפילו מגלימא דעל כתפיה, ולענין מה שכתב דשליח בית דין נכנס לביתו היה אפשר לדחוק דלאו דוקא הוא, אלא העיקר הוא דשליח בית דין יכול למשכנו, כמש"נ, אולם נראה דאע"ג דעצם המשכנתא הוי מטלטלין כיון דאינו אוכל לא לזמן, סוף סוף גביה המשכנתא הוי בקרקע, וקרקע נחשבת כביתו, והיאך יכול השליח בית דין ליכנס להקרקע להגבות המשכנתא להבעל חוב, אלא מוכרחים לומר דסוגיא דידן אזלא כמאן דאמר שליח בית דין נכנס לביתו.

פרק ל"ז

בו יבוארו דברי רש"י בהא דאמרינן חייב ערכין ממשכנים אותו דהגזבר נכנס לביתו ונוטל בעל כרחו, ואע"ג דאין ממשכנים אלא בבית דין ואפילו שליח בית דין אינו נכנס לביתו.

[ערכין כג:] מתניתין אע"פ שאמרו חייבי ערכין ממשכנין אותו, נותנין לו מזון שלשים יום וכסות שנים עשר חודש ומטה מוצעת וסנדליו ותפיליו וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: ממשכנין אותו, גזבר נכנס לביתו ונוטל בעל כרחו עכ"ל יעו"ש.

אלא אמר רבא אידי ואידי דלא קביל עליה אונסא וזולא, והכא גבי בכורה היינו טעמא דאילו אתי עובד כוכבים בעי זוזי ולא יהיב ליה תפיס לה לבהמה, ואי לא משכח לה לבהמה תפוס ולדות דידה, והרי יד עובד כוכבים באמצע, וכל יד עובד כוכבים באמצע פטורה מן הבכורה יעו"ש, וכן הוא נמי בבבא מציעא (דף ע:), יעו"ש.

והך צאן ברזל היינו דמכר לו בהמה בדמים קצובים וזקף הדמים עליו במלוה לעשר שנים, ובתוך עשר שנים אלו הולדות לאמצע, והם פטורים מן הבכורה, וסלקא דעתין דפטורים מן הבכורה משום שלאו מכירה גמורה היא, ונמצא ההולדות נולדו ברשותיה דעובד כוכבים, אכן פריך מהא דתניא דאין מקבלים צאן ברזל מישראל דהוה ליה רבית ואם ליכא מכירה גמורה עד עשר שנים אין כאן הלואה על המעות ולמה הוי רבית, וקאמר אביי דמתניתין מיירי שהעובד כוכבים קיבל עליו שאם נאנס או הוזל ההפסד לו, וליכא עדיין מכירה גמורה, ומשום הכי נחשב שהולדות נולדו ברשותו, ורבא משני דאפילו אם לא קיבל עליו אונסא וזולא פוטר מן הבכורה, ואע"ג דאיכא מכירה גמורה ואין על המקבל אלא חיוב ממון, מכל מקום פטורה מן הבכורה דיד עובד כוכבים באמצע, וכתב רש"י וז"ל: לאו משום דהוי ברשותו של עובד כוכבים אלא משום דמשכון הוי גביה עכ"ל יעו"ש.

והיינו דיש להעובד כוכבים שעבוד משכון בעלמא על הבהמה והולדות, ולא שייך בעל חוב קונה משכון אלא כשהגיע זמן הפרעון ומשכנו על ידי שליח בית דין, כדאיתא בבבא מציעא (דף פב.) יעו"ש, ובהך משכון דסוגיין ליכא אלא זכות גביה בעלמא, והא דפטורה מן הבכורה הוא דין מיוחד בבכורות, דילפינן מקרא דכל שיד עובד כוכבים באמצע פטורה מן הבכורה, כדאיתא לעיל (דף ג.) יעו"ש, וקאמר רבא דאם הבהמה והולדות ממושכנין לעובד כוכבים הרי זה נחשב יד עובד כוכבים באמצע ופטורה מן הבכורה.

ועיין בתוד"ה אין מקבלין בסה"ד וז"ל: ואם תאמר מאי שנא מבהמת ארנונא דחייבת בבכורה ללישנא קמא דרבא בפרק קמא דפסחים

ואין הקדש בעל דבר לתובעו לדין ולגבות ממנו, אכן כיון דאמרינן דחייבי ערכין ממשכנין אותו הרי מבואר דהקדש הוי בעל דבר על הערכין, ויכולים למשכנו וגם לגבות ממנו, וקאמר במתניתין דאע"פ שאמר דהקדש יכול למשכנו וגם לגבות ממנו מכל מקום צריך הגזבר לסדר לו צרכיו.

ולפי זה יש לומר דרש"י אזיל בשיטת ר"ת דמתניתין דידן מיירי בגביה ולא בנטילת משכון, ולכן לא כתב רש"י במתניתין דלעיל דגזבר נכנס לביתו ונוטל בעל כרחו, דבאמת אסור לו ליכנס לביתו ליטול משכון, אבל מתניתין דידן מיירי בגביה מעליא, כמש"נ, ואינו נוטל בתורת משכון אלא בתורת פרעון, וליכא איסור של לא יבא אל ביתו.

ואלם עדיין צריכים לעיין דהא גם לגביה צריך לתובעו בבית דין, ולא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה אלא במקום פסידא, כדאיתא בבבא קמא (דף כח.) יעו"ש, ואם כן למה יכול הגזבר ליכנס לביתו לגבות הערכין, ואולי יש לומר דכיון דאמרינן כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, דכל מקום הוא רשות הקדש, אם כן מיד חשיב שממון הנודר כבר תפוס ביד הקדש, ולא הוי מחוסר גוביינא, ולכן יכול הגזבר ליכנס וליטול את שלו, וכן יש לפרש הא דמיבעיא בבבא מציעא (דף ו.) הקדישה בלא תקפה מהו, יעו"ש.

פרק לה

בו יבואר דמקבל צאן ברזל מן העובד כוכבים ולדותיהן פטורין משום דיד עובד כוכבים באמצע הוי דין מיוחד בבכורות, ויוכיח דרש"י ותוס' נחלקו אם מיירי בדור שני או שלישי.

[בכורות טז.] מתניתין המקבל צאן ברזל מן העובד כוכבים ולדותיהן פטורין ולדי ולדותיהן חייבין וכו', ובגמרא למימרא דכיון דלא נקט מרא זוזי ברשותא דמרא קיימא, ורמינהו אין מקבלין צאן ברזל מישראל מפני שהוא רבית, אלמא ברשותא דמקבל קיימא, אמר אביי לא קשיא הא דקביל עליה אונסא וזולא והא דלא קביל עליה אונסא וזולא, אמר ליה רבא וכו',

מעולם לא היה להעובד כוכבים שום בעלות בולדות אלו, ולמה יפטרו מן הבכורה, אלא מבואר דהתוס' מפרשי לשון המשנה כפשוטו, ודור שני פטורה מן הבכורה כיון שהיה להעובד כוכבים בעלות שותפות בה קודם חלוקה, ואף אם לאחר חלוקה הוברר חלקו למפרע, אין זה גילוי שכך היה מקודם, דאולי היה עושה חלוקה באופן אחר, אלא ברירה הוא שיכול לברר ולקבוע החלות למפרע, וכל זמן שלא ביררו היו הולדות משותפים, ונמצא שבודאי היה לו בעלות קודם החלוקה, ואם עכשיו הוה להו משכון הרי שירי הבעלות ניכרים ופטורה מן הבכורה, אבל בדור שלישי לא היה להעובד כוכבים שום בעלות, ולא נחשב יד עובד כוכבים באמצע רק על ידי מה שהוא משכון, ועיין מה שכתב הרמב"ם פ"ד בכורות הל"ד, יעו"ש, ומדבריו מדויק דאזיל בשיטת רש"י, ועיימש"נ בשי"ב פל"ט.

ומדברי רש"י מבואר דלית ליה סברת התוס' דלא חשיב יד עובד כוכבים באמצע אלא כשהיה לו בעלות בה מכבר, דאם כן היאך פוטר דור שלישי מן הבכורה, כמש"נ, ולדידיה צריכים לומר דגם דור שלישי עלול העובד כוכבים ליקח אי לא היה ליה זוזי, אבל דור רביעי לא יקח אלא יתבענו לבית דין או יתפוס שאר נכסיו, דאינו מרגיש שום קשר מיוחד בדור רביעי של הבהמה שמכר בצאן ברזל.

פרק ל"א

בו יבוארו דברי הרמב"ם דמקבל צאן מנכרי ולדותיהן פטורין מן הבכורה דנעשה כמי שיש לו אחריות עליהן והרי יד נכרי באמצע ויוכח דאזיל בשיטת רש"י דמתניתין מיירי בדור שלישי ורביעי.

רמב"ם פ"ד בכורות הל"ד כתב הרמב"ם וז"ל: המקבל צאן מן הנכרי בממון קצוב ופסק עמו שיהיה השכר ביניהם ואם פיחתו פיחתו לישראל, אע"פ שברשות ישראל הם והרי הם כקנינו הואיל ואם לא ימצא הנכרי אצלו ממון אחר לגבות ממנו יגבה מן הבהמות האלו ומולדותיהן, נעשה כמי שיש לו אחריות עליהן ועל ולדותיהן והרי יד הנכרי באמצע ופטורין מן הבכורה הם

(דף ו.) היכא דמצי ישראל לסלוקיה בזוזי, והכא נמי אי יהיב ליה זוזי לא תפיס לולד, ויש לומר התם עיקר בהמה של ישראל מתחלה אלא שמשועבדת היא לארנונא, וכיון דאפשר לסלוקיה בזוזי לא יצאה מרשות ישראל ולא חשיב יד עובד כוכבים באמצע, אבל הכא דמתחלה של עובד כוכבים כל זמן שיש לעובד כוכבים כח זה דאי לא יהיב זוזי תפיס לבהמה לא יצא מרשות עובד כוכבים ומקרי יד עובד כוכבים באמצע שלא נסתלקה ידו לגמרי עכ"ל יעו"ש.

וגם חילוק שכתבו התוס' שייך רק משום דיד עובד כוכבים באמצע הוי דין מיוחד ומחודש בבכורות, ובזה אפשר לומר דאם העובד כוכבים היה לו בעלות גמורה בהבהמה והשתא נשאר לו רק דין משכון הרי שיריה של בעלותו עדיין ניכרים וגם שירי בעלות נחשבים יד עובד כוכבים באמצע, אבל בארנונא שמעולם לא היה להמלך בעלות בהמה, ורק דין משכון בלבד, אין זה נחשב שיד עובד כוכבים באמצע.

והנה עיין ברש"י במתניתין בד"ה ולדותיהן וז"ל: של אותן צאן ברזל כשיגדלו ויבכרו יפטרו מן הבכורה, וטעמא מפרש בגמרא דכיון דאי לא יהיב ליה זוזי לעובד כוכבים תפיס בהמה, ואי לא משכח בהמה תפיס ולדות, אישתכח דשייכא יד עובד כוכבים באמצע. וולדי ולדות חייבין, ולדי ולדות של צאן ברזל המגיעות לחלקן של ישראל כשהיו להן ולדות בכורות דהיינו רביעית לצאן ברזל ינתנו לכהן עכ"ל יעו"ש. ולמד רש"י דולדותיהן פטורין היינו דור שלישי של הצאן ברזל, דגם ולדות הולדות פטורים מן הבכורה, ורק דור רביעי חייבין בבכורה, ומה שכתב רש"י בכבא מציעא שם דאם לא מצא בהמה ילך אצל הולדות, כונתו לשני דורות של ולדות כמו שכתב כאן.

אולם מדברי התוס' הנ"ל מבואר דפליגי על רש"י, שהרי כתבו דחשיב יד עובד כוכבים באמצע רק כשהיה לו בעלות גמורה קודם שנעשה משכון, כמש"נ, ואם כן דור שלישי לא יפטרו מן הבכורה, דהא כיון דחלקו הישראל והעובד כוכבים את הולדות של דור שני וחלק ולדות שהגיעו לישראל ילדו ולדות, הרי

קאי על דור שני ודור שלישי שאין עליהם דין בכורה על ולדותיהן, והיינו כדברי רש"י.

ובמה שכתב הרמב"ם שנחשב יד עובד כוכבים באמצע כיון דנעשה כמי שיש לו אחריות עליהן, והיינו דהוה להו משכון, ולמה הזכיר נמי שהנכרי יגבה מן הבהמות, והלא העיקר הוא שממושכנים לעובד כוכבים, אכן נראה דהרמב"ם ס"ל שאין כאן משכון מפורש, אלא דכיון דשניהם יודעים, המוכר והמקבל, שאם לא יפרע לו יתפוס בחזרה הבהמות שמכר הרי זה כמי שהסכימו בפירוש שהבהמות יהיו ממושכנים להעובד כוכבים, ועל ידי המשכון המובן מאליו נחשב שיד עובד כוכבים באמצע.

וולדותיהן, אבל ולדי ולדות חייבין, שהרי של ישראל הם ואין לנכרי רשות עליהן עכ"ל יעו"ש, ומקורו הוא מבכורות (דף טז.) יעו"ש.

והנה בגמרא נחלקו רש"י והתוס' אם ולדות דמתניתין היינו דור שלישי ורביעי או דור שני ושלישי, ועיימש"ג בשי"ב פל"ח, ומדברי הרמב"ם לכאורה מבואר דאזיל בשיטת רש"י דדור שלישי פטורין ודור רביעי חייבין, שהרי כתב ופטורין מן הבכורה הם וולדותיהן, ובודאי לא איצטריך הרמב"ם לאשמועיןן דהצאן ברזל עצמם פטורים אם היו בכורות, דהא פשיטא דבכור שנוולד לעובד כוכבים פטור מן הבכורה, אלא בודאי מה שכתב הם וולדותיהן

שער יג: בענין עידית בינונית וזיבורית

ובו מ"ז פרקים

פרק א

בו יבוארו דברי רש"י אליבא דרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן דדין עידית דניזק בא לגרע כח הניזק, ואע"ג דמאשרו שלא יוכל המזיק לסלקו לגיזק בזיבורית דידיה.

ועוד מאי קל וחומר להקדש וז"ל: הואיל ומן העידית דקאמר אניזק קאי, ולאקולי אתא דיהיב ליה מזיק מזיבורית, מאי קל וחומר להקדש, גריעותא הוי וכו' עכ"ל יעו"ש. והקשו עליו התוס' וז"ל: ולענין מיטב נמי חשיבות הוא דמשלם ממיטב דניזק ולא מגרוע דניזק עכ"ל יעו"ש, ולמה נחשיב עידית דניזק גריעותא, ואיברא דבודאי גרע מעידית דמזיק, אכן אליבא דרבי ישמעאל עידית דמזיק מאן דכר שמיה, הלא לא הוזכר בתורה דין עידית דמזיק שנוכל לומר דכנגדו הוי עידית דניזק גריעותא, אלא אדרבה דין עידית דניזק מיפה כחו שלא יוכל המזיק לסלקו בזיבורית דניזק, וכמו שכתבו התוס', ולמה לא שייך קל וחומר להקדש לגבי יפוי כח זה.

והנה עיין לקמן (דף ת.) אמר עולא דבר תורה בעל חוב בזיבורית, שנאמר (דברים כד, יא)

בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה, מה דרכו של אדם להוציא לחוץ פחות שבכלים, ומה טעם אמרו בעל חוב בכינונית, כדי שלא תנעול דלת בפני לוין יעו"ש. ויש לעיין דלמה לן קרא לכך דבעל חוב נוטל זיבורית, ומה הייתי אומר לולי קרא דיוציא אליך את העבוט, והלא לכאורה פשיטא דאם לא אמרה תורה שנוטל יותר, אם כן בעל

נכא קמא ו: תנו רבנן מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם, מיטב שדהו של ניזק ומיטב כרמו של ניזק דברי רבי ישמעאל, ורבי עקיבא אומר לא בא הכתוב אלא לגבות לנזקין מן העידית וקל וחומר להקדש וכו', אלא אמר רב אחא בר יעקב הכא במאי עסקינן כגון שהיתה עידית דניזק כזיבורית דמזיק, ובהא פליגי, רבי ישמעאל סבר בדניזק שיימינן ורבי עקיבא סבר בדמזיק שיימינן, מאי טעמא דרבי ישמעאל נאמר שדה למטה ונאמר שדה למעלה, מה שדה האמור למעלה דניזק אף שדה האמור למטה דניזק, ורבי עקיבא מיטב שדהו ומיטב כרמו דהיאך דקא משלם וכו' יעו"ש.

ואליבא דרבי עקיבא דס"ל בדמזיק שיימינן, בא הכתוב לייפות כח הניזק שגובה מעידית דמזיק, אבל אליבא דרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן, בא הכתוב לגרע כח הניזק שאינו נוטל אלא עידית דידיה אף אם הוי כזיבורית דמזיק. וכן כתב רש"י לקמן (דף ט.) בד"ה

מה שמוטל עליו לפרוע בין לנזקין בין לבעל חוב בין לכתובת אשה יפרע לפי דעתו ולא לפי דעת הגובה, כגון אם יש לו כמה קרקעות שכולן עידיית יתן לו איזו קרקע שירצה, ולא יכול לומר לו בקרקע זו אני חפץ, וכן לבעל חוב בבינונית, וכן לכתובת אשה זיבורית וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דאע"ג דבעל חוב נוטל בינונית בעל כרחו דלוה, מכל מקום הלוח מגבהו לפי דעתו ונותן לו איזו בינונית שרוצה.

ומדויק בלשון הרא"ש דיכול להגבותו לפי דעתו שאומר לו קרקע זו חביבה עלי, ומשמע דאינו יכול לדחותו בלי נתינת טעם לכך, והביאור הוא כדברינו, דבעצם הרי הבעל חוב כשותף בכל קרקעות הלוח, והיה יכול לתבוע גם מעידיית, כמש"נ, ואלא דהתורה גילתה דמכל מקום גובה תחלה מזיבורית, ומדרבנן מבינונית, אבל בהקרקעות הבינוניות עדיין הוי כשותף, ויש לו תביעה לכל בינונית שיש לו ללוח ויתפשר עמו, כמש"נ, אכן אם הלוח טוען שקרקע זו חביבה עליו ביותר אין לכופו להתפשר עמו על קרקע זו אלא יתן לו קרקע אחרת, ובעל חוב אינו יכול נמי לטעון קרקע זו חביבה עלי, שלא תיקנו לו שיוכל לומר חביבה עלי כל זמן שלא באה לידו, אבל הלוח מצי לטעון כן, ואם לא טען יתפשר עמו, כמש"נ, ועיימש"נ בשי"ג פ"ז.

פרק ב

בו יבואר מחלוקת השיטות אליבא דרבי ישמעאל דאדוני קרא דאם אין למזיק מעידית דניזק נותן ממיטב דידיה אם הוא הדין דיכול ליתן לו בינונית דעדיף מעידית דניזק.

[בבא קמא ז:] תנו רבנן מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם, מיטב שדהו של ניזק ומיטב כרמו של ניזק דברי רבי ישמעאל, ורבי עקיבא אומר לא בא הכתוב אלא לגבות לנזקין מן העידיית וקל וחומר להקדש, ורבי ישמעאל אכל שמינה משלם שמינה, אכל כחושה משלם שמינה, אמר רב אידי בר אבין הכא במאי עסקינן כגון שאכל ערוגה בין הערוגות, ולא ידעינן אי כחושה אכל אי שמינה אכל, דמשלם שמינה. אמר רבא ומה אילו ידעינן דכחושה אכל לא משלם אלא כחושה, השתא דלא ידעינן אי כחושה אכל אי

כרחך שנוטל הפחות, וכההיא דמנחות (דף קח:) בית בביתי אני מוכר לך ונפל, מראהו נפל, דיד בעל השטר על התחתונה יעו"ש, ואם כן למה לן קרא דבעל חוב גובה מזיבורית.

ונראה דהנה בעל חוב יש לו שעבוד בכל קרקעות הלוח אפילו אם אין הלוח חייב לו אלא סכום קטן, דסכום קטן משעבד כל נכסי הלוח אפילו אם הם מרובים מאד, ואין דין זיבורית אלא קדימה בסדר הגביה כשיש ללוח מעולה ממנו, ואם שטפה נהר גובה מכל מה שנשאר לו ללוח, דזכותו לגבות היא בכל קרקעותיו, ולכן לולי קרא הוה אמינא שהבעל חוב הוא כמו שותף עם הלוח בכל קרקעותיו, שזה יש לו קנין בכל הקרקעות וזה יש לו שעבוד וזכות גביה בכל הקרקעות, ומה עושים שני שותפים שבאו לחלוק, מי נוטל העידיית ומי נוטל הבינונית, הלא אין סדר לכך, אלא כיון דשניהם שוים בזכותם צריכים להתפשר ביניהם, ואם אין יכולים להתפשר ילכו לבית דין ויעזרו להם, ולולי קרא הייתי אומר דכן הוא הדין בלוח ובעל חוב שבא לגבות שצריכים להתפשר ביניהם, ואתי קרא ללמד דבעל חוב גובה מזיבורית, ואיכא למימר דהכתוב מלמד דאע"ג דלוח ומלוה כמו שותפים כמש"נ, סדר החלוקה הוא דבעל חוב נוטל זיבורית, אי נמי יש לומר דהכתוב מגלה לן דאינם כשותפים, דהעיקר הוא הקנין ולא השעבוד, וממילא נוטל זיבורית דידו על התחתונה, ועיימש"נ בשי"ג פ"ו שנחלקו בזה רש"י והתוס'.

ולפי זה מובן היטב מה שכתב רש"י דמיטב דניזק הוי גרעון בגביה, לא משום דלולי קרא דמיטב שדהו הוה אמינא דגובה ממיטב דמזיק, דלמה יעלה על הדעת לגבות ממיטב דמזיק בלי ילפוטא, כמש"נ, אלא לולי קרא הוה אמינא דיתפשרו ביניהם המזיק והניזק, ואולי יקח חצי מעידיית דמזיק וחצי מזיבורית דמזיק, או יתפשרו באופן אחר, ואתי קרא למימר דהניזק גובה ממיטב דידיה אף אם היינו מזיבורית דמזיק, ונמצא שהדרשא אתי לגריעותא דניזק.

והנה עיין מה שכתב הרא"ש לקמן (דף טז:) וז"ל: אבל אם אמר קרקע זו חביבה עלי ואיני רוצה ליתנה לך כלל לא כפינן ליה, שהרי כל

והנה עיין לקמן (דף ז'), אלא כי אתא רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע מבי רב פרושה כל מילי מיטב הוא, דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי, לבר מארעא דליתב ליה ממיטב כי היכי דלקפוץ עלה זביני. ובשלהי סוגיין אמרינן (דף ט), רב הונא אמר או כסף או מיטב וכו' יעו"ש, ולדעת הרי"ף וכמה ראשונים אתי רב הונא לאיפלוגי אדרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, וס"ל דלכתחלה אינו יכול לפטור עצמו בסובין, ונחלקו הני אמוראי ביסוד דינא דמיטב, דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע ס"ל דעיקר תשלומי נזק לעולם הוי כסף, ואינו יכול לשלם במידי אחרניא כגון קרקע או מטלטלין אלא מדין שוה כסף ככסף, שהרי יכול להחליפם לכסף על ידי מכירה, וכל המתחלף לכסף יותר בנקל הוא הנקרא מיטב, ולפיכך במטלטלין אמרינן כל מילי מיטב, דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי, אבל בקרקע לא הוי מיטב אלא עידיה, דקפצי עלה זביני ומתחלפת לכסף בנקל. ורב הונא ס"ל דעיקר תשלומי נזק לא הוי דוקא בכסף, אלא כל דבר ראוי לתשלומין, ואם כן הא דהצריכה תורה מיטב, היינו משום דבעינן תשלומין על ידי דבר חשוב, ולכן בעינן או כסף או קרקע עידיה, ואינו יכול לפטור עצמו על ידי סובין לכתחלה, הואיל ולא הוי דבר חשוב, ועיימש"נ בשי"ג פ"י.

איברא דכל זה לא יתכן אלא אליבא דרבי עקיבא דס"ל בדמזיק שיימינן, דלדידיה הוי מיטב לכל הפחות כעידית דעלמא למאן דאמר בשל עולם שמין, ולמאן דאמר בשלו שמין הרי נותן לו עידית דידיה אפילו היכא דעדיף מעידיה דעלמא, ואם כן שפיר איכא למימר דמיטב היינו הך דקפצי עלה זביני או דהוי דבר חשוב, אולם אליבא דרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן, ונותן לניזק כמיטב דידיה אפילו היכא דלא הוי אלא כזיבורית דעלמא, הרי לא יתכן לומר דדין מיטב היינו מידי דחשיבא או דקפצי עלה זביני. ועיין ברש"י לקמן (דף ז') ד"ה ועוד מאי קל וחומר להקדש שכתב דדין בדניזק שיימינן הוי לגריעותא דניזק יעו"ש.

וי"ש להסתפק אליבא דרבי ישמעאל אם סוף כל סוף הוי מיטב דניזק מדין שומא וגביה,

שמינה אכל משלם שמינה, המוציא מחבירו עליו הראיה. אלא אמר רב אחא בר יעקב הכא במאי עסקינן כגון שהיתה עידית דניזק כזיבורית דמזיק, ובהא פליגי, רבי ישמעאל סבר בדניזק שיימינן ורבי עקיבא סבר בדמזיק שיימינן, מאי טעמא דרבי ישמעאל נאמר שדה למטה ונאמר שדה למעלה, מה שדה האמור למעלה דניזק אף שדה האמור למטה דניזק, ורבי עקיבא מיטב שדהו ומיטב כרמו דהיאך דקא משלם, ורבי ישמעאל אהני גזירה שוה ואהני קרא, אהני גזירה שוה כדקאמינא, אהני קרא כגון דאית ליה למזיק עידית וזיבורית ועידית לניזק, וזיבורית דמזיק לא שויה כעידית דניזק, דמשלם ליה ממיטב דידיה, דלא מצי אמר ליה תא את גבי מזיבורית אלא גבי ממיטב יעו"ש.

והרא"ש פ"א סימן ב הביא שתי שיטות בהא דאהני קרא לגבות מעידית דמזיק היכא דלית ליה למזיק כעידית דניזק וז"ל: ואי אית ליה למזיק עידית ובינונית וזיבורית, ולא שויה זיבורית דמזיק כעידית דניזק, ובינונית שויה טפי מעידית דניזק, אית דאמרי דיהיב ליה בינונית, ומדקדק מדשביק גמרא בינונית אלמא אי הוה ליה בינונית דשויה טפי מעידית דניזק יהיב ליה בינונית. ואית דאמרי דאפילו הכי יהיב ליה עידית, ודבריהם נראה לי דאהני גזירה שוה ואהני קרא תרוייהו לשלם ממיטב, אהני גזירה שוה לשלם לו מזיבורית דמזיק כשהיא עידית דניזק, ואהני קרא כשאינה כמיטב דניזק לשלם ממיטב דמזיק, דלעולם בעינן מיטב או דמזיק או דניזק וכו' עכ"ל יעו"ש.

וי"ש לדקדק בסברת הרא"ש דהא כיון דאילו היתה זיבורית דמזיק כעידית דניזק היה פוטר עצמו בכך, אם כן למה לא יוכל לפטור עצמו בבינונית דעדיף מעידית דניזק, ולמה לא אמרינן כאן דבכלל מאתים מנה, ואם היה יכול לפטור עצמו בזיבורית אם היה שוה לעידית דניזק, לא יוגרע דין הבינונית דעדיף מעידית דניזק, ומה בכך דלעולם בעינן מיטב, וכמו שכתב הרא"ש כנ"ל, מכל מקום כי היכי דזיבורית דמזיק חשיב מיטב היכא דהוי כעידית דניזק, כל שכן דבינונית דמזיק יחשב מיטב היכא דעדיף מעידית דניזק.

אותה כאילו אכלה שמינה כפי ערך דמי הכחושה וחייב להשלים לניזק קרקע שמינה.

ונפקא מינה היכא דאין לו למזיק כעידית דניזק, דאמרינן אהני קרא דמשלם ליה ממייטב ידיה, דאם דין מיטב דניזק היינו מדין שומא ושיעור בגבית הנזק, וכדין מיטב דניזק לרבי עקיבא, אם כן לא נתבטל דין מיטב דניזק על ידי הא דאין למזיק כמיטב דניזק, דעדיין שייך לקיים הך דינא אם יתן לו קרקע המעולה יותר, דבכלל מאתים מנה, ולולי קרא הוה אמינא דכיון דאין להמזיק כעידית דניזק אינו מחויב לקיים דין מיטב דניזק על ידי תשלומי קרקע המעולה יותר, להכי אתי קרא לגלות דמוטל עליו לקיים דין מיטב דניזק אפילו על ידי נתינת קרקע המעולה יותר, אמנם אם דין מיטב דניזק היינו שמחויב להשלים לניזק מה שחסרו ולעולם רואין אנו כאילו חסרו ערוגה שמינה שבנכסיו, אם כן היכא דאין למזיק כעידית דניזק אי אפשר לקיים דין מיטב דניזק, ואפילו על ידי נתינת קרקע המעולה יותר, ולא שייך בזה בכלל מאתים מנה, דהא כל זמן שאינו מחזיר לו קרקע שהיא ממש כאותה שחסרו אין בזה השלמה וסילוק ההפסד אלא תשלומין בעלמא.

ונראה דבהא מלתא נחלקו הני שתי שיטות שהביא הרא"ש, דאם דין מיטב דניזק נמי הוי מדין שומא וגביה, ואהני קרא דהיכא דאין לו עידית דניזק צריך לקיים דינו על ידי נתינת קרקע המעולה יותר כמש"נ, אם כן בודאי יכול המזיק לפטור עצמו בכינונית דידה השוה יותר מעידית דניזק, ויש בזה דין מיטב דניזק דבכלל מאתים מנה, והיינו שיטה קמייתא שהביא הרא"ש. אבל הרא"ש עצמו ס"ל דדין מיטב דניזק היינו דחשבינן ליה כאילו חסרו מעידית שבנכסיו ומחייבינן ליה להשלים להניזק כאותה קרקע שחסרו כדי לסלק ההיזק, ואם כן היכא דאין למזיק כעידית דניזק, שוב אי אפשר לקיים הך דינא כמש"נ. ועל כרחך צריך לומר לפי זה דהא דאהני קרא לגלות דבכהאי גונא נותן לו ממייטב דניזק, היינו מדין שומא גרידא, דבמקום דאי אפשר לקיים מיטב דניזק הדר דינא לגבות ממייטב דניזק כסברת רבי עקיבא.

כדין מיטב דמזיק אליבא דרבי עקיבא כנ"ל, ואע"ג דלפעמים לא שוה מיטב דניזק אלא כזיבורית דעלמא, מכל מקום חידשה התורה דלגבי תשלומין להניזק יש לה חשיבות הואיל והוי כערך הקרקע במעולה שבנכסי הנזק, או דלמא לא הוי דין מיטב דניזק מדין שומא וגביה כלל אלא מדין אחר.

והנה מצינו דמתחלה סלקא דעתיה דהגמרא דהא דקאמר רבי ישמעאל מיטב דניזק, היינו דאם אכלה כחושה משלם שמינה, לפי הך סלקא דעתא לא הוי מיטב דניזק דין בגבית הנזק כלל אלא בעצם מעשה ההיזק, דלעולם רואים אנו כאילו אכלה ערוגה שמינה בין ערוגות הנזק, ומשלם המזיק יותר ממה שהזיק, וכן כתב הריטב"א בגיטין (דף מח:) יע"ש, וטעמא דמלתא, מפני שהתורה קנסה למזיק. והא דחזר בו מהך פירושא, היינו משום דלא מסתברא שהתורה קנסה למזיק רק היכא דאכלה כחושה שישלם שמינה, אבל היכא דאכלה שמינה אינו משלם אלא מה שהזיקה, וכן כתבו התוס' בד"ה ורבי ישמעאל יע"ש. והדר סלקא דעתיה דאע"ג דאין לומר דאכלה כחושה משלם שמינה, מכל מקום במקום ספק קנסה התורה למזיק, ונקטינן לחומרא אע"ג דבכל ספק ממון נקטינן לקולא, וקאמר רבא דגם זה לא מסתבר אלא המוציא מחבירו עליו הראיה, ומסיק רב אחא בר יעקב דהא דקאמר רבי ישמעאל מיטב דניזק, היינו דאם היתה עידית דניזק כזיבורית דמזיק דמשלם מעידית דניזק.

והשתא יש לומר דאין זה חזרה ביסוד דינא דמיטב דניזק דלא הוי דין בהמעשה היזק אלא בשומא וגביה, וכעין דינא דמיטב דמזיק אליבא דרבי עקיבא, אלא דגם לפי המסקנא עדיין הוי דין בהמעשה היזק, דאכלה כחושה רואים אותה כאילו אכלה שמינה, ורק דאין לחייבו בתשלום יותר ממה שהזיק, כלומר דאכלה ערוגה כחושה שוה מנה רואין אותה כאילו אכלה חצי ערוגה שמינה שבנכסיו שוה מנה, וחייב המזיק להשלים להניזק מה שחסרו, ואע"ג דלקושטא דמלתא לא חסרו אלא כחושה, מכל מקום היינו דינא דמיטב דניזק, דרואים

פרק ג

בו יבואר למה מוקמינן אהני קרא להיכא דאית ליה למזיק עידית וזיבורית ועידית לניזק וזיבורית דמזיק לא שויא כעידית דניזק, ולמה לא נוקמיה היכא דאין לניזק קרקע כ"ל.

[בבא קמא ו:] אהני קרא כגון דאית ליה למזיק עידית וזיבורית ועידית לניזק, וזיבורית דמזיק לא שויא כעידית דניזק, דמשלם ליה ממיטב דידיה, דלא מצי אמר ליה תא את גבי מזיבורית אלא גבי ממיטב יעו"ש. ועיין בשיטה מקובצת לקמן (דף ט:) שהקשה דלמה לא קאמר אהני קרא היכא דאין לניזק קרקע כלל דנותן לו מעידית דמזיק יעו"ש.

והנה לכאורה קושיתו לא קשה כלל ללישנא קמא דהרא"ש דאם אין לו למזיק כעידית דניזק ובינונית דידיה עדיפא מעידית דניזק דנותן לו בינונית, ועיימש"נ בשי"ג פ"ב, ולפי זה ליכא דין מיוחד של עידית דמזיק, וכל דין עידית דמזיק הוא שצריך ליתן לו בינונית דידיה, ובכלל מאתים מנה ונתקיים דין עידית דניזק, ואינו יכול לפטור עצמו בזיבורית דידיה דלא חשיבא כעידית דניזק, ולפי זה לכאורה יצא לנו דאם אין לניזק קרקע כלל ליכא דין עידית דניזק, וממילא ליכא נמי דין גביה מעידית דמזיק, ומשלם לו כבעל חוב בעלמא דמדאורייתא דינו בזיבורית.

וגם ללישנא בתרא דהרא"ש, דעידית דניזק ועידית דמזיק שני ענינים נפרדים הם, דעידית דמזיק הוי דין שומא, ועידית דניזק היינו דין חדש להעמיד כקרקע דידיה, ובזה לא אמרינן בכלל מאתים מנה, ועיימש"נ בשי"ג פ"ג, גם לפי זה יש ליישב קושית השיטה מקובצת, דאם היה מוקים אהני קרא היכא דאין לניזק קרקע כלל, בודאי נותן לו עידית דמזיק, אכן היה אפשר לומר דגם עידית דניזק הוי מדין שומא, דיש שתי שומות, עידית דניזק ועידית דמזיק, ולכתחלה נותן לו עידית דניזק, ואם אין לו נותן לו עידית דמזיק, ולכן אם יש למזיק כעידית דניזק ובינונית דידיה עדיף מעידית דניזק נותן לו בינונית, דבכלל מאתים מנה, ומתקיים דין עידית דניזק על ידי בינונית דמזיק, ואשמועינן אוקימתא דהגמרא דעידית דניזק הוי דין חדש, ואם אין לו

ומשום הכי פשיטא ליה להרא"ש דאין המזיק פטור עצמו בבינונית דידיה אף אם מעולה מעידית דניזק, דהא לעולם בעינן מיטב, ומאיזה טעם יחשב הך בינונית כמיטב, הלא אין בזה קיום מיטב דניזק כלל כמש"נ, וגם מיטב דמזיק לא הוי, דהא אית ליה קרקע מעולה ממנה, ועל כרחו נותן לו מעידית דידיה, מה שאין כן לשיטה קמיתא דגם מיטב דניזק הוי מדין שומא וגביה, אז נותן לו מזיק מבינונית דידיה המעולה ממנה, ושפיר אית בזה קיום דין מיטב דניזק דבכלל מאתים מנה כמש"נ.

ואולי מדויק כלישנא בתרא דהרא"ש בדברי רש"י בד"ה משלם ליה ממיטב דידיה וז"ל: הואיל וזיבורית דידיה לא הויא כעידית דניזק עכ"ל יעו"ש, ויש לדקדק מה מוסיף רש"י על הא דמפורש בגמרא שם דזיבורית דמזיק לא שויא כעידית דניזק, ואולי יש להוכיח דס"ל כלישנא בתרא דהרא"ש, שהרי רש"י הוסיף תיבה אחת על לשון הגמרא, והיינו מלת הואיל, דמלה זו מורה דחל עליו דין אחר הואיל ואינו יכול לקיים עיקר דינו לשלם ממיטב דניזק, אולם ללישנא קמא דהרא"ש אין זה דין אחר אלא דמקיים דין עידית דניזק על ידי מה שנותן לו שדה מעליא ממנו, אבל ללישנא קמא אי אפשר לקיים עידית דניזק אלא בקרקע של אותו סוג דוקא כמש"נ, ואם אין לו מאותו סוג, הואיל ואינו יכול לקיים דין עידית דניזק נותן לו עידית דמזיק.

ועיין בתורה ורבי ישמעאל אכל שמינה וז"ל: ואם תאמר אמאי טעו טפי בדברי רבי ישמעאל לומר שאם אכל ערוגה כחושה משלם ערוגה שמינה שבשדותיו וכו' עכ"ל יעו"ש. והנה לכאורה לפי לישנא בתרא דהרא"ש שפיר מובן למה טעו טפי אליבא דרבי ישמעאל, דכיון דאמר רבי ישמעאל דמיטב דקרא היינו מיטב דניזק, אם כן מסתברא דאין זה דין בשומא וגביה אלא בעצם המעשה היזק כמש"נ, ואם כן יש לטעות דאין זה רק בנוגע להמעליותא של הקרקע שצריך להשלים, אלא אף לגבי סכום ההיזק דאכל כחושה משלם שמינה ואפילו יותר ממה שהזיק, ולכאורה מבואר מדברי התוס' דס"ל כלישנא קמא דהרא"ש, ועיימש"נ בשי"ג פ"ד.

עידית דידיה, אבל לישנא בתרא ס"ל דעידית דניזק הוא דין חדש שצריך להעמיד לו לניזק קרקע כעידית שכבר יש לו, ואם כן צריך ליתן לו דוקא כעידית דידיה, ואם אין לו למזיק כעידית דניזק, אינו יכול לקיים דין זה על ידי בינונית דעדיפא מיניה, אלא צריך ליתן לו מעידית דידיה.

והשתא בשלמא ללישנא קמא יש להביא ראייה דאינו צריך לקנות עידית דניזק כשהיא עדיפא מכל קרקעותיו, מהא דאמרינן לקמן אליבא דרבי עקיבא דאינו צריך לקנות עידית אם אין לו, דכיון דעצם דין עידית הוי שיעור בחשיבות הקרקע בין לרבי ישמעאל ובין לרבי עקיבא, אלא דלזה בדניזק שיימינן ולזה בדמזיק שיימינן, אם כן אם לרבי עקיבא אינו צריך לקנות הוא הדין לרבי ישמעאל, אלא ללישנא בתרא דעידית דרבי ישמעאל הוי דין חדש לגמרי, ולא הוי שיעור בחשיבות, אם כן אין להביא ראייה דאינו צריך לקנות מהא דלרבי עקיבא אינו צריך לקנות, דלמא אליבא דרבי ישמעאל אין הכי נמי דצריך לקנות לקיים דין חדש זה דעידית דניזק, אלא נראה מבואר דהתוס' ס"ל כלישנא קמא דהרא"ש דגם לרבי ישמעאל אין דין עידית אלא שיעור בחשיבות הקרקע, ועיימש"נ בשי"ג פ"ב.

פרק ה

בו יבוארו דברי המהרש"א דאליבא דרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן לא אמרינן אהני קרא דאם אין למזיק עידית דניזק מש"ם באופן אחר אלא כשזה טובה להניזק.

[בבא קמא ו:] כתבו התוס' בד"ה כגון שהיתה עידית דניזק כזיבורית דמזיק וז"ל: ואיפכא לא מצי למימר, דכולי עלמא מודו דאין משלם אלא עידית שיש לו ואין צריך לקנות, כדאמרינן לקמן (י:) אין לו אלא זיבורית כולם גובים מן הזיבורית. ומיהו אי בשל עולם הן שמין, הוה מצי למימר כגון זיבורית דמזיק כעידית דעלמא, דלרבי עקיבא גובין מן הזיבורית ולרבי ישמעאל יהיב ליה מעידית דניזק, ואפילו למאן דאמר בשלו הן שמין, מצי למימר דלית ליה למזיק כעידית דניזק, דלמאן דאמר כסף או מיטב ישלם כסף

כעידית דניזק אינו פוטר עצמו בבינונית ובכלל מאתים מנה, אלא נותן לו עידית דמזיק, וכמש"נ.

פרק ד

בו ידון אם יש להוכיח אליבא דרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן דלא אמרינן למזיק זיל מרח זובין מהא דמצינו שכן הוא הדין אליבא דרבי עקיבא דס"ל בדמזיק שיימינן.

[בבא קמא ו:] תנו רבנן מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם, מיטב של ניזק ומיטב כרמו של ניזק דברי רבי ישמעאל וכו', אלא אמר רב אחא בר יעקב הכא במאי עסקינן כגון שהיתה עידית דניזק כזיבורית דמזיק, ובהא פליגי, רבי ישמעאל סבר בדניזק שיימינן ורבי עקיבא סבר בדמזיק שיימינן וכו' יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה כגון וז"ל: ואיפכא לא מצי למימר, דכולי עלמא מודו דאין משלם אלא עידית שיש לו ואין צריך לקנות, כדאמרינן לקמן (דף י:) אין לו אלא זיבורית כולם גובין מן הזיבורית וכו' עכ"ל יעו"ש. והיינו דאין לומר שנחלקו היכא שעידית דמזיק כזיבורית דניזק, דלרבי עקיבא נותן לו עידית דידיה, ולרבי ישמעאל צריך לקנות עידית דניזק שהיא מעולה מעידית דידיה, זה אינו, שהרי מצינו לקמן דאם אין לו אלא זיבורית כולם גובים מן הזיבורית, ואינו צריך לקנות קרקע מעולה לכל אחד לפי דינו. ויש לדקדק דהרי סוגיא דלקמן אתיא כרבי עקיבא אליבא דהלכתא דמיטב היינו עידית דמזיק, והכא מיירי אליבא דרבי ישמעאל דמיטב היינו עידית דניזק.

ונראה מבואר דהתוס' ס"ל כלישנא קמא דהרא"ש, דהיכא דאין למזיק כעידית דניזק אבל יש לו בינונית ועידית דידיה תרווייהו עדיפי מעידית דניזק, דללישנא קמא נותן לו בינונית, וללישנא בתרא נותן לו מזיק עידית דידיה, ואינו יכול לפטור עצמו בבינונית דידיה שהיא עדיפא מעידית דניזק. והביאור הוא, דלישנא קמא ס"ל דדין עידית דניזק הוי שיעור בחשיבות הקרקע, כמו עידית דמזיק לרבי עקיבא, ואם כן גם על ידי בינונית דעדיפא מיניה מקיים דין עידית דניזק, ואינו צריך ליתן לו

פכ"א, ויסוד המחלוקת שבין הני תרי דעות הוא, אם דין מיטב דניזק הוי דין שומא וגביה כמו מיטב דמזיק, או אם הוא דין בעצם המעשה היזק, דרואים כאילו היזק המעולה שבנכסי הנזיק וחייב להעמיד לו קרקע כמות שהיזק ולסלק ההפסד, ועיימש"נ בשי"ג פ"ב, ואם הוי דין בשומא וגביה, אם כן היכא דאהני קרא עדיין איכא קיום דין מיטב דניזק על ידי נתנת קרקע המעולה ממנה, ומשום הכי נותן לו אפילו בינונית, אבל אם מיטב דניזק הוי דין בעצם המעשה היזק אם כן אי אפשר לקיים דין מיטב דניזק אלא באותו סוג קרקע ממש, ועל כרחך הא דאהני קרא הוי מדין חדש, דבמקום שאי אפשר לקיים מיטב דניזק חל דינא דמיטב דמזיק וכמש"נ.

והשתא נראה דלשיטת הרא"ש דאהני קרא אתי לגלות דין חדש דמיטב דמזיק במקום דאי אפשר לקיים מיטב דניזק, אם כן אין הכי נמי דשייך שיצא מזה טובת המזיק, אבל המהרש"א לשיטתו דס"ל כהחולקים על הרא"ש דאין בזה דין חדש של עידית, אלא קיום דין עידית דניזק כמש"נ, ואין זה מתקיים אלא בנתנת יותר ולא פחות.

פרק ו

בו יבואר מחלוקת רש"י ותוס' אליבא דמאן דאמר בדניזק שיימינן וילפינן קל וחומר להקדש אם זה מגרע כח הנזיק או מיפה כחו כיון דאין המזיק יכול להגבות גרוע דניזק.

בבא קמא ז. לעולם דנגח תורא דידן לתורא דהקדש, ודקא קשיא לך שור רעהו אמר רחמנא ולא שור של הקדש, רבי עקיבא סבר לה כרבי שמעון בן מנסיא, דתניא רבי שמעון בן מנסיא אומר וכו' שור של הדיוט שנגח שור של הקדש בין תם בין מועד משלם נזק שלם, אי הכי רבי ישמעאל ורבי עקיבא ממאי דבעידית דניזק וזיבורית דמזיק פליגי, דלמא דכולי עלמא בדניזק שיימינן, והכא בפלוגתא דרבי שמעון בן מנסיא ורבנן קמיפלגי, רבי עקיבא סבר כרבי שמעון בן מנסיא ורבי ישמעאל סבר כרבנן, אם כן וכו' מאי קל וחומר להקדש וכו' יעו"ש.

לרבי ישמעאל, ולרבי עקיבא לא ישלם אלא ממיטב שלו עכ"ל יעו"ש.

והתוס' מהדרי לאשכוחי גוונא דרבי ישמעאל הוי לחומרא ורבי עקיבא לקולא, ואי אפשר לאוקמי דעידית דמזיק כזיבורית דניזק, דלכולי עלמא אינו צריך לקנות סוג קרקע שאין לו, ולא אמרינן ליה זיל טרח וזבין, כדמוכח לקמן (דף טז), ועיימש"נ בשי"ג פ"ד, ומכל מקום משכחת לן דרבי ישמעאל לחומרא למאן דאמר בשל עולם הן שמין, היכא דזיבורית דמזיק כעידית דעלמא, ויש לו נמי כעידית דניזק דעדיפא מיניה, דלרבי עקיבא נותן לו כעידית דעלמא ולרבי ישמעאל כעידית דניזק המעולה יותר. ואף למאן דאמר בשלו הן שמין איכא לאוקמי כגון דלית ליה כעידית דניזק, דלרבי עקיבא נותן המעולה שבנכסיו, דהיינו עידית דידיה, אע"ג דלא הוי כעידית הנזיק, סוף סוף הוה ליה מיטב דמזיק, ולרבי ישמעאל נותן לו כסף למאן דאמר או כסף או מיטב לקמן (דף טו), ועדיין נמצא רבי ישמעאל לחומרא.

וכתב המהרש"א וז"ל: ולא אמרינן בהא נמי אהני קרא לרבי ישמעאל, כיון דלא הוי לטובת הנזיק עכ"ל יעו"ש. והיינו דכי היכי דאמרינן אהני קרא שיתן לו המזיק ממיטב דידיה דעדיף מעידית דניזק היכא דלית ליה כעידית דניזק, נימא נמי דאהני קרא שיתן לו עידית דידיה אפילו היכא דגרוע מעידית דניזק ולא יצטרך ליתן לו כסף, ועל זה כתב המהרש"א דבכהאי גוונא לא אמרינן אהני קרא, הואיל ולא הוי לטובת הנזיק. ויש לעיין דמגליה להמהרש"א דלא אמרינן אהני קרא אלא היכא דהוי לטובת הנזיק, דלמא אהני קרא לגלות דאם לית ליה כעידית דניזק נותן לו מעידית דידיה ואפילו היכא דמרויח על ידי כך.

ונראה דהמהרש"א אזיל לשיטתו דלקמן (דף טז): במה שכתב שם לבאר דברי התוס' בד"ה אליבא דרבי ישמעאל, והוכיח שם הקרני ראם דהמהרש"א לית ליה סברת לישנא קמא דהרא"ש דאם אין למזיק כעידית דניזק נותן לו מעידית דידיה אפילו אם אית ליה בינונית דעדיף מעידית דניזק, אלא ס"ל כלישנא בתרא שהביא הרא"ש דיהיב ליב בינונית, ועיימש"נ בשי"ג

זה גרעון אלא יפוי כחו, דאין המזיק יכול להגבותו מגרוע דניזק, כנ"ל, אבל רש"י ס"ל דלא בא הכתוב דיוציא אליך את העבוט לומר דבעל חוב לא הוי שותף הגם שהוא בעל השעבוד, אלא הפסוק מגלה לנו שהוא כשותף ואין חלוקתו עם הלוח כחלוקת השותפים אלא נדחה אצל זיבורית כמש"נ, וכל זה הוא בבעל חוב, אבל בניזק דלא גלי לן קרא, עדיין נאמר דכיון דהוי כשותף מחמת שהוא בעל השעבוד יתפשרו ביניהם, ויש לו תביעה לקבל חלק גם בעידית דמזיק, ולפיכך כדגלי קרא דגובה מעידית דניזק ואין לו שום תביעה לגבי עידית דמזיק, הרי זה גרעון כח הניזק ולא יפוי כח כלל.

פרק ז

בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' במזיק הקדש דרש"י ס"ף דאם משלם עידית דניזק שהיא זיבורית דידיה מגרע כח הקדש והתוס' ס"ף דמה שמשלם בכ"ל הוי מעליותא להקדש.

[בבא קמא ו:] תנו רבנן מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם, מיטב שדהו של ניזק ומיטב כרמו של ניזק דברי רבי ישמעאל, רבי עקיבא אומר לא בא הכתוב אלא לגבות לנזקין מן העידית וקל וחומר להקדש וכו', רבי עקיבא סבר לה כרבי שמעון בן מנסיא, דתניא רבי שמעון בן מנסיא אומר שור של הקדש שנגח שור של הדיוט פטור, שור של הדיוט שנגח שור של הקדש בין תם בין מועד משלם נזק שלם, אי הכי ר' ישמעאל ורבי עקיבא ממאי דבעידית דניזק וזיבורית דמזיק פליגי, דלמא דכולי עלמא דבניזק שיימינן, והכא בפלוגתא דרבי שמעון בן מנסיא ורבנן קמפלגי, רבי עקיבא סבר כרבי שמעון בן מנסיא ורבי ישמעאל סבר כרבנן, אם כן מאי לא בא הכתוב, ועוד מאי קל וחומר להקדש וכו' יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה ועוד מאי קל וחומר להקדש וז"ל: הואיל ומן העידית דקאמר ר' עקיבא אניזק קאי, ולאקולי אתא דיהיב ליה מזיק מזיבורית, מאי קל וחומר להקדש גריעותא הוי, ולרבי עקיבא יפה כחו דהקדש בנזקין, דאמר דאפילו הוי מזיק תם שקיל הקדש נזק שלם ונפקא ליה מרעהו עכ"ל יעו"ש, ואם ס"ל לרבי עקיבא דבדניזק שיימינן נמצא דמזיק משלם

וכתב רש"י בד"ה ועוד מאי קל וחומר להקדש וז"ל: הואיל ומן העידית דקאמר רבי עקיבא אניזק קאי, ולאקולי אתא דיהיב ליה מזיק מזיבורית, מאי קל וחומר להקדש, גריעותא הוי, ולרבי עקיבא יפה כח דהקדש בנזקין, דאמר דאפילו הוי מזיק תם שקיל הקדש נזק שלם, ונפקא ליה מרעהו עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק בדבריו, דכיון דהשתא כולי עלמא ס"ל בדניזק שיימינן, למה חשיב ליה גריעותא, ממה גרע, וכי משום גרע מעידית דמזיק, הלא עידית דמזיק אינו בדין לפנינו כלל.

ועוד הקשו עליו התוס' בד"ה ועוד וז"ל: וקשה לפירושו דאין זה גריעותא אלא חומרא, דרבי ישמעאל פטר לגמרי מזיק את ההקדש ורבי עקיבא מחייב נזק שלם, ולענין מיטב נמי חשיבות הוא דמשלם ממיטב דניזק ולא מגרוע דניזק עכ"ל יעו"ש.

ונראה לבאר מחלוקתם עפ"מש"נ בשי"ג פ"א, דהא דאיצטריך למילף דבעל חוב מדאורייתא בזיבורית מקרא דיוציא אליך את העבוט החוצה, כדאייתא לקמן (דף ת.) יעו"ש, היינו טעמא דמן הסברא הוה אמינא דבעל חוב הוא כשותף בנכסי הלוח, דזה יש לו קנין וזה יש לו שעבוד, ולמה יוכל בעל הקנין לדחות לבעל השעבוד אל זיבורית, ובלי הפסוק הוה אמינא דיתפשרו ביניהם כמו כל שותפים שבאו לחלוק, ואתי קרא למימר דמכל מקום בעל חוב נדחה אצל זיבורית. ויש להסתפק מה גילתה לנו התורה בזה, מי אמרינן דהתורה גילתה דבעל השעבוד לא הוי כשותף, וממילא נוטל זיבורית דידו על התחתונה, או דלמא גילתה לנו התורה דלמרות דבעל השעבוד הוי כשותף בנכסי הלוח, ומן הסברא היה להם להתפשר כמו כל שותפים שבאו לחלוק, מכל מקום בבעל חוב אין החלוקה על ידי הסכם אלא בעל חוב נדחה אצל זיבורית.

ובזה נחלקו רש"י ותוס', התוס' ס"ל דיוציא אליך את העבוט החוצה מגלה לנו דבעל השעבוד לא נחשב כשותף, ואם כן גם הניזק לא נחשב כשותף מזה שיש לו שעבוד, ולכן בלא קרא הוה אמינא דנדחה אצל הגרועה שבקרקעות המזיק, דידו על התחתונה, ואתי קרא דמיטב שדהו למילף דגובה מעידית דניזק, ואם כן אין

עידית דניזק שהיא זיבורית דידיה, והרי זה מגרע כח הקדש.

דבלי הקל וחומר היה פטור לגמרי, ואם כן לא הוי גריעותא כלל.

והתוס' פירשו קושית הגמ' לא משום גריעותא אלא משום דלא צריך כלל קל וחומר להקדש אליבא דרבי שמעון בן מנסיא, דלדידיה הכל היו בכלל נזק שלם, וקרא דרעהו לא אתי אלא לגלות דלא פחתה התורה תשלומי שור תם מנזק שלם לחצי נזק אלא גבי הדיוט, ושור תם שהזיק הקדש משלם נזק שלם, כדאיתא לקמן (דף ז:). יעו"ש, ולא איצטריך קל וחומר להקדש כלל, וקושית הגמרא מתיישבת כפשוטו לפי דברי התוס', ויש לדקדק למה לא רצה רש"י לפרש קושית הגמרא כדבריהם.

ואזלי יש לומר דרש"י אזיל בזה לשיטתו דס"ל כלישנא בתרא דהרא"ש דעידית דמזיק ועידית דניזק הם שני ענינים נפרדים לגמרי, עידית דמזיק הוי שיעור ושומא בתשלומי נזק, ועידית דניזק הוי דין חדש שצריך להעמיד לו קרקע, ועיימש"נ בשי"ג פ"ו, ואם כן יש לומר דהכל היו בכלל נזק שלם, ואפילו הקדש, היינו לגבי עיקר דין תשלומי נזק, ואם שיעור התשלומין הוא בעידית דמזיק, ה"ה להקדש, אבל לגבי דין חדש דעידית דניזק שהוא חידוש שצריך להעמיד לו קרקע דידיה כאילו הזיקה מנלן דדין זה נתחדש גם לגבי הקדש, ואם כן שפיר מוכן למה בעינן קל וחומר להקדש, ולכן נטה רש"י מפירוש התוס' ולמד דהקושיא היא משום גריעותא.

אבל התוס' לא רצו לחלק בזה, ויש לומר דאזלי בזה לשיטתייהו דס"ל כלישנא קמא דהרא"ש, וליכא אלא דין אחד, דהיינו עידית דניזק, והוא מדין שיעור ושומא בתשלומי נזק, אלא דמשערים חשיבות הקרקע כפי המעולה שבקרקעות הניזק ודין עידית דמזיק הוא ציור שאין לו עידית דניזק ונותן לו קרקע מעולה, ואפילו בינונית, ועיימש"נ בשי"ג פ"ד, ואם כן עידית דניזק הוא עיקר דין תשלומי נזק, ואם הכל היו בכלל ואפילו הקדש, הרי בלי שום קל וחומר הוי מזיק הקדש בכלל תשלומי נזק לשלם מעידית דניזק.

וכתבו התוס' בד"ה ועוד קל וחומר להקדש וז"ל: פירש בקונטרס הואיל ומן העידית דאמר רבי עקיבא אניזק קאי ולאקולא אתא דיהיב ליה מזיק מזיבורית, מאי קל וחומר להקדש גריעותא הוא, וקשה לפירושו דאין זה גריעותא אלא חומרא, דרבי ישמעאל פוטר לגמרי מזיק את ההקדש, ורבי עקיבא מחייב נזק שלם, ולענין מיטב נמי חשיבות הוא דמשלם ממיטב דניזק ולא מגרוע דניזק. ונראה לר"י דהכי פירושו, מאי קל וחומר להקדש, דלענין חיוב מזיק בהקדש לא קאמר דהא מקרא דרבי שמעון נפקא, אלא לענין מיטב קאמר, ולא הוה לרבי עקיבא לאהדורי לרבי ישמעאל קל וחומר להקדש, כיון דרבי ישמעאל היה מודה בכך אי לאו משום דפטר ליה לגמרי עכ"ל יעו"ש.

והתוס' לא הקשו על דברי רש"י דמאיזה בחינה נחשב גריעותא במה דילפינן דין עידית דניזק להקדש, דפשוט הוא דחשבינן ליה גריעותא הואיל ודין עידית דניזק מפקיע מתשלומי עידית דמזיק, דאהני גזירה שוה ואהני קרא, ועיימש"נ בשי"ג פ"ו, אלא דקושיתם היא דכיון דבלא קל וחומר לא ידעינן כלל דאיכא חיוב תשלומין בהזיק הקדש, ובקל וחומר ילפינן כל תורת תשלומין דהדיוט, בין דין עידית דמזיק בין דין עידית דניזק, אם כן אין להחשיבו גריעותא אלא חומרא.

ועוד הוסיפו התוס' לרווחא דמילתא דגם בעצם דין עידית דניזק איכא צד חומרא, שהרי יש שני דינים בעידית דניזק לשיטת רש"י, חדא דחשבינן ליה כאילו הזיק קרקע הניזק וחייב להעמיד לו אחרת כמותה, ומדין זה היה יכול להעמיד לניזק קרקע גרוע דידיה, אכן יש עוד דין שני שאותה קרקע צריכה להיות כעידית דידיה, והרי דין השני מאלם כח הניזק כלפי דין הראשון, ואם כן אין זה גריעותא, ונמצא דאע"ג דכל דין עידית דניזק בודאי הוי גריעותא לגבי עידית דמזיק, כמש"נ, מכל מקום יש בו נמי צד חשיבות, ועיקר קושיתם על רש"י היא מצד הא

פרק ח

בו יבואר שיטת רש"י דאם אכלה ערוגה בבית סאה
עושים שתי שומות, קודם שמים סאה בששים סאה
ואחר כך שמים הערוגה בבית סאה בכמה נמכרת
בקרחת הערוגה.

[כבא קמא נח:] כיצד משלמת מה שהזיקה וכו'
מנה"מ אמר רב מתנה דאמר קרא ובער בשדה
אחר מלמד ששמיין אגב שדה אחר וכו' היכי
שיימינן א"ר יוסי בר חנינא סאה בששים סאין
רב ינאי אמר תרקב בששים תרקבים חזקיה אמר
קלח בששים קלחים מיתביי אכלה קב או קביים
אין אומרים תשלם דמיהן אלא רואין אותה
כאילו היא ערוגה קטנה ומשערים אותה מאי לאו
בפני עצמה לא בששים וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה סאה בששים סאין וז"ל:
האי בית סאה דקתני במתני' דבשביל
ערוגה אחת שמיין בית סאה לאו בית סאה
באנפי נפשה שיימינן דמכחישין ליה למזיק לפי
שבית סאה נמכרת ביוקר לפי שמועט הוא
ואינו מצוי לימכר ועני שאין ידו משגת לדמי
קרקע גדולה קונה אותו ביוקר מדמיו וקרחת
ערוגה של קב או קביים חשיב לו לפי דמיו
אלא שמיין ששים סאים כמה שוין ורואין כמה
דמים מגיעין לבית סאה וחוזרין ושמיין כמה
נפחתו דמיו בשביל קרחת ערוגה זו ואם תאמר
למה הוזכר בית סאה שאם היו שמיין מתחלה
הערוגה בששים סאין כמה היו יפין וכמה הן
יפין לא היה משלם כלום שאין קרחת ערוגה
קטנה ניכרת בששים סאין אבל בבית סאה
ניכרת, תרקב בששים תרקבים, שלשים סאין
שמיין ולא ששים דאם כן מפסדת ליה לניזק
שאין קונין מצוין לששים סאין לפי שמרובין
הן לאדם בינוני ומועטין הן למשופע בנכסים,
קלח בששים קלחים, מה שאכלה הששים
שיעורין כמותו עכ"ל יעו"ש.

והקשו התוס' בד"ה שמיין וז"ל: ומה שפירש
הקונטרס בגמרא היכי שיימינן דבית
סאה באנפי נפשה לא שיימינן דמכחישין ליה
למזיק דקרחת ערוגה של קב או קביים חשובה
לפי דמיו אלא שמיין ורואין כמה דמים מגיעין
לבית סאה וחוזרין ושמיין כמה נפחתו בשביל
הערוגה וקשה דהיכן מצינו שתי שומות הללו

דבקרא לא כתיב אלא בשדה אחר ששמיין מה
שמזיק אגב שדה אחרת ומן המשנה לא
משתמע כלל וכו' עכ"ל יעו"ש, ושיטת התוס'
היא דשמים סאה בששים סאין והדר משלם
בשביל הערוגה לפי חשבון גודל חלקה
בהסאה, ואין בזה אלא שומא אחת בלבד, דכפי
חשבון לא הוי שומא, אבל רש"י ס"ל דשמים
סאה בששים סאה והדר שמים כמה נפחתו דמי
הסאה על ידי קרחת הערוגה, והיינו שתי
שומות.

ונראה לבאר דברי רש"י, דהנה יש כמה דברים
שאינם נמכרים באחדים או במספרים
קטנים וממילא אין המחיר שלהם קבוע לפי
שיעורים הללו, ואף השיעור שנמכרים בו
ומחירם קבוע על ידי שיעור הזה לפעמים יש בו
יותר ממחיר אחד, וכגון פירות שאינם נמכרים
אחדים אלא בשיעור משקל או מידה הרי אין
המחיר של פרי אחד הוא שלו עצמו, ואם רוצה
לקנות פרי אחד צריך לחשוב מחירו כפי מה
שפירות נמכרים במשקל שדרכם להימכר בו,
דאין פירות נמכרים בכך וכך לפרי אחד אלא
בכך וכך לקב או סאה, ועל הקב או הסאה גופא
יש שני מחירים, יש מחיר אחד הנקרא מחיר
קמעוני, והוא המחיר שלפירות הנמכרים בכמות
קטנה בחנות, ועוד יש מחיר הנקרא מחיר
סיטונאי, והוא המחיר של פירות הנמכרים
בכמות גדולה אצל סוחרי פירות שבעלי החנות
קונים מהם.

ובן הוא נמי בקרקעות, דאין ערוגה נמכרת
יחידה, ואין מחירה נקבעת כפי מה שהיא
נמכרת לכו, ונהי דיכולים להכריז בשוק
שמוכרים ערוגה אחת ולברר כמה היה יכול
לקבל בשבילה כשהיא לעצמה, מכל מקום אין
זה מורה על המחיר האמיתי של הערוגה, דאין
זה שיעור למכירת קרקעות, דאין קרקעות
נמכרות לפי ערוגות אלא לפי סאין או תרקבים,
וגם בסאה אחת אין לקבוע המחיר, דבדרך כלל
קרקעות נמכרות במספר איזה סאין, ורק הסכום
משתנה, אבל סאה אחת לעצמה אין דרכה
להימכר, ואע"ג דלפעמים עני שאין ידו משגת
קונה סאה אחת אין זה מורה על המחיר האמיתי
של הקרקע.

פרק ט

בו יבוארו דברי ר"ת והרשב"א דרבי ישמעאל ורבי עקיבא דנחלקו אם בדניזק שיימינן או בדמזיק שיימינן נחלקו נמי באכלה חזיו אם שמים לפי המשויר או אם רואים כמה יפה.

[כבא קמא נח:] אכלה חזיו רבי יוסי הגלילי אומר נידון במשויר שבו וחכמים אומרים רואין אותה כמה היתה יפה וכמה היא יפה, וכתב רש"י וז"ל: חזיו, שחת. במשויר שבה, רואין את הנותר לפי מה שתעלה כל ערוגה וערוגה בימי הקציר ומשלם כמה היתה יפה הקרקע לימכר כשהיא עם השחת עכ"ל יעו"ש. ונחלקו רבי יוסי הגלילי ורבנן בשומת פירות שעדיין לא נגמרה בישולם, רבי יוסי הגלילי ס"ל דשמין ההיזק לפי המשויר שבה, כלומר כערך שהיו מגיעים בימי הקציר אילו לא אכלה אותם בהמת המזיק, ורבנן ס"ל דמשלם כפי שויותם השתא, ושמין אותם על גבי הקרקע, כלומר כמה נפחתה שויות הקרקע על ידי ההיזק, יעו"ש.

ועייין לקמן (דף טו, ב), אמר אבוי רבי יוסי הגלילי ורבי ישמעאל אמרו דבר אחד, רבי יוסי הגלילי הא דאמרן, רבי ישמעאל דתניא מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם מיטב שדהו של ניזק ומיטב כרמו של ניזק דברי רבי ישמעאל, רבי עקיבא אומר לא בא הכתוב אלא לגבות לנזיקין מן העידית וקל וחומר להקדש, ולא תימא כרב אידי בר אבין דאמר רב אידי בר אבין כגון דאכלה ערוגה בין הערוגות ולא ידעינן אי כחושה הואי אי שמינה הואי, דאמר קום שלים שמינה במיטב דאיכא השתא, דהכי לא אמרינן, מאי טעמא המוציא מחבירו עליו הראיה, אלא במיטב דלקמיה, ומאי ניהו כי היאך דסליק יעו"ש, והיינו במשויר שבו לפי מאי דסליק בימי הקציר.

וכתבו התוס' בד"ה ומאי ניהו וז"ל: הכא משמע דסבר אבוי דפליגי דנידון במשויר שבו, והקשה ר"ת דבריש הנוזיקין (גיטין דף מח: ס"ל לאבוי דפליגי אי שיימינן בדניזק או בדמזיק, ויש לומר אע"ג דמשמע דפליגי אי בדמזיק אי בדניזק, דהא תניא בפרק קמא (דף טו: ב) בהדיא מיטב שדהו של ניזק ומיטב כרמו של ניזק דברי רבי ישמעאל רבי עקיבא אומר וכו',

ונחלקו רבי יוסי בר חנינא ורב ינאי בקביעת המחיר של קרקעות, רבי יוסי בר חנינא סבר דכיון דרוב קרקעות נמכרות בשטחים גדולים אזלינן בתר המחיר הסיטונאי, ולכן שמין סאה בששים סאין, ורב ינאי סבר דרוב קרקעות נמכרות בשטחים קטנים, וממילא אזלינן בתר המחיר הקמעוני, ולכן שמין תרקב בששים תרקבים.

ונמצא לפי זה דאין כאן שתי שומות כלל, ורק דמן הסברא באנו לכך אם רוצים לקבוע המחיר האמיתי, ואם תאמר אם כן למה לי קרא, יש לומר עפימ"ש התוס' לעיל (דף טו: ב) ד"ה ורבי ישמעאל דהא דסלקא דעתיה אליבא דרבי ישמעאל דאכל כחושה משלם שמינה היא משום שהתורה קנסה למזיק לשלם יותר ממה שהזיק, ועיימ"ש"נ בשי"ג פ"ב, והוה אמינא דאם אכלה בהמתו ערוגה שמים הערוגה כמות שהיא לעצמה ומשלם דמים יקרים אע"פ שאין זה המחיר האמיתי, קא משמע לן קרא דובער בשדה אחר דשמין אגב שדה אחרת, כלומר דשמין לפי המחיר האמיתי, וממילא ידעינן מן הסברא דלקבוע מחיר ערוגה אחת שמין אותה אגב בית סאה וכפי מחיר סאה כשנמכרת בס' סאין, כמש"נ.

ומובן נמי לפי זה סברת חזקיה דשמין קלח בס' קלחים, ולכאורה אין בזה קביעת מחיר כלל, אלא יש לומר דהתורה קנסה למזיק לשלם יותר ממחיר האמיתי, ובאמת היה לו לשלם בשביל ערוגה כמות שהיא לעצמה, אלא דגילה לן קרא דשמין אגב שדה אחרת, ולמד חזקיה דאין זה גילוי דאזלינן בתר המחיר האמיתי אלא דשמין אגב ששים שלא יהא כל כך ביוקר, ולהקל קצת על המזיק.

ומדויק כן נמי מהאי לישנא בהמשך הסוגיא מיתבי אכלה קב או קביים אין אומרים תשלם דמיהן אלא רואין אותה כאילו היא ערוגה קטנה ומשערין אותה בפני עצמה, יעו"ש, ונמצא דהא דאיתא בבבויטא דאין אומרים תשלם דמיהן היינו סאה בס' סאין, וקרי ליה דמיהן, והיינו טעמא משום דרק על ידי כך באנו למחיר האמיתי של ערוגת קרקע.

הדר ביה, ומימרא דאביי בפרק הנזקין נאמרה
בתר דשמיע ליה.

פרק י

בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' בשם רב אלפס
אליבא דמאן דאמר מזיק משלם או כסף או מיטב
אם תשלומי כסף חשיבי לקיים דין מיטב או אם לא
הוי אלא סילוק בעלמא.

[בבא קמא ז.] רמי ליה אביי לרבא כתיב מיטב
שדהו ומיטב כרמו ישלם, מיטב אין מידי
אחרנא לא, והתניא ישיב לרבות שוה כסף
ואפילו סובין וכו', אמר רבא כל דיהיב ליה
ממיטב ליתיב ליה, והא מיטב שדהו כתיב, אלא
כי אתא רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע מבי
רב פרשוה כל מילי מיטב הוא דאי לא מזדבן
הכא מזדבן במתא אחריתי, לבר מארעא דליתיב
ליה ממיטב כי היכי דליקפוץ עלה זביני יעו"ש.

ומצינו עוד ישוב לקושית אביי בגמרא דלקמן
(דף ט.) אמר רב הונא או כסף או מיטב,
איתיביה רב נחמן לרב הונא ישיב לרבות שוה
כסף אפילו סובין, הכא במאי עסקינן בדלית ליה,
אי דלית ליה פשיטא, מהו דתימא אמרינן ליה
זיל טרח וזבין ואייתי ליה כסף קא משמע לן
יעו"ש. וכתבו התוס' שם בד"ה רב הונא וז"ל:
פירש הקונטרס שבא לתרץ קראי דלעיל, וצריך
לומר שלא הספיק לסיים דבריו עד שהקשה לו
וכו', ובספר רב אלפס פירש דרב הונא בריה דרב
יהושע ורב פפא דלעיל (דף ז.) פליגי אדרב הונא
דהכא, דאינהו סברי כל מילי מיטב הוא ואפילו
סובין, ורב הונא סבר דלא הוי מיטב אלא או
כסף או קרקע עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג
פ"כ.

והנה אביי לא הקשה דהני קראי נראים
כסותרים אהדדי, ובחדא כתיב מיטב
שדהו ישלם ובחדא כתיב שמשלם לו כסף, ולא
הקשה אלא מהא דמרבינן סובין לתשלומין, אבל
מהא דיכול לשלם כסף לא הוקשה לו, ולכאורה
היינו טעמא משום דכל חיובי ממון הם בעצם
לשלם כסף, והחידוש הוא שיכול לשלם נמי
במידי אחרנא דלא הוי כסף, ולכן הוקשה לו

מכל מקום משמע ליה לאביי דבמשויר נמי
פליגי, מדקאמר רבי עקיבא לא בא הכתוב,
דמשמע שרוצה לומר לא בא הכתוב להחמיר על
המזיק כמו שאמרת, אלא דוקא לגבות לנזקין מן
העידית לבד, ואי בעידית לחודיה פליגי אם כן
לא היה רבי ישמעאל מחמיר על המזיק טפי
מרבי עקיבא, אלא אדרבה היה רבי עקיבא
מחמיר טפי דאין חייב לקנות מעידית דניזק אם
אין לו וכו' עכ"ל יעו"ש. וכעין זה כתב נמי
השיטה מקובצת לעיל (דף ה.) בשם הרשב"א
יעו"ש, ומשמע מדבריהם דשני ענינים אלו של
בדניזק שיימינן ומשלם כמשויר שבה תלויים זה
בזה, ופליגי רבי ישמעאל ורבי עקיבא בתרווייהו,
ויש לעיין מהי התליה.

ונראה לבאר דברי ר"ת והרשב"א עפיימש"נ
בלישנא בתרא דהרא"ש בשי"ג פ"ב
דאליבא דרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן
לאו היינו דין שומא וגביה כמו לרבי עקיבא,
אלא דין הוא בעצם ההיזק דרואים אנו כאילו
אכלה שמינה שבערוגותיו כפי סכום ההפסד,
ומתחלה סלקא דעתין מהאי טעמא דאפילו אכלה
כחושה משלם שמינה, ומסקינן דלא מסתבר
שישלם יותר ממה שהזיק, כי היכי דאכלה
שמינה משלם שמינה ואינו משלם יותר ממה
שהזיק, ואם כן יש לומר דכשאנו שמים ההיזק
שמים לפי המשויר שבה, וכיון שיש אופן שומא
כזה לא חשבינן ליה כמשלם יותר ממה שהזיק.

אבל לרבי עקיבא דס"ל בדמזיק שיימינן אין זה
אלא הוראת מקום לגבות ממנו, ואין זה
נוגע כלל לעצם המעשה היזק, כמש"נ, ולא
מצינו אליבא דרבי עקיבא דין מיטב בעצם
המעשה היזק לקבוע כמות ההיזק בשיעור גדול
ובלבד שלא ישלם יותר ממה שהזיק, דלדידיה
לא הוי דין מיטב אלא מקום חלות קדימת
שעבוד הניזק, ולפיכך אליבא דרבי עקיבא אין
שמים כמות ההיזק כפי המשויר שבה אלא כמות
שהיא לפנינו, ולשיטת לישנא קמא דהרא"ש יש
לומר דס"ל כדברי הרא"ה שהביא השיטה
מקובצת בסוגיין דאביי קאמר דינו קודם דשמיע
ליה מימרא דרב אחא בר יעקב דפליגי אי
שיימינן בדניזק או בדמזיק, ובתר דשמיע ליה

דכאן כתיב שמשלם לו מיטב וכאן כתיב אפילו סובין, ועיימש"ג בשי"ג פמ"ז.

ונחלקו האמוראים בישוב הפסוקים, רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע ס"ל דכל המעליותא של מיטב היא מה שעל ידי זה מתקרב בנקל לכסף, שהוא עיקר הדין תשלומין, ויש שני אופנים להשיג כסף, או על ידי קרקע מיטב דקפצי עלה זביני, או על ידי מטלטלין ואפילו סובין, דאע"ג דלא קפצי עלייהו זביני יכול להביאן ממקום למקום, ואי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחרייתא, ומשום הכי כתיב מיטב שדהו, דדוקא בקרקעות בעינן מיטב, דכיון דאינו יכול להוליכם ממקום למקום צריך שתהא קרקע דקפצי עלה זביני.

ורב הונא קאמר או כסף או מיטב, ואינו משלם סובין אלא כשאין לו כסף ומיטב, ולדידיה דין מיטב הוא שצריך ליתן לניזק דבר חשוב מצד עצמו, וכסף וקרקע הם דברים חשובים, דבדברים אלו משערין עושר, דמי שיש לו הרבה כסף נחשב עשיר, מפני שעל ידי הכסף יכול הוא לקנות כל דבר שירצה, ואע"ג דעצם הכסף אין לו חשיבות, וגם מי שיש לו הרבה קרקעות נחשב עשיר, לא מפני שיכול למוכרם, אלא מפני שהקרקעות עצמן נחשבים רכוש, אבל מטלטלין אין להם חשיבות בעצם מצד עצמן וכן גם אינן מוכנין לקנות כל דבר עד שימכרם.

והנה התוס' כתבו בשם הרב אלפס דאליבא דרב הונא משלם כסף משום דכסף הוא מיטב, כנ"ל, והיינו משום שהתורה חידשה שצריך ליתן לו מיטב דהיינו דבר חשוב, וקא משמע לן רב הונא דגם כסף הוא דבר חשוב, ואע"פ שאין לו חשיבות מצד עצמו, כמש"ג, אכן מדברי רש"י לא משמע הכי וז"ל: לענין מיטב דאפילו יש לו עידית מסלקו בכסף אי בעי עכ"ל יעו"ש, ואם כסף נמי הוא מיטב לא היה שייך בזה לשון סילוק, דהרי בתשלומי כסף הוא מקיים דין מיטב, ומה לי אם הוא על ידי עידית או על ידי כסף, ומבואר מדברי רש"י דרק עידית הוא מיטב, שיש לה חשיבות מצד עצמה, ומכל מקום יכול לסלקו בכסף.

ובביאור הדברים נראה דהנה כל חיובים שבתורה הם בעצם חיוב ממון,

ומשום הכי אמרינן דקנין דברים לא הוא קנין, כדאיתא בבבא בתרא (דף ג), יעו"ש, דאין אדם יכול לחייב עצמו לעשות איזה מעשה, אלא דיכול לחייב עצמו ממון אם לא יעשה, דעצם מהות החיוב הוא ממון, ואם הזיק מנה חל עליו חיוב תשלומין של מנה, דהיינו ממון, וזוהי סברת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, דכיון דעצם החיוב הוא ממון, אם כן עיקר התשלומין לעולם הוא כסף, וענין מיטב הוא כל המתקרב ביותר לכסף, כמש"ג, אבל רב הונא ס"ל דעיקר התשלומין הוא מיטב, דאע"ג דעצם מהות החיוב הוא כסף, מכל מקום החיוב תשלומין בפועל הוא מיטב, והרי מוטל עליו לקיים חיובו על ידי נתינת דבר ממוני שיש לו חשיבות, כמש"ג.

ובזה נחלקו רב אלפס ורש"י, דרב אלפס ס"ל דכיון דהתורה קבעה התשלומין בפועל על ידי מיטב אם כן על כרחו צריך לשלם מיטב ולא שום דבר אחר, והא דמשלם כסף היינו משום דגם כסף חשיב מיטב, וכמש"ג, אבל רש"י ס"ל דכסף לא הוא מיטב, ואינו מקיים חיוב תשלומין בפועל במיטב על ידי תשלומי כסף, ומכל מקום כיון דעצם מהות החיוב לעולם הוא כסף, כמש"ג, אם כן אין הניזק יכול לעכב אותו מלשלם כסף אם ירצה, ואע"ג דלא מתקיים בזה דין מיטב, ונמצא שעל ידי תשלומי כסף אינו מקיים דין מיטב אלא מסלקו מן התביעה שהרי סוף סוף נפרע החוב על ידי כסף, ועיישמ"ג בשי"ג פי"ח.

ובהא דקאמר רבא דצריך ליתן לו המעולה שבסובין, ואע"ג דעדיין אין בזה שום חשיבות, צריך לומר דמיטב לא הוא דין בחשיבות התשלומין אלא באופן התשלום, שישלם לו באופן מעולה אע"ג דאין לתשלומין חשיבות בעצם.

פרק יא

בו יבוארו דברי התוס' דאם היינו למדים דשוא כסף ככסף בפדיון עבד עברי מדין שוה כסף ככסף בתשלומי ניזקין היה העבד צריך לשלם ממיטב שדהו אם בא לפדות עצמו בקרקע.

[קדושין ב.] כתבו התוס' בד"ה בפרוטה ובשוה פרוטה וז"ל: ואם תאמר מנלן דשוא כסף ככסף,

בעבד עברי עיקר תורת הקנין הוא בכסף, ושאיני קנין מחיוב תשלומי נזק, דבחיוב תשלומין איכא למימר דלכתחלה יתן לו מיטב, ואין הניזק מחיוב לקבל ממנו שוה כסף היכא דיש לו קרקע מיטב הואיל ומיטב הוי תשלומין מעליא, אבל בקנין לא שייך לכתחלה ובדיעבד, דאם שוה כסף נחשב כסף וקנאו על ידי שוה כסף בודאי חל הקנין, אלא דעדיין סלקא דעתין דאם יש לו קרקע צריך ליתן לו מיטב, דאע"ג דליכא דין מיוחד של תשלומי מיטב בעבד עברי, מכל מקום גם רב הונא מודה לסברת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דמיטב קרוב לכסף הואיל וקפציי עלה זביני, אבל קרקע זיבורית, דלא קפציי עלה זביני ולא שייך בה סברת מזדבן במתא אחריתא, הוה אמינא דאינה נחשבת ככסף, דלא מציינו בנזקין שיכול לשלם אלא או מיטב או כסף או שוה כסף, ומנא ידעינן דגם זיבורית יש לה תורת שוה כסף, להכי איצטריך קרא בעבד עברי.

ואם כן יש לומר דהתוס' היו להם דרך אחרת בדברי רב הונא, וס"ל דגם לדידיה עיקר הדין הוא כסף, ויכול נמי ליתן לו לכתחלה מיטב שמתחלף בנקל לכסף, אבל לא שוה כסף דיותר קשה להחליפו, שצריך להוליכו למתא אחריתא לפעמים, ודומה שיטתו להך דרב פפא ורב הונא בריה דרבי יהושע, ולכן הוה אמינא דלקנין עבד עברי צריך או כסף או מיטב או שוה כסף, אבל לא זיבורית דקשה להחליפו לכסף, ובקנין לא שייך קדימה, כמש"כ. וכן משמע נמי מתוס' בשם ר"ת בבבא קמא (דף מו:) בד"ה ה"ג וז"ל: ואומר ר"ת וכו' ונזקין אפילו אית ליה זוזי מצי לסלוקי בארעא לרב הונא דאומר בפ"ק (דף ט.) או כסף או מיטב וכו' עכ"ל יעו"ש, ומבואר דגם לרב הונא עיקר תשלומין הוי כסף ומיטב לא הוי אלא סילוק.

פרק יב

בו יבוארו דברי רש"י דמי שהיו לו בתים שדות וכרמים ואינו יכול להמתין למוכרם לפי יוקרא דקמיה מאכילים אותו מעשר עני עד מחצה לפי שאינו לא עני ולא עשיר.

[בבא קמא ז.] דתניא הרי שהיו לו בתים שדות וכרמים ואינו מוצא למוכרן מאכילין אותו מעשר

דהא לקמן (דף טו.) מיבעי ליה קרא גבי עבד עברי ישיב לרבות שוה כסף ככסף וכו', ויש לומר דילפינן מעבד עברי, ואם תאמר והא גבי נזיקין נמי כתב קרא כסף ישיב לבעליו ודרשינן בפרק קמא דבבא קמא (דף ז.) ישיב לרבות שוה כסף ככסף, ואם כן הוה נזיקין ועבד עברי שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין, ויש לומר דתרוייהו צריכי, דאי כתב עבד גרידא לא מצי למילף נזיקין מיניה, לפי שמצינו שהקפיד הכתוב לענין מיטב, וסלקא דעתך אמינא נמי כסף דוקא ולא שוה, להכי איצטריך כסף ישיב גבי נזיקין, וגבי עבד עברי איצטריך נמי קרא דלא מצי יליף מנזיקין, דהוה אמינא עבד דומיא דנזיקין ואם מיכני בקרקע ליבעי מיטב, לכך איצטריך תרוייהו עכ"ל יעו"ש. ומדויק מדברי התוס' דאף אם לא כתיב קרא גבי עבד עברי שפיר איכא למילף מנזיקין דשוה כסף ככסף, אלא דסלקא דעתין דאם בא לקנותו בקרקע צריך ליתן לו מיטב.

ובבבא קמא שם נחלקו האמוראים בדין מיטב, רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע ס"ל דעיקר דין התשלומין הוא בכסף, ודין מיטב הוא משום דקפציי עליה זביני ובנקל יכול להחליפה לכסף, ורב הונא שם (דף ט.) ס"ל דהדין הוא או כסף או מיטב, ואם אין לו או זה או זה יכול ליתן לו שוה כסף, ובארו רש"י ורב אלפס מובא בתוס' שם דעיקר דין תשלומין הוא מיטב, ועיימש"נ בשי"ג פ"י, ולפי דברי רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע מובנים דברי התוס', דאי לאו קרא דשוה כסף ככסף הוה אמינא דאין הכי נמי דעבד עברי נקנה בכסף ובשוה כסף, מכל מקום אם בא לקנותו בקרקע צריך ליתן לו מיטב, דבין כך ובין כך יכול להחליפו לכסף בנקל, או משום דקפציי עלה זביני או משום דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתא, כדאיתא התם, אולם יש לדקדק היאך יתישבו דבריהם אליבא דרב הונא דעיקר דין התשלומין הוא מיטב, מה שייך דין זה לקנין עבד עברי שהוא נקנה בכסף, ואם ילפינן לגמרי מנזקין דגם בעבד עברי עיקר דין קנינו הוא במיטב, אם כן לא יוכל לקנותו בשוה כסף אם יש לו כסף או מיטב, וכמימרא דרב הונא.

ונראה דבאמת גם אליבא דרב הונא לא ילפינן מנזקין אלא דשוה כסף ככסף, אבל

ומבואר דשאני מתנות עניים מצדקה, דהדין בצדקה הוא דכל זמן שאין לו מספיק לצרכיו יכול ליקח מן הצדקה עד כדי צרכיו, ואפילו סוס לרכוב עליו אם הוא עשיר שירד מנכסיו, אבל מתנות עניים נמסרו למי שיש לו שם עני, דהיינו מי שאין לו מאתים זוז, ולכן מי שיש לו קרקעות שוין מאתים זוז, ורק שאינו יכול למוכרם בשויין הואיל ועייל ונפיק אזווי, אין לו שם עני, שהרי בעצם יש לו נכסים שוים מאתים זוז, ובודאי יכול להתפרנס מן הצדקה, שהרי אין לו מספיק לצרכיו, אבל אין לו זכות במתנות עניים שהם מיוחדים למי שיש לו שם עני.

והשתא נראה דיש שני דינים במתנות עניים, חדא, מי שיש לו שם עני מותר לו ליקח מתנות עניים, ועוד שעל ידי זכות והיתר זה שיש לו במתנות עניים הרי הוא עם שאר עניים שבעולם זוכים בתפיסה וקנין בכל מתנות עניים שבעולם, וכמו שמתנות כהונה קנוין לכל שבט כהונה, כמו כן איכא שבט עניים שהם זוכים וקונים כל מתנות עניים שבעולם, וכל עני ועני, מלבד מה שיש לו היתר ליקח מתנות עניים, יש לו נמי קנין בכל מתנות עניים שבעולם.

והיינו מה שכתב רש"י בד"ה מי שהיו לו שדות וז"ל: מי שיש לו מאתים זוז לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני דלאו עני הוא ונמצא גוזל עניים עכ"ל יעו"ש, והיינו השני דינים הללו, חדא דאין לו ליטול מתנת עניים דלאו עני הוא, וכל מי שאין עליו שם עני אין לו זכות ליקח מתנות עניים, ושנית דמלבד זה הרי הוא גוזל את העניים שעל ידי זכותם ליקח זכו נמי בקנין כללי במתנות עניים, וכמש"נ, ומשום הכי דין הוא שמי שיש לו מאתים זוז חסר דינר יכול ליטול אלף זוז בבת אחת, שהרי העניים בכללם יש להם קנין בכל מתנות עניים שבעולם, ולכן יכול ליטול אפילו אלף זוז שהרי דידיה הוא נוטל, אלא דאם לא לקח האלף זוז בבת אחת הרי פקע ממנו שם עני כשהגיע למאתים זוז, ושוב לא הוי בכלל שבט עניים, ואין לו חלק בקנינם.

עני עד מחצה, והוי בה מר היכי דמי אי הוול ארעתא דכולי עלמא ודידיה נמי זל בהדיהו, אפילו טובא נמי ליספו ליה דהא זול דכולי עלמא נמי, אלא דאוקיר ארעתא דכולי עלמא ודידיה איידי דעייל ונפיק אזווי זל ארעתא, אפילו פורתא נמי לא ליספו ליה, ואמר מר עלה לא צריכא דביומי ניסן יקרא ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא, דכולי עלמא נטרי עד ניסן ומזבני, והאי הואיל ואיצטריכא ליה זוזי זבין כדהשתא, עד פלגא אורחיה למיזל, טפי לאו אורחיה למיזל יעו"ש.

וכתב רש"י בפירוש הקושיא דאם אוזיל דכולי עלמא אפילו טובא ליספו ליה וז"ל:

שהרי עכשו אין שוה מאתים זוז, ותנן פ"ה מ"ח) היו לו מאתים זוז חסר דינר אפילו נתנו לו אלף זוז בבת אחת יטול עכ"ל יעו"ש, ואם אוקיר דכולי עלמא ודידיה זול, הואיל ועייל ונפיק אזווי אפילו פורתא נמי לא ליספו ליה, וכתב רש"י וז"ל: שהרי שוות קרקעותיו מאתים זוז עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק דמה תועלת יש לו במה שקרקעותיו שוות מאתים זוז, והלא הוא אינו יכול למצוא מי שישלם לו סכום זה בשביל קרקעותיו הואיל ועייל ונפיק אזווי, ונמצא דבפועל אין לו מאתים זוז, ולמה לא יטול מעשר עני. עוד יש לעיין בהך דינא שהביא רש"י דמי שיש לו מאתים זוז פחות דינר יכול ליטול אלף זוז בבת אחת, ולמה יוכל להתעשר כל כך ממעות מעשר עני רק בשביל שחסר לו דינר ממאתים זוז, וכי בצדקה הדין כן הוא שעני יכול ליקח אלף זוז מן הקופה של צדקה, הא ודאי זה אינו, ומאי שנא מעשר עני.

עוד כתב רש"י על הא דמשני דביומי ניסן יקרי ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא וז"ל: הלכך עני לא הוי דיטול שוה אלף דינר הואיל וביומי ניסן שוות קרקעותיו מאתים, ועשיר נמי לא הוי הואיל ולכולי עלמא נמי לא הוי שוין השתא מאתים, הלכך משלימין לו עד מאתים, והיינו מחצה דעד פלגא אורחיה למיזל טפי לא עכ"ל יעו"ש, והדברים צריכים ביאור, דאם אינו עני וגם אינו עשיר, אם כן מה גדרו בעצם.

כגון זה שיש לו בתים שדות וכרמים אבל אם ימכור שלא בעיקר זמן מכירתם לא יוכל למכורם בשויהם, אין מחייבים אותו למכור במצב זה, ומכל מקום אינו עני אפילו באותה שעה, אלא הוא עשיר שאין לו מה לאכול, ומאכילים אותו מעשר עני אבל לא מלקט שכחה ופאה וצדקה, שהרי אין לו דין עני כלל, אבל מעשר עניים אינו מיוחד לעניים אלא לכל מי שאין לו מה לאכול.

פרק יג

בו יובא מחלוקת רש"י והר"ף בפירוש הסוגיא דמאכילים מעשר עני למי שאינו מוצא למכור נכסיו, ומבואר איך הם מודמים נזקין למעשר עני לענין שומא כיוקרא דלקמיה.

[בבא קמא ז.] דתניא הרי שהיו לו בתים שדות וכרמים ואינו מוצא למכור, מאכילין אותו מעשר עני עד מחצה, והוי בה מר היכי דמי, אי הוול ארעתא דכולי עלמא ודידיה נמי זל בהדיהו, אפילו טובא נמי ליספו ליה דהא זול דכולי עלמא נמי, אלא דאוקיר ארעתא דכולי עלמא ודידיה אידי דעייל ונפיק וזווי זל ארעיה, אפילו פורתא נמי לא ליספו ליה, ואמר מר עלה לא צריכא דביומי ניסן יקרא ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא, דכולי עלמא נטרי עד ניסן ומזבני, והאי הואיל ואיצטריכא ליה זווי זבין כדהשתא, עד פלגא אורחיה למיזל, טפי לאו אורחיה למיזל, והכא נמי גבי נזקין דיניה בעידית, ואי אמר ליה איהו הב לי בינונית טפי פורתא, אמר ליה אי שקלת כדינך שקול כדהשתא, ואי לא שקיל כיוקרא דלקמיה וכו', יעו"ש.

רש"י פירש דברייתא מיירי בבא ליטול מעשר עני מדין עני, ומיירי כגון שיש לו שדות שוות מאתים זוז, ואם היה מוצא למכור בשווין הרי הוא עשיר, שהרי יש לו מאתים זוז, אבל אם אינו מוצא למכור בשווין מאכילים אותו עד מחצה, דהיינו מאה זוז, והוא ימכור שדותיו במאה זוז, והרי יש לו מאתים זוז, ופריך בגמרא היכי דמי, אי דזול ארעתא דכולי עלמא ודידיה נמי זל בהדיהו הרי באמת אין שדותיו שוות מאתים זוז כלל, ועני גמור הוא, ועני יכול ליטול אפילו אלף זוז בבת אחת מן הצדקה, ואם כן

ולפי זה יבואר מה שכתב רש"י דהיכא דביומי תשרי זל ארעתא אינו לא עני ולא עשיר, והוא כנ"ל, שהרי יש שתי שומות על כל קרקע, זולא דהשתא ויוקרא דלקמיה, וכיון שלפי השומא דהשתא לא שוה קרקע שלו מאתים זוז שפיר יש עליו שם עני ומותר לו ליקח מתנות עניים, אכן כיון דיש גם שומא שניה על הקרקע, ולפי אותה שומא הרי הקרקע שוה מאתים זוז אין להחשיבו בכלל שבט עניים, ואינו זוכה קנין בכל מתנות עניים, ורק שיש לו היתר ליקח מתנות עניים הואיל ושם עני עליו, וגם אינו גוזל את שבט עניים שיש להם קנין בכל מתנות עניים, שהרי כיון ששם עני עליו ומותר לו ליקח הרי זה מוטל על כל שבט עניים שיניחו לו ליקח, ולכן כיון שאינו בכלל שבט עניים ואין לו קנין בכל מתנות עניים אינו יכול ליטול אלף זוז בבת אחת, אבל כיון דמכל מקום שם עני עליו יכול ליקח פורתא עד שמגיע למאתים זוז ויפקע ממנו שם עני, וכמ"ש.

והנה עיין ברמב"ם פ"ט מתנות עניים הל"ג-ט"ז וז"ל: היו לו מאתים חסר דינר אפילו אלף נותנין לו כאחד הרי זה מותר ליקח וכו', בעל הבית שהיה מהלך לעיר ותמו לו המעות בדרך ואין לו עתה מה יאכל הרי זה מותר ליקח לקט שכחה ופאה ומעשר עני וליהנות מן הצדקה, ולכשיגיע לביתו אינו חייב לשלם, שהרי עני היה באותה שעה וכו', מי שהיו לו בתים שדות וכרמים ואם מוכרן בימי הגשמים מוכרן בזול ואם הניחן עד ימות החמה מוכרן בשויהן אין מחייבין אותו למכור אלא מאכילין אותו מעשר עני עד חצי דמיהן ולא ידחוק עצמו וימכור שלא בזמן מכירה עכ"ל יעו"ש, ומבואר דמי שיש לו בתים שדות וכרמים אינו נוטל אלא מעשר עני כפי צרכו ולא לקט שכחה ופאה ולא צדקה, ובעל הבית העובר ממקום למקום מותר בכל, אבל אינו נוטל אלף, ומאתים חסר דינר נוטל אלף בלקט שכחה ופאה ומעשר עני.

ונראה מוכח מדברי הרמב"ם שיש שלשה גדרים, מי שהוא משבט עניים נוטל אפילו אלף, ומי שהוא עני באותה שעה אבל אינו משבט עניים מתפרנס מלקט שכחה ופאה ומעשר עני וקופת צדקה, ומי שאינו עני כלל,

אלא דאינו מוצא למוכרן בשווין האמיתי, ולכן מאכילים אותו מעשר עני עד שימצא למוכרן על כל פנים בחצי דמיהן, וכדין עשיר העובר ממקום למקום ואין לו מה לאכול, ופריך היכי דמי, אי דזול ארעתא דכולי עלמא נמי, אם כן היינו השיווי האמיתי, ואפילו פורתא נמי לא ליספו ליה, כלומר אפילו אין מוצא למוכרם אלא בפורתא משוויהן דמעיקרא, דאזיל יותר מפלגא, לא ליספו ליה כלל, כיון דהשתא עדיין שוות שדותיו יותר ממאתים זוז, ואם אוקיר דכולי עלמא ודידיה אזיל הואיל ועייל ונפיק אזוזי, אם כן אפילו טובא נמי ליספו ליה, כלומר אפילו שוות טובא ולא אזיל אלא קצת, מכל מקום כיון שאינו מוצא למוכרן בשוויהן הרי זה כאינו מוצא למכור כלל, והוי כבעל הבית העובר ממקום למקום ואין נכסיו תחת ידו דמתפרנס מן הצדקה.

ומשני דבניסן יקרי ארעתא ובתשרי זול ארעתא, ואורחיה למיזל עד פלגא, ולכן אם אזיל עד פלגא אין מאכילים אותו כלום דהיינו שווין, אבל אם אזיל יותר מפלגא ואינו מוצא למוכרם אפילו בחצי דמיהן, תלינן דעד פלגא אזיל מפני נפילת המחיר ומה דאזיל יותר הוא מפני סיבות צדדיות, וכמו שכתב הכסף משנה פ"ט מתנת עניים הל"ז בשם רבינו ירוחם, יעו"ש, ומשלימים לו מן הצדקה עד פלגא, ומכל מקום בפלגא חייב למוכרן דהיינו שווין, וכן פירש רש"י בלישנא אחרינא אך למעשה תפס רש"י לשון ראשון.

ולפירושן קשה דאם כן מהו הדמיון לנזקין, הא לא מצינו לפי זה ענין שומא של יוקרא דלקמיה כלל, ולא הביא יוקרא דלקמיה אלא לקבוע כמה אורחא למיזל, אבל לא מצינו התם דאזלינן בתר שומא דלקמיה לקביעת המחיר דהשתא, והיאך סלקא דעתא דיכול המזיק להגבות בינונית לניזק לפי יוקרא דלקמיה, וצריך עיון.

והרמב"ם נטה קצת מפירוש הרי"ף, דעיין מה שכתב בהלכות מתנת עניים שם וז"ל: מי שהיו לו בתים שדות וכרמים ואם מוכרן בימי הגשמים מוכרן בזול ואם הניחן עד ימות החמה מוכרן בשוויהן, אין מחייבין אותו למכור, אלא מאכילין אותו מעשר עני עד חצי

טובא נמי ליספו ליה, ואי אוקיר ארעתא דעלמא, ודידיה זול הואיל ועייל ונפיק אזוזי, הרי יש לו מאתים זוז ועשיר גמור הוא, ואפילו פורתא נמי לא ליספו ליה, ומשני דביומי ניסן אוקיר ארעתא וביומי תשרי זול, ואם כן עני גמור לא הוי למשקל אלף זוז בבת אחת, דהא כפי המחיר של ניסן שוות שדותיו מאתים זוז, אלא דכיון דלפי שווין של עכשיו בשעת הזול אין שדותיו שוות מאתים זוז יש לו דינן עני לענין שיכול להשלים שווי שדותיו מן הצדקה, ופלגא דקאמר היינו משום שאין דרכן למיזל טפי מפלגא.

ומקור הדברים הוא מהא דתנן בפאה (פאה פ"ה מ"ד) דבעל הבית שהיה עובר ממקום למקום ואין לו מה לאכול, נוטל לקט שכחה ופאה ומעשר עני, שהרי עני הוא באותה שעה יעו"ש, ומכל מקום אין דינו ליטול אפילו אלף זוז בבת אחת כדין עני גמור, והיינו טעמא משום דהא דעני נוטל אפילו אלף זוז בבת אחת היינו משום שיש לו יד וזכיה בכל ממון עניים הואיל וגם הוא משבט עניים עד שזכה בהממון, אבל בעל הבית העובר ממקום למקום לאו משבט עניים הוא, אלא דכיון שהוא עני באותה שעה ואין לו מה לאכול יכול להתפרנס מן הצדקה, אבל רק עד כדי פרנסתו ולא יותר, ועיימש"נ בשו"ג פ"ב, והוא הדין נמי בדידן, כיון דשדותיו שוות מאתים זוז כפי המחיר של ניסן הרי נפיק מתורת עני גמור, ולא הוי משבט עניים שיש להם זכיה בממון צדקה, אבל כיון דאינו מוצא למוכרן השתא במאתים זוז הריהו כבעל הבית העובר ממקום למקום ומשלימין לו מן הצדקה עד מאתים זוז דהיינו כדי פרנסתו.

ולפי פירוש רש"י שפיר מובן הדמיון לנזקין, דמצינו גבי מעשר עני דיש שתי שומות לקרקע, יוקרא דניסן להחשיבו עשיר וזולא דתשרי להחשיבו עני באותה שעה, וסלקא דעתין דהוא הדין לגבי נזקין דנין כפי שתי השומות, דאם נוטל כדינו נוטל לפי שומת הזול דהשתא, ואם נוטל שלא כדינו נוטל לפי שומת יוקרא דלקמיה.

ואל הרי"ף שיטה אחרת היא לו בהך סוגיא והוא דברייטא מיירי בעשיר שאף השתא יכול למכור שדותיו בהרבה יותר ממאתים זוז,

לי בינונית טפי פורתא, אמר ליה אי שקלת כדינך שקול כדהשתא ואי לא שקול כיוקרא דלקמיה וכו' יעו"ש. ומבואר בגמרא שיש שתי שומות לקרקע, זולא דהשתא ויוקרא דלקמיה, וזולא דהשתא היא שומא העיקרית, ואם רצה לגבות מקרקע מעולה מדינו, והסכים הנתבע להגבותו ממנה, מכל מקום יכול הנתבע לעכבו מלגבות כפי שומא דהשתא אלא מגבהו כיוקרא דלקמיה.

והנה עיין בבבא מציעא (דף טז:) אמר רבא הני שקולאי דתברו חביתא דחמרא לחנוואה ביומא דשוקא מיזדבנא בחמש בשאר יומי מיזדבנא בארבע, אהדרו ליה ביומא דשוקא מהדרו ליה חביתא דחמרא, בשאר יומי מהדרו ליה חמש, ולא אמרן אלא דלא הוה ליה חמרא לזבוני, אבל הוה ליה חמרא לזבוני הא איבעי ליה לזבוני, ומנכי ליה אגר טירחיה ודמי ברזנייתא יעו"ש, ויש כמה שיטות בראשונים בכיבור דברי הגמרא.

עיין ברמב"ם פ"ג שכירות הל"ג וז"ל: הסבל ששבר חבית של יין לחנווני ונתחייב לשלם, והרי היא שוה ביום השוק ארבעה ובשאר הימים שלשה, אם החזירו ביום השוק חייבין להחזיר חבית של יין או ישלמו לו ארבעה, והוא שלא היה לו יין למכור ביום השוק, אבל אם היה לו יין מחזירין לו שלשה, החזירו לו בשאר הימים מחזירין לו שלשה, ומנכין לו בכל זמן טורח שהיה טורח במכירתה ופגם הנקב שהיה נוקב החבית וכן כל כיוצא בזה עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק בזה טובא, דהיכן מצינו שמזיק משלם לפי מה שנשאר לו לניזק בביתו, וכן שיהא הדבר תלוי במתי בא לשלם. ועוד דלכאורה אין נפקא מינה מתי שבר הסבל את החבית, שהרי לא חילק הרמב"ם בזה אלא בזמן התשלומין, ואם שבר בשאר ימים ובא לשלם בשאר ימים משלם שלשה, למה ישלם יותר אם בא לשלם ביום השוק.

אלא נראה מוכח מזה דכל הך דינא דסבל ששבר הוא מתקנת חכמים, וכמו שכתב הרמב"ם שם הל"ב וז"ל: המעביר חבית ממקום למקום בשכר ונשברה דין תורה הוא שישלם, שאין זה אונס גדול, והרי השבירה כגניבה ואבידה שהוא חייב בהן, אבל תקנו חכמים

דמיהן ולא ידחוק עצמו וימכור שלא בזמן מכירה עכ"ל יעו"ש, ולמד הרמב"ם כפירוש הרי"ף וכגירסתו, אלא דבשינויא דגמרא למד דמאכילים אותו עד חצי דמי הקרקעות לפי מה ששוין בניסן והוא ימכור קרקעות בפלגא, והרי יש לו כל דמי שווין בניסן, ואין מחייבים אותו למכור קרקעותיו בפחות מכדי שווין בניסן, וכן פירש בכסף משנה, יעו"ש.

ולשיטת הרמב"ם שפיר מצינו שתי שומות גבי מעשר עני, ואדרבה השומא העיקרית היא יוקרא דניסן, והרמב"ם קורא לה זמן המכירה, ואם כן לדידיה קשה איפכא על הדמיון לנזקין, דבנזקין ר"ל דאם נוטל כדינו נוטל כזולא דהשתא, ורק אם בא לגבות שלא כדינו דוחה אותו לשומת יוקרא דלקמיה, ובמעשר עני חזינן דיוקרא דלקמיה בזמן המכירה היא היא השומא העיקרית דאזלינן בתרה, ומאי שנא.

אמנם איכא ליישב עפ"מש"נ בשי"ג פט"ו כדינו היינו שבא לגבות מדין שעבוד שיש בו מקצת קנין, והרי הקרקע כבר בחזקתו במקצת לענין גביה, אבל שלא כדינו היינו שבא לגבות מדין שעבוד של ערבות גרידא, והרי הקרקע עדיין לגמרי בחזקת המזיק, ולפי זה יש לומר דאם גובה כדינו מדין קנין יכול לגבות כזולא דהשתא, דגם זו היא שומא מעליא, כדחזינן במעשר עני, ואע"ג דאין זו השומא העיקרית, דהא מוחזקת הקרקע אצלו במקצת, אבל אם בא לגבות מדין ערבות גרידא סלקא דעתא דיכול המזיק לדחותו לשומת יוקרא דלקמיה דהוא נמי שומא, ולא עוד אלא דהוא השומא העיקרית הואיל ואז הוי זמן המכירה.

פרק יד

בו יבואר החילוק בין סוגייתנו כאן דמבואר דעיקר הגביה כפי זולא דהשתא ולא כיוקרא דלקמיה ובסוגיא דבבא מציעא מבואר דעיקר התשלומין הוא כפי כמה חבית נמכרת ביום השוק.

[כבא קמא ז:] לא צריכא דביומי ניסן יקרא ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא וכו', והכא נמי גבי נזקין דיניה בעידית, ואי אמר ליה איהו הב

שנוטה לקנות ואויל לגביה כדי שיסכים ויקנה, אין זה משנה את מחיר החפץ, דהמחיר לעולם הוא לפי מה שנמכר כשהחנניות פתוחות, ולכן אם אדם שאינו סבל שבר בשאר ימים צריך לשלם ארבעה כפי מה שנמכר ביום השוק, מה שאין כן בסוגיין דיש שוק לקרקעות כל השנה, אלא דביומי דתשרי יש מחיר נמוך וביומי ניסן יש מחיר גבוה, ויש שתי שומות לקרקעות, אז אמרינן דאם בא לגבות בתשרי מעיקר הדין הוא גובה כזולא דהשתא ולא כיוקרא דלקמיה, דשומא העיקרית היא כשעת הגביה באשר הוא שם.

פרק טו

בו יבואר הא דאמרינן שיש לבי קרקעות שתי שומות, לפי שעת המכירה ולפי זמן הרגיל דמכירה, דגובה כדינו גובה כזולא דהשתא וגובה שלא כדינו גובה כיוקרא דלקמיה.

[בבא קמא ז:] לא צריכא דביומי ניסן יקרא ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא וכו', והכא נמי גבי נזקין דיניה בעידית, ואי אמר ליה איהו הב לי בינונית טפי פורתא, אמר ליה אי שקלת כדינך שקול כדהשתא ואי לא שקול כיוקרא דלקמיה, מתקיף לה רב אחא בר יעקב אם כן הורעת כחן של נזקין אצל בינונית וזיבורית, דרחמנא אמר ממיטב ואת אמרת מבינונית וזיבורית נמי לא, אלא אמר רב אחא בר יעקב אי איכא לדמויי לבעל חוב מדמינן ליה, בעל חוב דיניה בבינונית ואי אמר ליה הב לי זיבורית טפי פורתא אמר ליה אי שקלת כדינך שקול כדהשתא ואי לא שקול כי יוקרא דלקמיה, מתקיף לה רב אחא בריה דרב איקא אם כן נעלת דלת בפני לוי, דאמר ליה אילו הווי לי זוזי הווי שקלי כדהשתא השתא דוזי גבך אשקול כיוקרא דלקמיה וכו' יעו"ש.

והנה בסוגיין מבואר דניזק יכול לחבוע בינונית טפי פורתא, ואין המזיק מעכב על ידו, ומכל מקום סלקא דעתין דיכול המזיק להכריחו לקבל הבינונית כיוקרא דלקמיה, והראשונים נחלקו בזה אם לעולם יכול ליטול בינונית בעל כרחיה דמזיק או רק היכא דגילה דעתו שאינו רוצה לעכבו לעצמו, ועיין מה שכתב הרא"ש

שיהיה חייב שבועה שלא פשע בה, שאם אתה אומר ישלם אין לך אדם שיעביר חבית לחבירו וכו', ועוד תקנו בדבר זה שאם נשאו אותה שנים במוט ונשברה משלמין חצי דמיה, הואיל ומשוי זה גדול לגבי אחד וקל לגבי שנים וכו' עכ"ל יעו"ש, וגם לענין סכום התשלומין הכל הוא משום תקנה מיוחדת לסבלים, ומשום הכי רואים אם היה לחנוני יין למכור וגם מנכים טורח ופגם הנקב וכיוצא בזה. ונראה דגם לפי פירוש רש"י שם הכל משום תקנתא דרבנן, אלא שיש לו דרך אחרת בביאור הגמרא.

ומבואר מדברי הרמב"ם דאם בא לשלם בשאר ימים משלם שלשה ואם בא לשלם ביום השוק משלם ארבעה, ולכאורה כן הדין בין אם שבר בשאר ימים בין אם שבר ביום השוק, כמש"נ, והשתא אם שבר בשאר ימים שהיה נמכר בשלשה ונתחייב שלשה ובא לשלם ביום השוק למה ישלם ארבעה, וכי תקנו לו חכמים שצריך לשלם יותר ממה שנתחייב, ועל כרחך צריך לומר דשויות החבית היא הסכום שבה נמכר ביום השוק, ואם אדם אחר ולא סבל שבר החבית בין בשאר ימים בין ביום השוק צריך לשלם ארבעה כפי מה שנמכר ביום השוק, ולסבל הקילו חכמים שאם בא לשלם בשאר ימים משלם פחות ממה שנתחייב, וגם אם בא לשלם ביום השוק ויש לו לחנוני יין אחר למכור הרי הוא משלם שלשה, פחות ממה שנתחייב, ומכל מקום מעיקר הדין נקבע שויות החבית כפי מה שנמכר ביום השוק, ואפילו אם שברו בשאר ימים.

ולפי זה צריכים לחלק בין הא דאמרינן בסוגיין דעיקר השומא היא זולא דהשתא, ולא אזלינן בתר יוקרא דלקמיה אלא אם בא ליטול שלא כדינו, ובההיא דבבא מציעא אמרינן דמעיקר הדין מחיר החבית הוא כפי מה שנמכר למחר ביום השוק ואע"פ ששברו בשאר ימים, ועיין בחו"מ סי' ד"ש סעי' ה' ובסמ"ע סק"ט ובקצות החושן סק"א ובנתיבות המשפט סק"ב, יעו"ש, והחילוק נראה פשוט דהמחיר לעולם תלוי ביום השוק מתי שהחנניות פתוחות והקונים באים, ואם היה החנוני דחוק למעות ובא למכור חפץ כשהחנניות סגורות, והוא מצא מישהו

קנין אף על הבינונית וזיבורית, וכיון שכן יכול לגבות גם בינונית כזולא דהשתא, כמש"נ, אכן עיימש"נ בשי"ג פט"ז פירוש אחר בדברי רש"י.

ובים של שלמה בסוגיין כתב ביאור אחר בזה, דהא דיפה כח דניזק הוא שיכול לאמר על איזו קרקע שהוא רוצה שהיא חשובה עידיית אצלו ולגבותה בתורת עידיית, ולפי זה אף למסקנת הגמרא אין שעבוד מיוחד דניזק אלא בעידיית, ומכל מקום גובה אף מבינונית כזולא דהשתא, דכיון שהוא רוצה בה הרי היא אצלו כעידית.

ובהא דמסיק דגם בעל חוב נוטל זיבורית כזולא דהשתא משום נעילת דלת, לכאורה אין זה לומר שיש לו שעבוד מיוחד על הזיבורית, דהא אין לו יפוי כח כיון דמדאורייתא דינו בזיבורית, וכמו שכתבו התוס' בד"ה לבעל חוב, יעו"ש, ויש להסתפק אם כח הבעל חוב אצל זיבורית הוא משום דרבנן תיקנו לו שיוכל לומר דקרקע זו חשובה אצלו כבינונית, ונוטלה מדין בינונית, וכעין מה שכתב הי"ם של שלמה לגבי עידיית, כנ"ל, או אם התקנה היתה דמשום נעילת דלת יכול הבעל חוב להחליף שעבודו על הזיבורית, ולגבות זיבורית תחת הבינונית, ואע"ג דשעבוד מיוחד שלו אחר התקנה נקבע על הבינונית ולא על הזיבורית, מכל מקום יכול להעביר שעבודו להזיבורית בשעת הגביה, דאם לא כן נעלת דלת בפני לוי, ועיימש"נ בדברי התוס' לקמן (דף ת:) בד"ה אבל בשי"ג פמ"ב.

פרק טז

בו ידון בהא דניזק גובה מבינונית דאם יפה כחו לגבות עידיית כל שכן דגובה בינונית אם היינו משום דדין מיטב הוא דגובה מכל מה שרוצה או אם גביה מבינונית הוי מדין חדש.

[**בבא קמא ז:**] לא צריכא דביומי ניסן יקרא ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא וכו', והכא נמי גבי נזקין דיניה בעידיית, ואי אמר ליה איהו הב לי בינונית טפי פורתא, אמר ליה אי שקלת כדינך שקול כדהשתא ואי לא שקיל כיוקרא דלקמיה, מתקיף לה רב אחא בר יעקב אם כן הורעת כחן של נזקין אצל בינונית וזיבורית, דרחמנא אמר

בזה, ועל כל פנים לכל צד שהוא צריכים לעיין דכיון דנוטל בינונית בעל כרחיה דמזיק למה סלקא דעתין דיכול ליתנה לו כפי יוקרא דלקמיה.

ונראה לבאר סוגיין עפיימש"נ בשי"ג פכ"ט מתוך דברי הנתיבות המשפט דיש שני עניני שעבוד, שעבוד כללי מדין ערבות המוטל על כל נכסי החייב, ועוד איכא שעבוד מיוחד מדין מקצת קנין שיש לכל גובה במקום קדימת גביתו, ובגמרא מביא ראייה מברייתא דמעשר עני דכל קרקע יש לה שתי שומות, זולא דתשרי ויוקרא דניסן, ועיימש"נ בשי"ג פ"ג, וקא סלקא דעתין דשעבוד מיוחד דניזק לא הוי אלא בעידיית בלבד, אבל בבינונית וזיבורית אין לו אלא שעבוד כללי דזכות גביה מדין ערבות, ונהי דיכול לותר על שעבוד מיוחד שיש בעידיית בתורת מקצת קנין ולגבות מבינונית או זיבורית, מכל מקום אין גביה זו אלא מדין ערבות גרידא.

והיינו הכדינו ושלא כדינו דסוגיין, דכדינו היינו השעבוד מיוחד שיש לו בעידיית, ושלא כדינו היינו השעבוד כללי שיש לו על כל נכסי המזיק, ולכן אם בא הניזק לגבות כדינו, דהיינו עידיית מדין שעבוד מיוחד שעל ידי כך יש לו מקצת קנין, אז נוטל כזולא דהשתא, ואין המזיק יכול לטעון שיטול כיוקרא דלקמיה, דכיון דהעידיית קנויה אצלו והרי היא קצת בחזקתו, הרי הוא יכול ליטלה גם לפי שומת הזול דהשתא, אבל אם בא ליטול שלא כדינו, דהיינו בשעבוד כללי מדין ערבות דלא הוי אלא זכות גביה גרידא, אם כן אע"ג דהדין עמו, מכל מקום כיון שהקרקע לגמרי בחזקת המזיק אינו מחויב להוציאה מתחת ידו אלא כפי שומת היוקרא דלקמיה.

ומסיק דניזק נוטל אפילו בינונית כזולא דהשתא דאם לא כן הורעת כחן של נזקין אצל בינונית, והיה אפשר לומר בזה דכיון דהתורה ייפה כחו דניזק למישקל אפילו ממיטב כל שכן דאהני ליה אותו כח אף לגבי הבינונית וזיבורית, ומאי דכתיב בתורה דגובה מיטב לא הוי דוקא מיטב אלא כל דבר ואפילו מיטב, ועיין מה שכתב רש"י ד"ה ואי אמר ליה, דאם יפה כחו בעידיית כל שכן בבינונית, יעו"ש, ולפי דברינו היינו שיש לו שעבוד מיוחד מדין מקצת

וגרע דהא אין זה עיקר גביתו, כמש"נ, ואפשר לומר דבהא גופא שקיל וטרי ההוה אמינא ומסקנא, דמתחלה סלקא דעתיה דניזק גובה מבינונית מדין חדש הנלמד בקל וחומר, ומסיק דדין מיטב היינו לגבות מכל מה שיש לו, ואם כן אין לחלק בין גובה מעידית לגובה מבינונית, ועיימש"נ בשי"ג פט"ו.

ואו"י יש ליישב דברי רש"י באופן שאין כאן חזרה יסודית בדינא דניזק גובה מן הבינונית על פי מה שכתב הנמוקי יוסף לקמן (דף גג.) וז"ל: דאע"ג דקיימא לן בעלמא כרב נחמן (כתובות דף קי.) דאמר זה גובה וזה גובה, גבי נזקין כולי עלמא אית להו דלא אמרינן זה גובה וזה גובה, דכיון דזכי להו רחמנא למיגבי ממיטב זהו מיטב שלהם שיעמוד כל אחד בשלו עכ"ל יעו"ש, והיינו דאיכא שני דינים במיטב, דמלבד מה שהתורה זיכתה לניזק לגבות מסוג קרקע שהיא עידית, זיכתה לו נמי התורה דין בעצם הגביה שתהיה באופן דעדיף ליה, ואע"ג דבעלמא אמרינן זה גובה וזה גובה, בניזק לא אמרינן כן.

ולפי זה יש לבאר מסקנת הגמרא, דאין הכי נמי דגבית הניזק מן הבינונית לא הוי עיקר דין גביתו, ומצד זה היה ראוי לחלק ביניהם לגבי השומא דיוקרא דלקמיה, מכל מקום אם יחייבהו ליטול בינונית כיוקרא דלקמיה הרי הורעת דין שני של מיטב, דהיינו שתהא הגביה באופן דניחא ליה, ובזה אין לחלק בין עיקר דינו לבין דין הנלמד מקל וחומר, ולעולם צריך להגבותו כזולא דהשתא.

פרק יז

בו יבואר הא דאשה גובה בינונית בציר פורתא כיוקרא דלקמיה ובעל חוב גובה עידית בציר פורתא ונחלקו בזה הראשונים אם גובה כזולא דהשתא או כיוקרא דלקמיה.

[בבא קמא ז:]: והכא נמי גבי נזקין דיניה בעידית, ואי אמר ליה איהו הב לי בינונית טפי פורתא, אמר ליה אי שקלת כדינך שקול כדהשתא ואי לא שקיל כיוקרא דלקמיה, מתקיף לה רב אחא בר יעקב אם כן הורעת כחן של נזקין אצל בינונית

ממיטב ואת אמרת מבינונית וזיבורית נמי לא וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: ואי אמר ליה, ניזק הב לי מבינונית כדהשתא טפי פורתא ממאי דבעית למיתב לי בעידית, לא מצי למכפייה, אלא אמר ליה מזיק אי שקלת בעידית כי דינך שקול כי השתא, ואי לא שקול מבינונית כיוקרא דלקמיה, ולהכי אתי ישיב לרבות סובין דאי בעי למשקל ניזק סובין, כגון שיש לו קרקע סמוך לאותה בינונית של מזיק וניחא ליה בה שקיל לה כיוקרא דלקמיה דהא שוה כסף הוא בניסן, ולהכי איצטריך לאביי לאוקמא בהכי כדאמרן דסופה לייקר בניסן משום דאי אין סופה לייקר קרא למאי אתא, פשיטא דאי בעי ניזק למישקל סובין שקיל בעל כרחו של מזיק, שאפילו בעידית יפה כחו כל שכן בבינונית, אלא להכי אתא קרא למימר דישב לו שוה כסף כיוקרא דלקמיה עכ"ל יעו"ש.

ויש להסתפק במה שכתב רש"י דאם ניזק גובה עידית כל שכן דגובה בינונית, אם כונתו דאין דין מיטב מיוחד על העידית, אלא הדין הוא דניזק יכול לגבות מכל מה שרוצה, ואפילו מיטב, או דלמא עיקר דין גביה של הניזק הוא בעידית, אלא דסברא היא דאם גובה עידית כל שכן שגובה בינונית.

והשתא אם דין מיטב הוא דדין הניזק לגבות מכל מה שיש לו למזיק, היאך סלקא דעתין שאם בא לגבות מעידית נותן לו כזולא דהשתא ואם בא לגבות מבינונית שלא כדינו נותן לו כיוקרא דלקמיה, והלא בין כך ובין כך הוה ליה מיטב והיאך נוכל לחלק ביניהם לגבי השומא, ולכאורה מוכח דדין מיטב לא הוי אלא בעידית, וזהו עיקר דין גביתו, ומכל מקום סברא היא שיכול לגבות נמי מבינונית אע"ג דאין זה עיקר דין גביתו, דסוף סוף אם גובה מעידית כל שכן שגובה מבינונית, ולפי זה אפשר לחלק ביניהם לגבי השומא, דאם גובה מעידית כעיקר דין גביתו נותן לו כזולא דהשתא, אבל אם גובה מבינונית מחמת סברת כל שכן אינו נותן לו אלא כיוקרא דלקמיה הואיל ואין זה עיקר דין גביתו.

אלא דקשה לפי זה, מאי משני אם כן הורעת כחן של נזקין אצל בינונית, והלא גרע

והטור בס' ק"ב כתב בשם הראב"ד וז"ל: ויש אומרים שגם בעידית כופין אותו ליתנה לו אפילו כזולא דהשתא אם גילה דעתו שרצונו למוכרה אלא שרוצה לדוחקו שיקחנה כיוקרא דלקמיה, ויש אומרים שאין צריך ליתנה לו כזולא דהשתא, אבל אם ירצה ליקחנה כיוקרא דלקמיה צריך ליתנה לו והכי מסתבר עכ"ל יעו"ש. ובזה אזיל הראב"ד בדרך הרא"ש דהלוה יכול לדחותו למלוה משדה לשדה בטענת חביבה עלי, וכן יכול לדחותו מן הזיבורית לבינונית בטענת חביבה עלי, אבל אם גילה הלוה דעתו שרוצה להגבות לו הזיבורית כפי יוקרא דלקמיה שוב אין לו טענת חביבה עלי, ויכול המלוה לכופו להגבותה לו כזולא דהשתא, ועיימש"ג בש"ג פט"ו, ועיין במחבר ורמ"א סי' ק"ב סעי' ב', יעו"ש, ולמד הראב"ד דכן הדין נמי אם תבע המלוה שדה שהיא למעלה מדינו, דהיינו עידית בציר פורתא, ואין הלוה רוצה לעכבו לעצמו דאז יכול לכפותו להגבותה לו.

ומקור לדין זה הוא מהא דאמרינן בסוגיין דאשה יכולה לתבוע בינונית בציר פורתא אע"ג דדינה לגבות מזיבורית, והנה זה פשוט דאם הבעל והאשה עושים הסכם ביניהם הכל לפי ההסכם, ומבואר דכיון דגילה דעתו שרוצה להגבות לה הבינונית כיוקרא דלקמיה הרי היא כופה אותו להגבותה לה, ונותנה לה כפי יוקרא דלקמיה דהא אין בה לא יפוי כח ולא נעילת דלת, שהרי יש לאשה שעבוד בכל נכסי הבעל, ואפילו בעידית, שכל נכסיו ערבים לה, ורק דאין לה שעבוד אלים דמקצת קנין אלא בזיבורית, ועיימש"ג בש"ג פכ"ט, וכיון שגילה דעתו הרי היא גובה מכל מה דמשועבד לה, כמש"ג, וללישנא בתרא דהראב"ד כן הוא הדין נמי בבעל חוב שתבע עידית בציר פורתא שנותנה לו כפי יוקרא דלקמיה, וללישנא קמא דהראב"ד צריך ליתנה לו כזולא דהשתא, ויפה כח בעל חוב בזה מכח האשה, ובטעמא דמלתא אולי יש לומר דאם לא כן נעלת דלת בפני לוי, ולמעשה שתי שיטות אלו לא הובאו להלכה, דהפוסקים השמיטו כל סוגיא זו, ולא הזכירו ענין שומות כיוקרא דלקמיה וזולא דהשתא, וצריך עיון למה השמיטוה.

וזיבורית וכו', אלא אמר רב אחא בר יעקב אי איכא לדמויי לבעל חוב מדמינן ליה, בעל חוב דיניה בבינונית, ואי אמר ליה הב לי זיבורית טפי פורתא, אמר ליה אי שקלת כדינך שקול כדהשתא ואי לא שקיל כי יוקרא דלקמיה, מתקיף לה רב אחא בריה דרב איקא אם כן נעלת דלת בפני לוי וכו', אלא אמר רב אחא בריה דרב איקא אי איכא לדמויי לכתובת אשה מדמינן, דהא כתובת אשה דינה בזיבורית, ואי אמרה ליה איהי הב לי בינונית בציר פורתא, אמר לה אי שקלת כדינך שקול כדהשתא ואי לא שקלי כיוקרא דלקמיה יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה הב לי זיבורית טפי פורתא וז"ל: לא גרסינן או עידית בציר פורתא, דאם כן מאי קפריך אם כן נעלת דלת בפני לוי, הלא אין דינו כלל בעידית, דקיימא לן דינו בבינונית עכ"ל יעו"ש. וכונתם דבודאי יכול בעל חוב לומר הב לי עידית בציר פורתא, כמו שכתבו מיד אחר כך בד"ה לכתובת אשה מדמינן ליה וז"ל: הוא הדין דהוה מצי לאוקמי בבעל חוב דקאי ביה ודקאמר הב לי עידית בציר פורתא, אלא לפי שהתחיל והעמיד בנזקין ואח"כ בב"ח ניחא ליה למנקט בתרייהו כתובת אשה עכ"ל יעו"ש, אלא כונתם דלא שייך ענין נעילת דלת לגבי עידית, ואע"ג דיכול לגבות עידית בציר פורתא אינו יכול לתבוע שיתן לו העידית כפי זולא דהשתא.

ועיין מה שכתב השו"ע בחו"מ סי' ק"ב סעי' ג' וז"ל: אם אומר המלוה תן לי עידית בציר פורתא, פירוש מעט פחות, אין כופין אותו ליתנה לו אפילו כיוקרא דלקמיה עכ"ל יעו"ש, והחידוש בזה הוא, דאע"ג דמשנה מפורשת היא בגיטין (דף מח:) דבעל חוב בבינונית, היה אפשר לומר דמכל מקום אם הבעל חוב מוכן לגבות מן שדה עידית כיוקרא דלקמיה הדין עמו ויכול לכופו ללוה שיתנה לו, דגם בזה שייך תקנת נעילת דלת, קמשמע לן דאינו יכול לכופו כלל, וכן כתבו הבית יוסף והב"ח, והבית יוסף הביא סמך לזה מדברי התוס' דלא שייך נעילת דלת בפני לוי בבעל חוב שתבע עידית בציר פורתא הואיל ואין דינו כלל בעידית, כנ"ל.

פרק יח

בו יבוארו דברי התוס' דליכא דמילף מנזקין לעבד
עברי דשוה כסף ככסף דמי דסלקא דעתא אמינא
דאם בא עבד עברי לקנות את עצמו על ידי קרקע
צריך ליתן לו דוקא מיטב.

[כבא קמא ז:] אלא כי אתא רב פפא ורב הונא
בריה דרב יהושע מבי רב פרשוה, כל מילי מיטב
הוא דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי,
לבר מארעא דליתבי ליה ממיטב כי היכי דלקפוץ
עלה זביני. ובשלהי סוגיין אמרינן (דף ט), רב
הונא אמר או כסף או מיטב וכו', יעו"ש, ונחלקו
האמוראים בדין מיטב, רב פפא ורב הונא בריה
דרב יהושע ס"ל דעיקר דין התשלומין הוא
בכסף, ודין מיטב הוא משום דקפצי עליה זביני
ובנקל יכול להחליפה לכסף, ורב הונא ס"ל
דהדין הוא או כסף או מיטב, ואם אין לו או זה
או זה יכול ליתן לו שוה כסף, ועיימש"נ בשי"ג
פ"י.

ויעיין מה שכתבו התוס' בקדושין (דף ב.) בד"ה
בפרוטה ובשוה פרוטה וז"ל: ואם תאמר
מנלן דשוה כסף ככסף, דהא לקמן (דף טז.) מיבעי
ליה קרא גבי עבד עברי ישיב לרבות שוה כסף
ככסף וכו', ויש לומר דילפינן מעבד עברי, ואם
תאמר והא גבי נזיקין נמי כתב קרא כסף ישיב
לבעליו, ודרשינן בפרק קמא דבבא קמא (דף ז.)
ישיב לרבות שוה כסף ככסף ואם כן הווי נזיקין
ועבד עברי שני כתובים הבאים כאחד ואין
מלמדין, ויש לומר דתרווייהו צריכי, דאי כתב
עבד גרידא לא מצי למילף נזיקין מיניה, לפי
שמצינו שהקפיד הכתוב לענין מיטב, וסלקא
דעתך אמינא נמי כסף דוקא ולא שויו, להכי
איצטרך כסף ישיב גבי נזיקין, וגבי עבד עברי
איצטרך נמי קרא דלא מצי יליף מנזיקין, דהוה
אמינא עבד דומיא דנזיקין, ואם מיקני בקרקע
ליבעי מיטב, לכך איצטרך תרווייהו עכ"ל יעו"ש.
ומדויק מדברי התוס' דאף אם לא כתיב קרא גבי
עבד עברי שפיר איכא למילף מנזקין דשוה כסף
ככסף, אלא דסלקא דעתא דאם בא לקנותו
בקרקע צריך ליתן לו מיטב.

והנה כתבו התוס' דאילו גילה לנו קרא רק
בעבד עברי דשוה כסף ככסף לא היינו
למדים דשוה כסף ככסף בנזיקין, דהוה אמינא

דכיון שהקפידה תורה שישלם ממיטב הוא הדין
שהקפידה שישלם כסף ולא שוה כסף, ולפי זה
היה הדין בנזיקין דמשלם או כסף או מיטב,
וכדברי רב הונא דלקמן, וגם אליבא דרב פפא
ורב הונא בריה דרב יהושע אפשר לומר דלולי
קרא דשיב בנזיקין לרבות שוה כסף הוה אמינא
דהדין הוא או כסף או מיטב, אבל השתא דכתיב
ישיב אמרינן דעיקר הדין הוא כסף, והמעלה
דמיטב הוא דמתחלף לכסף בנקל הואיל וקפצי
עלה זביני, וגם כל שוה כסף נחשב כמיטב הואיל
דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי.

ויש לדקדק במה שכתבו התוס' דאילו היינו
למדים מנזיקין דבעבד עברי שוה כסף
ככסף היה צריך ליתן מיטב אם בא למיקני
בקרקע, דהא לא ילפינן מנזיקין לשאר מקומות
דבעינן מיטב, והשתא נמי דכתיב קרא בעבד
עברי דשוה כסף ככסף, ולא איצטרך למילף
שוה כסף מנזיקין, שוב לא סלקא דעתין דנילף
מנזיקין במה מצינו דאם בא למיקני בקרקע צריך
מיטב, והיינו משום דהתורה החמירה על המזיק
וקנסה אותו על זה שפשע בשמירתו, כמו שכתבו
התוס' לעיל (דף ו.) בד"ה ורבי ישמעאל, יעו"ש,
ואם כן למה היינו למדים דין מיטב לעבד עברי
אם היינו למדים משם דשוה כסף ככסף, הלא
שוה כסף ככסף הוי גריעותא לניזק, דצריך
לטרוד למיזבן השוה כסף, ומיטב הוי מעליותא
לניזק, דאם משלם בקרקע צריך ליתן לו המעולה
שבקרקעותיו, וכן כתבו התוס' דאילו לא כתיב
ישיב לרבות שוה כסף ככסף לא היינו למדים
מעבד עברי, דכיון דאיכא דין מיטב בנזיקין,
והתורה הקפידה למעליותא דניזק אין ללמוד
דשוה כסף ככסף דהוי לגריעותא דניזק, ואם כן
למה לאידך גיסא סלקא דעתין לומר דאם ילפינן
עבד עברי מנזיקין לדין שוה כסף ככסף שהיא
לגריעותא דניזק, נילף נמי דין מיטב שהוא
למעליותא דניזק וגריעותא דמזיק משום
שהתורה קנסה אותו, ומה ענין זה לזה.

אכן נראה דלפי דברי רב פפא ורב הונא בריה
דרב יהושע יבוארו דברי התוס', דלדידהו
כל עיקר דין תשלומין דנזיקין הוא כסף, והא
דיכול לשלם בשוה כסף ובמיטב הוא דמתחלף
בנקל לכסף, ולכן אי לאו דכתיב קרא דשוה כסף

גם רב הונא מודה לסברת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דמיטב הוה קרוב לכסף הואיל וקפצי עלה זביני, אבל קרקע זיבורית, דלא קפצי עלה זביני ולא שייך בה סברת מזדבן במתא אחריתא, הוה אמינא דאינה נחשבת ככסף, כמש"נ, ומנא ידעינן דגם זיבורית יש לה תורת שוה כסף, להכי איצטריך קרא בעבד עברי, וכמש"נ.

ואם כן יש לומר דהתוס' יש להם שיטה אחרת בדברי רב הונא, וס"ל דגם לדידיה עיקר הדין הוא כסף, ויכול נמי ליתן לו לכתחלה מיטב שמתחלף בנקל לכסף, אבל אינו נותן לו שוה כסף דיותר קשה להחליפו, שצריך להוליכו למתא אחריתא לפעמים, ודומה שיטתו להך דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, ולכן הוה אמינא דלקנין עבד עברי צריך או כסף או מיטב או שוה כסף, אבל לא זיבורית דקשה להחליפו לכסף, ובקנין לא שייך קדימה, כמש"נ, וכן משמע נמי מדברי התוס' בשם ר"ת בבבא קמא (דף מו:): בד"ה ה"ג וז"ל: ואומר ר"ת וכו' ונקיין אפילו אית ליה זוזי מצי לסלוקי בארעא לרב הונא דאומר בפ"ק (דף טו) או כסף או מיטב וכו' עכ"ל יעו"ש, ולכאורה מבואר דגם לרב הונא עיקר תשלומין הוי כסף, ומיטב לא הוי אלא סילוק, אולם לפי זה היה צריך להיות הדין אליבא דרב הונא דנותן לו או כסף או מיטב או מטלטלין מעולים שאינו צריך להוליכם למתא אחריתא, וצריך עיון.

פרק יט

בו יבוארו דברי רש"י דמטלטלין נחשבין מיטב הואיל ואי לא מזדבני הכא כולי האי מזדבני במתא אחריתא, ומשמע דאי לא מזדבני כלל לא מהני מה מזדבני במתא אחריתא.

[בבא קמא ז:]: אלא כי אתא רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע מבי רב פרשוה, כל מילי מיטב הוא דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתא, לבר מארעא דליתב ליה ממיטב כי היכי דלקפוץ עלה זבינא יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: כל מילי, דמטלטלין שיכול להוליכן ממקום זה למקום אחר הוי מיטב. דאי לא מזדבן הכא, כולי האי, מזדבן במתא אחריתא וכו' עכ"ל יעו"ש.

ככסף בעבד עברי הוה אמינא דאין הכי נמי דעבד עברי נקנה בכסף ובשוה כסף, מכל מקום אם בא לקנותו בקרקע צריך ליתן לו מיטב, דבין קרקע עידית ובין מטלטלין יכול להחליפם לכסף בנקל, או משום דקפצי עלה זביני בקרקע עידית, או משום דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתא במטלטלין, כדאיתא בסוגיין, אבל זיבורית דאינו מתחלף בנקל לכסף אין בו דין שוה כסף ככסף לגבי נזיקין, ואם כן הוא הדין בעבד עברי אם לא היה כתוב בו דין שוה כסף ככסף והיינו למדים מנזיקין לא היינו למדים אלא דמטלטלין ומיטב נחשבים ככסף, אבל לא זיבורית, דאין ללמוד מנזיקין יותר ממה דכתיב ביה, דהדין שוה כסף ככסף דכתיב גבי עבד עברי אין הוא אותו דין שוה כסף ככסף דכתיב גבי נזיקין, דבעבד עברי כל שוה כסף ככסף ובנזיקין רק אותו שוה כסף המתחלף לכסף בנקל.

אולם יש לעיין אם יתישבו דברי התוס' גם אליבא דרב הונא דעיקר דין התשלומין הוא מיטב, והמעלה של מיטב היא דהקרקע חשובה בעצם, ולא מפני שמתחלפת לכסף בנקל, ואם כן מה שייך דין זה לקנין עבד עברי שהוא נקנה בכסף, ואם ילפינן דשוה כסף ככסף למה נילף נמי דבעינן מיטב. ועוד יש לדקדק דאם ילפינן מנזיקין דעבד עברי בעי מיטב אם בא למיקני בקרקע לדעת רב הונא, למה לא נילף נמי דאם יש לו כסף או מיטב אינו יכול ליתן לו שוה כסף מטלטלין, כדאית ליה לרב הונא גבי נזיקין, ובתוס' לא הזכירו צד כזה כלל, ותימה.

אלא דעל זה אפשר לומר דאף אם ילפינן עבד עברי מנזיקין דשוה כסף ככסף, לא שייך לומר דבעבד עברי לכתחילה בעינן כסף ולא שוה כסף, דשאני קנין מחיוב תשלומי נזק, דבחיוב תשלומין איכא למימר דלכתחלה יתן לו מיטב, ואין הניזק מחויב לקבל ממנו שוה כסף היכא דיש לו קרקע מיטב הואיל ומיטב הוי תשלומין מעליא, אבל בקנין לא שייך לכתחלה ובדיעבד, דאם שוה כסף נחשב כסף בודאי חל הקנין.

אולם עדיין סלקא דעתין דאם יש לו קרקע צריך ליתן לו מיטב, דאע"ג דליכא דין מיוחד של תשלומי מיטב בעבד עברי, מכל מקום

כמש"נ.

ויתר על כן צריכים לדעת דאין לרמות פרוטה דקדושין לדיני ממונות, דאף אם מקדש בפחות משה פרוטה מקודשת אם שוה פרוטה במקום אחר, זה פשוט דאינו יכול לעשות קנין או לפרוע חובו בתמרה ששוה פחות משה פרוטה, דלגבי דיני ממונות אזלינן בתר השויות באשר הוא שם, ולא נאמר דין מזדבן במתא אחריתי אלא להחשיבו מיטב אבל לא להחשיבו ממון ולקבוע שויותו, ורק בקדושין מתחשבים עם השויות במקום אחר, שאין האשה ממנו של בעל, כמו שכתב הר"ן בגיטין (דף ב.) יעו"ש, ואין קדושין כמו קנין שהיא מוכרת עצמה לו תחת שוה פרוטה שהוא נותן לה, ואשה בפחות משה פרוטה לא מיקניא נפשה, כדאיתא בקדושין (דף ב.) יעו"ש, וכי לא שויא אלא שוה פרוטה בלבד, אלא קדושין הוי מעשה מיוחד הפועל יחס של אישות, כמו שגירושין מבטלה, ואשה רוצה שחפץ זה שפועל הקדושין יהא דבר חשוב ששוה על כל פנים פרוטה, ולזה מהני מה ששוה פרוטה במדי או במקום אחר, אבל לגבי דיני ממונות לא אזלינן בתר שויותו במקום אחר אלא ליתן לו תורת מיטב אבל לא ליתן לו תורת ממון.

פרק כ

בו יבוארו דברי רש"י בדגמרא לא הובאה מימרא דרב הונא דאז מיטב או כסף מיד אחר מימרא דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דדין מיטב הוא משום דקפצי עלה זביני.

[**בבא קמא ז:**] אלא כי אתא רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע מבי רב פרשוה, כל מילי מיטב הוא דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי, לבר מארעא דליתבי ליה ממיטב כי היכי דלקפוץ עלה זבינא, בעא מיניה רב שמואל בר אבא מאקרוניא מרבי אבא כשהן שמין בשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין, אליבא דרבי ישמעאל לא תבעי לך דאמר בדניזק שיימינן, כי תבעי לך אליבא דרבי עקיבא וכו', יעו"ש.

והנה עיין לקמן (דף ט.), או כסף או מיטב, איתיביה רב נחמן לרב הונא ישיב לרבות שוה כסף אפילו טובין, הכא במאי עסקינן בדלית ליה וכו', יעו"ש, כן היא הגירסא שלפנינו,

ומשמע מדברי רש"י דלא חשיבי מיטב אלא הני מטלטלין דמזדבני הכא אלא דלא מזדבני כולי האי, אז אמרינן דמכל מקום בודאי מזדבני יותר במתא אחריתי, והוו להו מיטב, אכן אם לא מזדבני הכא כלל, לא איכפת לן במאי מזדבני במתא אחריתי, ואינו יכול ליתן אותן לניזק בתשלומי ההיזק.

ובביאור הדברים נראה, דכל דלא מזדבן הכא אין עליו תורת ממון במקום זה כלל, ואינו יכול ליתנם לניזק לא מפני שאינו מיטב אלא מפני שאינו ממון, אבל אם מזדבן הכא אבל לא כולי האי שפיר יש עליו תורת ממון, וחשבינן ליה נמי מיטב הואיל ומזדבן יותר במתא אחריתי.

ואין להקשות מהא דאמרינן בקדושין (דף יב.) אמר שמואל קידשה בתמרה אפילו עומד כור תמרים בדינר מקודשת חיישינן שמא שוה פרוטה במדי, יעו"ש, ואם כן הכא נמי יוכל ליתן לו מטלטלין דלא מזדבני כלל הכא הואיל ומזדבני במדי או במקום אחר, שהרי כתב הרא"ש שם דהך דינא דשמואל לא הוי אלא חומרא דרבנן בעלמא, ומדאורייתא לא חיילי הקידושין.

וכן לא יקשה אפילו לרמב"ם פ"ד אישות הלי"ט וז"ל: קידשה באוכל או בכלי וכיוצא בו ששוה פחות מפרוטה, הרי זו מקודשת מספק וצריכה גט מספק, שמא דבר זה שוה פרוטה במקום אחר, הא למדת שכל המקדש בשוה כסף אם היה שוה פרוטה באותה המדינה הרי אלו קידושי ודאי, ואם אינו שוה פרוטה הרי אלו קידושי ספק, יראה לי שאם קידש בתבשיל או בירק שאינו מתקיים וכיוצא בהם אם לא היו שוה פרוטה באותו המקום אינה מקודשת כלל, שהרי דבר זה אינו מגיע למקום אחר עד שיפסד ויאבד ולא יהיה שווה כלום וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דאם אנו יודעים בבירור ששוה פרוטה במדי הרי היא מקודשת מדאורייתא, היינו משום דגם פחות משה פרוטה הוי ממון אלא דלא הוי דבר חשוב, ואם שוה פרוטה במדי שפיר הוי דבר חשוב, אבל אי לא מזדבן כלל אין עליו תורת ממון, ולא נחשב כסף לגבי קידושין, ולא איכפת לן במה דשוה פרוטה במקום אחר,

עלה זביני, וכל ענין מיטב הוא להשיג את הכסף יותר בקלות, אז שפיר איכא למימר דבשלו הן שמין, והיכא דעידית דניזק גרועה מעידית דעלמא פשיטא דנותן לו מה שבידו ולא אמרינן זיל טרח וזבין, כמו שכתבו התוס' לעיל (דף ו: ב) בד"ה כגון, יעו"ש, אכן אם עידית ידידה חשובה מעידית דעלמא מיבעי לן אם סגי בנתינת עידית דעלמא, דהא קפצי עלה זביני וקרובה לכסף, או דלמא צריך ליתן לו קרקע הכי קרובה לכסף, ואם יש בידו עידית דעדיפא מעידית דעלמא צריך ליתן אותה להניזק.

ומסיק דבעיא זו לא מיתוקמא אליבא דרבי ישמעאל אלא אליבא דרבי עקיבא דענין קפצי עלה זביני לא שייך אליבא דרבי ישמעאל, ועיימש"נ בשי"ג פכ"א, וכאן נגמר סוגיא דרבי ישמעאל ורבי עקיבא, ולכן לא הביא מימרא דרב הונא מיד אחר מימרא דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, דמתחלה רצה לגמור סוגיא דרבי ישמעאל ורבי עקיבא, וכמו שכתב רש"י, כנ"ל.

היוצא לפי דברינו דהבעיא דבשלו או בשל עולם שמין קאי רק אליבא דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דעיקר דין תשלומין דמזיק הוא כסף, ודין מיטב הוא משום דבנקל מתחלף לכסף, כמש"נ, אבל אם עיקר דין התשלומין הוא מיטב אז בודאי בשל עולם שמין, ולכן רב הונא דס"ל דעיקר הדין הוא מיטב אית ליה נמי דבשל עולם שמין, אכן להלכה קיימא לן דבשל עולם הן שמין, ואם כן אין נפקא מינה בזה בין רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע ובין רב הונא.

פרק כא

בו ידון בדברי התוס' שבאו לתרין למה לא מיבעי לן אליבא דרבי ישמעאל דס"ל דניזק שיימינן אם בשלו הן שמין לפי הנכסים שיש לו לניזק או בשל עולם הן שמין.

[בבא קמא ז:] בעא מיניה רב שמואל בר אבא מאגרוניא מרבי אבא כשהן שמין בשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין, אליבא דרבי ישמעאל

ומשמע דאתי לאפלוגי על רב פפא ורב הונא בריה דרבי יהושע, והתוס' שם כתבו דאית דגרסי אמר רב הונא, ולפי זה מימרא בפני עצמה היא, יעו"ש. **וכתב** שם רש"י בד"ה רב הונא אמר וז"ל: לא קשיא קראי דלעיל כסף ומיטב, דהכי קאמר רחמנא או כסף יתן לו או מיטב שדותיו, והא דלא איירי רב הונא עד הכא, משום דבעי לאסוקי למלתא דרבי ישמעאל ורבי עקיבא דבעו לעיל כשהן שמין אותו בשלו הן שמין כו', ועד הכא קמיירי ואזיל עכ"ל יעו"ש, והיינו דרב הונא בא ליתן ישוב אחר לקושית אביי דלעיל (דף ז: ב) רמי ליה אביי לרבא כתיב מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם מיטב אין מידי אחרינא לא, והתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין לא קשיא וכו', יעו"ש, והא דהפסיק כל כך אחר ישובו של רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע בסוגיין עד שהביא ישובו דרב הונא, הוא מפני שרצה לגמור סוגיא דרבי ישמעאל ורבי עקיבא בנוגע להבעיא דבשלו או בשל עולם הן שמין קודם שהביא מימרא דרב הונא.

אכן יש לדקדק דאם כן למה לא הביא בעיא דבשלו או בשל עולם שמין מיד אחר סוגיא דרבי ישמעאל ורבי עקיבא וקודם דרמי ליה אביי לרבא.

ונראה דכל הבעיא דבשלו או בשל עולם הן שמין נמשכת ממימרא דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דענין מיטב הוא דקפצי עלה זביני, ולפי זה נמצא דדין מיטב לא הוי משום חיובו לשלם בדבר שיש לו חשיבות בעצם, אלא עיקר התשלומין הוא בכסף, וכל דין מיטב הוא משום דעל ידי כך הוא קרוב להשיג כסף, ועיימש"נ בשי"ג פמ"ז, דאם דין מיטב הוא דצריך ליתן להניזק דבר חשוב אם כן פשיטא דבשל עולם שמין, דקרקע הנחשבת עידית דעלמא בודאי הוי דבר חשוב, אבל אם בשלו הן שמין והמזיק צריך ליתן לניזק הקרקע המעולה שבידו, אין מזה הכרח שתהא קרקע חשובה, אלא אם כן עידית ידידה עדיף מעידית דעלמא, אבל אם עידית ידידה גרועה מעידית דעלמא והוי כזיבורית דעלמא אין קרקע זו נחשבת דבר חשוב. **ואולם** מכיון דאמרי רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע במיטב היינו מה דקפצי

דאהני קרא, ואפשר דפשיטא ליה לתלמודא לרבי ישמעאל דמצי יהיב ליה מעידית דעלמא כיון דיהיב ליה טפי מעידית דניזק, דהא אי הוה ליה זיבורית כעידית דניזק הוה מצי יהיב ליה ודו"ק עכ"ל המהרש"א. והעיר עליו הקרני ראם וז"ל: נ"ב לפימ"ש הרא"ש דגם באית ליה בינונית דשוין טפי מעידית דניזק צריך לדשלם לו דוקא מעידית, אם כן אין תירוצו עולה היטב עכ"ל יעו"ש.

ואיברא דנכונים דברי הקרני ראם דהמהרש"א ס"ל כהאית דאמרי שהביא הרא"ש לעיל (דף ו:): דמזיק יכול לפטור עצמו בכל מה דעדיף מעידית דניזק ואינו צריך ליתן לו מעידית דידיה, ועיימש"נ בשי"ג פ"ב, עדיין נשאר קושית המהרש"א במקומה לשיטת הרא"ש דלעולם בעינן מיטב, ואם אין לו עידית דניזק צריך ליתן לו העידית דמזיק, ואם כן למה לא מיבעי גם אליבא דרבי ישמעאל היכא דאהני קרא ונהפך דינו לשלם מעידית דמזיק, אם בשלו שמין הך עידית או בשל עולם, וכמו שהקשה המהרש"א על דברי התוס'.

והנה מעצם דברי התוס' לכאורה מבואר דפליגי על הרא"ש וס"ל דמזיק פוטר עצמו אפילו בבינונית, דהרי נתבאר לן בשי"ג פ"ב דנחלקו הני דעות ביסוד דינא דמיטב דניזק אם הוי דין שומא וגביה כעין דין מיטב דמזיק, או אם הוי דין בהמעשה היזק, דרואין כאילו הזיק שמינה שבערוגותיו כנגד סכום ההפסד ומוטל להעמיד לו מה שהפסידו כדי לסלק ההיזק, דהאית דאמרי ס"ל דהוי דין שומא וגביה, וגלי רחמנא בהא דאהני קרא דאם אין לו כעידית דניזק נותן יותר ולא פחות, ועדיין יש בזה קיום עידית דניזק, ושפיר חשיב גם בינונית כמיטב ומדין עידית דניזק.

אבל הרא"ש ס"ל דהוי דין בהמעשה היזק, ואם יש לו למזיק כעידית דניזק שייך בזה סילוק ההיזק, אבל אם אין לו שוב נתבטל דין מיטב דניזק ולא מהני לזה נתנת קרקע מעולה ממנה, כמש"נ, וחל דין מחודש של מיטב דמזיק, וגם לזה בעינן מיטב, דעל כרחך נותן לו מעידית דמזיק, והנה הא דהוצרכו התוס' לטעמא דגז"ש לפרש למה לא איבעי

לא תיבעי לך דאמר בדניזק שיימינן, כי תיבעי לך אליבא דרבי עקיבא דאמר בדמזיק שיימינן, מאי מיטב שדהו אמר רחמנא למעוטי דניזק או דלמא למעוטי דעלמא נמי וכו' יעו"ש.

ובתוד"ה אליבא דרבי ישמעאל כתבו וז"ל: כיון דיליף מגזירה שוה דשדה שדה מוביער בשדה אחר דהוי דניזק, אבל לרבי עקיבא אפשר דהא דקאמר דהיאך דקא משלם לא אתא אלא למעוטי דניזק עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי התוס' דבעצם היה אפשר לומר דגם אליבא דרבי ישמעאל דבשל עולם שמין, אלא דילפינן מגזירה שוה דשדה שדה דבשלו הן שמין.

ויש לדקדק דהיכי סלקא דעתא דהא דקאמר בדניזק שיימינן היינו שומא בשל עולם, מאיזה בחינה נחשיב עידית דעלמא כמיטב דניזק, בשלמא לרבי עקיבא דבדמזיק שיימינן הרי קרינן לעידית דעלמא מיטב דמזיק שהרי יש לו למזיק קרקע באותו סוג, דאם אין לו לא אמרינן ליה זיל טרח וזבין, כמו שכתבו התוס' לעיל (דף ו:): בד"ה כגון, יעו"ש, ונמצא שיש למזיק עידית דעלמא ועוד קרקע אחרת דעדיפא מינה, ומיבעי לן מאיזו קרקע גובה, מעידית דעלמא או מעידית דידיה, אבל לרבי ישמעאל אם מזיק מגבה לניזק עידית דעלמא אפילו היכא דאין לניזק שום קרקע כלל למה נחשיבנה מיטב דניזק. ובאמת נראה דלזה נתכוון רש"י בד"ה דאמר בדניזק שיימינן וז"ל: וכיון דשויה הך זיבורית כעידית דניזק יהיב ליה מזיבורית עכ"ל יעו"ש, ולא הזכיר הגזירה שוה שהזכירו התוס', אלא דבעצם לא שייך בשל עולם שמין אליבא דרבי ישמעאל, אכן לדברי התוס' קשה, כמש"נ.

ואולי צריכים לומר דאי לאו גזירה שוה היה אפשר לומר דבשל עולם שמין וגובים מעידית דעלמא רק היכא שיש לו להניזק קרקע כזאת, ואם אין לו גובה רק מזיבורית דמזיק, והשתא דאמרינן אהני קרא גובה מעידית דמזיק דעדיפא מינה, וכל דין מיטב דניזק מתקיים רק אם יש לו לניזק כעידית דעלמא.

ועיין מה שכתב המהרש"א וז"ל: מיהו אליבא דרבי ישמעאל נמי הוה מצי למיבעי היכא

פרק כב

בו יבואר הא דמוכיה בגמרא דבשל עולם הן שמין מהא דתניא דאם יש ללוה בינונית וזיבורית בעל חוב גובה מן הבינונית ואם בשל שמיין נעשה כעידית ויגבה מן הזיבורית.

[בבא קמא ח.] קתני מיהא מציעא בינונית וזיבורית נזקין ובעל חוב בבינונית וכתובת אשה בזיבורית, ואי אמרת בשל הן שמין תעשה בינונית שלו כעידית וידחה בעל חוב אצל זיבורית וכו', דאמר עולא דבר תורה בעל חוב בזיבורית, שנאמר בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה, מה דרכו של אדם להוציא לחוץ פחות שבכלים, ומה טעם אמרו בעל חוב בבינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין, יעו"ש.

ויש לדקדק היאך סלקא דעתין דלגבי בעל חוב אמרינן בשל הן שמין, והלא דין הבעל חוב לגבות מבינונית הוא מתקנת חכמים כדי שלא תנעול דלת בפני לוין, כנ"ל, והיינו דהמלוה לא ירצה להלוות מעות אלא אם כן משועבדת לו על כל פנים קרקע חשובה קצת, ולא ירצה להלוות אם יצטרך לגבות מזיבורית, ודבר זה מסתברא דתלוי במאי דחשיב לעלמא, דאם יש ללוה שלש דרגות של זיבורית דעלמא, גרועה ויותר גרועה וגרועה בתכלית הגרועון, וכי יעלה על הדעת שהמלוה ירצה להלוות מעות אם נותנים לו לגבות מן היותר גרועה, שהיא בינונית דלוה אם בשל הן שמין, ולא ינעול דלת בפני לוין, הלואי שילוה לו אם נותנים לו לגבות מן המעולה שבזיבורית, ובודאי אין ליתן לו מן היותר גרועה. אלא נראה דהא דתיקנו חכמים בינונית לבעל חוב היינו בינונית דעלמא, ורק בניזק ומזיק שאין שום דבר תלוי בדעתם, ואלא שהתורה זיכתה לניזק לגבות מן העידית, יש להסתפק אם בשל שמיין או בשל עולם שמין, אבל בבעל חוב שתיקנו לו בינונית כדי שלא תנעול דלת בעינין בינונית דעלמא, כמש"נ.

אכן קשה לפי זה, דאם כן מאי פריך בגמרא דאם לא היה לו אלא בינונית וזיבורית בעל חוב גובה מן הבינונית, ואי אמרת בשל הן שמין תיעשה בינונית כעידית וידחה בעל חוב אצל

ליה גם אליבא דרבי ישמעאל, ומבואר דס"ל דגם מיטב דניזק הוי מדין שומא וגביה, ואם כן היה שייך בזה לומר דבשל עולם שמין ולא אתי אלא למעט בשל מזיק, אבל לסברת הרא"ש בכלל לא שייך ענין בשל עולם לגבי מיטב דניזק, דהא אין זה מדין שומא וגביה כלל, ולדידיה לא איצטריך לטעמא דגזירה שוה, אלא הגמרא אתיא כפשוטו, דאליבא דרבי ישמעאל לא תיבעי לך דכל ענין בשל עולם שמין לא שייך אליבא דרבי ישמעאל.

ובענין זה יש לפרש נמי מה שכתב השיטה מקובצת בשם הרשב"א וז"ל: אליבא דרבי ישמעאל לא תיבעי לך, כלומר דכיון דאמר רבי ישמעאל דאפילו שויה זיבורית דמזיק כעידית דניזק לא יהיב ליה אלא מזיבורית דידיה אלמא לעולם להקל עכ"ל יעו"ש, והיינו דכיון דמשלם מזיק מזיבורית דידיה אלמא דדין מיטב לרבי ישמעאל לא הוי למעליותא בשומא וגביה, אלא דין בהמעשה היזק, ולא שייך לדידיה שומא בשל עולם.

והשתא נראה דכל קושית המהרש"א מתחלה לא היתה אלא לשיטת התוס' דפליגי על הרא"ש וס"ל דמיטב דניזק הוי מדין שומא וגביה ואהני קרא דבמקום שאין לו נותן לו יותר ולא פחות, ועדיין אית בזה קיום מיטב דניזק, ולא היינו דינא דרבי עקיבא, ועל זה הקשה המהרש"א דאכתי שייך הבעיא אליבא דרבי ישמעאל היכא דאהני קרא, ותירץ דפשיטא ליה דיוצא דינו בעידית דעלמא, אבל לדעת הרא"ש אי אפשר לקיים דין מיטב דניזק אלא אם כן יש לו כמותה קרקע ממש, והיכא דאין לו נתבטל דין מיטב דניזק ואהני קרא דחל במקומו דין מיטב דניזק, כלומר דבכהאי גונא מודה רבי ישמעאל לרבי עקיבא, ומיטב דמזיק היכא דאהני קרא לרבי ישמעאל הוא הוא דין מיטב דמזיק אליבא דרבי עקיבא, וממילא אזלא קושית המהרש"א, דאין הכי נמי דשייכא בעית הגמרא אליבא דרבי ישמעאל היכא דאהני קרא, וכדמיבעי ליה אליבא דרבי עקיבא הוא הדין נמי דכוללת הבעיא גונא דאהני קרא אליבא דרבי ישמעאל, דהא חדא דינא נינהו.

זיבורית, והלא בעל חוב דינו כבינונית כפי שומא דעלמא, ולא ימנע מלנעול דלתו אם יצטרך לגבות מבינונית דלוה שהיא זיבורית דעלמא, כמש"נ, ואם כן למה לא יגבה בעל חוב מן הבינונית, ומה לי להוי עידיית דלוה אם בשלו שמין.

ונראה לבאר על פי הא דאיתא בגיטין (דף מט:), מובא בתוס' בסוגיין ד"ה מר לית ליה, מפני מה בעל חוב אין דינו בעידיית כדי שלא יראה שדה נאה ודירה נאה לחבירו ויאמר אקפוץ ואלונו כדי שאגבה אותה בחובי, יעו"ש, ונמצא שיש כאן תקנה וגזירה, תיקנו חכמים לבעלי חוב לגבות מבינונית כדי שיהיו מרוצים להלוות ולא ינעלו דלת בפני לויין, ואי משום הא היה להם לתקן שיגבו גם מן עידיית, אלא שגזרו שלא יראה שדה נאה וכו', כנ"ל, והגיגנו על עידיית דלוה שלא יגבנו בעל חוב אם יש לו קרקע אחרת, ובאמת היה אפשר לגזור גם על שדה בינונית שלפעמים תמצא חן בעיני אנשים, אלא דאם כן בטלת דין בעל חוב כבינונית ונעלת דלת בפני לויין.

והנה עיין לעיל (דף טז:) אליבא דרבי ישמעאל לא תיבעי לך דאמר בדניזק שיימינן, יעו"ש, וכתב השיטה מקובצת וז"ל: עוד כתבו גליון תוספות ונראה דלגבי בעל חוב מודה רבי ישמעאל דלאו בשל מלוה הן שמין, פירוש דאי לאו הכי כשאמר התלמוד ואי אמרת בשלו הן שמין וכו', למה לא תירץ לעולם בשלו הן שמין וכגון דשויא בינונית דלוה כבינונית דמלוה, ורבי ישמעאל היא דאית ליה בדניזק שיימינן דהיינו מלוה, ומשום הכי גבי בעל חוב כבינונית לתנא קמא, ולתנא בתרא כגון דשויא זיבורית דלוה כבינונית דמלוה, הילכך גבי בעל חוב בזיבורית דבשל מלוה הן שמין אליבא דרבי ישמעאל, אלא ודאי מודה רבי ישמעאל דלאו בשל מלוה הן שמין אלא בשל עולם עכ"ל יעו"ש.

וְכִפִּי זה יש לומר דאע"ג דזכות בעל חוב כבינונית בודאי תלוי בשומא דעלמא, כמש"נ, עדיין צריכים אנו לדעת איזו קרקע נקראת מיטב של הנתבע, המעולה בין קרקעותיו או כל קרקע שיש לו שנחשבת עידיית לשאר בני אדם, ויש לחכמים להגן על קרקע זו שלא יגבנו בעל חוב כדי שלא יאמר אקפוץ ואלונו, ואם אמרינן בשלו הן שמין ונחשבת קרקע שהיא בינונית לעלמא כעידיית דידיה, אם כן ראוי שתהא קרקע זו נכללת בהגזירה שגזרו חכמים להגן על עידיית דלוה, על אף שלגבי המלוה נחשבת בינונית כפי שומא דעלמא, ולא בטלת על ידי זה דין בינונית לבעל חוב, דשפיר יכול לגבות מבינונית כשיש ללוה עידיית המעולה ממנה, ועיימש"נ בשי"ג פכ"ו.

ויש לעיין בדבריו דהא בסוגיין מבואר דדין שומא למלוה נקבע על ידי דין שומא לניזק, ואם בניזק אמרינן בשלו הן שמין הוא הדין במלוה, והיינו מאי דפריך אי אמרת בשלו הן שמין תיעשה בינונית שלו כעידיית לגבי בעל חוב וידחה אצל זיבורית, ולמה נימא דתליה זו לא מיתוקמא אלא לענין הנידון דבשלו הן שמין או בשל עולם שמין, ולא לענין הנידון דבדניזק שיימינן ולא אמרינן נמי דבדמלוה שיימינן.

ונראה לבאר עפימש"נ בשי"ג פ"ב בשיטת הרא"ש דדין מיטב דניזק הוי דין בעצם המעשה היזק, דרואים אנו כאילו אכלה שמינה שבערוגות הניזק כפי סכום ההפסד, וחייב להשלים לו מה שהפסידו, ונמצא לפי זה דדין מיטב דמזיק הוי דין בשומא וגביה ודין מיטב דניזק הוי דין מיוחד בקביעת ההיזק, ואם כן אין לדמות דין גבית הבעל חוב אלא לדין מיטב דמזיק, דשניהם ענין אחד הוא, ואם לגבית מזיק שמין בשלו הוא הדין נמי לגבית הבעל חוב, אבל כל ענין מיטב דניזק לא שייך אצל בעל חוב, וממילא נקבע שומת בינונית שלו כבשל עולם, דהיינו הסברא החיצונה, ולהשיטות

פרק כג

בו יבוארו דברי השיטה מקובצת דרבי ישמעאל דס"ל בדניזק שיימינן לא אמרינן נמי דבמלוה שיימינן אלא בשל עולם שמין, ואע"ג דרבי עקיבא דין מלוה תלוי בדין ניזק.

[כבא קמא ח.] קתני מיהא מציעא בינונית וזיבורית נזקין ובעל חוב כבינונית וכתובת אשה

דעדיפא ממנה, דהואיל וס"ל בשל עולם שמיך
הרי קרקע זו בינונית וגובה בעל חוב ממנה.

ומה שכתבו התוס' דברייתא זו מיירי שלא היה
לו עידית מעולם, ולא פירשו שהיה לו
ועדיין יש לו עידית דעדיפא מעידית דעלמא,
הלא בעי לאוקמי דהברייתא חלוקות בשתי
אוקימתות, בין היכן שיש לו ובין בשיווי
הבינונית כלפי עידית דעלמא, היינו טעמא משום
דאם כן היה ניזק נוטל עידית ולא בינונית,
ומבואר מדברי התוס' דאע"ג דבשל עולם הן
שמין אם אין לו עידית דעלמא נותן לו מעידית
דידיה.

ועיין בפני יהושע שדייק נמי כן מדברי התוס'
הללו וז"ל: ולפי זה צריך לומר דכשאיך
כאן אלא בינונית דעלמא ועידי עידית דעלמא
גובה נזקין מעידי עידית ולא מבינונית, ולא שייך
כאן הכלל של הר"ן שכתבתי לעיל דנזקין שאני
כיון דהתורה אמרה בהדיא מיטב שדהו, דאם לא
כן תקשו עדיין לדברי התוס' למה לא מפרשי
שתי הברייתא בגונא חדא וכו' עכ"ל יעו"ש,
והכלל של הר"ן היינו דכל שאין יכול ליטול
כדינו אלא או עדיף מדינו או גרוע מדינו נוטל
הגרוע, והוא פשוט ומבואר בהסוגיא.

ובנחלת דוד תמה על דברי הפני יהושע וז"ל:
ומחומר קושיא זו יצא לו דין חדש
דאף דלגבי בעל חוב קיימא לן דהיכא דאית ליה
ללוה עידית וזיבורית אינו נוטל רק זיבורית,
דהיינו פחות מדינו ולא יותר מדינו, והר"ן כתב
זה לכללא בכל דוכתא וכו', מכל מקום לגבי
נזקין ליתא להך כללא כיון דמיטב דידיה מפורש
בכתוב אי לית ליה כדיניה שקיל ביותר מדינו
וכו', והוא תמוה ואשתמיטתיה גמרא ערוכה
בסוגיין דלעיל (דף ה:) דקאמר לרבי ישמעאל אהני
קרא היכא דאית ליה עידית וזיבורית וזיבורית
דידיה לא שוין כעידית דניזק ועידית דידיה שוין
טפי מעידית דניזק דלא מצי אמר ליה תא וגבי
מזיבורית וכו', הרי להדיא דאי לאו קרא גם גבי
נזקין הוי איתא להך סברא דמצי לדחותו אצל
הגרוע כמו בבעל חוב, ואם כן מנלן לומר כן
לרבי עקיבא מסברא, כיון דלרבי ישמעאל
איצטריך קרא להכי, הא בהך מלתא לא פליגי
רבי ישמעאל ורבי עקיבא עכ"ל יעו"ש, וכיון

דפליגי על הרא"ש יש לומר בישוב קושיית
השיטה מקובצת דלא רצה לאוקמי הני ברייתות
אליבא דרבי ישמעאל כיון דלית הילכתא כותיה.

פרק כד

בו יבואר שיטת התוס' למאן דאמר בשל עולם
שמין דאם אין למזיק עידית דעלמא הניזק גובה
מעידית דידיה שהיא מעולה, ויוצא מן הכלל דכל
שאינו יכול ליטול כדינו נוטל גרוע.

[כבא קמא ח.] קתני מיהא מציעא בינונית
וזיבורית נזקין ובעל חוב בבינונית וכתובת אשה
בזיבורית וכו', בינונית וזיבורית נזקין בבינונית
בעל חוב וכתובת אשה בזיבורית קשיין אהרדי
וכו', ואי בעית אימא אידי ואידי שלא היתה לו
עידית ומכרה, הא דשויה בינונית שלו כעידית
דעלמא וכאן דלא שויה בינונית שלו כעידית
דעלמא וכו' יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אידי ואידי וז"ל: והא
דקאמר אידי ואידי כגון שלא היתה לו
עידית ומכרה, ולא בעי למימר דתרווייהו מיירי
שלא היה לו כלל, דאם כן ההוא דמיירי דשויה
בינונית דידיה כעידית דעלמא אמאי קרי ליה
בינונית, אלא הכי קאמר אידי ואידי שלא היתה
לו עידית ומכרה, כלומר לא איירי כשהיתה לו
עידית ומכרה, אלא בחדא מיירי שלא היתה לו
מעולם וחדא מיירי כשהיתה לו ועדיין יש לו,
ואין צריך לאוקמי כשמכר שום שדה וסברי
תרווייהו בשל עולם הן שמין עכ"ל יעו"ש.

ולפי זה ברייתא דקתני בינונית וזיבורית נזקין
בבינונית ובעל חוב בזיבורית מיירי
דשויה בינונית כעידית דעלמא ויש למזיק נמי
עידית דידיה דעדיפא מעידית דעלמא, ואע"ג
דלענין שומא חשיבא הך בינונית כעידית הואיל
ושויה כעידית דעלמא, וס"ל נמי בשל עולם
שמין, מכל מקום מיתוקמא ביה לשון בינונית
הואיל והווי בינונית דידיה, ובעל חוב בכהאי גונא
נדחה אצל זיבורית, וברייתא דקתני בינונית
וזיבורית נזקין ובעל חוב בבינונית, מיירי דלא
שויה הך בינונית כעידית דעלמא אלא כבינונית
דעלמא, וגם מעולם לא היה להמזיק קרקע

יכול לדחותו ממיטב לכינונית, אבל היכא די ש' ל' נמי כעידית דעלמא גרידא שפיר יכול לדחותו מעידית מעולה לעידית פשוטה, ורק למאן דאמר בשלו שמין יש לניזק זכות לגבות מן המעולה שבנכסיו, אבל למאן דאמר בשל עולם אין לו זכות אלא לגבות מקרקע עידית, והרי המזיק פוטר עצמו בכל קרקע שיש עלה שם עידית ומעכב המעולה לעצמו.

ל'א דמי להא דעידית וזיבורית בעל חוב נוטל זיבורית פחות מדינו ולא עידית יותר מדינו, דהתם אין לו זכות מיוחד לגבי העידית כלל, דרק סוג הבינונית משועבד לבעל חוב, ואם אין לו בינונית נדחה לסוג למטה ממנה ולא לסוג למעלה ממנה, אבל עידית דמזיק, דהיינו עידי עידית דעלמא, לא הוי סוג בפני עצמו אלא גם זה נכלל בסוג העידית, כמש"נ, ואם אין לו עידית גרידא לפטור עצמו בכך נותן לו עידית מעולה, וגם לההיא דרבי ישמעאל לא דמי דהרי קרקע המזיק המעולה מעידית דניזק לא הוי בכלל סוג מיטב דניזק, וממילא שייכא התם כללא דהר"ן דאם אין לו קרקע בסוג המשועבד לתובע נותן לו פחות ולא יותר, ומשום הכי איצטריך הא דאהני קרא לאפוקי מכללא דהר"ן, מה שאין כן בדידן, כמש"נ, ואולי לזה כוון הפני יהושע.

פרק כה

בו יזבאו שיטות הראשונים בהא דנחלקין הברייתות בדאית ל' ר'ק בינונית וזיבורית אם בעל חוב גובה מן הבינונית או נדחה אצל זיבורית וקאמר רבינא דפליגי בתקנתא דעולא.

[בבא קמא ח.] קתני מיהא מציעא בינונית וזיבורית נזקין ובעל חוב בבנונית וכתובת אשה בזיבורית, ואי אמרת בשלוי הן שמין תעשה בינונית שלו כעידית וידחה בעל חוב אצל זיבורית, הכא במאי עסקינן כגון שהיתה לו עידית ומכרה וכו', הכי נמי מסתברא מדקתני אחריתי בינונית וזיבורית נזקין בבנונית בעל חוב וכתובת אשה בזיבורית, קשיין אהרדין, אלא לאו שמע מינה כאן שהיתה לו עידית ומכרה כאן שלא היתה לו עידית ומכרה וכו', רבינא אמר בדעולא קמיפלגי, דאמר עולא דבר תורה בעל

דלרבי ישמעאל איצטריך קרא לאפוקי מכללא דהר"ן גבי נזקין, אם כן לרבי עקיבא דאיצטריך הך קרא למילף עיקר דין מיטב דמזיק מגלן דבנזקין לית לן כללא דהר"ן, אכן מרגניתא שהעלה הפני יהושע מדברי התוס' לכאורה מוכרחת מדבריהם, כמש"נ, וקושית הנחלת דוד היא באמת על דברי התוס' עצמם.

והנה לפימש"נ בשיטת הרא"ש בשי"ג פ"ב דאליבא רבי ישמעאל לא הוי מיטב דניזק דין בשומא וגביה אלא בעצם המעשה היזק, דרואים אנו כאילו היזק שמינה שבערוגותיו כפי סכום ההפסד וחייב להשלימה לו לסלק ההיזק, ואהני קרא דהיכא דאין עידית דניזק, ולא שייך לקיים הך דינא, שוב הדר דינא לדין מיטב דמזיק כדלרבי עקיבא, אם כן הא דאיצטריך קרא לאו היינו לאפוקי מכללא דהר"ן ולחייבו ליתן יותר ולא פחות, אלא איצטריך אהני קרא לגלות לנו דין מחודש של שומא במיטב דמזיק במקום דנתבטל דין מיטב דניזק, ולפי זה אין כאן מקום כלל לקושית הנחלת דוד, אולם כבר נתבאר לן דהתוס' פליגי על הרא"ש וס"ל כהאית דאמרי שהביא הרא"ש דגם מיטב דניזק הוי מדין שומא וגביה, ואהני קרא דבמקום שאין לו עידית דניזק מוטל עליו לקיים דינו על ידי נתינת יותר ואינו פוטר עצמו בפחות, עיימש"נ בשי"ג פכ"א, ואם כן שפיר קשה קושית הנחלת דוד דהרי חזינן דאי לאו דאהני קרא היה נותן פחות ולא יותר גם גבי נזקין.

ל'ב נראה דהא דלמאן דאמר בשל עולם הן שמין נותן לו עידית דעלמא ולא עידית דידיה דעדיפא ממנה, לאו היינו משום דעידית דידיה לא הויא עלה שם עידית דעלמא, דאדרבה כיון דעדיפא כל כך קפצי עלה עוד זביני הרבה וכל שכן דהוי עידית דעלמא, הרי דינא דבשל עולם שמין דאין להניזק זכות לתבוע ממנו הקרקע המעולה שבנכסיו, ויכול המזיק לפטור עצמו בכל מאי דקפצי עלה זביני, ואם יש לו נמי קרקע מעולה ממנה אינו מחויב לתתה לניזק, דגם בעידית דעלמא גרידא איכא קיום דין מיטב, אבל אם אין לו כעידית דעלמא פשוטה, רק מעולה ממנה, דין הוא דאתי ניזק וגובה אותה ממנה, דהרי מיטב היא וניזק גובה ממיטב, ואינו

הנזקין דבעל חוב מדאורייתא בעידית, ורבנן תיקנו שלא יגבה אלא מן הבינונית, גזירה שמא יראה שדה נאה ודירה נאה לחבירו ויאמר אקפוץ ואלונו כדי שאגבה אותה בחובי, והכא דהך בינונית דעלמא היא המעולה שבכספי הלוה, אם כן אע"ג דשם בינונית עליה, מכל מקום איכא למיגזר שמא יאמר אקפוץ ואלונו, ומשום הכי אין בעל חוב גובה ממנה אלא נדחה אצל הזיבורית.

ובהגהות הגר"א הביא שיטת הראב"ד דפליג על סברת התוס' וז"ל: ג"ב אבל הראב"ד פירש דכולי עלמא בשלו הן שמין, ומאן דאמר כבינונית לית ליה דעולא, וס"ל כרבי שמעון דאמר בהנזקין מפני מה וכו', וכאן כיון שהיא כבינונית דעלמא ליכא חששא ואוקמוה אדאורייתא, ואנן קיימא לן כעולא עכ"ל יעו"ש.

והנה דרכו של הראב"ד בדברי רבינא הוא היפך ממה שפירשו רש"י והתוס', דלדידיה מאן דאמר כבינונית ליה ליה דעולא, דהא הכא חשיבא הך בינונית כעידית הואיל ובשלו הן שמין, אלא ס"ל כרבי שמעון דבעל חוב מן התורה בעידית ורבנן תיקנו שיגבה מבינונית גזירה שמא יאמר אקפוץ ואלונו, והכא כיון דהך קרקע לא היא אלא כבינונית דעלמא לא תעלה בה חמדת המלוה, ואע"ג דאנו דנין אותה כדין עידית הואיל ובשלו הן שמין, ולא כמו שכתבו התוס' דאף אם היא כבינונית דעלמא, וקיימא לן בשל עולם שמין, מכל מקום כיון שהיא המעולה שבכספי הלוה יקפוץ המלוה לגבותה, אלא אדרבה, אף אם בשלו שמין וחשיבא עידית, כיון שהיא רק כבינונית דעלמא לא יקפוץ לגבותה, וכיון דליכא למיגזר הדר דינא לדאורייתא דבעל חוב גובה עידית, ומשום הכי שקיל בעל חוב בינונית דהוי עידית דידיה, ומאן דאמר בעל חוב בזיבורית ס"ל כעולא דבעל חוב בזיבורית, ותיקנו רבנן לגבות מן הבינונית כדי שלא תנעול, והך בינונית חשיבא עידית הואיל ואין ללוה מעולה ממנה, דהא בשלו שמין, ולא תיקנו לו רבנן לגבות אלא מבינונית ולא מעידית, ונדחה בעל חוב אצל זיבורית.

ובנמוקי יוסף הביא שיטת הרמ"ה דאזיל נמי בדרך הראב"ד דלרבינא כולי עלמא

חוב בזיבורית, שנאמר בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה, מה דרכו של אדם להוציא לחוץ פחות שבכלים, ומה טעם אמרו בעל חוב כבינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, מר אית ליה תקנתא דעולא ומר לית ליה תקנתא דעולא, יעו"ש.

ומצינו הרבה דרכים בדברי הראשונים בפירוש שינויא דרבינא, יש שלמדו דלדעת רבינא כולי עלמא ס"ל בשל עולם הן שמין, ובכללם שיטת רש"י ושיטת התוס', ויש שלמדו דלדעת רבינא כולי עלמא ס"ל דבשלו הן שמין, ובכללם שיטת הראב"ד ושיטת הרמ"ה, וכולם נחלקו בפרטי התליה בתקנתא דעולא.

ועיינו רש"י בד"ה בדעולא קמיפלגי וז"ל: תנא בתרא לית ליה תקנתא דעולא, אלא בתר קרא אזיל, ואפילו הוי ליה נמי עידית, דהשתא הואי ליה בינונית גמורה בין לדידיה בין לעלמא, אפילו הכי ס"ל דלשקול בעל חוב מזיבורית עכ"ל יעו"ש, והיינו דכולי עלמא ס"ל בשל עולם שמין, ומיירי דאית ליה בינונית וזיבורית דעלמא, ברייתא דקתני בעל חוב כבינונית ס"ל כדעולא דרבנן תיקנו בינונית לבעל חוב כדי שלא תנעול דלת, וברייתא דקתני בעל חוב בזיבורית ליה ליה תקנתא דנעילת דלת אלא בתר קרא אזלינן דבעל חוב דינו בזיבורית.

אבל התוס' כתבו בד"ה מר לית ליה תקנתא דעולא וז"ל: דוקא היכא דלית ליה עידית, דהוי האי בינונית עידית לדידיה, מדנקט בינונית וזיבורית, משמע דאי אית ליה עידית גבי בעל חוב מבינונית, וקסבר כיון דלית ליה אלא בינונית וזיבורית דשייך כאן טעמא דאמר בהנזקין (גיטין מט:), מפני מה בעל חוב אין דינו בעידית, כדי שלא יראה שדה נאה ודירה נאה לחבירו ויאמר אקפוץ ואלונו כדי שאגבה אותה בחובי עכ"ל יעו"ש.

והיינו דכולי עלמא ס"ל בשל עולם הן שמין, ומיירי דאית ליה בינונית וזיבורית דעלמא, מאן דאמר בעל חוב כבינונית ס"ל כעולא דרבנן תיקנו לבעל חוב בינונית כדי שלא תנעול דלת, והאי קרקע בינונית היא דהא בשל עולם שמין, וגובה בעל חוב ממנה, ומאן דאמר בעל חוב בזיבורית ס"ל כרבי שמעון דאמר בפרק

לא יגבו לבעל חוב אלא מן הבינונית שבקרקעותיו, ודין תורה שיגבה בעל חוב מן הזיבורית, שנאמר בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא וגו', מה דרכו של אדם להוציא פחות שבכליו, אבל תקנו חכמים בבינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לוי' עכ"ל יעו"ש. ומבואר דפסק כמימרא דעולא בבבא קמא (דף ת. ט.) דבר תורה בעל חוב בזיבורית, שנאמר בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה, מה דרכו של אדם להוציא לחוץ פחות שבכלים, ומה טעם אמרו בעל חוב בבינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לוי', יעו"ש.

עוד כתב הרמב"ם בהל"ד שם וז"ל: היו לו זיבורית ובינונית בלבד, ניזקין ובעל חוב בבינונית וכתובת אשה בזיבורית עכ"ל יעו"ש. ובבבא קמא שם מובא מחלוקת הבריות אם ככהאי גונא בעל חוב בבינונית או בזיבורית, ומסיק דמר אית ליה דעולא ומר לית ליה דעולא, ונחלקו הראשונים אם לפי מסקנת הגמרא כולי עלמא בשל עולם שמין או בשלו שמין, ועיימש"נ בשי"ג פכ"ה, ולכאורה משמע דהרמב"ם ס"ל כשיטת רש"י והתוס' שם דקאי כמאן דאמר בשל עולם הן שמין, דלשיטת הראב"ד והרמ"ה דקאי כמאן דאמר בשלו הן שמין הך ברייתא דבעל חוב בבינונית ס"ל כרבי שמעון דבעל חוב מן התורה בעידית, והרמב"ם פסק כעולא דבעל חוב מן התורה בזיבורית, ונמצא דס"ל להרמב"ם אליבא דהלכתא דבשל עולם הן שמין.

ובן משמע נמי מדברי הרי"ף שהביא סתירת הבריות, והביא נמי שינויא דבדעולא קמיפלגי, וכתב עלה דמאן דאמר בעל חוב בזיבורית לית ליה דעולא ומאן דאמר בעל חוב בבינונית אית ליה דעולא, יעו"ש, והיינו כתלית רש"י והתוס', וכולי עלמא ס"ל בשל עולם שמין, ולכאורה מוכח דגם הרי"ף פסק כמאן דאמר בשל עולם הן שמין.

אולם עיין בכתובות (דף קי.), איתמר שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה, רב נחמן אומר זה גובה וזה גובה, רב ששת אמר הפוכי מטרתא למה לי, אלא זה עומד בשלו וזה עומד

ס"ל בשלו הן שמין, ומאן דאמר בבינונית כרבי שמעון ומאן דאמר בזיבורית כעולא, אלא שפירש התליה באופן אחר וז"ל: כתב הרמ"ה דמסתברא דרבינא מוקי להו לתרווייהו כשהיתה לו עידית כשלוה ואחר כך מכרה, דומיא דאיך שינויי דכתיבא בגמרא, ומאן דתנא בעל חוב בבינונית אזיל בתר שעבודא דמעיקרא, ומעיקרא מקמיה דמכרה לעידית לגבי דידיה בינונית הואי, אע"ג דהשתא בתר דמכרה קם ליה הבינונית עידית, ומאן דאמר בזיבורית אזיל בתר גוביינא, וכיון דבעידן גוביינא לגבי דידיה עידית הוא לא גבי מיניה, ובמאי קא מיפלגי בדעולא קא מיפלגי, מאן דאזיל בתר שעבודא דמעיקרא לית ליה דעולא דאמר דבר תורה בעל חוב בזיבורית, אלא מדאורייתא דינו בעידית, ורבנן הוא דתקון דלא ליגביי אלא בינונית משום חששא דאקפוץ ואלונו, וכיון דמעיקרא קודם שמכר העידית משתעבד ליה הבינונית לו לא פקע שעבודא מיניה, ומאן דאמר בעל חוב בזיבורית ואזיל בתר גוביינא אית ליה דעולא דאמר דבר תורה בעל חוב בזיבורית, ורבנן תיקנו בינונית משום נעילת דלת, וכי תקינו רבנן היכא דהוא בינונית לגביה בעידן גוביינא, אבל השתא דחזר ליה עידית לא תקון וכו', עכ"ל הנמוקי יוסף בשם הרמ"ה, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג פכ"ט.

היוצא מכל זה דלמאן דאמר בשלו הן שמין לא מיתוקמא הך ברייתא דבינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית, אלא או כרב חסדא דמירי כגון שהיתה לו עידית ומכרה, או כרבינא לדרך הראב"ד והרמ"ה דמוקי לדבריו כמאן דאמר בשלו הן שמין, וטעמא דמאן דאמר בעל חוב בבינונית משום דלית ליה תקנתא דעולא אלא ס"ל כרבי שמעון דאמר בפרק הנזקין דבעל חוב מן התורה בעידית, כמש"נ.

פרק כו

בו יתיישב סתירת דברי הרמב"ם דפסק בשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה דזה גובה וזה גובה דבשלו הן שמין, ופסק דבינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית דבשלו עולם הן שמין.

[רמב"ם פי"ט מל"ה וז"ה הל"א] כתב הרמב"ם וז"ל: כשירדין בית דין לנכסי הלואה לגבות מהן

קרא, וכתלית רש"י, כנ"ל, והרמב"ם שלא הזכיר שהיתה לו עידית ומכרה הביא הברייתא כצורתה כמנהגו, יעו"ש.

אכנ יש להקשות על דברי הכסף משנה דלכאורה אין פירושו עולה יפה בשיטת הרי"ף שהביא שינויא דרבינא בישוב סתירת הברייתות, כנ"ל, ואם למד התליה כדרך שפירש"י נמצא דכולי עלמא ס"ל בעל חוב מן התורה בזיבורית ונחלקו אם תיקנו לו חכמים בינונית משום נעילת דלת, וזה לא יתכן לשיטת הרי"ף שפסק בפרק הנזקין (דף מט:) כרבי שמעון דבעל חוב מן התורה בעידית, יעו"ש, ואם כן בודאי לא מיושב סתירת הברייתות ככהאי גונא דלכולי עלמא בעל חוב מן התורה בזיבורית ואתיא תרוייהו שלא אליבא דהלכתא.

והיה אפשר לדחוק דלשיטת הרי"ף יש להכניס כאן פירוש התוס' תחת פירש"י, והיינו דמאן דאמר בבינונית ס"ל כעולא ומאן דאמר בזיבורית ס"ל כרבי שמעון, ותרוייהו מיירי בגונא דהיתה לו עידית ומכרה וס"ל כמאן דאמר בשלו הן שמין, ומה שכתב הכסף משנה דמפרש כפירש"י לאו דוקא, דלשיטת הרי"ף צריכים לצרף פירוש התוס' לפירוש הרמ"ה, כמש"נ, ועיקר כונת הכסף משנה היתה למה שכתב רש"י דמאן דאמר בבינונית ס"ל כעולא, וגם התוס' אית להו הך תליה, ולא כהראב"ד והרמ"ה שהפכו התליה.

אלא דעדיין לא יתיישבו לפי זה דברי הרי"ף, דהא לשיטת התוס' מאן דאמר בזיבורית וס"ל דמן התורה בעל חוב בעידית וחכמים הפקיעו דינו והעמידו אבינונית משום חששא דאקפוץ ואלונו, והכא דהבינונית הוי עידית דידיה איכא חששא אף לגבי הבינונית, כנ"ל, ואם נאמר דהרי"ף מוקי להו שהיתה לו עידית ומכרה אי אפשר לפרש כן, דכיון דבשעת חלות השעבוד היתה בינונית גמורה שוב ליכא חששא ותו לא פקע שעבודיה, כמו שכתב הכסף משנה, כנ"ל.

עוד קשה לדברי הכסף משנה דהא הרי"ף והרמב"ם לא הזכירו כלל דמיירי כגון שהיתה לו עידית ומכרה, והגם שכתב הכסף משנה דהרמב"ם כמנהגו הביא לשון הברייתא

בשלו וכו', לא צריכא דאית ליה לחד עידית ובינונית ואית ליה לחד זיבורית, מר סבר בשלו הן שמין ומר סבר בשל כל אדם הן שמין, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג פכ"ח, והרי"ף שם הביא פלוגתא דרב נחמן ורב ששת, וכתב דפליגי לענין השומא, דרב נחמן ס"ל בשלו הן שמין ורבי שמעון ס"ל בשל כל אדם הן שמין, וקיימא לן הלכתא כרב נחמן בדיני, יעו"ש, הרי שפסק הרי"ף להדיא דבשלו הן שמין, ונמצא כסותר את עצמו ממה שכתב בסוגיין, כנ"ל.

וכן קשה על הרמב"ם שפסק כרב נחמן בפכ"ד מלוה ולוה הל"י, ונמצא דס"ל דבשלו הן שמין, ונראה כסותר למה שכתב בפ"ט דבינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית, כנ"ל, דהיינו כמאן דאמר בשל עולם שמין, כמש"נ, ועיין בר"ן בכתובות שם שעמד על סתירת דברי הרי"ף והרמב"ם, והניח בצריך עיון, ועיין עוד מה שכתבו נושאי כליו של הרמב"ם בפכ"ד מלוה ולוה, יעו"ש.

ובאמת המדייק בלשון הרמב"ם יראה דס"ל בשלו הן שמין, וכמו שנראה מדבריו בפכ"ד שם, כנ"ל, דעיין מה שכתב פ"ח נזקי ממון הל"י וז"ל: כשבית דין נזקקין לגבות לניזק מנכסי המזיק וכו' גובין השאר מן הקרקע המעולה שבנכסי המזיק עכ"ל יעו"ש, ומשמע מזה דשם עידית תליא בדידיה ולא בדעלמא, וכן משמע נמי ממה שכתב בפ"ט מלוה ולוה דבית דין גובין לבעל חוב מבינונית שבקרקעותיו של לוה, כנ"ל, ואם כן עלינו ליישב מה שפסק בהל"ד שם דבינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית, והלא כיון דבשלו הן שמין תיעשה הך בינונית כעידית וידחה בעל חוב אצל זיבורית.

והכסף משנה בפכ"ד שם כתב בישוב דברי הרי"ף והרמב"ם דבאמת ס"ל בשלו הן שמין, ואלא דאית להו פירוש אחר בדברי רבינא, והוא מצורף מפירוש רש"י ופירוש הרמ"ה, ולפי פירוש זה מוקי רבינא לשתי הברייתות כגון שהיתה לו עידית ומכרה, וברייתא דבעל חוב בבינונית אית ליה תקנתא דעולא דבעל חוב גובה בינונית, וכיון שחל שעבודיה לו לא פקע, וברייתא דבעל חוב בזיבורית לית ליה תקנתא דעולא אלא אזיל בתר

תיקנו לו בינונית כדי שלא תנעול דלת ויוכל למכור הקרקע בלי קושי גדול, אם כן כל זמן דהקרקע הוי בינונית לגבי עלמא וקפצי עלה זביני במקצת בעל חוב גובה אותה, ולא איכפת לן אם יש לקרקע זו שם עידית בדין תשלומי נזק משום דבשל עולם שמין, דאין זה נוגע כלל לענין גבית בעל חוב מן הבינונית, כמש"נ.

אב"ד אם ס"ל כרבי שמעון דבעל חוב מן התורה בעידית, ורבנן הפקיעו זכותו בעידית משום חששא דאקפוץ ואלונו, אם כן כל זמן שיש על זה שם עידית פקע ממנו זכות גבית הבעל חוב, ואם בשלו שמין ונעשה בינונית לגביה כעידית גם מהא פקע זכות הבעל חוב, או משום דגם בכהאי גונא שייך חששא דאקפוץ ואלונו, או משום דלא פלוג רבנן בתקנתיהו, ואם תיקנו הפקעה בעידית, אז כל מאי דאיכרי עידית נכלל בתקנתא.

ר"פ זה שפיר יש לומר דשתי הברייתות ס"ל בשלו הן שמין, וכמו שפסקו הרי"ף והרמב"ם כרב נחמן בכתובות דזה גובה וזה גובה, ונחלקו הברייתות בפלוגתא דעולא ורבי שמעון, וכתלית התוס', דמאן דאמר בינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית אית ליה תקנתא דעולא ולבעל חוב אזלינן בתר השומא דכל העולם, ולא איכפת לן אם איכרי עידית מדין בשלו הן שמין, כמש"נ, ומאן דאמר בעל חוב בזיבורית ס"ל כרבי שמעון דרבנן הפקיעו גבית הבעל חוב מקרקע עידית, וכיון שבשלו הן שמין חשיבא הן קרקע עידית ואין בעל חוב גובה ממנה, כמש"נ, והרמב"ם פסק דבעל חוב בבינונית דהא פסק כעולא, כנ"ל, והרי"ף לא פירש הלכתא כאילו ברייתא, אכן לפי מה שפסק הרי"ף בגיטין כרבי שמעון מוכח דלדידיה הלכתא בינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית.

פרק כז

בו יבואר דאע"ג דהרמב"ם פסק בשנים שהוציאו שטר חוב זה גובה וזה גובה דבשלו שמין, מכל מקום בינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית דנעשה שומא דעלמא כשומא דידיה.

[רמב"ם פ"ט מ"ז ו"ז ה"א] כתב הרמב"ם וז': כשיורדין בית דין לנכסי הלוה לגבות מהן

כצורתה, כנ"ל, מכל מקום הרי"ף שהביא נמי מימרא דרבינא היה לו לפרש, ואע"פ שמצינו שהרמ"ה למד דרבינא מיירי כגון שהיתה לו עידית ומכרה, ואף דלא הוזכר כן בגמרא, היינו משום דסוגיא דלעיל משתעי בכך, ואיכא למימר דסמך על תחלת הסוגיא ולא הוצרך להזכיר בדרכינא דעדיין מיירי בכך, אבל הרי"ף שלא הביא אלא שינויא דרבינא היה לו להזכיר דמיירי כגון שהיתה לו עידית ומכרה.

והנה באמת יש לעיין בעצם פירכת המקשן למאן דאמר בשלו הן שמין מהא דתניא בינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית, דפריך תיעשה בינונית שלו כעידית דעלמא וידחה בעל חוב אצל זיבורית, וקשה דמה איכפת לן בשם עידית לגבי בעל חוב כלל, והלא עידית הוזכרה בפרשה דתשלומי נזק, ולמה יהא תלוי דין הבעל חוב בדיוקים אלו, והלא בבעל חוב תיקנו לו חכמים בינונית משום נעילת דלת, דבבעל חוב ענינו דזווי יהיב זווי שקיל, וקרקע זיבורית דלא קפצי עלה זביני בקושי נהפכת למעות, לכן תיקנו לו בינונית דקפצי עלה זביני במקצת, ועל ידי זה יוחזרו לו המעות שהלוהו, והמשקל לזה כפשוטו הוא בינונית דעלמא דקפצי עלה זביני במקצת, ומה לי דהתורה זיכתה לניזק לגבות מעידית דמזיק ואפילו היא עידי עידית, למה יוגרע בכך דין הבעל חוב לגבות מבינונית דעלמא כדי שיחזרו לו מעות שהלוה.

וכן אם יש ללוה בינונית וזיבורית וזיבורי זיבורית, דלפי סברת המקשן נמצא דלמאן דאמר בשלו הן שמין גובה בעל חוב מן הזיבורית דהיינו בינונית דידיה, ואע"ג שלא קפצי עלה זביני ואית כאן משום נעילת דלת.

וצריך לומר דס"ל להמקשן דכיון דהתורה גילתה דשומת המזיק הוי בדידיה התאימו רבנן דבריהם לדין התורה, ולעולם שמין בדידיה דלוה אע"ג דלפעמים יש הטעם דנעילת דלת המחייבת לשומא בשל עולם.

אמנם נראה דהרי"ף והרמב"ם למדו דרבינא הדר ביה מסברא זו, וקאמר רבינא דהא מלתא גופא אם מדמינן שומת בעל חוב לשומת מזיק תליא בפלוגתא דעולא ורבי שמעון, דאם ס"ל כעולא דבעל חוב מן התורה בזיבורית ורבנן

בזיבורית, וכפירש"י, אי נמי יש לומר דס"ל כרבי שמעון דבעל חוב מן התורה בעידית וחכמים הפקיעו זכותו משום חששא דאקפוץ ואלונו, וכפירוש התוס', והכא הרי קרקע זו שם עידית עליה, ואע"ג דאיכא עלה נמי שם בינונית, כמש"נ, מכל מקום הואיל ועידית חשיבא הפקיעו רבנן ממנו זכות גבית הבעל חוב, ואתי שפיר דברי רבינא אליבא דמאן דאמר בשלו הן שמין, וכשיטת הרי"ף והרמב"ם, ועיימש"נ בשי"ג פכ"ח.

פרק כח

בו יבואר דרך המגיד משנה בישוב שיטת הרמב"ם דבאמת ס"ל בש"ל עולם שמין וטעמא דשנים שהוציאו שטר חוב זה גובה וזה גובה משום דבע"ל הזיבורית יכול להגבות תה"ה.

[כתובות קי.] איתמר שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה, רב נחמן אומר זה גובה וזה גובה, רב ששת אומר הפוכי מטרתא למה לי אלא זה עומד בשלו וזה עומד בשלו, דכולי עלמא עידית ועידית בינונית ובינונית זיבורית וזיבורית ודאי הפוכי מטרתא הוא, כי פליגי דאית ליה לחד בינונית ולחד זיבורית, רב נחמן סבר זה גובה וזה גובה, קסבר בשלו הן שמין, אתי בעל זיבורית וגבי ליה לבינונית דהוה גביה עידית, ואתא ההוא ושקיל זיבורית, ורב ששת אמר הפוכי מטרתא למה לי, קסבר בשל כל אדם הן שמין, סוף סוף כי אתי ההוא בינונית דנפשיה קשקיל, ולרב נחמן מאי חזית דאתי בעל זיבורית ברישא, ליתי בעל בינונית ברישא וליגבי זיבורית וליהדר וליגבי ניהליה, לא צריכא דקדים תבעיה, סוף סוף כי אתו למיגבי בהדי הדדי קאתי, אלא לא צריכא דאית ליה לחד עידית ובינונית ואית ליה לחד זיבורית, מר סבר בשלו הן שמין ומר סבר בשל כל אדם הן שמין, יעו"ש.

ולמסקנת הגמרא דלזה עידית ובינונית ולזה זיבורית, לרב נחמן דס"ל בשלו הן שמין לעולם מרויח בעל הזיבורית, דאם אידך גובה תחלה הרי אין לו אלא זיבורית להגבותו, ואם הוא גובה תחלה הרי הוא גובה ממנו הבינונית דנעשה עידית דידיה, וכי הדר אידך לגבות דוחהו אצל זיבורית, אבל רב ששת דס"ל

לא יגבו לבעל חוב אלא מן הבינונית שבקרקעותיו, ודין תורה שיגבה בעל חוב מן הזיבורית, שנאמר בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא וגו', מה דרכו של אדם להוציא פחות שבכליו, אבל תקנו חכמים בבינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לוי' עכ"ל יעו"ש. ומבואר לפי הסוגיא דבבא קמא (דף ה.) דהרמב"ם ס"ל דבשל עולם הן שמין, ובפכ"ד מלוה ולוה הל"י פסק כרב נחמן בכתובות (דף קי.) דאית ליה שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה דזה גובה וזה גובה, ומבואר בגמרא שם דרב נחמן אית ליה בשלו הן שמין, וכן מצינו סתירה בדברי הרי"ף בענין זה, ועיימש"נ בשי"ג פכ"ו.

עוד נראה ליישב דבריהם באופן אחר, דהנה דינא דבשלו הן שמין הוא דשומת הקרקע נקבעת כפי נכסי הנתבע, שהמעולה שבנכסיו נחשבת עידית, הגרועה נחשבת זיבורית, והאמצעית נחשבת בינונית, ויש להסתפק היכא דאין לו אלא שתי קרקעות, דהמעולה היא עידית והגרועה זיבורית, האם נאמר דכיון דאין לו אמצעית לית לגביה שומת בינונית כלל, או דלמא אמרינן דגם הוא הוי חלק מן העולם, ובכהאי גונא דאין לו אמצעית אז מאי דחשיבא בינונית לגבי עלמא חשיבא נמי בינונית לדידיה מדין בשלו הן שמין, ואם נקטינן כצד זה נמצא דהיכא דאין לו לנתבע אלא בינונית וזיבורית חלה על הן בינונית שתי שומות, שומת עידית הואיל והיא המעולה שבנכסיו, ושומת בינונית דהואיל ואין לו אמצעית נקבעת שם בינונית לגבי דידיה כפי מאי דחשיבא בינונית לגבי דעלמא, דהא גם הוא הוי חלק מן העולם.

ולפי זה שפיר מתפרשים דברי רבינא אפילו כמאן דאמר בשלו הן שמין, דמאן דאמר בינונית ס"ל כעולא דבעל חוב גובה בינונית משום נעילת דלת, ואין בתקנתו הפקעה מיוחדת על עידית, רק שלא תיקנו לו זכות גביה אלא מן הבינונית, והכא דאין לו אלא בינונית וזיבורית הרי איכא על הן בינונית דעלמא שומת בינונית מעליא אפילו לגבי דידיה, כמש"נ, ושפיר גובה בעל חוב ממנה.

ומאן דאמר בעל חוב בזיבורית יש לומר דפליג אדעולא וס"ל דלעולם בעל חוב

ולזה זיבורית ומוקים לה דלזה עידית ובינונית ולזה זיבורית, הלא גם לפי אוקימתא קמייתא דס"ל בשלו הן שמין מתוקם סברת המגיד משנה, דיאמר בעל הזיבורית אני רוצה לגבות תחלה, ויגבה בינונית דנעשה עידית אצלו, וכי הדר גבי ממנו אידך דוחהו אצל זיבורית דידיה, ומאי שנא להגבות מלגבות.

והנה הבאנו שני אופנים בישוב שיטת הרי"ף והרמב"ם, חדא דהגם דכולי עלמא ס"ל בשלו הן שמין לקבוע שם עידית על הך בינונית דעלמא, מכל מקום תקנת נעילת דלת היתה להגבות למלוה קרקע שיוכל למכור בנקל, דהיינו בינונית דעלמא דקפצי עלה זביני במקצת, ומאן דפליג ס"ל כרבי שמעון דבעל חוב מן התורה בעידית ורבנן הפקיעו דינו משום חששא דאקפוץ ואלונו, וכל מה דאית עלה שם עידית פקע ממנו זכות גבית הבעל חוב, ועיימש"נ בשי"ג פכ"ו, אי נמי יש לומר דהיכא דאין ללוה אלא שתי קרקעות בינונית וזיבורית הרי מדין בשלו הן שמין נעשה בינונית כעידית, והרי יש לו עידית וזיבורית, וכיון דאין לו קרקע אמצעית הוקבע שומת בינונית לגביה כדין שומת בינונית דעלמא, דהא גם הוא הוי חלק מן העולם, ונמצא דהך בינונית אית עלה שתי שומות, שומת עידית ושומת בינונית, מאן דאמר בעל חוב בכינונית ס"ל כעולא דרבנן תיקנו לו בינונית משום נעילת דלת, וכל זמן דשם בינונית עלה גובה ממנה אף אם איכא עלה נמי שם עידית, ומאן דאמר בעל חוב בזיבורית ס"ל דבעל חוב מן התורה בעידית ורבנן הפקיעו זכותו, וכיון דהך בינונית אית עלה שם עידית פקע ממנה זכות גבית הבעל חוב.

וְכֵן זה יתיישבו דברי הרי"ף כפשוטם, דהרי הרי"ף בגיטין (דף מט:) פסק כרבי שמעון דבעל חוב מן התורה בעידית, ואם כן ס"ל דבינונית וזיבורית בעל חוב בזיבורית, ואם כן אתי שפיר מה שפסק כאן כרב נחמן דהיכא דאיכא לחד עידית ובינונית ולחד זיבורית זה גובה וזה גובה, דהא לעולם ירויח בעל הזיבורית, כמש"נ, אמנם לשיטת הרמב"ם עדיין נשארה הקושיא במקומה, דאין הכי נמי דמה שפסק בינונית וזיבורית בעל חוב בכינונית מותאמת עם מאי דס"ל בשלו הן שמין, דהא

בשל כל אדם שמין, אין הכי נמי דאם גובה אידך תחלה גובה ממנו הזיבורית, וכי הדר הוא גבי מיניה גובה הבינונית, מכל מקום הרי יכול אידך לומר מאי חזית דאת מגבית תחילה, אדרבה את גבי תחלה, ונותן לו בינונית, וכי הדר גבי מיניה גובה ממנו הבינונית כפי שומת כל אדם, ומשום הכי אמרינן הפוכי מטרתא למה לי, וזה עומד בשלו וזה עומד בשלו.

ועיין ברי"ף שהביא פלוגתא זו ופסק כרב נחמן דהלכתא כותיה בדיני, וכן פסק הרמב"ם פכ"ד מלוה ולוה הל"י, יעו"ש, ונמצא דס"ל דבשלו הן שמין ולא בשל כל אדם, וכיון שכן תמה הר"ן על הרי"ף דנמצא דסותר עצמו ממ"ש בפ"ק דבבא קמא (דף ת.ה) גבי בינונית וזיבורית בעל חוב בכינונית, דמשמע מדברי הרי"ף שם דס"ל בשל עולם הן שמין, וכן הקשה נמי על הרמב"ם שפסק בפ"ט מלוה ולוה הל"ד דבינונית וזיבורית בעל חוב בכינונית דהיינו כמאן דאמר בשל עולם הן שמין, יעו"ש, והר"ן הניח בצריך עיון, ועיין נמי בנושאי כליו של הרמב"ם שם שעמדו על דברי הרי"ף והרמב"ם, ועיימש"נ בשי"ג פכ"ו.

ובמגיד משנה נדחק ליישב דברי הרמב"ם וז"ל: ואפשר שאין גירסת רבינו שם כגירסת ספרינו, אלא רב נחמן דאמר זה גובה וזה גובה אפילו תמצא לומר בשל עולם הן שמין ויש בזה תועלת שיאמר בעל הזיבורית אני רוצה להגבות תחלה ונמצאו לאחד עידית ובינונית וזיבורית והוא יגבה ממנו בינונית ונמצא מרויח, ורב ששת סובר שיאמר בעל העידית אני רוצה להגבות בינונית שלי תחלה ואחר כך אחזור ואגבנו בחובי, וקיימא לן כרב נחמן, וגם זה צריך עיון וכו' עכ"ל יעו"ש, וכתב זה בישוב דברי הרמב"ם, אבל דברי הרי"ף לא מתיישבים לפי זה, שהרי הביא הגמרא כפי הגירסא שלפנינו דרב נחמן ס"ל בשלו הן שמין ופסק כותיה.

אולם דברי המגיד משנה תמוהים, דבמה עדיף כח בעל הזיבורית מכח בעל העידית אליבא דרב נחמן שיוכל להגבות תחלה ולהרויח, וכי למה לא יוכל בעל העידית לומר לו מאי חזית וכו', ועוד קשה דאם כדברי המגיד משנה למה הדר ביה מאוקימתא קמייתא דלזה בינונית

מן העידית כבעל חוב, רק שאין לו זכות בה, כמש"נ.

אולם נראה דמה שהבעל חוב גובה מן הלוחה קרקע שיש עליה נמי שם עידית חשיבא הפסד צדדי כההיא דזילי נכסיה, ואע"פ שהמלוה גובה כדין, ונמצא לפי זה דהיכא דאית לחד עידית ובינונית ולחד זיבורית, אם בעל הזיבורית גובה תחלה הרי הוא נוטל בינונית גמורה דאידך, ונעשה הך בינונית אצלו כעידית, דהא בשלו הן שמין, וכשחוזר אידך וגובה ממנו הרי הוא נוטל ממנו הך בינונית שנעשה עידית אצלו, דהא עדיין יש לה תורת בינונית לגבי גבית בעל חוב, כמש"נ, ונמצא שיש לו לבעל הזיבורית הפסד צדדי של קרקע עידית, ולכן יכול לתבוע שהוא רוצה להגבות תחלה זיבורית ידיה לבעל העידית ובינונית, וכשיחזור לגבות ממנו יטול הבינונית שלו שהיא בינונית גמורה אצלו הואיל ויש לו נמי עידית, ואין להקשות דגם אידך יכול לטעון דאדרבה הוא רוצה להגבות תחלה כדי שיוכל לחזור ולגבות ממנו הבינונית, דאם הוא גובה תחלה אינו נוטל אלא זיבורית, והרי יש לו נמי הפסד צדדי, זה אינו, דמה שהוא נוטל כדינו לא חשיבא הפסד צדדי כמו זילי נכסיה, אבל היכא דבעל חוב נוטל בינונית כדיניה ועל ידי זה מפסיד נמי הלוחה עידית ידיה בדרך אגב, הא מלתא חשיבא הפסד צדדי כזילי נכסיה, ויכול לטעון שהוא רוצה להגבותו תחלה.

וב"ל זה הוא אליבא דרב נחמן דס"ל בשלו הן שמין, אבל לרב ששת דס"ל בשל כל אדם שמין אינו יכול לטעון כן, דהא לא נעשית הך בינונית כעידית אצל בעל הזיבורית, ואזלינן בתר שומא דעלמא, וגם אצל בעל הזיבורית הרי היא בינונית גמורה, ואם כן שפיר אומר לו אידך מאי חזית דאת מגבית וכו'.

פרק כט

בו יבוארו דברי הנתיבות המשפט דלא נאמר דכיון שח"ל שעבודו בבינונית תו לא פקע אלא כשהיתה לו עידית ובינונית ומכר העידית, אבל אם היתה לו בינונית וקנה זיבורית פקע.

[כבא קמא ח.] קתני מיהא מציעא בינונית וזיבורית נזקין ובעל חוב בבינונית וכתובת אשה

פסק הרמב"ם בפיי"ט מלוה ולוה הל"א כעולא דבעל חוב מן התורה זיבורית, מכל מקום כיון דסוף סוף בינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית, היאך פסק כרב נחמן דזה גובה וזה גובה, נהי דאם בעל זיבורית מגבה תחלה חוזר וגובה ממנו בינונית, אבל אם בעל העידית ובינונית מגבה תחלה הבינונית לבעל הזיבורית יוכל אחר כך לחזור ולגבות ממנו הבינונית, ואם כן לימא ליה מאי חזית וכו', כמש"נ.

והנה עיין בכבא קמא (דף מו:) דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבונה מנין שאין נזקקין אלא לתובע תחלה, שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם, אמרי נהרדעי פעמים שנזקקין לנתבע תחלה, והיכי דמי דקא זילי נכסיה, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: שאין נזקקין אלא לתובע תחלה, כגון ראובן תבע משמעון מנה שהלוהו, ושמעון משיבו תפסת משלי החזר לי מה שתפסת, או משכון היה בידך ונפחת מדמיו שנשתמשת בו, בתחלה נזקקין לטענת ראובן ומוציאים לו המנה משמעון, ואחר כך נזקקין לו לטענת שמעון לדון על דבר התפיסה והמשכון עכ"ל יעו"ש. והך דקא זילי נכסיה פירש רש"י וז"ל: שיש כאן תגרין שיקנוהו בדמים יקרים ומחר ילכו להם, אי נמי שקרקעותיו זלות על ידי תביעה זו שרואין אותו דחוק, ואם יוציאו לו תפיסתו או משכונו ימכרם וישלם לו מהן עכ"ל יעו"ש, ומבואר מזה דאע"ג דזכות קדימת הגביה היא אצל התובע, מכל מקום היכא שיש לנתבע הפסד נזקקין לו תחלה, ואפילו אם הפסד זה הוא הפסד צדדי שלא באשמת התובע כלל.

ונראה דעל פי זה נוכל לבאר דברי הרמב"ם לפי דרך המגיד משנה, דהרי נתבאר לן דהיכא דאית ללוה בינונית וזיבורית נעשה הך בינונית כעידית הואיל ובשלו הן שמין, אלא דמכל מקום גובה בעל חוב ממנה, אי משום נעילת דלת הואיל והוי כבינונית דעלמא, או משום שיש לה נמי שם בינונית ידיה מלבד שם העידית, כמש"נ, ואע"פ שאין לבעל חוב זכות לגבי עידית, מכל מקום אם יש לו זכות גביה בהקרקע מכח שם בינונית דעלמא לפירוש קמא, או מכח שם בינונית ידיה לפירוש בתרא, אין השם עידית שלה מעכב בגביתו, דליכא הפקעה

ונראה בביאור דבריו, דיש שני עניני שעבוד, חדא יש דין שעבוד כללי שחל על כל נכסיו של הלוח מדין ערבות, וכדאיאת בבבא בתרא (דף קעג.) נכסיה דבר איניש אינון ערבין יתיה, יעו"ש, והיינו דיש למלוה זכות לגבות מנכסי הלוח מדין ערבות כללי, ושעבוד זה חל על כל נכסי הלוח, בין עידית בין בינונית בין זיבורית, אמנם מלבד זה יש דין קדימת המלוה לגבות מן הבינונית, ומדין זה יש לו שעבוד מיוחד שהוא נוסף על דין ערבות הכללי דאית ליה על כל נכסי הלוח, ושעבוד מיוחד זה עדיף מזכות גביה מן הערב גרידא, ויש לו תורת מקצת קנין לגבי הבינונית שקדימת גביתו ממנה.

ובודאי גם שעבוד אלים זה הוא מדין ערבות, ואינו גובה ממה עד שיתבע את הלוח, כדאיאת בבבא בתרא שם, אלא דבבינונית יש לו לבעל חוב שעבוד אלים מדין ערבות, וזוכה מקצת קנין בגוף הקרקע לענין גביה, והרי זה כמי שהותחלה הגביה במקצת, אבל בשעבוד של ערבות גרידא אין לו שום תפיסה בגוף הקרקע, ורק שיש לו זכות לגבות ממנה.

ודברים אלו עולים שפיר גם עם מה שכתב רש"י בפסחים (דף ל:) ובכתובות (דף טז:) דיסוד גביה מנכסים משועבדים הוא דאין מכירתם מכירה, ולגבי גביה לעולם נשארים ביד הלוח, ועיימש"נ בש"א פט"ז, וגם לפי זה יש לומר דיש שני עניני שעבוד, ערבות כללי ומקצת קנין, ותרוייהו פועלים שלא יוכל הלוח למכור נכסיו לגבי גביה, אכן היכא דיש לבעל חוב שעבוד אלים הרי זה נחשב דגם לפני הגביה יש לו אחיזה במקצת בגוף הקרקע לענין גביה.

ולפי זה מובן היטב החילוק בין סוגיין לההיא דכתובות, דבדין דאיירי היכא דהיתה לו עידית ומכרה, הרי היתה הקרקע בינונית גמורה בשעת הלואה וזכה בה המלוה שעבוד מיוחד בבינונית, ושעבוד זה הרי יש לו תורת קנין במקצת, וכיון שזכה המלוה בקנינו שוב לא פקע שעבודיה כשנשתנה תורת הקרקע מבינונית לעידית כשהדר מכר העידית, אבל בההיא דכתובות שלא היתה לו אלא הבינונית בלבד, נהי דבעל חוב גובה ממנה הואיל ואין לו אלא אותה קרקע, מכל מקום כיון דבשלו הן שמין הרי היא

בזיבורית, ואי אמרת בשלו הן שמין תעשה בינונית שלו כעידית וידחה בעל חוב אצל זיבורית, הכא במאי עסקינן כגון שהיתה לו עידית ומכרה, וכן אמר רב חסדא כגון שהיתה לו עידית ומכרה, יעו"ש. ופירש"י וז"ל: ומכרה לאחר הלואה דאישתעבדא ליה בינונית לבעל חוב מעיקרא בעוד שהיתה עידית בידו עכ"ל יעו"ש, וכיון שקנה בעל חוב שעבודו בהך קרקע שוב לא פקע שעבודו כשמכר הלוח עידית שלו ונהפכה הבינונית לעידית.

והנה עיין בכתובות (דף קי.), אתמר שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה, רב נחמן אמר זה גובה וזה גובה, רב ששת אמר הפוכי מטרתא למה לי, אלא זה עומד בשלו וזה עומד בשלו, דכולי עלמא עידית ועידית בינונית ובינונית זיבורית וזיבורית ודאי הפוכי מטרתא הוא, כי פליגי דאית ליה לחד בינונית ולחד זיבורית, רב נחמן סבר זה גובה וזה גובה, קסבר בשלו הן שמין, אתי בעל זיבורית וגבי ליה לבינונית דהוה גביה עידית, ואתא ההוא ושקיל זיבורית וכו', ולרב נחמן מאי חזית דאתי בעל זיבורית ברישא, ליתי בעל בינונית ברישא וליגבי זיבורית וליהדר וליגבי ניהליה, אלא לא צריכא וכו', יעו"ש. והיינו דאם בעל הבינונית גבי ברישא זיבורית דשני נעשה בינונית שלו עידית הואיל ובשלו הן שמין, וכשהדר בעל הזיבורית לגבות ממנו חוזר ונוטל זיבורית שלו.

והקשה ההפלאה דלמה לא ליהוי כהיתה לו עידית ומכרה דאמרינן דכיון שחל שעבודיה תו לא פקע, אם כן הכא נמי כיון שחל שעבודיה דבעל הזיבורית על בינונית דאיך שוב לא יופקע אף כשהגבה לו זיבורית דידיה.

ותירין הנתיבות המשפט סי' ק"ב סק"ב דהא בדין דבשעת הלואה היתה לו עידית ובינונית, והרי היתה על הבינונית תורת בינונית גמורה, אז אמרינן דכיון שחל שעבודיה תו לא פקע, אבל התם בכתובות דלא היתה לו אלא אותה הקרקע הבינונית, הרי תורת עידית עליה, דהא בשלו הן שמין, ונהי דבכל זה שעבוד בעל חוב עליה, דהא אין לו אלא אותה קרקע, מכל מקום כשהדר קנה זיבורית, פקע שעבוד בעל חוב מן העידית, יעו"ש.

בינונית בעידן גוביינא, וליכא נעילת דלת, ולכן בעל חוב גובה זיבורית.

אויפ אחר העיון בלשון הרמ"ה חזינא דאין זו כונתו, דלמאן דאזיל בתר שעבודא דמעיקרא כתב הרמ"ה דטעמא משום דכיון שחל שעבודה תו לא פקע, ואין לשון זה מורה על זה שלא שייך גזירה בכהאי גונא, דלפי זה לא שייך ענין תו לא פקע, דאדרבה למה יופקע, וכן לאידך גיסא לא כתב הרמ"ה דטעמא דמאן דאזיל בתר עידן גוביינא משום דלא שייך בכהאי גונא ענין נעילת דלת, אלא כתב דבמקום דאיכא עלה שם עידית בעידן גוביינא לא תקון רבנן, ומשמע דשפיר שייך כאן ענין נעילת דלת אלא דלא תקון רבנן למיגבי מן העידית משום נעילת דלת.

ואויף לפי מה שנתבאר בדברי הנתיבות המשפט הנ"ל יותר מובנים דברי הרמ"ה, והכי קאמר, מאן דאזיל בתר שעבודא דמעיקרא ס"ל דבעל חוב מן התורה בעידית, והיינו דמלבד שעבוד כללי שיש לו על נכסי הלוח מדין ערבות אית ליה נמי שעבוד מיוחד של מקצת קנין על העידית, וממילא אית ליה נמי שעבוד מיוחד גם על הבינונית וזיבורית דלוח מדין יפוי כת, כדאיתא לעיל (דף ט:). גבי ניוק דגובה מן הבינונית דאם לא כן הורעת כחו אצל בינונית, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג פט"ו, ואע"פ שהפקיעו רבנן שעבוד מיוחד שיש לבעל חוב על העידית, גזירה שמא יאמר אקפוץ ואלונו, עדיין נשאר לו שעבוד מיוחד על הבינונית מדין מקצת קנין, ואף אם שוב נשתנה דינו לעידית לא פקע שעבוד של קנין, כמש"נ.

אבל מאן דאזיל בתר גוביינא ס"ל דבעל חוב מן התורה בזיבורית, וס"ל להרמ"ה דלפי זה אין לו שעבוד מיוחד כלל, אלא הלוח נותן לו כל מה שירצה, וכמו שכתב התומים סי' ק"ב סק"ג והנחתל דוד לעיל (דף ט:). על מה שכתב רש"י בד"ה ושקל, יעו"ש, ואין למלוח על הלוח אלא שעבוד כללי דערבות דלא הוי קנין אלא זכות גביה בעלמא, וכשתיקנו לו חכמים לגבות מן הבינונית לא חידשו לו שעבוד מיוחד בהבינונית, אלא שנתנו לו זכות קדימה אצל הבינונית בגביתו מדין ערבות, וכיון שאין לו

נחשבת עידית ולא בינונית, ואין להמלוח שעבוד מיוחד בה, וכל גביתו ממנה לא הוי אלא מדין שעבוד כללי של ערבות, ושעבוד זה אין לו תורת קנין אלא זכות גביה בעלמא, ועדיין קנויה היא לגמרי להלוח, ואם הדר קנה זיבורית שפיר מדחהו למלוח אצל הזיבורית.

ועיין בנמוקי יוסף בהמשך סוגיין על הא דמשני רבינא דברייתא דבינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית וברייתא דבינונית וזיבורית בעל חוב בזיבורית פליגי בדעולא דאמר דבר תורה בעל חוב בזיבורית ורבנן תיקנו לו בינונית משום נעילת דלת, ועיימש"נ בשי"ג פכ"ה, וכתב הנמוקי יוסף בשם הרמ"ה וז"ל: כתב הרמ"ה דמסתברא דרבינא מוקי להו לתרוייהו כשהיתה לו עידית כשלוה ואחר כך מכרה וכו', מאן דאזיל בתר שעבודא דמעיקרא לית ליה דעולא דאמר דבר תורה בעל חוב בזיבורית, אלא מדאורייתא דינו בעידית, ורבנן הוא דתקון דלא ליגבו אלא בבינונית משום חששא דאקפוץ ואלונו, וכיון דמעיקרא קודם שמכר העידית משעתבד ליה הבינונית תו לא פקע שעבודא מיניה, ומאן דאמר בעל חוב בזיבורית ואזיל בתר גוביינא, אית ליה דעולא דאמר דבר תורה בעל חוב בזיבורית, ורבנן תקנו בינונית משום נעילת דלת, וכי תקינו רבנן היכא הויא בינונית לגביה בעידן גוביינא, אבל השתא דחזר ליה עידית לא תקון וכו' עכ"ל יעו"ש.

ובהשקפה ראשונה היה אפשר לפרש דברי הרמ"ה דמאן דאזיל בתר שעבודא דמעיקרא ס"ל כרבי שמעון בגיטין (דף ט:). דבעל חוב מדאורייתא בעידית ורבנן גזרו שמא יראה שדה נאה ודירה נאה לחבירו ויאמר אקפוץ ואלונו כדי שאגבה אותה בחובי, ולכן תיקנו לו בינונית, ולכן אזלינן בתר שעת ההלואה, דרק אז איכא חשש קפיצה, אבל אם הדר נעשה עידית ליכא למיגזר, ומאן דאזיל בתר עידן גוביינא ס"ל כעולא דבעל חוב מן התורה בזיבורית ורבנן תיקנו לו בינונית משום נעילת דלת, ולכן אזלינן בתר עידן גוביינא, דכל זמן שאתה נותן למלוח לגבות מן בינונית בעידן גוביינא ליכא נעילת דלת, וכשהיתה לו עידית ומכרה שוב נעשה הבינונית עידית, והרי אין לו

תחת הבעלים, וסדר הקדימה בסוגי הקרקע נשאר גם כשהנכסים בידי הלקוחות.

וכתב רש"י וז"ל: אילימא בבת אחת, בשטר אחד. השתא לשלשה דאיכא למימר חד מינייהו קדים, שזה לקח בבוקר והללו שנים בערב ומצוי למיטען הנחתי לך מקום. אמרת נכנסו תחת הבעלים, הואיל ואין ניכר בשטר המכר מי לקח ראשון עכ"ל יעו"ש. ודבריו הם על פי הא דאמרינן בכתובות (דף צד.), אתמר שני שטרות היוצאים ביום אחד, רב אמר חולקין ושמואל אמר שודא דדייני יעו"ש, ומבואר בגמרא שם דאליבא דרבי אלעזר דאית ליה עדי מסירה כרתי הקנין חל בשעת המסירה, וזה שנמסר לו שטרו זוכה, אכן כיון שלא כתבו שעות הרי הוא ספק למי נמסר תחלה, וכתב רש"י דמשום הכי יש רבותא יתירה בשלשה שזמן שטרותיהם ביום אחד דאיכא למימר חד מינייהו קדים.

ויש לעיין דאם באמת יש כאן ספק מי קנה ראשון, אם כן לא יוכלו התובעים לגבות כלל, שכל אחד מן הלקוחות ידחה אותו בטענת אני לקחתי ראשון והנחתי לך מקום לגבות ממנו, וזיל הכא קמדחי ליה וזיל הכא קמדחי ליה, וכההיא דתנן בכתובות (דף טז:) מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו אדמון אומר ילך לו בקצרה וחכמים אומרים יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר, ואמרינן בגמרא אמר רבא בארבעה דאתו מכח ארבעה וארבעה דאתו מכח חד כולי עלמא לא פליגי דמצוי מדחי ליה וכו', יעו"ש, ואם כן הכא נמי ידחה אותם כל אחד מן הלקוחות מלגבות כלל אם לא הקנו זה לזה בהרשאה.

ודיינו טעמא דלא אמרינן זיל הכא קמדחי ליה וזיל הכא קמדחי ליה משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, כדאיתא ביבמות (דף לח.) יעו"ש, דכל אחד מן התובעים יש לו שעבוד ודאי בכל נכסי המחויב, בין בעידית בין בכינונית בין בזיבורית, דכל דין עידית בינונית וזיבורית לא הוי אלא בקדימת הגביה, וכיון שכן התובע נחשב מוחזק לגבי כל קרקעות המחויב, ואם הלוקח טוען הנחתי לך מקום לגבות ממנו עליו להביא ראיה.

קנין בהבינונית, אם שוב נשתנה דין הקרקע לעידית שפיר נדחה בעל חוב להזיבורית.

ואו"י יש לבאר לפי זה גם שיטת הים של שלמה, מובא בש"ך סי' ק"ב סק"ג, דהא דאמרינן דכשהיתה לו עידית ומכרה גובה בעל חוב מן הבינונית אע"ג דהשתא הוה לה עידית, היינו רק היכא דהיתה לו העידית כשהגיע זמן הפרעון, אז אמרינן דאפילו מכרה אחר כך והבינונית נעשה עידית, עדיין בעל חוב גובה ממנה, אבל אם מכר העידית קודם שהגיע זמן הפרעון נדחה הבעל חוב אצל הזיבורית, ולפישמ"נ יש לומר דהים של שלמה ס"ל דהך שעבוד מיוחד דבעל חוב בכינונית לא חל אלא כשהגיע זמן הפרעון, כיון דדין שעבוד זה נובע מקדימתו בהגביה בפועל, וקודם זמן הפרעון אין לו אלא השעבוד כללי מדין ערבות, ולכן רק כשהיתה לו עידית ומכרה בשעת הגעת זמן הפרעון, וחל שעבוד של קנין על הבינונית, רק אז אמרינן דאפילו אם מכר העידית ונעשה הבינונית עידית מכל מקום כיון שחל שעבודו דבעל חוב בהך קרקע שוב לא פקע.

פרק ל

בו יבואר במכרו לשלשה בני אדם דכולם נכנסו תחת הבעלים למה לא אמרינן דזיל הכא מדחי ליה וזיל הכא מדחי ליה ולא יגבו כלל כיון דאין יודעים איזה שטר נמסר תחלה.

[כבא קמא ח.] תנו רבנן מכר לאחד או לשלשה בני אדם כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים, בזה אחר זה כולן גובין מן האחרון, אין לו גובה משלפניו, אין לו גובה משלפני פניו, מכרן לאחד היכי דמי, אילימא בבת אחת, השתא לשלשה דאיכא למימר חד מינייהו קדים אמרת כולן נכנסו תחת הבעלים, לאחד מיבעיא, אלא פשיטא בזה אחר זה וכו' יעו"ש. והיינו דבלי הך ברייתא הוה אמינא דהא דאין מחלקים בסוגי הקרקעות אלא כשבא התובע לגבות מן המחויב עצמו, אבל אם נמכרו הקרקעות ובא לגבות מן הלקוחות שוב ליכא חילוק בין הסוגים, וכל הקרקעות שוות לגביה, וכיצד עושים, יתפשרו ביניהם או ילכו לבית דין ויפשרו להם, ועיימש"נ בשי"ג פ"א, ומחדשת לנו הברייתא דכולם נכנסו

משלפניו אין לו גובה משלפני פניו, מכרן לאחד היכי דמי, אילמיא בבת אחת, השתא לשלשה דאיכא למימר חד מינייהו קדים אמרת כולן נכנסו תחת הבעלים לאחד מיבעיא, אלא פשיטא בזה אחר זה, ומאי שנא שלשה דכל חד וחד אמר ליה הנחתי לך מקום לגבות ממנו, האי נמי אכל חד וחד לימא ליה הנחתי לך מקום לגבות ממנו, הכא במאי עסקינן כגון שלקח עידית באחרונה, וכן אמר רב ששת כגון שלקח עידית באחרונה, אי הכי ליתו כוליהו וליגבו מעידית, משום דאמר ליה אי שתקיהו ושקליתו כדיניכו שקליתו, ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ושקליתו כולכו מזיבורית, אי הכי בנזקין נמי נימא הכי, אלא הכא במאי עסקינן ביתמי דלאו בני פרעון נינהו וכו' יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה בנזקין וז"ל: אי בעית למישקל בינונית שקול ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ותשקול זיבורית וכו', ולהכי פריך מנזקין ולא פריך מבעל חוב, דמאי לימא ליה אי שקלת זיבורית שקול ואי לא מהדרנא שטרא למריה ותישקול מיניה, מצי אמר ליה האי לכשתחזיר, דהא השתא נמי זיבורית קבעית למפרע לי עכ"ל יעו"ש.

והתוס' הרחיבו קצת על דברי רש"י בד"ה אי שתקת וז"ל: אע"ג דבלאו הכי אשה גביא מזיבורית, מכל מקום לא מציא למימר ליה לכי תהדר, כיון שאין מפקיע כחה, אבל בעל חוב לא מצי למימר דלישקול זיבורית מטעם דאי שתקת, דכיון דמפקיע כחו מצי אמר ליה לכי תהדר, דהא השתא נמי מזיבורית אתה רוצה ליתן לי, לכך לא פריך בסמוך אלא מנזקין ולא מבעל חוב כדפירש הקונטרס עכ"ל יעו"ש. ומבואר דיכול לדחות כתובת אשה לזיבורית על ידי טענת אי שתקת כיון דזהו דינה, אבל אינו יכול לדחות בעל חוב בטענה זו אלא מן העידית לבינונית, דזהו עיקר דינו, ואינו יכול לדחות לזיבורית ולהפסיד דינו. אמנם עדיין לא נתיישב מה שכתב רש"י דעל ידי טענת אי שתקת יכול לדחות הניזק העידית לבינונית אבל לא לזיבורית, והלא גם במה שמדחה לבינונית הריהו מפסיד דינו, דהא עיקר דין הניזק הוא בעידית, ומה בכך דעל כל פנים נותן לו בינונית.

אכן לא משמע בגמרא דהחידוש דמכרן לשלשה בני אדם הוא דאמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי ואין הלקוחות יכולים לדחות התובעים לגמרי מלגבות, דהרי קאמר השתא לשלשה דאיכא למימר חד מינייהו קדים אמרת כולן נכנסו תחת הבעלים, כנ"ל, והחידוש הוא במה שנכנסו תחת הבעלים לגבי עידית בינונית וזיבורית.

ונראה דהחידוש נוסף במכרן לשלשה בני אדם הוא דלא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי אלא לכל אחד כדינו, דאם האשה באה לגבות מן הלוקח שקנה זיבורית הרי היא נחשבת מוחזקת בהשעבוד ועל הלוקח להביא ראיה ששטר נמסר לידו תחלה והניח לה מקום לגבות ממנו, אבל אם באה לגבות מזה שקנה עידית אינה נחשבת כמוחזקת הואיל ואין לה שעבוד של מקצת קנין אלא בזיבורית, ועיימש"נ בשי"ג פט"ו, ורק על ידי שעבוד של מקצת קנין נחשב התובע כמוחזק דקרקע שנמצאת ביד הלוקח, ואילו לא היה לו מקצת קנין בשום קרקע, ולא היה דין עידית בינונית וזיבורית אלא קדימה בעלמא בסדר הגביה, אז היה התובע נחשב מוחזק בכל סוגי קרקעות שביד הלוקח, אולם כיון שיש לו מקצת קנין בכדינו אם כן שם הוא עיקר דין גביתו ושם הוא נחשב מוחזק מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, וזהו החידוש דכולם נכנסו תחת הבעלים, חדא דסדר הקדימה בסוגי הקרקע נשאר גם כשהנכסים בידי הלקוחות, ועוד לגבי החילוק שבין כדינו ושלא כדינו לענין אין ספק מוציא מידי ודאי, כמש"נ, אבל אם מכרן לאחד אין לנו אלא חידוש הראשון דיש סדר קדימה בסוגי הקרקע גם כשהנכסים בידי הלקוחות.

פרק לא

בו יובא מחלוקת הראשונים אם הלוקח יכול לדחות הניזק אצל זיבורית בטענת אי לא שתקית מהדרנא זיבורית למריה, ויבואר למה אינו יכול לטעון שיחזיר זיבורית ידיה.

[כבא קמא ח.] תנו רבנן מכר לאחד או לשלשה בני אדם כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים, בזה אחר זה כולן גובין מן האחרון, אין לו גובה

וביננונית וגבית מזיבורית שיש לי, דהא אינן נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין וצריך עיון גדול עכ"ל יעו"ש. וגם התוס' בכתובות (דף קט:) בד"ה ורבנן הרגישו בזה וכתבו דאינו יכול להפסיד דינו על ידי מכירה חדשה, ורק זכות הבא על ידו יכול להפקיעו ולהעמידו בזכות שהיה לו קודם שבא לידו יעו"ש.

ונראה לבאר דינא דאי שתקת עפימש"נ בשי"ג פכ"ט דיש שני עניני שעבוד, שעבוד כללי על כל נכסי הנתבע מדין ערבות, ועוד שעבוד מיוחד במקום קדימת התובע מדין מקצת קנין, והנה היכא דמכר הנתבע קרקע שקדימת התובע בה, ונשארו אצלו עוד קרקעות אחרות, תיקנו רבנן לתובע קדימה אחרת בקרקעות הנשארות מדין אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, וקדימה זו קודמת לקדימתו בהקרקע המיוחדת לו, ולפיכך אפילו אם חזר הנתבע ומכר גם הקרקעות הנשארות אצלו להלוקח עדיין קדימת התובע בהן קודמת לקדימתו בהקרקע המיוחדת לו וגובה ממנו אפילו מן הלוקח, ולכן גובה התובע הקרקע שקנה הלוקח באחרונה.

אמנם לזה אהני ללוקח טענת אי שתקת, דכיון דבידו להחזיר להמוכר הקרקע המיוחדת להתובע ולדחותו אצלה, וכל מה שאדם יכול לעשות כמי שעשוי דמי, הרי גם בלי החזרת הקרקע יכול הלוקח לאלם ולחזק כח השעבוד שיש להתובע בה, ולהעלות כח שעבוד זה יותר מכח שעבודו על הך דלקח באחרונה, וממילא יגבה התובע מקרקע המיוחדת לו, דעל ידי טענת אי שתקת הדר דינא דהאי קרקע להיות עיקר השעבוד, ואע"ג דמצינו לעיל (דף ט:) דסלקא דעתין דניזק גובה מבינונית אע"ג דעיקר שעבודו בעידית, ורק דנוטל דיוקרא דלקמיה, דעדיין לא אסיק אדעתיה יפוי כח דניזק, ומבואר דיכול לותר על שעבודו המיוחד וליטול פחות מדינו, הא מלתא לא הוי אלא כהלואה או המזיק עצמו, אבל מן הלוקחות גובה רק מן שעבוד האלים, ולא מהני ליה ויתור, וכל זה הוא בכלל תקנת חכמים דלוקח יכול לומר הנחתה לך מקום לגבות ממנו.

הרא"ש פליג על שיטת רש"י והתוס' וס"ל דלעולם יכול לדחות כולם אצל זיבורית על ידי טענת אי שתקת וז"ל: ואזליתו כולכו ושקליתו מזיבורית, ולא מצי למימר ליה לכי תהדר, ואפילו האשה שרוצה ליתן לה זיבורית, משום שכל שאדם יכול לטעון רואין אותו כאילו הוא כבר עשוי, כדאמרינן בפרק בתרא דכתובות (דף קט:) וכו', והא דקאמר אי הכי בנזקין נמי, הוא הדין דהוה מצי למיפרך מבעל חוב שיטול זיבורית ולא מצי למימר ליה לכי תהדר, אלא נקט נזקין דדינו בעידית לרבנותא דאף הכא לא יטלו אלא בזיבורית וכו' עכ"ל יעו"ש, וכן היא נמי שיטת הרשב"א דלעולם יכול הלוקח לטעון אי שתקת ולמידחי כולהו אצל זיבורית, ואין כל אחד מהם יכול לומר לכי תהדר.

והנה עיין ברמב"ן במלחמות דפליג על תרוייהו וס"ל דטענת אי שתקת לאו דינא הוא אלא איום בעלמא, ואם הלוקח פקח יטעון כן, ואם התובע נמי פקח יכול לעולם לטעון לכי תיהדר וז"ל: אי שתקיתו שתקיתו, לאו דפסקינן אנן הכי, אלא ה"ק כולן נכנסו תחת הבעלים שיכולין הלוקחות להגבותן כדיניהן, ואי בעי נמי בעלי חובות ונזקין למימר ליה לכי מיהדרת מיהדרת מצי למימר הכי שאין זה מן הדין וכו', דטענה דאי שתקית לאו דינא הוא, וכי טעין ושתיק אידך הוא דמהני ליה ואי לא לא וכו', דאי לא תימא הכי האי מאן דזבין עידית לחודה והיו על המוכר נזקין ובעל חוב וכתובת אשה, לאו מי אמרינן להו גבו מעידית, ואע"פ שיכול לומר להם אי שתקיתו שתקיתו ואי לאו יהבינא זיבורית דידי במתנה ללוה ואזליתו ושקליתו מיניה עכ"ל יעו"ש, ואם כן קשה לשיטת רש"י והרא"ש דהא בודאי לא אמרינן אי שתקת אלא היכא דלקח עידית בינונית וזיבורית, ולא אמרינן אי שתקת על ידי החזרת זיבורית דידיה.

ובשיטה מקובצת הביא קושיא בשם הר"ר יונתן וז"ל: ועוד כל מזיק שיש לו עידית נמי וזיבורית ובינונית, ידחה הניזק לבינונית מהאי טעמא דאי שתקת ושקלת מבינונית מוטב, ואי לא זבנינא לארעא דעידית

דהלוקח יכול לחזק כח שעבודו בהזיבורית על ידי טענת אי שתקת, ולהעלותה על כולנה, ואין בזה משום מפסיד דינו, שהרי כולם כדינו, כמש"נ, אלא דמצינו לעיל (דף ט:ו) דנודר לבדק הבית אתי גזבר ושקיל בינונית דלא יהא אלא בעל חוב ובעל חוב בבינונית יעו"ש, ואע"ג דהתם לא שייך ענין של נעילת דלת, מכל מקום לאחר התקנה נכללים גם כל שאר חיובי ממון לדינא דגובים מן הבינונית, חוץ מכתובת אשה שנגרע כחה, ואם כן כיון דבעל חוב גובה בינונית ואין הלוקח יכול לדחותו על ידי טענת אי שתקת, גם ניזק גובה על כל פנים מן הבינונית, דלא יהא אלא כבעל חוב דגובה מן הבינונית, ונהי דאם בא לגבות מדין ניזק יכול הלוקח לדחותו לזיבורית על ידי טענת אי שתקת שהרי אינו מפסיד דינו, מכל מקום הרי הוא יכול לגבות מדין בעל חוב גרידא דגובה מן הבינונית ואין הלוקח יכול לדחותו לזיבורית על ידי טענת אי שתקת.

ובשיטת הרא"ש יש לומר דס"ל דכי היכי דניזק יש לו שעבוד מיוחד גם בבינונית וזיבורית, כמו כן נמי יש לבעל חוב שעבוד מיוחד של מקצת קנין גם בזיבורית מלבד הבינונית, ואע"ג דס"ל להרא"ש לעיל (דף ט:ו) שאין הניזק או בעל חוב גובה זיבורית דנתבע, הרי כתב טעמא משום דכמו שהיה יכול לדחותו מעידית לעידית יכול נמי לדחותו מזיבורית ובינונית לעידית, והגם שנחלקו בזה הראשונים, כך היא שיטת הרא"ש, אבל היכא דגילה דעתו שאינו רוצה לעכב אותה קרקע זיבורית מחמת חביבות יכולים ניזק ובעל חוב לגבות בעל כרחיה אף מן הזיבורית.

וב"ש להרא"ש דגם גביה זו היא מדין שעבוד מיוחד שיש בו מקצת קנין, ולא מיבעיא ניזק דאית ביה יפוי כח, אלא אפילו בעל חוב דגביתו מן הזיבורית מפני נעילת דלת בעלמא, כדאיתא לעיל שם, אית ליה נמי שעבוד מיוחד על הזיבורית מכח התקנה, ולפיכך לעולם יכול הלוקח לאלם ולחזק כח שעבוד הזיבורית על ידי טענת אי שתקת, שהרי בין לניזק בין לבעל חוב אית להו מקצת קנין בה, ואין בזה משום מפסיד דינו, אבל רש"י ס"ל דבעל חוב אין לו שעבוד

אולם כל זה לא נאמר אלא לגבי שעבוד שהוא מדין מקצת קנין, דרק שעבוד כזה שייך בו חיזוק, דעד השתא היה לתובע מקצת קנין בה, ועל ידי טענת אי שתקת נתוסף בו עוד מקצת קנין ונתחזק השעבוד, אבל בשעבוד הכללי דנכסי דאיניש ערבים לו לא שייך בזה ענין החזקה כלל, ולא שייך תוספות ערבות בקרקעות שכבר נתערבו לו, וממילא אין טענת אי שתקת מועילה אלא בקרקעות שיש להתובע בהן שעבוד של מקצת קנין.

ולפי זה מובן מה שכתבו התוס' דאינו יכול לטעון אי שתקת היכא דעל ידי כך הוא מפסיד דינו דהתובע, כלומר דהוא דוחהו לקרקע שאין להתובע בה שעבוד של מקצת קנין, והך כדינו ושלא כדינו הוא כלישנא דכדינו ושלא כדינו דלעיל (דף ט:ו), וכדביארנו שם בשי"ג פט"ו דכדינו היינו שעבוד של מקצת קנין ושלא כדינו היינו שעבוד כללי מדין ערבות, ולכן בכתובת אשה שעיקר שעבודה וקנינה בזיבורית, אם כן אע"ג דהשתא יש לה קדימה חדשה בהעידית מדין אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, מכל מקום יכול הלוקח לאלם ולחזק כח שעבודה בהזיבורית על ידי טענת אי שתקת ולהעלות כח שעבודה בהזיבורית יותר משעבודה בהעידית, וממילא נדחית אצל זיבורית ואינה יכולה לומר לכשתחזיר, אבל בעל חוב דינו בבינונית, ואין לו שעבוד של מקצת קנין בהזיבורית אלא שעבוד של ערבות בלבד, ואם כן אין הלוקח יכול לדחותו להזיבורית על ידי טענת אי שתקת, דהרי הוא מפסיד דינו, שהוא מדחהו לקרקע שאין לו בה אלא שעבוד של ערבות, ובשעבוד כזה לא מהני טענת אי שתקת להחזיקו, כמש"נ.

אלא דכל זה לא נאמר אלא בכתובת אשה ובעל חוב דלא נתייפה כחם ואין להם שעבוד של מקצת קנין אלא בקרקעות המיועדות להם, אבל ניזק שנתייפה כחו לגבות ממיטב יש לו נמי אותו שעבוד אלים בכל קרקעות המזיק, גם בבינונית גם בזיבורית, כמש"נ בשי"ג פט"ו, ובדין הוא דהיה הלוקח יכול לדחותו לניזק גם אצל זיבורית, דהואיל ויש לו לניזק שעבוד של מקצת קנין בהזיבורית היה צריך להיות הדין

ומאי שנא שלשה דכל חד וחד אמר ליה הנחת לך מקום לגבות ממנו, האי נמי אכל חד וחד לימא ליה הנחתי לך מקום לגבות ממנו, הכא במאי עסקינן כגון שלקח עידיית באחרונה, וכן אמר רב ששת כגון שלקח עידיית באחרונה, אי הכי ליתו כולהו וליגבו מעידיית, משום דאמר ליה אי שתקיתו ושקליתו כדיניכו שקליתו, ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ושקליתו כולכו מזיבורית, אי הכי בנוזקין נמי נימא הכי, אלא הכא במאי עסקינן ביתמי דלאו בני פרעון נינהו וכו' יעו"ש.

וצריכים לעיין דהלא אם הלוקח יחזיר שטרא דזיבורית למריה לא יהא

בזה ביטול המקח אלא קנין חדש, והיאך תועיל לו טענה כזאת לדחות התובע מדינו, ואם תאמר דמועילה לדחותו, אם כן תועיל לו נמי ללוקח שיאמר אי לא שתקת יהיבנא להמוכר זיבורית ידיי שמעולם לא לקחתי ממנו, והרמב"ן במלחמות רצה להוכיח מכח קושיא זו דטענת אי שתקת לא הויא דינא אלא איום בעלמא, ואם התובע פקח יאמר לו לכשתחזיר יעו"ש, אכן כמה הראשונים ס"ל דטענת אי שתקת מועילה ואינו יכול לומר לכשתחזיר, ועיימש"נ בשיי"ג פל"א, והאחרונים נדחקו לאוקמי באופן שתועיל לו הטענה, אכן לפי הדרכים צריכים לעשות אוקימתות בסוגיין, ואם כן למה משני דמיירי ביתמי דלאו בני פרעון נינהו, כנ"ל, נוקמי בהמוכר ובלי אוקימתות, ועיין בדבריהם שהרגישו בזה.

ובהא דמוקים לה במסקנא ביתמי כתב רש"י בד"ה בנוזקין וז"ל: אי בעית למישקל

בינונית שקול, ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ותשקול זיבורית בעל כרחיה, ואמאי יהיב ליה עידיית, אלא מדלא טעין הכי בעל כרחך בהכי עסקינן כגון שמת המוכר וכיון שלא הניח קרקע אין היתומים בני פרעון דמטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי ואע"פ שמחזיר להם קרקע הוו להו כיתמי שקנו קרקע לאחר מיתת אביהם וכו' עכ"ל יעו"ש, ויש לדקדק במה שכתב דמטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי, מטלטלין מאן דכר שמיא, ולמה תסיק אדעתין שירשו מטלטלין.

אלא על הבינונית, ואע"ג דגובה גם זיבורית משום נעילת דלת אין לו בה אלא שעבוד של ערבות, ולא חידשו לו רבנן שעבוד של מקצת קנין בזיבורית, וממילא אין הלוקח דוחהו לזיבורית על ידי טענת אי שתקת שהרי הוא מפסיד דינו, כמש"נ, ואזיל בזה רש"י לשיטתו דלעיל (דף טז:) בד"ה ואי לא דמשמע מדבריו דניזק גובה זיבורית בעל כרחיה דמזיק, אבל בעל חוב אינו גובה זיבורית בעל כרחיה דלוה, כמו שדייק הנחלת דוד מדבריו, יעו"ש, וכן היא להדיא שיטת המאירי שם, ואפילו התוס' דס"ל לקמן (דף טז:) בד"ה אבל דבעל חוב גובה זיבורית בעל כרחיה דלוה, לאו היינו משום יפוי כח ושעבוד של מקצת קנין אלא מטעם אחר, כמש"נ בשיי"ג פמ"ב.

ולפימש"נ דטענת אי שתקת מועילה לאלם ולחזק כח השעבוד שעל הזיבורית,

נסתלקה קושית הרמב"ן למה לא יוכל לומר אי שתקת שתקת ואי לא יהיבנא זיבורית דידי במתנה ללוה, ולפי זה לא שייך התם ענין אי שתקת, כיון שאין שום שעבוד מוטל על הזיבורית מקודם, ולא עוד אלא דאפילו אם היא משועבדת לא תועיל לו טענת אי שתקת אלא אם כן הוי שעבוד של מקצת קנין ולא שעבוד של ערבות בעלמא. וגם קושית הר"ר יונתן, המובא בשיטה מקובצת כנ"ל, לא קשה, דבודאי לאו כל כמיניה דמזיק להפקיע שעבוד הניזק על ידי טענת אי שתקת, דהא אינו יכול לבטל השעבוד, רק להרחיקו, אבל השתא מיהא הא לא הרחיקו ולא שייך כאן דינא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין, אבל בדין שעל ידי טענת אי שתקת הוא מאלם כח השעבוד שעל הזיבורית, הרי זה נעשה עיקר השעבוד ובעל כרחיה גובה ממנו, כמש"נ, ועיימש"נ לענין דינא דאי שתקת במי שאבד לו דרך שדהו בשיי"ג פל"ה.

פרק לב

בו יבואר למה טענת מהדרנא שטרא דזיבורית למריה מהניא רק בקרקע שקנה מן הל"ה ולא בזיבורית דידיה, ויבואר מה שהביא כאן רש"י דינא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי.

[בבא קמא ה.] תנו רבנן מכר לאחד או לשלשה בני אדם כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים וכו',

ממנה גם בלי הקנאתה מדינא דאי שתקת, דכל מה שיכול לעשות נחשב כעשוי.

וְלֵא קשה לפי זה קושית המלחמות דלמה לא תועיל לו נמי ללוקח שיאמר אי לא שתקת יהיבנא להמוכר זיבורית דידי שמעולם לא לקחתי ממנו, כנ"ל, דזיבורית זאת אין להמוכר שום זכות קודם הקנין, ונהי דאם הקנה לו זיבורית דידיה יצטרך הבעל חוב לגבות ממנה, אכן זהו דבר חדש ולא אלימות בשעבוד שכבר יש לו בקרקע הלוקח, מה שאין כן אם מחזיר בקנין חדש הקרקע שקנה מן הלוחה הרי לא נתוסף לו אלא קנין בגוף הקרקע, אבל זכותו לפרוע בו חובו כבר היה לו מקודם, כמש"נ.

וְלֵפִי זה נבין היטב דברי רש"י במסקנת הגמרא, דהרי זכות שיש לו למוכר לפרוע חובו בקרקע שמכר עוברת ליורשיו לאחר מיתתו, דהא לפי דברי רש"י בעל חוב גובה מן הלוקח הואיל והקרקע עדיין נחשבת ביד הלוחה לגבי גוביינא, ואם כן הא דגובה מן הלוקח לאחר מיתת הלוחה הוא משום דהקרקע עדיין נחשבת ביד היורשים לגבי גוביינא, דעליהם לפרוע חוב אביהם, ואילו היתה זכות זו כשהיא ביד היורשים משועבדת להבעל חוב היה יכול הלוקח לטעון אי לא שתקת מהדרנא שטרא דזיבורית ליתמי, ועל ידי זה היה מכריח הבעל חוב לגבות מן היתומים שנשאר אצלם הזכות לפרוע חוב אביהם בקרקע זו, אולם אין זכות זו משועבדת לבעל חוב דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב.

וְהוּא על פי הא דאמרינן בפסחים (דף לא.) דיתומים שירשו שטר חוב על אחרים אין בעל חוב גובה מהם, דאמרי ליה אנן מטלטלי שבוק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי, יעו"ש, דהזכות לגבות קרקע לא נחשב קרקע אלא מטלטלין, ועיין ברשב"ם בבבא בתרא (דף קכד.) יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פ"ח, וקאמר רש"י דכי היכי דהזכות לגבות קרקע לא חשיבא קרקע להבעל חוב חשיבא הזכות להגבות קרקע להבעל חוב חשיבא מטלטלין הואיל ואין לו אלא זכות לגבי גוביינא ולא בגוף הקרקע, ולכן אין לבעל חוב שעבוד על זכות היתומים בקרקע של הלוקח לגבי

וְעוּד יש לדקדק דאם הניח להם אביהם מטלטלין הרי גם אם לא מת אין הטורפים גובים מן הלוקחות אלא ממטלטלין דידיה, ועל כרחך צריך לומר דסוגיין מיירי שלא נשאר להמוכר מאומה, לא קרקעות ולא מטלטלין, ובכלל יש לדקדק דמה ענין ירושת מטלטלין לגבי טענת אי שתקת אם מועילה או לא, ועיין בתומים ס"י ק"ט סק"ה שעמד בדברי רש"י.

וְנִרְאָה לבאר כל הענין ובהקדם מה שכתב רש"י בפסחים (דף ל:) ובכתובות (דף נט:.) דהא דשעבוד מהני לבעל חוב שיגבה מן הלוקחות הוא משום דמכירת הקרקע המשועבדת לאו מכירה, ואע"ג דגוף הקרקע נמכרת ללוקח, עדיין נשארת ביד הלוחה לגבי פרעון וגוביינא, ועיימש"נ בש"א פט"ז, ואף לאחר שהלוחה מכר הקרקע עדיין יש לו זכות בגוה לפרוע בה חובו, ומכח זכות זו בעל חוב גובה הקרקע מן הלוקח, ונמצא לפי זה דאם הלוקח חזר והקנה הקרקע להמוכר בקנין גמור לא נתחדש אצל המוכר אלא הקנין בגוף הקרקע להשתמש בה ולאכול פירותיה, אבל הזכות לפרוע בה חובו לא נתחדש אצלו עכשיו על ידי הקנין חדש, דזכות זו מעולם לא יצאה מידו, כמש"נ.

וְהִנֵּה דינא דאי שתקת הוא דכל מה שיכול לעשות הרי זה נחשב כעשוי, והיינו דאם הלוקח יכול להכריח הבעל חוב לגבות אך ורק מן הזיבורית הרי זה מאלם שעבודו של הבעל חוב בהזיבורית ונעשה עיקר השעבוד, ועל כרחו גובה בעל חוב ממנה, ועיימש"נ בש"א פל"א, ולכן אם הלוקח מחזיר הזיבורית להמוכר הרי הוא מכריח לבעל חוב לגבות על ידי השעבוד שיש לו עכשיו בהזיבורית קודם המכירה, דדין גביתו ממנה הוא משום דמכירתה לאו מכירה ונחשבת ביד הלוחה לגבי גוביינא, וזה לא נשתנה כשמחזיר הזיבורית להמוכר על ידי קנין חדש, דהזכות לפרוע חובו על ידה מעולם לא יצאה מידו, כמש"נ, וזכות זו היא השעבוד שבו גובה הבעל חוב, ועל ידי הקנאת הקרקע שנית להלוחה הרי הלוקח מכריחו לבעל חוב לגבות ממנה כיון שנעשה בני חורין, ולכן יכול להכריחו לגבות

בשטר דכתוב בו שבח שגובה מן היתומים מן העידית, והתם אוקמא רבא להא דתאני אברם חוזאה אין נפרעין מנכסי יתומין אלא מן הזיבורית ואפילו הניזקין כרבי ישמעאל, דאלמא לרבי עקיבא הניזקין לעולם דינו בעידית ואפילו מן היתומים, והוא הדין לנכסים משועבדים דכי הדדי נינהו בהאי דינא, וקיימא לן כרבי עקיבא, הלכך ליתיה תוב להאי טעמא דאמר ליה אי שתקיתו שתקיתו וכו', ולעולם הניזקין דינן בעידית, והאי דקתני הכא בזה אחר זה כולם גובין מן האחרון דמשמע אפילו מן הזיבורית, יש לומר רבי ישמעאל היא ולא רבי עקיבא וכאוקימתיה דרבא התם במסכת גיטין, אבל לרבי עקיבא לעולם הניזקין דינן בעידית עכ"ל יעו"ש.

וסוגיא דגיטין שהביא הבעל המאור היא בפרק הניזקין (דף ג), אמר מר זוטרא בריה דרב נחמן משמיה דרב נחמן שטר חוב היוצא על היתומין אע"פ שכתוב בו שבח אינו גובה אלא מן הזיבורית, אמר אביי תדע דבעל חוב דינו בבינונית ומיתמי בזיבורית, אמר ליה רבא הכי השתא בעל חוב דיניה מדאורייתא בזיבורית כדעולא וכו', ומה טעם אמרו בעל חוב בבינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, וגבי יתמי אוקמוה רבנן אדאורייתא, אלא הכא כיון דדיניה מדאורייתא בעידית אפילו מיתמי נמי בעידית, ולרבא והתני אברם חוזאה אין נפרעין מנכסי יתומין אלא מן הזיבורית ואפילו הן ניזקין, והא ניזקין דינן מדאורייתא בעידית, הכא במאי עסקינן כגון שהיתה עידית דניזק כזיבורית דמזיק, ורבי ישמעאל היא דאמר מדאורייתא בדניזק שיימינן, ומפני תיקון העולם תקינו רבנן בדמזיק, וגבי יתמי אוקמוה רבנן אדאורייתא, יעו"ש.

היוצא מסוגיא דגיטין דנחלקו רב נחמן ורבא אם העמידו רבנן תקנתם דאין נפרעים מן היתומים אלא מן הזיבורית להפקיע דין תורה, רב נחמן ס"ל דבכל אופן תיקנו רבנן לגבות רק זיבורית מן היתומים, ורבא ס"ל דלא תיקנו רבנן לגבות מן היתומים מזיבורית אלא לבעל חוב, דבלאו הכי דינו מדאורייתא בזיבורית, ורבנן תיקנו לו בינונית משום נעילת דלת, וביתמי אוקמוה אדאורייתא, אבל ניזק דמן

גוביינא, ואם גבו הקרקע נמי אין לו שעבוד עליה דהוה להו כיתמי שקנו קרקע לאחר מיתת אביהם, כמו שמבואר בפסחים שם, ונמצא דלא היתה מועילה החזרת הקרקע ליתמי לדחות לתובע אצל הזיבורית, וכיון שכן אין לו טענת אי שתקת, כמש"נ.

פרק לג

בו יבואר שיטת הרי"ף לפי הסבר הבעל המאור דהלכה לא מועילה טענת אי שתקת דקיימא לן כרבא בגיטין דלא תיקנו רבנן תקנה להפקיע גביה מהעידית שהיא מדאורייתא.

[כבא קמא ח.] דאמר להו אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו שקליתו, ואי לא מהדרנא שטרא זיבורית למריה ושקליתו כולכו מזיבורית, אי הכי בנזקין נמי נימא הכי, אלא הכא במאי עסקינן ביתמי דלאו בני פרעון נינהו וכו' יעו"ש, ואם הלוקח מחזיר הזיבורית ליתומים לא יוכלו התובעים לגבות ממנה, ולכן אין הלוקח יכול לטעון אי שתקת.

והרי"ף הביא דינא דמכרן לאדם אחד נכנס תחת הבעלים, וכתב דמיירי כגון שלקח עידית באחרונה, וטעמא משום דאמר לא ניחא לי בתקנתא דרבנן יעו"ש, והשמיט הרי"ף הך אוקימתא דמיירי ביתמי דלאו בני פרעון נינהו ולא מהני טענת אי שתקת, ודקדקו מזה הראב"ד והבעל המאור דהרי"ף נקט להלכה כנגד סוגיין וס"ל דאין טענת אי שתקת מועילה לו, יעו"ש, והגם שבהגירסא שלפנינו בהרי"ף נמצא קטע מוקף חצאי עיגול שכתוכו הוזכר דמיירי ביתמי, כבר כתב השלטי גיבורים שגירסת ספרי הרי"ף שהיו בידי הראשונים לא היתה כמו גירסת הספרים שלנו, וגם הרמב"ם פ"ט מלוה ולוה הל"ו הביא דינא דבלקח עידית באחרונה נכנס תחת הבעלים ולא כתב דמיירי בדיתמי, ובמגיד משנה כתב דהרמב"ם ס"ל דלפסק הלכה לא אמרינן אי שתקת, וכן היא דעת הרשב"א והר"ח, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג פל"ד.

והבעל המאור כתב לבאר דעת הרי"ף דלא פסק כסוגיא דשמעתין וז"ל: אלא כיון שראינו להרב ז"ל שפסק במסכת גיטין כרבא

והפקיעו דין תורה, והכא נמי העמידו רבנן תקנתם דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין אפילו להפקיע גבית הניזק מן העידית כדינו דאורייתא, והרמב"ן עצמו כתב דהרי"ף השמיט טענת אי שתקת משום דס"ל דאי שתקת לאו דינא הוא אלא איום בעלמא, ואם התובע פקח לעולם יאמר לכשתחזיר.

ונראה ליישב קושית המלחמות על הבעל המאור ממלוה על פה למאן דאמר שעבודא דאורייתא, כנ"ל, דחלוקות הני תקנות שהוזכרו במתני' דגיטין (דף מח:). דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין ואין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית מתקנתא דאין מלוה על פה גובה מנכסים משועבדים, דהני תקנות דפרק הניזקין תיקנו רבנן מפני תיקון העולם, ולא משום חשש פסידא אלא מפני תקנת השוק, ואם מצינו דלא העמידו תקנת תיקון עולם להפקיע דין תורה גבי יתומים, הוא הדין נמי דלא העמידו גבי לקוחות להפקיע דין תורה, אבל תקנה דאין מלוה על פה גובה אלא מבני חורין למאן דאמר שעבודא דאורייתא תיקנו רבנן משום פסידא דלקוחות הואיל וליכא קלא, כמפורש בבבא בתרא (דף קע"ה:). יעו"ש, ומשום חשש הפסד העמידו תקנתם אפילו להפקיע דין תורה, והא דמלוה על פה גובה מן היתומים כדינא דאורייתא היינו משום דגבי דידהו לא שייך טעמא דפסידא, ורק דרבנן השוו דינא דיתמי לדינא דלקוחות, כמו שכתבו התוס' לעיל בפ"ק (דף י"א:). בד"ה כגון שעשאו אפותיקי, יעו"ש, וכיון דטעמא דפסידא לא שייך אצלם לא העמידו תקנתם להפקיע דין תורה למאן דאמר שעבודא דאורייתא, ועיימש"נ בש"ד פ"ז.

פרק לד

בו יבואר שיטת הרמב"ם דלקח שלש שדות בזה אחר זה נכנס תחת הבעלים אפילו אם לקח עידית באחרונה, ולא הזכיר דהיינו ביתמי אבל כשהמוכר חי יכול לטעון אי שתקת.

[רמב"ם פי"ט מלוה ולוה הל"ן] כתב הרמב"ם וז"ל: מוכרן לאחד זו אחר זו הרי הלוקח נכנס תחת הבעלים, במה דברים אמורים שלקח עידית באחרונה, אבל לקח זיבורית באחרונה כולן גובין

התורה דינו בעידית לא תיקנו רבנן להפקיע דינו וגובה מן העידית אף מן היתומים, והבין מתוך כך הבעל המאור דכמו כן נחלקו רב נחמן ורבא גם בגבית הניזק מן הלקוחות מן העידית היכא דעדיין נשאר זיבורית בני חורין אצל המזיק, רב נחמן ס"ל דרבנן תיקנו דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין אפילו להפקיע דין תורה, ואם כן אע"ג דניזק גובה עידית מלקוחות מדאורייתא אפילו אם נשאר זיבורית אצל המזיק, מכל מקום אהני תקנתא לדחותו אצל בני חורין אע"פ שהן זיבורית, אבל רבא ס"ל דלא תיקנו להפקיע דין תורה, ושפיר גובה ניזק מעידית דלקוחות אע"ג דעדיין איכא זיבורית בני חורין אצל מזיק.

ונמצא לפי זה דהא דמבואר בסוגיין דטענת אי שתקת מועילה כנגד הניזק אזלא אליבא דרב נחמן, אבל לרבא אין ממש בטענה זו, דאף אם יחזיר הזיבורית להמוכר לא נדחה הניזק על ידי כך מן העידית, וכיון דהרי"ף פסק כרבא בגיטין דשטר ששעבד בו עידית להדיא גובה מן העידית אפילו מן היתומים, הוא הדין נמי דניזק גובה עידית מן הלקוחות אפילו אם יחזיר הזיבורית למזיק, ותו ליכא ממש בטענת אי שתקת, כך הוא תוכן דברי הבעל המאור.

והרמב"ן במלחמות השיג עליו וז"ל: אמר הכותב לא מעוקציה ולא מדובשיה, כי מה שהקשה הרב ר' זרחיה בעל המאור ז"ל בכאן יפה הקשה, ומה שתירץ אינו, שאין לנו ראייה לומר מנכסים משועבדים שגובה מן העידית, ואין ללמוד מנכסי יתומים, דהתם לא תיקנו רבנן דינא דאורייתא בשביל יתומים אבל בשביל לקוחות תיקנו, כמו שאמרו דמלוה על פה גובה מן היורשין משום דשעבודא דאורייתא ואינו גובה מן הלקוחות דעבוד רבנן תקנתא ועקרו דינא דאורייתא בשביל תקנתם של לקוחות הכא נמי לא שנא וכו' עכ"ל יעו"ש.

וחילק הרמב"ן בין יתומים ללקוחות, דרק ביתומים ס"ל לרבא דלא עבדו רבנן תקנתא אפילו להפקיע דין תורה, והביא ראייה ממלוה על פה למאן דאמר שעבודא דאורייתא דגובה מן היורשין כדינא דאורייתא אבל אינו גובה מן הלקוחות, דעבדו להו רבנן תקנתא

גובה אלא מן הזיבורית, אמר אביי תדע דבעל חוב דיניה בבינונית ומיתמי בזיבורית, אמר ליה רבא הכי השתא בעל חוב דיניה מדאורייתא בזיבורית כדעולא וכו', אלא הכא כיון דדיניה מדאורייתא בעידית אפילו מיתמי נמי בעידית וכו', איני והתני רבי אליעזר ניותאה אין נפרעין מנכסי יתומין אלא מן הזיבורית ואפילו הן עידית, מאי ואפילו הן עידית לאו אע"ג דכתיב עידית בשטרא, לא האי עידית שפאי עידית כדרבא דאמר רבא הזיק זיבורית גובה מן העידית שפאי עידית גובה מן הבינונית, וגבי יתמי אוקמוה רבנן אדאורייתא, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: מאי עידית דקתני הכא דאע"ג דכתבה בשטר הלואה אינו גובה ממנה, כגון דשפאי עידית לאחר הלואה קפצה מלפניו שאינו יכול לגבות הימנה, כגון שנטלוה מסיקין או נשדפה או שטפה נהר דבטיל ליה תנאיה וכו'. שפאי עידית, לאחר הזיק ועדיין יש לו עידית ובינונית וזיבורית אלא שזו היתה יפה מאד, גובה מן הבינונית דאזל ליה דיניה דאמר ליה היאך נסתחפה שדך ומזולך גרם, ובדין הוא דנדחייה אצל זיבורית, אלא מפני תיקון העולם הוא עכ"ל יעו"ש.

והקשו התוס' בד"ה מאי עידית מהא דקאמר בבבא קמא (דף ז:) אם כן הורעת כחן של ניזקין אצל בינונית וזיבורית, יעו"ש, והיינו דכי היכי דיש לניזק שעבוד על העידית יש לו נמי שעבוד על בינונית וזיבורית, שהתורה ייפה כח, וכמו שכתב רש"י שם, ואם כן למה יופסד כל דינו על שאר נכסי המזיק אם נשתדפה עידי עידית, יעו"ש, ובכלל צריך עיון בדברי רש"י דמה שייך לומר נסתחפה שדהו ומזלו גרם לדחותו מן העידית בלבד ועדיין גובה חובו מן הזיבורית.

והנה נתבאר לן בשי"ג פכ"ט דיש שני עניני שעבוד, שעבוד כללי של ערבות, ושעבוד מיוחד של מקצת קנין במקום קדימת גביתו, ונתבאר לן נמי בשי"ג פט"ו דהא דקאמר התם אם כן הורעת כחן של ניזקין אצל בינונית וזיבורית, היינו דניזק יש לו שעבוד מיוחד של מקצת קנין גם בבינונית וזיבורית, אבל בעל חוב שלא נתייפה כח אין לו שעבוד מיוחד אלא

מן הזיבורית, שהרי אומר לטורף כשיבא לגבות מן השדה שלקח תחלה הנחתי לך מקום לגבות ממנו, ולמה אינו אומר לו הטורף כך אם לקח עידית באחרונה ותגבה אשה ובעל חוב מן העידית שלקח באחרונה, שזו תקנה היא ללוקח והרי אומר לוקח להן אי אפשי בתקנה זו אלא כל אחד מכם יגבה מן הראוי לו עכ"ל יעו"ש.

ומקור לדין זה הוא מסוגיא דבבא קמא (דף ה.), והתם מבואר דהא דנכנס תחת הבעלים היכא דלקח עידית באחרונה היינו כשמת המוכר, אבל אם המוכר עדיין קיים יכול הלוקח לדחותם על ידי טענת אי שתקיתו שתקיתו ואי לא מהדרנא שטרא זיבורית למריה ותגבו כולכם מזיבורית, יעו"ש, אבל הרמב"ם הביא הדין סתמא ולא פירש דמיירי ביתמי, ודייק מזה המגיד משנה דהרמב"ם לית ליה להאי דינא דאי שתקת, וכדעת הר"ח והרשב"א, וגם הרי"ף השמיטו, וכתב הבעל המאור דהרי"ף לא פסק כסוגיא דבבא קמא, משום שדייק מדברי רבא בגיטין (דף ג.) דניזק גובה עידית מן הלקוחות אפילו במקום בני חורין, ואם כן תו ליכא ממשא בטענת אי שתקת, יעו"ש, והרמב"ם במלחמות כתב דאי שתקת לאו דינא הוא אלא איום בעלמא ולעולם יכול הטורף לומר לכי תיהדר, ולהכי לא חש הרי"ף להביאו, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג פל"ג.

אבל הא מיהא הרמב"ם לא ס"ל כדברי הבעל המאור, שהרי להדיא כתב דאם לקח זיבורית באחרונה כולן גובין מן הזיבורית, כנ"ל, והיינו אפילו נזקין, ואולי יש לומר דאזיל בדרך הרמב"ם דטענת אי שתקת לא מועילה ואינה אלא איום בעלמא, והא דפסק הרמב"ם פט"ו טוען ונטען הלי"א לענין מי שאבדה דרך שדהו דיכול הלוקח לדחותו על ידי טענת אי שתקת, וכן פסק הרי"ף בכתובות (דף קט:), יש לומר דהתם הטענה היא מדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, וזה לא שייך גבי לקח עידית באחרונה, דהא המוכר לא היה יכול לדחותו מן העידית.

והנה עיין בגיטין (דף ג.), אמר מר זוטרא בריה דרב נחמן משמיה דרב נחמן, שטר חוב היוצא על היתומין אע"פ שכתוב בו שבח אינו

התוס' בבא קמא שם, יש לומר דהרמב"ם ס"ל דאין לאשה שעבוד של מקצת קנין כלל, ואין כל דינה לגבות אלא מדין ערבות, והרי הבעל נותן לה כל מה שרוצה, והיינו דינא דזיבורית, ולכן לא תועיל לו טענת אי שתקת כלפי האשה, דאי אפשר לאלם שעבודה בזיבורית, דהא לא הוי אלא ערבות.

פרק לה

בו יבוארו דברי הרמב"ם במי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו והיו השדות המקיפות אותה לאחד הבא מכח ארבע דדוחהו בטענת אי שתקת ובדין מה מכר ראשון לשני.

[רמב"ם פט"ו טוען ונטען הל"א] כתב הרמב"ם וז"ל: מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו, בין שהיו ארבע השדות המקיפות אותה לארבעה אנשים, בין שהיו הארבע שדות קניות מאחד, הרי כל אחד מהן דוחהו ואומר שמא דרך שלך על חבירו הוא, לפיכך יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר, וכן אם היו ארבע השדות לאיש אחד שקנה אותן מארבעה אין לו עליו דרך, שהרי אומר לו עתה אם אחזיר לכל אחד שטרו אין אתה יכול לעבור על אחד מהן, ואני קניתי מכל אחד מהן כל זכות שיש לו עכ"ל יעו"ש.

ומקור לדברי הרמב"ם הוא מהא דתנן בכתובות (דף קט"ו), מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו, אדמון אומר ילך לו בקצרה, וחכמים אומרים יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר, ובגמרא קאמר כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה, אדמון סבר מכל מקום דרכא אית לי גבך, ורבנן סברי אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדייהו, יעו"ש, ופסק הרמב"ם כרבנן, אלא דהרמב"ם צירף עוד טעם לדבריו שלא הוזכר בגמרא, והיינו דאמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, ועיין בב"ח סי' קמ"ח שהקשה דלמאי איצטרך ליה הרמב"ם לתרי טעמי. עוד הביא שם הב"ח שיטת המהר"ם מרוטנבורג דלא אמרינן מה מכר ראשון לשני אלא על טענת ודאית, ולא על טענת ספק כגון המוציא מחבירו עליו הראיה, והקשה דאם הרמב"ם פליג עליה וס"ל דאף בטענה קלישא

בבינונית בלבד, והא דגובה זיבורית משום נעילת דלת, היינו משום שיכול להחליף שעבוד מבינונית לזיבורית בשעת הגביה, יעו"ש.

אכן נראה דרש"י ס"ל אליבא דרבא דשפאי עידית נדחה אצל זיבורית דאין בניזק שעבוד מיוחד של מקצת קנין אלא בעידית בלבד, ופליג על הסוגיא דבבא קמא דיש בניזק יפוי כח, ועיימש"נ בשי"ג פט"ז, ולפי זה הא דניזק גובה מן הבינונית הוא מדין חילוף, שיכול להעביר שעבודו מן העידית לבינונית בעידן גוביינא, ואם כן כל זה הוא כשיש לו שעבוד בהעידית, אבל היכא דנשתדפה העידית אמרינן נסתחפה שדהו ומזלו גרם ואבד השעבוד המיוחד של מקצת קנין שהיה לו בנכסי המזיק, אמנם עדיין אית ליה שעבוד כללי על כל נכסי המזיק מדין ערבות, ומעיקר הדין היה יכול ליתן לו פחות שבנכסיו, אלא דמפני תיקון העולם צריך ליתן לו בינונית.

ולענין דינא דאי שתקת ס"ל לרש"י והתוס' דאין טענה זו מועילה אלא כשאינו מפסיד דינו, ונתבאר לן בשי"ג פל"א דטענה זו מועילה לאלם ולחזק כח השעבוד מיוחד של מקצת קנין שיש לו, ולפיכך אינו יכול לדחותו אלא למקום שיש לו בה שעבוד של קנין, ומהאי טעמא אינו יכול לדחות בעל חוב לזיבורית, שהרי שעבודו בבינונית ואינו נוטל זיבורית אלא בתורת חילוף, אבל בניזקין אהני טענתו שהרי יש לו שעבוד של קנין נכסי המזיק, דאל"כ הורעת כח של נזקין אצל בינונית וזיבורית.

והשתא נראה דהרמב"ם למד כפירש"י בסוגיא דגיטין שם, וכפירוש הנ"ל, ונמצא דרבא פליג אסוגיא דבבא קמא ולית ליה יפוי כח הניזק, ואין שעבוד מיוחד של הניזק אלא אצל עידית בלבד, כמש"נ, ואתי שפיר לפי זה למה השמיט דינא דאי שתקת, דסוגיין אזלא אליבא דמאן דאית ליה יפוי כח הניזק, וממילא יכול לדחותו מן העידית ואין בזה משום מפסיד דינו, כמש"נ, אבל הרמב"ם פסק כרבא דאין בניזק יפוי כח, וממילא לא מהני טענת אי שתקת לדחותו מן העידית, שהרי מפסיד דינו, והא דהשמיט הרמב"ם טענת אי שתקת לדחות האשה אצל זיבורית דהא אינו מפסיד דינה, כמו שכתבו

הדרך, ונמצא שבא לדחותו בלי שום טענה כלל, והא מלתא חשבינן ליה כמפסיד דינו, ויכול אידך לומר לו לכשתחזיר, אבל מכיון שזכה בכל טענות המוכר מדין מה מכר ראשון לשני, ורק דאין טענה קלישא דמוכר מועילה ללוקח, מכל מקום יכול לאלם ולחזק טענתו על ידי דינא דאי שתקת, כמש"נ, ועיימש"נ בשי"ג פל"ד לענין למה הרמב"ם השמיט דין אי שתקת דלוקח שלש שדות ולקח עידית באחרונה.

פרק לו

בו יבואר למה אין לוקח ראשון יכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים כשלא השאיר בידו אלא קרקע עידית, ויבואר היאך מועיל דין מה מכר ראשון לשני לגבי אמירת אי אפשר.

[בבא קמא ח: משום דאמר להו טעמא מאי אמור רבנן אין נפרעין מנכסין משועבדים במקום שיש בני חורין משום תקנתא דידי, אנא בהאי תקנתא לא ניחא לי, כדרבא דאמר רבא כל האומר אי אפשר בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו וכו'. פשיטא מכר לוקח בינונית וזיבורית ושייר עידית לפניו, ליתו כולהו וליגבו מעידית, דהא אחרונה היא, ובינונית וזיבורית ליתנהו גביה דמצי למימר להו גבו מבינונית וזיבורית דלא ניחא לי בתקנתא דרבנן, אבל מכר עידית ושייר בינונית וזיבורית מאי, סבר אביי למימר אתו כולהו גבו מעידית, אמר ליה רבא מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, וכיון דאילו אתו גבי לוקח ראשון מצי אגבי להו מבינונית וזיבורית, ואע"פ דכי זבני בינונית וזיבורית אכתי עידית בני חורין הואי, ואין נפרעין מנכסים משועבדים כל זמן דאיכא בני חורין, מצי אמר ליה לא ניחא לי בהאי תקנה, לוקח שני נמי מצי אמר ליה גבי בינונית וזיבורית, דכי זבין לוקח שני אדעתא דכל זכותא דהוה ליה לראשון בגוה זבין. אמר רבא ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון וכו', יעו"ש.

ומבואר בגמרא דאע"ג דלוקח יכול לומר אי אפשר בתקנתא דתקינן רבנן לטובתי, היינו דוקא כשכל הקרקעות בידו, אז מדחהו מאותה שקנה באחרונה לאותה שקנה בראשונה, אבל אם כבר מכר את הראשונה ואין בידו אלא

אמרינן מה מכר ראשון לשני, אם כן מאי טעמא דאדמונ, וכי לית ליה לאדמונ דינא דמה מכר ראשון לשני, יעו"ש, ותרוייהו חדא קושיא נינהו.

והנה עיין בבבא קמא (דף ח.) גבי לוקח שלקח בינונית וזיבורית ולקח עידית באחרונה, דשיטת רש"י והתוס' שם היא דאין הלוקח יכול לדחות לבעל חוב אצל זיבורית על ידי טענת אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא זיבורית למריה, דאם עביד כן הרי הוא מפסיד דינו, ונתבאר לן בשי"ג פל"א דלשיטתייהו טענת אי שתקת מועילה משום דעל ידי כך הוא מאלם כח השעבוד של מקצת קנין המוטל על הקרקע האחרת, וממילא נדחה הטורף לשם, אבל בעל חוב אין לו שעבוד של מקצת קנין אלא בבינונית בלבד, אבל בזיבורית אין לו אלא שעבוד כללי של ערבות, ולא שייכא אלימות בערבות גרידא אלא במקצת קנין, ולכן אינו יכול לדחותו לזיבורית בטענת אי שתקת.

ונראה דהרמב"ם מסכים לעצם סברתו של המהר"ם מרוטנבורג, דהנה יש להסתפק בדין מה מכר ראשון לשני אם היינו שיור בהמכירה לענין טענות, והמוכר הוא הבעל דין, או אם היינו מכירת כח הטענה של המוכר, והלוקח הוא הבעל דין, ועיימש"נ בשי"ג פל"ז, ואם הוא שיור בהמכירה מסתברא דמהני על כל טענות שיכול המוכר לטעון, ואפילו טענה קלישא, דהא לגבי טוען ונטען עדיין הקרקע ברשות המוכר, ולמה לא יוכל לטעון כל מה דמהני ליה, אכן הרי נתבאר לן דהרמב"ם ס"ל דהוי מכירת כח הטענה, ואם כן אין המכירה מאשרת ללוקח לטעון טענות המוכר אלא בטענה מעליא, ולא בטענה קלישא כגון טענת ספק, כנ"ל.

אלא דלזה מהני ליה צירוף טענת אי שתקת, דכיון דיכול להחזירה להמוכר ואז שפיר יועיל לו הטענת ספק לדחותו בלא כלום, הרי זה מאלם ומחזק כח הטענה קלישא שזכה בה מדין מה מכר ראשון לשני, אם כן גם בלי החזרה יכול לדחותו על ידי הטענות שקנה מן ארבעת המוכרים, אבל בלי דין מה מכר ראשון לשני לא היה מועיל לו טענת אי שתקת גרידא, דמה בכך, הרי השתא מיהא אין לו שום טענה כנגד בעל

ודיין הראשון של התקנה הוא לעולם לטובת הלוקח, דעדיף לו שיגבה הטורף מן המוכר ולא ממנו, אבל כשלקח אחר כך גם קרקע שנשארה ביד המוכר אתיין לדין השני שנשתנו השעבודים וכבר עבר עיקר שעבוד הטורף לקרקע שקנה באחרונה, ודין זה פעמים הוא לטובתו, כגון אם הקרקע שקנה באחרונה היא זיבורית, ופעמים הוא לגריעותו, כגון אם היא עידית, והברירה ביד הלוקח אם להניח התקנה במקומה או אם לומר אי אפשר בתקנת חכמים.

והשתא יש להסתפק בהא דיכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים ולעקור השעבוד מן השדה שקנה באחרונה, אם היינו משום דהתקנה תלויה בדעתו ורצונו, ולא תיקנו לו חכמים אלא כשהתקנה היא לטובתו והוא מרוצה בה, ואם גילה דעתו דלא ניחא ליה בהתקנה אז מעולם לא תיקנו דין שני של התקנה בשבילו, ואהני התקנה שלא יוכל הטורף לגבות מן הלוקח כל זמן שיש בני חורין ביד המוכר, אבל לא אהני התקנה לשנות מקום עיקר שעבודו אם אין הלוקח ניחא בה.

אן דלמא איכא למימר דלא תלו חכמים תקנתם ברצון הלוקח, אלא כיון שראו תיקון העולם בדבר נתנו אלימות בשעבוד הטורף בבני חורין, ועל ידי כך העבירו עיקר מקום גביתו אל הבני חורין, ומצד התקנה היה לו להטורף לעולם לגבות מן השדה שהלוקח קנה באחרונה, אלא שיש תקנה נוספת שכל האומר אי אפשר בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו, והיינו שאם אינו רוצה בתקנת חכמים שנתקנה לטובתו נתנו לו חכמים הזכות לומר אי אפשר בתקנה זו ולבטל אלימות השעבוד שתקנו בבני חורין ולהחזיר השעבוד על ידי זה למקומו שמכבר, ואין טענת אי אפשר מגלה שלא היתה כאן תקנה כלל, אלא היא זכות וכח שיכול לחזק ולאלם השעבוד במקום שבו היה מתחלה.

ואם נאמר כצד זה דדין אי אפשר הוא זכות וכח שנתנו לו חכמים למי שנתקנה תקנה לטובתו שאם רוצה יכול לבטלה לגבי דידיה ולהחזיר הדבר לכמו שהיה מקודם, מבואר היטב אמאי למה אין לוקח ראשון יכול לומר אי אפשר כשלא נשאר לו אלא עידית ורוצה לדחות

האחרונה, אינו יכול לומר אי אפשר לדחותו לקרקע שהיא כבר ביד אחרים, והיינו דקאמר ובינונית וזיבורית ליתנהו גביה דמצי למימר להו גבו מבינונית וזיבורית דלא ניחא לי בתקנתא דרבנן, כנ"ל.

והנה באוקימתא שמכר בינונית וזיבורית ושייר לעצמו העידית קאמר בגמרא דפשיטא דאתו כולהו וגובים מעידית דלוקח ראשון ואינו יכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים, ויש לעיין בזה דכיון דחכמים תיקנו דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין לטובת הלוקח, ואם אין הלוקח מרוצה בכך לא תיקנו לו ואוקמוה אדאורייתא, אם כן הכא הרי אין לוקח ראשון רוצה בתקנה זו אלא רוצה לדחות הטורפים לקרקעות שמכר ללוקח שני, ולמה לא יוכל לומר אי אפשר.

וכן יש לדקדק באוקימתא דמכר עידית ושייר לעצמו בינונית וזיבורית, דלוקח שני דוחה הטורפים לבינונית וזיבורית מדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, ויש לעיין היאך שייך דין מה מכר ראשון לשני בטענת אי אפשר, והלא לא תיקנו לו התקנה היכא דאינה לטובתו וכנגד רצונו, והיאך שייך בזה מכירה, וכי מכר לו מדעתו ורצונו.

ובביאור הדברים נראה, דהנה באמת יש שני דינים בהא דתקנו חכמים דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, חדא הוא שאין הטורף יכול לגבות מן המשועבדים במקום דאיכא בני חורין ביד הלוה, ודומה לדין אין נפרעין מן הערב תחלה, כדאיתא בבבא בתרא (דף קע"ג) יעו"ש, ומדין זה אין אנו רואים שינוי בעצם השעבודים אלא דין קדימה בעלמא שאין להניח טירפא מן הלוקחות במקום דאיכא בני חורין, ושוב יש בתקנתא זו דין שני שנשתנו השעבודים, ונתאלם כח שעבוד הטורף בבני חורין יותר משעבודו בעיקר מקום גביתו, וממילא נדחה מקרקע הנמכרת לבני חורין, ומשום הכי אפילו אם הלוקח קנה אחר כך גם קרקע הנשארת כבר נשתנה דין גבית הטורף ואינו גובה מן הלוקח אלא השדה שקנה באחרונה.

לומר דדין אי אפשי לא הוי רק גילוי דעת שעוקר התקנה למפרע אלא הוא זכות וכח להחזיר אלימות השעבוד למקומו, כמש"נ, ולכן שפיר שייך בו דין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

פרק לז

בו יבואר מחלוקת הראשונים בדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ולוקח טוען טענת המוכר אם היינו דוקא כשמכר לו באחריות או אפילו אם מכר לו שלא באחריות.

[בבא קמא ח:] פשיטא מכר לוקח בינונית וזיבורית ושייר עידית לפניו, ליתו כולהו וליגבו מעידית דהא אחרונה היא, ובינונית וזיבורית ליתנהו גביה דמצי למימר להו גבו מבינונית וזיבורית דלא ניחא לי בתקנתא דרבנן, אבל מכר עידית ושייר בינונית וזיבורית מאי, סבר אביי למימר אתו כולהו גבו מעידית, אמר ליה רבא מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, וכיון דאילו אתו גבי לוקח ראשון מצי אגבי להו מבינונית וזיבורית, ואע"פ דכי זבני בינונית וזיבורית, אכתי עידית בני חורין הואי, ואין נפרעין מנכסים משועבדים כל זמן דאיכא בני חורין, מצי אמר ליה לא ניחא לי בהאי תקנה, לוקח שני נמי מצי אמר ליה גבי בינונית וזיבורית, דכי זבין לוקח שני אדעתא דכל זכותא דהוה ליה לראשון בגוה זבין, יעו"ש.

ומצינו בזה מחלוקת הראשונים אם לדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו בעינן מכירה באחריות, דעיין בשיטה מקובצת בשם הראב"ד וז"ל: יכול לוקח שני לומר ללוקח ראשון אתה חייב לפטור אותי מנזקין ובעל חוב ומכתובה ולהגבות אותם בדיניהם כאילו היו כולם אצלך, וזה הטעם בין שמכר ראשון לשני באחריות בין שמכר שלא באחריות עכ"ל יעו"ש, אבל התור"י פליג עליו בכתובות (דף קט:) וז"ל: אי צייתת אתפשר עמך, ואי לא צייתת ותרצה אותו בחנם, אני אלך לאותם שמכרו לי באחריות ואומר לכל אחד ואחד אתה מכרת לי שדה שלימה וזה בא ותובע ממני דרך בואו וסייעו לי וכו', אע"פ שלא הלך להו, כך הדין נותן וכו'.

הטורפים אל נכסי לוקח שני שלקח השדות שקנה בראשונה, דלא תיקנו לו חכמים כח זה כשעל ידי כך יפסיד לאחרים, וכן יבואר הא דאמרין בסוגיין דאם לוי לקח עידית ושייר בינונית גבי שמעון הרי הוא דוחה לטורף אצל בינונית דשמעון מדין מה מכר ראשון לשני, דכיון דטענת אי אפשי היא כח זכות לשמעון יכול למוכרה ללוי בהדי השדה שמכר לו.

אולם עיימש"נ בשי"ג פל"ט דבהא מלתא נחלקו בעלי התוס' בכתובות (דף צב.) יעו"ש, דלהתוס' דין אי אפשי הוא דבמקום דגילה דעתו שאינו רוצה לא תיקנו לו תקנה מעולם, ולרבי שהביאו התוס' שם דין אי אפשי הוא שנתנו לו חכמים זכות וכח לבטל אלימות השעבוד בבני חורין, ואם כן לדעת רבי תתישב הסוגיא, כמש"נ, אבל לשיטת התוס' עדיין צריך עיון, ובשלמא בהא דאינו יכול לומר אי אפשי לדחות הבעל חוב אצל שדות דאחרים איכא למימר דלא תלו חכמים תקנתם ברצונו של לוקח אלא כשאינו מפסיד לאחרים, אבל עדיין קשה היאך שייך דין מה מכר ראשון לגבי אמירת אי אפשי.

ונראה דהך מחלוקת בעלי התוס' תליא בהא דנחלקו הראב"ד והתור"י ביסוד דין מה מכר ראשון לשני, דהראב"ד ס"ל דהלוקח הוא הטוען, וקנה הזכות לטוען כל טענות שהמוכר היה יכול לטוען, והתור"י ס"ל דהמוכר הוא הטוען, דלא נגמרת המכירה עד שתקום השדה ביד הלוקח, ולכן המוכר עדיין בעל דבר לטוען והלוקח מביא טענותיו לבית דין, ועיימש"נ בשי"ג פמ"ג, התוס' בכתובות ס"ל כדברי התור"י דמדדין מה מכר ראשון לשני המוכר הוא עדיין הטוען, ולא מכר לו שום זכות, אלא שהרשה לו לדבר בשמו לפני בית דין, וכל מה שטוען הלוקח הרי זה כמו שהמוכר טענו, ולכן שפיר שייך דין מה מכר ראשון לשני אפילו לגבי אמירת אי אפשי שאינו אלא גילוי דעתו שאינו מרוצה בתקנתא דרבנן, אבל רבי שהובאו דבריו שם ס"ל כדברי הראב"ד דמדדין מה מכר ראשון לשני הלוקח הוא הטוען, ומדאמרין בסוגיין דדין מה מכר ראשון לשני שייך גם לגבי אמירת אי אפשי בתקנת חכמים, מוכרחים אנו

זה טענה גמורה, אלא דמכל מקום דבריו נשמעים בבית דין וחוששים להם, אבל אין בזה זכות טענה שיכול להקנותה ללוקח, ורק טענה הנוגעת להפסד או הרוחת ממון נחשבת זכות ממון שיכול להקנותה ללוקח בהדי מכירת הקרקע.

והנה עיין ברמב"ם פ"ט מלוה ולוה הל"ח וז"ל: מכר הלוח שדה ללוקח ומכרה לוקח ראשון ללוקח שני, וכתב המלוה ללוקח ראשון דין ודברים אין לי עמך וקנו מידו, הרי בעל חוב טורף מלוקח שני אותה השדה, ולוקח ראשון טורף אותה מבעל חוב שהרי כתב לו, ולוקח שני טורף אותה מלוקח ראשון שהרי הוא מכרה לו, ובעל חוב חוזר וטורף משני, וחזורין חלילה עד שיעשו פשרה ביניהן עכ"ל יעו"ש. והשיגו הראב"ד וז"ל: הרביעית שאף לכתחילה אין בעל חוב יכול לטרוף מלוקח שני משום דאמר ליה אי שתקת וכו' עכ"ל יעו"ש. והמגיד משנה כתב דעיקר קושית הראב"ד היא דלמה לא נאמר מה מכר ראשון לשני, וכי היכי דמראשון אינו גובה הוא הדין משני, יעו"ש.

ונראה דהראב"ד בקושיתו אזיל לשיטתו, דהנה היכא דכתב לו דין ודברים אין לי עמך אין בזה שום זכות ויפוי כח להלוקח, אלא סילוק מצד הבעל חוב בעלמא, אלא דכיון דס"ל להראב"ד דמה מכר הוי שיוור בהמכירה בנוגע לעירעור וטירפא, הרי לוקח ראשון הוא הבעל דין וכבר סילק עצמו הבעל חוב מלטעון כנגדו, אבל הרמב"ם יש לומר דס"ל כשיטת התור"ד דלוקח שני הוא הבעל דין ורק דמועילות לו טענות לוקח ראשון, והא מלתא לא שייכא אלא בטענות ולא בסילוק של דין ודברים, כמובן.

פרק לח

בו יבואר שיטת רש"י והתוס' דמכר כל שדותיו והלוקח מכר שדה אחת רצה מזה גובה רצה מזה גובה מיירי בשטר אחד אבל בשתי שטרות נמת'ק השעבוד מן השדה שקנה בראשונה.

[בבא קמא ח:] אמר רבא ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון, והלך שמעון ומכר שדה אחת ללוי, ובא

עכ"ל יעו"ש, ומבואר דבעינן מכירה באחריות לדין מה מכר ראשון לשני.

ונראה דיסוד מחלוקתם מתבאר מתוך דקדוק לשונם, דהנה יש להסתפק בדינא דמה מכר ראשון לשני בנוגע לטענות בבית דין, אם היינו בגדר שיוור בהמכירה, דלגבי כל מה שיכול לטעון הראשון עדיין נחשב הוא הבעלים, שלא נגמרה המכירה עד דמקיים הקרקע ביד הלוקח על ידי טענותיו שהיה יכול לטעון, ועדיין נחשב המוכר קצת בעלים ובעל דבר עד שנסתלקו כל התביעות שבאים כנגד הלוקח מחמתו, והלוקח טוען טענות אלו ואינו צריך להביא המוכר לטעון בשבילו, ומכל מקום הבעל דין העיקר הוא המוכר והטענות דידיה נינהו, או דלמא הלוקח הוא הבעל דין העיקר אלא דמכר לו המוכר כל זכות טענה שיש לו, ונמצא דטענת המוכר מועילה בדין תורה דלוקח.

ובזה נחלקו הראב"ד והתור"ד, דהרי כתב הראב"ד דהלוקח תובע מן המוכר לסלק התובעים כאילו כולם עדיין אצלו, כנ"ל, והיינו משום דלענין זה הוא שייך במכירתו, ואם כן לא שנא באחריות לא שנא שלא באחריות, בין כך ובין כך לא נגמרה מכירתו והריהו הבעל דין לטעון כנגד התובעים, אבל להתור"ד הלוקח מבקש מן המוכר לבא לסייעו בדינו, כנ"ל, והיינו שהלוקח הוא הבעל דין אלא שטענת המוכר מועילה לו, ואין המוכר בעל דין לטעון בדין תורה של הלוקח אי לאו דמכר לו באחריות ועתיד לחזור עליו, אבל הא ליכא למימר דכיון דמכר לו זכות הטענה עצמה, אם כן תהני אף אם מכר לו שלא באחריות, זה אינו, שהרי אינו יכול למכור לו יותר ממה שיש לו, והוא עצמו אין לו זכות לטעון הטענה באותה שעה אי לאו דמכר לו באחריות, ולא דמי לדין מה מכר בנוגע לקנינים דמועיל לו מיד, אבל בטענות אזלינן בתר שעת הטענה, ובאותה שעה אין טענת המוכר מועילה אלא אם כן נשתייר במכירה או מכר לו באחריות, כמש"נ.

והא דאמרינן בהמשך סוגיין לחד לישנא דהמוכר יכול לטעון בעד הלוקח אפילו אם מכר בלא אחריות, דיכול לומר לא ניחא לי דתהוי ליה לשמעון תערומת עלי, יש לומר דאין

וזיבורית דלא ניחא לי בתקנתא דרבנן יעו"ש, ומבואר שאינו יכול לומר אי אפשר אלא לדחותו משדה דידיה לשדה דידיה ולא לשדה דאחר, ואם כן היאך יכול שמעון לומר אי אפשר ולדחות הבעל חוב אצל בינונית שביד לוי, ועיין בש"ך חו"מ סי' קי"ט סק"ד שהקשה נמי כן, ועיימש"נ בשי"ג פל"ט.

אולם נראה דקושיית רבי היא על מה שכתבו התוס' דמשעה שקנה שמעון שדה הראשונה נסתלק שעבוד הבעל חוב ממנה ונשאר שעבודו על הנותרות כנ"ל, ומהאי טעמא אינו גובה מן השדה שקנה שמעון בראשונה ומכרה ללוי, ועל זה הקשה רבי דהיאך נוכל לומר שנסתלק השעבוד מן השדה שקנה ראשונה, והרי מצינו דכששמעון לקח השדה האחרת מן הלוח, והיו כל השדות עדיין בידו, באותה שעה היה שמעון יכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים, והיה הבעל חוב נדחה אצל השדה שלקח בראשונה, הרי להדיא שלא נסתלק שעבודו ממנה, ואין הכי נמי דלאחר שמכר הראשונה ללוי שוב אינו יכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים ולדחותו לבעל חוב אצל שדה שהיא ביד אחרים, כמו שמבואר בסוגיא, מכל מקום כיון שקודם מכירתו ללוי היה יכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים חזינן להדיא דלא נסתלק שעבוד הבעל חוב מן השדה שקנה בראשונה, דאם לא כן היאך יכול לדחות לבעל חוב אצל שדה שכבר נסתלק שעבודו ממנה, וכיון דחזינן דלא נסתלק השעבוד מן השדה שביד לוי, יכול בעל חוב לגבות ממנה, ושפיר מוקים לה אפילו כשלקח שמעון השדות בשני שטרות או יותר.

והתוס' בשם הקונטרס פליגי על דברי רבי, וס"ל דבשעה שלקח שמעון שדה הראשונה נסתלק השעבוד ממנה ושוב אינו יכול לדחות הבעל חוב אצלה, אכן לכאורה קשה לפי זה קושיית רבי, דכיון דאנו רואים דשמעון היה יכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים בשעה שכל השדות היו בידו ולהחזיר אלימות השעבוד למקום שהיה בו מכבר, הרי מוכח מזה דלא נסתלק השעבוד כשהשאר נכסים בני חורין ביד המוכר.

בעל חוב דראובן, רצה מזה גובה רצה מזה גובה וכו' יעו"ש. והובאה מימרא זו גם בכתובות (דף צב.), וכתבו התוס' שם בד"ה ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון וז"ל: פירש בקונטרס בשטר אחד, דבשני שטרות לא אמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה, משום דאינו יכול לגבות מלוי אלא אם כן לקח שמעון אותה שקנה באחרונה מראובן, דאי לקח אחת מאותן שלפני האחרונה לא גבי בעל חוב מלוי, דאמר ליה הניח לך שמעון מקום לגבות הימנו כשקנה את שלי מראובן, ומשעה שקנאה שמעון נסתלק שעבודך ונשאר שעבודך על הנותרות. ולא נהירא לרבי דמצי שמעון למימר ליה מאי טעמא אמור רבנן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש שם בני חורין ואפילו הן זיבורית, משום תקנה דלוקח ראשון, אנא בהך תקנתא לא ניחא לי כדרבא בפרק קמא דבבא קמא (דף ח:), הלכך מצי לפרש בשני שטרות וביותר עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' דאינו גובה מלוי שדה שקנה שמעון בראשונה, משום דבאותה שעה היו ללוח בני חורין ונסתלק עיקר שעבודו משדה זו ועבר להבני חורין, ושוב אין הבעל חוב יכול לגבות ממנה, ואע"ג דבודאי נשאר לו שעבוד של ערבות גם בשדה שביד לוי, ואם שטפה נהר שדה שביד שמעון כודאי גובה משדה דלוי, מכל מקום עיקר דין גביתו הוא בשדה שלקח באחרונה, ואינו גובה משדה שאין בו אלא שעבוד של ערבות במקום שיכול לגבות מעיקר מקום שעבוד אלים דידיה, ועיימש"נ בשי"ג פל"א.

ועל זה הקשה רבי שהביאו התוס' דהרי מצי שמעון לומר אי אפשר בתקנת חכמים ולדחותו לבעל חוב אצל השדות שקנה בראשונה שהן עכשיו אצל לוי כנ"ל, ולכאורה כונתו דאם לוי דוחה הבעל חוב לשמעון לגבות מן השדה שלקח באחרונה, יכול שמעון לומר אי אפשר בתקנת חכמים ולדחות הבעל חוב בחזרה אצל לוי שלקח הבינונית, וקשה טובא דהא אמרינן לעיל בסוגיא, פשיטא מכר לוקח בינונית וזיבורית ושייר עידית לפניו, ליתו כולהו וליגבו מעידית, דהא אחרונה היא, ובינונית וזיבורית ליתנהו גביה דמצי למימר להו גבו מבינונית

ומבואר מדברי התוס' דאם לוי לקח משמעון עידיית שלקח באחרונה אין בעל חוב גובה ממנה, דהא אילו היה בא לגבות משמעון כשהיו כל השדות בידו בודאי היה שמעון אומר אי אפשרי בתקנת חכמים, ומבואר דס"ל להתוס' דכשגילה דעתו דלא ניחא ליה בהתקנה בכהאי גונא מעולם לא תקנו, ומשום הכי אמרינן דהתקנה בטלה מאליה כשלקח עידיית באחרונה ועדיין היו כל השדות בידו, ואפילו בלא אמירה מפורשת דאי אפשרי בתקנת חכמים, דאם לקח עידיית באחרונה אנן סהדי דלא ניחא ליה בהתקנה, ומעולם לא תקנו חכמים בכהאי גונא, אכן לדעת רבי, דאמירת אי אפשרי הוי זכות וכח שנתנו לו חכמים לבטל האלימות שתקנו בבני חורין, בודאי לא נתבטלה האלימות אלא כשנשתמש בכח זה וביטלה, אבל במאי דאנן סהדי שאילו היה הטורף בא לגבות משמעון כשהיו כל השדות בידו שהיה אומר אי אפשרי לא נתבטלה בזה התקנה, דהא סוף סוף לא אמר אי אפשרי בתקנת חכמים.

פרק לט

בו יבואר מה'לוקת המהרש"ל והש"ך בראובן שמכר שדותיו לשמעון ושמעון מכר בינונית ללוי אם לוי דוחה הבע"ח חוב לקרקע דשמעון שלקח באחרונה מדין מה מכר ראשון לשני.

[**בבא קמא ח:**] אמר רבא ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון, והלך שמעון ומכר שדה אחת ללוי, ובא בעל חוב דראובן רצה מזה גובה רצה מזה גובה וכו' יעו"ש. ועיין בתוס' בכתובות (דף צב.) בד"ה ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון וז"ל: פירש בקונטרס בשטר אחד, דבשני שטרות לא אמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה, משום דאינו יכול לגבות מלוי אלא אם כן לקח משמעון אותה שקנה באחרונה מראובן, דאי לקח אחת מאותן שלפני האחרונה לא גבי בעל חוב מלוי, דאמר ליה הניח לך שמעון מקום לגבות הימנו כשקנה את שלי מראובן, ומשעה שקנאה שמעון נסתלק שעבודך ונשאר שעבודך על הנותרות. ולא נהירא לרבי דמצי שמעון למימר ליה מאי טעמא אמור רבנן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש

ונראה דהתוס' ורבי נחלקו ביסוד הך דינא דיכול לומר אי אפשרי בתקנת חכמים, דיש להסתפק אם היא רק גילוי דעת שאינו מרצה בהתקנה ובכהאי גונא מעולם לא תקנו, או אם דין אי אפשרי בתקנת חכמים הוי תקנה נוספת שנתנו לו חכמים זכות וכח לבטל אלימות השעבוד שתקנו בבני חורין, וממילא הדרא דינא דגובה ממקום שהיה בו אלימות השעבוד מעיקרא, ועיימש"נ בשי"ג פל"ו. ויש לומר דהתוס' ס"ל דאי אפשרי בתקנת חכמים לא הוי אלא גילוי דעת שאינו רוצה בהתקנה, ואיגלאי מלתא שלא היה ניחא ליה בהשתנות דיני עצם השעבודים, ואם כן שפיר יש לומר דכשקנה שמעון את השדה הראשונה נסתלק ממנו שעבוד הטורף על ידי התקנה, והא דיכול להחזירו על ידי אמירת אי אפשרי הוא משום דכיון דגילה דעתו הרי נעקרה התקנה למפרע, ואיגלאי מלתא דמעולם לא נסתלק השעבוד מן השדה שקנה בראשונה.

אב"ל רבי ס"ל דאין התקנה נעקרת על ידי אמירת אי אפשרי, אלא שנתנו לו חכמים זכות וכח לבטל האלימות שתקנו בשעבוד הבני חורין, והכריחו לכך מה דס"ל כהראב"ד לענין דין מה מכר ראשון לשני, כמש"נ שם, ולכן אין לומר דבשעה שקנה שדה ראשונה נסתלק השעבוד ממנה, דאם נסתלק השעבוד היאך יכול להחזירו על ידי אמירת אי אפשרי, אלא על כרחך השעבוד במקומו עומד ורק דהשעבוד בבני חורין קודם לו, ושפיר אמרינן רצה מזה רצה מזה גובה אפילו כשקנה השדות זו אחר זו, שהרי שעבודו קיים אצל שניהם.

וסמך לזה ממה שכתבו התוס' בהמשך הדיבור וז"ל: ולי נראה כפירוש הקונטרס דדוקא בשטר א' וכו', וכן אם לקח שמעון עידיית באחרונה ולקח לוי אותה עידיית אינו יכול לגבות מלוי אותה עידיית, מהאי טעמא דלהכי טרחי וזבני ארעא דלא חזיא לך, דודאי אם היו כולם ביד שמעון הבינונית והזיבורית שלקח לפני האחרונה שהיא עידיית היה מגבה לו והיה הרשות בידו כדמפרש טעמא בבבא קמא (סו) וכו' עכ"ל יעו"ש.

מאי קשיא ליה, דנהי שמכר ראשון לשני זכות שתבא לידו, מכל מקום מה שכתב רש"י דמצי למימר הניח לך שמעון בני חורין זה לא אמרינן, ונפקא מינה אם אותה שקנה באחרונה היא עידיית, דלרש"י לא מצי גבי מלוי, ולר"י כיון דמצי שמעון למימר לא ניחא לי בתקנתא דרבנן גובה מלוי וכו' עכ"ל יעו"ש.

וקושית המהרש"ל היא על שיטת רבי שהביאו התוס' דאם לוי דוחה הבעל חוב אצל קרקע שמעון שלקח באחרונה יכול שמעון לומר אי אפשר בתקנת חכמים, והלא מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, וכיון ששמעון יכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים לדחות הבעל חוב אל הקרקע שלקח באחרונה, גם לוי יוכל לומר כן, ומדין מה מכר ראשון לשני הכח הוא ביד לוי ולא ביד שמעון, ואם כן היאך יכול שמעון לומר אי אפשר בתקנת חכמים כשלווי צווח אפשרי וחפץ אני בתקנת חכמים.

והש"ך דחה קושית המהרש"ל בקיצור וכתב דלא אמרינן הכי, ולא נתברר טעמו מתוך דבריו, ואולי כונתו דכל דין מה מכר ראשון לשני הוא דכשמכר לו הקרקע מכר לו נמי כל זכות שיש לו באותה קרקע, ולכן אם שמעון מכר ללוי עידיית שקנה באחרונה, דאמרינן בסוגיין דלוי יכול לעקור שעבוד הבעל חוב מן הקרקע שלקח על ידי אמירת אי אפשרי, וזכה בזכות זה מדין מה מכר ראשון לשני, הרי בעצם אין דינו דבעל חוב לגבות מן העידיית, אלא דנדחה שעבודו אל העידיית הואיל ולקח אותה באחרונה, אז אמרינן דמדין מה מכר יש לו זכות לעקור שעבוד ונשאר כמעיקרא, אבל אם שמעון דחה הבעל חוב לבינונית דלוי באמירת אי אפשרי, והפקיע שעבודו מן הקרקע שלקח באחרונה ודחה אותו להיות גובה מן הבינונית כעיקר דינו, אז אם לוי יטעון אפשרי בתקנת חכמים דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין, ורצוני לאלם ולחזק השעבוד על הקרקע שלקח שמעון באחרונה וממילא יסתלק הבעל חוב מן הבינונית, הרי אין פעולתו בהקרקע שלקח אלא בקרקע אחרת שיש לו לשמעון, ואין מכירת קרקע זו נותנת לו זכות וכח בקרקע אחרת דשמעון.

שם בני חורין ואפילו הן זיבורית, משום תקנה דלוקח ראשון, אנא בהך תקנתא לא ניחא לי כדבא בפרק קמא דבבא קמא (דף ה:), הלכך מצי לפרש בשני שטרות וביותר עכ"ל יעו"ש.

ולכאורה מבואר מדברי רבי שהביאו התוס' דאם לוי דוחה הבעל חוב לשמעון לגבות מן הקרקע שלקח באחרונה, יכול שמעון לומר אי אפשרי בתקנת חכמים ולדחות הבעל חוב אצל לוי שלקח הבינונית, וקשה דהא אמרינן לעיל בסוגיין פשיטא מכר לוקח בינונית וזיבורית ושייר עידיית לפניו, ליתו כולהו וליגבו מעידיית דהא אחרונה היא, ובינונית וזיבורית ליתנהו גביה דמצי למימר להו גבו מבינונית וזיבורית דלא ניחא לי בתקנתא דרבנן יעו"ש, הרי שאינו יכול לומר אי אפשרי בתקנת חכמים אלא לדחותו מקרקע דידיה לקרקע דידיה ולא לקרקע דאחר, ואם כן היאך יכול שמעון לומר אי אפשרי בתקנת חכמים ולדחות הבעל חוב לבינונית שביד שמעון.

והש"ך חו"מ סי' קי"ט סק"ד הקשה קושיא זו וז"ל: ואע"ג דבבבא קמא (דף ה:) אמרינן דלא מצי שמעון למימר הכי היכא דמכר עידיית ושייר בינונית לפניו, היינו אם בעל חוב רוצה לגבות ממנו, אבל אם הבעל חוב רוצה לגבות מלוי ודאי יכול לומר כן עכ"ל יעו"ש. וכונתו דאין שמעון יכול לדחות הבעל חוב ללוי באמירת אי אפשרי בתקנת חכמים כדאיתא בגמרא, אבל אם לוי דחה הבעל חוב לשמעון בטענת הניח לך מקום, יכול שמעון לחזור ולדחותו ללוי באמירת אי אפשרי בתקנת חכמים, ולא נתברר מדברי הש"ך טעמא דמלתא, ועיימש"נ בשי"ג פל"ו.

עוד כתב הש"ך שם וז"ל: ומהרש"ל בבבא קמא סי' י"ז כתב על דברי התוס' והסמ"ג הנ"ל וז"ל, קשה לי הלא סוף סוף גם כן אמר רבא שמכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, ואם כן מאחר ששמעון יכול למימר לא ניחא לי בהאי תקנתא ולדחותו אצל זיבורית שלקח באחרונה, גם כן האי זכותא יש ללוי וכו', הלכך אי קנה שמעון בזה אחר זה, יכול לדחות הבעל חוב לאותה שדה שקנה באחרונה בין היא עידיית או זיבורית עכ"ל, ואין דבריו נראים ולא ידענא

מקרקע שאין בו אלא שעבוד של ערבות במקום שיכול לגבות מעיקר שעבוד דידיה, ועיימש"נ בשי"ג פל"א, וכמו שאם לוקח קנה עידית ובינונית, דיש לבעל חוב שעבוד ערבות בשניהן, ואם שטפה נהר את הבינונית גובה מן העידית, מכל מקום כל זמן שיכול לגבות משעבודו האלים בבינונית אינו גובה מן העידית, כן נמי כשנסתלק שעבוד האלים מן הראשונה מחמת התקנה דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין, אין הבעל חוב יכול לגבות אלא משדה שלקח לוקח ראשון באחרונה, דשם הוא שעבודו האלים, ואם מכר שמעון השדה שלקח בראשונה ללוי אין בעל חוב גובה ממנו הואיל ושעבודו האלים הוא אצל שמעון.

אבן עיין במגיד משנה פ"ט מלוה ולוה הל"ג וז"ל: וכתב בעל העיטור ופירשו רבואתא דוקא בשמכרן לשמעון בבת אחת, דאי בזה אחר זה ולקח זיבורית באחרונה, לא מצי בעל חוב למיגבי בינונית דלוי, דזיבורית דגבי שמעון משתעבד ליה וכמו שיתבאר לפנינו, וכיון ששמעון יכול לדחותו אצל זיבורית שלו, מה מכר לו ללוי כל זכות שתבא לידו, ומתוך כך יש לו ללוי לדחותו אצל זיבורית דשמעון וכו' עכ"ל יעו"ש.

וקישה טובא דלמה הביא הבעל העיטור כאן דינא דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, והלא גם בלאו הכי אין דינו לגבות מבינונית דלוי אלא מזיבורית דשמעון שלקח אותה באחרונה, דהא עבר השעבוד לזיבורית דשמעון כשהיו בני חורין ביד הלוה, וכי היכי דאין בעל חוב גובה מעידית, כן אינו גובה מבינונית שלקח באחרונה, וכמו שכתבו התוס' דמשעה שקנאה שמעון נסתלק שעבודך ונשאר שעבודך רק על הנותרות כנ"ל, ואפילו אם לא מכר שמעון ללוי כל זכויות נוספות שיש לו, עדיין אין בעל חוב גובה מבינונית דלוי כמש"נ, ולמה ליה טעמא דמה מכר ראשון לשני.

ואזלי יש לומר דהבעל העיטור ס"ל כשיטת רבי שהביאו התוס' שם דלא נסתלק השעבוד על ידי התקנה, ולא הוי אלא דין קדימה שצריך לילך להאחרונה קודם להראשונה, וס"ל נמי דדין קדימה זו לא הוי אלא ביד הלוקח,

ובישוב דברי המהרש"ל נראה דאזיל כשיטת הראב"ד דדין מה מכר ראשון לשני הוי כמו שיור בהמכירה, דאין המכירה נגמרת עד שיסתלק מן הלוקח כל תביעות הבאות מחמת המוכר, והרי המוכר הוא הטוען, והוא מאשר הלוקח לדבר במקומו, ועיימש"נ בשי"ג פל"ז, וכיון שכן שייך דינא דמה מכר ראשון לשני בין בקרקע הנמכרת בין בשאר קרקעות דהמוכר, שהרי המוכר הוא הטוען, אבל הש"ך ס"ל כהתוס' רי"ד דהלוקח הוא הטוען, ובכלל המכירה קנה הזכות הנצרכת לו לטענתו, ואם כן כל זה הוא בזכויות בעצם קרקע הנמכרת ולא בשאר קרקעות דהמוכר.

פרק מ

בו יבואר שיטת בעל העיטור דאם לוקח ראשון לקח הזיבורית באחרונה ומכר הבינונית ללוקח שני אין בעל חוב טורף אותה ממנו דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

נבא קמא ח: אמר רבא ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון, והלך שמעון ומכר שדה אחת ללוי, ובא בעל חוב דראובן, רצה מזה גובה רצה מזה גובה וכו' יעו"ש. והובאה מימרא זו גם בכתובות (דף צב.) בשם רבה, וכתבו התוס' שם בד"ה ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון וז"ל: פירש בקונטרס בשטר אחד, דבשני שטרות לא אמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה, משום דאינו יכול לגבות מלוי אלא אם כן לקח משמעון אותה שקנה באחרונה מראובן, דאי לקח אחת מאותן שלפני האחרונה לא גבי בעל חוב מלוי, דאמר ליה הניח לך שמעון מקום לגבות הימנו כשקנה את שלי מראובן, ומשעה שקנאה שמעון נסתלק שעבודך ונשאר שעבודך על הנותרות וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' דאינו גובה מלוי שדה שקנה שמעון בראשונה, משום דבאותה שעה היו ללוה בני חורין ונסתלק עיקר מקום השעבוד משדה זו ועבר להבני חורין, ושוב אין בעל חוב יכול לגבות ממנה, ואע"ג דבודאי נשאר לו שעבוד של ערבות גם בשדה שביד לוי, ואם שטפה נהר שדה שביד שמעון בודאי גובה משדה דלוי, מכל מקום עיקר דין גביתו הוא בשדה שלקח באחרונה, ואינו גובה

פרק מא

בו יבוארו דברי רש"י בראובן שמכר כל שדותיו לשמעון ושמעון מכר שדה אחת לאוי הבעל חוב גובה מעידית דשמעון הואיל ונכנס תחת ראובן ואם אין לו עידית גובה מבינונית דלוי.

[כבא קמא ח:] אמר רבא ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון, והלך שמעון ומכר שדה אחת ללוי, ובא בעל חוב דראובן רצה מזה גובה רצה מזה גובה. ולא אמרן אלא דזבן בינונית, אבל זבן עידית וזיבורית לא, דאמר ליה להכי דייקי וזבני עידית וזיבורית ארעא דלא חזיא לך וכו'. וכתב רש"י וז"ל: רצה, מלוי גובה אותה שדה דאמר ליה שעבודי שקלת. רצה משמעון גובה מזיבורית, דאמר ליה את בעל דברים דידי את, דשקלת כולהו נכסי דראובן עכ"ל יעו"ש. וכתב רש"י דבעל חוב גובה מזיבורית דשמעון, ומימרא זו הובאה גם בכתובות (דף צב.) ושם כתב רש"י דגובה מעידית דשמעון, והיינו משום דבסוגיין מבואר דזבן בינונית ושייר לעצמו עידית וזיבורית, ובכהאי גונא אין בעל חוב גובה עידית אלא זיבורית, ובכתובות רצה רש"י להגיד לנו דאם לא שייר לעצמו אלא עידית בעל חוב גובה אותה ממנו ולא מבינונית דלוי.

ובכתובות שם ביאר רש"י ביתר הרחבה האי דינא דהבעל חוב יכול לטעון לשמעון את בעל דברים דידי את דשקלת כולהו נכסי דראובן וז"ל: רצה מזה גובה רצה מזה גובה, וכדמסיים ואזיל דזבן לוי משמעון בינונית ששעבוד בעל חוב עליה ולא שבק בינונית משל ראובן אצל שמעון, הלכך רצה לגבות משמעון עידית גובה, דאמר ליה אתה לקחת כל השדות ונכנסת תחת ראובן להשתעבד לחובי, וכל זמן שאמצא משל ראובן אצלך כלום לא אטריח את לוי שהניח לי מקום לגבות, רצה מלוי גובה, כגון אם לא ימצא אצל שמעון משל ראובן אלא זיבורית, גובה בינונית מלוי, דאמר ליה לקחת את שעבודי בינונית שדיני מוטל עליה, ואע"ג דאילו לקחה לוי לבינונית זו מראובן והניח אצלו זיבורית לא היה יכול בעל חוב דראובן לחזור על לוי, כדתנן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין ואפילו הן זיבורית, התם

ואינו עובר ללוקח שני אלא על ידי דין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו. אי נמי יש לומר דס"ל כהמהרש"ל דמה מכר ראשון לשני הוי טענת המוכר, ועיימש"נ בשי"ג פל"ט.

ונראה לומר בדברי בעל העיטור, דאיהו סבירא ליה דאע"ג דשמעון יכול לדחות הבעל חוב מן הבינונית שקנה בראשונה לזיבורית שקנה באחרונה, אין לוי יכול לדחותו מבינונית לזיבורית אלא כשניהן בידו, ואם אין בידו אלא הבינונית יכול בעל חוב לתובעה ממנו, דהא יש לו שעבוד כללי של ערבות בה, והרי אומר לו שעבודי בידך, ואין לוי יכול לטעון לך אל שעבוד האלים בזיבורית שביד שמעון, שהרי הדין תורה הוא בין הבעל חוב התובע ולוי הנתבע, ואין שמעון שייך כלל לדין תורה זה, ואין הכי נמי שהיה יכול לתובעו לשמעון לדין אילו רצה, אבל הוא בחר לתבוע את לוי לדין, והרי אין ללוי הך זיבורית הנלקח באחרונה שיכול לדחות בעל חוב אצלה, אולם כיון דשמעון היה יכול לדחות הבעל חוב אצל הזיבורית כשניהן היו בידו גם לוי יכול לדחותו, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

ואין להקשות מהא דאמרינן לעיל (דף ת.), תנו רבנן מכר לאחד או לשלשה בני אדם כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים, בזה אחר זה כולן גובין מן האחרון וכו' יעו"ש, דלפי מה שנתבאר בדעת בעל העיטור למה גובים מן האחרון, ולמה לא יוכלו לגבות מכל מי שירצו, דהא התם ליכא מה מכר ראשון לשני, זה אינו, דהתם כל אחד לקח שדהו מן הלוה, ותיקנו חכמים בשבילו שיוכל לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו, אבל בעל העיטור מיירי בלוקח שני שאין לו מצד עצמו דין הנחתי לך מקום, וכמו שכתבו התוס' בסוגיין בד"ה רצה וז"ל: ואע"ג דאמרינן אין גובין מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין ואפילו הן זיבורית, שאני הכא דכולהו משעבדי ניהו עכ"ל יעו"ש, ולכן אין לו דין הנחתי לך מקום, ואינו יכול לדחות לבעל חוב אלא על ידי דין מה מכר ראשון לשני וכמש"נ.

מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין אפילו הן זיבורית, דאין שעבוד הגוף המוגבל הזה שאינו אלא כנגד שדות שלקח נחשב בני חורין, דאין בני חורין אלא נכסי הלזה עצמו דאיכא עליו שעבוד הגוף גמור ואפילו מגלימא דעל כתפיה.

והנה אם הקנה כל שדותיו לשני בני אדם בבת אחת, מקצתן לזה ומקצתן לזה, כגון שכתב ב' שטרות לשניהם ביום אחד והתנה שיחולו שני הקנינים בסוף היום, הסברא נותנת ששניהם נעשו כרעא דלוה, והרי הם כשני יורשים שירשו נכסי אביהם, ואם חלקו ביניהם קודם שבא הבעל חוב, האחד לקח העידית והשני לקח בינונית, ובא בעל חוב לגבות מהם, הרי הבעל חוב גובה מן הבינונית כמו שהיה גובה מאביהם, ובעל הבינונית חוזר על בעל העידית לשלם לו מחצה, כמו שכתבו התוס' לקמן (דף טו.) בד"ה פשיטא לגבי זה נטל קרקע וזה נטל כספים יעו"ש, וכן נמי בשני לקוחות שנעשו כרעא דלוה הבעל חוב נוטל הבינונית כמו שהיה נוטל מן הלזה, ואינו יכול לגבות מן הלוקח שנטל העידית.

והיה אפשר לומר דאם שמעון נעשה כרעא דלוה כשנטל כל שדותיו, אם כן השתא שמכר הבינונית ללוי, והרי כל השדות ביד שניהם, הרי השתא שניהם הם כרעא דלוה, וכמו שני יורשים או שני לוקחים שלקחו בבת אחת כמש"נ, ואם כן דינא הוא דבעל חוב גובה מבינונית דלוי ולא מעידית דשמעון, כמו שהיה גובה מן הבינונית ולא מן העידית אילו היו שניהן ביד הלזה, ואם כן יכול שמעון לטעון דמהאי טעמא דנכנסו תחת ראובן היה לו לגבות מבינונית דלוי ולא מעידית דשמעון.

ומפני סברא זו כתב רש"י דבעל חוב אומר לשמעון כל זמן שאמצא משל ראובן אצרך כלום לא אטריח את לוי שהניח לי מקום לגבות, וכונת רש"י בזה דאין לוי נעשה כרעא דלוה, דהא לא נשתתף עמו מיד בכל הנכסים, אלא שמעון נטל כל נכסי הלזה ונעשה כרעא דלוה, ואילו מכר כל נכסיו ללוי היה לוי נעשה כרעא דלוה, שהרי נטל כל הקרקעות המשועבדות לבעל חוב, אבל הכא לא נטל כל

הוא דראובן בעל חובו הוא, ואמור רבנן מפני תקון העולם כל זמן שיש אצל בעל חובו כדי חובו לא יטרוף לקוחות, אבל כאן שמעון לאו בעל חובו הוא, ואף עליו מכח טירפא הוא בא עכ"ל יעו"ש. ומיירי כגון שלקח כל השדות בשטר אחד ולא שייך טענת הנחתי לך מקום לגבות ממנו, כמו שכתב רש"י למעלה שם יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג פל"ח.

וצריכים להבין ענין זה שהוא נכנס תחת ראובן להשתעבד לחובו, וכי באמת חל עליו שעבוד הגוף לשלם מגלימא דעל כתפיה. ועוד יש לדקדק שהרי הא דהבעל חוב רוצה לגבות משמעון, הוא מפני שיש לו עידית בלבד ואין ללוקח עוד קרקע פחותה ממנה שיכול לדחותו אצלה, ובגונא שירצה לגבות מלוי הוא רק אם לא ימצא אצל שמעון שיש לו משל ראובן אלא זיבורית, כמו שכתב רש"י כנ"ל, ואם כן כשיש לשמעון רק עידית למה צריך לומר לו לא אטריח את לוי שהניח לי מקום לגבות, כמו שכתב רש"י כנ"ל, ולמה לא יאמר בפשיטות אני רוצה לגבות ממך מפני שיש לך עידית בלבד. ועוד דמה לי שהניח לוי מקום לבעל חוב לגבות, והרי אין טענת הנחתי לך מקום לגבות ממנו היכא דאיירי בשני לקוחות, דהרי נכסי שניהם משועבדים, כמו שכתבו התוס' בסוגיין בד"ה רצה מזה גובה יעו"ש.

ונראה דדין זה דלוקח שלקח כל נכסי הלזה נכנס תחתיו, דומה לדין היתומים שירשו נכסים, דבעל חוב גובה מהם מפני שנכנסו תחת אביהם, דיסוד הסברא הוא דברא כרעא דאבוה, וכן נמי הלוקח שנטל כל נכסיו דלוה נעשה כרעא דלוה, וכמו דכל דין ברא כרעא דאבוה הוא רק לגבי הנכסים משועבדים שירש, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פו.) בד"ה פריעת בעל חוב מצוה יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"ב, ולכן כל שעבוד זה שחל על הלוקח מפני שנעשה כרעא דלוה אינו נוגע אלא אל השדות שלקח ממנו. ויש לעיין אם דין זה הוא מן הסברא או מפני התקנה. וכתב רש"י בסוף דבריו דאע"ג דחל חיוב תשלומין על שמעון שנעשה כרעא דלוה, אין לוי יכול לומר לבעל חוב הנחתי לך מקום לגבות ממנו אצל שמעון, ואין נפרעים

חדשה דנכנס תחת ראובן היה יכול לדחות הבעל חוב מזיבורית דידיה לבינונית דלוי בטענת חביבה עלי, וצריכים להבין היאך מועיל מה שנכנס תחת ראובן לעכבו מלומר חביבה עלי על הזיבורית.

ונראה דלולי הסברא דנכנס תחת ראובן היה ראובן הבעל דבר של הבעל חוב ולא שמעון ולוי, דהא מכירתם לא חלה מחמת השעבוד ועדיין נשאר ביד המוכר לגבי גוביינא, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל:) ובכתובות (דף ט:). יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פט"ז, והרי היו שתי הקרקעות בפנינו ביד הלוח שמכר אותן, וכיון ששמעון הוא הראשון שקנה ממנו הקרקעות יכול הוא לומר זיבורית חביבה עלי ולדחות בעל חוב אל הבינונית, ואפילו כשעברה הבינונית ללוי לא נשתנה סדר גביתה, ובעל חוב גובה אותה מלוי, אבל מכיון דאמרינן דשמעון נכנס תחת ראובן וחל עליו שעבוד הגוף כעין יורשים, כמש"נ, ולגבי השעבוד הגוף שעל שמעון לית כאן שתי קרקעות, שהרי אין בידו אלא אחת, ויכול הבעל חוב ליטלה ממנו, ולא איכפת לן במה דחביבה עליו, ובאמת אם היה רוצה הבעל חוב היה יכול לתבוע מלוי מדין שעבוד נכסים, אכן אינו מחויב לעשות כן אם יכול לתבוע משמעון מדין שעבוד הגוף, שאינו רוצה לטרוח וללכת ללוי אלא רצונו לגבות משמעון וליטול כל מה שבידו, כנ"ל.

פרק מב

בו יבוארו דברי התוס' דטענת להכי טרחי וזבני ארעא דלא חזיא לך מועילה אפילו היכא דלא שייכא הנחתי לך מקום דהיינו דינא דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

[בבא קמא ח:] אמר רבא ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון, והלך שמעון ומכר שדה אחת ללוי, ובא בעל חוב דראובן, רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ולא אמרן אלא דזבן בינונית, אבל זבן עידית וזיבורית לא, דאמר ליה להכי דייקי וזבני עידית וזיבורית ארעא דלא חזיא לך וכו' יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אבל וז"ל: נראה דאיירי שפיר אפילו דשביק בינונית, מכל

הקרקעות אלא אחת בלבד, ולא נעשה על ידי כך כרעא דלוח כמו שמעון, והיינו דקאמר שהניח לי מקום לגבות, ואין זה שייך לדין הנחתי לך מקום לגבות ממנו דאין נפרעים ממשועבדים במקום דאיכא בני חורין, אלא היא סברא מיוחדת שאין לוי נעשה כרעא דראובן כמו שמעון אם לא נטל כל נכסי ראובן משמעון וכמש"נ.

והרא"ש בסוגיין כתב כעין דברי רש"י אבל בשינוי קצת וז"ל: ולא מצי שמעון למימר ליה לך אצל שעבודך שביד לוי, משום דאמר ליה בעל חוב את בעל דברים דידי כי לקחת שעבודי מראובן, ואתה הרחקת שעבודו ומכרת ללוי, איני רוצה לטרוח וללכת אחרי לוי, אלא אקח זיבורית הנמצא בידך, אבל אם לא מכר הבינונית אין הבעל חוב יכול ליקח זיבורית בעל כרחו דשמעון, משום דאמר ליה קרקע זו חביבה עלי איני רוצה להוציאה מתחת ידי וכו'. מיהו צריך לדקדק אם מכר בינונית וזיבורית ושייר עידית ביד שמעון אי מצי גבי מעידית וכו', מיהו נראה כיון ששמעון לקח כל שעבודו של בעל חוב אין לבעל חוב לטרוח ולחזור אחר לקוחות אחרים, אלא כל הנמצא ביד שמעון יקח ואפילו עידית עכ"ל יעו"ש.

ומבואר דשמעון נכנס תחת ראובן להשתעבד לבעל חוב מחמת שלקח שעבודו, דהיינו הבינונית, ולא כמו שכתב רש"י בכתובות דנכנס תחת ראובן הואיל ונטל כל שדותיו, ומכל מקום כתב בסוף דבריו דאם שמעון שייר לעצמו רק עידית הרי הוא נוטלה ממנו, כיון ששמעון לקח כל שעבודו של בעל חוב כנ"ל, וכונתו בזה נראה דמטעמא דנטל הבינונית נכנס תחת ראובן לגבי הבינונית, ומטעם זה יכול ליטול ממנו גם זיבורית אם כבר מכר הבינונית, אבל אין לבעל חוב שום גישה אל העידית שביד שמעון אלא משום דשמעון נכנס תחת ראובן גם לגבי העידית, ולזה בעינן שנטל כל נכסיו.

ויצא לנו מדברי הרא"ש דאם יש לשמעון בינונית וזיבורית יכול לדחות הבעל חוב אל הבינונית בטענה הזיבורית חביבה עלי, אבל אם מכר הבינונית, שוב אינו יכול לטעון שהזיבורית חביבה עליו, הואיל ונכנס תחת ראובן בלקחו הבינונית, ומבואר דלולי סברא

כחן של נזקין אצל בינונית וזיבורית ובעל חוב גובה מן הזיבורית דאם לא כן נעלת דלת בפני לוי, דשאני גבית הניזק מן הבינונית וזיבורית מגבית בעל חוב מן הזיבורית, דהנה נתבאר לן בשי"ג פכ"ט מתוך דברי הנתיבות המשפט שיש שני עניני שעבוד, שעבוד כללי על כל נכסי הנתבע מדין ערבות, ושעבוד מיוחד של מקצת קנין במקום קדימת גביתו, והרי התורה ייפה כח הניזק, אם כן כמו שיש לו שעבוד של קנין במיטב יש לו נמי שעבוד של קנין בכל נכסי המזיק, כמש"נ, אבל בעל חוב שאין בו יפוי כח, כמו שכתבו התוס' שם בד"ה לבעל חוב, יעו"ש, אין לו שעבוד מיוחד של מקצת קנין אלא בבינונית בלבד, ובהא דגובה מן הזיבורית מפני נעילת דלת יש לומר דהיינו בגדר לדידי שוה לי, דיכול להחשיב הזיבורית אצלו ולומר דלדידיה חשיבא קרקע זו כבינונית ולגבותה מדין בינונית, אי נמי יש לומר דאין כח ביד הבעל חוב להחשיב הזיבורית ולהעלותה אצלו לערך בינונית, אלא דמכל מקום תיקנו לו חכמים משום נעילת דלת שיוכל להחליף שעבודו בעידן גוביינא, ולקבל זיבורית תחת הבינונית.

והנה עיין בר"ן בכתובות (דף צב.) וז"ל: דבאמת דינא דבעל חוב בזיבורית אלא דמפני תקנתו אמרו שיגבה מן הבינונית, ואי אמר לא ניחא לי בהאי תקנתא וזיבורית אני רוצה שומעים לו, דאי לא תימא הכי נעלת דלת בפני לוי לגבי זיבורית, והכי איתא בבבא קמא (דף ט:.) וכו' עכ"ל יעו"ש, ובאמת יש לעיין בדבריו, דכיון דס"ל דהבעל חוב יכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים ולאוקמי אדאורייתא דדינו בזיבורית, למה איצטריך לטעמא דאם אין שומעים לו נעלת דלת בפני לוי, והלא בסוגיין ובכמה מקומות מצינו דיכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים אף במקום דאין שום צד נעילת דלת, וצריך לומר דבסוגיין התקנה היא לטובת היחיד במצבו, ולכן יכול לומר אי אפשר, אבל תקנת בינונית היא תקנת השוק כללית לקבוע סדר הגביה, וסלקא דעתין דאינו יכול לסלק עצמו ממנה, אכן משום טעמא דנעילת דלת הניחו לו חכמים לומר אי אפשר ולהדר דינו לזיבורית, היוצא מדבריו דבעל חוב שגובה

מקום הוצרך לטעמא דלהכי טרחי וזבני ארעא דלא חזי לך, דלא מצי אמר ליה הנחתי לך מקום לגבות ממנו כדאמר בסמוך גבי שביק בינונית דכוותיה דשמא בעל חוב בעי זיבורית טפי מבינונית ובעל כרחיה של שמעון היה יכול ליקח טפי פורתא, כדאמרינן לעיל (דף ט:.) דאמר אם כן נעלת דלת בפני לוי ולא איצטריך לטעמא דלהכי טרחי וזבני ארעא דלא חזי לך אלא משום דזבן זיבורית, אבל משום דזבן עידית ושייר זיבורית ובינונית לא איצטריך, דכמו שהיה שמעון יכול לדחותו אצל בינונית וזיבורית, גם לוי יכול לדחותו דמה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבא לידו עכ"ל יעו"ש.

ומלשון התוס' שכתבו נראה דאיירי שפיר מבואר דסלקא דעתין דאם לוי שביק בינונית גבי שמעון הרי הוא יכול לדחות בעל חוב לבינונית דשמעון מעיקר הדין בלי טענת טרחי וזבני, קא משמע לן דעדיין צריך טענת טרחי וזבני אם הבעל חוב רוצה זיבורית, ומבואר דטרחי וזבני הוי טענה ולא רק דין דהבעל חוב מוכרח לילך להבינונית, ויש לעיין איזו טענה היא זו והיאך מועילה, ובכלל דברי התוס' צריכים ביאור, דאי בזבן לוי זיבורית לא שייך לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו וגם לא שייך בזה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, אם כן היאך מועיל לו מה שטוען להכי טרחי וזבני ארעא דלא חזיא לך לפוטרו מן הבעל חוב, ועוד קשה דכיון דבעל חוב נוטל זיבורית טפי פורתא בעל כרחיה דלוקח הראשון דאם לא כן נעלת דלת בפני לוי, כדאיתא לעיל (דף ט:.) יעו"ש, אמאי נחשבת זיבורית ארעא דלא חזיא ליה.

עוד עיין בתוס' בגיטין (דף ג.) בד"ה מאי עידית שכתבו דרבא ס"ל דבשל עולם הן שמין, וכתבו שכן מוכח מסוגיא דידן, יעו"ש, ודבריהם שם אינם מובנים כלל, דהיכן מצאו רמז בסוגיין לדעת רבא בענין בשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין, ועיין ברש"ש שם ובנתיבות המשפט סי' ק"ב סק"א שתמהו על דבריהם.

ונראה לבאר דברי התוס' עפימש"נ בשי"ג פט"ו בהא דקאמרינן לעיל (דף ט:.) דניזק גובה מן הבינונית וזיבורית דאם לא כן הורעת

זיבורית, ואם כן לאו כל כמיניה דבעל חוב להחשיב הזיבורית אצלו כבינונית, דהא סוף סוף לא קפצי עלה זביני ושם זיבורית עליה, ומוכרחים אנו לומר לפי זה דגבית הבעל חוב מן הזיבורית היא משום דיכול להחליף שעבודו מבינונית לזיבורית בשעת הגביה.

ושפיר מובנים לפי זה דברי התוס' הנ"ל, דאם רבא ס"ל דבשלו הן שמין שפיר יכול הבעל חוב להחשיב הזיבורית ולגבותה מדין בינונית, ואין צריכים לתקנה חדשה של העברת השעבוד, ונמצא דהך זיבורית אצל לוקח שני חזיא ליה, דהא אחשבה לבינונית ושעבודו בכינונית, אלא על כרחך דרבא ס"ל בשל עולם שמין, ולא כל כמיניה דהבעל חוב לשנות שומת הקרקע, כמש"נ, וגביתו מן הזיבורית היא חילוף הבינונית, ושפיר טעין לוקח להכי טרחי וזבני ארעא דלא חזי לך ולא קניתי בינונית, ואין לך שעבוד מיוחד אצלי שתוכל להעבירו להזיבורית ולגבות ממנה.

וכפ זה הוא לשיטת התוס' דאין לוקח יכול לדחות בעל חוב אצל זיבורית על ידי טענת אי שתקת הואיל ועל ידי כך הוא מפסיד דינו, ועיימש"נ בשי"ג פל"א דהיינו טעמא משום דהתוס' ס"ל דשעבוד בעל חוב הוא כבינונית בלבד, ורק אם בא לגבות זיבורית תיקנו חכמים שיוכל להעביר שעבודו מן הבינונית לזיבורית, אבל הרא"ש פליג וס"ל דיכול לדחות בעל חוב אצל זיבורית על ידי טענת אי שתקת, וטעמא דידיה משום דחכמים תיקנו שעבוד אלים בזיבורית נוסף לשעבודו בכינונית, ואם כן להרא"ש אי אפשר לפרש טענת להכי טרחי וזבני כמש"נ בדברי התוס', דלדעת הרא"ש זיבורית לעולם הוי ארעא דחזיא ליה, וצריכים לומר דס"ל כפירוש התוס' בכתובות (דף צב:) בד"ה אבל דמיירי ששמעון קנה הקרקעות בזה אחר זה, ועיימש"נ בשי"ג פמ"ג.

ובלאו הכי מוכח דהתוס' התם אזלי בשיטת הרא"ש, שהרי כתבו התוס' התם דלוקח שני אינו יכול לדחות בעל חוב אצל זיבורית דלוקח ראשון על ידי טענת אי שתקת משום דגם מימרא זו מיירי ביתמי, והתוס' בסוגיין בד"ה מצי כתבו להדיא דלא מהני ליה

זיבורית הרי הוא מעביר השעבוד מן בינונית לזיבורית.

ולפי זה נבין יסוד טענת להכי טרחי וזבני ארעא דלא חזיא לך, דס"ל להתוס' כהר"ן דבעל חוב גובה זיבורית חילוף בינונית, דאם גביתו מן הזיבורית הוי משום שיכול להחשיבה אצלו ולאשוויי בינונית לגביה, שפיר הויא האי זיבורית ארעא דחזיא ליה, אלא ודאי דזיבורית הוי ארעא דלא חזיא ליה, ומכל מקום יכול לגבותה חילוף הבינונית דאם לא כן נעלת דלת, ואם כן כל זה לא שייך אלא אצל לוקח ראשון שיש לו גם בינונית גם זיבורית, דכיון שיש לבעל חוב שעבוד אצלו בהבינונית יכול נמי להחליפה וליטול זיבורית במקומה, אבל לוקח שני טרח וזבן ארעא דלא חזיא ליה, ודקדק שלא לקנות קרקע בינונית, ונמצא שאין לבעל חוב תפיסת שעבוד אצל לוקח שני, וממילא אינו גובה מן הזיבורית, וכמו שמצינו למעלה בסוגיין דאין לוקח ראשון יכול לומר אי אפשרי לדחות הגביה ללוי, כמו כן נמי אין הבעל חוב יכול לומר אי אפשרי לדחות הגביה משמעון ללוי.

והשתא נראה דהא מלתא דגבית בעל חוב מן הזיבורית אם הוי משום שיכול להחשיבה כבינונית או אם הוי מדין העברת השעבוד מבינונית לזיבורית, תליא בבעיא דבשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין, דאם בשלו הן שמין אין שומת הקרקע נקבעת על ידי קפיצת הלוקחים עליה אלא על ידי יחס קרקעות הנתבע אהדדי, דאפילו אם יש לו שלש קרקעות מעולות דקפצי זביני על כולנה עדיין נחשבת הגרועה שבהן זיבורית, ואם יש לו שלש קרקעות גרועות דלא קפצי עליהן זביני כלל עדיין נחשבת המעולה שבהן כעידית, דכיון שהיא מעולה כלפי קרקעותיו האחרות נחשבת עידית, והאמצעית נחשבת בינונית והגרועה זיבורית, ואם כן מסתבר דיכול הבעל חוב לומר דלדידיה חשובה הגרועה מן האמצעית מטעם פרטי שיש לו, והרי היא אצלו בינונית.

אולם אם בשל עולם שמין הרי שומת הקרקע נקבעת על ידי קפיצת הלוקחים, דהך דקפצי עלה זביני היא עידית והך דקפצי ולא קפצי היא בינונית והך דלא קפצי כלל היא

פרק מג

בו יבואר דמחלוקת התוס' והרא"ש אם יש דין מה
מכר ראשון לשני לגבי טענת אי שתקת תלויה
במחלוקת הראב"ד והתור"י אם מה מכר הוא
טענת המוכר או טענת הלוקח.

[כבא קמא ח:] אמר רבא ראובן שמכר כל שדותיו
לשמעון, והלך שמעון ומכר שדה אחת ללוי, ובא
בעל חוב דראובן, רצה מזה גובה רצה מזה גובה,
ולא אמרן אלא דזבן בינונית, אבל זבן עידית
וזיבורית לא, דאמר ליה להכי דייקי וזבני עידית
וזיבורית ארעא דלא חזיא לך, ואפילו זבן בינונית
נמי לא אמרן אלא דלא שייר בינונית דכוותיה
דלא מצי אמר ליה הנחתי לך מקום לגבי שמעון,
אבל שייר בינונית דכותה גבי שמעון לא גבי
מיניה, דמצי אמר ליה הנחתי לך מקום לגבות
ממנו, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה מצי אמר ליה וז"ל: לאו
דוקא קאמר האי לישנא, דלא שיך
למימר הכי אלא גבי בעלים ולא גבי לוקח ראשון,
ועיקר טעמא לא הוי אלא משום דמה מכר ראשון
לשני כל זכות וכו', והוא היה יכול לדחותו אצל
בינונית אחרית, אבל אי לא שביק בינונית דכותיה
לא מצי לדחותו אצל זיבורית, דראשון נמי לא
היה יכול לדחותו אצל זיבורית, דאי משום אי
שתקת, יאמר לו לכי תהדר עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' דהיכא דלוקח ראשון
יכול לומר אי שתקת הוא הדין נמי
דלוקח שני טוען כן, דמה מכר ראשון לשני כל
זכות שתבא לידו, והכא היינו טעמא דלא מצי
טועין משום דגם ללוקח ראשון לא היתה מועילה
טענת אי שתקת, דהא ס"ל להתוס' דאין בעל חוב
נדחה לזיבורית על ידי טענת אי שתקת הואיל
ומפסיד דינו בכך, ועיימש"נ בשי"ג פל"א.

ואו"י עדיין צריך עיון לפי שיטת הרא"ש
דלוקח יכול לדחות לבעל חוב אצל
זיבורית על ידי טענת אי שתקת, דאם כן למה
לא יוכל גם לוקח שני לדחותו לזיבורית דראשון
על ידי טענת אי שתקת, דמה מכר ראשון לשני
כל זכות שתבא לידו, ועיין בתורת חיים שהקשה
כן, והתוס' בכתובות (דף צב:) בד"ה אבל אזלי נמי
בשיטת הרא"ש ונדחקו לאוקמי מימרא דרבא
ביתמי תתו לא שיך טענת אי שתקת, כדמשני

אי שתקת דיכול לומר לו לכי תיהדר, ועיין
בפלפולא חריפתא שכתב גם כן דהתוס' דכתובות
אזלי בשיטת הרא"ש ופליגי על דברי התוס'
דסוגיין.

ויתיישב נמי לפי זה מה שהקשינו לדברי
התוס' דבעל חוב גובה זיבורית
בעל כרחו דלוקח ראשון, ולמה לא יאמר לו אי
שתקת ושקלית בינונית שקלת ואי לא מהדרנא
שטרא דבינונית למריה ותדחה אצל בינונית,
ואע"פ דהשתא נמי רוצה ליתן לו בינונית לא
יוכל בעל חוב לומר לו לכי תיהדר, דהא אינו
מפסיד דינו, וכמו שכתבו התוס' לעיל (דף ח.)
בד"ה אי שתקת לגבי כתובת אשה, יעו"ש.

או"י לפימש"נ אתי שפיר דכיון דגבית בעל
חוב מן הזיבורית היא על ידי העברת
שעבודו מן הבינונית, ותיקנו לו חכמים שיוכל
לעשות כן בעל כרחיה דנתבע, דאם לא כן נעלת
דלת בפני לוי, אם כן הכא שבא לגבות זיבורית
פקע שעבודו מן הבינונית ועבר להזיבורית, ואם
כן אינו יכול לדחותו אצל בינונית בטענת אי
שתקת, דהרי הוא מפסיד דינו, דהשתא דינו
בזיבורית ולא בבינונית, כמש"נ.

והנה בסוף הדיבור כתבו התוס' דאם זבן
עידית ושייר בינונית וזיבורית אינו צריך
טענת טרחי וזבני, דכמו שהיה שמעון יכול
לדחותו אצל בינונית וזיבורית גם לוי יכול
לדחותו דמה מכר לו ראשון לשני כל זכות
שתבא לידו, כנ"ל, וצריך עיון דלמה איצטרך
לדין מה מכר ראשון לשני, והלא אין דינו דבעל
חוב לגבות מן העידית ולמה יוכל לתבוע עידית
מלוי דהוצרכנו לדין מה מכר ראשון לשני.

ואו"י יש לומר דבעצם יכול הבעל חוב לתבוע
ללוי מדין כללי דערבות על כל הנכסים,
ואם אין לו אלא עידית גובה עידית, ואילו היה
לו גם בינונית היה יכול לדחותו אצל בינונית
דשם הוא עיקר שעבודו ומקצת קנין שלו, ואין
לוי דוחהו לבינונית דשמעון, דהא לא תבעו
לשמעון, ואינו בעל דבר כלל בדיון בין הבעל
חוב ולוי, להכי איצטרך לדין מה מכר ראשון
לשני, דכיון דשמעון היה יכול לדחותו מעידית
דידיה לבינונית דידיה, הוא הדין ללוי.

שלא החזיק בה יכול לחזור בו משהחזיק בה אינו יכול לחזור, מאי טעמא דאמר ליה חייתא דקיטרי סברת וקבלת. מאימת הואי חזקה, מצי דייש אמיצרי, ודוקא שלא באחריות, אבל באחריות לא. ואיכא דאמרי אפילו באחריות נמי, דאמר ליה אחוי טירפך ואשלם לך יעו"ש, וכן הוא נמי בבבא מציעא (דף יד.) יעו"ש, וכתב רש"י שם דמיירי שלא נתן עדיין מעות המקח, ומכל מקום אם החזיק בה אינו יכול לחזור בו, והוסיף טעמא וז"ל: ואפילו לא נתן מעות, שהקרקע נקנית בחזקה, והמעות עליו מלוה עכ"ל יעו"ש.

והקשו התוס' בד"ה משהחזיק בה אין יכול לחזור וז"ל: בפרק קמא דבבא מציעא

(דף יד.) פירש רש"י אע"ג שלא נתן מעות דקרקע נקנית בחזקה, וקשה אמאי נקט חזקה יותר מסכף ושטר, ועוד מאי קבעי מאימת הוה חזקה, מתניתין היא בפרק חזקת הבתים (כ"ב דף מב.) נעל פרץ וגדר. ועוד מאי קבעי הכא טפי מבשאר דוכתיין. ועוד דדייש אמצריה משמע דריסה בעלמא שהולך סביב המצרים. ונראה לפרש דמיירי שקנאו בקנין גמור בחליפין או בשטר או בחזקה או רפק בה פורתא, ודעתו של אדם אע"פ שקנאו בקנין גמור אם יצאו עוררין יכול לחזור בו וכו' עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג פמ"ה.

עוד יש להקשות על דברי רש"י דאי מיירי דוקא כשלא נתן מעות, אבל משנתן מעות שוב אינו יכול לחזור בו, אם כן למה לא מחתינהו אביי בחדא מחתא, והיה לו לומר עד שלא החזיק בו ולא נתן מעות יכול לחזור בו, אבל משהחזיק בה או משנתן מעות אינו יכול לחזור בו, ולמה השמיט אביי ענין נתינת המעות.

עוד יש לדקדק ללישנא קמא דאביי דמחלק בין מכר באחריות לשלא באחריות, דאם מכר לו באחריות יכול לחזור בו אפילו משהחזיק בה, ולכאורה מה ענין זה לאחריות שכתב לו שאם יוציאו עסיקין השדה מידו יוכל לגבות מעותיו ממשועבדים דמוכר, לחזרה וביטול המקח משהחזיק בו.

ונראה דרש"י למד דאביי מיירי שקנה הקרקע בשטר, דהא קאמר ראובן שמכר שדה לשמעון כנ"ל, ואם לא נתן מעות ולא החזיק בה במה הוי מכירה, וכן מוכח מלישנא בתרא

לעיל גבי כולם נכנסו תחת הבעלים, אבל עיין בפלפולא חריפתא שהוכיח מתוך דברי הטור בסי' קי"ט דלא מיירי בדיתמי, וס"ל נמי כשיטת הרא"ש דלוקח ראשון היה יכול לדחות בעל חוב אצל זיבורית, ואף על פי כן אין טענת אי שתקת מועילה ללוקח שני מדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

ונראה דפלוגתא זו בין התוס' והרא"ש תליא בפלוגתת הראב"ד והתורי"ד ביסוד דינא דמה מכר ראשון לשני, דנתבאר לן בשי"ג פל"ז דהראב"ד ס"ל דהיינו בגדר שיוור בהמכירה לענין כל תלונות, וכשבא בעל חוב לטרוף הרי המוכר הוא הבע"ד ולא הלוקח, אבל התורי"ד ס"ל דהלוקח הוא הבע"ד אלא דטענות המוכר מועילות לו בדינו, יעו"ש מש"נ בזה, והשתא יש לומר דהתוס' ס"ל כהראב"ד דהוי בגדר שיוור במכירתו, ואם כן בודאי בא לוקח ראשון וטוען אי שתקת כי היכי דהיה יכול לטעון מקודם לפני המכירה, ואפילו אם לא בא חשבינן ליה כאילו בא, אבל הרא"ש ס"ל כהתורי"ד דמכר לו זכות טענה שיש לו, ואם כן כל זה הוא בטענה המועילה מדין טענה, אבל טענת אי שתקת מועילה על ידי החזקת כח השעבוד של הזיבורית, כמש"נ בשי"ג פל"א, ומעולם לא מכר לו לוקח ראשון תפיסת יד בשאר נכסיו להחזיק שעבוד בעל חוב המוטל עליהם, ועיימש"נ בישוב קושית המהרש"ל בשי"ג פל"ט, ורק בטענה כגון אי אפשי בתקנת חכמים אמרינן מה מכר ראשון לשני, דאין טענה זו נוגעת אלא להקרקע שתחת יד לוקח שני, ורק בדרך ממילא נוגע לנכסי לוקח ראשון, אבל לא בטענת אי שתקת, כמש"נ, והתוס' דכתובות יש לומר דס"ל נמי כהראב"ד, ולפיכך הוצרכו לדחוק דמימרא דרבא מיירי בדיתמי.

פרק מד

בו יובא דין מכר שדה שלא באחריות ויצאו עליה עסיקין משהחזיק בה אינו יכול לחזור, ויבוארו דברי רש"י דמיירי שלא נתן מעות ואם דייש אמצרי הוי קנין והמעות עליו מלוה.

[בבא קמא ח:] ואמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליה עסיקין, עד

וכתב רש"י בד"ה עסיקין וז"ל: עוררין לומר שלנו היא עכ"ל יעו"ש. וכן כתבו התוס' וז"ל: פירוש עוררים, אבל אין לפרש אנסים, דאם כן אפילו באחריות משהחזיק בה אמאי יכול לחזור לימא ליה מזלך גרם עכ"ל יעו"ש. והני אנסים שהזכירו הם אותם שבאו מחמת המוכר, וכן כתב הרמב"ם פ"ט מכירה הל"ה יעו"ש, דאם באנסים דעלמא שבאו לאחר שהחזיק במקחו, למה סלקא אדעתין שיוכל לחזור בו, ולמה צריך לטעמא דמזלך גרם, אלא מוכח דאתו מחמת המוכר, וקא משמע לן התוס' דאינו יכול לחזור, דאומר לו מזלך גרם.

והתוס' בד"ה משהחזיק בה אין יכול לחזור הביאו דברי רש"י בבבא מציעא (דף י"ד), דהיינו טעמא משום דקרקע נקנית בחזקה, והקשו עליו וז"ל: ועוד מאי קבעי מאימת הוי חזקה, מתניתין היא בפרק חזקת הבתים (ב"ב דף מב.) נעל גדר ופרץ. ועוד מאי קבעי הכא יותר משאר דוכתין וכו' עכ"ל יעו"ש. ולכן פירשו התוס' דדייש אמצרי לא הוי משום מעשה קנין דחזקה, אלא מתנאי מקח וממכר יעו"ש.

והנה במתניתין שם קאמר דמחזיק צריך חזקת שלש שנים, ולפעמים גם חזקת שלש שנים לא מהניא, במה דברים אמורים במחזיק, אבל בנותן מתנה והאחין שחלקו והמחזיק בנכסי הגר נעל גדר ופרץ כל שהוא הרי זו חזקה יעו"ש, ומפרש בגמרא בהמשך שם (דף נב.), במה דברים אמורים בחזקה שיש עמה טענה, כגון מוכר אומר לא מכרתי ולוקח אומר לקחתי, אבל חזקה שאין עמה טענה, כגון נותן מתנה והאחין שחלקו והמחזיק בנכסי הגר, דלמיקני בעלמא הוא, נעל גדר ופרץ כל שהוא הרי זו חזקה יעו"ש. הרי שמדמה מוחזק לקנין, והיינו משום דלא חשיב מוחזק אלא בתפיסה שיש בה קנין, כמו שמבואר בבבא מציעא (דף ח.) יעו"ש, ותרווייהו מועילים משום הוראת בעלות, ולא חשיב המחזיק בנכסי חבירו מוחזק בתפיסה והשתמשות בעלמא, דאין בזה הוראת בעלות כשהמרא קמא מערער, ולכן צריך חזקת שלש שנים, אבל במקום שאין עוררים, גם בנעל גדר ופרץ כל שהוא יש בזה הוראת בעלות, וקונה בקנין חזקה. וכל זה הוא בקרקעות, אבל

דמכרה באחריות, ומסתמא היינו בשטר שכתוב בו אחריות, וכל קונה קרקע בשטר בלבד ועדיין לא נכנס לתוכו להשתמש בו, הרי זה כאילו הסכימו ביניהם שיוכל לחזור בה אם יצאו עליה עוררים או אם יתעוררו שאר בעיות שאינו רוצה לטפל עמהם, וכל זה הוא אם לא נתן מעות, דכל זמן שלא שילם עדיין לא בא לידי החלטה גמורה לקנות הקרקע, ומשום הכי לא הזכיר אביי נתינת מעות, דזה פשוט דמשנתן מעות החליט לקנות ואינו יכול לחזור בו, וכל הדיון הוא כל זמן שלא נתן מעות.

ל"ישנא קמא קאמר אביי דאם החזיק בה ועשה בה קנין גמור, שעירבה עם שדותיו, כמו שכתב הרמב"ם פ"ט מכירה הל"ב יעו"ש, בזה גילה דעתו שרוצה בהקנין ונעשה שלו, ושוב אין לו תביעה על המוכר כל זמן שלא הוציאו עוררים הקרקע מידו. אכן כל זה הוא כשלא היה כתוב אחריות בהשטר, אבל אם היה כתוב בו אחריות עדיין יכול לחזור בו, ואין המוכר יכול לטעון חייאת דקיסרי סברת וקבלת, דכיון דזה לא רצה לקנות בלא אחריות חזינן ביה דאינו מקבל חייאת דקסרי. וללישנא בתרא קאמר אביי דאפילו באחריות יכול לטעון חייאת דקיסרי סברת וקבלת כיון שהחזיק בה, ואי משום אחריות שכתב לו, יכול לומר לו אחוי טירפך ואשלם לך, שלא קיבל עליו אחריות אלא אם הוציאוהו מידו, ופשוט.

פרק מה

בו יבוארו דברי רש"י בקונה שדה ויצאו עליה עסיקין דמשהחזיק בה בדייש אמיצרי אינו יכול לחזור בו דהך דייש היא מדין קנין חזקה, ואע"ג דחזקה הוי בנעל גדר ופרץ.

[**בבא קמא ח:**] ואמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליה עסיקין, עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו, משהחזיק בה אינו יכול לחזור, מאי טעמא דאמר ליה חייאת דקיסרי סברת וקבלת. מאימת הואי חזקה, מכי דייש אמיצרי. ודוקא שלא באחריות, אבל באחריות לא. ואיכא דאמרי אפילו באחריות נמי, דאמר ליה אחוי טירפך ואשלם לך יעו"ש.

ונראה, פשוט דבלישנא קמא אינו צריך לכך, דהא טעמא דבמכר שלא באחריות אינו יכול לחזור מבואר בגמרא משום דאמר ליה חייתא דקטרי סברת וקבלת כנ"ל, והך טעמא לא שייך אלא בקונה שלא באחריות, אבל אם קנה באחריות וחש על הפסדו, ליכא למימר חייתא דקטרי סברת וקבלת, אבל בלישנא בתרא לא הוי טעמא דאינו חוזר משום דאמר ליה חייתא דקטרי סברת וקבלת, דהא גם במכר באחריות אינו חוזר, אלא היינו טעמא משום דאמר ליה אחוי טירפך ואשלם לך, דכל זמן שלא הוציאו העוררים השדה מידו אין הלוקח יכול לבטל המקח ולעכב המעות בידו, וקאמר בגמרא בלישנא בתרא דטענה זו מועילה להמוכר אפילו אם מכר לו באחריות, והוקשה לו לרש"י לשון אפילו, דמשמע דיש חידוש נוסף היכא דקיבל עליו אחריות, ועל זה כתב רש"י דסלקא דעתין דאם קיבל עליו אחריות יכול הלוקח לומר דהואיל וסופו לחזור עליו אם העוררים יוציאו השדה מידו, השתא נמי יוכל לבטל המקח ולעכב המעות בידו, קא משמע לן שאפילו אם קיבל אחריות עדיין יכול המוכר לטעון אחוי טירפך ואשלם לך.

אכן עדיין יש לדקדק בדברי רש"י דלמה יש חידוש נוסף בקיבל עליו אחריות, הלא גם אם לא קיבל אחריות סופו לחזור עליו אם העוררים יוציאו השדה מידו, דאם זכו בדין והוכיחו שהשדה היתה שלהם נמצא דזה המוכר מכר שדה גזולה ללוקח, והמעות ששילם הלוקח להמוכר גזולים הם בידו, ובודאי חייב להתחזיר לו מעותיו אפילו אם לא קיבל עליו אחריות, ואם כן גם בלא קיבל עליו אחריות הוה אמינא דיכול הלוקח לומר דהואיל וסופו לחזור עליו יוכל לבטל המקח ולעכב המעות בידו, ולמה יש חידוש נוסף בקיבל עליו אחריות.

והנה עיין ברא"ש וז"ל: איכא דאמרי אפילו באחריות נמי וכו', ונראה דמיירי שלא נתברר הערעור עדיין, אלא בא אדם וערער ואמר שדה זו גזלה ראובן ממני ואני רוצה להביא שטר, ומשום דברים בעלמא לא יבטל שמעון כחו של ראובן, אבל אם ראו בית דין אמתלא בדברי המערער, כגון שהביא שטר שאינו מקוים

המטלטלין שתפיסה עדיפא, שהחפץ תפוס בידו ממש, אין ערעור המרא קמא מגרע ההוראת בעלות, והרי הוא מוחזק במטלטלין אפילו במקום ערעור.

ולפי זה יש ליישב דברי רש"י דדייש אמצרי דסוגיין הוי מדין קנין, דדייש אמצרי עדיף מנעל גדר ופרץ כל שהוא, דכשדייש אמצרי מערב בשדה הנקנית עם שדותיו, וכיון שיש כאן ערעור דעסיקין לא סגי בנעל כל שהוא להראות בעלותו, אלא בעינן דדייש אמצרי, אבל לא אלים ערעור העסיקין כמו ערעור המרא קמא, ובמקום עסיקין שפיר איכא הוראת בעלות בדיש אמצרי, אבל בערעור מרא קמא גם דייש אמצרי לא מועילה להראות בעלות, וצריך חזקת שלש שנים, ולכן בכל קנין חזקה לא הוזכר דייש אמצרי, דסגי בנעל גדר ופרץ כל שהוא, ורק במקום ערעור בעינן הוראת בעלות מעולה דדייש אמצרי.

פרק מו

בו יבוארו דברי רש"י דאם המוכר קיבל אחריות המקח ויצאו עליו עוררים סלקא דעתין דיכול הלוקח לטעון דהואיל וסופו לחזור על המוכר יבטל המקח מיד ויעכב המעות בידו.

[כבא קמא ח:] ואמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליה עסיקין, עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו, משהחזיק בה אינו יכול לחזור, מאי טעמא, דאמר ליה חייתא דקטרי סברת וקבלת וכו', ודוקא שלא באחריות, אבל באחריות לא, ואיכא דאמרי אפילו באחריות נמי, דאמר ליה אחוי טירפך ואשלם לך יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה ואיכא דאמרי דאפילו באחריות נמי וז"ל: אפילו קבל אחריות עליו, דיש לומר הואיל וסופו לחזור עליו, עכשיו נמי יחזור ויטלנה, אפילו הכי אינו יכול לחזור עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק בדבריו שלא כתב הך טעמא דהואיל וסופו לחזור בלישנא קמא דאם מכר לו באחריות יכול לחזור, ונטר עד האיכא דאמרי דאפילו באחריות נמי אינו יכול לחזור, וכתב דאע"ג דסופו לחזור עליו אינו יכול לחזור, ולמה לא כתב הך טעמא מיד בלישנא קמא.

זיל טרח זבין ואייתי ליה כסף וכו' קא משמע לן. יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה רב הונא אמר וז"ל: לא קשיא קראי דלעיל כסף ומיטב, דהכי קאמר רחמנא או כסף יתן לו או מיטב שדותיו, והא דלא איירי רב הונא עד הכא, משום דבעי לאסוקי למלתא דרבי ישמעאל ורבי עקיבא דבעו לעיל כשהן שמין אותן בשלו הן שמין כו', ועד הכא קמיירי ואזיל עכ"ל יעו"ש. ומבואר דרב הונא בא ליישב סתירת הפסוקים דבחד קרא כתיב מיטב ובאידיך כתיב כסף, וקאי על הא דאמרינן לעיל (דף טז.) רמי ליה אביי לרבא כתיב מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם, מיטב אין מידי אחרינא לא, והתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין וכו' יעו"ש.

והנה אביי לא הקשה מסתירת הפסוקים, ולא הוקשה לו אלא הא דתניא דיכול לשלם אפילו בסובין, אבל רב הונא לא הזכיר ברייתא דסובין ולא קאמר מידי בנוגע לסובין, ורב נחמן הוא דהקשה עליו מן הברייתא כנ"ל, והיינו משום דאביי ס"ל דעיקר דין התשלומין הוא בכסף, כמו בכל חיובים, ואלא דהתורה אמרה שאם בא לשלם בשוה כסף צריך ליתן לו דבר חשוב, ואין כאן סתירה בין הפסוקים, וכל קושייתו היתה מברייתא דסובין דזה סותר לדין מיטב, דעדיין לא אסיק טעמא דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע (דף טז.) דאי לא מזדבין הכא מזדבין במתא אחרייתא, אבל רב הונא ס"ל דעיקר התשלומין הוא ליתן לו מיטב, ולכן הוקשה לו קרא דכסף, ומשני או כסף או מיטב, והיינו דגם כסף חשיב מיטב, כמו שכתבו התוס' בד"ה רב הונא אמר או כסף או מיטב וז"ל: ורב הונא סבר דלא הוי מיטב אלא או כסף או קרקע עכ"ל יעו"ש. ורב נחמן פריך מברייתא דסובין, ומוקים לה רב הונא בדלית ליה, ולהכי אם אין לו כסף או מיטב נותן לו כל מה שתחת ידו, דהא סוף סוף הרי הוא מחויב תשלומין.

ועיין ברש"י בד"ה בדלית ליה וז"ל: לא כסף ולא שדות עכ"ל יעו"ש, ולא כתב רש"י לא כסף ולא מיטב אלא לא כסף ולא שדות, ומבואר מדקדוק לשונו דאם יש לו שום שדות, ואפילו זיבורית, אינו יכול ליתן לו סובין אלא

וכו', לא יוציא שמעון המעות מתחת ידו אלא ימתין וכו', דהפוכי בי מטרתא למה לי וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דסוגיין מיירי שבא אדם וערער ואין לנו ממנו אלא דברים בעלמא, ולפי זה צריכים לעיין דהיאך כתב רש"י דסלקא דעתין שיוכל הלוקח לטעון הואיל וסופו לחזור עליו השתא נמי יחזיר לו השדה ויעכב המעות בידו, וכי איזו טענה היא זו, מי יימר שביא המערער שום ראיה לדבריו, ומי יימר שיצליח להוציא הקרקע מתחת ידו, ואין כאן אלא דברים בעלמא, כמו שכתב הרא"ש, ולמה יעלה על הדעת שיוכל לעכב המעות בידו בשביל כך.

אולם נראה דבשביל כך לא סלקא דעתין שיש לו טענה זו אלא כשקיבל עליו המוכר אחריות, דכיון שהמוכר קיבל על עצמו להבטיח מעות הלוקח שלא יפסידם, אם כן כל זמן שנתעורר שום חשש סכנת המעות הרי מוטל על המוכר לשמור עליהם שלא יופסדו, וכיון שבאו עוררים ומוטל על המוכר להבטיח מעות הלוקח, והשמירה הכי מעולה היא שישארו המעות ביד הלוקח, שאם ישלם להמוכר ואחר כך יצטרך לחזור ולגבות ממנו, אולי לא ימצא נכסים למוכר לגבות מהם, ולכן סלקא דעתין שאינו צריך לשלם למוכר, קא משמע לן דאין חיוב אחריות מחייבו עד כדי כך, אלא אומר לו אחוי טירפך ואשלם לך, דאם הוציאו העוררים השדה מידו אז חייב להעמיד לו מעותיו. וכל זה הוא כשקיבל עליו אחריות, אבל אם לא קיבל עליו אחריות, אין שום הוה אמינא שיוכל לעכב המעות בידו הואיל וסופו לחזור עליו אם העוררים יוציאו השדה מידו, דאין זה טענה כלל הואיל וכעת עתה אין כאן אלא דברים בעלמא וכמש"נ.

פרק מז

בו יבואר מחלוקת רש"י והרא"ש א"יבא דרב הונא דאמר או כסף או מיטב, ובדלית ליה אפילו סובין, אם המזיק יש לו זיבורית אם צריך ליתנה להניזק או אם יכול ליתן סובין.

[בבא קמא ט.] רב הונא אמר או כסף או מיטב, אייתיביה רב נחמן לרב הונא ישיב לרבות שוה כסף אפילו סובין, הכא במאי עסקינן בדלית ליה, אי דלית ליה פשיטא, מהו דתימא אמרינן ליה

שוה כסף ככסף, הוא הדין נמי דשוה מיטב כמיטב, ויש בתשלומין על ידי סובין קיום דין מיטב, אכן למה הוצרך לכך, והלא אפילו אם אין בזה קיום דין מיטב יתן לו סובין דהא מוטל עליו לשלם בעד מה שהזיק.

ונראה דס"ל להרא"ש דהא דיכול לשלם בסובין והא דלא אמרינן ליה זיל טרח וזבין אינם שני ענינים נפרדים, אלא אי לאו טעמא דכל מילי מיטב היה יכול לומר לו זיל טרח וזבין, וכן מדויק בלשון הרא"ש שכתב כל מילי מיטב הוא ולא מצי אמר ליה זיל טרח וזבין כנ"ל, דכיון דהתורה חייבה אותו לשלם במיטב אינו יכול לפטור עצמו בדבר שאינו מיטב אלא צריך לטרוח ולהביא, אבל כיון דכל מילי מיטב יכול ליתן לו סובין, שהרי יש בו קיום דין מיטב, ומכל מקום אם יש לו כסף או מיטב צריך ליתן אותו לניזק, דזהו עיקר דין מיטב, ואם אין לו אלו יכול לקיים דין מיטב בסובין.

ודומה למה שכתבו התוס' בד"ה רב הונא אמר וז"ל: ובעל חוב אי אית ליה זוזי לא מצי לסלקו אלא בזוזי, כדמוכח בהכותב (דף פו.). גבי ההוא תולה מעותיו בנכרי הוה, ואי לית ליה זוזי לא יאמר לו זיל טרח וזבין ואייתי זוזי כדאמר התם עכ"ל יעו"ש. והיינו דעיקר דין תשלומין לבעל חוב הוא בכסף ממש, דזוזי יהיב זוזי שקיל, ואם אין לו משלם גם בשוה כסף, דהא שוה כסף ככסף, ויש בזה נמי קיום דין תשלומי כסף, ומשום הכי לא אמרינן ליה זיל טרח וזבין, והכא נמי הוצרכנו לדין שוה מיטב כמיטב כדי שלא יוכל לומר לו זיל טרח וזבין.

נותן לו הזיבורית, וצריכים לעיין מהי המעליותא של זיבורית יותר מסובין לגבי תשלומי נזק, ואם נקטינן דבשלו הן שמין, יש לומר דצריך ליתן לו זיבורית, דהיינו עידית דידיה, אכן לפימש"נ בשי"ג פ"כ דרב הונא ס"ל בשל עולם הן שמין, למה צריך ליתן לו זיבורית.

ואפשר לבאר דברי רש"י על פי שיטת הנמוקי יוסף לקמן (דף לג:) דמלבד מה שהתורה זיכתה לניזק לגבות מסוג קרקע שהיא עידית, זיכתה לו נמי התורה יפוי כח בעצם הגביה שתהא באופן דעדיף ליה יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג פט"ז, והנה מסתברא דכל קרקעות, ואפילו זיבורית, חשיבי יותר מכל מטלטלין, ואפילו המעולין שבהן, דקרקע הוי רכוש שיש לו קיום, ולכן אע"ג דבין זיבורית ובין מטלטלין אין להם תורת מיטב אליבא דרב הונא, מכל מקום יכול לגבות זיבורית מן המזיק משום יפוי כח הניזק בעצם הגביה.

אולם מדברי הרא"ש משמע דפליג בזה על דברי רש"י וז"ל: אם אין לו כסף או מיטב, כל מילי מיטב הוא, ולא מצי אמר ליה זיל טרח וזבין, ואי אית ליה כסף או מיטב לא יתן לו שוה כסף וכו' עכ"ל יעו"ש. ולא כתב דברי רש"י דבדלית ליה היינו אם אין לו כסף או שדות, אלא היינו אם אין לו כסף או מיטב, ואז נותן לו שוה כסף, ומבואר דיכול ליתן לו סובין ואינו צריך ליתן לו קרקע זיבורית, ולית ליה יפוי כח הניזק לענין זה.

ויש לדקדק בדבריו דלמה ליה טעמא דכל מילי מיטב, ולכאורה כונתו בזה דכמו דאמרינן

שער יד: בענין ערב ופורע חובו של חבריו

ובו כ"ה פרקים

פרק א

בו יבואר הא דמשמע בגמרא דלא הוצרך קרא אלא למיפ"ף דערב סתם משתעבד אבל הא דקב"ץ משתעבד ידעינן מן הסברא, ויבואר היאך ילפינן התחייבות דממון מחיוב שאין בו ממשות.

[כבא בתרא קעג:] אמר רב הונא מנין לערב דמשתעבד, דכתיב (בראשית מג, ט) אנכי אערבנו

מידי תבקשנו. מתקיף לה רב חסדא הא קבלנות היא, דכתיב (שם מב, לו) תנה אותו על ידי ואני אשיבנו וכו' יעו"ש. ויש לדקדק דהיאך ילפינן מיעקב ויהודה דין ערב לחייבו ממון. ואולי יש לומר דלא הוי אלא אסמכתא בעלמא, אכן עדיין יש לדקדק דהנה רב חסדא לא אמר התינח קבלן, דהרי לזה על כל פנים יש לנו דרשא, אבל עדיין מנלן דערב סתם משתעבד,

פרק ב

בו יבואר הא דאם התנה המלוה שאפרע ממי שארצה הרי יכול לתבוע מהערב תחלה, אבל רק היכא דאין נכסים ללוה, אבל אם יש נכסים ללוה דינו כסתם ערב ואינו תובע הערב תחלה.

[בבא בתרא קעג:] ואם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה יפרע מן הערב וכו', אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן לא שנו אלא שאין נכסים ללוה, אבל יש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב וכו', יעו"ש.

ובביאור החילוק בין יש לו נכסים ללוה לאין לו נכסים ללוה היה אפשר לומר דכל זה היה בכלל תנאו, שכונתו במה שהתנה ממי שארצה אפרע היתה, היכא דאין לו נכסים ללוה, שלא יצטרך למושכו לבית דין לתבוע ממנו שילוח מאחרים לשלם חובו וכדומה, אלא מיד הוא הולך אל הערב כשאין נכסים ללוה, אכן אם יש נכסים ללוה לא התנה מידי, ולכן הדין הוא דלא יפרע מן הערב תחלה ככל ערב, ואע"פ שאמר ממי שארצה אפרע, לא התנה אלא בגונא שאין לו נכסים, אמנם אפילו כשאין שום הוכחה דכן היה בדעתו מלשון ממי שארצה אפרע, מכל מקום אמרינן דמסתמא לכך נתכוון.

אולם פירוש זה נדחה מתוך דברי התוס' בד"ה חסורי מיחסרא וז"ל: וחמש מדות בערבנות, א' המלוה על ידי ערב ולא אתני ממי שארצה אפרע, תובע הלוה תחלה בבית דין בין שיש לו ובין שאין לו נכסים ללוה, ואם לא יוכל לכופו ללוה ולא ציית דינא נכנס לבית של ערב. ב' אם התנה ממי שארצה אפרע ואין לו נכסים ללוה דהיינו קרקעות, נפרע מן הערב תחלה, פירוש אם ירצה לדון עם הערב תחלה, ואם ירצה יתבע מן הלוה תחלה וכו'. ג' ואם יש לו נכסים ללוה אפילו אתני נפרע מן הלוה תחלה. ד' וקבלן דהיינו תן לו ואני נותן לך, בין יש לו נכסים ללוה בין אין לו נפרע מן הערב תחלה. ה' נושא ונותן ביד יפרע מן הערב ולא מן הלוה, שאין למלוה על הלוה כלום, ואם לא מצא שום דבר להפרע מן הערב חוזר על הלוה מדרבי נתן וכו' עכ"ל יעו"ש. הרי שהתוס' קבעו מדה שלישיית דערב כשהמלוה התנה ממי שארצה אפרע ויש לו נכסים ללוה דלא יפרע מן הערב

אלא פריך בלשון קושיא דהא קבלנות היא, ומשמע דרצה לומר דלקבלנות לא צריך קרא, ויש לדקדק דלמה הוצרך קרא לשעבוד דערב סתם ולא הוצרך קרא למילף שעבוד דקבלן, ואפילו אסמכתא לא בעי.

והנה דין ערב בעיקרו הוא התחייבות, שהערב מחייב עצמו לשלם למלוה אם הלוה לא יפרע, ואדם באמת יכול לחייב עצמו בממון, אלא דלא סגי באמירה בעלמא וצריך קנין להורות על גמירת דעתו, ויכול לחייב עצמו בשטר או על ידי קנין סודר, או שיעמיד עד ויאמר להם אתם עדי, ואם לזה מחבירו הרי הוא מחייב עצמו על ידי לקיחת המעות, אבל בערב להלוואת חבירו הרי ליתא אחד מכל אלו ומכל מקום משתעבד, והחידוש דערב הוא, דמה שההלוואה נעשית על פיו נחשב לו כמעשה קנין להראות גמירת דעתו, ומנא ידעינן דיכול לחייב עצמו באופן זה.

וקאמר רב הונא דילפינן לה מיעקב ויהודה, והגם דהתם חייב עצמו יהודה חיוב רוחני, מכל מקום כי היכי דלגבי חיוב ממון אמרינן דבאמירה בעלמא לא נתחייב ולא הוי אלא דברים, כמו כן נמי לגבי חיוב רוחני למה יתחייב בקבלתו אם לא הוי אלא דברים בעלמא, אלא מבואר מן הכתובים דמה שיעקב שלח בנימין עמהם לרדת מצרימה על פיו של יהודה נחשב לו כמעשה להראות גמירת דעתו וחל עליו חיוב רוחני, כמו כן נמי אהני ההלוואה שנעשית על פיו של הערב להראות גמירת דעתו, ומשום הכי חל עליו החיוב ממון שקבל על עצמו.

וכ"ל זה הוא בערב, אבל קבלן הרי נעשית ההלוואה בשליחותו, והוי כאילו הוא עצמו לוח מן המלוה והלוה ללוה, ועיימש"נ בשי"ד פ"ד, וחל התחייבות כמו כל לוח שנתחייב על ידי עצם ההלוואה, ואולי לזה לא צריך קרא, אבל ערב הרי לא נחשב כאילו הוא עצמו לוח, כמש"נ בשי"ד פ"ד, ורק שההלוואה מן המלוה להלוה שנעשית על פיו של הערב נחשב לו כמעשה, לזה מהדרינן למצוא ילפותא או על כל פנים אסמכתא.

מיד מן הערב שיש עליו שעבוד הגוף עצמאי לפרוע החוב.

ובזה חלוק ערב היכא דהתנה המלוה ממי שארצה אפרע מקבלן, דהא בכל סוג ערב שהוא איכא שעבוד הגוף עצמאי על הערב, אלא דאם קבל בלשון ערבות אז מקדימים הגביה משעבוד הגוף שעל הלוח קודם לגביה משעבוד הגוף שעל הערב, ורק כשאין לו נכסים בטלה הקדימה, אבל אם קבל אחריות בלשון קבלנות, עדיפא מלתא דערבות וליכא שום קדימה בהגביה, ומלוה גובה כפי רצונו בין מן הלוח ובין מן הקבלן, בין שיש לו נכסים ללוח ובין שאין לו נכסים.

ושפיר מובן לפי זה למה קבעו התוס' דין התנה ממי שארצה אפרע ויש לו נכסים ללוח למדה בפני עצמה, ולא כללוחו ביחד עם מדה א' של סתם ערב שלא התנה כלום, דלפי דברינו חלוקים הם לגמרי ביסוד דינם, דמדה א' איירי בסתם ערב שאין על הערב שעבוד הגוף עצמאי אלא הוא עומד אחורי הלוח, ובכהאי גונא לא יפרע מן הערב תחלה דלא לכך נשתעבד כמש"נ, ומדה ג' היא כשהתנה ממי שארצה אפרע ויש לו נכסים ללוח, דבכהאי גונא חל שעבוד הגוף עצמאי על הערב שאינו תלוי בשעבוד הגוף של הלוח, אלא דכיון שיש לו נכסים ללוח עדיין צריך המלוה לתבוע ללוח תחלה, אבל לא משום עצם השעבוד אלא מדין קדימה בעלמא, כמש"נ.

וכן מדויק בדברי הנמוקי יוסף וז"ל: אבל אם יש ללוח נכסים ידועים לא יפרע מן הערב, דנכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה טפי, ואע"פ דאמר ליה על מנת עכ"ל יעו"ש. והשתא אם הא דאין גובים מן הערב אם יש נכסים ללוח אפילו אם התנה ממי שארצה אפרע הוא משום דלא לכך הסכים, היה לו להנמוקי יוסף לכתוב דאין גובים מן הערב דלא לכך נשתעבד, ולמה לי לטעמא דנכסוהי דאיניש ערבין טפי, אלא מבואר דאם התנה ממי שארצה אפרע חל שעבוד בין על הלוח בין על הערב, ומכל מקום תקנו חכמים קדימה בסדר הגביה, ומתחלה צריך לגבות מן

תחלה, ואם נאמר דהיינו טעמא משום שלא נתכוון להתנות אלא כשאין לו נכסים ללוח, אם כן אין שום נפקא מינה בין מדה א' למדה ג', דכיון שלא התנה היכא דיש לו נכסים אם כן היינו סתם ערב, ולא יפרע ממנו תחלה, ולמה קבעוהו התוס' למדה בפני עצמו.

והנה עיימ"ש הרשב"ם בד"ה לא יתבע ערב תחלה וז"ל: דלא נעשה ערב אלא על מנת אם ימות הלוח, או ימאן לבא בדין, או יחייבוהו בית דין ולא יהיה לו מה לפרוע, אז יפרע מן הערב עכ"ל יעו"ש, ועיימ"ש"נ בשי"ד פ"ד. ומבואר מדבריו, דאע"ג דבדואי חל שעבוד הגוף על הערב, ומלוה גובה מיורשו אם מת, אכן שעבוד הגוף שחל על הערב הוא לקיים שעבוד הגוף של הלוח, דעיקר שעבוד הגוף לפרוע החוב הוא על הלוח, ובא שעבוד הגוף של הערב להשלים מעותיו להמלוה אם לא יוכל להיפרע מן הלוח, על זה שעבד הערב נפשיה, ולכן לא יתבע מן הערב תחלה, שהרי לא לכך נשתעבד, אלא שאם לא יוכל לגבות משעבודיה דלוח אז איכא שעבוד על הערב.

והשתא נראה דבזה שאני מלוה שהתנה ממי שארצה אפרע מסתם ערב, דאם התנה ממי שארצה אפרע הרי הוא כאומר שרוצה שעבוד הגוף ישיר על הערב שאינו עומד אחורי שעבוד הלוח, אלא שעבוד מוטל על הערב לפרוע החוב כמו שמוטל על הלוח, ואין בדעתו לחלק בין יש לו נכסים לאין לו נכסים, אלא בכל אופן חל שעבוד הגוף עצמאי על הערב, כמש"נ, וזהו בדיוק כמשמעות לשונו, אלא דמכל מקום איכא דין קדימה בסדר הגביה של שני שעבודי הגוף אלו, דאע"ג דשויים בחיובם, אין המלוה יכול לתבוע שעבוד הגוף של הערב קודם שיתבע שעבוד הגוף של הלוח, וטעמא דמלתא איכא למימר שאין נכון להטריח את הערב חנם, כמו שכתב הרשב"ם לקמן (דף קע"ד). בד"ה וקיימא לן יעו"ש, ועיימ"ש"נ בשי"ד פ"ז, ואין זה אלא קדימה בעלמא, ואין בו שום תליה של שעבוד הגוף דערב לשעבוד הגוף דלוח, וקדימה זו נוהגת רק היכא דיש לו נכסים ללוח, אבל אם אין לו נכסים ליכא שום קדימה, ויכול לתבוע

ללוה פירוש נכסים ידועים כגון קרקעות, הלכך ערב גרידא אפילו אין לו קרקעות ללוה לא יפרע מן הערב אלא יתבע הלוה לדין אולי יתן לו מטלטלין וכו', ואם אמר ממי שארצה אפרע וכו', ואם אין לו קרקע ללוה יפרע מן הערב, ואין צריך לחזור אחר הלוה אולי יתן לו מטלטלין וכו', והיכא דמית הלוה והניח יתומים קטנים לא יפרע מן הערב אפילו אמר ליה ממי שארצה אפרע, דנכסי דאיניש אינון ערבין ביה כאילו אומר על מנת שאפרע מן הנכסים אם ארצה, ואפילו הכי אינו גובה מנכסי יתומים קטנים, כיון דאינו יכול לתובען לדין בעודם קטנים, הוא הדין נמי אם אמר ממי שארצה אפרע, כיון שיש נכסים ללוה וצריך לתבוע מן הלוה תחלה לא יפרע מן הערב וכו' עכ"ל יעו"ש.

ובפ"פולא חריפתא הקשה על מה שכתב הרא"ש דהא דאמרין דנכסי

דאיניש ערבין ביה היינו כמי שאמר ממי שארצה אפרע וז"ל: לא ידענא מנא ליה הא, ואדרבה לקמן (דף קעד.) גבי ההוא דאחתיא למלוה לנכסי ליה מקמי דלתבע ללוה לא משמע כן וכו' עכ"ל יעו"ש.

ונראה לבאר דברי הרא"ש, דבודאי לעולם צריך לתבוע ללוה קודם שגובה

מנכסיו, אכן בערב גרידא צריך נמי לחזור אחר הלוה אולי ימצא לו מטלטלין, אבל אם אמר ממי שארצה אפרע אינו צריך אלא לתבוע ממנו פרעון חובו, ואם אינו מוציא מעות מכיסו ומשלם לו, הרי המלוה גובה מן הערב ואינו צריך להמתין ללוה ולחזור אחריו אולי ימצא לו מטלטלין, כמו שכתבו התוס' בד"ה חסורי מחסרא יעו"ש, וכן הוא נמי כשגובה מנכסי הלוה דערבין ביה אינו צריך לחזור אחריו אולי ימצא לו מטלטלין, אלא כיון שתבע ללוה ולא פרע לו הרי בית דין מורידים אותו לנכסי הלוה, ומבואר מזה דדין ערבות שעל נכסי הלוה הוא ערבות דעל מי שאמר ממי שארצה אפרע.

וי"ש להביא ראיה לכך דגם אם אמר ממי שארצה אפרע צריך על כל פנים לתבוע ללוה אפילו אם אין לו נכסים ידועים, ורק דאינו צריך לחזור אחריו כמש"נ, מדברי הבית יוסף חו"מ סי' קכ"ט סעי' י"ד וז"ל: כתוב בתשובת

הלוה, וכתב הנמוקי יוסף דטעמא דקדימה זו משום דנכסוהי ערבין טפי.

עוד כתב הנמוקי יוסף בהמשך הדברים וז"ל: והסכימו האחרונים ז"ל דלענין ערב אפילו התנה בפירוש על מנת שתגבה מן הערב תחלה, אם יש לו נכסים ללוה לא יגבה מן הערב. וכתב הרשב"א ז"ל שאפילו בירר בתוך התנאי ואמר ואפילו יהיו נכסים ידועים ללוה אני מתנה שאגבה תחלה מן הערב אם ארצה דלא מהני, דפטומי מילי בעלמא נינהו, דעל כרחק לא גמר ומקני נפשיה הערב בהיא הנאה דקא מהימן ליה אלא כל שאי אפשר לו ליפרע ממנו דלוה. אלא שיש מן האחרונים שחלקו בזה דכל שהתנה בממון בדבר שאפשר ודאי תנאו קיים, ולא שייך למימר בכי האי גונא פטומי מילי, ומסתבר טעמייהו עכ"ל יעו"ש.

והנה האחרונים ראשונים שהביא הנמוקי יוסף ס"ל כהסברא שהבאנו לעיל דהא דאם התנה ממי שארצה אפרע אינו גובה מן הערב כשיש נכסים ללוה היינו משום שכן היתה כונתו, ולפי זה לא איצטריך לטעמא שכתב הנמוקי יוסף דנכסי דלוה ערבין טפי כמש"נ, אבל הנמוקי יוסף עצמו הסכים לדברי האחרונים שהביא דבריהם ואין שום נפקא מינה במה שהיה בדעתו אם הוא כנגד מה שהתנה בפירוש, דדברים שבלב אינם דברים, והא דגובה תחלה מן הלוה כשיש לו נכסים הוא משום דנכסיו ערבין טפי כמש"נ.

פרק ג

בו יבוארו דברי הרא"ש דאם אמר ממי שארצה אפרע ומת הלוה אינו גובה מן הערב עד שיגדלו היתומים, והוכיח כן מהא דאין מלוה גובה כשמת הלוה והניח יתומים קטנים.

[בבא בתרא קעג:] ואם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה יפרע מן הערב, אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן לא שנו אלא שאין נכסים ללוה, אבל יש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב וכו' יעו"ש. וכתב הרא"ש פ"י סימן מ' וז"ל: ואם תאמר ואם אין לו נכסים ללוה אפילו ערב גרידא נמי צריך ליפרע ממנו. ופירש ר"ת אין נכסים

לישבע קודם שיגבה מן הערב, אבל אם בא לגבות מן הלוח למה ניחוש שפרעו הערב.

והשתא יש להסתפק בהאי דינא דקודם שיתבע את הלוח בדין אין נפרעים מנכסיו שהם ערבין ביה כמי שאמר ממי שארצה אפרע, אם היינו משום דכל דין שעבוד שעל הקרקע הוא לגבות ממנו במקום שאי אפשר לגבות משעבוד הגוף של הלוח, והרי הוא דין בעצם תורת גביה של השעבוד, או דלמא בעצם מצד השעבוד היה יכול לגבות מיד מן הקרקע, ומכל מקום צריך לתבוע מן הלוח תחלה לתת לו האפשרות לקיים מצות פריעת בעל חוב, ולפי זה אם הגיע זמן הפרעון והלוח במדינת הים גובה מנכסיו שלא בפניו, שהרי למה תתעכב גביתו מן הקרקע שבעצם דינו לגבות מיד, בשלמא אם הלוח בפנינו ראוי שימתין לו שיקיים מצות פריעת בעל חוב, אבל אם אינו בפנינו למה ימתין, ולכן גובה שלא בפניו, אבל אם נאמר דעצם גביתו מעוכבת שיגבה קודם מן הלוח, צריך לומר דהא דגובה שלא בפניו כשהלך למדינת הים הוא משום תנאי מיוחד דעל כך הלוח שאם לא יבא לדין יגבה מנכסיו, וכעין זה שכתב הרשב"ם בסוגיין בד"ה לא יתבע יעו"ש.

ונפקא מינה בין שני צדדים אלו הוא, כשמת והניח יתומים קטנים, דאם הניח יתומים גדולים בודאי יכול לתבוע מהם תחלה, או מצד עצם השעבוד או כדי שיוכלו לקיים מצות פרעון חוב אביהם, אבל אם הניח קטנים יצא לנו נפקא מינה, דאם צריך לתבוע שעבוד הגוף הוא כדי שיוכל לקיים מצות פרעון, אם כן ביתומים קטנים אין סברא שיצטרך להמתין להם, והוי כמי שהלך הלוח למדינת הים, והיה צריך להיות הדין דגובה מיד מן הנכסים, אבל אם עצם הגביה מעוכבת אז אין לו דין לגבות עד שיתבע שעבוד הגוף, ולכן ביתומים קטנים צריך להמתין עד שיגדלו ויוכל לתבוע אותם לדין, ואע"ג דאם הלך למדינת הים גובה מיד, היינו משום שיש תנאי מיוחד שאם ברח יגבה מיד כמש"נ, אבל במת ליכא תנאי מיוחד, ועליו להמתין עד שיגדלו היתומים.

והיינו מה שכתב הרא"ש דנכסי הלוח ערבין ביה מדין ערבות דממי שארצה אפרע

רבני צרפת, אם אמר ליה על מנת שאפרע ממי שארצה ואין נכסים ידועים ללוח אין המלוה יכול להשביעו, אלא יפרע מן הערב ואינו יכול לטעון שמא יש לו ממון שאין אתם יודעים עכ"ל יעו"ש. ושבועה זו היא אותה שתיקנו הגאונים כשרבו הרמאים שיכול המלוה להשביע ללוח שאין לו כלום, כמו שכתב הרמב"ם פ"ב מלוה ולוח הל"ב יעו"ש, וס"ל לרבני צרפת דכיון שיכול המלוה לגבות מן הערב בלי חיפוש אחר הלוח, דהא אמר ממי שארצה אפרע, אינו יכול להשביעו ללוח, אלא ילך אצל הערב, וגם הערב אינו יכול לטעון שמא יש לו ממון שאינו ידוע.

ומבואר מדבריהם דאילו היה המלוה יכול להשביע ללוח במקום דאיכא ערב שאמר לו ממי שארצה אפרע, אז גם הערב היה יכול לטעון למלוה שקודם שיגבה ממנו ילך וישביע את הלוח, ולכאורה אין זה מובן, דהא במקום שאין ללוח נכסים ידועים הרי המלוה הולך מיד אל הערב כשאמר ממי שארצה אפרע, ולמה יוכל לתבוע ממנו שישביע הלוח, הרי באשר הוא שם אין ללוח נכסים ידועים, אלא מבואר דגם כשאמר ממי שארצה אפרע ואין נכסים ידועים ללוח עדיין אין המלוה גובה מן הערב עד שיתבע פרעון מן הלוח שעליו מוטל שעבוד הגוף ולא יתן לו, ורק דאינו צריך לחזור אחריו, כמש"נ, ואם המלוה היה יכול להשביע הלוח בכהאי גוונא היה הערב יכול לטעון דלא סגי במה שבקש ממנו אלא צריך נמי להשביעו קודם שילך אצל הערב, דאין השבעה זו נחשבת חזרה אחר הלוח.

עוד עיין שם בדרכי משה שהביא בשם הנמוקי יוסף דאם אמר ממי שארצה אפרע אין המלוה גובה מן הערב עד שישבע שלא פרעו הלוח יעו"ש, אכן נראה מדבריו דאם המלוה בא לגבות מן הלוח אינו צריך לישבע שלא פרעו הערב, ולכאורה מאי אולמיה דהאי מהאי, והלא שניהם שוים, וממי שרוצה נפרע, אלא היינו טעמא משום דקודם שגובה מן הערב צריך על כל פנים להזמין את הלוח לבית דין ולתבוע ממנו פרעון, ורק דאם אינו משלם אינו צריך לחזור אחריו למצוא לו נכסים, אלא ילך אצל הערב, ולכן יש לחוש דלמא פרעו הלוח, וצריך

אָלֶם עיין מה שכתב הרשב"ם לקמן (דף קעד.) בביאור הא דאם אמר תן לו ואני נותן נעשה קבלן ורצה מזה גובה רצה מזה גובה וז"ל: מסור הממון בידו ואני אפרענו לך, אין כאן לשון הלואה, אלא שליחותיה דהאי דקאמר תן לו עביד מלוה עכ"ל יעו"ש. הרי דעל ידי מה שהערב מינה המלוה שליח נעשה קבלן, וכאן כתב הרשב"ם דעל ידי מה שהערב מינה המלוה שליח נעשה ערב סתם, וצריך עיון.

וּנְרָאָה בישוב דברי הרשב"ם דאם אמר תן לו ואני נותן, היינו שעושה המלוה שליח על הלואה מן הקבלן להלוה, ונמצא דההלואה באה אל הלוה משניהם, מן המלוה ומן הקבלן, והרי זה כאילו היו כאן שתי הלואות על מנה אחת, ולכן גובה המלוה מאיזה משניהם שירצה, גובה מן הלוה שהרי הוא ליה ממנו ונשתעבד לו, וגובה מן הקבלן שהלוה מעות המלוה להלוה ועל ידי זה נשתעבד להמלוה להשלים לו מעותיו, ואע"פ שבודאי אינו יכול לגבות פעמים מחמת חדא הלואה, אין שעבוד הקבלן להמלוה תלוי בשעבוד הלוה להמלוה, ורצה מזה גובה רצה מזה גובה.

אָבֵל בערב סתם ליכא אלא הלואה אחת, והיא מן המלוה להלוה, ומה שהמלוה עושה שליחותא דערב, היינו שמעשה הלואה זו ממנו להלוה נעשה גם כן בשליחות הערב, והרי זה נחשב לו שעשה מעשה להורות על גמירת דעתו, אבל המעשה שעשה היא ההלואה מן המלוה להלוה, ועל ידי הלואה זו לא נשתעבד אלא הלוה להמלוה, ולא חל על ידי עצם ההלואה שום שעבוד מן הלוה אל הערב ולא מן הערב אל המלוה, וכל שעבוד של הערב להמלוה בא על ידי התחייבותו לפרוע למלוה אם לא יפרע הלוה, כמו שכתב הרשב"ם בד"ה לא יפרע מן הערב תחלה יעו"ש, ועיימש"ג בשי"ד פ"ב, ומשום הכי אין המלוה גובה אלא מן הלוה, ואם אין לו גובה מן הערב.

וְהֵנָּה עיין במתניתין בבבא מציעא (דף עה:) ואלו עוברין בלא תעשה, המלוה והלוה והערב והעדים, ובגמרא אמר אביי מלוה עובר בכולן וכו', ערב והעדים אין עוברין אלא משום לא תשימון עליו נשך יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה

כמש"ג, והיה אפשר לומר דבערבות כזה אלים שעבודיה ואין עצם הגביה מעוכב תביעה מדין שעבוד הגוף, ואין עליו לתבוע ללוה תחלה אלא לתת לו האפשרות לקיים מצותו, ואפילו הכי אמרינן דאין נפרעים מיתומים קטנים עד שיגדלו, ומבואר דעצם גביתו מעוכב תביעה משעבוד הגוף, ואין לו דין לגבות ממשועבדים קודם שתובע שעבוד הגוף, ולכן אם מת אינו גובה מיתומים קטנים עד שיגדלו, ואם כן הוא הדין בערב שאמר ממי שארצה אפרע, דצריך לתבוע מן הלוה אבל אינו צריך לחזור אחריו אולי ימצא לו מטלטלין, דאמרינן דמכל מקום אין לו דין לגבות עד שיתבע ללוה, ואם מת אינו גובה מן יתומים קטנים עד שיגדלו, וכמש"ג.

פרק ד

בו יבוארו דברי הרשב"ם דערב סתם משתעבד בההיא הנאה דקא מהימן ליה דהמלוה הוא שליח דערב, ואע"ג דכתב האי טעמא דהא דקבלן משתעבד ורצה מזה גובה רצה מזה גובה.

יבבא בתרא קעג:] אמר אמימר ערב דמשתעבד מחלוקת רבי יהודה ורבי יוסי, לרבי יוסי דאמר אסמכתא קניא ערב משתעבד, לרבי יהודה דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד. אמר ליה רב אשי לאמימר הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד, אלא אמר רב אשי בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: גמר ומשתעבד, בלב שלם ושליחותא דערב קא עביד מלוה, כאילו הוא עצמו הלוה עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דאי משום הא גופא דגמר ומשתעבד נפשיה לא היה משתעבד, דאע"ג דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה, עדיין לא היה יוצא מתורת אסמכתא, דבעינן נמי מעשה להורות על גמירת דעתו, ומשום הכי כתב הרשב"ם דמשום ההיא הנאה דגמר ומשתעבד בלב גמור הוא רוצה שהמלוה יעשה שליחותו, והרי זה כמי שהערב מינה המלוה שליח להלוות מעות ללוה, והמלוה הלוה לו ממונו.

והלוחה, או דבאמת עדיין יש למלוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסים על הלוחה, אלא דמכל מקום גובה רק מן הקבלן מדין קדימה בסדר הגביה, דבערב סתם הקדימה היא לגבות מן הלוחה, ובקבלן אין שום קדימה ורצה מזה גובה רצה מזה גובה, ועיימש"נ בשי"ד פ"ד, ובקבלן החמירו דינו מפני שנשא ונתן ביד דין הקדימה הוא לגבות מן הקבלן תחלה, ואם מת או אין לו גובה מן הלוחה.

ועיין בתוס' לעיל (דף קעג:) ד"ה חסורי מחסרה וז"ל: וחמש מדות בערבות וכו', ה' נושא ונתן ביד יפרע מן הערב ולא מן הלוחה, שאין למלוה על הלוחה כלום, ואם לא מצא שום דבר להפרע מן הערב חוזר על הלוחה מדרכי נתן, דקיימא לן כותיה אפילו כבעל חוב דעלמא עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריהם דאין למלוה שום שעבוד על הלוחה מחמת הלואה זו, ושהערב קבלן הוא הלוחה והוא המלוה להלוחה, וכל שעבודו של הלוחה הוא אך ורק אל הערב קבלן, אולם לא גרע לוחה זה משאר לוחה, והרי המלוה גובה מן הלוחה משעבודא דרבי נתן, ואם הקבלן מחל להלוחה שעבודו מחול ואין המלוה גובה ממנו, כדין כל שעבודא דרבי נתן. אבל אם נאמר שיש למלוה שעבוד על הלוחה אלא דמדין קדימה לעולם צריך לגבות מן הקבלן תחלה כמש"נ, אז ודאי אם אי אפשר לגבות מן הקבלן גובה מן הלוחה מכח השעבוד שיש לו עליו ולא משעבודא דרבי נתן, ואז אין הערב קבלן יכול למחול שעבודו של הלוחה, דשעבוד הלוחה לא הוי אל הערב קבלן אלא אל המלוה, ורק דמדין קדימה צריך לגבות תחלה משעבודו של הקבלן, ומדברי התוס' מבואר דהקבלן שנשא ונתן ביד אין להמלוה שום שעבוד ישיר על הלוחה.

ומה שהתוס' מנו נשא ונתן ביד למדה חמישית של ערבות, ואע"ג דבאמת לא הוי ערב כלל אלא הוא לוחה מן המלוה וחזר ולוחה אל הלוחה, ואין חיוב של הקבלן להמלוה מדין ערב אלא מדין לוחה, יש לומר דהיינו משום שלא קנה הממון מן המלוה אלא לקח בידו ממון המלוה בלי קנין ונתנו ביד הלוחה, אבל המעשה קנין על הממון היה מן המלוה להלוחה, ואיצטריך לדין

ערב ועדים וז"ל: זימנין דעברי נמי אלפני עור לא תתן מכשול, כגון שלא היה מלוה בלא ערב ועדים, אבל לא תשימון פסיקא ליה וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר דאפילו אם היה מלוה לו גם בלי ערבות הערב הרי הערב עובר על לא תשימון עליו נשך.

וקשה דכיון דאין הערבות מעלה או מוריד כלל לגבי הלוחה, למה חשיבא שימת נשך עליו, והלא כל הערבות אינה נוגעת אלא להערב עצמו, שהוא קבל על עצמו אחריות לשלם למלוה אם לא יוכל לגבות מן הלוחה, והיכן מצינו בזה צד שימת נשך על הלוחה.

אכן לפי דברי הרשב"ם יתבאר, דכיון דנחשב כאילו הערב מינה את המלוה להלוות להלוחה הרי הוא בעל המעשה של ההלואה, ושפיר נחשב בזה שימת נשך על הלוחה, ואין הכי נמי דאם לא מינהו להלוות ללוחה הרי היה מלוה לו גם בלי הערבות, השתא מיהא הרי נעשה שלוחו של הערב, ונמצא שהערב עבר על לא תשימון עליו נשך.

פרק ה

בו ידון בהא דקבלן שנשא ונתן ביד אין להמלוה על הלוחה כלום אם היינו שאין לו שעבוד על הלוחה חוץ משעבודא דרבי נתן או אם יש לו שעבוד אלא דגביה מן הקבלן קודמת לו.

וכבא בתרא קעד. אמר רב הונא הלוחה ואני ערב וכו' כולן לשון ערבות הן, תן לו ואני קבלן וכו' כולן לשון קבלנות הן. איבעיא להו הלוחה ואני קבלן תן לו ואני ערב מאי וכו', רבא אמר כולן לשון ערבות הן בר מתן לו ואני נתן, אמר ליה מר בר אמימר לרב אשי הכי אמר אבא תן לו ואני נתן אין למלוה על הלוחה כלום, ולא היא לא מיפטר לוחה מיניה דמלוה עד שישא ויתן ביד יעו"ש.

ובהא דאם נשא ונתן ביד אין למלוה על הלוחה כלום, ואינו יכול לגבות חובו אלא מן הקבלן ולא מן הלוחה, יש להסתפק אם טעמא דמלתא משום דחשבינן ליה שהקבלן לוחה מן המלוה וחזר והלוחה המעות אל הלוחה, ואין כאן שום הלואה ושעבוד בין המלוה

שהיה קבלן, ולמה לא למד שהיה קבלן סתם. ועוד יש לדקדק דהא לא דמי נשא ונתן ביד דכתובה לנשא ונתן ביד דסוגיין, דבדידן הקבלן נטל מעות ההלוואה מן המלוה ונתן להלוה, ובכתובה הקבלן נטל משכון מן האשה, שהיא בעלת החוב ובמקום המלוה, והשאר המשכון בידו, ועיין ברש"י בגיטין (דף מט:). בד"ה בקבלן שהוסיף דאחר שנטל המשכון מכלתו החזירו לבנו יעו"ש, ולפי זה דומה יותר לנשא ונתן דסוגיין, אבל עדיין אינו דומה לגמרי.

ונראה דהוקשה לו לרש"י מה שייך קבלן בכתובה, הרי קבלן הוא שאומר תן לו מנה ואני קבלן, ובכתובה הרי ליכא שום מסירת מעות בשעת חלות השעבוד, אלא הבעל מחייב ומשעבד עצמו לשלם לה אם יגרשנה, ואם כן במה נעשה משה בר עצרי קבלן, הרי לא נעשה שום דבר על פיו, ובקבלן בעינן שהמלוה עושה שליחותו של הקבלן, כמו שכתב הרשב"ם בסוגיין בד"ה תן לו יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ד פ"ד, ולכן למד רש"י דמשה בר עצרי נעשה קבלן על ידי מה שנשא ונתן ביד, וקבלן כזה משתעבד בהתחייבות בעלמא, כיון שעשה מעשה בידים, ולא הוצרך לשליחותא דמלוה, ולא עוד אלא שדין קבלן כזה חמור מקבלן שעל ידי שליחותא דמלוה, והקדימה בסדר הגביה היא לגבות ממנו תחלה כמש"נ, והעיקר להיעשות קבלן חמור הוא שיעשה מעשה חשוב בידים המגרע בזכות המלוה, ועל ידי כך משתעבד להמלוה, ולכן בסוגיין אם נשא ונתן ביד ונטל ממון המלוה להלוה הרי חיסר ממון להמלוה, ועל ידי זה משתעבד, ובכתובות דליכא מסירת מעות המעשה חשוב שעל ידו משתעבד הוא ע"י שנטל בידים המשכון שהיה מונח אצל האשה והשאירו אצלו, והרי זה מגרע זכות האשה, שהרי השתא אין לה משכון על הכתובה, ובעשיה זו הוא משתעבד להאשה ונעשה קבלן חמור שנשא ונתן ביד, אבל סתם קבלן לא שייך בכתובה כמש"נ.

אלא דקשה לפי זה היאך יפרשו התוס' הא דמשה בר עצרי נעשה קבלן לכתובת כלתו, הלא לכאורה סתם קבלן לא שייך הואיל

ערב שתהא חשובה קבלת הלוה כאילו הקבלן קבל המעות ונתחייב להמלוה, וכהא דמצינו בקדושין (דף ו:), אמר רבא תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב וכו' יעו"ש, והרי היא מקודשת כאילו היא עצמה קיבלה המנה, וכן נמי הקבלן הרי הוא משתעבד מדין ערב כאילו הוא עצמו קבל הממון, והלוה לא נשתעבד להמלוה שלא לזה ממנו כלום, אלא הקבלן הוא שלוח מדין ערב ונתן הממון להלוה בהלוואה חדשה מן הערב קבלן להלוה.

אולם עיין לקמן (דף קעד:), משה בר עצרי ערבא דכתובתא דכלתיה הוה, רב הונא בריה צורבא מדרבנן הוה ודחיקא ליה מלתא, אמר אביי ליכא דניזיל דנסביה עצה לרב הונא דנגרשה לדביתהו ותיזיל ותיגבי כתובה מאבוה והדר נהדרה וכו', והא ערב הוא וקיימא לן ערב דכתובה לא משתעבד, קבלן הוה וכו' יעו"ש. וסוגיא זו הובאה נמי בערכין (דף כג:), וכתב שם רש"י וז"ל: קבלן הוה, שהתפיסה רב הונא מטלטלי והיא השלימתו לאביו, והיינו קבלן שנושא ונותן ביד עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי רש"י דמשה בר עצרי נעשה קבלן לכלתו מדין נשא ונתן דסוגיין, ומיירי דרב הונא נתן לאשתו משכון על כתובתה והיא חזרה ומסרה אותו משכון לאביו, ולפי זה אי אפשר לפרש כדברי התוס' דהיכא דנשא ונתן ביד אין להמלוה שום שעבוד ישיר על הלוה אלא הקבלן הוא המלוה של הלוה, דזה לא שייך בכתובה שאביו של הבעל יתחייב לכלתו ולא תהא לה שום שעבוד על בעלה, הלא אין זה כתובה אלא שטר התחייבות בעלמא, ונמצא שאשה זו אין לה כתובה על בעלה ואסור לדור עמה, אלא מבואר מדברי רש"י בערכין דגם בנשא ונתן ביד יש למלוה שעבוד ישיר על הלוה, אלא דכיון דהקבלן נשא ונתן ביד קבלן חמור הוא ומדין קדימה בסדר הגביה צריך המלוה לגבות ממנו תחלה כמש"נ, ואם אין לו לקבלן שום דבר גובה מן הלוה בשעבוד ישיר ולא משעבודא דרבי נתן, ואם מחל הקבלן להלוה אינו מחול כמש"נ.

אכן עדיין יש לדקדק בדברי רש"י שם, דהרי בגמרא לא הוזכר שנשא ונתן ביד אלא

פרק ו

בו יבוארו דברי הרי"ף שהביא ראייה מסוגיין דגם
למאן דאמר נפרעים שלא בפני הלוח שלא יהא כל
אחד נוטל מעותיו של חברו והולך למדינת הים
צריך להודיעו אם אפשר.

[בבא בתרא קעד.] ההוא דיינא דאחתיה למלוה
לנכסי דלוה מקמי דלתבעיה ללוה, סלקיה רב
חנין בריה דרב ייבא, אמר רבא מאן חכים
למיעבד כהא מלתא אי לאו רב חנין בריה דרב
ייבא, קסבר נכסיה דבר איניש אינון מערבין יתיה,
ותנן המלוה את חברו על ידי ערב לא יפרע מן
הערב, וקיימא לן לא יתבע ערב תחלה יעו"ש.

ועיין בכתובות (דף פח.), ונפרעת שלא בפניו לא
תפרע אלא בשבועה, אמר רב אחא שר
הבירה מעשה בא לפני רבי יצחק באנטוכיא
ואמר, לא שנו אלא לכתובת אשה משום חניא,
אבל בעל חוב לא. ורבא אמר רב נחמן אפילו
בעל חוב, שלא יהא כל אחד נוטל מעותיו של
חברו והולך ויושב במדינת הים ואתה נועל דלת
בפני לוויין יעו"ש.

והרי"ף שם פסק כרב נחמן דנפרעין שלא בפני
הלוה שלא יהא כל אחד נוטל מעות
חברו והולך למדינת הים, דקיימא הלכה כרב
נחמן בדיני, ומכל מקום אם הלוה במקום קרוב,
ומצינן לשדורי ליה ולאודועי, משדרינן ומודעינן
ליה, והביא ראייה לכך מסוגיא דידן וז"ל: כי
ההוא דאמרינן התם, ההוא דיינא דאחתיה
למלוה לנכסי דלוה מקמי דליתבעיה ללוה וכו',
לא יתבע מן הערב תחלה, ואי לא אפשר לשדורי
ולאודועיה עבדינן כרב נחמן עכ"ל יעו"ש.
ולכאורה קשה מסוגיא דידן לרב נחמן דאית ליה
דבבעל חוב נפרעים מן הלוה שלא בפניו, ואם
כן עשה הדיין כדון, ולמה סלקיה רב חנין
מלהיות דיין, אלא צריך לומר דגם לרב נחמן אם
הלוה קרוב ואפשר לשדורי ולאודועי צריך
לשדורי ולאודועי ואין נפרעים שלא בפניו.

אולם קשה דלמה אמר רבא דטעמא דרב חנין
משום דנכסי דאיניש אינון מערבין יתיה
ולא יפרע מן הערב תחלה, והלא גם בלאו הכי
עשה הדיין שלא כדון, דכיון דהיה אפשר
לשדורי ולאודועי אין נפרעין ממנו כלל שלא
בפניו, ואפילו ממטלטלין שאין בהן ערבות.

ולכא מסירת מעות כמש"נ, וגם נשא ונתן ביד
לא שייך, דהא ס"ל להתוס' דנשא ונתן ביד היינו
שיש כאן שתי הלואות, מן המלוה להקבלן ומן
הקבלן להלוה, כמש"נ, וזה לא שייך בקבלן
דכתובה, כמש"נ, ואם כן היאך נעשה משה בר
עצרי קבלן לכתובת כלתו.

והנה עיין ברמב"ם פי"ז אישות הל"ט וז"ל:
הערב לאשה בכתובתה אע"פ שקנו
מידו אינו חייב לשלם, שמצוה עשה והרי לא
חסרה כלום, ואם ערב של כתובת בנו הוא וקנו
מידו חייב לשלם, שהאב בגלל בנו משעבד
עצמו וגומר ומקנה, וקבלן של כתובה חייב
לשלם אע"פ שלא קנו מידו, ואי זה הוא קבלן,
זה שאמר לאשה הנשאי לזה ואני נותן כתובה
זו וכו' עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק בדבריו דלמה
כתב איזהו קבלן שאמר לאשה הנשאי לפלוני
ואני נותן, והלא דין ערב וקבלן מפורש בפכ"ה
מלוה ולוה הל"ה יעו"ש, וכאן לא כתב
הרמב"ם איזהו ערב אלא סמך על מה שכתב
בהלכות מלוה ולוה, ואם כן מה ראה הרמב"ם
לפרש כאן איזהו קבלן ולא לסמוך על מה
שכתב שם.

וצריכים לומר דגם להרמב"ם הוקשה לו מה
שהוקשה לרש"י דהיאך שייך קבלן
בכתובה, והרי ליכא מסירת מעות ולא שייך בה
אמירת תן ואני נותן, ולמד הרמב"ם דהא
דבעינן תן ואני נותן הוא כדי שיעשה מעשה
על פיו ואע"פ שלא עשה מעשה בידים, ואותה
מעשה נתינה שעשה המלוה על פיו מחייבת
ומשעבדת אותו בתורת קבלן, ולכן הדגיש
הרמב"ם דגבי כתובה צריך לומר להאשה
הנשאי ואני נותן, והרי המעשה נשואין שנעשה
על פיו נחשב לו למעשה ומשעבדת אותו
בתורת קבלן כמו אמירת תן ואני נותן בהלואה,
ועיין מה שכתב המגיד משנה בזה יעו"ש,
ובדרך זה נעשה קבלן סתם ולא הוצרך לישא
וליתן ביד.

והשתא יש לומר דגם התוס' יפרשו הגמרא
כמו שפירשה הרמב"ם דמיירי שאמר
לה הנשאי לבני ואני אתן, ובוזה נעשה קבלן
סתם, אבל קבלן דנשא ונתן ביד לא שייך לפי
דבריהם כמש"נ.

למעבד כי הא מלתא אי לאו רב חנין בריה דרב ייבא, קסבר נכסיה דאיניש אינון מערבין יתיה, ותנן המלוה את חבירו על ידי ערב לא יפרע מן הערב, וקיימא לן לא יתבע ערב תחלה יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: וקיימא לן לא יתבע מן הערב תחלה, אין נכון להטריח את הערב חנם דלמא מפצי ליה לזה, והוא הדין לנכסי דאיניש למה נזלול בנכסיו להוריד בהן את המלוה חנם, שמא יסלקנו לזה במעות ולא יצטרך לירד בנכסיו עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דטעמא דלא יתבע הערב תחלה, מפני שאין נכון להטריחו. אולם בסוגיא דלעיל (דף קעג:) כתב הרשב"ם טעמא אחרינא בד"ה לא יתבע ערב תחלה וז"ל: דלא נעשה ערב אלא על מנת אם ימות הלוה או ימאן לבא לדין, או שיחייבוהו בית דין ולא יהיה לו מה לפרוע, אז יפרע מן הערב עכ"ל יעו"ש. הרי שכתב שם טעמא דלא יתבע ערב תחלה משום שלא נשתעבד מעיקרו לכך, אלא שאם יתבע מן הלוה ולא יצליח אז יכול לתבוע מן הערב, ולא הוי טעמא מפני שאנו חשים להטריחו חנם, אלא מפני שבכלל אין עליו שעבוד כל זמן שלא תבע מן הלוה תחלה, ודבריו אלו לכאורה סותרים למה שכתב בסוגיין.

ונראה ליישב דבריו עפ"י מש"נ בשי"ד פ"ב דחלוק דין לא יתבע מן הערב תחלה בסתם ערב, מדין לא יפרע מן הערב תחלה כשהתנה המלוה שאפרע ממי שארצה ויש נכסים ללוה, דבסתם ערב אין לו שעבוד הגוף כלל על הערב כל זמן שאפשר לתובעו ללוה, אבל אם התנה ממי שארצה אפרע אז חל שעבוד הגוף עצמאי על הערב שאינו תלוי כלל בשעבוד הגוף של הלוה, ומכל מקום אם יש לו נכסים ללוה איכא קדימה בסדר הגביה שצריך לתבוע ללוה תחלה, ונמצא לפי זה דיש שני דינים בלא יפרע מן הערב תחלה, חדא משום שלא נשתעבד אלא לשעבוד הלוה, ושנית דיש קדימה בגביה לתבוע ללוה תחלה, ובערב סתם אין אנו צריכים לדון בו משום דין הקדימה, שהרי בכלל לא נשתעבד אלא באם יתבע את הלוה ולא יצליח, אבל אם התנה ממי שארצה אפרע וחל שעבוד עצמאי על הערב, עדיין לא יתבע ממנו תחלה מדין קדימה כמש"נ.

ונראה דכיון שתיקנו חכמים דנפרעין שלא בפני הלוה שלא יהא כל אחד נוטל מעותיו של חבירו וכו', אם כן מעיקר הדין יכול לעולם לתבוע ולגבות שלא בפניו, ואפילו אם הוא קרוב ואפשר להודיעו, אלא דמכל מקום הנכון הוא להודיע ללוה אם הוא קרוב כדי שיוכל לקיים מצות פריעת בעל חוב מדעתו ורצונו, ולא על ידי כפיה בממונו, כמו שכתב הרמב"ן בכתובות (דף פו.) יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"ב, ולכן אם עבר הדין ולא צוה להודיעו ללוה, אין להעבירו בשביל כך, שלא הגבה שלא כדין כמש"נ, וכן מבואר בדברי הש"ך חו"מ סי' ק"ו סק"ב שכתב דטעמא דמלוה נותן שכר השליח שהלך להודיע ללוה וחוזר וגובהו מן הלוה נוסף על חובו, משום דלטובת הלוה נשתלח, דמן הדין נפרעים שלא בפניו יעו"ש. ומבואר דאין ההודעה מעיקר הדין אלא לטובת הלוה כמש"נ, ואין להעביר הדין אם לא נתן ללוה הזדמנות לקיים מצוה פריעת בעל חוב מדעתו ורצונו.

אולם אם הדין הורידו לקרקע הלוה ולא הודיעו ללוה, הרי עבר הדין על דינא דלא יתבע ערב תחלה, דכיון דלכתחלה צריך להודיע ללוה ולתבוע ממנו, אע"ג דאינו מעיקר הדין, כמש"נ, הרי זכה הערב שלא יתבענו תחלה, ואם הוריד הדין את המלוה לנכסי הערב הרי הגבה שלא כדין וראוי לסלקו, ואע"ג דמפני שעבר ונפרע שלא בפניו אין לסלקו, כמש"נ, מכל מקום כיון שלכתחלה צריך לתבוע ללוה אם אפשר, זכה הערב שלא יוכל לתבוע ממנו עד שיתבע ללוה, כמש"נ, אבל אם היה נפרע שלא בפניו אפילו כשהלוה קרוב ואפשר להודיע, היה בדין שילך מיד אל הערב, דלגבי הלוה עצמו אינו צריך תביעה כלל.

פרק ז

בו יבוארו דברי הרשב"ם בדמקום אחד כתב שלא יתבע מן הערב תחלה שלא נשתעבד אלא כשאין לגבות מלוה ובמקום אחר כתב דטעמא משום שאין להטריח את הערב חנם.

[כבא בתרא קעד.] ההוא דיינא דאחתיה למלוה לנכסי ללוה מקמי דליתבעיה ללוה, סלקיה רב חנין בריה דרב ייבא, אמר רבא מאן חכים

פרק ח

בו יובא מחלוקת הרשב"ם והראב"ד בהא דאין גובה מן הנכסים קודם שיתבע ללוה לדין דאין נפרעים מן הערב תחלה אם היינו מנכסים משועבדים או אפילו מנכסים בני חורין.

[נכבא בתרא קעד.] ההוא דיינא דאחתיה למלוה לנכסי הלוה מקמי דלתבעיה ללוה, סלקיה רב חנין בריה דרב ייבא, אמר רבא מאן חכים למעבד כי הא מלתא אי לא רב חנין בריה דרב ייבא, קסבר נכסיה דבר איניש אינון מערבין יתיה, ותנן המלוה את חבירו על ידי ערב לא יפרע מן הערב, וקיימא לן לא יתבע ערב תחלה יעו"ש.

וכתב הרשב"ם בד"ה וקיימא לן לא יתבע מן הערב תחלה וז"ל: אין נכון להטריח את הערב חנם, דלמא מפצי ליה ליה, והוא הדין לנכסי דאיניש, למה נזלזל בנכסיו להוריד בהן את המלוה חנם, שמא יסלקנו ליה במעות ולא יצטרך לירד בנכסיו עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי הרשב"ם דמייירי שהורידו המלוה לקרקע בני חורין של הלוה, ואין נכון לעשות כן, שהרי מה שבית דין מורידין מלוה לנכסי הלוה, מזלזל נכסיו ודמיהם יורדים, ואין לעשות כן אלא לצורך, כי היכי דאין נכון להטריח הערב אם לא הלך עדיין אצל הלוה, ועיימש"נ בשי"ד פ"ד. וכן כתב הנמוקי יוסף וז"ל: וזה היה דין שלא כדין לגבות מנכסיו ולבזבזן שהם כערב, והיה יכול להודיע ללוה שהיה קרוב ושמא היה מסלקו בזווי וכו' עכ"ל יעו"ש. וכן כתב הרמב"ם פכ"ב מלוה ולוה הל"א וז"ל: סדר גבית החוב כך הוא, כשיביא המלוה שטרו לבית דין ויתקיים אומרים ללוה שלם, ואין יורדין לנכסיו תחלה עד שיתבענו וכו' עכ"ל יעו"ש.

אכן עיין בשיטה מקובצת שכתב בשם הראב"ד וז"ל: פירוש דאחתיה למשעבדי דלוה מקמי דלשבעיה ליה דלית ליה נכסי, ואינהו נינהו דהוו כערבים דיליה, ובני חורי דיליה הוו כבעל חוב עכ"ל יעו"ש. והיינו שהורידו המלוה לקרקע משועבדת שכבר נמכרה, והיא הנקראת ערב, וקרקע בני חורין הוי כגביה מהלוה עצמו, ואם הדיין הוריד המלוה לקרקע בני חורין מקמי דליתבעיה לא היה רב חנין מסלקו. אלא דקשה

לפי זה למה לא הביא משנה מפורשת דגיטין (דף מח:) אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין יעו"ש, והיא תקנתא שתיקנו חכמים לטובת הלוקח, כדאיתא בבבא קמא (דף ח:) יעו"ש. ואולי כונתו דהיכא דידוע לנו שיש ללוה בני חורין אין לגבות מן הלוקחות, משום תקנתא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין, אבל אם אין ידוע לנו שיש ללוה, עדיין צריך לתבוע ממנו שישבע שאין לו נכסים קודם שיגבה מן המשועבדים, ודין זה הוא משום תקנתא דאין נפרעין מן הערב תחלה, ובוה חולק הראב"ד על הרשב"ם דאם ידוע לנו שיש ללוה בני חורין יכול הדיין להוריד המלוה מיד להקרקע, דזה נחשב גביה מן הלוה ולא מן הערב, כנ"ל.

ובין לדברי הרשב"ם בין לדברי הראב"ד יש להקשות מהא דאמרינן בבכורות (דף מח:), א"ר ירמיה זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקחו שדה בשותפות, בעל חוב גובה אותה מהם, דאמר ליה אי בדידך מסיקנא, מנתא דידך קא שקילנא, ואי בחברך מסיקנא, מנתא דחברך קא שקילנא. אמר רבא מכדי נכסי דבר איניש אינון ערבין ביה, מי איכא מידי דלדידיה לא מצי תבע ליה ולערב מצי תבע ליה, והא תנן המלוה את חבירו על ידי ערב לא יפרע מן הערב, וקיימא לן לא יתבע מן הערב תחלה וכו' יעו"ש. והלא התם השדה בני חורין היא, דממה נפשך חלק ממנה ביד הלוה, ואלא דאין ידוע לנו מי הוא הלוה, ואי אפשר להוציא הממון מיד הלוה, ומשום הכי אין המלוה יכול לגבות מן השדה, ואם כל דין אין נפרעין מן הערב תחלה הוא כדי שלא להטריח את הערב ולא לזלזל בנכסי הלוה בהורדת המלוה להם כנ"ל, למה נעקר את כל דין המלוה לגבות מן המשועבדים, והלא הדין עמו שיכול לגבות, אלא דאין מניחים אותו להטריח הערב, או לזלזל נכסי הלוה שלא לצורך, הואיל ויכול לתבוע מן הלוה עצמו תחלה, והכא הרי אינו יכול, ואפילו אם יתבע כל אחד לדין לרווחא דמלתא אין מניחים אותו לגבות מן השדה, ואמאי לא.

ונראה ליישב סוגיא דבכורות עפ"מ"ש"נ בש"ג פ"ו דעיקר טעמא דרבא מפני שבמקום

הראשונים בכתובות (דף פו.) עד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו יעו"ש, ומה שהוטרח שלא לצורך, הרי מה שכבר נעשה נעשה, ולמה מוציאים הקרקע מידו.

ומבואר מזה דכל היכא דליכא דין גביה מן שעבוד הגוף ליכא תורת שעבוד נכסים, וכיון שתקנו חכמים שאין להטריח הערב או לזלזל נכסי הלוח קודם שיתבענו לדין, אם כן השתא מיהא אין לו דין גבית שעבוד הגוף מן הקרקע כל זמן שלא תבע מן הלוח עצמו, ואע"פ שהשעבוד הגוף לא נתבטל לגמרי, וממילא אין לו דין גביה מן הקרקע כלל, ואפילו מדין שעבוד נכסים, ואם כן הוא הדין בשני יוסף בן שמעון דנתבטל דין גבית השעבוד הגוף על ידי דין המוציא מחבירו עליו הראיה אינו יכול לגבות גם מדין שעבוד נכסים.

פרק ט

בו יבואר הא דדיין שהוריד מלוה לנכסי לוח קודם שתבע ללוח מסלקים אותו דאין נפרעים מן הערב תחלה, ואע"ג דבכ"ז מקום טעה בדבר משנה חוזר ואין מסלקים אותו.

[בבא בתרא קעז.] ההוא דיינא דאחתיה למלוה לנכסי ללוח מקמי דליתבעיה ללוח, סלקיה רב חנין בריה דרב ייבא, אמר רבא מאן חכים למעבד כי הא מלתא אי לאו רב חנין בריה דרב ייבא, קסבר נכסי דבר איניש אינון מערבין יתיה יעו"ש. ומה שסילקו מלהיות דיינן, לא היה רק עובדא שהיה באותו דיינן, אלא כך היא ההלכה, וכן פסק הרמב"ם פכ"ב מלוה ולוה הל"א וז"ל: סדר גבית חוב כך הוא, כשיביא שטרו לבית דין ויתקיים אומרים ללוה שלם, ואין יורדים לנכסיו תחלה עד שיתבענו, ואם טעה הדיין והוריד המלוה לנכסי לוח קודם שיתבענו מסלקין אותו וכו' עכ"ל יעו"ש. ודקדקו המפרשים דלמה מסלקים אותו, והלא אפילו אם טעה בדבר משנה אמרינן בסנהדרין (דף לג.) דינו חוזר יעו"ש, אבל אין מסלקין אותו, ואם כן למה מסלקים לדיין שטעה וגבה למלוה קודם שתבע ללוח.

ונראה דחלוק טעותו של דיינן זה מכל טועה בדבר משנה או בשיקול הדעת, דהתם

הספק בטל שעבוד הגוף של המלוה, וכיון דבטל שעבוד הגוף בטל גם שעבוד הנכסים יעו"ש. והנה בבבא קמא (דף מט.) מבואר דגר שמת והשאיר נכסים הרי המלוה גובה חובו מהם, ואע"ג דמת הלוח וליכא שעבוד הגוף, עדיין גובה מן המשועבדים, דלהא גופא נשתעבדו שאם לא יוכל לגבות מן השעבוד הגוף מפני שאין הלוח בנמצא או שאין לו מעות אז יוכל לגבות מן המשועבדים, אכן אם מחל המלוה שעבוד הגוף של הלוח אינו יכול לגבות מן המשועבדים, דלא נשתעבדו לשעבוד הגוף שהיה עליו ביטול להדיא, ועיין מה שכתב הקצות החושן סי' ס"ו ס"ק כ"ו יעו"ש. והשתא יש להסתפק בשעבוד הגוף שנתבטל דין גביה בפועל שלו מחמת דין המוציא מחבירו עליו הראיה, אם זה דומה למחילה, שהרי נתבטל שעבוד הגוף, וממילא נתבטל נמי שעבוד הנכסים, ולא דמי לגר שמת שלא היה דין ביטול כלל על שעבוד הגוף, ורק שהלוח נסתלק מן העולם וממילא אי אפשר לגבות מן השעבוד הגוף, או דלמא דדומה יותר לגר שמת, שהרי לא היה שום ביטול להדיא על השעבוד הגוף במקום שני יוסף בן שמעון, אלא דכיון שהדבר ספק והמוציא מחבירו עליו הראיה, נתבטל מאליה, ואם כן עדיין יכול לגבות מן המשועבדים אע"ג דאי אפשר לגבות מן השעבוד הגוף.

והביא רבא ראייה דכל שנתבטל דין הגביה משעבוד הגוף, אע"ג דלא היה עליו ביטול להדיא אלא ממילא, אינו יכול לגבות משעבוד נכסים, מדין אין נפרעין מן הערב תחלה, ואם גבה מן המשועבדים קודם שתבע את הלוח לא אהני גביתו וצריך להחזיר הקרקע להלוה, והלא טעמא דאין נפרעין מן הערב הוא כדי שלא להטריחו, וכן מן קרקעות הלוח כדי שלא לזלזל בנכסיו, כנ"ל, והלא זה כבר נעשה ואי אפשר להחזירו, דאפילו אם נבטל הגביה הרי כבר הטרחנו את הערב וזלזלנו נכסי הלוח, ואין חזרת הקרקע מתקנת הפסד זה, ואם כן אף אם עבר וגבה למה צריך להחזיר הקרקע, הרי גביתו צודקת, ומה תועיל החזרת הקרקע, ואם כן למה לא נשאיר הקרקע בידו, והרי בגבית הקרקע לעולם איכא קיום דין שעבוד הגוף, כמו שכתבו

וְלַמִּדְּן הַתּוֹס' כְּשִׁיטַת הַגְּאוּנִים, הוּבָאָה בְּנִמוּקֵי יוֹסֵף, דְּמַלּוּה גּוּבָה מִן הָעֶרֶב בְּמִקּוּם דַּאיכָא יְתוּמִים קִטְנִים, דְּהוּי כֹּאִין לְלוּה נִכְסִים לְלוּה, וְעֵימִשׁׁנׁ בְּשִׁי״ד פִּי״ג, אֲלֵא דִס״ל לְהַתּוֹס' דְּלֵא חֲשִׁיב כֹּאִין לוֹ נִכְסִים אֲלֵא כְּשִׁתְּבַע לִיתוּמִים וְלֵא רִצּוֹ לְשִׁלְם, אֲבָל אִם לֹא תִבְעֵ לְהֵם עֲדִיין אֲפֻשֶׁר שִׁישְׁלָמוּ מִרְצוֹנָם, וְנִמְצָא שִׁישׁ נִכְסִים לְלוּה לְגַבּוּת מַהֵם.

פּרָק יא

בּו יבואר הא דאם מת ל'וה בחיי מ'וה ועברה גבית המ'וה ליתמי ואחר כך מת המ'וה אין בניו יורשים החוב דאין אדם מוריש שבועה לבניו ואין גוברים מן הערב דבתר יתמי אזיל.

[שבועות מה:] ההוא דשכיב ושבק ערבא, סבר רב פפא למימר הא נמי דלא לוסף עלה הוא, אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא אטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: ראובן הלוח לשמעון על ידי ערב ושטר, ומת לוח בחיי מלוה ונתחייב מלוה שבועה, ואחר כך מת מלוה ובאו יתומים ליפרע מן הערב. דלא לוסף עלה, שהם אמרוה ביתומים הנפרעים מן היתומים, וכאן נפרעים מן הערב. בתר יתמי, דלוח אזיל והוה כיתומים מן היתומים עכ"ל יעו"ש.

וְסוּגִיין קאי אהא דאמרינן לעיל (דף מח.), וכן היתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה, רב ושמואל דאמרי תרויהו לא שנו אלא שמת מלוה בחיי לוח, אבל מת לוח בחיי מלוה, כבר נתחייב מלוה לבני לוח שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: ואין אדם מוריש ממון שהוא מחויב עליו שבועה לבניו, לפי שאין הבנים יכולים לישיבע שבועה זו שנתחייב אביהם עכ"ל יעו"ש.

וְלַמִּדְּן רִשׁׁי דִּדִּין אִין אָדָם מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבָנָיו הוּא, דְּכִיּוֹן שְׁחַל עַל הָאֵב חַיִּיב שְׁבוּעָה, וְאִין לוֹ זְכוּת בְּמִמּוֹן זֶה אֲלֵא עַל יְדֵי שְׁבוּעָה זֶה, אִם כֵּן גַּם יוֹרְשֵׁיו אִין לְהֵם זְכוּת בְּמִמּוֹן אֲלֵא עַל יְדֵי אֹתָהּ שְׁבוּעָה שְׁנַתְחַיִּיב אֲבִיהֶם, וְהָרִי אִינֵם יְכוּלִים לִישְׁבַע שְׁבוּעָה שְׁלֵא נִפְרַע אֲבִיהֶם, דְּמִנָּא יוֹדְעִים, אֲלֵא הַשְׁבוּעָה הַשֵּׁיכַת גְּבִייהוּ הִיא

הרי מוטל עליו לדון ולפסוק אם חייב או פטור אלא שטעה ועוות הדין, בזה אמרינן דדינו חוזר אבל אין מסלקים אותו, אכן דייין זה לא היה עליו לדון כלל, דאין נפרעים מן הערב תחלה, וטעותו היתה שדן במקום שלא היה לו לידון, אלא היה לו לומר למלוה שהוא מסלק עצמו מן הדין עד שיתבע ללוה, וטעות זו חמור יותר ויש לחוש שיטעה עוד, כמו שכתב הנמוקי יוסף, יעו"ש.

פּרָק י

בו יבואו שיטות הראשונים לענין ערבא דיתמי דפרעיה למ'וה מקמי דלודעינהו ליתמי אם ההודעה היא מן המ'וה או מן הערב, ומתי אמרינן דכיתומים נחשב כאין לו נכסים ל'וה.

[בבא בתרא קעד.] ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי, אמר רב פפא פריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו וכו' יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: ההוא ערבא דיתמי, אביהם לוח בחייו, וזה נעשה ערב למלוה בשבילו, ולאחר מותו פרע הערב תחלה מקמי דנתבעינהו ליתמי, כלומר משלו פרע ולא משל יתומים, שלא הספיק לתבעם, ועתה חוזר עליהם ותובעם עכ"ל יעו"ש. ולכאורה לא נתבאר מדבריו אם מקמי דלודעינהו קאי על המלוה או על הערב, אבל באמת אין נפקא מינה בכך, דלדברי הרשב"ם אין שום נפקא מינה להלכה אם תבע להם או לא, והא דקאמר מקמי דלודעינהו, אין זה אלא לומר שהערב פרע ולא היתומים. אבל הנמוקי יוסף כתב דאם הערב תבעינהו ליתמי פטור מלשלם למלוה, ועיימש"נ בשי"ד פט"ו, והבעל המאור כתב נמי כעין זה אלא מטעמא אחרנא.

וְעֵיין מה שכתבו התוס' בד"ה מקמי דלודעינהו וז"ל: מיהר לפרוע ולא הודיעם אם ירצו לפרוע לו כלום, שאם היה מודיעם שמא היו פורעין, מיהו אם לא היו רוצים לפרוע נפרע מן הערב, דהיינו אין לו נכסים ללוה, דודאי אם אין לו נכסים אין יכול הערב לדחותו עד אחר שישכיר עצמו ויקנה נכסים, מה לי אם ידחה אותו עד שיגדלו היתומים מה לי אם ידחה אותו עד שישכיר עצמו עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ד פ"ח.

ערב על החוב, והרי לגבות מן הערב אינם צריכים לישבע, ככהאי גונא שפיר מוריש אדם לבניו, והרי בני המלוה זוכים בחוב הלוה, ושוב יש להם שעבוד גם על היתומים שהם כרעא דאביהם, ומצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, אלא דכפועל אין בני המלוה יכולים לגבות מבני הלוה, שהרי כבר נתחייב המלוה בממון זה לישבע שבועה שלא נפרעתי, ובני המלוה אינם יכולים לישבע אלא שבועה שלא פקדנו אבא, ומשום הכי אינם יכולים להוציא ממון מיד בני הלוה אלא מן הערב, דלגבות ממנו אינם צריכים לישבע, וכשהערב פורע לבני המלוה הרי סילק מן היתומים בני הלוה המצוה שהיתה מוטלת עליהם חוב אביהם, ומשום הכי חוזר וגובה מהם, והיינו דאמרינן ערבא בתר יתמי אזיל.

אלא דעדיין קשה, דמה יש לנו לחוש שהערב יחזור ויגבה מן היתומים, והלא כדין עביד, דאם כן הוא דיכול לחזור ולגבות מהם הואיל וסילק מהם המצוה לפרוע חוב אביהם, ואע"ג דכפועל לא היו יכולים בני המלוה להכריחם לשלם הואיל ואינם יכולים לישבע כמש"נ, למה לא נניחנו לערב לחזור ולגבות מן היתומים, אם כדין עושה ילך וילך.

ונראה דדין ערבא בתר יתמי אזיל הוא דגם היתומים נחשבים בעלי דין בגבית בני המלוה מן הערב, דאין אומרים דעכשיו אין הנידון לפנינו אלא חיוב הערב לבני המלוה, ומה שיהיה אחר כך נדון עליו כשיבא לפנינו, ואין עלינו לדאוג עכשיו מה יהיה עם היתומים, אלא מחייבים אנו את הערב לשלם לבני המלוה, ואם אחר כך ילך הערב לגבות מן היתומים הרי כדין גובה כמש"נ, זה אינו, אלא מיד בגבית בני המלוה מן הערב מחשבינן ליה דגם מה שיארע אחר כך עם היתומים גם זה הוא בכלל הנידון שלפנינו, ואם אנו מחייבים את הערב, הרי זה כמי שמחייבים את היתומים בני הלוה על ידי תביעת בני המלוה, ובזה תיקנו חכמים שבועה, ואין בני המלוה יכולים לישבע כשמת הלוה בחיי המלוה כמש"נ, ובטלה תביעתם, ואינם יכולים לגבות גם מן הערב, ואע"ג דחיוב היתומים הוא חיוב חדש להערב שסילק מהם מצות פריעת חוב אביהם, וחשיב ליה הרשב"ם מלוה על פה, כמו

שבועה שלא פקדנו אבא, ואין זה השבועה שנתחייב אביהם, וממילא אינם יורשים הממון, שהרי אינם יכולים לישבע השבועה שנתחייב אביהם, ונמצא לפי זה דאם מת המלוה בחיי הלוה ואחר כך מת הלוה, ונתחייבו יורשי המלוה ליורשי הלוה שבועה שלא נפקדנו, ואחר כך מתו יורשי המלוה, הרי בניהם שפיר יורשים ממון, שהרי גם הם יכולים לישבע שבועה שלא נפקדנו, דהוי בעיקר אותה שבועה שנתחייב אביהם.

והר"ן הביא פירוש אחר בשם הרב אלברגילוני וז"ל: דיתומים שחייבין לישבע שבועה שלא פקדנו אבא וכו', אם לא הספיקו לישבע עד שמתו, אין בניהם נשבעים ויפסידו כדרב ושמואל וכו'. ואפשר שהם היו מפרשים הא דאמרינן דאין אדם מוריש שבועה לבניו, שכל ממון שאין אדם זוכה בו אלא בשבועה אינו ממון להוריש לבניו וכו' עכ"ל יעו"ש. ופליג על דברי רש"י דאין אדם מוריש שבועה לבניו היינו דוקא כשאין הבנים יכולים לישבע השבועה שכבר נתחייב אביהם, אלא דכל שאינו יכול לגבות אלא על ידי שבועה לא חשיב שיש לו הממון תחת ידו ואינו יכול להוריש, ולכן גם יורשי היורשים אינם יורשים מן היורשים כנ"ל. ושתי דעות אלו הובאו בחו"מ סי' ק"ח סעי' י', ועיין בסמ"ע שם ס"ק ל"ג וס"ק ל"ד יעו"ש.

ובין כך ובין כך יש להקשות על הא דאמרינן בסוגיין דאם מת לוח בחיי מלוה, כי היכי דאין היתומים גובים מן היתומים, דאין אדם מוריש שבועה לבניו, הוא הדין נמי דאינם גובים מן הערב, ואע"ג דבגביה מן הערב ליכא שבועה, מכל מקום ערבא בתר יתמי אזיל, שאם יגבו מן הערב הוא יחזור ויגבה מן היתומים, וקשה דהיאך חוזר הערב לגבות מן היתומים, והלא הם עצמם לא היו צריכים לשלם, דיתומים אין גובים מן היתומים, ובני המלוה אין להם תביעה אלא לגבי הערב, ומהי תביעת הערב אל היתומים.

ולכאורה צריך לומר דהרי דין אין אדם מוריש שבועה לבניו הוא דאינו יכול להוריש ממון שיש עליו חיוב שבועה, או כשיטת רש"י או כשיטת הר"ן כנ"ל, ונמצא שבני המלוה מעולם לא זכו בחוב הלוה, אכן אם יש

פי"א, אבל בדין יתחייבו היתומים לשלם לכשיגדלו, ולא איכפת לן במה שחוזר וגובה מהם.

אין באמת צריכים לעיין בהא מלתא בעצם דברי הנמוקי יוסף, דהלא התם בשבועות אין לגבות מן היתומים כלל, ואם נחייב את הערב והוא יחזור לגבות מן היתומים נמצא אתה מחייב את הפטורים, אבל בסוגיא דידן הרי לא נשתנה דין היתומים כלל במה שמניחים למלוה לגבות מן הערב, דמתחלה היו מחויבים לשלם להמלוה והשתא שהערב שילם במקומם הרי הם מחויבים לשלם להערב, ואין להם שום נפקא מינה בזה, ומה איכפת לן אם הערב ישלם ויחזור על היתומים, ואיברא דהחיוב ממקום אחר הוא, דמתחלה היה חיוב אביהם להמלוה והשתא הוא חיוב חדש שלהם להערב, מכל מקום למה נחוש בכך, והלא הסכום שמוציאים מכיסם אחד הוא.

עוד יש לדקדק בדברי הנמוקי יוסף שכתב דטעמא דאין נפרעים מן היתומים הוא משום חשש פרעון ואם כן היאך נגבה מן הערב, והדר כתב דאם אתה מחייב את הערב הרי אתה מחייב את היתומים דהערב חוזר עליהם, ולכאורה אם יש חשש פרעון לגבי הערב למה לן טעמא דערב חוזר על היתומים.

אכן נראה בביאור דבריו דחששא דצררי אתפסיה לא הוי ספק גמור אלא חשש בעלמא, דהא בהלך לוח למדינת הים גובים שלא בפניו ולא חיישינן לצררי, וכל זמן שהיתומים קטנים ואינם יכול לבדוק בעסקי אביהם חיישינן דלמא יש שם איזה הוכחה שהתפסו צררי, ואילו היה ספק גמור היה פוטר גם את הערב, אבל כאן דלא הוי אלא חשש בעלמא שתיקנו לטובת היתומים, אין להעביר חשש כזה מחיוב היתומים לחיוב הערב, והיה צריך להיות הדין דמלוה גובה מן הערב מיד, והערב חוזר וגובה מן היתומים, אלא דמבואר בסוגיא דשבועות שם דכשדנים על הערב הרי זה נחשב שדנים גם על היתומים, דערבא בתר יתמי אזיל, ועיימש"נ בשי"ד פי"א, והרי היתומים נכללים מיד בדין תורה שבין מלוה וערב, ולגבי יתומים תיקנו חכמים חשש פרעון, והרי חשש פרעון זה פוטר

שכתב בבבא בתרא (דף קעד.) יעו"ש, מכל מקום כיון דאם מחייבים את הערב בודאי יצא מזה שהיתומים יצטרכו לשלם, הרי נחשב כאילו בני המלוה גובים מן היתומים, ובטלה תביעתם כמש"נ.

פרק יב

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דאם מת לוח והניח בנים קטנים אין נפרעים מן הערב דערבא בתר יתמי אזיל, ולא הביא טעמא דחיישינן לצררי אתפסיה המעכב גביה מן היתומים.

[בבא בתרא קעד.] כתב הנמוקי יוסף וז"ל: וצריך לעיין בין בערב ובין בקבלן, אם מת הלוח ויש לו נכסים ידועים, אלא שיתומין קטנים שאין נפרעין מהם עד שייגדלו, אם נפרעים מן הערב, ויש מן הגאונים ז"ל דאמרו דכל שאי אפשר לו ליפרע מן היתומים, הרי הוא כגברא אלמא או כאין נכסים ללוח, שיפרע מן הערב, וכן דעת הראב"ד והרשב"א ז"ל, אבל הרמב"ן והרא"ה ז"ל אמרו דאף מן הקבלן אין נפרע, דערבא בתר יתמי אזיל, וכל שהיתומים פטורים, הערב או הקבלן פטור, וכדאמרינן בפרק כל הנשבעין (שבועות מח): גבי מת לוח בחיי מלוה ואחר כך מת מלוה, שאין בני המלוה גובים מן הערב כשם שאין גובים מבני הלוח, משום דערבא בתר יתמי אזיל, והטעם שאין נפרעין מן היתומים משום חשש פרעון הוא, ואם כן היאך יתחייב הערב, ואם אין מי שיכול לפקח ולחפש בעסקיו אם פרע הלוח, אם כן על כרחך אתה מחייב את היתומים, שהרי הערב חוזר עליהם עכ"ל יעו"ש.

והנמוקי יוסף הביא ראיה דכשהיתומים קטנים אין המלוה נפרע מן הערב דערבא בתר יתמי אזיל, כדאמרינן בשבועות, וכיון דחוזר וגובה מן היתומים אין מחייבין הערב לשלם, אבל לשיטת הרשב"א והראב"ד נפרעים מן הערב כשהיתומים קטנים, וכן היא נמי שיטת התוס' בד"ה מקמי יעו"ש. ואין להקשות לפי הסוגיא דשבועות והלא ערבא בתר יתמי אזיל, וכמו שכתב הנמוקי יוסף לשיטת הרמב"ן והרא"ה, דיש לחלק דהתם בשבועות אינו יכול לגבות כלל מן היתומים, ואפילו לכשיגדלו, דאין אדם מוריש שבועה לבניו, ועיימש"נ בשי"ד

מקום לגבות ממנו שהרי באמת לא הניחו לו מקום, דהא כל זמן שיש נכסים ללקוחות אין לו תביעה על הערב, אבל הנמוקי יוסף כתב שיש למלוה טענה כנגד טענת הנחת לך מקום שהוא רוצה בנכסי הלוה, ומשמע מדבריו דאם אינו טוען כן יכול באמת לגבות מן הערב, ואין הערב יכול לדחותו ולומר שעדיין יש נכסים ללוה והרי הם בידי הלקוחות, ואם כן צריכים לעיין מהי טענת רוצה אני בנכסי הלוה.

והנה יש להסתפק בחיוב הערב, אם הוא לחיובו של הלוה, וכי היכי דאמרינן נכסי דאיניש אינון מערבין יתיה, והיינו דהנכסים המשועבדים הם ערבים לשלם שעבוד הגוף של הלוה, ועל ידי גביה מן המשועבדים איכא פרעון על חיוב הלוה, והוא הדין בערב שהוא מקבל על עצמו לפרוע חוב הלוה, ועל ידי גביה מן הערב איכא פרעון חובו של הלוה, או דלמא חיוב הערב הוא חיוב חדש שבעצם אינו מצטרף לחיוב של הלוה, ורק דמקבל על עצמו שאם הלוה לא יפרע חובו הרי הערב מחייב עצמו חיוב חדש להמלוה, ואם המלוה גובה מן הערב בודאי נסתלק חיוב הלוה, ואין המלוה יכול לגבות פעמים, אולם אין הגביה מן הערב תורת פרעון על חוב של הלוה, ורק כשהערב פורע חיובו להמלוה ממילא נסתלק חיובו של הלוה, כמש"נ.

ונראה דהנמוקי יוסף מחדש כאן דחיוב הערב הוי חיוב חדש ולא פרעון חיובו של הלוה, וכשהלוה מכר כל נכסיו, ולא נשארו אצלו שום נכסים, אזי חל על הערב חיוב בפועל שצריך לשלם למלוה, שהרי אין נכסים ללוה, ואין הערב יכול לדחותו אצל לקוחות, אכן אם המלוה רוצה יכול לגבות מן הלקוחות, ואין הלקוחות יכולים לטעון הרי הנחנו לך מקום לגבות מן הערב והוא אינו יכול לדחותך ואם כן זיל אצל ערב, שהרי המלוה טוען איני רוצה לגבות אלא מנכסי הלוה, כלומר אני רוצה לגבות החוב שנתחייב לי הלוה, והגם שאני יכול לגבות מן הערב אם ארצה, זהו חיוב ושעבוד חדש שיש לי על הערב, ואין הכי נמי דאם אגבה מן הערב יסתלק חיוב הלוה ממילא, הברירה בידי או לתבוע חיוב הלוה או חיוב הערב, שהם שני

גם הערב כיון דהוי חד דין תורה וכמש"נ, ואם אין מי שיכול לפקח בעסקי הלוה לסלק החשש צררי, ואעפ"כ מחייבים את הערב, הרי נמצא שמחייבים גם היתומים בלי סילוק החשש צררי, וזהו כנגד תקנת חכמים. ולדברי הרמב"ן והרא"ה דאין לגבות מן הערב כשהיתומים קטנים, עדיין צריכים לעיין היאך יתיישב הא דאמרינן בגמרא האי ערבא דפרע וכו', ולכאורה מבואר דהערב חייב וחוזר וגובה מן היתומים, ולכאורה זה סותר לסוגיא דשבועות דערב פטור דערבא בתר יתמי אזיל, והדברים מבוארים בהמשך דברי הנמוקי יוסף, ועיימש"נ בשי"ד פ"ג.

פרק יג

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דאם יש משועבדים אין המלוה גובה מן הערב והוה ליה כיש נכסים ללוה, ואף דהלקוח טוען הנחתי לך מקום המלוה טוען איני רוצה אלא נכסי הלוה.

[כבא בתרא קעד.] כתב הנמוקי יוסף וז"ל: ועוד צריך לעיין אם מכר נכסיו מאיזה מהם יגבה המלוה, אם מן הלקוחות או מן הערב והקבלן, ונראה למפרשים ז"ל שיכול לגבות מן הלקוחות, וכן הדין שיפרע מהם תחלה, שאין הלקוחות יכולים לדחותו אצל הקבלן לומר כבר הנחתי לך מקום שתגבה ממנו, דלא אמרינן הכי אלא כשהניח נכסים ללוה אבל לא אצל הקבלן, שיכול לומר שאינו רוצה ליפרע אלא מנכסי לוח עכ"ל יעו"ש.

ויש לעיין בדבריו דהנה היכא דהלקוחות השאירו נכסים אצל הלוה, יכולים לומר הנחתי לך מקום לגבות הימנו, ואין המלוה יכול לומר שאינו רוצה ליפרע אלא מאותם נכסים של הלוה שבידי הלקוחות, והכא כשהשאירו הלקוחות נכסים ביד הערב יכול המלוה לומר שאינו רוצה ליפרע אלא מנכסי הלוה, ומאי שנא. והיה אפשר לומר דכשיש נכסים בידי הלקוחות ליכא חיוב על הערב, דהרי זה נחשב שיש נכסים ללוה, ובפרט לפי מה שכתב רש"י בפסחים (דף ל:) דגובים מן המשועבדים משום דאין מכירתו מכירה לגבי גביה, ועיימש"נ בש"א פט"ז. אולם אין זה מדויק בלשון הנמוקי יוסף, דהיה לו לכתוב שאין הלקוחות יכולים לומר הנחתי לך

מזיבורית, דהא אם קנה בינונית בודאי גובה מלוה ממנו מן הבינונית.

ובמה שכתב הנמוקי יוסף דאע"ג דבקבלן הדין הוא דמלוה גובה ממי שירצה מכל מקום יכול הלוה לסלקו בזיבורית צריכים לעיין, דלמה באמת יוכל הלוה לסלקו בזיבורית שהוא פחות מדינו, או אפילו בבינונית אחרת שהוא כדינו, והלא המלוה רצה מזה גובה רצה מזה גובה. ולכאורה צריכים לומר דכשהלוה משלם לו אפילו בזיבורית יש בזה פרעון חובו דשוה כסף ככסף, ולעולם יש לו זכות לפרוע חובו, אכן יש לדקדק דאם כן כשהמלוה בא לגבות בינונית מן הלוה למה לא יוכל הלוה ליתן לו זיבורית בפרעון חובו ולסלקו מן הבינונית.

וצריך לומר דכיון דגם על ידי גביתו מן הבינונית יתקיים פרעון חובו של הלוה, לאו כל כמיניה דלוה לפרוע לו בזיבורית בתורת שוה כסף ולסלקו מזכותו לגבות בינונית, אבל בנידון דידן בקבלן שיש לו בינונית וללוה יש זיבורית, הרי אם יגבה מן הקבלן לא יתקיים בזה פרעון חוב שלוה אלא שיסתלק ממילא, ועיימש"נ בשי"ד פי"ג שכן היא שיטת הנמוקי יוסף, ובפרט בקבלן בודאי מסתברא דחיובו הוי חיוב חדש, ולכן יכול הלוה לתבוע שהוא רוצה לקיים חיובו ומצות פריעת בעל חוב, ואינו רוצה שיסתלק ממילא על ידי גביה מן הקבלן, ואע"ג דקבלן יש לו חיוב חדש להמלוה, ומשום הכי גובה ממנו אם ירצה, מכל מקום אין המלוה יכול לטעון שרוצה לגבות חיוב הקבלן ולא חיוב הלוה, דסוף סוף חיוב חדש של הקבלן הוא אחריות לחיוב הלוה, ועיקר החיוב הוא חיוב הלוה, ומשום הכי דין הוא שיוכל לשלם חובו מרצונו אם ירצה, ואפילו על ידי זיבורית.

ולפי זה יותר מובן מאי דסלקא דעתיה דהנמוקי יוסף דאין מלוה גובה מבינונית דקבלן במקום דאין ללוה אלא זיבורית, דכיון דסוף סוף חיוב הלוה הוא העיקר כמש"נ, וחיוב חדש של הקבלן הוא תחת חיוב של הלוה, אם כן סלקא דעתא דכל חיובו לעולם תלוי במה שיש לו ללוה בשעת הגביה, אם יש לו בינונית אז מלוה גובה בינונית גם מן הקבלן, ואם אין לו אלא זיבורית אז המלוה אינו גובה אלא זיבורית מן הקבלן, קא

חיוב נפרדים כמש"נ, ועכשיו אני בא לתבוע החיוב והשעבוד שיש לי על הלוה, ואע"פ שאין לו נכסים, הרי יש נכסים משועבדים בידי הלקוחות, ועל ידי גבית אותם נכסים יתקיים פרעון חובו של הלוה, ואין לי מקום אחר לגבות ממנו אותו החוב של הלוה, שהרי גביה מן הערב לא שייך בעצם לחיוב של הלוה, כמש"נ.

פרק יד

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דסלקא דעתין דאם יש להלוה רק זיבורית ולהקבלן יש בינונית אין המלוה גובה מבינונית דקבלן, ואע"ג דבקבלן רצה מזה גובה רצה מזה גובה.

[בבא בתרא קע"ד.] כתב הנמוקי יוסף וז"ל: ושני מיני קבלנות איכא, היאך קבלנות דהכא רצה מזה גובה רצה מזה גובה, והיאך קבלנות שנשא מן המלוה ונתן ללוה ביד, שלא נטל הלוה מהמלוה כלום אלא מן הערב, ומיהו אומר ר"ת שאם אין נכסים לערב חוזר על הלוה מהא דרבי נתן וכו'. וכתבו האחרונים דכשבא מלוה לגבות מן הקבלן, אפילו בשלא נשא ונתן ביד שאז הוא שיכול לחזור על מי שירצה, יגבה מן הבינונית אע"פ שאין ללוה אלא זיבורית, וכן דעת הרמב"ם ז"ל, אלא שאם רצה הלוה לפרוע מן הזיבורית שאין יכול לגבות מן הקבלן מן הבינונית וכדמוכח בריש הנזקין עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דאם יש בינונית וזיבורית להקבלן וזיבורית ללוה, יכול המלוה לגבות מבינונית דקבלן, ומכל מקום אם רוצה הלוה לסלקו בזיבורית אין המלוה מעכב עליו.

וסלקא אדעתיה שלא יוכל לגבות מבינונית דקבלן היכא דאין ללוה אלא זיבורית, ואע"ג דמלוה גובה מאיזה מהם שירצה, ואם כן למה תהא גביתו מן הקבלן תלויה בסוג הקרקעות דאית ליה ללוה. וצריך לומר דסלקא דעתיה דכשאין ללוה אלא זיבורית אז כל חיובו של הלוה מוגבל לזיבורית, ואם כן הוא הדין דמן הקבלן אינו גובה אלא מן הזבורית, קא משמע לן דהחיוב הוא לשלם ממון, וכל דין זיבורית הוא בסדר הגביה, ולכן מן הקבלן גובה בינונית אף אם אין ללוה אלא זיבורית. אכן קצת דחוק לומר דסלקא דעתין דכל החיוב של הלוה הוא

והניח מעותיו על קרן הצבי כנ"ל, ואם כן למה הקדים לנו שפרעון הערב נחשב מלוה על פה חדשה ממנו להיתומים, הלא המדובר כאן הוא דכיון שהערב פטור הוה ליה כפורע חובו של חבירו, ומה לנו אם איכא מלוה על פה חדשה או אם אביהם היה מחויב מכבר להערב.

ונראה דרק משום הקדמה זו הוה ליה כפורע חובו של חבירו, דהיה אפשר לומר דהא דהלואה או יורשו צריך לשלם לערב שפרע בשבילו לא הוי מלוה חדשה, אלא דכך הוא דין הערב דבשעת ההלואה נשתעבד הלואה בין להמלוה בין להערב ובתנאי שישלם עבורו, ומתחלה גובה ממנו המלוה, ואם אין לו מה לשלם והערב שילם בעדו, אז צריך לשלם להערב מכח השעבוד שכבר חל עליו בשעת ההלואה, וגם היתומים משועבדים על ידי אותו שעבוד, דמצוה לפרוע חוב אביהם, ואם כן אין להחשיבו להערב כפורע חובו של חבירו, דהא אינו תובע מהם כשיגדלו מחמת הממון שפרע אלא מחמת השעבוד שחל בשעת ההלואה, ואם היתומים פטורים מלשלם כשהם קטנים לא נתבטל על ידי זה השעבוד שכבר חל בחיי האב, אולם כיון דתביעת הערב להיתומים לכשיגדלו הוא מחמת מלוה חדשה שחלה בשעת הפרעון, אז שפיר אמרינן דכיון שבין הוא ובין היתומים היו פטורים בשעת הפרעון, הוה ליה כפורע חובו של חבירו, והניח מעותיו על קרן הצבי.

ויש לדקדק במה שכתב הנמוקי יוסף דלא אמרינן ערבא בתר יתמי גריר לפטור את הערב אלא כשתבעינהו ליתמי, ומבואר מדבריו דאם לא תבעינהו, היתומים פטורים, אבל אין פטורם פטר את הערב מדין ערבא בתר יתמי גריר, ולמה יהא הדבר תלוי בתביעת היתומים לדין, והלא בין כך ובין כך היתומים פטורים, ונפטור נמי את הערב דגריר בתרייהו.

ואפשר לומר דכונתו למה שכתבו התוס' בד"ה מקמי דאם תבעם דלמא היו פורעים מרצונם יעו"ש, ואולי כדי להקל מעליהם עול החובות, ואם כן אין להחשיבם כפטורים לגמרי ולפטור נמי הערב דאזיל בתרייהו אם נתחייב, והרי נמצא דלא הוי כפורע חובו של חבירו, אבל אם תבעינהו לדין ומיאנו לשלם, אז בודאי

משמע לן דחייב חדש של הקבלן תלוי בחיובו של הלואה ולא במה שיש לו, והמלוה יכול לגבות ממנו בינונית, ומכל מקום אם ירצה הלואה יכול לפרוע חובו בזיבורית בתורת שוה כסף כמש"נ, דעל ידי זה יש קיום תשלומי חובו, מה שאין כן אם יגבה מלוה מן הקבלן שאין בזה אלא סילוק חוב הלואה ממילא ולא קיום תורת תשלומין ופריעת בעל חוב מצוה כמש"נ.

פרק טו

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דבערב שפרע קודם שהודיעו ליתומים הנידון הוא אם הערב נפטר מלשלם ולכן אם פרע הוה ליה כפורע חובו של חבירו והניח מעותיו על קרן הצבי.

[כבא בתרא קעד.] כתב הנמוקי יוסף וז"ל: האי ערבא דאבוהון, שנכנס ערב בעבור אביהם בחייו, ולאחר מותו פרע זה הערב משלו קודם שיתבע ליתומים. פריעת בעל חוב מצוה, דמלוה על פה היא, דעד עכשיו שפרע לא היה אביהם בעל חוב של זה, וכיון שהם קטנים פחותים מ"ג שנה לאו בני מיעבד מצוה נינהו, וכי גדלי לישתעי מלוה דינא בהדייהו, אבל עכשיו כשהם קטנים הם פטורים, וכי היכי דאינהו פטורין הערב נמי פטור, דערב בתר יתמי גריר כדפרישית לעיל, והא דקאמר מקמיה דליתבעינהו, לאו למימר דאי תבעינהו היו חייבין, אלא דאי תבעינהו היה הערב פטור כמו שהן פטורין, ועכשיו שפרע הערב בזמן שהיו הם פטורים הפסיד הערב מה שהוציא, דהוה ליה כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו שהפסיד מעותיו (כתובות דף קח.) וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה גם הרשב"ם התחיל בדברים כאלו בד"ה פריעת בעל חוב מצוה וז"ל: הערב עתה נעשה בעל חוב, ומלוה על פה הוא ומצוה לפרעו, ואם היתומים פחותים מ"ג שנה לאו בני מיעבד מצוה נינהו, וכי גדלי משתעי דינא בהדייהו וכו' עכ"ל יעו"ש, והרשב"ם סיים דבריו שהמצוה מעכבת הערב מלגבות מן היתומים, אכן הנמוקי יוסף סיים דבריו דהמצוה מעכבת המלוה מלגבות מן היתומים עד דגדלי, וכיון שהמלוה פטור גם הערב פטור, דערב בתר יתמי גריר, ואם פרע הרי הוא פורע חובו של חבירו

למלוה הרי הוא כאיניש דעלמא, וחשיב כפורע חובו של חבירו והניח מעותיו על קרן הצבי, אבל אם הם היו חייבים כגון שחייב מודה, אז גם הערב חייב, דשוב אין לחוש במה שחוזר וגובה מן היתומים, שהרי חייבים.

ובאמת יש לדקדק בשיטת הרמב"ן דאין נפרעין מן הערב כשהיתומים קטנים הואיל וערב בתר יתמי אזיל, וכמו שכתב הנמוקי יוסף, דאם כן היאך יתיישב הא דאמרינן בסוגיין ההוא ערבא דיתמי דפרע למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי וכו', ומבואר דהערב חייב לשלם אע"פ שהיתומים קטנים, ולא אמרינן דהוי כהניח מעותיו על קרן הצבי, וחוזר וגובה מן היתומים.

ועל זה כתב הנמוקי יוסף דהכל תלוי בתביעה מן היתומים, דאם תבע ליתומים הרי הם פטורים והערב פטור, דערבא בתר יתמי אזיל, אבל אם לא תבע ליתומים אז הערב חייב וחוזר וגובה מן היתומים, כמו שמבואר בגמרא, והדבר צריך ביאור.

ולכאורה צריך לומר דהרי הערב קיבל ערבות לגבי הלואה, ועכשיו שמת ונכסיו ביד יתומים קטנים התביעה עוברת להערב, ואין היתומים עצמם בכלל התביעה, אבל אם תבעם ליתמי תחלה אז אמרינן דגם הם בכלל התביעה, וכשהמלוה תבע לערב אחר כך הרי זה נחשב שדנים גם על הערב וגם על היתומים, אבל אם לא תבעם כלל, אמרינן שכל הנידון הוא בין המלוה והערב בלבד, ואם אחר כך חוזר הערב וגובה מן היתומים לא איכפת לן בכך, שהרי כדין הוא גובה, וכל דין ערבא בתר יתמי אזיל הוא דגם היתומים נידונים לפנינו, וזה לא נאמר אלא כשתבעם תחלה, כמש"נ.

פרק יז

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דערב שפרע קודם שהודיע ליתמי הלואה אינו חוזר וגובה מהם דהוה ליה כפורע חובו של חבירו, אבל אילו היו חייבים גובה דשעבודא דנפשיה הוא דפרע.

[בבא בתרא קעד.] ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי, אמר רב פפא

נחשבים פטורים לגמרי, ויש לחוש שאם נחייב הערב אזיל בתרייהו, ולהכי פוטרים גם הערב, ואם שילם הוה ליה כפורע חובו של חבירו, אבל היכא דהיתומים חייבים, כגון שחייב מודה, ולא תבעינהו ליתמי קודם שפרע, אינו כפורע חובו של חבירו, שהרי שעבודם קיים, ואמרינן דשעבודא דנפשיה קא פרע, כלומר ששילם מדין ערב ולא כפורע חובו של חבירו, דאינו משלם מדעתו ורצונו במקום שפטור מלשלם.

פרק טז

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דהיכא דהיתומים פטורים אין נפרעין מן הערב הואיל וערב בתר יתמי אזיל, אבל אם הערב לא תבע היתומים תחלה הרי הערב חייב וחוזר וגובה מן היתומים.

[בבא בתרא קעד.] כתב הנמוקי יוסף וז"ל: אבל עכשיו כשהם קטנים הם פטורים, וכי היכי דאינהו פטורין הערב נמי פטור, דערב בתר יתמי גריר כדפרישית לעיל, והא דקאמר מקמיה דליתבעינהו ליתמי, לאו למימר דאי תבעינהו היו חייבין, אלא דאי תבעינהו היה הערב פטור כמו שהן פטורין, ועכשיו שפרע הערב בזמן שהיו הם פטורים הפסיד הערב מה שהוציא, דהוה ליה כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו שהפסיד מעותיו (כתובות דף קח.), אבל אם היו חייבין, כגון שחייב מודה, ואף על גב דפרעיה מקמיה דליתבעינהו ליתמי לא הפסיד, דלאו כפורע חובו של חבירו הוא אלא שעבודא דנפשיה הוא דפרע, אבל השתא דאין חייבין כלל לא הוא ולא הן, הוה ליה כאדם דעלמא שפרע חובו של חבירו, ורב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע לא פליגי בהכי דכולהו מודו שהפסיד הערב מה שהוציא וכו' עכ"ל יעו"ש.

כונת הנמוקי יוסף במה שכתב דערבא בתר יתמי גריר הוא, דהיכא דהיתומים פטורים אין לחייב את הערב, אע"ג דבעצם אין טעם לפוטרו, מכל מקום אין מחייבים אותו, כיון דערב בתר יתמי אזיל, ויחזור ויגבה מן היתומים, ונמצא אתה מחייב את היתומים, כדאיתא בשבועות (דף מח.): יעו"ש, ואזיל בשיטת הרמב"ן והרא"ה, ועיימש"נ בזה בשי"ד פי"ב, ומשום הכי גם הערב פטור, וכיון שהוא פטור אם שלם

לכך כתב הנמוקי יוסף דכשהערב פורע למלוה לא חשיב כפורע חובו של חברו שלא מדעתו וכמבריא ארי דפטור, והיינו טעמא משום דשעבודא דנפשיה הוא דפרע כנ"ל, והיינו דהערב נתערב ונשתעבד לאותו חוב שנשתעבד הלוה, והרי הלוה מת, וממילא עליו לשלם החוב, ומשום הכי דיין הוא דגובה מן היתומים ולא הוי כמבריא ארי.

אולם צריך עיון בזה, דהרי בודאי לא נחשב שהערב פרע החוב מדעת היתומים, והוי פורע חובו מדעתו, דאם כן למה ליה כלל הך טעמא דשעבודא דנפשיה, ומוכח דנחשב שלא מדעת היתומים, דהם לא בקשו מן הערב של אביהם שישלם בעדם, ואם כן מה להם להיתומים שהערב מחויב לשלם מחמת ששעבד עצמו לאביהם, ומה לי דלא בא סתם לפרוע חובו חברו אלא בא לקיים שעבודא דנפשיה, ולמה יתחייבו היתומים לשלם לו משום הא, והלא לגבי דידהו לא הוי אלא כפורע שלא מדעתו ומבריא ארי.

ונראה לבאר דברי הנמוקי יוסף עפ"מ ש"נ בשי"ד פכ"ד דדין מבריא ארי הוא, דכיון דלא נתן לו מידי אלא מנע ממנו ההפסד, אין לו עליו טענת ממוני גבך, ולא נחשב שהממון שהוציא מונח ומושקע בנכסים שניצלו על ידו, ועי' בתוס' כתובות (דף קז:) בד"ה חנן אומר וז"ל: ליכא לאקשוויי מהא דקיימא לן (לעיל דף פ.) היורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות דשמיין לו כאריס וכו', דהתם השבח בעין הוא ודין הוא שיטול, אבל הכא לא השביח לו שום שבח נכסים, אלא שהציל מגביתו של בעל חובו ולא מידי יהיב ליה, והוה כמבריא ארי מנכסי חברו וכו' עכ"ל יעו"ש. והיינו דאם יש שבח בעין הרי איכא ממוני גבך אף אם השביח שלא ברשות, ועיימש"נ בש"ט פכ"ב, אבל אם אין שבח בעין ליכא תורת ממוני גבך אלא על ידי שההנהו, ובזה אמרינן דכיון שהיה שלא ברשות, ולא מידי בעין יהיב ליה, לאו כל כמיניה להשקיע ממונו בנכסי חברו שלא מדעתו, ולא הוי אלא כמונע ממנו הפסד, והוא לא בקש ממנו, והיינו מבריא ארי ופטור.

פריעת בעל חוב מצוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה ניהו. ורב הונא בריה דרב יהושע אמר אימר צררי אתפסיה, מאי בינייהו, איכא בינייהו כשחייב מודה, אי נמי דשמתוהו ומת בשמתיה יעו"ש. וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: אלא דאי תבעינהו היה הערב פטור כמו שהן פטורים, ועכשיו שפרע הערב בזמן שהיו הם פטורים הפסיד הערב מה שהוציא, דהוה ליה כפורע חובו של חברו שלא מדעתו שהפסיד מעותיו (כתובות קח.), אבל אם היו חייבין, כגון שחייב מודה, אף על גב דפרעיה מקמי דליתבעינהו ליתמי לא הפסיד, דלאו כפורע חובו של חברו הוא אלא שעבודא דנפשיה הוא דפרע, אבל השתא דאין חייבין לא הוא ולא הם, הוה ליה כאדם דעלמא שפרע חובו של חברו וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומדברי הנמוקי יוסף למדנו נקודה יסודית בענין ערב, דהרי היכא דהמלוה גבה את חובו מן הערב, הדין הוא דהערב חוזר וגובה מן הלוה לכשיהיה לו נכסים לשלם, ואם כן צריכים אנו לדון למה חייב הלוה לשלם לערב, ולמה לא הוי כפורע חובו של חברו, והחילוק הפשוט הוא, דהא נתערב לדעת הלוה, ולא הוי כפורע חובו שלא מדעתו, אלא הלוה התחייב וקיבל עליו שישלם לערב אם יפרע למלוה, וכל זה הוא בכלל השטר חוב, שהלוה משעבד עצמו למלוה לפרוע חובו ולערב אם יפרע חובו במקומו.

אכן כל זה לא יתכן אלא בהלוה עצמו שהרי לו נתערב הערב, אבל היתומים הרי לא בקשו מן הערב להיות להם לערב, ולא שעבדו עצמם לשלם לו אם יפרע חובם, ואם כן למה חוזר הערב וגובה מהם, ולמה לא הוי כפורע חובו של חברו שלא מדעתו, ואם נימא דהיתומים נכנסים תחת אביהם לא רק לגבי חיוב פרעון החוב אלא גם לגבי השעבוד להערב, אם כן נמצא נמי דכי היכי דחיובם להמלוה הוי מלוה בשטר גם חיובם להערב הוי מלוה בשטר, ולהדיא כתב הרשב"ם בד"ה פריעת בעל חוב מצוה דחיוב היתומים להערב הוי מלוה על פה, יעו"ש.

וגם הנמוקי יוסף כתב דהא דאמרינן בגמרא דהערב פרע מקמי דליתבעינהו ליתמי, היינו דאם תבע ליתמי שוב נפטר מן המלוה, ואם אף על פי כן פרע למלוה הרי הניח מעותיו על קרן הצבי כאדם אחר שפרע חובו של חבירו ואינו חוזר וגובה מן היתומים, אבל אם לא תבעינהו ליתמי הערב חייב לשלם למלוה, וחוזר וגובה מן היתומים, וטעמא דפטור כשתבע ליתמי כתב הנמוקי יוסף משום דערבא בתר יתמי אזיל, כההיא דשבועות (דף מח:), ועיימש"נ בשי"ד פט"ו, אולם הבעל המאור ביאר הגמרא כדרך הנמוקי יוסף אבל לא מטעמיה, דגם הבעל המאור למד דאם תבעיה ליתמי נפטר הערב, אבל לא משום דערבא בתר יתמי אזיל, אלא משום דאין נפרעין מן הערב תחלה כנ"ל.

ויש לדקדק דמה לי דהערב פטור, הא סוף סוף שילם למלוה, ולכאורה כונתו דכיון שהערב נפטר מלשלם ואעפ"כ שילם הוה ליה כפורע חובו של חבירו והניח מעותיו על קרן הצבי, וכמו שכתב הנמוקי יוסף, ואע"פ שהבעל המאור לא הזכיר כן בדבריו בפירוש, לכאורה לזה נתכוון, וצריכים לעיין לדידיה למה יהא תלוי דין זה דהערב נפטר משום דאין נפרעים מן הערב תחלה כתביעת המלוה מן הערב.

ונראה דהבעל המאור למד האי דינא דאין נפרעים מן הערב תחלה באופן מחודש, דאין טעמו משום דין קדימה בעלמא, וגם אין זה צורת השעבוד מתחלתו דלהכי נשתעבד שאם לא יוכל המלוה לגבות מן הלוה יגבה מן הערב, כמו שכתב הרשב"ם לעיל (דף קעג:), יעו"ש, אלא הדין הוא דחייב הערב תלוי בחיוב הלוה, ואם הלוה פטור גם הערב פטור, ואם תבעינהו ליתמי בדין ונפטרו מלשלם אז נקבע שפטורים, ועיימש"נ בשי"ד פט"ו, וממילא גם הערב פטור עד שיגדלו היתומים, ואם פרע כשעדיין היו קטנים הניח מעותיו על קרן הצבי ואינו חוזר וגובה מהם, אכן יש לעיין למה תהא תלויה קביעת פטורם בתביעתם לדין, והלא ידעינן דיתומים קטנים פטורים, ואם כן גם הערב יפטר.

ואולי יש לומר דס"ל כדברי התוס' בד"ה מקמי דלודעינהו ליתמי וז"ל: שמייהר לפרוע

וחידש לנו הנמוקי יוסף דכיון דחובה מוטלת על הערב לפרוע חוב המלוה ולסלקו מנכסי הלוה, אז שפיר חשיב שהשקיע ממונו בנכסים אלו, ואע"פ שאין כאן שבח בעין כמו ביורד לנכסי חבירו ונטעה, מכל מקום הרי הרויחו הנכסים על ידי פרעון הערב, ובכל מקום לא אמרינן דחשיב ממוני גבך כשעשה כן, דמי ביקש ממנו לעשות כן, אבל אם הוא משועבד לפרוע החוב ולסלק המלוה מן נכסי הלוה, אז יש לו טענה של ממוני גבך, ואע"פ שהיתומים לא בקשו ממנו לעשות כן, כמש"נ, מכל מקום לאביהם נשתעבד לסלק המלוה, ומשו"ה חשיב כיוורד ברשות, והרי הרויחו הנכסים אע"ג דליכא שבח בעין אלא מניעת גבית המלוה, ושפיר יש לו טענה של ממוני גבך גם לגבי היתומים ולא הוי כמבריה ארי.

פרק יח

בו יבוארו דברי הבעל המאור דערב שפרע קודם שהודיע ליתומים חוזר וגובה כשיגדלו ואם הודיעם ונפטרו הערב פטור דאין נפרעים מן הערב תחלה ואם פרע אינו גובה מהם.

[כבא בתרא קעד.] כתב הבעל המאור וז"ל: ההוא ערבא דפרעיה למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי וכו', שאלמלי הודיעם הערב ליתומים ותבעם בדין, כשם שהיו היתומים פטורים בעודם קטנים כך היה הערב פטור, שאין הערב מתחייב אלא במה שמתחייב הלוה, וכדתנן במתניתין לא יפרע מן הערב, וקיימא לן לא יתבע ערב תחלה. ואם תאמר אי משום הא מאי קא משמע לן מתניתין היא, איכא למימר סלקא דעתך אמינא כיון שאין היתומין פטורין אלא בעודן קטנים, ולאחר שיגדלו יהיו חייבין, אשתכח דבני חיובא נינהו ואריא הוא דרביע עלייהו, ותהוי כמלוה שתבע ללוה ונתחייב בדין ואין לו מה יפרע שגובה מן הערב מיד, הכא נמי יגבה מן הערב מיד, קא משמע לן טעמא דפרעיה מקמי דלודעינהו ליתמי, הא אודעינהו, כי היכי דהווי יתמי פטירי כל זמן שהם קטנים, היה ערב נמי פטור עד שיגדלו היתומים ויתחייבו כולן וכו' עכ"ל יעו"ש.

פפא קשיא, שאני התם דלהכי טרח וכתב ליה התקבלתי יעו"ש. וכתב הרשב"ם דהמלוה כתב התקבלתי להערב, ונעשה כמלוה בשטר וגובה מן היתומים אע"ג דלאו בני מיעבד מצוה נינהו יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פי"ד.

אב"ד התוס' לעיל (דף קעד.) בד"ה ואם כתב פירשו הגמרא באופן אחר וז"ל: והיה נראה לפרש דאם כתב בו התקבלתי גובה, היינו אם כתב בשטר התקבלתי מן הערב, שכך כתב הלוח גם לערב בתוך השטר ליפות כחו לדוחקו ולפטריו לשלם חובו למלוה אף אם לא יתבענו מלוה עדיין גובה וכו' עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק היאך מהניא מה שהלוח כתב להערב התקבלתי לפוטרו מן המלוה.

א"ל נראה דהכי מתפרשי דברי התוס', שהלוח כתב להערב התקבלתי ממך אע"פ שבאמת לא קיבל ממנו כלום, דאדם יכול לחייב עצמו בשטר, ואם הלוח כתב שטר הלואה ומסרו להמלוה בלי קבלת מעות, הרי הוא מתחייב כאילו קיבל מעות, וכן נמי הכא הלוח שעבד עצמו להערב מלבד הערבות של המלוה, והוא האמין להערב שלא יתבע ממנו אלא אם כן גבה המלוה חובו מן הערב, ואז כשבא לגבות לא יצטרך לדון עם הלוח או עם היתומים על גבית המלוה את חובו ממנו, אלא יכול לגבות מכח החיוב חדש שפעל על ידי כתיבת התקבלתי, וגביה זו עדיפא שאין בה שום פקפוקים, ואין צריכים להתחשב בכללי ערבות וסדרי הקדימה, שהרי השטר בידו שנתן מעות להלוה ועכשיו בא לגבות תשלומין, והלוח מאמינו שלאחר שיוציא ממנו ממון משום כתיבת התקבלתי לא יחזור ויגבה ממנו מדין ערב ששילם בעד הלוח, והיינו מאי דקאמר שכתב כן לייפות כחו לדוחקו, וכיון שכן פטר עצמו מן המלוה, כלומר דהלוח מרגיש חובה מוטל עליו לשלם למלוה אף אם קשה לו, שהרי אינו רוצה להטריח הערב לשלם ולחזור לגבות ממנו או מן היתומים, מאחר שהטיב עמו וקבל ערבות על הלואתו, אבל אם כתב לו התקבלתי אז אינו חש כל כך להשטמ מן המלוה, שהרי אף אם ילך המלוה ויגבה מן הערב הרי הערב יכול בנקל לחזור ולגבות ממנו או מן היתומים הואיל וכתב לו התקבלתי.

ולא הודיעם אם ירצו לפרוע לו כלום, שאם הודיעם שמא היו פורעין וכו' עכ"ל יעו"ש. והתוס' כתבו כן לפרש למה הזכיר הודעה ליתומים, ולפי דבריהם אין הכרח לומר שאינו צריך להודיעם אלא דהכי הוה עובדא שלא הודיעם, דאילו הודיעם שמא היו פורעים, והוא לא הודיעם ופרע ובא לגבות מהם, וקאמר בגמרא שצריך להמתין עד שיגדלו, אולם בדברי הבעל המאור יש לומר דכל זמן שלא הודיעם יש להסתפק דלמא ירצו לפרוע למלוה, וכל זמן שאפשר שיפרעו אין להחשיבם כפטורים לפטור גם הערב בגללם, אבל מאחר שהודיעם ולא רצו לשלם, והדין עמם כל זמן שהם קטנים, אז אמרינן דליכא תורת גביה לגבי היתומים, וממילא ליכא תורת גביה לגבי הערב, דהא אין נפרעים מן הערב תחלה כמש"נ, ואם הערב פרע הרי הניח מעותיו על קרן הצבי.

אב"ד אם לא הודיעם אינם נחשבים פטורים, ואין לפטור את הערב, ונחשב גם הערב מחויב ואינו כפורע חובו של חבירו, אלא דמכל מקום אין המלוה יכול לגבות ממנו, דמתחלה צריך לברר שהלוח מחויב לשלם בפועל, וצריך להעמידו בדין ולישא וליתן עמו בטענותיו, ורק כשבית דין יפסקו לו שחייב לשלם יכול המלוה לגבות מן הערב, אכן בכהאי גוונא אין הערב נחשב כפטור, ואם קדם ושילם הרי פרע שעבודו, ולא הוי כפורע חובו של חבירו, אבל אם העמידו את היתומים בדין ולא רצו לשלם, ופסקו בית דין שפטורים לשלם עד שיגדלו, אז נפסק נמי שהערב פטור מלשלם עד שיגדלו, ואם קדם ופרע הניח מעותיו על קרן הצבי, ואינו חוזר וגובה מהם.

פרק יט

בו יבוארו דברי הר"י שפירש דהך דאם כתב לו התקבלתי גובה היינו שהלוח כתב להערב כדי לייפות כחו לדוחקו ומיירי שהמלוה צוה לו לכתוב כן כדי שיהא הערב קב"ל גמור.

[בבא בתרא קעד:] מיתבי ערב שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו אינו גובה, ואם כתוב בו התקבלתי ממך גובה. בשלמא לרב הונא בריה דרב יהושע משכחת לה כשחייב מודה, אלא לרב

אכן עדיין צריך עיון במה שכתבו התוס' שהמלוה צוה להלוה לכתוב התקבלתי להערב כדי שיהא ערב קבלן גמור כנ"ל, והיאך נעשה הערב קבלן גמור להמלוה במה שהלוה קיבל עוד מעות מן הערב. ואולי צריך לומר דכונתם שאם כתב לוה להערב התקבלתי ממך, הרי זה כאילו כתב לו שאותן המעות שקיבל מן המלוה בהלוואה קיבל נמי מן הערב בהלוואה, ונמצא שיש כאן שני מלוים בהלוואה אחת, ועיימש"נ בשי"ד פ"ד, ומשום הכי נעשה ערב קבלן שהרי הלוה מעות המלוה להלוה, ומכל מקום לא חשיב כנשא ונתן ביד שאין לו למלוה על הלוה כלום, דהתם עשה מעשה בגוף המעות, אבל הכא לא נגע הערב בגוף המעות, ולא נעשה אלא קבלן, ורצה המלוה לגבות מזה גובה רצה מזה גובה.

פרק כ

בו יבואר מה שראו הגאונים לתקן שאין המלוה גובה מן הערב עד שישבע הלוה שאין לו כלום משום חשש קנוניא, ואע"ג דכל ל"ה שנמצא עני בל"י נכסים משביעים אותו שבועה זו.

[רמב"ם פכ"ו מלוה ולוה הל"ד] כתב הרמב"ם וז"ל: מלוה שתבע את הלוה ומצאו שהוא עני, אינו יכול להפרע מן הערב עד שישבע הלוה בתקנת אחרונים שאין לו כלום, שמא יעשו קנוניא על נכסיו של הערב עכ"ל יעו"ש.

והנה מה שכתב הרמב"ם דאינו גובה מן הערב עד שישבע הלוה דחיישינן לקנוניא, אין כונתו דמשום חשש קנוניא תיקנו שישבע הלוה, דהא שבועה זו נתקנה בכל מלוה הגובה מן הלוה ומצאו שהוא עני, ואפילו אין שם ערב, כמו שכתב הרמב"ם פ"ב מלוה ולוה הל"ב וז"ל: טען שיש לו והחביא אותן וכו', כשראו הגאונים הראשונים אחר חבור הגמרא שרבו הרמאים וננעלו דלת בפני לויך, התקינו שמשביעין את הלוה שבועה חמורה כעין של תורה בנקיטת חפץ שאין לו כלום וכו' עכ"ל יעו"ש. ועיין במגיד משנה שכתב דזו היא השבועה שהתקינו האחרונים בכל מלוה שגובה מן הלוה ומצאו עני, והוסיף וז"ל, והם אמרו שלא יהיה הערב מחויב קודם שבועה זו מפני חשש קנוניא ונכון הוא עכ"ל יעו"ש. ומבואר דיש תקנה נוספת

והמהרש"א בהמשך דברי התוס' כתב דלפי פירוש הר"י מירי שהיו כאן שני שטרות, חדא השטר המעיד על ההלוואה מן המלוה להלוה, ושני המעיד על שהלוה קיבל מעות מן הערב, יעו"ש, ובאמת אין זה מדויק כל כך בלשון הר"י שאמר בתוך השטר, דמשמע בתוך אותו השטר שכתוב בו עצם ההלוואה, ועוד מה דחקו להמהרש"א לפרש שהיו כאן שני שטרות, וכי למה לא יוכל לכתוב שני שטרות לשני בני אדם בנייר אחד, אלא נראה דאורחא דמלתא נקט, ועוד דכיון דאין שטר מעיד אלא כשהוא יוצא מיד בעל השטר, אם כן אם נכתבו בנייר אחד הרי יש כאן שני שטרות ושני בעלי שטר, ומה שהוא יוצא מיד המלוה אינו מועיל לזכות את הערב, וצריך לאוקמי שהערב מינה המלוה להיות שלוחו לקבל השטר בשבילו, ולכן הבין המהרש"א דמירי בשני שטרות ובשני ניירות.

ועיין בהמשך דברי התוס' וז"ל: מיהו קשה לר"י מן התוספתא דקתני ואם כתב בו בעל חוב, ולשון בו משמע כפירוש ר"ח, ויש לפרש קצת לפירוש ר"י כי הלוה מכל מקום כתב לו כך, אבל הבעל חוב צוה לכתוב לו כדי שיהא הערב קבלן גמור עכ"ל יעו"ש. ועיין במהרש"א שלמד דיש שתי הוכחות מן התוספתא כנגד הר"י, חדא שבתוספתא קאמר להדיא שהבעל חוב כתב התקבלתי להערב ולא כפירוש הר"י שהלוה כתבו, וגם לשון בו משמע שהתקבלתי נכתב בתוך שטר ההלוואה, ולפירוש הר"י נכתב בשטר שני כנ"ל. ויש לדקדק דכיון דתנא להוציא שהמלוה כתבו להערב למה לן עוד הדין מלשון בו, והוי כיהודה ועוד לקרא, כדאמרינן בקדושין (דף ט) יעו"ש. ואולי כונת התוס' דאפילו אם נגיה הברייתא ונמחוק מלת בעל חוב, עדיין הדיוק מלשון בו מוכיח שנכתב בתוך שטר ההלוואה, אבל עיקר קושיתם הוא מהא דקאמר להדיא בתוספתא שכתב לו הבעל חוב, וכן מדויק מהא דרצה לפרש קצת לפירוש שהלוה כתבו והבעל חוב צוה לו לכתבו כנ"ל, וזה לא מיישב אלא מאי דקאמר שכתב לו בעל חוב, אבל הדיוק מלשון בו לא נתיישב דעדיין צריך לכתוב לו שני שטרות, ומבואר דעיקר הקושיא לא היתה מדיוקא דלשון בו.

המלוה לתבוע את הערב והרי הלוה במדינת
הים, אומר לו הערב הבא ראייה שלא פרעך הלוה
ואני אשלם לך עכ"ל יעו"ש. ומבואר דאע"ג
דמלוה שבא לגבות מלוה על פה מן היתומים,
או מן נכסי הלוה שלא בפניו כשהלך למדינת
הים, טענינן להם פרעתי, כמו שהיה הלוה יכול
לטעון אם היה בפנינו, מכל מקום לא טענינן
לערב, שהרי הוא בפנינו ויכול לטעון לעצמו,
ויכול לטעון הבא ראייה שלא פרעך, דהיינו טענת
שמא דפרעון, ועיינן במגיד משנה שכתב דדין זה
אינו מבואר בגמרא, יעו"ש.

והחידוש בזה הוא, דטענה זו מועילה לעכב
גבית המלוה, דהא תנן בבבא קמא
(דף ק"ח.) האומר לחבירו גולתיך הלוינתי הפקדת
אצלי, ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי
לך חייב לשלם יעו"ש, ולא מהני טענת שמא
פרעתי, דכיון דאיכא חזקת חיוב הרי המלוה
נחשב מוחזק על החוב, ואין הלוה יכול לפטור
עצמו בספק פטור, ואם כן היה אפשר לומר דגם
הערב אינו פוטר עצמו בטענת שמא נפרעת,
שהרי הוא בא להוציא מן חזקת חיוב, קמשמע
לן הרמב"ם דאין למלוה חזקת חיוב לגבי הערב,
דכל חיובו של הערב הוא כשנתחייב הלוה ולא
פרע, וכל זמן שלא נתברר שלא פרע ליכא חזקת
חיוב על הערב, ולכן יכול לפטור עצמו בטענת
שמא נפרעת.

או"ם עיינן במגיד משנה בסוף דבריו שכתב
וז"ל: לפי שכל זמן שיש תביעה למלוה
על הלוה ואין כאן שטר יש לחוש לפרעון, כיון
שהלוה היה נאמן בשבועתו בלא שובר, וטוענין
לערב שמא נפרע המלוה עכ"ל יעו"ש. ולכאורה
מבואר מדבריו שלמד דמה שכתב הרמב"ם אומר
לו הערב הבא ראייה שלא פרעך לאו דוקא הוא,
אלא אף אם לא טען טענינן ליה אנו, ולפי זה
יש לומר דזה גופא הוא חידושו של הרמב"ם,
דאע"ג דהערב לפנינו ויכול לטעון לעצמו ואינו
טוען, מכל מקום טענינן ליה אנו שמא פרע לו
הלוה, ואולי היינו טעמא משום דהערב אינו יודע
אם פרע הלוה או לא, ואינו עולה על דעתו
לטעון שמא נפרעת.

ובמה שכתב הרמב"ם דיכול לטעון הבא ראייה
שלא פרעך המלוה, ואז מוטל על המלוה

בגובה מן הלוה ומצאו עני במקום שיש ערב,
ויש לעייין מה חידשו לנו האחרונים שמשיעיים
אותו שבועה זו במקום שיש ערב משום חשש
קנוניא, והלא כל ליה שנמצא עני משיעיים אותו
שבועה זו.

והנראה, דהנה מלשון הרמב"ם שם משמע
דאין משיעיים אותו שבועה זו
אלא כשהמלוה טען טענת ברי שיש לו והחביא
אותם כנ"ל, והמגיד משנה שם כתב בשם בעל
התרומות דהוא הדין אם המלוה טען טענת שמא
יש לו יעו"ש, ומכל מקום בעינן שום טענה, ואם
לא טען כלל אין משיעיים אותו, ויש לומר דזה
חידש לנו הרמב"ם, דאפילו אם לא טען המלוה
כלל, וניחא ליה לחזור אחר הערב ולא לחפש
אחר נכסים נחבאים של הלוה, מכל מקום
משיעיים את הלוה בלי שום טענת המלוה
דחיישינן לקנוניא.

עוד יש לומר דלולי החלק השני של התקנה,
היינו אומרים דכבר נגמרה גבית המלוה מן
הלוה כשנמצא עני ואין לו נכסים ידועים, ואין
עצם גבית המלוה מן הערב מעוכבת שבועת
התקנה זו, דאם כן אם לא ירצה הלוה לישבע שוב
לא יוכל המלוה לגבות מן הערב, ואע"ג דמשמתינן
ליה אם אינו רוצה לישבע, כדאיתא בשבועות (דף
מ"א.) יעו"ש, מכל מקום כיון שלא נשבע לא יגבה
מן הערב, וזה בודאי אינו, וצריך לומר דאין גביתו
מן הערב תלויה בהך שבועה, ואם כן למה לא
יוכל לגבות מן הערב מיד, ואף אם לא הועיל לו
להשביע את הלוה מיד, לכן הוצרכו לתקן שלא
יגבה מן הערב עד שישבע הלוה משום חשש
קנוניא. ומכל מקום נראה דאם מת הלוה או ברח
קודם שנשבע, או אם בשום אופן לא רצה לישבע
וקבל עליו השמתא, אין מעכבים את המלוה
מלגבות מן הערב משום חשש קנוניא.

פרק כא

בו יבוארו דברי הרמב"ם דמלוה שבא לגבות מלוה
על פה מן הערב אומר לו הערב הבא ראייה שלא
פרעך הלוה. וידון אם צריך הערב לטעון כן
בפירוש או אם אנו טענינן ליה.

[רמב"ם פכ"ז מלוה ולוה ה"ה] כתב הרמב"ם
וז"ל: מי שהיה ערב לחבירו במלוה על פה, ובא

לחבוע מן ערב תחלה, והחיוב פרעון בפועל מוטל כעת על הלוה ולא על הערב, הרי דמי הפרעון הולכים לקיים דין פרעון של הלוה, והערב הוה ליה כאדם מן השוק שפרע חוב חבריו דאינו חוזר וגובה ממנו, כמו שכתב הרמב"ם בהמשך דבריו.

ובמה שכתב הרמב"ם דאם הרשהו חוזר וגובה מן הלוה כל מה שפרע על ידו אפילו אם היתה מלוה על פה או בלא עדים כלל כנ"ל, ומבואר מדבריו דיותר פשיטא ליה דחוזר וגובה אם היה המלוה בשטר, ומחדש לנו הרמב"ם דכן הוא הדין דחוזר וגובה אפילו אם היתה מלוה על פה, ויש לדקדק דמה ענין אופן ההלוואה אם היה בשטר או בעל פה לגבי הא דאם פרע חובו חוזר וגובה ממנו, הואיל והורשה ונעשה שלוחו של הלוה.

ונראה דסלקא דעתין דאפילו אם הרשהו הלוה אין על הערב לפרוע החוב עד שיטעון הבא ראייה דלא פרעך הלוה, וכמו שכתב הרמב"ם בהל"ה דאם טען הכי אין המלוה גובה, ועיימש"נ בשי"ד פכ"א, וטענה זו אינה מועילה אלא במלוה על פה, אבל במלוה בשטר אין הלוה יכול לטעון פרעתי, דשטרך בידי מאי בעי, ולכן גם הערב אינו יכול לטעון הבא ראייה דלא פרעך הלוה, אבל אם היתה המלוה על פה היה הערב יכול לטעון הבא ראייה דלא פרעך הלוה, ואילו היה טוען כן ולא היה המלוה יכול להביא ראייה אז היה נדחה מן הערב אל הלוה, ואם טען הלוה פרעתי גם הלוה נפטר ממנו, ואם לא טען פרעתי היה הלוה מתחייב בבית דין, ואם טען שמא פרעתי והבא ראייה שלא פרעתיך נמי היה מתחייב, דאיני יודע אם פרעתיך חייב, כדתנן בבבא קמא (דף קיח.) יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ד פכ"א, וכיון שהלוה נתחייב גם חל שעבוד על הערב לשלם אם אין ללוה מה לשלם, אבל השתא שלא טען הבא ראייה דלא פרעך ושילם, סלקא דעתין דאין בזה תורת פרעון לא מדין ערב ולא מדין שליח והרשאה, והוה ליה כפורע חובו של חבריו שהניח מעותיו על קרן הצבי, קמשמע לן הרמב"ם דחוזר וגובה הואיל והרשהו, ואין מוטל עליו לטעון הבא ראייה דלא פרעך.

להביא ראייה קודם שיגבה מן הערב, יש לעיין איזו ראייה יכול להביא, וכי יוכל למצוא עדים שלא זוה ידו מידם משעת ההלוואה עד שעת הגביה, וגם אם ישבע הלוה שלא נפרע אין שבועתו נחשבת ראייה לגבי גבית המלוה מן הערב, ואפילו על צד היותר אינו נחשב אלא כעד אחד, ותדע דהא מיירי הכא שנשבע הלוה שאין לו שום נכסים, וכמו שכתב הרמב"ם בהל"ד יעו"ש, ובכלל שבועה זו הוא דלא פרע לו וחייב לשלם אלא דאין לו ממה לשלם, ומכל מקום יכול הערב לטעון הבא ראייה שלא פרעך הלוה. ואולי יש לדחוק דיכול להביא ראייה שהלך הלוה למדינת הים קודם שהגיע זמנו ולא חזר עד השתא, דהרי איכא חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו.

פרק כב

בו יבוארו דברי הרמב"ם דערב שהיה מורשה לשלם החוב וקדם ושילם קודם שיגבה מן הלוה חוזר וגובה מן הלוה, ויש בזה חידוש דאפילו אם היתה מלוה על פה חוזר וגובה.

רמב"ם פכ"ו מלוה ולוה הלוה כתב הרמב"ם וז"ל: ערב שקידם ונתן לבעל חוב את חובו, הרי זה חוזר וגובה מן הלוה כל מה שפרע על ידו, אע"פ שהיתה מלוה על פה או בלא עדים כלל, במה דברים אמורים כשאמר לו הלוה בעת שנעשה לו ערב ערבני ושלם, אבל אם עמד ברשות עצמו ונעשה לו ערב או קבלן, או שאמר לו הלוה ערבני ולא הרשהו שיתן ויפרע החוב, אין הלוה חייב לשלם לו כלום, וכן הפורע חובו של חבריו שלא מדעתו, אפילו היה החוב על המשכון, אין הלוה חייב כלום, ונוטל משכונו בחנם, והרי אבד זה הנותן את מעותיו, שמא היה הלוה מפייס את המלוה ומוחל לו וכו' עכ"ל יעו"ש.

והלכה זו נמשכת מהלכה הקודמת שמבואר שם דשעבוד הערב חל כשהלוה לא פרע להמלוה, ועיימש"נ בשי"ד פכ"א, ונמצא דאם לא הרשהו הלוה להיות שלוחו לשלם החוב אינו חוזר וגובה ממנו, דאע"ג דמלוה אית ליה שעבוד על הערב, מכל מקום כיון דאינו יכול

פרק כג

בו יבואר למה המודר הנאה מחבירו פורע חובו היכא דהלוה לו על מנת שלא לפרוע, ואע"ג דהלוה עלול לפרוע משום כיסופא לא נחשב שנתן לו כלום כיון שאין המלוה יכול לתובעו.

[נדרים א.] מתניתין המודר הנאה מחבירו שוקל לו את שקלו ופורע את חובו וכו'. ובגמרא אלמא אברוחי ארי בעלמא הוא ושרי, מאן תנא, אמר רב הושעיא זו דברי חנן היא, רבא אמר אפילו תימא דברי הכל, גבי מודר הנאה דיהיב ליה על מנת שלא לפרוע. מאי חנן, דתנן מי שהלך למדינת הים ועמד אחר ופירנס את אשתו, חנן אמר איבד את מעותיו, נחלקו עליו בני כהנים גדולים ואמרו ישבע כמה הוציא ויטול, אמר רבי דוסא בן הרכינס כדבריהם, אמר רבי יוחנן בן זכאי יפה אמר חנן הניח מעותיו על קרן הצבי יעו"ש. ויסוד המחלוקת הוא, דחנן ס"ל דלא יהיב ליה מידי אלא שסילק ממנו בעל חובו, ואע"פ שעשה לו טובה גדולה, אין בזה איסור הואיל ולא נתן לו כלום, ובני הכהנים ס"ל דכיון שסילק ממנו חוב שהיה מוטל עליו, הרי נתרבה שויותו, וחשיב זה שנתן לו מידי ואסור.

וכתב הר"ן וז"ל: דיהיב על מנת שלא לפרוע עסקינן, כלומר דכשהלוהו התנה עמו שלא יהא כח בחבירו לכופו אלא כשירצה הלוה יפרענו מדעתו, הלכך כי פרע ליה מדיר לאותו חוב, דאע"ג דאפשר דמודר משום כיסופא פרע ליה, אפילו הכי כיון דאי בעי לא פרע ליה לאו מידי יהיב ליה למודר וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה בכתובות (דף קח:) קאמר, אלא רבי הושעיא מאי טעמא לא אמר כרבא, אמר לך רבי הושעיא נהי דהנאה לית ליה, כיסופא מי לית ליה יעו"ש. והיינו דכיון דסוף סוף עלול שהלוה יפרע למלוה משום כיסופא, שהרי הלוה לו מעות בעת צרכו, ולא מחל לו על החוב, אלא אמר שאינו מחייב אותו לשלם אלא לכשירצה, שאינו רוצה ללחוץ את הלוה, אבל בודאי רוצה בהחזרת מעותיו, והלוה מכיר לו טובה על שהלוהו מעות, אם כן מסתמא ישלם לו כשיתעשר, וזה שפרע חובו פטרו מן

התשלומין, ולמה אין זה נחשב שנהנה ממנו, ויש לעיין למה רבא לית ליה סברא זו.

ונראה לבאר דבריו עפימ"ש"נ ב"ש"ב פ"ב על הא דאמרינן בכתובות (דף פו:), למאן דאמר פריעת בעל חוב מצוה אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי, ומשני דכופין על המצות, ונתבאר לך דבאמת יש על הלוה חיוב ממון גמור, אלא דיסוד החיוב הוא המצוה, וכיון שיש עליו מצוה לשלם הרי יוצא מזה חיוב ממון גמור, ועל זה הוקשה לו דאם לעולם יכול לומר לא ניחא לי למיעבד מצוה היאך יוצא מזה חיוב ממון, ומשני דכיון דכופין על המצות הרי הוא מוכרח לשלם מצד המצוה, וממילא חל עליו חיוב ממון. ולפי זה יש לומר דהיכא שהתנה עמו על מנת שלא תפרע, אם כן שוב אינו יכול לכופו לשלם, וכיון שכן אין זה נחשב חיוב ממון אלא חיוב מצוה בעלמא, ואע"פ שעלול לשלם משום כיסופא, אין זה אלא מרצונו הטוב, ולא נחשב זה חיוב ממון, וממילא גם לדעת בני הכהנים אין בזה איסור הנאה כשהמדייר פורע חובו, שהרי גופו לא נהנה, וגם לא היה בזה הרוחת ממון במה שנסתלק ממנו חיוב ממון, ולא נתרבה בזה שויותו, שהרי לא היה עליו אלא מצוה ולא חיוב ממון, ואם כן לא נתן לו הפורע מידי.

והנה עיין בחולין (דף קל:) גופא אמר רב חסדא המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור מלשלם, מאי טעמא וכו' משום דהוה ליה ממון שאין לו תובעים וכו' יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה שאין לו תובעים וז"ל: אין לו בעלים שיוכלו לתובעו בדין, שהוא יכול לומר לו לכהן אחר אני נותנן ולא לך עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק דלמה פטור מלשלם, אם אינו רוצה ליתן לכהן זה יתן לכהן אחר, ולמה נפטר מלשלם לגמרי, והלא בכל מתנות כהונה בידו ליתן לאיזה כהן שירצה, ואינו נפטר מליתן הואיל ויכול לדחות כל כהן ולומר שדעתו ליתן לכהן אחר, ולמה לא נימא כן גם לגבי תשלומי נזק, שבודאי בידו לשלם לכל כהן שירצה ועליו לבחור וליתן כמו בנתנית מתנות כהונה. אלא נראה דכונת הגמרא היא, דכיון שאין שום כהן יכול לתובעו לדין, אם כן אין עליו אלא חיוב מצוה ולא חיוב ממון, ולא

שייך בזה תורת מזיק ממון חבירו, ומשום הכי פטור מלשלם.

פרק כד

בו יובא שיטת רש"י דהא דמבריה ארי פטור מלשלם הוא משום דמצוה עליו להציג ממון חבירו, ויבואר הא דאמרינן דפורע חובו של חבירו נחשב מבריה ארי אע"ג דליכא מצוה.

[בבא קמא נח.] לא מיבעיא אכלה דמשלמת מה שנהנית, אבל נחבטה אימא מבריה ארי מנכסי חבירו הוא ומה שנהנית נמי לא משלם, קא משמע לן. ואימא הכי נמי, מבריה ארי מנכסי חבירו מדעתו הוא האי לאו מדעתו, אי נמי מבריה ארי מנכסי חבירו לית ליה פסידא האי אית ליה פסידא יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: אימא, האי בעל השדה מבריה ארי מנכסי חבירו הוא, שהציל את בהמת חבירו שלא נחבטה בקרקע, ומצוה הוא דעבד ומידי לא לשקול, קא משמע לן עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי רש"י דמבריה ארי פטור מפני שמצוה היא לו להציל ממון חבירו, וכן כתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף נג.), א"ר אסי אמר רבי יוחנן נתן צרור והועיל נטל צרור והועיל הרי זה חזקה, מאי נתן ומאי נטל, אילימא נתן צרור וסכר מיא מינה, נטל צרור ואפיק מיא מינה, האי מבריה ארי מנכסי חבירו הוא וכו' יעו"ש. ופי' רשב"ם וז"ל: האי מבריה ארי כו', הא למה זה דומה למשיב אבידה דכל ישראל מצווין להציל ממון חבריהם מן ההיזק, ואין קרוי חזקה אלא דומיא דגדר ופרץ, שעושה בו בנין או כל תיקון הצריך לו לשדה וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר דקרי מבריה ארי למה שהוא עושה משום מצוה, וכמו שכתב רש"י, אבל התוס' בסוגיין בד"ה פליגי על דברי רש"י, ועיימש"נ בשי"ד פכ"ה.

אולם נראה דבאמת אין להוכיח מדברי רשב"ם דס"ל כדברי רש"י בסוגיין, דהתם מיירי לענין קנין חזקה, דאם נעל גדר ופרץ קנה השדה, והיינו טעמא מפני שעשה בה מעשה בעלות, ועל ידי זה חל הקנין, וקאמר בגמרא דאם נטל צרור ואפיק מיא לא חשיב מעשה קנין, ובזה כתב רשב"ם דכיון דמצוה על כל אדם להציל ממון

חבירו מהפסד אין בנטילת צרור זה שום הוראת בעלות, ולא הוי קנין חזקה מעליא אלא בנעל גדר ופרץ שעושה תיקון הצריך לשדה, ולא יתכן שיעשה תיקונים כאלו שום אדם לולי הבעלים, והרי יש בזה הוראת בעלות וקנין, אבל נטילת צרור דמצוה על כל אדם לעשותו אינו מורה בנטילה זו שום בעלות, ושפיר מובן השתי נקודות שכתב רשב"ם, שאין זה תיקון כמו נעל גדר ופרץ ועוד דמצוה קעביד, וענין אחד הם, דכיון דמצוה קעביד אין זה תיקון המורה בעלות כמש"נ, אכן לענין הא דאין מבריה ארי יכול לתבוע מדין נהנה ופועל, אין להוכיח דרשב"ם ס"ל דמאי דקעביד מצוה פוטר את הבעלים מלשלם לו.

וכן מדויק נמי מדברי התוס' בד"ה אי נמי דחלוק פטור תשלומין במבריה ארי לגבי נהנה מדין מבריה ארי לגבי קנין חזקה, שהרי שיטת התוס' היא דהיכא שההיזק ברור ליכא פטור מבריה ארי, ועיימש"נ בשי"ד פכ"ה, ועל זה הקשו התוס' וז"ל: והא דקרי בחזקת הבתים (כ"ב דף נג.) מבריה ארי נתן צרור והועיל נטל צרור והועיל, דסכר מינה מיא והוציא מינה מיא, אע"פ שמצילה מהפסד שהיה נהר שוטפה, לא נקט לשון מבריה ארי שיפטור חבירו משכר הברחתו, אלא כלומר דאין זה חזקה, דאין זה תיקון כמו רפק בה פורתא או נעל גדר ופרץ, אלא מגין עליה פורתא שלא תבא לידי קלקול עכ"ל יעו"ש. והיינו דאין בנטילת צרור תיקון מספיק לקנין חזקה. אכן קצת תמוה דלמה הוצרכו התוס' לדחוק עצמם בכך, ולמה לא פירשו כרשב"ם דכיון דמוטל על כל אדם ליטול הצרור אין בזה הוראת בעלות וכמש"נ.

ובמה שכתב רש"י דפטור משום דמצוה קא עביד, יש להקשות מהא דאמרינן בנדרים (דף לג.) דפורע חובו של חבירו פטור משום דהוי כמבריה ארי יעו"ש, והרי התם ליכא מצוה לפרוע חובו של חבירו, ולדברי רש"י למה חשיב ליה מבריה ארי, ועיינן בתוס' שהקשו מסוגיא דנדרים ללישנא בתרא דמבריה ארי פטור רק בדלית ליה פסידא יעו"ש, אולם לדברי רש"י קשה על עיקר דין מבריה ארי דטעמא דפטור משום דמצוה קעביד.

דינר זהב אצל אלמנה והניחתו בכד של קמח ואפאתו בפת וכו', דאישתרשי לה מקום דינר יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: שאם לא היה דינר היתה נותנת עוד עיסה בככר עכ"ל יעו"ש. ולפי זה קשה דלמה פטור מלשלם במבריא ארי ופורע חובו של חבירו, והא משתרשי ליה. ובאמת פריך הכי בכתובות (דף קט.) ומשני הא מני חנן דאית ליה איבד מעותיו, ולא אמרינן משתרשי ליה, אבל לא נתבאר שם למה חלוק מאנסו בית המלך גרנו.

ולכאורה צריכים לומר דדין משתרשי ליה לא הוי כממוני גבך, ולא חשיב שממון מעשר מונח אצלו הואיל ואישתרשי ליה, אלא דדין נהנה הוא, שחשיב שנהנה מן המעשר, ומצוה בעלמא עליה להשלים הממון למעשר, וכן בההיא דגיטין נשבעה לשקר כמה שאמרה שלא נהנית מן הדינר, אבל לגבי תשלומין בדיני ממונות ליכא חיוב תשלומין במשתרשי ליה, דאינו חייב לשלם משום משתרשי ליה אלא כשנהנה מעצם נכסי האחר, כגון שדר בחצרו דקיימא לאגרא, אבל היכא דההנאה היא רק בדרך אגב ליכא חיוב תשלומין, ואין הכי נמי דנהנה ממנו אינו חייב לשלם לו, ועיין בפלפולא חריפתא אות פ' יעו"ש.

פרק כה

בו יבואר שיפת התוס' דהא דמבריא ארי מנכסי חבירו אין חבירו חייב לשלם לו הוא רק היכא דאין הדבר ברור שיבאו נכסי חבירו לידי הפסד ואינו מצינו אלא מדאגה פחד וצער.

[בבא קמא נח.] אבל נחבטה אימא מבריא ארי מנכסי חבירו הוא, ומה שנהנית נמי לא משלם, קא משמע לן, ואימא הכי נמי, מבריא ארי מנכסי חבירו מדעתו הוא האי לאו מדעתו, אי נמי וכו' האי אית ליה פסידא יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אי נמי וז"ל: ואם תאמר והרי פורע חובו דחשבינן ליה מבריא ארי בריש אין בין המודר (נדריס דף לג.) אע"ג דאית ליה פסידא, ויש לומר וכו' וכיון דאיכא תרתי שלא מדעתו ואית ליה פסידא לא חשיב מבריא ארי, אבל מדעתו אפילו אית ליה פסידא חשיב

ונראה דגם לדברי רש"י עיקר דין מבריא ארי הוא דלא נתן לו מידי אלא מנע ממנו ההפסד, ולא חשיב שיש לו גביה ולא מידי, אלא דהוקשה לו לרש"י דנהי דלא נתן לו המבריא מידי, הרי סוף סוף עבד וטרח בעדו וההנהו, ואם כן יצטרך לשלם לו על כל פנים כפועל, ועל זה כתב רש"י דלא חשיב כפועל דידיה דהא מצוה קא עביד, ובלאו הכי היה מוטל עליו להציל ממון חבירו מן ההפסד, ואם כן לעצמו טרח ולא לבעל הממון, ואי משום שממונו מונח ומושקע בנכסי בעל הממון, ויוכל לתבוע ממנו מדין ממוני גבך, בזה אמרינן דכיון דלא היה בזה אלא מניעת ההפסד לא נתן לו ולא מידי, ונמצא שיש שני דינים במבריא ארי, חדא יש דין דאם הוציא ממון או פעולה להציל ממון חבירו לא חשיב ממוני גבך, ושנית שעל עצם הפעולה אינו יכול לתבוע כיון דמצוה קעביד וכמש"נ.

ולפי זה יתיישבו דברי רש"י דפורע חובו של חבירו פטור דלא חשיב שנתן לו ולא מידי, ואי משום עצם פריעת החוב, הרי אין זה נחשב כפעולת הפועל שיכול לתבוע ממון בשבילה, אבל במבריא ארי ממש, הרי מלבד מה שמרויח לו איכא נמי פעולתו וטרחתו, שהוא רודף אחר הארי ומבריחו, ובזה אמרינן דעל פעולת ההברחה אינו יכול לתבוע שהרי מצוה קעביד וכמש"נ, ועל הרייח שהרויחו נמי אינו יכול לתבוע, דכיון שלא היה בזה אלא מניעת ההפסד אין כאן תביעת ממוני גבך ואינו גובה ממנו.

והנה עיין בחולין (דף קלא.), ת"ש הרי שאנסו בית המלך גרנו, אם בחובו חייב לעשר, אם באנפורת פטור מלעשר, שאני התם דקא משתרשי ליה יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: קתני מיהת אם בחובו חייב לעשר אלמא יש לו תובעין, דאי לאו דינא הוא שישלם לו על כרחו מאי חיוב מצוה הא לא פש גביה מידי. שאני התם דקא משתרשי ליה, התם לאו בהוצאה בדיינין תנן בה, אלא חיובא בעלמא כשאר חיובי מעשרות, וחיובא ודאי איכא עליה דהא משתרשי ליה, כלומר משתכר הוא בה, שהרי היה צריך לפרוע מעות עכ"ל יעו"ש. וכן מצינו בגיטין (דף לה.), מעשה באדם אחד בשני בצורת שהפקיד

ממון של בעל הבהמה, וכל התביעה משום שהוא כפועל שנתן לו לבעל הבהמה פעולה שהוא חפץ בה, ואע"פ שלא נתרבה בזה שויות נכסי בעל הבהמה, מכל מקום הרי פעולה חשיבא כסף, ויכול לקדש אשה בכך, כדאמרינן בקדושין (דף סג.) יעו"ש, אכן לא חשיב שנתן לו מידי כשעשה פעולה בשבילו אם כל הפעולה לא היה אלא בדרך אגב ומניעה, אם לא שמינהו להדיא על כך וצוהו לעשות הפעולה בשבילו, ומשום הכי אינו מחויב לשלם כשמנע צער מבהמתו.

וכן הוא בפורע חובו, הרי לא מנע ממנו הפחתת נכסיו, שהרי היה משועבד לשלם לבעל חוב, ואילו היה משלם לא היה נחשב בזה שנכסיו נפחתו, ואם כן לא מנע ממנו הפסד, ואין לו תביעת ממוני גבך, ואי משום שעל ידי מה שפרע חובו יש לו ללוה ממון שלא היה נשאר אצלו אם היה פורע חובו, הרי אין זה אישתרשי ליה, ואין לו בזה תביעת ממוני גבך, ועיימש"נ בשי"ד פכ"ד, ואין לו אלא תביעת פעולה של מניעת הצער, והוה ליה מבריה ארי, ועיימש"נ בדברי רש"י דבפורע חובו של חברו ליכא צד פעולת הפועל, אבל התוס' חידשו דאיכא פעולה דמצילו מן הצער.

והנה לדברי רש"י מובן לישנא קמא דמחלק בין מדעתו לשלא מדעתו, דהיכא דהוי שלא מדעתו לאו מצוה קא עביד, וכן אם אית פסידא ליכא עליו מצוה להציל ממון חברו, וכן כתב המאירי יעו"ש, אכן לדברי התוס' אין הדבר מובן כל כך, דלמה לא יפטר גם במבריה שלא מדעתו, והלא אין כאן אלא מניעת הצער, ואין לומר דמדעתו הוא מוחל לו, דאם כן אפילו אם ברור שיבא לידי הפסד לא יצטרך לשלם, שהרי מחל לו, ובכלל למה יעלה על הדעת שאם הציל ממונו או פרע חובו שמחל לו.

ונראה בביאור דברי התוס', דהיכא דליכא פסידא פטור מלשלם דליכא דין ממוני גבך על ידי מה דאישתרשי ליה, ולא הוי אלא נהנה, ובמבריה ארי ליכא דין נהנה, ועיימש"נ בשי"ד פכ"ד, וגם היכא דאיכא פסידא בעצם ליכא דין ממוני גבך על ידי מה שיצא לו ריוח

מבריה ארי וכו' עכ"ל יעו"ש. והתוס' לא הקשו אלא על לישנא בתרא דלא הוי מבריה ארי אלא בדלית ליה פסידא, ועל זה הקשו מפורע חובו של חברו, ומבואר דפליגי על דברי רש"י דטעמא דפטור במבריה ארי משום דמצוה קא עביד, דאם כן היה להם להקשות על עיקר הדין מפורע חובו של חברו, דהרי התם ליכא מצוה, ועיימש"נ בשי"ד פכ"ד, ולדידהו צריך לומר דהיינו טעמא דפטור משום שגרם לו ההנאה בדרך אגב ולא נתן לו מידי.

שוב הקשו התוס' מגמרות שונות ותירצו וז"ל: ונראה לר"י דמבריה ארי שאינו נוטל שכר היינו כשאין הדבר ברור שיבא לידי הפסד, כגון שהארי רחוק ואין יודע אם יבא כאן הארי אם לאו, ואין מצילו אלא מדאגה ומן הפחד שדואג שמא יבא, אבל אם הדבר ברור שיבא לידי הפסד ולידי דריסת הארי, או מציל מפי הארי עצמו, אז ודאי נוטל שכרו, כמו שטף נהר חמור חברו (ב"ק דף קטו:), והך דשמעתין מיירי שהצילו ירקות מצער בעלמא, שאין בעל הבהמה רוצה שתחבט בהמתו בקרקע ותצטער, אע"פ שלא היו דמיה נפחתין בכך, ולכך היה נחשב מבריה ארי אי הוה מדעתו, ופורע חובו אין מצילו מהפסד, דמה שהיה הלוה זקוק לפרוע אין זה הפסד, שהרי נתחייב, ואינו מצילו אלא מצער בעלמא וחשיב מבריה ארי עכ"ל יעו"ש.

והביאור בדברי התוס' הוא, דטעמא דפטור במבריה ארי הוא מפני שלא נתן לו מידי, והיכא דמונע ממנו הפסד לא חשיב שלא נתן לו מידי, דעל ידי מעשיו נשתנה שויות נכסי חברו, דאילו לא מנע ממנו ההפסד היו נכסיו נפחתים, והשתא שמנע ממנו ההפסד יש לו יותר ממה שהיה לו אילו לא מנע, והרי זה נחשב שנתן לו מידי, ויש לו ממנו תביעה של ממוני גבך, אכן כל זה הוא כשהדבר ברור שיבא לידי הפסד, אבל אם אין הדבר ברור הרי זה ספק ממוני גבך, ואין בעל הנכסים מחויב לשלם, אבל אם אין כאן צד הפסד נכסיו אלא צער הבהמה בלבד, הרי לא שייך בזה ממוני גבך, דאע"ג דבעל הבהמה אינו רוצה שתצטער בהמתו, מכל מקום אין צער זה מעלה או מוריד בדמי הבהמה, ולא שייך לומר בזה שעל ידי מעשיו נתרבה

בהמה הנופלת מדעתו, אזי לא נחשב שבעל הבהמה נטל ממונו, אלא שבעל הגינה נתן ממונו, אבל כיון שלא נתן לו ממונו לידו אלא מנע ממונו הפסד, לית כאן דין ממוני גבך, ולא הוי אלא משתרשי ליה ונהנה, כמש"נ, ואין דין נהנה במכריח ארי, כמש"נ.

בהברחתו, אלא דאם היה שלא מדעתו, כגון שנפלה בהמתו לגינת חבירו אז נחשב כאילו בעל הבהמה נטל ממונו של בעל הגינה, ואם על ידי נטילה זו הרויח שלא בא לו הפסד, אזי נחשב שיש לבעל הגינה דין ממוני גבך אצל בעל הבהמה, אבל אם בעל הגינה הניח ירקות תחת

שער טו: בענין סדר גבית חוב

ובו מ"ח פרקים

פרק א

בו ידון בהא דמכריזים כדי שיבואו קופצים ויעלו בדמי הקרקע אם העילו מגלה שומא נוספת או אין זה אלא כדי להרבות דמים בשביל הנטרף אע"פ שהשומא לא נשתנה.

הלקוחות עבור קרקע זו, אבל עדיף להכריז כדי שיבואו הלקוחות ואז נראה המחיר הכי גדול שאפשר לקבל בשביל קרקע זו, וגם זה הוא שויות הקרקע, ואם לא יבואו לקוחות אז שיימין לה כפי השערת השמאים מומחים.

וכמו שמצינו בבבא קמא (דף טז:) דאיכא שומא בקרקע גם כפי זולא דהשתא וגם לפי יוקרא דלקמיה יעו"ש, כמו כן נמי יש שומא לפי מה שאומרים השמאים שרוב בני אדם מוכנים לשלם, וגם יש שומא לפי מה שיחידים רוצים להוסיף, ואיברא דאם הזיק קרקע של חבירו משלם לפי שומת השמאים, כמבואר בבבא קמא (דף נח:). יעו"ש, ואין עושים הכרזה להעלות דמי הקרקע להוסיף על הנזק, דשיעור לנזק הוא כפי עיקר השומא, דהיינו שומת השמאים, מכל מקום לענין גבית חוב אזלינן בתר השומא הכי גבוהה הנקבעת על ידי הכרזה לטובת הנטרפים.

אן דלמא אין שויות הקרקע אלא מה שיתנו בשבילה רוב בני אדם, והשלשה שמאים קובעים לנו שומא זו, ועל ידי זה אנו יודעים שויות הקרקע, ואם יש איזה יחיד שרוצה ליתן יותר משומא זו בשביל הקרקע אין זה מעלה עצם שווי הקרקע, אלא שהרשות בידו לשלם יותר משווי קרקע אם לדידיה שוה לו מאיזה טעם שיהיה, אבל שויות הקרקע נשארת כמו ששמוה השמאים מומחים, והא דמכריזים אחר השומא אין זה כדי לקבוע שויות הקרקע ביתר דיוק, דכבר יודעים השויות, כמש"נ, אלא דמכל מקום יש לנו לחפש קופצים שרוצים להעלות דמים כדי למעט הפסד הנטרף, דאם במכירת קרקע מועטת ביותר מכדי שויות שלה נוכל

נרמב"ם פכ"ב מלוה ולוה ה"ן כתב הרמב"ם וז"ל: כיצד כותבין אדרכתא, אם לנכסים בני חורין הורידוהו, אומרים, איש פלוני נתחייב לפלוני בדין כך וכך ולא נתן לו מעצמו, וכתבנו לו אדרכתא זו על שדה פלונית שלו, ואחר כך שמין לו שלשה מאותה שדה כנגד חובו, ומכריזין עליה כפי מה שיראו עד שיפסקו המוסיפין, ומורידין אותו בחובו וכו' עכ"ל יעו"ש. וסדר הגביה מבואר בבבא קמא (דף קיב:) ובבבא מציעא (דף לה:) ובערכין (דף כא:), יעו"ש.

וכתב המגיד משנה וז"ל: ענין השומא וההכרזה כך הם, שמין את הקרקע כמה היא שוה, ואחר כך מכריזין ובאין הלוקחין וקוצבים דמים לרצונם, אם מצאו בה כשומת בית דין או יתר לוקחין הדמים ונותנין למלוה, או מקבלה בכדי הנמצא, ואם מצאו פחות מחליטין אותה למלוה בשומתן עכ"ל יעו"ש.

ויש להסתפק בהא דמכריזים אע"פ שכבר שמו שלשה שמאים מומחים את הקרקע, אם היינו לקבוע מחיר ושווי הקרקע במדויק, דקרקע אין לה שער קבוע כמו חטים וכדומה, אלא הכל לפי מה שיכריע השוק בפועל, ואם יש אפילו קונה אחד שרוצה ליתן מחיר גדול בשביל הקרקע גם זה קובע שויות הקרקע, ושומת השמאים היא מה שהם משערים שיתנו רוב

שויות הקרקע, ובעל חוב זה הרי שילם אלפא זוזי של חובו בשביל חדא אפדנא, ונמצא שנתייקרה האפדנא, ויורא הוי שבחא, והרי קבל הלוח אחריות על כך. אבל רב עוירא סבר דשויות הקרקע היא מה שיתנו בשבילה רוב בני אדם, ואם כן לא נשתנה שויות הקרקע במה שהבעל חוב קפץ עליה באלפא זוזי, ולית כאן שבח, ולכן כותבין הטירפא בחמש מאה. אי נמי יש לומר דגם רבינא מודה דבעילוי דמים לא נתעלה השויות אלא המחיר, אלא דס"ל דגם עילוי המחיר נחשב שבח לגבי האחריות שקיבל עליו המוכר, ומסיק דהלכתא בחמש מאה ואין עילוי דמים קובע שויות הקרקע.

ועיין בכתובות (דף ק:) , כאן במקום שאין מכריזין, דאמר רב נחמן מעולם לא עשו אגרת בקורת בנהרדעא, סבור מינה משום דבקיאי בשומא, אמר ליה רב יוסף בר מניומי לדידי מפרשא לי מיניה דרב נחמן משום דקרי להו בני אכלי נכסי דאכרזתא יעו"ש. והא דסלקא דעתא דטעמא דאין מכריזין בנהרדעא משום דבקיאי בשומא, לא מיתוקם אלא אם עילוי דמים קובע שויות הקרקע, אז איכא למימר דנהרדעי בקיאי בקביעות השויות גם בלי הכרזה, אכן לפי מסקנת הגמרא אין עילוי דמים קובע שויות הקרקע, וכל ההכרזה היא כדי להרבות הדמים ולמעט הפסד הנטרף, כמש"נ, ולזה לא תועיל להם לנהרדעי בקיאותם בשומא.

והנה עיין בבבא מציעא (דף נח:), בהמה ומרגליות אין להם אונאה מפני שאדם רוצה לזווגן וכו' יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: מי שיש לו שור יפה לחרישה מחזר על אחר שכמותו לצמדו עמו בעול וכו' עכ"ל יעו"ש. והיינו דזה שרוצה לזווגן מוכן לשלם יותר מהמחיר הרגיל, ומשום הכי אין להם אונאה, ויש לדקדק דלכאורה מה שבעל שור יפה מוכן לשלם יותר הוא כמו עילוי דמים, ואלכא דרב עוירא אין זה נכנס לעצם השויות, כמש"נ. אולם יש לומר דכיון דעילוי דמים כזה רגיל, נהי דלא נתרבה השויות, מכל מקום לא חשיב עוד אונאה, כיון דסוף סוף משתכחי אינשי דמשלמין יותר.

לקבל כסף מספיק לפרוע החוב, בודאי נכון לעשות כן לטובת הנטרף, אבל שויות הקרקע האמיתית כבר נקבעה בשומת השמאים.

ונראה דבזה נחלקו האמוראים בכתובות (דף ק:), ההוא גברא דהוו מסקי ביה אלפא זוזי, הוו ליה תרי אפדני, זבינהו חדא בחמש מאה וחדא בחמש מאה, אתא בעל חוב טרפא לחדא מינייהו, הדר קטריף לאידך, שקל אלפא זוזי וקא אזיל לגביה, אמר ליה אי שויא לך אלפא זוזי לחיי, ואי לא שקיל אלפא זוזי ואיסתלק וכו'. וטירפא בכמה כתבין, רבינא אמר באלפא, רב עוירא אמר בחמש מאה, והלכתא בחמש מאה, יעו"ש. והיינו דהמלוה הסכים לקבל חדא אפדנא דשויא חמש מאה תחת כל החוב של אלפא זוזי, והשתא בא הלוקח לתבוע אחריות מן הלוח שמכר לו הני תרי אפדני. וכתב רש"י וז"ל: וטירפא בכמה כתבין, הרי לוקח זה מכרה לנושה באלף זוז לפצותו מחובו, וחוזר לבית דין לכתוב לו שטר טירפא על זה שמכרה לו באחריות, והרי טרפוה ממנו בדמי אלף זוז שהיה מחויב, בכמה כתבין ליה טירפא, באלפא כשיעור החוב, או בחמש מאה שהרי בכך קנאה ממנו עכ"ל יעו"ש.

והנה הא דאמר רבינא דהלוקח יכול לגבות אלפא זוזי מן הלוח מדין אחריות אע"פ שלא הפסיד אלא חמש מאה, לכאורה היינו משום דחשבינן ליה שהקרקע הושבחה, דיוקרא וזולא חשיב שבחא דממילא, כמו שכתב הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף טו:), ועיימש"נ בש"ט פ"ה, והרי הלוח שמכר לו קרקע קבל עליו אחריות בין על הקרן בין על השבח אם יטרפנו בעל חובו, כדאיתא בבבא מציעא (דף טו:), ורב עוירא ס"ל דאינו גובה אלא חמש מאות משום דלא חשיב ליה שבח, כמו שכתב הרא"ש מובא בשיטה מקובצת וז"ל: והלכתא בחמש מאה, דלא חשבינן ליה כשבח, כי הקרקע לא השביחה, אלא שהיה חביב עליו ליקחנו ביותר מדמיו עכ"ל יעו"ש.

והיינו פלוגתייהו, דרבינא סבר דהקופצים קובעים שויות הקרקע, ואפילו אם יש רק אחד שרוצה להעלות בדמים הרי גם זה היא

פרק ב

בו יבואר שיטת הרמב"ם דבית דין ששמו נכסי יתומים לגבית בעל חוב וטעו בפחות משתות מכרם בטל, ואם טעו בכל שהוא בשומא ללוקח מכרם בטל דהא הוה כשלוחים.

[רמב"ם פכ"ב מלוה ולוה הל"ו] כתב הרמב"ם וז"ל: בית דין ששמו לטורף בנכסי לוקח וטעו בכל שהוא מכרם בטל, שהרי הן כשליח לטורף וללוקח, ויש להן רשות לתקן אבל לא לעוות, וכל המורים כזה הורו עכ"ל יעו"ש.

והנה תנן בכתובות (דף ט"ז), שום הדיינין שפיתחו שתות או הוסיפו שתות מכרם בטל וכו' יעו"ש, והיינו ששמו בית דין בנכסי יתומים וטעו, אם טעו בשתות מכרם בטל, ואם טעו בפחות משתות מכרם קיים, ואם אלמנה מכרה בנכסי היתומים מבואר במתניתין לעיל שם (דף צ"ח). דאפילו בטעות כל דהו מכרה בטל. ומיבעי ליה בגמרא אם שליח כבית דין ומכרו בטל רק אם טעה בשתות, או אם הוא כאלמנה ואפילו בכל דהו בטל, ומסיק דשליח כאלמנה ואפילו בכל דהו בטל, דאמרינן ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ולא איבעי לך למיטעי יעו"ש.

והרמב"ם הביא דין שום הדיינין בנכסי יתומים פי"ב מלוה ולוה הלי"א ופסק דאם פחתו או הותירו פחות משתות מכרם קיים אע"פ שלא הכריזו, וכאן בשומת הבית דין לבעל חוב ולוקח פסק דבית דין הרי הן כשליח ואם טעו אפילו בכל דהו מכרם בטל, ומהאי טעמא השיג עליו הראב"ד וז"ל: א"א אפשר בשלא הכריזו קאמרי עכ"ל יעו"ש. אבל המגיד משנה כתב דעדיין לא יצאנו מידי השאלה בזה, שהרי בשום היתומים פסק הרמב"ם דמכרם קיים אפילו אם לא הכריזו, כנ"ל.

והמגיד משנה הביא מקור לדברי הרמב"ם מתשובת הרי"ף וז"ל: כך נמצא בתשובת הרב אלפסי ז"ל, וששאלת אם טעו השמאין בין על בעל חוב בין על הלוקח היאך תדין בזה. תשובה, השומא בנכסי היתומים שהיא ברשות בית דין, כבר אמרו שום הדיינין שפחתו שתות או שהותירו שתות מכרם בטל, אבל שומא

של בעלי חובות דינו כדין השליח שאמרו לא אמרן אלא דלא שויה שליח אבל שויה שליח אפילו פחות מכדי אונאה חוזר, דאמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי עכ"ל [הרי"ף] וכו', ולפיכך נראה לי שאין דברי הגאונים ז"ל אלא דוקא במשועבדים כששמין מלוקח לבעל חוב, וכן יראה מלשון רבינו ז"ל, והטעם בזה מפני שאין על הלוקח מוטל לפרוע החוב הזה, ואינו יורש מן הלוה כמו שיתומים שעומדים במקום אביהם, ולפיכך הרי בית דין כשלוחין ואין לו ללוקח להשתדל בפריעת החוב שנאמר אליו אם לא היית חפץ בשומא היה לך להשתדל בפרעון המלוה, ומתוך כך הדין נותן שאם פחתו בכל שהו יהיה בטל, ולפיכך אי אפשר שיהיה קיים אם טעו לנזק הבעל חוב, כמו שאינו קיים אם טעו לתועלתו, אבל אם שמין מנכסי יתומים וכל שכן מנכסי לוה עצמו אינן כשלוחין, לפי שהיה לו ללוה או ליתומים שעומדים במקומו לפרוע חובן, וכל זה איננו שוה ועדיין צ"ע עכ"ל המגיד משנה יעו"ש, ועיין בכסף משנה שהסכים לדבריו וז"ל: ואני אומר אע"פ שלא נתפייס הרב המגיד בתירוצו יפה הוא בעיני והכי דייק דברי רבינו עכ"ל יעו"ש.

ומה שכתב המגיד המשנה דהא דאין טעות פחות משיעור אונאה מבטלת המכר הוא משום דאומרים להיתומים אם לא הייתם חפצים בשומא זו היה לכם להשתדל בפרעון המלוה כנ"ל, אין כונתו דמהאי טעמא שוב אין היתומים יכולים לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, שהרי אם כן גם ללוקח נאמר כן, דהא גם הלוקח היה יכול לסלק לבעל חוב בזווי, כדאיתא בבבא מציעא (דף ט"ו), וכן פסק הרמב"ם פי"ח מלוה ולוה הל"ט יעו"ש, ואפילו לאחר הגביה יכול לסלקו מדין שומא הדרא, כמו שכתב כאן הל"ט יעו"ש, ועוד שהרי אין בית דין שלוחם של יתומים אלא של בעל חוב והלוקח, כמו שכתב המגיד משנה בשם הרי"ף כנ"ל, ואם כן צריכים לפרש מאי שנא דליתומים אומרים היה לך להשתדל בפרעון מה שאין כן בלוקח.

ובביאור דברי המגיד משנה נראה, דהנה כשבעל חוב בא לגבות מן הלוה עצמו, הרי עיקר תביעתו הוא מדין שעבוד הגוף

כמש"נ, מכל מקום אין עליו שום שעבוד הגוף וחובת פרעון, ולא שייך לגבי עצם הגביה ממנו תורת בית דין גמור אלא שליחות, כמש"נ, ולכן אם טעו אפילו בכל דהו מכרם בטל.

והיכא דטעו ועל ידי כך ניזק הבעל חוב כתב המגיד משנה דהמכר בטל, דאם מבטלינן ליה אם טעו לתועלתו אי אפשר שלא נבטלו אם טעו לנזקו, כנ"ל, ולכאורה יש לדקדק למה צריך לסברא זו, תיפוק ליה דבית דין כשליח לטורף ולוקח, כמו שכתב הרמב"ם, וכי היכי דהלוקח יכול לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי גם הטורף יאמר כן אם טעו בית דין לנזקו.

ונראה דעיקר השומא הוא לטובת הלוקח להגן עליו שלא יוציא ממנו הבעל חוב יותר ממה שראוי לו, ומשום הכי מכריזים, שהרי כל ההכרזה היא אך ורק לטובת הלוקח, דגם קודם ההכרזה כבר שמו את הקרקע השלשה שמאים שבית דין הורידו לה, כמו שכתב הרמב"ם לעיל בפרק זה הל"ט, וההכרזה היא למצוא קופצים שיעלו מחיר הקרקע וירויח הלוקח, ואם לא נמצאו קופצים הבעל חוב גובה כשומת השמאים, ואין לו שום תועלת אלא נזק בהכרזה, ועיין מה שכתב המגיד משנה בפרק זה הל"ו, יעו"ש, ומבואר דכל השומא היא בשביל הלוקח, ולכן הוה אמינא דבית דין הם בעיקר כשליח הלוקח ולא כשליח הטורף, ואם טעו לנזק הטורף לא יבוטל המכר, לזה אמרינן דסברא היא דאי אפשר שיהיה קיים אם טעו לנזק הבעל חוב אם אינו קיים אם טעו לתועלתו, כנ"ל, דאין זה יושר, ולכן מכח האי סברא אמרינן שהבית דין כשליח בין ללוקח בין לטורף, וממילא אם טעו לנזק הבעל חוב מכרם בטל, דגם הבעל חוב יכול לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי.

פרק ג

בו יבואר שיטת רש"י והתוס' דהא דלוקח מפסק לבעל חוב בזווי הוא על ידי עילוי דמים והרי הלוקח כשאר כל אדם שיוכל להעלות בדמים בתוך ימי ההכרזה.

[כתובות צא.] מתניתין מי שהיה נשוי שתי נשים ומתו ואחר כך מת הוא ויתומים מבקשים כתובת

המוטל על הלוה לפרוע חובו, וכן כשבא לגבות מן היתומים עיקר התביעה הוא מדין מצוה לפרוע חוב אביהם, שהוא שעבוד הגוף המוטל על היתומים כשירשו אחריות נכסים, ועיימש"נ בש"ב פ"א, וגביה מן הנכסים הוא מדין שעבוד נכסים וערבות להשעבוד הגוף, כדאיתא בכבא בתרא (דף קעד.), והרי יש בפני בית דין טוען ונטען של שני בעלי דין, שזה תובע פרעון חוב וזה מסרב או משום שכופר בהחוב או משום שטוען שאין לו, והרי זה דין תורה בפני בית דין, ודנים להם בית דין סדר גביה ושומא מדין בית דין ולא מדין שליחות, ולכן אם טעו בפחות מכדי אונאה אין מכרם בטל.

אכן כשבא בעל חוב לגבות מן הלוקח הרי אין ביניהם שום התדיינות וטוען ונטען אלא אם כן טוען הלוקח מזויף או פרוע, ואם לא טען אנן טענינן ליה, אבל מכיון שנתקיים השטר ונודע לנו שהבעל חוב אינו משקר שוב אין להם דין טוען ונטען כלל, שהבעל חוב בא ונוטל קרקע המושעבדת לו ואין לו דין ודברים עם הלוקח עצמו כלל, דממון שלו הוא נוטל כאילו הוא מונח עדיין ברשות הלוה, ועיימש"נ בש"א פט"ז, ואין כאן שום תורת תשלומין על הלוקח עצמו, ולכן אין לבית דין בענין שומא וגביה זו תורת בית דין רגיל, שהרי אין לפנייהם בעלי דין וטוען ונטען, וכל דין בית דין בענין זה הוא כשליח לטורף וללוקח לעשות השומא ולהגבות לבעל חוב את ממונו, ומשום הכי אפילו בטעות כל דהו מכרם בטל, דבשליח אמרינן לתקוני שדרתיך.

וזהו מה שכתב המגיד משנה דליתומים אומרים אם לא הייתם חפצים בשומא זו היה לכם להשתדל בפרעון המלוה, כנ"ל, והיינו שמוטל עליהם שעבוד הגוף לשלם לבעל חוב, ואפילו כששמים הנכסים עדיין לא נסתלק שעבוד הגוף זה עד שנפרע לגמרי, ונמצא שלעולם יש כאן טוען ונטען עד שעת הפרעון, כמש"נ, והרי יש כאן תורת בית דין גמור, ולא איצטריך לדין שליחות כלל, ומשום הכי מכרם קיים אם טעו בפחות משיעור אונאה. אבל ללוקח לא אמרינן אם לא היית חפץ בשומא זו היה לך להשתדל בפרעון, ואע"ג דבודאי היה יכול לעשות כן,

הנשארת בת חורין, ולעולם אינו גובה מזו שנמכרה תחלה עד שיגבה מן האחרת, וכשחזר הלוקח ולקח האחרת, אין בעל חוב טורף אלא ממנה, ואע"ג דשניהן ביד לוקח אחד, ואם כשנגמרה טירפא זו וכלו ימי ההכרזה עדיין נשאר חלק מן החוב שלא נפרע, אז יכול לחזור ולטרוף השניה, והרויח הלוקח בזה שיכול לסלקו מן שדה אחת בלבד.

והנה כתבו התוס' בד"ה מאי פסידא וז"ל: מכאן רגילין לומר דהא דמסקינן בהמקבל (ב"מ קי:) הניחא למאן דאמר אי אית ליה זוזי ללוקח לא מצי לסלוקי בזוזי אלא למאן דאמר מצי לסלק כו', היינו פלוגתא דרמי בר חמא ורבא דהכא, רמי בר חמא ס"ל לא מצי לסלוקי לוקח ורבא סבר מצי לסלוקי וכו' עכ"ל יעו"ש, וכ"כ רש"י בבבא מציעא (דף טו: וק"י:) בד"ה הניחא למאן דאמר וכו', יעו"ש.

שוב כתבו התוס' וז"ל: מיהו לרמי בר חמא ניחא, אבל לרבא מנא לן, דלמא הא דהוה הכא מצי לסלוקי משום שלא היה רוצה ליקח האפדנא אלא בה' מאות והלוקח רוצה לתת אלפא ולכך סילקו, אבל היכא דרוצה הבעל חוב ליקח הקרקע באותם דמים שרוצה הלוקח לסלקו, מצי למימר דמודה רבא דלא מצי לסלק, ויש לומר דמכל מקום כל שעה יסלקנו שישום לו הקרקע כפלים על שוויו עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי התוס' דהא דלוקח מצי לסלק לבעל חוב בזוזי, היינו רק על ידי עילוי דמים, דמשלם לבעל חוב יותר מכדי שוויו עד כדי שיעור החוב וחוזר לגבות מן הלזה שמכר לו השדה באחריות, והרי הלוקח כשאר כל אדם שיכול לעלות דמי הקרקע כשבא בעל חוב לגבותה, דמתחלה עושים שומא לקבוע שויות הקרקע, ואחר כך מכריזים, כדי שיבאו קופצים ויעלו את המחיר ויתרבו הדמים שבהם ישלם חוב הלזה, ואע"פ שעיקר השויות לא נתעלה, ועיימש"נ בשט"ו פ"א, וזה שהעלה הדמים ביותר מוכרים לו הקרקע ונותנים הדמים לבעל חוב, וגם הלוקח הוא כשאר כל אדם שיכול לעלות בדמים ולשלם למלוח, ואחר כך יחזור ויגבה מן הלזה, ובזה עדיף כחו משאר כל אדם, שיש לו על מי לחזור, ואם כן אין גבול לכמה יעלה בדמים, אבל אין

אמן ואין שם אלא שתי כתובות חולקין בשוה, היה שם מותר דינר אלו נוטלים כתובת אמן ואלו נוטלים כתובות אמן, אם אמרו יתומים אנחנו מעלים על נכסי אבינו יפה דינר כדי שיטלו כתובת אמן אין שומעין להן אלא שמין את הנכסים בבית דין יעו"ש.

ובגמרא אמרינן (דף צא:), ההוא גברא דהוה מסקי ביה אלפא זוזי, היו ליה תרי אפדני זבינהו חדא בחמש מאה וחדא בחמש מאה, אתא בעל חוב טרפא לחדא מינייהו, הדר קטריף לאידך, שקל אלפא זוזי וקא אזיל לגביה, אמר ליה אי שויא לך אלפא זוזי לחיי, ואי לא שקיל אלפא זוזי ואיסתלק, סבר רמי בר חמא למימר היינו מתניתין אם אמרו יתומים הרי אנו מעלין על נכסי אבינו יפה דינר אין שומעין להם, אמר ליה רבא מי דמי התם אית להו פסידא ליתמי, הכא מי אית ליה פסידא, אלפא יהיב ואלפא שקיל, יעו"ש.

ובעובדא דגמרא לא זבין ליה תרי אפדני באלפא זוזי, אלא מכר לו אחת בחמש מאות ושוב מכר לו גם השניה בחמש מאות, ויש להבין למה לא נקיט האוקימתא היותר פשוטה שמכר שתיהם בבת אחת. והיה אפשר לומר דהכי הוי עובדא, אבל לענין דינא אין נפקא מינה אם מכרם בשתי מכירות או במכירה אחת, אכן עיין מה שכתב הרמב"ם פ"ח מלוה ולוה הל"ט וז"ל: ראובן שהיה חייב לשמעון מאתים, והיו לו שתי שדות, ומכר אחת מהן ללוי במנה, וחזר ומכר השניה במנה, ובא שמעון וטרף אחת במנה וחזר לטרוף השניה ואמר לו אם תרצה וכו', הדין עם לוי וכו' עכ"ל יעו"ש, והביא הרמב"ם הלכה זו לפי אוקימתא דהגמרא כנ"ל.

והכונה בזה נראה דאין הלוקח יכול לסלק בעל חוב ממצקת גביתו, ואם בא לגבות שדה גדולה אינו יכול לסלקו מחציה, אלא או מכולה או כלום, ואילו לקח שתי השדות במקח אחד היה בעל חוב גובה שתיהן כאחת, ואין הלוקח יכול לסלקו מן האחת, אבל כיון שקנה רק שדה אחת בתחלה אומר לו הנחתי לך מקום לגבות ממנה, כדאיתא בבבא קמא (דף ח: יעו"ש, ונדחית טירפא דבעל חוב אצל שדה

אותו דבר צדדי הוא מפני שזה המעלה דמים, רוצה בקרקע זו מאיזה טעם שהיא נושאת חן בעיניו, אבל היתומים אינם רוצים בקרקע זו שהעלו דמיה, ואינם רוצים אלא להרבות דמי הירושה כדי שיוכלו ליטול כתובת בנין דיכרין, אבל במצב אחר לא היו מוכנים לשלם מחיר כל כך גבוה בשביל קרקע זו, ולכן אין זה נחשב שנתעלה המחיר.

ובן הוא נמי בלוקח, שגם הוא לא העלה דמי הקרקע בשביל שהוא רוצה בה כל כך, ואילו היה בא לקנותה מן השוק מסתמא לא היה מוכן לשלם מחיר כל כך גבוה, ולא העלה הדמים אלא לסלק בעל חוב מן הקרקע, ואומר בלבו מה אם אעלה הרי אקבל אחריות, כמו שכתב הטור חו"מ סי' קי"ד יעו"ש. ושפיר דומה למתני' דלא מחשבינן ליה שנתעלה המחיר על ידי עילוי הלוקח כמו שמצינו בעילוי היתומים, זוהי סברת רמי בר חמא. אבל רבא ס"ל דלא דמי למתני' דהתם אית ליה פסידא, ומשום הכי לא מקבלינן עילוי היתומים, אבל בלוקח ובעל חוב דלית ליה פסידא שפיר מקבלימ עילוי הלוקח, ואע"ג דלתועלת עצמו הוא שהעלה.

ולפי שיטת רש"י ותוס' דלוקח מסלק לבעל חובו בזווי רק על ידי עילוי דמים, צריך לומר דבלוקח לא אמרינן שומא הדרא, ואינו יכול להוציאה מן הבעל חוב לאחר שגבה אותה, דלא עדיף משאר אדם שאינו יכול להוציאה מיד הבעל חוב לאחר שגבה, ואפילו על ידי עילוי דמים, דאם כן למה לא יסלקו אף קודם הגביה מדין שומא הדרא, דלא גרע לפני גביה מלאחר גביה, וצריך לומר דבסוגיין מיירי שעדיין לא היתה הכרזה ועדיין לא הורידו הבעל חוב לגמרי להקרקע, ולכן עדיין יכול להעלות דמים, וכמו שכתב הרא"ש יעו"ש, והיינו דלא כשיטת הרמב"ם דאמרינן שומא הדרא בלוקח, ועיימש"נ בשט"ו פ"ד.

ולכאורה יש להביא ראיה דרש"י ס"ל דלא אמרינן שומא הדרא בלוקח, ממה שכתב לקמן (דף צח.) גבי אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום, וכתב רש"י וז"ל: ואם רצו היתומים להגבותה מעות לאחר זמן חזורין ונוטלין אותה וכו', אבל היכא דשמה לאחרין

ללוקח שום כח מיוחד לסלק בעל חוב בדמים, ואדרבה המחלוקת היא אם הלוקח גרע משאר כל אדם הואיל ולתועלת עצמו הוא מעלה, ועיימש"נ בשט"ו פ"ט.

ובן משמע נמי מדברי רש"י בד"ה היינו מתני' שכתב וז"ל: ממתניתין מצינן למגמר האי דינא דלא מצי טעין ליה האי לוקח הכי שהיה מעלה על דמיה עכ"ל יעו"ש, ומבואר דהא דלוקח מצי לסלק לבעל חוב היינו על ידי עילוי דמים, ומה שכתב רש"י בבבא מציעא (דף קי:) וז"ל: אי אית ליה ללוקח שיעור דמי החוב עכ"ל יעו"ש, ולא הזכיר עילוי דמים, צריך לומר דכונתו דאם אית ליה פחות מכדי שיעור החוב פשיטא דלכולי עלמא לא מצי לסלק לבעל חוב בזווי על מקצת חובו, ועיין בש"ך חו"מ סי' קט"ו סק"כ שצידד בזה, יעו"ש, והיינו דלא כהפני יהושע שכתב דהא דלוקח מצי לסלקו הוא משום מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, יעו"ש, ולפי דבריו אינו צריך להעלות דמים, כמו שהלוה עצמו יכול לסלק בלי עילוי דמים.

ולפי זה יבואר היטב הא דמדמינן דין לוקח שבא לסלק בעל חוב בזווי לדינא דמתניתין דיתומים שאמרו אנחנו מעלים על נכסי אבינו יפה דינר, שהרי לגבי חלוקת היורשים לא בעינן הכרזה אלא שומא בלבד, דעל ידי השומא ידעינן שויות הקרקע, ולאיזה צורך יצטרכו הכרזה להרבות הכנסת הדמים, שהרי אין כאן בעל חוב שתובע ממונו אלא יתומים שבאו לחלוק, ומה לי אם חולקים כפי שווין פחות או יותר, הלא החלוקה היא כפי מנין היורשים, והרי השומא קבעה שאין כאן מותר דינר, ואם כן לא יגבו כתובות בני דיכרין, ובאו יורשי הכתובה הגדולה ואמרו שרוצים לקנות אחד מקרקעות הירושה בעילוי דמים, ונמצא שנתעלה המחיר ונתרבה דמי הירושה ויש כאן מותר דינר ויטלו כתובת בני דיכרין, וקאמר במתני' דאין שומעים להם, אלא אמרינן דאין זה נחשב כלום הואיל והעלו הדמים מחמת דבר אחר ולא מחמת הקרקע עצמה.

ואע"ג דכל עילוי דמים לא הוי מחמת שויות הקרקע אלא מחמת דבר צדדי, הרי

פרק ד

בו יבואר שיטת הרמב"ם דמהלוקת אם לוקח יכול
לפסק בעל חוב בזווי היא אפילו בלא עילוי דמים
והיאך נתלה מהלוקת זו בהא דיתומים אינם
מעלים בדמים להוסיף מותר דינר.

[כתובות צא:] ההוא גברא והווי מסקי ביה אלפא
זווי, הווי ליה תרי אפדני זבינהו חדא בחמש מאה
וחדא בחמש מאה, אתא בעל חוב טרפא לחדא
מינייהו, הדר קטריף לאידך, שקל אלפא זווי וקא
אזיל לגביה, אמר ליה אי שויא לך אלפא זווי
לחיי, ואי לא שקיל אלפא זווי ואיסתלק, סבר
רמי בר חמא למימר היינו מתני' אם אמר יתומים
הרי אנו מעלין על נכסי אבינו מותר דינר, אמר
ליה רבא מי דמי, התם אית להו פסידא ליתמי,
הכא מי אית ליה פסידא, אלפא יהיב ואלפא
שקיל יעו"ש. ולמדו הראשונים דפלוגתא דרמי
בר חמא ורבא היינו המחלוקת הנזכרת בבבא
מציעא (דף טו: וק"י) ובבא קמא (דף צד:) אם לוקח
יכול לסלק בעל חוב בזווי, ושיטת רש"י ותוס'
בסוגיין היא דלוקח יכול לסלק רק על ידי עילוי
דמים כשאר כל אדם, והנידון הוא אם הלוקח
גרע משאר כל אדם הואיל ולתועלת עצמו העלה
בדמים, ועיימש"נ בשט"ו פ"ג.

אולם הרמב"ם פסק בפכ"ב מלוה ולוה הלט"ז
דשומא הדרא גם בלוקח, דלאחר שטרף
הבעל חוב הקרקע מן הלוקח יכול הלוקח לחזור
ולפדותה ממנו כשיבואו זווי לידו, ודלא כמו
שכתבו כמה ראשונים דלא אמרינן שומא הדרא
אלא בלוה עצמו והא דלוקח מצי לסלק בעל חוב
בסוגיין הוא מפני שלא היה שומא והכרזה, עיין
ברא"ש בסוגיין, אלא ס"ל להרמב"ם דגם הלוקח
יכול לפדות הקרקע מיד הבעל חוב, והיינו על
כרחך בשוויה ולא בעילוי דמים, דהרי הוא פודה
בדמים שבהם טרף הבעל חוב את הקרקע, ועדיף
בזה לוקח משאר כל אדם, ואם פודה אותה
לאחר הגביה בשוויה כל שכן דמסלקו בשוויה
קודם הגביה בלי עילוי דמים, וכן פסק המחבר
בחור"מ סי' קי"ד סעי' ג' ועיין בסמ"ע ובש"ך,
וכן מבואר ממה שכתב הרמב"ם פכ"א מלוה
ולוה הל"ה, ועיימש"נ בש"ט פכ"ח.

והמגיד משנה הביא מקור מסוגיין לשיטת
הרמב"ם דשומא הדרא בלוקח ויכול

נפק מרשות היורשים וכו' עכ"ל יעו"ש, והיינו
דאין יכולים להוציא לאחר זמן, ולכאורה מבואר
דלא אמרינן שומא הדרא ביתומים. ואולי יש
לדחות דלוקח עדיף שטרח לקנות הקרקע ושייך
לגביה ענין ועשית הישר והטוב.

ועיין בדרישה חור"מ סי' קי"ד סק"ז שרצה
לפרש דברי התוס' דאליבא דרבא הלוקח
יכול לסלק לבעל חוב לא רק בעילוי דמים אלא
גם בשוויו וז"ל: ורבא סבירא ליה דאדרבה לא
שהעילוי תליא בסילוק אלא הסילוק בעילוי
תליא, דכיון שזה הלוקח רוצה להעלות ולגרום
שיתן בעד האפדנא יותר ממה שמכרו לו הבעל
חוב, דין הוא שיכול להעלות לטובת הלוה,
שהרי אחר כך הלוקח לא יטול ממנו אלא
כשיעור שווי האפדנא וכדמסיק שם הגמרא
וכתבו רבינו כאן, ולא דמי ליתומים דאית להו
פסידא, וכיון שיכול להעלות אם כן בשוויו נמי
יכול לסלקו בין במקצתו בין בכלו, כיון שכל
שעה יכול לבוא בטענת עילוי, וכמו שכתבו
התוס', ואנן קיימא לן כרבא דמצי לסלק בזווי
בין בכלו בין במקצתו בין בעילוי בין בשוויו
וכו' עכ"ל יעו"ש כל אריכות הדברים.

ומה שכתב דאחר עילוי של הלוקח לא יטול מן
הלוה אלא כשיעור שווי האפדנא, כדמסיק
בגמרא, קודם כל קשה לומר דדברי רבא תלויים
במחלוקת רבינא ורב עירא בהמשך סוגיין,
ובכלל קשה דהא דמסיק דאין ללוקח אלא שווי
האפדנא היינו כשנטלו הבעל חוב בעילוי דמים,
והלוקח לא הפסיד אלא החמש מאות ששילם
בעד האפדנא, ומסיק דאינו נוטל אלא מה
שהפסיד ולא מחשבין עילוי דמים של בעל חוב
כשבח שיוכל לגבות מדין אחריות על השבח,
אבל אם הלוקח עצמו העלה בדמים ושילם לבעל
חוב הרי הוא יכול לגבות מן הלוה עד כדי שיעור
כל החוב, כמו שכתב הטור שם סעי' ט"ו,
יעו"ש, ועל עצם דבריו של הדרישה בשיטת
התוס' דס"ל לרבא דכיון דיכול להעלות יכול
לסלק גם בשוויו, לכאורה אין זכר לזה בדברי
התוס', וגם לא הבנתי הסברא בכך דעילוי דמים
שייך בכל אדם, כמש"נ, וסילוק בשוויו הוא דין
מיוחד ללוקח, והיאך נאמר דכיון דיכול להעלות
יכול נמי לסלק בשוויו, וצריך עיון.

בכבא מציעא (דף טו:), ואם כן נימא מה מכר ראשון לשני, ועיימש"נ בשט"ו פ"ח.

אבן לדבריו צריך לומר דהא דאמר הלוקח שקיל אלפא זווי ואיסתלק, היינו שנותן לו אלפא זווי בעד אפדנא שניה, שאינה שויה אלא חמש מאות, דהיינו עילוי דמים, ובהא סלקא דעתיה דרמי בר חמא דיכול לסלקו בעילוי דמים ומביא ראייה ממתני' דאינו יכול, אבל להרמב"ם יש לומר דהלוקח נותן לו אלפא זווי בעד תרי האפדני, ואם כן הרי בא לסלקו בשויה ולא בעילוי דמים, והיכן ראה רמי בר חמא במתני' דלוקח אינו יכול לסלקו לבעל חוב בשויה.

ודברי הרמב"ם לכאורה מתבארים על פי מה שכתב השיטה מקובצת בשם הריטב"א וז"ל: דרמי בר חמא סבר דלא מצי לוקח לסלוקי לבעל חוב בזווי אפילו היכא דלא הוא ליה ארעא באפותיקי מפורש, ולהכי קאמר דבעל חוב בהאי ארעא כדידיה חשיבא לגבי לוקח, ואם כן היינו יתומים דמתניתין, ורבא סבר דכל היכא דלא הוא אפותיקי מפורש לבעל חוב מצי לוקח לסלוקיה בזווי, וארעא דלוקח הוא, וליכא לבעל חוב אלא תביעת מעות וכו' עכ"ל יעו"ש, ומבואר דהמחלוקת אם לוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי הוא אם ארעא דבעל חוב או ארעא דלוקח, ודוחק לומר דהיינו פלוגתא דאביי ורבא בפסחים (דף ל:). אם בעל חוב למפרע גובה או מכאן ולהבא גובה, דפלוגתתם התם היא לאחר שכבר גבה המלוה אם נעשה שלו למפרע, אבל כל זמן שלא גבה ודאי הלוקח בעלים גמורים על הקרקע, ואם הקדישה פקע שעבוד המלוה.

ונראה דמחלוקת אם ארעא דבעל חוב או ארעא דלוקח, מיוסד על מה שכתב רש"י בפסחים שם דהא דבעל חוב גובה מן הלוקחות הוא משום דאין מכירתם מכירה, וזהו עיקר יסוד גביה מנכסים משועבדים, דאע"ג דלגבי כל דבר הקרקע קנויה ללוקח, לגבי גבית המלוה עדיין נשארה ביד הלוח, וכמו שכתב רש"י בכתובות (דף טו:), ועיימש"נ בש"א פט"ז, ונחלקו האמוראים אם לגבי גבית המלוה נחשב כאילו לא נמכרה הקרקע כלל, וכאילו אין כאן לוקח בפנינו, והיינו סברת ארעא דבעל חוב,

לסלק הבעל חוב אפילו לאחר הגביה, דפשטות הסוגיא היא שכבר טרף הבעל חוב האפדנא ויש כח ביד הלוקח לסלקו ממנה, והיינו על כרחך מדין שומא הדרא, יעו"ש, ונמצא לפי זה דהא דקאמר לוקח ואי לא שקיל אלפא זווי ואיסתלק היינו על שתי האפדני ובשווין ולא על ידי עילוי דמים, רמי בר חמא ס"ל דאין הלוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי, ורבא ס"ל דיכול לסלקו בזווי, והיא הפלוגתא הנזכרת בכמה מקומות, כנ"ל.

אלא דלכאורה קשה לומר דמקורו של הרמב"ם הוא מסוגיין, דהא הרמב"ם הביא דינא דסוגיין פ"ח מלוה ולוה הל"ט, כנ"ל, ולא הביא דינא דשומא הדרא ללוקח עד פכ"ב הלי"ט, יעו"ש, והיאך נאמר דטעמא דידיה בפ"ח משום שומא הדרא, ויותר מסתברא דאירי שעדיין לא שלמו ימי הכרזה, כמו שכתב הרא"ש, ועדיין לא הגיע למצב של שומא הדרא, וטעמא דסוגיין משום סילוק, וצריך לומר דהרמב"ם פסק דשומא הדרא ללוקח מן הסברא, ואינו חש למה שכתב הרא"ש, דאם כן אין לדבר סוף.

וצריך עיון טובא לפי שיטת הרמב"ם דהיכן ראה רמי בר חמא בהא דתנן יתומים שאמרו אנו מעלין על נכסי אבינו דינר אין שומעין להם דאין הלוקח יכול לסלק לבעל חוב בדמי שוויה של הקרקע, ולמה סלקא אדעתיה דאם לוקח היה יכול לסלק בעל חוב בשוויה של הקרקע הנגבית היה צריך להיות הדין גם כן דיתומים יכולים להעלות שוה דינר בנכסי הירושה.

ועיין בפני יהושע שרצה לפרש דטעמא דרבא דלוקח מצי לסלק בעל חוב בזווי הוא משום מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, כההיא דבבא קמא (דף ט:). יעו"ש, וכי היכי דהלוה יכול לסלקו לבעל חוב בזווי הוא הדין לוקח, ורמי בר חמא מן הסברא לית ליה דינא דמה מכר לגבי סילוק בעל חוב ולא הוצרך ראייה על כך ממתני', אלא דסלקא דעתין דהיכא דמעלה בדמים יכול לסלקו, ועל זה מוכיח ממתני' דאינו יכול להעלות בדמים, עד כאן תוכן דברי הפני יהושע יעו"ש. ויש לדקדק לפי דבריו למה לא יוכל הלוקח לסלקו לבעל חוב באפותיקי כי היכי דהלוה יכול לסלקו כדאיתא

ארעא דלוקח, דזהו עיקר כונת האפותיקי, שאם הלוח לא יפרע חובו הבעל חוב יורד לתוך הקרקע, ולעומת זה הוא מסכים שאם שטפה נהר את האפותיקי אבד מעותיו, כדאיתא בגיטין (דף מא.) יעו"ש, והוי כמעט כמכירה, ועיימש"נ ש"ה פ"ב, ואם כן אין הלוקח יכול לסלקו בזווי, דבהא ודאי ארעא דבעל חוב, ומסתברא נמי דבכלל לא עבדינן הכרזה באפותיקי, ואין הלוקח יכול לסלקו אפילו בעילוי דמים, דאם אין הלוח עצמו פורע חובו הרי הבעל חוב יורד לתוך האפותיקי.

והשתא נראה דהדמיון למתניתין הכי הוא, דהנה מתניתין בודאי איירי היכא דהיתה שומא, דאי לאו הכי מנא ידעינן שאין כאן מותר דינר מלבד הכתובות בני דיכרין, וזה פשוט שלחלוקת כל ירושה בעינן שומא, ועל ידי זה נודע לן שוויות הנכסים, אכן לירושה אין שום צורך להכרזה, דהכרזה אינה מבררת שוויות הקרקע אלא מביאה בני אדם המעלים בדמים יותר על עיקר השויות משום איזה חביבות שיש להם בה, ועיימש"נ בשט"ו פ"א, ובשלמא בגבית בעל חוב מן היתומים אנו עושים הכרזה כדי להרבות קופצים ולהוסיף על מחירו כל מה דאפשר כדי לפרוע לבעל חוב רק בקרקע מועטת, ובזה ירויחו היתומים, אבל לחלוקת היתומים אין שום תועלת בהכרזה, דבין כך ובין כך חולקים, ולכן עושים שומא כדי לעשות חלוקה נכונה, אבל אין עושים הכרזה, ובמתניתין מיירי שעשו שומא ונודע לבית דין שאין כאן מותר דינר מלבד הכתובות בני דיכרין, וממילא אין גובים הכתובות אלא עושים חלוקה רגילה לקיים ירושה דאורייתא, ואתו יתומים בני כתובה גדולה ואמרו הרי אנו מעלים על נכסי אבינו מותר דינר.

והנה היתומים כאן לענין כתובת בנין דיכרין הם יורשים ובעלי חוב לגבי הדדי, אלא דלגבי כתובת בנין דיכרין נתנו רבנן להם גם כן דין ירושה דרבנן, כדאיתא לעיל (דף נב:) יעו"ש, והיינו דמדין ירושה דרבנן יכולים לגבות חובם ישיר מתפיסת הבית המשועבדת להם בלי לתבוע מן היתומים האחרים לקיים מצוה לפרוע חוב אביהם, ואפילו אם הם קטנים ולא בני מיעבד

דלגבי גביתו אין הלוקח בעל דבר כלל, או אם גם לגבי גבית בעל חוב נחשב שהקרקע ביד הלוקח, אלא דזכות תשלומי החוב עם קרקע זו נשארה ביד הלוח, ומשום הכי יכול להוציא הקרקע מיד הלוקח וליתנה לבעל חוב בתשלומי החוב, אבל בודאי חשבינן גם לגבי גביה שהלוקח בפנינו והקרקע יוצאת מידו, היינו סברת ארעא דלוקח.

ולכן מאן דאית ליה ארעא דלוקח ס"ל דלוקח יכול לסלקו בזווי, שהרי הבעל חוב גובה ממנו ארעא דידיה והרי הוא יכול לתת לו זווי תחת קרקעו, דמה לי הן מה לי דמיהן, אבל מאן דאית ליה ארעא דבעל חוב, דלגבי דידיה אמרינן דהקרקע יוצאת מיד הלוח, ואין כאן לוקח כלל, אם כן אין הלוקח יכול לסלקו לבעל חוב בזווי, שהרי אינו בעל דבר לגבי הבעל חוב, דלגבי הגביה חשבינן כאילו לא נמכרה הקרקע כלל, והרי הלוקח כאדם נכרי, ולמה יוכל לסלקו בזווי, ובשלמא בשעת הכרזה יכול הלוקח להעלות בדמים כמו שאר כל אדם, אם לא נאמר שגרע מפני שלתועלת עצמו הוא מעלה, ועיימש"נ בשט"ו פ"ט, אבל לסלקו בשוויה בלי הכרזה אינו יכול, שאין הלוקח בעל דבר של הבעל חוב כלל, כמש"נ, ואין הלוקח יכול לדחותו לבעל חוב אלא מקרקע לקרקע בסדר הגביה מדין מה מכר ראשון לשני, כדאיתא בבבא קמא (דף ח.) כנ"ל, אבל לסלקו בזווי לא אמרינן מה מכר ראשון לשני, דרק הלוח עצמו יכול לסלקו בזווי על ידי פרעון החוב והשעבוד הגוף, אבל אין זה זכות שיכול למכור ללוקח, ודלא כסברת הפני יהושע הנ"ל, ועיימש"נ בישוב דבריו בשט"ו פ"ח, וכל דין הלוקח לסלק הבעל חוב הוא מדין עצמו לשלם זווי תחת הקרקע הנגבית ממנו, ולמאן דאמר ארעא דבעל חוב אין הלוקח בעל דבר כלל מצד עצמו לגבי עצם הגביה, כמש"נ, ולמאן דאמר ארעא דלוקח לעולם חשבינן שהקרקע יוצאת מידו, כמש"נ, ואם כן יכול לסלקו בזווי.

וכן זה הוא בשעבוד גרידא, אבל באפותיקי מפורש לכולי עלמא אינו יכול לסלקו בזווי, דבזה ודאי אמרינן דאליהם השעבוד, ולגבי גביה אמרינן דבעל חוב נוטל דידיה, ולא אמרינן

ועיקר טענתם היא שגם בשעת מיתה היו מוכנים להעלות הדמים, ולא כל כמינייהו להעלות דמים למפרע ולהפסיד לבני כתובה קטנה, אבל לוקח המסלק בעל חוב בזווי אין בזה צד הפסד לבעל חוב, דהא אלפא יהיב ואלפא שקיל, ובודאי יכול לסלקו, דהא ארעא דלוקח, וכמש"נ.

פרק ה

בו יבוארו דברי הרא"ש דמדקאמר רמי בר חמא דאין הלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי הלכך גם לרבא דס"ל דלוקח יכול לסלקו לא אמרינן שומא הדרא ללוקח.

[כתובות צא:] כתב הרא"ש פ"י סימן ג' וז"ל: ויותר כיון יפה הר' יונה ז"ל דהא דאמרינן (ב"מ דף לה.) דשומא הדרא לעולם, היינו דוקא כששמו בית דין נכסי הלואה למלוה, משום ועשית הישר והטוב עשו תקנה זו שישאר הקרקע ביד בעליו, אבל לוקח שלקח שעבוד המלוה לא שייך ביה הישר והטוב כי נכנס לשעבודו של מלוה ולקח מעותיו יחזור ויקבל מעותיו מן המוכר וישאר למלוה שעבודו, דהא לרמי בר חמא אף כשבא המלוה לטרורף אין הלוקח יכול לסלקו בזווי, הלכך לרבא נמי נהי דבשעת טירפא יכול לסלק בזווי, מודה הוא דלאחר שירד לקרקע בשומת בית דין תו לא מצי לסלוקי בזווי עכ"ל יעו"ש.

וי"ש לדקדק בדבריו שתלה דין שומא הדרא ללוקח במחלוקת רמי בר חמא ורבא לענין אם הלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי, דכיון שמצינו דלרמי בר חמא אין הלוקח יכול לסלקו בזווי הלכך לרבא לא אמרינן שומא הדרא בלוקח, וקשה דדלמא ס"ל לרבא דכיון דלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי מתחלה הוא הדין נמי דיכול לסלקו אחר הגביה מדין שומא הדרא, ואיברא שהרא"ש כתב מן הסברא לחלק בין לזה ללוקח, דבלוקח לא שייך ענין ועשית הישר והטוב, מכל מקום הראיה שהביא מדינא דרמי בר חמא אינה מובנת.

ונראה דהרא"ש אזיל בשיטת הריטב"א דטעמא דרמי בר חמא דאין לוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי משום דארעא דמלוה, והיינו דיסוד השעבוד וגביה דמלוה הוא דאין

מצוה, והשתא אם אמרינן בכל גביה דארעא דלוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי, אם כן הכא נמי למה לא יוכלו יורשי כתובה גדולה להעלות דמי אחת מן הקרקעות ולתת תחתיה דמים מרובים כדי לסלק כתובת בנין דיכרין של האחרים, וממילא ישאר מותר דינר בנכסי הירושה ויוכלו לגבות הכתובה הגדולה שלהם, ואע"פ שכבר נעשה השומא ולא היה כאן מותר דינר, הרי לא נתבטלו הכתובות בכך, רק שאי אפשר לגבותם אם ליכא מותר דינר ותבטל על ידי הגביה ירושה דאורייתא, ואם כן למה לא יוכלו להעלות בדמים כדי שישאר מותר דינר, כמש"נ.

ומזה דייק רמי בר חמא דהיינו טעמא משום דארעא דבעל חוב ולא דלוקח, ולגבי גבית הכתובת בנין דיכרין אין יורשי כתובה גדולה בעלי דבר כלל, ואם כן הוא הדין בכל בעל חוב שבא לגבות מן הלוקח דאין הלוקח יכול לסלקו בזווי, ורבא פליג וס"ל דבאמת ארעא דלוקח, ויכול הלוקח לסלקו בזווי כמש"נ, וטעמא דמתניתין משום דאיכא פסידא דיתומים, ואין בית דין מניחים להם להעלות דמים ולהפסידם, אבל בכל גביה מלוקח שפיר מניחים ללוקח לסלקו לבעל חוב בזווי, דהא ארעא דלוקח, וגם ליכא פסידא לבעל חוב דאלפא יהיב אלפא שקיל.

ויתר ביאור דברי הרמב"ם עולה מתוך מה שכתב פ"ט אישות הל"ה וז"ל: אמרו היתומים הרי אנו מעלין על נכסי אבינו יותר דינר כדי שיטלו כתובת אמן, אין שומעין להם, אלא שמין הנכסים בבית דין כמה שוין בשעת מיתת אביהן, ואע"פ שנתרבו או נתמעטו אחר מיתת אביהן קודם שיבואו לחלוק, אין שמין אותן אלא כשעת מיתת אביהן עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי הרמב"ם דבאמת אהני עילוי דמים דהיתומים להוסיף דינר בנכסי הירושה, אלא דהוספה זו נחשבת שבח שהשביחו הנכסים לאחר מיתת אביהם, והרי איתא בגמרא לעיל (דף צא.) דמועטין ונתרבו כבר זכו בהם יורשים, ולעולם אזלינן בתר שעת מיתת אביהם, והיינו מאי דקאמר רבא, דעילוי דמים מכאן ולהבא לא חשיב אלא שבח, ולא יזכו על ידי זה בכתובה גדולה, כמש"נ,

יכול לסלקו בזווי כפי שומת בית דין דיש בזה הפסד ללוה, דאם בעל חוב מקבלו בכל חובו נסתלק ממנו, ואם הלוקח מסלקו כפי שומת בית דין עדיין נשאר מן החוב שלא נפרע. ויש לדקדק דאם הלוקח יכול לסלקו בלי עילוי דמים הרי היינו משום דאמרינן ארעא דלוקח, כמו שכתב השיטה מקובצת, ועיימש"נ בשט"ו פ"ד, והרי מעיקר הדין יכול לסלקו בזווי הואיל ומוציאו מידו, כמש"נ, ואם כן מה לי דיש בזה הפסד ללוה, למה יפסיד הלוקח את דינו כדי שלא יפסיד הלוה, ואין לומר דאם המלוה רוצה לקבלו בכל חובו הרי זה קובע שויות הקרקע, דבכלל אין עילוי דמים נחשב יוקרא, כמש"נ בשט"ו פ"א, ועוד דאם כן גם היתומים לא יוכלו לסלקו להמלוה כפי שומת בית דין.

וּנְרָאָה דאע"ג דהסכמת המלוה לקבל הקרקע בכל חובו לא חשבינן ליה שוזהי שויות הקרקע, ואין זה נחשב יוקרא ושבתא דממילא, אלא עדיין שויות הקרקע לפי שומת בית דין, כמש"נ, ומכל מקום אם הסכים לקבל קרקע שוה מנה תחת כל חובו של מאתים אין זה נחשב כגביה של מנה ומחילה של מנה, אלא הדין הוא דהמלוה יכול לקבוע גביתו שהוא מאתים מקרקע שוה מנה, והרי זה כעין דינא דאחשביה ולדידי שוה לי, דאם הוא רוצה יכול לקבל קרקע זו בתורת תשלומין לכל החוב של מאתים, ואע"פ שאין הקרקע שוה אלא מנה כפי שומת בית דין, אין לנו להניח ללוקח לסלקו לבעל חוב במנה, שהרי סילוק מנה לא יהא אלא תשלומין למנה של החוב וקבלת הקרקע תהא תשלומין על כל החוב, ואם כן אין הלוקח יכול לעכב ולמעט בגבית המלוה, והיינו מאי דקאמר שיש בזה פסידא דלוה, והיינו דעל ידי הקרקע נתקיים פרעון כל חובו.

אב"ל ביתומים הנידון הוא רק היכא דאין להם דמים לפרוע החוב, דאם יש להם דמים יכולים לסלקו מדין מצוה לפרוע חוב אביהם ושעבוד הגוף, והרי הבעל חוב נוטל הקרקע ואומר שהוא מסכים לקחת אותה תחת כל חובו ואינו צריך שומת בית דין, מכל מקום יכולים היתומים לתבוע שומא, שהרי שומא הדרא ליתומים ולכשיבואו מעות לידם יפדו הקרקע מן

מכירתם מכירה, ולגבי גביה עדיין נחשבת קרקע דלוה, ולא עוד אלא דאין כאן הוצאה מיד הלוקח כלל, ועיימש"נ בשט"ו פ"ד, וטעמא דרבא משום דס"ל ארעא דלוקח, ואע"ג דלגבי גביה נחשבת עדיין קרקע של הלוה, מכל מקום לגבי שאר דברים נחשבת קרקע דלוקח, והרי יש כאן הוצאה מיד הלוקח, ומשום הכי יכול לסלקו בזווי, ומכל מקום עיקר הגביה הוא מן הלוה, כמש"נ, וכיון שכן מסתברא דלא אמרינן שומא הדרא בלוקח, שהרי סוף סוף עיקר הגביה לא היה ממנו אלא מן הלוה, כמש"נ, ונהי דחשבינן דעל ידי הגביה מן הלוה יש כאן נמי הוצאה מיד הלוקח וממילא יכול לסלקו, אכן שומא הדרא הוא מדין תשלומי החוב לאחר שכבר נגבה, ועיימש"נ בשט"ו פ"א, והרי לא הלוקח שילם החוב אלא הלוה, והיינו מאי דקאמר הרא"ש, דכיון דחזינן דאליבא דרמי בר חמא אין הלוקח בעל דבר כלל לגבי הגביה אלא כאדם נכרי לגמרי, אם כן לא מסתברא דאליבא דרבא הוי ממש בעל דבר ופורע החוב, אלא מסתבר יותר דלא הוי הגביה אלא הוצאה מידו בלבד, כמש"נ, ויכול לסלקו לבעל חוב בזווי מתחלה, אבל לא אמרינן ביה שומא הדרא, וכמש"נ.

פרק ו

בו יבואר שיטת רבינו האי גאון דאם המלוה רוצה לקבל הקרקע בכל חובו והלוקח רוצה שישומו בית דין אין שומעים לו, אכן היכא דהיתומים אומרים כן שומעים להם.

[כתובות צא:] כתב הרא"ש פ"י סימן ד' בשם רבינו האי גאון וז"ל: ואם אומר המלוה אני רוצה לקבל את הקרקע בכל חובי בלא שומת בית דין, והלוקח אומר לא כן אלא ישומו בית דין ואתן לך כפי שומתם, אין שומעים ללוקח, כי יש בו הפסד ללוה, אבל אם היתומים אומרים כן שומעים להן ומכריזין עליו ומקבלו בשומתו, דאי אתו זווי לידי יתמי מסלקי ליה בדמי שויו וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדבריו דאם המלוה רוצה לקבל הקרקע בשומת בית דין יכול הלוקח לסלקו בזווי באותה שומא בלי עילוי דמים, ורק אם המלוה רוצה לקבלו בכל חובו אין הלוקח

ליה ארעא במקום זווי, ומישם שיים ליה ארעא בזווי ויהיב ליה כשיעור חובו וטופיינא שקיל ליה לוקח וכו' עכ"ל יעו"ש. ולפי זה יש לומר דהלוקח יכול להעלות דמים על שומת בית דין, והרי הוא מוכן לתת חלק הקרקע שהיא עדיין שלו כתשלומין לבית דין במקום דמים לפי עילוי דמים שלו כפי שיעור דמי החוב, ושאר הקרקע נשארת בידו, דהיינו גריבא דארעא.

אכנ קשה דהא שיעור דמי החוב בהקרקע לפי עילוי דמים של הלוקח הוא פחות מהשיעור לפי שומת בית דין, דכל שאתה מעלה בדמים אתה ממעט בשיעור הקרקע, ונמצא שאחר עילוי דמים של הלוקח הרי הבעל חוב מקבל פחות ממה שהיה מקבל לפי שומת בית דין, והיאך אפשר לומר שביד הלוקח לעשות כן.

אלא נראה דבאמת לאו כל כמיניה דלוקח להפסיד לבעל חוב על ידי עילוי דמים, ואין המלוה מחויב לקבל הקרקע בפחות מכפי שומת בית דין, ומכל מקום הלוקח יכול לקנות הקרקע על ידי עילוי דמים כמו שאר כל אדם מן השוק, והוא משלם לבית דין עם קרקע שיש לו, והמלוה מקבלו כפי שומת בית דין, ונמצא שעדיין לא נגבה כל החוב, וחוזר וגובה מן הלוקח את השאר, וחוזר הלוקח ומעלה דמים על השאר ומשלם עם חלק מן הקרקע, וחוזרים ועושים כן עד שישתלם כל החוב כפי שומת בית דין, ונמצא שהמלוה גובה כשיעור ארעא, וגריבא דארעא שיעור שבחא נשארת ביד הלוקח, ובודאי אין צריך לגבות ולחזור ולגבות, אלא כיון דעל הסדר הזה יגיע להמלוה שיעור דמי חובו כפי שומת בית דין, אם כן מיד נותנים לו ארעא שיעור חוב, והשאר ללוקח.

פרק ח

בו יבוארו דברי רש"י דטעמא דמאן דאמר דאם אית ליה זווי ללוקח לא מצי לסלק בעל חוב בזווי היא משום דבעל חוב קדים לו ויכול לומר ללוקח אתה ירדת בו שלא ברשות.

בבא מציעא טו: הניחא למאן דאמר אי אית ליה זווי ללוקח לא מצי מסלק ליה לבעל חוב שפיר וכו', יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: לא מצי מסלק

המלוה כפי מה ששמוה בית דין, לפי שאין שעבוד הגוף שלהם אלא כנגד אחריות נכסים שירשו מאביהם, כמו שכתבו התוס' לעיל (דף פו.) ובבבא בתרא (דף קנו.) יעו"ש, ובוהא בודאי אזלינן בתר השויות האמיתית של הקרקע, דהיינו כפי שומת בית דין, ונמצא דכל שעבוד הגוף לא הוי אלא מנה ולא כל החוב של מאתים, ואם כן אין המלוה יכול לגבות מהם אלא מנה, כפי שומת בית דין, ואין כאן גביה של מאתים אלא של מנה, ולכן מדין שומא הדרא יכולים לפדות הקרקע בתשלומין של מנה בלבד.

פרק ז

בו יבואר שיטת התוס' דלוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי כשאר כל אדם ורק על ידי עילוי דמים ומכל מקום כשאין לו זווי יכול לתבוע גריוא דארעא בטענת אילו הווי זווי הווי מפליקא דף בזווי.

בבא מציעא טו: הא דלא מסיק ביה אלא כשיעור ארעא דיהיב ליה שבחיה ומסליק ליה, הניחא למאן דאמר אי אית ליה זווי ללוקח לא מצי מסליק ליה לבעל חוב, אלא למאן דאמר כי אית ליה זווי ללוקח מצי מסליק ליה לבעל חוב, נימא ליה אילו הווי לי זווי הווי מסלקינך מכולא ארעא, השתא דלית לי זווי הב לי גריבא דארעא שיעור שבחאי וכו', יעו"ש.

והנה עיין בתוס' בכתובות (דף צא:) ד"ה מאי פסידא שכתבו דהא דלמאן דאמר לוקח מצי לסלק בעל חוב בזווי היינו דוקא על ידי עילוי דמים, ועיימש"נ בשט"ו פ"ג, והיינו דהלוקח לא הוי אלא כאדם אחר שיכול להעלות בדמים בשעת ההכרזה, והוא קונה הקרקע בדמי העילוי, והדמים נתונים לבעל חוב עד כדי חובו, ואם כן צריך עיון היאך יכול לוקח לטעון הב לי גריבא דארעא שיעור שבחאי, והלא לית ליה זווי ואין בידו לעלות בדמים כמו שאר כל אדם הבא להעלות בדמים, ואם כן אין לו שום דין בהאי קרקע, והיאך יכול לתבוע גריבא דארעא.

וצריך לומר כמו שכתב השיטה מקובצת בשם הרשב"א וז"ל: דהא אי אית ליה זווי ללוקח מסלק ליה בזווי, והשתא דלית ליה קיימא

הלוח לסלקו בזווי, שהרי יכול לפרוע החוב מצד השעבוד הגוף וממילא נסתלק המלוה מן הקרקע, ובודאי כן הוא עיקר הטעם שיכול לסלקו, אולם נראה דגם מצד גבית הקרקע יכול הלוח לסלקו מן הקרקע, דלגבי הלוח לא אמרינן ארעא דמלוה, דכל דין ארעא דמלוה הוא דאינו מוציא הקרקע מיד הלוקח אלא מיד הלוח, ונמצא שהלוקח הוא כאדם נכרי לגבי הגביה, אבל הלוח עצמו לא הוא כאדם נכרי אצל הקרקע, שהרי מידו היא נגבית, וממילא יש לו זכות לסלקו לבעל חוב מן הקרקע בזווי, ונמצא דיש ללוח שני דינים בסילוק המלוה, חדא מצד שיכול לפרוע החוב, ועוד שיכול לסלק בזווי בעצם הגביה.

וְלִפִּי זה נוכל ליישב דברי הפני יהושע בכתובות (דף קא:) שכתב דלמאן דאמר דלוקח מצי לסלק בזווי היינו מדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, וכי היכי דהלוח יכול לסלקו הוא הדין לוקח, והקשינו דהא הלוח יכול לסלקו על ידי פרעון החוב, אבל אין זה זכות בהקרקע שיוכל למכור ללוקח, ולפי מש"כ יש לומר דהאי טענה דמה מכר ראשון לשני הוא על רק דין השני של הלוח דיש לו זכות לסלקו לבעל חוב מצד עצם הגביה, דלא חשיב ארעא דמלוה לגבי הלוח עצמו, כמש"נ, וזכותו שיכול לסלק בעצם הגביה יכול הלוח להקנות ללוקח, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

פרק ט

בו יבוארו דברי הדרישה שבא ליישב סתירת דברי הטור דמתחלה כתב דלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי בלי עילוי דמים ולכסוף כתב דאפילו על ידי עילוי דמים אין שומעים לו.

[טור חו"מ סי' קי"ד סעי' ו'] כתב הטור וז"ל: ואם רוצה הלוקח לסלק המלוה במעות, הרשות בידו וישאר לו הקרקע, ויחזור וישאל מהמוכר מה שפרע למלוה בשבילו וכו' עכ"ל יעו"ש. שוב כתב הטור להלן סעי' ט"ו וז"ל: כתב ה"ר יונה אם יבא שום אדם בתוך ימי ההכרזה ויעלה הקרקע יותר ממה ששמו אותה בית דין, והמלוה רוצה ליקח הקרקע, צריך לקבלו באותו עילוי,

ליה לבעל חוב, מן ארעא דבעל חוב קדים. שפיר, דמצי למימר דהיכא דיש קרקע מותר על החוב עם השבח מסלק ליה ללוקח בזווי על כרחו דלוקח, ולא מצי אמר לוקח הב לי מן ארעא שיעור שבחי, דאמר כוליה ידיה ואתה ירדת בה שלא ברשות עכ"ל יעו"ש.

וְיִשׁ לעיין במה שכתב רש"י דטעמא דמאן דאמר אין הלוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי משום דאמר ליה בעל חוב אתה ירדת בה שלא ברשות, והלא בודאי אם היה הלוקח הולך לבית דין קודם שקנה הקרקע ושואל מהם אם יש לו רשות לקנות קרקע זו המשועבדת למלוה בודאי היו נותנים לו רשות, ואם כן מהי טענת המלוה שירד בה שלא ברשות. ועוד יש לדקדק במה שכתב רש"י דלא מצי לסלק ליה לבעל חוב דבעל חוב קדים, וכונתו בזה דכיון דקדים נמצא שהלוקח ירד בה שלא ברשות, ומה בכך, והלא בדין עשה.

וְלִכְאוּרָה צריך לומר דכונת רש"י כהאי שיטה המובאת בשיטה מקובצת בכתובות (דף קא:) דהמחלוקת אם מצי לסלק לבעל חוב בזווי תלוי באם ארעא דמלוה או ארעא דלוקח, ועיימש"נ בשט"ו פ"ד, דמאן דאמר ארעא דמלוה ס"ל דלגבי גביה ליכא מכירה כלל, והוה ליה לגמרי ברשות הלוח שמכר לו הקרקע, והלוקח הוא כאדם נכרי, יעו"ש, וזהו מה שכתב רש"י דכיון דהמלוה קדים, וחל שעבודו בהקרקע קודם המכירה, שוב אין מכירת הקרקע מכירה כלל לגבי גביה, והרי הקרקע לגמרי ביד הלוח, ונמצא דלגבי גביה הרי הלוקח כאילו עומד בה שלא ברשות, ואינו בעל דבר לסלק המלוה בזווי.

וְלִשְׁיִמַּת רש"י יש לומר דגם מאן דאמר מצי לסלקו בזווי לא פליג בעצם על סברא זו, שהרי כתב רש"י בכתובות שם דלמאן דאמר מצי לסלק היינו רק על ידי עילוי דמים, יעו"ש, ולפי זה כולי עלמא ס"ל דארעא דמלוה, ונחלקו אם מכל מקום הלוקח יכול לסלקו בעילוי דמים כשאר בני אדם, או אם הלוקח גרוע משאר בני אדם הואיל ולתועלת עצמו קא מכוון, ועיימש"נ בשט"ו פ"ג.

והנה לגבי הלוח עצמו אין המלוה יכול לטעון אתה ירדת בה שלא ברשות, ולעולם יכול

לסלק לבעל חוב אם נותן לו סך הדמים ששילם בעד הקרקע, ודוחק לומר שלא יהא סילוק בשוויה תלוי כלל ביוקרא וזולא שבין המקח להגביה. ואולי יש לומר דבודאי אזלינן בתר שווי הקרקע בשעת הגביה, ובודאי אין להעמיד על השווי אלא על ידי שומא, וכונתו לומר דאם אמר הלוקח קודם שומא והכרזה שהוא רוצה לסלק לבעל חוב בשווי הקרקע שומעים לו, ואז עושים שומא לברר השווי, אבל אם לא אמר שרוצה לסלקו קודם דנחתי בית דין לשומא והכרזה, אז אינו יכול לסלקו אלא בעילוי דמים עד שיעור כל החוב, אבל עדיין צריך עיון למה לא יוכל לסלקו בשוויה, וכמו שכתב הש"ך כנ"ל.

וּנְרָאָה דענין ההכרזה הוא דבית דין מוסרים הקרקע למכירה בשוק, דעל ידי זה יבאו הקופצים ויעלו בדמים זה כנגד זה ויתרבו הדמים לפרעון חוב הלוה, וכל זה עושים בית דין לתקנת הלוה שבקרקע מועטת שביד הלוקח יוכל לסלק החוב, ולא יצטרך לשלם אחריות אלא מעט, והא דלוקח יכול לסלק לבעל חוב בשוויה, היינו קודם שהותחלה הכרזה ולא נמסר עדיין הקרקע למכירה לטובת הלוה, אז יכול הלוקח לסלק הבעל חוב מן הקרקע מדין מה לי הן מן לי דמיהן, ובודאי צריכים לעשות שומא לקבוע השויות, אבל על ידי שומא זו עדיין לא הותחלה גבית הקרקע, ויכול הלוקח לסלק המלוה ולעכב הגביה, אולם כשהותחלה ההכרזה ונמסרה הקרקע למכירה בשוק, שוב אין הלוקח יכול לסלק המלוה מדין מה לי הן מה לי דמיהן, שהרי כבר נמסרה הקרקע למכירה בשוק על ידי אסיפת קופצים ועילוי דמים, ובסדר מכירה זו אי אפשר לקנות אלא על ידי עילוי דמים, שאם יבא אחד ויאמר שהוא רוצה ליתן ק' סלעים אין השני יכול לומר גם אני מוכן ליתן ק' סלעים, דכבר זכה הראשון לקנות הקרקע בק' סלעים, ואין השני יכול לקנות הקרקע אלא אם כן מוכן ליתן יותר מק' סלעים, דהיינו עילוי דמים.

וְגַם הלוקח אינו יכול לקנות הקרקע במכירה זו אלא על ידי עילוי דמים כמו שאר כל אדם, ואדרבה גרע משאר כל אדם, שהרי לתועלת עצמו הוא מעלה בדמים, דהא יחזור ויגבה מן הלוה, ולא מפני שבאמת רוצה לשלם כל כך בעד

שהשומא וההכרזה לתועלת הלוה היא, שאם ימצאו מי שירצה ליתן בה יותר הרי טוב, ואם לאו יקחנה הוא באותה שומא, אבל אם הלוקח בעצמו רוצה לעלות השומא ששמו בית דין כדי שישאר הקרקע בידו אין שומעין לו, כי בודאי לתועלתו הוא מכוון, שאומר מה אני חושש שאוסיף ותשאר הקרקע בידי, כי אחר כך אחזור ואקח הכל מן המוכר, הלכך בשביל העילוי שלו לא נתבטל שומת בית דין ששה לרובא דאינשי עכ"ל יעו"ש.

וְעֵיין בדרישה סק"ו שראה כאן סתירה בדברי הטור, דמתחלה כתב דלוקח יכול לסלק לבעל חוב אפילו בלי שום עילוי דמים כנ"ל, ולבסוף כתב דאפילו אם הלוקח העלה בדמים אין שומעים לו, ואינו יכול לסלק לבעל חוב אפילו על ידי עילוי דמים, וכתב הדרישה ליישב סתירת דברי הטור דרק קודם שומא יכול לסלקו בשוויו, אבל מכיון שהיה שומא והכרזה שוב אינו יכול לסלקו אלא בסילוק כל החוב ובעילוי דמים, יעו"ש, וכן כתב נמי הסמ"ע שם סק"ד וז"ל: עיין פרישה ודרישה שם כתבתי והוכחתי כלל דין זה דנחלק לג' דינים, והוא, דאם בא הלוקח לסלק המלוה קודם שעשו בית דין שומא והכרזה בשדה זו בשביל המלוה, אזי יכול הלוקח לסלקו בדמי שווי השדה אפילו אינו עולה לדמי חובו של המלוה, ואם כבר עשו שומא והכרזה בשביל המלוה, אפילו אם עדיין לא גבהו המלוה, אין הלוקח יכול לסלקו, אלא אם כן יתן לו להמלוה כל דמי חובו וכו' עכ"ל יעו"ש. ועיין בש"ך סק"א שהקשה עליו וז"ל: עיין שם בסמ"ע ואם כבר עשו שומא והכרזה וכו' אלא אם כן יתן לו כל דמי חובו, לא הבנתי דבריו, ולא דמי לדלקמן סעי' ז', דהתם אומר המלוה לא ישומו, אבל כשכבר שמו למה יצטרך ליתן לו כל דמי חובו, יתן לו כפי השומא עכ"ל יעו"ש.

וּבבב"ב יש לעיין במה שכתב הסמ"ע דאין הלוקח יכול לסלקו בשוויה אלא קודם שומא והכרזה, וקשה דהיאך אפשר לסלקו בשוויה בלי שומא, מנא ידעינן שוויה אם לא על ידי שומא, ואולי כונתו דיכול לסלקו בשוויה היינו בדמי המקח כשקנה השדה, שלוקח יכול

לרובא דאינשי. ובסעי' ט"ז וז"ל: ורב האי כתב אם בעל חוב ולוקח באים להוסיף כל אחד על חברו, נותנין הקרקע לאותו שמוסיף יותר, וזה נראה חולק על הר"ר יונה, וכתב אדוני אבי הרא"ש ז"ל שאינו חולק, שדברי רב האי כשאחד מוסיף עד כנגד כל דמי החוב, אבל אם רצה הלוקח להוסיף מעט על שומת בית דין ולא יהיה כל החוב פרוע, בהא אזלינן בתר שומת בית דין כדברי הר' יונה עכ"ל יעו"ש.

וכתב הב"ח דטעם החילוק הוא, דכשמוסיף הלוקח עד כנגד כל החוב אין נפקא מינה אם הוא מכוין לתועלת עצמו, שהרי המלוה מסולק לגמרי, וזהו טובת הלוה, אבל אם מעלה בדמים אבל לא כנגד כל החוב, הרי לא נפטר הלוה לא מן המלוה ולא מן הלוקח, ואם כן אין שומעין לו כיון דלתועלת עצמו הוא מכוון, יעו"ש.

ובביאור דבריו נראה דבעצם יכול הלוקח לסלקו לבעל חוב בלי שום עילוי דמים, אלא דכיון שהבעל חוב העלה בדמים הרי על ידי זה הותחלה סדר ההכרזה, ושוב אין הלוקח יכול לסלק בדמי שויות הקרקע כפי שומת בית דין, ואינו יכול לסלקו אלא כאדם אחר, ועיימש"נ בשט"ו פ"ט, ואדרבה גרע מאדם אחר, ואולי לא מהני עילוי דמים של הלוקח הואיל ולתועלת עצמו קמכוין, ומכל מקום אם בעילוי דמים של הלוקח נסתלק כל החוב לא איכפת לן אם לתועלת עצמו קמכוין, שהרי תקנת סדר הגביה היא לטובת הלוה, וטוב הוא ללוה שיסתלק הבעל חוב ממנו לגמרי, כמו שכתב הב"ח, וגרע הא דהלוקח לתועלת עצמו מכוון מהא דאדם אחר מעלה בדמים לצורך פרטי שאינו שוה לשאר בני אדם, דכאדם אחר העילוי דמים על כל פנים קשור לגוף הקרקע מה שאין כן בלוקח.

ובסוף דבריו כתב הב"ח וז"ל: ולפי זה נראה דאם האחד מוסיף יותר על כל דמי החוב, והאחד אינו מוסיף רק כנגד כל דמי החוב, או מוסיף גם כן יותר אלא שאין מוסיף כל כך כמו האחר, אין שומעין ללוקח שמכוין לתועלתו ומפסיד ללוה, אלא שומעין למלוה וכו' עכ"ל יעו"ש.

הקרקע, ועיימש"נ בשט"ו פ"ג, וכיון שהותחלה ההכרזה רק הלוה עצמו יכול לסלק המלוה בפרעון החוב, אבל הלוקח לא הוי בעל דבר לפרוע חוב הלוה, ואין הבעל חוב צריך לקבל ממנו דמים בתורת פרעון החוב, וכל דין הלוקח לסלק הבעל חוב הוא בתורת מה לי הן מה לי דמיהן, וכל זה הוא קודם שהותחלה ההכרזה, דיכול לעכב הגביה מלהתחיל, ומסלקו בשוויה, כמש"נ, אבל משהותחלה ההכרזה אי אפשר לסלק המלוה אלא על ידי קניית הקרקע בגדרי המכירה בשוק, בזה בעינן רק עילוי דמים, והלוקח הוא כשאר כל אדם או גרוע ממנו, כמש"נ, ורק המלוה יש לו הזכות לקבל הקרקע במקום העילוי דמים, דאו שמוכרים הקרקע לזה שהעלה בדמים ביותר ונותנין הדמים למלוה, או המלוה יכול לקבל הקרקע באותם דמים, והזכות בידו הואיל והקרקע משועבדת לו, אבל הלוקח אינו אלא כשאר כל אדם משנמסרה הקרקע למכירה, או גרוע ממנו, ואין דינו לקנות הקרקע אלא על ידי עילוי דמים בלבד, אבל קודם הכרזה שעדיין לא נמסרה הקרקע למכירה יכול לעכב הגביה מכל וכל ולסלק הבעל חוב מן הקרקע בשוויה, וכמש"נ.

פרק י

בו יבוארו דברי הב"ח דאם הלוקח מעלה בדמים עד כנגד כל החוב שומעים לו אבל אם עילוי הלוקח אינו כנגד כל החוב אין שומעים לו דלטובת עצמו מכוון.

[טור חו"מ סי' קי"ד סעי' ט"ו-ט"ז] כתב הטור וז"ל: כתב הר"ר יונה אם יבא שום אדם בתוך ימי הכרזה ויעלה הקרקע יותר ממה ששמו אותה בית דין, והמלוה רוצה ליקח הקרקע, צריך לקבלה באותו עילוי, שהשומא והכרזה לתועלת הלוה, שאם ימצאו מי שירצה ליתן בה יותר הרי טוב, ואם לאו יקחנה באותה שומא, אבל אם הלוקח בעצמו רוצה לעלות השומא ששמו בית דין כדי שישאר הקרקע בידו אין שומעין לו, כי בודאי לתועלתו הוא מכוין, שאומר מה אני חושש שאוסיף ותשאר הקרקע בידו, כי אחר כך אחזור ואקח הכל מן המוכר, הלכך בשביל העילוי שלו לא נתבטל שומת בית דין ששוה

עצמו יכול לסלקו לבעל חוב בתשלומי דמי החוב שהרי הוא משלם מדין שעבוד הגוף וחובת גברא, וממילא נסתלק השעבוד מן הקרקע, אולם הלוקח אין לו דין תשלומי החוב מצד השעבוד הגוף, שהרי אין זה חוב ידידיה אלא חוב של הלוה, ולכן משהותחלה ההכרזה שוב אינו יכול לסלקו, כמש"נ.

והנה דין שומא הדרא הוא שלעולם נחשב שהקרקע בידי הבעל חוב תחת פרעון חובו, ועיימש"נ בשט"ו פל"א, ולכן לעולם יכול הלוה לפדות הקרקע מיד הבעל חוב, שלא נסתלק החוב על ידי הגביה, וממילא יכול לפרוע החוב והקרקע חוזרת לו, והיינו דין שומא הדרא, אבל בלוקח לא אמרינן שומא הדרא, שהרי אין לו דין תשלומי חוב הלוה, כמש"נ.

וזהו מה שכתב הרמ"א דהלוקח אינו יכול לסלקו אחר שומא והכרזה הואיל ושומא לא הדרא ללוקח, דכיון דאין ללוקח דין תשלומי חוב הלוה, אם כן כיון שנמסרה למכירה שוב אינו יכול לסלקו, כמש"נ, אבל אילו היתה שומא הדרא ללוקח היינו אומרים דגם הלוקח יכול לשלם חוב הלוה, ואם כן גם קודם הורדה יכול הלוקח לסלק לבעל חוב על ידי תשלומי החוב עצמו, אבל כיון דשומא לא הדרא ללוקח ואין לו דין תשלומי חוב הלוה, אם כן כל דינו לסלק הבעל חוב הוא מדין מה לי הן מה לי דמיהן, כמש"נ, וכיון שנמסרה הקרקע למכירה שוב אינו יכול, ושפיר קאמר הש"ך דכיון דשומא לא הדרא ללוקח ואין לו דין תשלומי החוב אם כן אין לו דין סילוק כלל ואפילו אם רוצה לסלק כל החוב.

פרק יב

בו יבואר הא דכשבבעל חוב ולוקח באים להעלות דמים אין נותנים הקרקע ללוקח אלא כשמוסיף על עילוי דמים של הבעל חוב, ואע"ג דשומא הדרא ללוקח אחר הגביה.

[ח"מ סי' קי"ד פעי' ו'] כתב המחבר וז"ל: אם בעל חוב ולוקח באין להוסיף כל אחד על חבירו, נותנים השדה לאותו שמוסיף יותר אם התוספת הוא עד כנגד כל דמי החוב, אבל אם הלוקח רוצה להוסיף מעט על שומת בית דין ולא יהיה כל החוב פרוע אין שומעין לו עכ"ל יעו"ש.

וקשה דאיזה הפסד יש לו ללוה כשהלוקח מעלה יותר מכל דמי החוב, והלא אינו לוקח מהמלוה אלא דמי חובו וחוזר וגובה מן הלוה מה ששילם, דהיינו דמי חובו, ומה הפסיד הלוה, וצריך עיון.

פרק יא

בו יבוארו דברי הרמ"א דאם בית דין כבר עשו שומא והכרזה שוב אין הלוקח יכול לסלק בעל חוב בזווי דשומא לא הדרא ללוקח, ואע"ג דעדיין לא הורידו הבעל חוב להקרקע.

[ח"מ סי' קי"ד פעי' ג'] כתב הרמ"א וז"ל: הגה ויש אומרים דאם עשו בית דין תחלה שומא והכרזה, שוב אין הלוקח יכול לסלקו, דשומא לא הדרא ללוקח עכ"ל יעו"ש. וכתב הסמ"ע סק"ו וז"ל: כבר כתבתי דדוקא כשאינו רוצה הלוקח לסלקו בכל החוב, וכמה שכתב הטור והמחבר בסמוך בסעי' ז' עיין שם עכ"ל. והשיג עליו הש"ך וז"ל: וזהו טעות, דהכא אפילו ירצה ליתן כל החוב אינו יכול לסלקו מטעם דשומא לא הדרא ללוקח וק"ל עכ"ל יעו"ש.

והקצות החושן סק"א הביא דברי הסמ"ע והש"ך וכתב וז"ל: ולפענ"ד אין כאן טעות, דהא כאן מייירי דלא עשו בית דין אלא שומא והכרזה, אבל הורדה עדיין לא עשו למלוה, ואם כן ודאי הלוקח יכול לסלקו בזווי, וכל זמן שלא נעשה הורדה לא קנאו המלוה וזה ברור עכ"ל יעו"ש. ולכאורה תמוהים דברי הרמ"א שהביא טעמא דשומא לא הדרא ללוקח, והלא עדיין לא הורידו בית דין את הבעל חוב להקרקע, וכן תימה נמי על הקצות החושן שכתב דבריו ליישב קושית הש"ך על הסמ"ע ולא עמד על דברי הרמ"א שלקושטא דמלתא הזכיר טעמא דשומא הדרא.

ונראה ליישב דברי הרמ"א והש"ך עפיימש"נ בשט"ו פ"ט בכיבור דברי הטור דהלוקח יכול לסלק בעל חוב מן הקרקע בשויותה בלי עילוי דמי, דמה לי הן מה לי דמיהן, אבל כיון שהותחלה ההכרזה ונמסרה הקרקע למכירה שוב אינו יכול לסלקו לבעל חוב אלא על ידי עילוי דמים כאיניש דעלמא, וזהו מה שכתב הרמ"א דכיון שעשו שומא והכרזה שוב אין הלוקח יכול לסלקו לבעל חוב, ודוקא הלוה

מפני תיקון העולם אכולהו קאי עכ"ל יעו"ש, ומבואר דטעמא דאין גובים מלקוחות במקום דאיכא בני חורין משום תקנה מיוחדת מפני תיקון העולם, ולא הוי טעמא משום דאין נפרעין מן הערב תחלה, וכההיא דבבא בתרא (דף קעד.), ההוא דיינא דאחתיא למלוה לנכסי דלוה מקמי דלתבעיה ללוה, סלקיה רב חנין בריה דרב וכו', קסבר נכסיה דבר איניש אינון מערבין יתיה, ותנן המלוה את חברו על ידי ערב לא יפרע מן הערב, וקיימא לן לא יתבע ערב תחלה, יעו"ש. והיה אפשר לדקדק דכי היכי דאין גובים מן הקרקע תחלה כשהיא עדיין ביד המלוה משום דאין נפרעין מן הערב תחלה, הכי נמי שלא נגבה מן הקרקע כשהיא ביד הלוקח מהאי טעמא גופה, ולמה איצטריך תקנה מיוחדת מפני תיקון העולם.

ונראה דהדברים מתבארים היטב על פי מה שכתב הרשב"ם שם וז"ל: וקיימא לן לא יתבע מן הערב תחלה, אין נכון להטריח את הערב חנם, דלמא מפצי ליה לוח, והוא הדין לנכסי דאיניש למה נזולל בנכסיו להוריד בהן את המלוה חנם, שמא יסלקנו לוח במעות ולא יצטרך לירד בנכסיו עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דאע"ג דמעיקר דין שעבודו יכול לגבות מן הערב תחלה, מכל מקום תקנו חכמים שצריך לגבות מן הלוח תחלה, מפני שחששו לטרחת הערב שעשה טובה ללוה, ולמה נטריחנו לחזור ולגבות מן הלוח, וגם אין לגבות קרקעות הלוח קודם שיתבענו לדין, ואע"ג דמעיקר דין שעבודו יש לו למלוה לזכות בקרקע המשועבדת לו, מכל מקום חששו חכמים לזלזול שאר נכסי הלוח כיון שרואים בני אדם שבעלי חובות דוחקים אותו וגובים קרקעות ממנו, וכההיא דבבא קמא (דף טז.) אידי דעייל ונפיק אזוזי זל ארעיה, יעו"ש, וכל זה הוא בכלל התקנה דאין נפרעין מן הערב תחלה.

ישנן חששות אלו לא שייכי בבא בעל חוב לגבות מן הלוקח תחלה, ואין לנו לחוש לטרחתו שיצטרך לחזור ולגבות מן הלוח, שהרי לא עשה הלוקח טובה ללוה במה שלקח הקרקע, דלא מחמת כסף קנאה אלא לטובת עצמו, וגם יכול המלוה לומר לו אמאי זבינתיה ומאין אגבה

ויש לדקדק בדברי המחבר שהרי לעיל סי' ק"ג סעי' ט' פסק כהרמב"ם דשומא הדרא ללוקח, יעו"ש, ואפילו לאחר הגביה יכול הלוקח לסלקו לבעל חוב מן הקרקע אם יתן לו מעות, ואם כן למה יצטרך הלוקח להעלות דמים על עילוי המלוה כלל, והלא אם ימתין עד שיגבה המלוה יוכל לחזור ולסלקו מדין שומא הדרא, אם כן כל שכן שיוכל לסלקו בתחלה מן הקרקע בתשלומי אותם הדמים, ואם המלוה העלה דמים על קרקע שוה מנה ורצה לקבלה במאתים, למה לא יוכל הלוקח לסלקו במאתים לפני הגביה כמו שיכול לסלקו אחר כך מדין שומא הדרא.

ונראה להוכיח מכאן דלא אמרינן שומא הדרא במקום עילוי דמים, דהרי איתא בבבא מציעא (דף לה.), פשיטא שמו ליה לבעל חוב ואזל איהו ושמה לבעל חוב ידיה, אמרינן ליה לא עדיף את מגברא דאתית מיניה, זבנה אורתא ויהבה במתנה ודאי הני מעיקרא אדעתא דארעא נחית ולא אדעתא דוזי נחית וכו', יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: אדעתא דארעא נחית, שיהא קרקע שלהם ולא שיקבלו מעות, דאילו בעל חוב אית ביה משום ועשית הישר והטוב דאמרינן לא היה לך עליו אלא מעות והרי הן לך, אבל אלו קרקע קנו עכ"ל יעו"ש. ומבואר דבעל חוב שלקח הקרקע תחת מעותיו צריך להחזירה מדין שומא הדרא, אבל מי שלקח הקרקע מן הבעל חוב מחמת שרצה הקרקע עצמו אינו צריך להחזירה מדין שומא הדרא, דאדעתא דארעא נחית, ונראה דהוא הדין בעל חוב שקיבל קרקע בעילוי דמים חשיב בזה כלוקח דאדעתא דארעא נחית, שהוא רוצה הקרקע עצמה ולא רק החזרת מעותיו, שהרי העלה דמים יותר על כדי שויות הקרקע, ומשום הכי אין דין שומא הדרא נוהג בו.

פרק יג

בו יבואר דתקנת אין נפרעים ממשועבדים במקום בני חורין ותקנת אין נפרעים מן הערב תחלה חלוקות זו מזו, ויבואר דתקנת אין נפרעים מן הערב תחלה לא שייכא בגובה מלוקח.

[גיטין מה:] מתניתין אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין וכו' מפני תיקון העולם יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל:

יומין שהוא זמן בית דין, ובלבד להוציא הדין לאמיתו ולא לבא בעקיפין, שכל זמן בית דין אינן מן הדין, אלא מדת רחמים נהגו חכמים על בעלי דינין שלא לדחוק אותם יותר מדאי, מנימוקי הרמב"ן עכ"ל יעו"ש, וכן פסק המחבר חו"מ סי' קי"ד סעי' ב' יעו"ש, וגם המגיד משנה הביאו פכ"ג מלוה ולוה הל"י בשם הרשב"א מנימוקי הרמב"ן יעו"ש, ועיין בכסף משנה שעמד על דבריו, יעו"ש.

ומבואר מדבריהם דבין מלוה ובין לוקח שטרפו ממנו ובא לגבות אחריות מקחו גובים מן הלקוחות תחלה, ואינו יכול לדחותם אל הלוה, ולכאורה קשה דהא תנן בגיטין (דף מח:) אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דאיכא נכסים בני חורין.

ונראה לבאר דעת הרשב"א בזה עפ"ימש"נ בשט"ו פט"ו בשיטתו מובא בר"ן בכתובות (דף צד:) דבמקום ספק על הלוקח להביא ראיה, דכשבא המלוה לגבות מלקוחות הרי מעיקר דין השעבוד יכול לגבות הקרקע ממנו בלי לתבוע ללוה תחלה, דהא אית ליה שעבוד מעליא בקרקע זו, ואין הלוקח יכול לדחותו ולומר לאו בעל דברים דידי את, ושפיר נזקקים לתביעת המלוה, אלא שתיקנו חכמים שאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין, ויכול הלוקח לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו, ועיימש"נ בשט"ו פי"ג, ונראה דאינו יכול לדחותו אלא בטענת ברי שהניח לו מקום לגבות ממנו, ושפיר טוען שאין המלוה רשאי לגבות ממנו מפני תיקון העולם, אבל אם טוען שמא הנחתי לך מקום לגבות אין טענתו מועילה לו, דהוי כמו טענת איני יודע אם פרעתין דאמרינן בבבא קמא (דף קיח:) דחייב לשלם יעו"ש, כיון דאיכא ודאי חיוב וספק פוטר, וכן נמי בגובה מן הלוקח איכא שעבוד ודאי, ומעיקר הדין יכול המלוה לגבות ממנו תחלה, ורק דתקנת חכמים מעכבתו, אם כן היכא דלא נודע לנו שיש נכסים ללוה, וגם אין הלוקח טוען שיש נכסים ללוה, הרי יש כאן למלוה זכות ודאית לגבות הקרקע מן הלוקח תחלה, וספק אם שייך כאן תקנה להפקיע זכותו, ואין הספק מבטל זכותו, ולכן אם טען הלוקח שבודאי יש

חובי, לחד גירסא בדברי רש"י בבבא מציעא (דף יד:) יעו"ש, וגם אין לחוש לזלזול נכסים כשיגבה קרקע מן הלוקח, שהרי הגביה מיוחדת לקרקע זו ואין בעלי חוב דוחקים אותם, ולא זל ארעא מחמת הגביה, ולכן לא שייך תקנת אין נפרעין מן הערב תחלה גבי לקוחות, ולכן הוצרכו חכמים לתקן תקנה מיוחדת ללקוחות שאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דאיכא נכסים בני חורין, וטעמא מפני תיקון העולם, שלא ימנעו בני אדם מלקנות קרקעות.

פרק יד

בו יובאו דברי הרא"ש דמלוה שבא לגבות תחלה מן הלקוחות נזקקים לו ואין יכולים לדחותו אצל לווה, ויחולק מדין אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין.

נבא בתרא קסט:] והכא היינו טעמא דדלמא אזיל בעל חוב וטריף מיניה דלוקח, ואזיל איהו וטריף לקוחות ושובר גבי לוקח ליכא, סוף סוף לקוחות לאו אמרי דארעא הדרי, אדהכי והכי שמיט ואכיל פירי, אי נמי ללוקח שלא באחריות. אי הכי שטרי הלואה נמי, התם דזווי מסיק אמרי פייסיה בעל חוב בזווי, הכא דארעא מסיק מידע ידעי דמאן דמסיק ארעא בזווי לא מפייס יעו"ש. והיינו דבשטרי הלואה לא יניחנו לגבות הקרקע עד שילך אצל לווה לדעת אם פרעהו זווי, כמו שכתב הרשב"ם יעו"ש, אבל בשטרי מקח לא יעכבנו מלגבות הקרקע עד שילך אצל לווה לדעת אם כבר פרע לו, דמי שלקח קרקע ונגבית ממנו לא מתפייס בזווי.

וכתב הרא"ש פ"י סימן כ"ה וז"ל: שמעינן מהכא שהמלוה או הלוקח שטרפו ממנו מקחו ובא לו אצל הלקוחות, יכול לכופם בדין לדון עמו, ובית דין נזקקין לטענותיהם ומחייבי אותן, ואין הלקוחות יכולין לומר, לך אצל לווה וכשיתחייב בדין ויהיה בידך טירפא שכתבו לך על הלקוחות שלו הרי אנו פורעין, אלא ילכו הם אם ירצו ויזקיקוהו לבא לבית דין, דאי לא תימא הכי היכי אמר שמיט ואכיל פירי, והלא אין בית דין מחייבין ללקוחות עד שיעמוד מוכר בדין ויתחייב, אלא שמע מינה הלקוחות כלוה וכו', ואי מצטרכי לקוחות זמן יהבינן להו עד תלתין

סותרות, דמעיקר דין השעבוד יכול המלוה לגבות מאיזה מקום שירצה, דבין הכי ובין הכי אית ליה שעבוד מעליא, אלא דלפי תקנת אין נפרעין מן הערב תחלה, חוששין לטרחת הערב, היה לנו לדחות המלוה אל הקרקע שביד הלוקח שאין חוששין לטרחתו, דשעבוד הערב ושעבוד הלוה שני שעבודים נפרדים נינהו, והקרקע שביד הלוקח נגבית בשעבוד הלוה, ויתר על כן שהקרקע ביד הלוקח הרי היא עדיין ברשות הלוה לענין גוביינא, כמו שכתב רש"י בפסחים (דף ל: וּבְכַתּוּבוֹת (דף נט:)) יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"ג, אכן לפי תקנת אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין היה לנו לדחות המלוה אצל הערב, שהרי הקרקע ביד הלוקח הוא נכסים משועבדים וגביה מן הערב היא מבני חורין, ומפני תיקון העולם היה לנו לדחות ממשועבדים לבני חורין, ואיזו תקנה עדיפא.

ומסיק הנמוקי יוסף דהמלוה גובה מן הלוקח תחלה, דאין להטריח הערב במקום דיכול לגבות משעבוד הלוה, ואי משום תיקון העולם, יש לומר דכל התקנה היא שיכול הלוקח לדחותו למלוה מנכסים משועבדים לנכסים בני חורין שבאותו חיוב ושעבוד, אבל אינו יכול לדחותו לבני חורין של הערב שדין המלוה לגבות מהם הוא מכח שעבוד מיוחד שחל על הערב ולא מכח שעבוד שיש לו על הלוה, ואין הכי נמי שאם יגבה מן הערב יסתלק ממילא שעבודו שעל הלוקח, מכל מקום אין התקנה מיפה כח הלוקח שיכול לדחות המלוה לנכסים בני חורין של שעבוד אחר.

פרק טו

בו יבואר שהתוס' ס"ל דלוקח יכול לדחות בעל חוב בטענת שמא, ויבואר למה אין הלוקח אומר הנחתי לך מקום במי שטרפו מקחו והיאך זה תלוי באם המוכר יכול לסלקו בזווי.

[בבא בתרא קס"ג:] אי הכי שטרי הלוואה נמי, התם דזווי מסיק אמרי פייסיה לבעל חוב בזווי, הכא דארעא מסיק, מידע ידעי דמאן דמסיק ארעא בזווי לא מיפייס יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה דמאן דמסיק ארעא בזווי לא מיפייס וז"ל:

נכסים ללוה, ואומר בכרירות הנחתי לך מקום לגבות ממנו, הרי הוא כופר בזכות המלוה לגבות ממנו תחלה, וצריכים לברר תחלה שאין נכסים ללוה ואחר כך ילך אצל לקוחות, אבל אם אין יודעים אם יש נכסים ללוה אינם יכולים לדחותו אצל הלוה, כמש"נ.

וְלִפִּי שיטת הרמב"ן מובא נמי בר"ן בכתובות שם דעל הבעל חוב להביא ראיה לכאורה מבואר דעל ידי התקנה הקלישו כח השעבוד בקרקע הנמכרת אם נשאר בני חורין ביד הלוה, ואע"ג דאית ליה שעבוד אין בו דין גביה במקום שיש בני חורין, ודומה לשטר שלא הגיע עדיין זמן הפרעון, דאע"ג דאיכא שעבוד אין בו דין גביה עד שיגיע זמן הפרעון, ולפי זה למה ס"ל להרמב"ן דיכול לגבות מלקוחות קודם שילך אצל לווה.

וְיֵשׁ לומר דהרמב"ן ס"ל דבלי טענת ברי ליכא אפילו ספק, דאין שור שחוט לפניך, ולא כמש"נ בדברי הרשב"א דבלי טענת ברי הוא ודאי חיוב וספק פטור, והרשב"א הביא דינו בשם הרמב"ן, אבל לפי דברינו יש לו טעם אחר, דלשיטתו על הלוקח להביא ראיה, כמש"נ. אי נמי יש לומר דגם הרשב"א ס"ל דבלי טענת ברי אין לנו להסתפק כלל, כמש"נ בדברי הרמב"ן, ואינו צריך לטעמא דהוי כאיני יודע אם פרעתך, הגם דקושטא היא, דהא בלי טענת ברי בכלל ליכא ספק, ולפי זה הרשב"א והרמב"ן חדא מלתא נינהו.

והנה עיין בנמוקי יוסף בבבא בתרא (דף קע"ד) וז"ל: ועוד צריך לעיין אם מכר הלוה נכסיו, מאיזה מהם יגבה המלוה, אם מן הלקוחות או מן הערב והקבלן. ונראה למפרשים ז"ל שיכול לגבות מן הלקוחות. וכן הדין שיפרע מהם תחלה שאין הלקוחות יכולין לדחותו אצל הקבלן לומר כבר הנחתי לך מקום שתגבה ממנו, דלא אמרינן הכי אלא כשהניח נכסים ללוה, אבל לא אצל הקבלן, שיכול לומר שאינו רוצה ליפרע אלא מנכסי לווה עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ד פ"ג.

ונסתפק הנמוקי יוסף במקום שאין נכסים ללוה אם המלוה גובה תחלה מן הערב או מן הלוקח, דהרי בכהאי גונא התקנות

כמו כל שאר חיובי ממון, ועוד יש לו חיוב נוסף לקיים מקחו ולהעמיד לו שדה אחרת תחת השדה שנטרפה ממנו, ודומה למה שכתב הרמב"ם פ"ה טוען ונטען הל"ב דאם הזיק קרקע חבירו וחייב לשלם אם הודה במקצת הרי זה נחשב כפירת קרקעות יעו"ש, והיינו דהחיוב ממון הוא להעמיד לו קרקע כמות שהיתה, והראב"ד ס"ל דהיינו כשכתבנו למלאות החפירות. וכעין זה יש לומר נמי בדידן דמלבד חיוב ממון גרידא יש עליו נמי חיוב להעמיד לו קרקע תחת קרקע אם יש לו קרקע, ולפיכך אין הלוקח יכול לומר לו הנחתי לך מקום לגבות ממצעות הלוה, דהנחת מקום זו לא הוי אלא לגבי גבית החיוב ממון, אבל אין בזה הנחת מקום לגבי החיוב והשעבוד להעמיד לו קרקע אחרת תחת קרקעו.

אכץ קשה דאם כן הוא דמי שטרפו מקחו יש לו שעבוד נוסף לגבות קרקע תחת קרקעו שנטרפה ואין הלוקח יכול לומר לו הנחתי לך מקום ולהפקיע שעבוד נוסף זה, למה הקשו התוס' לפי הצד דמוכר מצי לסלוקי בזווי דלימא ליה לוקח לך אצל המוכר תחלה, והלא הוא מפקיע שעבודו לגבות קרקע תחת קרקעו שנטרפה.

והנה התוס' נסתפקו אם המוכר יכול לסלקו בזווי, ואע"ג דבהלואה בודאי מצי המוכר לסלקו בזווי ולעכבו מלגבות מן הלוקחות, במי שטרפו מקחו מספקא להו, ולכאורה הספק הוא אפילו אם בא לגבות מן המוכר עצמו ויש לו קרקע בני חורין, דלהצד דלא מצי לסלקו בזווי הוא הדין בכהאי גוונא אינו יכול לסלקו בזווי ולעכבו מלגבות קרקע בני חורין, ולפי המתבאר היינו משום דאינו יכול להפקיע שעבוד נוסף שיעמיד קרקע אחרת תחת קרקעו שנטרפה.

ונראה לבאר הספק עפ"ימש"נ בש"ב פ"ח בדברי הרמב"ם דיכול הלוה לתבוע מן המלוה שיקבל פרעונו ולשחררו מעבדות של עבד לוח לאיש מלוה, ומשו"ה היתה הסברא שיוכל לכופו לקבל זווי בתשלומי החיוב ממון, וממילא נסתלק החיוב להעמיד לו קרקע אחרת, שהרי נפרע חובו, ונסתפקו התוס' אם אינו יכול

ותימה לר"י אם יכול המוכר לדחותו בזווי למה יניחו קרקעם אפילו היו יודעין שלא פרע לו השטר עדיין אלא שיכולין לומר שיתן או קרקע או מעות ואם אין לו אז יחזור עליהם וקצת רפיא אם יכול לדחותו בזווי אם לאו ונראה דמצי לסלוקי בזווי עכ"ל יעו"ש.

שיטת הרמב"ן מובא ברא"ש היא דאם מלוה או מי שטרפו מקחו בא לגבות מן הלוקחות תחלה אינם יכולים לדחותו אצל מוכר, ורק שיכול לבקש מדת הרחמים שיתנו לו זמן בית דין שלשים יום לילך אצל הלוה, ועיימש"נ בשט"ו פ"ד דהיינו בטוען שמא יש נכסים ללוה, אבל יכול לטעון כרי הנחתי לך מקום לגבות ממנו, ולדברי הרמב"ן נסתלקה קושית התוס', דהא אע"ג דמוכר מצי דחי ליה, אין הלוקח יכול לדחות לזה שטרפו מקחו אל המוכר, וגם בהלואה אמרינן דאינו יכול לדחותו. אבל התוס' ס"ל דאם בא לגבות מלוקחות תחלה הרי הם דוחים אותו אל הלוה, ואפילו בטענת שמא, וכן מדויק לשונם שהמוכר יתן או קרקע או מעות, דמשמע שאין הלוקח יודע מה יש לו למוכר בידו, ולכן הקשו דלמה יניח קרקע לגבות ולמה אינו דוחה לזה שטרפו מקחו אצל הלוה.

ומבואר מדבריהם דכל קושיתם היא לפי הצד דהמוכר יכול לדחותו בזווי, אבל לפי הצד דאין המוכר יכול לדחותו לא קשה מידי, דמשום הכי יניח לו הקרקע משום דלא תהני ליה לדחותו אצל מוכר, שהרי אין המוכר יכול לכופו לקבל זווי וגם לא יתפייס בזווי כיון דנחית אדעתא דארעא. אכן קשה דמכל מקום למה לא ידחה לזה שטרפו מקחו אצל הלוה, לימא ליה הנחתי לך מקום לגבות ממנו, שאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא נכסים בני חורין, והרי הניח לו בני חורין המעות שביד הלוה, וידחה אותו לגבות אותן המעות, ומאי איכפת לן כמה שאינו רוצה מעות אלא קרקע, הרי יש לו מקום לגבות מבני חורין, וילך שם ויגבה ולא יגבה מנכסים משועבדים.

ולכאורה מבואר דס"ל להתוס' דמי שקנה שדה באחריות יש לו שני שעבודים על המוכר, חדא שהמוכר נתחייב לשלם לו בשביל הפסדו, וחיוב זה הוא במעות

סלעים, דאילו כן היאך יכול הלוקח לטעון דלמא את בר חד בניסן ואת באמת קנית את הקרקע ולא בר חמשא בניסן שיושב בה שלא כדין, ואין אתה יכול לגבות אחריות שהרי מקחך לא בטלה, אלא דמספקא לן במה שכתוב בשטר ניסן סתמא, האם היינו תחלת ניסן או סוף ניסן או איזה יום שבאמצע, ובכל מקום שמוציא השטר נקטינן חלק השטר המוטל בספק לגריעותא דידיה, כשבא להחזיק בהקרקע אמרינן דלמא נכתב בכ"ט בניסן ובר חמשא קודם לו לקנין, וכשבא לגבות אחריות מלקוחות אמרינן דלמא נכתב בחד בניסן והוא קנה הקרקע ואינו גובה מלקוחות, כמש"נ.

ובל"י דין יד בעל השטר על התחתונה היינו אומרים שיש כאן ספק גמור לפנינו אם נכתב בתחלת ניסן או בסוף ניסן, ואם כן כי היכי דאיכא ספק בשטר דידיה איכא נמי ספק בשטר של השני אם הוא שטר מעליא, והיה הדין דממון המוטל בספק במקום שאין אחד מוחזק מחבירו חולקין, אכן כיון דתקנו חכמים יד בעל השטר על התחתונה אין כאן תורת ספק אלא חסרון ידיעה בעלמא, והיכא דאין הדבר ידוע נקטינן לגריעותא דבעל השטר מדין יד בעל השטר על התחתונה, ואין בכח השטר לעורר ספיקות בשטר השני שאין בו גמגום ולבטל חזקתו.

ועיין בר"ן וז"ל: וכתב הרשב"א יש מי שאומר במי שמכר לשנים ולאחד פירש בשטר בכ"ה בניסן ולשני כתב בניסן סתמא, אין בעל חוב יכול לטרוף מאחד מהם, וכל אחד מהם יכול לדחותו אצל השני לומר הנחתי לך מקום לגבות הימנו. ואינו, דאם כן כל אדם יהיו עושים כן ויערימו להפסיד מבעל חוב ככענין זה, אלא מהאי דכתב בניסן סתמא גבי, וטעמא דמילתא, משום דשרות שניהם משועבדים לבעל חוב, אלא שהתקינו להם חכמים שאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, אם כן עליו לברר שהוא משועבד במקום בני חורין ועליו הראיה, הלכך זה שהוא סתם ידו על התחתונה, כך נראה לי טעם הענין עד כאן לשונו וכו' עכ"ל יעו"ש.

ובמה שנחלקו היש מי שאומר והרשב"א תלוי ביסוד מה שהתקינו חכמים דאין נפרעים

לסלקו בזווי ואין הגובה מחויב לקבל הפרעון כיון שיצא לו היזק בכך, שהרי על ידי קבלת המעות יפסיד זכות לגבות קרקע במקום קרקעו שנטרפה, ואינו מחויב לקבל פרעון שיגרום לו הפסד, כמו שאינו מחויב לקבל פרעון במדבר, או דלמא יכול לכופו לקבל פרעון אע"ג דעל ידי כך יפסיד שעבוד נוסף שהיה לו על קרקע הלוקח, שהרי ההפסד לא הוי בעצם הפרעון אלא בענין צדדי.

ולפי זה שפיר מובנים דברי התוס', דאם המוכר יכול לסלקו בזווי אע"ג דעל ידי כך יפסיד שעבוד נוסף שיש לו ליקח קרקע, הוא הדין שהלוקח יכול לומר לו הנחתי לך מקום לגבות ממנו עצם החיוב ממון וידחה הגובה אצל הזווי שביד הלוח וממילא יסתלק השעבוד הנוסף שיש לו על הקרקע, כמש"נ, ואע"ג דעל ידי הפרעון יפסיד השעבוד נוסף שיש לו, אבל אם אין המוכר יכול לסלקו בזווי, על כרחך היינו טעמא מפני שאינו יכול לכופו לקבל פרעון שיצא ממנו הפסד שעבוד הנוסף, אם כן הוא הדין שאין הלוקח יכול לומר לו הנחתי לך מקום בזווי שביד הלוח כיון דעל ידי כך יפסיד שעבוד הנוסף שיש לו על קרקעו.

פרק טז

בו יבואר מהלוקח הרשב"א והיש מי שאומר בבעל חוב שבא לגבות מלקוחות שאחד כתוב בשפרו כ"ה בניסן ואחד ניסן סתמא אם דוחים אותו זה לזה או אם גובה מבעל הסתמא.

[כתובות צד:] הנהו תרי שטרי דאתו לקמיה דרב יוסף חד הוה כתוב בחמשא בניסן וחד הוה כתוב ביה בניסן סתמא, אוקמיה רב יוסף לההוא דחמשא בניסן בנכסים, אמר ליה אידך ואנא אפסיד, אמר ליה את ידך על התחתונה אימא בר כ"ט בניסן את, אמר ליה ונכתוב לי מר טירפא מאייר ואילך, אמר ליה יכלי למימר לך את בר חד בניסן את, יעו"ש.

ומבואר דהא דאמרינן יד בעל השטר על התחתונה, אין הכונה דהשטר מעיד על הפחות שבמשמעותו ותו לא, ואם כתוב סלעים סתם בשטר הרי זה כמי שכתוב בו שני

הנחתי לך מקום לגבות ממנו, בזה אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ואין שטר זה יכול לעורר תורת ספק בגבית המלוה.

אבן עדיין צריכים לבאר למה לדברי הרשב"א גובה מזה שכתוב בשטרו ניסן סתמא יותר מזה שכתוב בשטרו כ"ה בניסן, והלא לגבי שניהם אמרינן שעליהם להביא ראיה להפקיע זכות המלוה, והרי לא הביאו, ולמה לא נאמר רצה מזה גובה רצה מזה גובה, למה יוגרע דינו של זה שכתוב בשטרו ניסן סתמא.

וי"ש לומר דכשבא מלוה אצל זה שכתוב בשטרו כ"ה בניסן הרי הוא אומר לו הנחתי לך מקום לגבות ממנו אצל זה שכתוב בשטרו ניסן סתמא, וכשבא בעל חוב אצל זה שכתוב בשטרו ניסן סתמא אומר לו הנחתי לך מקום לגבות מזה שכתוב בשטרו כ"ה בניסן, והרי בודאי יש כאן בין שניהם זכות לטעון הנחתי לך מקום לגבות ממנו אלא שאין ידוע מי יש לו זכות זו, ונמצא שיש כאן התדיינות בין שני הלוקוחות למי שייך הזכות לטעון הנחתי לך מקום לגבות ממנו, לזה אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, ואין בכח השטר לעורר ספיקות בשטר השני, ונשאר הזכות ביד זה שכתוב בשטרו כ"ה בניסן, וכמו דבגמרא נשארית הקרקע ביד זה שכתוב בשטרו כ"ה בניסן הואיל ויד בעל השטר על התחתונה ואינו יכול לעורר תורת ספק בשטר השני, כמש"נ, וכיון שכן יכול לדחות לבעל חוב אצל זה שכתוב בשטרו ניסן סתמא לגבות ממנו.

ו"פ זה אין דין יד בעל השטר על התחתונה בזה פועל כלפי הבעל חוב, דלגבי בעל חוב אין נפקא מינה בין זה לזה, כמש"נ, אלא דין יד בעל השטר על התחתונה פועל כלפי זה שכתוב בשטרו כ"ה בניסן, דכיון דיד בעל השטר על התחתונה זכה זה שכתוב בשטרו כ"ה בניסן בהזכות לטעון הנחתי לך מקום לגבות ממנו, והרי הוא דוחה בעל חוב אצל זה שכתוב בשטרו ניסן סתמא, וכמש"נ, אבל להיש מי שאומר לא שייך כלל דין יד בעל השטר על התחתונה, שהרי לדידיה יש ספק בעצם השעבוד, כמש"נ, ועל הבעל חוב להביא ראיה, והרי ליכא שום ראיה מן השטרות.

מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין ויכול לומר לו הנחתי מקום לגבות ממנו, אם היינו דין בעיקר השעבוד שאין השעבוד נותן לו כח לגבות מלקוחות עד שיגבה מן הלוחה תחלה, והוי כמו שטר שלא הגיע זמנו דאע"ג דיש לו שעבוד אין לו דין גביה עד שיגיע זמנו, והכא נמי אין לבעל חוב דין גביה מכח שעבודו עד שילך אצל בני חורין תחלה, או דלמא לא חסר כלום בעצם השעבוד ודינו לגבות על ידו, אלא דחכמים נתנו ללוקח זכות לדחות הבעל חוב אצל בני חורין.

דעת היש מי שאומר היא דחסר בעצם כח השעבוד, ולכן היכא דמספקא לן איזה לוקח לקח באחרונה, הרי לגבי כל אחד אין לו אלא ספק שעבוד, וזיל הכא קמדחה ליה וזיל הכא קמדחה ליה, אבל הרשב"א ס"ל דלא חסר מידי בעצם השעבוד ורק דנתנו חכמים זכות ללוקח שיכול לדחות בעל חוב לבני חורין או ללוקח מאוחר, והיכא דאיכא ספק הרי תביעת הבעל חוב ודאי וזכות הלוקח לדחותו מוטל בספק, ועליו לברר שנשתעבדו נכסיו במקום בני חורין, ואם אינו מביא ראיה גובה בעל חוב ממנו. ואולי אוזיל בזה הרשב"א לשיטתו, מובא במגיד משנה פכ"ג מלוה ולוה הל"י, ועימש"נ בשט"ו פי"ד. ובאמת היה צריך להיות הדין דרצה מזה גובה רצה מזה גובה, דהרי לגבי שניהם יש לו שעבוד ודאי וכל אחד בספק אם יש לו טענת הנחתי לך מקום לדחותו מנכסיו, אולם כיון דאחד מהם כתוב בו ניסן סתמא, אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, ובעל חוב גובה ממנו.

ו"ה היש מי שאומר לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה לגבות מזה שכתוב בשטרו ניסן סתמא, דאע"ג דיד בעל השטר על התחתונה עדיין לא ידעינן מתי נכתב, וכמו שכתב רע"ק איגר דבספק שעבוד לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, ועיימש"נ בשט"ו פי"ז, ואין הבעל חוב יכול לגבות, שעליו להביא ראיה שיש לו שעבוד על הקרקע, והשטר שבידו אינו מוכיח כלום אם יש שעבוד או לא, ולכן זיל הכא קמדחה ליה וזיל הכא קמדחה ליה ואינו גובה כלל, אבל להרשב"א דבדאי יש לו שעבוד גמור בשתי הקרקעות ולא ידעינן אם יש טענת

פרק יז

בו יבואר שיטת הרא"ה דבעל חוב שכתוב בשטר
כ"ה בניסן גובה מלוקח שכתוב בשטר ניסן סתמא
דיד בעל השטר על התחתונה ואע"ג דאין לו אלא
ספק שעבוד.

[כתובות צד:] הנהו תרי שטרי דאתו לקמיה דרב
יוסף חד הוה כתוב בחמשא בניסן וחד הוה כתוב
ביה בניסן סתמא, אוקמיה רב יוסף לההוא
דחמשא בניסן בנכסים, אמר ליה אידך ואנא
אפסיד, אמר ליה את ידך על התחתונה אימא בר
כ"ט בניסן את, אמר ליה ונכתוב לי מר טירפא
מאייר ואילך, אמר ליה יכלי למימר לך את בר
חד בניסן את, יעו"ש.

ועיין בחו"מ סי' מ"ג סעי' כ"ג וז"ל: ראובן
ושמעון שיש לכל אחד מהם שטר על
לוי, בשל ראובן כתוב בכ"ה בניסן ובשל שמעון
כתוב בניסן סתם, ואין ללוי אלא שדה אחת שאין
בה כדי חובות שניהם, נותנים אותה לראובן,
דשמא שטר של שמעון היה בסוף ניסן עכ"ל
יעו"ש. והגיה רע"ק איגר וז"ל: כתב הרא"ה שכן
הדין במלוה שזמנו ה' בניסן טורף מלוקח שזמן
שטר מכירתו ניסן סתמא, ולענ"ד דין זה צריך
עיון מאד, דדוקא בב' שטרי חוב דעל כל פנים
השדה משועבד לשני, ויש לראובן ודאי שעבוד,
משום הכי יהיבין ליה כיון דזמנו מבורר וגם
שניהם אינם מוחזקים, אבל להוציא מלוקח
בספק שעבוד מנין לנו, ועיין בר"ן והרב המגיד
בשם הרשב"א בב' לקוחות אחד ה' בניסן ואחד
ניסן סתמא, הבעל חוב טורף מזה שזמנו ניסן
סתמא, ואינו יכול לומר שמא אני באחד בניסן
והנחתיו, כיון דאין נפרעים מטעם תקנה הוא, על
הלוקח לברר שהוא מוקדם, משמע גם כן דרק
בכהאי גונא דשעבודא ודאי עליו אלא דאין
נפרעין, אבל כדינא דהרא"ה דאנו דנין על עיקר
שעבודא אינו יכול להוציא מספק וצריך עיון
עכ"ל יעו"ש, ועיימש"נ בשט"ו פט"ז.

וכנראה היה לרעק"א נוסח אחר בדברי
הרא"ה, דעיין בשיטה מקובצת
בשם הרא"ה וז"ל: אי נמי איכא לפרושה אפילו
אחד שטר הלואה ואחד שטר מכר, וההוא דכתיב
ביה בה' ניסן היה שטר הלואה, וההוא דכתיב
ביה בניסן סתמא היה שטר מכר, אוקמיה רב

והר"ן בסוף דבריו כתב עוד וז"ל: אלא ראיתי
כתוב שהרמב"ן ז"ל כתב בתשובה בלוח
שמכר קרקעותיו לשלשה בני אדם ולא נתפרש
בשטריהם זמן, ובא מלוה לטרוף וכל אחד מדחה
אותו לומר אני מוקדם והנחתי לך מקום לגבות,
שעליו להביא ראיה, ואם לא הביא אינו טורף
כלל, ותמיהני היאך אפשר, דהא מסקינן בסמוך
בגמרא (דף צה.) דהיכא דאישתדוף בני חרי טריף
ממשעבדי וכו', אלמא דכי אמרינן אין נפרעים
מנכסים משועבדים כל מקום שיש בני חורין,
היינו דוקא בדאפשר לגבות מבני חורין, הא לאו
הכי גובה ממשועבדים ואע"פ שבשעה שלקח
היה ראוי לגבות מבני חורין, והכא נמי כיון שאי
אפשר לגבות כלל לאישתדוף דמי, ורצה מזה
גובה, ומשם ראוי ללמוד דין זה עכ"ל יעו"ש.
ודברי הרמב"ן לכאורה הם כדברי היש מי
שאומר, ומה שכתב הרשב"א בשמו בבבא בתרא
(דף קט"ו:) הוא כדינו ולא מטעמו, ועיימש"נ
בשט"ו פי"ד.

ויש לדקדק בקושית הר"ן, דלמה חשבינן
כאילו נשתדפו הבני חורין משום שאי
אפשר לגבות מהם מספק, הלא גם לגבות ממנו
תלוי באותו הספק, ואנו אומרם דמכל
מקום נחשב כנשתדפו וגובה ממנו, הרי גם
להאחר יכול לבא בטענה זו ולגבות ממנו,
ונמצא שיכול לגבות מן האחר ולא הוי
כנשתדפו.

ונראה דאין כונת הר"ן במה שכתב
לאישתדוף דמי דזה הוי אוקימתא
אחרת של נשתדפו נכסיו, דאם היה יכול לגבות
מכל אחד בטענת נשתדפו נמצא שלא נשתדפו,
כמש"נ, אלא כונתו דבתקנת אין נפרעים
ממשועבדים במקום בני חורין קבעו חכמים
סדר הגביה, תחלה מבני חורין ואחר כך
ממשועבדים, ומדינא דנשתדפו נכסיו רואים
דאם אינו יכול לגבות על פי הסדר שקבעו בטל
הסדר, ולא אמרינן נסתחפה שדהו, ויש לדמות
לזה דבמקום דזיל הכא קמדחה ליה וזיל הכא
קמדחה ליה נמי בטל הסדר כיון דבפועל לא
יכול לגבות, אבל אין זה ממש אוקימתא
דנשתדפו, וכן מדויק מסוף דברי הר"ן שכתב
דמשם ראוי ללמוד דין זה, כנ"ל.

הקרקע, כמש"נ, והיאך שייך לומר שיד הלוקח על התחתונה.

וּנְרָאָה ליישב דברי הרא"ה גם לפי הנוסח של רעק"א, דהרא"ה ס"ל דדין יד בעל השטר על התחתונה לא הוי ספק, אלא שתקנו חכמים דבכל נידון ונידון השטר מעיד לגריעותא דידיה, ולכן בגמרא כששני קונים מתוכחים זה עם זה אמרינן דשטר שכתוב בו ניסן סתם מעיד שבכ"ט בניסן נכתב, וכשבא לגבות אחריות מן הלוקחות אותו שטר עצמו מעיד שבחד בניסן נכתב, ולכן כשבא בעל חוב שכתוב בשטרו כ"ה בניסן והוציא הלוקח שטר שכתוב בו ניסן סתמא הרי שטרו מעיד שבכ"ט בניסן קנה את הקרקע ונשתעבד לבעל חוב, ואילו כבש את שטרו וטען בעל פה בלי שום שטר שבחד בניסן קנה לא היה הבעל חוב יכול לגבות ממנו, שהרי אין לו ראיה כנגד הלוקח, ומספק אינו יכול לגבות, כמש"נ, אבל כיון שהוציא שטרו הרי השטר מעיד כנגדו, דיד בעל השטר על התחתונה, ושפיר גובה בעל חוב ממנו, אכן לפי הנוסח של השיטה מקובצת לא היה מועיל לו כבישת השטר, דסוף סוף איכא חזקת מרא קמא של הלוח, והרי היא משמשת כחזקה דמעיקרא, כמש"נ.

אי נמי יש לומר דאין הלוקח מרויח כלום במה שכובש שטרו, דחזקתו בלי שטר הוי לגביה כמי שיש לו שטר עליו, וכעין מה שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף מא.) בד"ה אמרי דחזקה במקום שטר קאי, יעו"ש, ומשום הכי מהני לו טענות בעל פה אע"פ שאין שטר בידו, דחזקתו כאילו יש לו שטר, ושטר זה הרי סתמא הוא, שהרי אין מן החזקה הוכחה על זמן הכתיבה, ואמרינן יד בעל השטר על התחתונה.

פרק יח

בו יבואר החילוק לענין חלוקה בין שותפים שהטילו לכיס ונתמעטו הנכסים ובין שלש נשים שתובעות כתובתן ואין די נכסים לתת לבוץ כ"ל מה שמגיע להן.

[כתובות צג.] מתניתין מי שהיה נשוי שלש נשים ומת, כתובתה של זו מנה, של זו מאתים, ושל זו שלש מאות, ואין שם אלא מנה, חולקין בשוה,

יוסף דה' בניסן בנכסיה, שהקרקע בחזקת בעלים עומדת עד שיביא ראיה, וכיון שכן האי דכתיב ביה בה' בניסן עדיף טפי, דההיא דכתיב ביה בניסן סתמא אימר בר כ"ה בניסן את וכו' עכ"ל יעו"ש. ובנוסח שהביא השיטה מקובצת הוסיף הרא"ה טעם לדבריו שהקרקע בחזקת בעלים עומדת עד שיביא ראיה, וכונתו, דמשום החזקת מרא קמא נקטינן שהקרקע היתה ביד הלוח האפשרות הכי מאוחרת, ושהמכירה היתה בסוף ניסן, ושפיר נשתעבדה הקרקע להמלוה, ורעק"א לא ראה לתת טעם ליישב הנוסח שלפניו, דחידוש גדול הוא לומר דחזקת מרא קמא לא הוי רק דין מוחזק לגבי ממון המוטל בספק, אלא דהוי נמי חזקה דמעיקרא, ויש לסמוך עליה גם בנוגע לאיסור והיתר אם יהיה צורך לזה.

וּקְוִישִׁית רעק"א היא דמה שייך כאן יד בעל השטר על התחתונה, והלא אנו מסופקים אם קרקע הלוקח עדיין היתה ביד המוכר כשלוה מן המלוה, ואין כאן אלא ספק שעבוד, והיאך גובה בספק שעבוד, ולא דמי להא דאמרינן בגמרא יד בעל השטר על התחתונה, דהתם הרי יש לאחד מהם שטר קנין גמור שכתוב בו כ"ה ניסן, ועל ידי השטר יש לו להחזיק בהקרקע, ואלא שזה הוציא שטר שכתוב בו ניסן סתמא, ועל ידי השטר רצה לעורר ספק בחזקת האחר ולבטל חזקתו, על זה אמרינן שמספק אינו יכול לבטל חזקתו.

אבל בנידון של הרא"ה הרי אין הבעל חוב יכול להחזיק שעבוד בנכסי הלוקח במה שהוציא שטר שכתוב בו כ"ה ניסן, דמי יימר לך שהקרקע היתה ביד המוכר באותו זמן, והרי הלוקח טוען שקנה הקרקע באחד בניסן, ואפילו אם אין לו שום שטר בידו, שהרי אין שום אדם מעורר על בעלותו, ואולי יש לו נמי חזקת שלש נשים, ואם הבעל חוב טוען שהקרקע עדיין היתה ביד המוכר, עליו להביא ראיה, ואין שטרו מועיל לו כלום, ולמה יפסיד הלוקח, ובשלמא בגמרא שזה שכתוב בשטרו כ"ה בניסן יש לו תביעה ודאית לגבי הקרקע, שפיר יש לומר שהשני ידו על התחתונה, אבל בעל חוב שכתוב בשטרו כ"ה בניסן, אין לו בזה שום תביעה ודאית לגבי

כנ"ל, ואם כן אין זה דומה ממש לשלש כתובות אלא לענין הא דחולקים לפי המעות, ואלא דבכתובה חולקים מנה מנה ומסתלקות, ובשותפים חולקים לפי חשבון המעות, כמש"נ.

ובביאור החילוק לדברי התוס' יש לומר, דבשעבוד הרי כל אחת תובעת כל

ממונה ויש כאן דין ודברים ביניהן, והחלוקה היא פשרה, שהרי כל אחת תובעת בצדק ויש לה זכות ודין ליקח כל מה שמשועבד לה, אלא שאין מספיק נכסים לשלם לכולם, ולכן עושים פשרה וחולקים הנכסים, וכיון שיש התדיינות ביניהן צריכות מתחלה לדרון על מנה, שהרי בעלת מנה אינה תובעת אלא מנה, ועיימש"נ בשט"ו פי"ט, ושוב דנים על מנה שניה כסדר הנ"ל, אבל בשותפים אין שום התדיינות ביניהם, ואין החלוקה בגדר פשרה כלל, אלא כיון שנתמעטו הנכסים הרי ההפסד לכולם, ואם כן מיד חולקים כל הממון לפי חשבון חלקו של כל אחד מהם, וכמש"נ.

פרק יט

בו יבואר מחלוקת הראשונים בהא דשלש כתובות אחת של מנה אחת של מאתים ואחת של שלש מאות חולקות בשוה אם היינו לפי מנין או לפי חשבון המעות.

[כתובות צג.] מתניתין מי שהיה נשוי שלש נשים ומת, כתובתה של זו מנה, של זו מאתים, ושל זו שלש מאות, ואין שם אלא מנה, חולקין בשוה. היו שם מאתים, של מנה נוטלת חמשים, של מאתים ושל שלש מאות שלשה שלשה של זהב. ובגמרא תניא זו משנת רבי נתן, רבי אומר אין אני רואה דבריו של רבי נתן באלו אלא חולקות בשוה יעו"ש. והנה רבי נתן ס"ל דחולקין מתחלה מנה ואז נסתלקה בעלת מנה, ושוב חולקין מנה שניה ואז נסתלקה בעל מאתים, ומנה שלישה נשארה לבעל שלש, ורבי פליג בזה וס"ל דחולקות בשוה.

ונחלקו הראשונים בביאור דברי רבי, רש"י ס"ל דחולקות לפי מנינם וז"ל: אבל הכא טעמא משום שעבודא הוא וכל נכסיו אחראין לכתובתה, הלכך שלש המנים משועבדין

היו שם מאתים, של מנה נוטלת חמשים, של מאתים ושל שלש מאות שלשה שלשה של זהב וכו', וכן שלשה שהטילו לכיס, פחתו או הותירו כך הן חולקין. ובגמרא אמרינן תניא זו משנת רבי נתן, רבי אומר אין אני רואה דבריו של רבי נתן באלו אלא חולקות בשוה יעו"ש.

והנה במתניתין מדמה חלוקה דשלש כתובות לחלוקה דשלשה שהטילו לכיס ונעשו שותפים באיזה עיסקא, וכתב רש"י דהיינו דחולקים כפי מעותיהם יעו"ש. והנה החלוקה לפי מעות בשלש כתובות היא דמתחילה דנים על מנה של הנכסים ושלשתן חולקות בשוה, ושוב נסתלקה בעלת מנה, ואז בעלת מאתים ובעלת שלש דנין על מנה שניה, וחולקות בשוה, ושוב נסתלקה בעלת מאתים, ומנה שלישית נשארה לבעלת שלש בלי שום ניגוד וחלוקה, ואין זה חלוקה ממש כפי חשבון המעות, דאם כן בעלת שלש שיש לה חצי השעבוד תקח חצי הנכסים, ובעלת מאתים שיש לה שליש השעבוד תקח שליש הנכסים, ובעלת מנה שיש אחד משה של השעבוד תקח אחד משה של הנכסים, אלא לפי חלוקה דרבי נתן בעלת מנה מקבלת שליש של מנה ראשונה ומפסדת כל השאר.

ולבאורה לפי זה הוא הדין בשלשה שהטילו לכיס, אחד מנה אחד מאתים ואחד שלש מאות, וקנו עיסקא של שש מנים וירדו לשלש מנים, ועכשיו באים לחלוק, בעל המנה נוטל ל"ג זוזים דהיינו שליש מנה ראשונה ונסתלק, ובעל מאתים נוטל ל"ג זוז ממנה ראשונה ונ' זוז ממנה שניה ונסתלק בפ"ג זוז, ובעל השלש נוטל פ"ג זוז כמו בעל מאתים וגם כל מנה שלישית, ונמצא מקבל קפ"ג זוז, ויצא לנו שבעל המנה הפסיד ממונו יותר מכולם, וכן משמע מדברי רש"י ד"ה אין אני רואה דאליבא דרבי נתן דומה ממש לשלשה שהטילו לכיס יעו"ש. אבל התוס' כתבו וז"ל: וכן שלשה שהטילו לכיס, לא הוי ממש דומיא דרישא, דהכא כל אחד נוטל לפי מעותיו עכ"ל יעו"ש. וכונתם, דבחלוקת השותפים בודאי הולכים בתר חשבון המעות, דבעל שלש נוטל מחצה ובעל מאתים נוטל שליש ובעל מנה נוטל אחד משה

מנה בלבד, שהרי אין בעלת מנה שייכת לשאר הנכסים, ודנים על אותה מנה בכל מקום שהיא וחולקות אותה ביניהם, וממילא נסתלקה בעלת המנה, וחוזרים ודנים על השאר כסדר הנ"ל, ועיימש"נ בשט"ו פ"ח, ורבי ס"ל דהרי הן כשותפין בשעבוד הנכסים, וחולקות כל הנכסים ביחד כפי חשבון המעות, וכמש"נ.

והנה הרא"ש פ"י סימן ט' הביא שיטת הר"ח והכריע כנגדו שפסק כהרי"ף דחולקות לפי מנין יעו"ש, אולם עיין מה שכתב הרא"ש בבבא מציעא פ"א סימן ל"ט לענין הא דאמר שמואל (שם דף טו.) בעל חוב גובה את השבח וז"ל: ולא דגבי ליה כולא שבחא קאמר שמואל, דהא מסקינן בסוף מי שמת (דף קנ"ג:) דגובה חצי שבח, דהיכא דכתב דאיקני ולוה וחזר ולוה ואחר כך קנה יחלוקו מלוה ראשון ומלוה שני, ששעבודם חל כאחד בשעה שקנאה, ויגבה כל אחד לפי חובו, והכא נמי שבח שהשביח הלוקח כאילו קנאו המוכר ומכרו ללוקח וחל שעבוד המלוה והלוקח כאחד עליו וכו', הלכך אם הקרקע שוה ק' זהובים והשבח עשרה זהובים, יטול הלוקח עשרה חלקי השבח והמלוה חלק אחד מאחד עשר חלקים שבו וכו' עכ"ל יעו"ש. הרי להדיא שפסק כדברי הר"ח דחולקים לפי מעות, ולכאורה דבריו סותרים למה שפסק בסוגיין כהרי"ף דחולקים לפי מנין, ועיין בפלפולא חריפתא שם בבבא מציעא שהקשה כן על דברי הרא"ש והניח בצריך עיון.

ואולי יש ליישב דברי הרא"ש דשעבוד נכסים שיש ללוה בשעת ההלוואה חל ממילא, או מדאורייתא או מתקנת חכמים, אבל לשעבוד דאיקני צריך הקנאה מיוחדת, ולפי זה יש לומר דהא דאמרינן דכל הנכסים כולם משועבדים למלוה למאן דאמר חולקים לפי מנין ולא רק כנגד מעותיו, כמש"נ, כל זה לא נאמר אלא בשעבוד שחל מדין שעבודא דאורייתא או מתקנת חכמים, אבל שעבוד דאיקני שהלוה עצמו מקנה לו שעבוד בנכסים שעתיד לקנות אין בכחו להקנות לו שעבוד אלא כנגד מעותיו ממש, ונמצא לפי זה דלגבי שעבוד דאיקני כולי עלמא ס"ל דחולקים לפי מעותיו.

לבעלת מנה כשאר חברותיה עד שתגבה כל הכתובה לפיכך חולקות בשוה עכ"ל יעו"ש. ולמד רש"י דחולקות בשוה היינו דכל אחת נוטלת חלק שוה לחברותיה, בעלת המנה כמו בעלת השלש, וכן היא שיטת הרי"ף הרמב"ם פ"כ מלוה ולוה הל"ד יעו"ש, ועיישמ"נ בשט"ו פכ"ב.

אבל התוס' כתבו בשם הר"ח דחולקות בשוה היינו דחולקות לפי חשבון המעות ממש, דבעלת שלש נוטלת חצי הנכסים, בעל מאתים נוטלת שלישי, ובעלת מנה אחד משה, וכ"כ הרשב"ם בבבא בתרא (דף קנ"ג:) בד"ה יחלוקו דחולקין לפי המעות, יעו"ש, וכן היא שיטת הגאונים הובאה ברמב"ם שם.

ויסוד המחלוקת אם חולקות לפי מנין או לפי מעות הוא בהא, דיש להסתפק בשעבוד של מנה ונכסים שוים שלש מאות, דבודאי כל הנכסים משועבדים להמנה של חיוב, אכן יש להסתפק אם יש לה שעבוד גמור על כל השלש מאות להוציא מהן תשלומין של מנה, או אם באמת אין לה אלא שעבוד על מנה כנגד כתובתה, אלא דהמנה היא בתוך השלש מאות של נכסים ולא נתברר מקומה, ולכן גובה מכל מקום שתמצא לגבות, והני שיטות דחולקות לפי מנין ס"ל דיש לה שעבוד גמור על כל השלש מאות, ואם כן אין שום נפקא מינה בין שעבוד בעלת המנה לשעבוד בעלת השלש מאות מצד עצם הזכות גביה, ולכן חולקות בשוה, וכמו שכתב רש"י דשלש המנים משועבדין לבעלת מנה, כנ"ל, וכ"כ התוס' בד"ה רבי אומר בסוף הדיבור, יעו"ש.

והני שיטות דחולקות לפי המעות ס"ל דאין לבעלת המנה אלא שעבוד של מנה אלא שאין מקום השעבוד מבורר, כמש"נ, והרי היא כשותף שיש לו מנה בקרקע גדולה, ואם כן עדיפי שעבודי בעלת מאתים ובעלת שלש מאות משעבוד בעלת מנה, וחולקות בשוה לפי ערך שעבודם, והיינו לפי מעות, ונחלקו רבי נתן ורבי בסדר החלוקה ביניהן לפי מעות, רבי נתן ס"ל דכיון שאין לבעלת מנה אלא שעבוד על מנה שבתוך הנכסים צריכים לדון מתחלה על אותה

פרק כ

בו יבואר הא דבעלת כתובה של מאתים יכולה לסלק עצמה מדין ודברים עם בעלת כתובה של מנה, ואע"ג דבעצם אין להן תביעות זו על זו כ"ל.

[כתובות צג.] של מנה נוטלת חמשים, תלתין ותלתא ותילתא הוא דאית לה, אמר שמואל בכותבת בעלת מאתים לבעלת מנה דין ודברים אין לי עמך במנה, אי הכי אימא סיפא של מאתים ושל שלש מאות שלשה שלשה של זהב, תימא לה הא סלקת נפשך מינה, משום דאמרה לה מדין ודברים הוא דסליקי נפשאי, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: מדין ודברים סליקי נפשאי, לא נתתי חלקי במתנה, ומה שגבתה לא בשליחותי גבתה שתאמר לי נטלה זו חלקך, אני סלקתי עצמי מלריב עמה ומלמעט חלקה במנה וגבר ידה לגבות חצי המנה בשעבוד שטרה, עכשיו אני באה לחלוק עמך בנותר שלא סילקתי עצמי מלריב עמך ושעבודי ושעבודך שוים עכ"ל יעו"ש.

ולכאורה יש לדקדק לפי ההוה אמינא דעל ידי אמירת דין ודברים נתנה חלקה במתנה לבעלת המנה, כמו שכתב רש"י, אם כן למה אין לבעלת המנה אלא חמשים, הרי היתה צריכה לקבל שני שלישים של מנה ראשונה, שליש דידה ושליש דבעלת מאתים. ויש לומר דהוא סבר דבעלת מאתים נתנה במתנה לבעלת המנה אותו חלק שהפסידה כמה שבעלת המאתים עומדת בפני בית דין, דאם לא היו עומדות אלא בעלת המנה ובעלת השלש מאות הרי היתה מקבלת חמשים זון, והשתא שגם בעלת מאתים עומדת לפני בית דין אין לה אלא ל"ג זון, ונמצאת מפסדת י"ז זון, אותם י"ז זון נותנת בעלת מאתים לבעלת מנה, ומסיק דלא נתנה לה שום מתנה אלא סילקה עצמה מלריב עמה, כמו שכתב רש"י, כנ"ל.

אכן יש לדקדק דמה שייך בזה סילוק, הלא אין להם תביעות אלו על אלו שתוכל אחת לסלק עצמה שלא תטעון כנגד השניה, וגם אין לה זכויות בנכסי האחרות, כגון פירות, שתוכל לסלק עצמה מהן, אלא באות לגבות שעבודיהן וחולקין לפי המעות, ואיזה סילוק שייך כאן,

ולכאורה לזה כוונת התוס' במה שכתבו וז"ל: דאמרה לה מדין ודברים הוא דסליקי וכו', לא איתפרש טעמא שפיר דהא מלתא עכ"ל יעו"ש.

ונראה דכיון דזמן אחד לכולם, דינם לגבות ביחד ולא תוקדם גבית האחת לגבית חברתה, ובין למאן דאמר בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה, ובין למאן דאמר מה שגבה גבה, כדאיתא לקמן (דף צד.), מתחלה יכולה כל בעלת כתובה לעכב על חברתה שלא תקדים לגבות, ועל זה מהני סילוק, דבעלת מאתים מסלקת עצמה מזכות שיכולה לעכב בעלת המנה מלגבות קודם לה, וכשבעלת מנה באה לגבות המנה קודם לבעלת המאתים אינה מתנגדת לה, וממילא לגבי דידה מה שגבה גבה, אולם בעלת השלש מאות מתנגדת לבעלת המנה, ונמצא דבעלת המנה ובעלת השלש מאות חולקות מנה ראשונה בשוה, אבל בעלת המאתים מעולם לא ויתרה על ערך שעבודה אפילו מאומה, והשתא באה לגבות מנה שניה בשעבוד גמור, וגם היא מתנגדת להחמישים שנטלה בעלת השלש מאות במנה ראשונים שלא הניחה להקדים לה אלא בעלת המנה, ונמצאו שניהן תובעות מאה וחמישים וחולקות בשוה, שלשה שלשה של זהב.

פרק כא

בו יבואר פדר החלוקה בשלש כתובות אחת של מנה אחת של מאתים ואחת של שלש מאות כשבאו לגבות בתפיסה אחת או בשתי תפיסות.

[כתובות צג.] של מנה נוטלת חמשים, תלתין תלתא ותילתא הוא דאית לה וכו'. היו שם שלש מאות וכו', של מאתים מנה, שבעים וחמשה הוא דאית לה וכו', רבי יעקב מנהר פקוד משמיה דרבינא אמר רישא בשתי תפיסות, דנפלו שבעין וחמשה בחד זימנא ומאה ועשרים וחמשה בחד זמנא, סיפא בשתי תפיסות, דנפלו שבעה וחמשה בחד זימנא ומאתים ועשרים וחמשה בחד זימנא יעו"ש.

וביאר הדברים הוא, דהנה טעמא דמתניתין היא דכיון דבעלת המנה אין לה אלא שעבוד מנה חולקים מתחלה המנה ראשונה ושוב

נוטלת חמשים, והשתא נשאר עוד חמשים זון של תפיסה שניה ובעלת שלש מאות נוטלת כולן, נמצא בעלת מנה נוטלת חמשים, בעלת מאתים נוטלת מנה, ובעלת שלש מאות נוטלת ק"נ זון, והיינו ששה של זהב, וכדתנן בסיפא דמתניתין.

פרק כב

בו יבוארו דברי הרמב"ם דבשאלשה בעלי חוב זה של מנה זה של מאתים וזה של שלש מאות חולקים מתחלה על סדר שלש ואחר כך מאתים, ואע"ג דישי נכסים כנגד כל החובות.

[רמב"ם פ"כ מצוה ולזה הל"ד] כתב הרמב"ם וז"ל: באו כולן ביחד לגבות וכו' כיצד חולקין, אם כשיתחלק המזון הנמצא על מנינם יגיע לפחות שבהן כשיעור חובו או פחות, חולקים לפי מנינם בשוה וכו', כיצד היו ג' חובות של זה מנה ושל זה מאתים ושל זה ג' מאות, אם היה כל הנמצא ג' מאות נוטלין מאה מאה וכו', נמצא שם שש מאות, חולקין שלש מאות בשוה ויסתלק בעל המנה, וחוזרין וחולקין המאתים בין השנים ויסתלק בעל המאתים, ונותנין המאה הנשארים לבעל שלש מאות ונמצא בידו שלש מאות בלבד וכו' עכ"ל יעו"ש, והיא שיטת הרמב"ם דחולקים לפי מנין ולא לפי המעות, ופסק רכבי בכתובות (דף צג.), יעו"ש, ועיימש"נ בשט"ו פ"ט.

וי"ש לדקדק בהך אוקימתא בתרייתא שהביא הרמב"ם שאם יש שם שש מאות מתחלה חולקים שלש מאות לכולם ואחר כך מאתים לשנים הנשארים ואחר כך מנה הנשארת להשלישי, כנ"ל, ולמה צריך לכל הסדר הזה, הרי לפנינו שלשה בעלי חובות שבין כולם יש שעבוד של שש מאות, וגם נמצאו נכסים של שש מאות, ואם כן פשיטא דנותנים לכל אחד כל מה שמגיע לו, ובשלמא אם נמצא פחות משש מאות צריכים לעשות חשבון כזה לברר כמה מגיע לכל אחד, אבל כשנמצא שש מאות פשיטא דנותנים לכולם כל מה שמגיע להם.

ולכאורה מבואר מדברי הרמב"ם דעל כרחנו חולקים כסדר הזה, ונפקא מינה אם לאחר שחלקנו השלש מאות לכולם שטפה נהר

נסתלקה בעלת המנה, ואז חולקות בעלת מאתים ובעלת שלש מאות את המנה השניה ביניהן, ועיימש"נ בשט"ו פ"ח, וס"ל לרבי יעקב מנהר פקוד דכל תפיסה ותפיסה הוי גביה חדשה בפני עצמה, ואם מתחלה לא נמצאו אלא ע"ה זון, הרי כל הגביה היא על הע"ה זון, וחולקות ביניהן, וכשנמצאו אחר כך עוד מעות הרי כאן גביה חדשה, ולא נסתלקה בעלת מנה במה שזכתה אלא מגביה ראשונה, ועדיין יכולה לתבוע שאר כתובתה מנכסים שנמצאו אחר כך ובאו לפני בית דין בסדר גביה חדשה.

ורישא מיירי שבתפיסה ראשונה נמצאו ע"ה זון, והרי שלשתן חולקות בשוה וכל אחת מקבלת כ"ה זון, ונגמרה הגביה, ואחר כך נמצאה תפיסה שניה של קכ"ה זון, בעלת המנה תובעת ע"ה זון שנשאר לה מכתובתה, ודנים מיד על ע"ה זון וחולקות ביניהן בשוה, ונמצאו שלכולן יש חמישים זון, ובעלת המנה נסתלק מתפיסה זו, ונשארו חמישים זון של תפיסה שניה שעדיין לא נחלקו, ובעלת מאתים ובעלת שלש מאות חולקות אותם ביניהן, זו נוטלת כ"ה זון וזו נוטלת כ"ה זון, נמצא דבעלת מנה קיבלה חמישים זון ובעלת מאתים ובעלת שלש מאות כל אחת קיבלה ע"ה זון, וכדתנן ברישא דמתניתין.

וסיפא מיירי נמי דבתפיסה ראשונה נפלו ע"ה זון וחולקות בשוה, ובתפיסה שניה נפלו עוד רכ"ה זון, וחולקות מתחלה ע"ה זון כסדר הנ"ל, ונסתלקה בעלת המנה בחמשים זון, וגם בעלת המאתים ובעלת השלש מאות יש להן כעת עתה חמשים זון, וגם הן נסתלקו מע"ה זון מתביעתן, שהרי תבעו ע"ה מתפיסה שניה וחלקו עם בעלת המנה, ונמצא דבעלת מאתים אין לה תביעה על שאר המעות שבתפיסה שניה אלא מנה בלבד, שהרי קיבלה כ"ה זון מתפיסה ראשונה ועוד נסתלקה מע"ה זון דתפיסה שניה, כמש"נ, וכן בעלת השלש מאות נשתנה תביעתה באופן זה, ואין תביעתה עכשיו אלא מאתים, והשתא מתפיסה שניה נשאר עוד ק"נ זון לאחר החלוקה עם בעלת המנה, ובעלת המאתים אינה יכולה לתבוע אלא מנה, כמש"נ, והרי היא חולקת המנה עם בעלת השלש מאות וכל אחת

רואים הנשאר מן הקרקע, אם יש בו תעלה ללוקח וכו' ישתתפו בה שניהם, ואם לא נשאר לו דבר שאילו יחלק יהיה שם כולו עליו, נותן לו בעל חוב את דמיו עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדברי הרמב"ם שאין הבעל חוב גובה מקצת הקרקע אלא שזוכה חלק בכל הקרקע כנגד חובו, ונעשו הבעל חוב והלוקח שותפים בהקרקע. וכן כתב המחבר בסי' קט"ו סעי' ב' שישתתפו בה שניהם, יעו"ש, ובש"ך שם סקכ"ג כתב וז"ל: הוא לשון הרמב"ם ואין לשון זה מדוקדק, ואדרבה איפכא הוה ליה למימר חולקים כדלקמן סי' קע"א וכן כתבו כל הפוסקים נוטל חלקו בקרקע עכ"ל יעו"ש, ואולי גם הרי"ף למד כהרמב"ם ואין הכרע מלשונו.

ויש לדקדק בדברי הרמב"ם דלמה באמת לא למד דבעל חוב נוטל חלקו בהקרקע ומאיזה טעם נאמר דנעשו שותפים, ועוד יש לדקדק במה שכתבו הרמב"ם והרי"ף דאם לא נשאר בחלק הלוקח דבר ששם כולו עליו נותן לו בעל חוב דמיו, כנ"ל, ואם הדין הוא דבעל חוב ולוקח נחשבים כשותפים, אם כן למה צריך בעל חוב ליתן ללוקח דמי חלקו ולמה לא נדון להם דינא דגוד או אגוד, כדאיתא בכבא בתרא (דף יג.) דזה שרוצה לחלוק יכול לומר לחבירו או אתה קנה את חלקי או אני אקנה את חלקך, יעו"ש, וגם בבעל חוב ולוקח יוכל כל אחד לומר גוד או אגוד, ולמה חייב בעל חוב לסלקו בדמים, והלא אין ללוקח מעות לסלקו בזווי, כדאיתא בגמרא, ואם כן אינו יכול לומר לו גוד או אגוד, ולמה לא תהא הברירה ביד הבעל חוב אם לומר גוד או אגוד אם להשאר בשותפות, ולמה מחייבים אותו לשלם ללוקח, ובכלל יש לדקדק בהא דהרי"ף הביא מקור לדינו מסוגיא דבבא בתרא שם, ואע"ג דבבבא בתרא אמרינן גוד או אגוד ובבעל חוב ולוקח מחייבים בעל חוב לסלק בזווי.

ונראה דהנה חוב של מאה זוז קונה שעבוד בנכסים אפילו שוים מאתים זוז, והשעבוד הוא בכל הנכסים, שכולם משועבדים לחובו, ואע"ג דבפועל לא יוכל לגבות אלא מאה זוז, הרי הוא קונה זכות גביה בכל הנכסים שיש לו ללוה בשעת ההלוואה, ועיימש"נ בש"ו פמ"ג,

את שאר הנכסים או הוזלו, דלא אמרינן דחוזרים וחולקים בשוה כל הנכסים שלא נשטפו, אלא כיון שחלקנו השלש מאות בשוה ביניהם זכה בעל המנה בכל ממונו ושוב אין מוציאים מידו כלום, דכן הוא לעולם סדר הגביה והחלוקה לפי מנין, מתחלה חולקים כל הנכסים שעל ידי חלוקתם יגיע לפחות שבהם כל ממונו, ושוב חולקים את השאר, ולעולם נעשית הגביה על ידי שלבים כסדר שכתב הרמב"ם.

פרק כג

בו יבואר הא דבעל חוב שגבה מקצת שדה הלוקח ולא נשאר דבר שאילו יחלק שמו עליו שצריך ליתן לו את דמיו ולמה אין דנים להם דינא דגוד או אגוד.

נבא מציעא טו:] הא דלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא דיהיב ליה שבחא ומסליק ליה וכו', אלא למאן דאמר כי אית ליה זוזי ללוקח מצי מסליק ליה לבעל חוב, נימא ליה אילו הוה לי זוזי הוה מסלקינך מכולה ארעא, השתא דלית לי זוזי הב לי גרבא דארעא בארעא שיעור שבחאי וכו' יעו"ש. ומבואר בראשונים דטענת הב לי גרבא דארעא היא דלוקח יכול לסלק בעל חוב בחלק הקרקע שכנגד שיעור חוב.

וכתב הרי"ף וז"ל: והיכא דלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא בלא שבחא ולא שויה נהליה אפותיקי, לית ליה לבעל חוב למיגבא מההיא ארעא אלא שיעור זוזי ושארא הוי ללוקח, והני מילי היכא דחזיא ללוקח, אבל אי לא חזיא ללוקח שקיל ליה לדמיה מבעל חוב, כדאמרינן התם (ב"ב דף יג.) כל שאילו יחלק ושמו עליו חולקין אם לאו מעלין אותו בדמים עכ"ל יעו"ש.

ויש להסתפק בדברי הרי"ף דבעל חוב נוטל ארעא שיעור זוזי ושארא הוי ללוקח, אם כונתו דחולקים הקרקע ונותנים חלק שיעור זוזי לבעל חוב, או אם כונתו ששניהם יש להם חלק בגוף הקרקע אבל אינה מוחלקת.

ועיין מה שכתב הרמב"ם פכ"א מלוה ולוה הל"ה וז"ל: בעל חוב שטרף בחובו מיד הלוקח מה שראוי לו מן הקרן וחצי השבת,

ארעתא גבי לה לכולה ארעא, וטופיאנא דשבחא דלא מסיק ביה כנגדו שמין ללוקח ומעלה אותו בעל חוב בדמים, ולא יהיב ליה גריוא דארעא אע"ג דחזיא ללוקח, הני מילי דניחא ליה לבעל חוב בגווה, אבל אי לא ניחא ליה בגווה מהדר ליה בעיניה היכא דחזי ללוקח, ואי לא חזי ליה יהיב ליה דמי וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דאם בעל האפותיקי אינו רוצה לקבל כל הקרקע עם השבח ולסלק הלוקח בדמים, יכול הוא ליתן ללוקח גריוא דארעא שיעור שבחיה בעל כרחיה היכא דחזיא ליה ללוקח, אבל בעל חוב שאין לו אפותיקי אינו יכול לכופו ללוקח ליקח גריוא דארעא דחזיא ליה במקום השבח, אלא מסלק ליה בזווי, וכמו שכתב לעיל דהא דאמרינן בגמרא דיהיב ליה גריוא ארעא הוא כדי ליפות כח הלוקח, יעו"ש.

ובביאור החילוק בין בעל חוב סתם לבעל אפותיקי יש לומר, דהנה כתבו הראשונים דהא דיכול לוקח לחבוע גריוא דארעא הוא משום שמשלקו לבעל חוב בשאר כל הקרקע, ולכן בשעבוד גרידא הרי יכול הלוקח לסלקו לבעל חוב בגוף הקרקע, ונמצא ששבחו מונח ברשות הבעל חוב, שהרי הלוקח סילק לבעל חוב על ידי כל גוף הקרקע, ולא קנה בעל חוב כלום בהשבח, ונמצא דכל הגוף הוא של בעל חוב וכל השבח הוא של לוקח, וטוען לוקח לבעל חוב ממוני גבך, וצריך בעל חוב לסלקו בדמים ואינו יכול ליתן לו גריוא דארעא כנגד רצונו, אבל באפותיקי הרי אין הלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזווי ולא באיזה חלק הקרקע שהוא רוצה, אלא בעל אפותיקי גובה כרצונו, ואין הלוקח יכול לעשות כלום, ולכן יכול בעל האפותיקי לגבות ארעא ושבחא כשיעור חובו ולהשאיר להלוקח גריוא דארעא היכא דחזיא ליה.

אלא שיש לדקדק דכיון דלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא ולא שבחא, אם כן מאיזה דין יכול ליקח ארעא ושבחא ולסלקו ללוקח בגריוא דארעא. וצריך לומר דשעבוד האפותיקי חל גם על השבח, ואם שטפה נהר לחצי הקרקע יכול לגבות כל חוב מחצי הנשאר עם השבח, וכיון דשעבודו על הכל יכול לגבות כפי דעתו

וכשהבעל חוב טורף מנכסי הלוקח הרי שעבודו נהפך לקנין, ועד השתא היה לו שעבוד של מאה זוזי בכל הקרקע ששזה מאתים זוז, אם כן על ידי הטריפה נהפך שעבודו לקנין, והשתא יש לו קנין של מאה זוז בקרקע של מאתים זוז, ובזה נתקיימה הטריפה, ונמצאו שניהם משותפים ממילא, שהרי אין קנינו של הבעל חוב מבורר, ולא אמרינן דעל ידי שעבודו בכל הקרקע זכה קנין גמור בחציו, והרי קנין זה הוא חלות חדשה, אלא אמרינן דהשעבוד עצמו נהפך לקנין, ואם כן נמצא שנשתתפו בה שניהם, כמש"נ, ושוב הוי דיניהם כשאר כל שותפים שאם יש בקרקע השותפות כדי חלוקה יכול כל אחד לכופ את חבירו לחלוק.

אכן אם אין בהקרקע כדי חלוקה או מצד השותפות היה צריך להיות הדין דכל אחד יכול לומר גוד או אגוד, ואם אין לו מעות לקנות חלק האחר, ואינו יכול לומר אגוד, אין לו מה לעשות, ונשאר בחלקו כמות שהוא, אלא דבטריפת בעל חוב שנעשה הלוקח שותפו של הבעל חוב בעל כרחו לא רצו חכמים להכריחו להשאר בחלק שאין בו תועלת, אלא חייבו את הבעל חוב לסלקו בזווי, וכן איפכא אם בגבית החוב לא יגיע לבעל חוב אלא חלק קטן שאין בו תועלת אין מכריחים אותו להשאר בחלק כזה אלא מכריחים את הלוקח לסלקו בדמים, כמו שכתב המגיד משנה, והביא הרי"ף מקור לדין זה מגמרא דבבא בתרא דאמרינן גוד או אגוד, דבמקום שאין לו תועלת בחלקו יכול להכריח את השני לסלקו בדמים, אבל בשותפות שנשתתפו מדעתם אין נותנים להם כח אלא כשאומר נמי שהוא מוכן לסלק את חבירו, ובגבית בעל חוב אנו אומרים מן הסברא דיכול לומר גוד אפילו אם אינו אומר אגוד הואיל ולא נשתתפו מדעתם.

פרק כד

בו יבוארו דברי הבעל המאור דאין הבעל חוב יכול ליתן ללוקח גרבא דארעא כנגד רצונו אבל בעל אפותיקי שפיר גובה חובו ומשיר ללוקח גרבא דארעא בעל כרחו.

גבא מצינא טו: כתב הבעל המאור וז"ל: ואי שויה ניהליה אפותיקי, כיון דמסיק ביה שיעור

ואם תבא לטרוף טורפת וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דלא ימכור היינו רק לכתחלה, ואם עבר ומכר קנה. והמגיד משנה הביא שיטת הרשב"א דאם עבר ומכר לא קנה, והביא מקור לדברי הרמב"ם מלשון הירושלמי בכתובות פ"ו ה"ג, אמר רב יוסי זאת אומרת שאין אדם רשאי למכור כלי אשתו, וזהו לשון של לכתחלה, והרמב"ם העתיק לשון הירושלמי ופסק דאם עבר ומכר קנה.

ובמה שכתב הרמב"ם דיש לבעל למכור נכסיו שהם תחת יד שעבוד הכתובה, כתב המגיד משנה דזה מוסכם מכל המפרשים וזה פשוט, אכן יש לדקדק דאם הרמב"ם בא להורות כאן דכתובת אשה גובה מן המשועבדים למה הביא הלכה זו כאן, והלא כבר הביאה על מקומה בפט"ז אישות הל"י יעו"ש, והיא הלכה מרווחת בסוגיות הש"ס, ולמה הזכירה כאן. ועוד יש לדקדק בלשון הרמב"ם שכתב וכן יש לבעל למכור וכו', כנ"ל, ומשמע דיכול למכור לכתחלה, ואם כן למה שייך כאן מלת וכן המורה לנו שדין אחד לבעל שמכר קרקע המשועבדת לכתובה ובעל שמכר נכסי צאן ברזל ומטלטלין שקנה לאשתו.

ונראה דמלת וכן קאי על עיקר הדין שאם עבר ומכר קנה, דאם תיקנו חכמים דגם אם עבר ומכר לא קנה, היה יוצא לנו דמדרבנן שעבודי האשה מעכבים את המכירה, ואם כן היה צריך להיות הדין דגם שעבוד הכתובה מעכב מכירת הקרקע המשועבדת לה, לא מחמת אלימות השעבוד אלא מתקנת חכמים לטובת האשה, אכן כיון דאם עבר ומכר קנה, ולא אסרו חכמים אלא למכור לכתחלה, אתי שפיר הא דהבעל יכול למכור קרקע המשועבדת לכתובה, דהרי אין השעבוד מעכב המכירה, ואי משום האיסור למכור לכתחלה, זה לא שייך גבי מכירת קרקע המשועבדת לכתובה, דהא דאינו רשאי למכור הוא משום דאין האשה יכולה להוציא מן הלקוחות אם עבר ומכר, אבל בשעבוד כתובה שפיר יכולה להוציא מן הלקוחות, דאם תבא לטרוף טורפת, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, ואין התקנה שייכת אלא לכלי האשה ולא לכתובה, כמש"נ.

ורצונו, ונוטל חצי ארעא ושבחא כנגד חובו ומשאיר השאר להלוקח, כמש"נ, ועיין בקצות החושן סי' קט"ו סק"ז, יעו"ש.

ועיין במלחמות שכתב דבמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא אין לבעל חוב שעבוד על השבח, וביארו הקצות החושן דכיון דדינא דבעל חוב גובה את השבח הוא תקנה דרבנן משום נעילת דלת, אם כן היכא דלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא ולא שבחא ליכא נעילת דלת יעו"ש. אולם קשה לפי זה דמה לי אם שטפה נהר חצי הקרקע, או אם מכר הלוקח חצי הקרקע ללוקח שני, וכי לא יוכל אז הבעל חוב לגבות מארעא ושבחא הנשאר ביד הלוקח כנגד שיעור חובו, ועל כרחך שעבודו מדין דאקני, ואם כן גם כשלא שטפה נהר למה לא יגבה ארעא ושבחא אם ירצה, ואם נאמר דגם ככהאי גונא אינו גובה שבחא, אם כן כל שכן דנעלת דלת בפני לוין, ודוחק לומר דחל שעבוד הבעל חוב על כל שבחא מדין דאקני, אבל אם יש מספיק ארעא לסלק חובו כשבא לגבות אז פקע שעבודו מן השבח משום נעילת דלת, וצריך עיון.

פרק כה

בו יובא מחלוקת הרמב"ם והרשב"א בהא דלא ימכור הבעל כלי אשתו אם היינו רק לכתחלה או אם עבר ומכר לא קנה, ויבוארו דברי הרמב"ם שדימה דין זה לגבית כתובה.

[יבמות פו.] איתמר המכנסת שום לבעלה, היא אומרת כלי אני נוטלת והוא אומר דמים אני נותן, הדין עם מי, רב יהודה אמר הדין עמה ורבי אמי אמר הדין עמו וכו'. תניא כותיה דרב יהודה המכנסת שום לבעלה אם רצה הבעל למכור לא ימכור וכו', יעו"ש, ולא נתבאר בגמרא אם הך לא ימכור הוא רק לכתחלה או אם גם בדיעבד אם עבר ומכר לא קנה.

אכן עיין ברמב"ם פ"ל מכירה הל"ה וז"ל: בעל שמכר מטלטלין של נכסי צאן ברזל או מטלטלין שנתנה לו משלו, אע"פ שאינו רשאי, אם עבר ומכר או נתן, קנו הלקוחות ואין האשה יכולה להוציא מידם, וכן יש לו לבעל למכור כל נכסיו אף על פי שהן תחת יד שעבוד הכתובה,

אכן עיין ברמב"ם פיי"ז אישות הל"א וז"ל: מי שהיה נשוי נשים רבות ומת, כל שנשאת בתחלה קודמת ליטול כתובתה, ואין אחת מהן נוטלת אלא בשבועה וכו', וכן אם היה עליו שטר חוב, אם היה החוב קודם גובה בעל חוב תחלה, ואם הכתובה קודמת גובה האשה בתחלה והשאר לבעל חוב עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו די ש בזה שני חידושים, חדא שכל שנשאת תחלה קודמת ליטול כתובתה, ושנית שהן צריכות לישיבע, דהא כשהוסיף הרמב"ם מן הסברא וכן בבעל חוב וכתובה, לא הזכיר אלא דין הקדימה ולא דין השבועה, ומבואר דהא מלתא גופא יש בה חידוש, ויש לעיין בזה דהרי קדימה בגביה הלכה מרווחת היא, וכבר הזכירה הרמב"ם בפ"כ מלוה ולוה הל"א, וכתב שם המגיד משנה דזה פשוט בכמה סוגיות יעו"ש, ואם כן למה צריכים חידוש נוסף במי שהיה נשוי נשים רבות ובבעל חוב וכתובת אשה.

ונראה דהחידוש הוא, דלכאורה הוה מצי למימר דקדימת האשה בכתובתה אינה מתחלת מזמן כתיבת הכתובה אלא מזמן הגירושיין או המיתה, ואע"ג דנשתעבדו לה נכסי הבעל לכתובתה מזמן הכתיבה, מכל מקום כיון דאין לה תורת גביה בפועל עד שתתגרש או תתאלמן, אם כן אין לה מזמן הכתיבה אלא השעבוד, אבל לא קדימה לגבי בעלי חובות אחרים, ואע"ג דבעל חוב יש לו קדימה משעת זמן כתיבת השטר, כדאמרינן לקמן (דף צד.) שני שטרות היוצאים ביום אחד וכו', יעו"ש, והרי גם בעל חוב אינו יכול לגבות עד שיגיע זמן הפרעון, ולמה אזלינן בטר זמן השטר ולא בטר זמן הפרעון, שאני התם שיש לו תורת גביה מיד כשלוה לו המעות וכתב עליהם שטר חובו, ואלא שנתן לו זמן וריוח ליפרע קודם שבא לתבוע ולגבות, אבל באשה מי יימר שהכתובה תבא לידי גביה כלל, דלמא היא תמות תחלה, ואם כן כל תורת גביה לא באה אלא כשתתגרש או תתאלמן, וסלקא דעתין דאין לה קדימה כלפי אלו שהיו להם תורת גביה מקודם, ואם כן במי שהיה נשוי נשים רבות ומת הרי כולן באו לידי גביה כאחת ואין להן קדימה זו על זו, וכן בבעל חוב וכתובת אשה קדמה תורת גביה דידיה

אולם אילו היתה התקנה דאם עבר ומכר לא קנה, אין לחלק בין כלי האשה לכתובה, שהרי תיקנו חכמים דזכויות האשה אלימי לעכב המכירה, ואדרבה אם זכות האשה בכלים שלקח בעלה בשבילה מעכבת מכירה, ואע"ג דאינם קנוים לה, כל שכן ששעבוד גמור שיש לה בקרקעותיו מעכב המכירה, אבל אם לא תיקנו אלא שאסור למכור לכתחלה שפיר יש לחלק ולומר דלא אסרו אלא במקום שאם תבא לטרוף מן הלקוחות אינה טורפת, כמש"נ, ולכן הביא הרמב"ם גם כאן דהבעל יכול למכור נכסיו שהם תחת יד שעבוד הכתובה, וכונתו להוכיח מהלכה מרווחת זו דאין זכות האשה מעכבת המכירה, וכמש"נ.

ובשיטת הרשב"א דפליג על הרמב"ם וס"ל דאם עבר ומכר לא קנה, ואע"ג דהא פשיטא דבעל יכול למכור קרקע משועבדת, צריך לומר דס"ל דגם לענין הפקעת הקניין יש לחלק בין זכות לשעבוד גמור, וכיון דאם מכר לא תוכל לטרוף הפקיעו חכמים כל הקניין, אבל בשעבוד גמור שתוכל לטרוף לא הפקיעו קנינו.

פרק כו

בו יבוארו דברי הרמב"ם דמי שהיה עליו שטר חוב וכתובת אשה אם היה החוב קודם בעל חוב גובה תחלה ואם הכתובה קודמת אשה גובה תחלה.

[כתובות צג:] מתניתין מי שהיה נשוי ארבע נשים ומת, הראשונה קודמת לשניה, ושניה לשלישית ושלישית לרביעית, וראשונה נשבעת לשניה, ושניה לשלישית ושלישית לרביעית, והרביעית נפרעת שלא בשבועה, בן ננס אומר וכי מפני שהיא אחרונה נשכרת, אף היא לא תפרע אלא בשבועה יעו"ש. ולפום ריהטא החידוש דמתניתין הוא דין בשבועות, דהא פשיטא דראשונה קודמת לשניה וכן שניה לשלישית, דהא קדמו, אלא הא קא משמע לן דהאחרונות בגביה משביעות הקודמות להן, והא נמי קא משמע לן די ש פלוגתא דתנאי אם גם הרביעית נשבעת אע"פ שאין מי שתובעת שבועה ממנה, ומטעמא דמתבאר בגמרא.

מאוחר וכו'. דכולי עלמא מה שגבה לא גבה, ושבועה דבן ננס טעמא מאי דחיישינן שמא תכסיף הרביעית הזאת את השדה שהיא גובה, דכי חזיא דלא משבעינן לה ידעא דהדרא שלישית עילוה כשיטלו מה שבידה, ולא חיישא הך רביעית לאשבוחי לארעא אלא שמטה ואכלה וכו' עכ"ל יעו"ש.

והקשו עליו התוס' בד"ה שנמצאת וז"ל: פירש הקונטרס שנודע כבר שהיא גזולה וכו' והואיל וכן הקודמת לה למה אינה לוקחת אותה שדה דבכירור שלו, ואין סברא לומר שנמצאת אחת מהן שדה שאינה שלו ואינו ידוע איזו וכו' עכ"ל יעו"ש. ובאמת מדויק מלשון רש"י דרק אחת מן הראשונות טוענת כנגד הרביעית, שכתב באה זו ועומדת, כנ"ל, ולפיכך מה תרויח בעמדה בשדה גזולה, והלא כשיבא נגזל תצטרך להחזיר השדה עם פירותיה, כדאיתא בבא מציעא (דף טו:) יעו"ש, ולמה אינה תובעת שיתנו לה מיד את השדה הרביעית, אולם אילו היינו מוקמינן לה שאינו ידוע איזו שדה היא הגזולה, שפיר מובן למה אינה יכולה להחזיר השדה המוטלת בספק וליקח השדה שהיתה שלו בכירור, דבודאי אם היה נולד הספק קודם הגביה היה בדין שתקח השדה הברורה, אכן מאחר שגבתה הרי איכא בפנינו ספק גביה ואינה יכולה לעכב על הרביעית שגביתה ודאית, אבל אין זה משמעות דברי רש"י.

ונראה לבאר דברי רש"י דמיירי כאן שכבר עבר זמן רב ועדיין לא בא הנגזל לתבוע החזרת שדהו, ולכן יש להסתפק אולי נתיאש ממנה, ולקח אותה הבעל מן ההפקר, ונמצא שגביתה היתה גביה מעליא, וכיון שכן אינה יכולה להחזיר השדה ולתבוע השדה הברורה, שהרי דין גביתה בשדה הרביעית אינו אלא מספק, ואינה יכולה לעכב על בעלת כתובה הרביעית מליטול השדה הברורה, שהרי גביתה לגבי שדה הרביעית ודאית, וכמ"ש, וכל מה שיכולה לעשות הוא להטיל שבועה עליה אולי לא תשבע ותניח השדה בידי התומים ותוכל הראשונה לגבותה אם יבא הנגזל, אבל אם הרביעית נשבעה הרי היא נוטלת את השדה ואין הראשונה יכולה לעכב עליה.

לדידה, קא משמע לן דגם בכתובה יש לה קדימה מזמן כתובתה שאז נשתעבדו לה הנכסים.

ועיין שם בדברי הרמב"ם דהא דגם האחרונה אינה נוטלת אלא בשבועה היינו משום שפסק כבן ננס, וכפי מה שפירש אביי דבריו דס"ל כאביי קשישא דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה קאי על יתומים גדולים וכל שכן על קטנים, כדאיתא בגמרא, שהרי הרמב"ם פט"ו אישות הל"ד הביא דין אשה הגובה מן היתומים שנשבעת ולא חילק בין יתומים גדולים ליתומים קטנים, והיינו כאביי קשישא.

פרק כז

בו יבואר הא דבארבע נשים שבאו לגבות כתובתם ונמצא ששדה שגבתה הראשונה היתה גזולה ביד הבעל אינה יכולה להחזיר השדה ולגבות שדה אחרת שהיתה שלו בכירור.

[כתובות צג:] מתניתין מי שהיה נשוי ארבע נשים ומת הראשונה קודמת לשניה וכו', וראשונה נשבעת לשניה וכו', והרביעית נפרעת בלא שבועה, בן ננס אומר וכי מפני שהיא אחרונה נשכרת, אף היא לא תפרע אלא בשבועה. ובגמרא, במאי קמיפלגי, אמר שמואל כגון שנמצאת אחת מהן שדה שאינה שלו, ובבעל חוב מאוחר שקדם וגבה קמיפלגי, תנא קמא סבר מה שגבה לא גבה, ובן ננס סבר מה שגבה גבה, רב נחמן אמר רבה בר אבוה דכולי עלמא מה שגבה לא גבה, והכא בחיישינן שמא תכסיף קמיפלגי וכו' יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: כגון שנמצאת אחת, מן השלש שדות שגבו שלש נשים ראשונות. שדה שאינה שלו, שנודע שגזולה וסוף שיבואו בעלים ויטלוה ממנה, וכשבאה רביעית לגבות כתובתה משדה רביעית באה זו ועומדת לאמר למחר יבא הנגזל ויטול שדהו מידי ונמצאתי קרחת, רצוני שתשבעי שלא גבית כתובתיך בחיי הבעל וכו'. תנא קמא סבר מה שגבה לא גבה, הלכך למה תשבע, אם יבא הנגזל ויטרוף מזו, תחזור היא על הרביעית ותטול ממנה מה שגבתה, דהויה לה רביעית בעל חוב

לגבות כתובתה משדה רביעית באה זו ועומדת לאמר למחר יבא הנגזל ויטול שדהו מידי ונמצאתי קרחת, רצוני שתשבעי שלא גבית כתובתיך בחיי הבעל וכו'. תנא קמא סבר מה שגבה לא גבה, הלכך למה תשבע, אם יבא הנגזל ויטרוף מזו, תחזור היא על הרביעית ותטול ממנה מה שגבתה, דהויה לה רביעית בעל חוב מאוחר וכו'. דכולי עלמא מה שגבה לא גבה, ושבועה דבן ננס טעמא מאי, דחיישינן שמא תכסיף הרביעית הזאת את השדה שהיא גובה, דכי חזיא דלא משבעינן לה ידעא דהדרא שלישיית עילוה כשיטלו מה שבידה, ולא חיישא הך רביעית לאשבוחי לארעא אלא שמטה ואכלה וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי רש"י דלמאן דסבר חיישינן שמא תכסיף בעצם אין הרביעית מחויבת שבועה, שהרי לפי הך תירוץ קיימא לן דנפרעינן מיתומים גדולים בלא שבועה, כמו שכתב רש"י במתניתין, וגם לגבי הנשים האחרות אינה צריכה לישבע, שהרי אפילו תגבה יחזור ויגבה ממנה, ואם כן ליכא דין שבועה בגביתה, ומכל מקום חייבו אותה חכמים שבועה אליבא דבן ננס משום חששא דשמא תכסיף, שהיא תבין שמה שאין משביעים אותה הוא מפני שהשלישית תחזור לגבות ממנה כשיבא הנגזל, והיא צודקת בכך, ולפיכך לא תרצה להשביח הקרקע אלא תשמוט ותאכל והקרקע תכסיף, ולפיכך משביעים אותה כדי שתחשוב שהקרקע תשאר בידה ותשביח אותה, אע"פ שבאמת אינו כן, אלא תשאר בידה, ודבר פלא הוא שנשביע אותה בנקיטת חפץ שבועה שאינה צריכה, והכל כדי שתשביח הקרקע שעתידה לחזור להשלישית ולא תשמוט ותאכל.

ונראה דהנהא דס"ל להך אוקימתא דאשה הגובה כתובתה מן יתומים גדולים אינה צריכה לישבע, לאו היינו משום דביתומים גדולים ליכא למיחש שמא צורי אתפסה או כבר פרע לה חלק מכתובתה, דמאי שנא קטנים או גדולים לענין חשש זה, אלא טעמא יש לומר כמו שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף קע"ד) לענין הא דאמר רב הונא בריה דרב יהושע דאין נפרעינן מיתומים קטנים דחיישינן דלמא צורי אתפסיה,

והנה בהא דמשביעין הרביעית משום חשש שמא תכסיף, כתב רש"י דהואיל ויודעת שהראשונה סופה להוציא השדה מידה לא חיישא לאשבוחי ארעא אלא שמטה ואכלה, כנ"ל, ומבואר מדבריו שכשהראשונה מוציאה מיד הרביעית מדין בעל חוב מאוחר שגבה מה שגבה לא גבה אין הרביעית צריכה לשלם בשביל הפירות שאכלה, ומשום הכי שמטה ואכלה כל זמן שהשדה בידה, ולא אמרינן שגביתה היתה בטעות הואיל וגבתה לפני בעלת חוב מוקדם, דאילו כן היתה צריכה להחזיר הפירות ומה תועיל לה מה ששמטה ואכלה, אלא הדבר מבואר עפימ"ש"נ ב"ש"ז פ"ז דבעל חוב מוקדם ובעל חוב מאוחר בעצם שוים בשעבודם ורק שנתנו חכמים קדימה בהגביה בפועל להמוקדם, ולכן אהני לה גביתה של הרביעית, דהרי הוי גביה מעליא, ורק דמוציאים מידה כשהראשונה באה לגבות, וכל זמן שלא גבתה ממנה הראשונה הרי הרביעית אוכלת פירות כדין, וכשנטרפה השדה ממנה אינה צריכה לשלם.

פרק כח

בו יבואר הא דהטי"ו שבועה על אשה אחרונה שבאה לגבות כתובתה מנכסיה הבעל במקום שאחת מן הקרקעות שגבו בעלות כתובות הראשונות נמצאת שאינה שלו.

[כתובות צג:] מתניתין מי שהיה נשוי ארבע נשים ומת, הראשונה קודמת לשניה וכו', וראשונה נשבעת לשניה וכו', והרביעית נפרעת בלא שבועה, בן ננס אומר וכי מפני שהיא אחרונה נשכרת, אף היא לא תפרע אלא בשבועה. ובגמרא, במאי קמיפלגי, אמר שמואל כגון שנמצאת אחת מהן שדה שאינה שלו, ובבעל חוב מאוחר שקדם וגבה קמיפלגי, תנא קמא סבר מה שגבה לא גבה, ובן ננס סבר מה שגבה גבה. רב נחמן אמר רבה בר אבוה דכולי עלמא מה שגבה לא גבה, והכא בחיישינן שמא תכסיף קמיפלגי וכו' יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: כגון שנמצאת אחת, מן השלש שדות שגבו שלש נשים ראשונות. שדה שאינה שלו, שנודע שגזלה וסוף שיבואו בעלים ויטלוה ממנה, וכשבאה רביעית

פליגי, כלומר במאי תלוי עיקר טעמא שמחמת אותו טעם משביעה בן ננס לעולם כגון שנמצאת וכו' ומשום הכי נשבעת אפילו לא נמצאת עכ"ל יעו"ש.

ואחר כן מתחיל דיבור חדש וז"ל: והכא בחיישינן שמא תכסיף קמיפלגי, לפי שיראה שמא תמצא אחת מהן שדה שאינו שלו ויחזרו עליה ואינה חוששת להשביח השדה ומפסידתו, ואומר ר"ת דמשביעין אותה כדי שתפרוש אם התפיסה צררי, ואם תאמר אם כן נשביע כל בעל חוב דניחוש שמא יכסיף וכו' עכ"ל יעו"ש.

והנה מה שפירש דלבן ננס הרביעית נשבעת משום חשש שמא תמצא אחת מהן שדה שאינה שלו, אין הכונה בזה שיש איזו ריעותא בשדות שגבו הנשים הקודמות המעוררת חשש זה, דאם כן מה הקשו בסמוך ואם תאמר אם כן נשביע כל בעל חוב וכו', ומהי הקושיא, הלא רק הכא משביעים הרביעית, אי משום מה שגבה גבה אי משום שמא תכסיף, דהרי איכא דבר המעורר החשש שמא תמצא אינו שלו, אבל בעלמא למה ניחוש, אלא צריך לומר דאין כאן שום דבר המעורר החשש, אלא חששא בעלמא היא דמי יודע אם אחת מהשדות גזולה ושמא תכסיף וכו', ולכן הקשו דאם כן בכל מקום ניחוש לכך.

אכן יש לדקדק דלמה לא חיישינן אלא באשה רביעית, ניחוש לכך בכל אשה הגובה כתובתה מנכסי יתומים דלמא השדה אינה שלו ותצטרך להחזירה ולא תשביח את השדה ונמצאת חוזרת לבעלה מוכספת, ומאי שנא דבנשוי נשים מרובות חיישינן שמא תכסיף מפני שחוששת אולי יטול נגזל אחת משדות שגבו האחרות ויחזרו עליה ליטול מה שגבתה, כמו שכתבו התוס', כנ"ל, ולמה לא חיישא שיבא הנגזל ויטול השדה שהיא עצמה גבתה.

ויש לומר דהיינו טעמא משום דלגבי הנגזל נחשבת כיוורד שלא ברשות, ואע"פ שהנגזל נוטל שדהו, אם הושבחה הרי הוא משלם היציאות, כמו שכתבו התוס' בכבא מציעא (דף י"ד:) בד"ה ויש לו שבח, יעו"ש, ולכן אינה חוששת ולא תכסיף את השדה שגבתה,

וכתב הרשב"ם דמיתומים גדולים נפרעין דידיעו לטעון ולחזור אחר דינם יעו"ש, והכא נמי לענין שבועה הבא ליפרע מנכסי יתומים גדולים אינו צריך לישבע, דידיעי לטעון ולחזור אחר דינם ולחפש ולמצוא אם באמת צררי אתפסה, ולפי זה באמת שייכת עצם שבועה שלא אתפסה צררי גם בבא לגבות מיתומים גדולים, אלא דלא החמירו עליו חכמים לישבע הואיל וידעי יתומים גדולים לטעון ולחזור אחר דינם.

ולפי זה יש לומר דאע"ג דבעלמא לא חייבו חכמים שבועה בבא לגבות מיתומים גדולים, מכל מקום בהך רביעית חייבו אותה לישבע, לא מפני שתובעת שבועה אותה שיש בידה השדה הגזולה, אלא מפני שהיא גובה מן היתומים, ולא הקילו עליה חכמים לגבות בלא שבועה כשאר כל הבאים לגבות מיתומים גדולים הואיל וחיישינן שמא תכסיף, שהרי קרקע זו ידעינן שלבסוף תחזור לאשה הקודמת לה, כמו שכתב רש"י כנ"ל, והרי זו השתא כפקדון בידה, וחיישינן שמא תשמוט ותאכל, ומשום האי חששא מחייבים אותה לישבע אותה שבועה שהיתה צריכה לישבע מעיקר הדין, אי לא דאקילו חכמים ביתומים גדולים דידיעי לטעון ולחזור אחר דינם, ובדידה לא הקילו.

פרק כט

בו יבואר הא דמשביעין בעלת כתובה רביעית אולי תכסיף השדה מפני שחוששת שאחת מן השדות שגבו הראשונות תמצא גזולה אבל בכל אשה אין לחוש שתכסיף משום חשש זה.

[כתובות צד.] התוס' בד"ה שנמצאת אחת מהן שדה שאינו שלו נחלקו על מה שכתב רש"י דמיירי שכבר נודע שהשדה גזולה ושבסוף יבא הנגזל לקחת שדהו, דאם כן אותה אשה שהגיע לה השדה הגזולה למה תשביע את הרביעית, ולמה אינה לוקחת את השדה שבכירור אינה גזולה, שהרי היא קודמת להרביעית, ולכן פירשו באופן אחר וז"ל: על כן נראה כפירוש ר"ח דאפילו לא נמצאת פליגי, דקאמר בן ננס שנשבעת הרביעית משום חשש שמא תמצא אחת מהן שדה שאינו שלו ולא יוכלו אחרי כן לחזור עליה דמה שגבתה גבתה, והכי קאמר במאי

דרב נחמן סבר שומא הדרא, לא הוי אלא דמיון בעלמא, דאי לאו דס"ל דשומא הדרא בקרקע הנגבית לא היה מהדר כפי למרייהו. אולם עדיין יש לעיין מאיזה טעם אהדריה רב נחמן לכיפי בעל כרחיה דבעל האפדנא שלא רצה בהחזרתם ולא רצה בהחזרת קרקע ידידה, והיאך יהא דין זה מיוסד על הא דשומא הדרא.

והריטב"א כתב ליישב קושית הרמב"ן וז"ל: והכי פירושו למימרא דסבר רב נחמן דשומא הדרא, דכיון דחפצים נינהו ולא מעות, כל אחד היה חפץ בשלו ביותר וכל אחד מוכרח בחלופיו, וכי היכי דנפקד היה מוכרח בנתינת האפדנא, דאילו היו הכיפי בידו היה רוצה יותר האפדנא ידידה טפי מן הכיפי, הכא נמי בעל הכיפי היה מוכרח בלקחו האפדנא, דיותר היה רוצה בכיפי ידידה, ואע"ג דהשתא אין בעל האפדנא רוצה עכשיו בהאי תקנתא דועשית הישר והטוב כיון דאייקיר כיפי, אפילו הכי אית לן למיעבד ועשית הישר והטוב לזה שאבד הכיפי שהיו שלו והיה רוצה יותר בכיפי שלו, כמו שאם היה רוצה בעל האפדנא שיחזירו לו מה שהיה לו לזה שלוקחו בתשלומין להחזירו לו וכו'. ועוד איכא למשמע מינה דאמרינן שומא הדרא לעולם אפילו במטלטלין, דהא כיפי מטלטלין נינהו וכו' עכ"ל יעו"ש. והיינו דבעצם איכא ועשית הישר והטוב לגבי תרווייהו, דכל אחד באמת רוצה בחפץ שלו, ואע"ג דהשתא אומר הנפקד שרוצה בכיפי משום שנתיקרו, הרי אין זה אלא כדי להרויח השבחה, ואם כן יש לנו לעשות הישר והטוב להמפקד שרוצה בהחזרת הכיפי שלו מחמת שהם עצמם חשובים אצלו ולא משום שנתיקרו, והרי זה ממש מדין שומא הדרא, דאמרינן שומא הדרא במטלטלין, ולא כהרמב"ן דהוי רק דמיון בעלמא, כנ"ל.

ונראה לישב דברי הרמב"ן עפישמ"ג בשט"ו פל"א דלמאן דאמר שומא הדרא עדיין נשאר על הקרקע שם גביה ותורת פרעון חוב, ולפי סברתו הוא הדין בעובדא דרב נחמן עדיין נשאר על האפדנא תורת פרעון בעד הכיפי, וס"ל לרב נחמן דמכל מקום חלוק בזה תשלומי הנפקד מגבית המלוה, דבמלוה הרי אמרינן מלוה להוצאה ניתנה, ואם הלוח יש לו מעות בידו אחר

דאפילו אם יבא נגזל ויטלה ממנה לא תפסיד על כל פנים את היציאות, אולם אם יבא נגזל ויטול אחת משדות שגבו הנשים הקודמות, ויחזור עליה ליטול מה שגבתה לא תוכל לגבות השבח או היציאות משום אדם, שהרי איגלאי מלתא דבטעות גבתה, ומה שגבתה לא גבתה, ולא שדה ידידה השביחה, ואי משום דין יורד, הרי בעלה כבר מת כשהשביחה את השדה ונשים הקודמות לא היו להם אלא שעבוד על השדה, וכל שאין לו קנין גמור אינו מחויב לשלם מדין יורד, ונמצא שהניחה מעותיה על קרן הצבי, כמו שכתבו התוס' בבבא קמא (דף לד.) בד"ה הב"ע כשפיטמו, יעו"ש, ועיימש"ג בש"ו פכו', ומשום הכי החשש שמא תכסיף לא הוי אלא משום שיראה שיחזרו לגבות ממנה, אבל מגבית הנגזל אינה יראה.

פרק ז

בו יבואר הא דמוכח דשומא הדרא מהא דאמרינן דאם אבד כיפי שנפקדו אצלו וגבו ממנו אפדנא ונמצאו הכיפי הדרי כיפי למרייהו והדרא אפדנא למרה.

וכבא מציעא ז"ה. ההוא גברא דאפקיד כיפי גבי חבריה אמר ליה הב לי כיפי, אמר ליה לא ידענא היכא אותבינהו וכו', אזל רב נחמן אגביה לאפדניה מיניה, לסוף אישתכח כיפי ואיקור, אמר רב נחמן הדרי כיפי למרייהו והדרא אפדנא למרה וכו', למימרא דסבר רב נחמן דשומא הדר, שאני התם דשומא בטעות הוה דקא הוה כיפי מעיקרא, יעו"ש.

וכתב הרמב"ן וז"ל: לימא קסבר רב נחמן שומא הדר, איכא דקשיא ליה אפילו אם תמצא לומר שומא הדרא, על כרחו מי הדרא, הא משום יפוי כחו של לוח הוא, ובזה יורע כח של נפקד דאיהו בעי דלא ליהדר אפדנא וליהוי כיפי דיליה דהא אייקור. ואיכא דמתרץ ליה דהכי קאמר, כיון דהכא אמר רב נחמן דהדרא כל שכן בעלמא, ומיהו ודאי אם תמצא לומר בעלמא הדרא אפשר דהכא לא הדרא וכו' עכ"ל יעו"ש. ולמד הרמב"ן דהחזרת הכיפי לא הוי מדין שומא הדרא, ועיין מה שכתב בסוף העמוד דלא אמרינן שומא הדרא במטלטלין, והא דמוכח בגמרא

ואית מאן דאמר שומא לא הדרא, אבל היכא דהמלוה מכר הקרקע או נתנה במתנה לכולי עלמא אין הלוח יכול להוציאה מן הלוקח או המקבל מתנה, הואיל ואדעתא דארעא נחית ולא אדעתא דזווי.

והנה הרמב"ן והרשב"א כתבו דאף למאן דאמר שומא הדרא אם קנו מידו ולא ליהדר לא הדרא, דאהני לזה הקנין, והביאו ראיה מדינא דבר מצרא, דגם התם מהני קנו מידו לפוטרו מדינא דבר מצרא, ויש לעיין בזה, דהנה לקמן בסוגיין איכא מאן דאמר דאגביה איהו לבעל חובו לא הדרה, והכי קיימא לך, והרי התם אינו צריך קנו מידו, והסכמתו להגבותו גרידא מהני, ואם כן הוא הדין היכא דבית דין גבו מיניה הקרקע למה צריך קנין לפוטרו למלוה מדין שומא הדרא, ולמה לא סגי בהא גופא שנתרצה לוותר על דין שומא הדרא, כמו באגביה לבעל חובו מדעתו, ואפילו אם לא קנה מידו.

ונראה בביאור סברת מאן דאמר שומא הדרא דמשום ועשית הישר והטוב תיקנו חכמים דאף לאחר גביה, שכבר נעשית הקרקע של הבעל חוב והוי שלו לגמרי ואוכל פירות, מכל מקום לעולם נשאר שם גביה על הקרקע, דהקרקע היא שלו תחת חובו, והוא דין בעצם הבעלות, דהך בעלות עומדת תחת חובו, והתקנה היתה דלעולם נשאר שם גביה על הקרקע, ואע"ג דהוי שלו לגמרי כאלו קנה אותה, מכל מקום נשאר שם גביה על הבעלות, ומדין ועשית הישר והטוב מוטל על המלוה לקבל פרעון מן הלוח ולהחזיר הקרקע שגבה ממנו תחת חובו, אולם אע"ג דנשאר שם גביה על הקרקע אין הלוח יכול להוציאה משום הא גרידא, דהא בדין אתא ליד המלוה, אלא דמדין ועשית הישר והטוב מוטל על המלוה לקבל פרעון מן הלוח אפילו אחר הגביה, וממילא תוחזר הקרקע ללוח, ועיין בחו"מ סי' ק"ג סעי' ח' שפסק דלשומא הדרא אינו צריך לחזור ולהקנות הקרקע להלוח אלא כיון דפורע החוב חזרה לו הקרקע ממילא, יעו"ש, ועיין בש"ך סק"י, והיינו משום דנשאר שם גביה על הקרקע, וכמש"ל, ומשום הכי אין הלוח יכול להוציא הקרקע מיד הלוקח, דאין הכי

שכבר נעשית הגביה אין הגביה מתבטלת ממילא, ואע"ג דאיכא שם גביה על הקרקע, עדיין מחוסר נתינה ופרעון, ואם הלוח אינו רוצה בהחזרת קרקעו ואינו רוצה לפרוע החוב אין להכריחו בכך, ואין בזה שום צד של ועשית הישר והטוב, מה שאין כן בכיפי דכיון דהקנין בהאפדנא לאחר תקנת חכמים דשומא הדרא לעולם נשאר עליו תורת פרעון בעד הכיפי, אם כן השתא דאשתכח כיפי שוב לא שייך בכלל ענין פרעון עליהם, וממילא פקע קנין האפדנא, וחוזרת להנפקד ממילא, והוי כמו שומא בטעות מכאן ולהבא, וכל זה הוא למאן דאמר שומא הדרא, אבל למאן דאמר לא הדרא, אם כן אין על הקרקע תורת פרעון, והוי קנין גרידא, ואין מציאת הכיפי מעלה או מוריד.

והיינו מאי דקאמר הרמב"ן דכיון דהדרי כיפי כל שכן דבכל מקום אמרינן שומא הדרא, דאם נשאר תורת הכיפי על הקרקע, היינו לא תורת תשלומי החוב של הנפקד אלא תורת החפץ עצמו, כל שכן שנשאר על הקרקע תורת פרעון חוב הלוח שבעלות הקרקע היא תחת הממון שהיה חייב לו, וממילא אמרינן שומא הדרא, ודחה הגמרא ראייה זו דשאני כיפי דהוי שומא בטעות, והרי זה כמי שמעולם לא נגבו, אבל שפיר איכא למימר דבגביה מעליא לא נשאר שם גביה על הקרקע.

פרק לא

בו יובאו דברי הרמב"ן והרשב"א דקנה מידו דלא ליהדר שומא לא הדרא, וכמו דמהני קנין לפוטרו מדינא דבר מצרא, ויבואר למה לא סגי בויתור כמו באגביה איהו בחובו.

נכא מצינא לה. למימרא דסבר רב נחמן דשומא הדר, שאני התם דשומא בטעות הוה דקא הוה כיפי מעיקרא וכו', אמרי נהרדעי שומא הדרא עד תריסר ירחי שתא, ואמר אמימר אנא מנהרדעא וסבירא לי שומא הדרא לעולם, והלכתא שומא הדר לעולם משום שנאמר ועשית הישר והטוב וכו'. זבנה אורתה ויהבה במתנה, ודאי הני מעיקרא אדעתא דארעא נחות ולא אדעתא דזווי נחות וכו' יעו"ש, ומבואר דיש בזה פלוגתא בגמרא, אית מאן דאמר שומא הדרא

לפוטרו להדיא מדין ועשית הישר והטוב, דאע"ג דבעצם היה שייך כאן ועשית הישר והטוב, מכל מקום הוא רוצה לפוטרו, ודומה ממש לדינא דבר מצרא דמהני קנו מידו לפוטרו מדין ועשית הישר והטוב, אבל באגביה איהו בחובו הרי הוא כמכר גמור, כמש"נ, ובכלל לא שייך שם ועשית הישר והטוב, ולכן אינו צריך לקנות מידו, וכמש"נ.

פרק לב

בו יבואר סברת נהרדעי דשומא הדרא עד תריסר ירחי שתא, ויבואר למה בעל חוב אוכל פירות מכו מטא אדרכתא לדידיה או שלמו ימי אכרותא, ואע"ג דאינו קונה עד הירידה.

[בבא מציעא לה.] אמרי נהרדעי שומא הדרא עד תריסר ירחי שתא, אמר אממר אנא מנהרדעא וסבירא לי שומא הדרא לעולם, והלכתא שומא הדרא לעולם משום שנאמר ועשית הישר והטוב יעו"ש, ומבואר דטעמא דמאן דאמר שומא הדרא לעולם משום שנאמר ועשית הישר והטוב.

אכן לא נתבאר בגמרא טעמא דנהרדעי דשומא הדרא עד תריסר ירחי שתא, ולא משמע כלל דגם לנהרדעי טעמא משום ועשית הישר והטוב, שהרי רק לאחר שפסק הלכתא שומא הדרא לעולם הוסיף טעמא דועשית הישר והטוב, ואם לכולי עלמא טעמא משום ועשית הישר והטוב, ולא נחלקו אלא בשיעור הזמן לכך, אם כן לא היה להגמרא אלא לקבוע הלכתא או כמאן או כמאן ולא להזכיר טעם המוסכם לשניהם, אלא מוכח דמשום טעמא דועשית הישר והטוב הכריע הגמרא דהלכתא שומא הדרא לעולם, ולפי זה יש לעיין מאי טעמא דנהרדעי דשומא הדרא עד תריסר ירחי שתא.

והנה מסיק לקמן בשלהי הסוגיא (דף לה:), ומאימת אכיל פירי, רבה אמר מכו מטיא אדרכתא לדידיה, אביי אמר עדיו בחתומין זכין לו, רבא אמר מכו שלמו ימי אכרותא, יעו"ש. ועיין ברמב"ם פכ"ב מלוה ולוה הל"ז-הלי"ב שביאר סדר הגביה וז"ל: ואחר שכותבין אדרכתא זו הולך המלוה ומחפש, אם

נמי דאיכא שם גביה על הקרקע אפילו כשהיא ביד הלוקח, מכל מקום כיון דאדעתא דארעא נחית לא שייך ביה ועשית הישר והטוב, ואין הלוקח מחויב להחזירה להלוה, ועיימש"נ בזה בשיטת הרמב"ם בשט"ו פל"ג.

ובסברת מאן דאמר שומא לא הדרא יש לומר דס"ל דליכא דין ועשית הישר והטוב לענין החזרת קרקע הנגבית בדין, אי נמי יש לומר דס"ל דליכא שם גביה על הקרקע, ומכיון שנגבית הרי היא שלו, ואין בעלות זו משונה משאר בעלות, וממילא לא שייך בזה ועשית הישר והטוב, דאין זה מדת יושר שהמלוה יתן לו קרקע שהיא שלו לגמרי ואין להלוה שום שייכות בה. וכן מדויק ברש"י ד"ה דהא הוו כיפי וז"ל: אבל שומא שבית דין שמין על שאין לו מעות והוא חייב לו הרי הוא כמכר גמור ואינה חוזרת עכ"ל יעו"ש, והיינו דאין שם גביה על הקרקע, ולא שייך ועשית הישר והטוב. אבל מאן דאמר שומא הדרא ס"ל דבעלות דידיה היא תחת החוב, ואם כן מדין ועשית הישר והטוב מוטל עליו לקבל דמים מן הלוה ולהחזיר לו הקרקע.

ולפי זה יבוארו דברי הרמב"ן והרשב"א, דהא דאמרינן בגמרא לקמן דלחד מאן דאמר אם אגביה איהו בחובו לא הדרא, כנ"ל, היינו משום דלא חלה שם גביה על הקרקע אלא כשבית דין גבו אותה ממנו, ואז מוטל על המלוה להחזירה מדין ועשית הישר והטוב, אבל היכא דהלוה עצמו מסרה להמלוה לפרעון החוב מדעתו הרי זה נחשב כנתינה גמורה, ונעשה כמכר גמור ביד המלוה, וכן מדויק מלשון הגמרא דהאי זביני מעליא הוא, ושוב לא שייך ביה דין ועשית הישר והטוב, דהרי אין להלוה עוד שום שייכות בהקרקע, וכמש"נ, אבל הרמב"ן והרשב"א מיירי כגון שנגבה בבית דין, ונמצא דכבר חלה בעלותו באופן זה שיש על הקרקע שם גביה, והשתא כשבא לפוטרו אחר כך מדין שומא הדרא שוב אינו יכול לשנות שם הבעלות בדיבור בעלמא, ומשום הכי בעינן שיקנו מידו, ואפשר לומר דהיינו לסלק שם גביה מבעלות של המלוה, אכן מסתברא יותר דלא מהני קנין לזה, אלא הקנין בא

קונה לו השדה, ועיימש"נ בשי"א פ"ג, וכן מדויק בלשון המחבר הנ"ל דאינו צריך אלא החלטת בית דין ולא חזקה, והחלטה היינו גמר הגביה, אך כמה שלבים יש בגביה, אדרכתא, טירפא, הכרזה והורדה, ובכל שלב ושלב נגבה החוב יותר ויותר עד שנגבה לגמרי ונעשה שלו, וס"ל לרבה דכי מטא אדרכתא לידו אוכל פירות, ואע"ג דעדיין לא נתברר מקום גביתו בתוך כל הנכסים, מכל מקום כבר הותחלה גוביינא בהנכסים בכללם, ותיקנו חכמים לבעל חוב שמאותה שעה אוכל פירות מה שהיתה ראויה שדה שיעור חובו להוציא לאחר דמטא אדרכתא לידו דבעל חוב, ורבא פליג וס"ל דלא תיקנו לו חכמים לאכול פירות עד שיעברו עוד שני שלבים דטירפא והכרזה, והרי הגביה קרובה ליגמר, ואוכל פירות מששלמו ימי ההכרזה, ואע"ג דלא קנה קנין גמור עד שוירידוהו בית דין.

ומשום הכי כותבים בשטר ההורדה שיכול להשתמש בה כדרך שמשמש אדם בקנינו, דהיה אפשר לומר דאפילו אחר הורדה אינו קונה קנין גמור, ולא בא לו על ידי ההורדה אלא גביה מעולה יותר, וזוכה בהשדה זכויות נוספות על אכילת פירות, אבל לא קנין גמור, לכן כותבים שיכול להשתמש כאדם בקנינו, דהרי הגביה נגמרה וקנה בה קנין גמור.

ועל פי זה נראה לבאר סברת נהרדעי דשומא הדרא עד תריסר ירחי שתא, דנהרדעי ס"ל דבאמת לא נגמרה הגביה על ידי ההורדה, ואין השדה נחשבת כגבויה לגמרי עד תריסר ירחי שתא, ומכל מקום משתמש בה המלוה כדרך שמשמש אדם בקנינו, וכל זה הוא מזכויותו באמצע הגביה, דמכי שלמו ימי ההכרזה אוכל פירות, ומכי הורידוהו משתמש בכל התשמישים, אבל הגביה לא נגמרה עד שיעברו תריסר ירחי, וכל זמן שלא נגמרה הגביה יכול הלוה לסלקן לבעל חוב בזווי, והיינו דינא דשומא הדרא עד תריסר ירחי שתא אליבא דנהרדעי, אולם למאן דאמר שומא הדרא לעולם לא מסתבר לומר דאין הגביה נגמרת לעולם, אלא תיקנו חכמים משום ועשית הישר והטוב דלעולם נשאר שם גביה על הקרקע, שהקרקע שלו תחת חובו, ועיימש"נ בשט"ו פל"א.

מצא לו נכסים בני חורין שמין לו מהן, מצא לו נכסים משועבדים וכו', וכותבין לו שטר הטירפא וכו', ואחר שכותבין הטירפא לטרוף מורידין שלשה בקיאיין לאותה שדה ושמין לו ממנה כשיעור חובו וכו', ומכריזין עליה שלשים יום וכו', ואחר כך משביעין את הלוה שאין לו כלום וכו', ומשביעין את הטרוף בנקיטת חפץ וכו', ואחר כך מורידין אותו לנכסי הלוקח בשומא שלו וכותבין הורדה, וכיצד כותבין וכו', ואת בעל חוב הורדנוהו לשדה פלונית להיות משתמש בה כדרך שמשמש אדם בקנינו, ומאימתי אוכל הטרוף פירות שדה זו, משיפסקו ימי הכרזה עכ"ל יעו"ש כל האורך.

ומבואר מדברי הרמב"ם דכשכותבים אדרכתא לבעל חוב עדיין לא נתברר איזה קרקע יגיע לבעל חוב, וכותבין אדרכתא על כל נכסי הלוה, בני חורין ומשועבדים, ועל המלוה לחפש לו מקום גביה, ואם כן היאך קאמר רבה דבעל חוב אוכל פירות מכי מטא אדרכתא לידיה, וכי דין זה תלוי בכרירה, דכשמברר קרקע לגבות ממנה הוברר הדבר למפרע דקנה אותה על ידי האדרכתא. וכן יש להקשות לרבא דאמר בעל חוב אוכל פירות מכי שלמו ימי אכרזתא, והלא עדיין מחוסר הורדה לקרקע, וקודם שירד לא קנה, ועיין במחבר חו"מ סי' ק"ג סעי' ו' דכל זמן שלא החליטו בית דין הקרקע למלוה אי אייקר או זילי ברשותא דלוה קאי יעו"ש, ואם כן למה אוכל פירות כששלמו ימי ההכרזה.

עוד יש לדקדק במה שכתב הרמב"ם דכותבין בשטר הורדה ואת בעל חוב הורדנוהו לשדה פלונית להיות משתמש בה כדרך שמשמש אדם בקנינו, כנ"ל, למה איצטריך ללשון זה שישתמש בה כדרך שאדם משתמש בקנינו, ולמה לא סגי לכתוב שהורידוהו לבעל חוב לשדה פלונית.

והנראה בזה דלגביית בעל חוב לא צריך מעשה קנין, ואחר שהורידוהו בית דין אינו צריך לעשות בה קנין חזקה, כגון נעל גדר ופרץ, אלא בהא גופא שהורידוהו בית דין קונה בעל חוב מיד, ויכול למכור השדה גם בלי לעשות בה קנין, דזה מה שגובהו במקום החוב

פרק לג

בו יבואר שיטת הרמב"ם דהיכא דאגביה בעל חוב ראשון לבעל חוב שני מדעתו אין הלואה מוציאו מידו מדין שומא הדרא, ולא אמרינן ליה לא עדיף את מגברא דאתית מיניה.

[כבא מצינא לה.] והלכתא שומא הדר דער לעולם משום שנאמר ועשית הישר והטוב, פשיטא שמו ליה לבעל חוב ואזל איהו ושמה לבעל חוב דידיה, אמרינן ליה לא עדיף את מגברא דאתית מיניה, זבנה אורתה ויהבה במתנה, ודאי הני מעיקרא אדעתא דארעא נחות ולא אדעתא דזווי נחות וכו' יעו"ש. והביאור בהך חילוק בין שמוהו לבעל חוב לבין יהבה במתנה הוא, דהדין דשומא הדרא הוא משום ועשית הישר והטוב, אם כן בעל חוב שעיקר רצונו הוא לקבל מעותיו, ונטל קרקע תחתיהם, אם כן הישר הוא להחזיר הקרקע להלוה היכא דנותן לו מעות, אבל לקוחות ויורשים שאין עיקר דעתם על המעות אלא על עצם הקרקע, אין הישר מכריחם לוותר על הקרקע בעד מעות.

עוד עיין לקמן בסוגיין, אגביה איהו בחובו, פליגי בה רב אחא ורבינא, חד אמר הדרה וחד אמר לא הדרה, מאן דאמר לא הדרה סבר, האי זביני מעליא הוא, דהא מדעתא דנפשיה אגביה, ומאן דאמר הדרא סבר, לא זביני מעליא הוא, והאי דאגביה מדעתיה ולא אתא לדינא מחמת כיסופא הוא דאגביה יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה אגביה איהו בחובו וז"ל: לעיל מיהדר גבי שומא, כלומר אם לא שמוהו בית דין למלוה על כרחו של לוה וקם ליה מעצמו ולא הטריחו לדין ואמר לו טול קרקע זה בחובך עכ"ל יעו"ש. הרי שלמד רש"י דמיירי בלוה ראשון שנתן הקרקע למלוה מדעתו, אבל על הא דאיתא בגמרא דאם הדר מלוה ושמה לבעל חוב דידיה דאמרינן דהדרא, התם לכולי עלמא אין נפקא מינה בין שמוהו בעל כרחך או אגביה איהו מדעתיה, והסברא היא משום דכיון דמלוה שני זה אדעתיה דזווי נחית אם כן אמרינן ליה לא עדיף את מגברא דאתית מיניה, כדאיתא בגמרא.

וכן איתא להדיא בשיטה מקובצת וז"ל: ואזל איהו ושמה לבעל חוב דידיה וכו', פירוש בבית דין, דאי מנפשיה אפשר דהכא נמי פליגי

רב אחא ורבינא כבההיא דלקמן דכולהו חד טעמא אית להו. ולעניות דעתי טובא איכא בינייהו, דההיא דלקמן מתחלה איהו שמה מדעתיה ולהכי איכא מאן דאמר לקמן דלא הדרא, אבל הכא דמעיקרא שמוהו בית דין לבעל חוב ראשון, אע"ג דאיהו שמה מדעתיה לבעל חוב שני, אפילו הכי איכא טעמא דלא עדיפת מגברא וכו', וכן נראה לומר מפירש"י לקמן גבי אגביה וכו' עכ"ל יעו"ש.

אמנם עיין ברמב"ם פכ"ב מלוה ולוה הלי"ז וז"ל: קרקע ששמו אותה לבעל חוב, ואחר כך שמוהו בית דין לבעל חוב של זה המלוה, הרי זו חוזרת, לא יהא כחו גדול מכח בעל חוב ראשון, מכרה בעל חוב או נתנה במתנה, או ששמה לבעל חוב מדעתו, או שמת והורישה אינה חוזרת עכ"ל יעו"ש. הרי שכתב הרמב"ם להדיא דפליגי רב אחא ורבינא היכא דאגביה בעל חוב ראשון לבעל חוב שני, ואם כן קשה לדידיה קושית השיטה מקובצת דכיון דגם שני אדעתא דזווי נחית לימא ליה לא עדיפת מגברא דאתית מיניה.

והנה באמת משמעות הגמרא היא כהרמב"ם, דבכל מקום שהגמרא מתחלת פשיטא וכו', כגון לעיל גבי אמר איני משלם וחזר ואמר הריני משלם (דף לז.), הגמרא מונה כל ההלכות שהם מוסכמות והדר ממשיך בבעיא, אכן לפירש"י אגביה איהו בחובו מהדר אלעיל גבי הלואה עצמו, ואין כאן המשך בהגמרא, דמתחילה אמר פשיטא כל אלו ההלכות שאם עשה המלוה עם הקרקע כך וכך הדין הוא כך וכך, ולבסוף אינו מסיק בשום בעיא או פלוגתא הנמשכת מפלוגתא זו, אלא מיבעי ליה במלתא אחריתא שאינה שייכת להפשיטא כלל, אבל להרמב"ם אזלא דרך הגמרא כדרכה, דמתחילה מונה כל ההלכות המוסכמות גבי בעל חוב ראשון, כגון אם נתנו במתנה או הורישו או שמו לבעל חוב או לכתובה, ולבסוף קאמר אבל אם אגביה לבעל חוב שני מדעתו בזה באנו למחלוקת רב אחא ורבינא, אמנם יקשה על הרמב"ם קושית השיטה מקובצת, כנ"ל.

ונראה בכיבור שיטת הרמב"ם דס"ל דאם הבעל חוב נתן הקרקע לאדם אחר,

לתבוע אותה מן השני, על ידי זכותו מן הראשון, וכמש"נ.

ויתיישב לפי זה שיטת הרמב"ם, דכל זה הוא אם שמה לבעל חוב דידיה בבית דין, דאז חלה על הקרקע שם גביה משום חוב השני, אבל אם אגביה איהו לבעל חוב דידיה מדעתיה, אז לא חל על הקרקע שם גביה לגבי השני על ידי זה, דליכא שם גביה על הקרקע אלא כשנגבית בבית דין, אבל אם פרע מדעתו ורצונו נסתלק החוב לגמרי בלי שום זכר, והרי זה זבינא מעליא, כמש"נ. אי נמי יש לומר דאפילו אם יש שם גביה על הקרקע היכא דאגביה ליה מדעתו ורצונו, מכל מקום ליכא חיוב להחזירה לו משום ועשית הישר והטוב, שהרי ברצונו הוציאה מידו, מה שאין כן כשנגבה הקרקע בבית דין שתפסוה ממנו בעל כרחו, רק אז היושר הוא להחזירה לו כשיוכל לפרוע, ובין כך ובין כך אין הלואה יכול לתבעה מן השני, דיכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את, שהרי גם המלוה אין לו תביעה לבעל חובו מדין שומא הדרא, ואין זה נחשב דאדעתא דזווי נחית, דכל המכוון של אדעתא דזווי הוא דחל שם גביה על הקרקע וחל חיוב להחזיר משום יושר, ובאגביה איהו לבעל חוב לא חלה שם גביה על הקרקע, ואין היושר מחייב מלוה שני להחזירה למלוה ראשון, וכמש"נ.

פרק לד

בו יתיישבו דברי רש"י דהוא"ל ובע"ל בנכסי אשתו כ"לוקח אינו צריך להחזיר קרקע הנגבית להלואה מדין שומא הדרא, ואע"ג דלא איצטריך לכך, דהרי גם יורש אינו צריך להחזיר.

[בבא מציעא ע"ה.] שמו לה לאשה ואינסיבא, או שמו מינה דאשה ואינסיבא ומתה, בעל בנכסי אשתו לוקח הוי, לא מיהדר ולא מהדרין ליה וכו' יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה לוקח הוי וז"ל: דין לוקח נתנו בו חכמים, הילכך לא מיהדר היכא דשמו לה ואינסיבא ומתה וירשה בעלה וכו' עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דהא דבעל לא מיהדר הוא משום דלוקח הוי, ואילו היה דינו כיוורש היה מיהדר. אבל התוס' פליגי וז"ל: אפילו אי הוי יורש לא מהדר, כדאמר זבנה

בין אם הוא בעל חוב דידיה או לוקח או מקבל מתנה, בעצם אין להלוה עוד תביעה להשני, ואפילו אם עצם ההחזרה הוי מדת ישרות להשני, מכל מקום עיקר תביעתו לא הוי אלא למלוה דידיה, דתורת פרעון חובו נשאר על הקרקע, ויכול לפרוע עכשיו מעות תחת החוב, ותוחזר לו הקרקע מדין ועשית הישר והטוב, וכל זה לא שייך אלא לגבי המלוה עצמו, דהחוב הוא להמלוה, וכשהלוה נותן לו מעות ופורע חובו אז ממילא חזרה לו הקרקע, שהרי לעולם נשאר שם גביה על הקרקע, ועיימש"נ בשט"ו פל"א, אמנם מאחר שנתנה לאחר שוב אין לו דין ודברים עם זה השני, ויכול השני לומר לו לאו בעל דברים דידי את, דהא לא שייך פרעון חוב לגבי דידיה, דאין החוב לזה השני אלא להמלוה, ואם היה מקבל ממנו מעות ומחזיר לו הקרקע לא היה זה מועיל אלא משום קנין חדש, ולא החזרת הקרקע ממילא על ידי פרעון החוב, ואין זה הדין דשומא הדרא, ולכן ס"ל להרמב"ם דכל תביעתו לזה השני הוא אך ורק על ידי תביעתו להראשון, ואם יש להראשון תביעת החזרה להשני, אז גם הלואה יכול לתבוע החזרה מן השני, ודומה לדין שעבודא דרבי נתן, דכיון שהמלוה היה יכול להחזיר המעות ולהוציאה מיד זה שמסר לו הקרקע, גם הלואה יכול להוציאה ממנו.

וְלָפִי זה יצא לנו הבנה מחודשת בהך חילוק בין אדעתא דארעא נחית ובין אדעתא דזווי נחית, דלוקח דנחית אדעתא דארעא הרי זה זבינא מעליא, ושוב אין להלוקח שום שייכות עם המוכר, דהיינו המלוה, ואין להמלוה שום תביעה עליו, ולכן אינו צריך להחזיר, ואע"ג דעדיין שם גביה של חובו של הלואה נשאר על הקרקע, מכל מקום אין זה מחייב הלוקח בהחזרתה, דאין זה שייך לדידיה, כמש"נ, ואי משום הא באמת יוכל לומר ליה ללוה לאו בעל דברים דידי את, אבל היכא דשמה איהו לבעל חוב דידיה, אז חל על הקרקע תורת פרעון של חוב השני, וזהו המכוון באדעתא דזווי נחית, דכיון דבא לו הקרקע בגבית חובו הרי איכא שם גביה על הקרקע גם משום החוב השני, ויכול מלוה ראשון לתבוע חזרתה מן השני, ומשום הכי גם לזה קמא יכול

גבית משכון ממנו שהוא דיני ממונות, דאע"ג דקדשי מזבח אינם יוצאים מרשות הבעלים, כדאמרינן בבבא קמא (דף ע"ג.) מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן יעו"ש, מכל מקום גם הקדש יש לה זכות ממון בהקרבות, שיש בהם אכילת מזבח, ומכח זכות זה יכול הקדש למשכנו עד שיביא קרבן, ואם הוא רוצה בהחזרת המשכון יביא קרבנו מדעת ורצונו, והיכן מצינו בדין לרצונו סתירה להא דחייבי עלות ושלמים ממשכנין אותם.

ונראה לבאר מתניתין עפ"מ"ש"נ בש"ב פ"ב בהא דפריך בכתובות (דף פ"ג.) לרב פפא דאמר פריעת בעל חוב מצוה אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי יעו"ש, ומבואר מדברי הרי"ף בבבא בתרא (דף קע"ו.) דרב פפא ס"ל שעבודא דאורייתא יעו"ש, ואם כן אף אם אינו רוצה לקיים המצוה מכל מקום יגבה ממנו מדין חיוב ממון ושעבוד נכסים, ונתבאר לן דכל שעבוד הגוף וחיוב ממון נובע מן המצוה לפרוע חובו, ומצוה נהפכת לחיוב ממון, אכן אם יכול לומר לא ניחא לי למיעבד מצוה אין מצוה כזו נהפכת להיות חיוב ממון, ומסיק התם דכופין על מצות פריעת בעל חוב וממילא נהפך לחיוב ממון וגובה גם בלי הסכמתו, ולפי זה יש להבין גם משנתינו, דממשכנין לחייבי עלות ושלמים מדין חיוב וזכות ממון, כמ"ש"נ, אכן אם אי אפשר להכריחו להביא הקרבן מצוה לא היה זכות ממון להקדש נובע ממצותו, אבל כיון דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני יכול הקדש למשכן ולגבות מדין זכות ממון, וכמ"ש"נ.

פרק לו

בו יובא מחלוקת רש"י ורמב"ם אם הקדש אינו גובה מכסות אשתו משום דאינו שלו או משום שאין דעתו להקדישם, ויוכיח דהרמב"ם ס"ל דערכין לא הוי מלוה הכתובה בתורה.

[ערכין כד.] מתניתין אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו, אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו, ולא בצבע שצבע לשמן, ולא בסנדלין חדשים שלקחם לשמן וכו' יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: אין לו בכסות אשתו, שאינו שלו וכו'. סנדלים חדשים, רבותא קמשמע לן דאע"ג

אורתה כו', אלא משום לא מהדרינן ליה נקטיה וכו' עכ"ל יעו"ש. והתוס' הביאו ראייה מהא דקאמר בגמרא דירוש אינו מחזיר דאדעתא דארעא נחית, וקשה לדברי רש"י שתלה טעמא דבעל אינו מחזיר בהא דדינו כלוקח ולא כיוורש.

ועיין ברמ"א חו"מ סי' ק"ג סעי' י' דהא דאמרינן דהורישא אינו צריך להחזיר הוא דוקא ביורשים שחלקו, אבל יורש אחד צריך להחזיר, ומבואר שם בסמ"ע ס"ק כ"ז דהיינו טעמא משום דאחים שחלקו לקוחות הם יעו"ש. ובביאור הדבר יש לומר, דהיכא דאיכא רק יורש אחד הרי הוא במקום מורישו ממש, ולכן צריך להחזיר, דהרי לעולם תורת גביה על הקרקע, והא דמהני אדעתא דארעא נחית הוא, משום דאז אין בזה מדת ישרות, כמ"ש"נ בשט"ו פל"ג, ואם כן ביורש דנכנס תחת מורישו לא נשתנה תורת החזרה, והרי זה בכלל ועשית הישר והטוב וצריך להחזירה, אבל יורשים שחלקו, אם ס"ל כלקוחות הן, נמצא דהשתא יש להם הקרקע נמי בתורת לקוח, ומצד זה ליכא מדת ועשית הישר והטוב להחזירה, ומשום הכי אינם צריכים להחזירה.

ולפי זה מיושבים דברי רש"י, דאם בעל יורש את אשתו הרי ליכא אלא יורש אחד, וביורש אחד לא אמרינן שומא הדרא, ועל כרחק הא דבעל לא מיהדר הוא משום דבעל בנכסי אשתו כלוקח הוא.

פרק לה

בו יבואר הא דתנן דחייבי עלות ושלמים ממשכנין אותם אע"פ שאין מתכפר לו עד שיתרצה, ולכאורה ענין הכשר הקרבן וכפרתו אין נוגע לכח הקדש למשכן.

[ערכין כא.] מתניתין חייבי ערכין ממשכנין אותן, חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותן, חייבי עלות ושלמים ממשכנין אותן אע"פ שאין מתכפר לו עד שיתרצה, שנאמר (ויקרא א, ג.) לרצונו, כופין אותו עד שיאמר רוצה אני וכו' יעו"ש. ויש לדקדק דמה ענין הא דאינו מתכפר עד שיתרצה להא דחייבי עלות ושלמים ממשכנין אותן, והלא אין הנידון כאן הכשר הקרבן וכפרתו אלא

קבעה אלא הסכום, ולפיכך יכול להתנות בסדר גביתו.

פרק לו

בו יבואר דדין מפדרין לחייבי ערכין ודין הישג יד שני דינים נפרדים הם, ויבואר היאך ילפינן מפדרין בבעל חוב ממסדרין לחייבי ערכין דנפטר לגמרי מה שאין כן בבעל חוב.

[בבא מציעא קיד.] איבעיא להו מה שיסדרו בבעל חוב, מי גמר מיכה מיכה מערכין או לא, תא שמע דשלח רבין באגרתיה דבר זה שאלתי לכל רבותי ולא אמרו לי דבר, ברם כך היתה שאלה, האומר הרי עלי מנה לבדק הבית מהו שיסדרו וכו' יעו"ש. וכתב רש"י בד"ה הרי עלי מנה לבדק הבית וז"ל: והשגת יד לא כתיב אלא בערכין, אבל שאר הקדשות אין נידונין בהישג יד, ומה שיש לו גובין הימנו, והמותר יגבו לאחר זמן אם יעשיר עכ"ל יעו"ש.

והנה בערכין מצינו שתי הלכות, חדא, דמסדרין לחייבי ערכין, כדתנן בערכין (דף כג:) אע"פ שאמר חייבי ערכין ממשכנין אותו, נותנין לו מזון שלשים יום, וכסות שנים עשר חודש, מטה מוצעת, סנדליו ותפיליו וכו', ואמרינן בגמרא, מאי טעמא, דאמר קרא (ויקרא כז, ח) ואם מך הוא מערכך, החייהו מערכך, יעו"ש. ואין גובים ממנו כל ממונו אלא מסדרין לו צרכיו העיקרים והשאר גובים.

ועוד הלכה אחרת של הישג יד, והיא מבוארת בערכין (דף ד: ודף ז:) יעו"ש, והביאה הרמב"ם פ"ג ערכין וחרמין הל"ב-הל"ד וז"ל: כל הערכין הקצובין בתורה הן שנותן המעריך אם היה עשיר, אבל אם היה עני ואין ידו משגת, נותן כל הנמצא בידו אפילו סלע אחד ונפטר, שנאמר ואם מך הוא מערכך על פי אשר תשיג יד הנודר. ומנין שהוא נותן אפילו סלע אחד אם אין לו אלא סלע אחד, שנאמר (שם כה) וכל ערכך יהיה בשקל הקודש, הא למדת שאין בערכין פחות מסלע ולא יותר על חמשים. הרי שלא נמצא בידו אפילו סלע, אין לוקחין ממנו פחות מסלע, אלא ישאר הכל עליו חוב, ואם מצאה ידו והעשיר יתן ערך שלם הקצוב בתורה עכ"ל

דעדיין לא נעלום, הרי הן בחזקתן משעת לקיחה עכ"ל יעו"ש. ולמד רש"י דאין להקדש בכסות אשתו לפי שאינו שלו ולא כל כמיניה להקדישו, ואפילו בסנדלים חדשים הרי הוא זוכה להם משעת לקיחה, ואינם שלו ולא חל הקדשו עליהם.

אולם עיין ברמב"ם פ"ג ערכין וחרמין הלי"ד וז"ל: חייבי ערכין ודמים ממשכנין אותן ולוקחין מהן בעל כרחם מה שנדרו וכו', ומוכרין כל הנמצא להם מן הקרקע ומן המטלטלין וכו', ואין מוכרין לא כסות אשתו ולא כסות בנו, ולא בגדים שצבען לשמן, ולא סנדלים חדשים שלקחן לשמן, וכן המקדיש כל נכסיו לא הקדיש את אלו עכ"ל יעו"ש. ולמד הרמב"ם דאין מוכרים דברים אלו מפני שלא היה בדעתו להקדישם, ולא כמו שפירש רש"י דאין מוכרים אותם מפני שאינם שלו כנ"ל, אלא באמת הם שלו אבל כשהקדיש נכסיו לא היה בדעתו לכסות אשתו ובניו.

ויש לעיין בדבריו דבשלמא בהקדש שכל החלות תלוי בדעתו, שפיר יש לומר שלא היה בדעתו להקדיש כסות אשתו ובניו, אבל מה נאמר בערכין, דהרי מדברי הרמב"ם מוכח שטעם אחד לשניהם, וגם בחייבי ערכין אין מוכרים כסות אשתו ובניו מפני שלא היה בדעתו שישתעבדו, והלא איש המעריך עצמו ואומר ערכי עלי חלה עליו חיוב חמשים שקלים מדין תורה, והיאך יכול להתנות שלא יגבה מכסות אשתו ובניו. וצריך לומר דמכל מקום דבר שבממון תנאי קיים, ואם הלוח התנה עם המלוה שלא יגבה מאיזה חפץ שבידו, אפילו מדין גלימא דעל כתפיה, תנאו קיים, ואין המלוה גובה אותו חפץ, הוא הדין נמי כשיחייב עצמו לתת ערכו להקדש הרי זה דבר שבממון ותנאו קיים.

אכן עדיין קשה, שהרי כתבו התוס' בקדושין (דף יג:) ד"ה אמר רב פפא דערכין הוי מלוה הכתובה בתורה, ולפי זה התורה הטילה עליו החיוב והשעבוד הנובע ממנו, והיאך יכול להתנות שלא יגבה הקדש מכסות אשתו ובניו. ולכאורה צריכים לומר דהרמב"ם לא ס"ל כדברי התוס', וס"ל דערכין לא הוי מלוה הכתובה בתורה, ונחשב שהמעריך פעל החיוב והתורה לא

להקדש, ונמצא שאינו נפטר כלום מערכו השלם, ולכשיעשיר ישלם, ומכל מקום מסדרין לו, ואינו חייב לשלם מה שנצרך לו, אלא קונה צרכיו ומשלם לאחר זמן, ומבואר דאיכא דין מסדרין בערכין שאינו נפטר מלשלם לאחר זמן, ורק היכא דאיכא נמי דין הישג יד נפטר לחלוטין, אבל מצד דין מסדרין עצמו אינו נפטר, ושפיר איכא למילף מיניה דמסדרין לבעל חוב.

אכ"ן עדיין יש לעיין בדברי רש"י דמיבעי ליה אם מסדרין למי שנדר לבדק הבית דלית דין הישג יד בהקדשות כמו בערכין וחייב לשלם לכשיעשיר, כנ"ל, והלא דין מסדרין אינו שייך לדין הישג יד, כמ"ש, ואם באנו למילף דמסדרין לנודר לבדק הבית כמו דמסדרין לחייבי ערכין הילפותא היא מדין מסדרין, ומה לנו בנוגע לבעיא זו אם יש דין הישג יד בהקדשות. ואולי יש לומר דכיון דבדרך כלל מסדרין לחייבי ערכין נידון בהישג יד ונפטר לגמרי, הוצרך רש"י להפרידם ולבאר דבהקדשות אינו נפטר לגמרי, דלא ילפינן אלא דין מסדרין ולא דין הישג יד.

פרק לח

בו יבוארו דברי רש"י שכתב דמסדרין בשעת נטילת המשכון ואחר כך כתב דמסדרין שלשים יום אחר נטילת המשכון כשבא למכור, ויחולק בין גבית הגובר לגבית המלוה.

בבא מציעא קיד. האומר הרי עלי מנה לבדק הבית מהו שיסדרו, רבי יעקב משמיה דבר פדא ורבי ירמיה משמיה דאילפא אמרי קל וחומר מבעל חוב, ומה בעל חוב שמחזירין אין מסדרין, הקדש שאין מחזירין אינו דין שאין מסדרין, ורבי יוחנן אמר נדר בערכך כתיב (ויקרא כז, ח), מה ערכין מסדרין אף הקדש מסדרין וכו' יעו"ש.

וכתב רש"י בבואור האיבעיא וז"ל: מהו שיסדרו לו כשבאין למשכנו עכ"ל יעו"ש. ובבואור דברי רבי יעקב שהביא ראיה מבעל חוב כתב רש"י וז"ל: שמחזירין, שמלוה מצווה להשיב לו את העבוט. אין מסדרין, להשאיר לו כלום משבא למכור לאחר שלשים עכ"ל יעו"ש. ויש לדקדק בדברי רש"י, דמתחלה כתב דמסדרין בשעת נטילת המשכון, ואחר כך

יעו"ש. והיינו דאם הוא עני ואין ידו משגת נותן מה שיכול ונפטר מן השאר, ומכל מקום לא יפחות מסלע, ואם אין לו אפילו סלע אין בו דין הישג יד ונותן מה שיכול והשאר ישלם לכשיעשיר.

ואין שני דינים אלו תלויים זה בזה, דכל אחד עומד בפני עצמו, אלא דכשבאים ביחד כל אחד מגלה על חברו, דאם לא נתנה התורה דין הישג יד אלא רק דין מסדרין, לא היה נפטר מחובו כנגד מה שסידרו לו, אלא כשיעשיר ישלם מה שנפחת מערכו, ואם לא נתנה תורה דין מסדרין רק דין הישג יד, היה הקדש גובה ממנו כל מה שיש לו ונפטר מן השאר, אם הוא לכל הפחות סלע, ולא היינו מסדרין לו כלל, אכן כיון דהתורה נתנה שני הדינים, הישג יד ומסדרין, הרי זה מגלה דהישג יד מתחיל לאחר המסדרין, ואינו נותן כלום להקדש אלא כשיש לו שקל שלם יותר על הסידור ונפטר מן השאר, ואינו צריך לשלם להקדש כנגד הסידור לכשיעשיר, ונמצא דדין מסדרין קובע מה ידו משגת, ודין הישג יד פוטרנו לגמרי מלשלם להקדש כנגד מה שסידרו לו.

ומעתה יש לדקדק, דבסוגיין סברו למילף דמסדרין לבעל חוב כי היכי דמסדרין לחייבי ערכין, והלא לבעל חוב אין מסדרין אלא לפי שעה, דאין לו מעות מספיקות לצרכיו העיקרים וגם לשלם חובו, לכן מסדרין לו כפי צרכיו, ולכשיעשיר ישלם חלק החוב שעדיין לא נפרע, אבל במסדרין לחייב ערכין נפטר לגמרי מלשלם הואיל ואין ידו משגת, כמ"ש, והיאך אפשר למילף מסדרין לבעל חוב מערכין, ואע"ג דהיינו מסדרין לחייבי ערכין אף אם לא נתנה תורה דין הישג יד, ואז היה נפטר רק לפי שעה, וכמו לבעל חוב, סוף סוף השתא מיהא שהתורה נתנה דין הישג הרי הוא נפטר לחלוטין כנגד מה שסידרו לו, והיאך סלקא דעתין למילף בעל חוב מערכין.

ונראה דאיכא גונא דמסדרין לחייב ערכין אף במקום דליכא פטור הישג יד, דאם לא נשאר לו אלא חצי שקל אחר הסידור אין בו דין הישג יד, דבעינן שיתן על כל פנים שקל שלם

מרובים והוא יאמר שלא הספיק למכרו אלא בדמים מועטים, ונמצא גוזל את הלוה, ולכן תיקנו חכמים שימכור המשכון בבית דין והם יפקחו על מעשיו שלא יעשה שלא כדין, והמלוה שיש לו מיגו לא הזכיר הרמב"ם שימכרנו בבית דין, דבאמת אינו צריך למכור תחת השגחתם כיון שיש לו מיגו דלקוח, ואילו רצה לגזולו היה אומר לקוח הוא בידי, ולכן אין בית דין צריכים לפקח על המכירה ואין נזקקים לו ואין מעכבים על ידו, ומכל מקום הואיל ובא לפני בית דין והגיד להם שהוא רוצה למכור המשכון משיאים לו עצה טובה למכור בפני עדים שלא יצטרך לישבע, מה שאין כן מלוה שאין לו מיגו חוששים שיעשה שלא כדין, וצריך למכור תחת השגחת הבית דין.

וְלַפִּי זה נוכל לבאר דברי רש"י, דכיון דכל דין מכירת המשכון בבית דין הוא מפני החשד, ומלוה שיש לו מיגו אינו חשוד ואינו צריך למכור בבית דין, כמש"נ, אם כן הוא הדין גזבר של הקדש אין חושדין אותו שיגזול ממון הנודר, וגם הוא אינו צריך למכור בבית דין, ולכן באיבעיא דמהו שיסדרו לבדק הבית כתב רש"י דהיינו כשבאים למשכנו, דכיון שאינו צריך למכור בבית דין, צריכים לסדר להנודר בשעת נטילת המשכון שיניח לו דברים הצריכים לו והשאר נוטל במשכון ומוכר שלא בבית דין, אבל במסדרין לבעל חוב כתב רש"י דאם מסדרין היינו בשעת מכירת המשכון, דכיון דהמכירה צריכה להיות בבית דין אין שום צורך לסדר בשעת נטילת המשכון, אלא כשיבא למכור בבית אז יסדרו לו.

פרק ל"ט

בו יובא שיטת הרמב"ם דהא דבעל חוב אינו גובה מכסות אשתו בניו הוא דוקא בבגדי חול ולא בבגדי שבת, ויבואר למה לא חילק כן גם לענין גבית הקדש מחייב ערכין.

רמב"ם פ"א מלוה ולוה ה"הן כתב הרמב"ם וז"ל: אין בעל חוב גובה לא מכסות אשתו ובניו של לוה וכו', במה דברים אמורים בכלי חול, אבל בגדי שבת והמועד גובה אותן בעל חוב וכו' עכ"ל יעו"ש. והלכה זו שנויה בערכין (דף כד.).

כתב דמסדרין שלשים יום אחר נטילת המשכון כשבא למכרו.

והנה תנן לעיל (דף קיג.), ומחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום, ואם מת אינו מחזיר ליורשיו, רבן שמעון בן גמליאל אומר אף לעצמו אינו מחזיר אלא עד שלשים יום, ומשלשים יום ולהלן מוכרן בבית דין יעו"ש. וגם תנא קמא ס"ל דכשבא למכור המשכון צריך למכור בבית דין, אלא דס"ל דצריך להחזיר וליקח לעולם. וכן כתב הרמב"ם פ"ג מלוה ולוה ה"ו וז"ל: עד מתי הוא חייב להחזיר וליקח, עד לעולם. ואם היה המשכון מדברים שאינו צריך להם ואין מניחין אותן ללוה, הרי זה מניחן אצלו עד שלשים יום, ומשלשים יום ולהלן מוכר המשכון בבית דין עכ"ל יעו"ש. וכן מוכח מדברי רש"י הנ"ל דמכירת המשכון צריך להיות בבית דין.

ועיין ברמב"ם פ"ג מלוה ולוה ה"ג וז"ל: מלוה שבא לבית דין והביא משכון בידו ואמר, זה משכוננו של פלוני הוא ואני רוצה למכרו ולהפרע חובי, אין בית דין נזקקין לומר לו המתן עד שיבא לוה ויטעון, שאם רצה לומר לקוח הוא בידי אומר, ומשיאין לו עצה למכור בפני עדים, כדי שידע הלוה בכמה נמכר עכ"ל יעו"ש. והכסף משנה הביא בשם הריב"ש שגם מלוה זה שיש לו מיגו צריך למכור המשכון בבית דין, ולא חש להזכירו כיון שכבר הזכירו בפ"ג, וכנ"ל, וצריך שומת בית דין, ומכל מקום משיאין לו עצה שימכור בפני בית דין שלא יצטרך לישבע. והכסף משנה ס"ל דלא בעינן שומת בית דין אלא ימכור על פי בית דין כמה שימצא מי שיקנהו יעו"ש. אכן קשה לדבריהם דאם כן במה שונה מלוה שיש לו מיגו דלקוח משאר מלוה לענין מכירת המשכון, והלא שניהם צריכים למכור על פי בית דין, ואם משיאים עצה למלוה שיש לו מיגו, למה לא נשיא אותה עצה גם למלוה שאין לו מיגו, ואם אנו מניחים לו למכור המשכון על פי בית דין, למה אין אנו נותנים לו עצה למכור בעדים ולהנצל מן השבועה.

וְלַכֵּן נראה דהא דכל מלוה צריך למכור המשכון בבית דין הוא מפני החשד שיעשה שלא כדין, דאולי ימכור המשכון בדמים

למשפחות אחיו בגדים מכובדים, אלא אם ירצו האחים שילבשו בגדים מכובדים יקנו להם מממונם לאחר החלוקה, אבל לזה דעתו להשאיר למשפחתו גם בגדי שבת שלא יגבה אותה המלוה.

וכתב המגיד משנה דנפקא מינה במחלוקת זו לגבי ערכין, כנ"ל, דאליבא דהרמב"ם דהלוה לא שם לבו למשפחתו אלא להציל להם בגדי חול ולא בגדי שבת, אם כן הוא הדין בחייבי ערכין שאינו יכול לעכב למשפחתו אלא בגדי חול, אבל למאן דחולק על הרמב"ם וס"ל דהלוה נותן לב להציל גם בגדי שבת של משפחתו מגבית המלוה, הוא הדין שדעתו להציל בגדי שבת שלהם גם מגבית הקדש בחייבי ערכין.

ולפי זה הקשה המגיד משנה על מה שכתב הרמב"ם פ"ג ערכין וחרמין הלי"ד וז"ל: חייבי ערכין ודמים ממשכנין אותן וכו' ומוכרין כל הנמצא להם וכו', ואין מוכרין לא כסות אשה ולא כסות בניו וכו' עכ"ל יעו"ש, ולמה לא הזכיר גם התם דאע"ג דאין הקדש מוכרים כסות משפחתו היינו דוקא בבגדי חול אבל בגדי שבת מוכרים, כמו שחילק הרמב"ם לענין בעל חוב, והמגיד משנה הניח קושייתו בצריך עיון, יעו"ש.

ונראה דבאמת חלוק דין חייבי ערכין מדין בעל חוב לשיטת הרמב"ם, דבחייבי ערכין יש דין הישג יד, שאם לא תשיג ידו לכל הערך נותן מה שבידו ונפטר מן השאר, כדאיתא בערכין (דף ד:) יעו"ש, והנה כשבאים הקדש למכור כסות משפחתו על כרחך אין לו דין כסף לשלם ערכו לבדק הבית, ואם אין מוכרים כסות אשתו ובניו הרי נפחת חיוב ערך שלו ונפטר מן השאר מדין הישג יד, מה שאין כן בבעל חוב באמת לא הרויח במה שאין מוכרים הכסותים אלא זמן, דלאחר זמן כשיתרכו נכסיו יצטרך להשלים החיוב למלוה, ולפיכך אמרינן דאין בדעתו אלא להוציא בגדי חול, דבגדי שבת הם מותרות, ויותר ניחא לו ללוה שיגבה המלוה הבגדי שבת וישולם חובו ויסתלק ממנו, ולכן אין כונתו אלא להציל בגדי חול מן המלוה שלא יפשיטו משפחתו ערומים.

אכן מה שחילק הרמב"ם בין בגדי חול לבגדי שבת לא הוזכר במשנה שם.

והמגיד משנה הביא מקור לדברי הרמב"ם מבבא קמא (דף יא:), אמר ר' אלעזר האחין שחלקו, מה שעליהן שמין, ומה שעל בניהן ובנותיהן אין שמין יעו"ש. ואמרינן בירושלמי קדושין (פ"א ה"ד) דרק בגדי חול אין שמין אבל בגדי רגל ושבת שמין, וכן פסק הרמב"ם פ"י נחלות הל"ג וז"ל: האחים שחלקו שמין מה שעליהן, אבל מה שעל בניהן ובנותיהן שקנו להן מתפיסת הבית אין שמין, וכן מה שעל נשותיהן, שכבר זכו בהן לעצמן, במה דברים אמורים בבגדי חול, אבל בבגדי שבת ומועד שמין מה שעליהן עכ"ל יעו"ש. וס"ל להרמב"ם דכי היכי דמחלקים בין בגדי חול לבגדי שבת לגבי חלוקת האחים, מחלקים נמי לגבי גביה מבעל חוב.

ונתן המגיד משנה טעם לדבר וז"ל: לפי שהכל מטעם אחד, שאינו עולה בדעת הבעלים להקנות להם בגדים אלו המכובדים שהם מיותרים על דעת שלא יוכל למכור, ולפיכך נישומין בחלוקת האחים ונגבין לבעל חוב, זהו דעתו ז"ל, וראיתי מי שחלק ואמר שאחין הוא בדוקא שאינן מקנין זה לאשתו ובניו של זה אלא בגדי חול שלא יפשיטום ערומים, אבל בעל לאשתו מקנה בין של חול בין של שבת, ואם הקדיש והעריך עצמו אין לו בכסות אשתו ואפילו של שבת כלום וכו' עכ"ל יעו"ש. והמגיד משנה ביאר, דכי היכי דבחלוקת האחים אין דעת האדם אלא על בגדים פשוטים להוציא אותם מתפיסת הבית, ואין דעת האחים על בגדי שבת, וממילא נשארים בכלל תפיסת הבית ושמין אותם להם, כן נמי אין דעת הלוה להציל בגדי משפחתו מגבית המלוה אלא על בגדים פשוטים, ולא התנה על בגדים מכובדים של שבת שלא יגבה מהם המלוה, שהרי בגדי שבת מיותרים, היינו שהם מותרות ואינם נצרכים לחיים.

ומאן דפליג על הרמב"ם ס"ל דגם בגדי שבת אין בעל חוב גובה מהם, ולא דמי לחלוקת האחים, דהתם אין האח רוצה להלביש משפחת אביו יותר מן הפחות האפשרי שלא יפשיטום ערומים, אבל אינו רוצה ליתן

שיבגרו, ואע"פ שאפשר שיגמר חיוב המזונות במוקדם אם ינשאו, אכן יתר מעד שיבגרו בודאי אין להן מזונות, ולכן מפרישין שיעור מזונות עד שיבגרו ומוסרים בהפרשה לאפוטרופוס או לשליש, והבנות גיוונות מן ההפרשה, ועיימ"ש המגיד משנה פ"ט אישות הלי"ז, יעו"ש, והבנים יזונו ממה שנשאר מן ההפרשה עד שתכלה ואז ישאלו על הפתחים, והן הפרשה לא הוי קנין לבנות, אלא עדיין הוי ממונם של הבנים, ואם נישאו הבנות או מתו חוזרת ההפרשה להבנים, והוי כמשכון, שמוציאים ממון מן היורשים ומשלישים אותו אצל שלישי כדי שיהא מזונותיהם מובטח, והדר מיבעיא ליה מהו דינם של הבנים אצל הממון המושלש, ועיימ"ש"נ בשט"ו פמ"א.

ולכאורה נראה דגם מה שנשאר מן ההפרשה אינו נמסר להם בהחלט לעשות בו כל מה שירצו, אלא מניחים להם לזון ממנו עד שיכלה, וכן מוכח ממה שכתבו התוס' בד"ה מה שמכרו דמועטין ונתרבו דינם כמרוכבין כדי להעמיד נחלה דאורייתא, משמע דבמועטין נעקר נחלה דאורייתא עד שיבגרו, וגם בהנשאר מן ההפרשה אין נוהגים כדין כל ירושה, יעו"ש, וכן הנכסים מיוחדים למזונות הבנות, אבל אין עושים הפרשה אלא על שיעור עד שיבגרו, והשאר נשאר בלי הפרשה, והבנים יש להם זכות לזון מן הנשאר עד שיכלה, אבל כשירשו נכסים מרוכבין הרי הנכסים בחזקתם לעשות כטוב בעיניהם ואין חוששין שלא יזונו הבנות כפי חיובם, ומ"מ כתב הרא"ש פ"ט סימן א' דאם הבנות רואות שהבנים מכלים ממונם ודואגים שלא ישאר כדי מזונותיהם, יכולין לתבוע מבית דין שיעשו להן הפרשה אפילו בנכסים מרוכבין, יעו"ש.

פרק מא

בו יבוארו דברי הרשב"ם דמועטין ונתרבו נוטלים הבנים רק מותר הנכסים העודף מכדי מזונות הבנות עד שיבגרו, ואע"ג דנשתנה דין הנחלה ונתבטלה ההפרשה.

[בבא בתרא קמ.] פשיטא מרוכבין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין, מועטין ונתרבו מאי, ברשות

אבל בערכין שפיר ניחא ליה להנודר להציל גם בגדי שבת מגבית הקדש, שהרי אין זה נופל בחשבון הנודר אלא בחשבון הקדש, דהא אם אין מוכרים בגדי שבת לא יצטרך הנודר להשלים ערכו כשיעשיר, דכבר נפטר מדין הישג יד, ולכן ניחא לו להציל גם בגדי חול וגם בגדי שבת, שהרי יש לו ריוח בזה, שאינו צריך לקנות להם בגדי שבת אחרים וגם אינו צריך להשלים להקדש לכשיעשיר, שכבר נפטר מדין הישג יד, כמש"נ.

פרק מו

בו יבואר סדר גבית כתובת בנן נוקבין מן היורשים דבנכסים מרוכבין מניחים הירושה בחזקת הבנים והבנות מזונות תחת ידם ובנכסים מועטין עושין להן הפרשה.

[בבא בתרא קל"ט:] מתניתין מי שמת והניח בנים ובנות, בזמן שהנכסים מרוכבין הבנים יירשו והבנות יזונו, נכסים מועטין הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים וכו'. ובגמרא וכמה מרוכבין, אמר רב יהודה אמר רב כדי שיוזנו מהן אלו ואלו שנים עשר חודש וכו', כי אתא רבין אמר רבי יוחנן וכו' כל שיוזנו מהן אלו ואלו עד שיבגרו וכו', מוציאין להן מזונות לבנות עד שיבגרו והשאר לבנים. פשיטא מרוכבין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין, מועטין ונתרבו מאי וכו' יעו"ש.

ביאור הענין הוא, דמי שמת והניח בנים ובנות הרי הבנים יורשים הנכסים, ואיכא עליו חובה לזון הבנות משום תנאי בית דין דכתובת בנן נוקבין, שהאב נשתעבד לזון הבנות עד שינשאו או יתבגרו, והנכסים שירשו הבנים משועבדים לחוב זה כמו לשאר בעלי חוב, אלא שרבנן חשו שלא יפסידו הבנות מזונותיהן, ולהכי תיקנו, דאם ירשו נכסים מרוכבין ואין לחוש להפסד הבנות, מניחים הבנים להחזיק בירושתם והבנות יזונו תחת ידם, אבל אם ירשו נכסים מועטין, חשו רבנן להפסד הבנות ותיקנו להפריש שיעור מזונות המגיע להבנות, או עד שנים עשר חודש ללישנא קמא, דאע"ג דהאב נתחייב עד שינשאו או יתבגרו, מ"מ לא חייבו הבנים אלא עד שנים עשר חודש, וללישנא בתרא לא נשתנה החיוב ולכן מפרישין להבנות עד

יחדיו עד שיכלו הנכסים עכ"ל יעו"ש, ועיין בהגהות אשר"י שלמד דהרא"ש פליג על הרשב"ם, וכן כתב הבית שמואל באבן העזר סי' קי"ב סעי' י"ג יעו"ש, אולם לכאורה גם להרשב"ם ניוזנים הבנים והבנות כאחד עד שיבגרו כדין כל נכסים מרובין, אמנם כיון שנתמעטו הנכסים בודאי יכלו קודם שיבגרו, וכמו שכתב הרא"ש, אלא נראה דנפקא מינה היכא שהיו הנכסים מרובין יותר מכדי שיוזנו מהם אלו ואלו עד שיבגרו, ונתמעטו עד שאין בהם כדי לזון אלו ואלו עד שיבגרו, ולפי סברת הרשב"ם הבנים מפסידים יותר ממה שהבנות מפסידין, שהרי חלקם מרובה, ולפי סברת הרא"ש הבנים והבנות ניוזנים יחדיו.

ובמועטין ונתרבו מיבעיא לן אם ברשות יורשים שבוח או אם סלוקי מסלקי יורשים מהכא, וכתב הרשב"ם דאם ברשות יורשים שבוח יטלו היורשים מותר הנכסים העודף מכדי מזונות הבנות עד שיבגרו כנ"ל. והנה לכאורה פשוט דמועטין שנתרבו קצת ולא הגיעו עד שיעור מרובין אין מוציאין העודף מן ההפרשה, ואף אם נאמר דברשות יורשים שבוח, דכיון שהופרשו הנכסים למזונות הבנות אין מוציאין מן ההפרשה אף כשהוזלו מזונות, ולא מיבעיא לן אלא כשנתרבו הנכסים עד שיעור שיוזנו מהם אלו ואלו עד שיבגרו, דהיינו שהמועטין נעשו מרובין ונשתנה דין הירושה מתורת נכסים מועטין לתורת נכסים מרובין, ודנים בהירושה כדין נכסים מרובין, והיינו דהירושה בחזקת היורשים והבנות ניוזנות תחת ידם, ועיימש"נ בשט"ו פמ"ב, ונתבטלה ההפרשה, דאין הפרשה בנכסים מרובין, ואם כן היה צריך להיות הדין דמחזירים כל הנכסים לחזקת היורשים והבנים והבנות יוזנו יחדיו, ולמה כתב הרשב"ם דאין הבנים נוטלים אלא מותר הנכסים העודף מכדי מזונות הבנות, והלא נתבטלה ההפרשה, כמש"נ.

והנה עיין בכתובות (דף צ"ג.) אמר רבי אלעזר אלמנה שתפסה מטלטלין במזונותיה מה שתפסה תפסה וכו', אמר רבינא ולא אמרו אלא למזוני אבל לכתובה מפקינן מינה וכו' יעו"ש, וטעמא דקאמר תפסה מטלטלין ולא קרקעות,

יורשין קיימי הלכך ברשות יורשין שבוח, או דלמא סלוקי מסלקי יורשין וכו' יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: פשיטא מרובין ונתמעטו, בשעת מיתה היו מרובין ועכשיו הוקרו מזונות או נתקלקלו הנכסים וחסרו ואין בהן כדי מזון אלו ואלו עד שיבגרו. כבר זכו בהן יורשין, בשעת מיתה אביהן וקרינא בהו נכסים מרובים, ויקחו הבנות חלקן המגיעם כפי שומא של שעת מיתה אביהן והבנים יירשו חלקם שהיה מגיעם באותה שעה, וכל מה שחסרו הנכסים חסרו לבנות ולבנים לכל אחד כפי חלקו הראוי לו. מועטין ונתרבו, שהוזלו מזונות. מהו, מי מטי רווחא לבנים ויטלו מותר נכסים העודף מכדי מזונות בנות עד שיבגרו עכ"ל יעו"ש.

ודייק הרשב"ם בדבריו, דבמרובין ונתמעטו כתב דהיינו שהוקרו מזונות או נתקלקלו הנכסים, אבל במועטין ונתרבו לא כתב אלא שהוזלו מזונות, ולא כתב שהושבחו הנכסים, ודבריו מבוארים היטב אפילו להנך שיטות דבעל חוב גובה שבח מן היתומים ואפילו בשבחה דאתי מחמת הוצאה, ועיימש"נ בש"ט פ"ה, וא"כ נתפשט שעבוד הבנות בהנכסים גם להשבח שעלה מהם, מ"מ ההפרשה לא נתפשטה, דאין ההפרשה אלא על הנכסים שהפרישו בית דין ולא יותר, ובודאי לא נכנס השבח לתוך ההפרשה, אבל אם הוזלו מזונות מיבעי לן אם ההפרשה נשאת כמו שהיתה, ואע"ג דהשתא אין צורך לכל כך, או דלמא נתמעטה ההפרשה ויכולים היורשים להוציא העודף מן ההפרשה. ובמרובין ונתמעטו פשיטא לן דבין אם הוזלו מזונות בין אם נתקלקלו הנכסים אין בית דין עושים הפרשה מאוחרת לאחר שכבר זכו היורשים בשעת מיתה בנחלה בלי הפרשה.

וכתב הרשב"ם דהא פשיטא לן במרובין ונתמעטו שכבר זכו בהן יורשים, דיקחו הבנות חלקן המגיעם כפי שומא של שעת מיתה אביהן, והבנים יירשו חלקם שהיה מגיעם באותה שעה, וכל מה שחסרו הנכסים חסרו לבנות ולבנים לכל אחד לפי חלקו הראוי לו, כנ"ל. ועיין ברא"ש פ"ט סימן ב' שכתב וז"ל: פשיטא מרובין ונתמעטו זכו בהן יורשים, ויוזנו

דלמא סלוקי מסלקי יורשין מהכא, תא שמע דאמר רב אסי אמר רבי יוחנן יתומין שקדמו ומכרו בנכסים מועטין מה שמכרו מכרו יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: יתומים שקדמו, קודם שהעמידו בנות בדין ומכרו אפילו בנכסים מועטין מה שמכרו מכרו, דאין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים וכל שכן בנכסים מרובין וכו', שמע מינה כיון שאם מכרו מכירתן מכירה יש להם תפיסת יד בנכסים, ואם נתרכו יש להם חלק בהן וזכותם בהן עומדת עכ"ל יעו"ש. ומבואר מדבריו דהא דקאמר יתומים שקדמו ומכרו היינו קודם העמדה בדין, אבל לאחר שעמדו בדין עם הבנות אין מכירתם מכירה, ועי' בתוד"ה יתומים דפליגי וס"ל דאפילו אחרי העמדה בדין מכירתם מכירה יעו"ש.

ויש לדקדק לפי דברי הרשב"ם דהרי הא דמיבעיא לן במועטין ונתרכו, היינו לאחר העמדה בדין וכבר עשו בית דין הפרשה לצורך הבנות, ומיבעיא לן בגמרא אם לאחר ההפרשה עדיין הנכסים ברשות היתומים ולכן נוטלים העודף או אם סלוקי מסלקי להו, ועיימש"נ בשט"ו פמ"א, ואם כן מה לי שהיו יתומים יכולים למכור הנכסים קודם שעשו הפרשה, השתא מיהא כבר עשו ההפרשה ושוב אין היתומים יכולים למכור לפי דעת הרשב"ם, ולמה תיסק אדעתין דברשות יורשין שבוח אפילו לאחר ההפרשה הואיל והיו יכולים למכור קודם ההפרשה, ומה לי שיש להם תפיסת יד בהנכסים, כמו שכתב הרשב"ם כנ"ל, הרי לאחר העמדה בדין אין להם תפיסת יד, ולמה נימא דברשות היורשים שבוח.

ונראה דיסוד האיבעיא הכי הוא, דהא מלתא פשיטא לן דאם עמדו בדין בנכסים מועטין והפרישו בית דין נכסים לצורך הבנות שוב אין היורשים יכולים למכור הנכסים, ומיבעיא לן מהו דין ההפרשה, אם היא תקנת חכמים לעכב היורשים מלמכור ולאכול הנכסים בפועל, שנתנו הנכסים של ההפרשה ביד שליש כדי שלא יהא להיורשים גישה בפועל אליהם, אכן דין היורשים בהנכסים לא נשתנה, ורק דעיכבום רבנן בפועל מליהנות מן הנכסים, או

משום דלא שייך תפיסה בקרקעות. וכתבו שם התוס' ד"ה אלמנה בשם הריב"ן דמיירי אפילו תפסה לאחר מיתת בעלה יעו"ש, וכן פסק הרמב"ם פי"ח אישות הל"י יעו"ש, ונראה דס"ל להרשב"ם דה"ה אם תפסו הבנות למזונותיהם מה שתפסו תפסו ואין מוציאים מידם, וכן משמע נמי מדברי התוס' בד"ה יתומים וז"ל: דאפילו כבר תפסו הבנות או הגבו להם בית דין וכו' עכ"ל יעו"ש, ומשמע דמהני תפיסה למזון הבנות.

ולפי זה יש ליישב דברי הרשב"ם, דאיכא למימר דבנכסים מועטין שעושין הפרשה בשביל הבנות ומוציאים הנכסים מחזקת היורשים ומוסרים אותם ליד אפוטרופוס, הרי זה נחשב כמו שתפסו הבנות אותם הנכסים לצורך מעותיהם, ואע"ג דאין תפיסה בקרקעות, שאני הכא שנעשה ההפרשה על ידי בית דין והוציאו הנכסים מיד היורשים ומסרום ליד אפוטרופוס בשביל הבנות, ולכן אם נתרכו אחר כך הנכסים ונעשו מרובין ובטלה ההפרשה, עדיין נשארות הבנות תפוסות בשיעור המזונות הנצרך להם עד שיבגרו, אבל אין להם רשות לתפוס העודף על שיעור זה, ולכן אם נאמר דסלוקי מסלקי היורשים ולא נתבטלה ההפרשה, אז גם העודף נשאר ביד האפוטרופוס, דאין מוציאים העודף מן ההפרשה, כמו במועטין ונתרכו קצת כמש"נ, אבל אם סבירא לן דברשות היורשים שבוח, ונשתנה דין הנחלה ליחשב נכסים מרובין, אז נתבטלה ההפרשה, ומכל מקום שיעור מזונותיהן עד שיבגרו נשאר ביד הבנות, שהרי היו תפוסות בהנכסים על ידי ההפרשה כמש"נ, והעודף מחזירים להבנים שהרי נתבטלה ההפרשה, וכמש"נ.

פרק מב

בו יבוארו דברי הרשב"ם דיתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטין מה שמכרו מכרו רק קודם העמדה בדין, והיאך מוכח מזה דאם נתרכו אחר העמדה בדין ברשות יורשים שבוח.

[כבא בתרא קמ.] פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין, מועטין ונתרכו מאי, ברשות יורשין קיימי הלכך ברשות יורשין שבוח, או

מזונות כל ימי מיגר ארמלותה, ואין כאן נכסים אלא כדי מזון הבנים והבנות עד שיבגרו, מי אמרינן כיון דאית לה מזוני ממעטא ולא מיקרו נכסים מרובין, ומפרישין מהנכסים מזון האשה והבנות עד שיבגרו והמותר לבנים דהא מועטין נינהו, ולאחר שיוציאו המותר ישאלו על הפתחים או דלמא כיון דאילו מינסבא לבעל לית לה מזוני לא ממעטא, וכמאן דליתא דמיא, ומוציאין מן הנכסים לבנות כדי מזונן עד שיבגרו, וכל השאר יירשו הבנים כדין נכסים מרובין, דהא אלמנה לא ממעטא להו, וקרינן בהו הבנים יירשו והבנות יזונו, ומחלק הבנות לא תזון האלמנה עמהם וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדבריו דהאיבעיא היא אם עושים הפרשה לצורך מזונות האלמנה, דאם עושים הפרשה לאלמנה הרי הפרשתה ממעט בהנכסים, ושוב לא הוו להו מרובין אלא מועטין, ואז עושים הפרשה גם להבנות כדין כל נכסים מועטין, או שאין עושים הפרשה לאלמנה ועדיין נחשבים נכסים מרובין, ומוציאים מזון הבנות, והאלמנה והיורשים יזונו ביחד. הרי שכתב הרשב"ם דאף אם אין עושים הפרשה לאלמנה ואינה ממעטת ונחשבים עדיין נכסים מרובין, מ"מ מוציאים למזון הבנות, דהא תנן הבנים יירשו והבנות יזונו כנ"ל, ואע"ג דבנכסים מרובין אין מוציאים נכסים למזונות הבנות לעשות הפרשה ביד שלישי, אלא מניחים הנכסים ביד היורשים והבנות ניזונות תחתיהם, ועיימש"נ בשט"ו פ"מ, מכל מקום היכא דאיכא אלמנה קמן שמוכנת ליזון מן הנכסים, אפילו אם אין עושים לה הפרשה, ואין בנכסים אלא כדי לזון הבנים והבנות עד שיבגרו, שפיר יש לחוש שלא ישאר מזונות מספיקין למזון הבנות, ומוציאים להם נכסים ועושים הפרשה אפילו בנכסים מרובין.

והוקשה לו להרשב"ם דאם כן מאי שנא ממעטת או לא ממעטת, והלא בין כך ובין כך עושים הפרשה לבנות, ותירץ וז"ל: והיינו דאיכא בין ממעטא ללא ממעטא, דאי ממעטא הבנים ישאלו והאלמנה תזון, ואי לא ממעטא יזונו יחד האלמנה והבנים, אבל הבנות אין להם להפסיד במזונותיהם כלל בין ממעטא

דלמא הוציאו רבנן את הנכסים מרשות הבנים ונתנום ביד הבנות על ידי שלישי, ולכן אם מכרו אחר שעשו ההפרשה אין מכירתם מכירה, לא רק מפני שעכבוהו רבנן בפועל מלמכור, אלא מפני שמעיקר הדין אין בכחם למכור מאחר שהוציאו רבנן הנכסים מרשות היורשים.

ונפקא מינה בזה אם מכרו קודם העמדה בדין, דאם לא נשתנה עצם דין הנכסים על ידי ההפרשה, ואין התקנה אלא עיכוב בפועל כמש"נ, אם כן קודם ההפרשה אין לבנות שום זכות ממון שיוכלו על ידי זה לעכב את היורשים מלמכור, אבל אם על ידי ההפרשה נשתנה דין הנכסים ועברו לרשות הבנות כמש"נ, אזי גם לפני המכירה יש לבנות זכות ממון להכניס הנכסים לרשותן, ולא כל כמיניהו דהיורשים למכור הנכסים ולהפקיע זכותן, אכן אם לא נשתנה דין הנכסים ואין זה אלא עיכוב בפועל משום תקנה כמש"נ, אזי אין לבנות זכות ממון בהנכסים, וכל זמן שלא הופרשו הנכסים לא נתעכבו היורשים מלמכור ומכירתם מכירה, וכיון דאמר רבי יוחנן מה שמכרו מכרו חזינן דאין ההפרשה מוציאה הנכסים מרשותם, ומשום הכי אהני מכירתם, והיינו מה שכתב הרשב"ם שיש להם תפיסת יד בהנכסים, כלומר שהנכסים ברשותם ואין לבנות שום זכות ממון בהם לעכב המכירה, ואם כן אע"ג דלאחר ההעמדה בדין וההפרשה אין מכירתם מכירה, אין זה אלא עיכוב בפועל כמש"נ, ואם נתרבו הנכסים אמרינן דברשות היורשים שבות.

פרק מג

בו יבוארו שני לשונות של הרשב"ם בצד האיבעיא דאלמנה אינה ממעטת ואין עושים לה הפרשה אם מכל מקום נחשבים כנכסים מרובין כדי לעשות הפרשה לצורך הבנות.

[בבא בתרא קמ.] יתיב רבי ירמיה קמיה דרבי אבהו וקא בעי מיניה, אלמנתו מהו שתמעט בנכסים, מי אמרינן כיון דאית לה מזוני ממעטא, או דלמא כיון דאילו מנסבא לית לה השתא נמי לית לה וכו' יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: אלמנתו מהו שתמעט בנכסים, מי שמת והניח בנים ובנות והניח נמי אלמנתו, וצריכה נמי

מרובין ונתמעטו בין מועטין ונתרבו זכו בהם היורשים, ובפרק מי שהיה נשוי (כתובות זא.) גבי כתובת בנין דיכרין אמר פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין, פירוש יורשי כתובה הגדולה, מועטין ונתרבו מאי, תא שמע וכו' כשם שמרובין ונתמעטו כבר זכו בהם יורשים כך מועטין ונתרבו זכו בהן יורשין, ופירש בקונטרס זכו בהן יורשין של כתובה קטנה וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומיירי התם לענין כתובת בנין דיכרין, דתיקנו רבנן דבנים יורשים כתובת אמם אם מתה בחיי בעלה, ופעמים כתובת אשתו האחת גדולה מכתובת אשתו האחרת, ונמצא בני הראשונה יורשים יותר מבני השניה, וכל זה הוא כשנשאר מותר דינר לירושה דאורייתא, ואם אין שם מותר דינר אין מבטלים ירושה דאורייתא מפני ירושה דרבנן, ובטל דין כתובת בנין דיכרין, וכולם חולקין בשוה, ואם היו הנכסים מרובין בשעת מיתה, שהיה בהם מותר דינר על הכתובות, ואחר כך נתמעט, כבר זכו יורשי כתובה גדולה ליטול כתובת בנין דיכרין, ואם היו הנכסים מועטין ונתרבו, דבשעת מיתה לא היה בהן מותר דינר על הכתובות, ואחר כך נתרבו עד שהיה בהן מותר דינר, כבר זכו בהן יורשי כתובה קטנה שיבטל דין כתובת בנין דיכרין ויחזור לירושה דאורייתא, ויחלוקו בשוה, והיינו שנתרבו קודם חלוקה כשהיתה הירושה עדיין בתפיסת הבית, אבל אחר החלוקה כבר נגמרה תורת ירושה ופשיטא דאין שינוי משנה, ומבואר בסוגיא דכתובות דבין במרובין ונתמעטו בין במועטין ונתרבו הרי הנכסים נשארים בדינם הראשון ואין דינם משתנה כשנשתנה המצב, ובסוגיא דידן אין הכי נמי דבמועטין ונתמעטו הירושה נשארה בדינה ראשון, אכן במועטין ונתרבו הרי נשתנה דין הירושה מנכסים מועטין לנכסים מרובין, ואינה נשארת בדינה הראשון, כן היא קושית התוס'.

ותירצן התוס' וז"ל: ולא קשיא מידי דהכא יד בנים לעולם על העליונה כדי להעמיד נחלה דאורייתא, ועוד דהכא לא פקע כח היתומים מעולם, כדקאמר מה שמכר מכרו. ולר"י נראה דהא דקאמר התם רב נחמן מועטין

בין לא ממעטא, דהא בין בנכסים מרובין בין בנכסים מועטין תנן הבנות יזונו. אי נמי היכא דלא ממעטא מיקרו נכסים מרובין ואף על פי שנתעכבה היום או למחר מלינשא, הרי הוא כמרובין ונתמעטו דאמרינן כבר זכו בהן יורשין ויזונו שלשתן יחד בנים ובנות ואלמנה כן נראה שיטה זו בעיני עכ"ל יעו"ש.

וביאור דבריו בתירוץ הראשון הוא, דאף אם אינה ממעטת, כלומר דאין עושים הפרשה לאלמנה, עדיין נחשבים הנכסים כנכסים מועטין, שהרי עומדת לפנינו מוכנת לזיון מן הירושה, והיום או מחר בודאי יתמעטו הנכסים מלהיות נכסים מרובין, שהרי אין כאן אלא מספיק מזונות לזיון הבנים והבנות עד שיבגרו ולא יותר, וכיון שהנכסים עומדים להתמעט נחשבים כנכסים מועטין ועושים הפרשה לצורך הבנות, ולכן הנפקא מינה בין ממעטת ללא ממעטת הוא רק לגבי האלמנה, דבין כך ובין כך עושים הפרשה לבנות, ואם ממעטת עושים הפרשה גם לאלמנה, והבנים ישאלו על הפתחים, ואם לא ממעטת אין עושים הפרשה להאלמנה, והבנים ואלמנה יזונו יחד.

ובתירוץ השני למד הרשב"ם דאם לא ממעטת נחשבים מרובין ולא מועטין, כסברת תירוץ הראשון, ואע"ג דידעין בודאי שיתמעטו הנכסים היום או מחר על ידי אכילתה, עדיין נחשבין מרובין, דהא השתא מיהא לא נתמעטו, וכשהאלמנה תאכל יום או יומיים ויתמעטו הנכסים מלהיות בהם מספיק להבנים והבנות עד שיבגרו, היינו דינא דמרובין ונתמעטו שכבר זכו בהם יורשים, וכיון דנחשבים מרובין אין עושים הפרשה למזון הבנות, ולכן יזונו שלשתן יחד בנים ובנות ואלמנה.

פרק מד

בו יבוארו דברי התוס' שחילקו בין כתובת בנן נוקבין דכ"ל שהיו מרובין או שנתרבו זכו בהם יורשים לבין כתובת בנין דיכרין דלעולם אזלינן בתר שעת מיתה.

נבא בתרא קמ. כתבו התוס' בד"ה מה שמכרו מכור וז"ל: ואם תאמר דהכא אמרינן דבין

זכות נוסף בהירושה כשהיו מועטין, לא אמרינן שהירושה נשאתר בדינה הראשון, אלא אמרינן שנשתנה דין הירושה לקיים תקנתא דרבנן, ולפי סברא זו גם בסוגיין היה צריך להיות הדין דמרובין ונתמעטו ישתנה דין הנכסים לירושה כמועטין, כדי לקיים תקנתא דרבנן דעושים הפרשה לכתובת בנן נוקבן בנכסים מועטין, ועל זה תירצו דתקנת נכסים מועטין עוקרת ירושה דאורייתא, ודי לכך אם היו מועטין בשעת מיתה, אבל אם היו מרובין בשעת מיתה אין לעקור ירושה דאורייתא לקיים תקנתא דרבנן.

פרק מה

בו יבואר הא דאלמנה דוחה את הבת כשאין כאן אלא מזון לאחת מהן אע"ג דאין מפרישין מעות לאלמנה לצורך מזונותיה, ויבוארו דברי הרמב"ם במזונות וכתובת בנין דיכרין.

[בבא בתרא קמ:] בת אשתו מהו שתמעט בנכסים, אלמנתו מהו שתמעט בנכסים, אלמנתו ובת איזה מהן קודמת וכו', אמר ליה פשוט מיהא חדא דאמר רבי אבא אמר רבי אסי אלמנה אצל הבת כבת אצל האחין בנכסים מועטין, מה בת אצל אחין הבת ניוזנת והאחין ישאלו על הפתחים, אף אלמנה אצל הבת אלמנה ניוזנת והבת תשאל על הפתחים יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: אלמנה ובת, ואין כאן אלא מזון אחת מהן, ושתיהן תובעות מזונות בתנאי כתובה, הלכך כיון דתרוייהו בתקנתא דרבנן אכלי איזו קודמת עכ"ל יעו"ש.

והנה מבואר בכל הסוגיא דהא דמיבעיא לן אם בעל חוב ובת אשתו ואלמנה ממעטין בנכסים מרובין אזיל בדרך אם תמצא לומר, דיותר קרוב לומר דאלמנה אינה ממעטת שהרי היא עלולה להנשא, ואפילו אם לא ממעטת דלמא בת אשתו ממעטת, ואפילו אם גם היא לא ממעטת דלמא בעל חוב ממעט, ולפיכך אי אפשר לומר דהא דמיבעיא ליה אלמנה ובת איזו קודמת היינו נמי בדרך אם תמצא לומר, ומיבעיא ליה על הצד דאלמנה ממעטת בנכסים אם היא נמי קודמת לבת, דאם אלמנה ממעטת כל שכן דבעל חוב ובת אשתו ממעטין, ואם נפשוט דאלמנה קודם לבת וממילא ידעינן דהיא

ונתרבו זכו בהם יורשין, היינו יורשי כתובה גדולה וכו', וקשיא דאם כן התם אזלינן לעולם בתר תקנתא דרבנן שתקיים כתובת בנין דיכרין, והכא אזלינן בתר מעיקרא. ויש לומר דהתם לא מיעקרא כולי האי נחלה דאורייתא, דהרי מכל מקום כולן יורשין אע"פ שאין נוטלין בשוה, אבל הכא מיעקרא לגמרי עכ"ל יעו"ש.

וְלָפִי שני תירוצים הראשונים של התוס' לעולם אזלינן בתר דין הירושה בשעת מיתה לגבי כתובת בנין דיכרין לקיים דין נחלה דאורייתא, אם היו מרובין ונתמעטו כבר חל דין נחלה דאורייתא בהמותר דינר, ולא איכפת לן אם נתמעט אחר כך, ואם היו מועטין ונתרבו חל דין נחלה דאורייתא מיד על כל הנכסים הואיל ולא היה בו מותר דינר, מה שאין כן בסוגיין לא מתקיים דין נחלה דאורייתא אלא במרובין ולא במועטין, ולכן ניחא לן לשנות דינם כשהיו מועטין ונתרבו. ובתירוץ השני לא חילקו בין ירושה דאורייתא לירושה דרבנן, וטעמא דנשתנה דינם כשהיו מועטין ונתרבו, מפני שגם כשהיו מועטין הי' להם תפיסת יד בהם שהרי מה שמכרו מכרו.

והר"י למד בסוגיא דכתובות דמועטין ונתרבה זכו בהם יורשי כתובה גדולה, שנשתנה דין הנחלה ממועטין למרובין, והקשו התוס' דמאי שנא התם דאזלינן לעולם לקיים תקנתא דרבנן ומאי שנא הכא דאזלינן בתר מעיקרא כנ"ל, וקשה דהיכן ראינו דבסוגיין אזלינן לעולם בתר מעיקרא, והלא במועטין ונתרבו מסקינן דברשות היורשים שבוח, ולא אזלינן בתר מעיקרא, ועיין ברש"ש שרצה לשנות הגירסא דברי התוס', ועל ידי הגהתו נתעוררה קושיא אחרת יעו"ש.

אכן נראה דשפיר יש לקיים הגירסא שלפנינו, וכונת התוס' דבסוגיין מבואר דבעצם אזלינן בתר מעיקרא, ורק דבמועטין ונתרבו נשתנה הדין הואיל ומה שמכרו מכרו, שזה נותן להם תפיסת יד מיד, כמו שכתב הרשב"ם, אבל לולי סברא זו אין שינוי המצב משנה הדין, אלא לעולם אזלינן בתר מעיקרא, מה שאין כן בסוגיא דכתובות אמרינן דמועטין ונתמעטו זכו בהם יורשי כתובה גדולה, ואע"פ שלא היה לה שום

שהאלמנה ניוזנית והבת תשאל על הפתחים, כמו שכתב וכן אני אומר כנ"ל, והיכן ראה דינו בדין האלמנה והבת. ועוד דלמה בכלל הוצרך להביא ראייה מאחר שסברתו פשוטה ונכונה, כמו שכתב המגיד משנה.

וּנְרָאָה דסלקא דעתיה דהרמב"ם דכל תביעות הבאות מתנאי בית דין שוות זו לזו, ואין לאחת אלימות על חברתה, שכך תקנו חכמים דכל הבאים משום תנאי בית דין שוים בדינם לגבות, ולפי זה אין להקדים מזונות לפני כתובת בנין דיכריין, דתרווייהו הוו להו תנאי בית דין, אלא דאם כן היו צריכין להיות שוות גם מזונות האלמנה ומזונות הבת ויחלוקו ביניהן, ומדמסקינן בגמרא דעשו אלמנה אצל הבת ככתב אצל האחין, הרי חזינן דיש לחלק בין תנאי בית דין לתנאי בית דין ואין כולם שוים, ואלמנה שבאה לגבות בתנאי בית דין אלים קודמת למזונות הבת, וכיון שכן סברא פשוטה היא דנאמר כן נמי במזונות האשה וכתובת בנין דיכריין, דהתביעה החזקה עדיפא לגבי גביה, ומסתברא דמזונות הבת אלימא מכתובת בנין דיכריין, דאם דוחה ירושה דאורייתא כל שכן שתדחה כתובת בנין דיכריין דהוי ירושה דרבנן.

פרק מו

בו יובא מחלוקת הראשונים אם אלמנה או גרושה מן האירוסין אית לה כתובה בתנאי בית דין אף אם לא כתב לה כתובה, ויבוארו דברי הרמב"ם דאם כתב לה גובה כתובתה מבני חורין.

[כתובות נד:] מתניתין אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף, נתארמלה או נתגרשה בין מן האירוסין בין מן הנישואין גובה את הכל, רבי אלעזר בן עזריה אומר מן הנישואין גובה את הכל, מן האירוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה וכו' יעו"ש.

וְכַתַּב הרמב"ם פ"י אישות הלי"א וז"ל: המארס את האשה וכתב לה כתובה ולא נכנסה לחופה, עדיין ארוסה היא ואינה נשואה, שאין הכתובה עושה נשואין, ואם מת או

ממעטת, הרי איפשיטו כל האיבעיות, דאם היא ממעטת גם כולם ממעטים, ולמה אמר ליה פשוט מיהא חדא כנ"ל.

אֵלָּא מבואר דאלמנה ובת איזו קודמת הוי איבעיא בפני עצמה ואינה תלויה כלל באם ממעטת אם לא, אלא אפילו אם אין אלמנה ממעטת עדיין קודמת לבת לפי מסקנת הגמרא, דאע"ג דאין אלמנה ממעטת, ואין עושים הפרשה בשבילה לידי אפוטרופוס או שליש להבטיח מזונותיה העתידים, ואין דואגים בשבילה על העתיד כמו שאנו דואגים על העתיד של הבת שתהא לה מזונות, והיינו טעמא משום שהאלמנה עלולה להנשא, כמו שמבואר בגמרא, מכל מקום מיבעיא ליה לענין ההוה באשר הוא שם, ואם אין לפנינו אלא מזון אחת מהן לאיזו מהן נותנים המזון, ומסיק דאלמנה קודמת לבת, והיא מקבלת המזון והבת תשאל על הפתחים, וטעמא דתקנו חכמים כן לא הוזכר בגמרא, ומכל מקום לענין העתיד עדיין איכא למימר דדואגים להבת יותר מהאלמנה, ומפרישין ממון לצורך העתיד של הבת ולא לצורך העתיד של האלמנה. ועי' בתוד"ה מי אמרינן שכתבו דהאיבעיא באלמנה ובת היא כשיש שם בנים ובנות וחל דין נכסים מועטין יעו"ש, אכן מדברי הרשב"ם והרמב"ם לא משמע כן.

וְעִי' ברמב"ם י"ט אישות הלכ"א וז"ל: הניח אלמנה ובת ממנה או מאשה אחרת ואין בנכסים כדי שיוזנו שתיהן, האלמנה ניוזנית והבת תשאל על הפתחים, וכן אני אומר שמזונות הבת קודמין לירושת הבן את כתובת אמו שמתה בחיי אביו, ואע"פ ששניהם מתנאי הכתובה, וקל וחומר הדברים, ומה אם נדחת ירושה של תורה מפני מזונות הבת, לא תדחה ירושת הכתובה שהיא תנאי בית דין מפני ירושת הבת עכ"ל יעו"ש, ודבר זה לא נזכר בגמרא, וכתב המגיד משנה וז"ל: סברת רבינו פשוטה היא ונכוחה עכ"ל יעו"ש.

וַיֵּשׁ לדקדק דאיברא דסברתו נכונה, דאם מזונות הבנות דוחה ירושה דאורייתא כל שכן דדוחה כתובת בנין דיכריין דהוי ירושה דרבנן, אכן הרמב"ם הוציא דין זה ממה שפסק בריש ההלכה דבמקום שאין כאן אלא מזון אחת

אינה כלום כל זמן שלא כנסה, ומנה או מאתים גובה כמלוה על פה, ומיהו אהני כתיבה דאית לה כתובה, דהא איהו גופיה כתב בחיבורו דארוסה אין לה כתובה אם לא שכתב לה, ואין דבריו נראין דלמה לא תהא כתובת מנה או מאתים כשאר מלוה בשטר לגבות ממשעבדי וכו' עכ"ל יעו"ש.

וּנְרָאָה לבאר דברי הרמב"ם, דהנה מצינו כמה שטרות שונים, גט אשה ושטר קדושין ושטר קנין ושטר חוב וכתובת אשה וכהנה עוד, וכל שטר צריך להיות או זה או זה, ואין שטר אחד יכול להיות עליו שתי תורות שטר חלוקים, דאם תורת כתובה על השטר אין עליו תורת שטר חוב, דהא כתובה גובה מן הזיבורית, וכן יש בה שאר דינים הנוגעים לכתובת אשה, ושטר חוב גובה מן הבינונית וכל דינים המיוחדים לכתובה אין נוגעים בשטר חוב, ולכן אין תורת שטר חוב חלה על הכתובה, ואע"ג דמצינו דשטר מכירה הוי כשטר חוב על החזרת המעות אם נתבטלה המכירה, כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף י"ד.) בד"ה שעבוד יעו"ש, התם הוי כמו שני שטרות שנכתבו ביחד על שטר אחד, ושני דברים מובנים מתוך נוסח השטר, חדא שהוא מוכר לו הקרקע, ושנית שאם תבטל המכירה יהיו דמי המכירה חוב על המוכר, מה שאין כן בדין אותה הגדה עצמה שחייב עצמו בעיקר כתובה ובתוספת כתובה לא שייך שיחול עליה תורת שטר חוב כיון שחלה עליה תורת כתובה, ותורת כתובה הוי דוקא לנשואה, ואין לחייבו מן האירוסין אלא מכח שטר חוב, והרי לית כאן שטר חוב אלא כתובה, ואי אפשר לומר דאם חייב עצמו בכתב לתת לה כתובה אם מת קודם נשואין גובה עיקר כתובתה מן הבינונית ואם מת לאחר נשואין גובה מן הזיבורית, דשטר זה הוא או כתובה או שטר חוב אבל לא שניהם, ולכן הוי כמלוה על פה, וכמו שכתב הרא"ש, ואינה גובה אלא מבני חורין.

וְאֵעִיג דאין אנו יודעים שהוא חייב עצמו לתת לה כתובה מן האירוסין אלא על ידי השטר, ואם אין לו תורת שטר לגבי התחייבותו היאך אנו סומכים על העדים, והא הוה ליה מפיהם ולא מפי כתבם, יש לומר דכיון דיש כאן

גרשה גובה עיקר כתובתה מבני חורין, ואינה גובה תוספת כלל, הואיל ולא כנסה, אבל אם ארס אשה ולא כתב לה כתובה ומת או גרשה והיא ארוסה, אין לה כלום ואפילו העיקר, שלא תיקנו לה עיקר כתובה עד שתנשא או עד שיכתוב וכו' עכ"ל יעו"ש.

וְהֵנָּה שיטת הרמב"ם היא דלא תקנו חכמים כתובה לארוסה בתנאי בית דין, ואם מת או גרשה קודם שכנסה אין לה כתובה אלא אם כן כתב לה, וכן מוכח מהא דאמרינן בכתובות (דף פ"ט:) ובבבא מציעא (דף ע"ז:), אלמנה מן האירוסין מנלן דאית לה כתובה, אילמא מהא נתארמלה או נתגרשה בין מן האירוסין בין מן הנשואין גובה את הכל, דלמא דכתב לה, וכי תימא אי כתב לה מאי למימרא, לאפוקי מדרבי אלעזר בן עזריה דאמר שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה וכו' יעו"ש. ובמסקנא אין שום ראייה דאלמנה מן האירוסין שלא כתב לה גובה כתובתה בתנאי בית דין, ולכן פסק הרמב"ם דארוסה אין לה כתובה אם לא כתב לה, ועיין במגיד משנה שכתב דכן היא דעת הגאונים יעו"ש, אבל התוס' בבבא מציעא שם בד"ה מן האירוסין כתבו דארוסה אית לה כתובה בתנאי בית דין, וכן כתב רש"י בכתובות (דף מג:) בד"ה ומגבא יעו"ש.

וּמָדָה שכתב הרמב"ם שלא תיקנו לה עיקר כתובה עד שתנשא או עד שיכתוב כנ"ל, אין כונתו שתקנו לה כתובה בתנאי בית דין משעה שכתב לה, דאין זה מסתבר ואין לזה צורך, אלא כונתו שתקנו חכמים דרק לגבי תוספת כתובה אמרינן שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה, אבל מעיקר כתובה אינו נפטר אפילו אם גרשה מן האירוסין ולא כנסה, ואע"ג דליכא תנאי בית דין מן האירוסין, לא גרע ממי שחייב עצמו מנה בשטר.

אֲכַן תחלת דבריו צריכים ביאור, דסבירא ליה דאם כתב לה כתובה וגירשה קודם נשואין גובה עיקר כתובתה מן בני חורין ולא ממשועבדים, והלא כיון דאית לה שטר למה לא תגבה ממשעבדי. ועיין ברא"ש פ"ה סימן ה' וז"ל: כתב הרמב"ם וכו', נראה שהוא מפרש שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה, שהכתיבה

לו תורת מלוה בשטר היאך יכול לטעון הטעתני כנגד שטר כשר, והא עדים חתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבית דין והשטר מעיד על עצמו שהוא כשר, ועיימש"נ בשטרא שי"א פ"ז, ומבואר דלא הוי אלא מלוה על פה ויכול לטעון כנגדה שהטעתו.

פרק מז

בו יבוארו דברי רש"י לפרש פלוגתא דרב חסדא ורב נתן בר אושעיא בעדים זוממים שהעידו שגירש אשתו ולא נתן לה כתובתה אם שמין ההפסד בבעל או באשה.

[מכות ג.] נתן מעידין אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ולא נתן לה כתובתה, והלא בין היום ובין למחר סופו ליתן לה כתובתה, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה של זו שאם נתאלמנה או נתגרשה ואם מתה יירשנה בעלה. ובגמרא, כיצד שמין, אמר רב חסדא בבעל, רב נתן בר אושעיא אומר באשה וכו' יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: כיצד שמין, כלומר מאי קא מחייב להו למיתב, דיש לפתור משנתנו לשני צדדים, כיצד, הרי יש לאיש ולאשה זכות ספק בכתובה זו, היא מצפה שאם ימות או יגרשנה תגבה את כולה, והוא מצפה שאם תמות בחייו יירשנה. יפה כח זכותו מכח זכותה, שהוא אוכל פירות הקרקע המיוחד לכתובתה תמיד ולא היא, ועוד שהוא מוחזק ועומד והיא מחסרא גוביינא, ואם באו למכור לאחר זו זכות ספיקה וזה זכות ספיקו, שלו נמכר ביותר משלה. ולישנא דמתניתין משמע ששמין זכות ספיקה, דקתני כמה אדם רוצה ליתן שאם נתארמלה או נתגרשה, והא ליכא למימר שאותן דמים יתנו הזוממין, שהרי לא זכות ספיקה באו להפסידו, אלא זכות ספיקו שהיו מחייבין אותו לפרוע מיד. ויש לומר דהכי קאמר, שמין זכות ספיקה כמה אדם רוצה ליתן בטובת הנאה שלה, ואותו לא ישלמו, וכל השאר ישלמו, שכל השאר היו מפסידין אותו בעדותם, אבל אותן דמים לא היו מפסידין אותו, שהרי גם עתה כשהוזמו אם היתה רוצה למכרה יתן לה הבעל ברצון טובת הנאה זו, או דלמא זכות ספיקו קאמר מתניתין

שטר כתובה מעליא אין העדים נפסלים משום מפיהם ולא מפי כתבם, וסומכים על עדותם לגבי כל דבר הנלמד מדבריהם, ומדבריהם נלמד שחייב עצמו בפני עדי השטר, ואמר להם אתם עדי וצוה להם לחתום על השטר, וידעינן בודאי על ידי הגדתם בהשטר שחייב עצמו התחייבות גמורה, אכן תורת שטר ליכא אלא לגבי חוב הכתובה ולא לגבי ההתחייבות, כמש"נ, ולא הוי אלא מלוה על פה וגובה מבני חורין.

והמגיד משנה מצא מקור לדברי הרמב"ם מסוגיא דלעיל (דף מג:), ומיגבא מאימת גביא, אמר רב הונא מנה מאתים מן האירוסין ותוספת מן הנשואין, ורב אסי אמר אחד זה ואחד זה מן הנשואין יעו"ש, וסבירא ליה דמיירי בכל כתובה מאימת גובה מן הלקוחות, ופסק כרב אסי דאינה גובה כתובת ארוסה ממשעבדי. ורש"י שם פירש הסוגיא לענין שבח נעורים, וכפי הנך דעות דחכמים תיקנו כתובה לארוסה מתנאי בית דין ואפילו לא כתב לה יעו"ש, והרמב"ם לא היה יכול לפרש כדבריו דהא לית ליה דתיקנו כתובה לארוסה, כנ"ל, ויש עוד פירושים אחרים בהראשונים והרמב"ם נטה מכולם ולמד דאפילו כתב לה וגרשה מן האירוסין אינה גובה עיקר כתובתה מן המשועבדים, והיא שיטה מחודשת.

ויש להביא סמך לדבריו מהא דתנן לעיל (דף יב:), הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים, היא אומרת משארסתני נאנסתי ונסתחפה שדהו, והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתך והיה מקחי מקח טעות, רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים נאמנת, רבי יהושע אומר לא מפיה אנו חייין, אלא הרי זו בחזקת בעולה עד שלא תתארס והטעתו, עד שתביא ראיה לדבריה יעו"ש. והנה אם מיירי שלא כתב לה כתובה, או שכתב לה סמוך לנשואין, וכנסה בחזקת שהיא עדיין בתולה, והיא מודה שבאותה שעה כבר היתה בעולה, הרי גם לפי דבריה הטעתו וכנסה בטעות ולא נתחייב לה כתובה, ועל כרחך צריך לומר שכתב לה כתובה בשעת אירוסין וחייב עצמו לתת לה כתובתה, והיא טוענת שבאותה שעה עדיין היתה בתולה, ולא היתה שום טעות בהתחייבותו, ואם נימא דחויב בשעת אירוסין יש

בפועל, ומדויק כן בלשון המשנה ואם מתה יירשנה בעלה כנ"ל. ונמצא דבשעת נישואין כבר חל עליו ודאי חיוב כתובה ורק שעדיין לא הגיע זמן הפרעון, והרי זה דומה למשנה השניה בהמשך סוגיין, מעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחבירו אלף זוז על מנת ליתנן לו מכאן ועד שלשים יום, והוא אומר מכאן ועד עשר שנים, אומדים כמה אדם רוצה ליתן ויהיו בידו אלף זוז בין נותנן מכאן ועד שלשים יום בין נותנן מכאן ועד עשר שנים יעו"ש. והתם אין שום צד שישלם כל האלף זוז, שהרי בודאי חייב לשלם, וכל הנידון הוא זמן הפרעון, וכן נמי ס"ל לרב חסדא בכתובה, דאיכא ודאי חיוב, אלא שעדיין לא הגיע זמן הפרעון, כמש"נ, ולכן אין לחייבו על עצם דמי הכתובה, דבעידנא דקא מסהדי גברא כבר בר תשלומין הוא, ולא הפסידו אותו אלא זכות ספיקו שהיה יכול למכור לאחר והשתא אינו יכול.

אב"ל רב נתן בר אושעיא ס"ל דאין הנשואין מחייבין אותו לשלם לה כתובה, אלא גירושין ומיתה מחייבים אותו בכתובה, ואם מתה היא אין כאן שום חיוב כתובה, והא דקאמר במתניתין שאם מתה יירשנה בעלה, לאו דוקא ירושה קאמר, אלא כונתו שהבעל מרויח שאינו צריך לשלם דמי הכתובה, ומכל מקום נשתעבדו נכסיו מיד כשנישאו ונתן לה כתובתה, שהרי יכול אדם לשעבד נכסיו לחיוב שלא חל עדיין, כדאיתא בבבא מציעא (דף יג.) דאם כתב ללות בניסן ולא לזה עד תשרי נשתעבדו נכסיו מיד כשקנה מידו, או למאן דאמר עדיו בחתומיו זכין לו יעו"ש.

ונמצא לפי זה דבשעה שהעידו העדים שגירש את אשתו ולא נתן לה כתובתה הרי באו לחייבו לשלם דמי כתובה מה שאינו מחויב עדיין כלל, דהא אין החיוב חל אלא בשעת גירושין כמש"נ, ונמצא דבההיא שעתא גברא לאו בר תשלומין, כמו בהעידו לחייבו קנס כנ"ל, וכשהוזמו באמת היו צריכים לשלם לו כל דמי הכתובה, אלא דמנכים מן הסכום מה שהיתה יכולה לקבל בשביל זכות ספיקה, שהוא סכום קטן, והבעל עצמו היה מרוצה לקנות זכות ספיקה ממנה אם תרצה למכור אותו, ונמצא

דלישימו, ואותן דמים יתנו העדים וכו' עכ"ל יעו"ש.

ומבואר מדברי רש"י דלמאן דאמר דשמיך זכות ספיקו אין על הזוממין לשלם בעד כל המאטים זוז של הכתובה שחייבוהו לשלם לאשתו, שהרי בין היום ובין למחר סופו ליתן לה כתובתה, ולא באו להפסידו בהגדתם אלא מה שהיה יכול למכור זכות ספיקו היום, אשר נשער שיעורו לערך נ' זוז, ועכשיו שהעידו שגירש את אשתו שוב אינו יכול למכור זכות ספיקו. ולמאן דאמר דשמיך זכות ספיקה באמת מוטל על הזוממין לשלם בעד כל דמי הכתובה שחייבוהו לשלם לאשתו, אלא שמנכין מן הכתובה שויות זכות ספיקה, ששוה נגיד מ' זוז, שהיתה מקבלת אם מכרה זכות ספיקה, וגם הבעל היה רוצה לקנות זכות ספיקה, ונמצא שלא באו להפסידו אלא מאטים זוז פחות מ' זוז, ומשלמים מאה וששים זוז, ונמצא כאן מחלוקת יסודית אם יש חיוב הזמה בעד כל דמי הכתובה שבאו לחייבו, או רק כנגד זכות ספיקו, כמש"נ.

וי"ש להסביר מחלוקת רב חסדא ורב נתן בר אושעיא על פי הא דאמרינן לקמן (דף ה.), באו שנים ואמרו בחד בשבתא גנב וטבח ומכר, ובאו שנים ואמרו בחד בשבתא עמנו הייתם, אלא בתרי בשבתא גנב וטבח ומכר, משלמין, דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר תשלומין הוא וכו' יעו"ש. ומבואר דאע"ג דנתברר לן דבאותה שעה שהעידו הזוממין כבר טבח ומכר וראו אותו עדים, והלא בין היום ובין למחר יבואו לבית דין ויחייבוהו, מכל מקום כיון דבשעה שהעידו אכתי גברא לאו בר חיוב תשלומין, דאין חיוב קנס חל עד שיחייבוהו בית דין, ועיימש"נ בש"ו פי"ד, הרי זה נחשב שבאו לחייבו ממון שאינו מחויב עדיין ומשלמין.

ולפי זה יש לומר דרב חסדא ורב נתן בר אושעיא נחלקו אימתי חל על הבעל חיוב כתובה, רב חסדא ס"ל דחיוב כתובה חל מיד כשנישאו, וזמן התשלומין הוא כשיתבטלו הנשואין, והנשואין בודאי יתבטלו, או כשימות או יגרשנה או כשתמות היא, ובכל אופן איכא חיוב כתובה, אלא שאם תמות היא הרי הוא יורש אותה, ונמצא שירש חיובו וליכא חיוב תשלומין

למה לן שומא, אלא מוכח דשמין זכות ספיקו, ואינם חייבים לשלם בעד כל הכתובה דהלא בין היום ובין למחר סופו ליתן לה כתובתה, וכבר חל עליו החיוב, וכיון דכבר הוה ליה בר תשלומין אין לחייב הזוממין לשלם בעד כל הכתובה אלא על זכות ספיקו בלבד, וכמש"נ.

אכּן עדיין קשה דאף אם נימא דנחלקו רב חסדא ורב נתן בר אושעיא אם חוששים שמא לא תמכור לו, סוף סוף היוצא מזה הוא דנחלקו ביסוד חיוב כתובה אם נחשב בר חיובא על המאטים או לא כמש"נ, ואם כן למה לא היה ניחא ליה לרש"י לומר דבהא גופא נחלקו, וטעמא דרב חסדא משום דס"ל מן הסברא דהבעל כבר הוי בר חיובא, כמש"נ, ולמה נחית לפרש דנחלקו אם חוששים שמא לא תמכור לו.

לכּן נראה לפרש דברי רש"י דבא להקשות על עצם יסודו דרב חסדא דכבר הוי מחויב ועומד בשעת נשואין, דבין אם יגרשנה או ימות ובין אם תמות היא תחלה איכא חיוב כתובה, אלא דאם מתה היא אינו משלם בפועל הואיל והוא יורש אותה כמש"נ, ועל זה הוקשה לו לרש"י דהיאך אפשר לומר דכבר איכא ודאי חיוב, והלא יכול לבטל החיוב על ידי שיקנה זכות ספיקה, דאי אפשר שיהא חייב לעצמו, וכל חיוב שהמחויב יכול לבטלו לאו חיוב הוא, ואם כן ליכא חיוב גמור עד שעת הגירושין או המיתה דאז שוב אינו יכול לבטלו, ואם כן עדיין גברא לאו בר תשלומין הוא כמש"נ, והיו הזוממים צריכים לשלם דמי כל הכתובה פחות דמי זכות ספיקה.

ועל זה תירץ רש"י דיש לחוש שמא לא תמכור לו, ואם כן אין לומר דבידו לבטל החיוב, דהא אין הדבר תלוי רק בו אלא גם בה, ושפיר איכא למימר דכבר חל חיוב גמור דכתובה בשעת נשואין, וגברא כבר בר תשלומין הוא, אבל אליבא דרב נתן בר אושעיא לא איכפת לן במה שבידה שלא תמכור לו זכות ספיקה, דכיון דאין הדבר ברור שלא תמכור לו אין לחייב הזוממים לשלם בעד כל הכתובה, דאע"ג דגברא אכתי לאו בר תשלומין הוא, מכל מקום דלמא לא היו מפסידים אותו דמי כל הכתובה, אלא דמי הכתובה פחות דמי זכות ספיקה, דדלמא היתה

שלא באו להפסידו דמי זכות ספיקה בעדותם, ולכן משלמים דמי כל הכתובה פחות דמי זכות ספיקה. וכל זה הוא לרב נתן בר אושעיא דס"ל דחיוב כתובה חל בשעת גירושין או מיתה, וקודם לכן אכתי גברא לאו בר תשלומין הוא, אבל רב חסדא ס"ל דחיוב כתובה חל מיד בשעת נשואין, כמש"נ, וגברא כבר בר תשלומין הוא, וליכא חיוב הזמה על דמי כל הכתובה אלא על דמי זכות ספיקו שהיה יכול למכור לאחרים, כמש"נ.

שוב הקשה רש"י על דברי רב חסדא דס"ל שמין בזכות ספיקו דבעל וז"ל: ולא מחייבין ליה כולי האי שיתנו כל הכתובה חוץ מטובת הנאתה, דשמא לא היה נפסד בעדותן כל כך, שאף עתה כשהן זוממין שמא ימות מחר ותגבה הכל, כי היא לא תמכרנה לו בטובת הנאה, אבל טובת הנאתו יתנו לו, שכך היו מפסידין אותו, שאם לא הוזמו היה פורע מיד, עכשיו שהוזמו יש לו בה זכות ספיקו ככתחלה וכו' עכ"ל יעו"ש. ולפום ריהטא היה משמע מדבריו שהוקשה לו למה רב חסדא לית ליה דרב נתן בר אושעיא דחייבים הזוממים לשלם דמי כל הכתובה פחות דמי זכות ספיקה, כמש"נ.

אכּן קשה טובא דהא טעמא דרב חסדא משום דס"ל דחיוב כתובה חל מיד כמש"נ, ואם כן אי אפשר לחייבם בעד כל הכתובה, דהא כבר הוא בר תשלומין בזה, כמש"נ. ועוד קשה על הא דמשני דדלמא לא תמכור לו זכות ספיקה, דאמאי אין רב נתן בר אושעיא חושש לכך. ועוד קשה דאם רב חסדא בעצם היה סבירא ליה כרב נתן בר אושעיא דאכתי גברא לאו בר תשלומין הוא, דאין חיוב כתובה חל עד הגירושין או המיתה, כמש"נ, ואלא דחושש שמא לא תמכור לו, אם כן היו צריכים לשלם דמי כל הכתובה בלי שום נכיתא.

וייש לדחות דקושיתו היתה דלמה צריך לחדש דחיוב כתובה חל מיד בשעת נשואין, ולמה לא למד כפשטות הדברים דאין החיוב חל עד שיגרשנה וכרב נתן בר אושעיא, ועל זה תירץ דרב חסדא חייש שמא לא תמכור לו, ואם כן אין לנכות זכות ספיקה, והיו צריכים לשלם בעד כל הכתובה, ולמה קאמר במתניתין דאומדים וכו',

נדרו, הלכך זה המגרש את אשתו בהקדישו מתחרט ואינו מוצא חכם שיתירנו, ולכך עושה קנוניא זו. ורבי יהושע סבר נשאלין על ההקדש, והכא אינו צריך לידור הנאה, דאי משום קנוניא הוה עביד הוה מיתשיל על נדריה ולא בעי לגרשה וכו'. הקדש טעות הקדש, ואין שאלה להקדש, הקדש טעות כגון שור לבן היוצא מביתי הקדש ונמצא שחור עכ"ל יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי רש"י דהרי הא דאמרו בית שמאי דהקדש טעות הוי הקדש, ואם אמר שור לבן היוצא מביתי יהא הקדש ונמצא שחור חל הקדש, היינו דאפילו אם הדבר ברור שטעה מכל מקום חל ההקדש, או מעיקר הדין או מן התקנה, ואם כן היה לו לרש"י לפרש דברי רבי אליעזר דחייש לקנוניא כיון דאין נשאלים על ההקדש, דהיינו טעמא משום דשאלת חכם משה נדרו טעות, ובנדרי הקדש הרי גם טעות הוי הקדש, ולא כן כתב רש"י, אלא הדגיש דהא דאין נשאלים על ההקדש הוא, מפני שאין החכם מתירו, וזה המגרש אשתו מתחרט בהקדשו ואינו מוצא חכם שיתירנו כנ"ל, ולמה הוצרך לכך, והרי אפילו מוצא חכם להתירו לא יועיל לו ההיתר הואיל והקדש בטעות הוי הקדש.

ולכאורה מבואר מדברי רש"י דענין אין שאלה להקדש וענין הקדש טעות הוי הקדש שני ענינים נפרדים הם, דהיכא דאמר שור לבן היוצא מביתי הקדש ונמצא שחור, הרי לא טעה בעיקר הנדר, שבודאי נתכוון להקדיש שור היוצא מביתו, אלא שטעה בפרטי הנדר, שהוא נתכוון לשור לבן ונמצא שחור, בזה אמרינן הקדש טעות הקדש, אבל אם שאל לחכם על נדרו ונמצא עצם הנדר טעות מעיקרו ולא נתכוון להקדיש כלל, אז איכא למימר דנדרו בטל, ולא שייך בזה דין הקדש טעות הקדש, דשם לא טעה בעיקר הנדר, אבל הכא משום כל הנדר טעות מעיקרו כמש"נ, ומכל מקום איכא תקנה אחרת שלא נתנו חכמים רשות לחכם להתיר נדרי הקדש ולהפסיד להקדש על ידי כך, ונמצא דזה שרוצה לשאול על נדרו אינו מוצא חכם להתירו, אבל לולי התקנה היה מוצא חכם להתירו והיה נדרו בטל, ולא שייך בזה דין הקדש טעות הקדש, כמש"נ.

מוכרת לו, ואף עתה כשהוזמו ברצון היה לוקח ממנה זכות ספיקה אם תמכור לו, ונמצא שלא באו להפסידו אלא דמי הכתובה פחות זכות ספיקה, ובפרט לפי מאי דאמרינן בסנהדרין (דף מא.) דיכולים הזוממים לומר לאוסרה על בעלה באנו יעו"ש, ולא בעינן לכך שודאי תמכור לו, כמש"נ, אכן כשהקשה על רב חסדא דליכא ודאי חיוב כתובה בשעת נשואין הואיל ויכול ליקח זכות ספיקה ולבטל החיוב, כמש"נ, שפיר מתרין דאין בידו לבטל כי שמא תמכור לו זכות ספיקה, וכמש"נ.

פרק מח

בו יבוארו דברי רש"י במקדיש נכסיו ובא לגרש אשתו שצריך להדירה דחיישינן לקנוניא שמגרשה לגבות כתובתה מהקדש כיון דאין שאלה להקדש ואינו מוצא חכם להתיר נדרו.

[ערכין כג.] מתניתין המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה, רבי אליעזר אומר כשיגרשנה ידור הנאה, רבי יהושע אומר אינו צריך וכו'. ובגמרא במאי קמיפלגי, רבי אליעזר סבר אדם עושה קנוניא על ההקדש, ורבי יהושע סבר אין אדם עושה קנוניא על ההקדש. ואלא הא דאמר רב הונא שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן, חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש, לימא כתנאי אמרה לשמעתי, לא עד כאן לא פליגי אלא בבריא, אבל בשכיב מרע דברי הכל אין אדם עושה קנוניא על ההקדש, מאי טעמא, אין אדם חוטא ולא לו. איכא דאמרי בבריא דכולי עלמא לא פליגי דאדם עושה קנוניא על ההקדש וכו', אלא הכא בשאלה דהקדש קמיפלגי, והתניא המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה, רבי אליעזר אומר כשהוא מגרשה ידור הנאה, ורבי יהושע אומר אינו צריך, ואמר רבי אלעזר ברבי שמעון הן דברי בית שמאי הן דברי בית הלל, שבית שמאי אומרים הקדש טעות הקדש ובית הלל אומרים הקדש טעות אינו הקדש, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: בשאלה דהקדש פליגי, רבי אליעזר סבר אין נשאלין על ההקדש לחכם, ואפילו אומר לו לחכם לא לדעת כן נדרתי והקדש טעות הוא, אפילו הכי אין חכם מתיר

דברי רש"י אזלא קושית התוס', דקבלה היתה ביד רב הונא דאין מחלוקת דנשאלים על ההקדש תלויה במחלוקת דהקדש טעות הקדש, כמש"נ, ודלא כסברת רבי אלעזר ברבי שמעון שתלה אותן זו בזו, ושפיר קיימא לן כבית הלל דהקדש טעות לא הוי הקדש, ומכל מקום ס"ל לרב הונא דאין נשאלים על ההקדש וחישינן לקנוניא.

והנה עיין ברמב"ם פ"ז ערכין וחרמין הלי"ט וז"ל: המקדיש כל נכסיו ואחר כך גירש את אשתו, וגבתה כתובתה מן הפודה מן ההקדש, אינו גובה עד שידירנה הנאה, שמא קנוניא עשו על ההקדש, ואין אומרינן אילו רצה היה אומר בטעות הקדשתי וישאל על הקדשו לחכם ויחזור לו עכ"ל יעו"ש. הרי שפסק הרמב"ם כרבי אליעזר דחישינן לקנוניא, ובגמרא מבואר דטעמא דידיה משום דאין שאלה להקדש, ואין לו הברירה לשאול על ההקדש ולהכי עושה קנוניא כנ"ל. אולם עיין ברמב"ם פ"ד נדרים הל"ז וז"ל: וכשם שנשאלים על נדרי האיסור ומתירין אותן, כך נשאלים על נדרי הקדש ומתירין אותן וכו' עכ"ל יעו"ש. וכתב הרדב"ז דטעמא דידיה משום דהקדש טעות לאו הקדש, וכמו שמבואר בבבביתא דסוגיין דהא בהא תליא יעו"ש. ומכל מקום מבואר דהרמב"ם ס"ל דיש שאלה להקדש, ואם כן למה חיישינן לקנוניא במקדיש נכסיו וגירש את אשתו, והלא אם לקנוניא קא מכוון היה יכול לשאול על נדרו.

אלא נראה דגם להרמב"ם היה קושית התוס' הנ"ל, דהיאך קאמר רב הונא דבבביתא אדם עושה קנוניא על ההקדש וכשיגרשנה ידירנה, והא קיימא לן כבית הלל דהקדש טעות לא הוי הקדש ויש שאלה להקדש, ומכח קושיא זו הבין הרמב"ם דרב הונא ס"ל דאין החשש קנוניא תלוי באין נשאלים על ההקדש, דאפילו אם נשאלים על ההקדש עדיין חיישינן לקנוניא, וכן מדויק מלשונו, דאין אומרים אילו רצה היה אומר בטעות הקדשתי וישאל על הקדשו לחכם ויחזור לו כנ"ל, ולא כתב הרמב"ם דשלא היתה לו הברירה לשאול על נדרו, דבאמת יש לו הברירה, כמו שכתב בפ"ד נדרים, כנ"ל, אלא דבאם כן אין אומרים דקודם שיעשה קנוניא על ההקדש ישאל על נדרו אם יכול.

ולאידך גיסא נמי אין שני דינים אלו תלויים זה בזה, דאפילו אם נימא דאין שאלה להקדש עדיין איכא למימר דהקדש טעות לא הוי הקדש, דבשאלה הרי החכם עושה לנדרו טעות מעיקרא ועוקרו, ותיקנו שלא יתיר לו החכם, ואם כן אינו מוצא חכם להתירו כנ"ל, אבל באמר שור לבן היוצא מביתו הקדש ונמצא שחור, הרי הטעות הוא מיד בלי שום שאלת חכם, ואפילו אם אינו מוצא חכם להתירו הרי ההקדש בטל מאליו כיון שטעה, אלא דבזה אמרינן הקדש טעות הקדש, וכל זמן שהיה בדעתו להקדיש ורק שטעה בפרטי ההקדש הרי ההקדש חל, ואין טעות כזה מבטל ההקדש, כמש"נ.

היוצא לפי זה דהא דקאמר רבי אלעזר ברבי שמעון בבביתא דמחלוקת רבי אליעזר ורבי יהושע אם נשאלים על ההקדש תלויה במחלוקת בית שמאי ובית הלל אם הקדש טעות הוי הקדש אין התליה מוכרחת, דאפילו למאן דאמר אין נשאלים על ההקדש איכא למימר עדיין דהקדש טעות לא הוי הקדש, ואפילו למאן דאמר נשאלים על ההקדש איכא למימר הקדש טעות הוי הקדש כמש"נ, אלא דמכל מקום תלה רבי אלעזר ברבי שמעון פלוגתא דרבי אליעזר ורבי יהושע בפלוגתא דבית שמאי ובית הלל, דכיון דתרוייהו עניני טעות הם, הסברא נותנת שאם חיישינן שלא יופסד הקדש על ידי טעות דשור לבן, חיישינן נמי שלא יופסד הקדש על ידי שאלת חכם, ואע"ג דשני עניני טעות הם, כמש"נ.

אכן עדיין יש לדקדק דמה הכריחו לרש"י לפרש הסוגיא בדרך זה, למצוא חילוקים באופן הטעות אם היא בעצם הנדר או בפרטי הנדר כמש"נ, ולמה לא קאמר בפשיטות דאין נשאלים על ההקדש משום דשאלת חכם משוה לנדרו טעות מעיקרא, והרי בנדרי הקדש אמרינן הקדש טעות הקדש.

ונראה דרש"י רצה להרויח קושית התוס' בד"ה בשאלה דהקדש קמפלגי וז"ל: ותימה קצת דקיימא לן כבית הלל דהקדש בטעות לא הוי הקדש, ואם כן יש שאלה, ואם כן היאך קאמר רב הונא דבבביתא אדם עושה קנוניא להקדש, ולמה יעשה קנוניא כיון דמצי שאיל על ההקדש כמו שאמר רבי יהושע וכו' עכ"ל יעו"ש. ולפי

ציונים

מאת

יוסף ברוך רייד

שער א: בענין שעבוד נכסים במלוא בשטר

ש"א פ"א

אבל וכו' שייך התחלת גוביינא אפילו קודם שהגיע זמן פרעון. ומצינו עוד מזאת בפסחים ל: דאיכא למאן דאמר דבעל חוב למפרע הוא גובה, ונתחבטו המפרשים להגדיר הענין. ושם שער י פורק א ד"ה לכן ביאר המחבר שליט"א באופן מחודש, דהיינו שהגביה חל מיד וזמן הפרעון אינו אלא קביעת זמן לפדות ע"ש. והכא נמי י"ל דאף למ"ד מכאן ולהבא גובה מ"מ התחלה מיהא איכא. [ונמצא דבשורש הדבר לא פליגי האמוראים כל כך].

ואין להקשות וכו' כשמגיע זמן פרעון ישתעבדו נכסיו, זה אינו. וכ"כ הגאון ר' אלחנן ז"ל (בבב"ש לעיל דף קנה. אות שפ"ו) בגדר שעבוד לאו דאורייתא וז"ל: ואף דמדרבנן טורף מלקוחות, כבר כ' הרמב"ן דמשום שעבודא דרבנן לא מיקרי מוחזק [א"ה: ע"י מילתא חדתא בעליות דרבינו יונה שם (ספ"ק) דמוחזק ע"י שעבוד לא נאמרה אלא אם ס"ל למפרע הוא גובה וס"ד אע"פ ששעבודא לאו דאורייתא, ע"ש] כדמוכח בגמ' שילהי גט פשוט. וטעם דבר זה נראה דהא דתורף מדרבנן על כרחו הוא מטעם הפקר ב"ד הפקר, והנהפקר הוה מתחדש בשעת הטיפא [א"ה: כבר ציינתו מהגר"מ פיינשטיין ז"ל דאינו משום הפקר ב"ד הפקר, וכ"כ דודי המחבר שליט"א בכענין ע"י עליון ולא קודם לכן, דאז עדיין אין לו שום זכות בנכסים, ומשו"ה מיקרי ראוי, ולא דמי לשעב"ד דיש לו זכות בנכסים ישער משעת הלואה וכו' עכ"ל]. ובמק"א שער טו פרק מז הוכחנא ממכתב ג. גדר זכות הזה בנכסים תיכף אע"פ שאינו תיכף כמובנו. וע"ע בחי' רעק"א החדשות (קנה. ד"ה ולענין) מש"כ בנקודה זו דשעב"ל"ד.

ואין וכו' אבל כל קרקעות שיש לו שא"מ מפרם לרשות המלוה וכו'. סברא זו מצינו כבעל המאור (פסחים ל: ט. מרפי הר"ף, ד"ה איתמו) בענין אי נימא דבע"ח קונה משכון כדר' יצחק, דאיתא בגמ' דאף רבא מודה דלמפרע הוא גובה. ובא"ד הוסיף: והאי דינא במטלטלין דלחוד הוא ולא גמרין מינה למקרקעי, מפני שהקרקע בחזקת בעליה עומדת עד שעת גבייתה, ולא שייך למימר בה דר' יצחק וכו' עכ"ל. וכן הוא שיטת הראב"ד בהשגות שם, [ויותר מכך כתב, דאפילו באומר מעכשיו לא מהני בקרקע].

ש"א פ"ב

אמר וכו' דעבד ליה וכו' בענין דינא דכותבין שובר וכו' ומה שבענין דשעבודא דאורייתא. וע"ע מה שיתבאר בע"ה בספר שופרא דטענתא בענין חזקת ג' שנים דג"כ מיוסד על דין זה דכותבין שובר. ולפי מה שנתבאר כאן

אולי חזקת ג' שנים יהיה מדאורייתא (וכעין ההולכי אישא שם) וצ"ע.

אמר וכו' דאם שעבודא לאו דאורייתא לא היה הלואה נחשב עבדו וכו', לפי נוסח זה נמצא דכל היכא דאיכא דאיש שעבוד כה"ג חשיב עבד, וא"כ אף שאר מחוייבין כגון נזקין וגולו ופדין הבן וקרבתן איכללו בהאי קרא. ולפי"ז לא חיי הרבינו גרשום כל כך - דרק כ' גם לזה חשיב עבד ולא רק אלו הנ"ל ודו"ק. ומזה יצא נפק"מ להלכה, ע"י מס' ר"ה (לא) וסנהדרין (לא): דאם המלוה רוצה לידון בבית דין הגדול ובמקום חרוק חייב הלואה ללכת אחריי מהאי קרא. ולפי' הרגמ"ה (כפי פירוש המחבר שליט"א) גם בשאר הנ"ל דינא הכי. ובאמת פליגי הפוסקים בזה, ע"י רמב"ם סנהדרין (פ"ו הל' ז) שהביא ח"ך קרא ואח"כ כ', וכן אם טען זה שהזיקו או גולו וכו' וכן כל כיוצא בזה. ופליגי עליו הרמ"ך שם הובא בכסף משנה (שם הל' ז) שרבותי ורבינו תם (ספר הישר תרס"ח) מפרשי דמויק וניזק לא מצו מעכבי דטעמא דמלוה משום דעבד ליה לאיש מלוה, אבל שאר תביעות לא עכ"ד. וכ"ה דעת הרשב"א (ב"ב ק"ב): הובא בנמוק"י בסנהדרין (שם). הרי דפליגי בעיקר הילפותא דעבד ליה לאיש מלוה. והנראה בזה דתלמי בסוגיין, דאי נימא דאינו אלא אסמכתא ודברי קבלה בעלמא, ודאי לא ילפינן מעיקר הדין ללוה עצמו, כל שכן לשאר אנשים. וגם הדין שצריך הלואה לילך אחר המלוה לידון אסמכתא היא. אך אי נימא כמו שמבואר כאן בדברי רבינו גרשום דהוא מעיקר הדין, וגילוי וגדר בשעבודא דאורייתא, ממילא גם מזיק וגולן נכללין בזה, ואגב יש לנו עוד סמך להרמב"ם דשעבודא דאורייתא ועולה לשיטתו פ"א ממלוה ה"ד והל' ז, וע"ע ברמב"ם הל' מחוסרי כפרה פ"א הי"ג "והשעבוד דין תורה הוא", ולשון זה אינו מדוקדק לכאורה, אך להנ"ל אתי שפיר.

אמר וכו' אבן קשה דהא ח"ך קרא במש"י וכו'. אך מצינו בכמה מקומות דדין תורה יליף ככה"ג, ע"י יומא עו: דסיכה כשתיה ביה"כ הוא מפסוק בתהילים (קט, ט), וכמה ראשונים ס"ל דאסור מה"ת, ע"ש שם בתוס' דף עז. ובונה לב. ובשבת פו. ומפורש הוא ברמב"ם כמה דוכתי, ע"י פ"א מתרומות הל' א. ובביאור הדבר ע"י בחי' מרן ר"י הלוי (מכתבים עמ' 156) ביאר הילפותא וכו' ונראה, ומדבריו לכאן למדנו כללא בהך דאפשר ללמוד דין תורה מדברי קבלה ע"ש היטב. [שו"מ בקרית ספר בהקדמתו שכ' האי כללא במפורש ע"ש]. והכא נמי אפשר לומר האי כללא דעיקר דין השתעבדות בהלואה כבר ידענו ממקרא מלא (דברים כד, יא): והאיש אשר אתה נושה בו וגו', ועוד פסוקים מפורשים כגון מצות השמטת כספים בשמיטה (דע"כ פסח הלואה חייב לשלם), וכבר

כתבו התוס' כמה דוכתי דגם בלא קרא מחוייב לשלם למי שהלווהו, ע"י קידושין יג: כבורות מלח. (ד"ה מלוה) וכתובות נו. (ד"ה ה"ה). הרי דעצם החיוב וההשתעבדות ידענו ממק"א או בלא קרא כלל. ובכה"ג הפסוק במשלי דעבד ליה לאיש מלוה שפיר אפשר שבא ללמדנו דין יתר על כן ולגלוי מילתא בעיקר גדר החיוב דהיינו שהוא עבד. (ואולי משום מה שקנה עבד קנה רבו, דכל פרוטה ופרוטה משועבד לבע"ח. שו"ר שמונתו בזה ליברי ראש ישיבת חברון הגי' אברהם משה חברוני בספרו משאת משה קידושין כ"ח ד"ה ורבינו גרשום. ובפרט להראשונים [הרשב"א בקידושין טו] דמטלטלין אישתעבדי מדאורייתא. וע"ע דוגמת דבר זה בארו"ח (פי' תק"ל) באיסור מלאכה בחול המועד, דס"ל להרי"ף (במק"א) שהוא מדאורייתא, וכמבואר בחגיגה (ט). מכמה פסוקים, ונמשכו אחריו עוד ראשונים. ותמה עליו בהגהות מיימוניות (פ"ב ד) דא"כ לא היה אפשר לחכמים להקל כל כך כגון בדבר האבד ושאר צרכים. אלא תי' הבית יוסף (שם) שמצינו גם כן בעינינו יוה"כ שכ' הר"ן (י"א א. ד"ה יום) שאע"פ שעיניו אסור מה"ת, מטרת התורה לחכמים להתורה ע"ש, וכן לענין חוה"מ. ואפשר שכע"ז הוא דין הלואה שמן התורה והסברא ידעינן עצם החיוב, וחכמים באו להגדירה וכנ"ל. ומפורש כ' הפני"ת בב"ק (יב. בתוס' ד"ה אגא) דכו"ע לא פליגי דלא טרפינן מלקוחות משום דכתיבי באורייתא, אלא מאן דאמר טרפינן טעמו הוא, דמצד הסברא נראה לומר כן, מאחר דמשעת הלואה חל דין שעבודו מן התורה ע"ש. ואף בזה פליגי רבה וס"ל דאף אי שעב"ד מכ"מ טירפא מלקוחות תקנה מדרבנן. וע"ש עוד דברים מפורשים (ד"ה נמצא לפי"ו). ואמינא דכך הוא הכלל בד' רשויות לשבת ע"י שבת ו. תוס' ד"ה ארבע שקושייתם אינה מובנת ע"ש, ולפי דברינו יובן. שו"ר בספר אמת ליעקב (שבת שם) קרוב לזה.

ואפשר שהמקור ואב הוא מקרבן ראייה, ע"י ירושלמי תניגה פ"א ה"ב ד: תנא ר' יסא קומי ר' יוחנן ראייה כל שהיא, חכמים הם שאמרו מעה כסף, וע"י בביאור הגר"ח קניבסקי שליט"א וז"ל, דכל מקום שלא נתפרש בתורה שיעור מסור הוא לחכמים ליתן שיעור בדבר כפי ראות עיניהם עכ"ל, וע"ע בהמשך הדף שיטת ר' הושעיה דחיישינן שמא יעמוד בית דין אחר וישנה את השיעורין [דלא כמסקנת הבה"ל יומא פ.], ע"י"ש בפני משה ובביאור הגר"ח שליט"א דברים מבהילים. וכןאורה וכו' שעב"ד הוא דבר הידוע לנו מן המסורה וכו'. כבר הגדיר הריטב"א בר"ה (טו). סודיה תניא ד"ע וכו' ענין האסמכתות על דרך זה [אך לדעתנו כן הוא בכל דבר שאסמכתו אקרא ע"ש וצ"ע] וז"ל: ומשו"ה קתני ר' עקיבא שאמר הקב"ה אמרו לפני וכו', שכל מה שיש לו אסמכתא מן הפסוק העיר הקב"ה שראוי

הרש"ש כאן בתוס' וז"ל: לכאורה תמוה דהא מצינו שם גם לר' יוחנן ולר"ל דאמרי מלוה ע"פ גובה מן הלוקחות ועמש"כ שם עכ"ל. וע"ש בב"ב (קעה: ד"ה רי"ח ורש"י) שתמה דברייהם נגד המשנה שכ' מבני חורין. וע"ש בתירוץא קמא שכוון לעוד מפרשים בזה ע"י בסמוך. וע"ע בפני יהושע (בתוס' ד"ה אר"י) שג"כ הוכיח דפלוגתא תנאים היא (א' גבי ממשפדיה) וכתב "אין אנו אחראין לתרין קושיא זו" ע"ש.

אכן נראה בישוב דברי רש"י. וע"י בחידושי הרמב"ן כאן (ד"ה ואיכפ"א) שהקשה כקו' התוס' ויישב דברי רש"י בדבר חדש, דעיקר דינא דמתני' שם הוא רק בדאיכא חשש לקנוניא שבאמת כבר פרע הלוה את החוב והמלוה חוזר וגובה מן הלוקחות, אך במקום שאין חשש קנוניא, כגון דלא מטא זימנא דלא עביד איניש דפרעיה בגו זימניה (כ"ב:ה), באמת אפשר מן הדין לגבות מנכסים משועבדים כיון שההלואה קצובה. וכן ת"י הפני יהושע (בסו"ד סס) והרש"ש (כ"ב:ה) מדנפשו. ומצינו בדומה לזה בה דאין דאין אדם נאמן לחוב לעצמו במקום שחוב לא אחריני, שהא דניא דגמ', ומכ"מ כ' הפוסקים והרמב"ם הדטעם משום דחיישינן לקנוניא, אך בדליכא חשד נאמן. אמנם רמב"ן מסיים "ואינו מחזור". ואפשר דקשיא ליה מה שהק' בבית שלמה דמלוה ע"פ בצנעה הוא, כי מאן דזיזף בצנעה זיזף ואין לזה קול. וצ"ע.

אכן וכו' אלא כוונתו לומר וכו' שהמספר קצוב וכו' שתק"ח כך וכך חייב ליתן למוזן האשה וכו'. קרוב לזה כ' בעל המאור וז"ל: הני שאני מוזן אשה ובנות משום דתנאי ב"ד ושבח ופירות משום דהא כ' ליה מיהא, אינון ועמליהון, אע"פ שלא הזכיר שעבוד הנכסים בפרט וכו' יש להם קול אגב קרקע ומוזנות אגב כתובה, וא"כ כל שקצב דמים לשבח ופירות ומוזנות יתא טורף כפי מה שקצב וכו' עכ"ל.

ש"א פ"ח

והנה התוס' לא הק' למאן דאמר שנעב"ד. וע"ע בט"ז (סי' פ"ח בסופו) שעמד בזה. וכן בקצה"ח (סי' ל"ט ס"ק א' ד"ה אמנם למיד' שעב"ד) ובבית מלא"ר (אבה"ש סי' צ"ט סוף ט"ו ד"ה וראיה לדבריו. וכן עמד בזה הגר"מ פינשטיין ד"ל מנפשיה בברור"מ (סי' ה' ע"ג ד"ה ולכן בסו"ד) ובאגרות משה (תרי"מ ח"ב סי' ס"ד אות ה') ושם דקדק והסביר יותר ע"ש מילתא דתתא בתירוץ התוס'. וע"ע בתרומת הכרי שעמד בזה (סי' פ"ח סעי' כ"ח אות ב' ד"ה ע"כ נראה בעיני) וע"ע שם באות ג' (ד"ה בסוף). ותמהני על הערוך השולחן (סי' פ"ח סעי' כ"א) שכתב בזה"ל, ויש מרובותינו ששאלו דאין חייבה התורה שבועה במודה במקצת וכו', הא קי"ל שעבודא דאורייתא וכו', ואפילו אי שעב"ד הא מהלוה עצמו גובין מקרקע ג"כ, וא"כ כל הלואה היא שעב"ק וכו' (תוס' בי"ד: ד"ה אין והרא"ש שם [שבועות פ"ה, ג'] וכלי' הטור בספי' ל"ח) עכ"ל. וכל הרואה משתומם האיך כתב הכי בשם התוס' והרא"ש והטור שקושייתם אף למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, והרי

ש"א פ"ו
והנה וכו' דא"כ למה גובה עריות מיתמי. ובח"י הרשב"א (אחר שהביא פי' זה) כתב: עוד נ"ל דכל שעבדו בפירוש מודה דמשתעבדי אף אי שעב"ד. וע"ש שכ' דלפ"ז רבא יכול לסבור לאו דאורייתא. אך התוס' לא ס"ל הכי וגם כתבו היפך זה בב"ב (קעה: ד"ה דבר), וכאשר העיר הפנ"י כאן. גם הריטב"א בקידושין (י"ג) כ' שלא מהני לשעבדם בפירוש למאן דאמר שעב"ד, והטעם דשעבוד הוי קנין לחצאין ומאן דאמר שעב"ד ס"ל דאין קנין לחצאין. ולפ"ז יש לנו הסברה נכונה בשורש מחלוקת הראשונים אי מהני שעבדיה בפירוש, דהרשב"א ודעימיה (ע"י רש"י קידושין שם ד"ה לאו דאורייתא, ובפנ"י ומרומי שדה לעיל פ"ה) דס"ל דמהני, לא ס"ל דענין השעבוד היינו מקצת קנין וכיו"ב, אלא הוא ענין בפנ"ע, וכפשטיה דהש"ס בכמה דוכתי דקריא לשעבוד מטלטלין. והתוס' והריטב"א ס"ל דיסוד השעבוד הוא קנין ממשי בקרקע, ודו"ק. וע"ע מה שכתבנו (בשער"י) דהריטב"א לשטת' בכתובות פ"א: ד"ה תנא במש"כ טעם מוזן לכא' בהא דשעבוד קריא מטלטלין. אולם כל זה אינו עולה לדעת הקצה"ח סי' ל"ט ס"ק א' ד"ה והנראה לענ"ד שחידש דאף למאן דאמר שעב"ד אי אפשר לשעבד נכסיו מעצמו, דהתורה משעבדתם לא האדם ע"ש וצ"ע. אך לפי מה שחלק עליו החמדת שלמה בקידושין שם (הובא במילואי חושן אות 11) דתליא בעיקר בהשתעבדות הלוה אתי שפיר.

ש"א פ"ד
ונראה וכו' שעב"ד יש למלוה איזה זכות וכו'. כע"ז איתא בראשונים (ע"י קנ"ד קנה). והבאנו קצתם לעיל פרק א ד"ה ואין להקשות. ונראה וכו' דלגבי גבית החוב עדיין הקרקע ברשות הלוה. נראה דסברא זו אינו יוצאת ידי כל הפירושים בדברי רש"י הנ"ל, ע"ש שנתחבטו המפרשים אי רש"י כיוון כפשוטו שאינו שלו ולא חל המכירה כלל (קצה"ח נתיב"ס), או דע"י גוביינא חל ביטול מקח (תי' מוזן ר"י הל"ו) ועוד פירושים. ע"ש ברש"י שער י ציונים.

ש"א פ"ד

ש"א פ"ה
אכן וכו' בשבועות בח"י הרמב"ן. שהק' כן בדרך זו: בשם הר"י מיגש ומסיק "ולבי מפפק וכו' דשמא יבואו העדים" ע"ש שנדחק בזה וסיים אלא שכבר הורה הרב ז"ל. וע"ש שכ' עוד ב' דרכים לפרק קושיא זו.

ואיכא לטימר וכו' אי משום שהודה הלוה וכו' הרי אין הודאת בע"ד נאמן וכו'. אך ע"י בקצה"ח סי' ע"ה (ס"ק י"ג ד"ה אמנם לפי מ"ש בסו"ד) שכ' להיפך דאפילו ע"פ עצמו חשבינן שיש לו שעבוד קרקע, וצ"ע. אמנם כמה שהביא הקצות בשם אחרונים אחרים, יש להמחבר שליט"א על מה לסמוך. גם הקצה"ח עצמו כ' סברתו בלשון אפשר. שו"ר בתוס' ב"ב (קעה: ד"ה המלוה) בתירוץו השני שכתב להדיא שאם החיוב אינו אלא על פי עצמו לכ"ע ליכא שעבודא דאורייתא. וע"ע בתומים (סי' פ"ה ס"ק א') שהוכיח מתוס' בב"מ ג"כ דס"ל הכי לשיטתייהו. וע"ע נודע ביהודה תניינא (תרי"מ סי' כ מן המחבר) שהסביר ב' השיטות ע"פ הצדדים הידועים האם צריך שהקרקע יהיו נגבים בפועל אם רוצה, או דלמא עצם השעבוד בלבד מהווה דין אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות. וע"ע ברא"ש פ"ה דשבועות מובא פננים דפליג על הרמב"ן ושורש פלוגתתם מבואר עד"ז כמו שביארו הרבה אחרונים ובראשם הגרעק"א (בחדשות עמש"כ בי"מ בתוס' ד"ה וע"י כר"ש סי' ט), וע"ע לקמן פרק ח.

ש"א פ"ה
והנה וכו' אלא דקשה לפ"ז מהא דאמר רבא בערבינן. ע"י בהגהות הגי"ר ברוך פרענקל תאומים בסוף הש"ס גיטין נ. בתוס' ד"ה כיון בא"ד שעבודא דאורייתא וז"ל: נ"ב יעוין ערכין דף ו ע"ב רבא אמר דכ"ע עכ"ל. ולכאורה כוונתו להעיר כמש"נ.

ובלאו הכי וכו' ובכבודות פה. וכו' וע"ע בהגהות הגי"ר ברוך פרענקל תאומים (נא. בתוס' ד"ה או דלמא) מה שהעיר מדברי הגמ' בכורות כלפי שאר אמוראי. וע"ע ברש"ש שם.

והנה וכו' ומבואר דהרמב"ם פליג עמש"כ הרשב"ם. בב"אור פלוגתתם ע"י אבן האול (מלוה לזה השמטות עמוד 90 ד"ה בדעות הרמב"ם).

והנה וכו' הרמב"ם פסק דשעב"ד וכו' וע"כ מצא הר"ם מקור אחר. אולי מקורו מסנהדרין ור"ה (לא:). שהבאנו לעיל (ש"א פ"ב ד"ה אמר) ומקרא דעבד לזה לאיש מלוה, דהשווה הרמב"ם שם (הל' סנהדרין) שאר חיובים דאית בהם שעבודא דאורייתא, וכמש"כ הש"ך (סי' ל"ט ס"ק ב' ד"ה ע"ד הביא הרשב"א). וע"ע רשב"א קידושין יג: ד"ה מלוה ביתר ביאור. וע"ע בפנ"י גיטין כאן. וע"י ש"א פ"ב בדברי רבינו גרשום ובמה שכתבנו בשיטתו.

ש"א פ"ו

והתוס' וכו' ואל מצינו לישום תנא דפליג. אך לכא' מצינו לאמוראי דפליג, וכמו שתמה

כולם פה אחד רק למאן דאמר שעב"ד, וכמו שהדגישו כל הני תקיפי קמאי נ"ע (וגם הוסיפו לדקוק ולחוש עפ"י) וצ"ע א"ג.

והנה וכו' שעב"ד וכו' דאנ"ג דגובה חובו מן הקרקעות וכו' אלא שעבוד הגוף מלבד. וכן נקטו כל הני מפרשים (הג"ל) וכ"כ הגידול שמואל (ד), מלבד הט"ז שכתב: שוב נתגלה בלחלומי תירוץ וכו' דעל שאין לו כח לטרוף לקוחות הוי קרקע כמו מטלטלין, דהא התוס' הקשו ק' שלהם דוקא למ"ד שעב"ד וכו' והיינו שיוכל לטרוף לקוחות, דאילו בני חורין ודאי גובה אפילו למאן דאמר שעב"ד, נמצא דינה שכתבו התוס' דמחל לו מלכות השעבוד היינו הכח של טריפת לקוחות אבל מנכ"ח גובה עכ"ל. ולכאורה תמוה דאף כשאי אפשר לטרוף מלקוחות, וכגון דלית ליה שטר, מ"מ חל מדאורייתא שעב"ק על נכסיו וגובה מנכ"ח שיש עליהם שעבוד זה מן התורה, וכן תמה עליו התרומת הכרי (שם ד"ה סב"ק) דמסיפא של התוס' שכתב "ומיירי דאית ליה משעבדי ולית ליה נכ"ח" נראה בעליל דסבדי דאף במקום שאין בשעבודו כח לטרוף מלקוחות הוי נמי שע"ק, דלא כדעת הרמב"ן והרא"ש בסוף שבועת הפקדון וכו' עכ"ד.

וע' עוד שם (ד"ה ע"כ נראה בעיני כמותת התוס') שפי' כדרך שכתב דודי המחבר שליט"א, דעצם השעב"ק על נכ"ח נמי חשיב כפירת שעב"ק. וע"ע מה שהק' על הט"ז בקונטרסי שיעורים (סי' ה' אות ג').

והנה ידידי הרב משה צבי מארש שליט"א חמו"ר הגאון ר' אלי' קנריק שליט"א, בספרו שיעורי מנחת שאול (על התוס' שם סי' פ"ה אות ה' בהגהותיו שם ק"ל) הגיץ בעד הט"ז וכתב: ונראה דמש"כ הט"ז כן בדעת התוס', כוונתו למש"כ הרא"ש בשבועות בשם התוס', דאילו בתוס' בסוגיא דב"מ מבואר להדיא דלא בעי שעבוד שיכול לגבות מלקוחות ליחשב שעבוד קרקע עכ"ל. ולדבריו המאירים סרה תלונות התורה"כ. אלא דקשה להעמיס כן בכונות הט"ז, דעיי"ש בדיוקו המתחיל בטור סעיף ל"ח ז"ל, אבל התוס' כתבו דאפילו מלוה על פה וכו' עכ"ל. הרי שדבריו מוסבים ע"ד התוס' דידן וכמו שציין הבית יוסף שם, הרי להדיא דאתוס' ממש קאזיל. (ובשיעור החודש נ"כ כתבו דהוא התוס' שלנו).

וע"ע בסו"ד הט"ז שכתב "בריש ב"מ", ולכאו' אם קיים עד הנה שם בסוגיין למה לו שוב לציינו. אך מגוף לשון הטור משמע דאתוס' שבתוך הרא"ש איירי, שהרי סיים "וכן כתב אדוני אבי הרא"ש", ולכאורה הרא"ש אינו מודה להתוס' וכמבואר להמתבונן, וכ"כ הפוסקים דהתוס' דעת יחידאי בזה, וע"ע טעם בברכת שמואל (סי' ר' ובשיעורי מנחת שאול שם). ובאמת התורה"כ בסו"ד שם (אף פ"ה ג' ד"ה ד"ט) כ' דמש"כ הטור ולזה הסכים אדוני אבי, אינו כן, וציין לעיין באורים ותומים. ובאמת התומים (שם סי' ר"ק) הביא לדברי הט"ז וציין להתוס' במס' שבועות לו: ולא לבי"מ. וע"ע

בדרישה (סי' פ"ח אות ל"ה) שהעיר שהתוס' שבועות והתוס' ב"מ אינם שווים בעוד סברא ע"ש. עכ"פ נמצא שהט"ז והתורה"כ לשיטתייהו אולי והבן. וע"ע מש"כ דודי המחבר בסמוך בעיקר הסברות.

ואין קושיהם וכו' ואנ"ג דצריך לתבוע מן הלוה תחילה וכו' הר"ה תובע שעבודו, והוי ליה כפירת שעבוד קרקעות. ועי' בסמוך מה שכתב דודי המחבר ביתר ביאור (בדי"ה ובשלמא) בטעמא למה חשיב גם מעיקרא כפירה על הקרקע. והנה במשך כל פרק זה עיקר הנושא הוא שיטת התוס' ומר"מ איך שהשעבוד קרקע של החוב מהווה שהטוען ונטען חשיב על הקרקע. ונראה דכל זה רק כדעת התוס' אבל איכא מרבנותא דפליגי על דרכו, ואפשר כאן הוא המקום לחזור הדברים. דהנה הרמב"ן הובא ברא"ש שבועות (לו: פ"ה סי' ג') ובחידושו (שם ד"ה אלא) הביא קושיית התוס' בשם איכא דקשיא ליה, וכתב עליו דהא בורכא (ד"ר ברות הוא בור הוא מי שאמר דבר זה כן פי' הערוך, פלפולא חריפתא שם את ט"ז), כיון דאין שטר כאן שאין יכול לגבות בו מן המשועבדין לאו שעבוד קרקעות מקרי עכ"ד. וכן הוא שיטת הר"ם מ"גיש הובא ברמב"ן (שם פ"ה סי' ר"י מ"גיש סי' ט"ו וסי' כ"ב, ובחידושו ל"ב"ב ק"ח: ד"ה ואפי').

ולפיכך משכחת שבועת מודה במקצת הטענה ככל מקום שלא כתבו שטר. ועי' באחרונים שעמדו בזה במאי קמפליגי, כנחלת דוד (ד: תוס' ד"ה אין) וצריך לומר דטעמו (של הרמב"ן) הוא דמי שיש לו שטר עיקר סמיכתו הוא על שעבוד ניכסי דאית ביה". וכבר כתב לסברא זו האבני מילואים (סי' צ"ו סי' ק"ח) בביתאור סוגיין (בשיטת הרמב"ם והגמ"ס). ובאמת הרמב"ן גופא בחידושו לשבועות (שם ד"ה ויחשיב שאומר) "עיקר שעבודו עליו ועיקר טענתו אותו הוא תובע". אכן מו"ר הגר"א אריאל שליט"א הסביר הרמב"ן בסגנון אחר קצת דכך מתפרשת תביעתו וטענתו לתביעת קרקע, ולא דוקא משום שדעתו ורצונו בקרקע יותר מממון בשעת טענתו. ולפי"ז חלוקים המה התוס' והרמב"ן ביסוד הפטור שעבוד קרקעות, דלהרמב"ן רק משום שזה עיקר סמיכת דעתו ותביעתו. ולתוס' אינו כן אלא מהא דאיתא לשעבוד זה נמי. ונפק"מ אם צריך שתהא הקרקעות ראויין לטירפא בפועל, לתוס' לא, ולהרמב"ן כן. והכי מתפרשת גם לפי נוסחתו של דודי המחבר.

אמנם אכתי לא נתברר שורש פלוגתת הראשונים למה לזה ס"ל דדוקא גביה בפועל חשיב כקרקע, ולזה ס"ל דאין צריך שישתייך גביה בפועל. גם דודי המחבר גופא בסמוך (ד"ה ובשלמא) הוסיף בזה ביורו בשיטת התוס' בסגנון אחר וע"ש בציון מה שיתברר עומק שיטתם של הראשונים באופן חדש מאוד.

ומעתה יש להפתח וכו' דין שבועת מו"ב הכתובה בתורה קודם שתיקנו. וכן הוא שיטת התומים (סי' פ"ח סי' ק"י וד"ה ולכן), ר"ק קושיית התוס' על התורה, דהתורה כתבה שבועה במודה

מקצת ודכותיה הא הו"ל שעב"ק". וע"ש לעיל מזה בסמוך, "דעכשיו דתקנו חכמים מלוה על פה אינו גובה משעבדי, א"כ אין כאן שעבוד כלל אפילו על בני חורין, דהא כל רגע בידו ומכור מבלי מוחה". והקדים לדבריו שדרך זה הוא "כמו שכתבו רוב המחברים". וכ"כ בתוס' רעק"א (פרק ה' שבועות אות ב' בשם אחיז רבי בונים זצ"ל).

והכי מבואר בר"ן שבועות (י"ד) והוזהרה להלן בתומים שם (ד"ה והנה), והובא בתוס' יו"ט בשבועות (פ"ו משנה א'). ואפשר שהר"ן עולה יפה עם מה שהבאנו מהר"ן כתובות (פ"ד) ע"י בסמוך (ד"ה ובשלמא) שהבאנו דבריו וגם דבריו שם ברץ צ"ב. שמבואר דס"ל דשעבוד בעצם חשיב מטלטלי מצד עצמן. ולפי"ז את"ש שיטת הר"ן בשבועות הנ"ל דס"ל דכשתיקנו חז"ל להפקיע שעבוד ממלוה ע"פ ממילא גם בני חורין נפקע השעבוד, (ודלא כשאר מפרשים יובא בסמוך כאן), ולפמ"ש"נ שם דרק שעבוד דאתיא לידי גביה פוטו, שוב אין מעליותא לשעבוד אבנ"ח.

ומעתה וכו' או אם קושייתם היא אפילו לאהר התקנה וכו' לא הפקיעו וכו' אלא בשמכירה. וכן כתב בתוס' רעק"א פרק ו' שבועות (משנה א' אות ל"ח), ובשו"ת נודע ביהודה (תול"ד תנינא סי' כ"ח ד"ה אבל אני אומר), ובמעייני החכמה (כ"מ בסוגיין), וכן כתב הר"ן גופא בשבועות לו: ד"ה משום, ולכאורה זה דלא כמש"כ הר"ן שם מסביב לרי"ף וע' מה שהעירו בזה הרב המהדר שם ציון 94, ובנחלת דוד. והנה התומים הביא מהן מסמ"ע דרישה והט"ז ועוד מפרשים שמבואר דלא ס"ל כשיטת התומים שהבאנו (דס"ל דאף מנכ"ח פקע השעבוד), ומשמע דלכל אלו החולקים ס"ל דצד זה דלא פקע השעבוד עד שעת המכירה.

ודע עוד דכדז זה מבואר יותר בספרי ראשי הישיבות, ע"י קונטרסי שיעורים (סי' ה' בריש דבריו, וע"ש ססידו כל הדעות בזה באופן ברוי), ליקוטי שיעורים כתובות (סי' ר' ג' ד"ה ואשר נראה בזה), אבן ישראל על הרמב"ם (פ"ז א"ת אות כ"ה ד"ה והנה אמרת).

והיה מסתבר וכו' אף לאהר התקנה וכו' כיון דאין השעבוד נעקר. ויש לומר דבהא גופא פליגי הט"ז והתרומות הכרי (ע"י לעיל ד"ה והנה), דהט"ז ס"ל כדז א' (דקשייתם לפני התקנה), והתורה"כ כדעמימה ס"ל כדז ב' (אף לאהר התקנה). אך לפי האמור כאן בסמוך "אלא דקשה לפי זה" יקשה לכופ"ע וצ"ע.

והיה וכו' אלא דקשה וכו' ואפילו משעבדי וכו' וקשה למה חשיבא כפירת שניק. וכן דקדקו האחרונים בתוס' ועמדו על זה, ע"י חמדת שלמה (כ"מ ד: תוס' ד"ה אין נשבעין בריש דבריו), קהילות יעקב (סי' ר' אות ב' ד"ה ודעת התוס', ועי' בתרומות אות ר' ד"ה והנראה), גידולי שמואל (ד: ד"ה והנה קושיית התוס', בסו"ד), וכן מבואר בספרי רבי ברוך בער ז"ל, ע"י ברכ"ש (סי' ר' ו) ובחידושו ושיעורי רב"ב (סי' י"ד), ובשיעורי מנחת שאול (סי' פ"ה אות ר') בביתאור שיטתו. ונראה דכבר קדם השי"ח בזה בסמ"ן

פ"ח (ס"ק מ"ט) שהביא לדברי הב"ח הסמ"ע (ס"ק ג"א) המחודשים שדייקן מלשון הטור והשו"ע (שם סעי' כ"ח) "דשטר הוי כמו קרקע", דאפילו אין ללוה הקטר ככל אפילו משועבדים אפ"ה חשיב השטר כקרקע וכו', וע"ש בדרישה שהוכיח עוד כן. ושוב השיג עליהם הש"ך ובתור"ד כתב: וכן מבואר להדיא בתוס' פ"ק דמציעא ומביאם ב"י דהיכא דלית ליה "אפילו משעבדי", אפילו בשטר חייב שבועה דאורייתא עכ"ל. הרי להדיא שנחית הש"ך לדקדוק זה מלשון התוס'. וכן דייק שם עוד בסו"ד וז"ל, וכ"כ התוס' רפ"ק דמציעא דר' יוחנן דמחלק בין על פה לשטר מיירי דאית ליה משעבדי ולית ליה בני חורין וכו' עכ"ל. ואגב דנחתין לדברי הפוסקים הנ"ל דשטר הוי כקרקע יש להסביר הענין המחודש הזה, וע"י לקמן בסמוך מש"כ דודי המחבר ב"ה ומה וכו' ובמש"כ בציון שם (ד"ה ומה וכו' וטעמא דפילתא) בדברי הסמ"ע. וכאן אכתוב בנוסח שונה קצת.

ע"י תוס' בכורות (ט"ז: ד"ה וירידה) בענין שעבוד נכסים לפדה"ב וז"ל, דנכסים שקנה אחרי כן חל עלייהו שעבוד לענין פדיון, ואע"ג דלא כ' דאקני, דכל שעתא ושעתא רכיב עלייהו חיוב פדיון, וכיון דחשבינן ליה כמלוה בשטר הוי כאילו נכתב לאחר שקנה הקרקעות עכ"ל. הרי דכלל מצאנו בדבריו בגדר השטר דכל רגע שהוא קיים הוא מחייב כל כך עד שמשעבד נמי נכסיו, ומבואר שכן הוא רק מצד דין השטר שבה, (ולא סתם תחמת המצה). וכן למד התומים (בסי' קיד ס"ק ט) אף במלוה על פה למאן דאמר שעבודא דאורייתא הואיל ומה"ת חל החיוב והשעבוד, גם על מה שיקנה אח"כ חל דין זה, והביא ראיה מתוס' הנ"ל. (ולא כהקצת"ה שם ס"ק ט' דפליג על התומים. אכן צ"ע שהתומים בסי' פ"ח ס"ק י"ז חלק על הב"ח ופס"י והולך בדרך הש"ן והרי סתירה. וע"ע באורים שם ס"ק נ"ו וצ"ע.)

ונראה דהן הן דברי הסמ"ע דרישה והב"ח דשטר הוא כקרקע, ר"ל שכל שעוה ושעה הריהו משעבד כל דאית לרשותו, ונמנע דאף אם עדיין לא קנה ולא קיבל כלום מ"מ כח זה חי וקיים, ע"כ.

ויתברר לפי"ז דבר זה קצת שמצאנו בתוס' שבועות (ל"ז: ד"ה ואין) שהק' ותיירך כהתוס' דידן (בב"מ ד:), אלא דתירצו "כשמחל השעבוד" ולא תירצו כהתוס' ב"מ שהוסיפו "או שאין לו כלל קרקעות", שלכאו"ו זהו עיקר התיירוך ומחל השעבוד הוא יתרו אוקימתא, ולמה השמיטו התוס' אוקימתא זו. וכמו כן קשה על התוס' בב"ב (קצ"ה: ד"ה המלוה) "ואומר רבי כגון שמחל שעבודו", הרי להדיא שללו האוקימתא הפשוטה דאין לו קרקע וצ"ע.

ותיירך לי ידידי הרב שלום מרדכי ריינמאן בן דודי המחבר שליט"א דהלא באין לו קרקעות לא נשתנה עצם הדין שעבוד והחוב, ואכתאי אפשר שיקנה נכסים ויחול עליהם שעבוד גמור, עכ"ד. והיינו על דרך התוס'

בכורות והתומים הנ"ל ושפ"י. ואולי פליגי בזה התוס' גופא, דהתוס' בב"מ ס"ל כהש"ך, דהתוס' בשבועות וכו' נוטה לדרך הסמ"ע והבן.

ובש"מא וכו' קודם התקנה וכו' כיון דסופו זגבות מן הקרקע ונא"ע דבשעת הנידון אין הקרקע שלו, וטעמא דמילתא וכו' אנו דנים על קרקעות שאנו ש"ם הן ש"ף הלוה זגבי גביה החוב, אי נמי משום שיוצא מזה גביה מן הלקוחות. והנה דודי המחבר נקט ב' נוסחאות בסברת התוס'. א) שדנין על השעבוד בעצמותה דחשיב קרקע. ב) שדנין על השעבוד כקרקע ממה שיבוא לידי גביה. ונראה דאלו שני דרכים, נפרדים המה, ואינם עולים בשיטה א' וכדלהלן. הנה ע"י לעיל ד"ה ואין, במה שכתבתי דהתוס' והרמב"ן פליגי בגדר הפטור דשעבוד קרקע, דהתוס' ס"ל דא"צ שיהא הקרקע ניתן לגבות בפועל, והרמב"ן פליג וס"ל דצריך שתהא השעבוד בת גביה בפועל ממש. ואינו מבואר כל כך במפרשים במה נחלקו.

ונראה דגמ' מפורשים בכתובות (פ"ד: טו"ט) בזה בענין פוגמת כתובתה שהיא מודה לבעלה שמקצת כתובתה נפרעת דחייבת בשבועה, ובגמ': סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא וכו', אמר רבא שתי תשובות בדבר וכו', ועוד אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ע"כ. וכן הובא פלוגתא זו בעוד בבא במתני' שם (סוף פ"ד:), ולכאורה תמוה הא"ך טעה רמי בר חמא בהלכה מפורשת דאין נשבעין על הקרקעות (שבועות פ"ב: בי"ג:). וע"י בראשונים שטרוה בזה.

ונראה דרמי בר חמא ס"ל דלא מצינו במיעוט קרקע אלא קרקע ממש, אבל שעבוד קרקעות לאו קרקעות הוא. וכ"כ הר"ן (מ"ח: מר"פ ה"ה"ף ד"ה נשבעין) וכיון לזה הפני"ג נמי שם (ד"ה אמר רבא). וע"י מש"נ בזה לקמן ש"י פ"ח ובציונים (שם ד"ה היינו), והשתא יש לעיין במה חלק עליו רבא. ונראה לפרש שיטת רבא בב' אופנים: א) דפליג ארמב"ל לגמרי וס"ל דשעבוד קרקע הוי קרקע נמי. ואפשר מהאי טעמא שכ' הריטב"א בקידושין (ג"ג:). דשעבוד הוי "מקצת קנין" בהקרקע, או משום טעמא אחר, איך שיהיה שעב"ק נמי הוי קרקע. ב) שעבוד אינה קרקע בעצמותה, וכעין לשון הגמ' כתובות (צ"ב:). ופסחים (ל"א:). לגבי חוב "אנן מטלטלי שבק אבון גבן". וע"י ריטב"א (צ"ב:). ד"ה ואמר רמי בר חמא פשי"כ בשם ש"פירשו, "דאע"ג וכו' ואיכא שעבוד קרקעות מטלטלי דיתמי מיקרא" (עייני ש"כ עליו וכל זה אינו נכון. ונראה דהריטב"א אויל לטעמי בקידושין שם דשעבוד הוי מקצת קנין ולא שייך ביה לשון מטלטלי, והוי שפירשו ס"ל דבעצם גם שעבוד שפיר יכול לנכות מטלטלי, ונפלא דהובר שהישי מי שפירשו הוא תרין, כמבואר בהמהר"ר לריטב"א ציון 12, והר"ן כתב להדיא פ"ז: בדעת רב"ח דשעבוד לאו קרקע. ונפלא ביותר שבאן ב"דף צ"ב. נמי רמי בר חמא הוא מרא דהאי שמעתא).

וא"כ כל מה דשעבוד קרקעות חשיב קרקע לפטור מן השבועה, אינו אלא מטעם

שעל ידן באין לידי טירפת קרקע וזה נותן בה דין קרקע אע"ג שאינה קרקע בעצמותה.

ועל פי זה יש לפרש פלוגתה הראשונים בסוגיין (כ"מ ד: שבועות ל"ז:). אם שעבוד שלא שייך להביא לידי טירפא חשיב שעב"ק לפטור מן השבועה. דהתוס' (הרא"ש) ס"ל כצד א' בשיטת רבא הנ"ל דשעבוד בעצם חשיב קרקע, א"כ מה לי מה שעתיד להוציא ממנה, סו"ס קרקע היא ופוטור מן השבועה. לא כן הרמב"ן (הרי"י מ"ג:). דס"ל כצד ב' בשיטת רבא דבעצם אין שעבוד קרקע אלא כמטלטלי, ואלא דין קרקע יש לה הואיל ומביא לידי טירפת קרקע, וא"כ היכא דלא לידי גביה בפועל יש בה דין קרקע, והיכא דלא שייך להביא לידי גביה וטירפא אינה אלא כמטלטלי. ונמצא דשורש פלוגתה התוס' והרמב"ן הוא בעיקר גדר שעב"ק וכמש"נ.

ומעתה יבואר דב' הלשונות שכתב דודי המחבר כאן ב' דרכים נפרדים המה, ולישנא א' "דנים על הקרקעות" לכאו"ו היא לשון עיקר בדעת התוס'. אכן לישנא אחרונה "אי נמי משום שיוצא מזה גביה" מורה יותר כדרך הרמב"ן.

הוספה:

וידידי הרב שלום מרדכי ריינמאן בן דודי המחבר שליט"א הוסיף בזה דבר נחמד וזת"ד: היה נראה לומר בשורש פלוגתתם של התוס' והרמב"ן דפליגי ביסוד זה, שעבוד שא"א להביא לידי טירפא האם השעבוד בטל מאילו, או דלמא שעבוד לעולם אינו בטל. אבל לאחר העיון נראה דאפילו כשתמצא לומר שכן הוא הבנת הדברים, סו"ס צ"ל שהתוס' ס"ל דשע"ק בעצם כקרקע והרמב"ן ס"ל דשע"ק בעצם לאו קרקע וכמש"נ, דאלת"ה יל"ע למה התוס' והרמב"ן לא הסכימו בגדר השעבוד שלא אתאי לידי גוביינא ודוק"ק עכ"ד.

אכן טובא יש לדקדק וכו' ומה הוסיפו התוס' במה שכתבו דהוי' כמח"ל ו' השעבוד. ונראה דאפשר ליישב על פי מה שהשקפה בחי' הריטב"א ב'שבועות (ל"ז: ד"ה הינו, והיא כמדקדק) "וכיון דמדאורייתא איכא שע"ק והוא פטור מקרבן, האיך יהא חייב קרבן משום תקנתא דרבנן שאין בה שעבוד קרקעות, דהא חולין לעורה קא מייח"ו. וכן הק' בהגהות מצפה איתן בסוף המסכת (פ"א ד: ד"ה היינו) בשם הספר עצי לבונה, וע"ש במה שתירצו.

אכן להתוס' יש לומר דבאלו ליישב קושיא זו דהאיך מהניא תקנתא בעלמא לתקן חולין בעורה. ואפשר לא נייחיה להן לומר הפקר בית דין הפקר גרידא מאיזה טעם שיהיה, או מום דכל דבר שמפורש בקרא להיתר אין החכמים רשאין לאסור, וכיון דנלמד ענין שעבוד נכסים מקרא וכמוכ"ן "שעבודא דאורייתא", וכמו שערכו הראשונים המקראות לזה (פי' ב"ב צ"ה:), שוב לא רצו להפקיע השעבוד להדיא. או יש לומר מטעמא אחר, אינו אלא שייקיעו השעבוד מהכ"ת ישאר הקרקע אצל הלקוחות,

ולעולם אפשר שישוב הקרקע להלוה שהרי מכירתו לאו מכירה לענין הגובינא (עי' ש"י תבובת ניט: ופסחים לז), ואם פקע השעבוד אולי תבטל כל המכירה וחזור הקרקע להמכור הלוה. או יש לומר מהך טעמא, משום דאמכר דסבר (שטמ"ק ב"ב ק. בשם רבנו יונה, נהרי"ט סי' וליה ס"ק י"ג, ועי' מקור חיים סי' תמ"ח ס"ק ט. וביים של שלמה יבמות פ"י סי' י"ט) דאין הפקר ב"ד מקנה הדבר לשני רק מפקיע מבעליו. וכן נראה שיטת התוס' עי' גיטין י"ד. תוס' ד"ה כהלכתא וכמו שדקדק המהר"ץ חיות שם. וא"כ בהפקעת השעבוד נכסים ע"י תקנתא נהי דאינו של מלוה, אכתי אפשר דלא זכו בה הלקוחות, והוי שוב ללוה וכבני חורין לענין זה. ועל זה הוצטרכו התוס' להוסיף "כאילו מחל לו השעבוד".

ונראה דדברי התוס' מתבארים בדרך מש"כ עפ"משי"כ הרמב"ם פ"ה טו"ט ה"כ. הנה מצאנו השוואה זו בספרי האחרונים, ואלא שכתבו בעיקר לסתור ולחלק, ואולי כוננת דודי המחבר ג"כ כמותם ולפיכך הוסיף "בדרך מש"כ" ואעתיק תמצית דברייהם. עי' בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ה טוען ונטען ה"ל"ב) שהוכיח משאו דוכתי דדמי קרקע הוי כמטלטלין ולא כקרקע לישבע עליהן וצ"ע. וכתב (ב"ה והנראה) וז"ל, דבאמת הרי התשלומין שמתחייב בהם הא הויין מטלטלין, והם ככל מטלטלין בעלמא, והא דפסק הרמב"ם דאין נשבעין על דמי קרקע, בע"כ צ"ל דהוא משום דכיון דהתשלומין הם חליפי הקרקע שהזיקו, ונוק הקרקע הוא עיקר חיובו, וא"כ עיקר חיוב שבועתו הוא רק בנוק הקרקע, וכיון דאין נשבעין על הקרקעות ומיפקט בכפירתו בלא שבועה, ממילא ליכא עליה חיוב שבועה גם על התשלומין וכו'. משא"כ לענין קרבן שבועה בעיקר דין כפירה שבוה הוא מדין גזילת ממון. א"כ אין דינו תלוי כלל ביסוד והתחלת החיוב, ורק בהחייב תשלומין של עתה היא שחלה כפירתו וגזלתו, וכל שהתשלומין דאית ליה גביי' עתה הם מטלטלין לא אכפת לו כלל בעיקר החיוב מה שהוא, וחיוב בקרבן שבועה, ועל כן גם בדמי קרקע, כיון דהתשלומין עצמם חשיבי מטלטלין, על כן שפיר מתחייב בקר"ש וכו' עכ"ל. ולכא"ו לפי דבריו יוצא דלענין אין נשבעין על כפירת שע"כ בהלוואה יתחייב במלוה על פה הואיל ואין דמי התשלום באין מכח קרקע, ובאמת כן הוא שיטת הרמב"ם (פ"ח מהלכות שבועות ה"י"ג) וכמו שהוכיח הגר"ח גופא שם בספרו ברי"ט הדברים. ודלא כשיטת התוס' דס"ל דאף מלוה על פה פטור כמו מלוה בשטר. וא"כ צריך עיון איך משווה דודי המחבר שיטת הרמב"ם עם שיטת התוס' וצ"ע. ועי' בפנים בסוף פרק זה מה שיתברר בדעת הרמב"ם ה' שבועות באופן אחר מהגר"ח, ועי' מש"כ בשיטת הרמב"ם פט"ז אישות הכ"ה, (בשער ב' פרק כ"ב) ואתי שפיר. ועי' בציון הסמון (ד"ה והשתא).

והשתא וכו' חיוב שעיקרו קרקעות נחשב

צ"ע וכו'. אכן בקהילות יעקב ובחידושי העילוי ממיצי"ט ז"ל כתבו לחלק בין ענין דמי קרקע כקרקע לכופר בשעבוד קרקעות בהלוואה, וז"ל הקה"י (שבועות סי' כ"ט ד"ה ומא): וזה צ"ע טובא לענין דכו', מ"מ אי הוה איפכא, שעיקר החיוב ורשוהו הוא מטלטלין ומחמתו נתחייב לשלם קרקע, נמי פטור משבועה משום זה שתיבעת התשלומין הוא תביעת קרקע. וראיה לזה מהא דאין נשבעין על כפירת שעב"ק, ועי' תוס' שבועות דל"ז, ולפי מה דקיי"ל שעבודא דאורייתא לא משכח"ל שבועה אלא כשמחל לו השעבוד, וכ"כ הפוסקים ז"ל, עי' הרא"ש ז"ל והר"ן ז"ל וש"פ בשבועות ל"ז ובפ"ק דב"מ. והרי התם עיקר שורש החיוב הוא מטלטלין שהוא ההלוואה ומחמתה נשתעבדו הקרקעות, ומ"מ אין נשבעין על כפירת שעבוד הקרקעות, והיינו משום שעכשיו הוא תביעת קרקע, אלמא דמה ששורש התביעה הוא מטלטלין אינו מספיק לחייבו שבועה היכא דעכשיו הוא תביעת קרקע וכו' עכ"ל.

ועי' בחי' ממיצי"ט ז"ל (בחדושי סי' י"ד, ובשנות סי' פ"ח ד"ה ונראה בספרת הרמב"ם, וכו') אבל כפירת שעב"ק) וז"ל בקיצור: בסברת הר"ם דדמי קרקע כקרקע, הנה הא דאין נשבעין על קרקעות אנו למידין בשבועות מ"ב ע"ב בכלל ופרט וכו', ולומר הר"ם דהמיעוט מן הכלל ופרט וכלל הוא על הסכסוך, היינו על מה שהם דנים, ע"מ שהם טוענים ומתוכחים וכו', ואם הסכסוך הוא על קרקע, אע"פ שהכפירה היא על הממון, ממעטין מדין קרקע. ואמת שהתוצאות הן ממון והשאלה הסופית היא כמה כסף הוא מחויב וכו', אבל הסכסוך באמת הוא לא על הכסף, דהא בלתי הקרקע בודאי אין עליו שום חיוב, ומשו"ה דמי קרקע כקרקע. אבל בכפירת שעב"ק, דהיינו דתובעו מנה והוא מודה חמשים, אמת שיש שעב"ק ע"ז, אבל מה שהוא תובעו ועל מה הוא מודה, ע"מ הם דנים ועי' מה הסכסוך העיקרי, הוי אומר רק על הכסף ולא על השעבוד שיוצא מזה וכו', ומשום התוצאות לבד אין אנו יכולין למעט מן הכלל פרט וכלל. וקצת יש להוכיח זה מן הגמ' דכפירת שטרות לא ממעטין מקרקעות, אלא משום שאין גופן ממון [ועי' ע"כ בקוב"ש ב"ב אות תקי"ז ותקי"ח מש"כ כע"ז], משמע שזה לא שייך לקרקעות, והיינו משום שהסכסוך אינו על הקרקעות שהשטר משעבד, אלא על הכסף עכ"ל.

הרי להדיא שחילוק העילוי ז"ל והקהל"י בין דמי קרקע לשעב"ק דהלוואה, ושור"מ שכבר כתוב כן בספר פתחי משפט להגר"י פתחיה הארענבלאס (מ"ד וראש תרע"ב, חלק ב' סי' צ"ה סי' י"ד), ודכו"ל לא כמשי"כ בפנים. וצריך לומר שלא כוונת להגדיר שיטת התוס' רק שיטת הרמב"ם, וכן מצאתי שרמו לזה בקהל"י ב"מ (סי' ו' את"ו ד"ה ונראה) בסוגריים.

והשתא וכו' כ"ה חיוב שעיקרו קרקעות.

וסברא כע"ז כתב גם הקהל"י (שבועות כ"ט ד"ה ונראה), שהדר ביה מהא דלעיל ע"ש בארוכה וז"ל בקיצור: ונראה דשפיר י"ל דאולינן בתר עיקר שורש התביעה בין להקל בין להחמיר, וזה דאין נשבעין על כפירת שע"ק אע"פ ששורש התביעה בא מכח מטלטלין, התם גבי כפירת שע"ק שאני דנחשב שגם שורש התביעה הוא קרקע, [וע"ש שיסודתו מהרמב"ם ה' טוען ונטען שם ה"ה בדמי שכירות קרקע ובדברי הרב המגיד המחודשים שם ועוד מקורות], וממילא ה"נ בתובעו שעב"ק עבור החיוב דמתחיל עיקר שורש החיוב מהשעבוד תשלומין, דהא המעות המטלטלין שהלווה נתן לו המלוה מדעתו ואינו תובעו למה לקח הכסף, אלא תובעו התשלומי חוב שנתחייב, והוא עיקר קרקע, שהרי נשתעבדו הקרקע משעת הלוואה לתשלומי ההלוואה, ומשו"ה אע"פ שנאמר דאולינן בתר שורש החיוב גם להחמיר, מ"מ בכפירת שעב"ק שפיר אין נשבעין, דהתם יתחשב שע"ק שורש החיוב הוא התשלומין, כיון שהכסף של הלוואה נתן מדעתו עכ"ל.

והשתא וכו' הוספה: והנה יוצא מהנ"ל ב' דרכים להגדיר הדין תשלומין בחוב דהלוואה, או שהוא בעיקר משום תנינת הכסף (ש"י העילוי פמיצי"ט), וממילא הוי דין מטלטלין. או דהוי חלות חיוב תשלומין שנתהווה ע"י ההלוואה (ש"י הקהל"י למסקנא). ואפשר דשורש פלוגתתן מבואר כבר בראשונים, דהנהגה בפטור קם ליה בדרכה מנייה חקרו האחרונים אם נאמרה גם בחוב ממוני כגון הלוואה, עי' בריכ"ש ב"ק (סי' י"ב אות"ב) ששאל את פי הגר"ח ז"ל והשיב שאינו נפטר מתשלומי החוב ע"י קלדר"מ ע"ש.

ובאמת נראה דפליגי בזה הראשונים, עי' במאירי ב"ק ע: בהא דאתנן וכו' אפי' בא על אמו, דמבואר כהגר"ח, וכן הוא בשטמ"ק ב"מ צ"א. בשם י"מ, ובחידושי הר"ן סנהדרין ע"ב. בשם הר"ר דוד. אמנם שיטת רש"י ותוס' ב"מ צ"א. והראב"ד והרשב"ב עצמם בשטמ"ק (סי' ט"ז) הוה, דאף בחוב דהלוואה שייך פטור דקלב"מ, וכ"מ שהוא שיטת הקצה"ח סי' ל"ח ס"ק א', וכמבואר בספר כללי קלב"מ (כלל ג' סי' ג').

ואשר יראה בשורש המחלוקת הוא ע"פ סברות הנ"ל ביסוד הנידון דאדם חייב לפדוע מה שלוה. ולסברת הקהל"י דאין התביעה להלוה "למה לקח הכסף", אלא תובעו התשלומי חוב שנתחייב, א"כ מסתבר שהפטור קלב"מ יכול לפטרנו מלשלם, שא"א להתחייב ב' חייבים כאחת רק חיוב אחד. והוה שיטת רש"י ודעימיה והקצה"ח. אכן אם נימא כצד היותר פשוט וכסברת המייצי"ט עילוי דאין התביעה אלא מצד עצם הנטילת הכסף, וכנהנת הקהל"י בתחילה, ודאי שלא שייך פטור בזה של קלב"מ דאין כאן ב' חייבים כאחת אלא חיוב אחד, וחובת התשלומין לאו מכח חלות דין חיוב תשלומין הוא, אלא כסתם

ממוני גבך. וע"ע בספר עין המשפט (סי' צ"ה פרק ב') את ט"ו בציונים והערות את 3). ואלא דצ"ע דהברכ"ש הנ"ל בשם הגר"ח מבואר בהלואה הוא כעין ממוני גבך, ואילו בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ח משבועות ה"ד ד"ה ואשר יראה) לא משמע כן.

והשתא וכו' וגם פ"י דבריו הראב"ד וכו' שפיר איכא פ"מירי וכו' ודו"ל כשע"ק. ולכן אתי שפיר מה שלא השיג הראב"ד (פ"ח ט"ו) הלכה ה' ודו"ק. ובאמת כ"כ הקצ"ח בנידון דומה (ע"י סי' צ"ה ס"ק ב"ה האחר העינין) "נראה דאין בזה שבועת התורה ואפילו לדעת הראב"ד". וע"ש במלוואי חושן ציון 301 משי"כ בשם האחרונים. ובר מן דין כבר כתב השו"ך (סי' צ"ה ס"ק י"ח) שהראב"ד לא פליג כלל על הרמב"ם ביסוד הדברים.

ומה שכתבו התוס' וכו' היינו שמח"ל פ"ו בשעת ההלואה. אכן ה"ט"ו (בכ"י פ"ח בסוף הסימן ב"ה בטור סי' ל"ח) ס"ל דאף בשעת הדין ודברים יכול למחול הקרקעות וז"ל: שוב נתגלה לי בחלומי וכו', דמיירי שאח"כ מחל לו השעבוד וכו', דכל שאין לו כח לטרוף לקוחות הוא קרקע כמו מטלטלין וכו', נמצא דמש"ה תוס' דמחל לו המלוה השעבוד היינו הכח של טריפת לקוחות וכו', והכא מיירי שאחר שבאו עדים ראה זה שלא יתחייב לו שבועה, ע"כ אמר בפני הב"ד הנני מחול לו השעבוד של טריפת לקוחות באותו החצי שיתחייב ליתן לי, אלא אגבה אותו מבנ"ח שאמצא אצלו כ"ז שלא מכרם עדין וכו' עכ"ל ה"ט"ו. הרי להדיא דס"ל דאף כשהחוב שעבד את הקרקעות ויש לו זכות לגבותם, מ"מ יהני מחילתו בשעת העמדה בדין ובשעת ההשבעה, ולא איכפת לן מאי דכל מלוה יסמוך אמחילה זו כשיצטרך לזה. אבל דבריו מוקשים וכמו שתמהו עליו האחרונים, ע"י שו"ת אמרי אש מגדולי תלמידי החת"ס (תוס' סי' ט"ו אות ג' ד"ה העינין) וז"ל: ומה שדחה ה"ט"ו דמיירי שמחל לו השעבוד אחר כך, צ"ע אין דבשעת הודאה לא חייב שבועה, לא מחייב כוח"כ, וכמו שכתב הר"ן בשבועת הדיינים (כ"ב: מדפי הרי"ף) לענין דבר שבמדה עכ"ל. וכן כוון לקושייתו וראייתו הגאון רבי ישראל זאב גוסטמאן ז"ל בקונטרסי שיעורים (כ"ב: שיעור ה') אות ג' ד"ה והנה).

אכן יש סברא ליישב ה"ט"ו וכמו שהריגש שם בסו"ד "ודרוחך לחלק וכו' בנידון דידן דמעיקרא בשעה שהודה היתה הודאתו בקרקע, ועתה כשמחל נשתנה מקרקע למטלטלין, ועל המטלטלין שאנו מחייבין עבורם שבועה הרי לא היתה מעולם הודאה בפטור וצ"ע". ובאמת כבר הסתפק בשאלה זו רבי אריה ליב צינץ במעיני החכמה (בתוס' ד"ה אין את פ"ח בסו"ד) וז"ל: מיהו יש לעיין אם תבעו בשטר והודה לו במקצת, ואח"כ מחל לו המלוה השעבוד, אם חייב שבועת התורה, או דאמרינן כיון דבשעת תביעה הוא שיעבוד קרקעות, אף אם מחל אח"כ לא מהני לחייב

הלוה שבועה דאורייתא, שכבר קדמה הודאת הלוה בשעבוד קרקעות ובשעת הודאה היה שעבוד קרקעות עכ"ל. ונהגם שלא הסביר צד הראשון שלו, וי"ל על פי הקונטרסי שיעורים הנ"ל. הרי דס"ל להלן אחרונים דודאי דבר פשוט הוא דבמחילה קודם ההודאה, וכל שכן קודם התביעה והתחלת הדין לפני הדיינים, דמהניא להביאו לידי שבועה בשעת הטענה וכפירה, ולא איכפת לן מה שעיקר החוב וההלואה חלה אקרקעות נמי. ודלא כהנחת דודי המחבר שליט"א וצ"ע. אמנם המעיין בקונטרסי שיעורים שם יראה שלמד על דרך המחבר שליט"א, והביא מפוסקים שמבואר הכי, ע"י אות א' וכו' בשם הסמ"ע (פ"ח ס"ק ב"ה), ודלא כהשו"ך (שם ס"ק מ"ט), אבל הסביר באופן אחר קצת, שהשטר הוא בעצם כקרקע מכיון שזהו ממצעה השטר לשעבד, אבל מלשון דודי בפנים אינו משמע הכי אלא דתליא בסוג החוב ועיין.

ומה וכו' לא משכחת פטור הנתבע משבועה וכו' באותה שעה ימחול לו השעבוד. וכל שכן דלה"ט"ו (פ"ח ס"ק ב"ה) הנ"ל לא משכחת לה, דלעולם מהני המחילה ואף אחר הטענה והודאה וכפירה. אבל לדעת האמרי אש ודעימיה ודאי משכחת ומשכחת, דמי פתי למחול שעבודיו טרם שידע דינו, דוכי בשופטני עסקינן (לשון המעיני החכמה אות פ"ה) למחול שעבודיו, ואולי יפסיד כל ממונו, שהיה הלוה מחוייב לשלם מאיזה סיבה שיהיה כאן עדים ונתפס בשקר וכו' ושמא וכיו"ב הרבה אופנים, ועתה אם לא נשאר לו אלא קרקעות ומשועבדים לא יגבה כלום.

ומה וכו' לא משכחת פטור וכו' מדין אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות. דהיינו בהלואות ושטרי חוב, דאילו בשאר סכסוכי קרקע שפיר עדיין משכחת פטור דקרקע, כגון במזיק וניזק ומקח וממכר וירושה וכיוצא בזה. אמנם אף בהלואות יל"ע דהרי מחילה לא מהני בכל מקום, ע"י ירושלמי גיטין (פ"ה ה"ה): דין דמחל שטר לחבריה ר"ח ור' מנא, חד אמר מחל וחרנה אמר לא מחל עד דמטר ליה שטרא. ע"כ. ובקרבן העדה (ד"ה עד) כתב "שעדיין שעבודו קיים". הרי דחוב שיש עלה שטר אין מחילה פועלת כ"כ עכ"פ מה שנוגע לשעבוד הנכסים. וגם כתבנו במק"א ראה מהבבלי (כ"ב ל"ב: ההוא ערבא וכו') דהפרעון חוב וביטול השעבוד נכסים לפעמים ב' ענינים פורדים המה ואפשר לא תליא זה בזה. והכא נמי י"ל למ"ד לא מחל. וע"י בפוסקים שחששו למ"ד זה, ע"י טור (ס"ו ס"ב), וכן משמע קצת מתשובת הרא"ש (ככל צ"ע סי' ט), מובא בטור (ס"ו ע"ג). וע"י ברמ"א (סי' רמ"א סעי' ב') שסתם כוותיה דהמ"ד שמהני מחילה ע"פ הכרעת המרדכי פ"ק דסנהדרין, ובביאור הגר"א (שם ס"ק ה') כתב טעמא משום דבמשכון הטעם שאין גוף המשכון קנוי לו זולת התחייב בגניבה ואבידה, "וכל שכן שטרי". ולפי מה שכתב

דודי המחבר בסוף פרק זה בדעת הגר"ח מכריסק בדעת הרמב"ם בגדר שטר לגבי הנכסים, א"א לומר כ"ש שטר" אלא להיפך וצ"ע.

אכן להלכה הביא הש"ך (שם ס"ק ב') מהבעל העיטור שכתב לא הכריע כשום מ"ד, ולפיכך "הוי ספקא דדינא". ועי"ש שהעתיק הירושלמי בגירסא אחרת קצת "לא מחל עד דמכר ליה שטרא", ולפי גירסא זו ודאי המחילה לא מועילה כלום, ואף לשיטת הרא"ה המפורסמת (הובאה ברין כתובות נ"ג, י"ט: דרפי הרי"ף ד"ה מחלת) דמחילה בע"כ שמהי מחילה, דשאני הכא צריך למכירה על השטר. ואף לגירסא דידן נמי י"ל כן והבן.

לפיכך נראה דמשכחת להפטור דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות בכל מלוה בשטר, ורק במלוה על פה י"ל דלא משכחת לה הוואיל ומחילה גרידא ומחילה בעל כרחו מהני וצ"ע. אכן לשיטת הרמ"א (הג"ל) א"ש דלא חילק בין מלוה על פה למלוה בשטר. וע"ע בנתיבות המשפט (ס"ק א') שחולק על הש"ך וס"ל דאף למ"ד אינו נמחל היינו שאינו צריך להחזיר השטר ויכול להמשיך ולהחזיקו בידו עד שיפרע לו, דנגד זה לא מהני מחילה, וע"ש שלמד דהא מיהא מהני מחילתו על השעבוד הגוף ועל השעבוד נכסים, והוה חידוש גדול, ודלא כמשמעות כל הפוסקים ומפרשי הירושלמי דמשמע דזה שלא מהני מחילה היינו על עצם החוב, וכבר השיג עליו האמרי בינה (דיני דיינים סי' כ' אות א') הובא במלוואי משפט (שם אות צ').

ומה וכו' אלא מבואר דאם לא מחל לו השעבוד מתחלה בשעת ההלואה וכו'. ויש לומר טעמא אחרת למה צריכין לומר כן, דהנה הזכרנו לעיל בסמוך שיטת הרא"ה דמהני מחילה אפילו בע"כ של הנמחל, אבל אינו מוכח שכן פשוט להלכה, ע"י שער המשפט (סי' כ"ב בסופו) שנראה דלא חש לשיטה זו וכתב בפשיטות דמחילה בע"כ לא מהני, וכבר תמה עליו בעל החלקת יואב (בספרו קבא דקשיא קושא מ"ז בהגה) דנעלם ממנו שיטת זו (ועי"ש שכתב בשם האבני מילואים (סי' ל' - א', צ"ג - ר"ן) שהנתיב מנפשיה דמתני בע"כ, ובמחנה אפרים (הל' זכיה מופקד סי' ר"א) נסתפק בזה. ובהפלאה כתובות (נ"ג). כתב בפשיטות דלא מהני. ואפשר טעמם של השע"מ והפלאה והמחנ"א הוא מחמת סתימת הטור והשו"ע בזה. איך שיהיה אי נימא דלא מהני בע"כ, פשוט דצ"ל כדברי דודי המחבר צריך למחול בעת ההסכם וההתחלה של ההלואה, ודלא"ה אפילו היה מהני מחילה אח"כ לא היה חל בע"כ של הלוה, דפשוט שהוא אינו מרוצה בזה כיון שהוא לחובתו לחייבו שבועה במקום שיכול ליפטר. וי"ל עוד דאף בדעת הרא"ה אפשר דיודה בסוגיין דמחילה לא מהני בע"כ, דשאני הכא דעצם המחילה אינו פוטור מכלום, וכמעט שאינו נפטר אפי' משהו פרוטה, אלא אדרבה אינו אלא לחובתו לגמרי,

ובכה"ג אפשר דלכו"ע מחילה בע"כ לא שמיה מחילה (ועי' בחדושי הרי"ם גיטין ל"ו ד"ה שאבנו, ובחדושי לחו"מ סי' ס"ז אות ד' הובא בספר קצא בקשיטא החדושי הגיל' שרצה לחלק באפ"א בין מחילה למחילה, ועי' מה שזכר שם בשם כמה רבני זמננו לחלק כעין דברינו דמחילה שהוא לחובתו לא מהני בעי"כ).

ומה וכו' בשעת ההלואה. וצ"ע מהמבואר בסמ"ע (סי' ר"ט סי"ב כ"א) דמבואר דמהני מחילה על השעבוד נכסים, והבאנו דבריו לקמן (ש"א פלי"ב ד"ה אבן), ועי' במה שדנו הפוסקים בדבריו, ובמש"כ שם עוד בדבריו המעיני החכמה משמע כמש"נ.

ומה וכו' וטעמא דמייתא וכו' בשעת הלואה יכו"ל לקבוע החוב זה אין בו תורת שעבוד נכסים וכו' באפ"א אין מחילתו אחר כך טועיה לשנות את צורת עצם החוב.

והנה קרוב ליסוד החדש הזה מצאנו בחדושי רבינו חיים הלוי הל' אישות (פ"טו הכ"ה ד"ה ונתנה) ובהל' שבועות (פ"ח הי"ג ד"ה ואשר דהא), וכמו שביאר באריכות הגי"ר שאול ברוס ז"ל עי' שיעורי מנחת שאול (כ"ב סי' פ' אות' ו) וז"ל בקיצור: ולכאורה יל"ע במש"כ הגר"ח דגבי חיוב שבועה לא מקרי הודאת שעבוד קרקעות, כיון דמורה גם במטלטלין דיש בה די לחייב שבועה, נוכלשונו שם, "וא"כ א"ע"ג דאין נשבעין על הקרקעות ונפטר משבועה מעצם חיובו על הקרקע, אבל הרי ג"כ חל חיובו על המטלטלין לבד, ויש בו די לחייבו שבועה, כיון דחל החוב על המטלטלין גם בלא קרקע", דלמה הוצרך לחייב בהודאתו משום הודאת שעבוד מטלטלין, תיפול' לחייב משום דאיכל' בהודאתו הודאה גם על עצם החוב, וגם בזה יש די לחייבו שבועה אף אם לא נשתעבדו נכסיו כלל. וכן מוכח מדברי הראשונים (תוס' ד' ד"ה אין, רא"ש ס"פ שבועת הפקדון סי' ג') וכו'.

והביאור בדברי הגר"ח כאן (אישות) הוא עפ"מש"כ הגר"ח במקו"א (הל' שבועות) בדעת הרמב"ם, דהיכא דיש שטר, ושטר יש בו הקנאת שעבוד, הרי השטר משרו לעצם החוב שיהא בכלל שעבוד קרקעות, ר"ל דכיון דיש שטר הרי אינו יכול לגבות החוב מכת שעבוד הגוף נפרד, וכל הדין גביה בהשעבודים הוא מחמת השטר ולא מחמת חיובא דרמיא על הגבאי, וכלשונו, "בשטר הוא דחשוב כפירת שעבוד קרקעות משום דשטר יש בו דין הקנאת שעבוד, ע"כ זהו דמשו ליה גם לעצם החוב שיהא בכלל שעבוד קרקעות" וכו'.

ומעכשיו מבואר היטב מש"כ הגר"ח כאן (בהל' אישות) דבשטר סובר הרמב"ם דחייב שבועה משום השעבוד מטלטלין, ולא כ' דחייב שבועה משום עצם החוב וחיובא דרמיא עליה דגבאי, דהא דהחיובא דרמיא עליה דגבאי לשלם חובו מחייב שבועה הוא רק באופן דליכא שטרא, אבל היכא דאיכא שטרא הרי כל החוב הוא השעבודים [בין קרקע בין מטלטלין] הכתובין בשטר. עכ"ל בקיצור.

והנה גם בתורת הגר"ח חזינון שג"כ למד דיש "צורת חוב" עם שעבוד נכסים וצורת חוב בלי נכסים, אלא אהר"ח מיירי בשיטת הרמב"ם וכמו שיתבאר בפנים בסוף פרק זה, דלא ס"ל כהתוס' שסוברים דמחילה מהני, ואילו להגר"ח בדעת הרמב"ם צ"ל דאף בלא מחילה לא יהיה להשעב"ק דין כפירת שעבוד קרקעות הואיל ואינם כתובים בשטר. וצ"ל דרק לדעת התוס' דס"ל דעי" השעב"ק חל דין כפירה על הקרקעות, על כרחך דגם בלי שטר השעב"ק חשובים חלק ממעשה הכפירה.

ואלא שחידש דודי המחבר שליט"א חידוש נוסף, דאף בדמחל ליה השעב"ק וסיליק עצמו ותביעתו מחלל הקרקעות, מ"מ חל כביכול על עצם החוב דין חוב דאית ביה שעבוד קרקעות, וזה לא ינתק לעולם. אלא שלהגר"ח לא היה ניחא לומר כן במקום שאין שעב"ק כלל, דהלא גם כשאכא שעבודים על הקרקעות ויש להלוה קרקעות [ואפשר רק קרקעות ולא מטלטלין] מ"מ אין לחוב זה דין קרקע כל שאין השעבוד בא מחמת השטר. ואילו דודי ס"ל [בדעת התוס'] דלא זו בלבד שאף בלא שטר חשיב שהחוב הוא חוב של קרקע, אלא דגם בטר דפקע מן החוב דין גביה מהשעבודים מ"מ החוב הוא חוב של קרקע בעצמותו, והסבר הדבר אכתי צ"ע.

והיה אפשר לומר על פי מש"כ הסמ"ע (סי' פ"ח) אמה שכתב המחבר (ספ"ק כ"ח) אין הודאה שבשטר חשובה הודאה להתחייב שבועה מה"ת על הכפירה וכו', "דשטר הוי כמו קרקע" וכו', ועל זה דייק הסמ"ע (בס"ק ל"א) בזה"ל: עי' פרישה (ספ"ק ל"ב) ודרישה (ספ"ק ל"ח) שהוכחתי, דאפילו אין ללוה קרקע כלל אפילו משועבדים, אפילו הכי חשוב השטר כקרקע, כיון דנכתב השטר כדי לטרוף בו עכ"ל. ובדרישה (שם) איתא, "ועי"כ צ"ל דהיינו טעמא משום דשטר עצמו חשוב כמקרקעי כיון שראוי לגבות בו כממשועבדים אלמלא שמחל, ולא פלוג". ואפשר כוונתו דמאתר שזהו ממצעה השטר לשעבד נכסים, וכבר יש בו כח זה בעצמותו, שוב לעולם יחשב כשעבוד קרקעות "וכמו קרקע", ונעשה עצם דין השטר לדין קרקע גם בשאין לה קשר בפועל לקרקעות.

וכמו כן לדעת דודי המחבר, שכתב יותר מזה, דלגבי "צורת עצם החוב" שייך ביה דין קרקע אף בלייתא לשום קרקעות ללוה, יש לפרש עד"ז, דהואיל והחוב שעבד קרקע איה, בשמחל הקרקע, אכתי דין קרקע אית ביה, והאיל וסו"ס החוב שעבד קרקע. אבל מאחר דאיכא מיני חובות דלא משעבדי קרקעות, וכגון למ"ד מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי, גם במחל ליה בתחילה, שוב לא חשיב החוב זה כאלו החובות שיש להם דין קרקע כשלעצמה אלא חוב בעלמא ומטלטלי דעלמא, ואכתי צ"ע.

שוב הסביר לי דודי שליט"א את כוונתו

ביתר ביאור, דהן אמת שהשוואה לדברי הסמ"ע תואמת היא, דגם החוב דומה לשטר בזה שמצד עצמו משעבד קרקעות הלוה, א"כ גם חוב דינו כשטר דדין קרקע אית בה דזיל בטר טעמא, ולכן גם באופן שלא היה להלוה שום קרקעות, וכמש"כ הסמ"ע לגבי שטר, ג"כ חייל דין קרקע בעצם החוב, דסו"ס זהו כח ודין החוב לשעבד קרקעות. ולא עוד אלא כשיקנה הלוה קרקעות אפשר להחוב לשעבדם בעת ההיא על דרך דאקני קנה ומכר (כ"ב ק"י).

ורק היכא שמחל השעבודים בעת ההלואה ונהפך החוב לחוב שאין לו דין להשעבד וכמש"ל, רק אז אין עצם החוב חשוב כקרקע עכ"ל.

שור"מ פירוש רשום אצלי מפי מור"ר הגר"א אריאלי שליט"א מתוך דבריו בהסברו בעיקר שיטת התוס' וז"ל: ולכן נראה שמונת כאן דבר עמוק, דלעולם אין לומר שיש כאן דין ודברים על שני דברים, חובו והקרקע המשתעבדת לו, אלא בשביל המנה שיש לו ביד המלוה יש לו שעבוד ומקצת קנין בקרקע - אי"כ קצן מען טראכטען, מאנצט אזא חוב וואס בעד דער חוב האט עהר שוין א קנין לגוביינא - התביעת חוב כבר נחשבת לתביעת קרקע, דער חוב וואס עהר האט ביי יענעם האט עהר דאך באופן אז עהר האט שוין א קרקע פאר דעם חוב, איז דאס א דין ודברים פון קרקע עכ"ל. והביא כמה ראיות לזה הן מהתוס' עצמן הן מלשונות שאר הראשונים דפליגי עליו. ועי' באבי עזרי (פ"ד מלה ה"ד) בנוסח אחר "יש לו השעבוד כבר תמורת החוב לפרוע ממנו החוב".

אכן עדיין יל"ע במקום שחזר המלוה והפקיע השעבודים ע"י מחילתו, א"כ שוב נעקת הקנין קרקע מהחוב ולא נשאר החוב במצב כזה 'אז עהר האט שוין א קרקע פאר דעם חוב', וא"כ הוי צריך החוב לשוב לדינו של חוב ללא שעבוד דהיינו מטלטלין דעלמא. ויש לומר דהדין הכל בשעת דנתהווה החוב, דהואיל ומההיא שעתא נקנה על ידה קרקע, ויש להביא ראיה לזה מהתוס' המפורסם בב"ק ריש פרק מרובה (ס"ב: ד"ה יצאו קרקעות) שהקשו למה ממצעת התורה קרקעות בשבועת השומרים הלא גניבה בקרקע היכי שייכא, ותירצו בת"י השני במחובר לקרקע, כי היא די' גפנים טענות וטוען שנגנבו לו' ונמצא שהוא גנבם עכ"ל.

ולכאורה תמוה דבכה"ג הגזל הוי בתלוש, שתלשם מהקרקע ואח"כ גזלה, וכן הק' בשו"ת חקרי לב (ת"ט סי' פ"ה ד"ה ושרי בתרוץ שני) ובקובץ שיעורים (אות ד') ובקונטרסי שיעורים (שיעור ר"ט אות ט').

ועל כרחך צ"ל דלא חשבינן מצד עצם מעשה הגניבה, דודאי מצד זה חשיב גניבת תלוש וחייב כפל, ופשוט שמי שגנב מהשומר, וכ"ש מי שגנב מתבירו בכה"ג שתלש פרוי

מעל אילנו ואכלו, דמשלם ע"ז כפל ולא שייך בו פטור דקרקע. אלא דשאני הכא דדין השבועה תליא בדין הפקדון, ודין הפקדון תליא בדין הקבלת שמירה, וודאי שבעת שקיבל השומר אותה ונתחייב בה בכל הלכות השומרים היו הגפנים מחוברים לקרקע וכקרקע ממש, א"כ זה שמש לעולם זה דינם גם כשנעשה לתלוש תחת יד השומר, דלגבי הדין שבועה הכל הולך אחר הזמן שחל מעיקרא דין השומר והשמירה. וכן משמע עד"ז בחקרי לב "דדינן בו כשעה שהפקיד בידו" וביותר בלשון ר' אלחנן שם וול" רצ"ל: כיון דבשעת קבלת השמירה היה קרקע, ולא חל עליו כההיא שעתא דין טוען טענת גנב [דין שבועה וכפל], לא יתחייב אח"כ אפילו כשנעשה תלוש, דדין זה להתחייב בכפירה ושבועה צריך לחול עליו בשעה שנעשה שומר עכ"ל.

ואם כנים הדברים יש למצוא מקור נאמן בתורה לחידושא הדין של התוס', [כדי שלא נדחק ולומר שרק מדוחקא דקושין דקרקע חידושה התוס' דשעת מסירת הפקדון קובע דיני השבועה, וכאילו לא היה ידענא בלתי הערה צדדיית הלוהן], כתוב בתורה [שמות כב, ו] כי יתן איש אל רעהו וכו', וצ"ב למה כתב איש, [וכי אשה אינה בכלל שומרין ושבועה], ומינה דקדקו חז"ל בב"ק (פ"ד) ובירושמי שבועות (פ"ה ה"א א"א) פרט לקטן, ופרכינן דמנין אם הגדיל המפקיד קודם תביעתו דג"כ פטור, ודרשו עוד דרשה למעט אף ככה"ג (הבבלי מקרא דבר שניהם והירושלמי מדרשה) "עד שתאה התינה תביעה שויין", ועי' בירושלמי שם מאי דפריך ופריך משבועת אבידה, ובפי' הרידב"ב (ד"ה לית הדיא), סוף דבר מפורש דגם שעת התינה חשוב כמו שעת התביעה, וקצורנו.

אשר לפי"ז אפשר לחדש דדין זה ממש אמרינן גם בשבועת מודה במקצת, וכדלהלן. הדנה בעת 'שנמסר' חוב זה ללוה כההיא שעתא אל חל עליו דין שבועת מודה במקצת, דהיי חל עליו דין קרקע ונתמנה התורת שבועה, ואע"ג דהלוה לאו שומר ניהו והחוב לאו פקדון הוא כמו לעיל לגבי שבועת השומרים, מ"מ י"ל הכי גם במודה במקצת. ויש להביא סיוע ממה דאיתא בב"מ (פ"ד) דקיי"ל דשומר שמסר לשומר חייב, "מאי טעמא דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האיק לא מהימן לי בשבועה". והנה בפשוטו האמנתו בשבועה היינו הואיל ורובא בו בנותנת פקדונו. ולפי"ז הוא הדין והטעם במודה במקצת שבטח בו במעותיו להלות, א"כ דין השבועה נקבע נמי רק בהאי שעתא. ושוי"מ באור שמח בה"ל שאלה ופקדון (פ"ד ה"ט ד"ה וכן) ובחידושי רבנו מאיר שמחה (שם ל"ז, ב"רש דב"ח) שלמד להדיא דדין את מהימנת לי בשבועה וכו' אינו דין "דוקא על השבועה, רק על כל הדין, היינו למיקם עמו בי דינא ודינא ולהוציא ממנו ממון, דאת מהימן לי

לדון עמך, וזה ברור". הרי להדיא דיני השבועה נקבעים משעה שיושבים יחד במשא ומתן לתת ידם זה בזה בשיתוף פעולה, ואינו דין מסוים בפקדון מצד חלות השומר והשמירה דוקא. וא"כ גם במודה במקצת יש לומר הכי, דהואיל ודין החוב היה כקרקע בעת שמהימן ליה בשבועה למיקם עמו בי דינא ודינא ולהוציא ממנו ממון כמש"נ, שוב לא ישונה דין החוב בזה אף כשיתנתק מכל קנין שעבוד קרקע אח"כ, ודינו כקרקע לעולם עכ"פ לענין שבועה.

ולפי"ז יצא עוד נפק"מ לדינא, וכמו שהעיר ידידי הרה"ג ר' יענקי איזליכט שליט"א, דאם בשעת החוב לא היה להלוה קרקע, אע"ג דאח"כ קנה וירש קרקע, חייב בשבועה, שהרי החוב היה חוב של מטלטלין בעת אשר התהווה, והכל הולך בתר שעת ההלוואה הן לחומרא והן לקולא, כך י"ל בדעת התוס', וצ"ע.

עוד יתבאר היטב, ויסייע לחידושינו הנ"ל דגבי מודה במקצת תחילת ההסכם בין מלוה ללוה קובע דיני השבועה, הא דמצאנו בב"ק (פ"ד) שהביאו הדרשה למעט שבועה בקטן שהפקיד אצל גדול, אף כשנתגדל ותבע אינו חייב שבועה בגלל שנתניתו היתה כפטור, והקרא שדריש הוא [כב, ח] עד האלוקים יבא דבר שניהם. וצ"ב למה תלה דרשה זו בפסוק זה, חדא דהלא כבר דרשו מינה חדא זימנא, עי' סנהדרין (ג) דדריש לענין מספר הדיינים, ובמכילתא (משפטים כ"ג-ד) למד שלא יעמיד אצלו שניגורין. (אף ע"י שפירש לומר: לילוף מקרא אחר, ואפשר מה"ט דאלו מופנה לדרשה). ואם כי י"ל דתרווייהו משמע מיניה, וכדרך הש"ס לתרין, מ"מ הו"ל לפרש. ותו דלמה ממעטינן תנינת קטן מחד קרא (פסוק ר' כי יתן איש), וקטן שהגדיל מקרא אחר (פסוק ח', דבר שניהם) וצ"ע. ובעיקר צ"ע טובא למה לא ממעטינן ליה מגופא דקרא דאיירי בקטן "כי יתן איש אל רעהו", וכמו שדריש הירושלמי שבועות (פ"ד ה"ה ל"א), "תלמוד לומר רעהו", דמשמע שיהא קרעהו, לשון הפני משה (ה"ה ת"ל), ושור"מ מפורש כדבריו בירושלמי עירובין (פ"ד ה"ז ה"ט), מעשר שני (פ"ד ה"ג) גיטין (פ"ה ה"ט ל"ג) דפירוש הדרשא הוא דהאיש הזה צריך להיות גדול ולא הקטן, וכרעהו, מתחילה ועד סוף, ולמה נלאו הבבלי מדרך הפשוט הלוה וצ"ע.ג.

ונראה דאה"נ, אלא דרצה הבבלי ללמוד דוקא מקרא זו דבר שניהם, הואיל ושם איתא גם לשבועת מודה במקצת "אשר יאמר כי הוא זה וכו' דבר שניהם", וכדורשינן מכאן בב"ק (פ"ד) ובב"מ (ה) דמודה במקצת הטענה ישבע. והשתא אתי שפיר מאי דטרח וחיפש הבבלי דוקא רבותא בהאי קרא, ולא היה די לתלות דרשה זו בקרא קמא (פסוק ו'), דשם איתא רק לדינא דשומרים ולא אשמעינן להא הדין תלוי בשעת תנינה, ודין התינה כדין התביעה, אלא בשבועת השומרים, אבל מקרא בתרא (פסוק ח') שם איתרכי ממילא גם דין התינה

ושנתניה כתביעה אף במודה במקצת, וההסבר כמו שכתבנו דשעת תנינת ההלוואה ויצירת החוב קובע דין השבועה, וככה"ג. דהיה קרקע ונעשה אח"כ למטלטלין וכמש"נ.

ועיין ברמב"ם וכו' והרמב"ם לא חי"ק בין מה"ל שעבודו ל"א מה"ל. ואין לומר משום דמאחר שבוה"ז הפקיעו חכמים את השעבוד בלא שטר ושוב גם בלא מחל הוי כמחל, דזה אינו, וכמו שאמר לי דודי המחבר שליט"א דזה פשוט דטרופין הן היתומין אף במלוה על פה, והלא אי פקע שעבודא לגמרי נאך בדלא

מכרן] שוב א"א לטרוף מימתי עכ"ד. ובחידושי הגר"ח (ש"ב) יישב באופן אחר, "דהרי בסוגיין לא נאמר מלוה שיש עליה עדים, כי אם ממון שיש עליו עדים, דכילי כולוה גווני, ומצינו ממון שיש עליו עדים שגובה מנכסים משועבדין, כדאיתא בב"ב דף מ"א דהמוכר שדה בעדים גובה מנכסים משועבדים, ושם הא הוי בודאי שעבוד קרקעות כיון דגובה ממשועבדים. וסתימת הסוגיא ולשון הרמב"ם הרי משמע דלא מיפטר רק בכפירת שטר וצ"ע דמאי שנא.

ואפשר לא רצו הגר"ח להביא ראיה מגביה דירושים, דהלא אפשר שגם בלא שעבוד יש דין גביה מן הירושים, עי' בשערי שבועות לרבינו האי גאון (בשער העשרים כ"ה והארבע עשר) שכ' טעם דגובין מן הירושים הוא משום שלא תנעול דלת בפני לויין. והק' עליו הגרא"מ שך ז"ל באבי עזרי (פ"א מלוה ה"ז ד"ה והנה וע"ש לעיל ד"ה ונראה) דמאחר שקיי"ל דגובה מן המתנה, וכ"כ רבי האי גאון שם, וה"ט משום דליכא פסידא דלקוחות ולפי"ז, א"כ אף ביתומים נימא הכי, ולמה לי טעם חדש של לא תנעול דלת בפני לויין. ותירץ "והיה תקנה מיוחדת שיגבה מן הירושים בלא שעבוד במלוה ע"פ, וא"כ אף באם אין שעבוד גובה מן הירושים ודו"ק היטב". וע"ש עוד ראייה לזה מהשו"ע סי' ק"ז סעי' א' ובאבי עזרי פ"א שם ה"א ד"ה והנה בשו"ע וכו'. הרי להדיא דיש מוכרח דאיכא שעבוד מדינא דירושים.

והגר"ח וכו' ודבריו סתומים. ובאמת כבר עמד על זה החזו"א בגליונותיו שם וול" צ"ע מה חילוק יש בין מלוה ע"פ למלוה בשטר למ"ד שעבודא דאורייתא, הלא גם כסף קונה קנין שעבוד, ומ"ל קנין כסף ומ"ל קנין שטר וכו' עכ"ל. והנה צ"ע למה המתין החזו"א להשיג על הגר"ח עד הלכות שבועות, הלא כבר כתב הגר"ח עיקר חידושו זה לעיל בהלכות אישות (פ"ט הכ"ה ד"ה אלא), "דין מסויים רק בשטרות דאית בהו הקנאת שעבוד, אבל כל מעשה כ"ד אף דגובה גם ממשועבדים מ"מ לא חשיב הילך" וצ"ע.

עוד קשה בגופא חידושו של הגר"ח כאן (בה"ל' שבועות) שפתח בהקנאת שעבוד וסיים "דהשטר מעויל וכו' כי אם בצירוף כפירת וגזילת השעבוד", וצ"ב כוונתו בזה. ותו,

דהלא מאחר שכבר הסביר דבשטר יש דין הקנאת שעבוד, והוסף לחדש יותר "דמשוי ליה גם לעצם החוב שיהא בכלל שעבוד קרקעות", הרי שוב חל דין חדש בגוף החוב שחשיב כקרקע, והרי הוכרף בקרקע פטור משבועה, ותו אין סיבת הפטור מחמת כפירה וגזילה בעצם השעבוד קרקעות, דדי בכפירת החוב גרידא מאחר דחילל בה דין קרקע וכמש"נ וצ"ג.

והיה נראה לפוס ריהטא ליישב דחלוק מה שכתב הגר"ח "הקנאת שעבוד" למה שכתב אה"כ "וגם". והיינו שבא הגר"ח להוסיף דאפילו כשכתבתי טפי להשיג על דרכו, וללמוד שאין השעבוד קרקע משוי שינוי שם וחלות דין בעצם החוב, וכמו שבאמת למד החזו"א בגליונותיו, מ"מ אכתי הדבר מוכרח, ועדיין צריכין לומר דחוב דאית ביה שטר חלוק בעיקר יסוד דינו, והיינו על דרך שהסביר דודי המחבר בפנים (ד"ה וואויל יש לבאר) דהואיל ושטרא אפסירא דארעא כדאיתא בקידושין כ"ו, נמצא דלא זו בלבד דהקרקע ממש נאחזת ונתפסת ע"י שטרא, אלא דכל מילי של קרקע נמי הכי, וכל שכן שעבוד קרקעות שאינן נתפסין אלא בשטרא. ובאמת סברא זו כמעט מפורשת כבר בספר הגר"ח לעיל בהל' אישות (ש) שכתב "דשעבודו בידו", וכמו שאביא בסמוך בע"ה.

וא"כ אף כשנימא שהחוב חפצא בפנ"ע הוא וקיימא לבד תורת מטלטלין, וכלשון הש"ס בכל מקום (פסחים ל"א. אגן מטלטלין שבא אבותן גבן), מ"מ הכפירה בחוב שיש בה שטר זה כפירה גם בהשעבוד נכסים, הואיל וגם זה אית ביד בעל השטר, והואיל ותרווייהו איתנייהו בהו חל הכפירה נמי בתרווייהו וחשיב כפירה בקרקע. ונמצא דעד "וגם" הוא פירושו והיודשו של הגר"ח עצמו, ומש"כ "וגם" הוא סברא אחרת לברר הטעם דהוי קרקעות אף בלי לסמוך אחידושא דנפשיה, וניחא.

אכן אכתי יקשה קושיא הראשונה, למה המותין החזו"א להשיג כאן ולא השיג בהל' אישות וכמש"נ. ובעיקר ה' הרה"ר זאב שכטר חתן ראש הישיבה מו"ר רבי ירוחם אלשיך שליט"א, דאם נימא שכוון הגר"ח לומר זה בדבריו "וגם וכו'" הוי ליה לממר הכי במפורש, וכמו שכתב כן להדיא בהל' אישות דע"י השטר "שעבודו בידו", ולמה מדגיש נקודה אחרת, והעיקר חסר מן הספר. לפיכך נראה לו לפרש מש"כ "וגם וכו'" באופן אחר קצת, דבאמת אף בזה כוון הגר"ח לפרש על פי יסודו בהקנאת שעבוד, אלא הוסיף לברר דאף אם נימא דלא נשתנה עצם גוף החוב לדין קרקע, מ"מ אכתי תרווייהו איתנייהו בחוב זה, שהואיל והחוב משעבד קרקעות מלבד הוא עצמו, שהוי נכס בפנ"ע, והממוני גבן שבה, וגם השעבוד הגוף אקרקפתא דגברא, והמצוה דפריעת חוב והדין ערבות דנכסי דאינש אינון ערבין יתיה. מלבד

כל זאת הרי החוב מחילה גם שעבוד נכסים על הקרקעות, (ע"י מה שחקרו בזה תלמידי הגר"ח בנוגע לענין של שעבודא דאורייתא בלא שטר, ע"י קוב"ש ח"ב סי' י"א, ובכ"ב אות פ"א, ובדברי הגר"ש שקא"ל ז"ל הובא בקונטרסי שיעורים ב"מ סי' י"א את צ"ג), דהיינו שאין השטר שעבוד קרקעות מלבד מעשהו על העדאת עצם המלוה והחוב, וכאלו ב' ענינים נפרדים חלין על ידי שטר אחד, אלא הכי הוה מעשהו של השטר שמשווה עצם החוב לחיוב המחייב ומשעבד גם את הקרקעות של הלוה, והוה כוונת לשונו וגם דהשטר מועיל דאינו נגמר כפירת וגזילת "החוב" כי אם בצירוף כפירת וגזילת השעבוד נכסים שבשטר, ו"ל כנ"ל שאין הנכסים שבשטר רק קנין סתם על הקרקעות, אלא הם מילתא של החוב וכמש"נ, והיינו שגם הקרקעות הם פרט וחלק של החוב. עכת"ד. ולפי"ז יתורץ נמי החזו"א למה לא ראה להשיג על הגר"ח אלא כאן, ולא לכתחילה בהל' אישות, וכאשר יבאר בע"ה בסמוך.

ואו"י יש לבאר וכו' הקרקעות כתפוסים בידו
וכו' דשטרא אפסירא דארעא. והנה באמת הגר"ח עצמו כתב קרוב להסבר זה לעיל בהל' אישות (פס"י הכ"ה ד"ה אלא קדשה) וז"ל: דנראה דהא דשטר הוי הילך הוי דין מסויים רק בשטרות, דאית בהו הקנאת שעבוד וכו' "דשעבודו בידו", וראית ועדות החוב ג"כ בידו, אז הוא דהוי הילך, משא"כ במעשה בידו נהי דגובה ממשועבדים וכו', אבל מ"מ בעיקר החוב אין בידו יותר משארי מלוה ע"פ עכ"ל. הרי להדיא דסבר הגר"ח דהקנאת השעבוד שעושה השטר הוי גם אופן לאחוז ולתפוס הקרקע והשעבוד, וכמו שכתב דודי המחבר בביאור דברי הגר"ח כאן בהל' שבעות. ובאמת כן הסביר גם הגאון רבי שאול ברוס ז"ל כדמשמע בשיעורי מנחת שאול (סי' פ' אות ו' ובסי' פ"ב אות ב'), אלא דשם לא כתב לבאר דברי הגר"ח מש"כ "וגם" ולהלן, אלא בעיקר הסברא דהקנאת שעבוד שכתב לפני זה, גפירש ע"פ דברי הגר"ח בהל' אישות דשעבודו בידו. וכן משמע בשאר גליונות גדולי ישראל ז"ל דבא זה ולימד על זה.

אמנם קשה טובא להעמיס כל זה בדברי הגר"ח כאן, וכמו שכתבתי בציון הנ"ל, תדא דעיקר חסר מן הספר, ותו דהחזו"א לא השיג על מה שכתב הגר"ח בהל' אישות וכמש"נ. ותו יש להוסיף, דבהל' אישות אין זכר להא שכתב הגר"ח כאן בהל' שבעות [וזולת המילה הקנאת שעבוד].

כל זה מעיד נאמנה דמש"כ הגר"ח ב' המקומות ב' ענינים נפרדים המה ולא ראי זה כראי זה וכדלהלן. דהנה שם באישות עסק הגר"ח בענין הילך בשטרא ולא במעשה בידו, דאע"ג דשניהם אית בהן שעבוד קרקעות, מ"מ רק בשטרא פטור מדין הילך ולא במעשה בידו. וזוהו יצא לחדש דדוקא בשטרא שיש כבר גם את השעבודו בידו בזה חשיב כאילו

כבר פרוע החוב, משא"כ חוב ושעבוד שאינו בידו כעת ממש. וחידוש זה לא שייכא להא דעסק הגר"ח דידן בהל' שבעות דעיקר מטרתו להוכיח דחוב דאית ביה שטרא נעשה חלות דין גם על החוב, שנתנה לדין של קרקע, או עכ"פ [וזה מש"כ "וגם וכו'"] שהכפירה בחוב כזה חשיב גם כפירה על הקרקעות, אבל לא איכפת לן הכא אם באמת השטר והשעבוד הוי כפרוע אם לאו, דזה נוגע אך ורק אי חשיב הילך אם לאו, ויתכן שבאמת לאו כפרוע דמי ולא חשיב הילך, ומ"מ דין קרקע אית ליה להחוב בגלל השעבודא שבה [מהגר"ז שכטר הנ"ל שליט"א].

ולכן נראה דלא קרב זה אל זה ואין שני חידושי הגר"ח הנ"ל תלויים הא אזה כאל, ואשר לפי"ז יניחא היטב לשונות הגר"ח ושלא הזכיר מאומה אודות "שעבודו בידו" כאן בשבעות, רק שם באישות. וגם מה שלא הזכיר מאומה באישות אודות החפצא של החוב ששנתנה לחפצא של קרקע לענין פטור שבעה [וזולת מש"כ שם לעיל בד"ה והנה דצריך כפירה בכל חלקי החוב כדי שישולם כפירת חוב, אבל לא כתב שעצם חלק הממוני גבן והחוב כשלעצמו נהפך לדין קרקע וע"ש].

וניחא היטב למה הסכים החזו"א לכל מה שכתב הגר"ח בהל' אישות שם, דלא כתב החזו"א אלא אודות חידושו הפלאי של הגר"ח שעי" הקנאת השעבוד שבשטר איתפשט הדין קרקע גם לעצם גוף החוב, וזה לא ניח"ל וכתב "מה לי קנין כסף ומה לי קנין שטר", דסו"ס השעבוד קיים כשלעצמו והחוב קיים כשלעצמו.

אבל בהל' אישות שם לא הזכיר הגר"ח דבר זה אלא עיקר חידושו שם הוא דעי" השטר "שעבודו בידו" וחשיב כאילו השעבוד קרקעות כבר מנחמים בידו דשטרא אפסירא דארעא, וזה חידוש מובן ופשוט יותר דאינו מחייב בזה דאיתפשט דין הקרקע גם על החוב, אלא אכתי אפשר ללמוד דהחוב כדקאי קאי ולא שמחמת שעבוד הקרקע ושאר בטחוני השטר חשיב פרוע ואין בזה על מה להשיג.

ואו"י וכו' כתפוסים בידו וכו' דשטרא אפסירא דארעא. ובוה יובן לשון הגר"ח המובא בברכת שמואל (ב"ב סי' י"ז אות ב' ד"ה והנה): וכמו שכתוב בשם מו"ר דמה שהשטר עושה שעבוד אין זה רק מדין נכסי דבר אינש אינון ערבין בו, אלא ע"י דקרקע נקנית בכסף ושטר וחזקה עכ"ל. ודברי תימה המה וצ"ג. אלא לפי הסבר דודי המחבר כאן א"ש, דהגמ' בקידושין כ"ו שכתבה דשטרא אפסירא דארעא הוא סברא בקנין קרקע ותפסיתה ע"ש, וזה המושג גופא קיים נמי לגבי שעבודא בקרקע דשניהם שווים בנקודה זו דנאחזין דוקא ע"י שטר. וכן צריך לומר בכוונת חידושי ושיעורי רבי ברוך בער (עמ' שלי"ו) שהביא דברי

הגר"ח הנ"ל בכע"ז. ועי' שיעורי מנחת שאול (כ"ט פ' - ו').

וחלוק בזה וכו' בתערומות, וגם בזה נחשב ה"זה כבע"ז דבר וכו' מקרקע ואינו חייב קרבן שבועה. סברא זו נכנתה על גבי הנחה שהשבועה חל לגביה לא דהוי הנשבע בעל דבר, אבל על דינים שלא שייך אל הנשבע עלה לא חייל חלות השבועה. אמנם מצאנו דיבורים בזה במקום אחר בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ה מלכות טוען ונטען הלכה ב' ד"ה ונראה) וזה לשונו: מבואר דחלוק דין קרבן שבועה מדין חיוב שבועה, דאע"ג דתרווייהו ליתנייהו בקרקעות וכו', וגם דבעיקר השבועה חלוקין הן זמ"ז, דלענין טענות ותביעות הרי דינינו על חיוב שבועתו, וזה בא על עיקר חיובו והנוק שהזיקו שהוא מקרקע, משא"כ לענין קרבן שבועה, דלא צריכינן לזה חיוב שבועה, ורק חלות מעשה שבועה, וחלות מעשה השבועה היא על מטלטלין, כיון דהתשלומין הן עתה מטלטלין ועל כן כל דמי קרקע דינם כמטלטלין לענין קרבן שבועה, עכ"ל.

והיינו דהגר"ח אזיל לטעמיה למה שחידש כאן בהל' שבועות דאין הלוואה חשיב כקרקעות אלא ע"י השטר ממש, אבל כל שהשבועה לא בא ע"י שטר לא חשיב שוהו "עיקר חיוב", וממילא לא אמרינן "דלענין טענות ותביעות" נכלל חלק הקרקעות נמי בהדין ודברים שבניהם. ועל כרחק לא איכפת ליה להגר"ח הא דהלוה הוי "בעל דבר" גם אקרקע משום הטיראפ אחריות ותרעומות, סו"ס חיוב השבועה על מטלטלין קאתי ולא אמקרקעי, ולא שייך פטור קרקע כלל וכלל. וממילא גם קרבן שבועה יתא חייב, דהלא גם "חלות מעשה השבועה" לא היה אלא אמטלטלין וכמבואר.

ולכן גם הגר"ח ביישוב הרמב"ם דהכא הוצרך לחדש יסודו דחלוק שעבוד דמלוה על פה משעבוד דשטרא, לא כן לפי דרכו של דודי המחבר דכל דהוי הלוה עליו "בעל דבר" שוב השבועה כולל גם אותה.

ונראה דהשני דרכים נפרדים תלויים בהא דכבר ביארנו לעיל ד"ה ועיין ברמב"ם שכתבתי מה ששמעתי מפי דודי המחבר ע"ש. ועכ"פ מבואר דהטיראפ מיתומים אתא מכח השעבודא מעיקרא, ולא פקע השעבוד אלא כלפי הלקוחות.

אכן הגר"ח לא ניחא להו בהך סברא וכמבואר ממה שזרז וכתב רביה מקמ"א (כ"ב מ"א) הא דשעבודא דמלוה על פה שוה לכאורה לשעבודא דמלוה בשטר, ולמה לא כתב בפשיטות וכסברת דודי המחבר דטורפין מיתומים, אלא על כרחק שהגר"ח לא רצה להוכיח כלום מיתומים, ומשום דאיכא דסברי דיטראפ מיתומים תקנה חדשה היא ולא מכח שעבודא הראשונה קאתיא, ואילו דודי המחבר למד על פי הפשטות דטיראפ

מיתומים מכח שעבודא הראשונה והיחידאי קאתי.

אבל במ"זה על פה וכו' כבר מת וכו' שהרי כל דין מענה ושבועה וכו' מה שנוגע לדידיה. והנה לפי סברא המאירה והפשוטה הזאת יש ליישב קושיא אלימתא שהיה חופפת על דברי דודי המחבר. דהנה עי' בגליונות החזון איש לחידושי רבינו חיים הלוי (הל' שבועות פ"ח הי"ג ד"ה ע"ג) שכתב בפשיטות דדעת הרמב"ם בגדר כפירת חוב דאיכא שעב"ק י"ל דלא חשיב כפירת שע"ק על פי סברת הרמב"ן דאזלינן בחר עיקר תביעת התובע שמתפרשת על הקרקעות ולא על מטלטלין. ובהו רצה החזון איש לשלול כל דברי החידוש והאריכות לסלול דרך חדשה בשיטת הרמב"ם ע"ש. אכן לפי סברא הנ"ל דלא חייל "דין טענה ושבועה" אלא "לגבי מה שנוגע לדידיה", יש לומר דבעצם גם מה שאינו תובע וטוען כפה מלא ואינו כוונתו העיקרי, מ"מ דין טענה ושבועה חל גם עלה, הואיל וסו"ס הוא בעל דבר על זה נמי, ואם כן שוב אין לומר בודאי שהרמב"ם כשיטת הרמב"ן, ולעולם יש לומר דהרמב"ם כהתוס' ס"ל, ובאמת הטענה וכפירה חשיב אף על הקרקעות, [ואדרבה הרווחנו פירושא דחדתא אף בשיטת התוס', דהטעם דחשיב שע"ק אף במלוה על פה הוא מהאי טעמא דבעל דבר], ואלא הרמב"ם דינא קאמר, דלהלכה אינו טורף מלקוחות, משום דלאחר התקנה מדיי הרמב"ם, ולגבי יתומים נמי אין להלוה דין טענה ה"ל לגבם, וכמש"נ. ונמצא דשיטת הרמב"ם כשיטת התוס' ודלא כהרמב"ן. ואילו להגר"ח נהי דהרמב"ם לאו כהרמב"ן אתיא, אך אף כשיטת התוס' לא אתיא אלא שיטה שלישית בהלכה הוא.

וע"ע לקמן שער ד' פרק כ"ב במה שאכתוב בע"ה דרכא אחרינא ושיטת הרמב"ם אפשר שהיא כשיטת הרמב"ן, וקצת משמע כן מבואר הגר"א ע"ש.

וע"ע לקמן שער י' פרק י"ח בציונים (ד"ה והיינו וכו' א"י) שהבאנו דברי ראשונים מפורשים בכלל הנידון של שע"ק אי הוי כמטלטלין או כקרקע, ואולי שייך לפלוגתא הראשונים דהכא ועיין.

ש"א פ"ט

ויעיין בתוס' וכו' דאיכא קול וכו' דשעבודא פא דאורייתא. וכן דקדק הגאון ר' משה מרדכי עפשטיין ז"ל בספרו לבוש מרדכי (כ"ב ס' י"ב ד"ה ונראה ל"י) דאע"פ ש"ש שטר אכתי לא משתעבדי הנכסים מעיקר הדין אלא מזרבתן. אך כידוע אין זה לכו"ע, דיש ראשונים (שהבאנו לעיל בפרק ו) דבשעבדיה בפירוש מהני מדאורייתא, וכן כ' הגר"מ ש"ס, והביא לשיטת התומים ס"י ל"ט דס"ל שטר דאורייתא הוא וממילא קנייתא דשעבוד נכסים דאורייתא ע"ש. והתוס' ע"כ לא ס"ל הכי, ולכאורה ס"ל כהריטב"א בקידושין ודעימיה דאף שעבדיה בפירוש לא נשתעבדו, ואינו אלא תקנה בדאיכא קול, וזה

דלא כמש"כ הנחל"ד ב"מ ד: ד"ה וצריך לומר ש"כ להדיא דלכו"ע בשטר חשיב שעב"ד. ועי"ש עוד שכתב: הגע עצמך אם התנה ודאי מהני, דכל תנאי שבממון קיים עכ"ל. וזה תמוה דבתוס' כאן מפורש להיפך, וכ"ה מפורש בעוד ראשונים עי' ריטב"א ורשב"א בקידושין יג: והובא גם בפוסקים, עי' קצה"ח בכמה דוכתי.

ש"א פ"י

ונראה ליישב וכו'. הנה כי כן השתדלו האחרונים ליישב דעת הר"ף ולא לדחותו, ולפום ריהטא תירצו על דרך זו, אך אין ביהמ"ד בלא חידוש, ואביא אחדים מהם. בדברי משפט (פ"י ל"ט - א"ד"ה ולפ"יז אפשר ליישב) כתב: כיון דתיקנו חכמים דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות, א"כ אף אם לא מכרן הלוה ליכא למלוה שיעבוד על נכסיו ליה, רק אם בא מלוה לגבות מהלוה כופין את הלוה לקיים מצות פריעת בעי"ח וכו', ומשו"ה אמר ר"פ משום נעילת דלת מלוה ע"פ גובה מירושין, והיינו משום נעילת דלת אוקמי אדאורייתא, כמ"ש הר"ף דאוקמי אדאורייתא דהא שעבודא דאורייתא ומש"ה מלוה ע"פ גובה מירושין עכ"ל. והובא ביאור זה בספר בנו דברי חיים

(הלוואה ס"א) ובספר בן בנו אמרי בינה (הלוואה פ"ז - א"ד"ה והנה), וסיים "וכן כתבו כמה מחברים".

והנה בריש דבריו מפורש דלא כמו שביאר דודי המחבר שליט"א בסמוך (ד"ה אלא דחישש) שלא עקרו חז"ל השעבוד מבני תורין קודם שנמכרו, ומאידך בד"ה ונמצא מוכח דבעצם כן הוא הסדר שיעקרו והדר קצעו השעבוד, [ולהלן פ"יב ד"ה ונראה כ' המחבר בסגנון אחר קצת לפו"ר]. וזה ג"כ מפורש בספא של הדברי משפט "כמ"ש הר"ף דאוקמי אדאורייתא דהא שעב"ד וכו", הרי להדיא דנשאר השעבוד מדאורייתא על בני תורין. וע"ע בשער המלך (פ"א ממלוה לזה ת"ד סו"ה פ"ק י"א) שכנראה הלך בדרך הנ"ל, אמנם כתב סברא נוספת, שלפי שהלוה המלוה בעל פה, ע"כ על דעת כן הלוהו שלא יכול לטרוף את הלקוחות, וע"כ אינו חושש ולא איכפת ליה, וא"כ נימא הכי גם לענין יורשים שאינו חושש ליורשים, וכדס"ל לרב, ועי"ז סבר רב פפא דאה"נ איהו לא חשש אבל חכמים חששו לנעילת דלת עכ"ד, ולא ירדתי לסוף דעתו. אך ראה בתוס' הרא"ש בקידושין (הובא בפנים כאן) דברים ברורים כיו"ב ע"ש בקצרה. ועי" מה שיתברר בפנים פשט בדברי התוס' הרא"ש ולענ"ד הן הן דברי השע"מ, וע"ש ש"כ קודם לזה בשם הגידולי תרומה (שער ס"א ח"א ס"ה א) ומרגניתא תמצא שם אודות שורש פלוגתא הר"ף והחולקים עליו. וע"ע בספר חשק שלמה (קידושין י"ג).

אלא וכו' תקנו וכו' שאין קנין וכו' נעקר אל"א בשעת מכירה. וכמש"כ הנחל"ד דוד ד: בתוס' ד"ה אין ד"ה מיהו זהו לדין תורה, [וכן למדו כמה מפרשים לכאורה כנראה מדבריהם, עי'

נוקק להביאה. לא כן לדידן שכמה גופי הלכות תליא בו, וכדברי התומים, וכמו שפירש הגאון בעל משפט הינהג (על התומים אות 10) כמה הלכתא גבירתא הלכה למעשה שכי' התומים במרחב חיבורו. איכ' שפיר מוכן שהרא"ש גילה דעתו שם בעיקר הסוגיא דשעבודים.

ובאמת עוד קשה ביותר לעמוד באמיתת שמעתתא זו מאחר דדבר זה רבו תקנות וסייגים מדברי סופרים, וגם אחרי חתימת התלמוד הסיפוי ונגרעו כהנה וכהנה ע"י רבנן סבוראי, ואחריהם הגאונים ואחריהם רבותינו הראשונים, ואביא מקצהו: רמב"ם פ"ב ממלוה ה"ב, כשראו הגאונים הראשונים [רובנן סבוראי] הגה"מ ב"ן שעמדו אחר חיבור התלמוד שרבו הרמאים ונעלה דלת בפני לוינן, התקינו שמשביעין את הלוה שבועה חמורה כעין של תורה וכו' עכ"ל. ולעיל שם בהלכה זו כתב עוד, "אבל מחרימין על מי שיש לו ולא יתן לבעל חובו". ומיד עמד עליו הרב המגיד "ולא מצאתיו בגמ' מבואר וכו' ה"ע". וכן עמד על זה לעיל במג"מ פ"א ה"ד, "והחרם הוא מתקנת הגאונים ואין בתלמוד חרם בדברים אלו מבואר". וע"ע שם על דברי הרמב"ם שגובים ממטלטלין תחילה ולא מקרקע, כתב המג"מ "מפורש בהרבה מקומות". ובלחם משנה שם כתב עליו "לא ידעתה היכן הם". וע"ע באבן האזל פ"ח נוק"מ ה"י אות ג].

עוד עיי' בפ"ב ה"ג "ותקנת האחרונים היא, ועי' מה שעמד בזה הלח"מ והב"ח סי' צ"ט סי"ג ובש"ו שם ס"ד. עוד עיי' ענין דומה בפ"ד ה"ג "והורו רבותי" וכן הורו רבותי", ובמג"מ תמה למ"ל הוראה חדשה מרביתו, הא דינא דגמ' היא, ועי' ש"ך סי' מ"א ס"ק יט ובקצה"ח שם ס"ק א. עוד עיי' בפכ"ו ה"ד, "שישבע הלוה בתקנת אחרונים", ועי' מה שהק' בגידולי תרומה שער ל"ח אות טו. עוד עיי' בפ"א ה"א, כבר תקנו גאונים האחרונים כולם שיהיה בעל חוב גובה מטלטלין מן הירושין, וכן דנין ישראל בכל בית דין שבעולם. אבל במערב היו כותבין בשטרי חובות שיש לו לגבות מן הקרקע ומן המטלטלין בין בחייו בין אחר מותו, ונמצא גובה על תנאי זה יתר מן התקנה. וסייג גדול עשו בדבר שמאל לא ידע הלוה בתקנה זו ונמצא ממון יתומים יוצא שלא כדן שאין כח בתקנת אחרונים לחייב בה יתומים עכ"ל. ובשו"ת הריב"ש סי' שצ"ב הובא בנו"כ שם מברר שהכתביה בשטר כדי שלא נהיה צורך לתקנת הגאונים במה שאיפשר, כי אפשר שלא ידע מזה ואין דעתו לשעבד עצמו כי אם בדין התלמוד. וגם מה שליכא פסידא להמלוה מעמידין אותו על דין התלמוד. ועי' במגיד משנה וכס"מ מה שהשוו הריב"ש לשיטת הרמב"ם, ועי' בלח"מ מה שעורר בזה, ועי' במשלי"מ מש"כ מהרמב"ן דדוקא מטלטלין שהיו לו בשעת שלוה, אבל במטלטלין שקנה

לדברי הרא"ש בב"ק בב' דוכתי שכתב להדיא שעב"ד, אלא מסברא דנפשי' מקשה, ובא"ד מביא דברי הרא"ש "סוף פרק גט פשוט פ"י סי' מ"ט] דקיי"ל כעולא דשעב"ד", ולא זכיתי להבין, דאם הבי"ח תמה על מה שכתב הטור בשם הרא"ש שעב"ד, למה הביא רא"י לדבריו ולא לסתור, ועי' שסיים "ועדיין צריך עיון". ובעניתי לא זכיתי לעמוד על כוונתו. והנה עי' בהש"ך שהביא לדברי הבי"ח אחרי שהביא לדברי הרא"ש סוף"ג גט פשוט דשעב"ד, וכתב בזה"ל: "וכי' הבי"ח ס"ס פ"ח בדעת הטור לדעת הרא"ש עכ"ל. הרי להדיא דהש"ך לא ראה בדברי הבי"ח הסכמה שכן הוא דעת הרא"ש, אלא ראה דס"ל שכן הוא דעת הטור בדעת אביו ז"ל וצ"ע כנ"ל.

ואיברא וכו' אכן קשה טובא לומר דבסוגיין דב"ב שהיא מקור העיקרי וכו'. והנראה לי שזוהי כוונת המהרש"ל בים של שלמה ב"ק סי' ט"ז ד"ה ומ"מ ג"ל כדברי הר"ף והרא"ש [פ"י סי' מ"ט] שלא גרסו בב"ב שיעבודא דאורייתא וכו', ע"ש שהביא רק לדברי הרא"ש אלו וכאלו לא אמר הרא"ש היפך זה במק"א ובכ' דוכתי בב"ק גופא הסכמתא אשר הוא עוסק בה שם. ולכאורה זה תמוה וכאשר התלונן עליו הש"ך שכתב: ולא שת אל לבו דברי הרא"ש דפ"ק דבב"ק ור"פ הגזול עכ"ל. ולפ"ד מיושב כפתור ופרח, דבב"ב עיקר הגירסא, וכודאי שם כ' הרא"ש עיקר שיטתו וסוף דעתו.

ואיברא וכו' ולא גילה הרא"ש דעתו וכו' במחלוקת גדולה הזאת וכו' דבר זה קשה מאוד להילפו. ויש לעיין מה יענה הש"ך לטענה זו. והנה עי' בנתה"מ (סי' ל"ט ס"ק ב) שכתב: עי' ש"ך שהאר"ן לפלפל אי שעבודא דאורייתא אי לאו דאורייתא, והואיל ואינו נוגע כל כך לדינא לא הארכתי בו עכ"ל [ועי' מה שהמציא נפק"מ בנשתתה הלוה אחר ההלואה]. וזה דבר תימה לומר שאינו נוגע כל כך לדינא, מאחר שמצאנו דינא דגמרא ודינא בעלמא יוצא מפורש ממחלוקת זו. וכבר כתב התומים (ל"ט - ב"ד"ה כל): כללו של דבר הארכתי בזה קצת, להיות כי מקצוע גדול בדיני ממונות ויתד גדול שהרבה דינים תלוי בו אי שעב"ד או לא עכ"ל. אולם אם ס"ל להש"ך כהנתה"מ, וכדמשמע קצת מתוך דברי הנתה"מ, ובפרט מה שסיים בעצמו במשפט הכהנים - חידושים (ס"ק ב), "ועש"ך (ס"ק ב) שמשק דצ"ע אי שיעבודא דאורייתא", איכ' י"ל דס"ל דליכא למידק במקום מוצאו של הרא"ש שבעיקר סוגיא דשעב"ד לא גילה דעתו, דבאמת אינו נוגע כ"כ לדינא, ואילו אשתמוטי קמשיט כולא הלכתא לא היה תמוה בעיני הש"ך, שיתלה זאת בהא דהשמיט הרא"ש גופי הלכות לרוב מה שאינו נוגע להלכה. ובהא את"ש מה שהעתיק לשון הר"ף, כי סמך על הרב הגדול ז"ל שבודאי כדאי להביא הלכה זו שנוגע קצת אבל אילו השמיטה הר"ף גם הרא"ש לא היה

מה שציינתי בזה לעיל בפרק ח], אלא דהנחת דוד עצמו בדיל מהאי פירושא באומרו שהסברא ותונת דעקרו חכמים לגמרי, [וכשיטת הר"ן שבעבותה זו: בדפי הר"ף ד"ה גרסינן], דאין סברא שיתקנו חכמים לחצאין למיעקר השעבוד מלקוחות, ומבני חורין ישאר השעבוד למפרע בשעת ההלואה, לכך טפי מסתברא דעקרו לגמרי משעת הלוואה, ע"ש דבריו (ד"ה לכן נראה יותר שיטת הר"ן). אך לפי המתבאר כאן אתי שפיר דמש"כ הנח"ל שאין סברא לומר כן, אפשר שזה כלפי מה שהדברים אמורים על (התוס' על אחר), אבל לפי סוגיין דיש בזה רווח מצד הירוששים אתי שפיר כלי דוחק. וכבר נתחבטו הראשונים כמה דוכתי האם לעולם השוו חכמים דין הלקוחות עם הירוששים אם לאו (קעה: וע"ע בשער המלך ה"ג בתוך דבריו, ובבי"ק יב. וברא"ש שם [פרק א סי' י"ד], וע"ע בפלפולא הריפחא אות ח מה שהשקח), וא"כ יש לומר דהכא נמי תליא בהאי פלוגתא ודו"ק.

שו"ר תוס' מפורש בכתובות (פ"ו ד"ה לאשה) שכתב להדיא דנעקר השעבוד לגמרי וז"ל: כיון שלא תקנו שתטרוף מן הלקוחות ולא חל שעבוד וכו' עלייהו כלל עכ"ל [ויש גורסים "לא" חל שעבוד]. ומשמע דלא נעקר לחצאין וכהנח"ל. ומצאתי תוס' זה ודקדוקו בדברי משפט (סי' ל"ט ס"ק א ד"ה ולכאורה יש לומר), אלא שהוא כתב רק דמשמע כן ולא שהוא מפורש, ואולי משום דמייירי שם בכתובה, או משום שהיה לעיניו הגירסא "ולא". אך עי' באמרי בינה דיני הלוואה (סי' מ"ו ס"ק א ד"ה ונתנ) שהבין בתוס' זה דהפקיעו השעבוד לגמרי.

ש"א פ"א

וצריך לומר דמאן דאמר וכו'. וכן סבורי הענין בתומים סי' ק"ד ס"ק י"א וע"ש באורים ס"ק ל בקצה, וכ"כ האמרי בינה (הלוואה סי' מ"ו א - ד"ה ונתנ), "אולם י"ל דתליא במחלוקת הפוסקים במלוה ע"פ מוקדם וכו' ע"י"ש. (ויק' למה העלים עין מלהביא דברי התומים בזה, ובפרט שהביא מדבריו בספן [סי' י"ב]), וע"ע שם לעיל מה שהביא מזקנו הדברי משפט (התעק לעיל פ"י ד"ה ונתנא), ומשמע קצת דבזה מערער במקצת ועיין. וכן כתב יישוב זה באבי עזרי"א מלוה ולוה ה"ז ד"ה ונתנא, וע"ע באבן האזל נוקין מלואים דף פ"ו ב ד"ה והנראה]. ועצם הסברא דלא הפקיעו חז"ל השעבוד עד שעת המכירה ש"ר שכ"כ גם הנתה"מ וכעת נשכח ממני.

ש"א פ"ב

והש"ך וכו' וכ"כ נמי הבי"ח דהרא"ש ס"ל דשעבודא דאורייתא. הנה הבי"ח הוא בס"פ פ"ח ס"ק ל"ח בד"ה ותמיה לי טובא, וע"ש שלכאורה לא ס"ל כן בדעת הרא"ש, אלא שתמה על הטור דמשמע דס"ל בדעת אביו הרא"ש ז"ל דשעב"ד, ועי' תמה דאינו כן אלא כוונת הרא"ש (התוס') שהביא הטור היא לכאור דעת הסובר כן, אבל לא זו הכרעתם להלכה. אך קשה לעמוד על דעת הבי"ח שלא ציינ' כלום

לאחר מכן לא, דלא עדיף מקרקעות ע"ש. ועי' בגליון רעק"א להרמב"ם (הלכה י"א) וז"ל, תמוה ממה שכתב ספ"ח מהלכות נזק"מ דנוקין גובין ממשטלי דיתמי, הא נוקין דרומה לכאורה ללא ידע וצ"ע עכ"ל.

עוד מצינו לענין כתובה והזיקות כיו"ב, עי' ברמב"ם פט"ז אישות ה"ז וז"ל, תקנו הגאונים בכל הישיבות שתהיה האשה גובה כתובה אחרי מות בעלה אף מן הממשטלין, כדרך שהתקינו לבעל חוב לגבות מן הממשטלין, ופשטה תקנה זו ברוב ישראל. וכן שאר תנאי כתובה כולן ככתובה הן וישנן בממשטלין כקרקע, חוץ מכתובת בנין דכרין וכו', לפיכך אני אומר מממידין אותה על דין התלמוד עכ"ל. ובמגיד משנה מבאר וז"ל, תקנה זו כתובה בהלכות [רי"ף כתובות] וכל ספרי הגאונים, והטעם היה מפני שהרבה אנשים מתעסקים בממשטלין לבר בזמן הזה ואשה סומכת עליהן, וכיוצא בזה אמרו בתלמוד פרק מציאת האשה [כתובות סו.], גמלים של ערביא וארנקי דמחואו אשה גובה, והוא מפני שבאותן המקומות היה רוב עסקינים בכך, והיתה האשה מקוממת עליהן אע"פ שהן ממשטלין עכ"ל. עוד עיין שם בהלכה ח' וז"ל, כבר נהגו בכל המקומות שידעו וששמעו שמען שיתכחו בכתובה בין מקרקעי בין מטלטלי, ודבר זה תיקון גדול הוא, ואנשים גדולים ונבונים הנהיגו דבר זה, שהיה זה תנאי שבממון, ונמצאת האלמנה גובה מן הממשטלין בתנאי זה לא בתקנת אחרונים עכ"ל. ובמג"מ מבאר דאף בלא כ"י מטלטלי אגב קרקעות גובין מהן, ורק מלקוחות אינם גובים כי אם שככתב אגב ע"ש. הרי אף בתקנה גופא יש חילוק בין תנאי שבממון, שהוא מעיקר הדין ובגדר דין התלמוד, לבין דברים של תקנה גרידא. ועי' ברמב"ם בסמוך הל' ט' עוד פרטי דינים בתקנה זו ובדבר הספיקות שנפלו בין הבעלי דינים, ועי' שם בכתובות סו. מחלוקת רש"י ותוס', כנראה, אם גובים מטלטלין אף מן הלקוחות מכה התקנה, ע"ש בתוס' ד"ה גמלים שהשיג דא"כ בטלה תקנת השוק. ועי' שהובא מקור תקנת הגאונים זה בכתב רב שיריזא גאון, עכ"פ עי' ברא"ש שם פ"ו סי' ה' ששקיל וטרי בהני שיטות, ועי' בקרבן נתנאל אות סי' ואת עי' דברים נעימים בגדר זה.

ששבו הנכסים אחר מיתת הבעל, וגם נוטלין בראוי כבמחוזק עכ"ל ע"ש. והרא"ש חלק דאין ענין מטלטלין לזה, כיון דאפי' בקרקע אינה נוטלת בראוי ע"ש, [ועי' בתוס' בכורות נא: נב. סוד"ה ולא בראוי]. עוד עיין ברא"ש פ"א בבב"ק סי' י"ט בענין זה לגבי נזקין וז"ל, כתב רב אלפס ז"ל, והשתא דתקינו רבנן לב"ח לגבות מן הממשטלין, גובה מיתמי בין מקרקעי בין מטלטלי וכן הלכה. וכתב עליו רבינו אפרים תלמידו ז"ל ליתא להאי סברא, דנוקין מלתא דלא שכיתא היא, וכי תקון רבנן לב"ח משום פעילת דלת בפני לזין, אי נמי לאשה משום פריה ורביה, אבל לנוקין לא תקון מיד. ונראה לי בדורות הללו מטלטלי כמקרקעי לכל מילי שיעבוד מדינא דגמרא אף בלא תקנה, דהוי כגמלא דערביא ואשלי דקמחוניא דאמרינן בכתובות [סו.]. אשה גובה פורגא מהם עכ"ל. הרי ענין הרואות איך שנשתבשו הכללים מוזמן התלמוד עד היום, י"א דאולי' בתר תקנה לא גמרא, וי"א דבוה"ז כולא מדינא דגמ' אלא גדר הגבי' כמו התקנות. וכמה ספיקות נפלו בפרטי דינים בתולדה וכמו שרמזנו כמה פעמים [ועי' באבני מילואים סי' ק' ס"ק ה' שהביא ב' טעמים בהא דתקנו הגאונים לכתחילה, א) מפני תיקון עולם תקנו דין כפייה על הממשטלין. ב) מפני תיקון עולם עשו כל הממשטלין כמקרקעי, ככתובות סו. ועי' נפק"מ ומינה יש מילפי עוד]. ודוגמא גדולה אציע במבוכה זו במש"כ הכית מאיר אבה"ע סי' צ"ג סעי' כ' [עי' לקמן בציונים לפרק כ"ח] שעמד וחיפש בפי' הרשב"ם שמלבד מש"כ לפרש הש"ס גם כ' לדינא, ומאחר והאינא תקנו הגאונים דאף ממשטלי גבי, פירושו מכון עם התקנה בזה"ע ע"ש. ועי' בפרישה סי' רנ"ג סעי' י"ז מה שתמה על הטור שהביא לשון הרשב"ם אין שבוה"ז אינה כן. וכיו"ב מצינו ברש"י גיטין [ל: ד"ה שירישו קרקע] לפי גירסת הבעל התרומות [שער ס"א ח"א סי' ט] [ומשמע דתקנת הגאונים דממשטלי דיתמי משתעבר אינו אלא במלוה בשטר, והובא גם בב"י חו"מ ק"ו אות טו.]. ודבר תימה הוא לומר שרש"י מפרש הגמ' לפי התקנת הגאונים, וכן תמה ע"ז החשק שלמה בהגהותיו לגיטין שם. הרי שקשה מאוד לעמוד בשרשי ועיקרי דיני שעבוד ושעב"ד ושעב"ל"ד מאחר שנחלפו ונשתנו גוף ההלכות במשך כל הדורות. ולפיכך אולי י"ל דלהכי נחבטו הנתח"מ והתומ"ם [שהבאנו בריש דברינן] אם נוגע בזה"ז אם לאו והבן.

ככולם של רבותינו ז"ל הבאים אחרי הש"ך, ואביא קצתם, אבל יש להקדים דברי הטור ושמיי לנו בקי בדברי אביו יותר ממנו [למשך שריה הרדב"ז ח - ק"מ] וז"ל [בסי' פ"ח - ספ"ג ל"ח בא"ח]: אבל התוס' כתבו דאפי' דמלוה ע"פ ל"כ שום שבועה דאורייתא, לא במודה מקצת ולא בהעדאת עד אחד, כיון דקיי"ל דשעבודא דאורייתא וכו', וכן כתב אדוני אבי הרא"ש ז"ל עכ"ל. וכן בריש סי' ק"ח: מלוה על פה וכו' גובה מהיתומים לדין תורה. ובאמת הש"ך ציין לטור בסי' פ"ח והסכים שכן משמע לדעתו ולא שחולק עליו כמבואר. וגם בבית יוסף מבואר כן, עי' שלא מוקשה על דברי הטור, וכן יש עוד הוכחות [עי' ציונים למשפט ב"ב עשה: ד"ה שעבודא דאורייתא וכן מכיא עור מקורות].

שם. כע"ז הכריע הקצה"ח (סי' ל"ח סי' א) בריש הבריו) דלא קשה מב"ק דשם מיירי בעבדי כממשטלי לענין זה ע"ש שבי' דאף בממשטלי אפסו ס"ל שעבד"ד אבל הפקיעו חז"ל השעבוד מהן ע"ש. ועי' בתומים שם (ססי' ב"ד"ה ברם וד"ה ואם כן) שאף מיישב להדיא סתירת הרא"ש ע"פ חילוק בין מטלטלי ללא סמכא דעת' למקרקעי. ובהגהות משפטלי דהיונתן הפליא להביא סברתו מהש"ך גופיה בסי' צ"ה ס"ק ט' וסי' שס"ג ס"ק ג' [המקור האחרון הובא כבר באמרי בינה סי' ב' הלואה אות ב ד"ה עכ"פ], ובעצם החילוק [בין עבדי למקרקעי] דנו כמה אחרונים, ועי' לבוש מרדכי ב"ק סי' ט ד"ה אולם וד"ה ונראה [אך לא הביא דברי הש"ך והרא"ש]. ומרן ר' יצחק אלחנן בספריו הביא לדברי הקצה"ח הג"ל והוסיף דוכתי ש"כ (צ"ה - א), והביא כיו"ב בשם הפני יהושע ב' דוכתי (עי' פ"ק יב. בתוס' ד"ה אנא) ובשם השער משפט (רי"ב - א), עי' בספרו נחל יצחק (סי' צ"ה סעי' א ענף ג ד"ה אמנם) בקצרה, ובספרו באר יצחק (יור"ד סי' כ"ג ענף ג) בארוכה יותר. וע"ש שהביא ראייה לדבריהם מירושלמי קידושין (פ"א ה"ג). וע"ע בזה בחיי רבי אריה לייב סי' ס"ב (ובפרט בסוד"ה ד"ה והנה). ולע"ז ב"ה ולע"ז נראה ש"כ ליישב מנפשיה על דרך הג"ל [לפני ריהטא]. וע"ע באמרי בינה (הלואה ב - ב ד"ה עכ"פ) שסמך ידו על דברי התומים הנ"ל, וגם חיוק הסברא בראיות מהראשונים (שנמ"ק ב"ק צו. בשם המאירי ועוד).

ואי נשאר אן וכו' אכן כמעט וכו' ר' אי שטעות נפ"ש כאן בש"שן הרא"ש. הנה בתודושי תלמיד הרשב"א והרא"ש עמ"ס ב"ק [יצא לאור תמ"ז ע"י הרב ערץ קאנו שליט"א רב כסלווער ספרנג מרילנד], וכן הובא בקובץ שיטות קמאי, ושם בדף יב. ד"ה בתר

דנפק כתב: ולגבות מימימי נמי דרבנן הוא דקסבר שעבודא לאו דאורייתא. והאי תירווצא לא סגי אליבא דרבנותא ז"ל דפסקי כמאן דאמר שעבודא דאורייתא ועבדים איפסיקא הלכתא כפרק ש נוחלין כרב תנמן דאמר אין גובין מן היתומים, וי"ל להך סברא נמי ניחא, דכי אתקינו רבנן דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי עלו בכלל תקנתם עבדים ועבדיהו כמטלטלי עכ"ל. הרי להדיא הכרעה ותירווצא ע"ד שכתב דודי המחבר שליט"א. וקטע זה הוותק בשער המלך (פי"ג מגזילה ה"ד ה"ה ובשתי כתיבי תלפזרי הרשב"א) שהחיבור היה לפניו כמו שצייין שם הרב המו"ל. וזה סמך נכון לדרכינו בדעת הרא"ש, וכמו שכתב גם השעה"מ ע"ש ודו"ק. וע"ש לעיל מזה ד"ה והשתא ניחא שג"כ הסיע לשון הרא"ש כלשון הרשב"ם.

והנה כתב הש"ך (תרו"ם סי' ס"ג ס"ב בא"ח): וא"כ לפי דברי התוס' והרא"ש יהיה מוכרח לומר דקיי"ל שעבודא לאו דאורייתא, ותקשי לכל הפוסקים שהבאתי לעיל סי' ל"ט שפסקו שעבודא דאורייתא, וגם הרא"ש גופיה כתב בכמה דוכתי דשעבודא דאורייתא, וכן פסק מהרש"ל גופיה וכמ"ש לעיל סי' ל"ט ס"ק ב' בשמו עכ"ל. הרי דמודה הש"ך במקצת דדעת הרא"ש "בכמה דוכתי דשעב"ד", ואע"פ שהאר"י להוכיח שבאותן דוכתי לאו דעת עצמו כתב כמבואר בסוגיין (פי"ג ל"ט), ואלא ע"כ דגם הש"ך לא הוברר ליה הכרעתו בריש חו"מ כמו בסופו, ויתכן שחזר בו, ועכ"פ איסתפק ליה. ובפרט שלא סמך על דבריו בל"ט להכרעה ולמעשה רק להטיל חומרא וספיקא.

ועיין מה שכתב וכו' ואע"ג דהרמב"ם פסק לגבי שבויעה דעבדי כמקרקעי דמי. אך לענין גזילה פסק דעבדי כמטלטלי דמי (עי' פי"ג מה"ל גזילה ואבידה ה"ד), הרי לענין דיני ממונות חשיב מטלטלי ועלנין איסורי דינא כמקרקעי. וע"י בלחם משנה (ס"ט) שהק' דדברי רבינו סותרים אהדדי (אך לא הקשה כקושיא דין מפ"ח דמלוה זב"ע), ות"י דדוקא לענין שבויעה דלא תליא בסברא אלא מנזח"כ, אמרינן דעבדים כקרקעות, כיון דהוקשו לקרקעות, אבל לענין גזילה כיון דתליא בסברא דקרקעות אין נגולים דברשותא דמרא קיימן, ועבדים אפשר לגזול, בזה לא אמרינן דעבדי כמקרקעי עכ"ל. וא"כ הוא הדין והוא הטעם כאן בשעבוד, ואפשר דהן סברתינו (ונסברת הפלפולא חריפתא) דלא סמכא דעתא דמלוה עלייהו. וע"ע באבן האזל (שם ד"ה ובאופן אחר) שיישב באופ"א ולפי"ד ל"ע בדין.

אך לקושטא דמילתא נראה דעדיין לא קרבנו אל האמת, דעי' במגיד משנה כאן (פי"ח מלוה ה"ה) שכתב בשם המפרשים ז"ל [וטרחו הפוסקים בסי' קי"ז למצוא מקורו, ע"ש סעי' ה"בב"ח ובש"ך ס"ק ד ובתומים ס"ק ז] דעשה עבדו אפותיקי אפי' בעדים בלא שטר גובה ממנו, פירוש וכגון שהמלוה בשטר, שאם המלוה על פה אינו גובה מן הלקוחות כמבואר

פי"א (ה"ד) עכ"ל. ולכאורה דבריו תמוהים, דאם עבדי כמקרקעי וכמו שפסק הרמב"ם (פי"ח פטוין ה"א), א"כ אף בלא אפותיקי נמי גובה, וכמו שהקשה דודי המחבר שליט"א כאן, וכן הך בגידולי תרומה (שער מ"ג ח"א ס"א) וחולק עליו. ועוד יש להקשות מיניה וביה וכדהקשה בספר חסד ומשפט אשריה (ק"י - ב) ע"ש, וכבר קדמיה התומים (ק"י - ז ד"ה איני מבין דברי המגיד משנה) יעו"ש. אלא הנכון הוא כמש"כ בחסד שם (ד"ה ונראה) חידוש נפלא דאין אפותיקי מדין שעבוד נכסים כלל, אלא משום שנתייחד לפרעון, (ויסוד גדר זה ביארנו בעו"ה ע"פ רש"י בפסחים לא. "אותן המעות"), ומתנאי החוב ומפרעונו היה להפרוע בו, וחלות אפותיקי אינו אלא מיניה ולא לגבי לקוחות, ע"ש הוכחה מרש"י עבודה זרה (ס' ב"ין של עבדים), וע"י שנתייחד לפרעון (ע"י אפותיקי) ממילא יחייב כתיבת השטר לשעבדי כדרך שמשעבד קרקעותיו, ע"ש עוד מילתא בטעמא. ולפי"ד ניחא ואין צריך לדחוק כמש"כ התומים שם ד"ה ולכן וכו' וצ"ע.

ש"י פי"ג

ונראה וכו' אין למלוה שום קנין בגוף הקרקע. והטעם י"ל כמש"כ הרשב"א כאן (סו"ה אמר רב יונה) וז"ל: טעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, משום דסבר שאין הקנאה לחצאין, ושעבוד קנין לחצאין עכ"ל. וזהו טעמא דלא מהני אפי' שעבדיה בשטר, דחלות זה אי אפשר בעצם. וכ"כ הרשב"א לעיל מזה וז"ל: והוי יודע דמאן דס"ל שעב"ל ד אפי' במלוה בשטר נמי איחא וכו' עכ"ל. וע"כ אי נימא שרש"י ג"כ מודה לסברא זו, א"כ גם בשעבדי בפירוש לא יהיני. וצ"ע דרש"י תב דמהני. אך לפמש"נ בפנים דהוא מדין אחר, א"כ יסוד הדבר מודה רש"י לשאר ראשונים, [ודלא כמשמעות הראשונים הולקים עליו, ע"י רשב"א]. ובפשוטו י"ל טעם דשעב"ל לטובר כן משום שאין לזה מקור בתורה, אבל בודאי אפשרות איכא.

ואע"ג וכו' הכח וכו' הפקיעו זכות גובינא. לכאורה אי שעב"ל אין לו זכות גובינא בנכס זה, אם לא דנימא דחל איזה שעבוד מדברי סופרים. אך כבר כתב לעיל בסמוך "אי"ז משום קנין ושעבוד בגוף הקרקע" וצ"ע. ושמא יש לומר ע"פ יסוד הקצה"ח (פי"ד סי' ס"ק ז) וז"ל: ואם נשבע או בתקיעת כף ליתן לו, נראה שצריך ליתן לו כל שכרו כיון שנשבע, דיקא הטעם [הוא] דאינו אלא משטה אני בך, ושבועה מסלק השטאה, ואפי' מת צריכין היורשין לשלם וכו' עכ"ל, וע"ע שם תשובה מהרמב"ם (יורדלו"פ ה"ה), וא"כ הכ"נ הכתיבה בשטר ודאי מסלק ההשטאה ושפיר הוי כקנין. ועדיף מזה חקר הקצות (בסי' ד"ו ס"ק ט) וז"ל: וראוי לספק בנדר ושבויעה [ליתן] ומה המקבל אם צריך ליתן לבניו, מי נימא כיון דשבויעה אינו עושה קנין, א"כ אינו חיוב אלא למקבל גופיה ולא לבניו, או שמחויב לקיים שבויעתו

וליתן לבניו וכו', ע"ש שהכריע בראיות כצד זה דחייב. ואם שבויעה דאיסורא מיחל חלות ממוני, כתב בשטר אחריות נכסים לא כן שכן. וע"ש במילואי חושן (אתה 140) שהביא ראה מרבינו יונה (כ"ב קנ"ג).

עוד י"ל ע"פ מש"נ לעיל סוף פי"ב בדעת הרמב"ם והרב המגיד דאפותיקי אינו מדין שעב"נ אלא ייחוד פרעון ע"ש, וא"כ י"ל למאן דאמר שעב"ל היינו דשעב"נ לא שייך כלל, וכשיטת הריטב"א, (ודלא כמש"כ הרשב"א בדעת רש"י דמלוה בשטר, שעב"ד), ואלא דס"ל לרש"י דהא דכתב בשטר שנכסיו אחראין הוי כייחדם לפרעון, וכאלו השתא נתברר או מצמצם הממוני גבן על הנכסים שיש בהם אחריות, וממילא טורפינן ממשעבדי, דחשבינן שממון המלוה מונח אצלם ודו"ק, ולפי"ז דברי רש"י הידועים בפסחים מכירתו לאו מכירה היינו כפשוטו ממש כהנחת הקצה"ח (ק"י - ב) והנתח"מ (ל"ז - ז).

שם. עוד י"ל תפלא ע"פ מה שיש לתמוה בכלל אמאן דאמר לאו דאורייתא, דנהי דאין ההלואה כשלעצמה משעבדת, הא מיהא מצוה לפרוע גבן על חובו רביץ עליהו, ונימא דהוי מלוה הנתובה בתורה ככתובה בשטר דמי, ותו נשתעבדו נכסיו מהמצוה, כמו פדיון הבן ונוקין (וכדאיתא כאן בקידושין), וע"י בתוס' ד"ה מלוה שכתבו דאפילו לא כתוב בתורה היה חייב, שצריך לפרוע. וכ"כ הרשב"א שהוא כוונת רש"י, ע"ש ניומוק.

אך לעולם י"ל דאכתי אפשר להשתעבד הנכסים מכח המצוה וכפי שיתבאר, דנהי דההלואה חייב "מעסקי מעשה עצמו" וכלשון רש"י, מיהא לא חייבתו מעשכיו, אלא לשלם כשיגיע הזמן, או בשלושים יום (בסתם ההלואה), אבל לא חל זה החיוב לשלם קודם לכן. וא"כ אם כתב בתוך השטר שנכסיו אחראין מהיום ומעת ההלואה לתשלומי החוב, הוי 'מקצת פרעון' זה אינו מכח עצם עסקי עצמו, מיהא מצות התורה שפיר רובצת עליו לשלם אף כשלא הגיע זמן, וראיה ברורה מהרמב"ם (פי"א ביטורים ה"ט) שפסק דאם מת האב בתוך שלושים יום מלידת בכורו ינתן מן הנכסים שכבר נתחייבו הנכסים ע"כ. והרי שם לא צוותה תורה אלא מיום ל', ומי"מ כבר מלידת בנו אישתעבד ונתחייב, וכמו שמבואר בכסף משנה שם וכדביארו הדרך אמונה (שם בבא"ה ל"ד ה"ה פ"ח), ומשום דסיבת המחייב הוא הלידה, ורק חלות המצוה לקיימה בפועל הוא ביום ל', וכמ"ל האבי עזרי' (שם ד"ה ומעתה). ואף בדעת השו"ע (בסי' ש"ה) החולק עליו כמוכב בנו"כ שם, לעולם י"ל דהיינו בפדה"ב דקודם ל' לא חל כלום, אבל בהלואה הרי גם קודם זמן פרעון ממונו גביו, ולא יאמר שום אדם שסיבת המחייב לשלם הוא הגעת זמן, וא"כ י"ל שפיר חל על נכסיו דין פרעון מכת המצוה ולא מכת עצמו, שהרי בעת ההלואה כבר מקיים פרעונו ע"י כתיבת אחריות נכסיו. שו"ר דברים

מפורשים כיו"ב בפנים בדברי דודי המחבר שליט"א כאן ב"ה ונראה לבאר ע"ש היטב.

ש"א פ"ד

ובביאור הדברים וכו' אולם לדברי הש"ך צריך לומר. ושורש פלוגתתם הוא בעצם החקירה שחקר דודי המחבר שליט"א כאן: (א) מציאות החיוב המוטל עליו, (ב) המחייב של החיוב. וכמו שנחלקו הפוסקים במק"א להדיא, ע"י קצה"ח ס"י ק"ד ס"ט שהביא מחלוקת הסמ"ע והש"ך אם קנה נכסים בין ראשון לשני ולראשון כתב דאגני ולשני לא, הסמ"ע כתב דמשועבד לראשון והש"ך כתב דלשניהם ע"ש. והקצות למד כהסמ"ע ע"ש, ומיד אח"כ הביא דעת התומים (ס"ק ט) דכיון דשעבד"ד חל השעבוד על דאגני אף כשלא כתביה, הקצות חולק וסבר דלא חל רק בעת ההלואה, ע"ש. וא"כ הכי"ז י"ל דפלוגתת הש"ך והסמ"ע נחברת לשיטתם, ובפרט שכבר פליגי התומים והקצות בהאי סברא גופא. וע"ע בקצה"ח (ס"י ס"ז ס"ב) דסבר דהשטר חוב לעולם קנין הוא על השעבוד נכסים, ואע"ג דכבר אישתעבד מדאורייתא מאליו, דשעבוד חל על שעבוד, וחולק על הסמ"ע (ס"ק ל"ח) כמובא שם, וע"ע בדברי הנתה"מ שם (ס"ק כ"א) ואכ"מ.

ש"א פ"ז

וכן וכו' שהרי אינו שלו וכו' וקצת צ"ע א"ה שינה לשונו. וכן טרחה בזה רבותינו האחרונים. וע"י בהגהות חת"ס (כ"טס וילנא סוף) שכתב שטעות סופר הוא בפסחים, וצ"ל אע"כ שהוא ברשותו אינו שלו וכתוב ביתו מה ביתו שלו אף כל שלו, וכן יש להבין תוס' גיטין מ: ד"ה הקדש עכ"ד, (ומציין שחידושי סוגיא דגזעין בב"ק הוכיח דבר זה, וחפשי אחריו ולא מצאתיו). וע"י בחידושי הגרי"ז בערכין שם (כג: ד"ה במרא) שנוטה לאידך גיסא - דאדרבה ההבנה הנכונה ע"פ פרש"י בפסחים דודאי הנכסים שלו, וגם חל ההקדש עליו וכמו כן המכירה עד זמן הטייפא, ורש"י בערכין שכתב שאינו שלו לאו דוקא. ונהגרי"ז ז"ל לשיטתיה בספרו על הרמב"ם פ"ג מהל' שכנים הי"א ד"ה והנראה שיסוד טירפת הבע"ח מהלוקח הוא שמיחל ביטל על המכירה "וכמבואר ברש"י פסחים דף ל' ע"ב ע"ש". והחת"ס נמי לשיטתיה בחידושי לפסחים בד"ה נכרי שכל הטעם דמכירת מלוה מהני לאבי הוה רק לשיטת תנאי דיש ברירה, אבל למלאך דאמר אין ברירה ודכ"ק"ל לדינא, גם אביי מודה דלאו מכירה, א"כ רש"י שמפרש אינו ברשותו ע"כ כוונתו שאינו שלו ועיין. וע"ע בשיעורי בנו הגאון ר' משולם דוד שליט"א בערכין (סס ברש"י ד"ה היתה) שטרח בזה למה לא חל ההקדש כלל ועכ"פ במקצת. וע"ש בד"ה ודבריה רש"י שנדחק עוד לפרש והניח בצ"ע.

והנה בודאי אין כוונת רש"י וכו' אינו יבוא להקדישם כ"ע. אך בקצה"ח (ס"י ק"ד) ס"ב ב"ה ולרש"י

בא"ד רש"י הארי עיניו) למד ברש"י כפשוטו דא"א לימכר ולהקדיש כלל. וכן מבואר בנתיבות המשפט (ס"י ל"ז ס"ק ר"א) שצ"כ להדיא ע"ש, וכן צ"ל בדעת החת"ס הנ"ל. אך כבר השיגו וכן רבותינו הבאים אחריהם, ע"י אחיעזר (ת"י ס"י מ"א) ובקונטרס השעבוד להג"ר שמעון שקאפ ז"ל (ת"ד - ד), ונחל יצחק בכמה דוכתי, ועוד כמה אחרונים, וכמובא במילואי חושן שם (את 67), וכן מוכח מתוך ספר חידושי רבינו חיים הלוי (פ"ט ממלוה ולוה ה"ח ד"ה אלא) וחידושי מרן ר"י ז"ל הלוי ושיעורי הגרמ"ד הלוי שהבאנו בצינן הנ"ל. וכן נראה שפסק הרמ"א אבה"ע ס"י ל"ח סע"י י"ח בשם רבינו ירוחם נתיב כ"ב ח"ד בשם הרמ"ה בקידשה ע"מ שאראך מנה אינה מקודשת עד שיראנה מנה שלו, "הראה לה מנה משלו והיא משועבדת לבעל חוב מקודשת". ובביאור הגר"א (ס"ק כ"ז) כ' "כמ"ש בפ"ב דפסחים דבע"ח מכאן ולהבא גובה". הרי להדיא דשעבוד אינו מפקיע השלו. וכן משמע בב"י שכתב דהוא הדין בהתנה אם יש לי מנה (דסעיף י"ז). ודלא כהפני"ק קידושין (סוף ט: ס"ד) שדייק ממה שהרמ"א "לא כ"כ אבא דעל מנת שיש לי, משמע דיש לי משמע שיש לו ממש, וכיון שהן משועבדות לבע"ח לא מיקרי יש לו". וכ"מ בהטיב קידושין שם בדעת הרמב"ם (הל' אישת) דאינה מקודשת. וצ"ל דתליא בשיטות האחרונים ברש"י הנ"ל. אכן צע"ג מה ענין שעבוד למנה של הלוה, הלא קיי"ל מטלטלי לא משתעבדי. שו"מ שעמד בזה בספר עצי אורים (ס"ק מ"ז) והובא באורח הפוסקים (ס"ק ע"ג) ובהגהות חלקת השדה על החלקת מחוקק שם (ס"ק מ"ז) ונרפס על הדף בשי"ע מורשה להחיל. וע"י מש"כ במהרי"ט בח"י למס' קידושין שם וביד דוד פסקי הלכות (באצה"פ שם ובהנה את ג) דברים תמוהים בזה.

והנה וכו' א"כ מאי שנא קדושת הגוף ומפקיע. בשיעורי הגרמ"ד הלוי שליט"א (ד"ה רש"י בסוגריים) תירץ קושיא זו בדבר מחודש מאוד וז"ל: צ"ל דהקדושה וההפקעה חלים כאחד, דאי לא חל הקדושה אין טעם שיפקע השעבוד, וכל זמן שלא פקע השעבוד לא יכול לחול קדושת הגוף וכו' ודו"ק עכ"ל, וצ"ע.

א"א הדברים מבוזרים ברש"י כתובות שם וכו'. ובאמת גם הקצה"ח הביא לדברי הסוגיא בכתובות שם לחזק סברתו (לפיש אמאי קיים המכירה לאחר שסילק הלוח בוח), ותמיהני דמשם ראי' לסתור ע"פ רש"י וכמש"נ וצ"ע.

א"א וכו' דדוקא לגבי גוביינא וכו' אינם ברשותו וכו'. ונראה דהן על עומק כוונת הגרי"ז ואפשר גם אביו הגר"ח ז"ל שציינתי, ואע"ג שכתבנוסח אחר לגמרי, המתבונן יראה דמזה ומזה אל תנח ידיך. ובקונטרס השעבוד (סס) כ"כ להדיא וז"ל: דאף לאחר המכירה עדיין נשארו על פרט זה של גביית החוב הנכסים של הלוח וכו', על ענין זה נשארים הנכסים עדיין של המוכר שיהיו שלו לשלם חובותיו וכו' עכ"ל, ע"ש מילתא בטעמא, אמנם תלה

דבריו בגדר מחודש בשעבוד הגוף, וע"ע שם דברים נפלאים. וע"ע בקהילות יעקב ב"מ ס"י ל"א דוגמת דבר זה בביאורו את סברת התוס' בהמפקיע (ד"ה א"ה): ותמו ז"ל דקדושין אלימי וכיון דאשכחו רוחא וכו' לא פקעי, אבל לאי גזיות וולדות לכל הפחות הנהו דאתנהו בשעת מסירה אחי מעכשיו לקנותה סמוך לגניבתה למפרע (עכ"ל התוס') דטרחה המפרשים להבין, וע"ש (בד"ה והנראה לע"ה) שפי' שכבר עכשיו נעשה הקונה בעלים על זמן דאחר שלשים, ועל הזמן עד שלשים שיורי שייך הבעלות לעצמו, ולפי"ז חל הרייות שתהא כמבמה זו בתוך ל' שפשי שייך להמקנה, דהא ממוגא דידיה אשבח וכו' עכ"ל וע"ש עוד. ולדבריו ז"ל אפ"ל דהוה ג"כ גדר המכירה מהלוח ללוקח. ורק וכו' כמש"כ התוס' בגיטין [מ:]. ולפי"ז לא פליגי רש"י אתוס' שם, ודלא כמש"כ המפרשים. וכ"כ הגרש"ש (סס) להדיא ע"ש.

הוספה:

הקשה אאמור"ר הגאון שליט"א, אהא דאייתא בכתובות (ריש ס"ט), דשלח רב אגרת שלומים לרבי ותלה שאלה זו בין השיטים (פ"י רש"י), האתיין ששיעבוד מהו, הוה יתיב ר' חייא קמיה (דברי כשבא שאלה זו לפניו, רש"י) א"ל (מאי שיעבוד דקא מבני ליה) מכרו או משכנו, אמר ליה מאי נפק"מ וכו' מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למונות ע"כ. וע"ש בהמשך הגמ' דשו"ט למה לא שאלו בהדיא בלשון מכרו או בלשון משכנו ע"ש.

והק' אאמור"ר שליט"א דמהכ"ח לר' חייא להפיק אלו שני צדדים מאיגרות דרב, הלא לא כתב אלא לשון "שיעבוד", ובשלמא הצד משכנו ניחא, דהרי זהו החפצא של משכון דבר שמבטיח את החוב ומקום גוביינא למלוה באופן שלא יפרע הלוח בזווי ובזמנה, והן הן חפצא של שעבוד ג"כ, שע"י הלואה נכסי הלוח מבטיחים את גביית החוב ע"י שמתעבדו למלוה בעד ההלואה. אכן "מכרו" מה ענינו לשעבוד עתה"ד וצ"ע.

ושאלתי את פי דודי המחבר ואמר בזה, דאפשר שמאחר שאין מכירתו מכירה כמש"כ רש"י בפסחים (ט), א"כ אין להלוקח בעלות בעצם הקרקע שלקח, אבל זו אית ליה: שעבוד על הקרקע, דכשיפרע הלוח ויסלק המלוה בזווי ולא יבוא שדה זו לידי גביה, הרי השדה חוזרת או גומרת להיות של הלוקח, ונמצא דכל משך זמן ההלואה היה לו רק שעבוד עתה"ד.

והשכתי לו ברמיניה, דבשלמא לפי דרך הקצה"ח והנתה"מ והחת"ס ודעימיה שפירשו שיטת רש"י דמכירתן לאו מכירה כפשוטו ניחא, אבל לפי דרך דודי המחבר גופא דפליגי וסבר שרש"י ס"ל דמכירה גמורה הוי ורק לענין דבר אחד לא נמכר, והיינו "לענין גוביינא" (וכמפורש ברש"י גופא בכתובות ט:), ודאי דהמכירה חיילא ביד הלוקח, והדר קושיא לדוכתי מאי ענין שיעבוד למכרו.

והנראה בזה ליישב דברי דודי המחבר על דרך הפשט. הדנה הסביר לי דודי על פה יסוד שאלת רב בטוויגין דהסתפק האם יש להבנות שעבוד נכסי ממש בעד החוב ממוני של מונות ופרנסה, נא עכ"פ לענין פרנסה גרידא, וזה תלוי אם שמע רב ברייתא דרבי לעיל סח: ע"ש. וזהו דקא מבעי ליה אם מוציאין הקרקע מבעל דין אחר כגון בעל המשכון והלקוחות, דאם איכא שעבוד נכסים הוי קדמה שעבודה להא דהאחרים, ואם אין כאן שיעבוד נכסים אין לה במה להוציא הקרקע מיד אלו האחרים.

והנה אף על הצד דאיכא שעבוד נכסים, לאו מילתא דפסיקא היא שיהא שעבוד זה ממש כשאר שעב"נ כהלוואות וכיוצא בהן, דהוי סוף סוף הויין אלו תקנות חכמים ולא חוב וממוני גבך גמורין. ולכן יש לחקור כשתיקנו חז"ל שעבוד על חוב זה האם עשו כעין דאורייתא וכשאר חובות בעלמא, וכן משמע מרש"י (פ"ח: ד"ה לא) "פרנסתה טרפא דשויה רבנן כבעל חוב", ור"ל שחוב זה יש לה גם "בעל" חוב וכמש"נ. או דלמא נהי דתיקנו שעבוד לחוב זה, אבל דין חדש הוא, ולא הטילו סתם שעבוד נכסים כיש מאין, אלא הכי פירושא, שחז"ל הפקיעו ועיכבו המכירה כדי לחוס על זכותי וצרכי הבנות. וכן מצינו לגבי בעל שמכר בנכסי אשתו, ע"י ב"ב (פ"ט: ג.) וברמב"ם (פ"ל בכירה ה"ג) ובמגיד משנה שם הלכה ה' לגבי בעל שמכר בנכסי מלוו שכתב בשם הרשב"א דהמקח בטילה.

ולפי"ז יש לומר דאף לדרך דודי המחבר דשיטת רש"י בעלמא הוא דמכירתן לאו מכירה רק לענין גוביינא ולא לענין גוף השדה והמכר, מ"מ שאני הכא דעשו חכמים תקנה לבנות ישראל ותיקנו דמכירתן של אחין לאו מכירה פשוטו כמשמעו.

ושפיר יש לומר דאין ביד הלקוחות כלום אלא שעבוד גרידא, וכשישלמו האחין בוזוי או בנכסים אחרים בשביל פרנסתן של הבנות, דין הוא שהלקוחות יזכו במקחן ויגבו הקרקע (ועל דרך הקה"ח בשאר שעבודין) וכמש"נ. והשתא א"ש הא דר' חייא דסבר שיעבוד היינו מכרו, דבכה"ג אפשר דאין ביד הלווקא אלא שיעבוד בעלמא. ואולי יש ליישב עפ"ז מאי דמקשה השטמ"ק בשם הריב"ש ז"ל חז"ל, יש מי שהקשה מאי האי דמספקא ליה לרבי חייא, והיכן מצינו חילוק בין מכירה למשכונה גבי ממשעבדי וצריך עיון עכ"ל. ולפי דברינן ניהא דשאני הכא דמיירי בשעבוד חדש של תקנת חכמים ואיסתפק ליה לרב.

אמנם אכתי יקשה הקושיא עצומה שהעיר רעק"א כאן בדרוש וחידוש (ד"ה תיב ר' חייא) דדלמא שאלת רב היה לא אמשכנו ולא אמכרו, אלא כפשוטו "שיעבדו" היינו שנלטו האחין הלוואה ונשתעבדו כל אלו הנכסים למלוה, ושוב אין צריך לדחוק

דנתכוון למשכון [דהוי כשעבוד] או למכרו [דלא נשאר ללקוחות אלא שעבוד] וצ"ע.

ואפשר לפי דברינן ניהא דהואיל ותיקנו חז"ל לפרנסתן שיהיו הנכסים פנוים להן, פשיטא ליה דלא חל שום שעבוד כלל על הנכסים הללו. ורק בעבר ועשה מעשה כגון שמשכנו או מכרו שבפועל עושה דבר כנגד התקנה הוה, וקמבעי ליה דלמא אי עביד מהני ודו"ק.

והכי דייקא שפיר לפי שיטת רב לטעמיה דס"ל שעבודא לאו דאורייתא (פי' ברעק"א הג"ל), דיותר מסתברא לומר שלא יבוא שעבודא מאוחרת מדרבנן ליעקר חוב ושעבוד דרבנן שקדמיה, וע"כ כי קמבעי ליה רק כשעבר בידיים ועשה מעשה כנ"ל.

ובזה סרה נמי תמיהת הפנ"י (ט: ד"ה מסרו) וד"ל, היכא וכו' דאיכא על האחין מלוה בשטר שלוו קודם מיתת אביהן או לאחר מיתת לא מספקא ליה, דפשיטא דמוציאין מהנכסים הללו למוזון האשה והבנות דלא ימירי נכסים משועבדים. ולפי זה נראה לכאורה מכאן ראייה גמורה לשיטת רבינו האי גאון וסייעתו שפסק דמלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר, וכן פסק בש"ע ח"מ (פי' קיב ס"ט), ודלא כהש"ך שם (ס"ק ב) שפסק כדעת הר"ף ז"ל וסייעתו עכ"ל. אכן לדברינן ניהא היטב אף לדעת הר"ף ודעימיה, דשאני הכא דמוציאין למוזון הבנות דמעלה עשו להן ותקנה חדשה וכמש"נ. וע"ע בהפלאה מש"כ בזה והרגיש בדברינן, וע"י מה שכתב עליו האבנ"מ (פי' קיב ס"ט).

ש"א פ"ז

ויש ד'דקדק וכו' כדאיתא בב"ב (קע"ד) נכסי דאיניש אינון מערבין. באמת נתקשה הדברו"מ (שם) בעיקר כלל זה, וכי נכסי האדם גבירא הוא דשייך ענין ערובות אתמהא. ושוי"מ בחי' הרי"ם חו"מ (פי' צ"ח ס"ק ח ד"ה נראה) שכבר עמד בזה ע"ש. וע"ע סברא נפלאה באור שמח פכ"ג מלוה ה"ה ד"ה הרב המגיד.

ונראה וכו'. וכי"כ בקונטרס השעבוד (שם) וז"ל: ענין זכות זה תלוי שיהיו הנכסים נכסי הלוה דכל שהוא בגדר חלק וקנין הרי הוא כבעלים על חלקו שקנה, אבל בשעבוד [אינו] כן [אלא], וזכותו שיהיה מנכסים בגביית חוב, וכל שזכותו בגדר גביה וזכותו מתקיים רק, כשהיו הנכסים של הלוה וכו' עכ"ל. וכן מבואר בחידושי הגר"ח (שם), וע"ע ברש"ש ב"ק ט. ד"ה בע"ה, ודוגמת דבר זה מצאנו בגיטין מב: בענין עבד שמכר רבו לקנס, ע"ש בתוס' (ד"ה עבד) וברשב"א (ד"ה איבעי ובר"ה אבל).

ש"א פ"ח

ונמצא וכו' יש כאן ג' זוו מוחזק ונ' זוו שבה וכו'. הנה עצם הענין שבשטר איכא ב' דברים, (א) שויו, (ב) מנה שבשטר, לכאורה נרמז בתוס' בפרק מרובה (עא: ד"ה וסבר) וז"ל: שראוי השטר למכור, ולגבות בו עכ"ל, דמשמע דכל דבר

חולק שם לעצמו. וע"ע בכתבי הגר"ח (כ"ק סכ:). שהוכיח כלל זה תמוס' שם (ד"ה יצאו שטרות), וכי"כ בברכ"ש ב"ק סי' ל"ג בשמו. וע"ע שם ובספרי תלמידי הגרי"ז ביתר ביאור (וכו'ן שמואל סי' וי"ג, ח"י ר' שמואל ב"ק סי' כ, שיעור ו' דוד פוברסקי ע"פ התוס' שם ובחידושי רבי אפרים מרז"ק ב"ק סי' ב' ובספר מעשה חייא סי' כ"ח).

ומבואר וכו' שוב איכא גוף כ"ל וכו' המעות וכו' שבה. וע"ע בשופרא דשטרא (ש"י-פ"ח) ביתר ביאור ומה שמתרין לפי"ז.

שם וכו' ס"ד דהוי מוחזק להריא על המעות וכו'. ע"י שופרא דשטרא (ש"י-פ"ח) שמוכא שם התוס' (עא:) שלמד דאי דאין דינא דגרמי, או דבר הגורם לממון, חשיב מוחזק, וצ"ב. ונמצא וכו' והלכו השטרות ביניהם קודם גוביינא וכו' נופל פי שנים, כ"כ בשו"ת חת"ס חו"מ סי' קמ"ט ד"ה ואמרינן (ע"ש תשובה להלכה).

ש"א פ"ט

ויש ד'דקדק וכו' וכו' השטר משכון. וכן הק' רעק"א (ע"י בחרשת ד"ה שם מכת"י תלמידי), "פירושו אינו מובן" ולא תירץ. וע"ע בקוב"ש (אות שפ"ח) שתמה עוד דמלוה שיש עליו שטר משמטת, מא"כ מלוה שיש עליו משכון אינו משמטת, וע"ש. וע"ע באבני נזר חו"מ (פ"ט-י"א אות ה') שהק' עוד דא"כ אמאי מחלק בין גבו קרקע לגבו מעות, (וע"י בקוב"ש בתוך דבריו מתוך ק"י זה), וע"י באילת השחר (ברשפים זה) שהביא ק"ו ב"שם הקוב"ש, וע"ש מה שפירש הסברא מילתא בטעמא (כ"ה והנה).

ונראה וכו' אבל הרבית הוא חיוב חדש ולא תשלומי המעות. וכי"כ הרשב"א בשו"ת (המיוחדות סו"ט רכ"ג) והביא רא"י מהא גופא דאין הבכור נוטל ממנה. וע"י בקוב"ש (אות שפ"ח) שהביא לדבריו. והביא עוד למש"כ הרשב"א בחלק ז' (פ"ח) סברא להיפך. וע"י מה שיישב הסתירה (באות שפ"ח) ומבאר פלוגת הפוסקים בהאי דינא. וע"ע בנחל יצחק (לפרן ר' יצחק אלחנן ד"ל סי' ס"ד ע"פ א אות ג).

והשתא וכו'. וע"ע בשופרא (ש"ב-פ"ח) ביתר הרחבה, ובאופ"א קצת (כמאן גבייא).

ש"א פ"כ

וכתבו וכו' יש ד'דקדק דכיון דמעשה ביד חשיב כנקיט שפרא. במשנת רבי אהרן שם (ניסן סי' י"ח אות א ד"ה וכו') יישב נקודה זו בדרך פשוט ע"פ הרא"ש בשנים אוחזין (פי' מ"ב) דבפסק ב"י"ד יכול לומר פרעתי, וא"כ אף דטרוף ממשעבדי, אבל דין כגבוי לא שייך כמובן. אך סיים דמ"מ תירוצם צ"ע מכתובה, דשם אינו יכול לומר פרעתי, עדיין יקשה אמאי לא הוי כגבוי, ובהמשך (ד"ה ולפי הג"ל) יישב באופן נפלא קרוב לדרכנו.

ונראה דכ"ל האל"מיות וכו' אחריות היא אך ורק לענין וכו' שביעית. אך ע"י ברשב"א קידושין (י: ב"ה מלוה הכתובה בתורה ככתובה בסתר) שתמה על שיטת רש"י שם דמלוה בשטר לכו"ע שעבודא דאורייתא, דכיון דקיי"ל

אחרית טעות סופר לעולם היו שעב"ד. וכתב לתרץ (כנראה ליישב רש"י) דכשעבד נכסיו בפירוש בשטר, אלים כח השטר לשעבדן דבר תורה, ולא אלים אחריות ט"ס למגיב מדאורייתא כיון שלא נכתב בפירוש בשטר וצ"ע עכ"ל הצריך לעניינו. הרי שכתב דאף בשאר מילי אלים כח השטר דשעבדיה בפירוש. אך סיים בצ"ע ואפשר שמסתפק. ולפי התוס' כאן מובן לכאורה ועיין. ש"מ ביאור אחר בצריך עיון של הרשב"א בשיעורי ר' שמואל ב"מ (ח"א יד. סוף אות ר"ה) ע"ש.

ונראה דכ"ה האלמות ש"ש שטר שכי' בו אחריות וכו'. אך בנחל יצחק (סי', א' ענף ב' ד"ה הוא) שהשונה התוס' הזה להא דאין בכור נוטל פי שנים כרביית ע"ש בקוצר נמרץ וצ"ע.

ומהוכי' בפ"י המשנה וכו' ואולי י"ל וכו'. ומרן ראש הישיבה ז"ל במשנת ר' אהרן גיטין (סי' י"ח ט) ובשו"ת (ח"ב ע"ה - ד"ה והנראה) למד באופ"א וז"ל בקיצור: דבשביעית משמטין רק חובות שבתורת החתיכות כמו מלוה וכו' יהיו עניני החתיכות, אבל חיובי מלוה הכתובה כנוקין וכדומה לא מצד דיש שמיטה בזה, בדאלו החיוב מתחיל לא מצד דיש אצלו ממון בחירו ככל הנ"ל, [א"ה: כבר חקר הגר"מ פיינשטיין ז"ל כמה דוכתי אס נוקין חייבו רחמנא בגדר ממוני גבך אם לאו, ולפי"ד הרי"ז ז"ל נמצא דתליא בשיטות הראשונים כאן והבן], רק חיוב הניתנה שחייבתו תורה הוא התחלת החיוב בחובות אלו, ובהו אינו נשמת רק צריך ליתן עכ"ל (ועי' שם), וביתר ביאור עי' תורת זרעים שביעית (פ"י מ"ב ד"ה הרמב"ם בפיהמ"ם) וז"ל בקיצור: נמצא שיעיק החיוב אינו מצד התובע, אלא מצד עצמו, שהתורה רמיה עליה עונש ממון, ועיקר דינא דשמיטה אינו אלא בחובות שהם מצד התובע עכ"ל, וע"ש מה שחזר ודייק הכי בגוף לשון הרמב"ם ביד החוקה.

והנה בדרך אמונה להגר"ח קניבסקי שליט"א (פ"ט שמיטה ויובל הי"ב סי' ט"ד) נראה שבעניני רוח אחרת בזה וז"ל: דעת רבינו מפני שהוא עונש ואין מתכפר לו עד שישלם לכך אין משמט עכ"ל. ובצינן ההלכה מצד התובע: כתב: כן נראה מפיהמ"ש לרבינו, ומיושב קו' הכס"מ וכ"כ בתורת זרעים עכ"ל. ומדבריו יוצא דמלתא דעונש הוא, וכאילו אין סודו חיוב ממון. אך בעניניו תמורה דודאי מלוה כתובה בתורה כגון נוקין ופדה"ב וכדומה לא היו עונש כלל, ושפיר חשיב חוב ממון, וגם התורת זרעים לא כתב היפך זה, רק נקט לשון עונש להדגיש שאינו מצד התובע אלא מצד עצמו. וכן הוא מפורש במשנת ר' אהרן ושם לא מיירי כלל אודות הקנסות. גם תמורה מה שהוסף הגר"ח שליט"א מדנפשיה "דאין מתכפר לו", וזה ליתא בתורת זרעים וצ"ע. ועי' בקובץ שיעורים (ח"ב סי' י"ד אות ב') נוסח אחר בביאור האי מילתא, ואפשר לזה נתכוון הגר"ח וכתב בצינן ההלכה שם בסו"ד "וכ"כ בשמיטת כספים כהלכתו עמוד מ", שם ציין לקוב"ש

הנ"ל]. עכ"פ הדרך אמונה וקוב"ש פירשו ע"ד שכתב דודי המחבר שליט"א, והמשנרא' והתור"ו באופן אחר ודו"ק.

ומה וכו' ומ"מ אה זקף וכו' הר"ז כאילו פרעו וחזר וז"ה ממנו. הנה כן כתב הגרא"מ שך ז"ל במכתב אל הגר"י אברמסקי ז"ל (אבי עזר פ"ו גולה ואביה ה"ב) דיסוד זקפה במלוה היינו "כמו שפרעו וחזר ולוה ונעשה חיוב מלוה ממש". ומשיג עליו במש"כ בחזון יחזקאל (ב"ק פ"י ה"ו במלואים) היפך זה: דזקפת מלוה אינו עושה עליו עתה חיוב חדש והחיוב הקודם חלף והלך לו וכו', אך עיקר הדין זקף עליו במלוה הוא מדין מחילה, שכשם שמחילה מועלת על ויתור החוב כולו, כך בוקף עליו במלוה מחל התנאים המיוחדים של חיוב זה, והוא מותר על כך, וזוקף את חיובו שיהיה חייב לו חיוב ממון במדרגת סתם מלוה עכ"ל. וע"ש בהערה (את 2) שהביא רב פלוגתא בשם אחד מן הגדולים אשר בארץ ישראל וחזר והשיג עליו.

והנה מצאנו בזה דרך שלישית מפי הגר"ח ז"ל דזקפת מלוה אינה הלואה חדשה, וגם לא כדרך החזון, אלא "כמלוה לו את החוב", עי' בקובץ שיעורים (ח"ב קובץ שמועות ב"מ אות כ"ו) שהביא שכן ביאר ענין הרווחת זמן בענין רבית. אלא שמהקצ"ח (ת"כ"ו סי' ט) מכבאר דחוב חשיב גופו ממון ודלא כהגר"ח הנ"ל ע"ש. וכנראה הקצות יסבור כאחד הדרכים הנ"ל. שו"מ דברים מפורשים בתוס' בכורות (נא: ד"ה אבל) ע"ש וצ"ע.

ושו"מ בשו"ת משנת רבי אהרן (ח"ב סי' ע"ה - א' ד"ה והנה עיקר הביאור) ובגיטין (רי"ס י"ח ע"ש) שג"כ חקר בגדר דזקפה אי הוי הלואה חדשה או חיוב הישנה (אך כאילו לא הניח זמן פרעון), דהיינו שתי שיטות רבותינו הנ"ל ז"ל, אלא שהוסף ונידון זה תליא בחקירה אחרת האם הרווחת זמן הוי כאילו פרע וחזר ולוה, או דלא שייך הלואה כחוב וכל עוד לא פרעו עדיין שם ראשון עליו, ותלה זאת בפלוגתא אמורא' (ב"ק ט"ז). ואולי לזה כוון הגאון ר' ראובן בן הגרנ"ט ז"ל בספרו בינת ראובן (גיטין סי' ל"ז בתנהג) ע"ש. הרי דדרך הגר"ח עולה יחד עם שאר הדעות וקצרונו. שו"מ ב' דרכים בוקיפה ב' גירסאות בספרי פ' ראה, הובא בדרך אמונה (פ"ט שם בביאור ההלכה ד"ה הקפת התנות בסו"ד), וע"ש מש"כ בזה דברים נפלאים וקצרים.

ש"א פכ"א

והנה הרשב"ם וכו' ולכאורה אין ב' שיטות אלו שייכי אהדדי ב"ל. ועי' ברמב"ן שהשיג על הרשב"ם במש"כ דטעמי' דר"ג משום דמעות יהיב כו' מסוגיא בב"ב מ"ג, וכתב דטעמא משום דאורחא דמילתא ליפרע בוזי ולא לסלק בארעא. וכ"כ העליות דרבינו יונה. ועי' בפני שלמה שהגן בעד הרשב"ם (בר"ה רש"ב"ם ד"ה גבו) דהאמת היא דר"ג ורבה לא ס"ל כדשלחו מתם כדמסקינן, אלא כוונת הרשב"ם ז"ל דרבינא דאמר נהרדעי לטעמי' סבר דר"ג

ורבה ס"ל כדשלחו מתם, ולא ידע ממסקנת רבה.

והנה וכו' וז"א דמי למשכון שהוא כבר ביד המלוה ומוחזק אצלו. הנה דין משכון שנתעכב ברשות המלוה אכתי לא מצאתי להדיא, וכמדומני שכתב בזה דברים בדרך אמונה להגר"ח קניבסקי שליט"א עיין עליו. וזאת מצאנו בפסחים לא. ברש"י ד"ה הרהינו שנמסר המשכון לביתו של המלוה ע"ש, אבל שם אינו מבאר להדיא דמיירי בדין משכון וכמש"כ הפני יהושע שם להדיא, ואפילו את"ל דמיירי בחלות דין משכון כדמשמע מרש"י על המשנה, מ"מ י"ל דאיכא משכון סתם, והרהינו בתוך ביתו של מלוה הוא דבר נוסף (עי' במד"א שם), ועי' בריטב"א כאן ד"ה והא דאמר רבי ובד"ה דאמר רבה.

אכן וכו' ובכ"פ מה שהוא גובה וכו' נחשב כקבלת הממוני נכד, ליתר ביאור עי' מה שנתבאר לקמן בש"ד פ"א אודות לשון רש"י בפסחים לא. מעות 'בעיני' דאי"צ קניה חדשה מצד המלוה רק ייחוד המעות ע"ה הלוה מספיק להשוות שם פרעון החוב המלוה, וע"ש בצינונר שפסק כן להלכה הנתה"מ מנפשיה, והסבר החידוש בספר שערי חיים קידושין ע"ש.

והנה א"ל"ב דרב נחמן וכו' מ"ש מ"זה מרבית והלא בין כך ובין כך איכא שנבדו. ובאמת בשו"ת הרשב"א המיוחסות (סי' ר"כ) רצה להוכיח מסוגיין (קב"ד) דאין דין שטר חל על עצם חלק הרבית מהא דינא דכבדו נוטל פי שנים מהרבית אליבא דרבנן ע"ש. אך לפי דברי דודי המחבר שליט"א, לעולם אפשר לומר איפכא דשפיר חל שעבוד ודין שטר, אך רבית שאני דמה שנבא לא גבה מתורת ממוני גבך. וכנראה נחית לסברא זו מרן ר' יצחק אלחנן בנחל יצחק (סי' ס"ו - א' ענף ב) שהרבה להשיב על דברי הרשב"א (ויפסחו רמב"ן), ובהמשך (ד"ה והוא) מביא משמט"ק ב"ב (דף קב"ד) כעיקר הסברא הנ"ל ומסיים "וכ"כ הרשב"ם שם בד"ה אבל לא ברבית" ע"ש. אך עי' בהגהות המהדיר הרב מרדכי קניבסקי (מהדורות סתן ירושלים ח"ו אות 38) שהשיג על הנחל יצחק בכוונת הרשב"א שם ע"פ שיטתו וכתביו במק"א וע"ש עוד.

והנה לא וכו' א"כ היו להם ה'התוס' להקשות גם לרבה. ע"ע בזה בתוס' בסמוך קכה. ד"ה לטעמיהו ובמה שהק' רעק"א שם ער"ז מטעם אחר, עי' בחדשות הרותק משו"ת רעק"א והניח בצ"ע, וע"ע בב"ק מג. תוס' ד"ה ונוקמה לרבה שהקשה רעק"א ממק"א והניח בצ"ע ע"ש הנוגע לעניינו.

והנה לא וכו' ולכאורה משמע שהתוס' הבינו וכו' הוא הדין בנוק. וכן הבינו הרמב"ן והעליות דרבינו יונה (וכ"כ בשט"ק) שכתבו להשיג על הרשב"ם מכח האי קושא (בב"ל). ועי' באילת השחר כאן (בתוס' ד"ה גבו) שעמד בזה לחלק בין רבית לנוקין וע"ש עוד.

ש"א פכ"ב

ויש לעיין וכו' כבר נתאבלו והני זוזי וכו' אחרניי נינהו. לפי"ז קשה מה דינן של מטלטלין, הא ג"כ א"א לברר עליהם המציאות וצ"ל. ובמק"א הבאנו דברי הפוסקים בכללא דמטלטלין אי שורין דמה למעות אם לא. שו"מ מדברי קמאי בזה הובא בדברי משפט (רי"ג - סו"ק א"ר ודף) דבשו"ת פרח מטה אהרן (ח"כ סי' א' ד"ה ומיהו אמת) מחלק בין חזקת מעות למטלטלין, דמעות הואיל ואין נוחין ביד בעלים דנושא ונותן בהם ל"א כאן נמצא כאן היה (ע"ש הענין), אבל במטלטלין דמשתמש בהם ונמצאו עתה בידו אמר' כאן נמצא כאן היה. אך בתרומת הדשן (סי' ש"ב) מבואר דאין חילוק ובתרווייהו ל"א כאן נמצא כאן היה (ע"ש) שכ"כ בדעת הרמב"ם ולענ"ד כ"ה ברש"י ב"ק יד.]. והוה כפשוטו דברי דודי המחבר שליט"א וכן הוא הכרעת הדברי משפט שם.

ויש לעיין וכו' הגע עצמך וכו' האם נאמר פרה יהיב פרה שקלא וכו' בודאי לא. אך זו מצאתי שאם היורשים החליפו קרקע שירשו בעד קרקע אחרת יגבה מזה המלוה. כ"כ האילת השחר בסמוך (קנה. ע"י הרשב"ם ב"ה ועוד קשה וכו' רצ"ע).

ונראה דעיקר ש"ל המעות ל"ה החומר ש' עצם המטבע. כן כתבו הנמוקי' והשטמ"ק והר"ן בשם הרשב"א בהא דבי"מ (פה) למאן דאמר אין מטבע נעשה חליפין, והכי קי"ל (פ"ה מכתובת ה"ו וחו"מ קצ"ה - ב) משום דדעתיה אצורתא וכו', ופי' הראשונים דז"ל: והו"ל כדבר שאין גופו ממון דומיא דאותיות וכו' דדעתיה דאינשי אצורתא, וצורתא כיון דעבידא לבטלה לית ביה ממשא עכ"ל. וע"ע לשון הרא"ש (בשטמ"ק פ"ה ד"ה אבל): וצורה הוא דבר שא"ב ממש, דחשיבות הצורה אינו אלא ע"פ דבר המלך עכ"ל. וע"ע בספר המקח לרב האי גאון שפי' י"ג חליפין) משום דמטבע היו דמים, ודמים אינו אלא תשלום עבור מקח וכו' ע"ש. ואולי נתכוון לענין זה. ובח"ו הריטב"א החדשים הוסיף: ושיחא חשיבותו מצד עצמו, עכ"ל. וגם רש"י שכתב טעם אחר מכל הני ראשונים, זהו רק לס"ד דש"ס, אך למסקנא מודה לכל הני מפרשים כפי שכתבו הרמב"ן והר"ן בחידושיהם שם. וע"ע בח"ו הרי"ם שם ובסוף הפרק מש"כ בזה.

שם. וכבר פליגי אמוראי בשקלים (ב - ב) האם צריכים כל ישראל ששקליהם יגיעו ללשכה בפעם אחת או י"ד אפילו בתקופות שונות בשנה מהני (כדי שיטעפו לתמיד ציבור). רבי חזקיה סבר צריך רוב עולא סבר דאי"צ. ולכאורה סברת ר' חזקיה תמוה דבין כך ובין כך א"א לקנות כל קרבן וקרבן מכל שקל ושקל שבלשכה וא"כ מה בכך ששקליהם יגיעו בתקופות שונות בשנה. אלא הענין כמו שכתב שם בתקלין חתינן (ד"ה כולה כאחת) דכדי שיהיה לכולם חלק בתמידי הציבור צריך שבהיא שעתא שקלים יהיו ביחד בלשכה. ולא מפרש

מה הסברא. אך להנ"ל מובן היטב. וכיסוד זה מבואר בפסחים (כ"א): בפירוש"י (ד"ה לא יאכל) והבן. ואגב המאן דאמר שם הוא חזקיה - ולטעמיה. והכי דייק שפיר בר"ר, נגדים (ל"ג. ד"ה מתני' מקום שזוכרין כיוצ"ב) בסו"ד, והבן.

ונראה וכו' והוא דבר פלא כדאיתא בפסחים [נדן] וכו'. וכן פירשו המפרשים שם, ע"י בחידושי המאירי (ד"ה אף) וביתר הרחבה בספר בניהו (ד"ה ויש אומרים) שקבע ה' בטבע שיקבלו האנשים את המטבעות, וע"ש עוד שמבאר הענין על נירות הכסף שהמלך נותן במקום דינרי זהב, ונכהים יש עוד כמה סוגי דברים אדוני, ומאת ה' הוא הדבר שבני אדם מקבלים אותם ע"ש. ודבר זה במפורש בחובת הלכות (שער הבחינה פ"ה ד"ה ומה שצריך לך לבחון), "ולהבין סימני חכמה העליונה הוא הסכמת בנ"א על המו"מ בזהב ובכסף וכו'". וע"י בפ"י מרפא לנפש שהסביר הענין כנ"ל בטוב טעם, וכן הסכימו שאר מפרשי החו"ה (טוב הלבנון ופת לחם ועוד), ואולי בזה יהא ניחא מה שהרמב"ם ביד החזקה לעולם אינו מונה חמדת הממון ביחד עם כלל שאר החמדות והתאות כגון אכילה ושתיה וכיו"ב, ע"י פ"א דעות הא"א וה"ד, פ"ב - ה"ז, פ"ג - ה"ב, וע"י הל' תשובה פ"ז - ה"ג.

ונראה וכו' והק' המהרש"א וכו'. ע"ע במס' שבת (ס"ף ל"ג), ויבא יעקב שלם עיר שכם וכו' ויחן את פני העיר, אמר רב מטבע תיקן להם. והמהר"ל בחידושי אגדות (שם ד"ה מטבע) מבאר שהמטבע אינו טבע. וע"ע מש"כ בגור אריה על הפסוק (שמות כ"א - ל"ה) כסף ישיב לבעליו, מקור נאמן להאי כללא מגוף התורה עצמה ע"ש. ובחידושי רבי יוסף שאול (ד"ה ויחן) ג"כ עמד בנקודה זו ע"ש. והנה ע"י ברש"י שם (ד"ה תקן להם) דז"ל: ולי נראה מויקן את חלקת השדה (שם בסמוך פ"ט), לשון תיקון עכ"ל, ואינו מבואר מה כוון רש"י לגלות כרוז זה. וע"י במהרש"א שם דז"ל: ורש"י פ"י דדרוש ויקן את חלקת וכו' מלשון תיקון עכ"ל, והוא דחוק, דלא מצינו לשון תיקון וכו' עכ"ל. והיינו דלא רצה לפרש שתיקן מטבע להא דאיזה תקנה שייך בזה, (וע"כ צ"ל באופן שתייהן חן ותני' וכפשטי' דש"ס ופי' א' שברש"י). אך להנ"ל יש ליישב, וכע"ז מבאר בספר תורה שלמה (בבב"א ל"ג אות ס') ע"פ מדרש אגדה דיש מפרשים כסף ממש וי"מ שוה כסף, ולמאן דאמר ממש היו גו"נ שוה כסף בשוה כסף, ויעקב תיקן להם מטבעות, שהנהיג את הסחר בכסף ממש ע"ש. וע"כ המהרש"א שלא פ"י כן לשיטתו' הוא (בהא דפסחים נ"ד) שכתב דלא הביין מהו חידוש וביאה של מטבע שיוצא ע"י שם. ועד דאתית לדברי המהרש"א, המעיין בפנים יראה דבר זר דבד"ה על המת וכו' כתב דכל הני הנמנין בש"ס הויין חידוש ושינוי הבריאה, וא"כ הק' מהו החידוש ושינוי הבריאה אצל מטבע. ומתוך 'ויש לפ' היא גופא ח' שיגורו על הוצאות מטבעותיהם במו"מ ודו"ק". ולא אבין מאי קסל"ד והשתא מאי קסבר וצ"ב. וביותר תמוה מאוד דמיד

בסמוך בד"ה וי"א על המטבע שיצא מקשה ויל"ע וכו' וכקושיא הנ"ל והניח בקושיא, וכאילו לא נפנה עדיין להקשות קו' זו, והוא פלא וצ"ע.

ש"ב. ונראה שכח זה הוא מה שכוון לה הש"ס בפסחים (ק"ט). שמפרש הקרא בדברים (ר"א - ר"ב), ואת כל היקום אשר ברגליהם, א"ר אלעזר זה ממונו של אדם שמעמידו על רגליו. והיינו דאי"ז סתם חפצים של האדם וריבוי דברים שבעושרו, דזה כבר פירט "ואת כל הרכוש" (ע"ש בחז"ל), אלא "אשר ברגליהם" - ג"כ נאבד והן הן ממונם, וסיבת עדיפות ממון על שאר דברי יקר אינו אלא הכח בלתי מוחשי וכמש"נ. ואולי זהו כוונת רש"י שם (בד"ה שמעמידו על רגליו) "שמשמח לבו", ור"ל מכח הנ"ל. ורבינו משה חיים לוצאטו ז"ל למד עיקר סיבת כח הדוחף והסיפוק בכסף הוא משורש הכבוד (ע"י מסל"י פ"א), ואפשר לזה ג"כ כוון רש"י.

וע"ע שם בפסחים לעיל מזה: אמר רב יהודה אמר שמואל כל כסף וזהב שבעולם יוסף לקטו וכו', והיה מונח עד רחבעם, בא שישק מלך מצרים ונטלו וכו' וכו', באו רומיים ונטלוהו מיד יוונים ועי"ן מונח ברומי ע"כ. ותמוה דודאי א"א שאותו ממון מונח עדיין בידי עם הרומי, דאטו כל אותן המטבעות קיימין. ולפי הנ"ל את"ש כי עצם הכח הוא בלתי מוחשי וקיים גם בלי מטבעות. וע"י מה שביאר הרב המחבר שליט"א בספרו אביר יוסף (פ"ב פ"א ב"ב פ"ח) מהסוגיא בפסחים (ק"ט).

ולפי זה וכו' והיינו דתנן בשבועות וכו' ואע"ג דע"ל החומר יש בעלוות. ובאמת מכאן תמה בחידושי המהר"ם שיק' בב"מ (נ"ב) על הראשונים דס"ל דמטבע לאו גופו ממון וכו', איך משיביעין עליהם כלל [כמבואר בשבועות כאן], הא ממעטינן (בב"מ נ"ג) אותיות ושטרות. ולעיל מזה (ב"ה נ"ג ונ"ד) כתב: במטבע תחתית אית ביה, הנסכא הוא דבר שיש בו ממש [והצורה דא"ב ממש] ע"ש. וא"כ שפיר מובן למה משיביעין על מטבעות. אך כנראה לא יאבה לתרץ כן, כי א"כ גם שטרות נימא הכי וצ"ע. וע"ש מש"כ בשם רבו החת"ס (נירוד סי' קל"ד).

ולפי וכו' ומשו"ה מטבע ש' הקדש וכו' אוסרת את כל המטבעות וכו', אדרבה משם ראיה, דלעולם דינא הוא ש"יכול להוציא אחת ולהחזירה - אלא הואיל ומטבע לא בטלה לשאר דינרי הכיס, וכמש"כ התוס' במעילה שם (כ"א ד"ה פירטה) דמייירי בדליכא אלא חד מטבע בכיס דלא שייך ביטול, אי נמי מטבע חשיב ולא בטיל ע"ש ודו"ק. ותו יש להבין מה ראו התוס' להחשיב מטבע מעל כל החפצים שהוא חשיב ולא בטיל, וצ"ע, ולפמש"נ מובן ודו"ק (ובפרט ללשון רבנו האי גאון לעיל).

שו"מ דברים מפורשים למון ר' שמעון שקאפ ז"ל בביאור הן תוס', ע"י שערי יושר (שע"ג - פ"ב ד"ה וע"כ לענין) ע"ש שמחלק בין שאר חפצים למטבעות ואעתיק מקצתו: אבל מטבע ממטבעות שאין בהם שימוש עצמי רק ערך

דמים, וכשהם מרובים שם אחד להם וכגוף אחד הם שבהצטרפות הוא איסור או סלע, ובחסרון פרוטה א' נגרע שם זה וכו', והיו הם נחשבים כגוף מוצק אחד, שאין בו מיעוט ורוב.. בדין הביטול שיטורו מצד התפצים.. כולם כאחד הם ששל הפרוטה לא נתבטל כנלע"ד, ודין הקדושה שעל הפרוטה לא נתבטל כנלע"ד,

עכ"ל בקיצור (ועי' בחרי"מ סי' רצ"ב במעורב מנות חבריו לתוך מעותיו בדברי המ"א מהתרוה"ד ע"ש בשע"י ו' ובסמ"ע ס"ק ל' ובדברי ר' שמעון בזה שם ב"ד"ה והנה הרי"א), וע"ע בתוס' חידושים (בסוף סי' מעילה) מש"כ בקושית התוס' למה לא בטיל, סיוע להנ"ל (ומבא שם ד"ה אח"כ), וע"ע באבן האזל (פי' מעילה ה"ז) שתמה על קו' התוס' מגמ' מפורשת בכביצה ל"ח מי קמדימת איסורא לממונא, איסורא בטיל ממונא לא בטיל, וע"ש ברש"י. וכן מצאתי שנשאל האגרות משה מזה (מגני' אורי' ליב שפמאן, בחלק א' קדשים סי' י"ט) וע"י מה שתירצו בדברים קצרים.

וּפְּי וכו' ועיין נמי בבכורות וכו'. וע"י במשנה למלך (פי' מעילה ה"ז) שדן בדברי הש"ס הללו (פי' ע"ז ב"ב) מה שנוגע לענין טעם חשיב ולא בטיל.

וּפְּי וכו' דאין הבר' בין המטבעות וכו'. כפשוטו היה אפ"ל ע"פ הכלל 'בכלל מאתים מנה'. ולאחר העיין נראה דאפשר הכלל הנ"ל הוא הדבר שנתבאר כאן. שו"מ סברא זו מפורשת בשערי יושר (שע"י - ס"ד) וע"י בסמוך.

וּפְּי וכו' ואניג' דעל' החומר יש בעלות וכו' מ"מ עיקר תשמישה וכו'. נראה דזהו ש"ט דהש"ס ע"ק קידושי' (ה) מילי דהאי ש"ט לחוד ומילי דהאי ש"ט לחוד, הכי"נ האי כספא לחוד והאי כספא לחוד, טיבעא מיהא חד הוא ע"כ. וכבר נתקשו רבותינו מה ס"ד, וע"י באבני"מ (כ"ט ס"ק ב') ועוד. ולהנ"ל יתבאר דהו"א דהמטבע מחיל עצם הקנין, ומסקינן דאינו כן אלא כסף אינו אלא טיבעא. והנה הזכר יצחק ובצפנת פענח (פי' מהל' אישות ה"ז) ובחידושי' י"א שמואל (קידושי' ג"ד'ה התנאה, בסוגי"ת) כוונו לדעה אחת, דגבי כסף קידושי' ע"י הקידושי' נעשה ב', פעולות: א' מה שהכסף נעשה כסף קידושי'. ב' מה שנתקדשה. וע"ש נפק"מ לרוב. ונראה דעל' עצם החומר, שם חל השם כסף קידושי', והקנין והכח לקנות שם ח' על ענין השני. [ובצפנת פענח ע"מ"ס קידושי' ח. מדבר בענין זה וע"ע בהגהות המהדר שם], וכע"ז יש לפרש ש"ט דגמ' שם (ט) מה היה דכסף ל' בעינן לשמה וכו', ופרש"י שתהא צורת הדינר טבועה לשמה עכ"ל, וכבר ידענו דצורת הדינר היינו הענין דאין בו ממש שכתבו הראשונים ב"מ (פה), וסלק"ד דעל' כח זה צריך לעשות בה דין לשמה. וע"ע באילת השחר קידושי' (ה).

ש"א פכ"ג

והנה וכו' מפל' ליה בזווי וכו' ולכאורה קשה וכו' מאי איכפת לן וכו'. כיו"ב יש להקשות בגוף הגמרא בפסחים לא. רבא אמר מאן ולאבא הוא גובה, כיון דאי הו' ליה זווי הו'

מסליק ע"ש. וצ"ע ל"ל טעם זה, הא רבא לא הודה לאב"י דבע"ח למפרע חל בגייתו אלא מכאן ולהבא בלבד, א"כ מה לי טעם משום דיכול לסלק בזווי. וכן ה'ק' השפת אמת וע"י מש"כ בזה במקומו ש"כ פ"א.

ש"א פכ"ד

והתוס' וכו' והתוס' בבתובות וכו' אב"ל התוס' צ"ע (ע"ז) וכו'. ובאמת מהאי תוס' משמע דס"ל לר"ת דמכירת שטרות מדאורייתא, וכ"כ להדיא התוס' שאנן בכתובות שר"ת חזר בו משיטתו, וכ"כ הרשב"א (קמ"ו), וע"י בית יוסף (סי' ט"ז - ט"ח).

והנה במש"כ הקצנה וכו' דבר שאין בו ממש וכו'. ובאמת הקצות עצמו לקמן סי' קכ"ו סס"ק ט כתב דחוב חשיב גופו ממון (ק"ק חשיב אינו ברשות) ע"ש וצ"ע.

שם וכו' יש דקדק דהחוב עצמו יש לו דין מט'ט"ל"ן. כבר עמד בגדר זה בחי' הריטב"א בכתובות (פכ. ד"ה אלימא דהו"ל מטלטלי) שכתב דאע"פ שעיקר שעבודו על הקרקעות, חשיב מטלטלי, דעל פי רוב כיון דזווי שקיל זווי יהיב ליה ע"ש. ומשמע דמ"מ ל"ה מטלטלי בעצם, ובמק"א הארכנו בדבריו. וע"י באמרי בינה גב"ח (סי' ל"ב - א') ובהל' הלואה (סי' ס"ג - ס"ב) שהעלה דלא איכפת לן אם החוב חשיב בגדר גופו ממון ומטלטלין אם לאו, סוף דבר לא הוי דבר מטלטל וככ"מ (ע"ז) דבר הנקנה מיד ליד, ולא עדיף מקרקעות. וע"ש שכתב על הקצות דהוא דבר זר לומר דדינו כמטלטלין ע"ש. והקצות דידן (כס"י ס"ח) אפשר שנתכוון לזה.

ועוד יש דקדק וכו' למה לא יובל' להקנותו. הנה גם בראשונים גם בש"ס מצאנו עדיפות לירוש מלוקח, וכלשונם ברא כרע"י דאבוה, ע"י תוס' ב"מ (טו. ד"ה בעל) והרא"ש שם (סימן לט), ובעירובין (ע"ז) יורש כרע"י דאבוה, דלא מצינו גבי לוקח, וע"י ברמ"א סי' רע"ו סע"ו ו' שכתב דאין ירושה בדבר שאין בו ממש ע"ש. ואמר הגר"ח ז"ל בזה דאין כוונתו שא"ב ממש אינו מוריש דזה אינו, אלא דאינו ממון כלל (ע"י חידושי' לכתובות פה). [והבאתי במק"א מבעל העיטור שכתב לשון לוקח במקום בעלים קאי, אך נראה דלא דמין].

ועוד וכו' והלא אם כתב ל' דאקני בתוך השטר וכו' אם מבר השטר יובל' הלוקח לנבות. הנה בדברי משפט (סי' ס"ז ס"ק ב') עמד בדבר זה והעלה דאין הלוקח שט"ח טורף מנכסי דאקני, דהלוקח לא זכה בדאקני הכתוב בשטר, דאע"פ שעבוד עדיף מקנין לגבי קניית השעבוד, מ"מ לגבי למוכרה הוי דבר שלב"ל ע"ש. וא"כ י"ל דגם הקצות יודה לזה, ועיין. ובאמרי בינה (גב"ח ל"ב - ב' ד"ה אמנם) הביא לדברי "וקני הגאון הצדיק בדברי משפט" הנ"ל ודן בדבריו ונוטה לומר דגם דאקני מכור, אלא דמסקי דאפילו אם נימא דלא נכללו במכירה, מ"מ מיניה ידידה שפיר יגבה מכה האי שטר ע"ש דבר חדש.

ונראה וכו' שזכות זו היא כשאר זכויות וכו' החוב עצמו לעולם נשאר וכו'. כע"ז כ' הברכת שמואל (והאנו במק"א) דחוב הוא ענין שא"א לפעול עליו ע"י מחילה בלבד, רק מה דמצינו שמחילת חוב מהני הוא המחיל הכותב גבייה ותיביעה שיש לו. וזה דלא כמו שנתבאר בפנים כאן בסמוך (ד"ה ולפי"ו) "דכיון דמחל וביטל עצם החוב וכו'" וצ"ע.

והנה וכו' ומה נכח הרי גם קנינים דרבנן מוציאים. ק"ק דא"כ בטלת שמעתתא אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא, דכמה ראשונים ס"ל דלא מהני. ואמנם גם מרן ר' איסר זלמן ה'ק' בנוסח זה (פי' מכירה ה"ב ד"ה ובעיקר) וז"ל: לא כל קנינים דרבנן מהני כמו דאורייתא, ולמה יש נפק"מ לענין מחילה. וע"ש.

שם וכו' ולכאורה כוונתו וכו' כדבריו ר"ת וכו' וא"כ למה וכו'. כ"כ האבן האזל הנ"ל וע"ש מה שהקשה.

ונראה דהרמב"ם אית ליה מן הסברא. כן נראה שכתב הגר"ח (במחזורים לכתובות פה) סברא זו, אך כ"כ בדעת הראב"ד (פי' מכירה) המשגי על הרמב"ם וצ"ע.

ונראה וכו' וא"ז כמו זכות תשמיש מיוחד שיובל' אדם להקנות. כן נקט דוגמא זה במילואי חושן סי' ס"ז אות 225 בשם "אמור" הגאון שליט"א ע"ש משל נפלא, אמנם כ"כ בדעת הראב"ד ולא הרמב"ם וצ"ע.

ונראה וכו' ומ"מ תיקנו חכמים וכו' זכות גבייה וכו' אב"ל על' עצם החוב לא וכו' וכדברי ר"ת. ובה האזל שם (ד"ה ונראה) ג"כ כיון להאי טעמא אך בנוסח שונה (גב"ח) וז"ל בקיצור: דתק"ח שיחול הקנין לא היה אלא לגבי הקונה והמקנה ולא לגבי הלוה, ולכן כל זמן שחייב הלוה חל מכירת השט"ח לענין שיהיה יכול הלוקח לגבות אפי' בע"כ של לוח כיון שאין לו הזיק מזה, אבל כשמחל המלוה לא מהני המכירה לגבי הלוה עכ"ל. וע"י מש"כ באבן האזל פ"כ ממלוה ולוה ה"ב ליישב קו' הראש"ש בב"ק (פ"ט - א') אמאי צריך דין הראשה הא שלוחו של אדם כמותו, ותי' דלא מצינו דין שליחות אלא מה שנוגע לעצמו ולא מה שנוגע לאחרים ע"ש. ואפשר הוא הדין והוא הטעם הכא במכירת שטרות. ולפי"ו יובן שיטת הראב"ד דכל מכירת שטר מדין הרשאה, ע"י בפרק הסמוך (ד"ה והנה).

ש"א פכ"ה

וידבריו וכו' מפל' דעתין דההרשאה מעכבת המחילה. לפי שיטת הרמב"ן במלחמות (כ"ב ס"ו: ספר היריק) לפי סידור ההרשאה בשם הרי"ף ורבינו חננאל דהוי עדיפא משליחות משום דשליח אכתי לאו בע"ד דלוה, ובהרשאה נעשה לבע"ד הואיל וזוכה בהסך אח"כ הו"ל השתא בעל דברים (אלו חוכ"ד וכפי שהובא והוברר בקצת"ח קכ"ג - א' ד"ה וכו' ע"ש בפ"ה), א"כ שפיר יעובב המחילה בלא ביטל ההרשאה דהרי הוא בעל דבר. ובאמת צ"ב להלכה למה מהני מחילה בכל אופן. ונראה דכל מעשה ההרשאה אינו אלא על

הזכות גבייה ותביעה וכמס'נ עד הנה בדעת הרמב"ם (רמ"ח), ולעולם גם הרבא"ד בודה דנשאר גוף החוב במקומו, ועי' אבהא"ז בודעת הרבא"ד בזה, ובחי' ר' ראובן (כ"ב פ"ה ט"ז) ובמילואי חושן (א"ת 225), וא"כ אכתו פועלת המחילה על מה שלא נמסר מעולם בתורת ההרשאה.

ש"א פכ"ז

וכתבו וכו' ועי' בנחלת דוד וכו' וגם עיקר הפסוק וכו'. הנה בשטמ"ק כתב טעם אחר מהתוס' הדיני דטורף בע"ח שייך זבין ארעא ליומא כיון דיש ללוקח פירות, אבל בלוקח מגולן שצריך להחזיר הפירות שאכל לא שייך זבין ליומא ע"ש. [ובאמת כסברא זו איתא גם בש"ס שם טו: אגא איתות לארעא פועלת בגויה]. וע"ע בפנ"י והפלאה ועוד מפרשים. ומה שהתוס' לא פירשו כהשיטה, מבאר בספר אגודת אוזב (לאביו של האב"י בסוגיא דשבת אותג) דאפשר טורבים כהריטב"א במס' ב"ק [ב"מ] דף ט"ו כסברא ראשונה שאין הגזול טורף פירות שאכל הלוקח.

ונראה וכו' דשט"ח עשוי לגביית החוב ועיקר פועלו וכו'. ק"ק למה צריך לזה, הלא עצם ההלואה משעבדת קרקעות, ורק הפקיעו חכמים השעבוד דלית ליה קלא ובשטר איכא קלא. וגם למאן דאמר אחריות לאו ט"ס לאו משום דחסר לן מידי כדי לשעבד קרקעות, דודאי די בכתיבת השטר בלבד לשעבד, אלא מטעם אחר לא מהני, וכמס'כ התוס' לעיל יג: ומסתמא מחל לו השעבוד.

ונראה דהחילוק בין שטר מקח לשט"ח וכו' אצל שטר מקח וכו'. וכן נראה מאבי עזרי' (פ"ה פמלות היא ד"ה ונראה דנתן דין) שנתקשה למאן דאמר אחריות נמי ט"ס גבי מכו וז"ל: אבל בשטרי מקח וממכר צריך מובן כמה נתחייב המוכר לשלם להלוקח, הלא לא נתבטלה המכירה, והמכירה מכירה היתה אלא שאח"כ יש טירפא, אבל אם לא כתב אחריות אף שאמרינן שט"ס יש כאן, סו"ס אין כאן שטר ולא נוסח של שטר התחייבות. ונראה שהאחריות במד"מ הוא משום שבהמכירה חל שיהיה לו השדה לחלוטין, ואם נמצא שלא נתן לו השדה לחלוטין צריך המוכר לשלם דמי האחריות, ואפי' אם לא נכתב מאחר שט"ס הוא, עכת"ד הצריך לענין.

ונראה וכו' ואם כתב בו אחריות הרי זה ענין צדדי וכו' שאינו שייך כלל לעיקר מטרת השטר. אך בחידושי מרן ר"ז הלוי (הל' שנינים ד"ה ונתן דמי הרמב"ם פ"ט מכות ה"ג) הוכיח בדעת הרמב"ם ש' דאינו כן, ואדרבה אחריות במקח הוי מעיקרי אמונה בין מוכר ללוקח. והביא ב' ראיות אלימות: (א) שכלל הרמב"ם דין אחריות במכר לו נכס משועבד בהדי דין היתה גזולה, ולכאורה שאני גזילה שלא היה מקח כלל וצריך להחזיר הדמים מדינא ולא משום לתא דקבלת אחריות. (ב) לשון הרמב"ם (שם ה"ח) המוכר קרקע לחבירו והתנה והמוכר שלא יהיה עליו

אחריות.. שאינו מחזיר לו כלום, שכל תנאי שבממון קיים עכ"ל. ותמוה וכי צריכים אנו בזה לתנאים, הרי כיון דלא קיבל אחריות בזה להדיא הסכימו ע"ז מהכ"ז יהא עליו חיובא כלל. ומוכיח הגר"ז דס"ל להרמב"ם דכל היכא דבא בע"ח וטרפה דהמכירה בטלה, או חייב להחזיר לו המעות מדינא ולא רק משום חיוב חדש שקבל עליו המוכר, ובין כשלא היתה מכירה מעולם כנגזולה בין בנתבטל אח"כ, תרוייהו החזרת הדמים היא מדינא, ומשום לתא דעצם המכירה ע"ש (כ"ה והנראה). וצ"ע. ואולי כל דבריו אינו אלא למאן דאמר אחריות ט"ס במקח, וכדמייירי שם שזו שיטת הרמב"ם, אבל למאן דאמר לאו ט"ס, אפשר הטעם משום דחולק על עיקר סוד זה. והגר"ש רוזובסקי ז"ל דחה לחידוש זה מסוגיא מפורשת בפסחים לא. (עי' בתהומותי על חי' מרן ר"ז הלוי נדפס בס' אש תמיד ובשיעוריו לב"מ כאן את ר"ז ד"ה ולכאורה), והוכיח דדין החזרת המעות ואחריות דין נוסף וחיוב מחודש הוא. וע"ע שם בד"ה וכתב.

ש"א פכ"ז

א"א דקשה להנמוקי' וכו'. וז"ל דצריכי משום נכסים שיבואו אח"כ דאקני, ועי' מהר"ם שיק ד"ה ולכאורה. ובאמת גם על התוס' מי נחא, דהיי גמ בלא שטר ההלואה משתעבד ולא בעינא אלא לקול, והכא כבר יצא הקול ע"י המכירה, ולמה צריך שטר, ועי' הגהות אמרי ברון חו"מ סי' קט"ז בש"ך ס"ק ה.

ש"א פכ"ח

ומה שכתב הרשב"ם וכו' ודקדקו האחרונים וכו'. בבית מאיר אבה"ע סי' צ"ג טע"כ (כ"ספ"ד פסוק נ"ד) עמד בזה ותיירץ באופן מחודש ע"פ הכלל שכלל מנפשיה, "וידוע דהרשב"ם כתב דבריו לא לבר לפירוש כי אם לדינא", וא"כ מאחר שהאידנא תקנו הגאונים דאף ממטלטלי גבי, וכבר ציין הרשב"ם לדין זה פעם מקדם, א"כ גם מעות כולל, ועי' כ' הרשב"ם דמ"מ מהני תפיסה אף בזה", "דלאחר שקיבלו המעות וכו'", וע"ש שתמך דבריו גם בדברי המרדכי ושמש "שכוונתי להאמת בדעת הרשב"ם והאיר ה' עיני". ובעניותינו נראה כדוחק ומעולם לא שמענו פירוש כיוצ"ב.

שו"מ פשרה בחסדי דוד (פ"ט - ה"ד ב"ה ובחא דינא) וז"ל בקיצור: משמע מתוך דבריו ז"ל דבתר תקנת הגאונים דגבי בע"ח אפי' ממטלטלי דיתמי שירשו, אה"נ שגם אם כבר קיבלו המעות גובה וטורף בע"ח מהם כי היכי דטריף מקרקעי משום דכירוש שויוה רבנן, אלא דמתני' לאו בהכי מיירי, דבזמנם לא הואי תקנתא, ואמנם אם עדיין לא קבלו המעות אפי' בזמן התנאים היה גובה בע"ח, והטעם צ"ל דכיון דשעבוד הבע"ח בע"כ קדים שהרי חל מחיים, ומתנת שכ"מ לא חלה אלא לאחר מיתה, הרי השעבוד אינו מניח לחול המתנה, דכירוש שויוה רבנן. וכי היכי דירוש אינו יורש

אלא מה שברשות המוריש לאפוקי כו' במתנת בריא כו' אינם יורשים לפי שמשועבדים למקבל, הכ"ז מקבל מתנת שכ"מ חשיב כירוש שכל שמוצא נכסים משועבדים לאחרים לא שבקי ליה רבנן לירד לנכסים לאחריהם לא מטלטלין, ולא דמי לירוש אמיתי שירוש מה"ת, וכיון שמת מורישו מיד קיימי נכסי בחזקתיה, אבל הך גרע, הואיל ואינו זוכה אלא מדרבנן. אבל אם כבר קבל המעות הרי הוא מוחזק וחזר דינו כירוש, כי היכי דלא מפיק בע"ח מהירוש מטלטלין הכ"ז לא מפיק מניה, כך נראה טעמו ז"ל עכ"ל. וחידוש עצום הוא כנראה להמעלין, ועכ"פ מצאנו קצת חבר להרב בית מאיר.

וכן נראה מהטור (פ"ה ר"ג - פ"ה ט"ז) שנקט לשון הרשב"ם אפי' דבזה"ז איכא תקנת הגאונים, ועמד עליו הפרישה (שם) על שהעתיק הרשב"ם בזה, [וכי' עליו הבי"מ דלדבריו נחא היטב]. ועי' בקצה"ח (פ"ה ר"ג ס"ד) שג"כ עמד בדברי הרשב"ם אלה וע"ש שכנראה צעד בדרך החסדי דוד. וע"ע בקצות (פ"ה ק"ב ס"א) עוד טעם שבהע"ח שטרף ממטלטלין דמתנת שכ"מ, (וע"ע במילואי חושן סי' ר"ג 28), וכע"ז מצאנו בדברי משפט (פ"ה ר"ג - א"ה ד"ה ולפ"י) שכתב דבכה"ג קדים זכות ושעבוד הבע"ח מהמתנה וגובה אף דהוי מטלטלין, ומסיים דאכתי צ"ע. ובמתנה אפרים (כ"ה מהפסקי סי' ה"ד"ה ולפ"י) הוכיח מהרשב"ם שאין מטלטלי דיתמי אלא מה שכבר הגיעו לידו, אבל אחר מיתה קודם שהגיע לידם ל"א שהם "מטלטלי דיתמי", וכן דקדק בדברי הרא"ש (פ"ה י"א), ע"ש הענין [שחולק קצת על הרשב"א] וכנראה, דבריו לס"ד ולא להלכה.

והגרע"א בגזיון הש"ם הקשה וכו'. וכן הק' הבית מאיר (שם) עמש"כ ליישב ע"פ דבריו הנ"ל. ומבואר דקו' א' (של האחרונים) וקו' ב' (דדק"א) ענין א' הוא. ועי' בדברי משפט (שם ד"ה ובספר) שהביא קושיא זו מהב"מ ותי' דר"ל אף כשלא כתב דאקני גובה, דכירוש שויוה רבנן. וכי"כ בשו"ת ברות יעקב (תרי"ט סי' ק"ה ד"ה עוד י"ה) ע"ש שהביא קו' מרע"א. וע"ע שם (כ"ה) ומש"כ הרשב"ם שתיירץ באופן אחר דס"ל כהטור (פ"ה ר"ל) דמתנת שכ"מ קונה למפרע.

ונראה ליישב וכו' ע"פ מש"כ רש"י וכו'. ועי' מש"נ (ש"א פ"ז) דלעולם אף בלי פירוש זה ניתן לפרש וליישב הרשב"ם. דבין אם נאמר כחת"ס שאינו שלו לגמרי למוכרו (וכי"כ הקצות והתנאים ועוד), ובין אם נפרש ע"ד האחיזור והגר"ז דהמתנת קיים עד שנת הגבייה והוי כשירוש והתנא (עי' מש"נ בציונים שם) את"ש ודו"ק. ופ"י וכו' ואין כח הכמים מוגבל וכו' אפי' דבר שאינו ברשותו. לכאורה אך למותר הוא, דאף אם כחם מוגבל לדברים שהם ברשותו, מ"מ אם אינו ברשות פלוני הריהו ברשות אלמוני (בעל השעבוד), ואצלו נמי מגעת יד ב"ד.

ועי' כ' הרשב"ם וכו'. ונמצא דלעולם לא כוון הרשב"ם לאפוקי מתנת בריא. אך בדעת רעק"א מבואר דכיוון הרשב"ם לאפוקי מתנת

בריא. ובאמת כן הלכה אליבא דמקצת רבותינו שהבאנו (ועי' בבביתאם בפנים), ואלביא דשאר רבותינו לעולם אין חילוק ביניהם, וצ"ע לדניא. ועי' חו"מ (פי' רבי' ט"ו) ובפרישה (סי' ס"ד) מה שנוגע לדברי הרשב"ם הללו למעשה. ועי' זה כתב הרשב"ם וכו'. ועי' ברש"ש שעמבאר דאף בלא שטר יגבה.

שיא פכ"ג

כתב הרמב"ם וכו' ומקורו מדברי הגמ' בבכורות נ"א: וכו' בירושלמי חגיגה פ"א וכו'. והנה מקור זה לדברי הרמב"ם הנ"ל כתבו הסוף משנה והלחם משנה [נקודתם המהרי" קורקוס], ואחריהם נמשכו כמעט כל רבותינו קמאי ובתראי ז"ל. [ועלת הקה"י חגיגה סי' ג' שכי' דהרמב"ם מפרש הא דירושלמי דגריס חגיגה היינו עולתו. וכי' האור שמת פ"א ה"ח כוונת הירושלמי פ"ב ה"ג דנקט לשון חגיגתו והכוונה לעולת ראייתו. ועי' בחזו"א (אורח סי' קכ"ד לפתחי דף פ') אודות הירושלמי לעיל בסמוך, לשלוח "חגיגתו" ומסיק דהיינו גם עולתו. וכן מצאנו מקור לזה בתוספתא (פי' סוף ה"ד) ז"ל, זה וזה קרויין חגיגה עכ"ל וע"ש]. ולולא דמסתפינא אמנא דלבכורות דף ג"א מדמינן, ואילו הירושלמי חגיגה לא דמי, וכאשר ראה להמעין, דרך בבכורות סתם הש"ס לשונו "ולא יראו פני ריקם [מה להלן] יורשין חייבין", דשפיר מתפרש על החיוב ראייה שזוהו עולת ראייה, וכמו שפירש כאן רש"י ד"ה מה עולת ראייה "דעולת חובה בגמרא. ולא עור אלא שרש"י גריס כן להדיא שכן הוא נוסח הש"ס לעיל בחתיחת הסוגיא "מעולת ראייה מה עולת ראייה", הרי להדיא דמייירי הש"ס בקרבן עולה. לא כן הוא לשון וכו', הרי להדיא דגריס שם קרבן אחר, דהיינו החגיגה, ולא קרבן עולה דראייה.

ואם כי כתבנו לעיל ד"א חגיגתו לאו דוקא, מ"מ דוחק הוא, ובפרט שמציינו לרבותינו הראשונים שלק פירוש הכי, עי' תוס' חגיגה (רי' ד"ה יום טוב) שהביא לדברי הירושלמי בפ"ב ה"ג ופירשהו כפשוטו דרצ"ל חגיגה, וכבר תמהו ע"ז בהגהות ר' יצחק אייזיק חבר ובאר שמוח (תה"ל) ובס' הר המוריה חגיגה (פ"א אות כ"ח), ומ"מ דברי רבותינו בעלי התוס' במקומם עומדים בשלשן הירושלמי ד"חגיגה" דוקא, וגם בתוס' הרא"ש מבואר הכי. וכן איתא בספר טורי אבן, ובתפארת צבי (עמוד תרי"א) וע"ש שטרות וכתב עוד ראיות עד"ז מתוס' פסחים (פ' ד"ה אות ה) ועוד. סוף דבר אפילו נימא דמייירי בחגיגה, מ"מ הוי ראייה.

והרמב"ם שכי' להדיא "הפריש עולת ראייתו" ע"כ מבכורות קאתא ולא מהירושלמי שנקט קרבן חגיגה. ומה גם שעד הלכה י" שם בכל הפרק כ' הרמב"ם "עולת ראייה ושלמי חגיגה" ביחד, עי' הלכה א' ב' ד' ח' ט' י"א, שכל אחת חולק שם לעצמו, ואילו כאן בהל'

י' נקט רק "עולת ראייתו" והשמיט חגיגתו, הוי אומר שאין הירושלמי מקור להרמב"ם. וצ"ע על כל רבותינו שלא חילקו בוה.

[ואכתי צריך הסבר לחלק בין שעבי"נ של עולת ראייה לשע"ב בחגיגה, ובאמת הקה"י (סי' כ) בריש דבריו כ' סברא נפלאה לחלק דחגיגה הוא מצות עשה ועולת ראייה הוא מצות לא תעשה של ולא יראה פני ריקם, וא"כ דוקא חגיגה היה שייך שעבי"נ אבל לא עולת ראייה שהוא ל"ת על הגבוא, אמנם סיים ברוב ענותנותו "נלענ"ד שזה רחוק מן האמת". אכן עי' בצפנת פננת ספר ההשלמה (צפני"נ על הרמב"ם חלק ב' עמוד 4) שבאמת יישב הרמב"ם מהירושלמי ע"פ חילוק זה (בין חגיגה לעולת ראייה), וכתב ממש כסברת הקה"י הנ"ל וחיוק וביסס הסברא בראיות עצומות].

ואם כנים דברינו שוב לא יקשה קו' הכס"מ למה השמיטו רבינו הירושלמי, הלא הרמב"ם בא מהבבלי בכורות ושם לא עסיק הש"ס בירשו קרקע אם לאו. ולא נשאר אלא מה שהק' הלח"מ מהרמב"ם פ"א מחוסרי כפרה הי"ג דשם מבואר דאף בלא הפרישה ומת חייבין הירוש"ם משום שעבוד הנכסים, ואילו כאן בעולת ראי' הפרישה דוקא, לא הפרישה פטורין. אך לדברינו לכאורה קושיא מעיקרא ליתא, לא מיבעיא למש"כ, שהרמב"ם בכל דוכתא בא מגמרא אחרת, ובמחוסרי כפרה שם בא מהגמ' קידושין י"ג: שהוסיף הדין שעבוד נכסים, ואילו בהל' חגיגה בא מהגמ' בכורות י"א: ושם לא הוזכר הש"ס ענין שעבוד נכסים. (ובאמת כן רצו כמה אחרונים ליישב מעצמם שהרמב"ם ספך עלש"כ בהל' מחוסרי כפרהו לענין שעבי"נ, עי' מים חיים לבעל חדר חפ"ד בלוקטוסים כאן במעשה רקח ובמראה הפנים בירושלמי שם ד"ה רבי יוחנן ובתוס' הרי"ד להיריב"ז שם ד"ה הפריש).

והגם שדרך זה דוחק הוא, דאילו האמת כן הוא דבהפריש עולת ראי' איכא שעבוד נכסים רק בסמך הרמב"ם אמחוסרי כפרה, הלא היה לו לסתום לגמרי ולסמוך כולא הלכתא עמש"כ שם [בתוס' כ], ואלא על כרחך שכאן נשתנה הלכתא דבעינן דוקא הפריש, א"כ שוב א"א לסמוך אמש"כ התם דאינם דומים בחיובם.

מכ"מ הרמב"ם נתיישב כמין חומר מצד עצמו, דלעולם אימנא כדעת רובא של רבותינו המפרשים ז"ל שפירשו השמטת הרמב"ם בדוקא וכפשטותו לשונו כאן, והטעם לחלק בין עולת ראי' לעולת יולדת שפוט מאור, דאי נימא שמקור הרמב"ם הוא רק מהבבלי בכורות, הלא שם עלפינן פדה"ב מרא"י, ולכא' מן התימה הוא למילף פדה"ב מראייה דאם נימא בעולת ראי' חייבין הירוש"ם אף בלא הפרישה, והיינו רק היכא דירשו נכסים של האב (וכמו שמפורש בקידושין והובא בפנים), הלא צריך להיות דין זה אף בפדה"ב, וזה א"א, דזה נגד משנה מפורשת בבכורות נ"א. דאין פודין בקרקעות, וכמו שהקו' התוס' והתוס'

הרא"ש בשבועות ד: ד"ה בכל פודין, וכ"פ הרמב"ם פ"א ביכורים ה"ו, ומה"ט באמת שיטת הרמב"ם הוא דהשמיט האב בטל מצות פדה"ב, וכמבואר מהא דהשמיט הרמב"ם כל הסוגיא בקידושין ע"ל: דגובים ה' סלעים מבנ"ח ומשועבדים, (וכמו שתמה ההפלאה כתובות ק"ב), דס"ל להרמב"ם שסוגיא זו שלא אליבא דהלכתא, ואזיל רק למ"ד פודין בקרקעות (הובא שם בבכורות ספך להמשנה), ואף שפסק הרמב"ם בפ"א ביכורים ה"כ בפירוש דכשמת האב "יתן מן הנכסים ה' סלעים לכהן שכבר נתחייבו הנכסים", להיפך מדברינו, מ"מ לאו מטעם מצות פדה"ב קאתא דהא ודאי ליתא, דהלא סוגיין בבכורות נ"א: מיירי במת גם האב וגם הבן ומ"מ חייבין הירוש"ם ליתן, וכמפורש ברש"י שם ד"ה אף כאן יורשין חייבים "לאחר מיתת האב והבן", ובאמת כבר שמת גם האב, עי' בתורה תמימה (שמות ל"ב אות כ"ח), ועי' צ"ל לאו מטעם מצוה היא, אלא ש"כבר נתחייבו הנכסים" ואת שעבודו הוא נוטל. והכי מפורש בסדר פדה"ב להמהרי"ל, שאינם מברכים על פדיון זה לפי שאין בידם מצוה אלא פריעת חוב האב גרידא ע"ש.

וע"ע בדרך אמונה (פ"א סי' ל"ט) שכ' שהכהן יכול ליקח ואין הירוש"ם חייבין ליתן ע"ש, משא"כ בסוגיין בקידושין כ"ט שם מיירי בחיי האב וודאי אכתי קיימת המצוה וא"א לגבות נכסים שעבי"נ לא יתקיים מצות פדיון, ורק בהלכה כ' שם מיירי שכסבר מן האב ושוב בטלה המצוה וכמש"נ. (ובאמת זו ראיא אלימא לפנא רבי שמעון קדאף [בחדושי קידושין סי' ט"ז ד"ה ונראה] דענין החוב של ה' סלעים וענין הפדיון לפעמים אינם תלויים הא בזה כלל. וע"ש בהגהה מה שהסתפק להלכה אם יתן ישראל לכהן קרקע וכיו"ב דלא מהני לפדיון באופן [שעיי"ז] יתרצה לכהן להפריש ממעותיו לעצמו. ולענ"ד ברור שמנהי ככה"ג וראיה ממש"נ כאן. והדבר כבר כתוב מפורש בתוס' בשבועות ד: ד"ה בכל ע"ש היטב ובמק"א בציונים בירורנו בארוכה שיטתו ע"ש ועוד ראשונים. וע"ע בחזון יחזקאל הובא לקמן בסמוך שחולק ע"ז ויהיה נפק"מ בפשט הגמ' בכורות נ"א ועיין היטב בזה).

וא"כ, האיך ילף הש"ס חיוב הירוש"ם בפדה"ב לחיוב הירוש"ם בעולת ראייה, הרי שם א"א להפריד השעבוד נכסים מהמצוה, וכשתבטל המצוה תו לא שייך הבאת הקרבן והוי רק חולין בעורה בעלמא, ולא דמי בפרט זה לפדה"ב דנשאר השעבוד והחוב אף כשתבטלה המצוה, דסו"ס שורש החיוב חוב ממון הוא [ליתן סלעים לכהן], וכבר כתבנו במק"א אודות שני חלקי המצוה בפדה"ב, הפדיון והחוב, קחנו משם. וכבר כ' דודי הגאון המחבר שליט"א בענין פ"י דשייך שעבוד גרידא כשיריים מהמצוה שהתבטלה ע"ש. לא

כן בקרבן אם אתה מבטל את המצוה א"א לא היה כסף או שו"ב, אלא הבאת קרבן ודבר מסויים, ולא כפדה"ב דמקיים בין בה' סלעים בין בשוה כסף וכפדה"ב אופנים, והאיך מדמינן אהדדי. וע"כ למד הרמב"ם שהלימוד מעולת ראייה א"א אלא כשכבר הפריש העולה דבזה עדיין מקיים המצוה, והחפצא של הקרבן כבר איתא לפנינו, ורק ככה"ג שייך ילפותא לפדה"ב. והשתא הוקשו אהדדי, דמסתמא הוקשה גם פדה"ב לראי, דמהכ"ח שההיקש רק לחד גיסא (פדה"ב מור"א), ובאמת כ"ה מפורש בירושלמי חגיגה (שם) שהובא מקרא זה היקש להיפך (מהכ"ל), ראי' מפדה"ב, הרי להדיא כמש"נ. (ואפשר ס"ל להירושלמי דאיכא שעב"נ משום דאף פדה"ב שייך לזה, משום דהיעקר כמ"ד פודין בקרקעות).

ואשר על כן שפיר ס"ל להרמב"ם דחלוק עולת ראייה מעולת יולדת ושאר עולת חוב, דהרי בכל שאר עולות במיתת בעל הקרבן לא בטלה המצוה וכמפורש במרחבי הש"ס, ע"י ר"ה (א) ובוט' שם ד"ה יורש, זבחים (ה), תמורה (ב), וע"כ בובח"ם (ג) פלוגתא דביה בין רבא ור' פנחס בריה דר"א אם באמת היורש חשיב הבעלים לכל דבר או גם המת (ע"ש ברש"י), ועל כן עדיין קיימים החוב והשעבוד נכסים לקיים מצוה זו, (וע"ד מה שביארנו כמה פעמים מסכתות פ"ו. דמצוה ובפיתיה משעבדת הנכסים ע"י ש"ב פ"ד).

לא כן לגבי עולת ראייה דנכתבה בחד קרא עם פדיון הבן (שמות ל"ד-ו) והוקשו אהדדי, ולכן חיובה בטל לאחר מיתה ושוב אין שעבוד נכסים ג"כ כמש"נ. וע"כ רק היכא דהפריש קרבנו דבזה ממילא קיים דין הקרבן ומצותו, רק ככה"ג שייך חיוב על היורשים. שו"מ ממש כדברינו ב"ה, בתוספות הרי"ד לבעל הרידב"ז ז"ל בירושלמי חגיגה (ג) ד"ה ועל כן בסוגרים) ובאבן האזל בהל' זכיה ומתנה (פ"ב ה"ד וט"ו ד"ה אלא), וע"ע בחזון יחזקאל חגיגה (המשפוט ע"מ 148) שג"כ מפרש הקושיא דבכורות ע"ד.

והנה שבו שפיר ח"כ הורשים על הקרבן. אכן פליגי דבא אמוראי א"א בובח"ם (א), רב פנחס בריה דר' אמי סבר דהיורשים חשיבי בעלים, ורבא חולק "שאינן בעלים לאחר מיתה", וכן פסק הרמב"ם כוותיה בהל' פסולי המוקדשין (פ"ט ה"ט). ומכ"מ לכונ"ע היורשים מביאים אותו וע"י בסמוך.

והנה וכו' בתורת בעלים לגבי כפרה. אמנם למסקנת הש"ס שם (א) מסקינן דיורש אינו קונה. ורק שקו"ט הגמ' האם היורשים קונים את הקרבן להתכפר בו וצ"ע.

אכן הגרי"ז ז"ל (י. ד"ה קמבצא) העמיד הסוגיא באור חדש, שתמה על כל עיקר הסוגיא האיך אפשר להסתפק אם היורש מתכפר בקרבן אביו, הלא משנה מפורשת היא בכריתות (כז) שהבן אינו מתכפר בחטאת אביו. ועו"ק דשם מובא דרשה על זה "קרבנו", ואילו לפי סוגיין היורש אינו קונה מסברא ולמ"ל קרא. וע"ש שחידש דשאני דין יורש בעולה מחטאת,

שבעולה היה שייך שיתכפר הבן אף אם עדיין לא נעקר שמו של האב, לא כן לגבי חטאת כל עוד ששמו של האב עליו תו א"א להביא קרבן זה, דדינה למיתה כחטאת שמתו בעליה. אלא שוללי קרא ד"קרבנו" היתה נעקרת החטאת מרשות האב ונעשית של הבן. עכ"פ זהו קצת גדר הדברים. וע"ע בקה"י זבחים (ס) (א) ביתר ביאור דהא דלא מתכפרים בה משום שלא הופרשו בשבילים, וע"ש שמחלק בין קרבן למנחה.

ולעיון נוסף עיינן במה שהסתפק הקרן אורה (ה' ד"ה ומספק ל') היכא דההקרבה נפסלת בשותפות כגון במנחה, האם אכתי חייבין היורשים להפרישה מכת השעבודא דאורייתא ואין להם קנין ע"י מעשה ההפרשה, או"ד אין השעבוד אלא חיוב מנחה על הנכסים וע"י ההפרשה יפסל מדין שותפות וצ"ע. אכן ברדב"ז (פ"ד ממשנה הקרבנות ה"ג) נקט בפשיטות שיפסול ע"י הפרשת היורשים. וע"ש שכי' שלא להפרישה כלל א"א, "שהרי מוטל עליהם לפרוע את חוב אביהם", ועל כן נתן עצה האיך להפרישה ולהקריבה בתנאי ולענ"ד דבריו אינם מתפרשים אלא ע"פ משנת' לעיל דשמו של האב הוא עדיין על הקרבן (או על החיוב קרבן), אבל אילו היורשים נחשבים הבעלים לא יועיל לן שום תנאי שעולום ופשוט.

ובר מן דין שאלתי את פי דודי הגאון המחבר אודות סברת הרדב"ז, ואמר שלא זכה להבין דבריו כי אין חלק מהנכסים משועבדים יתר מחלק אחר, רק כל הנכסים משועבדים לחוב זה, וכמו לגבי מלוה שוה מנה שמשעבד קרקע שוה מאה וצ"ע. גם שאלתי את פי מרנא הגאון רבי שלמה אליהו מיללער שליט"א ונענה בראשו ג"כ לאמר, מאין באת.

ולולי שאיני כדאי הייתי אומר שסברת הרדב"ז באה משורש הענין דשעבודים בעלמא (וכמזדמני שכבר הבאנו בזה מקורות במק"א בספר זה לגבי סוגיא דקטינא דאב"י כתובת א"א: וגיטין ל'), והיינו שהשוויות של החוב חל אצל הנכסים רק כשיעור (קטן), ולא משעבדת כל הנכסים בעצם (דלא כתנ"ל וכהפשוטו), ולפיכך ס"ל להרדב"ז דאף לגבי המנחה הנ"ל ג"כ חיובה משעבד רק איזה פרוטות של הקרקע במקום אחד ותו לא. ואה"נ אפשר דזה תלוי בכרירה, ואם ס"ל להרדב"ז דשעבודא לאו דאורייתא א"ש דקיי"ל יש ברירה במילי דרבנן. ואם ס"ל שעבודא דאורייתא, י"ל דהנן מילי לגבי איסורי אבל לגבי ממונות יש ברירה דומיא דפרשת תנאים, וכמו שצידד החזו"א בדמאי (ס"י ט"ז ס"ק י"א). וע"ע ש"ד פכ"ג מש"נ עוד בשמענתא זו דזבחים (ה).

והנה וכו' והם יבואים לעשות תמורה כמב"י שם ובתמורה (דף ב).

מחלוקת תנאים הוא שם. (וכן פליגי האמוראי בכל דוכתי כמו לגבי חגיגה בירושלמי ובזבחים ז: לגבי שניו בעלים), אמנם עיינן בשטמ"ק (ב. ד"ה ור"מ, בהשפוטות) שכי'

יסוד גדול ביורש לגבי קרבנות, שמעיקר הדין הסברא נותנת שיוורש ממיר, כיון דברא כרעיה דאבוה, (ע"י נסח פוסט בהראב"ד תורת הכניס בחוקותי פ"ג ה"ד), והיורש עומד במקום אביו ולכן דינו כדין אביו, ויש נחלקו תנאי אביו מצד רשות הפסוקים, אבל מודים שכן הוא עיקר הסברא ע"ש. והנה מש"כ השטמ"ק "דיוורש כרעיה דאבוה" צ"ב ככוונתו. (ובאמת לישן כזה לא מצינו מפורש בכל הש"ס רק בראשונים. ע"י בב"מ טו. רק בעירובין ע. איתא ללשון יורש כרעא דאבוה, ושם מיייר בכל יורש, ואילו כאן מתמורה משמע דרוקא בבן לאב עסקינן, וע"י רש"י ד"ה יורש. וע"י באב"י עזרי משה הקרבנות פ"ג ה"ט שמחלק בין יורשין שרנים במשמוש לירושים סתם לענין סמיכה, ואפשר דהוה כוונת רש"י ועיינן).

שו"ר שהגאון רבי אברהם יהושע הלוי סאלאבייציץ שליט"א הביא בזה בשם אביו הגרי"ד ז"ל קושיא גדולה, למה נקט רש"י ד"ה יורש "בקרובן שהפריש אביו", דלכא"ל לדידן דסברי שעבודא דאורייתא, אף בלא הפריש ג"כ שנתעבדו הנכסים לקרבן אביו וחיובין להפרישו, כמבאר בהמשנה מס' קנינים הובא בקידושין (ג). וע"י מה שמחלק בין הפריש אביו ללא הפריש שצריך שהקדושה תחול "בביתם" (ע"י תמורה ז) ובלא"ה א"א להמיר, ועל כן צריכין אנן לסברת השטמ"ק דברא כרעיה דאבוה שיחשב כי היכא דחל הקדושת קרבן בביתם. ושוב חידש להלכה דאילו לא הפרישו אביו אלא היורשים כדינם משום השעבוד, כו"ע לא פליגי שהיורש מימר הואיל וכבר חלה הקדושה בביתם וזאי עת"ד. ולפי"ד אין הדין ברא כרעיה דאבוה צריך לכלל דיני קרבנות אלא לענין תמורה, ודברי השטמ"ק נוגע רק בפרט זה. ויש לפלפל בזה, ובפרט אם נימא דגם כל יורש חשיב כרעיה דאבוה (המור"ש ודו"ק. אכן לפמש"נ לקמן ש"ד פכ"ג (הוספה זבחים ה): בשם הסאווריענר רב ז"ל, קושיא מעיקרא ליתא (הרב רמ"א ש"י).

והנה וכו' ונחלקו בירושלמי א"א אם ח"ע ליה נמי וזאת גברא וכו' או וכו' ואינם צריכים ל"מורה דהביאו.

הנה חיוב קרבן שאין לו שעבוד הגוף וחובת גברא הוא חידוש גדול, וצ"ע דעד כאן לא שמענו אלא על קרבנות שנפסלו מלהביאם ולהקריבם, כמו חמש חטאות מתות וחטאת שמתו בעליה או שנתכפרו בעליה באחר, דעצם הדחייה חל ע"י הא שהגברא נפטר ונפקע החיוב, ואילו כאן מצינו שאע"פ שאין "הבעלים" מחויבים ונפטרו מצד חובת גברא דידם, מכ"מ אכתי שייך הקרבה ע"ג המזבח.

ויותר נראה לפרש, דגם ר' אילא מודה שהיורשים מחויבים חיוב גמור, ורק לגבי פרטים אחרים אפשר דנפטרו היורשים, וכגון בכל תאחר, (ע"י תוס' ה"ד שפדמה דינא דירושים בכל תאחר לדינא דירושים בקרבן ראייה ע"ש ב"ה ע. כן, וב"ה ועל כן, וב"ה ועל זה), דמספקא ליה להש"ס ב"ה או נחלקו דבר (ע"י כסף פסחה פ"ד ממשנה ק"ה הי"ד), ונחלקו בענין

שינוי בעלים בזבחים ז: ובענין כפרת הירושים ש ה: , ובענין תמורה ב. אבל בעצם החובת גברא והטריחה להביאה בפשטות אין חילוק בין הירושים להביאה כסברא אחרת, ועל כרחק דפליגי ר' אילא ור' זעירא כסברא אחת, ועל דרך שכתבו השיירי קרבן (ד"ה הירושים) והתוס' הרי"ד (להיריב"ח) שם ד"ה על כן. ובאמת בפירושו על הדף (ריב"ז ד"ה הפריש שם) סותם קצת דבריו ונוטה יותר כסברת דודי הגאון המחבר שליט"א, שכ' שחיבין הירושין להביאה ואינן "מחוייבין להקריבה", ו"אינו חייב רק בהבאה לחוד ולא בהקריבה" שמינה נשמע קצת כנ"ל. אמנם המעיין בפנים ימצא שבוברו בעיניה שהוסיף תוך דבריו "להקריבה לעולת ראייה", דמשמע כדפירש בתוספותיו (הרי"ד) וכדלהלן (וצ"ע).

ובחזון יחזקאל חגיגה (עמוד מ"ז ד"ה והנחה זו) ושם בליקוטי הש"ס (עמוד 148) ובביאורו של הגר"ח קניבסקי שליט"א (ד"ה הירושים מהו שיביאו אותה) דכולם פה אחד פירשו דפליגי אמוראי האם עולה לו לאב לחובתו בתורת חגיגתו (ועלתה), ואר"י אינו אלא כשאר עולות. (במכתב השיירי לתהרי"ד "אישאין להקריב אותה לשם קרבן ואיהו אז לנדרים ונדרות בעלמא").

והנה וכו' יבואים לומר לזכור בא וקח את העוזה. והנה זה יתכן רק לצד של האיבעיא בהש"ס (נדרים ליה: יומא י"ט. קידושין כ"ג:) דכהני שלוחי דשמיא ודרחמנא, אבל להצד שכהני שלוחי דידן אינו מבואר האיך יהיה חיוב השליח אלים מהמשלח, דאילו השליח (הקדש, הכהן, הגובר) צריכים לטרוח ולהביאה ולהקריבה, ואילו המשלח (הירושים) פטורים מכל זה. אכן ע"י בבית מאיר על הש"ס בנדרים (שם ד"ה איבעיא) ובקרבן אורה (ד"ה והנה) שלעולם לא הסתפק הש"ס אלא בחטאות ואשמות, אבל בעולות ושלמים פשיטא להש"ס דשלוחי דשמיא הם (ע"ש טעמיהם). אמנם דביניהם נסתרים מה"ן שם ד"ה אלא והתוס' ראש"ו, וצ"ע. ולמסקנא דקיי"ל בקידושין (כ"ג:) דשלוחי דרחמנא גינהו א"ש. אמנם אם כנים הדברים צ"ע למה לא הביא הש"ס (בנדרים וכו') ראייה ממשנה דקנים דירושים אינם חייבים להביא קרבנות מירושים, כמו שנתבאר ומ"מ כהנים מקריבים אותה. ואולי י"ל דהבבלי פשיטא ליה דלא כר' אילא אלא כר' זעירא, וכדמשמע בר"ה (ע"י בפנים בסמ"ד) וכדומכה בכבודות (כ"א:) דנקט הש"ס בפשיטות דהירושים חייבים. ויש לדחות דשם י"ל דגם לר' אילא עולה שפיר שהירושים חייבים אבל באופן קלוש.

ועיין בראש השנה וכו'. ובגדר האיבעיא ע"י מחלוקת יסודית בין הירשב"א (ד"ה בעי, הראשון) והפסקי ריא"ז (ד"ה ירוש), בהמשך הגמ' כשאפשטא הבעיא "מעמך" פרט לירוש, ס"ל להריטב"א דעדיין הירושים חייבים בהעשה של והבאת שמה, ולא נתמעטו אלא מלא דבל תאחר, דטו"ס עליהם חל החיוב להביאה. וכ"כ המנח"ח (פגות תל"ח) והשפת אמת (רי"ה ג. ד"ה אלא) והערוה"ש העתיד קדשים (ח"ב ס"ו צ"א ע"י). לא כן ס"ל להריא"ז, דהשתא דנתמעטו מכל

תאחר על כרחק לאו עליהם מוטל להביא קרבן זו, וכן אין מצות ההבאה עליהם. ע"ש. והנה לשיטת הריא"ז צ"ע להגדיר הדין בעלים שחל על הירושים, דאם אין כל תאחר ואין חיוב הבאה, בעלים מנין. וצ"ע טובא.

אמנם לדעת דודי הגאון המחבר שליט"א (לעיל בסמ"ד) דהנידון בירושלמי הוא "אם יכולים לומר לגזבר בא וקח את העולה ואינם צריכים לטרוח להביאו", הוא כפתור ופרח, כי באמת יש אשר הקרבן נשאר בתוקפו והקדש זוכה לגבותו, ומ"מ אין הירושים מחויבים לטרוח ולהביאו, והיא היא שיטת הריא"ז וכמש"נ. וראה שם לשונו: "אבל הירוש אינו חייב על נדר אביו אלא כמו שחייב על שאר חובות המוטלין על אביו או על שאר מורישין" עכ"ל. הרי מפורש כדברי דודי הגאון המחבר שליט"א, דבדואי על הירושים אין חיובם מצד הקרקפתא דגברא, אלא מצד השעבוד נכסים בלבד או הקרבן שהוריש, וכמש"כ התוס' בכמה דוכתי שאין חיוב לשלם בעד אביהם אלא במה שירשו ממנו ודו"ק. עכ"פ יוצא לן לפי שיטת הריא"ז דבעית רבי זירא בכל תאחר לא היתה שאלה מצומצמת על לאו זה אם חל אירוש, אלא על כל הכלל כולו של גדר בעלות הירוש קרבן אביו, דעל הצד דחייב בב"ת גם עליו הוטל חובת ההבאה, ועל הצד (ולמסקנא) שאין חיוב בב"ת, גם חוב הכללי של ההבאה יליא. ושמור פירושו זה בשיטת ר' זירא ע"י בסמ"ד.

ועיין בר"ה וכו' ואז"ל רב זירא פשיטתו בירושלמי

אכן שם איתא רב זעירא. אלא ידוע דשניהם איש אחד ע"י פתיחה תלמוד ירושלמי להר"ש סרילאו (החלק השלישי) וכן הוא במגניי שלמה (מכות ה: לתוס' ד"ה זה). וביפה עינים להבבלי ברכות כ"ו. וע"י מקורות בכללי הירושלמי ס"ו ו' "מרשימותיו של הגאון האדיר רב אפרים פישל הערשקאוויטש שליט"א" נדפס בסוף מסכת ברכות לירושלמי עזו והדר מהדו' מורחבת.

ועיין בר"ה וכו' פשיטתו בירושלמי דאיכא חובת גברא על הירושים. אמנם זה אתי שפיר לפי שיטת הריטב"א בר"ה שם (שהבאתי לעיל) שלומד עיקר בעית ר' זירא אבל תאחר כשלעצמה, אבל לדעת הריא"ז שלומד דהבל תאחר הוי פועל יוצא מהשאלה העיקרית, דהיינו האם הירושים חייבים בהבאת הקרבן, וזהו עיקר האיבעיא של ר' זירא, האיך יכלכל הירושלמי חגיגה את שיטתו (ר' זעירא), דהלא איהו גופיה איסתפק בזה ומסקינן שם בש"ס דאינם מחויבים לא בב"ת ולא בהבאה וצ"ע.

וצ"ל דפליגי הבבלי והירושלמי בשיטתו של ר' זירא (וכפועינן כ"ב שך לחד אמוראי פליגי התלמודין בשיטתו). הבבלי סבר דאין חובת גברא ומצות הבאה על הירושים, והירושלמי סבר דאיכא חיוב הבאה על הירושים, (וכמנא ולפסקי הריא"ז ר' זירא

דבבלי ס"ל כו' אילא בירושלמי כביאורו של דודי המחבר בהסבר שיטתו (ד"ה אילא) לעיל בסמ"ד (ד"ה והנה).

אכן יקשה על הריא"ז קושיא אלימתא מינה וביה בבבלי גופא, דשם מפורש אף למה דבעי ר"ז שהירושים ודאי חייבים חובת גברא בהבאה, וכלשונו "או דלמא ובאת שמה והבאתם שמה והא מחייב", הרי דמפשיט פשיטא ליה לר"ז שהוא מחייב ורק בעיא מבעיא ליה באיסור כל תאחר. ובאמת כן דקדקו האחרונים (הג"ל) בפשיטות וכמש"כ הריטב"א למעשה. ולכן דברי הריא"ז צע"ג. והעצתי הדברים קמיה דודי הגאון המחבר שליט"א, והשיב בפשיטות: דהא דבעית ר"ז היתה רק אבל תאחר ואילו "והבאת שמה" לא מספקא ליה, היינו דוקא מסברא דנפשיה קאמר, ולא סמך עצמו על שום קרא ודרשה בעצם, עד שבא ר' חייא ודרש מקרא מעמך פרט לירוש. והנה מלישנא דקרא יראו פנים אחרות בצורת הדרשה, דכתבי (דברים כ"ג כ"ב) כי תדר נדר לה' אלקיך לא תאחר לשלמו, כי דרש ידרשנו ה' אלקיך מעמך. הרי דלא נאמר מעמך מיד אחר לא תאחר לשלמו, אלא אחרי כי דרש ידרשנו, והרי זה לשון עשה ולא לשון לא תעשה, וא"כ אין לומר שהדרש מוסב על כל תאחר, אלא על העשה, ואיזהו, הוי אומר העשה דוהבאת שמה ובאת שמה. וע"כ הריא"ז למד מדרשה זו שדרש ר' חייא, דע"כ המיעוט הוא בגוף המצוה והעשה ולא בב"ת בפרטות, וממילא בטל הכל, דאם אין עשה לא תעשה מנין. עתה"ד דודי הג"ל, ושפתיים ישק, דמלבד היישוב לשיטת הריא"ז, הרווחנו עוד מתן שכר הגון בצדה.

דהנה בכל מקרא שבתורה אף כשביארו חז"ל בתלמוד ודרשו פירושן והבנתן במקראות, מכ"מ ברוב המקומות אין דבריהם אלא להציא מהן ההלכות, ועל דרך שראינו במס' שבת (סג.) במתניתין שם, דשיטת רבי אליעזר שאיש יוצא בשבת בסיף, ובגמ' פירושו מקרא (תהלים מ"ד - ד) חגור חרבך על ירך גבור הודך והדך. ופריך א"ל רב כהנא למד בריה דרב הונא האי בדברי תורה כתיב, א"ל אין מקרא יוצא מידי פשוטו, א"ר כהנא כד הוינא בר תמני סרי שנין והוי גמירנא ליה לכוליה הש"ס ולא הוה ידענא דאין מקרא יוצא מידי פשוטו עד השתא (פ"ש בנשיא ד"ה הודך).

והנה במקרא כי דרש ידרשנו ה' אלקיך, באמת עמדו רבותינו ז"ל על יתור הלשון, ע"י ר"ה לעיל (ה"ה) נדרים (ה"ה) וספרי (שם) כי דרש ידרשנו אלו חטאות ואשמות ע"כ. הרי להדיא שכבר הסכו חז"ל פירושו בדרך אחרת, והיא קושי' גדולה, אכן לפי מה שנתבאר כאן, ודאי לא שייך למימר דחז"ל כוונו בזה לגלות הפשוטו של מקרא, חדא דמסברא ודאי אין

דרישה דוקא אחטאת ואשם יותר משאר חיובי קרבנות. ותו דהלא מפורש שם בדברי ר' כהנא בשבת (טו) שאין מטרת התלמוד והדרשות אלא לדרשה ולא לפשט.

ואשר על כן דבר גדול עשה דודי הגאון המחבר שליט"א שגילה לן הפשוטו של מקרא מה שלא מבואר בחז"ל וגם לא ברבותינו המפרשים (וזלת האבן עזרא והספורנו, ועי' בסמוך שיבאר שפירושים עולה כקנה אחד עם הגי'ל, דהיינו, ד"כ"י דרש ידרשנו ה", הוא משום העשה ודו"ק. ומנייה נפיק

הריא אלימתא שליטת הראשונים דס"ל רבמקום דמצינו עשה ולא תעשה, אין הל"ת אלא לקיים העשה ולהחזיקה באלומת יתירה, עיי' רמב"ן בתורהו למס' קידושין (ל"ד). לענין מעקה אבידה ושילוח הקן, ודלא כהתוס' שם ר"ה מעקה. ועי' בב' תירוצי התוס' בב"ב ח' ד"ה אכפה ובחולין ק"י: ד"ה כ"ל, ופליגי ב' תירוצי התוס' בסברת הרמב"ן הגי'ל, וכמס"כ הגר"ש אלישיב בהערות קידושין שם. והרי בפסוק מפורש גם הטעם לפה לא יאחר לשלמו, וכי דרש ידרשנו, דהיינו בכלל תעשה.

ולענ"ד זהו כוונת הרא"ש בפירושו לנדרים (ד' ד"ה דרש אלו חטאת ואשמות בפירושו השני) וז"ל: אי נמי חטאת ואשם נדרשין ממנו וכופין אותו להביא ועכ"ל. (וכימ בתוס' ד"ה אלו חטאת בריה ה:). ולכאורה דבריו צ"ע, דאם כוונתו שכופין כדי שלא לעבור על הלא תעשה, הרי דין זה לא מהכא נפיק לכל התורה כולה, דפשיטא דכופין אותו להפרישו מאיסורא ואי"צ לפנים. וע"כ צ"ל דכוונתו להאי הלכתא דשנינו כמה

פעמים בש"ס (עי' כתובות פ"ו. וחולין קלב: ק"י:) מברייאת כמה דברים אמורים (מלקות ארבעים ולאחר המעשה) במצות לא תעשה, אבל במצות עשה וכו' ובנין אותו עד שתצא נפשו ע"ש. והואיל

ובקרבנות איכא מצות עשה דוהבאת שמה ג"כ איכא כפייה עליו, ולא גרע מסוכה לולב וציצית השנויה שם בברייאת. ולכן י"ל כי זה נתכוון הרא"ש, דהואיל ואיכא עשה ע"כ איכא כפייה, וזהו כוונת הקרא כי דרש ידרשנו. וא"ת והלא הרא"ש לא מיירי רק בחטאת ואשם, והעשה הגי'ל הוא בכל הקרבנות. וי"ל דהן הן הדברים, דהואיל והקרא מייירי בקרבן דאת ביה עשה, ע"כ אף חטאת ואשמות בכללן, והדרש והפשט צמודין הא בהא וקצרו. וכך צ"ל לפרש"י ר"ה (ד"ה אלו) חטאות ואשמות ע"ש והבן.

ובזה יובן פירושו של האבן עזרא (ד"ה כי דרש) וז"ל, משל כבני אדם, שביבש מה שנדרת עכ"ל. ונראה שכוונתו כמש"כ. ויותר מפורש זה בספורנו וז"ל: שאם תאחר לשלם הוא יגבה ממך בעל כרחך עכ"ל. ואם נימא שכוונתו כנ"ל יובנו דבריו היטב.

ובזה יפול כמה קמטונים בסוגיא לעיל שם (ה:) אשר טרחו המפרשים בפשט ובגירסא. דאיתא שם בגמ' (פל האי קרא) כי דרוש ידרשנו, אלו חטאות ואשמות עולות ושלמים. ה' אלקין, אלו צדקות ובכור ע"כ. והקשו התוס' (ד"ה ומעשרות ובכור) אמאי לא אכללו מעשר ובכור מקרא דכי דרוש ידרשנו (ועי' מה שכתבו ליישוב), ובאמת רש"י להדיא חולק ע"ז וס"ל דבכור מעשר ופסח ילפינן מדרוש ידרשנו. ולא"ו

תמוה דמלכד השיבוש בגירסא, הלא גם בפשט אינו עולה, וכמו שהסיקו התוס' הנ"ל ע"ש. ועי' במהרש"א שהסביר שיטת רש"י רק כמה שנוגע להגיוסא שהיה לפניו, אבל לא מבאר הפשט בזה, וצ"ע.

ואשר יראה בזה בשיטת רש"י הוא כמו שחזית לן דודי הגאון המחבר שליט"א דפירושו של דרוש ידרשנו היינו העשה ד'ובאת שמה והבאתם שמה, כך פשוטו של מקרא. ואשר על כן על כרחך שנתרבה בזה כל דבר שיש בה חובה, ר"ל חובת הבאה במצות עשה זו, וע"כ ילפינן מיניה גם חטאות ואשמות, ואלא א"כ תמוה אמאי דוקא אלו (ולגיוסא השי"ס דר"ה גם עולות ושלמים נכללו), והלא כל אשר בה חיוב הבאה ע"כ נכללין בהאי קרא. ועי' קא מוסיף רש"י דע"כ בכור מעשר ופסח ילפי מיניה, (ורק צדקות ומעשרות רגן - מהרש"א) דלא שייכי בהו מצות ובאת שמה איצטרכי לקרא יתירה דה' אלו קין) והוא נפלא מאוד.

ובסיום אוסיף עוד ב' שיטות רבותינו ז"ל בענין זה, דע"י בתוס' שם לעיל (ד"ה אלו חטאות) בסו"ד שהביא שיטת היש מפרשים דמבאר מה טעם חטאת יליף מלשון דרישה, הואיל דכתיב גבי חטאת (ויקרא י) דרש דרש משה. וגם אשם עולה ושלמים דאיתקוש בהקישא דזאת התורה בסוף התורה (מנחות פ"ב:), ע"כ. והתוס' דחה דבריו "ולא יתכן דא"כ נדרים ונדרות נמי ובכור מעשר ופסח נמי תיפוק מהתם דכולהו איתקוש".

ונראה ליישב הי"מ (ועי"פ הלכה) דאה"ג גם בכור מעשר ופסח נדרים ונדרות ילפי מהתם וכשיטת רש"י וע"ד שביארנו, וכן בפירוש הרא"ש בנדרים (שם. ד"ה דרש) שג"כ הביא שיטת הי"מ בתירוצו הראשון צ"ל כנ"ל. עוד מתיישב שיטת הירושלמי (ר"ה פ"א ה"א ה) שלמד הדרשות באופ"ז: כי דרוש ידרשנו, אלו חטאות ואשמות, ה' אלקין זה הקדש בוק הבית ע"ש. ולכאורה יפלא דייציבא בארעא וגיורא בשמיה שמיא, דמהכ"ת לרבות בדק הבית קודם עולות ושלמים נדרים ונדרות בכור מעשר ופסח, וכהבבלי, וכמו שמוכח מסברא. ואלא מוכרחין לצדד דאין בזה מחלוקת

התלמודין, וכשהירושלמי כ' חטאות ואשמות ע"כ כייליניהו בזה לא הקרבנות כולם, שהרי הם בחיוב דובאת שמה וכמש"נ, והוי כאילו ה' חטאות ואשמות וכו' ודו"ק. והכי מוכח נמי בפירוש הקרבן העדה (ד"ה ה' אלקין) וז"ל, זה הקדש בדק הבית וכו', ללמד שאף דברים שהן לה' ולא לכהנים ולמזבח עובר עליו, ואיזהו זה הקדש בדק הבית עכ"ל. ולכאורה תמוה דאם כך היא כוונת הירושלמי כודאי הוי מצטריך לרבות גם שאר הקרבנות וכמש"נ. ואלא לדרכינו ינחא ביותר, מבודאי ס"ל דכל הקרבנות כולם ילפינן מדרוש ידרשנו, וכהבבלי שליטת רש"י. וזהי שיטת הריא"ו ויישובו.

הוספה בשמעתתא דראש השנה שם לשיטת הכסף משנה.

עד דאתינא להכא יש ליישב קושיא חמורה שהק' המפרשים. הנה בעי ר"ז בירוש אם חייב בב"ת ואיפשטא מר' חייא דפטור מב"ת, אמנם כשתעיינן בכס"מ פ"ד ממעשה הקרבנות הי"ד תראה מהפכה בפירושו, וז"ל הרמב"ם שם: ואחד האישי ואחד האשה עוברת בכל תאחר אבל הירוש אינו עובר בכל תאחר עכ"ל. והכס"מ בדפוס הרמב"ם הקדומים אשר היו לפני רבותינו פ"י, ואחד האישי וכו', שם (ו:). בעיא דאיפשטא. ומ"ש אבל הירוש אינו עובר בכל תאחר, גם זה שם בעיא דאיפשטא אליבא דר' זירא, ואע"ג דמשמע דאביי פליג נקטינן כר' זירא עכ"ל. והנה תפסו על זה כל הבאים אחריו שמש"כ דאביי פליג הוא "טעות סופר" "ושגגה", עי' לחם משנה, מרכבת המשנה, מעשה רקח, הר המריה, ועל כולם שו"ת שאגת אריה (ס"י ס"ו) ושו"ת שער אפרים (שאלה ל"ב ג"ה ג), כולם פה אחד כתבו דמקומו של האי כס"מ מוסב לעיל לגבי אשה ששם באמת מבואר חילוקי דיעות בין ר"ז ואביי. ועי' בדפוסים החדשים שהעבירו הכס"מ למקומו הראוי, ולגבי יורש שמו סימני חצי עיגולים וכעין מחיקה.

ובאמת מלבד הדוחק גם קשה לומר כן, אחר שבנוסחאות הישנות מכת"י של הכס"מ (עי' ליקוט שניני נוסחאות) לא נמצא שום גירסא קדמונית בנוסח זה. ותו דהמענין בגליין רעק"א להרמב"ם (בדפוס פנקל) יראה שכתב הגהה על זה הכסף משנה, הרי דרעק"א ראה והסכים לגירסתו. ולא עוד אלא תוכן ההגהה נמי מעיד על איכותם של דברי הכס"מ שכתב לפרש מה שסתם הכס"מ "ואע"ג דמשמע דאביי פליג", ולא כתב אפה, ע"ז הוסיף רעק"א וז"ל "שם בסוגיא". ולכאורה תמוה דהלא כבר כתב הכס"מ פמייים שמקור הק' מילתא הוא ברה"ו: והאק' עושה עצמו כאילו לא ידע מזה. וע"כ פשוט דנתקשה בקושיית כל האחרונים דהיכא מצינו דאביי פליג, וע"ז מציין דאכן "שם בסוגיא" מונח דבר זה, ור"ל דודאי לאו טעות סופר הוא.

והרצייתי הדברים קמיה דודי הגאון המחבר שליט"א, והשיב דלעולם יש ליישב הכס"מ ואין כאן ט"ס, דכד מעיינת בגמרא שם תראה דבאמת שתי האיביעות של ר' זירא, לגבי יורש ולגבי אשה צמודים הא בהא בדוקא, דאחר שבעי ר"ז בירוש מסיק דפטור מקרא, בעי ר"ז עוד אשה מה היא בכל תאחר, מי אמרינן הא לא מיחייבא בראיה או דלמא הא איתא בשמחה. א"ל אביי ותיפוק ליה דהא איתא בשמחה וכו' ע"כ.

והנה צדדי השאלה לכאורה המה כאותן הצדדים שחקר לעיל בירוש, דמדח גיסא אין לה חיוב לעלות לרגל, ואין בהעברת הרגל,

וכ"ש ג' רגלים, שום עבירה, כי לא נצטוותה מעיקרא לעלות לשם. או"ד היא ישנה בשמחה (ואין שמחה אלא בכשר שלמים - רש"י), וממילא היא צריכה להעלות שם לירושלים את השלמים משום אכילת הובת, ומהאי סיבה "אל שתחשב הרגל אצלה כזמן ההבאה, ושוב תתחייב בכל קרבנותיה להעלותם ברגל ותעבור בכל תאחר לאחר ג'. וכך הוא מפורש בתוס' ד"ה דהא איתא בשמחה, "וקרינא בה ובאת שמה והבאתם שמה". הרי להדיא שלמד התוס' ספיקת ר"ז האם ה"ובאת שמה" של השלמי שמחה עושה אצלה חיוב כל תאחר גם לשאר קרבנותיה, או"ד הא קאי לתודו והא קאי לתודו.

(אנכ דודי המחבר תמה על הסלקי"ד של "דהא איתא בשמחה", דאלו מדברי אביי, ואם קושטא, נמצא מדברי ר"ז "הא איתא בשמחה" מילתא אחירתא ודלא כמש"כ. ולפיכך מסיק שע"כ ברעת הרמב"ם להכס"מ אכתי י"ל כמש"י ודלא כהתוס' ע"כ. וכשאני לעצמי אנינא דט"ס נפל בדברי המחלי, דאם נימא שספיקת ר"ז הוא שמחה מצד עצמו מחייבת בב"ת, אין לזה שום פירושו, דאדרבה מצד מצות שמחת יר"ש מהכ"ח יגורו בתריה דין כל תאחר, ורק לפיכך דשמח היינו שלמי שמחה יתבאר. ובאמת הוא מפורש ברש"י, וכל אפשי פלוגתא לא משפיק. זאת ועוד, המעיין בתוס' יודי"א כאן יראה להדיא דיב"ה המתחיל לשון ו' ודלא ולא אביי, ע"ש דברים ברוכים, ואין דרכי להגיה בספרים, אבל כאן נראה בתוס' דצ"ל הא, במקום דהא, ולפלא שלא העירו המפרשים בזה מאומה).

וע"ז בא אביי והכריע הלכתא "תיפוק ליה דהא איתא בשמחה", ולכאורה תמוה קצת לשון "תיפוק ליה", הלא הא גופא אמר ר' זירא ותיסתפק אם סברא זו דשמחה מחייבת בב"ת או"ד ט"ס לא מחייבת בראיה. (ועי' באבן האול כאן ובדבריהם קידושין ט"ס מ"ז מה שהרגישו בזה. ועי' בתוס' ר"ז ד"ה אר"ד אתא איתא בשמחה וכו' וקרינא בה ובאת שמה וכו' א"ל אביי ותיפוק ליה מיהא דהא איתא בשמחה, פ"י וכוין דמחייבת לעלות מה לי משום שמחה מה לי משום ראייה ענין). ואלא ע"כ צ"ל דכוונת אביי למימר דלא איכפת לן אם האשה חייבת לעלות לירושלים מסיבת חיובי קרבנות וקדשים, וכמו שסבר ר"ז, (ובאמת כבר פליגי בסברא זו החזו"א עם אביי עזרי ע"י (פ"ב חגיגה ה"י), ובסוף הפסוק מכתב מהחזו"א השגות רבות ותוכחה פליגי בזה ע"ש. ובמשמרו הלוי (ר"ה ס"י ב"ח) האריך בזה וע"י מה שהביא בזה מדברי הערוך לנר (סוכה מה). שהסתפק אי אשלמי שמחה החיוב הוא הוביחה או"ד האכילה, וע"ע בשפת אמת כסוגיין שדקדק מהתוס' דבעי זביחה, ודלא כהחזו"א, וע"י בפותח שער למס' ר"ה (ה. ד"ה וי"ל עמוד ע"ג וצ"ד וצ"ה) מש"כ בזה). אלא הא דהיא חייבת בשמחה סתם, שמחייבת אותה לעלות עם בעלה להשמות עמו, די בזה להיקרא בתורת חיוב העלאה, ושוב שייך אצלה דין הרגל בירושלים, וממילא שייך אצלה איסור דכל תאחר. והתיפוק ליה, היינו לאפוקי "והבאתם שמה" של שמחה, אלא שמחה לתודו, (וכע"ז איתא באביי עזרי פ"ב חגיגה סוף ה"י).

ומעתה, נהדר אנפין להכס"מ, שלמד, דמאחר דאביי סבר שדין ב"ת לא קשור דוקא להדין והבאתם שמה, מוכח ומבואר מהו שיטת אביי בירוש דשם כל ספיקת ר"ז היה

בזה גופא דוהבאתם שמה (כ"ל), והקרא דמעמך מלמדינו דאפ"ה נתמעטו היורשים, אך מכ"מ לא זוה שיטת ר"ז דחיוב הבאה תהא סיבה לב"ת, רק שאני יורש דאיכא קרא, א"כ באשה דליכא קרא תו דירש בב"ת, ובאמת כן הוא מסקנת הש"ס דאע"ג דאביי חולק על ר"ז, מכ"מ סיים "לדבריו דר"ז קאמר", והכריע דדין והבאתם שמה מוכרעת כאותו צד דמחייב בב"ת. סוף דבר ודאי אביי עצמו יחלוק על ר"ז גם בירוש ויסבור דחיוב הבאה בקרבן וקדשים איננה סיבת הדין ב"ת ודוק. והוה אשר כתב הכס"מ שפסק הרמב"ם ג"ג לגבי יורש הוא כר"ז ודלא כאביי, עת"ד דודי הגהמ"ח שליט"א (ולא שהרחבתו קצת).

והכי מבואר מלשון הכס"מ גופא שכ', "ואע"ג דמשמע דאביי פליגי, ואינו מוכן למה כ' משמע, הלא מפורש שם פעמיים שחולק אביי על ר"ז (יזמי אמר אביי הכי וכו'). "לדבריו דר"ז קאמר", ועי' היטב בשו"ת שבת הלוי ח"ב פ"י קט"ו בבבאור לשון הש"ס לדבריו דר"ז קאמר, דברים נפלאים). ולדברי דודי ניאח, שאר"ז קמא קאי, ושם ליחא לאביי, רק מאביי דכאן משמע דגם אלעזר פליגי ודוק.

עוד ראה מציאנו מגוף דברי הרמב"ם, דהקדים ההלכה דאשה עוברת בב"ת לדין יורש, ויל"ע למה לא כ' יורש תחילה ואח"כ אשה וכצורת הש"ס. גם צ"ע למה שיתף הלכות אלו יחד עם הלכות אחרות שם בהלכה י"ד, ולא כתבן בהלכה י"ג ששם כ' עיקר המצוה וגדר הלאו, והיה לו להביאו שם בפתיחת הענין "אחד האשה ואחד האשה עוברת בב"ת, כיצד" וכו"ו, וצ"ע.

אלא לדברי דודי כפתור ופרח, דמאחר שמדינא דאשה יודינין שמעתתא דירוש וכמש"כ, שפיר הקדים אשה לירוש. ומקום הרמב"ם ג"כ יפה לו, דעי' שם בהל' י"ד ברישא וז"ל, הקדיש בהמה למזבח ועברו עליו שני רגלים ונפל בה מום ופדאה על גב בהמה אחרת אינו עובר בלא תעשה עד שיעברו על האחרת שלש רגלים. ואחד האשה ואחד האשה וכו' עכ"ל. והנה הלכה זו ליף מקרא (בר"ה ה.) "לשלמו" הוא ולא חילופי, ומסיק הש"ס אמר רב ששת הכא במאי עסקינן כגון שעברו עליו שני רגלים והומם וחיללו על אחר ועבר עליו רגל א', סלקא דעתך אמינא הואיל ומכח קמא קאתי כמאן דעברו עליו ג' רגלים דמי קמ"ל. ועי' ברש"י שלמד הסבר הסברא למסקנא שאין מצטרפין הוא וחילופו ע"ש. ולכאור' תמוה דאם עיקר חיוב ב"ת מתחמת לתא דוהבאתם שמה הוא, א"כ מה לי הוא מה לי חילופיו. ויש לדון עוד בקי' זו, ועי' בטורי אבן (ד"ה נגון) ומשך חכמה (דברים כ"ג כ"ב) שפירשו הסוגיא באמר הרי זו ולא בהרי עלי, ודלא כרבינו חננאל שפי' גם בהרי עלי לכאורה, ועי' בעמק ברכה עמוד ק"ו וקצרו. ואלא ע"כ צ"ל דאה"נ להא גופא אצטרין גוה"כ, דבלא"ה הו"א דעצם החיוב הבאה והמצוה מחייבת.

ואם כנים הדברים נמצא המשך דברי הרמב"ם הפלא ופלא, "ואחד האיש ואחד האשה עוברת בב"ת", ר"ל מאחר שההכרעה בש"ס דילן הוא דהכל תליא בוהבאתם שמה, א"כ הואיל ואשה אית לה בתיא וכמש"נ (דאיתא בשלמי שמחה), ממילא הריהו ג"כ בב"ת, ושווה סברא זו גם ב"הוא ולא חילופיו" דשם נמי חזינן דאי לאו קרא היה החיוב הבאה מחייב את בעליו בב"ת ודוק.

ואתי שפיר היטב וא"ו החיבור שכ' הר"מ "ואחד האיש וכו'", דלכאורה לא קשור כלל עם ההלכה הקודמת ולדברינו מדוייק. (וגם רבינו חיים הלוי דריש סמוכין בהג"ה, עי' רמב"ם פ"ד שבת הי"ט שהובא הלכה דגם הסמוך להדי' בידוח עם הלכה דנעץ יחד כ"ש, והוכיח הנ"ר "והיינו משום דהחייבו חז' דינא" ע"ש סו"ה א"ש).

ומתיישב היטב גם סיומא דהרמב"ם "אבל היורש אינו עובר בב"ת" דלכאור' לשון אבל שלא בדקדוק, דמשמע: הגם שאשה ואיש חייבים בב"ת, מ"מ היורש אינו חייב, ולכאור' מה הסברא לומר שמשום דאיש ואשה חייבין גם היורש ידמה להן. ולדברינו ניאח מאוד, דהגם שהיורש אית ליה חיוב הבאה (וכפופרש כדברי ר"ז שם), אשר זהו סיבת הלאו בר"ת, ומה"ט באמת אשה מחייבת בב"ת, מ"מ יורש אינו חייב בב"ת. ובאמת א"י"ז אלא מכת גוה"כ ולא מן הסברא, וכפתור ופרח ע"כ.

והנה אף שכל האריכות הנ"ל לא בא אלא אנב גררא ולא מענין שעבודא קאתא, מ"מ ראה זה מציאנו להאי גאון רבינו יהושע ליב דיסקין ז"ל בספר באר ראי (ע' תפ"ג) שמצא בסוגיא דב"ת דירוש יישוב לסתירת הרמב"ם שלנו (שימוכר בסמוך), והיינו שעמא משום הואיל וליכא ב"ת ביורשים ממילא יכולים להמתין עד שיעבור הרגל, וחוב כזה לא משעבר נכסים ע"ש. וכן ע"י בטורי אבן ריש חגיגה (ב. באר"ה והתוס') מש"ל להוכיח מסוגיא דב"ת בגדר חובת עולת ראייה.

וכיון שכך הקשה ה"חם משנה ע"ה הרמב"ם וכו'. ורבו כמו רבו היישובים בספרי האחרונים, ע"י בספר המפתח (כאן ד"ה יישוב), וכבר הבאתי כמה מהם בתחילת הפרק וע"ש מו"מ בדבריהם. ואגב מה שציינו לעיני בתוס' רעק"א חגיגה פ"א אות א', שגגה היא, דהרעק"א מירי שם בקושית המשנה למלך בפ"ב בחגיגה אודות השמטת הרמב"ם במי שאין לו קרקע פטור ממצות ראייה, אכן גם בגליוני הש"ס להגאון רבי יוסף ענגיל ז"ל בירושלמי חגיגה ד. דייק מהו ש"ס דכתב כשיורשו מטלטלין עדיין חיוב הקרבה רמי איתומין. ולכאור' תמוה דקיי"ל (בבלי פסחים ח. ובתוס' שם ג. ד"ה מאליה ובתוס' חגיגה ב. ד"ה חזק) דמי שאין לו קרקע פטור מראיה, וע"כ מכאן פליגי הירושלמי על הבבלי בזה, ובזה רצה ליישב הא דהשמיט הרמב"ם פטור דמי שאין לו קרקע ע"ש. אכן כבר תפס עליו היפה עינים בקידושי י"ג: שדבריו "משגה" ע"ש. דרך אגב, הגליון אפרים (שם) מיישב דיוקן

של הגר"י ענגיל, דמיירי בהיתה לו קרקע משועבדת לבע"ח, ואח"כ טרפה הבע"ח ואח"כ מת, והואיל וקיי"ל (כאביי פסחים ל) בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה, בההיא שעתא שפיר אתתייב המוריש בראיה. ולענ"ד אף אי נירא דבע"ח למפרע הוא גובה, מ"מ בההיא שעתא שפיר חשיב שהיה לו קרקע וכמו שהארכנו בזה במקומו, ולא בהא איכא טובא להסתפק באם היה לו קרקע משועבדת, ולפני הרגל מכרה לשני, דקיי"ל מכירתן לאו מכירה לענין גוביינא כמש"כ רש"י (פסחים טו), מי אמרינן דחייב בראיה, או"ד הואיל ומכירתו מכירה לענין כל שאר מילי, חשיב אין לו קרקע ואכ"מ וצ"ע.

ועי' בספר המפתח פ"א מהל' מחוסרי כפרה הי"ג ד"ה אע"פ שם סידרו היישובים בכיתות כיתות כל א' לפי דרכו, ע"ש כעשרה דרכים עיקריים.

ויש לעיין קצת בדברי האור שמח (פ"א חגיגה הי"ז וז"ל: ויש להעיר (ר"ל ויש לתקן) לפסק רבינו דמן התורה אין לה שיעור רק מד"ס מעה כסף ושתי כסף, א"כ לא הוי מלוה הכתובה בתורה, ולא וכתובה בשטר דמי, ואינו גובה כשיעור מן היורשין, אמנם הירושלמי טעמיה דסובר דהך שיעור הוי מה"ת. ואולי משום זה נקט רבינו המפרשי כו' ודו"ק עכ"ל. מבואר דאע"פ שהמצוה מה"ת, אלא שהשיעור אינו מה"ת, לא משתעבד נכסים אצל היורשים עכ"פ כשיעור עכ"ל.

וצ"ע דהמעין בירושלמי (פ"א ה"א ד) יראה להדיא דאף למ"ד ששיעור מעה כסף ושתי כסף (חכמים הם שאמרו, מ"מ לאו בתורת דברי סופרים בעלמא היא, דמפורש שם דודאי השיעור שנתנו חכמים הוי בגדר המצוה ממש, וזהו דין הקרבן גם מדאורייתא, "אלא דכל מקום שלא נתפרש בתורה שיעור, מסור הוא לחכמים ליתן שיעור בדבר כפי ראות עיניהם", וכלשון הגר"ח קניבסקי שליט"א בביאורו שם (ד"ה ראה כל שהוא), והדבר מוכרח גם בגוף הירושלמי שם בהמשך וזה לשונו (ע"פ בבבלי יומא פ): ה"א אוכל איסור בזמן הזה צריך לשנות [לרשום (ראב"ד)] לפניו את השיעורין, שמא יעמוד בית דין אחר וישנה עליו את השיעורין ויהא יודע מאי זה שיעור אכל, הוי דו [כמו דהוא, קה"ע] אמר ראייה כל שהיא חכמים הן שאמרו מעה כסף ושתי כסף ע"כ. וע"ש במפרשו מעה כולם פה אחד ושל בני"ד ישער ויתקן דיוק השיעור כזית ושמנה הדין מזור לדור. הרי להדיא דאע"פ שנמטנו השיעורין לחכמים, מ"מ מביא ע"ז קרבן ולא חשיב מביא חולין לעזרה, וע"כ דאף שעשו חכמים את השיעור הנכון בעיניהם מ"מ דין תורה חל עליה.

ויש להביא ראיה לזה ממש"כ הטור או"ח סי' קפ"ז ע"ג ג' וז"ל: וכל מי ששמנה המטבע או שלא הזכיר מה שחייבו חכמים להזכיר לא יצא ידי חובתו. כתב אחי ה"ר יחיאל ז"ל

מסופק אני בהא דאמר לא יצא ידי חובתו אם לעיכובא קאמר או למצוה קאמר, והדעת נוטה דלמצוה קאמר ע"כ. ונראה לי כיון דברה"מ דאורייתא לעכובא קאמר וכו' עכ"ל. וכן הוא שיטת הרמב"ם (פ"ב ברכות ה"ג) והרא"ש (פ"ק ד' סי' כ"ב) וכמו שדייק הבית יוסף שם, ולכאור' תמוה ד"נהי דברכת המזון דאורייתא, המטבע שלה הוא מדרבנן, וכמו שהק' הב"י. אלא ע"כ הפשט הוא כמש"נ, דחז"ל התקינו שיעור וצורת המצוה מאחר שהתורה סתמה הדבר, אבל לעולם אף במטבע שטבעו חכמים דין דאורייתא חל עלה ולא חשיב מדברי סופרים. וכן נראה כוונת המהר"ח בהגהותיו להטור שם (פ"ק ד' ע"ש ודו"ק).

וא"כ שוב יקשו דברי האור שמח האין קאמר דלמ"ד שיעורה מד"ס אין ע"ז שיעבוד ממש, הלא לא שנא משאר מצות התורה וכדביארנו וצ"ע. ואפשר סברת רבי מאיר שמחה כסברת רבינו יחיאל בן הרא"ש הנ"ל וכסברת הבית יוסף.

ונראה וכו' הנאה דהקדש באכילת מזבח. יש להעיר תיפוק ליה משום שהוא חוב להקדש, הגע עצמן וכי לבדק הבית דאין בה אכילת מזבח פטורין היורשים מלשלם. ואפשר א"ה, ואלא דלא יצוייר היכי תמצא שיתחייב לבדק הבית, דאי מטעם שנדר, אין הנדר מחייב נכסים, (וזלת לשיטת הקצות הידועה שהשבויה מחייבתו גם לאחר מיתה).

ויש להביא ראיה לסברת דודי המחבר שליט"א מהא דירושלמי שקלים (פ"ב ה"ד), א"ר יוסי עד דאנא תמן שמעית קל רב יהודה [ש]שאל לשמואל, הפריש שקלו ומת [מהן], א"ל יפלו לנדבה. והובא להלכה ברמב"ם (פ"ג שקלים ה"ב). והנה הטעם שא"א להקריבו לקרבנות ציבור, ה"ט דאין כפרה למתים (עי' קריאת ספר ונפחת מצוה ק"ה), ויתר על כן כתב הר"ש סיריליאו בירושלמי שם לפי שמהשקלים מקריבים גם חטאות ודין המעות כחטאת שמתו בעליה. ומ"מ יפלו לנדבה, והיינו שהמזבח תובע כביכול אותן המעות לאכילתו אם לא לא לזה יהיה לזה. והנה הנדבה הוה לאו לנדבה ממש אלא לקיץ המזבח (עי' בש"ס). והנה מהו לשון קיץ המזבח, אלא דידוע הוא פירושו של רש"י במס' שבועות (י"ב) כאדם שמביא בקינות סעודה מיני מתניקה, והוא לשון קץ ע"ש. הרי להדיא דכל החובת קרבן דמיירי כאן אינו מלתא דחייב הקרבה של קרבן מסוים, ולא מחמת חיוב וקיום ההקרבה לבעליו, אלא דין שעבוד מחמת ההנאה להקדש באכילת המזבח. וכן מצאתי לשונות כיו"ב בקה"ל (חגיגה ג' סוד"ה והנה במש"כ לעיל, וד"ה נמצא). וא"כ ה"נ לגבי היורשים מוכן באופן זה שהנכסים משתעבדים להן מילתא בלבד, דהיינו אכילתו של מזבח. ובהבה לך לשון הגמ' בב"ק (ס"ה): "מאי שנא חומש דלא משלם וכו' אשם נמי לא משלם" הרי דנקט לישנא דתשלום בקרבן. וגם השואל לתשלום דחומש.

ושם בסמוך "לאפסוקי בין ממון גבוה [אשם, רש"י] לממון הדיוט" הרי דקרבן חזי למיקרי ממונא, והוא נפלא.

והנה מינה יש להפיק ראיה עצומה לחידושו של מו"ר הגה"א אריאלי שליט"א (שמעתי מפיו בחורף תש"ס) אודות לשון הגמ' פ"ק דיבמות (י), יכול יהא בנין בית המקדש דוחה את השבת, ת"ל את שבתותי תשמורו ומקדשי תיראו, כולכם חייבים בכבודי ע"כ. ומשמע דכמו גבי אביו שהוא חייב בכבוד שמים ומשו"ה אין כבודו דוחה שבת כמו כן גבי מקדש. והוא מילתא דתמיאה, דודאי אין הטעם כן דרק לגבי אביו שייך סברא זו אבל לא לגבי המקדש, וכי המקדש חייב במצוות או בכבוד המקום אתמהה. ובאמת היה אפשר לדחוק ולומר שהכתוב מלמדנו שמקדש הושווה לכיבוד אב, וכמו שאין כיבוד אב חביב יותר מכבוד המקום אף במקדש כן, אמנם זה א"א לומר, דהרי רש"י בשבועות (ט"ז): "ד"ה אין בנין בחימיק, וציונו הגרעיקא בנאש"ס) כ' להדיא כדאמרינן ביבמות וכו' כולכם חייבים בכבודי, מאת והמקדש חייבים בכבודי" הרי רש"י דמגיש להדיא שאתה, והמקדש, ג"כ חייב בכבוד המקום. ועי' באילת השחר ביבמות שם שנדחק בזה, וע"ע בשערי שמועות (שם לעיל) וצ"ע א.

עו"ק בש"ס שם בסמוך (י), יכול יתיירא אדם ממקדש ת"ל וכו' לא ממקדש אתה מתיירא וכו'. והדבר יפלא וכי אפשר לומר ליירא מעצם המקדש, וע"ש בתוס' (י: ד"ה יכול) הרגיש בזה, ותת' "משום דהוי דבר שבקדושה", וכבר תמהו על התוס' דכי הוי דבר קדוש מאי הוי, וכי עי"ז הוטר להשתחוות לו ממש, ועי' בדבריו"מ שם בהערות וצ"ע א. ותו, דלמסקנא מסיק הש"ס "לא ממקדש אתה מתיירא אלא ממי שהזהיר על המקדש". ומ"מ פסק הרמב"ם בספר המצות (פ"י יבא) ובפרק ד' מהל' בית הבחירה ה"א, דמורא מקדש הוי מצוה בפני"ע, ולכאור' זה נגד פשטות מסקנת הש"ס דלא מן התקדושה אתה מתיירא, והרי מצות 'מורא מקדש' למסקנא אינו אלא פרט במצות 'את ה' אלוקיך תירא' (מצוה ד' פ"ב יסודי התורה ה"א), והרי הרמב"ם אינו מונה פרטי המצוה (עי' פ"ה ש"ש טז), כן הקשה בספר רשימות שיעורים והניח בצ"ע.

ואמר מו"ר שליט"א דע"כ אין המקדש סתם מקום בעלמא ובנין אבן דומם, אלא הוא ענין וחפצא בפני"ע, ומיקרי מקדש, וחולק שם לעצמו. והוסיף אע"פ שא"א להבין דבר זה כך צריכין ללמוד. ולאחר השיעור הוסיף לפני לדייק הכי מברכת המזון ברכה שלישית, רחם נא ה' אלקינו על ישראל עמך, ע"ש שמונה והולך כל צרכי ישראל רוחניים וגשמיים, וא"כ צ"ע למה ועל מה קיים התפילה "ועל הבית הגדול והקדוש" וכי דבר זה לא נכלל לעיל על ישראל ועל המלכות ועל הארץ, (ואולי כוונתו ובשלמא בית דוד וירושלים וציון הם בעצמם קיימים בעולם ואלא

דרחמי הוא דקא בעי, ברם הבית כבר בטלה ונתרבה לדאוגו ואינה צריכה לחמלה ורחמים אלא שיבא ויבנה שוב בב"א) ואלא ע"כ צ"ל כני"ל שהמקדש חולק חיים לעצמו. וזהו הגאון רבי יעקב קארין מדובנא וז"ל כבר המשיל המקדש שנחרבה לאמא שמתה והארץ בזה ומהנ"ל מקור נאמן].

והנה לפי דברי מור"ש שליט"א מתפרש ג"כ עד"ז נוסח ברכת אחת מעין שלש, וכפי שהובא בגמ' ברכות (מיד.) ובטור (סי' ר"ח פני"ה), רחם ה' אליקינו וכו' ועל מקדשך ועל מובחך ע"ש. ולכאורה תמוה הא דהמזבח חולק בקשה לעצמה, ואפילו לחידושו של מורי שליט"א צ"ע. אכן לפי מה שנתבאר כאן בדברי דודי הגאון שליט"א דהנאה להקדש "באכילת המזבח" היא עצם החוב והתביעה עד כדי כך שמהווה ע"ז טוען ונטען ושעבוד נכסים כמו גבי מלוה ולוה ממש א"ש שהמזבח הוא הדבר שבמקדש ששם אית ביה אכילה ועין דאכילה בעלמא (וכמו שהוקשו אהר"ה). והדברים נפלאים מאוד.

ונראה וכו' אל"א עיקר החיוב הוא ל"בא לראות וזי"ראות וכו' יתדים ריקניות. וכן כתב השפת אמת (ני"א: בסוף חידושי למס' בכורות), ואלא דשם מתמיה על הבבלי שם ורש"י שמדמה מה להלן יורשים חייבין גבי עולת רא"י, ורש"י מביא המקור מעולת יולדת, דלכאוי לא קרב זה אל זה בגדר חיוביהם וכמשי"נ, וע"י מה שמישיב בתיקון הגיוסא לדעת הרמב"ם באופן ססיוס דברי הגמ' הוא "ולא יראה פני ריקס" וא"ש.

ולולא דמסתפינא אמינא דפליגי בזה הבבלי והירושלמי, ופלוגותתם לשיטתם בגדר העולת ראיה, וכבר פליגי בזה חזא זימנא ריש מס' חגיגה, כנוודע דרש"י (תוס') סבר בדעת הבבלי דהפטורים מראיה פטורים לגמרי, וגם מדין קרבן עולת ראיה, ואילו התוס' (שם ד"ה הלך) הביא מירושלמי דמראיה פטורים היינו מקרבן עולת ראיה, אבל מראית פנים חייבין הרי להדיא שהירושלמי פליג על הבבלי בזה וס"ל דאף בלא קרבן שייך מצות ראיה א"ע שבא שבת וריקניות". שו"ר שכוונתי בזה להג"ר ליב גורביץ ז"ל בספרו ראשי שערים קידושין (סי' י"ז בענין חיוב עולת ראיה ד"ה ונראה לי בזה) שתלה פלוגותת הבבלי והירושלמי ריש חגיגה עם פלוגותת הבבלי בכורות והירושלמי בהפריש חגיגתו ומת. וכתב שהרמב"ם פסק כהבבלי ודלא כהירושלמי. ולפי תיקון הגיוסא אשר עשה בעל השפת אמת, הפלא ופלא דנמצא דהגמ' בכורות עולה לטעמיה בגדר מצות ראיית פנים. [וע"ע בחזון יחזקאל השמטות לחגיגה פ"א ה"ו בסוף דבריו בסוגריים, דמש"כ בכורות "אף כאן יורשים חייבים", לאו למימרא דמינה שמעינן דירורים חייבים, אלא אגב אורח"ק קמ"ל]. וע"כ צ"ל דהירושלמי פליג וס"ל דחובת עולת ראיה חובת קרבן הוא וכשאר קרבנות (וכמו עולה יולדת) ודו"ק]. וע"ע בשפת אמת רפ"ח דחגיגה.

ובאמת כך עולה ג"כ בספר אבי עזרי (פ"א חגיגה ח"י מהדור"ק ד"ה ונראה, עמוד רצח) שמיישב הרמב"ם ע"ד דודי המחבר וכו"ל, ואלא כתב מלשון מרפא של הרמב"ם עצמו בגדר חובת העולת ראיה וז"ל: דהנה הרמב"ם כתב בפ"א מחגיגה ה"א, מי שבא לעזרה ביום ראשון ולא הביא עולה, לא דיו שלא עשה מצות עשה אלא עבר בלא תעשה, שנאמר לא יראו פני ריקס וכו'. הנה חידש לן הרמב"ם דחיוב הבאת קרבן רא"י הוא תנאי במצות עשה להתראות בעזרה, דאופן הרא"י שיבא עמו קרבן, ובלא קרבן אף מצות עשה של ראית פנים אינו מקיים וכו' עכ"ל. ומיישב לפי"ז החילוק בין עולת ראיה ועולת יולדת לדעת הרמב"ם, וע"ש הוספת הסבר בגדר החידוש הזה. (ויצא לפירושי שגם נשכא לעזרה בחייו ומת לא נשתעברו הנכסים, ולעני"ד הוא סברא פשוטה וכן צ"ל לדרכינו, וצ"ע על האפיקי סי' ח"א סי' ב' אתר ג' סכתה היקר זה דקשבא לעזרה ומת נשתעברו נכסיו, ובאמת חקר הגר"ח עצמו פתח צדדים האם התראות בעזרה מחייבת הקרבן לא אם והובא בסוף פרק זה. וע"ש הכרעת הגר"ח כדרך האבי עזרי ורעמיה ודלא כהאפיקי ים, ועכ"פ כשיטת הרמב"ם), וכתב ש"כ גם בקרבן העדה בירושלמי שם, וע"י מנח"ח מצוה ת"צ. אך למשי"ג דהירושלמי ס"ל דעולת ראיה חובת קרבן היא ולא רק חלק ממצות ראיה, שוב אין ראיה מהקרבן העדה לשיטת הרמב"ם (דו"ק).

וכן למד החזון יחזקאל (השמטות ומלואים לחגיגה פ"א ה"ו והובא גם בליקוטי הש"ס חגיגה) שג"כ הביא לדברי הרמב"ם בגדר מצות הראיה ועולתה ומיישב הרמב"ם לשיטתו, וסיים ג"כ שאף אם כבר התראה בחייו ומת לא נשתעברו נכסיו כלל מהאי טעמא. אלא דאח"כ כתב שאי"ז עולה עם דברי הירושלמי בזה בהפריש חגיגתו ומת, והארץ ליישב שיטת הרמב"ם גם עם הירושלמי, וכן עשה האבי עזרי (בסדר"ה ונראה, ובאופ"א ברי"ה וכו' סכתה, וע"י במהדורא רביעאה אופ"א).

וכן כתב בספר נזר הקודש זבחים (ה' את ש"ט) בקוצר אמרים. והנה גם השי"ק (ד"ה הפריש) לבעל הקרבן העדה בירושלמי שם נקט עד"ז דקרבן עולת ראיה קשור למצות הראיה, ואלא הסביר הגדר באופ"א, דנהי דאפשר לומר שחל עליו חובת קרבן כשאר קרבנות, מ"מ לא חל עליו עד שיגיע האדם לעזרה, וממ"ז אם לא הפריש שוב אי"א להביאו דאין לו תשלומין (ורק מצות ראיית פנים ולא קרבן), ואם הפריש ולא הביא ג"כ בטל זמנו וקרבנו. וכבר הבאנו דבריו באפיקי ים לעיל והשגנו עליו מדברי רבותינו.

שו"מ בשו"ת עונג יו"ט חו"מ סי' קי"ט שג"כ השיג עליו מעצם ההלכה שחידש (דבעולה אין לו תשלומין), ותי' מנדפשיה דבעולת רא"י הפרשת המעות או הקרבן מעכבת קיום מצות ראיית פנים, וכיון דע"כ יש כאן הפרשה, שוב א"א להשתעבד נכסיו וקרקעותיו, מידי דהוי אדאקני בהלואה דבלא כתבה לא משתעבד אחר זמן ההלואה ע"ש מילתא בטעמא.

ונראה וכו' ונמצא דלא ח"ל עליו חיוב להביא קרבן להקדש אל"א חיוב ראיה בלבד.

והנה אף רבותינו לבית בריסק ז"ל פירשוה עד"ז, ואעתיק תוכן הדברים מספר נתיבות הקודש (להג"ר אברהם ישראל משה סלמון ז"ל, ובחס"ד. ד"ה ואולי יש מקום לומר) וז"ל: דדין שעבוד נכסים בחייבי עולות לא שייך אלא במקום שאומר הרי עלי עולה שנדר עלי' להביא עולות, אזי מצד דין נדר נעשה שעבוד נכסים וממשכנין אותו, אך במקום שלא נדר כלל אלא שיש עליו דין להביא עולות רא"י, נהי דמצוה עליו להביא קרבן רא"י, אבל שעבוד נכסים ליתא, ואטו אם יש לאדם מצוה להניח תפילין וכדומה יעשו שעבוד על נכסיו, ואם ימכור נכסיו ואין לו תפילין וכו' האם ב"ד יגבו את הנכסים מהלקוחות ליתן לו לקיים מצות תפילין, ומשו"ה פוסק הרמב"ם בעולת רא"י דוקא כשהפריש עולת ראייתו ומת היורשין חייבין להביא אבל כשלא הפריש לא. וכבוד הגאון נזר הקודש ר' יצחק זאב הלוי שליט"א אמר לי שגם הוא אמר לחלק וליישב שיש חוב קרבנות עולה שנדר נענישה עליה חוב ושעבוד נכסים, בין מחויב קרבן רא"י, משום דבקרבות עולות הבאות מאליהן שלא ע"י נדר הן כמו כל חיובא מצוה דעלמא שלא נעשה עליה שעבוד נכסים.

(והנה לעני"ד סברא זו אי"א להבינה אם לא שנימא כמו שהוכחנו לעיל בציון ד"ה ונראה וכו' נהא, והקדש זמנא ותי ממש כתובע ומכלמה מצד התנאה להקדש ואכילת מזבח וכמו שהארנ"ק דאי לא חימא מהי כתי יתן ומה יוסף אף דקרבן עולה הוא ע"י נדר שיתמורה חובו לשעבי"ז, והלא גם בנדר אם לא נדר לעצמה או כסף לביקת הבית, אינו שונה משאר מצוות עשה שבתורה ל"ש שעבי"ז וכמו בתפילין).
ברם צ"ע דהא מפורש בקדושין כ"ט ע"ב דגם בפדיון הבן נעשה עליו שעבי"ז וכו'. ואכן ע"י בשו"ת עונג יו"ט הג"ל ד"ה ואף מה שדן בחילוק שעבי"ז כפרה"כ לעולת רא"י, ואמר לי הגאון הנ"ל שליט"א שכבוד אביו רבינו הגדול ר' חיים הלוי זצ"ל מבריסק תירץ שחיוב הבאת עולת ראיה הוא חיובא דיומא אף גרם והלכך לא נעשה שעבוד נכסים. ונ"ל כוונתו שאין לו שעבוד וחייבו הגוף על כל אור"א, ורק היום הוא דגרם להביא עולת ראיה, ואי"ז חיוב פרטי על הגברא, ובכח"ג לא משתעבדינן נכסים, עכ"ל הנתיבות הקודש. והנה דרך הגר"ז ק' להולמו וכמו שהק' בספר הג"ל גופא. וגם לפי דרכינו בהסברת דבריו דהקדש חשיב הבעל דין והתובע בקרבנות, אין סברא כלל לחלק בין חיובי הקרבנות, דסו"ס כרגע שחל החובת קרבן כבר נעשה המצות בכח על חוב ומבקש קרבן זה. ואפשר באמת הדר מיניה הגר"ז ז"ל וכדמשמע שם. והנה גם דרך הגר"ח צריך ביאור, חדא עצם הסברא דהיום גורם, ובעיקר צ"ב למה נאדי מדרך רבותינו הנ"ל השפת אמת החזון יחזקאל והאבי עזרי (גם הקה"י חגיגה סי' ג' ע"ש) ודודי הגאון המחבר שליט"א דאין עולת רא"י מסיבת חובת קרבן אלא מסיבת מצות ראיה וראית פנים שאינה משעבדת

בנו הגר"ח קניבסקי שליט"א בביאורו על הירושלמי שם, ובדיבור המתחיל לתבוע תובעין השמיט אין, ופי' בסתם "דהא קרקע ומשכניו".

ולכאורה גם רבינו הגר"א גריס כך, דבהגהות הגר"א כאן אות א' אהא דגרסינן "ולמשכן אין ממשכנין" בא הגר"א ומחקר הא"י. ונמצא שהגמ' נקראת כך "לתבוע אין תובעין ולמשכן ממשכנין", וזה כמדרש פליאה, וכי ממשכנין על דבר דליכא דין תביעה כלל. וע"כ צ"ל שגירסת הגר"א היתה "לתבוע תובעין" וממילא ס"ל "ממשכנין" ג"כ. (אכן רבו לא לא יתכן ע"פ המציאות שגירסת הירושלמי שהיה לפני הקרבן העדה וגם לפני רבו של הגר"א, הפני משה, היתה "לתבוע אין תובעין" וכן היא הגירסא בכל הכתי' שלפנינו. וע"כ היה הגר"א להגיה במילת "אין" "תובעין" ולמחוק, ועצ"ב. ולולי דמספיקא אמינא ודעתו הרד"ס נפלה במקום את ההגה של הגר"א ובמקום להשיב הא"י אצל אבן דמשכנין, צריך להשימה אצל אין תובעין, ויקרא על דרך הקרבן העדה והרד"ס והסתייפלו גאון והגה"ק. שו"ר בביאור הגר"ח אשר נרפס בכרך בפ"ע, ששם על הדרך אצל הגהות הובאה גירסא מכת"י "לתבוע תובעין" והאין נמחק. ועצ"ב רב). וע"כ בסמוך (ד"ה ועצ"ב נטאך) מה שעמד דודי המתברר בלשון "א" כזה מצד הסברא, ובציונים מכמה רבותינו האחרונים.

אופ"ם וכו' והאיך אפשר לומר דהא בהא תליא. וכן תמה הרידב"ו בירושלמי שם בתוספות הר"ד (ד"ה הפריש יקשה מאד). וכן בעל הערוך השולחן בפירושו לירושלמי שם מיכל המים (ג' ד"ה אמר ר' בא בר ממל). אך ע"ש שהסיב תמיהתו אפירושו של הפני משה, שפי' כוונת ההשוואה ר' אילא ור' זעירא פליגי בפלוגתת שמואל ור' יוחנן. ודבריו תמוהין מאד, דהאיך אפשר להשיג על הפני"מ בזה, הלא הירושלמי מוכח שלזה מתכוון (וע"ש שפי' כוונת ר' בא בר ממל "מחלוקת שמואל ור"י יש בזה ג"כ כשלא הפרישו וכמו שמבאר ויחלף", והדוחק מבורא, גם אם הסכימו ע"ז על שאר גדולי ישראל).

וכן תמה הגאון רבי משה ברבנוי בספרו משנת משה עמ"ס קידושין (ס' כ"ז ד"ה הירושלמי לכאורה משולל ביאור, ע"ש חמשה קושיות עצומות על השו"ט שם, וקשיא הרביעית הוא קושיא הניל). וע"ש ישו"ב הנפלא בד"ה ונראה דהכי פירושו וד"ה ועתה נראה. וכן תמה החזון יחזקאל (מגינה השמטות פ"א ה"ו, ד"ה והנחה זו, ע"ש שפכא"ע עצם הדמיון באופן חדש ומבורא שחוקש ליה ההשוואה). גם הקהל"י תגיגה (פ"ג ד"ה אבן) תמה בזה, וע"ש ישו"ב הנפלא (בד"ה דיש להבין בד"ה הלפ"ך).

וכ"ז זה וכו' בעולת ראייה וכו' ואין בזה אלא חובת הבהא בעלמא ולא חובת ממונ וכו'. דרך אגב, אף אינימא דאית בעולת ראייה חוב ממונ, מ"מ י"ל דגדר המצות ראייה אינו רק דין בעלמא שלא יבוא בידים ריקניות, אלא י"ל כמו שאמר בזה הרב הגאון ר' יוסף שווארץ שליט"א, שכך היא צורת קיום מצות עשה בראית פנים להביא עמו עולה, וא"כ אף כשהיא חובת ממונ מ"מ אינו חייב "לשלם" אלא באופן זה שעילה ויראה פניו ולא כשאינו

או חובת הראיה דיום ראשון הוא המחייבו במצוה זו, אבל אה"ג דזמן המצוה הוא לשבעת הימים.

ונראה דכזהצד השני מוכרח לדעת הרמב"ם דגם הראית פנים בעזרה ריקס ואי הבאת קרבנותיו הוא מגוף מעשה האיסור, ו[משו"ה] חשיב לאו שאין בו מעשה משום דיש לו תשלומין וכו' (ע"ש ולעיל מנייה בד"ה והנה הרמב"ם וד"ה אבן נראה, בביאור הך ראייה).

ועוד, דהרי קרבנות הראיה ממצוות עשה התלויות בזמן ניהוה, וכדתנן בחגיגה (ט) עבר הרגל ולא חגג אין חוגג עוד, ואם היה זמנו תיכף, לא היה שייך שהיה עליו חובת תשלומין, דכ"ז אינו שייך אלא במצוה שאינה תלויה בזמן כגון קרבנות היולדת, אלא ודאי עיקר חיובו וזמנו הוא לשבעת הימים, וכמו עצם הראיה גופא דאית ליה תשלומין כל שבעה, והיינו בזמן המצוה הוא כל שבעת ימי החג דהתם אין שייך שעבוד וחובת תשלומין, רק דזהו זמן המצוה, והא דתשלומין דראשון וכו', היינו דעיקר המחייב במצוה זו היא חובתו ביום ראשון והוא המחייבו במצוה שזמנה כל שבעה וכנ"ל, ואין לומר דזה נאמר גם בדינא דתשלומין בקרבנות שזמנו כל שבעה, דמהיכי תיתי נימא שיש בזה תרי גוונין תשלומין, אלא ודאי דתשלומין דחובת הקרבנות כתשלומין דראיה דעוד לא נגמר חיובו ולא נשתעבד בהבאת קרבנות, רק דזהו זמן המצוה כל שבעת הימים.

ולפי"ז מיושב היטב גם מה שתמה הכס"מ בדעת הרמב"ם במת קודם שהפריש דאין היורשים חייבין להביא עולת ראייה, כיון דעוד לא נגמר החיוב ולא נשלם זמן חובת המצוה ולית עליה כלל שעבוד נכסים שיתחייבו היורשין בהבאת הקרבן, ולא דמי לעולת יולדת דכבר נגמר חיובה ונשתעבדה בהבאת הקרבן, משו"ה גם היורשין מחויבין בהבאת הקרבן משום שעבוד נכסים עכ"ל ח"י הגר"ח שם.

ש"פ א"

ירושלמיין הפריש וכו' מה נפיק מן ביניהון ירשו קרקע על דעתיה דשמואל לתבע אין תובעין וכו'.

כך היא הגירסא לפנינו, אמנם הקרבן העדה גריס לתבע תובעין ע"ש וז"ל, ה"ג על דעתיה דשמואל לתבוע תובעין וכו'. אפילו ירשו קרקע טובר שמואל דתובעין מהן, אבל אין ממשכנין אותו עכ"ל. והכי גריס הרידב"ו ע"ש. והטעם ששינה הגירסא, וכמו שכתב הקה"י תגיגה (ס' ג' ד"ה והנה ה"כ"מ תמה, בא"ד בסוגריים) דהגירסא "לתבוע אין תובעין" "סותר להיסוד שהניח המקשן דבירשו קרקע גם שמואל מודה דחייבין אע"פ שלא הפריש, ואין זה במשמע כלל שהתרחץ בא לסתור דברי המקשן, אלא שבא לתרץ מה נפיק מביניהון, פירוש באיור פרט נחלקו. וע"כ נלענ"ד דגירסת הקרבן העדה עיקר, וכן נמשך בתריה

נכסים, ומאי אולמיה בסברתא דנפשיה שהיום הוא דקגרם, דאדרבה אילו משום הא היה נשמע שהיום הוא דקמחייב קרבן זה ונמצא דחזו הדין והווי גם עולת ראי' מחובת הקרבנות וצ"ע.

והיה נראה דהגר"ח רצה להרוויח הא דהניחו השיירי קרבן העי"ו וטאפיקי ים (שו"ר) שכן לפד חתנו של הגר"ח בשיעורי רבינו יחיאל מיכל עמ"ס חגיגה אות ט"ז ד"ה אמנם ובאות י"ג ד"ה ונראה וד"ה והנה) דכביאת האדם לעזרה חל עליו חובת קרבן (וכעין שאר חובת קרבן), וא"כ יש צורך לעשות אוקימתא דגם בשלא הפריש שייך חיוב על היורשים בשבע"ב, וכגון שכבר חלקו פניו בעזרה קודם מותו, וזה דוחק. וגם הנה על הלכה זו תלמידו החזו"ר והאב"ע, הואיל וגם בבקיורו לשם אכתי לא נשתנה סיבת החיוב קרבן שהיא מצות ראיית פנים בלא ידיים ריקניות. וממילא הדגיש הגר"ח שאין דריסת רגלו בעזרה מהווה לשום חלות חיוב, ובין קודם הבאתו ובין א"כ שווה חיובו בעולת ראייה, והיינו טעמא משום דלאו מצעדי גבר סיבת המחייב, אלא היום, "דיומא קא גרם", וכמו שלא נשתעבדו נכסיו לפני עלייתו למקדש מה"ט, גם אכ"כ נשאר כן ודו"ק היטב.

והכי מבורא בדברי תלמידו האבן האזל (פ"ב זכיה ומתנה הי"ד ד"ה וכוה) וביתר ביאור וז"ל: אבל בעולת ראייה כיון דאם היה חי ועבר הרגל הוא פטור משום דעבר זמנו בטל קרבנו, א"כ כל יום מימי הרגל הוא סיבת החיוב וכשעבר היום עבר על הסבה, וא"כ שכמת בתוך ימי הרגל מתבטל עם סבת החיוב וכו' עכ"ל. הרי להדיא דאין סיבת החיוב ראיית פניו בעזרה אלא היום, וכדעת רבו הגר"ח, (וע"ש תוספת הסבר שפדמה הענין לחובת הערב הללוה, דכ"ז שסיבת החיוב שהוא חוב חיה קיים, גם חיוב הערב קיים, וכגון באין לו לשלם ומת. אבל כשהחוב בטל כגון שפגל המלה את הלוח וכו"ב גם חיוב הערב בטל, והן תן והדברים בשעבוד קרקעת שגם הם ערבין לחוב כנודע ודו"ק).

אכן דברי תורה עניינם במקום אחד ועשיריים במק"א, דהגר"ח עצמו במק"א הרחיב הדיבור בזה כגדר הך חידוש של "יומא דקא גרם" דמשו"ה לא משתעבד הקרקעות, ע"י חידושי הגר"ח על הש"ס (מישור תש"ס תגיגה ו: בדיון עולת הועתק מירחון המתיבא ניסן תש"ג שנה א' חוברת ר), ומבורא טעמא אחריתא לגמרי ממה שביארתי וממש"ב הנתיבות הקודש וממש"כ ר' איסר זלמן, וז"ל בקיצור: והנה בדיון זה דעולת ראייה יש לה תשלומין כל שבעה דכולם תשלומין דראשון ניהוה, צ"ע אם החיוב הוא להביא קרבנו תיכף בעת ראיית פנים ביום ראשון, ומיד כבר חל עליו חיוב הבאה ויש עליו גם שעבוד לסלק חובו, וכדאיתא בגמ' קידושין (ט"ז) דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי, אלא שנקבע לו זמן עד שבעה ימים לפרוע חובו, או דנימא דעיקר החיוב וזמן המצוה הוא לשבעת הימים, דזהו הזמן להבאת קרבנותיו, והא דאיתא דכולם תשלומין דראשון ניהוה, היינו לענין הראיה,

עולה להיראות, וכ"ש כשמת. ודו"ק. וכן י"ל אליבא דדרך האבן האזל בזכ"י ומתנה (שהבאו ש) ודרך הגר"ח, בדמיתת הבעלים ובהעברת הרגל לכתובת סיבת המחייב (א לא נשלם חיובו לגמרי), וא"כ לנבאר לא איכפת לן אם החיוב קרבן היה גם בגדר חוב ממון, ועיי"ן.

וב"ז זה וכו' דין חדש מיוחד לְקַדְשִׁים דהוורש חייב להביא קרבנות אביו. והנה כן מפורש ביפה עינים והביא ראייה מירושלמי גופא והובאו כל דבריו להלן בסמוך. וע"ש שמבאר לפי"ז דלא שייכא לענין שעבודא דאורייתא או לא.

ופ"י זה וכו' דמציינו וכו' בסוף ב"ב דשמואלא לית ליה שעבודא דאורייתא וכו'. והנה דודי הגאון המחבר שליט"א מניח דגם הירושלמי ס"ל בדעת שמואל דשעבודא לאו דאורייתא, וכן משמע קצת בירושלמי כאן וכמו שהסביר בפנים. אכן יקשה לפי"ז המשך הירושלמי וכמו שעמד בזה בסמוך בפנים (ד"ה ועיי"ן) דמשמע ששקיל וטרי הירושלמי בזה, דמתחילה משמע דשמואל ס"ל שעבודא דאורייתא ובסוף משמע דלאו דאורייתא וצ"ע וע"ש.

אמנם מצאנו בזה שהמפרשים דנו בשיטת הירושלמי בדעת שמואל האם ס"ל שעב"ד כהבבלי, או דפליג וס"ל כר' יוחנן דשעבודא דאורייתא. והנה ע"י ביפה עינים בקידושין י"ג: שג"כ רצה להביא ראייה מתחילת הירושלמי דשמואל ס"ל שעב"ד, ומשמע שהוקשה לו לפי"ז המשך הירושלמי דמשמע דשוי"ט בזה, וכ' בזה"ל: ומשני בשיורשו קרקע ומ"מ אמר שמואל דאין ממשכניו, ולהפני משה וגירסתו אין תובעין ג"כ, ומשמע דלא מטעם מלוה על פה אין גובין מירושים כדקאמר כאן, כי אם משום דחיוב קרבנות אין חל על הירושים, ובאמת לא הוזכר בירושלמי דעת שמואל במלוה על פה אי גובה מהירושים אי לא, דבגטינן פ"ג ה"ז שהוזכר שם האי פלוגתא ליתא כי אם ר' יוחנן, ולפי' הפני משה בב"מ פ"א ה"ו מבוואר דלא מלוה על פה גובה פ"א הירושים, ועכ"פ אין מבוואר בירושלמי דעת שמואל דיסבור אינו גובה, עכ"ל היפ"ע. ומבוואר דסוף דעתו של היפ"ע הוא דשמואל ס"ל שעב"ד לכו"ע ואף להירושלמי, וכן הוא דרך דודי הגאון המחבר שליט"א.

אכן בפני משה שהביא בב"מ פ"א ה"ו מפורש דשמואל ס"ל שעבודא דאורייתא. וכן הביא החזון יחזקאל (תנינה עמ' 146 ולקוטי הש"ס עמ' 90) ראי' מבב"מ ופנ"מ הני"ל שכן הוא שיטת שמואל, וכן הוא כוונת הירושלמי כאן. (אין לבסוף ספק דאינו קשור לשע"ד ע"ש מילתא בעמא).

וכן פ"י הרידב"ז כאן בחגיגה בפשיטות, וגם הוסיף מראה מקום אחר וז"ל, "שעבודא דאורייתא לדברי הכל לשיטת הירושלמי (גיטין פ"ז ה"ה)", וכן כתב הקה"י (תנינה עמ' ג' ד"ה דיש), "דנראה לעיל דלהירושלמי גם שמואל מודה

דשעבודא דאורייתא. וכן פ"י בנו הגר"ח קניבסקי שליט"א בביאורו לחגיגה שם (ד"ה בהא אמר שמואל, ובד"ה על דעתיה דשמואל) דהקרקע משועבדת אף לשמואל. וכן הוכיח הגאון רבי משה חבורני במשאת משה (סי' כ"ז סו"ד"ה והירושלמי, קישורו התמישית) "דע"כ ס"ל להירושלמי דלכו"ע שעבודא דאורייתא".

אבל שמואל וכו' דליכא במטלטלין שום צד שא"ל דין הכללי דמצוה לפרוע חוב אביהם. וצ"ע דמפורש הוא בכל הראשונים והפוסקים דבמטלטלי דיתמי עכ"פ מצוה איכא (ור"ק כשי"ה הוא דליכא), ע"י כתובות פ"ו. שיטת רבינו חננאל הובא בחידושי הרמב"ן שם ובשיטה להר"ן, ובשאר ספרי הלכה הראשונים, ע"י שו"ת הר"ן ח"ב סי' קנ"ב, וספר התרומות שער ס"א ח"א אות ו', וברבי"ב שם הובא בשטמ"ק כתובות שם ד"ה וכו' רבינו חננאל, וע"ש שדקדקו ממנו שגם כופין הירושים ע"ז או מכין אותם ממת מרדות, והשיגו עליו דלא כייפינן רק מצוה דכבוד אביהם איכא. ובשו"ת הרשב"א ח"ג סי' קי"ד פסק דכופין וטורפין, ולטעמיה ס"ל דאיכא שעבודא דאורייתא על מטלטלין, ע"י חידושי לקידושין ט"ו (שהשטמ"ח), הרי דליכא מאן דפליג על גוף ההלכה דמצוה לפרוע חוב אביהם ממטלטלי ואלא דפליגי בכפייה לחוב. וכן פסקו הרמב"ם פ"א מהל' מלוה ה"ח, והטור והשו"ע סי' ק"ז ס"א, דעכ"פ מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם מהמטלטלין שהניח.

והנה ע"י בקה"י חגיגה (סי' ג' ד"ה ולפי"ק) שעמד בנקודה זו בביאור פלוגתא רי"ה ושמואל ולמד קרוב לדרכינו, ואלו המצית דבריו: וביורשו מטלטלין, הנה שעבוד ליכא, וע"כ אין מקום אפי' לתבוע לשמואל כמוכן, אבל לריי"ח נהי דאין למשכן כיון דליכא תביעת ממון, מ"מ כיון שאם יקדיש הירוש ויקריב עבור חובתו של אביו שפיר מתקיים המצוה דעולת חובה שהיה על אביו, וככל מקדיש קרבן עבור חוב תבירו דמהני, ושפיר תובעים אותו אע"פ שליכא שעבוד כיון שירש מטלטלין, וכזה דמבוואר בחו"מ סי' ק"ז, והוא מדין כיבוד אב ע"ש. אבל לשמואל שלא יוקרב כלל עבור חובתו של אביו (וכמו שלמד גם דודי הגאון המחבר שליט"א לעיל בספון וכאן בהמשך דבריו) אין כאן מצות כיבוד אב כלל, שאין כאן כיבוד וכמוכן, ולא דמי לחוב אביהן שגם לאחר מיתתו כשיופרע החוב יופקע החיוב מהמת ואיכא כיבוד, משא"כ בהקדשת הקרבן דאינו מועיל כלל בנוגע לחובת האב לשמואל, וע"כ לתבע אין תובעין עכ"ל בקיצור.

וכן למד הרידב"ז בתוס' הרי"ד (בירושלמי שם בד"ה על כן, ועל כן, וע"ש), אלא שלא העיר להדיא על הא דמטלטלין משתעבדין עכ"פ למצוה. ובספר משאת משה קידושין סי' כ"ז להדיא כתב על דרך הני"ל בהיקף עצום וגם העיר מחו"מ סי' ק"ז א', אלא בנקודה זו נטה מדרכינו ודרך הגאון השופר ז"ל ע"ש

בד"ה עכ"פ הסקנו שאין הירוש יורש בעצם הקרבן וכו'. ועכ"פ עיקר דבריו ע"פ הך יסוד דבקדשים איכא דין מסוים על הירושים בהבאת קרבן אביהם ע"ש ד"ה ואחרי כל זה יבוואר הירושלמי כמין חומר וכו'. ועדיין וכו' וקצת דווקא לומר וכו'. וע"י גם מה שעמדו בזה האחרונים שהזכרנו כריש פרק זה (ובד"ה אלוס).

ויש לזכור דברי הירושלמי ע"פ מש"כ התוס' בכתובות. אמנם לפי מש"כ הראשונים שם דמצוה איכא גם במטלטלין אי"צ לכל זה וכמו שכתבנו לעיל (בד"ה אבל שמואל) בשם הקה"י. ואשנה לציון דרך המשאת משה בזה (שה"ש ע"כ) שג"כ ראה מהירושלמי הזה מקום לחדש בגדר השעבוד דמטלטלי דיתמי ע"ש.

ש"א פ"א

כתב וכו' והקשו האחרונים וכו' דגובים מן הפקוחות. אכתי לא ראיית אחד שמקשה כן. והגאון רבי מנחם זעמבא בתשובה הובא בספר רוע אברהם (סי' י"ז אות כ"ז) משמע דס"ל גובה גם מלקוחות, ע"ש מה שהגדיר בגדר חוב של מחצית השקל. אכן במק"א מבוואר דלא ס"ל הכי (סי' ס"ד אות כ"ג ד"ה ובגוף ד"ה אמנס), ומן הסברא לכא' תמוה להקשות כן, הלא הלכה רווחת היא דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי, ע"י טור ושור"ע יור"ד סי' ש"ה סעי' ט"ו. אמנם אכתי נעלמה שיטת הרמב"ם בזה ולא ראינו שכתב מפורש ההלכה למעשה. גם הגר"א בביאורו ביר"ד שם ס"ק כ"ט פליג לפום ריהא על הכרעת הבית יוסף בזה, ודן ע"פ שיטת הרי"ף והרא"ש ולומר דס"ל דמלוה הכתובה בתורה שפיר ככתובים בשטר וגם טורפים מן הלקוחות. אכן לבסוף כ', "אבל אחר העיון" דגם לשיטתם י"ל דלאו ככתובה בשטר דמי. וכן משמע שהוא סוף דעתו בזה. אמנם עדיין צריכים אנו למודעי שיטת הרמב"ם דלא הזכיר הגר"א מיניה כלום. גם מרא דכולא תלמודא הגר"ח קניבסקי שליט"א לא ציין לשום מקור בספרי הרמב"ם מה שיטתו בזה, ע"י דרך אמונה פ"א מהל' כיבודים ה"ד בשעה"צ סי' ס"ב עיי"ן לטור שו"ע רמב"ן ורא"ש, ושחק בשיטת הרמב"ם גופא. ומזה יש להעיר על קושית "האחרונים" הני"ל, דקשה על הצד שס"ל להרמב"ם דהכרעת ההלכה היא ככתובה בשטר דמי וסלק"ד של הגר"א. א"כ הו"ל להביא הדין דטורפין מן הלקוחות, וכמפורש בש"ס כבורות מ"ט: וקידושין כ"ט: ושם י"ג: דלמ"ד ככתובה בשטר דמי טורפין ממשעבדי וצ"ע. וע"י בסמוך משמע שהמנח"ח ס"ל הכי בשיטת הרמב"ם ודו"ק.

כתב וכו' והרי הרמב"ם פסק כמ"ד שעבודא דאורייתא. כן הק' המנחת חינוך מצוה ק"ה אות ב' שחקר אם איכא שעבוד נכסים במחצית השקל, או"ד רק כפייה בגופו ובממונו, ונפק"מ לשלא בפניו ונשתטה אי נחתין לנכסיה, וסיים "והסברא נותנת דיש שעבוד

נכסים, דהוי מלוא הכתובה בתורה כמו שה"ב, אך לא ראיתי לרמב"ם שיבא דין שלא בפניו ומת". וכן לקמן אות ו' שג"כ מצדד לומר דאיכא שעבוד נכסים ויורדי בחייו. ואלא לאחר מיתה כ' שאפשר משום שאין כפרה למתים (בי"ק ק"י). משו"ה יפטרו היורשים.

ולפי"ז קושיא מעיקרא ליתא, דרק בהפריש שקלו ומת חייבין להביאו, וכמש"כ הרמב"ם פ"ג שקלים ה"ב, אבל קודם שהפריש אין חיוב על היורשים לתת מן הנכסים. וכ"כ הגר"ח קניבסקי שליט"א בשקל הקודש שם ס"ק פ"ז (ומקורו מהש"ס). והדברים מוכרחים גם מצד עצמן, שהרמב"ם נקט הפריש שהוא דוקא, וכמו שכתב הפריש בדוקא לגבי קרבן עולת ראה בפ"א חגיגה ה"י, ובמקום אשר לא צריך הפריש דוקא, משמט הרמב"ם מילה זו, כמו בפ"א מחוסרי כיפורים ה"ג, ולא קשה כלום. (ואי קשיא הא קשיא

דלמה השמט שרידים לנכסיו שלא בפניו או מלקוחות וכמשי"ג לעיל). ולפיכך תמיהני על מש"כ מרן בעל השבט הלוי בקונטרס המצות שלו (בכרית ח"ה סי' ל"ח אות ב) ע"מ שנסתפק המנ"ח אם יש שע"ב במחצית השקל, וכתב עליו בזה"ל ובענייני פשוט דאיכא שעבוד נכסים דלא גרע מקרבן עצמו דמבואר קידושין י"ג דאיכא שעבוד נכסים עכ"ל. ולכא' הדברים נסתרים מתוך דברי הרמב"ם פ"ג הי"ב שמפורש דדוקא הפריש חייב, אבל לא הפריש לא, וכמבואר ע"פ הרמב"ם ה' חגיגה ה"ג ולמחוסרי כפורים ה"ג.

וגם דבריו תמוהים מצד עצמן דהאין אפשר לדמות דין מחצית השקל לשאר קרבנות וכקידושין י"ג, הלא בשאר קרבנות נתחייבו היורשים להביא קרבנו של מורישם, ואילו במחצה"ש כשהופרשה וחייבין יורשים ליתן אין השקל לקרבנות ציבור וכדומה שהיה נתון בחיי המוריש, אלא לקיץ המזבח ונדבה כמבואר ברמב"ם שם ובמפרשים. גם לשון הרמב"ם מורה שאין היורשים הם המביאים את השקל אלא נתינת מורישם להודו, שהיה כתב "יפול לנדבה", דלשון זה מבואר ששם המעות וגדרה נשתנה וכדבר דממילא ואין ליורשים צד חיוב בזה כלל, וע"כ אין שעב"ג במחצית השקל. ובאמת צ"ע ביותר ע"פ הוספת השבט הלוי דמאי' שגא מקרבנות גופא רצ"ע. ולפי תירוצו של דודי הגאון המחבר שליט"א יתיישב גם זה.

ונראה דהרמב"ם ס"ה דהחיוב י"ת מחצית השקל לא היה חיוב ממוני כ"ל. ובאמת דבר זה תימה הוא, דמשנה מפורשת היא פ"ק דשקלים הלכה ג', התחילו למשכן, את מי ממשכנין, לויים וישראלים וגרים ועבדים משוחררים. וכן פסק הרמב"ם כאן. ולשון זה איתא גם בשאר דוכתי דאיירי בגביה משום חוב ושעבוד נכסים, ע"י ירושלמי פ"א חגיגה סוף ה"א, בגביית חוב הקרבן מהקרקעות, "ירשו קרקע וכו' ממשכנין", ושם מפורש דהיינו

מצד השעבוד נכסים, ע"י בכל המפרשים וברמב"ם פ"א מחוסרי כפורים הי"ג שכי"ו השעבוד דין תורה הוא". רצ"ע.

והנה היה נוח ע"פ א דכתבו בשם הגר"ז (תירושי הגר"ז ערכין כ"א. מכת"י הג"ר יונה מינסקר הי"ד ובשיעורי בנו הגאון רמ"ד שליט"א שם כ"א. אות ד'), דמנית בפשיטות דאין הדין ממשכנין על הקרבנות מדין גביית חוב כלל, ורק מספקא ליה אם הוי מדין כללי דכופיין על המצות כגון בסוכה ולולב, או"ד הוא דין מסויים לגבי קרבנות. דלפי"ד י"ל דאין הממשכנין של מחצית השקל אלא מחמת דין הקרבנות שבה, וא"כ פשוט דלאו מדין חוב ממון הוא. אכן לפי"מ שביארתי לעיל (פרק ט"ז) דגביה בקרבנות הוא גופא משום חיוב ממוני להקדש, וכן הניח דודי הגאון המחבר שליט"א שם בפנים דאכילת מזבח דין ממון היא, והכי כתבו מפורש הראשונים ז"ל, ע"י ח"י הריטב"א ר"ה (ו. ד"ה ועשית בשם רבינו גר"ו), "לאו משום מצוה דרמיא עליה בלחוד כייפינן ליה, אלא מפני שחייב עצמו ונכסיו לגבוה או לעניים, וכשם שכופין אותו לפרוע מה שחייב להדיט". וע"ש דמבואר דגם אחותב הקרבת קרבנות קאי. ובאמת הדבר מוכרח מדינא דגמרא דחיוב קרבן משעבד נכסים כשאר כל חובות ממון, וכדביארנו כמה פעמים ע"י לעיל פרק כ"ט ופרק ל', וכ"כ באגרות הגר"ד עמוד קצ"ו. וא"כ הדרא קושיין לדוכתי דלכאורה רק חוב ממון אית כאן רצ"ע.

אכן שו"מ דברים מפורשים בתוספתא כאן (פ"א ה"ט) וז"ל, התחילו למשכן, משכנו ישראל על שקליהם כדי שיהיו קרבנות הצבור קריבין מהן, משל לאחד שעלתה לו מכה ברגלו והיה הרופא כופות ומחתך בבשרו בשביל לרפאתו, כך אמר המקום משכנו את ישראל על שקליהן כדי שיהו קרבנות צבור קריבין מהן, מפני שקרבנות ציבור מרצין ומכפרין בין ישראל לאביהן שבשמים. וכן מצינו בתרומת שקלים ששקלו בני ישראל במדבר, שנאמר ולקחת את כסף הכפורים מאת בני ישראל וגומר עכ"ל התוספתא.

ולכא' דברי התוספתא סתומים וחתומים מרישא לסיפא. חדא מש"כ טעם שממשכנין "כדי שיהו קרבנות הצבור קריבין מהן", דלכאורה יפלא אמאי' מחדש התוספתא סברות חדשות בממשכנין, הלא כך הוא הדין בכל חוב ובפרט אי שעבודא דאורייתא. ואף לדברי דודי הגאון המחבר שליט"א דאין הממשכנין מטעם חוב ממון אלא מטעם כפייה על המצוות כמבואר ב"ש כמה דוכתי (ע"י כתובות פ"ג), נמי לא תתיישב, דא"כ אף אי לא הוי מקריבין קרבנות משקלים אלו אלא שהיה משתמשין בהם לביק הבית או לשום צורך אחר, ואפילו אם לא היו עושים שום דבר כלל עם השקלים רק משימים אותן בלשכות ובקופות לכבוד המקדש וקדשיו, ג"כ היה דין כפייה בגביית המחצית השקל, דסו"ס מצות

עשה רמיא רחמנא עליו רצ"ע. עו"ק המשל שהמשיל התוספתא למה בא, וכי בלא המשל לא יובן ענין הממשכנין והכפיה, וגם צ"ב למה שייך משל זה דוקא לשקלים, והלא גם לסוכה ולולב ושאר מצוות עשה יוסב ומתאים משל זה. וע"י בצפנת פענח על הרמב"ם (פ"א שקלים ה"ט) מש"כ בזה.

ובכל אופן יוצא מתוספתא דא דאין הדין ממשכנין כשאר חיובי ממשכנין וכפיה כחוב ממון, והר"י ראה מוכרחת לדודי הגאון המחבר שליט"א. ולקושטא דמילתא נראה להגדיר גדר הממשכנין בתוספתא באופ"ז: דהנה יל"ע מי שלא נתן מחצה"ש, ששכח או נאנס (או אפילו הי"ד בדבר), האם יש לו חלק בקרבנות ציבור של אותה השנה. והלא ברייתא מפורשת היא בכתובות (ק"ח) ובב"מ (נ"ח) תורמין על האבוד ועל הגבוי ועל העתיד לגבות. ושיטת רש"י הוא "ואפילו לא נגבה לאחר מכאן יש לו חלק בתרומה ובקרבנות", ע"י כתובות שם ד"ה ועל העתיד לגבות (ויק' מרש"י בב"ס בסוחר למש"כ שם ט"ז), הא מיהא לית מאן דפליג דאף כשקריבין קרבנות ציבור לפני שהגיע שקלו של זה ללשכה יש לו חלק וכפרה באותן הקרבנות, וכן פסק הרמב"ם פ"ב שקלים ה"ט "כדי שיהיו וכו' כפרה על כל ישראל וכאילו הגיעו כל שקליהן ללשכה ונתרמה מהן תרומה זו".

וא"כ ודאי שאני מצוה זו מכל שאר מצות, שהרי מחצית השקל האמרה לדורות אינו אלא לשום קרבנות ציבור, וכמבואר ברש"י ריש פרשת כי תשא (ל' ט"ז בא"ה לכת"ר), ונתנו כ"א מחצתה"ש והן לקנות מהן קרבנות צבור של כל שנה ושנה". ואילו חובת קרבנות אלו כוללין כל ישראל אף המה שלא נשתתפו, וא"כ שוב מנין לנו לכפות ולרבות מי שלא נתן, והי"ל להניחו בפשיעתו ולמה נעכב על ידו. ואין לומר דאין מביאין ראה מתורמין על העתיד לגבות הואיל ותקנה בעלמא היא וכלב בית דין מתנה עליהם, אבל מעיקר הדין אין שום אחד יוצא בלא שקלו הפרטי, זה אינו, דרדאי לא היו חז"ל עושין כן אם זה סותר לגוף המצוה וגדרה. ובר מן דין כבר כתב הקרית ספר (פ"ב שקלים) דדין זה מקרא ידעינן דכתב "לכפר על נפשתיכם, ואי אפשר שכלם יתנו מיד, ואפילו הכי אמר קרא לכפר על כולם, נראה דמתכוונים על העתיד לגבות". וד"ק.

וע"י כתב התוספתא שהוא מדין חדש, ואין כדוגמתו, וה"ט "כדי שיהו קרבנות ציבור קריבין מהן", וע"ז יקשה והלא אי"צ לשקלו של זה האיש הפרטי, וע"ז מבאר התוספתא ע"פ משל לרופא שבא לרפאותו וכו', וע"ש בלשון הנמשל, "כך אמר המקום משכנו את ישראל על שקליהם מפני שקרבנות ציבור מרצין ומכפרין בין ישראל לאביהן שבשמים", ור"ל משום תוספת המעלה שמונת בענין קרבנות ציבור, דהיינו רציני

וכפרה בין ישראל לאביהן שבשמים, יש לנו תשתף כל אחד ואחד מישראל כדי להפיק תועלת זו, שבלא"ה יגרע מכל (א) חלק ממשלוחו, ואפשר גם יופגם מעלת ההקרה אצל כל ישראל כולו, ואין לך חב לאחריני גדולה מזו.

ואפשר להטעים לפי"ז המשל "שעלה לו מכה ברגלו", והכוונה דישראל כגוף אחד, וכמבואר במהר"ל (נצח ישראל פל"ז ובגור אהיה ויקרא כ"ז לפ"ז עה"פ וכשלו איש באחיו), וביותר במהר"ל חידושי אגדות לקידושין (פ"ג), "כי ישראל נמשלים כאילו היה איש אחד, וכמו שיש לאדם איברים חשובים ויש פחותים, כך יש באומה ישראל מדרגות מתחלפות (ולפי"ז יומתק ציור המשל "ברגלו"), וכן כתב החו"א בגליונות החומש שלו (הובא בסוף טהרות הוספת עמוד רצט), "וכל ישראל כאיש אחד" ע"ש. והדבר כבר נמצא בזהר כמה דוכתי דישראל שייפי דגופי, הובא בשל"ה הק' (פ' וישב). וא"כ מי שאינו נוטל חלק עמהם אין החסרון סתם מלבד ומן החוץ, וכל הרי זה כאבר אחד בין האברים האחרים, וכל הגוף טובל על ידי המכה ברגלו, ואנן בעינן "לחתוך בבשרו בשביל לרפאותו", וכמוכן הרפואה שמירי זה אינו רק רפואה פרטית לרגלו בלבד אלא לכל האדם כולו ודו"ק.

ובזה יתורץ היטב הא דכייפינן על קרבנות ציבור, והלא באין לכפרה, שנאמר לכפר על נפשותיכם, וכמש"כ רש"י בחומש שם, וגם קונים מהשקלים חטאות של ציבור כמבואר במשניות בשקלים, והלא קי"ל דאין ממשכנין על החטאות ואשמות, וכדאיתא במתני' ערכין (כ"א), וטעמא מאי משום דלכפרה קאתא, וכמבואר בב"ק (פ"ג), וברש"י (שם ד"ה חייב הסביר "דכיון דלכפוריה חטאיה קבעי לה, לא משהי ליה". וכן כתב הרמב"ם פי"ד מהל' מעשה הקרבנות הי"ז, וא"כ לכאורה גם מחצה"ש אין לכפות עליו ולמה ממשכנין.

ואלא להנ"ל כפתור ופרח, כי ודאי ישהה האדם מלהביאו, דאי משום כפרת ממ"ז יהיה לו כפרה ורציו אף מקמי דהשתתף בעצמו. וכל זה מלמדינו התוספתא, ומקורה אפשר הקרא גופא שהביא בסיפא (שמות ל-ט"ז), ולקחת את כסף הכפורים מאת בני ישראל. דחידוש הוא שחידשה תורה דאף למצוה זו כייפינן עלה, (הרמב"ם נחלבו עם הרב הגאון ר' יהונתן מערבלין שליט"א).

ונראה וכו' ואין זה אלא חיוב מעשה מצוה בלבד. והנה יוצא מדברינו בציון הנ"ל שחיוב נתינת השקל הוא מלתא דזמנה קרבן, ואף דחשיב מצות עשה בפנ"ע דנבנת במנין המצות (רמב"ם עשין קצ"א ס"ג עשין מ"ה וחיובן מצוה ק"ה), ואינו פרט אחת של מצות עולת תמיד ושאר שלמי וחסטאות ציבור, אלא חולק שם לעצמו, עד כדי כך שישבו ודנו הראשונים והפוסקים אם מברכין על מצוה זו ואיזהו נוסח הברכה, ע"י שו"ת הרשב"א סי' י"ח ושקל הקודש על הרמב"ם (פ"א שקלים ה"א כבאור ההלכה ד"ה מצות עשה), מ"מ גדר מיעוט של קרבן יש עליו. ולכאורה

לדברי דודי הגאון המחבר שליט"א אין לזה שייכות לזה, אלא הר"ז מצות עשה של מעשה נתינת חצי שקל, ומה שעושה ונעשה עמה הוא דין נוסף ואגב. ומשק"מ גדולה לדינא, וזו האות:

באור שמח הל' חמץ ומצה (פ"ה ה"ג השני, עמ"ש) הרמב"ם הוואיל וקבל עליו אחריות וכו' (בזה) למד ג"כ ע"ד שכתבתי דגדר השקל הוא מעות קרבן וז"ל: יש לומר דשקלים כיון דקרבנות ציבור מיייתי מינייהו (במדרב"ס כ"ח י"ה), וזאת עולת חדש בחדשו, חדש והבא מתרומה חדשה (ד"ה ט"ז), הוי כקדשי מזבח דמחוסר הקרבה, ואם נגנבו ונאבדו חייב באחריותן וזה פשוט. ולפי"ז א"ש דזה דוקא עד שלא נתרמה התרומה, אבל משנתרמה התרומה דשיריים לא אזלי לקרבנות, ורק חומת העיר ומגדלותיה וכל צרכי העיר באין משירי הלשכה, כמו ששנינו בפרק ד' וכו', וא"כ לא עדיפא מקדשי בודק הבית ולא מתחייב באחריותן, דאם נגנבו או נאבדו הרי כל היכא דמנחי בי גזא דרחמנא נינהו עכ"ל. הרי להדיא שלמד ר' מאיר שהמחש שעצם המחצית השקל מעות קרבן נינהו, על כל כתב שחליא מתי מפרשי שקלו אי חייב באחריותו אם לאו.

והכי נמי מבואר שלמד מרן ר' איסר זלמן ז"ל, דע"י ברמב"ם פ"ו מהל' מעילה הי"ג דמבואר שהמפריש שקלו בין הוא בין חברו עבר באיסור מעילה. והשיג עליו הראב"ד דלכא"ו אין מועל אחר מועל, ע"ש בכס"מ. ות"י האבן האול שם, וביתר ביאור בהל' גניבה (פ"ב ה"א ד"ה אבן הרמב"ם), דס"ל להרמב"ם דשקלים הואיל והולכים לצרכי קרבנות לכן גם הדמים יש בהם קדושת מזבח, ובקדושת מזבח שהוא קדושת הגוף לא פקע במעילה ולא נתחלל, וכל הנהגה מעל, ורק בהקדש דדין ממון אין מועל אחר מועל, כנוון בקדושת דמים וקדשי בדה"ב, ע"ש דבריו הנעימים. הרי להדיא שלמד שהמחצה"ש דין מעות קרבן עלה ממש וכמו שלמד ר' מאיר שמחה.

אכן לדברי הגאון המחבר שליט"א לכאורה לא מעלה ולא מוריד, דהלא מצות הפרשת מחצה"ש מצוה בפנ"ע. ואולי באמת זהו עומק כוונת הראב"ד דס"ל דאין להשקלים דין מעות קרבן עד אח"כ (בהתרומת הלשכה או שהגיע למקדש), ולא חל מיד אלא המצוה גרידא של נתינת מחצה"ש, (והלא כמש"כ האבן האול שם בדעתו) ודו"ק. וידעתי שיש לחלק ולומר דאף אם מצוה בפנ"ע היא מ"מ חל בהפרשתה גם חוקי דיני מעות קרבן והואיל וזהו מיעוד. אכן לא מסתבר שחיוב אחריות על מצות מחצית השקל תלוי בדיני אחריות של קרבנות ציבור והמסתעף, וכדוגמת דבר זה מצינו אצל פדה"ב הפריש חייב באחריותו ויש לעיין. וע"י בסמוך.

ונראה וכו' ואין זה אלא חיוב מעשה מצוה בלבד. ושור"ר שהרמב"ם לטעמיה לכאורה, דהנה מלשון הרמב"ם כאן (פ"א ה"ט) משמע שעצם מעשה המצוה נעשה גם קודם שחל

בה קדושה וקדושת קרבן, שכתב בגדר המצוה "ויהיה עתיד ליתן", ואי אפשר לפרשה "הא"כ"ו את מעשה המצוה ממנו, כי ההכנה כבר כתב הרמב"ם בריש קטע זה "ומשקיעין על השקלים, כדי שייכין כל אחד ואחד מחצית השקל שלו", הרי שההכנה נאמרה, ומה אני מקיים שיהיה "עתיד ליתן", הוי אומר שבוזה נתקיים מעשה המצוה, וזו ראייה למש"נ בציון הנ"ל דחלוק דין מעות הקרבן ודין מחצית השקל. ועכ"פ מצינו סמך לדרך דודי הגאון.

אכן לשון החינוך (מצוה ק"ה) נוטה שלא מתקיימת המצוה עד שיתן ממש להקדש, וא"כ גם מעות קרבן חל מיד, שכתב "שיתן כל אחד מישראל מחצה"ש בכל שנה ליד כהנים", ומשמע דלא די מה שהוכן ויהיה "עתיד ליתן". אכן החינוך עצמו הדר תבריה לגיזוא וז"ל, "והיו מניחין הכל בלשכה אחת שבמקדש, ומשם היו מוציאים לקנות תמידין ומוספין וכל קרבן הקרב על הצבור". הרי להדיא שהפריד החינוך בין עצם גדר המעשה מצוה מהא דקרבנות ציבור קריבין מיניה, ומשמע דס"ל על דרך הרמב"ם שג"כ הפריד מצות נתינת מחצה"ש מהא דקרבנות ציבור קריבין מיניה. (פ"א אודות הנתינה והבייה פ"ב אודות ההכנסה והקריבין).

שו"מ דברים מפורשים בכיאר הענין על דרכנו זה (וב' שלבים נפרדים איכא המצוה והמעט קרבן) באגרות משה יור"ד (סי' ס"א ק"צ ד"ה ולוא דספתניא), וז"ל בקיצור: ולכן הייתי אומר דאף דצריך ליתן השקלים דוקא בכסף, מ"מ לאחר שהקדיש שקלו ורוצה לשלחו למקדש יכול לחלל מן הדין אף בשוה כסף, ואף שעדיין ברשות הבעלים הוא שאם יאבד קודם שיתרם יתחייבו באחריותם, מ"מ מאחר שהקדישו יצא כבר ידי מצות נתינת השקל, והאחריות שעליו אינו משום שלא קיים המצוה כל זמן שלא בא למקדש, דא"כ ח"ה הוי יוצא כשנאבד בדרך אחר שנתרמה התרומה, דאף שלא פשע בזה שנאבד, מ"מ הרי לא בא למקדש ולא קיים המצוה. (ולחאוור שמת הנ"ל אודיכה מזה ראייה שהמצוה והמעט קרבן חו"א היא, דאחר שנתרמה התרומה אינו אלא מותר שקלים לברוק הבית, וכמש"כ, נמצא מחלוקת יסודית בין הגאונים להא"ש ודו"ק). וגם איך שייך לחוש שמא יזולו, הא כיון שלא קיימו המצוה יהיו מחוייבין להשלים מה שיוזלו, אלא ודאי שיצא ידי המצוה תיכף בהפרשה, ומטעם זה סובר רשב"ל בשקלים שם שפטרו באחריות דהוי כמטר לגבוי, דבכ"מ הוא ברשות גבוה, ורק ר' יוחנן סובר דחייב באחריותם משום דיש עליו עוד חיוב לראות שיבא שקלו למקדש כדי להיות בהתרומה עכ"ד. הרי להדיא כמש"כ "ואי"ז אלא חיוב מעשה מצוה בלבד".

וכן מורה לשון הצנפת פענח כאן (פ"א ה"ט) בא"ד וז"ל: אבל כאן בשקלים הוא חיוב בפ"ע, ומוסרן לציבור, ושוב אינו שלו, ואח"כ מביאין קרבנות משל ציבור עכ"ל. ועוד כתב

(שם בספור): וגם הא קיי"ל תורמין על האבוד, וזהו כוונת רש"י בכתובות ד' ק"ח ע"א, דכיון דחזינן דאף אם לא הגיע שקלו ללשכה, מ"מ תורמין עליו, לא מקרי גדר פריעת חוב, רק משום המצוה, והמצוה הוא על הנותן ע"ש ברש"י. עכ"ל.

ונראה וכו' מעשה מצוה בל"ב

והנה עי' בשו"ת חכם צבי סי' קכ"א שמדמה הפרשת השקלים (עי' דמירי בתרומת הלשכה ויל"ט) להפרשת חלה, ולהכי ברוכי נמי מברכינן בשעת מעשה זו. הרי להדיא שיש חלק של מעשה מצוה בלבד מלבד ההוצאות של השקלים. ודלא כמו שמצאנו בספר שו"ת שם משמעון (י"ד סי' כ"ח) שכ' דאינו דומה להפרשת חלה שהיא מצוה כשלעצמה, לא כן מחצית השקל שאינו אלא הכשר מצוה דלא מברכינן עליה. ולפי משי"נ ליתא לדבריו, דאין מחצה"ש הכשר מצוה אלא מצות עשה מדאורייתא כשלעצמה.

והכי מפורש בתוך דברי השו"ת הרשב"א (ח"א סי' י"ח ובמיוחדות קפ"ט) שדעתו דאין מברכין אמצעה"ש, וכתב טעמו משום דאין ישראל נותן משלו, כדכתיב בדברי הימים (א' כ"ב י"ד) כי ממך הכל ומידך נתנו לך ע"ש. הרי להדיא דס"ל להרשב"א דחשיב מעשה מצוה, ורק מטעם צדדי אין מברכין. ומה גם שרבינו יהודה בן יקר בפ"י התפילות והברכות (ח"ב ע"ב ע"ג) כתב להדיא שמברכין "אשר קדשנו במצותיו וצונו לתת מחצה"ש", הרי להדיא שחשיב מצוה ולא הכשר מצוה (עי' ההקדמות שעתה ליקרב על ידן ודו"ק).

ונראה וכו' מראה דתנן בבבורות (ט"ז) וכו' חוץ משקלים. והנה לפי מה דמפורש במס' שקלים הטעם דאינן נעשו אותן מרגליות על מנת להעלותן מפני משאוי הדרך, שמא תזיל המרגליות ונמצא הקדש מפסיד, כהיא דתנינן תמן וכולן נפדין בכסף ובשוה כסף חוץ מן השקלים ע"כ. הרי להדיא דרק מדרבנן נאסר, אבל מדאורייתא אף בשוה כסף כשר בשקלים וצ"ע. וכן כתב רש"י להדיא שם לקמן ג"א. וצ"ע מן דה"ה אכן הלשון של המשנה הוא "נפדין", והיינו שלא מיירי על עצם מעשה או חלות הפרשת מחצית השקל או הנתניה למקדש, רק מיירי כשכבר איתא להשקל ורק בעינן לפדות השקלים על שוה כסף מפני משאוי הדרך יש איסור דרבנן לעשות כן שמא יוגרם פסידא להקדש, אבל לא חזינן כלום בעינן עצם המצוה מחצה"ש, ולעולם אימא דמצותה רק בכסף ולא בשו"כ אף מדאורייתא, והירושלמי ורש"י לא מיירי אלא לפדות.

ובאמת כן נקט האגרות משה (י"ד ח"א ק"צ) וז"ל: ולולא דמסתפינא הייתי אומר דודאי צריך ליתן שקלים דוקא במטבע גם מדאורייתא, ועיין בשיירי הקרבן בירושלמי שם דסובר כן וילפינן מזה יתנו וכו', ולכן הייתי אומר דאף דצריך ליתן השקלים דוקא בכסף, מ"מ לאחר שהקדיש שקלו ורוצה

לשלחו למקדש יכול לחלל מן הדין אף בשוה כסף, דאז הוא ככל הקדש שנפדה גם בשו"כ עכ"ל.

ובאמת כנראה כבר קדמיה חזינן בזה במצוה ק"ה וז"ל: שיתן כל אחד מישראל מן עשרים וכו' מחצית השקל, שהוא משקל עשרה גרה כסף וכו' שנאמר זה יתנו עכ"ל. הרי להדיא שדריש נמי מהאי קרא דדוקא כסף, וע"ד השי"ק והאגרו"מ. וכן נראה בשטת הרמב"ם שם שכ' בפ"א שקלים ה"א ונותן מחצית השקל כסף שנאמר וכו' עכ"ל, ולכאז"ל מפורש שהקרא שהביא מקור מצות מחצה"ש הוא הקרא שממנה יליף דדוקא בכסף, דאל"כ היה לו להשמיט מילה זו דכסף, דמדאורייתא סגי בשו"כ, אלא ע"כ כדכתיבנא דשו"כ פסול מה"ת ודו"ק.

הרי להדיא סיוע גדול לדודי הגאון המחבר שליט"א, דע"כ גדר מצות מחצה"ש חלוק בעיקר יסוד דינו מכל שאר מצות חיובי ממון, דשם לעולם גם נתיקיים בשו"כ, ואילו בשקלים לא, וע"כ משום דלאו מלתא דחוב נינהו, ולא ממצות ממון היא, אלא חיוב מצוה בעלמא כשאר מצות מעשיות שבתורה, וזו ראה נפלאה.

ונראה וכו' ואי"ו היה חיוב ממוני היה יבוא פ"שם בכסף ושוה כסף. הנה, הגם שמצאנו יוצאין מן הכלל דאיכא חיוב ממוני וא"י להפטר בכל דבר, עי' בב"מ קי"ח. דחייב בעה"ב לשלם לפועליו רק כסף ואם אין לו חייב לחזר ולטרוח ולמיובן להביא משו"כ כסף, הרי דשי"ן חיוב ממון בלא אפשרות של שו"כ. אכן עי' ברש"י שם ד"ה אין שומעין לו, שהק' כן דהלא בכל דוכתי אית לן שו"כ ככסף, הכא גבי פועל כל חלין שכרו כתיב (ויקרא י"ט), מאי דאתני בהדיה משמע עכ"ל. הרי להדיא שרק משום דאתני הכי, וגם זה מכח קרא וגוה"כ קאתא ולא מסברא גרידא.

וגם שם קשה לומר שאם לא הצליח להביא בחפציו כסף שיהיה פטור מלשלם בשוה כסף. והכי מבואר להדיא במדרי"ב (בי"ק פ"א סי' א') ועי' במחנה אפרים שכירות (י"ד) שמבואר להדיא דבפועל מהני משום שזוכה במה שהתנה ביניהם, ואפילו התנו על חפץ מסויים קנאו על ידי שקצצו שוהו תמורת פעולתו, והיינו שחיוב שכירות הוא חיוב בפנ"ע ולא כנהנה או ממוני גבן ע"ש. וע"כ צ"ל דחיוב מחצה"ש שהיא רק בכסף על כרחך איננה חוב כלל רק מצוה ומעשה ליתן ודו"ק.

ונראה וכו' ואי"ו היה חיוב ממוני

ובזה נפל כמה קמשונים בשמעתתא דמחצה"ש ואביא מקצתם. הרמב"ם פ"א ה"ז פסק כוותה דסתמא דמתני' מס' שקלים פ"א ה"ד דאע"ג דאין ממשכנין קטנים אבל אם נתנו מקבלין מהם. ולכאז"ל תמה וכמו שהק' השער המלך (שם ד"ה תי' ק"ו) ובקצה"ח (סי' ר"ה סי' ע"ד ד"ה אמנם שמת התוס') והגר"ח קניבסקי שליט"א בשקל הקודש (שם בבאר ההלכה ד"ה ואת) בשם "הקשו

הראשונים", ונראה שכונתו לתלמיד הרשב"ש הובא שם בציון ההלכה ס"ק פ"ב, ובמנחת"ח (ק"ה - א') והנהגת"מ (ר"ה - י"ג) ועוד, דהלא אין לקטן דין להקנות ולתת, וגם לא מופלא סמוך לאיש הפלאה להקדיש השקלים, דמשמע ביומא ל"ה: שצריך לימסרנה לציבור, וכ"כ הרע"ב (פ"א מ"ה) להדיא כי היכי דלא ליהוי קרבין ציבור קרב משל יחיד ע"ש, והלא אין להם כח ליתן ולהקנות לציבור, ואם כי רבנן תקנו לפעושות קנין, הלא כמה ראשונים ס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, וגם הרמב"ם עצמו סתם דבריו ומשמע דאף קטן שלב הגיע לפעושות (וסל"ב שיורע לישא ליתן מבעותי, דומיא דקטן היודע להתעסק דשי"ן לפנות ציצית, ויודע לנענע שחיב בלולב, וכן כל כיוצא), וע"ש מה שטרחו בזה. ועי' מה שיישב הגר"ח קניבסקי שליט"א על דרך זכין לקטן ע"י האפטרופסין, ע"ש שהביא כמה וכמה ראיות לזה, אכן לבסוף כתב דיש אומרים (תוס' סנהדרין סי' פ"ג) דזכין לקטן אינו אלא מדרבנן וצ"ע.

אכן לדברינו דורי הגאון המחבר שליט"א קושיא מעיקרא לימא, דהלא התיבא אם היה המצות מחצה"ש חוב ממון, א"כ צריך היה הקטן להקנות השקל כשאר כל מצות של חוב, וכגון חמש סלעים לכהן לפדה"ב, וכל חוקי מקח וממכר וחז"מ חלין על נתינת מעות הללו. לא כן אם נימא כמש"נ, דמחצה"ש אינו אלא מעשה מצוה בעלמא ליתן מחצה"ש, וא"כ קטן היודע ליתן בידיו ולהוציא מעות מכיסו ולהפריד עצמו מהן כדי למוסרן לאחר, הרי"ה שייך גם במצוה זו, וממילא בנתינתו ממילא חל עליו רשות הקדש ודו"ק.

והרציתי הדברים קמיה דודי הגאון שליט"א והקשה דסו"ס אין רשות הקדש חל בלא קנין לכאורה דהלא בעלותו של הקטן לא פקע בכדי. ותו דלא מסתבר שהתורה ציוותה לעשות מעשה נתינה בעלמא, דבפשטות ציוותה תורה לתת מחצה"ש, ר"ל להקנותה ליד כהן והמקדש. לכן תירץ דודי הגאון שליט"א גדרא "החיוב מעשה מצוה בלבד" של מחצה"ש היינו שציוונו להפריש חצי שקל, והענין הוא שיהיה חל שם מחצה"ש על אחד ממחצית השקלים שלו, ובהפרשה בעלמא חל שם זה, ולכזה א"צ שום קנין, ורק ממילא אחרי שחל שם שקל ע"כ נעשתה לשל הקדש, אבל לאו מתורת קנין קא נתחלף רשויות, אלא מתורת ההפרשה.

והוסיף ראה עיוותה לגדר החדש הזה ממה שמצינו ברש"י פסחים ל"א. שכתב כמה פעמים שעל ידי שהמעות של הלוח מוכנים ועומדים לפריעת חובתו למלוה כבר חל בזה פרעון ההלוואה אף בלא שום מעשה קנין ותורת הקנאה. וכן פסק הנהג"מ (סי' ש"מ סי' א') בסוף דבריו, ועי' מש"כ בזה לקמן שער ד' פרק א'. הרי להדיא דחל שם מעות פרעון ע"י ייחוד המעות גרידא והפרשתן משאר מעותיו, אף בלי שום מעשה קנין ואף בלי דין שליחות

וזכין, כנודע דא"א לזכות לאחרני ע"י עצמו ופשוט. והכ"נ במצות מחצה"ש אף בלי שום קנין מתחלף השקל מרשות הקטן לרשות הקדש.

והוסיף דודי הגאון שליט"א לפרש דא"יז כפי ההסבר שלמד הגר"ח שמואלביץ ז"ל (הבאתי דבריו בעיונים סם) שגדר ההפרשה דמעות פרעון הוא שמברר ע"יז את הממוני גבך שהיה עד כאן על כל רכושו ומשעבד כל גופו לחוב זה, ועתה מצטמצם החוב רק על אלו המעות להוציא כל שאר חפציו ומעותיו שהיו משועבדין עד הנה, וגדר זה לא יחייב כאן במחצה"ש, דהלא דין ההפרשת מעות למחצה"ש לא יתכן אלא כשהיה חל חובת ממון עליו מקודם, ובקטן ודאי ליתא, דלמה יחול עליו חוב ממון של מצוה שלא נצטווה בה. אכן הביאור הוא דההפרשה הוא חפצא של מעשה מצוה, וע"יז חל שם השקל אף בקטן, כיון ששייך אל המצות שיש לו כח לעשות מעשה הפרשה זו, וממילא חל שם שקל עליו ונעשתה למעות הקדש, עכ"ת דודי הגהמ"ח שליט"א.

והיינו דדין ישראל יש לקטן לכמה מצות התורה, כמו לגבי ספינין בידיים ולהשתמש עמו. לשאר איסורים, וכמו שהארכו הפוסקים בזה. ובאמת כן מצאנו במשנת רבי אהרן מאמרים (חלק ד' אות ד') בענין מצות ת"ת בקטן ובאשה, אהא דמוכח מסוגיא בשבת ק"י"ט: דת"ת של קטנים נעלה ביותר, ואילו בסוטה כ"א. מפורש לגבי אשה דלא שייך אליה זכות תורה משום שחרון דאינו מצווה ועושה, וא"כ גם קטן שאינו מצווה אין זכות בתורתו, היפך מש"ס מפורש בשבת. ומכח קושיא זו חידש ר' אהרן ז"ל, "נמצא שההבדל בין המצווה ועושה לאינו מצווה הוא בהכנה הקיימת בנפש האדם לקדושת המצוה, שישנה רק אצל המצווה ולא אצל מי שאינו מצווה, ועל יסוד זה מתבאר ההבדל בין אשה לקטן, אמנם שניהם אינם מצווים, אך קטן הוא בחפצו, חייבו, אלא שקטנותו גרמה לו שאינו מצווה, משום שעדיין לא הגיע זמנו, אבל נפשו בעצם מוכשרת היא לקדושה, ואינה חסירה אלא את החיוב בפועל, ולכן וכו' יש לתורתו של קטן כוח וקדושת התורה אע"פ שאינו מצווה, וגם הרי יש לתלמודו גדר של מצוה, מצד חובת האב ללמד את בנו תורה". ולפי"ז נפלא הדבר גם במצוה השקל דבעי הפרשה, ורק הפרשה של מי ששייך למצוה מצוה מיחל על ידה חלות שם מחצה"ש ודו"ק.

ואלא דצ"ע מאשה, דתנינן דמקבלים גם מאשה מחצה"ש ולא רק מקטן, ואשה ודאי לאו בר חיובא היא ולא מיפקדא כלל, וכמו שחילק ר' אהרן ז"ל שם ב"ה משא"כ אשה וצע"ג. ו"ל עמ"ש השער המלך (פ"ד שקלים ה"ו ד"ה רובעו ז"ל), "דבעי גבי נשים מסירה לצבור", דמשמע שאין מחצה"ש של אשה אלא חלק מהקרבנות ציבור בלבד ואין לו חלק

במחצה"ש כשלעצמה, לא כן לגבי קטן יש לומר שיש לו את החפצא של מצוה דמחצה"ש וא"ש.

ונראה וכו'. עוד ניחא בזה קושיית השער המלך (פ"ד שקלים ה"ו ד"ה רובעו ז"ל) שהרמב"ם השמיט הדין שצריך שימסור השקל לציבור, וכמש"כ הרע"ב ועוד ראשונים ע"פ סוגיא דערכין ד. ומנחות כ"א: וכן מוכח בתוס' יומא (ל"ה: ד"ה נחוש) לגבי שקלים דבעי מסירה לצבור בפירושו, (ועי' במל"מ פ"ד שקלים ה"ו ד"ה עוד כתבו התוס') וצע"ג. אכן לסברת דודי הגאון שליט"א בדעת הרמב"ם ניחא, דשאני שקל דאין מתקיים ע"י הקנאה וקנין אלא בהפרשה חל שם שקל, וממילא חל בה כל הדינים הנאמרים בחלות זה.

ש.ם.

עוד ניחא מה שפסק הרמב"ם פ"א ה"א, "ואינו נותנו בפעמים רבות היום מעט ולמחר מעט, אלא נותנו כולו כאחת בפעם אחת". וטרחו רבותינו להעמיד דברי הרמב"ם לנכון. ועי' ברמב"ן והדל לא ימעיט ובערוך ערך טבע דמבואר דאף בזה אחר זה מהני. ולכאור' משום דלא שניא מצוה מצוה של חוב ממון. ועי' במהרי"ט אלגזי סוף ס"י פ"א ד"ה וראיתי שהק', "וצריך להבין מאי שניא מפדיון הבן דאפילו בזה אחר זה יצא, ובמחצית השקל צריך כבת אחת". ועי' שם הסיכ' דברי הרמב"ם אלו למצוה ולכתחילה אבל בדעבד יצא. אכן דבריו דחוקים לכאורה, וכמפורש בהא דהרמב"ם בהל' פדה"ב לא חילק בזה (ועי' ברי"ט אלגזי בסוף דמשמע שהרשב"ם), וגם לא משמע ב"הרמב"ם גופא. ומפורש בקרית ספר שם דילפי מקרא ודין תורה הוא, וכן הוכיח הראשית ביכורים (בכורות נ"א) והאמרי בינה (הל' פדה"ב ס"ח ה'). דאף בדעבד לא יצא.

ולפי דברי דודי הגאון שליט"א הענין מבואר דשאני מצות מחצה"ש מכל שאר חיובי ממון, ומשו"ה לעולם לא איכפת לנו בנתינת מעות בזה אחר זה ובלבד שחובתו בנתינתו, לא כן מצוה זו שאין המצוה חוב ממון אלא מעשה מצוה ונתינתו בלבד, ולפיכך לא שייך שם מעשה מצוה על פחות מכשעור זו, ופשוט דלא חל שם שקל אלא על מחצית שקל ודו"ק.

ש.ם.

עוד ניחא מה שהעירו הרמב"ם כהמ"ש בהקדמתו והמאירי בהקדמה לחיבורו בית הבחירה, למה סידרו מס' שקלים במועד ולא בקדשים. ולדברי דודי הגאון י"ל דאין המצוה מעין הקדש וקרבנות ציבור, שכל זה הוא מה שעושים עם השקלים אח"כ, אבל המצוה כשלעצמה אינו אלא המעשה נתינה וההפרשה שזמנו ט"ו וכו"ה אדר, ועכ"פ הרי"ז חפצא ממצוות המועדים ולא ממצות קרבן.

ונראה וכו' וממשכנין ממנו משום כפיה על המצוה. והנה לפמ"ש פנינים מבכורות מט: שאין המחצה"ש שייך אלא בכסף, וכן הוכחתי לעיל בשיטת הרמב"ם גופא, א"כ שוב א"א

לפרש באופ"א מדורי הגאון המחבר שליט"א, כי אם הממשכנין אינו מדין כפיה על המצוה וכדומה, והוי מדין שעבוד נכסים וגביית חוב, אינו יוצא יד"ח שקל ע"י הממשכנין, דבעי דוקא כסף, ומה הועילו בתקנתם דממשכנין, הלא כסף ממש בעי שלומי. והיה אפשר לומר דהמשנה לא פירשה מה ממשכנין, והוי מצינן לאוקמי דדוקא מטבעות של כסף טורפין ממנו ולא משכונות ממש של חפצין ושו"כ, אמנם ברמב"ם א"א לומר כן, דמפורש כתוב דמירי בעבטו וכסותו. ותו דהרמב"ם לא כתב שגם אלו ממשכנין, אלא נקט לשון דמשתמע דדוקא אלו ולא שקלים ממש, ולכאורה תמהו דוכי מטבעות ושקלים גרע מעבטו וכסותו ומאי שניא מכל טירפת בי"ד דמעות קודמות למטלטלין, (ועי' ר"י פ' המוכר פירות והרא"ש, ע"י אבה"ז פ"ח נוקים ה"ו אות ה', דהרמב"ם דפליג עליהון וס"ל דמטלטלין קדם וא"צ ליתן מעות, אכן הביאור הנרא' ס"י תי"ט ס"ק א' כתב שזה צ"ע), ועכ"פ לא גרע ממטלטלין.

וע"כ מוכרחין לומר דהממשכנין לשקלים חלוק בעיקר יסוד דינו, ולא מטעם גביית חוב וטירפא מלחא דשעבוד נכסים, אלא מדין כפיה במצות וכדומה. וכ"כ הצפת פנח (פ"א ה"ט), "רק בגדר עונש וכפיה לא לגבות", "אבל שקלים הויא המשכון רק גדר עונש", "לא מקרי גדר פריעת חוב רק משום המצוה". ושוי"מ ברמב"ם בפירושו המשניות שם (פ"א פ"ג דז"ל: למשכן, שממשכנין מי שאינו שוקל, כלומר שמוציאין העבט מביתו, תרגום אם חבול תחבול, אם משכונא תסב עכ"ל. הלא כתב הרמב"ם דברים מפורשים דמשכון דמתניתין היינו משכון ממש ולא כלשון טירפא וגבייה כשאר דוכתי. ולפי הנ"ל מתפרש באופ"ז דמשכנין אותו עד שישלם ממספר חצי שקל כסף, ועד שיעשה מעשה המצוה בעצמו ומדעתו, לאפוקי פריעת חוב דלא איכפת לן מכוונתו ודו"ק, ועי' בסמוך עוד כמה רווחות.

ונראה וכו' משום כפיה על המצוה. ולפי"ז ניחא היטב קושיית התוס' יו"ט במשניות שם על מה דפסק הרמב"ם "שמוציאין העבט מביתו" (וברפסו מכת"י נשפט הן מילתא), דלמה אין בזה משום לאו דאורייתא "לא יבוא אל ביתו וכו' בחוץ תעמוד". ולדברי דודי הגאון שליט"א קושיא מעיקרא ליתא, דלא מיירי כאן בענין חוב ודין ממון, רק כפיה ועונש, וכל מאי דטרחינן ליה עדיף טפי ופשוט. ובר מן דין תמהו מאור הירוצו של התי"ט ז"ל: דהכא מצות גבוה עליו, משא"כ פריעת ב"ח אע"ג דנמי מצוה היא, אין למדין ממנה למצות גבוה עכ"ל. ובאמת בערכין מצינו כע"ז, ע"י ערכין כ"ג: רש"י ד"ה ממשכנין שס"ל דהגובר כנסת לתוך ביתו, והק' חופץ חיים באהבת חסד (תתיב פ"ו אות כ') כקו' התי"ט בשקל, ות"י דשאני הקדש וגבוה.

אמנם כאמור תמהו לדמות ערכין לשקלים, וגם ערכין הוי ממש כהלוואה וכעין חיוב

אני לך מנה שבשטר שחייב לשלם כמו שהלוח ממש כידוע, וגם מפורש בגמרא דמסדרין לבע"ח מהא דמסדרין לערכין (עי' בב"מ קי"ד), אבל כל שאר חיובים לאו דוקא. ועכ"פ בדין בחוץ תעמוד ודאי לא שאלא לעניני הלוואות כמבואר בחו"מ (סי' צ"ד סעי' י"ד), ולא לשאר חובות. ובאמת הק' המטה יהודה (אורח חוב סי' תרצ"ד) והגאון רבי אברהם לופטביר חתנא דרבינו מאיר שמחה מדווינסק בספר שו"ת זרע אברהם (סי' ט"ו אות ח'), על התוס' יו"ט דלא שייך בחוץ תעמוד בשקלים הואיל ואינו הלוואה ולפי דברינו, גם אינו דין ממוני כלל וכמשי"נ.

עוד יתיישב לפי"ז קושיית העונג יו"ט (סי' קל"ז) דמאי מהני ממשכנין בעל כרחו, והרי סו"ס לא הקדיש בעליו אותו, וגם א"א להקריב ממנו קרבנות ציבור. ובאמת כן תירץ הוא ז"ל בעצמו, דע"כ אי"ו ממשכנין של גבייה וטירפא אלא כפיה ורדייה עד שיביא את שקלו.

ונראה וכו' אב"ז איבא שעבוד נכסים, ואין גובים מלקוחות. ונראה עוד דאפילו שעבוד מיניה אין כאן (דונמת שעבודים הנולדים מכה המצוה ע"י כתובת פ"ד), וראיה גדולה מהא דקיי"ל בב"ב קנ"ז. ובק"א יא: מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, והתוס' (בב"ק ס"ג ד"ה אפילו) כתבו "אם יש לו שנים, דאם אין לו אלא אחד הא אמר בפ' המקבל דמסדרין לבע"ח". וא"כ איך כתב הרמב"ם, "ואפילו כסותו", והלא היכי דימי אילימא בדיאת ליה כסותא אחריני, הרינו "עבוסו". ואלא מאי מיירי בכסותו היחיד ששל כתופו, והלא קיי"ל שמסדרין לבע"ח ואין גובין ממנה וכנ"ל וצ"ע. ואלא לדודי הגאון שליט"א ינחא, ההואיל ומטעם כפיה קאתינין עליו, כל מה דמכבידין עליו עדיף טפי, דהרי קיי"ל כיפינין אותו בגופו "מכין אותו עד וכו'".

ש"א פ"ב

אכן וכו' ועוד דהרי רש"י ס"ל דר"פ אית זיה שעבודא דאורייתא. ודלא כמשי"נ בגידולי שמכאל כאן [ד"ה א"ר פנאן] שביאר כונת רש"י בהיפך וז"ל: "כוונתו דתובע מלוה על פה ורב פפא סבר קידושין י"ג: דשעבודא לאו דאורייתא במלוה על פה כמבואר שם בתוס'". אכן לכאורה רש"י לא ס"ל כהתוס' וכמשי"נ. והנה באמת וכו' ועיין במהרש"א וכו' אכן רש"י דהרי"א פירש כן וכו'. וכן מבואר בפנ"י שלא יתבאר דברי המהרש"א ע"ד ראשונים אלו, וכן הביא מוזקו המגני שלמה, וכ"כ ההפלאה, וע"ש מה שכתבו. ודברי המהרש"א עולה כדעת שאר ראשונים. ועי' תוס' הרא"ש והריטב"א, וכ"כ הבי"ח סי' ל' ס"ק ה' וע"ע ברש"ש.

עוד יש דקדק וכו' איפכא. כן העירונו ר. רייך. והנה יעוי' במהר"ם שי"ף שמבואר מדבריו שבאמת טוען הבעל שהלוח לה מעות בהלוואה גמורה וכאילו משקר שלא פרע לה

בעבור כתובתה. ודבריו תמוהין לכאורה, ולא משמע כן מלשון הגמ' ורש"י ושאר מפרשים, וכבר הק' עליו הבאור שם (אות ח'). ועי' בקצה"ח (סי' פ"ד ס"ק ג') שעמד בזה. ולחומר הקושיא תירץ שאי אפשר לחייב שבועה על פרעון השני, הואיל ובעת שנתן לה פרעון זה כבר חשודה היא בעיניו, וקיי"ל (בחרי"מ סי' צ"ב סעי' ד' ברי"א ושי"ך) דא"א להשביע שכנגדו ככה"ג, ורק בפרעון הראשון אפשר הואיל ובשעתו עדיין לא ידע ע"ש. וק"ק דשאני הכא דפרעון השני היה בפני שנים. ונהי דהקצות מקשה אליבא דסלק"ד בגמ' דמיייר הכי וצ"ע. וע"ת תי' נפלא למסקנא א"א לא למימר הכי וצ"ע. וע"ת נפלא בקצות לקמן (סי' צ"ה ס"ק ד' ד"ה ומזיקק בוח) דא"א לחייב שבועה על פרעון השני, דכתובה הוי קרקע ואין נשבעין עלה ע"ש. ואפשר עומק כוונתו ע"פ משי"כ המחבר בפנים ד"ה ומשום.

וע"ע בחידושי הרי"ם שג"כ עמד בזה מדנפשיה, וע"ש בתירוצו הנפלא ומחודש מאוד, ודומה קצת ליישובו של דודי הגהמ"ח שליט"א ואביאוי בסמוך [ויש דוחקים, הדגן קמאי לאו דוקא].

ונראה וכו' היינו שזקפה עליו במלוה ממש. והיינו שעושה מעשה זקיפה כמו שאר חיובים. עי' שו"ע חו"מ (סי' ס"ז סעי' י"ד ברי"א), "ומקרי זקיפה משעה שקבע לו זמן לפרעו, וי"א דמקרי זקיפה מיד שכתב בפנקסו כל החשבון ביחד". ולכאורה הכא נמי דכוותה, דלא בעינין דעת או מעשה של הנתבע והנתחייב רק של התובע המלוה.

אכן צ"ע טובא דהנה סוגיא מפורשת היא בב"ק (ק"ט) גבי גזל אביו ומת אביו, דדנו שם אי מהני מחילה לנפשיה במת אביו, ומייתי ברייתא דפליגי ר' יוסי הגלילי ור' עקיבא בגזל הגר וזקפו עליו במלוה קודם שמת אי מהני ואמרו שם אלא א"ר ששת הא והא ר"י הגלילי. וע"ש ובפרש"י דשיטת רב ששת הוא דזקיפה במלוה נפיק ליה מתורת גזילה ונעשה כחוב בעלמא. אמנם רבא שם חולק וס"ל דאע"ג דזקפן במלוה לא נפיק ליה מתורת גזילה. ובראשונים בכמה דוכתי יש אוזוזים בסברא קמא (כרב ששת) ויש אוזוזים בסברא בתרא (כרבא), וכמבואר בסוגיות הש"ס בגיטין (י"ח), ובכתובות (נ"ה), ובשבועות (פ"י ס"א), ועי' שו"ת משנת רבי אהרן (חוב סי' ע"ג) שהוכיח ששיטת רש"י הוא כסברא בתרא דלא מהני זקיפה במלוה להפקיע את השם הראשון, ואם חיוב גזל קאי עלה אכתי שם גזל עלה. ע"ש המקורות והלשונות ברש"י בעניני זקיפה (במות א'), וע"ע ראייה לשיטת רש"י מהספרי (הובא בבאור הגר"א סי' ס"ז ס"ק י"ג). ולפי"ז קשיא טובא האיך מוקמינן בסוגיין בכתובות פ"ח דמוקים להנך קמאי במלוה, והכוונה לזקיפה במלוה, והלא אכתי לא הופקעה שם פרעון כתובה (וא גזל) מחוב זה, ולכאורה צ"ע.

ודלמא יש ליישב דברי דודי הגאון המחבר שליט"א ע"פ הא דמבואר בגיטין י"ח. דשאני

גדר הזקיפה לגבי כתובה משאר חובות. דאיתא שם, איתמר מאימתי כתובה משמטת, רב אמר משתפגום ותזוקף, וזשמואל אמר פגמה אע"פ שלא זקפה, זקפה אע"פ שלא פגמה. והלכתא לשמואל בדיני, וכן פסק הרמב"ם (פ"ט שמיטה ה"ר) ובשו"ע (תור"ם סי' ס"ז סעי' י"ד) דפגימה לבד מהני לאשווינהו לכתובה כהלוואה. ועי' הסברא לזה במפרשים שם ובדרך אמונה (שם בבאור הלכה ד"ה מנפיש). וא"כ הנ"ל שפגם כתובתה עכ"פ כפי העדאת העד, ממילא חשיב הפרעון המיותר למעות הלוואה (אף כשנפרעה פריטה אחת מחובו), וכ"ש הכא שכל הפרעון כולו מיותר. אמנם אכתי יש מקום עינן בזה דבגיטין מיירי לענין שמיטה ולא יגוש, וכשיטת רש"י גופא שם ד"ה משתפגום וד"ה פגמה, ומהכ"ת דגם לעניניו נימא הכי וצ"ע.

ולכן יותר נראה לתקן דברי דודי הגהמ"ח שליט"א ולומר שנתהפך פרעון קמא לחוב בעלמא והלוואה בדרך ממילא ולא בדרך זקיפה במלוה. והביאור הוא על פי מה שכתב החידושי הרי"ם (כתובות פ"ד ד"ה גמ"ל דרבי"ח) ביישוב לקושיא זו למה פרעון קמאי חשיב מלוה ולא בתראי וז"ל: אף דפרע בתורת פרעון מ"מ רק על דעת שתחזיר לו השטר כתובה, וכמו במלוה בקנין דג"כ לוח קנה המעות ומ"מ כשאני רוצה ליתן שטר צריך להחזיר מעות ההלוואה (סי' ל"ט), דעל דעת כן הלווה והקנה לו, כ"ן י"ל בפרעון שאמר שאבד השטר ואח"כ נודע שהשטר בידו מחויב או להחזיר השטר או להחזיר המעות, כיון שאני מחויב כשהשטר בידו א"כ הקנה לו ע"ד כן, כנ"ל. וכן משמע לקמן (פ"ח וע"ש ברי"א א"פ) דמוקי הני זוזי קמאי במלוה וכו' דכיון שהשטר בידה וחזרה ותבעה עד שהוכרח לשלם נעשה למפרע מעות הפרעון גזל והלוואה, כמו מתנה ע"מ להחזיר שכתב הרא"ש סוכה (פ"ג סי' ל') דנעשה גזל למפרע וכו', וכן מצאתי שכתב (ע"ט) ברש"י ז"ל שם השטר שיכול לחזור לתבוע הפרעון על שנים מחזיר ע"ש, עכ"ל החידושי הרי"ם. (וע"ע כ"ר"ב במשנה למלך פ"ח מלוה ה"ה ד"ה מי שהיה, ובאבן עזר סי' כ"ח ס"ק כ"ב ד"ה ונראה לפי, שמבואר בדרך החידושי הרי"ם. הערת ידידי הרב שלמה זלמן אברפס שליט"א). ולכאורה דבריו ברורים, אלא דצ"ע מאי שנא פרעון דאי איכא רמאות אח"כ בטל הקנין ובשאר דוכתי לא אמרינן (עי' קצת"ח סי' רע"ה ס"ק ד' ובי"ע ע"א).

ואולי הסבר הענין תמצא בב"ב (ל"ב), ההוא ערבא דא"ל ללוה הב לי מאה זוזי והא שטרא, א"ל לאו פרעתיך, א"ל לאו הדרת שקלתינהו מינאי. וברשב"ם (ד"ה בה"ג מא) מבואר דהשאלה הוא משום דקיי"ל (כתובות פ"ח), שטר שלוח בו ופרעו כבר נמחל שעבודו וחספא בעלמא הוא. והק' דודי הגאון המחבר שליט"א וכי לא ידעו דין זה ושכבר נמחל שעבודו ומאי סלק"ד. ועי' בדברו"מ (שם) וביתר ביאור כתב דודי המחבר שליט"א (במק"א) דשאני פרעון דשטר חוב משאר קנינים עיין שם. עכ"פ י"ל דזהו

תורף הענין בסוגיין (כתובות פ"ח). דמוקים הנך קמאי בהלואה אע"ג דכבר הוקבעו בשם פרעון, ועי' מש"כ בשערי חיים (גיטין ס"י מ"ד) בענין זרוק לי חובי' (בבב"ב פ"ח), וקצורנו.

ונראה וכו' שזקפה עליו במלוה. בציון הנ"ל הקשנו על דרך דודי המחבר שליט"א שלמד בדברי רש"י שהזקיפה במלוה תועיל לשנות החוב מדמי כתובה וגזילה למלוה, דקשה משיטת רש"י בש"ס דזקיפה לא מהני לדברים אלו. ודודי המחבר שליט"א אמר יישוב הגון על זה. ונקדים תחילה עוד תמיה גדולה בסוגיין ולא מצאנו כעת אחד מהמפרשים שדובר בוה. דהנה הרמב"ם (הלכות אישות פ"טו ט"ז) השמיט כל הסוגיא דרב פפא דאי פיקח הוי וכו' ולדרב שישא בריה דרב אידי ולדרב אשי, ולא כתב אלא דינא דמתניתין שלא תפרע אלא בשבועה. ואין לומר (כפי שרצה ליישב חכם אחד) שאין רבותא בסוגיין דכל הפיקחות מיוסדת על ההלכה דעדיות דיני ממונות מצטרפות. חזא דלהיא פליגי אמוראי אם מצטרפין בכה"ג דפרעון על אף דמייירי דיני ממונות. ותו דהרמב"ם רגיל להביא הפיקחות הנוכרות בחז"ל וכגון בפ"א מלוה ולוה ה"י "לפיכך אם היה שמעון פקח" ומקורו בכתובות ק"י. ופסחים ל"א. גם בסוגיין הרא"ש והטור והשו"ע הביאו (בבב"ב פ"י פ"ד) ולכאורה צ"ג.

ונראה ליישב דהרמב"ם לטעמיה, דהנה עיי' לעיל בציון הסמוך שהבאתי מחלוקת אמוראים בב"ק אם זקיפה כמלוה מהני למיעוק החיוב הישן אם לא, והוכחו בשם שו"ת משנת רבי אהרן דפליגי בה הראשונים האיך נקטינן, ושיטת רש"י מבוארת דאין זקיפה עוקרת החוב הישן. וכן הוכיח שם בשיטת הרמב"ם בכל מקום, עיי' שם הראיות. ולכן י"ל דסבר הרמב"ם דבסוגיין בין רב פפא בין רב שישא בין רב אשי כולם בשיטה אחת קאי שמהני הזקיפה "ומוקי להנך קמאי בהלואה", ואלא דפליגי באופן צירוף והגדת העדים. הרי דס"ל כהנא אמוראי (רב ששת, הירושלמי פ"י שביעית ה"א) דמהני זקיפה להפקיע חוב הישן.

אכן שיטת הרמב"ם כאינך אמוראי (רבא) דפליגי על זה וס"ל דזקיפה לא מהני וכמש"נ לעיל בשיטת רש"י. הרי דכל הסוגיא שלא אליבא דהלכתא דמה מהני צירופא של עדות, בין כך לא יועיל לאוקי הנך קמאי במלוה, ולפיכך השמיט הרמב"ם לכולה סוגיין. וכשמרתי הדברים קמיה דודי המחבר שליט"א נעננע לי בראשו והוסיף לברר לדפיכך לא היני להשביעה שבועה דאורייתא דבלי זקיפה נשאר דהנך קמאי כדמי כתובה היינו כגזל ממש ונשתעבדו נכסיה והוי כפירת שעבוד קרקעות שאין נשבעין עליה. וכמו שביאר פנים, דלא מהני מחילת שעבוד קרקע

אלא בתחילת ההלואה, ואם הזקיפה לא חשיב כחוב חדש לא חשיב התחלה ואי אפשר למחול השעבודים. אכן, חידש עוד דזה א"א ולומר גם בדעת רש"י, שהרי רש"י להדיא קאמר "ואין כאן שעבוד ולקשות שלא מכת כתובה תובעה", הרי שרש"י נטה משיטת הרמב"ם בזה, ויקשה לפי"ז איך פליג רש"י כאן על הרמב"ם מאחר ששניהם מודים בעלמא דזקיפה במלוה לאו מילתא היא (וכמו שהוכיח הגר"א קוטלר ז"ל).

ואמר בזה דרש"י ס"ל דנהי שאין הזקיפה עוקרת חוב הישן מ"מ חשיב כהתחלה לענין זה שיכול שוב להתנות ולשנות תנאי החיוב, דהיינו שהזקיפה ודאי פועל מצט, וכדמוכח מהא שמשנה שם החוב בהלואה שנאמר בה לא יגוש וכדמבואר מהא דשמיטה משמטתה, וא"כ הוסיף רש"י לחדש דזה מספיק להחשיב חלות חדש גם לענין שינויים בהסכם החוב כשירצו המלוה או הלוה. ולכן ס"ל דהכא אם ירצה המלוה למחול להלוה שעבוד קרקעות יהני, עכ"ד. ויש להביא סמך לדבריו מהא דארווח ליה זימנא דפליגי בה הראשונים אם אפשר להחשיבה כהלואה חדשה עיי' רמב"ם וראב"ד (פ"ו מלוה ה"ג). וי"ל דרש"י ס"ל דחשיב התחלה מספקת לענין זה שיכול להתנות מחדש וכמש"נ (עיי' במשנת ר"א שם סי' ע"ה - א"ד"ה והראב"ד קיוב ל"ה).

ונמצא שרש"י כאן בכתובות פ"ח נמי מייירי בזקיפה ממש, ואינו סותר לשיטתו בגיטין י"ח וב"ק ק"ט, דנהי דאין החוב ישן בטל מ"מ התחלה מיהא משווה לה וכמש"נ.

ולאחר העיון י"ל בדעת הרמב"ם באופן אחר, דלעולם אפשר דידדה לרש"י בהאי חילוק דזקיפה חשיב כעין התחלה ויכול למחול השעבודים, אלא דהוקשה ליה קושיית התוס' כאן (ד"ה היכי) דהא איכא למ"ד בסנהדרין דהלואה אחר הלואה מצטרפין. וכמו שלא ינחא להתוס' ליישב דשאני פרעון או שאני פרעון כתובה, כמו כן י"ל לדעת הרמב"ם דלא ינחא ליה לחלק מסברא דאין סוגיין בכתובות להא דסנהדרין, וכינן דקי"ל בסנהדרין שם כמ"ד הלואה אחר הלואה מצטרפין, וכן פסק הוא עצמו (בפ"ד מהלכות עדות ה"ב), ע"כ סוגיא דכתובות שלא אליבא דהלכתא היא דס"ל כמ"ד אין הלואה אחר הלואה מצטרפין, וכמו שפי' הפנ"י ועוד מפרשים [ליישב קו' התוס'], ולכן השמיט הרמב"ם את כל הסוגיא.

ולפי"ז שוב אי"צ לומר דפליג הרמב"ם ארש"י לעיל לענין זקיפת מלוה אי הוי כהתחלה חדשה אם לא. דלעולם י"ל דהרמב"ם מודה לרש"י דהתחלה מועטת מיהא אית בה ומהני מחילת השעבודים כהיא שתא, ורק השמיט הסוגיא מטעם הנ"ל ואתי שפיר. ובאמת שיטת הרמב"ם

בהרווחת זמן בהלואה לגבי רבית (הלכות מכירה פ"ו) ולגבי קידושין (הלכות אישות פ"ה) דפליגי על הרמב"ד וס"ל דלא הוי קידושין ולא חשיב קצוצה, אפשר דוקא משום קידושין בעי נתניה וכן לגבי רבית דבעי נתניה או דבעי כסף ממש, עיי' סברות כעיי"ז בחידושי הגר"ח על הש"ס (קידושין אות קס"ח ובחדשים בי"מ ס"ד): מהגר"ח ורבי ברוך בער ז"ל, ובברכ"ש (קידושין ס"ד, ד' ג.) ביתר ביאור בשם הגרי"ו ז"ל. ולעולם דוקא לדינים הללו לא חשיב ממש כהלואה חדשה, אבל בעצם מודה הרמב"ם להראב"ד דהתחדשות מיהא איכא. וכן כתב מורי הגאון רבי דוד פינשטיין שליט"א (מבוא בסוף ספר קבא דקשייאת ח"ב בקונטרס הערות מאביו הגאון רבי מיכל ז"ל בקושא פ"ו). וע"ש שדקדק כן מהמשכנות יעקב. ולפי"ז הכא בזקפה עליו במלוה נמי נימא הכי שתשיב כהתחדשות בהלואה כעין ארווח ליה זימנא ואתי שפיר.

ונראה וכו' ונהפך החיוב מהשבת גזילה וכו' לחיוב הלאה. וצ"ע דנהי דמצינו בראשונים שיכול לעשות ממעות של מקח טעות הלואה או גזל, עיי' ב"ק ט"ו. ופולגת התוס' והתומק"י (ב"ה) אך שיהפכו מעות גזל להלואה לכאורה קשה יותר להבין, וכ"ש כאן דנהפכו ממעות דמי כתובה למעות גזל ולמעות הלואה וצ"ע. וכפרט למש"כ הנתח"מ (בסי' שד"מ ס"ק א' ד"ה והא דמבואר) ומש"כ רש"י פסחים ל"א. (כפי ביאורו של

דודי הגאון המחבר שליט"א לעיל ש"ד פ"א) דדוקא כשייחד המעות לפרעון ההלואה אפשר לשנות שמן, אבל הכא במאי עביד ליה הך שינוי. ועיי' לשון הנתח"מ שם, "והא דמבואר בב"ק ק"ט דיכול לעשות מגזל מלוה, י"ל דשם מייירי שהגזלן היה בידו מעות ורצה להשיב לו, וא"ל יהיה בידך לפקדון, דאו אפילו לא היה הנגזל רוצה לקבלם היה חשיב השבה, דהשבה בעל כרחו הוי השבה, וכמבואר בסיומן ק"כ טע"ב וכו'". וצ"ע. וצ"ל דזקיפה שאני דחשיב כעשה קנין וי"ל.ע. ולפי דרך החי' הרי"ם אי"ש בלאו הכי [וכמש"נ לעיל], וצ"ע"ק למה לא סמך על מש"כ התוס' ב"ק ט"ו. (ד"ה ר"ה, ומ"ו: ד"ה ה"ג) דמעות מקח נהפכו למעות מלוה כשמשוה לה הלוקח או המוכר למקח טעות. וכן משמע בתוספתא (ב"ק פ"ה ה"ד) עיי' בחסדי דוד. וכעיי"ז כתב רש"י בעצמו בקידושין (מ"ו: ד"ה ושפ"מ מהא).

ונראה וכו' דסוף סוף שניהם מעידים שהלואה חייב למה. ואפשר הביאור בזה הוא ע"פ המבואר בברכת שמואל (ב"ק פ"ד י"ד אות ב') דאין פטור קם ליה בדבריה מיניה שייך על חוב של מלוה, דהוי עיקר ההתחייבות בדבר משוני גבן, ולא מעשה ההלואה הוא גזל מחייבו להחזיר ולשלם, וע"ש שכן מבואר גם בדעת רבו הגר"ח ז"ל. וזה דלא כהקצה"ח (ס"ל ל"ח ס"ק א' ד"ה ועיין בפרק), שלדבריו אכתי צ"ב במש"כ "דסו"ס שניהם מעידים שהלואה חייב למלוה",

א. וכן ביאר דודי המחבר שליט"א בשם הגר"ח מיכל שורקין שליט"א דאין מעשה ההלואה המחייבת וכמש"נ. שו"מ בראשונים מבואר כסברת הגר"ח והברכ"ש, עיי' שטמ"ק בי"מ (צ"ב). מהראב"ד והרשב"א בשם י"מ, חידושי הר"ן סנהדרין (ע"ב בשם הר"ר דוד), מאירי ב"ק (ע: ב"ה דאיתן אסיה תורה אפי' בא על אסא).

דהא לא איכפת לן מגוף החוב ממון, אלא מעצם המעשה של ההלוואה, ובוה אין הצטרפות בין ההלוואות. ובאמת יש מן הראשונים שמבואר בהן כסברת הקצה"ח ע"י ב"ק (ע"ב), וכמו שנתבאר בקה"י כתובות (פ"ב כ"ח) וצ"ע. ובאמת הראשונים בסוגיא בסנהדרין שם (ב) מפרשים דהצטרפות העדים בהלוואה אחר הלוואה הוא רק כשהחילוקים ביניהם קלים, ותלינן שטעו בתאריך ושעה וכיו"ב, אבל בלא"ה א"א לצרפן, וכמבואר בחו"מ (ס"ו ל' פ"ט ר"ג). הרי דלא איכפת לנו מה "דוסוף סוף שניהם מעידים שהלוה חייב". אכן בלשון רש"י סנהדרין (ל' ד"ה מצטרפין) משמע שלמדן כן וז"ל, "דמ"מ הן מעדיין שחייב לו מנה". וכן משמע בסמ"ע על לשון השו"ע (ס"ו ל' פ"ט ר"ג) "בדיני ממונות אע"פ שלא ראו שני העדים המעשה כאחד עדותן מצטרפות". וכתב הסמ"ע (ס"ק כ') "כיון דלעדות דכל אחד חייב לו מנה מצטרפין". והרי כל זה מורה כדברי דודי המחבר שליט"א.

אכן לפי"ז צריך לעיין בענין מה שדימה בסמוך להא דשניהם מעידים שכתובתה פרועה, דבכה"ג ליתא להך סברא דכל אחד מעיד שחייב לו מנה, ואדרבה להיפך הם מעידים. ואולי זהו בכלל כללא של השו"ע "בדיני ממונות וכו' מצטרפות", ור"ל דכל הגדה והגדה חזי לאיצטרופי בין לחיוב ובין לפטור. ובר מן דין יש להשוות גדר ההלוואה וגדר הפרעון כדמצינו לגבי שאר הלכתא, ע"י מה שהפטרנו לעיל בסמוך (ד"ה ונראה וכו' והיינו) מהחידושי הרי"ם.

ומשום הכי וכו' שהרי באמת לא נתן זה דמים שניים לשם פרעון. ויש לתמוה וכי נתן הוא לשם דבר, הא לא נתן לה כלל, רק כאנוס וכנרדף טרפי מנייה. ומאן יימר שבאמת פרע מכספו, יתכן שבי"ד ירדו לנכסיו או למשעבדי שהיה ביד לקוחות וגבו מכח בית דין, וכי ככה"ג איכפת לן מאי דנפקי מפומא דהבעל אי לשם פרעון אי לשם דבר אחר אתמהא. אלא ודאי שנתן פרעון חל עליה על כרחו וממילא, שהרי חייב בבי"ד ע"פ עדים שבשטר [או מעשה ביי"ד] ואין כוונתו ומחשבתו מעלה ומוריד.

ולכן לא נשאר אלא עד אחד המעיד על פרעון הראשון שלא שייך שם פרעון עלייה, ואדרבה בין לדברי העד ובין לדברי השטר הפרוע [שנית] אין בפרעון הראשון אלא דין אחר, דפקע מיניה שם פרעון ונעשה למעות או חוב אחר, ולדעת רש"י, חוב דמלוה.

ומשום הכי וכו'. וכן נראה שלמד החידושי הרי"ם (פ"ח. ד"ה ונתה תוס'), אכן ע"ש שדן ע"פ משפטי חצי דבר בעדות, וחילוקי הדיעות באופן הנאמנות בהלוואה אחר הלוואה. אך ע"ש בסוף דבריו, "דדוקא ב' על הלוואה מצטרפין לחיוב, או ב' על פרעון זא"ז

מצטרפין לבטל השטר, אבל א' על פרעון וא' על הלוואה, ודאי לא מצטרף, לא שיהיה פרוע ולא שיהיה חייב, דאין כאן צירוף כלל וכו', וכשרוצה שיהיה לפרעון שייך צירוף, משא"כ אי מוקי לקמאי במלוה ותובע לשלם ע"פ העד, והבי' מעיד על פירעון אינו צירוף כלל. [וגם לדינא צ"ע דגבי ביטל אחרון כ' ב"י שאינו צירוף] עכ"ל. הרי להדיא שלא ס"ל להרי"ם ז"ל כהחילוק הזה של דודי הגאון המחבר שליט"א דמוקי הנך קמאי למלוה עדין הב' פרענות בני צירוף ניהו, אלא ס"ל, דמאחר שאישתני גופא אישתני דינא"ז וצ"ע. והגם דמירי הרי"ם במסקנת הגמ' בהא דרב שישא, מ"מ מוכח שלא הודה להנ"ל, ע"י בפנים ד"ה ועל זה מתקיף רב שישא והבן.

ונראה הרי"ם ס"ל שהפרעון אישתנה ממילא להלוואה [וכמש"נ כב"ר], שממילא נתברר ואיגלאי מילתא שמעות הפרעון לא היו באמת לפרעון, וממילא בתולדה נעשה עדות העד לדבר אחר, עדות מלוה ולא פרעון. לא כן לפי טעמא שכ' דודי הגאון שלמד דמירי בוקפה עליו במלוה ואין זה איגלאי מילתא אלמפרע, אלא מעשה מכאן ולהבא, ושפיר לא אישתנו עידי פרעון, דמיעיקרא פרעון קחזו והשתא נמי פרעון קמסהדו, אלא שהפרעון נוקף לחוב בעלמא. וע"ע במגיני שלמה ופני יהושע מש"כ ביישוב קו' התוס' ארש"י.

אכן וכו' שעבודא דאורייתא האיך יבזל פחייבה שבועה. והיינו על פי שיטת הקצה"ח (פ"א פ"ד ס"ק ב') דאף לאחר תק"ח להפקיע לשעבוד נכסים בלא שטר מ"מ עדיין קיים שעבוד מכח הזווי, דע"ש שכתב דגם כשכתב שטר אין השטר אלא לראיה ולקול, אבל לא להקנות הקרקעות ולשעבדם. וכמש"ב נתיבות (פ"ק ס') הביא ראה מפורשת מתוס' גיטין (כ' ד"ה וכו'), אמנם לדעת הנתה"מ (שם פ"ק ס"א) שהשיג עליו ואין הזווי משעבד כלל אלא השטר חוב, וכן הוא מפורש בתוס' ר"ד גיטין (שם), אי"צ לכל זה, דבסוגיין אין שום שט"ח אלא זווי, ולאחר התקנה לא משתעבד כלום ע"י הזווי ונשאר כהלוואה בלא שום שעבוד קרקע ופשוט.

אמנם לקושטא דמילתא גם להקצה"ח לא קשה כלום, דהרי גם על הקצות ההודות דלאחר התקנה אין נפק"מ לשעבד קרקע שאין בה דין לגבות, ולפיכך אפשר דממילא נפקע דינה שיל הזווי לשעבד, דקנין ושעבוד אינו נותן כלום מלוה למלוה לאי כלום הוא. ויש לדון בזה [ובמק"א הבאנו מקמאי ז"ל דגם אחרי התקנה נשאר שעבודא דאורייתא], ואפשר לענין הא גופא שמעכב את השבועה שפיר חל השעבוד גם ע"י זווי גרידא והבן.

אכן וכו' בשעת חיות ההלוואה מוח"ה לה שעבוד. הנה בזה הושלם כל התירוץ. ומש"כ דודי הגהמ"ח שליט"א אח"כ להוכיח שגדר

המחילה הוא מדין שחובה הוא לו ויותר נוח ליה בלאו הכי וכו', לכאורה אך למותר הוא, דהלא לאחר תק"ח בלא אף מחילה להשעבוד לכאורה אין שום שעבוד, ע"י לעיל בסמוך שהקרינו בוה ברעת הקצה"ח. ואפילו אם תמצא לומר שנשאר השעבוד מן התורה כל עידן דלא מכרם, מ"מ ודאי מחילה להשעבוד מטעם אחר והואיל ואין לו זכות וקנין לגבות מהן בלא כתיבת שטר ע"כ מחילה ללוה לגמרי, ובאמת כן כתב הקצות מפורש במשובב נתיבות [ס"ו ס"ק ס'] בתוך דבריו, "אלא דאם לא כתב לו שטר לא אפקיה לקלא, ומסתמא מחל לו אותו שעבוד". ולפיכך אריכות הפירוש בפנים צ"ע.

אכן לאחר העיון דברי דודי המחבר נכונים מאוד, דהרי שאני סוגיא דכתובות שלא הלוה זווי להדיא אלא אירע ממילא שנהפכו הזווי להיות כמלוה, וא"כ שוב ליכא לשום הוכחה ואומדנא מהא דלא כתב שטר, דפשוט לעין כל למה לא כתבו משום שסבר שיפטור בוה חובת כתובה, ורק ברשעת האשה הנהפכו הזווי למלוה כאמור, וא"כ שוב אין לנו להוכיח שמחילה להשעבוד כמו בגוונא של הקצות, ולכן צריכים אנו לדברי דודי המחבר לומר דיש לנו הוכחה מטעם אחר שמחילה להשעבוד, והיינו משום דחוב הוא לו וכמבואר בפנים.

אכן הוקשה לו ארש"י וכו' והא אין נשבעים וכו'. לכאורה הנחה זו מחודשת מאוד, דדבר ידוע הוא שהשעבוד קרקעות אף למ"ד שעבודא דאורייתא הוי חלות בפני עצמו, [וכמו לגבי מקח וממכר בקרקעות], שהרי נקנה השעבוד להמלוה, או לדעת הריטב"א בקידושין (ע"ב) נקנה קנין בקרקע גופא, וכן נקט הפוסקים, וא"כ כשנמסר הזווי מיד המלוה להלוה חל מעשה קנין על הקרקעות או השע"ק.

ואם נימא שהלכה זה קיימת גם בסוגיין שנתהפכו המעות פרעון לחוב בעלמא, תמוה מהכ"ת שייך שעבוד קרקעות על חוב כזה דלא נמסר הזווי באופן שיעשה קנין גם על הקרקע, רק עתה נתהווה כעין ממוני גבך וחייב להחזיר, אבל שעבוד צ"ע היכי חייל. [ודודי הגהמ"ח שליט"א לטעמיה אזיל שהיה כאן קנין ע"י הזקיפה וכמש"נ], ויותר היה נראה דבכה"ג דנתהפכו המעות למלוה ממילא, אין שע"ק חל עליה, ולכן שייך שבועה מן התורה, [ולא דמי למוקף ושא"א מלוה הכתובה בתורה, דהתם התורה משעבדת ולא האדם].

אכן לדעת הקצה"ח (פ"א ל"ט ס"ק א' ד"ה ונתה) "דאפילו למ"ד שע"ד ג"כ ס"ל דאין אדם יכול לשעבד נכסיו, ומשום דאין הקנאה לחצאין, והא דנכסיו משועבדים לאו מחמת הלוה הוא, לפי שאין שעבוד הלוה מועיל כלל, אלא כיון דשעבודא דאורייתא ממילא נכסיו משועבדים

וכו' התורה שעבדס". שוב אנו צריכים לומר דאף בהלואה דממילא שייך שעבוד נכסים, דסו"ס התורה שעבדס, ולכן נכונים דברי דודי הגאון המחבר שליט"א.

אמנם לפי"ז קשה אין מהני מחילה בכל שעבודא דאורייתא, ועי' בחמדת שלמה קידושין (י"ג): שעמד בזה, וכנראה דמה"ט פליג על הקצה"ח וצ"ע.

אכן וכו' ואומדן דעתו וכו' והוא מוחז' וכו'. וכן מבואר בשו"ת מהרי"ט ח"מ סי' ק', ו"לא בעינן שיאמר מחילה בפירוש אלא דברים המוכיחים שהוא מוחל סגי".

שו"מ סברא זו של דודי המחבר מפורשת במעייני החכמה (להגיד אריה לוי צעין בי"ד: על התוס' שם את פ"ה), והואיל ואין לו שום תועלת מהשעב"ק, רק צרה יש לו משום שגזול ממנו זכות שבועה, ודאי מחליה, ועי' לעיל שער א' פרק ח'.

אכן וכו' דהא לא מהני מחילת השעבוד אלא בשעת חלות החוב. אמנם מצאנו היפך זה בסמ"ע (סי' רס"ט סי' כ"א), וז"ל: והא דפסק מור"ם בסמוך סעי' ח' דיכול אדם לסלק עצמו וכתו מדבר שלא בא לעולם, שאני התם דקאי אאדם שיש לו שעבוד על נכסי חבריו, וכיון דכבר נשתעבד לו, משום הכי יכול לסלק אותו שיעבוד אף מנכסים שעדיין לא קנה הנחתיב, כיון דמכל מקום כבר נשתעבד לו הנחתיב עכ"ל. ומבואר להדיא דאף לאחר שעת חלות החוב מהני מחילת השעבוד, וכ"ש אחר שקנה הנכסים וחל עליהם שעבוד נכסים ממש. וכן דייק מנייה הנתח"מ (שם סי' ר"ו). ולדבריו שוב צ"ע קושיות רש"י ודברי דודי לחלק בין שעת החלות חיוב ללאחר מכן וצ"ע.

אלא דכבר השיג הנתיבות עליו שם מכח תוס' מפורש בכתובות (צ"ח, ד"ה וכו' כתבה ליה) דמבואר דאינו יכול לסלק עצמו מנכסים שכבר קנה, וזה מורה דברי דודי. אכן מפורש בגמ' שההובא בנתיבות ג"כ, שבקנין מהני סילוקו מהשיעבוד נכסים, א"כ הכא נמי נימא שבקנין יהינן לסלק עצמו מהשעבוד נכסים, וכ"ש מחילה דלא צריך קנין כלל, עי' במש"ש שם בכתובות ובאבני מילואים סי' ק' ס"ק ד' ובמילואי חותם שם (את"ל 150). ועכ"פ היכי דלית להמלוה שטר פשוט שמהני מחילה על השעבודים, הדנה עי' בחו"מ סי' רמ"א סעי' ב' חילוקי דיעות בזה, אי מהני מחילה אפילו היכא ששטר בידו. אכן עד כאן לא פליגי אלא כשמחל גוף החוב, וכמו שכתב האב"מ (סי' ק' ד' ד"ה תרומה), אבל כשמחל את השעבודים גרידא לא מהני, דהא עדיין הם כתובים בשטר ע"ש באב"מ, אבל בנידון דידן דליכא שטר על ההלואה שפיר יהינן מחילה על השעבודים גרידא דליכא עיכוב השטר.

וכל שכן לדעת הראשונים דס"ל דמהני מחילה על השעבודים גרידא אף בדנקיט שטרא בידיה, עי' רשב"ם ב"ב (קל"ב: ד"ה רבי יוסי וקל"ג: ד"ה ומקולי וד"ה וא דלמא), וברית"ב א"כ מכות (ג).

הובא בקצה"ח (סי' ס"ו סי' ל"ז), וע"ע במילואי חושן שם אות 244 ובהוספות בסוף הספר בדברי הרשב"ם והיד רמ"ה, וצ"ע ג.

ועל וכו' ולפי"ז הוא הדין וכו' דפרעון אחר פרעון אינו מצטרף וכו' והדבר צריך תלמוד. והנה מפורש בשו"ע (סי' ל"ט סי' ח') וכ"כ הטור (שם) בשם ספר התרומות (שער סי' ח"ב סי' ג) דגם פרעון אחר פרעון מצטרפין כמו לגבי הלואה, וע"ש בכ"י שהביאו בלי שום חולק, וכן משמע משאר נושאי הכלים וצ"ע ג.

ושאלתי את פי דודי הגאון המחבר שליט"א והשיב לי בכת"י בקצה"ח וז"ל: מקור לדברי המחבר הוא ספר התרומות שער סי' (ח"ב אות ג.) שהקשה קושית התוס' דכיון דהלואה אחר הלואה מצטרפין גם פרעון אחר פרעון יצטרפו, ומהי פירכא דרב שישא, והתוס' הניחו בקושיא, אבל בעל התרומות תירץ דכיון דפרעון הראשון נהפך למלוה אין לצרפו עם פרעון שני, דפרעון ומלוה שני ענינים נפרדים הם, אכן רש"י לא כיון לזה, שהרי כתב דמה שראה זה לא ראה זה, ולדעת בעל התרומות אין בזה חסרון בשני פרעונות גמורים, רק הכא שהפרעון נהפך למלוה, ורש"י למד דיכול להעיד על פרעון שעבר, ובעל התרומות למד דכיון שמתהפך למלוה אין עליו אלא תורת מלוה בלבד. ודע דלפי דברי המחבר שם בסעיף הקודם צריכים לומר דבסוגיין כשמביא שני העדי אחד, הוא טוען שפרע לה ארבע מאות וזו, דאי לאו הכי נמצא שהוא מכחיש אחד מן העדים עכ"ל.

ונמצא שהטור והשו"ע נקטי כשיטת הבעל התרומות דפרעון ופרעון מצטרפי, ודודי שליט"א מפרש שיטת רש"י דאין פרעון ופרעון מצטרפי (לרב שישא ולמסקנא). אכן צע"ק, חדא, אמש"כ שרש"י פליג על בעל התרומות צ"ע מסתימת כל הפוסקים, ולא עוד אלא שהוסף הבית יוסף (ל"ח, ח') "דבר פשוט הוא". וגם הב"ח (שם) טרח למצוא רבותא בהלכה זו, ולפי דברינו דלאורה רבותא גדולה אשמענין דלא לימא דפרעון ופרעון שאני וכשיטת רש"י.

ויש לומר דאפשר הבינו הפוסקים דרש"י ניחא ליה לאוקמי רב שישא כמ"ד בסנהדרין (ל'): דהלואה אחר הלואה לא מצטרפי, וכמו שכתב הפנ"י ליישב קו' התוס'. אכן דרך דחוקה היא וכנראה בעליל מקושיית התוס' ומה שנלאו ליישב הכי. וגם אינו מובן מהו 'המתקיף', לימא כתנאי, דכבר פליגי בה חדא ז'מנא (וכמש"כ בספר מדרוש כתובה ובספר רשב"י). וא"כ גם לרש"י י"ל דאתאי לכונ"ע ועל פי מש"נ והבן. ועי' לקמן יישוב נפלא.

אמנם קשה מה שסיים דודי "הוא טוען שפרע לה ארבע מאות וזו", דהא אפילו למ"ד הלואה אחר הלואה מצטרפי היינו משום דממה נפשך תרוייהו אחד מנה קא מסהדי, א"כ עדות שני עדים הללו (בפרעון כתובה) אינן כי אם פריעת כתובה אחת כאלו ראו כאחד שפרע לה כתובתה, א"כ היאך מוקי

להו להנך קמאי בהלואה (עכ"ל התוס' הרא"ש ד"ה הכי, אלא שהא ד"ל כתב בניתוחא לפרש כוונת רב שישא ברה דרב אד"י), וי"ל. ועי' מה שאכתוב בסמוך בע"ה.

ועל וכו' ולפי"ז הוא הדין וכו' דפרעון אחר פרעון אינו מצטרף ולא רק בכתובה, עי' לעיל מה שתמהנו שהיא להיפך מדברי השו"ע (תרי"מ סי' ל"ט סי' ח'), ות"י דודי דאנן בשיטת רש"י קיימא והשו"ע בשיטת בעה"ת קיימא, ושוב תמהנו דמסתימת כל הפוסקים ועוד ראיות לא נראה דפליגי בזה הראשונים ע"ש מה שדחקנו. ונראה ליישב באופן נפלא ובהקדם על פי סברא מחודדת ששמעתי פעם מדודי הגאון המחבר שליט"א, דיש לחקור בגדר הדין פרעון, למה פקע החיוב מהלוח, האם הטעם פשוט משום שחזר המעות לבעליו והוי כמי ששאל כלי מחבירו והחזירו, או דלמא אין זה מידי דממילא, אלא שע"י הפרעון ר"ל הנתנית מעות מיד ליד מלוה נעשה אצל המלוה ממוני גבך, והשתא אצל שניהם נמצאת ממוני גבך, גם אצל הלוח וגם אצל המלוה, וממילא בטל החיוב.

ולפי"ז יש לחדש דבעצם לא היה ראוי לצרף שני עדים בפרעון אחר פרעון, דנחוי אנן אם נימא שפרעון הוא כצד א' שע"י החזרת המעות ממילא בטל החוב, א"כ אין השני עדים מעידים על מעשה אחד, ולא דמי כלל להלואה אחר הלואה דתרוייהו אמנה אחד קמסהדי, דסו"ס מעידים על הממוני גבך וכמש"נ (בכתבית פרק ח'). ולפיכך צע"ג היאך מיפשט פשיטא ליה להטור ושו"ע וכל הפוסקים דפרעון ופרעון דומה להלואה אחר הלואה.

אכן לפי צד ב' דפרעון נמי משווה קודם ממוני גבך ורק א"כ נפקע החוב אתי שפיר דגם ב' עידי פרעון קמסהדי אחד מנה דממוני גבך, ולכן שפיר דמי הלואה לפרעון. ואשר יראה לומר בזה דגם רש"י מודה לכל זה ומעולם לא חלק אבעל התרומות בין פרעון וכסתימת כל הפוסקים, ואלא רש"י ס"ל דעד כאן מענינן הלואה לפרעון בסתם הלואות, אמנם ס"ל דכתובה שאני בעיקר יסודה, דהרי לא נטל הבעל מאומה מכספי האשה ואין כאן דין ממוני גבך, ולכן כשהבעל משלם כתובתה לא אמרינן שחל אצל האשה ממוני גבך, וכצד ב', אלא ככה"ג צ"ל דהחוב בטל ממילא ע"י מעשה תשלום גרידא, וכצד א'.

ועל כן ככה"ג שוב א"א לצרף ב' עידי פרעון דתרוייהו על המעשה קמסהדי ולא אמנה וממוני גבך וכמש"נ, ולכו"ע איכא חסרון ממה שראה זה לא ראה זה, וכדמצינו לגבי עידי נפשות. ומעתה לא יקשה כלל הא דסתמו הטור והשו"ע והנ"כ דלא כשיטת רש"י, דהלא לא מיירי כלל מענין כתובה רק שטר חוב והלואה בעלמא, ובוה ודאי לא פליג רש"י, ורק בכתובה פליג וכמש"נ. וא"ת בהלכות כתובה הוי"ל להפוסקים לפרש, וי"ל דעי' באבה"ע (צי"ב סי' י"ג) שם פסקו כרב

עמד בזה הגאון רבי אליעזר יהודה פינקל ז"ל בספרו דברי אליעזר (ת"א גיטין כ"ח אות כ) וע"ש מש"כ בזה דברים נפלאים, אלא נראה דעיקר הדגשתו הוא על תשובה הראשונה ולא השניה ע"ש. וע"ש בסוגריים (אולי זה מהכותב ולא נכון הגאון רבי נחום פרוצובי ז"ל ע"י הקדמה) שמבואר שם דעיקר ההדגשה הוא תשובה השניה המיותרת לכאורה וכדברי דודי המחבר שליט"א.

ועוד יש דרוקדק וכו' אכן הכא אין התרומה קנייה להמ"מ. וכן הקשה רבי חיים עוזר ז"ל (ש"ת ארבעה ח"ג מ"ב, ג).

ועוד יש דרוקדק וכו' ויש דחזות וכו' טובת הנאה. כן השבתי לדודי המחבר שליט"א ושו"מ שישב רבי חיים עוזר (שם). אמנם למ"ד טובת הנאה אינו ממון אחתי צ"ע. אכן ע"ש שהוכיח שאינו כן, בדאמת הרמב"ם פסק כאן (פ"ו מעשר ה"ו) שמזכה על ידי אחר ולא הוא עצמו, ומ"מ פסק (פ"ב תרומה ה"ט) שטובת הנאה אינו ממון וסותר לכאורה למש"כ כאן, ואלא ע"כ מוכח ומבואר דלא תליא בדין טובת הנאה אלא הכי פירושו, לפי שבתרומה התורה נתנה לבעלים זכות לתת ולהקנות את התמנות כהונה למי שירצו, והוה כהמקנה ולא לפיכך יש לו דין מקנה ואינו יכול לזכות לאחרים, וכדין שאר מקנה שאינו יכול להיות זוכה לקונה. וכן כתב בקהלות יעקב כאן (פ"ב כ"א אות ב) והוסיף על זה משלי נפלא, דהוי כעין זכות האב לקדש את בתו הקטנה, שעל אף שאין לו זכות אישית בבתו, מ"מ כח וזכות להיות המקנה נתנה לו תורה. והצעתיו הדבר לפני דודי המחבר שליט"א והוסיף נופך משלו: דעל כרחק זה שאין זכין לאדם אלא ע"י אחר אינו משום שהחפץ הוי שלו ושהבעלים אינו יכול לזכות לאחר, אלא הכי פירושו דאין המקנה יכול להיות גם הקונה.

ובכ"ל יש דרוקדק וכו' ולמה צריך להפכתו. ובאמת כן דקדק הירושלמי כאן (פ"ג ה"ו, י"ח). אמנם המעיין שם יראה דשנוי בפלוגתא האמוראים. דז"ל שם: אתא עובדא קומר ר' אימי, כהן לוי שהיה חייב לישאל מעות, ואמר לו הפרש עליהן מחלקי, אמר ליה ולא תנינן אלא המלהו מעות וכו' להיות מפרש עליהן מחלקו, בשהלוהו על מנת כן, הא לא הלווהו על מנת כן לא. רבי זעירא אמר, אפילו לא הלווהו על מנת כן. חיליה דר' זעירא מן הדא [תוספתא דמאי פ"ו ה"א] וכן בן לוי שהיה חייב לישאל מעות, אמר לו הפרש עליהן מחלקי ומפרש עליהן - גירסת התוספתא שאין לוי עושה לוי, שלא אמר אלא "לא יאה גובה ומפרש", הא משלו מפרש עכ"ל הירושלמי.

הרי דפליגי אם מפרש הישראל משלו בחוב של כהן לוי כשלא התנה מקודם, ר' אימי סבר דאינו מפרש וכפשטיה דמתני', ור' זעירא סבר שמותר וע"פ דיוקא דתוספתא דמאי. ובבבלי הוזכר נידון זה, ודודי המחבר דייק ממתני' וכדיוקא דר' אימי, אבל לדניא

התוצאה והממוני גבן ואין המעשה עיקר, לא כן לגבי פרעון כתובה ומלוה הכת"ב שמעשה הפרעון עיקר ולא הממוני גבן, וא"כ הוא הדין נמי לגבי דמי המקח ופרעון הלוואה דמעשה הפרעון מחיל המכירה ולא התוצאה. וע"י בספר כללי קלב"מ (כל"ג הלכה ד) מש"כ בזה וז"ל: מדברי הראשונים עולה דפרעון חוב שנפרע בזמן קלב"מ וכו' לא הוי פרעון וצ"ע עכ"ל. וע"י בבאוריו באורך אות ד' שם. אכן לפמש"נ שאני פרעון מלוה משאר חובות כעיקר יסוד דינא.

ש"א פל"ג

וכתב רש"י וכו' שצריך לפסוק להם דמים בשעת הלוואה וכו' ויל"ע למה. והנה המהרש"א בתוס' (ד"ה ופסק) כתב בדעת רש"י (ד"ה ואין) וז"ל: אבל מפרש"י נראה וכו' דוקא כשלא יצא השער, אבל ביצא השער לא יוכל לפסוק עמו בפחות משער דהשתא עכ"ל. וזה דלא כהתוס' ע"ש. וע"י בפנ"י (ד"ה גס) שסברת המחלוקת היא, משום שההיתר להוויל משום שקרוב גם להפסד הוא רק באבק רבית, וכגון דרך מקח וממכר, אבל בדרך הלוואה הוי כרבית קצוצה ואסור מה"ת, ולא יועיל טעם זה להתיר, וסבר רש"י דדין הלוואה יש כאן ואסור מה"ת, ולפיכך ההוויל פחות מהשער אסור, ורק התיירו לו לפסוק קודם שיצא השער. אבל התוס' פליגי וס"ל דדין דרך מקח וממכר חשיב כאן, ואי"ז אלא אבק רבית בלבד, ולכן מותר ההוויל פחות מהשער מכיון שקרוב גם להפסד עכ"ל. ולפי"ד מובן למה רש"י קפיד אהא דצריך לפסוק בשעת ההלוואה.

אמנם לפי מה שיתבאר בפנים בסמוך [דרש"י ס"ל דחשיב מקח וממכר ולא הלוואה] צריך לפרש באופ"א וכמבואר שם. ובאמת המהר"ם שיף (ד"ה בחש"י ד"ה ופסק) אפשר דס"ל ממש כדרך דודי המחבר שליט"א והבן.

וכתב וכו' אולם הרמב"ם וכו' ומבואר מדבריו שאינו פוסק דמים בשעת ההלוואה. ולפי מהרש"א הני"ל לכאורה שיטה זו היא שיטת התוס', וז"ל כהרמב"ם ס"ל כהתוס' ולא כרש"י, ויתבאר טעמו כהפנ"י הני"ל. ולדרך המהר"ם שיף דליכא שום מחלוקת נמצא דרש"י ותוס' והרמב"ם אווזין בחדא שיטה. אכן מצאנו בח"י הרשב"א (ד"ה פסק) דרש"י פליג ולא ס"ל כהתוס' ודלא כמהר"ם שיף. וע"י עוד במהר"י קורקוס בסמוך (פ"ו מעשר ה"ו ואינו תורש) שכתב שדעת הרמב"ם כדעת רש"י ודלא כהתוס' הני"ל וע"א.

וע"י בדרך אמונה (פ"ו מעשר ה"ו) בבאור ההלכה (ד"ה יש) מש"כ דלדינא רש"י והרמב"ם מודים לדין התוס', וע"ש עוד מה שדן בזה. וקצת קשה למה לא כתב (בהלכה ו) מאומה אודות החילוק בין רש"י והרמב"ם שנתבאר כאן בפנים.

עוד כתב רש"י וכו' וכתב רש"י שתי תשובות בדבר וכו' ולכאורה אי"צ לתשובה שניה. וכן

שישא בריה דרב אידי דלא מצטרפי חד שהדא וחד שהדא, ודלא כרב פפא. הרי דאין הלכה כרב פפא דס"ל דמצטרפין, ולדעת רש"י שיטת רב פפא הוא דפרעון אחר פרעון כן מצטרפין, וע"כ קושית רב שישא הוא דשאני פרעון מהלוואה, וקיי"ל כרב שישא.

נמצא דלהלכה שאני פרעון מהלוואה, ולפי מה שביארנו הכוונה הוא לפרעון כתובה, דאילו פרעון שטר חוב כבר נפסק בחו"מ (פ"ו) דמצטרפין, וע"י כדכתבנא. ורק בעל התרומות יסבור שאין חילוק בין פרעון הלוואה לפרעון דכתובה, שהרי אצלו מחלוקת רב פפא ורב שישא לא היה אלא האם לגבי פרעון הראשון חשיב עידי פרעון או עידי הלוואה, וגם הבעה"ת הקדים לכל דבריו לשון 'מסתברא' דהוא הדין לענין פרעון, ועכ"פ אין שום הכרח שהפוסקים הכריעו כוותיה בדבר זה ודוק היטב.

הוספה:

בהך חידושיא רבא שכתבנו לחלק בין פרעון דסתם הלוואה [דעדים מצטרפים] לפרעון של כתובה [דאין מצטרפים], יש להביא סמך גדול מטוגיא מפורשת בב"ק (פ"ג) גבג ומכר בשבת וכו' והתניא פטור, אמר רמי בר חמא כי תניא ההיא דפטור באומר לו עקש תאינה מתאינתי ותיקני לי גניבותיך, אמרי וכיון דכי תבע ליה קמן בדינא לא אמרינן ליה ליל שלים, דמחייב בנפשו הוא, הא מכירה נמי לאו מכירה הוא. וע"י בתוס' שם (ד"ה באומר לו) וביתר ביאור בתוס' רבינו פרץ (והוא בשטמ"ק שם ד"ה באומר בשם תלמידי הר"ם ד"ה) שפירשוהו א' דאילו תבע ליה קמן בדינא, ר"ל אילו לקט התאינה בתורה גזילה לא ליה זיל שלים דנפטר משום קלב"מ, וכל היום יכול ללקוט תאינים ולא מחייב לשלומי מידי, א"כ גם לגבי מכירה לא חשיב תשלום בעד המכירה ולא מכירה היא עכ"ל.

ומבואר דבעת שמתחייב בנפשו לא חשיב פרעון בעד המקח. הרי מבואר דמעשה הפרעון הוא העיקר והמחיל דין הפרעון, ולא התוצאה והממוני גבן וכו' כהלוואה, וכמו שכתבו הגר"ח והברכ"ש (ביק ס' י"ד) וכדחבאנו לעיל, וכדמבואר מהא דמיצטרפי שני עדים אהרדי כהלוואה אחר הלוואה וכמש"נ, דאילו היה פרעון מקח שוה לפרעון הלוואה ודאי לא היה שייך פטור קים ליה כדברא מיניה כמעשה הפרעון של המקח הני"ל.

ולכן לעינתי אין לומר דכך הוא גם בכל פרעון חוב, וכמו שבאמת רצה להוכיח מאן הקובץ שיעורים (ביק אות ל"ה) דלא מיפטר בפרעון חובו ע"י פרעון באופן שמתחייב בנפשו, דהרי הלכה רווחת היא בטור ושו"ע דפרעון כהלוואה דמי, וכמו שנתבאר מהא דמצטרפי ב' עדים אהרדי.

וע"כ מוכח ומבואר דשאני דין פרעון הלוואה מפרעון דשאר חובות, כמו שביארנו לגבי כתובה ושאר מלוה כתובה בתורה, דדוקא כהלוואה אין הפרעון חל אלא ע"י

יש בזה סתימת הפוסקים, הדנה הרמב"ם לא הזכיר הלכה זו 'דלא הלוהו על מנת כן לא', ולכן אין להכריע מדבריו אי כר' אימי אי כר' זעירא. והטור והשו"ע לא הזכירו מאומה בניין זה, רק ברמ"א יו"ד סי' רנ"ז טע"ה כתב בזה"ל, מי שמפריש מעשרותיו והלוה לעני משלו, מפריש מעשר שלו ומחשב על זה שהלוה לעני ומעכב לעצמו מה שהפריש עכ"ל. והיה נשמע מינה דפסק כר' אימי ולא כר' זעירא, אלא דיותר נראה מדבריו לאידך גיסא שלא הקדים שהתנו להיות מפריש עליהן, ומשמע דמיירי בשעת הפרעון, ובאמת בשעת ההלוואה לא התנו כלום וכר' זעירא. ועי' בבאור הגר"א (סי' י"ג) שלא ציין מאומה למקור דבריו מירושלמי, אלא ציין סתם סוגיין דבבבלי (גיטין כ), וצ"ע למה לא למד הגאון ז"ל דהרמ"א מיירי בנידון הירושלמי.

ובפתחי תשובה (שם סי' ה') הביא משו"ת נודע ביהודה (רי"ד סי' קצ"ט) דהלכה כר' זעירא, ועי"ש בפנים שדייק הכי גם מחי' הרשב"א בסוגיין (ל' ד"ה הא) שהעתיק הירושלמי ומשמע דנטה כר' זעירא, ודוחה דיוקא דפשיטה דמתניתין ור' אימי, דמשום סיפא דצריך להתנות בכי"ד נקטיה ללשון זה [-להיות מפריש]. ואכן הנודע ביהודה לא הזכיר מאומה מדברי הרמ"א הללו, ואדרבה מיד אחרי העתקת לשון כל הירושלמי כתב "והפוסקים לא הביאו פלוגתא זו ולא הכריעו בה", הרי להדיא שפירש הנו"ב ככוונת הרמ"א על דרך הביאור הגר"א דלא כוון להכריע פלוגתא אמוראי הירושלמי אלא סתם כדסתמה מתניתין גופא, וצ"ע.

אכן הש"ך (שם סי' י"ב) מבאר להדיא דכוונת הרמ"א הוא דוקא כשהתנו לכתחילה וכשיטת ר' אימי לכאורה (אף שלא הזכיר שם שום אמורא ופירא מקום). סוף דבר דברי כל הפוסקים תמוהים דמאן דמוכיר הא לא מזכיר הא.

ונראה דבדעת הרמב"ם שפיר יש להכריע פלוגתא האמוראים הנ"ל ממה שכתב "להיות מפריש", ואי אפשר לומר הדוא כמעתיק לשון המשנה והש"ס, דהיינו דוקא כשאינו מוסיף ומגרע מלשון חז"ל, אבל כשמוסיף ומפרש מלשון עצמו אי אפשר לומר דהלשון של חז"ל הוא בדרך העתקה בעלמא, והכא כן הוא לשון הרמב"ם "המלוה מעות וכו' להיות מפריש על אותן המעות מחלקן", הרי דמדגיש הרמב"ם שזה המעות מלווה עתה יהיו בעד חלק הכהן והלווה, וכל זה מיירי קודם ההפרשה וזמן הפרעון, ועל כרחק דפסק הרמב"ם בצריך להתנות כן בתחילה וכו' אימי דלא כר"ז.

ועי' באגרות משה (רי"ד ח"א סי' קנ"א) שהביא דברי הש"ך והנו"ב וכתב "אבל קשה להכריע נגד הש"ך", והעיר על הנו"ב למה לא הזכיר דברי הש"ך. הרי דגם הוא ז"ל ס"ל כהכרעת הש"ך. שו"מ שאף הנצי"ב בשו"ת משיב דבר (ח"ב סי' מ"ט) והגר"ח קניבסקי שליט"א השיגו על הכרעת הנו"ב, עי' דרך אמונה (פ"א פמנשא סי' כ"ז)

(כ"ז) שכתב בשם הריטב"א והנמוק"י (עי' ציון ההלכה סי' כ"ח) "ולא תקנו אלא בשעהלוהו על דעת כן, אבל אם היה חייב לו מתחילה מעות ולא הלוהו על דעת זה, אינו יכול לגבות ממעשרותיו אפי' אם הכהן ולוי מסכים". ועי' בבאור ההלכה (שם סו"ת המלוה) וז"ל: הבאנו בדרך אמונה שהריטב"א והנמוק"י [וכ"מ בריטב"א החדשות] פסקו כר' אימי דדוקא בהלוהו ע"ד זה, והרמב"ן והרשב"א הביאו המחלוקת [בירושלמי] ולא כתבו הלכה כמאן, וראיתי בנו"ב מהד"ת יו"ד סי' קצ"ט שדייק מלשון הרשב"א מדתבן ואיכא מאן דאסר, משמע דס"ל דאין הלכה כן רק כדברי המתיר, ולכאור' אין מזה ראי', דהרי מטרת הרשב"א שם להביא ראי' שא"א לעשות כן במתנה, רק בדרך הלוואה, ולכן כ' דזה מוכח וכו' אבל אין מכאן שום ראייה כמאן הלכה. והא דפסקו באמת כר' אימי, י"ל משום דר"ז תלמידו היה ואין הלכה כתלמיד במקום הרב וכו' עכ"ל. הרי להדיא דהלכתא דצריך להתנות בשעת הלוואה וכתנתו דודי המחבר.

הלאזה. וכן כתב בחי' הרמב"ן מנפשיה (ל' ד"ה כ"ז) וז"ל: כיון דכי לית ליה לא יהיב ליה, פי' כשנשדדפו שדותיו ומפסיד הכל לא משלם ליה לא קרן ולא רבית, "הילכך וביני הוו ושרי", ולא דמי למשכן לו בית ומשכן לו שיה (כ"ב סי' ט"ז) וכו' ובמקומה יתבאר בס"ד. ועי' בחי' הרמב"ן (סי' ד"ה פירוש נובתא), ועי' בבחי' הלכות רבית (סי' קע"ב סי' ג') שהביא מדבריו. וכן בעוד ראשונים שסמכין לסברא זו, עי' חי' הריטב"א.

והנה כשיטת רש"י יל"ע, ומצאתי בשו"ת הרדב"ז (ח"א סי' צ"ז) שכתב להדיא בדעת רש"י כעין דברי דודי המחבר שליט"א, דעי' שם שהביא למתני' בגיטין והביא שיטת רבינו העזרי מספר כפתור ופרח שכנראה למד דהוי הלוואה, והשיג עליו דזה אינו אלא דהוי דרך מקח וממכר, ואי"כ תביא רש"י (ד"ה פוסק פתמה) שכתב וז"ל: בכל הלכה נמי אם בא לפטוק כשער הזול מי ימחה בידו עכ"ל. וכתב הרדב"ז דמשמע מזה דטעם ההיתר הוא משום דהוי מקח וממכר.

אכן הפני יהושע (ארשי"י ד"ה ואין בו) לא פירש רש"י כן אלא דהוי הלוואה גמורה, ע"ש שכ' ליישב רש"י (מהשגת הנוסח ד"ה ופוסק) דס"ל דכאן לא הוי דרך מקח וממכר וז"ל: דרש"י נמי נחית להאי סברא דטעמא דמשכנתא היינו משום דכמכורה לו דמיא, שהרי המלוה מוחזק בשדה ויורד לתוכו לעבדה ולשמרה, משא"כ הכא דלא שייך כלל ענין מכירה, שהרי הלוה מוחזק בהשדה, והפירות הם דבר שלא באו לעולם וכו', א"כ סובר רש"י ז"ל דהוי רבית קצוצה לפטוק בפחות משער הזול עכ"ל. אכן ע"ש (כ"ה אמר רב פפא) דהדר תבריה לגיזא וז"ל: ויש ליישב וכו' דטעם ת"ק"ח בזה הייתה שעשו הלוואה זו כמל מכירה שפוסק על השער וכו' ויש

דאשכחן מכירה כה"ג עכ"ל. ומשמע דנטה לומר דלא הוי כהלוואה ממש אלא כעין מכירה. וצ"ל דרק מצד התנה עשו כאלו הוי מכירה אע"י דבעצם אינו כן, משא"כ להרשב"א שכתב המחבר בפנים, וכהרד"ב, ס"ל דרש"י דהוי מכירה בעצם. ועי' בחידושי הרשב"א שהשיג טובא על סברא זו, אכן קצת משמע דכן למד עכ"פ בדעת רש"י.

ומהאי טעמא וכו' דרש"י ס"ל דאין מכירה כפי פסיקת דמים. וכדאיאתא מפורש במשנה בבב"ב (פ"ד): המוכר פירות לחבירו משך ולא מדד קנה. ופרש"י "ופסק לו הדמים". והוא מפורש בגמ' שם בסמוך (פ"ה: פ"ה) ובע"ז (ע"ב) ע"ש דבעינן פסק לסמיכות דעת, וכן פסקו כל הפוסקים ע"ז חו"מ (סי' ר' טע"ד).

וגם הרמב"ם ס"ל הכי (פ"ד מכירה ה"א) שכתב, "זה כלל גדול יהי בידך וכו' אם פסק הדמים ואח"כ הגביה קנה, ואם הגביה תחילה והניח ואח"כ פסק הדמים לא קנה וכו'". וא"כ צ"ע לשון דודי הגהמ"ח שליט"א דלא רק רש"י ס"ל דמכירה בעי פיסוק דמים, אלא אף הרמב"ם ס"ל הכי והוא מדינא דגמרא. ואולי דהא גופא נתון בפנים לומר דהגרמ"א לא ס"ל דהוי מכירה וממילא אי"צ פיסוק דמים, ואה"נ ס"ל דהוי הלוואה. ולפי"ז אין הלשון בפנים מדוקדק. וצ"ל במקום "דרש"י ס"ל דאין מכירה וכו'" - "דאין מכירה וכו'" ולהשיטת "דרש"י ס"ל".

ויש ליישב דאולי הרמב"ם יודה לרש"י דכאן הוי כמכירה ממש, אלא דס"ל דשאני הכי משאר מכירות. הדנה עיקר טעמא דקנין בלא פסיקת דמים לא קנה משום דלא סמכא דעתיה, אבל בש"ס לא מבואר סמיכת דעת של מי, ולשון דעתיה לכאורה משמע חד מהן ולא שניהם. ונהי דכל הראשונים כתבו להדיא דהכוונה בין אמוכר בין אלוקח (עי' רש"י סי' פ"ה: ד"ה עד ופ"ו. ד"ה לא סמכא וכו' מינוג פ"ו. ד"ה מוד, וע"ה, מ"מ לשון הרמב"ם (פ"ד מכירה ה"ג) מורה להדיא דהכוונה רק אמוכר, שכתב הטעם דשניהם יכולין לחזור עד שלא פסק, וכן להיפך כשפסק שאינן יכולין לחזור, "שהרי סמכה דעתו למכור וכו' שהרי לא סמכה דעתו עדיין למכור". וגם המגיד משנה לעיל שם (ה"א) כתב פי' זה בכוונת הגמ' "דסמכא דעתיה דמוכר". הרי להדיא דשיטת הרמב"ם אינה כשי' שאר ראשונים. ושו"ר ביד רמ"ה (וכן הועתק בקובץ שיטת קפאי, פ"ו. ד"ה א"ה הונא) שגרס הכי בגופא דגמרא וז"ל: פסק סמכא דעתיה דמוכר ומקני ליה, לא פסק לא סמכא דעתיה, דהוה מינייהו וכו' עכ"ל. וכ"ה בחי' ר"י מיגש שם (ד"ה אמר ליה הונא), "סמכא דעתיה דמוכר" ע"ש. [וצ"ע דסותר לדבריו לעיל]. ואשר יראה בזה דבסוגיין שהמוכר הוא הלוה והכסף הוא מה שמקבל חלף מכירתו את תמורתו, יש לומר דה"ז תחת הסמיכות דעת דפיטוק דמים, וכאן בלא"ה סומך דעתו בגלל ההלוואה שמקבל מיד, ואי"צ פיסוק דמים קודם הקנין. אי נמי

ס"ל דאיי"צ לפסוק מטעם אחר, וכעין שכתב המאירי (פי"ד: סוד"ה אמר המאירי) וז"ל: וכן יראה לי שאם קנו מהם לעמוד בפסיקא על מאמר הסרטור, הואיל וקונים ע"פ אותו ענין אי"ו קנין דברים, שהרי על מושך על מנת ליתן לו כמו שיגמור הלה, ואיי"ו אלא כמי שיש בה שער קבוע ואינו יודע להם וכו' עכ"ל. וכעין זה יש לומר בסוגיין. וקצרונו.

וְפִי זֶה וְכוּ' צִרְיָן לְזִכּוּת לֹא עִי' אַחַר וְכוּ' כַּעֲשֵׂה קִנְיָן בְּדַבֵּר שֶׁהוּא שְׁלוֹ. והיינו ממש כשלו, ואיי"צ לומר כחידושו של הקה"י והאח"ע, דאע"פ שאינו שלו מ"מ "התורה נתנה לו זכות וזכות וזכות מתנ"כ דיידיה". וזה מוכרח רק ע"פ ההנחה שתרומה לאחר הפרשה אינו שלו, אכן למשנת פנים נהי דאכן האמת כן הוא, אבל שאני הכא דתרומה הזאת חשיבא כשלו הואיל וכבר "קנה מן הכהן זכותו ליטול", ולכאורה לפי"ו קושיא מעיקרא ליתא.

וְפִי זֶה וְכוּ' כַּעֲשֵׂה קִנְיָן בְּדַבֵּר שֶׁהוּא שְׁלוֹ. יש להסתפק האם החסרון בזה הוא מצד המקנה או דלמא מצד הקונה, ועי' בסמוך. **וְפִי זֶה וְכוּ' וְאֵעִיף שְׁקִינְיָן תְּלוּי וְנִמְרָד וְכוּ' הַר"ה כַּעֲשֵׂה קִנְיָן בְּדַבֵּר שֶׁהוּא שְׁלוֹ.** והנה מלשון זה מבואר שהקנין שיש להישראל המלוה אינו מוחלט אלא תלוי ועומד. וזה מורה כדרך שמשמע מהמפרשים (רמב"ן, פ"ה) שהתרומה הוא דרך מקח וממכר, ולא כמו שכתב בפנים (ברבינו יחי) "שהרי קנה מן הכהן זכותו ליטול" שזה מורה שכבר קניו לו הדבר הנמכר וצ"ע.

ונראה דשני ענינים נפרדים יש כאן, חדא עצם הזכות והדין ליטול בתרומה. ועוד, עצם התרומה לפני הנתינה, דלכאורה הוי תרומה רגילה ככל שאר תרומה אחר הפרשה. ואשר לפי זה צריך לבייין מנין לן לומר דשאני תרומה זו מכל תרומה לפני הנתינה, דהרי אף תרומה זו הוי ממון השבט ולא ממון בעלים הוא לדיק"ל טוה"נ אינו ממון וכמש"ן. ושוב יש לומר שהישראל יזה מזה לזכות לאחר עיי' עצמו, ומה שיצא מזה לאחר מכן שיהיה לישראל זכות ליטול התרומה, אינו משנה דינו כעת קודם הנתינה. וזו השאלה אשר בא דודי המחבר שליט"א לפרש. ובמסקנתו יש לכאר בב' אופנים: או דעיי"ז שעי" נתינת התרומה יזכה ממילא הישראל, תו חשיב דגם עכשיו חשיב התרומה כדבר שלו. או"ד לא אמרינן דהואיל ועומד לכן כבר שבינן עתה כדבר שלו, אלא דהואיל ועיי' עשיית קנין וזכיה בעבור הכהן, בזה הדבר גופא נעשתה התרומה לשל ישראל בתולדה, כי הרי הוא בעל הזכות ליטלנה וכמש"ן, ממילא שוב א"א לו לפעול זכיה זו בעבור הכהן. נאולי משום דהוי כמקנה לעצמו].

ושאלתי את פיו, ותפס לשון אחרון לעיקר. ולכאורה הדבר תלוי במה שכתבנו לעיל (רי"ה ועי' ריש להח"ה) מזה החסרון לזכות לאחר עיי'

עצמו, דאי נימא דהוי משום בעלות ומצד הנחפצא שהוא שלו, כאן דאינו שלו אין חסרון, ונצטרך לומר כצד הא' דהוי כשלו גם עתה. אכן אי נימא דהחסרון הוא משום דאין המקנה יכול להיות גם הקונה, י"ל כצד הב' וכמש"ן. ונראה דאיכא נפק"מ רבתי לדינא היכא דאומר לחבירו צא וזכה משלי חפץ זה בשביל אחר, וגם תהיה המקנה בשבילי. ולפמש"נ בצד הא' דחפץ שלו א"א לזכות בשביל אחר, שפיר מהני, ויכול האחר שאינו הבעלים להיות גם המקנה וגם הקונה, דסו"ס אין החפץ שלו. אבל לפי צד הב' דהחסרון הוא בעצם הקנין והמעשה דאין המקנה יכול להיות גם הקונה, ודאי דלא מהני, לא שנא הבעלים עצמו ולא שנא אחר.

ונראה דבהא נחלקו הקצה"ח והנתנה"מ (רי"ש סי' רמ"ה) דפליגי אם צריך לדין שליחות להוליך מתנה לחבירו, דהקצה"ח (סי' ב) ס"ל דבעינן לדין שליחות, [וממילא הוי מילי ואין השליח עושה שליח וגם קטן לא מהני], והנתנה"מ (סי' א) פליג וס"ל דהוי מעשה קוף בעלמא. ובאבן האול (פ"ב מהל' שכיחות סי' ד"ה ונ"ה תלמוד) כתב בביאור המחלוקת דתליא ביסוד דין הקנאה במכירה ומתנה, דאם נימא דאף המקנה צריך לעשות [מעשה] הקנאה או נכונים דברי הקצות, אבל אם נימא דעיקר הקנין אינו אלא עיי' הלוקח, והמוכר עושה רק 'נתינת רשות' בעלמא להרשות את העתקת החפץ, אבל אינו נוטל חלק בעצם העברת החפץ מרשות לרשות, אז נכונים דברי הנתינה דאיי"צ לשום חלות שליחות למטרה לאחר להוליכה להקונה. ע"ש בדבריו הנעמים.

הרי דנחלקו בעיקר יסוד וגדר הענין של מקנה. ולפי"ו נחזור לעניינינו לגבי החסרון לזכות לאחר עיי' עצמו, דאם נימא כצד הא' דהסיבה היא במה שיש לו בעלות על החפץ ואין החסרון מצד הקנין והמעשה, א"כ זה מורה כדרכו של הנתיבות דס"ל דאין כלל הקנאה ממש במכירה ומתנה ומצד הקונה, ולמה לא יאז הבעלים כחבר לגבי מעשה הקנין. אמנם אם נימא כצד הב' דהחסרון הוא מצד הקנין וההקנאה דאין אחד עושה את ההקנאה והקנין, זה מורה כדרכו של הקצות דבכל מקנה הוי הוא העושה את מעשה וחלות ההקנאה לא פחות מהקונה, ושפיר יש להבין דאי אפשר שיהא א' עושה ב' חלקי הקנין.

ולהלכה עיי' בס' קפ"ה (עיי' ב) שפסק המחבר בענין סרטור שחשיב שליח של המוכר (עיי' סעי' א') "אין שליח יכול לקנות לעצמו אפי' באותם דמים שהרשהו בעלים למכרו", ומקורו מהטור (סי' ק"ב) בשם הרשב"א (ש"ת פ"ה סי' מ"ד), ושם כתב סברא דידן להדיא "דאין אדם מקנה לעצמו, דאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו שהוא במקום בעלים". וזה כצד הב' וכשיטת הקצה"ח. ולכאוי' עצ"ע על שיטת הנתיבות. אכן אין שיטת הרשב"א והשו"ע מוסכמת,

דעי' בש"ך (ק"ג) וז"ל: עיי' בשו"ת מהרי"ץ סי' צ"ג ובשו"ת מהרי"ן לב ספר א' דף ק"ס (הג"ה ועי' בתשובת הגאונים סי' שפ"ד וכו' דיכול להחזיק לעצמו) הנתיבות סבר כותיהו לדינא. והטעם הוא, דהנתיבות לטעמיה אזיל דדעת מקנה אינו אלא נתינת רשות, ומש"ה אין חסרון במה שהוא פועל הקנין מצד הקונה, [ולולא החסרון של בעלות בחפץ של עצמו]. ועיי' בנתיבות גופא שם (סי' קפ"ה סק"א סוד"ה ובעיקר) שבתוך דבריו ציין לשיטת המחבר (הטור והרשב"א) ובמקום להעתיק טעמו שהוא משום דא"א להיות קונה לעצמו, כתב טעמא דנפשיה וז"ל: ואפי' לדעת הסוברים דהשליח א"י להחזיק לעצמו, היינו מטעם דשם שליח אינו אלא לאחר, ולאחר הוי שליח להתרצות וכו' משא"כ לעצמו עכ"ל. הוי להדיא שלמד הנתיבות ע"פ דרכו דאין חסרון בעצם להיות גם הקונה וגם המקנה, [ואפי' לקנות לעצמו], ורק הואיל ונאבד כחו לעשות מכר לגבי מעשה שוב א"א לו לפעול המכר, אבל לגבי אתר ודאי אין שום חסרון להיות המקנה והקונה, הרי להדיא כמש"כ משום דדעת מקנה להנתיבות אינה אלא נתינת רשות. (ועיי' בחי' הגריש שקאפ קונטרס השליחות סי' ב' ובמילוא משפט סי' רמ"ד ציון 41 שהארץ בענין זה).

ש"א פל"ד

ובגמ' וכו' ודבריו לכא' סותרים למש"כ במתניתין. ועיי' מש"כ בזה הרב אליהו ליכטנשטיין שליט"א בהגהותיו לחידושים המיוחדים להריטב"א [שנאמת הוא רבינו קרשקש, גיטין ל: ציון 578], ועיי' עוד מש"כ להקשות בשם הגרש ירחים (את קט), ועיי' מה שנדחק בזה.

ובחידושי מים חיים. וכ"כ בגרש ירחים, ועיי' בכתב סופר ושבת סופר עדי"ז.

ובכפ"ל וכו' וכן מבואר בירושלמי. וכן דייקן הראשונים, משם עיי' ח"י הרמב"ן (רי"ש ל) ובמלחמות ה' (ל), ובח"י הרשב"א והמאירי. וכן הוא שיטת עוד ראשונים, עיי' רמב"ם פיה"מ"ש כאן וראב"ד בהשגותיו לבעל המאור (בספרו 'כתוב שם'), ח"י הריטב"א, ח"י הר"ן וח"י הרמ"ה, ועוד. ובנווד ביהודה (תניינא ירד סי' קצ"ט) מיישב שיטת התוס' (העמיקה) ומבאר דגם בירושלמי גופא איכא פלוגתא בזה.

ובמים חיים וכו' והא' ר' יוחנן ס"ל בבב"ק ע"ה: **דשעבודא דאורייתא.** וכעיי"ז הק' ביד דוד ובספר תקון סופרים. והנה בכתובות פ"ו. כבר פירשונו (עיי' בפנים בספר ובציונים) דאף למ"ד מצוה לפרוע חוב אביהם ופריעתו כחוב חוב מצוה מ"מ אין הכוונה ששעבוד אין כאן, אלא הפירוש הוא שהמצוה היא זו שמהווה את השעבוד נכסים, וכ"כ התוס' הרא"ש והמפרשים. וא"כ הכא נמי נהי שכתב רש"י שעיקר החיוב מחמת המצוה, מ"מ דין שעבוד נכסים נמי אית כאן, וכ"כ התיקון סופרים. אמנם לכאורה קשה דלמ"ד שעב"ד אף בלא

מצוה נשתעבד. ועי' עוד בספר נתיבי רש"י (תוס' ד"ה תניא) שכתב על דרך זה ונדחק.

והנה בשו"ת הרשב"א (ח"א ג"ס מ"ד) הביא שם הרב השואל את דברי רש"י אלו (ד"ה פירוש) ומבארם קצת וז"ל: פירושא דברייתא הכי אשכחנין לרש"י ז"ל שירשו קרקע שעליהם לפרוע חובת אביהן, והלכך יש להן רשות להטיל החוב על הכהונה, אבל ירשו כספים אין צריך וכו', פירש כיון דלא ירתי אלא מטלטלי ולבעל חוב לא משתעבדי, אין החוב מוטל עליהם לפרעו, ואין כח בידם להטילו על הכהונה, ואם איתא לדידך ר"ל, למש"כ רבינו הרשב"א ז"ל דאמרת דכל היכא דירתי מטלטלין מחייבי עד דכייפינן להו למפרע הרי החוב מוטל עליהם, ומאי איכא בין ירתי קרקע לירתי מטלטלין לגבי הא. עכ"ל השואל. ומתוך דבריו ניתן לראות, חדא, שעיקר פרש"י הוא מש"כ כן ולא כמשמעות רש"י במתני'. ותו חזינן דאחריות תשלומי החוב של אביהם תליא אם ירשו דבר המשועבד. וע"ע שם מה שהשיב לו הרשב"א בביאור אחר בהסוגיא דאין הסוגיא "מן הדין אלא מן התקנה" (כ"כ עוד ראשונים בסוגיא), ותקנו שיהא כעין הלואה גמורה ע"ש. ולא השיב לו אודות דברי רש"י, וכנראה שסתם דבריו מפני הכבוד וכונתו להשיג על רש"י. וכן משמע ממה שכתב בפתיחת דבריו "דברים אלו שאמרת' לך אל יליוו מעיניך שהלכות קבועות הן". וכ"מ מחתימת דבריו "זהו דרך אותה הלכה לא זולת זה".

ועוד יש דדקדק בהך נטילת רשות מן היורשים. וכן עמד בזה (בכ"ה) בחי' הרמב"ן (ל' ד"ה תניא), וכן עי' בחי' הרשב"א וחי' הר"ן ובפנ"י (ל' תוס' ד"ה תניא), ועי' לשון הרמב"ן בתירוצו שמבואר כעין מה שביאר בפנים וז"ל: בשלמא מאביהם צריך ליטול רשות שהרי "מכר לו", ולא חיישינן למי שאינו עומד בדבריו עד שחזור בו, אבל מירושין צריך ליטול רשות וכו', עכ"ל. ולא פירש הטעם, ועי' בפנים מה שפירש בזה דודי המחבר שליט"א.

ועוד וכו' ואם רוצים לשלם אע"פ שאינם חייבים כנותן מתנה להמלוה. ולפי"ז גם לא שייך לפנים משורת הדין, ונתינת רשות של יורשים, שאף אם חפצים לעשות לכבוד שם אביהם, הלא אם הוי "כנותן מתנה" וכלשון דודי המחבר, הלא המלוה נוטל תרומה מרכוש הכהנים וזה ודאי אסור, דרק ככה"ג בהלואה ופיריעת חוב ממש עשו חכמים תקנה ולא זולת זה. וכן נראה להדיא בהמשך דברי הרמב"ן הנ"ל וז"ל: אבל כשירשו מטלטלין אע"פ שנתנו לו "אינו רשאי", שהחוב כבר אבד שעבודו והוה כמפריש שלא על מלוה, כלומר ככהן שאמר לישראל הפרש עלי והן שלך במתנה שאינו מפריש עליו, שלא שנינו אלא המלוה מעות וכו' מפני תקנת כהן ודוקא במלוה עכ"ל. הרי דנתקשה בקי' דודי המחבר

ואוסיף עלה, חדא, למה נקט לשון נטילת רשות הול"ל "אינו גובה". ועוד, דמאי אהני לך נטילת רשות או כל שלא אויל לאשתלומי חוב המלוה אסור.

דרך אגב: בלשון הרמב"ן טמונה מרגניאת בכלל ענין הלואה, שכתב "שהחוב כבר אבד שעבודו", ולכאורה מהו אבד שעבודו, דמשמע שהחוב מצד עצמו היה יכול להתקיים עוד, אך מאחר שאבד שעבודו ממילא אי אפשר שהחוב יתקיים. ולכאורה לפום פשטיה ענין החוב והשעבוד ב' ענינים נפרדים הם, וכדמצינו שאע"פ שאין לאדם שום נכסים ואף לא שוה פרוטה של מטלטלין, אכתי חייב הוא לשלם מה שלוה "ע"ד פרוטה האחרונה" (ובלשון הרמב"ם), ושעבוד אינו אלא דבר נוסף לעצם החוב וצ"ע.

ואולי שאני הכא דאין החוב אלא כמה שיפריש ואין כאן חוב כשלעצמו, ודוגמת דבר זה מה שכתב הרשב"א "עי' שו"ת ח"ג מ"ד) בביאור סוגיין "יהוה ליה כאפותיקי מפורש וכו'", וע"ש דמבואר דאין שום דין פרעון החוב זולת מאפותיקי זה, וכמו כן הכא לגבי ההפרשה דאין ללוה חוב אלא מהא, והיינו "שהחוב כבר אבד שעבודו". אכן אין ראייה שהחוב נתבטל בעצמותו, ותליא בחקירה עתיקא [הובא במק"א בספר לגבי שעבוד] בחוב שאי אפשר לכבו לירי גביה האם ממילא נתבטל או דלמא החוב לעולם קיים.

ונראה וכו' והמעוה שהלוחץ יז' הם דמי מכירה, וקודם דאתי ליד הכהן הרי המעות שבידו מלוה. והנה עצם הסכרא בגדר הך מכירה, כבר מצאנו כיצא בזה, בענין כל הלואה שיש בעקבותיה שעבוד נכסים והגיע הזמן ולא שילם ואתו לידי גביה וטירפא, דצריך להבין למ"ד למפרע הוא גובה (בפסחים ל') האין מצטרף הגביה של עכשיו לדמי ההלואה שלפני שנה ויותר בעת מעשה העברת המעות מיד מלוה ללוה, ועי' מה שיתבאר לקמן בפנים (שער פ' פקד). אמנם הרבה אחרונים פירשו הענין דהוי כמכירה על תנאי וכאילו המלוה הוא לוקח הקונה נכסי הלוה ונותן לו כסף על זה המכר, אלא דאינה מכירה לחלוטין אלא על תנאי, והתנאי הוא אם לא אתן המעות בחזרה בזמן שנקבע בינינו עכשיו [או ל' יום בסתם הלואה], הרי נכסי קניינים לך בזה בקנין כסף. והבאנו הדברים בשם אמרם ע"ש (הפקדא שפי"א צ"ח צפ"ט).

ועי' שם שהשיג דודי המחבר שליט"א על דרך זה מכמה אנפי, וכתב דרכא אחרינא. אכן כאן בגיטין, דהתנו להדיא "להיות מפריש עליהן מחלקן" בודאי יודה דודי המחבר שבכה"ג פשוט הוא שיהני עי' מכירה "המעוה שהלוה לו הם דמי מכירה", אלא שקודם שבאה המכירה לידי גמר ע"י הפרשת התרומה וקודם דאתי ליד הכהן, הרי המעות שבידו מלוה.

ונראה וכו' ואם פת הכהן יכו' לגמור

המכירה על ידי היורשים וכו' והרי הם במקום אביהם וכו' הריהו גומר המכירה שמכר אביהם. ולכאורה סברה זרה היא זו לומר שאחד מתחיל להקנות והשני גומר, וכי שלוחותא דמת קעבדי, והלא אמר רב הונא (עי' קידושין כ"ג.) מי איכא מידי דאנן לא מצינין עבדינן ואינהו מצי עבדי. ועל כרחך כשהבן עושה המכירה, מכירה ידידה קעבר וצ"ע.

אמנם הדברים מתפרשים על פי מה שחידש רודי המחבר במקום אחר. דהנה עי' לקמן שער י' פרק כ"ח שהאריך להוכיח (ע"פ בדעת הרמב"ם שם) בהא דקיי"ל בכבא בתרא (ק"ט.) הבן שמכר בכנסי אביו בחי אביו ומת, בנו מוציא מיד הלקוחות, וזו היא שקשה ברני ממונות ע"ש. והסביר שם שאה"נ לא נגמרה המכירה בחי האב (הצ"ח), מ"מ אי אפשר להבן לבטל דעת מקנה של אביו, וע"ש שאין הפרטים שווין ממש לענייננו, הא מיהא מבואר דאיכא סוגיא בב"ב ורמב"ם (פ"ב מכירה ה"ז) וטור ח"מ (סי' ר"א פ"ג) דמבואר בהם שיש מכירה שיכול האב להתחילה והבן לגמרה.

ומה שיכולים לגמור המכירה אינם נחשבים כגבירים וכו'. אכן לפמשי"נ בציון הנ"ל היה אפשר לכאר בפשיטות, דאע"ג שלא נגמרה המכירה בחי האב, מ"מ א"א שהבן יבטל דעת מקנה של אביו. ולכאורה צ"ע למה לא כתב האי טעמא וטרח וכתב טעמא אחרינא ומחודש. אלא דזה גופא מעורר דודי המחבר בפנים בהמשך "וחל תורת הלואה גם לגבי היורשים דמצוה לפרוע חוב אביהם וכו' והרי הם עומדים במקום אביהם", ונמצא דכל עת שהמעוה ביד אביהם טרם השלמת המכירה הוי המעות דמי מלוה, ומלוה שפיר ירתי הבנים. ושוב עומדים הם ג"כ במקום אביהם גם במה שנוגע להמכירה וא"ש.

ולפי"ז נמצא נפק"מ לדינא כשאין ללוה בנים וירשו אותו יורשי ישראלים, האם אפשר ג"כ להפריש עליהם מחלקן. והנה הרו"ח כאן כתב (שער פ' פקד.) אמנם הרבה דלא יועיל רשות להפריש ע"ש. אכן לפי דברי דודי המחבר דסוגיין מיירי שדמי ההלואה באמת דמי מכר הן, ועיקר מטרת נטילת רשות מהיורשים אינו אלא כדי להשלים מעשה המכירה, א"כ מה לי יורש כהן מה לי יורש ישראל, שניהם יש בכחם לגמור מכירתו של מורישם ודו"ק. ועוד יש להעיר לפי"ז אמש"כ הגר"ח קניבסקי שליט"א בדר"א (פ"ב פמטש) בציון ההלכה (סי' פ"ג) וז"ל, ויל"ע אם בן מכתו ג"כ כהן אבל אינו כהן מכתו אלא מכת אביו וכו' וצ"ע עכ"ל.

אבל נראה דבכה"ג לכו"ע יחייב רשותם, דבציון הנ"ל ביורשים ישראלים קשה יותר לומר שהם יגמרו המכירה, דסו"ס אינם כהנים בעצמם ולא יקיים דין הנתינה ע"י קבלתם, וא"כ לא יחייב רשותם ככה"ג, [אם לא דנימא דהואיל ומורישם היה לו דין לקבלם, ודין ממוני זה עבר ליורשים, ממילא מהני,

משא"כ בצירוז זה דשפיר יהני קבלתם מדינא, וה"נ מהני נטילת רשותם.

והיינו וכו' אין פרענו חוב זה מופל עליהם וכו' ולא איכפת להו אם תשאר המכירה במצב שלא נגמרה וכו' אין המלוה יכול לכופם על כך. ויש להסתפק כשימחו בני הכהנים אם יורשיהם נמי יכולים לגמור המכירה של אבי אביהם, או"ד אין מורשיים חוב ככה"ג, [או משום דהוי 'חוב שני' כלומר עיקרו מצוה, ואין אדם מוריש מצוה לבניו, או משום דרק היה בהם דין לטול מהם רשות ולא היה להם החוב ממזן] וצ"ע.

והנה לפי דברי דודי המחבר שליט"א דעיקר נטילת רשות הוא כדי להשלים מעשה מכירת מורישם ולא מחמת לתא של החוב וההלואה ממש, נראה פשוט דאין היורשים מורשיים דבר זה לירשיהם, דזה אינו נכס וחייב ממון ממש דאפשר במכירה וירושה, ולכן "אין המלוה יכול לכופם על כך", ולא עדיף מממון שאינו יכול להוציאו בדיינים, כן נראה לפום ריהטא.

ובזה אפשר ליישב קושיא עצומה בשעתין, דהנה במשנה ל. ובכל הנוגיא מבואר דתיקנו חכמים עצה טובה בשביל הכהנים והלוויים כדי שיהיה מעות מצויין אצלם בהלואה, ובכל הראשונים ובכל הפוסקים מבואר שהוא מותר ומצוה לעשות כהתקנה הזו בלי שום פקפוק, ואילו בס' דרך ארץ רבה (פ"ק שני) איתא: ואלו שאין מורישין לבניהם ואם מורישין לבניהם אין מורישין לבני בניהם, המשחק בקוביא [והמלוה בריבית - והגר"א מוחק זה], והמגדל בהמה דקה, והנושא ונותן ממעות שביעית, והמעות הבאות ממדינת הים, "וכהן ולוי שלוו על חלקם" ע"כ לשון הברייתא. ולכאורה תמוה מאוד וכמו שהקשה הגר"ח קניבסקי שליט"א (דרך אמונה פ"ו מעשר ה"ה בבאר ההלכה ד"ה המלוה), דמבואר ממנתי בגיטין ומדינא דגמ' והלכה, דאינו כן, וחז"ל ראו צורך בהנהגה זו וע"ג. וע"ש מה שיישב שכל הברייתא איירי בענין עין רעה, ואף בזה צ"ל דמייירי בפומבי, אבל בצניעא אין בית מיחוש ע"ש. אמנם לכאו' דבריו תמוהים, דאף בזה לא רמו שום פוסק בסוגיין שצריך לעשות כן רק בצניעא וליזהר מלעז בני"א לקיים מה שנאמר והייתם נקיים מה' ומישראל, והדרא קושיין לדוכתי.

אכן לפי דברי דודי המחבר יש ליישב באופן נפלא, דהרי כל הדברים שמנה הדא"ר הן תחת התורא "אלו שאין מורישין לבניהם, ואם מורישין לבניהם אין מורישין לבני בניהם", וא"כ לאו דוקא דכולהו מחד טעמא אתיא להכא, אלא כל אחד לפי טעמא דידיה כפי מה שהוא: משחק בקוביא, משום דהוי אבק גזילה או יישוב העולם כדאיתא בגמ' סנהדרין, וכמו"כ במגדל בהמה דקה דכרוך באיסור דרבנן (עי' ב"ק פ"ט), ומעות שביעית קיימא בטעמא דנפשיה. ומעות ובעות

ממדינת הים כרוך בדבר אחר ואפילו סרך איסור ליתא רק מענין לאו כל יומא מתרחיש ניסא, עי' בנחלת יעקב (ד"ה המשתק) מה שציינ' למס' פסחים בזה, שם על הברייתא. וכן הקדים לפירושו על כל הדברים הנזכרים: "אין הטעם שוה בכלום". ואשר נראה לפי"ז דגם "כהן ולוי שלוו על חלקם" טעם מיוחד נאמר בהם, והיינו כמו שביארנו לעיל (תחלת דיבור זה) שאין בני הכהן זוכים בחוב זה כל כך כמו לגבי שאר הלואות בעלמא דמוריש אדם לבניו פירשו קרקע או בירשו מטלטלים למצוה (להריבה פסקים), לא כן במלוה מעות את הכהן להיות מפרש מחלקן דבזה רק דין נטילת רשות שייך אצלם ולא החוב ממש וכמו שביאר דודי המחבר. ולכן אף אם נימא שירושה כזה חשיב "ואם מורישין לבניהם" (ובלשון הברייתא), דסו"ס דין החוב יש להם באיזה בחינה, מכל מקום: "אין מורישין לבני בניהם" ודו"ק. נמצא שאין כוונת הברייתא לצרף בבא זו לגרעותא, אלא צירפו דין זה משום שגם בו שייך הכללאל של התנא דברייתא, ואו"ש.

ש"א פ"ה

ובהמשך וכו' הלא בודאי אחר שתיים או שלש פעמים יפסקנו מן הקרקע ושוב לא יוכלו לגבות בזה. ויתירה מזאת הקשה האילת השחר (כתובות מהדו"ק צ"א: ד"ה מצוה) וז"ל: יל"ע קצת לפימש"כ הרא"ש ב'פ' הכותב ס' ד' דיותר אדם משלם מלוה בשטר ממלוה על פה, ועל כרחך הסברא דרוצה קודם להשתחרר מהמלוה בשטר דאפשר לגבות וללחוץ עליו יותר ממלוה ע"פ, א"כ ה"נ יש סברא דרוצין יותר להפטר מחיוב דקרקע דאפשר לגבותה ע"פ דין, ממה שרוצין לשלם המטלטלין, דאין לגבות בע"כ דיתמי, א"כ ניהוי כאילו פירשו דזה יהיה לסילוק הקרקע. (וכע"ז כ' דודי המחבר שליט"א בביאור רש"י כתובות פ"ח, ע"י לעיל ש"א פ"ב ד"ה אן אומרין דעתו, וביצונו שם בשם ההר"ה והמייניע חכמה), ואם היינו אומרים דמייירי שכבר טרפו הקרקע וכו' א"ש וכו', ועי' בלשון השו"ע ס' ק"ו סעי' ו' דהוא מהרא"ש שם עצמו וכו' דעדיין לא גבה ממש, וכן הוא ברין עכ"ל.

ובתירוצו שם יש שתי סברות נפלאות שראוי לדון בהן, בתחילה רצה ליישב בזה וז"ל: ואפשר דהנה תמיד אמרין דמשלם קודם המלוה בשטר והמלוה בע"פ ישלם אח"כ, אבל כאן אם נשאר רק ג' זוזי מטלטלין ונ' קרקע, נמצא דאם ישלמו בעד הקרקע לא ישאר כבר לשלם בעד המצוה, דהא אין יותר מטלטלין מה שהשאר אביהם, וממה שלא השאיר אין להם מצוה, א"כ הא יתבטל לגמרי המצוה, וגם בקרקע לא יהיו מחויבין דהוי קצנו אותה, וזה הא לא מצינו אומדנא דרוצה לגמרי לא לקיים המצוה, ורק דרוצה קודם לשלם המלוה בשטר ואח"כ המלוה ע"פ, אבל אין לנו לומר דרוצה שלא ישלם כלל עכ"ל (ועי' מה שדחה ת"י זה מטעם אחר).

והנה מש"כ "לא מצינו אומדנא דרוצה

לגמרי לא לקיים המצוה" לכאו' תמוה הוא, דהלא כל המצוה כאן אינו אלא מצד שירשו אחרייתם נכסים, כמבואר בגמ' וכדעת רוב הראשונים עי' ר"ן (כתובות ג. מופ"י ה"ר"ג בשם הראשונים והלא כהרשב"א), ואין מצוות סתם לפלוט חוב אביהם וכמו שהיה מצוה על האב לפרוע בחיים חיותו, אלא מוגבלת היא המצוה אצל היתמי כפי דיני האחריות וכמש"נ, וא"כ כשיסתלקו משארית החוב ע"י שישלמו לסילוק הקרקע אין שום פשע בזה, ואדרבה שכיב קיום מצוה ממש, ומה שפטרנו מלשלם יתר הסכום הוא מפרטי דיני ירושת החובות. ועוד, הלא פשוט הוא שיש אומדנא נמי לאידך גיסא שרוצים להרוויח ממון וכל פרוטה ופרוטה שיש להם להציל עצמם מלפרוע, כודאי שיש לנו אומדנא דמוכח בלבם ובלב כל אדם שרוצונם למטרה זו, ואלא יש גם צד נוסף מתנגד לזה, דהיי אנושים רוצים במצות, וכדכתיב ועמך כולם צדיקים. והשתא השאלה היא מה עדיף, א) בצע הכסף ב) או קיום הנאת המצוה. ונראה דגמ' מפורשת היא, עי' נדרים (ל"ג): איבעיא להו התורם משלו על של חברו צריך דעתו או לא, מי אמרין כיון דזכות הוא לו לא צריך דעת, או דלמא מצוה דיליה היא וניחא ליה למיעבדיה ע"כ. הרי להדיא שהש"ס גופא מספקא ליה הך שאלה מה בעי איניש טפי, חמדת הממון או הנאת המצוה, (וידידי הרב חיים יונימאן שליט"א בן המחבר עוררני בזה). ואע"ג דאיכא שמפרישים שם צדדי הגמ' באופן אחר, עי' ט"ז י"ד (ס' ש"ה ס"ק ו"א) ורי"ט אלגאזי בכורות (ס' ד' אתא א' ד"ה ונהג לפי), מכל מקום שיטת רש"י (ד"ה יולא צריך ליתן כלום) ושיטת הרא"ש בפירושו (ד"ה א) מפורש כמו שכתבתי, "ויותר הוא חפץ בחסרון ממנו ממה שיעשה אחר מצותו הלכך חוב הוא לו". הרי להדיא דהצד בגמ' שחשיב זכות, הוא משום שיותר חפץ בהרווחת ממנו מהפסד מצותו. וכן מבואר בחי' תת"ס (שם ד"ה התורם).

ולפיכך מאחר שבגמ' לא איפשטא בעיא זו, נמצא דאכתי קיימא בספק דלמא מעדיף איניש ממנו יותר ממצותו. וא"כ בנידון דידן עכ"פ הוי ספק אם נתכוונו היתמי לסלק הקרקע, ועכ"פ המלוה הוי המוציא מחבירו ועליו הראייה. וכ"ז נראה לפשטיה דסוגיא.

אבל להלכה פסק הרמב"ם (פ"ד תרומות ה"ב) והטור (ס' שלי"א) והשו"ע (שם סעי' ל') דמהני לתרום על חבירו שלא מדעתו. ע"כ דס"ל מזהיט טעם שהיה לדמעה קיי"ל דבעד הכסף אלים מהנאת המצוה. וגם צ"ל כן בשיטת הרא"ש דא"כ לא היה הטור פוסק כן בפשיטות וכנודע.

ועולה לענין קטינא דאביי דהיתומים רוצים לסלק הקרקע ולא המצוה, וכ"ש ככה"ג דגם קיום המצוה יש להם עכ"פ במקצת. ועי' בתירוצו השני של האילת השחר שם וז"ל: ויש לומר דכשיש שני חובות ומשלם סתם אין שום גילוי דכונתו לתשלום חוב

שבעל פה יותר מהחוב שבשטר, לכן אמרין דכנתו יותר להיפטר מהחוב שבשטר, אבל תשלומין אין מתפרש סילוק מהקרקע, רק סתם תשלומין, וממילא נשאר שעבוד הקרקע קיים עכ"ל. ודרך זה לכאז' נפלאה היא אף לדברינו, דסו"ס חשיבין שעשה מעשה פרעון ולא מעשה סילוק הואיל ולתשלום חובו קאטא. אכן צ"ע לשיטת רבינו חיים הלוי (פ"ה מהל' שבוטת הי"ג ד"ה ואשר) שאין הקרקע ושעבודה לחוב ענין נפרד מהחוב, אלא הוא חלק מעצם החוב ואישתני דינה לגבי איזה דברים כגון שבועה, וכמו שהובא לעיל (שער א' פ"ח ובציונים שם ד"ה והג"ח).

אלא וכו' ולא אמרין דלא חל השעבוד על הקרקע אלא וכו' כשיעור שווי הקרקע וכו' ושאר החוב אין שום דבר משועבד לו, אלא הקרקע משועבדת לכל המאתי.

והנה עי' ברמב"ם (פ"ד ממעשה הקרנות ה"ג) וז"ל: הניח מנחה לשני בניו ומת הרי אלו מביאין אותה עכ"ל. והוא מבואר בזבחים (ה) שבמת האב והניח מנחתו לבניו מחויבים להקריבו ולא נפסל מדין מנחת השותפין (שנמנעט מקרא), ומלשון הרמב"ם והגמ' משמע דדוקא הניח מנחה ממש, אבל חוב ושעבוד נכסים להקרבה זו, אינם מביאין אותה. וטעמא נראה פשוט משום דבשעת הפרשת המנחה מהנכסים, בזה חל דין שותפות בהמנחה הואיל וכל הנכסים

היו משועבדים לחוב זה, ובינתיים הועבר בעלות הנכסים והשלו להיורשים, ורק אח"כ בעת ההפרשה הוקדשה, ובאותה שעה הדמים קיימין בשותפות של בניו. וכן צ"ל ע"פ סוגיין כאן בגיטין (ה) ובקטנא דאביי בכתובות (צ"א), וכמו שביאר דודי המחבר בגדר יסוד שעבוד הנכסים.

והרדב"ז (שם על הרמב"ם) חקר נמי בשאלה זו בהניח אביהם נכסים משועבדים לחוב זה האם ההפרשה של הבנים פוסל בשותפות, ומסיק שפוסל, אלא שסיים בעצה טובה קמ"ל בזה"ל: וי"ל דלאחר שיחלקו [בניהם הנכסים] יביא כל אחד מנחה ויתנה "אם מנחת אחי היא לחובת אבי הרי זו שלי נדבה, ואם מנחת אחי לנדבתו הרי"ז לחובת אבי, וכן יעשה אחיו עכ"ל.

הרי שלמד הרדב"ז דיש מקום בקרקע דאמרין שבה מונח השעבוד לחובת ההקרבה ויש מקום בקרקע ששם אין מונח שום שעבוד קרקע לחוב זה. ומקום זה לכאז' הוא כפי דמי הסולת והשמן של המנחה, ולא אמרי' שע"י חוב קטן משתעבד כולא נכסי דבעלים. ועי' בשער א' (כ"ט כ"ש ד"ה והנה בתורה) שבאמת ביארנו בדעתו שהחוב משעבד הנכסים רק כנגד שווי בלבד. אכן לאור סוגיא דידן לכאז' א"א למימר הכי, דהרי מפורש "אפילו הניח מלא מחט

גובה מלא קרדום וכמעשה דקטינא דאביי" וצ"ע"ג.

ואפשר דהרדב"ז פוסק כרבי יונתן דאמר "הניח מלא מחט גובה מלא מחט". ועי' בסוף הפרק בפנים ביאור שיטת ר' יונתן, ולהדיא פירש דודי המחבר באופ"א דהיינו דלא פליג ר' יונתן בנקודה זו אלא בנקודה צדדית. ועי' מה שאכתוב שם.

ורבי יונתן נמי ס"ל וכו'. אמנם לפי מש"נ בציון הנ"ל בדעת הרדב"ז אפשר לפרש דבהא גופא פליגינן ר' יוחנן ור' יונתן, דר' יוחנן ס"ל ככללא דשעבודא דכל החוב נתפשט על כל הנכסים ולא רק כנגד כדי שווי. ור' יונתן פליג ביסודו וס"ל דרק כנגד דמי החוב משתעבד הנכסים. ודלא כדפירש דודי המחבר.

אמנם לאחר העיון נראה דיש לקיים שיטת הרדב"ז אף לדרך דודי המחבר, דהיינו דדברי הרדב"ז נאמרים באופן שנכסים מרובים ודמי החוב מועטין, דבכה"ג י"ל שלא נשתעבד משוק קרקע יתר מן הראוי לו, ודין הוא דרק כנגד החוב נתפס. אבל במעשה דקטינא דאביי ובגיטין נהפוך הוא, שהנכסים מועטין ודמי החוב מרובין, שבכה"ג הנידון הוא האם מקום מועט של קרקע נתפס בה שעבוד כנגד כל החוב, ואפשר בזה יודה הרדב"ז דשפיר נתפס וכמש"נ בפנים.

שער ב: בענין פריעת בעל חוב מצוה

ש"ב פ"א

ודברי התוס' וכו' והאריך שייך בהם מצות הן ש"ך צדק. אך בלבוש (ריש סי' ק"ח) כתב שהמצוה היא הן צדק, ומי"מ מסיק "שתלה שעבוד המצוה בממונו שירש", וכנראה הרכיב רש"י ותוס' יחד וצ"ע.

אבל רש"י וכו'. וכ"כ הנמוקי"ב בסוד"ה ודאי (מה: סדפי הרי"ף).

ש"ב פ"ב

והנה וכו' דרב פפא ס"ל דשעב"ד. ובאמת מכח קושא זו מסקו כמה ראשונים דר"פ ס"ל שעב"ד, עי' ריטב"א קידושין (ג) ורשב"ם, רא"ה (כאן), שטמ"ק ב"ב (ק"ד) מהראב"ד ומתלמידי רבינו יונה והמאירי כאן. ובסמוך הובאה שיטתם (כד"ה ריש מן הראשונים).

והנה וכו' וכן קשה וכו'. וכן ה'ק' הרא"ש עצמו בתוס' הרא"ש (סוד"ה לא נחא).

יש מן הראשונים וכו' שעב"ד. וכמש"כ לעיל. אולם הש"ך (סי' ל"ט ס"ק א) לא ניחא ליה בזה דא"כ הו"ל להקשות "לדידך דאמרת שעבודא לאו דאורייתא".

יש וכו' צ"ע האריך יתכן דינא דפריעת בעה"מ. וכן ה'ק' הראב"ד הובא בחי' הרשב"א קידושין (ג) ד"ה אמר רב פפא) וע"ש תירוצו, והביא בקיצור עוד תירוצים מהר"ח ורב האי גאון ורבינו תם. וכן הביאו בחי' הרמב"ן והרשב"א (שם).

והנראה וכו' אבל בעיקרו נא הכל מן המצוה.

וכע"ז מצאנו בראשונים ואחרונים: (א) עי' ברא"ש (סי' י"ג) שכן נראה בכוננת דבריו. וכן דקדק הקרבן נתנאל (אות כ) וז"ל: "נ"ל דס"ל לרבינו היינו מקרא דיוציא אלך העבט החוצה, ובוה נסתלקה קושיית הראב"ד מהרי"ף (כ"פ נט פשוט סי' מ"ט [ולמארה הובא גם ברשב"א ה"ל] דמסקי שם דר"פ ס"ל שעבד"ז וכו' ע"ל. וע"ע בבית יעקב (פג. בד"ה ועיין ברא"ש). ומפורש בדברי תוס' הרא"ש כאן בסוד"ה לא ניחא לי וז"ל: ונ"ל כיון דהשתא נפול נכסי קמי יתמי, ואינון לאו בני מיעבד מצוה נינהו, אף לנכסיהון לא נחתינן, דינכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה, וכיון דלוה לא מחייב לא נתחייב גם הערב עכ"ל.

(ב) עי' לשון היד רמ"ה בב"ב (קעג. אות ק"ג) בא"ד וז"ל: דאע"ג דשמעינן ליה לר"פ דאמר אפי' במלוה ע"פ שעבד"ד (כדאימא בקידושין יג), קסבר ר"פ דהיא גופא משום מצוה היא, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו עכ"ל.

(ג) דעת הראב"ד (הובא כבעל התרומות סוף שער סי"א ח"ב) ש"ב ויותר מפורש בשער י"ד ח"א - ס"א עצמו ע"ש) וז"ל בקיצור: דר"פ דאמר פריעת בע"ח מצוה אזיל לטעמיה דשעב"ד עכ"ל [וע"ש בגידול"ת שכתב דס"ל כהרי"ף והרא"ש דר"פ ס"ל שעב"ד].

(ד) כתב העיטור (אות ע"ב עמוד יג, א) ואפילו למאן דאמר שעבד"ז, ה"מ בגדולים אבל

בקטנים לא רמיא שעבודא ע"ש. ודקדק מינה האמרי בינה (הלואה סי' ב) אות ג ד"ה ועיין) דמבואר ג"כ דסברת ר"פ דאין נוקקין משום דליכא מצוה ליכא שעבודא.

(ה) ובתומים (סי' ל"ט ס"ק ב) כוון לדעת ראשונים "אלא ודאי דר"פ סובר דעיקר השעבוד הוא מטעם מצוה". [ובצמח צדק (משינות סוף סי' ב) הביא דבריו ותמה עליו אשר לא הזכיר שכבר הקדימו הרא"ש].

(ו) הפני יהושע בכתובות (כאן בריש"י פריעת בע"ח) כתב: אית ליה לר"פ שעבד"ז היינו לבתר דפשיט הכא דכופין אותו לקיים המצוה עכ"ל.

(ז) הלבוש (סי' ק"א) וז"ל: וכיון שכופין את הלוה לשלם משום מצוה, כופין ג"כ היורש שלו לקיים המצוה בממונו שירש ממנו, שתלה שעבוד המצוה על הממון עכ"ל (וזה נוסח שונה קצת).

(ח) עי' באמרי בינה (הלואה סי' ג) שהביא בזה כמה ראשונים ומפרשים עדי"ז ומקשה ע"ז מסוגיות אחרות וביאר הענין ברוב בתירות.

(ט) ע"ע בכסף משנה (פי"א נחלות הלי"א) מש"כ בסברת הרמב"ם דפוסקין עליו צדקה במי שנשתתה: "כי ממנו של אדם משועבד לעשות ממנו צדקה". ועי' בקצה"ח (סי' ר"צ ס"ק ג בריש דבריו וכו"ה ובעיקר דברי הכס"ם) שדקדק מזה כמש"ז דהמצוה משווה שעבוד נכסים ע"ש. (י) ועי' במתנה אפרים הל' צדקה (ריש סי' א)

שמתוך דבריו מבואר דיש לו הך סברא ע"ש. וע"ע בזה באבני נזר יו"ד קס"ז ומשכנות יעקב סי' כ"א.

(יא) ע"ע בקצה"ח (סי' קי"ד סי' ב' ד"ה ונראה) משמע ע"ד זה.

שם. וע"ע בהגהות מיימוני פ"א תלמוד תורה אות א בשם מהר"ם דיררדים לנכסיו לשכור מלמד לבנו דלא שניא משאר בע"ח, והובא להלכה ביו"ד בב"י סי' רמ"ה סעי' ד וברמ"א שם, ודברי תימה הם, וכמו שתמהו המחנ"א מלוה סי' א ובח"י ר' שמואל ב"ב סי' י"א הדאיק דמדינן מצות ת"ת לבע"ח, הא ליכא שעב"י. ותו הך בשיעורי ר' שמואל ב"ב ח: אות קז דשאני הכא דאין יסוד החיוב מצוה של ממון אלא ללמד בנו תורה, ותו א"א לומר שהחוב ממון משעבד. ותו הך בעל הפתחי תשובה בהגהותיו נחלת צבי יו"ד שם דשאני הכא דהוי מצוה שמתן שכרה בצדה ואין כופין כלל, ע"ש מה שהביא דברי גדולים בזה ונדחק וצ"ע.

ואמר ליודי הגאון המחבר שליט"א ליישב כל זה בקדמ, מה שמתן שכרה בצדה י"ל בפשיטות דלא נכתב אלא על ת"ת וביטול תורה, ע"ש בשבת לב: ובמס' כלה והביאו רעק"א בגלהש"ס, אבל לעולם אמצות עשה דולמדתם את בניכם ושנתם לבניך לא נכתבה. וראיה לדבר, דהלא מצוה זו מתקיים גם שלא ע"י ת"ת של האב ממש, ולאו מהמצות שבגופו היא, וכדנפסק ברמב"ם פ"א ת"ת ה"ג ובשור"ע סי' רמ"ה סעי' ד, ובוזה יתיישב תמיהת הלחם משנה שם מגין להרמב"ם ח"יב זה, ע"ש שטח בזה, אכן לדברי דודי הג"ל כפתור ופרח, דעצם חפצא של האי מצוה לאו דוקא ע"י ת"ת דאב ממש, אלא שיהא הבן למוד, ומה לי הוא מה לי אחר, וזהו אחד מחיובי אב לבנו, וגם ללמדו אומנות מצווה עליו, וכי יעלה על הדעת שחייב ללמד דוקא בעצמו.

ומעתה מובן מה דכייפינן עלה. וממילא מצוה כזו ודאי משעבדת נכסיו וכמש"י. ואף כי לסוכה ולולב ליכא דין שעבוד, ה"ט דלא יתקיים כלום ע"י ירידה לנכסיו כל שלא עשה המעשה ישיבה ונטילה, לא כן לגבי ללמד את בנו תורה דשפיר יתקיים העשה ע"י תשלומי שכירות המלמד וקצרתו.

והנראה וכו' דא"א היתה עליו מצוה לפרוע וכו'. נראה שבשו"ת רעק"א (קמא סי' ס"ח) הרגיש בסברא זו ושור"ט בה, ע"ש היטב ובפרט בסוף דבריו.

ובסוגיוני וכו' והרי הוא גובה מכה השעבוד בלבד. הנה זה שפקע שעבוד הגוף במיתת הגר צ"ל דלא דמי לפקע ע"י מחילה (במכור שטי"ח), דסבר ר"ת (רא"ש דין) דכשפקע הגוף פקע נמי שעבוד הגוף. וכ"כ בקצה"ח (הביל סי' ס"ז - כ"ז סוד"ה וכו') וז"ל: בערב שמשלם אחר מות הלוח וכו' אף שפקע החיוב מעל הלוח במיתתו צריך הערב לשלם, [משא"כ] בפרועו או במחילה דהוי כפרוע או נפטר הערב עכ"ל. הרי להדיא

סברא לחלק בין מיתה למחילה. וכע"ז להדיא משוכב נתיבות (סי' ל"ג - ב) ד"ה ועתה וז"ל: נוסף להביא ראיה מגר שמת וזבובו ישראל נכסיו, דמחזיק נכסיו של ה' דין יורש ונגבה מהם מלוה על פה כדרך שנגבה מן היורשים, וכמבואר בטור ושור"ע סי' ער"ה סעיף כ"ח עכ"ל. וכ"ז שלא כהתומים המפורסם (סי' ס"ז סי' מ"ג) והובא שם שמבואר להדיא דאף שעבדו הגוף מוריש נ"כ היורש - היינו רק מדינא דירושא, אבל בנו שמת לא. והנחה"ם (סי' ל"ג סי' ב, וק"ז סי' ט) נמי ס"ל כהתומים ע"ש (ועי' בשור"ע אה"ע סי' ק"ה סי' ט"ז בדין השיך לזה וציינו האחרונים לכאן).

ועכ"פ צ"ע דעת התומים והנתיבות משמענתא דגר שמת. ובתנח"מ החדש מובא ת"י ע"ז מהנתיבות עצמו בכת"י (מגלין ספר"ה), והועתק גם בסוף הקצות החדש) שמדמה הגר והמלוה לבעלים וגולן דזה אינו שלו וזה אינו ברשות. ודשו בזה רבים וגדולים וכבר נכתב בזה בשופרא דשטרטא (שער ב - פ"א) ע"ש.

שם וכו' השעבוד בלבד. ובוזה יתורץ לי סתירת הרמב"ם בהל' פדיון הבן דבפ"א ביכורים ה"כ פסק שנתחייבו הנכסים לפדה"ב, ואילו שם בהל' ג מבואר שאין גובים משעובדים לפה"ב, וכמו שהוכחתי לקמן (ש"ג פ"ג) וצ"ע ג. ואלא להנ"ל י"ל באופן נפלא, דע"ש בהל' ג שמירי באופן שקיימא המצוה והחיוב אקרקפתא דגברא ומה"ט גוף הקרקע אינו בר גבייה וכדביארתי (שם), ואילו בהל' כ שם מיירי בנכסי האב לאחר מיתתו ובטל מצותו כמובן דלמתים חפשי, ולא נשאר אלא 'השעבוד בלבד' ודוק. ועי' שער א פכ"ט בארכה.

ש"ב פ"ג

ולכאורה צריך לומר. וכ"כ האילת השחר (תוס' ד"ה אמה).

אכן יש לציין וכו'. עי' באילת השחר הנ"ל מש"כ בזה, ועי' בספר פרדס יצחק (פ"ה פרה"ה ג"כ) שהביא מתוס' הרא"ש משמעות אחרת בזה. וע"ע שם בפנים (אות ס"ה).

ונראה וכו' או"ד כיון שהוא פורק מעצ"ו המצוה וכו' אין פריקתו מעלה או מוריד. לפי"ן אולי יש להסתפק בזמן שאין יד ביד תקיפה ואי אפשר לכופו, אי אמרינן דשפיר שייך למיפרק המצוה או לא שנא. ואת"ל דשייך למיפרק המצוה בכה"ג מהו אם בערכאות של עכו"ם א"א להשמש"ט מו אמרינן הואיל ובמשפטם מדיניהם הם כופין - לאו על המצוה הם כופין, או"ד סו"ס א נחשב פורק בכה"ג וצ"ע.

ש"ב פ"ד

והמאירי וכו' וי"א דאפי"ו לא ירשו בלום. והוא בהגהות אשרי (פי"ט סי' י"ח) בשם הר"י, אך תלה סברתו בפלוגתת האמוראים אם חייב לכבד אביו משלו אם לאו, וכיון דקיי"ל רק משל אב, כ' בשם מהר"ח דאין מצוה, והביאו הבית יוסף (ק"י ד"ה אבל אלא לא ירשו כלום וכו'), וכ"כ הרשב"א הובא במגיד משנה (פ"א מלוה ה"ח), ועי'

בטור סי' ק"ח (ל"א) שהביא בשם ה"ר זרחיה הלוי בשם ה"ר משה ב"ר יוסף (בכעל התומות שער י"ד, ד' ב' - בית יוסף) דמצוה לפרוע חוב אביהו אפילו לא ירשו כלום והשיג עליו הטור.

והנה וכו' שירש מובן הך שיטה וכו' רק מן המפ"ש"פין שירשו. וכן פסק הטור סי' ק"ז (ג), ומסיים ואפילו מצוה נמי ליכא.

וצריך לומר דא"י מעיקר דין כיבוד אב מדאורייתא. כן מבואר גם בר' זרחיה הלוי בשם הרמב"י (הביל) ע"ש בלשונו.

וצריך וכו' כמש"כ רש"י לקמן [צא:] וכו'. אמנם שם י"ל דמיירי בנכסים או מטלטלין שירשו מהאב. ועי' בכתב סופר שכתב בגדר השטעם מצוה זו, כיון שבא לו מן האב חייבוהו רבנן לפרוע מיניה. ועי' בהגהות יעב"ץ (בש"ס) דמצות כיבוד אב לאחר מיתה אינו מה"ת. ועי' בקוב"ב כתובות (אות ש"ה) מש"כ בזה דהוי מצרכי המת. ואפשר דגם מנכ"ס עצמו שייך שעבוד או מצוה ע"ז, וכבר מצאנו בב"מ (ה"ה) חומרא יתירה בכה"ג, ע"ש ברש"י ד"ה משום כבוד אביו ודו"ק.

ובמה וכו' ומה ל' א"י הוא משום כבוד או משום מניעת ק"ו. ועי' קידושין שם (ל"ב), ת"ש שאלו את ר"א עד היכן כיבוד א"י, אמר להם כדי שיטול ארנקי ויורקנו לים בפניו ואינו מכלימו. ומשמע לכאורה דגם להכלימו בכלל מצות כיבוד אב ואם, ועי' בסמוך.

ובמה וכו' וי"א הבטיחה ל' התורה שבר על כן. דהרי זה בכלל אורו מקלה אביו ואמו, וכמש"כ הרמב"ם (פ"ה מפרים ה"ט"ו) כ"ז המבואר בדברים אפילו ברמיהו ע"ש ועי' בית דוד (יו"ד סי' ר"ם ס"ח).

ובמה וכו' א"י י"ל דמניעת ק"ו לאביו וכו' ככ"ף מצות מורא אביו. וזה לשון הרמב"ם (פ"ו מפרים ה"ז), עד היכן כיבוד א"י, אפילו נטלו כיס של זהובים שלו והשליכוהו לפניו לים, לא יכלים אותן, ולא יצעק בפניהם, ולא יעוס כנגדם, אלא יקבל גזירת הכותב וישתוק עכ"ל. ומזה מבואר דא"י בכלל מורא אלא בכלל כבודם, אך מסיפא לכאורה מבואר דגם מורא שייך בזה וז"ל: ועד היכן מוראן, אפילו היה לובש בגדים חמודות ויושב בראש בפני הקהל, ובא אביו או אמו וקרעו בגדיו או הכוהו על ראשו וירקו בפניו, לא יכלימם, אלא ישתוק ויירא ויפתח מלך המלכים שצוהו בכך עכ"ל. הרי להדיא שהאיסור להכלימם היינו מדין מורא וצ"ע. ומסתמא בענין הממון קריה כבוד, ובענין הביזיונות קריה מורא. וע"ע בזה בפ"ה הרי"פ לרס"ג (ת"א עשה ט) וחקר הלכה (פמ"ב) כ' אות ב', ועי' בכסף משנה שם שהק' על הר"ם דפסק כיבוד אב משל אב, וכאן פסק דגם דוורק ארנקי שלו, ותיורץ דהני מילי לכבודו אינו חייב אלא משל אב, אבל שלא לצערו יש לו לאבד כל ממון שבעולם. ועי' בב"י סי' ר"מ ד"ה ועד שהביא סברא זו מהר"ן. וע"ע ביד שאול יו"ד (ר"פ סי' ט) דה"ה מורא (ב"ה) שכתב להדיא

שהחיוב שלא לצערו אינו מדין כבוד אלא מתורת מורא, וכ"כ הר"פ (שם ד"ה אמנם).

ש"ב פ"ה

אב"ד וכו'. ע"י בייעב"ן מש"כ בזה באופן אחר.

ואולי י"ל וכו' מדין שנעבוד הגוף. כשיטת התומים (סי' ס"ז סי"ק מ"ג) והנתה"מ (ק"ז סי"ט), ומצאנו דוכתי אחרוני גם בתומים גם בנתיבות שכתבו היפ"ך זה שאין שעבה"ג יורד מהמת להיורש, וצ"ע הסתירה. ואפשר לישב כמש"נ בפנים דשעבוד הגוף אינו אלא על מה שירש לא פחות ולא יותר, וא"כ אי"ז ממש שעב"ג הכללי דמחייבו כשלעצמו אף באין לו, אלא גלימא דעל כתפיה. ובמק"א הארכתי.

ש"ב פ"ו

ולדברי התוס' וכו' בתורת פרועו וכו' ולא משום מצות כיבוד אב. וצ"ע דממ"נ אם שילמו במעות או שוה כסף שירשו, ע"כ הו"י פרועו, דבזה י"ל דאיכא מצוה וחויבו, ע"י ריב"א ר"ן (תומים סי' ק"ז - א). ואם שילמו ממעות של עצמם, הרי אין בזה שום מצוה (מלבד לדעת חידד שהובאה לעיל), וע"כ הו"י רק מוכר בעלמא וצ"ב. וע"ע בפנ"י שם.

אלא דקשה וכו' ולמה צריכים להמתין וכו' שאי"ז דין ממוני כ"ל. אך זאת מצאנו בשו"ע יו"ד (רי"ב סי"ף ה), ואם אין לאב ויש לבן, כופין אותו וזן אביו כפי מה שהוא יכול. וברמ"א וי"א דאינו חייב ליתן לו רק מה שמחוייב ליתן לצדקה עכ"ל. ולכאורה תמוה אם חיוב זה ממצות כיבוד (ובגן סוכה וילוב וכמס' רש"י כאן) הוא דמחוייב לזון את אביו, איך כלל זה בדין צדקה. כן הק' הג"ר חיים אהרן טורצין ז"ל במעשה חייא קידושין (סי' ט"ז ד"ה ולפי"ז), והביא עוד מש"כ המחבר להדיא (סי' י"א): וכן הנותן מתנות לאביו והם צריכים להם הרי זה בכלל צדקה עכ"ל. ומתרח' ע"פ דרכו שם דאח"כ עצם החיוב אינו חיוב ממון כלל, אלא מחו"ן שצריך לעשות לו כל צרכיו חייב נמי לדאוג למוזנותיו, וממצות כיבוד הוא זה, אבל מ"מ החיוב ממון שבו זהו מדין צדקה, ע"ש מילתא בטעמא. והכא נמי נראה דסיבת החיוב לפרוע חוב אביהם היא משום כיבוד, אבל חיוב הממון שבו הוא ממוני. [אך חיוב צדקה לכאורה ליתא וצ"ע]. הא מיהא להר"ף (כתובות ט"ט) והרמב"ם (פי"ז מהניע ה"ח) דס"ל בדעלמא נחתנין לנכסים משום צדקה, לכאורה הכא שפיר טפי דודאי נשתעבד ונחתנין. ואפשר גם לרב האי גאון והרשב"א (הובאו ברי"ן כתובות י"ח. מפ"י הרי"ף) דס"ל דלא נחתנין דאיכא רק מצוה ולא שעב"ג, הכא שאני דאיכא שעבוד ודאי.

ש"ב פ"ח

ונראה וכו' והקרקע נשארה בידם. ודוקא ככה"ג שהקרקע נשארה בידם, אבל אם כבר טרפוה ופדאוה היתומים, פשיטא שאינו יכול לחזור עליהם, דכבר פקע השעבוד, וכן כתב האילת אהבים (להגרא"ל ענין ד"ל צ"א: ד"ה ג"ה אתא בעי"ח).

ויל"ע נהי דמסברא נשמע הלכה זו מ"מ צ"ע למה השיטוה הפוסקים. ואולי פשיטא היא מאור דלא מציינו שהשעבוד נשאר על דבר אחר הטירפא, (מלבד בתוס' ב"ב (קנז: ד"ה גובה) בסל"ק"ד לפי פירושו של המהרש"א, וכבר תמהנו ע"ז במקומו ש"ז פט"ז]. וגם מפורש בש"ס ופוסקים הא דיתומים שגבו קרקע - רק בחוב אביהם יש לבע"ח יד בה, אבל סתם מקחם של יתומים אין להזכיר דשלהם הו"י. שו"ר לשון הרמב"ם (פ"ח מהלכות ה"י): וטרפה נתנו לו היתומים מן המטלטלין שהניח אביהם וסלקוהו הר"ז חזור וטרף אותה בשאר חובו עכ"ל בקיצור. הרי להדיא הוה"י הרמב"ם מלכתוב שנתנו זו"י או מעותיהם, דמשמע ככה"ג ודאי הו"י כמכר בעלמא, וע"י בהפלאה (צ"א: ד"ה והנה הרמב"ם) שכך דקדק, ומסיים [כעין דבריון]: "וצ"ע שלא עמדו האחרונים בזה בלשון הרמב"ם". אך כנראה על פרט נפרד כתב כן יעו"ש, אבל זה שאם פדאוה בדמים שלהם כנראה אי"צ לפנים. וכן הוא מפורש בלשון הגמרי, וצ"ע (פי' ק"ז - ו), ע"ש, ולשון הטור אחרת לגמרי, וצ"ע לדניא.

ש"ב פ"ט

ושיטת הרשב"א וכו' ולדריה יתיישב סוגיא דקמינא דארעא. וכ"כ הרשב"א עצמו בחידושיו כאן קנז: ד"ה תרגמה וע"ש עוד, וסיים שכבר כתב "בארוכה בסוף מסכת כתובות [פ"ו]. בס"ד".

ונראה וכו' ברא כרעא דאבוא וכו' ונעשה עבד לזה לאיש מלוא וכו' משא"כ מלוא ע"כ פה וכו'. ובוזה יתיישב קו' רעק"א על כלל החיוב לשלם חוב אביהן בשו"ת (ת"א סי' ס"ז ד"ה אולם) וז"ל: מפקפק אנכי בזה די"ל כיון דירשו הממון הו"י ממון שלהם, ואינן מחוייבים וכו' דקיי"ל כיבוד אב משל אב, וכו' עכ"ל. ולפי"ד י"ל דשאני הכא דהשיב משל אב וכמש"נ דרו"ק. ואולי יש להעמיס ביאור זה בתירוצו של רעק"א שם וז"ל: ונוכית מזה כיון דמכח אביהם בא להם הממון לא מקרי כ"כ שן כל עכ"ל וע"ש.

והעיקר הוא שדנים על סוגי החוב ולא על הנכסים בפרט. וכן נשמע מדברי הקצה"ח (סי' ק"ח סי"ק א) ע"ש, וע"ע בשערי ישר (שער ה' פרק ב') מה שכו' בכללות הדבר, ומה שמחלק בין פריעת בע"ח מצוה וצדקה, דירודין לנכסיו, לבין רבית קצוצה, דקיי"ל (ביב"ד סי' קכ"א - ה) דלא נחתנין לנכסים, דצ"ע, (וכן הדין הקצו"ח סי' ל"ט סי"ק א), וכתב דשאני חוב ממון דאיכא נמי שעבה"ג, אבל ברבית רק מצוה איכא ע"ש. ואולי י"ל גם כע"ז לגבי יורשים ועיין. שו"מ בקצה"ח (סי' ק"ד סי"ק ט"ז ד"ה והנראה לי) שמשמע להדיא דמצוה על היתומים תלוי במה שירש מכה מורישו ע"ש הענין, ומשמע דשפיר דנין על הנכסים בפרט, וצ"ע.

והעיקר הוא שדנים על סוגי החוב ולא על הנכסים בפרט וכו'. וי"ל דבהא פליגי הפוסקים אם היתומים חייבים לפרוע במעות ולא

בקרקע, כדון אביהם שאם יש לו מעות א"א ליפטר בקרקע, והש"ך (סוסי" ק"א) סבר דוקא מעות, אך ברמ"א אבה"ע (סי' ק' סעי' א) משמע דיכולין לסלק המלוה בקרקע, (ע"ש מהמחבר כתב אם נכו היורשים מעות בחובת אביהם, גובה מהם. וע"ז כתב הרמ"א דאם רוצים לסלק בקרקע הרשות בידם, ומבואר דאי"ז ליתן מעות, וכן דייק השואל ומשיב (תיניא ח"ב ריש ס' קט"ז) מהבית שמואל שם ס"ק ד' דחולק על הש"ך הנ"ל, אכן לאו דוקא שמורה להשוואל ומשיב ברדוקו דברי הרמ"א ודו"ק]). ונראה הש"ך ס"ל כמש"נ ש"דנים על סוגי החוב, וממילא נעשין היתומים ממש כלוה, ועבד לאיש מלוה. לא כן להרמ"א דרק דנים "על הנכסים בפרט".

וביאר הדבר ויסוד הענין יפה ביאר שם בשו"מ ואעתיק תוכ"ד וז"ל: לפענ"ד היה נראה לענין יורשים ודאי דנין דמצי לסלקה בקרקע, והטעם דנראה לפענ"ד דבאמת הם לא נתחייבו רק שהנכסים נתחייבו ונשתעבדו, ולכן נפרעים מן היורשים, ולפי"ז היורשים אינם צריכים לסלק אלא בקרקע, דהם לא נתחייבו רק שהנכסים נשתעבדו, ולכן דייק הרמ"א מיהו אם רוצים לסלק בקרקע הרשות בידם, והיינו דוקא היורשים, (וממשיך ומביא עוד ראיה נפלאה). ובאמת בהגהת אלפסי מועתק בחו"מ ס"ק ה' שם דהבעל או היורשים הרשות בידם להגבותה קרקע. והרמ"א העתיק לענין יורשים בלבד, ולפמ"ש אתי שפיר, וזקני הרמ"א ככוונה מכוונת השמיט הבעל, רק היורשים לבד וכו', ובשלמא בע"ח גופא או הבעל וכו' עיקר החיוב במעות, משא"כ היורשים וז"ב לפענ"ד עכ"ל. ומוכח דהש"ך חולק ע"ז, וס"ל כמש"כ.

עוד נראה להעמיק ע"פ דברי דודי המחבר שליט"א, שזדנו רבותינו ז"ל אם יש מצוה לפרוע חוב אביהם אף במזיק וגולגן ושאר מלוה הכתובה בתורה או"ד רק בהלוואה, ע"י בספר חקרי לב (תומים סי' ע"ב) שהביא ראשונים לכאן ולכאן, והביאו באמרי בינה (גב"ח סי' י"ג ד"ה והאמת) והשיג עליו דודאי חייב ומצוה בכל אופן ע"ש. וי"ל ע"פ ב' צדדים הנ"ל: א) סוג החוב, ב) נכסים בפרט. וע"ע באמרי בינה שם (ד"ה יש לחקור) שהסתפק האם יש מצוה לפרוע גם כשהיה פטור בדיני אדם והחייב בדיני שמים או"ד מאחר שלא יתכפר במאי דמשלם היורש ליכא מצוה ע"ש, ויש לפרש כנ"ל וקצונו. ואולי כ"ז שייך ג"כ לפלוגתת התומים עם הקצה"ח (סי' ס"ז - כ"ו) אם איכא שעב"ג על היורשים אם לאו ואכ"מ.

ש"ב פ"י

והנה בשנויא וכו' ואולי הסברא דשם אביהם על הקרקעות. וסמך לזה איתא ביבמות (ס"ב), ואמר רבי אלעזר כל אדם שאין לו קרקע אינו אדם, שנאמר השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם. וע"י מש"כ התוס' שם ד"ה שאין ובמהרש"א ד"ה כל בטעם הדבר. ויתכן לומר שבאמת כגוה"כ הוא, זה, דעצם הם האדם

השטר לערב, ע"ש ובעליות דרבינו יונה (ד"ה לשתן).

והביאו התוס' וכו' והדברים נפלאים. אך גם דברי התוס' צ"ע, וכמו שהקשה בקובץ שיעורים (אות הרמ"ט) מהו נתינת טעם דפריעת בע"ח מצוה ויתמי' לא בני מיעבד מצוה נינהו, והלא עצם הגביה אינו אלא מטעם שעבוד, וכדמוכח מהא דטרופין מהלקוחות על אף שאין עליהם שום מצוה.

ושפיר מהלך וכו' אהני כתיבתו שלא יוכלו עוד לטעון פרעתי. וכ"כ הטור, וע"י בש"ך (סי' ק"ל סי' ת"ח) ובלבוש (סי' א) אך בסמ"ע (סוסי"א) ביאר באופן אחר ע"פ המגיד משנה (פס"ז ממלוה ד"ח), דע"י התקבלתי נתן לו זכותו והיא עומד במקומו ודינו כדין המלוה, וככל אדם שהרשהו המלוה לגבות את חובו ע"ש.

ש"ב פט"ו

איצטא וכו' וי"ל ע"י כמה נחלקו וכו'. וע"י בראשונים שעמדו בזה. ובקיצור: דעת הראב"ד (חובא בחי' הרמב"ן ובמלחמות ובעה"ט ריב"א ורא"ש) דמירי כשהלוה טען כבר פרעתי, ובאו אלו העדים להגיד שלא פרעו, ונמצא דבהגדתם מתחייב הערב לפרוע. והרמב"ן מבאר כוונתו, וע"ש פלוגתתו עם הבעה"מ אי עבדין ככה"ג פלגינן דיבוריה, ע"ש בשרש הענין דפלגינן. וע"ע בב"ח (סי' ל"ג) בזה ובכאור השיטות בש"ך (שם סי' ט"ז). ובספר שית יצחק רצה לחדש דבאמת הלוה היה לו במה לשלם בהרווחה, ובוה פליגי אמוראי בהא דלולא היה הלוה מה לשלם היה הערב מתחייב, האם זה כבר חשיב נוגע לעדות, או כיון דסו"ס בהגדת עדות זו לא ישלם הערב כלום שפיר דימי ע"ש, וכבר כתבו התוס' סברא כזה בכ"ב (מה ד"ה מא נפק"ט) אלא שהסתפקו בה, ויש לפרש על פי הנ"ל. וע"י בפנים בסמוך ולעולם עולה יפה גם עם פירוש זה.

אב"ר רב הונא ברדריי וכו' גוף עדותם ש"ש שניהם. כ"כ גם הריטב"א, אלא שכתב דמירי כמלוה בשטר שהיו חתומים בו אילעא וטוביה, ואין להאמינם משום דכולה שטרא דחתימי עליו כחדא סהדותא, ואי אפשר להאמינה לחצאין. וע"ע בסגנון דומה ברא"ש כ"א. והבעה"מ כתב: "כיון דהערב במקום לזה קיים שניהם כגוף אחד הם".

ש"ב פט"ז

והנה וכו' והקשו הראשונים. וכמו שהבאנו בריש שער זה ע"ש שו"מ טור (סי' צ"ה) שפסק פריעת בע"ח מצוה אע"ג דס"ל דשעבודא דאורייתא (כמבאר בסו"ס פ"ח), וכמו שדייקו מיניה הב"ח שם והש"ך (סי' ל"ט סי' ב).

ונראה ליישב וכו' הרי הנכסים הפקר ואינו נופץ ממון שום אדם. אך כמדומה שיש לחלק בין היכא שהנכסים הפקרו לבין גר שמת, דע"י בשלטי גיבורים ב"ב (ל' סופי הרי"ה) שכתב: ומסופקני אם הדין כן באדם שהפקרו לך נכסיו (ובאו אחיהם לזכות בהן), אם דנין כמו הוזהב בנכסי

מתנתו מתנה במטלטלין (ע"י חר"מ סי' רכ"ה), ובפרט ככה"ג דכשיגדלו יהיה עליהם החיוב לשלם, ולמה נבטל מעליהם כשהקדימו שלם עכ"ל. וכנראה שורש פלוגתתם בנקודה זו. וע"ע בחי' רבינו חיים הלוי (פ"ה מהל' קרבן פסח ה"ח) מה שדן בענין קטן בנידון דומה קצת.

ש"ב פ"ג

ויש לדקדק וכו' הקשו האחרונים וכו' ותייצו. ע"י בשערי יושר (ריש שעה) ששקיל וטרי בדברי האחרונים ומסיק מעיין שקיצר דודי המחבר שליט"א כאן, ובהמשך מברר ענין זה דפבע"ח כתובות פו. (שם פרק ב).

אכן קשה וכו' הא ליכא אלא ספק מצוה. עוד קשה מה שהק' מרן ר' אלחנן (בכ"ב אות תרס"ח) דהאיך יורש ירושה, דלא שייך ירושה אלא בזכות ממון. ועו"ק האיך שייך שבועה בכפירת ממון, דבחיוב מצוה גרידא ליכא שבועה. ור' שמעון ז"ל (שם) ג"כ עמד בקושיא דלעיל, וע"ש ביאור הענין כשמלה בדומה למתבאר כאן.

והנה באמת צ"ל וכו' איכא עליו חיוב תשלומין. וע"ע בב"מ (פ"ח) דרשינן תשומת יד זו הלוואה, ובגליון הש"ס בכתובות (פ"ב) ציין לגמ' הנ"ל. ובאמת דס"ל לראשונים דפריעת בע"ח מצוה הוא מלבד לתא דגזול, (וא הושיב את הגולה ועשק), ע"י מרדכי כתובות (אות רכ"ב) וספר החינוך (מצוה רכ"ח) ושו"ת רדב"ז (ת"כ - ת"ל), וע"י רש"י גיטין (ל"ג ד"ה ואמר רבנן ב) דלוה ואינו משלם מיקרי גזלן. עוד יש להביא ראיה ליסוד זה: (א) מהא דאיכא דין ירושה בחוב. (ב) מהא דמתחייב לכבוו על מצוה זו ויתר מחומש [וע"י ח"י הגר"ח כתובות פ"ין]. (ג) מדברי הרמב"ן עד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו - דלכאורה האיך נעשתה הכסף משל הלוה להמלוה על כרחו. וע"ע בקצה"ח (סי' קיד סי' ט) ד"ה ולע"י) בביאור גדר הטירפא במיניה כשאינו אלא מטעם מצוה.

והנה באמת וכו'. וכן תירץ הקובץ שיעורים (ד"ה), וע"ש שהסביר דבשאר מצות המצוה מולידה את החוב, וכאן להיפך החוב חל ראשון והמצוה לפרוע את החוב היא תולדתו, וכיון דאיכא חוב גם בלאו המצוה ממילא מיושבות הקושיות הנ"ל, דשפיר שייך בזה ירושה ושבועה. וע"ש שנתקשה לפי"ז מדברי הרמב"ן המפורסמים עד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו, ובמה שדן בדברי הקצה"ח בזה (בכ"י ל"ט) בקיצור נמרץ.

ש"ב פ"ד

והביאו וכו' א"כ האיך אהני כתיבת התקבלתי ש"ה המלוה וכו'. הרשב"א (קנה. סוף ד"ה הוזהב) ועוד ראשונים פירשו דכתיבת התקבלתי הוי כמסירת השטר לערב, וכאילו לקח הערב את השטר מיד המלוה ע"ש. וע"ע בטור (סי' ק"ל) מש"כ בזה דעת הרשב"ם כנ"ל, נגד דעת הרבינו יונה דס"ל דמירייה שהמלוה ממש הקנה

אינו נשלם אלא עם קרקע, וכדמשמע גם בסוטה (ב) ומו"ק (ג), אמר רב יהודה אמר רב מ' יום קודם שצירת הולד בין קול יוצאת ואומרת בת פלוני לפלוני, בית פלוני לפלוני, שדה פלוני לפלוני. הרי שהשווה יזוגו של אדם שהיא כאחד מאבריו, [וכלשון הקרא בכראשית ב, כד וכפי' הרמב"ן שם], וכ"ה מפורש בספר הבהיר לרבי נחוניא בן הקנה, לקרקעו של אדם. ובוה הענין יש ליישב גם דבר הלכה ע"י לבוש או"ח סי' רמ"ג סעי' ב ובמה שהקשה עליו המג"א ס"ק ג, וע"י בט"ז סוסי"ב ובמה שהקשה עליו האליה רבא ס"ק ז, וע"י בפלוגתא הפוסקים הובא במש"ב ס"ק יד, וע"י בספיקתו של הביאור הלכה שם ד"ה וחזר, ולהנ"ל יש ליישב. וע"ע לשון הש"ס בע"ז כא: בשם התוספתא פ"ב הג"ג לאור מש"נ וקצרנו כי אכ"מ.

ש"ב פ"א

והשתא יש להסתפק מהי שיטת הרשב"ם. והנה הש"ך בסי' ל"ט סוסי"ב קיבץ וחקיק אחר כל דעות הראשונים בזה להוכיח דשעבודא לאו דאורייתא להלכה, וגם אזל לסוגיין ולחם עם אלו הראשונים שרצו להוכיח מכאן דשעבוד"ד, והשמיט דברי הרשב"ם, הרי שלא מצא בדבריו און וסיוע לו. וע"כ ס"ל דאין בדבריו ראיה דשעבודא לאו דאורייתא.

עוד יש להביא ראיה. אך ע"י בקוב"ש (אות תרמ"ט) מש"כ בזה.

ש"ב פ"ב

ונראה וכו' המצוה מופלגת על הממון. וכן הלכה, כמבואר בשו"ע (סי' ק"ח - א) דבאופן שאביהם הודה שחייב גובים מהיתומים, וסברת הדבר ע"פ מה שנתבאר כאן. ונראה להוסיף ע"פ דברי הנתה"מ במק"א דיחוד מעות לפרעון מהני וחשיב נפרע החוב, (אלא שלחה אחי כתיב באורייתו), ע"ש שכתב כן לדינא. וכן הוכיח המחבר הנ"ל בפנים ע"פ רש"י בכמה דוכתי בפסחים לא. והבאנו ביאור הדבר מספר שערי חיים הממוני גבן נתמצמם למקום אחד, ושוב הופקע דין זה משאר כספו ונכסיו, ורק באלו חל הממוני גבן. והוא הדין והוא הטעם הכא ביתומים. וביאור נוסף ל"ל דמצוה על הבי"ד להציל את העשוק מדי עושקו (ע"י שערי יושר שיה"פ"א ד"ה אבל נכפ"י ד"ה ותנן).

אב"ר רב פפא וכו'. ע"י בפני"ת כתובות (פ"ב) באר"ה פריעת בע"ח מצוה וכו' ואף שאינו כדאי וז"ל: דהאיך אפשר לאוקמא עובדא דקטיני דאביי ביתומים קטנים וכו', הא יתומים לאו בני מצוה נינהו, אי משום שכבר נתנו הם, לא על דעת כן נתנו, ומעשה קטן לאו כלום הוא עכ"ל. והשיג עליו הברוך טעם שם וז"ל בקיצור: בודאי טוב לחנן הקטן לעשות דברים טובים ולמצוה יחשב לו, ומה שמקשה דמעשה קטן לאו כלום הוא, לא אבין, דהא כשהגיע לעונת הפעוטות

הגר לענין פריעת החובות וכו' וצ"ע עכ"ל. ובסמ"ע (פי' רביה ס"ק י"ח) כתב להדיא דליכא שעבוד על ההפקר. אך בקצה"ח (ס"ק ב) השיג עליהם ע"פ ראשונים ע"ש. ובהנהגות ברין טעם שביאר דרך הראשונים. ובחור"מ סי' ל"ז אפילגי האם שייך שהבע"ח יטרוף מדבר המיואש - עי' נה"מ (ס"ק י"ג) ותומים (ס"ק י"ח). שו"מ באבני מילואים (ס"ק ק"ב ס"ק א) שהביא מחלוקת ראשונים בנכסי הגר שמת - שו"ת הרמב"ם המיוחסות נגד הרשב"א ונבספר שערי אור (על הורת השעבודים עמוד ר"ח כהנא) תמה עליו דכבר נתגלה לנו שאי"י מהרמב"ם, ובהנהגות ברין וצ"ע וכמשי"כ הב"י בהקדמתו, ובהנהגות רעק"א לסי' ק"א (סעיף ב) כתב: המפקיר נכסיו וקדם א' וזכה בהם, כל מלוה שנגבה מלקוחות נגבה גם מזה, לקמן סי' רע"ה סל"א ע"כ. והרי להדיא כמו שכתב דודי המחבר שליט"א.

ונראה וכו' דגבוי גבויינא עדיין הוי ממון ה"זה. ובמק"א הבאנו סברא זו גם מרבותינו האחרונים, עי' חידושי רבינו חיים הלוי פ"ט מלוה ה"ח ד"ה אלא, ועי' במגיד משנה זכיה ומתנה (פי' ה"ח) בשם הרשב"א ובעל העיטור סברא כע"ז, והרב המגיד הסכים עמם.

ש"ב פ"ז

אכן וכו' ועיין במפרשים שנדחקו. עי' שפת אמת שיישע ע"פ רש"י (ד"ה צור"ק) דצרי ל' לא שייך אלא בשעת מיתה, וא"כ כשלא בפניו או מת פתאום לא שייך האי חששא, אך שובר עדיין שייך ע"ש, ועי' בספר עולת שלמה באופן חידוש.

ונראה וכו' יודוע קושית הגר"ח. בסטנסיל בענין שטרך בידי מאי בעי (שטרות פ"א), וכוון לדעה אחת תלמידי החזון יחזקאל כתובות (פי"א - א' חידושי ד"ה ואולי) והביא סיוע לזה מתוספתא, ועי' נפק"מ לדינא בין הבנה חדשה זו להפשטות (בד"ה ריש חילוק לדינא), וכן כוון לזה האבי עזרי מהרמב"ם לקמן (פס"ו מלוה ה"א וב) ע"ש (בד"ה הנראה).

ונראה וכו' והרי כמו שנתן המלוה נאמנות וכו' והלזה יותר על וכו'. כן ביאר הגר"ח לגבי אל תפרעני אלא בעדים. ובשטר פירש שכן הוא בעצם וכו' השטר דטענות הוי כמו וכו' וממון ג"כ. ועי' בחזו"י בסגנון שונה. ועי' בלשון האבי עזרי שהוא הקרוב אליו ביותר. ופי' וכו' ואינני דהוי מילתא דלא שכיחא. וז"ל הערוך השולחן (ק"ח - ד), דביתומים קטנים צריכים לחשוש כל החששות שיש לחשוש, וגם איננה חששא רחוקה, דרך האדם קודם מותו לחשוב חשבונותיו ולפרוע חובותיו עכ"ל. ולפיכך שפיר י"ל דאף אם חשש פרוען אין כאן, מ"מ חיישין למשכון, דסו"ס דרך האדם לחשוב חשבונותיו, ועולה יפה עם מש"נ כאן.

ש"ב פ"ח

ולא וכו' דהוי הודאה כנגד הודאה. עי' ש"ך

סי' ת' ס"ק י"ב וסי' פ"ח ס"ק ט"ז ול"ט שהביא דעה זו, והוא עצמו סובר דמטעם השטאה הוא. והרבה מהמפרשים חיפשו דעה בראשונים לתלות בה דעת הרמב"ם, עי' ערוך השולחן (פי' פ"ח ס"ק ד) וחזו"א (חור"מ סי' י"א ס"ק י"ח). ולא וכו' ולמה הביא מש"ל. כן הקשה המרכבת המשנה בהל' נוק"מ (פי' ה"א י), ועי' שם דרך אחרת בזה בארוכה.

ובכ"ז צריך עיון וכו' למה תהי' לו תפיסה. וכן הק' הש"ך (פי' פ"ח ס"ק כ"ב), ועי' מה שהוכיח דע"כ לאו מטעם הודאה אלא משום השטאה, [וכבר קדמו הר"ח ז"ל בב"ק לה: (אור שמה פי"ב - ה"ח)]. ועי' בס"ק כ"א וס"ס כ"ג מש"כ בענין זה בשיטות הראשונים. ובסמ"ע (ס"ק כ"ה) כתב הטעם שיכול ליתן אמתלא שלא רצה לתבוע הכל בפעם אחת. וכן כ' הנה"מ (ס"ק ד) דאין הודאתו ברורה, וצריך לזה דעות הראשונים דשתיקה אינו כהודאה ברורה. ועי' בדברי משפט בחי' מבנו מהר"א ז"ל (פי' פ"ח ב) שג"כ נקט דרך זה ע"ש נוסחתו.

ובתומים (ס"ק י) דתאו, ועי' מש"כ דבר עמוק, ובאורים (ס"ק כ"ב) בתמצית חול': זה אינו, רק כתבתי ד"ל נתנו ב"ד מסופקים אי הוי הודאה ומחילה גמורה, ואם כן בתפס לא מפקינן וכו' עכ"ל. ופירושו לכאורה מיישב מה שהיה קשה על אלו הראשונים דס"ל הודאה - דבאמת ליכא הודאה מפורשת יוצא מפי התובע, והשתא את"ש דבאמת אינו ודאי אלא ספק. ובוה מסולקת קושיית דודי המחבר שליט"א לקמן על דברי הקצה"ח. ומן ר' איסר זלמן ז"ל סבר דהבית דין אין נוקקין להוציאה מידו הואיל ולדעת הנתפס הרי באמת חייב לו וחסר לו דין וזכות לתבוע, עי' אבן האזל נוק"מ (פי' ה"א י"א ד"ה הנראה), ועי' שכל דבריו לפי הדרך שהרמב"ם סבר דהוי הודאה, [דלא כהנה"מ דס"ל דהוי 'פטר' וכו"ד הקצה"ח ע"ש], וכ"כ בהל' שאלה ופקודן (פי' ה"ז נ"ט) שם ה"ח (ב"ה הנראה) ובהל' טוען ונטען (פי' ה"ז ד"ה ובעיקר) בקוצר אמרים. וכן כתב החזו"א (חור"מ סי' י"א ס"ק ה) אולם החזו"א מדגיש "שהודאת הלוה שוללת מהלוה זכותו לתבוע השעורים מיד המלוה", ואילו באבן האזל הנוסח הוא שבי"ד אין נוקקין - "אין ב"ד מוציאין מידו" "אינו יכול להוציאה עי' ב"ד" "שבי"ד יוציא מהתובע" ויל"ע. ומצאתי נוסח ברור בזה ברמב"ן במלחמות כב"ק (כ): מרפי ה"ף) "ולא מודקקתן להו" ע"ש הענין והועתק בקצרה בקצה"ח (פי' פ"ח ט), אך בדעת הרמב"ם יתברר בסמוך דלעולם בדין הוא שתפס המלוה ואפילו לכתחילה מותר כיבואר למתבונן.

ובכ"ז וכו' והקצה"ח שם ס"ק ט' וכו' אכן יש אדרקדק וכו'. ואולי זהו כוונת הנה"מ (ס"ק ד) כשהשיג על הקצות דלא מהני תפיסה בלא טענת ברי, "וכאן אדרבה הוא טוען שהוא של המוציא", דלכאורה צ"ב דהשתא הרי טוען ברי ואין לך צווחה גדול מזה. אך לפי לשון

הקושיא כאן מכריתות (ב) דנאמן אדם על עצמו, נמצא דכבר הוקבעה טענתו להיפך, או שלל לגמרי וזכותו לטעון שוב ודוק". שו"מ במילואי משפט (על התיבות את 115) שכתב הסבר זה בדעת התיבות, והביא מהקונטרס הספיקות (כלל ב' את ד') השגה על דרך זה, דכ"ז שהוא טוען ברי א"א לבי"ד להוציא ממנו, דומיא דאיטורים בתרי ותרי ונשאת לא' מעדיה דאם אומרת ברי לי אין כח ביד ב"ד לעשות כלום, ע"ש. ואולי פלוגתא זו היא כעין החילוק הנ"ל בין החזו"א לאבן האזל [ואולי דלכחא ולא מטעמיה] ועיין. אך כבר כ' הקצה"ח דיש לו על פי לסמוך (הרמב"ן), וכן תמכו וסעדו המילואי חושן (את 243) בנקודה זו דאי"צ טענת ברי. אמנם בתוס' ר"ד כבר הקדים ודן בשאלה זו הודאה כנגד הודאה (עי' ביב סה. את י"א דף קלה. את י"ח) והכריע דלא כהקצה"ח, ויכל זמן שזה רצה ליתן וזה אינו רוצה לקבל, בטר זה שאינו רוצה לקבל אזלינן, וזה דומה למה דאמר' (ב"ק לה) וכו', בטר הודאת המקבל אזלינן ולא בטר הודאת הנותן. הרי להדיא דלא הוי תרי ותרי אלא חד אלים מחבירו.

והירושלמי יבמות (פי"ג הי"ד ע"ה) נראה שהוא בעיא דלא איפשיטא, ע"ש ברונא דאיכא הודאה כנגד הודאה. וע"ש בשיירי קרבן (ד"ה פשיטא) שטרח למה הודאה א' אלים טפי מההודאה שכנגדו וצ"ע, וכבר תפס עליו האמרי בינה (דני טוען ונטען מר"ס ל"ד), ע"ש שציין למק"א שביאר דברי הירושלמי, ולא זכינו, ובהגה שם (את 208) ציין לנחל יצחק (פי' ע"ה את ט' לספי י"א ע"ה ב) בכל זה. שוב יצא לאור ביאור הגר"ח קניבסקי על הירושלמי יבמות ושם כתב: הוי הודאה כנגד הודאה וחזקת הממון מסייע לה וחזקת בעל מסייע ליה כה"ג מאי עכ"ל וע"ש. והנה בשיירי קרבן חקר שאלה זון בפנים חדשות חול': והנה זה כמה נסתפקתי תובע ונתבע שכפי טענת התובע נפטר הנתבע וכפי טענת הנתבע יצא חייב, הדין עם מי וכו' עכ"ל, ע"ש מה שדן אי דומה לחטין ושעורין וצ"ע. ובנוגע ירושלמי למס' קידושין (פי' ה"א) במתני' קידשתי את בתך והיא אומרת לא קידשת אלא אותי, מבאר שיטת הירושלמי בענין הודאה כנגד הודאה ע"ש (בד"ה ע"כ נ"ל לבאר ההירושלמי אויל לעמיה), וביאר הסוגיא כשמלה והביא מסוגיות הבבלי בכמה דוכתי ובכ"ב (שהביא הח"ס ד"ה) להוכיח דאזלינן בטר הודאת המקבל, והוכיח דהירושלמי פליג ע"ז בכמה דוכתי וס"ל דאזלינן בטר הודאת הנותן לחייבו, ע"ש חידושים ערבים.

ומענה זו אינה צריכה לדין הודאת בע"ד כמאה עדים. ביאור הדבר, דנהי דחל דין הודאת בע"ד שאין הלוה משועבד לו ואינו עבד לאיש מלוה ונאמן ע"ז כק' עדים, מ"מ אי"ז מגרע מחיובו של הלוה ושעבודו למלוה, ואכתי עומד בחיובו לשלם מתורת ודאי, כי

יתכן שהוא נאמן על עצמו יותר מכל הבירורים שבעולם, אלא מה שמעכב על ידו מלידת התשלומין ליד מלוה היינו כפירתו של המלוה, שהרי הוא נאמן לטוען כנגדו ולאמין ידו מלהיות מקבל מתנות. וזהו ש"הכל הוא טוען ונטען", דרך משום זה נצח המלוה, דאילו מטעם הודאתו בלבד הייתי אומר שעדיין הוא

חייב לקבל תשלומין מהלוה לשחרר אותו מחיובו הודאי שרובץ עליו ודאי. (כ"ז תלמן על פ' דודי הגאון תב"ל שליט"א.) ולפי זה וכו'. ואולי לדבר זה נתכונן התוס' ר"ד שהובא לעיל וע"ש בלשונו ודו"ק. ועיין עוד בנועם הירושלמי הג"ל ובמקורותיו. ולפי מה שנתבאר כאן יש לדון ביסוד דבריו

ההודאה כנגד הודאה, ואולי פלוגתת התלמודין הולך סביב נקודה זו של טוען ונטען וצ"ע רב.

ולפי זה וכו' אם תפס וכו' הדין עמו. ואפשר הדלכה ומורים כן, דמי מעכב על ידו מלהתרוצות לקבל תשלומין, ועכ"פ לכתחילה יהא מותר לתפוס, וצ"ע.

שער ג: בענין מל"ה הכתובה בתורה

ש"ג פ"א

היוצא וכו' לפי מה שכתבו התוספות בכבורות וכו' אכן לפי שי' הרשב"ם וכו'. ועי' בש"ך (סי' ל"ט ס"ק ב' ד"ה שוב ראיתי) דא"ז אלא לרב פפא, אבל רב ושמואל (בב"ב קע"ה) "משמע שם להדיא דס"ל אפי' במלוה הכתובה בתורה שעבודא לאו דאורייתא. ולהכי קאמר רב ושמואל בב"ב סתמא שעב"ד, ולהכי נמי קאמר שמואל בפ"ק דקידושין לא יביאו יורשים עולתה, ומפרש התם בש"ס משום דשעבודא לאו דאורייתא." ועי' שו"ת מהרש"ל לאו הריהו מהסוגיא בכבורות (שם) דלכו"ע ככתובה בשטר דמי, וכו"ע סברי כרב פפא. אבל השי"ך דוחה דבריו. והנה מפורש בכמה דוכתי בירושלמי דשיטת שמואל היא שעבודא דאורייתא, עי' גיטין פ"ו ה"ה ועי' במ"פ א"ה וחיגיגה פ"א סוף ה"א, וכן למדו המפרשים הובאו לעיל ש"א פ"ל ד"ה ועדיין.

היוצא וכו' וא"כ במאי עדיפא מל"ה הכתובה בתורה שיוכף לשעבד. כעיי"נ הק' הריטב"א וכן החמדת שלמה. ועי' בצפנת פענח פ"א מהל' ערכין ה"א (עמוד 60) שמבאר סברת המאן דאמר שעב"ד [להראשונים דס"ל דמהני שעבדס בפירוש], דשעבוד אינו בגדר דין וממילא, רק צריך לשעבד מעצמו, ע"ש. ולפי"ז לראשונים דס"ל דגם לא מהני שעבוד מעצמו, היינו דס"ל דל"ש לשעבד מנפשי, וכמו שהסביר הקצה"ח (סי' ל"ט ס"ק א' ד"ה והריאה) דאף למאן דאמר שעב"ד א"א לאדם לשעבד מנפשי. אבל במלוה הכתובה בתורה שפיר מודו שהוא בגדר דין וממילא. וע"ש שהביא כמה דוגמאות מתרי תלמודין להסביר יסוד זה. [ואגב הפלוגתא המפורסמת בין הקצה"ח והנה"מ סי' ס"ק כג אם ההלואה משעבדת הנכסים או השטר, מצאה הצפנ"פ (שם) כפלוגתת אמוראי להדיא בירושלמי כתובות פ"י ה"ב, וע"ש שהסביר שורש פלוגתתם ע"פ הג"ל, ועי' בשופרא דשטרא ש"ג פ"ו שם תלה הדבר באמוראי בבלי].

ונראה וכו' דל"ש התחלת גוביינא וכו' הוא"ל ועדיין לא הגיע זמן פרעון. וכן הסביר דודי המחבר שליט"א בגדר עצם השעבוד כתוב הכתובה (במס' ג), בהסבר החילוק בין שט"ח לכתובה (שט"ח פמ"ז), ולפי"ז יצא נפק"מ רבתי לדינא למאן דאמר שעב"ד בענין עדים זוממים וצ"ע.

ונראה וכו' ולפי"ז מוכן היטב הא דמל"ה וכו'. לפי"ז אפשר שיש לצייר מלוה סתם שהוא ככתובה בתורה, עי' מש"כ בזה בש"א פ"ג (ב"ה ואע"ג בסופו).

ולכן מדאורייתא וכו' לא תקנו חכמים להפקיע שעבוד שהתורה נשתה להדיא וכו'. לכאורה גם אי אפשר לחז"ל לסתור דבר המפורש בקרא להדיא, וכידוע מהט"ז בג' דוכתי (יורה דעה א, א, אר"ח תפ"ח - ה, תור"ם ב' - א), [וכבר כ"כ רבינו פרץ בסוגיא דפסחים כג. וכוון לדבריו הפנ"י שם, ויש מדקדקים כן בסוגיא דב"מ סד: ומש"כ התוס' שם (ד"ה ולא יבדק ע"י ד"ה תשי"ד)]. וא"כ צ"ע במלוה ע"פ האיך עקרו השעבוד משרשו. ומה שידענו דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת, ה"מ בשב ואל תעשה כיבמות (שם) ורמב"ם הל' סנהדרין (פכ"ד ה"ד) וממרים (פ"א ה"ד, וט), אבל לא בקום ועשה, וגם שם עקרו איסור ולא עקרו דבר רשות והיתר וצ"ע. ואולי עניני הפקר ב"ד שאני, דחשיב לב ב"ד מתנה עליהם ובלבו ובלב כל אדם. ובירושלמי פ"א שקלים ה"ב שקלי וטרי בכח זה של הפקר ב"ד הפקר ע"ש דברים נפלאים.

ולכן וכו' משא"כ במל"ה ע"פ וכו' שהוא עצמו פנ"ל החיוב וכו'. עי' בצפנת פענח ריש הל' ערכין וצ"ע.

ש"ג פ"ב

ויש להקדים במש"כ רש"י דלא הוי אונאה להקדחות וכו'. במהרש"ל בחידושים כאן עמד בזה, אך לא הזכיר רש"י, רק שקיל וטרי בגופא דגמרא, ומסתמא ראה דברי רש"י מוכרחין מתוך הסוגיא ולא עליו תלונות, וכתב: דכו"ע ס"ל מצות דגופא עדיפא היכא דליכא אלא ה', וכו"ע סברי דמצות בנו קודמת היכא דאיכא ה' סלעים בבני חרי וה' סלעים משועבדים, משום דזה מצותו על אביו, וא"כ במאי פליגי אם לא דסברי רבנן דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר, והוי ה' סלעים לחוד דגופא עדיפא עכ"ל. וכ"כ בפנ"י שעמד בזה להדיא ברש"י וכתב: דלכו"ע מצוה דגופא עדיף, היינו דא"א לקיים שניהם, משא"כ היכא דיש בידו לקיים שניהם, יש לו לקיים תחלה פדיון בנו שעיקר מצותו עליו עכ"ל. וע"ע שהוסיף טעם בזה, ובמש"כ אודות הבני"ח דאפשר הוי מעות דלא שייך בהן גביה, ובמה שדן דבריו הריטב"א.

ובמקנה הקשה מצד דלעולם הכהן יכול לקבל המעות על איהו 'חובי' שירצה, כמבואר בתור"מ (סי' פ"ג סעיף ב) דלא שגא לשם מי ומה נתן הלוה, המלוה מקבלם כרצון עצמו, וע"ש מה שמחלק בין כהן למלוה. ועי' מש"כ בביאור דברי רש"י בתוס' חכמי אנגליה.

ויש וכו' בודאי אמרינן דחייך קודמים. וכ"כ בתוס' חכמי אנגליה וז"ל: מצוה דגופיה עדיף, דכתיב וחי אחיך עמך, חייך קודמין לחיי אחיך (כ"מ סב). עכ"ל. אך לא מבואר מתוכ"ד דתליא בדין פדיה א אהרעשה או התוצאה מכרעת, ומשמע דכלל הוא בכל התורה וצ"ע. ואולי י"ל לקדימת מצות הבן היא מטעם שמצוה זו אי אפשר להעשות ע"י אחרים, ששנינו דדוחה ת"ת ככה"ג - ואלים טפי ממצוה שאפשר ע"י אחר ודו"ק. ובפרט לדעת החינוך מצוה שצ"ב דלא נפקע חיוב האב אפילו כשהגדיל הבן, [נדלא כהמג"ח אות א' ושו"ת חת"ס יורה דעה צ"ג שכ' דהחינוך כר' יהודא ס"ל וקצרונו. שו"מ תחידושים וביאורים (קידושין, ובישנים בכתובות סי' י"א) שכ' סברא זו כמה פעמים בסוגיין ע"ש. וע"ש עוד ד"ה ת"ר וז"ל: דגופיה עדיפא, אפשר לפרש דכיון דבקרא פדיון כתיב ה"ז כבא לפדות עצמו, ופדיון עצמו קודם לפדיון אחרים, אבל אי הוה כתב בקרא לשון נתינה אפשר דלא הוה אמרינן דמצוה דגופיה עדיפא עכ"ל, ודבריו סתומים, ואולי כוונתו כמש"כ דודי המחבר שליט"א אודות החילוק בין התוצאה והמעשה.

ויש וכו' יש לפדות בנו קודם וכו'. וכעין שתייצו הפנ"י והמהרש"ל, ובדומה לזה מצאנו כלפי מצות קריאת מגילה ושאר מצות דאורייתא, דכ' הר"ן במגילה דמגילה קודם, אך כשא"א לקיים שניהם בודאי נדחית מפני הדאורייתא, והובא ברמ"א סי' תרפ"ז סעי' ב (כן ראיתי בהגהותיו של הגמ"ש שפירא ז"ל לתוס' הרא"ש קידושין). ויש להסתפק אם יש לו הון רב ורק עתה אין לו אלא חמש סלעים, כגון שאינו מוצא למוכרן כעת (כפאה פ"ח וביק ג), או הולך דרכים (שם), איהו מהם קודם. ועי' בדרך אמונה (פ"א ה"ג סו"ה ואם אין לו) מש"כ בדומה לזה.

ויש וכו' דלגבי המעשה מצוה וכו' אכן בעיקר חיובה דמצות פדיון הבן הוא שיהיו פדוים. הנה גם הברכת שמואל חילק כעיי"ז במצות פדה"ב, וע"ש (קידושין סי' י"ח אות ב) מה ששישב

לפי"ז הריב"ש שבא לפרש כללא דהרמב"ם
דמברכין 'על' כשעושה לאחרים ו'ל' כשעושה
לעצמו, ובמילה כ' הרמב"ם דמברכין למול,
ומאי שנא פדה"ש שכתב דמברכין על. יעו"ש
נפק"מ לדינא, ונראה שדבריו דומים למש"נ.

יש וכו' וצריך לומר דלגבי המעשה מצוה
ש' פדיון הבן מצות בנו עליו יותר. אולי מצאנו
בזה סניף וסיוע לחידוש שפסק הרמ"א לדינא
בסי' ש"ה סעי' י' (מהריב"ש סי' קלא'), "ואין האב
יכול לפדות ע"י שליח". והשיגו עליו כל
הנר"כ שהוא תמוה "זה תמוה" (ש"ך), "ובאמת
הוא תמוה" (פ"ח), "כ"ז הוא תמוה" (גרי"א), דהא
קיי"ל בכל התורה כולה שלוחו של אדם
כמותו. וכן הכריעו לדינא בחת"ס (סי' רצ"ח),
חות דעת ודגול מרבבה (סג) וכל הבאים
אחריהם. אך לפי מש"נ דשאני גדר המצוה
לעצמו שהוא כשאר מצות מהמצוה לפדות
בנו שעדיפא באיזה בחינה, י"ל דמצות פדיון
הבן על האב חל בגדר מצות שבגופו דא"א
ע"י שליח, והיינו לשון רש"י "שהרי מצות
בנו עליו יותר ממצות" וקצרונו. וע"י
בערוה"ש (פ"י ש"ה טו) וז"ל: והנה באמת יש
לתמוה על רבינו הרמ"א מה ראה על ככה
לפסוק דין תמוה כזה, ואשר כתב מקורו
בריב"ש, ליתא שם כלל, וביריא לי דאם לא
היה לו איזה טעם בזה לא היה פוסק כן, ולכן
נלע"ד שהצדק עמו וכו' עכ"ל, והגין בעדו
מטעמא דקרא דכתיב תעשה, וכל מקום
דכתיב כלשון הזה חשיב כמצוה שבגופו ע"ש.
והדברים עולים בקנה אחד עם מש"נ כאן
בהאי עדיפות של פדיות בנו.

ש"ג פ"ג

ופסק הרמב"ם וכו' והרמב"ם השמיט את כ'
זה וצריכים לציין. ומה מאוד תגדל התימה על
נושאי כלי הרמב"ם והפוסקים שהעלימו עין
מהשמיטה זו, וגם ברוב המחברים אין פוצה
פה, וזולת ההפלאה בכתובות (קמ. תוס' ד"ה לבוח)
כסוד" ד"ה ובוה נכון מה שהשמיט הרמב"ם,
אך ע"ש שנדחק והניח בצ"ע. ובשו"ת עונג
יו"ט (וה"ד סי' ק' ד"ה אלא שלכאורה וד"ה גזיל טעם) יישב
דבריו לפי תומו, משום דסובר דלאו ככתובה
בשטר דמי ולא טריף ממשעבדי, וע"כ דהוי
תקנתא דרבנן משום פסידא דלקוחות, וכ"כ
הטור והשו"ע (פ"י ש"ה) עכ"ד וצ"ע. וע"י בעינים
למשפט קידושין המיישב באופ"א. והגרי"ח
קניבסקי שליט"א לא רמו להשמיט זה, רק
ביאר בתוך דברי הרמב"ם וז"ל (בפ"י סי' נא) ואם
יש לו נכסים משועבדים בשביל עצמו מנכסי
אביו אין הכהן גובה מהן, דקיי"ל מלוה
הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא,
ואין גובה לפדה"ב ממשועבדים עכ"ל. ובציין
ההלכה ציין לדברי הרמב"ן ורא"ש "וכן הוא
ביו"ד סי' ש"ה סט"ז". הרי דג"כ צעד בדרך
העונג יו"ט לפרש הר"ם כהטור ושו"ע ודלא
כהפלאה. וצ"ע הא"ך לא הרגישו הני גאונים
בקושי זה.

ואולי מקום הניחו לי, דהלא סוגיין
דקידושין לכאורה נגד סתמא דמתני' דבכורות
(א"א) אין פודין בקרקעות, וכן פסקו כל הפוסקים
והרמב"ם (פ"א ד"ה), וא"כ מה זה שנקט הש"ס
בקידושין ענין משועבדים ובני חורין, והלא
ענין זה הוי תורת הקרקעות דנתמעט מן
התורה בפדיון הבן, וזו תימה רבת. שו"מ
שהתוס' בשבועות (ד' ד"ה בכל) רמי הני תרי
הלכתא אהרדי ותירצו שצריך למוכרו ולהביא
כסף [וכ"כ בספר חדרי דעה (פ"י ש"ה כ"ז) וע"ע
שם, ואפשר אישתיטתיה לפי שעה הך תוס'].
אכן זה תמוה מאוד דהא רק בפועל ובעה"ב
אמרי זיל טרח וזבין, וכדקיי"ל כמה דוכתי,
ע"י תוס' ב"ק (ט' ד"ה רב).

[וכ"ש כאן דמירי במצוה שאין חייב
לבזבו יותר מחומש מנכסיו, ובאמת כן תמה
הביאור הלכה סי' תרנ"ו ד"ה אפי', ע"ש מה
שנדחק בזה. ובתו"א אבה"עו קמ"ח
והמהר"ם שיק (א"ח שלי"א) חידשו מחמת חומר
הקושיא דהוי כמלוה דל"א המבזבו ע"ש.
ותמוה דהרי אין כמלוה אסור לגבות
מהפרוטה האחרונה של הלוח, כדקיי"ל בב"מ
(קיד: מסדרין לבע"ח. וביותר תמוה, דא"ך יתכן
לומר הלכה למעשה ע"פ הגמרא, והלא בכל
מקום שחייב האדם במצוה עד פרוטתו
האחרונה מפורש הוא ברמב"ם ופוסקים (ע"י
הל' תנוכה פ"ד ה"ב ו"גאו"ח סי' תרע"ח ועי' הל' שקלים פ"א ה"א),
ואילו כאן במצות פדיון הבן אין פוצה פה
אודות חיוב זה, ע"י רמב"ם פ"א מהל'
ביכורים וטור ושו"ע יו"ד סי' ש"ה שלהדיא
השמיטו ולא כתבו לשון זה: 'אפילו עני
המתפרנס מן הצדקה חייב לפדות', הרי דינה
שוה עם שאר מצוות עשה, והאיך העלימו
עינים מזה והכריעו ע"פ גמ' לבד וצ"ע ג].

ועיקר התימה, וכבר קדמני התוס' הרא"ש
בשבועות (שם ד"ה יצא קרקעות) וז"ל: אבל קשה לי
מי יוציא הקרקע מיד הלוקחות וכו' עכ"ל,
ע"ש עוד בפרי"ש השאלה והניח בקושיא, וכל
זה צ"ע ג.

ואשר יראה שלדעת הרמב"ם הסוגיא
דקידושין אויל שלא אליבא דהלכתא, וס"ל
דפודין בקרקעות, וכמו שס"ל לרבי בברייתא
שם בבכורות, ולפיכך השמיט הרמב"ם
אוקימתא זו ופשוט. שו"מ דברים מפורשים
בדברי היד רמ"ה בקידושין על אתר, שהוקשה
לו קו' התוס' ות' כדברינו דאתיא כרבי
בבכורות, וברוך שכוונתי. והרב המהדרי שם
(הג"ר שמואל דיקמן ד"ל אות 80) זרין ונשכר ליישב בזה
השמיטת הרמב"ם, ואף גם הביא לתמיחה הים
של שלמה (בס"י נ"ה) על הרי"ף והרא"ש
שהשמיטו סוגיא זו ויישבם כנ"ל. ונמצא ג'
עמודי ההוראה הרי"ף הרמב"ם והרא"ש
הסכימו לדרך זה.

ולפי"ד יצא עוד נפק"מ לדינא, דאפי' אם
יש לו קרקע בנ"ח גובין ממנה. ואף דבטור
ושו"ע לא משמע כן, ודאי לענין קים לי או
ספיקות אין מוציאין מידו. ובראיה שאין

עליו פירכא, דבקידושין אמרו תנו רבנן, שזו
ברייתא, ובאמת הוא משנה מפורשת ג"כ
בבכורות (פ"ט), וכבר עמד בזה הרש"ש ודאי
בע"ב והניח בתימה. אך נראה שהגמ' שם ודאי
ס"ל כחבירתה סתמא דמתני' (גא) דא"ך פודין
בקרקעות, ולכן נקטו ברייתא שמשם ימצאנה
חבר בברייתא דרבי בבכורות וכמש"נ.

[שוב יצא לאור צפנת פענח עמ"ס קידושין
מגליונות הגאון ז"ל, ושם עמד ע"ז למה
הביאו האי ברייתא אם משנה היא, וע"ש
דברים ערבים ומתוקים מאוד, ואשר דק
מתיבה אחת נוספת בברייתא, ומ"מ לא ביאר
שייכות הברייתא לסוגיין דקידושין, ובאמת
זו תמימה הרש"ש דו"ק בלשונן].

וניחא ג"כ קושיית רבותינו (בה"ל חור"א משי"ק),
דהשתא דקיי"ל לסוגיין שלא כהלכתא שוב
אין הכרח דצריך לשלם מה' סלעים האחרונים
שיש לו, והזו הדין דאל יבזבו ולהלכה יפסור
לגמרי בכה"ג. וקצרונו מאוד. וניחא נמי מה
ששינה הרמב"ם מלשון הש"ס "חמש
סלעים" [וכ' נוסח אין לו אלא "כדי פדיון",
דמספר זה אין לו קצבה, כמבואר ברמב"ם
פרק שני מהל' מלוה ולוה דמסדרין לבוע"ח
כפי צורכו קודם שמניחין לבעל חוב לגבות.

הוספה:

הנה יש לבאר שורש מחלוקת הראשונים
בציין הנ"ל לאנן דקיי"ל אין פודין בקרקעות,
האם אפשר לכהן לטרוף ממשעבדי (וגם מבני ח"ח)
לפדה"ב. היד רמ"ה בקידושין (פ"ט) מפורש
שא"א לגבות, וכן צירפנו לדעתו ש"י הרמב"ם
(והרי"ף), ואילו התוס' בשבועות (ד"ד) ודעמיה כ'
דאפשר לגבות, (אלא ידעם מעשה הפדיון יהיה בכסף).
והנה שיטת היד רמה מוכן, ולמה ניידו התוס'
מזה.

ושאלתי את דודי הגאון המחבר שליט"א,
והשיב, דהנה הא דראי איכא ב' דינים בפדה"ב
(וכמו שהארי"ח כבר הקדמונים): א) חוב ממון כשאר
בע"ח (חרי"ם), ב) מצוה (י"ד). והנה מדין בע"ח
יש לו שעבוד נכסים כדאיכא בש"ס (קידושין כ"ט),
וגם יש לו דין שעבוד דאקני, כדאיכא בתוס'
בכורות (פ"ט: ד"ה ודייה) וכנודע, והרי הוא (הכהן)
בעל דבר במלא מוכן המלה. ואלא דיש עוד
דין עצם הפדייה והמצות עשה, ומעתה נחזי
אנן, אם הכהן ילך לטרוף הקרקעות ששם
מונת שעבודו, ודאי לא נתקיים ע"ז מצות
פדיון, כי אין פודין בקרקעות, ולכן שוב אין
לו זכות לגבות, דפשוט דא"א להפדיי החוב
הממצוה דתליין את בהא. אך מאידך הא"ך
אפשר למנועו מלטרוף מאחר שכבר יש לו
וקדם בידו עצם השעבוד. ואשר על כן ס"ל
להתוס' דשפיר יכול הכהן לטרוף אף כשאין
בוה חלות פדיון - אמנם יצטרך אח"כ למכרם
ולמיעבד מיניה זוזי, ובהן יעשה הפדיון, היינו
החלק המצוה שבה. ולא איכפת ליה להתוס'
בהא שבטירפתו לא מקיים שום מצוה, דסו"ס
הריהו בעל השעבוד ומי מעבד על ידו, אלא

מחויבי הכהן לראות שגם יתקיים בגביה זו גם המצוה, כי מזה ומזה אל תנח ידך.

ובזה סרה קשיית התוס' הרא"ש על התוס' "כיון שאינו פדוי אלא בדמים, אמרו הלקוחות לכהן לאו בע"ד ודידי את, כי עינין לא זכית בה' סלעים", ד"ל דהתוס' לא אכפת ליה בזה, כי ה' סלעים יבוא ויבוא, והשתא את שעבודו הרי הוא רוצה וכלשון הגר"ז ז"ל מובא בשיעורי ר' שמואל ב"מ ט"ו, וכע"ז מובא בחי' הרמב"ן שבוועות לו: ע"ש, והמצוה תתקיים במכירת הקרקע. ועי' בתוס' הרא"ש בקידושין (שם ד"ה ואולי כהן) שהביא תירוץ של התוס' בנוסח אחר, "אלא כ"ד גובין הקרקע המשועבד לפדה"ב ומוכרין אותו ופודים בדמים".

ומצאנו מקורו בדברי מרא דהאי שמעתתא שהוא רבינו תם בספר הישר (סימן תרע"ז), "וימכרום כ"ד וכו' אבל המקרקעי לא יבואו ליד כהן", ולכאורה תמוה דמה יתן לך ומה יוסיף כח כ"ד, והלא התורה מיעטה קרקעות, והכהן לא יצליח לגבות מהאי טעמא, וכ"ד אינו אלא להורות ולכפות וכו', אבל האין מלני כ"ד דבר שעל פי דין אינו זוכה וצ"ע. ולהנ"ל את"ש דאין הבי"ד גובין בכפיה ומטעם הפקר כ"ד הפקר - אלא תפקידם להשגיח על כשרות הפדיון, שאם הכהן יטרוף בעצמו חיישינן שמא יכנס להשתקע שם ולא ימכרנה, ונמצא שלא יבוא לידי פדיון ומצוה, או שמא שהה ולא יודדו, וע"ז בא כ"ד להבטיח שיתקיים מצותו בשלימות.

ובדעת היר"מ"ה ודעמיה צ"ל דאינו מודה לכל הני מילי לחדש דאפשר להפריד החוב מהמצוה - דאם לא יקיים חלק המצוה בטירתת הקרקע שוב אין לו דין ודברים בשדה זו, וגם מה שאח"כ ידקדק להמציא ה' סלעים ממנה לא יקיים שום מצוה בזה, דא"ז אלא מקח וממכר דיליה ומי מייחסה אל הפדיון, והלכך אין פודין בקרקעות ותו לא מידי. וגם התוס' הרא"ש לא ניחא ליה כ"כ הך פלגין הלחוב מהמצוה. וע"ז דודי המחבר שליט"א

(אלא שהרחיבי קצת).

והנה אכתי צ"ע שינוי הלשונות שבין היד רמ"ה והתוס' הרא"ש אפילו בעצם קושייתם, דהתוס' הרא"ש לא ה'ק' אלא מי הוא שיגבה בפועל את הנכסים מהלקוחות ע"ש, ואילו היד רמ"ה כ' "היכי משתעבדי לכהן למטרפיניהו מלוקח", הרי שק' לו גם מה שנשתעבדו מעיקרא, ואילו זה לא הורע בעיני הרא"ש (התוס') ע"ק עצם הגשת הטירפא בפועל, והלא דבר הוא.

ונתלבנו הדברים עם ידידי הרה"ג ר' יעקב אינזליכט שיח', דהנה כשנתמעט קרקעות מפדיון יש לבארו בב' אופנים: ע"י אבי עזרי פ"א טוען ה"א לגבי הא דנתמעט קרקע מן השבועה (כ"מ ד: ושבוועות לו:) אינו דלא שייך כלל דררא בקרקע אלא שפיר שייך דררא, אלא דגוה"כ דא"א לתבוע בפועל לא השבועה

ע"ש. והשיג עליו מורנו הר"י הגר"ש בירנבוים ז"ל דזה אינו, אלא נתמעטו לגמרי, ואפי' דררא ליכא, וכגון במודה במקצת קרקע, וזוהי שיטת הקצה"ח סי' פ"ז ס"ק י'. ושוב הביא ר' שמואל ז"ל ס' ראה מן התוס' שבוועות (פ"ד ד"ה ובכל), עמ"ש בגמ' שם כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון א' מחייבו שבועה, והוקשה להתוס' והלא אף קרקעות אין א' מחייבו שבועה אע"פ דשנים מחייבין בממון, וז"ל: "לאו דוקא, דהא איכא כפירת שעבוד קרקעות", ולכאורה תמוה דבזה לא שייך שבועה דנתמעט מקרא, וכי מי שהוחזק שרן ולא נשבע ג"כ אין שנים מחייבין אותו ממון אתמהה. אלא ע"כ הוכחה שהתוס' ס"ל דבקרקע ליכא סיבת שבועה ודררא דממונא, ולפיכך למד שהכלל בש"ס לאו דוקא, והורה לו האבי עזרי. וללישב קושיית האב"ע צ"ל דדררא נמי דין הוא וחלות. שו"מ שכוונתי להגר"ח ז"ל, "והוא נתאי דררא דממונא, עי' ברכ"ש בב"ק סי' ל"ב ס"ק ב דברים מפורשים על דרך הקצה"ח ר"ו שמואל. ועי' בספר באר יעקב לאביו של מו"ר הגר"א אריאלי עמ"ס שבוועות סי' נ"ח ד"ה והנה שהכי דייק ליה מרש"י בב' דוכתי ועוד).

שו"מ שדבר זה במחלוקת התלמודין קיימא, דהירושלמי (פ"ו שבוועות ה"א דף כח) עצמו ה'ק' כקו' התוס' ופירק' שנייא היא שאין נשבעין בקרקעות ע"ש ובמפרשים. הרי להדיא דלא כהתוס' שכ' שהכלל לאו דוקא, אלא דוקא הוא ושאינ קרקעי. ואשר על כן הברכת לפרש דפליגי ביסוד המיעוט קרקעות דהירושלמי סבר רק בפועל נתמעטה וא"א לחייבו ולתבוע אבל ביסוד אכתי שייכי, והבבלי ס"ל דמופקע מעיקרו. ובוה ניחא מה שתמה על התוס' בצינן ירושלים שם בגליון הירושלמי ע"ש.

ואשר על כן י"ל דזהו החילוק בין היד רמ"ה והתוס' הרא"ש (וכ"ש התוס'), דהיד רמ"ה ס"ל דאין פודין בקרקעות דנתמעטה בעיקר יסודה, וממילא פריך דלא שייך שום חלות שעבוד בנכסים בעצם, ונע"כ אם איתא לשום שמץ שיעבוד ע"כ צ"ל דפודין בקרקעות.

ואילו התרא"ש ס"ל דנתמעט רק מהתשלומין והנתינה, אבל אכתי כל נכסי ישראל אחראין ומשועבדין לפדיון בנו, ולפיכך לא פריך הרא"ש אלא מי ומי הולך בפועל אצל הלקוחות ואת"ש.

ונמצא להתוס' רא"ש רק מהמצוה מיעטה קרא ואכתי מהחוב לא נתמעטה, ואילו להיד רמ"ה נתמעטה אף מהחוב, והראני ידידי הרי"א למש"כ מרן ר' אלחנן ז"ל בקידושין (אות לו) דהחוב מהפדה"ב הוא בתולדה מהמצוה, דאלת"ה האין קסל"ד שם דמתנה ע"מ להחזיר מהני בפדיון, והלא בחוב לא מהני ע"ש. וא"כ אם המיעוט ביסוד [המצוה] הרי בטל מהכל [אף החוב] עכ"ל. ובדעת התרא"ש צ"ע. ואולי יש לומר דהחוב הוטל

על האב והמצוה באה בתולדה דהיינו לקיים החוב זהו המצוה, וכן משמע מהא דספק פדה"ב בהלל, ולי"א ולי"א ספיקו להחמיר כמו בשאר מצות, ובאמת הקוב"ש (שם) הניח בצ"ע בזה, אך להרא"ש ניחא. ונבדוק אגב מצאנו בזה רא"י נכונה לשיטות הפוסקים במק"א דפליגי בשעבוד שא"א לתבוע ולטורפו האם בטל, או"ד נשאר סתום וחתום בתוך הנכסים. דהלא הרא"ש לא אכפת ליה הא דהשעבוד חל וא"א לתבועה, וברמ"ה יש לדון, ועיין.]

ולענין הלכה מה שהטור והשו"ע י"ד סי' ש"ה סעי' ט"ז הביאו לדין זה ולא השמיטוהו לכאורה צ"ע הרמב"ם והרי"ף עשו כן וגם הרא"ש וכמו שתמה הים של שלמה. אך נמצאנו ברא"ש בבכורות בפסקיו (פ"ח סי' ד) שהביאו ופסק כרבנן הואיל ולא כתובה בשטר דמי ע"ש. [ואולי הרא"ש בקידושין נוטה להרמב"ם והרי"ף והשמיט הסוגיא דאין פודין בקרקעות וכמו שפסק בתוספותיו, ובבכורות הדר ביה]. והנראה דאמת שהרא"ש ס"ל דטריגין אתיא שפיר אליבא דהלכתא, וכמש"כ בתוספותיו דבעצם איכא דהלכתא, בזה פסול של אין פודין בקרקעות, אך מ"מ מטעם אחר אין גובין ממשעבדי דלאו כשטר

הוי. וכ"כ הרמב"ן בבכורות (פ"ח אות ע"ח). ופשוט שהטור נמשך אחר אביו ז"ל, וגם להשו"ע י"ל דבכה"ג נמשך בתרי' הן מצד שיטת הרא"ש והרמב"ן שהם מעמודי ההוראה (עי' הקדמה להב"י), וגם מדשתקי כל הראשונים (חולת ידיר רמה) מלפקק על סתירת הסוגיות, ולפיכך למד המחבר ע"ד התוס' שבוועות (ד') דאין בעיא לפדות ע"י מכירת קרקע וכמש"נ. ואלא יוצא נפק"מ לדינא דלפי"ז אם יש לאב רק נכסים בני חורין כולם קרקעות (וכן שטרות יבב"ד) יתחייב ליתנם להכהן או הבי"ד כדי לעשות מהן דמים לפדיון הבן, וכ"כ המנחת חינוך מצוה שצ"ב וכן פסק הגר"ח קניבסקי שליט"א בדרך אמונה (פ"א ס"ק ל"ט). ולענ"ד להרי"ף רמב"ם ויד רמ"ה ודאי לא עבדינן הכי, וכמש"נ, ונפק"מ לענין קים לי וצ"ע לדינא.

ש"נ פ"ד

וכתב הב"ח וכו' ולא ברירא ל"י מה ראה שם. אך באמת טעות סופר נפל שם וצ"ל מ"ח ע"א ד"ה מלוה (צ"פ דפוס המנאר תשס"ו) ולא מ"ט ע"ב ד"ה וידידיה (כחוצאת שירת דבורה תשנ"ט).

ויש פ'דקדק וכו' ל"א שנב"ד רק בהלואה. ובאמת פליגי הראשונים במלוה ע"פ דגובה מיתומים האם דוקא הלוואה או גם שאר חובות, עי' ברמב"ן שם (בסוד"ו והא דפסק ר"פ בא"ד והא דאקשין כפי הגמול קמא) בשם רש"י דרק בהלוואה, ופליגי עליו הרמב"ן וסובר דה"ה בשאר חובות.

ודעת הב"ח וכו' דלא נאמר שנב"ד אלא בהלואה בלבד. וכע"ז בריב"ב קידושין (ג') ובפנ"ג גיטין (דף ג').

ושעמא דמלתא וכו' ויש להסתפק בדעת

הבי"ח אם חייב עצמו להבירו. כיו"ב נתחבטו הראשונים והפוסקים בענין קידושין, ע"י פ"ק קידושין (ה) מנה אין כאן משכון אין כאן, דאם נתן שט"ח דידיה אם מהני כספך, וחילוקי ההיגיונות בזה ברמ"א אבה"ע סי' כ"ט סעיף ו. וע"י בכורות (נא) וכתובות (קב), כתב לכהן שאני חייב ליתן לך חמש סלעים חייב ובנו אינו פדוי, אמר עולא דבר תורה קונה לכשתין, וגזירה שמא יאמרו פודין בשטרות ע"ש. וכבר נחלקו הפוסקים אם יש להוכיח מאכן ההתחייבות בעצם הוי כספך, ע"י קצה"ח (סי' קצ"ט סי' ו) בריה והנה נראה ראי דשטי"ח לא מהני) דכ' למה צריך שימתן, לא אפי' קודם לכן נתן התחייבות, אלא ע"כ הוא כנתינה ממש. אמנם כבר חלקו על זה בש"ך ובט"ז יו"ד (סי' שיה"ט א) ולענד' ברור שכן הוא שיטת הבי"ח עצמו ע"ש (סי' ק"ו) ודו"ק. וכן מפורש בשו"ת הבי"ח (סי' קמ"ט) דרק לענין קידושין לא חשיב כסף, אבל לענין שאר ענינים הוי כמו כסף. (וע"י בקצות בסוד"ש שם שהשיג עליו כמובן, אבל לא ידעתי למה העלים עין מיריד"ש ש"ה ומבי"ח סי' וד"ל ואי"מ). וע"ע ביאור הסברא בברכ"כ (סי' כ"ה-כ"ה). וע"ע פולגות הראשונים בזה בהרמ"מ (סי' ל"ט - י"ז) האם הנכסים כבר נשתעבדו ממה שנתחייב המלוה להלוות. והמחבר פסק דלא משתעבד הנכסים, ובטור הביא לשי' הרמב"ן דשפיר נשתעבדו הנכסים. הרי לדעתו ודאי י"ל דבהתחייבות חל שעבודא דאורייתא. אך בכונת הרמב"ן פליגי הפוסקים, הקצות (סי' ה) למד כני"ל [ונתקשה להשיטתיה], ובנתה"מ (סי' ק"ו) חולק על הכנה זו ולמד שמירי שקנה בשטר את הנכסים להשתעבד. והבי"ח שם (סי' י"ט) משמע שלמד כפשוטו דנשתעבדו הנכסים בהתחייבות בלבד. וצ"ל דדוקא מלוה הכתובה בתורה שאני [וע"י בב"ח סי' ס"ט ע"י רש"י].

והפרישה שם וכו' כ"ז שהנכסים בני"ח וכו' שעבוד גמור. אך ע"ע בדברי הפרישה סי' צ"ז (סי' קמ"ב) באופ"א קצת וז"ל: ואע"פ שגם מלוה על פה שעבד"ד אנכסי הלוה, וכמש"כ לעיל סוף פ"י סי' פ"ח (סי' ל"ח), מ"מ ואכל"ה הלוה לו על פה לא סמכא דעתיה דמלוה אמקרקעי או מטלטלי דלוה וכו' עכ"ל. ומשמע דאף בבנ"ח לא חל שעבודא (מעקדא). ובעצם הסברא כבר דנו הפוסקים להדיא, ע"י ש"ך סי' צ"ז סי' כ' ובתומים שם (סי' כ"א) כמה שדנו בדברי הר"ף ומשו"ת שלו, ע"ש שהביאו גם דברי רב האי גאון בזה. ומסיק התומים להדיא פליגי רש"י ותוס' בזה בכתובות (ל"ז:), ובברע"א (פ"ג ב"ב ס"ג) דב' שטרות אות ב' ובחמדת שלמה (בקיודשין ג) ברעת (ה"ף) כ' להדיא דלא נעקר השעבוד עד המכירה בפועל. וכן ראיתי בנתה"מ לפי תומו (ע"י עליו). ופ"י וכו' בפירוש בשטר אה"נ דאין בזה שום התחזקות בעצם השעבוד. התוס' בגיטין (ל"ג: ד"ה ש"ה) כתבו להדיא דאלים שעבודיה כה"ג, אמנם בתוס' שבוועות (ל"ג: ואין) מבואר דשוה בין כתב בין לא כתב. ונראה שזו כוונת רעק"א בגליון הש"ס (בניטש) שצייני' לתוס' זה ודו"ק.

וע"י מש"כ בזה בש"א פ"כ דגם כוונת התוס' בגיטין אינה כפשוטו וע"ש בציונים בהרחבה.

ש"ג פ"ו

ויש דקדק בדברי רבא וכו'. כע"ז תמה השפת אמת (מת. ד"ה בכ"י וכו' אמר רבא) דנהי דלא יפרע מן הערב כשא"י לתבוע הלוה, היינו אם פטור הלוה מן הדין, אבל היכא דהלוה משקר והערב יודע משקר, מפורש בפוסקים [ח"ו"מ סי' קכ"ט ברמ"א ע"י ח. וע"י בב"ח סי' ק"ה שתמה מאכן דמי איכא מידי וכו', ומתרץ דבסוגיין חשיב שהלוה פטור ע"פ דין, לא כן במשקר, וע"י בפתי"ש סי' ק"ו במקורות ובנתה"מ סי' ק"א] דחייב הערב, שע"ז היה ערב אם לא ירצה הלוה לשלם, ובוה שכופר שאינו זה היוסף בן שמעון בשקר הוי כאינו רוצה לפרוע, כה"ג שפיר חייב הערב עכ"ל. וע"ש מה שתירץ בחידוש נפלא דרבא אינו חולק על ר' ירמיה רק על ראיותיו ע"כ. וכאמור [לעיל בסוגריים] סברת השפ"א היא בפולגות הפוסקים. שו"מ כדבריו בשו"ת עונג יו"ט (סי' צ"ח ד"ה נראה). ועצם הסברא בגדר חיוב ערב כבר איתא ברעק"א (ד"ה ב"ב פ"ג) ע"ש. וע"ע מש"כ השערי יוסף (שו"ת סי' פ"ד) ד"ה וע"כ נלענד' דגם בנידון האמור במשנה בכורות וכו' עד כן נראה לי ביאור ענין זה. וע"ע לעיל מזה ד"ה והנה בעיקר הענין בסוגיא הנ"ל ובסמוך ד"ה והשי"ך י"ל וכו' עד והרי דומה דין זה לדינא של רבי אבא, ושם הסבר נפלא על דרך הנ"ל בגדר החיוב דממ"נ וערב.

ויש דקדק וכו' ד"הא גופא נשתעבדו הנכסים וכו' וא"י המ"ע וכו'. אך לעולם ידו לחלק דשעבוד נכסים של הלוהא ושעבי"נ מפדה"ב חלוקים מעיקר יסודם, דבהלוהא לאה גופא נשתעבדו וכמש"ג, אך בפדה"ב שהוא מכח דין התורה הוי השעבוד דבר דממלא, וכמש"כ הצפנת פענח בכמה דוכתי דמילתא דחיוב התוב בתורה הוי דין בעצם, וא"כ ל"ש לומר דלהכי נשתעבדו. וע"ע ברשב"א גיטין (ד"ה: ד"ה וגיטין) במש"כ בענין נכסי הלוה שאינם ערבים לגמרי כמו לגבי ערב ממש ע"ש. אך כמובן לערב הש"ס ורבא אינו משמע כן כלל. וע"י בח"י רבי אריה לייב (סי' ג"ח סי' ק"ו) ואכ"מ, וע"ע בשלמי יוסף בכורות סי' ג"ב בהגה מש"כ בדברי הרשב"א הנ"ל מה שנוגע לסוגיין.

ויש דקדק בדברי רבא. במהרי"ט אלגוי (את"ס סי' ק"ג) ביאר סברת רבא ור' ירמיה דנחלקו ביסוד גדר חלות השעבוד מן התורה, דרק רבא ס"ל דהוא מדין ערבות, ואילו ר' ירמיה ס"ל דאינו מטעם ערבות, אלא מקרא דיוציא לך העבוט החוצה, וילפי' קרקעות ממטלטלין, וכמו שהוא סברת עולא (ב"ב קפ"ה) דס"ל דשעב"ד מהאי קרא, וכמש"כ הרשב"ם (שם) וכו' עכ"ד. והנה דבריו מחודשים ומאירים מסברא, אך תמיהני האיך ממרחק הביא לחמו [הרשב"ם קעה: בעולא] והעלים עין מהרשב"ם על אתר (ב"ב קפ"ה) שם המקור

היחידאי בש"ס זולת בכורות מח דאיתא נכסיה דבר איניש אינון מערבין יתיה, ושם פ"י הרשב"ם מהאי קרא יוציא אליך העבוט החוצה. וגם מרא דהאי שמעתתא הוא רבא, וע"כ רבא ס"ל דשעבוד גמ מטעם ערבות וגם מגזה"כ הנ"ל רצע"ג.

גם התומים (סי' מ"ט סי' י"ט ד"ה ולכן נראה בורח) מצטרף להמהרי"ט הנ"ל, והפריז על המדה וכו' דסברת רבא נכסי דאיניש ערבין היינו דהוא ס"ל כאמן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, (ח"ל) כ"י ירמיה דס"ל שעבד"ד ע"ש. והדברים מרפסין איגרא דהאיך אפשר לומר כן, מאחר דהקרא כתוב בצידו ברשב"ם ובראשונים וכמש"כ. גם בפני" בגיטין (ג) ובחידושיו לטור (תרי"ט סי' ל"ט) נקט דצד ערבות הנ"ל אינו אלא למאן דאמר שעבד"ד, [והובאו דבריו במשפט יהונתן על התומים שם אות 44 ד"ה ובעיקר] וצע"ג כני"ל. [אגב ע"ש בפני" בתוס' ד"ה כיון שגלה שבדעתו לכתוב "קונטרס מיוחד בתכלית הביאור באריכות גדול" בעניני שעבוד, ולא זכינו]. וע"ע במשפט יהונתן (שם ד"ה והנה) שהסביר ענין ערבות לזמן דאמר שעבד"ד (ואינו בקנין) ע"פ דקדוק שגם כתב דודי המחבר שליט"א [בענין בקרקע כ"ב קפ"ד], והקוב"ש (ב"ב שפ"ח) והשערי חיים (קידושין ט"ו-ד), דאפי' אחר התקנה לא תיקנו שעבוד גמור, אלא נתנו זכות גביה למלוה לבכות גם מלקוחות, ולכן אינו נחשב מוחזק מצד השעבוד ע"ש הענין, והביא סמוכין לכאן ולכאן מרבותינו הראשונים.

והך וכו' והלשון מוזגם וכו' מאי פלגי"ד שישו"ף דמיו וכו'. הנה כתב בביאור להגרי"ח קניבסקי שליט"א ד"ה על שם המוציא מחבירו עליו הראיה וז"ל: כיון שהפריש כבר נתקנה העיסה ואודא לה איסורא [א.ה. ומותר באכילה מיד], ודין נתינה שבה דין ממון הוא והממעה"ה עכ"ל, וכן מבואר לעיל שם בד"ה ה"ג (ג"ר) ע"ש, וכן הוא לשון היריד"ו ז"ל שם ד"ה אמר רב אחא וכו' מי יאמר לי שאינו נוטל דמיו מן השבט, כן גירסת הגרי"ח ז"ל בכ"ק והכי פירושו, דגבי חלה דטבל (י"ט) טבל) העיסה צריך להפריש משום איסורא, אבל נוטל דמים מן השבט משום הממעה"ה, אבל גבי מתנות דאינו טובל א"צ להפריש וא"צ ליתן לו משום הממעה"ה, וכדמסיק חלה שהיא טבל וכו' בתמיה, הא ע"כ נוטל דמים משום הממעה"ה עכ"ל. וכן יש להוכיח מלשון מהר"א פולדא שם (שפירושו "מוסד על רוב מפרשי המשנה הראשונים כרימ"ק ויש והתראש"א אהא מבווא הוצאת ע"ה) ב"ד"ה מן השבט, שמפריש החלה מספק, אבל אינו נותנה לו בחנם כחלה ודאי וכו' דהו"ל הממעה"ה עכ"ל. ובדומה לזה בפירושו של המהרי"ן בן מלכי צדק שם במתני' (פ"ג מ"ד).

והנה היוצא מרבותינו המפרשים הנ"ל דאיכא אב"י ענינים נפרדים: א) איסור והפרשה. ב) ממון ונתינה. וב' שאלות אלו אינן נפתרות באופן אחד, דבאיסור אכתי מחתירים להפריש, ובממון מקילין לא ליתן [בחנם]. אך

לשלם ושוב יש להסתפק מהו לענין שעבוד. ובר מן דין כבר נחלקו על הש"ך מדלא שייך סוגיין לקם דינא, ע"י קונטרס הספיקות (פ"ה א"א), וכן ה"ק עליו דודי המחבר שליט"א בסמוך סוף פרק ז'.

ש"ג פ"ז

והנה וכו' למשי"ב הרי"ט אלגוי צ"ל דעצם החיוב ה"מירובו. וכ"כ המהרי"ט אלגוי דס"ל כרש"י בכמה דוכתי דטעם ל' יום הוא דעד הנה היו ספק נפל, נמצא דבהגיע זמן איגלאי מילתא דכל הזמן היה בר פדיון וחל חיובו למפרע ע"ש. וע"ע באבי עזרי (פ"ה ביורום ה"ז מהורא שישית ד"ה אולם ושם ה"ל מ"הד"ק ד"ה ומפתח) ביתר ביאור, וע"ש מה שהשיג על כלל דברי המהרי"ט א. וע"ע בשו"ת דגל ראובן ח"ב סי' מ"ה שהשיג דלפ"ז פסקי השו"ע סתרי אהרדי ע"ש. ולענין המעיין בתוך דברי הגר"ח שליט"א בביאור ההלכה (י"א - כ ד"ה מה) ימצא יישוב על זה. וע"ע בספר שלמי יוסף בכורות סי' נ"ד בענין זמן חלות חיוב פדה"ב בביאור גדר זה, ע"ש מילתא בטעמא.

והשתא וכו' קשה ל"מה השמיט הרמב"ם דין זה דשמי יוסף ב"ש. וכן עמדו בזה האחרונים, ע"י בתומים (מ"ט סי' י"ט) ד"ה אך בשם הגידולי תרומה (שער ליג' ח"ד סי' ט"ה) שהעיד על הרמב"ם שלא הביא דין זה בשום מקום, וכ"ה במהרי"ט אלגוי (פ"ט - א), אך ע"ש ד"ה שוב שהוסף שחר"ם סמך עמש"כ בה"ל בכור (פ"א - ב) דנתחייבו שעבוד הנכסים וגובה ממ"נ. וכ"כ מרן ר' יצחק אלחנן ז"ל (ע"י נחל יצחק סי' מ"ט סוף ענין ו', וע"ש נפלאות בריש ענף מה שחידש "לולי דברי הראשונים" בננו הסוגיא דגובה ממ"נ, דתלוי אם יכול להפסיד שתוף אחר). וע"ש שכוון להנ"ל ליישב ע"פ חידושי בשורש המחלוקת בין רבא ור' ירמיה בגדר הדבר, דרבא ס"ל מטעם ערבות או שעבליד, ור' ירמיה ס"ל דהוא מטעם קנין או שעב"ד (ע"י לעיל), ולפיכך הרמב"ם דפסק שעב"ד ומטעם קנין ולכן פסק כר' ירמיה, בע"כ אינו סובר דשעבוד מטעם ערבות כרבא וממילא גובין בממ"נ, דל"א כיון דלדידה לא מצי תבע גום הערב, לא מצי ע"ש. ועד"ז יישב הלבוש מרדכי (ב"ק סי' ד), וכבר תמהנו על תוכן הדברים לעיל (ד"ה י"ט), ושור"מ באבי עזרי שדחה דבריו בחריפות (מהד"ק פ"א ביורום ה"ז).

וע"ע מה שהשיג במשפט היונתן על התומים (ד"ה י"ט) (דבדעת הרמב"ם ודאי אין לומר כן, דמוכח כמה דוכתי דס"ל מטעם ערבות, וכן דקדקנו במק"א (פ"ה מה"ל מלוה), וכן דקדק בחסד ומשפט ששיהא, ויתמה שלא ראינו לא מרבותינו ז"ל שהדגישו דקדקו על להדיא מהרמב"ם, ובפרט שגם מטלטלין נשמע משם] והשאיר בצע"ג. ובשו"ת עונג יו"ט (י"ד סי' צ"ח ד"ה ול"ג ד"ה וראה לזה) תירץ באופן נפלא דמעולם לא נחלקו רבא ור' ירמ"מ בהאי גדרא דערבות דלא מצי תבעיה היכא דל"מ תבע ללוה, רק רבא פריך מבכור דאין שום אדם יודע ברי ואין כאן תובע ודאי דבכה"ג

פ"ח סי' ג' מש"כ שם דהבן יפריש חמשה סלעים ויפדה בהן את עצמו ולא יתנם לכהן ע"ש היטב, וצ"ע דכמה שאין טובל לא שייך הפרשה רק נתינה, וכשאינו צריך לתת א"צ גם להפריש וכו', וכדאמר בירושלמי כאן עכ"ל. אך לדרכינו דלא תליא כלל בטבל וטובל, אלא דעצם גוף הפסק ממע"ה אינו מפקיע מידי ספק, שוב הווגם המעות בחזקת ספק ושייך בהן דיני גבייה כמש"נ, וכ"ש לצאת ידי שמים, וכמש"נ מב"ק ק"ח. וא"כ גבי פדה"ב אפילו אם הפרשה לא שייך ביה, [נדלא כהאפקיז סי' ח"ב סי' י"ב ששייך ביה] קדושה והפרשה, וכ"כ המהרי"ט אלגוי (פ"ה א"ת סי' ה) מכח דברי הרא"ש, וע"ע בשלמי יוסף בכורות סי' מ"ט (א"ת ג) דברים נפלאים בגדרי מצות נתינה והפרשה דפדה"ב (וישאר מה"ט), וע"ש אות א], מ"מ צריכים להפרישם כלומר להפרידם ממעותי המתורים והכשרים ודו"ק היטב. והרא"ש עולה יפה גם לשיטתו בסוגיין (פ"ח סי' ה) דפסק כר' ירמיה כדמשמע מתוך דבריו, (וכן דקדק הרב המחזיר בה"ל בכורות להרמב"ם ובמהרי"ט אלגוי סי' ט סוף אות א' מהג"ה 129), ור' ירמיה כהירושלמי ס"ל ונתבאר דהמע"ה לא מפקעת מספק והכל כפתור ופרח. ובר מן דין בירורו במק"א (ש"ד פ"א) דהפרשת מעות שייך גם בחולין גמור, כגון פריעת בע"ח, וכן הלכתא, ע"י נתה"מ ורש"י בפסחים לא. ע"ש.

והשתא נראה וכו' ואיברא דתפיסה לא מהני בהאי גזנא. כעין זה כתב הריב"ש מובא בש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ו.

והשתא נראה וכו' תביעה ע"ה הקרע. אולי בזה יש ליישב כו' הגר"ח קניבסקי בביאור ההלכה (פ"א מה"ל ביורום ה"כ בא"ה מת האב) וז"ל: ויל"ע לר"י מה הלשון נתחייבו נכסים, דהא לר' ירמיה הטעם מפני שא' משינהו ודאי חייב לו ויכול לגבות החוב ממ"נ, א"כ אפי' לא נתחייבו הנכסים כמו ב' יוסף בן שמעון גובה החוב ממ"נ עכ"ל ודו"ק. וע"ש באופ"א דבר חדש.

והוא הדין בדין בב' יוסף בן שמעון, וע"ע בקובץ שיעורים ב"ב (תל תרל"ז) שביאר הענין עד"ז אלא שכ' באופן כללי דיש חילוק אם הלוח ממש פטור או רק כופר ומשק ע"ש.

והוא הדין וכו' ושענבה"ג יבא בכ"ז וכו' וא"א צ"ע ל"ג גבות מצד שענבה"ג. כבר דנו בפוסקים אם שעבוד שלא שייך בו גביה נתבטל ממילא או לא, והבאנו הענין במק"א. ואולי הכוונה כאן, לא שנתבטל שענבה"ג, אלא דפטור בעצם וממילא שוב לא שנתעבד. ויל"ע אם לאחר שנפטור ונתבטל השעבוד שוב הובא ראי' ונתחייב, האם חזר השעבוד, או"ד גובה רק מיניה דידיה. שור"מ שהדברים מפורשים בש"ך (כללי ק"ס ל"ה) שכ' לאנן דקני"ל כרבא (שו"ת דפ"ט) דפטור בב' יב"ש וכדומה, שוב לא שייך לחייבו דקם דינא וכדקני"ל ביבמות לז: כדעת רבא שם דהואיל נופטר א"א לחייבו אח"כ ע"ש. אך כשיש ראי' חדשה ודאי מתחייב

בדברי דודי הרב המחבר שליט"א בסמוך (כ"ה י"א) מבואר דאף אם נימא שמתחייבין כלי אסור, מ"מ אחתי אפשר להכריע דין הממוני בתולדה, והיינו ע"י שתחמיר מטעם א"א, אך מאחר שמתחייבין רק מספק, אחתי לא הוכרע דין הממוני, וזה דרך אחרת לכאורה, ובמקומו נביא סמוכין לדרך זה מהש"ס ופוסקים.

והנה בבב"ז וכו' לא קאמר ויטול דמיו כדמשני בירושלמי. וכן דקדק במראה הפנים שם ד"ה תמן את אומר ספק פטור וכו' ע"ש, ונדלא כהשדה יהושע ד"ה ויפריש וכו' ששילב הבבלי עם הירושלמי ע"ש ודבריו תמוהין לכאורה, ובוהו יישוב דעת הרמב"ם בכל מקום (בתרומ' של דמאי וספק תרומה חלה) וכאן (פ"ה ביורום ה"ט) שמשפך חייבת בחלה, והשמיט דין דמים, ומבואר דחייב ליתן בחנם, וסברא זו שמעינן מדלא הוזכר בש"ס בבלי בשום מקום שיטול דמים מן הכהן היכא דלא חזי לדידיה מחמת ספק ע"ש. וע"י לקמן בסמוך היסתור הרמב"ם את דבריו אם לא.

ונראה דוהיא ק"י הירושלמי וכו'. והנה דוגמת ירושלמי זה מצאנו בב"ק (ק"ח). והגמ' מקשה ב' מימרות אהרדי, חד אמר האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור, וחד אמר חייב, ומיישב הש"ס בבא לצאת ידי שמים. וכ"פ הרמב"ם פ"א טוען ה"ח ובשו"ע סי' ע"ה סע"ט, ושם נמי מספק הממע"ה, ומאידיך אחתי לא פקעי הספק מיניה אף אחר הפסק הנ"ל. אך משם קצת קשה דליכא צד איסור כמו בחלה רק ממון בלבד וצ"ב. ולפי מש"נ אולי יש להבין דמע"ה דאיחדש לן דעצם הפסק דמע"ה אינו קובע תורת ודאי על הכסף, שוב לא תליא באיסור כלל, וקצנרו. [וזה דלא כמו שהבינו רובא של רבותינו הנ"ל, ואולי תליא בגרסאות השונות וצ"ע].

והשתא נראה וכו' דר' ירמיה ס"ל כהירושלמי. צ"ע דהרמב"ם (פ"א - ה"כ ביורום) פסק כר' ירמיה ע"ש בכס"מ ורדב"ז, ומפורש במהרי"ט אלגוי (א"ת סי' ב) דס"ל כר' ירמיה, וא"כ סותר לכאורה לטעמו הנ"ל דהשמיט ודוחה שיטת הירושלמי בספק חלה וצ"ע. וע"י לקמן (פרק ז) בשיטת הרמב"ם. ובגדר שיטת הרמב"ם בספק בכור ע"י פ"ב ביורום ה"טז ושם ה"ל י"ט וע"י באבי עזרי מש"כ בשם גדול אחד בענין ספק ממון וספק איסור שבה, ויש לדון עם עולה עמש"כ כאן. וע"ע שם (ה"ט סי' ד"ה ש"ב) מה שהשיג ע"ד המנח"ח בספק זכר לענין חיוב ללמדו תורה בשכר דפטור משום ספק ממון, ואולי לדברינו יש ליישב.

והשתא נראה דבזה נחלקו ר"י ורבא וכו' אכן עצם דין הממון נשאר בתורת ספק וצ"א וכו' שהממון ש"ו בתורת ודאי. ובוהו הרווחנו קושיית הג"ר יוסף ענגיל ז"ל בגלינוני הש"ס שם בירושלמי ב"ה חלה שהיא טבל, שפי' הירושלמי על דרך הריב"ז ז"ל דתליא הפרשה בטבל, וע"ד שאר המפרשים, וע"ז ה"ק בזה"ל, וצ"ע קטן על הרא"ש בכורות

ליכא למימר ממ"נ, אבל בב' יוסף ב"ש דמכיר המלוה את ה'יוסף ב"ש האמיתי ורק שהוא כופר ומדחה, לעולם מודו כו"ע דיכול לתבוע בממ"נ (וכוון לזה גם השפת אמת). וע"ש מה שיישב השמטת הרמב"ם לפי"ז (בא"ד ולפי"ז הוא דא"ש), והשוה לדברי הנחל יצחק הנ"ל. שו"מ שכוון לכל זה בקוב"ש ב"ב (אות תרל"ה) בקוצר אמרים.

והנה וכו' הש"ך דרבא וכו' אית ליה קם דינא. באמת כבר השיגו עליו בזה, ע"י בקונטרס הספיקות עצמו שם שכתב דא"כ לא הו"ל לרבא לחלוק מטעם דערבות וכו', אלא משום קם דינא ע"ש (ד"ה ותפוחין הן), וכע"ז השיג התומים. אך הנתח"מ סי' קמ"ח ס"ק א' תמך בדרך הש"ך ואכ"מ. וע"ע בשערי ישר (ע"ש - פ"ה) שסידר הויכוח דבר דבור על אופניו ע"ש (פרש הסמ"ק ולקמן בד"ה ובהא דפסק הטור בא"ד ע"כ לע"ד), וזה תחילת דבריו: ואחר העיון מצאתי איזה פתח לבאר דבריו, דהנה הק' האחרונים מהא דפסק הרמ"א סי' קכ"ט דאם הלוח כופר והערב יודע שהלוח חייב, דחייב הערב. וכו' יב"ש שלוקח השדה יודע שהוא לא לוח, וממילא יודע שייב"ש חבירו לוח, ומי"מ אמרי' דפטור. וע"י בפ"ת (ס"ק) ומסקו בקושי וכו' עכ"ל. וע"ש שמתד' דכאן לא חשיב שיו"ד הנתבע, דא"ז אלא אנה שדרי, והיכא דבעינן ידיעה ממש לא מהני כלום [מלבד עדים או שטר] למחשבי' שהוא חייב וכו', ע"ש מילתא בטעמא להגן בעד הש"ך.

ונראה וכו' תלויים בהמצב בפועל וכו' אבל וכו' לענין בעלות וכו' לא נתבטלה ע"ז בעלותו. אך מרן ד' שמעון דן ביסוד זה טובא ומרכיח ממנה סוגיות חדש"ס דא"ז מוסכם כלל, ראה הגדרה חדשה בענין זה בכל שער ה' בשע"י. ולסוגיין ע"י פרק ד' (ד"ה ונלעב"ד לפרש הלכה זו ע"פ הכללים שביארנו) דברים נפלאים בגדר ממון ושעבוד העומד ברשות האדם בספק.

ש"ג פ"ח

והנה וכו' אכן צ"ע דהרמב"ם השמיט וכו' חמש ולא חצי חמש. לא מצאנו בנו"כ והמפרשים שעמדו בזה, וזולת בספר מקור ברוך (ח"א סי' ל"ד אות ה'), אך לא טרח וכתב לפירושו, אלא סיים "יש לי להאריך וכו' אכ"מ עוד". וע"ע בספר חרדי דעה (ויר"ד סי' ש"ה - כ"ו) וז"ל: ויש לתמוה שהשמיטו זה הרמב"ם והפוסקים, ושאלתי את פי הגאון בעוני"ט [בעל עונג יו"ט] והשיב דלפי מה דקיי"ל בסעיף ה' דקבל הכהן שוה פחות מה' סלעים בה' מהני, א"כ לא משכחת לה תתרא לחצי חמש, ונדחק מאוד ליישב סוגיית הש"ס עכ"ל. אך בספרו ודאי לא נדחק מאומה - ע"י בשו"ת עונג יו"ט (ויר"ד סי' ק' ד"ה ונתת נבוא) שעמד בזה ותיריך באופן נפלא (בד"ה לכן נראה). ובחדרי דעה ג"כ תי

כעין העיו"ט בספרו. ואולי י"ל ע"פ הא דפסק הרמב"ם (פ"א ה"ז) וז"ל: נתן לו כלי שאינו שוה בשוק ה' סלעים וקבלו הכהן בה' סלעים הרי בנו פדוי עכ"ל, ונחלקו הפוסקים אם 'בשוק' דוקא, או"ד אף אם אינו שוה כלל לשום אדם אחר נמי מהני, ע"י ש"ך וגר"א שנקטו כן וכן מבואר במהרי" קורקוס שם, וע"י בגר"א שם (פ"ק מ"ח) שמקור הך דין בקידושין ח. ע"ש. וא"כ הרמב"ם השמיט חצי חמש, דס"ל דאינו עולה יפה עם הך דינא. וע"ע בשו"ת בית יצחק (אות ד, ה, ז) ובשו"ת עונג יו"ט (שם ד"ה לכן ד"ה ולפי"ז).

ונראה וכו'. וכ"כ העונג יו"ט הנ"ל. ובדרך אמונה (פ"א ביסורים הל"ב סי' קמ"ב) כתב: אם האב לא השאיר רק פחות מה' סלעים פטורין לגמרי, דחמש אמר רחמנא ולא ח"ח עכ"ל. והוא תימה רבתי הא"ך סותם מנש"י הלכה זו בדעת הר"ם אחרי שהר"ם להדיא השמיטה. וע"ש בציון ההלכה (פ"ק ס"א) וז"ל: כן משמע מסקנת הגמ' (בדף מ"ח), ולא משכח"ל דין זה רק כאן, דבסתם בנ"א שיש לו רק פחות מה' סלעים, יתכן דצריך לתת ואח"כ כשתשיג ירו יוסיף, דהא קיי"ל דיכול ליתן בזא"ז, ורק כאן שאין השעבוד רק על נכסי האב שייך דין זה וע"ע עכ"ל. ולכאורה דבריו סתומים ומקוצרים, אך לפימ"ש' מובן היטב. ומה שסיים בצ"ע, היינו דאכתי היה להרמב"ם להביאו בהלכה זו, דסו"ס כאן בנכסי האב משכח"ל. [וע"ז שפיר תי' דודי המחבר שליט"א לקמן בסמוך דכ"ז לרבא אך לר' ירמ' לא].

ונראה דהנה זה פשוט וכו' נותן הב' סלעים וכו'. כן נקטו כמה אחרונים, וכן סתם הגר"ח שליט"א לעיל (פ"א סי' ל"ח) ממהר"י אסאד (ויר"ד סי' ג'), אך רבים וגדולים חולקים ע"ז, המהרש"ל הובא בחכמת אדם (כ"ל ק"ט - ב) ע"ש שכי' שהובא גם בפרישה, ובפתחי תשובה (סי' ש"ה סי' י') הביאו ג"כ. ובצפנת פענח (תנינא ע"מ 45) חילק בין פודה את עצמו דצריך דוקא בב"א לפודה את בנו דאינו לעיכובא ע"ש מילתא חדתא. ולפי שיטת הרא"ש ודעימיה דס"ל דפדה"ב צריך הפרשה, וכ"ש לפי הריט"א דס"ל דיש בה דין קדושה או ממון השבט, בודאי לא יחייב בפחות מכשיעור וצ"ע. (ולפמ"ש

ש"ה פ"א דהפרשת פרה"ב שונה משאר דיני הפרשה את"ש).

ויש וכו' ושוב הו"ל ח"ב ממון בתם. ולפי"ז יש להכריע מחלוקת האחרונים אם אפשר לפדות ע"י שחוק לפני ורקוד לפני, דפליגי בזה המנח"ח והאמרי בינה (ובאנו במק"א). ולפי"ד דבעשה חוב ממון בעלמא לכאורה יהני. ובמהר"י קורקוס (פ"א ה"ח ד"ה ועינין צריך לבאר) מבואר דאינו חוב ממון ממש כבעלמא, ע"ש הגדר.

ש"ג פ"ט

ונראה וכו'. עיין בריטב"א (שם ג:) בהא דר' חנינא אמר לפי שאין קצובין שמפרש: שהקצבה מוציאה קול.

ונראה וכו' וגם שם הק' התוס' וכו'. וברש"ש תמה עליו דלהדיא ס"ל לר' יוחנן ורשי לקיש (בב"ב שם) דמע"פ גובה מלקוחות.

ופ"י זה וכו'. וע"ע לשון הרמב"ם בפ"י המשניות לגיטין (פ"ה מ"ג) בסוף דבריו, "שאינ מוציאין מיד מי שקנה אלא בחובות קבועים ומפורסמים שחייבם חזק". ובתרגום הג"ר יוסף קאפח: "בחובות יודעים ומפורסמים ששעבודן חזק" והשמיט קבועים. ובהערות וביאורים (הוצאת המאור) אות כ"ז מעדף לשון "קבועים" לאור דברי הש"ך (סי' ס' סי' י"ב) המדייק מהרמב"ם בחיבורו (מלוה ולוה פ"א ה"א) שכ' לשון "שלא יגבה וכו' מנכסים משועבדים שאלו דברים שאין להם קצבה", דמשמע כר' חנינא בגיטין ע"ש. הרי דאף להלכה אפשר דס"ל להרמב"ם דקצוב הוא לעיכובא בשעבודין, וע"ע בירושלמי גיטין (פ"ה ה"ג), והיינו כפי ראשון של רש"י. והשתא את"ש דברי הצאן קדשים [מת: ד"ה והכא] התמוהים, שלמד שפי' שני של רש"י בא ליישב קר' התוס' [מת: ד"ה ודכ"ע] דלא ס"ל לטעם זה, דקצובין היו סברא לגבות מלקוחות כשלעצמה [ועכ"פ להבבלין], וא"כ רצה רש"י להפיס דעתו, אך לעולם פ"י ראשון קיים בפנ"ע וכמש"נ.

ש"ג פ"י

ונראה וכו' והממה נפשך הוא ע"ה הקרנע. ע"י מ"שכ בזה לעיל ש"א פ"ו ד"ה והשתא ובהערות הגר"ח ק"ש שליט"א.

והיינו וכו' שבדאי תבע מן השעבוד הגוף אלא שלא הצליח. צ"ע אם היא לא תצלח הא"ך חל ע"ז לכתחילה שם תביעה. ונראה דתליא בפלוגתת הראשונים בגדר הדין תביעה, ע"י ברא"ש מס' שבועות (פ"ה סו"ס"ג) שהביא דברי התוס' (שם ופ"ק דב"מ ד:) דאף במלוה ע"פ חשיב תובע תביעת קרקע מחמת עיקר השעבוד, אע"ג ד"א בפועל לזכות בהם דאין טורפין מלקוחות בלי שטר, והסכים עמו הרא"ש. ואילו דעת הרמב"ן (הובא שם וביתו ביאר בחידושו לביטעות שם בא"ה אלא וכו' ויש מי שאומר וכו' אלא הטעם וכו') דדברי בורות הוא זה, וכיון ש"א לגבות לאו תביעת שעבוד קרקעות היא, רק היכא שיכול לגבות מלקוחות חשיב תביעת קרקע, ועיקר טענתו אותו הוא תובע". הרי דפלוגתתם נשנית כאן בין אמוראי, ועיין. והיינו וכו' ועינינו ש"ג פ"ו. וע"ש שלא פירש עד"ז "דבטל שעבוד הגוף" גם בר' ירמיה. ולכאורה היינו הנפק"מ בין הב' לישני ועיין.

שער ד: בענין קרקעות ומטלטלין

ש"ד פ"א

ויש ד'קדק וכו'. גם הפרי מגדים הרגיש בזה, אך המעייץ שם יראה הדגשה אחרת, ע"י בספרו ראש יוסף (ד"ה גמ' אי אמרת, ובקיצור רמז בדי"ה בפרשי"י בדי"ה דינא הו"א) וצ"ע. וע"ע בבית מאיר שהניח בצ"ע, ובחני' מהר"י שפירא (ד"ה אלא דלשון) ובספר ראש משביר טרחו בזה טובא.

ויש וכו' ומאי שנא מעות משאר וכו'. הנה כע"ז כתב רבינו נסים בכתובות (ד"פ אלמנה ניוונת נה: מרפי הרי"ף), דהא דקיי"ל בכתובה דלא מהני תפיסתה לאחר מיתה, דוקא מטלטלין, אבל תפסה מעות מהני ע"ש. ולכאורה תמוה כנ"ל, וע"י בשרת' רעק"א סי' ק"ל שעמד בזה. וע"י באור שמת אישות (פ"ח הי"א) מה שכי' בזה ע"פ שיטת הרמב"ן דרך אחרת בנקודה זו. וע"י במגיד משנה (שם) ובמש"כ שם הירושלמי (סוף הלכה ב).

ונראה וכו' נעשו המעות דמי פרעון בייחוד בעלמא. יסוד דומה מצאנו כמה פעמים בכתבי וספרי מרן הראגטשובר ז"ל דבקידוש' כסף מלבד המעשה קידושין והקנין נעשתה חלות בהכסף - שנעשתה כסף קידושין. ע"י צננת פענח על הרמב"ם פ"ו אישות ה"ד שהביא ראיות מתרי תלמודין. וע"ע שם בפ"ג הל' א' שדייק הכי גם מרש"י קידושין ט: בדי"ה הויה וכו' שתהא צורת הדינר טבועה לשמה. ומש"ס גופא שם ה'. "טבעא מיהא חד הוא וכו', וע"ע ראיות ליסוד זה שהמעו' בגופן שייך בהן חלות שם זה דכסף קידושין. ונפק"מ רבתי לדינא, כמפורז בשרת' שלו ע"י צ"פ דוינסק (ס"ה וס"ז ע"ז), מובא כמבוא לצפ"פ החדש (אישות), וע"ע שם עמוד כ"ו הנפק"מ אי מהני מדבר עמה על עסקי קידושיה לאחר ונתן הבעל אי מהני, והוכיח דאינה מקודשת ע"פ הג"ל נהוה מבילה, והברכ"ש שהפריע על המדה והחשוב אמירת הבעל לחלק מהמעו' קיחה, יצאו כנגדו כל גדולי ישראל לדחותו, ואילו ע"פ הג"ל הדבר עומד כחומה, ואפשר אף להלכה ודוק"ן.

ולפי מש"נ ע"פ סוגייתנו בפסחים ברש"י ושור"ע וכו' הדבר מבואר אף בעובדין הדול בפריעת חוב בעלמא. ומוה אפשר להבין או להכריע סוגיא נבוכה בכורות נא. דתנתן המפריש פדיון בנו ואבד חייב באחריות, שנא' יהיה לך ופדה תפדה. וכמו ביו"ד סי' ש"ה סעי' ט'. וכן תנן שם יב: רא"א חייב באחריותו כה' סלעים של בן. ודקדקו מזה הראשונים, ע"י שו"ת הריב"ש סי' קנ"ו וע"י ב"י שם, דע"כ אין ההפרשה הוי' סלעים עולה לכלום, ודאמתי' לפה חייב באחריותו. אך השור"ע שם סעי' י"ט) פסק כשיטת הרא"ש (פ"ח דבכורות) על המבואר בשי"ס (פ"ג) ככהן שמת לאחר ל' הניח בן חלל, דקיי"ל אין הבן חייב לפדות א"ע

דכבר זכה אביו בפדיונו. וכ' הרא"ש שלכן יפריש הבן ה' סלעים ויפדה א"ע ולא ינתנם לכהן. וזה תמוה מאוד לכאורה, דהא כבר קיי"ל דאין ההפרשה כלום, ע"י במהרי"ט אלגאזי (שם) שטרח בזה (ודחק לחדש שלדעת הרא"ש איכא קדושה על המעות) וצ"ע ג.

אך לפי מש"נ כאן י"ל דנהי דחייב באחריותו עד דאתי ליד כהן, מ"מ ודאי הפרשה מילתא היא, ואף בחוב דעלמא בין לזה ולמלוה, על אחת כמה וכמה בפדה"ב. וע"ע ברי"ט אלגאזי שם שהביא מתוס' הרא"ש מכת"י שדעתו דאפי' אם האב הכהן חי ויש לו בן חלל ג"כ צריך להפריש וזוכה בעצמו, (וכן מדויק ברש"י שם מז: ד"ה שהרי, ע"י דרך אמונה פ"א בפרים ה"א סוד"ה מ"ע לפדות וכו'), שלכאורה זה תמוה וזומו מאוד. ובדרך אמונה (שם) צידד לתרץ ע"פ היש סוברים שבכל תרומה שהכהן מפריש יש לו גם מצות תנינה במה שנותן לעצמו, וכמו שהוכיח בספר אפיקי ים ח"ב סי' י"ב, דאל"כ מה שייך כלל הפרשה בפדה"ב, כיון שאין על המעות שום קדושה וכו', עכ"ד המחודשים. אך לפימש"נ לכאורה הכל ניחא בשופי, דלעולם הפרשה כשלעצמה מילתא היא אף בלא מידי דקדושה. שור"מ בנתה"מ (ס"י שמ"ד ס"ק א) שכ' מפורש האי סברא דייחוד מעות לפרעון הוי פרעון. ובורן שכוונתי בסברא בענין הפרשה במעות פדה"ב להגרי"ח שמואלביץ ז"ל בשערי חיים מס' קידושין (ס"ה ה' ה) שיישב בזה תמיהת הרי"ט אלגאזיף וע"ש (באת"ד) שהטיב להוסיף טעם למה סגי פרעון חוב בייחוד בעלמא. אמנם ע"י בציון לש"א פלא" ד"ה ונראה (השביעית) שהבאתי מה שהעיר דודי המחבר על דרך הג"ל והסביר הגדר דייחוד המעות פרעון בנוסת אחר, ולענ"ד אולי יש להתפשר בין הדרכים.

ונראה וכו' נעשו המעות דמי פרעון. ואולי ניתן ליאמר נפק"מ, דהנה דנו האחרונים אם שייך דין שעבוד וחוב לעצמו או ל"ש ענין כזה. ע"י בתרומת הכרי סי' רס"ב (ד"ה ורא"י גדולה), וע"ע בספר דרך משפט (פמ"ד ק"ב) שהעלה שיטות הפוסקים והראשונים בזה ע"ש. ואפשר דעד כאן לא פליגי אלא בעצם חלות החוב ושעבוד, אך ככה"ג דאיכא מעות בעין ודמי פרעון לכו"ע שייך ענין זה לעצמו. ואגב אורחא איכא דיוק מרש"י בסוגיין (ד"ה שאני התם) שכתב "הוי משועבדין גם לעצמי", חל שיעבדי עליה אצל עצמי" ע"ש.

ויתר וכו' מעות דהיינו עיקר החוב. וע"ע ביד רמה סוף ב"ב (קט"ג), שעבודא דאורייתא, כלומר שעבודא דמשעבדי ליה נכסי הלוה לבע"ח למגבא מינייהו זווי עכ"ד. הרי להדיא ע"ד שנתבאר כאן. וע"י בספר חסד ומשפט

אשריה (ס"י ל"ט - ג) שדקדק כן לחלק בין מעות למטלטלין, והביא בשם הרא"ש בשטמ"ק דמשה להדיא מעות למטלטלין וזה דלא כנ"ל. [וע"ש בסוד"ה ולשון הר"מ וכו' שעמד בדבריו התוס' המפורסמים ריש קידושין שהקשו דדין שוה כסף כסף אפשר ללמוד מנוזיקין]. ועכ"פ יצא לנו עוד נפק"מ לדינא, אי נחתנין לזווי דלוה תחילה, דקיי"ל (בב"ב קע"ד). הפרשה שם עתה לא כן לקרקעות דלוה, וכ"כ הפוסקים כלפי מטלטלין, אך מעות עצמן י"ל דשאני.

ויתר וכו' ואין הלוה יכול לכו"פ לקב"ץ מטלטלין או קרקע. הטור כ' רק קרקע (ולא מטלטלין). ואפשר דשוה כסף כסף, וקרקע אינו שוה כסף, כמבואר בפ"ק דב"ק דא"ע דיכול לשלם בסובין, מ"מ א"א ליתן זיבורית, הרי דגל"ע טפי (וע"ע בתל"ד ט"ט ט. ד"ה ופעתה ואבני נזר אבה"ע א' ק"כ ג, וקדושת ירו"ט סי' ה), ושיטת האבן האזל בנזק"מ (פ"ח ה"י אות ה) בדעת הרמב"ם ועוד ראשונים דיכול לפרוע במטלטלין אף במקום שיש לו כסף ע"ש מילתא חדתא.

וכן וכו' וצריך עיון וכו' למה יחשב המלוה הנתבע וצ"ל הלוה. ע"י מה שדנו בזה בפנ"י (ד"ה חתם) ובחכמת שלמה חר"מ (קכ"ה א). וע"ע מש"כ מרן ר' יצחק אלחנן ז"ל דאין כאן חזקת מר"ק משום דעבדי להשתנות (שו"ת באר יצחק סי' ט"ז ז). ונראה לומר ע"פ שיטת הר"ן הידוע רפ"ק דב"מ (וכן מבואר בחוס) דמנה שלישי שהשומר חשיב מוחזק בהפקדון ועליו מוטל השבחה מעלייתא, ועד שיכירוב בעיניו דבר זה הרי הוא מוחזק מכח שניהם וחשיב שניהם אוחזין בה. שור"מ שכ"כ ראש הישיבה ז"ל במשנת ר"א גיטין (ס"י ל"ז ע"ה) שיסד דבריו על שיטת הר"ן במ"ק א והרמב"ן כמה דוכתי, [וע"ש שאין די בזה וצריך לעשות פרעון מספק].

וזהו וכו' בעין וכו'. עיין במחנה אפרים הל' שלוחין (ס"י י"ח) מש"כ אודות הסוגיא (בכ"מ שו"ט) בגולן שמכר קרקע וחזר ולקחה מבעלים הראשונים, דמהני הקניה לזכות ללוקח, וסברתו היפך מש"נ כאן דייחוד מעות. ובחזו"א (ס"י כ"א ס"ק י"א ד"ה שם הביא) בא"ד דהא דבריו ז"ל: ומיהו י"ל דהתם חשיב כמעו' של לוקח, כיון שחייב לו אותו ממון ורוצה עכשיו לפרועו, והוי שליחותו טפי עכ"ל. הרי שפתי החזו"א ברור מללו דסוגיית הש"ס (דפ"ק דב"מ) דחזר ולקחה, הוי מדינא דידן דייחוד המעות לפרעון מילתא היא.

ש"ד פ"ב

ומדויק וכו' לשון הרמב"ם וכו'. וכן דקדק הקצת"ח (על המחבר סי' וכו"ב) ס"ק ה' לחלק בין סתם לצאת יד"ש לכאן דאינו אלא חסידות, וכוה רצה ליישב הש"ך שם (בס"ק). והנה מציינו במק"א שכ' הש"ך להדיא כחילוק הזה בין

לצאת יד"ש וחסידות: בס"פ פ"ח (סי' ק"ל) עמש"כ הרמ"א באיני יודע אם חטים או שעורים חייב שעורים לצאת יד"ש (שמקורו הוא בעל העיטור לדעת המג"ם), כ' הש"ך בדעתו: דנהי דבי"ד לא מקפי מיניה, מ"מ איהו כיון דידע בנפשיה דחייב לו, אינו יוצא יד"ש ורשע הוא עד שישלם לו שעורים, אבל הך לצאת יד"ש דלעיל סי' ע"ה [סעי' ט, ע"ש באיני יודע אם הפקדת אצלי או הפקדתי, שחייב לצאת יד"ש] מדת חסידות עכ"ל. הרי להדיא שעמד הש"ך מנפשיה בהאי תרי דיני, שא"כ שכנראה לא נוחא ליה לומר כן במקומו של הר"ם והשו"ע ואם חסיד ק"צ. אך בר מן דין לא הודה הש"ך להרמ"א בזה, וא"כ כשלעצמו אפשר לעולם לא ס"ל כהאי חילוק ועיין. והכי דייק שפיר בבאיור הגר"א (רכ"ב סי' ג) ד"ה ואם הוא חסיד וז"ל: ב"ק ק"ג ב' מעשה בחסיד א' וכו' עכ"ל. הרי להדיא שייחס מקור הר"ם למעשה זה ולא לסתמא דמתני'.

גם הגר"ש שקאפ ז"ל העריך ב' גודרי לצאת יד"ש לפי דרכו המחודשת, ע"י שערי ישר (ש"ע) פ"ח בהקדק לעצום, ובר"ה נראה וכו' בא"ד ומשורה"א, אך רצה לצאת יד"ש וכו' שדקדק מהש"ך הנ"ל (סי' פ"ח) דחלוק לציד"ש ממתת חסידות ע"ש. אלא שתמיהני שאשתמיטתיה רמב"ם מפורש (פ"ב מכירה ה"ב) והשו"ע (סי' רכ"ב פ"ה) שכ' להדיא כחילוק הזה, ואזיל בתר הש"ך בדניא אחרינא וצ"ע. אמנם הב' גודרים של הגר"ש ז"ל אינם דומים כלל למש"נ כאן, ודבריו מחודשים מאד.

ובביאור הדברים וכו' ה"ה תורת פרעון וכו'. וע"ש שהבאנו בדרי הנתה"מ סי' שד"מ סי' א' ד"ה והא דמבואר בב"ק ק"ט ובסי' קצ"ט סי' ב' ד"ה וליישב שכוון לזה הסברא וסמך ידו עליה אף להלכה. וע"ע בדברינו להלן בסמוך. וכן הוא במאירי קידושין (ו: ד"ה המקדש במלוה בסוד) בשם "מקצת הלכות" (והוא הלכות הרי"ף הבאות מספרו), "דמטא זימנא ונקטה זווי מפרעיה - שזה כהולאה מתחילה" סי' וכו"ה בתוס' ר"ד שם בשם רבינו שנתאל והרי"ף, וכ"כ התוס' ר"י הזקן מהרי"ף, הרי להדיא כסברתינו ודו"ק. שו"ר דברים מפורשים בתוס' ב"ב צב: ד"ה אי ע"ש הענין וז"ל: אבל לוקח ההכא הווי טעות לא משלם ליה זווי כי ליתנהו להנהו זווי, אפילו אית ליה זווי אחריני, דכשהוציא "אותן מעות" הוי כמו מזיק מעות של חבירו. עכ"ל.

ובביאור וכו' מונחים ביד בי"ד או ביד שלישי. הנה נתחבטו הראשונים והפוסקים היכן בדיק מניחים מעות התשלומין, ואביא תמצית השיטות. דהנה לשון הרמב"ם שונה בה' מכירה גבי מקח שכתב, "מניח דמי המקח ביניהם", ואילו גבי מנה שלישי (פ"ה שאלה ה"ד) כתב "והשאר יהא מונח אצלו". הרי להדיא שחילק הרמב"ם בגודרי מעות אלה. וע"י במ"מ ה' מכירה שם שכנראה עמד בזה ופירש דביניהם ר"ל בבית דין, ובמשך אחריי השו"ע

(כס"י רכ"ב סעי' ב), ותמהו עליהם הלח"מ (שם) והש"ך (שם סי' ה) דהאיך פירשו מנפשם כוונת הרמב"ם בב"ד, אחרי שהר"ם בעצמו ס"ל בה' שאלה דיהא מונח אצלו. וכן תמה עליהם בבאיור הגר"א (סי' ש' סי' ה). אך לפי מש"כ דודי הגאון המחבר שליט"א דברי הרמב"ם מוזקקים מאוד, דלעולם סברת השו"ע והמ"מ נכונים דר"ל שיניח במקום שיהא חל עליהם דין פרעון, ואילו אצלו קשה לעמר שחל פרעון ממש מידו אחת לידו שניה, וע"כ בעינין בית דין. וכ"כ האבן האול (פ"ה) משאלה ה"ד אות ב), וע"ש שמדגיש תמיה על תמיהתם של הלח"מ שו"ך וגר"א, דע"כ לשונות של הרמב"ם מוכרחין ליפרד מהדרי כשינייה ודו"ק.

אך לולא דמסתפינא אמינא דלא לזה ולא לזה נתכוון הר"ם, דהנה לפי מש"כ דודי המחבר שליט"א דחל חלות שם מעות פרעון בהפרשה לחוד, וכמו שמפורש ברש"י פסחים והנתה"מ, א"כ לעולם אי"צ להניח המעות בב"ד דוקא לזכות ולהחזיק הוויי בעד בעליו - כי לעולם בלא"ה נמן חילא הך דינא וכמש"נ, וא"כ שפיר גבוי לשון הרמב"ם כפשוטו מניח דמי המקח "ביניהם" ממש, דכבר נשלם מעשה התשלומין והדברים ככתבם. ונאולי אף השו"ע והרב המגיד מורו לזה, אלא דס"ל לצריך בי"ד ההחזיק כדי להציל העשוק מיד עושקו, והוא דין נוסף.

ואם כנים הדברים אולי אפשר להעמיס כ"ז בדברי רבותינו הלח"מ והש"ך והגר"א ז"ל, דלעולם מן הסברא ס"ל דגם כשהמון עדיין אצלו נתקיים דין פרעון ביחוד המעות בלבד, ולפיכך תפסו על המ"מ והשו"ע שהכניסו לכאן יד בית דין בחינם. ואולי הנתה"מ לשיטתיה אזיל, דעיין מש"כ כאן (כס"י רכ"ב סי' ה) להכריע כהש"ך נגד השו"ע, ואם נימא כחידושו הנ"ל בענין ייחוד פרעון את"ש. אך שו"ר שהנתיבות סתר דבריו (כס"י ע"ו בהקדמה), ע"ש שמבאר סוגיין דב"ק (קב) "דבשלמא כהולאה או מקח דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך דהא המעות הן שלו, וכל זמן שלא הגיע המעות ליד המלוה ולא קנה ליה לא נקנה המעות להמלוה וא"י לומר לו הרי שלך לפניך", וזה להדיא דלא כמש"כ (כס"י שו"ע - א' וקצ"ט - ב) וצ"ע. ועמד בזה הרב בעל המילואי משפט שם (באות 23 א) ותירץ דשם מיירי כשנתרצה המלוה ביחוד המעות, וכ"ה לשון הנתיבות (כס"י שו"ע) ע"ש וצ"ע.

ולפ"ז וכו' ויש פ'דקדק וכו'. וכן הק' עליו הגר"מ פיינשטיין ז"ל (ובדברים סי' נ"ח הפנה כ"ז ד"ה מלשון ה"ש"ב), וע"ש שהרגיש בזה דמספקא ליה אי שטר שפרע נמחל - אך דחאו דמשמע דרק משום עובדא דדין מספקא ליה, ולא בב"מ (ד'). בעיקרא דדינא דשטר שנפרע ונמחל שעבודא. ומיישב דהדר שקילתינהו מנאי, היינו שלקח בחזרה, ולא כ' שחזר והלותין שנית, ומבואר דרצה לבטל הפרעון, ובהו

מסתפק ר"א בר אבין לדעת הרשב"ם אם אפשר לבטל הפרעון, וע"ז חזר אב"י ואמר דאין לו כח לזה ונתבטל השטר בכל אופן ע"ש. ולכאורה דבריו תמוהין שהרי זה גופא אנו דנין דמאתר שנפרע ונמחל שעבודא איך אפשר שוב להחיות שטר מת וצ"ע. וצ"ל דבדואי כוונתו כפי שיכתבאר (כפנים בסמוך) ודו"ק בלשונו הקצר. ובלבוש מרדכי בב"מ סי' ט"ז (ד"ה לפיו ל"ק ע"ד הרא"ש) נראה שלמד שאף שנמחל שעבודו, מ"מ שייך לגבות מדין שטרך בידי הרשב"ם ועיין.

אכן יש להסתפק וכו' עדיין תורת פרעון ע"ה"ם. הנה פירוש זה מוכרח אף מסיפא דהסוגיא שם למסקנא ולהלכה. דהנה אב"י אמר לו לר"א בר אבין דהשטר בטל ונמחל שעבודו אף בכה"ג, ומ"מ סיים "והני מילי וכו' אבל א"ל הדרתינהו ניהלך מתמת דהוו שייפי וסומקי אכתי איתיה לשעבודא דשטרא", ולכאורה תמוה דסו"ס עשה פרעון ונמחל שעבודי (ובכס"י), וע"י ברשב"ם שנשמע מלשונו דמייירי שהמטבעות היו פסולות לגמרי, אך צ"ע דא"כ כשיטא מנאי קמ"ל. ובאמת הש"ך (סי' נ"ז סי' ט) כתב שאף הרשב"ם מודה דמייירי שלא נפסל לגמרי ולא פירש. ולענ"ד כוונתו ע"פ מש"כ הגר"א שם וקצרו. וע"י בעליות דרבינו יונה ובמגיד משנה (פ"ד פמלוה ה"ח) שכתב בשמו (בנוסח אחר) דמייירי אפי" כשהיו המעות שווין סכום החוב שהיו יוצאין ע"י הדחק אין שעבוד השטר בטל ע"ש. הרי להדיא שהיה פרעון ממש, ומ"מ אי הדרתינהו שוב החיה שעבודו של השטר. ובהכרח נראה מכל זה דצ"ל מטעמא דידן דאותן המעות "עדיין תורת פרעון עליהם", ואלא ס"ל לאב"י דרק כשיש טעם וסיבה בפרעון הראשונה לחזותה לא נמחל שעבודא ולא כשנעשתה בחנם ודו"ק.

ודבר גדול הרווחנו בזה, דע"י כטור ושו"ע (סי' נ"ז סעי' ב) שמבואר שפסקו כן להלכה שהשטר אינו נמחל אף ביוצאין ע"י הדחק וכשהשנים הנ"ל. ונע"י בכ"מ ובכ"י שם שכנראה פלגי בכוונת הטור, אך ע"י מה שנקט המחבר בשו"ע כלשון הרבנו יונה, ומוכח דכו"ע מודון, וכן הוכיח הגר"א בבאיורו (שם סי' ת) מגמ' מפורשת בקידושין (ת) דאף ביוצא ע"י הדחק. ונראה שלזה רמז הרמב"ם בחכמתו בפ"ד מלוה (ה"ח) וז"ל: אבל אם אמר לו החזרתין לך המעות מפני שלא היו טובות וכו' לא בטל השטר ועדיין שעבודו קיים עכ"ל. ויש לדייק מה אלו תרי מילי, א' לא בטל השטר, ב' ושעבודו קיים. ובאמת המעיין בחו"מ שם יראה שרק נקטו חד טעמא, ד"לא בטל השטר" (טור), "השטר קיים" (שו"ע). ונע"י בלבוש הוספת לשון מנפשיה. אך להנתבאר פשוט שיש ב' שלבים בכל פרעון: עצם ייחוד המעות, ותורת הפרעון, ומלבד זאת עדיין נשאר שעבודו עד דערבינהו והוצאתינהו.

ש"ד פ"ז

והנה עיני בנינוין [נ] וכו' וזה לכאורה סותר
 פ"ה דב"ב. כן ה' הפני יהושע שם (סו"א ד"ה
 גמרא) ותירץ דיש לחלק דרוקא לענין בינונית
 וזיבורית אמרי' הכא דל"מ אדעתיה, אבל
 בעיקר הגוביניא מן הירוששים שאם לא יגבה
 מהם יפסיד לגמרי - בהא ודאי מסיק אדעתיה
 דמית לזה עכ"ל. וכע"ז בגרש ירחים שם (א"ת
 ט). ועי' בחי' כתב סופר כאן שהביא תירוץ זה
 והוסיף עוד תירוץ משלו.

ונראה וכו'. ועי' בקצה"ח סי' קי"ז ס"ק א'
 ובמה שהק' שם בסו"ד על תוס' דידן. ואפשר
 שלפי מש"נ כאן יש ליישב ועיין.

ש"ד פ"ח

והנה וכו' אל"א דבר פשוט וידוע הוא וכו'. יש
 להעיר: (א) כיון דכ"כ פשיטא מאי סלק"ד
 דאמוראים להרהר היפך זה. (ב) למה לא מסיק
 הש"ס "אל"א" הכא במאי עסקינן, מאחר
 דמיתחרט על סבא דמיניה. ואלא ע"כ צ"ל
 כמו שפירשו הראשונים והפני' לעיל י"א:
 דלקוחות נמי בכלל מיניה, לאפוקי יתמי,
 והבאנו דבריהם לעיל פרק ו, ולפ"ז ניהא גם
 הכא ודו"ק. וע"ע בב"ב קנו. דר' יוסף סבר
 דאין גובין מיניה מכל מקום, עד שבא רבא
 וחלק עליו (ועי' ביד מ"ה), הרי השני דוכתי
 בבב"ב דאי"ת האלי מימרא מוכא בתרי אנפי,
 וע"כ אינו כ"כ פשוט. ותו גמ' מפורשת היא
 בכתובות (פ"ג): ומטלטלי לכתובה לא
 משתעבדי ע"ש. הרי להדיא דתכלית הפשטות
 הוא דלא גובין ממטלטלין, (אפשר משום דזווי יתיב
 ולא מטלטלין), וזה שאם אין לו כסף גובין מיניה
 הוא תוספת חידוש בהלכות גבייה. ועי' בחי'
 הרשב"א בב"ב (פ"ד: סו"ה ואמר רב חסדא) דמשמע
 מתוך דבריו דזכות לגבות מיניה הוי אסמכתא
 ולא קניא. ובאמת הניח בקושיא למה לא
 כתבינן בשטר "דלא כאסמכתא" ע"ש, והוא
 נפלא למתבונן.

ונראה וכו' וא"כ הא מילתא פשיטא דשנבד
 עצמו דהחזיר לו. ובאמת היינו טעמא דפרין
 מברייתא ולא מהכתוב בתורה "כסף ישיב
 לבעליו". (ובאחרונים עמדו ע"ז, עי' תרי"ח, פנים מאירות, ופרומי
 שדה ל"ט ט. ד"ה וראייה).

אכן וכו' והרי המזיק לא שנבד עצמו בכ"ז
 וכו'. וזהו סבא אלימאח ויש בזה נפק"מ
 לדניא. עי' בראש שו"ת פ"ה (פ"ק יב"ק) שכ'
 חידוש גדול וז"ל: ולענין פריעת בע"ח נראה
 לי וכו' כפינן ליה למיתב מטלטלי אם חפץ
 בהכי המלוה יותר, כיון דזווי יתיב, שקיל כל
 מילי דמקרב טפי לזווי, והיינו מטלטל.
 [ומוסיף לחדש:] יש לשום כל מה שנתון לו
 בשומא שיוכל המלוה למכור מיד באותה
 שומא אפי' בביתו, ולא יצטרך לחזר בעיירות
 ושווקים כדי למכרם, דל"כ נעלת לזה דעת כפני
 לזוין, שיתן לו הפחות שבכתיבא אם אין לו
 מעות עכ"ל. והביאו הטור בקיצור פסקי
 הרא"ש ובחור"מ סי' קיא סעי' ט' והביאו הב"י,

ענין קרקעות. וכ"כ בשו"ת דברי מלכילא
 ח"א סי' ל"ח אות י"א. ועי' שדייק כן גם
 בגופא דגמרא "יצאו עבדים", דלא הוליל
 אלא "ועבדים הוקשו לכתוב לקרקע גבי
 כיון שמצינו שהשום הכתוב לקרקע גבי
 קנינים שוב אינם כעין הפרט עכ"ד. אך עי'
 בב"ק לקמן צו. דמבואר היפך זה, ומי אמר
 רב עבדא כמקרקעי דמי, והאמר רב התוקף
 בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור
 [משלם שכרו לבעליו - רש"י. דמשלם כשעת
 הגזילה], ואי סלק"ד עבדא כמקרקעי אמאי
 פטור ברשותא דמריה קאי ע"ש. הרי להדיא
 דהדין קרקע שבהן מחייב שמה שעשה בהן
 מלאכה ברשותא דמריה עביד, (וכאלו נכנס לביתו
 וחצירו ע"ש בהמשך הפני'), וכן פסק הרי"ף במפורש
 וז"ל (ל"ד): ולית הלכתא כוותיה (ד"ב) דקיי"ל
 עבדא כמטלטלי דמי עכ"ל, הרי להדיא
 דמלתא דמטלטלין הוא חייב ואילו היה
 כמקרקעי פטור וצ"ע.ג. אלא שהראשונים כבר
 תמהו עליו, עי' בנמוקי" ע"ל אתר בדה"ח וכ'
 הרא"ה ד"ל שהשיג עליו, ועי' שם בראב"ד
 הובא בשטמ"ק צו. ד"ה ולענין פסק הלכה:
 דע"כ א"א לומר שיהיו כמטלטלין לכל דבר
 וכו', יש פנים שהן כקרקע ויש בהן שהן
 כמטלטלין עכ"ל, ומבואר שלמד כפימש"נ.
 וע"ש מה שכי' עליו הרשב"א לבאר גדר הדבר.

ש"ד פ"ז

ועיין וכו' וא"כ קשה לדברי רש"י וכו' ולא מן
 היתומים. הנה בסגינין איכא עוד פליאה
 נשגבה מאי סלק"ד דמיניה אפילו מגלימא
 דעל כתפיה וכדפרין הש"ס תיכף ומיד. ותו
 דממשין הש"ס "הכא במאי עסקינן" וכאלו
 לא איתחרטנא על פירוש הנ"ל המתמיה אלא
 קמפרשינן ליה באפותיקי. ומצאתי בעז"ה
 בתלמיד רבינו פרץ שעמדו ע"ז (ועי' בחוסי' טו"ז
 בשי' הקדמונים ובשו"ת הרשב"א ח"ד סי' מ"ה) וכתבו: ויזיל
 דקאי לפרושי מיניה, דהא דעשאו אפותיקי
 ומכרו קרי מיניה כיון דמטעם אפותיקי הוא
 עכ"ל, ולכאורה ר"ל כעין כל היכא דאי"ת -
 'מיניה' איתא (והבא בשטמ"ק ד"ה הכא ובחוס' רבינו פרץ),
 וע"ש משמע דכל דבריו אמורים ליישב
 רש"י וצ"ב, (ועי' באבן האול גול"א פ"ו ה"ג ד"ה והנה בב"ק,
 דלמר רש"י כפשוטו). ועי' בפני יהושע שכונן להני"ל
 ואלא פ"י דקרי ליה מיניה לאפוקי מיתמי,
 ושייך לקרות לקוחות 'מיניה' כיון שחחרון
 עליו, משא"כ בדימתא לא שייך לקרות מיניה.
 ולפירושו הגמרא נלמדת מפורש כפרש"י.
 וע"ש בסיום דבריו וז"ל: ולפרש"י דאינו גובה
 מיתמי וכו', היינו לפי דלא שייך לחלק כן
 ביתמי כמש"כ התוס' כאן (בדה"ח כ"ג) בתחילת
 דבריהם, וכן פ"י ר"י במס' ב"ב (קצ"ה: תוס' ד"ה לא)
 דמיתומים אינו גובה אפי' באפותיקי ע"ש
 עכ"ל. ועיין במהרש"א ב"ב שם שביאר
 שבהמשך דבריו חזר התוס' וס"ל דגובה גם
 מיתומים. נמצא מחלוקת דגון הפני'
 ומהרש"א.

ונפק"מ אם שייך לבטל הפרעון כמדובר. והכי
 דייק שפיר לשון הש"ס "אכתי איתיה
 לשעבודא דשטר"א, דנהי דכבר נעשה פרעון
 בינתיים אכתי לא נמחל שעבודו, וכן העתיקו
 לשון זה הרי"ף (ל"ט) והרא"ש (פ"ט ט"ו) וע"ע בציון
 הסמוך. וכ"ז דברים בלתי ידועים ומפורסמים
 כלל, ועי' סו"ד הדבר"מ (בכ"ב שם) וז"ל, וצ"ע
 לדינא ככל זה שלא ביארו רבותינו האחרונים
 בזה כל הצורך לפי עניותינו עכ"ל.

אכן וכו' ואם חזר ונפלא הר"ז מבטל הפרעון.
 וכיצ"ב מצאנו גם להיפך, כשהלווה המלוה
 המעות מעיקרא והם עדיין ביד הלוה קודם
 שעירבן והוציאן, דאכתי לא פקע מיד תורת
 אותן המעות כנ"ל. עי' רש"י ב"מ (ד"ה ה"ה)
 וז"ל: לא הוצאתים והן שלך בכ"מ שהם
 עכ"ל. ותמה עליו הר"ן (והבא בהגהות הגרי"א) דמלוה
 להוצאה ניתנה. אלא ע"כ מבואר כמש"כ דעד
 שנפק אותן המעות מרשותו וכיו"ב אכתי לא
 פקע תורת הלוואה מהן, וכ"כ דודי המחבר
 ש"יט"א וכ"כ עוד אחרונים שם. וע"ע בהשגת
 הראב"ד פ"ה מה"ל אישות הט"י ובחי'
 הרשב"א (קידושין ל"ג) בשם, דאפי' בעל כרחו של
 הלוה יכול המלוה לקחת המעות מידו כשמוכן
 לפרעון ואין הלוה יכול לחזור בו ע"ש. וע"ע
 בכרכ"ש (פ"ד אות ב) שביאר שיטת הראב"ד ע"פ
 יסוד מלוה להוצאה ניתנה (כפני הגי' ע"ש). וכ"ה
 שיטת הראב"ד בהשגות פ"ג ממלוה הל"ג,
 עי' בכרכ"ש (שם אות ג בסו"ד) ודו"ק היטב בכל זה.

ש"ד פ"ח

ונראה וכו' דלא סמיך ע"ייהו וכו'. ובהו ניהא
 סתירת הרמב"ם שהק' הקרית ספר כאן, דאין
 כתב שאינן תחת שעבוד בע"ח מה"ת, ואילו
 לעיל סוף ה' ד' כתב שכל נכסי הלוה תחת
 שעבוד המלוה מה"ת. [ואענה ואוסיף מש"כ
 הרמב"ם לקמן פ"ח יותר מפורש: המלוה את
 חבירו הרי כל נכסיו אחראין וערבאין לחוב
 זה, לפיכך אם מצא עמו נכסים בין מטלטלין
 וכו' גובה מהן עכ"ל. הרי להדיא דגביית
 המטלטלין משום דאחראין וערבין וכמש"כ
 הר"ם "לפיכך"]. ולפמש"נ יש ליישב. וע"ש
 דבריו הקר"ם שאפשר שאף הוא נתכוון
 לגמור את תירוצו ע"ז, ע"ש בסו"ד וז"ל:
 ומטלטלי דאיתנהו ברשותיה חייב להוציאם,
 וכדכתיב יוציא אליך וכו', וכשמת לזה כיון
 דירושים לא מתחייבי לפרוע פקע שעבודה
 מיניהו, כיון שהן תוך רשותו וכו' עכ"ל, ונראה
 לכאורה ע"ד שנתבאר. וע"ע שם בהגהות
 וציונים אות 458 בדפוס החדש שהסביר קרוב
 לזה ע"ש. שוב נתבאר לי עוד בדברי הקר"ם
 עי' לקמן ש"ד פכ"ב ד"ה היוצא, השני
 ובהוספה שם.

ש"ד פ"ה

והנה וכו' דאין דין קרקע וכו' כבפ"ו וכו' אל"א
 הכל תלוי בדבר המטלטל. וכ"כ הרשב"א שם
 סג. ד"ה חד, וע"ש הוכחתו.
 והנה וכו' ואין להוכיח משם מהו דין העבד

משות' הרא"ש, ובשו"ע שם בלי שום חולק. מהרי להדיא מלשונם פעמים שלש דרק אצל מלוה דינא הכי, כמש"כ "ולענין פרבע"ח" "דווחי יחב" כ' דאל"כ נעלת דלת בפני לויקן." ולכאורה יש לתמונה מנא לך לחדש מסבא תקנות שלא תנעול דלת מלבד מה שהוזכר בש"ס או הסיפוי הגאונים מתורת תקנה. ואלא בהכרח סבר הרא"ש שהוא דינא דגמ' "כל מילי מטיב דאי ליכא למויבן הכא וכו'." וא"כ הלא שוב א"א לחלק בין לוח למזיק דבשניהם איכא האי דינא. אך לפי מש"נ כפתור ופרח - כי כל עיקר רבוחא דרמחנא תשלומי מזה היה חידוש ואין לך בו אלא חידוש, ויש לזה מקור נאמן בש"ס כאן (בסליק יד:), ואף למסקנא דחזר ביה הש"ס, י"ל דרק חזר ביה לעיקר דינא דמטלטלין - אבל לא לדין נוסף של הרא"ש והפוסקים, ובאמת יכול הלוה לתת סובין שבסובין כרצונו. שו"מ בדברות משה ב"ק ח"ג סי' ח' ענף א' ובר"ה ול"ד למזיק שכתב דסברת הרא"ש דוקא במלוה ולא בזוק, מהאי טעמא (וע"ש כענף ב' מה ששו"ת לרי"א), ויש לציין הדהבוי"מ לשיטתיה אילו בכמה דוכתי בספריו שחקר בדין תשלומי נזק האם נתרבה כאילו לוח מהניזק, או הוא גדר השבה או דין חדש כעין קנס.

ש"ד פ"ט

יש לציין וכו' אכן קשה דאם כן מאי משני שתפס מחיים וכו' שאין עליהם שום שנובר. אמנם ע"י פירוש נפלא בזה ברשימות שיעורים (בי"ד: ד"ה שתפס מחיים): "ברם אם תפס המלוה את המטלטלים מחיים הרי המטלטלין שברשות המלוה שפיר מבטיחים את החוב, ולפיכך חלה השתעבודות עבור החוב, והניזק שתפסם גובה מהם, דומה הדבר למשכון שמשתעבד למלוה אע"פ שהוא מטלטלין, כי הו"א והמשכון תפוס בידי המלוה שפיר נחשב לערב ולמבטיח של החוב, ולכן משתעבד ביני שיעבודי משכון, וזה ביאור הגמ' דידן שתפס מחיים, כלומר שבכך המטלטלין מבטיחים את החוב ונתפסים בשעבודי נכסים, משה"ה בי"ד גובין לו מה"ן. ונראה דרייקא נמי כוונתיה מגופא דברייתא שנקט לקרקע בכינוי "נכסים שיש להם אחריות", ולכאורה טעם יש בה, וכמו שציינו במשנה קידושין (כז). שנקט הך לישנא לאיזה סיבה ע"י תפארת ישראל (פ"א מ"ה). ולפי הנ"ל אתי שפיר למה נקט הך לישנא, דלכא"ו ככה"ג שתפס מחיים גם מטלטלין כקרקע וחשיב נמי נכסים שיש להם אחריות ודו"ק. וע"י מה שנתבאר עוד בגדר 'אחריות' לקמן ש"ד פכ"ג בציונים בסופו.

ועיין ברש"י וכו' ועיין במאורי שנמדד בזה. בדבריו על המשנה לעיל יד. שדייק כן מרש"י וכתב "דרך שיטפא כתבוה", וע"י תוס' תלמיד ר"ת ור"א לעיל יא: (ד"ה הכא בא"ד תימה וכו') שהביאו לדברי רש"י ודקדקו שאילו אית לבצע"ח סהדי שהיה של אביהם ודאי קטריף

ע"ש. ולשיטתם צ"ל דמטלטלי דיתמי לא נשתעבדי, ר"ל מטלטלי סתם דאין דרכן להימכר בעדים ובבטור וכמו שכתבו הראשונים (פ' חזקת הבתים מב. רש"י"ם ד"ה א"ן). ובספר אבן ישראל (להגרי"י פ"ש ד"ל) עיזר לפרש ברש"י דלעולם כל מטלטלי לא משתעבדי אך זה מכא לא פלוג ע"ש. אך לתוס' ר"ת הנ"ל חזינא דליכא לא פלוג. וע"י בתומים סי' קי"ב ס"ק ה' שהוכיח דא"א לפרש רש"י כפשוטו, דא"כ היה לו פקדון בין אחרים, או ביד המלוה עצמו מבואר בגמ' דבלא תפס מחיים לא משעבדי. וע"ש שד"מ דלעולם משום דלא סמכא דעתיה דיכול להבטיחם, ואם אח"כ סופו להראותו ולהשתמש בו יאמרו אח"כ קניתי, ובשביל כך לא משתעבדי כלל עכ"ל. (והלבין דברי התומים נסביר בקצה: לו יצויר שהיו גם מטלטלי משתעבדי לא היה משתעבד אלא מאלו שהיה בשעת הלוואה [מעיקר הדיון] - והיינו דיכול להבטיחם אלו שהיו חתי' בעת ההיא. ונהי [שדא"ן] לאחר זמן יוציא הלוה אותם מפקדונם להשתמש בהם ויראה המלוה ויקבש לטרפם, מ"מ ישקר הלוה ויאמר אלו קניתי אח"כ - ובשביל כך לא משתעבדי כלל. וא"כ כמו כן ישקרו היתומים ולעולם לא ישגו המלוה את דינו וא"ן לא. סוף רש"י לומר סברא ויתומים נכסיהם [דר"ק]. וע"ע באמרי בינה הלוואה סי' ב' אות ב' ד"ה ועיין רש"י שג"כ פ"י שלכך אינו סומך דעתו - אך המתבונן יראה שהוא דרך אחרת מהתומים ע"ש ודו"ק. שו"מ שהשואל ומשיב נשאל ג"כ ע"ז ונענה כנ"ל (דמשה"ה לא סופר). ואלא שבא השואל בערמה והק' "עוד" שאלה, למה לא פרש"י כמו בכל מקום (כפשוטו דלא ספק), וע"ז השיב ת"י נפלא מאוד (וכפשו"ט כאן) ע"ש מהדורא רביעאה ח"ב סי' פ"ג.

אב"ה הניזק וכו' הרי בניזק לא בעינן סמיכת דעתו שהתורה זיכתה אותו. כנראה פליגי בזה הראשונים, ע"י חו"מ סי' ת"ט סעי' ב' ובש"ך ס"ק ה' שנתחבטו האם מוזיק קיל משאר בע"ח הוואיל ול"ש סמיכות דעת, והש"ך סבר דאפי' בזה"י לאחר תקנת הגאונים לא גבי המוזיק ממטלטלין, דטו"ס לא סמך דעתיה עליהון, (אך להלכה מודה ע"ש). וזה תמוה מאוד וכמש"נ כאן דבמוזיק לא תליא בזה, "שהרי התורה זיכתה אותו" וצ"ע. וע"י בשער משפט (שם סי' ב') שתמה דגם ממקרקעי יא גבה כלום, ודחה דברי הש"ך. ויעוין בלשונו שכתב, "והוא לא סמך בשעת ההיזק על שום דבר", ומשמע שסובר בדעת הש"ך דבשעת מעשה ההיזק שייך לסמך דעת על נכסי המוזיק, וזה דבר חדש מאד, [ואת"ש לצד א' בדברו"מ לעיל פרק ת].

אב"ה הניזק וכו' שהתורה זיכתה אותו בשעבודיו וכו'. כע"ז כתב השו"מ הנ"ל. וע"ש שיישב לפי"ז ב' הערות נפלאות: דבכל מקום בש"ס אמר' מטלטלי דיתמי לא משתעבדי בלא קרא אלא מסבוא, וכאן יליף מקרא (שהו) כהן - מלמד שאין בי"ד נזקקין וכו'. עוד דקדק דכאן אמרו אין בי"ד נזקקין, ואילו בשאר דוכתי אמרו בפשיטות דלא משתעבדי. ולפימש"נ ניהא ודו"ק. ואע"י בלשונו של השו"מ שכתב: אבל

בנזקין דבא לו שלא מדעתו, ולא שייך ענין סמיכות דעת לא על מקרקעי ולא על המטלטלין, חל השעבוד עליהם, וגם נזקין הו"ל מלוה הכתובה בתורה וכו' עכ"ל. ולא הבנתי למה חילק לב' דברים: א) דבא לו שלא מדעתו וכו', ב) וגם' הוי מלוה הכתובה בתורה, ולא כתב בפשטות דלא בעינן סמיכות דעתו לפי שהתורה זיכתה אותו. וצריך תלמוד.

זכ"ן וכו' ונמצא וכו' י"ה משום חששא דבאמת קנאום אחר מיתת אביהם וכו'. ויש להביא רא"י לזה מהסמ"ע סי' קי"ב ס"ק י"א שכ' דשאני מטלטלין מקרקע דכיון דניידי שייך בהם חזקת כאן נמצא כאן היה, והיו ברשות זה לעולם, אבל בקרקע דלא ניידי ולא שייך שום זיו כל שהוא, א"א לומר כאן נמצא כאן היה. ע"ש הנפק"מ. ובש"ך חולק עליו (ע"י סי' ס' ס"ק י"ח וסי' ר"ג סי' ק"ד). וע"ש בתומים (ק"ב רס"ק ה) שהוכיח מראשונים להדיא דאף ביתומים אמר'י כאן נמצא כאן היה - ברשות אביהם, עד שיביאו ראיה שקנאום, ומתי קנאום, וע"ש שמוכיח כסברת הסמ"ע. ומדייק מרש"י כאן דס"ל דיכולין לומר אחר מיתה קנאום, וכיון שיהא נאמנים, ע"כ רש"י חולק ע"ז ע"ש. אך כמובן כ"ז לטעמיה כפיש"נ דעיקר הסברא היא סמיכת דעת, או כיון שיטענו לאח"מ קנאום מיישא, וע"י בסמוך.

זכ"ן וכו' ויכולים לטעון שפאחר מיתת אביהם קנאום. יש לדקדק מלשון רש"י "דאיכא למימר" דמשמע קצת דאנן חיישינן לזה, דלכאורה הו"ל שיאמרו או שיטענו, וא"כ י"ל שלעולם לא יהיו נאמנים לומר כן, שכן חזקה כנגדם - כאן נמצא כאן היה וכמש"כ הפוסקים הנ"ל, ואלא כיון דא"כ יבואו הבע"ח ויטרפו נכסים של היתומים - דודאי יש להם גם חפצים שלהם - לפיכך לא משתעבדי ודו"ק. והא לך לשון הדברות משה סי' ט' ענף ד' (ד"ה ולפי"ו, בסגוריים) שמיישב (באפ"ק): דרש"י בא לתרץ מ"ט תקנו שלא לגבות ממטלטלי דיתמי למאן דאמר שעבודא דאורייתא, דסובר דאף מטלטלין יש שד"א (וכשי הרשב"א והובא בקצה"ח סי' ל"ט ס"ק א') ואף שבלקוחות תקנו מפני תקנתם, אין שייך זה ליתמי (ולא סבר כחתי' דתליין זכ"ן) לכן פ"י דביתמי איכא תקנה אחרת, כדי שלא יבואו ליקח מטלטלין שקנו בעצמם עכ"ל. הרי להדיא כמש"כ ד'איכא למימר' היינו אנן, ולא שיאמרו היתומים ודו"ק. ולפי"ז אבד ראיות התומים מרש"י ננגד אותם הפוסקים שס"ל שאינם נאמנים (משום החזקה), דלעולם אימא לך דרש"י מודה וס"ל שאילו טענו לא מהימנינן ליה ואלא אנן חיישינן ומתקנינן לטובת היתומים, (ובדבריו"מ סי' פ"י בחלק א' ענף ח' הרויבן הירובן בזה, ע"ש נפלאות). ונפלא מאוד מה שכתב רעק"א בגליון הרמב"ם שלו פ"א מלוה הי"א (נמש"כ הרמב"ם וסי' ג' ע"ש דבר בר שפ"א לא ידע הלוה בתקנו זו) וז"ל: תמוה ממה שכתב ספ"ח מהלכות נזק"מ דנזקין גובין מטלטלי דיתמי, הא נזקין דומה

לכאורה ללא ידע וצ"ע עכ"ל. והיינו שלמד ע"ד שנתבאר וע"ד התומים הנ"ל. אך אם נימא כמש"נ וכמו שלמד ר' משה ד"ל ניחא מאור כי עשו תקנה מיוחדת בשביל יתומים להגן בעדם, וי"ל דבנוקין לא התקינו ודו"ק.

והנה וכו' יש להלך בין חוב לשעבוד. ע"י אור שמח ה'ל' מכירה (פי' הי"ב ד"ה וכוה ניל עוד) שכ' להדיא בדעת הט"ז [והחכם צבין] ודעימיה דיאוש לא מהני בחוב דוקא היכא דגופו משתעבד, אבל במקום דליכא שעבוד הגוף רק שעבוד נכסים ודאי דמהני יאוש וכו', ע"ש שמשביר בנוסח אחר דכמו שאין המלוה יכול למכור השעבה"ג כך לא חל עליו יאוש. אך הא מיהא פסק דשעב"נ ראוי לייאוש לכו"ע כמש"כ [ובסברא זו דשעבוד לאו ברשותיה כנראה שרי"ט בתוס' ב"ב עו: - עו. ד"ה קני שהק' אמאי לא קני שעבוד הקרקע ותי' דאינם ברשותו להקנות]. וע"ע בהפלאה לקמן לט. שכתב חידוש גדול דבכה"ג ליכא שעבה"ג ע"ש.

והנה וכו' ורק אם הוא מייאש בגוף החוב אמרי' דחנף שימות דאין יאוש מועיל. ואף בזה יש לומר דבכה"ג חל יאוש לכו"ע, ע"י באור שמח הנ"ל (ד"ה ולפי' יש לדון) שכ' דבכל מקום שמת הלוה דרוב פוסקים ס"ל דליכא שעבוד הגוף על היתומים רק שעבוד נכסים (המסכתף מינה) א"כ שפיר יחול היאוש אף על החוב גופא דשאני הכא דיותר משעב"נ אין כאן, והבן. ואגב רוצה להכריע ההלכה בשור"ע ס' קס"ג דנתחבטו כו"ע שם בפסק המהרי"ק אם מהני יאוש בחוב אם לאו, וכו' ר' מאיר שמתח דלפי"ד הנ"ל י"ל דלכו"ע יהני יאוש דלא היה אלא שעב"נ ודו"ק. [נמה דצווחו האחרונים על המהרי"ק אכתי י"ל דאפי' כשלא יאשר אלא שעב"נ מ"מ אכתי איכא חפצא הנקרא 'חוב' ואכ"מ].

והנה וכו' ויאוש מועיל בו. מכאן תשובה למה שמתה הדבר"מ והשופרא במק"א על דברי התומים (פי' ל"ט) שכתב הטעם שאינו טורף ממטלטלי לאמא דאמר שעב"נ משום דהמלוה מוחל וכו'. ותמוה דוכי יאונה שום פגע אם לא ימחול, הלא לעולם כדאי להיות בטוח בכל מיני נכסים. ולפימ"שנ י"ל דאין הכוונה מחילה כפשוטו אלא כעין יאוש (וע"ע בפנים פרק י"ז).

ומדויק פ"י זה לשון הרמב"ם וכו' דאין נוקקין. וכן עמד בזה הש"ך חו"מ (פי' הי"ט ס"ק ב' ד"ה ועוד ניל כן) וע"ע שם ובמה שפירש שרי"ט בהגמ"כ בסוגיין.

ומדויק וכו'. ובמו"מ עם דודי המחבר שליט"א הוספתי דבר נאה והעלה הדבר בקצרה בכת"י להכניסו כאן בזה"ל: ואולי יש ליישב נמי למה לגבי ניוק כתב הרמב"ם דאם תפס גובים לאחר מיתה, ובמלוה כתב סתם דאם תפס גובה מהם, ולא הזכיר לאחר מותו, דבחו"ב איכא ממוני גבך ומהני תפיסתו מחיים לגבות החוב, אלא דאין ב"ד מניחים לו דאסור

למשכן, כמו"ש הרא"ש לקמן (דף כ"ד), אבל אם מת הלוה שוב אין מעכבים גביתו, ואהני מעשיו שתפס מחיים, אבל בניוק ליכא ממוני בכך, ואם אינו משלם צריך גבית ב"ד, והיינו מ"ש אחר מותו, דלא הוי גביה.

ש"ד פ"א

ובמה וכו' יש דקדק. ע"י בתומים ריש סי' קי"ג מה שדקדק ברש"י זה באופ"א.

והנה וכו' דמטלטלין משועבדים מה"ת. וכ"כ הרשב"א דמטלטלי משתעבדי בשעב"ד - בב"ק יד: ובחידושיו בסוף קידושין, וכמו שדקדק מיניה הקצה"ח (פי' ל"ט ס"ק א' ברש דבריו), וע"ש מה שהשתדל לצרף עוד שיטות ראשונים לזה. אך כבר דחו דבריו האמרי בינה הלואה סי' ב' מדברי הרשב"א במק"א (שבעות מ"ז) דמבואר להיפך, והוכיח כן גם משאר ספרי הרשב"א. וכן הוכיח האבן האזול (פי' מלוה היה) מיניה וביה מהרשב"א בקידושין שאין מטלטלי משתעבדי, וכמו שדקדק גם המילואי חושן (שם אות 3) וע"ש מש"כ בזה. (ועיין בקצה"ח סי' פ"א וכו' - ג' עוד סוף לזה דמטלטלי משתעבדי).

ש"ד פ"א

והתום' הקשו וכו' וא"כ קשה דדברי ר"ש"י וכו'. וטרחו בזה הפנ"י וההפלאה ובית מאיר, וע"ע ביד דוד ובלבוש מרדכי (פי' כ"ה), ובדברות משה סי' כ"ו ענף א' עמד בזה ובעוד קושיות, וכתב ארבעה עשר ענפים ארוכים מארץ מדה ללבן קושיא זו ועוד מסתעפים. ואציין מה שנוגע לכאן: ענף ב' (עוד אות א' וב') ענף ט' ד"ה והנה בחיובי התורה וד"ה ולכן, מה שנוגע לעצם גדר החיוב והשעבוד ביתומים, ובענף י' מסביר גדר דין האפטרופוס צד א' ובענף י"א צד ב', ודרכו עולה יפה עם מש"נ.

עוד יש דקדק וכו' ולמה נרפיא ליה לרש"י דהביא רא"י מיתומים גדולים. לדעת הפני יהושע כאן (ד"ה בפרש"י) דיישב לרש"י דאשמעינן ככה"ג דנגח בחיי אביהם וקמ"ל דאפ"ה אין בעמד דין אפטרופוס לגבות מהן, לפי"ו שפיר הוצרך רש"י להא דמטלטלי דיתמי (יתר על דינא דעלמא). וע"ש שדקדק מלשון הש"ס ג"כ אין נוקקין לנכסי יתומים" דאיירי עבור חוב אביהם. וג"כ דקדק מלשון "לגבות מגופו", דלכאורה הול"ל "לשמירה", אלא קמ"ל דאע"פ שכבר חל ההיזק והחיוב ואי"צ לאפטרופוס אלא לגבייה בעלמא - אין מעמידין. [ויסיים שזה קצת דוחק, אך מובן מה הכרחו לזה].

והנה וכו' אבן אינו אפטרופוס אלא על הנכסים ולא על הקטן עצמו. וכענין כתב הבית מאיר (בחי' על הש"ס כאן) בקוצר אמרים ובעומק העיון, ותוכ"ד: דמעיקר הדין אין הקטן חייב, ואפילו אחר העמדת האפטרופוס החיוב עליו נוטה, אולם כיון דמימנעי אינשי לקבל אחריות זו חייבין היתומים להשלים לו, וא"כ שוב היינן כמשלמין חוב אביהן (דמה לי אב מה לי תא), ואין גובין מהם מטלטלין ע"ש. וע"ע

בהפלאה שלא נגע בנקודת האפטרופוס אלא כתב בסתם שירורים אין גופם משועבד אלא הנכסים משעובדים ומטלטלין אינם משתעבדים אלא גביתם מטעם 'מיניה' מכח שעבה"ג - ע"ש. ולא הוצרך לבאר מצד דין האפטרופוס, ויל"ע בזה. אך שם בדה"ב בתוס' ד"ה אין מעמידין, שמעלה ארוכה אודות נקודה זו ע"ש. אולם בשור הם כבר מצאנו בראשונים שכתבו דחל על השור מבלי אמצעות שעבוד הבעלים, ונתפרסם בחידושי רבינו חיים הלוי (פי' נוקי' מה"ד ד"ה והנה התום) ובר"ח על הש"ס (ג' ו'לג), והובא גם בברכ"ש סי' ז' אות ה, וכ"כ האור שמח פ"ב גביה ה"א ד"ה הנה.

וכן וכו' אין האפטרופוס וכו' עומד במקומו וכו' על חובת הגבירא שני' הקטן עצמו. ובה חולק ההפלאה (וכן הדבר"מ ענף י' ד"ה אבל בסו"ד), שכתב דליכא שום שעבה"ג על היתומים כלל. ואלו ואלו דברי אלוקים חיים - שכבר נתחבטו קדמונים האם איכא שעבה"ג על יתומים כלל: התומים הם סי' ס"ק מ"ג כתב דכל חובת היורשים הוא מצד שעבה"ג שירשו, וכ"כ הנתיבות המשפט סי' ל"ג ובס"י ק"ז, וכן דקדק המילואי חושן שם (אות 226) מלשון הרא"ש (פי'א סי' ר') ומעוד ראשונים, וזה כמש"נ כאן בחיוב נוקין דיתומים. אך הקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ז מקיף עליו בקושיות, וכן במשובב סי' ל"ג ס"ק ב' (קד"ו-ט), וס"ל דבשום אופן ליכא שעבה"ג אלא נכסים ע"ש. וזה כדברי ההפלאה כאן ודו"ק. וכן נראה מהבית מאיר. [אלא שמצאתי פשרה בדרך אחד יצא מתוך דברי הגר"מ פיינשטיין ז"ל בענף י"א ד"ה ולפ"ז מסתבר ובענף י"ב ד"ה והנה אף ודו"ק. וע"ע בסוגריים שם ד"ה וממילא, בבהירות נפלאה, ותוכ"ד: שלגבי חיוב ממונו של המזיק איכא שעבה"ג, אף שאפשר לגבי שאר חיובים אין להם שעבוד הגוף לזה (ואף לקבל ממוריו)].

שם. וע"ע במקור חיים (לבעל הנתחים) סי' תמ"ח ס"ק ט' שמדמה דין אפטרופוס לשומר (בענין מכירת חוב) ע"ש, והשיג עליו החת"ס בחי' לגיטין (ע"ז, ד"ה מה) שכ' דאין דמיון כלל, שאפטרופוס הוי ממש כבעה"ב (ע"ש הענין), אבל שליח אינו אלא כבעה"ב למה שנסלח לעשות. וע"י בשו"ת מהר"ש ענגיל (ת"א סי' צ"ב ד"ה והנה) שהסביר פלוגתתם בחקירה הידועה בענין גדר השליחות ע"ש. אך לענ"ד אכתי י"ל דאינו תלוי בזה, ע"פ ציון הנ"ל ובדברור"מ והבן.

ויש דקדק וכו' וא"כ נגבה נמי מקטן. ע"י בחי' הגר"ח על בב"ק (פי' מ"ט) שכ' דעיקר פטור חרש שוטה וקטן אינו על התשלומין ושאינו בר חיובא, אלא דהוי מיעוט מעצם הקרא (שמות כ"א - ל"ה) שור איש, דבכגון דא לאו איש הוא וממילא אין כאן חלות חיוב כלל. והובא במכילתא שם דרשה זו, אמנם במכילתא דרשב"י פסוק ל"ז שם בקרא דולא ישמרנו

מבואר דקטן נתמעט מפני שאין לו דעת לשמור, ומשמע דמצד השור גופא שייך חלות חיוב- ואינו חסר מצד "שור איש" וצ"ע. וע"ע באבן האזל (פ"י נוק"מ ג-ד) בד"ה ועיקר פלוגתא אי עמדין אפוטרופוס וכו', והסכיב גרר חלות החיוב באפוטרופוס של יתומים ע"ש, ולפי"ד את"ש.

ש"ד פ"ב

וכן וכו' וכן משמע מדברי הרמב"ם פ"ח מ"זה ולזה ה"ב. ועמ"ש בשער ז.

עוד וכו' ולפי דנאמר כדברי הקצה"ח סי' ס"ז סק"ב. ע"ש שכתב דאע"פ שחל השעבוד בווי מ"מ מהני השטר חוב לפעול ג"כ קנין על הנכסים, והסברא לזה, דכיון דשט"ח מהני ג"כ להשתעבד, מהני מדין שעבוד חל על שעבוד. אך צע"ק דאף אי לא נימא כהקצה"ח, מ"מ י"ל דמאתר שהפקיעו חז"ל את השעבוד נמצא שבלא שטר חוב ליכא שום שעבוד, נמצא דרק השטר חוב מיחל השעבוד. ובאמת כ"כ הנתה"מ סי' ס"ו ס"ק כ"ג שחולק על הקצה"ח [ואין שעבוד חל על שעבוד], ומ"מ השטר משעבד גם את הקרקע. וכ"כ הנתה"מ בגיטין כ: בדעת רש"י וכ"כ בתוס' ר"ד שם ודו"ק. אלא דע"ש בתוס' שכתבו להדיא להיפך דאין השטר עושה השעבוד או הקנין. ועי' במילואי חושן אות 219 שכ' דהתוס' ר"ד עצמו כ"כ בבב"ב קס"ט וסותר דבריו בגיטין. וע"ש בהוספות מה שיישב בטוב טעם (ונגע לנעינו).

ש"ד פ"ג

ויש וכו' ויש צ"עין וכו'. ויש לומר חידוש בזה ע"פ מה דפליגי הפוסקים האם קנין אגב קני מה"ת או רק מתקנת"ח, ע"י כל השיטות בש"ך סי' שס"ג ס"ק ב', ובקצה"ח ק"ז ס"ק ז'. והנה אם נימא תקנת"ח, י"ל דמאי אולמיה דהאי תקנתא מהאי תקנתא, ונהי דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה (עי' יבמות ג:), שכן הוא דינם וכושר של חכמים, אך תקנה נגד תקנה מאי חיות דתקנה זו סמיק טפי, ולפיכך לא חל ההפקעה דשעבודא אמה דשעבדיה מתקנת"ח ודו"ק. והנה הרא"ש כ"פ הגזול עצים (סי' ט) כ' בשם הרשב"ם שס"ל דקנין אגב מדרבנן, וא"כ עולה הרשב"ם לשיטתיה, (ועי' בפנים כ"ה נראה) ודו"ק. ובדברי יחזקאל (מיד - ח) ג"כ הק' כנ"ל ותירץ דאין זה מכת האגב כשעצמו אלא דעל ידו יש קול. ועי' קוב"ש (קצ"א) וראבב"א ז"ל (פ"א מילה ה"א).

והנה יש להסתפק וכו' בהמעשה קנין וכו' או"ד בחלות הקנין וכו'. וכן הסתפקו הדברי יחזקאל (סי' מיד - ט) ור' איסר זלמן ז"ל (פ"ג מכירה ה"א) והגר"מ פיינשטיין ז"ל (אגרו"ם ח"א ח"פ סי' נ"ב ע"ג א), ועי' בחי' רבי שמעון (בב"מ סי' ט"ו), ראה דבריהם כל אחד בסגנון דיליה.

והנה וכו' דאע"ג דכסף שטר וחזקה אינם קונים מטלטלין וכו' בהקרקע מועיף גם מטלטלין. יש לרון בסברא זו, דלעולם אימא

לך דלא מהני אגב אלא בקנינים דמהני גם אמטלטלין. ועי' בספר תורת הקנינים (ח"ב פרק י"א ע"ג א' אות א' בביאורים ד"ה ויש בזה נפק"מ רבתי לדניא) שהביא נפק"מ בשם הג"ר נחום פרצוביץ ז"ל (ובהיום אולי בא ברפוס) בין צדדי חקירה הנ"ל (מעשה או חלות) האם צריך לכתוב בשטר גם את המטלטלין, ואמר דאם נימא דהוי דין בהמעשה ודאי צריך לכתוב את המטלטלין, כי בלא"ה אינו פועל קנין עליהם. וע"ש בסוגריים שהרב המחבר שליט"א הק' עליו, כמש"נ דלעולם נימא דאפ"ה מהני, כי המעשה הוא גם על הקרקע והיא לא כתובה בשטר, והמטלטלין נתפסין על ידה וצ"ע. אלא שסיים: אכן אי"ז מסתבר וכו' דסו"ס אין השטר מעיד כלל על קניית המטלטלין עכ"ד. ולדינא ע"ש מה שהעלה מרבותינו הראשונים והפוסקים בשאלה זו האם צריך דוקא קנין דמהני למטלטלין, וע"ש בסו"ד שהביא מהריטב"א בקידושין [כו: ד"ה אמר] ועוד, דמשמע כדברי דודי המחבר שליט"א (ועי' בטורי"ם שם ד"ה אכן אין להוכיח, וצ"ע).

ונראה מדברי הרשב"ם וכו' בהחלות ולא בהמעשה. אך ע"י ברשב"ם לקמן (עו: ד"ה נקנה) וז"ל: שנקנין בחזקת קרקע כאילו עביד משיכה במטלטלין גופייהו עכ"ל. ומבואר דיש כאן תורת מעשה קנין על המטלטלין. וכן דקדקו האחרונים, ע"י מנתת פתים חו"מ סי' קצ"ה, וע"ע בתורת הקנינים (שם ד"ה אמנם ז"ל הרשב"ם) וצ"ע.

שם וכו'. מצאתי לזה חבר בלשון הטור ריש סי' קי"ג וז"ל: ואם שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי אז יש להם דין מקרקעי, אך לטורף כמה שמכר וכו' עכ"ל. וצ"ב שנראה כשפת יתר "יש להם דין מקרקעי", דאי"צ לזה, אלא שטורפין מלקוחות ותו לא מיד. ובאמת כזה כ' הרמב"ם (פ"ח ה"ב), וגם השו"ע שלא נמשך בזה אחר לשון הרמב"ם כבדרך כלל, אלא נמשך בתר נוסח הטור - השמיט הוספה זו ע"ש טע"י א', והלא דבר הוא. אלא לפימש"נ כפתור ופרח, אהור ס"ל דהכל הולך בתר החלות, ולפיכך "דין מקרקעי" חל אמטלטלי ודו"ק.

אכן וכו' ומבואר דאם לא היה לו קרקע, אינו יכוף לשעבד מטלטלין דאקני. ועי' בשו"ת שואל ומשיב שהפריז על המדה וכתב דא"ל לשעבד גם קרקעות דאקני, אם לא שהיה לו עתה איזה קרקע (והבאנו דבריו בשער ז), אך משמע שם דא"ל לומר כן בדעת התוס' והרשב"ם.

אכן וכו' ויש צ"דקדק וכו' כיון דשני השעבודים הלי"ם מיד. ובזה א"א למימר דיש חסרון בקנין אגב בדבר שלא בא לעולם, שכתב בשו"ת הרשב"א (ח"ב סי' ל"ז סו"ה תשובה) דלכו"ע לא מהני, דבעינן דומיא דקרא (דברי הימים כ"א - א) ויתן להם אביהם מתנות לכסף והובא עם ערים בצורות, שמינה יליף הש"ס בקידושין (כ"ה) קנין אגב, ובעינן שיהיו בהקרקעות והמטלטלין בעולם עכשיו, כי לפי

מש"נ ביסוד גרר חידוש השעבוד דאקני הוי הכל נידון כלפינו עכשיו דמיד חל בהנכסים את השעבוד ודו"ק. שו"מ בקהלת יעקב למהר"י אלגאוי (סוף אות ל"ב) דמקשה מסוגיין דב"ב (מיד) ע"ז.

ונראה וכו'. ולפמש"נ מהרשב"א הנ"ל י"ל דס"ל נמי להרשב"ם דאגב שאני ובעינן שיהיו גם בעולם וגם ברשותו של המקנה בעת מעשה הקנין, דבלא"ה לא דמי לערים בצורות ודו"ק. והרמב"ם שהובא לעיל דמשמע דמהני, י"ל דחולק על הרשב"א הוה ולא שניא אגב משאר קנינים לענין זה. ובוה יתירץ מה שהק' התורת הקנינים (שם פ"א ע"ג א' ביאורים אות ל"ז) על הנתה"מ סי' ר"ט ס"ק ג' ועוד פוסקים שכתבו דמהני אגב (כפר שאר הקנינים) גם בדבר שלא בא לעולם, וק' משו"ת הרשב"א, אלא לפמש"נ י"ל דהרמב"ם פליג ע"ז (ועי' בפנים ש"ד פ"ח), ונראה דהרשב"א לשיטתיה ע"י רמ"א סי' ר"ט סעי' י"ז בשם שו"ת הרשב"א ואכמ"ל. שו"מ בפני שלמה (בתוס' ד"ה נקנו) שהק' לפי הרשב"א אין שייך אגב במטלטלי של"ב לעולם, ע"ש מה שתירץ לחלק ביסוד החילוק בין קנין לשעבוד ע"ש.

ש"ד פ"ד

וכתב הנמוקי' וכו' ששעבודא קמא חי"ץ אמטלטלי וכו' אשמעינן בזה חידוש. והנה דיוק זה מהגמ' 'מעולם' ג"כ דקדקו שאר ראשונים ומקורו מרבינו תנאל. ועי' ברמב"ן ורשב"א לשונות שונים בזה, וכנראה הנמוקי' נוסח עצמו כתב. ועי' במגיד משנה (פ"ח ה"ב) "דמשנת כתיבה חל שעבודו", ולא ידעתי עדיפות לשון זה - דאדרבה נשמע קלישתו כח בזה, שרק בשעת כתיבה נעשה השעבוד בזמן שלא היה מטלטלי, ולאורה בזה עדיף לן לשון הנמוקי' ודו"ק. [אם לא דנימא שנתכוון הרב המגיד כמש"כ ביסוד דאקני בסוף פרק זה בפנים, ועי' בחי' הריטב"א כאן ד"ה לא בא"ד והנכון והבן]. והקצה"ח בסמוך ציין להמ"מ והנמוקי' כבשימה אחת, ועיין. ועמש"כ בציון ד"ה נאך.

ובכוונת דבריו נראה וכו' וקאמר הקצה"ח וכו' דממה נפשך וכו'. ומכאן ראה דבין אם נימא דאגב הוא בהמעשה בין אם נימא בחלות, י"ל דצריך לחול הקרקע והמטלטלין כאחת. ובחי' רבי שמעון בנדרים סי' כ"ב חולק על הדעה דצריך שניהם לחול כאחת, וסובר דשפיר מהני בזה אח"ז, הקרקע ואח"ז המטלטלין. וע"ש שמסביר ע"פ את דיסוד קנין אגב מצד המעשה ולא החלות. ובוה משמע שהקצה"ח ודעימיה ס"ל להיפך, דהוא דין מצד החלות (ולחכי בעי כאחת) ולא המעשה. אך למש"נ בפנים הקצה"ח בעצמו מוכיח דאין תלוי בצדדים אלו.

ובכוונת וכו' ואם נימא דדין אגב ע"ה המעשה וכו' הרי פשיטא וכו'. צ"ע דהרי אף אם המעשה מתניחם באופן ישיר להמטלטלין, ודאי אינו קנין דמטלטלי בשם ודין, כי הלא נקנים אגב

ש"ד פט"ז

ויש צדקדק וכו' א"כ גם אם שעבוד קרקעות בשטר לא יקנה. ועי' בתוס' ד"ה והוא שהרגישו בזה. והמהר"ם סופר הקשה על התוס' הלא אחריות טעות טעם כדקיי"ל לדינא, ותייך דע"כ מיירי כשלא היה לו שום קרקע בשעת מעשה, ואז יש להסתפק אם צריך לכתוב בשטר דלא כאסמכתא. וכנראה ס"ל כרבינו אליהו בתוס' כתובות נד: דשעבוד גופו מהני להשתעבד נכסיו שיבוא אח"כ אף שאין לו כלום. אך דעת הר"י שם מבואר לא כן (וכן דייק במשנת ר' אהרן ריש הל' שנינים בהג"ה).

ויש וכו' וצריך צומר וכו'. כ"כ הרמב"ן. אך לכאורה אי"ז שיטת הרשב"ם דמבואר בדבריו דכל שעבוד הוי אסמכתא, וכן דייק הנחלת משה וצ"ע.

והנה הריב"א וכו'. וכוזה הבנתי דברי הריטב"א המפורסמים בקידושין (ג: סו"ה אמר רב יוחנן) במחלוקת אי שעבודא דאורייתא או לא, וז"ל: וטעמא דאין דאמר שעבדל"ה, משום דסבר שאין הקנאה לחצאין, ושעבוד קנין לחצאין עכ"ל. והנה פירוש דבריו בסוגיין כמש"נ שהשעבוד הוא דבר מוחלט בלי שום תנאים, דהיינו שהוא ממש הקנאה וקנין ודויק. וכע"ז כתב המהרי"ט אלגאזי (את ס"ט - ג: ד"ה ונראה דה"ה וא"כ) בפלוגתא האמוראים שם אי יכול לטרוף נכסי ב' יוסף בן שמעון כשהן שותפין, דר' ירמיה סבר דטרוף ורבא סבר דנכסי ערבין וכו'. ונראה שהבין המהרי"ט א דפליגי כנ"ל, וע"ש הערה 133 שציינו לספר אחר של המהרי"ט שביאר ע"פ עצם דברי הריטב"א הנ"ל. והמעניין שם יראה דפלוגתא הרשב"ם והריטב"א הוי מעין פלוגתא האמוראים ועיין. (הענין ר' נפתלי רח ש"י).

והנה הריב"א וכו' אין השעבוד תלוי בדבר שעדיין לא היה, אלא נותן לו שעבוד מוחלט. וכוזה יונת מה שטרחו בו רבים בתוס' לקמן בסמוך (מה. ד"ה מאי נפקא מינה) שכתבו: תימה דנ"מ שיפטרו אם יתעשר, ושמא בשביל כן אין לפוסלו לעדות כיון דהשתא לא מרויח מידי עכ"ל. ותמהו עליו, הלא השתא קמרויח שנפטר לגמרי משעבודו, ע"י קצה"ח ס"י ל"ז ס"ק ה' ובקוב"ש. אך למש"נ י"ל שהתוס' פליגי על הריטב"א וסברי דשעבוד אינו דבר מוחלט, וס"ל כהרשב"ם, א"כ אפשר דלא מרויח כלום - דעל הצד שיפריענו, לא נהיה שום שעבוד כלל, ואה"נ הר"ז ספק, אך מספק לא מפסלינן ליה, וכמש"כ היד רמ"ה כאן (את ק"ט בס"ה) ודד"ק. ומש"כ התוס' "שמא", י"ל דמספקא להו אי כסברת הריטב"א אי כסברת הרשב"ם, והוא חידוש גדול ביסוד שיטתם בשעבודים והבן.

והנה וכו' שעבוד מוחלט. וכן כתב בדברות משה (ס"י ג"ח הערה ע"ב) ד"ה והנכון לענ"ד ושוי"ט בהא שאם ישלם לו במעות.

ש"ד פט"ז

ולמד הרשב"ם באמת אין שעבוד וכו' אסמכתא דאי"ז כן לא היה מהניא ודלא אסמכתא. דבר זה שנוי במחלוקת הראשונים והפוסקים, כפי שצויינן בסמוך.

ויש ציינן וכו' דין השעבוד שצריך לגבות מן הל"ה תחילה. בהסבר נקודה זו עי' במהרי"ט אלגאזי (הג"ה) בב' אופנים, או דמיי החוב מקנים שעבוד בנכסי הל"ה וכו' בכסף, או שנעשה כאילו אמר אם לא אפרע לך עד זמן פלוני זכי בנכסי שיעור מעותיך בקרקע או במטלטלי עכ"ל, ולאפוקי דהוי דין ערבות, וע"ש ביתר ביאור, וצייין לעיין בספרו תוספת דרבנן באות ש' שעבודא דאורייתא (ס"ט ש"ז).

ויש וכו' וצריך לכתוב ודלא כאסמכתא. הנה כתב בשו"ת הרא"ש (כלל ע"ב ס"ז ה"ז): ששאלת שטר שכתוב בו אם לא יפרע לזמן פלוני שיתחייב בכך וכך ממוך, וכתוב בסוף השטר דלא כאסמכתא, אם אותו הקנס נגבה וכו'. תשובה דע כי אסמכתא היא הא דגויס שקבל עליו אם לא יפרע בזמנו שיתחייב בדבר שלא היה חייב בו, ואסמכתא לא קניא [אלא בקנין מעכשיו ובכ"ז חשוב], ואע"ג דכתוב בשטר 'דלא כאסמכתא' לא מהני מידי, דהא חזינן דאסמכתא היא, ומאי אהני האי דכתב דלא כאסמכתא עכ"ל, והובא בטור ס"י ר"ז (ס"ט י"ח ע"ב) להלכה.

וצ"ע הלא להדיא איתא בסוגיין היפך זה, ועי' בבית יוסף שהק' כן ח"ל, אבל רבינו ירוחם (נתיב ט"ז בסוף דבריו) כתב בשם גאון ע"י תשובות גאונים קדמונים ס"י פ"ן שאם כתב בשטר דלא כאסמכתא גלי דעתיה דגמר ומקני וכו', אלא שדברי רשב"ם בפרק חזקת נב"ב מד: גבי הא דאמר רב חסדא והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא וכו', נטיס לדברי הגאון וכו' עכ"ל. הרי דלא מקשה הבי"א אלא מרשב"ם ולא מגופא דסוגיין וצ"ע. ונאפשר דס"ל להרא"ש והטור דלא כהרשב"ם בפ"י רב חסדא. וראה זה בספר רבינו ירוחם שי"ל מחדש הובאה גירסת מכת"ש שהמאן דאמר שהביא דקנה, הוא הרשב"א, וצייין שם בהגהות (יאר' נתיב 24) דהוא מחידושי הרשב"א בסוגיין (פ"ד), ואילו אותו גאון שהביא חולק וסובר דלא קני דלא כמש"כ הבי"א, ואלא בשולחנו כתב הבי"א (ר"ז - ר"ט ע"ב י"ח) ופסק דלא קני (כלפני) ע"י שכתב דלא כאסמכתא. אך ברמ"א שם הוסיף: כן נראה לדון אע"ג דיש חולקין. וצייין הגר"א ס"ק ג"ט ס' שזוהו כשיטת הרשב"ם. וצ"ע בכל זה.

והנה וכו' ככל שעבוד למה לא הוי אסמכתא וכו'. הנה עי' לקמן שער י פ"א שהערונו מדברי רעק"א והצל"ח והשפ"א והצפנת פענח ועוד כמה אחרונים שכתבו פירוש ענין למפרע הוא גובה (תוס' ל'), דהוי הכסף או הלואה או קנין מכירה, ותלוי אם יפרע או לאו. ונהי דאין ברירה, מ"מ ישבנו ע"פ החזו"א ברמאי שצידד דיש ברירה בדיני ממונות. ונעוד טעם

הקרקע", וא"כ שפיר י"ל דכ"ז שאין כאן מעשה גמור בנוגע לקרקע, אחתי א"א לשעבד המטלטלין, ואין לומר דהמעשה כבר מושלם, דהלא הרשב"א ז"ל ס"ל דיכול לחזור משעבוד הקרקע כ"ז שלא בא לידו, והנמוק"י גופא שהובא כאן וכבר נתבאר בשער ז [על דאקנין ע"פ קידושין נט. דכ"ז שיכול לחזור מהמעשה אין זה נחשה מעשה [אלא דיבור], וצ"ע. אך הרמב"ם ז"ל שחולק עליו (ג"כ הובא בנמוק"י) וס"ל דאינו יכול לחזור, ניחא. והיכא דהקרקע תח"י בשעת ההלואה ניחא אף להרשב"א. אך בקצה"ח מפורש דגם אם הקרקע עדיין לא היה בעת ההלואה - דינו שוה לאלילו היה תח"י ע"ש.

אכן וכו'. עי' בסמ"ע (ק"יג ה) וז"ל: וכתבתי בהגהות דרכי משה [וליתא לפנינו] עוד טעם לדבר [נדאפי' מחר קודם], כיון דהיה הל"ה קרקע בעת ההלואה והשעבוד, ואם היה רוצה יכול לטרוף הקרקע מיד הלוקח, והוה כאילו הקרקע עדיין ביד הל"ה [כעין מש"כ הקצה"ח וצ"ע] לשעבד לו אגבן המטלטלין, דהרי ודאי המלוה מוכה לו אותו קרקע לטובתו כדי שיקנה לו אגבה עכ"ל. וכוזה היה נחא חידושה דהנמוק"י, אלא דהסמ"ע כתב שזה טעם אחר וצ"ע. אך ע"ש שלא ציטט מהנמוק"י קודם טעם זה, רק מהגיד משנה, וכתב "דוקא אם היה לו הקרקעות או בשעת השעבוד", וליתא בנמוק"י, א"כ תו איכא למימר דדברי הסמ"ע עולים יפה עם הנמוק"י. ולדינא עיין בשו"ת הריב"ש (ס"י שמה) שדקדק מלשון הרמב"ן בסוגיין דס"ל אף דקנה הקרקע אח"כ מהני לשעבדה ולשעבד מטלטלין אגבה לעתיד.

אכן וכו' הרי נתרק צגמרי מן הקרקע. ובעת הקצה"ח שלא נחית לפירוש זה, ופשיטא ליה דאף כשהקרקע מכורה לא גרע מאשר היא תח"י, י"ל דאזיל לשיטתו (בס"י ק"י ס"ק ב' ד"ה ולרש"י) שכתב, "רש"י האיר עינינו בדברי קדשו בזה" שא"א ללוה למכור קרקעותיו ולא חל המכר ע"ש. וכן סובר הנתה"מ ס"י ל"ז ס"ק י"ג.

קמ"ל וכו' וטעמא דמי"תא וכו' ופ"י וכו'. לכאורה לא צריך לזה, ותיפול"ל משום שלעולם חשיב השדה ברשות הל"ה לענין גוביינא, כלשון רש"י בכתובות נט: וכמש"נ ברש"י פסחים ל: , וכמו שכתב הגר"ח בספרו (בה"ל מלוה) דאין למלוה רשות לגבות נכסים ממי שאינו לוה, וע"כ טירפתו לעולם חשיב ממנו. ושעבוד המטלטלין ג"כ נוגע אך ורק לגוביינא - ותהי אגב קרקע מהאי טעמא. ולפ"י יכול לשעבד כל מטלטלין אף אלו שלא היו ולא נבראו בשעת ההלואה, וכן סתימת כל הפוסקים.

קמ"ל וכו' ע"פ דברי הרשב"ם לקמן קנו. והקצה"ח לשיטתו (בס"י ק"יב ס"ק ב) דלא ס"ל כן בועת הרשב"ם (ולא ברעת שום מפרש אחר) ע"ש דעתו בשמעתתא דדאקני.

י"ל, דקיי"ל יש ברירה במילי דרבנן, וכאן ממ"נ אם שעל"ד פשוט שהוא דרבנן, ואפי' אם שעב"ד, מ"מ הרי הפקיעו חז"ל את השעבוד וגם תקנו עוד כמה דברים כיוודע (לכמה) ראשונים דאגני הוא תיקא, וכן מטלטי דיתמי, בינוית ללוה וכו' (א"כ הכ"נ היני ברירה). וא"כ י"ל דמה"ט לא הוי אסמכתא ודו"ק. ונהי דקיי"ל מכאן ולהבא הוא גובה, מ"מ כבר כ' הנתה"מ [קצט-ב] בשם ספר התרומות דסברא זו קיי"ל לכו"ע. וזהו מש"כ המהר"ם. ע"י מה שהעירונו בזה לעיל ש"ד פט"ו ד"ה ויש לדקדק.

ש"ד פ"ז

ועיין וכו' ונעמא דמילתא וכו' דאין גאונים וכו' הכה ש"ה הפקר ב"ד הפקר. הנה הטור בסי' ק"ז (י"ג) הביא ללשון הרמב"ם, וכתב ע"ז הפרשה סי' ק"י י"ד: ומ"ש [הרמב"ם], שאין כח בתקנת הגאונים לחייב בהן יתומים, ר"ל דאלו בלוה עצמו אף שלא ידע, הפקר בית דין הפקר, ואלו ידע הלוה מהתקנה שפיר גובה מהתקנה אף מהיתומים, שהרי שיעבד לו מטלטיין ואיני נופלים לפני היתומים לירשם וכו' עכ"ל. הרי מחד גיסא להדיא סותר מש"כ שאין לב"ד גיטא וכו' כח דהפקר ב"ד הפקר, אך מאידך גיסא רק אצל הלוה עצמו יש להם האי כח, ואפי' לא ידע גובין ממנו, אבל כלפי היתומים אין להם כח כן וצ"ע. (ומקורו של הפרשה פשוט הוא מדרוק לישן הרמב"ם שבי' שאין כח בתקנת אחרונים לחייב בה יתומים). גם תמוה מאוד מש"כ דמהלוה עצמו גובה מדין הפקר ב"ד - והלא בש"ס (כ"ק א': וי"ב קט) לעולם קיי"ל דמיניה אפי' מגלימא דעל כתיפי וע"ג.

שם וכו'. הנה כתב בשו"ע סי' ק"ז טע"א א': אבל אם לא הניח אלא מטלטים אין כופים אותם לפרוע חוב אביהם מהם וכו', אבל הגאונים תקנו שיהא בע"ח גובה מהירושים ממטלטים וכו', הלכך האינא כופין אותם לפרוע וכו' אפי' היא מלוה ע"פ עכ"ל. הרי להדיא דלא כהרמב"ם הנ"ל והטור. ובאמת מכת זה כתב הקצה"ח שם סי' א' בסו"ד וז"ל: וכיון דמשמע מדברי הרמב"ם ומהטור דאפי' רצו ב"ד אין כופין, (א"כ ע"פ מורי ספינקא לא נפקא, וא"כ דברי הסמ"ע נכונים) עכ"ל. הרי להדיא דאף הקצה"ח מסיק דאין הפקר ב"ד הפקר מהני לטורף מהיתומים דאלת"ה ודאי ב"ד כופין ומוציאין. [אלא דצ"ג בעניוית מה שהכריע כוותיה דהסמ"ע נגד הש"ך שם סי' א', ולעולם המעיין בפנים בדבריהם יראה דקאי על דברי המחבר דמיירי קודם תקנת הגאונים, והוא פלא].

שו"מ בשו"ת חת"ס תו"מ סי' קע"ז סי' ס"ק ב', אחרי שהעלה בזה פלוגתת הבבלי וירושלמי (כד"ה היותו נראה) הביא לדברי הקצה"ח וכו' דלכו"ע שייך כפייה כאן מטעם אחר ע"ש (כד"ה אן הש"ך וכד"ה ועיין ר"ח). הא מהיא דאף החת"ס מודה לדינא דאין הפקר ב"ד הפקר שייך אצל הגאונים. וזה דלא כמו שכתבו הפוסקים בתו"מ סי' ב' טע"א א' ע"ש ברמ"א: כבי"ד

הגדול ומכין ועונשין והפקרן הפקר כפי המנהג, אע"פ שיש חולקין וכו' עכ"ל. ואולי רק בטובי העיר הכי דינא ולא בב"ד, וע"ש בסמ"ע סי' ק"א דמשמע בכל דור איכא עכ"ש חד שיש לו כח זה. וע"ש בדרכי משה שהאר"ן בזה. ולענ"ד מהרמב"ם דידן יש לנו ראייה אלימא לאהאי גיסא ודו"ק.

אך לקושטא דמילתא י"ל דלא שייך כ"ז לסוגיין דמיירי בשעבוד על מטלטיין, ואי"ז קשור להפקר ב"ד הפקר כפי כמה ראשונים, ע"י שו"ת רע"ק א"א קמא (סי' רכ"א-ב) שמבאר שורש מחלוקת ראשונים אי הפקר ב"ד הפקר הוי רק להפקיע ממונו של אדם או גם להקנות, וכן דן בזה המתנא (פסיה סי' ב'), וא"כ י"ל דשאני שעבוד דלא מהני הפקעה בעלמא להשוות חלות שעבוד נכסים עם כל פרטיהם ודקדוקיהם. ואפי' את"ל שהרמב"ם ס"ל כמאן דאמר דיש לב"ד כח גם להקנות, מ"מ תיתי לך לשון הרמב"ם "שאין כח בתקנת אחרונים לחייב בה יתומים", דלכאורה תמוה דאם הפקר ב"ד"ה וזהו יש להם כח להפקיע ולהקנות כרצונם מדין לזה. אלא לדברינו כפתור ופרח, כי ידוע דבלא שעב"ג לא שייך שעב"ג כמש"כ התומים (סי' ס"ו-מ"ג) והנתה"מ (ל"ג). ואף לדעת החולקים (הקצה"ח סי' כ"ז) דאין להיתומים אלא שעב"ג - כבר הוכחנו בעז"ה במק"א דכו"ע לא פליגי דע"י הנכסים איתחדש ואיתליד חובת גברא לעשות תשלומין. ואשר על כן לשון הרמב"ם מוזק שלא כתב שאין להם כח לתקן תקנות וכו"ב, אלא "שאין כח בתקנתא לחייב בה יתומים", ר"ל שאין הפקר ב"ד הפקר פועל אלא בממונם לאקנויי וכו"ב, אבל לא לחדש שעבוד הגוף. ואולי לזה נתכוון הבי"ח כאן (ק"ז) - וי"ג ד"ה כתב שבסו"ד אחר שהביא סיום דברי הרמב"ם הנ"ל הוסיף נופך מדיליה: "כיון שהן אינן חייבים לשלם כלום", שלפום ריהטא אין בזה מובן, ולמש"כ נפלא מאוד בע"ה.

ויש צ"ע וכו' ולכאורה צריכים לומר דהשעבוד ע"י תקנה ע"י הלוה וכו'. והלא אין להם כח של הפקר ב"ד הפקר, והיה אפי' דס"ל להרשב"ם כאותן הפוסקים הנ"ל (תרי"ט סי' ב') דיש להם הכח הזה, אך לפי מה שנתבאר דשעבוד שאני ובפרט גבי יתומים באמת קשה, ויש עוד מן הקושי ללמוד ע"ד הפקר ב"ד ע"י לקמן ש"ד פ"כ ב"ד ד"ה וכל זכו). ובשו"ת המבי"ט ח"ב סי' ק"כ כ"ח מביא בשם המהר"ן י' לב אודות תקנת הקהילות שאין הבעל יורש כל ממון הנדוניא כשמתה אשתו אלא חצי וכו' (ע"י טו)

אבה"ע סי' ק"ח), היינו מטעם הפקר ב"ד הפקר ע"ש. והמבי"ט חולק וס"ל דא"א לב"ד לעשות דבר כזה, ובפרט עניני ירושה דכתב בה חקת משפט, וא"א להנחיל בתורת ירושה איש נכרי אפי' ברצון יורש (ע"י רמב"ם פ"ב אשוח) ע"ש.

ונראה וכו' ואין שעבוד נעשה ע"י תקנה א"א ע"י חכמי התלמוד. וכ"כ הרא"ש בב"ק פ"ק

סי' י"ט וז"ל: נראה דבדורות הללו מטלטים כמקרקעי לכל מיני שעבוד מדינא דגמרא בלא תקנת הגאונים וכו' עכ"ל, והביאו הטור סוף סי' ת"ט. ואע"ג דשם מיירי לענין נזקין, הני כתב "לכל מיני שעבוד", וגם הזכיר בגאונים דמשמע כאן אמלוה. וכ"כ הסמ"ע (ק"ז-ג), וע"ש בפנים שסיים שזה דלא כהרמב"ם. הרי דפליגי בזה הראשונים. ולדינא ע"ע בסמ"ע שם בסי' ת"ט סי' ק' שהרחיב בזה קצת.

ש"י פ"ח

כתב הרמב"ם וכו' ודפי נוסחא ראשונה וכו'. ע"י בחי' רבינו חיים הלוי הל' שבועות (פ"ח ה"ג ד"ה והנה בפס"ח) שביאר עוד בגדר ב' הנוסחאות האלה. וע"ש במעשה רקח שדקדק מלשון הרמב"ם בסמוך הל' ז' "אחרי מות בעלה", ובהל' ח' "ונמצא האלמנה גובה", הרי ראי' כגירסא שלפנינו ודלא כג"י הרשב"ם, (וכ"כ בספר דינא דח"י).

והביאור בזה וכו' מ"מ גובה ממנו מעות וכו' והפקיעו הכספים דינה צ"ב מטלטיין וכו'. הנה כן כתב זקן הוראה לבית ישראל (לשון הנה"ח ד"ל) רבה דעמיה גדול הדור (לשון הנה"ח ד"ל) ר' דוד קרלינער ז"ל בספרו פסקי הלכות יד דוד על הרמב"ם כאן (אחת לרא עמוד ק"ל) ע"ש בפנים. אלא שדחה חילוק זה (בין מטלטיין למעות) מכמה סוגיות בש"ס. ע"י נדרים סה: במתני' ומעשה בא' שנדר מאשתו הנאה והיתה כתובתה ת' דינרים, ובא לפני ר' עקיבה וחייבו ליתן לה כתובתה. ובגמ' פריך עלה מטלטי מי משתעבדי לכתובה וכו' ע"ש. והנה לא מיירי במטלטי אלא בזוי, ואפי"ה תלה הש"ס בפלוגתת התנאים בכתובות (ס"ג), וכמו שציניו הר"ן והרא"ש ותוס' ורש"י ע"ש. וכ"ש לגירסת הראשונים שם (ע"י דין ד"ה ופדאמרי) "שמע מינה" מטלטי משתעבדי לכתובה. וכן איתא בקידושין (ס"ה) ור' מאיר היא דאמר מטלטי משתעבדי לכתובה, וע"ש ברש"י וז"ל: בסט' כתובות (ס"ג) גבי שומרת יבם שכתובתה על נכסי בעלה הראשון, הניח אחיו מעות ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות, אלמא מעות משתעבדי לכתובה עכ"ל. וכן בכתובות (ס"ג) ד"ה דילמא ר"מ היא במתניתין גבי כספים ופירות ילקח בהן. וכן שם (פ"ב) ד"ה כל הקודם וכו' קסבר מטלטיין לא משתעבדי לכתובה וכו', וה"ה נמי דפליגי בכספים, דמ"ש כספים מפירות תלושים. וכן דקדוק התוס' ביבמות (צ"ט) ד"ה כתב לו נכסי וכו' ע"ש. [וע"ע שם מש"כ בזה ובמש"כ כמה פעמים יישובים דחוקים, ע"ש בארכה].

והביאור וכו' אב"ד ודאי עיקר דין פריעון הוא בממון וז"ל בממלטיין. הנה ע"י בטור ושו"ע סי' ת"ט וכנראה פליגי בכונות הטור, שלדעת הב"י והלבוש יד הניק על העליונה ויכול לתבוע מטלטי ולא קרקע (ולכאורה היה מותר ולא מטלטי), והב"ח והסמ"ע חולקין וס"ל דיד המזיק על העליונה. והש"ך הרמב"ם על הבי"ח והסמ"ע, וכתב דגם שיטת הרמב"ם כהב"י

והלבוש, ולעולם חייב ליתן מטלטלין (קדם קרקע), וה"ה מעות קדם לכל ע"ש. ובאבן האזל (פי"ח מהל' נזיק"מ ה"י) הרבה להשיב מכל ספרי יד החזקה שאין קן דעת הרמב"ם, ע"ש בד"ה והנה אע"פ שאיני כדאי לחלוק על השי"ח וכו', וביתר שאת לקמן (אות ה' ד"ה אכן באמת נראה דהרמב"ם וכו'), שהוכיח "דבאמת לא הוזכר בשום מקום ברמב"ם דין זה שמחוייב ליתן מעות, ואינו יכול לסלק בנכסים אחרים", וה"ח מקום א' ושם כתב תנאי שאין לו מטלטלין, וע"ש שהוכיח כן במישור מסוגיות הש"ס (ד"ה אכן יש לבא, ובד"ה אבל הרמב"ם אינו סובר כן), ולענין גוביינא חשיבי כמו כסף ממש, וביש לו מטלטלין יכול לסלק בהו במקום כסף, וע"ש סיכום הדברים בד"ה ולפי"ו.

שי"ד פ"י"ג

ובאמת וכו' הרי להדיא גובה ממשלמיין וכו' דמשעבודים. וכן דקדק בספר חסד ומשפט אשירה (על ח"מ ס' ל"ט ג' - ג'), וכן דקדקו בציונים לדאקני מרמב"ם זה ועוד מכמה מקורות בבלי ועוד ע"ש, וע"ע עוד מקורות בספר הגי"ל. ולכאורה לפי חידושי זה יצא נפק"מ לדינא, דידוע הלכה הפסוקה דאסור לטרוף ולגבות מנכסים קודם שתובעין את הלוה עצמו, כי נכסין דאניש ערבין, וגם מטלטלין בכלל זה וכו"ל, ויש להסתפק מהו לענין לגבות זווי ממש - האם ג"כ אסור, או"ד אינהו החוב ממש, וצ"ע (וע"ע בחסרי"ט).

ובאמת וכו' ובדרך אגב יש להעיר דאין קרי ללוה בע"ה. עוד יש לציין דלעיל שם ה"ד כתב "שעבוד המלוה" ואילו בהל' ז' כתב "שעבוד בע"ח".

שי"ד פ"כ

והנה וכו' וכן מודיק לשון הרמב"ם שכתב ונמצא גובה על תנאי זה ויתר מן התקנה. יש להעיר בדיוק זה, דע"י במגיד משנה ב' נקודות במעלת התנאי: א) שגובין ממשלטיין אף בדיאק קרקע, ב) ושגובה מצד התנאי בנוסף לצד התקנה, (והיתרון הוא היטיב גודל וכו'). וע"י בלחם משנה שדקדק מלשון הרב המגיד דהרמב"ם לא ס"ל כצד א' אלא כצד ב' בלבד, (ולא כהר"ב"ש ס' שצ"ב, ולא כמו שמודיק בלשון הטור ק"ז - י"ח ע"ש), וכן דקדק הפרישה מלשון הטור באבה"ע ס' ק' שהביא הרמב"ם (אישות ט"ז - ח) דמשמע דס"ל להרמב"ם כצד ב' ע"ש. ולפי"ו אפשר לא מהני כח תנאי שבממון אלא כאן בדיאק כבר דין התקנה, ואינו חשוב כמתנה ע"מ שכתוב בתורה (או כנגד הדין), דסו"ס תנאי ע"פ דין רוח התורה, לא כן לצד א' ודו"ק.

והנה וכו' צריך לציין למה לא מהני תנאי שבממון וכו' בקנין אגב. וכן טרח בזה ר' איסר זלמן ז"ל (על אתר) והעמיד השאלה על תילה (כד"ה אבל, אכן, ועוד), וע"ש תירוצו מהר"י מיגש בסוגיין (שנראה חוקשה לו ק"ו זו) וז"ל בקיצור: כגון דאמר לו אי לא פרענא לך מכאן ועד יום פלוני הקניתי לך מקרקעי ואגבן אקניתי לך מטלטלי קני, דכי אמרי' מטלטלי לבע"ח לא משתעבדי

וכו', אבל היכי דאקנינהו ניהלהי אגב קרקע קני להו ומפיק להו ואפילו מן הלוהק עכ"ל. ולהדיא חולק על הרשב"ם (ודע"מיה) דמפרש שהוא מדין שעבוד המטלטלין, ואלא ס"ל דהוא מדין קנין ממש. וע"ש (כד"ה ומיטש) שהביא לזה משל: דאם ימכור ראובן לשמעון חפץ בפני עדים ויניח החפץ אצלו, ואח"כ ימכור ראובן החפץ לאחר - ודאי יוציא שמעון החפץ מיד הלוהק השני, והכא נמי שהקנהו המטלטלין על פרעון החוב. ואף דעכ"פ יש בזה פסידא דלקוחות, מ"מ לא תיקנו חכמים בזה רק כדיני שעבוד (ולא כדיני קנין) עכ"ת. וכו"ש שהק' ע"ז ולכאורה זה הו"י אסמכתא דהוי דאי, וע"ש מה שתי' ע"פ שיטת הרמב"ם (תלמיד) בפ"ח - ב', באופן נפלא (כד"ה ונראה).

ובזה ניחא מה שטרחו רבים וגדולים בדברי הר"י מיגש הללו, ע"י בהגהות הגאון ר' משה שמואל שפירא ז"ל שם (אות 43 ובחדשות אות פ') שתמה שם בשם הגר"ג וזכוכסקי שליט"א, ל"ל להזכיר הא דאי לא פרענא לך, ולא בפשיטות דאקני ליה מטלטלי אגבן לשעבודא וגוביינא. ולפמשי"כ האבן האזל הא גופא בא לאשמעינן וכו"ל. [ומה שתי' הגרמ"ש ז"ל קשה להבין ומצוה לפרקן].

שם וכו'. בדברות משה (ס' י"ח הערה ע"ה) ג"כ עמד בזה הענין, אלא שכנראה כל דבריו מוסבין על הרשב"ם, (ולא על הרמב"ם ודין), ולא על הר"י מיגש, [ונשם תמצא מרגינתא טובא בגדר עצם קנין השעבוד, ובגדר ערבות דנכסים, ואסמכתא], ואעתיק מקצתו: ולכן אמינא דהנה זה ודאי שהאסמכתא הוא רק כשמקנהו עתה באם לא יפרענו לזמן פלוני, אבל כשיקנהו רק לכשיתברר שלא פרע שאז יהיה קנין מוחלט לא היה זה אסמכתא, ולכן אם היה במציאות מעשה קנין הנמשך מהיום עד אחר שיתברר שלא פרע לא היה זה אסמכתא. והנה מסתבר שענין שעבוד אף באופן שצריך לשעבד, אינו ככל קנין שנשלם מעשה הקנין תיכף כשעשה, אלא שהוא כמקנה להמלוה כל העת שהוא חייב לו ויש אצלו השטר וכו', ולכן כשהקנה לו גם מטלטלי אגב המקרקעי שהקנה לו לשעבוד, יהיה מעשה קנין האגב ג"כ בכל העת שחייב שהוא אף אחר שיתברר שלא פרע, שאז יהי' הקנין המטלטלין לגוביינא מוחלטת, שלא באופן דאי שאינו אסמכתא וכו' עכ"ל (כד"ה אבל), ולפי"ד אי"צ להטיל פלוגתא בין הר"י מיגש להרשב"ם, ואלו ואלו מיושבו עדי"ו צ"ע.

ונראה וכו' ובהו בעינן זכות תשמיש. וע"ע בנקודה זו בדברור"מ הגי"ל (בספר).

וב"ז זה וכו' צ"א שאין ירושתו ירושה. יש להסתפק בנקודה זו, דמצאנו לשונות בפוסקים נוטין מדרך זה. ע"י בב"ח (ק"ז - ה') בא"ד ז"ל: וזה ג"כ משעבד עצמו בכך, ונמצא שהיתומים לא ירשו המטלטלים כל עיקר עכ"ל. וכע"ז בפרישה (שם י"ד) ז"ל: שפיר גובה מהתקנה אף מהיתומים, שהרי

שיעבד לו מטלטלין ואינם נופלים לפני היתומים לירשם עכ"ל. וכע"ז בפרישה לעיל (ס' כ"ב בא"ד ה"מ"ש רבינו שאונשעבוד הנכסים) ז"ל: וכאילו לא נפללו לפני ימנו כלל עכ"ל. הרי להדיא דנטיין דבריהם לומר שירושתן לאו ירושה. ולכאורה סברת דודי המחבר שליט"א היא דרך פשוט ולא ידענא למה הוצרכו רבותינו ז"ל לדבר החרוף הזה וצ"ע. והגאון ר' משה ז"ל חקר אם במיתת הלוה חל איזה דין גביה וזכיה ממילא בנכסיו והוא מטעם בי"ד וכדומה, (וע"י דברור"מ בב"ק ס' כ"ו ענף ט' ד"ה אבל), וז"ל ע"א א"כ אר"י (א"ה מהר"י י' לב שהבאנו לעיל (פרק י' ד"ה ויש) דיש כת בי"ד לעכב ולעקור ירושה, ודלא כהמב"ט ע"ש.

והא וכו' אבל אם הלוה עצמו כתב וכו' הרי הוא גובה מכל מה שירצה. יל"ע דלאו כל מקום שכתוב ממי שארצה מהני, ע"י ב"ב קעג: וחור"מ ס' קכ"ט סעי' י"ד ט"ו, במלוה האומר ללוה ולערב ממי שארצה אפרע, אין גובין מן הערב תחילה ע"ש, והכי נמי בנכסין דמיי"ל אינון ערבין מערבין יתיה. לעיל הו"י אומא אחר דעיקר השעבוד במקרקעי, לעולם הם תחילה רצ"ב. וע"י בחור"מ ס' ק"ז - א' וסוף ס' תי"ט דפליגי הפוסקים בכלל איזה מהן קודם.

שי"ד פכ"א

אכן וכו' וא"כ צריכים להבין וכו' הרמב"ם וכו' כ"ה הממשלמיין. וע"י באבן האזל (יא - י"א ד"ה ומיטש) חידוש גדול ליישב (להלכה) ז"ל בקיצור: דכל דאי הוי אסמכתא, וטעמא משום שהמקנה חושב שלא יהיה דבר זה ולא הקנהו בלב שלם, אבל הכא שהקנהו כל הקרקעות והמטלטלין שלו לפרוע מהן חובו, דאף שהוא בדרך הקנאה [א.ה. ולא שעבוד, ושייך אסמכתא לגרע], הוא לא הקנהו קרקעות מיוחדות או מטלטלין מיוחדים - א"כ לא שייך לומר ע"ז שכל דאי הוי אסמכתא לומר שלא הקנהו בלב שלם, דלמה לא יקנה לו בלב שלם, הלא ע"כ משום שחושב שיפרע לו מקודם, וממה יפרע לו, הלא ג"כ מהמטלטלין, (שעיקר פירוט הוא ממטלטלין כמשיך הרמב"ם בהל' ז', א"כ איזה נ"מ לו במה שיקנה לו זה על אחר זמן הפרעון, ולכן ל"א בזה דלא גמר ומקני, ולא הוי אסמכתא ממש וכו' עכ"ל.

אכן וכו' הרמב"ם וכו' והלא ס"ל כהר"י מיגש. אמנם יש שינוי גדול בין הרמב"ם והר"י מיגש בענין הקרקע עצמה, שהר"י מיגש כתב דגם הקרקע צריך להקנות בקנין אם לא יפרע וכו' ביחד עם תנאי קנין המטלטלין. (אפי"ו דק המטלטלין בעי סתיבי ועצה), ואילו הרמב"ם לא מצטרף שום ערמה בנוגע להקרקע גופא - רק אצל המטלטלין כ' דין הקנין וכו', והלא דבר הוא. (וע"י בהגהות הר"י ר' משה שמואל ז"ל אות 44), וע"ע לעיל פרק יג ד"ה והנה בגדר קנין אגב.

ונראה וכו' דלא תיקנו חכמים לבע"ח קנין גמור וכו' אם לא היה להם קוף גם קנין גמור היה נעקר וכו'. לעיני הגהמ"ח צ"ב, דברישא כתב שלא תיקנו כלפי קנין (רק שעבוד) ובסיפא כתב

שכן תיקנו חז"ל לעקור קנין, וי"ל. עכ"פ עדיין צריכין למודעי מאי שגא קנין זה מקנין בעלמא, וכדוגמת ר' איסר זלמן לעיל פרק כ ד"ה והנה, בראובן שמכר שמועון ואח"כ מכרה לאחר קודם שבא שמועון ליטלה, ע"ש. וצ"ל דשאני התם דלא שכיח, אך ק"ק דהכינ לכאורה לא שכיח. ואפשר אם היה מותר היו כל שטרות נדפסות בנוסח זה, וצ"ע.

ולפי וכו' דבעינן דוקא קנין אגב וכו' קנין אחר. שוב ראיתי בביאור הגר"א חו"מ סי' ר"ז ס"ק נ"ט הסבר בזה, ע"ש בקוצר אמרים וצ"ע לירד לסוף דעתו.

ולפי וכו' ונראה דכתיבו נמי למאן דאמר שניד אינו יכול להקנות שעבוד במטלטלין. אך לפי מש"כ ר' משה ז"ל (הובא בפרקי גי' ל"ל דיכול, ע"ש שכתב: והנה מסתבר שענין שעבוד, אף באופן שצריך לשעבד וכו' עכ"ל. הרי שכנראה לא היה לו ראייה מפורשת ע"ז רק 'מסתבר' ודו"ק היטב.

ש"ד פכ"ב

והלחם משנה הקשה וכו'. ותירץ "בדוחק דשאני התם דהוי שטר ועיקר שטר לשיעבוד קרקעות הוא עשוי", וכע"ז באבני מילואים (פי' סי' ס"ד ס"ח ד"ה ובלחם משנה), "בעיקר סמיכת המלוה אינו אלא על הקרקעות ולא על המטלטלין, א"כ כי קא תבע ליה דעתיה על הקרקעות [וכבר קדמיה בזה הרמב"ן בחידושי לשבועות ל"ז:], אבל האידנא בטר התיקנו הגאונים שתגבה כתובה מן המטלטלין וכו' א"כ כי קא תבע תובע שניהם קרקע ומטלטלין כיון דבעי שניהם סמך דעתו וכו'".

אכן דבריו צ"ע ק"ק דא"כ צריך לחלק בין הא דאיכא ללוה מטלטלין וקרקעות להא דאית ליה רק מטלטלין ומשעבדי, וכן עמד הגר"ש שקאפ בקונטרס השעבוד (פי' י"א), ועו"ק דהא דעיקר סמיכת דעת המלוה על הקרקע הוא משום דיכול לטרוף מכל מאן דיקנה אותה ולא יוכל להבריחו ולאבדו, וא"כ אף דגם מטלטלי תיקנו הגאונים שיגבה, הא מ"מ רק מבני"ח גובין ולא מלקוחות, וכמבואר בכתובות (י"א, וס"ט): דמעיקר הדין אפי' מבני"ח לא גבי מטלטלי, ע"י מגיד משנה (פ"ט אישות ה"ה) ורש"י כתובות (פ"ו, ד"ה פרא), ואפילו את"ל שמ"מ יכול לגבות מיתומים לאחר תקנת הגאונים כמבואר ברמב"ם (פ"ט אישות ה"ז), מ"מ אכתי אין עיקר סמיכת דעתו עלה הואיל ויכול להצניען ולאבדן, ואיכא נמי למימר דלאחר מיתת אביהן קנאו וכמש"כ רש"י (בבבא בתרא), וכן משמע קצת ברמב"ן (גי'ל), "לפי שכל מה שאדם טורף מלקוחות עיקר שעבודו עליו ועיקר טענתו אותו הוא תובע" ודו"ק, וגם משמע דאפשר מה שיגבה רק מן היורשים קלוש טפי. סוף דבר סברת האבנ"מ (והלח"מ] צ"ע.

וע"ע בביאור הגר"א (ח"מ סי' פ"ח סי' נ"ז) שג"כ הק' כקושיית הלח"מ על המג"מ. וע"י מה שיישב ע"פ שיטת רבו הרי"י מיגש דמבואר

קצת דאין טורפין מלקוחות בלא שטר ממש, דכן כתב לגבי חוב בהלואה. וצ"ע"ק דשאני כתובה דהוי מעשה בית דין ותנאי ב"ד גוביין גם ממשעבדי, (וע"ע בחי' רבנו חיים הלוי פ"ט הכ"ה ד"ה אלא), וכ"כ הגר"א עצמו בעל מ"נה דמייירי במקום שאין כותבין כתובה דאיכא שעבוד קרקעות, וכ"כ המגיד משנה בעצמו, וצ"ע.

ואפשר דרק בדעת הראב"ד ס"ל להגר"א דטורפין ממשעבדי (במקום שאין כותבין), אבל להרמב"ם אין טורפין ממשעבדי לעולם בין בהלואה בין בכתובה כל שאין שטר כשר וממשי לפנינו.

והלחם משנה הקשה עליו קושיא עצומה. וע"ע בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ט הכ"ה) שהביא לקושיית הלח"מ ביתר ביאור, וע"ש שמחלק הקושיא לשנים. וע"ש עוד שהוסיף להקשות עוד קושיא מנפשיה על הרמב"ם, מהא דכתב הרמב"ם (פ"ד ט"ז ה"ב) דהא דאין נשבעין בהודאת שטר לאו מטעם כפירת שע"ק, אלא מטעם אחר "דהוי ממון שאינו יכול לכפור בו", וכן מבואר ברמב"ם הל' עדות (פ"ב ה"ב) דבעצם אין כפירת שטר חשיב שעבוד קרקעות בעצם ע"ש. ולפי"ד יקשה על תירוצו של הלח"מ שכתב דבשטר הוי "עיקר לשיעבוד קרקעות". אכן הלח"מ בעצמו כבר קדם להגר"ח בקושיא זו (פי' פ"ד ט"ז ס"ג) ע"ש מש"כ בזה.

וע"י מה שחידש הגר"ח ליישב שיטת הרמב"ם באופן חדש, ונראה דיסודו שם דומה קצת ליישובו של דודי המחבר כאן בסמוך (ד"ה היצא).

ונראה דהלוק וכו'. וכ"כ הנחלת דוד (ב"מ ד') והפרשת המלך שם בהל' אישות (תתן האבן האול דל').

אכן וכו' מטלטלין הרי אין לו שום זכות ושעבודו בגופו. וכן כתב הרמב"ם להדיא בפ"א ממלוה ולוה ה"ז, "אבל הבא להפרע מן היורש וכו' לא ירפע מן המטלטלין וכו', שהמטלטלין אינן תחת שעבוד בעל חוב מן התורה". וכן כתב בהלכות גניבה (פ"ג ה"ה), "ואין המטלטלין משתעבדין לבעל חוב". וכ"כ בהלכות נזק"מ (פ"ח ה"א), "אין ב"ד נוזקין למטלטלין של יתומים אלא לקרקע וכו', והמטלטלין אינן משועבדין לבעל חוב". וע"י בירושלמי (פ"ה גיטין ה"א), שדהו, פרט למטלטלין. וכן ציין הקר"ס (בחל' מלוה ס"ג) למקור הרמב"ם, והדר פריך ממש"כ הרמב"ם במק"א דשעבודא מה"ת אף במטלטלין, ואביא דבריו בסמוך (ד"ה היצא) ויישוב נפלא.

אכן וכו'. ולדעת הרשב"א המפורסמת (קידושין ט"ו) והובא במגיד משנה ובפוסקים דמדאורייתא גם אמטלטלין חל השעבוד כמו קרקע, לכאורה אי"א לומר כן, וצ"ל שיטבור הרשב"א כשיטת הראב"ד בהשגה כאן. אמנם לאחר העיון יש לומר דאף להרשב"א שייך למימר דלא חשיבין בשעבוד זה (דמטלטלין), והיינו על פי דברי דודי המחבר לעיל שער א'

פרק ח' (ד"ה אבל במלוה על פה) שחידש יסוד בגדר חביעת קרקע והודאתה וכפירתה לגבי פטור שבועה, דהכל תלוי בדבר אחר, דהיינו האם הנושבע חשיב "בעל דבר" על הקרקעות בהגדרתן, (ככולל אחיותו על הקרקע ושום הפסד הספקתו ואפילו תרעומות בעלמא). אבל באופן שאין דין בעל דבר על הקרקע לא שייך פטור שבועה מחמתה וע"ש. ולפי"ז אף הכא י"ל הואיל ואין גובין מטלטלין מלקוחות לאחר התקנת חכמים שוב לא חשיב בע"ד עליהן, ואף להרשב"א הוי כאילו אין לו שום זכות ושעבוד בגופן וכמש"נ בדעת הרמב"ם.

ויש להעיר דסוף סוף כל שבשעת תביעה המטלטלין תחת ידו אולי חשיב שתובע שעבודו ולא סתם חובו ושעבה"ג וצריך תלמוד. ועוד דהרשב"א גופא בשבועות (לז: ד"ה אלא) מבואר ע"ד הרמב"ן והר"י מיגש דתלוי אם בפועל יגבה קרקע ממש, דלא כהתוס' (כ"מ ד:): (סמבואר דא"י לזה, ודלא כהרמב"ם דס"ל דבעל דבר מספק וכמש"נ, וא"כ סוף דבר נראה דהרשב"א אינו מתיישב כלל עם שיטת הרמב"ם).

ואע"פ דהרמב"ם פסק בפ"א מלוה וכו' דיבול המלוה יצילו מטלטלין וכו'. אמנם הרמב"ם במקום אחר מבואר להיפך דיכול לסלקו בקרקע ולעכו מליטול מטלטלין, ע"י פ"ח ממלוה ה"א וז"ל: המלוה את חבירו סתם הרי כל נכסיו אחראין וערבאין לחוב זה, לפיכך כשיבא לגבות תובע את בעל חובו תחילה, אם מצא עמו נכסים בין מטלטלין בין קרקעות גובה מהן ברצון הלוה עכ"ל. הרי להדיא שהבחירה הוא ביד הלוה ולא ביד המלוה, ולכאורה זה ראייה עצומה לדברי דודי המחבר (ד"ה אכן) "וכל גביתו מן המטלטלין לא הוי אלא מדין כפית ב"ד וכו'".

ועל כל פנים צ"ע לכאורה איך סותר הרמב"ם שם את דבריו בפ"א דמפורש דמטלטלין קודם לקרקע, וע"י באבן האול פ"ח מהלכות נזק"מ ה"י שהביא מחלוקת הפוסקים בזה (א"ת א"ד"ה כתב) בחו"מ סי' ת"נו, דמבואר שם דיש סוברים שביד המלוה ליטול מטלטלין, ויש סוברים שתלוי ברצון הלוה. ולפי מה שמבואר כאן בפנים מהלחם משנה (פ"א מלוה ה"ב) את"ש לכאורה דבי' דינים איכא בזכות חביעת המלוה, דין זווי הייב זווי שקיל, ודין הגביה והשעבוד (וכיביאר עוד בפנים), וכן נראה שהוא מסקנת האבן האול ע"ש באות ג', ובאות ה' ד"ה ולפי"ז, ולפי"מ שביארנו, דדין מטלטלין גובי' מן שום זוי הייב ולא משום דין שעבוד וגיביה ע"ש בארוכה. וכן משמע קצת בביאור הגר"א (ח"מ סי' ת"ח סי' ס"ק א').

ואדרבה וכו' ולמה לא יובל דחותו ממטלטלין קרקעות וכו'. ובוה אתי שפיר היטב דברי בירושלמי רפ"ה דגיטין (כ"ד: דריש קרא שדהו, פרט למטלטלין, ומשמע דאין לשלם אלא בקרקע ולא ממטלטלין. והנה מייירי במזיק, וי"ל דלהכי קרקע קודם דשוב אין דין זווי הייב זווי שקיל, וממילא אין שום

דין קדימה להמטלטלין. וע"ש שסלק"ד, "אין לי אלא קרקע, מנין שאם רצה ליתן כסף". תרבי דגם כסף אין לתבוע כי רק שעבודו הוא הובע, וגבייתו לא נאמרה במדיי אחרניא, וע"ז מסיק הירושלמי "תלמוד לומר כסף ישיב לבעליו", דגוה"כ דגם כסף מהניא, וע"ש עוד בקרבן העדה (ד"ה מהן ד"ה ופשיט), ובפני משה (ד"ה מה בעית מיטר קרקע עיקר, ובד"ה א' ניטר כסף עיקר).

ונראה דמסקנת הירושלמי דגם נזקין הוי כהלוואה בגדר תביעת קרקע ומטלטלין, ורק כהלוואה דין המטלטלין הוא משום זווי ייבי, ואילו בנזקין הוא מגוה"כ, אבל לעולם אפשר דבתרוייהו גובין ממטלטלין קודם ואין להלוה לטלקו בקרקע.

ובוה מתיישבת קושיית הלחם משנה דידן שמסיק בקושיא אלימתא על הרמב"ם (הלכה ב), דאם דין גבית מטלטלין הוא רק מדין חדש של זווי ייבי, אמאי לא מחלק הרמב"ם בין הלוואה למזיק, ובפרק ח' נזק"מ ה"ג י"ב פסק הרמב"ם כמו הכא דגובין "מן המטלטלין תחילה" ואע"ג דלא שייך טעמא דזווי ייבי, והניח בקושיא. ולפ"ד הרמב"ם ינחא, דסמך עמש"כ הירושלמי וכמש"נ. ויש להטעים עוד לפמש"נ במק"א בשם הגר"מ פיינשטיין ז"ל דדין תשלומי נזקין אע"פ שגזירת מלך הוא, מ"מ אפשר דהגדר הוי כאילו לקח וגול החפץ לעצמו, ולפי מש"נ כאן מהירושלמי אולי הו גופא כוונת הקרא דכסף ישיב לבעליו ודו"ק. ואדרבה וכו' ומבואר דגביה מן המטלטלין לא הוי מדין זכות ושעבוד. והנה ע"י במכילתא דרשב"י (שפטים פ"ב פסוק ב) והובא בתורה שלמה שם (צאת צ"ה) ז"ל, מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם, מלמד שאין שמין לו אלא מן המטלטלין עכ"ל. ולכאורה תמוה דנהי דריבה הכתוב דמטלטלין בר גביה, אבל ודאי לא איהו עיקר הקרא דמיטב שדהו דקרקע הוא משועבדת ונגבית להזיק, וכמפורש שרצו ובמשנה הראשונה במסכת ב"ק. ויש שרצו בחתוק מילת "אלא", וע"ש (בבא בתרא כ"ה) בהגה שדחה מהלך זה כראיה וסברא. ותו תמוה דהמכילתא דרשב"י גופא דריש בסמוך שאין גובין לו "אלא מן העידית" ע"ש, וע"י מה שנדחק בוה הרב בעל התורה שלמה שם.

ולפי דברי דודי המחבר הדברים מאיירם דדין המטלטלין הוא דין חדש לגמרי ולאו מעיקר "דין זכות ושעבוד", "אלא משום דמיקרבי למעות", ומדין "חובו" ושעבוד גופו וכמש"נ בפנים. ומצא דסתירת הרמב"ם (פ"א ה"ד לפ"ח ז"א) וסתירת המכילתא דרשב"י מתפרשא בהך סברא. והגר"ח קניבסקי שליט"א עוררני לכל זה ע"פ רמזיו בספרו קרית מלך (פ"ח נזקים ה"ג).

הויצא לנו פ"יז דיש ל"מלוה שני אופנים לתבוע חובו וכו' משעה"ג או וכו' ערבים חובו ה"וה. ולפ"ד מדוייק היטב לשון הרמב"ם (פ"ח מלוה ה"א), "המלוה את חבירו תסם הרי כל נכסיו אחראין וערבאין לחוב זה", ואלו תרי לישני

דאחראין וערבאין לא ביררו המפרשים, אבל לפמש"נ יש לומר דלאו השני אופנים שכתב דודי המחבר נתכוון הרמב"ם, חדא, הוא ענין התביעה והכפיה בשעה"ג, ולוה קריה "אחראין", ולפעמים הנכסים נגבים רק ככה"ג. ושנית, הוא ענין הגביה והשעבוד, ולפעמים נגבים הנכסים רק ככה"ג ולוה קריה "ערבאין".

ואולי לפ"ז יתחדש אופן אחר לקרות דברי הרמב"ם שם בהמשך, "לפיכך כשיבא לגבות תובע את בעל חובו תחילה, אם מצא עמו נכסים בין מטלטלין בין קרקעות גובה מהן ברצון הלוה", דלכאור' תמוה מש"כ "לפיכך", דאיהו סברא כתב כאן להמציא דין זה מהא דכל נכסיו אחראין וכו'. ואין לומר דכוונתו לומר דאין גובין מן הערב תחילה ולפיכך צריך לתבוע אותו תחילה, ועל דרך הגמ' (ב"ב קע"ד), חדא דהלא הרמב"ם כולל אף מטלטלין ואף דין "אחראין" בריש דבריו, ואי"ז דינא של הך גמרא, ותו דדין זה דצריך לתבוע הלוה תחילה ואסור לגבות קרקעותיו תחילה משום כללא דערבות אין כאן מוקדם, אלא הרמב"ם העריך דין זה לקמ"פ כ"ב הלכה א', וגם הזכירו הרמב"ם בפ"א ה"ד כמה שפסק דאין גובין מן הקרקע תחילה ע"ש. וא"כ מסתברא דלא לזה נתכוון הרמב"ם לכפול או לשלש כאן בפרק י"ח. ותו דאם לא נימא הכי נמצא דהלשון קצת משובש, שבמקום להמשיך לפיכך וכו' בעי"ז תחלה "אם רצה הלוה", הפסיק וכתב "אם מצא עמו נכסים בין מטלטלין בין קרקעות גובה מהן", ורק אח"כ סיים ברצון הלוה. והלא נהפוך הוא שאם רצה הלוה הוא עיקר ההלכה דצריך לתבוע תחילה, ולא דגובין ממטלטלי וקרקעות. ולכאורה זו חידה סתומה.

אמנם לפמש"נ מריש דברי הרמב"ם "אחראין וערבאין", ולאור מש"נ בפנים, יש לומר דהלפיכך קאי אהא דקאמר ש"הרי כל נכסיו אחראין וערבאין", ורי"ל מאחז דאיכא שתי דינים בתביעת החוב, הרי א"א לבחור מעצמנו איזה אופן נגבית מהלוה, אלא חייבין לשאול את הלוה תחילה איזה מהן הוא בוחר בו, האם האופן של אחראין או דלמא האופן של ערבין, ופשוטו שדין זה עולה גם בלי הך דינא דגמ' (ב"ב קע"ד), וקצורנו.

הויצא לנו פ"יז דיש ל"מלוה שני אופנים לתבוע חובו. ולפ"ז יתיישב עוד סתירת הרמב"ם בשמעתיא זו, דהנה ע"י בהל' מלוה ולוה (פ"א ה"ז ובעוד דוחקו) והבאנו דבריו לעיל (ד"ה אבן) שכתב להדיא שאין מטלטלין תחת השעבוד מן התורה, ואילו בפ"א מלוה ה"ד סותר דבריו וכתב "שכל נכסי הלוה תחת שעבוד המלוה מן התורה". וכבר הקשה כן הקרית ספר (פ"א ה"ג). ולפי מש"נ בפנים הדברים מבוררים דודאי שניהם אמת, דמדח גיסא אין להמלוה איגשה להמטלטלין מדין שעבוד וזכות גביה, אך מאידך גיסא יש לו

לתבוע את הלוה מצד שעה"ג וחובו לפרעון, וזה שפיר חשיב תביעה על הכסף ושוה כסף (מטלטלין) וכמש"נ.

ובקרייתא ספר נחית להאי סברא אלא שהגדיר השמעתיא ביתר ביאור וז"ל, ונראה שהרב ז"ל (הרמב"ם) סובר וכו' דשעבודא דאורייתא וכו', וס"ל דהאי דשעבודא הוי מדאורייתא בין במלוה בשטר בין על פה ונגבית מן הירוששים בתלתא גוויני צ"ב איזה תלתא גוויני. וצ"ל דמוסבין אלדעיל: שטר, מלוה ע"פ, וגביה מירוששים (מהר"ז בוסל שליט"א). ואולי כוונתו להעמיד ג' סוגים או גדרים של שעבוד: חד בשטר, ואפשר אף למאן דאמר שעל"ד, ודלא כהקצה"ח ושיתת התוס' סוף ב"ב וחי' הריטב"א פ"ק דקידושין דס"ל דאף בשטר ל"ש שעבוד להך מאן דאמר. וחד בעל פה, דהיינו לטרוף מלקוחות מה"ת ולגבות מיניה דידיה קודם לבעל חוב מאותו הואיל ונשתעבד קודם, ודלא כשיתת הפוסקים דס"ל דאין קדימה במיניה. וחד מה שנוגע ליתומים, דהיינו אף בוה"ז לאחר התקנה שהפקיעו השעבוד מה"ת, היינו דוקא כלפי לקוחות, אבל מיתומים לא הפקיעו, ודלא כשיתת רב האי גאון דהפקיעו לגמרי ומיתמי גובין מדין חדשן, היינו (ד"קא) בקרקעות דאית בהו אחריות, ואע"ג דקרא דוהאיש אשר אתה נושה בו דמינה לפינן דשעבודא דאורייתא מיירי במטלטלי ואמרינן וזה"ל למקרקעי כדפ"י רשב"ם ז"ל, אפ"ה לא חייל שעבוד אלא אקרקעות דאית בהו אחריות כדאמרינן, וקרא דאיירי במטלטלי היינו דחייב לה גופיה לשלם למלוה, דהא כתיבי תשלומין בתורה מיטב שדהו וכו', שנים ישלם וכו', ונתן בפלילים ככולהו אבות נזיקין וכו' שומרין נמי תשלומין כתיבי בהו, אבל שעבוד לא חייל אלא אמקרקעי כדאמ' בפשטיה דירושלמי פרק הניזקין מיטב שדהו פרט למטלטלין, מיטב כרמו פרט לראוי ככמוחזקן - וקצת תימה למה הביא גם הך דרשה, לכאור' אין בה שום שייכות להענין והוי ב' דרשות נפרדות מתרי קראי וכמפורש בסוגיא שם וצ"ע עכ"ל הקר"ם. הרי להדיא דתרי דינים אית לן בתביעת וגבית חוב דזוק היטב בכל זה, וע"י לעיל מה שהבאתי (בד"ה אדרבה) מהירושלמי הג"ל והמכילתא.

הוספה:
 ואלא דאכתי צ"ע בסתירת הרמב"ם במש"כ הקר"ם ליישב דאין שעבודא אמטלטלי רק תביעה וחובו תשלומין, לא מבואר למה נקט הרמב"ם להדגיש חד דין בהלכה ד' וחד דין בהלכה ז' (ועוד דוחקו) וצ"ע. עוד צ"ע סדר וסיוס הרמב"ם דמשמע דאתא לאשמעינן גדר הסברא דאית ליה קלא וכדלהלן: דז"ל שם, אבל מלוה שבשטר קול יש לה והלוקח הפסיד על עצמו שלא שאל, שידע שנכסיו של זה משועבדין במלוה שעליו, שכל נכסי הלוה תחת שעבוד המלוה מן התורה עכ"ל. דהנה

ודאי הרמב"ם לא מיירי כלל לענין טירפת המטלטלין מלקוחות, דזה אינו. וא"כ מאי איכפת לן אי שעב"ד או לאו דאורייתא, ס"ס שטרא את ליה קלא והו"ל למידע ואיהו דאפסיד אנפשיה.

ושאלתי את פי דודי זו (קושא' האחרונה) והשיב דכל הלכה זו דגביה מיתומים וטעם טירפא מלקוחות אינו אלא אם נימא שעב"ד, אבל למאן דאמר לאו דאורייתא אין גובין מיתומים כלל, וגם לקוחות שכן גובין, אינו מטעם דאית ליה קלא, אלא משום נעילת דלת בפני לווין וכמבואר בגמ' ופוסקים, א"כ כל ההלכות שכ' הרמב"ם כאן אינו אלא על פי השיטה דשעב"ד עכת"ד.

היוצא מן וכו' שני אופנים לתובע חוב וכו' וכשהוא כופר בחובו הרי הוא עוקר שני האופנים ש' פרעון וכו'. וקרוב לזה איתא בקה"ב כ"מ (סי' ר' אהר"ר בריה' והנראה) וז"ל בקיצור, והנראה בזה דנהי דאיכא שעבוד הגוף ושעבוד נכסים, מ"מ אינו מודה הנתבע בחיוב שניהם אלא בחיוב או זה או זה, שהרי אם יפרע חיוב גופו בממון יפקע שעבוד נכסים ממילא, ואם המלוה יפרע מהלקוחות מכה שע"ג יפקע ממילא חיוב הגוף, והו"ל כאילו למשל ראובן שיש לו קרקעות ומטלטלין הקנה לשמעון חלק בלתי מסויים מנכסיו, שיכול לסלקו או בקרקע או במטלטלין, ושמעון תובע שיעור מנה הקנת לי, וראובן משיב חמשים הקנתי לך, דאין זה תביעת והודאת קרקע ומטלטלין, אלא הוא תביעה של או קרקע או מטלטלין, וכשהלה מודה במקצת א"א לקרותו והודאת מטלטלין, כיון שיכול ג"כ לקבוע חלקו בקרקע, ולכן לא אלימא תביעה כזו מתביעת קרקעות שאין נשבעין עליהן עכ"ל.

הרי בעצם השני אופנים לתובע חובו לכאורה מכוון עם מש"ג בפנים, אלא שלא ס"ל דשני האופנים חשיבי כדברים נפרדים מהדדי אלא שתלוי זב"ו, ואם ישלם קרקע ויסלק עי"ז התביעה ממון ומטלטלין, שוב יתברר שהתביעה היה תביעת קרקע, וכמו שכתב יותר מפורש בקה"י בסמוך שם, אכן לדרך דודי המחבר שני האופנים כשני נידונים נפרדים חשיבי, והכי מבואר נמי בחידושי רבינו חיים הלוי בהל' אישות כאן (ועי' בהל' שבוטות ג"ס).

ובאמת לדרך הקה"י צע"ק דנמצא שדין התביעה והכפירה תלוי ביש ברייה, שבשעת הטוי"ג לא נתברר במה יפרע ובמה יסתלק, וזה דומה לכל האופנים של ברייה, עי' רש"י גיטין (כ"ה: ד"ה ולכי) וברמב"ן (תובא ברין שם י"ג: מדפי הר"ן, ובחידושי שם ד"ה ועדין אני) ע"ש בהגדרתם הכללי של ברייה, וצ"ע. אכן לפי שיטת הר"ן (שם) בשם התוס' (ד"ה וכו' יהודה) בדבר העומד להתברר בודאי לכו"ע יש ברייה את"ש. והקה"י (שם בסוף ד"ה והנראה) הביא יסוד דבריו מהר"ן במס' שבוטות ע"ש, ונמצא דהר"ן לטעמיה אזיל, ואף שהקה"י רצה ללמוד גם

את שיטת התוס' על פי הר"ן, ג"כ אתי שפיר דהר"ן משמיה דהתוס' אמר להך מילתא, ונמצא שגם התוס' לטעמיה אזיל, ועיין. והנה למעשה אין צורך להפריד בין דרך דודי המחבר לדרך הקה"י, דהרי בפנים כאן לא איירינן אלא בשיטת הרמב"ם, וממ"ג הרמב"ם אינו כדעת שאר הראשונים וכמבואר בסוגיין (ובכ"מ ד"ט), וגם הקה"י גופא הוסיף בסוגריים "ועיין בחידושי הגר"ח ז"ל פט"ו מאישות, ודבריו ז"ל המה לשיטת הרמב"ם ז"ל, ואנן קיימינן השתא לשיטת התוס' ודעימינה וקצרתיה", הרי להדיא כמש"כ. ותדע, שיש דמיון קרוב ליסוד הגר"ח ז"ל בדרכו ליישב הרמב"ם הוה, ליסוד המבואר כאן בפנים. אלא שעצם היישוב אינו שוה כלל עיין בכל דבריו שם. וע"ע במש"ג יותר לעיל שער א' פרק ח' בדרך הגר"ח ובדרך דודי המחבר (כפנים בהספרי ובציונים).

וכ"ז זה הוא בכתובה וכו' אב"ג בחוב וכו'. עד הנה ביארנו דרך האחרונים ודרך דודי המחבר ביישוב שיטת הרמב"ם, ועתה נראה ליישב שיטת הרמב"ם (והראב"ד) באופן אחר בע"ה. ונראה ע"פ מה שביארתי לעיל (ש"א פ"ח) מהגמ' כתובות (פ"ד:) מחלוקת אמוראים אי נשבעין על כפירת שע"ק, דרמי בר חמא ס"ל נשבעין (לשיטת הר"ן והפ"י ועוד), ורבא ס"ל דאין נשבעין. וחקרנו בדעת רבא האם מודה לרב"ח דשעבוד קרקע בעצם אינו קרקע, רק מה דאתי לידי גביית קרקע חשיב שיש לה דין קרקע, או דלמא פליג לגמרי וס"ל דשע"ק בעצם הוי חפצא של קרקע ע"ש.

ובזה תליתי פלוגתת התוס' והרא"ש עם הרמב"ן והר"י מיגש (תובא בחי' הרמב"ן שבוטות ל"ז:), דהתוס' ס"ל אף כשאי אפשר שהשעבוד יבוא לידי גבית קרקע חשיב כקרקע, וע"כ ס"ל כהצד דהוי בעצם כקרקע. ואילו הרמב"ן והר"י מיגש ס"ל דדוקא [כשאפשר - ר"י מיגש] שיבוא לידי גבייה חשיב כקרקע ובלא"ה הוי כמטלטלין, וע"כ ס"ל כהצד דאינו בעצם כקרקע, ורק ע"י מה שיביא לידי כך מקבלת דין קרקע.

ומעתה נחזי אנן שיטת הרמב"ם היכי קאי, הוי אומר כשיטת רבו הר"י מיגש, דלא די מה שהיה ואיכא שעבוד קרקע, אלא גם צריך שתהא להתובע איזה טענה וגישה אליו. ונראה, דהכא אין להאשה דין טירפא על שעבוד הקרקע מלקוחות, דהרי הרמב"ם מיירי כשאין לפנינו שטר כתובה וכמבואר מהטוען ונטען בין האשה להבעל והיורשים, ואילו היה השטר קיים נייתי ספר ונחזי.

וע"כ בסתמא מיירי הרמב"ם במקום שכותבין כתובה, דבכה"ג אין טורפין מלקוחות כלל בלא שטר בעין [או עדים, עי' טור סי' ק' בשם הרמב"ם ובשו"ע סי' ט', ועי' בב"ח שחולק וס"ל דאין כן שיטת הרמב"ם], אף כשמודה הבעל והיורשים שהיה כאן שטר, דאינו נאמן אלא על עצמו

ולא כלפי הלקוחות, (עי' רמב"ם פט"ו אישות הכ"ב ה"כ ועי' שו"ע ורמ"א אבה"ע סי' ק' סע' ר'). וגם סתמא של הרמב"ם משמע דמיירי במקום שכותבין כתובה, דהלא רק לעיל מיניה בהלכה כ"ב הפסיק לפרט, "בד"א במקום שדרכן לכתוב כתובה, אבל במקום שאין דרכן לכתוב כתובה וכו'", ומבואר דכשהרמב"ם סותם דבריו מיירי במקום שכותבין, וכן פסק הטור והשו"ע (אבה"ע סי' צ"ו סעי' ט"ו) דאף במקום שכותבין כתובה ונאבדה יש אמרים שחייב שבועה דאורייתא, ונראה דהכי הוא שיטת הרמב"ם, (ועי' בבית אהר"ב ובבית שמואל סי' ל"ב ובסי' ס"ק י"ט, מה שהקטנ"ו).

ולפי"ז את"ש דברי הרמב"ם למה נשבעין שבועת התורה אף שונשעבדו נכסי בעל, דשאני הכא דליכא שטרא בידה ולא גבי ממשעבדי, ושיטת הר"י מיגש הוא דלא די כמה דקיימא שע"ק, אלא צריך שגם יתאפשר גבייתה כפועל וכמש"ג. וכן מבואר שיטת הר"י מיגש בחידושו ל"ב"ב (קפ"ח: ד"ה ואפילו) ובשו"ת (סי' ט"ו).

ואפי' את"ל שהרמב"ם מיירי במקום שאין כותבין כתובה וגובין אף ממשעבדי בלא שטרא, וכמש"כ המגיד משה כאן בפירוש (ועי' ש' שנתקשע עפ"י), וכ"כ הביאור הגר"א (תור"ם סי' פ"ח סי' ק' נ"ז וק"ק שלא נראה שכי"כ בשם הרב המגיד אלא מנפשי ועיין), אכתי יש לנו לומר דנשבעין על שע"ק כזה, וכדלהלן: דהנה בהא דטורפין ממשעבדי מבואר בגמ' כתובות (פ"ט: וק"ד:) וב"מ (ד"ד:) וברמב"ם (פ"ו אישות כ"ב) הוא משום מעשה בית דין ותנאי ביד"ד, ויש לחקור מה טיבו של מעשה בית דין, האם זה שעבוד נכסים ככל שאר שעבוד נכסים כמו למאן דאמר שע"ד ושעבודא דשטר לכו"ע, או"ד אינו אלא תקנה בעלמא דאפשר לטרוף גם מלקוחות, או משום דין הפקר בי"ד הפקר, או כעין תנאי בית דין כמשמעו. ולכא"ו אם נימא כצד א' דהוי כשעבוד אין לחלק בין כתובה לשאר מלוה ושניהם הייני כפירה בשע"ק, אמנם אם נימא כצד ב' דאינו שעבוד אלא דין צדדי, י"ל דלא חשיב שע"ק אלא דין חדש ודוק.

וכע"ז חידש רבינו חיים הלוי (כאן בפ"ה ה"ה), ע"י מה שיישב לפי דרכו, וכתב בתוך הדברים (ד"ה אלא עמוד כ'), "לא שייך זאת אלא בשטר, דשעבודו בידו, וראית ועדות החוב ג"כ בידו וכו'", משא"כ כמעשה בית דין נהי דגובה ממשעבדים ואינו יכול לטעון גם פרוע וכו', אין בידו יותר משארי מלוה ע"פ ע"כ. שוב מצאתי דברים נפלאים בקונטרס הביאורים (החדשות בפ"ט סי' א' אות ב') להגאון רבי משה שמואל שפירא ז"ל, ובקצרה בהגהותיו להר"י מיגש (כ"ב קפ"ח: אות ל"ט) שהוכיח מכמה ספרי וכתבי הר"י מיגש דשיטה אחרת יש לו בגדר אין נשבעין על כפירת שע"ק של הגמ' (כ"ב ד: כתובות פ"ד:), דלא ס"ל דעיקר הפסוק במה שתובע גם קרקעות (ולשון הרמב"ן שבוטות ל"ז:), וגם לא משום דאיכא בעצם שעבוד קרקע באיזה מקום (וכשיטת התוס' כ"מ ד: שבוטות ל"ז: והרא"ש שם), אלא

עיקר הפטור הוא במה ד"הודאת וכפירת שטר
 גופא חשיבא שע"ק ע"י שהקרקע משועבד
 בו בשטר ולא משום כפירת השעבוד גופייה".
 ולפי דבריו ז"ל שוב אי"צ למדחק כלל ליישב
 שיטת הרמב"ם כמו שכתבו המגיד משנה
 והלחם משנה והאבני מילואים ורבינו חיים
 הלוי, או כמש"נ בפנים (וחלק בין הגביה דכחובה והגביה
 דחוב), או כמו שכתבנו (חלק בין מקום שכתבין לפקום
 שאין כתבין), אלא פשוט ז"ל מאחר דסו"ס אין
 להאשה שום שטר ממשי בידה שוב לא שייך
 ענין כפירת שע"ק מצד השעבוד לבד וכמש"נ,
 (אכן נראה דסברת הר"י מיגש למה כפירה על שעבוד ממש גרע מכפירה
 בשטר שיהיה כשעבוד, מתפרש היטב ע"פ סברת הגר"ח).

וכבר קדם אותנו הגר"א ז"ל בביאורו (תר"מ
 פ"ח, נ"ב) להשוות שיטת הרמב"ם דידן עם שיטת
 רבו הר"י מיגש, אלא שנקט ר"י מיגש אחרת
 במש"כ כמס' שבועות (פ"ד: ד"ה שני) והובא בספר
 התרומות (שער כ"ט ח"ג סי' ה'), ויש לעיין בזה.

והנה הרמב"ם וכו' אצל היתומים אין נשבעין
 וכו' וכן הוא אהר"א בשבועות (פ"ד:). ורוצה לומר
 בדאמת דברי הרמב"ם כפשוטם תמוהים
 דמש"כ אם היה הבעל קיים, ודלא כהרישא
 דמייירי א"כ בהיורשים, ע"כ ס"ל הדיורשאי
 פטורים מלישבע, וזה נגד הגמרא מפורשת
 בשבועות שם דדרש להדיא מה לי הוא מה לי
 אבוהא, ולכא"ו זה סותר לדברי הרמב"ם. וזה
 הקושיא הקשיתי לו (ולא נמצאו כמפרשים שעמדי בזה),
 ולזה מתרץ דודי המחבר דעל כרחינו מוכח
 לאוקמי דעת הרמב"ם שמיירי כשהיורשים
 טוענים שמא, אבל אילו היו טוענים ברי ודאי
 אין לחלק בין הבעל להיתומים וכמבואר בגמ'
 הנ"ל.

אמנם מלבד שמילתא דחיקא היא לומר
 שמיירי בטענת שמא ולא ברי, וכל כי האי
 גוונא הו"ל להרמב"ם מפרש, הלא פירוש זה
 קשה גם כן, דהלא גם אצל הבעל גופא יש
 לחלק בין טענת ברי לטענת שמא, וא"כ הו"ל
 למיפליג וליתני בדידיה, ולא לפתוח בבעל
 ויורשין ולסיים בבעל. ועל כולם קשה מנין
 להרמב"ם דבר זה, מאיזה גמ' או זו"ל, ולא
 מסתברא דהוא חידושה דנפשיה, דכל כי האי
 גוונא הו"ל לכתוב ייראה לי וצ"ע.

אמנם נראה דדברי דודי המחבר קשטו,
 והרמב"ם רק כמעתיק סוגיא ערוכה. דע"י
 בירושלמי כתובות (פ"ב ה"א, ט). אהא דקיי"ל
 במתני' שם דהאשה צריך ראה לדבריה
 שבתולה הייתי ואם לאו אין לה אלא מנה,
 פרץ הירושלמי "יניחא שמתגרשה נתאלמנה
 מי עורר", והיינו דודאי ידע הירושלמי
 שהיורשים הם המעוררים, ואלא דקשיא לן
 דאינם טוענים אלא שמא והיא טוענת ברי.
 וכ"כ הפני משה שם (ד"ה נתאלמנה) וז"ל, דקס"ד
 דלא אלים טענתיהו הדיורשין נגד טענת ברי
 שלה כיון דטענתן אינה אלא בשמא עכ"ל.
 וצ"ל משום דס"ל ברי ושמא ברי עדיף וכרב
 הונא ורב יהודה (ד"ב: צ"ג), ובאמת כן הוא
 שיטת הירושלמי, כדמשמע בב"ק (פ"ה: ה"ה), וכמו

שדייק הנועם ירושלמי שם. (אכן ע"ש ביפה עינים
 שכתב דאף בירושלמי איכא פלוגתא). ועל זה משני
 "היורשים", ופירושו המפרשים שם וכ"כ
 הראשונים בכתובות (פ"ד:). בביאור הן מימרא,
 "פירוש, דב"ד טענין לירושאי כל מאי דהוה
 מצ"י טעין אבוהון" (לשון הריטב"א, וכ"כ השטמ"ק שם בשם
 השיטה ישנה ותלמידו רבינו נינה בביאור הירושלמי), הרי דע"י
 טענינן ליתמי חשיב גם הם כברי, וכ"כ הפני
 משה (ד"ה היורשים), וכן הוא שיטת הרא"ש (פ"ב
 סי' א'). בדעת הבבלי. וזהו דפריך הירושלמי
 "היורשים", דגם הם בהטענת שמא שלהם
 חשיב ברי, וברי וברי לכו"ע המוציא מחבירו
 עליו הראיה, ועל האשה להביא ראיה לדבריה.

וכל זה דלא כשיטת רש"י כמו שביאר רבינו
 בצלאל אשכנזי ז"ל (בשטמ"ק שלו ש"ד ד"ה ורש"י) וז"ל,
 וכי היכי דבעל בעינן שיענון כברי לא כי
 אלמנה נשאתיך, הכי נמי בהיורשין בעינן
 שיעטנו כברי אלמנה נשאך אבינו ואין לך אלא
 מנה וכו' דומיא דנתגרשה". הרי להדיא דלא
 טענינן ליתמי טענת ברי במקום שמא, עכ"פ
 כה"ג. ולפ"ז הא דפריך הירושלמי
 "היורשים", ר"ל שהיורשים מעוררים
 ואומרים ברי לן שאלמנה נשאך אבינו, וכן
 משמע ממש כ"ר"ב א"ז של בהמשך "ולשון
 הירושלמי כפשוטו הכי משמע וכו'", משמע
 דס"ל דלפירושו של רש"י מיהא אינו כפשוטו
 ע"ש. ומעתה צריך להבין מלשון הרמב"ם מה
 הוא שיטתו בביאור הן ירושלמי האם
 כהריטב"א או דלמא כרש"י.

ונראה לומר דהרמב"ם פירש ע"פ דרכו
 של הריטב"א והראשונים (והפני משה) הדיורשים
 אומרים שמא ורק טענינן להם טענת ברי, ודלא
 כרש"י שהיורשים ממש טוענין ברי בפיהן.
 ואשר לפי זה נמצא דנהי דנאמנים היורשים
 להחזיק ממונם נגד תביעת האשה, מ"מ אכתי
 חלוק טענת ברי זו משמע ברי של אביהם
 בעיקר יסוד דינם, דאילו אביהם לא שניא ברי
 לא שניא שמא, לגבי שבועת מודה במקצת רק
 דברי נשבע, ושמא אינו יכול לישבע, ואמרי'
 מתוך שאינו יכול לישבע משלם. לא כן אצל
 היתומים דטענת שמא שלהם מופקע לגמרי
 מגוה"כ בשבועות (פ"ד:). והובא להלכה
 ברמב"ם (פ"ד טוען ונטען ה"ה), וודאי הא דטענינן
 ברי ליתמי במקום שמא, אין בזה כדי לחייבם
 שבועה דאורייתא, ואדרבה לזכותם ולחוס על
 ממונם דיתמי עשינן דבר זה ולא לחובתם. ותו
 דמי איכא מידי דמן התורה היה פטור משבועת
 מודה במקצת ואתי חכמים והטילו עליו
 שבועת מודה במקצת מן התורה ופשוט.

וחכם אחד עורר על זה דדין טענינן לפי
 מקרא "פתח פיך לאלם" (משלי ל"א, ח'), וא"כ
 אפשר דהוי גילוי מילתא (ע"פ ב"ב: ב'). דדין טענינן
 הוא דאורייתא, ונמצא דטענת שמא הוי טענת
 ברי מן התורה עכ"ד. וכמה תשובות בדבר,
 תדא, דבתלת מקומות ביש"ם מציינן להך קרא
 (ב"ב: מ"א. כתובות ל"ו. גיטין ל"ו), ובכל הני דוכתי לא

מיירי גבי יתומים. שנית דקשה לומר דטענינן
 ככה"ג משוואה שמא לברי, דא"כ היכי משכחת
 לן קרא. שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין
 היורשים. שלישית דהנה הריטב"א בחידושינו
 לכתובות (ל"ו. ד"ה נכון) וז"ל, פרש"י ז"ל וטענינו
 הכי משנתארסה נאנסה, והקשו עליו בתוס'
 (ע"ש תוס' ד"ה החרשת, ובפני'). דהאי טענה טענת שמא
 היא לדידן, ואנן בעינן טענת ברי לר"ג כדאיתא
 בפ"ק (י"ב). ולא קשיא, דכי איתא לדידה
 דידעא קושטא דמילתא בעינן שתטעון כברי,
 אבל אפ"ה דאיהי לאו בת טענה היא, אן
 טענינן לה אשתא בשמא, כגון כל מקום שטוענין
 ליורש וכו' עכ"ל. הרי להדיא בשם התוס'
 דטענינן לא משווי טענת ברי, ומפורש ביותר
 בדעת רש"י, לפירושו של הריטב"א, דג"כ
 מודה ליסוד זה דאין הטענינן משוואה טענת
 ברי ממש. וכ"כ הריטב"א לקמן (ע"ה), וע"ש
 בח"י הרשב"א והרא"ה.

וז"ל הרמב"ן במלחמות (י"ג: מפ"ה הרי"ף ד"ה אמר
 הכותב אין זה), וכי טענת ב"ד ברי היא שנתזיק
 אותה בתורת בתולה בשבילה, בשלמא
 להעמיד חזקה דגופא או חזקה דמומנא מהניא
 טענת ב"ד ככ"מ, אבל בכגון זה שאין דינה
 כבתולה בלא טענת ברי וכו' מה טענת בית
 דין מוסקי לה עכ"ל, הרי להדיא כמש"נ. ועיין
 כ"ו"ב בחזו"א אב"ע (סי' פ"ב סי' כ"א).

ונראה דכן הוא שיטת הרמב"ם (ע"י פ"ד טוען
 ונטען ה"ה), "ואין פותחין לזה וכו' ואין אומרים
 לו שמא שטר היה לך ואבד", משמע דטענינן
 של ב"ד אינו ברי ממש. והכי מבואר בשיטת
 הרמב"ם גם לגבי טענינן ביתומים, דע"י פ"ה
 שאלה ופקדון ה"ו (וב"ג מלה מלה סה"ד) דמחדש
 דאף טענת שמא של לא הוי ליה למידע דס"ל
 לראשונים רבים דפטור ממתוך, מ"מ הרמב"ם
 ס"ל דחייב ואין שום קולא כלל בטענת שמא.
 הרי דע"כ גם ביתמי דטענת שמא שלהם לא
 הו"ל למידע היה צריך שתהא חייב, מ"מ רק
 הגוה"כ פוטרם על אף דהוי שמא. ואם נימא
 דטענינן ליתמי חשיב ברי ממש, שוב יהי'
 היתומים חייבים כמו אביהם. ועל כרחק צ"ל
 דלא הוי אלא פחות מברי, וכעין שב"ד
 חוששין ומתחסדים עם היתומים, (וכהטענינן דיאמא
 צורי אטפסיה).

וכן הוא לשון הקצה"ח (סי' ר"צ ס"ב) להדיא,
 "ויורשים משטרי בחמשין ידענא וחמשין לא
 ידענא, היינו משום דטענינן ליתמי היל' כמו
 טענת ברי". ומיירי שם בדעת הרמב"ם. וכן
 כתב להדיא בקצה"ח (סי' ע"ה ס"ה ס"ה), "לפי שיטת
 הרמב"ם פ"ה שאלה ה"ו וכו', וטעמא דיורשין
 פטורין ע"כ משום דהב"ד טוענין ליורש כל
 מה דאבוהון מצ"י למטען, כמ"ש הש"ך סי'
 ע"ב ס"ק נ"א וכו', משום דהב"ד טוענין והוה
 ליה כמו ברי". הרי להדיא דלא הוי ברי ממש
 אלא "כמו ברי".

וכ"כ בקובץ שיעורים בסוגיין ריש פרק ב'
 דכתובות (חלק ב' סי' ח') דהדין טענינן ליתמי

דחשיב ברי כמש"כ הרא"ש והראשונים, לא דהוי טענתו ודאי ברי, אלא דלא הוה טענת שמא, ורק דינה כספק טענת ברי, וסגי ליה להמוחק שלא נוציא ממנו ממונו מספק ע"ש. וכן הוה בקה"ל ב"ב (פי' ד' ד"ה ועוד נראה), "טענינן ליתמי לא הוי בגדר ברי ממש, אלא בגדר ספק ברי וכו', וכבר ראיתי בילדותי בספר בני ציון להגאב"ד דלבדובה ז"ל וכו". וכן מפורש בספר התרומות (שער ל"ד ח"ב) הביאו הדברי משפט (פי' ק"ו) והובא בקה"ל (פסד"ה ר"ה). וכ"ה בספר התרומות שער נ"ג ח"א ושער ל"ח ח"ג הביאו הקובץ שיעורים ב"ב (את תרס"א), ונמי נקט לשון זה "דטענינן ליתמי הוא כספק ברי". והנה שיטת הרא"ש פ"ג ב"ב סי' י"ד משמע דהוי ברי ממש, עד כדי כך דמשיענין ליתמי היסת, ע"ש הפרטים ובפולא חריפתא. ויש שרצו להוכיח דהוי כטענת ברי ממש, (עי' ספר לקט הפרות נפיש כתובת רפ"ב להנ"א גורביין שליט"א), וכן סבר הקה"ל מעיקרא (פי' ד'). אכן אין מזה שום ראיה לדין דמיירי בענין דין טענת ברי לשבועה דאורייתא וכמש"נ. ובר מן דין כדבר תבריה לגיזא דהקל"ל (שם בסוף דבריו ד"ה ושו"ת) ודאי לא הוי ממש ברי אלא דמשוי להו "תורת טענה מעליא" ע"ש. ובוה יש ליישב הסתירה שהק' האב"מ (פי' צ"ו ס"ק ד') ודו"ק.

והשתא אתי שפיר כל דברי הרמב"ם דידן בהל' אישות (על פי הנחת דודי המחבר דמיירי כשהיורשים טוענין שמא), דהרי בודאי היה אפשר להרמב"ם לטתום דבריו ולחייב גם את היורשים שבועה כמו אביהם וכמו שהקשיתי, ואלא שהרמב"ם בא מהירושלמי הלה, דלא אוקים מתני' שטוענים היורשים ברי אלא שמא, א"כ דינא דמתני' בלבד אתא לאשמעינן ודו"ק. ויש לסיים בהערה אחת על הרמב"ם, דנמצא לשיטתו דינא דמתני' רפ"ב דכתובות כולל דין השבועה של בעל מודה במקצת של תורה, ואילו לשון המשנה לכאורה שוללת דין זה לא רק מהא דסתם ולא פירש, אלא דכתב פסק מוחלט דרק כשהביאה האשה עדים או ראיה יש לה מאתיים ואם לאו מקבלת את מנה. ובאמת אינו כן דגם בלא ראיה אכתי יש כאן חיוב שבועה, וגם אם אינו רוצה או אינו יכול לישבע מקבלת מאתיים בלי שום ראיה ועד, וצ"ב.

והשיב לי דודי המחבר בזה דבמשנה לא כתוב מאומה אודות ההלכה כשלא מביאה ראיה או עדים כמה היא גובה, רק איירי באופן שיש לה עדים או ראיה שגובה מאתיים עכ"ל. הרי בעיקר הנידון והנושא אינו אלא בראית ההינמא וחילוק קליות, ויש לסמוך אהני סהדי כמעיד ודאית אבתוליה, ולהוציא ממון על פי. ובלאו הך משנה לא הוי ידענא חידוש זה, ובפרט לפי מה שכתב בשטמ"ק (פ"ד ד"ה אף חילוק כליות) דפליגי תנאי דמתניתין על איזה סוג ראיה אפשר להסתמך להוציא מאתיים, האם דוקא הינומא וכי"ב "דאתעבידא בגוף האשה" דאין אדם מתבייש מלעשות שום

שינוי עם התינוקות, או דלמא אף ראיות פחותות מזה. (עי' בריה ועוד אכא למידק). נמצא דעיקר רבנות דמתני' הוא בהסמכות של הני סימני בממון. וא"כ להכי לא סימא תנא דמתני' בהלכה היכא דליתא שום עד וראיה, דזה סוגיא אחת נוגע למודה במקצת הטענה ודיני שבועה דתנינן להא בפרקים ומסכתא אחריתי, ואדרבה אולי מזה יש סיוע לשיטת הרמב"ם מהא דהשמיט המשנה "ואם לאו אין לה אלא מנה", דלכאורה לפי שאר ראשונים זהו הדין באמת. אמנם להרמב"ם דס"ל דאכתי נשאר דין השבועה שכוללת או ישבע או ישלם, ועוד דינים, יותר ניחא בהשטמה זו, דאינו כן בהחלט וכמש"נ.

וגם סיוע להרמב"ם מכולא סוגיא דגמ' שהשמיט דין השבועה אבאבא זו, וע"כ משום דלאו מענינא דמתני' הוא. ואלא מהירושלמי שם בהמשך מביאר להיפך, דשקיל וטרי אודות דין השבועה ומסיק בפשיטות שאין כאן שבועה והובא בחי' הרמב"ן, וזו מפורש כדעת החולקים על הרמב"ם. וכבר תכלה הירידה"ל שם בתוס' היר"ש שלו האין יכולת הרמב"ם את דברי ירושלמי הללו. וע"ש מה שיישב בזה באופן נפלא מאוד, ושהירושלמי הזה אינו סותר אלא מקור וראיה לשיטת הרמב"ם.

אז"כ וכו' הרמב"ם וכו' סותר עצמו מיניה וביה וכו' הרי זו נוטלת מנה, והלא אין הדבר כן. ובאמת כן דקדקתי ממתני' גופא מהא דהשמיט דין זה, ע"י ציון הנ"ל. אכן דברי הרמב"ם בזה כנים כלפי היתומים שהרי אצלם אין חיוב שבועה כמש"נ בפנים (ובציון הנ"ל), וא"כ "הרי זו נוטלת מנה" בודאי מדוקדק לגבי יורשים, ולגבי הבעל נהי דשיין ג"כ, אכן הדבר תלוי עדיין.

אז"כ וכו' ועוד יש דקדק וכו' היא צריכה לתבוע השבועה. וכן עמד בזה ההפלאה בקונטרס אחרון (אבה"ש סי' צ"ו סעיף ט"ו סי' כ"ב, בסוף הדברים). אכן מש"כ ליישב תמוה לכאורה וז"ל, שהברירה בידה שתמחול השיעבוד ותוכל להשיעו שבועת התורה, כן נראה לי וצ"ע עדיין לדינא עכ"ל. דאם כן מאי שנא הך עובדא מכל שאר טוענין ובשטר שהברירה ביד המלוה למחול השיעבוד כדי להשיעו הלוה שבועת התורה, ולמה לא כתב הרמב"ם כן בשום דוכתא אפשרות זו. אכן לפי ידיעתי לא כתב הרמב"ם מאומה אודות דינא דגמרא דאין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות, (ורק מה שנוגע קיבן שבועה כתבו ע"י פ"ח שבועות ה"ג ע"י בחידושי רבינו חיים הלוי שם ובט"ו אישות כ"ה ד"ה והנה), וגם נשמטה מהרשימה שכתב הרמב"ם בפ"ה טוענין ונטענין ה"א, ואילו דברים שאין נשבעין עליהן מן התורה, דנקט קרקעות וגם שטרות אבל לא שיעבוד קרקעות, וצ"ע. וע"י בחי' רבינו חיים הלוי כאן, ועכ"פ מקום היחידי שמיירי הרמב"ם אודות חיוב השבועה בשטרא, (כ"כ)

כשע"ק שעל ידה היה נפטר הבעל משבועה), הוא כאן בהל' אישות, א"כ אם לא עכשיו אימתי, ולא על ההפלאה ז"ל תלונותינו. ואכתי צ"ב.

אך דא עקא חידוש גדול הוא מש"כ דאפשר למחול אחרי שכבר עומדין אחרי כתיבת השטר וההלוואה, וגם אחרי הטענה וכפירה והודאה וכבר חל כל פרטי דיני חיובי שבועה, ועדיין ס"ל דתוכל למחול השעבוד ולתבוע שבועה וצ"ע.ג. וכבר כתב דודי המחבר לעיל (שי"א פ"ח) ד"א למחול אחרי הטענה וכפירה וגם לא אחרי מעשה ההלוואה והשטר ע"ש, וא"כ תו א"א לנו ליישב על דרך ההפלאה. וע"י מה שהבאתי שם בציונים המעייני החכמה והט"ז בענין זה.

ועתה נראה לתת קצת הסבר לסברת ההפלאה דס"ל דהא דאימתעיט קרקע משבועה לא היה מיעוט גמורה וכמאן דלא חל דין שבועה כלל, אלא ודאי דחל דין דררא גם בקרקע כמו במטלטלין, אלא שאין תביעת שבועה ובירורה נאמרה אלא לגבי מטלטלין, וכ"כ האבי עורי (פי'א טוענין ונטענין ד"ה והנה, וכבר מביאר בתוס' ב"ק סי' ב'). ודאי יצאו קרקעות, וכו' קמץ ונטעב, וכ"כ בירושלמי שבועות פ"ו ה"א כ"ח. שניא היא וכו', וזה דלא חקצנת החושן סי' פ"ז סי' י' דמפורש היפך זה, וכבר מביאר בתוס' שבועות מ"ד הל' כל, כמו שהעיר מר"ר הגר"ש בירבתיים ז"ל, והכי משמע ל"ה מהקצת שיעורים ר"פ מרובה בסוף אות ג'). ואם נימא שכך היא שיטת ההפלאה אתי שפיר מה דס"ל דיכול למחול השעבוד בכל עת, הואיל ואין פטור שבועת קרקע ומיעוטא הפקעה מעיקרא וכמש"נ. וכדעת דודי המחבר יש לומר על דרך שיטת הקצה"ח קרקעות נתמעטו לגמרי משבועה וגם דין דררא דממונא ליתא.

ונראה וכו' הרי זה סמך לדברי הבעל וכו' וכן איתא בכתובות (ט"ז:): וכו'. כדי להבין סברא החדשה הזאת וההשוואה לכתובות שם, יש להביא את תמצית הסוגיא שם בקיצור, פרכינן (סוף ט"ז). אהא דהאשה צריך לעדים וראיה שבתולה היתה, "וכיון דרוב נשים בתולות נישאות כי לא אתו עדים מאי הוי", היינו דהרוב מכריע כדבריה נגד הבעל. (ואף לשמואל דלא תולכין בממון בתר רוב, יש אמרינן דפריך הש"ס, ע"י תוס' ישנים על אותה). ופרקינן, "אמר רבינא משום דאיכא למימר רוב נשים בתולות נישאות ומיעוט אלמנות, וכל הנשאת בתולה יש לה קול (ט"ז:), וזו הואיל ואין לה קול איתרע ליה רובא." והנה כספסיקנא אכא בשו"ט דגמ' להחנה הוא (עי' המפרשים) דאיכא רוב אחד לטובת האשה שרוב נשים בתולות נישאות, ואיכא רוב אחד לטובת הבעל שאותן בתולות יש לה קול וזו שאין לה קול על כרחינה איננה מהבתולות אלא מהאלמנות, ושדי רובא כנגד רובא והוי כמאן דליתא וכשאר ברי וברי דעלמא דהמוציא מתבירו עליו הראיה.

אמנם א"א ללמוד כוונת דודי המחבר לחלק זה של הגמרא, דא"כ הבעל הוא ככל שאר מודה במקצת הטענה דעלמא וחיוב

שבועה בלי שום פקפוק, ומה זה שצריך האשה לדחוף ולצוות אודות זכותה להשביע אותו. (אכן למה שיחבאר בסוף דברינו דאיכא ב' ריעותות נפרדות חר על הרבא וחר על הטענה י"ל).

אלא כוננת דודי המחבר לחלק בתרא ומסקנא בהגמרא: דרבינן, "אי כל הנשאת בתולה יש לה קול כי אתו עדים מאי הוי, הנך שהדי שקרי נינהו". והיינו שלמד המקשן דהעלם הקול הוי כאנן שהדי שאלמנה היתה, ובכה"ג עדיף הקול מעדים ממש (ועי' בריש"א הטעם ליה). ועכ"פ הא מיהא שבשלב הזה בגמ' מפורש שאף הראיה האלימה שבתורה שהוא עדים כשרים לא יהנו להעיד נגד הא דלית לה קלא, וא"כ קל וחומר בן בנו של ק"ו שלא יהני שבועת מודה במקצת להאמין טענת הבעל דוכי שבועה עדיף מעדים. ונמצא דהאיתרע לה רובא כל כך נורא עד שבטל לדין הודאה במקצת הטענה של הבעל. ויותר מזה, שהיא כשלעצמה לא היתה נאמנת מעיקרא בעודה טענתה כפיה "בתולה נשאתי". ואפשר אף קודם שבאו לדין, הבעל עם אשתו, היתה הדבר כידוע ומוחלט שאלמנה נשאת, ואין צריך כלל לטענת הבעל, ונחשב הדבר כאילו הדבר כבר נפקס, וכעין דברי הרשב"א בגדר שנים אוהזין (ב"מ ב: ד"ה מאי) שרואים את הטלית כאילו הוי מחולקת כבר, והוי "וכמאן דפסיק דמי" (לשנון שם ג' ד"ה מחזי).

ועל זה משני הגמ': "אלא אמר רבינא רוב הנשאת בתולה יש לה קול וזו הואיל ואין לה קול איתרע ליה רובא". ואינו מובן כלל מאי קמשני דהלא כבר אמר רבינא דבר זה לעיל. אלא הפשט הוא (על פי התוס' ד"ה וזו) דאין הרוב דקול חשיב רובא בפני עצמה, ולכן איננה עומדת כנגד הרובא של האשה שבתולה היתה, אלא אכתי רובא ידידה קיימת, ואלא רובא דקול מפקפק על רובא ידידה ומחלשת אותה, ולזה קרינא "איתרע לה רובא". ונפק"מ דאכתי אזלינן בתריה כשאיכא קצת טיעו, (כגון עדות טקן אחילוק קלייתו). וכל זה מבואר בחי' רבי שלמה (חלק א' עמוד ב"ז את א"ה) בקצהו, ובחי' רבי ראובן (ב"ב ס' כ) בארוכה.

ונמצא דלמסקנת הגמ' אכתי יש להאשה רובא לטובתה אלא דלא אלים כל כך להוציא ממון על פיו כשלעצמה. ע"כ הסוגיא שם. אמנם אכתי אין לנו שום ראיה וסמך שטענת הבעל צודקת יותר ממנה, ואדרבה יש לנו ראיה וסמך לטענת האשה, דהלא אצלה נשאת רובא הלכתית המאלמת טענתה, ולהבעל אין כלום רק ריעותא דקול שמחלשת קצת את רובא שלה, כדי שלא נוציא ממונו של בעל על פיו, אבל לא הצליח לאבדה לגמרי וכמשי"ו. וא"כ לכאורה קשה מה שכתב דודי המחבר דאיכא "סמך לדברי הבעל".

אכן נראה דכד דייק שפיר בלשונו יובן עומק הכוונה, דהנה סוגיית הגמ' מיירי רק אודות אמנות העדות הנתקבלת לטובת האשה, (שאם צריכים להם, לא יהני, ואם לא צריכים להם למה

בא"ו וכמשי"ו. אבל לעולם לא שו"ט הגמ' כשלא באו עדים כלל, ולזה נתכוון לחדש דנהי דהעלם הקול רק איתרע לה רובא, אמנם העלם העדים איתרע לה טענתה, ומבואר עכ"פ בתוס' (ט"ז): דהקול והעדים ב' ראיות נפרדות נינהו, וכן הוכיח בספר פרדס יצחק (בכתובות שם אות מ' ומ"א ובערות שם אות ק"א). וממילא כמו ששלילת הקול עשה רושם, כך שלילת העד והראיות עשה רושם. ולפיכך נהי דחפצא של טענת ודאי יש לה וחשבינן לתביעתה כתיבעת ברי, וממילא הודאת וכפירת הבעל מיחל דין מודה במקצת הטענה, סוף סוף למיחש מבעי, וממילא "אין בית דין נוקטין להשביעו מעצמם".

ש"ד פכ"ג

ובשער המ"ך וכו' שמעתי מקשים משם הרב וכו' יהונתן אשכנזי. ואמר דודי המחבר, דמסתברא מילתא שזהו רבינו יהונתן אייבשיץ ז"ל איתן מושבו בהאמברג שבמדינת אשכנז, ואכן מצאתי בספרו תומים (פי' ע"ה ס"ק א' ד"ה ואין להקשות) שעמד בזה. ובקצה"ח (פי' ל"ט ס"ק א' סוד"ה גובה) הביא קושיא זו בשם "ואדכרנא מה שגורו כפי העולם להקשות", ובנתה"מ (פי' ל"ט ס"ק ב' ד"ה והנה) הביא ג"כ לקושייתם, "בתומים ובקצה"ח מביאין קושיית העולם", ומשמע שלמד הנתיבות דכבר קדם הקושיא לפני התומים. ומצאתי בפני יהושע ב"ק (ק"ה. ד"ה אפר רב הונא) שהק' כן מדעתו, והוסיף "ונתקשיתי בזה מאד", וכנראה שממנו יצא הקול. ובאמת כבר הרגישו בזה בכת"ה הראשונים ז"ל, עי' חי' הר"ן חי' הרשב"א וחי' הרמב"ן בשבועות שם. ועי' ברשב"א ורמב"ן שאוקמי הגמ' בגזילה או פקדון ולא הלוואה, "כיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ה ה"ל כפירת שעבוד קרקעות", וכוון לזה רבי נתן בן הפנ"י ז"ל (בב"ק שם), ובר"ן אוקמי באופן ששעבד מטלטלי אגב קרקע, הובא בקצה"ח (שם).

ובשער וכו' הקשה וכו' תירוצי התוס' ה"זו מדגיש תירוץ התוס', ומשמע לאפוקי אופן אחר, וכן בתומים מקשה לשיטת הרא"ש שהן שתי שטות התוס' כמבואר דמיירי שאין לו קרקע וכיו"ב. והעירני אחי הגדול ר' מרדכי שליט"א דגם להחולקים על התוס' והרא"ש יקשה, דהנה שיטת הרמב"ן הובא ברא"ש (שבועות ל"ד) ובחידושי (שם) ושיטת הח"י מיגש ועוד ראשונים הוא דאף היכא דאיכא נכסים ולא מחליה השעבוד אכתי משכחח לן שבועה של תורה, והאילו ועיקר התביעה הוי מטלטלין וכסף, והאילו קרקע אינו תובע מיד עכ"פ היכא דאין לו שטר כשר ומקויים, וכמבואר בדבריהם ז"ל, וכמשי"ו במפרשים והבאנו דבריהם לעיל (ש"א פ"ח). אבל כאן אצל יתומים פשוט דידעה הרמב"ן דחשיב תביעת קרקע דליכא מטלטלין וכנודע. ואילו מלשון השער המלך והתומים משמע דדוקא להתוס' והרא"ש קשה וצ"ע. ותו דהרמב"ן גופא הק' ק"ו זו כמשנ"ת בציון הגמ' וצ"ע.

ואולי טעות המעתיק הוא בחי' הרמב"ן שם דלא מבורר סמיכות הענין בלשון וסברא ע"ש, וכבר עמד בזה רבי איסר זלמן ז"ל בהגהותיו לחי' הרמב"ן והובא בחדושת (עין 190), "לא ידעתי מה זה שייך להקודם וכו', ועכ"פ מה ששייך זה להקודם לא אבין וצ"ע". ועי' באבי עזרי החדשות סוף חלק ד' אות ה' שכתב מכתב הגרא"ו הנ"ל ביישוב הענין.

אכן נראה דהא דמקשי להרא"ש והתוס', היינו לאפוקי הרמב"ם דס"ל דודאי נשבעין במקום שנשתעבדו הנכסים ורק כמלוה בשטר שאני, וכמשי"ב בפט"ד אישות כ"ה ובפ"ח שבועות ה"ג, וכמשי"כ בחי' רבינו חיים הלוי (שם וס"ט). ושו"מ אריכות דברים כע"ז בספר פרשת המלך (לחתן האבן האול, הגאון רבי יצחק בן מנחם, ח"ב ט"ו אישות כ"ה. ובתוכן הענינים בסוף הספר הובא תמצית ובקצרה), רא"ש.

ובשער המ"ך וכו'. ועי' מה שתירץ שם ע"פ שיטת הרשב"א דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ה אינו אלא מדרבנן ומה"ת משתעבדי. אמנם כבר תבריה הרשב"א עצמו לגזילה, עי' אמרי בינה (ד"ה הלוואה את ב' ד"ה וגם בבכ"ה הרשב"א) שהרשב"א עצמו הק' ק"ו זו ולא היה לו תירוץ זולת לעשות אוקמתא דפקדון וגזילה. ובר מן דין מה נענה לכל הראשונים והפוסקים והרמב"ם (פי"א מ"ה) בראשם דס"ל דמה"ת לא משתעבדי, ואף להסבורים דמן האב משתעבדי מטלטלי מה"ת, וכמשי"כ הקריית ספר (שם ה"ז).

גם תי' הר"ן הובא בקצה"ח (ל"ט א') דמיירי במטלטלי אגב קרקע לכאורה דחוק טובא, ותו דא"א ליישב כן אלא להסבורים דקנין אגב קנין של תורה הוא, אבל אם נימא דרק מדרבנן מהני הדרא ק"ו לרוביח. וכן הק' הקצה"ח שם והוסיף שהתוס' והרא"ש סברי דלא מהני מה"ת אלא מדרבנן.

גם תירוצם של רבותינו הראשונים הרשב"א והרמב"ן (וכן הפני"י) לכאורה דחוק מאוד לומר דמיירי הגמ' בפקדון וגזילה, אחרי שהגמ' להדיא שולל שבועת השומרים ונקט שבועת מודה במקצת, ואילו לרבותינו ז"ל למה לי מודה במקצת כלל. ועי' באבי עזרי (מכתב הניל) שעמד על זה וכי' "שמרן שליט"א עמד בזה ואינו זוכר מה אמר בה"ע"ש (ב"ה"ה והנה) מה שכתב מנפשיה, ואכתי צ"ע דהלא מה נענה לכל סתימת ספרי הראשונים המקובלים בידינו מדור דור שלא כתבו מאומה שכוננת הגמ' לשבועת מו"ב בשומרים ולא סתם מודה במקצת כמו שנקט הש"ס. גם הר"ן גופא בדפי הר"ף (כ"ט) סתם. זאת ועוד דעי' בתוס' (מ"ז: ד"ה א') משמע דמיירי אף בהלוואה. והדבר מפורש בכל הפוסקים, עי' רמב"ם (פי' טוען ונטען ה"ה) שהביא דין הגמ' וסיים "הרי זה מודה במקצת וישבע". ואם ס"ל כהנך ראשונים, ודאי הו"ל לפרש שמיירי בפקדון וגזילה. ובטור (חרי"ט פי' ע"ה ט"ז) בשם הר"ר יהודה

ברצלונני, "איני יודע אם לוח מורישני", הרי להדיא דאיירי בהלואה, ועי' בית יוסף (סי' ק"ט) בשם בעל התרומות רא"ש והעיסור, וכן מורה הלשון הב"ח שכתב לשון פרעון כמה פעמים. וכן פסק המחבר (בשרי' ע"ה - ט"ז) וז"ל, התובע לירוש הלוח מלוה על פה וכו' עכ"ל, הרי להדיא כמש"נ וכפשטיה דהש"ס. ולא חששו הפוסקים וכל הנושאי כלים לדעת הרשב"א והרמב"ן ואף לא לדעת יחיד. ואם כן הדרא קושיין לדוכתי הרי אין נשבעין על כפירת שע"ק.

ודע דאף לשיטת הרמב"ן והרשב"א א"א ליישב בזה דעת התוס', דהלא התוס' גופא בשבועות (ל"ז: ד"ה ואין) כתבו להדיא שגם בפקדון א"א להשביע אם לא במחל ליה השעבוד ואין לו קרקע, הרי דאין שום חילוק בין הלואה לפקדון בענין אין נשבעין על כפירת שע"ק ודו"ק. (ועי' אמרי בינה הלואה סי' ב, ב' טו"ה ואם בסוגריים מה שמבאר רוח הב' אופנים שבי' הרשב"א פקדון וגוילה ע"ש.) וע"ע באבן האזל (פ"ג שאלה ופקדון ח"ג ד"ה ונראה) שמבאר דרוקא מודה במקצת בהלואה מתועבת קרא, אבל סברא היא דגם לאחר הגזה"כ היורשים חייבים בשבועת השומרים.

אכן בהפלאה (מכתובת י"ב: בתוס' ד"ה רב הונא, ד"ה מ"ה) הוכיח הסוגיא שפיר מיירי בפקדון ולא הלואה, דהך גזה"כ דשבועת ה' תהיה בין שניהם בפקדון קאי ולא בהלואה ע"ש (פ' משפטים כ"ב: ר"י). אמנם יש לדון בדבריו דהלא אגן טעמא דקרא לא דרשינן, ומהכ"ח שהגמ' לא דריש אכולא שבועה. ותו דע"ש בסמוך בקרא מיירי נמי בשבועת מודה במקצת, ומהכ"ח דלא כללי שבועה זו. ותו דגם במו"ב כתיב "שניהם", ודלמא מסורה בידיהם שכל מקום דכתיב שניהם נתמעט היורשים, ורק בחד דוכתא דרשינן ולא ללמד על עצמו בלבד.

ושו"מ במדרש הגדול (פ"ב: פ"ה) ששם הוא גם שבועת מו"ב, וז"ל, עד האלהים יבא דבר שניהם זו שבועה, נאמר להלן שניהם ונאמר כאן שניהם, מה להלן שבועה אף כאן שבועה, מכאן אמרו וכו' עכ"ל וע"ש הישב. ועי' בפירושו של הספורנו שם וז"ל, יבא דבר שניהם, התובע והנתבע, לשבועה, בין שהם מפקיד ונפקד, בין שהם מלוה ולוה שמודה במקצת עכ"ל. ועי' נוסחא ישנה ממכילתא דרשב"י כתי"א הובא בתורה שלמה (פ"ב: פ"ה את ר"י) וז"ל, עד האלקים יבא דבר שניהם, שניהם שניהם לגורה שוה וכו' עכ"ל. וע"ש שפירש דין הודאה ממין הטיענה. ולכאורה לא מרומז כלום ענין מין הטיענה יותר משאר הלכות שבועה. ונראה דהוא הדין והוא הטיעם לשבועת היורשים, ואדרבה כללא היא בידינו דאין היקף למחצה. ועכ"פ סברת ההפלאה למעט הלואה אינו מוכרח לפי הנ"ל.

עוד יקשה אכולא תירוצי של רבותינו הראשונים והאחרונים ז"ל שיישבו הקושיא על פי האוקימתות שונות, דמלבד דכל כי גונא הו"ל להגמ' לפרש ודרך השי"ס לעולם

הוא לחקור מיד בהכי דמי, אי דקא ירתי קרקעי וכו', ולא לסתום, הא מדשתקו כל הפוסקים בזה ע"כ דמתיישבא הגזה"כ בכל אופן.

ונראה ליישב וכו' לייבא למימר ירושתם לא ירושה וכו'. אכן הקצה"ח והנתה"מ שלא תירצו כן י"ל דאזלי לטעמם שס"ל בפשט מכירתם לאו מכירה, דמשו אינו שלו במקצת, ועכ"פ אינו ברשותו כלל. ולפי"ז אפשר דגם לגבי ירושה הענין הוא דירושתם לאו ירושה והשעבוד דירושם שוה לשעבוד דלקוחות.

ונראה וכו' שאין עליהם שעבוד הגוף אלא כנגד הנכסים משועבדים שירשו. כשיטת התומים (סי' ס"ו סי' מ"ג) והנתיבות המשפט (ק"ו סי' ט) דס"ל דמלבד השעבוד נכסים חל על היורשים גם שעבוד הגוף לפרוע מנכסים אלו. ודלא כהקצה"ח (סי' ל"ג סי' כ"ב) ובמשו"ב שם (סי' ב) ובסי' ס"ו סי' כ"ו ד"ה ובר"ן, ובסי' ק"ז סי' י' ובמשו"ב שם (סי' מ"ט) שכתב בהחלט שאין שום שעבוד הגוף חל על היורשים רק שעבוד נכסים על הקרקעות בלבד. (ועי' מה שביארתי בשער ט' פרק ח' לקרב הדעות בזה כיו' שלא לאפשר פלוגתא, ולכ"ע אפשר דאיכא שיעור, אלא אפשר דשונה החפצא דרשע"ג ביורשים משע"ג לגבי אבהים שהיה כנגד כל החוב כולה, ואילו גבי היורשים מצומצם כנגד האחוריות נכסים שירשו ותו לא. והבאתי ראיה לזה מפה שהתומים עצמו כתב כהקצות במקום אחר.)

והנה אילו הפסיק דודי המחבר כאן היה נראה שלומד אליביה דהתומים והנתיבות ודלא כהקצה"ח כפשטות שיטתו (הקצות, אם שנימא כמו שכתבתי וכי"ל), אכן לפי מה שיתבאר עוד בהמשך דבריו על פי ב"ב קנז. דאין הגביה מיתומים תלוי כלל בשעבוד על הקרקע, נמצא דדבריו דלא כמאן, וסולל דרך חדשה לעצמו בד"ן גביה מן היתומים, ועי' בסמוך.

ונראה וכו' וזוהינן נמי דספק"ד דהגמ' (כ"ב: ק"ג) וכו' קרקעות שאינן משועבדות. ר"ל מה דאמר רב נתמן ועירא חברין תרגמה מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן, ומבואר דאף שלא אישתעבד הנכסים בחיי הלוח מ"מ היורשים מחוייבים לפרוע מהן. ולכאורה אין לזה שום מובן, ועי' בתורת חיים שם (ד"ה ועירא) שנדחק בזה, וקשה להבין אין מתפרש הענין. ולזה קאמר דודי המחבר דקרקע בחפצא מחייבת היורש ולא מחמת לתא דשעבודא.

ונראה וכו' בב"ב (ק"ז:) דעליהם לפרוע אפילו אם ירשו קרקעות שאינן משועבדות. ונתיישב לפי"ז דבר אחד שנתקבלה בה, דהנה לשון חז"ל במשנה ובגמ' כתיב שמה דוכתי למיקרי קרקעות אחריות נכסים ונכסים שיש להם אחריות, ולכאורה לשון מוזר הוא, ובשלמא כשאיירי הגמ' בענין טירפא מלקוחות עולה יפה לשון זה, שהואיל ואחראין להחוב (ובלשון הרמב"ם רפ"ח ממלוה) דין הוא שטרופין אף מהלקוחות. וכן נקט הגמ' בב"ב (י"ד) ובב"ק (ט"ז), ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות או שלא באחריות, דמיירי שם בענין כיו"ב. אכן

מה דקריה קרקע בכינוי זה אף בכה"ג דלא מיירי בענין שעבודים ולקוחות לכאור' צ"ע.

עוד קשה מה שפרש"י בקידושין (כ"ז: ד"ה שיש להם אחריות), "היינו קרקעות שאחריות כל אדם הלוח וכו' עליהן", שלכאורה תמוה שאם כוונתו לשעבוד נכסים אין זה הלוח אלא להמלוה. ואכן הרש"ש זר"י הלויסיף מ' - המלוה, (וכן הוא גירסת הר"ן ט' מדפי הר"ף ד"ה נכסים), ולפי"ז צ"ל שאה"ג פירוש אחריות היינו שעבוד. ובאמת כן כתב הרע"ב (פ"א מ"ה), "ופירוש אחריות, חזרה, שחזר המלוה עליהם וטורף אותם מן הלקוחות". אמנם אין זה עולה יפה בדקדוק לשון רש"י: "לפיכך נסמכין עליהן", דמבואר דאחריות היינו הא דסומכין דעת עליהן (ובכפ"ש רש"י במק"א), וכתוצאה מזה חל השעבוד רק עליהם, אבל אין הפירוש של אחריות שעבוד נכסים, וכן העיר הילקוט ביאורים (קידושין כ"ז: הנה"ה ל"ה) וצ"ע.

ולולא דמסתפינא אמינא לקיים גירסת רש"י שלפנינו "שאחריות כל אדם הלוח" והכי פירושא, דהיינו על פי מה שחידש דודי המחבר שקרקעות בחפצא הם אחראין לפרוע חובתו של אדם, עד כדי כך דאפילו לאחר מותו ואפילו בלתי שום שעבוד על הקרקע, אכתי גובין דעת הקרקעות, שלכאורה מלתא דתתא הוא זה. והנראה בזה דלדין חדש הלוח קרא חז"ל "אחריות", שיש לקרקעותיו של אדם דין גביה ופרעון מהם בנפרד לגמרי מדינא דשעבודא וכמש"נ.

והשתא דברי רש"י עולין כפתור ופרח, "היינו קרקעות שאחריות כל אדם הלוח והנושה בחבירו עליהן", ור"ל שהקרקעות אחראין לחוב זה ואף בלא שעבוד, וחלוקין ממטלטלין שאין גובין מהן כלל אף מן היתומים, על כן קרקע לעולם גובים מהם מן היתומים ואף שלא נשתעבדי, והיינו מדין אחריות וכמש"נ. דיקא נמי דקתני במתני' כתובות (צ"א), "עד שיהיו שם נכסים שיש להם אחריות", ושם מיירי ביורשים, וכן הוא בתוס' ב"ב (ק"ז: ד"ה מצוה) וכתובות (פ"ז: ד"ה פריעת) שנקטו לשון אחריות נכסים ביתומים.

ובזה נבין קושיית רעק"א בתוס' רעק"א (פ"א מ"ה) על דברי הרע"ב "וטורף אותם מן הלקוחות" וז"ל, וקשה לי לר"ן (רב נתמן) דס"ל בב"ב ד"ב א' דאין גובים עבדים מיתומים ומלקוחות, דעבדא כמטלטלי דמי, וא"כ מקרי נכסים שאין להם אחריות, וא"כ אין נתן מתני' כלל דנכסים שאין להם אחריות אין נקנים אלא במשיכה, הא עבדים נכסים שאין להם אחריות ונקנים בכסף ושטר וחזקה עכ"ל.

והנה מה שהתלונן על הרע"ב ז"ל כאילו פירושו מוטעה ולא על המתניתין גופא, תמוה, דגם בלי הרע"ב פירושו של אחריות היינו שעבודא לכאור', וכמו שפרש"י ג"כ לפום ריהטא, ולא על הרע"ב תלונתיו. אכן לפי דברינו נפלא, דרש"י לא כ' מאומה אודות

האב על מנחה זו, ואם יפרישוה הבנים נמצא חובת המנחה דאביהם נקרבה בשותפות ודו"ק. ומההיא דבכורות י"ל אפשר אף טרם ההפרשה כבר חל בבהמות הללו דין מעשר בהמה דוגמת היש אומרים (א.ה.ה. הלכות יוד. ד"ה אסורין גיטין ע"ג: ד"ה ומש' תוס' מנחת ע"ח: ליקדשו. אכן אולי זה דוקא לגבי מעשר ותרומה דלשית רש"י, יבמות פ"ו. ד"ה מה תרומה וד"ה אף מעשר ומכבאר אה' בתוס' שם ד"ה מה, אף טרם ההפרשה חשיב כאילו הוי תרומת, כבת, של תרומה וחולק יחד וכבר הקרימי בזה הגר"ח קניבסקי שליט"א שכי' דאלו תרי שיטות ברש"י לענפי' אולי, ע"י דרך אמונה פ"ו מעשר ה"א בבבלי סוטה"א ואין. ועי' פי' הרא"ש נדרים י"ב. ד"ה כחלת אהרן) דאף למ"ד אין ברירה חל חלות אלא דרשב"א לברורי, ודו"ק היטב עכ"ל. וכך י"ל בדעת התומים והקצה"ח.

ואפי' זה לא הוי גבית קרקע מן היורשים מדין שעבוד קרקעות אלא מדין שעבוד הגוף שה' עליהם כשירשו קרקעות משועבדות. ולפי סברא דהמחודשת הווי יש ליישב לשון הרמב"ם בהלכות גזילה (פ"ה ה"ח), בדין חיוב היורשים לשלם להנגול דאביו וז"ל, אם הניח קרקע חייבין לשלם, אבל מן המטלטלין אינן חייבין לשלם וכו' עכ"ל. ולכאורה אינה מדוקדק כל כך מה שסיים אבל מן המטלטלין וכו', דיותר הול"ל "אבל לא הניח קרקע וכו'", דומיא דרשב"א. ובאמת כן הוא לשון הטור (פי' ש"א), "במה דברים אומרים כשלא הניח להם אביהם אחריות נכסים, אבל הניח להם אביהם אחריות נכסים וכו' חייבין לשלם". וכן נקט השו"ע (שם סעי' ז), "פטורים אם לא הניח אביהם נכסים, אבל אם הניח אביהם נכסים וכו' חייבים לשלם". וכן הוא בלבוש (שם סעי' ז), "בד"א כשלא הניח להם וכו' אביהם אחריות נכסים, אבל אם הניח להם וכו' חייבים לשלם ואשתעבוד נכסי דאבהון לנגול נכסים". ולכאור' לשון הרמב"ם צ"ב.

ולפי דברי דודי המחבר אתי שפיר דזה שהניח קרקע חייבין לשלם לאו מלתה דהשעבוד שבקרקע, "אלא מדין השעבוד הגוף שחל עליהם כשירשו קרקעות", ואם כן הסברא הוא דעכשיו יתחייבו היורשים גם לשלם ממטלטלין, ולכל הפחות ממה שירשו מאביהם, דסו"ס מכת שעבוד הגוף שייך לגבות אף ממטלטלין כנודע. ולזה חידש לן הרמב"ם דאף במקום שהניח קרקע, וממילא רמי עליהם חיוב לפרוע חוב אביהם בשעה"ג, מ"מ "אבל מן המטלטלין אינן חייבין לשלם" ודו"ק. וצ"ל דהשעה"ג שלהם שונה לגמרי מגדר השעבה"ג של אביהם, ונמצא דלא נתכוון הרמב"ם דוקא להאיך שירשו רק מטלטלין, אלא כוונתו אף להיכא שירשו גם קרקע.

הוספה:

עד כאן הבאנו ופירשנו דברי רבותינו הראשונים והאחרונים ביישוב הקושיא איך משכחת בין שניהם ולא בין היורשים, הא הוי

מזו. וע"ז נבוכים המה המפרשים היכי לידידי' להך דינא ודו"ק. (ועי' בלשון הרב"ז בדיקוק לשונו וכישיבו ותמצא כפתור ופרח). ודודי שיבת זה.

וניחא מאוד הך דתפיסת הבית, דבשלמא אם השעב"נ סיבת המחייב, אה"נ לא יפסל מדין שותפות, דאכתי בפתוסת הבית קיימי נכסי. אכן לדודי דשעבה"ג בלבד הוא המחייב, ואין הנכסים אלא תנאי והכ"ת להעברת החיוב את"ש, די"ל דלי"ש תפסה"ב אלא אנכסי ורכושי האב ופשוט.

ולפי"ז יובן תמיתה התוס' דבוכים שם ד"ה נפש, דמשמע דשותפות מנפש קתממעט, והביא תורת כהנים (נדבה פ"ח ה"ב פ"ה ה"ג) דממעט ציבור מנפש ושותפות מקרבנו ע"ש שנדחקו. ולא תירצו בפשיטות דנקט הגמ' דוקא הך קרא דממעט גם תפסה"ב (דציבור ותפסה"ב חד ענין הוא כנודע ע"י קוב"ש ב"ב את ת"ד) וצ"ע. אכן להנ"ל נפלא, דאין תפסה"ב בשעה"ג.

ומעתה יקשה על התומים והקצה"ח וכל הנלווים עליהם דס"ל דאין השעה"ג חפצא הנירוש אלא השעב"נ בעיקר והשעה"ג אינו אלא או בטלה או טפלה להקרקע (וכדי שלא תחבטל השעבוד לגמרי) וכמש"נ. וא"כ האיך יכלכל שמעתתא דבוכים וצ"ע.ג. ואין לומר שישגו על דברי הק"א והרב"ז ויסברו דיפרישו הבנים בלי פפקוק, דהלא לשון הגמ' מסייעתם "הניח מנחה", ואם טרם שהופרשה נמי דינא הכי, עדיפא מינה הול"ל, "נתחייב מנחה" ומת קריבה. וכן בשאר דוכתי בש"ס מצאנו כדברינו (ועי' שער א' פכ"ט מש"נ בזה).

ואשר נראה ליישב דעתם של רבותינו הנ"ל ז"ל, בהקדם ע"פ מה ששמעתי מהגאון רבי רפאל משה גטינגנער שליט"א (ראשי שבת מדרש חיים בליקוואד), שאמר לברר אה' דחלוק מיתת האב אחר שהפריש לטרם שהפריש, ע"פ יסוד בשם דודו זקנו הרב יצחק זונדל ריף ז"ל מה ששמע מפי רבו הטאוורייגער גאון ר' אברהם בורשטיין ז"ל בגדר הפרשת קרבן, דבפשטות אמרי' דאין ההפרשה אלא הכ"ת בעלמא, ולכל היותר הכשר מצוה בתורת ההקרבה, אבל לא שייך לעצם ההבאה וההקרבה. אכן הוא ז"ל יצא לידון בדבר החדש ולומר דחפצא של ההפרשה הוי אתחילתא דהקרבה, והדברים כמעט מפורשים בספרא ויש יוקרא עה"פ (פ"א פ"א) תמים יקריבנו: "תמים יקדישנו", ועובר בלאו גם על הפרשת בעל מום, הרי דההפרשה חלק ממעשה ההקרבה עכ"ל הגאון ז"ל.

ובזה המשיך הרב שליט"א לתרץ הא דבוכים דטעמא דהניח מחצה ומת מקריבין אותו שני בניו, היינו טעמא דכבר הותחלה ההקרבה דאבוהון, וכבר חל שם הקרבת מנחה זו ביחיד, ונתקיים ונפש כי תקריב, ואין על הבנים אלא חיובא דרמיא עליהם אויסצופירען (להגשים) אותה הקרבה כשרה. אמנם במת טרם שהופרשה המנחה ולא העביר לבניו מנחה שנקרבה (קצת), אפשר לא חל שם

שעבוד נכסים, ולא כתב שום רמז ללקוחות, וכונתו לדין נפרד דאיתקריא "אחריות" ששם בעליו עליהם ואחראין לחובו וכמש"נ. וא"כ י"ל דעבדים ג"כ בכלל דבר זה ששם בעליו עליהם, וכנודע שירועים לבעליהם (ועי' אר"ח ס"ס רפ"ב ורמ"ו), ומהאי טעמא ס"ל לחד מאן דאמר דגובין אף מיתמי ואף בלי שחל שעבוד עליהם וכקרקע. ואף לר"ז דפליג, היינו טעמא דהפקיעו השעבוד כמו שאר מטלטלי וסלקו לזכות המלוה לגמרי, וכמסקנת הגמ' ב"ב קנ"ז. דגם בקרקע, להלכה אין גובין מינה אלא כשהיה חל על שעבודא, ועדיין חלה עלה בידי היתומים, וכמו שהסביר דודי המחבר. ואה"נ בסלק"ד דגמ' שם גם עבד היה נגבה בלי שעבוד. איך שיהיה, עצם העבד אף כשאינו משתעבד חל עליו דין אחריות כפי הגדר שנתבאר, ולפיכך לא התקשה רעק"א על המשנה גופא או ארש"י, רק על הרע"ב ודו"ק. ודודי שיבת כל זה.

הוספה:

ולפי"ז יתיישב דבר תמוה בוכים ה: דאב שמת והניח מנחה לשני בניו, דאמר ר' יוחנן קריבה על ידם ואין בו משום שותפות (עי' מנחות ק"ד: דאיתמטע קרא ונפש כי תקריב). והסתפקו הקרן אורה (שם) והרב"ז (פ"ד ממעשה הקרבנות ה"ג) מהו כשמת בטרם שהפריש המנחה, האם יפסל המנחה משום שותפות ע"י הפרשת שני הבנים אם לאו, יעו"ש מה שטרחו בזה. ודבריהם קשים מאוד, למה ישונה פסול שותפות יותר לפני ההפרשה מלאחריו, הלא בין כך ובין כך אינם מחויבים מנחת עצמם אלא חיובא דאביהם הוא דרמיא עליהם, וכמפורש בקידושין (פ"ג) משמיה דר' יוחנן גופיה "אע"ג שלא הפרישה מחיים", והכי קיי"ל להלכה, ע"י רמב"ם (פ"א מתרי"ב ה"ג) "אע"פ שלא הפרישה אותה מחיים, כבר נשתעבדו נכסיה לקרבן, והשעבוד דין תורה הוא". וכן העיר בזה בספר הנפלא שפת המלך על הרמב"ם (שם במענה"ק) וצ"ע.

עוד קשיא על עצם ההנחה של הרב"ז והק"א דשני בנים היו שני שותפים, ומהכ"ת דבר זה מן הסברא, ואדרבה בכל מקום קרינן להם 'תפוסת הבית' ולא שותפות, ואין לנו להחמיר יותר. ותו תמוה דהלא מפורש בבכורות נ"ו: ת"ר יהיה לך ולא של שותפות, יכול אפילו בתפיסת הבית, ת"ל יהיה ע"כ. הרי להדיא דאין בתפסה"ב שם פסול שותפות וצ"ע.

ואלא לפי דודי המחבר הדברים ניחא, דאין שום תביעה ודין הקרבה מצד שעבוד הנכסים שבדי היתומים, אלא שעה"ג בלבד, ולא בעינא לקרקע אלא להחיות בהן שעב"ג וכמש"נ. וא"כ י"ל דגם בקדשים דינא הכי שחויבא דבאבא הועבר במיתתו לשני בניו - ולא לנכסי - וכמש"נ, א"כ שני הבנים בודאי לא מחויבין בב' הקרבות, ורק דבין שניהם חד חיובא ושעבוד הגוף - ואין לך שותפות גדולה

שעבוד קרקעות. ועתה נראה ליישב כפי הנלעג'ד, הדנה ידועים דברי הרמב"ם פ"ה טוען ונטען ה"ב דס"ל הא דאין נשבעין על קרקעות כולל גם דמי קרקע, וכמו שכתבו המפרשים והפוסקים בחו"מ (סי' צ"ח), ועי' בקצה"ח (סם ס"ק ה') שכינוהו לשיטת הרמב"ם, דדמי קרקע כקרקע.

והנה כבר הוכיחו כל המפרשים בשיטת התוס' והרא"ש בב"מ (ד' ט) ושבועות (ל' ט) דבענין הלוואה לעולם השע"ק פוטר מן השבועה אף כשא"א לבוא לידי גביית קרקע, וכ"ש הכא

לגבי יתומים דאין לו על היתומים אלא תביעת קרקע. אמנם אפשר לומר דשאני השע"ק שלגבי הלוה עצמו מהשע"ק שלגבי היתומים, דלגבי הלוה עצמו השעבוד הוא עיקר ויסוד בהחוב, וכמו שביארנו בארוכה לעיל (ש"א פ"ח), ועי' בקצרה בקהל"י ב"מ (ס"ה אות ה') שזהו עיקר חפצא של החוב ותביעתה, ואין הממון והתביעת כסף גרידא עיקר ע"ש.

לא כן לגבי היתומים, שעיקר חיובם להמלוה מחמת שברא כרעיה דאבוא, ומצוה לפרוע חוב אביהם, וזהו שורש החיוב, אלא

דתנאי יש בחיוב זה, דרק היכא דירשו קרקעות משועבדות חל מצוה וחוב אקרקפתא דגברא דיתמי. ועל כן ניתן לומר שסיבה ושורש התביעה של המלוה הוא רק לפרוע חוב אביהם, והקרקע שלפנינו שגובין בה אינה כקרקע, אלא הוי כדמי החוב דומיא דהמעות תשלומין בהזיק קרקע שאיירי הרמב"ם לעיל דאינו חשיב כסף ומטלטלין, אלא דמי קרקע. ונמצא דהגם דכל הדין ודברים ביתמי אינה אלא על אותה הקרקע דשבק אביהו גבן, מ"מ אזלינן בתר עיקר ושורש התביעה.

שער ה: בענין אפותיקי סתם ומפורש

ש"ה פ"א

כפ"י האפותיקי נחלקים וכו' בזווי לבו"י עלמא. תוך זמנו, וע"ע בחו"מ סי' ת"ז סעיף א'.

ש"ה פ"ב

והנה כפ"י השעבודים יבוא וכו' אפילו אחר העמדה בדין. אבל לא למאן דאמר פסחים (ל"א) למפרע הוא גובה ע"ש ברש"י.

אכן באפותיקי מפורש וכו' כמ"ש הש"ך בשם הרא"ש בחו"מ סי' ק"ז פק"א. שם לא תלה באי איכא "שעבוד הגוף" אלא אי מצלי לסלוקי בזווי.

והנה כפ"י השעבודים אמרינן וכו' ואפילו באפותיקי מפורש. (לא איתברר האין אלו דין "שימא הדרא" יתו מדין "אפותיקי" גופא). ועי' בחי' הריטב"א (ד"ה למינה) והמאירי בב"מ שם (ד"ה כבר) שכתבו בפשיטות דל"א שומא הדרא אלא במקום שהיה אפשר לסלקי בזווי. וכן הכריעו האחרונים, עי' אמרי בינה (נביית חוב סי' ד אות ג) ושער משפט (סי' ק"ג ס"ק ז), וע"ש שהביא עור ראיות מהש"ס (בי"מ י"ד: ק"י).

אכן נראה פשוט וכו' אפילו היכא דהנה בפועל. דבר זה תליא בפלוגתת הראשונים והפוסקים אם צריך הלוה לעשות קנין חדש בשומא הדרא (עיין בי"מ ס"ד), והובאו בש"ך (סי' ק"ג ס"ק י' וי"א), וע"ש. וכנראה הכרעת הש"ך דא"צ קנין (וכן דעת השו"ע). וע"ע מש"כ בסמוך.

שם. הבאנו בפנים שהריטב"א הוא שאמר דל"א שומא הדרא באפותיקי. אמנם הריטב"א במק"א (מוכא בש"ך) הוא שאמר דבשומא הדרא צריך "קנין חדש", (ונראה דבזה לית הלכתא כוותיהו ולפום ויהטא היה אפשר לפרש דלשיטתייהו אזלי, דמאתא דע"י גבייה נגמר העסק, א"כ באפותיקי אחרי הגבייה תו לא אלים כח הלוה

משהיה לפני הגבייה, אבל לדעת שאר ראשונים ופוסקים דא"צ קנין חדש, יתכן מאוד דמה שלא זכה הלוה ע"י כח הסילוק, יזכה ע"י ועשית הישר והטוב, כי עדיין דין אחד המה (כנלפע"י), ומאחר דאין הלכה כהריטב"א בענין קנין חדשה, אולי לית הלכתא כוותיה גם לענין אפותיקי. איכרא יש לדחות כי אף המאירי סבר כהריטב"א לענין אפותיקי (דלא הדרא), ומ"מ (בדף ס"ד) כתב להדיא כדעת שאר ראשונים ופוסקים דא"צ קנין חדש" בסתם שומא הדרא, וא"כ כמאן סמך דלאו הא בהא תליא.

ש"ה פ"ג

במתניתין עבד שעשאו וכו' ולכאורה ראייה מוכרחת היא. אך לשון רש"י לא משמע כן. וע"ע ברש"י ב"מ סו: שכתב באפותיקי מפורש דלא מצלי לסלוקי בזווי (עיין פני"ש סם).

במתניתין עבד שעשאו וכו' הבע"ל חוב מן האפותיקי. והראיה מהגמרא שכתבו התוס', י"ל דרק לאוקימתא דרב מיירי מתני' באפותיקי מפורש, ומודה רש"י דמצלי לסלוקי בזווי עכ"פ תוך זמנו, עי' ש"ך חו"מ סי' קי"ד וקט"ו (עכ"ז הפני יהושע). וע"ע במהר"ם ש"ך שיישב באופן זה, וסיים "ורש"י בחכמתו הצח יצא ידי כולן".

ונראה דרש"י או"י וכו' אב"ל התוס' שם, וכן התוס' כאן (ד"ה הקדש) לפי' המהרש"ל.

ש"ה פ"ד

אכן יש לדקדק וכו' ואם כן אם שפפה נהר נסתחפה שרדהו. יש לפרש ע"ד הפשט דנפק"מ מי הוא עתה הבעלים על שדה זו, (לענין איסור מכירה לנכרים חייב עליה לוגל ערוה), וקנין החצר של מי (ועי' במילואים).

ולפי זה יש לומר וכו' מדין שעבוד הגוף

ופרעון החוב. צ"ב דכתוב בשטר "לא יהא לך פרעון", א"כ לא יהא אלא תנאי או מחילה בעלמא, דמהני, כדקיי"ל כל תנאי שבממון קיים (עי' רמב"ם י"ח - ג), וצ"ע.

ונראה דרש"י או"י וכו' וחייב באחריותה, וכמ"ש. והראב"ד בב"ק שם (בחדושי ובסמ"ק) ג"כ למד ע"ד רש"י. ויעו"ש שמוכרח שדעתו כדנתבאר כאן ברש"י.

מ"אוי"ב:

הנה מה שנוגע לשדה זו שנסטפה ואינה שוה כמעט כלום, מי חשיב הבעלים מעתה שלא נגבית חובו של המלוה, מי אמרינן דכיון דליכא גבייה עדיין היא של הלוה, או דלמא נהי דהפסיד חובו אבל ודאי המלוה גובה את השדה המקולקל. ולכאור' נתבאר כאן דלא נגבית לעולם ועדיין של לוח היא, אך צ"ב אמאי אינו גובה אותה (יררוח' כמה ווחים). ועכ"פ ממש"כ הרא"ש דהוי כמכורה, ומש"כ התוס' דיש לו שבח, עולה לכאורה שיהיה כל הקרקע של מלוה אפילו שטפה נהר, וכן משמע מהש"ך (סי' שפ"ו ס"ק י"ג) וכן מוכח בקצה"ח (שם ס"ק ה').

ש"ה פ"ה

והנה בירושלמי יבמות (פ"י ה"א). מובא בתוס' כאן.

וחזינו וכו' ואפילו לא גילתה דעתה שאינה רוצה בכך. וכן מדויק לשון הירושלמי "שלא עלה על דעת וכו'".

ש"ה פ"ט

ובסוף ההלכה כתב וכו' אצל דין אחריות מצות סופר. ובאמת כן עשה המחבר שהוציאה מהלכה זו בסימן קי"ז - א והכניסה לשם בסימן קי"א - א וכן הטור והלבוש.

שער ו: בענין שור תם מגופו משתלם

ש"ו פ"א

והנה א"יבא וכו' על המזיק לשלם דמי. עד כדי כך ש"א שיכול ליתן מעות אף אחר

העמדה בדין (שמ"ק בשם הראב"ד) ודלא כמהר"ם ש"ך.

ובביאור הענין וכו' בשור תם שהזיק א'

הזכירה התורה ענין התשלומין אלא הגביה. ופשיטא דאף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, מ"מ איכא דין תשלומין "דזוני יהיב זוני

שקיל", וכלשון רש"י ותוס' בב"ק מג. ורשב"ם ב"ב קכד: אהא דא"ר נחמן גבו מעות יש לו, דלא כהתוס' שם דמשמע דגם זוויט מעות שעבוד הוא, ע"י קוב"ש אות שפד. ובביאור הענין זכור דלא כתיב בשור תם ש"ם יש"ם. גם במלוא לא כתוב כן, אלא כתיב (דברים כד, יא) והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבט החוצה. ומ"מ ודאי יש ערבות בכל חוב, וע"ז.

אכן לא שייך שעבוד נכסים אלא אם כן איכא נמי שעבוד הגוף. כ"כ הרא"ש פ"ק דקידושין (סי' ט), וע"ז בראשונים שם (ט), אך בתומים (סי' קיד ס"ד) העלה דיכול לשעבד היום נכסיו לפי שיהיה חייב לאחר זמן, יעו"ש בארוכה (ויסודותו מבי"ו הדי"ח). ובקצת"ח (שם ס"ק י"א) אמר עליו, ולא נהיר ולא צהיר מכח הראשונים הנ"ל. וראה זה מצאתי בין הראשונים חיבוט בזה, ע"י ברא"ש כתובות (נד: ס"י א) שהביא בשם רבינו אליהו ז"ל דיכול לשעבד נכסיו בלא גופו, ותמך יסודו מגמ' דב"מ (נד), יעו"ש, והרא"ש עצמו משבח דבריו, ותמוה, וכבר הקשו סתירת הרא"ש אהרדי במילואי חושן, ועצ"ג. וע"י משנת ר' אהרן שכנים בהגהה הראשונה.

אכן לא שייך זכו' וחוב הוא מה שמופ"א על הגברא. וכדמבאר בתוס' כמה דוכתי, ע"י קידושין (ג"ג) בכורות (פמ. ד"ה מלוה) ובכתובות (ס"ה ט).

אכן לא שייך זכו' וחובה על הגברא. וכדאיתא בגמ' לקמן (ט"ז) כיון דמית קע ליה שעבודיה ע"ש, וכז"ל בש"ס כמה דוכתי, ע"ז בחו"מ ס"י רמ"א סעי' ב' ברמ"א ובנושאי כלים.

אלא נראה זכו' דרבי עקיבא וכו' כשהחובת גברא אצל שומר וכו' לא נעשה כגבוי מיד. ויש להסתפק לפמש"כ לקמן ש"ו פ"ב דכל זמן דאכתי אינו קנוי לו ולא שותף הוא (ובגנן לה' ישמעאל), והוי עיקר חלות תביעה "מונוי גבך", ונפק"מ בנתערב השור בספק (ע"י רש"י ג"ל), האם גם ר' עקיבא מודה לזה ככה"ג דשומר, וצריך תלמוד.

ולפי זה מובן זכו' שאין שעבוד נכסים ב"י שעבוד הגוף. וכע"ז איתבדרא מהגר"ח, ע"י בספרו (פי' נקום ה"ד) ובסטנל (ג"ג), וכ"כ האור שמח (במק"א), שוב מצאתי כן ברבינו פרץ לר' ד"ה אילו בסה"ד בארוכה. וע"ז בתוס' ר"ד (ס"ד).

אלא נראה זכו' ויזכ' לספקו בזווי ולבט"א השעבוד. וכמש"נ בפרק לב דבההיא שעתא עיקר התביעה כללית הוא ממוני גבך.

ואע"ג זכו' תחת שור הניזק. וכן משמע במכילתא פ' משפטים (כ"א, לה), וע"ז במכילתא דרשב"י שם.

ש"ו פ"ב

ומדברי הראב"ד זכו' בהש"מ הנוק. כי זהו גזה"כ שלם ישלם, ואין לך בו אלא חיידוש, דמסבא היה פטור לגמרי (ע"י ר"ז וכו' ודמבאר בכמה דוכתי בתוס', ע"י קידושין י"ג), וכן משמע מכמה מדרשי חז"ל במשפטים (כ"א, לה) יעו"ש.

ומדברי הראב"ד זכו' אהש"ם קרקע הנפסדת. והכי נמי מוכח בריש דברי הקצת"ח (סי' צ"ה ס"ק ח) שכתב (לגבי הניק) דלהרמב"ם דדמי קרקע קרקע היינו לפני העמדה ברין, אבל לאחר שכבר נתחייב - דמים בעלמא בעי שלומי, ואתי שפיר.

ולפי זה זכו' וע"ז צנפת פענח (בב"ק לא) שיסוד זה ג"כ נר לרגליו, ומביא לזה עוד ראיות.

ש"ו פ"ג

ועיני זכו' וצ"ע לפנה נטה מהא דאיתא בגמ' זכו' ממיטב המנוחה שבנכסיו. הנה מצאנו בזה יסוד שגילה בשור"ת שואל ומשיב (מהד"ק ח"ב ק"ה ד"ה מה שנסתפק מעלתו) ואעתיק תוכ"ד וז"ל: בשור המועד דמשלם מן העלי' אם היא דוקא מן העליה אבל לא מגופו, או"ד דיכול הניזק להשתלם מגופו, והנפק"מ דאם מסרו בעלים לשומר הדין דהבעלים פטורים והשומר חייב, והיכא דאין השומר יכול לשלם דאין לו, אם יכול הניזק לתפוס גופו של שור. (הה"ר ח"ב). הנה הדבר פשוט וברור שהניזק יכול להשתלם מגופו של שור, כי מן העלי' היא לטובתו של הניזק, דאף אם אינו שוה כדמי נזקו משלם מעלי', אבל לא אמרו דאינו משלם אלא מן העלי', דזה ליתא, ואם המזיק א"ל לשלם יפסיד הניזק - זה לא מציינו. וע"י ברש"י ט"ז ב' ד"ה מן העלי' שכ' דאפילו אין הנוגח שוה שיעור הנזק, דבמועד כתיב ישלם שור תחת השור ולא כתיב ביה דמגוף הנוגח יפרע, ולא תטעה דדוקא מעלי'. וכוונת רש"י דאף אם המזיק אינו שוה כ"כ משלם מן העלי', דלא כתיב ביה דוקא מגופו. וכן הוא ברש"י דף ג' כמ"ש מעלתו זכו' עכ"ל. וע"ש שדהא ראה אחר ראי' שהביא השואל (הרב חיים יוסף עלניבנטי) שרצה ללמוד דמן העלי' בא לאפוקי מגופו. והביא ונ"מ מהסמ"ע (סי' שצ"ו ס"ק י"ז) משמע כהשואל וע"ש מה שטרח בזה. ובסעי' דבריו מביא תוספתא בב"ק פ"ג ה"א שם מבואר כהשואל נוכ"כ מפרשי התוספתא ע"ש במג"א (אות ג) ובחזון יחזקאל (ביאורים ד"ה אין שם עליה), אך למסקנה פירושה באופ"א, וכן התסדי דוד הסי' כוונת התוספתא לדין אחר - דכ"ז שנמצא מטלטלין לא יגבה מקרקע].

היוצא לנו מחלוקת גדולה אם מועד משלם דוקא מעליה ולא מגופו כלל. וי"ל דמתני' דייקא להדיא משו"ה ותני מן העליה בתם, לאפוקי מדעתא דדוקא ממיטב. ושנא פלוגתא תנאים היא דהמשנה ס"ל כג"ל והתוספתא ס"ל דלא יגבה מגופו ודו"ק. ולפי"ז יפה גירסת הש"ס (ב"ק ג"ג) בשם התוספתא בפרק ה' ברין אינו משלם אלא מן העליה כן היא הגירסא לפנינו. אמנם המעיין בתוספתא בפנים יראה שנמחקה ואיננה כי לקחו אותה המפרשים (ע"י בחסדי דוד וגם בחזון השמטוה מבלי יחס אל גירסת הש"ס וצ"ע). ובאמת השואל דקדק מהגמ' כן, והשו"מ ז"ל דחאו שהוא

טעות סופר ע"ש. ולהנ"ל אלו ואלו דברי אלוקים חיים דפליגי המשנה והתוספתא וכמש"נ.

ובאמת יש דקדק על גופא דגמ' וכו' וע"י בספר שושנים לדוד על המשניות לר' דוד פארדו (בעל התסדי ד"ח) שעל משנה זה עמד בכע"ז (סופ"ק דב"ק) וז"ל: וכולן מעידית זכו', איברא דהכי איתמר הש"ס, מיהו אם משום הא לחוד הו"מ למיתני ממיטב הארץ כדלעיל. לכך נלע"ד דרמו נמי התנא בזה מאי דק"ל בש"ס וכ"פ הרמב"ם פ"ח (מקומ"ם ה"י) דאין ב"ד מגבין לניזק תחלה אלא מן המטלטלין, וכל זמן שימצאו לו מטלטלין אפילו סובין אין נוקקין לקרקע, וז"ש מן העליה, כלומר מן הדברים המונחין דהיינו מטלטלין, שיש לפרש עלייה עדית ולעולם מקרקעי, משי"ה לא דייקנן לה בשיתא סדרי הכי מלישנא דמתניתין עכ"ל. [ודבריו גורלין לשיטתו בחס"ד פ"ג ה"א ד"ה ומאי, שהסיע פ"י התוספתא (וכהשואל ומשיב) דלא כפשוטו דאינו גובה מן השור אלא לענין אחר, וע"ש שציין לעיין בספרו שושנים לדוד].

ש"ו פ"ד

לכן נראה זכו' דהוא דין חדש. וכע"ז בצפתא פענח בב"ק כמה דוכתי (ע"י ג"ג).

לכן נראה זכו' על החיוב מו"ק. כ"כ השמ"ק בשם תלמיד רבינו פרץ יעו"ש. אבל ק"ק דשם משמע דזה עוד תירוץ ולא פירוש לפירושו של התוס'.

ש"ו פ"ה

ועיין ברש"י זכו' בקיצור פסקי הרא"ש. וע"י בטור חושן משפט (סי' ת"ב א) שכ' להדיא שאדוני אבי הרא"ש כרש"י. רק בכמה נושאי כלים מפרשים דא"א שהתוס' חולק לגמרי, יעוין בש"ך (ס"ק א) ובגמ"א (ס"ק ה) ובט"ז ועוד. וע"י במהרש"ל שמשנה הגירסא. והעולה מזה דמר כדאית ליה ומר כדאית ליה.

ש"ו פ"ו

ויש להעיר על השבנו זכו'. אכן יש להעיר דאי נימא קודם העמדה ברין אכתי לא הוחלט השור, שפיר חישב הרש"ש. וכן נראה בד' הקצת"ח שכידוע כ"כ בדעת הרמב"ם.

ונראה ליישב זכו' אינו חייב אלא בשמירת גופו ולא בשמירת נזקיו. לעני"ד הוא תמוה, דסו"ס אין השור תחת יד הבעלים האמתיים, ואי אפשר לו לזוהר ולתת עין עליו, ומאי הו"ל למיעבד, ואונס רחמנא פטריה. ועיין בש"ך (סי' ת"א ס"ק א) כדברים אלה וז"ל: יכול המזיק לומר אלמא אונס הייתי ולא הייתי יכול לשמרו, והו"ל כהוציאיה לסטים דהבעלים פטורים עכ"ל. וע"ז חו"מ (סי' שצ"ו סעי' ב) שבהמה ששמרה כראוי ונפרצה בלילה, אפילו ידע שנפרצה פטור. וע"ז שם (סי' א) שבהוציאיה ליסטים כדי לאבדה פטורים. וע"ז שם יתר הציוורים, והצד השוה שבהן שאונס הוא וכו"ל. וע"ז לשון התוס' פ' הכונס (נ"ד) ד"ה פטיטא כה"ד) וז"ל: דלענין נזיקין אקרו בעלים כל מי

שבידו לשומרה עכ"ל. הרי כולם פה אחד כמש"כ, וצ"ע.

שם ע"י ברמב"ם פ"ד נוק"מ ה"י. ועי"ש בהשגת הרמב"ם, הרי דפלוגתתם היא אי אמרינן "מן התוס' מקבל השומר שמירה גם לנוקין. וצ"ע דנמצא מחלוקת האחרונים כמחלוקת הראשונים. ותו דיעו"ש דמיירי לענין קבלתו של שומר ממש, אבל כאן מיירי בענין אחר לכאורה וצ"ב. וע"ע דברבי הגר"ח בזה (הובא בכרכיש סי' טו).

ש"י פ"ו

אב"ע שני שוורים תמים שאינם מחוסרים גוביינא וכו'. צ"ע ברב"ר זה, כי כבר יסד התוס' (ל"ג) דלאו בר תשלומין הוא כל זמן שלא עמד ברין. ובכלל שאני שור תם משאר נוקי הואיל דקיי"ל פלגא נוקא קנסא, ומלבד הענין דאילו מודה מיפטרן.

ש"י פ"ט

ובזה נחלקו וכו' ג"ש"ם זווי. וכשאר אבות נזיקין, וכן מבואר מהא דקרינן לה בש"ס מלוה הכתובה בתורה.

ופ"י זה וכו' ובד"ה ובדברי המהרש"י. הנה יש לעיין בכלל האם יכול אדם לפרוע חובו של חבירו בעל כרחו של המלוה. ע"י גטיץ עד: וברשב"א שם (ד"ה מכלל), ובקצה"ח (סי' רפ"ג סי' ד). והמתנות בדברי הנתיבות (סי' שד"ם סי' א) יראה וד"ל דאפשר לכו"ע. ורבותינו האחרונים שחלקו ע"ז מהא דאינתא בש"ס (ע"י ב"מ ט"ד) מחלוקת אמוראים אי מצי לוקח מסלק לבע"ח בזווי. והוכיח מזה הגאון ר' שמעון שקאפ ז"ל (ס"ט. וע"ע מקובץ שיעורים קידושין אות לה שמע"ד ששמע מפיו ראה מוכרח להיפק) דא"א לפרוע בע"כ של המלוה, דאלת"ה מה נחלקו, הא יכול לומר הלוקח שחובו של חבירו הוא פורע. וכשנאמרו הדברים לפני הגרי"ז מבריסק ז"ל, פקפק ע"ז ואמר "כאן הרי תובע שעבודו" (הובא בשיעורי וכו' שמואל ס"ט), ולכא"ו הן הן הדברים המבוארים כאן עכ"פ כלפי שור תם, שיש בו את הסברא שהוא 'תובע שעבודו'.

ופ"י זה וכו' ולפ"משי"נ לא דמי כ"ע. וע"ע בב"מ (ד"ה) גבי הא דדינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדי בע"ח, והקשו בתוס' ובראשונים ז"ל מאינפק"מ הא כל מה שראובן היה יכול לטעון יטען שמעון, יעו"ש. ות"י הנמוק"י דנפק"מ להיבא דשויה לההוא שדה אפותיקי מפורש לבע"ח דשמעון א"י לסלק, וראובן מצי ע"ש. ולכא"ו צ"ב מה סברתו. ולפי המתבאר כאן את"ש ודו"ק.

ובדברי המהרש"י וכו' המופלג ע"י המזיק. ובאמת מצאנו לשונות בתוס' שמורים כע"ז, ע"י בתוס' כאן (ל"ג. ד"ה א"א איבא) שלשונו "נתרצה נזיק לבסוף" (הובא בסוף פרק א"א). ובב"מ (י"ד. ד"ה כוון בסוף) "היה סבור לפיכך הבע"ח" עכ"ל. הרי דאינו מה הדין אלא דצריך לפיכך.

ש"י פ"י

כתבו התוס' וכו' לגבי חוב שור המזיק

שהחוב ח"מ מטייל ומעולם לא מנח לו שום דבר על התנאי. ויש ליישב האחרונים שלמדו כן, הלא המה רעק"א הנתה"מ והצפנת פענח ועוד, לפי הידוע שודאי אף בהלואה כל חלותו השעבוד ושאר התנאים והמסתעף לא הוי ממש מדעתן של בעלי הדינים, אלא מהני מכח הפסוק והאיש אשר אתה נושה בו וגו', וכמבואר ברשב"ם ויד רמ"ה ועוד כמה ראשונים בסוגיא דשעבודא דאורייתא (סוף ב"ב), עד כדי כך שטרחו הראשונים בכמה דוכתי (קידושין י"ג) לדעת אמאי לא חשיבא הלואה כמלוה הכתובה בתורה. וא"כ בודאי יש מקום להשוות דיני שעבוד ותנאי ההלואה לדיני שור המזיק, דאלו ואלו מקרא ילפינן.

ויש דקדק. וכע"ז ה' הרשב"א כאן ובשמ"ק בשם עוד ראשונים ועי"ש מה שתירצו. וע"ע מה שהביאו בשם הרב"ד לחלק בין קנסא דעלמא לקנסא דפלגא ניוקא. ובראשונים כבר נתחבטו בזה החילוק, ע"י רשב"א ומגיד משנה (פ"ט נוק"מ ה"א). וע"ע ברא"ש (פ"ק סי' ב) שהביא מחלוקת הראשונים (רבב"ן ראב"ד) אי תפיסה קודם הודאה מהני. הרי דפליגי ביסוד קנסא דפלגא נוקא. וע"י מה שביאר בזה הפנ"י לקמן (לה. במשנה), וע"ע בקצה"ח (סי' ש"ל סי' ב) שהוכיח בראיות עצומות שיסוד מודה בקנס אינו פטור על הגברא. ובמה שיישב הקה"י (סי' כ"ז) לפי"ז את התוס' שלנו. וע"ע לעיל פרק ו.

ויש דקדק וכו'. וטובא יש לתמוה שכוונתם של התוס' שכל החלות חוב אינו מכח המעשה, אלא משום העמדה ברין, והלא סיבת המחייב כבר כתובה באצבע אלוקים (תצא כ"ב ב"ט) ונתן האיש השכב עמה חמשים כסף וכו' תחת אשר ענה, ולא כתיב "תחת אשר ירשיעון האלוקים". הרי דאין העמדה ברין אלא כדי להתחייבו על מעשיו. וכן הוא בכל הקנסות ועונשים. וכן יעידון עוד (שם כ"ב ב"ד) וסקלתם אותם באבנים ומתו וכו' הנערה על דבר אשר לא צעקה בעיר, ואת האיש על דבר אשר ענה את אשת רעהו. והי לכל א' וא' כתוב סיבת המחייב מפרטי המעשה ולא מכוח הרשעתם בב"ד. וגם התוס' במכות לא כתבו היפך זה, אלא שלא חל החיוב עד שעת גמר דין. וכן גבי שור להדיא כתיב (משפטים כ"ב - ל"ח) ולא ישמרנו בעליו - שלם ישלם, ובגמ' איתא דהיינו טעמא משום "ולא ישמרנו" וסתם שוורים בחזקת שימור וכו', וכנודע מפ"ק דב"ק (דף ט"ו) וכנ"ל.

ונראה ההדברים מתבארים ע"פ מש"ב הנמוק"י. וק"ק דאכתי לא ידענא שגם בקנסא הכל מתחיל מהמעשה, ולא מיירי הנמוק"י אלא באופנים של הויקא דממונא ולא בקנסא וצ"ב. ובאמת כבר כ' התוומת הכרי דאף הנמוק"י לא כ"כ אלא למ"ד אשו משום חצו, אבל בהיקו דממונו המזיק לא אמרי הכי. וע"ע בתורה"כ (שם סי' שצ"ב ד"ה א"ך) שכו' בגוף ההלכה של הנמוק"י ד"עראב ערבא צריך",

ע"ש שתמה מנין לו דברים כאלה וצ"ע. אמנם לפי מה שביארנו בציון הנ"ל את"ש, דבודאי כולא היזקות, בין אדם בין ממון בין קנס, סיבת המחייב אחת היא, דהיינו המעשה. שר"מ בתו"א (החדש שעל סדר הדין) שג"כ מתקשה ביסוד הנמוק"י שהקשה לכל מילי דנוקין, ויעו"ש מה שנדחק בזה, ולפי הנ"ל את"ש, וע"ע בסמוך.

והנה וכו' מ"ט כבר איבא מעשה מוזיק. אדאיתנא להכא נסתפקתי אי אמרי' כן אף בגוונא שהשור עשה מעשה דיוק ועדיין לא הווקו נכסי הניוק, ע"י אמרינן אלא אצל אדם המזיק ואש משתעבדי מיד נכסיו, כן גבי ממונו המזיק, או"ד רק לגבי אדם נתחדש חידוש זה, אבל בממונו המזיק (שהוא חידוש) לא משתעבדי הנכסים עד ההפסד ממש וצ"ע. וע"י לעיל (ד"ה) דמספקא ליה לרבא בשור אי כוחו כגופו דמי יעו"ש. ותמוה ברבכל התורה כולא קיי"ל כוחו כגופו (רצ"ח, שחיטה ואדם המזיק), וכן ה' הנחלת דור. וכע"ז הקשו על המשנה (שם) דהוצרך לאשמעונו"ש שלחף בעליה חיוב, וק' דהא פשיטא וכו', וע"ע צ"ל דשאני מעשה שור ממעשה האדם ולא חדא מילתא היא (וע"ע בדברי הגר"ח הובא בכרכיש סי' י"ט), והכא נמי, ועיין.

ש"י פ"א

ולשיפת רש"י וכו'. אך מצאנו שיטה מחודשת מקמאי בשמעתתא זו, והוא דעת בעל התרומות (שם מ"ג ח"ב) ומובא בנתיבות המשפט (קצ"ט ב) בתוספת נופך, ותמצית דבריו, דאף רבא מודה דלמפרע הוא גובה לאחר זמן פרעון, והטעם "דהוי כאילו קנוי ליה הקרקע בשעת הלואה, והוי כאומר לו קנה מעכשיו ולכשאגבך וכו', והגוביינא הוא רק כקיום התנאי דלא בעי קנין". והוא הפלא ופלא מה שצידד הנתיבות בספרו קהילת יעקב על אבה"ע (סי' כ"ח סעי' ד) אי קני המלוה בעל כרחו. ולשיפת רש"י וכו' ובדברי הנתיבות משפט סי' ק"ג סק"ח. ובסימן קצ"ט סק"ב. ויעו"ש שכ' שדעת הי"א בסי' ק"ג עולה יפה עם מש"כ שם.

ובאמת קשה וכו' הלא מעולם היו כגבוי מיד כיון דזמנו מיד. כבר כתבו התוס' (ל"ג) דהגעת זמן ממש אינו עד העמדה ברין לכולי עלמא. וע"ז זה תירצו התוס' וכו' מ"ט א"י נחשב גביה גמורה. נראה דתליא בפלוגתא גדולה בין הפוסקים והקדמונים מה הדין ביחד הלואה מעות או חפץ לגוביינא לפרעון החוב, מי קנה המלוה, או"ד אח"י צריך לגבייה וקנין, דשיטת הרב"ד והמאירי בסוגיא דמקוש במלוה קידושין ו: דיכול המלוה ליטלם עכ"כ של הלואה, וגם אין המלוה יכול לחזור בו, וכן הוא דעת הנתיבות המשפט (סי' שד"ם סי' א בסריד), ויעו"ש שהביא רא"י מב"מ (ל"ה), וכן כתב באבה"ע (סי' כ"ח ז) בספרו קהילת יעקב, אמנם ברשב"א (בחידושו לגיטין כ: ובבית יוסף בשם משרת) חו"מ סי' ט"ו) מבואר דלא קנה בלא קנין, וכן דעת המרדכי בב"ק (ומבא בסדר ש"ח סי' רצ"ב), וכן

ס"ל הגרעקא" (שו"ת סי' ר"ג). נמצא דשפיר י"ל בסברת התוס' בסוגיין עכ"פ בהו"א - דבהגעת זמן גובה מיד, וכן יש לומר בכל שעבוד, וכל שכן לדעת בעל התרומות והנתיבות המשפט (הפובא לעיל), וכ"ז צ"ע רב לחלק בין מילתא למילתא שלא יהא תלוי בפלוגתא הג"ל.

שו"י פ"ב

והנה מהמשך וכו' דזה לא קשיא דהו"ב. הרי שהתוס' מחלקים בין פלגא נזקא קנסא לשאר קנסות, אמנם לאו דבר מוסכם הוא בראשונים, וע"ע בנזקא דזו בברכ"ש (סי' כ"ד א), וכן לא הוקשה וכו' אין הכי נמי דהחיוב כבר ה"ל עליו מיד. ובאמת כבר חקר הירושלמי בזה השאלה בכתובות (פ"ד ה"א), "קנס מאימתי הוא מתחייב", ועו"ש שמיטיק בפלוגתא (עצמת פענח). וכתבו וכו' ואע"ג דכבר יש לו קנין גמור וכו' חשיב לאו בר תשלומין. ואכתי חסר ביאור הני גדרי שלכאורה מתנגדים אהדדי. והגר"ח אמר בנוסח אחר: "לא נגמר זכיותו", וגם זה מחוסר ביאור. וע"י ברכ"ש (סי' כ"ד ב), ביאור יפה בגדר זה. ובצפנת פענח (כ"א) בקיצור נמרץ, "התורה לא שעבדא אותו ממילא רק מוטל עליו החיוב להשתעבד".

שו"י פ"ג

ובודאי ידעו וכו' וכ"כ השמ"ק בשם הרא"ש. והרא"ש שיטתו ע"פ מה שהביא השטמ"ק משמו (ובסם הרמ"ה) דאין ההקדש חל עד שיגיע לרשותו.

ונראה צ"ב אר"י ונעקר ההקדש. וכ"כ הצפנת פענח. אמנם הביא תוספתא (במכות פ"א) דפליגא על הקמ"ל וס"ל להלכה דשפיר הוי כמו תפס, ויישב ע"פ זה הא דספק הקדש להחמיר (כ"ב ג). ע"ש, ולכאן נמצא מחלוקת הסוגיות בהלכה זו וצ"ע.

שו"י פ"ד

ובכתב רש"י וכו' והתוס' תמוה. אך קו' התוס' לכאן תמוה, דלא ציין שום מקום בש"ס שסותר דינו של רש"י. ואפשר אה"נ רש"י למד הענין כפשוטו, וכעין שמצאנו באשה סוטה שהניא עומדת בדיבורה ונשבעת לשוא אע"פ שתמות בבדיקת המים, ע"י סוטה ז. ואפשר זהו ענין מאמרם ז"ל אפילו בפתח של גהינום אינם חוזרים.

שם. ואפילו אם תמצא לומר דלא כיון רש"י לומר שהודאתו פוטרו מקטלא ממש, מ"מ איכא לפרש לפי מה שנתחבטו הראשונים ריש מכוח האם מתחייב גלות על פי עצמו. וכן דנו ש"י האם ע"י הודאתו נמסר ליד גואל הדם. ע"י רש"י ד"ה שחייב גלות, ובמה שביארו הריטב"א בדבריו, וע"ע ברמב"ן. אך במהרש"א שם (ד"ה אחד הורג שוגג ואחד הורג מזיד בסוד" כ' דבהודאת חייב גלות, ונהרג ע"י גואל הדם. וברשב"ם בב"ב (ק"י): ד"ה רצו) כתב להדיא דאינו חייב גלות בהודאת עצמו, וכן מפורש בספרי (וואט במדבר ל"ה - ל), וכן הוא בתוספתא (פ"ב מ"ב).

ונראה וכו' אין שום דבר שמוטל עליו לעשות. יש לדחות דמוטל עליו גלות ומיתה מגואל הדם, ע"י צפנת פענח (וע"ע בסמוך).

ונראה וכו' אין כוונתו דכ"ל צ"ע צממו מחיוב מיתה ע"י הוראה. כל זה צ"ע מכמה אנפי: חדא דלשון רש"י עיקר חסר מן הספר. ותו דברחבי הש"ס כבר כפל ושילש שיטתו זו. ע"י זבחים (ע"א. ד"ה על) ותמורה (כ"ח), והובא בתוס' בב"ק (מ"א: ד"ה על פי עד א' או ע"פ בעלים) וז"ל, דשור אין נהרג ע"פ בעלים וכו' משום דמודה בקנס הוא. וכ"כ רש"י עצמו (שם ד"ה מודה בקנס), וכו' היכי דמיפטר מקטלא מיפטר נמי מכופר", (וע"ש ברשב"א מהראב"ד). ואין לומר דאי"ן מדין מודה בחייבי מיתות ב"ד, דהא כבר ילפינן מקרא "כמיתת הבעלים כך מיתת השור". וע"ע ברש"י (מ"ג. ד"ה מאי לאו כופר) וז"ל: ואע"ג דאין השור בסקילה שהרי הודה, ואמרו כמיתת הבעלים כך מיתת השור, ואם בהודאתו אינו נהרג עכ"ל, הרי שפטור ממיתה.

אכן לקושטא דתשלומא איכא חיוב קנס מיד בשעת עשיית המעשה. כבר צוין לעיל פלוגתא אמוראי בזה בירושלמי (כתובות פ"ד ה"א) יעו"ש. ואפילו להבבלי לא ברירא הא לראשונים שנתחבטו בזה - ע"י ברא"ש פ"ק דבב"ק (סי' כ) שהביא שיטת הרמ"ה דהא דמהני תפיסה בקנס אינו אלא מתקנתא דרבנן אבל לא מעיקר הדין, דקודם העמדה בדין איכא חיוב כלל. והרא"ש עצמו פליג עליו וז"ל: ולא נראה לי, דלאו תקנתא היא אלא דינא הוא דמדאורייתא מיחייב ליה וכו' עכ"ל. וע"ע בחושן משפט (סי' א סעי' ה) ובנושאי כלים שם כמה שיטות בזה לכאן ולכאן. וע"ע ביו"ד (סי' רס"ד) ובש"ך (סי' כ"ב) שלפום ריהטא איכא דעות לכאן ולכאן. וע"ע חו"מ סי' ש"ג סעי' א' ובב"י, ובפלוגתא הש"ך עם הב"ח בתקפו כהן (סי' כ"ג) והרמב"ם וראב"ד (פ"ב מגביה הל"י) שנחלקו בנזקא דזו של יסוד ושורש חיוב קנס.

אולי יש לחקק. וכן יש להוכיח מתוס' כתובות (כ"ט. ב"ה על ביה עד שלא מת), וכמו שחילקו בספרי האחרונים, ע"י ח"י ר' שמעון שקאפ (סי' כ"ט), קו"ש (כ"י א) ואבי עזרי (פ"ח אישות), ודלא כהאמרי בינה דחולק על כל היסוד של שעבוד נכסים קודם העמדה בדין.

שו"י פ"ו

והנה מצינו בתשלומי קנס שני דינים. וע"י לעיל מה שצוין בפרק י. וע"ע באבן האול פ"ב גניבה סוף ה"ב שחקר כע"ז.

והנה מצינו בתשלומי קנס שני דינים. ונראה דפליגי בהא הקצה"ח והנתה"מ (בס"י ש"ג סי' א), שהקצה"ח פסק דאע"ג שמודה בקנס בפני ב"ד אחד פטור, בב"ד אחר חייב כשבאו עדים ולא הודה שם. והנתה"מ (שם ב"ה ובקצה"ח) חולק עליו, ועיין. וע"ע חו"מ (סי' א סעי' ה) דפליגי הפוסקים כשהודאה אין בכוחה לפוטרו, כגון בזה"ז, האם חייל הודאתו לחייבו, דהש"ך וסמ"ע ס"ל דמחייבו,

הקצה"ח ס"ל דאינו חל לחייבו. ובדרכי משה הסתפק בזה, (ומובא כ"ז בקצה"ח סי' ו). ושורש הפלוגתא יל"פ ע"פ השני דינים המבוארים בפנים ועיין.

ומדברי רש"י וכו' ואף על פי כן אם הודה בקנס פטור. איכרא לשיטת האחרונים דס"ל דעצם "מגופו משתלם" אינו שותפות גמורה, ליכא למילף מינה - הגר"ח כתב דלא חייל מיד אלא דין להיות יוחלט (ע"י ברכ"ש סי' כ"ד), ובצפנת פענח כתב שהתורה לא שעבדה אותו ממילא רק מוטל עליו החיוב להשתעבד, והבן.

שו"י פ"ז

והנה כנראה וכו' דחיוב מיתה ח"ל מיד בשעת רציחה. וכן דייק הצפנת פענח (כ"א), וכן מבואר להדיא בראשונים בכתובות (מ"ה) גבי חטאו עד שלא נתמנו ונתמנו, ע"י שם בשיטה בשם הרמב"ן והרא"ה ודו"ק. וכן מבואר בתוס' בשבועות דף ה' (וע"י קו"ש ח"ב סי' י"ג).

והגרעקא כתב וכו' וכמש"נ. וע"ע בקו"ש (ח"ב סי' י"ג ד"ה) ביתר ביאור.

שו"י פ"ח

וקושיה הגמ' וכו' ומאי שנא דפרין בשור תם. וכע"ז הקשה בח"י הרי"ם (בעניני שפכו, ח"מ סי' ל"ט סי' ד').

עוד יש לדקדק וכו' משום דלא סמיך עלייהו. אך בב"ב (פ"ד) אמרו טעמא אחריתא, דלית ליה קלא. וכ"כ בחו"מ (סי' ק"ד סעי' ג'), וע"י בש"ך וסמ"ע ריש סי' ק"יג שנתחבטו בזה. וע"י מש"כ התומים בדברי רש"י אלו, וע"י בסוף פרק זה.

ונראה וכו'. נראה דבפלוגתא הראשונים תליא מילתא, ע"י רש"י כאן ד"ה ש"מ, ובח"י הרשב"א והרמב"ם (המפזיזים בהנחה הגמ' א) שכנראה פליגי בזה. וע"ע בקצה"ח (סי' ת"ז סי' ד') שהכריע לדינא כמש"נ. אך בחו"מ (סי' ג סעי' י"ח) אסר מלהשתמש בו כיון דלאחר העמדה בדין ימצא גנב גמור למפרע, ובכל עת בינתיים הוי ספק גולה. וכן נראה, דע"י באו"ח (סי' תר"ח סעי' ד') בענין מתנה ע"מ להחזיר דאפילו נאנס ולא החזיר נעשה גולן למפרע. הרי להדיא דלא מהניא מה שבאשר הוא שם השתמש כד"ן. ולפלא על הקצות שהוא עצמו הכריע כן להלכה בס"י קצ"א ס"ק ג' ועצ"ג. שוב מצאתי שעמדו הפוסקים על דברי השו"ע גופא דסותר מהו שפסק בחו"מ סי' רמ"א ע"י ח' דנאנס פטור, ע"י במשנ"ב (שם) שחייב בזה בס"ק ט"ו. וע"ע בשע"צ (סי' י"ח) לענין החזרת דמים כהחזרת חפץ, ובשו"ת רעק"א (החדו"ש ח"מ סי' ג'). וע"ע בביאור הלכה שציין לקצה"ח במקום אחר.

ותירין רב נחמן לרדיא וכו' ומוסכם לב"ע. בעיני הג"ל.

לכן נראה וכו' ולמה יוותר על שום זכות שיש לו. כאן סותר למש"כ במק"א. ובתומים (ריש סי' ל"ט סי' ב) כ"כ בענין כללא דשעבודים שמחל,

אך מן ר' משה פיינשטיין הק' עליו כמעט בזה הלשון (כאן סי' ט' ענף ד' אות ב').
 והיינו מאי דפריך וכו' ואם גם בשור תם לא יגבה. יל"ע בזה לפי הכלל הידוע דאין גזרין לאסור דבר המפורש להיתר בתורתנו הק', וכדכ"ה הט"ז בג' מקומות (ח"מ סי' ב', יחיד ק"ו א', א"ח תפ"ח ה'), וכ"ה במפרשים פסחים כג. (תוס' רבנו פ"ן פ"י), וי"ל ואכ"מ.

ש"ו פ"ה

אכן נראה וכו' דאין המזיק יכול למוכר מכירה גמורה קנין הגוף. נוסח זה הוא ע"פ שיטת הר"ן הידועה בנדרים (כ"ט. ד"ה א"ה אבי) דכל המכור לזמן אין כאן קנין הגוף אלא פירות. אבל רבים חולקים עליו וס"ל דאף לשעה שייך קנין הגוף, וכמו שהאר"ק הקצה"ח (סי' רמ"א ס"ק ד) וגם ח"ק דבריו באבנ"מ (סי' כ"ח ס"ק ג'), אך בנתיבות (סי' ה) מסיק כהר"ן.
 והנה הגר"ע בפ"ד מ"ז. אות מ"ה. והובא נמי בגליון הש"ס לקמן צ: ובשו"ת סי' קצ"ו. ונראה גם ש"מיתת הראש וכו' אמורים אלא בשור המועד ולא בשור תם. וכן כ' המאירי לעיל (ג'), וכמו שציינו כאן האחרונים ע"י אבן האזול (נ"א נוק"מ ח) חזו"א (ג' ט"ז) ובאחיזעור (ג' כ"א).

וכן נמי וכו' אלא בשור המועד ולא בשור תם. ובשו"ת חתם סופר (ת"ה סי' קס"ה) במכתב לחתונו הגרע"ק (אורות קושיות) כ' להיפך דרק בשור תם פטור, ויגופו איתר ליה כיון דלית ליה בעלים וכו' אבל במועד שהחייב על הבעלים לא יעו"ש. וכבר תפסו עליו כל גדולי ישראל (מקצתם צ"ח לעיל) מהמאירי ועוד כמה ראיות יעו"ש בדבריהם, ובדברי יחזקאל (סי' מ"ט), ובקה"ל (סי' י"ד) יישב דברי החת"ס מטעם אחר, דמועד הוי ממונא ולא תליא בהעמדה בדין, משא"כ תם דקנסא הוא. וע"ע בקצה"ח (סי' ח' ס"ב). אך בודאי כ"ז אינו אלא לרווחא דמילתא דרע"ק א לא ס"ל ככל הנ"ל. שוב מצאתי בשו"ת רע"ק א החדשות (תוצאת הרה"ר ר' שלמה אראלי שליט"א) במילואים בסוף הספר שהביא דברי הגדולים ששו"ט בדברי רע"ק א ופרש כשמלה דברי רע"ק א, ואף יישב דברי החת"ס התמוהים יעו"ש נפלאות.

שם וכו' כמו שכתב רש"י בפסחים. ונפלא הדבר שהחת"ס שם על הש"ס הגיה בדברי רש"י לקרות דמכירתו לאו מכירה כפשוטו. והחת"ס שהובא לעיל החליף מועד בתם. וב' דברי החת"ס אלו עולין יחד, ועיין.

ש"ו פ"ה

ונמצא פ"י זה וכו' וכ"כ הקצות החושן כסי' ת"ז סק"א בשיטת התוס' יעו"ש. וכן מבואר בשמ"ק כאן בשם הרא"ש ובשם תלמידי רבינו פרץ.

שם וכו' ואע"פ שנדוין לא הושם ולא הוכרו ולא גבה ולא אתיא לידוה. וע"ע בשמ"ק בשם הראב"ד דפליג בזה וס"ל דאף אח"כ יכול לטלוקו בווזי. וכן נקט החזו"א (ג' ט"ז) עיי"ש

טעמו ונימוקו. וכ"כ בעל הקצה"ח באבני מילואים (סי' פ"א ב').
 והנה התוס' וכו' בשאינו יכול תו הודות וליפטר. (א.ה. צ"ח להוסף) וקודם העמ"ד ודאי יכול לטלוקו בווזי. אכן אכתי"ל בזה דאכתי י"ל דדין יוחלט מעכב שום טלוק וזוי כדי להבטיח הפרעון. (וכמו שהוזכר סברא זו כמה פעמים בחיבור זה.) וע"ע באבן האזול (פ"ח - ה') שהסתפק בזה ע"ש סברתו.

אבל באמת וכו' ובקושיית התוס' על דברי ר"ת. וכע"ז בברכ"ש (סי' כ"ד) ובתורת הכרי (סי' ת"ז).

ונראה וכו' אכן לא מצינו בהקדש שתהא מוקדש לשעתו. לעני"ד זה אינו, וכמבואר בסוגיא דמסותא בב"מ (ג') יעו"ש ובלשון התוס' שם ד"ה והא בא"ד וז"ל: וכיון דאם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו מסתמא תו לא פקע עכ"ל. הרי להדיא דלא בריא להתוס' ד"ז. ובסוגיא דבר פדא נדרים (כ"ח - כ"ט) פליגי אמוראי בזה, וקיי"ל דכ"פ קדושת דמים פקע בכדי. ועו"ש ברי"ן (ד"ה הבא נמי דאמר לה"ט) שכ' דאיכא מהראשונים דס"ל דאף בר פדא מודה לזה. וכן פסק הרמב"ם (פ"ד ממעלה ה"א) דשפיר אפשר להקדיש לשעה. וכן איכא מהראשונים דס"ל בדעת אמוראי דאף לקידושי אשה אפשר כיוצ"ב, ע"י ר"ן שם (ד"ה אפר ליה אביי). וכן הוא בלשון התוס' ב"מ (לר. סו"ה א"י נ"מ) וז"ל: ושמא י"ל דקידושין אלימי וכיון דאשכחו רווחא תו לא פקעי עכ"ל. ומפורש כתוב "שמא", הרי דלהלכה לא בריא ליה אם פקעי קידושי אשה בכדי אי לאו, ובש"ס נדרים (ס"ט) להדיא אשווינהו הקדש וקידושין בחדא מתחת. ובעירובין (ל"ז) מפורש דהקדש חל ליום אחד בלבד יעו"ש. וכן פסק הרמב"ם עירובין (פ"ג ט"ז). וע"ע בטור ושו"ע (א"ח סי' שפ"ז ס"ט).

אכן עדיין צריך עיון מובא. וכן הק' החזו"א (בב"ק ג' י"ח) והתרומת הכרי (סי' ת"ז).

אכן וכו' וכן פסק הרמב"ם מ"ז נזקי ממון ה"י"ב. וע"ש באור שמח ומלבושי יו"ט שהק' שם קו' זו ויישבו דעת הרמב"ם לפי פ"י מחודש בגמ' (ע"פ רבינו חננאל מובא בשמ"ק ועוד ראשונים). וע"י בתורה"כ הנ"ל מה שהתפשר בפי הקצות.

עוד קשה לדבריו וכו' וכי במכירת שור אמרינן אחריות טעות סופר. עוד הקשו עדי"ן ממש"כ הרמב"ם (פ"ט - ה"ב) שחייב הניזק על מה שהבכהה מוקת עד שלא עמד בדין. וע"י מה שתי' באבן האזול (ס"ט). וע"י בחזו"א שמפרש באופן אחר מהקצות.

ש"ו פ"ב

כתב הרמב"ם וכו' ואיזה חידוש נוסף יש כאן שאנ"פ שהוא מכור חוזר וגובה ממנו. זה קשה רק אליבא דדודי המחבר שליט"א שלמד בדעת רש"י (פסחים ל: ד"ה כו"ש) דמכרו קיים. וכן נקט הגר"י בהל' שכנים והגר"ח מלוה ולוה פ"ט ח'. אבל לדעת הקצה"ח (סי' ק"ז ס"ק ב')

והנתה"מ (סי' ל"ז ס"ק ז"ג) שלמדו רש"י כפשוטו דמכירתו לאו כלום היא לא ק' מידי. אך באחיזעור (ח"ג סי' מ"א) ובקונטרס השעבוד להגר"ש שקאפ (סי' ד') כבר הרעישו ע"ז, בתוך שאר גדולי ישראל.
 עו"ש ד"קדק וכו' דניזק אלא דמויק. ואפשר שזהו ג"כ דעת הרמ"ה והרא"ש מובא בשמ"ק בסוגיין יעו"ש. שו"ר כ"כ בקצה"ח עצמו בסיומן ת' ס"ק ב' יעו"ש, ודו"ק.

אכן וכו' והוי מקח טעות. ולא זו בלבד אלא י"א שאפילו ידע וסבר וקיבל יכול לבטל המקח.

והוא"ל כ"ך וכו' יכול לטעון שמקחו מקח טעות. וע"י בזה בחסדי דוד (פ"ה - ד"ה שופר).
 ובש"מא וכו' שיאכל פירות עד הגביה. ויל"ע אי תליא זה בגדר מכירה לשעתה אי הוי קנין פירות, וכנודע מדברי הר"ן בנדרים (כ"ט ד"ה אל אביי) ע"י ציונים לעיל. ואולי הכא כו"ע מודו דהוי כהתנו מפורש שהוא קנין לפירות, וצ"ע. שם וכו' נשיגעו זמן הפרעון. ובאמת כן פ"י מקצת אחרונים בכל מכירת משועבדים דהם נמכרים לזמן. ע"י קונטרס השעבוד לר' שמעון שקאפ (סי' ד').

ש"ו פכ"א

וכתב הרמב"ם וכו' חובץ ומזיק הלי"א. מראה מקום זה לא מובא בלחם משנה. ובאמת הוא פלא, דשם כ' הרמב"ם להדיא דחייב משום מזיק שעבודא, ולא נקט הלח"מ ראי' אלא מדיוקא דשורף שטרות. וכבר תמה עליו מרן ר' איסר זלמן כאן וכו' דלכן עצם קושייתו צ"ת. שם וכו' כחפר בה בורות בשמ"ק שטרותיו. כע"ז איתא בשמ"ק בשם ראב"ד, אך תוס' לקמן סוף דף ק"י כ' להיפך, ויל"ע בזה.
 ונראה וכו' ועל ידי כך הוא עוקר עצם השעבוד של המלוה. ועל דרך זה מחלק הברכ"ש (סי' כ"ד ד') באופ"א, ובאבן האזול בנוסח אחר, וע"ע באב"י עזרי (חובל ומזיק שם). וע"ע בציונים לפרק ל"א סברא א' בשם הגר"מ פיינשטיין, ולפ"ז אזלה קו' הלח"מ. וכ"כ בדברות משה שם ענף ו' בד"ה ולמה, בא"ד אבל למה שביארתי.

וע"י זה וכו' שהרי הויקו היוקו גמור. ומקרא מלא דיבר הכתוב (משפטים פ"א ל"ג - ל"ד) כי יכרה איש בור ונפל שם שור וחמור (וכח) בעל הבור ישלם.

אכן וכו' ורק שירד בשויתו. ויש ללמוד מזה חידוש לדינא, במי ששיעבר לחבירו דקל לפירותיו או בית לשכירות או שור לרדיא וכיו"ב, ובא א' הויזיק רק מה שנוגע להפירות והשכירות והרדיא וגוף הדבר נשאר כמקודם שהוא פטור. אך מדברי הגרש"ק ז"ל כאן מבואר להמעין שיתחייב ככה"ג, וצ"ע לדינא. שו"מ שהמהר"ט (שירית ח"א סי' כ"ח) והקצה"ח (סי' ק"ז א') חולקים בזה.

שם וכו' והרי השעבוד במקומו עומד בלי חסרון, כמש"נ. וכע"ז בחידושי רבי שמעון שקאפ כאן (סוף סי' כ"ט אות ה') יעו"ש בנוסח דיליה.

וַמִּסְקָנָא וכו' והרמב"ם פסק וכו' אין לחייבו. והנה כל זה לא אינו אלא אליבא דריוקא דהלחם משנה מדהשמיטה הרמב"ם ש"מ שהוא פוטר מלשלם פחת השחיטה, אמנם לקושטא דמילתא כלל, כריירא כלל, הלא פסק הרמב"ם בכמה דוכתי (ובדוחונו בפנים) דמזיק שעבודו של חבירו חייב, והכא אי ס"ל דיש "יוצא מן הכלל" היה לו לפרש. ובעיקר תמוה, להשמיט הרמב"ם הלכה דחפר בה בורות שיחין ומערות אע"ג דהש"ס בסוגיין השוון אהרדי, וע"כ משתיקתו הרי שהוא נכלל בכללא דמזיק שעבודו דחייב. וא"כ שחט שור תם נמי נימא הכי. וכן המחבר בשו"ע השמיטה. גם בש"ך (סי' ת"ז ס"ק ב) כתב דליכא דרייק מהרמב"ם והשו"ע דפטור. ועוד דהרי הרא"ש (כאן סי' י"ד) הביא דין דחפר בה בורות והשמיט דין שור תם להיפך מהרמב"ם והשו"ע והלא דבר הוא. (צ"ע הרא"ש בשמ"ק וגם בתוס' הרא"ש להר"י השוון אהרדי במש"כ לפי תוס'). שוב מצאתי שדעת הגר"מ פיינשטיין כדיוקא דהלחם משנה ולא שת לבו לדרך הש"ך (עיי' בדורות משנה כ"ד - רבי' הולפה). ויעו"ע בסוגיין דנחלק המרדכי עם שאר ראשונים אי פחית הבורות היה ע"י אדם שלישי אם חייב לכו"ע אף למ"ד מוזיק שעבוד פטור, והיינו טעמא משום דממ"נ חייב לשלם לבעלים יעו"ש, ובשמ"ק דחה סברתו ומסיק דאין לחלק בין הבעלים לאדם אחר. וכן דחה זאת הקצות החושן (סי' שפ"ו ס"ק ה) אבל מטעמים אחרים, [הגם שהקצה"ח סיים "ואם כי דבריו שתומין וחתומין נראה שכוין למש"כ"]. וע"ע בבבאור הגר"א סי' שפ"ו ב.

ש"ו פכ"ב

ונראה וכו' שוב אין מקום לשעבודו ש"י בעל חוב שני. לא ממשע כן בב"ב קנז: בסוגיא דלוה ולוה וחזר וקנה יעו"ש, ואולי בהא גופא פליגא אמרואי שם, וצ"ע. וע"ע בחי' רבינו חיים הלוי פכ"א מלוה ה"א (ב"ה והנה כבר הק' הראשונים).

ש"ו פכ"ג

והנה וכו' וצריך עיון. אך באמת ש"י רש"י צ"ע, וכדחק' הרשב"א (לו' ד"ה ראשון), דהא תינח בראיכא נכסים אחרים וכו', ויעו"ש מה שפ"י באופ"א בשם הראב"ד, וכן הוא במלחמות (שם) ובמאירי. וע"י מש"כ בשמ"ק בשם הרא"ש באופ"א. וע"ע בטור ריש סי' ת"ז שפסק כרש"י. וע"י בפלוגתא הב"ח (ס"ב) והפרישה (שם) האם דינא הכי גם כשילתא לנכסים אחרים, וע"ע בזה בדרישה. ובאתרוגים שקלו וטרו כיסוד שעבוד הניזק אי הוי כמלוה בשטר או על פה, ע"י חי' רעק"א כתובות צ. אור שמח (פ"כ מלוה ה"א). וע"ע בחי' רבי שלמה (סי' ה) שכי' סברא לבאר דברי רש"י בהא שמקדימין הניזק לבע"ח מכללא דאין נפרעין ממכסים משעובדים במקום בני חורין. עכ"פ יצא עוד נפק"מ לדינא, אם היה משועבד לבעל חוב

באפותיקי מפורש, דלרשב"א ודעימיה לא שנא, אך להטור ודעימיה בע"ח קודם.

ש"ו פכ"ד

כ"ן נראה וכו' שביאר דברי רש"י בדרך זה. וכן מבואר מכמה דוכתי במסכתין (פי' י"ג) דשור של הפקר אי לאו מינוטא הוי גובה מדין השור גרידא, וכדאיתבבדא כי מדרשא מהגר"ח (סנטסיל ר"ב). וע"ע בסוגיא דנגח ואח"כ הקדיש דמבואר כע"ז (פי' גריח שם איתרוס). וע"ע בהפלאה כאן על אתר שכ' על דרך זה. וע"ע בחי' הרשב"א כאן בקוצר אמרים ובמש"כ עוד לקמן (לו'). ובחי' הראב"ד.

ש"ו פכ"ה

ובמה שכתב וכו' והוא תובע מאתים של נזק זה. וע"י בסמ"ע (סי' ת"ד - ס"ק ב) שתי' שא"י לתבוע כיון שאינו אלא גרמא ולא פסידא בידיים עכ"ל.

ובמה שהקשו וכו' אולי ימות. וכ"כ הרמב"ם סברא כזו בעניני רבית, ע"י פ"ח מהל' מלוה ה"יב [ואם מתו הצאן וגו' קרוב לשכרין] ודוק. ומפורש בשמ"ק למט' כבורות טז. וראה עוד לקמן שער יב פרק לח.

שם וכו' אבל הכא הרי השביח השור צפנינו. הרי דפליגי רש"י ותוס' אי אמרי' סברא זו, וכבר פליגי רש"י ותוס' לעיל בדף ג. בפירוש הש"ס "לא מכליא קרנא", שרש"י פי' אכל שחת שעתיד לצמות. והתוס' לא הודה בזה, דלא חשבינן אלא מה שאכל לפנינו, ואפשר לשיטתייהו אולי וצ"ת. וע"ע לקמן (דף י"ח - נ"ט). פלוגתא התנאים בכע"ז, וכגון אכלה סמדר רבי יהושע אומר רואין אותן כאילו הן ענבים עומדות ליבצר וחכ"א רואין וכו' יעו"ש וצ"ע. ומרן ר' איסר זלמן חילק בין גידולי קרקע לבעלי חיים (אכן האול פ"ה ה"א), יעו"ש מה שהגדיר בזה בטור"ט.

שם וכו' וספ"ק דעתין שיכזף הניזק לתובעו על כך. וזה לשון התורת חיים (בסו"ד): דאם שהה זה ולא תבעו עד שהיה ראוי להגדיל בששת העמדה בדין ודאי הייתי סבר שישלם לו דמי שור גדול וכו' עכ"ל, וזה יותר חידוש ממשנת. שו"מ בסמ"ע (פי' ת"ג ס"ק ד) שכ' מעין סברא זו להלכה, וע"ע באבן האזל נזק"מ פ"ז סוף הל' י"א שתמנה עליו ודחה דבריו. וקושייתם השניה וכו' ובדואי לא חשיב נזק אלא מה שנחסר השור מחמת עצמו. וע"ע בתו"ח ד"ה שאלמלא במש"כ בסברא זו.

ש"ו פכ"ו

ויש דקדק וכו' והמוזיק וכו' הוי כיוור שרדה חבירו. ע"י בטור (סוף סי' ת"ח) שכ' דהוי כיוור שלא ברשות. וע"י שם בנו"כ ובסמ"ע ס"ק ה' שכ' דאע"פ שהוא שותף הו"ל כשותף היורד בלא רשות וכו', עכ"ל. והראב"ד פי' דשאני הכא דלא ירד השותף אדעתא דשותפות משא"כ שותפות דעלמא. והרשב"א הביא פי' התוס' וגם פי' הראב"ד והסתפק, והניח בצ"ע. וע"ע בנמוקי" ל"ב טז. שמבואר דמהני בזה

דעת המשביח, וז"ל, לפי שאנו רואים שבה זה כאלו קנאו מוכר מן הלוקח, דהא אדעתא למשקל מינה השביחו, עכ"ל. והנה בירושלמי במעשרות פ"א (והביאו הגרי"ח בספרו כ"א מלוה ה"א), הוזרע שדה הפקר חייב במעשרות, ואיפסק ברמב"ם (פי' ברומת ה"א), הרי דלאו כללא הוא דכל משביח כיוור הוא. אך לענ"ד אף בזה פליגי, ע"י בראב"ד בתו"כ ריש פ' בהר ומבואר דפטור, ואולי הראב"ד לשיטתי'. וע"ע מה שנדחק הצפנת פענח (ה"ל ערכין פ"ה ה"ל ע"ג 96 בא"ד ודלא כראב"ה), ולמש"נ ניחא ודו"ק. והגר"ח קניבסקי שליט"א בבאור ההלכה (שם) עשה בזה מחלוקת אמרואי, וע"ש בציון ההלכה ס"ק רע"ג שמסיק דלפיכך לדינא כו"ע מודי דפטור.

שם וכו' והניח מעותיו על קרן הצבי. והנה באמת נחלקו התנאים שם, דבני כהנים גדולים אמרו שלא הפסיד מעותיו. וע"ש ברש"י (ר"ה ת"ן) דלכו"ע לא הניחם על קרן הצבי אם הלוח המעות, דבכה"ג חייב ע"ש. הרי דבשרש השוגיא דומה הוא לשור המזיק. ואולי וכו' ששרי אין הדבר ברור שישאר בידו. וכ"כ התוס' ריש פ' שור שנגח דו"ה, יעו"ש הסברא.

ש"ו פכ"ז

וע"י דבריו קשה טובא. וכמו שהק' האזל שצוין לעיל פרק יט, וע"ע מש"כ בזה המאירי (ל"ג).

והנה ע"י וכו' השוון קצת מנוגג. ובאמת בכמה כת"י ליתא, ע"י בספר מעשה רוקח שכ' מנפשיה שכן נ"ל. אמנם בכת"י אחרים נמצא (ליקוט ש"ס).

אכן וכו' יש פ"רש דברי הרמב"ם באופן אחר. וכע"ז באחרונים ע"י אור שמח מלבושי יו"ט ועוד. ובאבן האזל (ת"י) האריך עוד בזה.

ובבואר וכו' לא שהוא עובר על איסור גזילה. ובחזו"א כתב שמספק עובר בגזילה, ולא עוד אלא שאם השתמש בה ע"מ שלא לשלם הוי גזל מיד, ולא עוד אלא דאם נאנס חייב ככל גזלן. ויסוד כזה כ' הרא"ש בסוכה (מא: סוף סי' לו') ואיפסק לדינא בשו"ע (אית' סי' תתי"ח ד), וכמצויין שם בבאר הגולה. אך הקצה"ח (סי' ת"ז ס"ק ד) כ' דאפילו אשתמש אדעתא דגולנותא ושלא לשלם השכירות אין בו תורת גזילה עכ"ל. ובצפנת פענח בד"ה רש"י ד"ה לרדיא הכריע מדעתו דנחית אדעתא דגולנותא נעשה גולן (כתחז"א ולא תבאנות).

והרי זה וכו' דלא אמרינן שש"יב חמשים זה בעד הקרקע ועוד חמשים זרק לים. מצינו בהלכה דמקדש אחרון (מקדושין מ"ו) דהוי מתנה. וע"ע ערכין ל' ובמ"ש י"ד איתא לתד מאן דאמר לא שדי אביב' שזוי בכדי. וכן הוא בשור תם וכו' והרי זה כמו ממוני גנב בהאי שור. וע"ע בדרך דומה בחי' רבי אריה לייב (ת"א סי' ע"ח).

ש"ו פכ"ה

כחש כשעת העמדה וכו' אחר שכבר יצא
 מבית דין. וכן דייק בספר עמודי אור (סי' קט"ו),
 והביא עוד רא"י מגמ' לקמן (צ"ג) בנזק אדם
 דאם אמדוהו אינו משלם אלא כמו שאמדוהו.
 וכן פויק וכו' **שנא מהמת המנה אחר**
 העמדה בדין. וכן קשו מקצת ראשונים מובא
 בשמ"ק (לה' ולעיל י"ג) וע"ש מה שתי' בנוסחאות
 שונות. ולשון הראב"ד הוא "מתוקף המכה
 הוא מכחיש" ויעו"ש. וכן כוונו לסברא זו
 הפרישה (סי' תר"ג ס"ק ב') והסמ"ע (שם ס"ק ג') ע"ש.
 וע"ע בקה"י (סי' י"ב) כמה שדקדק בדברי
 הרא"ש (פי"א סי' י"א) שרק משעה שנודע לניזק
 הפסידא לניזק, וע"ע בסמוך בכיאר הסברא
 דקדנא דתורא קבירא ביה יעו"ש.

ונראה וכו' ומבואר דכיון שעמד בדין נגמרה
 ופקעה תורת גנב ש"ו. וכן ביאר מרן ר' ברוך
 בער את הגמ' שם. וכן הוכיח הגר"ח מלשון
 הרמב"ם, ע"י בזה בקיצור נמרץ בברכת
 שמואל (סי' ל"ח), ש"מ כ"כ בשמ"ק בשם שיטה,
 ומסיק שם "ויש ספרים דגריס הכי בהדיא
 במלתיה דרבא בגמ" עכ"ל.

ונראה. אך יש גם גירסא אחרת (בגמ' סח'),
 דע"י בנמוק"י שם שלמד דינא דגמ' באופן
 שפסקו שחייב לתת דמים ואח"כ טבת.
 ומשמע דבפסקו התחזיר השור, וטבת, חייב
 ד' וה'. ולפי שיטתו ליכא למשמע מינה
 לעניינינו, אך כבר דחה המהר"ם שם את
 הגירסא מכמה ראיות נכונות. וכן יראה
 מהראשונים ובראשם הרמב"ם (פי"ב גיב' ס"ו).

ונראה (הוספת). היוצא לפי הנ"ל דשם ודין
 מויק מלווה אותו עד גמר דין, ולא היו רק
 חלות של הפעולה ומעשה היק. והענין
 מבואר ע"פ מה דציין בזה הצפנת פענח בדה"ק
 קרנא דתורן וז"ל: ע"י לעיל דף י' ע"ב ודף
 ט"ו ע"ש וע"י בב"מ דף מ"ד. גבי יין ע"ש
 בזה, דזה (ההיק) נמשך וכו', וע"י מ"ש לקמן
 דף ע"ט גבי גנב אם הוא דבר נמשך או משום
 פעם ראשון בלבד. ועמ"ש בהך בהל' רוצח
 דזה דבר נמשך וכו' עכ"ל. וע"ע מה שביאר
 הצדדים ביותר לקמן סה: ד"ה איתביה, ובדף
 סה. ד"ה לימא יעו"ש. וע"ע במפענח צפונות
 פ"ה סי' ל"ג עוד מקורות בזה.

ש"ו פכ"ה

עוד יש להביא ראיה. וכן דקדק הנמוק"י
 כאן (ד"ה שבת נבילה) ויעו"ש שמפרש דין זה
 מהמקראות גופא.

עוד יש להביא וכו' היא פשיעותא דידיה.
 ומשמע דאילו אכת' לא נודע לו לאו
 פשיעותא. וכן כ' הרא"ש (סי' י"א) והנמוק"י (שם)
 ובביאר הגר"ח (סי' ת"ג ס"ק ט'). וע"כ מוכח דהוא
 "דין מיוחד דהמזיק צריך לשלם". ודו"ק.
אלא מפתברא וכו' שאינו משלם כשיש"פ פחת
 נבילה. וכ"כ הרשב"א.

ש"ו פ"ה

והנה עיין ברמב"ם וכו' לא הוכירו רבינו ז"ל

עכ"ל, וע"י מה שביארו בזה המרכבת המשנה
 ואבן האזל (לקמן ה"ח) וברש"י (לה' אלא).

ולמד הרמב"ם וכו'. וז"ל ר' איסר זלמן ז"ל
 (שם) בתירוצו, אלא לדברינו מבואר בפשיטות,
 ששבת נבילה אינו המזיק נוטל בשבת
 הנבילה וכו', אלא דהתורה אמרה דמנכין חצי
 השבת מההיזק, א"כ לא [צ"ל אין] צ"ל דאינו
 נוטל שבת היכי שאין עליו לשלם כלום. ובגמ'
 דרש רק דלא נטעה לומר דבאמת השיג המזיק
 זכות בהנבילה וכו', אבל באמת לא דרשינן
 כן ואינו נוטל בשבת אלא מנכין. וא"כ [צ"ל]
 ואח"י שפיר, דכיון שכ' רבינו שמשלם מ"ה
 לא הוצרך לו לכתוב דאינו נוטל ריות, עכ"ל.

ולמד וכו' אין זה דרשה גמורה. והנה איתא
 במכילתא דרשב"י (יעוד מדרש) שדרשו להדיא
 שאין לשון וחצו את כספו לשון חצי, אלא
 לשון מקצת (ודלא כחתיים כאן ד"ה זה דהאי לישנא לאו דוקא).
 וע"י במהרש"א מהדורא בתרא שטרח בזה.
 וע"ע בשמ"ק כאן בשם ר' ישעי' (יעוד ראשונים)
 דלשון זה דוקא ויעו"ש מה שפ"י. וע"ע בספר
 הכתב והקבלה (כ"א, ל"ח) שהוכיח כדעת
 המכילתא ע"פ הקרא ויחזק את הילדים' אצל
 יעקב. ובספר תורת שלמה אות תר"ע הוסיף
 מקרא מספר שופטים (ט"ז-ט"ח) ויחצם לשלשה
 ראשים'. ובדניאל (ד"ד-ד"ה) 'ותחזק לד' רוחות
 השמים'. ובלשון חז"ל חצי שיעור אין הפ"י
 חצי דוקא אלא כל שהוא עכ"ל, וע"ש מה
 שהפליא במקורות וראיות.

ולמד הרמב"ם וכו' משום צורת תש"ומי הנזק
 למסקנת הגמרא, ובמש"ב. ודע דכ"ז דלא
 כהפרישה והסמ"ע (סי' ת"ג שם). וע"י באבן האזל
 שדחה פירושה בדברי הרמב"ם ולמד כמש"ג
 (וכמו שהעתיק לעיל) יעו"ש, ויל"ע במאי קמפלגי.

ש"ו פ"ה

ויש לעיין. והנה אף הגר"מ פיינשטיין ז"ל
 טרח מאוד בזה בספרו כאן (סי' כ"ד), ע"ש מה
 שהאר"ך בשמעתתא זו ומעמע לא הניח אחריו
 מקום להתגדר בסוגיין. ונעתיק רק חקירתו (שם
 ע"ף ב') ביסוד שיטת ר' ישמעאל שחקר בג'
 אופנים: א) דיש על המזיק חיוב ממש על גופו
 ככל חיובי ממונ בעבורה, רק שדין שעבוד
 הנכסים נתחדש שליכא אלא על שור המזיק.
 ב) דאין על המזיק שום חיוב הגוף, אלא על
 השור, רק שהתורה נתנה רשות לבעלים
 דיוכלו לסלקו בוזיו' ג) דיש ב' חיובים בחי"ט
 דקדן או לחייב את המזיק בוזיו חיוב ממש
 על גופו ככל חיובי התורה, או ליתן לו את
 השור ולא יהיה חיוב על גופו, ותלוי זה
 בהמזיק לברור מה שרוצה עכ"ל בתמצית.

ויש לעיין וכו' דמסיפא הוה ליה למפרך.
 ובשמ"ק בשם הרא"ה כ"כ להדיא, ויעו"ש
 האיך שלמד הקושיא.

והנה במסקנת הגמרא וכו' דמיתוקמא גם
 דרבי ישמעאל. וכן דייק רבינו חננאל, וע"ע
 ברא"ה בשמ"ק באופ"א.

ד"ה אשה, שמיי"ר שם באפותיקי אלים ובטוח
 כע"ז.

ש"ו פ"ב

אמר ליה רבא מפריקא וכו'. וע"ע בזה
 באבן האזל (י"ח) שהקשה כן ועוד קושיות
 וקרובו דרכו למשנ"ב בשמעתתא זו.
 וב"י זה וכו' דבדואי מי שנפ"ה חפצו לחצר חברו
 דפשיטא דאין לו תביעה ש"פ ממוני גבך. אכן
 הסתפק בזה מרנא הגר"מ פיינשטיין ע"י
 דברות משה (סי' כ"ד ע"ף ו'), יעו"ש בריש דבריו
 ובמה שדקדק מכמה ראשונים בזה. וע"ע
 בציונים בסמוך פרק לג.

ונראה דרש"י ס"ה דדין מגופו וכו' והיינו
משעמא משום דאיכא חוקת חיוב וספק פטור. וכן
 הוא להלכה לענין שמירה, ע"י רמב"ם (פי"ב שאלה
 ופקדון ה"ח) דפשיעה בבעלים מספק חייב
 השומר, וכתב המגיד משנה על דרך זה. (כ"כ
 באבן האזל פי"ו הי"ב בריה ובמה). ולענ"ד כבר פליגי
 הפוסקים בגדר יסוד זה, ע"י שו"ע ורמ"א סי'
 ש"מ סעיף ג' מה שפליגי כבע"ז. וע"ע בב"י
 (סי' רצ"א) בשם תלמידי הרשב"א פלוגתא בין
 רמב"ן ורשב"א בענין שומרין אם שייך פטור
 דאינו יודע אם התחייבת', וכמו שביאר שם
 הש"ך שם (סי' מ"ד), ואולי מויק דומה לשומר
 לענין זה ודו"ק. וע"ע בתוס' בב"מ (ע"ז ד"ה ובלה)
 בענין שומר של ב' פרות ונולד ספק באחת,
 ויעו"ש דומה לעניינינו שג"כ מיי"ר בב' פרות.
 וע"ע בראשונים שם ובפרט בנמוק"י בשם
 הרא"ה. וע"ע בקצה"ח (סי' ט"ז ס"ק ד') בארוכה.

וע"ע בזה בירושלמי פ"ח דשבעות פלוגתא
 האמוראים ביסוד דפשיעה בבעלים, וכדביאר
 הצפנת פענח (בביק סוף י"ג), ובהוה תליא אלת
 הכבלי (שם). ועפ"ז ביאר ש"י הרמב"ם יעו"ש.
אב"י התוס' וכו' דבכה"ג ליכא חיוב מעיקרו.

אכן ק"ק לירד לעומקו של דבר, כי בעת
 הנגיחה כבר חייל כל החיובים בעצם, וכמו
 שביארנו לעיל בפרק י', וא"כ לא נשאר יסוד
 הפטור אלא על התשלומין ולא על החיובים.
 אך יש להסתפק בהא גופא מי אמרי' דעקירת
 דין תשלומין הוי עקירה מחזוקת החיוב, או
 דילמא הוי רק פטור בעלמא אע"ג שהחזוק
 החיוב, וצריך לחפש ראיות. וע"י בציונים
 לפרק לא דלכאורה תליא באותן הסברות.

אכןקשה וכו' אל"א דב"א"ה שתי התוס' נראין
כפליגי אהדדי. ובאבן האזל מבאר בטוב טעם
 האיך שלא פליגי אהדדי, ואעתיק סו"ד (כ"ה)
 וברע"ה (ר"ח) וז"ל: ובדברינו מבואר מה דהתוס'
 קבעו שתי הקושיות על שני מקומות, הקושיא
 דא' גדול וא' קטן קבעו מקודם על מה דאמר
 שמע מינה שני שוורים תמים, והקושיא
 משחטו כתבו במסקנא על מה דמפרש רש"י
 דלר' ישמעאל אם נאבד משלם מביתו, משום
 דבאמת הם שני ענינים, וכל קושיא במקומה
 ואינם שייכים זל"ז, דמקודם הוכיח ומספק
 אינו גובה, וא"כ הוכיח דאינו משלם מביתו.
 אח"כ ראיית שבתורת חיים נחית למש"כ וגם
 הפני יהושע ציין לעיין בו וכו' עכ"ל.

אכן קשה וכו' וצריך עיון. ור' איסר זלמן מיישבו (שם)

ש"ו פ"א

ויש דקדק וכו' והר"ו כמו שור ש' ראובן שנכנס לחצרו ש' שמעון. יש לחלק דבכה"ג שניהם חשובים מרא קמא ואין מוחזק של גודרות כלום (עי' רשב"ם לה), משא"כ הכא שפיר איכא מרא קמא כנגד מרא בתרא ויל"ע. שו"מ ברא"ה בשמ"ק מבואר כדברי דודי המחבר שליט"א דגם באגם דינא הכי. ומרן רבי משה פיינשטיין (ברכות משה סי' כ"ד ריש ענף ו' בסוגריים) תמה עליו כנ"ל.

ויש להמתקן. והנה כבר העירו הראשונים דאיכא סתירת הסוגיות בזה. דבנדרים (נז). מסיק הגמ' דיד בעל השטר על העלוניה יעו"ש. ולפום ויהטא אפשר, דאה"נ בחקירה זו גופא פליגי האמוראים והוא נפלא. וע"ע בר"ן שם כמה שישב הסוגיות בשם הרמב"ן. אך כנראה פליגי בזה השו"ע והרמ"א בחר"מ (סי' ר"ד סעיף י"ב) וכן ביאר שם הסמ"ע (סיק מ"ח).

ויש להמתקן בדין וכו' המוציא מהבירו עליו הראיה. צד זה לא דוקא בשטר, דאף בקנין כסף י"ל כן. וע"ע מה שדקדק הפני יהושע בגיטין ט. (בתוס' ד"ה לעולם) בדעת רש"י והר"י ועוד כמה ראשונים דס"ל דבכה"ג השטר לאו כלום הוא, ורק ע"י כסף חל הקנין, ובחור"מ (סי' רמ"ב) הובא ב' שיטות בזה, וברמב"ם (הל' עבדים פ"ח) לא משמע שחשש לכי"ז, וע"ש בלשון המגיד משנה ודו"ק, עכת"פ הפני.

ש"ו פ"א

וקשה דלכאורה היינו דינא דרבא וכו' והלא נדחו דבריו רבא מפרזקא במסקנת הגמרא. וכן הק' בבית אהרן וסיים שכ"כ בשמ"ק ל"ו. יעו"ש, וצ"ע כוונתו בזה. ובשמ"ק מו: בד"ה וז"ל הר"ה שקיל וטרי קצת בזה, יעו"ש. וצריכים לומר וכו' והוי מויק משותף לשיני בני אדם. וכענין מש"כ התוס' ל"ו. ד"ה ש"מ שהזיקו שניהם יחד".

ש"ו פ"א

אכן יש דקדק בזה. וע"ע בשמ"ק בשם הרא"ה מש"כ בזה.

לכן נראה וכו' הוי שעבוד מחודש וכו' א"ס כ"כ וכו'. וז"ל הצפנת פענח לעיל (ל"ב): כסברת יוחלט השור, עמ"ש לקמן נו: ובמכילתא פ' יתרו דר"ע ס"ל דמה שפסקה התורה לא הוי חיוב על האדם לעשות כך רק על עצם הדבר, שהוא כך ממילא וכו' עכ"ל. וע"י לקמן (נ"ג) בד"ה ר"י אמר כשדומה שכו דמי, כיון דרחמנא שעבדיה בעל כורחיה, שכתב בצפ"ע: זה תליא אם כל חיובי תורה רק חיוב או קנין, וכמו לעיל דף ל"ד לר"ע יוחלט ולר"י לא וכו', ע"י כתובות פד. מה שיש לבעל על האשה, וביבמות לח. וע"י מש"כ רש"י כתובות דף ע"ט גבי פירות וגיטין דף מ"ז. וע"י כתובות פ"ו. ברש"י גבי פריעת בע"ח מצוה, וכן גדר שמיטה אם זה כפרעון

או הפקעת הלואה ע"י שביעית פ"י מ"ב רמב"ם פיהמ"ש, וע"י מכות דף ט"ז. גבי גר בהלואה אם זה פרעון. וע"י לקמן דף ק"ד וק"ט. וע"י מש"כ התוס' בכתובות דף נ"ו: גבי דיני שומרים אם זהו בתורת מה שהדין משעבדו או מה שהוא משעבדו וכו' עכ"ל. וזהו האלימות של ה"שעבוד מחודש" כאן והבן.

ש"ו פ"א

ועוד יש להתפלא וכו' על דברי הבעל המאור בדרך זה. וע"י במשנת רבי אהרן שהאר"ק כביאור פלוגתתם, ויישב דברי הבעל המאור באופן אחר.

ונראה ליישב דבריו וכו' ואיכא נמי דין גביה על גופו ש' שור. וכנודע מרבינו פרץ (לה' ד"ה אילו היה גבן) ואיתפרסם בשם הגר"ח (ע"י סטנסייל לוף י"ג).

אכן כשבעל השור פשע וכו' מדין בעל חוב ולא מדין נזק. וכ"ז דלא כהתוס' מה. סוד"ה השתא וז"ל: ושור תם דמויק ברשות שומר אפילו קודם גמר דין אם יחזירונו שומר לבעלים לא יפטר בכך, כיון דמויק ע"י פשיעת שומר ונפל ברשות נזק להחליט לו מיד לר"ע ולהשתעבד בו ולר"י לגבות מגופו, והו"ל היוק ניכר וכו' ולא יכול לומר הרי שלך לפניך וכו' עכ"ל. וכבר חילקו האחרונים בין הכא למעריקנא ליה לאגמא, ע"י מהרש"א מהדורא בתרא, וע"ע בפני"ו ובמה שחילק בין שחטו מה שעשה עשוי להכא. ומבואר להדיא שרבותינו לא ס"ל שיש לחלק בין שומר לבעלים, והבן.

ש"ו פ"א

ויש דקדק וכו' הלא ספיקא דאורייתא לחומרא. במקראות שלפנינו פ' משפטים בפרשת הנזקין לא הוזכר חיוב ואיסור זה, רק חיוב ממון ותשלומין. ואפשר אה"נ ליכא איסור כלל לשמירת נזקין וא"כ לא ק' מידי. ואציין מקורות לזה, גמ' ב"ב (כ"ב) גרמא בנזקין אסור, משמע דאיכא איסור. בב"ק (ק"ד) במשנה מבואר דאסור להזיק אפילו ע"מ שלם. קידושין (כ"ב) בנזק אמרי' אין שליח לדבר עבירה. וכן איפסיק ברמב"ם (פ"ה מנזקים ה"א).

וע"ש בקריית ספר שכ' נראה דהוי מדרבנן. אך ברבינו יונה אבות (פ"א מ"א) מבואר דהוא מן התורה, שכ' נזקין וכלל בלאו דלא תגזול. וכן משמע ברמב"ם ע"י פ"ב תשובה ה"ט וע"י פ"ה חובל ה"ט ובלחם משנה שם. וברש"י בגיטין (נ"ג) בד"ה מטמא ומדפס) כו' ז"ל: איסורו דרבנן הוא כיון דלא שמה היוק אין כאן איסור דאורייתא עכ"ל. הרי להדיא דהיוק ניכר אסור מדאורייתא (מהגאון רבי שלמה אריאלי בנחל שלמה). וכ"כ בטור (ריש סימן שפ"ח) יעו"ש. וע"ע בלבוש (שם) דברים מחודשים. וע"ע בהגהות רעק"א לחומ"מ (סי' צ"ב) בשם המרדכי דמויק ממון ומזיד אע"פ שדעתו שלם הוי רשע דחמס ופסול לעדות, והים של שלמה (פ"ו ל') חולק ע"י. ובפ' קדושים (קריקא י"ט, י"ד) ולפני עור לא

תתן מכשול, ע"י במכילתא שם שכ' שאזורה מלעשות בור ותקלה. (ומבואר בשמ"ק ב.) וע"ע ביד רמה (כ"ב כ"ח) דאיסור מויק מקורו מאכן. וכ"כ הנוב"ל (אבה"ע סו"ס ע"ח). וע"ע במשך חכמה (שם). וע"ע בב"ק (ט.) כל שחובתי בשמירתו הכשרתי את נוקו. ע"ש ברש"י ובפי' המשניות להר"ם. אמנם ע"י מש"כ רבינו חננאל לקמן (ט"ו), ולא הזהירה התורה לשמור אלא המועד שנאמר ולא ישמרנו יעו"ש. ולפ"י שור תם איננו דאורייתא כלל, וכ"ש לדין דפלגא נזקא קנסא, ולפ"י נ"חא. (וע"ע בתוס' ב' ד"ה אבל).

ויש דקדק וכו' הלא ספיקא דאורייתא לחומרא. וכ"כ כביאור הגר"א (ח"ים סי' ק"ה סעי' ה) דאיסור מויק מן התורה, ולהכי ל"ד הרמב"ם ספק הרחקת נזקין לחומרא. וכן כ' הרשב"א (כ"ב) "דספיקו להחמיר". וכ"כ בתוס' ג. ד"ה דומיא. והענין דבנוק ממש ונוק"מ ודאי דאורייתא הוא. וכדביאר בזה הגר"ח (סטנסייל ר"ח) דודאי לא תשים דמים בביתך שאסור להעמיד סולם רעוע הוא איסור דאורייתא, מלבד החיוב הממוני. וכן ביאר החתם סופר (רי"ד סי' רמ"א) יעו"ש בקיצור נמרץ.

ועוד קשה וכו' וז"ל הכא קא מחדה ליה. הלכה מרווחת היא בכל מקום דאין ספק מוציא מידי ודאי (יבמות לה), וחזקה מעיקרא באיסורים וחזקה מרא קמא בממון (שלידת הקונטרס הפסקות דתא נ"ח). והממע"ה ואין רא' אלא בעדים, וכל עידן דהוי תחת ידו הרי הוא שלו וכדאיתא רפ"ק דבב"מ.

ונראה דכל דין וכו' כל מי שנידו לשומרה וכו' נכ"ש ינו"ש. כוונתם של התוס' הוא ע"פ חידושי בתוס' הסמוך (ד"ה הפעול) יעו"ש. והגר"ו מבריסק ז"ל הגדיר סברתם הובא בברכת שמואל (סי' א' ג' ד"ה והנה בקצה"ח). וע"ע בפרק מה ובציונים שם.

ונראה דכל דין בעל הזיק בממון וכו' אינו תלוי כלל בבעלות על הממון וכו' (ע"י סוף הפקד). והנה נהי שבדאי כן הוא, ובאמת גמ' מפורשת היא (שם ט"ו). אמר רב מתנה אמר רב המעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו חייב ע"כ. אפ"ה לאו מילתא דפסיקא היא, דיעו"ש בתוס' (סוף הירובי) שכ' דכל זה רק בנתכוון לגזול אבל באופ"א לא. ולהדיא חילקו התוס' בין גולן לשותפין דלא אמרי' הכי, וע"ע.

ודע, דאפילו את"ל "ההחיות שמירה הוא ע"ז שתח"י ושליטתו", אמנם זה רק לדעת התוס' ולא להלכה, דעיי"ש ברש"י ד"ה מעמיד שמבואר שם דאינו מטעם שמירה ובעלים אלא מדין אדם המויק, וכן דקדוק המפרשים. ומפורש הוא בח' הרשב"א כאן והעתיקו המגיד משנה בדעת הרמב"ם (ד' ג') ושאר הנו"כ. וכ"כ הרמ"א (סי' שצ"ד סעי' ג'). וכן דעת מרן הב"י (שם). וכ"כ הב"ח ופרישה וסמ"ע וגר"א דדעת הרמב"ם טור ושו"ע פה אחד כהרשב"א ודלא כהתוס'. והיינו דא"א להיות בעלים ע"י ששולט בה ות"י גרידא, (וכן התוס' הודו לזה במקצת אלא דס"ל דע"י דעת מרן כגון לגזול או

לטובתו יעו"ש), וכן הוא דעת הירושלמי בב"ק (פ"ג) ושבעות (פ"ח ה"ב), וכמו שהוכיח הצפנת פענח לעיל (מה: הוהנת מערכין פ"ח ה"ב).

והנה מה שמוכר בפנים מדר"מ: מסרו לשומר חנם וכו', אה"נ יל"ע בזה. וע"י מה שישב באבן האזל (פ"ד ה"ח ד"ה והנראה) בטוב טעם ויסודו מהמכילתא (פ"י ק"ף) על הפסוק "ולא ישמרנו", ותמצית הסברא היא דעיקר השעבוד בשור תם נקבע על גוף השור (וכידוע). וע"ע בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ד נזיק"מ ה"ד) ובסטנצל (ה"ל) בשם הגר"י ז"ל.

ש"פ. והיוצא מזה נפק"מ, דלפי סברת דודי המחבר שליט"א, בהמה של הפקר שהיא תחת ידו של אדם חייב בנוקיו, אמנם לפי מש"נ כאן ליחא. וכן מוכח משו"ת הרשב"א (ח"ד קמ"ז), וע"ע בזה בברכ"ש (פ"א א"ג). אך לפי מש"כ הרשב"א בחידושו הנ"ל יש לדחות דלשיטתיה אזיל, אבל התוס' לא זו מקומה. שו"מ בקצה"ח (פ"י ק"ה ס"ק ט) שמצא בזה עוד מחלוקת ראשונים, וע"ש עוד חידוש נפלא ודו"ק. ואולי יש לתלות עוד בזה גם השאלה שנוג' רבתינו ז"ל אי נאמרה דין עצמדי בבמהת הקדש, דהחזו"א (ביק א' ד) לא חילק בינה לבין בהמת חולין, והגר"י, מוכא בברכ"ש הנ"ל פוסט וצ"ע.

ומשום הכי וכו' שלא יצא וזיק. ולא זכיתי להבין כי הלכה רווחת היא בכל התורה דאנוס רחמנא פטריי. שוב מצאתי כן בש"ך (פ"י ת"א ס"ק ג' ב"ה), וע"ע בקצה"ח שם (פ"ק א' ב"ה), וע"ע ברמ"א (פ"י קמ"ז ס"י ח) בגדר חיובי שמירה של שותפין, ובמש"כ הש"ך שם ס"ק ט"ז (מובא לקמן בפרק מד).

ש"ו פ"ט

ועיני במהרה"ם. ולזה הסכים הפנ"י. ואולי יש לקיים הגירסא שלפנינו. וכע"ז במהר"ם שיף. וע"ע בחזו"א כע"ז ומש"כ לפי"ז חידוש לדינא.

ש"ו פ"ט

וסקא דעתא וכו' וכמו שבאמת פריך בגמרא יחזיר לבעליו מיבעי ליה. וע"י בח"י ר' שלמה (פ"ה ח) כע"ז.

ועל זה פריך בגמרא וכו' ואם כן יחזיר לבעליו מיבעי ליה. וכנראה שלדינא איכא פלוגתת הפוסקים בזה, ע"י ס"י ע"ב סעי' ב' ובש"ך ס"ק ט' ובקצה"ח ס"ק ג'. במש"כ על דברי רש"י ותוס' שלנו.

ש"ו פ"א

ומה שכתב דנעשה עליו שומר שכר וכו' למה באמת נעשה שומר כ"ל. הרמב"ן במלחמות (פ"ט שבעות כה: מדפי ה"ר"ף) כ' טעם אחר, וכ"כ רבינו חננאל (מובא שם), והיינו שאינו חייב באונסין. וע"ע במש"כ ר' איסר זלמן בזה (פ"ט נזיק"מ ה"ג) בסברת רש"י, ובמה דפליג על הראשונים תוס' (הור"ש) בטעם שנעשה שומר על כל השור. ויש להסתפק וכו' אב"ה הוא הדין לשמירת גופו. ע"י בעה"ה הנ"ל. אמנם שיטת רש"י בזה

(בב"מ פב). מבואר דחייב בשמירת גופו יעו"ש. וע"ע בתוס' שם (פ"ב ד"ה א"מור). ועיני ברא"ש וכו' ומשום הכי מופלג עליו גם שמירת נוקיו. וע"ע בציונים לעיל פרק מ ובמש"כ נתיבות (פ"י ע"ב).

ש"ו פ"ב

והע"ן בטוגין וכו' אחרון אחרון נשכר פשיטא. וכן הק' בתורת חיים יעו"ש. ולפי דברי רש"י וכו' דהני תנאי כהני תנאי. וכן הק' בראשונים, ע"י שמ"ק בזה, וע"ע בפנ"י.

ולפי דברי רש"י וכו' יש לומר. וכע"ז בפנ"י, וע"ע מה שסיים שם "וע"י בספר המאור ובמלחמת ה' להרמב"ן" ויל"ע.

ש"ו פ"ג

ויש לדקדק וכו' וקנה בו הניוק כנגד חצי הניוק. ע"ע בשמ"ק בשם ר"פ, ובתוס' רבינו פרץ מש"כ בזה. ולכן אליבא וכו' ואין לו שום צורך בחלק המזיק. וכן כ' התוס' נו: סוד"ה פשיטא.

ש"ו פ"ד

ואולי יש לחלק וכו' וממילא נעשה על כ"ל פנים שומר חנם על חלק השני. ע"י לעיל פרק לח ובציונים בסופו וע"ע בריטב"א בב"מ (פ"ב) שהסתפק בזה.

ש"ו פ"ה

ועיני במהרה"א וכו' ואין השומר משלם חובו בממונו של הבעלים, זה אינו. באבן האזל (פ"ד ה"ח) כתב בזה דאה"נ אליבא דכו"ע אזלי סוגיין, ואלא יש חילוק בין ר"ע ור"י בגדר מגופו. יעו"ש.

והש"ך ס"י ת"א וכו' אכן הקצה"ח וכו' מגופו של שור. וכל הבאים אחריו כתבו לחלק בין גולן לכאן, וכמובא במילואי חושן שם, וכמה כתבו שאין כאן שמירת נוקיו רק גופו משא"כ בגגב, וע"י חזו"א.

והש"ך וכו' אכן הקצה"ח דחה דברי הש"ך. והנה בבאר שורש פלוגתתם הפליא לעשות בח"י ר' ראובן (פ"י ט"ז), וע"ש באות ב' שהקדים לזה ג' סברות בטעם חיוב מגופו אצל שומר, וכ' שכוון לדברי הגר"ח (פ"ד ה"ה). וע"ע (באות ד') מה שהשיש פלוגתתם בהררי קודש בין הרא"ה (כאן מובא בשמ"ק) להתוס' לד. ד"ה אילו גבך והראב"ד (הובא ברש"י לו). יעו"ש. וע"ע בציונים לעיל פרק לא ואכ"מ.

והשתא נראה וכו' מכל מקום גם המפקד יש לו תורת בע"ה המזיק. וכע"ז באבן האזל (פ"ד ה"ח) בד"ה ועוד יש לומר. וע"ע שם דרכים אחרות בד"ה אכן לש"י הר"ח, ובד"ה אכן עוד דרך אחרת ויעו"ש עוד כמה ראיות מהש"ס, ראשונים ופוסקים.

והשתא נראה וכו' יש לו תורת בע"ה המזיק. ונוסח אחר אמר מרן ר' ברוך בער ז"ל, "אלא כשהשור יש עליו תורת בעלים", "אן קיין בעלים איז עהר קיין שור ניט", דלאו עליו משתעי קרא. ויש כמה נפק"מ לכאן בין ב'

נוסחאות אלו ואכ"מ, ואחת מהן היא כשנח בעודו ברשות אחר או הפקר האם מצטרפין אח"כ כשיהיה לו בעלים (לפי"ד לעיור תורא). וע"ע נפק"מ בשם הגר"ח בברכ"ש (פ"י ס"ה סוף א"ת א"ת ור"ש א"ת ב. ובפי"א א"ת א). וע"ע בענין הוהנת גנחן ר"פ חזקת הבתים ואכ"מ.

והשתא נראה וכו' כל מקום שהח"ך שם בעל"ז עליו. יל"ע בזה דסברא זו לאו לכו"ע היא, ע"י תוס' ל"ט. ד"ה ואם וכו' ובמה שדקדק ביש"ש (פ"ד ס"י י"ד ב"ה וכן יראה).

ונראה דלפי זה וכו' גם עליו תורת בע"ה המזיק. וק' האיך יתחייב מכת זה, הא באותו שעה אונס הוא, וצ"ע. וראיתי באבן האזל ששקל וטרי בזה בקיצור נמרץ (שם ד"ה ועוד י"ל). אכן היבא דתפמו וכו' ולא שייך ביה דין מגופו משתלם בחלקו. ואכתי יל"ע אמאי לא הוו שותפי אהדרי, ובאמת כן מבואר בתוס' לקמן נו: סוד"ה פשיטא.

ונמצא לפי זה וכו'. ואכתי יש להסתפק אם יכול להקדיש ולזבין חלקו א"ע"פ שפקע דין בעלים לשאר מילתא וצ"ת. וראיתי שהגר"ח חידש שיש ב' דיני בעלים, א' לנויקין וא' לממון, ונפק"מ לאיסורי הנאה, ע"י ברכ"ש (סוף א"ת א') בזה כמה שנוגע למגופו משתלם. וע"ש עוד נפק"מ למעשה (באות ב).

ש"ו פ"ו

ובטעמא דמילתא וכו' הוא"ל ובעלות דאפטרופוס לאו בעלות גמורה היא. כן הוא כוונת התוס' כפי מש"כ בברכ"ש (פ"א א) ע"פ שו"ת הרשב"א (ח"ד קמ"ז), אמנם אחרונים אחרים נקטו שרק מטעם אונס הוא, ע"י חזון יחזקאל (ד"ד ב' ביאורים ד"ה א) ובאבן האזל כאן ובאילת השחר. וק' לדעת מהו דעת הרמב"ם בנקודה זו.

אכן נראה וכו'. וע"ע באור שמח (פ"י ה"ג) שפי' עדין, וכבר כ"כ הים של שלמה (פ"י י"ב ד"ה ופסק) יעו"ש דברים מפורשים. וכבר מבואר זה בראשונים כמה נגיחות צריך ליגח עד שמעמידין אפטרופוס, ע"י תוס' לט. (ד"ה ואם) מבואר כמה פעמים, ומפורש ג"כ ברשב"א. ובמאירי וחי' הראב"ד חולקין וס"ל אפילו פעם א' ודו"ק.

אכן נראה וכו' דהא אין מקבלים עדות שלא בפני בע"ה דין, כמש"נ. ולפי"ז יצא נפק"מ לדינא, דלדעת הרמב"ם אפשר שיחייב נזק שלם אחרי ג' נגיחות (ע"י תוס' כד. ד"ה א'), משא"כ לרש"י ותוס' לא יחייב עד אחרי הנגיחה הרביעית, דנגיחה ראשונה אינו כלום. (וע"ע במאירי כהנ"ה) ודו"ק.

אכן מביין שנחא וכו' ומי שהוא במדינת הים שנגחחו פטורין, כנ"ל. וכן דקדק החסדי דוד (פ"ד ה"ה ד"ה וכן), וכבר דקדק הכי הראב"ד והרשב"א והרא"ה (הובא בשמ"ק) ממתני' גופא.

ש"ו פ"ז

וטובא יש לדקדק וכו' שאיתחוק בנגיחות ונעשה מועד. מה שכ' אינו עלול ליגח כמו

שור שאיתחוק בנגיחות ונעשה מועד" תמה ביותר, דמה יודע השור בהעדאת התורה ובתי דיניו ובעלים וכו', הרי מאחר שהוא נגחן קשה לשומרו, ודין "מועד" הוא רק לקבוע זמן מלא ולהאזין או למרע עם צריך שלם נוק שלם (משום סיבה או סימן), אבל אפילו נגח מאה פעמים לא משלם נוק שלם אלא חצי כ"ז שלא הועד כדן, (ובדאי מועד של ג' נגיחות אינו קל לשומרו יותר מהם בעל מאה נגיחות). שוב מצאתי דברים מפורשים כנ"ל בתורת חיים וצ"ע. אך מצאתי חבר למש"נ - מדברי רש"י ז"ל (מ"ד"ה שמכיר בו שהוא נגחן) ז"ל: אבל לא ידע שנגח ג' נגיחות וכו' עכ"ל. הרי להדיא שנגחן מירי בפחות ממועד גם מצד הנגיחות, ואת"ש. ואלא דהא גופא קשיא דלהלכה אינו דוקא בפחות מג' נגיחות, אלא כל שעדיין תם, תם הוא. וכן תמה (דוחה) עליו בעל התו"ח הנ"ל וצ"ע. אך ע"י בתוס' ל"ט עמוד א' ד"ה ואם הוחזקו שתי קושיא זו להדיא, וצ"ע ג.

שוב מועד השואף וכו' מלבד מה שצריך לקבל על עצמו לשמור השור שלא יצא לחוק צריך נמי לקבל על אחריות השמירה. דבר זה תליא בפלוג' הרבנות ביסוד חיובא דשומרין, (א) מדין מזיק (שלא שמו) - ע"י נתיבות המשפט סי' שד"מ סוף ס"ק א' (וכיון שמחל חיוב שמירה מילא נפטר מחשלומו). (ב) שהתחייב באחריותו - ע"י נתיבות המשפט סי' ש"ה ס"ק ב' וקצות החושן סי' ע"ד ס"ק א', ויעו"ש היטב ומבואר להדיא דאף בכה"ג שחזר בו מחיוב שמירה (וכדן פועל), מ"מ מקביל ע"י בתשלומין - ע"כ עיקר גז"כ קאי על האחריות ותשלומין, וע"ע בקה"א סי' ל"ח. עוד סוגיא נראה דשייכא לזה, ע"י בב"ק עט. בענין אי צריך משיכה בשומרים, ולמסקנא פליגי בה הראשונים האם יכול לחול חלות דין שומר בקבלה גרידא, (להתוס' ורא"ש יכול ולרש"י והרמב"ם לא. וע"ע במתנה אפרים שומרים סי' ח). והנראה דפליגי ביסוד חיובם וכנ"ל, ועיין.

שוב מועד השואף וכו'. ועל דרך זה בתי דיני' שמעוין שראש (סי' ל"ג ב), וע"ש עוד מה שביאר מצד גרמי מקח טענות וטעות בקבלת שמירה. וע"ז זה עונה וכו' ושאר החיוב תשלומין נשאר על המשא"ל. דברים אלה צ"ע דלהלכה לא מצינו ב' שומרים משתתפים באופ"ז כלל, אלא באופ"א ע"י בב"ק (י). וברמב"ם (הל' מקומ' פי' ה"ז וה"ל גביה פי' ה"ז) ובחור"מ סי' שצ"ו סעי' (ח).

וגר"א דנהג וכו' מה שגרם לו הפסד בפשיעתו. כן כ' התוס' להדיא בדרך מה. ד"ה השתא בסו"ד. ובה נבין וכו' שברין הוא שיפטר לגמרי. ע"י לעיל ט. פלוגתת התוס' והנמוקי" אי הוי גזלן בהיתר או דהוי כהלוואה, ובין כך ובין כך הוא חייב לשומרו ע"י תוס' פ' הכונס נו': בזה, וי"ל. וע"ע בב"מ סז. גבי פירות ובתוס' בב"ק קיב. גבי ריבית, וע"י צפנת פענח מתנ"ע (עמ' ל"ה) הסברות בזה. והמשא"ל עונה לו וכו' דאם השומר יש לו

נכסים צריך לשלם. וכע"ז ביאר האבן האזל (פי' ה"ח) יעו"ש עוד ראיות נכונות.

וגראה דנהג מצינו שני אופנים ש" מקח טעות. כדמבואר בכמה משניות, ע"י בב"ב פג: וצ. ובעניני אונאה בח"מ ע"י מה. וכן בענין קידושי טעות מצינו בתוס' ישנים יבמות ב: בשם ר"י מקורביל וכפי ששמעתי מרבתי ששמעו מפי הברכ"ש ז"ל, וכ"כ בשערי חיים ביבמות שם ובגיטין סי' כו אות ד' ודייק גם מתוס' יבמות נו. ד"ה מת וע"ש שהביא בסוגריים דכע"ז מטו משמיה דהגר"ח ז"ל. ואשר על כן ודאי בדין שהיא חו"מ דינא הכי ופשוט.

וגראה וכו' הרי הקנין קיים ואינו צריך קנין חדש. וכמו בחור"מ סי' רל"ב ורל"ג, וע"ע סי' רכ"ז סעי' ד' בפלוגתא המחבר ורמ"א.

ש"ו פמ"ח

וכתב הרמב"ם וכו' ואינו גובה מגוף השור. וכן דייק האבן האזל (כאן) ובחזון יחזקאל (ה"א ד"ה נכחה).

וכתב הרמב"ם וכו' דמו"ל על השומר לשלם. ואולי דייק מלשון המשנה (פי' ד) מסרו לש"ח, נכנסו תחת הבעלים, מועד משלם נוק שלם ותם וכו', וכ"כ באבן האזל.

אכן טובא וכו' וא"כ מאי שנא. וכן הק' ר' איסר זלמן (סס), וע"ש מה שתי' ע"פ ריבוי הקרא דחיוב השומרים. וע"ע מה שציינתי ממנו בסמוך.

וגראה דנהג וכו' ורק קנין שותפות בגוף השור, דזה אינו. והסתפק בזה הגר"מ פיינשטיין (סי' כ"ד ענף ו' בדי"ה והנה לר"ע), וע"ע שם (בדי"ה והנה תוס' והנה פפשיס) שתלה בזה מחלוקת ראשונים, ומסקנתו (בדי"ה אן זה) דשיטת הרמב"ם היא דאיכא חובת גברא, וע"ש שהוכיח כן מהרמב"ם בכמה דוכתי.

וגראה וכו' ונתלקה החובת גברא. וכע"ז כ' הדברות משה (במגו"ת שם), וע"ע שם בענף ב' אות ב' במה שהגדיר וביאר סברא זו.

אולם וכו'. וכן מבואר בחידושי רבינו חיים הלוי (פי' ה"ד ד"ה והנה בב"ק). ע"ש עוד שביאר לפי"ז הטעם שכלל הרמב"ם חיוב השומר לפרוע הבעלים בהדי חיובו לניזוק. וע"ע שם לקמן (פי' ה"ה ד"ה ע"ה ב"ד דנהג בב"ק פ"ד) בהמסתעף. וע"ע בסברא זו מה שביאר בברכת שמואל (סי' ו' אות ג') ובמש"כ ביסוד שאלו בחזקת תם.

וכ"ז זה הוא כשהשומר יש לו נכסים וכו' תחת נזקו היבא דנהג מחמת פשיעה. ועד"ז באור שמו (ריש הל' י"א) ובאבן האזל (פי' ה"ח בדי"ה אבן באמת) ובחזון"א (ה"ח) ובתי' הגר"ח על הש"ס (ה"א).

ועיין וכו' עכו"ם (יש) דין תפיסה בגוף המזיק. קיי"ל ב"ש"ם בכל מקום שנוק הוי בגדר מלוה הכתובה בתורה (קידושין יג בכורות מה ועוד), וא"כ עכו"ם שלא נאמר דין נוק עליו בתורה, לכאור לא יהיה אצלו אף דין תפיסה בגוף השור, דמחזיקו את כספו לפינן, וי"ל. ועיין מה שכתב הרמב"ם וכו' דלא ה"ל מעיקרו

אלא תחת החובת גברא. וע"י בצפנת פענח (להל) דברים קצרים בענין זה ואולי כוונתו כמש"נ.

ש"ו פמ"ט

והנה הרי"ף והמהבר וכו'. וע"י מה שעמד בזה בתוכמת שלמה (סי' שצ"ו סוף פ"ח) ובמה שיישב באופ"א. ובתמיהת המגיד משנה רצה המעשה רוקח לומר שאישתמיטא מיניה מש"כ הוא עצמו לקמן (פי"ב ה"ח) וז"ל: שהרי השמיט הרבה הלכות פטוקות מעניינים אלו לפי שאינן מצויין וזו א' מהן עכ"ל. אך מדתמה כאן רגלים לדבר דלא ס"ל דנכלל בהנ"ל. ותו דשפיר נוגע נזקי תם וקנסא בזמנינו לענין אי תפס לא מפקינן מיניה וכדכ' הפוסקים ע"י בציונים לקמן. וע"ע בכללי הפוסקים בספר יד מלאכי (הנאנים אות ו') שכ' דהשטמות של הרי"ף בדרך כלל הם משום דס"ל שהסוגיא לא אליבא דהלכתא (מהר"ם בשו"ת א' מ"ח). וע"ע שם (אות ט') שהביא יותר מזה מהפ"ח או"ח (תק"א ב'). שו"מ בשו"ת הרי"ף מובא בדרישה ריש חושן משפט (סי' א' סוף ס"ג) דמדנדין אף בזה"ז עד שיתן וכו' ודו"ק.

וכיון דלדידהו וכו' דליבא חיוב שמירת נזקין אם אינו אחראי לשמירתו על ידי תשלומין. וכדמבואר בנתיבות המשפט (סי' שד"ם סוף א' ודלא כהקצות והענינים סי' ע"ד).

והנה הרי"ף וכו' יעו"ש, והמהבר השמיט. וע"ע בשו"ע (סי' שפ"ט סעי' ר') שכ' ואם הועד לא' מהם נעשת מועדת וכו' ע"כ. ולא כ' עיקר הדין דהעדא האיך עושים דין מועד. וע"ש בסמ"ע שהשיג החסרון והוסף בזה"ל: פ"י שהיתרו בבעליו לשומרו אחר שעשתה כן ג' פעמים עכ"ל. ותמוה מה שלא העירו מהשטמת המחבר. וכן ק' על מרן בעל החמדת שלמה שלא הרגיש בכל אלו ההשטמות הגדולות של המחבר ולא הק' אלא על א' מהן (שצ"ו פ"ח). והרציתי שאלה זו לפני א' מגדולי זמנינו שליט"א ולא מצא להשיב. שוב מצאתי בטור (סי' שפ"ט ב' ה) וז"ל, ותם נעשה מועד ע"י ג' נגיחות וכו', ואין רצוני להאריך בהעדאתו כיצד נעשה מועד או כיצד חזרו לתמותו, שאין מועד בזה"ז וכו', לפיכך נשאר לעולם בתמותו וכו', אע"פ שגם חצי נוק דתם קנס הוא וכו', מ"מ כיון שאין מוציאין אותו אם תפס הוצרכתי לפרשו עכ"ל. ובה נחא השטמות השורע' בעניני מועד. אבל אכתי תשטמות השטמתו דשאלו בחזקת תם דחייב חצי נוק ואינו פטור לגמרי, וכמו שהביאו הטור (סי' שצ"ו פ"ח) יעו"ש ודו"ק.

ש"ו פ"ג

ובלחם משנה וכו' והרמב"ם הביאו להלכה פ"ג נזקי ממון ה"ח, יעו"ש. אמנם מצינו כמה יוצאין מן הכלל. ולדוגמא ע"י לעיל (להל) במשנה מבואר דטענת המזיק "לא כי אלא בסלע לקה" הוא מה שפוטרו. הרי אם מודה לא מיפטו, וכן דקדק בפנ"י שם. וע"ע בתוס' רעק"א (פ"ג- מ"א אות ט') וברש"ש (פ"ד מ"ז ד"ה תוס')

ובתמימים (פי' פיה סיק ו' בדיה אך יל דהא המרשא) ובכעשי יורש (וי כ"א) ובק"ה (ל"ג ד).

ויצא לנו וכו'. ויסוד זה מבואר בחי' הגר"ח (פי' הל' י"א בדיה עיר י"ל בא"י דהנה בכ"ק ד"ן מ). וע"ע בזה בכרכ"ש (ג' ע' ב) בזה"ל: ובדברי מו"ר בספרו מבואר דאפילו יתבע הניוק להבעלים אחר הודאת השומר נשארו הבעלים בחיובם יעו"ש עכ"ל. וע"ע בכרכ"ש (סי' א') מש"כ בזה (בדיה והנה נחה). וע"ע בחי' ר' ראובן (פי' ט"ז) מש"כ בזה.

ויצא לנו וכו'. ע"י בצפנת פענח (כ' מש"כ ביסוד חיוב תשלומין של השומר. וע"ע מש"כ בא"ד וז"ל: וראיה לזה מה דמבואר בכ"ק השומר הוי מודה בקנס ומה שייך זה למודה בקנס וכו' וע"כ הדוא בעצמו משלם להניקן וכו' עכ"ל.

ויצא לנו וכו' וכוין שהשומר עקר החיוב תשלומין ע"י הודאתו. וע"ע בציונים לפרק מת. ולפי זה וכו' והיה השומר פטור לגמרי. וכמו שכו' ר' משה פיינשטיין בסכרא א' בדברות משה ר"ע - ב', ע"י ציונים לפרק לא וע"ע בתוספות הר"יד בירושלמי (פי' ה"ד ה"ד ע"ן ברוק) מה שיישב באופ"א בדרך המגיד משנה.

ש"ו פנ"א

ונראה דדין רשות משנה וכו'. ומסתברא מילתא דחזו' דכל גזירת הקרא דשור אינו אלא בשור דבעלים, ע"י דף יג: נתמעט שור הפקר, ובדף לו: נתמעט שור דהקדש ועכו"ם. וע"י לעיל מש"כ פרק מח בדעת הרמב"ם (פי' נוקים ה"ה) דחסרון בעכו"ם אינו אלא מצד דין בעלות. וע"ע לט: נתמעט מי שהלך בעליו למדינת הים, ע"י תוס' לט. ד"ה אין, ויותר מפורש בשו"ת הרשב"א (ת"ד קפ"ח) וע"ע שם שנתמעט שור חרש שוטה וקטן. ובדף קיב: קצת משמע הדוא חסרון בזין בעלים, הרי דעיקר המחייב והחלות דין מוזק נקבעה ע"י דין בעלים ולא השור ואת"ש. וע"ע בדברי הגר"ח ובנו הגרי"ז ז"ל בכרכ"ש (סי' א' ג), וע"ע מה שיצא הגר"ב לחדש לפי"ז נפק"מ לדינא (באת"ד) דשאני דין בעלים של שור משאר דין בעלים דממון המזיק.

ונראה דדין רשות משנה לאו היינו דכיון שבער לרשות אחר נשתנה מבעי. דלא כמש"כ המאירי (לט ד"ה נתפק). אך לשון הרמב"ם "משנה דינו" משמע כדברינו ואת"ש. וכ"כ הנמוקי להדיא (י"ג) ד"ה חזר. אך ע"י בחזו"א (ליקוטם סי' י"ט כ) שכ' נוסח אחר: מועד לרשות זה אינו מועד לרשות אחר, כמו מועד לשבתות ואינו מועד לחלו עכ"ל. ואולי כוונתו שהשור יודע קונוהו, וכמבואר בבישע"ה (ג' א') ע"ש ברש"י, והמלכיים פי' דע"י הקנין לבד כבר מכיר בעליו, לאפוקי חמור ושאר בע"ח שאינם מכירים מיד. ולפי"ז נפק"מ לדינא וע"ע.

ולפ"ז וכו'. עמש"כ בציון אח"ז. ושוב עיינתי בדברי הרמב"ם הל' ציצית (פ"ג ה"ד) וכ' שם דלאחר ל' יום חיבתו. ומשמע מדאורייתא. וכן דקדקו המפרשים (ע"י הנהגת מיימוני כאן ובמורה פ"ה ה"יא את"ד), ויעו"ש בספר המפתח. ואפשר דאה"נ דשם הבעלים נשתנית לאחר ל' יום, ולא ראיתי מדברים בזה), וע"ע.

ולפ"ז וכו' וחל ע"ז תורת בע"ח המזיק. משמע דלא איכפת לן הא דקם ברשותו דשואל לכל דבר וחייב באונסין וכידיה דמאי, דסו"ס בשם בעלים תליא מילתא. וע"ע דלפי"ז השואל ליותר מל' יום דשם השואל עליו וכדאיתא במנחות, וכדפירשו בתוס' (בחולין ק' ד"ה ט"ח), ואיפסיק באו"ח (פי' י"ד ס"ג ג), יחשב שינוי רשות, וזה אינו. ולפי מש"כ לעיל התלוי בקנין נתיא. ועוד נפק"מ לדינא אם נתן השור במתנה ע"מ להחזיר וע"ע ואכמ"ל. וע"ע ברמב"ם דהשמיט ירש וע"ע. ובמק"א הגדרנו את ענין שינוי בירושה.

וכתב הרמב"ם וכו' הרי השאר נופ"ל על הבעלים, וכמש"נ. וכ"כ הגר"ח בספרו.

ולפי זה וכו' ברשות היתומים לנזקין. וע"ע בזה בכרכ"ש (סי' א' אות ג' בדיה והנה מה דמצניו לקמן מה"ג).

ש"ו פנ"ב

אולם עדיין קשה וכו' והא"ן נתיחייב ע"י ידו זה חיוב תשלומי נזק להניוק. ע"י בשמ"ק לעיל (לג: בשם הר"ר יונתן) מה שנוגע שעבודא דרב נתן, ויעו"ש מה דפליגי עליו. וכנראה פליגי ביסוד זה האם מצטרפין ב' חיובים לשעבודא דר"נ. וע"ע בקצה"ח (סי' פס"ו ס"ק ה') שהביא עוד ראשונים לכאן ולכאן יעו"ש, ולענ"ד שאלה דידן תליא בזה, וע"ע בצפנת פענח כאן בסו"ד.

ואין לומר וכו' והא"ן יוכל לעשות שעבודא דרבי נתן עם חיוב שכבר עבר. נחלקו הפוסקים בזה בחו"מ (סי' פ"ד ב'), ע"י ש"ך באריכות בס"ק ה', והועתקו דבריו בקיצור בקצה"ח ס"ק ב'. והיה אפשר לומר וכו' אלא דדין הוא דכ"ל שומר מחויב בהשבת החפץ למפקיד. ובאמת פליגי בזה הפוסקים להדיא, ע"י או"ח סי' תמ"ג סעי' ב' בענין חמץ של פקדון, וע"י במג"א ס"ק ה' שכ' דאם לא מכרו להצילו וקדם פסח חייב, ותמהו עליו, ע"י אבן העזר וחק יעקב ובט"ז שם דפשוט. ושורש פלוגתתם כ' בשו"ע הרב שם (סי' פ"ח) ובקונטרס אחרון (שם להסתבטן בדבריו) ביסוד חיוב השומר, ויעו"ש שדעתו למעשה כמש"נ, וכמו"כ הכריעו עוד אחרונים. וע"ע במש"נ"ב (שם ס"ק י"ב) שהעתיק דברי שו"ע הגר"ז, ושיבחו והגן בעדו בשער הציזון (סי' ט"ז), וע"ע בחו"מ רצ"ב ט"ז ו"ז ו"ז דמבואר דאינו אלא מדין השבת אבידה ולא מדיני שמירה ופקדון וע"ע.

אכן גם זה לא יתיישב וכו'. כבר חידש הנתיבות המשפט (בסי' שרי"מ ס"ק א' בסו"ד) דשאני יסוד חיוב שואל משאר שומרים, וז"ל: דדוקא בשואל שיש לו קנין בגוף החפץ (דשאלה ושכירות ליופא מפבר הוא) וכו', אינו מטעם חיוב שמירה, דהא מהאונסין א"י לשמור, רק הטעם דעשה רחמנא כשלו וכו' לענין דכשנאנס אמרי' דידיה נאנס וכו' עכ"ל. וע"ע קידושין (ג' ג.) פלוגתת הראשונים (ע"י רשב"א) אי שומרים יכולין לחזור באמצע. וע"י קצה"ח בזה (סי' ע"ד ס"ק א'). וע"י מה שחילק המחנה אפרים (הל' שומרים סי' י"ח) בין שומרים לשואל.

אכן וכו' והלא אהריא תנן בב"ב (ג' וכו'). מצאתי בנתה"מ (סי' רצ"א ס"ק י"ד) דאף כשלא עשה מעשה מוזק כדבעי, אלא שע"י מעשיו נאבד, חשיב מעשה מוזק, יעו"ש הפרטים.

וכן קשה וכו' וקודם לכן אין עליו אלא חיוב שמירה, והדרה קושין לדוכותיה. זה ג"כ י"ל ע"פ הנתה"מ הנ"ל.

לפ"ן נראה דיש שני דינים. עיקר המקור הוא מהספרא פ' ויקרא מקרא דושילם, (בבבילה). וע"ע במכות (ט"ז) שמבואר בגמ' ב' הדינים. וכמו שנודע מהגר"ח בספרו (פי' ש' מגולה היא ד"ה והנה ברמב"ם).

ולפי זה וכו'. ע"י בב"מ (לה. ונב). פלוגתת הראשונים בענין כל לא ידענא פשיעותא היא, אי דוקא כשאני יודע אם שמר כראוי, או דילמא אפילו שמר אלא ששכח עכשיו (ע"י מאירי ושמ"ק ובסו"ר רצ"א ד' - יעו"ש היטב, ואפשר דשייך לכאן).

ש"ו פנ"ג

אכן וכו'. היוצא מזה שלא נחשב מעשה זו לשלא כהוגן. וע"ע בחי' רבי שמעון שקאפ (סי' ל"ג ג'). וע"ע מה שרשם הג"ר מיכל יהודה דצ"ל בספרו מנחת יהודה מר' שלמה היימאן דצ"ל, ומבואר שג"כ למדו ברוח זה. אמנם הים של שלמה כאן (סי' י"ח) צווח על דיבורים כאלה 'וחלילה שהתוס' יתירו עון זה', יעו"ש דברים חריפים, ומסיק דכוונת התוס' דוקא כאן בשאלו בחזקת שהוא תם שנתעסק תחילה וכו' ע"כ. ולפי"ד לא שנא תם ממועד וע"ע. וע"י תרומת הדשן (סי' ט"ז) דמבואר לאיסור ומ"מ אפשר לעשות כן בטוהר ונעזר. וע"ע בשו"ע (סי' י"ב סעי' ג') דסתם לאיסור ומשמע דשלא כהוגן הוי. וע"ע ברמ"א שם שכ' דאם עבר ועשה אינו יוצא ידי שמים. וע"ע במאירי (נה). דכל מקום שצריך לצאת י"ש פסול לעדות, וכ"כ בתומים (סי' ל"ד ס"ק ה') וע"ע בבאיור הגר"א (שם אות י') בקיצור נמרץ. וע"ע בגר"א כאן (סי' י"א י"ב) שלא ציין להתרה"ד הנ"ל, אלא רק לסוגייתו, בינה זאת.

שער ז: שעבוד בלא בא לעולם ובראוי

ש"ז פ"א

ויתר על כן קשה וכו'. ע"י בספר התרומות שער מג"ח א' - א' שפתח דבריו בזה"ל, גרסינן בב"ב פרק מי שמת תנן התם וכו'... ולא ציין לעיקר מקורה במקומה בדרך קשה. וע"ש בגידולי תרומה אות א' שפתס עליו בזה בזה"ל, ולא הובאה במי שמת אלא לדין דאקני וכו', ובכל חלק זה לא הוזכר שום דבר ממה שהביאו עליו זאת המשנה במי שמת וכו' עכ"ל ע"ש. וע"ע בחתם סופר כאן שעמד על סמיכת משנה זו לאיבעי דשמואל דדאקני.

ונראה וכו' שטר קנין על השעבודים וכו'. ולפי"ז הוי קנין מדאורייתא, משא"כ לצד ב' הוי קנין רק מדרבנן. (ונגע לשאלה המרכזית א' קנין דרבנן מהני לדאורייתא), וע"ע בשופרא דשטרא ש"ב פ"ב מש"כ באלו הצדדים (בר"ה ונראה), וע"ע שם ש"ג פ"ו (בר"ה ובבבארא) ובמה שהרחיב בזה ותלה בזה מחלוקת אמוראים. ובאמת כבר פליגי בזה הקצה"ח והנתה"מ, ע"י נתה"מ סי' ס"ו ס"ק כ"ג שכתב השטר הוא המעשה קנין על השעבוד, והקצה"ח שם ס"ק כ' כתב להדיא דאין השטר מעשה קנין על השעבוד, (וע"ע תוספת ביאור במשוכב שם ד"ה אבל), אכן המעיין שם יראה שלא נקט ממש כצד ב' אלא דס"ל דההלואה היינו המשעבד את הנכסים ואין השטר אלא משום קול, וכדאיתא בשי"ס (סוף ב"ב) ע"ש, (וע"ע

במילואי חושן לסימן מ"ג ונראה 47 ובמש"כ בשם אב"י שליט"א). אך בקצה"ח סי' ק"ד ס"ק ט' בא"ד כתב ב' אופנים כמבואר להמעין, אבל קשה למה נחית לומר צד ב' שהראיה מקנה וכו', תיפוק ליה משום ההלואה ועצם הווזי, וכמו שכתב הקצה"ח הנ"ל וכמו שביאר בזה עוד במשוכב נתיבות שם (סי' ס"ו ס"ק ט' בהנה בסוגיין), וע"ש מה שתמך דבריו מדברי הראשונים ז"ל. וע"י לקמן ש"ז פ"ב בר"ה ובבבארא הדבר, שכתב שם להדיא שמסירת המעות בקצות וצ"ע. וע"ע בטבעת החושן סי' ק"ד (עמוד 232) ד"ה עיין בקצות ס"ק ט' במה שהרגיש בענין זה. וע"ע בחי' רבינו חיים הלוי פ"ח מהלכות שבועות הי"ג בר"ה ואשר יראה לומר (בא"ד) שרקדק בזה"ל: משום דשטר יש בו דין הקנאת שעבוד עכ"ל. וכן ייחד בדעת הרא"ש בכתבי הגר"ח (אות קליה), והביא לשון הרא"ש ב"ב פ"ג סי' כ"א ע"ש. ותלוי בזה דין אחריות ט"ס וכו'. ע"י בשו"ת נודע ביהודה סי' י"א שכ' ג"כ הצדדים הנ"ל, ומסיק שתליא במחלוקת דעלמא אי שעבודא דאורייתא או לאו. ובתומים סי' מ"ט ס"ק ו' (בסוגיין בר"ה מיה) כתב ממש כדברים הללו דאם שעבודא דאורייתא אין השטר אלא לראיה, ואם שעבודא ל"ד השטר הוי שטר קנין, (ולפי"ז כתב דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין המלוה עמו כדן שאר שטר קנין ע"ש). וע"י במחנה אפרים (הל' גביית חוב סי' א' בר"ה אב"א) שכתב, ומחאי טעמא נראה דלא ס"ל

אחריות דאקני טעות סופר וכו', דבאותה כתיבה שעבד עצמו לחיוב זה וכו' עכ"ל וע"ש.

ותלוי וכו' דהא ט"ס הנייר ח"ק וכו'. לכאורה איפכא נמי מסתברא דאין השטר חלק כלל דיש שם איזה לשון, וא"כ על הנשכחות יהי אומדנא, וכשאר דוכתי בשי"ס, ובפרט במקח וממכר דגם המנהג לפעמים מכריע וצ"ע. אך ע"י לעיל צ"ג. ובברייתא כשבועות לד. דפליגי שם התנאים לענין אומדנא וקיי"ל כחכמים דלא סמכינן עלה. וע"י בשו"ע סי' רמ"ז וסי' ע"ט דמבואר שם דלאו כל דוכתי שורין, והא דלא סמכינן עלה היינו היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים, אבל כשהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקים באומדן דעת הנותן או המוכר אזלינן בטר אומדן דעתם, כך פירוש הפוסקים שם בשם המהרי"ק. וא"כ הכא דלא נתברר המעשה קנין בעצמותו אין כח ביד סברת "לא שדי אינשי וזוי בכדי" לעשות בירור על גוף המעשה. וגדולה מזו מצאנו ברמב"ן ורשב"א בכתובות (ק"א) דאף כשעידי השטר מעידים שהתנו באחריות אלא ששכחו לכותבו בשטר, אינו טורף ממשעבדי. והביאו הנו"כ בחור"מ סי' מ' (ע"י סמ"ע ס"ק א' וש"ך סי' ב'). והכי נמי מבואר בשער משפט סי' ל"ט (בר"ה ולפי"ז בא"ד הרבי"ש סי' שפ"ב).

ובסברת וכו' ושפיר איכא דמיהש דלמא מה"ע על השעבוד. וכמו דאיתא בגמ' לקמן קנז: בשטר מאוחר שמחל על השעבוד, וכמש"כ הרשב"ש שם ד"ה והמאוחרים.

והנה אגן קיי"ל שעבודא דאורייתא וכו' ואיכא דמימר דהיינו טעמא וכו'. וכן כתב התומים סי' ק"ב ס"ק א' בר"ה ועוד י"ל. אך ע"י שם בהגהות הברוך טעם שהשיג עליו מלשון הרמב"ם (פי"ח מללה ה"א) דמבואר דאף מדאורייתא ליכא דין שעבוד על הנכסים שלא היה ללוה בעת ההלואה וע"ש.

והנה וכו' והדבר צריך תלמוד. ולהברוך טעם הנ"ל ניחא. וע"ע מה שהרגיש בזה התומים הנ"ל בא"ד מ"מ קושיה הגמ' וכו' לשמואל וכו' והוא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכו' ע"ש. וכבר דשו בזה רבים אי דאיקני משתעבד מה"ת, דהנתיבות המשפט הש"ך בשם הגידולי תרומה מ"ג - ג' (והוא עצמו חולק), אמנם דעת הקצה"ח במשוכב שם ובסימן ק"ב ס"ק א' בריש דבריו דאינו משתעבד (ובהברוך טעם), וכ' שכן הוא דעת הרשב"ש בסוגיין "אלמוה רבנן", והנמוק"י, וכ"כ המשנה למלך (פ"ב מללה), והגרעיק"א בשו"ע סי' ק"ד על הסמ"ע ס"ק ט"ו. וע"י במילואי חושן שהביא לכאן ולכאן סמוכין מהראשונים מפורשים, וע"ש מה שסיים

חמשה שיטות בזה. שו"מ סתירה בדעת הנתה"מ שבסי' ס"א ס"ק ז' כ' שאינו משתעבד, והקצה"ח תפס עליו, ע"י משוכב נתיבות (סי' ס"ו אות ס"א בר"ה אמנם) וצ"ע. ואפשר דרצה לצאת יד"ח ב' פירושי הרשב"ם והנמוק"י.

ש"ז פ"ב

תנן וכו' וגם המאן דאמר שעבודא דאורייתא וכו'. ע"י בציון הנ"ל מש"כ בזה.

וא"כ כ"ז זה בהלואה. והנה בהלואה גופא פליגי בה הפוסקים, שהתומים (סי' ק"ד ס"ק ז' ד"ה כאמ"כ) כ' דמאתר דשעבודא דאורייתא חיילא נמי על נכסים הנקנים אח"כ, והביא ראה מתוס' בכורות מ"ט ע"ש שכתב כותבן דברי התוס', וסיים 'ודברים הללו הם דברי תוס' הנ"ל וע"ש ודו"ק". ובקצה"ח (ס"ק ס"ב ד"ה ובתומים) כתב כעין דברי דודי המחבר שליט"א לחלק כתב פדה"ב להלואה ז"ל: ואי"ז ענין דומה לדברי תוס' שם וכו' דכל שעתא שעתא רכיב עליה חיובא ומעת שנעשה בן (י"ג א.ה. ט"ס הוא) חל עליו החיוב לפדותו וכו', משא"כ בחוב לא נתחייב אלא בשעה שלקח המעות או בשעה שחתם על השטר חוב וכו', ומה שקנה וכו' אינו משועבד כלל מה"ת, וכמש"כ בסי' ק"ב ס"ק א' ועמ"ש בסי' מ"ג (ס"ק כ"י וצ"ל ד') ובסי' ס"ד (ס"ק כ"י וצ"ל כ"י) עכ"ל. ומבואר דפליגי האם השעבוד חיילא כל משך החוב, וכמו שרקדק גם התומים בלשונו "דשעב"ד הוא תמיד כל זמן דחייב לו וזה פשוט". וע"ע בפנים לקמן ש"ז פכ"א ד"ה ונראה לחדש.

ולכא"כ כבר מצאנו בזה מחלוקת אמוראים בסוגיין בסמך קנז: לזה ולזה וחזרו וקנה מהו, לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד, וע"ש שהוא מחלוקת האם הם שווים בהשעבוד, וכ' הצפנת פננת (השמוטת ספור ספור על הריב"ש עמוד 8) דע"כ פליגי בשרוש הנ"ל, דאם הוא דבר נמשך כל שעה ושעה נמצא דשניהם שוים, אבל אם רק משתעבד משום שעה ראשונה לקמא משתעבד עכ"ל (וע"ע בפננת צפונות פרק ה' שצ"יך שם עוד עניי הש"ס דמהפשי בגרז זה והובא חי' תנ"ל שם בסי' י"ז). והיוצא לרינא לפי"ד דהלכתא כהתומים דקיי"ל יחלוקו (ע"י סי' ק"ד סעי' ז'). וצ"ע דבראשונים שם מבואר דפליגי האמוראים בשרשים אחרים. ודע דכלכלא דמלוה הכתובה בתורה הסבא דנתנה שישתעבד כל שעה, כי השטר הוא התורה שהוא מציאות וכך עצמי והוא נצחי. וראיתי כסברא זו בספרי הצפנת פננת בכמה וכמה דוכתי.

ובביאור הדבר נראה וכו' השעבוד נקנה ע"י מסירת המעות. וכ"כ בטבעת החושן סי' ק"ד ס"ק ט' בדעת הקצה"ח (ע"י בר"ה וע"ע בקצות בסו"ד), וע"ש מה שציין למקומות שהרחיב בזה. שו"מ שכתב לקמן בסי' ק"ב (עמוד 268 ונראה היה

אפ"ל עזר) פקפוקים ע"ז על פי שיטת הקצה"ח בעלמא (בסי' ל"ט) וצ"ע.

ואיברא וכו' וכמו שמיצנו בנדרים וכו'. כן כתב בערוך השלחן יור"ד (סי' רכ"ח ס"ק ק"ט) על הפוסקים שהובא בפתחי תשובה שם [ס"ק ל'] (והוא ט"ס וצ"ל ל"ד) דהריני כאילו התקבלתי אינו מועלת אלא בחוב כהלואה שהגיעה לו כבר, אבל לא באופ"א כגון התחייבות. וכתב להשיג מכח המשנה הנ"ל ע"ש. אך צ"ע דמה ענין זה לשרוש הדין של התחייבות, דינמא שהחלות נפעלת ע"י סרך של התקבלתי. וע"ע בסמוך.

ואיברא וכו' ואע"ג דאם מח"ה כתובתה אסורה וכו'. מכאן ק' על בעל הנתה"מ בספרו מקור חיים ה"ל פסח שמשמע מדבריו להתקבלתי ומחילה חרד נינהו, וכבר השיג עליו במגן האלף ע"י ציונים לשער י"ד בסופו. שו"מ בכ"י סי' ע"ג בשם הריטב"א שהשווה ביניהם והובא ברמ"א (סי' מ"טני א) וצ"ע.

ואיברא וכו' וכמו"כ י"ל דהוה יסוד כ"ל התחייבות וכו'. אך אין נראה כן מדברי הראשונים, ע"י רמב"ם פ"א ממכירה הט"ו שכ' דהתחייבות מהני "כמו שישתעבד הערב" וכן הורו הגאונים. ע"י רי"ף כתובות קא: הובאו דבריו בטור ושו"ע ריש סי' מ' וע"ש בנו"כ ובסמ"ע שפירשוהו כפשוטו. אך בש"ך חולק ע"ש בס"ק ד' ולדבריו אפשר להסביר כמו שביאר בפנים. ובקצה"ח שם [ס"ק א' ד"ה ולפי (בס"ד)] כתב שדברי הש"ך הן נגד הסברא ונגד כמה סוגיות בש"ס ע"ש. והוא בעצמו מסיק דכוונת הרמב"ם ודעימיה היא דהוה כמו קנין אודיתא, ומצא כן בשו"ת הרי"מ יג"ש סי' צ"ו.

ואיברא וכו' ובאותה קבלה נתחייב. הנה ראיתי שהעירו הפוסקים בענין נוסח השלחן אם דוקא בלשון עבר "שאני חייב" מהני, או אפי' בלשון עתיד כגון "הריני מתחייב", (ע"י אמרי בינה הלואה ט"ו ד"ה והנה בדעת). ולפי דברי דודי המחבר שליט"א ודאי לא מהני לשון עתיד, כי עיקר ההתחייבות אינו אלא מסיבת "קבלתו" שקדמה להשתעבדותו ודו"ק היטב.

והנה יש להקשות מבכורות נא: דמבואר שם דמדאורייתא פודין בהתחייבות ורק משום שאם יאמרו פודין בשטרות אין בנו פדוי, והכי קי"ל וכו' הלכתא. ולפ"מ צ"ע דגם שטר התחייבות הוי שטר חוב ואין חילוק בין זה לזה, דשניהם הוי חוב על מה "שהתקבל" תחילה, וא"כ אף מדאורייתא נימא שהכותב לכהן חייב אני וכו' יהא עליה פסול שטרות ממש, ולכאורה הוא ראייה מוכרחת.

ש"ז פ"ג

תנן התם וכו' יש להסתפק וכו' ויל"ע אם איכא נפק"מ למעשה, כי דבר זה כפולגות הראשונים תליא וכדיבואר בפנים, והלוה שהוא תמיד המוחזק יאמר קים לי כהרמב"ם, ואין לומר דלכה"פ אי תפיס לא מפקינן מיניה, דזה אינו, דתפיסה בקרקע בכה"ג הוא רק ע"י

מעשה ב"ד, ולא ע"י המלוה (כן מבואר בפוסקים), ומשום דאין הספק מפורש לא בקמאי ולא בתראי יש לנו לראות אם מצאנו מקום לפשוט ממנו האי ספקא. והנה אי נימא כמו שמסיק דלא פליגי וכו' כהלואה חדשה חשיב, פשוט דמשתעבד בדאקני בעת ההרווחה. ואם כי כמה מרבותינו ז"ל וביניהם מרן הגר"מ פיינשטיין ז"ל נקטו דפליג הרמב"ם בעצם וכהצד הראשון, יל"ע היכי הלכתא. והנה לפום ריהטא שי' הרמב"ם בזה אינו אלא דעת יחידאי (וז"ל לביאור הגר"א קפ"ו ס"ק ד. אך רש"י ותוס' חשיבי מפרשים ולא פוסקים, ע"י ב"ר א"ר ח"פ סי' י"ג), ע"י במגיד משנה ובנו"כ בשו"ע, וכונתו אין ואומרים קים לי כיחידאי. אלא מאחר שהרמב"ם כ' שכן "ההורו רבותי" אפשר דלא חשיב יחידאי ומהני טענת קים לי למוחזק.

ומצאתי בש"ך (תרי"ט סי' ס"ק י"ב) שהביא בשם הגידולי תרומה דלענין הלכה כבר הסכימו שלא להוציא מיד המוחזק כנגד סברת הרמב"ם ורבותיו עכ"ל, הרי להדיא דחשיב שנים ולא אחד, אך הש"ך חולק עליו כו' דכבר ידוע אין ואומרים קים לי כיחיד וכו' עכ"ל. הרי להדיא דחשיב הרמב"ם ורבותיו כדעת

יחיד (וצ"ע על הש"ך וכו' לא הבין שכל א' יטעון קים לי כגדירות נגד הש"ך, ובפרט שהש"ך יחידא ביה נגד עוד תקיף קמאי יעריש, שרי"מ כן בשו"ת יב"ע אומר ח"ג חר"פ סי' ד' אות ד'), ואשר על כן בנידון דידן שהשו"ע מביא י"א וי"א וכו' הש"ך שרוב ראשונים אווזים בשיטת הר"ב"ד והראשונים, דינא כנ"ל.

איברא דלכאורה מצאנו חבר להרמב"ם ע"י בטור ה"ל ערב (סי' קל"א סעי' ד') שכתב בשם תשובת הרמב"ן דערב שכתב למלוה בזמנו שיגבה חובו מיד ולא ימתין עוד ואם לאו יפקע שעבוד הערבות, ולא שמע המלוה אליו והאריך זמן ללוה אין הערב נפטר בכך ע"ש, הרי דס"ל דאין הרווחת זמן כהלואה חדשה ודו"ק. ואע"פ שהב"י צווח על זה וכתב שקרוב אצלו לומר שלא הרמב"ן חתים עלה, מכ"מ כבר נתקיים חתימת הרמב"ן ע"י שתי עדים, הלא המה הבעל התרומות שער ל"ה בב' דוכתי (סי' י"ג וס"י מ"ד) ורבינו ירוחם נתיב ה' בסופו. ובאמת בשו"ע הביאו וסיים "וצריך להתיישב בדין זה". עוד ראיתי בחי' הריטב"א שבועות מ: דהערב יכול להשתעבד בעת הרווחת הזמן, משמע מינה כנ"ל. (ע"י בפתחי תשובה שם בס"י קל"א ס"ק ד'), וע"י מה שדן בזה בספר עין המשפט (בהל' ערב).

עוד מצאנו חבר להרמב"ם מה שהובא בשו"ע יור"ד ה"ל נדרים סי' רכ"ח סעי' ל"ט, הנשבע לפרוע לחבירו לזמן פלוני וכו' להאריכו ושיעמוד בחובו לאו כל כמיניה עכ"ל. הרי להדיא דהרווחת זמן לאו הלוואה חדשה היא ודו"ק, ויש לפלפל בכל הני ראיות. שו"ר מש"כ הרב מבוטשטש ז"ל בכסף הקדשים (ריש סי' קכ"ט בה"ה לח) שזולת גבי רבית לא חשיב הרווחת זמן פרעון כתחילת הלוואה, וצ"ע עוד להטור והרמ"א סי' ר"ד סעי' י'

שמבואר בדבריהם דאין בזה דין מי שפרע ע"ש, אך יקשה עליו ממה שהבאתי לעיל.

ומשמע וכו' הרמב"ם וכו' דהרווחת זמן לא הוי כהלואה חדשה. וכן מבואר בביאור הגר"א (יור"ד סי' קפ"ו ס"ק ז'). ע"ש. בלחם משנה מש"כ כע"ז ולא כ' טעם לסברתו, והגר"מ פיינשטיין ז"ל כתב סברא דנפשיה בדעת הרמב"ם (ובספ"י סי' ע"ז בגוונים שונים), ובאגרו"מ (יור"ד ח"ב סי' ס"ו ענף ב') כתב דבאמת מי שאינו פורע חובו לאו גולן הוא, וכ"מ ברש"י סנהדרין, וא"כ כל לזה שהגיע זמן פרעון ואינו פורע לאו כלום עשה. וא"כ לא צריך להמלוה כדי להרוויח זמן פרעון לא מיניה ולא דכוותיה, וס"ל להרמב"ם דמשו"ה א"א להשוותה כהלואה חדשה, דהלואה פירושה מה שהמלוה עושה (עם הלוח) ובלי מלוה לא שייך כאן כלום, עכ"ת. וע"ע בדבריו"מ בב"מ סי' נ"ז ענף ג' וסי' נ"ח ענף ו' מש"כ באופ"א בדעת הרמב"ם, ואפשר דהוי העמקה בשורש וגדר הלוואה ועיין. ואפשר דזו היא כוונת הגר"א ז"ל. וע"י ברעק"א שם בהגהותיו בשם תשו' אורים גדולים כמעט כדברים האלה ע"ש, והבן.

שו"מ באב"י עזריש שהביא לדברי הגר"א ז"ל ותפס עליו מכח הסוגיא ע"ש מהדורא חמישאה (פ"ו מלוה ה"ג), וכתב לחדש (ולא בירא לי האם דעתו לפי שגם כוונת הגר"א בזה) בהקדם לשלול סברת האומרים דבע"י נתינה של כסף (ואולי רומז בזה לדרך הגר"ח ותלמידיו), וכמו שהקדים ר' משה פיינשטיין ז"ל, ואח"כ מגדיר דא"א לעשות חלות הלוואה אחר שכבר ניתנה הלוואה להוצאה נתינה, (וכן כ"ר משה ז"ל וע"י עזר בציון הבא), וע"ע בבית מאיר (חש"ב סי' כ"ט) שמסיק שם דארווח ליה יזמנא חשיב פרוטה רק כלפי הלוה ולא כלפי אחר, וליכא גבי' בההיא הנאה דקא מוציא ממון על פיו ע"ש. ולא היה נראה כן אך לפי הנ"ל את"ש, כי בעצם לא עשה המלוה כלום רק הסכים שלא להזדקק לבי"ד ושלא לטרוף מנכסיו ודו"ק היטב.

ומשמע וכו' ורק שנדחה זמן הפרעון וכו' הוי כמו פרעון והלוואה חדשה. לא איתפריש גדר "נדחה זמן הפרעון", והגר"מ ש"ך ז"ל (שם בס"ה אלם בא"ד) פירש עד"ז אלא שהגדיר דאי"ז נקרא הלוואה אלא מחילה על החיוב פרעון של עכשיו עכ"ל, ומה שמכאן ולהבא אכתי דין הלוואה יש לה פירש בזה"ל, וזהתשמיש מה שיש לו להשתמש עוד זמן זה אינו הלוואה וכו' אלא מתנה היא' עכ"ל וע"ש. ובשיטת הר"ב"ד והראשונים לא פירש דהוי כמו פרעון וגם לא דהוי ממש הלוואה חדשה ע"ש בד"ה אולם דעת יתר הראשונים, ודבריו מחודשים ומרפסין איגרא ע"ש. וזה דלא כמר ודלא כמר (גרי"ח, האבן אבן פ"ו מלוה ה"ג באגרו"מ), ולהבין דבריו יותר יעויין באבה"א לודודו הגר"א ז"ל. וע"ע עד"ז בחי' ב' וגי' ויש להקשות מתשובת הרשב"א ז"ל (ח"א תשי"ב הובא בב"י יור"ד סי' רל"ב סעי' ל"ט ד"ק) בענין הרווחת זמן פרעון שנשבע לפרוע חובו ע"ש.

ולשיטת הרמב"ם ניתח בין להאבי עזרי בין לדברי דודי המחבר שליט"א. וע"ע אע"ש הרשב"א בקידושין ובריבית עולין יחד. וע"ע בחי' רבי שמעון יהודה הכהן כתובות סי' מ"ז אות ג' מה שטרח בפרשה זו וע"ש דברים נפלאים וע"ע שם באות ב' חידוש גדול.

כִּן נראה דגם הרמב"ם ס"ל כשיטת הראשונים וכו'. יסוד הדברים כתב הברכ"ש מס' קידושין סי' ד' אות ג', וע"ש שכייון בזה לדעת מו"ר הגר"ח מבריסק ז"ל בדעת הרמב"ם, וע"י שם מה ש' בשם הגרי"ז מבריסק ז"ל שהוסיף ביאור לזה ממה שמעמ עוד מפי הגר"ח, וע"ש הסבא בגדר הגוה"כ, דאיטור ריבית הוא דוקא אם מלוה לו ממש כסף, משא"כ אם מלוה לו רק מלוה וכו' עכ"ל. ובאג"מ חולק ע"ז להדיא ע"י בציון לעיל, וע"ע שם בד"ה וגם שהרגיש בדרך זה וכ' עליו שהוא "דוחק וכו' ויהיה זה חידוש גדול והו"ל להגמ' להזכיר זה" ע"ש ניומוק. ובאבן האזל הרחוב בזה מאוד כאן בהל' מלוה (י-י) ובביקור בהל' מכירה (פסק י ה"ד), והנראה הוא נוטה לדרך ר' משה ז"ל, ולא כתבו הגרי"ז ורבו הגר"ח ז"ל שכתב שם בד"ה ונראה דהרמב"ם וכו' וז"ל: "לאו משום דבעינן נתינת כסף בעינן" וע"ש ניומוק. ועוד כ' שם ז"ל: "ואפשר דסבר דבשלא בשעת הלוואה אינו יכול ליתן זכות וכו' עכ"ל ע"ש, הרי דהרגיש בסבא דא"א לחדש כח ההלוואה אחר הנתינה ודו"ק.

כִּן וכו' פ"י שלא קצין לו בשעת נתינת מעות בפועל. הבאתי לעיל מברכותינו ז"ל שתמהו ע"ז, וכי דין נתינה נתחדש כאן, ע"ש. אך יש להביא סמך נכון לסבא זו ממקור חצוב במקרא פ' בהר (פ"ה פסוק ל"ז), והוא הקרא שהביאו רבותיו של הרמב"ם. דהנה ע"י בב"מ ט: דאיתא התם כמה פעמים "דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה" ע"ש, ולפיכך מותר לשלם לחבירו ולקבל הלוואה מהמלוה (ע"י רמב"ם פ"ה מלוה הי"ד ויריד סי' ק"ס סעי' ט"ז), והיתר זה דפקה ופירשו הפוסקים מלשון הקרא הנ"ל, ע"י לבוש שם סעי' י"ג, ומשו"ה מותר גם כשהמלוה יקבל שכר משלישי בשכר הלוואתו להלוה כמבואר שם, הרי מבואר להדיא דלא קפיד רחמנא על ההאגה הנתנה למלוה אלא על הנתינה. ואף שהנו"כ שם שללו (ק"פ) פ"י זה, אך המעיין ברמ"א סעי' ט"ז שם יראה בעליל שיש רא"י וזכר לדבר זה, והביא דברי המרדכי בשם רש"י דמותר לישראל לומר לחבירו ישראל לך והלוה לי מעות מפלוני ישראל ברבית, ומותר לתת אח"כ הרבית לשליח הביאו לו, דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מיד לזה למלוה, והשליח אינו עושה שום איסור, דהאי רבית לאו דידיה הוא וכו', ואין לפרסם הדבר בפני עם הארץ וכן עיקר וכו' עכ"ל, הרי להדיא דעל חלות דין נתינה ושם מעשה קפיד רחמנא. ואף שהב"י ודעימיה זעקו מרה ע"ז וכו'

שאיזה תלמיד טועה של רש"י כ' דבר זה בשמו, והלבוש (פ"ק ס"א) כ' שצריך למוחקו מכל הספרים. והט"ז ס"ק י"א כ' דיפה כתב בלבוש, אך מכ"מ כבר הובאה הלכה זו בש"ך ס"ק כ"ב ובמשנה למלך פ"ד הי"ד ד"ה שלא ובעוד כמה תקיפי קמאי ז"ל, ואין כאן המקום לדון בהלכה זו, אך עכ"פ כבר נמצא מקור קדום לקפידא בנתינת הרבית בפועל הנלמדת מקרא שהביא הרמב"ם בשם רבותיו ז"ל, וא"כ לאו אסמכתא בעלמא היא אלא פשוטו של מקרא, והוא אב לכמה גופי הלכות בהל' רבית, והוא סמך הגון למש"י וכמשי"ב בשם הגר"ח ותלמידיו. וע"ע בחוות דעת שם דברים מפורשים ע"ז, (והתורה תמימה שם אות קצ"ט רצה לדחות דעה זו מסבא ונפשיה, אך להתמאר הדברים נכונים).

עוד יש להסתפק בניזק שהרויח זמן למוק. ודע דיש לפשוט שאלה זו מדברי הגרעק"א שכתב (בר"ח גיטין פ"ג: (בסוגיא דמיט"ס בד"ה המוציא) וז"ל: ועדיין יש לפפקק דלמא מיירי דהמזיק קנה קרקעות אחר שהזיק, קודם העמדה בדין, כיון דהוי דאקני אין עליה שום שעבוד וכו', ואולי י"ל באמת לינא דמה ששיימין בדמזיק היינו לגבי אותן נכסים שהיו לו בשעה שהזיק דחל החיוב לשלם ממיטב שלו, אבל מה שקנה אחר שהזיק, אף דצריך לשלם מהם מתורת מיניה, אבל ליכא עלייהו דין תשלומי מיטב וכו', דאטו אם ילך הניזק אח"כ וכו' ויקנה מבוחר נכסים שבעולם יצטרך המזיק לשלם כפי המיטב ההוא וכו' עכ"ל. (ואף שחכם גדול דחה ראיה זו, ד"ל שרעק"א רק דיבר רב שנזכר לקרא 'דמיטב שהווי יושלם', אבל לעיקר השעבוד לא רמז כלום, נראה דהמרדכיק בלשונו יראה דאין חילוק זה נכון). אך בסיוס דבריו שם כ' רעק"א "וצ"ע לדינא", ואולי מסתפק באותו ספק שהסתפקו בעלי התוס' בכבורות, וע"ע בחי' הרשב"א גיטין נ. ד"ה שפאי עירית מש"כ בזה. [וע"ע במהדורת מכוון הרב קוק אות 117 מש"כ בענין רעק"א הנ"ל].

עוד יש להסתפק בניזק שהרויח זמן למוק. ע"י בתומים סי' ק"י ס"ק ב' ש' דמזיק נשתעבדו נכסיו משום דאיכא קול, וכן דעת הסמ"ע ע"ש, וכ"כ הש"ך ס"ק ז' והביא מקור מהמגיד משנה (פ"ט מלוה ה"ה) ע"ש, ולפי"ד לא שייך ענין הרווחת זמן אלא כשעמד בדין, ואפילו הכי צ"ע אם נאמר בזה שהגיע זמן בעצם ועיין בזה. וע"ע בקצה"ח (פ"י ק"י"ט ס"ק א') ממשעבדי אא"כ עמד בדין ע"ש ולדבריו את"ש ודו"ק.

עוד וכו' מכתב וזהבא הוה ליה בהלוואה ולא מזה הכתובה בתורה. ויש לומר דתליא דבר זה במחלוקת הראשונים בשביעית בענין חוב שאין תחילתו מלוה, כגון שמכר א' לחבירו איזה חפץ ולא קבע זמנו לשלם (אחר שביעית), ע"י דרך אמונה פ"ט ס"ק ל"ט ובשעה"צ ס"ק ע"ו ובמש"כ שם "ונראה" ע"ש, והטעם שרק צראה"ן, כן, משום דיעו"י שם (פ"ט ס"ק א') דאפי' אחר פסק ב"ד שזקוף במלוה יש מחלוקת

אי באמת חשיב מלוה, וא"כ הוא הדין והוא הטעם הכא במזיק אע"פ שאח"כ נעשה כהלואה ודו"ק בזה. שו"מ שחז"ל כבר דנו בזה, ע"י מכתבא דרשב"י שמות כ"ב - ד' ומטב כרמו פרט למשועבדים. ובירושלמי גיטין (פ"ה ה"א) תני הכי בשם רבי חי"א, וע"ע שם מה שמבאר היכא שזקף עליו במלוה. וע"י תורה שלמה שם אות ק"ב. וע"ע לקמן ש"ז פכ"א ובציונים. שו"מ ברשב"א גיטין נ' בשם הראב"ד שלמד דנוק שזקפן במלוה הוי מלוה. וכנראה פליגי התלמודין. וע"ע בב"ק קט. גבי גול הגר וכו' וזקפו במלוה פליגי בה תנאי אם אכתי גול וכו' חוב, ומצאתי שבספר בית ראובן [להג"ר ראובן טרופ בנו של הגר"ט זצ"ל] בגיטין סי' ל"ז בהגהה ביאור דבר זה וע"ש דברים נפלאים.

ש"ז פ"ד

ויש לדקדק וכו' ולמה לא אמר בפשיטות וכו'. והנה יש כמה ראשונים שם דסביר להו דרי"מ בעי דוקא "לכשצאקתנו", ובלא"ה מורה דא"א מקנה דבר שלא בא לעולם, ע"י ברא"ש שם פ"ק בב"מ סוף סי' מ' וברמ"א סי' ר"ט סעי' ד' ובביאור הגר"ח ס"ק י"ב, שו"מ בקצה"ח ס"ק ז' ובאמת הק' דאקני ע"ש, וא"כ הכא יש לדון אם דומה דאקני לאומר לכשצאקתנה, ואם נימא דאינן שווין, י"ל בפשיטות שהרשב"ם הוצרך לטעמא אחרייתא דהיינו הק"ו.

ובמה וכו' קשה טובא וכו'. וכן הק' הגרעק"א בשו"ת סי' ק"לד על שיטת הבעל העיטור ודעימיה, הובא בטור חו"מ סי' ר"ט סעי' ה-ו, דלא חשיב דבר שלא בא לעולם אלא כגון פירות דקל וכו', אבל אם המוכר מתנה בכו"כ שלא בא לעולם כגון וכו' שאינו ברשותו חייב לקיים תנאו וכו', ואין כן דעת אדוני אבי הרא"ש ז"ל עכ"ל, וכ"כ עוד ראשונים הובא בבית יוסף (פ"י ו"א סעי' ב') בשם המרדכי בשם הירושלמי (תרומת פ"י ה"ה), ורבינו נסים גאון, והובא במגיד משנה (פ"כ ממכרה ה"ה) ובר"ן (כ"ב ט"ז) ובעוד מקומות. והרעק"א שם תמה ע"ז מסוגייתנו דגרא"א, ומשדה זו לכשצאקתנו וכו', וע"ש מה שביאר בזה בד"ה וזוה נראה ברור. אבל אין צריכים לזה, דשיטת הרשב"ם בזה אינו כדעתם, אלא כהרא"ש (וכמו שדוק בה"י מהר"י) לעיל דף ט: ד"ה זבין. שו"מ קושיא זו על הרשב"ם להדיא בשיעורי הגרא"י ע"י לקמן ד"ה ונראה, וע"ע בחזון יחזקאל מה שהרגיש בזה במילואים והשמטות למס' נדרים (פ"י ה"ז עמוד מ"א בד"ה אבל כשיטה בא"ד בסוגיית) ע"ש.

וקשה וכו' דשעבודא ל"ד ואין השעבוד נקנה אלא ע"י השטר. וכמו שכתב התומים סי' מ"ט ס"ק ו' ונבדוע ביהודה (ע"י ציונים לשי"ו פ"א), וכן איתא עוד שם בתומים סי' נ"א ס"ק ב', וע"י בנתה"מ סי' ס"ו סעי' כ"ג ע"ש, ובהפלאה כתובות קב. בד"ה תוס' ד"ה כתנאי. וקשה וכו' דשעבוד בא ע"י תק"ח וכו'. ע"י

ר"ן ריש פ' שבועות הדיינים (ז: ד"ה גרסינ) ובנחת דוד (ב"מ ד: בדי"ה תוס' ד"ה א"ן) שחקר בכ"ז ומשמע שצייד לומר כצד זה, ואלא שאין הכרעתו כן ע"ש בדי"ה וצריך לומר בא"ד בסוגריים.

וקשה וכו' אכן אין לומר דוודי נמי כוננת הרשב"ם וכו'. וכן נראה לי מהרשב"ם לעיל קיא: ד"ה אימור ולעיל מד: ד"ה וניחוש ע"ש.

ונראה ליישב וכו' אפילו קרקע שאינו ש"ל וכו' שהרי אין זכות זה וכו' מפריע להבעלים. וכ"כ בשיעורי הגאון ר' אברהם יצחק בלאך ה"י"ד (ספ"י ב"ב סי' י"א עמוד 126 מהדפוס טורונטו בדי"ה והנה מציינ) ע"ש. אך ק"ק מה ראי' יש מרש"י בפסחים ובכתובות, הא שאני התם דקדם השעבוד להמכירה, משא"כ כאן הרי הוא משעבד מילתא דלא לו.

והנה גם הגר"מ פיינשטיין ח"י מסבאר דנפשיה עד"ן, אלא שהוסף לחדש יותר דהכי הוא גם לגבי קנינים (ולא רק בשעבוד) לר"מ אדם מקנה דשלב"ב, ומחמת יקר תפארת החידושי אביאה בקיצור דברים. הנהה בכמה דוכתי בספריו חקר גדר של בעלות בב' אופנים. א' שהוא זכותים ודינים בעלמא להבעלים, אבל בהתפץ לא חל כלום, ונמצא במשא ומתן רק הזכותים עוברים מזה לזה. ב' שהוא חלות בהתפץ בעצם (כענין בעלות הקדש). ע"י דברות משה בב"ק סי' מ"ב ענף א' ובב"מ סי' כ"ב ענף ב' שהגדיר כל אופן בטעמו ונימוקו. ועפ"ז בסוגריים דבר שלא בא לעולם (ב"מ סי' י"ז ענף ב') כ' לחדש בסברת ר"מ לפי ב' האופנים הנ"ל, (ואבאר כאן רק לאופן השני שהוא נוגע לזוית) וזה לשונו שם (בדי"ה דאף), משום דבכל הדברים שייך ענין שלו ורשותו, ואפשר שיבוא לידו ורשותו ע"י דין מכירה מתנה וירושה, יש לכל אדם בכל החפצים שבעולם אף קודם שקנאם ענין זה, ששייך בהו גם שלו ורשותו דכל אדם באם יקנה (ולענין זה מוכן מה שטרוח כל החכמים והחוקרים בסוכת הרבנו לבקר והלוחותיו שלא ישיקט ולא יבוק, והב"ן.) [ועוד] הוסיף ח"י על חידושו דרק מחמת זה אולי שייך שיקנה, ולא שנעשה בהקנין דבר חדש לגמרי שחפץ של ארובן נעשה של שמעון, אלא משום דגם מתחילה היה לשמעון זכות דשלו ורשותו גם בשל ארובן באם יקנה ממנו. ונמצא שאין ענין מכירה מצד זכות המוכר, אלא מצד זכות הלוקח הקונה שיש לו כח לקנות. (ועל דבר זה ידעינו טעמא למאן דאמר גזל עבדים מותר שאין לו חלות, וכו', וכדחזינן שקונה גם הפקר. וקצת ראייה, מהא דבמציאה נמי נחשב חב לאחרים כשמגביה לחבירו (ע"י ב"מ י), ואם אין לאדם שום זכות בדבר שאינו שלו לא היה שייך לדמותו לתופס לבע"ח עכ"ל. וכשזכינו לזה ק"ו בדאקני שרק פועל שעבוד, יכול לשכון בכנסת אחר מכח זכות הנ"ל, ואת"ש.

וזהו עומק הפשט במה דמצינו באיזהו נשך עב: יצא השער פוסקין אע"פ שאין לזה יש לזה, והביאור הפוסקים, וע"י בכ"י (ס"י רי"א בדי"ה

כתב הרמב"ם) שביאר דהואיל וכבר יצא שער חטים בשוק אז קנה משום דהוי כאילו יש ברשותו עכ"ל. ונתחבטו האחרונים בכוננתו דסו"ס לאו ברשותו והוי כשאר דבר שלב"ל. ע"י שערי יושר (שער ו' פ"ז) ש"כ דהוי משום דבריו לקנות, ובשו"ת בית שלמה (ת"מ סי' פ"ד) וחלקת יואב (סי' כ"א) כ' דודאי לא כוון הב"י דחל שום קנין, אלא ר"ל שחל חיוב על המוכר להביאם לקונה ע"ש. ובספר עין המשפט הביא להב"י הנ"ל לבאר הרשב"ם ע"ש. ולהמתבאר הוא כתתור ופרח (ואף לחכמים דר"מ, דרומה להפקר הואיל וכבר יש כאן דעת מוכר) ודו"ק היטב. שו"מ בחזקת הבתים נד: ברשב"ם ד"ה הר"ה כמדבר שכתב, ומינה נראה בעיני דהאי שני רשע מיקרי, ע"ש הפרטים. ובתוס' פ' לא יחפור כא: ד"ה מרחיקין מביא בשם רבינו תם דאפי' רשע לא מיקרי ע"ש הענין, ולענ"ד י"ל דבשו"ר הנ"ל פליגי ודו"ק.

וכמו שכתב אסור הפץ ש"ל חבירו ע"ל עצמו וכו'. וכ"כ בשיעורי הגרא"י בלאך הנ"ל. ועוד נראה שהוא גמרא מפורשת במס' נדרים פה: ע"ש, אלא אמר רב יוסף שאני קונמות הואיל ואדם אוסר פירות חבירו עליו, אוסר נמי דבר שלא בא לעולם עליו, אמר ליה אביי בשלמא אדם אוסר פירות חבירו עליו שהרי אדם אוסר פירותיו של חבירו ע"כ. וע"ש בר"ן וברא"ש שכנראה למדו דאף כשאין לו יד בחפץ חבירו ויכול לתפוס נדר מצד גופו שהוא בעולם, ולכאורה משמע דלא כדברינו הנ"ל. אלא שכבר ביאר הגר"ח ז"ל שבנדרים הגם שעיקרן איסור חלות בהתפצא, מכ"מ מבואר דאין נגמר החלות אלא בצירוף הגבא, (ע"י מ"ש"כ בזה בנינו הנ"ח סי' פ"ז והובא בהג"ח על הש"ס לכתובות נט. סי' קצ"ו), ועוד יעוי' בתומים סי' קט"ו סס"ק י' ובאמת נכון וכו', ע"ש היטב וכמה שהניח בצ"ע. וע"פ משנת פננים יש ליישובו והבן. וע"ע שם ביאור נוסף בדי"ה עוד כדי לפרש סברת התוס', וע"י לקמן ש"ז פ"ז בדעת התוס' עד"ז.

ועפ"ז נסתר מ"ש"כ במקדש דוד (כאן עמוד שכ"ד בדי"ה מהא טעמא) דו"ק ותשכח. וגם נסתר מ"ש"כ הנחלת דוד בב"מ דף טו. בדי"ה ובס"ק ט"ז וכו' בסו"ד, ומה שרצה באורים ותומים (סי' קט"ו) לתרץ עוד ולומר דהך דינא דהנמוקי' תליא בפלוגתתא דמהדורא קמא ומהדורא בתרא בב"ב ע"ש עד ז"הו תוכן דבריו בקצרה, ואח"כ כ' עליו הנחל"ד בדי"ה ולענ"ד וז"ל: לא מסתברא הא מילתא וכו' דקנה למפרע משעת כתיבת השטר דאין יחול שעבוד בטרם קנייתו, ולא היתה שדה זו של מעולם, ועל מה יחול שעבודו וכו' עכ"ל, וע"ש שנצטער ע"ז מאוד ודחאה בשתי ידים. ולפי משנת"ל לא זו בלבד שיש לנו יישוב הגון לכל דברי התומים (ע"ש סי' ק"א), אלא דאולי זהו גופא עומק כוננתו, והבן. שו"מ ראי' נוספת מאחד הראשונים, ח"י ר' יונתן מלוגיל במס' כתובות צא: והובאו דבריו בספר דרך משפט עמוד ר"ד בהגה ר"ב ע"ש מה שדקדק בו לפי

דרכו, אבל לפמש"נ כאן יש להבינו גם כמש"נ ודו"ק.

וכמו וכו' למפרע וכו' ה"ל מאותה שעה שבאה צ"דו. אבל לא ברירא דבר זה, כי אפשר שחל משעה ראשונה, ואלא מכ"מ דאקדיש מלוה דקאמר בפסחים לא. איגלאי מילתא וחל ההקדש כי כך הוא הדין, לא כן אצלינו דהיי ששלמפרע גובה את שעבודו שהיה קודם דאקני, מכ"מ בדאקדיש מלוה לא יקדש, כי הבעלים יש לו ג"כ דין בה ולא רק שעבוד קודם, ולא רק שעבודא אלימתא, אלא קנין ושלו וברשותו, וא"כ א"א שיבוא שעבוד קלוש ויוציא ממנו, אבל לעולם לכשתוציא השדה מדאקני למפרע ממש הוא גובה, ועיין. ובר מן דין הלא דעת הרעק"א, הצ"ח בפסחים, השפת אמת והצפנת פענח ועוד, דלמאן דאמר למפרע הוא גובה היינו שהכסף הלואה הוי כסף קנין ומכירה (וזהו מה דאיגלאי מילתא), א"כ פשוט דנעשה המכירה בעת נתנית הכסף כשהיתה הקרקע עדיין תחת בעליו, ועיין בזה. עוד יש להוסיף דאי נימא דהוי מאן ולהבא למפרע (וע"י סי' הירושלמי נדרים מובא ברא"ש סי' ג' וכו'), פשוט שהגביה שייכת גם לעת החלות שעבוד. ואפי' אי למפרע ממש הוא יש מקום לומר כן, דסו"ס רק לאחר המעשה נעשתה הטייפא, ומה בכך שהיה תחת יד בעליו, (ואילו משום איסור מעילה גם סתם אקדיש מלוה נכשל ומכשיל בזה) ודו"ק.

ובזה נרזיח מה שנתחבט דודי הגהמ"ח שליט"א לקמן ש"ז פט"ז על דברי המהרש"א התמוהים דיכול לדחות הלוקח לבע"ח לנכסים שלא היה תחת הלוה ממש מכח שעבוד דאקני (והנחתי לך מקום לבחור), ע"ש מה שנדחק בזה. אבל להתבאר אתי שפיר, דודאי חשיב מקום גביה עכ"פ ברין וכמש"נ וניחא בלי שום דוחק. וכן הש"ך (בסי' קט"ו) נקט כדרך המהרש"א בפשיטות וגם הגן בעדו קצת.

ש"ס. ה"ל מאותה שעה שבאה צ"דו. ואפשר כן הוא יסוד שיתת המהרש"ל מובא לקמן ש"ז פט"ו, ואולי גם הבי"ח שהובא שם בציונים ס"ל הכי ועיין.

אופ"ם וכו' אלא דהנידון הוא מצד המעשה וכו'. וכע"ז בחזון יחזקאל (נדרים במילואים והשמתות עמוד מ"א בדי"ה והרשב"ם וכו' בא"ד) לא יחול על פעולת הקנאתו דין מעשה קנין וכו' ע"ש, ובשיעורי הגרא"י בלאך הנ"ל (ד"ה עוד יש לחלק) ג"כ ביאר עד"ז. וע"ע בדומה לזה בדברות משה סי' י"ז ענף ב' ד"ה אבל וכו', וע"ע בענף ב' ד"ה והנה יש לומר וכו' שהעמיק עוד כבע"ז, ובדי"ה והנה מה ע"ש דברים נפלאים.

והנה וכו' חדא שייכו"ל לפנור חלות דלא שייך מיד. איכא כמה משניות פסוקות כיו"ב, ע"י קידושין נח: האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר לי יום ע"ש ובדף נט: ס"ל למאן דאמר דאם בא אחר וקידשה בינתיים אע"פ שחילל קידושי שני הדר פקע ביום ל' וחל קידושי ראשון. ובענין ייעוד תני בבביתא שם

(ט. מת.) דאיכא למאן דאמר מעות הראשונות לבקידושו. ניתנו והכי קיי"ל ברמב"ם פ"ד ע"ה ח"ו. וכנודע שאינה אשת איש למפרע, ע"י ח"י רבינו חיים הלוי (בב"ם פ"ד ה"ט) ועוד אחרונים. וע"י ברייתא בב"ב קט"ז נכסי לפלוני ואחריו לפלוני וכו' מת ראשון קנה שני, וע"ע בחו"מ סי' רמ"ח (פ"ג ג' ד'). ועיין במרדכי ריש פ' יש נוחלין הובא ברמ"א (סי' ר"ט וסי' ר"ח).

והיינו וכו' דהוי דבר ש"ב"ג גם מצד החלות. ע"י לשון הרמב"ם פכ"ב ממכירה ה"ל ט' ו' ובשו"ע סי' ר"יב סעי' ז' משמע כן. וע"ע בלשון הרמ"א שם דמשמע כן ביותר ע"ש והבן.

ונחזור וכו' דפירות היו דבר חדש וזכות היא לבני"ש השדה וכו' דהוצא משלו נעשה שלו. וכ"כ הגר"מ פיינשטיין בכמה דוכתי (ונסח דודי המחבר שליט"א הוי שילוב ב"ב צדדים), ע"י לעיל מה שצינתי ממנו חקירה בעינין חלות בעלות בכללות (כ"ה) ונראה ליישב ע"ש. ועפ"ז חידש בס"י י"ז ענף ב' בריש דבריו אות א' דאם נימא שאין חלות בגוף החפץ כלל אלא הוא זכות וכו' - א"כ מה שהוללות והפירות שלו אינו מהדין שהיוצא מהדבר שהוא כמוהו, "והיוצא משלו נעשה שלו", כיון שעצם הדבר לא חלוק של זה משל זה, אלא שהוא מטעם שנולד ברשותו שהוא ממילא עבורו, וע"ע בזה בדברור"מ בב"ק סי' מ"ב ענף א'. ועינין זה נקרא זכות (נסף) שיש לבעלים של הדבר. וע"ש באות ב' שבמאר ע"פ הצד שבעלות חלה בחפצא שא"כ מה שהוללות והפירות שלו ע"כ הוי משום היוצא משלו שלו, כמו גבי איסורים שהיוצא מן הטמא טמא ומן הטהור טהור, עכ"ל ר' משה ז"ל וע"ש עוד בארוכה.

ובחיושי ר' אובן בב"מ סי' י"ט בענין דקל לפירות נחית לצדדים אלו כמעט, אלא רק לענין קנין דקל לפירות וכו"ו, ולא בעיקרי יסוד קנינה דבעלות, ע"ש באות א' ד"ה ויש לחקור, ובמה שהביא מש"ע מה דגר"ח והברכ"ש ובד"ה וי"ל. וע"ש שם באות ב' בריש דבריו, ובמה שהביא מדברי הרשב"א בכתובות נט. וע"י באות ד' במש"כ בד"ה וחתני הרה"ג ר' דן ע"ש. ונראה לדברור"מ הנ"ל יובנו דבריו יותר.

וכן כ' הנמוקי וכו' כאילו היה בעו"ם. ומצאתי בדרכי משה הארוך סי' ר"ט ס"ק ג' שדקדק מנמוקי" פ' איזהו נשך (צ"ה) שלא על דרך זה וצ"ע. וע"ע בקצה"ח סי' קי"ב ס"ק א' במה שהביא מנמוקי" שלנו מחלוקת ראשונים אם יכול לחזור משעבוד דאקני קודם שבא הנכסים לידו, וע"ש הבנת הקצה"ח בזה, עכ"פ הא מיהא דשבת לא חשיב בא לעולם יותר משאר שעבוד וצ"ע. וע"ע במילואי חושן שם אות 56.

וכן וכו' כגון דיקא וא"ם ארעא ואסקה שרמוץ וכו' ומבואר דהשתא כבר יש לו בעלות ע"ה שבחא וכו'. וכנראה כן הוא עומק כונת

הש"ס וראשונים פ' יש נוחלין (קכ"ג), א"ר פפא דיקלא ואלים ארעא ואסיק שרטון דכו"ע לא פליג דשקיל. וע"י ברבש"ל ד"ה דשקיל וז"ל: פליג דעדין שמו עליו עכ"ל. וע"ע ברבינו גרשום וז"ל: משום דכל אשר ימצא לו קרינן ביה עכ"ל, ולמה שנתבאר בפנים את"ש ודו"ק. וזהו כונת הרמב"ם פ"ג נחלות ה"ל ד' "אם שבחו מחמת עצמן ולא נשתנו". וכוזה ניחא קושיית הרב המגיד פ"ג נחלות ה"ל ב' במה שפסק הרמב"ם כמאן דאמר דהניח אביהם פרה וילדה הבכור נוטל בה ובולדה פי שנים. והק' נדראה לי שטתו נכונה אלא דקשה לי קצת דהולד הא אישתני דמעיקרא עובר והשתא ולד וכו', וע"ש מה שנדחק לפרש והניח בצ"ע, אך להנ"ל ניחא ודו"ק.

והשתא וכו' אב"ל בשבחה דמחמת הוצאה אין השבח נחשב שהוא כבר כידו. צ"ע דשבת זה מאתמול כבר היו דינן אותה כנכללת עם בעלות דשאר השדה, וכי ע"י הוצאה חשיב שהשבח נתהווה משהא אחרת, ויל"ע. ויש לפרש עפמ"ש כירושלמי מעשרות (פי"א ה"א ב), רבי יוסא בשם ר' לעזר, הזורע שדה הפקר חייב במעשרות. ובח"י רבינו חיים הלוי (פכ"א) ה"א ב"ה והנה קשה) נתקשה ג"כ במה שחלוק שבחא הבא מחמת הוצאה לשבחא דממילא, (שגם הרמב"ם מחלק ביניהם), ותני' ע"פ ירושלמי הנ"ל וז"ל: הרי להדיא דאע"ג דביורד בתוך שדה חבירו הוי השבח של בעלים, מ"מ בזורע שדה הפקר לא אמרינן דהשבח יהיה הפקר, אלא דהכל של הזורע עכ"ל. וע"ש במה שביאר עפ"ז לענינינו. ולכאורה נראה שהגר"ח והירושלמי אינו עולה עם מה שכי' בפנים. שו"מ בשיעורי עיון התלמוד (מהגיד אבא ברמן ד"ל) בב"מ שיעור נ"א שבמאר דברי הגר"ח הנ"ל ע"פ היסוד שכתב רודי המחבר שליט"א והוא נפלא ע"ש.

(ומעתה לא הוצרכתי לדחוק שכונת הירושלמי שזכה בקרקע בעת הזריעה וכדעת מקצת מהמפרשים שם ע"י בני משה ועוד, דהעיקר לדעת הפוסקים דהשדה נשאר הפקר, ע"י ש"ך יור"ד סי' של"א ס"ק כ"ז וחזו"א שביעית סי' ב' ס"ק ד', וכן הוא הכרעת הדרך אמונה תרומות פ"ב ס"ק ק"א ובציון ההלכה ס"ק רע"ג ע"ש. וכנראה שמדויק כן בלשון הרמב"ם ע"ש ותבין.)

ש"ז פ"ה

בני שמואל וכו' וסי' צ' להתוס' וכו' מוכח דדאיקני קנה וכו' וסברא וזיקימת גם לפי מסקנת דבריהם וכו'. הנה מלשון התוס' לא משמע ס"ק מתרי טעמי, חדא שכי' דהיינו טעמא מדר' נתן ולא כי' שהו"א דאינו אלא מדר"נ. ועוד דמש"כ ועוד אפילו היה יכול להביא ראיה, ק"ק דשפת יתר הוא לגמרי, דהל"ל דמתני' עדיפא ליה וצ"ע. אבל יש להביא סיוע לזה, ע"י שו"ע סי' קי"א סעי' כ' וז"ל: אע"ג דלא כ' דאקני, אם קנה והוריש גובה, ויש חולקים עכ"ל. וטרחו הגו"כ במה שהביא המחבר חולקים על דין

מפורש בסוגיין דאקני והוריש וכו'. וע"י בבאיור הגר"א בס"ק ל"ו שחי' בפ"י הש"ס דבר חדש ע"ש, אבל לא הזכיר הגר"א את שם אומריו ז"ל. ובסמ"ע ס"ק ל"א כ' דלאו דוקא הוא, ורק גריר בתר לישנא דבעה"ח וכו' ע"ש. ובש"ך ס"ק י"ד כנראה השאיר בתימה למה הזכיר יש חולקים. עד שבא מרן התומים בס"ק י' וכ' דעליו יש לתמוה שדחה דעת יש חולקים בשתי ידיים ולא שם על לבו כי רבינו הגדול הרמב"ן ס"ל כהך יש חולקים. וע"ש בסוגריים שצידד לשלאורה גם דעת התוס' שלנו ס"ל כרמב"ן בזה ע"כ. הרי להדיא שהתומים למד כמותי (עם ראיות עדיפות). ועל כרחק הש"ך ודעימיה שלא הודו לזה ס"ל כדודי המחבר שליט"א. וכל תי' מב' תירוציו דרך אחרת היא ע"ש ובסי' פ"ה ס"ק י' בד"ה שוב ראיתי. והגר"ר שמחה מדעסויא כאן ג"כ ס"ל כן. וע"ע ברבינו גרשום סוף קנז: וריש עמוד ב' שמדויק ומבואר כהיש חולקים. ובהגהות רע"א (בש"ע ה"ג) צירף עוד ראשון שס"ל כן, נמצא הרבה סובאים וכו'. וע"ע דרך חדשה בקובץ שיעורים כאן אות תקס"ט ודו"ק.

ויש ד' דקדק וכו' ובאמת היינו טעמא דר' נתן. הנה ידוע צדדי השאלה האם שעבודא דר"נ הוא שעבוד להדיא מהראשון על השלישי או לא, דבש"ך סי' ק"ה ס"ק ח' מבואר כצד א' (ע"ש), וכן משמע מלשון התומים סי' פ"ו ס"ק ז'. ואילו לבי"י סי' ק"ה סעי' ח' משמע כצד ב', וכמו שדקדק התומים בס"י ק"ה ס"ק ט'. ואשר על כן אפשר שזה גופא השו"ט בדבריו התוס' ועיין.

ש"ז פ"ו

עוד וכו' ולכאורה תיבת וימכור מיותרת היא. האמת הוא שבדפוסים הראשונים מבואר דלא היה גירסא זו, והוא מהוספת המהרש"ל (השלם) וכדצויין כאן בגמ' החדשים. והמעין גם במהה"ש"א יראה שלא היתה לו גירסא זו ע"ש. וגם המעיין היטב בדברי הרש"ש יסתפק האם קושייתו על גירסת התוס' "וימכור" או רק על עצם תירוצו וחידושו, דכך הוא דיבור המתחיל של הרש"ש ולא הזכיר נוסח קושייתם. וגם איננה עיקר קו' הרש"ש כי לא כ"כ אלא כשאם תמצא לומר (ראוי לומר וכו'), וציון להתוס' ע"ט: בלבד. והא מיהא כונת המהרש"ל צ"ע. שוב מצאתי רבים וגדולים שהקשו על התוס' קו' זו (אחר שנחפשת הוספת המהרש"ל). ע"י ח"י רע"ק"א על אתר שכי' דלא יזיתי להבין והשאיר בצ"ע וע"ש בסוגריים. ובקצה"ח סי' קי"ב ס"ק ג' השאיר בצ"ע, וע"י בחיושי ר' שמעון שקאפ בב"ב סי' ל' אות ה' מה שכי' ליישב בזה.

ונראה וכו' אין כוננתם וכו' אלא שבע"ה השדה ימכרנה צ"הוה. והנה מלבד שזה דבר חדש קצת, וגם אינו מדויק כ"כ, דהו"ל לאסמוכי קנין ומכירה ולכתוב 'שיקנה וימכור נכסים' ולא להפסיק ביניהם במילת נכסים, גם אין תירוץ זה מעלה ארוכה לגירסתו ושיתן

המהרש"א כאן, דע"ש שפי' קר' התוס' בא"ד ז"ל: ואהא קשיא להו וא"ת אימר ר"מ וכו' דעבידי דאתו וכו' דלא עבידי דאתי שכינה נכסיה ויוריש וכו' עכ"ל ע"ש. הרי חזינא דדעת המהרש"א דלא עבידי שיוריש על הלה קאי. ותו דהשתא פליגי המהרש"א ומהרש"ל בתרתי, חדא מהו האיניו עבידי דאתי, דלהמהרש"ל קאי על הקנייה ולהמהרש"א רק על הירושה, ותו פליגי מחלוקת נפרדת האם בעינא שהשדה תצא מרשותו יהיה עבידי דאתי.

הנראה לענ"ד ללמוד הדברים ככתבם, שיוימכור' היינו שהלה ימכרנה, ועל קושיית הרש"ש י"ל דהתוס' לטעמייהו שכתבו בכ"מ (ד' בדי' אין נשבעין על פירות שנקברו קרקעות), וא"ת למאן דאמר שעבודא דאורייתא מודה במקצת למה נשבע הא כופר שעבוד קרקעות עכ"ל. ומקשיין העולם והלא גם למאן דאמר לאו דאורייתא מ"מ גבי מתק"ח שתיקנו שעבוד נכסים. והגר"מ פיינשטיין ז"ל תירץ (באגרו"מ ח"ח סי' ט"ז)

סיד אות ה' וברבורים בכ"מ סי' ה' ענף ד' בדי' ולכן וכו' ובא"ד וכן משמע בתוס' בזה"ל, אם הוא מדרבנן הוי רק על הנכסים המכורים, אבל אלו שבדור כיון שאיכא דין גביה בעלמא לא נוסף לו מצד השעבוד כלום וחייב שבועה עכ"ל. הרי שלהדיא מחלק בין חלות השעבוד קודם המכירה ללאחר המכירה, (וגם במלת דוד כתב על התוס' שם (בדי' מיהו) למאן דאמר שעבודא דאורייתא הפיקוע חז"ל השעבוד במלוה על פה בעת המכירה ולא קודם לכן). ואשר על כן יש ליישב כוונת המהרש"ל והמהרש"א דפירשו קר' התוס' למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא וכשיטת התוס' בש"ס עי' קידושין יג' ד"ה אמר ובכ"ב קעו. ד"ה גובה וכן התוס' בכ"מ ד' דקדק ממנה הבי"ח סי' פ"ח סעי' ל"ח דלא קיי"ל שע"ד רק שמקשיין אליביה. וכיון שכן נמצא דעיקר חלות השעבוד אינו נוגע ואינו חל בתקופה אלא עם מכירתה ויציאנה מרשותו של הלוה. אי"כ שדעין עלוה אי חשיבא בעולם או לאו צריכין אנו לדון על ב' שלבים: אן קניית הנכסים, בן יציאת הנכסים מרשותו. ואת"ש נמי דלא פליגי המהרש"א ומהרש"ל אלא בנקודה אחת האם דאקני וקנה ומכר חשיב עבידי דאתי או לאו ודו"ק. שו"ר שנתכונתי ב"ה להאבני נזר חו"מ (מ"ט ע"ג, ג). וע"ע דרך חדש בכבורי ראובן כאן (על התוס').

ונראה וכו' שם. בציון הנ"ל נתברר דהשעבוד הוא הדבר דנדין עליו אם הוא עבידי דאתי ולא עצם הנכסים כשלעצמן. ועי' בשו"ת מהרי"ט ח"ב סי' כ"ג (הובא בקצה"ח סי' קי"ב סי' א) שגם כן מבואר דס"ל כיסוד ושורש זה ע"ש. ואע"פ שהקצה"ח הרבה להשיב עליו, מ"מ כבר מצא הגר"ש שקאפ ז"ל עזר לו בדברי הראשונים הובאו בבית יוסף סי' סעי' ו' והוא מבעל התרומות שער ס"ד (ח"ב סי' א - ג), וכן דקדק המחנה אפרים (גבי' סי' א' ד"ה איכא) מדברי הרמב"ן המובאים בבעל

התרומות שער מ"ג, והובא בשו"ע סי' ס' סעי' ו' ע"ש. ועכ"פ הצד השווה שבהן דשעבוד דאקני הוא מטעם שעבוד הגוף ולא מכת שעבוד נכסים ממש. וע"פ יסודם בנקל יש להבין היסוד הנ"ל.

שו"מ במקדש דוד בכ"ב על סוגיא דדאקני שהפליא לעשות בביאור הקנאת השעבוד, ע"ש בסי' נ"ה סי"ב ב' שרצה לחדש דיסוד ושורש זכות השעבוד ליתא בגוף השדה, אלא הזכות היא רק בחוב, ע"ש הראיות לזה. וע"פ דבריו יובן יסוד זה יותר. (ועי' בשופרא דשרטא ביאור בדברי מהרי"ט, שער ב' פרק ט' בדי' וכו' בקצה"ח בקיצור נמוך. ועי' במקדש דוד סי' ס"ג שג"כ ביאר ע"ז אלא באופן חדוש והתבטח יותר, ועי"ן). וכבר נתחבטו בזה הגרי"ז ז"ל ור' שמעון ז"ל בענין לוקח מסלק בע"ח בזווי, עי' שיעורי'ר' שמואל פ"ק דמציעא שם ובתוס' שם ד' ד"ה אין. וע"ע בהרמב"ן שם ובשבועות ל"ז שהביא חילוקי דעות בשרשין אלו, (וכפי ששמעתי ממור"ה הגר"א אריאל שליט"א). ונראה שבענין זה הן החילוקי דעות הנ"ל ודו"ק.

ש"ז פ"ז

ומבואר וכו' וי"ע וכו' והלא גם שעבוד בני קנין וכו'. הנה גם הקצה"ח טרח להבין נקודה זו, ע"ש בסי' קי"ב ריש סי' א'. ואלא דנקט נוסח סתום קצת וז"ל: דאין הקנאה לחצאין, והרי שעבוד גרע מקנין עכ"ל ע"ש, וכבר חקרו אחריו מה כוונתו בזה, ולמש"כ בפנים מוכן. וע"ש מה שכי' לתרץ בתורת אפרו, דמחמת ממילא לא בעינן דעת נותן ומקבל ע"ש. אך תמוה מאוד מה שלא זכר מאומה שם מדברי התוס' האלו, ואף לא הזכירו בכל סימן קי"ב (וכמדומה אף לא בכל ספרו).

ונראה וכו' דנעצם חלות השעבוד ח"ה מיד. וכע"ז כתב בשיעורי הגר"א בלאך עמ' 126 ע"ש בדי' וכו' וכטעם האחרון. אך אח"כ כתב חילוק לדינא בין הרשב"ם לתוס' - ע"ש בדי' ולפי וד"ה ונ"ל, וצ"ע. ועי' לשון רבינו גרשום כאן דג"כ מתפרש ע"ז ודלא כמש"כ בסמוך.

ונראה וכו' שהרי השעבוד ח"ה מיד וכו'. הנה עי' בשטמ"ק בשם הראב"ד שפי' אליבא דרבנן אין אדם מקנה דבשלב"ל, הני מילי במתנה, אבל במלוה כיון דמשעבד ליה, דאקני נמי משעבד ליה, אי"כ לא שנא עכ"ד. ולכאורה מתפרשת ג"כ כמו שנתבאר כאן בפנים לדעת הרשב"ם. אמנם החזון חיזקאל דקדק כן אבל כ' דאינו משמע כמו הרבינו גרשום, ע"ש בחזו"י מילואים והשמטות לנדרים (עמ' מ"א ד"ה אבל בסוגיים) וצ"ע. עוי"ק שהשמיט מכל המו"מ דברי התוס' ולשונם דאלים השעבוד ושחל ממילא, והלא דבר הוא. וצ"פ"ז מוכן שפיר צ"מ ה"א הקשו וכו'. וע"ע במהר"ם שיק' (בי"מ יד' ד"ה וא"ת ולנוכח) מש"כ בזה באופן אחר.

ש"ז פ"ח

והנה וכו' איכא חסרון מצד החלות, איכא חסרון מצד המעשה וכו'. וע"ע בזה במש"כ

בציונים לעיל ש"ז פ"ד בדעת התוס' דמעשה קנין שאינו נוגע אלא לעצמו ליכא חסרון מצד המעשה ע"ש.

ש"ז פ"ט

ויש להקשות וכו'. וע"ע בשיעורי הגר"א בלאך (דפוס תשי"א עמוד 124 בדי' אמנם ע"כ צ"ל).

ונראה ליישב וכו'. ועי' בספר הנ"ל מה שכי' בזה באופן א"א (עמ' ס"ג ד"ה אולם, ובדי' אבל מדברי התוס').

ש"ז פ"י

ושם בפרק ג' פשוט כתב הרשב"ם וכו'. ולכאור' הרשב"ם סותר משנתו. ועי' בתומים (סי' מ"ג סי"ק י"ד בדי' אך באמת) שג"כ עמד בזה. וכן בגידולי תרומה בשער ט', ב', ב' בדי' מיהו בא"ד והשתא נראה דקשיא דרשב"ם אדרשב"ם וכו'. וע"ש שנראה שנשאר בקושיא.

וצריך לומר וכו' בקנין איכא קלא. וכן נראה מתוך יישובו של התומים ע"ש בדי' ולכן נראה לומר. וע"ע בזה בתומים לעיל סי' ל"ט סי"ק כ"ג במה שהרחיב בענין זה. ובפרט בדי' ולכן נראה, וע"ש בהגהות משפט יהונתן ובמה שציטט לשאר דוכתי בתומים במש"כ בזה.

וצריך וכו' ועיי"מ הנתיבות המשפט סי' צ"ט וכו'. מהסמ"ע שם סי"ק ב' דעדי קנין מפקי קלא גם בלי שום שטר ומהני לטרוף ממשעבדי, ומסקו שזהו דעת המחבר במפורש שם (בסעי' א' בסו"ד אלא שהס"ק ג' הודפס בטעות בריש הסעיף).

אכן יש דקדק צ"פ"ז דלמה כי' הרשב"ם. שיטת הרשב"ם אינו כהשו"ע הנ"ל וס"ל כמו שהוסף בסמ"ע הנ"ל בסוגריים בזה"ל, לאפוקי נמוקי' פרק ג"פ ורשב"ם וכו' עכ"ל. הרי להדיא שהרשב"ם חולק על דאפיק עדים קלא (במלואה) בלא שטר. וכוונת הסמ"ע לרשב"ם דיו"ן (קטב. ד"ה להגן בסו"ד כיון ציינו במהדורא החדשה ש"ס).

עוד וכו' ולכאורה יש דקדק וכו'. וכן הק' ר' אלחנן כאן אות תקע"א ע"ש. וכבר הקדים הבית מאיר להעיר בזה (מובא בחידושי על הש"ס, ובאסיפת זקנים לכ"ב, בדי' והמאחרים כשרים) וע"ש שהניח בקושיא.

ש"ז פ"יא

ולפי זה וכו' ושוב אין אהוש צפסידא דקפוחות. עי' ש"ך סי' מ"ג סי"ק ל"ב במה שחקר בזה וצ"ע. ואפשר כוונתו רק למה שמובא שם בחזו"מ סעי' י"ד יש חולקים על זה. וע"ע חזו"מ סי' מ"ב סעי' ט' ע"ש מחלוקת הב"ח והש"ך בס"ק כ"א.

ש"ז פ"ב

ואולי יש לומר וכו'. גם החתם סופר נתקשה בזה, וע"ש מה שכי' ליישב דעצם הקול יוצא גם בעת הכתיבה בפועל, ואי"כ שייך נפק"מ גם מתי ישבו וכתבו ע"ש, (ואף הוא ז"ל כי זאת כלישן אילי, [נדע שבחי' חת"ס הישנות לא הודפס כלום על דפי' הללו דדאקני רק בחידושות (משנת תשנ"א). וחידוש הנ"ל הוא על רשב"ם הנ"ל, הראשון לרף קנו: ע"ש]

לאור ספר דעת נוטה על הש"ס ושם יבואר מילים הני"ל, ואפשר יהיה גם עם ההספת הסבר מרן שליט"א.

אופ"ם וכו' כבר נמחף שנעבודא כדאיתא בב"מ (ד). והנה הא גופא צריך תלמוד האיך קאמר הש"ס שם שטעם החסרון הוא משום שנמחל שעבודו, הא תיפול"ל משום שהעדים לא חתמו על ההלואה השניה. וכן הק' בנתה"מ (סי' מ"ח סי' א' ב"ה ועתה) דאינם מעידים כלל. וכטעם זה באמת כ' הירושלמי פ"ק דבב"מ ה"ז ע"ש, וכן הק' התומים בס"ק ח'. וכע"ז הק' בגידולי תרומה (שער י"ח) דלמה נקט הש"ס לשון של אזהרה שאין לחזור וללוות בה, הא הול"ל דפסול הוא והר"ז חספא בעלמא. וע"ע מה שהק' הגתה"מ סי' מ"ג ס"ק ה' נ"לענד"ל תרין וכו', ומכל זה מוכרחין לומר דהשטר בעצמותה יש בה כח, וע"י ברמ"א סני' א' שכ' להדיא דיש גוונא דיכול לחזור וללוות (אם חזר וקבל קנין). ובלבוש שם כ' דלגבי כתב ידו מהני לגבות עכ"פ מבני חורין, ובסמ"ע ס"ק א' תמה מאוד דגם בכל שטר שחזר ולוה יכול לגבות מב"ח ולא מצי' למימר פרתיה ע"ש. וע"ע בביאור הגר"א ס"ק ד' ובקצה"ח ס"ק ו' מש"כ לענינינו. וע"י בקובץ שיעורים ב"ב אות תר"א. ויותר מזה כתב בשיעורי ר' שמואל רובסקי זצ"ל (אחת רפ"ד) שביאר בכונת הסמ"ע דבאמת העדי תחילה לא ראו גם ההלואה ראשונה, שאינם מעידים בחתימתם אלא כשמגיע השטר ליד מלוה וזה קורה אח"כ, א"כ כשם שלא ראו זה כך לא ראו ההלואה שניה וכו' ע"ש. ואשר על כן נראה לפרש דכל שכן בהלואה הראשונה כשיהיה שייך טענת הנחתה לך מקום לגבות אכתי אפשר להחליף הגביה, דסו"ס אכתי השטר קיים ואינו חספא בעלמא וכמש"נ.

אופ"ם הרמב"ם וכו' דלא אמרינן אחריות טעות סופר. וכן דקדק הרבה המגיד בדבריו. אמנם קצת דוחק בלשון הרמב"ם, חזא שמי ידוע אם הרמב"ם כיון למלוה בשטר אולי מיירי במלוה ע"פ, והרי תחילת דברי הרמב"ם לא כ' שטר אלא "סתם". וגם מסו"ד הרמב"ם יואם התנה וכו' תמוה קצת דמאי אשמעינן רבינו בזה דכל תנאי שבממון קיים. ואין לומר דמחדש לנו דלא חיישינן לפסידא דלקוחות, דממ"נ אי איכא קול אינהו דאפסידו אנפשיהו, ואי ליכא קול לא היה מועיל התנאי כלום. וגם הש"ך סי' ק"ב ס"ק א' דחה דברי המ"מ וכו' דמסתמא משתעבד ע"ש טעמו ונימוקו. והעולה דהרמב"ם לא כ' להדיא אחריות לאו ט"ס בדאיקני, ויש לישא וליתן בשיטתו בזה.

אופ"ם וכו' וכן מוכח מדברי הרשב"ם וכו'. וכן דקדק החת"ס כאן בד"ה ר"מ הוא וכו' בריש דבריו, אך הדר דייק מסו"ד הרשב"ם להיפך, ומיישב ע"פ מש"כ הט"ז בסו"ס מ"ג בשם המהרש"ק דרק בכה"ג דמיירי הש"ס שאיתר הזמן חשיב כאילו כ' להדיא אבל בעלמא לאו ט"ס.

אופ"ם דבריהם ש"ה הרמב"ם וכו' צ"ח וכו' המאוחרין כשרין היינו כשכתב לו דאקני. לא משמע כן מדברי הרמב"ם פכ"ג ה"ב ב' שסתם דשטרי חוב המאוחרין כשרין. ובאמת כבר תמה הרשב"א עליו דהו"ל לחלק, וכמו שמבואר ברמב"ם פ"ח והובא במ"מ, ואך הוא הניח בצ"ע. והש"ך והחת"ס בשם הט"ז (הני"ל) וכע"ז בתומים (ריש סי' ק"ב) כתבו דשטר מאוחר שאני, וכן בקצה"ח סי' מ"ג, וכן כוון לדבריהם מרן ר' איסר זלמן צ"ל בפכ"ג שם ושבו הביא לדברי הקצה"ח הני"ל ע"ש.

אופ"ם וכו' והרשב"ם וכו'. ולמש"כ החת"ס במסקנתו גם הרשב"ם יתפרש כהרמב"ם בציון הנ"ל.

ש"ז פט"ו

וכתבו התוס' וכו' כך היא גירסת הב"ח. ולמעשה איכא ג' שיטות בדעת התוס' [א' הב"ח, שאפי' כבר קנה הלוה בעת שלקח הלוקח אינו יכול לדחות הבע"ח אליהן. ב' המהרש"ל, שיכול לדחות הבע"ח דהכל הולך אחר עת המכירה (שהניח מקום). ג' המהרש"א, שאפי' קנה אותם הנכסים דאקני אחר המכירה יכול הלוקח לדחותו. וע"י בציון הסמוך.

ולמדו התוס' וכו' וכן פ' המהרש"ל בדברי התוס'. הרי דהב"ח והמהרש"ל שווין בדעה א'. וכן דייק הש"ך סי' קט"ו ס"ק י"א בסו"ד וז"ל: שנמשך הבי"ח אחר מ"ש מהרש"ל בספר חכמ"ש וכו' עכ"ל. אך בקצה"ח חולק עליו ע"ש בס"ק ד' ב"ה והב"ח וז"ל: והנה מ"ש שהבי"ח נמשך אחר מ"ש מהרש"ל בח"ש, המעיין בדברי מהרש"ל, אי"ז דרך הבי"ח וכו', לדברי הב"ח אפילו הניח הלוקח בעת שקנה מקום לגבות, אפי"ה כל שהיה דאקני למלוה לא מצי' לדחותו מעיקר שעבודו שהיה לו בשעת הלואה לדאקני (ונמצאו לפינוי שלשה פירושים בדברי התוס') עכ"ל. וע"ע שם בד"ה אמנם שמשבח סברת הב"ח והביא ראיות לדבריו. ואכתי צ"ע סברת הדבר.

וע"י בחי' ר' שמואל (בב"מ סי' י"ט) שמבאר דעיקר חלות ערבות חל רק בשעת ההלואה, דומיא דשעת מתן מעות כערב אדם, אי"כ הנכסים שבאו אח"כ אף דנשתעבדו מכת דאקני, מכ"מ לא חל הנכסין דאיניש אינן ערבין ביה, ואינו יכול לדחותו מעיקר שעבודו כזה ע"ש. ונראה לבסס סברא זו ממש מהש"ס דף קנו. דהיה סלקא דעתא דבלא דאקני א"א לגבות קרקע אף מיניה, וגם למסקנא לא מצינו אלא רבא שצוות ע"ז, אבל ר' יוסף שם לא נתקשה בהלכה זו. הרי להדיא דלגבי קרקע כל שלא נשתעבד ונתערב א"א שוב לגבותה, ואפי' בתורת מיניה וכגלימא דעל כתפיה. (והקא למטלטלי דהוי נכסי שאין להם אחריות גבייתם בתורת מיניה.) ויש לזה כמה סמוכין גם בהפוסקים ויתבאר במק"א. וע"י בחי' ר' לייב מאלין ח"א סי' נ"ח אות ב' ד"ה והנה שביאר הבי"ח באופ"א. (והאג ראיות דעת עיר שתי גדולים המטייעים לירך הבי"ח בתוס', הלא המה

השואל ומשיב תנינא סי' צ"א עמוד ע"ב ב"ה וכו' יש ליישב דברי החת"ס, והתפארת שמואל מוכח א"א בשמ"ו. שו"מ מש"כ הפנ"י בכתובות צ"ג סוף ע"א דמה שנשתעבד אחר ההלואה לא חיליל שם הענין ערבות. וביאור הדברים וכו'. וכ"כ בחידושי ר' שמואל שם בב"מ סי' י"ט, וע"ע ח"י הגר"ש שקאפ בקונטרס השעבוד ח"ד.

ש"ז פט"ו

אופ"ם לפי זה נפלאים דברי התוס' וכו'. ושלחנו קושיא זו להגר"א קנייבסקי שליט"א ונגה בכת"י בזה"ל, שם מיירי ולא כתב דאיקני עכ"ל. וק' לעמוד על סוף דעתו, ואולי נכתונו למש"כ בציון הסמוך (ובענין הקיבוב אי"ה יצא

ש"ז פ"ג

ולפי דברינו י"ח דגם הש"ך מודה וכו'. וע"י לשון הש"ך בס"י ל"ט ס"ק ו' וז"ל: אלא נראה עיקר הטעם דקנין יש לו דין שטר לכל דבר, הן לטרוף ממשעבדי הן לענין שאינו נאמן לומר פרתיה וכו' עכ"ל.

ש"ז פ"ד

והנה וכו' וכן כתב הרמ"א וכו'. בס"י ק"ב סני' א' בשם הטור מהרשב"א בסוגיין, וכתב הטור שם שכן דעת א"א הרא"ש. ובסוגיין ליתא לזה בדברי הרא"ש. וכבר נתחבטו בזה בנו"כ אם טעות הדפוס הוא ואכ"מ. ובביאור הגר"א ס"ק ד' כ' המקור מתא שמע שלנו, ועוד ראיות מסוגיין. והנה אי בעינן קנין על השעבוד נכסים והשטר הוא גם כשטר קנין וכמו שנתבאר (בריש השטה), צע"ג איך מהני, וע"י לעיל ש"ז פ"א בד"ה והנה. וע"ע ביאור נחמד באבי עזרי פ"ח מלוה ולוה ה"א בד"ה ולהמתבאר.

אופ"ם הרמב"ם וכו' דלא אמרינן אחריות טעות סופר. וכן דקדק הרבה המגיד בדבריו. אמנם קצת דוחק בלשון הרמב"ם, חזא שמי ידוע אם הרמב"ם כיון למלוה בשטר אולי מיירי במלוה ע"פ, והרי תחילת דברי הרמב"ם לא כ' שטר אלא "סתם". וגם מסו"ד הרמב"ם יואם התנה וכו' תמוה קצת דמאי אשמעינן רבינו בזה דכל תנאי שבממון קיים. ואין לומר דמחדש לנו דלא חיישינן לפסידא דלקוחות, דממ"נ אי איכא קול אינהו דאפסידו אנפשיהו, ואי ליכא קול לא היה מועיל התנאי כלום. וגם הש"ך סי' ק"ב ס"ק א' דחה דברי המ"מ וכו' דמסתמא משתעבד ע"ש טעמו ונימוקו. והעולה דהרמב"ם לא כ' להדיא אחריות לאו ט"ס בדאיקני, ויש לישא וליתן בשיטתו בזה.

אופ"ם וכו' וכן מוכח מדברי הרשב"ם וכו'. וכן דקדק החת"ס כאן בד"ה ר"מ הוא וכו' בריש דבריו, אך הדר דייק מסו"ד הרשב"ם להיפך, ומיישב ע"פ מש"כ הט"ז בסו"ס מ"ג בשם המהרש"ק דרק בכה"ג דמיירי הש"ס שאיתר הזמן חשיב כאילו כ' להדיא אבל בעלמא לאו ט"ס.

אופ"ם דבריהם ש"ה הרמב"ם וכו' צ"ח וכו' המאוחרין כשרין היינו כשכתב לו דאקני. לא משמע כן מדברי הרמב"ם פכ"ג ה"ב ב' שסתם דשטרי חוב המאוחרין כשרין. ובאמת כבר תמה הרשב"א עליו דהו"ל לחלק, וכמו שמבואר ברמב"ם פ"ח והובא במ"מ, ואך הוא הניח בצ"ע. והש"ך והחת"ס בשם הט"ז (הני"ל) וכע"ז בתומים (ריש סי' ק"ב) כתבו דשטר מאוחר שאני, וכן בקצה"ח סי' מ"ג, וכן כוון לדבריהם מרן ר' איסר זלמן צ"ל בפכ"ג שם ושבו הביא לדברי הקצה"ח הני"ל ע"ש.

מוקדמת קיימת בעידן שנטרפה מהלוקה, על אחת כמה וכמה דדינא דכי שיחזיר את מקחו. ואולי וכו'. ומצאנו דוגמת דבר רב במס' יבמות לו: פלוגתא אורגא אי קם דינא או הדר דינא ע"ש. ועי' בראשונים שם דפליגי היכי קיי"ל, ובטור אבה"ע סי' קס"ג ע"ש ה' הביא ב' דעות, וכו' בשם הרא"ש דחשיב ספיקא דדינא ע"ש. (וגם להרמב"ם מצאו האחרונים פנים להלכה דסיל כסברת הדר דינא לפעמים, עי' טעמן ונטען פט"ו ח"א ובקונטרס הספיקות ו' י"ד ותהיה"ח ק"ש ה'). והגדר של הדר דינא מבורר שם דכל שנתברר לו טענה שלא היה יכול לטעון מוקדם חשיב טענה חדשה. וא"כ הכא נמי י"ל דנתחדש על טענת הנחתי באופן שלא נתברר אלא לאחר המעשה, והדר דינא. והכא אפשר יודו כו"ע כי לא באנו להפסיד ולהוציא ממון בעלמא אלא להחליף ודו"ק.

הוספה: הנה לדעת הקצה"ח סי' קי"ב ס"ק א' דשעבוד דאקני אינו מועיל ע"י שעבוד הגוף שהוא בעולם, שפיר יש להקשות על המהרש"א בתוס'. אך לדעת המהר"ח הובא שם והוא גם דעת הבע"ת והעשור (כמבואר במילואי חושן שם) דדאיקני משתעבד מכח שעבוד הגוף של הלוה, א"כ י"ל דטענת הנחתי לך מקום לגבות תלויה תחילה מצד השעבוד הקודם מצד הגוף, ובהא תלויה הטענה בעצם, ואלא הואיל וא"א לדחות הבע"ת בלא כלום ויש לו לעצמו דין ממוני גבך מגבין לו מיד מאשר נמצא תחי", אבל כ"ז רק מצדו, ואכתי מצד הלוה והלוקח קיים בעצם טענת הנחתי לך מקום ודו"ק בזה.

ש"ז פ"ז

ומבואר דסברת הצד וכו' והיינו דגם הצד הראשון היה יבול לחזור בו. וכן דקדק הרשב"א מגופא דסוגיא. וכן דקדקו הראשונים מסוגיא דאזוהו נשך ס': אמר רב הונא עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו ע"כ, ובח"י הרשב"א שם כתב מכאן נ"ל לשעבוד דאקני שיכול לחזור בו עכ"ל. וע"ש ברש"י ד"ה עד וז"ל, דאפי' למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו' עכ"ל. ובהגהות הגר"א ע"ז אות ד' כ' בזה"ל, וכן לענין דאקני לכו"ע עכ"ל. ובח"י הרמב"ן חזקת הבתים מד. להדיא פליג ע"ז וסבר דא"א לחזור ביה, והובאו ב' דעות אלו בנמוקי" שם (כד. מדפי הריף) וברמ"א סי' קי"ב ע"ש א'. ולכאורה דעת הרשב"ם להדיא כשי' הרשב"א וכמש"כ, דאלת"ה איך למד שאלת הגמ' א' מצי לאהדורי אם א"א לחזור. אך מצאתי בש"ך שם ס"כ ב' שהכניס ראשו בין ההרים להכריע כהרמב"ן נגד הרשב"א כו' דהסברא וגם הגמ' כנגד הרשב"א, ע"ש דברים מאירים מילתא בטעמא. ובסו"ד הביא לדבריו הרשב"ם שלנו (נגד לרבוי המחבר) ומקשה על עצמו לכאורה, ות"י בזה"ל: לאו למימרא דמצי הדר ממש, אלא כשלוה מן השני אי מצי הדר משום דמסתמא הראשון גופא מחיל בכך כיון דידיע דמקבל מעות מן השני וכו' עכ"ל.

וע"ש שצ"ע לעיין לעיל בס"י ק"ד ע"ש ו' ובכ"י שם נועייתני בכ"י ומבואר להיפך וצ"ע, וצ"ל דכוונתו למש"כ הש"ך גופא שם ע"ש בס"ק ט"ו, ועכ"פ הש"ך למד להדיא דלא כמש"כ בפנים בדבריו הקשב"ם. אך בקצה"ח ס"ק ג' בד"ה גם מ"ש הש"ך כ' עליו דאינו מחזור (וע"ש שלא כ' סברא אלא דאינו מסתבר) הרי שלמד כפשוטו דלא כהש"ך. גם התומים בס"ק ג' כ' שאין הכרעת הש"ך מכרעת והממע"ה, ע"ש קושיות עצומות.

ויש דקדק דכיון דיבול לחזור וכו' אין להם שום קנין כלל קודם לכן. הנה סברא זה (דחליא הא ביה) גם מבורר שלא משהקצה"ח ע"ד זה, ע"ש סי' קי"ב ס"ק ג' בד"ה גם 'ומיהו הרשב"א וכו'. אך המעייץ בדבריו יראה שרק למד כן בדעת הרשב"א, אבל איהו עצמו אינו סובר כן מן הסברא, ומקשה עליו בזה"ל, אכתי תקשי וכו' אמאי יחלוקו נימא לקמא משתעבד כיון דכו"ז שלא חזר חייל שעבודא משעה ראשונה עכ"ל (וע"ש שהניח בקושיא), הרי להדיא דאינו סובר מסברא כמש"כ בפנים, ועי"ן. (וע"ש במש"כ בזה מחזורים במלואי חושן שם), אבל בתומים סי' ק"ד כן מבואר שסובר כן, ע"י באורים ס"ק י"ג ודו"ק.

ומבואר דהא וכו' שוה בשוה וכו'. וזה דלא כמש"כ המקדש דוד (כ"ב ע"ב) שפ"ד ע"ש בד"ה מהאי טעמא, ולכאורה צ"ע טובא דדבריו כנגד המבואר ברשב"ם ורש"י בב"ק. וע"י ביד רמה בסוגיין אות קס"ו שמבואר כמעט מילה במלה ע"ד המקדש ע"ש. וע"ע בפרק הבא (ש"ז פ"ח).

ומבואר וכו' לא היינו משום דקנינו ושעבודו עדיף. וביד רמה כאן ד"ה אמר רבינא וביד"ה והכי נמי מסתברא משמע להיפך ע"ש. ודע בדמק"א דנו האם השעבוד נכסיים (ושאר שעבודים) מגרע מהפעלות של הבעלים, וכנראה שתליא בראשונים כאן ודו"ק.

ש"ז פ"ח

והנה עיימיש'נ וכו' ולא דמי לאדם מקנה וכו' כדאי בכ"מ וכו' אפ"ל שעבוד עדיף מקנין. ובאמת כ"כ הש"ך ס"ק ב' כנגד הסוברים דיכול לחזור בו, ומביאין רא"י מבכ"מ וכו' שלא דמי. והנה הש"ך לא כתב שהשעבוד חל באופן שביאר דודי המחבר שליט"א לעיל ש"ז בפ"ד, ומכ"מ ראה הש"ך שהשעבוד אלים מקנין לגבי הא דאינו יכול לחזור בו (כמו קנין), הרי דאפי' אם לא נימא דהשעבוד חל ביד אחרים ג"כ קשה.

והנה הכא וכו' ומבואר דלענין עצם השעבוד נביח מוקדם ונביח מאוחר שווים. וכן משמע מהתוס' כתובות צ'. ד"ה ש"מ ע"ש בשם הרשב"ם, וכן מבואר ביד רמה בסוגיין אות קס"ו שהביא לקו' התוס' הנ"ל ות"י באופ"א, אבל היסוד שם הוא על הדרך הנ"ל, ע"ש. וע"ע בח"י הריטב"א בכתובות שם, ובח"י הרמב"ן בדרך א' ג"כ מבואר כמש"נ. ובהו יתורץ קושיית הנתח"מ (סי' פ"ב ס"ק ד') על המחבר ש' דהיכי דמסתפקינן אם נשתעבד למוקדם

או למאוחר יחלוקו, וא"כ דהכא איכא ודאי רמאי דבשום אופן לא שרינן חלוקה ע"ש. ולפמש"כ ניחא דשניהם אוחזין בשוה ממש ואת"ש. (ואולי לזה נתכוון התיבית גופא ע"ש). שו"מ בפנ"י כתובות סוף ע"ג. ש"כ להדיא, וע"ש שכתב ש"כ ברי"ף.

והנה הכא וכו' ומאן דאמר מה שגבה לא גבה וכו' גם הוא יודה וכו'. וכ"מ בהפלאה (כתובות ז'): שכי' דמכ"מ אם גבה המאוחר ל"ח גביה בטעות, אלא ודאי דגבה באמת הוא, והוי כקנה והפירות שלו, ולכל דבר הוא שלו, אלא שבע"ח מוקדם טורף ממנו עכ"ד. וע"ע בסמ"ע (סי' ק"ד ס"ק א' בא"ד ונראה דעיקר כוונת המחבר וכו') דמבואר שלמד ע"ד זה, דאלת"ה דבריו תמוהין מסברא ע"ש ותבין. וכן סבר הגרי"ז ד"ל (נעק"ז ז' ע"ד ר"ה), וע"ע בקו"ש כתובות (אות שכי') ונראה וכו' שנצרך לטענת עוד פעם וכו' פ"שנות סדר הקדימה. וע"י בש"ך (שם) בא"ד נראה לפי עניות דעתי וכו' שכי' דיבורים אחרים בזה, ואולי זהו עומק כוונתו ע"ש. וע' בנמוקי" שהביא מחלוקת ראשונים אי קדם וגבה מפקינן מיניה, ולמש"כ בפנים י"ל באופן נהג ודו"ק.

ונראה וכו' וכתב הרשב"ם וכו' שאין קדימה לאחד מהן עכ"ל יעו"ש והיינו וכו'. וראה זה מצאתי מרגניתא בלישנא דהבית יוסף סי' ק"ד ע"ש ו' שמצטט לדבריו הרשב"ם האלו בזה"ל, שאין דין קדימה לאחד מהם עכ"ל. הרי הוסיף חיבה אחת לתוך דבריו של הרשב"ם, ולפי המתבאר את"ש ודו"ק. וע"ע מה שחידשנו למטה בד"ה וכו'.

ויש וכו' והסמ"ע והש"ך שם וכו' ולא הביאו דברי הרשב"ם. הש"ך בסו"ד הביאו, וע"י בציונים לעיל, וע"י בבאיור הגר"א ס"ק ה' שהביא הגמ' גופא למקור לדעה זו שיכול לחזור, וכו' הגר"א שאם יפרשוה להגמ' (ע"ד הרשב"ם) כך יוצא לדינא. ואלא דצ"ע למה השמיט מלהביא הרשב"ם בשמו, ורק הביא לפירושו ומסיים שפי' זה הוא מהמגיד משנה ומהמרדכי, והוא פליאה עצומה למה הביא ממרחק לחמו, ובאמת הש"ך לא ניח"ל פ"י זה ברשב"ם ולפיכך תרגמה למשמעות אחרת ע"ש וצ"ע. וצ"ל כמש"כ הגר"א בעצמו בבאיורו הסמוך (בס"ק ה) כשבא לציין המקורות לה"ש חולקין" וס"ל דא"א לחזור ביה כתב בזה"ל, ויש חולקין שמפרשים יחלוקו כמ"ש רשב"ם שם ד"ה יחלוקו וכו', ואע"ג שרשב"ם שם ד"ה את"ל כו' או לבתרא כו' הא הדר וכו', היינו לסברא דלבתרא משתעבד, וראיה ממי"ש שט"ח המאוחרין כשרין וכו' עכ"ל. הרי להדיא דהגר"א עושה שינוי בין שאלת הגמ' למסקנת הש"ס, דכשקיי"ל דיחלוקו אי"ז מכח הסברא דלבתרא משתעבד, אלא דמעיקר הדין דינא הכי דנשתעבד לשתיהם, וא"כ א"א לצרף פ"י הרשב"ם בתחילת הגמ' לשיטה דלהלכה יכול לחזור ביה, כצ"ל בדעת הגאון ז"ל, ולפיכך ציין סוף דעת הרב המגיד והמרדכי

לפי' (של הרשב"ם) בהיש אומרים. היוצא מכל זה דהגור"א למד הרשב"ם בהחלט שלא כמו שנתבאר בפנים, אבל מצאנו חבר לפירוש זה מתוך דברי הש"ך הנ"ל והבן זאת, ואת"ש שו"מ בתומים שם ס"ק ג' (בריש דבתי) ששולל לגמרי הפירוש שמתחילה מספק ליה להש"ס אי איכא חזרה ולמסקנא פסק יחלוקו שלא מטעם חזרה, ע"ש טעמו ונימוקו. וא"כ יש לנו סיוע לדברי דודי המחבר שליט"א ודלא כהגור"א, אבל גם הראיה מדברי הש"ך סרה לפמש"כ התומים בתוך דבריו ע"ש. אך כבר ציינתי לעיל דיתכן שהש"ך יודה בעיקר היסוד ע"ש. ודע דלפי מה שנתחדש בפנים דעיקר החזרה היא בדין קדימה יוסר כמה קושיות שהק' התומים על הש"ך דו"ק ותשכת.

ויש וכו' והש"ך שם וכו' **לא הביאו דברי הרשב"ם.** ואיכא מרגניתא בש"ך סי' קט"ו ס"ק ט"ז שכו' דדעת הרשב"ם בסוגיין (להלכה) הוא דלקמא משתעבד, ע"ש בא"ד ועוד יש להוכיח כו' וכדאיתא בפ' מי שמת כו', וע"ש בסוגריים. וכן העלה הקצה"ח שם בס"ק ז' וע"ש בס"ק ח' בר"ה וניהל לפי מ"ש בס"ק ז' בשם הרשב"ם דשמואל ס"ל בע"ח גובה כו' היינו כוליה שבחא וכו' עכ"ל ע"ש. ואם נימא הכי יש לדון בסמך שכ' על מה שהשמיטו הפוסקים את הרשב"ם וע"כ. איך שיהיה ראוי להתבונן שוב בשו"ט של הש"ס לפי הנ"ל.

וכן וכו' ולפי"א **ד"ר דביתא משתעבד משום שחור בו מן השעבוד.** ע"י בצינונים הנ"ל דעות בזה. ועכ"פ יוצא למסקנא דמסיק הגמ' יחלוקו ע"כ דלא חילא הדין קדימה עד שבאת ליד הלוה, ועכ"פ ע"י כמה שנתחבטו כל הפוסקים בס"י ק"ד סעי' ז' במי שלוה ולוה, ורק לאחד כתב דאקני, ואח"כ קנה, והן בני חורין ביד לוה, דדעת הב"י והב"ח דלאותו שיש דאקני הוא משתעבד, והש"ך (סי' ט"ח) השיג וס"ל דיחלוקו, ע"ש טעמו ונימוקם. אך לפי מה שנתבאר דלעולם לשתיהם משתעבד בשוה, רק סלקא דעתך דיכול לחזור על הדין קדימה וכו', ולמסקנא דליכא תקנת קדימה כלל קודם שבה השעבוד מהכח אל הפועל, א"כ פשיטא דיד כולם שוין בה ויחלוקו, והוא נפלא בעז"ש, (ואי"ו סתירה למש"כ לעיל ש"ו פס"ו וצינונים) ודו"ק, וע"י היטב בלשון הש"ך ואפשר זהו עומק דבריו.

ובזה זכינו לדינא להגן בעד הש"ך נגד לוחמיו ובראשם התומים שם בס"ק ז' בר"ה והיה נראה כמ"ש הרי"ו, שהתלונן על מה שהש"ך החליט הענין כאלו אין כאן מחלוקת, והולך ומונה החולקים וביניהם מנה הרשב"ם, אך לפמש"כ אין לזה סתירה מדברי הרשב"ם. גם מנה הרי"ו מיגש קנו:, ועם העינין בדבריו נראה שגם בדבריו י"ל כדרך שביארנו ברשב"ם. ומנה דעת הרשב"א בסוגיין דס"ל דיכול להחזיר מהקמא, וכבר הכריע הש"ך כנגדו בס"י קי"ב ס"ק ב', וכבר עמד כנגדו הרמב"ם בעצמו וכמבואר שם. א"כ לא נשאר

אלא מש"כ המרדכי שהביא התומים, וגם לגביו חל הכרעת הש"ך בקי"ב ע"ש. גם מש"כ התומים בסו"ד (בריה הניל) מסברא דנפשיה דמה שכתב דאקני לאחד ולא כתב לשני הרי להדיא לא חזר ביה ואדרבה מאלים שעבודיה ע"ש, לפמש"כ הא ליאת, ובפרט שהרבינו ירוחם והצורר הכסף (מובא בב"י) להדיא ס"ל הכי. נמצא בהא נחתנין וסלקינן דדעת הש"ך דיחלוקו אף כשלא כ' דאקני אלא לאחד שרירא וקיימת, ורוב ראשונים יש להעמיד כוותיה וכמש"כ בעז"ש. וע"י לקמן ש"ז פכ"ד בפנים מש"כ בזה.

אולי"ם פ"טו"ש"ו וכו' פשוטא פ"ן שלא נקטר שעבודו של מלוה הראשון. הנה ע"י בר"ל מיגש (שצינונו לעיל) כ' לישנא "סלקיה לקמא מיניה" "סלקיה לקמא מהאי ארעא" וילא שעבודא לקמא, ע"ש בדבריו, וא"כ דוחק יותר לאוקמי פירושינו דקדימה, גם לדבריו. אך לאחר העינין ולפמש"כ למסקנת הש"ס נראה לענ"ד דדעתו כהרשב"ם ועינין.

ש"י פ"ט

וטובא וכו' שבקושייתם עדיין לא ידעו שיש שעבוד הגוף מלבד שעבוד נכסים. אכן לעולם היה אפשר לפרש לא"ז כוונת התוס' בקי', אלא שודאי הבינו התוס' דאיכא שעבוד הגוף, שאין זה קנין דברים, ויכול אדם להתחייב עצמו לחבירו, וכמפורש לקמן (סי' ק"א), איתמר האומר לחבירו חייב אני לך מנה, רבי יוחנן אמר חייב וכו', והכי קי"ל, ע"י רמב"ם (פ"א מכירה ה"ט), "אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו וגמר ושעבד עצמו כמה שישתעבד הערב." ומקורו מהרי"ף (סי' מדפ"ו), וכמש"כ הש"ך (סי' מ' מ"ו ר"ז), וכן פסק השו"ע (שם סעי' א'). ובאמת בהפלאה עמד ע"ז למה לא הק' התוס' משם.

ואלא דהכי הוקשה להם, וכמו שביאר הגר"א קוטלר ז"ל (בשנת רבי אהרן ריש הלכות שנים בתנאה), "דלא יועיל הקנין לשעבד גופו בחיוב מאה ליטרין כשאין לו נכסים מטעם דהוי דבר שלא בא לעולם, והיינו, דהר"י סובר דגם גבי חלות חיוב אנברא שייך ענין של דבר שלא בא לעולם וכו', וא"כ כל שאין לו נכסים בשעת ההתחייבות לא יועיל הקנין מטעם לא בא לעולם". ונמצא דלשיטת הרי"ו, ידעו התוס' בקושייתם שאיכא נמי שעבוד הגוף בכל שעבוד נכסים, וגם שאפשר שיהיה שעבוד הגוף לבד דלא הוי קנין דברים בעצם, ואלא סברו דהחסרון הוא מלתא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וצ"ל דקנין דברים ודשלב"ל הם י' חסרונות נפרדים.

וטובא וכו' דמשמע מדבריהם שבקושייתם עדיין לא ידעו שיש שעבדה. והנה בקוב"ש (שם את קי"ג) א"כ עמד על הסלק"ד של התוס', אבל לא כתב שמשמע שלא ידעו מענין שעבדה"ג, אלא כתב "דבעת שאין לו נכסים לא חל החיוב כלל גם על גופו וכו', וטעם דבר זה לא נתפרש

בדבריהם". אכן לכאורה צ"ע איך לא נתפרש הטעם בדבריהם, הלא מפורש כתוב בהמשך הקושיא, "אע"פ שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ וכו'", הרי להדיא שנקודתו זו הוא דקשיא להו לתוס'. וכמו שלמד הגר"א קוטלר הנ"ל, ובאמת צע"ק למה לא הזכיר הגר"א את לשון התוס' גופא לסייע את פירושו. ותו קשה דע"ש בתחילת דבריו שלא נתיית לדרך זו בכוננת התוס' מיד, אלא תחילה

דן מצד קנין דברים (וכמו שמוסיף ר' אליהו ובכ"ש בפנים כאן), דשעבוד הגוף גרידא שוה לקנין אתן וכדומה, וע"כ בחי' ר' שלמה (כתובות סי' י"ב אות ג') שכנראה צ"כ למד ע"ד הגר"א ק"מ טעם דבר שלב"ל, אלא שג"כ שילב ענין הקנין דברים ע"ש. וע"י בקוב"ש (אות קי"ז) שעמד בזה.

וטובא וכו' עדיין לא ידעו שיש שעבדה"ג. והנה בחידושי רבי שלמה (סי' י"ב אות ב') איכא קושיא עצומה על התוס' לפי שיטת הרא"ש בקידושין (ח) דמנה אין כאן משכון אין כאן, דאם אין שעבוד הגוף אין שעבוד נכסים, א"כ שוב לא מהני שום תירוץ לומר דמייירי בדאיכא נכסים השתא לפנינו, דאם קנין על הגוף לא מהני שוב לא יחול אף על הנכסים, ע"ש דבריו המוכרחים. ובסוף דבריו שם כתב בזה"ל, "ובפשוטו נראה דהתוס' כאן אולי בשיטת שארי ראשונים שם בקידושין דמפרשי הא דמנה אין כאן וכו' באופנים אחרים, ולדבריהם אדרבה יהא מוכרח מהסוגיא דקדושין דיכול אדם לשעבד נכסיו בלא שעבוד הגוף, וא"כ מיושבים דבריהם בפשיטות". וכן כפל הדבר (אות ג') בסוף דבריו. הרי שלמד ממש על הדרך ששולל דודי המחבר שליט"א דהעיקר הוא שעבוד הנכסים שמשעבד, והר"י (בקושייתם של התוס') ס"ל דשעבוד נכסים מהני אף בלא שעבוד הגוף ודו"ק. אלא שכידוע כבר פליגי הפוסקים האחרונים בזה אי קיים שעבוד נכסים בעצמו אף כשמתבטל שעבדה"ג.

אמנם ע"י בחו"מ סי' ס"א ס"ז וסי' ס"ו סל"א שפורש שם דאם משעבד נכסים אף ללא שעבוד הגוף. ובאמת משום הכי אמר הבית מאיר (אבה"ע סי' ס"ו - ס"ז) דשיטת הרא"ש בסוגיין היא שמשעבד נכסיו מחיים אף שאינו חייב אלא כשתתאלמן ולאחר זמן. וע"י בסמך מה שהבאנו עוד בשיטת הרא"ש.

וטובא וכו' ומכ"ה מקום הרא"ש בסוגיין הקשה כקושיית התוס' וכו'. אמנם עדיין שיטת הרא"ש צריכה ביאור, דאם באמת ס"ל כהתוס' בזה, למה נטה מדרך התוס' בהבאת הקושיא, דהתוס' לא פריך דוקא מהתחייבות של כתובה ותוספת, אלא הוא קושיא על כל התחייבות שאדם מתחייב ע"י עצמו. וכן דקדק ההפלאה (ד"ה בא"ד ובשלמא וכו') לחלק בין כוונת התוס' להרא"ש שכתב להדיא שכל קושיית הרי"ו לרבי אליהו הוא רק על התוס' כתובה, וז"ל הרא"ש, "וגם אינו משעבד עצמו לחוב זה שיתחייב מיד אלא לכשתתאלמן וכו'", והק' ההפלאה דאינו מובן, דודאי חל

השעבוד מיד בכל מלוה וכתובה. וע"ש שתירץ דע"כ פליג הרא"ש וס"ל דשאני כתובה מחוב, לדכתובה אינו משתעבד אלא בשעת פרעון ומקבל עתה חיוב להתחייב, וע"ז פריך הר"י דהוי קנין דבית עכ"ד ההפלאה, וע"י שם בהפלאה עוד חלוקי דינים בין התוס' להרא"ש.

עוד יש דקדק וכו' וזמנה מני נכסים שיהיה פרוטה וכו' למה צריך שיהיה לו שום נכסים. והיינו תרי קושיות, חדא למה שגי שה פרוטה כדי לשעבד נכסים שלא הגיעו עדיין לרשות. ועוד דאם מהני משום דאיקני, לא יאה צריך אף שיהיה פרוטה בשעת ההתחייבות. אמנם צ"ל לתרוייהו חד סברא היא, דמשמע דע"י הפרוטה מהני לאקנויי יתר הנכסים, וכ"כ ההפלאה ע"ש (ב"ה בא"ד דבשלמא) דמבואר דחד סברא היא. וע"ש עוד שתירץ ע"פ שיטת המרדכי המובאת ברמ"א (תוס' סי' ר"י ע"ב ג, וע"י סי' ר"ש בסעי' ד) דס"ל דאדם מקנה דבר שלב"ל עם דבר שבא לעולם. ובאמת שראיתי לבעל השואל ומשיב שלמד כן בכל קנין דאיקני דמהני על דרך זה, וכמו שהבאנו במקומו (במניין ב"ה קני' וכתוב' שם). אבל אף הוא ז"ל מודה שהתוס' אינם מסכימים לזה וכן שאר הראשונים שם, ולזה נתכוון בפנים בסמוך מהרשב"ם ותוס' ב"ב שם.

והתוס' כתבו לתרץ וכו' ויש דקדק למה הביא וכו' מההיא דבבא מציעא. ע"י במהרש"א שהקשה עוד דמה הביא ראיה משם, דאם לית ליה נכסים התם ומהני, כמו כן הו"ל למהני הכא בלא נכסים, ואם לא לאו, ומאי אולמיה ליה ההיא מהך דהכא ע"ש. ובתירוצו יש יסוד גדול דו"ל: ויש ליישב דהתם משמע להו שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו בקנין לעשות לו שמירה מעולה כשואל ולהתחייב אם לא יעשה כן, משא"כ הכא דאינו מקנה לו אלא ממון דמצי איירי שפיר דיש לו נכסים ודו"ק עכ"ל. אכן ע"י מש"כ בזה רעק"א וההפלאה ובקובץ הערות (סי' ל"ח אות ח) וכנראה דדרך אחרת יש להן בהבנת הראיה מב"מ ומתמצים קו' המהרש"א באופן א.

אין וכו' אלא שהוקשה להם וכו' בקנין דברים בעלמא. וכן מבואר בדרוש וחיודש רעק"א (תובא בחדשות כאן ב"ה והגלע"ד), וע"י בסו"ד (ד"ה פתחה הדין), דאע"כ דקנו מידו היינו על הגוף לחיוב שמירה, ושפיר מוכח דמהני קנין לחיוב הגוף ודו"ק היטב. וכן כתב הקוב"ש (קנין) ובחיודש רבי שלמה (סי' י"ב אות ב, ולהדיא ב"ה ג).

אכן וכו' אבל אם יש לו נכסים בשעת ההתחייבות ח"ו עליו שעבוד הגוף ממוני. אכן ע"י מה שהק' ר' שלמה (שם) על סברא זו דאם שעבד"ג הוי קנין דברים מה מהני מה שעבד"ג אינו קנין דברים, והלא אם לא יכול השעבד"ג לחול א"א להתחיל לשעבד בנכסים

ולא ישתעבד הקרקעות לעולם וצ"ע. וע"י בפני יהושע ובאבי עזרי [פ"ח אישות ה"ד אות ב' מהדורא רביעאה] הסבר נפלא בגדר החדש הזה, והביא ראי' מירושלמי.

אכן וכו'. מה שמדמה דודי המחבר (וכמו שמצינו שטרות החוב הוקבעה בשעת חלות החיוב צ"ב, דאף בלא"ה מהני לשעבד נכסים הבאים. ואולי כוונתו לאפוקי חוב שאין בה כח ודין שעבוד קרקע, וכגון במחיל ליה השעבוד לכתחילה, דשוב א"א לשעבד עוד נכסים להבא, ואולי יחשב כאין לו נכסים עכשיו ואפילו שיה פרוטה, ונמצא דהוי קנין דברים לכה"פ לפי מה דס"ל התוס' בקושייתם ולשיטת הר"י. וע"י מה שחקר ר' אלחנן ז"ל (ב"ב ק"ב ב"ב שפ"א) בכל חלות דין שעבוד.

ורבי אליהו וכו' מלוה הכתובה בתורה, אבל כשמתנה וכו' אין חיובו אלא התחייבות בעלמא. והנה מלשון רעק"א לא משמע כן, ע"י בדרוש וחיודש תניינא שלמד דמתנה להיות כשואל, היינו ששעבד גופו לעשות שמירה מעולה, דמבואר דהוי ממש כשואל ע"ש. אמנם ע"י במהדורא קמא שנקט ללישנא דידן כשהתחייב עצמו להתחייב בחיוב דשואל, ומבואר דשעבד גופו לשלם, ולכאורה משמע כדברינו. וכבר עמד על סתירת הלשונות הגאון ר' לייב גורביץ ז"ל (ראשי שנים כתובות סי' כ' ד"ה והנעיק"א) ותירץ באופן נפלא. וע"ע מה שכתב בכל דברי התוס' כתובות והמסתעף (פס"י ר"ח ע"ב כ"א) דברים ברורים מאוד.

וע"י בחיודש רבי שלמה (סי' י"ב אות א) שעמד על משמעות רעק"א דהשואל שהתנה עליו ממש חיוב שמירה וכשואל ממש וז"ל: ודבריו צריכין ביאור דגם שעבוד גופו לא הוי רק משעת אונסין וא"כ ג"כ כלתה קנינו, וצ"ל דכוונתו דהא דמתנה ש"ח להיות כשואל מהני הקנין שיחול עליו דיני שמירה של שואל, ותיכף חל עליו דיני שואל ע"י קנין. אבל באמת צ"ע הרבה לומר דהקנין יחול דיחול עליו דיני שואל, ובפשטות משמע דהוא רק התחייבות בעלמא אם יאנס הדבר, אבל אי"צ חיוב של שומרים עכ"ל. וע"ש עוד שהוכיח כן מדברי מוהר"א ששון הובא בקצה"ח (סי' מ"ז ס"ק מ"ז, סוף סי' ש"א ס"ק ג), והשיג עליו הקצות ע"ש הענין, והוכיח בח"י ר"ש דע"כ שיטת הקצות הוא דחל חיוב שומר ממש. וכ"כ הגאון ר' דוד פוברסקי ז"ל בשיעוריו לב"מ (צ"ד. אות ו"ה), עכ"פ בשיטת התוס' כתובות ברור דאינו חיוב שומר אלא התחייבות בעלמא.

וכן מבואר בשיעורי רבי שמואל רוזובסקי ז"ל (ע"י ב"מ חלק א' צ"ד. אות ש"ס) שחקר קהירה זו במתנה להיות כשואל, ע"י מה שדן בזה כמה נפק"מ ורמז לשיטת התוס' דידן בכתובות. ושם (ב"ב שפ"ה) דייק להדיא מהתוס' דמשמע מדבריהם דהיא התחייבות בעלמא, אכן מן

התוס' ב"מ (פ"ק ה"ה ב"ה) דייק להיפך דהוי תוספת דיני שמירה והוי כשואל ממש. וכנראה דעתו נוטה שעיקר שיטתו כהתוס' בהזהב, ובכתובות אינו אלא ל"מ ד אחד (שמואל). וצ"ב. וכל זה דלא כמהרש"א בסוגיין שלהדיא כ' "שמשעבד גופו בקנין לעשות לו שמירה מעולה כשואל". אמנם לא היה סגי המהרש"א בתיאורו זה אלא הוסיף עוד מילים אחדים "ולהתחייב אם לא יעשה כן". וצ"ע בתרתי, חדא דשפת יתר הוא זה. ותו דסותר קצת משמעות הג"ל דמקבל קנין "לעשות לו שמירה מעולה כשואל".

ומשום כן נראה לומר דלעולם מודה המהרש"א לכל הני רבוותא ז"ל דאינו נעשה כשואל ממש, וס"ל דלא שייך ע"ז קנין דרך התורה משווה דבר זה ולא האדם, וכמש"כ דודי בפנים, ולפיכך א"א לקבל ענין השמירה באופן שיחול עליו דיני שואל ממש, אך זה יכול להתחייב שאם לא ישמרה ישלם כן וכך מעות, שהוא כשיעור סכום ההפסד של הבעלים, וזה נתון תוקף לקבלת השמירה לא בתורת חלות דיני שומר, אלא בתורת תנאי והסכם שאם לא ישמרה כמו השואל של תורה יחול עליו חיוב סכום הכסף הג"ל.

עוד תירצו וכו' ע"ינו דהאמינן לו שיש לו נכסים דהודאת בע"ד כמאה נדים. הנה מכאן מוכח כשיטת הקצה"ח המפורסמת (סי' ל"ד ד' בסוף). דהודאת בע"ד הוי נאמנות, "היינו משום כן גזה"כ שיהא אדם נאמן על עצמו". ודלא כשו"ת המהר"ן לב שסובר "היינו משום דאתינן עלה מתורת חיוב ומתורת מתנה כיון דיכול אדם לחייב עצמו כשאינו חייב". דאיילו ס"ל התוס' הכי, אכתי תקשי האיך מהני הודאה על נכסיו לומר שיש לו כדי שיקנה ע"י שעבוד הגוף וכו', הלא אין אנו מאמינין אותו שיש לו קרקע ואינו אלא התחייבות ולא הרויחו תו' בתי' כלום, דהא זהו קושייתם אין יכול להתחייב, וע"כ ס"ל כהקצות דנאמן ממש שכדבריו כן הוא שיש לו באיזה מקום בעולם איזה קרקע. וכן הסביר לי דודי המחבר שליט"א. ואולי רבי אליהו והר"י ס"ל כסברת המהר"ן לב ולפיכך הוכרחו לחדש דבר חדש דשעבוד הגוף חל אף בלא שעב"ג, ועל זה אינו מודה לו רבינו תם.

אכן הקצות עצמו תבריה לגויזיה, דע"י במש"כ (ב"ב קצ"ד ס"ק ג) בבאור הך שיטה דרבינו תם דנאמן על הקרקע בגלל הודאת בע"ד משמע דהוי הגדר מתורת נאמנות ידידיה וכפשיטת הדין, אלא "אפילו יודעתני אנו שאין לו קרקע נתפס הקנין על ידי אודיעתא". הרי דאף הקצות לא סמך אנפשיה להסביר ענין ההודאה בקרקע. ואיך שיהיה שוב לא חלוי בחילוקי דיעות של המהר"ן לב והקצות לגבי דין הודאת בע"ד, ובין כך ובין כך יחול

ג. וכ"כ הקוב"ש כתובות (אות קי"ז). וע"ע בקונטרס אחרון (סי' צ"ד סוף ד"ה ר"ש) שכ' עוד נפק"מ בזה, והובאו דבריו בספר חיודש רבינו חיים הלוי על הרמב"ם הל' שבויעות (פ"ח ה"ג בסוף).

ההקנאה מדין אודיתא וצ"ע. אכן ע"ש שעיקר דבריו מוסבין אקושיית התוס' בב"ב (י"ד: ד"ה דלא) ע"ש הענין.

ורוא יש לומר דבאמת הקצות לומד עיקר דין הושתא בע"ד על קרקעו היינו מדין גזו"כ דנאמנות על עצמו כשיטתו (בסי' ל"ד), וע"ע בקוב"ש (ב"ב הל"ז), וע"י אבי עזרי [פ"ח אישות הי"ד מהדורא רביעאה אות ב.]. וכאן המקום לעמוד על סברת המהרי"ן לב, וכי אישתמוטי ליה תוס' מפורש בכתובות (י"ד: ו"ב (שם) וכן הוא בב"ב (ק"ד: ד"ה אבא). ומו"ר הגאון דברי שמואל בינבכוס ז"ל היה מיישב ד"ר המהרי"ן לב ממשויות העולם (ע"י בקצות סי' ל"ד (שם) ע"פ יסוד ששמע מרבו ר' אלחנן ז"ל, דמוכרח בסנהדרין (כ"ד: דבאמת הא דפסליה רחמנא לקרובים להעיד אהרדי אינו שייך כלל לשאר פסולים כגון רשע דחמס דאינם נאמנים וא"א להאמין לדברי פיהם, אלא הוא דין חדש שאסור לבי"ד לדון על פיהם שנמצא שמענישים אבות על בניו אסור לעשות כן, אבל אינו שייך כלל לחסרון נאמנות, שהם נאמנים ואינם חשודים כלל שלא יאמרו אמת.

והא ראייה דפריך הל"ס (שם) מנא ידעינן דב' אחים אינם מעידים יחד לאחר, ודרשו לא יומתו בעדות בניו, ומכיון דאם יבואו כת שניה להזימם לא יוכלו להשלים הזמתם עד שיוזמו שניהם, נמצא הדומת כל אחד גורם להשלמת הזמתם, ונמצא דנענשים כל א' על ידי אחיו, וזה אי אפשר, וממילא הוה עדות שא"א להזימה ולפיכך פסולים. ולכאורה תמוה דאם עיקר הגזו"כ דלא יומתו אבות על בניו הוא דאינם נאמנים כלל, א"כ ככה"ג שאינם מעידים על קרוב שפיר נאמנים, ומה אכפ"ל אם כשיומתו ע"י זוממים ימצא שנתגלגל ע"י עדותם מיתה זלו"ז, ואיך זה קשור לחסרון בנאמנותם ועצ"ג.

ומזה חידש ר' אלחנן, דע"כ דלא נפסלו קרובים מדין נאמנותם וכח עדותם, אלא הוא דין חדש, ודין בבית דין שא"א לקבל שום עדות שפיר לבוא ע"י לסמוך על קרובים להזיק אהרדי, אבל לעולם נשארים בכשרותם ונאמנותם ובודאי אמרינן דכל מאי דבפומהון אמת הוא.

ואשר לפי"ז אמר מורי הגר"ש בירנבוים ז"ל, דהמעניין בפנים בדברי המהרי"ן לב יראה דעיקר מטרתו להבין ולהסביר איך אמרה תורה כ"י הוא זה/ לומר שאדם נאמן על עצמו, בעוד שאדם דלא יומתו אבות על בניו, ואיך מתייבנין האדם על פי עצמו, והלא אדם קרוב אצל עצמו. וזה הוא דקא קשיא ליה.

ועל זה תירץ המהרי"ן לב דע"כ הגדר הוא דין חדש מצד הבי"ד דעד כאן נמנע להם מלקבל שום עדות קרובים כדי לא להעניש קרוב ע"פ קרוב, אבל נתחדש בכי הוא זה דמאחר שהאדם יכול לחייב עצמו מנה שבשטור ויכול ליתן מתנה לחבירו כל הון שבעולם, אי"כ לא יגרע כשמעיד על עצמו

שום חוב של ממון ומדין התחייבות ניתן להאמין לדבריו בלי שום עיכוב של פסול קרוב, אבל לעולם לא פליג אדם מעולם לומר שהודאת בע"ד אינו מטעם נאמנות, ופשוט דלגבי עצמו נאמן על כל הדברים היוצאים מפיו עכ"ד. וא"כ אף רבינו תם מתפרש עפ"י דשו"ן הקצה"ח והמהרי"ן לב ביסוד ההודאה. ולכאורה וכו' יותר נראה וכו' זכותו וי"א זכותו וכו' אב"א בכתובה וכו'. אכן יקשה מהרשאה דאיזה חובתו איכא בזה, אדרבה הכל לטובתו שע"י"ז הרי הוא הולך וגובה את אשר לו, וכן הקשה לי דודי המחבר שליט"א. וצ"ל דלא משערין [אם זה לטובתו או לחובתו] על שם סופו, אלא באשר הוא שם, והיינו דכפרוובול עצם הדבר הוא להציל חובתו משמיטה ולהיפך בכתובה עצם הכתיבה מחייבתו. וא"כ אף בהרשאה הוי עצם ההקנאה מסירת חובתו לאחר ופסידא לו, ואף שעושה כן משום דקל יותר ע"י לגבות ממנו בפרעל, אבל אכתי בתר מעיקרא ועיקר המשא ומתן אולינן, ואי"א אלא לחובתו.

והנה בתוס' כאן בכתובות, לא הוזכר ענין זה דההרשאה חשיב לחובתו, אבל המעין בתוס' ב"ב (מ"ד: ד"ה דלא) יראה שהרגישו בזה וז"ל: ונראה לרבינו תם דהיינו טעמא כיון שמודה שיש לו קרקע ונתוב הוא לו, שהרי ע"י קרקע מקנה לחבירו וכו' עכ"ל. ונראה דכוונתם כמש"כ שעצם הדבר שמקנה חובתו לאחר משווהו כדבר שהוא לחובתו ולא לטובתו.

ש"ז פ"ב

עוד וכו' כיון דליכא שעה"ג לא שייך שני"ג. והכא נמי מסתברא, אמנם בשו"ת הרשב"א (ח"א סי' אלף ג) איתא דמשעבד איניש נכסי ולא גופו, ע"ש שהלוה היה פטור ומכ"מ נתחייב הערב, ע"י חו"מ סי' קכ"ט (פסי"ה) ובמה שתמחו הנו"כ. וע"י באבני מילואים (סי' כ"ט סי' ה' ד"ה שיהא ראייה) שכ' דהרמב"ן פ"ק דקידושין ס"ל דאיכא שעבוד משכון אע"ג דליכא לוה, וכ"כ הרשב"א שם, ומכל זה מוכיח האבנ"מ דס"ל דמשעבד אדם נכסיו אע"פ שלא משעבד גופו. ועפ"י י"ל דזהו כוונת התוס' ג"כ ששעבד נכסיו אע"פ שלא שייך שעבוד על גופו משום קנין דברים. ואלא מלבד שזה מחודש מאוד - וכמו שתמחו הפוסקים הנ"ל - הלא כבר חלקו האחרונים על הבנת האבנ"מ בדברי הרשב"א הנ"ל, ע"י אמרי בינה הלואה סי' י"ד, גם במילואי חותם שם הראה מסוף התשובה דאין כוונת הרשב"א שליכא שעב"ג כלל ע"ש.

עוד וכו' אכן קשה דהא כיון שליכא שעה"ג

וכו'. והנה שיטת האיכא מרבוותא שבטור סי' קנ"ז (ס"ק ג) דס"ל דקנין לתת לאו קנין דברים הוא וכו', אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך ע"כ, ויראה מדברי אדוני אבי הרא"ש (פ"א סי' א) דלבנות לא הוי קנין דברים עכ"ל. והובא נמי ברמ"א בשמו ע"ש סעי' ד'. והנה לא זכיתי להבין סברא זו, וגם הבי"ש שם

נראה דלא הבין הסברא, אך הא מיהא דכשישתעבדו נכסיו לזה לכו"ע מהני, ואולי משום דסמכא דעת' וצ"ע. עוד ע"י ברמ"ה ונמוקי"י והובא בטור שם דאע"פ שחולק על הרא"ש הנ"ל מ"מ כ' דאם קנו מידו ידרך שעבוד דשעבד נפשיה להכ"י לאו קנין דברים הוא ע"ש. הרי להדיא שלמד דאיכא איזה שעבוד הגוף ששייך כאן. וא"כ אולי התוס' נמי ס"ל הכי ולהכי אפשר גם לשעבד הנכסים ממילא. ואלא ק' דא"כ מה צריך לשעבד נכסים כלל, ואולי בצירוף מהני וצ"ע. וע"י מה שאכתוב בסמוך בשם המהרי"ט, וי"ל.

עוד וכו' אכן קשה וכו'. וע"י בב"ח שם ס"ק כ' ובדרישה שפירשו "דהוי כאילו שעבוד נכסים לכך", וצ"ע ככוונתם. ולפי מש"כ בפנים בסמוך א"ש והבן.

ש"פ. שו"מ בשו"ת מהרי"ט סי' פ"א בד"ה והא ז"ל, וכדי שיחול החיוב על גופו צ"ל דמשבאו לעולם משתעבד בהם מעתה שיתחייב באחריות עד שיתנם וכו', שאם אין אתה אומר כן אלא שמחייב לתתם בידו כשביאו לעולם ולא יהיו במארייתו, א"כ לא חל החיוב על גופו כלל וה"ל כקנין דברים וכו' עכ"ל, ע"ש בדבריו המאירים, והובאו דבריו בקצה"ח (סי' ר"ג סי' ב' בד"ה וביאר דברי הטור וכו') שבזה העמיד דעת הרמ"א והטור שם סעי' ג'. ואשר על כן אפשר ליישב דעת התוס' בפשיטות שמשעבד נכסיו לחיוב אחריות על מה שקיבל על נפשו לתת ולעשות, ולא רק שעבד נכסיו לחיוב שאינו, בינה וזאת.

ודע שהנתנה"מ ס"ק ר' חולק על הקצה"ח דלינא בענין אי שייך להתחייב ליתן חפץ מסויים אם לא קיבל ע"ע גם אחריות, וכן הקיפו עליו בקושיות, ע"י ח"י ר' שמעון שקאפ בקונטרס השעבוד סי' א' ובמילואי חושן הערה 119 בשם רעק"א בסי' קצ"ה ב' ועוד אחרונים. אך נראה דלא פליגי אלא כשהנידון על חפץ מסויים, אבל כאן דמיייר על בניית הכותל שאין הנידון על אבנים והומת מסויימים, א"כ י"ל דכו"ע מודו ליסוד המהרי"ט, ודו"ק.

ונראה וכו' כוונת התוס' הוא זכות תשמישין וכו' זכות נכסיו וכו' מה שצריך לבנין הכותל. וכ"כ בשיעורי יד הלוי (מהדורא שניה עמוד כ"א בסופו), ובהו נראה ליישב קו' המהרי"ל דיסקין ז"ל (בספר תורת האהל) שהק' דהאיך חל הקנין לעשות מתיצה קודם שעשו החלוקה, והלא הוי דבר שלא בא לעולם, ע"ש הפרטים ותיורצו הנפלא. אך לפמש"נ כאן י"ל בפשיטות והבן.

ש"ז פכ"א

כתב הרמב"ם וכו'. וע"ע בזה לעיל פי"ד ופט"ו.

אולם נראה דהא דקרקעות נשתעבדו ממילא לבני"ח וכו' היינו ע"י חלות החיוב ולא ע"י עצם החיוב. איתא בירושלמי (נתיב ר"פ הניקין כו: דפוסילונא) ברייתא מפורשת לכאורה נגד מה שכתב בפנים, 'כרמ"ו פרט לראוי וכו', רבי לעזר בשם

רבי ניסא בשחפר אביו בור והזיק בחיי אביו ונפלו לו נכסים אחר מיתת אביו, הייתי אומר ישתעבדו נכסים לאותו נזק, לפום כן דריך מימר כרמו פרט לראוי וכו' ע"כ. (והובא בראשונים ד"ל ע"י ש"ס בבור בראש פ"ח ס"י א"א וברמב"ן בהלכות שם את פ"ב וז"ל ברמב"ן הובא בספר התרומות בשמו ע"י שער מ"ג ח"ד דין ס"ה). הרי להדיא דעת הירושלמי דגם מה שיקבל המזיק אח"כ בירושה (או שאר ארפק) משתעבד, ורק היכא שכבר מת המזיק וליתא אלא ליורשיו ס"ל דלא משתעבד (וגם הוה נגד מה שצידד בסוף פקד זה) וצ"ע.

ואלא שכבר הבאתי בזה דברי התוס' בכבורות מ"ט ש"כ לגבי פדיון הבן דמשתעבד גם נכסים דאקני, ובציונים לעיל ש"ז פ"ב הבאנו מחלוקת התומים והקצה"ח (בס"י ק"ד ס"ק ט) אם דברי התוס' הללו ראי' להלואה ג"כ, דהתומים ס"ל כן, והקצה"ח ס"ל דדוקא פדה"ב דרכיב עליה חיובא בכל שעתא ושעתא וכו' ע"ש. ולהדיא קא' חזינא מהירושלמי הנ"ל דאף היכא דלא רכיב עליה חיובא כל שעתא ושעתא משתעבד, וצ"ע. (וידעתי דר"ל דשאני מוזיק דקשיב בכ"מ ש"ס מלוה החתובה בתורה, מכ"מ מלשון הקצה"ח מבואר להדיא דסברתו נאמרה רק בפדה"ב והבן). עכ"פ מצאנו סיוע למש"כ בפנים בקצה"ח ש"כ דשאני הלוואה דאחר שעת מתן מעות לא משתעבד כלום מאליה וכמש"כ. אך כבר הבאתי בציונים שם מהצפנת פנעה ראי' להכרעת התומים. ש"מ במפרשים לירושלמי דפליגי שם אם דוקא נקט בור או הוא הדין לכל נזקין, דהפני משה וקרובן העדה פ"י הוא הדין, א"ל נזקין, והריד"ב צ"ח וס"ל חולק (א"ל בור דוקא ע"ש דברים מחודשים ומפליאים, וא"כ יש גם מזה סיוע. אך במשנה למלך פ' כ"א ממלוה ה' א' בד"ה עוד אחרת בסו"ד, להדיא פירש כשאר המפרשים ודלא כהריב"ז, ולא עוד אלא שכתב שם בתו"ד שגם בהלוואה דינא הכי ולא רק בנזקין. וכן מצאתי להתומים שהביא בס' ק"ב ס"ק י' (ד"ה אמנם) להירושלמי הזה וגם להמשנה למלך, ומבואר להדיא שג"כ דעתו נוטה דלא שניא הלוואה מנזקין, וכע"פ שהכריע בעצמו לעיל ס"י ק"ד ס"ק ז' וצ"ע.

וכד נחתין להכי ראוי לציין דעיקר שיטת הירושלמי בענין דאקני לא ברידא כל כך, ומצאתי שהריד"ב הנ"ל נקט בפשיטות דס"ל דלא משתעבד דאקני וציין לירושלמי ס"פ מי שהיה נשוי בכתובות (וכמוכן זו וטעמי מש"כ שם ה"ב). אך מצאתי למרן ר' מאיר שמחה ז"ל ש"כ להיפך ששי' הירושלמי כהבבלי דדאקני קנה ומשתעבד וציין ג"כ לירושלמי כתובות הנ"ל, ע"י אור שמח אשוח פ"ז ה"א בריש דבריו, וע"י בספר ברית יעקב חו"מ סו"ס צ"ז. והנה מרן ר' אלחנן ז"ל ג"כ עמד בהאי ענינא לגבי דאקני ודברי התוס' בכבורות בפדה"ב, ולא הזכיר את פלוגתת התומים והקצות הנ"ל אלא חקר כעין מש"כ (לענין עצם החיוב או חלות החיוב), רק דנקט נוסח אחר לגמרי ע"ש בב"ב אות שפ"ג.

(וע"ש מה שפסק לדחות כ"ז).

אולם וכו' השטר חוב משמש נמי בשטר קנין אשעבדום. וכמש"כ הנתה"מ (ס"י ס"ק כ"ג) ובחי' הגר"ח (פ"ח שבועות ה"ג), ויש חולקים ע"ז ע"י לעיל בציונים ש"ז ריש פרק א. והנה מש"כ לשטר פועל הקנאת שעבודים, אפי' אי נימא כן, מ"מ גם הנכסים אשר תח"י יהיו נקנים בהכי, וכדאיתא בהדיא באחרונים הנ"ל, וכמדומני שגם התומים למד הכי עיין עליו, וא"כ ח"י גדול הוא לומר שאין השטר פועל הקנאת שעבוד בעלמא (וכדעת החולקים) ורק לגבי דאקני להסכים להנתה"מ ודעימיה. וע"י במש"כ דודי המחבר שליט"א לעיל ש"ז פ"א וצ"ב.

ודע דמש"כ (בתחילת הדיבור) "או מתקנת חכמים", נוחא כי כך עלתה במחשבה לפנייהם והם אמרו וכו'. אבל מש"כ "או מדאורייתא" יש להתיישב, כי מן התורה אפשר שגם דאקני משתעבד וגם במלוה על פה. ובמאירי כאן כתב וז"ל: וכינן שנשתעבדו לו מאליהם, אלא שחסו על הלוקחות מפני שהם סבורים שאינה משעבדת להם אחר שלא תב דאקניה, וכי כ' לו מיהא חזר הענין לדינו ונשתעבד בשעת המקח (א.ה. א"י ט"ס מהלכות, כי מבואר בתוס' פ"ק דבב"מ דבשעה שיצאת מרשותו וכן, חל מבואר בתוס' בסוגיין קנו. ע"י ציונים ש"ז פ"ז ובס"ז) מן הדין ולא מצד הקנאתו עכ"ל. הרי להדיא דא"כ השטר לקנין כלל. וכ"כ הריטב"א בקידושין יג: לפי תומו ע"ש. וכ"כ הש"ך בשם הגידולי תרומה (ס"י ק"ד ס"ק ט"ו בסופו), וכן הסכים התומים (שם ס"ק ד). וכן הוכיח הנתיבות המשפט (ס"י ס"ק י"ב) מקרא דיוציא אליך את העבט הנוצח דמירי אחר ההלוואה וצ"ע ג. אלא שיש שתי חברים נאמנים כדברי דודי המחבר שליט"א, והן הש"ך (שם) בדעת עצמו, והקצה"ח בס"י ק"ב ס"ק א' שדקדק מלשון הרמב"ם (פ"ח ה"א) דדאקני הוא מטעם תנאי שבממון גירדא. וכ"כ להדיא ביד רמה בסוגיין אות קס"ו ע"ש ואת"ש.

ונראה אחרש וכו' אין המלוה גובה מן הירושלים וכו' שקנה אחר ההלוואה. וכ"כ בשו"ע ס"י ק"א סעי' כ' בשם היש חולקין, ודלא כעיקר הלישנא שם דגובה ע"ש, (אפי' שדעת המחבר דשעבודא דאורייתא, ע"י ס"י ל"ט א' ובתנ"א ס"ק ג), ובנו"כ שם לא מצאו מי שכתב כן. וע"י בבאר הגולה מה שציין לזה, ובתומים ס"ק י' (ובבאתי תורף דבריו לעיל בציונים ש"ז פ"ה), ולמש"כ בפנים יש לנו מקור חדש ליש חולקים האלו. וע"י בירושלמי שהבאנו לעיל ונתבאר לעיל בפשוטו מבואר שגובין מירושים ודלא כה"ח. ולקושטא דמילתא מסתברא דאין הלכה כירושלמי זו, דהנה מקור לשעבודא דאורייתא מבואר בראשונים ב"ב קע"ה. וקעה: מקרא דוהאישי אשר אתה נושה בו או שאר מקראות, ואילו דינא דמיטב שדה ומיטב כרמו אינו מדין זה אלא דין נוסף שמשלם מיטב ולא דבר פחות מזה אע"פ שיכול לפרוע בכל מידי כשאין לו. הרי להדיא דב' עניני שעבוד המה בעיקר יטרדם, וכמו שביאר

הנתה"מ בזה בס"י ק"ב ס"ק ב' ע"ש וכמה נפקותא לדינא איכא, וכ"כ באור שמח פכ"ד מלוה ה"י ועוד אחרונים כמוכא במלואי משפט שם, וא"כ הא"ך ראה הירושלמי מקרא דמיטב לפותא לענין כללא דשעבודא דכל התורה, הא ב' שעבודים נפרדים המה, ואשר נראה מוכח מזה, וגם ממה דהשמיטו הרמב"ם טור ושו"ע, וכל הנו"כ בחו"מ, דלית הלכתא כוותי'. וגם התומים שהביאו ע"ש תו"ד שג"כ נוטה שאינו אליבא דהלכתא ואת"ש.

אך בש"ך (ס"י ק"ד ס"ק כ"א) אגב גירא מביא לדברי הירושלמי, ולפי שרצה הבע"ה לדייק ממנה ראי' ע"ש, וכתב שם, ואדרכה משם ראי' דמדחזינן דבש"ך קרא למעטינו מכרמו, ע"כ כבע"ח דליכא קרא שקיל בראוי עכ"ד, וצ"ע דרק למה שנוגע לראוי כתב כן אבל מה שנוגע לדאקני שתק בזה. וע"כ בקצה"ח ס"ק ט"ו שדחה הכרעת הש"ך, וכנראה שלא שת לבו להני"ל. וע"כ בתומים ס"י ק"ד ס"ק י"ד ד"ה גם קשה הירושלמי מה ש'ן דבבריו (אליבא דהלכתא), ונ"ל בנתה"מ שם ס"ק ט' מה שכתב בקצה"ח הנ"ל מול התומים ודו"ק. ש"מ בירושלמי שם דאיכא למאן דאמר דבעל חוב דינו מה"ת מבינונית ויליף לה מקרא הנ"ל והאישי אשר אתה נושה בו ע"ש, הרי להדיא דפליגי על הבבלי בזה, ואולי בהא גופא קא מיפלגי ועיין.

ש"ז פכ"ב

עוד וכו' וכן פסק הרמב"ם פ"ה זכיה וכו'. וצ"ל שזהו כוונת ההגהות מיימוניות אות ב' וז"ל: עיין בלכות זכיה וכו' ומתנה פ"ה עכ"ל. ובהל"ל השינוי הראב"ד וכו' לא השיגנו דברי הרמב"ם בהל"א. וכן הק' בדברי משפט (בנו של האפרי ב"ה) ס"י ק"ד ס"ק ב'. וע"י בשו"ת בית יהודה (ת"מ ס"י י"א) שתי' ע"פ הראשונים דס"ל דחלוקה מטעם ספק, ודע דלדעתו זה ראי' שאין הגשה זו מפי הראב"ד וכמו שתמה המרכבת המשנה כאן, דדבריו מרפסין איגרי דיחלוקה לא שייך אלא כשבאין יחד לגבות, וכמש"כ המ"מ סוף ה"א, וסיים דאיננה מלשון הראב"ד "שהרי המ"מ והמגדל עזו לא הביאוהו וכן ליתא בדפוס ישן, ובטור חו"מ ס"י ק"ד לא אשתמיט שם א' מהפוסקים להביא דעת הראב"ד ע"ש ע"כ. וכן העירו מזה בילקוט שנוני נוסחאות. אך, בלא"ה איכא השגה משום דבחיודשי הרמב"ן לכתובות פו. מבואר דס"ל יחלוקו נגד הרמב"ם.

ונראה דב"ה וז"ה וז"ה וז"ה הר"י נתן לפ"א א' מהבי"ע חובות שעבוד גמור על כל נכסיו. וכן איתא ביד רמה כאן קנו: אות קס"ו שחקר שם אם משתעבד לכל אחד פלגא או כולה, וע"ש שהוכיח דלכל אחד משתעבד כולה וז"ל: ובע"כ דמשתעבד כוליה לתירויהו ע"כ. וכ"כ באור שמח פ"ז מאישות ה"ג ע"ש. והנה הפני יהושע בכתובות סוף צג. כתב כע"ז בביאור דינא דשעבוד נכסים ע"ש, ואגב אורחי' הוסיף ביאור באופן נוסף דאפשר לפרש הכי גם

בגוף הש"ס שמטיק שם שכ"ז רק למאן דאמר מתנתו שלא הורמו כמי שהורמו דמי, והביאורו כל הפוסקים, עי' במגיד משנה (פי"ג נהלות הל' ג') ובחור"מ (סי רע"ה סני"ה) (סיק"ט), ואשר על כ"צ טובא מה ענין זה לענינו, דהא פשיטא דכמי שהורמו דמי אינו הגדרה כלפי דין ממוני, אלא הוי דין ושם דמהיה לענין שאר דינים או לגבי איסור, וכמבואר בכ"מ בש"ס, העומד לקמוץ קמרון, והעומד לתלוש כתלוש וכו', ואי"ז מענין זכותי ממון כלל, וא"כ הכא נמי כן הוא בענין כמי שהורמו דמי. וכן מבואר בתוס' שם בסמוך ד"ה וקסבר בסו"ד דדורו ולחיים שהן נידרות אית ליה כמי שהורמו. והטעם משום דהן מבוררין וכבר חל בהן שם מתנ"כ. וכן מבואר בחי' הריטב"א במכות דף כ. ע"ש, וכמו שביאר בזה בדרך אמונה (פי' מהל' מעשר הכ"א בביאור ההלכה שם בסוף רבדיו), דהוי כמו שכבר מונח ומעורב המתנ"כ בין שאר הכרי או הבהמה ע"ש. וכבר הקדימו בזה הצפנת פענח בהל' כלאים פי"ג (ע"ש סוף עמוד י"ח ריש ע"י י"ט), ורק אח"כ ש"ך ג"כ לדון דיני ממונות, ולחקור למי הוא שייך. לא כן בשעבוד דאקני, שזולת החפצא של שעבוד, אין כאן שום דין ממוני בתולדה וצ"ע.

ועי' בקצה"ח שהסתפק בסי' רע"ח ס"ק ט"ז במי שנשבע ליתן מתנה לחבירו ומת, אם חייב ליתן ליורשיו מטעם שסו"ס היה אסור לחזור בו, וכדמצינו בתוס' הג"ל כג: ע"ש. ולפי"ז אין הנידון דומה לראי' כלל וצ"ע. שו"מ שהאבני נזר בחלק חו"מ מחודש ז' (נדפס בסעות מחודש ו') באת' ט' חלק על הקצות מטעם אחר. וע"ע בקצה"ח סי' ר"ז ס"ק ט' במה שכ' כיוצא בזה, והוא דלא כהנו"כ באבה"ע סי' קי"ד עי' ב"ש שם ס"ק ה'. ומה דמצינו בש"ס בכמה דוכתי שטר העומד לגבות נכבוי דמי, עי' סוטה כה. הוא דעת בית שמאי ואינה משנה. גם רש"י פירש שם דאי"ז מדין כל העומד וכמש"נ, אלא הוא דין ממוני שיש לו שעבוד נכסים עכשיו ולפיכך חשבי מוחזק ממש. וכ"פ רש"י בכמה דוכתי, עי' שבועות מח: ד"ה בית שמאי, וע"ע בקצה"ח סי' פ"ג ס"ק ה' להדיא דשטר שאין בו אחריות לכו"ע לאו נכבוי, אבל להדיא דקיי"ל כבי"ה, בלא"ה לאו נכבוי הוא, וכ"ל בדאקני, וצ"ע בג"ל.

ונראה וכו' ואיכא פ"מ נמי דהמ"ה זוכה בזכות וכו' וזכות זו שייך וכו' שוכה בזכות זו וכו' ופ"הפקינו ממנו. הנה מלשונות אלו משמע שהזכות הוא החפצא דעליה אנו דנין, ולא על מה שהזכות שולטת, כלומר הנכסים, ויל"ע בזה. ובצפנת פענח (הל' אישות פ"ה ה"א) הביא כיסוד זה, רק שהביא כמה ראיות מבבלי וירושלמי וראשונים שהזכות אינו באנפי נפשיה, אלא דעי"ז חשבי בעלים מדינא. ואילו הן מקצת ראיותיו, דפליגי שם הרמב"ם והראב"ד אם קידשה באפר פרה מקודשת, ופלוגתייהו היא האם דבר שיש לו בו זכות מקרי שהדבר שלו. ובאמת היא שילת פלוגתא דאמוראי בירושלמי

אכתי צריך שימסר ג"כ לפני השני, ובמקום שכותבין שעות אמרי' שגם נמסר בזמן זה, אבל במקום שאין כותבין שעות לא אמרי' כן וכולן שווין להשתעבד בסוף היום. ואשר על כן בנידון דידן (בהל' מלוה ולוה) דמיירי שבי' שעות אבל כל אחד יש לו אותה שעה, ידעינן דבדואי נמסר המוקדם קודם, דהא מיירי הרמב"ם באתרא דכותבים, א"כ נהי דמצד השטר אין הוכחה מי קדם, ושניהם חלים בסוף השעה, אבל הא מיהא אי"ז כמו יום אחד, דשם אף שנכתבו ונמסרו בי' השטרות אכתי לא אישתעבד עד דשקעה החמה, משא"כ בשעה אחת דסו"ס השטר נשתעבד באותה שעה שנמסרה וזו הלוה עצמו מחיל החלות שעבוד ולא הוי שעבודא דחל ממילא, וכנודע דיש חילוק להדיא בזה, עי' ש"ך סי' ק"ד ס"ק כ' שחילק בין השעבוד של סתם מלוה בשטר להיכא דשעבד לו הנכסים בפירוש ע"ש. ואף הקצה"ח (סי' ל"ט ס"ק א' ד"ה ונתראה לעי"ד) כ' שאין כח ללוה לשעבד כלום אף למ"ד שעבודא דאורייתא דחל ממילא, ע"ש ש"ך כ' ליסוד כללי, אבל בענינינו י"ל להיכא שב"כ כך השעבוד חל כראוי, ורק נפק"מ האם בשעת מסירה או סוף היום, כו"ע לא פליגי שבוה יש כח ביד לזה. וע"ע בחמדת שלמה בקידושין יג: שכ' להדיא דרצון הלוה הוא לעיכובא אף בשעבודא דאורייתא. וע"ע במהרי"ט אלגאוי בסורות פ"ח

ע"ח א' ד"ה והנה, ובפריש"י יורד סי' ש"ה ס"ק ל' שג"כ חילוק כהש"ך בת"ל.

ולפי"ז הכא נמי אחרי שהלוה כ' שעה א' לזה וגם לזה, הרי הוא צירפם יחד כי כך מוכח רצונו, וסלק"ד דאינו דומה למסירה ביום אחד דשם רצונו רק בעת המסירה ואלא דאינו נתפס אלא בשקיעה, וממילא, והוה באמת טעם הגון בדעת הראב"ד. אך הרמב"ם לא ס"ל הכי וגם ככה"ג כל שעבוד קיימא לנפשי' אכולה. ולפי הג"ל אה"נ אם כ' זה להדיא בשטר אף לדעת הרמב"ם חולקים בשוה, ואף אם לא כ' אלא בשטר האחרון ודק"י. ולולא דמסתפינא אימנא ליישב סתירת השו"ע בסוגיין, דבסי' ק"ד סעי' ח' כ' שאין בשום חוב דין קדימה ומשמע גם למלוה ע"פ, ואילו בסעי' י"ג פסק כרב האי גאון דבע"פ המלוה ע"פ גובה קודם למלוה שבשטר מאוחר, ועי' בש"ך ס"ק י"ז שעמד בזה והניח בקושיא, וצ"ע. ולפי הג"ל מיושב היטב, דודאי גם מלוה ע"פ חשבי משעבד ממילא ואם היה ביום א' עם שטר, שניהם נתפסים עם שקיעת החמה, ועיין.

ש"ז פכ"ג

אולם יש פ"דקדק וכו' וכן מצינו בב"מ (ט"ו) וכו'. ובביאור הגר"א ריש סי' קי"ב ציין לשם למקור ג"כ, וכמו שהבאנו בציונים לעיל ש"ז פי"ז, וע"ש מה שביארנו. וע"ע בציונים ש"ז פי"ח בד"ה וכן ובד"ה ויש.

ונראה וכו' ודומה לדין מכירי כהונה שיש להם זכות וכו' התוס' בב"ב (כג:) וכו'. עי' שם

באופן שאין כאן אלא שעבוד הגוף (והוא נדפס גם בשו"ת שואל ומשיב ע"ש), וכמדומני שכע"ז כתב גם המקדש דוד. שוב מצאתי ברעק"א בסוגיין שכ' ממש דכורים הללו בכיאר ש"י הרמב"ן (שתולק עם הרשב"א) דאע"פ דמטיק הש"ס יחלוק, וע"ע בקובץ שיעורים כתובות (את של"ה) ע"ד ז'. **ונראה וכו' ואם ב"ד לא ראו א"א שטר האחד וכו' כד"ן עשו.** הנה בסמוך כ' דלא דמי לבע"ח מאוחר דהתם תקנו חכמים דין קדימה ע"כ. וא"כ מה לי אם ב"ד ראו כאן שטר א' או כמה שטרות, סו"ס לא תקנו כלום מדין קדימה, וא"כ כל הקודם זכה, דיקא נמי דבהל' ד' לשון הרמב"ם שבאו לגבות, יחלוקו, ואילו בהלכה א' מיירי כשקדם א' ובה לבדו ודוק, וע"ע במפתח כמה שצינו מהכנה"ג והמבי"ט, ואת"ש.

אכן בשני שטרות וכו' כונתו היתה לשעבד להם הנכסים בשותפות וכו' וזוהי סברת הראב"ד. משמע דאולי' בתר כונתו, ואע"פ שכבר כ' מה שכתב לראשון, הרי דס"ל דיכול לחזור משעבוד, וזה אינו (ורק בדאקני איכא מאן דאמר הכי). וצ"ל שכונתו לשעבוד אף לשני, וכמו שכ' לעיל וכמו שהבאנו מרעק"א. אמנם גם זה ליתא, דבהכי לא נעשה שותפים, אלא לכ"א כולה וכמשנ"ב כאן לעיל וצ"ע. ועי' בר"ן בכתובות (ניג' סוף ע"ב בדפי הרי"ף) דמבואר דאינו תלוי בדעתו כלל - אלא דינא הוא דחל ביחד ע"ש.

אבל הרמב"ם ס"ל דגם בי' שטרות היוצאים ביום א' לא צירפם יחד בשעבוד. ויל"ע, ממה נפשך אי שייך למעבד הכי מהכ"ת דלא עביד הכי, ואם אי"ז למיעבד הכי מאי קמ"ל, (והיא לא היה להגמ' להזכיר דאם קדם גובה וזכה כמו שהק' הראב"ד). ותו דאפי' את"ל דיש כאן סברא לשעבד הנכסים בשותפות, מכ"מ מאחר דאין כאן אומדנא ורק דתליא בדעתו (וכמש"ל לעיל), א"כ מידי ספקא לא נפקא והו"ל הראשון ודאי והשני ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וצ"ע. והנכון לענ"ד נראה לדעולם אפשר למעבד הכי ולצרפם יחד בשעבוד, אבל זה לא מילתא דממילא, ויבואר ע"פ שיטת הרמב"ם בסוגיין, דיעוי' בלשון הרמב"ם כאן "שטרות שזמן כולן יום אחד או שעה אחת במקום שכותבין שעות", שלכאורה שפת יתר הוא זה להוסיף המקום, דודאי כל שכתב שעות מהני להוכיח המוקדם והמאוחר אף באתרא דלא כותבין וצ"ע. ויותר קשה מזה הוא לשון הרמב"ם פ"ה זכיה ומתנה הלי' ר' וז"ל: שני שטרות שזמני יום אחד וכו', אם דרך צו"ל שני המקום לכתוב שעות כל הקודם זכה, ואם אין דרכם לכתוב שעות וכו' עכ"ל. ותמוה למה תפס הטפל ועזב העיקר, שכ' מנהג המקום ולא נקט עיקר הכתיבה וצ"ע.

והנראה מוכרח מזה, וש"מ שכן דקדק ההפלאה בכתובות צד: בסופו, דלא מהני כתיבת השעות אלא במקום שכן הוא דרך המקום, והטעם פשוט כמו שכבר כ' ההפלאה ע"פ המבואר בסוגיא, דאף אם קדם זמן א'

קידושין פ"ב, ובתוספתא פ"ד גבי אפר פרה, ועי' בהך דבב"מ צו. גבי שאלה על מנת לעשות פחות משהו פרוטה וכו' עכ"ל. וע"ע בצפנת פענח הל' שבת פכ"ג הי"ז שכתב את ההבה ראיות להיפך שאע"פ דאיכא זכות ליתא לשום דין שלו כלל, וע"ש מה שהגדיר בזה בא"ד ואף דאמרינן בב"מ דף ר' וכו' (ע"ש במהדורות פוסד הרב קוק).

ונראה וכו' מש"כ בקנין לאחר ל' דאין שם אלא קנין בלי שום זכות. וק"ק ממה שנסתפק הר"ן בנדרים (צ"ר ר"ש ע"ב) בנדר לאחר ל' אי יכול חכם להתירו קודם חלות ע"ש, דלפי מש"כ בפנים שאין כאן שום זכות ודאי א"א להתיר הנדר, ועיי'ן. עוד י"ל ע"ב בקנין חפץ ככה"ג אם נימא דאין לו "שום זכות" נמצא דאינו יכול ליתנו ולמוכרו לאחר וצ"ע. ועי' בברכ"ש יבמות ס' ט"ז במעכשיו. עוד נראה להעיר מה שדנו הראשונים ריש פרק האומר אם בתוך שלושים פטשה ידה וקיבלה קידושין משני ואח"כ גירשה ומת השני קודם שלושים האם חלים קידושי ראשון, דהרמב"ן כ' דמקודשת לראשון והביא מהירושלמי שכ"כ, וכן הוא דעת הרמב"ם כמו שדקדק הרב המגיד (ע"פ פ"ו אשוח ה"א). ותמה שם הרשב"א דדבר זה א"א דאם חזרה בפה אינה מקודשת, והשתא שקיבלה קידושי שני אין לך חזרה גדולה מזו ע"ש. ולענ"ד אפשר ליישב דעת הרמב"ם והרמב"ן דס"ל (ולא כמש"כ) דיש לראשון גם זכות ולא אמרי' אין כאן אלא קנין בלבד ודו"ק. ועי' בר"ן (כ"ג: דפ"י ה"ר"ף ד"ה ובא) שדחה כל דברי הרשב"א ע"ש. ואולי שורש סברתו כמו שכתבנו. וע"ע בר"ן נדרים ל. ד"ה ואשה נמי כו' היא מבטלת דעתה ורצונה, ומנינה נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר וכו' עכ"ל, ולשיטתיה ניחא מאוד. ובדעת הרשב"א י"ל כנ"ל דאין להבעל "שום זכות" ודו"ק. ואם כנים דברינו יובן עוד מה דאיתא בירושלמי הנ"ל בענין מת לאחר ל', ואין להאריך עוד. ועוד עי' באור שמח (פ"ו ה"א) בריש דבריו ובמש"כ אבל באשה, דאשה המתקדשת יוצאה לאחר זה בגט וכו' דאפשר לגרשה וכו' עכ"ד, ולדעתי כוונתו ע"ד שכתבנו ודו"ק.

ש"ו פכ"ד

כתב הרמב"ם וכו' מה מחדש לנו הרמב"ם וכו' הם כ"כ דברים פשוטים וכו'. לכאורה קידוש עצום כתוב כאן, דהנה עי' ברמב"ם פ"ח ממלוה ה"א שכו' פרטי דיני הטרפא ממשועבדים וכו': בד"א בפרקנות שהיו לו בעת שלוה, אבל נכסים הבאין לו לאחר שלוה לא נשתעבדו לבע"ח ואינו טורף אותן עכ"ל. ועי' במגיד משנה שם שדייק מלשונו "ואינו טורף" ולא כתב ואינו גובה מהן, שמכאן מוכח שיטת הרמב"ם דגביה מ'מיניה' חל גם על נכסיו שלא היו בעת ההלוואה. ותמוה מאוד וכו' בדיוק קל כזה בלבד תולין עיקר דין זה, והלא אית קרי ביה רב, גם מלשון הרמב"ם

בריש הל' א' שם יש ללמוד כן. (גם ידוע סבת הרמב"ן ושאר ראשונים עד שדפינן אותו בניפו יכפירו בכמותו.) ועי' בטור ושו"ע סי' קי"א טע"א וכו', המלוה את חברו אינו גובה אלא ממה שימצא ביד הלוה וכו' אפילו קנאם אחר הלואה עכ"ל. ומקור לזה כ' הבית יוסף בד"ה אף מנכסים שקנאה אחר הלוה בסו"ד וכו': כן נראה מדברי הרמב"ם פ"ח מהלכות מלוה (ה"א), וכ' הרב המגיד שזהו שאמרו בפרק מי שמת מיניה דאפילו מגלימא דעל כתפיה עכ"ל. ותמוה מאוד דעל הראשונים אנו מצטערים שהמ"מ תלה הלכה דמיניה בדיוק גרידא, והשתא מוסיף הבי"ש שבאמת זולת הרמב"ם ודיוקו של המ"מ אין לנו מקור מפורש, וצ"ע דבש"ס מבואר כן בכמה דוכתי, (ואף שהביא להגמי קני. א"י אלא מנאמנתו של המ"מ), אבל לדעת הבי"ש אי"ז גמ' מפורשת, דאי לא תימא הכי הו"ל לציין רק הגמרא בלבד, וכידוע לכל באי ביתו של הבי"ש שמדקדק מאוד להביא מקור הש"ס ולא מהרמב"ם במקום שגומא מפורש, ואין צריך לפנים, [ואביא רק דוגמא אחת, עי' טור אור"ח סי' ש"ג טע"י כ"ב וכתב הרמב"ם וכו' ע"ש] וכתב ע"ז בבי"ש "ולא היה צריך רבינו ללמוד מדברי הרמב"ם" ע"ש]. ובאמת הגר"א בביאורו ציין מקורו של השו"ע (ק"א א) ב"ב קנו. ולא ציין לדברי הרמב"ם כדרכו, והלא דבר הוא. גם הב"ח שם עמד על כפילות הלשון בטור שכתב "אבל מכל מה שימצא בידו גובה וכו' אפי' קנאם אחר הלואה", ע"ש מה שנדחק בזה. הרי להדיא דעת הטור ובי"ש להדגיש הרבותא דמה שקנה אחר הלואה נמי בר גבייה הוי.

ולולא דמסתפינא אמינא דמחלוקת אמוראים הוא זה בתחילת סוגיא דדאיקני (קנ"ג), בעי שמואל דאיקני וקנה מהו כו', אמר רב יוסף ת"ש וכו', אמר ליה רבה מיניה קאמרת, מיניה אפי' מגלימא דעל כתפיה ע"כ. הרי להדיא דסבר ר' יוסף דבעי שמואל על עיקר גביית מיניה, וגם הוא לא הוה ידע לולא הראי' מהתנאים ככתובות ק"י. וכמדומה שכבר עמד בזה בחי' חת"ס שם, א"כ רק מכת רבא מוכח דמבני חורין גובין אפי' בסתמא בלא דאיקני ונמצא דהוא מחלוקת אמוראים, והוא נפלא. ועי' ברשב"ם שם דלא כ"כ וצ"ע, אבל בנמוקי' מוכח להדיא שלמד ע"ד, עי' ד"ה דאיקני מהו שפי' דלא ע"ד הרשב"ם, ואכ"מ. עכ"פ עולה דלגבי קרקע בלי חלות שעבוד א"א לגבות כלום וכמש"ל, ואשר על כן שפיר תלה הבי"ש המקור להאי דינא מדיוקא דהמ"מ ברמב"ם,

כי אנחנו לא נדע הלכתא כמאן כר' יוסף או כרבא ודו"ק.

גם בעל הש"ס לא מצינו מיינה אפי' מגלימא דעל כתפיה ממשנה או ברייתא אלא מדברי רבא לחודיה כאן בבי"ב קנו. (נפעם א' בב"ק יא: אב גורא ע"ש), ואשר על כן גם אליבא דרבא אינו מוכרח עד כמה פליגא, דודאי אקרקעות איכא שעבוד אלם יותר, וכדאיתא בפ' גט פשוט קעד. בדברי רבא עצמו דנכסיה דבר איניש אינון ערבין ביה, דלא מצינו ענין זה על מטלטלין (זולת לרשב"ם שם ורשב"א בקידושין דמטלטלין פשתעבדי ואי"מ כלל). ועכ"פ מבואר שא"ש בסוגיא ובראשונים (ר"ף רשב"ם רמב"ם בפכ"ב ה"א ור"ש שם תחובות פה.) דלולא דין הערבות לא היה אפשר לטרוף כלל שלא מדעתו (ובעוד כמה אופנים), וכ"כ בחי' הרי"ם סי' צ"ח ס"ק ח' ע"ש. ומשמע דטעם מיניה דידיה לבד לא מספיק לגבות קרקע. ולא מצאתי אלא שיטה א' בראשונים שכ' להדיא דלא בעינן לערבות אלא לטרוף מלקוחות, (והוא הראב"ד הובא בשמ"ט שם ובהשגחה לבעה"מ גיטין ע"ג).

שו"מ דברים מפורשים בחי' הרשב"א ב"ב מד: ע"ש בד"ה ואמר רב חסדא וכו' דלא כאסמכתא - דמבואר שם דרק מדין הערבות לחוד אפשר לגבות מיניה בני חורין, וכמו שדייק בספר דרך משפט ע' נ"ה. והוא מפורש יותר בדברי הרשב"א לקמן קעג: ע"ש מש"כ בענין ממי שארצה אפרע, (וכמו שדייק הג"ל בהערה

פ"ב בהסכמת הגאון בעל המחבר מילואי חושן שליש"א.)

פ"ב בהסכמת הגאון בעל המחבר מילואי חושן שליש"א.)

פ"ב בהסכמת הגאון בעל המחבר מילואי חושן שליש"א.)

פ"ב בהסכמת הגאון בעל המחבר מילואי חושן שליש"א.)

פ"ב בהסכמת הגאון בעל המחבר מילואי חושן שליש"א.)

פייט ובציונים שם, ובשער ט פרק ז כ' ג"כ חידוש הנ"ל.

ונראה וכו' וואו שח' בה דין וכו' וצ"מ דאמר לצמפרע וכו' גם קודם לצ"מ בעצם היה שייך דין זה וכו'. ולמש"כ האחרונים שם בפסחים (גליה רעקיא בשות שפ"א ונה) דלמפרע היינו דנעשה מקח מעיקרא וקניו בקנין כסף, ניחא טפי. ובפרט לדעת איזה פוסקים דס"ל דלכו"ע לא פליגי דלמפרע הוא גובה לאחר זמן גבייה, עי' נתב"מ סי' קצ"ט ס"ק ב' ד"ה וליישב.

וצ"פ"ו וכו' לא נאמר צמפרע הוא גובה בשעבוד דאינו וכו'. ודלא וכהתומים סי' קט"ו ס"ק י' דס"ל דלמהדורא בתרא דרב אשי ידחלוק היינו דאינו משתעבד עד שבאו לעולם. אכן למהדורא קמא (וכן ס"ל דהוא דעת שאר אמוראי בב"מ ט"ו) דתיכף חל השעבוד מעת הכתיבה אפשר דא"ש ע"ש. אלא דנראה שלא הבינו כן בדברי התומים, עי' בנחלת דוד בב"מ טו. בד"ה ובס"ק ט"ז וכו' (והבאתי לעיל ש"ז פ"ד) שהוסיף מילת "למפרע" ככוונת התומים, ואח"כ הרבה להשיב עליו ע"ש. ולפי מש"כ בפנים כאן יש להתיישב בזה ועיין.

ועוד וכו' כשבאה הקרקע לידו ח' מצי"א גם שעבוד גמור. דלא דבדרי התוס' קנו. ד"ה דאיניק, שהוסיף מלת "וימכור", וכמו שהוכחנו בציונים לעיל ש"ז פ"ה, וכן כ' האבני נור ועוד אחרונים ע"ז.

ש"ז פכ"ז

ואולי י"א דהוא מדין שומא הדרא. יל"ע למי דומה יותר, לשומא הדרא או דילמא להדר דינא עי' יבמות לו: וצ"ע. ונפק"מ דקיי"ל בשו"ע אבה"ע סי' קס"ג סעי' ה' דלא אמרינן הדר דינא אלא קם דינא ע"ש, ואפי' למאן דאמר בטור שם דס"ל הדר דינא, מכ"מ לאו בכל מילתא אמרי' הכי, עי' חזו"א אבה"ע סי' קי"ט ס"ק א' והבן.

ואולי וכו' אלא דאי"ז ממש בשומא הדרא כיון דהחזרה הוי צמפרע וכו'. לאו דוקא, דאפשר כל שומא הדרא הכי הוה, עי' ח"מ סי' ק"ט סעי' ט' לשון המחבר, וכמו שדקדק הש"ך שם ס"ק י' דאין צריך קנין בחזרת הקרקע. וע"ע בש"ך ס"ק י"א נפק"מ בנוגע למלוה קטן. אך בתוס' בב"מ ט: ד"ה האי כ' להדיא דלא נעקר הגבייה למפרע, ודלא כהתורמת אמרי' (סי' של"ט) הובא בש"ך שם ס"ק י"ח, וע"ש שדעת הש"ך מבואר דאינו נעקר מעיקרא, ואלא שכתב דיש דין מבואר בגמ' לא עשתה ולא כלום, דהוי טעות מעיקרא, (אבל אי"ז שייך למילתא דשומא הדרא).

ש"ז פכ"ז

איתמר וכו' והיינו הקושי. כפשטות הקושי הוא דאבדו כל מעותיו, ואין לך קושי גדולה מזו.

איתמר וכו' תקנו חכמים דבן מוציא וכו' וכ"כ המפרש ע"ה הר"ף. לא מצאנו תקנה מסוימת על זה בש"ס. גם עיינתי ברש"י על הר"ף ולא

כתב מאומה מזה, גם לא מסתבר לענ"ד שהחכמים יגזרו בזה, פוק חזי מרגלא בפומא דחז"ל "כל תנאי שבממון קיים".

שם וכו' וואו עשו בן חכמים כד' ש"א ידך כ"א וימכור ירושתו. הנה לא מצינו בפוסקים לשון בדיעבד, אלא באופן שהאב כבר נתן מחיים נכסיו לבנו בקנין הגוף, עי' ברמב"ם פ"ב זכיה ומתנה ה' י"ג, עבר הבן ומכר וכו'. (ובספיק סי' רס"ט גרס בן במתני גוספ), דלכאורה מאי עבירה איכא בידו, ואלא לפי מש"כ בפנים י"ל כי הרי הוא מוכר ירושתו. ועי' בב"ח סי' רנ"ז ס"ק ג' בסוף דבריו שג"כ עמד בזה וסיים בזה"ל: אינו רשאי דשמא לא ניחא ליה לאב שהבן ימכור בחייו לאחרים מה שנתן לו במתנה עכ"ל. הרי להדיא דנחית למש"כ, ואלא דלא כתב כן אלא בכה"ג שכבר נתן להבן במתנה וכו', אבל תסם ירושה כבסוגיין לא מצינו הקפדה זו. ותו דכבר השמיטו כל הפוסקים הלשון "עבר הבן" שכתב הרמב"ם, עי' טור ושר"ע שם סעי' ג'.

ואניג וכו' אב"א לא מצינו ששאר דיני ממונות יחולו אחר מיתה. יל"ע דמצינו דבדרי הנמוק"י המפורסמים (ביק י' ע"א מדפי הר"ף ד"ה אשו משום חציו) וז"ל: והכניז אילו מת קודם שהספיק להדליק וכו' משתלם ניוק מאחריות נכסים ידידה עכ"ל. הרי להדיא דאע"ג דלא חייל חלות היוק אלא בקבר מכ"מ נשתעבד. ויתר על כן בירושלמי גיטין (פ"ה ה"א) איתא שם להדיא דנפלו להמוזק נכסים אחר מיתתו, מכ"מ היו משתעבדים הנכסים לנוקיו, לולא גזה"כ מפורשת למעשה. הרי להדיא דמסברא חייל דיני הממונות לאחר מיתה. ואפשר שכן הוא אף להלכה בהלואה ושאר מילתא (עי' במפרשים שם ובציונים לש"ז פכ"א) וצ"ע. וע"ע בתומים סי' קט"ו ס"ק י' דמשמע להדיא עד"ן (להמחבן). ובאמת מגופא דסוגיין הביא הגרא"י בלאך ה"ד ראי' (בשעוריו עמוד 124) וז"ל, אבל באמת מצינו כן בגמ' דכל שירוש בקבר משתעבד לבע"ח וכו', הרי מבואר דכל שבא מכת משמוש וירוש בקבר משתעבדי לבע"ח עכ"ל. אך אח"כ מחלק בין זה להיכא דבעינן חלות קנין והקנאה, ע"ש בד"ה אמנם ע"כ וכו'.

ואניג וכו' ודוחק צומר השעבוד בפני"ה ח' בקבר וכו' דל"מ אלא ירושה וכו'. וזלת שעבדי מוזק בירושלמי גיטין פ"ה ה"א, עי' ציונים לש"ז פכ"א בארוכה ובש"ז פכ"ז בקצרה. וע"ש מה שהבאנו מהגרא"י בלאך ה"ד שרן בדבר זה להדיא.

שם וכו' אב"א לא מצינו ששאר דיני ממונות יחולו אחר מיתה. לכאורה מצינו במס' כתובות לח: דבעי רבא יש בגר בקבר (והבנה הוי) או אין בגר בקבר (והבנה הוי). גם מצינו במס' בב"ק מב: ובגיטין מג. בחיוב כופר אמר ריש לקיש לא אמר אלא בכופר שאין משתלם אלא לאחר מיתה ע"כ. ופרש"י וז"ל, הלכך לא זכתה בו מחיים עכ"ל, וצ"ע. אך לפמשי"כ

בחי' רבינו חיים הלוי (פ"א מהל' נערה הטי' ברה"ה ונראה, ובפ"ה מהל' נחלות ה"ח בקצרה ברה"ה והנה בחכמות) יש ליישב, ובנחלות שם ד"ה והנראה הגדיר באופן חדש וענין חיוב כופר, ולפ"י י"ל, ועיין.

שם וכו' דלא מצינו אלא ירושה ח' בקבר. לא הבנתי דהכא סיבת השעבוד תלויה בדין ירושה, וכשירית בקבר ממילא זכו הלקוחות בשעבודם וצ"ע. וי"ל.

אכן וכו' וחי' עליו מצוה צפרוע חוב אביו. אמנם צ"ע בזה דא"כ נימא דחשיב חוב לכל מילי, וכגון שמיטת כספים, וזהו חידוש גדול לומר דשביעית משמטת חוב כזה וצ"ע. עוד יל"ע בגמ' דינא דלקוחות כבע"ח מאחר שהוא "חוב", או דילמא כלקוחות, ונפק"מ לענין בע"ח מאוחר שקדם וגבה, ואחריות טעות סופר, ועוד הלכתא גבירתא.

ש"ז פכ"ז

והנה עיין צ"ע קיד: וכו' וצ"ע קיג. וכו' וכתבו התוס' ברה"ה מה וכו'. ושם ביבמות וכו'. אב"א התוס' שם פלגי' וכו'. וצ"ע שיטות וכו'. בחי' רבי שמעון שקאפ ז"ל לכתובות סי' מ"ז אות ה' ג"כ הביא לכל הנ"ל על אותו דרך שותה דורי המחבר שליט"א להוכיח יסוד דומה ע"ש, והוא נפלא. וע"ע לקמן ש"ז פרק לב ובציונים.

וצ"ע שיטות וכו' אב"א צ"ע שיטות וכו' צ"ע שיטות וכו'. עי' בחי' ר' שמעון שקאפ (כתובות סי' מ"ז אות ה' ד"ה אמנם וכו' והנה) מש"כ להקשות על התוס' באופ"א, וע"ש בד"ה והיה מקום לומר מה שבי' לחדש. וע"ע בש"ז פל"ב.

ולכאורה מבואר מדבריהם דירושיה הוי דין ממוני, דבר זה מבואר בש"ס כמה דוכתי, וכמובן מרא דבן מוכר בחיי אבא, ומהא דירוש נקרא מוחזק כנודע. וע"ע בשיעורי הגרא"י בלאך ה"ד סי' י"א מש"כ בזה, ובעיקר בעמוד ס"ג מה שנוגע לדאיניק ע"ש.

ולכאורה מבואר מדבריהם דירושיה הוי דין ממוני, וצ"ע ר' וכו'. וכן הוכיחו האחרונים מסוגיין ועוד דוכתי, עי' צננת פענח (הל' ערכן פ"ד סוף הל' ה') שחקק בירושתא אי מהני בגר דין או בגר קנין, וצ"ע לזה פלוגתא הרמב"ם והראב"ד בהל' אישות (פ"ב ט' ופ"ב ב') וע"ש עוד.

ובשו"ת צננת פענח (דיוונק סי' ק"ח) כתב דאיכא ב' גדרים בירושיה. וכן כ' ר' אלתנן ז"ל בכמה דוכתי, עי' קובץ שיעורים לב"ב (ק"ח: אות ש"ח) מה שהביא משו"ת הרא"ש כלל י"ז סי' י', ובקובץ ש"ח סי' י"ב אות ב' וה'. ואולי כונתם כמו שבי' בפנים. וע"ע מה שהגדיר הג"ר שמואל רוזנבסקי ז"ל בשיעוריו לב"ב ח"ב עמוד ק"ט וק"י ע"ש.

ולכאורה וכו' אלא גם מחיים ש"ה המוריש יש צ"ע ירושה זכות ודין ממוני וכו'. וכן משמע בתוס' (פ"ק דינין ד: ד"ה חא) שכתב בהולך מנה לפלוני והנותן שכ"מ ומית מקבל בחיי נותן דיתן לירוש מקבל, ובטעם הדבר פי' התוס' משום דה"ל למפרע, וכ"כ הרא"ש שם סי' י"ט ע"ש לשונו. וביאר בזה הקצת"ח (סי' קכ"ה ס"ק ה')

דהואיל וקיי"ל מתנת שכ"מ כירושה היא (כ"ב טו). ממילא זכה מהקבל בדין ירושה, ע"ש קה שמתרץ עפ"י קר' הר"ן והב"י מהש"ס קלו. דקיי"ל דמתנת שכ"מ לא חילה אלא אחר גמר מיתת. והאחרונים סתרו להקצה"ח מגמרא מפורשת קמב: דאף למאן דאמר עובר יורש א"א להקנות מתנת שכ"מ (עי' אור שמח פ"ט מוכיח ה"ג ובאמר משה סי' ל"ט). אך לפי משנית בפנים דברי הקצה"ח אמת ונכון "דגם מחיים של המוריש יש להירוש זכות ודין ממוני". וא"כ בזה שפיר זכה המקבל בחייו תיכף ומיד. ובאמת כיוון הקצה"ח שליט"א לדברי הגר"ר שמואל רוזנבאך ז"ל שכת"כ לתרץ דברי הקצה"ח הנ"ל וסיים דעובר דלאו בר זכייה הוא בקנינים לא זכה מלכתחילה בדין היוורש, ע"ש בשיעוריו לגיטין אות רע"ח. וכ"כ במשנת ר' אהרן (גיטין סי' י"ג ג), וע"ע בזה בקצה"ח סי' ר"ג ס"ק א' בריש דבריו ובד"ה והנה אפשר לומר וכו'.

ונראה שדבר זה מוכרח מכמה דוכתי בש"ס, ע"י יבמות לו: לו. דפעמים דנין דין מוזקו ותפיסה בדין ירושה, וכמבואר בתוס' ב"מ ב. בד"ה וזה בסו"ד, וכפי שביארו החמדת שלמה שם ד"ה מתני', ועוד כמה אחרונים, וכמו"כ בכמה משניות בב"ב, דאין לזה מובן לכאור', דיותר ראוי לרדן ע"פ חוקי הרוב וחזקות. ולפמש"נ את"ש, וכן שמעתי מרבותי כיו"ב. וע"ע בקצה"ח סי' רע"ח ס"ק י"ג בד"ה נחזי אגן, והבן. והנה בב"ק פח: איתא לסברא "משום דראוי לירוש" ע"ש דמבואר דזה כח וזכות מחיים, ונראה דהן הן הדברים. וע"י תוס' רבינו פרץ ז"ל: ויש לו לבן שייכות טפי בנכסים לפי שראוי לירושו עכ"ל. ובחידושי הראב"ד הוסיף "וכי ובין בן ידידה ובין" (מובא בקובץ שיטת קמא) והוא נפלא.

ולכאורה וכו' ולכן הריא דהבע"ל יורש את אשתו וכו'. ונראה דכך הוא אף אי ס"ל דירושת הבעל דרבנן, דסו"ס דין ירושה אית ליה, ע"י בזה בצפנת פננת פ"ד הל' ערכין סי' כ"ב דברים מפורשים.

אלא וכו' דגם בירושה אמרי' אין אדם מקנה דשבי"ב. ואיכא מרבוותא שפי' דלאו משום הא אלא מטעמא אחרינא, ומשום דהוי אסמכתא. ע"י במדרכי שם על אתר (ת"ב). וכן מוכח לענ"ד דעת רש"י שכ' מי יימר שירש מאביו כלום שמא ימכרו אביו נכסיו מחיים עכ"ל. ומה שהזכיר במדרכי שם בשם רש"י דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם צ"ע איפה ראה זה ברש"י, וההיפך נראה וכמש"נ. שר"מ בשו"ת הרי בשמים תנינא סי' רמ"ז שכ"כ וברוך שכוונתי.

ש"ז פכ"ח

אכן וכו' דלמה לן טעמא דאנא מנח אבוח דאבא וכו'. ובאמת משו"ה עשו הטור וש"ע אוקימתא ופי' לצורך קבורה (ובכספוד), דאי סתם נכסים תיפוק ליה משום דלא אמר ולא כלום, כ"כ הב"ח (רי"א ג).

מתיישב הב' טעמים אף לפי זה וכמו שטרח הב"ח גופא שם בהמשך ע"ש, וכן הק' הקצה"ח בס"י ק"ד ס"ק ט"ו על הנמוקי' (בסוגיין) שג"כ נקט ב' טעמים ע"ש. וק"ק למה לא עמד על דברי הרמב"ם ועל כולנה השו"ע שעליו הוא חונה וצ"ע. שר"מ בס"י רי"א על המחבר שם ציין הקצה"ח ס"ק א' למש"כ כאן, ואכתי צ"ב למה העלים עין מהרמב"ם, וע"ע לקמן ש"ז פרק לג.

אכן וכו' אי"ז מתיישב היטב בדברי הרמב"ם שלא הזכיר וכו'. והנה גם הטור כאן לא הזכיר שמיידי בצרכי קבורה (רק סמך הלכות), וא"כ אינו מוכח שמודה להשו"ע בכוננת הרמב"ם. וגם הב"ח הרגיש בזה דהנזכר להוכיח מהטור את דעתו, ומשמע דאף הוא ז"ל מודה דאינו מפורש בדבריו, גם כ' אח"כ "וכ"כ בשו"ע להדיא, ומשמע דבטור אינו "להדיא". ואפשר שגם דעת המחבר אין כוננתו כלל לפרש דברי הרמב"ם ז"ל ולומר שהרמב"ם עושה בזה אוקימתא לגוסס. וזה מכמה ראיות, חדא - בב"י בכל סי' רי"א ה"א הזכיר מאומה אודות הרמב"ם פכ"ב הל' ז' דו"ק ותשכח, ואילו כוננתו בשולחנו לפרוש דברי הרמב"ם לא היה לו להשמיטו מכל וכל. ותו, דזהו שלא דרכו בכל חיבורו להשמיט דעת רבינו הרמב"ם כידוע, ובפרט כשזקוק לו כתנא דמסייע. ותו, דבשו"ע סעי' ג' שם עשה המחבר עיקר האוקימתא ולא אישתמיט לשום פוסק מנושאי כליו לציין לדברי הרמב"ם כמקורם ע"י ש"ך וסמ"ע, גם בבאר הגולה הדברים מפורשים שכתב שמקורו הוא גאון א' מובא בספר העיטור (הובא בב"י סעי' א'). וע"ע בביאור הגר"א סעי' זה שלא ציין כלום, ושתיקתו כהודאתו וא"צ לפנים. (וטעם המחבר מובן להב"ח ע"ש).

שם. וע"ע במעשי רקח שדקדק מלשון הרמב"ם הכן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו, ואילו בהל' ר' נקט לשנא אחריתא מי שהיה מורישו גוסס וכו' ע"ש, וידוע דרוב גוססין למיתה, הרי להדיא דבהל' ז' דלא מיידי בצרכי קבורה. והנה בשו"ת הרמ"א סי' ג' ד"ה ודע שגם דעת הרמב"ם כדעת הרשב"ם כו' דמוכח להדיא שלא כוון הרמב"ם לצורכי קבורה ע"ש עוד. וע"ע בספר דברי משפט סי' רי"א ששו"ת בדברי הרמ"א אך היוצא מדבריו דלא פירש בדברי הרמב"ם כאוקימתא דהמחבר ע"ש. הרי להדיא בכל המפורשים כמש"נ לא להכניס דברי הר"ם לאוקימתא. ועוד יעוי' בכל הראשונים העיקריים בך קנט. דלא אישתמיט לשום א' מהן לפרש הש"ס כאוקימתא דהמחבר. גם בשטמ"ק שהביא ארבעה ראשונים בזה, השמיט דעה זו.

וכתב רש"י וכו' ולכאורה לפירוש רש"י דברי ר"ג סותרים אל"ו את אל"ו. והנה אף רבותינו הראשונים השתדלו ליישב שיטת רש"י, ע"י בח"י הרמב"ן על אתר בקצרה, וע"ע בח"י הריטב"א יותר בהרחבה וסיים כ"ז מיטודו של

רבינו הרמב"ן, והוא הנכון, והיא שיטתו של רש"י ז"ל עכ"ל ע"ש, וכוננתם סתומה (כדין של הראשונים דל), ולא נתברר לא גם כוננת הרמב"ן מ"א. ששם מבא' לסוגיין ומפרשה וסיים ב"ב "וכן פירש רש"י ז"ל", אך גם שם קיצר מאוד וצ"ע. ולפי מה שיתבאר בפנים בסמוך א"ש, ונראה דכן הוא עומק דעתן של אלו הראשונים ודו"ק. וע"ע בשו"ת עונג יו"ט א"ח סי' י"א ד"ה ודע במש"כ מנפשיה בדעת רש"י, ואח"כ סיים "וכן מצאתי בריטב"א שם" ואת"ש. (וע"ע בס"י ר"ח ל"ה אולם אחר וכו' משי"כ בזה), ודרכו ע"ד מה שכתב בפנים בסמוך.

וכתבו וכו' ולכאורה לפירוש וכו' סותרים וכו'. וע"י בהגהות אשרי כאן סי' ל"ב שכתב פירושא חדתא בזה (ולפום ריהטא הריא דעת עצמו, אי"א שכוונתו ליישב רש"י וצ"ע וכו' בסמוך) וזהו תוכן דבריו: אע"פ שהוא בטעות זכה חבירו, מידי דהוי אהפקירא בעלמא דחשיב הפקר, א"כ שכנגדו קנה ביאוש בעלים וכו'. לשון מהר"ח עכ"ל. הרי דמפרש דאין כאן מחילה ממש אלא כעין יאוש והפקר. וכן הבינו בדבריו גדולי האחרונים, ע"י שער משפט סי' כ' ס"ק א' ד"ה אמנם לפענ"ד וכו', ע"ש שהביא לזה הלשון עצמו, וכן הג"ר אלחנן בב"ב אות קע"א, וע"ש מה שתמה עליו דאין ייאוש מהני בדבר שהוא ברשותו, וגם אינו מהני בדבר שאינו אבוד וכנודע. גם בשערי ישר (שער ה' פ"ב) הרבה להשיב על דברי השער משפט וכו' דא"א שכוונת האשר"י לייאוש דעלמא, וע"ש שהביא ע"ז ראיות אלימתות מהש"ס וראשונים, וע"ש שפי' כוננתו ע"ד שפירש בפנים והובא בסמוך.

ונראה דמחילה דהתם אי"ז מחילה ממש אל"א דין דעת מקנה. וכע"ז חידש ר' שמעון ז"ל בשע"י שם בד"ה ולכן נראה לי בביאור דברי הגר"א וכו', והביא ראי' מהרמב"ן במלחמות בב"ק פ' מרובה (כז' מדפי הרי"ף) בזה"ל, ומכוון שנתנה לו במנתה וא"ל אפיק לנפשך אעפ"י וכו' שאינו יכול להקנתה לו ואם לא לחזור חזור, מ"מ כיון שעדיין לא חזר בו בעל דברים דידי' הוא וכו' עכ"ל, דמזה מוכח דאע"פ שמחמת הקנאה לא היה מועיל דבר שלב"ל הוא, בב"א מהני שחוקים אח"כ לעצמו משום נתינת רשות וגילוי רצון עת"ד. וע"ש עוד בד"ה ועפ"י"ש וכו' ועפ"ז לפי, מה שיישב כמה סוגיות חמורות עפ"י יסוד גדול זה, והוא נפלא. וע"ע לעיל שהבאתי לדברי הרמב"ן בתרי דוכתי, והמבין יכין שהרמב"ן מתפ"ן לשיטתיה והוא נפלא מאוד.

ונראה וכו' דאיכא ל'מימר וכו' אי"ג דאין קנינו קנין, יש בדבריו דעת מקנה וכו'. והנה בדבר זה נחלקו הפוסקים, דהנה הרמ"א (כס"י סי' פס"י וכו' ובס"י קצ"ו פס"י ב"ב) הביא לתשובת התרומת הדרשן (פ"י ש"ג) שס"ל דכל מקום שלא מהני הקנין או לא נתפס מאיזה טעם, כגון מלוה ודשלב"ל, אל תפס המקבל לא מפקני מנייה

ע"ש הפרטים, ומקורו של התרומת הדשן הלא הוא סוגיין דבב"מ סו: דשמיט ואכיל והוא כפתור ופרח. אלא שהש"ך סי' ס"ק ס"ו לא נחית לכל זה ולכאורה דרך אחרת היה לו בכל הני דוכתי ובסוגיין, וע"ש שחולק לדינא נגד (כל הנזיל ה)הסמ"ע שם (ס"ק מ"ו) והגדולי תרומה (ניא ד). ולהסברא שכ' בפנים הכל מובן מאליו

בעז"ה (ובשע"י שם הביא להביי הדין בסי' רצ"ה ורצה לפרשו ע"ד הנזיל וע"ע דלפי משנית כאן השיך חולק על כ"ו. אך בסוף דבריו חזר בו מפרשו זה ואתי שפיר). והמקצות החושן סי' כצ"ג ס"ק א' ד"ה והנה, למדתי כ"ז וע"ע בקצות הסמוך.

ונראה וכו' שיכ"ף אדם יעשות מעשה קנין אצ"פ שהדבר הנקנה אינו בעולם וכו'. נסתפקתי האם נקודה זו תליא בפלוגתא היסודית של הקצה"ח והנתנה"מ באומר לחבירו על דבר שלא בא לעולם לך משוך וקני לאחר שיבוא לעולם, האם גם בזה איכא חסרון של דבר שלכ"ל, דבנתנה"מ (סי' ר"ט סי' ג') עמשיב השו"ע דאי שמיט ואכל אין מצידיק) מבואר דלא מהני ע"ש, וכ"כ בסי' רמ"ג ס"ק ו'. ובקצה"ח (סי' ס"ג ס"ק א' בדין כדי לישב וכו') עשיא ליה דאין בזה שום חסרון (ואולי כוונתו ש"א לחזור בכה"ג וע"ס). ולכא"ו בנקודה זו תליא שורש פלוגתתם וצריך תלמוד. ודע עוד שהקצה"ח ראה בדברי הרמב"ן במלחמת הנ"ל (שהבאר' שמעון ז"ל לענין דעת מקנה) דאיה מוכרעת לדעתו דמשוך וקני לאחר שיבוא לעולם חל מיד וכו"ל. ונראה שהקצה"ח ור' שמעון ז"ל אוזנין בדעה אחת בכל זה ודו"ק היטב. וע"ע במילואי חושן הערה 105 שהביא לדברי רעק"ב בשו"ת ח"ג סי' פ"א שהסתפק בזה לדינא (אי חקצות או כחתיכות), וע"ע מה שהביא מהרעק"א ביור"ד סי' ש"כ סעי' ו' דמוכח דדעתו נוטה כהקצה"ח. וע"ע מה שהביא כמה השנות על דרך הקצה"ח מהחזו"א בכמה דוכתי. אך ע"ש עוד דמוכח דגם החזו"א למד סוגיין דבב"מ סו: ע"ד אחרת. נמצא דהעמידוהו אהת.

ונראה וכו' כדאיא בקידושין נ"י. גבי קידשה לאחר ל'. ואין לומר דשם דבבר שכבר בא לעולם וכאן דבבר שלא בא לעולם, כי הסברא אחת היא ודו"ק. וכן מוכח באור שמח הל' זכיה ומתנה פ"ב הט"ו ד"ה ולדעתי וע"ש דברים נחמדים.

והיינו וכו' א"א דהטעות הוא שהיה יכו' לחזור בו. וכ"כ ר' שמעון ז"ל בסוד"ה ועפ"י"ז יש לפרש, ופי' דבזה גופא שו"ט הש"ס. וכן נראה לפענ"ד מפורש בקצה"ח שם בסוד"ה והנה ודו"ק.

ועפ"י וכו' אב"ב בן המוכר אינו יכו' אב"ב דעת מקנה ש"א אביו וכו' א"כ לא סגי וכו' כיון דחסר להם דעת מקנה ש"א בן הבן וכו'. אי נמי י"ל בנוסח אחר, וכמו שמצאתי בשם רבינו אפרים הובא ברב"ן סוף מס' שבועות (והוסיף על הדין כאן בקובץ שיטת קמאי) וז"ל בקיצור: ואביו לא חזר בו והבן חזר בו, ועוד דמשמע מת האב וא"כ מת הבן ובאוי ליד בן ולא חזר בו ואפ"ה

הבן חזר בו, וזהו קשה בדיני ממונות למה חזרו וכו' עכ"ל. הרי להדיא דלמד רבינו אפרים על דרך זה וכהרמב"ם, אלא הוסיף דאין דעת מקנה של הבן נחוץ כלל דכבר כל כאן (אולי על התפק) דעת מקנה המספקה כדי לעשות מעשה קנין, אלא דמכ"מ הבן חזרו בו ודו"ק.

ועפ"י וכו' שגם הוא יש לו על נכסים אלו תורת מקנה מצד עצמו שהוא יורש אבי אביו. ע"י מה שהבאנו לעיל מרבינו אפרים פי' אחר. ולכאורה נפק"מ לדינא בין הרמב"ם לרב"א ז"ל כשהודרוו הלוקחות והחזיקו אחר מיתת האב קודם חזרת בן הבן, דאילו למש"כ בפנים בדעת הרמב"ם לא עשו ולא כלום, דסו"ס חסר בדעת מקנה של בן הבן, אך לרבינו אפרים דרך כח לחזור בו אית ליה איבד זכותו דכבר נגמר הקנין ודו"ק.

ועפ"י וכו'. וכשזכינו לזה יש לנו אור חדש בכיאר שיתת הרשב"ם בב"ב נג: ורש"י פסחים ד. דס"ל מסירת המפתח חשיב קנין, והק' עליו התוס' שם ושם ובב"ק נב. ד"ה כיון דהוא שלא כדברי הש"ס בב"ק שם דמסיק דמסירת המפתח אינו אלא כמאן דאמר ליה לך חזק וקני. וכן הק' שא ראשונים ודחאוהו מההלכה, ע"י חו"מ סי' קצ"ב סעי' ב' ע"ש. וע"י בב"ח שם מה שתלה שיטת רש"י ורשב"ם בירושלמי פ"ק דקידושין ה"ד דאיכא פלוגתא אמוראים, וע"ש מה שטרח להשוות התלמודין. גם בדברור"מ בב"ב סי' מ"ט ענף ג' כ' ליישב הש"ס דילן עם רש"י ורשב"ם להראות האין ללמדו שו"ט דהש"ס. ובפנים דרך אחרת לו יודא מודי דאינו אלא לך חזק וקני, רק מיירי כי היכי דגם נעלה, וע"י שניהם קני (ע"ש בב"ק בארוכה ובפסחים בקצה). ולהנ"ל י"ל דלעולם מודי רש"י ורשב"ם דאינו אלא לך חזק (וכתפ"י) ודעת מקנה בלבד, אלא דשאני הכא דאינו דיבור בעלמא, אלא הוי דיבור דאתי לידי מעשה, כי מסר לו את המפתח, וא"כ שוב א"א לבטלו דיבור בעלמא (ואפשר א"א לבטלו כלל), ומאחר דיש לו רשות להשתמש שם מכאן ולהבא א"כ שוב מה צריך לו לקנין, הלא אינו רוצה לקדש בו את האשה או להקדישו, אלא רק להשתמש שם וישאר הבית ברכוש המשכיר. וזהו שכ' רש"י בפסחים וז"ל הוא קנין השכירות עכ"ל, ר"ל שכירות אין קנין לא ודו"ק. אבל הרשב"ם בב"ב נג. ד"ה והשתא שכ' וה"ה לגבי לקנותו עכ"ל צ"ע. ואפשר ליישובו ג"כ ע"פ הנ"ל דמאחר דא"א להמוכר לחזור בו אין בנותני המפתח בחזרה לידו, וזה תלוי בלא לקונה, א"כ לעולם יהיה המוכר מעוכב מלהחזיק בביתו בחזרה, ואילו להקונה היא פתוחה ועומדת לפניו, וא"כ שוב הוי מעשה מסירת המפתח דין מעשה קנין גמור והוא נפלא. שו"מ סמוכין בירושלמי פסחים (פ"ב ה"ב ג') על פי פירושו הנפלאה של הריב"ז ז"ל בתוספות הרי"ד ד"ה לכן.

ועפ"י וכו'. בקידושין נט. מבואר דהאשה יכולה לחזור בה קודם ל' דהוי דיבור, והכי קבי"ל כר"י, וע"י רמב"ם פ"ז מאישות ה"י ובאב"ל סי' מ' סעי' א' שהסכימו למעט כל הראשונים והפוסקים דאף הוא יכול לחזור בו (ורש"י ד"ה חזרה נקט האשה וע"י בר"א ש"ו). ולכאורה אם נימא דע"י עשיית מעשה חשיב מעשה ולא דיבור וכמו שאמרתי לעיל, א"כ לא היה אפשר לאיש לחזור, וצ"ע. ולענ"ד ק"י מעיקרא ליתא, דשאני קידושין מקנין, וכנודע מהר"ן בנדרים ל. ד"ה ואשה: מכיון שהיא מסכמת וכו' היא מבטלת דעתה ורוצונה וכו' כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו וכו' עכ"ל וא"ש.

ועפ"י וכו'. מו"ק יח: מתי' ואלו כותבין במועד, קדושי נשים וגיטין ושוברין דייתיקי מתנה. ולכאורה תמוה איזה היתר איכא בנותן מתנה, אתמהה. וע"י בתוס' ד"ה ואלו כותבין במועד וז"ל: נראה דכל הני הוו דבר האבד פן ימות הנותן או העדים או ב"ד או ילכו למדינת הים עכ"ל. ומובן מש"כ כלפי שאר עניני המשנה, אבל "ימות הנותן" מאי התיירא היא זו, והלא רק על קבלתה ואי"ז אלא הרווחא בעלמא ולא דבר האבד אסור כמפורש במשנה וגמ' ב. ולא ראיתי שום פוסק שהקל זולת שיטת הראב"ד (הובא דבריו בר"ש פ"ק סי' כ"ח ובנמוקי סוף פ"ק) דהרווחא חשיב דבר האבד לענין פרקמטיא דלא הוי מלאכה גמורה. אבל כתיבה לכאורה הוי מלאכה גמורה ותו דלא שייך כלל לפרקמטיא. וע"י בספר שבילי דוד (מגדולי תלמידי החת"ס) שעמד בזה על המחבר א"יח סי' תקמ"ה סעי' ה' שפסק כ"י. אמנם לא על השו"ע תלונותיו אלא על גופא דמתניתין, וע"ש מה שנדחק בזה. וכנראה גם הרגיש בזה הנמוקי"ב במשנה ד"ה מתנה וז"ל: מתנת בריא בקנין, ואם לא נכתב עדותם וילכו העדים יפסיד המקבל עכ"ל. והיינו דבא לתרץ היכי הויה דבר האבד, ומפרש שכבר נתון לו בקנין ובעינן רק ראה. אך מסתימת הראשונים ומסתימת הטור השו"ע וכל נושא אליהם מבואר דס"ל דאף שטרי מתנות להקטא מותרין לכתוב וצ"ע.

וברמב"ם פ"ז משביתת יו"ט הי"ב כ' טעם תמוה, ש"כ אלו כצרכי רבים הן. והיינו שמתרץ בזה מה שהקשינו דאיה היתר של אבדו יש כאן, וחיפש הרמב"ם ולא מצא. וכבר תמהו עליו הראשונים ע"ש בהגתת הראב"ד, א"א לא כי אלא כדבר האבד הם, וכ"כ בהגהת הרמ"ן שם, והוסיף גם ראה מהתלמוד ע"ש. וכ"כ המגיד משה בשם רש"י ושאר מפרשים, והכי מבואר נמי בתוס' הנ"ל, וצ"ע כנ"ל. ולפי דברינו כאן דנתגלה לן גמ' מפורשת דנתינת דעת מקנה הוא חלות ודבר השלם בפני"ע, מיישב כפתור ופרח דמיירי במי שאמר לחבירו שרוצה לתת לו כן וכך במתנה, או שגם נתן לו רשות לקנות, כגון שאמר לו לך חזק וקני, והרי חל דעת מקנה שלו, ואפי' בגוונא דלא אמר כלום רק ציווה להסופר

לכתוב שטר שכתוב בו כך וכך (הפנת דודי תנאן המחבר שליט"א), אף קודם שעשה או שרצה המקבל לעשות קנין, וקמ"ל מתני' דהואיל וכבר יש להמקבל דין זה של תניתן רשות להחזיק ולזכות כרצונו באיזה דבר מסוים, ההיזק כשיחזור הנותן או ימות כמש"כ הראשונים נמצא דאבד לו דבר ממשי, ושפיר חשוב דבר האבד.

שו"מ לשון רש"י מכת"י וגם הודפס סביב לר"ף וז"ל: מתנה, מתנת בריא, דאי לא כתיב ביה מפסיד המקבל, דשמא יחזור זה הנותן עכ"ל. והנה תמוה מה שהשמיט רש"י מתנת בריא "בקנין" כמש"כ הנמוקי, דלכאורה זהו כל חיליה של תירוק זה דכבר נתון הוא לרכוש המקבל. אך לפמש"נ את"ש דודאי רש"י מיירי אף קודם הקנין, ומיירי כאן בחזרת הנותן מניחותו ודעת מקנה שלו, דהוה ג"כ דבר האבד כדכתבנו.

ואפשר מה שלא רצה רש"י לפרש ע"ד התוס' "שמא ימות הנותן", היינו דאילו לשיטתיה כאן ב"מ דרש"י ס"ל דהדעת מקנה אלים כ"כ וכמש"כ, וא"כ לא איכפת לנו שמא ימות, דלו ימות מכ"מ לא יבוטל החלות דעת מקנה, וגם "בן המוכר אינו יכול לבטל דעת מקנה של אביו" כמש"כ דודי המחבר שליט"א בפנים ועמש"כ מרבינו אפרים, ואפי' אם נימא שבאמת יכול הבן לבטל, וע"ש, מ"מ לא גרע מהאב עצמו שיכול היה לחזור. ולכן כ' רש"י הטעם "שמא יחזור זה הנותן", דלשמא ימות אין נפק"מ ודו"ק. ואילו התוס' נהי דאפשר שמודה לענין חול המועד דחשיב דבר האבד (צ"ע), מכ"מ כבר ראינו בב"מ דלא ס"ל דאלימ כ"כ וכרש"י, ולפיכך עיקר הטעם כתב משום "שמת ימות", דבכה"ג דואי אי"צ לשום חזרת הבן אלא כטל ומבוטל מאליו. ומא"ד הג"ד משה חיים כהנא שליט"א עוררני לשמעתתא זה.

ש. תוספתא בכורות (פי' ה"ה), הבכורה והיורש את אשתו וכו' והמתנה וכו' כולן אין נוטלות בראי כבמחוק ע"כ. ותמוה היכי דמי מתנה, דע"כ מיירי במת טרם שקיבלה, ולמה יטול כלום. ועי' ברא"ש סו"פ יש בכור (פי"ח ס"ה) שהשמיט מתנה מהגירסא, אמנם הרמב"ן בהלכות שם הניח הגירסא כלפנינו. ועי' במעניני יו"ט (שם ס"ק) דמפרש "הדתחייב ליתן במתנה קמשתעבד כמו בע"ח". אכן צ"ב דלכאור' הר"ז מנה כהא דקיי"ל בגמ' ופוסקים "חייב אני לך מנה שבשטר", ומא. שנא. וי"ל דשאני קנין מתנה משאר הקנאות, ואבתי יל"ע. גם קשה לומר כן בדעת הרא"ש כמובן. והנראה בזה לפי דברינו הנ"ל דהתוספתא מיירי במי שגמר בלבו להקנות וכהא דמתני' דמורק, וחל דעת מקנה, וזה לא נתבטל במיתת הנותן ודו"ק.

ובאה דשמיט וכו' איכא ב' שיטות וכו' בשמיט בל"ב וכו' בענין נמי אכילא. יש לציין דמצניו ג"כ ב' דעות בזה בראשונים ז"ל

בסוגיא דבב"מ צב. פועל משל שמים הוא אוכל, ופי' התוס' ד"ה אי אמרת שלא זיכה לו הכתוב אלא מה שהוא לועס ואוכל עכ"ל. הרי דמה שהגיע לידו לא קנה. ואילו בטור ש' של"ז סעי' ט"ז הביא דעה זו בשם יש אומרים וחולק עליו ע"ש בב"ח, ובהגהות הגר"א שם על התוס' ציין שהחולק הוא רש"י. ועוד מצאתי שם בסוגיא דברש"י גופא איכא ב' לשונות, דבדף צב. ד"ה לדידיה כ' שלא זכה בו כל זמן שלא הגיע לידו ע"ש, ואילו שם בע"ב ד"ה אי אמרת משל שמים כ' כשנותן לתוך פיו עכ"ל, הרי להדיא דבעי אכילה ולא די בהגיע לידו, (וכן דקדק ההמ"ח בפעוה תקע"ז אות ט), הרי אותה פלוגתא דאיכא בסוגיין אי בעינן שמיט ואכיל או שמיט בלבד איתא באכילת פועלין, והלא דבר הוא וצריך תלמוד.

וצריכים ציינן וכו' א"כ בענין אכילא וכו' תהני צ"ה תפיסה בלי אכילא והדבר צ"ת. והנכון לענ"ד נראה דהלא יש להפליא על כל זה הא"ך מהני שמיט ואכיל בתורת קנין, והלא אינו בקי בהלכות, ובעין שכי' רש"י להדיא בב"מ טו: (בר"ה בין לרב) דאינו יודע שא"כ מקנה דבר שלא בא לעולם, ונהי דיש לדחוק דק המקנה על הארץ ולא הקונה, מכ"מ אינו נראה כן. ותו דאם ידע הו"ל לאחזוקי כדמחזיקי אינשי ולגמור קנין גמור. ואשר יראה בזה דע"כ מה שקנה אינו משום שיש לו דעת ומעשה לקנות, רק דחשיב נהנה או מזיק, ומאחר שהרשות נתונה לו ע"י הבעלים שחל כבר דעת מקנה שלו, א"כ שוב א"כ לתבוע שולומין והשבה על דברים אלו ודו"ק. נמצא חידוש לרינא במתנה כשיתן איש אל רעהו דעת מקנה, ובמקום לקנות הזיקו או זרקו לים אינו חייב כלום, והואיל ויש לו דעת מקנה שוב כל הישר בעיניו יעשה, וצ"ע לרינא.

ואולי זה תליא בשאלת הגמ' בב"מ צב. פועל מבעל הבית הוא אוכל או משלו הוא אוכל, עי' נמוק"י שם (ספר פשוט לפרש הש"ס משלו הוא אוכל או משל שמים), וקיי"ל משל שמים הוא אוכל, עי' רמב"ם פי"ב משכירות הל' י"ג וטור שו"ע ע"י של"ז, ועיין. ואין לדחות דהתם גוה"כ הוא ולא מדין מקנה וזכיייה קאתי, וכ"ש לפי מה דקיי"ל משל שמים, דהלא כבר דנו הפוסקים גם באורח אצל בעל הבית אי משל בעה"ב הוא אוכל או משלו הוא אוכל, עי' במשנה למלך שם משו"ת המהרי"ט ס"י קנ"א. שו"מ בבאר היטב אבה"ע ס"י כ"ח ס"ק ל"ב שהביא מהרי"ט בסי' ק"כ שהכריע שמשל בעה"ב הוא אוכל ע"ש. ועי' ברמ"א בשם הגהות אלפסי שפסק שאורח שישב אצל בעה"ב ונטל חלקו וקידש בו מקודשת. ובבית שמואל ציין לאר"ח ס"י ק"ע דמשמע להיפך, ובאמת הט"ז שם חולק שסובר דאינו מקודשת אלא מספק, וצ"ע במאי קמפליגי. הא מיהא דכו"ע מודה דהבעה"ב נותן דעת מקנה לחוד ודו"ק. שוב מצאתי בקהילות יעקב ב"מ ס"י מ"ח ד"ה והנה שהוכיח בשיטת הרמב"ם, דמאחר שיש לאדם

רשות לזכות כמו באורה ג"כ יכול לזכות שלא בשביל עצמו אלא לאחר ע"ש דבריו הקצרים וברוך שכוונתי.

וע"ע בטור ס"י של"ז סעי' א' בשם הרמ"ה דאם חוסם בעה"ב את הפועל חייב לשלם לו, וכן פסק הרמ"א שם סעי' א', הרי להדיא דאינו רק היתר אכילה (דאין לו שום זכות לזכות מדין אחר), וכמבואר באבן האזל פי"ג שם הל' ב' בהשמטות ומילואים ד"ה אכן בכונת דברי הרשב"א וכו' שדקדק עד"ז וז"ל: דאפי' למאן דאמר משל שמים הוא אוכל, מכ"מ בשעת מלאכה יש לו זכות ולאכול וכו'. וכן יש ללמוד מדבריו הרמב"ם שכי' בפ"י"ב הל' י"ג פועל שאמר תנו לאשתי ובני כו' אין שומעין לו, שלא זכתה תורה אלא לפועל עצמו, ומבואר דאינו רק דין היתר ואוכל משל שמים, אלא דמשעת מלאכתו יש לו זכות וכו' וחייב הבעלים לשלם לו עכ"ל. והוא הדין לענינו והבן כי קצרתי מאוד. וע"ע ברמב"ם סו"פ כ"ו ממלוה ולוה ובמגיד משנה שם ובהל' ט, במה דפלגי בענין אחר אי בעינן אכלה ג"כ (וע"ע לקמן שו"י פ"א).

וצריכים ציינן וכו' וא"כ מה לז' אמה"ה בדבר שאינו שייך לז' פ"ה. וכן כ' הנמוקי" ד"ה לא מפקינן מיניה משמיה דרבינו תם בספר הישר משמיה דהרשב"א ד"ה התם זביני ע"ש לשונו. ואי נימא דהרמב"ם וכו'. וי"ל דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דאכילת פירות הוי קנין על הקרקע וכדיבתאר בע"ה, דהנה בש"ס טו: כ' להדיא דהדרא ארעא ולכאורה תמוה דכבר שמיט ואכל וממילא כבר קנה גם השדה וצ"ע. ובאמת מכח הך קושיא הכריע בשו"ת עונג יו"ט ס"י ל"ח בהגהה כדעת הרמ"א (ס"י קצ"ב סעי' י"א והוא מהראב"ד) דאין אכילת פירות קנין דלא כהרמב"ם פ"א ממכירה הל' ט"ו וט"ז. אך לולי דמסתפינא אמיאנא דלא מיירי כאן כלל שהיה כאן דעת קונה כלל רק כבר חישב שהשדה שלו וא"כ מה שאכל כבר נאבד ונהנה ופטור (וכמו שבארתי למעלה) אבל אילו היה הפירות בעין היה חייב להתזוירם וכ"ש שלא יקנה גם השדה והוא נפלא מאוד ודו"ק. שו"מ גמ' מפורשת דאף ע"י אכיל שייך שלא יקנה מה שאכל. עי' פסחים כט. שהגמ' ליקי דחמץ של אחרים יהא מותר באכילה וע"ש ברש"י ד"ה ויליף וכו' וז"ל: ומותר חמצו של נכרי אף באכילה ואפילו בפסח מן התורה עכ"ל. הרי להדיא דאע"פ שאכל לגמרי עדיין חמץ אחרים קרינן ביה ואינו שלו. וכן מוכח בתוס' שם ד"ה בדין שתמה על רש"י וז"ל: דאי אפשר שלא יהא שלו בשעת אכילה וכו' עכ"ל. הרי דלרש"י אפשר. ולכאורה מיירי שאינו מכוון לזכות, וכ"כ ר' אלתנן ז"ל שם אות קל"א והביא גם דעת הר"ן בנדרים ל"ד שכתב כן. וכ"כ הרשב"א בשטמ"ק ל"ב מ"מ פ"ח ע"ש.

ש"ז פ"ה

ובא המחבר ליישב וכו'. כן כ' הב"ח שם ס"ק ב' ד"ה ואיכא.

ובא וכו' י"ף דהיכא דתיקנו חכמים וכו' אין הקנין מועיל בדרכי הקנין. וכ"כ הבי"ח שם בזה"ל: ותימה חדא דהלא תקנ"ח היא וכו' עכ"ל. ולכאורה כונתו כנ"ל ע"ש. ויש להביא ראיה לזה מסוגיא ב"ב לעיל קלת. ע"ש ברשב"ם ד"ה אם יצא עליו שט"ח ובגלין הש"ס מה שהק' עליו, ובמה שתי' לעיל ש"א פרק כז דהיכא שלא תיקנו חז"ל שיהני קנינם ע"ד קנין אמיתי, כגון ברף קמט. מתנת שכ"מ דכירושה שויה רבנן, מהניא כנחלה בלי מצרים והבן.

ובא וכו' אי נמי י"ף דמת עדיף ממוס וכו'. יש מקום עיון בחידוש זה, דלכאוי חידוש עצום הוא לומר שקנין שהתחיל האב גומר הבן. ויש לומר שאם כן הוא האמת, אף בגוסס יהא שייך דבר זה ע"פ הלכה מפורשת ברמ"א אר"ח סי' נ"ג סעי' כ"ה שכו', ושליח ציבור שהוקץ ורוצה למנות בנו לסייעו לפרקים, אצ"פ שאין קול בנו ערב כקולו כו', בנו קודם לכל אדם עכ"ל. ובמג"א ס"ק ל"ג כ' שמקורו הוא שו"ת הרשב"א ח"א סי' ש' ושהוא ע"פ דין תורה שבכל המנינים הבן קודם לכל אדם, וכדיליף מספרי (שופטים י"ז ב') מקרא דהוא ובניו בקרבן ישראל. וכן פסקו כל הפוסקים, ע"י רמב"ם הל' מלכים פ"א ה"ז ובטור וש"ע יור"ד סי' רמ"ה ועוד. הרי להדיא שאף שדין זה מדיני ירושה, מ"מ יש כח זה אף מחיים כשא"א להאב להמשיך מעצמו, וזהו ח"י של הרשב"א ורמ"א, ואין חולק ע"ז. וא"כ שוב אין לנו לחלק בין מת לגוסס לענין כל היורש דבין ומתלה בין בחיים חייתו וכו' וכן וכו' לבן וכמש"כ וצ"ע. וע"כ נראה דכשם שבגוסס קיי"ל דלא חל הקנין כך לאחר מותו ודו"ק.

ויש ליישב ע"פ יסודם של רבותינו ז"ל שרצו לחלק בין ירושת מלוכה ושררה, לירושה ממזנית, דדוקא בשררה אמרי' ירושה מחיים, וכמו שכו' בעמק ברכה (פמ"ד ט"ו) שמוכיח מהש"ס הוריות יא. דאין מושיחין מלך בן מלך רק מפני המחלוקת, ומשו"ה שלמה נמשח בחיי דוד, ולא לולא המחלוקת היה מוריש במלוכה אף בחיי אביו. וע"ש שדדק מהפוסקים חילוק זה דבנחלה כתיב "איש כי ימות ובן אין לו", הרי דכתיב מיתה, אבל במלוכה ושררה לא כ' מיתה אלא "למען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל", ומשו"ה יורש אף מחיים עכ"ד. וכן מפורסם משמ"י דרבו הגרי"ז ז"ל שדדק מלשון הרמב"ם פ"ד כלי המקדש הלי' כ' שהזוכה לא זוכה לעצמו ולדורו. וכן כ' בהל' מלכים פ"א ה"ז הרו"ז זוכה לו ולבניו לעולם ע"ש. ומשו"ה לא תליא דוקא במיתת האב, והובא בקיצור בספר רנת יצחק מלכים א' פ"א פל"ד ד"ה ומשח אותו (וע"י קשיא ע"ז מכו הגרי"ד ז"ל הובא כנכחי הגרי"ז מירושל: בהגהת הפ"י אתי שפיר ודוק). ואפי' את"ל שאינו מוכח כ"כ דעי' ברמב"ם פ"ד מכלי המקדש הלי' כ' שמדדק ברמב"ם להיפך חז"ל: כשימות המלך או כה"ג וכו'.

מעמידן תחתיו בנו או הראוי ליורשו וכל הקודם לנחלה קודם לשררות המת וכו' עכ"ל, הרי דאדרבה דבר בשררה אפשר דס"ל להרמב"ם דאינו עובר לבנו מחיים (ש"ר שכן דדקדק מבריו הש"י חמד ח"ח חזקת כבודות ז"ג ד"ה ונהג, וע"ש דמוקם גם לדעת הרשב"א והרמ"א הנ"ל בשיטה זו ע"ש בריו המאירים. וכע"ז כ' בחזון יחזקאל יומא פ"א ה"ד חזושים סוד"ה לכאורה בסוגריים. וכן הפלה בחקרי לב ח"א אר"ח סי' כ' ע"ש שהביא כן מתרומת הרש"ן סי' קמ"ט ועוד קדמונים, והוכיח נגמ' בכמה זוכתי שאין ירושה מחיים לא כמתן ולא כשררה, ודברי הרשב"א מיוסדים על המנהג ולא הירושה), הרי כ"ש שיש כח לבן רק לאחר מיתת אביו ולא בחיים ובגוסס ודו"ק. אף עדיין צ"ב מלגן שהבן גומר מה שהתחיל האב. ועדיין יש לי הרהורי דברים בזה, דגם בממונות איכא צד שררה.

ועל זה וכו' ואין זכותו באה ירושת אביו בקבר. ואכתי אינו מבואר הטעם בזה. וע"י בשו"ת רעק"א ח"ג סי' ט"ו שמבאר דאם האב יורש מכח עצמו (ולא מכח שמורש) הוא קודם לאביו אף שהאב קודם להאב בכל מקום, אבל שאני שאל דהבן חי והאב מת ע"ש. ולפי"ז ת"י המילואי תוש"ן (פי' ק"י הור"א א' 82) דהוא הדין כאן דהנכד חי ואביו מת, והחי קודם. וע"ע באמרי משה סי' ל"ח אות כ"ב מה שהסביר בזה באופ"א, וע"י לעיל ש"ו בפרק לג בדה"ה ודחו ובציונים. שו"מ ברבינו יונה בקכה: נתקשה בזה וע"ש מה שפירש.

ועל זה וכו' אי נמי וכו' דין ירושת האב בקבר נקד. יש לבאר ענין זה בנימוק נוסף, דכח ירושת בן הבן הוא זה הממורש המשמוש דרך הקבר, א"כ כ"ז שלא באין לדין ירושת הבן שוב אין שם כח ודין משמוש, וממילא לא נשאר אלא כח דאביו דאבא, וכע"ז כ' הקה"ל בבי"ב סי' מב (ובשנת לח) ודו"ק.

ש"פ פ"א

ויש לדדקדק וכו' בוודאי הרוצאה ניתנו. לא מצינו בש"ס דין זה וגדר הרוצאה ניתנה רק בהלוואה, ואף אם מותר לו להוציאה אי"ז חלות בעצם המעות ועיין. ויש וכו' דא"כ מה הויה בכיורתו. י"ע דהלא הוי כעין מכירה על תנאי, דמיתלי תלוי ועומד, וכי כל מילתא בתנאי הוי בגדר מה הרויה בכיורתו ועשייתו.

(והנה) אכן רש"י ס"ל וכו'. ובאמת בחי' הרשב"א והר"ן שם וכריטב"א הישנים פירשו דעת רש"י דמיי' בפקדון, ועל כרחך דהוקשה להם האין שייך סברת רש"י בהלוואה וכנ"ל. אף בגר"א מפורש דלא ס"ל כן, אלא שהר"ן ודעימיה חולקים על רש"י ואילו שיטת רש"י דבהלוואה באותן המעות דוקא הוי הילך, וכ"כ להדיא בביאור הגר"א חו"מ סי' פ"ז ס"ק ל"ז. (ועינין הוראות שו"ה א' מיני אלף שהראשונים הבינו בדברי בחיים דוקא לפי ראות עיני עצמן, וכישיטת דעת עצמן בש"ס, דאל"כ האין אפשר להתיר' לומר ברעת הדין הוא חולק על רש"י במקום שהר"ן עצמו הביא לדברי רש"י ומפירשו). גם הרמב"ן בחידושי דייק מרש"י להדיא כהגר"א, וכן הוא בחי' הירשב"א ובשטמ"ק להדיא ע"ש.

וע"י באחרונים שג"כ הביאו כמה ראיות לזה, ע"י מרומי שדה וגדל"ת (י, ב, ד, ה) והבאים אחריו.

שם וכו' אולם אם המעות בעין הרי הן מעותיו של המלוה. וכ"מ מתוך דברי ההגהות דרישה ופרישה סי' פ"ז ס"ק ב' בסוד, שקרא לאותן המעות הבעין "כפקדון" כ"ז שעדיין לא הוציאם מרשותו. וכנראה נעלם פי' זה מעיני רבים וגדולים (או עכ"פ לא ס"ל כותיה), ע"י בנצי"ב על אתר מה שתי' בזה דלא גרע משעבוד קרקעות שבשטר שחשיב הילך, דהילך תליא בסמיכת דעת, והכא נמי כ"ז שלא הוציאם סמין קליהוה המלוה והוי הילך בכל מקום שהם עכ"ז. ובדברות משה סי' כ' הערה כ"ב (גי' מ' קשה מנפשיה), ותי' בשם בנו הרה"ג ר' דוד

נ"י דסוגיא דהילך הוא נידון בהעוה, והעוה תליא בעיני הלוה, וכיון מה שעדיין לא הוציא הלוה אינו מחשיב בעיניו שלקח זה, ורק מה שהוציא מחשיב כהלואה ובוה כופר הכל ע"ש. ובאבן ישראל (להגרי"י פ"ש"ר י"ז) כ' לתרץ דמלוה לו הוציאה היינו שאין ד' המלוה שולט בה וא"א לו לחזור בו, אך הוה, כ"י לרש"י שיכול לחזור בו, וא"כ זכות חזרה הוה כשהוא פועל בה, מיד שייכים להמלוה עכ"ד. והנכון לענ"ד הוא דכולם עולים בקנה א' ודברי הדרישה ופרישה הנ"ל דהוה כ"פקדון" סובל כל הני פירושים, דבין להנצי"ב בין להדבר"מ ובין להאב"י הוי המעות עומדין או אגודין בהלוואה א"כ באמת דומה לפקדון ודו"ק. והכל מוגדר ומוסבר יפה הענין המחודש הזה. שם וכו' וכו' המלוה רשות להחזיק והוציאין וכו'. מצאתי בחת"ס בשו"ת חאבה"ע סי' קס"ג ד"ה ופשוט שהסתפק אם הוציא רק מקצת המעות האם קנה הלוה את השאר וצ"ע.

שם וכו' ולא יצאו מרשות המלוה וכו' לא נחשב שנתן לה מירד. צ"ב דלמה גרע מהנותן רשות לאשה לקחת פירות או שאר דבר מביתו או מכיסו, וקודם שנטלה הקדים האיש לתת לה לקידושין, וכי יעלה על הדעת שאינה מקודשת אתמהה, (ואם באמת אינה מקודשת לא אישמיט שום פוסק לתכונן כן, אך ש"ר סי' כ"ז צ"ב ברמב"ם הל' אישות ועדיין חי עצום הוא), וי"ל. אך לפמ"ש"כ לעיל בשם האבן ישראל את"ש ונפלא.

ואגב חביבותה נימא בה מילתא, דבאמת מהכ"ת לרש"י חידוש זה (ורק הלוה יש לו זכות לחזור), לולא דמלוה להוצאה ניתנה פירושה, לכל מה שלכו חפץ, א"כ אם חפץ להחזירנה להמלוה גם זה זכותו, ואינו משועבד להוציאנה לחוץ ולהיות עבד לאיש מלוה מכוח קבלת המעות גרידא ודו"ק. ומסתפקא להחולקים על רש"י האם המלוה יכול לסרב מלקבל מעותיו עכ"פ תוך זמנו. וע"י בטור סי' ע"ד סעי' ב' שכו' שכל קביעת זמן הוא לתקנת הלוה בכל מקום, ומשו"ה הלוה משלם תוך זמנו (אף בכפיה). אך ע"ש בב"ב מ"ש"כ בשם מהר"ם בענין לזה שאמר שכל מעותיו, ואמר המלוה אינו

חפץ בהם ונגנבו, חייב הלוה. אך בב"ח מביא ע"ז חולקים ע"ש. ואולי תליא במש"נ כאן וצריך לתמוך, וע"ע בטור שאחר זה (סעי' ו') ובש"ע וצ"ע.

וגבי הילך ס"ל פ"ש וכו'. וע"י באילת השחר שביאר לפי רש"י גם את דברי הטור בסי' צ"ו סעי' כ"ג בשם הגאון באשה שלותה ונישאת שנובה המלוה מהכסף אם הוא בעין, (ולפי"ז דן לאסור להשתמש עם המעות זמן שהגיע עת פרעון). שו"מ שכוון להתח"ס (אבה"ע קס"ג ד"ה ואלב"א ובר"ה ופשוט) שהשווה מחלוקת רש"י החולקים עם מחלוקת הגאון ודעימיה עם בר פלוגתתו ע"ש, אך כ"ז טעם ונימוק בכ"ז וזלת הלשון בתוך דבריו "כמו פקדון" והבן. וע"ע שם מש"כ מסי' צ"א, בב"ש ס"ק י' ובמה שפליג עליו החלקת מחוקק ע"ש. והנה ע"ע לעיל ש"ד פ"א במש"כ לחדש עם יסוד זה. נמצא דכמה סוגיות אגודות ומיוסדות ע"ז.

וגבי וכו' אב"א אם הוציאם ויש לו מומן אחר מוכן בידו וכו' נחשב הודאה. לכאורה הוא נסתר ממה שמבואר בחו"מ (סי' ק"כ סעי' ב') ובקצ"ח סי' ע"ד פ"ד מחלוקת י"א פרעון בע"כ שמה פרעון, דלמאן דאמר שמה פרעון ע"כ לא שנא אותן המעות בעין לא שנא מעות אחרים. ואולי בהא גופא שורש פלוגתתם, וע"י לעיל ש"ד פ"א מש"כ ע"ז.

ופ"י דברי רש"י שפיר מובנים דברי הב"ח וכו'. וע"ע קצת דע"י בב"ח (בסי' פ"ו ס"ק ד') ובסי' ע"ה סי' ק"ה) שהוא בעצמו ס"ל לדידן דהילך פטור וכמו שפסקו הפוסקים כרב ששת לא שנא אותן המעות ל"ש סתם מעות מוכנים לפרעון אף לדעת רש"י, ורק לדעת ר' חייא דחייב פרש"י דאפי' באותן המעות חייב, וכן מבואר בהגהות הב"ח על הרא"ש סי' ה' אות ה' וצ"ע. וי"ל.

ש"ז פ"ב

ובביאור החילוק וכו' אכן עדיין לא נתבאר וכו' וגבי ירושת הבעל וכו'. וז"ל רש"י וירשת הבעל. ות"י הלח"מ דכיון דקיי"ל כו' פפא בכור דבין גבו מעות ובין גבו קרקע אין לו, וא"כ בהכרח שפדאצטריקן קרא כבעל בכור ולא ילפינן ממלוה, מכלל דיש חילוק בין בכור לבעל, דבעל במלוה יש לו (ובהר"י מינש) ע"ש. אך קשה לשאר הראשונים החולקים על הר"י מיג"ש (ע"י תוס' קכ"ג), וכן הק' המרכבת המשנה, וע"ע מה שהשיג עליו "שלא ראה דברי הר"י מיג"ש בב"ב שאנחנו זכינו מחדש לאורו" ע"ש. אך כבר פליגי הראשונים בגירסאות שם. וע"ע בהפלאה כתובות ק"א סי' צ' ס"ק ז' ד"ה והנה יש, בא"ד ואח"כ מצאתי בספר לחם משנה, שכוון לדבריו ומבסס דרכו ע"ש.

ובביאור החילוק וכו' ומאי שנא ירושת הבעל מירושת בכור. וע"ע בחי' ו' שמעון שקאפ ז"ל כתובות מ"ז ה' ד"ה וזה, מש"כ בזה ת"י נפלא ע"פ יסודו המחודש מאוד, ע"ש מילתא בטעמא, (אלא שהוא לימוד עיין בפנינו, וע"ע בשיעורי ר' שמואל יבמות אמת קמ"ט וק"י). והנה דבריו מיוסדים בעיקר

מהא דחלוקין בכור ובעל בתורה גופא, וכו' גזה"כ איכא יעו"ש. וע"ע בלחם משנה ובמרכבת המשנה כאן שג"כ הדגישו נקודה זו, גם הגר"ש היימאן ז"ל נגע בזה (ע"י בסמך) ויש לחקור בתרייה.

שם וכו' ומאי שנא ירושת הבעל מירושת בכור. ע"י לעיל פרק כז שכתב דודי המחבר שליט"א דשפיר צריך קרא למעט ירושת הבעל בב"ב ק"ג. למאן דאמר דאשה עדיין שארו של בעלה בקבר ע"ש בד"ה ולהנך. ולפי"ז שפיר איכא לחלק בין בעל לבכור ודו"ק. ובאמת מרן ר' שמעון ז"ל בכתובות סי' מ"ז אות ה' ד"ה וזה כתב כן מפורש (ע"פ יסוד הג"ל ע"ש בד"ה אג"ס). וע"ע בחידושי ר' שלמה בב"ב סי' ג' שתי באופ"א הדלמודים בש"ס למעט ירושת ראוי גבי בכור ובעל שונים הם לגמרי, דגבי בכור נתמעט ראוי מבכל אשר ימצא לו וכו', אף דבאמת שייך בה ירושה וכו', אבל גבי בעל לא כתיב בכל אשר ימצא לו, רק ילפי' מקראי דלא יריש לאחר מיתה וכו' עכ"ל ע"ש.

ונראה וכו' דהשטר חשיב גוף וכו' פאהר הגביה לא שנא וכו'. וז"ל רש"י אין הירוש הבעל יבול פ"ב אב"א וכו'. וכמבאר בשופרא דשטרא שער י' פ"ח ע"ש בקצרה. ודע דאיכא דוגמת דבר זה בחולין קל: בענין מזיק מתנות כהונה מבואר דאף כי אכליה נמי פטור, והק' הראשונים שם ידחייב משום משתרשי, ותי' הר"ן (פד' מדפי' היר"ף) שכל שנתכוון ליקח מתנ"כ ועצמו הפקיע מצוותו וחויבו ממון אין בהם. וכונתו סתומה קצת, וע"י בשערי יוסף שער ו' פט"ז דבשעה שנתרבה ממנו ממונן כהנים כבר פקע מיניה השם שנתרבה עכ"ל. הרי להדיא ע"ד שורש הסברא הנוכרת דאין דנין הדין ממון שלפנינו אלא של אח"כ, כינה זאת.

(ובמדינתנו שפ"י זה נאמר אף בדעת הקה"ת סי' ק"ז סס"ק ו' ע"ש בעש"י ובמילואי חושן שם בהוספות).

והנה כ' הרשב"ם בני"ב קבר. הנה אף ר' שלמה היימאן ז"ל רצה ליישב שיטת הרמב"ם ע"פ הרשב"ם הזה, אך כנראה בנוסח אחר קצת, ע"ש בד"ה א' (והבאתי בסמך). **ונראה ליישב בדברי הרשב"ם וכו' אפי' אם לא ניישב הרשב"ם עפ"ז נמי מיושב,** דידוע ת"י הקצה"ח להרשב"ם (בסי' רע"ח ס"ק ו') דאפשר ס"ל כהשו"ת הרשב"א הובא בב"י (סי' קצ"ז כ"ד) דאין חולקין בשטרות משום שאין גופן ממון, ע"ש ש"כ דמשו"ה לא שייך זכיה בהגוף ושוב אינו מוחזק בהשבת עכ"ל. ואשר על כן כל זה בכבור דתלוי בחלוקה, אבל בעל אין בה שום חלוקה, וכמו שכתבת בסמך, וא"כ שוב זוכה בהשטר שהוא הגוף, וממילא זוכה בכל החוב. וראה ממש כזה מפורש בחי' ר' שלמה הג"ל וכו' דזהו גופא טעמא של הר"י מיג"ש. **ולפי"ז יש ליישב נמי שיטת הרמב"ם.** וכ"כ הג"ל. וע"ש מה שהק' על זה, וע"ש שדן בזה מדין גדר ירושת הבעל, וע"י בציון לעיל ד"ה ומאי שנא, והבן.

ולפי"ז יש ליישב שיטת הרמב"ם וכו'. גם

הגר"ר שלמה היימאן ז"ל ביאר שי' הר"ם ע"ד הרשב"ם הג"ל ונחית לעומקא זו "דהבעל יורש הכל" אלא שכתב זה בנוסח דיליה ע"ש. וע"ע בדבריו שם (פס"י כ"ב סי' ג') בריש דבריו שהקדים עוד מכה להרפואה. וע"ש עוד בד"ה אבל דכ' שראה בר"י מיג"ש בפנים סימוכין לזה.

ולפי"ז וכו' כ"ה החלוקה וכו' ולא לפי עצם השטר והשעבוד וכו' והחלוקה הוי לפי מה שסופם ונבית. אך לדינא לא כן הוא, ע"י בחתם סופר חו"מ סי' קמ"ט בד"ה יצא לנו מזה ב' דינים וכו', ובד"ה הדין השני וכו' מש"כ אודות זה"ז אחר תקנת הראשונים. (וכמבאר שהוא תולה בזה פלוגתת הראשונים בסוגיון), ולענ"ד היוצא מכ"ז נוגע מאוד להלכה.

ש"ז פ"ג

אכן קשה וכו'. הרי להדיא פלוגתא בין התוס' והשיטה מקובצת. וע"י בקובץ שיעורים כאן אות של"ה ושל"ו שג"כ נתקשה בזה. וע"ש שהביא לדברי הרבינו יונה קכ"ה (מבא בסמ"ק). וכו' שהרמב"ן בסוף הל' בכורות הוכיח להיפך מהש"ס דילן דבע"ח אינו נוטל בראוי. וע"ש מה שכי' בשורש פלוגתתם ע"פ יסודו הידוע בגדר משמוש, אן שהמת זוכה קבר ואח"כ מולוכו להשלישי, בן שהשלישי יורש הראשון שהוא במקום השני (דאין קין למת), ע"ש בטוב טעם ודעת. וקשה למה ממרחק מביא לחמו מהרמב"ן במס' בכורות, ולמש"כ בפנים הלא הוא תוס' מפורש על אתר וצ"ע. ועכ"פ ע"י מה שפירש בדעת רמב"ן ונרויח בזה גם דעת התוס'. שו"מ שם באות ש"ל"ז שפ"י דעת התוס' בוף קיד: (מבא גם לעיל ש"ז פכ"ו) ויישב תמיהה גדולה בדבריו ע"פ דעת הרמב"ן ואת"ש, וקצרתי. שו"מ שהגרא"ר בסי' ק"ד ס"ק ל"ו ג"כ מביא דברי הרמב"ן אלו שהובאו בספרי הראשונים ע"ש, וכו' הגאון שם דאישתמוטי (מאלו הראשונים) דברי התוס' דידן, וצ"ע ג'.

אכן וכו' ואדרבה השיטה מקובצת לפ"ז קבה. וע"ש שהביא החולקים ע"ז (בסם הרשב"א), והוא כדעת הרמב"ן הג"ל וכהתוס'. ומאידך הרמב"ם פ"ה נחלות הל' ח' משמע שחולק וס"ל כהשיטה ע"ש בחידושי רבינו חיים הלוי, ואלא דצ"ע שהגר"ח שם הוכיח בדעת הרמב"ם שבע"ח נוטל בראוי דאי לא תימא הכי למה לי טעמא דהש"ס בב"ב קנ"ט לאנא מצח אבוה דאבא וכו' ע"ש. ולכאורה להדיא מציינו בהתוס' להיפך, וגם הראית לדעת כן מהרמב"ן ושאר ראשונים, א"כ שוב אר"י מהש"ס גופא, וצ"ע למה השמט ר' חיים ספרי הראשונים בזה.

אכן וכו'. והוי יודע שהגרא"ר ש"ך ז"ל פירש התוס' באופן אחר לגמרי, דמה שמייירי התוס' ומה שמייירי הראשונים הג"ל הם שני דברים ועניני ראוי נפרדים וחולקים" ע"י באבי עזרי פכ"ב מכירה הלכה ז' בד"ה ונראה ע"ש דברים מבהילים ומאירים גם יחד. ובוהו מפרק ק"י

הגר"א הנ"ל על הראשונים "שאישתמוטי" דברי התוס', וע"ש שם ובר"ה גם לא זכיתי וכו' מה שהרבה לתמוה על הגר"א והש"ך ומש"כ עוד בסוגיין.

ואולי יש לומר וכו' ופסק"ד וכו' וה"ה ע"י מצוה לפרוע חוב אביו. וכן כ' הקצה"ח סי' ק"ד ס"ק ט"ו בסוד"ה והנראה לי בזה וכו'. והנה נהי דסברת הקצה"ח שוה לסברא המבוארת בפנים הן כשלעצמה והן כמה שהקדים לדבריו בריש ס"ק זה את דברי התוס' דידן, אך קשה לקבוע בבירור שכוונתו ליישב נקודה זו ממש שבתוס', כי לאחר מכן הביא שיטת הש"ך שכו' דגובין בראוי, ואח"כ חולק עליו, ומביא דברי הנמוקי" בסוגיין שהביא ב' טעמים (מכת אבוא דאבא ודאוי), וע"ז בא לתרץ ולחדש סברתו ע"ש. וגם בזה הקדים קושיא דנפשיה על הכלל דמכת אבוא דאבא דלמה לא טעין הבע"ח אגא מכת אביך קאתא והוא קודם לכו'. וכד דייקת בכל זה נראית כוונתו קצת באופן אחר ועיין היטב בכ"ז.

ואולי וכו' שח"ש שעבודו נכנסים האב וכו' בחיי האב. עיי' בציון הנ"ל. עוד נ"ל שלא חידש הקצה"ח שהשעבוד חל כהיום בחיי האב ממש, וגם ידוע לי שלא ס"ל להקצה"ח סברא זו, עיי' סי' ק"יב ס"ק א' שטרח ביסוד דאקני ולמה עדיף שעבוד מקנין ולא נחית להאי פירושא ע"ש. וע"כ אף הכא בס"י ק"ד אין כוונת הקצה"ח לומר שהמצוה מכת זה השעבוד שכבר חל, אלא המצוה כשלעצמה סלק"ד דמחייבתו לשלם (אפי"ם שהקצת הקדים לה דינא דאקני והוריש) ובלא לתא דשעבודו. ונמצא הקצה"ח וכן דודי המחבר שליט"א לשיטתייהו אולי ביסוד שעבוד דאקני וקנה והוריש ודו"ק.

ואולי וכו'. אך באבי עזרי (ס"ט) תמה על כל הנ"ל שהרי מפורש בפרק מי שמת קנו. שרי"ג אמר אף בלא דקני גובה מן היורשים משום דמצוה על היתומים, ורב אשי מקשה ע"ז דמלוה ע"פ אינו גובה לא מן היורשים ולא מן השלקות ומתוך לה תי' אחר ע"ש, הרי שלהלכה אין כופין משום המצוה וכו' וכו', ע"ש בר"ה והנה בספר קצה"ח, ובר"ה ולהמתבאר, מה שהוכיח בדעת התוס' (ע"פ המהר"ש ס"ט) דאין כוונתו כלל כהקצה"ח ע"ש מילתא בטעמא. ולפי"ז שוב צ"ע לכאורה גם על דברי דודי המחבר שליט"א. אך לפי מה שהוסיף בפנים שהשעבוד כבר חל בחיי האב את"ש ודו"ק. ומכ"מ ע"ש בעטנותי של הגרא"מ שך ז"ל שיש בדבריו כמה וכמה נפקותא לדינא הן בדברי התוס' והראשונים, הן בשמעתתא דראוי ואכמ"ל.

ודחו התוס' וכו' דבמימת הבן נעקר כ"ל זכות ירושתו כמ"ל וכו'. אך ההחלוקים י"ל דאכתי נשארת זכות ירושה במיתתו. וכן משמע בקובץ שיעורים הנ"ל אות של"ה ע"ש. אך קשה למה לן טעם זה דבמימת הבן נעקר גם השעבוד ומש"ה ליכא מצוה, תיפוק ליה

משום דאגא מכת אבוא דאבא קאתינא ואני מצווה לפרוע רק חובות של סבא ולא של אבא, וכיון שליכא מצוה טירפא מנין. ובאמת אכן כ' הקצה"ח בס"י ק"ד שם בתוך דבריו, "ואין עלי מוטל לפרוע וכו' דמצוה לזכות בלא אבי וכו', ול"א מצוה על היתומים לפרוע חובת מורישהין אלא היכא דאינו בא אלא מכת מורישו החיבי". ועיי' בקה"י ב"ב סי' מ"ב ד"ה אכן שמסביר דברי הקצה"ח אלו בלישנא דנפשיה ומדגיש נקודה זו דליכא מצוה בכה"ג מכיון "שאני ראוי לירש מכת עצמי". (ועיי' שמלר"ן על הגד שליכא לשום חלות שעבוד מהאב, ולע"ז יש לומר הכי אף אם נמצא שיש עניין אחריות ושעבוד מהאב) וצ"ע.

והנראה בזה, דכל שעדיין יש במכירת אביו דין קיום שוב לא שייך לרון מכת אבוא דאבא, וישאר המצוה לפרוע חוב ואחריות אביהן, וכן נראה כוונת המתבאר כאן. שרי"ג באמרי משה סי' ל"ח ס"ק כ' שג"כ פסק על הקצה"ח כנ"ל ופי' דכוונתו לומר דכל דאיכא צורך להמת לזכות בנכסים כדי שיחול שעבוד הבע"ח אז באמת זוכה המת, ולכן אם בע"ח גובה בראוי היה האב קודם מהבן וכו' ע"ש. וכן העמיד הסטייפלער ז"ל (שם בר"ה ולכאוי ובר"ה ולפי"ז) כוונת הקצה"ח (נברא) ע"ש מילתא בטעמא. וע"ש בסוגריים מה שנעץ סופו בתחלתו והבן היטב.

ודחו התוס' וכו'. הנה לאור זה דברי התוס' מבוארים ומדויקים היטב. ויש בזה נפק"מ לדינא, דעיי' בתומים סי' ק"ד ס"ק י"ד ד"ה איבא, מה שדן בדברי התוס' בדברים מחודשים, וע"ש בר"ה אבל לשיטת התוס', ובר"ה ולכן ברור, מה שמסיק לדעת התוס' וסייעתו דבע"ח נוטל בראוי ע"כ לא ס"ל כהשלחו מתם להלכה ע"ש. אך לפמש"נ כאן לכאורה אינו מוכח כלל. ואפשר אה"נ, וממה נפשך תליא בדברי הקצה"ח ודעימיה נמצא מחלוקת אחרונים בדעת התוס' וצ"ח.

ש"ז פ"ד

ונראה וכו' ואין הקרקע נחשבת שהיתה מצויה בידו. וצ"ע א"כ האיך אפשר להמלוה להקדישו, והלא קיי"ל דבעינן ברשותו. ולכן אפשר דמכאן ראוי לומר דשיטת אב"י אינו למפרע גובה ממש, אלא כמו שידענו מהירושלמי פ"ו במס' נדרים ה"ח ומוכא ברא"ש פ"ו סי' ג' ביתר ביאור דיש ענין מחודש הנקרא למפרע, מנאן ולהבא ע"ש.

ש"ז פ"ה

ונראה פ"באור וכו'. יש להעיר מענין מכירת שטרות שהלוקח את השטר גובה מהלוה אע"פ שאינו בע"ד שלו.

ש"ז פ"ו

ויש להסתפק וכו' נוף ופירות לעולם ומה ששייר לעצמו פירות כ"ל ימי חייו. וכן כ' הגרעק"א (ש"ת תנינא סי' פ"ב) וז"ל: אין פירושו דחל קנין הפירות לאח"מ, דהא אין קנין

לאח"מ, אלא העיקר דקנה הכל מעכשיו, אלא ששייר הנותן לעצמו הקרקע לפירות שיגדלו כל ימי חייו וכו' עכ"ל. וע"ש מה שתמה על השו"ע אבה"ע (סי' ק"א סי' י"ד) שראה צורך לכתוב ההלכה דאין גובין כתובה (בין ודיקון) מפירות אלו של מתנת בריא וכו' (והוא מבדיל סי' י"ט נוחלין), הא פשיטא דכבר נתונים לבן מעכשיו ע"ש. וגם תמה על המהריב"ל (ת"י סי' ל"ה) שמדמה מהיום ולאח"מ לאחריך לפלוני ומשמע דהפירות זוכה בה לאח"מ וצ"ע. ובאמת כבר הקדמנו לרעק"א הרשב"א בשו"ת ח"ב סי' שכ"ז וז"ל: נראין לי הדברים פשוטים, דכל האומר נכסי לך מעכשיו ולאחר מיתה הכי קאמר מעכשיו הגוף ואחר מיתה הפירות, והרי"ז כמשייר הפירות כל ימי חייו וכו' ושייר הפירות עד זמן פטירתו וכו', ואינו כנותן הפירות לאחר מיתה ולומר שלא תחול המתנה בפירות עד לאח"מ, אלא שיו"ר הוא דמשייר הפירות וכו' עכ"ל, וע"ש שהביא רא"י מהש"ס שם קלו. לריש לקיש דאפי' מת הבן קנה לוקח בחיי האב, וע"כ לפי שייך האב במתנתו אלא אכילת פירות לבד כל ימי חייו עכ"ל, וע"ע בחידושי הרשב"א בקלו: כע"ז.

ויש וכו' הרי"ז הקנה לו קנין גמור וחזר ולקח ממנו פירות זמן. הנה לא ידעתי למה צריך לזה ולא הסביר באופן פשוט דשייר לעצמו פירות אלו וצ"ע. אך מה אעשה ולשון חכמים מרפא, כי באמת הרב בית מאיר השיג במכתב אל רעק"א וכו' "כיון דהגוף קנוי מהיום באיזה זכות יאכל הנותן הפירות, הא גדלו בשדה של זה, וע"ז ענה לו רעק"א וז"ל (שם בר"ה השבתי רחוק אצלו וכו'): איני יודע התחלה לדברים אלו, דמיד שהקנה לו השדה קנה הכל, רק דמשייר לעצמו הקרקע לזכות זה לאכול הפירות שגדלו בחייו, וכאילו חזר המקבל ונתן לו זכות זה וכו' עכ"ל רעק"א, הרי בדברים אלו מגן לנו נגד חציצי הבית מאיר, תדע שלא כתבו רעק"א לכתחילה בפירושו רק אחרי השגת הבר"מ דהפירות גדלו בשדה שאינו ע"ז הוסיף רעק"א ודוגמא זו שכאילו חזר וכו'. ויש להתעמק בכל זה וקצורנו.

ויש וכו' הרי"ז הקנה וכו' וחזר ולקח ממנו. ובכתבי יד של דודי הגאון המחבר שליט"א מצאתי כתוב לשון "כאילו" וסימן מחיקה על לשון זה. והנה רעק"א כן הוסיף לשון "כאילו" ויש להעמיק בסוד דבריו. והנראה נכון הוא דהנה אם שייר לעצמו פירות של עכשיו וגם הקנה לבנו את הפירות מעכשיו יש כאן סתירה מהחלטתו, וכעין גיטין עה. דאם אמר ע"מ שהנייר שלי מעכשיו לאו כלום הוא. וא"א לומר שיהני כעין תנאי, דמכ"מ הוי תרתי דסתרי, וכמו שכ' המהר"ט (תומ"ס סי' פ"ד) בנידון דומה והובא בקצה"ח סי' ר"ג ס"ק ב', ועיי' שביאר גם הטור שם בדרך זו. וע"כ מעשיו מוכיחות שנותן לו הפירות לאחר מיתה (וכתב"י ודעימיה), ועל כרחינו יש כאן איזה ענין מחודש, וזהו הדוגמא של "חזר ולקח ממנו פירות

לזמן, ר"ל דאינו שיוור בעצם הקנין דקנין פירות אלא שיוור בפירות, פירות ממשיות, וגם זכות אכילתן ושעבוד אליהן וקצרו ודו"ק.

ושור ראיתי שמרן ר' אלחנן ז"ל ג"כ עמד על נקודה זו לעיל בקוב"ש ביב פרא"א [ובקצרה סוגיין תס"ב], שהעתיק לדברי רעק"א אלו בסי' פ"ח והק' עליו דאם חזר והקנה צריך מעשה קנין, ואם אינו אלא שיוור שוב אי"צ לומר דהוי כאילו חזר והקנה וכו' ע"ש. ולפיכך ח"י ר' אלחנן ז"ל דלא כמר ודלא כמר (רעק"א והבית מאיר), אלא שחילקו את הפירות (ע"ש ש"י קרקע ע"פ) לזמנים שונים, שלזה הוי הכל שלו לזמן פלוני ולזה הוי הכל שלו לאחר אותו הזמן, והכא הקנה האב מיד את הכל לאותו זמן אשר ימות, ונמצא דשאר הזמן עדיין שלו הוא. וסיים ר' אלחנן "וא"צ לפרש דהוי "כאילו" חזר הלוקח ונתן להמוכר, רק דמתחילה לא קנה הלוקח אלא להזמן שלאחר מיתה ולעולם" ע"ש. הרי עניניו הרואות את אשר כתבנו בדעת רעק"א (ובדעת דודי המפורש שליט"א) שאמת ונכון הוא ומאיוה טעם מיאנו מפירוש זה, וכנראה דס"ל דדבר זה הוא תרתי דסתרי וכמו שבארתי בקצרה. וכן מוכח ממה שכתב בסו"ד הקוב"ש שם וז"ל: וכן הוא בכל קנין פירות דגופא אחד ופירא לאידך וכו' עכ"ל ומאוד יש להאריך בזה. וע"ע במערכת הקנינים לר' שמעון שקאפ ז"ל שיסוד זה נר' לרגליו ע"ש סי' ז' ד"ה אלא ודאי ברור ובסי' ח' ד"ה ע"כ ובד"ה וע"פ וכו' בסי' י"א ד"ה נולדענז ש"י הויסוד הנ"ל הוא ברית התיכון לו בהרבה סוגיין ודאי יבואו כל הירושאים ויטלו וכמדובר אין כן דעת מרנא רעק"א וגם הבית מאיר וגם כמה מהראשונים לכאורה. וראיתי גם בקהילות יעקב בבי"מ ר"פ המפקיד ש"י ג"כ כיסוד הזה עיין עליו.

ויש וכו' וחזר וקפא פמנא. וביתר ביאור הסביר לי מורי חמי הרב ישראל ריינמאן שליט"א, דסברא זו היא בדוקא, דאלת"ה נמצא שהזכות פירות אצל האב הוי שיוור בהקנין, דהיינו שלא נתן ולא יצאה מרשותו מעולם, וא"כ במיתתו ודאי יבואו כל הירושאים ויטלו אותה זכות בשוה, ומה מהני מה שאמר האב זמן קצוב של כל ימי חייו, סו"ס שייך גביה קנין פירות וממילא עובר לכל הירושאים בירושה. ולכן צריכים להסביר שהוי קנין פירות בעצמותה להבין וכבר נתונה לו מחיים, ואלא דכל הפירות שיש לו בחייו אינו אלא זכות בעלמא ואלא שיוור בהקנין פירות גופא עכ"ל והבין זאת. ובעל פה הסביר לי דודי שליט"א שמצינו ב"ש קנין מחודש שהנותן מתנה וכיו"ב יכול ליתן לשני בנ"א, אחד אחר השני ויחשב שנותן מרשותו ושלו, וכן בכל קנין לזמן בקרקע באמת הוי הקנאה לעולם ואלא שבסוף הזמן הבעלים הראשונים זוכים מדין חדש דהוי כאמר בתחילה לאחר אותו זמן יהיה הכל שלי, אבל בלא"ה א"ע שרק היה נתון לזמן קצוב יזכה המקבל לעולם, וכן

הוא מפורש בדף קלו: וברשב"ם ד"ה יחזור וכו' ע"ש. ואשר על כן הכא נמי "יחזור ולקח ממנו פירות לזמן" מהני באופן זה ג"כ [כנלפענ"ד] ודו"ק, ובמק"א יתבאר כ"ז בשלמות בפנים הספר עיין עליו.

ויש וכו' וכשימות עובר הכל לבנו ממי"א מפני שהוא הבעלים. אך ע"י בברכ"ש ב"ב סי' ס"א בריש דבריו שהביא לדברים אלו [מרעק"א] ופי' דדין בעלותו בזה לא פשוט כ"כ, ותליא אי קנין פירות קנין הגוף אי לאו, ע"ש מה שהוסיף בזה בקיצור, להגדיר גדר הבעלות המחודשת הנ"ל. אך צל"ע בכל סדר דבריו (בסי' ס"א), שהביא פלוגתת הב"מ ורעק"א אחר שהביא מחלוקת האמוראים אי קנין פירות קה"ג א"ל, וגם מסיים לדקדק מהראשונים ג' שיטות בזה ולא איתפרש סוף דעתו לענין מהיום ולאח"מ. וע"ע בחי' הרשב"א קלו: ד"ה ר' יוחנן ובמש"כ בשם הר"ר יהוסף ז"ל, שנראית סברא דומה לסברת ר' ברוך בער ע"ש ודו"ק. ולענ"ד הרשב"א הוה לשיטתיהו בשו"ת הנ"ל ודו"ק.

או דלמא וכו' שני קנינים וכו' ופירות אהר מיתה וכו' א"א כשימות האב. וכ"כ הבית המאיר מובא בשו"ת רעק"א שם (במענה למכתבו ש"י להי"ק וכו') בד"ה והנה ידידי הגאון מה' מאיר וכו'.

או וכו' דהגוף והפירות הם בעצם דבר אחד. צ"ע עומק המכוון, וע"י בשו"ת הנ"ל שכנראה דנקודה זו ג"כ הוכנסה בין ויכוחם, ע"ש בד"ה השבתי ובד"ה חזר הגאון להשיב וכו', והמעין היטב יראה שמדברים גם ע"ז, וע"ע בד"ה והשבתי עדיין אין דעתי מסכים לזה וכו', לסיכום בקצרה של ענין זה [כנלפענ"ד].

או וכו' הקנאת הגוף מהיום כהתחלת קנין גבגי הפירות. וכן הסביר הב"מ בד"ה והנה בא"ד ונראה וכו', וע"ש ש"י סמוכין לזה מהרא"ש דס"ל כיו"ב בקנין דבר שלב"ל. וכן מרש"י קידושין ס. דמבואר שם דמצד קנינים שייך ענין זה. וכ' דלפי החולקים ע"ז (ע"י תוס' שם ד"ה כל) א"א לפרש שכה, אבל פ"י דיל"ל דבפירות נגמר קנינו בשעה המוכה למיתתו עכ"ד. ועכ"פ איך שיהיה למד הב"מ דהקנין מתחיל מהיום ומסתיים במיתה וכדכתבינא. ולולא דמסתפינא אמנא דבהא גופא פליגי הפוסקים באבה"ע (סי' פ"ט פ"א בהנה) באשה שכתבו לה מורישה קרקע מחיים ופירות לאחר מיתה הבעל יורש אותה קרקע ממנה [לפי שהאשה בחייה קרויה מוחזקת בגוף הקרקע - ט"ז סי' ק"ב] עכ"ל, והוא מהמרדכי (ר"פ יש נחלקין), וכ' ע"ז הבית שמואל סי"ק ה' משמע הפירות אינו יורש משום דהוי ראוי, דהא המוריש יכול למכור אותה וכו', ולא כהחלקת מתוקק עכ"ל ע"ש, הרי דפליגי הנו"כ מתי נקנים אותן הפירות.

וע"י בהפלאה קו"א שם סי' ג' וז"ל: כ' חז"מ שהבעל יורש הקרקע והפירות לאחר מיתת מורישם. ונראה בפשטות דכוונתו

הפירות שגדילים לאחר מיתת המוריש לעולם הם של הבעל, ולא נימא כיון דהיה למוריש קנין פירות כל ימי חייו הו"ל ראוי אחר מיתת אשתו, דזה אינו דקיי"ל בס"פ השולח וכו'. והבית שמואל כ' בס"ק ה' הפירות אינו יורש דהוי ראוי, על כרחך כוונתו על הפירות שגדלו בחיי מוריש, כדכתב שהיה יכול למכור אותם, והיינו משום דקיי"ל מר האב מכורים עד שימות, ובוה גס הח"מ מודה ולא ידעתי כוונתו מ"ש "ולא כח"מ" וכו' עכ"ל הפלאה. ולפי"מ שנתבאר כאן הב' אופנים לבהר גוף מהיום פירות לאח"מ, יש ליישב דהח"מ ס"ל כז' א' וכהרעק"א והב"ש ס"ל כהבית מאיר וכז' ב' ודו"ק. ודע שהמעין בסו"ד ההפלאה שם יראה ש"י סברא עמוקה במה שהבין הב"ש בדעת הח"מ (והח"א) ע"ש בקיצור ולא ירדתי לסוף דעתו, אלא שנראה דנחית לכל מה שדברנו ודו"ק היטב.

ומלשון הרשב"ם וכו'. וכן דייק הב"מ שם, וכן הביא לשון זה מהנמוקי"י והעתיק ג"כ לשון זה. ובוה ניחא מה שתמה הקצוה"ח סי' רמ"ח ח"ט ס"ק ט' דה' הרשב"ם קלו. ד"ה ומודה שמי' דכבר קדמו אחריו דר"ל זה מוציא מיד מתנת שכיב מרע (ולא כב"ר) ע"ש, ותמה הקצוה"ח דהכל מכור לו מחיים חוץ מהפירות ששייר (וגם א"א לחזור בו ע"ש) ע"ש שהניח בצ"ע, וע"כ מוכרחין לומר שאף הקצוה"ח למד כהרעק"א ודו"ק. וע"י בספר ראשי שערים (סי' ל"ט ב') ש"י ליישב קו' הקצוה"ח ע"פ שיטת הבית מאיר ודקדק מלשון הרשב"ם כן (ע"ש) שדיק גם מהיר רמ"ה, וכמומנני שכותב בזה להכריז ע"ש סי' ס"א את ג'). ובאמת הרעק"א גופא הוקשה בעיניו הרשב"ם הנ"ל, ע"י שו"ת ח"ג סי' נ"ח במכתב לידירו' ר' יהודה לייב וכו' בד"ה ומ"ש מעכ"ת נ"י וכו' וז"ל: דף קלו. ומודה רשב"ג באם נתנם במתנת שכי"מ דלא עשה ולא כלום דכבר קדמו אחריו וכו', והא כיון דהקנין נגמר מחיים הוא קדם לאחריו (ע"י הרב הנ"ל אב"י ור"מ דק"ק פראגפפורט ז"ל, היר דאלי גס הוא ס"ל כד' הקצוה"ח ודקדק וש"ת הרשב"א). וההשיב לו רעק"א ז"ל: זה הוא רב עמדותי ע"ז ותמהתי ביותר דמלישנא דהרשב"ם והנ"י וכו' מבואר דמפרשי דמירי כב"ר שנתן מהיום ולאח"מ וכו', ובוה ודאי קשה הא קנה מחיים וקדם לאחריו עכ"ל בקיצור, וע"ש עוד שמציין למש"כ בתשובתו הנ"ל תניינא פ"ח ושנה בה דבריו לעיכובא ע"ש.

(וח"י לומר דהו"ל לרעק"א לחזור מדבריו מפני דברי הרשב"ם כאן ושם וכו', ד"ל דנהי דמודה שעמקי סברותיו של הרשב"ם הויין כדעת בר פלוגתיה, הבית מאיר, מכ"מ לא נראה לו לדינא למימר הכי, והיינו בדעת כל שאר ראשונים ופוסקים. ובוה אני מעיד פעמים אין מספור בדברי מרנא רעק"א ז"ל שמקשה קו' עצומות על הראשונים ומבואר שלמד אחרת מהראשונים ז"ל [וכנתברר לי ממק"א לשיטתיה ואכמ"ל], והיינו משום

שתמך יסודתו בדברי שאר ראשונים. שו"מ בהקדמה שו"ת ח"א כ' ר' שלמה בנו ז"ל וז"ל בד"ה עוד אחת נדבר, הנה הרגשנו פעמים רבות וידעתיה כי כן הוא שאמ"ו נ"י תפס דבריו לפעמים ע"פ שיטה אחת על כל היתה נראית לו ודעתיה סמוך עליה, ולא גילה שלשיטה אחרת לא יהיה כן מוכח, ולפעמים הקשה ולא ביאר שלשיטה אחרת נוח, וזה מאהבת הקיצור כדרך החכמים הגדולים וכי עכ"ל. ובר מן דין כבר העריכו האחרונים את סברת הגרע"א "כאחד הראשונים", שכן כ' עלי הגר"ח מוולאזין ז"ל במכתב לבנו ר' שלמה איגר ז"ל והודפסה בחוט המשולש סי' ג' וע"ע במרומי שדה ח"א מש"כ שם בנו הגר"ח ברלין ז"ל אודות הערכת אביו הנצי"ב את סברת רעק"א ובשו"ת ר' אליעזר מטעלו בהקדמה - "כראשון", נחשב בעיניו. איך שיהיה כבר ישבו הראשונים על מדוכה זו ודו"ק.

ונראה וכו' וי"ע וכו' לא פקע קנין האב והאיך עבר הקנין מן האב לבנו. המעיין ברי"י מיגאש וביד רמ"ה ובנמוקי ר' ובמאירי (קלי) יראה שכולם הרגישו בזה ונש, אלא שכונתם סתומה ואכתי צ"ע. ועי' בשטמ"ק כאן מש"כ בשם רבינו יהונתן ואעתיק תוכן דבריו וז"ל: אע"פ שגדלו ברשות האב ועומדים ליקצר, ולא חשבינן להו כתרשין ויזכו בהן שאר יורשים, אלא כמחוברים ממש והווי כגוף הקרקע הווי עכ"ל. הרי דשפתיו ברור מללו דמשום דין גוף מהיום וקנין הגוף שיש לו זוכה בהפירות, ומדין כל המחובר לקרקע כקרקע. ותמוה מאוד שזה לכאורה נגד הש"ס שכו' דאי לאו דעתו של אדם קרוב וכו' הא היה נקנה לבן אע"פ שיש לו הקרקע וקנין הגוף ולא הוה איכפת לו הא דמחובר לקרקע. וכן הלכתא גבי אחר וצ"ע.

והנכון לענ"ד הדנה עי' בטור סי' צ"ה סעי' ב' שכו' בשם ה"ר יוסף הלוי [שהוא הר"י מיגאש] דאפי' פירות העומדים ליבצר דקיי"ל דכבצור דמי [שבועות ג.]. מכ"מ עדיין דינם כקרקע לענין שומרים ואכתי נדון בהם דין מחובר לקרקע כקרקע ע"ש. ועפ"ז אפשר לחדש שקנין לפירות אפשר ניקניהו גם בקניני קרקעות, דסו"ס דין קרקע יש להם (וכ"ש כשאנו שומרים ליבצר), ובאמת זה משנה מפורשת בהמוכר את הספינה (פד), הלוקח פשתן מחבירו אם היה מחובר לקרקע ותלש כל שהוא קנה, ובגמ' פריך (פג). משום דתלש כל שהוא קנה (כל השאר המחובר - רשב"ם), ומשני אמר רב ששת הכא במאי עסקינן דא"ל (מוכר ללוקח) לך ויפה לך קרקע כל שהוא. וברשב"ם פ"י דקרקע נקנית בחזקה וכל המחובר לקרקע הו"ה כקרקע, ואתא מתני' לאשמעינן דחזקת קרקע מהני לפשתן ואע"ג דלא זבין ליה ארעא וכו' עכ"ל. הרי להדיא דקנין על פירות יכול להיות ע"י קנין של הקרקע. ונהי דאנן מיירי בפירות שמתדין לגדול ולא המחוברין לקרקע

עכשיו, מכ"מ השתא דינן על הקנין פירות (לאפוקי קנין הגוף), ובוזה שפיר י"ל דעומדת לפנינו, דאלת"ה בטלת כל תורת קנין הגוף לפירותיה ודו"ק. וגם התם מיירי הרשב"ם בדלא מנתי ליה הקרקע רק הפשתן, אבל אנן איירינן שנתן את כל הגוף וגם הקנין פירות, וא"כ כ"ש דמהני קנין הקרקע. וכ"כ האור שמח פ"ב זכייה ומתנה ה"ב ד"ה וכאשר, ע"ש מה שחידש שהפירות הויין כקרקע אחרת שקיי"ל החזיק בזה קנה חברתה. וע"ע פ"י נפלא בא"ש פ"א גירושין ה' לו' ד"ה אולם אחר העיין ע"ש.

ונראה וכו' שדעתו קרובה אצ"ל וצריכים לומר וכו'. והנה גם החזו"א עמד בזה, עי' בדבריו (ביק"ס כ"א סי' ה) שמדבר אודות הרשב"א בב"ק דף ק"ב והתוס' בכבורות יח: שחידשו דאע"פ שאין שם קנין מכ"מ גמר דעת חשיב קנין, ע"ש דהנודע ביהודה חולק ע"ז [חומ"ס סי' כ"ח], וכבר עמדו הרבה אחרונים על מבוכה זו. עכ"פ תוכן דברי החזו"א שם שכו' ראי' לדבריו (שמהני מה"ת) מסוגיין "הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו" ע"ש. הרי דלמד החזו"א דהעברת הפירות האלו לבנו הוי ע"י קנין דהיינו "גמר דעת". ודעת הנו"ב ודעימיה נלענ"ד כמו שכתב בפנים, או כמו שפירשנו להדיא מהיד רמה. ולימא כתנאי. (וע"ע שחזו"א ציין לזה קמ"ב ולא קלט. ואולי משום נתיחת לכו"ה).

ונראה וכו' וצריכים לומר שיש במתנתו הקנאה על אותן פירות שמתדין שיגדלו אצ"ל אם ישארו מחוברים. ואכתי צ"ע איזה קנין יש, אך לפי הנ"ל את"ש ודו"ק. שוב מצאתי בעז"ה דברים כמעט מפורשים ביד רמה אות קצ"ט ד"ה הדין וז"ל: מטעמא דמחילה דמחל גביה בעיקר הקנאה זכי בו, דמעיקרא כי אקני ליה גופא מהיום ופירא לאח"מ אפילו המחוברין לקרקע בשעת מיתה אקני לה הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו עכ"ל.

ונראה וכו' ובש"מ וכו' אב"א אם נימא דכ"ה הקנין הוי מיד וכו' הרי אין בשטר זה שום מעשה קנין על העתיד. אך לפי הנ"ל את"ש. ובאמת היר רמה שם מדגיש נקודה זו להדיא וז"ל: שם, לסברא דרובא תא (ר"ל דעת ה"י מינש) ס"ל דמחילה דמחיל להו האב לפירות המחוברין לגבי בנו בשעת מיתה הוא כו'. וכד מעיינת בה שפיר לאו הכין היא מילתא, אי משום דקיימי בארעיה אימת קני להו, אי עם גמר מיתה אכתי ארעא ברשותא דאב קיימא לפירי ולא זכייה ליה לבעל הגוף, ואי לאחר גמר מיתה דזכי הבן בגוף לגמרי הא קדמה יורשיו בהני פירי. אלא מסתברא דכי זכי בהו הבן בהני פירי וכו' בעיקר הקנאה זכי בהו דמעיקרא וכו' עכ"ל (וכעין שהתקתי למעלה). הרי להדיא דלמד הרמ"ה דהקנין מיד וכעין שיטת הרעק"א (נד"א) וכ"ה אותן הפירות שגדלו בחיי האב נקנין באותה הקנאה ודו"ק היטב. ומסתפקא אם אפשר לאוקמי הכי גם בדברי הראשונים שכתבו מחילה. וע"ע במגיד משנה

פ"ב זכייה ה"ג ובמה שהעתיק לשון רש"י (ורבינו גרשום) שמדוייק מאוד לומר כן בלשונם אע"פ שכתבו לשון מחילה ע"ש, וכן משמע שהקנין המ"מ בסו"ד ע"ש בדבריו.

שם וכו' ודווקא לומר וכו'. ונראה דלחכי ס"ל להר"י מיגש ודעימיה דמהניא מכח מחילה דאב, וכמו שהבין היד רמה בדעתו שבשעת מיתה הוא זה, והוקשה ליה ה'דווקא לומר הנ"ל ודו"ק. ובשורש פלוגתא ראשונים אלו יש מאוד להתעמק ולבי אומר דתליא במה שדן בקוב"ש ודעימיה דיכולין לחלק הקרקע לזמן ע"י לעיל ציון בד"ה ויש, במה שהבאנו כן מגדולי ראשי ישיבות ודלא כגדולי האחרונים ודו"ק.

והנה וכו' ולהכי יבול' צהור בו. ועי' נפק"מ גדולה לדינא שכ' האור שמח בפ"ב זכייה ומתנה ה' לו' ד"ה אך דא מסתפקא ובד"ה ולדעתי וכו', אם נשתטה או נתחרש וגוסס.

ש"י פ"ז

ונראה דהרמב"ם למד וכו' לאו חדא מילתא. וכוה נפלא לשון הטור סי' רנ"ז סעי' ו' - ז' וז"ל: כ' הרמב"ם ז"ל מתנת בריא וכו' עכ"ל. ותמה עליו בבית יוסף וז"ל: ויש לתמוה למה כ' רבינו וכו' בשם הרמב"ם שהרי דבריו מבוארים בברייתא וכו' עכ"ל ודו"ק. (ועי' בב"ח פ"י את"ה).

ונראה וכו' ומדוייק בדבריו שאינו זוכה בהגוף. וכן דקדק הרשב"ש בתשובה סי' ק"צ וע"ש מש"כ בזה נפק"מ להלכה בעובדא שהיה שם באשה שכתבה שטר מתנה ליורשיה מהיום ולאח"מ, והתנתה ע"מ שלא יוכלו א' מהם לא למכור ולא ליתן ולא למשכן הנכסים לשום אדם, ופסק הרשב"ש ז"ל דאין בדבריה ממש ע"פ דברי הרמב"ם דידן, שמאחר שאינם זוכים אלא לאח"מ הו"ה כמתנת שכיב מרע ממש (וכמשמעות הש"ס גופא, ודלא בהרשב"ם וכמש"י ככו) ולא כמתנת בריא והר"ז כירושא וירושא אין לה הפסק ע"ש. נמצא דברי דודי המחבר שליט"א נכונים גם להלכה גם למעשה, ובפרט לפי מה שצירפנו לעיל בע"ה שיטת הטור.

שם וכו' שאינו זוכה בהגוף. וכן דקדק הקדמון שו"ת מהריט"ץ (מתקופת האל"ש ח"ד) ח"א סי' נ"א ד"ה הנך רואה בעיניך קשט דברי אמת דברי הרמב"ם ז"ל עמוקים ורחבים מיני ים דליכא מניה חספא ונשכח מרגינתא טובא וכו', ע"ש מה שמשבח דקדוק זה ומכריע כותיה להלכה.

שם וכו' ויגני כתוב נכסים לבנו לא כ' הרמב"ם פשוטו כאלו. וכן דקדק הרב הנ"ל שם בא"ד אמנם בא לבאר הפרש רב ועצום שיש בין מתנת אדם לבנו וכו' ממתנתו לאחר ע"ש. אך הביא מחלוקת ראשונים כבעי"ז והוזכרה בבית יוסף סי' רנ"ב סו"ס א', והיא פלוגתא ר' יהודה בן הרא"ש וחכמי הדור במי שנתן מתנת בריא מעכשיו לאח"מ אם תזון אלמנתו מאותן נכסים, ופליגי שם האם דינו

כמתנת שכ"מ (הוי כחיושה) וניזונת מהן, אודילמא כמתנת בריא. (עי' שו"ת וזרון יהודה סי' פ"ד מכן ירושלים כל השבוע ר"ן בן הרא"ש החולקים). ולכאורה יש לנו דעת הרשב"ש בצינן הג"ל כהר"י בן הרא"ש דהוה כמתנת שכ"מ (אך לא הביאה הפוסקים הבית יוסף שם), גם לכאורה חלוק הבן והירוש מסתם אדם כמש"כ המריט"ץ וכן דודי המחבר שליט"א. והדברים דקים וצ"ע.

עוד זאת מצאתי קדמון א' שו"ת אשר לשלמה סי' כ"ב שדקדק מלשון הרמב"ם "אינו זוכה בו" להיפך מדברינו, דהיינו שאינו זוכה בו לענין לאכול פירות, אבל בעצמותו שפיר זוכה בו, ונמצא פלוגתא בעצם דיוק הרמב"ם. אך לכאורה דבריו נסתרים ממש"כ הרמב"ם ה' ט"ו שמחיים הקנה לו וכו', וכמו שדקדק בפנים כאן. וע"ע דיוקים בשו"ת מהריט"ץ על דרכינו ונפק"מ לדינא כמובן. ואגב אורחי' בענין שיטת הרמב"ם עצמו לענין שעבוד זמנות האלמנה ממתנת שכ"ב מרע כבר פירש הב"ח בשו"ת החדשות סי' פ"ג בד"ה וכו"כ הרמב"ם וכו'. (וצ"ע אם דבריו מתאימים עם דרך מהריט"ץ ע"ש, ובקונטרס אחרון שם כיון ג"כ לר"י בן הרא"ש.)

וטעם החילוק וכו' לא יוכ"פ האב אהזור בו

וכו' אב"ל בשאר בנ"א וכו' ויכ"פ אהזור בו. וכ"כ המהריט"ץ הג"ל בד"ה אמנם כוונתו זה"ה וכו' ע"ש דברים מפורשים, ועוד נפק"מ לדינא.

וטעם וכו' ועמש"ע בש"ו פ"א. ובאור שמת פ"ב הט"ו ביתר ביאור.

ופסק וכו' כ"ז זה הוא פ"מותר. ובאמת הטור בסי' רנ"ח סעי' א' השמיט טעם זה, ולכאורה מהאי טעמא, והמחבר בשו"ע שם העתיק את הטעם, אע"פ שדרוכו לקצר והלא דבר הוא. ולפי זה ע"ז דברי הרמב"ם וכו'. וע"ע במהריט"ץ שם וז"ל: גם בזה נבין שלא הביא הרמב"ם בכותב נכסיו לאחר מהיום ולאח"מ אינו יכול למכור לאחר מפני שהם נתונים לזה ואם מכר קנה עד יום מותו וכו', כמו שהביא באב שנתן לבנו, וגם בגמ' לא במשנה ולא בבב"ת לא הוזכרו דינין אלו בנותן לאחר מהיום ולאח"מ, והטעם דהתם לא שייך לומר אינו יכול למכור מפני שהם נתונים שהרי וכו' אפי' הגוף אינו נתון בעצם אלא לאח"מ, ופשיטא שיכול למכור לאחר מהיום וכו' עכ"ל. הרי להדיא ע"ד שכתב בפנים.

ונראה וכו' ולכאורה דבריו פותרים אהדרי. וכן הק' הג"ר אריה זאב גורביץ ז"ל מובא

בספר בנו ענפי ארו קנינים פרק י"ד בד"ה כתב, וז"ל: וכבר העיר אאמור"ר זצ"ל (לייב) שבשתי צדדים אלו תלוי ספקיו של המחנה אפרים ט"ז במי שהקנה נכסיו שיחול בעת שהוא גוסס, דגוסס אינו בר הקנאה (כ"ב ק"ז: קדושין ע"ח:), אבל הנכסים שפיר הוי ידידה, דלפמש"כ ברך קל"ז: דלאחר מיתה לא שייך הקנין שמת ונקבר שפיר חייל ככה"ג שמקנה בחיים חיותו, ואילו למש"כ ברך קל"ה: שמשמע דבאותה שעה לאו בר הקנאה, א"כ אף ככה"ג לא קנה. ודו"ק ובפשוטו צ"ל דלדעת הרשב"ם ז"ל תרויהו איתנהו, וא"כ במקנה שיחול כשהוא גוסס לא מהני ודו"ק עכ"ל הספר הג"ל. ולא אבחי' עד כמה הוא מדברי הרב והאב, וכמה הוא הוספת פירוש. אך לכאורה תמוה לומר תרויהו איתנהו. ומצאתי בספרו של הג"ר ל"ב הג"ל (ראשי שיעור כ"ב סי' פ' ד"ה ואף) שהביא הסתירה ברשב"ם, ודקדק מדבריו ברך קל"ה: שלא כהמחנ"א הג"ל בנקודה אחרת ע"ש. (וכנראה מפני שפע מש"כ כנפ"א אר"א). ולפי מה שיתבאר בפנים פלאים ב' פירושי שו"ת רש"י והא ברדיהו, ונפק"מ רבתי להלכה וכמו שהבאתי משו"ת הרשב"ש והמהר"י ט"ץ ודו"ק.

שער ח: בענין אחריות בקרקע גזולה

ש"ח פ"א

איתמר וכו' וכו' רש"י וכו'. וכן דקדוק מדבריו הראשונים ז"ל, עי' ר"ן ונמוק"י.

אב"ל התוס' וכו'. וכן דעת הרשב"א והריטב"א, וע"ע בראב"ד, מובא בנמוק"י.

אז"ל דבריו א"ז תמוהים וכו'. וע"ע בפני יהושע מש"כ בזה, ובהגהות ברוך טעם שם. ועי' סמ"ע (ע"ג ג') ומיושב, ואלא דבריו סתומים קצת, וכמדומני שכ"כ עליו גם דברות משה (סי' ט"ז ד"ה עוד קשה שיטת רש"י). ועי' ענף ג' שם בד"ה וכיון שכ' סברא נפלאה וסיים בזה"ל: ואולי זהו כוונת השם"ע עכ"ל. ועי' בראשונים דמהאי טעמא פליגי על רש"י, עי' ר"ן ורשב"א ועוד. ועי' בסמוך מש"כ עוד בזה מהש"ך ומרע"א. ובאחרונים נמי חידשו בזה, עי' חתם סופר מגן גיבורים מהר"ם ש"ף (הובא בפנים בסמוך) מעייני החכמה חידושי הרי"ם נחלת דוד בית אהרן ועוד.

ועי' בפמ"י. ועי' לעיל בסמוך.

והנה עיין ברמב"ם וכו' והישגו הראב"ד וכו'. וע"ע בחי' הרי"ם מה שיישב ג"כ ע"פ רמב"ם והראב"ד אלו, באופ"א.

ומדברי המג"מ וכו'. וכן מבואר בחו"מ סי' צ"ה סעי' ו' שהובא שם דבריהם ע"ש בטור ושו"ע (וע"ע בש"ך מש"כ דלא פליגי ב"ס).

ופ"י"ז אולי נוכ"פ וכו'. ק"ק ממשנה מפורשת (כתובות ק': ומובא גם בנדרים לג:), מי שהלך למדינת הים ועמד א' ופירסו את אשתו, חנן אמר איבד את מעותיו. אך ברש"י וכו' וכו' שם ועוד ראשונים

פירשו דימירי בפינסט משום מוזנותיה שחיבי לה בעלה, אבל המפרנס סתם, אמרי' דאניו אלא הלואה ולא מתנה וחוזר וגובה ע"ש. וכן איפסיק בשו"ע אבה"ע (סי' ע"ט סי' ח'), וא"כ הכ"נ נימא הכי דחליא למי השביח אותה ויהא נאמן לטעון כרצונו, וז"ל. וע"ע במענין החכמה (ד"ה ב"ס) מש"כ בכע"ז, שו"מ בחי' הרי"ם (סוה"ה והנה) שכ"כ בפשיטותא ודו"ק. (ועי' שם בא"ד שכ' הסברא שמוטל על המוקדח), וראה לקמן שער ט פ"ב.

ולפי"ז וכו' יש"ז דין יורד לגבי וכו' מלגבי וכו'. ומצאנו כיו"ב לגבי נוטע בשהה הפקר, עי' רמב"ם תרומות פרק ט', והבאו דבריו בסוגיין בחי' רבינו חיים הלוי (מלוה ולוה פכ"א ה"א), וע"ע בציונים ש"ז פ"ד בד"ה והשתא.

ולפי"ז. הנה יש להקשות אמאי לא מחייבין את הגזול לשלם הכל, דקיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי (עי' חו"מ סי' ש"ז סי' ב' ובמכ"ם פ"י שבתות ה"ד), א"כ שבחא לעולם אדעתיה דבעל הבית, והכא הרי הוא הגזול, וע"ע. ואין לדחות זה דאין איירי בקרקע ולא בכלל, הלא כבר כ' הסמ"ע (סי' שצ"ה סי' י"ד) סברא דאומן אצל קרקע, וכן דקדק הנתח"מ מדבריו (סי' ש"ז סי' ד' בד"ה והנה בקרקט). וע"ש עוד מה שכ' מהרשב"א בב"ק צח: (וכ"כ הגר"ש שקאפ בכ"ב הובאו דבריו במילואי משפט שם). ואין לומר דשאני הכא דשלא ע"ד בעלים השבית, דע"ש להדיא בנתח"מ דדינא הכי אף ככה"ג. ואף בראשונים משמע כן, וכמו שהוכיח שם במילואי משפט מהרמב"ם רשב"א ושו"ע ע"ש וצ"ע. ולמאן דאמר אומן

קונה בשבח כלי על אחת כמה וכמה שהגזול יצטרך לשלם. (ועי' ברא"ש בכ"ס שם סי' י"ד ובביאור הג"א סי' ש"ז סי' ב').

ויש קצת הוכחה לכך. עוד נראה לענ"ד דלא מצינו ענין שינוי קונה בקרקע (ואף להסבירן שינוי הוי ענף הקנין, עי' רמב"א כתובות לד: ד"ה מה"ט), והיינו דכל היכא דאיתא לפנינו איתא, וכמבואר כ"ז בכמה דוכתי (הרי שלך לפניך, אינה נגזלת, בחזקת בעליו, וכו' וכו'), וא"כ כל מה שנשתבח במקום ההפסד, אינו אלא הבע"ז גופא. ולא דמי כלל למטלטלין דכבה"ג לא הנוי השבח הבע"ז, אלא תשלומין מדין ושלם (ספרי), והוא ח"י גדול לדינא במי שגזול חפץ והכסיפה וכו' חבירו והתקינה וצ"ע. ועי' לקמן ש"ט פט"ו ד"ה ואולי יש להוסיף (ועי' ציונים שם).

ש"ח פ"ב

ויש דקדק וכו' וקשה דמה שייך כאן ענין מה סבר ראשון אשני. הנה תימה על התמיה, דבאופן אחר יש להקשות, מה שייך מה מוכר על דבר שלא נמכר שזוהו חפץ גזול אתמיה, ובאמת כתב ע"ז דורי המחבר שליט"א במק"א. ותמיהני על המפרשים שהעלימו עין ע"ז, (לבר מהדורות משה העיר קי"א), וראיתי מקצת ראשונים שכ' דמה מוכר של השי"ס לאו דוקא. אך דעת רש"י אינו כן כמבואר בסוגיין כמה דוכתי.

ויש דקדק וכו' ואלא שהלוקח מה"ל א"ה בע"מ וכו'. דוגמת סברא זו איתא בתומים ל"ט ב' בענין שעבודא דאורייתא והטעם

שאניו במטלטלין משום מחילת הבע"ח כיון דניתן לאברוחי. ותמה עליו בדברות משה, דהינתן מצנינו בן אדם מוחל על ממונו בחינם (והבאנו פנים בציונים עיי' עליו), ובפרט הכא דהבעלים לאו בר אברוחי נינהו. ותו דהכא לא מיימי בהלואה שנתן מהונו מטובת לבו ודו"ק. ויותר נראה לי לפרש ע"ד שכתב בפנים לקמן ש"ט פ"א ב"ד"ה והנידון ע"ש, וכע"ז מצאתי בספר הגר"ח ע"ש בציונים, וע"ז מה שחשיב ע"ז גופא ש"ט פ"ג ד"ה אולם. שו"מ בר"ן סג. מדפי ארע"ף למס' כתובות שכ' כל המהנה סתם אדעתא דתשלומין הוא ולא אמרינן דמחל ע"ש. וע"ז בשו"ת בית אפרים (אבה"ע ח"ב ע"ז) שכ' כלל בזה מתי מוחל ומתי אינו מוחל. ובמק"א (ע"י סוף שער ה) נתברר יותר.

ואולי וכו' יש לשינויה תביעה וכו'. הנה היכן מצנינו דוגמת דבר זה, והלא ההוצאות רק של יחיד, גם "עמליהו" של לוקח תהוד, וצ"ע. **ואולי וכו' שהבאתי לכאן אדם שיעבוד וישיבה וכו'.** תמיהה וכי יורד יקרא, והלא אפי' את"ל שטענה זו ועמדת (עיי' עין הניל), והלא רק טירתת מקום ומכר של לו הביא שבתא וכסרסור בעלמא הוא, ובמה נתייחס הפירות ועמליהו לגולנא דידן. ותו ק"ל וכי הוא "הביא לכאן אדם", הרי אין להם שום התעברות כלל אהודי, וכי הלוקח לפועלו יחשב או שכיר יומו הוא אתמהא, הלא לכל היותר הוא גרמא בעלמא (ולא ע"י גרמא). אך מה אעשה ומצאתי שהריטב"א בבי"ב קנו: קריא ללוקח "וכפועל שלו" ע"ש, וצ"ע כיוונת בזה. **ואולי וכו' ולפי"ו וכו' מסוק"ב במאי דנחית אדעתא דמוכר.** שו"מ ברמ"א סי' רס"ד סעי' ד' סמך לזה דדעתו קובעת חלות דין יורד (ואע"פ שפורש ברי"ף בסוגין, סמ"כ פליגי עליו עמ"פ הראשונים ורש"י בחובב, עיי' לקמן ש"ט פ"ג) ע"ש ודו"ק היטב, וע"ש בנתיבות המשפט ס"ק ו'.

גם וכו' יקוב הדין את ההר. אך על הדין גופא אני דנית, עיי' בנתה"מ סי' קע"ח ס"ג ג' הובא בנתה"מ הנ"ל. ועיי' מש"כ הנהיבות בס"י רל"ו ס"ק ז' ב"ד"ה ולפענ"ד וכו'. (עיי' במילואי משפט שם הערה 70 ובמה שדן לענין סוגיא דידן.)

ש"ח פ"ד

ויש לדקדק וכו' למה לא כ' רש"י וכו' דומיא דגולה משובחת והכספיה. ובאמת מכת קושיא זו נכראה כ' הביאור הגר"ח בס"י שע"ג ס"ק ג' דרש"י חור בו ב"ד"ה בגזול ונגזל, אי נמי וכו', ובד"ה שגזל שדה וכו' עכ"ד. וצ"ע דברותינו הראשונים ז"ל לא עמדו ע"ז ולא הביאו אלא פרש"י כאן, עיי' רמב"ן רשב"א תוס' הרא"ש ור"ן. ועל כולנא עיי' בנמוק"י שרק כ' בזה"ל: כ"כ הרשב"ד ז"ל אע"פ שאין פרש"י ז"ל כן עכ"ל, ומבואר דכך הוא דעתו, בסוף דעתו של רש"י ודו"ק. וע"ז בשטמ"ק כאן בשם הגליון ב"ד"ה ויש לו שבת שהביא לפרש"י וכו' עליו שמשו"ה פליג עליו התוס' ע"ש. ולקמן ב"ד"ה גזול ונגזל הביא לפרש"י ולא כ' כלום שפירושו שונה מפירושו הראשון

ע"ש, ע"כ כדכתיבנא, וצ"ע על הגר"א. שוב האיר ה' עיני דאין כוונת הגאון ז"ל שרש"י חזר מפירושו, אלא שחזר מהא דמשתמע דאינו נוטל שבח היתר על היציאה, נגד התוס'. וע"ז מבואר להדיא להיפוך ב"ד"ה גזול ונגזל ודו"ק ותשכח בלשון הגר"א. וכן נראה מדברי הפני יהושע כאן ב"ד"ה בפרש"י וכו' בא"ד אלא דע"כ רש"י ג"כ וכו' ע"ש היטב. וע"ז בחי' הרי"ם ב"ד"ה והנה רש"י מש"כ ובה מיושב כו' שמיישב רש"י מעיקרא, ונמצא דלעולם פרש"י הראשון דגולה משובחת והכספיה כדקאי קאי, ודו"ק היטב שיש שטעו בזה.

אולם וכו'. ולפמ"ש בפנים במק"א ע"פ יסוד הנהיבות המשפט ס' והקצה"ח בשאר דוכתי דאיכא איזה דיני גזילה אף בקרקע מבואר שפיר יותר. וע"ז בדברות משה כאן ס' ט"ז שג"כ כוון לכע"ז (עיי' שם ב"ב שני אופנים באותיות א' וכו' ובפנ"ג ד"ה וכו' שרש"י).

אולם וכו' אי"ז סילוק החיוק וכו'. לא זכיתי להבין דהלא גם מוזל ומשווה גומות וכו"ב שהושבחה, וכי ברויח ובדקוק הדר ונתחדש הבעין, ודאי לא. ובר מן דין בקרקע לעולם איתא להבעין ע' לעיל ש"ח פ"א ובמש"כ בציון ד"ה ויש. וא"כ פירות נמי נימא הכי דמתוברין המה. ועיי' ג' שיטות בראשונים לקמן ש"ט פט"ו בגדר פירי ובשיטת רש"י ש"ט פ"ז. וע"ז במהר"ם שיף ובפנ"י שכנראה חלקו ג"כ ע"ד, אך כבר תמה עליהם בדברות משה ס' ט"ז ענף א' ב"ד"ה עוד קשה מה שלא נחא.

אולם וכו' דפירות הראשונים כבר נאכלו וכו'. כן כתבו התוס' פ"ק דבב"ק (ג. ד"ה הא) דמקשי ארש"י שפי' דלא מכליא קרנא הוא שחת שאכל שיהזור ויצמח אבל לא כבראשונה, ותמה דגם הבעלים היו יכולין לקצור דבר זה, וחשיב מכליא, הא מיהא שיטת רש"י דלא חשבתינן שמה שאכל "כבר נאכלו". וכן הוא שיטת רש"י בכמה דוכתי בבב"ק, עיי' דף ו: ד"ה בין הערוגות שפי' ערוגה שמינה טעונות הרבה וערוגה כחושה טעונות מעט, ולא פ"י בסוג עצם הפרי ושלמותה באיכות ודו"ק. וכ"ה ברש"י על המשנה ר"פ הכונס נה: ונח: כיצד שמין וכו' ופרש"י דלא שיימין לפירות בפנ"ע (עיי' בחי' ר' נתן), והתוס' נחלקו עליו, הרי לעולם דנין הפירות אגב קרקע כמו גבי שאר שבת שהכספיה, ודו"ק כי קצרונו. שו"מ באגרות משה (ח"מ ח"א ע"י ל"ה ענף ג') שנחית לזה בתוספת הסבר ע"ש.

ש"ח פ"ה

ומדויק וכו' איזה ריוח יש לו בזה. על הצד שלא יבוא הנגזל שפיר הרויח, וכן כתב הריטב"א (כאן ד"ה מכו), וע"ש שלמד שא"י מדברי הש"ס אלא לשון רב יהודאי גאון ז"ל. ותו י"ל דגם הגזולן גופא מי יודע אם יהיה חייב להחזיר כל הפירות, ובב"ב לג. ובחור"מ קל"ט ד' מבואר דבכה"ג צריך לשלם הפירי,

וא"כ גם הלוקח דינו כ"י היכי דקעביד איהו וחיוב וצ"ע.

ומדויק וכו' וצריך עיון דכיון דקרקע אינה נגזלת וכו' למה אינו צריך לשלם. ועיי' בב"ק (ג. ה.) הובא בתוס' בסוגיין ד"ה מנות (עיי' מה שחילק) שבת פירות היכי דמי כגון שגזל שדה מחבירו ומכרה לאחר וכו' גובה וכו' השבח מנכסים בנ"ח, מאי לאו בעם הארץ דלא ידע דקרקע אינה נגזלת, ואפי"ה קאתי בעל קרקע ושקיל לארעא ושבתא, לא בלוקח תלמיד חכם ע"כ, וע"ש. הרי להדיא דחלקו אם ידע או לא ידע (עיי' בתוס' ד"ה דילמא), וע"ז כבעל המאור מש"כ דלא נראה כן להלכה, וע"ש ברמב"ם במלחמות שחולק עליו. וכנראה פליגי בזה הטור והשו"ע סי' שע"ג סעי' א' (עיי' ברמ"א שהביא דעת הטור), וע"ש בש"ך ובמה שכתב בס"י ס' ס"ק כ"א ובתומים שם ס"ק י"ב ובנתה"מ ס"ק י"א, ואכ"מ.

ועיין וכו' וצריכים להבין וכו' אם טרח בהן אם לא טרח בהן. עיי' באחרונים שהבאתי לקמן שיש פכ"ז ד"ה ובטעמא שדנו אם אומן קונה שבח קרקעות (כמו כלי), ורוב חמיי ישראל כווננו לדעת זו שקנה, וא"כ יש ליישב.

ועיין וכו' ולמה יפטר מלש"ם אם טרח להוציא הפירות, הלא סוף סוף. נראה דסוגיא ערוכה היא בש"ס, עיי' רמב"ם (פ"ט גזילה אבדה ה"ח) שחילק האי חילוק להלכה בכלי גזול קרקע ואוכל פירותיה, וע"ש בנושאי כלים מילאו ידיהם במקורות מן הש"ס והראשונים בזה.

והנה עיי' ברמב"ם פ"א גזילה ה"ג וכו'. וכ"מ שם פ"ט הל' א' להמענין (עיי' שם בהל' ו) וכן הוא מפורש בהל' גניבה פ"ז הל' י"א ע"ש. וכמו שדקדקו משם עיי' משנה למלך פ"ד מלוה ולוה ה"א (והו דלא בתוס' בכ"מ ס"א ד"ה לאו גזול ע"ש וצ"ע). ובמנחת חינוך מצוה ל"ח ורכ"ט. וכן דקדק הב"ח ח"מ ס' שצ"ו, ושכן הוא דעת הטור, דלא כהפרישה שם דכ' דהטור חולק ע"ז ואין בקרקע לאו.

והנה וכו' שהם בקרקע. עיי' בש"ך סי' שפ"ו ס"ק י"ג שחולק ע"ז, וע"ש במהרש"ל דחייב, וע"ז בקצה"ח שם ס"ק ו' ובחי' רבינו חיים הלוי פ"ט מהל' גזילה ה"א שמבאר דפליגי הרמב"ם והראב"ד בזה.

והנה וכו' הרי נחשב גזול ועובר בלא תגזול. ובאמת ק' דאמאי לא נקט להדיא קרקעות. ועיי' בספרי דבי רב ח"ב פ"ג ד"ה בכס שכ' דמייירי כאן רק במטלטלי.

והנה וכו' לעינן עבירות הלאו. וכן פסק הרמב"ם (פ"ז גניבה ה"א) המטיג גבול רעהו וכו' אם בחזקה הר"ז גזולן ואם הסיג בסתר הר"ז גנב עכ"ל. והביאו שם מהספרי דרק גזילה ולא גניבה אמרי' בקרקע (עיי' מקורות ציונים. ועיי' שהביאו דברי הפרישה שדייק מהטור (סי' ע"ח) דליתא ללאוין אלו כלל בקרקע (עיי' בתוס' ב"ב פ"א סא. ד"ה אלא), אך ברמב"ם מבואר לא כן. וכן דקדק מיניה המנחת חינוך בכמה דוכתי עיי' מצוה ל"ח ג', וע"ש שהעלה דאין לוקין על לאו זה (כשאיט

בהשבעה ע"ש), וע"ע במצוה רכ"ט א'. וע"ע במצוה תתקכ"ב.

והנה וכו' וחיוב השבחה. אך במנח"ח מצוה רכ"ט (את ר' ד"ה אבל באמת) כ' להוכיח דאין מצות השבחה, אף צדריק להחזיר כיון דאינו של, ע"ש מילתא בטעמא.

והנה וכו' ואין הגזוף קונה וכו' בשינוי וכו' מנפלאין. ואולי מטעם זה כ' הבית יצחק (יריד ח"ב ה"א ה') דלא שייך אומן קונה בשבח קרקע, אך להחולקים ע"ע.

והנה וכו' וכי"כ הנתחייב המשפט. וע"ע מהש"כ כן בס"ק פ"ב ס"ק ח' בסו"ד ד"ה אמנם מה שהסכים הר"ן וכו' ע"ש. וכ"כ התומים (סי' ס"ק י"ב ד"ה אבל הא ק"ל) ע"ש בדקדוק ושונו וכמו שדקדק הרב המפרש שם משפט יהונתן אות 228 וע"ש שציין למש"כ התומים בס"ק ס"ק ג' דברים מפורשים סברא זה. וכן הביא מרבתינו הראשונים דברים ברורים בזה, ע"י רמב"ן בב"מ כ. ד"ה ש"מ, ותוס' בב"מ יד. ד"ה שעבוד ע"ש.

והנה וכו' וכי"כ הנתחייב ס"ק י"א. ע"ש דבריו מוסבין עמש"כ המחבר שם דמקנה דבר שלא בא לעולם אל מהני ואפי' קבל אחריות. ופ"י הש"ך (סי' כ"א) דלא מהני משום דקיבל אחריות גרידא וכנסח שכותבין בשטרות אנא איקום ואשפי וכו', דקנין אין כאן אחריות אין כאן. והק' עליו התומים (סי' י"ב) מסוגיין דב"מ (תרי"מ שיע"א) בהכיר בה שאינו שלו שחי"ב באחריות אם פירש לו, ולמה לא ינימא קנין אין כאן אחריות אין כאן. וע"ש שמחלק בין מחיב אחריות על השבח ממש דהוי כחיוב בפנ"ע (וראו להתבונן בדבריו לאור האמרה בענין חיוב ושעבוד השבח (לקמן שער ט), וע"י בהיסוד של הגר"ח (כ"א מלות ה"א ד"ה הנה ק) שלעולם השבח בבעלות של המשביח ע"ש). וכ' הנתח"מ יישוב אחר ע"פ מה דקיי"ל בסוגיין בסמוך דחזר ולקחה קנאה הלווקת. וגם ע"פ שיטות הראשונים דאין הגזוף יכול לבטל המקח לעולם רק הנגזל כשיטרוף דעל כן "מקח גמור הוא נגד הגזוף", וזהו הסברא שיכול הגנב לומר ולקוח אחוי טירפך (ואשלם). ממילא יש כאן מכירה ויש כאן אחריות, ושאי הכא בשו"ע דמייירי המחבר בדבר שלי"ב לעולם דאינו מכר כלל, אלו תוכן דבריו. אך כבר השיגו עליו כמה אחרונים כמוכאב שם במילואי משפט (צ"ח 243), ובר מן דין מוכח מהתומים (תני"ל) שפליג ע"ז. ובאבי עזרי (מוכאב שם) הביא סיוע להנתח"מ משי' הרמב"ם דאיכא אחריות טעוה סופר מלוקח מגזולן, והביא רא"י מב"מ (עכ"ל) שמצינו כיו"ב. וכן מצאתי כיו"ב בקה"י בפסחים ובנחל שלמה בב"מ בסוגיין וכן בפנים לקמן כ' יסוד זה ע"י עליו. ויש להסתפק, האם קנין הנ"ל נעשה שלו ממש לענין דיני 'לכס' מדאורייתא ולקדש את האשה או להקדיש, או דילמא רק לגבי פרטי דינים מסויימים מהני וכענין הסכם ותנאי וצ"ע. שו"מ מחלוקת ראשונים בזה לענין הקדש,

ע"י קובץ שיעורים בב"ק (את ט"ו) וע"ש באות ט"ו) שמברר היטב גדר וכלל הענין.

והנה וכו' וע"י מש"כ הקצה"ח סי' ס"ק י"ד. שכ' דמהני לקנות שטר אגב קרקע שאינו שלו, כיון ד"הוי ליה קנוי קצת לענין חזר ולקחה".

וניחא וכו' וכו"כ הרה"ה גזילה ניהו. אינו מובן למה הוי גזילה כלל, והלא א"א לגזול פעמיים, ואפשר תלוי בסברת המשנה פ' המפקיד (לה): כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו. ובאמת החידושי הר"ם (שם) מקשה על סברא זו דהלא קיי"ל זה הנחה וזה לא חסר פטור ע"ש. שו"מ בענין גזלן המוכר לאחרים שדן בדברי חיים דיני גניבה סי' ל"ב האם חייב להעלות הרווח לבעלים, ולכאורה הוא נידון דידן (וע"ע באמרי יושר ב"י ק"ע"ח), וכבר כתבנו מהקצה"ח והחזו"א פלוגתא בכע"ז אודות הסוגיא בב"ק לג: ע"ש ברש"י ד"ה לרדיא ובהגהות הגר"א.

וניחא וכו' ונמצא דכשהגזוף אכ"פ הפירות יש בזה גזילה חדשה. ואולי בזה יתורץ מה הדוקשה בדברי הרמב"ם שם (פ"א ה"ג) שמהה"ר"ם "איזהו גזול", ע"ש כמה דוגמאות ובסוף דבריו הוסיף בזה"ל: או שירד לתוך שדהו ואכל פירותיה עכ"ל. ואינו מובן מה מוסיף בזה, והלא כבר כתב שחטף מטלטלין מידו או שנכנס לרשותו ונטל כלים משם. ולמה ס"ל לרבינו דאין פירות השדה נכללין בהני דלעיל. ולפי מש"נ כאן י"ל דהרמב"ם מתדש דבכל אכילה ואכילה הוי גזילה חדשה, וכגון שהקרקע נמי גזולה, וכן משמע קצת מלשון הר"ם "שירד לתוך שדהו" דר"ל ע"מ לגזולה ודו"ק. עוד ניחא מה שהפסיק הענין בין אכל פירות לנטל כלים בבבא דתקף עבדו ובהמתו ונשתמש בהן דודאי אינו דומה כ"כ להני אחרים דעבדי הוא כמקרקעי ורבותא היא (ע"י בב"ק צו. הנוקף בעבדו של חברו), ותו דכאן הוי גזלן מדין שואל שלא מיעזב דכתב "ונשתמש בהן" ע"י בב"מ מג: וכן ציין מראה מקום זו הגר"ח קניבסקי בספרו קרית מלך שם. וא"כ ודאי לא הו"ל להכניס דוגמא זו בין הני אחרוני דהוי גזילת מטלטלין בעלמא וצ"ע. אך לפי הנ"ל ניחא דגם הני פירי הוי מעין גזילת קרקע דמייירי באכל מקרקע גזולה ואפ"ה חשיב גזילה חדשה וכמש"נ.

וניחא וכו' ואין עליו צ"ה החזיר א"א הקרקע עצמה ולא פירותיה וכו'. ולי"ע אם קידש את האשה בפירות ולא מה דינה לפי"ו. ונראה דיאנה מקודשת, דנהי דאין ע"ז חיוב השבח, הא מיהא אינו נעשה שלו ממש אלא הוי כשואלה, וכיוצא בזה מצינו גבי גזל עכו"ם אף למ"ד דמותו (ע"י בב"ק ק"ג. ובב"מ ק"א), מכל מקום אינו נעשה שלו, ע"י מג"א או"ח סי' תרל"ז ס"ק ג' שכ"כ בשם הספר יראים (והחת"ס סוכה ל. ד"ה וע"י מג"א חולק ע"י מבני"א ה"ל גזילה דין א'), ואגב יש להתעמק במאי תליא צדדי הפלוגתא. ואולי דבר זה שייך לחקירת מרן הדברות משה

(שהבאנו במק"א) בשני הצדדים ביסוד הבעלות א' חל בחפץ ב' רק דין זכותיה (גבא) ודו"ק היטב.

ש"ח פ"ו

הכיר בהוכי' והלא בין כן ובין כך אין הקרקע קנויה לו. וכן הק' בחי' הר"ם על הר"ף ע"ש (יד: ד"ה ובהו [בא"י] מיושב מה שכ' הר"ף).

והרא"ש כתב טעמא אחרת לא דאין לו שבח. וכל הבאים אחריו נתחבשו ככוונתו האמיתית, ע"י בטור (סי' שע"ג) שכתב דס"ל דהואיל והכיר בה הפסיד הכל ואפי' ההוצאה. ותמהו עליו וכתבו דלא כוון הרא"ש לזה כלל, אלא ר"ל דאין לו שבח היתר על ההוצאה, ע"ש שנדחק בלשון הרא"ש (כמו שהעירו עליו שאר הני"ס) וצ"ע. וע"ע בביאור הגר"א ס"ק ט' שהוסיף הסבר בקוצר אמרים.

והרא"ש וכו' ויש צדקת וכו' דרב לא חייש צ"מיהו כרביית. וכן הק' בהגהות מאלפס ישן ז. מדפי הר"ף (את א') וכן הק' בחי' הר"ם יד: ד"ה ובהו מיושב. וע"י בפלפולא חריפתא (את פ') ובהמהדיר להשטמ"ק טו: (את 2526) מה שרמו ליישב ע"פ דבריו (ולא ירדתי לסודי).

והרא"ש וכו' אפ"י יש צ"מ וכו' היה כאן מכר. וכ"כ בחי' הר"ם (שם), אלא דע"ש שהפרין והק' עוד קו' עצומה וז"ל: למה אמר הש"ס רק דמחזי כרביית, והא קיי"ל וכו' דגם צד אחד כרביית אסור מן התורה וחשיב רביית קצוצה וכו' (ע"כ קושיתו, ומתרח"ל למש"כ את"ש כיון דלענין זה הוי מכירה ממש ומחויב להעמיד מקחו ולקנותו וכו' עכ"ל. וע"ש א"ח"כ מה שיישב לדעת רב וכנ"ל.

והרא"ש וכו' ויש צדקת וכו' אפ"י יש צ"מ וכו'. וכע"ז יראה מתוך דברי הנתח"ב המשפט שם ס"ק א' וז"ל: ואפשר לומר ככוונתו (של הרא"ש) דמפסיד ההוצאה כשהוא באופן כשהנגזל א"צ ליתן ההוצאה וכו', ובכח"נ מחזי כרביית כיון שנתן אלף להמוכר ונטול ממנו אלף ר. אבל במקום שנטל ההוצאה מהנגזל והקדן מהמוכר ודאי לא מחזי כרביית עכ"ל.

ונראה וכו' שהרי"א היה כאן שום מקח ב"ע. וע"י בחי' הר"ם (תני"ל) כע"ז.

ונראה וכו' כפי הנראה יש כאן מכר וכו' אחריות וכו' ע"כ ב"ה המקח. וכן מבואר בשיטת הרמב"ם, וכמו שהוכיח בשיטתו (גם כדברי רש"י) בספר נחל שלמה (טו: וטו). להג"ר שלמה אריאל דעיקר חיוב המוכר מדין אחריות על המכר ע"ש (כד"ה וכבר האיר עיניו בנתיבות סי' ס' בדי"ה וזהו הביאור ב"ה הרמב"ם). שו"מ שהוכיח כן מרן האבי עזרי פ"ט מהל' גזילה ה"ל ר' בדעת הרמב"ם (ע"ש שהוכיח כן מב"מ עכ"ל).

ש"ח פ"ו

אולם וכו' וכן הקשה ב"ח"ט שם. ות"י דס"ל להר"ם דמאי דפסק רבא הלכתא מעות יש לו, הוא משום מאי דמקשה הש"ס בין לרב ובין לשמואל היכי אכיל פירות, ופרש"י שלא היה בקי בדין וסבור שהמכר קיים ולהכי חשיב

דטעי, ומעות יש לו. אבל בעלמא מעות מתנה (אפי' גבי נכרים), אלו תוכן דבריו. והקשו עליו כמה קושיות, עי' בשער המלך (פ"ו זכיה) שהקשה דלמה אין לו שבח דומיא דלא הכיר בה ע"ש. ועי' ב"ד"ה ואפ"ה) מש"כ ליישב דברי הלחם משנה. ועי' שדחה דברי נתיבות משפט [אלגאזי קו:]: שתמה ודחה דבריו. ועי' ב"ד"ה (אך) שחזר והק' על הלח"מ במה שכתב דגם לגבי נכרים מעות מתנה מהריטב"א קידושין (מו:), ועי' מה שתי' ליישב הלח"מ ושקיל וטרי בדבריו. ועי' בקי"י כאן (פ"י כ"א) שעמד בסתירת הר"ם ויישב מנפשיה לחלק בין אחותו לנוכראת).

ועי' בספר יקר הערך (לפ"ט) ערכין ל"ד ד"ה דאיתמר המקדש (אחות) שתמה על הלח"מ למה ממרחק הביא לחמו להקשות סתירה מהל' זכיה להל' גזילה (הל' אישות), הלא בהל' זכיה גופא שם בהלכה הסמוכה (היי"ט) כתב הר"ם להדיא ואם היו קדושי טעות חזרוין המעות עכ"ל. הרי להדיא שפסק מעות פקדון, ואילו בהלכה כ' פסק מעות מתנה. ועוד תמה על השעה"מ ונתיבות משפט והרב שער היורה [צ"ב ע"ג] שעמדו כולם על הלח"מ ולא העירו כלום בזה. ועוד הביא מדברי הפוסקים בזה. וגם הביא לקו' האלימתא של הרי"ט אלגאזי בבכורות (קפ"ו ע"ש) על מש"כ רש"י בדפודה בנו תוך ל' המעות מתנה לכו"ע, ותמה עליו דהא פלוגתא דרב ושמואל היא אי מעות מתנה אם פקדון. ותו דכאן אפשר דכו"ע דמודו דחזרו, דאפשר לאו כולי עלמא דינא גמירי לאוקה הלכה ע"ש. ועי' שבתירוצו ובמ"ש ביהודה הערך עליו ורש"י בכ"ז ע"ש.

ש.ם. ובאבן האזל (פ"ו זכיה) הקשה על הלח"מ קו' אלימתא, דמפורש בסוגיין דדברי רש"י (שאין אדם בקי בדין) הוסיב על דברי הגמ' בההוי"א, דפרין האיך נתינת ארעא ואכלי פירות, אבל לפי"מ דמתרצת הגמ' ודאי אין כאן חזרה ממה דאמר ועיקרא דאדם יודע שרקע אין לו, (וצ"ע). ועי' מה שחידש חידוש גדול ליישב דברי הרמב"ם, דכל טעמיה דשמואל דמעות מתנה באחותו, היינו משום דלא קיבלה לפקדון ולא נתחייבה כלל באחריות שמירה, ואי תימא דקבלה לשם הלואה מהיכי תיתי שהיא זקוקה להלוואה, ולכן ס"ל דודאי נתן מתנה. אך כ"ז היכא שאין להנותן תועלת בזה, אבל בהכיר בה שאינו שלו שפיר יש לו תועלת רב מזה שירד לקרקע ואכל והשתמש. ואפי' כשיבוא בעלים מכ"מ לא יאבד לו הכל שיחך פירות כאדים דעומד זרועיה, והלכך שפיר פסקי' כרבא דמעות יש לו, ואינו סותר להא דשמואל מעות מתנה עכ"ד. וכ"כ בהל' אישות (פ"ג ה"ז אות ב' ד"ה ונתנה בתרי"ם). ועי' בדברות משה (פי' כ' הנה ק"י בריש דביור) דרבא אחרינא לגמרי בפלוגתא אמוראי ע"ש דברים מאירים ופשוטים מאוד.

ונראה וכו' מדין אחריות. וכ"כ בספר נחל שלמה (להגיד שלמה איראלי שליט"א טו: ד"ה הכיר וכו' ומיושב

שיטת הרמב"ם וכו'). ועי' מש"כ ברך טז. בד"ה וכבר האיר עינינו בנתיבות וכו' מה שהגידר דין זה דאחריות בגזל (עי' שכי בפנים במק"א) ע"ש מילתא בעמא. והנה כבר הקדמו הסתייפלו ז"ל בקה"י כאן (פי' כ"א ב"ד"ה ליישב כ"ז) ובהמשך יישוב בזה סתירת הרמב"ם הנ"ל (ועי' בדבריו המתחיל ומעטה שכי' שגם הנהלת דוד בדרך י"ד סיוע לזה), ועוד כמה קושיות תמורות בסוגיין (אף מה שיישבר י' אסור ולמן הנ"ל לפי דבריו את דברי הרמ"א סי' קמ"ז סעי' י"ח כמו שקנה קרקע א' ב' פעמים מתמיהת השיך [סי' ק"י] וביאר הגר"א ע"ש), ע"ש יסוד עיקרי לכל שמעתתין, וכמש"כ גם בפנים קצת כע"ז לעיל (ש"ח פ"ה) ע"ש. וכן צידד הגר"מ פיינשטיין ז"ל (בענין הסברא) לומר דאחריות הוא הדין שהמעות חזרוין (אך) כ' באופ"א דבכה"ג דוקא כשיכתוב ול"א טעות סופר ע"ש), ובהו יישוב ג"כ דברי הרמ"א במקום אחר (פי' שמ"ו סעי' ב') לענין לוקח מגנב מפורסם דכ' הרמ"א שאין הגנב צריך להחזיר המעות דיהיב לו לשם מתנה. דלכאורה תמוה דקיי"ל כרב דמעות יש לו אף בהכיר בה שאינו שלו, וכן תמה השיך (סי' ק"ד), וכתב שהם שגגה ע"ש (כפ"י כ' הנה ק"י ד"ה ונראה לעיל), ועי' גם בקי"י שם (ב"ד"ה אם נמי) ביישוב דברי רמ"א אלו באופ"א. וע"ע בנידון דומה קצת בשופרא דטשרא (שי"ט פרק י"א).

ונראה וכו' והרי היה כאן מקח וכו' תשלומין. ולפי"ז יש ליישב קו' הראשונים בערכין (ב') שמדמה הש"ס הא דאמר שמואל מקדש אחותו מעות מתנה, לאה דאמר שמואל דמוכר שדהו ביובל אינה מכורה ומעות חזרוין, ופרין אהודי. ובתוס' (ד"ה ללפ"א) טרע בזה דלכאורה לא דמי כלל דשדה ביובל אפשר אינו בקי בדינה, אבל אחותו כו"ע דינא גמירי. וכן כ' הרא"ש הובא בשטמ"ק שם (אות כ"ה) ע"ש, אך לפמש"כ כאן יש ליישב כוונת הגמ' דאמרה "ממאי דאינה מכורה ומעות חזרוין", דר"ל דאפי' אחריות לית כאן ול"א דהוי כעין מכר כמו גבי גזלן הנ"ל. וממילא כשאין אחריות אמרינן מעות מתנה עכ"פ לשמואל, וכמו שסבירא ליה באמת במקדש אחותו, דשם ליכא אחריות וממילא המעות מתנה, ועיין.

ש"ח פ"ח

ויעוין וכו' ויא שייך בזה מה מבר ראשון אשני וכו'. ובאמת כבר תמה בזה בדברו"מ (סי' כ"ק"א) על גוף הש"ס האיך נקט לשון זה כאן, דלא דמי לשאר דוכתי דנקט' לשון זה, דהא לא חלה מכירה זו כלל, ומה איכפת לן במה שהיה מתחילה בעת שהיו דברים בטלים. ועי' ב"ד"ה (הא) שכ' ליישב ע"פ שי' רב האי גאון בסמוך מובא בתוס' (סו: ד"ה מה) שאדם מקנה דבר שלב"ל ע"ש, אף להחולקים אכתי קשה. והוסיף (ב"ד"ה ואל"י) ליישב דאפשר כאן לכו"ע אדם מקנה שלב"ל כזה כיון דסמכא דעת', והביא מדברי המהרש"א ומסוגיא דיצא השער דחל המכירה אף באינם ברשותו ע"ש. וכע"ז כתב הגר"א איצלה מפוניבו ז"ל (שיעורי הגר"א מפוניבו בי"מ סי' ט"ז ב"ד"ה א"ס).

ויעוין וכו' המעשה קנין וכו' מה שעשה

בתחילה. וכ"כ הגר"א איצלה הנ"ל (ד"ה באופן), ע"ש שחקר ב' אופנים בקניית הלוקח, אן שהקנין מהגולן בעת שקנה הלוקח, חל עתה. ז' שקנין הגולן מהגנול, ע"ש. וצד א' מוכח כמו שכתב בפנים. וע"ש שהוכיח כן בשיטת התוס' (ב"ד"ה אלמא). וע"ש עוד מה שדן בקו' עצומה דלעולם קיי"ל דהמוכר צריך לדעת למי הוא מקנה הדבר, עי' חו"מ סי' קפ"ג סעי' ד', (וכפדומני כבר הקדמו בזה הנהח"מ), ואלא לפי הדברים הנ"ל את"ש, דקנין הראשון ולא האחרון היא המחיל כל דהו' לפי תפיסת גאון.

אולם רש"י וכו' מכירה כ"ל דהו' לפי תפיסת גאון. וכמוכ"ב כ"ז הוא ע"פ חידוש הנהח"מ סי' ס' ס"ק י"א (וכ"ה בס"י קפ"ב) ע"ש פ"ה, אך כבר תמהו עליו כמה אחרונים. ואה"נ דתליא בפלוגתא.

ש"ח פ"ט

אלא דרש"י ס"ל דאין הלוקח זוכה בהקרקע מיד. אך עיין בפני יהושע (סו: בריש דבריו) שהוכיח דרש"י ס"ל הכי רק בסלקא דעתך, אבל למסקנא דבין בהדי דידיה ובין לגבי יורשים וכו', פרש"י דהוי קנין גמור עולמית מיד ע"ש. ובהו יישוב סתירת הרש"י למש"כ שם ט"ו. ד"ה ונבא דמבאר דליכול הלוקח לימכר מיד ע"ש. ועי' במעייני החכמה (למהר"ל צינן אות תל"ז בריש"י ד"ה דמית) שכ' דאי אפשר לומר שהלוקח זכה עד כדי כך שאינו יכול לחזור בו, אלא ודאי אם אינו רוצה בו יחזיר ומחזירין להמעות, ואי"א לכוף שום אדם ליקח דבר בעל כרחו ע"ש, וכ' שזה דומה לגר קטן ככתובות (א"א) דחל הגיור אלא הגדילו יכולין למחות. ובבחיודושי דברי חיים בב"מ (כאן ד"ה שם רש"י דמית) כ' פ"י מחודד לרש"י ע"פ הבית שמואל (סי' כ"ח ס"ק ט') במי שאמר תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת, וס"ל לאיזה פוסקים שצריך להודיענה שנתן לפלוני ותהנה מזה. ע"ש ליישב עפ"ז שיטת רש"י ואף יישוב סתירת רש"י הנ"ל (שעמר בזה הפני"ם). ובבית אהרן כ' חידוש עצום דודאי ס"ל לרש"י דקנוי מיד יאמר רק כדי חמיר ולא לאחר מותו ע"ש. ובהו יישוב ג"כ סתירת הרש"י הנ"ל. והוא דחוק מאוד לכאורה. וראיתי שבאמת צידד במעייני החכמה (שם בסו"ד) לומר סברא זו אלא שדחה זאת וכתב "זה דוחק גדול שאחר שימות תצא הקרקע מתח"י". שוי"מ שגם נתכוון הדברות משה (פי' כ' הנה ק"א בסוף דבריו) לסברא זו ואף חיזק אותה בראיה וצ"ע. (ועי' שבלשון משמע שאין להתחובת על כוונת רש"י בזה. ויש לזון בזה וקצרות).

אולם מדברי התוס' וכו' ויש לציין באיזה קנין קנהו. ועי' מש"כ בדברות משה בזה דבכה"ג יהני מדין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, והבאתי לעיל פרק ח.

אולם מדברי וכו' מדין וכו' וכ"כ הרמב"ן. ועי' בבדול"י שמואל (ד"ה בעי מית) שדקדק כן מהריטב"א והשיטה, והם דקדקו מרש"י האלן ע"ש. וע"ש עוד (ב"ד"ה ונתנה) מה שהק' מנפשיה על דרך זה, ובהמה שדן בזה בקיצור, ועי' ב"ד"ה

ומצאתי בספר פרי יצחק (ב' ס"ה) מ"שכ עוד בגדר שליחות וזכיה אלו.

אז"ם בתוך"ה חזר וכו' ומאי דקאמר מה מבר וכו' י"א דוקא. ועי' בנחלת דוד שכ' בדעת התוס' דבאמת טעם מה מבר וכו' הוא דהכריח תוס' לשיטתו. ועי' בדברות משה (תה"ל) שטרח ליישב מה מבר כפשוטו.

ונראה וכו' דבמה שהוא דר ומשתמש בו וכו' והר"ן קנין חזקה מע"א וכו'. לכאורה פלוגתת המב"ם והראב"ד היא בכמה דוכתי, עי' הל' מכירה (פ"א תט"ו ה"ט"ו) ובהל' זכיה ומתנה (פ"ב ה"א ה"ב). וז"ל הרמב"ם (פ"ה): היתה הקרקע צניח סלע שאין בה לא גזירה ולא פריצה כו', הרי החזקה שקונה אותה בה שתיחת הפירות או העמדת הבהמה שם וכיוצ"ב משאר תשמיש עכ"ל. והשיג הראב"ד וז"ל: א"א הא מילתא לא מיחזיק, דהאי חזקה אכילת פירות היא, ואכילת פירות לא מהניא וכו' אלא כו' כעין נעל וגדר עכ"ל. אך לפי האמת נראה דבסוגין אף הרמב"ם יודה שלא תקנה בתשמיש ודירת הבית, דהלא הרמב"ם התנה תנאי קודם שאין בה לא גזירה ולא פריצה ואינה בת זריעה, ומשו"ה מהני קנין אחר דאכילה. אבל כל שאר נכסי דשיין הני מילי ודאי לא ס"ל דמהניא, וכ"כ בשו"ת מהרי"ט (ת"א ס' ס"ה ד"ה אך) דדוקא גבי סלע אבל בשדה או בית לא הוי חזקה ככה"ג, והובא קצתה בהגהות רעק"א בשו"ע (ק"ב ח). ועי' במהרי"ט מה שהעיר ע"ז ומה שהביא ראיה לדבריו מהרמב"ם (הל' י"ט) דמשמע כן. ועי' במרכבת המשנה שצידד איה השתמשות ודאי לא מהני איזה מועילה ע"ש. וא"כ מצאנו סיעתא למש"כ בפנים. אך אכתי לא נהירא, דהרמב"ם גופא כתב בהלכות יוקני"ו ורק ככה"ג מהני שלא בפניו. וא"כ הכא נמי לא מהני אף כשהוא נמצא בתוכה ומשתמש בעת שחל העצת מקנה וצ"ע.

ונראה וכו' ואפי' אם לא היה החזקה בתוך הקרקע באותה שעה. צ"ע ממש"כ לעיל. ועי' ברמב"ם זכיה ומתנה (פ"ב ה"א).

והא וכו' גז' ולא נתיישאו הבעלים וכו'. וכן הק' רעק"א בגליון ח"ט כ"א וכן אחר ובעוד דוכתי, עי' שו"ת מהדורא רביעאה חו"מ ס' כ"ט וחו"מ ס' י' ושם סיים בצע"ג. וכן הק' אחי הקצות מובא בקצה"ח ס' ל"ז ס"ק י' עי' יישובו ולמסקנא נדחק עכ"פ להרשב"ם והניח בצ"ע. ועי' יישוב בחת"ס ב"ב שם ד"ה בשקנו, דברי משפט ס' ל"ז סעי' י"ט, ח"י הרי"ם בחו"מ שם ד"ה בני, חזו"א בבב"ק ס' י"ח ס"ק ו' ד"ה נראה (ע"ש ח"י נפלא ליתנא). ועי' במילואי חושן אות 111 על הקצה"ח שם שכ' תמצית דבריהם, ועי' שם באות 110 במש"כ, והגריי"ק ז"ל בגליונות קה"ל"י על הש"ס ת"י ע"פ דעת השטמ"ק בבב"ק לג. בשם המ"ה דחל ההקדש לאחר שיגיע החפץ להבעלים לבסוף. וכבר הקדימו בזה הג"ר שלמה איגר בתשובה לאביו הגרעק"א (בשבתה תה"ל), ועי' מה שזן אב ובנו בזה. והגר"ח קניבסקי שליט"א

ת"י באופן נפלא ופשוט ביותר, עי' בספרו שית השדה (הנחת על סדר הש"ס ת"י) וז"ל, ולכאו' מיירי הכא שכבר תפסו את הגנב והוי ברשותם עכ"ל, ודבריו מוכרחים בגופא דגמ' שמיירי שם בהגיע הדבר אל המשפט והדיינים ועדים.

והא וכו' גז' ולא נתיישאו וכן הדין לענין הקנאה. אך בש"ס אכתי לא מצאתי במפורש דין זה, ובכל מקום נקט הש"ס רק מקדיש ולא מקנה. ומש"כ דהמ"ח שליט"א מרש"י פסחים ל: לא ירדתי לסוף דעתו, דאיהו גופיה למד בכל מקום שאין כוונת רש"י כפשוטו שאינו ברשותו ממש, אלא דכמו שהבע"ח יכול לטרפה מהבעלים אע"ג שהוא הבעלים, ולא הבע"ח. ומכח השעבוד הוא זה, אף מהלוקח יכול ליטרף, דלענין גוביינא לעולם לא מכרה וכמש"נ כמה פעמים. ובר מן דין כבר הגיה מחת"ס את לשון רש"י ליקרא "אע"ג שהוא ברשותו אינו שלו וכו'" וצ"ע. ולקושטא דמילתא מצאנו מפורש בראשונים דס"ל דדוקא לענין הקדש נאמר הך דינא ולא לענין מכירה והקנאה. עי' בבב"ק ע. בח"י הרשב"א שם ד"ה איכא דאמרי לא כתבינן אורכתא, שכ' להדיא דבהקדש גזה"ח הוא "מה ביתו ברשותו", דילין מקרא (ויקרא כ"ז י"ד) כי יקדיש את ביתו, אבל מכירה לא יליף ויכול להקנותו. וכ"כ בח"י לשבועות לג: ד"ה אמר שמואל ובשו"ת הרשב"א ח"ב ס' רכ"ד. וכן הוא בח"י הר"ן בשבועות שם, וכ"כ בספר העיטור ח"ב ע"ד א'. ולכאו' כן הסברא יוכיח דמשמע דבלאו גזה"ח היה הסברא נותנת שיכול להקדיש ולהקנות דבר שאינו ברשותו (והדין שאינו שלו וצ"ע). וא"כ לאחר שגזרה רחמנא דלא כן, אין לך בו אלא חידושו. והנה בגליון רעק"א לשו"ע ס' ר"א סעי' ז' הביא להך שיטה בשם הרשב"א וסיים בזה"ל, ונראה לענ"ד דכן דעת הרשב"ם ב"ב דף מ"ג ה"ה ליסתלקו ובתשובה הארכת עכ"ל. הרי להדיא שמסיק הרעק"א מכח הך קושיא דהקדש דוקא לאפוקי מכירה והקנאה. דרך אגב, נמצא שביטה שלימה של ראשונים דס"ל הכי אע"ג דבפשטות קי"ל דלא כוותם, עי' בשו"ע ס' ר"א דעלה קאי הרעק"א, מכ"מ לענין להוציא ממוחזק ותפיסה בודאי ניתן ליאמר קים לי כוותם דהרשב"א ר"ן עיטור והרשב"ם.

ואכתי וכו' להנך דעות דכ"פ שותף יש לו כו"ו. ובאמת כן נראה שהוא שיטת הרשב"ם גופא, עי' לקמן קו: ד"ה קנו כולם וכו' וז"ל, דלא אחזוק כ"א בשלו, דכיון דמוחזקים ועומדים הן כולן בכל הקרקע, אין הגורל מקנה להם כלום אלא מברר לכל א' חלקו עכ"ל. ובהו ידועים דברי הר"ן בנדרים ר"פ השותפין מה: ובד"ה ואיכא דמקשו ע"ש הא מיהא דס"ל דלכל שותף יש לו דין בכלול ולא רק במחציתה, (הגם דבד"ה רבי אליעזר בן יעקב חילק בין 'החלק' הקניו לו 'לחלק' לחבירו, כל חד מהנך שותפים יש לו לעולם בחצר זה קנין הגוף, דהיינו חלקו, וקנין שעבוד

בחלקו של חבירו וכו' אע"ג דלא קני ליה גופא", ועיין בלבוש מרדכי שלמד פשיטת הר"ן להיפך שהוי חצי לזה וחצי לזה עפ"מ כ"ה הר"ן מו: ד"ה אבל. ובאמת ע"ש עוד ב"ר"ן בסמוך שהפריז על המדה וברעת ראב"י ס"ל דיש לכל שותף גם קנין הגוף בכל החצר, ועכ"פ הענין מבורא. ואלא דינו מוכן מה ענין שותפות לענינינו, הלא אין בני העיר שותפין אהדדי אלא דין ציבור יש להן, וא"כ לכו"ע ציבור הוי בבחינת חד בעלים וענין כולו לזה ולזה, עי' קוב"ש ביצה אות ל"ט דציבור חלוק משותפות והוי כמו תוספת הבית. והצפנת ענינא נקט כן מכמה וכמה סוגיות הש"ס והבאנו דבריו במק"א, ועי' כללי התורה והמצוה ערך 'בני העיר'. ובאבן האזל הסביר זאת בטוב טעם בהל' שכנים (פ"ב הל' י"ד ד"ה איכא) בענין סוגיין דב"ב גופא, וכ' שם להדיא דאף אם נימא דשותפין הוי חצי לזה וחצי לזה מכ"מ שאני ציבור וכמש"נ, וכ' למשל אם לא י' עשרה בנים בעיר ולא י' כן א', וכי כשימותו אלו יש חלקים מועטים להאחים מרובים כנגד זה הנ"א ודאי לא ע"ש. ועי' מחלוקת אמוראים בירושלמי בזה פ"ק דשקלים ה"ג-ג: אודות חיוב לכהנים במחצית השקל והבן זאת.

ואכתי וכו' אכן להנך דעות דכ"פ שותף אין לו אלא החצי. עי' בלבוש מרדכי בבב"ק (שנת קמ"א ס' ה' עמוד ט' וחדשות ס' י"ב אות ג') שהביא כמה דעות מראשונים ואמוראים עד"ז, ועי' בריש דבריו שהתחיל בחקירה שלנו מהו יסוד שותפות והפליא להביא סמוכין לכאן ולכאן, וענין וכוונת פלוגתת רש"י ותוס' בכתובות פג. בענין קנו מירו ואמר דין ודברים וכו' וידי מסולקת שפרש"י שמיירי באומר א' להשני, והק' התוס' דלמי מקנה אותה הרי לכו"ע מפקיר להו. ועי' מבאר הגר"מ עפ"שטיין ז"ל דבהא גופא נחלקו, רש"י סבר דכולה לזה וכולה לזה וממילא כשא' מסולק ממילא נשאר של חבירו ואי"צ שום הקנאה לזה. ואילו התוס' ס"ל דשותפות הוי חצי לזה וחצי לזה, ואלו השותף צריך לקנות את חלקו של חבירו. וכ"מ באבן האזל הנ"ל. ועי' שלפ"ז בא ליישב הרשב"ם שבסוגיין ב"ב מג. מקושייתינו (הקצה"ח והרעק"א) דהא הוי אינו ברשותו, ועי' קאמר דס"ל דהוי כולו לזה וכולו לזה ובהכ"ג אי"צ מעשה או חלות קנין, וא"כ בסילוק בעלמא ממילא אתיא שותפות מרשותו לרשות חבירו. והני כשאני שחלק בין סילוק להפקד לזה מהני כשאני ברשותו, ודאי הפקר דעושה איהו חלות בגוף הדבר וכהקדש, [ואולי נתכוון למש"כ הרמב"ם דהפקר דומה קצת לנדר ודוק], ויעו"ש עוד שהוא בית אב לכמה סוגיות הש"ס ופוסקים. דרך אגב שם באות ד' מוכיח שיטת הר"ן כפ' השותפין בנדרים שענין השותפין הוא חצי לזה וחצי לזה דלא כמש"כ לעיל, ומצאתי שהגר"ר ישראל זאב גוסטמאן ז"ל בקונטרסי שיעורים שיעור כ"ו אות ג' ג"כ

למד הר"ן ע"ד כולו לזה וכולו לזה ע"ש, וע"ש עוד בעיקר דבריו שם שחקר ג"כ עצם חקירתינו ביסוד השותפות. ועי' בקובץ שיעורים ב"ב אות ת"ד ובביצה אות ל"ט שכנראה נקט כצד תצ"י לזה ותצ"י לזה ונחנך קצת מדוכתא אדוכתא ע"ש. וע"ע בקהלות יעקב גיטין סי' ל"ד בחדשות ד"ה וכבר.

ואכתי וכו' אמנם דברינו וכו' ועיני י"ף
תפיסה בכולו וכו' הוא קונה ממי"א. וזכה נסתפק השער משפט לדינא בסי' רע"ה ס"ק א' וזת"ל, בגר שמת והיה לו שותפות עם ישראל בית או שדה, ובא ישראל אחר והחזיק בבית או שדה להיות שותף עם ישראל האחר, אם זכה להיות שותף עמו או לא, דדלמא כיון שהישראל שותפו של הגר היה לו "תפיסת יד" בהבית או בשדה להשתמש בו בכל הבית -הרי להדיא נקט גם הסברא גם הלשון של דודי הגהמ"ח שליט"א] מיד שמת הגר זכה בו בכל הבית, ושוב אינו מועיל חזקת ישראל אחר וכו', וע"ש שמבאר מה שסיפק בזה ע"פ סוגיא דבב"ק מט. ע"ש וסיים בצ"ע לדינא.

ובהערות וציונים שם (להרב שמואל אביטן שליט"א אות 109) כ' בשם השו"ת שואל ומשיב (ביעאע ח"ג סו"ס פ"ט) והאמרי בינה (דני יו"ט סי' כ"א אות י"ג) ובערך שי (ח"ר"ס סי' ע"ה) ובתי הג"ר זעליג ראובן בענגיס (סי' ל"ה), כולם פה א' ראייה מהסוגיא בב"ק בסמוך שם לגבי גר שמת והיה בידו משכון ישראל ומבואר דבא אחר וזכה בה קונה, והלא שם הלא הישראל בעל המשכון לא גרע משותף ע"ש, אלא ע"כ דלא יזכה שותף בחלק בחירו בסילוק ומיתה והפקר בעלמא. וע"ע בהערות שם שדחה ראייה זו ושו"ת קצת בזה. והג"ר"ח שמאלבין ז"ל הוכיח מדברי הר"ן בקידושין (ה) בענין סלע של שניהם כצד דודי הגהמ"ח שליט"א דלא בעי קנין ע"י סילוק שותף האחד. וע"ש שכן הוא דעת עוד ראשונים והצילם בזה מתמיהת המתני"א (מכירה קנין חצר סי' ר') והאבנ"מ (סי' ל' ס"ק ג') דבאיזה קנין קנתה האשה, ע"ש בשערי חיים עמ"ס קידושין (סי' כ"ט אות ג' א' וכו'). וזה סמך להקונטרסי

שיעורים בדעת הר"ן בפי' השותפין ודלא כהלבוש מרדכי וצ"ע. וע"ע בשערי חיים שם בסו"ד (אות ד') שרמו לזה במקצת.

אז"ל וכו' וכשנפתק השותף הוא קונה ממי"א. הנה עד כאן דברנו בענין שותפות ובענין משכון. ויל"ע אם גם לענין קנין פירות לא' וקנין הגוף לשני ג"כ נידון כה"ג, ומצאנו בשיעורי רבי שמואל קידושין טז. אות ר"ג שעמד בזה ותלה הדבר באם קנין פירות קנין הגוף אל, דאם נימא כדקי"ל דקני"פ לאו כק"ה"ג הענין הוא הפירות הוא רק פרט בהבעלות שעל החפץ, וממילא אם הפקיר בעל הפירות וזכה ממילא בעל ק"ה"ג שהוא הבעלים על עיקר החפץ את כל הפרטים האחרים ע"ש ניומוק, אבל אי ק"פ לא כק"ה"ג לא יזכה בו ממילא בעל ק"ה"ג עכ"ל. ולפענ"ד יש לדון בזה ע"פ דברי דודי הנ"ל דמאחר שבעל ק"ה"ג תפוס בו בכולו וזלת מה שבעל הפירות מעכב על ידו לו, לא איכפת לן אי ק"ה"ג דמי אל, דבין כך ובין כך בעל הגוף הוא המוחזק והבן זאת וע"ע. ובר מן דין כבר שמעתי מפי דודי הגאון שליט"א סברא מחדשת בכל בעל קנין פירות דצריך להיות לו ג"כ רשות וזכות ליכנס לגוף הקרקע ובית כדי לעשות צרכי קנין הפירות שלו, דבלא"ה לא שייך לאחוז בפועל בקנין פירות שלו, ולזה צריכין לאומדנא ואומד דעתו של בעל הגוף שנותן ומקנה רשות וזכות זו בנוסף לעצם ק"ה"פ. ולפי"ז שוב לא שייך לזר ליכנס ולזכות בקנין הפירות מאחר שרק לזה הראשון נתון הרשות ליכנס בפועל בתוך הגוף ודו"ק. ואלא שדודי הנ"ל הוסיף דכל זה רק למאן דאמר ק"פ לאו כק"ה"ג, אבל לפאנ דאמר כק"ה"ג אי"צ רשות נוספת, וזה כדעת הגר"ש רובוסקי ז"ל ועיין וצ"ע לדינא. עוד חקר הג"ר שמואל ז"ל שם בענין עבד עברי לפי הראשונים דס"ל דשייך הפקר בע"ע אם הפקירו הארון האם צריך העבד לזכות בעצמו או ממילא נהיה ב"ח, ע"ש שמסיק דמאחר דאינו קונה אלא למעשה ידים דהוי קנין פירות אי"צ לזכות

בעצמו ע"ש, ולפי דברינו יל"ע בזה ואקצר. ובמק"א ראיתי שדן ר' שמואל ז"ל בעיקר הנידון דשותפות וכ' ששמע מרבו הגר"ש שקאפ ז"ל סברא בזה וכמדומה נקט דקונה השותף ממילא ובלי קנין ועיין עליו.

ש"פ פ"י

אכן וכו' דאדם מקנה דבר שלא בא לטעום. ועי' בצל"ח בתוס' בסוף דבריו מש"כ בזה בקצרה.

ונראה וכו' אותה קרקע וכו' מעשה קנין וכו' כשתבא לידו. ונסתפקתי אם סברא זו תעלה אף במידי דמטלטלין דמאי שנא, או דילמא דוקא קרקע דקיימת ועומדת שייך סברא זו וצ"ע. ועי' בקוב"ש בב"ק אות ט"ז שהגדיר דבר זה, וע"ש באות ט"ז ג"כ.

ונראה וכו' דאמרינן דחיוב השבה וכו'. בשו"ת עונג יו"ט סי' כ"ט ד"ה וע"כ אנו צריכים לאמר וכו' (וע"ש שהביא דונגא סיבכות ק"ט), ובמתני"א גזילה א' (ד"ה הן אמת. וע"ע שם בסוגריים משי"כ בן המחבר ראיות לזה מהראשונים), וע"ע בקובץ שיעורים בב"ק אות י"ד (וע"ע סי' ט"ז ובי"ח ש"כ"כ בקצרה) שהוכיח זה מדאיתא שם דף סו. דילפי' שניו קונה מקרא דאשר גזל דמוכח דקנין הגזילה תליא בחיוב השבה, וע"ש שהביא עוד רא"י מסנהדרין ע"ב ע"ש, אך לא נחתו להביא רא"י גם מסוגיין דבי"מ.

ונראה וכו' וכמו"כ נמי הכא י"ף דחיוב השבה מעכבו מלעשות מעשה קנין בקרקע הגזולה וכו'. ור' אלחנן ז"ל שם בב"ק ט"ז ג"כ כ' כסברא הווי דיש כח ביד הגוזלן למכור (ולחוריש ולהקריש), ואלא ע"ש שהפריז לחדש עוד יותר, "דמיד בשעת הגזילה נקנית לו ללאחר שיהא נפקע חיוב השבה, והזכות הוה שיש לו בהגזילה יכול למכור ולהוריש וכו'". הרי דאף קודם שפקע חיוב השבה ס"ל דשייך להגזולן להקנות ע"ש דברים נפלאים. אך לא בא מכת סוגיין דבי"מ ט: אלא שאר סוגיות שם בב"ק ועוד (וע"ע כנ"ל).

שער ט: בענין בעל חוב גובה את השבה

ש"ט פ"א

וכתב וכו' וצריכים להבין מהי כונתו בזה
דהשתא הוא דביני וכו'. בשטר כתוב אנא אשפי לודו"ק, וע"ע בש"ך (סי' קט"ז ס"ק ה') שכ' דגם ליקרא בעינן לכתובת אנא אשפי וכו', וכן סברי הטור והשו"ע, ומפורש בן בסמ"ע סי' קט"ז ס"ק ב'. ועי' דברות משנה על כוונתו ע"פ שלמד דהן הן המכירה (ובלשון רש"י כאן "השתא הוא דהרובין מניה"). וע"ש בענף ג' (ד"ה אבל) שחקר בזה, ומה שמסיק שם (בד"ה והוה מחלווק) דבהא גופא פליגי הראשונים (דילי אם חשיב קנין), ובענף ד' (בד"ה ולכן כ"ל) שמסביר גדר הקנין יותר. ולא

ראיתי שם שצירף דברי רש"י לשיטה זו, אך לפמש"נ י"ל כן.

וכתב וכו' ודווקא לומר וכו'. ועי' בפרישה קט"ז ס"ק ב' בסוף דבריו שכן כתב בענין אחר (רס"י ק"ג סעי' כ'), אבל הכא "דכיון דבתורת קנין בא לידו לא מיחזי כרביית", הרי דדוקא נקט רש"י. וע"ע באמרי בינה (נבית חוב סי' כ"ה אות א') שטרח בדברי רש"י.

ונראה דבריו מתבארים ע"פ מש"כ בפסחים. ובספר אמרי בינה (סי' כ"ה מנבית חוב אות א') ובנחל יצחק (לר' יצחק אלתן זיל סי' ע"ג אות א') ענף ב' ד"ה ונתנה רש"י ובענף ג' ד"ה (למכירה) הביאו לשיטת רש"י

פסחים לסתור ולא לבנות, ע"ש הטעם. אלא הדמעיין יראה שלא פירשו דברי רש"י על דרכינו (וע"פ רש"י במכות נ"ט. ואפי"ש שגם הנחל יצחק הביא להסוגיא שם, מ"מ השמט דברי רש"י ולא ידעתי סודו, הן בקצתהו סי' ק"ז עשה כן, וצ"ע וכבר עוררנו ע"ז במקומו). ועכ"פ לפי דברינו ברובות יתיישבו כל קושיותם שם בספריהם ע"ש.

ונראה וכו' והרי נחשב שהמלוה מוציאה מיד
הלוה וכו' חל על השבה כ"ל הדינים שהיו על גוף
השדה. הנה על אף שהדברים מאירים, אבל הגר"ח כתב בתוך דבריו דאלו הב' דברים סתרי אהדי וז"ל (בד"ה ונתנה קשה): כגופה של

קרקע דמי ולהכי וכו' רמי ג"כ שעבודא על השבח, ולא מהניא לן מידי מה דהשבח הוא של הלוקח, דכ"ז היה שייך אם היה חשוב כגובה מן המוכר, אבל מאחר שבא לגבות מהקרקע, על כן השבח שייך להקרקע עכ"ל. הרי דכבר הורה זקן דאם חשבין הטירפא מהלוה אין להטורף שום שבת. אך מדלא בירר סברתו קשה לרדת לסוף דעתו, בר מן דין דלעיל מני' (פ"ק י"ט הלכה ח' ד"ה אלא קשה) כתב ממש כותבו כאן בפנים ע"ש, וצ"ב פשר הדבר. שר"מ בקצוה"ח סי' ק"ד ס"ק י"א וז"ל: נכסיו (נכ"ס) לא מצי משעבד רגע אחד בלי חיוב גופו עכ"ל. ועי' בציון לקמן ש"פ פ"ח.

והנה וכו' פשוט דמשלם כפי שויות השבח בשעת הגבייה. נראה דבמחלוקת הראשונים תליא מילתא, עי' טור ושו"ע סי' קט"ז סעי' א' שפסקו מבעל התרומות (שער ג', ד', י"ג) דאם לקח באלף והזולה בשעת טירפא ואינו שוה אז רק חמש מאות כותבין לו טירפא באלף. ובש"ך ס"ק ג' הביא שיטות הרבה פוסקים החולקים דאולי רק בחר שויות בעת הטירפא. והקצה"ח ס"ק ב' הוכיח מדברי התוס' (בי"ק ט' ד"ה משתחוק וכו' י"ד ד"ה ע"ג) דס"ל דכותבין טירפא כפי שעה שקנו ע"ש. (ואב"מ שם עליו כמה תקיפי קמאי דשאני הכא דלא הוי טירפא אלא טעווא, לא קשה כלל, דהקצה"ח לטעמי' דחל איזה חלות דין מכירה אף בנזולה, ובמק"א בשטר זה יחבאר א"ה).

והנה וכו' אלא הנפק"מ אם הוזהר הקרקע וכו'. ועי' במגיד משנה (פ"ה מ' פמולה ה"ד) וז"ל: ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזלה וכו', כפי מה ששוה בשעת טירפא, וכל כפי הדמים שקנה וכו' עכ"ל. וכ' הב"ח בסי' קלא"א סעי' י"א דהרב המגיד לא דק במאי דנקיט הוזהר וכו' ע"ש, ובקצה"ח (נה"ל) בסוף דבריו הביא ממהר"ש יונה בפירושו להל' ערב (קלא"א ס"ק י"א) שכ' דטעות סופר נפל בדברי הרב המגיד. ואם הקרקע הוזהר כותבין לו טירפא כשעת הקנייה.

ש"ט פ"ב

לכאורה יש לומר וכו'. וכן תירצו המפרשים עי' שטמ"ק בשם גליון. ועי' במהר"ם, מהר"ם שיף ופנ"י.

ש"ט פ"ג

וכתבו התוס' וכו'. ועי' בחי' הרמב"ן והרשב"א והריטב"א מש"כ ג"כ כקו' התוס' בנוסח דומה. וכ"ה בחי' הר"ן, ע"ש.

ותבו וכו' ויש להקשות דלמה לא הך' התוס' מיד על קו' הגמ' וכו'. והנה עי' בריטב"א ד"ה א"ה פירי נמי שפי' הקו' באופן אחר וז"ל: פי' לאו אא"כ הוא אלא אנתח לן חדא ואקשת לן חדא וכיוצא בו בתלמוד. אי נמי דאפירוקי דלעיל סמך עכ"ל. ולפמ"ש נ"חא.

ונראה וכו' שוב הו"ל פירות דבר שיש לו קיצבה. וכ"כ המהר"ם ועוד אחרונים. אכן עי' ברש"ש שפי' באופן אחר ואח"כ מביא דברי המהר"ם וחולק עליו בזה"ל: לא נראה דכיון

דהיתה מלאה פירות ידועין הן שוויין" ע"ש וצ"ע. ועי' במהרש"א מה שהק' על התוס', ובמהר"ם שיף ביתר ביאור, דגם ארב אשי צ"ל כשעמד בדין, וע"ש מה שיישב בזה וע"ש בבאור אות ח'. ובנחלת דוד על רש"י טו. כ' עליהן דכל דבריהם דחוקים, ודברי התוס' גופא דחוקים מאוד. ולפיכך כ' ליישב קו' התוס' באופן ע"פ רש"י גיטין כא. ד"ה מפני תיקון עולם ע"ש דבריו הנעמים, ועי' ליישב דברי התוס' לאור דבריו. ועי' בברוך טעם יישוב אחר על עיקר קו' התוס', ע"ש בחידושי לב"מ יד: ד"ה ועוד י"ל.

ש"ט פ"ד

ודברי רש"י לכאורה מזהים וכו' ולמ"ז פ"טעמא דאמאי קיבלתיה. וכמעט לא מצאנו לרבותינו שהרגישו בזה חוץ מספר אגודות אזוב סוגיא דשבח אות ה' ע"ש, וכנראה דהבית יוסף סי' קט"ז סעי' י"א כן הרגיש בזה ע"ש. שוב ראיתי שכבר עמדו בזה בעלי התוס' חכמי אנגליה וביארו דהוקשה לרש"י דכיון שהבע"ח אינו גובה מהמקבל מתנה את השבח משום שלא הפסידו, א"כ הכא נמי לא יגבה ממנו את הגוף, ועי' תי' רש"י דאמר ליה אמאי זכינתיה וכו' ע"ש. (והנחה דבריהם בספר עין המפשט סי' קט"ז ס"ק ר' וצ"ע).

וגם וכו' למ"ז טעמא דאינו מופסיד כ"כ. גם בזה לא מצאתי אלא בספר הנ"ל (שם ובסוף אות י'), ועי' בדברות משה ב"ק (סי' י"א ענף ד' ד"ה וכדאשכחן) מש"כ בזה.

לכן נראה וכו' ארעאי אשבח על השעבוד וכו'. הנה ארעאי אשבח הוא דין למי שעבדו גוף הקרקע, משא"כ מי שאין לו אלא שעבוד ולא גוף וצ"ע ג. ובאמת גם הגר"ח ז"ל בספרו (פכ"א מלה הלי"א ד"ה והנה קשה) רצה לומר כן דשייך ארעאי אשבח לבעל השעבוד, אבל שוב דחאו מב"מ דף ק"א דקיי"ל יורד לתוך שדה חבריו ברשות אינו נוטל אלא אריס, כיון דהקרקע של הבעלים היא. א"כ הכא בשבח ע"י הוצאה ג"כ היה צריך לבעל השעבוד ליטול הכל זולת דמי אריסות, וזה אינו כמבואר בש"ס וברמב"ם ריש פרק כ"א מהל' מלוה ולוה וצ"ע. שוב הביא הגר"ח שם (ב"ה והנה הר"ן) דעת הרמב"ן במלחמות בסוגיא (וכן הוא בחידושי) דס"ל למעשה דגובה שבחא מכח סברא זו (דארעאי אשבח) וזהו"ל ס"ל דגובה גם כולא שבחא ע"י הוצאה לבר מדמי הוצאה ע"ש. ונמצא מחלוקת יסודית בין הרמב"ן לשאר ראשונים בזה, וע"ש בסוף דבריו שצירף שיטת הראב"ד (פכ"א הל"ה) להרמב"ן. ועי' בנתיבות המשפט סי' ס' ס"ק ג' ד"ה עוד הקשה, ובמשו"ב נתיבות שם אות ל"ב במה דנתחבטו לדינא בשורש מחלוקת ראשונים הנ"ל. ועי' מה שטרח בזה בשיעורי רבי שמואל ורובובסקי (אות

רבי) בדעת הרמב"ן בכלל ובדרך הגר"ח בפרט. לכן וכו' אלא בעצות ידידיה בגוף הקרקע מהני גם להשבח וכו' וכן נמי בשעבוד הבע"ח וכו'. לכאורה הגדרה זו נכונה הוא, גם הגר"ח

ז"ל כתבה למסקנא לדעת הר"ף והרמב"ם ושאר ראשונים להלכה. ואלא דזו שונה לגמרי ממש"כ לעיל בסמוך "ארעאי אשבח" דענין ארעאי אשבח ליתא לבעל השעבוד וכמש"ל, ורק גוף הקרקע מתפשט וכו' יש לו. וצ"ע ועי' בסמוך. אך בדברות משה בב"ק סי' ס"ז מבאר כל זה כשמלה ולא הניח דבר קטן ודבר גדול, ובענף ב' כתב באחד מצדדיו על דרך זו ע"ש.

לכן וכו' גם שעבוד הבע"ח מתפשט לתוך השבח. וז"ל הגר"ח שם: ונראה לומר וכו' דאין הבע"ח יכול לומר ארעאי אשבח, דהרי אין לבע"ח רק שעבודא וכו', והא דס"ל דבע"ח גובה משבחא דממילא מדינא וכו', (ד) אקרקע גופה אית ליה שעבודא וכו', דכיון דהשבח בא מהקרקע, כגופה של קרקע דמי, ולהכי אמרינן דכמו דאית ליה שעבודא על הקרקע רמי ג"כ שעבודא על השבח וכו' עכ"ל. וע"ש עוד מה שממשיך לחלק בין זה לשבחא דמתחת הוצאה ע"ש. וכד לייקא שפי' דבין שיש חילוק בין דרך הגר"ח למש"כ בפנים, ואין כאן המקום להאריך בגורדה זו, רק דהמעייין בגר"ח שם יראה שתלה כל דבריו אך ורק למה דקיי"ל דשעבוד נכסים הוי שעבוד אחר משעבוד הגוף, עד כדי כך דבמת הלוה שעבוד הקרקע עדיין קיים מנפשיה,

ע"ש דברים קצרים מאוד (אשר צריך הרבה יישוב לעמוד על רמזיו שליו). אך למש"כ בפנים לא שייך הא בהא כלל, והעיקר הוא מה דהשעבוד מתפשט זו ביד עם התפשטות החומר דהקרקע והבן. ועי' סברא נפלאה בענין זה בדברות משה (בי"ק סי' ס"ז ענף ב' ב"ה אב"ל). שו"מ בשיעורי רבי שמואל כאן (רבי"ב ב"ה עין בספר חידושי רבינו חיים הל"ה) שטיים דנראה לו יותר לפרש כפשוטו (פ"ה שכתב בפנים) ע"ש בקיצור נמרץ. ועי' בדבריו"מ שם ב"ה והנה (אבל עי' ב"ה י"ד ויש שכי' להדיא דלא כמאן וצ"ע). ואולי זוהי כוונת הלבוש בסי' קט"ז ס"ק ג' שכ' במתק לשונו דבר הקרוב אלינו ע"ש. ופ"יגא סוגיא זו על סוגיא דבב"ב. וכן כ' הגר"ח בתחילת דבריו, וע"ש שטרח ליישבו ב"ה והנה הר"ף וכו' (לדעת מקצת הראשונים) ולבסוף יישב הסוגיא אליבא דכו"ע ע"ש. ועי' בחזו"א בגליונותיו ובשיעורי ר' שמואל אות רכ"א במה שדקדק מלשונות הראשונים בזה. ועי' בלבוש ריש סי' קט"ו.

ש"ט פ"ה

ומבואר מדברי התוס' וכו' וכמו כן נמי בסוגיא אמרינן דשבחא דממילא אין לו דין בפנינו וכו'. כמדומה דדבר זה במחלוקת היא שנויה, עי' סמ"ע סי' שס"ב ס"ק י"ז שכ' בפשיטות בזה"ל: ואם גולה בתחילת או באמצע עיבורה, אינו משלם כ"כ כמו שהבמה שוה בעת שהיא עומדת לילד, דהיינו גמר עיבור עכ"ל. הרי להדיא דמה

שנשתבח בממילא נידון בפנ"ע. וכן הוא להדיא בחידושי הרשב"א בב"ק צד. (וכמו שצ"ן אילו באמרי משה סי' ל"ב ס"ק כ"א.) אכן כבר צווח עליו הנתח"מ שם ס"ק ב' דהוא תמוה מאוד, ונפתמה מאליה דינו כהקדמה שהוא של הנגול, כמבואר בס' ש"נ ד' סעי' ד' ברמ"א וכו' עכ"ל. ועי' גם בבאיור הגר"א שם ש"כ בזה אריכות דברים. עוד מצאנו בפשט דברי התוס' מש"כ הקצה"ח סי' ש"ס ס"ק ד' וז"ל: ותנן שם במתני' גול פרה ונתעברה וילדה משלם כשעת הגזילה, ופי' תוס' ובעל המאור (לג' מדפי הר"ף) דהוי שנינו לגוף הפרה ע"ש הפרה שישתם, וא"כ מוכח דאע"ג דהוי מעיקרא פרה סריקא והשתא פרה סריקא אפ"ה הוי שנינו וכו' עכ"ל ע"ש.

ולפי שיטתו לא קשה מה שהקשו התוס' (במורה נבוכים). והכי מבואר בש"ך סי' קט"ו ס"ק ל"ב בא"ד והנה בני"ע ע"ש מש"כ. וע"ע שם בא"ה ומעתה, ובס"ק ל'. והנה עי' מש"כ הנמוקי' בב"ב. עי' בש"ך הג"ל מש"כ בזה.

ש"ט פ"ו

וצריכים לעיין וכו' דמה די דיתומים כרעיה דאבוהון ניהו. וכן הק' בשיעורי רבי שמואל (כאן את רי"ז), וע"ש מה שיישב ע"פ הנמוקי' דלעיל (ש"ס פ"ה) וע"ד שביאר בפנים (שם), וע"ע מה שביאר עוד בדעת שאר ראשונים. (וע"ע בפני יהושע מש"כ יסוד נפלא בזה בב"ק צו. ב"ה תוספת ד"ה הא בסו"ד, שחידש דבין דפשוט המלוה עצמו לעולם חס מלגבות פורטה אתה יותר מהללוהו, ורק כלפי הלקוחות שייך חס, א"כ ברא כרע' דאבוה דרצה לומר דחשיב עדיין לזה עצמו לענין זה וע"ש).

וצריכים וכו' והיה אפרו צדוק וכו'. אכן נראה דבין וכו' והיה הפשטות, ובאמת כבר העיד לן הגר"ח קנייבסקי שליט"א שלא נמצא בכל הש"ס נוסח זה דברא כרעיה דאבוה חוץ מעירובין ע: בנוסח "יורש כרעיה דאבוה" (ונסדור חסד ספי שדה צופים בתקומתו לחלק בתרא' מסי' נדה), ועי' שם מבואר דהענין ממש כמשמעו, וע"ע לשון הרמב"ם שם פ"ב הל' ב' וז"ל: והיורש מבטל רשות אע"פ שמת מורישו ובש"כ, שהיורש קם תחת מורישו לכל דבר עכ"ל. וז"ל הגר"ח אלעזר משה הורוביץ (בהנחתיו שם) בסוף דבריו: אבל אי יורש כרעיה דאבוה הוי ככא בעה"ב בשבת עכ"ל. והכא נמי י"ל כן, ולא חשו חז"ל לפסידא דיהוהו. ועי' בסמוך.

וצריכים וכו' הרי אהריא דחשו חכמים לפסידא דיתומים. עי' בסמוך. וי"ל דפסידא כה"ג גם אצל הלוח גופא היינו חשים. וע"ע מה שאכתוב א"ה לקמן (ש"ס פ"א), שו"ע בקונטרס השלמה למרן הצפנת פנתנ (עמוד ג'), ש"כ ע"ד כוה"ל: דיש ב' טעמים בירושה וכו', והב' דהוא כמו עצם המוריש, ולכן קיי"ל דגבי יורש ליכא שינוי רשות, וזה בנדר מה דאמרינן ב"ה יב: ותוס' שבעות דף ט"ז נדחלה אין לה הפסק עכ"ל. ואפשר להוסיף תבלין בסברא זו, דהנה ידועה שיטת הר"ן ועוד ראשונים דקנין לומן אף בקרקע לא

חשיב קנין הגוף, אלא קנין פירות, ואף לזמן ארוך, עי' בב"מ (ט) ובגיטין (פו: מה). המוכר שדה בזמן שהיובל נוהג. וא"כ לכאורה יש פליאה נשגבה, האיך שייך כלל קנין הגוף, דודאי לא יתקיים המקח לעולם, כי ימי שנותינו שבעים שנה ואם בגבורות שמונים, וכ"ז מבורר גם בשעת הקנין. ואלא לפי היסוד הנ"ל וענין ברא כרע' דאבוה ניחא שפיר, כי עי"ז חשיב המקח לעולם בלי הפסק. ואולי הא דאיתא בש"ס עירובין יורש כרע' דאבוה, דלא הביא שום קרא או אסמכתא לזה, ולכאורה ק"ק. אלא נראה דהוא ע"פ סברא הנ"ל, דאי לא תימא הכי לא משכחת קנין הגוף בעולם.

ונראה וכו' דהתם עקרו השעבוד מכל וכל. לאו דוקא, אלא בעת שיצא מרשותו. עי' נחל"ד ב"מ ד: ובדברות משה בכמה דוכתי. וע"ע באבני נזר חו"מ ס' מ"ט והבאנו כל זה בסוגיא דדאקני (ש"ז פ"ו).

ונראה וכו' ונפק"מ וכו' במתנה לשנה אחת. אך כידוע כבר פליגי אם שייך קנין הגוף לזמן, עי' ר"ן נדרים כט. ד"ה אמר ליה אביי, ובקצה"ח סי' רמ"א ס"ק ד' ובנתה"מ ס"ק ה', ע"ש דפליגי היכי קיי"ל למעשה.

ונראה וכו' וחזר הלוקח ונתנה וכו' והשביחה המקב"ל וכו'. ועי' בפוסקים בענין כיוצא בזה, כשמכר הלוח שדה ללוקח והוא מכרה לשני, עי' רמב"ם וראב"ד פ"ט ממלוה הל"ח, ובחור"מ סי' קי"ח ע"ש.

ש"ט פ"ז

ונראה דהתומים והמזהירין לב ס"ה דגם כשגובה מוגלמא דנ"ל כפשיעה עיקר הגביה הוי מדין שעבוד נכסים. וכי"כ בחי' רבנו חיים הלוי בהל' שבועות (פ"ח הי"ג ב"ה ואשר יראה) וז"ל: דבאמת הרי בכל שעבודא תרתי איכללו ביה, שעבוד הנכסים מכל שיש לו בין קרקעות "ובין מטלטלין", ושעבוד הגוף דהוא עצם החוב בחיוב גברא דרמי עלי' לשלם חובו, והוה עיקר חיובו ועיקר שעבודא, ושעבוד נכסים ממילא הוא דקאתי עכ"ל. הרי דלהדיא מדגיש דדין המטלטלין משתייך לשעבודא "דממילא" ושעבוד נכסים, ולא לדין "עיקר שעבודא" ושעבוד הגוף. והיא מרגניתא טמונה, דע"ש שלא כ' שום הסבר ומקור לזה (וחל"ב כ"כ קנה. נספין ערבין שלכאורה תמוה ביותר דשמ מיירי בקרקע), ואלא דלמה ש"כ כאן בפנים מוכן ומוגדר היטב. וע"ש עוד ששנה לעיכובא וז"ל: דשעבוד הנכסים הוי בכלל תביעת קרקע ומשום דאיכלל בזה גם השעבוד קרקעות עכ"ל. ולכאורה הוא בלתי מוכן לולי מש"נ כאן בעזה"ש.

ונראה וכו' דהוא"ל ומוט"ל חיוב על הח"ה מוט"ל נמי שעבוד לגבי החיוב וכו'. ועי' ש"ז פכ"ד בסוגיא דדאקני בב"ב קנז. שהוכחנו עיקר זה מהש"ס גופא ועוד מקורות נאמנים. ושוב בינותי עוד מקורות, עי' רמב"ם פ"ח מלוה א' וז"ל: המלוה את חבריו סתם הרי כל

נכסיו אחראין וערבאין לחוב זה לפיכך וכו' בין מטלטלין גובה עכ"ל, ותמוה מאוד דמטלטלין בני חורין מה צריך לערבות דנכסין דאיניש אינון ערבין ביה (ריב"ב קנה), וע"כ מוכרחין לומר שלתא דהשעבוד הוא דקא רמיא אף אמטלטלי. וע"ע ברמב"ם פ"א שם ה"ד דברים מפורשים, "שכל נכסי הלוח תחת שעבוד המלוה מן התורה". הרי להדיא דגם מטלטלי איכלל א ביה. וכן דקדק הקרית ספר שם לקמן ה"ד, ודקדק מלשון המבי"ם שם דז"ל: הלא ליפרע מן היורש וכו' שהמטלטלין אינן תחת שעבוד בע"ח מן התורה, ולמה כ' זאת דוקא אצל יתמי, אלא ע"כ דגבי לוח איאת לחלות שעבוד נמי אמטלטלי. וכ"כ האמרי בינה הלואה סי' ב', וכתב עוד סברא משום שהמלוה עשה ללוח טובה ע"ש. וע"ע נחל יצחק סי' צ"ה ענף ט' מש"כ בזה.

ש"ט פ"ח

כתבו התוס' וכו' משום דכרעיה דאבוהון ניהו וכו' והיינו דאיכא עליהם שעבוד הגוף. והנה גם בלשון הרא"ש פ"ק דבב"ק סי' ר' כתוב וז"ל: דסברא מוחלטת היא דיתמי כרעיה דאבוהון אינון לפרוע חובת אביהון וכו' עכ"ל, וע"ש בפלפולא חריפתא. וצ"ע דמשמע דמודה להתוס'. ועי' בסמוך שהבאנו עוד סתירה בפסקי הרא"ש וצ"ע. ובאמת לא ברירא דכרע' דאבוהון משתמע "שעבוד הגוף", ולעולם אימא דהוא טעם עסיבה שלא חש להא דאין להם ע"מ לחזור. וכנ"ל מלשון הגר"ח בספרו פכ"א ממלוה הל"ח ב"ה והנה קשה וז"ל: והא דס"ל דכרע' חוב גובה משבחה דממילא דמינא כו', היינו משום דמשעה שנשתעבדה לו הקרקע שוב אינו צריך כלל לשעבודא דמוכר, ואקרקע גופיה אית ליה שעבודא וכו' עכ"ל, ע"ש בקוצר אמרים. הרי להדיא דלא קשור זכותי' דכרע' עם שעבוד הגוף של הלוח לענין טרפח. (גם בה"ה גופיה הקדים שם לומר דלתא דארעאי אשבחא ליתא, כן תפי' הבע"ח תן כלפי הלוח והבן). וע"ע מש"כ הגר"ח בספרו בהלכות שבועות (פ"ח הי"ג ב"ה ואשר יראה) וז"ל: והנכסים בעצמם משעבדים לגביית החוב גם בלא דין גבייה של הלוח, וכד חזינו דגובה גם מן הלקוחות וכו' עכ"ל ודו"ק. (ואי"ו סתירה לרש"י פסחים ל', ולא מבני לפירושים של הקצה"ח סי' קי"ו ס"ב ב' והנתתם סי' ל"ז ס"ק ג' והתתם שפירושו השעבוד מפקיע תשלום פספוט, אלא אף לפירוש הגר"ח בהל' שנינו והגר"ש שקאם בקונטרס השעבוד סי' ד', דלפיני, ג"כ עולה יפה שיטת הגר"ח דיל ואכ"מ). אך מצאתי נחל"ד יצחק (סי' ל"ט ענף א' ד"ה והלגנ"ד) שדקדק מתוס' זה כמש"כ בפנים דר"ל שעבוד הגוף ע"ש. ונראה דהוא חולק על הגר"ח הנ"ל. עיין ציונים בסמוך.

כתבו וכו' דכרעיה דאבוהון ניהו וכו'. עי' ציון הנ"ל להעיר דאי"ז דוקא שעבוד הגוף, והוכחנו שכן גם דעת הגר"ח ז"ל. אמנם שם בהל' שבועות כתוב גם להיפך (ב"ה והנה בב"ק) כוה"ל: שפיר איכא שעבה"ג ודין חובת תשלומין דאע"ג דמיית לא פקע שעבודא

מיניה ויורש כרעא דאבוה הוא דחיל טענתו וכפירתו גם על שעבה"ג של אביו עכ"ל, והר"ז סתירה מגולה למש"כ מה לעיל בד"ה ואשר ובמש"כ בהל' מלוה לשה להדיא אודות לוח שמת וצ"ע. ג. שו"מ שהק' סתירה זו הגאון ר' דוד פוברסקי ז"ל קמיה דהגרי"ז ז"ל ונענה בזה"ל, אטו ורמינהו רוצה אתה לשאול עכ"ד (מובא בשערורי כ"א את ק"ה). ונראה שלא הסכים להסתירה, דהמדייק היטב בלשון הגר"ח יראה שלא קרב זה אל זה, ואי"ה יתבאר בסוף פרק זה.

אבל ה"ר א"ש וכו' ס"פ ה"ה ר"ה דאין הבני"ח
 גובה שבה מן הירושים. וראוי לציין למה שעמדו הפוסקים באמתות ש"י הרא"ש, מאחר דלקמן פ' המקבל סי' מ"ב סותר דבריו והסכים לדעת התוס' דאף מן הירושים גובין את השבח, ע"י בבית יוסף סי' קט"ו ס"ק י"ג שעמד בזה, וכ' בדעת הטור דדעת הרא"ש בסוגיין עיקר ע"ש, וכנראה הניח בזה בצ"ע, ובב"ח נקט דמש"כ בפרק קמא עיקר. ובפלפולא חריפתא (את מ"ב) מצא עוד דכתובות ובקידושין כ' הרא"ש על דרך שפירש בפ"ט סי' מ"ב וכו'. ומשמע דקשיא ל' על הטור ודעימיה שנקטו לפ"ק עיקר. ובש"ך ס"ק ל"ב כ' להדיא להקשות כן דדוחק לומר דהג' דוכתי טפל וסוגיין עיקר. וע"ש שמסיק דדעת הרא"ש כהתוס', אלא דס"ל דמחמת הוצאה לא טרפינן מיתומים (זהו סתונה בסוגיין), ע"ש בד"ה ומעתה. ואגב ע"י מילתא חדתא, בב"י הג"ל בתו"ד מקשה וז"ל: פרק המקבל מאוחר מ' שנים אוחזין (א.ה.ה. ופשוט הכי) ומשמע דהדר ביה ממש"כ בשנים אוחזין וצ"ע, עכ"ל. ובש"ך שם בתוך דבריו כתב סברא הפוכה וז"ל: ואע"פ שאפשר לומר שהרא"ש בפ"ק דמציעא חזר בו (ממש"כ בפ' המקבל) וכו' עכ"ל. הרי להדיא דלא סלקא להש"ך לומר דמסברא בפרק המאוחר חזר מהמוקדם, והוא תמוה לכאורה ואכ"מ.

והנה ה"ר א"ש וכו' גם שעבוד הגוף אין להם
 כנגד אחריות נכסים שירשו. יש להעיר וכי מה ענין שעבוד הגוף כנגד נכסים שירשו לענינינו, דודאי לית מאן דפליג אם ירשו נכסים מועטים ונתיקרו קודם השומא הבני"ח גובה את כולה, וכדאיפסיק בשו"ע, וא"כ ברור שהשעבוד הגוף עומד כנגד הנכסים ול"א דשעבוד הגוף נסתלק כנגד מה שאיך שיעור ארעא, וא"כ גם כ' בסוגיין גבי שבח גימא לה, דאף שאין הבני"ח גובה ממנה מ"מ לא אמרינן דמשום הכי אישתינן שעבוד הגוף וצ"ע.

והנה וכו' אין להם שעבוד הגוף וכו' אלא
 כנגד אחריות נכסים שירשו. מילתא דתמיהא הוא זה, דהנה כבר נתחבטו רבותינו אם יורש יש לו שעבוד הגוף (של אביו) או דילמא רק שעבוד נכסים בלבד נשאר אצלם. (ע"י בסמוך). וא"כ ע"כ דעת דודי המחבר שליט"א דשיטת הרא"ש דאיכא שעבוד הגוף, דהיינו שאותו

דבר שהיה לאב יש לבן, א"כ האיך אפשר להרהר דאצל הבן הוי שעבודא אחריתי אתמהא. ולא סגי מה שתמן דבריו מדברי התוס' כתובות פ"ו ובי"ב קנ"ז דוכי משם ראייה. הגע עצמך כשמתאחד לוח ואין בידו מאומה אלא גלימא דעל כתפיה (ע"י בב"ק יא.), וכי שעבה"ג אינו אלא כנגד הגלימא, ודאי לא, אלא כנגד כולה אישתעבד ורק הפרעון אינו שייך יותר מזה, ופשוט. ואפשר דלפי הסלקא דעתך של התוס' כתובות נד: ד"ה אף על פי יש להרהר כן, אבל מסקנתם ברורה דשעבוד הגוף כנגד כל החוב משתעבד אף כשאין לו מאומה וכונודו. והכא נמי אלו היתומים משלמין רק מנכסי אביהם ולא משלהם שמעולם לא אישתעבדו לחוב זה, ואף לא הבני חורין, וכמו שביאר דודי המחבר עצמו לעיל ש"ט פ"ז בד"ה ונראה דהתומים וכו' ע"ש בארוכה.

והנה וכו' אין להם שעבוד הגוף של מצוה.
 תמוה דאלו שני ענינים נפרדים בעיקר יסוד דינם, דשעבה"ג הוא התחייבות ומדיני חושן משפט, והמצוה היא כשמו, ורק כלפי שמיא. וכ"כ התוס' להדיא בכתובות פ"ו שם וז"ל: אבל בדליכא אחריות נכסים, מצוה על היתומים, ואין כופין כדמוכח בפ' מי שהיה נשוי (א.ה.ה.) עכ"ל, וכ"כ התוס' ג' פעמים בב"ב שם ע"ש. הרי דעצם שעבוד הגוף אינו אלא מסברא מכח ההלואה עצמה, ע"י תוס' כתובות ג"ו סוף ע"א והבן. אך מצאתי במתק לשון הגר"ח בספרו שלכאורה הוא למד על דרך שפ' בפנים, והעתקתי לשונו לעיל בציונים ש"ט פ"ז ד"ה ונראה, וצ"ע. ג.

והנה וכו' שהרי אין להם שעבוד הגוף של
 מצוה לפרוע חוב אביהם. ולפי"ז רק יורשים בנים שייך הכי, אבל שאר יורשים ליתא לשעבוד הגוף. ובאמת כ"כ הרא"ש עצמו בב"ב קנז. הובא דבריו בשטמ"ק שם, וכ"כ הראב"ד והמאירי ע"ש דאין מצוה לפרוע חוב שאר מורישיו, וא"כ צריך שיתבטל שעבוד הגוף, וממילא גם השעבוד נכסים יפקע (וכמש"כ התומים והנתיבות ושאר האחוזים בשיטה זו), ובפוסקים לא מצאתי רמז לזה וצ"ע. ג.

ובזה נחלקו וכו' בדרך כלל יש ליתומים
 שעבה"ג כנגד אחריות נכסים שירשו. וכן סבר התומים סי' ס"ו ס"ק מ"ג ע"ש, וגם הנתיבות המשפט הביא ראיות לזה, ע"י בסי' ק"ז ס"ק ט' ובסי' קי"ב ס"ק ה'. אך אין כן שיטת הקצה"ח, ע"י מש"כ למדע נתיבות שם סי' ק"ז ובסי' ס"ו ס"ק כ"ד בד"ה ובר"ן ובסי' ל"ג ס"ק ב' דס"ל שאין שום שעבוד הגוף על היורש, רק הנכסים נשתעבדו כענין הלוקח דאין שום חיוב אקרקפתא דיליה לשלם חוב הלוח ע"ש. וכ"כ הנודע ביהודה חו"מ קמא סי' ל"ד ע"ש. וכ"כ הגר"ח אגב אורחיה (הבאתי תחילת דבריו בבית ריש פרק זה), וא"כ צ"ע לדעתם ז"ל דליכא אלא שעבוד נכסים במאי קמפליגי התוס' והרא"ש, וצ"ע. וע"י בסמוך.

ובזה נחלקו התוס' והרא"ש וכו' שעבוד הגוף
 וכו'. שוב מצאתי ההתומים עצמו הודה להחולקים עליו, ע"י סי' ס"ז ס"ק כ"ה ד"ה שום לולא דמסתפינן בזה"ל, על יורש אין שום שעבוד הגוף דהוא לא נשתעבד כלל, רק נכסי אביו הם ערבים בשביל אביו וכו' עכ"ל, והוא שעמד בזה (ובספר עין המשפט) וצ"ע. ג. והנה ציינתי לעיל סתירה זו בתוך ספר הגר"ח (ברי"ש הפרק). והנראה בזה, דלעולם לא מסתבר להעביר שעבוד הגוף לגוף אחר, וכמו שכ' הרא"ש בכתובות (פ. ס"ט) בשם רבינו תם דאף שעבוד נכסים איתנייהו במכירה והעברה מהקש לאיש ע"ש. ואשר על כן כשאמרו התומים והנתיבות דהיורש יורש שעבה"ג לא אמרו על אותה שעבודא שהיה לאביהם, אלא מאחר שירשו נכסים משעבודיהם לאחר הם המה האחראים והמצויים לעשות כדת וכדין השעבוד (דוונת אפטרופוס או גזבר בדין בית), ולולא דבר זה היה נפקע גם השעבוד נכסים (כמש"כ הפוסקים הנ"ל), ויש להטעים ע"פ מש"כ הגר"מ פרינשטיין ז"ל בכמה דוכתי דענין שעבוד וערבות על דומם בלבד אינו מסתבר כלל. וצ"ע מתוספתא הובא להלכה חו"מ סי' רע"ה שגובין מנכסי הגר, ע"י מש"כ הנתיבות עצמו בכי"ק נדפס בספר זכרון עולת שלמה ח"א עמוד שס"ו.

נמצא דשעבה"ג של היורש נתהווה להיפך
 מהשעבה"ג של המוריש, שהמוריש משעבד גופו וממילא נשתעבד נכסיו, ואילו היורש גופו נשתעבד בתולדה מהשעבוד נכסים ודו"ק כי קצתו, ועיין באותן ב' דוכתי בתומים ואתן ב' דוכתי בחי' הגר"ח ותראה בעליל שלזאת נתכוונו, ע"י שם הענין והלשון והבן. שו"מ בנחל יצחק סי' ל"ט בקונטרס שעבודא דאורייתא בענף א' שהאר"ן בענין זה, וכ' לדייק גם מהסמ"ע סי' ס"ו ס"ק ג"ה דס"ל כדעת הקצה"ח דליכא שעבוד הגוף על היתומים, ודין הגביה היינו משום דלא פקע החיוב (רק מ"כ בעל החיוב), ע"ש שהוסיף דכונתו כמש"כ הר"ן על דבריו רבינו תם (שם בתוך הקצה"ח את עצמו לעיל). כל זה בד"ה וכו"ז הוא לשיטת האו"ת וכו'. וע"ש שמודה במקצת דשייך שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף על אדם אחד רק "בצירוף" ע"ש. והניף ידו שנית בד"ה ובכתובות, לחדש לשי' התומים ודעימיה ממש כמו שכתבתי ע"ש וברוך שכוונתי. וע"ש עוד נפק"מ לדינא לפי"ז כשמכר היורש לאחר. והוא ז"ל ב"מ מכח ראי' ברורה מה"ש כתובות צא: ושור"ע סי' רכ"ו ע"ש, ודברינו באין מיני' וביה מסתירת דברי התומים והגר"ח ודו"ק.

וע"ע בחו"מ סי' ל"ט סעי' ב' וג' כשמת
 הלוח קודם כתיבת השטר, ונסתפק המחבר דניתן לכתב אפי' אחר מותו, וברעק"א שם על הגליקן הק' דבענין דעת המתחייב וליתא, וע"ש בתוך דבריו שכ' בפשיטות שהיתומים יכולין לכותבה. ותמה עליו האבי עזרי (הל' מלוה פ"א ה"א בסופו) מנין לו דבר זה בפשיטות, וע"ש

פ"א ה"א בסופו) מנין לו דבר זה בפשיטות, וע"ש

שטרט לכאר ע"פ תוס' דידן דברא כרע' דאבוה ע"ש. אכן לפי"ד ניחא דברי רעק"א בפשיטות, דאיך שלא יהיה לית מאן דפליג דעל היתומים איתא לאזוה שעבוד הגוף ודו"ק. ובענייניו גם הרא"ש וגם התוס' לא פליגי ע"ז ומודי דליכא על הכן שעבוד הגוף הידוע אלא רק ה"שעבוד החדש" שביררנו לעיל (ונמצא דאין עליהם שעבוד על החוב), ובכך צריך תלמוד להעמיד במה נחלקו ע"פ הגדר הנ"ל וצ"ע.

ש"ט פ"ט

והנה וכו' והשתא יש להסתפק וכו'. לדעת התומים, הגר"ח הנודע ביהודה והסמ"ע (על הר"ן שעל דברי ר"ת) שהוכרנו לעיל דליחא לשעבוד הגוף ממש לכאורה אין דין שעה"ג אלא כדון השעבוד נכסים וצ"ע. ועי' מש"כ הגר"ח בזה בפכ"א מלוה הל"א בד"ה והנה קשה ובמה שחילק בין שבחא דממילא לע"י הוצאות.

והנה וכו' והשתא יש להסתפק ביתומים וכו' מי נתפשט וכו'. נראה דבפלוגתא קמאי תליא מילתא אבל לא מהטעם שכתב בפנים, עי' תוס' כתובות צו. ד"ה הא דמסיק וז"ל: והא דאמר"י בהמקבל יתומים אמורים אנו השבחנו וכו' בשעשאו אפותיקי, ואילו לא וכו' גובה הכל בלא פריעת הוצאה כמו מלקוחות עכ"ל. הרי להדיא שהבע"ח גובה גם כולא שבת. ועי' בפנ"י שם שכי' דהא מילתא מרפסין איגרא ולא ראיתי לשום פוסק שחילק לכך, ע"ש שהקיף עליו בקושיות. אך בשו"ת בית אפרים אבה"ע ח"ב סי' ע"ז (בטור פס"ב) מזכיר את דברי הפנ"י, וע"ש שכי' דברים מחודשים עד מאוד וז"ל: וממילא ש"ל דגם היציאה מחלו, דמעיקרא אדעתא דהכי נחית לאכול פירות השדה עד שיבא הבע"ח ויטרוף (1) מחלו הקרן שהוציאו כשביל הפירות, וכמו במכירה בלא אחריות, ואע"ג דלא קיי"ל כשמואל בהא דסבר אחריות לאו ט"ס וכו', היינו דוקא לענין שיקנה גוף הקרקע ויעמול לרוח זה לא אמרינן, אבל מ"כ למדנו דסברא גדולה היא לומר דשביל שיאכל פירות זמן מה הוא מוחל מעותיו על הספק וכו' עכ"ד הנפלאים. וע"ש שעפ"ז יישב כמין חומר פליאת הפנ"י מה בין אפותיקי לבעלמא, דכאפותיקי דהוי כמכורה למפרע חייב להחזיר כל הפירות שאכל ולא מחל על פרוטה, ע"ש מילתא בטעמא.

ש"ט פ"ח

ולכאורה טעמא דהר"ן. וע"ש ברמב"ן במלחמות מש"כ על הר"ן, ועי' בחי' רבינו חיים הלוי אודות פלוגתתם דהר"ן כהרמב"ם ודלא כהרמב"ן. וכבר נתחבטו כל הפוסקים בזה, עי' ציונים ש"ט פ"ד, וע"ע במשנת ר' אהרן סי' י"א (ובאסף ח"י תורה מהגרי"א קטלר סי' כ"ז אות ד').

ש"ט פ"א

ובעצם וכו' כי היכי דהבע"ח מתפשט מן

הגוף להשבח ב"י שום קנין נוסף. וכמו שביארנו האחרונים, עי' בחי' רבינו חיים הלוי (פכ"ג מהל' מכירה הל"ג ד"ה ונראה) ובברכת שמואל בב"מ (סי' ריא) שכי' ליסוד הנ"ל בענין דקל לפירותיו אלא שחקרו בזה ב' צדדים: א' דצריך שיהא לאדם קנין בעצם הגוף, כדי שהפירות יהיו גדלים על אילן שלו שיוכל לומר ארעאי אשבח וממילא הפירות שלו (וזה כהסבא שכתב בפנים). ב' שאין עצם הקנין אלא לענין הפירות, והדין דארעאי אשבח אכתי של מוכר הוא. וכמו שביאר בחידושי ר' ראובן (ב"מ סי' י"ט אות א' ד"ה ויש לחקוק) וז"ל: אבל ביאור הדבר הוא דגם זה שהבעלים זוכים בהשבח ששבחו נכסיו ובהפירות שגדלו מקרקעו משום טענת ארעאי אשבח גם זה זכות הוא בהקרקע ובהדקל והוא מוכר להקונה הדקל את זה הזכות עכ"ל. ועי' בחי' ר' ראובן שם שתלה בזה כמה חילוקי דיעות בהראשונים ז"ל, וע"ש שצירף ענין שעבוד ודאקני ג"כ לזה. הרי גם הוא תלה הענין ביסוד דבעלות ודו"ק.

ובעצם וכו' דכ"ה הוציא מן ממונו הוי ש"ז. ונראה דאף בזה יש להעמיק עוד בשרוש המחלוקת, ואולי יהיה נוגע גם לפלוגתא אמוראי בסוגיין, והוא לפי מה שיסד הגר"מ פיינשטיין ז"ל בחלות דין בעלות, עי' דברות משה ב"מ סי' כ"ב ענף ב' ד"ה והנכון וז"ל: דהנה מצינו מחלוקת לענין שבת שהושבת ביד הגולן דלרוב הראשונים שייך להגולן, ולהרמב"ם (פ"א גניבה י"א, פ"א גניבה ב') שייך לבעלים וכו', ומסתבר בטעם מחלוקתם, דרוב הראשונים סברי דבעלות לא שייך לעצם החפץ, ולכן מה ששייך השבח לבעלים בעלמא הוא מצד שברשותו הושבח, ולכן בגולן שהרשות של הגולן, הושבח עבור הגולן, וכדבארתי בספרי דברות משה ב"ק סי' מ"ב (ענף א' ד"ה והנכון). והרמב"ם סובר דבעלות הוא בעצם החפץ, ולכן מה ששייך השבח לבעלים הוא מצד עצם החפץ, שכיון שהוא שלו הוי גם השבח שלו, וכענין יוצא אף האיסור אסור, ולכן כיון שהוא שלו אף [בעודו] נגול, שייך לבעלים עכ"ל. הרי הדב' צדדים של הגר"ח והברכ"ש כפי הגדרת ר' ראובן ז"ל בציון הנ"ל, באמת מתפרשים ע"פ הדברו"מ הנ"ל וקצרונו. ועי' היטב באבן האול (בכמה דוכתי) ובפ"א גניבה הי"א ד"ה ובביאור שכי' כלל גדול מתי הוי שבת של בעלים ומתי לא, ע"ש דברים קצרים ונעימים.

ובעצם וכו' ויש בזה דין מיוחד דבע"ל הקרקע קונה את השבח וכו'. והנה בחי' רבינו חיים הלוי (פכ"א מלוה ה"א) כנראה שג"כ נחית לדרך זה, אך קשה מאוד לעמוד על סוף דעתו בזה מחמת אריכות הענין, ובעיקר שבתורף דבריו מצאתי סתירה וז"ל בד"ה והנה קשה: ונראה לומר וכו' דאין הבע"ח יכול לומר ארעאי אשבח וכו', והך דינא דארעאי אשבח לא שייך אלא למי שגוף הקרקע היא שלו עכ"ל. הרי דעת הגר"ח זכות הבע"ח בשבח (דממילא)

אינו מכח ארעאי אשבח וכדין בעלים האמיתי. ומ"מ ממשך הגר"ח בזה"ל: והא דס"ל דהבע"ח גובה משבחא דממילא מדינא (וכי וכו'). עי' מה שביארנו דברים אלו לעיל ש"ט פ"ה ופ"ו). דכיון דהשבח בא מהקרקע כגופה של קרקע דמי וכו' עכ"ל. ואינו מובן באיזה אופן לא חשיב דין זה כגדר ארעאי אשבח. ותו תמוה דאם איתא לסברא כוז ד"בא מהקרקע כגופה של קרקע" למה להש"ס להזכיר ענין ארעאי אשבח דוקא, תיפ"ל משום דינא דהגר"ח, וצ"ע.

והנכון לענ"ד דבר חדש, דהנה כבר ביארנו דעת הגר"ח והברכ"ש ור' ראובן והגר"מ לעיל בענין דהא דיש להבעלים את מה שגדל מממונו, דאו משום שזה זכות נוסף שיש להבעלים או מאחר שהבעלות שחל בהחפץ חל נמי בהיוצא שלו וכדין היוצא מן האסור אסור ע"ש. והנה כ"ז הוי רק ב' אופנים להבין דינא דארעאי אשבח, דהן לא דיברו על תורת שעבוד ובע"ח כלל, וא"כ חייבין להתבונן, דאם אין ארעאי אשבח לבעל השעבוד עם איזה כח יבוא אל השבח, ואורבה מאחר שאין לו ארע"א ע"כ נשאר זכות זו אצל הבעלים ולו משפט השבח. ועי' בא הגר"ח ומחדש דבר נפלא, דבאמת קושי הנ"ל קשה גם אצל גוף הקרקע, דיש ג"כ להפליא האיך בעל השעבוד מנצח על הבעלים לזכות בשוהו, וכי יש לו את גוף הדבר, והרי רק שעבוד יש לו שהוא לכל היותר מקצת קנין כלשון הריטב"א בקידושינן כנודע, אבל להבעלים יש יותר מזה דהיינו כולא קנין (ולא מקצת הבעלים). ואלא ברור והפשוט בזה ע"כ דהוי טיבעה של תורת השעבודים שעל ידה גובה וטורף ומוציא מבעליו [ואפשר דלזה כעניא קרא ושעבודא דאורייתא והבן]. על אף שאין לו אלא שעבוד, ואשר על כן באותו כוח ג"כ בא הבע"ח אל השבח על אף שיעקר דינא וזכותא ודין הארע"א נשאר אצל הבעלים, ודו"ק.

וכל מבקש את האמת ידקק בלשון הגר"ח ויראה שכן הוא כוונתו, שכי' דכיון שהשבח בא מהקרקע כגופה של קרקע דמי, והיינו דכמו דאית ליה שעבודא על הקרקע רמי ג"כ שעבודא על השבח. והגע עצמך וכי יעלה על הדעת, ל"ב האופנים שחקרו האחרונים, דטעם השבח לבעליו משום שבטל להקרקע ונעשה כגופה, אלא ודאי דהטעם הוא או משום שהוא זכות נוספת או משום שיש ע"ז נמי חלות ודין שלו וכמו שנתבאר בהרחבה. ומעתה למה כ' הגר"ח לשון זה דכגופה של קרקע דמי דאף להבעלים האמיתי ל"ש דבר כזה, ואלא ע"כ הוא מלתא דהשעבוד, וכמו שהשעבוד פועל בגוף הקרקע, ועיין כי הוא עיקר גדול. ואחי הנפלא ר' נתן צבי שיחי' עוררני בזה.

ובעצם וכו' אב"ל לית מאן דפליג וכו'. לכאורה אית מאן דפליג, דעי' ברמב"ם פ"א גניבה הל' י"א הוציא עליה הוצאות והשביחה כגון שפיטם אותה הרי השבח של הגנב עכ"ל, הרי

להדיא שסבר הרמב"ם דהתפטמות חשיבא נמי כפירות ושבח וגיודולין דתליא אם הושבחה מאליה או בהוצאות, וצ"ע. (ואלי הרמב"ם דעת חיד בזה ועי' בלחם משנה ד"ה הוציא שכי' דלא כפאז הניכ"ם שם מקור להרמב"ם ושגם הוא לא פצאז.) ועי' באבן האזל הנ"ל, ובנוק"מ פ"ז הי"ב ד"ה והנה הרמב"ם פסק דבפטמו אינו גובה הניזק על הנזק משבח כלום וכו' ע"ש.

הנידון וכו' דהלזה הוא עיקר בע"ד וכו' או"ד
הבנייה הוא העיקר וכו'. וכע"ז כ' הגר"ח (שם עמוד 105 ד"ה והנה כבר) וז"ל: ומהוצאה מיפטר כיון דלא נחית אדעתא דלישקל הוצאה מהבע"ח ורק מהמוכר וכו' (עמוד 106) כל דלא נחית אדעתא למישקל הוצאה, שוב לא הוי מחוסר קנין, ושפיר משתעבד וכו' עכ"ל.

וסברת וכו' איזו הנאה יש לו במה שהלוקח
השביח וכו'. יל"ע בזה דשפיר מהנהו שפורע את חובו שזה מצותו כדקיי"ל (בכתובות פו. ובבב"ב קנר.) פריעת בע"ח מצוה, ולמצוה יש שוויות, וכדאיתא בבב"ק צא: ובחולין פז. מעשה באחד ששחט וקדם חבירו וכסה וחייבו רבן גמליאל ליתן לו עשרה זהובים ע"ש, ובבב"ק מבור. דכל המצות נכללין בזה עי' בר"ף בבב"ק שם. וכן דקדקו הראשונים בחולין שם עי' רמב"ן ובר"ן, והכי פסק הרמב"ם פ"ז חובל ומזיק הל' י"ג וי"ד, וכן פסק השו"ע ח"מ סי' שפ"ב סעי' א' וכו' דאי תפסינן לא מפקינן אף בזה"ל. ומשמע דדינא הכי ולא קנס, וכ"כ השלטי גיבורים בבב"ק שם (לכ: מדיף הרי"ף), וכן הסכים עמו הגה"מ בס"ק א' (עכ"פ בשאר מצוות). ואשר על כן הכא נש"י נימא שמצות פריעת חוב שזה ספק, ויתחייב הלוח לשלם להלוקח במה שקיים מצותו בשבילו. ואין לומר שאין המצוה מתייחסת להלוה דא"כ אכתי אין החוב פרוע וצ"ע.

וגם למעלה מעשרה זהובים היה לו להתחייב כאן, והיינו מטעם המבואר במשנה כתובות קז: ע"ש ברש"י ד"ה חנן דמבואר דפורע חובו של חבירו בתורת פרוען לכו"ע חייב לפרוע לו, וכן משמע בכמה ראשונים, וכן הכריע הטור ח"מ סי' קכ"ח סעי' א', וע"ש בבב"ח בדה"מ ומ"ש, וכן היא מסקנת הרא"ש וכו' שמסיק דאף שיש חולקין מכ"מ אי תפס לא מפקינן מיניה. וכאן ודאי מתרת פרוען נפרעה, דהיי נטרפה על כרחו, ואינו דומה כלל להניח מעותיו על קרן הצבי ודו"ק. שו"מ דברים מפורשים כע"ז בחי' הרי"ם כאן בבב"מ יד: בסוד"ה והנה רש"י, שפ' דיתחייב לשלם משום מהנה ובבב"ק נח: וע"ש שציין לנדרים לג: ובר"ן שם גבי מי שהלך למדינת הים ע"ש (ולענין לא ציין לכתובות, כי בנדרים שם עיקר מקומו של הראשונים דס"ל כהטור ודו"ק), וצ"ע. וראיתי בשו"ת בית אפרים אבה"ע ח"ב שאלה ע"ד (מ"ב ב) שג"כ עמד בזה בשם הספר כתובה וע"ש מה שיישב בזה.

וסברת וכו' ודי' צצרה בשעתה. תמורה, ולהא גופא איכא רוחו שמונע ממנו צער, עי' כתובות

קח: לענין כיסופא. ואפשר משום דחשיב מבריה ארי דפטור, עי' תוס' קז: ד"ה חנן וכו'. אכן לא נהירא דהכא מיירי בנשתלם בהשדה המשועבדת מכבר ולא הוי כסתם מבריה, וא"כ גם הראשונים החולקים בצינן הנ"ל וס"ל דפורע חוב של חבירו לעולם פטור, אפשר יודו בכה"ג, ודו"ק וצ"ע.

ש"ט פ"ב

ועיין וכו' ולמ"ל טעמא דפורע חובו של
חבירו. וכן הק' ההפלאה ד"ה והנה בס' וע"ש ד"ה והנה אין וד"ה והשתא דאיתנן וד"ה ולפ"ז אתי שפיר. וע"ע בספר אגודת אוזב, בענין שבח אות י"ח וטהרת אוזב שם.

ועיין וכו' ועיין דהא קיי"ל כהנן וכו'
ובכתובות קח. אמנם כבר פרש"י שם דחייב לפרוע בכה"ג, ועי' השיטות בזה בפוסקים מובא לעיל ש"ט פ"א בסופו, וע"ע ש"ח פ"א בסופו ובמש"כ בצינונים.

והנה וכו' ונחלקו שם רש"י ותוס'. ועי' בפנ"י שציין לזה וכו' דרש"י לשיטתו, וכ"כ בבית אהרן טו: בד"ה ברש"י.

והנה וכו' והא לא שייך ארעאי אשבח גבי
נע"ל חוב. מחלוקת הראשונים הוא, עי' ציונים לעיל ש"ט פ"ד.

אבל וכו' שהיה סובר דלא יסלקו בזווי ולא
יבא לגבות ממנו. וכמבואר בתוס' שם סוד"ה כגון דאפשר לסלק בזווי. אמנם בקובץ שיעורים לכתובות אות קנ"ט דקדק דלא ברירא להתוס' דבר זה. וגם דנו בזה רבי שמעון שקאפ ז"ל (עי' קנטרס השעבוד סוף סי' ה') ובשיעורי ר' שמואל (אות רכ"ז בסופו).

ש"ט פ"ג

ויש דקדק וכו' ואולי כוונתו בזה שהלוקח
מוחל וכו'. וכמש"כ לעיל ש"ח פ"ב. אך עי' מה שהשגנו על זה בצינן שם ד"ה ויש.

ונראה לבאר וכו' ולא נשתמשו אמירי. יש להעיר ע"ז ע"פ מה שנתבאר ש"ח פ"א ולפמ"ש שם בצינן ד"ה ויש וצ"ע.

ש"ט פ"ד

ונראה וכו' דגם על שעבוד אמרי' ארעאי
אשבח וכו'. וכאמור הר"ז שיטת הרמב"ן במלחמות והראב"ד בהשגות לפ' כ"א ממלוה ולוה הל' ו', לא כן להר"ף רמב"ם ושאר ראשונים דלא ס"ל הכי, וכמו שהוכיח הגר"ח בספרו כמה פעמים, דממי ההוצאות להמשביח הואיל ואין להבע"ח גוף הקרקע, ע"ש ראייה מירושלמי מעשרות. ואפשר לדבריו את"ש התקנ"ח כי כל השבח ברשותו קיים והפקיעו חכמים רשותו מיניה ודו"ק.

ש"ט פ"ו

ובאמת וכו' אכן בדברי הרמב"ם א"א פ"רש
כן. וכן דעת הרי"ף א"א לפרש כן ע"פ מש"כ בשו"ת הרי"ף החדשות סי' ח' ע"ש. כן העיר באבן האזל ובאור שמח כאן ע"ש. ותירץ אה"ם משנה. בהל' מלוה ולוה פכ"א ה"ב בד"ה כל.

ואולי יש להוסיף וכו' ואולי בזה לשיטתו
וכו' בד"ק צה. ובאמת כבר הקדים הרי"ף בסוגיא (דמדיף הרי"ף) לקשר הסוגיות, ועי' בביאור בגר"א סי' שני' סעי' א' שהאריך בזה.

ואולי וכו' והר"ז דבר הרש ואולי חלק מהדבר
הגורף וכו' אבל התוס' וכו' עדיין הוי חלק וכו'. ועי' מה שביאר במחלוקת זה הדברות משה (כ"ב סי' כ"ב ענף ב') דהא גופא תליא כשורש אחר בעומק, דהיינו האם החלות בעלות על התפץ חל בהעצם או לא, וע"ע בדברו"מ ב"ק סי' מ"ב ענף א' בד"ה והנכון לענ"ד ודו"ק. וע"ע לעיל ש"ט פ"א שהרגיש בזה בפנים בד"ה ובעצם (וע"ש בהצ"ח). ובאופן אחר י"ל מה

שחידש באגרות משה (ח"ר"ם ח"א סי' ל"ה ענף א' בד"ה והנכון) בכללות הענין של מחובר לקרקע, וראה שם נפלאות (ועי' בספרו ש"ט פ"ז ובצינונים).

ולפי וכו' הרי נשתנו שינוי גמור. וכ"כ באבן האזל פ"ז נזק"מ ה"ב בסופו ע"ש.

ש"ט פ"ז

כתב הבעה"ט וכו' וגם ר"ת. וגם הרשב"א פ"י הכי ומתיר ק"ן המלחמות מכתובות, הובא במגיד משנה פכ"א מלוה הל' ב' בקיצור. ועי' בשו"ת סי' צ"ה ס"ק ט' (קדם הדבור ינ"ק) וכו' נימוקים ע"פ סברת הרשב"ם קכת. וראשונים דאין בע"ח גובה ממטלטלין משום דלא סמך דעתיה. והכ"נ כיון דביד הלוקח לתלשן ג"כ לא סמך דעת' עלייהו (וע"ש, שהפריז על המדה לומר שגם שאר ראשונים ס"ל הכי עכ"פ כשהניעו הפירות למצב של אין ציריין לקרקע. ובאגרות משה (ח"ר"ם ח"א סי' ל"ה ענף ג' בד"ה והנה בבב"ק) כ' ע"ז שזה דוחק דמאתר שלא סמך דעתו אין לחלק). גם על הבעה"מ והרשב"א צ"ע מ"ש פירות מחוברין מעציץ נקוב דאיתא בגיטין לו. בתוס' ד"ה אלא דדינו כקרקע ובע"ח גובה מהן. וע"ש בד"ה ולכן צ"ל שתי ע"פ חקירתו בענין מחובר לקרקע כקרקע (שהבאת לקמן) ע"ש.

כתב הבעה"ט האמור. יל"ע דבש"ן (סי' קט"ז ס"ק י"ח בד"ה והח"ה בס' המאור) שדחה דעתו מהלכה כממה אנפי ע"ש, ומ"מ בסיום דבריו מקרב ש"י הבעה"מ נגד שיטת הרמב"ם והשו"ע דס"ל דבע"ח גובה אף מאינן ציריין לקרקע. וק"ק דע"כ דרך הבעה"מ לא נהירא (ולא ר"ס סקנתי לדינא) ולמה סמך על טעמו להלכה. וצ"ל דהש"ך לשיטתו (בסי' צ"ה ס"ק ט) דס"ל דמורה הבעה"מ ודע"מיה לרוב ראשונים דיסוד הנידון בפירות הוא אי סכמא דעתיה ע"ש ודו"ק. אך לפימש"נ (לקמן) וכן לדרך מרן האגרו"מ דל"ל יל"ע אם שייך האי צירופא, ונפק"מ דבתי דינא.

ונראה וכו' דח"ק שבהא דממילא משבהא
דמחמת הוצאה וכו'. וכע"ז אי' באבן האזל בכמה דוכתי, ואעתיק תוכן דבריו בפ"א גניבה הל' י"א ד"ה וביאור שיטתו של הרמב"ם וכו' דשיטה זו מבואר בדברי הרמב"ם בד' מקומות: א] כאן. ב] בפ"ב מהל' מלוה גבי בע"ח גובה את השבח אף בשלא כ' דאקני. ג] בפ"ג מהל' נחלות גבי כבור ששבחו נכסים

לאחר מיתת אביהם דרך שבחא דממילא שייך להבכור. (ד' בפ"ז מהל' נזק"מ בדין שבח מויק דק שבחא דממילא גובה הניזק. ויסוד הדברים דבדבר שהוא שלו ואינו ברשותו אלא ברשות אחרים, שבחא דממילא שייך למי שהוא שלו, ושבחא דבידים או מחמת הוצאה שייך למי שהוא ברשותו ע"ש (פי"ז נזק"מ ה"ב) שבארתי מילתא בטעמא ככל הענינים, עכ"ל בקצרה.

זנראה וכו' לא הוי התפשטות אלא קנין. וכמו שביאר הגר"ח בזה כנודע, ע"פ ירושלמי במעשרות בזורע שדה הפקר חייב במעשרות ע"ש (בבב"א מלוה ה"א ד"ה וזנה קשה).

ובזה שאני פירות וכו' משבחה וכו' פירות לא הוי התפשטות של גוף הקרקע שהרי עתידין ליתאש. וכנראה הסתפק בזה ר' משה ז"ל, ע"י אגרות משה חו"מ סי' ל"ה ענף א' ואעתיק תמצית דבריו: והנכון לענ"ד דזה שמחומר לקרקע הרי הוא קרקע יש לפרש בג' אופנים: א) משום דבטליל לגבי הקרקע, ולכן אין להיות עליהם דיני מטלטלין. ב) מאחר דלא נייד כמו הקרקעות, ולכן כל חילוקי דינים שיש שיש קרקע למטלטלין, מחמת דקרקע לא נייד א"כ גם במחומר לקרקע דינו קרקע מאחר דלא נייד. ג) דנחשב קרקע ממש בזה עצמה מהקרקע, דנחשב שנתגדלה הקרקע עצמה. והנה לאופן א' מסתבר אפי' עומדין ליבצר דינם קרקע, דמה בכך שאינם עכשיו קרקע, הא אף בתחילה לא היה קרקע ולא דחיבורם מבטיל אותם להקרקע. ולאופן ב' יש להחשיבים כנייד מאחר שעומדים לכך. ולאופן ג' יש להסתפק ע"ש מה שצידד לכאן ולכאן. וראוי לציין שמ"מ מסיק ר' משה דבפסקה הניקה לכו"ע הוי כתלושין לאופן ה'.

ופי זה יש ליישב וכו' אין וכו' תלוי בנכסיהם משועבדים שירשו אלא בקרקעות. ואם כנים הדברים יש ליישב סוגיא סבוכה וכדלהלן. דעי' בטור סי' צ"ה סעיף ה' שהביא בשם רבינו חננאל דא"צ לקרקע קרקע מהא דפסק כר' אלעזר דכל המחומר לקרקע קרקע, ובש"ך ס"ק ז' תמה עליו דזה נגד שיטת רבינו חננאל בכמה דוכתי בש"ס דס"ל כמטלטלין דמי, והובא בתוס' כתובות ג"א ד"ה סוף סוף דבשבעות מג. ד"ה כבצורות דמין ובב"ק נט: ד"ה ופסק ע"ש. ולפי הסברא שכי' בפנים יש ליישב ועיין בזה. גם בב"י שם תם וכו' דלא ידעא היכא אמר ר"א הכי (בש"ס). ובפרישה ובש"ך שם תפסו עליו מ"ב סה: דמכר מכתשת הקבועה עם הבית כמחומר לקרקע דמי. וכ"כ שם הרשב"ם וכן פירש רבינו חננאל. וכן הוא בכמה דוכתי בש"ס ע"ש. וכנראה דהב"י ס"ל כמו שחילק כאן בפנים מסברא וממילא לא קרב זה אל זה, וקצרות.

ש"ט פ"ז

אלא וכו' והדברים כאורחים אינם מוכנים.

ואולי זהו עומק קו' הגר"א בביתארו סי' קט"ו ס"ק ט'. ועי' בחי' הרשב"א כאן בעמוד א' ד"ה לא קשיא מה שהק' על רש"י.

ש"ט פ"ח

עוד יש לדקדק בדברי הרמב"ם וכו' מה בא שמואל להשמיענו. וכן ל"ע על הטור והשו"ע (סי' קט"ו סעי' א') שהביאו דברי הרמב"ם. וע"ש בסמ"ע (סי' ת') שנראה שעמד בזה, דכ' הטעם משום דהרי הוא כאילו קדם וגבה (וקי"ל לזה ולזה ואח"כ קנה דאם קדם אחד וגבה מה שגבה גבה, כמ"ש הטור והמחבר בי"ש סי' קי"ד) עכ"ל. אך לדבריו כ"ש דקשיא מה בא שמואל להשמיענו וצ"ע. ועי' בש"ך (סי' י"ז) שהשיג עליו בזה"ל: ואין דבריו נכונים בעיני דאין ענין קדם וגבה לכאן, דהא אפילו מונחים עדיין שם אין בע"ח גובה מהן כל שאין מחוברים עכ"ל. ולא פירש הש"ך כוונתו למה אין בע"ח גובה. וא"א לומר דמשום מטלטלין הן, דעדיין לא חידש הש"ך כן ע"ש, וגם במטלטלין קיי"ל מה שגבה גבה (עי' אבן העזר סי' ק"ב סעי' ב') וצ"ע.

והנכון לענ"ד דזה שקורא הסמ"ע ש"גבה" הפירות היינו בקנין חצר, דקיי"ל דחצרו של אדם קונה לו אפי' שלא מדעתו. וכע"ז כ' ההפלאה (בקנינים אחרון אבה"עו שם סי' ג') בדעת הסמ"ע. ולפי"ז שפיר יש ליישב רבותא דהרמב"ם (טור ורש"י) דלאו כל דבר הנמצא ברשות האדם קונה לו חצירו, עי' ב"מ כז. בענין תגר, ועי' שם כז. בתוס' ד"ה דשתין שכ' דאם אין סופו לימצא גם חצירו אינה קונה לו. וא"כ ה"כ"ג שאין בדעתו של הלוקח לקנות הני פירי דס"ל שהן שלו לגמרי, א"כ גם חצירו לא תקנה לו, וסלק"ד דלא חשיב קדם וגבה קמ"ל ודו"ק. ועי' בסמ"ע סי' ר"ס ס"ק ב'. ולהש"ך י"ל דחולק על הסמ"ע מהאי טעמא וס"ל להלכה דאין חצירו קונה לו ככה"ג דומיא דבב"מ כז. וכמש"נ. הא מיהא להסמ"ע אי לאו מטעם קדם וגבה היו משתעבדי התלושין לבע"ח, וזו ראי' מוכרעת למש"כ בסמוך בזה בדעת הרמב"ם והמחבר ודו"ק. שו"מ באור שמת פ"א גירושין ה"ל ו' ד"ה אולם שכתב שיש קנין חצר בקרקע לקנות פירות המחוברים לה, ע"ש "ראיה עצומה" ממגיד משנה זכ"י ומתנה פ"ב הי"ג.

עוד יש לדקדק וכו' והלא פירות תלושין מטלטלין גמורים הם. כ"כ הלבוש בעיר שושן סי' קט"ו סוף סעי' א', והסכים הש"ך שם בס"ק י"ז (ודייק הכי מהרמב"ם בלחמות ב"מ ד' מדפי ה"ר"ר) ע"ש: וז"ל: אלא נראה לי הטעם דתלושים מטלטלים ניהו ובע"ח אינו יכול לטרוף ממטלטלי עכ"ל. ומבואר דרבותא וחידושא קאמר, וקשה כמו שהק' דמאי קמ"ל. והנה בתומים שם ס"ק י"א מקשה על הש"ך דלפי דבריו הכותב לבע"ח מטלטלין אגב קרקעות גובה גם מפירו וא"כ עדיין צריך לכתוב (ה"ל אחריות) פירי, ואילו בב"מ צ"ט. איתא בע"ח מי אית ליה פירי, דאולי יבא ב"ח שיש לו מטלטלין אגב קרקע לטרוף (עי' ב"ב ס"ד) עכ"ל

בקיצור. וע"כ צ"ל להש"ך שבכה"ג הבע"ח גובה מהפירות. וכן הוכיח הנתיבות המשפט בס"ק ו' בדעת הש"ך בס"ק ה' ע"ש. וא"כ שפיר אשמעינן הרמב"ם פירות תלושין כמטלטלין לאפוקי מדעת הראשונים (הובא בתומים שם בסמוך) היפך דין זה ע"ש. וע"ע בזה בלבושי חושן שם על התומים. ולפמש"נ בצינן הנ"ל בהש"ך ניהא מטעם אחר ע"ש. ובאמת בסוף דברי הש"ך כאן "ואי כהסמ"ע וכו'" קצת משמע כן ודו"ק.

עוד יש לדקדק וכו'. ואמינא שהרמב"ם עצמו מתרץ האי קושיא להמתבונן, דז"ל: כל הפירות שאכל הלוקח אינן נטרפין ממנו עכ"ל, ולכאורה תמוה מאוד דאף מה שלא אכל אינן נטרפין כל דהוי תלושין (וכדמשמע בסופא דה"ר, ועי' בנו"כ שכתבו כולם פה א' דלאו דוקא אלא גם מהתלושין אינו גובה. אך מלבד שהלשון דחוק יש להביא ראי' מהטור והשו"ע סי' קט"ו סעי' א' שהעתיקו לשון הרמב"ם דמשמע אכל דוקא. ואין לומר שגם זה שיגרא דלישנא, דעי' בחו"מ סי' ר"ט סעי' ד' על דינא דגמ' בב"מ סו: שמיט ואכיל אין מוציאין מידו, דהרמב"ם נקט שם ג"כ לשון אכל, ואילו הטור והשו"ע שם שינוהו וכתבו ואכל במקום אכל. ואשר יראה בזה ע"ד הפשט, דהנה ידועה שיטת הרמב"ם דפסק אחריות טעות סופר (עי' פ"ח מכירה הל' ג' ופ"ח מלוה הל' ג' ופ"ח גזירה הל' א'), וגם קיי"ל דדאקני ועתיד לקנות ט"ס, וכמו שהכריע הש"ך (סי' קי"ב סעי' א'), וא"כ גם מטלטלין אפשר דנכלל בזה מאחר שמטלטלין אגב קרקע מהני (ב"ב מד: ודב"ס פ"ח מלוה ה"ב), ואף אם ליתא בזה שעבוד על כל המטלטלין דלא סמכא דעת' וכמו שכ' הראשונים, מ"מ על הפירות התלושין מסתבר שנשתעבדו, וכ"ש אם הם ע"ג השהה עדיין דלא גרע מצבורים בתוכה, עי' רמב"ם פ"ג מכירה הל' ט' ובשו"ע סי' ר"ב סעי' א' ובי' בענין קנין וכאן סי' קי"ג סעי' ב' בענין שעבודים. ויש לומר על זה סברת הש"ך הנ"ל "דכל המלוה לא לוקח עבדי כל שצדיק דאפשר" ע"ש ודו"ק.

ואפי' את"ל שאין הדמיון עולה יפה, הא מיהא אם שעבד המטלטלין במפורש, ודאי מהני לפירות תלושין, וא"כ י"ל דהרמב"ם נקט מילתא דפסיקא, ונקט "כל פירות שאכל לוקח", דאלו בכל מקום ובכל אופן א"א לתבוע ולטרוף, ואף כשכתב בתוך השטר פירי או מטלטלי, ודאי רק על בעין הוא גובה ולא מ"מ שאכל, וכמש"כ הנתיבות המשפט סי' קט"ו ס"ק ו' להדיא, והוסיף הטעם משום דבע"ח סמך ולהבא הוא גובה. [נוק"ק דגם למ"ד למפרע י"ל כן כמבואר בתוס' ב"ק לג. ד"ה איכא בינייהו]. הא מיהא דמה שאכל כבר לעולם אינו גובה ודו"ק, וע"ע דוגמה לדבר בב"ב קלח: במשנה האב תולש ומאכיל לכל מי שירצה ע"ש, ועי' בב"ח (סי' נ"ז ב"ה ופ"ח האב תולש) ותבין. שוב מצאתי דברים מפורשים באמרי בינה (בניח"כ כ"ה ד) שכ' לדייק מהרשב"ם

(כ"ב סד: ד"ה נמצאת) ג"כ נקט לשון פירות שאכל, ולמה דוקא שאכל, ותי' בזה"ל: וי"ל שהרשב"ם כ' ליישב דאם כתב לו מטלטלין אגב קרקעות דגובה פירות א"כ יקשה דיחזור עליו וכו' עכ"ל, וע"ע שם דברים נפלאים על דרך שכתבנו בעזה"ש. ועי' אבהא"ז נוק"מ פ"ז הל' י"ב בדה"ב וזוהי מבואר וכו' בסוף דבריו ע"ש. ונראה דגם הוא בעצמו מסכים למש"כ, אלא שטרם לבאר שיטת הרמב"ם לפי הש"ך והג"ח שפי' אכל לאו דוקא וגם תלושין אינו גובה, ולבסוף לא תתר ליה אלא מטעם התלש חשיב שינוי וזכה בהן לוקח דקיים ברשות. הרי ענינו הוראות שזולת סברתו המחודשת ודאי בע"ח גובה אף הפירות תלושין, ונאף בלי מטלטלין אגב קרקעות] ודו"ק. עוד יש להביא זכר לדבר מלשון הרי"ף (ה) שנקט אכל וגם תלושין ואילו הרמב"ם נקט רק אכל. ומה גם שהרי"ף עצמו כ' הלשון "אינמי פירות דתלישי", דאינו מוכח דפסיקא ליה, דאי לא תימא הכי ליתני תלישי וממילא ידענא נמי אכל.

ונראה וכו' בנצבם שייך שעבוד גם בנצבא פנין, וכדילפינן מקרא יוציא אליך העבט החוצה (דברים כ"ב), כמו שכי' הרשב"ם (כ"ב קנז. ד"ה יענין) שמהא ילפי' כל שעבוד נכסים. וע"ש שהביא לזה עוד קרא (מפסלי כ"ב), וכ"כ הרשב"א בקידושין למ"ד שעבודא דאורייתא גם מטלטלי שנתעבדו, והביאו המגיד משנה בהל' גוראה. וכן הוכיח בפנים לעיל ש"ט פ"ז בדה"ב ונראה דהתומים כלפי גביה מבני חורין. וע"ע בציונים ש"ז פכ"ד.

ולפי"ז וכו' ושעבוד זה נתפשט הפירות אף כשנשתנה דינם וכו'. ואפשר זהו כוונת הגר"ח כשכתב "רמיא נמי שעבוד וכו' אשבח" ע"ש לשונו בזה. וע"ע לעיל ש"ט פט"ז בדה"ב ומש"כ ובציון שם.

ש"ט פ"ט

אבל הרא"ש וכו' והש"ך וכו' והק' עליו דא"כ גם כ"ה הפירות שאכל חלוקה יצטרך לש"ם. ובש"ס טו: פריך ופירות היכי אכיל, ופריך סבר אגא אחיות וכו' ואיכול בגויה ע"ש. הרי להדיא דאף בשדה שאינו שלו יש לו איזה קנין וזכות פירות, וא"כ על אחת כ"כ באפותיקי שהיה שלו מאז. וע"ע בשטמ"ז טו. דה"ה בע"ח גובה את השבח במש"כ ביסוד עיקר זכות הבע"ח בפירות דלוקח, ע"ש בשם תלמיד רבינו פרץ, ועיין ש"ט פ"כ.

ועוד וכו' יבוא ה"זה לפסקו וכו' וכמו שהסכימו כ"ה הפוסקים. וכנראה שהתוס' (טו:)] הסתפק בזה בסו"ד, עי' קוב"ש כתובות אות קנ"ט.

ועוד וכו' הא"ך עירף השבח מגוף הקרקע. עי' לעיל ש"ט פ"ד בציון ד"ה לכן נראה [א]. **אי נמי יש לומר בסגנון אחר קצת.** ובסגנון אחר מצאנו בדברי הגר"ח בספרו פכ"א הל"א בדה"ה והנה כבר (בא"ז ונראה לומר ע"פ מה שפסק הרמב"ם

בפכ"א שם הל"א וכו') וז"ל: אכן נראה דדברי הרמב"ם מיוסדים לפי שיטתו, דכל דיכול לומר ארעאי אשבח הרי הוא חשוב ב"ח מוקדם, א"כ גם הכא וכו' הרי הוא של בע"ח האפותיקי, כיון דבאפותיקי הרי אמרתי ארעאי אשבח [וכלשון הרמב"ם הנ"ל] עכ"ל, וע"ש שהראב"ד פליג על יסוד זה, וע"ש במה שביאר שורש המחלוקת. ועי' לקמן ש"ט פכ"ט מש"כ בדרך רמב"ם זה באופן א.

אי נמי וכו' ואין בזה משום רבית וכו'. אינו מובן הא"ך נאמר ע"ז דין רבית, והלא כל חלות אפותיקי הוא שלא יהיה לך פרעון אלא מזו ונאבדה או נשתדפה אבד כל חובו, כמבואר בש"ס ופוסקים, א"כ דומה להא דאיתא בטור וש"ע (והרי"ד סי' קס"ז סעי' א') מלוה אדם לחבירו מנה וכו' ויהיה באחריות המלוה וכו' ע"ש.

ש"ט פ"ב

וטובא יש לדקדק וכו'. עי' במהר"ם שף ברש"י ובתוס' רבינו פרץ טו. ד"ה בע"ח (ומבא גם בשטמ"ז).

ויותר קשה על דברי רש"י וכו'. כנראה יש איזה שיבוש בגירסת רש"י, עי' בחי' הריטב"א כתובות שם ד"ה א"ל שכ' "ולא ידענא היכן הוא רש"י הנ"ל". ועי' בהגהה 32 שם מהמהדיר. ובאמת מצאתי כמה פעמים שהראשונים מביאים דברי חכיריהם ולא העתיקו אות באות אלא בלשון עצמם (ובפס"ט במוק"מ), וא"כ ל"ק כלום.

ש"ט פכ"א

וקשה וכו' וכן כתב וכו'. וכן הוא בבבלי המאור על אתר בא"ד והיכי דלא מסיק וכו' ע"ש. ועי' ברמב"ן במלחמות ה' שכ' דדעתא קלישתא חזינא הכא, דוכי הבע"ח צריך להתחשב עם הלוקח על טריפת הקרקע, ומה לו אם לא ישאר אצל לוקח כלום, הרי לעצמו יש כדי חלוקה [וללוקח אין בה], ובכה"ג אפי' בשותפים יכול ליחלק, וכ"ש אלו שלא נעשו שותפים מעולם ואין לו עסק עמו עכ"ד. וכמוכן בהבנת שורש פלוגתתן יאיר לן שמעתתן. ומצאתי בש"ך סי' קט"ו ס"ק כ"ב שמביא לפלוגתא זו ויוצא חוצץ כנגד הרמב"ן וקבע עיקר ההלכה כבעה"מ. סוף דבר לדבריו פליגי הראשונים מהו ההלכה כשא' מהשותפין יש לו כדי חלוקה ולהשני אין לו, האם זה שאין לו יכול לומר גוד או אגוד כדין שאר דבר שאין בו שיעור חלוקה, הבעה"מ ס"ל שיכול, ולהרמב"ן אין יכול, דרק מי שיש לו כדי חלוקה צריך להתחשב עמו, ע"ש בש"ך דבריו היסודיים ד"ה ומה שהק' עליו הרמב"ן. (ופשוט שאין לזה שום שיבות למשנה ב"ק קנב. א' ענ' ו' עשיר ופליגי בה הראשונים אם העני יכול לטעון גוד או אגוד, עי' ח"ר"ם סי' קצ"א סעי' ה', דשאני תתם שאין כולל שיעור חלוקה. עוררני ר' עקיבא גאלרבערנער שיחי').

ונראה וכו' ומאן דאית ליה גוד או אגוד ס"ל דאין שותף מחויב להשאר בשותפותו כנגד רצונו. ואולי יש לדייק בזה דיוק נפלא בלשון

הש"ע כאן סימן קט"ו סעי' ב' דו"ל: אם יש בו תועלת ללוקח כגון שנשאר לו בשדה בית ט' קבין ובגינה בית חצי קב ישתתפו בה שניהם עכ"ל, ובש"ך ס"ק כ"ג התלונן ע"ז וז"ל: הוא לשון הרמב"ם ואין לשון זה מדוקדק, ואדרבה איפכא הל"ל "חולקים" וכו', וכן כתבו כל הפוסקים נוטל חלקו בקרקע עכ"ל. ולפי מש"כ בפנים יש ליישב דכוונת הש"ע והרמב"ם לומר מאיזה כח באה החלוקה הזו, וע"ז אומר שהוא מלתא דשותפין, ונפק"מ בכשאין בה כדי חלוקה דחייב לחלוק בדמים.

ונראה וכו' ואם כן מפתברא שתקנו חכמים. הנה בדינא דגור או אגוד בכלל איכא נוסחאות שונות בראשונים אי הוי תקנ"ח או מעיקר הדין, עי' שו"ת הרשב"א ח"א סי' תתקנ"ו שמבואר דהוי תקנתא, אך בחזו"א ב"ב סי' ח' אות א' מבואר דההלכה ניתנה למשה בסני, ע"ש בדבריו המחודשים ביותר, וכבר הקדימו בקרית ספר פרק א' מהל' שכנים שכ' ונראה דכ"ז הוא מן התורה (וע"ש בהגהות), ולפי"ז אף הכא תליא בזה, ודו"ק.

ונראה וכו' ואין מכריחים אותו להשאר בשותפות עם הבע"ח. יל"ע דאין כאן "מכריחין", כי ע"י החלוקה אפי' בעל כרחו מ"מ יהיו לכל היותר בר מצרא ושכנים אהדי, אבל שותפים מאן דכר שמיה, וי"ל. אך לקושטא דמילתא, עי' בב"ק ח. ת"ר מכרו לאחד או לשלשה בנ"א כאחד בזה אחר זה כולן גובין מן האחרון, אין לו, גובה משלפני ע"כ. ועי' ברש"י בדה"ה גובה שהוסיף להלכה זו תיבה אחת, וז"ל: המותר משלפני עכ"ל, ואינו מבורר מה בא ללמדינו בזה. גם הרמב"ם פרק י"ט ממלוה ה"ה כ' בזה"ל, טורפין השאר משלפני עכ"ל. [ובאמת הטור והש"ע סי' קי"ט סעי' ד' השמיטו לתיבה זו, גם ברי"ף ליתא]. ואשר יראה בזה דאשמעינן דאע"פ שאינו אלא מעט ואפשר שאין שמו עליו מקלקלין נכס שלם כדי ליתרוף השאר ואין אומרים שוויתר חלקו על האחרון וצריך לגבות כולא משלפני. וזהו כוונת רש"י והרמב"ם דהמותר - איך שיהיה - טורפין ועיין. [וע"ע בכע"ז ברמב"ם זכיה ומתנה פ"י הי"ג, שהשמיט למילה זו דהשאר וצ"ע. ויש לי הרהורי דברים בזה ואכ"מ]. אך כמדובר על הא גופא פליגי הראשונים כמובא בציון לעיל.

וע"כ וכו' כלומר שיש בו חידוש היינו שהמלוה צ"י שעבודו יש לו דין שותף וכו'. עי' ציון הנ"ל. **והמגיד וכו' וזכ"ה הרמב"ן והרשב"א** בתשובותיהם וכו'. והנה נהי דדברי טעם הם וכמו שהוכחנו משאר דוכתי, מ"מ עינתי בשו"ת הרשב"א בפנים סי' אלף קמ"א והובא בדרכי משה ס"ק ק"א ס"ק א' ע"ש, ועוד ע"ש בלשון הרא"ש בתשובה, ולא נראה מלשונם דהוא בגדר שותפות ע"ש. ועי' מש"כ הש"ך סי' ק"ג ס"ק ב' בקיצור נמוך.

ש"ט פכ"ב

ומבואר וכו' דחלוק דין אפותיקי מדין שעבוד וכו'. וע"ע בבואר חילוק זה בחי' ר"ח הלוי פכ"א הל"א בד"ה והנה כבר הקשו, בא"ד נוראה לומר עפ"י"מ שפסק הרמב"ם וכו'.

ש"ט פכ"ג

אלא דקשה וכו' אב"ע בע"ה וכו' אין לו דין גביה וכו'. ועי' ברי"ף רמב"ן רשב"א נמוק"י דכל הסוגיא אינו אלא בדשויה ניהליה אפותיקי מפורש, אבל בלא"ה ודאי על הבע"ח להביא ראיה דהמציא מתכירו עליו הראיה. ולכאורה הקושיא הנ"ל דחקם לפרש כן, ונכון הוא, דמפטיה דסוגיא לא משמע כן, אלא שלא מצאנו בראשונים מפורש שכן הוא. אך המעיין בשו"ע (סי' קט"ז סעי' ה') יראה דע"כ פלוגתא היא, כי המחבר כ' סתם דעל היתומים להביא ראיה, וע"ז הגיה הרמ"א ויש אומרים דאם לא עשאו אפותיקי עליו להביא ראיה. דמוכח בהדיא דיש ראשונים החולקים וכפטיה דסוגיין. ועי' בש"ך שדקדק כן מהי"א של הרמ"א וכו' שכן הוא שיטת רמב"ם, ודקדק כן מהרב המגיד שהביא דעת הרשב"א והרמב"ן, וכנראה שלמד שחולקים.

(ולא כפטיה דהרב המגיד וכו' האור שמח דדעת הרמב"ם כרמב"ן הרשב"א). וכ"כ הלחם משנה שם (פכ"א מלוה ה"ז) דמסתמת דברי הרמב"ם מבואר דפליג וס"ל דאף בלא אפותיקי על היתומים הראיה. וע"ע בש"ך שם שפירש דברי הרי"ף לכוונם ג"כ לשיטה זו, וע"ע שם מה שצירף דעתם ולשונם של שאר ראשונים כן עד כי קבע הלכה כמותם. וא"כ הדרא קושיין לדוכתי. וע"ע שם בש"ך (כסף ברית) דאורבה פריך אראשונים דס"ל דאיירי באפותיקי "האיך סבר ר' חנינא למימר דעל הבע"ח להביא ראיה", ולכאורה היא קו' עצומה.

ולכאורה צריכים לחלק ולומר וכו' ור"י ס"ף דכיון דארעא לגוביינא קאי וכו'. לכאורה צ"ל כן ככוונת הש"ך (פסק"י ל"ג) שא"כ עמד בזה אלא שכתב בקיצור וז"ל: דהיא דמסיק שיעור ארעא ושבחא דינו ליטול הקרקע כולה, ונתן להם הוצאתם בדמים כו' א"כ סוף סוף השתא ארעא לגוביינא קיימא וכמאן דגביא דמי, דאפילו לפי דברי היתומים אין להם תביעה רק על הדמים, ודמי לאילן כיון שאין התביעה רק על הדמים דקוצץ ואינו נותן דמים, וה"ה הכא. עכ"ל.

ולכאורה וכו' ונחשב כאילו כבר גבה אותה. עי' כצ"ח הנ"ל. ולכאורה כ"ז תמוה דפלוגתת תנאים היא זו במס' סוטה כנודע (ב"ב כ"ה.) ובית הלל סברי לאו כגבוי, א"כ האיך נקטי אמוראי והפוסקים כדעת בית שמאי. שו"מ שכן הק' הוסיף שם בפירושו בד"ה בית הלל, וע"ש שחידשו דלכו"ע כגבוי דמי כשמודה הלוה. ולכאורה אישתימט הך תוס' מכלוא פוסקים כאן דהו"ל להזכירו. וכן מוכח ממה שאכתוב בסמוך (שי"ט פ"ק ד) וצ"ע ג.

ונראה וכו' ויתישבו בזה דברי רש"י. ואולי יתיישב רש"י גם מהקושיא אלימתא שהק' הש"ך (ס"ט) בסוף דבריו וז"ל: נראה לפרש הא דמדמי הש"ס לאילן, לא כמו שמפרש רש"י משום ממה נפשך, אלא דה"ק כמו באילן כיון דתחילת דינו הוא לקוצץ על בעל האילן להביא ראיה, ה"נ ארעא כיון דתחילת דינא לגוביינא קיימא, על היתומים להביא ראיה כן נ"ל ודו"ק עכ"ל. אכן שו"מ דבר זה שנוי להדיא במחלוקת ראשונים דעי' בשטמ"ק בב"מ שם שפי' דברי הגמ' כפשוטו (ומכ"כ הש"ך), "כיון דדינא היא לקוצץ מיד". אך הרמב"ן בשו"ת (סי' פ"ד) כ' בענין מלוה ולוה המכחישים זא"ז כמה הלוה על המשכון הוא דומה לספק עיר קדמה ספק אילן קדם ע"ש. וה"ל האבני נזר (תרי"ט סי' כ"ט ד"ה תשובה): מוכח מזה (מהרמב"ן) דלא משום דדינו לקוצץ מיד קודם הניתנה, שהרי אין המלוה מחוייב להחזיר המשכון טרם שיערענו עכ"ל.

ש"ט פכ"ד

והנה וכו' ודלא במש"כ התוס' בסו"מ [כהן] וכו'. ומכאן תמוה על הש"ך (סי' קט"ז ל"ג) שטרח וכתב כל דיוק ולשון שאפשר למצוא בדברי הראשונים דס"ל דמייירי אף בלא אפותיקי, ולכאורה הך תוס' בסוטה מפורש מבואר כן, ומצאתי בחו"מ סי' י"ב מש"כ הש"ך (סי' ק"ח) לתמוה על הבי"ח שכו' בנוגע להענין שם דעומד לגבות כגבוי, והשיג עליו הש"ך וכי קיי"ל בבית שמאי (נגד בית הלל). ולכאורה מוכח דג"כ השמיט מדבריו דברי התוס' הנ"ל. וכן תמה עליו שם הנחל יצחק (י"ב ב' ד"ה הנה) וצ"ע"א (ישבחון כ"ד פסקו בגמ' שם לא זכר הש"ר את התוס' על אחר) ומצוה ליישבו. וע"ע בתומים (קט"ז כ"ג ד"ה אמנם התוס' בסוטה) מש"כ בתוס'. וע"ע ב"ב ד"ה הלשון משפט יחונתן (צ"ח ע"ג) שהק' למה לא כ' הש"ס בסוגיין דשט"ח העומד לגבות כגבוי דמי, והרי לא אמרו אלא "משום דארעא לגוביינא קאי" וצ"ע. ואולי ח"א מתרצא בחברתה.

וכתבו התוס' בתי השני וכו' והוי משמש מנוני

גבך וכו'. וכנראה שהתוס' מסתפקים בזה, ואפשר דזהו הב' תירוצים. וע"ע תוס' ב"מ (ט"ז ד"ה כ"ג), נראה כמסתפקים בלוה עצמו אי מצוי לסלוקי בוזי לאחר שהגיע זמן. וע"ע בתוס' כתובות (נ"ה ד"ה הלשון) מש"כ לדמות ליו"ד לתוך שדה חבירו, ועי' בקובץ שיעורים שם (ראו ק"ט).

ש"ט פכ"ה

והנה כסוגיין מבואר דאין דין שעבוד וכו'. ותליא במחלוקת הראשונים בין הרמב"ן במלחמות והרמב"ם ודעמייה (וכמו שהבאתי מהר"ח).

ובהא וכו' כ' הנמוק"י וכו' יש פ"רש דהיינו מדין שיעור בהמכירה וכו'. וכלשון חידושי רבינו חיים הלוי (פ"ה סי' ח' ד"ה אלא דקשה מאד) וז"ל: ואשר יראה מוכרח בזה דכל מוכר באחריות וכו', דגביית הבי"ח היתה מהמוכר, דכן הוא דין

תנאי האחריות שטרפת השדה תתקיים בשיעור לגבי מוכר, ועל כן נהי דקודם שגובה אין המוכר בהשדה כלום, אבל כשגבה הבי"ח חזור הדין דגבייתו חשיבא מהמוכר ולא מהלווקח, ומשום דזהו דין תנאי האחריות שלו שהגב"י תתקיים מרשות מוכר וכו', וממילא דמועלת התנאת המוכר והלווקח שהמוכר יקנה גם השבח, ואינו מחוסר קנין כיון דעיקר ההתנאה היתה שהשבח בעיקרו היה שייך למוכר לגוביינא להבע"ח כגוף הקרקע עכ"ל.

ועי' מש"כ בזה הגר"ח אבא ברמז ז"ל בשיעורי הגוף התלמוד (כ"ב סי' ע"ג) דא"ל ללמוד דברי עינן דרך הנמוק"י שכ' "כאלו קאמו מוכר מן הלווקח", ולדברי הגר"ח ודאי לא קנאו מוכר מלוקח כלל ע"ש. וכן כתבנו בדברי הש"ך והגדולי תרומה לקמן ש"ט פ"ב ודאי לא ללמוד ע"ד הגר"ח (אלא ע"ד הנמוק"י) ועדיין צ"ע.

וע"ע נוסח מין ר' שמעון ז"ל בחי' לב"מ (סי' ט"ז ד"ה אמנם עי' וז"ל: ענין שעבוד נכסים מה שגובים מיתומים ולקוחות הוא משום שנשארו לפרט זה הנכסים של המוכר לענין תשלומי חובותיו וכו' עכ"ל, ע"ש (ב"ב אמנם אם יכיר) מה שהגדיר ענין גביית השבח לפי"ז. וע"ע מש"כ ר' שמעון ז"ל בקונטרס השעבוד (סי' ד' אות א' ד"ה אמנם לעי' מה שישד לענין זה דטירפת הנכסים מלוקח הוי כעין שיעור, וע"ש (ב"ב אמנם מה שהסביר ענין השבח בנוסח שונה קצת מרבו ז"ל, שכיון שיש למוכר עדיין בעלות אמיתי בקרקע כמש"כ, ממילא שייך ע"ז ג"כ 'ארעא אשבח', והיינו לענין זה שיוכל לשלם בזה את חובותיו, ע"ש. והנה עי' בגליון הגאון ר' שמואל רוזבסקי לחי' רבינו חיים הלוי הנ"ל שכ' להשיג דא"כ למה מדמה הש"ס (כ"ב ק"ח) להא דדאקני קנה ומכר, הא שאני שעבודים דהוי קנה ולא מכר. ושורר שתמה כן החזו"א בגליונותיו על הגר"ח. אך בחי' הגר"ש הנ"ל להדיא עמד ות' דבר זה ע"ש. אך צ"ע אם יעלה ארוכה גם בדברי הגר"ח עצמן. וראה מש"כ כבר רבינו פרץ בענין זה בב"מ (פ"ה ד"ה כ"ג) וז"ל: ות' מורי הה"ר פרץ וכו' דסד"א כיון דהמכר מכר עד שעת הטירפא, א"כ כי אשבח ברשות לוקח אשבח, שהרי עדיין היה שלו, וא"כ אמאי אית לן למימר דבי"ח גובה, הא אין לו לבי"ח שעבוד כלל כיון דהלווקח יהא נפסד, ומשו"ה ס"ל תדע, פי' וכו' דלא מהפסיד לוקח מידי עכ"ל. ועי' בדברי הגמאדיר וע"ע בשטמ"ק הובא בשמו.

ובהא וכו' וצריך לומר דאינו משייר וכו' אלא פ"רע קמן וכמו שפצינו בב"ק (פ"ה) וכו'. אולי פ"י זה סיוע ותבלין להגר"ח ז"ל, ואולי הוא אופן שונה קצת ויש לעיין. ועי' עוד במש"כ הרמב"ם (פכ"ג מה"ל פכ"ה ה"ז) בענין מוכר קרקע לזמן ובענין מוכר קרקע לפירותיה.

ובהא וכו' כמו כן נמי הכא וכו' אלא ששייר פ"עצמו בעלות וכו'. כבר כתבנו בענין סוגיא דב"ב (ק"ה) בקנין פירות וקנין הגוף גדולי תקיפי קמאי לא ס"ל דתורת שיעור בקנין מהני

לגבי כולא קנין פירות וכיו"ב, ע"ש שהבאנו מפסקי הגרע"ק והבית מאיר והנתה"מ ולהוכיח דבר זה, ולדעתם לא נהירא לומר שיעור בקנין שבח ככה"ג, ויש לדון בזה, אך כבר ידענו מרבותינו בתראי ז"ל שחלקו על עיקר זה, הלא המה מרן ר' שמעון ור' אלחנן ז"ל והקהילות יעקב (בב"מ ר"פ המפקיד), ולדעתם שפיר י"ל פירושו זה. ודע עוד שע"י לעיל בסמוך שציינתי לדברי הש"ך והגידולי תרומה ש"גכ מוכח להדיא שלא פירשו ענין השבח מתורת שיעור בקנינא אלא שחזרו וקנאו וכיו"ב ע"ש. וכנראה שהם הולכים בזה כרבותינו כמ"ק וא"ת והלא הולכים בפנים מגמ' מפורשת בב"ב (פ"ח): "חוק משלושים יום" דמוכח דשיעור המכירה ככה"ג מהני, י"ל דלא נתכוון הש"ס לומר באופן שאינו מועיל, אלא הוי שיעור בהשתמשות בעלמא. וכ"כ בקובץ שיעורים שם (את ע"י) בדעת רש"י ד"ה חוק. וע"ע באור שמח (פ"ב גניבה ה"א ד"ה בנ"מ) שכן הוא דעת הרמב"ם בזה (ע"ש שביאר שאין כאן שום שיעור בשעת הלוח הפכיות), וע"ע בלחם שנינו שם. ולולי דמסתמינא אמינא דעיקר קנין חידוש הגר"ח ותלמידו בענין שעבודים דהוי שיעור במכירה מיוסדת לשיטתם בעלמא דמהני שיעור בקנינא, ואילו כל המפרשים (ובפרט הש"ך) וסתמא דאחרונים ז"ל, א"א להם לפרש כן לשיטתם וצ"ע. שוב ראיתי מש"כ החו"א להשיג על עיקר חידושו של הגר"ח (בהשגח א"י פ"ט ה"ל"ח) וכו' ע"ז "אי אפשר לשייר שיעור דברים בעלמא" ע"ש, ולכאורה שורש פלוגתתא כמש"כ.

ש"ט פכ"ח

ונפק"ט וכו' לפסק הלוקח בדמים כנגד הוצאותיו. וע"ע בקצה"ח (פ"ט קט"ז סי' ב' ד"ה אמנם בסו"ד) במש"כ בזה (בכענין) וע"י בחי' ר' שמואל ב"מ (י"ט), מה שהשיג והוסיף עליו. וע"ע בעין המשפט (קט"ז י"ב) מה שהמשיך היריעה בזה.

ונפק"ט אם יבול בע"ה לפסק הלוקח וכו' הוצאותיו וכו'. וע"י בש"ך (בס"ק ל"ה) לגבי ליתומים שכי' דאע"ג דבע"ח צריך לשלם ליתומים ההוצאה, מ"מ דמסקי שיעור ארעא ושבחה אין יכולים לומר הב גריוא דארעא שיעור הוצאה ע"ש. ולכאורה צריך להבין הטעם כיון דיכולין לסלק בזווי למה אין יכולין לומר הב גריוא דארעא וצ"ע. וע"י בספר אגודת אוזב (ש' בסוגיא דשבח את י"ח) מש"כ בזה.

ובטעמא דמילתא וכו' דכל יורד אינו קונה שותפות וכו' ממוני גבן וכו' אכן הלוקח וכו'. אך באבי עזרי פכ"א ממלוה ה"ו (ט"ס ס"ב כ"ה) ד"ה והנה, מבואר שלמד בכל לוקח שדנינו כיורד לענין זה ע"ש "וכשהוציא מעות עליה חשבינן כאילו מעות שלו בתוך השדה זו", "הדין שהבע"ח נוטל ומסלקו בזווי זהו משום שהקרקע משועבד לו ומשלם לו עבור השבח, והר"ז כמו שקונה ממנו את השבח, ואף ההוצאה מה שהוציא וכו'" ע"ש וצ"ע. וע"ע בחסד ומשפט אשירה (קט"ז אות ב' ד"ה ונראה) וז"ל: דבאמת מעיקר דין יורד לא היה צריך הבע"ח

לתת את ההוצאה ללוקח, משום שאין ללוקח דין יורד לשדה הבע"ח, ההשדה אינה שדה הבע"ח ולוקח ברשות עצמו אשבח. ומה שהבע"ח גובה את השבח א"י"ז מכת שמקבל את השבח מהלוקח, אלא מכת זו שהשבח הושבח בשדה המוכר או עבור המוכר, ולבע"ח יש לו זכות גבייה על המוכר, וא"כ הלוקח יורד לשדה המוכר ולא לשדה הבע"ח, ואין על הבע"ח ליתן לו את הוצאותיו, ומה שאמרינן וכו' שהבע"ח היה צריך לתת את ההוצאה ללוקח, זה היה משום ששעבוד הבע"ח לגבות את השבח היה מוגבל לחלק השבח שאינו כנגד ההוצאה ולא לחלק השבח שכנגד ההוצאה וכו' עכ"ל. וע"ש מה שיישב לפי"ז קו' הקצה"ח (פ"ק י"ז) על הרמב"ן ועוד. וע"ע באבן האזל (כאן בסוף דבריו ממש) שרמו להדיא לסברא זו בענין ההוצאה ודו"ק.

ובטעמא וכו' נופל הוצאותיו מנוף הקרקע שהיריקנה כנגדם קנין גמור וכו'. ולכאורה מכאן ראי' דדין אומן קונה בשבח כלי אמור אף בקרקע, דכבר דנו בזה באחרונים, ע"י ח"י ר' שמעון שקאפ ז"ל (כ"ב סי' א' אות ד) שהק' ע"מ שדן הש"ס במקרקעין את חבירו מדין זה ונהנה וזה לא חסר, דנימא אומן קונה בשבח כלי שהשיבח שדה של חבירו, ומה לי כלי ומה לי קרקע. וע"ש שהביא מספר בית שלמה (י"בניס) הרב הגאון הצדיק רש"י זצ"ל) שמוכיח דבקרקע ליכא דין אומן קונה בשבח כלי, וע"ש שדחה ראיותיו. ובאמת כבר הקדימם הנתה"מ בשאלה זו, ע"י סי' ש"ו סוף ד' ד"ה והנה בקרקע כה"ג וכו' ג"כ י"ל בו אומן קונה בשבח הקרקע וכו'. וע"ש שמוכיח כן מהסמ"ע (סי' שע"ה סי' ק"י), והרי להדיא כמו שכתב בפנים וכמו שהביא לזה ראי' גם מהתוס' (ב"מ ק"ה), שו"מ מש"כ הגאון ר' יצחק אלחנן ז"ל בספרו שו"ת ע"ת יצחק (אבה"ש סי' ע"ז ענף ג' אות י"א) ואגב חביבותיה אעתיק תוכן דבריו וז"ל:

מצינו (דף ט"ו) בסוגיא דשבח בגזל או בקנה שדה גזולה והשיבחה דאינו נוטל רק הוצאה מן הגזול, אבל גוף השבח שייך להגזול וכו', וקשה דאמאי לא אמרינן בזה אומן קונה בשבח כלי וכו' עכ"ל. הרי להדיא שלמד דכרכינו ש"קנה כנגדם קנין גמור" ודו"ק (וע"ע כמילואי משפט שם על הנתיבות מה שדן בזה בעין 29 ומה שהביא עוד מקורות לזה. וע"ש ראיות חדשות ליתור זה). שו"מ שמרן ר' איסר זלמן ז"ל ג"כ הבין בפשיטות דאין שום חילוק בין כלים לקרקע, ומקור דבריו הלא הוא סוגיין גופא, (ע"י אבן האזל פכ"א ממלוה ולוה ה"א ה' השני ד"ה ואמר שבאורו) שמדמה דין יורד כאן לסוג שבח כלי שאינו נקנה לאומן ע"פ סוגיא דב"ק דף ק"א. וע"ש ראי' אלימתא וסיכום לדבריו שם בדי"ה ועכשיו. נמצא רוב חכמי ישראל סוברים אומן קונה בשבח אף בקרקע. וע"י בשו"ת בית יצחק יו"ד ח"ב בקונטרס אחרון סי' ה' א' שהביא מש"כ אליו הרב השואל שם דנקט מסברא דאינו קונה בקרקע, וכו' עליו ויפה כתב. אלא דע"ש ותמצא שוברו

בציודו שהק' ע"ז קו' אלימתא מהש"ס ב"ק (צ"ט) ומהתוס' שם (ד"ה בשליח) ולא מצא אלא תי' דחוק. ולולא דמסתמינא הו"א דאפילו תי' דחוק לא הוה, דודאי לא היו מניחים בעלי התלמוד אפשרות זו להסיק הלכה מפורשת באומן גבי קרקע ע"ש והבן.

ולפי זה וכו' ולמה לא חש הרמב"ם להזכיר וכו'. וכנראה שעמד בזה במרכבת המשנה (כ"ה) בתוך דבריו "אולם המסתכל בלשון רבינו וכו'" וע"י בסמוך.

אולם לפמ"ש וכו' ולכן לא הזכירו הרמב"ם וכו'. ובהו השקט הרעש שהתעורר הפנים מאירות (ח"ב סי' מ"ו ד"ה וכן ראיתי) שהביא לדברי הרמב"ם האלו בספיא עם דברי הרב המגיד, ותמה עליו וז"ל: ותמה אני דהרי אדרבה דדין זה דלא כהוראת הגאונים, דבשלמא לדעת הרמב"ם דפסק דנוטל חצי השבח בלי הוצאה, ע"כ שפיר לאחר שחלק בקרן בשוה והשבח מאה וחמשה וכו' (ע"ש שפירוש חשבון החלוקה), ואין אנו צריכים לדחוק שהוא מפרש אליבא דגאונים דא"כ למה לא ניתן ללוקח הוצאה תחילה. ודוחק לומר דקא חשיב מלבד הוצאה, עכ"ל הפנ"מ. ולפי הנתבאר הוא כפתור ופרת.

ש"ט פכ"ח

אולם וכו' שנובער שניהם כמו לזה ולזה וכו'. וכמש"כ הש"ך (פ"ט קט"ז י"ב) וע"ש מה שהביא מהגדולי תרומה בזה, הובא בסמוך לקמן ש"ט פל"ב.

אולם וכו' ושפיר כתבו הרמב"ם והמבחר שנסתתפו שניהם. משמע דלאחר גבייתם חל שותפות ביניהם ויל"ע בזה. וע"ע מש"כ בזה (לייבש הלשון) לעיל ש"ט פכ"א ע"פ מש"כ בפנים שם ד"ה ונראה וכו' אכן אין מכריחים אותו ע"ש.

ש"ט פכ"ח

ומבואר וכו' יבול ליוצא שבח בשני אופנים וכו' ונפק"ט בין שני האופנים וכו'. וכ"כ ר' איסר זלמן ז"ל כאן (בדי"ה ונראה). ואף ע"ש נוסח אחר ביישוב הקו' דכבר קדם בזה בחידושי רבינו חיים הלוי בסוף ה' מלוה ולוה (פכ"א ה"א ד"ה והנה כבר הקשו) וז"ל: וכבר עמדו המפרשים כביאור דעת הרמב"ם וטעמו הכא, אכן נראה דדברי הרמב"ם מיוסדים לפי שיטתו (ע"ש ד"ה והנה קשה בא"ד ונראה לומר וכו' והנה הר"ף בסוף דבריו ע"ש שכי' תמצית הדברים) דכל דיכול לומר ארעאי אשבח את הרי הוא חשוב בע"ח מוקדם, א"כ גם כל השבח היתר על ההוצאה הרי הוא של בע"ח האפותיקי, כיון דבאפותיקי הרי אמרי' ארע"י אשבח, ואך דכנגד ההוצאה הרי לא שייך ארע"י אשבח, ועל כן הוא בזה כשאר בע"ח, ובוהו הוא דהוי דינו כלוה ולוה וחזרו וקנה דשניהו חולקין עכ"ל. ומבואר דיש ב' אופנים לגבי השבח, אבל לא לגבי ההוצאה, דלוה יש רק אופן א', דהיינו כשאר בע"ח.

וע"ע באור שמח כאן שחישב ג"כ חשבון

זה דיכול לגבות כטוב לו, אך בתוך דבריו הוסיף "ודאי לא גרע אפותיקי דבמה דעשה אפותיקי יפה כחו, אבל לא כוון להרע כחו מדין כל בע"ח דעלמא וכו'" וע"ז למחלמה הוצרך לזה, ואמאי לא כ' בפשיטות וכמשי"נ. ואפשר דס"ל דבעלמא אין אפותיקי כמו שעבוד דבע"ח וכבכלל מאתים מנה, אלא בריה אחרת וככר"ע בפנ"ע, וע"ז הוצרך ר' מאיר שמחה ז"ל להוסיף קטע זה, ועיין. וכ"כ התומים (פי' קט"ו ס"ק י"ז) ע"ש ביתר ביאור ש' דזהו גופא חידושה של הרמב"ם דבעצם הלוקח יכול לטעון ממה נפשך אם קרקע שלך השביחה חזרו לי הוצאתי, ואם אתה כשאר בע"ח טול רק חצי ולמה תיטול כל השבח ולא תתן לי ההוצאה, ולזה ס"ל להרמב"ם דהברירה ביד המלוה וכו' ע"ש. וצ"ע לדברים אלו האר"ש שם. ואלא השיג על מה שסיים שהו"ל להרמב"ם לסיים שחזור וגובה מהמוכר אף ההוצאות ואולי הוא טעות סופר וכו' ע"ש מה שיישב.

ועי' באבי עזרי כאן (ד"ה ונראה בביאור) שג"כ פי' ע"ד הנ"ל ביתר ביאור ולבסוף סיים שראה כן באור שמח [ואולי ראה דבריו טרם שכתב כ"ז]. וכ"כ הנחלת דוד ב"מ (טו: ד"ה דבריו בבורים) ע"ש שג"כ מצאה אח"כ בתומים, וע"ש שג"כ השיג על סוף דבריו וכו' מאיר שמחה ז"ל. וע"ע בקהילות יעקב סי' כ' מה ש' בדעת האחרונים הנ"ל ומה שהסביר דעת הרב המגיד, וע"ש עוד בארוכה בשיטת הרמב"ם, (וקצת מדבריו הרי הם כתובים על אבן האזל). וע"ש במה שהסביר עוד בכל זה והוסיף הלכתא גבירתא בסוף דבריו. נמצאו ששה שנתכוונו לדבר א'. ועי' בגליונות החזו"א לחי' הגר"ח הנ"ל, ולכאורה השגתו קיים נגד כל האחרונים הנ"ל וצ"ע.

אכן מובא וכו' הו"ל כתוב וכו' כמו שמהפך בגמ' שם. וכן ה' הלחם משנה כאן (בקי' ראשונה), וכבר עמדו כזה רבותינו הראשונים, עי' בשמ"ק ב"מ טו: (ד"ה וכתב הרמ"ן בא"ד להרמב"ם), ועי' במיוחס לריטב"א שם (דו: סוד"ה דאמר שמואל) ש' דס"ל להר"ע כמהדורא דברא דרב אשי (בב"ב קנ"ו): ע"ש. ועי' במרכבת המשנה שהשיג ע"ז וכ' שכולא סוגיא דב"מ אזיל כמהדורא קמא ושלא אליבא דהלכתא, ע"ש בארוכה. אך עי' בספר אבן ישראל (על הרמב"ם פ"א ה"ז ד"ה ובחידושי ר"ת הלוי) שהביא לדבריו הריטב"א להשיג על הגר"ח, וכ' שכבר כתב כן בדעת הרמב"ם, ודחה זה. וע"ש עוד חבילות של קושיות, ומה שיישב לדרכו, ובמה שביאר שיטת הראב"ד והרמב"ן בזה, וע"ש בתחילת המאמר במה שהתחיל ע"פ דבריו האבן האזל הנ"ל (וכ' שכבר קדמו התומים), והשיג דדבריהם אינם אלא להגירסא שהרמב"ם אזיל לשיטת החכמים גדולים בהלכה א' וגם סתם בע"ח אף שנוטל חצי שבח מ"מ צריך לשלם ההוצאה מהחצי שבח, אך לפי מה שהסכימו הפוסקים (עי' ש"ך סי' קט"ו טו) דהרמב"ם אינו סובר כן צ"ל באופ"א,

ולענ"ד לאו דבר מוסכם הוא, עי' ביאור הגר"א שם ס"ק י' "ולא החליט שם (הרמב"ם) בהחלטה גמורה אלא שכתב דברים של טעם וכו'", ואת"ש דברי התומים ור' איסר זלמן], וע"ש דברים נפלאים ב"ה ואשר יראה בזה ובמה שידס בתוך דבריו "תרי גוויי שעבוד" (א) שעבוד לגביה (ב) ודין שעבוד קנין. וע"ש שחי' לפי"ז דתרי גוויי ארעי' אשבח איכא.

שם וכו' ועוד קשה וכו'. וע"ע בחי' ר' שמואל ב"מ (י"ט א) מש"כ בזה להשיטה דכל בעל שעבוד יש לו ארעי' אשבח (הרמב"ן ד"ל). ויתר ע"ז כן וכו' בהשג' הראב"ד ובמ"מ ובפ"ח שנתקשו בדברי הרמב"ם. ועי' בש"ך סי' קט"ו ס"ק כ"ז ש' שעל כן לא הביאו המחבר את דברי הרמב"ם, וכ' דמה שיישב הלח"מ את דבריו אין דבריו נכונים כלל. אך כנראה כל רבותינו ז"ל הבאים אחריהם מצאו דרך סלולה בדעת הר"ם וכאשר ציינתי מהם. (אך בביאור הגר"א ס"ק כ' כ"ז "ולא החליט שם בהחלטה גמורה אלא כ' ודבריהם של טעם כו").

ונראה דהרמב"ם פ"ג ע"ז דברי התום והרא"ש וכו'. ודלא כהלחם משנה שפרש הרמב"ם ע"ד התום והרא"ש ע"ש. אך כבר השיג עליו האבן האזל בקו' עצומות (בפכ"א ה"י [וסיים וצ"ל ה"ן ד"ה כתב]), ואולי לזה נתכוון הש"ך הנ"ל שכדחה את דבריו. וע"ש ב"ה והנראה בזה, יישוב נפלא ע"פ יסוד שי' הרמב"ם במכירת האפותיקי בפרק י"ח הל' ד', וע"פ הל' מכירה פכ"א הל"ו בגדר מכירה לזמן, ודרכו כעין משנת' כאן.

ונראה וכו' ולמד דבריו רש"י שם והחוקק ע"ז תוס'. ובאמת שי' רש"י נכבד' במחלוקת ראשונים שנויה, דהרמב"ן והרשב"א (ועוד ראשונים ע"י שמ"ק) פי' שחולק וס"ל דאפי' באפותיקי אין בע"ח גובה יותר מחובו. אך הר"ן (ד"ה את) והנמוק"י שם פי' דרש"י מודה למסקנא דבאפותיקי גובה גם משבח היתר, וכן הוכיח האמרי בינה (בב"ב סי' כ"ה ר').

ומה וכו' אכן שעבוד אפותיקי אלים כ"כ שהוא מתפשט אפי' לשבחה דמחמת הוצאה. אך בחי' הגר"ח (פשיבאח"ל לעיל) לא למד כן בנקודה זו, אלא כ' דיש לבעל האפותיקי ארעי' אשבח, וכל שיש לו דין זה חשיב שעבודו מוקדם. וממילא מש"כ הגר"ח בהמשך דבריו דאין ההוצאה משתעבדת מכה זה דל"ש עליה ארעי' אשבח ממילא הוי כסתם בע"ח. ומבואר דדרך הגר"ח באלימות שעבוד אפותיקי אינו מכה 'אלימות' השעבוד, דאי לא תימא הכי גם כנגד ההוצאה יהיה משתעבד. ויש לדון בזה. שו"ר באבי עזרי כאן בסוף דבריו (ד"ה והנה) שכנראה למד שלא ע"ד הגר"ח ז"ל אלא כמשנ"ת. ועי' בנחלת דוד (טו: ד"ה ולענ"ד ד"ה כלא דפילתא ד"ה ופנתה) דרך מהודשת בביאור גדר הענין להסוברים שנוטל שבח יתר על היציאה ויתר מחובו. ובקה"ק ציין לזה וכ' עליו שהוא פי' חדש ונחמד. עכ"פ בחי' הגר"ח יש קושיא מובלעת בתוך דבריו וז"ל: והא דכנגד

ההוצאה משתעבד לבע"ח, ואף שהוא גופי' של הלוקח, הוא משום דדעת הרמב"ם דגם באפותיקי איתא להך תנאה דנאא איתום וכו', ועל כן הרי הוא משועבד לבע"ח, וחלוקין הבע"ח והלוקח כמו שאר בע"ח, וזהו שפוסק דגובה הוצאתו מדמי חצי השבח, ומיושבם היטב כל דברי הרמב"ם עכ"ל. והרי למש"כ בפנים אין מקום לקו' הגר"ח ז"ל, וממילא גם דרך תירוצו שונה ודו"ק. אך כבר השיג החזו"א ע"ד רבינו חיים הלוי אלו ועל שאר דבריו בסוגיין וצ"ע.

ונמצא פ"ז דבאפותיקי אית ליה לבע"ח ב' שעבודים וכו'. ועי' מה שכוונו לזה הדרך רבותינו האחרונים הובא מדבריהם לעיל בסמוך בריש פרק זה, אך כמבואר דרכים שונים לכל א' וא' כמו שביארתי במקצת.

שם וכו' דיכ"ז לשעבד נכסים קודם חלות החיוב. ומצאתי בחזו"א (עי' ב"ק סי' ט"ז ס"ק טו) שחיבאי ג' מקורות ליסוד כזה דשעבוד נתפש גם קדם החיוב בפועל"א, כמו שמצינו בנכסי הבעל משועבדין לכתובת אשתו, אע"ג דלא נתנה כתובה לגבות מאתים, מ"מ כשנתאלמנה או נתגרשה גובה מן הקלותות ודנשתעבדו הנכסים משעה ראשונה. (ב) בב"ק (ק"ב). דשומר אשתעבדו נכסיו משעת משיכה אע"ג דהפקדון עדיין בעין. (ג) בשעבודא דרבי נתן. והא דאמרו הראשונים דלא אמרינן שעבוד זה כשיש נכסים להאמצעי, (והשיג עליהם הש"ך נ"ס פי' ז), כוונתם שאין החיוב חל בפועל לשלם משעבוד דר"נ כל זמן שאפשר לגבות מהאמצעי, אך כשנאבדו ונגמרו נכסיו נאסר לתובע מכת שעבוד"נ משעה ראשונה, ואין נפטר (הלוח) אם שילם להאמצעי ע"ש, עכ"ד.

ויש להוסיף עוד מקור, בב"ק כב: בענין אשו משום חצו, עי' נמוק"י במי שזרק חץ ומת קודם שהזיק, כבר נשתעבדו נכסיו משעה ראשונה, וגובים מהיורשים, דנכסים משועבדיים ירשו. ופלא אין השמיט מרא דכולא לתלמודא מקור זה הידוע לכל בר בי רב. (ובאמת בחי'ם בליקוטם סי' י"ב כ"א הביא החזו"א לדברי הנמוק"י אלו וכ' עליו דטעמי' כטעם השי"ם בב"ק ק"ב. הנ"ל. אך ע"ש מה שהק' ע"ז. שרי"מ בחזו"א בב"ק סי' י"ד ב"ק י"א שגי' הק' על הנמוק"י מהירושלמי גיטין ריש פ"ה בחפר האב בור והזיק ומת ואח"כ נפל נכסים ליהורשים גוה"כ ונשתעבדו, והק' והלא לתנמוק"י אף אם הזיק אחר שחייב יע"ש. ובקפ"א דרבנו בדברי הירושלמי הלאה. וע"ש בסו"ד שגי' צ"ל ב"ק ק"ב. עכ"פ מוכן למחלמה החזו"א מקור זה). ואולי דשאני אש דאין חייבים עליה מן הסבאא גרידא, אלא מגזה"כ ד"כ"תצא אש שלם ילם", וכמו שדקדק הנמוק"י. וגם מראשונים אחרים מבואר דחולקין ע"ז, עי' תרומת הכרי (פי' שצ"ב ד"ה א"ך).

שם וכו' קודם חלות החיוב. וכ"כ הצפנת פענח אודות שור תם מגופו משלם דלכו"ע אין חלות החיוב אלא בהעמדה לדין, וכע"ז מיתאמרא בשם הגר"ח ז"ל, וכ"כ תלמידי הגר"ח בשמו בתלות חיוב כתובה, עי' כתבי הגר"ח כתובות פא. ובהערות בדפוס חידוש.

ואפשר דכן הוא עומק כוונת התוס' ריש פרק אע"פ ע"ש, ואפשר דזהו באמת הסברא כאן באפותיקי באחריות הלוקח.

בוזה חלוק שעבוד אפותיקי משעבוד תמם.
ועל כרחק הגר"ד החולק על הרמב"ם ס"ל דלא חלוק (כל כד), ועי' מש"כ הגר"ח בזה שם בסוף דבריו והנה הרב"ד וכו' וחולק על הרמב"ם בתרתי וכו' ע"ש. וביתר ביאור באבן ישראל (פכ"א הייטש וצ"ל הי"ד ד"ה ובהשגחה א"א וכו'), וע"ע באבי עזרי (כאן ב"ה גוראה).

ש"ט פ"ה

ומה שבי' דלא תק"ח וכו' אין כוונתו בזה וכו' א"א כוונתו לומר דסברא בעלמא היא וכו'. ובוזה טרה תלונות מן ר' שמעון ז"ל בקונטרס השעבוד (פי"ד אות ב' ד"ה ועינין בקעתי"ח סי' קט"ו ג) ע"ש שמעתיק דברי הקצות, וסיים וז"ל: ודבריו דחוקים, דאם היא תקנה בלא טעם אמאי גובה רק חצי שבה, ומאי פשיטא להו להש"ס בכ"ב להקשות מדין שבה לדאיני עכ"ל. ולפי מש"כ בפנים אתי שפיר דאינו תקנה בלי טעם, וכמש"נ. (ואת"ש גג מה"ב ריעין). ואגב, דרכו של ר' שמעון ז"ל שם (ב"ה אמנם) מיוסד ג"כ על יסוד שכי' דודי המחבר שליט"א במק"א ואבאי תוכן דבריו וז"ל: אמנם לדברינו ודאי לא שייך שיהיה שום זכות בשבח להמלוה השני, דכיון דכל עיקר הזכות למלוה א' בשבח הוא משום דנשאר להמוכר קנין בקרקע שיהיה שלו על פרט זה לפרוע חובו של המלוה שזכה בשעבוד נכסים קודם המכירה, זהו רק לגבי המלוה א', אבל זכותים אחרים שהם כנגד בע"ח שלאחר המכירה הוא יזכה המוכר ללא, דלכל דבר חוץ מהזכות הנ"ל היה השדה לגמרי של הלוקח, והשבח שזוכה בו הלוה אינו זוכה בו רק לפרט השיור שנשתיירה לו גוף הקרקע, וכיון דלבעל חוב השני אין לו זכות שעבוד בגוף הקרקע, ממילא אין לו בשבח המוכר כלום, וזה פשוט, עכ"ל דבריו המאירים. ועי' במילואי חושן שם (צ"ח 67) שרדק מהממוקי והריטב"א דלא כשיטת הקצות, אלא דמעיקר הדין נשתעבד השבח ולא מתקנה ע"ש.

ומה שבי' דלוקח וכו' דאין דבר אחראי למכירת עצמו. מרגינתא יש כאן, ובוזה יובן מה שלא הבינו תקיפי קמאי נ"ע בשיטת הבית יוסף כאשר יתברר בע"ה. דהנה קיי"ל שאסור להשאיל בהמתו לעכו"ם לשבח כיון דמצווה בשביחת בהמתו (ע"פ א"ח סי' רמ"ו סי' ג), ונחלקו הראשונים (בסעי' ד') האם בקבלת כל האחריות נחשבת בהמתו של גוי ומותר, או רק שהגוי יכול למוכרה אם ירצה, ובקבלת אחריות לחור א"א למוכרה (אסור). ועי' (בסעי' ה') שכי' השו"ע עצה להתיר וז"ל: ואם ילוה אותה (הבהמה). ואינו מוכן למה חשבי הלוואה, הרי מכירה היא. עיי' בשולחן ע"ז שטיט סי' א' סיני כ"ה ב"ד וזהו ס"ק כ"ג, ומכירה צריכה קנייני. וזה מסתכן בעינינו, ועיי' הלוואה הבית בלא אופן. ובספר זכרון יוסף סי' קפ"ו ב' שעיי' הלוואה יכול העכו"ם להחזיר הבהמה אם רוצה, משא"כ במכירה חייב כבר לשלם מעות דוקא וצ"ע) לאינו יהודי בהלוואה גמורה

שיהא רשות בידו להוציאה וכו', ויש מתירים אפילו לא היא רשות ביד האינו יהודי להוציאם, ע"י שזיקוף הדמים על הא"י במלוה ויחזור הא"י ויעשה אפותיקי לישראל עכ"ל, וע"ש היטב. ובפשוטו עצה זו של הש מתירים היינו לכו"ע, ואף להאוסרים בסעי' ד', דשם מייירק באחריות בעלמא וכאן איכא הלואה גמורה. אך ע"ש בבאור הגר"א (סי' כ') וז"ל: כו' כסברא ראשונה (יש מתירים) דסעיף ד' עכ"ל. ולכאורה תמוה דלא קרב זה אל זה. ובאמת כבר כתב כן הבית יוסף סוף סי' רמ"ה

(ד"ה ס' כ"ד) שהביא שם גוף הלכה זו מתשו"ב הריצב"א (הובא בהנהגת מיימוני פ"כ אות א', ובאשרי סוף עבודה זרה סי' כ"ד) וכו' עליו בזה"ל, ופשוט הוא שדברי ריצב"א שהתיר אפילו אין רשות בידו להוציאם, כדעת המתירים עכ"ל. וע"ש שהכריע מכח דבר זה שעיקר כהמתירים ולא כהאוסרים (מאתר שמכר הפוסקים ראשונים על ריצב"א ז"ל). ויצאו כנגדו כיתות של רבותינו קמאי ז"ל, אבל מאוד נפלאתי על גברא הב"י שאגב שיטפיה לא דק בדברי הריצב"א (לשון הפנים מאירות שאלה א"א). "ואני תמה על זה" (משנה ללך פי"ד שבת ה"ט"ו). "לא דמי זה לזה" (תוס' שבת שם סי' ג'). "דשאני כשזקף במלוה יש רשות בידו להוציאה אלא שחזר ועשה אפותיקי" (לשון האלהי רבה סי' ג'). ולכאורה צע"ג להבין כוונת הב"י והגר"א ונימוקם. ועי' הלכה ברורה להגר"ד דוד שליט"א בן הגאון רבי עובדיה יוסף ז"ל (כס"י זה ובהוצאה החדשה תשע"ד ח"א עמ' רפח) מש"כ בזה.

אך לפי מש"כ בפנים כאן יראה לפרש "דאין דבר אחראי למכירת עצמו", ר"ל נהי דהבהמה ניתנה להעכו"ם בהחלט ויכול למוכרה בעצם מצד גוף המתנה או ההלוואה או המכירה, ורק מדין צדדי מעוכב עליו זכות זה, והיינו שנעשה אפותיקי "ואין לו עליה אלא שעבוד בעלמא" (כלשון השו"ע הרב שם סי' ט"ו), מ"מ סברי הב"י והגר"א דזה מפריע לגוף המכירה, דטוף סוף ועשה "אחראי לעצמו" מאיזה טעם שיהיה, ולפיכך אכתי יאסר לדעת האוסרים (בסעי' ד'). וכבר מצינו דוגמת דבר זה בש"ס למ"ד מתנה ע"מ להחזיר לא שמה מתנה, ע"י קידושין (ו: א' יא' קס"ב מתנה עמ"ל לא שמה וכו'). ואע"פ שכו"ע מודי דהנאי הוא פרושה מפורשת בתורה, ואפילו הכי לא מהני משום דהוי כביטול המעשה ועיכוב בהנתינה מאחר שצריך להחזירו. ע"ש בחי' הריטב"א שם לקמן (כג'). בענין ע"מ שאין לרבך רשות בו, דלא מהני לר"מ משום דהוי שיור בהנתינה וכנ"ל. וכ"כ בחמדת שלמה (ו: בתוס' ד"ה לא תחזירו), וע"ע בנתיבות מרדכי (להגרי"מ גיפטר ז"ל עמוד פ"ה) בשם הגר"א בלאך הי"ד בקיצור נמרץ. והכא נמי בהתנה עם העכו"ם שתהיה הבהמה אחראית להחוב של המכירה, הרי הוי קצת שיור בהמכר. (ועודנו בזה ידירי ר' יעקב ישראל גרוסקין שיחי').

שוב ראיתי סברא זה מפורשת בש"ס עי' מס' בכורות טז: ובמס' ב"מ ע: וזהו תמצית

הסוגיא, גוי שמכר לישראל בהמות וקפה עליו הדמים במלוה לעשר שנים איתא במשנה דפטורין מן הבכורה. ואמר רבא בטעמא דמילתא דאילו אתי עכו"ם ובעי וזוי ולא יהיב ליה פנים לה לבחמה ולולדותיה מנצא יד עכו"ם באמצע, ע"כ למסקנא. ולכאורה תמוה, וכמו שתמהו הפנים מאירות ודעימיה על הבית יוסף, דהרי הוא דין צדדי וזכות בעלמא שיתפוס בהבמות, ואפי' את"ל שיש לו שעבוד ע"ז, מכ"מ הוא הוי דין נוסף ומצד המכירה יצא מרשותו לגמרי. ויותר מזה תמהו הרבה ראשונים ע"י תוס' ב"מ (ע: ד"ה א') ובתוס' הרא"ש (שם) ובחי' הריטב"א (שם) ובתוס' בכורות (טו: סוד"ה אין) ותוס' פסחים (ו: ד"ה התם) ועוד, מגמ' מפורשת בפסחים שם, דאמר רבא גופא דחייב בבכורה כבענין זה בהמת ארנוא (שחלקן נוטל עיטור מן הבהמה - רש"י). הרי להדיא דזכות בעלמא אינו מזכה לו בעלות, (ולא חי' שום א' מהראשונים ז"ל דשאני ארנוא דנטול משום מס ולא משום שעבוד ממש, ובאמת כן כתב השפ"א ליישב באופן זה). וכ"כ הריטב"א (הג"ל) במפורש דאין שעבוד ואפי' אפותיקי מיחיל זין בעלות להגוי, ואכתי לא חשיב בזה יד עכו"ם באמצע, ע"ש בכ"מ שכי"כ כמה פעמים.

ואשר יראה מבורר מכ"ז כמש"כ כאן, דאין הדבר אחראי למכירת עצמו ולא איכפת לן מאיזה אופן וצד חל הזכות גביה של המוכר, טו"ס כיון שאפשר לו לגבות וליתול החפץ בחזרה הלא זה עיכוב ושיור בהמכר. והן הן דברי הראשונים הנ"ל בתירוץ וז"ל: ות"י ר"י דשאני התם שמתחילה היה התנה הבהמה בלא נכרי וכו' עכ"ל ע"ש. וכ"כ בתוס' בב"מ (ריש ג:) "שמתחילה היה הכל שלו ולא יצא מתחת ידו" ע"ש. וציינו רעק"א בגליון הש"ס בפסחים. וכ"כ הרמב"ם בפ"י המשניות בבכורות בתוך דבריו "לפי שמעיקרא היא שלו". והיינו שהשעבוד או הזכות גבייה מחזיקה ומקימת את הבעלות שהיה להגוי בעוד היה הדבר תחת ידו, וכמו שביארו גדולי הפוסקים סברא זו, ע"י שו"ת חת"ס יו"ד (סי' שט"ו) ושו"ת זית רענן להגאון מקוטנא ופשוט. ודלא כמו שפ"י האילת השחך (ב"מ שם ד"ה ואולי) ע"ש דבר חדש מאוד. ותמיהה על הני תקיפי קמאי שלא ראו שדברי הב"י והגר"א מיוסדים על אדני פז, יצ"ע. ואולי יש ללמד זכות, דעי' מהרי"ט אלגאזי בבכורות (פרק ב' אות י"ח) שהביא עקרי הסברות בצאן ברזל והוזכר היסוד הנ"ל, דשעבוד בעלמא במקום שכבר היה שלו חשיב בעלות ורק שעבוד בעלמא לא מקפיע קדושת הבכור, משו"ת מהרא"י (תורת הדין בפסקים) סי' ק"ל, ותמהו עליו בזה דלכאורה הוא תוס' מפורש על אחר. ע"י שו"ת זית רענן ח"א או"ח ג' ג' (עמוד ק"ח) דתמה אין אישתמיט ליה תוס' זה. וכן תמה בשו"ת חבצלת השרון (ח"א ירד"י סי' צ' ד"ה אין) אך לא זכר התוס' בפסחים ו. (והביא רק מהרא"י הנ"ל). ואגב התמיהה גם עליו ז"ל האין תפס עליו ממרחק ולא הק' מהתוס' בכורות

על אתר שם. ועיי' ביות רענן הגיל משיב ליישב) עכ"פ מבואר דלאו מילתא דפסיקא הוא. וע"ע בפנים מאירות שם שמיד בסמוך להשגתו הביא הלכה דבכורה (לפינו אתא), עכ"פ ודאי לא אישתמיט מהאי גאון שום גמ' ותוס' ויש להאריך. וע"ע לקמן (ש"יב פ"ח לו"ט) מש"נ שם בשמעתתא דבכורות.

ש"י פ"א

ויעו"ש וכו' למה היה להסמ"ע וכו' ובמש"ב הש"ך. ובספר עין משפט (פי' קט"ו אות ט"ז ד"ה ויסוד) ישב (בדוחק) שהסמ"ע הוצרך לטעם זה דקדם וגבה באופן ששעבד מטלטלי אגב קרקע ע"ש, ובאמת לפמ"ש הש"ך לעיל בסי' ק"ב (סי' א') "דכל המלוה או לוקח עבד כל טעדיק דאפשר (וא"כ אמריתו ט"ס הוא)", מסתמא ברוב רובם של השטרות משתעבדים אף המטלטלין. וע"ע עוד (בספר הגיל) שדקדק כן בחי' הרשב"א בכתובות (ג') ומהרי"ף. אך יש לדון בראייתו ע"ש, ואולי יש לדייק להיפך מהרי"ף, וע"ע מה שביארנו לעיל (ש"ס פ"ח) ובמה שהובא מהאור שמת ליישב דעת הסמ"ע באופ"א.

ונראה וכו' דאע"ג דאין וכו' הרי נהנית וכו'. ר"ל כמש"כ בברכת שמואל (פי"ד אות א') בביאור הך סברא של הרי"ף וז"ל: ביאור הדבר וכן ראיתי מכבר בספר קדושת יו"ט וכו', דע"י דאכלית חסרוני, ע"כ גם הנאה כוז בת תביעה היא, ואינו רק מזיק לחוד, אלא מחשיב נהנה משל חבירו, דמה שנהנה הנאת הגוף מחסרונו של חבירו היא ג"כ בת תביעה דממוני גבך ע"י דאכלית חסרוני עכ"ל. וכע"ז כ"י בדברות משה בבי"ק (פי"ב ענף ב' אות ב') ע"ש. ונוסח יותר דומה מצאנו בחי' רבי אריה לייב (פי' פ"ט ב') ע"ש. וכע"ז בקהילות יעקב (פי"ח אות ב' ד"ה ומתנה) ע"ש.

ונראה וכו' ונמצא שנקל"ת חסרוני אתה חייב לשלם ע"י וכו'. וזהו לכאורה סברת הראשונים ז"ל מובא בשטמ"ק בבי"ק לג' ד"ה מהו דתימא דהלוקח חייב לשלם לבע"ח היכי שאכל מה שלקח מהלוה, ע"ש בשם הרא"ה (והריב"ן ב"ש"ת חולק והוא באמת הרשב"א בנודע) ע"ש. אך אפשר דשם שאני משום דמירי בסתם מטלטלי דנשתעבדי ע"י אגב קרקע, וע"ע שם בהמשך ד"ה עוד כ' הרא"ה וצ"ע.

וההיא וכו' ולפי"ז י"ל דהתם פקע השעבוד ממיא"א וכו' דכמטלטלין דמיא"א הכאו"ב. והנה מה הדין אם השרה השביחה כנ"ל אצל הלוה וא"כ מכרה להלוקח, ובא הבע"ח ליטרף גם

את השבח, לכאורה מאחר שגובה גם את הקרקע, נוטל כל הפירות דלאו מטלטלי ניהו ככה"ג. אמנם נראה דבפולגות הראשונים תליא מילתא, ע"י בשיעוריו ר' שמואל (אות רכ"א) שחקר ככה"ג למה דסובר הש"ס בב"ב (ק"ג:) דשבח גובה רק מדין דאקני האם נגבה גם את השבח שהושבח אצל הלוה, וכ' דמסתמת הראשונים משמע דרק בשבח לוקח צריך לדין דאיקני, אך מהמאירי והראב"ד (בי"מ ק"י) מבואר דגביית שבח מהלוה מדין גלימא דעל כתפיה ע"ש, ובלא דאקני לכאורה אין לבע"ח שום זכות. שו"מ בבעל העיטור מובא בש"ך (פי' קט"ו זכ"א) שם מבואר להדיא דשבח שהשביח הלוה טורף הבע"ח, אך לא מירי שם בפירות ממש וכנ"ל.

ש"ט פ"ב

וכתב וכו' יש לי כאן מקום עיון וכו'. נראה דכ"ז דלא כחידושי הגר"ח (פכ"א במלוה לזה ה"א א') בגדר גביית השבח. ובעיקר בפ"ט (הל' ח' ד"ה אלא דקשה) שלמד שגביית הקרקע והשבח הוי כגבייה מהמוכר עצמו דלגבי זה לא יצא מרשותו והוי כעין שיו"ר ע"ש, וכבר הבאנו דבריו לעיל. שו"מ בספר עין המשפט שרצה להעמיס פי' הגר"ח בדרך הש"ך ע"ש סי' קט"ו אות ד' וצ"ע. וע"ע בחי' הגר"ש שקאפ ז"ל (בי"מ סי' ט"ז ובקונטרס השעבוד סי' ד' אות א' וכו').

וכתב הש"ך וכו' ראיתי בספר גידולתי וכו' דחשבינן דלוקח במלוה. בהשו"ע דפוסים הישנים הוקף [מלוה] וכ' כלוה, וכן הוא באחד מהמהדורות המאוחרות. אך בהוצאת מורשה להנחיל איתא להיפך וגרסי כ"מלוה והוקף [כלוה], וצוויין שם שתוקן ע"פ מהדורת קניגסבורג ע"ש. ותמיהני שהמעייין בגוף הספר גידולי תרומה (שם ח"ו אות ג' ד"ה ועייין) יראה בעליל שכתב "כלוה" ובלו שום פקפוק וגירסא נוספת, גם המהדיר לא מצא בזה שום סיג ושיבוש משום כת"י או מהדורה אחרת, הרי שהגירסא בדפוס הישן כלוה, ולא כמלוה היא הגירסא הנכונה וצ"ע.

והנתיבות המשפט וכו' אב"ל זכיתי להבין ביאורו וכו'. וזה לשונו: מדברי הגד"ת משמע דלא חשיב כמוכר לו השבח כלל בשעת מכירה, דאם בשעת המכירה מוכר ג"כ השבח וקיבל חוב על עצמו, הוי כלוה בשעת מכירה ג"כ על השבח כמ"ש הש"ך, ועל כרחק דעת הגד"ת שאינו מוכר כלל השבח בשעת מכירה, והשבח הוי כמו שהוא ברשות המוכר

ונשתעבד לשניהם. וע"ז מקשה הש"ך, דלמה היה לו לומר דהוי כאילו קנאו ומכרו, לא הו"ל לומר רק כאילו שיעבדו להלוקח (ר"ל. דמאחר דחשיב ברשותו ככחו לעשות בה כרצונו, ואין צורך לקנייה חדשה ולא למכרה חרשה) ע"כ.

אכן נראה דהש"ך וכו' או"ל בזה לשיטתו. וע"י בגד"ת שם בדברי המהדיר (הג"ר אריה גולדשמיט) ציון 27 שג"כ הביא לשיטת הש"ך ס"ק י"ב וכתב יועיין ביאור הדבר בש"ך ס"ק ט"ז.

אכן וכו' הש"ך וכו' אב"ל הגידולתי או"ל בשיטת הנמוקי' וכו'. וע"י בתומים כאן (סי' י') שכ' דבר זה תלוי אם דאיקני חל למפרע או רק מכאן ולהבא ע"ש. ולפי מש"נ כאן לעולם יש לפרשו בין כך ובין כך. וגם לפי דרכינו בשמעתתא דדאקני (ע"י שער ז') לכאורה לא קרב זה אל זה, ועיין.

ש"ט פ"ג

וקשה לי טובא וכו'. וע"ע מה שכתב בזה בפנים לעיל ש"ט פ"א האם הלוקח חשיב יורד לגבי הבע"ח או לגבי הלוה. וע"ש בציונים בהרחבה. ובעצם השאלה מה ענין מה מכר וכו' שכ' הש"ך ראיתי שעמד בזה בספר עטרת שמואל (סוף טו.), וע"ש מה שפי' (בד"ה והנאה) וז"ל: והנראה ככוונת הרי"ף דכיון דמשביח על דעת הלוה, א"כ השבח כנס בכלל השעבוד ואמרי' ארעא דלוה השביח ויכול הבע"ח לגבות מכח הלוה נע"י לעיל מש"כ בזה בשם הש"ך. א.ה. עמוד ס' אות א' מהש"ך ס"ק ה' בהחילוק בין שבח דממילא להוצאה. וכיון דגובה מכח הלוה יכול לגבות השבח בלי לשלם היציאה כמו שגובה משאר שדותיו, והלוה ישלם היציאה עכ"ל. ולכאורה כוונתו כמו שתי' בפנים בסמוך, ועיין.

ש"ט פ"ד

אז"ל נראה דא"י כוונת הש"ך. וכ"כ הגר"ש רחובסקי ז"ל, וע"ש בשיעוריו כאן (אות רכ"ט) שהוכיח מדברי הרא"ש סי' ל"ט ופי' הפלפולא חריפתא שם (אות ר'), כצ"ל דאיכא טעות בספר) כמש"כ הקצה"ח. וע"ש (באות ר"ל) שכ' כמש"נ וביתר ביאור, והביא ראיה אלימתא לכל זה מדברי רבינו יונה דס"ל דכלוה ולוה ואח"כ קנה לא מהני תפיסה של א' מהם (שלא ע"י ביד), וראייתו משמעתתין דאמאי חולקין בשבח הרי הלוקח מוחזק בשבח ויעיל כתפיסה, אלא שמע מינה דלא מהני תפיסה, ע"ש שהכריח מזה ע"ד שנתבאר.

שער י: בענין מאימתי גובין ושעבודא דרבי נתן

קיי"ל כרבא מכאן ולהבא, ולא כאביי דלמפרע הוא גובה, מכ"מ ע"ש בנתה"מ שממשיך וכ' וז"ל: ואף דקיי"ל כרבא וכו' מ"מ בסי' ק"ג סעיף ר' פסק ד"א שאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע שיכול המלוה למוכרו. וע"י בבע"ח

הקרקע להמלוה בשעת הלוואה כשנתן הכסף לידו, והוי כאומר לו "קנה מעכשיו ולכשאגבך" וכו', והגוביניו הוא רק כקיום התנאי דלא בעי קנין עכ"ל. ולא אמנע מלהוסיף דיש בזה נפקותא להלכה, דאף דאנן

ש"י פ"א

ויש ליעיין וכו' שרצו לפרש וכו' מכירה על תנאי. כנוסח הזה כ' בשפת אמת. וע"י ב"ש"ת רעק"א (פי' כ"ב) שכ' נוסח "קנין" על תנאי. וזה לשון הנתח"מ (פי' קט"ו ס"ק ב') כאילו קנוי ליה

התרומות שער מ"ג ח"ב שכ' דהנך רבנותא
 ס"ל דאפי' רבא מודה דאחר זמן פרעון למפרע
 הוא גובה. ועי' באורים ותומים בס' ק"ג (ציון
 ס"ק ה' וצ"ל ס"ק ר) עכ"ל. וע"ש בתומים שנטק זמן
 למעשה דלכו"ע למפרע הוא גובה לאחר זמן
 פרעון, וא"כ כל סברא הנאמרה בשמעתתא זו
 נוגעת גם לרבא. וע"ע בפנים לקמן ש"י פ"ז
 בבאיור שיטה זו. שו"מ סברא זו מפורשת
 ברמב"ן במלחמות כאן על אתר, וע"ש
 שמבואר דלא הוודו לו הבעל המאור והשגת
 הראב"ד, נמצא מחלוקת ראשונים בסברא זו.
 ויש וכו' מכירה ע"ל תנאי וכו'. וע"ע בספר
 קהלת יעקב לבעל הנתה"מ באה"ע (ס"י כ"ח סעי'
 ד) שג"כ למד כן, ואף הוסיף להסתפק אם
 המלוה לא נתרצה לקנות הקרקע שנשעבד
 בחובו האם נכנס לרשותו בעל כרחו. הא מיהא
 מבואר דהקנין מכירה בעת נתינת כסף להלוה
 הוא כפשוטו מכר על תנאי ככל תנאי שבממון
 דקיים. ויש להסתפק לפי"ז אם המלוה רוצה
 לגבות קרקע לפרעון חובו אבל לא מכח זכות
 שעבד שבה אלא לפרעון בעלמא או לקבלו
 במתנה והוא ימחול החוב, הא שייך דבר
 כזה. ונפק"מ למי"ד למפרע הוא גובה ככה"ג
 לא יחול למפרע רק להבא וצ"ע.

אכן וכו' קשה צומר בן וכו'. ויש לומר ע"פ
 מש"כ הנתה"מ לקמן (ס"י שרי"ם ס"ק א' ד"ה וזא) וכן
 עולה מהמתבאר לעיל ריש פרק קרקעות
 ומטלטלין (ועי' ציונים שם) דאם מיחד מעות
 לפרעון נעשה תיכף של המלוה, ולא בעי' קנין'
 לפרעון, רק תיכף שנתרצה המלוה במה שייחד
 הלוה לפרעון א"צ קנין חדש בשעת גוביינא,
 ע"ש פירות לדבר. ועי' בספר שערי חיים (קידושין
 ס"ה ה) להגר"ש שמואלביץ ז"ל שהנהיר סברא
 זו דאין גביית חוב דזוכה המלוה בממון הלוה
 מפאת חובו, אלא דנוטל נכסי עצמו, דממוני
 גבך, והשתא בייחוד המעות אמרי' דאשכח
 לממונא דידיה ושלו הוא נוטל וכו' ע"ש. והכא
 נמי היה נראה לפרש דהשתא שגובה איגלאי
 מילתא היכן הממוני שהיה גבך, עד כדי כך
 שלא בעי' קנין. אך לכאורה א"א לפרש כן
 בסוגיא, דהלא הנתה"מ עצמו סותר לדבריו
 הנ"ל דס"ל למפרע הוא גובה הוא כמכירה
 על תנאי וכמש"נ, למה כתב כאן דרך אחרת,
 וע"כ צ"ל דלא דמי דשם בס' קצ"ט מיירי
 התיבות כטירפא וגביית השעבוד, ואילו כאן
 בס' שד"ם מיירי בפרעון גוף החוב, וא"כ ב'
 ענינים נפרדים הן בעיקר יסוד דינם, וכמו
 שנבאר כמה פעמים בחיבור זה. ומדוייק כן
 מלשון המב"ם פ"ח ממלוה היא ע"ש,
 ובספר חסד ומשפט אשירה (פ"ג ל"ג) ולפיכך
 אינו ברור מה שתמה בעל המילואי חושן על
 סתירות פסקי הנתה"מ, וקצרונו. עכ"פ מבואר
 שא"א ליישב מה שהק' בפנים ע"פ יסוד
 הניתבות בס' שד"ם, (ועי' בסוף דבריו שם סוף ד"ה
 וכו'), ויש לי ראי' מוכרחת מדברי רעק"א גופא
 שבש"ש (ס"י כ"ג, הובא לעיל) נקט שבע"ח למפרע
 הוא גובה מפאת קנין בתנאי, ואילו בתשובה

(ס"י ד"ה) לקמן חולק על סברא הנ"ל דבייחוד
 מעות בעלמא נכנס לרשות המלוה, ועל כרחך
 דחלוק פרעון מגבייה, והדרא קושיא לדוכתה.
אכן וכו' דאיגלאי מילתא למפרע שהיה כאן
 מכירה ולא הלוה וכו'. שתי תשובות דבר, דבר,
 חדא אף אם למפרע הוא מכר, מ"מ הוכחנו
 לעיל מהק"י שהסתפק בנגמר התנאי אם חל
 הקנין אף בעל כרחו של המלוה. ולכאורה מה
 הספק פשיטא שחל וככל תנאי דלאחר
 שנתקיים חל הדבר ממילא (ועי' ש"ש מ"ט ב"ה), ואלא
 ע"כ דין חדש הוא ורק כתנאי במכר דמי. ועוד
 דהלא בפנים נתבאר בשמעתא דראיקני (ס"י
 פ"ד) דלעולם חל השעבוד מיד בגוף כל
 הקרקעות שבעולם, לכשיבואו לידו, וא"כ
 הכא נמי נימא שנאחר שכבר חל השעבוד
 באותן קרקעות מחוץ לרשותו, ונמצא דבשעת
 הגבייה אזיל הקנין למפרע לאותו זמן שהיה
 שם רק תורת שעבוד, ולא קשה מה שאינו
 שלו באותו זמן, כי רק למפרע מהני קנין
 שעבוד זה, וזה לא מגרע בבעלות הבעלים
 כמלא נימא, וכמו שנתבאר שם (לגבי גוף השעבוד)
 וקצרונו. ונמצא דלעולם לא ניתן להמלוה אלא
 שעבוד בלבד, ואלא דמה טיבו של שעבוד זה
 כתבו האחרונים שהוא כמו שמפרשים קנין
 על תנאי, אבל ודאי אליבא דאמת אין כאן
 תורת תנאי כלל. תדע דאל"כ למה לי גזיה"כ
 דין תורה דשעבודא דאורייתא, עי' רשב"ם
 ב"ב קע"ה: (ד"ה שעבודא), והלא אף בלא"ה תיפוק
 ליה משום תורת התנאים ועל ידה ניתן
 לשעבד' הכל, ואלא ע"כ דלאו מהלכות
 תנאים היא, אלא דין דמי, תורת שעבוד.
 וקרוב לזה מבואר בקהילת יעקב פסחים (ס"י
 כ"ד ד"ה ונראה), וע"ע במערכת הקנינים (ס"י י"א ד"ה
 גרס) על דרך זו. וכל זה לפירוש א' ברשב"ם,
 אבל לפי השני (כ"ה אלא כי תביע) דלא מהני אלא
 מתקנת חכמים אי"צ לכל זה, ובפרט
 שהפוסקים נוטים לזה הצד להלכה, עי'
 קצה"ח (ס"י ק"יב ס"ק א'), דזיל בתר טעמא "דלא
 תנעול דלת בפני לווין" א"כ מה לי טירפא
 מכת שעבוד אמיתי מה לי טירפא מכת קנין
 ותנאי.

אכן לכאורה קשה וכו' והלא א"א מקנה דבר
 שא"א בא צ"ל. לכאורה אף אם נימא מכאן
 ולהבא הוא גובה מ"מ קשה, וכקושייתם
 המפורסמת של התוס' בכתובות (נד' ד"ה א"ע)
 "תימה דעכשיו נהגו שכותב חתן לכלה מאה
 ליטרין אע"פ שאין לו שוה פרוטה, דבשלמא
 כשיש לו וכו', אבל אותו שאין לו הקנין
 ישתעבד נכסיו שיקנה אחרי כן" ע"ש. והי'
 להדיא דאף אם מכאן ולהבא הוא גובה קשה
 האיך חל השעבוד בכלל. ועל כרחך צ"ל כמו
 שתי' התוס' שם, "ושאל ר"י לרבי אליהו
 והשיב וכו' אלא משתעבד גופו לזה החוב
 מעתה ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו מעתה
 וכו'" ע"ש. ומבואר ש"מעתה" חל השעבוד
 אע"פ שבאותו זמן לא היה לו כלום תחת ידו
 ומה מועיל למפרע ע"ז, אלא דשאני שעבוד

הגוף שיכול לחול אף בלי נכסים (וכמו שהתבאר
 במקומם), וא"כ הכא נמי נימא שחל המכירה
 והקנין למפרע אף שלא היה כלום תת"ח באותו
 זמן, והטעם משום שנשתעבד גופו לעשות
 מכירה זו, ואפשר דהוי כחיוב להתחייב
 וכמש"כ בברכת שמואל (כתובות ס"ג א"ת ד), ואפי'
 בלא"ה ניחא ודו"ק.

אכן וכו' ועוד קשה דאם נתאכלו המעות וכו'
 כמבואר בקידושין. טובא יש לחלק דשם
 בקידושין מיירי בסתם מעות הלואה, וע"ש
 דאפי"ה אם הדיבור יש עמו קצת מעשה כבר
 חשיב מעשה (דווקא בקידושין), ע"ש ברש"י (ד"ה
 ד"ה), ובח"י הרשב"א (ד"ה שאני). וא"כ כ"ש הכא
 דגם איכא נכסים גמורים וחל ע"י ההלואה
 חלות מוחלטת הנקראת שעבוד וזו חלות של
 תורה על כל אופן וצד. ואפי' נימא שמתבטל
 ע"י גבייה, מ"מ בשעת ההלואה היה איזה
 מעשה וחלות, ועכ"פ מיד "מעשה קצת" לא
 נפיק. ובר מן דין, כבר פירש הר"ן בנדרים (כ"ט:
 ד"ה שפיטא) הא דנתאכלו המעות בקידושין אינה
 חסרון משום ד"מכל מקום אם איכא גבה
 ישעבודא דכסף"ו, ועי"ז משמע בתוס' ימות
 צג. (ד"ה קניה) שכתבו "חשוב כל שעה כאילו
 הם בעין וכו' ואם לא נעשה הקנין היה מוטל
 עליו להחזירם". הרי ק"ו הכא דלית מאן
 דפליג דבאשר הוא שם קנה המלוה גם שעבוד
 בנכסי הלוה.

עוד וכו' ויעוין וכו' והקשה השפת אמת וכו'.
 וכן הק' רעק"א (שם ס"י כ"ה), וכן הוא בצל"ח כאן
 על אתר, וע"ש שתי' דאביי לשיטתייהו אזיל
 בבכורות (כ"ב) דלעמיתך במשיכה ונכרי בכסף.
 וכן כיוון לקו' ות"י זה בצננת פנעה, ואולי יש
 ליישב לכו"ע לפי דברי הריטב"א בקידושין
 (כ"ג ד"ה רובי יוחנן וסוד"ה אמר רב יוחנה) דגם בעוד הנכסים
 משועבדים הוי השעבוד גופא מקצת קנין
 וז"ל: אע"ג דאין הקנאה לחצאין, ואין הקנאה
 דבר שאינו ברשותו, היינו הקנאה גמורה,
 אבל שעבודא דמתלא תלי וקאי חיל וכו'
 עכ"ל. וא"כ אף בכופ"ס י"ל דאע"פ שאין קנין
 כסף קונה אצלו, הני מילי קנין גמור אף הקנאה
 לחצאין מיהא יש לו. עוד י"ל ע"פ מה שיתבאר
 לקמן (בפרק הו) דיש דרך חדשה להבין גביית
 שעבוד, דהיינו שהשעבוד נתאלם כל כך
 ונעשה קנין. וא"כ הכא נמי י"ל דלאו קנין
 (לפירעון). שו"מ דברים מפורשים להג"ר שלמה
 זלמן ז"ל (מנחת שמה פסחים לו: ד"ה ונראה) דהשעבוד
 עושה קנין אף בגוונא דלא שייך קנין, וכ"כ
 הפמ"ג ס"י תמ"א משב"ז ס"ק א' ע"ש הערה
 39.

אכן וכו' דאיכא גביה לאתרא וכו' כגבוי מיד.
 וכן ראיתי בדברות משה סברא זו כשחקר
 ביטוד חוב או שעבוד (וכנה לא מצאתי מקומו).
אכן וכו' אלא הגביה עצמה קונה לו בלי שום
 מעשה קנין. וע"ע מה שנתבאר בסברא כע"ז
 שט"ו פ"ל ג"ג (ד"ה ותייבש בעיניו), וע"ע שט"ו פמ"א
 (ד"ה ולפי"ז, וביעין שם) מה שהבאנו מדברי הנתה"מ
 דמהני גביה בשטרות אע"פ שליכא קנין

בשטרות. ואפשר שיש להוסיף דגם חלות קנין ליכא כאן, ועיין בסמוך. וע"ע באבי עזרי (פ"ה אשוחת ד"ה ד"ה והנה בכתובות) מ"ש כ' בנוגע לזה, וצ"ע.

ל'כן וכו' ולא מצינו דנע"ח שהורידוהו ב"ד לקרקע שצריך לעשות בה מנשה קנין. אך ע"י בתור"מ (ע"כ ק"ק סעי' ה') ב' דעות בזה אם הגיע זמן שקבע לו לפרוע או שהיא משכונה מוחזקת ביד המלוה, אם יכול למוכרה. (ועי' בש"ך ס"ק ט' ש"כ שהלכה דאינו יכול למוכרה בלא ב"ד כדמוכר בש"ס פ' כל שעה (דף לא) ע"ש דור"ק, וצ"ע עומק רמיתו). וצ"ע ג' מ"ש כ' במנחת שלמה (לא. ד"ה שם לאבי) להסתפק אם צריך קנין בשעה שרוצה להחזיק לגבות, וכתב שמשמע קצת שגם לאבי צריך קנין ע"ש. וע"ע מה שכתב בזה בפנים שט"ו פל"ב (ד"ה והנראה), והובא בציונים שם עוד ראיות וחיידושים בזה, וע"ע בציון בריש פרק זה ד"ה ויש לעיין. אך עדיין צ"ע בכ"ז, דנהי דא"י מנשה קנין אכתי י"ל משום שהבי"ד אוהזים וקונים בשבילו וכך הוא תפקידם. ש"מ שהאמת כמש"כ דודי המחבר שליט"א, דעי' בדברות משה (כ"ב ס"ט ע"ג ד' ב"ד"ה הנוהג) ש"כ דבר נפלא, דמה שבי"ד יכול להוריד לנכסי לזה "צריך לומר דוכתי' לו התורה בנכסי הלוה לגבות כפי חובו, דא"כ איך יוכלו להקנות למלוה וכו' בלא רצון הלוה וכו', אלא ודאי שיש להם זכות בנכסים כפי החוב עכ"ל, ע"ש לגבי מה כתב כן, הא מיהא מצאנו מרגנתא דבריו דאין גביית ב"ד כשלעצמה קונה, ואין לבי"ד כח זה כלל, ועולה יפה במש"כ כאן, ואולי זהו ביאור דברי הרמב"ר.

ל'כן וכו' אלא הא גופא שנתיהד' לו גביתו באיזה דבר קונה בלי שום קנין. אלו דברי הנתה"מ ס' שד"מ ס"ק א' שהבאתי לעיל ע"ש כל הציון. ולדבריו יש ליישב סתירת הנתה"מ (ל"ט קצ"ט) באור חדש, ויש להאריך בזה.

וכן וכו' במנחות וכו' בנדרים וכו' הקנין הוא מיד וכו'. וכ"כ הראשונים, ע"י בנדרים שם ברמב"ן ונמוק"י ופברט בריטבי"א (ד"ה ועי' ע"ש) וע"ש מה שהביא הריטב"א עוד דוגמאות מהש"ס כיוצא ב"ב, כגון (כ"ב קז:) האומר לחבירו חצי שדה אני מוכר לך, יכול המוכר להשאיר לעצמו איזה חלק שירצה. וכן פסקו הפוסקים, ע"י רמב"ם (פכ"א ממכירה הי"ט) ושול"ע (ס' ר"ד סעי' י"ב), ובהסבר הענין למה אין בזה חסרון ברירה, ע"י באחרונים ביאורים שונים (ובכ"ז עמ' בזה הריטב"א בעצמו ע"ש). והגרא"מ שך ז"ל כ' דמוכר לו חלק בזכות מכל הנכסים האלו, ע"ש פ"ג מוכיח ומתנה ה"ה בד"ה ונראה הריטב"א דבריו הרמב"ם וציון לכאן. (ובאמת שם איכא מחלוקת יסודית בין הרמב"ם והראב"ד בסוגיא דמנחות גופא ועיין ואכ"פ). ובמשנת רבי אהרן בהלכות שנינים (פ"ב ה"ב ב"ב ס"א א"ת ה') כ' לבאר ע"פ כלל דבריה "דכל שאדם עושה איזה חלות ותולה אותה חלות במה שיתברר לבסוף, תלוי הדין אם חלה או לא בדינא דברירה, אבל אם עושה החלות מתחילה מספק, ואינו תולה אותו בברירה, אז חילא

לכו"ע, וכמבואר בקידושין נ"ב ע"א וכו', וכן מבואר במנחות ק"ח, וע"ש שמבאר שיטת הראב"ד בהל' זכ"י ע"ד זה (ולא כש"י הרמב"ם). והצ"פ הראב"ד נוחא לטעמ' כאן בהשגותיו בפסחים ועיין. ובאבן האזל (פכ"א ממכירה ה"ל) הגדיר הענין דבמה שהמדה ידועה או המנין ידוע די להשוות חלות קנין ע"ש. הא מיהא כך מוסכם בראשונים לכאורה. ודברי הבעה"מ כאן לכאורה קשין מכל הני דוכתיין וצ"ע. ונראה דהבעל המאור לטעמי, דע"ש בראשונים הביאו שיטת הר"ה (שהוא הבעה"מ) דס"ל דכל שלא נראה לקונה אין המכירה חלה ע"ש שהביא רא"י ממשנה פאה (פ"ג מ"ח) "אם שייר קרקע כל שהוא לא יצא בן חורין" ע"ש הענין הואיל ולא ציין היכן שייר לא חלה המכירה ומוכח שס"ל דבסוגיין על כרחך הוי כאילו פירש להיאד ג'רוע שבנכסים" [אן דאזיל רק למאן דאמר יש ברירה]. עכ"פ הכא נמי לענין שעבוד, ודרך האבי עזרי מסייע לנו שמש"כ לענין קנין כשיעור וכמדה שפירט, היא גופא הסברא כענין שעבוד, וזוהו תוכן ועיקר של כל שעבוד נכסים כנובע. וע"ע שם שיתברר בזה בסמוך ש"י פ"ה ודלא כהח"ס ז"ל.

ש"י פ"ב

והנה להנך דעות וכו' ולר"ב לא הוי מכירה על תנאי כיון שכיח' לפקו בוזוי. וכ"ה שיטת הרמב"ן במלחמות ע"ש שהשיג על בעל המאור.

אולם וכו' ולכאורה זה פותר למש"כ (רש"י) במתניתין וכו'. ולא מצאתי שהרגישו בזה וזלת הפנ"י (לא: ד"ה אלא), אך לא הרגיש כלום מדברי רש"י, רק כתב אגופא דסוגיא דידן שהשיטה מימרא דר' יצחק דבע"ח קונה משכון ולא הביאה אותה אלא לקמן בסמוך. וזוהו הוכיח לחדש דע"כ סוגיין בלא דינא דבע"ח קונה משכון מיירי, ובהרהירו גרידא מיירי, ע"ש מילתא בטעמא. אך על כרחיניו כל דבריו נסתרים מרש"י הנ"ל ש"כ להדיא דרק מלתא דר' יצחק פרקינן, וצ"ע איך העלים עיניו מדברי רש"י, וע"י בפנ"י גיטין (פ: ד"ה גמרא דאמר רבא) מש"כ לבאר סוגיין.

ומה שכתב רש"י וכו' לפי ההוה אמינא דהגמרא. וכמש"כ בתוס' רעק"א למס' שבת (פ"א מ"א).

אלא וכו' דהא נכרי אין לו קנין, כמו שהעירו האחרונים וכו', אלא צ"ל דהכל מדין גביה וכו'. ולפי"י יש להבין לכאורה דבר תימה ברש"י במתני' ד"ה נכרי וז"ל, נכרי שהלוה את ישראל, מעות, עכ"ל. ואינו מוכן מה בא לאשמעינן שהלוה לו מעות. ואלא למשנת א"ת, דאע"פ שאין לנכרי קנין מעות מ"מ מהני, ומטעם שנתבאר מדין גביה, ולהוציא מלבך שאר אופנים כגון שמשך. וזו ראיה אלימתא דלא כהאחרונים ז"ל.

א"א וכו' ונמצא דדברי רש"י במתניתין מתיישבים היטב. אך ק"ק על מה שפ"י רש"י

בסיפא (ד"ה ישראל שהלוה את הנכרי כו') וז"ל: נמי כיון דהרהינו אצלו ומטא זמניה ולא פרעיה מההיא שנתא דאזופיה "קם ליה ברשותיה" עכ"ל, דלכאורה צ"ע אם רש"י מודה דלמפרע הוא גובה בדאיכא הני תלת מילי (א' שעבוד, ב' קונה משכון, ג' בתוך ביתו), א"כ למה נקט לשון "קם ליה ברשותיה", דמשמע קצת שמשמע משכון קם ברשותיה, דהול"ל לשון למפרע. וע"י בפ"י ר"ע מברטנורא שם בד"ה ישראל שהלוה לנכרי וכו' וז"ל: אגלאי מלתא למפרע דשל ישראל הוה עכ"ל, ונראה דכתב כן לאור מה שנתבאר.

ושמכור מדבריהם וכו' דין מיוחד בחמץ דנחשב מצוי בידו. ובאמת גם ברש"י בכמה דוכתי מבואר דס"ל הכי, ע"י רש"י פ"ק (ד' ה' ד"ה ברשותיה), "שהרי עתה הבית שלך", ומשמע הואיל ונמצא שם די בזה בשביל לעבור בבל ימצא, וכן דקדק הפנ"י שם (ד"ה והנראה לעיניך), וע"ע שם ש"כ בשם התורת חיים, (וגם נראה דפסק כותלי זה לא נוח להפני"י ע"ש), וע"ע כע"ז ס' בד"ה ועוד דף לומר וכו' ד: (ד"ה ואומר ר"י). וע"ע דף ה: (בתוס' ד"ה אבא, בא"ד ובכ"ז ע"ה הלכו וכו') שהעלה דגם בחמץ של הפקר עובר בזה דמצוי ובידו הוא ע"ש. ובדף ה: (ד"ה בפירושו רש"י) האריך עוד בדבר הזה והביא ראיה אלימתא לדבריו ממכילתא (פ' בא פ"י) ומוכא בראשונים דף ב' דדריש קרא 'בתיכם' ע"ש. וכמה אחרונים הסכימו לו, ע"י או"ח ס' תל"ז במקור חיים ס"א, ואבני נזר (רא"ח ס' שש"י ח'). ועוררני לזה זקני הג"ר שלמה לעפקוויטש שליט"א. וע"ע מסוגיין דמשמע כמה פעמים ברש"י דלא סגי בזה לעבור עליו.

והא דמהני אמירת מעכשיו וכו' לדברי התוס' אולי"ל וכו' מעכשיו מודה רבא דלמפרע וכו'. וע"י בקובץ ברוך טעם (ת"א עמ' 164) שכתב מאמר בשם "בדין מעכשיו אם הוא קנין גמור למפרע או לא", והכל מרומז בשם זה וע"ש. גם דן בתוס' דידן בע"ה ובהנחה הנ"ל יש ליישב ק"ן התוס', וע"ע בד"ה ולפי הנתה הנ"ל דלאביי וכו'. וע"י בצל"ח (לא: ד"ה אלא לקסיא) דכ' בתוך דבריו "באומר מעכשיו דאז גם לרבא למפרע גובה".

ש"י פ"ג

ונראה וכו' ונחלקו בזה אב"י ורבא, דאב"י פ"ג דבן היא מהות השעבוד וכו'. הנה מהות שעבוד זה מצינו שהיא הנקראת בכל מקום שעבודא דאורייתא, "דהא חל הקנין תיכף", כלשון התומים ע"ש (ס"ז ס"ז ס"ק י"ד ד"ה וביחתי), וע"ע שם בתומים (ד"ה או יל"י) שהגדיר שיטתו אף אי ס"ל לאו דאורייתא, וכ"ה מפורש בפני יהושע כאן על אתר (ל: ד"ה גמ' איתמר), "היינו שעבודא דאורייתא ומשום הכי ברשות המלוה קיימי לאלתר בשעת הלוואה, ולרבא היינו משום דסבר שעבוד דרבנן", (ועי' שחק' מתוס' גיטין ג' ד"ה כיון ש"כ איפכא דלרבא שעבודא דא"י ולאבי שעבודא ל"ד ע"ש), וכ"כ הקצה"ח (ל"ט ס"ק א' סוד"ה ועיין בפ"ק הנוקין). "אלא ע"כ דמאן דסבר שעבודא לאו

דאורייתא לא מצי אמר למפרע הוא גובה", וכן מצאתי בברוך טעם (קובץ בריט, חלק א' בדין מעשיו בסוף 186 ד"ה הן אמר) שמתחילה כ' דעל כרחך לאביי שעבוד נקנה מיד ומדאורייתא, ואח"כ הק' (מפ"א) דאביי ס"ל שעבודא לא דאורייתא, ע"ש מה שמסיק. ועי' במשפט יחונתן (לתומים שם אות 43) שהביא ב' ראשונים שנקטו הכי, הרבינו יונה בעליות (כ"ב ענ. ד"ה א"ל רב אשי) והנמוק"י (שם לט, וז"ל, "שרי אין אדם יכול להקנות לחבירו, כיון דעכשיו אינם שלו וכו'"), וכן מדוייק בתוס' (כ"ב ע"ב ש, ע"ב קוב"ש"א) וכן מדוייק (וכ"ז צ"ע ע"ה מהא ברע"ה הרמב"ם) לא נראה כלל לאוקראינא דאש"ר לפנינו מילתא בעצמא.

זרעה וכו' ואז גם רבא מודה דאביי גביה מיד ולמפרע הוא גובה. והנה לקמן ש"י פ"ו הקשה דודי המחבר שליט"א לדעת אביי דלמפרע הוא גובה למה אינו משלם הפירות, ע"ש עוד קו', והוכיח מזה דעיקר הגביה אף שהוא למפרע אינו אלא על קנין עצם הגוף ולא על קנין הפירות, וכ"כ הדברי חיים (צ"א ע"ב), ואילו כן קיי"ל דנגבה מיד, וע"ע. ונראה כשנתבאר בדבר הדאא משבחת חברתה, כי עד שעת הטירפא הלא הלוה אוכל ודר כל הזמן הרי שהפירות שלו ומכ"מ הגביה חל למפרע וע"כ דהגביה חל מיד, אלא, דרק על הגוף ולא לקנין הפירות. וא"ת מאי שייכא לשון למפרע הלא הגוף מיד והפירות רק מאן ולהאב. וי"ל דדוקא כשכא לידי גביה לבסוף חל למפרע כמש"כ התוס' (בפסחים וא"י לאו בטל. ונמצא דכל הזמן תלוי עומד שעבוד, אם שילם בזווי פקע, ואם גבאו לבסוף חל למפרע והבן.

ש"י פ"ד

ובביאור דברי הרמב"ם וכו', ועי' בצ"ח (א): ד"ה ונהא אני אומר) מש"כ לתמוה גם על הרא"ש, (אלא דמנהגיה דרף אחרת היה לו בסוגין ועי' בפנים כאן), ועי' יישוב הרמב"ם בד"ה ומתחילה, ועוד יישוב בד"ה ואמנם וכו' ולכן נלע"ד. וע"ש שטרח לפרש ע"פ דרכו דאין קנין מעות לנכרי, וכבר פירש בפנים דרך אחרת בכל זה. ובפני יהושע בניטין (פ' ה: ד"ה ונהא) ומה שפירש בקיצור דכ"ז שמצי לסלוקי בזווי עדיין מחוסר גוביינא הוא. וכע"ז בצפנת פענח (כ"א) "טעם רבינו דאם לא הגיע הזמן קודם הפסח הוא כמו כן דמבואר בכ"מ דחמץ מפקיע שעבוד כיון דיכול לסלקו במעות", (וקצת מזה כי הצ"ח), וצריך עיון להבין רמיתו בזה, ועי' במקורות שהביא שם מבבלי וירושלמי. ועי' בברוך טעם (שם) בדין מעכשיו בריש דבריו יישוב א' ואח"כ סתרו ע"ש בארוכה. ובאבני נזר (א"ת סי' של"ב אות א) ת' באופן עמוק יותר והבאנו דבריו ש"י פ"ו ע"ש ובשאר דברי הגדולים ז"ל ויב"ח שהבאנו, ובקהילות יעקב (פסחים סי' כ"ה ב"ה ברע"ה הרמב"ם) בקיצור נמרץ, ועי' שם לעיל בסמוך ביאור סברת הרא"ש. והצד השווה שכולן דנו בשיטת הרמב"ם מצד קנין ממוני בהחפץ בהגעת זמן או זמן הביניים. ודלא כדרך דודי המחבר

שליט"א שנקט צד אחר בדין מיוחד בחמץ. שו"מ כמה מהדברים הנ"ל בספר איגרא רמה לרבינו משולם איגרא (מס' פסחים ל': סוגיא דאניו יהודי שהלוח"ט עמוד י' ואל"ף).

ש"ב. ובספר ל"ב איש (לכבוד זקניו ז"ל אבי המחבר שליט"א) יישוב באופן מיוחד מאוד ע"ש (ת"א סי' ל"ב ד"ה וליד"ה), דלעולם לא כוון הר"ם לומר דהגיע הזמן קודם הפסח, רק "והוא שיהיה אותו זמן - שקבע לו קודם הפסח", כלומר קביעת הזמן היתה קודם הפסח, אבל זמן הפרעון באמת לאחר הפסח, ע"ש עוד דיוקים בזה. ועיקר חיליה לשיטה זו כ' אח"כ מרבינו תנאל, דעל המשנה פ"י וקבע לו זמן קודם הפסח, וכהרמב"ם, ואלו כסוגיא לא. פ"י "וקבע לו זמן לפרעו לאחר הפסח", הרי דבריו סותרים זא"ז, אלא ודאי כמש"ג דקביעת הזמן קודם, והגעת זמן אח"כ עכ"ת. והנה מלבד שדבריו מחודשים מצד עצמם, הלא צ"ל דהר"ם בא לאפוקי ממי שהלוח"ט ולא קבע זמן בשעת הלוואה אלא שמר את הדבר לראות מה יעשה לו עם זווי דידיה, ולא שמענו כזאת (וזלת כשי"ס במק"א) על מנת שתפריע כשתרצה, וגם סתם הלוואה לעולם שלושים יום כשלא קבעו, נמצא דלעולם הוי קבעו זמן בשעת ההלוואה ולא תתכן הלוואה שלא קבעו זמן בשעת מעשה וצ"ע. ומה שנסתייע מסתירת רבינו חננאל שמעתי מדודי בנו הגדול הנ"ל, דכשתדקק בהר"ח (ל"א), תראה שא"ז מפירושו אלא כדבור המתחיל, ולשון השי"ס הוא, וזלת הוספת פ"י מהר"ח "וקבע לו זמן לפרעו", ואח"כ ממשך בהעתקת הברייתא "לאחר הפסח אינו עובר עליו, משום ר' מאיר אמרו וכו'" ע"ש, ולעולם עומד הר"ח בפירושו הראשון דהגיע הזמן קודם הפסח.

ולפ"ז יש ליישב דברי התרוה"ד. וע"ע מקורות להאי שמעתתא בציונים לקמן ש"י פ"ו ומה שכתבנו יישוב אחר.

והראב"ד וכו' הרי אין דין אסמכתא לעני"ם. ובצפנת פענח (השלמה עמוד ו' ב') כ' דבר חדש ביסוד הא דאין אסמכתא לעני"ם (ומבא בצ"ח ב"ק קנ"ג: א"ל כותי שקיל דמי') וז"ל: ובאמת אף למ"ד דגול בנח אסור, זה רק משום דמי הדבר לא משום עצם, דגבי ב"ג אין עליו שם בעלים מחמת המציאות והרשות, רק הקניני, ובו אין נ"מ בעצם הדבר רק מחמת השוויות וכו', ועיין בהשגות בהל' חמץ פ"ד דליכא דין אסמכתא גבי ב"ג, והא ג"כ מהאי טעמא דאסמכתא הוא רק על הדבר בפרטות ולא על סתם וכו', וזה לא שייך בדב"ג וכו' כע"ל. וע"ע דלא הגין בע"ה הרמב"ם, ואדרבה מסייע לדעת הראב"ד. אך לעולם למש"ג בפנים את"ש דלא שייך לענין קנין ואסמכתא. ועי' בצ"ח בהל' חמץ ומצה (כ"א) שמפורש עיקר זה ג"כ. ובתוס' (בש"ת ח"ב סי' ס"ו אות ג' ד"ה והשתא ס"ל להראב"ד) דרך אחרת לו ליישב הרמב"ם דהא דאסמכתא קניא היינו ישראל מגוי, אבל גוי מישאל לא, (וכע"ז בס"ז יוד"ס סי' ק"ל"ב פ"ה לענין קנין ספק). וע"ע בהפלאה (פסחים)

מאמר שלם על ענין זה וכינהו 'חידות דברי חכמים', ובדברי חיים (צ"א) בהשטמות סי' ו' אריכות גדולה ליישב דעת הרמב"ם, ע"ש דקודם ביאור ריש דברי הרמב"ם ומביא דרך הצל"ח והפנ"י שזכרנו ומשיג עליהם (ולבארה הוא הגשה גם על הצ"ח). ובחמדת שלמה (ש"ת א"ת סי' י"ב אות ר') יישוב באופן ע"ש ובכל הסימן שירד לברר כל שיטות הראשונים.

ש"י פ"ה

והרמב"ם וכו' והרמב"ם לא הביאו להלכה ודוחק לומר וכו'. גם העיני משפט לא מצא מנוח להלכה זו מפורש בהדי וכמבואר בהשטמותו שם. גם השמיט בזה מקור מוצאו בטור ושו"ע. גם העינים למשפט (להגיד יצחק אריאלי ד"ל) לא ציין כלום בזה בפסקי הרמב"ם, (אך בטור וש"ע הביא כמה וכמה דוכי שנגזרה הלכה זו ע"ש) והלא דבר הוא. גם אני שאלתי את פי גדול אחד שליט"א ונענה שנכלל בהא דקיי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ולא ירדתי לסוף דעתו. והבעה"מ הצטער על השמטת הר"ף בזה, וא"כ גם על הרמב"ם יקשה. ותמהני שלא הרעישו בזה הנו"כ והמפרשים ז"ל כדרכם, וזלת החת"ס ז"ל בחי' בפסחים כאן (סוד"ה נכרי שהלוח"ט). וע"ש ע"פ דרכו ליישב כלל הסוגיא דלא מיירי אלא למ"ד יש בריה, וכל מה דס"ל לאביי למפרע הוא גובה לית לן אלא אי קיי"ל יש בריה וכו', ע"ש ביאורו עפ"ז וסיים 'ומזה הטעם השמיטו הרי"ף והרמב"ם פלוגתא אביי ורבא משום מאי דקיי"ל בדאורייתא אין בריה, א"כ אינמי אמרי' למפרע הוא גובה מ"מ אי אקדיש מלוה לא מהני" ע"כ. והנה מלבד דבריו ז"ל נגד סתימת כל הראשונים ז"ל, גם הפוסקים ונו"כ לא רמזו כלום לענין בריה, ומה גם שהבעה"ת והנתה"מ והתומים ועוד פסקו למפרע הוא גובה בכמה אופנים (כאשר הבאנו לעיל) אע"ג דאנן קיי"ל אין בריה. גם הרצי"ת דברים אלו לפני דודי הגאון המחבר שליט"א ותמה דאם כנים הדברים צ"ל דבייחוד חמץ ועשאו אפותיקי צ"ל דלכר"ע מהני הואיל ואף אם אין בריה שאני זה שהתברר כבר, ולמה כ' הראב"ד כאן בהשגותיו "אפילו עשה אפותיקי לא מהני". ועל כרחך דסוגיין לא תליא בברייה, עכ"ת. אך לפי מה שהוכחנו לעיל ש"א פ"ב (ד"ה ועיין) דאפותיקי אינו לתא דשעבוד כלל, ומש"ה לעולם לא מהני לטורף מלקוחות (כשלצנחא), והא דמהני אפי' מיניה מטעם אחר הוא, דהיינו שייחודה לפרעון (ועי"ש המקורות לה), מיושבים דברי החת"ס בזה.

ש"ב. מה שח"ח מרן החת"ס ז"ל (לעיל) דסוגיין דפסחים אינו אלא שלא אליבא דהלכתא למ"ד יש בריה צע"ג מצד אחר, דעי' לעיל ש"י סוף פרק א ממנחות ק"ח ונדרים ג"ו שור משווי ובי"מ מבתי, שמבואר התם דאף קנינים ומכירה והקדש מהני בכה"ג אף לדין דקיי"ל אין בריה. ועי' בריטב"א בנדרים שפירש בחילוק בין בריה לשם וצ"ע. אך שו"מ בשו"ת הרשב"א (תולדות אדם סי' פ"ב) שהשואל שם

לא הבין החילוק בין בית מבתי לברירה, וע"ש בתשובה שהשיב הרשב"א ע"ז, והובא בתמצית בריש קונטרס מערכת הקנינים (הגר"ש שקאפ ז"ל), וגם בעצא להשוואל שם יש ליתערש להחת"ס, גם הנצל המאור נראה דס"ל הכי, נמצא דסברת החת"ס תלויה במחל' ראשונים. וכנראה שהחת"ס לשיטתי' אזיל בעוד דוכתי בהאי מילתא, ע"י בחידושי' לגיטין (רי"ט ט. ט.) במה שביאר בענין בית מבתי וכי"ב "לולי לשון הרמב"ם".

ש.פ. והנה הירושלמי בכתובות (פ"י ה"א) הביא פלוגתא תנאי במשנה ריש פרק א"ע"פ אם האשה גובה תוספת כתובתה אף מהאירוסין, דרבנן סברי דגובה ור' אלעזר בן עזריה סבר דאין גובה. וחקר הירושלמי אם אירס רחל קודם ללאה, אבל כנס לאה קודם לרחל, לתוספת של מי משתעבד תחילה (לענין בע"ח מקדש), מי אמרי' דאף בזה פליגי תנאי, או דילמא הכא כו"ע מודי דרחל קודמת ללאה, והואיל וחזר וכנס רחל "ונשתעבדו הנכסים למפרע משעת הקידושין אף להתוספת שלה" (פני משה), "חל שעבוד משעת אירוסין" (קרבן העדה), וכן הוא הכרעת הגמ' ע"ש. ומצאנו שדקדק המהרי"ט אלגזי (סי' פ"ב ד"ה דאין לומר לעמוד רב"ח עוז הדרן) מזה, "ונמצא דמשעה שקידשה החיוב תלוי ועומד עד שיתברר שכנסה לבסוף, עכ"ז כל שכנסה לבסוף, אף שכנסה אחר נשואי לאה שעבוד רחל קודמת, דכיון דאיגלאי מילתא למפרע שכנסה הרי למפרע חל החיוב על גופו ועל רש"י נכסיו משעת קידושין". וע"ש עוד רא"י משי"ב בבכורות (מת: טג.) דמבואר דס"ל הטעם שלא מהני לפדות תוך ל' משום דספק נפל הוא, ועל כן לאחר שהגיע ל' איגלאי מילתא שלעולם לא היה נפל ונתחייב בפדיון מיד. ובוה מבאר שיטת הרמב"ם (פ"א ביבוסים ה"ב וע"ד) דנתחייבו הנכסים אף כשמת האב תוך ל' ונשתעבד בחייו. והרי אלו ראיותיו דאע"פ "שאין החיוב מבורר דאכתי תלוי ועומד עד שיתברר" חייב השעבוד, ע"ש. וכז"ל דלא אלימא דלא כחת"ס ז"ל ע"ש.

ואולי ס"ל להירושלמי בכה"ג דיש ברייה דומיא דס"ל הכי במק"א ע"י פ"א ביצה ה"ד (ה: וזכרון העדה מדיה ומשני ואילן, ובתוס' היר"ד שם), או דשעבודא לאו דאורייתא ובדרבנן לכו"ע יש ברייה. אך לעולם נראה לישב דאינו מוכרח מהירושלמי כתובות דמסיק כן ממש דחל למפרע ע"ש היטב. גם מצאתי בפיפה עינים להבבלי כתובות (נד: ד"ה ראב"ע"א) דהירושלמי מסתפק אי גבי' זומן ארוסין, הרי דס"ל דלא הוכרע, ומה גם שהרמב"ם והפוסקים השמיטוה. ומצאתי בצפנת פננת (פ"ז אישות ה"י) שדעתו נוטה שהירושלמי שפיר אחיא אליבא דהלכתא, אלא דלעולם לא נתכוון הירושלמי לומר דהשעבוד חל למפרע עד כדי כך שטורף מלקוחות זומן האירוסין, דזה אינו, (וכדעת הרמב"ם דמת קודם נישואין כתובתה מבני חורין בלבד), והא דמסיק דרחל קודם ללאה היינו ממיניה ולא

ממשעבדיה. (וע"ש שם דברים נפלאים בבואר סימא דהירוש' ובסוד השעבוד), ולפי"ז אין רא"י נגד החת"ס ז"ל ולעולם לא חל שעבוד כל זמן שאינו מבורר. וגם רא"י דשעבוד נכסים קודם ל' בפדה"ב, וז"ל ע"פ הא דהשיגו כבר על המהרי"ט א (ע"י שו"ת דגל ראובן ח"ב סי' מ"ה). והאי סברא של הצפע"ג שייכא נמי לסוגיא דבע"ח מוקדם ומאוחר. דהנה נתחבטו הפוסקים (בסי' קי"ד) בענין גביה מיניה ושקלו וטרו הש"ך והתומים ועוד האם איכא שעבוד מיניה ידידה, וע"ש דבוה תליא הלכתא. אך לפמשי"כ הצפע"ג כאן מבואר, דאף בדליכא שום שעבוד אכתי שייך דין קדימה למפרע, וזו ידיעה נכבדה.

ש"פ ז"ו

והנה וכו' א"כ צריכים להבין וכו' דלמה אין ה"ה צריך לש"ש בשב"ל הפירות. וכן הק' הגר"ש שקאפ ז"ל ע"י מערכת הקנינים (סי' י"א ד"ה עוד קשה ל'). וכן העיר הקהילות יעקב פסחים (סי' כ"ז ד"ה תראה), אלא שכ"כ בניחותא דע"כ אינו למפרע ממש. וכן הגיר' ר' שלמה זלמן ז"ל במנחת שלמה (תע"ש) בפסחים עמוד כ"ז (א"ן) הביאו בשם יש מקשים. וכבר הקדימם האבני נזר בשו"ת אר"ח (סי' של"ב) ע"ש סימן שלם (כ"ד אות"ה) בגדר שיטת אבני בסוגיין, ובריש דבריו שם כתב דע"כ אינו למפרע ממש, דאל"כ יהא הלוח אסור לדור בבית כשהמלוה הקדישה. שו"מ להתומים סי' קט"ו ס"ק ט"ז ובסי' ק"ג ס"ק ר' וכן משמע קצת בהמקנה (קידושין כג. ד"ה א"ד) דמבואר דאף הפירות גובה המלוה לאבני.

ותמוה מאוד שהוא דלא כהתוס' ב"ק (לג.) שהובא בפנים. וע"י באבני חושן שם ס"ק י"ב שעמד בוה ובלבושי חושן בהוספות (לסי' ק"ג ד"ה ואמר לי אמור) ועצ"ג. וע"י בשו"ת דברי חיים אר"ח (ח"א סי' ט"ז ד"ה וגם קשה) שעמד בשאלה זו ודקדק מגוף הש"ס בב"מ (סו.) דלית למלוה פירי, ואח"כ הביא דברי התומים הנ"ל ודחאם מכח גמ' הנ"ל, וע"ש דרכו המחודשת.

ואין לומר דזה הוי כמו תנאי בהשעבוד וכו' בב"ק (לג.) וכו' ר' שמעון שקאפ ז"ל (שם), והוכחתו מכל שעבוד של תורה שאינו מדעת המחייב. והוסיף להקשות על תוס' בב"ק דבהקדש א"א לשירי פירות כשהקרקע הוקדש מעכשיו, וכדפסק הרמ"א (ת"ס סי' רי"ח), משום דקא ינקי משהה הקדש. גם הסטייפלער ז"ל הזכיר את התוס' הנ"ל כדי להוכיח דאינו שלו למפרע ממש ע"ש.

ויש שרוצים לומר וכו' דין מכאן ולהבא למפרע. שמענו מפי הג"ר מאיר הערשקוביץ שליט"א (ר"י בית בנימין סטאמפד), ולא מצינו בספרי האחרונים שיפרשו בדרך זה, וזולת שבקה"י כתב "לא היה למפרע שלו ממש", אך מיד הביא דוגמא ממשכון דר' יצחק היכא דמשכנו בשעת הלואתו, ולכאורה אין כוונתו על זה דמכאן ולהבא למפרע, ע"ש היטב. ובאבני נזר (שם) ג"כ נקט הדוגמא של משכון דר' יצחק, אלא מסגנונו קשה להכריע, שכן בצד ראשון בחקירתו כ' בזה"ל, דמספקא לי וכו' אם הוא

קניו ליה לגמרי למפרע] - משמע קצת דהצד השני הוא דאינו לגמרי למפרע], או דלמא דאינו אלא קנין שעבוד למפרע, וכמו קנין משכון וכו' דהוא קנין שעבוד לכד עכ"ל. ולא ברור אם כוונתו לומר שאין הקנין אזיל למפרע בצורת קנין אלא בצורה של שעבוד, או דר"ל שודאי הוא קנין, דאל"כ למ"ל שעבוד למפרע, הא גם בעתו ובזמנו היה שם שעבוד, (ובפ"ט למ"ד שעבודא דאורייתא), אך קשה להעמיס זאת בדבריו. וע"ש בדבריו הקצרים שם (באות א' וב').

ויש וכו' ומל"ד דפירוש זה נראה דחוק וכו'. אמנם מצינו דוגמאות רבות בהלכה ובגמ' עד"י, כגון שאלת הירושלמי בנדרים (פ"י ה"ח) מובא ברא"ש (שם סי' ג.) במאכל שנאסר בנדר האם חשיב בכלל איסור שאין לו מתירין, או כדבר שיש לו מתירין, הואיל ושייך בו היתר חכם, ומפרש הירושלמי שהצד לומר דהוי כאין לו מתירין הוא משום שעוקרו מעיקרא, נמצא שלא נאסר מעולם, והצד לומר שיש לו מתירין משום "שאין עוקרו אלא מכאן ולהבא". ומסביר הרא"ש בזה"ל: כלומר עיקר העיקור מכאן ולהבא וכו', ואע"פ שעוקרו מעיקרא מ"מ היה אסור עד היום עכ"ל. הרי להדיא דאע"פ שלאחר עקירת החכם הוי כאילו לא היו דברים מעולם, מ"מ בעתו עד שעת העקירה היה שם דין איסור, הכ"נ נהי דבטריפת הקרקע חייל שם דין כאילו היו שלו מעולם (שעת הלואה), מ"מ בעידנא טרם טריפתה היה נשאר בקרקע דין שלו, וא"כ כל הפירות היה נשאר בקרקע דין שלו. וע"ש לקמן בפנים (ש"י פ"ג ד"ה ומשום הכי ד"ה והקשה) שכתב על דרך זה בסוגיא אחרת.

ויש וכו' דלמה לא נאמר מכאן ולהבא למפרע גם לפני הפירות וכו'. ויש להעיר דהדין למפרע חל על מה שנעשה מעשה הטרפא, ועל הפירות לא היה מעשה טירפא שכבר איננו כי לקח אותו הלוח. וסברא זו מפורשת כבר במס' שבועות (פ"ח), ע"י שם פלוגתא האמוראים אם נשאל על שבועתו (גדרתא) אחר שכבר עבר ואכל כולה. ואמנם אמת דביד"ד (ד"ל"ח פ"ג כ.) קיי"ל כאמימר שם דס"ל דאפ"ה נשאלין, אך מפורש שם בדבריו דזה רק עד שהביא קרבן לשוגג ומלקות למוזד, אבל אח"כ לא, וכדפרש"י שם (ד"ה ה"ג) הטעם משום דאכתי צריך שיהי, וכמו שפירשו המפרשים שצריך שתהיה לשאלה על מה לחול, ע"י ר"י מגיש שם, ובאחרונים עד"י (ע"י שו"ת חת"ס יור"ד רמ"ג ד"ה א'), ובקהילות יעקב שם סי' כ"ב, ובקובץ שיעורים כ"ב סי' צ"ז), וכ"כ המאמרי שם להדיא. וכ"ש לדעת הרמב"ם דפסק כמ"ד אכלה כולה אין נשאלין (ע"י שער המלך ח"ג סוף שבעות, שו"ת בית עקב, קה"ק יע"ד). וא"כ הכא נמי על הפירות שאכלו (ואולי אף מה שנחלשו והוכנסו וצ"ע) תו אינם בעולם לקבל עליהן דין טירפא וקנין למפרע ודו"ק.

ואין לומר דשאני הכא דמיידי בענין ממוני ולא לפינן מאיסור, חדא דע"י במס' יבמות (ק"ג) תנן הממאנת באיש הוא מותר בקרובותיה

והיא מותרת בקרוביו. והטעם בזה מבואר ברמב"ם (פי"א גירושין ה"ט"ז), "ודינה עם בעלה שמיאנה בו כדינה עם מי שלא קדשה מעולם וכו'". ע"ש. הרי דדין המיאר הוא שמפקיע הנישואין למפרע, ומ"מ הרי אמרי' ביבמות שם (לעיל מהו גמ') שבעלה זכאי במציאתה ובמעשה ידיה, וגם לאחר המיאון ג"כ אין חוזרין כל הנך דינים למפרע. וביאור הדבר כמו שבי' בחידושי רבינו חיים הלוי (פי"ב אישה ה"ט ד"ה ונהגה ברמב"ם) ע"פ דברינו עד הנה, דהמיאון מפקיע מכאן ולהבא כאילו לא היה כאן שום קידושין מעולם, אבל הואיל וכבר זכה בעל בעידא דקא חל שם זכותי בעל, לא מהנאי ע"ז הפקעת המיאון למפרע ע"ש. הרי אף בדיני ממונות אמרי' הך סברא. שו"מ באור שמח (פי"ב מאישה ה"ט) שכ' בנקודה זו כע"ז, ע"ש באמצע ד"ה הדין, וע"ש בסוף דבריו מדברי הר"ן (פה ד"ה ואני מסתפק).

ותו נראה לומר עוד סברא ע"ד הפשט למה בדיני ממונות מסתבר לומר כן (ואפי' יתיר משאר דיני תורה), דעי' במהרש"א (רי"ש לא), מש"כ לחלק קצת בין ממון לאיסור, ולא הבין הפני שלמה את דבריו, ולפי"ד אפשר יש להבין, דהנה כתב את הלוח לשאול לחכם בימים שבינתיים אם מותר לו להשתמש בקרקעו, לכאורה שאלתו הוא השתא טרם נדע מה יעשה לבסוף היכי נעביד מספק, וא"כ י"ל ע"פ הכלל גדול בתורה ספק ממונא לקולא (תולין קלה), ושפיר מותר להשתמש בעידא דעומד הממון בספיאק. ומה גם שכ' התומים בזה עוד חידוש אביר כלל זה בקיצור תקפו כהן (פי"ב ביה) וז"ל: אבל באמת הקושיא (דמי"ש משאר איסור דאורייתא לחומרא) מעיקרא ליתא, כי כך היה המצוה והלאו של לא תגזול, היינו גזל ודאי, אבל גזל ספק אם הוא בידן אין כאן איסור גזל, דכך הלכה נאמרה המוציא מחבירו עליו הראיה, ומי שתפס יכול להחזיק ואין כאן ספק איסור כלל וכו', כמו דלא אסרה התורה ממזר ספק ומעשר ספק וכדומה הרבה, ולכן אפי' צלאת ידי שמים אין כאן חובה עכ"ל. ועל כן בקונטרס הספיקות (כלל א' ס"ו) מש"כ כע"ז והזכיר דברי התומים הללו.

והכא פשיטא שהלוח הוא המוחזק והתפוס, שעדיין מרא קמא ידידה רובצת עליו, (וכבר ביארנו במק"א דמ"ק היו ג"כ סוג מוחזק ואוחז), ואלא שאנה ה' לידו דברי הרבינו יונה בב"ב (קנה ד"ה א"ל א"ב) שכ' להדיא דלאביי בפי' כל שעה דבע"ח למפקיע המוחזק הוא גובה, ולפיכך ס"ל דהמלוה חשיב המוחזק ע"ש והוא פלא, (ואפשר דשיטת התומים שהבאתי לעיל בסי' קט"ו ובסי' ק"ג וס"ל שהמלוה גובה פירות למפרע עולה יתו עם דברי רבינו יונה). אך לדידן דקיי"ל כשי' התוס' בב"ק (ב"ב) דלא גבי המלוה את הפירות ודאי קשה לומר כן, והדר דינא שהלוח ולא המלוה חשיב מוחזק ודו"ק. ולקושטא דמילתא אולי רבינו יונה יודה דאכתאי המוחזקות אינו אלא כשהגיע זמנו, ולא תוך זמנו (וכדפיירי גופא דסוגיא שם), וגם מהא דחשיב

הקרקע ממון שא"א להוציא בדיינים כ"ז שלא הגיע זמנו, ושוב אין לו כח בה. וע"ע בפנים בסמוך ד"ה אי נמי ובצינן שם.

שו"מ ראה אלימתא ברדב"ז (ח"א סי' ק"מ הבא בדבריו בגמ' סי' תמ"ח סי' ה' (וסי' נפל במ"מ)), עמש"כ המחבר בשו"ע שם (פ"ג) דאסור ליתן תמצו לעכור"ם במתנה ע"מ להחזירה. ולכאורה ע"ע דקיי"ל בכל הש"ס כמ"ד מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה, ע"י בפוסקים שם טעמים שונים, וברדב"ז תי' וז"ל: דכל זמן שהתנאי תלוי הוי כפקדון, ואם נתקיים התנאי, אע"פ שנמצא למפרע היה החמץ של עכור"ם, מ"מ קודם קיום התנאי כבר עבר עליו הישראל ולא יועיל קיום התנאי לבטל הלאו שכבר עבר ע"כ. ע"ש עוד מש"כ בזה המג"א הא מיהא דמודה קצת לדבריו זולת שאלה א' מק"א ע"ש. ולכאורה זו פליאה נשגבה, וכמש"כ המחנה אפרים (פאכ"א פ"ח ד"ה עמודה) דאין בה טעם כעיקר דכיון דנתקיים התנאי למפרע היה תמצו של עכור"ם, וע"י במקור חיים (ד"ק) שטרח ליישב ובמגן האלף (פ"ק) שדחה. וע"י בחתיצת השקל סברא חדשה בזה. ובערוה"ש כתב (ס"ק ב"ה) "ואינו מובן כלל", אך כבר דדקדק מהרמב"ם (פי"ד תרי"ג) שכ' "ולא יתן לו על תנאי ואם עשה כן הר"ז עובר בבי" ובבי" ע"ש, הרי להדיא מבואר דעובר מ"מ אף אם נתקיים התנאי (עי' שו"ת קולת יעקב להגרי"א אלנאי סי' קל"ח ח), הרי משמע כהרדב"ז דעובר מיד ולא מהני אח"כ קיום התנאי. ולפי"ד ניחא ברווח, כי בממון אשר נפל בה ספק, והלכה הוא ספק ממונא לקולא, והיינו דמוקמינן ביד המוחזק, ובמתנה על תנאי י"ל דהמוחזק הוא הישראל שהוא היה הבעלים עד הנה ממילא חל דין גמור על החמץ שהוא שלו, ורק כיון שהוא ביד אחר קרי' לזה פקדון, ועובר עליו באיסור דאורייתא.

וזכינו להבין עוד עומק לשון השו"ע (שם) "אבל מתנה ע"מ להחזיר לא מהני", ולכאורה ק' דתלוי בתנאי כנ"ל, אלא להנ"ל פשוט דלא מהני לחלוטין אקאמו וכמש"נ. ובאמת כבר דמקני לשון זה בבית המכש"נ ועוד פוסקים וכן נוטה דעת השער הצינן שם (ס"ק ג"ש), וע"ש שנדחק להבין הסברא בזה, וע"י מש"כ בשם היד אפרים וצ"ע, אך לדברינו א"ש בעו"ה. ובוה ניתן ליישב מה שתמהו הפוסקים שם על סברת התרומת הדשן (פי' ק"ט), והובא בב"י ובמג"א (ס"ק ה'), שכ' בטעם שלא מהני מתנה ע"מ להחזיר שאלו כהלכות אחרות, משום חומרא דחמץ, וחומרא יתירה הוא והבו דלא לוסף עליה ע"ש. ובהגהתו רע"א ובביאור הלכה (ד"ה לא מתני) תמהו עליו דהרי הוא ספק איסור דאורייתא, וכי חומרא בעלמא הוא זה, הלא מזהירים ע"ז מעיקר הדין ומדין תורה, דאם לא יקיים הגוי את תנאו נמצא מתנתו בטל והוי של ישראל, והוא פליאה חמורה, וע"ש מה שנדחקו בזה.

אך לפי הנ"ל מיושב בנחת ולא בצער, די"ל דסברת התרומה"ד (שהוא מהנה"ג פי"ז שבת את"ב כ"ט

התוספתא פסחים פ"ב ה"ג) כמש"נ, דקודם קיום התנאי חל על החמץ ספק ממונא, והרי הוא של המוחזק, ואלא דמי הוא המוחזק, ע"ז חולק על סברת הרדב"ז, וס"ל להגוי שהוא אוחזק ברשותו ולא הישראלי הוא המוחזק, ועכ"פ על זמן שבינתיים, וא"כ אף כשלא יתקיים התנאי ונמצא אינו שלו למפרע, מ"מ כל ימי הפסח דין שלו הוא לעכור"ם ולא לישראל, ונמצא איסור זה (ע"פ להחזיר) אינו אלא חומרא בעלמא, [ואין להקשות מאתרוג ע"מ להחזיר דשם בעינן לכנס ונהי דבהיתר אתא לידו, מכ"מ לא עדיף מגולן בהיתר דטו"ס אין לו דין לכנס ואכ"מ]. ואפשר דמהאי טעמא השמיט הטרם (בסי' תמ"ח) את הדין זה של מתנה ע"מ להחזיר, (אע"פ שהרמב"ם והג"י מיימני והתרה"ד הביאו, דס"ל דמעיקר הדין אין איסור ורק חומרא בעלמא הוא, ומדהשמיטה הרי"ף והבבלי והירושלמי שמע מינה דלא ס"ל כחומרא יתירה הוה ומותר אף לכתחילה, וזה חידוש. ודברי הקצה"ח (פי' ת"ז ס"ד) שהובא בסמוך, סמך גדול לכל זה. וע"ע בב"ח אבה"ע (פי' כ"ח הובא בדבריו בבית שמואל ס"ק פ"ד) בחתלתל מחוקק (ס"ק ל') על מה שפסק הרמב"ם "ואם קידשה בדבר שאין בה"ב מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הרי זו מקודשת מספק" (עי' ש"פ מאישה ה"ח), ובב"ח כתב דהוי מקודשת מספק למפרע והשיגו עליו ע"ש וצ"ע. וע"ע בביאור הלכה (פי' י"א סעי' ו' ד"ה מצטר גזול) שהסתפק במי גזול צמר והטילים בבגדו ואח"כ שילם או נתנם במתנה אם כשרים משום דאגלאי מילתא למפרע וצ"ע, עכת"ד ע"ש. ויל"ע האם שייך לכל הנ"ל (עי' בספר ירות המשנה ה"ל ציצית ועמוד תמי' ב"ה יסוד הקובץ שיעורים).

ויש וכו' ויבין דחיי"תו ת"א פקע. סברא זו אינו ברורה כ"כ, ע"י תוס' פ"ק דב"מ (ו' ד"ה וקא) וז"ל: והקדישה כשהיא בידו מסתמא תו לא פקע, אפי' חזר חבירו ותקפה עכ"ל, הרי שכ' מסתמא. וע"ע בתוס' שם (לד' סו"ה א') וז"ל: ושמא יש לומר וכו' תו לא פקעי עכ"ל ע"ש, וחזרו דלאו מילתא דפסיקא היא.

ויש וכו' התוס' בניגפין (ב"ב) וכו' תחול ההקדש בשעתו וכו' תו לא פקע. אך לעולם י"ל דרבינו חם שהק' כן חולק על זה, ורק דעת הר"י כן (לומר דרבא לשיטתא אזיל). וכ"ש לרש"י שלהדיא לא ס"ל הכי, וכמו שפירש הקצה"ח (פי' ק"ז ס"ק א' ע"ש בב"ה ולרש"י), דבאמת לכונ"ע יש לחלק בין קדוה"ג לקדוה"ד, והיינו דע"י השעבוד הוי כאינו ברשותו של לוח, ובאינו ברשותו אין לו כח להקדיש מכה זוג"כ מה ביתו ברשותו וכו', אך קדוה"ג לא נגלה במיעוט זה, וכ' שכוון לדעת הר"י"ש (פי' ש"ש) ע"ש. הרי להדיא דסברא מרווחת היא, דאין סברת למפרע הוא גובה סתירה להקדשת הלוח. וע"ע בב"י יור"ד (פי"ט הל"ה) שכ' דקדושת הגוף חל אף על דבר שלא בא לעולם, והכא י"ל דלא גרע. ומה גם שהפנ"י התרעם מאוד על דברי הר"י הללו וכו', דבפסחים לא הוזכר אודות הלוח שהקדיש רק המלוה, ור"ל שהמלוה הקדיש

ואח"כ גבה שאח"כ חל למפרע וכו', אבל כשהלוה הקדיש לעולם י"ל דכבר איננה בר טירפא כלל, ושוב אין המלוה פתח אפשרות לגבות כולם, ולעולם אמת ונכון היא דמאחר שחל עלה אמת תו לא פקע ע"ש.

וכן הוכיח בשו"ת דברי חיים (ארי"ח ח"א י"ז), דכל שמחוסר מעשה, כ"הג' דמחוסר גוביינא, לא הוי ממש איגלאי מילתא למפרע. (ע"ש בריה ונראה לי לתרץ) שמזכיר ג"כ את הפנ"י ע"ש. ובליקוטים והשטמות שם (סי' ד' ד"ה ולתרוץ כ"ז) הביא מהפנ"י הנ"ל ומפסחים (לא. ד"ה בפרא) ומהצל"ח שם (ל' בריה נכרי בריש) כדבריהם הלל, וכי' דלעולם אף לאבי אמרי' כיון דחל שעה א' תו לא פקע. (ע"ש בריה ולפי ע"ד שחולק, וכנראה חזר בו ממש"כ בח"א ארי"ח ע"ש).

ל'כו וכו' אין גבית בע"ה אלא מן גוף הקרקע וכו' כפי וכו' פירות. וקרוב לזה כ' הדברי חיים (שם ד"ה ולפי) וז"ל: אבל לאביי דהיה למפרע של המלוה א"כ וכו' הגם דקודם זמנו לא יכול לטרוף וכו' וגם פירי לא גבי מלוה, מ"מ הוי רק קנין פירות, אבל קנין הגוף הוי מעולם מלוה ואינו יכול הלוה להקדישו כלל עכ"ל. וכוונתו סתומה קצת, ואולי נתכוון למה שכתב בפנים.

אי נמי וכו' וכתב רש"י. ובדעת רש"י כ' הקצה"ח (כס"י ת"ז סי' ד' בסוף דב"ז), "נהי דזכה למפרע, כיון דבדין משתמש ורשאי בכך אין בו תורת גזילה". ובאבן האול (פ"ח מנזקים ה"ז) הביא דוגמא ברורה לגדר זה ממשיב אבידה בדרך שוטשה ואוכל שאין בהשתמשות בה שם גזילה דהוי כשלו, ע"ש שהחזיק ש"י הקצות במש"כ דמשתמש ע"מ לגזולה נמי אין בו תורת גזילה. והחזו"א (ב"ק סי' ל"ג סוף אות י"ח) חולק וסובר דהוי ספק גזל, דאם יסלק אותו המזיק יעבור בלאו ע"ש. ונראה דשורש המחלוקת קרוב לפלוגתא התומים עם כל האחרונים אם המלוה חשיב עיקר הבעלים קודם הטייתו או הלוה, וכמו שהראינו פנים לזה לעיל בסמוך. (ד"ה ויש וכו' ולמה) בראשונים מי חשיב מוחזק המלוה או הלוה, ודין מוחזק בממון שעומד להתברר של מי הוא, ויש להאריך בזה.

ולפי זה וכו'. וע"ע מש"כ בזה בפנים ש"י פ"ד באופ"א.

ש"י פ"ז

היוצא וכו' לפמשנ' וכו'. וע"ש בציונים. **היוצא וכו' י"ל דרבא וכו' דלא מסתברא ליה וכו'.** תמוה, א"כ מה צריך רבא לטעם שיכול לטלק בוזוי, הא לא שייך כלל לזה, דסברת רבא לכאורה היא "דלא מסתברא, דלמפרע חשבינן ליה גביה לאלתר". ובאמת כן הק' השפת אמת (ד"ה מכ"א) על לשון רבא גופא, וע"ש שתי' דאדרכה זה גופא כל חיליה של רבא דכיון שיכול לטלוקי זה מחייב שא"א שהגבייה תפעל למפרע, ולכן באופן שיצויר שאין יכול לטלוקי (אפותיקי) לכו"ע למפרע הוא גובה. וזו ראייה אלימתא שישטת הבעה"ת

והנתה"מ והתומים (שהבאתי לעיל) דגם רבא מודה דבהגיע זמנו למפרע הוא גובה. וע"ש בשפ"א שדקדק כן עוד מהש"ס "כיון דמטי זימנא ולא פרו", משמע דפלוגתיהו דוקא קודם הזמן. שור"מ במערכת הקנינים שנתקשה הגרש"ק ז"ל ג"כ בהאי הוספה "הואיל ויכול לסלקו בוזוי", דלכאורה אי"ז מעלה ומוריד, ודומה זה לכל תנאים שבעולם שיש הבחירה ביד בעל התנאי לא לקיים תנאו, ומ"מ אמרי' איגלאי מילתא למפרע בשעת מעשה, וחייל.

ע"ש ריש סי' י"א (ד"ה גרסין), וע"י בפנים ש"י פ"ז ד"ה ולפי, וצ"ע. אכן יש להעיר מלשון רש"י בגיטין (כ"ה: בריה ולפי) "כשאר תנאים שאדם מתנה בגט, שבידו לקיים ודעתו לקיים כשמתנה עליהם, ולכשנתקיים התנאי הוי גט למפרע" והבן. וק"ק מריטב"א כתובות (פ"ב. ד"ה אלימא, משי"כ על פי רוב וכו'), אכן יש ליישב.

ולפי וכו' יש צומר וכו'. וכ"כ השפת אמת הבאתי דבריו לעיל (סוף סי' פ"א ד"ה ל'קן).

ש"י פ"ח

ודומה וכו' באחריות הרי החיוב חל עליו מיד אם יטרפנה וכו'. אך בחי' רבינו חיים הלוי (פ"ט פמלוה ולהל"ח) ביאר גדר האחריות באופ"א (בריה אלא) וז"ל: ואשר יראה מוכרת בזה, דכל מוכר באחריות כשכא הבע"ח וטרף, דהלוקח חוזר וגובה מעותיו מהמוכר, הדר דינא דגביית הבי"ח היתה מהמוכר, דכן הוא דין תנאי האחריות שטירפת השדה תתקיים בשויר לגבי מוכר וכו' ולא מהלוקח וכו', שהגבי' תתקיים מרשות מוכר עכ"ל. וה"ה בסוגיין דנכנסו היתומים תחתיו. והנה ע"י במהרש"א (בכתובות צ"ב.) שם ד"ה ופיסיה שכי' דדוקא כשלקח באחריות יוכל הלוקח לטלק לבע"ח בוזוי, ע"ש בביאור כוונת רש"י, וכבר תמהו עליו הפני יהושע שם וגם ההפלאה ועוד מהיכי יתתי סברא זה, ולכאורה אף בלא אחריות יכול לטלק יעו"ש. אלא דלפי דברי הגר"ח שפיר איכא למיסבר סברת המהרש"א. וכן כתב הגר"ר יצחק הוטנר ז"ל בגלינות והערות לחידושי הגר"ח שם.

והנה וכו' המעות שפילק בהן הבע"ה איכא חיוב אחריות וכו' והוב זה הוי מטלפין. וברש"י מהדו"ק (ע"י שט"ק) כתובות (צ"ב.) כ' דוויז דהוי חייב לאבוהון מטלטלי ניהו ע"ש, וקצת משמע דעצם החוב אפשר לאו תורת מטלטלין עליו, רק דוויז שבהם חל עיקר החיוב פירעון.

וכע"ז מבואר בחי' הריטב"א שם (פ"א ד"ה אלימא דהו) שביאר הא דחוב חשיב מטלטלי, ואע"ג שעיקר שיעבודו של הקרקעות, מ"מ כיון דרוב פעמים משלם זווי נחשב כמטלטלי ע"ש. ומדלא סגי להריטב"א לומר בפשיטות שהחוב בעצמותו כשלעצמו הוי חפצא דמטלטלין שמע מינה דאינו כן. ובר מן דין תמוה מהר"ן ר"פ אלמנה ניונות (נז: מרפי הרי"ף) דכ' דאע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי ואפי' תפס, דוקא מטלטלי אבל אם תפס מעות מהיתומים לא מפקינן שהרי כבר נפרעה ע"ש,

(וכ"כ במק"א לחלק בין מעות למטלטלי ע"י בית יעקב שם פו. בתוס')

ד"ה אמר, וכבר חשיב עליו הפנ"י שם צ"ע), ולכאורה חזינא להדיא דלא זו בלבד שעצם החוב לאו דוקא שם מטלטלי עליו, אלא אף גופא דוויז אפשר נמי כן וצ"ע. ובאמת כבר תמה על הר"ן בחי' רעק"א (צ"ב פ"ג ש"ב) מהא דרמי בר חמא דסוגיין דאיך יכולים היתומים לומר אנן מטלטלי שבק אבוהון, דאם על מעות מהני תפיסה כ"ש דעל החוב ויעיל, וע"ש שהניח בה' יאיר עיני. וע"י באבי עזרי' (פ"ח מהל' אישות ה"א ד"ה ונראה) שכ' לתרץ קו' רעק"א דעל חוב לא שייך תפיסה הואיל ולא שייך בו מעשה תפיסה, ולא דמי לתופס מעות בעין, ע"ש ראי' מירושלמי המובא בתוס' ר"פ אלו נערות, ומסוגיא דכתובות ק"י שנים שהוציאו ש"טח זה על זה ע"פ מש"כ שם הר"ן בשם הרשב"א דמבואר דלא שייך גבייה על חוב ע"ש ככת"ד. וע"ע בחזו"א (תרי"ט ליקוטים ד' י"ז) שג"כ כתב לחלק בין מעות שהן בעין לחוב שאינו בעין. וכ"כ לתרץ בספר חזו"ת קשות (הורדוס בשולי הרעק"א הנ"ל בהוצאת המאור), וע"ש שתמן דבריו מדברי הריטב"א והתוס' ע"ש. וצ"ע איך לא נחית מן הרעק"א ז"ל לסברא הנ"ל. וצ"ל דס"ל לרעק"א דחפצא של חוב הוא ענין אחר לגמרי והוא עצמו מטלטלין ענין מטלטלין ממשיים דעלמא, וכמו שנתבאר בפנים. ונידון זה תליא לכאורה בהא דפליגי הפוסקים בסי' קס"ג אי יאוש מהני על חוב, ע"י רמ"א סעי' ג' ובקצה"ח ס"ק א'.

ש"י פ"ט

ועיין במגיד משנה שנדחק צומר וכו' לאו דוקא. והסכים עמו הב"י (ריש סי' ק"א ד"ה ומיהו), ובמרכבת המשנה הביא בשם הכנסת יחזקאל (תרי"ט סי' פ"א) שנדחק ליישב לשון הרמב"ם דמירי שהשדה היתה אפותיקי מפורש לבע"ח ויש ליתומים זיבורית וכו' ע"ש, והוא אוקימתא דחוקה, (וקצת תימה על המרכ"ם שהעתיק ותם כוונה ב"ל פקפקו). אכן הגידו"ת (סוף סוף חלק א') הק' דאם נימא שכוונת הרמב"ם דוקא (שכן החליט שם בפשיטות), תמוה מגמ' מפורשת בכתובות (ק"י.) דמבואר דאפי' בקרקע אחרת מהני, וכן הק' הב"ח (פ"י ק"א). ואפשר משו"ה נייד המרכבת המשנה לפירוש הדחוק. וע"ע בפני שלמה (לבעל הקיצור שריע ד"ה ואמר) שהביא לדברי הרב המגיד, אך אח"כ הסיע דברי הרמב"ם להראש' והקדים לדבריו "ולפי דבריו", דמשמע שכ' זה לפי דברי המג"מ וזה אינו, וצ"ע.

ועיין וכו' ואכן קשה צומר כן דבברי הרמב"ם שהדיגש וכו'. וכ"כ הב"ח (ריש סי' ק"א), וכן מפורש בראש"ש שם (פ"י סי' ח') "האי ארעא", וכן מדוייק לשון הטור שם שכתב "הקרקע", וכן דייק הב"ח, (שרי"מ דיוק זה בקצה"ח שם סי' ה' בסוד' וקצת קשה שדקדק כן נפשי' ולא מהב"ח, אע"פ שציטט שם במס' וכו' הב"ח סוף סי' ק"א) שמבואר כהרמב"ם ואביו הראש'. וכן דקדק הקצה"ח ברמב"ם והשמיט דברי המג"מ.

ועיין וכו' וצריכים צ"עין מאי שנא אותה

דבר זה והסתפק בזה. ויש להעיר דאין ברור אם השאלה הזו של האם אדם פורע לעצמו הוא גם הנידון האם יש לאדם שעבוד לעצמו, ויש להתיישב בדבר זה.

ש"י פ"א

וכתבו התוס' וכו' ועיין במהרש"א. שכתב בבאיור הסלקי'ד של התוס' שכיון שהלוחה מהאב משועבד להמלוה שלו ממש כמו האב עצמו, א"כ אינו נחשב מטלטלים של יתומים, שהרי הלוחה מאביהם הוא חי והכל משועבד לבעל חובו (פנייה) ע"ש. וכמוכן דבריו תלויים בפלוגתת הפוסקים (הבאוי בסמוך ש"י פ"ב) האם שעבודא דר"ג עושה כאילו הלוחה משועבד ומחויב להמלוה שני ממש, או הוא רק דין ושעבוד בעלמא (נכסים). וכ"כ להדיא בחי' מהרשש"ן (בתוס') בסכרת המהרש"א. וכע"ז איתא בחי' מהר"י שפירא, כאן. וע"ע מה שראו גם תמהו עוד מפרשים ע"ד המהרש"א, ע"י גנזי יוסף הודפס בשולי המהרש"א (הוצאת עת הודו). אך לפי פירושא חדתא שנתבאר בפנים בסמוך את"ש גם דברי המהרש"א, ועיין בזה.

ש"י פ"ב

והנה וכו' מחוז' וכו' וכ"כ הנמוקי'. וכ"כ הרמב"ן והרא"ה (שם), ודלא כהראשונים בכתובות שם, ע"י ח"י הרשב"א הריטב"א והמאירי בשם הראב"ד שס"ל כפי' בתרא בתוס', וע"י בר"ן (ו. מדפי הריף) שג"כ הביא לפי' זה, (וע"ש שהביא גם פי' הא' בתוס'). וע"י בטור שפסק כן (בסי' פ"א), וע"י בנו"כ שם שחולקו אי שיטת הרא"ש כהתוס' (והנמוקי') או כשאר ראשונים. והפוסקים מבארים שעיקר גדר שעבודא דר"ג תליא במה שס"ל בגדר מכירת שטיח, ע"י קצה"ח (בסמוך).

והנה וכו' לא' נחתדש שעבוד הגוף וכו'. ודלא כמו שהעלה הקצה"ח (פי' פ"א ס"ק ד"ה ולאורה), וע"ש שאוקי סברא זו אף בשיטת רבינו תם הידוע (בתוס' כתובות פה: ד"ה המוכר) דבמכירת שטרות לא נמכר שעבוד הגוף, ע"ש שחידש דע"י שעבודא דר"ג שאני. וע"י פ"א ס"ק ה' שהאר"ן ג"כ להוכיח כנ"ל דאיכא גם שעה"ג, והעמים כן בשיטת הש"ך שם (פי' כ"ב) והב"ח, וחיליה מסוגיין דפסחים תוס' ד"ה משתעבדנא ע"ש. וע"ע שם (פי' ד'), וע"ע בס"י פ"ו ס"ק ב' ד"ה ולענין, שג"כ כ' כן כמה פעמים. וכן מדוייק מלשון הריטב"א בכתובות (פ. ד"ה תלוי) "וכאילו גובה מהלוחה של"ו ע"ש.

והנה וכו' אלא' וכו' ורק דהשעבוד נכסים וכו' נשתעבדו וכו'. וכן העלה הקצה"ח (בסי' פ"א ה' ד"ה והנה) ככוונת דברי הסמ"ע (פי' כ"ב) והט"ז (ספי' א') והחכם צבי (בתנחות ה"טז ס"ו). ואלא דהוא עצמו חולק וכנ"ל. וביתר בהירות ע"י בנתיה"מ (פי' פ"ו ס"ק א' וס"ק ג') שכתב להדיא דאין הלוחה ממש כלוה מהמלוה שני, אלא הוא כשעבוד נכסים, וכערב (להמלוה שלו) ע"ש. וכן נקטו עוד כמה אחרונים, ע"י אמרי בינה (טריני סי' כ"ב), ובקונטרס השעבוד להגר"ש שקאפ (סי'

לענות ולדבר כלום אודות מה שיירשו מאביהם ומה שלא ירשו, וכמו שפירט הש"ס והאריכו המפרשים, והלא שמעון טיפש היה להניח מעותיו על קרן הצבי ותו לא מיד.

ונמצא וכו' אב"א גם נת' להם קרקע אחרת ל"כא חיוב אחריות וכו'. ובזה הרווחנו תמיתה הרעק"א (כתובות צב. ד"ה אמר רבא אי פיקח) וז"ל: ק"ל אמאי יצטרך להגבות תחילה ליתמי והדר לחזור ולגבות מהם, ועכב הקרקע מיד לעצמו שמשעובד לו מדר"ג וכו' וה' יאיר עיני עכ"ל. ולפי מש"כ בפנים מיושב ודו"ק. וע"ע בריטב"א (בכתובות צב. סו"ד אמר רבא) בשם רבינו שמשון ז"ל שבאמת למד דלגבי להו ארעא לאו דוקא, דאפוכי מטרטא למה לי וכו', ע"ש שסיים וזהו נכון. וכן תתם כוותיה לקמן (בדף צב. ד"ה הא), וראה באמרי בינה (טריני סי' כ"ה) מש"כ בדברי הריטב"א הוה ובקי' רעק"א בדרך אחרת.

ונראה דדורש פלוגתת הראשונים אי צריך גביה ממש או אמרי' הפוכי מטרטא למה לי, תליא בפלוגתת אלו הפוסקים אי גביית אותה קרקע דוקא או גם בכל גביית קרקע מהני עצם דינא דרבא, דאם נימא כל קרקע בכלל, א"כ הפוכי מטרטא למ"ל, אך אם נימא כהרמב"ם (והרא"ש והטור וכפשי"א הבי"ח והקצה"ח והגד"ח) דאותה קרקע דוקא, א"כ שפיר צריך גבייה בפועל, דבל"א לא חייל בפועל האחריות וכמש"נ. (וע"ע בשפ"א בתוס' ד"ה פייסיה בתוך דבריו מש"כ בנוגע לאפוכי מטרטא וע"ש). היוצא מפרק זה דאיכא מחלוקת גדולה בין הפוסקים ביסוד ושורש הסוגיא, ולענין הפיקחות שהביא רבא להחזיר הקרקע להיתומים, מהו מטרט ותכלית דב"ז א' דכל קרקע במשמע (פנ"ב סי' ב') ס"ל דאין החזרה אלא מהלכות מקום גובינא, דאילו מעיקר חלות חיוב אחריות, כבר חל מאתמול כשפייס בווי. ב' אותה הקרקע דוקא (טור בי"ח) דהחזרת הקרקע הוא חלק מעיקר חלות חיוב האחריות, ובלא"ה עדיין לא הושלם חיוב האחריות אליו (העירי לזה אח"ר מרדכי שליט"א).

ש"י פ"א

ומה שכתברש"י וכו'. וע"י בספר בית שלמה (להג"ר שלמה שייב ז"ל י"מ בישיבת חיי עולם ד"ה שאני) שכ' שרש"י גרס בגמ' 'משתעבדא' שפירושו שהשדה משועבדת, ונמצא שהגובה (לא הלוחה) טוען טענה זו. אך ברבינו תננאל מפרש אחרת, דמוסב על דברי רבא, ולפירושו הגירסא כולפנינו 'משתעבדנא' שפירושו משועבד אני. וע"ש מה שהסכיח עוד כוונת רש"י בזה.

ומה שכ' רש"י בסוף וכו' אב"א עצמו וכו' אע"ג דבבאורה אין אדם יכול להיות לו שעבוד על עצמו. הנה כבר הבאנו במק"א פלוגתת קמאי בזה בטור ושוע"י (פי' ד"ה סי' ד'), וע"ע בטור ושוע"ע (פי' סי' ספי' כ"ב), ע"י שט"ו פמ"ז ד"ה לכן מו"מ בזה. ושוע"מ כע"ז באבי עזרי' (פ"ית אישות ה"א בסוד"ה ונראה) שמעיקרא הניח כן בפשיטות (שלא שייך פירוק לעצמו), ובהערה שם כ' לדייק מהתוס' בסנהדרין (צג.) שמשמע דשפיר שייך

קרקע. וע"י בקצה"ח שם שכ' ח"י נפלא בזה, דהנה הא הדלוה יכול לשלם בקרקע אע"פ שדינו בוויז ובגון כאן שיש לו, היינו משום דאיכא פסידא, וכן פסקו הפוסקים מהאי טעמא בכל ודוכתי. אך מסתפק הקצה"ח אם התנה שלא יפרע אלא במעות ע"ש, ומ"מ כתב דמפורש בראשונים דאף שבמוכר סחורה הוי כהתנה שישלם דוקא במעות וצריך לשלם זווי ולא דבר אחריתי, הא מיהא הוכיח מדברי הריטב"א דבסחורה עצמה ודאי יוכל לסלקו ולהחזירו למוכר ע"ש, וא"כ ה"נ זה הקרקע הוי הסחורה, ואין לו לשלם אלא בוויז ולא דבר אחר, חוץ מעצם הסחורה, וזהו כוונת הרמב"ם (רא"ש טור) באותה הקרקע דוקא עכ"ד. וע"י בטבעת החושן (להגד"ח שיינבערג ז"ל) על הקצה"ח שם שהשיג על הדימוי מילתא למילתא הנ"ל. וע"י בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ק (ח"ב סי' ק"ב ד"ה והנה אח"י) שכ' יישוב אחר ולא הבנתי ע"ש.

אב"א פיוס בוויז הוי ענין אחר לגמרי. ואפשר דלזה נכתווה התוס' בסוגיין ד"ה ופייסיה בוויז וז"ל: רבותא נקט, אע"פ שנתן מעות לא מצוי למימך המעות שנתחייבתי לאביכם נתתי לו עכ"ל. דהעולם פירשו כוונתם דר"ל אפי' לא פרע כלום, אך להתבאר י"ל דר"ל שהרבותא הוא בדין פיוס לאפוקי סילוק ודו"ק. וע"י בחי' מהר"ם חלוואה ד"ה ופייסיה בוויז שכ' דבר נפלא וז"ל בקיצור: לאו דוקא פייסיה וכו', וכל שכן אי לא פייסיה איהו אלא דבע"ח גופא אתא וטרף מנייה זווי וכו' עכ"ל. ולא מצאתי כזאת בת"ם מהראשונים והמפרשים. אך למש"כ בפנים י"ל דר"ל דכל קבלת מעות בעד חוב זה לא נתייחס כפריעת חוב שבאה מהלוקת. אך הני מילי כשהוא בגדר פיוס וכדומה, ובכלל זה כשתפס המלוה, אבל אילו היה באופן סילוק ובב"ד, מילתא אחריתי הוא. וע"ש בריש דבריו דמבואר כן להדיא ודו"ק. וכן הכרח שהתוס' כוונת אחרת. (וחי' בהערת שם א"ת ט' לבעל הנטעי בב"לא שכן כתבו התוס' בקיצור. ולדבריו משמעות אחרת יש בכוונת התוס'). שו"מ בשפת אמת ד"ה בתוס' ופייסיה בוויז שתמה על התוס' דודאי בלא פייסיה בוויז דינא הוא דלא אפסיד כלום, וכגון שנתן לבע"ח את עצם הקרקע. וכן מבואר בחזו"א או"ח פסחים ס"ו קכ"ד בתוס' ויש להתיישב בדבר זה.

אב"א וכו' כדאמרין בכתובות (קד.). אך לפי שיטת רבינו תם הובא בתוס' שם (ד"ה פ"א מ"ג) דדוקא בכתובת אשה ולא בשאר פורע חוב חבירו, וכ"ה בתוס' בב"ק (ד"ה ביח), ואה"נ דברש"י ד"ה מטלטלי שביק (בכתובות צב.) משמע קצת דס"ל הכי, וכמו שהוכיח האילת השחר שם ד"ה רש"י, (וע"ע בריש"י בסוגיין ד"ה דינא הא). וע"ע מש"כ בזה באילת השחר ד"ה תוס' ופייסיה, ובמה שציין לעיין למש"כ לעיל צא: ד"ה רבינא.

אב"א וכו' שהניח מעותיו על קרן הצבי. אך לפי"ז תימה גדולה למה צריכים היתומים

טו. וכן דקדקו מלשון הרשב"א בקידושין (טו. בהספד) יעו"ש. אמנם הגאון רבי שמואל רוזובסקי העלה גם צד אחר בזה (בש"י הרשב"א דא"י מדין שע"נ אלא לאו חשד דארמי הפוכי) מותרת למה לי. ע"י זכרון שמואל (פי"א אות ד) ובשיעורי ר"ש קידושין (טו). אות קט ד"ה דאשר.

ונראה מוכרח מזה וכו' נתאלם השעבוד וכו' נתאלם ונתגדל ונעשה קנין. וכוזה נבין דברי הריטב"א המפורסמים בקידושין (ג). דשעבוד נכסים היינו קנין לחצאין, והיינו טעמא של מאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא משום דס"ל דאין קנין לחצאין ע"ש. שלכאורה אין בזה מובן, דעד כאן שמענו מענין קנין ושמענו משעבוד, והשתא הריטב"א מאחדם. וצ"ב. ולפימש"נ כאן יש לתת תכלין בדבריו הק' דר"ל שהקנין לבסוף ע"י גביה וטרפא אינו דבר חדש, אלא גמר והשלמה של עצם גוף השעבוד. וכוזה יומתק שיטות הפוסקים (כס" ק"ג) דס"ל דבהגיע זמן אף בלא טירפת ב"ד בפועל כבר זכה המלוה (לכמה דיינים), וכגון אם מכר, והנו"כ התחבטו בנקודה זו ע"ש. אלא דלהג"ל י"ל להשעבוד כשלעצמו אינו נפרד ומובדל מהקנין, אלא הוא היסוד והשוורש שממנו נובע וצומח הקנין, ושפיר י"ל דבהגיע זמן ולא פרע נתאלם השעבוד מאליו לקנין שלם. ובשו"ת דברי חיים (ארי"ח ח"א סי' י"ז וצ"ת מקצתו לעיל סי' פ"ד) נטק בפשיטות שגביית נכסים מושעבדים הוי מעשה וקודם לכן נחשב מחוסר מעשה, ע"ש נפק"מ רבתי לדינא, אך לפי משנ"ל כאן י"ל דלעולם הוי כמחוסר זמן ולא מחוסר מעשה. ויש לעיין בזה.

ש"י פ"ג

ונמצא פ"ד דהוא הדין בשעבודא דר' נזובי. וכ"כ הסתייפילער ז"ל בדעת רבינו תם (ע"י כתובות סי' כ"א אות א' ד"ה ונראה וכו' וברא). אך הוא דלא כדבריו הקצצה"ח (פי' פ"ד סי' א' סוד"ה ובש"ק) ש' להדיא וז"ל: וא"כ שעבוד גופו שיש לו נמי מהשעבוד למלוה אפי' לשיטת רבינו תם, דאינו נמכר משום דהוי דבר שאין בו ממש, היינו הוא אינו יכול למוכרו, אבל שעבוד דממלא, דאינו בא מכוח, הרי הוא משתעבד כמו שכיול לשעבד עצמו בשעבוד הגוף אע"ג דאין בו ממש וכו'. וזה ברור ודו"ק עכ"ל.

ומה שבי' הנמוקי' וכו'. וכע"ז ביאר בשופרא דשטרא (שעי"ב פ"ב ד"ה הנמוקי') כדברי הנמוקי' במק"א (כ"ב קפה) בענין בכור בראוי וכו'. וע"ע שם מה שפירש קצת פלוגתת הראשונים והפוסקים א"י יכול למחול, ופלוגתתם אם אפשר לגבות כשא"כ עדיין נכסים להאמצעי, שתלוי אם שעבודא דר"ג הוא שעבוד חדש, או הוי רק שעבוד של שעבוד (וכפשוטו), ע"ש ב"ה עוד נלמד.

ובביאור הדברים נראה וכו' כמו שנב"ה ע"י שבעה"ג וכו'. ויל"ע אם עולה סבא זו בדעת כל הפוסקים. דהנתה"מ (פ"ד סי' ג) הסיק דשעבוד"ג אינו אלא שעבוד נכסים וז"ל: ובשעבוד נכסי קיי"ל דהנכסים אינם רק ערבים

וצריך לתבוע הלוה תחילה כמבואר בש"ס ופוסקים, ומבואר בב"י דשעבודא דר' נתן ג"כ צריך לתבוע הלוה תחילה, ואפשר דגרע משעבוד נכסים וכו', וא"כ ע"כ אין לומר דשעבוד"ג היינו שהלוה השני נעשה לוה של המלוה הראשון ממש, דא"כ לא היה צריך לתבוע הלוה תחילה, עכ"ל. ע"ש דמחד גיסא מבואר להדיא שהוי שעבוד על שעבוד וכלשונו שם, והוה כעין מש"כ בפנים, אך מאידך גיסא כתב בהחלט שאין הלוה חב להמלוה כלוה ממש ודלא כנתבאר כאן, ועיין.

ובקצה"ח (ע"י פ"ה סי' ט' ד"ה אמנם) כתב דגוף החוב שהיה ללוה שייך למלוה שלו כאלוה הוא הלוהו ממש ולא בתורת שעבוד, ויבואר בס"י פ"ד סי' א' וכו' עכ"ד. אך למשנ"ת בפנים אינו כ"כ אלים, אלא הוי שעבוד ע"ג שעה"ג. ומצאתי בחזו"א (בב"ב סי' ט"ז סי' ט' בא"ד) וז"ל: דעיקר דינא דר' נתן הוא דחוב גברא דרמי רחמנא על לוי להציל עשוק מיד עושקו, ומחויב הגוף נעשה שעבוד נכסים, ואף אם עבר לוי ומסר לשמעון (האמצעי) חייב לשלם לראובן כמו שהשכים שהש"ך י"ג וכו' עכ"ל, ע"ש מה שהגדיר בשעבוד זה דכל עת שאפשר לאישתלומי מהאי (אמצעי) יכול לוי לומר לראובן לגבות ממנו, אך השעבוד קיים ועומד מכל מקום ע"ש. וזה קרוב למש"כ כאן.

ובביאור הדברים וכו' ואינו מעכב א"א מחלה וכו' אב"א פרעון בעצם אינו מרחק וכו' א' נתקיים בזה דין פרעון וצריך לפרוע א"א שני פעם אחרת וכו'. וכיוון בזה לדברי החזו"א (כ"ב סי' ט"ז סי' כ"ז ד"ה ובאי"א ד"ה ונראה) ע"ש עיקר

הסברא, אלא מיד אחר זה כ' החזו"א בזה"ל: אח"כ ראיתי דדין שילם לוי לשמעון לדעת רמב"ן (דמחילה מהני) תלוי במחלוקת שהביאו בשו"ע סי' ס"ו סט"ו במכר שט"ח ושילם הלוה להמוכר, לדעה קמייאת נפטר הלוה דחשיב כמוחל, והיש אומרים ס"ל דלא נפטר הלוה, וכמש"כ הטעם דכיון דאינו בא בתורת מחילה אלא בתורת פרעון ואין נתינת הדמים למוכר פרעון, כיון דהפרעון שייך ללוה, והדמים שבידו אינו שלו ולא זכי בהו ואין כאן פרעון וממילא חייב הלוה ללוהק עכ"ל. והר"ז להדיא כמש"כ כאן. אלא ששוב צידד החזו"א דאפשר לכו"ע ל"ח הפרעון ככה"ג כמחילה, והא דמיפטר בנכי לדעה קמייאת דאי אפשר לחייב הלוה חיוב חדש דכיון דלא נשתעבד אלא לשמעון אינו חייב לשלם לאחרים וזכות הפרעון נשאר לו ללוה לשלם לשמעון ע"ש דברים עמוקים (וזה נכון נוסף בסוגיא), וע"י בקה"י (פסחים סי' כ"ד) שכ' דכל היסוד דשעבוד"ג אינו אלא על זכות הגבייה וחויב הפרעון ולא על עצם החוב (וזה ממש דלא כדברי החזו"א פ"ד ש"ס בתרא), וע"ש מה שביאר בזה החילוק בין פרעון למחילה שחילק הש"ך, וע"ד שכתב בפנים והחזו"א בריש דבריו ודו"ק. וע"ע בספר עין המשפט (פי' פ"ד פרק ג' אות ג') מש"כ עז"ז

והביא כמה נפק"מ לדינא מדברי הפוסקים

ע"ש (ובאות א' וב'). וע"ע בשער משפט (פ"ד סי' ד) במה שטרח לחלק בין פרעון למחילה.

ש"י פ"ד

אכן יש לדקדק בדברי הרמב"ם וכו' תיפ"ץ דבכ"ף אינא נאמנות ש' הודאת בע"ד דין לחוב א'אחרים. וכן הק' האמרי בינה (דיני עדות סי' ג' ד"ה ד"ע). וע"ע דברי חיים (לאביו ד"ל, דיני כתובה סי' כ"ה בהנחות הבן הנ"ל), וע"ש מה שתי' ע"פ שיטת יש מן המורים הובא בבעה"ת (ני"א ב, ה) דאם מפסיד בהודאתו גם לעצמו נאמן להפסיד אחריו ע"ש. וע"ז י"ל דכוון הרמב"ם במש"כ דחיישינן לקנוניא ר"ל דאינו נאמן בשום אופן אף כשהסכום עודף על חובתו ונמצא נפסד למידי קנוניא לא יצאנו. וכן דקדק רבי שמואל רוזובסקי ז"ל מנפשיה בדברי הרמב"ם. שו"ר מבוכה גדולה בזה במפרשים, דע"י בספר בית יעקב (לבעל הנתה"מ כתובות י"ט. ד"ה בחוס' ד"ה וכו') שהביא לדברי הריטב"א (ב"מ יג. בטש"מ ד"ה לא חיישינן לפרעון ולקנוניא ובמדורשו ד"ה ולשמואל דאמרי) שכ' להדיא שנאמן לחוב לאחריני היבא דליכא חשש קנוניא ע"ש. ולפי"ז כ' הבית יעקב לבאר התוס' בסוגיא. וכן דקדק מרן ר' אלחנן ז"ל בקובץ שמועות (בב"מ אות י"א) מה הריטב"א הנ"ל ועוד ראשונים רבים וע"ע שם ובקובץ הערות (סי' כ"א סי' ט"ז) שכנראה למד באופ"א דגם בכה"ג בעצם לא היה נאמן, וכל הטעם דמהימן משום דהוי תולדה מעדותו ע"ש. וכן מצאתי בריטב"א בב"מ (ב' כ"א א') ע"ש. וע"ע בנתה"מ (סי' ק"ה סי' ט"ז) ב' סוד"ה והנה ת"י הש"ך) שהוכיח כן להדיא מסוגיא דבב"מ (ג') דבלא חשש קנוניא נאמן בחב לאחריני. וכן כתב התומים (בס"י צ"ט סי' ג' בסוד"ה) דכ' להדיא דהיבא דלא חיישינן לקנוניא ורמאות נאמן אף לחוב לאחריני. ולכאורה חילם נמי מדברי הרמב"ם הללו. ובאמת תמוה מה שלא דקדקו אחד מהם מהרמב"ם גופא. וכן תמה הגר"ש רוזובסקי (במוכחן שמואל סי' ל"ח אות ב') על הקצה"ח שחולק על התומים הנ"ל (וסיעתיה) וע"י בסמוך.

אכן וכו' ומבואר דבעצם אין הודאת בע"ד נאמן אלא לחוב עצמו. וכ"כ להדיא הקצה"ח (סי' צ"ט סי' ב' בסוד"ה) מכח הסוגיא דקידושין (סה) דאינו נאמן לחוב לאחריני בעצם ואף כשליכא חשד קנוניא. וכן הוכיח האמרי בינה בהל' הלוהא (סי' ל"ד ד"ה א') והפליא להוכיח מדברי הרשב"א בכל ספריו שס"ל כן, וע"ע שם (ב"ה ובאב"ה) מש"כ בחילוק ש"י הרמב"ם והרשב"א ע"פ מה שכתב במק"א (והזכרתי למעלה ריש הפק.). וע"י באבן האזול על הרמב"ם הנ"ל, וע"ע מאי דעתיה בזה האם לדידין מהרמב"ם דבמקום שליכא חשש נאמן או שאינו נאמן לעולם בחוב לאחריני, ע"ש ד"ה והנה אף.

ונראה וכו' וע"ע יישוב נפלא בזכרון שמואל שם (ל"ח - א' ד"ה אמנם) ביסוד נאמנות הודואת בע"ד (ובאות ב'), וע"ע בס"י ל"ט עוד דרך בזה. וע"ע בחי' רבי שמואל כתובות (פ"ה כ"ב) בכל פרטיה. ותמצית דבריו כן, דבכל הודואת בע"ד איכא ב' דינים, א) הגוה"כ

דילפינגן מקרא דכי הוא זה, והוא דין נאמנות מיוחד לבע"ד, ונאמנות זו היא רק לגבי עצמו גרידא. (ב) דסתמא דמילתא אין אדם משקר לחובתו ואנן סהדי שכן הוא האמת. והת' כירור שפיר מהני לענין להוציא מלקוחות. אכן מה דלא מהני הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים, הוא רק מפני דחיישינן לקנוניא, ושוב בטלה כל הסברא הנ"ל, שהרי קנוניא הוא עושה ואינו מחייב עצמו כלל, אבל בלא חשש קנוניא הרי שוב יש כירור גמור מסברא שכן הוא האמת, עכ"ד.

ונראה וכו' מבטל תויות האחרים. לכאורה מצאנו סברא להפך בתוס' ב"ב (פ"ה ד"ה תרי"ג נפיק) ע"ש וצ"ע, וי"ל. שו"מ מפורש בפני יהושע כתובות (פ"א בתוס' ד"ה לא יאמר) ב"ד ולכאורה היה נראה לי וכו', ונראה ששקיל וטרי בסברא זו שלמד שכן הוא צדדי התוס' שם, והוא נפלא מאוד.

שם ולפי"ז אפשר יש ליישב מה שהק' מרן ר' איסר זלמן ז"ל (שם) מאי רבותא כ' הרמב"ם הלכה ו' דלא אשמעינן בהלכה ה' ע"ש. ולהלכה מיושב.

ש"י פ"ו

ובביאור הדברים וכו' שיש לבי"ד בה ושלשה על ממונם של ישראל וכו'. אכן ע"י דברות משה (ס"ט ע"ג ד"ה והנכון) שבא להגדיר חלות דין השעבוד (לפני שעבודא דאורייתא) וז"ל: דמאתר דאם לא ירצו לשלם יורדין ב"ד לנכסיו בע"כ וגובין ממנו ומקנין לו קנין גמור שלא כפירא מדינא למיהדר אף אם יפרע אח"כ כמפורש בת"מ דף ט"ו, א"צ צריך לומר דזכותה לו התורה בנכסי הלוה לגבות כפי חובו, דאל"כ איך יוכלו להקנות למלוה ולניזק ולשאר חייבים בלא רצון הלוה והמזיק והחייב, אלא ודאי שיש להם זכות בנכסים כפי החוב וכו' עכ"ל. הרי להדיא דאין גביית בי"ד מדין הפקר בי"ד הפקר אלא דין אחר לגמרי וצ"ע. ואף דודי המחבר שליט"א כתב ער"ו במק"א (שער קרקעות ומטלטלין),

דרך אגב כבר דנו הקדמונים ז"ל אם הפקר ב"ד הפקר מהני גם לאוקמה ברשות אחר, ע"י ים של שלמה (במס' פ"י י"ט) מתנה אפרים (הל' מכירה, קנין משיכה ס"ב) ניתבות (ס"ו ל"ה ס"ק י"ג) ושרת רעק"א (ס"ו ר"כ"א - ו' וס"ו ר"כ"ב - כ"א) סידרת השיטות בזה. ולענ"ד בתוס' ב"ק ס"ח: ד"ה הוא מבואר שכן מהני "דאפקינהו רבנן וכו' ואוקמינהו ברשות זה וכו' דהפקר ב"ד הפקר" (וידו"י ש"ב ר' חיים ריינמאן שליט"א בן המחבר עוררני לזה). שו"מ בחי' ר' נתום שם ש"כ, ואח"כ בן בזה.

וביאור וכו' אבל שטרות וכו' ולא שייך בהם תפיסה וקנין. אין ע"י בשו"ע (ס"ק ק"א ע"ה) מש"כ אודות גביית שט"ח דבי"ד גובין מהן, וע"י בש"ך (ס"ק ג') שהעלה דבמקום דלית ללוה נכסי, שטרות בני גוביינא יננהו, וכשהבי"ד מגבין אין צריך כתיבה ומכירה ע"ש. (ומשמע דזה לכרע, ואע"ג שהביא לזכרון הר"ן והרשב"א הללו ודחה דבריהם וכל איהוהם, מכ"מ הדין דלית ליה אלא שטרות, משמע קצת דגם הר"ן יודה, וע"ע

(פ"ה). וע"ש בנתה"מ (ס"ק ב') שהביא לדברי הש"ך אלו וכו' בזה"ל: ולפי"ז נראה דה"ה במלוה על פה, דהא עיקר הוכחה הוא משעבודא דר"ג, ושם אפי' מלוה ע"פ וכו', ונראה דאפילו בחובות עכו"ם הדין כן שיכולין לחלוק וכו' עכ"ל ע"ש. ומשמע דגביה מילתא אחריתא היא ולא סתם מעשה תפיסה וקנין וצ"ע.

ובביאור וכו' וכן מדויק בדברי הרשב"ם וכו'. וביותר בדברי התוס' (שם ד"ה א') וז"ל: ואע"ג דבעלמא לא כבינן מיד ליד כדפרשיית לעיל (פ"ה ד"ה אחרת), הלא כבינן טפי כדי לקנות השעבוד שבתוכו עכ"ל. וע"ש לעיל מהו וז"ל: דבעינן באותיות קנין חשוב טפי מבשאר דברים עכ"ל. ובאמת הרש"ש על הרשב"ם שם כ' דאולי יכוון למש"כ התוס' ד"ה אי ע"ש.

ש"י פ"ו

וכתב המהרש"ל וכו' וטובא יש לדקדק וכו'. וכ"כ הר"ן שם בכתובות (ו' מדפי הר"ף ד"ה לעולם) וכ"ה בחי' הריטב"א (י"ט ד"ה אמר), וע"ש בש"ך שציטט מדבריהם לעיל מהו, ועיקר תלונותיו של הש"ך על המהרש"ל הוא כמה שהפריז לומר שכן ס"ל גם התוס'. ועוד נתקשה שתלה עיקר דבריו מב"מ יט: ואילו שאר הראשונים לא נתקשו מאומה משם אלא מב"ק (פ"ט) ע"ש. וע"י בחזו"א (ב"ק ס"ו ט"ז ס"ק ט"ז) שדחה לדברי הש"ך ויישב דברי הראשונים. וע"ש (בד"ה אח"כ ראייה) שהביא מדברי הראשונים ג"כ יישוב על דרכו שכתב. אך תמהילי האיך השמיט כל דברי המהרש"ל.

וטובא וכו' וכן הק' עליו המהרש"א וכו' עכ"ל. אך יש עוד קו' מבין דברי המהרש"ל דז"ל: "או נימא שמא היתה לזה מאחרים כפי כתובתה" ע"ש, ובוזה לא תי' המהרש"א כלום. ובאמת הש"ך תפס עליו מהו וכו' שעיקר קו' המהרש"ל משם וע"ש מה שת"י מנפשיה. אך מסתפקנא אם דברי המהרש"ל אלו לשיטתיה, עמשי"כ ביס של שלמה (פ"ד ד"ק ס"י י"ט) דאפי' כשיש להאמצעי נכסים מרובים גובים משעבוד"ג והבן. וע"י בש"ך (ס"ו פ"ו ס"ק ה') הביא קצת מדבריו ודחאם. וע"ע בש"ך ס"ק ו' מש"כ עוד בדברי המהרש"ל וחולק עליו (ולשיטתיה הוא).

אכן המהרש"ל באמת וכו'. וע"ע בחת"ס כמה שביאר באופן מחודש ומחודד כוונת קו' המהרש"ל (כתובות י"ט. משנת תקס"ב ד"ה ונתון) וז"ל: עמ"ש מהרש"ל ודבריו ברורים והוא דהוי ס"ל הא דכי התוס' דמכירת שט"ח דרבנן אפי' לאביי דשמעתין דס"ל למפרע הוא גובה עש"מ"כ התוס' ב"ב ע"ז. דמשמע אי יכול להקדיש הוה דאורייתא ולאביי דס"ל למפרע יכול להקדישו ואיך כ' שהוא דרבנן, על כרחך צ"ל היינו טעמא משום דאין לו שום שעבוד על נכסיו לולי השטר, וזה השטר לא נכתב על שמו של זה הלוקח, ומשו"ה לא הוי אלא דרבנן, ומשום כן הק' המהרש"ל דבכתובות

אשה דהשעבוד הוא לה בלי שום כתובה, מ"ט לא תוכל למכור זכותה מן התורה וכו', והדברים ברורים למבין עכ"ל. וע"ע בסמוך בפנים ד"ה לכן, הדומה לזה. וע"ע בבית יעקב שפיר מהני לענין להוציא מלקוחות. אכן מה דלא מהני הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים, הוא רק מפני דחיישינן לקנוניא, ושוב בטלה כל הסברא הנ"ל, שהרי קנוניא הוא עושה ואינו מחייב עצמו כלל, אבל בלא חשש קנוניא הרי שוב יש כירור גמור מסברא שכן הוא האמת, עכ"ד.

ושפיר וכו' ויש לה שעבוד גמור על הבעל אף כפי השטר. ועמשי"כ לעיל מהחת"ס ז"ל (כ"ט) בהגדרת נקודה זו.

ש"י פ"ו

ומה וכו' אין כוונתם בזה שהחוב יבטל מאליו וכו'. אכן הבאתי (לעיל) מדברי התומים ש"כ"כ להדיא והתרעם על אלו הסוברים כן. וע"י מש"כ בזה בפנים ש"י פ"י שהוכיח מרש"י פסחים דל"ש שעבוד לעצמו, (אע"ג דמלשון רש"י משמע כן), וע"ע לקמן שט"ו פמ"ז ד"ה לכן הובא שם מדברי הפוסקים לכאן ולכאן. וכעת ראיתי פלוגתא מפורשת בזה על אתר, ע"י בחי' הריטב"א ד"ה הרי שהיה נושא וכו' הביא לקו' התוס' ופירוקא (דאדיל אליבא דר"ם) וכו' בזה"ל, ויש עוד לומר למש"כ (לעיל י"ט ד"ה אמר) דאע"ג דמוכר שט"ח יכול למחול או הירוש שלו, הלוה אינו יכול למחול לבעלי חובותיו, דהא משעבדי למלוה שלו מדר' נתן וכו', וכן הדין בעיני אע"פ שאין זה דעת רבותינו בעלי התוספות ולא דעת רבינו ז"ל עכ"ל. הרי מבואר דבין להתוס' בין להריטב"א אף החוב בטל מאליו ונשאר בחיבור אע"פ שהוא לעצמו, וזה כמו שהוכיח בפנים בדין התוס'. ואלא דפליגי כשחל שעבוד על השט"ח האם זה מעכב המחילה או אינו מעכב, והתוס' ס"ל דאינו מעכב, והריטב"א ס"ל דמעכב. (שורש פלוגתא נראה ע"י יסוד חילוקי דעות הפוסקים הנ"ל בחלות גזר השעבוד דר"ג וד"ק).

אך שיטת רבינו הרמב"ן ז"ל (מבא בסמוך מספר הזכות ומבא בסו"ד הריטב"א שם) אינו כן וז"ל: קושא (של התוס') מעיקרא ליתא, לפי שאין אדם יכול למחול לעצמו, שאין מחילה אלא ממוחל לנמחל, וכן נראה מפרק הגזול (ב"ק קט.) עכ"ל. וע"י בספר ענפי ארז (גניבה וגזילה עמוד ע"ה) מה שהסביר בדבריו (והוא מחזיקו"ל כ"ב כהנ' וספ"ד התרומת ג"א ו' משמו והור"ד כ"י ושו"ע ס"ו ס"ז כ"ג ע"ש בהערה 96 בריטבי"א). הא מיהא אף הרמב"ן מודה שעצם החוב נשאר אע"ג דאינו אלא לעצמו, וכנראה אין בזה פלוגתא בין הראשונים וצ"ע. ואגב יש לדייק מלשון הרמב"ן שאין מחילה אלא "ממוחל לנמחל" מה כוונתו בזה, (דוסי"ס זה שהוא משעבד, וגם בעל השעבוד אלו הורע בעיני הרמב"ן) וצ"ע. ונראה מכאן ראהא אלימתא לדברי תלמידי הגר"ח ז"ל שכתבו דענין מחילה שייך על זכות, כגון זכות תביעה וגבייה, ולא בעצם גוף הממון והחוב, ע"י ח"י רבי שמעון שקאפ כתובות (ס"י מ"ח) בענין מחילה לעצמו דלא

שייך תביעה לעצמו, והן הן דברי הרמב"ן ז"ל. וע"ע בברכת שמואל ב"ב (סי' ס"ב) בענין מחילת התביעה בנוקדי שכנים, ע"ש שור"ג סבכרא זו ע"ע הגר"ח גופא.

ומה וכו' כפי שיש לו שתי רשויות וכו'. ולפני כעשר שנים (בערך תשס"ד) שמעתי חידוש דומה מראש ישיבת מיר מור"ר הגר"ש בירנבוים ז"ל בענין אשת ב' מתים (יבמות י"ב בתוס' שם), ואמרתי לו שכן כתוב באמרי משה (סי' ט' אות ה') וז"ל: והנה עוד י"ל בכונת התוס' הנ"ל כמו שהעירני קצת הגר"ר הענאך שליט"א מפה, דבקדושי חוץ מה שתופס קדושי השני הוא לא על הצד שקדוש הראשון, רק על הצד ששייר הראשון לגבי השני וכו', וע"כ אינו שייך להפקיע קדושי ראובן (לשיטת רש"י שם מי"ט), משום שנעשית אשת איש בצד ששייר עכ"ל, ע"ש שחיוק עוד בראיות נאמנות (שם ובאתר ד). ונמצא ג' גדולי עולם ז"ל אוחזין בסברא זו ושייך ליחלק אדם א' לב' רשויות בעניני אישות ויבוס, וכאן אנו רואים כן גם בעניני ירושה ומלוה ולוה.

ועיין ברין וכו' ואולי יזה כיוונו נמי התוס' וכו' אלא מכתבה וכו'. כן היה נראה (וע"ע בהפלאה), אלא בריטב"א שהבאתי לעיל כ' להדיא "שאיין זה דעת רבותינו בעלי התוס' וצ"ע. אך המעיין בדבריו הק' יראה שהשמיט תי' זה כשציטט דברי התוס', ואפשר שהטעם הוא משום מה שכתב בפנים.

וצריך לומר וכו' ויש ע"יו חובת גברא ציתננס לפי שיש לו שעבוד וכו'. אינו מבואר מאי האי דאיכא חובת גברא ג"כ, דהלא בכל שעב"ג איכא שעב"ג, וי"א אף בלא שעב"ג שייך שעב"ג (הקצ"ח כידוע ולא כהתומים), ומ"מ אם ס"ל כמאן דאמר דשייך שעב"ג בלא שע"ג, א"כ גם "חובת גברא" ליכא. ואם ס"ל דא"א בלא שע"ג, א"כ הוא גופא החובת גברא וצ"ע. ועי' מש"כ בזה (במק"א) ליישב סתירת התומים ודעימיה בהסמוך שייך שעב"ג גרידא, ועי' מה שאכתוב בסמוך.

ולפ"י יצא ל"נו הבנה מהודשת וכו' וכתב הש"ך וכו'. לענין דבר זה השלמה וריאה למש"כ בזכרון שמואל (סי' ט"ד) שהביא לדברי הש"ך אלו, שישודתם לתרץ קו' הראשונים הידועה למ"ל קרא ד'ונתן לאשה אשם' תיפוק ליה דכל נכסיו משעובדים, וכי' דבלא"ה היה יכול למחול, אבל השתא הו"ל מלוה ראשון בע"ד שני. אבל שרצה ליישב הקרא שלא היה מועיל ועובד רק בחוב ממון אבל לא בחוב כל מצוה כגון הענקה וכיו"ב ע"ש. ולפי מש"נ הדברים בהירים.

ולפ"י וכו' אכן לפי דברי ההגהות אשרי וכו'. ואפשר יש להטעים דההגה"א לשיטתיה אויל, עי' ב"ק (דף מ') שכ' (דלא כשאר ראשונים) וז"ל: והך דר"ג וכו' ודוקא היכא שלוה לוי מנה משמעון ואח"כ לוח שמעון מראובן אז מוציאין מלוי ונותנין לראובן, אבל היכא שלוה שמעון מנה מראובן, ואח"כ לוח לוי משמעון לא עכ"ל.

ומבואר דס"ל דשעבוד זה דר"ג שונה משאר שעבוד, דמתשעבד אף הנכסים הבאים אח"כ, (אם ס"ל כהפוסקים דדאקני טעות סופר ומשעבד), ועכ"פ אם כותב דאקני ודאי קיי"ל דמהני. אבל נראה דההגהות אשרי י"ל דלא יהני גם דאקני להשתעבד בשעבוד ר"ג, והטעם הוא כמו שכתב בזכרון שמואל (סי' י"א אות ד') וז"ל בקיצור: יש לומר דנהי דמדין שעבוד נכסים דעלמא אין חוב משתעבד, מ"מ זהו דחדיית רחמנא דאיכא דין שעבוד מיוחד של חוב מקרא דנותן לאשר אשם לו וכו'. ונראה עוד דאפי' אם יכתוב דאקני דבעלמא משתעבד, מכ"מ חוב אינו משתעבד ע"י דאקני, דמה שיכול עצמו לשעבד, זה אינו אלא בשעבוד נכסים דעלמא, (א.ה. ובקצ"ח סי' ל"ט א' כ' דאין האדם מחיל השעבוד אלא רחמנא משעבד [למאן דאמר שעבד א"א]), אבל דין שעבוד מיוחד של חוב הנלמד מקרא דנותן, משתעבד רק ע"י הלואה, אבל הוא עצמו אינו יכול לעשות שעבוד זה עכ"ל. הרי להדיא דהוא נתיב חדש בגדר השעבוד, ועיין. שו"מ להדיא בריטב"א דדאקני מהני לשעבד שט"ח ושעבוד יונה וצ"ע. אך המעיין בסו"ד ר' שמואל ז"ל יראה שעמד בזה וכנראה פליגי הראשונים בזה ודו"ק].

ש"י פ"ח

והיינו וכו' וכההיא דקמין וכו' אנן מפלגיין וכו'. וכ"כ בחי' הריטב"א. וע"ע מה שהק' הרש"ש בב"ק ט.

והיינו וכו' ואע"ג וכו'. וכן הק' הריטב"א ז"ל: ואע"פ שעיקר שעבודו על הקרקעות, כיון דזוהי שקיל ועל הרוח זוהי היכי ליה (מטלטלי וכו', ע"ש שמכאן איכא טעות קצת) עכ"ל. הרי דנתקשה כעין מש"כ, אלא שתידושי הוא דבר חדש, דמבואר דרק מחמת סברא זו דעל הרוח זוהי יהיב בטיל שם קרקע מהשעבוד נכסים, אבל בלא"ה אף גוף השעבוד תורת קרקע עליה וצ"ע. והנראה דהריטב"א לשיטתיה אויל במש"כ בחידושו לקידושין (סי' ג') דשעבוד נכסים הוי קנין לחצאין בהקרקע ע"ש בקוצר אמרים, וא"כ קו' הריטב"א כאן הוא באופן חריף יותר, דהיינו שכבר נשלם בתורת הקנינים איזה שהוא קנין להיות שלו הקרקע, וע"כ א"א למימר דשעבודא מטלטלין בעלמא היא, וע"ז מחדש הריטב"א דזה השעבוד עומד להיגמר ע"י שיטלקה לגמרי בוזי ולא ע"י השלמה בקנין הארעא, דעל פי רוב כן הוא המציאות, וא"כ חשיב קנין העומד ליבטל ואין לזה מעלת קרקע אלא מטלטלין, וכלשון כל הראשונים ז"ל בטעם דמטלטלין לא משתעבדי לבע"ח דלא עמכא דעתיה, וכיון דאפשר לאבדם ולהבריחם, והכא נמי, דזיל בתר טעמא.

ובזה יובן סוף דבריו ז"ל הסתומים וחתומים לכאורה וז"ל: ומיהו ל"א אלא שדינו בזה כמטלטלין, אבל אינו בכלל לשון מטלטלין למי שנתן או מכר או שיעבד מטלטלין וכיוצא בזה וזה ברור, וכן הודו לי

כל רבותי עכ"ל. ולכאורה אם כוונתו ללשון בני אדם א"כ מאי קמ"ל פשיטא, וכי צריכים לכל רבותיו לזה. ותו דעי' ברמ"א (סי' ס"ו סעי' פ"ג) ז"ל: אין שטרות בכלל מטלטלין, ולכן אם אמר מטלטלים לפלוני אין שטרות בכלל עכ"ל. הרי להדיא שהדין שהמ"א בהקדם "שאינם בכלל" בעצם, וממילא דלא מיקרי כן, וכן מוכח בבאיור הגר"א (סי' קס"ה) וז"ל: כתובות ק' ב' עכ"ל. וע"ש בגמ': ואלו הן דברים וכו' העבדים והמטלטלין והשטרות.

וראה בזה הגאון הקפדה לביעזי לתלמוד לא לכלול שטר עם מטלטלין, ואי"ז משום שישון כג"א והבן. ובאמת הסמ"ע (סי' קצ"ב) כ' שהוא משום לשון בני אדם ע"ש, אך לולי דמסתפינא אימנא דלא משמע הכי, חדא דמקור האי דינא הוא בשו"ת הרשב"א ח"א (סי' תתפ"ח), ואע"ג דבאמת כ' שם הרשב"א "לא קרו להו אינשי מטלטלין", אך המעיין שם עוד יראה להדיא הסיבה שכתב כן, דמקשה מהא דכתובות (ג"כ) דקרי' שט"ח מטלטלין שבק אבון וכו', הרי להדיא דחשיב מטלטלין, וע"ז ת' בזה"ל אלא משום דאין גוביין כ"פ היתומים אלא ממקרקעי וכו' ולא שיהא החוב מטלטלי ממש עכ"ל. הרי שפתי הרשב"א ברור מללו דלאו משום לשון בני"א (בעצם) לא מיקרי כן, אלא דבעצמותן אינן, וכ"כ השב"י הובא בפתחי תשובה כאן (סי' קס"ח). וא"כ הדר קושין לדוכתי אם אינם מטלטלין ע"כ משום שעבוד הקרקעות, וכמו שהק' הריטב"א, וצ"ע.

אלא לפירושינו את"ש דנהי דחשיב קרקע הא מיהא עומד ליבטל והוי כמטלטלי (אבל לא "ממש" כל' הרשב"א), וע"ע בשו"ת הרשב"א (ח"א סי' תת"ח) שכ' דשטר ושעבוד "לאו מכלל נכסי ניהו", ע"ש במי שרוצה להקנות לחבירו. ובשו"ת הריטב"א (סי' קל"ט עמוד קס"ד) חולק עליו וכי' שקיבל זה מרבו הרא"ה בשם רבינו הגדול הרמב"ן ז"ל ע"ש. ויל"ע במאי קמפלגי. ולפי הנ"ל אפשר לומר דהריטב"א ס"ל דהשעבוד מוצא מקום לחול בתוך הנכסים ממש וכמו ש"נ דחל איזה חלות קנין במקצת ולפיכך הוי בכלל "נכסי", אך הרשב"א אפשר לא הודה לו בזה וס"ל דהוי קרח מכאן ומכאן, ועיין. ובזה סרה תלונות הש"ך כאן (סי' ס"ו ס"ק קל"ה) על הדרכי משה, וז"ל: עמ"ש הטור ורשב"א דשטרות הוי בכלל נכסי, אבל נמוקי" כתב דמי שאמר נכסי מקרקעי ומטלטלי אין שטרות בכלל וכו' (עכ"ל הדרכים), הבין דהנמוקי" פליג ע"ש, ולא דק (כלל), עכ"ל הש"ך. (ונמשך בחתה באבא חייב סי' ק). אך לפמש"כ שפיר י"ל דק היטב. וע"ע בדרכי"מ הארוך בס"ק מ"ג שעירבב המקורות וצ"ע.)

והיינו וכו' ואע"ג דאמר' אין נשבעין על כפירת שניק' וכו' אי"ז משום דעצם השעבוד חשיב קרקעות. הנה נראה דפליגי בזה הראשונים, וכמו שהבאתי בציון הנ"ל. ומצאתי דלכא' פלוגתא אמוראים הוא זה, ע"י כתובות פז: גמ' סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא, דקא טעין מאתיים (בכתובה)

וקא מודה ליה במאה, הויה ליה הודאה במקצת הטענה, וכל הודאה במקצת הטענה ישבע, אמר רבא שתי תשובות בדבר וכו' ועוד אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות (בי"ט ד' ע"כ) ותמורה הראשונים איך טעה רמי בר חמא בהלכה פסוקה חזק דאין נשבעין על כפירת שע"ק. ועי' בריטב"א "ומתוך הדחק יש לומר" דרבא מפרש ליה לרמב"ח ע"ש שנדחק. וכע"ז ברשב"א מובא בשטמ"ק. אכן בר"ן תי' דנהי דאין נשבעין על הקרקעות (עי' שביעית סב: ובבבא ג:) ס"ל לרמב"ח דעל שעבודן נשבעין ע"ש (מפי הר"ף ד"ה נשבעין). וכ"כ הפני" ברה"ה אמר רב והוסף ב' נקודות חשובות, דגם בהא דאין נשבעין ארקעות ג"כ פלוגתא היא אי נתמעטו. ותו דכל מקור הך דינא הוא בפ"ק דמציעא ד: ושם הוכיח הגמ' כן למ"ד הילך פטור, אבל למ"ד הילך חייב אכתי אינו מוכרח דאין נשבעין על שעבוד קרקעות. וי"ל דס"ל באמת נשבעין על שע"ק. ועוד דאיכא שינויאי אחרייתא שם. וכ"כ החי' הר"ם (כ"ה) ופירס"ב ב' באר"ה סב רמי בר חמא ("רק למ"ד הילך חייב אצטרופי לשנוי משום שע"ק משא"כ לרד"ן. (משמע דר"ל לאנן דק"ל הילך פטור אכתי אמיא נשבעין אשע"ק. ולשון הפני"ה היתה להיפך "הא דאין נשבעין וכו' למ"ד הילך פטור, ולא ידענא אם שי בזה מחלוקת ויל"ט). והענין הוא כמו שהסביר בשו"ת רעק"א (חלק הכתבים סי' קנ"ג ד"ה ונראה לעיני). "דהנה יסוד הדין דשע"ק הוי כקרקע לענין שבועה לא מצינו מפורש כן במשנה ובברייתא, וזלת מימרא דרבא (פ"ג גבי פוגמת, וכן פ"ג דבי"מ (ג:) גבי סלעין דניני, אולם באמת לאו דברי הכל הוא," ע"ש שהביא לרמב"ח הנ"ל (סוסיים ז"כ"כ הר"ן שם להדיא) וכוונתו להר"ן הנ"ל דכחובות כמו שחוקן הנ"ל אביגדור אריאל שליט"א במהדורתו אחרו, וציוין גם לרב פפא בשבועות לו: ע"ש. הרי לפנינו דעות ב' אמוראים לכה"פ לחלק בין שעב"ק לקרקע, ולכאורה לא נתבאר שורש סברתם וטעם החילוק, אך לאור מש"כ לעיל מחי' הריטב"א בכחובות פא: שפיר מובן דשעבוד אף אם הוי קרקע ממש ע"י קנינה, מ"מ יש לה דין מטלטלין מאחר דעל הרוב בזווי, ולא בקרקע, משתלם החוב, ואת"ש.

אלא דצע"ג דהלא אין הלכה כמותם (דריב"ח ד"ס) והלכה פסוקה היא "דאין נשבעין על כפירת שע"ק", ואילו הריטב"א שם מיידי להלכה. זאת ועוד שהריטב"א בדף פז: לא הסכים לפרש כלל דרמב"ח חולק על עיקר יסוד זה של שע"ק, ונראה דמודה לרבא דאין נשבעין והתן. ונראה לומר דארבה כר"ע מודי דשע"ק יש בהן שם או צד מטלטלין, וכלשון הש"ס בכחובות צב: ופסחים לא: אגן מטלטלין שבק אבון גבך, ואלא שהוא תלי לגבי מה דהגמ' שם ס"ל דלענין להשתעבד לבע"ח דין מטלטלי יש להן (ונשום ועבדי לביבול דעל הרוב בזווי משתלם וכמ"ס), ולענין שבועה לא היה ברירה להש"ס, י"א דלגבי הא נמי כמטלטלי דמי וי"א דכמקרקעי דמי, ודו"ק. ובאמת

המענין בשו"ת רעק"א הנ"ל יראה שטרט וכתב כמה פעמים דשעבוד קרקע הוי כקרקע (וא לא הוי כקרקע) "לענין שבועה" "לשבועה", ולכאורה שפת יתו הוא זה, ואלא לדברינו נפלגא הדבר כי רק לענין שבועה יש מקום לחלוקה זו, אבל ביסוד הדבר לית מאן דפליג דהשעבוד שייך שפיר לסוג המטלטלין.

והיינו וכו' אי"ז משום דצנע השעבוד חשיב קרקעות. עוד נידון מצאנו שנתחבטו הראשונים בהך שאלה, ע"י בספר אור זרוע עמ"ס ב"מ (פרק שנים אוחזין סי' ט, מנן וירושלים ח"ג עמוד קפ"א) שהביא משא ומתן בין הגאונים וראשונים האם נשבעין שבועה היסת על שעבוד קרקעות ואם תתיק תמצית דבריו: ומורי רבינו שמחה בר שמואל זצ"ל פ"י דעל כפירת גוף הקרקע כגון קרקע פלוני מכרת לי והלה אומר לא הוי דברים מעולם לא תיקנו שבועה, דלא מתקני רבנן שבועה דליכא דכוותה באורייתא, ומה שפסקו רבותי הגאונים דנשבעין מדבריהם, דוקא על כפירת שעבוד קרקעות, דשבועה לאו על גוף קרקע וכו', ומורי רבינו אבי העזרי הוא מורי רבי אליעזר רבי רבי יואל הלוי זצ"ל פסק ועבד עובדא דאין נשבעין כלל על הקרקעות, ואפילו שבועה היסת, ואפילו היכא דלא תבע גוף הקרקע, והביא ראייה וכו', וכיון דמדאורייתא דין אחד להם לגוף הקרקע ולשעבוד, לדברי מורי רבינו שמחה זצ"ל תקשי ליה מתקני רבנן שבועה דליתא דכוותה דאורייתא, ע"כ מלשונו. ומסיק מכח הך קושיא דאין נשבעין על כפירת שע"ק אפי' מדרבנן, לא שנא תבע על גוף הקרקע לא שנא תבע שעבוד קרקע. הרי להדיא מחלוקת ראשונים אם יש לחלק בין השעבוד לקרקע, ויקשה לרבינו שמחה והלא ליכא דכוותה בדאורייתא והאיך מחייבינן שבועת היסת וצע"ג.

ולמש"נ יש ליישב דודא שע"ק יש להם צד מטלטלין ג"כ, וכמו שהוכחנו מהש"ס ומהראשונים, ואלא דפליגי עד כמה יאה בה דין מטלטלי ועד כמה יאה מקרקעי, ואשר על כן שפיר י"ל דס"ל לרבינו שמחה דהא מיהא לתקוני שבועה דרבנן שפיר י"ל דדמיא למטלטלין לענין למימר דאיכא דכוותה בדאורייתא ודו"ק. והנה בשו"ת רעק"א נקט למעשה דשע"ק כקרקע וליכא לאפלוגי מהדרי, ודלא כדעת השואל שם הגאון רבי פייבל תאומים ז"ל שרצה לחלק בזה, וע"ש בסוף התשובה וז"ל: (כ"ה) תו הקשה מעכ"ת נ"י על הגהת אשר"י פרק קמא דמציעא (סי' ה') דהיסת לא משבעינן על קרקעות וכו', ורצה מעלתו לחלק בין שע"ק לקרקע ממש דחוק מאוד וכו' עכ"ל. ובאמת הרי פלוגתא השואל ורעק"א היא היא פלוגתא הראשונים באור זרוע הנ"ל וכמ"ס. והגאון רבי חיים יעקב אריאלי ז"ל (אבי מורי הגוי אשר שליט"א) בספרו באר יעקב סוף סי' נ"ח עוררני לכל זה. ובנו הגוי' אביגדור שליט"א (בשו"ת רעק"א באת ט"ז שם) ג"כ

רמו לזה. (וע"ש עוד בבאר יעקב דבתחילת הסימן עסק ביסוד גוד פטור קרקע משבועה האם לכה"פ איכא דררא או אף דררא ליה, וכנראה דרצה לתלות בנידון דידן ר"ע. ועי' מש"כ בנידון דרררא ש"ג פ"ג.) והנה באמת צ"ע וכו' אינה בע"ד וכו'. ובאמת היא קושיית הראשונים ז"ל (עי' רשב"א קידושין ט"ז מהשט"ה, וריב"א ר"ן בחובות פ"ב יט.) דלמ"ל קרא דנותן ושעבדר"ג, וכי לא ידענן דכל אשר יש ללוה הן בבית הן בשדה, הכל משועבד למלוה, וא"כ כשיגיע זמן פרעון ודאי טורף המלוה, וע"ש שהעלו מזה דטרות לאו בני גוביינא הן דמילי נינהו ומילי לא משתעבדא ע"ש. ולדבריהם צ"ל דהא דאמר"י בסוגיין לאו כע"ד משום דלא משתעבדי המילי ולא משום חסרון בעל דבר בעצם. אך מצאתי ברש"י מהדו"ק (חובא בשטמ"ק פב.) וז"ל: דילמא ר' נתן היא, דס"ל דלא מצי טעין לאו בע"ד דידי את עכ"ל. ואינו מבואר מה קמפרש בזה. ולאור דברי הראשונים הנ"ל מובן היטב דר"ל שמצד עצם השעבוד שייך נמי על החוב ולא גרע משאר דברים ופשוט, וכ"ה דברי רש"י (ספ"א:): "ממך לא לית"י."

והשתא וכו', וכע"ז ביאר הש"ך (סי' ק"א סי' ג) הובא בקצוה"ח (רי"ס פ"ח), וע"ש מש"כ עליו הקצוה"ח בד"ה ולכאורה עד"ז, (וע"ש שורש החילוק בין הש"ך להקצוה"ח), וע"ש ברש"י דבריו שכי' צ"ל לאלו הראשונים החולקים על הרשב"א ודעימיה (ה"ל), וס"ל דטרות בני גוביינא נינהו וכקיי"ל בטור ושור"ע (סי' ס), ובין כך היו משתעבדים ממילא.

וכ"ז וכו' וא"כ י"ה יב"ל לשנות ולתריץ ודילמא ר' נתן היא וכו'. אך להרשב"א ריטב"א ור"ן (ה"ל) אכתי קשה, ובאמת המענין בדברי הריטב"א כאן יראה דלשתייתיהו אולי, וע"ע בר"ן (מ' סופי הר"ף ד"ה תנא), וכל דבריו אינם אלא לשיטתיה ע"ש. וכן בחי' הרשב"א כאן (פא: ד"ה ה"ח), נראה דאזיל לפירושה ע"ש, ויש להאריך בזה.

ש"י פ"ט

ודברי התוס' לכאורה תמוהים וכו'. אך לפי הראשונים הנ"ל (בציונים ש"י פ"ח) דגם בלאו שעבודא דר"נ איכא שעבוד בעצם א"כ א"ש, וע"ע בקרני ראם (על המהרש"א) שכתב "ועיין בר"ן פ"ב בזה והבן". וכנראה כוון להנ"ל. וע"ע באילת השחר שג"כ הרגיש בזה. וזהו תוכן דברי רעק"א בדו"ח הובא בפנים בסמוך. ועי' בפני יהושע בד"ה מיהו שכי' בעיקר קושיית התוס' ונראה דאזלי לשתתם בדבור הקודם דיכול לחמול אף בשעבדר"ג. שו"מ דברים מפורשים בהפלאה וז"ל: ולכאורה היה נראה לפרש דס"ל כשיטת הפוסקים בחו"מ סי' ק"א (ס"ה) דטרות עצמן בני גביה נינהו וא"צ לדר' נתן עכ"ל. אך ע"ש שצידד באופ"א. ובד"ה והעיקר נלע"ד וכו' כ' עיקר פירושו. וע"ע בתומים (סי' קס"ד קס"ק י"ד ד"ה ונתן בתרא) וכמדומה תירוצו דומה לדברי ההפלאה (בסו"ת) ע"ש.

ורע"א וכו' אכן ישו"ב זה לא יפסיק. וע"ע

בסמוך ש"פ כ בציון ד"ה ויש לדקדק, מש"כ בנוגע לזה.

ונראה וכו'. וע"ע בבית יעקב מש"כ ליישב זה, וע"ע באתל האביב.

ונראה וכו' אפשר לקנות וכו' בהן קרקע וכו' על שם סופן וכו'. לא נתפרש האי סברא כ"כ. ויותר נראה ע"פ הא דאיתא בב"ב (מד:): דמשתעבדין מטלטלין אגב קרקעות, וחזוין דיש גדר קרקע שיכול להיות אף על מטלטלי. וכמו שהסבירו טעמו בראשונים שם, ע"י רשב"ם ר"א ש"ו ר"י מיגש, וע"י מש"כ בזה בשער ד' בקרקעות ומטלטלין. וה"נ נמי תיקנו כיו"ב לגביית כתובה.

אולם וכו'. וכ"כ הפני יהושע (בב"ה תוס' ד"ס) ורגיל אני לפרש וכו' דמן התורה אין לחלק בין מקרקעי למטלטלי וכו'. וע"ע הרחבת הכרבים בשמעתתא דשעבודא דאורייתא לקמן (ובפני פ"ד ד"ה א"ל רב כהנא) ב"ד אלא על כרחך וכו', ובד"ה ברש"י ד"ה לדידך וכו' ע"ש יסוד הנ"ל.

ש"י פ"כ

ויש לדקדק וכו' ומנא ליה חיזוק בזה וכו' ועוד וכו'. וכן הק' ובאיתל השחר (בתוס' ד"ה אידך) והניח בקושיא. ומצאתי במאירי כאן (ד"ה הענקת ע"פ) שהביא לשיטה זו בשם יש מי שאומר. וע"ע בתוס' ר"י הזקן על הדף ובספר התרומות (שער נ"א ח"ה) וע"ש בהערה 16 בתוספות ביאור ז"ל: שלא אמרו מוציאין מזה ונותנין לזה אלא בהלואה, מצד שהלואה שעבד עצמו וכל המושעבדין לו, הן מה שנשתעבד לו קודם שלוחה הן מה שישתעבד לו אחר שלוחה, מפני שכבר הגיע ממנו הלואה ביד זה, אבל שכיחות שלא הגיע לידו כבר לא עכ"ל, וע"ש שדחה דבריו וצייין למש"כ בב"ב (פ"ג), וע"ש שכ' טעמו משום דאין רא' מהענקת דשאני התם דאיכא גזה"כ. ואולי י"ל בכונות ביאורו ע"ד שכתבו התוס' בכבורות (פ"ט ד"ה ודידה) דחל שעבוד גם על נכסים שקנה אחר שחל חיוב פדיון הבן. וע"י בתומים (סי' ק"ד ס"ד) שכ' שכן הוא בהלואה. ובקצה"ח (שם ס"ק ט) כ' שלא דמי שאחר שקיבל ההלואה פסק המחייב ע"ש. וי"ל דסיבות התומים הן טעם רבינו נתנאל. שר"מ שהגר"מ פיינשטיין ז"ל ג"כ עמד בזה ע"י בסמוך.

ויש וכו' דהא בודאי יכול מזה דשכיר לגבות וכו' לאחר שכא ליד העבד. וע"י דברות משה קידושין (סי' כ"א ע"פ א' ד"ה עור ק' טעם הר' נתנאל) שרצה לחדש בדעת הר' נתנאל דאמת אינו יכול לגבות אף מאחר שבא לידו מהאי טעמא דטרח בגופו. וכ' שיש שיטה כזו במש"ל"מ (פ"ג מעבדים ה"ט) בדעת הרמב"ם, אף ע"ש שדוחה דרך זו מסברא וגם מהשער המלך.

הנה עיין בתוס' בב"ב וכו' משום דטרח בנופו. וכע"ז כתב ר' משה ז"ל (בהרד"ם שם) בשם ידידי הרה"ג ר' אברהם יצחק יעקבסון שליט"א, וע"ש שהסביר בזה כצד א' (בשפסק המבואר בפנים בסמוך) וסיים: ואפשר הוא דרך נכון

בכונות התוס' לר' נתנאל. וע"ש (בענף ד' בב"ה ותנה ט"ח) תי' עמוק מדנפשיה.

והשתא וכו' ונצטם החיוב הוא לשלם בזווי וא' בדבר אחר. וקרוכ לזה איתא שם ע"ש. אך יש להעיר ע"פ מה שהעירנו הגאון ר' יהודה אריה טרייגער שליט"א (מתן הגר"ש אריגרבאך ד"ל), דהנה בהא דקיי"ל דל"א זיל טרח וזבין ללוה יש לחקור האם הוא מצד עצם ההלואה, דאין שעבוד זה מחייבו כל כך, או"ד בעצם נשתעבד גם לזה, וחומר חיובו מחייבו בעצם להלך עד מדי להביא זווי, ואלא דפטור מלהשכיר את עצמו דכתיב כי לי בני ישראל עבדים, ע"י סמ"ע (פ"ג צ"ו ס"ק כ"ט). ולפי צד שני י"ל דגם בהלואה הוי עצם החיוב לשלם זווי כמו גבי בעה"ב.

ונראה דפליגי בזה הראשונים ז"ל, דהנה ע"י בשער משפט (סי' צ"ז ס"ק ג) שחקר האם רשאי האדם להשכיר עצמו לפרוע חובו, ואפשר שאף מחייב בזה בכדי שלא יהא לוח רשע ולא ישלם, ע"ש שהעלה מחלוקת בזה. ומפורש ברש"ת הרא"ש (כלל ע"ה סי' ב') ב' השיטות ע"ש. ולענ"ד שורש פלוגתתם כמש"כ האם הפטור זיל טרח וזבין הוא בעצם ההשתעבדות של ההלואה (משום שאינו רשאי), או דילמא הוא דין נוסף (אבל רשאי וממילא חייב). עוד יש להבין שיטת התוס' בשבועות (ד"ה בכל פודין) שמוכיח דחיוב יש על האב לפדות את בנו מקרקעות, אע"פ שקיי"ל בכבורות (ג"א) אין פודין בקרקעות, מכ"מ חייב לימכרם ויתן דמים לכהן ע"ש דאף מהלקוחות טורף בשביל זה. והוא תמוה אמדו וכי האב כבעה"ב והכהן כפועל דאמר' ליה זיל טרח וזבין, כמבואר בב"ב ט. ובתוס' שם (ד"ה רב הונא). וברש"י ב"מ (ק"ה ד"ה אין שמעתי לו) מבואר דדין זה גזה"כ מבל תלין שכרו ע"ש, ומשו"ה חייב לטרוח ולהביא כסף, ומשו"ה שייך שם למימר אם אין לו כסף אלא קרקע ימכור קרקעותיו להביא מעות, אבל בפדה"ב מנא לן הא.

אך אם נימא שיטות הראשונים וכהצד שנכתב לעיל דבעצם השעבוד השלם הוא כעין החיוב לחזור אחריו עד מדי ולטרוח וליזבין, רק לי בני ישראל עבדים מעכבו, את"ש, דעד כאן פטור לטרוח כשהוא לוח וחייב חוב בעלמא, אבל כאן שאני דמצוה דרחמנא רמיא עליו ואין שייך להתנצל בפניו "לי עבדים", הלא זה עצמו סיבה לטרוח יותר, ואדרבה לא חשיב "עבד לעבדים" ככה"ג. וכמו ארבע כסוות שחייבונו למכור מלבושו ולהשכיר את עצמו ג"כ, ע"י שו"ע (סי' תרע"ב סעי' י"ג), וכע"ז בנר חנוכה ע"י שו"ע (סי' תרע"א סעי' א'), ובנר שבת ע"י רמב"ם (פ"ה משבת ה"א), וזה גופא מדין לי עבדים.

ובזה ניחא מה שהק' התוס' הרא"ש שם בשבועות ד"ה יצאו קרקעות "אבל קשה לי מי יוציא הקרקע מיד הלקוחות וכו'" והניח בצ"ע. ולהג"ל אפשר שהכהן עצמו יעשה זאת (אוחזו שייחור האב וזה לפדות וכמבואר בפסקים יד"ד סי' ש"ה סעי' ג')

ד' בומ"א. ובשו"ת תת"ס ס"ס רצ"ו כ' יוצאין האב יכול לחזור בו" ע"י פ"ה שם ס"ק ח'), שהרי נכסיו נשתעבדו לו לכוך. ובוזה מוכן שחוטס היד רמה בקידושין (פ"ט): דחולק על הלואה וכו' שלא נשתעבד כלום לאקן דקיי"ל אין פודין בקרקע, ולהג"ל י"ל דס"ל דלעולם לא"א דנשתעבד הלוה מעיקרא לטרוח ולזבין, וממילא אין לו כסף ושוה כסף ופטור לגמרי אף בפדה"ב. וע"י ביאור אחר בשורש פלוגתתם בשער ג' פ"ג בציונים בהוספה בע"ה.

וכן יש להסתפק וכו' מכל מין ומין וכו'. וע"י מש"כ בזה בחי' רבי אריה לייב (ת"א סי' ל"ג ד"ה ואשר יראה) במצות הענקת שהביא מה שנתפסו האחרונים (ע"י מש"ל"מ פ"ג עבדים ה"ד) אם הוא חוב כשאר חובות של ממון, או אינו אלא מצוה כמו צדקה. וכתב דנראה דתרת"י איתנייהו, וע"ש (בב"ה דלפ"ט) שכ' דדין זה של כל מין ומין אינו מצד החוב ממון אלא מצד הדין מצוה, וע"ש שהוכיח כן מגופא דגמ' שכ' דיכול להפחית ממין אחד ולהרבות ממין אחר, וזה אפשר רק אם נימא דהמינים הוי חובת מצוה, ורק השיעור הוא מדינא דחוב ממון.

ונראה דה"ר נתנאל וכו'. כן נראה בשו"ת מהרש"ך (ת"א סי' י"ב) הובא דבריו בגידולי תרומה (שער נ"א ח"ה ה' ב"ה קשה לו) שכ"כ לבאר פלוגתת הת"ק ור' אליעזר. אך ע"ש בגידולת שכ' דעם כל דוחקו נוכל להעמיסו בסברת הרמב"ם וכו', אבל בשיטת ה"ר נתנאל א"א לומר כן, ולהדיא קאמר לשון שכיחות לחזוניה ולשון הענקת לחזוניה, דמשמע דר"א מחלק ביניהם ות"ק משהו אותם ע"ש. וע"י מש"כ באופן א"א.

ש"י פכ"א

ועיין ברמב"ם וכו' וכן דחה המ"מ. וכן דחה בש"ך סי' פ"ו ס"ק ג', וע"ש שכ' יישוב אחר והוא בחי' הריטב"א כאן (פ"ה ד"ה לו בא"ד והנכון), וע"י בביאור הגר"א (פ"ק ג') אחז בדך זו ע"ש. אך קשה ע"ז מש"כ המ"מ הובא בסמוך.

עוד כ' הרמב"ם. וע"י בכתבי הגר"מ (בישנות ע"י ק"מ ובחדושי ע"י רע"ז) דהא דאין בע"ח גובה מהענקת איצ' למיעוטא, דפשיטא הואיל והעבד רק קיבל פרעון כמה שנתן לבע"ח אבל לא קיבל מצאן גורן ויקב וכו' ע"ש, אלא שבשעורי ר' שמואל (אמת קפ"ז ד"ה אולם) כ' ששמע מפני הגר"מ ז"ל שאינו יודע אם הגר"ח אמר זאת, דמסברא מאחר שחל חיוב לבע"ח וזהו מצוותו ממילא נפרע החוב ופקע גם חוב הענקת לעבד. וכ"כ שם בכתבי הגר"ח החדשות בשם הגר"א י"י פינקל ז"ל שלא אמרו הגר"ח מעולם. אך ע"ש מש"כ ר' שמואל ז"ל אח"כ בד"ה מיהו.

עוד וכו' אכן יש לדקדק וכו' דבצדקה וכו'. וגם הש"ך (סי' פ"ו ג') נקט הכי דהוי צדקה. וע"י בסמ"ע ס"ק ב' שמבואר דלא ס"ל הכי, וע"ע מה שהשיג עליו הקה"י (סי' כ"ג ב' בסוגריים) דאם נתעשר העבד אכתי חייב בהענקת, וע"כ אינו מענין צדקה. וע"י בשיעורי ר' שמואל (קפ"ז ד"ה

והנה) שהסביר ההלכה דאין בע"ח גובה מצדקה ומעשה עני וע"ש עוד.

והנה לכאורה המקור למש"כ הרמב"ם. וכ"כ החזו"א (קידושין סי' קמ"ח טו. ד"ה האחרונים), וע"ע בקהילות יעקב סי' כ"ג אות ב' שג"כ כוון לזה, ע"ש תמצית הדברים, וסיים שזה ג"כ כהחזו"א. אך ע"ש (באת ג') יישוב חדש. וע"ע בשיעורי רבי שמואל בסוגיין (את קע"ו).

ש"י פכ"ב

והדבר צריך עיון וכו'. וכן הק' הר"ן והריטב"א ותוס' רבינו פרץ. וע"י מה ששינו הגירסא, ועוד פירושים, וברש"י יש דוחק. וע"ע במעייני החכמה כאן (את צ"ו) ג"כ עמד בזה מנפשיה, ע"ש מה שתי' שמא היה ב"ד רואים שא"צ להורידו ע"ש. וע"י בבית אהרן (לט: ד"ה ברש"י) שכ' דגירסת רש"י להיפך מכל הראשונים, ומיירי שבי"ד לא ידעו מהקטן ולפיכך לא מחו וע"ש. ובדבריו"מ (סי' מ"א הערה ל"א) ג"כ עמד בזה (והזכיר פי' הרשב"א וכי שהוא דוחק), וע"ש מש"כ דמדלא הורדי' הקרוב בכתב או בשליח מה יעשו בנכסיו לכן מחשיבו ר' אמי שהוא כנתנו רשות, ורק משום דהיה קטן שאם בא למלך לא היו מורידין אותו רשות ממש חסדא. ור"ח סבר לעולם בעי מודה ממש מבי"ד. וע"ש בד"ה אבל מה שדן בזה ופי' באופ"א. וע"ע נידון בזה בחו"מ סי' רפ"ז (סעי' ג') סמ"ע (סי' ט"ז) ע"ש מה שהק' בזה ובט"ז (סק"ג) מש"כ עליו. (ולפלא שלא הזכיר הרב"ם).

ואולי וכו' הא דאמר' גינה' (לה) וכו'. וע"י בנמוק"י דמשמע דאם שמע מפי עדים ל"א זרז ונשכר. וע"י בדבריו"מ (הערה כ"ז) שטרט בזה, (וע"ע שם מש"כ בהערה כ"ח), ובאמת המהר"ם ש"פ (לט) נוטה לומר שלעולם לא ס"ל רש"י הכי ע"ש. וזו נגד הבנת כל הראשונים בדעת רש"י. ואולי וכו' ופי' דבריו"מ וכו' גינה' בהיתר וכו'. וע"ע דהנה מקור האי ברייתא הוא בתוספתא כתובות (פי' הל' ג'), ושם ברישא מובא עוד הלכה זו"ל: היורד לנכסי אשתו ונתן עיניו לגרשה, אם קדם ותלש מן הקרקע הר"ז זרז ונשכר ע"ש. וע"ע דלשון נשכר לכאורה אין

לומר שכן הוא דינו האמיתי וככל בעל בנכסי אשתו, וביותר יקשה לפי דודי המחבר שליט"א שפי' לשון זה ע"ד גולה בהיתר, דאיהו גזל אית כאן במה שנטול משלו וצ"ע. וע"י בחסדי דוד מה שפירש בזה והביא לדברי רש"י אלו "זרזי ומהיר כו' בטרם יפסיד", וגם השווה דבריו לדין הראשון בתוספתא, ע"ש שעמד בהא שהוסף רש"י יפסיד דלכא"ו איהו הפסד יהיה לו, ולדבריו נוחא תרי ההלכות יחד ע"ש. אך לדרך המבוארת בפנים קשה.

ונראה ליישב בדבר חדש, דמאתר שנתן עיניו לגרשה תו אינו יכול לקיים שעברו אליה, כידוע מגדלים (ג) בני גרושת הלב, ופי' הר"ן שגמר בלבו לגרשה, ואסרו חכמים לבוא אליה, וכדפסק הרמב"ם (פכ"א אסורי ביאה ה"ב) ובאבה"ע (פי' כ"ה סעי' ח' ויבסי' ק"ט ב') ובאו"ח (סי' ר"מ סעי' ג'), וא"כ הרי שהוא חייב בזה מ"מ אינו יכול לפרוע לה, ולכן הרי היא יכולה לתבוע אותו ולטעון, אף אלא לא נוחא לי לתת לך זכויות שלי, ומסתמא ככה"ג שומעין לה, על דרך הדין דאינו יזונת ואינו עושה, וא"כ מעיקר הדין הרי הבעל יושב ואוכל מפירות שאינם שלו, ורק כיון שהיא אינה יודעת ואינה תובעת, מי מעכב על ידו, ואשר על כן יש לקרותו "גזל בהיתר". וע"ע דוגמת דבר זה בב"מ (ס"ג) ובש"ט רש"י שם בענין שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה ע"פ מה שביארנו (במק"א).

ואולי וכו' גינה' בהיתר וכו', ודלא כהתוס' ב"ק (פ. ד"ה רב הונא) דמבואר דהמעות כמלוה, וכן הוא שיטת הריטב"א בקידושין (נ. ד"ה והא) שכתב דחשיב כפקדון הואיל ובתורת מקח וממכר אתיא לירי' וודאי הוי ציית דינא ע"ש. אכן התוס' ב"ק (פ. ד"ה הונא) כ' להדיא "הוי כמו גזולן" "כמו גזול". אבל ע"ש בת"י השני דמשמע דלא הוי כגזולן. ואפשר משום דס"ל דהוי כמלוה כמש"כ בד"ף ט. וכן כתב בספר דרכי דוד שם.

ש"י פכ"ג

ויש דקדק וכו'. ועמדו בזה הריטב"א

ורבינו יונה בעליות. וכמה אחרונים העירו בזה מנפשם, ע"י אבני נזר או"ח (ח"ב סי' של"ב י"ח) ובשיעורי רבי שמואל כאן (אות ס"ב).

ויש וכו' ויש דרחוק וכו'. וע"י בר"ן שכ' להדיא דאביי מקשה אליבא דרבה דשעבודא לאו דאורייתא ואינו גובה למפרע ע"ש. וכ"כ רבינו יונה והריטב"א משמ"י ואלא שקיצרו ע"ש, ואם נימא כמש"כ הר"ן א"ש, וע"י בתוס' כאן שג"כ משמע הכי. וכן דקדק ר' שמואל ז"ל (ת"ל) לאחר שנדחק ליישב לשי' אביי גופא והניח בצ"ע. וכ"כ באבני נזר (שם את כ"א) (אות י"ט, כ"ב, כ"ג, כ"ד) ודחה (רובם), וע"ש "יסוד פלא ודין מחודש מאוד" שכ' בשם שו"ת הרשב"א (באות כ"ב) בגדר שעבוד על נכסי מי שמת.

ונראה דקושי' וכו' ואיברא דאיכא דמימר, ונראה דבאר באופ"א. וכ"כ האבני נזר אות יט. ובאות כ' כ' שמדברי הרמב"ן בקידושין (הובא שם לת"ל) מוכח דלמפרע היינו קטן גמור למפרע, ולפיכך צריך יישוב אחר ע"ש.

ונראה וכו' דהנה יש להסתפק וכו' ועיימש"נ בש"י פ"ה. וע"י ש"י פ"א וש"י פ"ו, ובציונים הבאנו סימוכים לב' הצדדים.

ש"י פכ"ד

וקשה וכו' ועיין בשיטמ"ק שעמד בזה. וגם בשיעורי ר' שמואל העיר בזה בקצרה (את ס'), וע"ע מש"כ בזה (סוף אות ס"א) בד"ה ובעיקר וכו', ע"ש שלמד שהסוגיא דפסחים קאי לפני מאי דמסקינן הכא דלרבנן מלוה ראוי הוא ולא חשוב כמאן דגביא ולא הוה מוחזק, אך ע"ש שאין פי' זה עולה בשופי לכו"ע.

ופי' וכו' וכל דין השעבוד הוא לאפשר את הגביה וכו' אבל הקנין שבא מן הגביה הוא למפרע וכו'. וצ"ב דאם הגביה עצמה למפרע שוב אי"צ לכלום לאפשר את הגביה. וכמדומה כבר הרגישו בנקודה זו באחרונים, ע"י מערכת הקנינים וקהילות יעקב הובא לעיל (ש"י פ"א ד"ה אכן בסוף), וזה דבר עמוק.

שער יא: בענין דברים המפקיעים מידי שעבוד

שם נמי מבואר כן דכ' דהוא ט"ס ברש"י יעו"ש, ועצ"ג.

ויש דקדק דהאיך הבין ר"ת דברי רש"י. כנראה אף הקצה"ח (סי' ק"י ב') הוקשה זה בעיניו, דיעו"ש שכ' חידוש גדול בכלל שי' רש"י כאן "דלא בעינא "ברשותו" להקדיש קדושת הגוף, והפסוק איש כי יקדיש את ביתו אינו אלא אקדושת דמים". ועיי"ש שלפי דבריו יש לתרץ מה שהוקשה כאן.

גם צריך עיון וכו' ומה הכריחו לכך. כנראה דפלוגתת הפוסקים הוא, ע"י חו"מ (סי' ק"ג סעי' ה'), ושכן הכרעת הגרי"א (סי' י"ח) והתומים (סי' ה') מבעל התרומות. וכן משמע ריהטת לשון

ויצא לנו וכו' דבדק הבית. וכ"כ התוס' שם (ע"י ד"ה השתא. ובדף ע"ש. ד"ה גב) סוד זה.

ועיין וכו' ואש"נ. ויל"ע מה קשיא ליה, וע"י במהרש"א כאן שהביא דברי התוס' ובמה שיישב, ובהו דוחה דברי המהרש"ל יעו"ש.

ש"י פ"ג

ומבואר בדברי התוס' וכו' וביתר ביאור בכתובות (דף טז) יעו"ש. מכאן יש לתמוה על רבותינו האחרונים שהעלימו עין מרש"י כתובות מה שנוגע רש"י בפסחים "דמכירתם לאו כלום הוא". ע"י קצות החושן (ק"י ס"ק ב'), נתיבות המשפט (סי' ל"ז ס"ק א'). ובחת"ס (בפסחים

ש"י פ"א

דאמר וכו' ורש"י. ע"י במהרש"א ששקל וטרי אם מכר דמיא לקדושת דמים או קדושת הגוף יעו"ש.

ויש דקדק וכו' ועיין בתוד"ה הקדש. וברשב"א ונבמוק"י (בחינושים) כתבו ע"ד התוס'. אבל בתוס' כ"ב (מ"ד) ד"ה שורו פי' באופ"א. וע"ע תוס' ערכין (כ"ג) ד"ה משום. ועוד סברא כתב בתוס' הרא"ש (כתובות נ"ט) לחלק בין מכר להקדש.

וצריך לומר וכו' לגבי קדושת דמים. יל"ע בסברא זו. וע"י ברש"י (שם ד"ה גב וטבח).

המחבר (יעו"ש) והטור (סעי' י"ג) בשם י"א. אבל כסברא ראשונה הביאו חולק ע"ז. והש"ך (ס"ט) והסמ"ע הכריעו כוותיה דאינו שלו עד הגביה בפועל. וכ"כ הנתה"מ ועי' לקמן. והנה פלוגתא הפוסקים אי "זמן פרעון" גרידא מפקיע בעלות הלוה או דצריכי גביה בפועל, יעו"ש דכ"ז מייירי בהלואה סתם וכדמייירי הש"ס בפסחים (ס"ט). אמנם כאן בגיטין, לפי מש"כ התוס', ודאי דלכו"ע לא צריכי שום גביה. דשאני הכא דאף רבא מודה דלמפרע הוא גובה. כן נראה ע"פ לשונות הפוסקים והתוס'.

ונראה דר"ת וכו' ח"ל שעבוד המלוה על דמי הנכסים משועבדים ולא על גופם. ונראה דעצם המושג לה הפריד דמי החפץ מהחפץ, מיוסדתו של בעלי התוס' בגיטין ס"ו. (ובתוס' הרא"ש ד"ה דמי ודלא כהתוס' רבינו פרץ) ע"ש. וע"פ יסוד גדול זה אפשר לחדש שזהו יסוד שיטת הראשונים (ר"ן כתובות כ"ד. מדפי הרי"ף) והפוסקים (כ"י יור"ד ג' ל"ד. ע"א.) וכס"מ פ"יב מגדלים ה"י ובעה"ש יתבאר שיטת מרן בית יוסף באופן חדש טובא כספר שופרא דקניאן, דס"ל דאע"ג דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם היינו קדושת דמים, אבל קדושת הגוף [היא] שהגוף בעין חיל יעו"ש. וכן הוא מפורש בתוס' הרא"ש במות (מ"ו. ד"ה הקדש). ואפשר עוד שדומה למש"נ (בענין דאיקני) שחילאל שעבוד כלל העולם כולו מעתה (לכשאקנה) אע"פ שאינו ברשותו דאינו סותר בעלות הבעלים. משא"כ שויות ודמים שלעולם היו רק בשליטת הבעלים ודו"ק. וע"ע בסברת המגיה להתרא"ש גיטין סוף ציון 103 לפרק השישי.

שי"א פ"ד

והנה הא פשיטא וכו' עד שעת הגביה. כדקיי"ל בתוס' ב"ק לג.

או דלמא. לפי חקירה הזו יש ביאור נכון בפלוגתת הראשונים והפוסקים אי איכא דין גבייה אלא שאינו יכול לפעול בה, או שהגבייה בטל.

או דלמא וכו' ופקע כל דין גביה מטמנ. ונפק"מ כמש"כ הרמב"ם (י"ח מלוה ולוה היו וערכין פ"ז ה"ט) לאחר שיצא מרשות הקדש שקיים הדין גבייה. וע"ע שי"א פ"ב.

שי"א פ"ה

והנה וכו' יש דקדק וכו' וצריך לומר וכו'. הנה אצטלא דמת הא דאסורא בהנאה אינו הלכתא בלא טעמא, אלא גמרינן ממקראות, עי' סנהדרין מ"ז. (נז"ש מעלה ערופה או מעבודת כוכבים). ותניא בכמה ברייתות (מוכא בגמ' עבודה זרה מ"ד:) האומר בית זה לעכו"ם כוס זה לעכו"ם לא אמר כלום שאין הקדש לעבודת כוכבים ע"כ. וכיון דקיי"ל להלכה כמ"ד דאיסור הנאה דמת גמרי' מעכו"ם הלכתא נמי הכי, ואמרי' אין

הקדש למת, וכמובא כ"ז ברש"י סנהדרין (סוף מ"ד). והכי איפסיקא ברמב"ם (אבל פ"ד הל' כ"א) ובשו"ע (יור"ד סי' שמי"ט סעי' א'). וא"כ הואיל ובש"ס ובפוסקים משווין ענין הקדש למת, פשוט דדומה איצטלא דמת להקדש יותר מחמץ ושחרור. (וע"ע ס"ס עבודה זרה כמה הלכות גמרינן הא מהא עי' דף נ"א: י"ב.) וצ"ב.

שי"א פ"ו

ונראה וכו' דיש להסתפק וכו'. צ"ב למאי נפק"מ. ומפי דודי המחבר שליט"א שמעתי דנפק"מ כשהלוקח יודע שיש על השור אפותיקי, (דלפי תוס' ודאי גובה), אך עי' בטור (סי' ק"יג א' - יק"ז - ג') ובשו"ע (שם ושם) שאינו גובה אפי' ככה"ג, וכן הכריעו כל הנו"כ (שם ושם).

ונראה וכו' כמש"נ. מצינו משמעות בראשונים לכאן ולכאן, עי' תומים (סי' ק"ד ס"ק ז') בריש דבריו שמביא מחלוקת הראשונים בזה. ונפק"מ לדינא אי צריך לכתוב האפותיקי בשטר.

והביאו התוס' וכו' ומבואר דאין התקנה מפקיעה עצם השעבוד. ובמק"א האריכו המפרשים בשאלה זו (האם התקנה מפקיעה עצם השעבוד או התקנו על הגביה), עי' ב"ב קע"ה: (ובתוס' ד"ה לא) ובתוס' בב"מ ד: (ועי' משי"כ בשער א, ולמעשה פליגי בה הקדמות והנתיבות המפשט (תור"ם סי' ל"ט ס"ק א' וב'). והנתיבות (ס"ק ב') כתב נפק"מ כשנשטתה הלוה אי טרפינן מיניה יעו"ש.

שי"א פ"ז

והנה לפי דברי המהרש"א וכו' ואולי רבא פשיטתו. וכ"כ הרש"ש בב"מ ט"ו: (לתוס' ד"ה הניא) ובב"ב (ק"ז).

שי"א פ"ח

ונראה דלאביי וכו' ונמצא דלמפרע וכו' ח"ל שחרורו. והנה בדברי התוס' א"א ללמוד כן לשיטתם, דלעיל (כ"ה: ד"ה לאיזו) ס"ל דהגזה"כ דבעינן לשמה הוי גזה"כ אף למ"ד יש ברירה, הרי דלכו"ע א"א לגרש כשלא נכתב הגט כברירות באותה שעה, (וכ"כ הרא"ש. וע"ע בריטבי"א שם), ואפי' לדעת הרמב"ם ודעימיה דס"ל דלמ"ד יש ברירה מהני, מ"מ הלכתא אין ברירה, וא"כ הכא (בדף מ:) גרע טפי דאפי' "האדון" לא הוברר בעת הכתיבה, ואין זה דומה לשחרור בתנאי ודו"ק.

ותירצו התוס' וכו' ואע"ג דזה הוי דבר רחוק. בש"ס לא משמע הכי לכאורה, דאמרינן "מוכר עצב ולוקח שמח" דהיינו שהמוכר "אבר" חפצו.

ותירצו התוס' וכו' ואע"ג דדבר רחוק הוא. מעשה שהיה בגמ' ב"ב (קע"ד.) בדיין שטרף מהלוה קודם שנתן לו (ל' י"ג) לשלם וסלקוהו. וכן איפסיק ברמב"ם ושו"ע.

שי"א פ"י

וביאור דברי הראב"ד וכו' כן הוא פירש הראב"ד בסוגיא דערבין. וכ"כ התפארת ישראל (ערבין פ"ו מ"ב אות י"ד).

ואם רש"י לא אמר וכו' אי אפשר לפרש ה"שנא בתרא כמו שפירשה הראב"ד. וכן מש"כ דבר מועט' משמע דדינר לאו דוקא, וע"כ העיקר הוא 'המעשה'. וע"ע בירושלמי כתובות (פ"ח ה"י) בפירושו, וכע"ז בתוס' יו"ט בערכין (שם).

שי"א פ"יא

אכן אם מה וכו' יוצא בלא פדיון. והרמב"ם נקט הדין בדוקא, ולאפוקי מהמפרשים דכתבו לאו דוקא אלא אפי' דבר מועט וכשיטת הירושלמי ורש"י כאן.

ומדברי הרמב"ם וכו' סבור שבלא פדיון הוא יעו"ש. וע"ע בתומים (תור"ם סי' ק"ד ב"ה ונראה). ולפי זה מובן וכו' יש דקדק. יעויין בדרישה חו"מ סי' ק"ד (ס"ק ד' ב"ה על כן) שעמד ע"ז ומש"כ ליישב באופן אחר.

ולפי זה מובן וכו' צריך לישבע. גמרא היא בשבועות מ"ב: ועי' תו"ט.

ולפי זה מובן וכו' ועוד דלמא נשבעין קודם הכרזה ולא בשעת הגביה. וברמב"ם פ"ז אישות ה"ט כתב ידידינה בשעת גירושיה. וכן משמע בב"ב קע"ג: ומפורש במשנה ערכין כ"ג. וע"ע בפרישה אבה"ע (ק"ב ס"ק כ"ז בסו"ד).

ולפי זה מובן וכו' אכן לפימש"נ שבועה זו היא שבועה מהודשת. ובוה ניחא קו' רעק"א אבה"ע (ק"ב ד'). ויל"ע.

שי"א פ"ב

אכן קשה טובא וכו' הרי זה מפקיע מידי שעבוד. כ"כ הרמב"ם בנוקי מומן (פ"ח ה"ז).

אכן קשה טובא וכו' ונפדה במומו אינו גובה ממונו. עי' בשו"ת חת"ס (תור"ם סי' קס"ה ד"ה באמת) מה שהוכיח בדעת הרמב"ם בזה. ועי' מה שחילק בין קדו"ג לקדושת דמים.

אכן קשה טובא וכו' ומקצתם מתקנת חכמים. וכע"ז כתבו הראשונים בגיטין מ: (עי' בתוס' בא"ד).

לכן נראה דס"ל להרמב"ם דקדושת דמים מפקיעה וכו' מדאורייתא. כן נראה נמי בדעת הקצות החושן (סי' ק"ד ס"ק ב', ובדק"י ב"ה והרמב"ם) ודו"ק.

לכן נראה וכו' ודין זה הוא תקנת חכמים. ובוה ניחא מה שהוקשה להקצות הנ"ל בדי"ה ועיין בסו"ד יעו"ש.

ובביאור הדברים וכו' אב"ל בלי פדיון אין שום חילוק בין קדושת דמים לקדושת הגוף. חוץ ממק"א עי' מ"ס נדרים (כ"ח.) וברמב"ם ט"ו ממעשה הקרבנות ה"ז.

שער יב: בענין המלוה על המשכון

ש"ב פ"ו

ונפקא מינה וכו' מדין חוב בעלמא וכו'. ואם כנים הדברים נמצא שמיטה משמטת כשאר החובות, וכמו זקפן במלוה דמפורש בש"ס דשמיטת משמטת, ע"י גיטין י"ח. ומס' שביעית פ"י מ"א. וכן איפטיק ברמב"ם בכמה דוכתי, ע"י שמיטה ויובל פרק ט' הל' י"א י"ב י"ג ובשור"ע חר"ם סי' ס"ז סעי' י"ד ט"ו ט"ז י"ז, וע"י ברמב"ם פ"ז ממכירה ה"א דפסק דערבון קונה כנגד כולו, ובלחם משנה שמיטת דשמיטה ישמט את כולו (ולא כמשכון דאינו משמט אלא כנגד החוב כמו שפסק הר"ם פ"ט שמיטה י"ד). וזו ראייה מוכרחת למש"כ בפנים דמה שצריך להשלים הוא חוב בעלמא, וכן הכרעתו של הדרך אמונה פ"ט ס"ק ע"ז, וצ"ל דפסק כשמואל ולא כר' יוחנן (ולא כתושאי כלים), וצ"ת.

ונפקא וכו' חייב להשלים הוא משום עצם הקנין. וצ"ל דשמיטה לא תשמט דבר זה דלא חוב הוא, ואפי' את"ל דהוי טוג של חוב, אכתי נלענ"ד דלא תשמט, כי אכתי משאני חיובי גברא לשלם ממון שאין שמיטה משמטת, כמש"כ הרמב"ם בפ"י המשניות (מס' שביעית שם) והובא בכסף משנה (שם) בענין הקנסות שאינן כשאר חובות אלא ה' חיובים שהאיש ההוא נתחייב בהם, והאיש ההוא לא יהיה פטור עד שפרעם עכ"ל. ובכסף משנה כתב שלא ירד לסוף דעתו כ"כ. אך אם נימא כמו שפירש התורת זרעים (עמוד פ"ו ד"ה הרמב"ם) דעיקר דין שמיטה הן בחובות שהם מצד התובע כדכתיב לא יגוש וכו' עכ"ד, שפיר דומה לחיוב לשלם "משום עצם הקנין" וקצורנו. ולפי הבנת הגר"ח קנייבסקי בדרך אמונה (פ"ט ס"ק ס"ד) אפשר דאינו דומה קנס לקנין ע"ש ובענין ההלכה ס"ק קל"ו וצ"ע. אך לדינא ליכא נפקי' דדעת רוב ראשונים הוא דרק מלוה וזקפת מלוה נשמטת ולא דבר אחר, והוא ע"פ דרשת ספרי פ' ראה (ע"י דרך אמונה שם ס"ק נ"ז), וא"כ הכא נמי דאיננו חיוב מלוה ודאי לא משמט ופשוט.

ובזה נחלקו וכו' ואם לא השלים איגלאי מילתא למפרע דליכא תורת גבייה וכו'. ואם פייסיה או מחליה מלשלם השאר צ"ע האם נקנית לו, ומאמתיה. וע"י בגיטין ע"ד: שכנראה שקול וטרי בזה מתי מחליה הוי כקבלה ומתי לא. וע"ע בנדרים כ"ד. ובר"ך ד"ה הרני כאילו התקבלתי. וע"ע במשנה למלך פ"ח מנדרים הל' י"ד מש"כ בשם שו"ת מהרש"ך בקיצור נמרץ וביור"ד סוף סי' רל"ד. אך אכתי אינו ראוי מוכרחת כי אכתי לא מצאנו בש"ס שהריני כאילו התקבלתי מהני לקנין רק שמהני לענין קיום התנאי וצ"ע. וע"ע באור"ח סי' י"א סעי' ו' שהסתפק הביאור הלכה שם ד"ה מצמר גזול, בכע"ז.

ש"ב פ"ז

ויש גמגום בהגירסא וכו' דשני ענינים נפרדים נינהו. אך בפני יהושע כ' דכולא חדא מילתא ע"ש בד"ה בתוס' בא"ד מש"כ רש"י בד"ה אבל וכו'. ע"ע בחי' הרי"ם שבועות מג: ד"ה שטר.

אכן רש"י בשבועות וכו' דסוגיא דשבועות. וע"ע בפני' הנ"ל בסוד"ד.

ש"ב פ"ח

ומה שכתב רש"י וכו' מעות או פירות. ע"י לעיל ע"ה. במשנה דאסור לעשות כן בפירות משום סאה בסאה, וע"כ מיידי רק באופן שישלם לו מעות (וכ"כ עין יהוסף), ואי זלאת יש להסתפק אם באמת חייב לשלם לו "כפי שוויותם בשעת ההלוואה", דגמרא ערוכה היא לקמן צ"ט: דלא אמרינן מחיר אחד ליום ששכיחי קונים ואחד לשאין שכיחים קונים ע"ש. ויותר מזו מצאנו בשטמ"ק (כ"ט ע"ג:) בשם הראב"ד דחייב לשלם עבור היזק כפי מה שהפסיד, ע"ש ובהר"ם סי' ד"ש סעיף ה'. הרי דאם לא היה מרוויח כלום פטור מכלום. וכן פסק הנתיבות המשפט (בסי' קמ"ח ס"ק א') בכע"ז. וכן הוא במשנה למלך (מפעת הקרובות ט"ז-י) ובהכנס צבי (סי' ק"ב) דהכל תלוי באפשר למוכרו, ולא יקבל על זה פרוטה יתירה מעל מה שהיה שוה באותה שעה וצ"ע. וע"י בהר"ם סי' ק"א סעי' ט' פלוגתת הט"ז והסמ"ע באופן דליכא שום קונים לחפץ בכמה אמדינן ליה, הסמ"ע (בסי' י"ב) כ' דשמן "אילור" היה בא וכו', והט"ז חולק וסבר דאי אפשר לשום כן. וכ"כ הט"ז בסיומן ק"ט סעי' ג'. ואולי רש"י כהסמ"ע ס"ל. ומרן רבי שלמה זלמן ז"ל במנחת שלמה (ח"ב סי' קל"ה) הוכיח בכמה ראיות שחייב דמי שווית החפץ לעולם ובלבד שהחפץ היה "ממון", ומבאר שכן הוא גם עומק כוונת הנתה"מ ע"ש.

ש"ב פ"ט

ונראה לפרש דבריהמהרש"א וכו' לחוק מדת החסד בלב המלוה. יש להעיר דאפילו כשירצה לומר דא"י מעיקר הדין של אם כסף תלוה, ונימא שאף מי שהלוה באופן אכזרי, ומצער ומבייש את הלוה וכו"ב מקיים מצות עשה זו ממש, מ"מ הכא לא יקיים מצוה זו, דאין כאן מעשה הלוואה אלא כעין מקח וממכר או כעין שאילה ושכירות, וכמו שכ' הש"ך בסי' ע"ב ט' שיש למלוה קצת זכותים במשכון, ואף כשבפועל לא יתגשם שום יתרון יעו"ש. ואפי' לדעת החולקים על הש"ך (ע"י קצות ונתיבות שם), אכתי י"ל דחסר כאן בעיקר החלול מעשה הלוואה מה שהוא נותן ונטול מן העני בכת אחת, והכא גרע טפי שנטול יותר ממה שנתן. ונראה וכו' דהמצוה היא להאמין להבירו. ומצאנו אסמכתא לזה בתורה (בראשית ט"ו)

והאמין בה' ויחשבה לו צדקה, ורש"י פ"י חשבה לאברהם לזכות (ולצדקה) על האמנה שהאמין בו. וע"ע במדרש משלי (פ"י פ"ד) מה שדרשו בזה בענין הצדקה. וע"י בציונים לקמן ש"י"ב פ"ב מהגר"מ פיינשטיין דצ"ל שג"כ כ' כיסוד זה (בסוגיות אחרות) ומצא קרא אחרנא למילף הלכה מחודשת זו, והוא בדברים ט"ו ט' "השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל לאמר קרבה שנת השבע שנת השמיטה ורעה עינך באחיק באביון ולא תתן לו", ותנן בשביעית (פ"י מ"ג) והובא בגיטין ל"ו וברמב"ם (פ"ט משמיטה הל' ל') דעובר בשני לאוין, ומבאר ר' משה ז"ל שכן י"ל דעובר בזה גם כשנמנע מלהלות מחמת חששות אחרות. יעו"ש. ותימה קצת דאישתמיטה מלציין לרמב"ם ריש הל' מלוה שהביא למקרא זה.

ש"ב פ"י

ובמה שכתבו בתוס' וכו' ודלא כמו שכתבו התוס'. וכ"כ התוס' בבכורות י"ג: (בד"ה ה"ב) וז"ל: וא"ת והא איכא מי שפרע, י"ל כשקיבל עליו לזון בדיני ישראל ומי שפרע אי"ז דין וכו' עכ"ל. וביאר מרן ר' מאיר שמחה (שם) דכוונת התוס' ע"פ מש"כ כאן בב"מ דאיסורא הוה עכ"ד. אך לפמש"כ בדעת הרמב"ם יהיה נפקי' לדינא אי העכ"ם צריך לציית בכה"ג ודו"ק. וע"ש עוד בתוס' שהביא עוד תירוץ. ולהנתבאר שפיר י"ל דהב' פירושים גופא תליא אי מי שפרע הוי איסורא או ממונא וא"ש.

והנה ברמ"א שם וכו' כ"ז מי שאינו עומד בדיבורו. מבואר דפליג הרמב"ם בזה. אך יש להעיר דמקור שיטה זו של הרמ"א הוא הרא"ש בב"מ (מ"ח ס"ה), וע"ש שהביא הרא"ש לדברי הרמב"ם ומשמע דלא פליג עליו בזה. וכן דקדק התפארת שמואל שם (אות ה'), אך סיים דמהטור מבואר שלמד דפליג אביו הרא"ש על הרמב"ם בזה (וכמש"כ הסמ"ע).

והקצות החושן שם וכו' לא הוי מדיני ממונות. אך יש גם להוכיח להיפך דשפיר הוי מדיני ממונות, דאילו היה איסורא אין כ"ד נזקקין לזה. וכן נקט ר' מאיר שמחה (הג"ל), דע"ש שכתב דאם מכחישים זה את זה "אין כ"ד נזקקין וכו'", וסיים "וע"י קצות", ועל כרחק כוונתו לערער עליו שכ' שם "דנזקקין ודו"ק. ולפמש"כ לעיל דפליגי הפוסקים האם הרמב"ם והרא"ש פליגי ממש אם לאו יש לאוקמי להקצות כמר וכמר, והבן.

ש"ב פ"יא

ויש דקדק וכו' אלא פחות מפרוטה. וכע"ז הק' בחכמת שלמה בספרו נדרי וזיוין ל"ג: (עמוד רמ"ד באר"ה ועוד), וכ' דלוה העירני א' מתלמיד, ומטיק שכן הוקשה להרמב"ם

ברמיזא. ותו דמצות צדקה אפשר לקיים בריפתא, ומשמע אפי' אינו שוה פרוטה, דכל דמשקיש רעבונו סגי לכאורה. וכן הוא לשון הרמב"ם פ"ו ממתנ"ע ה"ז, אפילו אתה נותן לו גרוגרות אחת. וכמו שחישב הגר"ח קנייבסקי ד"ב ומחצה גרוגרות הויין פרוטה ע"פ הספרי פ' תצא (דרך אמונה פ"ו ה"א בבאור ההלכה), וכן הוכיח מהר"ל דיסקין בשו"ת סי' כ"ד בהגהה.

ושיטה זו לא תתיישב וכו' והלא דינים אלו סתרי אהרדי. וכן הקשה הלחם משנה בהל' נדרים שם, וע"ש מה שנדחק לחלק. והגאון ר' שלמה קלוגר בספרו נדרי ודיוני ד"ה ומשום פרוטה תפס עליו דכבר כתבו בראשונים מ"ש וציין לתוס' בב"ק נ"ו: ד"ה בההיא ובר"ן נדרים שם, וגם ציין לדברי הש"ך סי' רס"ז ס"ק י"ד שהק' כיו"ב אבל לא על הרמב"ם אלא על המהרש"ל. וע"ש שיישב סתירה זו בכמה דרכים בד"ה והנה לעיל ובד"ה ועוד נראה, וע"ע דרך אחרת ארוכה אח"כ.

והנה רש"י בסוגיין וכו' וכן מודיק וכו' דלא שביחא, בני"א. וע"ע באחרונים שעמדו בזה, פנ"י ד"ה במשנה, הפלאה ומהר"ם שייק. וע"ע בכתב סופר או"ח סי' קי"ט ד"ה ובדברינו.

וגם מדברי הרמב"ם וכו' פמינת ריפתא פנינא. וכן דקדק האבן האזל.

שם וכו' שניסב בשמירת האבירה. וכע"ז תי' ר' איסר זלמן הנ"ל וז"ל: אבל בשומר כל טובת הנאה מקרי שכר עכ"ל. וע"ש שהביא עוד סמן מהנמוקי" והר"ן בנדרים שם ע"כ. ותמיהנה דסברא זו נגד הש"ס, ע"י ב"ק צ"א: וחולין פ"ו. מעשה בא' ששחט וקדם חבירו וכיסה וחיבו רבן גמליאל ליתן לו עשרה זהובים ע"כ. הרי להדיא דחשיב הפסדי ולא רווח "שנפטר מלטרות" ולא "טובת הנאה". והכי נקטינן לדינא וכמבואר במעשה עם רבינו תם מובא בתוס' בב"ק שם ובחולין שם. וברמב"ם כ"כ לדינא פ"ו מחובל ומזיק ה"ג וי"ד ובושע" חו"מ סי' שפ"ב סעי' א' דאפי' בזמן הזה אי תפס לא מפקינן וצע"ג. ויש ליישב ע"פ האבן האזל בהל' חובל ומזיק שם שחידש דבר נפלא דדוקא בכיסוי הדם וקציצת אילן שייך דין זה, משום שהמה "זכות קנין" להאדם, לא כן שאר מצוות ע"ש. וי"ל דר' איסר זלמן לשיטתיה אזיל עכ"פ בשיטת הרמב"ם.

ולכן לא הוכרה וכו' באיסור הנאה. ובהו יש ליישב קושיות הגר"ח קנייבסקי בפ"ו ממתנ"ע ה"א בבאוה"ל ד"ה מ"ע בא"ד ולכאו' מ"ש בב"ק נ"ו: וכו' וגם בנדרים ל"ג: וכו' ודו"ק.

ונמצא לפי זה וכו' ועל ידי זה נעשה שומר שכר, כמש"נ. הוספה: יש להטעים בסברא זו דלהיות נפטר ממצוה חשיב רווח ע"פ מאמרם ז"ל חישב לעשות מצוה ונאנס מעלה עליו הכתוב כאילו עשאו. ובהו לא יפסול המצוה

ע"י מחשבות בלתי רצויות, כגון ע"מ לקנטר ולהתגאות, והכא דנפטר מעיקר הדין גם יש לו מצוה שלימה, וכמש"כ היערות דבש ח"ב דרוש י'. ובענין עוסק במצוה ראיתי לשון מהצפת פענח "כאילו קיים גם את זה".

שי"ב פ"ב

והכא במשכנו וכו' והאחרונים נתקשו. ע"י מעייני החכמה כאן (אות קל"ג) וע"ש מה שנדחק ונשאר בצ"ע. וכן הק' המהרש"ם בהגהותיו לפסחים (פ"ח), וע"ש שהביא סמוכין מהמגן אברהם (סי' ל"ח ס"ק ח) דמבואר דתליא מהו עיקר כוונתו. ובאמת קצת תמוה על שהעלים המג"א עיניו מסוגיא דידן דכ' להדיא דמתכוון להנאתו לא מבטל המצוה. וכן תמה הכתב סופר חו"מ (סי' א' אות ד). וע"ש שדחק לחלק דאין נפק"מ בכוונתו אלא לגבי עוסק במצוה פטור מן המצוה, ע"ש שכן נראה לו ברור לדינא.

ובפירושו וכו' כתב רש"י וז"ל: המל"ה וכו' והמנועו נשארו בידו. ויש"ל דס"ס הל"ה והל"ה, ובאשר הוא יש לו חפץ מזולתו וכל הנאה שלו (או במקצת). ובאמת כבר הקשו המפרשים למה לא הוי שוכר לכו"ע, עיין ברשב"א (בשטמ"ק) ובוש"ך (סי' ע"ב ס"ק ד) ובפני יהושע ותורת חיים.

ובפירושו וכו' ודוחק גדול וכו' פמצוא אחר כמותו בשוק. אכן משמע במעייני החכמה כאן (סוף אות ק"ל) שכך צ"ל, וכי"כ המהרש"ם (תב"ל) כע"ז.

ונראה פאר הענין וכו' דעיקר מצוות אם כסף תלוה וכו' שיאמין לחזקה וכו' אף כשאינו בטוח. והנה דבר זה מחזק לנו דיש חיוב להלוות למי שחסר כל, וא"כ הסברא מחייבת לחדש דאף כשבטוח שלא ישלם כלל או עכ"פ בזמנו עדיין חייבין להלוות לו, והוא חידוש גדול וצ"ע אי דינא הכי למעשה. אמנם כן איסתבר גם לפוסק הדור בדברות משה למס' קידושין סי' כ"ג הערה ע' ד"ה ואולי יש לומר חידוש גדול, וע"ש מה שהוציא מזה כמה הלכתא גבירתא לדינא. הרי שסברא זו גם להלכה ולמעשה, וצ"ע אמאי השמיטו הפוסקים ענין זה. וע"ע בתורה תמימה (פ' ראה פט"ו פסוק ט' אות כ"ט) שהק' על השמטת בעלי השו"ע חו"מ סי' צ"ז ס"א את הלאו דמניעת ההלואה (ב"מ ע"ג), אך לפמש"נ יש ליישב דמאתר דעיקר הלאו נאמר משום שאינו בטוח במעותיו כי לא יהיה להעני כלום, א"כ בעשירי לא שייך כלל חשש זה, והוא חידוש נפלא. וצ"ל דהעשה שוה בעני ועשיר, אבל הלאו רק בעני. ובהו מיושב באופן נפלא מה דלא פרין הש"ס (בב"מ ע"ג). עני ועשיר, עני קודם פשיטא, כדפרין בסמוך שם, והבן. ובאהבת חסד (פ"ז א) כ' וז"ל: אם באו עני ועשיר ללוות מאצלו והעני ג"כ בטוח אצלו או שנותן לו משכון כו' העני קודם עכ"ל. ומבואר דבאין לו משכון העשיר קודם, ולפמש"נ לכאורה אינו כן וצ"ע"ג. ובהו סרה קושיות הלחם משנה על

הרמב"ם פ"א ממלוה לזה הל' א' שהרמב"ם הביא מקרא של שמיטה לאיסור מניעת הלוואה לעני בעלמא, דמה ענין שמיטה אצל לאו זה, ולפמש"נ קושיא מעיקרא ליתא, וע"י מנה שצינתה לעיל שי"ב פ"ח ודו"ק כי קמינה וע"ע בספר אהבת חסד בפתיחה נתיב החסד אות א' שדקדק מרבינו יונה בשערי תשובה (שער ג' פ"ח) דלאו דמניעת הלוואה הוא רק לעני ולא לעשיר, וברור שכונתו. וע"ע נתיב החסד (פ"ה אות ט'), ובאבן האזל (ירש מלוח ד"ה הנהגה).

ולפי זה שפיר וכו' והוה ליה שומר שכר. וניחא הכל בלי דוחק. עוד ניחא בזה בהררחה פסק השו"ע (א"ח סי' ל"ח פ"ח ע"ה) כותבי תפלין ומזוות הם ותגריהם ותגרי תגריהם וכו' פטורים מהנחת תפלין כל היום וכו' ע"כ. וכ' המג"א דדוקא כשמתכוין כראוי אבל כשעיקר כוונתו להשתכר לא מקרי עוסק במצוה עכ"ד. ולפי המתבאר מהש"ס לפנינו אפשר דלעולם חשיב מצוה (ובקרי"ל למיז מצות אין צריכות כוונה), ואלא דשאני משכון וכמש"נ. ובאמת הביאור הלכה (ב"ה"ה) תמה על המג"א מהש"ס שלנו דאע"פ שלהנאתו קא מכוון ס"ל לר"ע דמצוה קעביד, והלכה כר"ע, וא"כ היכי חילק המג"א כנ"ל ע"ש במה שנדחק. אך המתבאר אפשר ליישב בדעת המג"א דלעולם כשנתכוון להרווחת כסף בלבד הוי כהיפוך כוונה, (ובמקומה ראיתי סברא כזו למרן בית הלוי סוף פ"י ח"א), ושאינו בב"מ פ"ב דשם ע"י שנקטה למשכון להנאתו חסר בעיקר צורה וחלות המצוה דאם כסף תלוה, ופשוט מאוד.

שי"ב פ"ג

ובמשכון נמי לא שייך וכו' ואין זה אלא דין וכה. ובגדר הך דין וכה' מצאתי נוסחאות שונות (מלבד הנבחרת שי"ב פ"ג), ע"י חידושי הרי"ם שבועות מ"ג: ד"ה אמר שמואל ובשפת אמת פסחים ל"א: באופ"א, ובערך שיי' חו"מ סי' ע"ב סי"ב ד"ה דאם התנה. והצד השוה שלהן כמש"נ הכא דאין כאן גביה גמורה אלא תורת גבייה בלבד".

שם וכו' דאין זה דין אלא מציאות. הנה 'מציאות' זה ג"כ כעין דין הוה. דהנה שיטת הרי"ם מיגש והר"ן (הובא רפ"ק דב"מ בנמוקי) דגם משכון שלא בשעת הלוואה שוה לשעת הלוואה ממש, ורק על פי ב"ד חל חלות שלא בשעת הלוואה. וכן הוא שיטת הראב"ד מובא בשטמ"ק (סוף ב"מ). וכן משמע מרש"י ב"מ פ"ב משכנו על ידי שליח בית דין עכ"ל. וכמו שדקדק הכת"ס (תוס' סי' י') וכן פסק בנתה"מ (סי' ע"ב ס"ק ו' ד"ה לכו). ואפשר דההגהות אשרי ס"ל כהחולקים, הלא המה הרמב"ם (פ"ג ממלוה ה"ה) והשו"ע (סי' צ"ז סעי' ט"ז), וכן הוא הכרעת הש"ך (שם ס"ק ט') וכן פסק הקצות החושן סי' ע"ב ס"ק ב', דלעולם חשיב שלא בשעת הלוואה (כל ולא נקט ליה בשפת הלוואה). ואולי הגהות אשרי לשיטתו אזיל, דע"ש בקצה"ח שהביא מדבריו (ב"פ הובא סי' ח) להשיג על סברת הרי"ם מיגש ואכ"מ.

רשעבודא

ויע' דברכי הגר' המובאים ביונת אלם (סי'
ר' ד"ה ותנה ביאר) שמבאר ג"כ שחיוב אונסין ממש
הוא וכמו שכתב בפנים, אלא שהגר' סבר
דלאו מדין שואל הוא כלל, ויש בזה נפק'מ
גדולה לדינא (עיי' בציון לקמ').

והני ראשונים וכו' דשואל חייב באונסים.
והגר' ותלמידו הגרביד ז"ל פירשו דלאו
מדין שואל הוא, אלא דין מיוחד הוא, ודוקא
במשכון נאמר, ע"ש ביונת אלם, וכי ע"ז
נפק'מ דלחיובי שואל תליא הכל משעת
שבורה ומתה, משא"כ במשכון תליא משעת
לקיחת המשכון. וכבר פליגי בכעיי' הרמב"ם
בר' ז"ל שדברי הראב"ד אינם מתפרשים אלא
בער' ז"ל שש"ט רש"י וכביאר הגר' ר' ברוך
ע"פ שיטת רש"י וכביאר הגר' ע"ש דברים
נפלאים. ואף למש"כ בפנים ניתן לומר חילוק
זה בין שואל למשכון ודוק'.

ואם כן וכו' ותנן האומנין שומרי שכר הן
אלא מוכח וכו'. תימה דע"ש בגמ' דמסיק
הטעם משום דתפיס ליה אאגריה, דהיינו
כשלא יפרע יהיה לו מקום לגבות וזה משווהו
לש"ש, משא"כ משכון בודאי אינו כן משום
דנקיט ליה לזכרון דברים בעלמא, וכמש"כ
רש"י בסוגיא. ואע"ז שנקטי' כאן לגוביינא,
מ"מ לא שנא מזכרון דברים, וכמו שנתבאר
לעיל שייב פ"ד בדיה חזינא, וא"כ לא דמי
כלל להאומנין. ועיי'.

ש"ב פ"ז

וא"א הקשו הרמב"ן וכו' אבל קשה דהלא הא
דחייב בגניבה וכו' מדין שמירה. לכאורה לאו
מילתא דפסיקתא היא, דלעולם ליכא שום
חיובי שמירה מבלי קבלת שמירה, וכמו
שדוכיח המנהג אפרים (להי שלהא סי' א') מכמה
סוגיות הש"ס, ולכן שואל פטור מכל דיני
תשלומי השומרין כשהוא באופן שלא אסוקי
אדעתיה לקבל שמירה (עיי' ש"ס) וכ"כ הקצות
החושן (סי' רצ"א סי' ק"ד ד"ה ולכן) ע"פ התוס' כתובות
נ"ו: ד"ה הרי. ורק בשומר אבידה חקר הקצות
שם (בדיה אמנס) האם גם בעינין קבלתו לשמור
אלא דהתורה עשאתו שומר בעל כרחו, או
דלא תליא בקבלתו יעו"ש, (ודלא כהגרי"ח המבאר
בבב"ש כי"מ סי' כ"ה ב' ח"ל דלא תליא כלל בקבלתו), ועל כן
הכא דהוה 'חייב חדש שחל עליו שנעשה
שומר' (וכהלשון שם בפנים בספור), י"ל נמי כיוצא
בזה, אמנם למעשה נראה דדעת הרמב"ן נוטה
הכי, שכן דקדקו הקצות ח"ה הג"ל מדבריו בב"ק
כ"ו: מדפי הרי"ף ע"ש. אך עי' בנתה"מ שם
סי' ק' שחולק על הקצות בדעת הרמב"ן.

וא"א וכו' ואבידה לכאורה הוא מדין שמירה.
וכ"כ מן ר' ברוך בער ז"ל הובאו דבריו
ברשימות ר' יונה מינסקער הי"ד ריש קונטרס
יונת אלם ובכר"ש כתובות סי' נ"ה. ועי' במה
שש"ס בזה היונת אלם בסי' י"ד ד"ה והנה,
ושם מובאים דבריו המפורסמים במשכון.
ונראה שיסוד זה כתוב כבר בראשונים, עי'
שו"ת הרא"ש כלל ל"ה סי' ב', ולפי שאינו
מפורסם אצתיך בתמצית: הכיא בשם רבינו
אביגדור כהן צדק שחק' מאי שנא טבעת
שאוולה שאף שחייב עליה באונסים לא מצי
מקדש בה, ממשכון שמשכנו בשעת הלוואתו
דקנייה רק לענין אגבה ואבידה ולא לאונסין
שאם קידש את הגשה מקודשת. ותייחן דלא
דמי דהשואל כי אוקמא רחמנא ברשותא לענין
אונס, אבל לענין למקנייא, ברשותא דמרא
קאי, דלחובתו בלבד קאי ברשותו להתחייב
באונסין, מידי דהוה אגולין דאף דחייב באונסין
מ"מ אינו יכול לזכות בו להקדישו וליתנו
במתנה דבמאי ליקני, אבל משכון אע"ג
דלענין אונס לא קאי ברשותיה, מיהו כיון
שהלוהו עליו מעות, ומסרו לו על מלוה זו,

ש"ב פ"ד
ועי' זה יש דקדק. וכן הקשו עליו
הראשונים, עי' בחידושי הר"ן בקיצור. וע"ע
ברמב"ן שהרבה להשיב על רש"י ומבא ג"כ
בשטמ"ק אן. וע"ע בחת"ס בסוגיאן מה שנו"נ
דבריו רש"י.

והוינן מהא דדין וכו' שומר בע"ב כרחיה.
וראה גדולה לזה ממה שנתחבטו הראשונים
והפוסקים בחו"מ סי' ע"ב סעי' ב' (והובא קצתם
בציונים לעיל סי' פ"ג) אי בע"ח קונה משכון כשקנו
מיד לזה למלוה בינם לבין עצמם, דלכאורה
תמוה דקיי"ל בחושן משפט דכל תנאי
שבממון קיים, ולהנתבאר ניחא (והוגמט דבר זה הוא
שי' התוס' דלמ"ד ששכורא לאו דאורייתא א"א לשכור בתנאי שבממון).
שו"מ ממש כלשוין הוה ברבותינו הראשונים
בנמוק"ש בשם הר"ן (לעיל ב' סופי הרי"ף) וז"ל: קני
ליה משום דאתי לדידה בגוביינא דבי דינא
וגזירת הכתוב הוא דקני ליה כדרי יצחק וכי'
עכ"ל. הרי מבואר דרק מכה גזה"כ פועל הקנין
והמסתעף. וכן דקדקו מדבריו הקצות ח"ה (סי' ב'
ד"ה אמנס) והאבי עזרי (פ"ה מאישות הכי') בנוסח אחר.
וע"ע בש"ך (סי' ט' בדיה וגם דפי' השולח), והובא
בתמצית בנתה"מ (סי' ר') דאפי' להסוכרים
ידיכול למלוה לתפוס בדורע וכ"ש' מפדעת
שניהם הוה מדין עביד דינא לנפשיה וכאילו
הגביהו לו בית דין עכ"ד.

ש"ב פ"ז
והנה באמת יש לענין וכו' דאוקמה רחמנא
ברשותיה. וכמו שפירשו רבותינו, עי' בנתה"מ
(סי' שר"ם סק"א בסו"ד) ובקובץ שיעורים (פסחים כ"ז):
ומוכח דרש"י ס"ז וכו' קנין בממון חבירו
נתחייב בהשבה. עי' בחו"מ סי' פ"ו סעי' א'
מש"כ המחבר והרמ"א, ומבואר כיסוד הוה
דאיכא חיוב השבה בדינא ונפק"מ לענין
שעבודא דר' נתן ע"ש, וכן כ' בשו"ע שם סעי'
ד' להדיא, אך עי' בקצה"ח (שם סי' ד') שתמה
ע"ז וחולק וכתב דאין שום חיוב השבה
בפקדון, (ולכאורה ק"ו במשכון), והביא כמה ראיות
ע"ז, וכ"כ בסיומן קצת"ח ס"ק ה', וגם האריך
בוה בסיומן ש"מ סי' ד' ע"ש שמצא כן
בראשונים. ועי' בנתה"מ (סי' פ"ז א') שלחם נגד
ראיותיו של הקצות. וע"ש במשובב נתיבות
שחזרו ומעמיד ראיותיו.

ועי' זה נזכר וכו' או קיבול' איזה שכר. אך
באמת צידד הש"ך בסי' ע"ב סי' ט' (הובא בתמצית
בקצה"ח סי' צ"ז סי' ח') דמות' להשתמש במשכון
כגון כר ביום ומחרישה בלילה וכו', ואפי'
אתי' אינו רשאי, היינו משום דרחמנא חייביה
לעשות צדקה ולהחזירו בשעת תשמישו. אי"כ
כשהו ישתמש יפתות מצדקה המוטלת עליו
שיתקלקל וכו' עכ"ד. וע"ש בקצה"ח (שם)
שהשיג עליו.

ועי' זה מתבאר וכו' אל"א אם כן קיבול' איזה
הנאה. עי' בב"מ צ"ו. שאלה לעשות בה פחות
משהו פרוטה מהו, ממונא בעינין והאיכא, או
דילמא כל פחות משהו פרוטה לאו כלום היא
ע"כ, (ובחסו' דממונא בעינין שישאל לו), ולא איפשטא.
ופליגא בה הפוסקים אם גם שומר שכר דינא
הכי, עי' ש"ך חו"מ סי' ש"ג סק"א וסי' שמ"ו
סי' ו' שהכריע דרק בשואל מסתפקת הגמ'
אבל בשומר פשיטא דבעינין הנאה ממש (פרוטה).
אך בריטב"א (כ"מ שם) מובא גם בשטמ"ק,
מבואר, דאף שומר שכר כשואל, ע"ש ובתוס'
קידושין ח: ד"ה משכון כל מקבל משכון יש
לו הנאה כפרוטה. והכי מוכח גם מסוגיות
הש"ס בפרוטה דר' יוסף (בב"ק נו: בב"מ כט: נדרים לג'),
וכמו שהוכחנו במק'א בספק דפרוטה דר'
פחות משו"פ הוא. ובאמת תמוה על הש"ך
הג"ל איך מסיק דש"ש בעינא פרוטה דוקא
וע"ג. שו"מ שעמד בזה בשו"ת רבי שלמה
איגר (יו"ד כתבים סי' ל"ח). ובאמת הגר"ח קניבסקי
בספרו דרך אמונה (רפ"ו מפתחות ענינים) רצה להוכיח
מפרוטה דר"י דאין קיום צדקה בפחות
משו"פ, דאל"ה אחתי לא הרוויח פרוטה,
(וכשיטת הש"ך), ע"ש שמקשה על המהר"ל דיסק"ן

ועי' זה יש דקדק. וכן הקשו עליו
הראשונים, עי' בחידושי הר"ן בקיצור. וע"ע
ברמב"ן שהרבה להשיב על רש"י ומבא ג"כ
בשטמ"ק אן. וע"ע בחת"ס בסוגיאן מה שנו"נ
דבריו רש"י.

והוינן מהא דדין וכו' שומר בע"ב כרחיה.
וראה גדולה לזה ממה שנתחבטו הראשונים
והפוסקים בחו"מ סי' ע"ב סעי' ב' (והובא קצתם
בציונים לעיל סי' פ"ג) אי בע"ח קונה משכון כשקנו
מיד לזה למלוה בינם לבין עצמם, דלכאורה
תמוה דקיי"ל בחושן משפט דכל תנאי
שבממון קיים, ולהנתבאר ניחא (והוגמט דבר זה הוא
שי' התוס' דלמ"ד ששכורא לאו דאורייתא א"א לשכור בתנאי שבממון).
שו"מ ממש כלשוין הוה ברבותינו הראשונים
בנמוק"ש בשם הר"ן (לעיל ב' סופי הרי"ף) וז"ל: קני
ליה משום דאתי לדידה בגוביינא דבי דינא
וגזירת הכתוב הוא דקני ליה כדרי יצחק וכי'
עכ"ל. הרי מבואר דרק מכה גזה"כ פועל הקנין
והמסתעף. וכן דקדקו מדבריו הקצות ח"ה (סי' ב'
ד"ה אמנס) והאבי עזרי (פ"ה מאישות הכי') בנוסח אחר.
וע"ע בש"ך (סי' ט' בדיה וגם דפי' השולח), והובא
בתמצית בנתה"מ (סי' ר') דאפי' להסוכרים
ידיכול למלוה לתפוס בדורע וכ"ש' מפדעת
שניהם הוה מדין עביד דינא לנפשיה וכאילו
הגביהו לו בית דין עכ"ד.

ועי' זה נזכר וכו' או קיבול' איזה שכר. אך
באמת צידד הש"ך בסי' ע"ב סי' ט' (הובא בתמצית
בקצה"ח סי' צ"ז סי' ח') דמות' להשתמש במשכון
כגון כר ביום ומחרישה בלילה וכו', ואפי'
אתי' אינו רשאי, היינו משום דרחמנא חייביה
לעשות צדקה ולהחזירו בשעת תשמישו. אי"כ
כשהו ישתמש יפתות מצדקה המוטלת עליו
שיתקלקל וכו' עכ"ד. וע"ש בקצה"ח (שם)
שהשיג עליו.

ועי' זה מתבאר וכו' אל"א אם כן קיבול' איזה
הנאה. עי' בב"מ צ"ו. שאלה לעשות בה פחות
משהו פרוטה מהו, ממונא בעינין והאיכא, או
דילמא כל פחות משהו פרוטה לאו כלום היא
ע"כ, (ובחסו' דממונא בעינין שישאל לו), ולא איפשטא.
ופליגא בה הפוסקים אם גם שומר שכר דינא
הכי, עי' ש"ך חו"מ סי' ש"ג סק"א וסי' שמ"ו
סי' ו' שהכריע דרק בשואל מסתפקת הגמ'
אבל בשומר פשיטא דבעינין הנאה ממש (פרוטה).
אך בריטב"א (כ"מ שם) מובא גם בשטמ"ק,
מבואר, דאף שומר שכר כשואל, ע"ש ובתוס'
קידושין ח: ד"ה משכון כל מקבל משכון יש
לו הנאה כפרוטה. והכי מוכח גם מסוגיות
הש"ס בפרוטה דר' יוסף (בב"ק נו: בב"מ כט: נדרים לג'),
וכמו שהוכחנו במק'א בספק דפרוטה דר'
פחות משו"פ הוא. ובאמת תמוה על הש"ך
הג"ל איך מסיק דש"ש בעינא פרוטה דוקא
וע"ג. שו"מ שעמד בזה בשו"ת רבי שלמה
איגר (יו"ד כתבים סי' ל"ח). ובאמת הגר"ח קניבסקי
בספרו דרך אמונה (רפ"ו מפתחות ענינים) רצה להוכיח
מפרוטה דר"י דאין קיום צדקה בפחות
משו"פ, דאל"ה אחתי לא הרוויח פרוטה,
(וכשיטת הש"ך), ע"ש שמקשה על המהר"ל דיסק"ן

זכו לו מעותיו להיות שלו, דבר תורה מעות קונות אלא שעומד לחזרה, וכי יהיה ליה זוזא הדר שקיל ליה מיניה וכו' עכ"ל. ואולי כוננת הרא"ש גם לסברת הגר"ח "אין דעם משכון ליגט דער חוב" ועיין. ובינות אלם (סי' ב) הביא לדברי הרש"ש פ"ק דקידושין ודו"ק.

ולא וכו' שהרי יוכל לקדש בו את האשה כמש"כ התוס' בקידושין. וע"ע בנתיבות המשפט (סי' ע"ב סי' ה ד"ה גם) מה שמק' שם (על הקצה"ח סי' ק). ובמשוכב נתיבות אות ע"א, במה דפליגי בגדר השלו' לקדש בו את האשה, ובמה נעשה שומר שכו.

שי"ב פ"ד

והנה עיי"מ וכו' ועדיף טובא מגונב ע"מ לטיקט וכו' דהתם וכו' נעלם נאבד מבעליו. ע"י מש"כ הרמב"ם בזה בספר מצוות (מצות רמ"ז) שפי' ע"מ למיקט, ע"מ לצער הבעלים ולהכאיבן ואח"כ ישיבהו לו וכו' עכ"ל. הרי להדיא דשיטת הרמב"ם דלא כהראשונים שם שפירשו שגונב ע"מ לעכב הגזילה בידו ג"כ (עי' שטמ"ק). ואף להלכה צידדו הפוסקים ליפטרנו מאונסין, ע"י קצה"ח סי' שמ"ח סי' א' ובמנח"ח מצוה נ"ד. ועל כולנא יודעה שם הרמב"ן והרשב"א (הובאה בשמ"ק מ"א. ועוד) דגולו ע"מ לשלם אינו חייב באונסין, הרי דקיל טפי גזול ע"מ למיקט, מחוטף משכון דפסק הרמב"ם כרש"י דחייב באונסין, וצ"ע. ומלבד כ"ז לשון הרמב"ם (פ"א מגונב ה"ב) הוא, דאסור כדי שלא ירגיל בכך, דמשמע דאסור רק מדב"ס. ועכ"פ הא מיהא דהוא דומה מאוד לחוטף משכון.

והנה וכו' על דעת בית דין. ועי' לעיל בציונים שי"ב פ"ג שהבאנו ש' הרמב"ם וש' החולקים בזה.

שם וכו' במשכון שהחפץ בעין, ואפילו את"ל שאינו בעין, מ"מ נטלו משום חובו, ולמה יגרע מנטול הפך לכתחילה ע"מ לשלם דפטור מאונסין, ואילו דמשכון יהיה חייב באונסין. וכן ה' במילואי חושן על הקצות הנ"ל (צ"ח 2) והנחב בצ"ע.

שם וכו' ועבירת הלאו לא הוי על הפעולה ש' נתיבת גוף החפץ. וכן הוא באמת בכל מעשה גניבה וגזילה מסברא ומגמרא. מסברא, דהא ליכא שום מעשה איסור בטלטול חפצי חבירו דהתבהה בעלמא היא (עי' ב"ב ס"ג). ומגמ', ע"י ב"מ ס"א: דבעינן קרא לאתויי בגונב ע"מ לצער ולעכבו בידו אע"פ שעשה "פעולה של טילת גוף החפץ". וצ"ל הטעם בזה משום שצריך חלולת אחרת כדי שיחול האיסור נטילה, והיינו הקנין ושעבוד בממון חבירו. וע"ע במס' תמורה ו. בפלוגתא אביי ורבא אי עביד לא מהני, דנראה דפליגי בסברא זו, ע"ש ברש"י ד"ה שאני התם, ודו"ק.

והנה עיי"מ וכו' אלא על הגובינא שהוא זוכה בו כמש"נ. כן נראה דעת מרן ר' ברוך בער ז"ל בברכ"ש (כתובות סי' נ"ד ג' ד"ה ונראה) שהביא ראיות אלימתות שחל ע"י נטילתו חלות דיני

משכון, ע"ש דברים נחמדים. וע"ע שם (אות ד') מה שיישב דעת הרמב"ם עי' משנ"ת. וע"ע סי' נ"ה (שהוא התם מהותית אלם) דרך אחרת ביישוב דעת הרמב"ם בזה.

אבל הרמב"ם וכו' ולא בא החיוב תשלומין ע"י הגובינא אלא ע"י הפעולה וכו'. כן נראה גם כוננת המגיד משנה (הל' ד' ב"ה ואם לא) שביאר יסוד פלוגת הרמב"ם והראב"ד, ותמצית דבריו שדעת הרמב"ם שגדר האיסור אינו מחמת הפקעת ממון חבירו, שהרי נוטלו בחובו ואינו לא גנב ולא גולן, אלא גזה"כ היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו, וממילא אי"ו לא הניתן לתשלומין, ולכן כשאין החפץ בעין לוקה. ואילו הראב"ד ס"ל דהלאו הוא מעין הפקעת ממון חבירו עכ"ד. וזה דלא כמש"כ הש"ך בדעת המ"מ לעיל, וצ"ע. וכבר תפס עליו הקצה"ח (סי' ע"ב סי' ג וסי' צ"ח סי' ה) יעו"ש. וכבר העמידו האחרונים את דעת המ"מ והש"ך בדרכים שונים ע"י במילואי חושן שם מש"כ בשם האחיזר אבה"ע (סי' כ"ח וסי' ל"ט) והאבן אזהר (פ"ג ה"ה) והדברי חיים (הלואה סי' פ"א). ועי' בדברי הקצות עצמו במשוכב נתיבות (סי' ע"ב אות ע"ב) מה שכ' עוד להוכיח דדעת הרב המגיד דלאו משום גזילה הוא ע"ש בהסתעף.

שי"ב פ"ה

ואלם קשה טובא וכו' יעלה שויות החוב לכ"ל הפחות וזו או הצי' זו או אפילו פרוטה. הנה בש"ס נחלקו האמוראים אי טובת הנאה ממון או אינו ממון. ע"י קידושין נ"ח. דעולא סבר לאו ממון הוא, ופרש"י לקדש בו את האשה. אך במס' נדרים פה. רבא אמר דטובת הנאה ממון. ולהלכה פליגי בה הראשונים. ועי' ש"ך חו"מ סי' ש"ג סי' א' שהכריע דאינו ממון. וכ"פ הרמ"א בכמה דוכתי, עי' יו"ד סו"ס ק"ס חו"מ סי' ר"ג סעי' א' ועוד מקומות, וכן הכריע הגר"א בביאורו לסי' פ"ז סי' ק"ב. ואם כן הכא נמי מה שיכול למוכרו בשוק במחיר גבוה יותר משום שיש לו משכון הר"ז טובת הנאה, ומה שיכול לקדש בו את האשה ודאי ודאי אינו משום כח המחיר ושוויות החוב בשוק, אלא משום שיש לו קנין בגוף המשכון (וכמו שכתבו הראשונים).

שם וכו' וצריך עיון. ולפי מה שח"י הגר"ח בש"י רש"י דחייב באונסין אינו מדין שואל וכיו"ב אלא היינו משום דבהמשכון יש לו החוב, וכלשונו "אין דעם משכון ליגט דער חוב", וכשנאבד נאבד חובו (מוכא בעיין הספור), אתי שפיר, דנמצא שמעלה זו של המשכון דמקריב החוב לגבייה אי"ו ממעלת הגבייה ואפסרא דממונו, אלא היא היא תורת כספו ממש, הרי דדבר זה הוא דבר הנמכר מיד ליד, ולא רק החוב כשלעצמו.

שם. וז"ל היונת אלם (עמוד כ"ב ריש טור א'), ועוד חזינא מעלה במשכון דע"י משיכת המשכון נמכר החוב ואפי' שעבוד הגוף, כמש"כ הרשב"א בקידושין שם דאינו יכול למחול

ועדיף ממכירת שטרות וכו' עכ"ל. ונר' נפק"מ רבתי בזה כשהיה תביעה וכפירה בחוב ואיכא משכון של קרקע ועבדים, דלפי הבנת דודי המחבר שליט"א ודאי חייב בשבועה (עכ"פ במלה ע"ב), אבל להגר"ח לכאורה פטור משבועה כדין הקרקעות, ועיין.

שי"ב פ"ו

ועל זה כתב רש"י וכו' והוי כמתנה ע"מ להחזיר וכו'. וכעיי"ז כתב רבי לייב גורביץ ז"ל ארזא דבי רב (אות ע"ג).

ועל זה כתב רש"י וכו' אבל הכא מקדשה בהמנה שנתחייב לה. וכעיי"ז כ' הרא"ש פ"א סי' כ' כלפי טבעת שאולה ע"ש בא"ד וגרע טפי ממתנה ע"מ להחזיר וכו'. וע"ע בשו"ת הרא"ש כלל ל"ה ב' והעתקתיו לעיל בציונים שי"ב פ"ט.

ועל זה כתב רש"י וכו' ועדיף וכו' פמשכון שצריך רבינו חיים ב"ה, ואפי' את"ל שאינו עדיף, מכ"מ י"א דמהני אותו משכון לקידושין, והוא שיטת הב"ח (מוכא באבני מילואים סי' כ"ט סי' ק"א), וכן הוא שיטת החלקת מחוקק בסק"ט (ואולי טעות סופר הוא אם לא משרית הב"ח או שאר דוכתי) וכ"ש הכא. ולשיטות החולקים דס"ל דלא מהני לקידושין (כ"ד רוב הפוסקים), צ"ל כמו שנתן בפנים, וכעיי"ז כ' האבנ"מ הנ"ל (כ"ה ואינו מוכן) ובחזו"א (סי' קמ"ח).

והוה מה שכתב רש"י וכו' ולפי זה יש לקיים הגירסא שצפנינו. אינו מוכן כ"כ מה ניחא בזה, כי אף אם נגרוס קנוי לה אי"ו כי אם היה קנוי לו מקודם. והכי מבואר בח"י הרשב"א ד"ה התם.

שי"ב פ"ב

שוב כתבו התוס' וכו' לתת דין כסף בהמנה. ואכתי לא התפרש טעם לזה, דהלא כבר מצינו בש"ס ענין של "באין כאחד", וא"כ הכא נמי נימא הכי. ואפשר דשאני קידושין שבאין כאחד, איז צו שפעט. ע"י בסמוך בפנים.

ואין כוננת וכו'. וכ"כ הפני יהושע. שם וכו' והוי שיפור ר"ת וכו' דאינו יוכל למכור וכו' השעבוד הגוף. אך ע"י בח"י הרשב"א לקמן י"ט סוף ע"א שמבואר דבמשכון אינו כן ואף שעבוד הגוף נמכר.

ובקונטרס יונת אלם ציין לדברי הרשב"א "בקידושין שם", ואפשר כוננתו להרשב"א הנ"ל. וע"ע ברשב"א לקמן מ"ז: ודו"ק. עכ"פ מבואר להדיא שיטת הרשב"א דחפצא של משכון אינו קיים בלתי שעבוד הגוף, ועדיף ממכירת שטרות. ועי' במש"כ באבני מילואים בסוגיין סי' כ"ט סי' ק"א דאפשר לקנות שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, ונשנית בקצה"ח בכמה דוכתי. ועי' בח"י מרנא רבי שמעון שקאפ (באן סי' י"ח) מה שהשיג עליו בזה.

והוסיפו התוס' וכו' וצ"ע מהו המכון במה שאמר המשכון יהיה ש"ך וכו'. ובאמת בראשונים פליגי עליו, ע"י ברמ"א סי' כ"ט סעי' ו' שפסק להדיא בשם רבינו ירוחם דא"צ

לומר כן "במשכון זה" אלא "במנה". וכ"כ בר"ן בשם הראב"ד מובא לקמן שיי"ב פכ"ד. שם וכו' דאם כן אין זה משכון אלא מתנה בעלמא. ודברי החזו"א, ונתקשה בכוננת התוס', ועכ"פ דברי החזו"א קרובים למשנתו, ע"ש (סי' מ"ז מ"ח והובא בחדושתו על הש"ס כאן).

ונראה דרבינו חיים כהן בא לחזק ע"מ שכתבו התוס' וכו'. והנה בספרי רבותינו האחרונים מורגש שלמדו ג"כ שיש כאן איזה מחלוקת בין בעלי התוס', אך אינו מפורש בדבריהם. ומצאתי דפליגי בזה הפני יהושע והעצמות יוסף ירו"ש. ש"מ שאף הגר"מ פיינשטיין טרח לדעת סוד זה (וברות משה סי' י"ד ענף א' ב"ר"ה ערך קשה מחלוקת).

וסי' ל' רבינו חיים כהן וכו' שנתן לו דבר לחלוטין הקשור לחלות ההתחייבות. ולפי"ז מובן מה שנתקשו כל גדולי הפוסקים על שיטת החלוקת מחוקק (סי' כ"ט ט"ז) דאף לקידושין מקני דסו"ס נעשה המשכון למשכון גמור. ועי' באבני מילואים (סי' כ"ט ס"ק י"א) שכ' בדעצם צריך להחזיר רק שהוא מוחל את תביעתו ע"ש. והתורה קצת למה לא פ"י בפשיטות כמש"נ, וצ"ע. והגר"מ פיינשטיין זצ"ל בדבר"מ (עמוד ק"ד) כתב בתוך דבריו הסבר ע"ז ע"ש.

אכן וכו' אב"ל זנבי קידושין לא מהני וכו'. וכע"ז כ' האבני נור בדעת החולקים על החלק"מ, הלא המה הבית שמואל שם ס"ק י"א והפני יהושע והבאים אחריהם. ואכתי צריך לתמוך לדעת החלק"מ האין יכלכל הדין דנתינת כסף בעין. ומצאתי להגרי"ז גוסטאמן זצ"ל בקונטרסי שיעורים (שיעור י"ב אות ג' ד"ה ובהא) שפ"י כוונת החלקת מחוקק ע"פ א' מתירוצי התוס' בגיטין סו. ד"ה דמי חמרא שחידשו דיכולים להתחלק דמי התפץ מהתפץ לענין איזה דיני תורה, ע"ש הפרטים, והכא נמי אצל משכון זה של הר"ר חיים כהן ס"ל להחלק"מ דאה"ל דאין לו בגוף התפץ כלום מ"מ ע"מ מה שאינו תיבב להחזירו עד שיקבל דמים הר"ו כאילו אותן דמים קנויים ומשעבדים לו בזה, כן נראה לפענ"ד כוונתו, והוא נפלא. ובוה נתיישב מה שנדחק החזו"א (כאן) לומר שהמשכון הנ"ל הוי כמו שאלה, וצ"ע. וע"ע בחזו"א שמשמע מתוך דבריו שכן הוא גם כוונת האבני מילואים הנ"ל. ואתמהה הנין מצא שם רמז לזה. ובדברות משה סי' י"ד ענף ד' (ב"ר"ה ונתן אמ, בא"ד ובוה נראה דפליגי הח"מ והבי"ש) כתב יישוב אחר בכל זה, וע"ש שביאר גם אמאי לא ניחא להתחלקים על הר"ר חיים כהן שיהני אפילו למתנה. וכדי להבין דבריו ע"י שם בענף א' ד"ה עור קשה מחלוקת הח"מ והבי"ש. וגם בענף ב' ד"ה והנכון לענ"ד.

שי"ב פכ"א

והתוס' הקשו וכו' וצריך עיון. וכן תמהו רבי נפתלי טראפ ז"ל (חי הגה"ס סי' ק"א) והדברות משה (סי' י"ד א' ד"ה עור קשה בפועלים), ולפי"ז נסתלק תירוצם של מקצת ראשי ישיבות זצ"ל שרצו לפרש

דשאני הכא הואיל וכבר נתחייב בידי שמים משום גרמא, מהני שיחול בידי אדם, אם נתחייב בדיבור (ע"פ המרדכי סוף ב"ק סי' קט"ו) והבן. ועי' במלא הרועים שתי"ץ ע"פ שו"י הר"ר חיים כהן בשם ר"ת, דהוי כאומר אל תחזיר לי עד וכו' ע"ש. ולפי"ד דברי התוס' מאירים.

והקשו התוס' וכו' כיון שיכ"ל לחזור. הא דיכול לחזור הוי סימן לקלישות השעבוד, הוא גופא סברת המקשן בגמ'. אבל התרצן אתא בגוה"כ ד"כי לי בנ"י עבדים' הרי דאכתי השעבוד במקומו עומד. וכן דקדק השיטה מקובצת ועוד מפרשים מהלשון 'כי הדר ביה טעמא אחריא'. ועצם קושיא זו על התוס' הקשו גם החזו"א והגר"מ פיינשטיין זצ"ל (ע"י בעיני הסמוך).

היוצא לנו וכו' שלא נפסק וכו' אלא שהוא משלים עבודתו. ביתר ביאור גדר זה נראה ע"פ הברכת שמואל בב"מ סי' י"ב אות ב' מש"כ בשם הרה"ג ר' אשר נ"י. וע"ע באבן האזל פ"ז ממכירה ה"ד עמוד י"ט: ד"ה והנראה לבאר.

ובהכי מתפרשי דברי התוס' במה שח"ו וכו' יב"ל לחזור בו וכו' בדין די פועל על העליונה וכו'. ורע"א עמד על נקודה זו לקמן (כ"מ דף ע"ו. ב"ר"ה לכאורה תמה, וב"ר"ה ומיש הרא"ש) יע"ש. ואולי דרבו דומה בשורש למשנת' ועיין.

ועיין וכו' והקשה הרש"ש וכו' אב"ל לפימ"ש א"ש וכו'. ועי' בדבר"מ (סי' י"ז ענף ג' ד"ה ונתן לתוס' בא"ד בהא דב"ר י"ב) שחידש דמאחר שאסור למכור עצמו לעבד ע"כ כ' מוכר עצמו הוי כהתנה שיוכל לחזור בו יע"ש, וכן יראה מלשון החזו"א בב"ק סי' כ"א ס"ק ל', אלא שחקר אם ע"י חזרתו בטלה מכאן ולהבא או למפרע, ולפי"ד ניחא קו' הרש"ש, אבל לפימ"שנ א"צ לזה וניחא בפשיטות. ויש להסתפק אם יהיה נפק"מ לדינא, דעי' בש"ך (סי' של"ג ס"ק י"ח) שהביא בשם הבאר שבע שדקדק מדברי התוס' הזה דותרת להשכיר עצמו יותר מג' שנים, דלא כהרמ"א (ספ"ג) דא"ו מהאי קרא דלי בני עבדים, ובשלמא לאו' משה הנ"ל שפיר יש להוכיח הכי מהתוס' דסו"ס יכול לחזור בו (באמצע), אבל למשנת' דהוי רק באיכות ודאי אף להתוס' אסור להשכיר עצמו יתר מג' שנים, ודו"ק כי קצרת. עוד נפק"מ ע"י תרומת הכרי סי' של"ג סעי' ד' שהביא בשם החות יאיר (סי' ק"א) ומעור פוסקים שחקרו בענין כשחזור הפועל על מנת לעבוד לאחר האם ג"כ נאמר בוה כי לי בני' וידו על העליונה יעו"ש, ולפענ"ד תליא בהנ"ל, ועיין.

ולפי"ז וכו' לא מפני התחייבות חדשה לענין הא וכו'. וע"ע בשטמ"ק בשם הרשב"א דאם בשעה שהתחייבו לו הפועלים לא היה מוצא אחר פטור אף בדבר האבדו, ובשו"ע כאן (סי' של"ג ספ"ה) פסק כוותיה, והיא ראי' מוכרחת דאי"ז התחייבות חדשה אלא שהוא "בכלל התחייבות הפועל" ודו"ק. ויש עוד להתעמק בוה, ע"י מחנה אפרים שכירת פועלים סי' ו'

ד"ה ודע. ובש"ך (סי' כ"ח) הסתפק לדינא, ובפ"ת (סי' י"א) העיר דהש"ך קצת סותר מש"כ לעיל (סי' כ"ז) בגדר מה נקראת דבר האבדו. ואפשר שהוא תלוי בנדו"ד.

שי"ב פכ"ב

אכן נראה דתקנת חכמים היא. כן כתבו הנתחבות המשפט (סי' של"ג ס"ק ג') והמעייני החכמה (כ"מ ע"ח. אות מ"ד), ע"ש נימוקס וראיתם. אמנם במילואי משפט שם הביא מהריטב"א (כ"מ ע"ח: וע"ג): שכ' דדין זה הוא מעיקר הדין ומדין ערב, שבהנאה שסומכים זה על זה מתחייבים שלא לגרום הפסד זה לזה ע"ש. הרי להדיא דהוא מדאורייתא ולא תק"ח, וכ"כ החזו"א בב"ק כ"ג ל"ו ע"ש נפק"מ לדינא לגבי יורשים, אך ציין לדברי הערך שי (שי"ב י"ד) שפ"י גם בדעת הריטב"א שהיא תק"ח. ובספר אבני החושן (משנת הרצ"ב, של"ג ס"ק ד') הק' על הנתח"ב היכן מצינו תקנה על זה, וע"ש מש"כ בקיצור נמרץ. ולפי דבריו אין דיני תק"ח נלמדות מתוך הש"ס אלא דוקא כשנקבע באופן פרטי וצ"ע. ובעיקר הענין ללמוד תק"ח מתוך דברי הש"ס כבר כתבנו עליו בציונים בענין יוקרא לקמיה והבאנו דברי האור שמח לבסס מש"נ שם דשי"ך ללמוד תק"ח באופ"ז.

והנה וכו' ועיין שם בש"ך וכו'. ובש"ך שם כ' שהן אף דעת רש"י (וכן כבר ספר החכמה) וכל הראשונים, וזולת שיטה אחת שהיא דעת יחידיאה במרדכי יעו"ש טעמו. ונראה דכ"ז מסתבר רק אי מוקמי' לסוגיין בדלא צייתי דינא וכמש"כ הש"ך, דבוה שפיר מסתברא דידה רש"י בסברא, אך לפי משנת' שהוא מתקנת חכמים ודאי קשה להטות דברי רש"י להרמב"ם ודעימיה, וכ"ז הוה בדרך הנתח"מ והמהר"ל צינן הנ"ל ודו"ק. ואשר על כן אי"ז דעת יחידיאה אלא מחלוקת רחבה בראשונים, ולפיכך שוב צ"ע לדינא. ונפק"מ אם יהני תפיסת הממון מצד הפועלים דמאחר שדעת רש"י, ואפשר הרא"ש והמרדכי דדוקא חבילה ולא ממון בעלמא, יכולים לומר קים לי כוותם. לא כן לדעת הש"ך שהוא רק דעה יחידיאה וקיי"ל דלא מהני קים לי כדעת יחיד בלבד, אבל אם איכא שתי דעות מהני "אפילו ישנם מאה פוסקים דמחייבי" וכמש"כ בגט ששטס כללים (בסוף הספר כלל ב). וכ"כ הכנה"ח (ת"מ סי' כ"ה כלל קים לי אות ג') בשם כמה גאונים קדמאי וסיים "אע"פ שכל גדולי ישראל חולקים עליהם". וע"ע בוה בשו"ת יביע אומר ח"א פתיחה אות י"א.

שי"ב פכ"ג

ועיין מש"כ הרשב"א וכו' ואנן תרתי בעינן שיוציא מרשותו ויכניס ברשותה נכ"ל יעו"ש ולא הוכיח הרשב"א ענין אגיד וגייה וכו'. והנה אמת שלא כ' הרשב"א ענין אגיד גביה ומשמע דזה גופא דאנן תרתי בעינן הוא החסרון בקידושי, אבל אין נראה שכוננת הרשב"א

הוא מטעם קנין כסף דעלמא, אלא משמע
 שהוא חסרון דוקא בכסף קנין דקידושיין.
 ואפשר דזהו הכוונה במש"כ בפנים בסמוך
 בד"ה והיה אפשר וכו'. ויש להביא סמך לזה
 ממש"כ הרשב"א פ"ק בכתובות ז' והובא
 בשטמ"ק בשמו דיש ב' ענינים אצל קידושין
 האיטור והקנין, ולכן מצינו לפעמים זה בלא
 זה, וזהו נוסח הברכה שתיקנו חז"ל (מובא בגמ'
 טו) ואסר לנו את הארוסות. דשמע מינה דלא
 קניא לה לגמרי הילכך הוי כארוסת אחר לגביה
 ואסירא ליה כדין אשת איש, כך פירשו הרא"ה
 והרשב"א ד"ל עכ"ל השטמ"ק (אות כ"ב מוסד הי"ק),
 וכן משמע מדברי עזר ראשונים שם, ע"י שיטת
 הראב"ד (אות כ"א) ודברי רב האי גאון (אות כ"ג),
 וכ"כ מפורש הבכור שור קידושין ב: שהרי
 את מקודשת לי פירושו שאסורה גם על
 המקדש עצמו. וכן כ' רש"י המובא בשו"ת
 צפנת פענח סי' י"ח בענין בא על אשתו נדה
 שהולד ממזר, וצווחו עליו כל הראשונים
 ורבינו תם בראשם מהגמ' (ביבמות מ"ט: קידושין ס"ח)
 הכל מודים שהבא על הנדה שאין הולד ממזר.
 ות"י הצפנת"פ הדגמ' מיירי בפניה ורש"י מיירי
 באשתו ע"ש והבן. וכן הוא שיטת הרמב"ם
 (לענין הב' ענינים נפדיים) וכמו שהוכיח הראגטשווער
 ז"ל במרחב ספרו על הרמב"ם (ע"י מבוא להל' אישות
 בהוצאה החרשת שנת תשע"ב עמוד ה' ד), וע"י שם שהביא
 ראיות מפורשות מהש"ס רמב"ם וראשונים
 דע"י הקבלה שלה נאסרה אכ"ע, וע"י הנתניה
 שלו היא נקנית לו. (וראה א"י רש"י ב"ב ק"ל. גבי תוך
 כדי דיבור).

ואשר על כן יש לפרש כוונת הרשב"א הכא
 כע"ז "דאנן תרתין בעינין" ר"ל דוקא לענין
 קידושין, אבל אפשר לענין קנין כסף דעלמא
 לא בעינן תרתין ממש כמו כאן. ובשיטת
 הרמב"ן שלא הדגיש נקודה זו אלא ענין "אגוד
 גביה" משמע דלא ס"ל ככל הנ"ל. גם
 בכתובות שם לא הורה לסברת הרשב"א
 ודעימיה, ואולי לשיטתייהו אזיל. ואפשר
 דשיטת הר"י מיגש (מובא ברין ב"ב ב) דלא שייך
 קנין אלא על החפץ וכיו"ב, ולא לקנין משכון,
 והא גופא כוונת הרמב"ן דאגידה ביה ועיין.
 (וזה דלא כמו שלמו הקצת"ח סי' ע"ב ס"ק ב' בדעת הר"י מיגש), ויש
 לדייק מהר"י מיגש דס"ל כהרמב"ן מהא
 שהביא הר"ן בסוגיין דקידושין שני טעמים
 דמנה אין כאן (מהרמב"ן ומהראב"ד) ולא הביא לשי'
 הר"י מיגש (אע"פ שביחבא מאד בב"מ), וע"כ יש
 לפרשו כא' מהשיטות כאן. ע"י באבי עזרי ה'י
 אישות פ"ה ה' כ"ג ד"ה ולדעתי דמבאר
 היטב שכוונת הר"י מיגש כהרמב"ן וברוך
 שכוונתי קצת.

והיה אפשר לפרש וכו' ולפום ריהמא היה
 אפשר לומר לזה כיוון הרמב"ן. וכן עמא דבר.
 ע"י אבני מילואים (כ"ט סי' ט) ואבי עזרי אישות (פמ"ד
 מ"ד) ובשיעורי ר' דוד פוברסקי (פמ"ד ק"ט), וע"פ
 ח"י הרשב"א ר' דוד פוברסקי (פמ"ד ק"ט), וע"פ
 הרמב"ן.

שי"ב פכ"ד

ומבואר וכו' אולם יש לדקדק וכו'. כן הרגיש
 הר"ן בשם הרנב"ר בביאורו שמעתתא זו
 בב"מ ב. מדפי הר"ף בד"ה אמר. וע"ע
 בקצה"ח (סי' ע"ב ס"ק ב) ובאבני מילואים (סי' כ"ט
 ס"ק י')

ונראה וכו'. גם רבותינו האחרונים טרחו
 לבאר שיטת הראב"ד, ע"י אבנ"מ (סי' כ"ט ס"ק י"א)
 שהביא הח"י מוהרי"ט שלמד דשיטתו הוא
 דעה שלישית בסוגיין, וע"ש מה שדחה
 פירושו ופי' באופ"א ע"פ מה שהאר"ן
 בקצה"ח (סי' ק"צ ס"ק ר) דאין דעת הראב"ד דעה
 נפרדת אלא הוא כשיטת הרא"ש כאן,
 וכמבואר בריטב"א בחידושי, דמיירי
 בשקנה לו שיעור מנה בהחפץ וממילא ליכא
 חסרון של קדימת קנין להשעבוד יעו"ש. ובוה
 רוצה האבנ"מ להגיה גירסת הראב"ד כאשר
 הובא בר"ן "קני במשכון זה שעבוד מנה",
 ובמקום שעבוד גרסין "שיעור" מנה יעו"ש.
 ובמילואי חותם שם כ' דכוונת האבנ"מ
 שמקנה רק דמים של חפץ, דומיא דשיטת
 הקצה"ח סי' שנ"ג דגוף החפץ מחולק מדמי
 החפץ לאיזה דינים (כגון קנין יאוש שמהני רק לטור).

ולענ"ד דבריו מחודשים ועיקר חסר מן הספר.
 והגאון רבי חיים פנחס שיינבערג ז"ל בספרו
 מילואי אבן (על האבנ"מ הניל עמוד ל"ד בד"ה ורתיית בספר)
 נתוכח כמה שמשבש הגירסא, ומצא
 בשטמ"ק ב"מ ד'. (ד"ה ותב הרשב"ק) שכ' להדיא
 הגירסא דשעבוד ולא שיעור, וע"י מה שביאר
 ש"י הראב"ד על דרך זה, ובמה שדחה הגאון
 הנ"ל את דבריו וקיים דברי האבנ"מ. ולדרך
 שנתבאר בפנים נוחא ברווחא גירסתו של הר"ן
 בלא דוחק. וכע"ז איתא בחידושי ר' שמעון
 שקאפ סי' י"ז. וע"ע בזה בקונטרסי שיעורים
 (י"ב ב').

אבן וכו'. וע"י בהערות להגרי"ש אלישיב
 שליט"א שהק' למה לא מסיק הש"ס שקידשה
 במשכון ידידה לשיטת הראב"ד דמנהי, ולמ"ל
 לאוקמי במשכון דאחרים. גם המוהרי"ט הנ"ל
 הקדימו בק' זו. ובאבנ"מ הנ"ל תי' דזה לא
 מקרי משכון. וזה א"ש לפי דרכו, אבל לפי
 משנת' בפנים אכתי צ"ע והבן. ודלמא להא
 נתכוון הגרי"ש בהשאירו בקושיא.

שי"ב פכ"ה

(קידושין ת.) איתביה וכו' על ידי מסירת
 המשכון. וכ"כ במאירי ושיטה לא נודע למי
 (כתוספת לשון), וע"י בעל המאור גיטין י"ט: מדפי
 הר"ף ש"כ ב"ת ביאור. ובר"ף ב"מ נ"א.
 ובטור חו"מ סי' ע"ב סעי' ד' ובאבה"ע סי'
 כ"ח.

אבל התוס' בכבא מצינא וכו' שלא בשעת
 הלוואה. וכ"כ התוס' בגיטין ל"ז. סוד"ה שאנא
 ובכמה ראשונים וכו' ע"י תוס' ר"י הזקן ותוס'
 ר"ד ותוס' הרא"ש ובא"ש וטור סי' כ"ח.
 ואע"ג דהתוס' לעיל וכו' והתוס' דבבא
 מצינא. ע"י בשפ"א פסחים ל"א: על תוס' ד"ה

בדר"י, ובחידושי ר' שמעון שקאפ סי' י"ז
 בסוגיין, ובקהלות יעקב סי' י"ח שביארו במה
 אלים שעבוד זה ועדיף מסתם שעבוד.
 ובכפ"ל צריכים לעיין בעצם סברא זו וכו'.
 ובקה"י סי' י"ח ד"ה ולדברי רצה ליישב ע"פ
 דברי הריטב"א כאן דס"ל דאפי' דשלא בשעת
 הלוואתו לא קניא ליה אלא באופן שיחלט לו
 לבסוף ע"פ ב"ד דאז וזכה למפרע יעו"ש. אך
 לשון התוס' לא משמע הכי וכמו שכתב שם
 בעצמו. ובנו הגר"ח שליט"א תי' בזה דברים
 נפלאים מאוד בספרו דרך אמונה פ"ט שמיטה
 ויובל הי"ד בבאור ההלכה ד"ה המלוה על
 המשכון בא"ד ולענ"ד י"ל. ע"ש אור חדש על
 גדרי המשכון ומה שיישב בדעת התוס'. ואגב
 אורחיה מדבריו נשמע חידוש דין להלכה
 דאפשר לעשות חלות משכון אף בחפץ
 הנמצא ברשות הלוה. והוא דבר חדש אשר
 לא שמענו בפוסקים וצ"ע.

שם וכו' שנמלא בשעת הלוואה. וכן הק' (על
 הבע"ה טו) המלחמות ה' וגם הרשב"א בגיטין שם.
 אולם התוס' בסוגיין וכו' דהמשכון כבר מונח
 ברשותו. וכמבואר פ"ק דמכות.
 שם וכו' שנמלא בשעת הלוואה ולקדש בו אשה.
 וכן משמע בריטב"א ע"ש, ובאבני מילואים
 (סי' כ"ח כ"ח), וע"ע בנתיבות המשפט (סי' ע"ב ה' וס'
 רפ"א י') בגדר קנין המשכון, וע"י פסחים ל"א:
 בח"י רבינו דוד על דרך זה.

שי"ב פכ"ו

ותב המהרש"א דהיינו וכו' וע"ל כרחק הוא
 ליה שומר שכר מבעמא אחרינא. וכן עמדו על
 זה הקהני ראם על המהרש"א (בב"מ טו) ובקרבן
 נתנאל כאן אות י', וכן הוא במרדכי (סי' תפ"ח)
 בדעת התוס', ובים של שלמה סי' י"ב ד"ה
 אכן.

אכן נראה דקושיית וכו' מה הרויה המלוה
 בקבלת המשכון. ובאמת מכת סברא זו פליג
 עליו הרא"ש כאן להמעין בדבריו.

שם וכו' וכמצינא הוה יש לו ריוח בנתיבות
 המשכון שיוכל לקדש בו אשה. וכע"ז כתב
 בפני יהושע גיטין ל"ז. בסוד"ה תוס' שאני
 ורמז לעיין בשי"ך סי' ע"ב ס"ק י"ז, ע"ש מה
 שכ' בזה (ועיין גם למשי"כ בס"ק ט', אמנם שם אחי"ן מאד).
 וע"ע בח"י הריטב"א (החדשים ב"מ טו), וכע"ז כ'
 הרב דפינסק בכמה דוכתי בספרו בית אהרן
 בכ"מ וגיטין ועוד.

שי"ב פכ"ז

ומבואר וכו' וקשה וכו' ליהוה וכו' רבית
 מאוחרת. וכן הק' האחרונים, ע"י נתה"מ (סי'
 ע"ב ס"ק ט"ו) "לכאורה דברי התוס' תמוהין דאף
 אם נאמר דאם קצץ בשעת הלוואה על רבית
 דברים אסור מדאורייתא, מ"מ בלא קציעה
 ודאי דמותר מדאורייתא, א"כ האין מביאין
 ראיה מן התורה". וכן הק' בשו"ת טוב טעם
 ודעת ברח"ש קלוגר מהדורא תליתא חלק
 ב' סי' מ"א, ובחשוות כרך ד' עמוד צ"ה ד"ה
 והנה בגוף דו"ל, "דברי התוס' תמוהין דהרי

הוי רק רבית דרבנן, וע"ש שהביא לדברי הנתה"מ והביא תירוצו "דכיון דהיה יכול למכרו ואינו מוכרו הוי כהרווחת הזמן", ותמה עליו מאוד מכמה אנפי, חזא דלא דבר מוסכם היא דהרווחת זמן הוי רבית קצוצה (והוא מחלוקת רמב"ם אה"ע הל' מלוה לוח פ"ו), ואפי' את"ל דהוי רבית קצוצה, היינו דוקא כשיש תנאי והתחייבות ליתן לו רבית, אבל הבטחה בעלמא באופן שא"א לתבוע את הבטחתו ולהוציאו בדיינים אין בזה רבית של תורה. גם תפס עליו דכל ההסכם בין המלוה והלוה לכל היותר היה בלבם ובכוונתו, והיכן מצינו בש"ס או פוסקים שאסרה תורה רבית בכוונה. ע"ש עוד השגות אלימתות.

וכן הק' בשו"ת שואל ומשיב מהדורא תליתאי ח"ב סי' ק"צ ד"ה מעשה וע"ש שהביא מהקצה"ח (ולא ציין היכן) שדייק מהתוס' לדינא דאיכא רבית דאורייתא ברבית דברים בכה"ג. וכנראה מקומו הוא בס"ע ע"ב ס"ק י' שכ' שוהרה כן הלכה למעשה ע"פ התוס' (ולא הרגיש בקושי הלהלכה). ועכ"פ השואל משיב עמד בזה, והבמשך דבריו כתב, "אמנם כ"ל באמת דברי התוס' צ"ב וכו'", והיא קו' דודי הגהמ"ח שליט"א בקו' השניה בפנים. וע"ש שתי' דהוי קצץ כיון שציווה התורה להחזיר המשכון "ויברכך", ולכאוי נראה שהוא תירוצו של הנתה"מ והלים עליו תלונות הגר"ש קלוגר ז"ל הנ"ל ואיהו גופיה סיים "ועדין צ"ע". (אך תמיה בספק היסמין כ' קושיא זו בסוגיא אחת בשם אחד מלומדי למד אחי חרב המאה"ג אבר"ק אטינא מוהרי" הבה"ן ב"י, ומפס"ק אח"כ יזנב קשה לי על התוס' בקידושין שכתבו דהוי רבית דברים והא אינו אלא דרבנן, (ד) הא מה"ת אין כאן איסור רק מה שקצץ לו מעות בשעת הלוואה, וכאילו לא הרגיש בקושי זה עד הנה וצ"ע.) וכן הק' הקובץ שיעורים אות ע"ז והניח בקו' ומפי השמועה ראינו פירוקא ע"ל קלמן.

ובאמת שי' הר"ן ופשטיה דהש"ס משמע דאסמכתא בעלמא הוא ואין איסור תורה ברבית דברים, ע"י בר"ן כתובות מוה. והקרת ספר פ"ה מלוה מלוה כ' מהאי טעמא דאינו קצוצה אינו מדאורייתא אלא מדרבנן. אך מדברי התוס' הללו ק' לומר כן, וכמעט מפורש דהוא מה"ת וכמו שדקדקו כל הני תקיפי קמאי וכתראי. וכ"ה בספר נפש חיה בב"מ עה: ד"ה ת"ל, דרכי דוד חדרי דעה י"ד סי' ק"ס ס"א ובשו"ת דברי מלכאל ח"ג סי' ס' ובספר עבודת הכהן כלל א' ד' וע"ש שהגדיר הגזה"ח באופן פ"ה.

וכן נמסר בשם מרן הגרי"ש אלישיב ז"ל ע"י הערות עמ"ס קידושין ד"ה ולך תהיה צדקה והובא זה גם בקובץ בית אהרן וישראל שנה ט' גליון ב' עמוד ע"ה כפי ששמע חתנו ותלמידו הגי"ר יצחק זילברשטיין שליט"א. ונוראות נפלאתי על מרן החכם ר' עובדיה יוסף ז"ל אשר כל ר' לא אניס ליה והעלים עין מכל אשר כתבנו אודות התוס' הנה, וכ' בשו"ת יביע אומר (ת"ד י"ד סי' ט' אות ב') וז"ל: וכבר בימי

חורפי אמרתי להוכיח להיפך מד' התוס' קידושין ח: בד"ה צדקה מנין וכו' אלמא דס"ל רבית דברים אסור מה"ת עכ"ל, וע"ש שדחה הראי' ע"פ תוס' חגיגה יח. בד"ה חולו. וסיים בזה"ל: ובלא"ה נראה שמכיון שלא קצץ לברכו לא הוי רבית דאורייתא עכ"ל. ולא זכר השר שכבר הקדימו בזה הפוסקים והמפרשים. ויישבו בטוב טעם קו' זו כאשר אביא בסמוך. וכן הק' בדברות משה קידושין סי' כ"ג הערה ע' בשם הרב ר' רפאל גוגענהיים שליט"א. ובאילת השחר כאן כ' בשם "כבר תמהו", גם רבים ממחברי זמננו כתבו בזה.

ויש בזה כמה תירוצים. ע"י בספר אמרי דוד לר' דוד שיק ובשיעורי רבי גרשון אדלשטיין שליט"א שהוכיחו מזה דלשי' התוס' רבית דברים שאני וחמורה מסתם רבית ואי"צ בה קציצה וזו חידוש ודוחק לכאורה. ואלא דאפשר שדרך זה עולה יותר שפיר לדינא, דהנה בהא דרבית דברים אסור יש אומרים דהוי איסור תורה, ומקורו בשו"ת הריב"ש ח"א סי' קמ"ז ד"ה ובנדרן זה וז"ל: זה ודאי רבית גמורה היא ואין לא, והלא אפי' להקדים לו שלום אם אינו רגיל אסור, מדרכתב נשך כל דבר אשר ישך, אפי' דבור אסור עכ"ל. הרי להדיא שהשווה רבית דברים לרבית גמורה. וע"י בדרכי תשובה סי' ק"ס ס"ק ע"ד בשם ספר מקור חיים שהעלה דפלוגות הפוסקים הוא אם אסורה מה"ת או לא. וכ"כ בספר מרבה תורה (סי' ק"ס ס"ק כ"ז אות א') ובדרכי תשובה שם בסמוך (סי' ק"פ) שהביא המקור מים חיים שכ"כ בשם הריב"ש. והתכס הר' עובדיה יוסף ז"ל (ובכ"ה שם) ציין שהמק"ח נתכוון לתשובה זו של הריב"ש, וכן הוא סוף דעתיה בשיטת הריב"ש ע"ש.

ומעתה נחזי אנן האיך יתכן שסתם איסור רבית דברים אסור מה"ת, והלא אין שום זכר של קציצה והתנאה והתחייבות בין בשעת הלוואה בין באמצע בני א"ח כ' בשעה שמהנהו דברים, ובשלמא כיון שבה מיירי התוס' קידושין ח: יש לנו בידם אמתלות לומר שנעשה כאילו נתחייב לו משעת הלוואה או בהרווחת זמן הואיל ומצוה היא לברך, או שאר תירוצים כמו שהבאנו לעיל ממפרשי התוס'. אבל ברבית דברים דעלמא קשה דליכא שום קציצה וצ"ע.ג. אלא דלפי מש"כ בשיעורי ר' גרשון אדלשטיין שליט"א ובאמרי דוד הנ"ל שרצונם לפרש דרבית דברים שאני ואי"צ לשום קציצה בשעת הלוואה א"ש שיטה זו של הריב"ש (והתוס'), ליעת כמה תקיפי קמאי, ומכיון שהרווחנו שרבית דברים אי"צ קציצה, שוב אי"צ לדחוק בכל הני טעדיקי למה הברכה במשכון אסורה מה"ת והוא מיושב ממילא ודו"ק היטב.

אכן לאתר העינין נראה דלעולם אף רב"ד אינה יוצאת מן הכלל, וגם היא צריכה קציצה, דקשה לומר דריבויא דקרא דברים כ"ג 'כל דבר אפי' דיבור אסור' מרבה דין רבית דברים

באופן יוצא מן הכלל של שאר דיני רבית (לשון הגי' יחזקאל אברמסקי הג"ל). אלא נראה ליישב ע"פ מה שיש להקדים דבר חדש, דהנה איתא בחז"ל בכמה מקומות שמי שעשה לו חבירו טובה הרי הוא מתחייב לו כ"כ באופן שהוא משועבד לו ממש. ולדוגמא, ע"י מדרש רבה שמות פרק ד' פסוק י"ח פרשה ד', ב', "ומי שהוא פותח פתחו לחבירו נפשו חייב לו". וע"י בעץ יוסף וז"ל: כלומר חייב למסור נפשו עליו, ואמר משה כן שאע"פ שמסתכן ליענש בעכבתו בשליחות ה' מ"מ חייב לעשות כן לכבוד יתרו וכו' עכ"ל, וע"י ביפה תואר שבאמת היה סכנה של ממש, וכדאיתא בתענית כד. אתה שרתח קונך להוציא אתנה בלא זמנה האסף אתה ג"כ בלא זמןך, וכ"כ בידי משה שם ע"ש. עוד כ' המדרש וז"ל: ולא עוד אלא שכל הפותח פתחו לחבירו חייב בכבודו יותר מאביו ואמו עכ"ל, וע"ש בפ"י מהר"ו "שגם חייב למסור נפשו על כבודו".

וגם בבבלי מצינו יסוד דומה שיש איזה חיוב ודין הנובעת מטובה שעשה חבירו, ע"י שבת י' וביצה טז. "אמר רבא בר מנחסי אמר רב חמא בר גוריא אמר רב הנותן מחנה לחבירו צריך להודיעו שנאמר וכו', מכאן אמר רבן שמעון בן גמליאל הנותן פת לתינוק צריך להודיעו לאמו" ע"כ. ופרש"י (בשבת שם כד"ה צריך להודיעו) "שמידו באה לו שמתוך כך היא אוהבו". ולפי"ז משמע שאם אינו אוהבו ולא שם לב המקבל לכל זה לחינם נתן לו ועכ"פ לחינם הודיעו. וע"י בדעת כמה מוסרי לרבינו ירוחם מפר"ח ג' סי' י"ב שב' מהאי טעמא שזוהו גזל בידו ע"ש. עוד פירש"י (ביצה שם) "ומתוך כך ידעו אביו ואמו שהוא אוהבם ותרבה חבה ורעות בישראל".

ועד"ז מצינו בירושלמי עירובין פ"ז ה"ט לתד מ"ד שזוהו עיקר הטעם שתיקנו עירובי חצירות, דאי' התם "אי' יהושע בן לוי מפני מה מערבין בחצירות, מפני דרכי שלום, מעשה באשה אחת שהיתה דבוכה [שנואה] לחביתה ושלחה עירובה ביד ברה נסתיה וגפפיה ונשקתיה אתא אמר לאימיה, אמרה והכין רחמא לי ולא הוות ידעה, מתוך כך עשו שלום" ע"כ. ובאמת יתר על כן כמעט מפורש בתורה (דברים כ"ג ה'), "על דבר אשר לא קדמו אתכם בלחם ובמים וגו'" וברמב"ן הביא בשם "רבים אמרו" שהם לא קדמו אותם אבל ישראל קנו מהם. וכ' הרמב"ן "וזה הבל", דודאי אם היו מוכרים לא היה מגונה, ולא היה מחוייבים לתת אותם לחם ומים בתנם. ועל כן פירש הטעם וז"ל: ונראה לי כי הכתוב ירחיק שני האחים האלו שהיו גמולי חסד מאברהם שהציל אביהם ואמם מן החרב והשבי וכו' והיו מחוייבים לעשות טובה עם ישראל עכ"ל, הרי להדיא מילל הרמב"ן שיש חיוב לאדם לעשות טובה כנגד מה שקיבל מחבירו. והענין מבואר. ועוד מפורש דבר זה בשמות פ"ב פ"ב וכפי שכתוב להדיא במכילתא והובא ברש"י

שם (ד"ה אשר) ומפורש יותר ברמב"ן שם (ד"ה וטעם מבית עבדים), ודו"ק. ואין לומר דאין חיוב זה חיוב גמור משום שאינו יוצא בדיינים, הלא כמה חיובים ומצוות אינם יוצאין בדיינים. ותו דהלא גם בנידון דידן במשכון שחייבו מן התורה לברך את המלוה והוא מצוה גמורה וכדיליף בספרי, גם אין ברכה זו יוצאת בדיינים ומ"מ חשיב הנאה ושוה כסף עכ"פ ליאסר באיסור רבית.

ואשר על כן נראה לומר דהא דאסרה רחמנא רבית דברים לאו למימרא דלא בעינן רבית קצוצה, אלא דודאי חשיב קצוצה, שמשעה שקיבל ממנו הלואה ועשה לו המלוה טובה, את נפשו הוא חייב לו, ובאמת ציווהו חז"ל לעשות לו טובה בחזרה, ולהחזיק לו טובה ע"ז לא פחות משאר טובות. ואפשר שהוא מצווה יותר בכה"ג, וכמש"כ הרמב"ן עה"פ לא תשיך לאחריך (הברים כ"ג, כ"א) וז"ל: ועל כן אמר למען יברכה ה' אלקיך, כי חסד ורחמים יעשה עם אחיו כאשר ילוננו בלא רבית ותחשב לו לצדקה עכ"ל. אך מה נעשה שהתורה אסרה שום החזקת טובה שבביל טובה לו, כדאיתא בכ"מ עה: תניא ר' שמעון בר יוחאי אומר מנין לנושה בחבירו מנה ואינו רגיל להקדים לו שלום שאסור להקדים לו שלום, ת"ל נשך כל דבר אשר ישך, אפילו דיבור אסור ע"כ. והיינו שהיה מחוייב הלוה עכ"פ בדיבור להנותו ולהטיבו ולכלל הפחות להכיר לו טובה על טובה זו של ההלואה, אלא שגם זה נכלל באיסור רבית, וכלשון ר' משה (שם בסוף דבריו) "איסור הברכה וכו' כעין אמירת דברים של הודאה ודברי נחת רוח ולשון של הכרת טובה דדרכא דעלמא לעושיין להן טובה", ונמצא דאלו מהנהו בדברים, לא שייך לומר שזה בגלל רצונו הטוב ורק מעתה נתחדש לו רבית זו, אלא הואיל ונתחייב בעצם לכבדו גם במסירות נפש כאמור, נמצא שאם יעשה כן הרי הוא כפוער חוב שהתחיל בשעת קבלת ההלואה. סוף דבר, בין רבית דברים של הברכה כאן במשכון בין רבית דברים בעלמא שניהם נאסרו מדאורייתא לדעת הריב"ש וכמש"נ. ויבואר עוד בסמוך.

והנה תירוציהם של רבותינו הנ"ל נחלקים בעיקר לשנים, חדא ע"פ יסוד הט"ז הידוע וכבר קדמוהו התוס' בב"מ סו: ד"ה לא שלא היו החכמים אוסרים דבר שהתירה התורה להדיא בכתב. כן הוא בשואל ומשיב ד"ה והנה בשנת תרכ"ח, ובדברור"מ ד"ה הוא, וסיים "ועדיין צעיק". וכן ת"י החזון יחזקאל (כ"ב בהשקפות פיק"ו בסוף הספר) וע"ש. וכו"ב באילת השחר ד"ה והנה ידוע ובשו"ת יביע אומר שם ועוד מחברי זמנינו. (אך העירו שתי זה הדוק, ואפשר שהדוק הוא ע"פ מש"כ בסו"ת מהרש"ם (ת"י סי' צ"ה) שא"כ אין המקור לאיסור רבית עצם הקרא, אלא מה שבנין דבר מתוך דבר מעצם תקנת החכמים, וככ"ר משה להדיא. וע"ע בזה בספר נחלת אליהו (להצדיק רבי אליהו דושינר ז"ל) ובנחלת משה. והמעייין

בדקדוק בלשון השו"מ יראה סגנון אחר משאר האחרונים, וגם שהשמיט שום רמז להט"ז ולהתוס' בב"מ ולשאר דוכתי בפוסקים שהזכר היסוד הנ"ל, ועל כרחק שלדבר שונה נתכוון ועיין).

והדרך השנית, היא כמו שחידשו הגר"ש קלוגר בשו"ת טטו"ד ש ד"ה והנה אחר כל הנ"ל. והגר"א ווסרמאן ז"ל (מפי תלמידו הדיין רבי ברוך יצחק לוי מובא בפסקי דין רבניים חלק ג' עמ' סח), ובהקדם ע"פ חידוש יסודי בגדר הא דרבית דאורייתא אינו חלה בלא קציעה, ופירשו דהיינו טעמא משום דצריך שההלואה יתחייב את הרבית, ומשו"ה בהתנאה וקציעה שחל עצם ההתחייבות בשעת ההלואה והו איסור רבית, וא"כ אפשר לומר כן בנידון דידן דעצם ברכת הלוה למלוה הוא מצוה וחיוב כאשר דרש בספרי פ' כי תצא ושכב בשמלתו ע"ש, וא"כ חיוב זה מתי נקבעה סיבתה, הו אומר משנת עצם ההלואה שמה שהלוה מחייב לברכו, וא"כ כבר נתקיים גדר רבית מה"ת ע"ש. והגרי"ש אלישיב בהערות שם ת"י באופ"א קצת, דוה שציווה התורה הוי כאלו קצוה בניניהם, דמה לי שאמרו כן מה לי שהתורה אמרה להם לעשות כן. אך ע"ש שמפרש זה רק אליבי' דהראב"ד דהרווחת זמן חשיב תחתילת הלואה, וזהו בשעת נטילת המשכון, וכו' שזוהי שיטת התוס' לטעמ' דב"ן ו: ד"ה דארווח. ולא צריך שהקציעה תהיה בעת ההלואה ממש רק סגי בשעת ההרווחה.

וע"ע בחסד לאברהם (לנכד הנה"מ י"ד סי' מא"א) מה שדן בדברי הנה"מ שצמד בזה האין יכלכל דעת הרמב"ם ודעימה שאלא ס"ל להא דארווח ליה זימנא הוי כהלואה. אך להגרי"ש א"ש שעכ"פ התוס' לטעמיה דס"ל כהראב"ד ולהטו"ד הנ"ל א"ש לכו"ע וכמו שנתבאר. שו"ר מו"מ בדעת הרב אלישיב בזה בספר משמרת הלוי להגר"מ שולזינגער ז"ל ידיושין סי' י"ב, וע"ש עוד ב' מכתבים מגאון אחד וכנראה הוא מהגר"מ זילברשטיין שליט"א.

ומבואר וכו' וכן קשה וכו' היה בידו לעצב המשכון וכו' וע"ז ברבו הלוה. וכן הק' הגר"מ פיינשטיין (שם בתורה ע"ה אבל הא קשיא), "דהא במעשה חזרת העבוב ליכא ענין המתנת המעות, דהרי כבר המתין לו ולא נתוסף כלום במה שיחזיר לו העבוב". וע"ש שהוסף להקשות (נראה דכוונתו להקשות אף אמ"ל שחשיב המתנת מעות וע"ש), "וגם הא יתור מזה ילה"ק דאף שאסור לברכו על המתנת המעות שכיין שהמלוה נהנה מזה הוא נמי ענין אגר נטר, אבל הא אינו מחוייב המלוה להאמין להלוה שישלם לו אף למי שנאמן ביותר מטעם דשמא לא יהיה לו במה לשלם, שלכן על מה שמאמינו מ"ט לא יוכל לברכו, וכשמחזיר לו המשכון הרי יש לו לחוש שיכפור לו ולא יחזיר ליתן לו למחר את המשכון". ועיקר הקושיא הק' גם בבית יהודה חו"מ סי' ע"ב, וע"י בארוז דבי רב

להגר"ר לייב גורביץ ז"ל שהביא קו' זו בשם "ומקשים" (וע"ש ישבו ע"פ דקדוק המקרא), וכן הק' הברכת אברהם וע"ש מה שהוסף לדון בזה. ובשאל ומשיב (הצ"ח) מקשה כע"ז ע"ש.

אלא וכו' ואע"פ דהתוס' ס"פ דאינו חיוב באונסים אלא בגו"א. וכן העירו בזה הנהלת אליהו והאור חדש ע"ש.

אכן וכו' הרי ההלואה עדיין קיימת וכו' ונמצא וכו' מיקף הלואתו על הלוה וכו'. הנה דברי דודי הגהמ"ח שליט"א מועט המחזיק את המרובה, ונראה שתירוצו זה מיוסד על יסודו בעיקר חיוב המלוה להלוות, וכדכתב איהו נפשיה לעיל שער י"ב פרק י"ב ופרק ט' וע"ש גם בציונים. וכעין תירוצו מצאנו בדברור"מ הנ"ל (ב"ה ואל"ה) ואצחק תוכן דבריו להבהרת הענין וז"ל: ואולי י"ל חדושו גדול, דאיכא חיוב ממצות הלואה אף שחושש שלא יהיה לו ממה לשלם, ורק שיש להמלוה רשות לעשות מה שאפשר שיהיה בטוח בהפרעון דהוא ליקח ממנו משכון כשיש לו מה ליקח, ולשעבד נכסי הלוה לגבות החוב באם לא ישלם, ולבקש שישגי ערב וכדומה מכל עניני בטוחות, אבל כשלא אפשר נמי מחוייב להלוות ולסמוך שיפרע, ואולי זה

וכו' (ע"ש שטרט למצוא מקור נאמן לסבתור, ותמיהני שהרי הרמב"ם כתב כן מפורש בפ"א ממלוה וזהו ה"א דח"ל: "והתורה הקפידה על מי שימנע מהלוות לפני, שגא' ורעה עיניך וגו'". עד כדי כך שהלחם משנה תמה עליו אף שנה הלכה זו מהאי קרא גבי שמיטה, הלא כאן מונע מלהלוות מחשש אחר ולא מטעם קרבה שנת השבע וע"ש ישבו. עכ"פ מפורש דאין לחלק בין העטמים שבגלל נמנע מהלוות, כמש"כ הלחם משנה והרמב"ם, וע"י מש"נ בזה בנוסח אחר לעיל פרק י"ב). שלכן אף אם חושש שמא יפסיד חובו כשיתחזיר לו המשכון שאינו מאמינו כ"כ, נמי מחוייב להלוותו אם אין לו ליתן אלא משכון אחד וכשיחזיר לו לא ישאר שום בטוחות בידו אף שחושש לזה, ואיסור רבית הוא על עצם ההלואה כמו על המתנת הזמן כגון וכו', ולכן כיון שמחוייב להלוות אף כשאינו מאמינו כשנתן לו רק משכון אחד שיהיה מחוייב להחזירו, אסור גם ברבית דברים על זה שמאמינו ומלוהו, ובכלל חיוב זה דהוא להאמינו ולהלוותו איכא נמי חיוב זה להחזיר המשכון ולהאמין לו ולא יחוש למה שאפשר שיפסיד ע"י, שממילא אסור לברכו מאיסור דרבית דברים. ומתוך מה שהיה אסור לברכו על מה שמאמינו ומחזיר לו אם לא היה קונה משכון. וגם מתוך מה ששאני מצות חזרת העבוב משאר מצוות שבגופו (ע"י לעיל שם ד"ה אבל הוא קשיא), משום דחזרת העבוב הוא כעשיית מצות הלואה דמאמין לו להניח מעות ההלואה בידו אף שלא נשאר בידו שום בטוחות, שאסור ליקח שכר (והנאה) ע"ז וכו', שלכן אסור גם ברבית דברים ולברך אותו ע"ז נמי היה רב"ד, שלכן מוכרחין לומר שקנה המשכון, ואין הברכה על הטירחא להחזיר לו, אלא על שהוא נהנה מדבר הקנוי לו להמלוה, עכ"ל הדברור"מ וקולורין המה לעינים. ולדעתי הן

הן דברי דודי שליט"א ונמצא דע"י החזרת המשכון מיקל הלואתו על הלוה, דכ"ז שהמשכון ביד המלוה הרי ההלואה היא על המשכון, וע"י החזרת המשכון הוא מיקל ומקלש ההלואה, ובפרט מה שסיים בלשון "והא גופא נחשב כהלואה", וכלשון ר' משה ז"ל "הוא כעשיית מצוה הלואה".

אכן וכו' ובענין מה שמצינו לע"י ו: דהרוחת זמן נחשב כהלואה. ל"ע מהו כוונתו בזה. ויש לבאר בבי' אופנים, א': דבהחזרת המשכון חשיב שמרוויח ע"י את זמן הפרעון, כי המשכון כנגד החוב, וע"י החזרתה נסתלק זאת, וא"כ חשיב הרווחת עצם ההלואה. ולפי צד זה צ"ל כשיטת הראב"ד פ"ו מהל' מלוה ה"ג דס"ל דהרווחת הזמן כשעת הלואה דמיא, (ולא כהרמב"ם ודמושו גם הרווחת לאמצע היום), ולפי"ז צ"ל דהתוס' ס"ל כהראב"ד. והדבר אמת כאשר דייק הגרי"ש אלישיב ז"ל מתוס' לעיל ו: כאשר ציינתי לעיל. האופן הב': דלעולם אף למ"ד הרווחת זמן לא שמייה הלואה וכהרמב"ם, מ"מ י"ל דהחזרת המשכון חשיב כהלואה הואיל וזה המשכון מעיקר מצוות ההלואה, וכמו שהארננו לעיל, ובוה י"ל דכו"ע מודו דעדיף מהרווחת זמן בעלמא. וכן מורה לשון דודי המחבר "וכעין מה שמצינו לעיל ו: דהיינו כעין ולא ממש וכמ"ש. ואולי לזה נכתובין גם ר' משה תוך דבריו "ואיסור רבית הוא על עצם ההלואה כמו על המתנת הזמן", והבין. ובאמת דברי הנתה"מ סי' ע"ב אשר הלבנו בתחילת פרק זה יובנו שפיר עד", ותוס' בזה קושיית נכדו החסד לאברהם שהק' דהא ניחא למ"ד הרווחת זמן כהלואה, כהראב"ד, אלא להחולקים מאי איכא למימר ע"ש, ולהג"ל א"ש.

ש"יב פכ"ח

וצריך עיון בזה וכו' והלא בין כך ובין כך חזר המשכון להיות שעה צמורה. לכאור' לא ברירא, דבתשובת הרא"ש כלל צ"ו סי' איתא דמחילה גבי משכון לאו מילתא דפשיטא הוא, ואע"פ שהלואה מחלת בדבריו בעלמא, מ"מ אם יש לאדם חפץ בזה תבירן ואלמר לא אני מותח לך החפץ לאו כלום הוא, אלא דצריך שיאמר לו אני נותנו לך עכ"ד. והובא בטור חר"מ סי' ע"ג ובשו"ע ע"י י"ט שם. וע"ע בטור שו"ע סי' ס"ו ע"י י"ג שכתב וז"ל, הנותן מתנה לחבירו והחזיר לו השטר לא חזרה מתנתו עד שיכתוב לו קני' לך איהו וכל שעבודא דאית ביה עכ"ל. ובכ"ז ציין לגמ' ערוכה ב"ב קסט: הרי להדיא דרק משום שעושה מחילה או קנין בדבר לאו מילתא דממילא הוא שכל השעבודים נגדרים בתריה. והכא נמי שצריך להחזיר המשכון אפשר דבלא"ה אכתי אגיד בה, ועיין. אמנם ל"ע בהשמטת הרמב"ם הלכה זו, והלא דבר הוא ועיין. וע"ע כ"י"ב בחור"מ סי' רמ"ה ע"י ט' (וב"י ס"ע"ג שם סי' י"ד סבא ב"ה). וברמ"א סי' רמ"א ע"י ב' מסיק דהמשכון מעכב מחילה. ובאבני מילואים סי' ק' ס"ק ז'

כ' דאף להחולקים שם דמהני מחילת חוב אע"פ שתפס במשכון מ"מ זה דוקא משום דכבר נמחל השעבוד הגוף, וא"כ נראה דהכא שמקדש במלוה גרע טפי כי לא מחל ובטל לשעבוד הגוף עצמו אלא רוצה לעשות קנין על ידו, ובוה י"ל דמ"מ שעבוד המשכון לא זו ממקומו ועיין. שוב מצאתי בב"ק מט: מחלוקת ראשונים אי נשאר קנין המשכון, ע"י מתנה אפרים הל' זכיה מהפקר סי' ט.

ואולי י"ל וכו' בדבור בעלמא וכו' ע"י פלוגתא הפוסקים סי' רמ"א ע"י ב' הובא לעיל.

ואולי וכו' כגון קריעת השטר וכו' קריעת השטר רק מאבדת את הקלף אבל האותיות פורחות, וכמבואר בהא דכותבין שטר שנית כשנשרף הראשון, א"כ אינו מוכח דקריעתה ע"י הבעלים עדיפא טפי, דסו"ס יכול להתחרט ולהישמט ולומר לא נאבדה זכותי החוב נשאר קיים והבין. ומצאתי בבית יוסף אבה"ע סי' קמ"א (נ"א נ"ב) בד"ה וכתב עוד שם שהביא בשם תשובת הריב"ש דנשאל גבי קריעת הכתובה אי חשיב מחילה, ומבואר שם שהסתפק בנקודה זו. וע"י בריב"ש הג"ל (ס"ט) ש"י עוד סברא לסתור בזה"ל: שאין קריעת הכתובה ראי' על פריעה או מחילה, אלא ראייה לפסול מדין שטר עכ"ל. וראיתי מובא בשם שו"ת מהר"ט"ן שג"כ הסתפק בקריעת השטר גבי שטר מכר או קנין, וצ"ע.

(עי' ספר פתחי חושן קנינים שציטט מראה המקום סי' ר"ד וחיפשתיו ולא מצאתיו וז"ל שבטלה שם נזכר ברמיה ענין הקריעה, ועיין לעיל), ומ"מ יש ללמד זכות דלגבי משכון יותר חשיב מחילה הואיל ומצינו לכמה ראשונים דס"ל שבתוך המשכון טמון החוב וכידוע (עי' בריכ"ש תוכות סוף הספר ובינת אלם בעיני משכון).

ואולי וכו' וכן הוא נמי בחזרת המשכון וכו' ע"י נתיבות המשפט סי' רמ"א ס"ק א' מה שחילק בין משכון לשאר ענינים דאע"פ שנמחל החוב אכתי נשאר קנין המשכון. ובאמרי בינה (ריינס סי' ס"ק י"ג) הק' עליו מסוגיין דלהרא"ש א"צ החזרת המשכון לקידושין. ונראה דפלוגתא דתנאי הוא בירושלמי, ע"י ש"ך שם ס"ק ד' והבין.

ועיין ב"חם משנה וכו' לאו חרא מי"תא אמרו. אך גם בבית יוסף כתב דברי הר"ן והרמ"ה בחדא שיטה. אמנם ע"ש בסו"ד שכתב בזה"ל: וכבר כתב רבינו (הטור) סברא זו בסמוך בשם הרמ"ה, ויש לתמוה עליו למה לא כתב שגם הרמב"ם סובר כן, עכ"ל. ואם נניח שאין דעת הר"ן והרמ"ה עולים בקנה אחת אזולה הקושיא ודו"ק. וע"ע בביאורי הגר"א על סעיף י"א שהחכים לצרף דברי הר"ן עם דברי הרמב"ם ורוב פוסקים. והמעין יראה שהשמיט דעת הרמ"ה מתוכס ודו"ק. וע"י בסמוך.

אבל הרמ"ה סי' וכו' ויש נפקא מינה לה"ב. וע"י בציון לעיל שמבואר שרוב הפוסקים אזלי בשיטת הרמב"ם והר"ן לאפוקי הרמ"ה. א"כ

מלבד שזכינו בזה ליישב קושיית הבי' הנ"ל, זכינו נמי לדינא חדתא.

ש"יב פכ"ט

ויש דר'קדק וכו' דדרשנינו וכו'. וגם דרשה זו לא נמצאת במדרשי חז"ל על הפסוק בדברים (כ"ד י"ג) ולא בשי"ס, רק במכילתא דרשב"י בפ' משפטים (כ"ב כ"ה) על פסוק תשיבנו לו. גם רש"י לא ציין מנין לוקחה זאת כדרכו בכל מקום. וע"י מה שהק' הרש"ש מן הסברא, דבגיטין עד. פליגי בה תנאי אי לי משמע אפי' ליורשי או לאפוקי הירוש ע"ש. ונראה לחלק דהתם מיירי ששהאדם מדבר על עצמו, ובוה שפיר י"ל שכולל יורשיו, וכדארמין בכל הש"ס ברא כרעיה לאבוה, גם קי"ל בב"ק ק"א: שרות יורש לאו כלוקח, ע"י חו"מ סי' שנג סעי' ד' דלא חשיב שנינו רשות, ולכן יש לדון שזהו כוונתו. לא כן כשמדברים על אחרים, תשיבנו לו, בזה י"ל דלכו"ע אין הכוונה על היורשים, ובפרט אם דיברה תורה בלשון בני אדם, וא"ש וקצונו. וע"י לשון הקרא ויקרא ה' כ"ג, וע"י תוספתא ב"ק פ"י ה"ו.

ומבואר וכו' דמצות השב תשיב מעכבת הגביה. וכנודע גבי קנין גילה דמעוכב משום חיוב השבה כמו שכתב הקובץ שיעורים ב"ק י"ד, וע"ש בשו"ת עונג יו"ט או"ח סי' כ"ט.

ש"יב פ"ח

והריב"ש וכו' אכן רש"י לא חילק. וע"י בינת אלם סי' כ"ה ביאר קצר בזה. **וצריכים לומר דהתוס' וכו' וע"י בקצה"ח סי' צ"ז ס"ק ד' שמסביר סברת התוס'. וע"י מה שמקשה מתוס' דף קט"ו.**

ש"יב פ"א

ונראה וכו' דעיקר איסור וכו' עצם קניית השעבוד. בברכת שמואל (מכות סי' נ"ד אות ב' ד"ה ולהק') כתב דכברים האלה ובפרט מה שנוגע לתפיסה לפרעון. אך בד"ה ונראה הרגיש בסברא שנת' כאן ועיקר דבריו נמחק יעו"ש. ולא מצאתיו בשאר שיעוריו וחבל על דאברין. **שם וכו' עצם קניית השעבוד.** וכן מבואר בשיטת הרמב"ן והרשב"א (ק"י). ד"ה ואם משננו, ד"ה ומתו"ח דס"ל דכל חובל כלי אע"פ שהוא אוכל נפש אין צריך להחזיר. ולכאורה תמוה דכל רגע ורגע הוא חובל. ות"י מרן האבי עזרי' (טוען ונטען פ"ד הל' ח') דס"ל שעצם הלקיחת משכון הוא האיסור יעו"ש. ולפי מש"כ בפנים עצם קניית השעבוד הוא האיסור ודו"ק.

והשתא וכו' וכניסה לא הוי אלא פנו"ח בעלמא. ל"ע דלכאור' להדיא חתיב לא תבוא וגו' לעבוס עבוסו, הרי דאם נכנס ולא תפס לא עבר כלום. ואף אם יתפוס אבל לא למשכנו אלא דרך שחוק, או שתפס ונשאר בביתו של לזה לכאורה אכתי לא עבר כלום, וא"כ ודאי עצם הקנין שעבוד הוא האיסור ועיין. ונראה שכ"כ בסמוך בדעת התוס'. אך שוב מצאתי שהרמ"א (ס' צ"ז ע"י ו') כ' בשם הרשב"א דאסור לכנס לבית הלוה אף לצורך

הירושלמי אינה לפרש דעניות מצויה ולפיכך לא הוי נמלך, אלא דקמ"ל כמש"כ כאן דכל עשיר אינו נחשב אגוד עם רכשו. והכי מפורש במעשה שם בסמוך "מהו מתאגה דלא ליה". וע"ע בפרש"י ודו"ק היטב.

שם וכו' וקצת דמיון יזוה מציונו במכות. וכן ציינו המפרשים ע"י אבן האזול כאן ד"ה ועתה וע"ע בביאור הגר"א סי' צ"ז ס"ק ל"ו.

שם וכו' ואם כן שייך נמי צד קיום מצות השב תשיב גם בלוח עשיר, ויש להקפיד. וע"ע ברמב"ם פ"ח מסנהדרין ה"ב ובנו"כ שציינו למכות ט"ז. ותוס' ד"ה התם, וע"ע במנחת חינוך (פצה)

ש"יב פ"ד

וקשה וכו' לילקי ארבע וכו'. וכן הקשו הראשונים, ע"י רמב"ן קט"ו: ובתוס' ר"ד מס' פסחים מ"א. כתב כללא דמילתא בלאו שבכללות יעו"ש, ותוך דבריו כ' דה"נ ילקה ד. אך לרש"י אכתי צ"ב.

ונראה ליישב וכו' כבר לקי משום ריחים בלבו. וכ"כ האחרונים, ע"י מנחת חינוך (פצה) תקפ"ג ד"ה ונהגה, אך במעייני החכמה כאן (קט"ו: את ק"ו ד"ה נראה) הוכיח להיפך דאף בזה אחר זה חייב ארכב לחוד, ע"ש נימוקו. וע"ע מה שהובא בזה בספר המפתח קט"ו. בכתנ"י ד"ה וחייב (כתובל).

והנה רש"י גרס זוג של ספרים אבל התוס' וכו'. וכן חולקים בזה שאר ראשונים, ע"י רמב"ם וראב"ד פ"ג מלוה ה"ג, וביאר הלחם משנה דשורש פלוגתתם האם בעינן כלי אוכל ממש. וכ"כ עוד מפרשים. אך לפי משנת יצא חידוש גדול דלכו"ע יהא חייב אף על כלי שאינו מכשיר האוכל ממש וצ"ע. וע"י ברמ"א סי' צ"ז סעי' ח'.

ש"יב פ"ה

ונראה וכו' ולא הספיק לו מיגו דקוזה היא בידו וכו'. ע"י בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק כ' שהק' להיפך שלש מה שצריך מגו כלל, יהא נאמן למשכון מצד עצמו. ותי' בשם הרשב"א (כתשו" ח"א סי' אלף מ') כמו שכתב בפנים דבעינן בע"ח קונה משכון כדי להיות המוחזק. אך נראה ששיטת הרשב"א דלא כרש"י, דע"י בחושן משפט ט"ז ע"ב סעי' כ"ג שפסק המחבר כרש"י דאינו נאמן בלא מיגו, ובביאור הגר"א ציין לרשב"א שחולק מטעם שהוא קונה משכון, והביאו גם הש"ך שם (ועי' גם ברמ"א סי' י"ח), ועכ"פ בעיקר סברת המיגו כאן ע"י בסוגיא דהני עיזי דאכלי חולשא ב"ב ל"ו. ובמה שביאר בזה הדברות משה שם (סי' ל"ז עני' ה' ד"ה ונשא) באופ"א קצת וכו' דעצם המיגו עושהו כתפוס ובלא"ה אינו מוחזק כלום. ובאבי עזרי"א פ"ג מלוה ה"ג מקפ"ק בזה ע"ש.

שם וכו' לכן חשיב מיגו להחזיק וכו'. אכן יל"ע דאם בע"ח קונה משכון אין צריך לשום טענה חוץ מלטעון משכון הוא.

שם וכו' ואיני דבריך להחזירו להחזיר לעשות

עמך. משמע דהשתא מיהא לא קעבר כלום, וצ"ע. וע"י בטור ושו"ע סי' רכ"ח סעי' י' שהשמיטו ענין וחי אחיך עמך, וכן הלבוש שהביאו מ"מ ידעתי טעמם. ואף הרמב"ם שהביאו הטושו"ע. וע"י בחי' רבינו אברהם מן ההר במש"כ על המשנה בקוצר אמרים וכד דייקת בלישניה יראה כמש"כ בפנים ע"ש.

אלא מבואר דגלג' הוא שחזור וכו'. וע"י בטור יו"ד סי' רמ"ז (הובא ברמ"א שם סי' צ): וז"ל: כל המרחם על העניים הקב"ה מרחם עליו וכו', גם יתן אל לבו כי הוא לגלג החזור בעולם וסוף האדם לברוא ליידי מידה זו וכו' עכ"ל.

אלא וכו' יש בו נמי צד עניי. וזכר לדבר זה מציינו ג"כ אצל עשיר ממש ההולך ממקום למקום, ע"י מסכת פאה (פ"ח פ"ו) ובבב"ק ז. מברייתא וברש"י ד"ה מל. וכמדומני שפליגי בה הפוסקים האם הוי מדאורייתא או מדרבנן. ולהנחבאר יש סמך גדול לומר דהוא מדאורייתא, כי כל עשיר כבר קשור לענין עניות כמדמוכה מתנני' דנדרים ודו"ק. (ע"י רמב"ם פ"ט ממתני' ע"ז ודלא כהרי"ט ב"ק שם), וע"ע בפאה שם משנה ח' שמי שיש לו מאתים זהו אסור ליטול לקט שכחה ופאה ומעש"ע. ופליגי הראשונים אם זה מן התורה או מדברי סופרים. ובקריית ספר (פ"ט ממתני' ע"ז) מובא בדרך אמונה (הרי"ט) נקט דמה"ת יכול ליטול לעולם אע"פ שיש לו מספיק לשנה זו ויותר ע"ש. ולכאורה הוא תמוה ביותר. ולמש"כ בפנים ניחא מאוד דהואיל ובעצם יש לו צד שם עני א"כ שוב כשיצטרך, איך שיהיה, איך יבייב ליתן לו ודו"ק היטב. ודע דבזה יובנו דברי הרמב"ם התמוהים בהל' עירובין פ"ז ה"ג יעו"ש שכ' "שעני" שנקט הש"ס במס' עירובין מז. מט: נא: הוא כפשוטו, והוא תמוה מאוד. וגם לא נמצא שום ראשון או אחרון שיכתוב כן. וגם בהלכה ט' כפל הרמב"ם דבר זה (הבב"ק וצ"ע, וע"י בנתיבות שבת (סי' מ"א את ע"ה ד"ה הרמב"ם) מה שנדחק בזה. אך לדברינו א"ש והבן. וע"י במגיד משנה ה"ג בשם הרשב"א שחולק על הרמב"ם וי"ל דבהא פליגי ואכ"מ (ש"ר"ם במאירי

דאם יש לו מעות לקנות פת הרי"ה כעשיר ולפמ"ש"ה הוא כפתור ופרח). ולפי זה נראה וכו' בעשיר יש לו נמי צד עניי. הנה באורים ותומים (סי' צ"ז ס"ק ד' בדיה ולפי) מתוך בזה"ל: דאף בעשיר הוי בגדר ניתק לעשה וכו', דכל שעה הרי עומד להחזיר (קא) אם יעני עכ"ל. והנה נהי שלא כ' התומים בסגנון שכתב בפנים, מ"מ צריכין אנו לכאן לפרש דבריו באופ"א. וע"ש שחזר בו התומים מסברא זו. אבל באבן האזול כאן קיימו ופסק כוותיה. ובנוסח אחר מצאתי בערוה"ש (צ"ז ס"ק ה') וז"ל: ואיך נלקינהו שמה יעני למחר ויצטרך להחזיר לו והעניות מצויה כדאיאתא בירושלמי פרק ט' בנדרים הלכה ד' עכ"ל. והוא על המשנה שציין בפנים. אך שם כ' הירושלמי דבר זה לפרש אמאי לא חשיב נולד, וכן כ' המאירי דמיירי אחר שהעני וצ"ע. ויש ליישב דכוונת

לכתוב מה יש לו בבית. ובסמ"ע ס"ק ח' כתב דמקורו מדהקפידה תורה ליכנס לצורך העבוט אפי' לא יעבוט אותו, וכ"כ הגר"א ס"ק י', וכן העתיק הנתה"מ ס"ק ב'. ובספר אהבת חסד למרגל החפץ חיים פ"ז א' הוסיף לאסור על המלוה אפי' לדבר עם הלוה בלבד. ובנתיבי החסד סוף אות ד' כתב דאסור אפי' הלוה ביקש מהמלוה ליכנס, ולולא דמסתפינא אמינא שהכרעה זו אינו עולה אלא לפי הרמ"א, אבל להרמב"ם טור ושו"ע דס"ל דאף בשוק הוי מדאורייתא, וכמו שביאר בפנים, לא נאסר כל הנ"ל. ואה"נ לבני הפוסדים הא לא מותר וצ"ע. עוד נפקותא אסתא אם יעשה המלוה שליח למשכנו, ע"י נתיב החסד אות ד' ובאות ח' מה שחקר בזה ולהנ"ל יש לדון בזה. וע"י קצות החושן סי' ק"ה ס"ק ד' מש"כ ברוח שלנו.

וכיון שכן וכו' ואיסור פשיעה ב"ד הוא ע"ה הכניסה בלבו. ע"י בציון הנ"ל. וע"י דבר נחמד באבן האזול כאן (את ב') בגדר האיסור על השליח ב"ד. וע"ע שם שיישב לשון הקרא "אל ביתו" לדעת הרמב"ם ידו הוא רשותו ג"כ. וכענין כ' הירישה (סי' צ"ז ס"ק י'). ודודי המחבר שליט"א אמר לפעם יסוד חדש בענין מוזיק וניזק ברה"ד דגם שם נמצא 'רשותו של ניזק (ע"י ב"ק דף לב), ולהנ"ל הענין מבואר ביותר דיש להאדם דין ביתו איפא שהוא. וע"י ברש"ש כאן ד"ה ולא יכנס מש"כ דחצר לאו כללל ביתו לענין זה, אך לפמ"שנ"י יש לעיין. ואפשר זהו עומק סברת הבעל המאור במס' שבת שהשוה דין ד"א של אדם קונות לו, למה, דהוי כרשותו להעברת ד"א ברה"ד בשבת (ע"ש לו: מפ"י הרי"ף), דאינו מובן כ"כ, ולהנ"ל א"ש. וע"י בצפנת פננת תרומות (פ"ב ט"ז טור ד') שג"כ פירש ענין קנין ד"א, שמקודם קונה המקום, ולפי דברינו יש לזה סמך מקרא "אל ביתו" ודו"ק.

ש"יב פ"ו

ונראה וכו' שוב לא פקע ממנו. וכן משמע בשטמ"ק בשם הרמ"ך שכ' דשוב לא צריך שליח ב"ד לתופסו ביום ובלילה אלא הוא בעצמו נכנס, אלא דסיים בצ"ע. ואולי בהא גופא נסתפק, ויש להאריך בזה.

ש"יב פ"ז

ועיין במשנה למ"ד. וכן הק' הקצה"ח סי' צ"ז ס"ק ג'. וע"י בטור חו"מ שם סעיף י"ד ד"ה מחזירין, וע"י במשנת ר' אהרן שו"ת ח"א סי' כ"א אות ג' מה שיישב בזה. וע"י במה שיתבאר בסמוך בדרך אחרת. ונר' דיש בזה כמה נפקותות לדינא.

והנה עיין במתניתין וכו' וקשה דהלא בשעת הנדר אינו מחויב להחזיר. אך בר"ן כתב דרק "בההיא שעתא" דשואל ממנו קעבר בלאו זה, וכן משמע בריטב"א ובנמוק"י, אך שאר ראשונים סתמו. אך ברמב"ם (פ"ב שבועות ה"א) כתב למחר וכו' ותהיה עובר על וחי אחיך

בו צרכיו וכו'. לא ברור לי מהכ"ת צריך להחזירו, הא כמו שמייגו דלקוחה מהני לקנותה, נימא דמהני לתופסו כשלו, ומלשון רבא לא צריך למיקם בדינא עלייה. וגדולה מו מצאנו ברמב"ן מובא בר"ן (מכתוב מ"ז. מדפי הרי"ף) והביאו הקצות הג"ל, דכל שתפיסתו היה קונה לו כסתם מטלטלין דעלמא הוי תפיסתו מוחזק. וכן למד הנהיבות המשפט סי' ע"ב ס"ק ל'. אלא הדקצה"ח עצמו חולק, ומחלק בין משכון לשאר מטלטלין כיון דאין משיכה והגבהה כלום לקנייה המשכון בלא שעבוד מנה וכנודע (פקודיין ח"ג). וא"כ אין תפיסתו משווהו מוחזק בלתי טענתו והיינו הג"ל.

שם וכו' מכל מקום וכו' עדיין קנין המלוה בו ושפיר הוי מינוג דהחזיק. ולפענ"ד לא צריך לזה אלא לדעת הקצה"ח הג"ל דאין תפיסתו כשלעצמה מחזיקתו, אבל לדעת הנתה"מ דפליג עליו לכאורה א"צ לזה, ועיין. וע"ע בתשובת הריב"ש סי' שצ"ו שכ' בשם א' מחמקי דורו דעביד איניש דינא לנפשיה היינו שהחפץ נעשה שלו. והריב"ש עולש עליו וכו' דוה רק להשוותו משכון עירוש באורן. ולכאורה לחכם הג"ל לא צריך כלל לטעם שכתב בפנים "דעדיין קנין המלוה בו". אבל להריב"ש יש לדון. וע"ע בזה בשו"ע ורמ"א סי' ע"ב טע"י ו"ז ובקצה"ח ס"ק כ"ב ובמילואי חושן שם שהעתיק תשו" הריב"ש.

שי"ב פ"ח

ודך וכו' רש"י וכו' ומשכון וכו'. ומכאן תמוה מה שעמד הגרי"ז ז"ל על לשון הרמב"ם (עי' שייב פליט) לדמה לא כ' דבגלל השעבוד על הבהמות נפטר ע"ש. ובאמת רש"י פי' להדיא דהוי מענין משכון. ובאמת כן יישב בנו הגרמ"ד שליט"א, וכמו שהבאנו שם, ולכאורה שפתי רש"י ברור מללו שכן הוא, וצ"ע למה לא עמדו בזה (וכפרס עטור נוכח שהרמב"ם כרש"י ס"ל פ"ח).

והיינו וכו' וקאמר רבא וכו' ממושכנין וכו' באמצע. אך צ"ע מאי שנא אפותיקי ממש דאינו מפקיע מקדושת כבור כמו שכ' הריטב"א כמה פעמים בב"ע ז', וע"ש בד"ה ורמינהו וכו' שכ' דאף אפותיקי מפורש אינו מפקיע, והוא חידוש נפלא, הא מיהא אינו נראה שחולק על רש"י דכ' על פירושו "וכדפרש"י", וצ"ע. ואפשר חולק עליו כאן ברבא, וכן משמע לכאורה ממה שכ' בד"ה אלא אמר רבא את תורף סברת התוס' שהיו הבהמות שלו" ע"ש. אך גם שם כ' להדיא "אפותיקי בעלמא וכו' אינו נפטר מן הבכורה" וצ"ע. וגם לא משמע שדעת הרמב"ם כרש"י דאל"ה למה לא כ' כרש"י דהויין ממושכנות להדיא. ובשי"ב פלי"ט יבורר דהר"מ ורש"י אולי כחד שיטתא. ואפשר דיש שינוי קל ביניהם.

וגם חילוק וכו' הוי דין מיוחד ומיוחד בכבודות. לכאן זה אינו, דהרי מציונא סברא זה כמה פעמים אף בלא קדושת כבור, כגון

באור"ח סי' רמ"ו טע"י ה', ע"י ב"י סו"ס רמ"ה, וכמו שביארנו בציון לש"ט פ"ל (וע"ש גם בפנים) ע"ש מילתא בטעמא. ומפורש כבר בתוס' ב"ב (י' ע"א ריש ע"ב) וז"ל בקיצור: אי נמי דלא דלם קנין פירות דבעל שלא היה לו בגוף כלום מעולם, לקנין פירות דמוכר עבדו ע"מ שישמשנו שלשים יום שמתחילה היה הכל שלו ועדיין לא יצא מתחת ידו שהפירות שלו, וכע"ז מחלקין גבי בהמת ארננא בפ"ק דפסחים ממה שהיה קשה עליה מבכורות שם עכ"ל. ואמר לי דודי הגאון שליט"א דגם שם בתוס' ב"ב יש לפרש דהוא דין מסויים שם ע"ש הענין, אבל לשאר גניני חו"מ לא. שו"מ בתרומת הדרשן סי' של"ט בתוך דבריו שלמד ממש כמש"כ בפנים וז"ל: ואע"ג דהתם לענין כבור יד נכרי באמצע כל דהו פטר כדאיתא התם בתוס', מ"מ נקטינן סברא מהתם דבשביל שהגוף כבר הוא של הנכרי חשבינן לידו באמצע ע"י תרי דאי לא יתיב ליה זוזי וכו' עכ"ל ודו"ק. אך הא מיהא דבא שם לפשוט בזה שאלה בחושן משפט ועיין היתב. **ויגם וכו' רק שמוס יד נכ"ם באמצע הוי דין מיוחד ומיוחד.** וזהו זה דיוק נפלא בהגמ' אשר דייק החתם סופר בחידושו (לבי"מ ע') וז"ל: (והרי יד עכו"ם באמצע) וכל יד נכרי באמצע פטר מן הבכורה. גם זה לשון מיתור הוא דהרי בזה לא נסתפק הש"ס מעולם דכש"ד נכרי באמצע פטור מן הבכורה, ולא חדיית לן אלא דאי לא יהיב זוזי תפיס לבהמה וזה הוה כיד נכרי באמצע, אבל לא היה צריך לסיים וכל יד נכרי באמצע פטור מן הבכורה שזה פשוט וידוע. ומזה קצת הכרח לשי' תוס' דהמקשן ידע הך דתפיס ל' נכרי לבהמה ולולדות, אלא דהוי ס"ל דבע"י שיהיה ממש לנכרי ולא מהני תפיסת יד בעלמא ומחזר ליה ידי בעלמא פטור עכ"ל. (ועי' בספן מה שהבאנו משו"ת חת"ס יר"ד ש"טו) ולענ"ד לשיטתיה אזיל ע"ש ודו"ק. ועכ"פ זהו שי' התוס' ודלא כרש"י כאשר יבואר וזהו שורש פלוגתתן.

ש"ש ובספר ראשית ביכורים (להג"י אבה"ם וויינבערג ה"ד) על דברי התוס' בבכורות, הבין זכות הגוי כפשוטו דהוא מעיקר הדין ונתקשה בזה ע"ש מש"כ ליישב. אך לענ"ד עיקר יסוד דבריו מבואר ברש"י דבריו בתחילת התוס' ע"ש דברים נפלאים מאוד בכיאר שיטת התוס' בהקדם יסוד גדר השעבוד על הבהמות כאן האם הוא אחמת שעבה"ג או אחמת שעב"נ, ע"ש ראיות אחתים בתוס' עבוי"ז סב: וסג. (ד"ה ואין) ומהריטב"א בחולין (קלט: ד"ה הא), והביא יסוד האגלי טל מלאכת דש (ס"ק ל"ז ג') בהגהה דכל חזון וניעור לא חשוב חלות חדש אף שנתבטל באמצע, ויישב סוגיין עפ"ז. ולהמתבונן אין דבריו דחוקים כלל. וע"ע באילת השחר בב"מ (שם בסוף התוס' ד"ה ואולי) סברא דקה ועמוקה.

אולם וכו' ואף וכו' נושה חלוקה באופן אחר. וכמו שמטרו תלמידי הגר"ח בשמו "בריה

איז נישט קיין אליהו הנביא נאר ברירה מאכט", הובא בספר עטרת יעקב עירובין סי' ה' ע' קסד (מהג"צ ר' שכנא זאהן ד"ל) ששמע מפי רבו הברכת שמואל. ולכשון הממכר שליט"א איתא להדיא בחי' הגר"ח על הש"ס בחידושת תמורה ל' ע"א ד"ה והנה. וע"ע בספר הל' שכנים פ"ב ה"א.

אולם וכו' היה לו בעלות קודם החלוקה. וכ"כ השבט הלוי (חלקי' קנטרס הקדשים מסכת בכורות סי' ב), וע"ש שהרוויח לפי"ז ק"ו חת"ס (בחי' לבי"מ ע') שהק' על סברת התוס' דשאני צאן וברזל שהיה פעם ברשות הגוי, אבל אצל הולדות לא שייך (וכמו שהקשה בפנים), ואגב ע"ש העתק משו"ת עבודת הגרשוני (סי' ק"ב) שהעמיד סברת רבא אתלת צדדים. א) דאם הולדות כאפותיקי מפורש (דכ"ך שו"ת הורח בנכסי צ"ב), ב) רק בדיניהם כן ולא בדיני ישראל (ואולי בחר דיניהם), ג) רק מכה תפיסה בעלמא (ואפי"ה נפטר מכה זה) ע"כ. וע"ש שדקדק השבט הלוי שאי"ז כדעת הריטב"א והשטמ"ק בב"מ אלא כצד א', וכתב "וכן יראה בכמה גדולי ההוראה". אך בשו"ת חת"ס טע"ו ד"ה ומה שהביא מכתבי מהר"א (סי' ק"ל) מפורש כהצד הב' (א' ג') ועי' בדי"ה נפטר שדחה צד זה דאי"כ כ"ש לנו אינו שלנו בעיניה. ולפיכך דחה בעל הסברא הזה הלא הוא הצמת צדק (סי' ס"ב), ובנינו לא הבנינו דשאני הא שעיני הויי בירושתו. וכן תיכין ידו עמו שכן הוא לדינא.

ומדבריו וכו' דאינו מרגיש שום קשר מיוחד בדור רביעי. והנה לכאורה דבר מוזר הוא זה. אך מצאנו לזה סייע בירושלמי ב"ב (פ"ט ה"ג ד"ה כח), ר' חיייה רובא אמר סתם אחין שותפיין עד שלשה דורות, א"ר ברון אף רב המנוא הוריקן. ועי' בפני משה ד"ה סתם אחין שותפיין, כ"ז שלא חלקו בתפוסת הבית כשותפיין הן בכל הדינים. ע' ג' דורות, כלומר בסתם הן שותפיין עד ג' דורות ומתפרנסין מתפיסת הבית ביחד וכו' עכ"ל. וכנראה סמכו הראשונים ידיהם על מירמא זו, עי' בחי' הרמב"ן קמד: ד"ה מתני' ובחי' הרשב"א ונמוקי"ש (שם) שהביאו להך ירושלמי, וע"ע במראה הפנים מה שהביא עוד מהראשונים בזה, וע"ע תוספתא (פ"ה ה"ב) מכוונת לזה ע"ש. ואולי הוא קרוב לסברא הג"ל ועיין. וע"ע בבראשית רבה (ג' ד"ב) על הפסוק בפרשת וירא (כפ"א פסוק כ"ג), אם תשקר לי ולגני ולנכדי. עד כאן רחמי האב על הבן (הובא ברש"י שם), וע"ש במפרשים [ובאנקולוס] דרק בגי בנים כניין ולא דור רביעי. וא"כ אפשר דגם בנין דין שייך ענין זה. וע"ש סיום דברי המרש אשר רבי אבא עד כאן לאחים השותפיין. הרי דהמקור הוא ג"כ מהפסוק הג"ל. [באור שמח פ"ט מהלכות שבת ה"ב מציונא דוגמת דבר זה, וע"ש. וצ"ל שהוולד השני ככתו ותולדה, והשלישי, שהוא דור רביעי הוא הכח כמו התולדה התולדה והבן].

שם. אך כבר פירשו הראשונים בשם ר' שמואל מאיורא (ועי' בשטמ"ק בכורות) דרך

הבהמות למות וממילא מסתמא לא יהיו בעין ע"ש הענין. ומהאי טעמא אפשר הולדות נמי לא בטוחין כ"כ אבל בין אלו והדור ישלישי רחוק מאוד שלא ישבע רצונו של העכו"ם בעד חובו, דאף אם לא הצאן וברול ימותו עד אחד, מ"מ מב' דורות שלהם לא מצוי שלא ימלא חסרונו מהם, ובפרט שעוסקים הוא והישראל להפרות ולרבות מהם כנ"ל.

שי"ב פ"ט

והנה וכו' הם וזלדוניהן, והנה בגמ' גופא איתא בב"מ ע: וגבי בכורות היינו טעם דולדות פטורין מן הבכורה, ולא נקט הם. ובאמת שם הק' החתם סופר בחידושי וז"ל: ולשון מיותר הוא דגם על האמהות שקשיל וטרי, ומלשון רש"י נראה שלא גריס ליה וכו' עכ"ל. ולמפ"ש כאן הוא כפתור ופרח דרש"י לשיטתיה וא"ש.

שם. ובמשנה ליתא. וכן דייק בשו"ת בר ליואי (פדה"ת יור"ד סי' כ"ב), וע"ש שרצה לומר ההואיל והקדש מפקיע מידי שעבוד (גיטין סו) א"כ סלקא דעתך דמפקיע מידי שעבוד וכולם חייבין בבכורה, וע"ז חידש הרמב"ם ההואיל והצ"ב עצמן הם משועבדין ממילא חל שעבוד העכו"ם גם על הולדות ע"ש. ועי' בציון הסמוך.

והנה וכו' פטור מן הבכורה. אך בפשוטו היה נראה לפרש דמאתר שהאם פטורה בגלל יד העכו"ם שבה, לפיכך ולדוניה פטורים אף באופן שלא היה להגוי זכות בולדות, ועיין. ובספר הנ"ל כנראה נחית להאי סברא בדרך הגניחה (בדי"א אך באמת זה אינו) ע"ש. שו"מ דברים מפורשים בירושלמי פ' איזהו נשך בהאי מתני' (הלכה ה' דף כב), אחרי שרמי הש"ס מתני' דב"מ אמתני' דבכורות (הבבלי) בשם ר' ירמיה, תי' ר' יוסי בזה"ל: תמן שעיקרן לראשון וזולתן לראשון. ופי' הקרבן העדה (ד"ה תמן וכו') שהאמהות של עכו"ם הן וכו', והואיל ואמן ברשות עכו"ם קיימי גם הולדות ברשותו הן עכ"ל. והיינו כמו שכתבנו, ואפשר מאן מקורו של הרמב"ם. אך לא נתברר לי אם ר' יוסי בירושלמי אזיל כדנא, וכדעת רבא (בלא קיבל אחרייתו), או דילמא קאי כאב"י דאמר שקיבל העכו"ם יוקרא וזולא, ועיין.

ובמה וכו' שמושבנים לעובד מוכבים. וכהקושיא משמיה דהגרי"ז בכתבים (כאן ס"ד) וז"ל: צ"ע בלשון הרמב"ם דכתב בהל'

בכורות [פ"ד ה"ד] וכו', דהלא אי"ז משום דלא משכח לגבות כי אם משום דזה משועבד לכך, דאל"ה במה שיתפוס דבר לגבות לא יפטר מבכורה וצ"ע בלשון זה עכ"ל. ודודי המחבר שליט"א מבאר דבדוקא נאיד הרמב"ם מלכתוב "משום שהן משועבדים" דבאמת אין כאן שעבוד (וגם לא מהני שעבוד כמש"כ הריטב"א וכמה ראשונים ע"ש בב"מ), אלא יש כאן הסכס או טעות סופר בדו"ד של נכסי הצאן ברול שיגבה מהן ולפיכך חשבינן ליה כמשכון. אך צ"ע דגם משכון מפורש אינו כלום כמפורש בפסחים לא. דנכרי מישראל אין קונה משכון, וא"כ הדרא קו' לזוכתה מאיזה דין חשיב יד עכו"ם באמצע. וכן הק' מדנפשיה (על גוף הנפ')

בספר יד בנימין (ר' בנימין בן הגרי"ש אלישיב ז"ל) וע"ש מש"כ בשם החת"ס, וכמדומה שכונתו לשו"ת יור"ד סי' שט"ו שצירף סברת התוס' שהיה שלו מתחילה עם סברא חדשה דבדיני נכרים יש לו קדימה ליטול מהצאן. וע"ע שם מש"כ בשם יש מהאחרונים דאה"נ אין כאן אלא דין משכון אבל מאחר שהיתה שלו קונה אותן הנכרי (וכתוס'). וזהו דלא כמו שכתבנו בדעת הרמב"ם. וכעת יצא לאור שיעורי רבינו משולם דוד הלוי (להגיד דוד שליט"א בן הגרי"ז) והביא שם (סוף טז) דברי הרמב"ם ועמד בלשונו (בנוסח אחר מקושיא אביו ז"ל ע"ש שיש לחלק בניהם ואב"מ), ומסיק ג"כ "דבהמות אלו הוה כמו משכון". וכ"כ רש"י להדיא בסוגיין. [וכבר הקשתי לעיל (שי"ב פ"ט) למה העלימו רבותינו עין מזה]. ולא צירף סברת התוס' לכאן שמע מינה שלמד ג"כ על דרכינו דהוי משכון לחוד.

אך אכתי צ"ע דמאי שנא משאר משכונות וכמו שהקשינו לעיל מפסחים (ל"א), ואולי חולק הרמב"ם על הריטב"א (בב"מ ע' וס"ל דגם שעבוד ואפותיקי וכו"ב חשיב יד עכו"ם באמצע. ובוה א"ש לשון הרמב"ם "נעשה כמי שיש לו אחריות עליהן", דלכאורה תמוה וכי מה איכפת לן שיש לו אחריות והלא כמה ראשונים מפרשים שאין שעבוד ואפי' אפותיקי כלום ואי"ז יד עכו"ם. ועל כרחך דשיטת הרמב"ם הוא דאחריות בלבד חשיב מיעוט בזכות ובעלות הישראל ועכ"פ אלים יד הגוי. ובוה זכינו להבין מה שטרחו רבים וגדולים בהשמטת הרמב"ם דין בהמת ארנונא. עי' מהרי"ט אלגאזי הל' חלה (א"ת) ד"ה אשר עפ"ז (פמור ק"ב בעוז והדר) שתמה בוה

ותמה על המפרשים שלא הרגישו בזה ונדחק ליישב. ועי' בקרבן נתנאל (פסחים פרק א' את ע') שהניח בצ"ע. וע"ע בחי' הגרי"ז בכורות ג: דרך חדשה בזה.

אך לפמש"נ בדעת הרמב"ם (דמשכון פטור מדין דאחריות ושעבוד) נ"חא, כי מטוגיא דצאן ברול מוכח דתליא באחריות. ולזה טבע הרמב"ם כלל זה בלשונו וכמש"נ. וא"כ שוב אין כאן מקום לחידוש של ארנונא דשם ליכא שום אחריות,

(והא ראה דהרי אם ימותו כולם לא ישלם כלום, וכ"כ החו"א ד' ק"יב ס' ע"ב הובא בספר אהל משה צמ"ס בכורות ח"א ע' ר"ז בסוגיין וצ"ע), ואילו היה מספיק מה שהגוי ודאי יתפוס לא היה מצריך הרמב"ם להוסיף כלום על מה שבי' "גבה מן הבהמות האלו", ולמה הוסיף "נעשה כמי שיש לו אחריות וכו'", אלא אע"כ כמש"נ ומקום הניחו לי משמא להתגדר בו. שר"מ דיוק זה בספר דבר שמואל (פסחים ס"ה) אלא שהוסיף על זה, דע"ש שלמד דדין ארנונא הוא כדין שעבוד, וכנראה שהרמב"ם והתוס' כהדדי הן בעיניו ז"ל, ודלא כמש"כ דודי המחבר שליט"א. והנכון הוא שהרמב"ם דלא מארנונא לצ"ב ודו"ק. (ורק הש"ס מיבעי לאשמעין דסלקא דעתך דוד עכו"ם באמצע אפי' כל דהו, אבל השתא דידענו דינא דצ"ב פשיטא דארנונא שאני. ומה גם דרק ברא מיבעי למימר הכי אבל לאב"י ודאי אין להכריז).

ובמה וכו' כמי שהסכימו בפירוש שהבהמות יהיו ממושבנים וכו'. וזה לשון תוס' הרא"ש בב"מ ע: ד"ה אין, וזו אינה אלא רבית דרבנן, ודמא למשכנתא בלא נכייאת שהמקבל הנכסים נתחייב במעות והנכסים כמו משכון וכו' עכ"ל, הרי להדיא כמו שכתבת, ואף גם הרווחנו ולשונו הובא על התוס' הרא"ש "כמו משכון" דאינו מובן למה נייד מלומר משכון להדיא, ואלא ע"כ כמש"נ. ועי' בספר עטרת שמואל ביאור נחמד בדבר זה "כמשכון", והנלע"ז כתבתי. וע"ע בתורא"ש שם שהביא עוד פ"י דהוי רבית דאורייתא ולגמרי של ישראל, ומשמע דזה אינו כהפשט הנ"ל ואינו משכון, וכ"כ להדיא שם "שעבוד בעלמא". אך המעיין היטב עד סוף הדיבור יראה דס"ל כהתוס' למסקנא, וא"כ פירוש הרמב"ם ופי' התוס' נכללים בב' פירושי שם. ועיין עוד דמבואר בדבריו דהב' שיטות בראשונים אם הרבית מדרבנן או מן התורה תליא בב' פירושי הראשונים שהוכחנו ודו"ק.

שער יג: בענין עדות בינונית וזיבורית

המיוחסים להריטב"א ר"פ הנוזקין (ט"ז) ולפיכך חולק על זה. וכן כ' סברא זו ברעק"א (ז: בדי"ה אליבא) לבאר שי' היש אומרים.

והנה עיין וכו' אלא כל דבר ראוי לתשלומין. עי' רמב"ן רשב"א ר"ן ורבא"ד (בשטמ"ק) בריש סוגיא דמיטב דמבואר בדבריהם שיסוד

התשלומין הוא "ערוגה בערוגה" וכעין "זו תחת זו" ואכ"מ.

שם וכו' ואינו יכוף לפטור עצמו ע"י סובין לבתחילה. לא נתבאר כ"כ גדר זה, דאם כל דבר ראוי לתשלומין א"כ כל מזיק יפרע על כרחו של הניזק בפחות שבכלים ותתבטל תורת

שי"ג פ"א ונראה וכו' הוא הדין בזה ובע"פ חוב. וכל מלוה הכתובה בתורה כגון ערכין ופדיון הבן.

שי"ג פ"ב ויש לדקדק וכו' כ"ש דבינונית דמזיק הישב מיטב היכא דעדיף מעדיית דניזק. וכן הק' בחי'

מיטב. ואין לומר שלא נקנית בעל כרחו, דפרען בע"כ י"א דשמי' פרעון, ועוד דיש אופנים דמניה, ולדוגמא יורד לתוך רשותו ונטע זרעים וכיו"ב, דקנה למלא. וע"ע בביאור הגר"א סי' תנ"ט ס"ק א' ודו"ק.

והנה מצינו וכו' בנצטם המעשה ההיזק, לא מצאנו מעשה מוזיק אצל אדם המוזיק. ואצל בהמה וממונו המוזיק לשון הש"ס הוא מדפסע ולשון הקרא הוא "ולא ישמרנו". ובראשונים ופוסקים הסכימו דאינו אלא גרמא בעלמא (לולי נהיב), וע"ע בשו"ע הגר"ז א"ח תמ"ג (ק"א אות ב). ויש מן הראשונים (בפרק השואל) שכ' דאין מעשה ההיזק משעבד נכסי המוזיק אלא בשעתו. וכבר דיברו בזה התרומת הכרי והחזו"א בסוגיא דאשו בדברי הנמוקי" כב., ובכלל צ"ע הגדרה זו שיש דין 'מעשה' לבעל חי, וע"ע בחידושי הגר"ח הגדפס מחדש על מסכת ב"ק (ברייתא הספר) ובציונים לשער ו.

שם וכו' וכ"ה הריטב"א בניטין. הוא במיוחסים להריטב"א (ובאמת הם לרבנו קרשקש), אמנם הריטב"א גופא שם כתב כנוסח שאר ראשונים בסוגיין (רמב"ן רשב"א ר"ן ורמב"ם בשטמ"ק יעו"ש היטב).

שם וכו' מפני שהתורה קנסה למוזיק. הנה בלשון הגמ' לא נזכר כלל קנס ובכלל הראשונים שמצאתי בסוגיין לא הוזכר דבר זה לא מהתוס', ואף שם לא הוזכר אלא בתירוץ ה'ברי נמי', וגם אין כוונתם לומר קנסא לאפיקי ממונא, אלא לשון חומר ותקיפות, וכעין הלשון 'לקתה מרת הדין'. וכן מפורש בתוס' לקמן דף פד: ד"ה קנסא דדבר שאין בו חסרון כיס קרי קנס (א"ע"פ שמפנוא הוה), וכן מבואר בגמ' לפינוי שכו' המוציא מחבירו עליו הראי', והוא תמוה דאם קנסא הוא לא שייכא לממע"ה (וכן הק' האחרונים). וכן ק' דקיי"ל דמתני' (ב) לא קמריי בקנסא (פי' ה'), וע"כ הרי אדם דין בהשואמ והגבייה. וכן מצינו כיו"ב במרחבי הש"ס לקמן (ג) גבי אכלה סמדר רואין אותן כאילו וכו', וע"ע בפסחים (ב) דמבעי ליה אם לפי מידה משלם. וציינו לזה בחי' הרמב"ן והרשב"א ועוד ראשונים כאן ובגיטין מ"ח ואין השומא לפי דמים ממש. ולקמן ש"ג פ"ח נגע דודי המחבר שליט"א בסברות אלו יעו"ש. אך במכילתא דרשב"א א' להדיא בקרא דמיטב יכול קנסינן ליה וכו'.

שם וכו' אצי"ג דבכ"ל ספק טמון נקטינן לקולא. להלכה קיי"ל דספק מוזיק לא חשיב ספק מקון, ע"י רשב"א ותוס' לעיל (ב), וכדביארו בחת"ס (שו"ת יורד רמ"א) והגר"ח (טנסול) וכמו שהארכתי בציונים במק"א ואכמ"ל. וע"ע בזה במרומי שדה להנצי"ב.

ונפקא מינה וכו' אין בזה השלמה ופיקוק ההפסד אלא תלומין בעלמא. אכתי ל"ע דכל כמה שהחיוב הוא להשלים חסרונו, אכתי י"ל בכלל מאתים מנה. וע"י בחי' ר"ש (סי' ד, ג) באופ"א, ואפשר שדבריו עולים בקנה אחד

עם משנת' כאן. וע"ע שם (ברייתא וחד מבני התבורה) שכ' ראייה לזה, וגם נפק"מ לדינא.

ועיין בתוד"ה וכו' ואפי"ו יותר ממה שהויק. וכן ת"י בבית אהרן (הוללקין) ביתר ביאור. ולענ"ד אפשר שזוהי כוונת המהר"י הן צדק שהובא בשטמ"ק ע"ש.

הוספה לפרק ב

בהא דחקר ברדיא דמיטב אי נתחדש בזה דין בהמעשה מוזיק או מצד התשלומין, יש להעיר דבאמת צ"ע להגדיר את עיקר חידוש התורה בהא דמוזיק חיבי, דהלא מסברא ליכא שום חיוב דמוזיק, וכדכתבו הראשונים בכמה מקומות, ע"י תוס' קידושין יג כתובות נו. בכורות מח. ובגמ' ערכ"ו. וא"כ ראוי לחקור ולעיין בעיקר שורש החיוב מוזיק האם הוא משום המעשה או גדר תשלום אחר. ויש להביא ראיות לכאן ולכאן. ויש לציין בזה מתורת מרן הגר"מ פיינשטיין שפירש שמעתתא זו כשמלה, ותמצית דבריו שחקר ג' אופנים בגדר החיוב: (א) מעשה מוזיק (או כעין עובש על חטא, או מרין אחרית על עפשי), (ב) אחריות החפץ (ובכ"ז השומר או כעין לוקח כלי המאומן ב"מ פ"א. ג) כעין ממוני גבך (ובכ"ז אם אכלה או קנאה בקיין), ע"י דברות משה ח"א סי' ז' ענף ד', סימן י"ז ענף ב'. ובח"ד בשיעורים סי' ז' ענף ג'. שוב מצאתי שהגרע"ק (ברייתא פ' הנוקין) נסתפק אי משתעבד עידית שקנה אחר ההיזק או אינו משתעבד אלא מה שהיה תחת ידו מההיא שעתא והניח בצ"ע לדינא. ונראה דשורש הספק תליא בהנ"ל. ומסוגיא (ג) דרמי ליה אביי לרבא מוכח דתליא בגוביינא ופרעון ע"ש ברש"י ד"ה מדעתו, ופשוט. אי מדף ת. מבואר להיפך ע"ש 'היתה לו עידית ומכרה' וברש"י שם. אך בראשונים בגיטין (ג) מבואר דפליגי בה להדיא, ע"ש ברש"י ד"ה שפאי עידית וברשב"א דפליגי עליו, ובמאירי דמפורש דגבי' כשעת העמדה בדין. (וע"ע ראיות להפסד חמ"ל שלפ"ה סי' טו). ולהלכה ע"י בשו"ע חו"מ סי' ק"ב סעי' ד' ובש"ך (סי' ג) שנתחבט בזה לדינא סיים בצ"ע. והנתיבות המשפט (סי' ב) הכריע מדעתו. וע"י בביאור הגר"א (סי' א) מה שציינ מחלוקת הראשונים בשורש הענין ואכמ"ל.

ש"ג פ"ג

(בבא קמא ד) אהני קרא וכו' ועיין בשיטה מקובצת. וע"י ברע"ק א"ג כ"ד דשו"ט בזה. וע"ע במהרש"א (ג) שנראה דס"ל כהאית דאמרי בהרא"ש. וכן דקדק הרש"ש (ה) ותמה עליו דאישתמוטי שדיבר הרא"ש מזה. וע"י מה שיישב דעת המהרש"א בחי' ר"ש (בנהגה את ד), וע"פ זה אפשר דגם קו' השטמ"ק אתיא לכו"ע, ועיין.

ש"ג פ"ד

וכתבו התוס' וכו' והכא מיירי אליבא דרבי ישמעאל דמיטב היינו עידית דניוק. וכן הק' הנצי"ב כאן, ובתפא"י בגיטין (ט), וע"י מה שתירצו כל אחד באופ"א.

ש"ג פ"ה

וכתב המהרש"א וכו' דמרויה על ידי כך. ע"י חת"ס בגיטין מט. במש"כ בדעת התוס', דס"ל כהסמ"ע (פי' תי"ט ס"ק א) דיד המוזיק על העליונה. וע"י בנצי"ב מה שתיי' ע"ז דורו נפלא.

ונראה דמהרש"א וכו' והשתא וכו' דאין בזה דין חדש על עיריות. וכן הבין הרש"ש (יש ח) וע"כ ס"ל דנעלם סימן שלם של הרא"ש מעיני המהרש"א. וזה תמוה וע"י בציונים בסמוך ש"ג פ"ג ודו"ק.

ש"ג פ"ו

וכתב רש"י וכו' ויש לדרקוק וכו' למה חשיב ליה גריעותא ממה גרע וכו'. וע"י בתוס' תלמידי רבינו פרוץ (והובא בשטמ"ק בטמו) שהק' עוד וז"ל: וק' לפירושו מאי גריעותא דפעמים יכול להיות יפוי כת, כשיזכורת ידיה לא שואא כעידית דניוק וכו' עכ"ל. והנה בשיטה עמ"ס ב"ק להמהר"י קאשטרו ז"ל (מקיפת מן הבית יוסף) הגדפ"מ כאן ב"ה רש"י ועוד, עמד בזה בתוך דבריו, וע"ש שפירש מתחילה דברי רש"י באופן שממילא לא קשה עליו קו' התוס'.

ועוד הק' עליו התוס'. וע"י במפרשים מה שכתבו ביישוב קושיותם, ע"י פנ"י כאן ובחי' רבי אריה ליב ח"א סי' נ"ב ד"ה וכן שיישב ע"פ הרשב"א בגיטין מט' בסוגיא דמיטב. וע"י תפארת יעקב בגיטין מט. בתוס' ד"ה ועוד, וכבר קדם ליישב זה בספר שיטות קדמונים מכת"י בגיטין שם ד"ה ועוד ע"ש. אכן לפי ישוב דודי הגהמ"ח שליט"א בפנים יובן שורש וגדר פלוגתתם של רש"י ותוס', יעו"ש.

ש"ג פ"ז

והתוס' פירשו וכו' ויש לדרקוק למה לא רצה רש"י לפרש קושיית הגמרא כדבריהם. וע"י בפנ"י (ברש"י ד"ה ועוד) מה שתיי' בהו' וע"ע בחי' ר' לייב (סי' נ"ב ד"ה וכו') שביאר אופן מחודש. ואולי ח"א וכו' מנ"ל דדין זה נתחדש גם לפני הקדש. וע"י רש"י (ז' ד"ה שור) בטעם למה קיל נזקי הקדש בקרקע.

ש"ג פ"ח

ונראה לבאר וכו' כפי מה שפירות נמכרים. ודלא כמש"כ הרמב"ם בפ"י המשניות (פ"י ס"ב) וז"ל: ואמנם שער זה בששים, כמו שרוב השיעורים אצלנו בששים כמו שנבאר במס' חולין (צ"ח) עכ"ל. וע"ע בציון הסמוך. וכן הוא נמי בקרקעות וכו'. כל זה רק לפי הדרך שחיוב תשלומין הוא מצד גוף ההפסד, והיינו מצד השומא והפרעון, וכמו שחקרנו לעיל ש"ח פ"א, ולא מצד המעשה מוזיק כמו שהכריע שם (ברייתא והנה מצינו) בפירושו הש"ס (ב"ה) (ג). ואפשר דאה"נ רש"י יפרש שם פי' אחר.

וע"י באגרות משה חו"מ (ח"א סי' ל"ה ענף א) ג' אופנים בגדר מחובר לקרקע כקרקע, ובמה שפ"י לפי"ז שומא אגב שדה במוזיק (בכ"ה ג). ויש לעיין אם עולה יחד עם משי"כ בדברות משה כמה פעמים בכללא דמוזיק (ע"י ציונים שם).

ובחי' מרן רי"ז הלוי (במכתבים עמ' 160) ג"כ כתב בזה, וסברתו נוטה דאיכא בסוגיין ב' אופנים לעשות שומא. והוא קרוב למה שכתב בפנים. וע"ע בחזון יחזקאל (פ"ו - הי"ד ה"א אל"א) מ"ש"כ בזה. ונמצא לפי זה דאין כאן וכו' דס"ק א דתתיה. וקשה דסברא זו נדחית למסקנא. ותו דשם רבא הוא הדוחה וכאן נמי הוזכר רבא בסוגיין.

שם וכו' ומש"כ דמים יקרים וכו'. תימה דכבר דרשינן מישיב לרבות שוה כסף דלפי דמים משלם, וא"א לשלם דמים יקרים באופ"ז, דע"י פסחים (ב"ב) לגבי מזיק תרומה מבעי ליה להגמ' אי לפי מדה משלם או לפי דמים. ורש"י ד"ה איבעי להו פ"י דלא סלק"ד הכי רק בפירות תרומה כיון דקפיד רחמנא אתשלומי פירות ולא מעות, אבל בשאר נזקין ודאי לפי דמים משלם מגז"כ ד'שיב' לרבות שוה כסף דלפי דמים הוא עכ"ל. ותמוה דלכאורה סותר הסוגיא לפנינו דקפיד רחמנא דוקא אפירות או ערוגות ולא אמצעות, וע"ע. וע"ע ברמב"ן ורשב"א ועוד ראשונים בסוגיא דמיטב שפירושו מסקנת הגמ' (ג) דלפי דמים משלם, וע"ע כנ"ל. והנה באמת כבר פליגי רש"י ותוס' חדא זימנא לעיל (ג) בסוגיא דמכליא קרנא, רש"י סבר דלא מיקרי מזיק ממש משום שיחזור ויצמח, ותוס' (ד"ה הא) תמה עליו דסו"ס מה שאכל נפסד לעולם, הרי לר"י שמין אותה אגב ערוגה, והתוס' מחייבו "דמים יקרים". (וכן שמעתי לאלות זה ממורי הגמ"א אריאל שליט"א), וצריך תלמוד להשוות השיטתם בכל הסוגיות. שוב ראיתי בדברות משה סי' פ"ג ערה ב' (ד"ה ולא ידעי) כמה ש"כ לחלק בין דף ג' לדף ג' יעו"ש. ואיכא עוד סוגיא (בדף ג' ב) שמין ולד אגב פרה וקוטע יד אגב גופו שמדמה הש"ס שם למזיק שדה חבירו, ובודאי ליכא על זה שום קרא (חזק משה) וצ"ע. וע"ע בחזון"א (פ"י י"ד סק"י ד"ה וכן) שזוקר בדליכא אלא ערוגה אחת אי שיימנן בפנ"ע אי לאו, ולכאורה תלוי בכל מ"ש"כ, ועיין.

ומובן נמי וכו' ולח"ק קצת ע"ל המזיק. וכן מצינו סברת הש"ס (ג) נמצא אתה מכחיש את המזיק. וע"ע למה מרחמין בדין, ובפרט לרעת הניזק. וע"י מש"כ התוס' (שם) בד"ה אי ובמשי"כ בכוננת הגמ'. ולפי"ד לא שייך כלל לענין קולא או חומרא. ולדבריו צ"ל כן אף ברף נח: ודלא כמשי"כ וצ"ע. וע"ע לעיל (ג) סברת רב אחא בר יעקב להיפך א"כ הורעת כחן של נזקין וכו', וצ"ח. אך פרש"י (נה: ד"ה שמיין בית סאה) כ' להדיא "מפני שפסדי מזיק". הרי רא' למשי"כ בפנים. אמנם הרמב"ם השמיט טעם זה בחיבורו (ע"פ פ"ג ד"ה), וכן לא הובא בטור ובשו"ע (ע"י סי' שצ"ה). שר"מ שנתקשה כעיי"ז בחידושי מרן רי"ז הלוי (במכתבים עמ"ד 160 ד"ה ונתת צ"ע) יעו"ש דברים נפלאים. ומדויק כן וכו' וקרי ליה דמיהן. ולפי דיוק זה מובן לשון הרמב"ם (פ"ט ממתני' הס"ח) וכן העתיק השו"ע (י"ד ר"ע סעי' ג') כשהביא דין הש"ס (לעיל ג) דבתים שדות וכרמים דאיכא

שתי שומות זולא ויוקרא וז"ל: ואם הניחן עד ימות החמה מוכרן בשויהן "בזמן מכירתן" עכ"ל. הרי דס"ל דה"מחיר האמיתי" הוא בניסן.

שי"ג פ"ט

וכתבו התוס' וכו' ויש לעיין מהי התל"ה. וכן הק' בפנ"י בגיטין (פ"ח).

שי"ג פ"י

ורב הונא וכו' אב"א מטלמין אין להם חשיבות בעצם. ול"ע בזה, ובמשי"כ דרק מי שיש לו כסף וקרקע נחשב עשיר מפני שזק זה נחשב "רכוש", והלא מקרא מלא דיבר הכתוב (ק"ה פט"ו פ"ב), ותפתח הארץ את פיה ותבלע אותם ואת בתיהם וגו' ואת כל הרכוש. הרי להדיא דעושר האדם נדון אף על המטלטלין, כי זה היה לשון התנאי של משרע"ה לעיל (פסוק ל') ובלעה אותם ואת כל אשר להם ויורדו חיים שאולה. הרי דאף מטלטלין של קרח הוכנסו ליבלע וכללו הקרא בלשון "רכוש". וכן כתבו המפרשים, ע"י אבן עזרא ועוד וצ"ע. עוד יש לתמוה דאם אמת הוא מ"ש"כ דעושר נידון רק לפי כסף וקרקעות, נמצא שעני מכסף וקרקעות מותר לו ליקח מתנ"ע ולקט שכחה ופאה וצדקה, וזה חידוש גדול, ואפשר אה"נ כן הלכתא, אך מלשון הרמב"ם (פ"ט ממתני' הי"ד) לא משמע כן וז"ל: עני שצריך, ויש לו חצר וכלי בית אפי' היה כלי כסף וכלי זהב אין מחייבין אותו למכור את ביתו ואת כלי תשמישו וכו', במה ד"א בכלי אכילה ושתייה ומצעות ומלבוש וכיו"ב, אבל אם היו כלי כסף וכלי זהב וכו' מוכרן וכו' עכ"ל. הרי דכל שאר מטלטלין חייב למכור וחשיב עשיר ולא עני וצ"ע. (ואולי כוננת ה"רם דוקא כלים של כסף וזהב והוי כמקומו). שוב מצאתי בקרית ספר ש"כ דכ"ז תקנת חכמים שלא להפסיד עניים אחרים אבל מדאורייתא עדיין עני הוא, וא"כ את"ש. וכן יש להביא ראיה מדין מאתיים זוו במשנה בפאה (פ"ח מ"ח) ובכרייתא בסוגיין מי שהיו לו בתים שדות וכרמים וכו', ולא א"כ ג"ס למטלטלין. וכן הרמב"ם הביאה כצורתה, ולכאורה צ"ע. ולמשי"כ בפנים א"ש דאף מי שיש לו מטלטלין חשיב עני מן התורה ודו"ק. ומצאתי אסמכתא מקרא ע"י דברים י"ג (פסוק ט"ז י"ז) בעיר הנדחת שאסור ליהנות משום ממון וחפצים שבה וכולה כלי, ולא נקט שם לשון רכוש. עוד סמך מקרא (פ' עקב י"א ר"א) ואת כל היקום אשר ברגליהם, ופרש"י זו ממונו של אדם שמעמירו על רגליו ודו"ק. ואפ"ל דעיקר הגמ' דין לא היה אלא על ממונם ממש, והא דנבלע "כל אשר להם" הוא מדין אחר, אולי משום קלון שלא יאמרו וכו'. או מענין כיון שניתן רשות להשחית וכו'. ומכ"ז יש לנו הכרעה במה שנסתפקו האחרונים בדין שוה כסף (מטלטלין) ככסף, האם הוא משום שניתן להשיג ע"י כסף ממש, או מצד עצמו שיש לו דין כסף (מריבו)

קרא) ודו"ק. ע"י באבני נזר אב"ע (סי' שפ"ב ב') ובדברי יחזקאל (סי' ל"ח א').

ובכתיאור הדברים וכו' דעצם מהות החיוב הוא ממון ואם היוק מנה ח" עליו תשלומין של מנה. הנה אמת נכון הדבר שאם היוק מטבע של מנה כן הוא שחייב מנה ממש, ואף כזה ע"י בכ"ק (ג). פלוגתא אמוראי בכה"ג, אבל בהיוק של נכסים וחפצים וחבלות וכו' למה נימא הכי וצ"ע. ויותר מזו כבר מצאנו בכמה סוגיות בש"ס חילוקים רבים בין תשלומי דמים לעצם הדבר, ע"י פסחים (ב"ב) לפי מדה משלם או לפי דמים משלם יעו"ש הענין. וע"ע פסחים (ט"ז) בחמץ של הקדרש. ובכ"מ (ט"ז) אמר רבא הני שקולאי דתברו חביתא דחמרא יעו"ש ובפלוגתא רש"י והרמב"ם (מובא בכ"מ ס"ט). וע"ע בחו"מ (סי' ד"ש סעי' ה') פלוגתא המחבר והרמ"א לדינא. וע"ש בנו"כ ובפרט בנתי"מ (פ"ק ב') ובקצה"ח (ס"ק א'), וע"ע פלוגתא הרמב"ם והראב"ד (פ"ה מטוען ונטען ה"ב) שכתביעת תשלומי נזק קרקע, אם זה תביעת דמים או קרקע, שלהרמב"ם הוא תביעת קרקע ולהראב"ד תביעת דמים. וע"ע פלוגתא הרמב"ם והראב"ד (פ"ו משכירות ה"ג) בענין תשלומי נזק בחפץ אם הוא דמים או לא. וע"י במחנה אפרים (נזק"מ סי' א' ד"ה וראיה) ש"כ שאולי לשיטתייהו, וע"ש מה שצ"ע לעוד רמב"ם. וע"ע חו"מ (סי' צ"ה סעי' ו') פלוגתא הגו"ע והרמ"א, וע"ש בקצה"ח ס"ק ח' ש"כ ביאר סברתם כנ"ל. וע"ע בחי' רבינו חיים הלוי (פ"ה מט"ו ס"ט) מה שהתרחיבו היריעה בזה, וע"ע לשונו "חליפי הקרקע". ובאמת לשון הפסוקים מורה ל"ע ז' זה, שלם ישלם שור תחת השור (שמות כ"א ל"ו ויש בספרא ושאר מדרשי חז"ל), וע"ע שם (פסוק ל"ח) לשון הקרא "תחת השור", "תחת הש"ו" וע"ע שם (פסוק כ"ג, כ"ד, כ"ה, כ"ו, כ"ז) "נפש תחת נפש" "תחת עין" "תחת שן" "תחת חבורה" "לחפשי ישלחנה תחת עינו".

שם וכו' אב"א רב הונא ס"ל דעיקר התשלומין דעצם מהות החיוב וכו' החיוב תשלומין בפועל. לא יאיתברר כ"כ במה הודה לרב פפא ובמה לא. וממשי"כ אצל רב פפא דענין מיטב הוא כל המתקרב לכסף, ע"כ מוכרחין ללמוד שרב הונא חולק על הגדרה זו וס"ל דאין זה ענין המיטב אלא גדר אחר, ואדרבה גם כסף ממש לא הוא מיטב. וע"ע בגיטין (מ"ט) דר' שמעון דרש טעמא דקרא ומבואר שם להדיא שענין המיטב לא נתייחד משום כסף כלל, (וכ"כ ר' משה הג"ל וע"ש הגדרתו ע"פ ד"ה ומשפע וכו' עד סוף הריב"ר "בכתבה כסף גרוע"). וע"פ האמור אין האפשרות לשלם בכסף מחמת שזהו "מהות החיוב", אלא דין אחר לגמרי. ואפשר משום דכל עניני תשלומין כן הוא. וע"ע בדבר"מ שם ענף ד' (כ"ה) ומה שיכול ללשם).

שם וכו' כ"ה המתקרב ביותר לנכסף. וכ"כ הדברות משה (חלק ג' סי' ח' ענף ב' ד"ה וגם) יעו"ש. ולפי"ז ניתן להבין דרשת המכילתא דרשב"י

(פרק ב' ד' ו'): מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם, למד שאין שמין לו אלא מן המטלטלין ע"כ. ולכאורה הוא תמוה ביותר. וי"ל מאחר דענין מיטב הוא "כל המתקרב יותר לכסף" ס"ל דמטלטלין הוא המתקרב יותר. ועי' בקי"ת מלך שצ"ן לדרשה זו כמקור לדעת הרמב"ם (פי"ח מנזקים ה"ה) דאין גובין מקרקע עד שאין לו מטלטלין כלל.

שי"ג פ"א

ובכבא קמא שם וכו' התשלומין הוא מיטב. ועי' בבבאור הגר"א סי' תי"ט ס"ק א' שלמד דדין מיטב לר' הונא נאמר רק כשאין לו מטלטלין. ועי' מש"כ בזה הגר"א אהרן כהן ז"ל (רי"ה תבונן) בבית אהרן (סי' ד' א').

ובכבא קמא וכו' אולם יש לדקדק. וכן הק' בדברות משה בב"ק (תי"ג סי' יח ענף ד' ד"ה ועי' בתוס'). ונראה וכו' ושאינו קנין מוחיב תשלומי נזק. וכ"כ בחי' רבי שלמה (תי"ב סי' מ"ב עמוד ר"ל), וע"ש שצ"ן לאבני מילואים (סי' כ"ז ס"ק ב). וכן תי' בשיעורי רבי שמואל בקידושין (אות כ'), ע"ש ש' לסברא זו כדי ליישב קושית העצמות יוסף דניבעי בקידושין מיטב כנבונקין, וגם הביא לדברי החזו"א בזה (בקידושין קמ"ח) שנקט מדנפשיה ג"כ לסברא זו לחלק בין קנין לתשלומין, ותמה על דברי התוס' דהו"א דבעי מיטב בעבד עברי.

ונראה וכו' איכא למימר וכו' דאם שוה כסף נחשב כסף. ועי' מה שדנו האחרונים ביסוד דין שוה כסף מובא בסמוך בציונים לשי"ג פ"י.

ואם כן יש לומר. וכן תי' בדבר"מ הנ"ל (בר"ה ולפ"מ שביתא) אלא באופ"א קצת ע"ש.

שם וכו' אבא לא זיבורית דקשה להחליפו לכסף. ועי"ז שם, בר"ה אבל, ע"ש.

שם וכו' עיקר תשלומין הוא כסף. וע"ע מה שהוכיח מזה האבני מילואים (סי' כ"ז ס"ק ע) דאף זיבורית יש לה דין תשלומי כסף, דאל"ה היאך מחייבים המזיק לתת זיבורית כשרוצה בזה הניזק (שם בגמ'), והא ס"ס לאו מיטב הוא, וע"כ כדכתבנא וא"ש.

שי"ג פ"ב

יש לדקדק וכו' הא ודאי זה אינו. עי' רמב"ם פ"ט ממתנ"ע ה"ג ובקרי"ס שם (מוכא בעינים לשי"ג פ"א), ומבואר דתורתו לו ליקח מעיקר הדין, ורק משום פסידא דעניים אחרים אין נותנים לו כן. ובמאירי כאן (ו') מבואר דבמקום שנוטל מעשר עני גם לקט שופ"פ צדקה יכול ליתול. עוד כתב רש"י וכו' אהן כן מה גדרו בענבה. ועי' באחרונים מה שהגדירו בזה, בתורי"ת וקהל"י (ו' ב) ושער"י (ה' ט' ד"ה ובס'), ועי' דבר נפלא בדבר"מ (תי"א סי' ג' ענף ד' ד"ה והביא) שעי' נתנית פלגא חשיב יש לו לוקחים כניסן ולא הוול, יעו"ש חידושים נפלאים. והנה חלקו על רש"י כמה מגדולי הראשונים ז"ל ולכאורה מטעם דוחק זה, עי' ר"ף וכן משמע ברמב"ם, ועי' דרך אמונה (פי"ט ט"ז בבבאור ההלכה) שהניח בצ"ע.

והשתא נראה דיש שני דיינים וכו'. וע"ע בחי' רבי אריה לייב (תי"א סי' ג') ע"ד"ז וכן הוקשה ליה לשון רש"י "גזול עניים" ותי"ז ביהר בביאור.

ולפי זה וכו'. יל"ע מהי עיקר השומא דע"פ מחיר זה תלוי חלות שם עני. וכן מבואר ברמב"ם דבבתים וכרמים כ' "שויהן" וזמן מכירתן" רק אצל שומא אחת ולא אצל שתיים, ואיזו זו, יוקרה דלקמיה, וע"כ זהו העיקר ואינו חשיב עני. וכע"ז מצינו בב"מ צט: בענין שבר חבית דמקליל" על השקלאי לשלם פחות מעצם המחיר. הרי דעצם המחיר היא יוקרה דלקמיה (שהוא יום השוק). ועי' מש"נ בשי"ג פ"ג.

והנה עיין וכו' אינו נוטף אלא מעשר עני וכו' אבא אינו נוטף אלא. ותמוה על מרן בעל הדרך אמונה שכ' (בפי"ט ס"ק קי"ד) דגם לקט שכחה פאה וצדקה בכלל ע"פ דעת המאירי ועוד, אהר שמהרמב"ם משמע להיפך. שו"מ בתיקונים מהדורא שניה ורביעית שכ' לדון בזה. ועי' ש"ך רנ"ג ס"ק ה' דאין מאכילין אותו אלא כדי צורכו דבר יום ביומו. ועי' בציון הנ"ל ד"א שנוטל אלא.

ונראה מוכח וכו' אבא מעשר עניים אינו מיוחד לעניים. סותר קצת למש"כ לעיל דהוי לשבת העניים. ואולי שם כתב רק בדעת רש"י וכהא פליג הרמב"ם עליו וצ"ע.

שי"ג פ"ג

ולפירושו קשה וכו' וצריך עיון. אך באמת יש כמה ראיות דאפשר לקבוע המחיר לפי לקמיה. עי' חו"מ סי' ק"ט סעי' ג' ובסי' ק"א סעי' ט' וכמו שהבאתי בציונים לפט"ז.

שי"ג פ"ד

אלא נראה מוכח וכו' הוא מתקנת חכמים. וכן משמע מלשון הש"ס והרמב"ם והשו"ע שנקטו "סבל", וכ"כ האור שמח, וכתב דאם מזיק בידי ולא בפשיעה בודאי ליכא תקנת" בזה וחיוב נז"ש. ומקצת חכמים שיבחו פי' זה, עי' גידולי שמואל בב"מ שם, אך רוב הראשונים לא פירושו כן, וכל שאר הנושאי כלי הרמב"ם והאחרונים, אע"פ שאין שלום ביניהם בשמעתתא זו, מ"מ כולם פה אחד מפרשים דדינא דסבל הוא דינא דמזיק, (ובטעם שנקט סבל כתבו בזה טעמים שונים, עי' נתבאר סי' ד"ש ס"ק ב), ונביא הדברים בקיצור: ברש"י ותוס' מבואר שהש"ס מייירי שברשו אלא ביום השוק, וכן דקדק הפוסקים עי' למטה. אך עי' רא"ש (סי' י"ז) וריטב"א (ד"ה כתב ד"ן ד"ה בשאר) שטמ"ק (כעס הראב"ד) מאירי (ד"ה בכתפס) נמוק"י (ד"ה ביופא) רשב"א (במ"מ כאן) ועוד, דמייירי הש"ס כששברו ביום השוק, ולפיכך לעולם משלם מחיר היוקר, (ורק בשובר בשאר ימים משלם הפחות), והטעם הוא, משום הכלל דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה (עי' בבב"ק צ"ג). וכן פי' הגר"א (סק"י). ועי' בחזו"מ סי' ד"ש בסמ"ע (ס"ק ט) קצורה"ח (ס"ק א')

נתה"מ (ס"ב ב) ובמרכבת המשנה (כאן), וע"ע בש"ך (ס"ב ג') שכולם כתבו להקשות ולדמות הגוינין לשאר דיני מזיק ושומרים כגון כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ועוד סגויות, ולא חלק חיד מנייהו דשאני הכא דתקנ"ח הוא יעו"ש. וע"ע בבב"ק (צ"ג ב') אופנים לעשות שומא בדבר הנגזל, וכן הוא בכל חפצים העשוין להשאל ולהשכיר ופשוט. ואם כן מבואר דגם כאן בסבל הוי מענין שומת ההיזק הואיל ואיכא ב' שומות, וקמ"ל רבא, או דאזלי בתר שעת הנזק (ועי' בהראשונים), או דאזלי בתר שעת תשלומין כי זהו עיקר השוויות, וכע"ז פירושו האחרונים, עי' חזו"א כאן ובב"ק (סי' ח' ס"ק י"ד), ובאבה"א (כאן), ובחזו"ן יחזקאל בבב"ק (י"ג ע"ג). ועוד. וע"ע בערוה"ש ס"ק ז' שסידר כל שיטות הפוסקים, ובמחנה אפרים (ד"ה הל' נזק מנוק) מביא כל סגויות הש"ס לפונדק א' וגם סוגיא דידן, וכן מבואר בקוצר אמרים בצפנת פנחנ (כאן ובאישות כי"א י"א ובגדלים פ"ו ה"ד) והביא לזה ראיות מכולא תלמודין. שוב מצאתי בדברות משה (תי"א סי' ג') ענף ג' בסוגיא דמיטב משערי לסגוין (רבי"ם צ"ט) ומבאר ע"ד"ז דהוי מדינא דמזיק ושומא וכמש"נ (ולא תקנ"ח), והביא ראיות גם מלשונות הראשונים כאן, יעו"ש.

שם. וע"ע בדברי הרמב"ם (פי"ג ה"ב) שכ' "תקנת חכמים וכו' ועוד "תקנו" בדבר זה ע"ש. וכן השו"ע בסעי' א' וכו' העתיק לשונות אלו, אבל בהלכה ג' (בר"ם) ובסעי' ה' (בשר"ס) כשכתבו דינא דסבל השמיטו הקדמה זו "עוד תקנ"ח". והרי זה סמך למש"נ דלא הוי תקנ"ח, וע"ע בגוף הש"ס (צ"ג) שהביאו התקנ"ח משמיה דר' יוחנן שהיה כמו תנא, עי' רמב"ם (במקדמתו ליד התוקף) שכ' שישב בב"ד של רבי והיה תלמידו (וע"ע שם), וכן מצינו דפליג אתנאי עי' יומא מג': וכן צדדו התוס' בכתובות (ת"ד ד"ה ב').

ואפי' את"ל דלאו תנא ממש הוא, מ"מ ידוע מתוס' (שם ובגדלים ס"ה ד"ה הא) דסתם ר' יוחנן פתמים הוא ר' יוחנן בן נורי התנא. וש"מ מוכא בירושלמי (פ"ו ה"ה) האי תקנה מפורשת בברייתא וע"ש במפרשים. ואין היא מיצירתם של האמוראים. וא"כ תקנ"ח מפי הקבלה שמענו. אבל סתם מימרא דאמוראי כגון דא דאמר רבא מסברא דנפשיה, לא שמענו שיהיה מתקנתו של חכמים. ובפרט כגון דא דהוי תקנה נוספת לגמרי, והבן. וכן מוכח בט"ז יוש סי' ד"ש (וע"ש מש"כ בסעי' ה') וע"ע ברמב"ם בפירוש המשניות (סוף פרק ו') סמך לזה. וע"ע ב"דף צט: בכל השמעתתא כגון גזל חביצא דתמרי, ושמן בית סאה וכיו"ב, וזה רגלים לדבר גם בהני שקולאי דמייירי רבא גם הוא מתולדות מזיק בעלמא כשאר הסגויות. וכן מבואר שם בתוס' (ד"ה באהא) וז"ל: כיון דמקלין כולי האי במקרקעי (להלך בשווא) אין לנו להחמיר במטלטלין עכ"ל. וראה איך שבעלי התלמוד השמיטו דין רבא מסוף פרק ו' ששם מוכא פרטי תקנ"ח והביאוהו בפרק ח' חוץ ממקומה

הרבה. ועי' בלבוש (שם סעיף ה) ומוכח ג"כ שלמד על דרך זה. וע"ע בטור ובב"י בזה.

וְפִי זֶה צְרִיכִים וְכו' וְהַחֲלִיץ נֵרָאָה פְּשׁוּט. ראו ילדתי כי סברא זו נוגעת להלכה בכמה עניני מקח וממכר ודומיניו, ובפרט לגבי קניה מרובות (מטאק) וריבית והבן, וע"ע בגדר כבארו זו מש"כ ר' משה וצ"ל (דברי"ם ח"א, ג' ד"ה ולכן).

שֶׁם וְכו' וְיֵשׁ שְׁתֵּי שׁוּמוֹת פְּרָקְעוֹת. וְל"ע כשהוזלו הקרקעות מסיבות שונות האם גם ככה"ג אמרי' דאיכא ב' שומוות ולפמ"ש כ' כאן בפנים ודאי לא. אך ע"י בדרך אמונה פ"ט מתמנע הט"ז בצייון ההלכה אות קפ"ג ש' דלא שנוא. וצ"ע.

ש"ג פטו'

והנה בסוגיין וכו' והראשונים נחלקו בזה. עי' רא"ש, רשב"א, מאירי ותוס' לקמן (ח' ד"ה אבל), טור ושוע"ע ס' ק"ב סעי' ב' ובנו"כ שם. **וּמִסִּיק דֵּינִיק וְכו' אֵלֶּא כֵּף דְּבַר וּפְעִילוּ מִיטֵב.** וכע"ז בהמקנה (קידושין ב' ד"ה בא"ד) וכו' דכל מה שרוצה הניזק מיטב הוא. ולכאורה אלו הן דברי הים של שלמה בסמוך. וע"ע באבני מילואים (ס' ע"ג) ש' על דרך זה.

וּבִהַא דְּמִסִּיק וְכו' וְיֵשׁ פְּרָקְעוֹת. עוד יל"ע כמה שהקשו המפרשים על הרמב"ם והרי"ף שהשמיטו דין זה שניזק יכול לגבות מבינונית וכן המלוה מזיבורית. ואולי יתורץ לפי א' הסברות כאן ועיין.

ש"ג פט"ז

וְיֵשׁ פְּרָקְעוֹת וְכו' מִכֵּף מַה שְּׂרוּצָה וּפְעִילוּ מִיטֵב. וכמש"כ הים של שלמה (מובא בפרק הגיל). **וְאוֹלֵי יֵשׁ לִיִּישׁב וְכו' וְהֵינּוּ דַּאיִכָּא שְׁנֵי דֵּינִים בְּמִיטֵב.** וע"ע לעיל ש"ג פ"ב ובצינונים שם דנתבאר דיתכן דכולא חרא דינא הוא.

וְפִי זֶה יֵשׁ פְּרָקְעוֹת וְכו' וְלִפְעוֹלִים צְרִיךְ הֶאֱנָבוֹתוּ כְּזוֹלָא דִּהֶתֵּאַ. מזה נשמע דעיקר המחזי והשומא אינו אלא כדהשתא. ובאמת מצינו חילוקי דעות בזה בבית יוסף (ס' ק"ט ס"ק ד') ה'התשב"ץ (א' י"ב) סבר דאין שמיין כלל בשעת מלחמה ומגפיה. והרשב"א (תריד קני"ט) סבר דאפי' בשעת מלחמה שמיין כדהשתא. והובאו שתי הדעות ברמ"א (ס' ק"ט סעי' ג'). ועי' בט"ז (שם) שהשווה הדעות ופירש דלכו"ע תליא השומא כדהשתא, ורק במצב שאין לה שום שער כדהשתא שמיין לקמיה יעו"ש. וע"ע פלוגתת הט"ז והסמ"ע בס' ק"א (ס' ק"ג) כשהכריזו ולא בא שום קונה, הט"ז סובר שהשומא כזולא דהשתא (וכפי השגל שלהם), והסמ"ע כ' ששמיין כפי שהיה נמכר אילו היה נמכר כעת. שוב מצאתי דברים מפורשים בשו"ת הרא"ש (בכל שמנינים אות ד') וזל": "כי אין שום דבר שיהיה יותר אלא כמו שימצא לו קונינים". אך אולי כ"ז רק בעניני פרעון כבע"ח וכתובת אשה דמיירי שם בתשובה וצ"ע.

ועי' בנתחב"מ (ק"ט א') שמשבח הט"ז שאויל בשתי ההלכות שלו לשיטתו יעו"ש, והכריע בהם כוותיה. אך רבותינו השיגו על דרך הנ"ל

וס"ל דעיקר השומא הוא כיוקרא דלקמיה, וכטענת המזיק בסוגיין "כיוקרא דלקמיה". עי' אבן האזל (פ"ג מסוכות), ובדברי יחזקאל (ס' מ"ד) הרבה להשיב על הט"ז והנתיבות כממה מקומות. ויש בזה נפק"מ רבתי לדינא. וכן יש לדקדק מלשון הרמב"ם (פ"ט ממנצ"ע ט"ו) העתיקו השו"ע (ויד' ס' רי"ג סעי' ג') עי' שם. ועי' בצינונים לשי"ג פ"ח וכו"כ דורי המחבר שליט"א לעיל (שי"ג פי"ד). ויש לפלפל בזה.

ש"ג פ"ז

וְעִינֵין מִשְׁכֵּחַ הַשׁוּע"ע וְכו' וְהָיָה בּוֹה הוּא דַּאֲנִיג' דַּמְשָׁנָה מְפוֹרָשֶׁת הֵיא וְכו' וּכְ"כ הַבְּי' וְהַבְּי' עֵי' בְּתוֹמִים (ס' ק"ב ס"ק ה' בסוגיין) שתמה בזה דוראי לא יעלה על הדעת שהבע"ח יאנוס הלוח ליתן עידית שלא כדיניה ואין טענת פורתא כלום גבי עידית. וע"ש שיישב ההיתוש בזה לרבות שאפי' באופן שגילה דעתו ליתן כמו יוקרא לקמי' ס"ל להראב"ד דיכול לחזור ביה דהוי רק פטופטי מילי בעלמא "כמו שכתבו הרבה מחברים ובתוכם הים של שלמה (ב"ק פ"א ס"א) ודלא כהב"ח דפי' דעת הראב"ד בדלא גילה דעתו, דזה אינו כי אין בזה מחלוקת כלל. וכן דעת הבית יוסף דהכריע כדעת הראב"ד נגד תרי דיעות בתרייתא, דשמע מינה דהכל בחד עינין דגילה דעתו, ופשוט". ונמצא דרך הב"ח ס"ל הכי ולא הביי'. וע"ע טעמים באחרונים מפני מה באמת אין אומרים בעידית שישקול כיוקרא דלקמיה עי' חזו"ט ס"ג ס"ק ג', דברי יחזקאל ס' מ"ו ג' ד"ה ונראה, אבן האזל שכירות פ"ג ה"ג ד"ה והנה, קה"י ס' ה' אות ב' ד"ה ואולם.

וּמְקוּר וְכו' דַּהֲפוֹסְקִים הַשְּׁמִיטוּ כֵּף הַסּוּגִיא וְכו' וְצ"ע לְפָנָה וְעֵי' בְּתוֹמִים ס' ק"ב ס"ק ב' שעמד בזה ברש דהדור והדבר צריך טעם, וע"ע בד"ה ומה שרואה מש"כ ליישב. וע"ע במרומי שדה ד"ה פרש"י, נחלת דוד ד"ה ודע, ברוך טעם חידושי הרי"ם קהילות יעקב ס' ו' ואבי עזרי פיי"ט מהל' מלוה ה"ד הראשון וכו' "שעמדו בזה" וע"ש יישבו בד"ה אולם כ"ז (ע"פ יסודו בד"ה ואשר נראה).

ש"ג פ"ח

וּמִשְׁמַע מְדַבְּרֵי רִשָּׁ"ו וְכו' אֲכָן אִם לֹא מוֹדֵבְנִי הֲבֵא כֵּלָּא. יל"ע אם מ"מ שורה להניק, וכגון שידוע לנו שלדידה שורה ליה או שזוקק לה הרבה וצ"ב (ונגוד לענין התקרא סנטימנטאל), עי' נתיבות המשפט (ס' קמ"ח ס"ק א' בד"ה ולפי') שהוכיח דלא חשיב ממון אי שורה רק לאיש ההוא. ויש לדון אי דומה לענינינו. ועי' בקהילות יעקב (ב"ק ס' ל"ט) שהרבה להשיב עליו ופליג ע"ז, וכן משמע מהחזו"א (ס"ק ג' ושכתתי הסיקון). וע"ע בצינונים לשי"ג פ"ד ואין להאריך כאן. שו"מ במסכת תרומות פ"ח מ"ב מחלוקת תנאים כבע"ז לפי פירושו של המשנה ראשונה שם (בא"ד במא' קמפלג') והוא נפלא מאוד.

וְכֵן לֹא יִקְשָׁה וְכו' דְּגַם פְּחוֹת מִשׁוּא פְּרוּטָה הֵוִי מְמוּן. וכן משמע מהרמב"ם (פ"ז במלוה וזה

כ"ל) כללו של דבר כל הלוואה בתוספת כל שהוא הרי זה רבית של תורה. ובטור ס' קס"א פליג וסבר דבעינן שוה פרוטה. ובשם הרמ"ה כ' דאפי' פחות משהו פרוטה. ועי' בב"ח (בבב"ר הרמ"ה) שפירש דהוא משום דהוי ממון עובר ומוכרת החולקים (שהוא גג דעת התוס' באיזונו נשך ועוד ראשונים שם) ס"ל דאין בו תורת ממון כלל. וע"ע בב"י שם ס"ק ב' בשם הרמב"ן ש' דאף לצאת ידי שמים א"צ. וע"ע בשו"ע (ס' קס"א סעי' א') שפסק דהוי ממון. וכן מבואר מתוך דברי הש"ך (ס"ק ג') הט"ז (ס"ק א') והגר"א (ס"ק ג'). וכן מוכח בלבוש (ומובא בב"י שם).

וְכֵן לֹא יִקְשָׁה וְכו' אֲבֵא אִי לֹא מוֹדֵבְנִי כֵּלָּא אִין עֵלְיו תוֹרַת מְמוּן. הנה עפ"ז אף בשאר דיני תורה נימא כן כמו איסורי הנאה ועוד. ובאמת מצאנו לרעק"א (שו"ת קמא ק"צ) דמשמע שלמד דע"ז דס"ל דשיעורא בפרוטה ממש. אך הצל"ח בפסחים (כ"ג ד"ה הרה"ר) כ' דשיעורא בכזית. ולא איכפת לן אי "מידובן" א"ל. הרי דס"ל דאף אי לא מידובן כלל יש עליו תורת ממון ועיין. וע"ע בסוכה (כ"ד) דדעת ר"א דאין יודע יוצא בסוכת חבירו, ופרש"י (ל"ה כל) כ' האזרח וכו' דמשמע סוכה א' לכל ישראל וכו', וע"כ דלא מטי שוה פרוטה לכל חד ע"כ. הרי מבואר דלא שייך "לכס" בפחות משור". וע"ע ברש"ש שם שדקדק כן גם מהרמב"ם בפ"י המשנה (גדרים מ"ז) דמתור בהנאה אף דבר הנגזר ככה"ג שהוא "מועט מאוד" ע"ש. וע"ע במנחת חינוך (מצוה שכ"ה ס"ק י"א) ש' בשי' רש"י דכל דבר דבעינן לכס א"א אלא בפרוטה. ובמנחת (מצוה י"א ס"ק י"ב) חקר ברין תמץ פחות משו"פ אי עובר בכל יראה ע"ש. הרי דאין תורת ממון כלל על פחות מפרוטה וצ"ע.

אך כמה אחרונים פליגי עליהם, עי' חכמת שלמה (א"ת ס' תני"ה ס"ט) ובאיצטור (ח"ב ס' פ"ז ס"ק ג'), ולפי"ד לא ק' מידי ודו"ק, וכן לענין מעילה ופירות שביעית וטובת הנאה יהיה תליא בזה וצריך תלמוד. ומצאתי סמך לזה, מהרמב"ן במלחמות (כ"ב בסוגיא חדרול ט: מדפי הרי"ף) ש' דא"א לחייב כל ממונו המזיק באופן שאין שומא ממון שלו ממש, ואם אינו שלו מדאורייתא אינו חייב (ובגן דבורים) ע"ש, והשיגו עליו הפוסקים עי' קצות ס' קנ"ה ס"ק ט'). וכל שכך אם אין להבהמה דין ממון וכגון איסורי הנאה, דפטור. וכן משמע קצת מרמב"ם נזק"מ (פ"א ה"א) ומהשמטתו דאוקמתא (דמ"א ס"א) דשור הנסקל שזוקק קודם וכו'. וכן דקדק בספר אמרי יוסף (ו' ואכ"מ. ויתר ע"כ כן וכו' לו פשוט דאינו יבוא לעשות קנין וכו' פחות משו"פ. לכאורה אין חילוק בין קנין לכסף קידושין בזה דהא ילפי' קיחה קיחה, וע"ע בצייון הסמוך.

שֶׁם וְכו' שְׂהִיא מוֹכֵרַת עֲצֻמָּה. כן כ' הט"ז חו"מ ס' ק"צ סעי' ב'. אך לפי הסמ"ע שם (ס"ק א') דרוקא פרוטה מדמי פרעון קונה יש לדון, ובפרט אי שוה במק"א פרוטה וצ"ג. ובפרט שבכמה ראשונים מבואר כהסמ"ע כמו שדקדקו המפרשים עי' קצוה"ח (קצ"ח א')

ראבנ"מ (כ"ט ב) וחי' הרי"ם (תרי"מ סי' ק"צ ד"ה דקפת) ועי' מה שיישב האבן האזל (פ"א מכירה הי"ד פ"ג אישות בהוספת) בבי' אופנים. וראיתי למרן הגר"ש שקפא בקונטרס גדר קנין כסף מאמר שלם בפלגות הגט"ו הסמ"ע.

שם וכו' אב"ז לגבי דיני ממונות לא אוליגן בתר שויותו במקום אחר. לפי השיטות הסותרים והשויות האמיתית נקבעת אף כיוקא דלקמיה וכדהבאתי בציונים לעיל (ש"יג פ"ט), ודאי תורת ממן עליו אי שוה פרוטה במדי ועיין.

ש"יג פ"כ

אבן יש ד'קדק דא"כ למה לא הביא וכו' מיד וכו' וקודם וכו'. וכן תמהו תקיפי קמאי, עי' מהר"ם ש"ף ברש"י ד"ה ר"ה "לא נתחווור לי" וכו', וסיים "ועיין". וכן הק' הקדמון רבי אברהם בן עזון תלמיד המהרש"ם בספר לחם אבירים ד"ה כתב עוד הקונטרס וישיב בזה"ל: ושמא יזיל דבעיני כשהן בשלו הן שמין וכו' מקושרת לתירוץ דתרוין רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, דכל מילי מיטב הוא ואפי' טובין, דכיון דכ' רחמנא ישיב לרבות דאפי' טובין יתן, ואף דיש לו כסף ומיטב, איכא צד למבעי בשל עולם הן שמין, ומקיליגן ליתן לו אפי' זיבורית השוה כעידית דעלמא, עכ"ל. והן הן דברי דודי הגהמ"ח שליט"א בסמוך. וע"ש ת"י נוסף "אי נמי אפשר לומר לארדך גיסא, מקושרת למאי דמסיק ואמר לבר מארעא דליתייב ליה ממיטב כי היכי דלקפוץ עליה זבינא וכו', ויתן עידיית כי היכי דלקפוץ יותר", וע"ש שסיים בקו' (ולא ביראד לי אם נתכון להק' אף על הראשונות) וז"ל "אבל אכתי קשה לי, דקודם תירוץ רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע היה יכול להביא תירוץ רב הונא וצ"ע". ואפשר דמור"ה התחיל יישובו ב"שמא יזיל", ועי' בסמוך יישוב ע"ז. וכן הק' הפלאה שם בנמ"ר רב הונא אמר וכו' בדי"ה ונראה ע"ש, וכנראה דרך על דרך הלחם אבירים בפירושו א' וכמ"ש דודי המחבר שליט"א ע"ש.

אול"ם וכו' כמ"שכ התוס' לע"ז: ה' בדי"ה כגון. וכן ציין הג"ר ראובן גראזאוסקי ז"ל להוכיח דרב הונא יכול לסבור גם בשלו הן שמין, ודלא כהפלאה הנ"ל דכ' דר"ה ס"ל בשם עולם הן שמין, ע"ש בחי' ר' ראובן סי' ד' ד"ה ועל.

ומסיק וכו' ולכן לא הביא מימרא דר"ה מיד אחר מימרא דר"פ ורהבדרי"ו. ובאמת זוהי הקושיא האחרונה של הלחם אבירים שצינתי לעיל להניח בצ"ע, ועתה ניחא.

היווצא פ"פ"ד וכו' ר"ה דפי"ז וכו' נמי דבש"ע עול"ם שמין. וכזה פליגי הפלאה ור' ראובן כמ"שנ"ת וע"ש חקירתו היסודית ברבותא דש"ו"כ ככסף.

ש"יג פכ"א

יש ד'קדק, וע"ע במהר"ם מ"ש"כ בתוס' זה. וכן הק' ע"ד"ו בחי' הרי"ם (בר"ה אליבא דר"י)

ע"ש. וע"ע בנצי"ב שתי דרכים בזה. (ועי' מש"כ שם מהדורא תניינא).

ועיין מה שכתב וכו' והעיר עליו הקרני ראם. וכן הוא ברש"ש בסמוך וכמעט כל הבאים אחרי המהרש"א הסכימו לזה, חוץ ממרן ר' שמואל רוזבסקי זצ"ל (בתירושו סי' ד' בהגהה אות ד') שהגין בעד המהרש"א ואוקי דבריו לכו"ע ע"ש.

וכענין זה יש לפרש נמי מה שכתב השיטה מקובצת בשם הרשב"א. וכע"ז ציינו בשטמ"ק (בבב"ב הדרשה) וע"ש עוד (הערה 650).

ש"יג פכ"ב

ונראה לבאר וכו' אפשר לגזור גם על שדה בינונית שלפעמים תמצא הן בעיני אנשים. כללא היא במרחבי הש"ס דרך מילתא דשכיחא קצת מתקנין, ואי לא, לא גזרו רבנן. וע"כ מעידית ראו לגזור דע"כ שכיחא קצת חמסנים ככה"ג. וע"כ פ' מיעוט המצוי הוא, וכמ"ש כ' ר' משה (ברב"ר"מ ח"א סי' א' ענף ד' ד"ה ומשפט). וע"כ רק אצל עיית היה שייך טעם הנ"ל, אבל קרקע בינונית שיותר בנקל נמצאין לוקחין (ולא קפני אינשי כי"כ) כדמבואר בש"ס, לכאורה הוי מילתא דלא שכיחא ביותר, ואי לא נימא הכי גם אצל זיבורית איכא למיחש קצת, וגם זיבורי זיבורית קצת ואין לדבר סוף, וי"ל וצ"ת.

ש"יג פכ"ג

ויש לעיין וכו' ולא אמרינן נמי דברמ"זיה שיימיגן. ליכא גו"ש מפורשת במלוה רק במזיק, והטעם במלוה הוא כעין סברא. וע"ע מש"כ בשטמ"ק החדושת.

ונראה לבאר וכו' לא שייך אצל בע"הוב. ותו, דממונא מקנסא לא ילפינן, עי' ש"יג פ"ב שבתוס' כתבו לשון קנס.

ש"יג פכ"ד

ולא דמי להא וכו' אלא גם זה נכל"ז כסוג העידיית. וכע"ז תירצו גדולי ראשי הישיבות, עי' ספר אהל ישעיות (עמוד ג"ב).

ש"יג פכ"ז

אבן יז"ה"ק אדרכי הכס"מ וכו' וזה לא יתכן לשיטת הרי"ף. והנה בכ"י שהוא בעל הכסף משנה בחו"מ סי' ק"ב סעי' ד' להדיא כ"כ גם בדברי הרי"ף וע"ע"ג. איברא גם הגר"מ פיינשטיין ז"ל כ' שדרכי הכס"מ "דחוק מאוד", עי' דברו"מ בב"ק סי' ד' ענף א' ד"ה עוד קשה שהרמב"ם. וע"ע שם ענף ב' ד"ה ולכן מה שחקר בסידוק קדימה בשעבודים. ומה שיישב לפי"ז סתירה הרי"ף והרמב"ם בענף ו' ד"ה והנה יש לפרש. וע"ע בתומים סי' ק"ב סי"ק א' שכ' בשם הגדולי תרומה (שע"ד, ח"ת, סי"א) שדברי הכס"מ דחוקים, וע"ש מש"כ ליישב באופ"א, ובאור שמח פכ"ד ממלוה הלי"ז ג"כ נקט ע"ד התומים (מכמ"מ), וכ' "וזה דרך אמיתית ככוונת רבינו". והנחל"ד ג"כ כוון לדרך זה. וזה תמצית דבריהם דבאמת שיטת הרמב"ם והרי"ף הוא דמעיקר הדין לעולם בשלו הן

שמין, אלא הואיל ואיכא חשש נעל"ד תיקנו חכמים דבשל עולם הן שמין (עכ"פ באתן דוכתי שפסקי כן להדיא), דאי לא יקח בשל עולם ינעלו דלתותיהון. וכ"ז באתן בינונית שהיה לו בשעת הלואה, דאהכי סמך דעתו, אבל אההיא דכתובות לא היה ללוה אלא זיבורית בשעת ההלואה ולאו אבינונית קסמן, ממילא ליכא נעילת דלת כשיגבה מאותן זיבורית, והדר דינא דבשלו הן שמין עכ"ד. וראיתי שהנתנה"מ בסי' ק"ב סי"ק ב' והשער המשפט שם סי"ק ה' קדמום בזה, ועי' במלואי משפט שם ציון 16 שהביא בשם הפלאה כתובות ק"י. דבאמת מחלוקת הסוגיות היא. ולכאורה אינו מובן ע"פ הראשונים הנ"ל. וע"ע שם מה שמסביר דרך השעה"מ שונה מדרך שאר האחרונים ע"ש. ולכאורה סברת השע"מ דחוקה היא ע"ש. שו"ר באבן האזל פכ"ד מלוה ה"י ירך מיוחד ביישוב סתירת הרמב"ם ע"ש דבריו המחודשים.

עוד קשה וכו' אב"ז הרי"ף וכו' היה לו להוכיח וכו'. ובאמת הפני יהושע בגיטין נ' ד"ה בא"ד אי נמי טרח בזה והניח בצ"ע.

ש"יג פכ"ז

עוד נראה וכו' דהא גם הוא הוי ח"ק מן העולם. וסברא זו נזכרת במהר"ם (סוף פ"ד ז' ע"ד) ע"ש. וע"ע ש"יג פכ"א ובציונים.

ש"יג פכ"ח

אול"ם דברי המגיד משנה תמוהים. וע"ע בנתיבות המשפט (סוף סי' ק"ב) ובשער המשפט (שם סי' ה') מה שכ' בענין זה, והובאו דבריהם בקהילות יעקב (פ"ד ברי"ה ותלע"ג), ועי' מה שביאר לפי"ז דעת המ"מ, ונראה דבריו השלמה למשנית.

והנה עיין וכו' ואפ"ל אם הפסד זה הוא הפסד צדרי. כן הוא דעת הטור (בכ"י כ"ה), אך ברש"י צ"ע אם אפשר לומר כן, דעי' בב"ח שדקדק מרש"י להיפך דדוקא אם ע"י התביעה זילי נכסיה נזקקין לנתבע. (וכן דייק מתנוקי ב"כ סי' ו' וכ"ה ברבנו יוחנן) וע"ע בדרכי משה כאן, ומ"מ הכרעת הב"ח הוא כדעת הטור והיינו כמ"שכ כאן וא"ש. ודע דשיטת הרמב"ם לא ידוע שהשמיט הדין הנ"ל בענין נזקקין לנתבע תחילה וכבר תמהו עליו, עי' בב"ח ריש סי' כ"ד וצ"ע. ולפ"מ"שכ בסמוך בדעת המגיד משנה בדעת הרמב"ם הרווחנו בזה הדלא זה הוא שיטת הרמב"ם הנעלם בענין נזקקין לנתבע תחילה והוא נפלא.

אול"ם נראה וכו' ויכול לטעון שהוא רוצה להגבותו תחילה. הנה חזינא דעת הרב המגיד דיכול הלוה לפרוע חובו בעל כרחו של המלוה, ובאמת בדבר זה כבר נתחבטו הפוסקים, עי' בשו"ע סי' ע"ד סעי' ו' ובסי' ק"א סעי' ד' שכ' המחבר להדיא דיכול המלוה לומר אינני תובע חובי עכשיו ויכול להמתין עד שירצה, והוא מתשובת הרא"ש (כלל פ' ומובא בטור סי' ע"ד) ובסמ"ע (סי' ק"י) וז"ל: דכל

זמן שאינו תובע חובו, אינו חייב ליקח דבר שאינו חפץ וכו' וע"ל. וא"כ המגיד משנה חולק על הרא"ש (ושו"ע) הג"ל. וע"ע בפתחי תשובה (סי' ק"ד). שהביא משו"ת בית אפרים (סי' ד') שהביא מתשובת הרשב"א (ח"ג מ"ד) דנחלקו רבותיו של הרשב"א בזה אי יכול לפרוע בקרקע בעל כרחו. והכרעת הרשב"א שיוכל, וזהו כדעת הרב המגיד. וע"י בקה"י (בי"ק סי' ד') מה שכ' בזה, ותמה על שלא מזכיר שום פוסק דעת המ"מ בזה. וכ' שאולי הוא משום דמ"מ עצמו לא אבריאר ליה וכדסיים "וגם זה צ"ע". וע"ש עוד מה שמברר לדינא בהמסתעף. וע"ע לקמן בסוגיא (ש) וע"י לרבות שו"כ אפילו טובין הכא במ"ע בדלית ליה, אי בדלית ליה פשיטא ע"כ. הרי להדיא דפשיטא להש"ס דמשלמי בע"כ ולא שומעין לו להמתין לעת פלונית וצ"ג. וע"י בביאור הגר"א (סי' ק"א סי' י"ב) וברש"ש (בב"ב פ"ג ד"ה תוס' ד"ה ואיכא. וע"ש ד"ה בא"ד) ויש ליישב.

שי"ג פכ"ט

וגראה בביאור דבריו, דיש ב' עניני שעבוד. וכע"ז ביאר הגר"מ פנינשטיין ז"ל (דברי"מ סי' ד' ע"ה פ"ג ד"ה לוקח) ע"ש בנוסח דליה. שם זכר ויש ל' תורת מקצת קנין. לאו דוקא כי לשון זה הוא מהראשונים (ע"י רשב"א קידושין א'), והם נקטו לשון זה אף בכללות השעבוד (ע"ב), אבל לקושטא דמילתא מובן. ובודאי גם שעבוד זכו' אין ל' שום תפיסה בנזף הקרקע. אך לפי הסוכרים דכל שעבוד על רק בינתיים אבל בעצם יש כאן קנין מכירה על השדה, א"כ בודאי יש כאן איזה תפיסה, (והוא ש"י רש"א והצ"ח והשפת אמת והצפנת פענח למו"ד למפרע הוא גובה הוא משום דנקיט בדין מכירה מלכתחלה. וא"י לדין דקניין מכאן ולהבא י"ל דבי' מהני כ"כ) שהשעבוד נחפץ לקנין בסוף הזמן). ובפרט לפי מה שהבאתי במק"א מראשונים דס"ל דלכו"ע אמר' למפרע הוא גובה באופנים שונים (ובנינו ע"ב כ"ה), והובא ג"כ בנתה"מ (ק"ט סי' ב') בשם בעל התרומות. והנה יש חבל של ראשונים מובא בנתה"מ החדושת (סי' ל"ט ע"ה ד') דס"ל דאם שעבודא דאורייתא קצת בודאי איכא קצת קנין ותפיסה וכפורה קצת מה שנוגע איזה הלכות וצ"ע. ונראה דרק לפי פרש"י עולה שפיר ופליגי על כל שאר הראשונים הג"ל. וע"ע בסוף פרק זה פלוגתת הש"ך ומהרש"ל ודו"ק. שוב מצאתי בע"ה בנתיבות המשפט (סי' ל"ט סי' ב') שכ' שהשעבוד לא אלים קניין.

ודבריהם א"ל זכו' וכו' שכתב רש"י בפסחים. אך צ"ע לרש"י בסוגיא (בסמך ח' ד"ה דב'ה) שכ' דהלוקח חש"ב הבעל דין של הבעל חוב, ולא הלוה. ואע"פ שבפסחים כ' דמכירתם לאו מכירה, וצ"ע, ויש ליישב בדוחק.

אולם אחר הענין וכו' תו"א פקע דארובה צ"ח יופקע. ויש לצייין דברי הגמ' יבמות (טט) גבי אשה אחר שזינתה דלא פקעי ממנה קידושיה אע"פ שלא תפסי בה מחדש, וכמש"כ רש"י שם (כ"ה ד"ה תפסי) דמבואר לשון

זה מורה שאיכא כח מתנגד להפקיע. עוד מצאנו זכר לדבר בנדרים (ט"ז) ובסוגיא דבר פדא (כח: ט"ז). ודו"ח פקע' ההקדש, אף שיש סיבה להפקעה ע"ש ובר"ן (כ"ה א"ר ליה אביה), וע"ע בקידושין (ג') ובתוס' שם (ד"ה אלא מיתת הבעל) וברש"י שם (ד"ה אפיקותיה). ודע דצריכין לדעת שענין 'תו לא פקע' בחושן משפט הוא חידוש גדול שלא מצאנו כגון זה רק לעיל באבה"ע יור"ד, ואדרבה מצאנו היפך זה בסוגיות ערוכות, ע"י בב"מ (ל"ה) בתוס' ד"ה אי נמי בסו"ד, שרק ניחא להם לחלק בין קידושין לקנין משום דקידושין אלימי תו לא פקעי, אבל לגבי קנין לא ניחא להם סברא זו, (רא"ף בזה לא כ' אלא ישמא י"ל). ויתירה מזו מצאנו בתוס' (ה) ב"ה והא הכא בזה"ל: וכיון דאם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו מסתמא תו לא פקע עכ"ל. הרי להדיא שלא ניחא להו סברא זו אלא בהקדש דאיכא קדושה, אבל לא בקנינים דחושן משפט (רא"ף בזה כ' לשון 'מסתמא'). וידועה פלוגתת הרא"ש ב' חזקת הבתים והתוס' (שם ובשנים אחזיק) בפסק דכל דאלים גבר האם הוא דוקא בפעם הראשונה או בכל יום ויום מי שגבר הוי שלו, ולא מצאנו בדבריהם או בלשון שאר המפרשים דהנידון הוא משום דכיון דחל בעלותו שעה אחת תו לא פקע, אלא סברות אחרות אמרו בזה ע"ש.

ואולי וכו' ה"ם ש' שלמה מובא בש"ך וכו'. היוצא מהג"ל הוא דשי' המהרש"ל דבזמן פרעון חל שעבוד של קנין, והש"ך ע"כ פליגי בזה, וצריך עיון דכבר כ' השו"ע בסי' ק"ג סעי' ו' דאף אם בעת הפרעון ממש, שכבר עשו ב"ד השומא וההכרזה, ואירע שנשתתה ההורדה, אכתי ברשותא דליה קאי, (ונפקים להכא חל או אח"כ), ה"י להדיא שכל זמן שחתר ההורדה כפועל לית ביה מידי למלוה וצ"ע. וע"ע שם שהביא בשם ויש אומרים שחולקים בזה (והוא מבעל התרומות) ע"ש. הרי דכבר נחלקו בזה הראשונים. ובש"ך שם (סי' ט') כ' שהעיקר כזה סברא הראשונה ע"ש, ואולי משום דאזיל לטעמיה במש"כ כאן (סי' ק"ב ג'). אמנם לא משמע כן מדרשתק שם ולא ציינן לזה, ותו דכאן בסי' ק"ב לא ציינן לסי' ק"ג ועיין. ויתירה מזו מצאנו פלוגתת הראשונים לקמן (סי' ק"ג סעי' ט') ובנושאי כלי הרמב"ם (בהל' מלוה לז' פכ"ה ה"ו) דאפילו אחר הגבייה והסירפה של ב"ה, כשבאין להפוך הדין משום שומא הדרא, גם בזה י"א דאין צריך קנין חדש רק מסלקין אותו וד', (ונפקים לענין קטנים דלאו בני קנין נינהו), הרי להדיא דאע"ג דהגיע זמן פרעון אכתי לא חייל הקנין ממילא (וכל שכן הכא) וצ"ע"ל.

שם ומצאתי עוד מחלוקת ראשונים דכבר פליגי בהא דהש"ך והמהרש"ל והנתיבות מובא בנתה"מ החדש בע"ה 17. אמנם יש לחלק ואכ"מ, וע"י שם מש"כ בזה.

שי"ג פ"ה

ויש צייין. וכן העיר בשטמ"ק בשם המאירי.

ויש צייין וכו' ויה"ל הכא קמדהי ליה ויה"ל הכא קמדהי ליה וכהיא דתנן בכתובות (קט) וכו'. והנה באמת כן הוא דעת הרמב"ן (בכ"ה סי' ק"א) מובא בטור (סי' ק"ג) בשמו, וע"י בבית יוסף שהביא לכל התשובה וארייתו מכתובות קט: (וגם מ"ב כ"ד ובכורות מח: ועוד). וע"ע בר"ן כתובות (פ' מי שהיה נשוי ג' ב) שהאריך ג"כ בזה. וע"י בב"ח שטרח לברר במאי קמפילגי הרמב"ן ושאר ראשונים, ופקפק אם בכלל יש בזה מחלוקת. ובשו"ע שם נמי מובאת שיטת הרמב"ן בשם "יש מי שזומר" ומבואר דיש כאן פלוגתתא (ובהח"ט) ויש ע"י בבואר הגר"א (סי' ק"ו) מה שביאר השיטות בזה ודעתו נוטה של פליגי, וכן צידד הדרושה והסמ"ע (סי' ק"ט ח"א). וע"י בתומים (סי' ג') שלא נחה דעתו בדברי הנושאי כלים הג"ל וכו' דרכא אחרינא. וע"י שם בתוך דבריו מובא סברא קרובה למש"כ בפנים. ומצאתי סברא נחמדה בח"י רבי שמעון שקאפ ז"ל (כאן סי' ה') דמצינו בטור ושו"ע (סי' ק"א) הטעם משום דע"י פשיעותא דבעל השטר נעשה ענין זה, ומשו"ה אינו גובה ממשעבדי ע"ש, וא"כ י"ל דשאני הכא דלא פשע כלום דאין כותבין שענות.

וגראה דהחידוש וכו' ושם הוא נחשב מוחוק. ע"י בחידושי הר"ם (ד"ה פכ"ו לאח"ה) שכ' ג"כ כע"ז ע"ש בקיצור דבריו.

שי"ג פ"ב

וצריכים צייין וכו' והאחרונים נדחקו צאוקמי באופן שתועיל לו הפענה. ובאמת גם הראשונים נדחקו בזה, ע"י ברא"ש ומאירי ועוד ראשונים שכתבו דצריך להקנות קנין, או ע"י שקונה גמ' או ע"י שטר מכירה על השטר. וע"ע בטור סי' ק"ט (סי' ה') מש"כ בזה ובפרישה ד"ה כאילו החזיר להמוכר. שם וכו' ועיין בדבריהם שהרגישו בזה. ולדוגמא ע"י בתומים קיי"ט סי' ג' שכ' דבחידישויו אמר ישו"ב ע"ז (ולא זכ"ה) והעתיקו בקיצור שם.

וא"א קשה צ"י קושיה המלחמות וכו'. ול"י ש"ב דעת המלחמות (ולבארה מהוה לפי") נראה דלא י"ט ממש"כ רש"י בפסחים וכתובות "דמכירתן לאו מכירה" שהכוונה דרק לענין גובינא אינה נמכרת, אלא ס"ל להרמב"ן דלגמרי מכירתן לאו מכירה כמשמעו, ומשום הכי לא ראה הרמב"ן שום חילוק בין זיבורית שלקח לזיבורית שלא לקח דשניהם ענין אחד. ובאמת אף בדברי רש"י גופא יש אומרים שס"ל ג"כ כ"ה דמכירתן לאו מכירה לגמרי. וכמו שהבאנו כמה פעמים מהקצה"ח (סי' ק"ח) והנתה"מ (סי' ל"ז סי' ק"א) והח"ס (בפסחים) שפירושהו כוונת רש"י כמשמעו. ונהי דבמק"א הוכחנו דלא כדבריהם ע"פ דברי רש"י המפורשים בכתובות (ט"ז), מ"מ להלכה אפשר כנים דבריהם ומצאנו בראשונים כבר כסברתם (רמב"ן ודעימה כאן) ודו"ק.

והוא ע"י פי הא דאמר' בפסחים (לא) וכו' דהזכות לבנות קרקע לא נחשב קרקע. והנה

שכנראה למד עד"ז באופ"א קצת, ע"ש ברה"פוק חזי וכו' ולעיל מזה ד"ה אכן האמת הוא.

שי"ג פ"ג

ומבואר בגמרא וכו' כבר ביד אחריב. והנה במאיירי (בפי' ראשון) ג"כ כ' כלשון זה "חב לאחריים". אך בנמק"י לא כ' בנוסח זה ממש, אלא כ' "דהא לחבירו ניחא ליה", ויל"ע בכונתו ואכמ"ל. ובראב"ד (מובא בשטמ"ק) ד"ה מה מכו, יש ללמוד אופ"א בזה ע"ש. ועי' בחי' רבי ארי' לייב (סי' י"ח אות ג') שהביא עוד בזה תמוס' כתובות צב. וביארו היטב ומסיק דלא הוי כהמאיירי הנ"ל (בכ' פירושי) ע"ש, ויש לעיין האם בכל הפרטים אמנם כן.

ובביאור הרבדים נראה דהנה באמת יש שני דינים. וכענין חקר ר' לייב ז"ל (סי' י"ח אות ב'), וע"ש שתלה בזה גם מחלוקת הרמב"ן והרשב"א ופולגתה הפוסקים (הקצתה חב"ת) בחומ"מ סי' קט"ו וסי' קי"ט, אך ע"ש שהגדיר הצדדים בנוסח דליה.

או דלמא וכו' אלא היא זכות וכו' שינוי' לחוק ופ"א וכו' (בר"ה ואם נאמר) וכו' שאם רוצה יכול לבטלה וכו'. הנה טובא יש להסתפק ביסוד כח זה, האם התקינו חז"ל כעין עניני ביטול מה"ת, כגון הפרת נדרים או היתר נדרים, ויש גם שיטת הרמב"ם דאיכא ענין שלישי "ביטול נדרים" כנודע. או להודו כעין וביטול דהפקר שהוא מעין סילוק והפקעת בעלות, או דילמא לא זה ולא זה, אלא כעין זכות טענה (יזכח הטענה), ונפק"מ לענין אי הוי מכאן ולהבא או למפרע, ויש לעיין בזה טובא. וע"ע במאירי בטעם שני שלו שכ' שכל המפקיע עצמו מהתקנה צריך "להזמין עצמו לדין", כלומר, שטוען איני רוצה בתקנה אלא בדיון, אבל זה שאין עשיית 'הדין' בידו, אין לו רשות להפקיע התקנה וכו', (וע"ע שביאר בזה ענין מה מכח שהוא בגדר דין ולא תקנה), עכת"ד. הרי להדיא דדעת המאירי דאין האי אפשי כח, וגם א"א למכור האי אפשי ועיין. אך בתוס' הרא"ש מפורש דהמה מכו הוא על האי אפשי. וכ"מ מרש"י (רי"ה כל זכות), וכ"כ השטמ"ק בשם הרמ"ק מסרקסטה.

אולם עיימשני שי"ג פ"ג דבהא מלתא נחלקו בעלי התוס' בכתובות. וכן ציין ר' לייב ז"ל שם (בא"י כ' פ"ה כ' סו"ה והנה בעיקר הדין), ותלה הדעות בב' הדינים הנ"ל, וע"ע מה שחוטט שם (באות א' ד"ה אכן קשה) בדברי התוס' (ורש"י).

ונראה דהך וכו' דלא נגמרת המכירה עד שתקום השדה ביד האוקה. הנה מלשון זה משמע דע"י שהשדה ראויה לטירפא אכתי קרינין ביה "לא נגמרת המכירה", וק"ק לדעולם א"א להבטיח שלא יהיה טירפא וצ"ב.

שי"ג פ"ה

ומבואר מדברי התוס' וכו' ואינו גובה וכו' מקום שעבוד אלים יודיה. ויל"ע אם גם בזה מסלקינן דיין שעשה כן כמעשה דב"ב (קע"ד), או דילמא הא קיל טפי דגם שניהם מעורבין. וינ"ע דהא הקשה וכו' וציינו בש"כ סי' קי"ט פק"ד

העידית הן ניזק והן בע"ח וכו', אבל לוקח שלא הלוח לו כלום אף בניזק אינו נפרע ממנו במקום שיש בני חורין אלא מן מזיבורית שהיא אחרונה עכ"ל. וכענין איתא בראב"ד בהשגותיו ויש פ' הנוזקין (כד: מופי הרי"ף א') דמבואר מדבריו דליכא דין מיטב בכלל אצל הלוקחות. ועי' בחי' רבי אריה לייב (חי"א סי' י"ח אות ד') מש"כ אודות שי' בעל המאור בטוב טעם, ודבריו מיוסדים ע"ד הקצה"ח בסוגיין (סי' קי"ט ב' ד"ה ולענין), ומסיק דהראשונים דלא חילקו כלל בין יתומים ללקוחות, יש להסתפק אם הטעם הוא משום דאף ביתומים ס"ל דליכא דין מיטב, או להיפוך דגם בלקוחות איכא דין מיטב ע"ש.

שי"ג פ"ח

אבל וכו' דאוי' בדרך הרמב"ן וכו' כמו שבכתב הרמב"ם וכו'. וכענין בשו"ת רעק"א (תניא סי' ס"ב).

והשתא נראה דהרמב"ם וכו' וע"ע על דרך זה בחידושי הגרנ"ט (השלם סי' ק"ב אות ו' ד"ה ונראה ליישב) באופ"א קצת. וע"ע שם עוד מקורות וראיות לזה.

שם. עי' במש"כ הפני יהושע כאן ברה"נראה לי ליישב ובמש"כ בקיצור נמרץ בסו"ד ליישב השמטת הרי"ף ע"פ מה דקיייל שעבודא דאורייתא. ויל"ע האם דומה עיקר סברתו למש"כ בפנים, ובפרט לפי מה שכ' בטוב טעם בספר אבן האזול (פ"ט ט"ה) ד"ה ונראה דזה תליא בדין שע"ד, שכנראה כוון לשורש דברי הפנ"י ע"ש ותמצית דבריו: דאם שעבודא דאורייתא ומעיקר הדין טורף מלוקח גם אם יש בני חורין, בזה לא סלקא דעתך דאיכא טענת "אי שתקת" לסלוקי, ורק אי שעבודא לאו דאורייתא דעיקר העיקר מטירפא משום שלקח שעבודו, אבל בעצם לא הוקבעה שעבודו בעידית רק לכן יכול לטעון אי שתקת ע"ש. ולכן להלכה דשעב"ד ל"א אי שתקת ע"כ. ודע דאף שכ"ז לענין בעל חוב, אבל נזק לדעולם הוי כשע"ד לכאורה יקשה, צ"ל כמו שהוסיף הראש ישיבה מרן רבי שניאור קוטלר זצ"ל בתוכן הענינים' שם בסוגריים ע"ש בקוצר אמרים.

שי"ג פ"ח

ומקור וכו' שהקשה דלמאי איצטריך הרמב"ם לתרי טעמי. וע"ע במגיד משנה פי"ט ה"ח שהק' כן והניח בצ"ע, וע"ש במשנה למלך מה שיישב בזה בקיצור.

ומקור וכו' עוד הביא שם הב"ח שיטת המהר"ם מרוטנבורג וכו'. עי' באחרונים שביארו ענין זה ד"מה מכו" משום דהמוציא מחבירו ע"ה. עי' נתה"מ סי' קמ"ח ס"ק א', שערי יוסף (שער ה' פ"ב) קובץ הערות (סי' ע"א) ודברי חיים (תו"מ דיני תפיסה סי'), ולפי המתבאר מתוך דבריהם יש ליישב שיטת הרמב"ם ג"כ ואכמ"ל.

אלא וכו'.

וע"ע באור שמח (פ"ט מלה ולזה ה"ד)

לאו מילתא דפסיקא היא, ומצינו גם להיפוך בכמה דוכתי בש"ס בהאי כללא דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ועל הודאת שעבוד קרקעות, עי' בב"מ ד: ושבוועות לו: דפשיטא לה"ש "כל שרוב חוב נמי בכלל בכללא הני". וע"ש בראשונים שצידדו לומר דאף בלא שטר ומלוה על פה הואיל ואישתעביד נכסים מדאורייתא או מדרבנן נמי חשיב קרקע ולא מטלטלין. וברמב"ן בשבוועות שם האריך טובא בזה וצע"ג. ועי' ברמב"ם פ"ד מטוען ונטען ה"ד ובפכ"ב ה"ד ובפכ"ב מעדות ה"כ שהשמיט טעם זה דשטר הוי קרקע, ואולי טעמו כמו שכתב בפנים דהוי רק "זכות" לגבות קרקע וחשיב מטלטלין, וצע"מ מש"ס הני"ל. אך הרמב"ם במק"א סותר דבריו לכאורה דעי' פ"ח שבוועות הי"ג שכ' להדיא דשטר הוי קרקע וצ"ע. ובספר הגר"ח על הרמב"ם אישות פט"ז בירר שיטת הרמב"ם בזה. אך לענין אכתי לא יתיישב כללא דשטר מתי הוי קרקע ומתי הוי מטלטלין. ומלבד זאת דרך הגר"ח צריכה ליבון טובא, עי' שו"ת מנחת שלמה (חי"א סי' ע"ב) שטרח בכל חלק וחלק מדבריו.

עוד תמוה מה דמצינו בכמה דוכתי דאפי' טוען ונטען על מעות ודמים חשיב קרקע אע"פ שאין עיקר הנידון בקרקע, וכגון לענין הזק קרקע, עי' חומ"מ סי' צ"ה סעי' ו' דספק המחבר דהוי תביעת קרקע, והוא מהרמב"ם (פ"ה מטוען ונטען ה"א). וכן נזקי עבד והמסתעף חשיב בקרקע, אף דלא הוי אלא "זכות" לגבות ולהגבות, ולא תביעת קרקע ממש, ומכמבואר בקידושין (ו'): וע"ש בתוס' (ד"ה אם כן). וברש"י שם (ד"ה שיש) ס"ל דכל אדם איתקש לקרקעות. ולדעתו נמצא דכל טוען ונטען אודות חבלות וכו"ב יהיה כקרקע. וע"ע מש"כ הקצות החושן בזה בס' צ"ה ס"ק ח' וצ"ע. שוב עיינתי במה שהאריך ה"ח' שם (פ"ק י"ח) ודעתו שלעולם לא ס"ל להרמב"ם והמחבר דמים קרקע כקרקע, אלא הוי דמים בעלמא וכמטלטלין, ע"ש מה שהוכיח דהרמב"ם ס"ל כהראב"ד שם בהשגות ולא פליגי. וכן הוכיח מכל הראשונים בהאי משמעתא, והכי סליק לי' לדינא, ולפ"ז ניחא ברווחא ודוק. ומלבד כל זאת צריכין לעיין האם דומה הזכות לגבות הקרקע קודם המעשה, לענין תביעתה לאחר המעשה, וצ"ת.

שי"ג פ"ח

והרי"ף וכו' וכו"ה דעת הרשב"א. והנה המעיין בדברי הרשב"א היטב יראה שס"ל דאמרינן "אי שתקת" לאוקמי דינא (לו' שש"ט), אך כוונתו קשה קצת וצ"ב. ועי' בחי' רבי אריה לייב (סי' י"ח אות א') שפירש כשמלה דברי הרשב"א.

ונראה ליישב קו' המלחמות על הבעה"ט וכו' דחלוקות הני תקנות וכו'. וע"ע בשיטה מקובצת מש"כ לחלק בשם המאירי משום שהיתומים יורשים הם, ויורש כרעי' דאבוה, ומאחר שהכל ברשותם דין הוא שיפועו מן

שהקשה נמי כן. ועי' ביאור דברי הש"ך בחי' ר' לייב (סי' ביה א"ב ג, ד"ה ונראה), ומבואר שם דניחא ליה ע"פ דרכו, אלא שבסוד"ד (ר"ה אמנם) נתקשה קצת וע"מ מה שיתבאר לפנינו הכל יבוא על על שמו. וברורא.

ומבואר וכו' אב"ג במאי דאנן סהדי וכו' לא נתבטלה בזה התקנה, דהא סו"ם לא אמר אי אפשר. הנה מרן ר' ברוך בער וצ"ל רצה לחדש כע"ז בענין קידושין הדמעה קנין הוי גם ע"י האמירה בפה (עי' בכ"ש קידושין סי' א), ותפסו עליו בני דורו והבאים אחריו. וראיתי מכתב מא' מגדולי ישראל שכ' שקרוב בעיניו דבר זה לגמלה פנים שלא כהלכה ח"ו עתד"ו. ואף הגר"מ פיינשטיין וצ"ל אמר לא' מרובות יצו הלכה האט דאס ניט". וכן מבואר בחזו"א חו"מ סי' כ"ב (עי' סמוך לדברי אביו ז"ל), וא"כ אף הכא יש לעיין למה לא יהי אגן סהדי כאן כמו בכל התורה, וכי כתיב במקרא או במשנה בזה "ביטוי שפתיים", וכי מענין הפלאה הוא זה, והש"ס והשו"ע מלאים עם אגן סהדי ומאי שנא הכא, וצ"ע.

שי"ג פ"ט

והש"ך חו"מ סי' ק"ט וכו' ולא נתברר מדברי הש"ך טעמא דמילתא. ובפרישה (סי' ב) הק' עליו וע"ש מה שיישב. ועי' בנתיבות (סי' ג) שדחה תירוצו ויישב באופן, וע"ע בחזו"א (סי' ג סי' ט) במה שפקפק ע"ז.

עוד כתב הש"ך שם וצ"ל וכו' ואם כן מאחר ששמענו יבול צמיחה לא ניהא ל"י. יש בזה טעות סופר, כ"כ הנתה"מ (סי' ג).

שי"ג פ"ו

וקשה טובא וכו' דמה מבר ראשון לשני הוי טענת המוכר, ויעימש"נ שי"ג פ"ט. וע"ע בחי' ר' לייב (סי' ג ב), וע"ע שם (סי' ק) מש"כ אודות שי' הרמב"ם והמגיד משנה, וע"ע בשלטי גיבורים (כאן) ובמה שטרח בדברי העיטור.

ונראה וכו' אין ל"ו יבול דהוהו מבינונית ציובורית אלא כששניהם בידו. וכן כ' הגאון ר' נחום (את רפ"ד) בדברי רש"י כתובות, וע"ע מה שביאר (את רפ"ה) סברת רש"י בב"ק, ועי' בספר שלמי יוסף (פנוכ"ד) על פרק מי שהיה נשוי מו"מ ומקורות בזה, וראיתי בשאר מחשבי הזמן דקפצי על סברא זו כמוצא שלל רב.

שי"ג פ"א

אמר רבא ראובן וכו' וישם כתב רש"י דגובה מעידיה. ועמדו המפרשים בסתירה זו, עי' דרישה סי' ק"ט ב' ויש של שלמה. וע"ע בחי' הרי"ם בכתובות שם בד"ה ובב"ק ובמה שיישב. וע"ע במה שפרש דעת התוס' ודעת הרא"ש כשמלה.

וצריכים להבין וכו' ועוד וכו'. וכן הק' הפני יהושע אלו השתי שאלות (עי' בכתובות), וע"ש מה שכ' ליישב, ולסברא שנתבארה בפנים (בסמוך) יצא נפק"מ רבתי לדינא בין הפני' לבין מה שנתבאר וצ"ע. ואפשר שלפמש"נ אף

יתיישבו דברי המהרש"ל שהביא הפני' בסוד"ד ע"ש.

ומבואר וכו' ולא כמו שכתב רש"י בכתובות. וכבר תמהו הדרישה (סב) והים של שלמה על הרא"ש איך חקר בדברי רש"י בענין עידית אחרי שרש"י בכתובות כ' בזה להדיא. וכתבו שע"כ הגירסא הזאת לא היתה לפני עיניו הק' של הרא"ש, אך בהפלאה ובפני יהושע (שם בכתובות) ביארוהו מסברא ע"ש שפי' כעין משנ"ת הכא (וזה א' מודגמאות שהקמנינים בגלל חלו בטעות ושניו הגירסא, במקום שהאחרונים טרחו לפרק ע"פ הסברא, ויש זה גם ענין סודי, עי' בית אלוקים להמב"ט והובא בספר באר שרים על הרמב"ם הלכות נזק"מ בפתחה).

ויצא לנו וכו' בטענת חביבה עלי. עי' גם בפני' שהרגיש בסברא זו בא"ד בד"ה רצה מזה גובה ע"ש (מלפפני"ד).

שי"ג פ"ב

ומלשון התוס' וכו' ארנא דלא חויה ליה. וכן הק' בריטב"א כתובות (צב. ד"ה אבל) ע"ש. ואפשר עולה תירוצו עם מש"כ בפנים. ועוד הקשה כן גם בלחם אבירים (הקדמון), ע"ש תירוצו בקוצר אמרים. וע"ע בנמוק"י בב"ק שכתב כנוסח הריטב"א "דאיהו קאי במקום בעל חוב טפי לענין זה". וע"ע כנוסח אחר כבעל התרומות מובא בנתיבות המשפט (סי' ק"ב סי' ב) ד"ה לכן, וע"ע בביאור הגר"א (סי' ג) שמבואר מדבריו דרך אחרת לגמרי בענין זה. ועי' בשנ"ת ר' אהרן (שי"ג בנהגה את ה) במה שתמה וביאר בדברי הגר"א.

שי"ג פ"ג

ונראה וכו' דהראב"ד ס"ל דהיינו בגדר שיוור בהמכירה לענין כל תלונות. בגדר "שיוור" זה יש להסתפק האם הוא שיוור בפנ"ע או דילמא הוא מידי דממילא דאתיה "משויר" אחר, דהיינו כיון "דמכירתה לאו מכירה" כמש"כ רש"י בכתובות (טז. ד"ה הקשה) "דלא הוי קני ליה אלא לגובינא", הרי ד"קנין" שבין המלוה ולוה עדיין קיימא גם כשהוא תחת יד הלוקח, ומתושר זה השויר ממילא שיוור לענין כל התלונות. והסברא נוטה כצד זה כי אין לך בו אלא חידושו. וע"ע בחי' מרן ר"ז הלוי (פ"ו משפטים ה"א ד"ה ונראה) במה שביאר ברש"י (פסחים ל) ענין מכירתה לאו מכירה, ולפ"ד יהיה פ"י אחר קצת "בשיוור" הנ"ל והבן. וע"ע מש"כ בחי' רבינו חיים הלוי (פ"ט מלוה לוח ה"ח ד"ה אלא ד"ל: ואשר יראה מוכרת בזה וכו' כשכא הבי"ח וטרף וכו' הרי דינא דגביית הבע"ח היתה מהמוכר, דכן הוא דין תנאי האחריות, שטירפת השדה תתקיים בשיוור לגבי מוכר עכ"ל. וע"ש שפירש דכ"ז אמת אע"פ שעד הטירפא אין למוכר בשדה כלום. ונראה לדבריו י"ל דגם דעת הראב"ד נובע מיסוד זה ודו"ק, וע"ע מה שביאר הגר"ח שם דעת הראב"ד (ויל"ע אם עולה לישטוח), וע"ע במערכת הקנינים (סי' ח) שביאר הגר"ש שקאפ ז"ל ענין "אחר"ך" שהוא כעין זכות וקנין לשני בנ"א

לכ' זמנים נפרדים. וכע"ז ביאר (שם כ"ב י"א) דברי רש"י בפסחים וכתובות שבאופ"ז הוא ג"כ דין זכות המלוה בקרקע, ע"ש דברים מאירים. ונראה שהוא נוסח אחר בגדר ענין "השיוור" הנ"ל, דהיינו שענין חשבי שהמוכר הוא "הבעל דין" ולא הלוקח ודו"ק היטב. ודע דלמש"כ יתיישב מה שתמה האבן האזל (מלוה ולוה שם) אודות הגר"ח ע"ש בד"ה והנה אחר כתב, ובמה שהביא בד"ה וע"ד "ונכדי חביבי הרב הנעלה מ' חיים שניאור שי' הק' עוד יותר" וכו'. ולהג"ל יש ליישב הקושיות.

שי"ג פ"ד

ואמר וכו' וכתב רש"י וכו' והוסף טעמא וכו'. וברש"י במהדרא קמא (הובא בשמ"ק לכתובות ויש צ"ע) כתב וז"ל: עסיקין, עוררין כגון בע"ח או שנמצאת שאינה שלו, עד שלא החזיק בה לוקח, דקרקע נקנית בחזקה, יכול לחזור בו לוקח ליטול מעותיו מראובן עכ"ל. וע"כ חזר ביה רש"י מזה.

והקשו וכו' נע"ל פרץ וגדר וכו' ועוד וכו'. ובנחלת דוד (יד: ד"ה בנ"מ/משהחוק) תי' באופן פשוט דמייירי שקנה באיזה קנין דמהני למי שפרע, דכמה קנינים כאלו יש דלא מהני לקנות לגמרי, כגון סיטומתא (ע"ד). ע"י נה"מ (רי"ד א), וקמ"ל דיכול לחזור בו ואפי' מי שפרע ליה, (וכע"ז איתא בשמ"ק אלא ששם משמע דאף בקנין גמור ליכא מחוסר אמונה ומי שפרע). אך ע"ש שנחלק בקו' שני' וכו' תוס' ושאינו מעלה ארוכה בזה. וגם בהפלאה (כתובות צג. ד"ה פרישי ד"ה עד שלא החזיק) הרגיש בת"י זה ודחאו בזה"ל, "ואין לומר משום דברים שיש בהם משום מחסורי אמונה, דבכה"ג שיצא ערעור לא שייך זה", וע"ש מה שכ' עוד בזה.

עוד יש יחשקות וכו'. וכע"ז הקשה בחי' הריטב"א כתובות (צג. ד"ה אמר אב"י), וע"ש עוד ב' דקדוקים נוספים.

עוד יש דקדק וכו' דמחלק בין מוכר באחריות וכו'. וע"ע בתוס' תלמיד ר"ת (ורכינו אליעזר בשי' הקמנינים סי' ט) שעמד בזה מאידך גיסא וז"ל: ועוד מספקא ליה לרבי אם לא נתן מעות אלא ע"י חזקה קנאה, שלא באחריות, אם אינו יכול לחזור בו הקונה מליתן (פעוה) עד שיקבל עליו המוכר אחריות. דתימה הוא לומר שיהא המוכר יכול לכופו שיתן לו מעות בלא אחריות אע"פ שלדעת כן החזיק בה. ולפירוש הקונטרס י"ל שיכול לכופו, שמפרש הכא משתחזיק בה אינו יכול לחזור בו אע"פ שלא נתן מעות שהקרקע נקנית בחזקה, משמע דחייב ליתן לו מעות ולהפסיד עכ"ל. (וע"ע שם מה שלמד ש"י חידשה דלא כרש"י וגם דלא כחוס'). ובשעריי ר' שמואל (יד. את ר"י ד"ה אלא) כתב דאחריות בעצם אינו כולל עסיקין, אלא דאמדינן לדעתיה שאם יהיה ערעור, קרקע כזו לא מכר ע"ש. ועי' בסמוך בפנים (ד"ה מושם).

ונראה וכו'. וע"ע בשו"ת שואל ומשיב (קמא ח"ב ק"ח ד"ה והנה במ"ש) ובסוד"ד שם "ואדרבה בזה נ"ל ליישב קושיית התוס' שנתקשו דמה חילוק

בין משהחזיק ללא החזיק וכו' ע"ש, ואפשר דומה למשנת.

דלישנא וכו'. דדבר שבממון נאנו קיים, ועי' מש"כ מהגר"ז לעיל (שי"א סוף פרק כ"ז) בגדר התנאים לגבי אחריות.

ש"ג פמ"ה

וכתב וכו' דאם באנסים דעלמא וכו' למה סלק"ד שיוכל לחזור. ואמנם כן פ"י מקצת ראשונים דמירי באנסים דעלמא ויקשה עליהן קו' זו, עי' ריטב"א (תדשים) בכ"מ יד: שם בשם יש מפרשים, וע"ע בשיטת הקדמונים בסוגיין וצ"ע. ואולי י"ל דהלוקח מצי טעין שהמתינו אלו הרשעים עד דאתי לידי לקפוץ עלי, ולא היו באין כ"ז שעדיין תחת בעלים הראשונים (התבון ירכיח) וק"ל. והתוס' וכו' הביאו דברי רש"י וכו' והקשו עליו וכו'. ועי' בנחלת דוד בכ"מ יד: ד"ה והנה לקושייתם שנדחק ביישוב דברי רש"י.

והנה וכו' וכו' הוא בקרקעות אבל המטלטלין וכו' אין נרעור המ"ק מגרע ההוראות בעלות. וע"ע בקצה"ח (פי' קלי"ג ס"ק א') שהסיק ע"פ הרמב"ם (פי"ג מטוען ה"ב) והה"מ שם דגם במטלטלין בעי טענה, וכל התופס נהי דמחזיק בה, מ"מ בלי טענה נגד המעורר חשב חזקה שאין עמה טענה ומוציאין מידו (לבד למי שפושטין לו טענין) עכת"ד, וכן הסכים לזה הנהיבות המשפט שם. וכ"כ הרשב"ם בכ"ב מא: דטענין אצל תופס מטלטלין ע"ש, וכן דקדקו האחרונים מלשונו כמובא שם במילואי חושן הערה 1. וצ"ע בבידון דידן. והנה ברבינו יונה (בי"ב כ"ח) כ' להדיא דתופס מטלטלין א"צ טענה ע"ש, וא"כ לדבריו מובן מש"כ כאן, (ואפשר דבפשוט זה גופא פליגי רש"י ותוס'). אלא דבתי' ושעושיין ר' ברוך בער (בי"ב ס"ו) הביא לדברי הרבינו יונה האלה וכו' דאין כוונתו דבחזקתו לבד הר"ה שלו בלי טענה, אלא שאין ב"ד מוציאין מידו ע"ש.

והנה וכו' וכו' דדייש אמיצרי עדיף מנע"ג גדר ופרץ וכו' ורק במקום ערעור בעיני וכו' דדייש אמיצרי. כן מבואר גם בבית אהרן כ"ד בה"ה משהחזיק, אלא שהוא הסביר בנוסח דיליה "דדייש אמיצרי יש בזה ב' פעולות קנין וכו', ועוד הרי יש בזה נמי גילוי דעת דאינו חושב עוד לחזור מזה", ע"ש שיישב דעת רש"י בזה. ועי' בסו"ד שמדגיש ג"כ "דחזקה דנעל וגדר אינה מועלת נמי ככה"ג ביצאו עסיקין, כיון דאין בהם כ"א חזקה דקנייה ולא גלוי דעת וכו', ודו"ק כי זה ברור ומקום הניחו לי לכוון כוונה האמיתית" עכ"ל. (זה ע"ד שנתבאר). ותמיהני קצת מלשון הכסף משנה כאן פ"ט ממכירה ה"ב, שצ"י "כבר פירשתיו למעלה בפרק ראשון (ה"ט) וז"ל שם: ה"ב"ע בשקנה בא' מדרכי הקניות ואפ"ה כל שלא נשתמש בה בחזקת דייש אמיצרי יכול לחזור בו, דלא

גרע דייש אמצרי מרפק ביה פורתא, והרי כאן קנין חזקה והרי נהנה בו עכ"ל. וע"ש עוד המשך דבריו ביתר ביאור. הרי מפורש בכסף משנה חילוק זה שבין סתם קנינים לדייש אמצרי ושיש מעלת הקנין בדייש, וגם אלימות שלא מצי לחזור בו, (וסברת נהנה אינו ממש סבכרת הבית

אהרן דגילוי דעת, אבל גם אינה דרכא אחרינא, בינה זאת). וידוע דאיכא מבוכה גדולה בין האחרונים ביסוד גדרם וכחם של קנינים אם הריין מעשה של גילוי דעת וכלומר שהדעת גומרת, או דהמעשה היא גומרת הקנין והדעת אינה אלא פרט ותנאי. עי' במערכת הקנינים להגר"ש שקאפ (פי' י"א ד"ה ולפי) שדקדק מהרשב"א בב"ק ק"ב שהדעת גומרת, וע"ע בחו"מ חו"מ סי' כ"ב שכ"כ בשם אביו והגר"א מ' הורוויץ ז"ל, ואילו החזו"א עצמו במק"א חולק ואכמ"ל. וכנראה דנוסח הבית אהרן ונוסח הכ"מ (ואולי גם המ"ס) תלויין בזה.

שם. עי' דבריו המגיד משנה (פי"ט ה"ב) שכ' בקיצור דברים דדייש אמצרי הוי השתמשות בעלמא ולא קנין, ומירי שכבר נעשה קנין. ובפ"א הי"ג כ' אמש"כ הרמב"ם שדש אמיצרי קניא, וז"ל: אולי יצא לו זה מהפירוש שכ' הרב אלפסי וכו' עכ"ל. ע"ש שמרגיש בסתירת פסקי הר"ם לפירוש, וק' האיך מיישבה. ועי' בהלכה למשה (לקדמון א' הורפס במפרשי י"ד החזקה) שהארין דלא כהכס"מ. עכ"פ מידי פלוגתא לא נפקא, האם דעת הר"ם דדש הוי קנין ג"כ. ועי' בט"ז חו"מ סי' רכ"ז סעי' ה' ביאור חדש בדעת הרמב"ם, וביסוד הדבר מודה דיש בדייש ב' מילי אלא שתלה הא דאינו יכול לחזור בו במה שנהנה, ובלא"ה אף בדש לא מהני נגד עסיקין ע"ש, ועי' בשו"ת חיים שאל (להתדיר) סי' ס"ה בא"ד כשהביא הרמב"ם והנו"כ, שהשיג על הט"ז. ולפום ריהטא דרכו עולה יפה עם הבית אהרן, וכדכתבנו. ועי' שם, ובהלכה למשה שהביאו לשו"ת מהרש"ן (ח"א סי' ק"ע) שלמד בדרך אחרת והשיגו עליו.

ש"ג פמ"ו

וכתב וכו' ויש דקדק וכו'. וכן הק' בספר מהדורא בתרא. וע"ש שמעיקרא ר"ל דשיטת רש"י כשיטת התוס' בכ"מ יד. שכתבו הטעם: הואיל וסופו לשלם מעותיו, עתה שהם בידו יכול לעכבם עכ"ל. ומשמע דס"ל לרש"י דהוה גופא טעמא דלישנא קמא למה באחריות יכול לחזור בו. ואלא הקשה דא"כ הו"ל לרש"י לפרש כן שם וצ"ע. ועי' בספר עטרת שמואל שתי' דלעולם רש"י אינו מפרש כהתוס' בכ"מ, אלא שמפרש ע"ד התוס' בכתובות (ג. ד"ה א"ה) "שאין בדעתו לקנות אלא נכסים משופין", ר"ל דהוי מקח טעות, וכמש"כ הרמב"ם (פי"ט ה"ב) "דאין לך מום גדול מזה". רק דרש"י סובר דללישנא בתרא לא ס"ד שעוררין הוי

מום, ורק דס"ד דנימא אפוכי מטרתא למ"ל (וכעין התוס' ב"ב). [א.ה. וק"ק לומר דס"ל דל"ה מום, דהרי הרמב"ם לא נקט סתם נוסח של מקח טעות, אלא כ' שאין לך מום גדול מזה, והאיך סלק"ד דגרע טפי משאר מומין. וי"ל דסלק"ד דתורת מום לא שייך אלא בגוף החפץ ולא בענין צדדי, אך למסקנא דג"ו תורת מום עלה שוב י"ל דאין לך מום גדול מזה]. ע"ז כ' רש"י דל"א אפוכי מטרתא, אבל מהו באמת טעמא דלישנא קמא לא הוזכר ברש"י כלל ודו"ק עכ"ל, וע"ש עוד פ"י בזה.

והנה וכו' ולמה יצאה ע"ה הרעת שיוכל לעבב המנות בידו בשביל כך. בחי' הגרש"ש (פי"ח ס"ק ג') ובחזו"א (פי"ג ס"ק י"א) הק' להיפך, מה מחייבו הדמים, והא כל חיובו הוי מחמת שהם דמי מקח, וכיון דבאו עוררין הוי ספק על עצם המקח (דחזקה אין אדם חצוף להציע לפני ב"ד דברים שאינם ב"ח סי' רכ"ו, ע"ש עוד במש"כ כהרא"ש), הרי ממילא דנעשה ספק שמא אינו חייב דמי מקח כלל. ועי' בחזו"א מה שתי' וע"ע בקה"א (פי' ט"ז אות ד').

ש"ג פמ"ז

והנה אביי לא הקשה מסתירת הפסוקים ועי' בנחלת דוד שג"כ עמד בזה וכו' דק"ו זו הוקשא בעיני הרמב"ם והרמ"ה אך הביא כפירוש שנתבאר בפנים ודחה אותו מכתובות (פ"ג) דשם מבואר היפך זה, וע"ש מש"כ לפרש (סד"ה ולענין). איכרא מכרומי שדה להנצי"ב (לעיל ג' ד"ה רמי ליה) כן ביאר כמשנ"ת, וע"ש מה שהטעים דבריו. וע"ע בשטמ"ק כאן בשם מהר"י כץ דהק' על מה שאיתא בגמ' "אי בדלית ליה פשיטא" דמאי פשיטא דילמא שוה כסף לאו ככסף. ועי' בחי' ר' ראובן (ד' י"א אות א') במה שחקר בריבוי דשו"כ ככסף בנוקין.

והנה אביי וכו' ולכן הוקשה לו קרא דכסף ומרן הגר"מ פיינשטיין ז"ל אף טרח וחקר באמת מה טעם כסף הוי כמיטב, והיינו שמסברא החיצונה לא חשיב מיטב כלל. ע"י דבר"מ חלק ג' סימן ח' ענף ד' ד"ה ומשמע הנכון לענ"ד וע"ע בד"ה אבל ודאי דברים נפלאים.

ודומה למה וכו' והכ"נ הוצרכנו לדון שוה מיטב כמיטב כדי שלא יוכל לומר דבעצם יש טענה ותביעה של זיל טרח וזבין, דאם כן יכולין אף לאכפויי לטרוח ולזבין בכגון שהיה לו סובין שלא שוה כלום במתא הדין אלא במתא אחרית דודאי אינו "שוה מיטב" כלל כי אף שו"כ איננו וכומו שכתבת לעיל ש"ג פ"ט מהראשונים ועכ"פ להרא"ש שם לשיטתו. ובכ"ג יצטרך לטרוח ולזבון באותו אתרא כדי להביא טרף לבעי"ח ודבר זה חידוש טובא וצ"א.

שער יד: בענין ערב פורע חובו של חבירו

שי"ד פ"א

והנה דין ערב וכו' כמעשה קנין להראות גמירת דעתו. וכלשון הרשב"ם כאן ד"ה מנין "באמירה בעלמא בלא קנין". וע"ע בטור ובבית יוסף סי' קכ"ט שכי' הערב לחבירו משתעבד מן התורה ואפי' בלא קנין, מאנוכי אערבנו עכ"ד.

וקאמר רב הונא וכו' ומשום הכי הל' עליו החיוב ממוין שקב"ע על עצמו. ובגדר הענין כבר נאמר בגמרא כאן בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה. ועי' בלבוש ריש סי' קכ"ט דהוא דין חדש כאשר יראה להמתבונן. אמנם ביד רמ"ה כאן ובריטבא קידושין ז' מבואר דההשתעבדות אינו אלא מחמת קנין כסף דזוהו היסוד של "בההיא הנאה". וכן מבואר במרדכי לב"מ צד. ע"ש. אך הסברא נותנת דהא והא חדא הוא, כי לקנין כסף א"צ מקראות מבראשית. ועי' לשונו של הגר"מ פיינשטיין ז"ל בדברות משנה (כ"ב סי' י"ח הערה ע"ה ב"ד"ה וגם) בזה"ל: מסתבר שעל עצם החיוב לא היינו אומרים מסברא שגמר דעת בשביל ההנאה יתחייב בדברים וכו' עכ"ל, וקצרונו.

וב"ז זה הוא בערב וכו' ואולי לזה לא צריך קרא. לכאורה גם בזה מצאנו קרא, עי' בערוה"ש סי' קכ"ט ס"ק י"ג בסוד' והבן.

שי"ד פ"ב

ובביאור החילוק וכו' היה אפשר לומר וכו'. וכן פירשו כמה ראשונים. ובריטב"א מנה להדיא ארבעה דינים. ובמאירי מנה שלשה דינים. וע"ע בראב"ד בהשגות פכ"ה מלוה ה"ד וה'. גם הרשב"ם בדף קעד. לא מנה אלא שלשה, עי' סוד"ה בר מתן לו, רק השמיט מניינא ברישא. ועי' בסמ"ע סימן קכ"ט ס"ק מ"ד ובפרישה ס"ק כ"ג שמהנה חמש מדות בערב אבל לא מנה אותם שבתוס'. ובהקדם למניינו כתב "כללי גביות מלוה מהערב" וא"ש.

אולם פירושו זה נדחה וכו'. ולאחרונה יצא לאור חיבור של חבר פרשנים שהשמיטו מדה זו מחשבון התוס' והעמידוהו על ד' מדות, ישתקע הדבר. ועי' בספר התרומות (שער ל"ה סי' כ"ח) שכתב בשם רבינו יעקב (שהוא רבינו חם כנורס) דאיכא "שלש מדות בערב שאינו קבלן", וע"ש שמנאן בדקדוק היטב ולא השמיט מדה זו, וע"ש שצירף לזה אף שיטת הראב"ד.

אולם פירושו וכו' אי"כ אין שום נפק"מ בין מדה א' למדה ג'. ובאמת לשאר ראשונים כן הוא ולהכי לא מנו אלא ארבע או שלש וכמש"כ. ואפשר דבהא תליא שיבושי הגירסאות ברמב"ם ופוסקים אי דין מדה ג' הוא רק באומר ממי שארצה אפרע, אבל

כשהוסיף "תחילה" יכול לגבות מן הערב מ"מ, או דילמא בין כשאמר תחילה ובין שלא אמר דינו שוה. דברמב"ם לפנינו גרסין "תחילה", ור"ל דגובין ככה"ג תחילה, ועי' בשינוי נוסחאות שלא גרסי' ליה. ועי' פי' המשניות. ובבעל התרומות (שער ל"ה א' ב') מובא בב"י (סי' קכ"ט סעי' י"ד) כתב: ואני בדקתי ספרו ולא מצאתי שכתב אלא ממי שארצה בלבד וכן גירסת משנתנו עכ"ל. וע"ש מה שדקדק מהרב המגיד. הרי שאף רבותינו הראשונים לא הסכימו בזה. ונראה דרורש פלוגתתם עפ"מ שיבואר בפנים, דאם הוא רק תנאי בעלמא א"כ תליא נבוסח התנאי ואומד דעתם, אך אם הוא גדר ערבות נפרדת, א"כ לא שנא הוסיף "תחילה" לא שנא לא הוסיף. וע"ע ב"שורע" סי' קכ"ט סעי' י"ד ובביאור הגר"א ס"ק מ"ד.

והשתא נראה וכו' ואין זה א"א קדימה בעלמא. ולפי"ז אם קדמו וגבו מה שגבה גבה, וצ"ע דהכי קיי"ל עכ"פ במלוה על פה, עי' רמ"א סי' ק"ד סעי' א' בשם הר"ן ובסמ"ע ס"ק ג'. וגם במלוה בשטר איכא נפקותא לדינא, עי' רשב"א פ' הנוקין נ: ובמגיד משנה פ"כ מלוה ה"א. ועי' לקמן שי"ד פ"ז לשון הרשב"ם המובא שם.

והשתא וכו' וקדימה זו נוהגת רק היכא דיש לו נכסים לזה וכו'. וכן מבואר מדקדוק לשון הנמוק"י (סוף קפ"ג) בא"ה ועוד צריך לעיין אם מכר הלוה נכסיו וכו', שלשונו קשה לפענח, אמנם לפי מש"נ כאן נראה ואכ"מ. ובביאור הגר"א סי' קכ"ט ס"ק כ"ז כ' בדרים נפלאים מאוד וז"ל: דערב יש לו דינא דלקוחות במקום שיש נכסים וכו' עכ"ל וע"ש מקורותיו. ועכ"פ דבריו מפורשים דיכא דיש כאן חילוק בעצם שעבוד הערב היכא דאיכא נכסים ללוה ודו"ק.

שי"ד פ"ג

ובפ"פולא חריפתא. אות כ' וע"ע באות נ' מה שהרחיב בקושיותו, וגם הוסיף ראי' מהש"ס בבכורות, ולפי מה שיתורץ בסמוך ממילא יפלו כל הקשונים וכנראה למתבונן. ונראה פ"באר וכו' דבדואי יצ"ע צריך לתבוע לזה קודם שגובה מנכסיו. אם כנים הרברים ניתן להבין שיטתם של מקצת ראשונים התמהוים לכאורה, דעי' ברשב"א (ב"ד"ה ב"ד"א) ובשטמ"ק שכתבו דאפילו כשהתנה "שאגבה תחילה מן הערב אם ארצה" לא מהני דפטומי מילי בעלמא וניהו עכ"ל. דלכאורה תמוה שהרי כל תנאי שבממון ודאי תנאו קיים וכדעת רוב הראשונים והרמב"ם וש"ע. ולמשנת"ה הוא כפתור ופרח כי לעולם צריך לתבוע הלוה תחילה אף כשאין לו נכסים ידועים, ונכון מאוד. ושאר ראשונים והרמב"ם לטעמיהו דלא ס"ל דצריך לתבוע הלוה תחילה כנ"ל

וכהנחת הפלפולא חריפתא דבברי הרא"ש ודו"ק.

עוד עיין וכו' מן הל"ה אינו צריך לישבע שלא פרעו הערב. וכן כתב להלכה בגידולי תרומה שער ל"ה סי' מ"ד, ע"ש שחקר בזה והכריע כן מסברא דנפשיה ומדיקא דהמגיד משנה, אך שם מיייר שקבלו ולא בערב שהתנה ממי שארצה ועיין.

ונפקא מינה בין שני צדדים. וע"ע בטור (סי' ק"ח) שהביא מחלוקת רבינו חננאל והרי"ף אם להלכה נחתין לנכסיה שלא בפניו אי קיי"ל כר' יצחק או כרבא א"ר נחמן בכתובות פח. ונראה דבהא גופא קמפלגי ודו"ק. וע"ע בציונים שי"ד פ"ו, ודע עוד דבעובדא דההוא דיינא דסלקוה, פליגי בה הראשונים בסוגיין אם באמת סלקוה להדיין או המלוה מנכסיו, ואפשר דבשתי צדדים אלו תליא מילתא.

שי"ד פ"ד

וכתב הרשב"ם וכו' דבההיא הנאה דקא מהימן ליה וכו' אסמכתא דבעינן נטו מעשה. והלא כבר יש כאן גמירת דעתו באמירה בלא קנין, כמש"כ הרשב"ם לעיל ד"ה מנין לערב שמשתעבד, והכי איתא בגמ' לקמן קעו: והלכתא ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין. וכ' הרשב"ם שם ב"ד"ה ערב וכו' דבההיא הנאה וכו', הרי להדיא דלא צריך עוד דבר לקנין וזלת זה. וכן נקטו כל הפוסקים לשון הש"ס "לא בעי קנין". עי' רמב"ם ריש פרק כ"ה ממלוה ולוה ובטור שור"ע סי' קכ"ט סעי' ב'. וע"ע ברמ"א שם מש"כ יותר מזה חיי נפלא וצ"ע. והנה בסתם ערב שאינו משעבד נפשי' אלא לבתר דחייב הלוה, נראה דאין אדם מתחייב בדבירו בעלמא כנודע, אמנם בערב קבלן או בהתנה בא' התנאים המועילים, עי' חו"מ סי' קכ"ט סעי' י"ג, דמשתעבד נפשי' בכל שום תליה, אפשר דמהני בלא קנין, עי' ש"ך סי' מ' ס"ק ד' שהעלה בדעת הרמב"ם דבדיבור בעלמא סגי אם מחייב עצמו בלי שום תנאי. וכן פסק הש"ך ב"ור"ד סי' רל"ה ס"ק ח' באומר כל הזן אינו מפסיד. ונהי שבש"ך הכא (סי' קכ"ט ס"ק ה') משמע דלא מהני בדבור בעלמא אלא בצויו ושלחות, וכן דקדק הקצה"ח כאן ס"ק א', מכ"מ השור"ע לעיל סי' מ' סעי' א' כתב להדיא דדין זה שיכול להתחייב לתבירו אע"פ שאינו חייב לו מהני כמו שעבודא דערב, והוא מלשון הרמב"ם פ"יא מכירה הט"ו, כן השיג הג"ר אהרן וואלקין ז"ל (בכשן אהרן סוף סי' קכ"ט). ועי' מה שביאר הקצה"ח בדעת הרמב"ם דהוי כמו אודיאת. והחשן אהרן למד שגם ערב כאודיאת וצ"ע. עכ"פ שיטת הרשב"ם מוכח דלא ס"ל כותיה ובעי קנין, וכן דקדק הקצה"ח כאן בס"ק א'. אב"י וכו' שהמזוזה עושה שליחותא דערב.

יל"ע אם בעינן לזה שליחות ממש, דבפשוט לא שנא משאר דוכתי, ע"י קצה"ח סי' קצט וע"י א' ובמש"כ מהש"ך ושאר תקיפי קמאי. וע"י בקה"י בקידושין שהרבה להשיב עליו דאין כוונת הרשב"ם כלל לענין שליחות דעלמא, וע"י שהגדיר באופ"א, וכן נוטה דעת דודי המחבר שליט"א. וע"י באבני נור בזה (הובא במילואי חושן) ומסתפקנא אם פלוגתא הנ"ל נוגעת לסברא שכי' בפנים, או דבין כך יחשב "מעשה על גמ"ד". וע"י בזה שי"ד פ"ה וציונים שם.

אבל ענין סתם וכו' להורות על גמירת דעתו, אבל המעשה שבשעה היא ההלואה מן המלוה להלוה. לכאורה לא דבר מוסכם הוא, ע"י חור"ם סי' קכ"ט וע"י כ"ו ו"ל: יש מי שאומר וכו' אם לא דיבר הלוה אם המלוה (א.ה. בתחילה) כלום אלא ראובן אמר לשמעון הלווה ללוי מנות וכו' אין לשמעון על לוי כלום עכ"ל. הרי להדיא דאין מעשה שבין המלוה להלוה "הלואה" ביניהם, אלא מעשה שבין "הערב" להמלוה היא, ואילו למש"כ בפנים ממ"נ הנהיג כגון הלוה ורק בנוסף לזה יש כח ערבות וקבלנות ועיין. ובסמ"ע משמע קצת דיש כאן גם הלוואה (ע"י סו"ק מ"ד). ובביאור הגר"א ס"ק נ"ג מבואר דיש בזה פלוגתא בין הראשונים יעו"ש. ולדבריו אפשר דבהא גופא קמפליגי וצ"ע. וראה חידוש מבהיל בשער משפט סי' ע"ג סו"ק ב' שכי' דכל הלוואה "בלתי בקשת הלוה" ו"שהוא צריך להמעות" אינה הלוואה אלא הוי כפקדון ונתנת רשות להשתמש בהם, ולא חל ע"ז סתם הלוואה ל' יום וכו' ע"ש, ודוחה קמאי בפני יסוד זה. ולדברינו אפשר דנמצא לו מקור נאמן בשו"ע הנ"ל ודו"ק.

אכן וכו' הר"ה בעל המעשה של ההלואה. א"כ יש לתמוה דאין לך לפני עור גדול מזה. אבל יש סיוע למש"כ בפנים בספר פני משה (ח"ב ק"ה) הובא במשנה למלך פ"ד מלוה ולוה הל' ב'. אכן מצאתי סיוע לדברי בדעת המש"ל ע"י צ"ע שמבואר באמת שדעתו כמש"נ בפנים ע"ש בקוצר אמרים. **אכן וכו' לפי"ז יל"ע מה הדין לפי היש מי שאומר בשו"ע שהובא לעיל (סי' קכ"ט סי' כ'),** האם לעולם יתחייב משום לפני עור בגוונא דשם.

שי"ד פ"ה

ועיין בתוס' וכו' ואם הקבלן מחל להלוה שעבודו מהו. וכו"ה מפורש בחי' הרשב"א כאן ד"ה ולא היא בא"ד. אלא שלא כ' ראה מוכרחת לדבריו אלא בלשון נראה, וסיים בצ"ע מסוגיא דכתובות יט. וציינן לע"ש בדבריו. אבל נראה רפיא בידיה, ע"י בב"י קכ"ט (סעי' י"ט) שהעתיק לשון הרשב"א "בצ"ע". ובנמוקי"ל כ"כ מדעתיה הובא ראה בזה"ל: דאפילו במוכר שטר חוב אמרנו לעיל קמו: שאם חזר ומחלו מחול עכ"ל. והובא בבית יוסף שם בצירוף לעוד ראשונים. וכן הוא הכרעתו בשו"ע סעיף י"ט, וע"ש שסיים

ויש מי שאומר שהוא הדין לערב עכ"ל. ובסמ"ע כ' שזה דעת הרא"ש מובא בטור (סעי' כ"ב) וצ"ע.

ועיין וכו' ואז אין הערב קבלן יוכ"ז למחול שעבודו של הלוה. וזהו שיטת הש"ך (סי' קכ"ט סי' ל"ח) שתולק על המחבר ודעימיה, וכ' לפי מה דקיי"ל לעיל סי' פ"ו סעי' ה' דלא מהני מחילה בשעבודא דר"נ במקום שחב לאחרים, וכמו שהוכחתי שם ס"ק י"א וי"ב עכת"ד. וע"י באורים (סי' ל"ח) שכי' עליו דיפה השיג הש"ך עכ"פ במה שנוגע לסוגיא דידן, וע"ע בתומים (סי' י"ח) שביאר מסברא דנפשיה, משום שאין הקבלן חוזר על הלוה קודם שפרע בשבילו, (וע"י מה שכתבו בזה בציון הסמך), וצווח עליו הקצה"ח ס"ק ד' "דזה פשוט ובורור" שהקבלן חוזר על הלוה בעת שירצה, דהא תניא אין למלוה על הלוה כלום ע"ש. ובנתה"מ ס"ק י"ד דחה דברי הקצות וכו' דודאי אין הלוה חייב להקבלן כלום קודם שפרע בשבילו (וע"ש בהמשך לענין הלכה), ובמשוכב נתיבות שם קרא עליו כמה רחוקים דבריו ממרכו האמת וכו' והיה טוב יותר השתיקה ע"ש. ובשו"ש פלוגתת י"ל ע"פ המתבאר בפרק זה וע"ע בציון הסמך. שו"מ חבר להקצה"ח ודעימיה, המחנה אפרים הל' שלוחין סי' י"ב שכי' דאפי' קודם פריעת החוב נשתעבד הלוה לקבלן ע"ש.

ומה וכו' בלי קנין ונתנו ביד הלוה. יל"ע האם זה חשיב "בלי קנין", דדלמא הוי כנוטל ע"מ להחזיר דודאי חל איזה קנין, והשתא מה לי זה מה לי נוטל ע"מ הלוה. ובאמת גמ' מפורשת היא בנדרים מה: אמרי פומבדיתאי קני על מנת לקנות הוא ולא קני, ורב נחמן אמר קני. וע"ש דמסקנת הש"ס דקני, וכ"כ הראשונים דהלכה כר' נחמן דקני, ע"ש ברין ופי' הרא"ש ותוס' והרמב"ן, וכן פסק הרא"ש בסי' ה' והרמב"ם פ"ה מנדרים ה"ז וטור שו"ע יו"ד רכ"ג סעי' ג'. והני הלכתא היא בלי שום חולק עכ"פ לענין חר"מ יעו"ש. וא"כ הכ"נ נימא הלא הערב נשא ונתן מיד המלוה וקנה, אע"פ שלא לקחן אלא ע"מ להקנות. וצ"ע. ואלא אחרי מה שהקשינו בציון הנ"ל, נראה דחדא מתרצתא לחברתה, ומיושב מש"כ בפנים והבן זאת. ועכ"פ לדינא כבר נתחבטו בזה הפוסקים ע"י מה שצוין ריש פרק זה.

אולם וכו' הלא אי"ז כתובה אלא שפר התחייבות בעלמא. נראה דהא ליתא, ועכ"פ תליא בפלוגתא הפוסקים שהזכרתי לעיל אצל כל נושא ונותן ביד. וע"ע בתוס' גיטין מט: בד"ה בקבלן שהק' כע"ז על רש"י. וע"ש שבמקום לדחות לדברי רש"י דחק עצמו לפרשם. הרי מבואר דכתיבנא ודו"ק. שו"מ ברשב"א הובא כנמוקי"ל בסוגיין דלא היה כוונתו של רש"י לומר נשא ונתן אלא סתם קבלן ע"ש.

ונראה וכו' שום דבר על פי. תימה דהלא נתנה שעבוד, וכי שעבוד הגוף כלום הוא,

ומעשים בכל יום דזה השעבוד מביא לתשלום ממון רב. ויתירה מזו כ' התוס' בכתובות נד: ד"ה אע"פ, שאי"ז גרע משאר קנין שעבוד. ונראה וכו' שום דבר על פי. וע"י בשו"ת מהרש"ך ח"ג סי' ס"ו שמפורש שא"א לגבות מהאדם קנין פירות שלו ע"ש. ותמוה מאוד וכמו שדחה דבריו המשנה למלך פ"א ממלוה סוף ה"ה. וביארנו בשט"ו פל"ט דס"ל להמהרש"ך דאין הקנין פירות אלא שעבוד בעלמא ולא בר גוביינא היא, ולפי"ז הכ"נ י"ל כיוצ"ב.

וצריכים לומר דגם להרמב"ם הוקשה לו מה שהוקשה לרש"י וכו'. ובתוס' יו"ט כאן (משהו ה' כד"ה הערב לאשה בכתובת) העתיק לדברי הרשב"ם (שהוא כרש"י) ולדברי הרמב"ם יחד. וכ' עליו הרש"ש (קנה) דאין זיווגם עולה יפה ע"ש. והיינו דאין הרמב"ם ע"ד רש"י וצ"ע.

וצריכים לומר וכו' והרי המעשה נישואין שנעשה על פי נחשב לו אע"פ שהיה נישואין וצאנו כסברא זו להגר' משה פיינשטיין ז"ל (דברות פתח כתובות סי' י"ג ענף ד' בסוגיין דיה ונתה) שכי"כ לענין גדול עומד על גבי, ואמר שישל דאפי' בלא ענין שליחות יחשב דבר כזה כמעשה ידיה, והוא משום דעדיף משליחות, וחדש דלא צריך קרא אלא היכא דאינו מקיים שליחותיה מיד ולפנינו, אבל באופן מיד וכיו"ב מהני. אך ע"ש בסו"ד שכתב: אבל הוא דוחק להחשיב עומד ע"ג מעשה המשלח להועיל גם שלא מדין שליחות דהא ליכא קרא על זה עכ"ל. ולמש"כ בפנים מצאנו סיוע לאותו צדיק מפרשה דערב וקבלנות ודו"ק. וע"ע בקה"י קידושין סי' י"ב שנראה דלמ"ג ג"כ הכי (וע"י לעיל שי"ד) וראיתי מכתב מכת"י בנו הגר"ח קניבסקי שליט"א שנחית ג"כ לזה מדנפשיה (הורפ"ס חסדמתא לספר מלאכת נבירי הור"ב ש.ה. גניצלהיים) וז"ל: הביא דעת הפוסקים דאין שליחות לעכו"ם אסור לתומרא. ויל"ע שהרי שנינו קטן שבא לכבות אין אומרים לו כבה, והיינו אפי' אינו בנו כמש"כ הב"ב, והגמ"א בסי' שכ"ה ס"י כתב דחרש שוטה וקטן שעשו מלאכה עבור ישראל אסור בכדי שיעשו, והרי חשו"ק לכו"ע אין להם שליחות אפי' לתומרא, וא"כ אמאי אסור. ולולי דברי הגהמ"י (פי' שבת אות ב' דס"ל שהוא מטעם שליחות) הו"א שאין כוונתם לשליחות ממש אלא דמיחזי כהו"א עשה זו ונבגרתו, וזה אסור חז"ל כע"י שליחות, ויתכן דאפילו עשאו פיל וקוף ברמיתו ששלחם ג"כ יאסור וכו' עכ"ל.

שי"ד פ"ו

והר"ף שם פסק כרב נחמן וכו' ולכאורה קשה מסוגיא דידן וכו'. והנה רבינו תנאל שם פסק כרב יצחק נפחא, וא"כ א"ש מסוגיין דהוינא דעשה הדין שלא כדון, והרי לנו הכרעה מהש"ס גופא כר' יצחק דלא כר' נחמן. ואלא דתמוה מה שתמך הר"ח יסודתו בירושלמי (כתובות פ"ט ה"ח) בעוד שהבבלי גופא מוכיח הכי, וצ"ע גם לענין הלכה דישת רבינו

חנגאל ג"כ מובא בפוסקים ע"י בטור סי' ק"ו (סעי' א') ובב"ח שם שכי' דאף שכאי אפשר לאודעיניהו אין נפרעין ממנו כל עיקר. ועי' בש"ך שם (ס"ק א') שצ"ע לתשובת ר"ש בהן (ח"ב ס"ו ס"פ) וכו' לדינא דאפשר לומר קים לי כדעת הר"ח ולעולם אין גובין מנכסי הלוה שלא בפניו יעו"ש. ועי' מש"כ בסמוך.

או"ם קשה דלמא אמר רבא דטעמא וכו' דנכסי דאיניש אינון מערבין וכו'. ועל אחת כמה וכמה ק' לשיטת הר"ח (הג"ל) דאין גובין שלא בפניו מעיקר הדין. אף לקושטא דמילתא נראה דלא ק' עליו, כי רבא לטעמיה שהוא מרא דשעתתא בשם ר' נחמן בכתובות דגובין שלא בפניו, ופשוטו. ויעו"י ביד רמ"ה (קוד. אור קל"ב) שהרגיש וכו' אבל היכא דאי אפשר נחתוין לנכסי וכדאמר רבא גופיה בכתובות וכו" ע"כ.

שי"ד פ"ז

וכתב הרשב"ם וכו' לכאורה סותרים למש"כ בפוגיון. ולא מצאתי לרבותינו שהעירו בזה.

ונראה וכו' דבפסתם ערב אין לו שיעבוד הגוף כלל ע"י הנובר כל זמן שאפשר לתובנו פ"ה. תימה כי אין לך יש ברירה גדולה מזו, דודאי בשעת מתן מעות לא ברירא לן דבר זה וצ"ע. ואפשר מכאן ראי' דהא דקיי"ל אין ברירה אינו אלא באיסורי, אבל בממונא לעולם קיי"ל יש ברירה. ובאמת כן צידד החזו"א לדינא (ומא' סי' ט"ז ס"ק י"ג) בזה"ל: והיה נראה מתוך זה (פוגיא דר"ש דהפסקי) דלא אמרינן אין ברירה לענין קנית ממון, וכל תנאי שבממון קיים אפי' תנאי שיש בו משום ברירה עכ"ל. והיה נוחא אילו סתם החזו"א ופסק בדממונא יש ברירה, אבל מה דסיים כל תנאי וכו', קצת משמע דבלא תנאי אין ברירה וצ"ע.

ונראה וכו' אבל אם התנה ממי שארצה וכו' לא יתבע ממנו תחילה מדין קדימה. ולפי"ז הא דסלקיה להווא דיינא, מסתברא משום דנכסים הוי כעירב סתם דבכה"ג לא הוה שום שיעבוד עדיין. ודלא כמו שכי' הרא"ש בזה (סי' מ) דנכסי דאיניש ערבין - כמתנה ממי שארצה, ואם נימא שרק בעניני קדימה טעה לא מסתברא דסלקיה משום הא כי קיי"ל בכמה דוכתי מה שגבה גבה ואף להלכה (עי' לעיל שי"ד סי' ב'). ואולי ס"ל להרא"ש דסלקי' לאו אדיינא קאי אלא על הנכסים קאי, וכדמשמע ממקצת ראשונים עי' ריטב"א ובמגיה שם. ואגב, נראה דבהא גופא יש תלות החילוקי דיעות אי סלקי' - איניש קאי או אנכסים. ועי' בסמוך שי"ד פ"ח בדברי הראב"ד ומשמע ראי' אלימתא לדברינו והבן.

שי"ד פ"ח

אכן וכו' בשם הראב"י. ועי' בהשגות הראב"ד מס' גיטין ר"פ הנוקין ובמאריי כאן. ואולי היה ניתן לפרש הכי בדברי הרא"ש כאן סי' מ'. עי' פלפולא חריפתא ס"ק כ'. אבל מה

נעשה שכבר הורה זקן בזה עי' לעיל שי"ד פ"ג בד"ה ונראה לבאר דברי הרא"ש וכו'.

ובין וכו' יש להקשות מהא דאמרינן בבכורות מ"ז. וכן העיר מזה הפלפולא חריפתא אות נ'. ועי' מש"כ בזה הרי"ט אלגאזי (אות ס"ט פוריה א"ך שיהיה). ועי' בשערי ישר שער ה' פ"י מש"כ בזה. ונראה שנתכוון למה שיבואר בפנים והביא לדבריו ראי' אלימתא מהגרעק"א בב"מ (דף פ'). ועי' בפתחי תשובה סי' קכ"ט ס"ק ו' ובחומ"מ סי' מ"ט במש"כ הש"ך ס"ק כ' ובקצה"ח ס"ק ט' בד"ה ונראה ליישב (בתומים סי' פ"ח ס"ק י"ט), ועי' מה שציינתי מהגר"א שי"ד פכ"א.

ונראה וכו' שבמקום הספק כפי שיעבור. ובמק"א (בענין אין ספק מ"מ ודאי) בענין אנדרוגינוס ג"כ כתבנו ע"ז, דשאני ספק דלא עביד להתברר שיש לו דין אחר. ועי' בתוס' יומא מו: ד"ה הדר פשטה שכתבו: אלא ברדאי ספק הוא ואין אדם לעולם יכול לעמוד עליו עכ"ל. **ונראה וכו' ועיני מש"כ הקצות החושן.** ועי' במילואי חושן שהביא דעת החולקים ובמש"כ בשם האור שמח (פ"ו מפכיה ה"ב) שהכותב כהחולקים על הקצה"ח (התומים והנתה"ם) ויל"ע. ועי' בחי' הרשב"א במס' ב"ב קמו: בד"ה ולא ירדתי בא"ד דקיי"ל אין נפרעין מן הערב וכו'.

ונראה וכו' יש להסתפק וכו'. ועי' ברמ"א סי' ק"י סעי' א' שפסק בדספקות גובין מיתומים. ועי' בבאור הגר"א ס"ק ה' ולא ברירא לי כוונתו. ועי' בערוך השלחן ס"ק ג' שכ' טעמא דנפש". ולפי הסברא שנתבאר בפנים י"ל בפשיטות ודו"ק.

והביא וכו' והלא זה כבר נעשה וא"א להחזירו. קצת תימה דקיי"ל בכל דיין שטעה בדבר משנה לא עשה ולא כלום, והואיל וטירפא אינו אלא מכח בי"ד וכמבואר בש"ס ופוסקים, וא"כ אם טעו הבי"ד בטלו מעשיהם, ואף כשגבה א' את שיעבודו עי"פ דין אלא שהחזיק שלא עי"י בי"ד פליגי בה הפוסקים אי מהני, ואפי' כשלא טעו הבי"ד אלא דעשו הדר דינא פליגי בה הפוסקים אי בעינן לזה קנין. (עי' במקורות).

שי"ד פ"ט

ההוא דיינא וכו' ומה שפסקו מלהיות דיון וכו' כך היא ההלכה וכו'. אכן יש לקפוק בזה, דנהי שפסק כן הרמב"ם (הפכ"ם) וגם הטור והשו"ע פסקו כן (עי' סי' צ"ח סעי' ג' ע"ש), ועכ"פ כן הבינו בדבריהם נושא כליהם, עי' לשון המגיד משנה ד"ה ואם טעה הדיין, וכן מוכח בלשון ההגהות מיימוני' ריש אות א' כדעבד - לההוא דיינא, וכן מורה הלשון בב"י צ"ח ס"ק ה', ומפורש בפרישה ס"ק ה' "פירוש מלהיות דיון". ולפום ריהטא יש לתמוה הדלא לשונות הרמב"ם והטור והשו"ע אינם מפורשים "שמסלקין הדיין" אלא שמסלקין "אותו", ולשון זה מתפרש בתרי אנפי, או על הדיין או על המלוה (מנכסי הלוה), וכמו שמתפרש

לשון הש"ס גופא "סלקיה". וכמו שפי' הר"א אב"ד בעל האשכול מובא בשי' הקדמונים, וגם במהר"ח אור זרוע (בתנהגה תמימי) כתב: והלוה שירד לנכסי לזה קודם שחבט את הלוה ממסלקין ליה עכ"ל. הרי שפירשהו אמלות ולא על הדיין. וגם הסברא מוכחת וכן וכמשי"ת בפנים בסמוך ע"ש. אמנם כפי' רבינו גרשום (בגליון הגמ' כאן) כ' בפירוש "לסלקי ההוא דיינא", וכן מפורש בנמוקי" (פ"ש נמוקי וצ"ס), ובקיצור פסקי הרא"ש (פ"י סי' מ"ג) שכידוע כתבו הטור כתב וז"ל: לאו דיינא הוא וצריך לסלקו עכ"ל. הרי להדיא מכל הראשונים הללו דסלקו לדיין, וכן מתפרש גם הלשון הרמב"ם, וכן ס"ל להמ"מ פרישה ב"י והגה"מ, וממילא עכ"ל הלכה למעשה. ועי' דבביאור הגר"א השיב ידו מלצייץ כלום בהלכה זו ושתיקתו בזה זרה היא לכאורה. גם הבי"ל לא צייץ לרגמ"ה ומג"מ והגה"מ וצ"ב למה סמך רק אנפשית. ואפשר דפשיטא ליה הא ודי לו לציין לשון הש"ס ותו יחא. וזכר לדבר מה שצייץ הבי"ל בכל מקום שיחא הטור איהו הלכה להרמב"ם וכו' לתמוה שהרי הטור מבואר בש"ס.

ההוא וכו' ודקדקו המפרשים דלמא מפסקין אותו. הנה בראשונים והנושא כלים לא מצינו שהוקשו להם דבר זה כלל אלא כמילתא דפשיטא נראית בעיניהם. (וזלת הנמוקי' וכמו שצייץ דודי התמה"ח שליט"א בסוף דבריו ע"ש ודבריו אינם מובנים בפשטם ע"ש והבן) וקצת תימה הוא זה ובפרט שהפוסקים הכריעו כוותיה בספריהם כאן וכאילו הלכה נפרדת ומסוימת נשנתה כאן במלוה לוה, ולפום ריהטא אינו כן אלא דוהו האי דינא דדיין שטעה שמקומו בהל' סנהדרין ובחומ"מ סי' כ"ה, ואי משום המעשה המוכח בסוגיין בש"ס, אמינא וכי הש"ס על הסדר נכתב ולמה נגרוו הפוסקים בתיהו להביאו שלא במקומו וצ"ע. ולפי תירוצו של דודי הגהמ"ח בסמוך את"ש.

ההוא וכו' ודקדקו המפרשים וכו' והלא אפי' אם טעה דבר משנה וכו'. וכן הק' בצמח צדק (חי' על הש"ס ב"ב שם) ד"ה סלקי' וז"ל: בנמוקי' פי' דסלקיה להדיין מהיות דיין וצ"ע מג"ל זאת, וי"ל דסלקי' להמלוה מנכסי הלוה עכ"ל. והיינו שהוקשה ליה האיך מסלקי' בחנם וכנ"ל. וז"ל התשב"ץ בשו"ת ח"ב סי' ט' על השאלה מרו ללפול דיין שטעה מכאן ולהבא וזה תחילת לשונו, "לא מצינו דיין שטועה בדיון וכו' שהוא פסול לדון לפי שכל אדם עשוי לטעות ואפי' גדולי התנאים טעו בדינם" ועי' חסיק הצ"צ פ"י הגמ' דקאי אמלות כדעת בעל האשכול. וכן הכריעו מסברא וספר אולם המשפט (סי' צ"ח ג') ובשונה הלכות על הבה"ג (ריש הל' הלאה), וכ"כ הרב המהדיר בתשב"ץ הנ"ל (הנהגה 7) שכצ"ל ברעו, דאלתי' האך כ' "שלא מצנו דיון שטועה שהוא פסול", והלא גמי' מפורשת היא בב"ב ע"ש, וכמה מחברי הזמן תלו שיטה זו גם בדברי התרומות הירושבי' ועוד ראשונים, ושגגה היא כי לכל היותר דבריהם מתפרשים לתרי אנפי דוק (תשכח), וכן הק' התידושי הרי"ם (חרי"ם סי' צ"ח

סעי' ג) "ואיני יודע מה זה, אטו בכל טעות שיטעה דיין פעם אחת נסלקו מלהיות דיין". וע"ש שם מה שנדחק ליישב בכמה אנפי וצ"ע, וגם אין דבריו מתפרשים בתוך דברי הראשונים והבן. גם באילה השתרך ברה"סלקי עמד בזה ותי' בזה"ל, ואולי מי שמפורסם לת"ח לא מסלקין (כמש"כ ברכ"י יו"ד סי' רמ"ג אות ד' בשם רש"ל פט"ו סי' י"א דיבמות), אבל האי דיין לא היה מפורסם שהוא ת"ח, וכיון דמצאו טעיה בדבר משנה סילקוהו, וצ"ע לדינא עכ"ל. ולא ידענא האיך יכלכל דבריו במשפט בשית הרמב"ם טור ושו"ע שפסקו כן להלכה יהא בל' מלוה ולוה וסתמו בדריהם דמשמע בכל אופן מסלקי, ונהי בפשט הגמ' י"ל כן, אבל לדינא לא וצ"ע.

ההוא וכו' אפי"ו אם טעה בדבר משנה. ובאמת יש להפליא וכי באיזה משנה נשנית הלכה זו שנחשיבנהו לדבר משנה, וכי יש איזה ברייתא תוספתא או מדרש הלכה דתנא הכי. ותו למה נקט נכסי דאיניש אינון וכו' שהיא הלכה חדשה, וה"ל להביא איה דכתובות פת. שמפרש ש"ס למתני' שם גופא דאין נפרעין שלא בפניו, ומה עוד שאיכא למ"ד שם דאף כשהוא במדה"י אסור, וכ"ה ש' הירושלמי כמש"כ הרשב"א בב"מ ק"ז: (הובא בנמוקי" עא: מדפי הרי"ף ד"ה ד"ה), ועכ"פ בדין שאין הכרח שהלוה היה במדה"י לכו"ע אסור לגבות שלא בפניו דינא דמתני' וצ"ע. ותו הלא גם אי"ו דבר השנוי כ"ס גויא דעלמא" (פי' סנהדרין ל"ג) וכמימרא דנתפשט סבי מדרשות של האמוראים, וכדמוכח ומבואר בסוגיין מיניה וביה "אמר רבא מאן חכים למעבד כי הא מילתא אי לאו רב חנין בריה דרב ייבא קסבר נכסי וכו'", והלא מימרא זו נתחדש לראשונה כאן אחרי המעשה הנ"ל ואחרי שהטיב לן רבא למיסכרא ע"פ האי חידושא, אבל בלא"ה לא הוה ידענא הלכה זו לעולם, זולת בכורות מת. ושם גופא רבא הוא דאמריה, הלא עינינו הוראות דלאו מילתא דפשיטא היא, וק"ו שאינו דבר משנה. והכי מפורש בלחם משנה ודייק הכי מהש"ס גופא "מאן חכים", וכי איזו חכמה היא זו, הרי משנה ערוכה היא דלא יתבע מן הערב תחילה, וע"כ דאינו אלא דימין בעלמא ומילתא דשיקול הדעת ע"ש. (וקצת תמוה האיך לא הרגיש מיר להק' דא"כ למה חזר הדין, הלא טעה בשיקול הדעת קייל דאינו חזר וצ"ע), ויותר מזה כבר דקדקו א' מהגאונים, ע"י הלכות פסוקות ולכרי הירדאי גאון הל' הלוואה (הובא בקובץ שיטת קמאי כאן ב"ה ההוא דיאנא) ודל': אמר רבא מאן עביד כהא מילתא אי לאו רב חנין בריה דרב ייבא דחכים, קא סבר וכו' עכ"ל. הרי דחכמה הוא לסבור כחידוש זה וכמש"נ. וע"י באור זרוע כאן בב"ב סי' רנ"ג שגרס הכי בגופא דגמרא ודל': מאן חכים למעבד הכי אי לאו דרב תנין וכו' גברא רבה הוא דקסבר וכו' עכ"ל. הנה היה דלכאורה לאו טועה בדבר משנה הלא אלא בשיקול הדעת וצ"ע.

וע"י בחי' הרי"ם שרצה לאוקמי באופן שהעמידוהו בני העיר לדון, דבכה"ג אע"ג דטעה בשיקול הדעת מסלקינן בלא התראה כדין איזה אומנויות, ע"ש דברים מחודשים, וע"ש שנדחק בזה בלשון הפוסקים, וסיים בזה"ל, וצ"ל דהיה דן יחיד, ובבית יוסף (רי"ש סי' ס' ד"ה ואם) כתב ראוי לסלקו מדיינו ע"ש, והיינו שנתעצם נגד הגדולים עכ"ל. ואראה ולא אבין חדא דע"ש בב"י שכי' מילתא דסברא מנפשיה וסיים וזה דבר פשוט ומבואר וכל דינא דלא דיין הכי לאו דינא הוא וטועה בדבר משנה הוא וחזור. ונ"ל שראוי לסלקו מדיין, והוצרכתי לכתוב לפי שראיתי מי שטעה בזה והחזיר בטעותו לעשות מעשה כדברי טעותו אחר שחלקו עליו כל בעלי הוראה עכ"ל. והנה עינינו הוראות שהבי' נתחבט עם א' מבני דורו נ"ע והשיג עליו בקנאת ה' כדרך רבותינו הקדמונים ומבין שפתותיו ירה עוד מילי חריפי שאינו דיין, וכי בזה חל סילוק אמיתי של אותו דיין. ותו דאתו והשיב טעם ודעת כלהלכה וכמובא שם בבב"ק הבית, ומה לי שבא הב"י אחריו והשיג שנית, והלא פלוגתא קמאי הוא זה ואלו ואלו דברי אלוקים חיים, ופשוט דלא נתכוון לפסוק הלכה על האי בר פלוגתא. ומה גם שהדיין הזה הלא הוא הגדול והנורא המבי"ט בשו"ת ח"א סי' ה' וכי בטלי כל הוראתיו של איש האלוקי הזה (עכ"פ פכ"ג פכ"א ולהבא) אתמהא, וכי באמת חל סילוקי של קול הקורא הנ"ל ח"ו, ומה גם שגם שו"ת מהרי"ט סי' קכ"ד מביא שהוא מחלוקת בין גדולי הדור, וגם הכריע כוותי' דהמבי"ט לקמן ר"ס קכ"ח כאשר העיד הש"ך בסי' ס' ס"ק ח'. וע"ש שגם הגן בערו מהשנה השני' של הב"י בבדק הבית ע"ש דאפשר שגם ההלכה כוותי' ועכ"פ לא נדחיה מההלכה. וצ"ע מה שדימה החי' הרי"ם לכאן. ואלא צ"ל דכוונתו הך היתה דהאי"ו אין למדים הלכה מפני מעשה הנ"ל, הא מיהא בשאר דוכתי כשא' דיין קטן דן ואינו זו מפסקו נגד גדולי הדור ודאי צריכים לסלקו, וזהו האוקימתא בסוגיין דב"ב קעד. אכן כ"ו לא שייך בדעת הרמב"ם טור ושו"ע שסתמו וכי לסלק לכל דיין העושה גבייה בכה"ג ולא תלוהו בהא שהדיין מתעצם נגד ב"י דחכמים גדולים ממנו. ואין לומר שהרמב"ם ודעימיה סתמו משום שרדו דבה"ו כבר נתהפך הדבר לדבר משנה, דא"כ תו אין כאן מקומו להלכה זו ומקומו הוסב להלכות דיניים סי' כ"ה והמסתעף והל' סנהדרין וצ"ע. וע"י בלבוש מרדכי בחדשות סי' ט' ענף ג' אות ח' ובישנות סי' ד' ד"ה ולכאורה שהפליא להוכיח שלעולם יהיה הטעות בדבר משנה ולא בשיקול הדעת ותלה הסברא במעלתא דשעבודא דאורייתא ע"ש שבדברי הנעימים, אך דבריו תמוהים בתרתי, חדא דסוף דלא לאו הסביר מהכ"ת דטעה בדבר משנה פוסל את הדיין (וכמו שהק'

לעיל), ותו דכל דבריו הויין מילתא דתליא בסברא, ונהי דנהירין וישרין ומובנין היטב, עדיין ק' לומר דכ"ו לדבר משנה יחשב והדרא קושין לדוכתא.

ונראה לרש"י שנתנו ש"ל דין זה וכו'. ולפי דבריו הללו יתיישבו כל הני קמטונים שהערנו עד הנה רובם ככולם דוק ותשכח.

ונראה וכו' ויש לחוש שיטעה עוד כמש"כ הנמוקי" וינ"ש. והנה המעיין בפנים בדברי הנמוקי" יראה שדבריו אינם מתפרשים בשום אופן זולת פי' דודי הגהמ"ח שליט"א דו"ל: וזה היה דיין שלא כדין, וכו' ושמא היה מסלקו בוויז, ומשום הכי סלקו רב חנן דסבר כמו שטעה בזה יטעה בדינים אחרים, ונראה שהדין נמי חזר (סנהדרין ג) דטעה בדבר משנה חזר עכ"ל. ומבואר דבתי ענינים נפרדים דיבר הנמוקי", חדא שהדיין מסולק, ושנית שהדין חזר. ולכאורה דבריו נפלאים וכי ב' ענינים נפרדים המה, הלא דין תורה הזה בטל כ"כ ע"ד שהמורה הוראה ג"כ בטל ונמצא הכל בטל ועבודת הדיין, ומאי שנים, הא אתא הוא. ובידית תמה וסודי שכי' הנמוקי" שבהקדם כ' שהדיין נפסל ואח"כ שהדין בטל, ולכאורה העיקר הוא שהפסק בטל הואיל ושלא כדין פסק, ורק מילתא אנב אורחי' קמ"ל דאף הדיין נפסל וכמבואר אח"כ במעשה שהביאו. ועל כולנה קשה מה שנקט הנמוקי" לשון "ונראה שהדין נמי חזר", וכאילו הדבר תליא בסברא זו, הלא אין יעלה על הדעת שהדיין טעה כ"כ עד שאבד מיניו לעולם ואכתי "דיינו" לא בטלין, וכי אפשר לקיים פסק של מי שאינו בעל הוראה, ועוד לגבי עצם הפסק שבגיננו הוא נפסל. אך לפי דברי דרוי המחבר שליט"א דברי הנמוקי" מזוקקין מאוד, דבעצם לא היה טעותו בדבר משנה, וגם אפשר דלא היה טעות אפי' בשיקול הדעת וכמו שהארנו לעיל ממה טעמי, וא"כ שוב א"א לבלט פסקו דוק טעה בדבר משנה חזר ולא טעות אחר, ומה דמסלקינן ליה ענין אחר הוא שפסק כשלא היה לו דין ורשות להורות וכמש"נ, וזה מילתא שבינו לבין גדולי הדור, אבל לעצם הפסק הו"א דהואיל ולא טעה כ"כ מצד ההלכה קיים. ואלא דאינו מובן למה סיים בטעמא "דטעה בדבר משנה" דלעולם לאו טעות בדבר משנה ממש הוא אלא טעות מענין אחר וכמש"נ וצ"ע. ואולי חשיב טעות בדבר משנה מטעם אחר דמצדו וחייב לו להורות לישראל וכמבואר במקראות ובפוסקים ע"י עליו, מכלל דכשאנו רשאי להורות ומורה הוי כעין איסור עשה ויל"ע.

ההוא וכו' דהתם הרי מוט"ל עליו דרון וכו' וישותו זו המור יותר. ויש להסביר דבאמת לפי שורת הדין גם טועה בשיקול הדעת היה צריך להיות שדינו חזר, דסו"ס לאו שורת הדין דן והא מיהא שעת קרית לה, והכי מוכחא מילתא דבדברי היד רמה בסנהדרין ל"ג. והביאו הטור בסי' כ"ה (סעי' ג) דדינא שטעה בשיקול הדעת

ולא הספיק התובע לאפוקי מיניה דנתבע הדר דינא ואין מוציאין ממנו ע"ש. הרי להדיא מינא טעה בהוראה (ואף הרא"ש החולק עליו וס"ל דקס דינא נמי י"ל דמורה ליסוד זה אלא "דיקס דינא"), ואלא דקולא היא שתיקולו בדיין בטעה בשק"ד אינו חוזר והוא מזכותי ודיני יושב על מדין, ואפשר מהאי טעמא כדאימתא בסוטה כב. ועב"ז יט: א"ר אבהו א"ר הונא אמר רב, ועצומים כל הרוגיה (משלי ד' כ"ט), זה ת"ח שהגיע להוראה ואינו מורה. והביאו הרמב"ם בהל' ת"ת פ"ה ה"ד והטור והשו"ע יור"ד סי' רמ"ב סעי' י"ד. וא"כ מוכרח היה הדיין הנ"ל להורות, וע"כ שייך בו קוליא זו. וקורב לסברא זו על כבוד באגודות אזור (לאבי האבני נ"ו) בסוגיא דשיקול הדעת אות ד'. שו"מ ביד רמה לג. ד"ה בבא תשיעאה דהא דאמרי' בבעלי דינין שלא קיבלוהו עלייה דינייהו שבכה"ג אף בטעה בשיקול הדעת הדין חוזר, מ"מ גבי שלשה מומחין אינו חוזר ופטורין הדיינים מלשלם, "דכיון דאיית להו רשותא מדאורייתא למידן דינא, פטיירי." וע"ע לעיל ג. ו"ה ומקשני' לטעמו לא ישלמו דהא ברשות קעבדי'. ובע"ז כ' רשי' בבכורות כת. ד"ה ואם היה מומחה לב"ד פטור "דלא מצי למימר ליה אמאי דיינת ליה". הרי להדיא דאם איכא רשותא לדין תו לא מצי למימר אמאי דיינת, וזו ההגנה של הדיין, (ואעיג ששם סיירי במומחה ולא בכל דין, מ"מ הסברא דומה). ועל כן בנידון דידן שלא היה לו לדין הוא ליה כדן שלא ברשות, וא"כ שוב מצי' למימר ליה אמאי דיינת. וזהו כונת דודי המחבר ב"ש"ט"א "דהתם הרי מוטל עליו לדין ולפסוק וכו' (אבל ה"כ לא היה עליו לדין כלל".

ובזה הרווחנו שיטת הירושלמי המחודשת מאוד (ע"י תוכות פ"ט ה"ם), דס"ל לר' יוחנן דאף טעה בדבר משנה אינו חוזר וכדין טעה בשיקול הדעת. ולכאורה תמוה, וכי לזה הוראה קריא רחמנא דציונו לציינת לה. אלא לפי הנ"ל י"ל דכיון שהגיע ההוראה ומוטל עליו להורות שוב חל חלות ההוראה על מה שפסק, וע"ז טעה אין משגיחין, דסו"ס מה אנוש כי יתנונו. וע"י בקרית ספר פ"ו סנהדרין ה"א שכ' כדברים הללו וז"ל בקיצור: הטועה בדבר משנה חוזר הדין, ולא תימא דבדיעבד מה שעשה עשוי מדאורייתא כדכתיב (דברים ט"ז) לא תטה משפט דמשמע לבתחילה, דהא כל דיני התורה אפי' בדיעבד נמי הוו, דכל דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, וכיון דדבר מפורש הוא אין דינו דין וכו' עכ"ל בקיצור. הרי להדיא דבעצם על כל מילי דנפק מפומיה של הדיין היה אפ"ל דחל שם ההוראה ודין תורה עליה, ולפיכך אף טעה בדבר משנה שחוזר חידוש הוא, ומ"מ אין לך בו אלא חידושו ומתשלומין פטור מלשלם מה"ט גופא, וכלשון הקרית ספר בסו"ד י' והוא פטור דהתורה צותה עליו שידון ולא נתחונן להזיק". הרי מכל טעות וטעות ששייך אצל הדיינים, מובטחים ומוגנים המה תחת חיובם ואחריותם

לדין. ונמצא דכשהוסרה הגנה זו, הוי כל טעות חמורה ביותר.

ואפשר ליישב ע"פ הנ"ל השגת הש"ך על הלבוש בא' ההלכות בדיין שטעה, בחו"מ סי' כ"ה סעי' ג' בפרטי דיני דין שקיבלו אותו בעלי דינים עליהם לדין, כתב הרמ"א וז"ל: אבל אם קבלום עליהם בין לדין בין לטעות או בזה"ש שמכריחין הקהל הדיינים ע"פ החרם שיהיו דיינים בעל כרחם לא ישלמו אפי' טעו דמה להם לעשות עכ"ל. והוסיף הלבוש שאפי' לא היה חרם רק קנס ג"כ חשיב מוכרחין ע"ש, והשיג עליו הש"ך בס"ק ל"ג וז"ל: ולא נהירא לפע"ד דזיל בתר טעמא דהוי כמו אנוסים כיון שמוכרחין לדין ע"פ החרם, ובקנס לא שייך אונס, דישלמו הקנס ולא ידונו, דאונס ממון לא מיקרי אונס עכ"ל. אכן לפי רוח הדברים אשר דיברנו י"ל דכל שהיה מוטל עליו לדין תו לא חשיב טעותו כסתם טעות ועיין.

השפטה אחרי כתבנו כ"ז הגיע לדינו דברות משה עמ"ס סנהדרין גנדפ"מ על סדר הדפים ובדף לג. עמוד רע"א חקר חקירה גדולה ויסודית בגור דין שפוטס דין וע"ש ע' ער"ב צד ב'. ועוד חקר חקירה נוספת בדומה לה בעמ' רפ"ד ורפ"ה ע' בכל דבריו המחדשים שמבהיר בכל האמור ונראה דעולה יפה עם דברינו.

שי"ד פ"י

ההוא ערבא וכו' אבל באמת אין נפק"ט בכך וכו'. ובשטמ"ק בשם הראב"ד כ' ע"ז (מקשה לדודעיהו) "לא המלוה ולא הערב", ויל"ע בכונתו. עוד יל"ע במה שהביא השיטה אח' בזה"ל: אבל הרא"ש פירש וזה לשונו וכו'. ומבואר דס"ל דלפני על פ"י הראב"ד, לרבות מה שפי', לא המלוה ולא הערב. והמעיינין שם לא יראה כן בעליל וצ"ע. ובעיקר צריך להתיישב במה שסיים שם השיטה "וכן דעת רשב"ם על מה קאי.

שי"ד פ"א

ונראה וכו' זה אינו וכו' ואם אנו מחייבים את הערב וכו' הרשב"ם וכו'. ע"י לקמן בסמוך שביארנו שיטת הרשב"ם בזה.

שי"ד פ"ב

אז"ל באמת צריכים לציין וכו' עוד יש דרדקדק וכו'; אכן נראה וכו'. כ"ז נכון בדעת הנמוקי' והראשונים כוותיה, אך לכאורה קשה לאומרו בדעת הרשב"ם בסוגיין, ומשום ששתקו בזה רבותינו קמאי ובתנאי נבאר קצת. כ' הרשב"ם ד"ה ההוא ערבא דיתמי וז"ל: כלומר משלו פרע ולא משל יתומים, שלא הספיק לתבעם, ועתה חוזר עליהם ותובעם עכ"ל. והוא תמוה מאוד לכאורה למימרא דסוגיין מיירי רק בכה"ג שפרע משלו ולא משל יתומים, וכי יעלה על הדעת שיפרע הערב בנכסי הלוה. ונראה בזה ע"פ המבואר ברמב"ן והרא"ה כאן דכל הטעם דפטרניהו לערב

משום שיראין שיחזור על היתומים אח"כ, הרי להדיא דלא אמרי' ליה טענת צררי אתפסיה כמו שאומרים להמלוה, (והסברא י"ל כשני' בפנים), ודלא כרבינו יונה בעליות הערבר ג"כ חייש לצררי (ע"ש בריה' ההוא ערבא), ואשר על כן חייש הרשב"ם דכשבא המלוה לטרוף מהערב - היה יכול הערב להחכים ולהשכים לפתחם של יתומים ולחייבם לפרוע כי מפסידים המה על נכסיו, ואין להם שום פתחון פה דצררי אתפסיה, כי כאמור לא תקנו חשש זה כלפי הערב בין לטוב בין למוטב, וא"כ בודאי היה הערב מצליח לפרוע בכנסי היתומים אילו תבעם לדין - כי רק המלוה מעוכב מלתובעם ולא הערב וכמש"נ. וכ"ז דלא כשאר הראשונים וכמו שנתבאר בפנים ודו"ק.

אכן וכו' דצררי אתפסיה לא הוי פסק גמור. וראיתי לשון בא' מהראשונים ז"ל "שחז"ל נתחסדו עם היתומים". ור"ל לפני משורת הדין, (לכאורה ע"פ פ"ב ס"ג), וכעין שמצאנו בדברי הרא"ש בבב"ב פ"י סי' כ"ה בשם הרמב"ן "עד לתלין יומין שהוא זמן בית דין וכו' שכל זמן בי"ד אינו מן הדין אלא מדר רחמנא ונתן חכמים וכו'". והביאו הב"י והסמ"ע בסי' קי"ד ס"ק ד', ודלא כמקצת ראשונים שכתבו דחיישינן לצררי אתפסיה להערב (ע"י ראב"ן ח"א סי' ס"ח). והשתא יוכן היטב דברי הטור סי' ק"י וז"ל: לפיכך אם תפס משלהם אפי' אחרי מות אביהם וכו' מותר לו לתפסו בחובו כיון שידוע וברור לו שלא נפרע מאביהם עכ"ל. והבית יוסף (סי' ה') בסו"ד מקשה על הטור וז"ל: ועל לשון רבינו יש לדקדק למה כ' מותר לו לתפסו בחובו, הוה ליה למימר מהניא תפיסתו דהוה משמע שבי"ד היו פוסקים דמהניא תפיסתו עכ"ל, ובאמת בשו"ע סעי' ב' השמיט לשון הטור בזה. וע"י בש"ך ס"ק ה' מה שתיקן ועשה מזה מחלוקת ודחה דעת השו"ע מההלכה וע"ע בפרישה. ולולי דמסתפינא אמינא דדברי הטור בדקדוק נכתבו, ויפה דרדק הב"י מהן, דבאמת ספק ממון שייך בו תפיסה באופנים שונים, ואין כאן חידוש מסוים בזה. אלא דשאני חשש זה דחז"ל בראוהו יש מאין, א"כ יש צד חומרא בספק זה כי הוי כעין תק"ח לחוש לצררי וחיוב דרבנן, ומי שאינו חושש הרי הוא כעובר לאו מד"ס. וע"ז כפל הטור את דבריו וסיים "מותר לו לתפסו" דאין בזה טרף איסור משום זה, דהוי"א דחייב המלוה להחזיר מה שנתפס ע"פ דבשאר דררא דממונא אי תפס לא מפקי'.

שי"ד פ"ג

כתב הנמוקי' וז"ל: ועוד צריך לציין. ק"ק דהמעיינין לעיל מיניה יראה שהנמוקי' כבר כ' בזה דעתו פעמיים: א) ב"ה אמר המחבר שכ' "ואפילו מנכסים משעבדיהם" שגובים מהם קודם הערב. ב) בסמוך ד"ה וערב שהתנה בעל מנת נפרע ממנו כל זמן שאין ללוה נכסים ידועים בכאן ואפילו ממשעבדיהם גובה הימנו עכ"ל וצ"ע.

כתב הנמוקי וכו' ונראה למפרשים ד"ל לא מצאתי מי המפרשים האלו. ובמהדורות החדשות ציינו לרשב"א בח"י ד"ה ואלא, וביקשתו ואינו, כי כ"ש הרשב"א דעתו אצל אל מטעמיה ע"ש. ובר מן דין הרי הרשב"א כ' על זה בשאר ספריו ורפיא בידיה - עי' בשו"ת ח"א סי' תתפ"ח שהשואל הסתפק אם מוכרן דומה לאישתדוף (דביטין פט"ג), והשיב שהדעת נוטה שגובה מהערב שהיו גם כבני חורי, ומסיק הרשב"א "וצריך להתיישב בדבר" והביא לשונו בכ"י (סי' קכ"ט כ"א), ואח"כ מעתיק דברי רבינו ירוחם בשם הרשב"א שגובה מלקוחות כמו שכתב בחידושו, ולא כ' שום טעם. וע"ע בתשובה תתצ"ב מה שכ' בכע"ז. ובמהרי"ט אלגאזי בכורות ס"ו ע"ח סובר שהכרעת שיטת הרשב"א הוא שכן גובים מן הערב. היוצא מכ"ז דאלו מדברי הנמוקי ומסתמא דרמיא ביה טעמא דנפשיה. ומסתברא דלהכי לא שתו לבם הטור והשו"ע להביא מדברי הרשב"א בזה, וע"ע בסמוך.

ויש צ"עין וכו' דאין מפורט במורה נבוכים גביה. הנה סברא זו מרווחת היא וסו"ס צ"ע למה לא כתבה, ובפרט לשיטת הקצה"ח והנתבה"מ ושאר אחרונים דפירשו דברי רש"י למימר דלאו מכירה כלל כנודע וצ"ע. אמנם לדין דרק לענין גביה אינו מוכר, נראה שהוא איש נכסים אחרים אחראים לחוב זה מהערב וא"כ אחי י"ל דלא הגיעה סיבה וסדר הגובינא לפתח הלקוחות האחרים ודו"ק. ויש צ"עין וכו' דהא כ"ז שיש נכסים ללקוחות אין לו תביעה על הערב. עי' בציון הנ"ל. אך עי' בחתם סופר ברש"י הנ"ל שגמיה הגירסא ל"א ע"פ שהוא ברשותו אינו שלו"ם במקום הגירסא "אע"פ שהוא שלו אינו ברשותו" ע"ש. ומשמע מהנמוקי דס"ל דעדיין בעלות הלוה חופפת עליה וכגירסא שלפנינו ועיין. ויש צ"עין דכבר פליגי בזה אמוראי, ויש בירושלמי פסחים (פ"ב ה"ב דף ג"ג) דפליגי ר' יונה ור' יוסה בהפקיד עכ"ל חמץ אצל ישראל וקיבל עליו אחריות (עי' בבלי ה"ב וזכ"ס הקרבן העדה והפסח) דקיי"ל צריך לבערו, לא ביער, לאחר הפסח מהו, ר' יונה אמר מותר ר' יוסה אמר אסור, הרי דפליגין ביסוד דשעבוד אחריות אי חל דין שלו אם לאו ודו"ק, וכדומני שממשנתו של הצפע"נ למדתי זאת.

ונראה וכו' הברירה בידי או לתבוע חוב הלוה או חוב הערב. מבואר בהתבועה יכולה גם להיות מהערב תחילה כרצונו, והוא תמוה מאוד, דבשלמא קבלן נוחא, אבל סתם ערב - ואפי' התנה (דל"ש התנה מסתם לענין זה), כמש"כ הנמוקי" בריש סוגין, ודאי אסור לתבוע לערב תחילה.

שי"ד פ"ד

וסלקא אדעתיה וכו' למה תהא גביתו מן הקבלן תלויה בסוג הקרקעות דא"ל פ"ה. ובאמת כן ס"ל לכמה ראשונים לדינא, עי' תוס' לעיל מז. ד"ה קבלן שדייק כן מהש"ס

בגיטין מט: וכן בתוס' שם ד"ה אלא מבואר הכי (ודלא כדומכ"ן שם בחידושיה), וכן פסק הרשב"א להדיא גובה מזיבורית הקבלן רק בדאיכא זיבורית גבי הלוה, והביאו הרב המגיד פרק כ"ה ממלוה ולוה ה"ג והעתיקו הבית יוסף סי' (קכ"ט ט"ו).

וסלקא וכו' קמ"ף דהחוב הוא לש"ם ממוין. אינו ברור דבהא קמפליגי, וכבר פליגי חדא זימנא אי דמי קרקע כקרקע, עי' רמב"ם וראב"ד טוען ונטען פרק ה' הלכה ב' ובקצה"ח סי' צ"ה ס"ק ח' שביאר שורש פלוגתתם על דרך זה. ובר מן דין מבואר כאן כפוסקים רוח אחרת, עי' במש"כ המחבר סי' קכ"ט סעי' ט"ו וז"ל: קבלן לעולם יפרע ממנו תחילה אם ירצה אפי' יש נכסים ללוה, אא"כ הלוה רוצה לפרעו עכ"ל, והוא כהנמוקי" דידן. וע"ז הגיה הרמ"א בזה"ל: ואין הלוה נאמן לומר פרעתי וכו' עכ"ל, וכל הרואה ישותמום מה ענין זה לסעיף זה, ומקום דין זה הוא בסימן ק"ל שם מבואר פרטי דינים אלו (ועי' לעיל סעי' ר"ב). אלא צ"ל דהרמ"א ראה בדברי המחבר דאם הלוה רוצה לפרוע אינו גובה מהקבלן, וע"כ דאכתי אגידא ביה הקבלן עם הלוה, ובפרט שדין זה הוא מהנמוקי" ושם מבואר סלק"ד דינו גובה מהקבלן אלא לפי קרקעותיו של הלוה וכנ"ל וע"כ גם לשאר הלכתא דינא הכי, "ואין הלוה נאמן לומר פרעתי" דמאחר שע"י טענתו מיפטר גם הקבלן ע"כ אינו נאמן דגם הקבלן לא היה נאמן (ועי' ברי"ת ליה מ"ד והב"ן). ועי' בש"ך מש"כ בזה בס"ק ל"ב בשם ספר התרומות שער ל"ה וז"ל: ובאמת ברור דקבלן לעולם לא משתעבד אלא במה שהלוה משתעבד, ואם הלוה טוען פרעתי משתעב הלוה ומיפטר הקבלן וכו' עכ"ל. הרי להדיא דאגודין ותלוין זה בזה אף בהא, ולהכי מה יאה סמיכות גם בדינא זיבורית דלוה וקבלן ודו"ק.

ובמה וכו' צריכים צ"עין וכו'. וכן הק' הפנ"י בגיטין מט: ד"ה בכו' וכו' אלא.

וצריך לומר וכו' ולכן יב"ז הלוה לתבוע שהוא רוצה לקיים חיובו. צע"ק ממש"כ הנמוקי" שם גבי לקוחות (עי' שי"ד פ"ג) דהמלוה הוא היכול לתבוע נכסי דלוה ואילו כאן מבארים שהלוה הוא התובע להפרע מנכסיו. עו"ק דלהמתבאר כאן נמצא שהלוה הוא שמקיים פריעת מצוה בנכסיו, וא"כ גם לעיל גבי לקוחות הרי הוא יכול להכריח המלוה ליפרע מן הלקוחות ולתבוע אותו שלא ללכת להערב, למען מצותו, והוא דבר זר וצ"ע.

ולפי זה יותר מובן וכו'. וע"ע בזה בדברי הרשב"א שציינתי לעיל (הובא במגיד משנה פ"ה ה"ג) דס"ל להלכה כסלק"ד, וכ"כ בחידושו כאן קע"ד. וכ"כ בשו"ת סי' תתצ"ב. אבל עי' בפנ"י הנ"ל בגיטין ובלחם משנה (פ"ב מלוה ה"ג) שראו בזה סתירה בדבריו דבשו"ת מוס"ף (ד"ק) אם רוצה הלוה לשלם זיבורית כמו כן מעוכב המלוה אצל נכסי הקבלן לגבות רק מזיבורית,

וע"ש מה שיישבו בזה בדרכים שונים. וע"ע בשי למורא (סי' קכ"ט סי' כ"א ברי"ה וכו') שהגיה בגירסת הרשב"א בגיטין.

שם וכו' קמ"ף דחוב חדש ש"ה הקבלן תלו בחיובו ש"ה הלוה וכו'. הנה הרמב"ם טור וש"ע השמיטו דבר יסודי זה, ואם באמת הקבלן תלו בלוה ונפק"מ בגביית בינונית וכו' הו"ל להביאו ולא לסתום. ואמת הוא שהבית יוסף הביא בזה הדעות, אבל בשולחנו רק כ' שהלוה יכול לכוף פריעתו אם ירצה. גם הרמ"א לא פצה את פיו בזה. זאת ועוד דיש חבל ראשונים שהכריעו זיבורית דלוה מגבילה לגביית זיבורית דקבלן, והם הרב המגיד, משמיה דהרשב"א וכן קיבלו בדעתו רוב מפרשים עי' רבינו ירוחם (ג"ה כ"א ע"א) וכו' ולח"מ וכן הסמ"ע ס"ק ל"ו. וכ"ה שיטת התוס' בגיטין וכו"ב (כמו שצ"ע לעיל). וכן נראה הכרעת רעק"א (בהגהותיו), וכן הוא בח"י הריטב"א בגיטין שם ע"ש דברים מפורשים. לכן נראה לפענ"ד דדבר זה לא הוכרע בעיניהם (לכתי"ב הטור וש"ע), ולפיכך א"א ליתרוף בינונית ככה"ל, דהרמב"א מחביבו עליו הרא"י, ולכן בה"ש הביא רק ב' דעות שקולות בזה ולא הכריע, ועפ"ז אילו קדמו וגבו אפשר דמה שגבה גבה וצ"ע. ובביאור הגר"א מכריע כהחולקים אבל לא הביא אלא דעה א' כמאן ומאן ע"ש ס"ק מ"ו. ולא בירא אם כוונתו לפרש הכי בדעת המחבר.

שי"ד פט"ו

והנה גם הרשב"ם וכו' למה הקדים לנו שפרעון הערב נחשב מלוה ע"פ חדשה. נראה דהרשב"ם לשיטתיה, עי' לעיל לב: גבי ההוא ערבא דאמר ללוה הב לי ק' זוזי דפרעתי למלוה, ופי' רשב"ם ד"ה דפרעתי כגון ערב קבלן, א"צ ממי שארצה ע"כ, הרי דערב סתם אינו משתעבד וכנכרי הוא שפורע חובו של חבירו וכו'. וכ"כ השטמ"ק שם בשם השיטה לא נודע למי, וכ"ה במאירי בשם קצת גאונים. אך ע"ש שאין דעת המאירי נוחה בזה, כי "הערב אף הוא משועבד". ובחידושי הריטב"א בסוגיין (קע"ד:) כ' בשם הר"ם דליכא למימר כאן שפורע חובו של חבירו אחרי "דרמיא עליה שעבודא" ואפילו ערב סתם ע"ש. וכ"כ ה"ד רמה כאן בביאור דברי הגמ' לר' הונא בריה דר"י, וע"ש שכ' עוד סברא ובתיבות המשפט (סי' קפ"ו סי' ס"א) כ' סברא כללית בגדר ערבות, ומשם מבואר דס"ל כה"ד רמ"ז ודעימיה.

ונראה וכו' צריכים צ"עין ע"ש שפרע בשב"ז וכו' ובשעת ההלואה נשתעבד הלוה וכו'. וכ"כ להדיא ביד רמה כאן (קע"ד. בסו"ף) "ושעבודי שעבדי ליה לנפשיה לערב מעיקרא להכי". וכן נראה שהוא דעת הראב"ד בהשגות להרמב"ם פכ"ו מלוה ה"ו, ובהא גופא פליגי שם ופשוטו. וכן מבואר במגיד משנה שם (ובלחם משנה), והכי מבואר בס"י ק"ל סעי' ב' בהב"ח ע"ש, וע"ע באבן האזל שביאר פלוגתתם

לטעמיייהו לעיל (פרק כ"ה ה"ב) בענין שנים שעירבו ע"ש בדבריו הנעמיים, ועולה היטב עם חקירת דודי המחבר שליט"א. וכן מבואר בס"י קלא" סעי' ז ע"י שם בתומים ס"ק ה' ויל"ע עוד בזה.

ויש דקדק וכו' ולמה וכו' תלוי בתביעת היתומים. בירושלמי המובא בפוסקים מבואר דהטעם שפורע חוב חבריו מפסיד הוא משום שעשאו שלא ברשות, ע"י בספר התרומה שער ס"ח ח"ב סעי' ז בשם רבו הרמב"ן (ע"י שו"ת סי' סט). וע"י מהר"ט (סי' כ"ד) שזה ענושו של העושה שלא ברשות ע"ש. וע"ע בבית יוסף סוף סי' ק"ה מש"כ בזה ובס"ט שם. ומעתה אילו תבעניהו ליתמי והיו רוצים לפרוע או השתדלו ולא עלתה בידם וכיו"ב, אפשר שלא היתה פריעת הערב כמי שעשאו "שלא ברשות" וע"י. ועוד י"ל דע"י בנתיבות המשפט סי' ק"ל ס"ק ד' כ' סברא מחודשת בחיוב הלוה לערב "משום דהערב הוא כמרויח לו ממן שהרי על ידו הגיע הממון (א.ה. הלואה) לרשותו" ע"ש. ולכאורה כ"י דהלא אין חיוב הלוה לשלם בעבור זה אלא אחר שפרע וצ"ע. ותי' בספר עין המשפט (סי' ק"ל אות ר') דכוונתו דלאחר שמשלם הערב לבסוף חשבינן ליה כיורד לשדה חבריו עכ"ד. ומפורש כן בהנחה"מ עצמו בס"י ק"ה ס"ק ו' ובס"י קכ"ח ס"ק ה' דלהיא משווה דבר זה ליורד לשדה חבריו. ועפ"ז י"ל דמאחר דלאו כל יורד זוכה בעמלו, וע"י חו"מ סי' ע"ה שצ"ע ז' בטרור ורמ"א, וגם כשירד להנאת עצמו ז' היר"ק בב"מ ט"ו דליכא חיוב (וע"י ש"ך ע"א סי' ב' ומשנת ר"א שנינים עמוד ס"א), הרי להדיא דחיוב יורד אינו מידי דממילא. וע"ע פטורים בזה בקצה"ח סי' ש"י ס"ק ו' ובתנה"מ סי' רל"ז ועפ"ז יש ליישב והבן.

ואפשר לומר. וע"ע בלשון תשובת הרשב"א המובא בלח"מ (פכ"ז ה"ג) שהבאנו בפרק הקודם דלסקת דעתיה של הל"ח"מ כוונת הרשב"א לחלק דרצון הלוה משווה איזה חלות בהחוב ע"ש, ועפ"ז יש להבין הנחיצות ברצונם דיתמי ודו"ק.

ש"ד פ"ז

אכן וכו' ואם נימא דהיתומים נכנסים תחת אביהם וכו'. כן נראה מתוך דברי היד רמה קנד. ריש אות קל"ג וז"ל: וכיון דמית הלוה ונפלי נכסי קמי יתמי ורמא ליה חיובא גביהו הוי ליה הערב ערבא דיתמי עכ"ל. וכבר קדמיה בזה הר"י מיגש כאן ב"ד"ה ההוא ערבא וז"ל: ולפי שמת אביוהו שהיה הלוה נעשה הערב כאילו ערב דיתמי הוא עכ"ל. וע"י בהגהותיו של הגאון ר' משה שמואל שפירא ז"ל בחדשות אות ל"ח שביאר יותר וז"ל: מדהוצרך לכן נראה דערב אינו רק על הממון הזה כי אם דנעשה ערב ללוה, ומשום הכי כל שמת הלוה צריך לבוא עלה דנעשה כאילו הוא ערב דיתמי עכ"ל, ויש להתעמק בזה, עכ"פ הרי להדיא שלמדו כן ודלא כמש"כ

דודי המחבר שליט"א, אכן חיליה מדברי הרשב"ם ד"ה פריעת בע"ח דלהדיא חילק בין שעבוד האב לשעבוד הבן, ואשר יראה בזה דאיכא פלוגתא ברומא בין הרשב"ם (והנמוקי) לפי דברי דודי הנ"ל) להדיא ור"י מיגש ודו"ק.

ובזה ניחא מה שהעיר הרב המהדיר (הרב אריה שולמן שליט"א ברמ"ה ציון 115) ע"ד הרמ"ה "צ"ע מאי קמ"ל, הטובא קמ"ל דלא לימא כשית שאר הראשונים. וע"ש מה שחידש דרסלקי דבטל דינא דלא יגבה מן הערב תחילה דטוים מת הלוה ולא מקרי שחובע ערב תחילה, קמ"ל דערב דירושין הוה וממילא נכסיהם ערבים תחילה, וצ"ן לעיין בקצות החושן סי' ס"ז ס"ק כ"ז. והנה יפה צ"ח דשם מבואר המחלוקת המפורסמת בין היתומים (סי' ס"ז ס"ק מ"ג) להקצה"ח וע"ע שם האם הבן יורש שעבוד הגוף מאבי או"ד שעה"ג א"א להוריש ולא בר נחלה הוא, ורק שעבוד הנכסים הוא דשייר בטר מיתת הלוה. שהתומים סבר דשפיר מוריש שעבה"ג דבלא"ה יפטור. והקצות מקשה עליו מסוגיין ממש "ומה יענה בערב שמשלם אחר מות הלוה אלא כיון שלא קיבל המלוה את חובו אף שפקע החיוב מעל הלוה במיתתו צריך הערב לשלם". הרי להדיא שהמבוכה נסובת נקודה הנ"ל אשר ההגיש דודי המחבר שליט"א, "אבל היתומים הרי לא בקשו מן הערב להיות להם לערב", ונראה כי ב' דרכים איכא להבין בעיא זו: א) הרשב"ם והנמוקי (דא"י נתיב דרגא אצל היתומים והבן). ב) היד רמה דאין חילוק כלל בין השתעבדות הלוה עצמו ליתומיו. ולע"ז בכך יתפרשו ב' אופנים הנ"ל מהתומים והקצה"ח ודו"ק.

אולם צ"ע וכו' לא הוי אלא וכו' ומכריח ארי. אמנם מלשון הירושלמי בספר התרומות שער ס"ז, ב', ד', ש' טעם שהפסיד משום "שעשאו שלא ברשות" וכמו שציניתי לעיל, קצת משמע דלעולם לא הוי מכריח ארי אלא מטעם אחר, וע"י מה שיתבאר בפנים בהמשך (ד"ה ונראה ד"ה וחדש) דלעולם ברשות ושלא ברשות היינו הך נידון דירוד ואת"ש והבן. וע"ע מש"כ בפרק הנ"ל אודות גדר יורד כאן.

אולם צ"ע בזה וכו' כפורע שלא מדעתו ומכריח ארי. וע"י ביד רמה אות קל"ג ד"ה ואי קשיא לך בא"ד שג"כ ע"ע עמד כבעין נקודה זו וז"ל: ותירצו דכי אמרי' פורע חובתו של חבריו שלא מדעתו הניח מעותיו על קרן הצבי, הני מילי בעלמא דלא רמי עליהם חיובא למפרעה להאי חובתא מתמת הלוה כלל, דאיתו הוא דאפסיד אנפשיה דפרע מידי דלא הוי רמי עליה שעבודיה כלל, אבל ערב דאי לא הוי יכיל המלוה להאפרעי חובו מיניה דלוה או מיתמי דיליה הוה מתייבב הערב למפרעה, אע"ג דהוי יכיל ערב למדחיה למלוה לגבי לוח או לגבי יתמי דלוה ולא דחיהייה אלא קדם ופרעיה, לאו כפורע חובתו של חבריו שלא מדעתו דמי, "דלא ניחא ליה למשבקה לשעבודיה דבע"ח עלויה" דלא ליתילוי נכסיה או מחמת מידי אחרינא (יל"ע למאי קמ"מ בזה. וי"ל שאינו רוצה לישאר עבר לוח לאיש מלוה שיה עול ושעבוד חברו היא טענה מעלייתא בתר"ם, כמבואר בס"י ע"ז סי' ו' ע"ש. שרי"ם נידון בזה

כפוסקים אי שייך גבי ערב לוח לאיש מלוה, ונפיק'מ בס"י קל"ב סי' ה' שפסק המחבר שערב בשביל שנים כשפרע ירש בשביל איהו מה הוא פורע. ורע"ק א"א בתהוותו צ"ן לעיין בכנסת הגדולה לעיל סי' נ"ח ס"ק ב'. וע"ש שכ' שביר הערב לכתוב לאיהו מהם משלם ולא ביד המלוה לכתוב לאיהו מהם מקבל "שאין הערב עבר של המלוה" ע"ש, וכ"כ בכנה"ג סי' פ' אות ב' בשם הריטב"א בשבועות מב'. וזה דלא כהסמ"ע בס"י קל"ב סי' ד' והנחה"מ סי' פ"ג ס"ק ו' ע"ש, ומלשון היד רמה כאן יש לעיין. וכמאן דפרע על כרחיה דמי וכו', (וצ"ע מאן ע"ד סוף הקטע שנראה מחזור ופוסל דבריו) עכ"ל.

ולכאורה במש"כ "דלא ניחא ליה למשבקה לשעבודא דבע"ח עלויה" מבואר כהנמוקי "שעבודא דנפשיה הוא דפרע" ויצטרך ביאור וכמש"כ בדברי הנמוקי. אלא מה שסיים הרמ"ה "דלא ליתילוי נכסיה או מחמת מידי אחרינא" משמע באופ"א קצת מהנמוקי, דאילו הנמוקי לא עיין וחיפש לשום סיבה נוספת מלבד עצם "שעבודא דנפשיה" ואילו הרמ"ה הוצרך להמציא סברות נוספות שיצא הערב לשלם מלבד עצם השעבוד דנפשיה כשלעצמו וצ"ב. וע"י בביאור הגר"א סי' ק"ל ס"ק ה' וס"ק ו' שכנראה אחריה אחריו רכש"י (בתומים והנמוקי) וצ"ע. והנה מצאתי לשון אחר ראשונים שכנראה מאגד ב' פירושים הנ"ל, והוא בשו"ת הרא"ש (כלל ע"ג סי' ט"ט) והובא בב"י (סי' ע"ז ס"ס ט"ז) וז"ל: ששאלת שנים שלוו ונעשו אחראין ועורבאין זה לזה והאחד מהם פרע כל החוב ונתן המלוה שטר חוב של חבריו. תשובה: הא מילתא דפשיטא היא כיון שמן הדין יכול המלוה לגבות ממנו כל חובו שחבירו חייב לפרוע לו חלקו, דהנה דאמר" (בכתובות ק"ז) הפורע חובו של חבריו הפסיד מעותיו היינו היכא דמדעתו קם ופרע "ולא היה מוכרח לכך דהוי כמו מכריח ארי" (נדרים לג), אבל היכא דמתחלה נעשו אחראין ועורבאין זה לזה אין כאן מכריח ארי וצריך חבריו לפרוע חלקו, ואם כתוב שכל החוב בשביל פלוני יגבה ממנו כל החוב עכ"ל. הרי להדיא שהשווה הרא"ש הוא דבעינן "הכרח לכך" כדי שתחשב פרעון בשביל הלוה, ובלי הכרח "הוי כמו מכריח ארי" וזה ממש כדברי הרמ"ה. ואולי י"ל שזהו ג"כ סברת הנמוקי דע"י השעבוד דרביץ עלייהו מוכרח לשלם ועיין בכל זה.

וחדש לנו הנמוקי וכו' חשיב שהשקיע ממונו וכו' ררויהו הנכסים וכו' ממוני נגבן. אכן כ"ז לדעת הראשונים שדימו ערב לפרוע חובו של חבריו, והפרידותו מהא דמשעובד לכך וכמש"ן, דמכל זה מבואר דהחוב מדין אנתנה או אשתריה וכמפורש בכתובות קח, אמנם לכאורה מצאנו דעות אחרות בראשונים שמבואר דלאו מהני טעמי חייב הלוה לערב ככה"ג אלא טעמא אחרינא, ע"י ברמב"ם פכ"ו מהל' מלוה ה"ו וז"ל: ערב שקדם ונתן לבע"ח את חובו הר"ז חוזר וגובה מן הלוה כל מה שפרע על ידו וכו', ב"ד"א בשאמר לו הלוה בעת שנעשה לו ערב ערבני ושלם, אבל אם עמד זה ברשות עצמו ונעשה לו ערב או בקלן

וכו' ולא הרשהו שיתן, ופרע החוב, אין הלוח חייב לשלם לו כלום. וכן הפורע ש"ח של חבירו שלא מדעתו וכו' אין הלוח חייב כלום וכו', שמא היה הלוח מפיס את המלוה ומחל לו עכ"ל. ומשמע שהרמב"ם ס"ל דאף בערב א"א לחזור על הלוח אף שנהנה ואישתרי ליה, כי טענת הלוח בפיו דמפיסנא ומחיל לי, וכן דייק בספר עין המשפט סי' ק"ל אות ב', וע"ש שמצא דברים מפורשים בספר ההשלמה אות י"ג שגם לגבי ערב אפשר לטעון האי סברא. הרי דאע"ג שהערב נשתעבד מעיקרא לחוב זה לא אמרי' דפרעון שלו חשיב אשתרי ליה וממוני נבך, ודלא דהנמוקי' ודעימיה. ובאמת תמונה דהלא מהנמוקי' הוכחנו כן מסברא (וע"ש בהשנות הראב"ד "אלו דברים אין הדעת מקבלתן ואין השכל סובלן" ואפשר מהאי טעמא) ומגמרא, ובאמת בספר הגי' מקשה כן מגופא דסוגין (קטז). שהיתומים חייבים לשלם לערב אביהם, וק' דהלא לא נהנו כלל ואכתי מצי למימר שהיו מפיסים את המלוה, וע"ש מה שחידש בזה בגדר דין וחיוב פרעון הערב. אמנם לפשמי' לקמן שי"ד פכ"ב בכיאר דברי הרמב"ם הללו שכ' דודי הגהמ"ח שליט"א לחדש דערב נמי הרי הוא כאחד מן השוק כל שלא פרע כהלכתו יעו"ש, א"ש דרו"ק היטב. וחדש וכו' ממוני נבך וכו'. אנכ אורח' יש להסתפק כשהמלוה התנה עם הערב ע"מ שארע ממי שארצה ומת הלוח והשתא תבע המלוה לערב תחילה וכהסכם ההלואה ושלם, והדר חזר על היתומים, מהו, מי אמרי' דין האב כן דין הבן, או"ד שאני הכא שלא התנו היתומים כלל רק יורשים המה את כלל החוב והשעבודים. והנה עי' בחי' הר"י מיגש קעג: באד"ה בר"א וז"ל: (ה) היכא דפי' ואמר ע"מ שארע ממי שארצה בין ערב בין קבלן, ירע מערב תחילה, בין שיש לו נכסים ללוח בין אין לו, דכיון דאתני אתני, כדקיי"ל כל תנאי שבממוני קיים עכ"ל. ולכאורה מבואר דהמבד תורת הערבות שחל כאן יש כאן גם חלק לתנאי דאינו חל בגדרי ערבות, דאת"ל דהשתא הכל מתורת ערבות היא, למה לי תנאי שבממוני קיים, אפי' תנאי שבממוני אינו קיים מ"מ לא אישתעבד לחוב זה אלא כפי פרטי ההסכם, ועי' מש"כ בזה הגרמ"ש שפירא ז"ל שם בהגהותיו. ועל כן אפשר דאת הדין הנובע מהתנאי לא מוריש הלוח להיתומים ורק עיקר גדרי הערב, ועי' בדברי דודי הגהמ"ח שליט"א בפנים לעיל ד"ה אכן ובמש"נ בציון שם דאיכא פלוגתא דרבוותא האם הבן במקום אביו ממש אי לאו, ואפשר הי' תליא בזה וצ"ע.

שי"ד פ"ה

כתב הבע"ל המאור וכו'. ועי' בטור (סי ק"י סעי' ב) כתב "וכיון שאינם פטורין אלא בעודן קטנים וכו'", וע"ש בכ"י שציינ' לתשובת הרשב"א (המחוסרת לריכ"נ סי' ט) וז"ל: אבל הכא אינו כן שהרי היתומים אינם פטורים לגמרי.

אלא שממתינין להם עד שיגדלו וכו', הלכך אפילו אתה גובה מן הקבלן, והקבלן הולך אצל היתומים מה בכך, הרי הקבלן אינו נפרע מהם עד שיגדילו וכו' עכ"ל, (ולכאורה דברי הרשב"א והטור חכבעל המאור), ועי' ברעק"א ברו"ח מכת"י (סי ק"י) כמה שביאר בדבריהם, על דרך שכתב בפנים.

אב"א אם לא הודיענו וכו' וישיא וייתן עמו בטענותיו. בסתם הלואה שבשטר וכ"ש בשטר מקויים אין בזה שום ענין לישא וליתן, רק מצינו בש"ס (כתובות פח). פלוגתא אמוראים אם אפשר ליפרע שלא בפני הלוח. גם קיי"ל דנחתנין שלא בפניו, ואף דקיי"ל בחו"מ ריש סי' ק"ו דמודיעין, מ"מ דהציאות לזה משלם הלוח, הרי דמעיקר הדין אין מודקקין לטענותיו של לוח, וכן משמע בש"ך שם סי' ב' בשם המהרש"ל והב"ח.

שי"ד פ"ח

אב"א התוס' וכו' ויש לדרקדק וכו'. וכן יש לדרקדק על הבעל המאור שפי' הכי (ד"ה ינאר לנו) ע"ש. ועי' תשובת הרשב"א ח"א סי' תתפ"ה שג"כ למד כן (וע"ש מש"כ בדעת התוס' ג"כ דרו"ק).

א"א נראה וכו' שהלוח כ' לערב התקבלתי וכו' **אע"פ שבאמת לא קיב"ל ממוני בלום.** לכאורה תמוה דאי"ז התקבלתי אלא הרי"ז מכללא דהש"ס "הריני כאילו התקבלתי", ומקורו במתני' נדרים סג: ועי' בגמ' שם כד. ובדברי הראשונים, דמשמע דלשון זה "והתקבלתי" בלבד לא מספיק, והוא כמעט מפורש בלשון הרמב"ם פ"ח מנדרים הי"ד ז"ל: ויאמר הריני כאילו התקבלתי והגנינו ליד, הרי דס"ל דלא מספיק אפי' כלישנא דגמרא אלא צריך להוסיף כנ"ל, וע"ש בשי"ד ע"ד: ובב"י סי' רכ"ח (סעי' ל"ט) דלאו בכל מילתא אמרי' הכי, ובפרט כשזה נוגע לאדם שלישי, וזהו עומק דברי הראב"ד כאן בהשגותיו על המאור שכ' בזה"ל: גם זה אי אפשר דהו"ל למימר "כאילו התקבלתי" עכ"ל ודרוק". (ועי' בטור שרי"ע אבה"ע סי' ל"ח סעי' ל"ה - ל"ח בענין הריני כאילו התקבלתי. ובקצה"ס סי' רמ"ג סי' ב' והנהגים סי' ד). ודע דינא דפסק"מ גדולה לענין הכרעת הדין בישראל שהלוח לעכו"ם על חמצו וכו', שפסק השו"ע (אור"ח סי' תמ"א סעי' ב) דאסור משום דקני למפרע, ופליגי שם הט"ז סי' ג' עם המג"א סי' ד' באופן שאין אחריות עליו האם עובר בכל יראה, שהט"ז מחייב והמג"א פוטר, והמקור חיים (לבעל התהום) בס"ק ד' הכריע כהמג"א משום דיכול למחול ולומר הריני כאילו התקבלתי ע"ש. ומבואר דמחילה כקבלה והיכי דמהני זה מחני זה, אך לא מילתא דפשיטא היא, ועי' במגן האלף שם סי' ד' בסופו שכ' שזה נגד רש"י מפורש, וע"ע שם בסוגריום מה שחילק בין מחילה לקבלה, ולכאו' תליא בפלוגתא, ודרוק.

אכן עדיין צ"ע וכו'. הנה קושיא זו חמורה היא וכנראה שהוקשה גם בעיני הפוסקים, עי' בתומים סי' ק"ל ס"ק ח'. אלא דהמתבונן בדבריו יראה שלכתחילה מקשה סתם על

המחבר ש(לדעתו) פסק כהתוס' בזה, והקי' למה לא פסק כשאר ראשונים (ועי' בבאר הגי' סי' י"ג), ובסיום דבריו משמע שהק' כהקי' הג"ל דז"ל: אבל הק' דינא דלחוי לגבי מלוה כבר קבלן צ"ע עכ"ל. ובקצות"ח (שם סי' ג') הביא לדברי התוס' ומקשה עליהם, רק המעיין שם יראה שתמה אך ורק על הבנת התומים בהתוס', והוא פלא כי התומים לא הוסיף אלא ד' מילים אלו על התוס' "ויכול המלוה לתובעו תחילה", ואי"ז סברא דנפשיה אלא לית מאן דפליגי ע"ז, עי' ש"ס ופוסקים דקבלן רצה מזה גובה וכו' ועכ"פ בסו"ד כתב הקצות כיאורו על דברי התוס' ועי' בסמוך.

אכן וכו' ואולי צ"ל דכוונתם וכו' כאילו וכו' קיב"ל נמי מן הערב בהלואה. וזה דלא כהקצות הג"ל שכ' בזה"ל, אבל אם אין הערב משתעבד בתורת קבלן רק בתורת ערב ודאי אין לו רק דין ערב, אע"ג דהלוח כתב לו התקבלתי וזה פשוט עכ"ל (ועי' מש"כ שם הקצות לעיל מהו). אך כאמור אפשר דלחציון הג"ל א"ש.

שי"ד פ"ב

והנה וכו' ויש לציין מה חירשו וכו' שבועה זו במקום שיש ערב. הנה במקום שיש לקוחות תקנו שאין נפרעין מהן אלא בשבועת המלוה, עי' כתובות פו. וכאן אצל ערב לא תיקנו שבועה זו. ובאמת בגידולי תרומה (שער ל"ה ח"א אות ט"ו) הקשה מאי שנא ע"ש. עכ"פ א מיהא דאינו מוכח כ"כ דשבועה זו היא היינו הק' עם הא דפ"ב ה"ב. אך עי' בסמ"ע סי' קכ"ט ס"ק כ"ח דכ' שצריך המלוה ג"כ לישבע כאן ולא שנא מלקוחות, וכ"כ הקצה"ח סי' ק"ד. אך עי' בתומים סי' ח' שמסיק כהגידולי תרומה שאינו נשבע ע"ש. ולשיטתם י"ע כנ"ל. נועי' בנתה"מ סי' ט' שכ' דנשבע אבל מדין נפרע שלא בפניו.

שי"ד פכ"א

והחידוש בזה וכו' דאין צ"ל חוקת חיוב לגבי הערב. וכן כתב הב"ח סי' קכ"ט ס"ק ט"ו, ולפי"ז השיג על הרב המגיד כאן והבית יוסף שכתבו דגם הקבלן פטור כהע"ב, דזה אינו, כיון שהחיוב חל עליו מיד ולא נפטר אלא א"כ דפרע כבר הלוח וכו' ע"ש, ולדינא לא נמצא חבר להב"ח. וע"ע בש"ך לקמן סי' ל"ב שסתם כהמגיד משהו וצריך עוד ראשונים עמו כמו הבעל התרומות והראב"ד וסיים דאילו ידע הב"ח מזה לא היה מחייב הקבלן. הרי להדיא דאף אם נימא שהקבלן נשתעבד (איתחייב) מיד, אין בזה תורת חוקת חיוב, וצ"ע. שוב מצאתי בשו"ת ושב הכהן (סי' מ"ב) הובא בפתחי תשובה כאן סי' ט' שהגדיל להקי' על הב"ח מאידך גיסא שאף הערב יחשב חוקת חיוב (ולא רק הקבלן) יעו"ש. והמענין בפנים בתשובתו יראה שבקי היה בכל השיטות הג"ל, וא"כ אין כוונתו באמת להקשות כן, אלא ר"ל שלא נראית לו דרך הב"ח כי לא שייך כלל לחוקת חיוב דאלת"ה היה דומה לודאי חיוב וספק

בתומים שם ס"ק ט"ז ובערך שי ס' ע"ג ב' (ועוד כמה אחרונים) שהק' ממס' שבת קמח: בענין הלוואת יו"ט שלא ניתן לתבוע דשמיטה משמטת, ועיי' בביאור ההלכה הנ"ל במה שט' בזה מסביר דנפשיה. וע"ע במשפט שישנותן על התומים במה שהביא בזה מדברי המפרשים. ובתוס' הרי"ד להרידב"ז סוף שביעית שם האריך בזה.

שי"ד פכ"ד

אז"ש נראה דבאמת אין להוכיח מד' הרשב"ם דמ"ל בדברי רש"י. לא ברירא כי"כ, דעי' ביר"ד סי' רל"ט בב"י בשם הרא"ש (כ"ל) והובא בקצרה ברמ"א סעיף ז' וז"ל: י"א שהנשבע שלא לגלות לחבירו דבר שצילנו מן ההפסד הוה נשבע לבטל מצוה ואינו חל עכ"ל. והנה המעיין בפנים יראה שכ' דהוי כנשבע לעשות עבירה, ומבואר דהוא מעין לאו דמויק וגול וכיו"ב. אך לשון הרמ"א "הוה נשבע לבטל את המצוה" מוכח שכוון לענין אחר. ונראה שזוהו מה שציינן הגר"א בביאורו שם ס"ק כ' בזה"ל: עיי' רשב"ם ב"ב נג. ד"ה האי מבריה וכי' עכ"ל, ועיי' היטב ברמזיו. הרי לך להדיא דכל יסוד מבריה הוא הוה מצוה, וכן נרמז בש"ס ב"ק נט. ועיינן. אך י"לע למה נקט הגר"א המקור מרשב"ם ולא מרש"י שלנו, ואפשר משום שרש"י משמיט שם המצוה והרשב"ם פרשו "משיב אבידה" וע"ע בסמך.

וכן מדויק נמי מדברי התוס' וכי' אכן קצת תמוה וכו'. אך לפמ"ש"נ לעיל י"ל בפשיטות ודוק היטב.

ונראה וכו' דהוקשה לו לרש"י וכו' ס"ם עבד וטרה וכו' כפועל. וכן הקטו הראשונים בב"מ ל: עיי' בחי' הרמב"ן והר"ן שם והובא בנמוקי, ועיי' שתירצו דלא מטי לדידה מידי אלא שנמחל חובו ונסתלק נוקם ממנו עכ"ד, וכי"כ הרשב"א. ואולי כוונתם דפועל בכה"ג א"א לתבוע תשלום בלא קנין וצ"ע. ואפשר דתליא בגדר שם המעשה דפרוע חובו של חבירו, וכמו שחקר מרן ר' אהרן זצ"ל (הובא לעיל), וקובץ שיעורים קידושין אות ל"ד מחדש דא"א לעשות חלות פרעון עיי' אחר, אלא שעיי"ז הר"ה מוחל לחוב הלוה והוי גרמא. וע"ע בנתה"מ סי' קצ"ד ס"ק ו' וצ"ע. והנה וכו' וצ"ע קשה וכו' למה חלוק מאכנס בית המלך. וכן הק' הגר"ש שקאפ ז"ל (שער ישרי סי' כ"ג), ועיי' שתי' דפרוע חובו של עצמו מרויח את הפרעית בע"ח מצוה (מס"א"כ בפרוע לעצמ'ם, ואל התנה מחילה"מ פמכשיו), האם מחוייב לפדות החמץ בכסף מלא כדי שלא יהא כפרוע חובו מאיסורי הנאה, וסיים המג"א בזה"ל: ודמי למי שאנס המלך גורנו בחובו שחייב לעשר כדאיתא בחולין (פ"ב) עכ"ל. הרי להדיא שלא

ודעת הרמב"ם שאינו אלא התחייבות וכו'. ואולי זהו סוד הדברים שהובאו בריש הציון בענין א' מן השוק וכו' ודר"ק.

שי"ד פכ"ג

והנה וכו'. עיי' מה שחי' בזה במשנת ר' אהרן (שכנסים ג' סי' ב' א"א כ"ד"ה אפנס בא"ד), ויש לחקור מצד איהו הנאה אסור לפרוע חובו וכו' ע"ש. ונראה וכו' וכיון שכן אי"ז נחשב חוב ממון אלא מצוה בעלמא. נכון אני בזה, דעי' רא"ש סי' ב' דסתם כרובא והשמיט כל שאר הסוגיא, ובטור סי' רכ"א (ב"ב) תמה עליו דאין הלכה כמותו ע"ש, ובב"י מיישב לדעולם כו"ע מודי דאסור לפרוע במורד דמ"מ חשיב מהנהו, ואף חנן מודה לזה, ורק באוקימתא דרבא יהא מותר ולא חשיב מהנהו ככה"ג יעו"ש, והביאו בקיצור נמרץ בקרבן נתנאל אות ה'. ולדברי הבית יוסף א"ש מה שחידש כאן בפנים דסו"ס לאו ממונא הוא אלא מצוה ודר"ק. אך יש ע"ז קושיא חמורה, דאיתא בירושלמי מס' שביעית פ"ה ה"א (כט. דפוס ווילנא), אמר רבי אבא בר ממל בשם רב המלוה את חבירו על מנת שלא לתובעו השביעית משמטתו ע"כ. הרי להדיא ש"ס ערוך דחשיב חוב ממוני דאלת"ה ודאי לא הוה שמיטה משמטתו. והלכה זה מובאת ברמב"ם הל' שמיטה ויובל פ"ט הל' ט' בלי שום חולק, א"כ שדי נרגא במאי דאמרין דאי"ז אלא מצוה בעלמא. ועיינן בדברי הכסף משנה שם שכ' פירושא חדתא בדעת הר"ם וז"ל: וכתב הר"י קורקוס ז"ל טעם הדבר, שאע"פ שאינו יכול לנגוש אותו, כיון שהחוב מוטל עליו והיחייב לפרוע בכל עת לצאת ידי שמים וגם אם יתפוס המלוה אין מוציאין ממנו, נגוש ועומד הוא עכ"ד. הרי להדיא שלדעת הגו"כ הנ"ל די בחיוב לצאת ידי שמים לעורר הדין ממון שבחוב, דלא כהסברא שכתוב כאן שאין כאן אלא "מצוה בעלמא". אך עיי' בתומים סי' ס"ז ס"ק י"ב שהביא לדבריהם ודחה אותם והביא בעל התרומות שמבואר לא כן, ואם א"א לתובעו לעולם אין שמיטה משמטתו (הר"ם מיידי באופן שיבוא לידי תביעה), וא"כ א"ש הסברא הנ"ל. וע"ע סברא נעימה בדרך אמונה שם בביאור ההלכה ד"ה התנה עמו וכו' בא"ד וז"ל: יכול לתפוס וכו' שהרי מודה הלוה שחייב לו עכ"ל. הרי להדיא דאף שאין כאן אלא מצוה, אבל כל זמן שאינו כופר בה מהני תפיסה ודר"ק היטב. ועיי' בחידושי רבינו חיים הלוי הל' שמיטה ויובל פ"ט הל' ו' ב"ד"ה ואשר יראה לומר, שצ"יד דאפשר רק הנגישה והתביעה איהו המשומטת יעו"ש היטב. ומצאתי בספר אבן ישראל (להגרי"י פישטי ז"ל) בהל' שמיטה ויובל שם שנתכוון לדרך זה ועיי' שחקר ובירר הצדדים בסגנון קל ובהיר. ועיי' באבי עזרי' (הל' גו"א פ"ג הי"ד) שתמה על הגר"ח בזה"ל: העיקר תליא אם הוא באמת חייב אף שאין יכול לתובעו - אז שייך בזה ולא יגוש וכו' עכ"ל, וזה נוטה לסברא שכ' בפנים, הרי דתליא הא בהררים גדולים. וע"ע

פטור ודוק. ובהמשך התשובה שם הביא סמוכין חזקים לדברי הב"ח ע"ש. אז"ש עיינן במגיד משנה וכו' דוה גופא הוא חידושו של הרמב"ם. וכן כ' הגאון בס"י קכ"ט ס"ק ל"ט על דברי המחבר סעי' י"ב שבדברי הרמב"ם המה, וציינן למקור מהש"ס בכורות מח. ע"ש. וכן כוון לזה הגר"ר רפאל מהמבורג (בספרו הנ"ל ושב הכהן) אלא שכתבו לפני שיצא לאור הביאור הגר"א (שהוא א' מרבוחיו של הגר"ח מוולאדין). ולפי"ז תמה על המ"מ שכ' "דידן זה אינו מבואר בגמרא".

אז"ש וכו' מ"מ"ט מענינן ליה וכו'. ונפק"מ לדעת בין טעם הרב המגיד והב"ח הוא האם תפיסה מהני מהערב, דלדעת הב"ח מהני (מטעם פסק) ולדעת המגיד לא מהני (מספר הנ"ל ובפ"ח). ובמה וכו' יצ"ע איזו ראייה יכ"ל אביה. אם נימא כהפוסקים דצריך המלוה לישבע (עיי' ציונים לפק' הנ"ל) י"ל דזהו הראיה, אך אין נראה שכן הוא סברת הרמב"ם.

שי"ד פכ"ב

והלכה וכו' והחייב וכו' מוטל בעת על הלוה וכו' והערב הו"ל כדאם מן השוק. הנה מאחר שהערב כאן מן השוק, ע"כ יש לנו ראי' דקדום חיוב הערב לשלם חל איזה חלות דין על הערב להפקיעו מדין א' מן השוק לדין ערב, אבל לא מפורש באיזה רגע חל חלות זו. ומצאתי במגיד משנה כאן בתוך דבריו שחקר בזה האם חלות זה חל דוקא בעת הנגישה של המלוה להערב או"ד בעת הברירו והפסק דין שאין להלוה כלום, ומסיק כצד האחרון משום דאלת"ה יהיה "דבר תימה". וכן בסמ"ע סי' ק"ל ס"ק ט' חקר בזה ושלל צד זה שצריך דוקא הנגישה המלוה להערב כהדיא, וכי"ז אינו מובן אם לא נימא כמו שביארנו ודר"ק. ודע דכ"ז לדעת הרמב"ם, אבל הראב"ד שהשיג על זה ע"כ דפליג בכל הנ"ל ולא ס"ל שיש בזה ב' שלבים: א) שהוא כא' מהשוק ב) שיש לו דין ערב, אלא ס"ל כפי פשטות הענין. וכן מבואר אצילי לפי המ"מ שבכל ערב דינא הכי. ובב"י ס"ק ב' הביא ב' פירושים, והוא פלא, דלכא"ו פשטות דברי הראב"ד מורה כן, חדא דאם היה מודה במקצת להרמב"ם כנ"ל לא היה נקיט לישנא חריפא, ותו דנקט הראב"ד כפל לשון (לנירסא שלנו אפנס לנירסא בית דין ופרישה לא כפל לשון) וכן נראה לי גירסת השך (ויר"ק). ותו, דהשיג הראב"ד בריש דברי הרמב"ם בממה דברים אמורים ואילך וכן דקדק הפרישה ע"ש. וכן מורה פשטיה דלינא דהשו"ע ע"ש ק"ל סוף סי' ב' וכן משמע מריהטא דבית יוסף ע"ש. שוב מצאתי חבר בתומים ס"ק ג' ע"ש. ובאבן האזל לא נכנס לדון בזה אלא כ' בפשיטות שכן הוא דעת הראב"ד (להשיג מכל מקום), והחולקים, דעת עצמן המה מגידים, ועיי' שמי"כ ר' איסר זלמן בביאור פלוגת הרמב"ם והראב"ד דאולי לשיטתם לעיל פכ"ה הל' י' דמבואר שם שהערב חייב כאילו קיבל המעות מהמלוה.

חילק המג"א בין פורע חובו לאנסו המלך, וצ"ע. והשיג עליו המקור חיים (לבעל הנתח"מ בכיאריום סי' ג' ד"ה עור' כ' המג"א), וז"ל: והוא תמוה בעיני, ולפי ענ"ד נראה להיפך, דהא בהדיא נתן (בנדרים פ"ג) גבי מודר הנאה וכו' וכן נתן דאפי' לכתחילה פורע לו את חובו וכו', אלמא דהיכא דאסרה רחמנא הנאה לא נאסר כי אם הנאה שבאה לו רווח מחדש, אבל פריעת בע"ח הוי כמניעת היוק והברחת ארי דלא מיקרי הנאה וכו' עכ"ל. ולדעתי צדדים הללו תליא מהו ההנאה בגדר הפריעת חוב, וכאמור שחקר בזה מרן ר' אהרן ז"ל (שכנים ג' סי' ב' א'), ובמשנ"ב ס"ק ו' הכריע כהמקור חיים, ובערוה"ש חוכך להחמיר, ע"י ס"ק ז' שלא מצא לו סמך מירושלמי, וכן פסק הגר"מ ס"ק ד', אך כאמור תליא בכל השיטות בסוגיותינו ודו"ק היטב. ודע עוד שבשער הציון שם בס"ק י"ב העיר דבר חדש שלכאורה נעלם מעיני כל תקיפי קמאי ע"ש וצ"ע, אך לפמש"נ יש ליישב בפשיטות, וע"ע בציונים לשי"ד פכ"ג ודו"ק.

וכאורה צריכים לומר דדין משרשי י"ה
לא הוי כממוני גבך וכו' אל"א דדין נהנה. וכן דקדקו כמה גדולים משמעתתא זו, ע"י משנת ר' אהרן שכנים פ"ג ג' ב', קה"י חולין (סי' ל"ז), אבי עזרי (פ"ו מהל' פסחים), אך בקצה"ח בכמה דוכתי מבואר דמשרשי הוא ממוני גבך ממש, ע"י סי' ק"ז ס"ק ו' דאפי' בגרמא מחייב, וע"ע בס"י רמ"ז ס"ק ב' "שהרויח הפירות שבכיתו

וברשותו", וכן שיבת דבריו מאוד בנתח"מ שם ס"ק ה'. ובשערי יוסר שער ג' פכ"ה הוסיף ביאר האיך חשיבין שהמתנות בעין ע"ש. ובוה חילק בין איתרשי לנהנה (וכהגה"ח סי' ק"ז), וכן הוא באור שמח פ"ג מנוק"מ, (וצע"ק ממש"כ בח"ר מאיר שמחה [חולין קל"א] דמשמע שם כהחלוקים). וע"ע בשיעורי ר' שמואל מס' ב"ב אות צ"ח. אמנם המחנה אפרים (נדק"מ סי' ב') הפליא לעשות בשמעתתא זו להוכיח דאין חילק בין נהנה לאיתרשי ע"ש.

שם וכו' אל"א דדין נהנה הוא וכו' וע"י בפ"פוא הריפתא אות פ. שכי' דלא הוה אלא גרם רווח, ולא מצינו שיהא חייב לשלם ככה"ג שלא ביקש ממנו דבר זה וכו' עכת"ד. אמנם ע"י בברכת שמואל בב"ק סי' י"ד אות ב' מה שהביא בכע"ז ממרן ר' מאיר שמחה והגר"ח ז"ל בזה"ל: והנה שאלתי את פי מור"ר זיע"א דלכאורה הא תביעת מה שהנהגה הוא כתביעת חוב מלוה דתובעו ממוני גבך הוא וכו' עכ"ל, ואח"כ הביא תירוצו של הגר"ח דאינו כן אלא הוי כמלוה הכתובה בתורה, ע"ש כל הענין במה שגדיר ענין נהנה, מילתא בטעמא.

שי"ד פכ"ה

והביאור וכו' אין צער זה וכו' ממוני. וכ"כ
השי"ך סי' שצ"ד ס"ק א'.

שם וכו' הרי פ"פוא חשיבא כסף וכו'
נדאמרי' בקידושין וכו'. וכן ב' בקובץ שיעורים

שער טו: בענין סדר גבית חוב

שכתב וז"ל: כתב הר"ר יונה אם יבוא שום אדם בתוך ימי ההכרזה ויעלה הקרקע יותר וכו' שהשומא וההכרזה לתועלת הלוח היא וכו' עכ"ל. [וע"י בב"ש שכי' שכל זה הוא ברא"ש פ"י סי' ד']. וק"ק למה לא הביא הטור בשם אביו כדרכו. וע"ע שם בסוף ההלכה שהביא שם אביו על שאר פרטים שבנידון אבל לא ע"ז וצ"ע. ואולי היה מקום לומר דשי' הרא"ש אינו כן, וכ"מ לקמן בסמוך ע"פ מה שהשמיט הטור מילה אחת מתשובת אביו והבן זאת. וכמו שצינתי לעיל מהשטמ"ק בשם הרא"ש (כדעת הרשב"א כצד א') ועיין, וע"ע בשו"ת הרשב"א (ח"ב סי' ש"א סוד"ה תשובה) דמשמע להדיא דס"ל כצד זה, וזה סותר דבריו בתשובותיו הנ"ל, (ובן הרשב"א בספר עהמי"ש תי"ל). ויש להעיר על מש"כ הטור "שהשומא וההכרזה לתועלת וכו'", וצ"ע מה שכלל שומא עם הכרזה, דודאי השומא מוכרחין לעשות כדי שלא יגזול וירמה המחיר, ורק ההכרזה בעי טעם וצ"ע, (ונראין הדברים שאף הטור מודה לצד א' וכאן ענין אחר אשמעין). וע"ע בטור סי' ק"ג (א'): שאלה לא"א הרא"ש (בשו"ת פ"ה-ב) קרקע שעשו בי"ד שומא והכרזה להוריד בו המלוה, ואירע שנשתתה כמו' וחדשים שלא הורידוהו בו,

בכ"ק אות קמ"ד, אך לכאו' הוא ח"י גדול, וע"י בפנ"י מח: להדיא מבואר דלא ניחא ליה כוה. ובאמת מפורש הוא בדברי הרמב"ם שם גם לדינא, ע"י איתות פ"ה הי"ט וה"כ דאינה מקודשת ע"ש, וכן פסק השו"ע בס"י ל"ח ע"י י"ב וי"ג, וכן מבואר בכמה ראשונים וצ"ע. וע"ע במחנה אפרים הל' שכירות סי' י"ד ברה"ה ומדברי הר"מ וכו' שכי' להדיא דהחטרון הוא "דאינו אלא מברית ארי". ובתוס' רי"ד שם כתב כמש"כ בפנים ע"ש, אך הלא הוא יחיד בזה וכ"מ במחנ"א ע"ש.

וכן וכו' אפ"ל התוס' חידשו דאיכא פ"פוא
דמצ"ל. ק"ק ממשנה סוף ב"ב (קט"ו), החונק את א' בשוק ומצאו חבירו ואמר לו הנח לו פטור ע"ש, והובא להלכה ברמב"ם ר"פ כ"ה דמלוה ובשו"ע ר"ס קכ"ט, ואע"פ שיעקר קניית השעבוד ערכות תנא בש"ס ופוסקים משום דבההיא הנאה וכו', ואילו כאן איכא פ"פוא גמורה של "מצילור" וצ"ע.

ונראה וכו' כאילו בע"ל הבהמה נפ"ל ממוני
וכו'. וכן להגר"מ פיינשטיין בכמה דוכתי בכלל דחיוב תשלומי נזק אחרי דחידשה תורה דמשלם אף שאין הממון גביה, וצידד והוכיח שהתורה השווה כאילו אותו ממון הנפסד קנויה ומונחת אצל בעל המעשה המזיק, ע"י דברות משה ב"ק סי' ז' ענף ד' (צד א'), וסי' י"ז ענף ב' (צד ב') בנוסח אחר, ובחלק ג' בשיעורים סי' ז' ענף ג' (צד ד') בנוסח שונה (וע"ע שם בריה לוד"ק דר.).

אם יש להורידו ע"פ אותה שומא והכרזה או לא. תשובה: כ"ז שלא החליטו בי"ד הקרקע למלוה אי אייקור או זול ברשותא דלוה קאי כ' רק שומא אחרת ולא גם הכרזה אחרת, כן דקדק הבית יוסף שם בבדק הבית. ותימה דהמע"יין בפנים בשו"ת הרא"ש יראה להדיא שכי' "שומא והכרזה אחרת" ורק הטור השמיטה וצ"ע. וע"ש שכי' ב' תירוצים ע"ז. וכ' בספר עין המשפט דתליא בהני צדדי. ואפשר דבהא פליגי התרי תלמודין, דע"י בירושלמי (מתובת פ"א ה"ז) שלמד דין הכרזה רק כשלא באו מי שישלם השומא. וזה להדיא דלא כהבבלי ע"ש במפרשים ועל כולם בספר התרומות (שער ג' ח"ב, ד' באר"ה וזה אשר כ"ל הרמב"ן דל). והבבלי ס"ל כצד א' והירושלמי כצד ב', ותדע שלשון התרומות בפירושו "אם מצאו אותה אי"צ להכריז כל כך" צ"ע מהו "כל כך". אך אם נימא כצד ב' ניחא והבן. ויש ללמוד עוד רא"י נכונה דע"ש בספר התרומות שדקדק מהירושלמי להלכה, דהשומא קודם להכרזה. והובא רא"י זו להלכה בבאיור הגר"א (ק"ט סי' א'). והוא תמוה דלדעת הירושלמי תכלית ההכרזה היא אחרת לגמרי מתכליתה לפי הבבלי, אך לפמש"נ י"ל, וקצרנו.

והנה וכו' כמו שב' הרא"ש מובא בשמ"ק. וכ"ה בפסקיו ובתוספותיו שם. וכן מבואר בתוס' ד"ה והלכתא (וע"ש בהגהות יב"ק במה שמד בזה).

והיינו וכו' ואפי' אם יש רק אחד שרוצה להעלות בדמים. יש להבין מאי שנא הכא דאיש א' בקצה המדינה קובע עצם השויות, ובכל התורה אומדין דעתן ורצונן של סתם בני"א או רוב בני"א למקח וממכר (ובמאמר הש"ס "נא" נפק"מ לפרי"מ) ואומדנא, ודברים שבלב, ושיעורין (שיעור חסוב), וברכות הנהנין וכו' וכו'. ובאמת כן היא שיטת רב עוירא כאן. ואפשר כיון דאין ב' קרקעות בעולם שווין כ"ש שאין סתמא ומחיר ממילא א"א לודן מכלל העולם וציבור וקבוצה, רק ליחידים, לפי מי שרוצה בקרקע זו, ועי' בפנים בסמוך (וידה והנה ע"י בי"מ). וע"ע לקמן (שטי"ז פ"ד ד"ה השתא) בענין הא דליכא הכרזה בחלוקת ירושה. ובוזה יש ליישב מה שהעירו המפרשים למה כ' הש"ס (ק) בי"ד שמכרו בלא הכרזה נעשו כמו שטענו בדבר משנה, דממ"ז אם אינו א"א לכתחילה שפיר מהני, ואם זה מעכב באיבד מעכב וצריך להפוך ולהכריז, אבל מה זה שייך לכללא דתלמודא טעה בדבר משנה. עי' בפנ"י (בקצה) ובאילת השחר. אך להניל יש ליישב.

שטי"ז פ"ב

ובניאור דברי המגיד משנה וכו' הר"ז דין תורה בפני בי"ד וכו'. וכן פירש הגרא"מ ש"ך ז"ל "עומק סברת" המג"מ ע"ש (כאן על אתר פכ"ב - הטי"ז ד"ה ע"כ נראה) והוסיף קנייט "והר"ז כמו מכירה" ואם טעו בכ"ש המכר והשומא קיים. אכן וכו' וכו' דין בי"ד וכו' בשלי"ד וכו' בטענות כ"ל דהו וכו'. וכן כ' באבי עזרי (שם), וע"ש בתוספת נופך.

אכן וכו' הלוקח הרי אין ביניהם שום התדיינות וטוען ונמנע וכו' כאילו הוא מונח עניין ברשות הלוה. יש לעיין בהגדרה זו עולה יפה כפי מה שהוכחת בגדר הטירפא ע"פ רש"י פסחים ל: דלענין גוביינא לעולם לא היה נמכר. וגם עולה יפה להקצה"ח, הנתח"מ שש"ל דלא יצא מרשות הלוה כלל וכלל. וכן אפשר לומר לדעת הגרי"ז ז"ל (בהל' סנהדרין) דמשווה, ע"י הטירפא, ביטל מכר, אפשר דאע"פ שקודם הטירפא עדיין קיים המכר, ונמצא דהלוקח שפיר הוא הבעל דין והוא בצדק יכול לצוות על רכישו. מכ"מ אולי יש לומר דסו"ס מאחר דע"י טירפת צדק יבוטל המקח, ממילא אף קודם לכן דנין כן - על שם סופ. אכן מצאנו כמה סמוכין בראשונים שאינם מפרשים על דרך זה, עי' תוס' גיטין בשם רבינו תם (פ' ד"ה הקדש) דס"ל דמלהמכירה דלא כרש"י ע"ש. ויתר מזו מצאנו בדעת הרמב"ם פ"ט מכירה ה"ח שלמד המגיד משנה (וגם הנמק"י) דהטירפא מהלוקח הוי (והלא כמשי"כ הגרי"ז בדעתו). וע"ע בהראב"ד בהשגות על הרי"ף (ר"פ תנוקין בניטין) וז"ל: אבל מלקוחות היכא דליכא בני חורין אפי' זיבורית לא גבי

אלא מבני חורי, מפני שהלקוחות כמו ערבים הם, ותנן המלוה את חבירו ע"י ערב לא יתבע את הערב תחילה עכ"ל. הרי להדיא שהלוקח הוא הוא הבעל דבר כאן, וכשתקיים טירפא ממנו הר"ז דין שלו וקיים ערבות על החוב, בינה זאת. (ובע"ז מצאתי בהראב"ד בשמ"ק ב"ק ח: ד"ה מה מבר ובחידושי הראב"ד ד"ה אלא בסו"ד. "נכסין בניה הם אצל בע"ח יותר משלי כי כולם משעבדים הם" ע"ש). ומי יודע אפשר שהראב"ד בהשגתו כאן על הרמב"ם (כ"ב - ט"ז) דס"ל דאין המקח בטל לשיטתיהו אויל. ובהסבר גדר זה ע"י בסמוך (שטי"ז לקמן שטי"ז פ"ד בזה והביא פלוגתא אמרואים בפרש"ה ע"ש ד"ה ונראה). ואולי בהא תליא "פלוגתת" המג"מ והכס"מ.

שם וכו'. ע"פ השיטה הנ"ל דהלוקח הוא (גם כן) הבעל דבר יש לפרש תוס' מוקשה מאוד בב"ב קנו. ד"ה דאיקני, (ויש להעכב בזה כאן כי נוגע הוא למאור בפרק זה וגם לעוד פריקים הבאים), דהתוס' מבאר הטעם דנכסים דראקני נחשבים לא עבידי דאתו וז"ל: שיקנה נכסים וימכור עכ"ל. ותמוה מה שייך מכירה לכאן, הא אם עבידי שיקנה סגי בזה להשתעבד, וכן הק' הקצה"ח (פ"י ק"ב), ויש שאין גורסים מילה זו, ועי' מה שכתבנו בזה בפנים ובציונים שם במקומו. אך כספר ביכורי ראובן (בכ"ב ש"ס) כ' תי' נפלא וזה תוס' ד: ונראה ע"פ המבואר בסמוך (שם עמוד תצ"ט ד"ה ונראה ע"פ) בשם רש"י ב"מ (טו) דלעולם

בכל טירפת שעבוד בעינן לודן גם על הלוקח לטרוף ממנו השעבוד, משום שהוא הרחיק השעבוד והפסיד למלוה. ונראה להוסיף דמשום דהפסיד למלוה ניתן הדין לא רק לטרוף שעבודו ולא לודן על הזכות לוקח שלו, אלא דגם חל עליו דין להגבות לבע"ח, ור"ל לא שעבוד הגוף ממש כדכתב האורים ותומים גבי יתמי, אלא דין "נכנס תחת הבעלים", כמבואר בב"ק (תל). א.ה. וכוה חזינא בשמעתתא דמעמיד בהמתו של חבירו ב"ק נו. ע"י תוס' ד"ה המעמיד. וכן עובד אפטרופוס כמזה דוכתי. ועוד, דלוקח נכנס תחת הבעלים להגבות לבע"ח. (וכיכא הבעל העשור [אחריות דף טו.] וז"ל:

דלא דמי ללוקח "דלוקח תחת הבעלים הוה" וכו'. עכ"ל. ור"ל חל עליו דין לעשות עם הנכסים מה שמוטל על הלוה לעשות עמהם, וכך קנה הנכסים עם דינם ושעבודם, ונתחייב בממילא ליקים דין שעבוד הנכסים ולהגבותם לבע"ח, הכל מפני שהרחיק השעבוד. א.ה. ועי' לקמן שטי"ז פ"ח. ועפ"י אפשר דאף בלא חך טעמא כן הוא הדין). ונראה דהך דין אינו חל בממילא ע"י שעבוד הנכסים, אלא דהלוה מוסר לו חך דינא ע"י מכירתו לו השעבוד והערבות שיכנס תחתיו, וכאילו מוסר לו חלק מהשעבוד הגוף להגבות הנכסים. א.ה. והראב"ד שהבאתי לעיל הוא ראיא ברורה לזה.

ונעשה כונת הראשונים שם (ברורה). וכיון דאינו חל בממילא ע"י חלות השעבוד, לעולם בכלל שעבוד בעינן שהלוה לא רק ישעבד הנכסים, אלא שיהא מונח בזה גם שיכול לשעבד הלוקח ע"י שימסרו לו השעבוד אח"כ, ואמנם דזה חל אח"כ בעינן שיהא מונח בהשעבוד שיכול לעשות כן, דאלי"כ לא מונח בהשעבוד שיכול ליגמר השעבוד לענין טירפא מלוקח, ואינו שייך שיחול דין ערבות על הנך נכסים לענין

טירפא מלוקח, אי לאו דמונח בהשעבוד שיכול לשעבד אח"כ הלוקח, ולעולם במשעבד מה שבידו לית לן בזה שלא עביד למכור, והוי חלק זה מהשעבוד לא בא לעולם, דייל, דהשעבוד נעשה בממילא ע"י החוב בהנכסים שתחת ידו, אבל בדאיקני, דצריך לשעבדן בפירושו, לעולם נכנס גם זה לאשוויי השעבוד לא בא לעולם מה דאינו עביד למכור, והיינו אפילו אי עביד לקנות נכסים וכו'. וכיון דסופו של דבר בעי השעבוד לחול לענין זה, וזה הוי לא עבידי דאתי, אין גמר השעבוד בידו ובעולם, וחשיב משום חך כל השעבוד לא בא לעולם, כן אולי יש לפרש שך דינא עכ"ד. ואם כנים הדברים מצאנו עוד תוס' דלא כרש"י (פסחים ל:) לפי כל מה שפירשו בו האחרונים והבן. ועוד מבואר בזה דעת החולקים על רש"י (ועי' לקמן שטי"ז פ"ד ד"ה וגם). ואגב, ע"ש עוד פ"י ביישוב התוס', מהראש ישיבה מו"ר שמואל בירנבוים ז"ל (ב"ה זמרי"ח).

וזהו וכו'. גדולי עולם השיחו דברים כלפי הרב המגיד ומשנתו, ע"י בכס"מ בסוגיין, ועי' במשנה למלך (בפ"ק ר"ק למש"כ) בפ"ב סמליות הוה הטי"ח שבצעמו והנאש במה שנתבאר בפנים אלא דדחה זה מדברי הרמב"ם עצמו, וז"ל: מפני שראיתי רבנינו ז"ל (פ"י נחלות ה"ד) וז"ל: מי שהניח יתומים מקצת גדולים ומקצת קטנים ורצו לחלוק בכנסת אביהם כדי שישלחו הגדולים חלקם מעמידים אפטרופוס וכו', ואם טעו ביי"ד בשומא ופחתו שתות יכולין למחות וכו', משמע דפחות משתות אם טעו חלקתם קיימת כל שהם ביי"ד, הרי אפי' בדבר דלא שייכי היתומים בה דכל זמן שהיו קטנים אין צורך להם לחלק אלא משום הגדולים שרוצים חלקם והנאת הגדולים הוא, אפי"ה אם טעו לנוק היתומים פחות משתות כיון דבי"ד הם מעשיהם קיימים, ודמיא ממש לשומת לקוחות דאין חייבים לפרוע חוב הלוה כמו היורשים הי"ג אין חייבים לחלק וכו' עכ"ל. וכן תמה ה"ג היתומים (פ"י ק"ג ס"ק ג'), ועוד הוסיף להקשות גם מלשון הרמב"ם בהל' מכירה (פ"ג ה"י) ע"ש.

והרציתי הדברים לפני דודי הגאון המחבר שליט"א, ונענה דהנה למה נכנסין בי"ד לחלוקה זו כלל והלא אין הקטנים ראויים ומרוצים לכך, וע"כ משום תקנת הגדולים, היינו דתקנת חכמים היא, ומעתה נחזי אנן האם דנים עכשיו כאילו חולקים ככל חלוקת האחין (ובללקוחות) וכשלוחין, או"י הרי החלוקה מכה התקנה והוא כדנין בי"ד, הוי אומר כדן בי"ד והואיל ולאו מעיקר הדין הוא הוי כמעשה בי"ד, ומה גם דא"א למימר דהן כשלוחין מאחר דהסתמא היא דהקטנים אינם מרוצים לזה (עכ"פ בקום ונעשה), וע"כ יש להם רווח שתות לטעות וא"ש. עכ"ד.

ובספר כפי אהרן (מפרישי יד החוקה בקובץ על י"ד) כאן (הל' מלוה) מביא סוגיא ערוכה בקידושיין (פ"ב), אמר רבא הא דאמרת פחות משתות נקנה מקח היכא דלא שווי שליח אבל היכא דשווי שליח

אל לתקוני ולא לעותי, והא דאמרת תתות קנה ומחזיר אונאה לא אמרן אלא דלא אמור ניפלוג בשומא דבי דינא, אבל אמור ניפלוג וכו' לא. דהא תנן וכו' מרן בטל. ע"כ לשון הגמ' כפי גירסת הר"ף והרמב"ם (פ"ג מביה ה"ב). וכתב וז"ל: מעתה הדבר תמוה דמה יענו שפתי צדיקים לסוגיא זו ולפסק הר"ם זה דליכא שם חוב ולא מלוה ולא יתומים כלל, ואפ"ה פסק דשומת בי"ד היא בשתות, וכפי דבריהם (הפ"ו והפ"ט) דדוקא לוח יתומים אמרי' שהוא בשתות משום דאמרי' להו לך להשתדל לפרוע החוב (פסא"ד) בלוקח כשכלוחין לפי שאין חיוב על הלוקח לפרוע החוב, א"כ כל שכן הכא דליכא שום חוב על שום א' מהאחים כי אם חלוקה סתם דידיה דינם כשלוחין, ומהסוגיא ופסק הר"ם הוא היפך, עכ"ל הכפי אהרן.

והרצתי הקו' לפני דודי הנ"ל שליט"א, ואמר שלא זכה להבין דבריו, דאדרבה משם ראייה, דהרי בטל התנו שיהיה השומא כבי"ד נשאר דהיינו טענו בכל שהוא בטל, דהיינו שלוחין. וע"כ מדלא בטל, מהמת התנאי של "ניפלוג בשומא דבי דינא" הוא זה, וכל תנאי שבממון קיים, וקו' מעיקרא ליתא ודברי המ"מ וס"מ ונימוקם איתן ע"כ. (ועי' שהאר"ך לדמות מילתא למילתא לשאר דוכתי ברבנ"ם ובבי' שו"ע ונו"ם, וברב המנין וס"מ, ולדעתא אף זה עתה יתורין להנ"ל).

ש"טו פ"ג

ובעבודא וכו' ויש צדיקין וכו' שתייהם בבת אחת. הנה בראשונים מצאנו שדנו בה דנקט הש"ס לוקח א' וכו', הרא"ה סובר דהא דוקא דוקא, ועי' בר"ן (ג. מדפי ה"ר"ף ד"ה והלמ"א, וכו' ברמב"ן) שהוכיח כן מסברת הש"ס, וכ"כ בב"י (פי קיד ס"ח ה') בשם רבינו ירוחם וז"ל: דוקא שקנה שתייהם לוקח א', דאי בבי' לוקחים אינו יכול לומר לוקח ב' אי שויה לך אלפא זווי וכו', דיכול לומר לו לאו בעל דברים ידתי את באתה שטרפתי מהלוקח האחר עכ"ל, ופשוט הוא, עכ"ל הבי". וכ"כ הפרישה ס"ק ז'. דא המאירי (ע"ה משנה ז') כ' שהוא הדין כ' בע"כ לקוחות, וצ"ע טענתו הראשונים הנ"ל. עכ"פ, בשלמא לדעת המאירי שפיר איכא למימר אוקימתא דבבת אחת, וכן דקדק המגיה לעיל שם אות ג' בלשון המאירי "ומכר שני בתים לאחד" ע"ש. ואלא הא דנקט זה אחר זה לרמוז שדינא הכי גם בתרי לקוחות, ובכה"ג לאו אורחי' לזימין בחדא מחתא. אך לדעת רוב מנין ובנין של הראשונים והפוסקים יעלה על ש"ל הכי וחד לוקח דוקא, מתגברת עליו הקושיא ויתר לה מה לא נקט בבת אחת (דדוקא בזה אחר זה). ומה גם שאף הטור כ' "בוה אחר זה" ע"ש (פי קיד ס"ט ז'), וכן כ' השו"ע (שם ס"ט ז') והוא פלאי.

והכוונה וכו' והריוח הלוקח בוה שיבול' צמקו מן שדה אחת בלבד. וע"ע כעין זה בספר אוהלי משה (מחברת סי' ל"ב כעיקר באת ה"ז), וחדש וז"ל: ובני יהושע יחזקאל נ"י רצה לומר שהמקרה בתרי אפדני היה שהלוקח לא היה

מעונין לשלם דמים אפי' עבור אפדנא אחת, וע"כ העמיד את הברירה לבכ"ח שאם ירצה שיקח אפדנא אחת בדמי כל החוב ולא יטרורף את השניה, ולפי"ז גם מבואר היטב שהלוקח לא סלקו בוויזי וכו' עכ"ל ע"ש.

וכן משמע וכו' א' מצי לסלק לב"ח בוויזי על מקצת חובו ועיין בש"ך וכו' דלא כהפנ"י. והנה המעיין בפנ"י (ד"ה תוס' ב"ה מאי בא"ד וכוה נראה לי וכו') יראה שהשווה דעת הש"ך לדעת עצמו, וז"ל בקיצור: כיון שהלוה גופא לא היה יכול לסלק דוקא כל דמי חובו, ולא עדיף מגברא דאתא מחמתו, ועי' בסמ"ע סי' קי"ד ס"ק ד' (ו' שכ' דאפי' אינו עלוה לדמי שו"ו). והש"ך שם ס"ק א' העלה כמו שכתבתי דדוקא כשנתן הלוקח כל דמי החוב, ונראה דהיינו מזה הטעם שכתבתי (דמה מבר ראשון לשני) עכ"ל. כן הוא מסקנת הש"ך שם (כפי קט"ו ס"ק ב') וצ"ע. ועי' בדרישה ריש סי' קי"ד במש"כ בכוננת התוס', ולדבריו א"ש כשיטתו של הסמ"ע.

וכן וכו' דלא כהפני יהושע וכו'. שהק' על התוס', ודואי לא בעינן שום מקור למאן דאמר מצי לסלק, דרק שלא מצי לסלק לא שמענו בלתי מרמי בר חמא לחוד, אבל ודאי דלא בעינן כלל מקור וסברא למ"ד דמצי לסלק, דאשכחן כמה דוכתי בש"ס (עי' ב"ק י"ח, וערכין ל"א) דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו וכו' עכ"ד. אגב אורחיה שמענו מדבריו שהמכירה חלה כדעת הגרי"ז (בשנים) ושאר אחרונים, ודלא כהקצ"ח ונה"מ דס"ל כפשוטו דאין מכירתו מביה כלל, וז"ל ע"ש וע"ע בשטמ"ק ב"ק י"ח. שהביא דעת הרא"ש והמאירי ועוד מפרשים דמה מכר היינו שיש להלוקח כח של המוכר וכאילו לקח אף דבר זה מיניה. אך בראב"ד שם מבואר אחרת דהמוכר הוא הבעל דין, ולא הלוקח. ולפי"ז אין הכרע בדעת הפנ"י לכאורה. ועי' מש"כ לעיל (שט"ו פ"ב ב"ה שם) מספר ביכורי ראובן. ואפשר שזהו עומק כוונת הפנ"י, אך א"כ יש להעיר למ"ד לדין מה מכר, היתפוק ליה משום שזהו תוכן גוף השעבוד, וצריך תלמוד. ולפי"ז יבואר היטב הא דמדמינן וכו'. ועי' במפרשים שעמדו בוה - המאירי (ד"ה מפה) ופנ"י ד"ה אחריות (בא"ד ועוד נראה לי) ומהר"ט.

ומה שכתב וכו' ובכ"ל קשה וכו' לכאורה אין זכר לזה בדברי התוס'. וכן תמה עליו התומים (פי קיד ס"ק ב' ד"ה ונתנה התוס' שם).

ש"טו פ"ד

א"א דלכאן' ק' לומר דמקורו וכו' פסוגין. ולשון המ"מ "וכן מוכיח לכאורה מעשה דתרי אפדני וכו'". ע"ש. ולא כ' לשון מוחלט כדרכו. ואפשר מהאי טעמא.

וצריך עיון טובא. ועי' מש"כ בוה בבית אהרן (בא"ד).

ודברי הרמב"ם וכו' ודוחק לומר וכו' אב"ל כל זמן שלא גבה ודאי הלוקח בעלים גמורים על הקרקע. עי' בשו"ע סי' ק"ג סעי' ו', ויש אומרים שאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע וכו'

יכול למוכרה עכ"ל. הרי להדיא דכו"ע לא פליגי דנעשה שלו למפרע. ועי' בנתה"מ ס"ק ח' שביאר הטעם "משום דרבא אל פליג אאביי לכו' כשמכרה תוך זמנה, אבל לאחר זמנה לאו למפרע הוא גובה", וסיים "וכן מוכח בבעל התרומות (שער מ"ג ח"ב ס"ד) ובעז"ה קיימתי מסברא דנפשאי וכן עיקר" עכ"ד. ועי' ש בתחילת דבריו שהביא כן מהתומים (סק"ו). וכ"מ מבאיור הגר"א ס"ק י"ח ע"ש וצ"ע. אך להש"ך והסמ"ע שמבואר שלא למדו עד"ו, ומה גם שהמחבר גופא מביא דעה ראשונה (שהוא הרמב"ם ד"ל) דלא ס"ל הכי, ניחא. שו"מ ברש"ש ב"מ (טו: בתוס' ד"ה ותיחא) שכ"כ להדיא (לכאן פלוגתא ע"פ פלוגתא אביי ורבא בספחים) ע"ש.

ונראה וכו' ונחלקו האמוראים. וע"ש ברש"י בפסחים שהגירסא לפנינו היא כלפי הלוה, "דאע"פ שהן שלו אינן ברשותו", ובח"י חתם סופר שם מגיה "ואע"ג שהוא ברשותו אינו שלו" (וכנראה מתוך רש"י בערכין ע"ש), הרי להדיא דאיכא ב' גירסאות האם השלו' הועבר להלוקח אם לאו. (וכמומה שהרב"ם בכמה דוכתי חק"י היא גונא).

ונראה דמהלוקח את ארעא דב"ח או ארעא דלוקח מיוסד עמש"כ רש"י. וכע"ז בנוסח אחר עי' בח"י רבי שמעון שקאפ ז"ל (ב"מ סי' ט"ז ד"ה ונלע"ז). ובתוך דבריו כ' כלל דכל זמן שיש לב' בני אדם שייכות לחפץ אחד, מסלק מי שזכותו גדול להשני בדמים (וכמו שבי' במק"א באומן קונה בשבח כל) ע"ש דבריו הבהירים.

ולכן וכו' שהרי אינו בעל דבר לפני הבעל חוב. מכר נכתב בוה בפנים בסוגיא דפ"ק דב"ק (ה) מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו והובא מהשטמ"ק שם דעות בראשונים לכאן ולכאן (כמדומני הרא"ש והמאירי נגד הרמב"ם) עיין עליו. ונראה דליכא קושיא מזה, כי אלו הראשונים לא פירשו כאן בכתובות (ע"א) כדברי הריטב"א ולא כע"ז ודוק.

ואל וכו' ומסתברא נמי דבכ"ל לא עבדינן הכוזה כבאפותיקי. כן כ' השער משפט (פי קיד ס"א ק') וכו' דלא שמעינן למי שיבוא עלוה בדמים אפי' לוקח, והשיג על הדרישה (פי"ו ו) שכ' דיכול הלוקח להעלות הדמים (אצי"פ שא"א לו לסלק). גם האמרי בינה (בבית חוב ריש סי' כ"ד) מביא לדבריו הדרישה שהלוקח יכול להעלות בדמים, ומקשה עליו עוד קו' נוספת, וצידד ליישבו דמירי שהזולה הקרקע. אך מביא לח"י הריטב"א (בסוגין) שכ' להדיא כהמשמעות דלא מבי עלות בדמים ע"ש (ואגב אורחי, הריטב"א מביא לבריו דאי' מפי"ק דב"מ" שצ"ן הלוקח מסלק באפותיקו וכו' שם הרב המגיה בבית דין י"א"י למה נתמכן רבינו" ע"ש. ואילו המעיין באמרי בינה יראה שצ"ע דברים אלו של הריטב"א ותוכי"ד מבאר שהוא פסוגיא טו: בסוגיא דרבא דארעא, ועי' שסמכא האין למד הריטב"א מאותה סוגיא שאף עליו דמים לא יתני ע"ש).

והשתא וכו' וע"ע כזה בשער משפט (שם ד"ה ואם בסופו) ובמה שדקדק מהרא"ש סי' ג' בוה. ויתר ביאור וכו' ומבואר מדברי הרמב"ם דבאמת אהני עי"זו דמים וכו'. ואולי וכו' זה

מרומו בהמגיד משנה שם בסו"ד ע"ש. וראיתי במקורות וציונים (שם) מציינים ע"ד המ"מ, לאפוקי מרש"י מהדורא קמא שהובא בשמ"ק, והביאו (א"ט) מלשון רש"י ד"ה פשיטא, ודו"ק.

ש"טו פ"ה

ויש ד'קדק וכו' מכ"מ הראיה שהביא וכו' אינה טובנת. הנה דין זה מובא להלכה בשו"ע סי' קי"ד סעי' ז, ועי' בסמ"ע ס"ק י"ט שהביא להע"ש (הלבוש) שהסביר הטעם וד"ל: אין שומעין ללוקח (סלוק), דהא דאמרינן בסי' ק"ט בכונן זה שומעין להירוש, היינו מטעם שנתבאר שם כדי שיעד שווי כשירצה לסלק דשומא הדרא ליה, אבל לוקח כבר אמרנו ס"ג דללוקח לא הדרא, וא"כ למה ישומו אותו עכ"ל, [הקשה ע"ז הסמ"ע], ודבריו תמוהין מאד, חרד דאף דשומא לאחר שבאתה ליד המלוה לא הדרא, מ"מ זה הלוקח דאיירי כאן מיניה דצועק ואומר ישומו לי ואתן למלוה דמי השומא מיד בחובו ולא אתננו השהיה כלל מיד ליד המלוה, למה לא ישמעו לו וכו' עכ"ל. ודברי הלבוש צע"ג מה ענין שומא לא הדרא ללוקח לכאן, וכקושיין על הרא"ש. הא מיהא מבואר בדעת הלבוש דאין כאן שום דין סילוק כשלעצמו, רק דין א' דשומא הדרא ומכח זה גרידא בא לכתחילה לסלוק. עי' בפנים ויתבאר גם יסוד הסמ"ע.

ש"טו פ"ו

ונראה וכו' והרי זה כעין וכו' ולידי שיהי' זה. וכן נראה מלשונות הראשונים כאן, עי' בספר התרומות (ג' ו', י"א והובא בפוסקים, עי' קצתה"ס ק"ט סי' א' ד"ה ואם כן) שהולק על דין זה וכו' בתו"ד המלוה אינו יכול לומר "לידי שיהי' זה" הקרקע כנגד כל חובי וכו'. ובשער מ"ט (ט"ו) כ' בשם הרמב"ן שהבע"ח יכול לומר "לידי שיהי' כנגד כל חובי ע"ש. הרי להדיא שנקטו בלשון זה. ולא עוד אלא דלהלכה פליגי הפוסקים אם המלוה צריך לומר בפה מלא "לידי שיהי' אי לאו, עי' בנתה"מ סי' ק"ד ס"ק ו' שמשמע שצריך והקצה"ח בסי' ק"ט כ' שאי"צ, ובמשו"ב על הנתחבות שם השיג עליו בפירוש שאי"צ למימר בפה מלא ע"ש הפרטים. וחזינו דסברא זו דוקא. ומצאתי להלכה מובא בספר עין המשפט (סי' קי"ד - ו' ד"ה וכן) בשם שו"ת רב פעלים חו"מ (סי' י"א) דהוכיח מסוגיין דאפשר להעלות בדמים רק כשאין הפסד לאחרים, ולכן בפדיון הבן כההן מצי למימר "לידי שיהי' ל" כיון שאין כאן הפסד לאחרים אלא רק לעצמו ע"ש. הרי הדישוה ב' הסוגיות (טענת אינו רוצה לקבל את הקרקע בכל חובי' ולידי שיהי' אהדרי.

ש"טו פ"ז

והנה וכו' והיינו דה'קוק לא הוי אלא כאדם אחר. וכן הוא פשוט דברי התוס' שם, וכ"כ הנתה"מ (סי' קי"ד ס"ק ג') ע"ש מש"כ ע"פ דברי רבינו יונה שם. אך עי' בספר אוהלי משה (מכתובת סי' ל"א אות ג') שהוכיח מהסוגיא דב"מ ומהתוס'

ד"ה הא שכתב בסו"ד ולפי המסקנא דמוקי באפותיקי את"ש וכו' כדין יורד לתוך שדה כבירו שלא ברשות. וכי' שם הגר"א בהגהותיו: ולי נראה דזהו קושיית הגמ' באמת הניחא וכו' כדין יורד שלא ברשות וכמו באפותיקי ע"כ. והיינו שאם אינו יכול לסלקו בזווי הנה הקרקע כאפותיקי ואינו נותן לו אלא את היציאה, ואם יכול לסלקו בזווי אינו כיוור ברשות אלא השבח הוא שלו ונטלו בשווי מהבע"ח. וכי"ז הויא רק אם יכול לסלקו בזווי הויא מזכויות הלוקח, אבל אם הסילוק בזווי הויא משום עליוי כאדם מהשוק, א"כ אף אם לוקח מסלקו בזווי אין זו מניעה על גביית הקרקע ע"י הבע"ח ואי"ז חסרון בשעבודו וכו', ומוכח שסילוק דלוקח הויא מזכויות הלוקח. וע"ש (את א' וכו') עוד ראי' מסוגיא דב"מ (לקמן ק"ט) שמיין את השבח בע"ח ללקוחות. וע"ש דאיות לזה היסוד דהלוקח יש לו זכויות מסוימות בספר חסד ומשפט אשריה (סי' קי"ד סוף אות ד').

והנה וכו' ואין בידו לעלות בדמים וכו' והאיך יוכל לתבוע. אך לשיטת הדרישה סי' קי"ד (סעי' ו') שחידש דאפילו הכי יכול לעלות בדמים אף כשאין לו סילוק (בגן אפותיקי) נ"חא. וע"ש עוד. אך כבר הפליגו הפוסקים לחלוק על חידושו הגדול הזה, עי' שער משפט (שם סי' ח') ואמרי בינה (בב"ח כ"ד) וע"ש במש"כ בכיאר סוגיין (דברים ט"ו).

ש"טו פ"ח

והנה וכו' שני דינים וכו' מצד שיכול לפרוע החוב ועוד שיכול לט"ק בזווי בעצם הגבייה. ונראה פשוט דהמצות עשה דפריעת בע"ח ליתא אלא מצד דין א' ולא מצד דין ב', כי אין מצוה כלל לסלק שעבודים ולעכב גביות ולפדות נכסיו. וכמדומה שכבר עמדו בזה. וע"ע ברמב"ם (פ"י מות הדין) שהגב והגולן אע"פ שהחזירו ושלמו פסולים לעדות. וכי' עליו הטור (חרי"מ סי' ל"ד סי' ט"ו) ואינו יודע למה לא יוכשרו אחר שהחזירו הממון. ואפשר שר"ל כיון דבכפיית ביי"ז שלמו פסולים עד שישו"ב מעצמם עכ"ד. הרי להדיא דחילק בין פרעון החוב לגבייתו ודו"ק, (ואין לומר כי בתשובה מחטא תליא מלתא, כי זהו שיטת הבי"א, אך הטור חלק כנראה למעין שם [אם לא ניטא כהב"ח דפליגי אז איכא אומנאן בחזרה מרצונו לחזר]).

ולפי"ז וכו' ולפי מש"כ י"ל וכו'. ויל"ע לפמ"ש"כ הראב"ד בהשגות (רפ"ה גיטין והובא לעיל שט"ו פ"ב), אם גם הוא ז"ל מודה לזה או דס"ל דבעצם גם הלוקח י"ל דין ראשון "שיכול לפרוע החוב" וצ"ח. וע"ע מש"נ שם בד"ה שם מספר ביכורי ראובן, ואפשר להתאים דברי דודי הגהמ"ח שליט"א כאן לשורש דבריו שם ויל"ע בזה.

ש"טו פ"ט

ונראה וכו' כבר נמסרה הקרקע למכירה בשוק. וכע"ז כ' בספר חסד ומשפט אשריה (קי"ד - ג' ד"ה והנה) "שהשומא וההכרזה היא חלק ממעשה גביית הבי"ד", וע"ש מה שהעיר ע"ז.

וע"ש מש"כ (ב"ה ונראה) לחדש שישוד זכות הלוקח לסלוקי חוב שאינו שלו, הוא משום שיש לו זכות להשלים את הקנין שקנה מהלוה שיהא גם קנוי מהמלוה שיש לו שעבוד על השהיה, וכי"ז רק כלפי המלוה, אך כשבי"ד כבר החלו בגביית הקרקע לא.

וגם וכו' אבל ה'קוק לא הוי בע"ד לפרוע חוב ה'הוה. וכ"כ החזו"א (חרי"מ סי' י"ד סי' ק) דאין לפרש שהלוקח פורע את החוב בעבור הלוה, דא"כ הוא יפסיד את מעותיו ולא יוכל להבוע את הלוה, אלא בע"כ צ"ל דחשיב כמו שהמלוה גבה את הקרקע, וחזר הלוקח וקנאה ממנו, וכדמוכח מסוגיא דקטינא דאביי וכו' עכ"ד. וע"ע כע"ז מהראש שיהיב ר' אהרן קוטלר (באוסף חידושי סי' כ"ז, ד' וט), ובאמת הוי מבואר ברבותינו הראשונים, עי' מהר"ם חלוואה בפסחים לא. "חשיב כמי שקנאה המלוה וחזרה ומכרה לו". וכן מבואר בירושלמי כתובות (פ"ה ה"ז) מובא ברמב"ן (כאן צ"א: ד"ה אבל אמר וד"ל: כמי שהגבו אותו וחזרו ולקחו ממנו דמי ככל' ועי' בספר עין המשפט שדייק מזה דאף כל סילוק דלוקח הכי הוי ע"י קי"ד ג' ד"ה והנה), אך מאידך גיסא דייק מהנתה"מ (סי' קצ"ד סי' ק) ד' דהלוקח הוי כפרוע חובו של לוח ממש ע"ש וצ"ע. ולפמ"ש"כ לעיל ש"טו פ"ב ודאי מקום גדול יש לנו לומר דהלוקח שפיר יש לו זכות ודין מסוים לפרוע החוב ע"ש (ב"ה אכן) שהבאנו דעות הראשונים דס"ל דהלוקח הוא הבעל דבר ממש, ועוד הבאנו (ב"ה שם) מא' המחברים דביאר הדבר הוא ד"הלוקח כנס תחת הבעלים", ומבעל העיטור ע"ש. והנה יש בכמה דיבורי רש"י מדוייק היטב שיש כח ביד הלוקח בעצם פרעון החוב כמו שדקדק האי ספרא רבה העין המשפט (שם - ד"ה ד"ה ועיין שם להסתפק), בב"מ טו: ד"ה אי וד"ל: אית ליה חזי ללוקח "לפרוע החוב". ולקמן קי' ד"ה אי: אית ליה חזי ללוקח "שיעור דמי החוב" דלא כ' לשון פריית השעבוד אלא הפקעת החוב. וכ"מ בלשונו טו. ד"ה יפה, שכ' בטעם שהמלוה גובה מלוקח "דאיל מאין אגבה חובי" דתמנה וכו' וכו' הסיבה, וכבר עמדנו ע"ז בספר בפנים (עי' עליו), ודייקו הדברות משה

(ח"ג ב"ק סי' י"א) והגר"ח שמואלביץ (עי' קידושין סי' כ' - ג' ד"ה אכן בסוגיים) דע"כ יש דו"ד בין המלוה והלוקח ממש, (אמתי לא מפאנז זה הדיקן לרבותיו הנ"ל אך הדברים מדוייקים ברש"י מצד עממן).

ש"טו פ"א

וקשה וכו'. ועי' בספר חסד ומשפט אשריה (קי"ד ב' ד"ה ועיין בבית סי' ט"ו [נעיל ט"ו]) ומש"כ ליישב (ב"ה וצ"ח).

ש"טו פ"ב

והקצות החושן וכו' וכן תימה נמי על הקצות וכו' ולא נעמד על דברי הרמ"א וכו'. וכן תמה הג"ר חיים פנחס שיינבערג ז"ל בטבעת החושן (בריש דבריו 'והיא פליאה') ותי' דלפי הקצה"ח צ"ל דאיכא ב' דינים בשומא הדרא: א' קודם הגבייה מצי לסלוקי. ב' לאחר הגוביינא. וכדין

הב' איכא פלוגתא (לעיל סי' ק"ג סעי' ט). וזה באמת סברת הסמ"ע שמחלק בין קודם הכרזה לאח"כ, והיינו טעמא דחשיב הכרזה כגבייה לענין זה שאינו יכול לסלקו לא אלא בפועל כולו. וא"כ א"ש דברי הקצות, דזה באמת כוונת הסמ"ע דבשומא כזו לא הדרא ללוקח, אם אינו פרוע כל חובו. ונכון הוא בס"ד. אבל שיטת הש"ך אינו כן דא"ל לסלקו כלל אחר שומא והכרזה אפי' בכדי חובו, ולזה מרמו הרמ"א לסי' ק"ג עכ"ל. וקרובים דבריו למשנת פייש.

ונראה פייש בדברי הרמ"א והש"ך וכו', וע"ע מה שכתב בדבריהם התומים (כאן סי' ב) והובא בקצרה בנתח"מ (סי' ב בסוד"ה ועש"ך סי' ב) והוא על דרך שנתבאר כאן ע"ש. ונראה שהכריע התומים כהסמ"ע, אך החזו"א חו"מ י"ד ת' השיג עליו וצ"ע.

שט"ו פ"ב

ונראה וכו' דהוא הדין בעל חוב שקיבל קרקע בעליו דמים וכו' דאדעתא דארעא נחית. וכן מובאר בדברי השער משפט המחודשים (ק"ג - ח' ד"ה ובמאת אי לאו דמסתפיא) וז"ל: אם בשעת הגובינא אומר המלוה בב"ד שגובה הקרקע לחלוטין שלא יסלקנו הלוה, אף שהלוה אינו מרוצה לזה, מ"מ כיון שהמלוה "אדעתא דארעא נחית" לא מסלקינן ליה, דומיא דזבנה או אורתא דלא הדרא השומא משום דאדעתא דארעא נחית עכ"ל. ונראה דידעה השע"מ לסברת דודי המחבר שליט"א מקל וחומר ודו"ק. ונבר מן דין ע"י בספר נפש חיה (לחלמידי הנצי"ב) בב"מ לה. ד"ה שומא שהביא ראה לשע"מ מהתוס' שם. אך באמרי בינה גב"ח (סי' ד סי' ט) השיג על השע"מ וכו' דלעולם לאו כל כמיניה שהמלוה יכול לעקור תקני"ח, אלא רק דבמידה דמקח וממכר בינו לבין חברו אמרי' שומא לא הדר, אך כשכופין הבי"ד וטורפין בע"כ ללוה לעולם שומא הדרא ע"ש. ומסתפקנא האם דבריו עולים עם משנת' כאן. ובפשטות גם עליו דמים חשיב גביית וכפית בי"ד וצ"ע. והנה לעיל שט"ו פ"ב ד"ה ונראה, התבאר "דענין ההכרזה הוא דבי"ד מוסרים הקרקע למכירה בשוק". ואם כך היא ההגדרה נמצא דאין טירפת בי"ד היד הגובה ממש, אלא יד אחרים באמצע, דהיינו השוק, (דלא כמסמנות הסבת החשן צבינו לעיל שט"ו פ"א), ואשר על כן י"ל דגם האמרי בינה יודה למשנת'.

ונראה וכו' ומבואר דבעל חוב שלקח קרקע תחת מעותיו צריך להחזירה מדין שומא הדרא. ובטור (סי' ק"ג) לכאורה מבואר יותר מכן, שדאם יש ללוה קרקע ומעות והלוה רוצה לסלקו במעות יכול המלוה לומר בקרקע אני רוצה ע"ש. ותמהו עליו בשו"ת שער אפרים (סי' קכ"ו) ובחזו"ת יאיר (סי' כ"ט בדברי השאלה) דכיון דשומא הדרא אף לאחר הגבייה, א"כ כ"ש בשעה שבא לגבות שיכול הלוה לסלקו במעות. וכן הק' בשער משפט הנ"ל (בסו"ד). ואלא כ' השע"מ להשיב "דלפי מה שכתבתי נחיא"

דכיון שהמלוה רוצה קרקע דוקא הרי גלי דעתיה דאדעתא דארעא נחית, ול"א דשומא הדרא אלא דוקא אבל היה ללוה מעות וגבה הקרקע בסתם עכ"ל. הרי דחידש השע"מ מהטור הנ"ל דכל כלא דתלמודא דשומא הדרא לא נאמרה אלא כשנתייבש הכסף לגמרי וגם גבה המלוה סתם. הרי דאלימ טעמא דאדעתא דארעא' כל כך דאף כשלא לקח הקרקע "תחת מעותיו" אינו חוזר.

שט"ו פ"ג

מתניתין וכו' והיה אפשר לפרש דוקא וכו'. כן הק' הרשב"א, ע"י לקמן שם נ: ד"ה וגרסינן וז"ל בקיצור: וגבי לקוחות נמי אמאי איצטריכו לתקוני הא מדינא לא גבי מה"ט (שילא יתבע ערב תתלה). ויש לומר דלאו ערבין לגמרי קאמר, דטעמא דערב משום דלא גמר ומשעבד נפשיה אלא היכא דלית ליה נכסי ללוה לאיפרועי מיניה ומלוה גופי' עיקר שעבודיה ליתיה אערב אלא אלוה, אבל גבי נכסי ללוה ודאי עיקר אסמכתיה עליהו, ולוה נמי בעידן מלוה גמר ומשעבד כולוה נכסיה, והלכך אי לאו תקנתא דעבוד רבנן גבי לקוחות הו"א וכו' דא"ל מלוה ללוקח ארעא דידי גבי דידך הוא, ומשום פסידא דלקוחות וכו' עכ"ל. וע"ע בפנ"י (שם ד"ה בעי רב) מה שדן בזה והובא בדברי הרב המהדיר שם בהרשב"א ציון 166. וע"ע בקוב"ש ב"ב קסט: אות תרל"א שכ' כהרשב"א מדנפשיה ע"ש. ובגדר בתקנות הללו ע"י באבי עזרי מלוה ולוה פ"ט הל"ב ד"ה ואשר יראה ובחי' ר' שמואל בב"ק סי' ט' אות ז' (ח' וע"ע ב"ט שהביא דבר נפלא בגדר זה מהדריב' שפ"ט סי' קי"ט ואכ"מ). ובחי' ר' אריה לייב (מאלון) ח"א סי' נ"ח ג"כ הגדיר הענין ע"פ דברי הרשב"א הללו.

שט"ו פ"ד

וכתב וכו' בשם הרשב"א מנימוקי הרמב"ן. כוונת דודי המתבר שליט"א בזה הוא להעמיד את שיטת הרמב"ן והרשב"א ולעורר דאולי שיטה אחת היא, וע"י בפנים בהמשך. אמנם קצרונו בזה ויש מקום לדון בשיטתם.

ומבואר וכו' ולכאורה קשה וכו'. וע"י לעיל מה שהבאנו מהרשב"א בחי' לגיטין בזה הקו'. ויל"ע אם דבריו שם נוגע לדבריו כאן בב"ב המובא במגיד משנה והפוסקים, ולדבריו אשר הובא בדברי הר"ן בכתובות, מובא בפנים בסמוך.

ונראה לבאר דעת הרשב"א. לאפוקי דעת הרמב"ן, וע"י בסמוך.

ונסתפק הנמוקי וכו' ואיוו תקנה עדיפא. וע"י בשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתפ"ח שהסתפק השואל כבעי"ז, והשיב הרשב"א שהדעת נוטה שגובה מן הערב שגם נכסיו כבני חורין, וסיים "וצריך להתיישב בדברי", והביאו הבי"ב בסי' קכ"ט - כ"א. והנה לא נתבאר להדיא מהו צדדי הספק של הרשב"א. אך לפי דברי דודי הגה"מ שליט"א מובן

דשוקל היה הרשב"א איוו תקנה עדיפא, תקנת הלוקח או תקנת הערב ודוק.

ומסיק וכו' א"י דהוהו צב"ח ש"ה הערב וכו' שעבוד מיוחד. הנה לא נתבאר כ"כ האם כוון הנמוקי להכריע ספק הנ"ל, להורות לן איוו תקנה עדיפא, או"ד מילתא אחריתא קאמר, ואכתי עצם הספק לא נפשט, וכדמסיק הרשב"א בתשובה הנ"ל וצ"ע. ומטין הדברים דלא נפשט הספק, בדפרוסים החדשים בנמוקי ציינו המקום להמפרשים שהוא הרשב"א, וע"י בשי"ד פ"ג מש"כ בזה. הא מיהא אם כן הוא הדבר נמצא שלא בא הנמוקי כאן לסתור ולבאר אחרי המלך, אלא מילתא אחריתא קאמר והבן.

שט"ו פ"ו

שיטת וכו' ודברי הרמב"ן נסתלקה קושיית התוס'. וכ"כ זקנו של החת"ס המהרש"ך כאן בספרו כוס הישועות.

שיטת הרמב"ן וכו' אבל התוס' סי"ו וכו' דוחים אותו אל הלוה. לכאורה הדברים ברורים, וצ"ע בדברי הפרישה (סי' מ"א סו"ד סו"ד) (יבן) דז"ל: וצ"ל דמוכר ל"מ מסלק ללוקח בוזי כל היכי דמצי למטרף לקוחות דובני בתריה, דאל"ה אכתי יכולין לומר לך אצל המוכר ליתן זוו"י, או הלקוחות יבקשו זמן מב"ד כדי לילך אצל המוכר ולהוציא מידו דמים ולסלק להלוקח בדמים וכו', וכן משמע שם בתוס', אלא שצ"ע בלשונם שיש בו טעות סופר עכ"ל, וצ"ע איך מצא בתוס' שהמוכר אינו יכול לסלק בוזי, אדרבה התוס' מקשה שיכול, ומסיק "ונראה דמצי לסלוקי בוזי", והא"ן ישווה שיטת התוס' עם הרמב"ן ודעמיה. ונהי שמשווה התוס' לט"ס, אך לא בירר ולא פירש למה. ואולי נתכוון למה שבחרו התוס' להכריע מדעתם שיכול לסלוקי כנגד גמ' כמעט מפורשת להיפך והוטב בעיניהם להניח בחימה מלקבל פשיטה דסוגיא דזה בעיני הפרישה לא יתכן כלל וע"כ שאיזה טעות נפל שם וצ"ע. אך כבר קדם היד רמ"ה (ריש קט"ט) ועמד על ענין זה איך יכול לילך להלקוחות לפני הלוה ומיישבה בב' אופנים ולא שת לבו למש"כ הפרישה דא"א לילך להלוה קודם הרי להדיא כהמבואר בתוס' ודו"ק.

ולכאורה וכו' ועוד י"ל חיוב נוסף לקיים מקחו ודעמיה ד"ה שדה אחרת. דהיינו ב' חיובים א' לקיים המקח, ב' ואם לאו להעמיד לו שדה אחרת. והנה חיוב ראשון כבר מצינו בפ"ק דב"ב ח: ב' בענין מה מוכר ראשון לשני ע"ש דכי זבין ח: אדעתא דכל וכותא דה"ל לראשון בגוה זבין ע"ש. ומפורש שם בראשונים דאיכא חיוב גמור על המוכר להתעסק בגופו וכוו וממונו לקיים המקח ביד הלוקח, ע"ש לשון הראב"ד בהידושויו ובשט"מ "אתה חייב לפטור אותי מנזקין ומבע"ח ומכתובה ולהגבות אותם בדיניהם כאילו היו כולם אצלך". ובתוס' הרא"ש מובא בשט"מ ג"כ מבואר עדי"ז "וכל מה שהוא תועלתו יטעון

כאילו היה לוקח ראשון ע"ש. ועי' בגוף הש"ס בסמוך: אמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ואתא בע"ח דראובן וטרף לשמעון דינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדיה. היה להודא שראובן אחראי ומשועבד מלבד החיוב כספי שלשעצמו. ומצאתי גירסא יותר חריפה ברי"ף בב"מ יד. (ועי' בקדוקי סופרים) "דינא הוא עליה דראובן לאישתעוי דינא בהדיה", והובא בריטב"א שם ודחאו כי זו ח"י עצום לומר שהבעל דבר הוא המוכר וחיוב לעשות כן ע"ש. (ובשו"ת המהרש"ך ח"ג סי' י"ל הכי בא אף אחריות וצ"ע.) אך לפי דברינו יש ליישב באופן נפלא דס"ל להמהרש"ך ככל הדברים האחר אשר נתבנו אלא סבר לחיוב אחריות הוא אכן דחוי חיוב כסף והחזרת הממון. אבל בלא הכי איכא לעולם לקיים מקומו פשוטו כמשפטו (דריק). הא מיהא מוכח מכאן דחיוב אחריות אינו סתם חיוב ממון, וחוב ודין פרעון, אלא "חיוב נוסף לקיים מקח" כמש"כ דודי הגהמ"ח שליט"א. וכ"כ במרומי שדה להנצי"ב בב"ק (שם ד"ה דינא הוא) "ולא סגי בהא שיפרע ללוקח אי מטריך מיניה, דכלל אחריות הוא למיקם קמיה. וכה"ג איתא בדף ק"ח ב' דשי"ש וש"ח שנגנב מהם באונס מתורייבם לעשות דין (ע"ש ברש"י ד"ה עושה שר"ל שחי"ב לשלם לבעלים וחזרו ונפרע מן הגנב, ומיירי שתפסו הגנב, וע"ש בחי' הרשב"א ד"ה רבא שפי' באופיא שטרחה להוציא מהגנב לחזירו לבעלים, ועי' ברמב"ם פ"ח שאלה ה"ז ובשו"ע סי' רצ"ז בפרטי הלכה זו. וכוונת הנצי"ב ז"ל להראות שמצינו חיוב כעין אחריות כשלעצמה בלי שום חיוב ממני כלל, וזו מציאה גדולה, דעד כאן לא שנינו אלא חיוב נוסף מלבד החיוב ה"ז, ובכ"ף קח: מפורש ששי"ן החיוב הנוסף הוא ה"ז) וכו', אבל זה פשוט שמחויב ראובן לא למיטרה, ועי' בהשטות שאלה לסי' כ"ז בס"ד עכ"ל הנצי"ב (ואכתי לא מצאתי בהנצ"ב שאלה

והכאורה וכו' ועוד וכו' והעמיד לו שדה אחרת. עי' בציון הנ"ל (לעיל) שהבאנו סיוע לענין החיוב הראשון שכי' דודי הגהמ"ח שליט"א "לקיים מקחו". אך אחתי לא מצאנו סיוע וסמך לענין השני "להעמיד לו שדה אחרת" שזה לכאורה הפרזה יתירה על המדה, לומר שמתחייב ליתן לו ממון אחר, על חיוב נפרד הוא מהמקם עצמו. ולכאורה אינו אלא בתורת חוב ממון (וכהא רכותו לכי' "די ביד" דבר ניתון מיד ליד ומאי נתיב ממון. הרי דחוב ודוקא ממון והבין), דבלא"ה הוי קנין דברים בעלמא (בכ"ב ג.), ועכ"פ לכל היותר הוי קנין אתן דנחלקי הראשונים אם מהני, כמובא ה"ב דעות בחו"מ סי' רמ"ה סעי' א' וב'. וגם לפי המקילים י"ל דבכה"ג לא מהני מאחר שכבר מכר הקרקעות ללוקח הנ"ל (בגמ' קט"ז). עי' דוגמא כע"ז במשנה במלך פ"ח מכירה ה"ז. ומה שכי' דודי הנ"ל בסמוך סמך מהרמב"ם ה"ל ט"ו פ"ה הרבה יש לחלק בין הנידון לראיה וצ"ע. ועי' מה שיתבאר עוד שם בציון. אכן מצאתי דברים מפורשים בפסקי הרי"ד והרי"א וסוגיין כמעט כלשון דהגהמ"ח שליט"א, וז"ל הרי"א (פ"י ה"ד אות ח'), ובא לגבות מן המוכר ומן הלקוחות אינן יכולין לסלקו במעות אלא יכול לומר להם (א)

או תפרו לי הקרקע שלי (ב) או תנו לי קרקע כיוצא בו עכ"ל. וז"ל הרי"ד (עמוד רל"ג), מצי למימר ליה (א) או תקיים זביניי (ב) או הב לי ארעא אחרית, ואי לא משכח ליה טרף לקוחות דידיה ולא מסתלק בווי עכ"ל. הרי להדיא כדבריו ולא עוד אלא שהסכימו הראשונים דאיכא ב' הענינים בהחיוב הנוסף דאחריות וכמש"ן. [דרך אגב יש להעיר שחידוש זה של הפסקי הרי"ד עולה יפה לשיטתיה ולגירסתו בב"מ יד. בפסקי הרי"ד דהמוכר מחויב לאישתעי דינא בהדיה בע"ח להציל את הלוקח ע"ש, ועי' דבר נפלא בתוס' הרי"ד שם ד"ה ארעא, והרב המהר"ה הפסקי ר"ד ציון 116 הסביר מדעתו שיש חיוב על המוכר "לקיים השדה ביד לוקח" (דרי"ק). ועי' בדברי הרב המהדיר שם ציון 102 "ודין זה לא מצאתי נוכח בראשונים", והנה מלבד מה שהארכנו מהראשונים והאחרונים עד"ז הלא גם התוס' בסוגיין (קט"ט) מסתפק בסברא זו וכמבואר במש"כ וקצת רפיא וכו'. אך דא עקא שלא נדע טעם ונימוק שיטה זו ובפרט לשיטת התוס' ויר"ד בב"ק ח. שהלוח אינו יכול לסלק בע"ח במטלטלין במקום שאין לו זווי אלא אמרינן לו זיל טרח וזבין דעבד לזה לאיש מלוה ע"ש בדה"ה מה וצ"ע. וי"ל דלמ"ד קנין אתן מהני הכ"נ מהני להתחייב ליתן לו קרקע אחרת לאחר שיטרף שדה המקח. והכי ס"ל להרי"ד והרי"א וגם להתוס' (בצ"ט), אבל היד רמ"ה דלא ס"ל הכי אפשר משום דשיטתו הוא דקנין אתן לאו כלום וקנין דברים בעלמא. ש"מ כן מפורש בדבריו פ"ק דב"ב ג. סוף אות כ"ו ע"ש וא"ש. וידידי ר' חיים צבי אייזנבערג שיח"י עוררני לזה. אבל צ"ע דאין לך אסמכתא גדולה מזה, ובשלמא בשאר קנין אתן הרי חייב מעתה בהחלט, וצ"ע.

והכאורה וכו' והעמיד לו שדה אחרת. לעיל טרחנו למצוא מקור נאמן לחיוב זה ואי דומה לקנין אתן. אך מצאנו בדברי קמאי דס"ל שאם עשו קנין על כך שמתחייב למכור הר"ז מועיל, עי' בשו"ת מהרש"ך ח"ג סי' פ"ד ובשו"ת המבי"ט ח"ב סי' כ"ו. ועי' בשו"ת תורת אמת סי' קל"ג ד"ה אלא שדייק כן מהטור (סי' ר"ז) שכי' שאמר לו "אמכרנו לך" שמהני, והמשמעות בזה שמתחייב למכור. ואילו החולקים ס"ל שהוי סתם קנין על כך שימכור ע"ש. הרי דהתחייבות עושה שחל דבר מעתה. ועי' בקצה"ח סי' ר"ו ס"ק א' שהביא דין כיוצא ב"ש משו"ת הריב"ש (סי' קפ"ה) באחד שעשה קנין שימכור דבר לחבירו ולא לאחר ולאחר זמן מכרו לאחר, שאע"פ שלא אמר מעכשיו, קנה הראשון (והוא גמי מפורשת בכבודה וזה עב. אלא ההסכימו רוב ראשונים שם צריך מנכשיו), ותמה עליו המשנה למלך (פ"ח מכירה ה"ז) על כך דבמה יקנה, וכי ליישב ע"פ שו"ת מוהר"א ששון סי' קל"ג דבלשון חיוב מהני, וכנראה נתכוון למה שהבאנו מהאח"י הנ"ל דהתחייבות שאני, אלא

שדה דבריו המשל"מ משום דלא ס"ל כחי' הזה. ומעתה באנו אל המטרה, דהקצה"ח כ' עליו וז"ל: וזה אינו וכו' דכין דכתב שטר בלשון חיוב שימכרנו לזה הו"ל דין שטר ממש וגובה ממשעבדי, וא"כ הו"נ כי מכרה לאחד טורף מיניה דמשעבדי ליה ודו"ק עכ"ל. הרי להדיא דס"ל להריב"ש ודעימה (הרי"א ששון מהרש"ך פה"ח תורת אמת) דיש כזה גדר של התחייבות למכור דמשוהו שעבוד נכסים ללוקח לגבותו, ולא בשביל חיוב, אלא לזכות קנינו והוא נפלא מאוד. ובוהו ראייה ברורה ומקור נאמן לחידושי דין דחיוב אחריות הוי כאופן הזה שמשעבד לו קרקעות על כך שיכול לטרוף מלקוחות בשביל קנינו בהט"ח לו מעתה ודו"ק. אלא דאיכא קושיא גדולה דלכאורה המשל"מ לאו יחידאה בזה אלא כך הוא (כפשוטו) דעת כל הראשונים והרמב"ם וטור שו"ע בכל דוכתי ועי' בס"י רמ"ה - א' וב' ובסי' ר"ז, ובהלכות מכירה ח' - ד' שם למד הרמב"ם ע"ז רב האי גאון והרי"ף (סוף פ"ח בית כור) דבלא מעכשיו לא מהני כלום, גם מפורש דלא ס"ל כהריב"ש ודעימה. הרי הקצה"ח סיים שם "אמנם דברי השו"ע נראין עיקר דבעי מעכשיו דלשון חיוב לא מהני בזה כלל" ע"ש, א"כ שוב א"א לן לאוקמי גדר האחריות באופ"ז עכ"פ אליבא דהלכתא, וצ"ע דהש"ס ב"ב קט"ז: אינו מתפרש באופ"ז כי אם בדוחק (וכיז רמ"ה שם) וכמש"ן.

אלא כד דייקת פסיר בסו"ד הקצה"ח שם תראה שהדברים ברורים ונכונים אף לכו"ע להלכה וגם למעשה, שכי' באופן שמתחייב בהתחייבות בלבד בזה אין ההלכה כן, אבל היכא דמתחייב בחיוב אחריות ג"כ ודאי מהני. והעתיק משו"ת מהרי"ט (תרי"ט סי' פ"א) שכתב וז"ל: וכדי שיחול החיוב על גופו צריך שיתחייב מעכשיו באחריות ואם אבדו פורע לו ממקום אחר וכו' עכ"ל. הרי עינינו הרואות דבכל קנין מהני התחייבות אפי' דבר מסויים ע"י קבלת אחריות, כ"ו ב' ב"ש ל ק"ו בחיוב אחריות גופא. ועי' בשיעורי רבי שמואל ורובוסקי (פ"ק דב"ב אות י"ב) מש"כ ג"כ דלכו"ע מהני קנין אתן כשאיזה חלות חיוב חל מיד, ע"ש דבריו המאירים. סוף דבר בהא נתתינן וסלקינן דחיוב אחריות הוא חיוב לקיים המקח, וכמו שהבאנו מב"ח ח: ליתן לו קרקע כיוצא בו, ועל דרך הקדמונים הנ"ל והמהר"ט וכמש"ן.

והכאורה וכו' דומה למש"כ הרמב"ם פ"ה טו"ז ה"ב. הדבר דומה אבל אינו מוכרח, דאפשר לומר שאני תתם שהתובע עומד וצווח על הפסדו שלפנינו וטענתו להשלים מחסורו ולהסיר רק את ההיוק הזה, לא כן בנידון דאחריות שכבר אול ונאבד קרקעו לעולם, אלא שרוצה להשלים חסרונו בקרקע אחרת, שתעלה ותבוא במקום הראשונה להחשב מילוי ההפסד, ועי' יש לחלק ולומר שאין הדבר כן שיתחייב זה תחת זה בצורה זו, ובהא

אפשר דכ"ע מודו דרק זוזי הוא דמחייב ליה. וכוה באמת יש ליישב דעת היד רמ"ה שנתקשה כמו התוס', אבל כתב לתרץ בכל מיני אופנים אחרים חוץ מפירושא דידן וצריך טעם, ולמש"כ ניתא.

וְכִיבְרָא רַבִּי וְכִיבְרָא רַבִּי וְכִיבְרָא רַבִּי וכו'. ואולי ס"ל להתוס' דהוי ממש אותו דבר, ור"ל גדר האחריות הוי כנגד הטירפא מהלוקח, וגדר טירפא י"ל דהוי גדר של היוק אי כגמא אי כגרמי, ע"י כתובות פו. לגבי מוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו דלמאן דראין דינא דגרמי (ע"י בב"ק ק). חייב לשלם, וע"ש ברש"י ד"ה דמי חייב לשלם כל שויות החוב שבשטר, וכ"כ כמה ראשונים, ע"י רמב"ם פ"ז חובל ומזיק ה"ט ובשו"ע סי ס"ו סעי' ל"ב. ועכ"פ חזינן דלפעמים כשנפסד מקח האדם ממנו חשיב היוק ומזיק וניזק, והנ"ל י"ל כיוצ"ב, ואע"פ שאינו ממש גרמי, מ"מ להכי משתעבד ולהא גופא הכניס המוכר עצמו בחיוב אחריות שמקבל ע"ע שלם נזק זה אע"פ שלא היה חייב בלא"ה (כדו אדם). היוצא למש"כ דודי הגהמ"ח שליט"א וע"פ הרמב"ם בטור"י ניתן ליאמר דגדר האחריות הוי ממש בגדר הנוזקין. ויש סיוע וסמך לזה בתוס' ב"ב לעיל צב: ד"ה אי ע"ש "אבל לוקח וכו' לא משלם זוזי וכו' דכשהוציא (המכור) אותן (את הפעוטה) הוי כמו מזיק מעות של חבירו והוי דינו כנוזקים", ונהי שהתוס' מייירי שם לענין מקח טעות גמור, ולא במקח טוב שנטרף אח"כ (הבב"ב, הא מיהא למדו התוס' שעצם גדר ההתחייבות והתשלומין הוי בפרשת נוזקין. וע"ע בחידושי הרמב"ם שם צב: ד"ה אי שכ' דברים מפורשים וז"ל: דלא דמי מלוה לזבני, דזבני וכו' אדעתא דמישקל הני זבני יהיב, ולא למישקל זוזי, הילכך כי איבטילו להו זבני יהיב ליה מאי דשווי, ואילו הלוואה אדעתא דלמישקל זוזי יהיב עכ"ל. הרי להדיא דיליף חיוב תשלומין להשלים עצם המקח ולא זוזי. אך זה עולה יפה גם על דרך אחריות כנוזקין כנ"ל וגם על דרך אחריות ממש כזה תחת זה וכמש"נ ועיין היטב.

שט"ו פט"ז

ובמה שנחלקו היש מי שאומר והרשב"א תלוי ביסוד מה שהתקינו חכמים וכו'. וכן משמע לכאורה מתוך דברי ספר התרומות (שפי"ד ת"ח אות ב), ע"ש שהביא כעין ב' דעות הללו, דהבע"ח חשיב ודאי ולא אתי ספק להפקיע מידי ודאי, דאין נפרעין במקום בני חורין אינו אלא תקנתא ובספק לא תקון. וע"י הביא שיטת הרמב"ן אשר הובא בר"ן דידן, ובאמת מקורו מתשובה אשר שלח להבעל התרומות כמ"ש "אבל שאלתי בזה הי"י משה ברי נחמן ולא הוה עמי", וע"ש שכ' שיטתו דאין הבע"ח גובה כלום והממע"ה.

דעת היש וכו' אב"י הרשב"א ס"ל דלא חסר מידי ונעצם השעבוד וכו'. אכן רבותינו האחרונים נתקשו בזה טובא, ע"י ברעק"א

דרוש וחידוש (והובא בהוצאה החדשה כף צד. ד"ה תמנא), וכן הוא בתוספתו למשניות גיטין (פ"ה אות נ"א) וז"ל בקיצור: ותמה אני הא התקנה דאין נפרעין דקתני במתני' ומה ר"פ הנוקין צריכא רק לענין ואפילו הם זיבורית, אבל בשירי דכוותה [אצל הלוה] מדינא הוא [דאינו יכול לגבות מהלוקח דל התק"ח] מכח מה מוכר ראשון לשני כל זכות שלו, וכיון דהוא היה יכול לדחות מבינונית אלו ולהגבות לו האחרת זכה בה לוקח שלא יגבה מבינונית אלו. והר"ן בעצמו (נראה כותבו במש"כ "הר"ן בעצמו", שהר"ן סובר כשיטת

הרשב"א ודלא כהיש מי שאומר כרמב"א בסו"ד שהשיג על הרמב"ן, והרמב"ן ס"ל כהיש מי שאומר ודוק) כתב כזה לעיל (ג' ב' מפי הר"ף) דאם לוי לקח מראובן הלוקח ושירי אצלו זיבורית, דאי' לדחות ללוקח ראשון זיבורית, דל"ש בזה תקנת חכמים דאין נפרעין' כיון דאין הזיבורית בני"ח, ומ"מ בשבב בינונית דכוותיה צריך הבע"ח לגבות מלוקח שני משום מה מוכר, א"כ איך סתם הרשב"א כיון דמשום תקנה הוא עליו לברר, הא באם הם קרקעין ושום, מדינא אי' לגבות מהראשון, וה' יפתח לבי [ובתורעק"א: וה' יחנני ויאיר עינין] עכ"ל. וכן עמדו בזה האמרי בינה (בבית חוב סי' י"ד ד"ה הר"ן) ואביו הגאון בעל הדברי חיים (בב"ב סי' כ"ה), וע"י יישובם באמ"ב בד"ה והנה כוונתי ובאופ"א בד"ה ברם בעיקר הקושיא ע"ש כל דבריו מילתא בטעמא. ובדעת הרעק"א אכתי צריך עיון טפי למה מיאן בכ"ז, ואולי הרעק"א לשיטתי עמש"כ בחו"מ סי' מ"ג והובא בפנים שט"ו פט"ז וצ"ע.

אכן וכו' והלא לגבי שניהם אמר' שעליהם להביא ראיה. ר"ל דמה ששטרו של א' מהן כתיב סתמא זה משווי ספק גם לבעל השטר שכתוב בו כ"ה ניסן, דהגם ששטרו בריא ואלים, מ"מ פרט זה של ידיעת ב"ד מתי נמכרה שדה המשועבדת לא נתבררה כלל ע"י שטרו של בעל הכ"ה, והנמצא דעליו איכא שעבוד גמור וודאי, ואיך אפשר למידיחי הבע"ח מעליו בלי שום ראיה וטענה. והיא קושיא עצומה למתבונן. אך ע"י בגידולי תרומה (שער ד' ת"ח סי' ד"ה ונראה) דמבואר שכיין שסבת הספק לפנינו הוא מה שלא הוברר בשטרו זמן "אמרינן ליה אייתי את ראיה שקדמת, כיון שאין כחך אלא מן התקנה, הרי היא אצלך מסופקת, והספק גולד מצדו ולא מזולתו וכו', הילכך אותו שנתברר זמנו יעמוד במקומו עד שיתברר שהוא מאוחר", וצ"ב דמשמע דהוא כעין קנסא בעלמא, ועיין היטב.

והר"ן וכו' ודברי הרמב"ן וכו' בדינו ולא מטעמו. אך כמובן דוחק לומר כן, גם לא הרגישו בזה המפרשים והפוסקים וצ"ע. **ויש דקדק בקו' הר"ן וכו'.** ר"ל דאינו מוכן מה כאיב ליה להר"ן, הלא ממ"נ אם ס"ל בעצמו כהרשב"א דעדיין לא נפקע השעבוד מכל השרות וכמש"נ, היה לו לתמוה על הרמב"ן דוכי יעלה על הדעת שבעל החוב נקי, הא ודאי יש לו שעבוד וזכות גביה, ורק

הנידון הוא מי מפסיד זה ששטר חובו על התחתונה או רצה מזה גובה רצה מזה גובה, וכאמור. ואם הר"ן ס"ל בעצמו כהיש מי שאומר דחסר בעצם כח השעבוד וכמש"נ דזיל הכא קמדי ליה וזיל הכא וכו', הלא הן הן דברי הרמב"ן גופא, ולא דמי לגמ' צה. היכא דאישתדוף, דשם אכתי איתא לעצם השעבוד. וע"ז מקשה דודי הגהמ"ח שליט"א דאפי' אם נדמה בבא דידן לאישתדוף לק' כלום דגם לשדה זה וגם לשדה זה צ"ל "אישתדוף" זה, ובטל כל הסברא וכמש"נ ודוק. אך ע"י בגידולי תרומה (שם בסו"ד) שהביא לדברי דמי הללו ודייק מנינה לעיקר פירושו "דכל שלא פירש בשטרו פירושו אפסיד וק"ל", ומשמע שהבין ככוונת הר"ן דענין אישתדוף לא נאמר אלא כלפי זה שכ' בשטרו סתמא, אבל כלפי זה שזמנו מבורר לא חשיב אישתדוף.

ונראה וכו' אב"י ממש אוקימתא דנשתדפו. וע"ע בגדר הענין באבי עורי (פ"ב פלוגה ה"ה ד"ה ונראה) מה שכ' בטוב טעם.

שט"ו פ"ז

וכנראה היה לרע"א נוסח אחר בדברי הרא"ה. וכ"כ האבי עורי פ"ה מהל' מלוה ה"ה בד"ה הנה הגרעק"א, "כד יעויין בהרא"ה שהביאו השטמ"ק יתבאר טעם הדבר", וכבר קדמו בזה כדפי הנפלא דמשק אליעזר (להגיד

אליעזר ציבעער וי"ל דנפס שנת תרמ"ח בהסכמות הנצ"ח הביה"ל לרי"א) בחו"מ סי' מ"ג ע"כ "כג אות' י' שכתב "ומ"מ תמיתה הגאון רע"א הנ"ל על הרא"ה שפיר מיושב עפ"ד שמ"ק", וע"ש שכ' דכן הוא בחי' הרא"ה עצמו בכתובות שם בשם הרשב"א ממונפלייר, וע"ע שם מקורות רבים להלכה זו. והוא פלא שלא ידע רעק"א את דברי הרא"ה ממקורם. גם הנתה"מ סי' קי"ט ס"ק ד' כוון לפסק הרא"ה (כשינוי חשוב וכדלהלן) אבל לא הזכירו כלל. גם הדרישה בסוף סי' קי"ט העלה על מדעתו כדברי הרא"ה, ולא הזכירו (ולק' הסתמך על דברי הרמב"ן שהובאו בר"ן בסוגיין). וע"י בפנים מש"כ דודי הגהמ"ח שליט"א שנוטה לומר ששפיר ידע רעק"א את מקור דברי הרא"ה, אלא שהסברא לא נראית לו ע"ש.

וכנראה וכו' שהקרקע בחזקת בעלים עומדת. וראיתי בחנל יצחק (למנא רי"א ד"ל) שכ"כ מדעתו "דיש להביא ראיה לשיטת הרא"ה" והביא ראיה גדולה מכתובות מד. בשני שטרות ז"א, ונפק"מ לשלומי פירי ע"ש, וע"י ברמב"ם (פ"ה זכיה הי"ט) דחייב הלוקח להחזיר הפירות שאכל, וכ' המגיד משנה משום דקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת, וכונתו דבכל ספיקא דדינא בקרקע קי"ל דמוקמינן בחזקת מרא קמא, והיינו אף להוציא מן המחוזק, כמו בכ"מ קב:, ואם כן הוא הדין הכא בנידון דהרא"ה, וע"ש שסיים רי"א ז"ל בצייטוט דברי

הרא"ה וכ' ונתכונן הרא"ה לכל מה שכתבתי, וע"ש שציון עוד מקורות לדון זה (הרא"ה פ"ד כתובות סי' ה', תוס' ב"ב ס"ד: ד"ה איתתא תרתי וכו' קג. ד"ה פרידס').

וכנראה וכו' שהקרקע בחזקת וכו' והנתה"מ (ק"ט ד-). שהזכרתי כנראה נחית ג"כ לסברא זו אך לא לגמרי שמטיק "אחר העיון" וז"ל בקיצור: דהלוקח צריך לברר, והטעם נ"ל דכל שידוע שהיה פעם אחת של המוכר אינו יוצא מחזקת המוכר עד הזמן שיבורר, ה"נ לענין שעבוד, דשעבוד הרי הוא כמכר, ע"כ. ומבואר דנקט ג"כ כדעת הרא"ה והפוסקים הדין קרקע בחזקת בעליה משהו שיש כאן שעבוד ודאי, ולפיכך צע"ג מה שמטיק הנתיתבית אח"כ דכל זה "דוקא כשלא החזיק לוקח עדיין בקרקע רק שקנאם בקנין סודר ועתה יש ספק למאן ליתנו, אבל אם הלוקח מוחזק בקרקע אין הבע"ח יכול להוציא ממנו שהממע"ה, ולכאורה מילתא דתמיהא הוא זה, דעד כמה דאזלינן בתר מר"ק וכמש"נ הרי לא אזלינן בתר מוחזק ובפרט בקרקע וכדודע. ואי ס"ל כרעק"א דאין חזקת מר"ק מהני כמו חזקה מעיקרא וחזקת איסור (וכמש"נ דודי הנ"ל בפנים), א"כ האין הסתמך הנתיתבית כלל על חזקת מר"ק ככה"ג דאינו נוגע לבעליה הראשונים, ומה לי כשהלוקח מחזיק מה לי לפני כן, סו"ס אין לנו להביא לדיון תורה זה מר"ק של אחר וצע"ג. שו"מ שהגאון בעל מילואי משפט עמד בזה וגם הוסיף להקשות ע"פ דברי הנתיתבית עצמו כאן שהוכיח מב"ב ל: דכשיש לאחד שני חזקה ואחד יש לו שטר מכר עם זמן, דבעל שני חזקה צריך לברר, ושם איירי דודאי בעל שני חזקה מוחזק בקרקע וצ"ע. וע"ש מה שהעלה ליישב שיטת הנתה"מ כמין חומר בביאור גדר הנידון כשיש מר"ק נגד מוחזק ותפוס. ושוב מצא באמרי בינה (דיני הלואה סי' י"ז) שג"כ עמד בזה על הנתיתבית, והביא דברי אביו ז"ל בעל הדברי חיים שכי' בחידושיו בסוף ספר דברי משפט להשיג על הנתיתבית דודאי המר"ק מוחזק והלוקח מפסיד (וכתה"ת), וכ' האמרי בינה שדן בפני אביו להגן בעד הנתיתבית דסו"ס איתרע החזקת מר"ק הואיל וכבר יצאה מרשותו בודאי ולא בספק. וגם הוסיף דבר חזש: "ואדורבה חזקה דהשתא דכאן נמצא כאן היה מסייע ליה ללוקח שלקחה בתחילת חודש", והוא אורה נפלאה, ובפרט למשי"ת במק"א דדברי דודי שליט"א, גדר כאן נמצא כאן היה. ואן שהנתיתבית הביא ראייה לדבריו מהתוס' גיטין יז. ע"ש, אך מסגנונו משמע דמסברא אומר כן ואין התוס' אלא לראיה. גם הראיה אינו מוכרחת כמבואר דלא מיירי התוס' בעניני קרקעות, ומה גם שכבר הרבו להשיב האחרונים על ראייה זו, עיי' מילואי משפט שם ציון 57. גם דודי יישב ראייה זו בתרתי עיי' להלן, ד"ה נראה.

וכנראה וכו' ורע"א לא ראה וכו' דחזקת מר"ק וכו' דהוי נמי חזקה דמעיקרא וכו' בנוגע לאיסור

והיתר. תימה דלכאורה צד זה שיטה מרווחת היא בין גדולי הפוסקים כאשר אציין בסמוך, ומה גם שמרן רעק"א בעצמו נקט הכי בכמה דוכתי, עיי' שו"ת רעק"א קמא סוף סי' קל"ד ד"ה אבל דלהכי"ח מסוגיא דיבמות לא. דבר שטיא וז"ל: אלא ע"כ דלא מקרי מוחזק רק דיש לו חזקת מרא קמא שהוא רק "חזקה דעלמא" כמו "חזקת אשת איש" וכדומה עכ"ל. וכ"כ בשו"ת קמא סי' ל"ז ד"ה ויש על דברי התוס' (ב"ב כ"ב: ד"ה והלכתא) שכתבו "ואוקי ארעא בחזקת מר"ק, אבל הכא דמספיקא דינא ל"ש לומר כולי האי אוקי ממונא בחזקת מר"ק", וביאר רעק"א ברכתם וז"ל: דחזקת מר"ק הוא כמו "כל עניני חזקות" דאוקי אחזקה דלא נשתנה ממקודם, וכמו "חזקת היתר ואיסור", מש"ה בספיקא דינא דל"ש לומר אוקי אחזקה דמקודם ממילא אין עושים מעשה וכו' עכ"ל. הגם שהתוס' עצמם סיימו תיכף ומיד "ודוחק הוא", ויש מקום לומר דהדוחק הוא בזה גופא לומר דמר"ק הוא מדין חזקת איסור וחזקה דמעיקרא, וכן מבואר בשיעורי די הלוי (חזקת הבתים שם ע' ק"ב), וכן פי' הרב יעקב משה שורקין שליט"א בהגהותו לתשובה זה (אחיה בעקב בערות את י"א), ועיי' באור שמש פט"ו מהל' טוען ונטען ה"ט שהסיב כל דברי התוס' לסברא אחרת. אך כמובן לרעק"א דרך אחרת מהם וכמפורש בדבריו וביותר שם לקמן (ד"ה באופן דביטור) ע"ש. הרי להדיא דדעת רעק"א גם לדינא דחזקת מר"ק כשאר חזקות וגם לנוגע איסור והיתר. ואף אם מאיזה טעם הדר ביה רעק"א וכמו שמצאתי סמך לזה בשו"ת רע"א מכת"ש תשכ"ה סי' ע"ח מובא בהוצ' החדשה בחי' לבי"מ ק. תוס' ד"ה מני סומכוס על מה שתי' התוס' "ויזיל דחזקת מר"ק עדיפא מחזקת מעוברת" וביאר רעק"א וז"ל: והיינו דלאפוקי מחזקת מר"ק הוי כמו אפוקי ממונא דלא מפקינן בחזקת הגוף עכ"ל (ואפשר דלפס"ל חזר בו רעק"א והלא ואלו כותבים, ועיי' בעיון הספון היטב). ואף אי חולק ככה"ג בסוגיין (תורם סי' מ"ג סעי' כ"ט), מ"מ לא הו"ל לתמוה כ"כ ולישאר בצ"ע כאליו לא ידע מכל זה וצע"ג. ומכאן מוכרח עוד שלא ראה רעק"א את דברי הרא"ה בשטמ"ק ובחידושיו וכמש"נ.

וכנראה וכו' דחמר"ק וכו' חזקה דמעיקרא וכו'. וכן דקדקו הפוסקים מכמה ראשונים, עיי' קצה"ח סי' צ"א ס"ק י' ד"ה ופסק הש"ך בסו"ד, וציטט מספרו שב שמעתתא (שמעתתא ד' פ"ה) וז"ל: שפיר מהני רובא וסו"ס נגד חזקת מר"ק, דהא קיי"ל בכל דוכתי רובא וחזקה רובא עדיף וחזקת מר"ק לא עדיף מחזקת איסור וכו' ונגד חזקת מר"ק מהני סו"ס כמו נגד חזקת איסור דמעיקרא עכ"ל, והביאו ג"כ בקצה"ח סי' ר"פ ס"ב ב"סו"ד וסיים בלישנא יותר חריפא (וכדפי"ק): וז"ל: ולפ"ז היכא שהספק שהסתפקנו בקרקע אם מכרו מר"ק או לא וכיוצא, שפיר מהני רובא, אע"ג דבכולי ספיקא מוקמינן בחזקת מר"ק, ומשום דמר"ק

לא עדיפא "מחזקת אשת איש דמעיקרא" וכו' עכ"ל. וכן הסכים עמו הנתה"מ סי' פ"ח ס"ק ד'. וצ"ע מסי' ל"ד ס"ק ט"ו שהשיג על הקצות שם סי' ה' שכתב כן, וכן נקט הנתיתבית במק"א, עיי' שו"ת חמדת שלמה או"ח סי' ב' הובא דבריו שם. וכ"כ הקונטרס הספיקות בכלל א' עעי' ה' (אלא דבהמשך דבריו ב"י "ואפשר עוד לומר דחזקת מר"ק במקומו וכו' מעין חזקת ממון ממש היא", אבל לא דחה לריש דבריו, אכן בכלל א' עיי' ר' בסו"ד ב' יודעתי יותר פסקתא דאינו מדין חזקה מעיקרא אלא מחזקת ממון ע"ש, וביתר הקדמונים איכא סתירות בזה ותכון מה שנתבאר בשב שמעתתא (ש"ג פט"ו) דתרווייהו איתנייהו ביה גם דין חזקה וגם דין מוחזק, וכענין כתבו בראשונים, ואי נחל יצחק סי' צ"א ס"ד ענף ד' ובספר פתח הבית סי' מ"א, וכפשרה הזו כ' הקהלות יעקב בב"ב סי' כ"ג ובשיעורי רבי שמואל בב"מ סי' י', ועיי' בהסבר הענין בזה הובא על קונטרס הספיקות כלל ז' הערה נ"א מילתא בטעמא).

וכן נקטו החת"ס (כשו"ת אבה"ע סי' פ"ה ובחי' לכתובות עה: ונזיש עיקרי הכללים אצל חזקות) והשער משפט (סי' מ"ז ס"ק י"ד) ובשו"ת באר יצחק (יוד"ט סי' י"ח) ע"ש. ואף שנקט כמה לשונות בראשונים מורים היפך זה, עיי' תוס' ב"מ ס: ד"ה התם ובש"ס גופא שם ק. שנקט לשון והממע"ה נגד מר"ק, וכן דייק מו"ר הג"ר אשר אריאלי שליט"א, וכן הוא בשו"ת מהרי"ט חו"מ סי' ל', מ"מ צד הראשון איתן ומוסכם ג"כ. אשר לפי"ז א"ש דברי הרא"ה דע"כ הוא ס"ל כדעת הפוסקים דס"ל דחזקת מר"ק הוא חזקה דמעיקרא וכחזקת איסור ודו"ק, אך עיי' בעיון להלן ד"ה שם שעוד נוכיח דא"א שהרא"ה ס"ל הכי.

וקושיית רע"א היא וכו'. אכן לפי"מ שנקט רעק"א דאין חזקת מר"ק כשאר מוחזקות אכתי צ"ע מה שני ליה בדברי הרא"ה ועיקר פסק ההלכה. ונראה דדבר גדול השמיענו בזה, הדגם דחמר"ק כחזקת איסור והיה נראה דאזלינן בתר מעיקרא גם כשאינו נוגע אותו המרא קמא מה"ט, זה אינו. והטעם י"ל דמאחר שהמר"ק כבר מכר את הקרקע, ולא היה פקפוק ע"ז הנמכרה, א"כ שוב פקעה לזיקה דמעיקרא ונפטר זה האיש מקרקע זו, ולא אוהו המר"ק מעתה ועד עולם, ונמצא דאין לנו אלא חזקת ממון של הלוקח שהוא המוחזק לפנינו והקרקע חשובה שלו לגמרי בעיני כל האדם, והשתא בא הבע"ח ורוצה לטרפה ממנו, לא מהני לו כלום ככה"ג, ואין יכול להסתמך עצמו על חזקה דמעיקרא של המר"ק, דכבר בטלה חזקה זו וכמש"נ והממע"ה, כן נראה דוכתי רעק"א וקושייתו ודו"ק. וכענין כ' האמרי בינה (בבית חוב סי' י"ד ד"ה לכאורה) דשאני הכא שחזקת מר"ק איתרע דודאי יצאה מרשותו ע"ש. וכ"כ בדיני הלואה לעיל סי' י"ז ד"ה ואנוכי, והביא ראייה משו"ת הרשב"א (ת"א סי' ש"א) בביאור שיטת הרמב"ם (פ"ה בכורות ה"ג) בטעמא שפסק תקפו כהן אין מוציאין משום דעל הולד חשבינן שאין לו חזקת מר"ק ע"ש.

אכן בטור (תרי"ם סי' ר"מ פט"ד) בשם הרמ"ה משמע להיפך, ותמצית הענין שם, בראובן שהקנה כל נכסיו בשטר לשמעון, וחזר שמעון בו ביום והקנה כל נכסיו לראובן, ולא פירש בשטר את שעת הקנין, ומספקא לו שטר מכירתו של מי קדם. וכי הרמ"ה דאם נמצאים הנכסים ברשות שאינה של שניהם מוקמינן כל א' מינייהו אחזקת מר"ק ולכל אחד יעמדו אותם הנכסים שהיו מתחילה שלו. ולכאורה יפלא דאי דכברינו שליכא חזקת מר"ק בטר דנפק הקרקע ברשותיה מה זה ועל מה זה כתבו הרמ"ה והטור דחזקת מרינה לכל חד על חזקתו הראשונה, הא חזקת המר"ק כבר בטלה ופקעה, אלא ע"כ דחזקת מר"ק מהני אף לבתר דנפיק הקרקע מיניה, ובהכי דייקא שפיר שיטת הרא"ה דאוחזו בדין קרקע בחזקת בעליה עומדת אף לבתר דנפיק מבעליה, ואף כלפי הבע"ח נגד הלוקח. ונמצא דאיכא ג' ראשונים מפורשים כסברא זו. והדרא קושייתנו לדוכתה מאי מקשה רע"ק א, וצ"ע ג.

והנה נהי דכבר הורו הטור והרמ"ה והרא"ה, אכן דבריהם קשים מן הסברא וכמו שביארנו, ובאמת כל חזקת החזו"א (הר"מ ליקוט' סי' ס"ח פ"ה ד"ה עוד בסו"ד סטוריים) וז"ל: ועיקר דברי הרמ"ה ז"ל בטור שם צ"ע מאי שייך חזקת מר"ק כיון דע"כ יצאו הנכסים מקמא ואין הספק רק מי הוא בתרא שזכה נכסיו ונכסיו חבירו השתא במתנה מיד חבירו עכ"ל. ולפי"ז אפשר דגם הרע"ק מתפרש עד"ז דס"ל דבטלה המרא קמא, וצ"ע שזה נגד רבותינו הראשונים ז"ל. אכן יעניין בשו"ע סי' ר"מ וכנראה השמיט דין זה של הרמ"ה והטור, וא"כ י"ל דאידיחי מההלכה, וע"ז מסתמך רע"ק א ודו"ק. אף מה נעשה שרע"ק א בעצמו שם בגליון השו"ע (פ"ט ג) טוח וכתב לדברי הרמ"ה האלו ומה גם שבמשנה למלך (פ"ט טו) ונתן הדין כ' לפי תומו שדברי הרמ"ה הלכה מוסכמת היא ע"ש הענין ומבואר דכוונתו על סברתו. וענין בהג' רע"ק א שם שצ"ע לקונטרס הספיקות כלל ב' סי' ג. וע"ש שהק' על הרמ"ה הזה בענין אחר. אכן גם מיישוב, ואפשר דרמו יש כאן וצ"ע.]

שם. הבאנו את דברי הרמ"ה דס"ל דלא בטלה לחזקת מר"ק אף כשיצאה לגמרי מרשותו ונכנס לרשות אחר. ותמנה שוב על רע"ק א שדעתו אינו מסכמת לסברא זו ועל אף שהורו בטור הרא"ה אחרים קו. והנה הקונטרס הספיקות בכלל א' סי' ו' ד"ה ודעתי, הוכיח מדברי הרמ"ה הללו דס"ל דחזקת מר"ק אינו מדיני חזקות דעלמא כחזקה דמעיקרא וחזקת איטור ע"ש, הגם שצ"ב עומק דבריו דמה ענין זה לזה בדוקא, והלא גם להסוכרים חזקת מר"ק הר"ה חזקת ממון ומדין מוחזק הוא, הלא ג"כ היה צ"ל דבטלה המר"ק אחר שיצאה מרשותו, (וכן תמור עליו מפרשי הקונטרס, זו וזה, תורת הספק, ערוגת הובשם, מילואי חושן, ועל כולם החוראי הגיל והניחו בע"ע), ועיין מה שישבנו בע"ה ב'השמשו' לקמן. הא

מיהא דכדאינן דברי הקונה"ס לסמוך עליו דשיטת הרמ"ה היא דחמר"ק מדין מוחזק היא ולא מדין איטור, ורק מכח זה חיליה לפסוק דמוקי אחרמ"ק אף לאחר שיצא מבעליו. ואשר מוכרחין לומר לפי"ז דגם הרא"ה שעלה מקשה רע"ק א, ס"ל הכי דיסוד מר"ק מלתא דמוחזק ולא חזקה דמעיקרא, ומה"ט קיים המר"ק לנצח. ואם כנים הדברים באנו אל המטרה להבין שיטת רע"ק א ז"ל בזה, דהלא הראנו מתשובותיו דשיטתו בחזקת מר"ק מדין חזקה דמעיקרא ואיטורא, להיפך מהרא"ה וכמש"נ, וא"כ פשוט וברור שהשיג רע"ק א עליו משום דאזיל לשטמיה דא"א לסמוך אמר"ק אחר שיצאה מרשותו ודו"ק היטב.

אבל בנידון של הרא"ה וכו' ואולי יש לו נמי חזקת שלש שנים. והנה ודאי צריכים לעיין היכי נדייניה להך דינא, כשאחד יש לו חזקת ג' שנים ואחד הוציא עליו שטר מכר מבוררת, (דמה לי שטר מכר מה לי שטר חוב, בין כך בא בכח מנצח זה בקנינו וזה מחמת שעבודו והבן), וע"י בנתיבות (ק"יש - ד' ד"ה אבל) שהוכיח מטוגיות הגמ' בחזקת הבתים ל: דמפורש התם דמי שאכלה שני חזקה ובה אחר עם שטר מבורר בזמן שקדם מג' שנים מיום זה, ואפי"ם אחד, בנלע"ד) ודאי יזכה זה בשטרו אע"פ שחבירו מוחזק שם כבר בחזקת ג"ש. וע"ש בנתיבות שהכריע מזה גם לדידן "לענין שעבוד דשעבוד הר"ה כמכר", הרי להדיא דלא עלתה לו חזקת ג"ש במקום שלהמערער איכא שטרא עם זמן, ולא יזכה בעל חוג"ש רק כשיביא ראייה שאכל כל ג"ש שלו קודם הזמן מכירה או שעבוד של זה ע"ש. וא"כ צ"ע על דודי הגהמ"ח שליט"א שלמד דהואיל ואין מערער על בעלותו "ואולי י"ל נמי חג"ש" הר"ה ודאי מוחזק, והלא זה אינו למש"נ בנתיבות, וצ"ע. ונראה ליישב דבריו [ונראה שזו היא שיטת הרע"ק א עצמו] ע"פ מאי דקשה טובא בסברת הנתיבות וכמו שתמה הרב בעל המילואי משפט שם (צ"ח 56) דיל: אצל צ"ע דשם (כ"ב) הלוקח ודאי קנאה מהמוכר, ובעל שני חזקה שטעין שקנאה קודם אינו נאמן כלל, ולא מתעורר כלל ספק אולי קנאה מקודם, דעל קודם אין לו שני חזקה, ושאיני כאן, דהלוקח יש לו שטר מכירה אלא שאין בו זמן, ובוה ודאי דיש לנו ספק אולי קנאה לפני ההלואה וצ"ע עכ"ל. וא"כ י"ל דשפיר חשיב הדר שם למוחזק ע"י שטרו וידיעת המכירה. ועכ"פ י"ל דבאלו ב' דרכים מתפרש פלוגתת הרא"ה ורע"ק א ועיין.

ונראה ליישב וכו' דיון יד בעל השטר ע"י התחתונה לא היו מסקובו. וכן מבואר במנחות קח: בענין האומר בית מבתי אני מוכר לך שנוטל את הגרוע, וגם בנפל לאחר הקנין קודם שנכנס הלוקח כמו שכתב הרמב"ם בנדרים נו. ע"ש בריטב"א בא"ד אבל דעת רבינו. ואלא מש"כ דודי המחבר שליט"א דאינו מדאורייתא "אלא שתקנו חכמים וכו'" לא ידענא מנין לו זה, ומה גם דמבואר במנחות שם ובנדרים שם דין זה דירי בעל השטר על

התחתונה נאמר אף בלא שטר. ותו דא"א לומר דהוא רק תק"ח, דאיתא שם, שורמוריי אמרי' דהגדול הקדיש. ובריטב"א נדרים שם מפרש בשם מורו (ההג"ה ד"ל) דכל החילוק בין הקדש למכר הוא, דבהקדש אמרי' שכוונתו לטוב ובמכר אמרי' שכוונתו לרע ע"ש. אך בפשטות מחלק הש"ס שם במנחות בין יד בעל השטר לשם, וע"י בראשונים נראה דאיכא פלוגתא בזה, וע"ע בריטב"א ד"ה ושמעין, וברמב"ן ונמוקי"י שם ד"ה מעולה, שהוכיחו מכאן ומכמה דוכתי בש"ס דחל המכירה אע"פ שלא הראהו איזה מקום או בית נתן לו ע"ש הראיות, ודלא כהורו"ה ז"ל דפליג עלה. וע"ש בראיותיו דמשמע דבעצם מן הסברא מודה דבעצם יתכן דין כזה.

ונראה וכו' דכ"ל נידון ונידון השטר מעיד לגריעותא דיריה. ולפום סברא זו הסביר לי דודי שליט"א מה שיש לדחות ראית הנתה"מ (שבאמת לעיל בסו"ד) לפסק שלו דצ"ע דקרקע בחזקת בעליה עומדת ומה"ט יזכה הבע"ח ולא הלוקח, היינו דוקא כשיד שתייהם שוים ועדיין לא החזיקו אחד מהם רק באים לבי"ד בשטרותיהן, אבל אילו כבר החזיק הלוקח ודר שם לא יפיק הבע"ח בשטרו ולא יגני לו מר"ק דמוכר, ותמיכתו מהתוס' בגיטין יז. ד"ה מפני שמברר התוס' טעם התקנה שתקנו זמן בגט שחרור, שאם לא יהיה זמן בשחרור העבד אין הלוקח יכול לזכות בהעבד מחמת שהעבד מוחזק בעצמו, אף שהלוקח יש לו זמן בהשטר ובשחרור אינו בו זמן, אלא ודאי דא"ל להוציא מלוקח אף שאין בו זמן כפת"ד הנתבית. וכדברים הללו נדפס בספר אהל יצחק עמ"ס גיטין בשם רבי אלחנן וסרמאן ז"ל וע"ש שהק' מנפשיה על התוס' מהש"ס כתובות צד: דמפורש שבעל השטר המבורר זוכה ובעל השטר שאינו מבורר אינו זוכה, להיפך מדברי התוס'. ות"י דשאני הכא דאיכא מוחזק משא"כ התם. וזה כמסקנת הנתה"מ [אבל לא הרגיש מה עם החזקת מר"ק. אך העיר מאי האי שהעבד מוחזק בעצמו הלא על זה גופא אנו דנין. ומפרש דלא נתכוונו התוס' לזה אלא כוונתם שדינו של עבד זה הוא כל דאלים גבר ומהני תפיסת העבד בעצמו דהוי כגבר העבד ותפס וכל דאלים גבר. וזה דבר חדש ודלא כרוכם ככולם של המפרשים וע"י בסוף הפרק].

ולפמשי"נ בפנים יש לדחות דבאמת הך דין דירי על התחתונה י"ל שתקנו שמעיד לגריעותא דבעל השטר ול"א דהוי רק ספיקא, והטעם י"ל דרק לגבי שטרות מקח וממכר אמרי' כן, (דודי שליט"א פירש מחמת התק"ח שכן נתקנו ומשי"נ, ויש לדון לומר כך אף מעיקר הדין ומדאורייתא והבן זאת). כגון שטרי מכר והלואה וכיו"ב. משא"כ בשטר שחרור י"ל דלא אמרי' שכאילו פקע הספיקא ואין השטר מעיד אלא על התחתונה, דהלא סו"ס איכא ספיקא דאורייתא דאיסורים כגון איטור עבד לכוון בקהל וכבת חורין, וכזה א"א

להסירו בתקנה בעלמא דאכתי ספיא דאורייתא לחומרא. וגם אפשר דלא ניחא לן לתקן המצב באיסורא רק בממונא לחוד, ולפיכך נשאר המצב בספק והממעה עת"ד. עוד אמר לי דודי סברא לחלק בין הדברים דשאינו חזקת מר"ק לגבי עבד כדלהלן, דהנה חזקת מר"ק של רבו האדון אינו שולטת עד כ"ט ניסן ור"ח אייר או לשאר תאריך המשוער של השחרור, אלא שולטת עד זמן הכתוב בשטר המכר לאדון השני, "דכל שידוע שהיה פעם אחת של המוכר אינו יוצא מחזקת המוכר עד הזמן שביחור", וכלשון הנתיבות עצמו (וכ"ש להרא"ח), ועתה כשראו לדון מתי נעשה ונתחב הגט שחרור, ח"א א"א לקובעו קודם יום התאריך של שטר המכר, דהרי עד כאן העבד מוחזק תחת יד אדונו הראשון, ונמצא שנשאר לן להסתפק רק על תאריך של יום הכתוב בשטר מכר גופא דלמא נכתב ג"כ ביום זה, כי ע"ז היום אין חזקת מר"ק מוכרעת כי ידוע לנו בדואי דנפסק ונגמר חזקתו ובעלתו ביום זה, ונמצא דלא אלים מר"ק ככה"ג לפיכך בעד הלוקח (אדון רב), דאפשר גם ביום זה נכתב השחרור קודם להמכר והיה העבד בן חורין, לא כן בשדה דאהני המר"ק להכריע לפנינו דבדואי נכתב שטר המקח ללוקח קודם שטר ההלוואה ודו"ק, עת"ד. ובאמת כבר עמדו בזה האחרונים על התוס' בכלל, למה לא מוקמינן העבד על חזקת דמעיקרא, ע"י שרת שמחת יו"ט להמהרי"ט אלגוזי (כ"ה - ה עמוד ערב), ומש"כ בספר שפר בני יעקב (צ"ח), ובאמרי בינה הלוואה (ס' כ"א ד"ה אן בוח), ובדברי משפט בסוף הספר מחידושי בנו בעל הדברי חיים, ובחי' מהרי"א (ס' קי"ט בסופו). וע"ע בספר אהל יצחק מש"כ בשם רבי אברהם יפהן ז"ל. וע"ע בגרש ירחים אות מ"ח מה שתמה על התוס', מה שהסבירו בזה למה איתרעו או נגרעה חזקת מר"ק מעיקרא ככה"ג. ודבריה הנתה"מ צ"ע. וע"י מש"כ לעיל (ד"ה וקושיות ידע"א) שהאמרי בינה כביני הלוואה ס"י י"ז ד"ה ואנוכי שהגן בעד הנתיבות קצת.

עוד אמר לי דודי שליט"א אודות התוס' בגיטין יז, שהק' מפני מה תקנו זמן בגט שחרור. והיינו שהתוס' הניחו שיש בזה תק"ח של זמן בגט שחרור. והנה בש"ס לא מצינו תקנה זו במפורש וזלת ביכמות לא: והא עבדא וכו' ותקון רבנן זמן ופרש"י ד"ה והא עבדא וז"ל: מכירת עבד עכ"ל. הרי שלמד דמירי כאן במכירת עבד ולא בגט שחרור, א"כ תו ליכא שום הלכתא לחייב זמן בשחרור. אכן התוס' שם ד"ה והא מקשי על פרש"י ולפיכך פ"י באופ"א דאגט שחרור קאי, א"כ שוב אית לן מקור להאי הלכתא. וע"כ התוס' בגיטין פריך לשיטתיהו דאיכא דין זמן בשחרור, עכ"ד. והנה לפי"ז נמצא לרש"י אין מקום לחידוש התוס' שהעבד מוחזק בעצמו ויפסיד הלוקח (בשטר המכור), דכל מילתא חדתא הלוה אינו אלא מדוחק החיפוש מפני מה תקנו זמן

בשחרור, אך לרש"י דאין דין זמן כלל תו"ל דהעבד הוחזק בחזקת עבד וברשותא דמרא קאי, דהוא המרא הקמא, וכ"ש כשאיכא זמן ברור ללוקח, וז"פ לכאורה, והנה דבר תימה הוא מה שסתם הנתה"מ כוונתיה דהתוס' כאילו הלכה פסוקה היא והאמת דמחלוקת ראשונים היא. זאת ועוד דעיניתי בכל הפוסקים ולא מצאתי שיביאו דין זמן שחרור, ע"י טור יור"ד סי' רס"ז, ובשו"ע שם סעי' מ"ה פתח בששה דברים שוים שחרורי לגיטי נשים והשמיטו דין זמן. ומקור הך נוסח לוקח מן הרמב"ם פ"ו מהלכות עבדים י"ח. הרי בפשוט למדו כולם כרש"י ולא כהתוס'. ותמתיני על מרן בעל האביעורי שתמה האיך השמיט הרמב"ם מכל הלכות עבדים שלו את דין זמן בשטר שחרור מאחר דמבואר להדיא בש"ס פ' ד' אחין. ע"י אבי עזרי גירושין פ"א הכ"ד ד"ה והנה ובגליונות אבי עזרי פ"ה ה"ג, והלא עיניך הרואות שאין בזה שום גמ' בתלמוד רק דעת התוס' (והרמב"ם) ולא הודו לו חביריו וצע"ג. הרי דיפלא ביותר על זה מה שכתבו למה שכתב בדברי התוס' המחודשים מצד עצמם (וכמו שתתנו עליו האחרונים, וע"ע בקרן אורה לא: סוד"ה והא עבדא שגיב הוכיח דהממעה חל על העבד לא על הלוקח ע"ש) והושמטו גם מן השו"ע שעליו נסוב פירושו וצע"ג. ובנוסף לזה, ע"י בלשון הרמב"ם והשו"ע ביו"ד שם שכ' ובשאר הדברים הר"ה כשאר השטרות, הרי להדיא שהשוו דין שטר שחרור לשאר שטרות. ופשוט דבשאר שטרות כשר בלא זמן ויד בעל השטר על התחונה, וכמפורש בש"ס ע"י ב"מ ז: ובחור"מ סי' מ"ג סעי' א', וא"כ שפיר נאמרו דיני יד בעל השטר על התחונה בגט שחרור נגד שטר מבורר, וה' יאיר עיני ואולי ראה הנתיבות מסברת התוס' שלכו"ע אפ"ל כן, שעיקר הנידון שם הוא כשחזקת מר"ק או מעיקרא עומד נגד מוחזק או במקום ספק אין מוציאין מידו, וסברא זה כסוגיא דעלמא הוא ולא שייכא לעצם הנידון אם תקנו זמן בשחרור.

השטפה לשער טו פרק יז ד"ה וקושיות רעק"א וד"ה שם

והנראה בזה ע"פ עצם הנחת היסוד דחזקות, ע"י תוס' חולין יא. ד"ה אתיא מפרה אדומה, אהא דמירי שם הש"ס דסמכינן ארובא מהא דשורפינן את הפרה ואין בודקין אי טריפה היתה אם לאו, ומהא שמעינן דאולינן בחר רובא. והק' התוס' דאי"ז ראי' דלמא סמכינן אחזקה שפרה זו הרה"ח בתנתה, וכיון שעבר עלה י"ב חודש חזקה שהיא כשירה דטריפה אינה ח'י. ותירצו דחזקה שלא נתבררה ולא נודעה אפילו שעה אחת לא אולינן בתרה, אף שהשתא נתברר לן שהיתה כשרה כשנולדה ע"ש. והענין הוא כמו שהסביר הגר"מ פינשטיין ז"ל (דבריו חולין סי' ח' ענף ב' ב"ה והתנן לענין) וז"ל: דהנה ענין חזקה הוא כפשוטו לשון חזקה, שהעולם מחזיקין כן, ולא סגי בזה שכלפי שמאי גליא, דרק

כשמחזיקין גם אנו כן הוא חרש כשרוצין להוציא ולשנות ואין יכולין לחדש להוציא או מספק ממה שמחזיקין אנו, מאחר דחזקה אינו ענין ברור, אלא דאין יכולין להוציא שלכן לא שייך זה אלא כשזנו החזקין כן, ולכן כשלא נתבררה לנו החזקה נהי שהאמת היה שנולדה הבהמה כשרה, הרי עכ"פ אנחנו לא החזקונה לכשרה מאחר שלא ידענו מזה, ולכן אף אחר שעברו י"ב חודש שגם אנו נודענו שנולדה כשרה אינה חזקה שהרי אנו עדיין לא החזקונה אפילו שעה אחת לכשרה, דהא אפשר דא"כ נטרפה ונמצא שנודעין אנו בכל שעה קמה כשרה בשבנה שברכה קודם י"ב חודש היתה כשרה ולא על מה שעתה עכ"ל. הרי שבידו מציאות האמיתי אינו מוליד לנו חזקה בעקבותה בתולדה. דבריא חזקה תלויה בחוקי החזקות שהוא ע"י שהוברר בשעתה ונודעה שבוה מחזיקין שכן הוא והשתא הוחזק הדבר וחל דין החזקה, ומשו"ה אין חזקות למפרע. ואשר לפי"ז בנידון דידן שלהאחד יש מר"ק על נכסיו והשני אשר קנה מיניה מבטל החזקת מר"ק לפום ריהטא. אכן זה אינו כן לזה השני הלא לעולם לא הוחזק הנכסים בידו בשעתו דרך היום באנו לדון באלו הנכסים והיום ליתא לשום חזקת ממון גבי השני, רק מה שנתברר ע"י השני שטרות שודאי היתה שעה אחת להשני, אבל "כל חזקה שלא נתבררה ולא נודעה לא אולינן בתרה". (ראע"ג ששעה אחת מיהא הנה השני מוחזק קודם שנכתב שטר האחרון החזרות הנכסים, מי"ם על זה השני גופא אין דני מ'הא זה ואיזהו, דכל א' כופר ואופר שאינו השני, אלא הוא הראשון, ותכחי הוא השני, ואין חזקה תן מצדו תן מצד השטרות תן מצד "נובעה" ודאי לא היתה ידועות לבעליהן" לזה השני והבן אחת). נמצא דבעולם החזקות אין כאן כלום, לא לגבי השני ולא לגבי האחרון (החזרות הנכסים הסופית), וזלת חזקה אחת בוודת נשאר עומדת הלא היא החזקת מרא קמא, "והא קי"ל דבכל ספק שיש בקרקע אמרינן אוקי ארעא בחזקת מריה קמא, דבקרקע לא מהני מוחזק (של תפיס) דלא שייך תפיסה בקרקע והוי כאילו שניהם אינם מוחזקים ואמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, וכ"כ הרמ"ה בחור"מ סו"ס ר"מ" וכלשון המשנה למלך פט"ו מטו"נ ה"ט. וכ"ש בענינינו שאין השני תפוס ומוחזק כלל דמירי שהנכסים ביד שלישי וכדומה. ומעתה יש לחדש דזה הידיעה שידענו ובידורנו שיצאה הנכסים מרשות זה המר"ק אינה מחלטת לנו אלא הא שבעלתו ורשותו נפסקה ונגמרה וענין זה מותרות המציאות אתיא, אבל אכתי תורת החזקה דמר"ק אכתי לא נגרעה דסו"ס הנכסים האלו ידועות לבעליהן לעולם עד כי יבוא אחר ויפיקע אותו (ע"י חזקת ג"ש, והיי' ידועות לבעלים אחרים), ואכתי לא בא שום חזקה כנגדה ונשאר החזקה במקומה וכמ"ש.

ובכן נבוא ליישב קו' העולם והחזרה על הקונטרס הספיקות אשר הכריח מהרמ"ה הג"ל דמר"ק אינה חזקת מעיקרא ואיסורא אלא

חזקת ממון, דלכאורה אף אי הוי חזקת ממון ומוחזק נמי יקשה, דהנה את"ל שהיא חזקה מעיקרא וחזקת איסור הרי החזקה עושה כאילו ודאי שלא נשתנה עד השתא. לא מבעיא לדעות הסוכרים דחזקת איסור הוא שצריך לדון כאילו אין צד אחר כלל ואין שום ספק, ע"י באיסור והיתר ס"י כ"ו דין ב' וז"ל: דכל דבר שהוא ספק לנו ואסרינן ליה משום חזקה, הוי ודאי איסור ולא ספק וכו'. עכ"ל. וע"ש שפסק דאפי' נגד ספק ספיקא דקיי"ל לקולא, בחזקת איסור, אזלינן לתומרא דחשיב ודאי ע"ש. והמשאת בנימין ס"י ל"ח (וצ"ע פסי' י"הב) והש"ך הכריעו כוחיה בירודי ס"י ק"י בקיצור כללי ספק ספיקא אות כ"ז. הרי שהחזקה מגדת גופא דעובדא היכי הוה עד כדי כך דספק שכנגדו אינו חשוב ספק אלא כנפשטה לצד ודאי, וודאי אסור. ועכ"פ יש כאן הכרעה שהחזקה מכרעת לצד אחד. ויתר על כן חידש לן המשנה למלך (פ"ט משאר אבות הטומאות ה"ב ד"ה עוד

תשובה, שלישית) דהיכא דאזלינן בתר חזקה מעיקרא כמו בשני שבלינן דמותר לאכול בבי"א ע"י אדם א' ב' הככרים אע"פ שא' מהן ודאי טמא ואסור "דמן הדין כולם טהורות" ע"ש, הרי להדיא שהחזקה מכרעת וכבוררת לן את המציאות. וע"ע במשנה למלך פ"ב מטומאת צרעת ה"א שכ' החלק בין ספיקא במציאות לספיקא דינא, דבספיקא דינא לא שייך לומר אוקי גברא אחזקתיה דהרי מספקא לן מילתא היכי אנמריה רחמנא למשה, ובוה לא שייך לומר אוקי גברא אחזקתיה, והכי אגמריה, דאטו מפני חזקתו של זה משתנה מאי דאגמריה רחמנא למשה וחלוק זה הוא נכון בעיני עת"ל. וע"ע בארוכה בפ"ז מהל' שכיחות ה"ב ובקצרה במל"מ פ"ו עדות ה"ז בסופו. וכן פסק הרא"ז הובא בשלטי גיבורים פ' אלו טריפות וכן הוא בתוס' ב"ב לב: ד"ה ולהכתא, וכמו שדייק רעק"א בגליון הרמב"ם שלו בטומאת צרעת שם (והכי הסיק מנפשתי ע"ש ובש"ח קמא סי' ל"ו. וצ"ע לכאורה מפני כח"מ סי' מ"ג ואמ"ל) וכן הסיק הקונטרס הספיקות גופא בכלל ד' סעי' ד' וציינן הרעק"א לדבריו וסיים "הנאני". ולכאורה שיטה זו תמוה וכמו שתמה הגר"ש שקאפ ז"ל בשערי ישר שע"ב פ"ט ד"ה וכן נראה לי "הדברים האלה (דברי המל"מ) כמו שהם אינם מתקבלים לי דגם בספיקא דעובדא א"א לצירי שבשביל חזקתו של זה שינתה המציאות". אכן לפי מש"ל את"ש, ובפרט המשנה למלך לשיטתו, דהחזקה מכרעת לן את גופא דעובדא וענין בירור המציאות הוא, וממילא דוקא כשהמציאות עומדת בספק באה החזקה אליו, אבל לא כשהמציאות ברורה. ור' שמעון לטעמי' שאין החזקות הכרעה או בירור המציאות כלל, וכמש"כ איהו גופא מיד בסמוך "וכבר ביארנו בפ"ב דאין ענין חזקה לברר המציאות", וצ"ל בודעת הני קמאי "זהל שהביאו המל"מ לחלוק עליהם שו"ת פני משה והמהר"א שישן ז"ל שלא ס"ל כהאי חילוק,

וצ"ל דסברי כסברת ר' שמעון ודעימיה, וכדציינתי בסמוך [ואף שהאחרונים חקרו בזה ויש סמוכין גם לצד אחר שאין החזקה מבררת אלא הנהגה היא וגוירת מלך, ע"י עונג יו"ט ס"י ע' וקובץ הערות ס"י ס"ז אות ד' וס"י ע"א אות ה' (וע"ש שהביא לדברי המהר"ל בחכמת שלמה נראה דס"ל כהמשל"מ) וס"י ע"ג אות ד' ושערי ישר שער ב' פרק ב' ד"ה ונראה לי בביאור ענין זה ושער ב' פרק ד' ד"ה ואמנם אם נאמר וקה"י יבמות ס"י כ"ב וכתובות ס"י כ"ז אות ד', מ"מ אף לשיטתם שגוה"כ היא שצריך לנהוג כמו שהיה דינו עד עכשיו, י"ל כן] דכל זה לא שייך היכא דנתברר לרגע שנשתנה איסור זה ומצב המעיקרא דהלא זה סותר לעיקר דין החזקה להכריע כצד שאינו. לא כן אין חזקת מר"ק הוי חזקת ממון ומוחזק שעיקר חלות דין זה הוי מספק אל תוציאנו מיד, ומאן "דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא" (בבב"ב מ"ג), ואינו חזקה כבעלמא.

ואע"ג דאחזוקי אנישי בגולנותא לא מחזקינא (שבועות מ"ג), מ"מ אי"ז חזקה גמורה, וכמש"כ כמה אחרונים, ע"י שו"ת חת"ס אבה"ע ס"י פ' ובשור"ט הרי"מ אבה"ע ס"י ב' וכמו שהסבירו עוד בטוב טעם הקוב"ש ב"ב אות ק"ס ובחידושי הגרנט ריש ב"ב, גם החו"א באה"ע ס"י כ"ה ס"ק ח' כנראה למד על דרך זה ע"ש. וכן הברכ"ש ב"ב ס"י ל"א אות ב' מבואר עד"ז ע"ש לשונו. אבל לעולם לא אמרי' שהחזקת ממון והמוחזקות מכרות על גופא דעובדא היכי הוה. וכ"כ האור שמח פ"ב מלוה ה"ו בדה"ה והנראה לי ברור וז"ל בקיצור: דחזקה דמה שתחת יד אדם הוא שלו היא חזקה אשר לא מצאנוה בש"ס, (וכ"כ המשנה למלך פ"א מלוה ה"ד וע"י מה שתמה ע"ז בקונטרס כלל גדול סוף ספר קונטרס הספיקות סי' ח' אות ב' להרב ירוחם דגני שליט"א דבגמ' שבועות הני"ל מפורש כתוב חזקה זו וע"ש וישבו הנפלא) ואי"ז בירור וחזקה על המעשה בממון זה דע"ז אין בירור דאיננה חזקה מכרעת ומבררת באופן הענין רק דלא מצינו לאפוקי מחזקתו, עיין קונטרס הספיקות כלל א' עכ"ל. וע"ש עוד בנעימות לשונו ובמה שציינן להש"ך סי' רנ"ה ס"ק ח' בדה"ה והשתא שמשמע עד"ז. ועל כן אכתי מהני לו החזקת מר"ק לאחזוקי בידו ולהוי אידך המוציא מחבירו וכלשון הש"ס בב"מ ק. ע"ש. ובלבד שצד זה שהוא שלו יכול להיות אמת, ובכה"ג שפיר איכא אפשרות זו כמוכח.

(וגם שמעתי שמורי הגר"ש בירובים ז"ל הביא מדברי החת"ם בחולין הני"ל ג"כ לענין חזקת ממון אודות ח"י הרמב"ן ב"ב לב: ד"ה ולא קא מודית לי "אבל מאי דא"ל התואב נברא דידיה היא לאו היראה היא וכו' שהפה שאסר הוא הפה שהתיר" ע"ש, והסביר שאע"פ שהפה באמת אסר, ונאמן שהמ"ק באמת הוא המ"ק, אבל מאחר שלא נתברר בשפתה אינה חזקה). כ"ז נתברר עם אחי הרב נתן צבי שיחי'.

שט"ו פ"ח

ובביאור החי"ק וכו' כ' א' תובעת כל ממונה וכו' פשרה וכו'. ועפ"ז יש להבין חידושי

הנתניבות המשפט (סי' קי"ב סי"ק ד') שכ' בביאור דברי המחבר שם, שאם יש ספק על הקרקע אם נשתעבדה למוקדם או למואחר, דילחוקי ביניהם אותה קרקע. ותמוה כיון דמייירי בכרי וברי (ע"ש בש"ך סי"ק ה') איכא חד מינייהו ודאי רמאי, וא"כ בעי למימר יהא מונח עד שיבא אליהו. ותי' דשאני התם (במנה שלישית) דאי דמר לא דמר וא"כ כשחולקים הרי אנו גוזלין האחד ונותנין להשני הרמאי, משא"כ הכא גם להשני נשתעבד, רק נשתעבד להראשון מוקדם, אבל אינו שלו לגמרי וכו', ומה"ט ג"כ ל"א כל דאליס גבר דחשיב דשניהם מוחזקים עכ"ד. וע"ש שהביא עוד הלכה מסי' ק"ד סעי' ה' בנידון דומה דעושין חלוקה, והסביר ע"פ הג"ל. וע"ש בביאור הגר"א ס"ק כ"ב שג"כ כוון לסברא זו, וסיים אם קדם א' מהן ותפס זכה. ובמילואי משפט שם (ציון 36 הק' על הגר"א דאף בכנים אחזקו ממש לא שריתן שום תפיסה ומוציאין מידו ע"ש. ולפי"ד מתיישב כפתור ופתח דרסי"ט אף מה שתפס דליה הוא ושיעברו שם ודו"ק. ובשתי רשי' החולק על התוס' י"ל דס"ל לחולקים המוכאים שם בהש"ע סי' קי"ב סעי' ד').

ובביאור וכו' אב"ב בשותפים וכו' ההפסד פ"ב (סי' מ"ב אות ב'), וע"ע בגדר סברא זו באהלי משה (סי' מ"ב אות ב'). וע"ע יוצא מן הכלל בזה ע"פ הרמב"ם פ"ד מהל' שותפים ה"ג (וע"י בהסבר הדברים שם באות ג'), והשו"ע סי' קע"ו סעי' ו', דיש מי שאומר דהני מילי (דההפסד לאמצע) בגוף הממון שנשתתפו, אבל להשתעבד לשלם מביתו לא ע"ש. וחזינא דדרגות דרגות יש בשותפות, ע"ש (באות ד').

שט"ו פ"ח

ויסוד המחלוקת וכו' אכן יש להסתפק אם יש לה שעבוד גמור וכו' או אם באמת אי"ל אלא שעבוד על מנה. וזוה חקך הגר"מ פיינשטיין ז"ל בכמה דוכתי אם הא דאמרי' נכסי דאנישי איננו ערבין שבין הוא משום שכביכול ערב ערבות על קרקע (אע"פ שבמציאות הוי דומס ולא שייך בו חיובים), אר"י אינו אלא דוגמא ומשל ולעולם אינו אלא מקום ואוצר בעלמא לגבות חובו. ובוה פירק ופיענח כמה פלוגתא וקושיות במילתא דשעבודא. ונראה דהחקירה כאן ג"כ תליא בזה. וכן כ' האבי עזרי' להדיא (פ"ט מלוה ה"ח) בביאור סברת הרי"ף ודעימיה דחולקים בשוה, והביא לשון הרשב"א בגיטין (ג: ד"ה הוא בשער וכו' וגו' כפי' מי שהיה נשוי) להוכיח דאיכא קנין מכת השעבוד, אך זה אינו חל רק על מנה בלבד, והא דשאר נכסים נמי משעובדים, זהו רק כמו מלוה ע"פ ע"ש. ובדעת הר"ח ודעימיה ביאר דגנים שעבוד מטעם ערבות, ובוה כל הנכסים משועבדים לכל אחד (ולכן דין הוא לחלוק לפי המעות) עכ"ד.

אך המעיין באור שמח (פ"יו אישת ה"ג) יראה שביאר דאף לשיטת הרי"ח נוכל ללמוד שהכל משתעבד לכל א' וא' אלא דס"ל ד"שעבוד כמכר שמפקיע מן הקלותות", והיינו שכל א' מגרע כח שעבוד של חבריו, הואיל וא"א

לימכר ממש לכל א' וא'. וע"ע מש"כ בפלוגתא זו. וע"ע בקובץ שיעורים כאן (אות של"ה) שג"כ ביאר עד"ז בנוסח שונה קצת. ומילתא דתאמ כ' כאן בפני יהושע (בתוס' ד"ה רבי אומר) ודאמא מצד השעבוד שובנסים צריך לחלוק לפי המעות, אך ס"ל להחולקים (הרי"ף) "דעיקר השעבוד חל על גופו" ונכסיו משעבודים לקיום המצוה "ועיקר המצוה שוה לבע"ח קטן כמו גדול", ע"ש בדבריו המפורשים.

(בכונסטרס אחרון שם כ' "ראיתי שלימים וכן רבים מהוה [באה הרי"ף] על סברא זו ולא נתיישב להם היטב"), ויש לצייין שכ"כ הרמ"ע מפאנו (שרת הרמ"ע סי' קכ"ח ד"ה א"כ) שכתב תשובה בשלם בלבוש סוגיא זו, וע"ש בריש דבריו (ד"ה תניא) וז"ל: כבר נשאו ונתנו בהלכה זו חכמים הראשונים ולא מצאו בה פירוש מתיישב על הכוונה עכ"ל. איך שיהיה סוגיא חמורה היא עד מאוד.

ויסוד המחלוקת וכו'. והנה חקירה זו יש לה פנים בהלכה בעוד סוגיות (לכר משעבוד), כגון דבר השייך (לכל) בני העיר או לציבור האם יש מקום לכל א' וא' שבו יש לו את הבעלות שלו, אור"י חל שייך לכל אור"א. ע"ב בספרי וכתבי פננת פננת שאין מספר מקומות שחקר וביאר עפ"י כמה פלוגות בתלמודין וברכותינו הראשונים ז"ל, ולדוגמא חקר בבעלותן של מתפללי ביה"כ בהתשמישין וכיוצא ב, האם עושין ע"פ רוב ואין מיעוט יכולין למחות, אור"ד הוא כעין שותפות ואין יחיד מאלף יכול למחות, ע"י שר"ת דויניס (ח"ב סי' י"ג) הובא במפענח צפונות (ר, ג, א, ב סי' ד') וע"ע בכע"ז באבן האזול הל' שכנים (פ"ב הל' ד"ה איבא) מה שחילק בין בעלות של שותפין לבעלות של בני העיר (פ"ח), ונפק"מ כשא' סילק את עצמו האם האחרים בעו קנין, דבשותפין ודאי שכן, ובבני העיר ודאי שלא ע"ש. וכע"ז בקובץ שיעורים (בב"ב אות"ד) ע"ש. ויש להסתפק אם מילתא דשעבוד דומה לקנין יצבור ובני העיר, וי"ל דבהא גופא פליגי הראשונים כאן וע"ע.

והנה שיעור וכו' פ"י מעות וע"ה רבי נתן ורבי וכו' שעבוד על מנה וכו' ורבי ס"ה דהרי הן בשותפין. וכעין זה ביאר בספר מעייני יעקב (כתובות גג) גדר פלוגת רבי ור' נתן להר"ח. וע"ש שיישב עפ"י קו' המהר"ם ש"ף (דביישא כמנה א"ל וחקש להר"ח כלום רק בבבא דג' מאות), וקו' התוס' י"ט (כמאי פליגי רבי ור' נתן במצעת) ע"ש.

ואולי יש ליישב וכו' ה"ל מבי"א או מדאורייתא וכו' הקנאה מיוחדת. הנה לכאורה מצאתי בירושלמי היפך זה, ע"י פ"י כתובות ה"ד, וכ"כ הר"ן צג: סוד"ה וכ"ת (נצ"ע ומשמע הדלך זה כותב מסכת עצמו ולא מהירוש' וצ"ח. ועי' ברש"י תמורה יט: בתרה"ה והא ובכתובות ד. בתרה"ה מסייע משיב אודות הא שאין דרכם של ראשונים להוכיח אלא ממקור שגנוזים יותר, ועי' משיב בשבת כ: ד"ה מיתבי, וקוב: ונדרים כו. ובי"ב. שכן דר' הגמרא נפס. ולענין תלמוד ירושלמי קל וחומר וכמובאר בכלא ספרא יפה עינים על הש"ס) אהא דאמר שמואל שנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתיים השכר לאמצע וכו', ורב

המנונא אמר אפי' שור לחרישה ועומד לטביחה השכר לאמצע. (ועי' ברין סכ') הילכך נקטינן דאפי' דבר שדרוכו ליחלק השכר לאמצע וכו', וכ"ה והא אמר' בפ' שור שננת (גו, וכו') ואוקימנא לה כר"ע דאמר שדושתפי נינהו, והא התם דחולקין לפי המעות, י"ל דהתם היינו טעמא לפי שלא נשתתפו לדעת הילכך ה"ל כלקח זה בשלו וזה בשלו, דקיי"ל דחולקין לפי המעות עכ"ל. ובירושלמי שם שוורים הם כמותנין, ע"ש בקה"ע ופנ"מ]. הרי חזינא להדיא דמה שנעשה ממילא ומשתעבד מאליו הוי סברא יותר לומר לפי המעות, ואילו בהא דמשתעבדים מדעת ה"ה כשותפין וצ"ע. ולפמש"נ בספר אוהלי משה (מ"ב - ב) בביאור ר"ן זה יש ליישב ע"ש.

ואולי וכו' אב"ש שעבוד דאיניו שה"ה עצמו מקנה וכו' אין בכחו להקנות לוי שעבוד אלא כנגד מעותיו. יל"ע בסברת הרב. והנה ענין השעבוד מחודש הוא, וכבראיה בפנ"ע הוי וכמו ש' הריטב"א בקידושין (ג) דהוי קנין לחצאין, ומה"ט מאן דאמר שעבודא לא דאורייתא ס"ל הכי (דחה נפגם נפגם), ולפיכך אפי' שעבדן בפירושו בינו לבין המלוה לא מהני. וכ"כ התוס' (ס"פ גט פטו), ואפי' למ"ד שעבודא דאורייתא, מ"מ מה"ת לא נפעל אלא מה שהתורה משעבדת, וכמו ש' הקצה"ח (סי' ל"ט ס"ק א' בר"ה והנראה לע"ז) דאין הלוה המשעבד ואין מעשיו מחילים השעבוד, וכמו שמצינן גבי נוקן ופדה"ב דהן בלא התחייבות כלל. וע"ש עוד (שהביא חולקים ע"ז איתג' אביג' קי"ל בותן), הא מיהא דכשבאנו לדון על שעבוד דאיניו דמעשה ידיו של הלוה הוא צריכין לדון על השעבוד בתורת קנין יותר, דהיינו כנגד מעותיו ממש, וקצורנו.

ש"מ"ו פ"ב

אכן וכו' ולכאורה לזה בכוונה התוס' וכו'. ועי' ברעק"א שפ"י כוונת התוס' דלא איתפריש אמאי בעלת ג' מאות מאבדת ע"י דוד' של בעלת מאתיים, דכלי דוד' אין מגיע לבעלת מנה אלא תילתין ותילתא, והשאר מתחלק בין בעלת מאתיים ובעלת ג' מאות, ועכשיו שנטלה בעלת מנה יותר מאבדת בעלת שלש מאות. וכן פירשו הראשונים בשטמ"ק כאן (ד"ה ת"ל הרי"ף פטראג'י), וכ"מ בעוד מפרשים ע"י תוס' יו"ט ופני יהושע, וע"ש בפנ"י מה שתי' על קו' דו. וע"ע ביאור אחר בכוונת התוס' בהגהות יעב"ץ ע"פ סוגיא לקמן צה. וכתב בע"ח ללוקח שני דוד' אין לי עמך אין לו על לוקח ראשון כלום ע"ש.

ונראה וכו' וע"ז מהני סילוק דבעלת מאתיים וכו' ל'עכב בעלת המנה וכו'. וברור זה מצאנו במגניני שלמה (דן הפני"ג וע"ש שרמא להבירו, ולוה נתכון) ע"ש ד"ה בכותבת וז"ל בקיצור: שאינה מסלקת עצמה כי אם שלא לריב עם בעלת מנה מה שמושעבד לה, וכיון שלא סילקה שעבודה (לגמרי) אלא שאינה רוצה לריב עם בעלת מנה, ורוצה לגבות משאר נכסיו בזה

מהני עכ"ל. וע"ע שם בריש דבריו שכנראה הוקשה ליה כמש"נ מה שייך סילוק בזה, אלא דבריו מוסבין בסמוך]. והנה בסיום דבריו כ' המג"ש בזה"ל: ולא ידעתי מאי קשיא להו ד"ל (התוס' ב"ה דאפ"ה) שכתבו דלא איתפריש טעמא דהא מילתא שפיר עכ"ל. הרי להדיא דהלך בדרכא אחרינא לגמרי מהתוס' (והמפרשים הג"ל) וע"ד שנתבאר כאן ודו"ק.

ונראה וכו' כ"ל בעלת כתובה ל'עכב ע"ל חברתה וכו' וע"ז מהני סילוק. ויל"ע בגדר כח זה דכיצד היא בעלים לבחור מאיזה חלק מהמנה תקבל את חלקה לקיים את תביעתה שעל כל המנה. ועי' בספר אהלי משה (מ"א ד"ה ונראה) מש"כ להגדיר בגדר סילוק זה על דרכינו ביתר ביאור ע"ש.

ש"מ"ו פכ"א

וביאר הדברים וכו' דכל תפיסה ותפיסה הוי גביה חדשה בפנ"ע. וכ"כ בספר פרדס יצחק כאן (בר"ה גמ' וירשא [אות כי"ג]) באופן א'. ובעיקר בר"ה רש"י (אות מ"ב) בשם הספר אשל אברהם (ד"ה רב יעקב).

ורישא מיירי וכו' כ"ה זו וכו' נמצא וכו'. כן חישוב החשבון בשו"ת הרמ"ע מפאנו הנ"ל (קכ"ח ד"ה וא"כ כ"א).

וסיפא וכו' ע"ה וכו' ר"ה וכו' נמצא וכו'. וכן חישוב הרמ"ע מפאנו (שם ד"ה ד"ה בכא תליאתא) אך שינה נוסח החשבון קצת ע"י בסמוך.

וסיפא וכו' והשתא נשאר עוד ג' וכו' ובעלת ג' מאות נוצלת כולן. וז"ל הרמ"ע: ואותם ה' היתרים תקבל אותם בעלת ה' מאות לבדה שאין לאחרות בהם שום שעבוד, עכ"ל. וכ' ע"ז בהגהות דברי אמת לרבי שבתאי אלחנן דליוולקין (אות י', והובא בתוצאת ישמת לב תשי"ז) וז"ל: דוקא קאמר שבעלת ג' מאות נוטלות ג' היתרים תחילה, דאי ס"ד חולקים תחלה ע"ה מהן בין שלשתן מיד זכתה בעלת מאתיים במצעת כל השאר, שהרי נשאר לה שעבוד של ק"ג. [והוה הדין הנוהג בג' תפיסות לדעת ר' נתן אליבא דר' יעקב] עכ"ל. וכן משמע מהמשך דברי הרמ"ע בפנים ע"ש, וכנראה כן הוא גם לחשבון שנתבאר, ועיין.

ש"מ"ו פכ"ב

ויש דר'קדק וכו' ולמה צריך ל'כ"ל הסדר הזה וכו' שש מאות וכו' נכנסים ש' שש מאות. וכן הק' הסמ"ע (סי' ק"ד ס"ק כ"ה) והגידולי תרומה (שער סי' ת"א אות ב), אך באמת הגירסא ברמב"ם לפנינו איננה סובלת מש"כ "וונתנין כמה הנשארים לבעל השלש", כי ההומה"ה באה הקדים לכל אלו הבכבות שמיירי כאן בשלשה בע"ח: א) מנה. ב) מאתיים. ג) שבע מאות. וכל הדוגמאות הבאות אינן אלא שינויים בנכסי הלוה ומקום גבייה. אבל אין סברא וטעם לומר שהרמב"ם שינה דעתו באמצע דבריו לומר שבעל השבע נעשה של שלש. ומה גם שכל הגירסאות מכת"י נדפסו מפורש לפנינו שבע או השבע, ע"י שינוי נוסחאות (ויש גירסא ברפס

ויעציה ארבעה. ורק מקצת דפוסים כגון זה של ווילנא איתא גירסא דשלש וניכר הוא שזה המשובש וצ"ג (אך בטור סי קיד - י"א) שמע כן. ואין להשיג, וכי הסמ"ע והגידות טעו ח"ו. דהם לא הזכירו כלל ללשון הרמב"ם, אלא הסמ"ע מנו"כ השו"ע הוא, והגידות נושא דגל ספר התרומות, ושם ליתא לשום דוגמא והקדמה ד"שבע מאות" (ואע"פ שהתרוכזו י"הר"מ פסק וכו' וזה טעם דבריו וכו'). כפי"ה השט"ס הקדמת הרמב"ם [דשבת] וגם הגידות בצעמו נשמר מלהקשות סתם, אלא כ' שבוה"ר"ף ליתא להאי דוגמא, ומשמע דאילו ברמב"ם איתא להאי גירסא, וכ"כ הגר"ח קניבסקי שליט"א בספרו קרית מנחם (פי"ג - ד"ה ז'): ושל זה מאתיים ושל זה מאות כו' הנשארים לבעל השבע מאות, כ"ה בכת"י [רד"ש] עכ"ל. ור"ל דמחמת רישא דהרמב"ם מוכח סיפא, ועוד דכן הוא בכת"י ודו"ק.

ולאזכורו וכו' ונפק"מ אם וכו' שטפ"ה נהר וכו' ובסמ"ע כ' עוד נפק"מ (השבת) וכו"ה בפרישה (סי"ק ד"ה י"ה היה שם ה"ו) וז"ל בקיצור: בגביית בינונית וזיבורית ועידית, שמתחילה חולקים מן הבינונית כדן בע"ח שגובה מבנינונית, ואחר כלות הבינונית חולקין מהזיבורית, כדן מי שיש לו עידית וזיבורית, ואחר כלותם, חולקים מהעידית עכ"ל. אך כ"ז איננו שוה אלא לדעת השו"ע דגרס "בעל השלש מאות", וכמש"נ. אך להרמב"ם אין הכרח לכל זה. וע"ע בילקוט שינויי נוסחאות ששם הוסיף על התמיהות הנ"ל וז"ל: ותירוצו אינו אלא על השו"ע. אבל דבריו רבינו איתא הלן "ונמצא בידו שלש מאות בלבד", ומוכח דאי"ז כל חובו עכ"ל. ובגירסת ספר התרומות שם (אות ב' בסו"ד) נמי סיים "ונמצאו בידו ג' מאות בלבד", ומוכח דאף הוא ז"ל למד בשיטת הרמב"ם כגירסת שבע ולא שלש.

שט"ו פכ"ג

וכתב הר"ף וכו'. וכן הוא ברא"ש (פי"א סי' ל"ט), וכן סתם כותיה במנמוק"י (כ"ה והא דאמר), וכ"ה בטור סי' קט"ו סעי' ז', וכ"ה ברמב"ם כמבואר בסמוך וכמו שכ' הבית יוסף. וכ"ז מייירב בע"ח מלוקח, אך נראה דלא שנת לוקח לא שנת לבע עצמו. וכ"כ הטור לעיל (סי' ק"ג סעי' ה'), וע"ש בב"י שצ"ן המקור לזה מבעל התרומות (שער ב' ח"ד סי' א') ע"ש, ומשמע דהוא דין נפרד ולא כדבר דממלא המובן ממאלי, ואע"ג שהביא הבע"ת דברי הר"ף שלנו, מ"מ כתב"י בלשון "נוכל ללמדו ממש"כ הרב אלפסי". והבית יוסף נקט לשון "גם יש ראה ממש"כ הר"ף", ומשמע דזה לימוד או ראה, ולא חזא מילתא. וע"ע שם (בפניית ובי"ב) שמביאין לזה תשובות הרמב"ן (סי' י"ב) והרשב"א (ח"א אלף קמ"א) למקור האי דינא וצ"ע. וע"י כתשו הרשב"א בפנים הובאה במלואה בב"י (פ"ח ק"ב) מששמע קצת דאה"נ דינא של הר"ף ודין לזה חזא מילתא, אלא שכ' שם ז"ל: וכבר היה [מעשה] בירונדא בימי גדוליה ותכמה ונשאלתי מהם וכן השבתי עכ"ל. ומשמע דאלו הגדולים והכמים שבימי

הרשב"א לא הוברר להם דבר זה, ומשמע דיש מקום לחלק (בין לוקח ללווה) ואיני יודע מהו. ונראה שהרשב"א [עצמו] הרגיש בזה בתוך דבריו שכתב "ואין מרחמין כדן לומר וכו'", ועפ"י דבריו שם יש מקום ליישב ודו"ק. שו"מ ששיטת הרשב"א היא פרשה בפנ"ע שהבי' בברק הבית (ק"ג) פריך מהרשב"א שם לדבריו כאן ע"ש. וכ"כ שדבריו חולקים עם הטור וס"ל דיכול להפסיד הלוה בחלק שאינו ראוי לו וצ"ע. וע"ע בספר חסד ומשפט אשריה (סי' ק"ג א')

שהעמיד שיטת הרשב"א על תילה. ועיין וכו' וכו"ב המחבר בסי' קפ"ו סעי' ב'. אך באמת הטור השמיט נוסח זה ע"ש (קט"ו - ד), וע"י מה שאכתוב בסמוך ד"ה אכן בדאמת תלוי במחלוקת ראשונים.

ויש ד'דקדק וכו' ומאיה טעם נאמר דנעשו שותפים. וכן נתקשה בקצה"ח לעיל ק"ג סי' א' ע"ש הפרטים, ובסו"ד כ' בזה"ל: אבל בע"ח דעלמא לא נשתתף עמו אלא שיש לו חוב עליו, ואילו רוצה, מוכר את חובו לאחר. ולהכי גם כשירצה למכור שייך דינא דגוד או אגוד, ואכתי צריך ישוב עכ"ל. הרי שנכון הוא בנקודה זו. וע"י פנים מה שיתברר בזה, ואפשר שזהו הישוב דמרזו עליו הקצות.

ויש וכו' ועוד יש ד'דקדק וכו' ואם הדין וכו' נחשבים כשותפים וכו' למה צריך בע"ח ליתן ד'לוקח וכו'. וכע"ז הק' התומים (סי' קט"ו סי' ט"ו) ז"ל בקיצור: דבלא"ה יש לתמוה למה יכרח הלוקח למלוה לשלם לו דמי שבחו, וכי שותפי ניהו, הלא בע"ח נטל עכ"ל. וע"ש שהסיק (בדעת הרמ"א) בדאמת הלוקח כירוד. אך בסו"ד מודה שאין ק' דעת הר"ף, א"כ הדרא ק' לדוכתה וכמו שהקשה בפנים.

ונראה וכו' והשעבוד הוא ככל הנכסים וכו'. אך כבר חילק דודי המחבר שליט"א בכ' דרכים, אם השעבוד הוא ככל הנכסים ממש, או"ד רק כנגד החוב אלא שלא נתברר החלק המשועבד עדיין. וע"י לעיל (שט"ו פי"ט ד"ה יוסד), ושם בירר שיטת הר"ף ועולה יפה עם הדרך שכתב כאן בסתמא, שבאמת השעבוד ככל הנכסים. (ויש לצ"ן עוד מקורות להקריה זו [מלבד מה שכבר הובא שם] ע"י נתיים [סי' ק"ד סי' ב'] שהביא דברי ראשונים בזה לכאן ולכאן. וע"ע בחי' רעק"א [ב"ב קנ"ו]. מ"ש ליישב הרשב"א [מהרמב"ן] על דרך זה. וביד רמ"ה שם [קנ"ו]. אות קט"ז בארובה).

ונראה וכו' ע"י התריעה הנפך שעבודו קטנין וכו' וא"כ נמצא שנשתתפו בה שניהם וכו'. יש להעיר דהנה הש"ך (סי' כ"א) שהביא בפנים להקשות על לשון שותפות ע"כ אינו מודה בזה, וא"כ ק' על הש"ך למה לא ס"ל כמו שכ' בפנים. ולענ"ד הש"ך לשיטתו במק"א, דהנה כ' הנתה"מ (בסי' ק"ג סי' ח', ובסי' קצ"ט סי' ב') דכשהגיע זמן פרעון ולא שילם מיד נקנים הנכסים להמלוה בלי קנין ממש, (רק זה אי"א עד שיתברר כמה שוה הקרקע, וע"ש שם ראשית בע"י שומא והכוח), ומיד כשימכרנה המלוה מכור. והמע"ן שם בסי' ק"ג יראה מפורש שכל דבריו דלא כשיטת הש"ך בזה ע"ש. א"כ הש"ך לשיטתו אינו

מודה דנעשין שותפין שותפין ממילא, (ולזה בע"י טרופא בפועל, ועד הנה לא נתחפף שעבודו לקנין). אך מטעם אחר יש לקיים הדברים אף לדעת הש"ך ע"י בסמוך.

אכן וכו' או מצד השותפות וכו' גוד או אגוד וכו'. הנה דבר זה במחלוקת ראשונים רמ"א, דהנה בפשט דברי הר"ף הללו פליגי לבעל המאור והרמב"ן במלחמות ה', הבעה"מ (י): מדפי הר"ף קודם ד"ה וטרופא) פ"י כמו שנתבאר בפנים, שדעת הר"ף דמחויב הבע"ח לשלם דמים ללוקח נגד חלקו, וודאי אינו יכול להפסיד הלוקח כה"ג. אך יצא כנגדו הרמב"ן ללחום

(ד"ה אמר הכותב סוף ז': תחילת ח.) ז"ל: דעתא קלישתא בעל חזינא הכא, דמאי עסקיה דלוקח בהדי כעל חוב, אטו איהו מזבין לה ניהליה להך ארעא, או זבין לה מיניה, בע"ח בע"כ נמי שקיל חובו בקרקע ואין הדין נותן לכופו להיות לוקח מזה, ואפ"י שותפי בכי האי גוונא לית בהו דינא דגוד או אגוד וכו' (ובמק"א כתבנו ביאור על סברא זה והמסקנא בתפוסים עין עליו) עכ"ל. ויעו"ש שפי' לדברי הר"ף בענין אחר. הרי להדיא דפליגי א"ע הבע"ח חשיב שותף עם הלוקח אם לאו. וע"ע בסמוך שיתבאר אי"ה דלעולם יש לפרש לכו"כ דאנין שותפין אהרדי ומכ"מ שייכי דינא דגוד או אגוד.

אכן וכו' והביא הר"ף מקור וכו' אצל בשותפות שנשתתפו וכו'. יוצא מכ"ז דהר"ף ס"ל דהדין גוד או אגוד מכת לתא דשותפות קאתא ולא במי שאינם שותפים, ולכן הוצרך דודי המחבר שליט"א לפרש למה שונה גררי דיני גוד אגוד כאן משאר דוכתי. אך ע"י במשנת רבי אהרן (שכנים פי"ב ה"י, סי' א' אות י"ב) שביאר דברי הר"ף ופלוגותא דבעה"מ והמלחמות באופ"א - דפליגי ביסוד דינא דגוד או אגוד ד"ל כב' אופנים: א) מצד שעבוד השותפות, וזה חל בתחילת השתתפותם. ב) דאין לא' מהם רשות להפסיד (חלק) חבירו, וגם אם אין לכל א' זכות שותפות (זה מורש דבפשות גוא"א הוא

מכת שותפות דוקא, ע"י דברות משה ב"י סי' ע"ג ב' וענ"ג ב' בירש דבריו). ולפי"ז ביאר, דדעת המאור, כצד ב', וממילא אע"פ שלאו שותפין אהרדי (כ' אין ללוקח שום דוד עם הבע"ח בעצם), ומ"מ אינו ראוי להפסיד חבירו. ואילו הרמב"ן ז"ל ס"ל כצד א' ורק כחו הגדול של שותפות יש בה האי זכות דגוא"א, לא כן מי שאינם שותפים זל"ז, וכגון הני בע"ח ולוקח, ולפי"כ טורף כאות נפשו. וע"ש אות י"ד ד"ה ונראה, כמה שהגדיר הגוא"א שבטוגיין ביתר ביאור. [ואגב ע"ע שם בהגהה עמוד ט'] שהביא פלוגתא המהרש"ל והמהרש"א אי איתא דין גוא"א בשנים אוזחין בטלית, וע"ש מה שביאר בזה. אך לולא דמסתפינא אמינא דכבר פליגי בשורש זה הרב האי גאון עם שאר ראשונים, ע"י שו"ת הרמ"ע מפאנו (ריש סי' קכ"ח) וקצונו מאדון. אך מ"מ בלשון הרמב"ם מבואר דלא כמר ודלא כמו, כי נקט כאן שם שותפות, ואם גוא"א לא תליא בחלות שותפות (כמו ס"ל להמאור) למה הזכירה. וגם להרמב"ן א"א דס"ל דאין

כאן שום ריח שותפות. וע"כ סלל המחבר שליט"א דרך חדשה הלא היא דרך הרמב"ם (ואופן חדש בהגנת הריף) ודר"ק.
אכן וכו' הוא"ל ולא נשתתפו מדעתם. וע"ע לעיל שט"ו פי"ט ד"ה ואולי ובמש"כ שם מהירושלימי והר"ן לחלק בין ששתתפו מדעתם לנשתתפו שלא מדעתם, וע"ש בהמקורות.

שט"ו פכ"ד

ועיין במלחמות וכו' או"ב ק' פ"ז וכו' וז"ב שבעבוד מדין דאקני וכו' וצ"ע. גם בשיעורי רבי שמואל (עמוד רכ"ב אות רכ"ח) תמה על הקצה"ח, אך בפשיטות יותר, הדנה שיטת הרמב"ן גופא (טו). במלחמות ובחידושיו הדשבח לעולם נשתעבד ומדין שעבודי אשבח, (ועי' מה שטרח בזה בחי' רבנו חיים הלוי (כ"א מלוה א'), וא"כ גם בלי תק"ח משתעבד (ולא בעינא לתקנה אלא לשבח שבנגד ההוצאה), ומהו שכ' כאן על כל השבח שאינו משתעבד, והניח בצ"ע. ובחידושי רבי שמואל (ס"י י"ט ד"ה ונראה ד"ל ע"פ דרכו) מפרש דעת הרמב"ן וצירף שיטת הקצות. וכד"ה אולם תמה כק' הנ"ל וע"ש באות ו' מה שהל"א לתרין (ועי' קודם לכן שם באות ב'). [ונכבר הרחבנו בזה בשער בפנ"ע בדאקני ושבח עיין עליון].

שט"ו פכ"ה

ובמה וכו' כבר הביאה וכו' בפט"ז אישות ה"י וכו'. וגם שמוענין שם הא דמכירתו מכירה וגם שיש לו למוכרן לכתילה. ואדרבה גם התם נתקשה ר' איסר זלמן מאי הוצרכנו לדין נוסף ותקנה מיוחדת לטרוף כתובה ממשעבדי והלא מאי גרע משאר חוב, ע"ש מש"כ בזה (ט"ז אישות ה"י ד"ה ועוד תקנו חכמים). ועכ"פ על הראשונים אנו מצטערים ועתה מוסף הרמב"ם לשנות ההלכה עוד פעם, אתמהא.
ונראה וכו' א"א מתקנת חכמים. ר"ל ליתוף כחה של האשה אסרו להפסיד ולהבריח זכותה והיא תקנה כללית. ואפשר שטעם כמו שמבואר בתלמוד גבי אפותיקי ונכסי צאן וברזל לרשב"ג (עי' כתובות ויבמות המניינים במגיד משנה בבלי ובירושמי) "לפי שאין דרכה של אשה לחזור על בתי דינין".

ובשי' הרשב"א דפ"ג וכו' יש ח"ק בין זכות דשעבוד. הנה מן הסברא בלבד י"ל איפוך אגא, דאם יאמר לך האדם שרק בא' מאלו מהני המכירה ובא' לא, פשוט דשעבוד אלים מזכות, דנחוי אנן כמה הלכתא מצאנו בשעבוד דיפה כמה לבטל המכר וקנין, ונכודע מרשי' סוף ל: בפסחים דמכירתן לאו מכירה, וכמו שהאריכו האחרונים וספר זה, דיש אומרים כפשוטו דלא הוה מכירה, וי"א רק לענין גוביינא, וי"א ע"י הגוביינא משווה ביטול מקח. הא מיהא דאלים כח השעבוד כנ"ל. ומה גם שיש מבותינו הראשונים שכ' להדיא בשעבוד הויא מקצת קנין, ע"י ריטב"א קידושיני יג: וגם הראנו לזה פנים מעוד ראשונים. לא כן בזכות בעלמא וכי ע"י הטבל מכירה וקנין, ולמה יסבור הרשב"א דזכות

אלים משעבוד. והנכון לענ"ד ע"פ הא דכבר הארכנו במק"א בענין צאן וברזל בכורות ורבית ושבת דחפץ שהיה לאדם קנין בו ואח"כ נתמעט קנינו וזכותו עד כדי דין אחריות לתודת אפי' פחות מזה אכתי נשאר תורת בעלות שלו ועדיף מאיניש בעלמא שיזכה לכתילה באיזה זכות בחפץ של חבירו, והבאנו סברא זה מפי קמאי ובתראי דברים מפורשים (עי' אריח סי' רפ"ו סעי' ה'), ואשר לכן זהו ג"כ סוד החילוק שכוון לו הרשב"א דאשה מכנסת שום לבעלה רק נתמעט קנינה, ואף שנאבד כעת למעט לכל מילי, מ"מ זאת הזכות הנשארת לה שתוחזר לה לעתיד אוחות ומחיה דין בעלותה העיקרי, לא כן דבר המשועבד שמעולם לא נכנס לרשותה רק זכות שלעתיד תוכל לגבות באלו הנכסים הזרים ודר"ק.

שט"ו פכ"ו

אכן וכו' וי"ע וכו' וא"כ כמה צריכים חידוש נוסף וכו' וכתובת אשה. וכע"ז תמה הרא"ש (פ"ה סי' ה') על הרמב"ם לעיל (פ"י מהל' אישות ה"א) המאיר את האשה וכו' אם את או גירשה גובה עיקר כתובתה מבני חורין. וכ' ע"ז הרא"ש ואין דבריו נראין דלמה לא תהא כתובת מנה או מאתים כשאר מלוה בשטר לגבות משעבדי וכו' שטר גמור הוי עכ"ל. והובא בכסף משנה שם וצ"ע. עוד הק' האבן האול (בהל' מכירה פ"א ה"טו ד"ה והנה) על הרמב"ם בהל' אישות (פ"ו ה"י) שפסק: ועוד תקנו חכמים שיהיו כל נכסי הבעל אחראין וערבאין לכתובה, אפי' כתובת מנה ויש לו קרקע באלפים זהובים הכל תחת שעבוד הכתובה וכו' עכ"ל. ותמוה דאי"ז תקנה מיוחדת לשעבוד זה, הלא כל שטר חוב על שוה פרוטה משעבד כל הונו ורכושו של הלווה, וצ"ע. ולפי מה שמתבאר בפנים יתורן הכל בחדא מחתא ודר"ק. ואפשר שלזה גם נתכוון ר' איסר זלמן ז"ל שם בד"ה ונראה.

אכן וכו' שני חידושים וכו' וי"ע בזה דהרי קדימה בגבייה וכו' וכבר הזכירה הרמב"ם בפ"ב מ"זה וז"ה ה"א. והנה יפה דקדק, דעיין בטור אבה"ע סי' צ"ו ובשר"ע שם סעי' ט"ז שהשמיטו לחידוש זה שכ' הרי"ם "כל שנשאת תחילה קודמת" ורק כתב לדין השבועות ע"ש. והלא דבר הוא, ולדברי דודי המחבר שליט"א א"ש דלא ראו בזה שום רבותא. אך באמת על המשנה תלונתינו שגי"כ דין ולשון "קדימה". וכן הקשה הר"ן.

ונראה דהחידוש הוא וכו' אב"ל באשה מי יימר שהכתובה תבא לדין גבייה בלא וכו'. וכי"כ סברא זו מן רבי איסר זלמן ז"ל ליישב עוד קמשונים בכתובה (ועי' לעיל), ויש בזה הסברא נפק"מ לדינא לכמה הלכתא גבירתא כאשר יתבאר לקמן בע"ה.

ונראה וכו' קמ"ל דגם בכתובה יש קדימה מזמן כתובתה שאו נשתעבדו. הנה יש להתיישב בגדר חידוש זה, דבאמת שונה

ההשתעבדות של כתובה מב"ע בעיקר יסודה וכמו שחילק בפנים, וכבר טרחו בזה חכמינו ז"ל בירושלמי בכתובות כאן (פ"י ה"א ה"ג), קידש רחל וכנס לאה וחזר וכנס רחל, ר' דעתן דרבינן רחל קודמת, ועל דעתיה ר' אלעזר בן עזריה לאה קודמת, (פירוש דלראב"ע דאמר [בר"פ אפי"ן] אם מת מן האירוסין או גירשה אין לה רק מנה ומאתים תוספת לא, אי"כ קודמת לגבות לתוספת שנואיה קודמין לשל רחל - קר"ע פ"ג וא"ש). אימר, אף ראב"ע מודי מאחר שחזר וכנס רחל, רחל קודמת. למה זה דומה לאחד שלוה מחבירו ואל"כ לא התורתי לך מכאן עד י"ב חדש יהיו כל נכסי משועבדין לך, הגיע י"ב חדש יהיו כל החזר נשתעבדו הנכסים מכאן ולהבא. (פי' שהשעבד מתחיל חיפץ רק ע"מ אם יכנס אותה - לשון האור שמח וכו"ה בקרבן העדה ד"ה מכאן ולהבא ובפני משה ד"ה למה זה דומה, והג"ר יוסף ענגיל ז"ל כ' להדיא שיש כאן טעות סופר וצ"ל למפרע ולא מכאן ולהבא ע"י גלינו הש"ס שם) ע"כ הירושלמי. ויש כמה תמיהות על ירושלמי הדין ע"ש במפרשים על דברי הירושלמי בסמוך, אך יש להשתומם על ההכרח להביא דף משל ונמשל להסביר סברא מפורסמת ופשטה מאוד מן התורה ומן הנביאים ומן הכתובים, וכידוע דענין התנאי הוא הכח שיש לאדם שעושה מעשה (ובפרט מק ופמ"ד) להתנות שאינו גומר דעתו ואינו רוצה במעשיו רק על תנאי שיקרה או שנעשה כך וכך וכמבואר בכל התלמוד, וא"כ לא נצטרך אלא לסיים דשאני הכא שכנס רחל לבסוף, ושוב אוני דומה לבבא דראב"ע שאירס ולא כנס כלל, ובוה מהני להשתעבד נכסיו ששעת קידושיין וככל תנאי, (וזה מספיק להוציא מלבניו הסלקא דעתא וס"ל דשמעת נישואין נשתעבד) וצ"ע"ג. ולמש"כ בפנים הוא כפתור ופרח, כי בעצם כל תורת הקדימה והשעבוד בכתובה שונה בעיקר יסודה מסתם חוב וכמש"נ בפנים, ואפי' למסקנא דקיי"ל דאיכא דין קדימה מעיקר זמן הכתיבה שאו חל השעבוד, מ"מ אחי י"ל דזה חידוש ואין לך בו אלא חידוש, דמן הסברא עיקר הזמן בעת המיתה והגירושיין, וע"ז שפיר הוכיח הירושלמי מהמשל שהתנה בהלוואה על עצם השעבוד דאע"פ שמעת נתינת הכסף ליד הלווה לא נשתעבד כלום, ועיקר חלות השעבוד לא חל אלא לאחר י"ב חדש, וכתנאו, מ"מ מכאן ולהבא דנין כאילו נשתעבד הכל מיד לפני י"ב חדש. וזה בדיוק ענין וסוד שעבוד הכתובה דאע"פ שאין שעת הנישואין עיקר חלות ועוצם השעבוד, מ"מ דיינינן לה מזמן זה שהוא זמן הכתיבה. ובוה א"ש הא דגם בעת האירוסין והקידושיין נשתעבד אף "שלא כ' לה אלא ע"מ לכנוסה" (ובלשון ראב"ע בפ"א ע"פ), כי מ"מ אין זמן הנישואין בעצם המשעבד אלא דיינינן הכי מכאן ולהבא מעת הכתיבה ודר"ק. ובוה אי"צ לדחוק או לעשות טעות סופר בלשון הירושלמי "מכאן ולהבא" כמו שהסכמנו המפרשים יחדיו, דלעולם עיקר חיליה של הירושלמי הוא ממיליה זו דמכאן ולהבא דנין

למפרע, לאפוקי בשאר הלואות דחל מיד שעבודא דאורייתא או תק"ח ודוק.

ואולי לזה נתכוון מן הגר"ח ז"ל (כתביו סי' קצ"ו ובחזרות כתובות פא). וז"ל: האחרונים מקשים דיש סתירות בחיוב כתובה, דמכמה דוכתי מוכח שהחיוב דגם מיד עם הנישואין ומדוכתי אחרני מוכח דגם החיוב אינו חל אלא אחרי גירושין או מיתה ולא מחיים. ואמר הגר"ח זצ"ל דחיוב כתובה הוא בגדר חוב על חוב, דבאמת נתחייב מיד עם הנישואין, אבל אינו חיוב ממון אלא חיוב של חוב, והחיוב ממון ממש אינו מחיים ודוק" עכ"ל, (ועי' ברכ"ש ג' ד), וכ"כ תלמידו הגרנט ז"ל (סי' פ"ד עמוד ג' ד"ה היצא ובר"ה א"ן) וז"ל: דעכשיו אין עליו חוב כלל אלא דין כתובה, היינו שנעשה עליו דין דאם תתאלמן או תתגרש שיתן לה כתובה וכו', וע"ש שמביא ראי' שדין זה יכול לשעבד נכסים מירושלמי ר"פ אלו נערות עכ"ד. ולמעלה בקודש כ"כ במפורש בפני יהושע ד"ה גמ' רבי יהודה בס"ד (ומובא בסמוך בגיט"ש וע"ש ביאור) וז"ל: משום דכתובה לאו למלוה דמי ולא למתנה דמי, כיון שלא ניתנה לגבות כלל מחיים אלא לכשתתאלמן או תתגרש וכו', מיהו לענין גביית משועבדים מילתא אחריתי היא וכו' עכ"ל. (ועי' בקוב"ש כתובות קצ"ו במש"כ לבאר ע"פ יסודו בב"ב שפ"א, ע"ש שהשווה סוגיין לזרז חץ ומת דיתא בנמוקי דנשתכחו נכסיו שלא אירע הדין עדיין, וצ"ע ולדבריו שיוון כתובה לשאר חובות וזה א"א לפי המפרשים הג"ל.) וע"ע בחי' הרי"ם במשנתיו.

וש"מ כדברים האלה יוצא מפורש מפי הכהן הגדול הש"ך בחו"מ (סי' פ"ו סי' י"א) בענין אם הלוחה יכול למחול חובו להלמוה כשיש עליו שעבוד אחר (שעבוד"ט), והביא לדברי הר"ן פ"ק דכתובות (ו' ע"א מה"ר מו"ק ד"ה לעולם) שצ"ע דשעבוד"ט אינו מעכב מחילה אלא כשהגיע זמן פרעון אבל תוך זמנו ודאי יכול למחול, וסיים הר"ן בזה"ל: כל שכן בשעבוד כתובה, דאפשר דלא אתי לעולם לידי גוביינא עכ"ל, (וכבר דמו הר"ן להאי חילוקא בין כתובה לחוב), ותמה הש"ך דלעולם אפשר דשאר חובות שפיר משתעבד קודם זמן פרעון ורק שאני כתובה מטעם הנכסים דקודם זמן פרעון לא משתעבד הנכסים מהשתא וש"מ מחילה. והביא לשון הריטב"א (מחובות ט' ד"ה אהו) על דרך זה היסוד וע"ש מה שדקדק מדבריו. הרי לנו חבל פוסקים וראשונים ע"ד זו. ובאמת אפשר דדבר זה במחלוקת אמוראים שנו גם בבבלי (עי' מבוא ג.), וכמו שהאר"ך בזה לקמן שט"ו פמ"ז, וצ"ע ותלמוד האם שיטת הרמב"ם כאן עולה יפה עם שיטתו שם (פכ"א מה"ל ערות ה"א), וע"ש בר"ה אכן קשה ובמה שאכתוב א"י"ה.

שט"ו פכ"ז

והקשו וכו' ובאמת מדויק מ"שון רש"י וכו' שכתב באה זו. וכן דקדקו במפרשים, ע"י פרדס יצחק (ע"ה א"ל), וכ"כ להוכיח מרש"י ד"ה וכן ננס, דמשמע רק אחד אחת תובעת שבועה,

וכן דקדק מרש"י ד"ה כגון ע"ש. וע"ע ברעק"א (במפניח א"ת ד) מש"כ בזה.

ונראה וכו' דמירי וכו' ועדיין לא בא הגו"א לתבוע. הנה כ"כ המגניני שלמה (ע"ה שפנצטר) אלא שצירף ב' הגוונים לתירץ אחד וז"ל: הנה נוכל לפרש דאין כוונת רש"י שנועד בבירור שהיא גזולה, ר"ל שיש לו עדים ודאי, ויזכה בדין פשוט, אלא הכוונה שיצא הקול שהיא גזולה ויש עליה ערעור (א.ה.ה. וכיצא עליה עסיקין לעיל צ"ג [ובבי"ק ט' ע"י משי"נ במקומות]), ואינו פשוט שהגזול יזכה בדין (א.ה.ה. זה נראה כדרך שנתבאר בפנים לעיל בסלק"ד), או אפשר שלא יבא כלל וכו' עכ"ל. והנה כהסברא כאן, וצ"ע. אלא דהאמת יורה דרכו דתרווייהו אמת דיש כמה אופנים שמחמתם אינו ברור שזיכה בדין. ועי' בפני יהושע שכוון לדעת זקנו הנ"ל ז"ל אלא שלא רשם אלא חלק הראשון (דהוי רק קול פתעור) והשמיט הדגשה שנת שאפשר שלא יבוא כלל ועיין.

והנה וכו' אין הרביעית צריכה לש"ש בשב"א הפירות שאב"ה. ול"ש אם אכלה דוקא. ועי' מש"נ בזה במקומו מב"מ סו: בענין שמיט ואכיל וציון לכאן. עוד נראה להוסיף דכל מעשה ב"ד צריך להיות מוחלט, דאל"כ מה כח ב"ד יפה, ומה גם דיגום ע"י זילותא דבי דינא כשיכתחייב לשלם הפירות. וע"ע בירושלמי (בסוף הל"א דהאי פירקא) שחקק בזה ימים שביתתים" ככע"ז שמשמע דמסתפק בדניה של הקרקע ביתתים, ונפק"מ לפירות שאכלה. ועי' בפנ"מ שפי' באופ"א קצת, ובקרה"ע גם פי' בנוסח אחר, וע"ע ג' פירושים לזה מהטל תורה, וגליוני הש"ס וחי' רבי מאיר שמחה (על חמ"ד יהושע), ועי' עוד פירוש באור שמה פי"ז אישות ה' א' (מלבד פירוש הקהלת יעקב אשר רמז לו התי"ת), וע"ע בבב"ק ל"ג בתוס' בענין סתם שעבוד שהפירות שלו, וכבר הרחבנו הדיבור בזה במקומו (בענין נמצא שתינו שלה). ומצאנו שחשש חז"ל לפסידא דלקוחות כבה"א דנתברר למפרע שטעו, ע"י סנהדרין (כ"ה) וב"ק (ע"ג) בעדים זוממים רבא אמר מאן ולהבא הוא נפסל, טעמיה דרבא משום פסידא דלקוחות. ופרש"י שחתמו על שטר מכירה ביתתים ואצ"ג דאין להכח כרובא בזה, מ"מ לא מהאי טעמא הוא כמבואר בסוגיא), וה"נ יש לומר כיו"ב באשה זו. [אך עי' מש"כ בחי' הר"ן בסנהדרין (שם ד"ה רבא נמי) דלפיי"ד יש לדחות].

והנה וכו' בעצם שווים בשעבודם ורק שנתנו חכמים קדימה בהגביה וכו'. ובקצה"ח (סי' ק"ד סי' ק"ה) כתב וז"ל: ונסתפקתי בע"ח מאוחר שקדם וגבה קרקע ובה המוקדם להוציא ממנו אם יכול לסלק המוקדם במעות וכו' עכ"ל. הרי עינינו הרואות עד היכן הדברים מגיעים. אך ע"ש במילואי חושן שהביא מרעק"א בהגהותיו לשו"ע שם (ולא מצאתי) שס"ל דודאי אינו יכול לסלקו, וחייליה מתוס' שלנו צד. ד"ה שנמצאת (עי' בבר"ר משפט שדחה הרא"י). ור' אלחנן ז"ל בקוב"ש (כתובות שכ"ה) הוסיף לומר דגבייתו

של המאוחר לעולם לא חייל ע"ש. ולדבריו יל"ע במש"כ. וע"ע במילואי חושן שם בה.

שט"ו פכ"ח

ומבואר וכו' ודבר פ"א הוא ששביע אותה בנקיטת חפץ. [להעיר לשי' הש"ך דנקי"ח לאו כלום היא אלא לאייס].

ומבואר וכו' שבועה שאינה צריכה. וכן הקשה הרמב"ן ז"ל והשטמ"ק בשם הריב"ש (סו"ה) עוד הקשו. אך המדקדק יפה בלשון הראשונים בעיניו יראה ובלבבו בינן שלא הוקשה להם קושיא זו (ושבועה שאינה צריכה) אלא קו' נפרדת, דז"ל: וכי משיבעין אותה להטעותה עכ"ל, (ושתיהו ד"ל כונו לניסח אהו), דהיינו דלאו מטעם קלקול השבועה, אלא משום שעיי"ז מנחילים הסברא כהלכה דמה שגבה גבה. וכן דקדק בהערות על הרמב"ן אז יבקע (תשע"ג) אות פ"ג, ע"ש. ועי' באלת השחר (ד"ה חיישין) שהקי' קו' חדשה, דודאי אם האשה תשאל לביי"ד או לחכם איך הדין אם ימצא שמהקרקעות הקודמות א' מהן גזולה, בודאי יאמרו לה האמת שיגברו ממנה וכו' וצ"ע.

ונראה וכו' לאו היינו משום וכו' ליבא למיחש שפ"א צריי אתפסה וכו'. כ"כ המהרש"א. ותמה על המהרש"ל שמשמע דרש"י לא ס"ל הכי ע"ש. ועי' במהר"ם שיף (ד"ה אל תטעה) שפירש דלעולם לא יעלה על הדעת שלכך נתכוון המהרש"ל, ובודאי גם רש"י מודה דאיכא חשש צריי (ועי' בבב"א אות ג' לפה לא פרשי' כן), וכ"כ באחרונים (עי' פרדס יצחק בהערות אות ס"ו), וע"ש במהרש"א מש"כ דלא בא ר"ת לחלוק על רש"י וצ"ע. ועי' מש"כ בדבריו הפני יהושע. ופ"י זה וכו'. ק"ק דעי' ברמב"ן שחולק על רש"י וכו' דעיקר השבועה שיכולין לתבוע ממנה לברר שלא קיבלה כלום וכו' ע"ש, וזה ממש כמש"כ בפנים בדעת רש"י. ואילו הרמב"ן עצמו הניח לפי רש"י וכתב דאין צורך לפרשי' בזה"ל וצ"ע. ועי' מש"כ בהערות אז יבקע (אות פ"ה) בכוננת הרמב"ן למה אין צורך ברש"י, ולדבריו א"ש ע"ש ותבין.

שט"ו פכ"ט

והנה וכו' א"א צריך לומר וכו'. וכ"כ השטמ"ק, ועי' גם במהרש"א. אכן יש דקדק וכו'. עי' בשיטמ"ק ד"ה והקשו התוס' בא"ד ולשיטת רש"י ניהא וכו' מש"כ בזה.

שט"ו פ"א

וכתב הרמב"ן. וכן הק' הרשב"א הריטב"א והתוס' רא"ש וכתב הרמב"ן וכו' אולם עדיין יש צ"עין וכו'. וכן הק' בספר עין המשפט (סי' ק"ג - א, כ"ה ובחי' המיחסים וכו' בסו"ד), וע"ש (כ"ה נראה) מה שהפליא ליישב ע"פ הלכות רבות בדין שומא הרדא, ובאות ב', מה שהקדים ליישבו. וע"ש אות ג' (ד"ה ובהו יש לבאר) מה שהסיק לפרש כוונת הרמב"ן ז"ל. ואעתיק מקצתו בסמוך, א"י"ה.

וע"ע מה שיתבאר משי' הרמב"ן בדוכתי אחרוני.

ונראה וכו' עדיין נשאר על הקרקע שם גביה ותורת פירעון חוב. לכאור' צ"ב הסברא זהה. ואפשר להטעים הדבר, דכמו שידענו דיכול לחול מכירה ומתנה וירושה וע"ע נכסים שיש עליהם שעבודים וזכות (ומצות פריעת בע"ח) ואי"ז סתירה כמו שנתבאר כ"פ, אף בדינא של שומא הדרא י"ל כן, דעשית הישר והטוב משהו כעין זכות ושעבוד על כל טירפא וטירפא שאמפשה חזרה. וכן איתא דברים מפורשים באמרי בינה (ב"ח סי' ד' ד"ה שומא הדרא) שחקק אם הוא זכות (ודין בקרקע) או"ד הוא רק שעבוד על המלוה (וע"ש שרלה זה במחלוקת ראשונים אי בעי קנין א"ל), גם בדברות משה (סי' מ"א הענה י"ד) דקדק מהתוס' לקמן (כ"ה לוקח) דהוא "זכות בהקרקעות" ולא רק זכות בעלמא. וע"ש שדקדק הכי גם להחולקים על התוס' (הרא"ש והמקד"ש). ובס"ד סיים: ועדיין צ"ע כי יותר היה מסתבר שאינו זכות בהנכסים עכ"ל. וצ"ב טעמו ונימוקו. יותר מזה מצאתי בערך שי (ק"ג ט"ו) שהוכיח מלשון הרמב"ם (פכ"ב מלוה ה"א) "שבותבין לו בשטר השומא שהורדנוהו להשתמש בו כדרך שאדם משתמש בקנינו". ולכאורה תמוה דהורידוהו כדי שיהיה שלו, ולמה כי רק להשתמש בו. אלא מוכח דמעיקר הדין לא היה ההורדה באופן מוחלט וגומר, וע"ע לקמן שט"ו פ"ב ד"ה והנראה.

ונראה וכו' אין הגבייה מתבטלת ממי"א וכו' מחוסר נתינה וכו' משא"כ בפניו וכו'. ובאמת נפל הדבר בין היריב הגדולים עם צריך קנין חדש להחזיר הקרקע, ע"י ברמב"ם (פכ"ב מלוה ה"ט) "מסלקין אותו מאותו קרקע שהשומא חוזרת לבעלים לעולם". ודייק מיניה הר"ן (פי' שטמ"ק ב"מ טו) דאי"צ קנייה חדשה רק "מסלקין אותו". והש"ש (סי' ק"ג פ"ה ט) במשך בתר לישנה דהרמב"ם ודייק מיניה הש"ך (סי' י') כנ"ל דאי"צ קנין. וכ"כ הנמוקי"י בב"מ שם והמארי"ש, דאי"צ שטר חדש אלא החזרת השטר הישן, ולפי ראשונים אלו י"ל דבכ"ה בטלה ממילא. אך אי נימא כהסוברים דבעי קנין חדש ל"ע. ע"י סמ"ע שם סי"ט ו"צריך לחזור ולמוכרום לו", דזה להדיא לא כהש"ך (כן דקדק הירא אפרים על הש"ך שם), וע"י בכסף משנה שם שכי' שכן הוא שיטת הרמב"ן עצמו. וכן מבואר בשיטת הרמב"ן (בב"מ טו) דס"ל דצריך שטר חדש (ולא סגי בהחזרת השטר), וכן הביאו הקצ"ח (ק"ג ה') וסתם כוותיה. אי"כ צ"ע אם נפקע שום דבר בממילא.

ונראה וכו' ואם ה"ה אינו רוצה בהחזרת קרקעו וכו' אין להכריחו. אך באורים ותומים סו"ס ק"ג הביא שיטת הרמב"ן (עצמו) כב"ב דס"ל דמכריחין אותו, וז"ל האורים (סי' מ"ד): עיין רמב"ן לבי"ב פרק ג', ראו"ב שמכר שדה לשמעון שלא באחריות, ובא בע"ח דראובן וטרף השדה ואח"כ נתעשר ראובן, יכול שמעון לכוף לראובן לפדות השדה מבע"ח

שלו דשומא הדרא ע"ש. [וזה דלא כהש"ע ודלא כסתמיה דהפוסקים וכן מסיק התומים]. הרי להדיא דלהרמב"ן שיטה אחרת בגדר זה. וע"י באמרי בינה (שם סי' ד' ד"ה עין אורים) שהביא עוד מדברי הרמב"ן מענין לענין, וע"ש (כ"ה וקצ"ח) שרצה לתלות דין כפייה הנ"ל אי צריך קנייה חדשה בהחזרת השומא, אלא דהרמב"ן מהסוברים שצריך קנין וצ"ע. [ונא"ב מצאתי בספר התרומות (שע"ג חלק ה') דאין מכריחין את הלוח לפדות כשיתעשר (וכפוסק הש"ס), אך אם נודע לנו שהיה עשיר כל הזמן כופין אותו לפדות. ולפי מש"כ בפנים יש לברר זאת היטב].

ונראה וכו' אבל ל"מאן דאמר לא הדרא וכו'. אכן בספר עין המשפט כ' להוכיח כ"י"ב אף למ"ד שומא הדרא ל"י"ב חודש, וחייליה מגירסת הרי"ף (ט) בגמ' למימר דסבר ר' נחמן דשומא הדר' "לעולם". (וע"ש שחי"ש ה' ל"ט"ס אך בב"ה ג"ר ליה ג"ס), וכן במה שק' על קו' הש"ס למימר דסבר ר"ע וכו' דמה ריעותא איכא בשיטה זו הלא הלכתא ודינא הדרא לעולם או ל"י"ב חודש דהמחלוקת שומא הדרא לעולם או ל"י"ב חודש הוא פלוגתא בעצם יסוד הדין שומא הדרא, מר סבר דהוי רק זכות בעלמא לפדות ומר סבר דלכתחילה לא נחית בע"ח לחלוטין ע"ש. וביסוד הדבר דומה דרכו למה שנתבאר בפנים.

ונראה וכו' ומי"א פקע קנין האפדנא וכו'. וכ"כ בספר חסד ומשפט אשירה (סי' ק"ג י"ד ד"ה ויהי אפשר לומר) בבניאר כונת הרמב"ן ז"ל. ע"ש שנוטה יותר להצד שלא היה הגבייה מוחלטת, אלא נמצאת אצלו בתורת פריעת חוב, (וזה הרמב"ה של נוסח העין משפט ונוסח דודי המחבר שליט"א).

שט"ו פ"א

והנה וכו' ולמה לא סגי וכו' לוותר וכו'. ובאמת כן נוטה דעתו של השער משפט (ק"ג) דכל שאדעתא דארעא נחית, ממילא בטל הדין שומא הדרא. אך ע"י בערוה"ש (סי' ק"ג פ"ה ט"ו) דמשמע דכל שנעשה בלא קנין הוי קנין דברים בעלמא ולא קנה. וע"י בש"ך שם (סי' ט"ו) שכי' דליכא ועשית הישר והטוב כשהלוה נתנה ברצונו, רק היכא שהבי"ד לקחה בע"כ. ובסמ"ע (סי' כ"א) כי מבי"ד עור חידוש (ע"פ רש"י ד"ה אביה) דכל טירחא דבי"ד כבר שייך שומא הדרא ואף כשנתן מיד מרצונו. וע"י מה שיתורץ בפנים ד"ה ולפי ולכאורה הוא דלא כמאן. שו"מ בחי' תלמיד הרשב"א בשם יש מגודלי המפרשים דאף אם שמה הלוה מדעתו חזרת ע"ש. הרי להדיא סיוע למש"נ.

ונראה וכו' לעולם נשאר שם גביה ע"ה הקרקע וכו' והוא דין בעצם הבעלות. וע"י בציונים לעיל (ש"ס פ"ל) שהסברנו יותר גדר הדבר מהאמרי בינה והערך שי ועוד ספרים. אך אין נראה דכוונת דודי המחבר שליט"א לומר דיש כאן תורת שעבוד על הקרקע או על המלוה, וצ"ע. שם וכו' ועיין בחו"מ ובש"ך סי' י' וכו'. וכ"כ האמרי בינה (ע"י גב"ח אות כ' ד"ה לואמרה) וע"ש בש"ך

(סי' י"א) שתלה בזה השאלה אי קטן חייב להחזיר משום שומא הדרא, דאי ס"ל כהראשונים שצריך קנין לאו בר אקנייה הוא, ואי א"י"צ קנין חייב להחזירה. אך לפי מה שהובא בפנים מהרמב"ן והרשב"א לדמות דין שומא הדרא לדינא דבר מצרא, לכאורה לא שייך כלל לגבי קטן, הואיל ולגבי בר מצרא מופקע הקטן, וכ"כ התומים (ק"ג ח') וע"ש שהשאיר בצ"ע לדינא. שו"מ בספר דברי חבר בן חיים (מובא בליקוטי תב"ח חלק ה') בב"מ עמוד כ"ז ד"ה ואמנם הביא לדברי הש"ך וכו' בזה"ל י"ל גם טעם אחר: דטעמיה דועשית הישר והטוב הוי כי אם מצוה קטנה לא בר מעבד מצוה הוא וע"י עכ"ל. ולכן זכית' להבין סוף דעתו הרמה (של אחד מגודלי תלמידי החת"ם ז"ל) דמה שהתומים כ' להשיג על הש"ך נקט הוא ז"ל "גם טעם אחר". וקצת משמע דהלכה פסוקה ליה כהריטב"א והראשונים דבעי קנין ולפיכך אי"ז אלא טעם נוסף וצ"ע. ועיין לשון הט"ו (סי' ו) ומבואר דפשיטא ליה דסיבת דין שומא הדרא אינו אלא מצוה.

ובסברת מ"א דאמר שומא לא הדרא וכו'. אינו מובן, כי ע"כ לא ס"ל להאי דינא דועשית הישר והטוב (דאינו אלא אסמכתא כמש"כ קריה ספר פכ"ב מלוה, ולפנים משורת הדין ע"י ערוה"ש סי' ק"ג פ"ה י"ב), וא"כ ממילא ליכא זכות ודין לתבוע שוב הקרקע, וממילא טירפת הקרקע היתה מוחלטת ובלא שיוור וצ"ע. וכ"כ התוס' (ד"ה ד"ה ובה) דאף למ"ד הדרא לאו מעיקר הדין הוא. וע"י בפנים לעיל דהנה ונראה ובמש"נ בציונים, ויש להתיישב בזה.

ולפי וכו' דה"ה עצמו מפרה וכו' מדעתו וכו' ונעשה כמכר וכו'. אך בש"ך (סי' ט"ו) כ' דבכלל לא שייך טעם שומא הדרא, דהישר והטוב שייך רק בבעל כרחו נטרפה ולא במדעתו. אך רבינו יהונתן מלוניל (שיטות קמא"י ה"ר"ח) כתב "כיון דמנפשיה יתיב ליה כמכר דמי" וכמש"נ בפנים.

ולפי וכו' אכן מסתברא וכו' הקנין בא לפוטרו להדיא מדין ועשית וכו'. וז"ל הערוה"ש (סי' ט"ו) ואין זה קנין דברים, דהקנין הוא על הקרקע שתהיה של מלוה עד לעולם עכ"ל. ואולי נתכוון למש"כ בפנים. וע"ע פלוגתא ביסוד הקנין בערך ש"י (סי' ק"ג פ"ה ט"ו) שהביא לדברי השער משפט שתמה על המחבר שמצריך קנין דומיא דבר מצרא (כדברי הנמוקי"י בשם הרמב"ן), והלא שם אי"צ קנין אלא משום טענת משה אני כן, משא"כ בשומא הדרא לא שייך טענת השטאה, ע"ש. והערך ש"י האריך להשיג עליו ע"ש טעמו ונימוקו בגדר האי קנינא.

שט"ו פ"ב

אכן וכו' ולא משמע וכו' טעמא משום ועשית הישר והטוב וכו'. הנה הוא דיוק יפה, אך לא מצאנו לשום ראשון וקדמון שלמד הכי (ולת רמ"ק ב"ב פסקי הרי"ד וצ"ע). אך ע"י דברות משה בב"מ (סי' מ"א הענה י"א) שכנראה הרגיש בזה, אך ניכר מיד שעדיין לומד שבי"ח נמי מדין ועשית

הישר והטוב, ע"ש לשונו בד"ה ובהא, וע"ש עוד כמה פעמים שכ' הישר והטוב אצל מ"ד י"ב חדש. וכן צ"ל במה שכתב בספר דברי חבר בן חיים (למלמד החתים דיל, עמוד כ"ז ד"ה עב) וז"ל: תריסר ירחי אפשר טעמיה משום דלאחר י"ב חדש כבר נתייאשו הבעלים ממנו עכ"ל. והנה ממ"נ אם נאמר הדין ישר והטוב למה מייאש וההלכה דבצוותא לא מייאש. ואם לא ס"ל לדין ישר והטוב אפי' בלי יאוש אבו זכותו. וע"כ צ"ל דאף מ"ד יב"ח ס"ל לדין ישר והטוב, ורק הואיל וקלוה לא הצליח לפדותו תוך שנה שוב אפי' מקוה לזה ומייאש וממילא הוקבע שיעור יב"ח. אבל עיני' בספר עין המשפט (ק"ג ג' ד"ה ומעשה) אלא שדבריו סתומים מאוד, וז"ל: ואפשר לומר דנהרדעי סברי דהתקנה דשומא הדרא הוי רק מצוה של המלוה להחזיר את הגבייה ללוה, ולכן אפשר לומר שזכות זו קיימת רק עד י"ב חדש וכו' אבל אכתי נהרדעי לא הוצרכו להביא להאי קרא, כיון דהוי מצוה בעלמא על המלוה, ויתכן שזוהו חיוב דרבנן עכ"ל. וצ"ע. והיטיב אשר כתב בזה באמנות הלוי' (להגוי רפאל שאר ר"י אמרי חיים אות ינה): ואולי לנהרדעי אינו נלמד מפסוק, אלא הגבי' הוה כעין תנאי דאם לא יפדה לתוך י"ב חדש הוה תשלומין, משא"כ אי ס"ל דהדר לעולם הוא רק בגדר ועשית הישר והטוב, ולא מסתבר עכ"ל. ולכאורה כונתו דאין מסתבר כן, דמה מכריח לנו לעשות גביה בתנאי, בסבאא בעלמא בלא קרא.

ומבואר וכו' עיני' לא נתברר איזה קרקע וכו'
 וכו' דין זה תלוי בברייה. והנה כנראה הוקשה ליה דבר זה לרבינו יהונתן מלגויל ז"ל (שטת קמאי לה: ה"ט) וז"ל: מאימתי אכיל פירות, מאימתי קנויה למוכר לאכול פירות וכו', אבי אמר עדין בחתומי זכין לו, כלומר וכו' וזכה המלוה באותן הפירות שיצאו מאותו הקרקע מאותו היום ולמעלה אע"פ שלא נודע עינין אי זה קרקע הוא, אפילו הכי אמרינן לכשיגלה הקרקע איגילי מילתא למפרע דשל מלוה היה עכ"ל. הרי להדיא דמפרש דלאו מטעם ברייה (ולכאורה הו' דומה לכל שותפות, ולכה"פ לתפסת הבית), וע"י בשטמ"ק (בשם הריטב"א) דאדרכתא זו הוי אדרכתא אחרת "דחליטה", דאילו באדרכתא קמייתא לא זכי בפירי דהא לא ידע מאי ניהו קרקע דגבי, וליכא לא שומא ולא שום זכיה. ופרש"י (ד"ה אדרכתא) בזה אינו נכון עכ"ל וצ"ע. והחזו"א (בספ' דמאי) נוטה דעתו לומר דאפשר דבדיני תנאי שבממון ל"א אין ברייה, ואולי י"ל דבהא מילתא פליגי רבינו יהונתן עם הריטב"א. וע"ע דברכו"מ (מ"א סוף הערה י"ד) שכ' דבין לרבה ובין לאב"י תהיה ההכרזה בשומת השדה עם הפירות, דאלי"כ ימצא שאם אחר יקנה את השדה לא יהיה הפירות להבע"ח אלא להלוה, ואם הבע"ח יקנה יהיה להבע"ח הפירות משעת האדרכתא שהוא דוחק וצ"ע ק' לדינא אליבייהו עכ"ל. אך לפי"ד דודי המחבר שליט"א י"ל.

עוד יש דקדק וכו'. וכן דקדק הערך שי (ק"ג -) הבאתי לעיל (שט"ז פ"ל) ד"ה ונראה. והנראה וכו'. ע"י בפוסקים בסי' ק"ג הבאתי לעיל שט"ו פל"א ד"ה והנה, ועיין. וכבר הבאנו בזה דברי הטבעת החושן (מק"א) בכע"ז ודלא כמשמעות דברי דודי המחבר שליט"א (שס) עיין עליו.

וע"פ פי זה נראה וכו' לא נגמרה הגבייה ע"י ההורדה. נמצא מסקנת הדברים דאפילו בלא ועשית הישר והטוב נמי הדר תוך יב"ח ומשום שלא נגמר, אך לא איתברר למה לא נגמרה מיד ומשום מה ממתניין. וצ"ל משום ועשית הישר והטוב. אך א"כ הדרא ק"ו לדוכתיה (להל) לא הביא הש"ס מקורו מהקרא) וצ"ע. אבל יש קצת ראייה לזה בדברי רבינו יהונתן מלגויל ז"ל ואעתיק לשונו והבוחר יבחר: שומא הדרא עד תריסר ירחי שתא, דכיון דלא נחית זה המלוה מעיקרא אדעתא דארעא דהא לא שמו ליה זה הקרקע אלא לפרוע מיניה זוזי שיותר היה רוצה במעות יותר מבקרקע, השתא נמי דאית ליה זוזי ללוה פריק ליה מיניה בין תוך שנה וכו' עכ"ל.

שט"ו פ"ג

אמנם עיין ברמב"ם וכו' להדיא וכו' וא"כ קשה דרדויה ק"ו השטמ"ק וכו' ויש לציין
 דהמחבר (סי' ק"ג פט"י) כ' נוסח זה "קרקע ששמו לבע"ח" (ע"ש הגירסא ששמה, והסמ"ע ס"ק כ"ד כ' שהוא ט"ס), וע"ז כ' הש"ך (סי' ט"ז) וכן נראה שמפרש הרמב"ם הש"ס אגביה איהו בחובו כו' והוא פ"י נכון. אבל רש"י ונמוקי" וכו' מפרשים וכו' ודכל הפלוגתא בגמ' על לוח שהגבה למלוה שלו מדעתו ונראה דלענין דינא לא פליגי וזוהו בתר טעמא ודו"ק עכ"ל. ולכאורה תמוה מאוד האיך כ' דלא פליגי ותו דמפורש בשטמ"ק לפנינו דרש"י פליגי על דרך הרמב"ם וכן הק' התומים (שם ס"ק י"ג) ע"ש. וע"י במאירי (ד"ה לה) שמפרש הרמב"ם כפרש"י וכן דקדק במקורות וציונים ובספר המפתח (שם) וצ"ע. וע"ע בספר חסד ומשפט אשירה (ק"ג - י"א בסו"ד) לאחר שהסביר דרך הרמב"ם והביא ח"י הש"ך הנ"ל כ': ולדברינו יש מקום לעיין בזה אי כו"ע מודו להש"ך בזה (ואפשר כונתו ע"פ מש"כ גם באות י"ט) עכ"ל. ולהנ"ל ודאי רבים וגדולים אינם מודים להש"ך.

ונראה וכו'. וע"ע בתוס' ומשפט אשירה (ק"ג - י"א ד"ה ונראה) כע"ז. וע"ש (אות ט"ו) מה שהגדיר גדר זה באופ"א. וע"ע בעין המשפט (ק"ג - ח) מש"כ בזה, וע"ע (באת י"ו) ב' אופנים בביאור המחלוקת רמב"ם ורש"י על הדרך שנתברר. ולפי זה וכו'. וצ"ע מאי מסתפק הרש"ש כאן (לה. ד"ה פשיטא וכו' ואול) וז"ל: ואנכי מסתפק אי הדר מב"ח שני לראשון, אם לוח הראשון אינו חפץ או אין ידו משגת לפדות עכ"ל. שו"מ מש"כ בזה בשו"ת דברי שלום סי' קכ"ב מובא בעין המשפט (שם - ח') וע"ש במה שדן בזה.

ותיישב וכו' דליכא שם גביה ע"ל הקרקע א"א

כשנגבית בני"ד. ובספר הנ"ל (אות י' ד"ה ע"ה נראה) הביא סיוע ליסוד זה ממש"כ הנתח"מ (סי' ק"א סי' ב') שהגם ששטרות אינם בני קנין, בכל אופן מועלת בהם גביה להכניסם לרשות המלוה (ע"ש. הרי כשבי"ד עושים גביה למלוה עיקר קנינו של המלוה (בקרעו ז' וכו"ב) אינו משום הל' קנין, אלא דהגביה עצמה מכניס הדבר לרשות מלוה אפי' ללא קנין.

שם וכו' אי נמי י"ל וכו' ברצונו וכו' בע"ל כרוח וכו'. וזה כהש"ך והסמ"ע שהבאנו לעיל (שט"ו פל"א) אך דלא כמו שהעלה שם דודי המחבר שליט"א. וצ"ב. ואולי אפשר לפרש על פי דרכו מבקרא' דבגבית חוב לעולם איכא ב' אפשרויות (להלוח: א) לפרוע, ב) להגבות. דחד הוא תשלום החוב וחד הוא מזכיות השעבוד המבטיח החוב. וא"כ ברצונו חשיב פרעון ושוב בטל הכל, משא"כ בע"כ ודו"ק. וכ"כ בספר הנ"ל (ד"ה ונראה) ע"ש.

שט"ו פ"ד

שמו וכו' אב"ה התוס' פליגי וכו' וקשה דבריו רש"י וכו'. אך בדברו"מ (מ"א - י"ד) פריך איפכא דצ"ע בטעם התוס' לרחוק לשנות בפירוש אורתה (ע"י בב"מ ט"ז בלולן שחזר ולקחה דל"א לאקמה קמי לוקח בעי, שפרש"י שם ודקא בהורשה וכו' ולא בסתם ירושה ע"ש). ולדחוק שבעל לוקח הוא, לא קאי על לא מהדר. שמשמע שהסבאא ברורה להם שגם ירושה דממילא לא מהדר שזה צ"ע עכ"ל. ועיין וכו' ובביאור הדבר י"ל וכו'. וכ"כ הט"ז. אלא דגם בהרבה יורשים ס"ל הכי, ע"י בסמוך.

ועיין ברמ"א וכו' בסמ"ע וכו' לקוחות הם וכו' ובביאור הדבר י"ל וכו'. וע"י בט"ז (סי' שתמה מביא שייטא אחים שחלקו לקוחות הן לכאן, הא דבר ידוע דלאו לקוחות ממש הן כדמוכח בב"ק ק"א: דלא חשיב שינוי רשות לגבי גזילה אף למ"ד לקוחות הם, וע"כ רק לגבי עצמם, ולא לגבי איניש אחרניי נאמר דין זה, ולפיכך כ' שלא ירד לסוף דעת הרא"ש בזה (שספנו מקור הרמ"א) ע"ש. וכל הבאים אחריו ז"ל השיבו על זה, ע"י תומים י"ט ס"ק ט"ו קצה"ח ס"ק ז' ונתבאר ע"י מ"ע ועוד כמה אחרונים כ' א' לפי דרכו (ע"י מילואי חשן 48 שם). ועד דאיתנא לשיטת הט"ז יש להעיר בגוף הדברים. דע"ש שלא הספיק לו לומר דאחים לאו כלקוחות ממש. אלא הוסיף בזה"ל: אבל באחים שחלקו תיכף שנפלה הירושה היויין כולוהו במקום אבוהון ועלייהו רביעא המצוה דשומא הדרא וכל א' שוה בזה וכו' עכ"ל. וצ"ע מאי דחוק לזה הא דלא במש"כ דאחים שחלקו לקוחות הן רק כלפי עצמם ולא לאחרים וממילא פשוט דחייבים בשומא הדרא ולמ"ל אריכות זו. ובר מן דין כבר הסביר האמרי בינה (בג"ח - ד' ד'הו"מ) דאם נימא שזכות ועשית הישר וכו' הוא על המלוה (ולא בגוף הנסכים) ליכא דין ירושה ע"ש, א"כ האיך קאמר הט"ז "עלייהו רביעא המצוה". הא במלתא דמצוה ליש ירושה. וינדון דומה מצאנו אצל התומים הידוע דס"ל

שהבא מוריש לבנו גם שעבוד הגוף, ואיהו גופא במק"א כ' להיפך, ע"י עליו ואכ"מ.

שט"ו פ"ה

מתניתין וכו' וגם הקדש יש לה זכות מטרון בהקרבנות וכו'. כנראה פליגי בזה הראשונים במס' ראש השנה (י). שהתוס' שם (ד"ה ע"ב) פ"י דמשום כפייה על המצוות הוא זה ולא משום דין ממוני, אך הריטב"א שם מבאר דהוי מדין ממוני כמו לגבי הדיוט, וכן משמע ברבינו גרשום ובשטמ"ק אות' י' בסוגיין, כן כ' הגרי"ז בערכין (עמוד מ"ז).

מתניתין וכו' שיש בהם אכילת מזבח וכו'. כמבואר בזבחים יג: וכן: ועוד דדרשינן המקרא בייקרא ד' ואם האכל יאכל בשתי אכילות הכתוב מדבר וכו' ואחת אכילת מזבח ע"ש. ועצ"ק דענין האכילה דמזבח לדינים מיוחדים נאמר ולא ענין אכילתו של אדם, ע"י תוס' חולין פא. ד"ה עולה, וע"ש בתוס' מנחות יז: ד"ה דלא שמבואר דאכילה זו שקריא רחמנא לגבי המזבח אינו ענין כלל לאכילה בגדר ממוני, דע"ש שהשווה לשון המקרא דאכילה לגבי האש ולגבי כלבים שאצלם נקטי המקראות ג"כ לשון אכילה. וע"ש בזבחים לא. ובתוס' ד"ה דכתיב תאכל האש וצ"ע.

ונראה וכו'. לכאורה הדבר תלוי בחקירת הגרי"ז בסוגיין האם הדין ממשכנין הוא מהלכות גביית חוב או"ד מדין כפייה דכופין על המצות, וע"ש דמדויק מלשונות הש"ס והראשונים דנפק"מ מי הוא הממשכן אם כדין ממונות (וכמש"ל לעיל) הגובר הוא הבעל דבר, ואם מדין כפייה הבי"ד המה בעלי הדבר. וע"ש שהוכיח דעת הרמב"ם (פ"ג ערכין ה"ד) דהוי מדין כפייה. וכן מורה לשון התוספתא (פ"ג ה"ח) שבי"ד ממשכנין, וע"ש בחסדי דוד (פ"ד הל' ד"ה הוסיף) שמבואר שלמד עכ"פ בדעת הרמב"ם דהוי דין ממוני. וע"י בספר פלגי מים עמ"ס ערכין שהאר"ך דברבי הגרי"ז הללו, וע"י בספר עריכת נר אות 610 מה שהעיר מב"מ (קד). ועוד. וע"י בסמוך.

ונראה וכו' אב"ל כיון דכופין אותו וכו' מדין זכות מטרון. ולפי"ז א"ש היטב לדברי הכל אף אי נימא דעיקר הדין מדין כפייה הוא. וצ"ע.

שט"ו פ"ה

מתניתין וכו' רש"י וכו' דאע"ג דעדיין לא נעלום וכו'. וראיתי במפרשים דנתקשו מאי קמ"ל בהא ומש"כ דודי המחבר שליט"א יחרי הוא וזכה להם משעת לקיחה, יש לדון מלשון רש"י דמשמע דסלק"ד דעבי נמי לבישתם, וק' וכי מעשה הלבשת בגדים ונעלים המה הקנינים להם אתמהה. וע"י בייקר ערך (כז. ד"ה במנתי) שכנראה הוקשה ליה ענין זה וצ"ע. ואחי הגדול מרדכי שליט"א עוררני די"ל אע"פ שלא קנה בשבילם בעת קנין (הספיק) מכירתם, מ"מ אפשר שיקנה להם ע"י נעילתם, כענין שמצינו שהתשמיש של דבר נקנה ע"י

עשיית תשמיש המיוחד להם, ע"י קצה"ח סי' קנ"ג ס"ק ג' וסי' קפ"ט ס"ק א' ד"ה אמנם לענ"ד, ובמחנה אפרים הלי' שכירות סי' א', דס"ל כחידוש הזה לגבי קנין בחזקת תשמישין, והכ"נ אולי היה נקנה לאשתו ובניו לתשמיש בלבד ונקנה בניעילתן לזה ודו"ק. ובהכי ניחא מה שטרחו הפוסקים להבין רבותא דמתני' ו"לא בגדים שצבען לשמן", דע"י בסמ"ע סי' צ"ז ס"ק ס' שכ' דקמ"ל דאע"ג שקנה לעצמו ורק צבען לשמן זכו בהן בשינוי. ודברי תימה הן, וכמו שהפליא בקצה"ח שם ס"ק י"ד דוכי נתחדש קנין שינוי, הלא רק בגולן שייך זה. וע"ש מש"כ שהרבותא על "הצבע", ולכא"ו דבריו דחוקים.

אלא לפי האמור יש ליישב ברווחא, דע"י בלשון הרמב"ם בהל' מלוה ולוה פ"א ה"ה כשהביא לדין זה בגדים שצבען לשמן הוסיף הלשון "אע"פ שעדיין לא לבשו אותן", והעתיקם השו"ע כ"ז סעי' כ"ה, והקשינו לעיל וכי סלק"ד דבלבישה קנו אותן, וצ"ל כמש"כ לעיל ברש"י וע"י גם לשון הטור שם וז"ל: אפילו אם הן חדשים שלא לבשום מעולם וע"ל, והן הן הדברים. ותבין לפי"ז למה השמיט דין בגדים שצבען המפורש במתני' וברמב"ם (שור' שעמד בזה הקצה"ח בסוף דבריו ע"ש והלעני"ד כתבת), ואלא על כרחינו הבין הטור דכוונת הרמב"ם לומר דעיקר הרבותא היא דלא תליא בלבישה ותשמישיה וכמש"י. וצ"ע מלשון הרמב"ן מובא בסמוך שם בטור דמשמע היפך דברינו, אך המתבונן י"ל באופן נפלא, ואכ"מ. ונראה דמתפרש ע"פ דפליגי התנאים במס' כלים (פ"ז מ"ד) מנעל שעל

גבי הדפוס רבי אליעזר מטהר וחכמים מטמאים. וע"י במפרשים שפלוגתתם בגדר גמר המלאכה האם מחוסר השמטה מע"ג הדפוס חשיב מחוסר מלאכה אם לאו, והכי משמע בשבת קמא ע"ש. אך המעייץ בלשון הרמב"ם בזה פכ"ד מהל' כלים ה"ה יראה רוח אחרת וז"ל: מנעל שעל האימום אע"פ שעדיין לא לבשו אדם הר"ז מתמא במדרס שכבר נגמרה מלאכתו עכ"ל. ולכאורה דברי הרמב"ם תמוהים מש"כ אע"פ שלא לבשו אדם, והלא לא מיירי התנאים וגם האמוראים אלא במנעל שע"ג הדפוס, ולבישה מאן דבר שמיא. ואשר מבואר בזה דלמד הרמב"ם דעד כאן לא פליגי במנעל שנגמר מלאכתו בעצם דהו א"צ לשום מלאכה כלל, ואלא בהא פליגי דמי צריך שינעלום האדם על רגלו [כנראה שה משלים המנעל], או"ד עצם הגמר מלאכה של הסנדלר מספיק להחשבו כלי. ולפי"ז את"ש פרש"י בערכין "אע"ג דעדיין לא נעלום", ר"ל דאכתי לא נגמרה מלאכתן לאשתו זו ובניו אלו ואכתי ראויים לאחר או לעצמו ודו"ק.

אז"ל וכו' ולמד הרמב"ם וכו' ולא כמו שפרש"י וכו'. וכן דקדק הגאון ר' דוד סאלאוויציק שליט"א מרש"י דלא כהרמב"ם, ע"י בשיעורי הגרמ"ד למס' ערכין שם בענין

כסות אשתו ובניו למי שייכים (את כס). וע"ש דהק' לרש"י מאי קמ"ל פשיטא דא"א להקדיש דבר שאינו שלו, ודוחק לפרש דהא גופא אשמעינן דאינם שלו. ותו ק' דאיק"ל יתכן הלא מה שקנתה אשה קנה בעלה. וע"ש שהביא צדדים אלו במפורש יוצאין מפי אמוראים בב"ק קב: א"ר אבא כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו, וע"ש שמתקורף לה הש"ס ומסיק אלא אמר רבי אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להם כסות אשתו ובניו מעיקרא ע"כ. הרי אדרבה המסקנא יותר נוטה כרש"י ולא כהרמב"ם, וע"י בקצה"ח סי' צ"ז ס"ק י"ג שדן בזה גופא היכי דיינינן מסקנת הש"ס האם דחאה לפי הראשון לגמרי א"ל, ומבאר דפליגי בזה הראשונים. וע"ש שם מה שדן בהלכה זו מעוד ב' סוגיות כתובות נד. וב"ק יא: ע"ש.

ויש צ"ע וכו' מדין תורה והאיק"ל יכ"ל להתנות שלא יגבה מכתב אשתו וכו'. ק"ו זו הק' הירושלמי בב"ק (פ"ט ה"ה דף לט), אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו אין לו בכסות אשתו ובניו. ופרקינן, א"ל עלת על דעתו לומר בכסות אשתו ובניו, והתנינן ערכי עלי, כיון שאמר ערכי עלי לא קבע לעצמו אלא נ' סלע. ופירושה הפני משה והירידב"ז והגלוניו הש"ס לר' יוסף ענגיל (וכ"ה בתהנות הגרי"ם גאלישלאק בסוף הגמ' שם ואלו כל הפירושים שמצינו בזה) דאין ערכין תליא בדעתו כמו לגבי מקדיש ע"ש, והוא ע"ד שהק' דודי הגהמ"ח שליט"א. וע"ש יישויהם בנוסחאות שונות, וע"י בצפת פנח (פ"א ערכין ה"א עמוד לא). שנראה שלמד ע"ז"ל אלא שפירש כן בעיקר גדר חלות חיוב הערכין בשיטת הירושלמי. אמנם כ' שהבבלי להדיא פליג ע"ז ולמד דאין כח בדעתו כלל לקבוע רק בממלא, וע"ש בסמוך דאפשר ששילבם יחד וצ"ע בלשוננו. ובמפרשים שם ביארו באופ"א וע"ש שבהמשך גוף הירושלמי מבו' דאיכא למ"ד דגבייה ממטלטלין בערכין רק מדרבנן.

אכן וכו' דהרמב"ם לא ס"י כדבריו התוס' וס"י דערכין לא הוי מלוה הכתובה. הנה דבר זה מעולם לא שמענו וגם צ"ע מגמ' בערכין (סוף ה"ה) והכא במלוה הכתובה בתורה קמפליגי, והכי נשנית שם בסמוך (י), אך אילו מהא י"ל ע"פ מש"כ התוס' שם ד"ה כי פליגי דמבואר דלא מיירי הש"ס לגבי ערכין רק לגבי היזק, וע"ש בחק נתן ומים קדושים (ולא כד"ש משאנן בתרי"ב בחקת י"ב ח), וע"ש בשטמ"ק בשם הרא"ש ע"ד התוס'. אך מה נענה מסוגיא מפורשת לקמן (כז), חומר מבדרים כיצד, אמר ערכי עלי ומת יתנו יורשים וכו', ופרכ"י ש"מ מלוה על פה גובה מן היורשין. ופרק"י שאני הכא דמלוה הכתובה בתורה, וצ"ע ג. ותיזק ליידידי הבחור ר' אברהם פישמאן שיח"י דמהמשך הש"ס גופא יש לדחות, דפריך הש"ס ע"ז ש"מ מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, ופרקינן הכא במאי עסקינן ככתובה בדין ע"כ. הרי

להדיא דמסקנת הש"ס דאין שום הכרח וערכין הוי מלוה הכתובה בתורה הואיל ומייירי בכה"ג שעמד בדין עכת"ד. והא דסו"ס כ' הש"ס כסתמא דהוי מלוה הכי"ב, ומשמע דהכי"ס ל' לקושטא דמילתא, י"ל דבאמת קשה מאי סלק"ד המקשן ש"מ דמלוה ע"פ גובה מן הירושין, הלא שאני הכא באמת דכתובה בתורה וכדמסיק הש"ס מיד. אלא דלפמש"נ א"ש דאין הדבר ברור כשמע דערכין הוי ממש כתובה בתורה, ובהא גופא שו"ט הש"ס. וכדמונני שכן למד גם הצפנת פנת, שכן כתב בהל' ערכין (פי"א ה"א ריש לא.) וז"ל: וגבי ערכין ג"כ הוי בגדר נדר רק בגדר גזוה"מ ולקמן אבאר זה, וכמבואר בירושלמי פ"ב דניזיר, לכך גם שם מבואר בערכין דף כ' דאין הירושין מחויבין אם נימא שעבודא לאו דאורייתא עכ"ל והבן.

יש וכו' ונחשב שהמערך פעל החיוב והתורה לא קבעה אלא הסכום. ובוזה ניחא מה שהוקשה לתוס' בקידושין (יג: ד"ה מלוה המתנה) על פירושו של רש"י ד"ה דלאו שפי' גדר מלוה הכב"ת "לא הוטל עליו חיובה מאת המלך אלא מעסקי מעשה עצמו", וכ' המהרש"א שם בשם התוס' ישנים דקשה להו לפרש"י דהא ערכין קרי ליה התם מלוה הכתובה בתורה אע"ג דע"י מעשיו באו עכ"ל. וע"כ פירושו על דרכם הידוע "כיון שאי"צ לפרש בתורה", ואלא לפי דברי דודי הגהמ"ח שליט"א בדעת הרמב"ם א"ש דלעולם אמת הוא דערכין לאו מלוה הכתובה בתורה הואיל ומעסקי מעשה עצמו הוא, ואדרבה דברי רש"י הן סיוע רב לפי זה, ועכ"פ י"ל דבהא גופא נתלקו רש"י ותוס', וע"ד פלוגתת התוס' והרמב"ם ודו"ק. ובאמת סברא דידן מפורשת בחי' הרשב"א שם בקידושין ד"ה מלוה, אך המעיין בדבריו יראה שחולק להדיא על הבנתו של המהרש"א והתו"י, שהביא דברי רש"י ושבו מקשה

מעצמו מערכין ונוקין (נדק אב, נפלא שפי"א גם מנוקין דלכאורה יהיה אפשר לחלק והבן). על דרך התו"י דמעסקי מעשיו הויין, וע"ז מיישב ד"מ חשיב כתובה בתורה גא"כ טעמא שנכתב, "לפי שהמערך אינו מחייב עצמו בסך ידוע, אלא שאומר ערך פלוני עלי, ובדבור זה חייבתו מצות המלך לתת לפי שנוי אע"פ שלא הוציא חיוב סך בפוי", הרי להדיא שכ' פירושו ברש"י, וגם כ' דהוי כתובה בתורה, הרי שאינו סתירה ללמוד גדר זה (שנכתבא בדעת הרמב"ם) ואפ"ה תתיה מלוה הכב"ת. וא"כ רש"י ותוס' לא יחלקו כלל. ובאמת כן סיים הרשב"א בעצמו י"ל וכענין זה פירושו בתוס' וכו', וצ"ל שהרשב"א ס"ל דאע"ג "שהמערך פעל החיוב" אכתי לא נפגע גדר התחייבות של תורה הואיל "יהסך" הוקבעה ע"י. וכי"ה ברבינו גרשום (ערכין כ: ד"ה שאני תבא): "דכיון שאמר ערכי עלי כבר כתוב בתורה כמה צריך ליתן" ודו"ק. וע"כ התו"י חולק בזה וסבר שצריך שהתורה "תפעל החיוב" ג"כ. ובר מן דין כבר מצאנו נוסחאות

שונות בגירסאות בעלי התוס', שהתוס' לפנינו מדגישים בעליל ענין הסך "אבל מלוה וכו' לא חשיב כתב"ת כיון שאי"צ לפרש בתורה שיעור הנתינה וכו'", ואילו בתוס' רא"ש כאן ד"ה מלוה אינו מדגיש אלא עצם ועיקר החיוב "דאף אם לא נכתב ידוע היה שצריך לפרוע מה שלוה", ואפשר דהרא"ש לשיטתו במש"כ בחולין (קלט. ד"ה יבול) כביאור גדר החיוב דמים שבערכין, שמדמה ערכין להקדש שנתחלל "כי הדמים באים מכח ערך הקצוב על הגוף", הרי להדיא שלמד שהתחייבות של ממון לא פעל האדם על עצמו אלא מחיל רק כעין הקדש על עצמו, וכע"ז כ' במש"כ הלויים סי' נו. וע"ע בשלטי גיבורים ע"דו ביתר חריפות (עי' מ"ס ביצה לו: ועכו"ז יג.).

שם וכו' והתורה לא קבעה אלא הסכום. וע"ע בחזו"א קדשים ערכין סי' כ"ט ס"ק ד' שדימה גדר זה לענין קבלת נדירות שאינו מחיל על עצמו אלא דין וקדושת נזיר בלבד, ואיסורי היין והטומאה והמסתעף באין ממילא, וכנודע גדר זה מהמהרי"ט יו"ד סי' נ"ג הובא בשו"ת האבני מילואים סי' י"ד ועוד. וע"ש ס"ק ג' שכ' דאלת"ה נמצא דפרשת ערכין הוי כפרשת בן סורר ומורה לא היה ולא עתיד להיות דלעולם כל המערך אינו אלא נודר ליתן כך וכך לבדק הבית וכשאר הנדרים שמועילים ע"ז ע"ש. וכע"ז כ' בחי' ר' אריה לייב ח"ב סי' נ"ד ד"ה ומעתה נראה דיסוד בגדר חיוב קרבן דאינו סתם כנדר בעלמא ע"ש. ובצפנת פנת פ"ה מהל' ערכין נודר הוסיף לתדש שגם הסכום לא הוי ממש חלות התורה גמורה, אלא שהאדם התחייב עצמו לשלם דמי שוויו, ורק התורה אמרה ששוויו כך (ולאפקי שוויתו האמיתית שבוך וכדו"ק). ואולי מהא נוסה ג"כ שערכין אינם מלוה הכב"ת וכמו שהנדרים אינם, כדמשמע גם מהתוס' שכ' קרבנות וערכין והשמיטו נדרים ועיין.

שם. עכ"פ בודאי הני צדדים (האם התורה קבעה רק הסכום או"ד עיקר ההתחייבות) נראין בעליל בין בתרי השו"ט דהש"ס בבלי בב"ק קב: שהבאנו (כד"ה אולם) בשינוי הדעות שם במה הופקעו בגדי בני ביתו וגם מהירושלמי שם שהבאתי (כד"ה ריש לעיין) והפוך בה.

שט"ו פ"ז

והנה וכו' בערכין כג. וע"ש ברש"י ד"ה ומפץ שמבואר ענין זה יותר ועי' בציון הסמוך. ואין שני דינים אלו תלויים זה בזה. אמת כי כן יבואר לשיטת רש"י, וכן מבואר בדברי התוס' בערכין זו: ד"ה אבל, וכמו שמבאר הגרי"ז בערכין ה. ד"ה שם וכו' ערכי עלי. אמנם לא כן הוא דרך הרמב"ם, דאיה מקום דין מסדרין בערכין, הלא הוא בערכין פ"ג הט"ו ביחד עם הדין מסדרין באומר הרי עלי מנה לבדק הבית, והרי שם לייבא דין הישג יד כולל וחייב לתת לכשתעשר כמבואר שם, וע"כ מה שמסדרין לבה"ב אינו אלא שלא לוקחים ממנו מה שצריך לחיותו, וכיון

שהרמב"ם כלל בה גם סידור של ערכין מבואר שגם בערכין נדאמר בה הישג יד, מ"מ הדין מסדרין הוא רק דין בעלמא לא ליקח מה שצריך לחיותו, ומה שנושאר ליתן לא נחשב שנתן כל מה שהשיג ידו, וכשיתעשר יתחייב לשלם עד כדי חיותו שהשיגו לו, כן הסביר הגרי"ז שם, וע"ע בשיעורי הגרמ"ד שליט"א סוף ה. בקצרה. וע"ד מבואר בחי' רבנו מאיר שמחה קיד. ד"ה ומה, שדייק עוד בדברי רש"י שכל דין מסדרין בערכין הוא רק בענין שהעריך שדינו שחייב לשלם רק ממה שהשיגה ידו, ובוזה נתחדש שבכדי הסידור אינו בכלל ההישג יד, אבל עשיר שהעריך ואח"כ ענין שאין דינו להפטר בהישג יד לא יהיה בו דין מסדרין (א"כ גם בבב"ש יד ין מסדרין), וסיים שמהרמב"ם לא משמע כן ע"ש. הרי להדיא ע"ד הגרי"ז. אך ע"י מש"כ דודי הגהמ"ח שליט"א לקמן שט"ו פל"ט סמך נכון שאין הרמב"ם סובר כן וצ"ע. וע"ע בציון הסמוך ד"ה ונראה. ובחי' הר"ם בסוגיין קיג: ד"ה עוד י"ל וקיד. ד"ה והנה י"ל כ' בפשיטות בתו"ד דכל מה שמסדרין לו אינו נושאר כנגדו בע"ח, אלא נפטר לגמרי וכדעת דודי המחבר שליט"א.

וכעת יצא לאור ספר זכרון אפרים עמ"ס ערכין (ע"ש הגיר אפרים זורייבין דיל) ושם אנהיגוהו לעיינין בדברי הרבינו בחיי (ויקרא כ"ז - ח') דדייק שפיר לכתוב הלכה זו במפורש וז"ל: דרשו רז"ל (ערכין כד.) החייהו מערכך וכו', בי"ד נכנסין לביתו וממשכנין אותו ושוויון לו כדי חיו מערך עצמו, ונוטלין את השאר, ויצא בזה ידי הקדש ואע"פ שלא השלים כל ערכו, ואע"פ שנתעשר שוב אינו חייב כלום עכ"ל, הרי שפתי רבינו ברור מללו שמה שמסדרין נפטר לגמרי וכנ"ל.

ומעתה יש דקדק וכו' והאך סק"ד לטיף בע"ח מערכין. ובאמת כן הק' הרש"ש על התוס' (ד"ה הקדש) שחיפש קולא בערכין והק' מדוע לא כ' התוס' שבערכין יש קולא נידרון בהישג יד והניח בקושיא. וע"ש שדחה פי' המהרש"ל בהא דפריך דרצה למילף הש"ס ק"ו מערכין דהא איכא למיפוך מה לערכין שישגן בהשג"ו ולפי' המהרש"א א"ש. אך לפי מה שיתבאר בסמוך יפורק קו' הרש"ש ויתבאר הענין.

ונראה דאיכא גוונא דמסדרין וכו' חצי שקל וכו' אין בו דין הישג יד וכו'. תימה וכי איזה פתי יסדר לעצמו כדי חיותו וישאר על כתיפו חיוב שלם לערכו, והלא ודאי יתן עוד חצי שקל מכסותו או מטתו מחיותו וישקול בעצמו שכר סידורו כנגד הפסידו. ובאמת ע"י במנח"ה מצוה ש"נ אות ט' ד"ה והנה, שכ"כ בפשיטות שיכול לתת עד כדי סלע ממה שמסדרין לו, ועי"ז יפטר מלשלם השאר כשיעשיר ע"ש. וא"כ הרי להדיא דלעולם לא שייך דין מסדרין להפקיע לגמרי פטור הישג יד וצ"ע. אכן ע"י בשפת אמת ערכין כג: ד"ה במשנה שהסתפק

אי מקבלים ממנו סלע ממה שסידרו לו, דאפשר כיון דמך הוא גם מסלע אין נידון בהשג יד, וצ"ע לדינא, עכ"ד. ובחזו"א ערכין סי' כ"ט ס"ק י"ח באמת נטה לומר כצד זה של השפ"א, "מ"מ י"ל דמינו יכול להתפס מאותן שפטרנו תורה", ודלא כהנמ"ח, אך נראה דאף החזו"א הסתפק לדינא, שסיים 'ומיהו אף את"ל דשפיר נתפס כרו וכסותו לערכו כשאין לו שקל, מ"מ להוסיף על השקל נראה דאינו נתפס, כיון שכבר נפקע חיובו בהאי שקל". סוף דבר סברת דודי הגהמ"ח שליט"א לכאורה תליא בשאלה זו ודו"ק. ויש לומר דנידון זה תליא בשאלה הכללית שדברנו בריש פרק זה האם מה שמסדרין לו נחשב אינו בהישג ידו כנגדם ונידון בהישג יד שאר, אור"ד הוא רק דין שאין ב"ד נוקקין ליטורף ממה שמסדרין אבל חיוב נשאר עליו, לדברי הגהמ"ח שליט"א נפטר כנגד מה שמסדרין ולפיכך כאן אוזיל לשיטתיה דשוב א"א לשלם כדי סלע מחלק הסידור. אך להגרי"ז ורמ"ש ז"ל דס"ל דפליגי בזה רש"י והרמב"ם לכאורה אף כאן יתקלו ודו"ק. וכן בספר המפתח להרמב"ם פ"ג ערכין ה"ט ציינו לחי' הגרי"ז ה. ד"ה בעי רבא בנידון זה.

אכן עדיין יש ציינו וכו'. כנראה הרגישו בזה המפרשים, עי' בחי' חת"ס שם ובחי' הרי"ם שם ד"ה ומישוב וכו', גם מדויק מש"כ רש"י, ולעיל מזה מד"ה איבעיא להו. גם הגרי"ז הג"ל הוזכרו תוך דבריו לסייע לפי' שרש"י ס"ל דסידור נמי מדין הישג יד ע"ש.

ש"טו פ"ה

וי"א וכו' מפני החשד שינעשה ש"א בדין וכו'. והכי מבואר נמי בכתובות צח. ע"ש בתוס' (רי"ה מ"ח) סברא זאת בכה"ג.

ש"טו פ"ה

והמגיד משנה הביא מקור וכו' בירושלמי יודישין פ"א ה"ד וכו'. ולכאור' מקור זה תמוה קצת לכל באי שער היד החזקה, שאין דרך הרמב"ם כלל לעשות כדברים האלה לסמוך על דברי התלמוד בענין אשנו ולדמות מילתא למילתא. והפעמים המועטים שעושה כן כ' "ויראה לי", דסו"ס הוי סברת עצמו ולא תלמוד ערוך. ובערוך השולחן העתיד הלכות שונות הלי' ערכין סי' ל"ז ס"ק ט"ז כ' מקור אחר להרמב"ם וז"ל: זה כתב מסברא דלא גרע מעשה שבתך חול וכו', והולך לשיטתו - דבר תימה הוא זה דלא מייירי שם בענין דומה אלא בבגדי אשנו ובניו וזה שפיר קיל טפי לטרוף הואיל דלאו שלהם הוי אלא של הבעל הלוה המה ואינם צורך ללוה עצמו וטורפין וכן אמר לי האב בית דין לדיני ממונית הוב יששכר דוב כהנא שליט"א בפ"א ממלוה ולוה דבע"ח גובה מבגדי שבת וי"ט, וטרח המ"מ שם מאין מקורו ע"ש עכ"ל. הרי שמקור הרמב"ם הוא גמרא מפורשת בשבת קית. ופסחים ק"ב. עשה שבתך חול ואל תצטרך

לבריות. והרי גם המלוה בכלל בריות ופשוט מאוד. [נדלא כדברי הגר"ש קלוגר בספר החיים (סי' רמ"ב סעי' א) שכ' שגמ' זה דעשה שבתך חול רק בעניני אכילה נאמרה אבל בעניני מלבושים דהוי כיוון וזילתא לשבת לא -אכן אמר לי הרב הג"ל שליט"א דמפורש בכל בו ובראשונים דגם בגדים בכלל זה].

ויציינו וכו' והמג"מ הניח קו' בצ"ע. ובשו"ת מהרש"ך (חי"ב סי' ר"י ד"ה והנה בענין מלווה) כ' ע"ז, "ובלי ספק שהקושיא היא עצומה", וע"ש מה שטרח וכתב דאולי אפשר לדחוק דגבי אחים ובע"ח בתרווייהו איכא פסידא כשנניח הבגדי שבת ומועד להבני בית זה בכה וזה בכה, ממילא דין הוא לעשות לו תקנה כל מה שנוכל, אכן בערכין ליכא פסידא להקדש דלא חסריה ממונא, אמרי' בסתמא דאינו גובה מכסות אשנו ובניו עת"ד, ועי' במשנה למלך כאן שמתמה עליו וכנראה הוקשה לו עצם הענין של תקנות חדשות שלא מפורשות בתלמוד ובראשונים ע"ש. ולא בירא אם השתדל המל"מ ליישב מדיליה. ועי' שם בריש דבריו שהביא עוד יישוב בהם הספר נתיבות משפט נתיב כ"ג ח"ט, וגם הב"ש מדברי הלחם משנה על אתר ע"ש מש"כ והשיג עליהם דאלו הרבנים לא הבינו כוונת ואמיתות דברי הרב המגיד מחמת קיצורו וצ"ע.

ועי' בגר"א (בחדושי'ם וביאור'ם מלווה על הרמב"ם הובא על אתר במהדורת פת"ק) לא התיישב בקו' זו כלל, אלא דחה דברי הרמב"ם מההלכה, לפי שלדעתו אין הירושלמי שייך כלל לא לערכין וגם לא לבע"ח, ע"ש שהאר"ך גם בתיוקן גירסת הירושלמי. ועי' באבן האזל שג"כ בירר וליבן כ"ז לרבות כל הפרטים בגר"א ובסו"ד הקדיש קטע קטן ליישב קו' הרב המגיד, ותוכ"ד הוא שמקור הרמב"ם בבע"ח לדמות מילתא למילתא לאחים שחלקו הוא משו"ת הרי"ף (נ"כ"ה האור' שמת) וכידיעו שתשובות הרי"ף לא היו מצויות כ"כ לעיני הראשונים רובם ככולם, עיין שו"ת רדב"ז תקנ"ג ושו"ת הב"ח י"ח וספר ארץ החיים (פתחת) כללים ד). ושם בתשו' מייירי רק בבע"ח ולפיכך העתיק ההלכה במקומה, אך בערכין לא נשאר להרמב"ם שום מקור להאי דינא, ובדין היה שיכתוב מעצמו (ויראה לי), אך אין דרכו לכפול הלכה אחת ב' פעמים במקום שניתן ללמדו ממק"א וזלת פעמים מועטים, ולפיכך בערכין העתיק רק דינא דמתני' והש"ס כצורתה וסמך אדינא דילפינן מסדרין לבע"ח ממסדרין דערכין ע"ש. אך לכאור' הוא קצת דוחק דסו"ס לא ילפינן ערכין מבע"ח אלא להיפך, א"כ ע"י השמטתה מהלי' ערכין שהיא המלמד וכתובתה רק אצל בע"ח הלמד הרי הרמב"ם צווח ואמר דלגבי ערכין א"א לחלק בין חול לשבת, וע"כ דינא דבע"ח דין מסוים הוא ולא נובע מהלי' ערכין ודו"ק. שו"מ כתוב כן במאמר המלך ד"ה ושמא אפשר לומר. ובאמת רבותינו האחרונים הגי' ג"כ הסכימו דדוקא

נקט הרמב"ם ולא נטו לומר דלאו דוקא. וכן הוכיח בשו"ת מהרלב"ח (סי' ג' ד"ה אמנם כמה) "אין לומר ילמוד סתום מן המפורש וכיון שבסידור ב"ח וכו', דאדרבה יש לנו לומר דכיון דבסידור בערכין לא פ"י כן נראה שלדעתו ז"ל אין חילוף שם כלל בין בגדי שבת ויו"ט לבגדי חול". וע"ש בד"ה ולע"ד נראה שרצה ליישב ע"פ הא דקיי"ל בב"ק קב: דכל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להם כסות אשתו מעיקרא ע"כ, (וצע"ק דלעיל שם לשון הש"ס הוא כל המקדיש נכסיו אין דעתו על אלו והלשון הזה העתיק הרמב"ם בחי' ערכין ומכבודו), וע"כ זה רק לגבי הקדש, דאילו לגבי בע"ח אי אפשר לומר כן, שהרי אפי' באחים השותפים שחלקו אין שמיין מה שעל בנייהם ובנותיהם בכסות החול, כדאיכא בב"ק יא: ובירושלמי קידושין (פ"א ה"ד). וא"כ שוב אי"צ "להקנות" אלו להם שכך הוא הסתמא. אבל בגדי שבת ויו"ט לא צריך להקנות ע"ש. ודבריו צ"ע וגם הוא עצמו בד"ה הנה נראה סיים "לפי שעדיין לא נשלם ישוב הדברים בלבי אשים קנאי ומליין ואשמרה לפי מחסום, כ"ש שהרב בעל מ"מ הניח הדבר ביצ"ק עיין". ובספר קדמון שם יוסף' על הרמב"ם שם ג"כ כ' כע"ז ע"ש בד"ה והנה על, וסיים עיין סימא דהמהרלב"ח כאן. וע"ע בצפנת פענח פ"ג ערכין ה"ד השני יישוב מפליא בסתירת הרמב"ם ע"פ כמה יסודות הש"ס בתרי התלמודין אשרי מבין כל דבריו וצ"ע. ובספר הליקוט'ם מובא פירוש מרב קדמון רבי דוד ערמאה ז"ל ולא ירדתי לסוף דעתו ע"ש צ"ע. וכע"ז כ' במאמר המלך מובא בקובץ על י"ד במפרשי יד החזקה ע"ש בד"ה ובעיקר קו' הרה"מ, ונראה דלפירושו זה נתכוון הרד"ע ז"ל, וע"ש שהבליע סברתו של דודי המחבר שליט"א וצ"ע.

ונראה דבאמת ח"ק וכו'. הנה כמדומה מצאנו יישוב דומה בדברי הגיורלי תרומה שש"י א' ח"א אות ד' ד"ה ובמה שמתה), אלא דלכאור' דבריו חתומים קצת וז"ל: אפשר לומר דכיון דמטעם אומדנא אתינן עלה דלא גמר להקנות לחלוטין לשלא יוכל למוכרו וכו' [לא ברור למאי נתכוון, וי"ל ע"פ המבואר ברמב"ם פ"ל מהלי' מכירה ה"ה ובאבה"ע סי' צ' סעי' ט"ו דמטלטלין שנתן בעל לאשתו אפשר במכירה לפעמים בדעבד ולפעמים גם לתחילה, וע"ש בדברי התרומות גופא "שמוכרין אותן"], א"כ איכא למימד דודאי מעיקרא כשהקנה אלו הבגדים המכובדים אסיק אדעתיה אולי יצטרך לממולת ולא הקנה אותם אלא אדעתא שיוכל ללוות על דעת שהבע"ח יפרע מהם, דמה לי על דעת שיוכל למכרו או על דעת שיפרע מהן חובו, דהא והא מפני צרכו עושה כן ונכסבא הוה כ' החלקת מחוקק שם ס"ק נ"א "דאין לך בע"ח גדול מאם אין לו מה יאכל" וע"ש]. אבל לענין הקדש לא אסיק אדעתיה מעיקרא כלל מזה, וממילא גמר והקנה אותם ולא עלה בדעתו

מאז להפקיע הקנין אצל ההקדש, ולא דמי כלל למכירה, ולפיכך לא כ' חלוק זה בהל' ערכין והביא המשנה בסתם עכ"ל הגד"ת. והנה עצם ההטרא לחלק בין ההלואה להקדש לא הסביר כ"כ רק שזה צורכו וזה אינו צורכו, ואולי יש להעמיס בכוננתו כמש"כ בפנים דכל מה שלא יהיה מתחילה להקדש אין לו הפסד והכל רווח. אך מש"כ עיקר תירוצו באופן גדר נתינתו לאשתו ועצם אומד הדעת שם, זה ודאי דלא כדברי דודי הגאון המחבר שליט"א שכ' כל דבריו על עצם מעשה השעבוד שלא השתעבר נכסים אלו והשתעבר נכסים אלו בשעת ההלואה, וכן לגבי הקדש.

ובאמת דברי דודי מוכרחין בשיטת הרמב"ם, שהרמב"ם (פי"ג ערכין ה"ד) פסק כטעם "שהמקדיש כל נכסיו לא הקדיש את אלו", הרי להדיא שהרמב"ם למד שכסותי אשתו ובניו הרה"ה שלו, ורק בהקדש לא הקדישם, ובבע"ח מאיזה טעם משעבדם, ועכ"פ אינו ממעטם וכמש"נ. ואילו הגד"ת העלים עין מזה ומפרש כאילו "אינם שלו" הואיל וגמר והקנה אותם בשעת נתינתם לאשתו, ואפשר זה עולה יפה בדעת רש"י שכ' "מפני שאינם שלו" וכאמור, אבל להרמב"ם זה אינו וצ"ג. וזהו סרה קושיית החלקת מחוקק שהק' סתירה בין המחבר באבה"ע (ע"ב) שכ' שאין הבעל רשאי למכור חפצים שנתן לאשתו בין בגוי חול בין בגדי שבת, ואילו בס"י צ"ז סעי' כ"ו בבע"ח כ' שגובה מבגדי שבת ויו"ט כדעת הרמב"ם הנ"ל, והנהי' בקושיא. ואלא לדברי דודי הגהמ"ח שליט"א כפתור ופרה, דדעת הרמב"ם (והמחבר) הוא דוקא בעת ההלואה וההקדש האם דעתו על אלו אם לאו ולא אמדינן ולא דינינן מה היה בשעת הנתינה לאשתו וב"ב, דממ"נ הרי עדיין כולם שלו, והא דאסור למכור הוא איסור דרבנן לא שייך לחוש משפט וכמבואר במקומו ודו"ק היטב. וע"ז בספר שלל דוד על הרמב"ם שם (בכפופי די החוקק ד"ה ר"מ) שכוונן לסברת דודי אלא שהדגיש עצם גדר הנתינה לאשתו וע"ד הגד"ת, אבל עצם הסברא כ' כמעט מפורש ע"ש, וע"ע במרכת המשנה כאן בקצרה בסו"ד.

אב"ב בערכין וכו' אי"ז נופ"ב בחשבון הנודר
אל"א בחשבון הקדש. הנה בהשקפה ראשונה היה נראה לומר דאילו דודי הגהמ"ח שליט"א לשיטתיה עמש"כ לעיל שט"ו פ"ז דעל מה שמסדרין לו אינו חייב להשלים לכשיתעשר וכדי הישג יד דנפטר לגמרי ומשלם רק מה שנשאר לו עכשיו. ולפיכך סבר הרמב"ם כאן דמעט הנודר בגדי שבת ויו"ט דזה נופ"ל בחשבון הקדש ואינו עומד להפסידו לעתיד. אך לדעת הגרי"ז ור"י מאיר שמחה דס"ל בדעת הרמב"ם דכל מה שמסדרין אינו נפטר לעולם רק שאין בית דין נזקקין לטורפן, וגם הביא הגרי"ז מפורש בתוספתא כלשון זה ד"אינן נזקקין להוציא מה שצריך לכדי חיותו, לכאורה אל"א לפרש כן כאן בדעת הרמב"ם

דרוצה להציל בגדי שבת, והלא יעמיד על עצמו חוב לעולם עד שיתעשר ויתחייב לשלם כנגד כל מה שסידרו לפניו. וכאשר הרציתי הדברים לפני דודי שליט"א אמר לי דלא קרב זה אל זה, דכאן מיידי בכסות אשתו ובניו ולא כליו ומזונותיו מטתו וכדי חיותו, וא"כ לאו מדין מסדרין לבעל חוב אתיא, אלא כמש"כ הרמב"ם "דאין דעתו על אלו", ופשוט דכנגד אלו הבגדים ליכא חוב לכשיתעשר לכלול עלמא, ופשוט, והכי מפורש בסדר ההלכות שברמב"ם שכ' הלכה זו דכסות אשתו ובניו בהלכה י"ד קודם דין דמסדרין לערכין שהוא בהלכה ט"ו עתה"ד דודי הנ"ל.

ש. להשלמת הענין ראינו לנכון לידון בדבר החדש. הנה ע"י במשנה למלך בסו"ד בהלכה זו הביא ענין אחר (וק"ק מה שיכתא להכא) וז"ל: נשאל מוהרש"ן בתשו"ת ח"ג סי' ס"ז על ראובן שהיה עליו בע"ח הרבה וכו' ועתה נפלו נכסים לאשתו בירשה שירשה מאחיה, ושאל השואל אם יש לו זכות לב"ח לגבות מאלו הנכסים, והשיב עיקר דהאי מילתא תליא בפלוגתא דפליגי ר"י ור"ל (נשין מ"ז) בקנין פירות אי בקנין דפליגי הוי או לא כו' יע"ש. וזה שתלה הרב הוראתו במאי דקיי"ל (יבמות ל"ג) דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי משמע דאילו הוה פסיקא לן מילתא כו"י דקנין הגוף דמי הוי בע"ח גובים מנכסי מלוג וכו', ואלו דברים בטלים חוץ מכבודו דמאי איריא זה לזה וכי נכסים שהם שלה יקחו אותם ב"ח של בעלה משום דקנין פירות כקנין הגוף דמי, ולא איתמר אלא גבי כבודים וכיוצא בהם כדי לקרות שהם שלו עכ"ל המל"מ.

ודודי הגאון המחבר שליט"א הוסיף לתמוה על שניהם ז"ל, והלא להבעל יש קנין פירות כשלעצמו, ואוכל ועושה ומרוויח בכל אלו הנכסים וזכותם אלו הם של הבעל, וא"כ למה יגרע כ"ז משאר נכסי הבעל דגובה הבע"ח מהם מדין מנייה אפי' מגלימא דעל כתפיה ועצ"ג. ותירץ לי בזה, לדעולם כבר הורה לן הרמב"ם דהא דאין נכסי אשתו ובניו נגבין (בערכין) הוא בגלל שאין דעתו על אלו (הגם שבהל' מלוה לא נקט הרמב"ם טעם זה "אלא הרי אלו שלהן" ע"י). הרי שאין דעת האדם שולט בסתמא על נכסים המיוחדים לאשתו, וא"כ גם בנכסי מלוג הכי הוה דאין דעתו על אלו, אך בזה חידש המהרש"ך דבאמת גם על הקנין פירות יש לדון כיוצא ב"ב, ר"ל דאם נימא דק"פ כקנין הגוף ע"כ שם נכסי הבעל על אלו הנכסים, א"כ שוב אויל דעתו עליהן ונכללן בהשעבוד והגביה דשפיר שעבדן לבע"ח, וצ"ל ע"ד מש"כ הרמב"ם פ"יח מלוה ה"א דאף ממנייה ומטלטלין צריך לדין ערבות ושעבוד לגבות ע"ש, וגם מצאתי מפורש בירושלמי בענין מסדרין דיכול האדם לומר מן הכל ניתן להגבות ממני חוץ מחפץ פלוני ודו"ק], ואתי הבע"ח וטרף ממנו ואוכל ועושה על דרך שהיה עושה הבעל. אבל ודאי לא כוון

המהרש"ך לומר שיהיו גובין גם את קנין הגוף ולהשאר אצל המלוה לנצח, דמה מכר ראשון כל זכות שתבוא לידו, ולא יותר מזה, ואלא הואיל וקיי"ל ק"פ לאו כקה"ג, ע"כ שם הנכסים הויין בשם נכסי אשתו וממילא אין דעתו עליהן, ושוב לא איכפת לן אם בעצם קנין הפירות הויין של הבעל בבעלות גמורה, דהואיל ועל אלו הנכסים דעתו מסולקת מהן אין להבע"ח זכות בה עתה"ד. וצ"ע דעיי' בפנים בשו"ת המהרש"ך שם בסו"ד ד"ה ועתה, שבעצמו דן בשאלה זו האם יכול הבע"ח ואלו דבריו: לגבות מהרוח שירויחו הנכסים כיון שיש לבעל זכות באותו רווח, והיינו ששאלה זו הוא שאלה נפרדת משאלה הנ"ל, וע"כ דעד הנה איירינן בגביות הנכסים ממש, קנין גופן, והשתא הוא דן בנידון השני, קנין הפירות. וע"ז מסיק טעם אחרתא למה אין גובין, מהא דכתובות (פ.) בעל שמכר לפירות מהו, ומסיק מה שעשה לא עשה ולא כלום, וטעמא קאמר רבא משום מוח ביתא, ר"ל שיהנו שניהם הבעל והאשה מן הפירות, וא"כ אין מקום לומר שיוכר בעלי החובות בן הרווח שירשה אשת ראובן הנוכרת דא"כ ליכא רווח ביתא, אח"כ ראיתי בספר השלישי של הרב הגדול מהר"ן י' לב (ס"י ק"י) בשם בעל התרומות (שער ר' ח"ב - א) סברא זו מפורשת עתה"ד המהרש"ך. הרי להדיא דגדר גביית פירות מהבעל נמנע מבע"ח מדין נפרד לגמרי. ואמת היתה כוונת המהרש"ך לתלות דין גביית גוף הנכסים בין פלוגתת ר"י ור"ל והדרא תמיהת המל"מ עליו וצ"ג.

ושאלתי את ידידי הרב יעקב אינזליכט שליט"א וזה תוכ"ד: הנה עצם הפירות שיש להבעל אין אנו דנין עליהם, כי זה נידון נפרד ואין לבע"ח זכות בהן משום טעמא אחרתא דרווח ביתא וכמש"נ. וגם לטרוף גוף הנכסים לעולם לא יעלה על הדעת וכמש"נ דלא היא כח הבע"ח יפה מכח הבעל בנכסים אלו. וע"כ אין אנו דנין אלא על גביה של קנין פירות, ר"ל זכות זה של הבעל להעבירן לרשות הבע"ח. והנה יש לחקור ביסוד הזכות דק"פ: א) דהוא קנין בהנכסים ובעלות כמו בשאר חפצים. ב) אינו קנין אלא הוא שעבוד על הנכסים שהם משועבדים לפלוני לענין פירותיהם וכיוצא ב"ב. וראיתי לא מרבותינו הראשונים ז"ל שכ' מפורש דגדר זה הוי שעבוד ושכחתי מקומו]. ואפשר היינו טעמא דאם יפקיר בעל הק"פ לא יצטרך בעל הגוף לעשות מעשה זכיה, דממילא הוי שלו, כמש"כ בשיעורי ר' שמואל ב"ב קלג. אות קל"ט בשם רבו הגר"ש שקאפ ז"ל. ואשר נראה דבהא פליגי ר"י ור"ל, ור"י יוחנן ס"ל כצד א' הוי קנין ממש, ולפיכך ס"ל בכל מקום קנין פירות כקנין הגוף, והיינו שיש לו קנין ממש בגוף הנכסים. וריש לקיש פליג וס"ל כצד ב' דאינו קנין אלא שעבוד בעלמא. וואולי דוגמת פלוגתא זו מצאנו גבי תנאי

ומועטין, אלא דאיכא נפק"מ במרובים ונתמעט ע"ש. והתוס' (ד"ה יתומים) אינו ברור מה ס"ל, ועי' במהרש"א שביארו ע"ד שאר ראשונים (במבואים אין מפרשים). אך ברש"י הסיע דברי התוס' לאופ"א ע"ש וסיים ודברי המהרש"א בזה מגומגמים. וכן משמע בביאור הגר"א אבה"ע (ק"יב כ"א).

ביאור וכו' מפרשים וכו' אפוטרופוס או פשיטא. עי' ברבינו יונה שכ' שהגבו אותו בית דין או ביד שלישי. ועי' ברמב"ן ור"ן שכ' אפוטרופוס או ביד ב"ד. אך ברשב"א כ' שלהבנות עצמן הנכסים. וע"ש שקדקד כן מלשון הגמ' לאופ"א ומכרו. והביא שכן פרש"י בכתובות (נא), אך ע"ש בסו"ד (ד"ה מועטין) שממעט חידושו בזה ע"ש. ועי' ברמ"א (סי ק"יב סעי' י"א) שכ' שאחר שנמסרו לאפוטרופוס וכי"כ מיקרי שהחזיקו הבנות וממכרן של בנים לאו מכירה, וע"ע באבני מילואים בנקודה זו, ובאמרי בינה אבה"ע סי' כ"ח.

ביאור וכו' והוי כמשכונן וכו'. גם רעק"א נתן הגדרה זו, ע' אותיות דרעק"א (תוס' ד"ה יתומים שקדמו, ובחי' השלם), וע"ש שבא להציל הרשב"ם מקו' התוס', דס"ל דלא מהני מכירת הבנים אחר הפרשת ב"ד, לא דאינו שלהם ממש אלא דלא גרע ממשכונן על חוב מזונותם.

ולכאורה וכו' והשאר נשאר בלי הפרשה והבנים יש להם זכות וכו'. וכ"כ בשיעורי ר' שמואל כאן (אות קפ"ה), ובגדר האי הפרשה ל"ע ועי' בפרק הסמון ביתר ביאור. ויש להסתפק אם יש להפרשה זו שום שייכות ודמיון למש"כ רש"י פסחים לא. (ד"ה ומת) "באותן המעות" (ד"ה דינא) "מעות בעיני", ולדברי הנתה"מ דייחוד מעות ודבר לפרעון מהני ליחשב החוב פרוע (לכפה דינים), וכמו שנתבאר כ"ז (בריש שער קניעות ומטלטלין), אור"ד מילתא אחריתא היא לגמרי וצ"ת. ונראה דשפיר דמי ודמי, דעי' ברא"ש כאן (סי' ב) שהביא לשיטת רב האי גאון (וכ"ה בהרשב"א ובמ"ה את ד"ה ובשמ"ק שש"ת הר"י פינחס, ועי' בגמ"ס פ"י אות ל) דנהי דאם קדמו הבנים ממכרם מכו, מ"מ המעות נשתעבדו, (אע"ג דשאר המעות הרי"ה שלהם), ותפסו עליו כל הראשונים כולם דלא שייך מושג כזה "דהני זווי לא אשתעבדו לבנות אלא שעבדייהו אנכסי אבהון" ע"ש, (ועי' בחמסל שהמשיל עליו הרא"ש). ואלא לפי"ד ביסוד ופשוט דינא דהפרשה הכל ברור ופשוט ואי"צ לפנים. ועי' בסו"ד שהביא לדברי רב האי ודחיייתו עליו והמדקדק בלשונו יראה דאפשר הרגיש בנקודה זו (ע"ש סו"ס ק"יב).

ש"ו פ"א

ודייק הרשב"ם וכו' במועטין ונתרבו וכו' ולא כ' שהושבעו הנכסים. ובאמת המאירי נקט רק "שהוקרו", והלא דבר הוא. ובאמת גם ההפלאה דקדק הכי בדברי הרשב"ם, עי' קונטרס אחרון הלי' כתובות סי' ק"יב (סעי' י"ב [י"ט] ד"ה ואם), וכן דקדק בשו"ת הרשד"ם (סי' רמ"ב), וכן דקדק רעק"א באותיות דרעק"א (הובא

ממכירתו, ונהי דאינו רשאי, אי"ז אלא איסור דרבנן, ודלמא לא גזרו אלא במכירה, אור"ד לא גזרו אלא בענין צו"ב. הא מיהא היו גובין הבע"ח ושוב "אין האשה יכולה להוציא מידם" והכי דייק שפיר לשונות המהרש"ך שלא נקט אף פעם גביה מק"פ, רק "מאלו הנכסים" "מהנכסים עצמן" "בנכסים עצמן". שוב אמר לי דודי הגאון המחבר שליט"א דרך חדשה ופשוטה גם יחד. דלעולם בכל קונה קנין פירות ולא גוף יש בעיא גדולה לכאורה דמאחר שאין לו זכות לירד לגופו שוב איך יהי לו קנינו לפירות והרי הוא גם מחזיק ותופס בגוף השדה שאינה שלו. ועי' צ"ל דע"כ במוכר שדהו לפירות, ובענינינו בנכסי מלוג, דעתם להרשות בעל הפירות לירד לשדה ולהשתמש בזכות הפירות שלו, והוא כסתם דעת או כאומדנא דאיכא נתינת רשות זה, דבלא"ה לא העזילה ההקאה לפירות. ולכן כ"ז שייך אצל הקונה בעל הפירות עצמו, אבל לגבי אחר והבע"ח אין לו הרשות המסוימת הזאת ושוב חסר לו אמצעי לירד לגוף הקרקע להשתמש עמה להפירות, ומשו"ה ס"ל להמהרש"ך דאינו גובה בק"פ דבעל. אך כ"ז אמת לר"ל דס"ל ק"פ לאו כקנין הגוף, דלשיטתו בענין האי רשות נוספת לאחוז בגוף השדה לפירותיו. אך לדעת ר"י דס"ל ק"פ כקנין הגוף הרי בעל הפירות ממש כבעל הגוף, בעידן שהוא בעל הפירות, וא"כ אי"צ לשום קבלת רשות מבעל הקה"ג, והק"פ גרידא מאפשר לו לאחוז גם בהגוף, וא"כ גם הבע"ח היה יכול לטרוף הפירות ודו"ק. ויש להביא ראיה נכונה לסברת דודי המחבר שליט"א ממש"כ הר"ן בנדרים מה: ד"ה רבי אליעזר בן יעקב בא"ד בענין זכות השותף בחלק חבירו וז"ל: כל חד מהנך שותפין יש לו לעולם בחצר זה קנין הגוף, דהיינו חלקו וקנין שעבוד בחלקו של חבירו שאין הלה יכול לעכב עליו מן הדין אצ"ג דלא קנה ליה גופא עכ"ל. הרי דיש זכות ודין מסויים ליכנס לרשות חבירו בנפרד מקנין פירות ושעבוד והבן.

ש"ו פ"ב

ביאור הענין וכו'. כ"פ הראשונים, דהקשו על לשון המשנה שהבנות זיונו במועטין ובמרובים, א"כ למה חילקה המשנה לשתים, ליתני הבנות נזיונות וממילא ידעין דבמרובים השאר לבנים, [וכן משמע קצת מהרשב"ם קמ. ד"ה כבר זכו, דבאמת בנכסים מרובים גם ד"כא איזה הפרשה]. ותירצו הר"י מיגש הרמב"ן הרשב"א והרא"ש, דרק בנכסים מועטין איכא הפרשה ממש להבנות ובנכסים מרובים כולו ברשות הבנים קיימא. וכ"ה לשון הרמב"ם (י"ט - י"ח) "יירשו הבנים כל הנכסים וכו'", "מוציאים מהם מזונות לבנות", וכן דקדק הרשב"א מהש"ס גופא (ק) אמר רבא מוציאים להם מזונות וכו' ע"ש. ועי' ברי"י מיגש עוד פ"י דבאמת אין נפק"מ בין מרובין

ואמוראי דפליגי אי שעבודא דאורייתא א"ל, ואמר הריטב"א בקידושין י"ג דפליגי במהות הענין דמר סבר דלשעבודו היו קנין לחצאי, ומר סבר אה"נ, אבל אין קנין לחצאי ויל"ע. ועל פי זה נבוא ביישוב דברי המהרש"ך, דאמנם גם הנכסים הוי"ן האשה ולא להבעל, אבל הקנין פירות הוי"ן של הבעל ושפיר היא בר גוביינא, ועי' תלה המהרש"ך דזה אמת רק לר"י דקנין פירות כקה"ג, אבל לר"ל דק"פ לאו כקה"ג ע"כ אינו אלא שעבוד בעלמא, וכ"ש בנכסי מלוג שכ' התוס' בב"ב קלו: ד"ה רבי יוחנן ק"פ דבעל לאו אלא מדרבנן, וע"ע ביבמות לו: תוס' ד"ה קנין פירות, "קה"ג דאשה עדיף שאין לבעל פירות אלא מכתה", ועוד כתבו "דאין לבעל פירות אלא בתקנתא דרבנן", וכ"כ בחזקת הבתים נ. ד"ה קסבר ע"ש. וכן מצאתי כלשון זה 'שעבוד' בשו"ת דרכי נועם להמהר"ם הלוי יוד"ס סי' ט' והובא בקצרה במל"מ בהל' עבדים סוף פרק ה' 'אלימא שעבודיה למהוי כקה"ג'. והאינינו ר' ארי סאבלמאן שיחי' דגמ' מפורשת היא עי' בכ"ק צ. 'אלמוה רבנן לשעבודא דבעל, וכן אייתא בכתובות ט: לגבי שר. שעבודיו של הבעל כגון מעשה ידיה שהם משועבדים לבעל ע"ש היטב, ולשון הרמב"ם מדגשת את הענין, עי' פ"ב מנדרים ה"י 'אמרה יקדשו ידי לעושיהן וכו' אינו נאסר במעשה ידיה מפני שיריה משועבדין לו וכו', חכמים עשו חיווק לשעבוד הבעל', וע"ע פ"ו מערכין והרמים הכ"ח, 'אמר לה יקדשו ידך לעושיהן והואיל והן משועבדין לו הרי כל מעשה ידיה קדש'. ועי' באבני מילואים סי' פ"א ס"ק ב' ד"ה ומדבריו שג"כ עמד בלשון זה ודקדק דיש לבעל שעבוד ממש וזה כעין הנכס שלו ע"ש ואכ"מ. והיכי נגבה לשעבוד זה וכי שטר יש כאן, וכי חוב יש כאן, הא אין כאן כלום, ולפיכך הוי דבר שא"א להעבירה לבע"ח, ואולי חשיב דבר שאין בו ממש עת"פ. וכע"ז תי' ידידי ר' ארי סאבלמאן שיחי' דהא דבע"ח גובה אפי' מגלמא דעל כתפיה, אכן צריך שהדבר יהיה כגלימא.

ונראה לומר יישוב אחר ע"פ הא דקיי"ל ברמב"ם פ"ל מהלי' מכירה ה"ה: בעל שמכר מטלטלין של נכסי צאן וברזל וכו', אע"פ שאינו רשאי, אם עבר ומכר או נתן, קנו הלוקחות ואין האשה יכולה להוציא מידם עכ"ל. הרי להדיא דבנכסי צאן וברזל אע"פ שזכות הבעל בהן אינו בהחלט גמור, דאחר מיתתו וגירושו חוזרין לאשתו, מ"מ המכר בהן חל. ועמש"נ שט"ו פכ"ה. ואשר יראה לפי"ז דגם נכסי מלוג אפשר שמכירתו של הבעל מכו, וזה שאינו כן כמבואר ברמב"ם שם ה"ד היינו טעמא משום דאין להבעל אלא ק"פ ואנן קיי"ל לאו כקה"ג. אך לר"י דס"ל כקה"ג י"ל מילתא חדתא דהוי"ן בנכסי צו"ב והוי כשלו גמור וכני"ל. וזהו י"ל דבאין הבע"ח וטרפי' וגביא מהבעלים דלא גרע

בהחדשות קפ.), ועי' בשיעורי ר' שמואל (אות קפ"ו) שעמד על זה, (הביא שבירושלמי כתובות פ"ג כ' להדיא והוקירו הנכסים), וע"ש תירוצו המופלא בד"ה ולי נראה, וע"ש כמה נפק"מ לדינא.

ורייק וכו' מבוראים היטב אפי' הדגן שיוטת דבג"ח גובה שבה וכו'. ובאמת ההפלאה כ' ליישב דע"כ ס"ל לרשב"ם דבהוקרה חשיב שבת, ומשו"ה אין גובים הבנות מהם (ולא הוי מרובים כלל). וגם הרעק"א סליק על דעתיה לומר הכי דז"ל: היה נ"ל לומר דרשב"ם ס"ל כשיטת הרמב"ם והשו"ע חו"מ (פי' קט"ו) דגם הוקרו הוי בכלל דאיני, א"כ ממילא אין ניונות מהם דאין גובים מן השבח ומן הראוי עכ"ל. הרי להדיא דס"ל להני תרי קדמאי דהרשב"ם מתפרש רק אליבא דמ"ד אין גובין את השבת, דלא כמש"כ בפנים וצ"ע. אך ע"ש ברעק"א ששינה דעתו "אחר העיון" וכו' להוכיח דשיטת הרשב"ם הוא היתומים נסתלק, דאל"כ האין כ' הרשב"ם דאפשר במציאות שהבנות יקחו עודף ממוזנותם, והלא היתומים נמי קיימים, אלא ע"כ דהוי כדידהו ושלם אשבת. וע"ש שמטיק דאה"ג גם אם הוקרו ובע"ל, שכי' משום דהוי ראוי. וכע"ז פסק הבית מאד (ק"י). אך לכאורה הוא דוחק בלשון הרשב"ם. וע"ע באילת השחר (קפ. ד"ה רשב"ם ומת רבו) שכתב "ובחי' הגרעק"א ככת"י רצה לחדש בזה חידוש דדוקא בהולו מוזנות ולא בהולו נכסים וצ"ע ק". וצ"ע דחור ביה רעק"א מזה. ועי' בסמוך.

ורייק וכו' מ"ם ההפרשה לא נתפשטה דאין ההפרשה וכו' ולא יותר. וכוזה נתיישב ק"י [ההפלאה] רעק"א ברונת. אך ראית רעק"א לכאורה איתנות, דמהכ"ת יהיה שייך לבנות ליקח חלקם בעודף יתר משיעור מוזנותיהן, וזה סמך דלא כמש"כ בפנים וצ"ע. ועי' לקמן ד"ה ולפי"ז כמה שאכתוב א"ה. וליישב הג"ר ר' שמואל רוובסקי ז"ל (ספ) מתיישב הכל בנחת ולא בצער ע"ש. וע"ע דבר חדש ומיוחד ליישב דיוק הרשב"ם, בספר פתחי חושן הדיין ר' יעקב שעי' בלוא ז"ל (חלק שמיני פ"ב הערה ע"ב) וז"ל בקיצור: ולכאורה אפשר שלא פי' כן הרשב"ם אלא כשהנכסים נהפכו מדין מועטים [שהיו קצת יותר ממוזן הבנות], לדין מרובין. ונמצא שאין הדיין בזה אלא אם יש לתת מזון הבנות לדידהן (או השלש, אפ"תופס, ב"ד) או להניחם בידי הבנים. וכוזה גופא איבעי בגמרא מועטים ונתרבו מאי, ולכן פי' הרשב"ם דאיירי בהולו המוזנות, דכיון שאותו סכום הוא שיתן להם, אלא שישאר מותר מחמת זולא, אפשר שמשאירים אותו בידם, שמא שוב יתייקר, ולאחר שיבגרו וישאר מותר יחזירו לבנים. אבל בשבח שנוסף על מוזנותם, פשיטא לן שחור לדין מרובים, וע"ז לא איבעי לן. אבל אה"ג אם היו באמת מועטין פחות ממוזן הבנות, ונתרבו ע"י שבת ועדיין מועטים הן, אפשר שמשלימים להם מוזנות אף מן השבח, וממילא אין להוכיח

מכאן וצ"ע עכ"ל. ודרך זה הוא כעין התי שכתב בפנים בסמוך ד"ה ולפי וע"ש בציון מה שיתברר עוד בזה.

וכתב הרשב"ם וכו' אולם לכא"פ גם להרשב"ם וכו' אלא נראה דנפק"מ וכו'. וכ"כ ההפלאה (ק"ב כ"א) ע"ש. אך ע"י בטור שכ' בשם הרשב"ם שיתכן שחלק הבנות נפסד, ועדיין חלק הבנים קיים, ואפ"ה אין הבנות ניונות עמהם. וע"ש בפרשה הדוגמא לזה, וזה דלא כמש"כ בפנים וצ"ע (וע"ש בהפלאה בסוגריים מה שהעיר ע"ז).

והנה וכו' מה שתפסה תפסה וכו' וכן פסק הרמב"ם (פי"ח אישות ה"ט), אך הרמב"ם במקומו (הל' אישות פ"ט הל' כ') השמיט דין זה דתפיסה מהני, ומשמע דס"ל דלא מהני, וכן דקדק הש"ך בספרו תקפו כהן (בסי' טו) כשמבאר ענין התפיסות באיבעיא דלא איפשטא ותיקו, כ' דהרמב"ם כתב בכל המקומות גבי בעיא דלא איפשטא אם תפס לא מפקינן מיניה חוץ מאיזה דוכתי, וכגון פי"ט מאישות (ה"ט), אלא ודאי כדארמון דגם הרמב"ם ס"ל בקצת דוכתי דלא מהני תפיסה, וכן כתבתי לקמן סי' י"ט אות ב' בשם הר"ן (פי"ק יקדושין ד"ד ע"ב מדפי הרי"ף ד"ה גיטין) והרב המגיד (פ"א נזיקי ה"א), ויש טעם לדבר עכ"ד וצ"ע.

והנה וכו' נראה דס"ל להרשב"ם וכו' מה שתפסו תפסו. עי' ברמב"ן מה שכ' בזה לענין תפיסת היתומים מזון הבנות (קדם ומכ"ה), וע"ש מש"כ (בד"ה הביא) בדעת הרשב"ם.

ולפי"ז וכו' ואנ"י דאין תפיסה בקרקעות, שאני הכא שנעשה ההפרשה ע"י ב"ד. עומק סברא זו יובן ע"פ הא שנתבאר לעיל שטי"ט פל"ג ד"ה ויתיישב, ע"פ יסוד הנתה"מ (פי' ק"א ס"ק ב) דגביית ב"ד מהני על שטרות להנכסים ברשות המלוה אע"פ דלאו בני קנין ניהו. הרי דגביית ב"ד ענין אחריתי הוא ומועלת אף באין אפשרות של קנין, והוא הדין הכא י"ל דמהני גבייה אע"פ שלא מהני כה"ג (בקרעיות) תפיסה.

ולפי"ז וכו' הנוסף נשאר ביד וכו' כמו במועטין ונתרבו קצת וכו'. וזהו כפי' הפתחי חושן לעיל (ד"ה ורייק) ע"ש מה שהסביר לפי"ז איבעית הש"ס.

שם וכו' נתבטלה ההפרשה, ומכ"מ שיעור מוזנותיהן וכו' נשאר וכו' תפוסות בהנכסים ע"י ההפרשה. ונקודה זו הוא חידוש יתר מדברי הפתחי חושן הנ"ל, ע"ש שדקדק לכתוב שמהני לגבות מהיוקר והשבח כ"שעדיין מועטין הן, ולא הפריז לכתוב דבכל גונוי זכין עד כשיעור מוזנותיהן. ויל"ע במאי קמפלגי, וכמובן נפק"מ רבתי לדינא. ובסיכום יש לנו חמשה דרכים בדיוק הרשב"ם: א) ההפלאה (דע"מ) - דיוקרא ושבח לאו בר גבייה. ב) רעק"א - דגובין כה"ג (ולא דוקא, ג) הג"ר שמואל רוובסקי ז"ל - דביוקרא ליכא מצב של מועטין דדי לשניהם שיונוי ופשוט דהוי לבנים. ד) פתחי חושן - דפשיטא לן דעד כדי שיעור מוזנות גובין. ה) משנ"ת

פנים - דאף כשבתלה ההפרשה ע"י שנעשה מרובין מהני תפיסה.

ש"י"ז פמ"ב

ויש דקדק וכו' ולמה תיסק אדעתין וכו'. יש ראשונים שסליק אדעתן לומר כן אף לדינא, עי' תוס' (ד"ה יתומים שקדמו ומכ"ה) וז"ל: פי' בקונטרס וכו' ומיהו לר"י נראה דאפי' כבר תפסו הבנות או הגבו להם ב"ד, אם מכרו אחים מכור, וכן משמע ביבמות (סד) עכ"ל. וכ"כ תוס' שם ד"ה שקדמו דכוונת הגמ' "שקדמו" היינו לפני שהבנות אכלו את הנכסים. וכ"כ רבינו יונה (ד"ה פשיטא) והרשב"א והריטב"א (ד"ה מועטין), וכ"כ הטור אבה"ע סו"ס ק"יב בשם י"א שאפי' אם מכרום אחר שהחזיקו ב"ד בנכסים שמכרו מכר. והבי' כ' שזה תוס' שלנו, וכ"כ הרב המגיד (פ"ט אישות ה"ט), ונכנראה יש טעות סופר בב"י, שציטט ממ"מ שאף הרשב"ם כ"כ, ולפנינו ליתא במ"מ, וברשב"ם לפנינו כ' להיפך. ויש לרדן לתת תבלין לדבריהם לפי קושיית רודי המחבר שליט"א כאן, שמזמו הרשב"ם, והכח למכור קודם ההפרשה מילתא היא.

שם וכו'. ובדעת הרמב"ם נילאו המפרשים לגשת אל סודו. ונראה דהנה כתב הר"ם וז"ל (פי"ט ה"ט): ואפילו לא נתרבו אם קדמו הבנים ומכרו נכסים מועטין מכרן קיים עכ"ל. וצ"ב למה השמיענו דין זה כה"ג "ואפי' שלא נתרבו", ליתני סתם "אם קדמו הבנים ומכרו נכסים מועטין". עוד ק' אם כ' שזה מועטין ע"כ ידעתי שלא נתרבו, דאלת"ה הלא כבר היו "יורשין אותן" הבנים וכלשון הרמב"ם לעיל. ואלא ודאי נראה דהרמב"ם מיירי שלאחר הגבייה מכרו, וזהו שכ' "ואפי' לא נתרבו", שזה אופן היחדי לבטל ההפרשה ולידון בו דין ירושה (וכל' ה"ט), וג"כ אפשר לבטל כביכול את ההפרשה (בד"ה רשע, ע"י מוטה כא). וזהו כוונתו "ומכרו נכסים מועטים", ר"ל אלו המועטין שכתבתי בהן בהלכה י"ז "מוציאים מהם מוזנות", (ובדקדוק הרשב"א מלשון רבא בסוגין מוציאין - דהיינו דלאו תחת ידם) מ"מ המכירה חלה עליהן. והמחבר (פי' ק"יב סני' י"ד) נמשך אחר לשון הרמב"ם בזה הנקודה. ולפיכך נראה לי שכן הכרעת דעתו. ויש לזה גם סיוע מהרמ"א שם שכ' ע"ז בזה"ל: וי"א דדוקא קודם שהחזיקו כה"ד הבנות בנכסים עכ"ל. ואינו מובן למה כתב בלשון וי"א, והלא המחבר לא כ' היפך זה אלא סתמא. זאת ועוד, דבהגהת הרמ"א הלזו הקדים עוד דין השנוי בפלוגתא (בין הראש וד' וראו גאון) וסנאה בלשון סתם, והשמט לשון "וי"א", רק אח"כ בדין שני הוסיף מילה זו. ע"כ אף הוא ז"ל ראה בעינו החודרת שהשו"ע מיירי לאחר הפרשת ב"ד. ועוד, ששני הדינים הללו הויין מהכרעת הטור בדעת אביו הראש"ו וד"ק.

ויש דקדק וכו' ומה י"י שיש להם תפיסת יד בהנכסים. וק"י זו קשה גם על השו"ע (פי' ק"ב סני' י"ד) וז"ל: הוי מועטים בשעת מיתה ונתרבו

אח"כ הבנים יורשים אותם [ע"כ מלשון הרמב"ם. מכאן הוסיף ב' מילים מדיליה: "כדין מרובים" עכ"ל. ואינו מובן מה הרמז בזה. והוסיף (ס"ק י"ד) כתב דכותנתו לומר דהואיל וגם במועטין ממכרם מ"כ ע"כ שיש להם תפיסת יד בנכסים, וע"כ כשנתו בו דינם כמרוכין בעלמא ע"ש. הרי שנקט סברת הרשב"ם בתוך נוסח המחבר.

ונראה וכו' לעכב הירושים וכו' בפועל
מליהנות מן הנכסים וכו'. וכן משמע ברישב"א (ד"ה מועטין) וז"ל: דלא אלמוה רבנן לתקנייהו לאפקועי מיניהו רשות הירושיין לגמרי עכ"ל. והיינו עשו חכמים דבר אחר ולא אפקעתא דממון ורשות ממש, ומאי ניהו, הרי אומר כהגדר שכתב בפנים. וז"ל העליות דרבינו יונה (קטע ראשון בפרקין בא"ד): ונראה לי טעמו של דבר לפי שמונות הבנות ממקרקעי, והקרקעות בחזקת היתומים הן כל זמן שלא מכרום הבנות, ואין ב"ד מגבין לבנות להקנותן להן, אלא להרשותן בדין המכירה עכ"ל. הרי שפתינו ברור מללו שכל דין ההפרשה אינו דין ממוני או שינוי בנזק השדה כשלעצמה אלא ענין אחר וכמו שכתב בפנים. והכי מבואר בכפליים באבני מילואים (ס"י ק"יב ס"י י"ד) שכ' לחדש דבעצם אף להלכה (להרשב"ם) אין חילוק בין קודם העמדה בדין או אח"כ, וכל החילוק הוא דאח"כ איכא פסק ב"ד, וקיי"ל (בתוס' ס"י ל"ט - ט"ו) דדינה כמלוה בשטר, וא"כ הבנות נעשו לבכ"ע, ומעתה כוחם ליתרף מלקוחות, א"כ אע"פ שכל לזה לזה יכול למכור נכסיו המשועבדים, מ"מ דינו של בעל השטר לגבות וליתרוף, ולעולם אין בהפרשה זו הכנסה לרשות הבנות ממש, והוא נפלא ע"ש. וזו עולה יפה עם מש"נ בפנים. ויש עוד ראי' נכונה ממש"כ לעיל שט"ו פ"מ דהפרשה הוי כמשכון, וכ"כ רעק"א ע"ש.

ונראה וכו' או דלמא הוציאו רבנן את הנכסים מרשות הבנים וכו'. ומסתברא דהוה שיטת הראשונים דמהני מכירה לאחר הפרשה (ולאב"ם, גם להרשב"ם), וכן משמע מלשונות הרשב"א והריטב"א (ד"ה מועטין). וע"ע בספר ישועות דוד (להגרי דוד פורבסקי ד"ל ס"י ל"א ד"ה ונתב דין נכסים מועטין, שהסביר דין מונות הבנות לא מריני חוב ובעי"ת אלא מדין ירושה ע"ש מילתא טעמא. וכ"כ בח"י הרי"ם (קלט: ד"ה הנה התנא) ע"ש עצם היסוד. שו"מ מפורש בח"י הריטב"א (קפ: ד"ה אף), וכ"ה ברשב"א בשם הראב"ד בשטמ"ק, ע"י בהגהה 43 מהמהדיר לרישב"א שהאר"ק בנקודה זו.

ואדאית' להכי נימא מילתא מגברא רבה. ע"י ח"י רעק"א השלם (מאתות דרעק"א) הובאה בזה קושיא אלימתא. דלהתוס' ודעמיה דממכרן מ"כ לאחר הפרשה תמוה, והלא אם רוצים הבנים להוציא את השדה בדיינים לא יעלה בידם כלום, וקיי"ל דבכה"ג א"א למכרו (ואינו לכ"ס וכו'), ואפי' נגזל שבדין הר"ה שלו ואין לשום אדם שום זכות כנגדו קיי"ל שאין הבעלים יכולים להקדישו וכדודע, (וכן ה"ק בעליות

הרבינו יונה, והביאה ברעק"א שם בשם שטמ"ק ע"ש). ות"י וז"ל: ולענ"ד יש לחלק בטוב דבמה שאנו דנין דמכירתו מהני, ע"י מקרי יכול להוציא, ע"י שמוכר הלוקח יוציא זה בדיינים ותרווייהו בהדי קאתי [נראה דר"ל שהמוכר ינצח כי יש להמוכר כח למכור ויתחייב הלוקח בפרעון] עכ"ל. וסברתו עמוק מי ימצאנו, דע"ז גופא אנו דנין האיק יהיה לו כח למכור כשאין לו אפשרות להשתמש ולהוציא עצם הקרקע. וה' יאיר עיני. וע"י מש"נ בענין קנין פירות וקנין הגוף כפלוגתא רעק"א והבית מאיר. ויש ליישב.

שו"מ ראי' מוכרחת לחידושא דרעק"א דהנה משנה מפורשת היא בסוגיין דנכסים מועטין הבנים ישאלו על הפתחים, והלא עיקר היא אצלינו דלא מיעקרא נחלה דאורייתא לתקנתא בעלמא ע"י כתובות צא. דדוקא במותר דינר תיקנו גביית כתובת בני"ד ע"ש. וכן תמה בח"י הרי"ם כאן (ד"ה הבנות). אלא לרעק"א נחלה דאכתי ברשות יורשים קיימא וממכרם מ"כ, וחשיב יוצאת בדיינים כנ"ל, וא"כ לעולם לא עקרנא מאומה מירושה דאורייתא, (וכן ח"י בח"י הרי"ם ע"ש). ובאילת השחר (עמוד ת"ס) תמה על עיקר קושיית רעק"א (והשטמ"ק) דבין כך ובין כך לא הופקע כח הבנים, והנידון אינו אלא האיק יונו הבנות, ביחד או בהפרשה, ע"ש וצ"ע. וע"ע שם (בד"ה בא"ד) שכ' שדבריהם הם יסודות בהדין דא"י להוציא בדיינים עכ"ל. וע"ע בתוס' ד"ה מה ובמש"כ לקמן שט"ו פמ"ד בתירוצם ע"ש (ד"ה ולפי' מה שנוגע לענינינו.

ונראה וכו'. היוצא מכל האמור דאיכא מחלוקת ראשונים אם הקרקע ברשות הבנים א"ל, והבאנו הסברים וטעמים לכל צד, אך שורש המחלוקת נראה די"ל ע"פ הא דפליגי הראשונים ר"פ מי שהיה נשוי (כתובות צ: מתי חל חיוב המזונות ע"ש, אך ש"י הרשב"א (תשי' מיוחסות ס"י כ"ב) היא ד"כאילו בכל יום חל שעבוד מונות אותו יום, וע"ש שכ"י שמשו"ה לעולם חשיב שעבוד ושטר מאוחר משאר חובות. ובשו"ת חת"ס אבה"ע (ס"י קמ"ד ד"ה ועוד) העלה ג' שיטות בזה: א) פשטות הסוגיא - מיד בשעת נישואין חל חוב מזון האשה והבנות. ב) רמב"ם רא"ש וטור - חל בשעת מיתה. ג) ולרשב"א דבר יום ביומו, ע"ש. ואשר יראה בזה דלהמ"ד דחל המכירה אפי' לאחר הפרשה, היינו דחל דאין חוב המזונות חל מעתה אלא יום יום וכהרשב"א, ומה גם שבח"י הרשב"א כ' להדיא וחסוכבורים דממכרן מ"כ, והחולקים ס"ל כפשטיה דסוגיא דמעיקרא חל חוב ושעבוד מזונותיהן, ולפיכך ההפרשה נצרכת מאוד מיד למען הבנות. ויש גם לומר אף א"י ס"ל דחל בשעת מיתה, מ"מ שאני הוא דאיכא נחלה דאורייתא הרוחה אותם, ואשר תיקנו חכמים ז"ל למענן הא מיהא כקולא שבהם עשו (וכהרשב"א).

ונפקא מינה וכו' אוי אין לבנות זכות ממון

בהנכסים וכו'. יש להעיר דאם הדין עמהן שההלכה הוא דמפרישין נכסים אלו להם ולטובתם, לכאורה למה לא יהיה להן דין לעכב עליהם (כמו אילו היה להן זכות ממון אח"כ), והגע עצמך, אילו הבנות רצו אחריהם בשוטים ובמקלות למנוע מהם המכירה וכי לא כדן עשו, והלא קיי"ל בב"ק (כז:) עביד איניש דינא לנפשיה, ע"י רמב"ם (פ"ב סנהדרין ה"ב) שכ' יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כוח. והואיל וכדת וכהלכה הוא עושה וכו' עכ"ל. וא"כ הלא נימא שיש להם זכות לעכב על היתומים המלמכור, עכ"פ בב"ד, וצ"ע. וע"י בשו"מ ס"י ד' ברמ"א (ד"ס א) ויש ליישב. שו"מ ברמ"א (ס"י קמ"א סעי' י"ג) שמבואר דרק היכא שיכול לעקל המעות (שהן רוב פרטיים מסויימים) אפשר למחות שלא ימכור ע"ש. והנה אם נימא שדין הבנות במונותיהן הן כבע"ח (ע"י אב"ם ס"ק י"ד) ק' יותר לומר דאין לבנות כוח לעקל, אך אם נאמר דהויין כיוורשים (כגרי דוד פורבסקי, ומצאני לשון זו גם בראשונים) אפשר להבין יותר למה אין להן כח העיקול וממילא גם כוח למחות לית להן וע"י.

ונפק"מ וכו' איני' דלאחר העמדה בדין וכו' אין מכירתם וכו' ואם נתרבו וכו'. (בטלה ההפרשה). דהיינו דלא מיתיל תליא ממש הא בהא. ובוזה י"ל סתירת הטור, שפסק (בסיפן ק"יב סעי' י"ד באות ל"ג) דמועטין ונתרבו אפי' כבר העמידו בדין, חזרו לדין מרובים, ויעמידום בחזקת הבנים. ואילו בסוף הסימן (באות מ') רק כ' בשם יש אומרים שאפי' אם מכרום אחר שהתויקו ב"ד ממכרם מ"כ, ולא פסק כוותיה, ותמה עליו הבית יוסף למה סתם בנתרבו כשיטת הראשונים שאפי' לאחר העמב"ד חוזר ליורשים, ואילו לגבי מכירתם פסק דלא הוי מכירה (אחר העמב"ד). ע"ש שהניח בתמיה. וע"י בדרישה במה שיישב בזה (בש"י הרא"ש). אך ת"י לי בזה דודי הגאון המחבר שליט"א דנהי דאם ס"ל ממכרם מ"כ מוכרחין גם לסבור דנתרבו חזרין, ומ"מ להיפך לאו דוקא הוא, די"ל דנהי דנתרבו אחר העמב"ד חזרו ליורשים, היינו טעמא משום דנישתני דינא ולא ע"ז קאי ההפרשה, ונתבטלה. לא כן במכירה בעלמא די"ל דאחר ההפרשה לאו ברשותיהו קאי. וע"ע בבית יעקב, הובאו דבריו בסמוך.

שט"ו פמ"ג

וביאור דבריו בח"י הראשון וכו' נחשבים וכו' מועטים. ע"י בבית יעקב לבעל הנתה"מ (ס"י ק"יב סעי' י"ד ד"ה ט"ד) שהסביר סברת הרשב"ם בא"ד וז"ל: והאיבעיא לא ה"י רק בשעה שהן מרוכזין עדיין לא מחשבינן למונות אלמנה שנתמעט דאימר מנסבה, וממילא כ"ז שהן מרוכזין עדיין תיוון גם הן, ומ"מ כשנתמעט לא חשיבא כמורבה נתמעט, דהוי כנליו מילתא למפרע שמעיקרא מועטין היו וכו' עכ"ל. (ולא ידעתי כי לט"ף דעתו ע"צ). ולפי"ז הסביר פ"י השני של הרשב"ם דל"א גילוי מילתא למפרע, אלא כשנתמעט ע"י האלמנה חשיב שנתמעט

עתה, ודינא כמרוכים ונתמעטו דזכה הבן (עם הבת) ע"ש.

שם וכו' וכיון שהנכסים עומדים אצל המעט נחשבים כנכסים מועטין. אך הרש"ש יש לו דרכא אחרינא בזה, ונעיין אם יש להשוות הדרכים. הדנה איתא בשו"ע חו"מ (סי' ע"ג ע"פ סי'): מי שיש לו שטר על חבירו לזמן ובא בתוך הזמן לבי"ד ואמר מצאתי מנכסי פלוני ואני ירא שאם יבואו לידו יכריחם ממני ולא אמצא מקום לגבות חובי וכו', מצוה על הדיין לעכב הממון עד שיגיע זמן השטר עכ"ל. וכו' הרש"ש דוהו חילם של הבנות שיכולות לבוא לבי"ד בטענה הגנ"ל ולהבדיל שישלו הנכסים בעדן מעכשיו, וכדן נכסים מרובים שאין הבנים משגיחים ביישוב העולם ומכלים ממונם, דכ' הרא"ש (פ"ט סי' א') דמחויבין בי"ד להשגיח בתקנת הבנות ולהפריש חלק הבנות מיד ע"ש. היוצא מדבריו דאין זה דיון בסברא האם

להחשיב הנכסים מועטין מעתה (וכעין בתר מעיקרא, ויולא לקמיה), אלא הוא מדיני טוען ונטען וכמש"נ. אך צ"ע לפי"ז אין נכסיה פתי הב' של הרשב"ם, דלמא אין להבנות היתביע הגנ"ל. ועי' ברש"ש שהרגיש בזה. וכ' הדנה בשו"ע שם כ' עוד, וכן הדין בלוה לזמן ובתוך הזמן רואה המלוה שהלוה מבזבז נכסיו ותובע המלוה שומעין לו עכ"ל. ודקדק המהרש"ל בים של שלמה (פ"ק דבי"ק סי' כ) הובא בש"ך שם (סי' ל"ד) דרוקא מבזבז, אבל אם אינו מבזבז אע"פ שמתמוטט מידי יום ביום ולא יוכל לשלם לזמן וכו' עכ"ל. וכ' שהרשב"ם בפ"י השני יסבור כן (או כהחלוקים על שו"ע) ע"ש. והיינו דהאלמנה בסוגיין הניזונת מהנכסים לא חשיב בזבחה, אלא שמתמוטט, ע"כ. נמצא ג' דרכים בביאור רשב"ם: א) הבית יעקב - אי דנין למפרע כשנתמעט. ב) הרש"ש - אם יש כח לבנות לעכב הממון. ג) משנ"ת בפנים - שכיון שהיא עומדת לפנינו לזון כבר נחשב נתמעט. ונראה שהדעות הדרכים ע"פ מש"כ בפנים לעיל (שם) פ"ב בדי' נראה דרשב"ם לחקור בדרך ההפרשה של הבנות וע"ש מש"כ בציון. וע"ע מה שכתבנו שם בד"ה ונפק"מ בענין דן דינא דנפשיה, ועיין. עוד י"ל ע"פ שיטת הרשב"א (רפ"י דכתובות) דמוזנות אינו חייב אלא יום יום, ולפיכך ס"ל פ"י הב' ברשב"ם בכה"ג כהמהרש"ל. אך פ"י הראשון כשיטת שאר ראשונים דמוזנות חל מיד בשעת מיתה. (כמו שהבאתי לעיל ד"ה נראה), וזה נמי כפתור ופרת. שו"מ בחי' הרי"ם קלט: (ד"ה תנה לכאורה) שג"כ ציין להא דחוי"מ סי' ע"ג והש"ך סי' ל"ד לברר נקודה אחרת (בנכסים מועטין) ע"ש.

ובתירוץ השני צ"מ וכו'. וכע"ז כתב במהרש"א ע"י ד"ה לא ממעטא בא"ד.

ש"טו פמ"ד

ומיירי וכו' ובסוגיא דיון וכו' בן היא קו' התוס'. וכן פ"י המהרש"א (בדי' מה). אך בתוס' הרא"ש הובאו דבריו בשטמ"ק (קפ). ד"ה מועטין ונתרבו באי"ד, שיש לו דרך אחרת לגמרי בכונות

קו' התוס' וז"ל: תימה דהכא פשיטא ליה לתלמודא דהיכא דדין ירושה בא תחילה דהיינו נחלה דאורייתא קודם תקנתא דרבנן דירושה קודמת, אבל היכא דירושה באה אחר דין תקנה כגון מועטין ונתרבו בהא קא מיבעיא ליה [הרי להדיא שלא למד ע"ד המהרש"א והבן], ובכתובות אמרינן איפכא בפרק מי שהיה נשוי דפשיטא לן התם דמרוכים ואח"כ נתמעטו דאלו יורשים כתובת אמם ואלו יורשים כתובת אמם, כיון דבשעת מיתת אביהם לא מתעקרא נחלה דאורייתא אע"ג דהשתא מתעקרא, עשו תקנתא דרבנן ועקרא נחלה דאורייתא, והתם לא מיבעיא לן אלא במועטין ונתרבו עכ"ל, (ועי' בתוס' הרא"ש למ"ס כתובות צא: ד"ה כן, שסתם ולא פ"י לאיזה צד פירין). ועי' בקו' התוס' בסמוך "והכא אזלינן בתר מעיקרא" וברש"ש גריס מעיקרא לשון עקירה. ואולי תליא בב' דרכים הגנ"ל.

ולפי וכו'. ועי' באבני מילואים (ק"א - ג' ד"ה ונראה) מה שכ' בביאור דברי התוס' הללו ליישב כמה דברים ולהגדיר הצדדים לזיוול בתר שעת מיתה. ולפי וכו' ובתירוץ השני צ"א חילקו בין ירושה דאורייתא וכו' וטעמא. וע"ע במש"כ בזה באילת השחר (ד"ה תוס' ד"ה מה) בקיצור נמרץ.

ש"טו פמ"ה

והנה וכו' ואם נפשט דאלמנה קודם לבת ומטילא ידעינן דהיא ממונת. וכ"כ בחי' הריטב"א (ד"ה אף בא"ד) וכ"ה בחי' הרמב"ן וברשב"א (בכס"י י"ב) ובר"ן (בכס"י איכא מ"ד).

אל"א מבוואר דאלמנה ובת איזו קודמת הוי בעיא בפני' וכו'. וכן כ' ברא דזרע כאן (סי' קנ"ב) בסו"ה כתב ובר"ה בעל חוב, ולפמש"כ בפנים בסמוך "מדברי הרשב"ם והרמב"ם" שג"כ פירשו הכי נמצא דכ"ה שיטת כמה ראשונים. ואשר על כן מש"כ השו"ע (סי' ק"ב סי' ט"ז) ומזונות האלמנה י"א שממעטין וי"א שאין ממעטין עכ"ל, לאו דוקא, דב' דעות הללו הן הן הב' דעות אם האלמנה קודמת (לבת) דלעולם לא מיתלא תליא אהדיי וזכמו שהוכיח בפנים. דיקא נמי שהמחבר ז"ל דקדק לכתוב הלכה זו של ממעטות ביחד עם שאר הלכות ממעטת בסעי' ט"ו. ואילו הלכה דאלמנה ובת איזה מהן קודמת כ' בסעיף בפני עצמו (פסי' ט"ז), ולכאורה היה איפכא ממתברא וכמוכ"ן, אלא להג"ל נראה דאינם תלויים הא בהא, כמו שאר פרטים בסעי' ט"ו שאינם תלויים בסעי' ט"ו.

וכן נראה מסגנון הטור (סי' ל"ד) שפסק המ"א דאין מוזנות ממעטין, ומ"מ מיד אח"כ הביא שיטת הרמב"ם דהאלמנה קודמת, והוא מילתא דתמיהא לכאורה דאם תלויין הא בהא, האיך הביא דעות הפוכות סמוכות זל"ז, אלא ע"כ דגם הטור מודה ליסוד הגנ"ל, ואין לומר שהטור הביא דעת הרא"ש החולק על הרמב"ם דאין האלמנה קודמת, וע"כ דלמד דתליא הא בהא, הא ליתא, דסו"ס הו"ל להביא ב' דעות גם בממעטות. ותו דעי' בב"י שציין

למש"כ בסי' צ"ג (פסי' ד') ושם הובאו דברי הרא"ש וטעמו ע"ש. ולא ידענא מה היה לו להחלקת מחוקק שם סי' ל"ג ול"ד שכ' דמיחיל תליא אהדיי (אי אלמנה ממעטת וקודמת), ובודאי חיליה מן אותה הראשונים הראשונים ר"ן ריטב"א שהבאנו לעיל, אך אין שום הכרח שלהן כוון השו"ע יתר מלראשונים הללו וצ"ע ג', (ומה גם שהבי' כאן בבדק הבית העיר בזה"ל: וכן פסק הרמב"ם (פ"ט הל"כ) אלא שלא הזכיר דין אלמנה אם ממעטת וגם הרי"ף לא הזכיר, ונראה שיהא חתוב בנסחאם בנמרא אלמנה מהו שתמעט עכ"ל. ומ"מ הטור לא ראה פנים בזה לומר שאינה ממעטת סמוך לפסק הרמב"ם וקודמת ומש"ש), וע"ע בבית שמואל שם (סי' ל"ג) שג"כ עליו יש לתמוה כנ"ל, אך בסו"ד נראה שהרגיש בנקודה זו וכנראה מודה דיש בזה עכ"פ מחלוקת ראשונים ודו"ק.

ויש צ"דקדק וכו' והיכן ראה דינו בדין האלמנה והבת. הנה ע"י ברעק"א בדר"ח (כתובות פ"ג, ע"ד התוס' ד"ה ע"ש) שהסתפק במחלו הבנות לבנים, אם הוי כמו שיש רק אלמנה ובנים, ולא תיטול אלמנה. וביאור צדדי הספק כ' בחי' הגנ"ל (כתובות סי' מ"ז בתערה) האם האלמנה זוכה מכח הבנים, ואי"ו מהבנות. ואשר יראה בדעת הרמב"ם, דס"ל דהאלמנה זוכה מיד הבנות ודו"ק, וכ"כ במפורש בחי' הריטב"א (קפ: סו"ה א').

ויש וכו' ועוד דלמא בכלל הוצרך להביא ראיה. והנה הירושלמי חולק שאלמנה ובנות שתיהן שוות והובא במגיד משנה בהלכה זו, וכ"ה בתוספתא פ"ג כתובות וע"ש בחסדי דוד הל"א בדי' נחזור שהביא לדברי הרב המגיד הללו והשווה דעת הירושלמי עם התוספתא (לפי פירושו), וזה דלא כהרמב"ם, וע"כ ס"ל דהבבלי חולק ע"ז. עכ"פ אפשר י"ל דמשו"ה טרח הרמב"ם להמציא ראיה לדבריו, ועיין. ונראה דפסק"ד וכו' שוות זו לזו. וכדעת התוספתא הגנ"ל (סוף ה"א) בענין אלמנה ובת. שם וכו' שכך תקנו חז"ל וכו' תנאי בי"ד שווים בדינים לגבות. ובאמת כך הק' בספר דינא דחיי (לית פ"א. ד"ה מסקינן) דמכ"ת א' מהן קודמת ע"ש. שם וכו' הרי חזינן דיש צ"ח"ק בין תנאי בי"ד לתנאי בי"ד, ואין כולם שווים. ובאמת כבר עמדו הפוסקים על ק"ו של הרמב"ם דלכאורה אין למדים דברי סופרים משאר דיני סופרים, עי' כנה"ג אבה"ע סי' ק"ב על הטור אות כ"ד בשם הקדמון משפט צדק (ח"ב סי' ס"ח). וע"ש מה שיישב קרוב לדרך שנתבאר בפנים.

ש"טו פמ"ו

אכן וכו' ברא"ש, והובא בכספי משנה. ונראה וכו' ואין שפר א' יבול להיות עליו שתי תורות שפר חלוקים וכו'. ולאפוקי משיטת הרמב"ן במלחמות ה' יבמות (ל"א). וע"ש מחלוקת ראשונים בזה. ובעושה"י יתבאר עוד במלואים לספר שופרא דשטרא מהדורא תניינא (ש"א פ"ט).

ונראה וכו' ואין שפר אחד יבול להיות עליו שתי תורות שפר חלוקים וכו' ותורת כתובה הוי דוקא לנשואה וכו'. וז"ל הצנפת פננת (פ"י ה"א):

משום דס"ל (להרמב"ם) דזה הוה כמו הק דכתובות ד' ק"ב ע"ב דדברים הללו לא ניתן לכתוב - (הן הן הדברים הנקנים באמירה, ובגמ' מבני ליה אי ניתני לכתוב, ורפי רשי"ה דיה לא ניתנו לכתוב דלא ליטרוף מעבר שטר, וכיון דליכא קנין לא משתבדי נכסי ע"ל. הוי אף ברכות להדיא לא מהני, וכ"כ הריטב"א להדיא ובשטמ"ק בשם הרא"ה ז"כ הרמב"ן במלחמות (קידושין ה'). ומרן הרגאשוטוער ז"ל הבין כן מלשון הש"ס "לא ניתנו לכתוב", וכ"כ הפנ"י מד. דביאור הרמב"ם ע"פ סוגיא זו, אך כתב הבנה אחרת לגמרי ויובא לקמן). ועי' מש"כ רבינו ז"ל בפ"ו מהל' זכיה ומתנה [נראה דכוונתו הוה ל' י"ז ע"ש לשון הר"ם תמוה קצת ולהנ"ל אתי' וע"ש באבן האזל מה שתמה על הבנת הב"ח והט"ו ועוד בשיטת הר"ם, אך לפי העולה מדברי הצפנ"פ כפתור ופרח, וקצרנאן], הכא נמי כיון דע"פ דין אי"צ ליתן לה כתובה לא נשתעבדו הנכסים מחמת מה שכתב לה, עכ"ל הצ"פ ז"ל. וכונתו ברור לענ"ד למש"כ דודי המחבר שליט"א. וכן הוא ביתר ביאור הרבי דוד פארוז ז"ל בספרו על המשניות ושונים לרד"ק (פ"ה כתובות מ"א תוס' י"ח ע"ה שלא בא"י) ז"ל: דברי הרמב"ם נראים עיקר דהא כיון דבחד שטר איכתוב עיקר ותוספת, ולגבי תוס' לא הוי שטר עד נישואין דאמר' שלא כ' לה אלא ע"מ לכונסה, א"כ מהכ"ת שיהא חשיב שטר לגבי העיקר, כי היכי דלהא לא הוי להא נמי לא הוי, אלא דמ"מ מהני כתיבתו לגילוי דעת שהוא רוצה שיהיה לה כתובה מן האירוסין, עכ"ל הצריך לעניינו.

וע' בהפלאה בקונטרס אחרון ה' קידושין (אברהם סי' ס"ה ע"ה ר"ה אבארה) שג"כ כ' כענין בפירושו הראשון ז"ל: כיון דשטר זה לא נכתב אלא ע"מ לכונסה לגבי תוספת ה"ה לגבי העיקר לא חשיב שטר, אע"ג דמתחייב בה אינו אלא כמלוה על פה עכ"ל, (דבריו בקיצור נאמרו ולאור השושנים לרד"ק מוכן היטב), וכ"כ הג"ר יעקב געוונדהייט ז"ל בעל התפארת יעקב בספרו על אבה"ע (סי' נ"ה ס"ק ט"ו) ע"ש שהוכיח דעת הרמב"ם כן מגופא דסוגיא בכתובות פט: שהובא בפנים לעיל, ע"ש מילתא בטעמא, והובא בתמצית בקונ"א מ"ל החדשות בהגה אות א'. ובהפלאה פי' עוד (שם) ז"ל: אך יותר נראה דס"ל להרמב"ם דכיון דס"ל דלארוסה ליכא כתובה אלא שהוא פסק לה חיוב זה וכו', לפיכך אפילו נכתבו אינם כשטר שיטרוף בהם ממשועבדים, להכי ס"ל דגם מה שנתחייב בכתובה אין דינו כשטר (אפי' משעת נישואין), ובשעת נישואין הוא גובה מתקנת שמעון בן שטח שכל נכסיו אחראין לכתובה עכ"ל, ודבריו סתומים קצת. ועי' באבן האזל ה' אישות (כאן ב"ה נראה דלולי המקנה), ובהל' מכירה (פ"א ת"ז ד"ה והנה הרמב"ם) שכי' דבר נפלא, וכנראה נתכוון לתוכ"ד ההפלאה ועיין. וגם הקדים לדבריו יסוד שעבוד הכתובה איך שיונה בעצם משעבוד שט"ח, והוא כמו שידס גם המחבר שליט"א לעיל, וע"ש ששילב ב' השלבים יחד ורד"ק היטב. ועי' בפני יהושע כתובות (פד. ד"ה

והלכתא בא"ד ואף שאני כדא) שיישב הרמב"ם ג"כ כהצפנת פענח ע"פ סוגיא דכתובות ק"ב "לא ניתנו לכתוב", אך דרכא אחרינא סלל לעצמו וז"ל: "אע"ג דנתנא בי"ד הוא וכאמא דכתבי, אלא ע"כ דמעיקרא הכי איתקון דליהוי ככתובין אצל בני חורין ולא ממשעבדי וכו', (וע"ש שהביא ג"כ ליסוד השעבוד גבי כתובה דשונה משט"ח וכתבא ה"ו והשופרא, וצ"ח לעיל ממ: ד"ה גמ' רבי יהודה שכ' בוח בפרשות, ועי' בחדשות שם הנה"ח 385 386) אע"ג דכתב לה מ"מ לא נתחייב לה באותה שעה כלום, עכ"ל הצריך לעניינו. ובסיכום - הפנ"י למד דשפיר חשיב שטר אלא הוי כשטר על בניה' בלבד וכשטר מתנה, ואילו שאר האחרונים הנ"ל לא הורו לו בזה וס"ל כמש"נ בפנים דלאו שטר הוא כלל (ובלשון הרא"ש בזה). ובח"י הרא"ה (מובא בתנה בפני שם אות 395) כ' בביאור ש"י רב שרירא גאון (שהיא ג"כ ש"י הרמב"ם) ג"כ כדרך הפנ"י.

ואע"ג וכו' והא הוי ליה מפייה ולא מפי כתבם וכו'. ועי' בשושנים לרד"ק (שם) שכנראה הרגיש בזה וז"ל: דהא לא חשיב שטרא, ודמי לשטר שכתוב בו ביאור מה שהורה בפניו וכו' דלא הוי שטרא ולא גבי משעבדי כדאיתא בחו"מ סי' ס"א (סעי' ה' משר"ת הרא"ש והטור ז"ל: שטר שכתוב וכו' מה שהורה בפניו ראובן וכו' אין לו דין שטר לגבות משעבדי, כי אי"כ קנין אלא הוראה בעלמא הוא, ומוכ"ח הלשון שלא יכונה בכתובה זו אלא לזכות דברים ולא לשם שטר עכ"ל), וה"ל לא שגא עכ"ל. וע"ע בלשונו שהעתקנו לעיל "מהני כתיבתו לגילוי דעת שהוא רוצה שיהיה לה כתובה מן האירוסין". ויש לדון אם יש לחלק בין דרכו לדרך המחבר שליט"א. ובפני' מפורש דשפיר חשיב שט"ח אלא דשטר זה חשיב ככתוב על הבנ"ח לחוד, ע"ש. וע"ע האיך משעבד שטר א' מיניה בלבד עד זמן פלוני ומכאן ואילך משעבד משעבדי, למה זה דומה לשטר שמשעבד בינונית עד זמן פלוני ומכאן ואילך משעבד רק זיבורית (ובמבואר לעיל בפנים). וע"ע. ובר מן דין מקושיית הרא"ש מוכח דשטר כתובה שייך להיות גם כתובה וגם שט"ח וכדמבואר מעיקר קו' על הרמב"ם, ולכאורה צע"ג. ונראה לחדש ע"פ מה שעוררני הרב הגאון ר' יענקי בערקוויטש שליט"א דאפשר שייך לעשות שטר כתובה גם מן האירוסין על אף שלא תיקנו כתובה אלא מן הגשואין, ד"ל סו"ד הרי זו אשתו גמורה היא, ונהי דאי' לעשות ד"ד עם אשה שבשוק להתחייב לה תורת כתובה, ה"ט שליכא שום אישות בינה להאשה, לא כן בארוסתו שהרי קיים אישות ביניהם ואם רוצה האדם להתחייב בחיוב כתובה י"ל דמהני דנהי דתקנה ליכא הא אפשרות איכא. והסכים לזה דודי הגאון המחבר שליט"א והוסיף עוד הבנה נחוצה לדעת הרא"ש (בכתיב"ם) ודאי היה גובה בשט"ח זה זיבורית ולא מבינונית הואיל ומשתעבד חובת כתובה ולא חוב בעלמא.

שמו"ו פמ"ו

ויש להסביר מהו צוקת רב חסדא ורב נתן בר

אושעיא. יש לציין שיש בראשונים דרכים שונים בביאור סברת מחלוקתם. (אך אנו בפרשי"א עסקינן) רובם ככולם מובאים בחי' הריטב"א (ד"ה גמרא ביצה) וע"ש שדחה רובם ע"ש. וע"ע בראש (פי' א') דחידוש דאין מחלוקת בעיקר שורש המשנה ע"ש, (והובא פירושו זה בריטב"א בשם יעקב הוסיפ"ר), ועי' בערוך לנר מה שהעמיד פי' הרא"ש ומישבו. וע"ע בשיעורי ר' שמואל (אות ק"ז) מרשימות הגר"ש רוזנבוסיק ז"ל בזה"ל: סוגיא זו צריכה ביאור רחב במאי תליא שורש פלוגתייהו, ובאיזו סברא פליגי, ויש להאריך בזה לעת הפנאי עכ"ל. וחבל על דאבדין, ועי' לקמן מדברי תלמידי הגדולים.

ולפי זה י"ל וכו' נחלקו אמיני על ג"ל הבנ"ל חוב כתובה וכו'. ועי' שם בשעורי ר"ש שהעמידו תלמידיו דרכו בזה ע"פ מש"כ במק"א וזת"ד: מתוך דברי רבינו במתני' דלקמיה יתבאר הענין קצת באומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיו יבירו אלף זהו, בגדר ההוק יש לפרש בב' דרכים: א) הרמב"ן והריטב"א - דבעצם הפסידוהו עכשיו כל האלף, אלא שכנגד זה היה מרויח מחוב העתי, ומנכין כשעור הרווח וההפרש משלמין. ב) הרשב"א - דאין הנזק בגוף הממון כלל, אלא במה שרצו להפקיע ממנו את זכות השימוש במעות ל"י שנים. וא"כ גבי כתובה נמי יש לחקור, אי גם כתובה חשיב בגדר זה שיש להכעיל זכות להשתמש בכיכול בממונו עד זמן פ"רעון, או"ד ליכא חיוב כלל עד גירושין ומיתה (ובמב"א בסמך בדעת ר' נתן בר אשיעאי). וא"כ גוף הממון שלו היו מחסרים שלא כד"ן. ועכ"פ הדבר מבואר דבהני תרי אופנים תליא פלוגתא דאמוראי הכא אי השומא כבעל או באשה ודו"ק היטב עכת"ד. וע"ע בברכת אברהם (ד"ה במתני') שג"כ הרגיש בזה, אלא שהתחיל בקו' על המשנה, דלכאורה עיקר דינא דמתני' פשיטא ומאי קמ"ל, דזהו ההפסד שזמם לעשות. ורק בגמ' פליגי, אך אי"ז מדינא דמתני' רק בסברת השומא, וזה לא מבואר ממתני', אלא דכ' דאם נימא דאין חיוב כתובה אלא בזמן הגירושין ומיתה, ולא מיד, שפיר אשמעינן דחשיב זה זממה להפסיד ממון. ע"ש טעמו ונימוקו. וגם בגבורת יצחק עמד בהאי סברא בנקודה אחרת ע"ש (ב"ה מעינים אנו, הוסיף) שמצא לזה רמז בלשון הריטב"א "והם אומרים שאין כאן הזמה דהא חייב הוא בכתובתה אפי' לא גירשה וכו'". וצ"ב והלא לא גירשה ועדיין ליכא חיוב, אלא ע"פ חקיקתה הניל ביסוד זמן חיוב הכתובה יש ליישב ע"ש (וע"ע בסו"ד). וע"ש (ב"ה אמר רב חסדא וכו' בא"ד והנה הריטב"א) שכ"כ להדיא ביסוד מחלוקת האמוראים גופא. ואפשר שלזה כוון הגר"ש רוזנבוסיק שם שסיים ברשימתו "וע"ע בריטב"א כאן".

ולפי זה י"ל וכו'. ל"ע למה צריכנא גם לסברת הש"ס (ב"ד ה') בענין גברא בר תשלומין הוא, בהא גרידא שכתובה לא ניתן לגבות מחיים וכו', וכמש"כ, כבר הושלם הטעם. וכמו

שהתפתקו בספרים הנ"ל וצ"ע. וע"ע בסמוך בד"ה ומצא.

ופי וכו' ומדויק כן בשון המשנה וכו' יירשנה בעלה. חפשתי ולא מצאתי ברבותינו הקדמונים ז"ל שום פתרון לשון המשנה הזה, וזלת מש"כ בזה בתפארת ישראל על המשנה (ביכין את י"א ד"ה בעלה) וז"ל: וכו' ואם תמות היא בחיי הבעל שהדין הוא שירשנה בעלה, יהיה הלוקח תחת הבעל, שלא לפרוע הכתובה, ושירש הוא הנכסי מלוג ונכסי צאן ברזל של האשה וכו', זהו מה שרצו העדים להפסיד להבעל וכו' עכ"ל. אך בעניותי דברי תמוהין, הדלא רש"י עצמו במתני' (ד"ה אמר רב פפא בא"י כ') אבל לא נכסי מלוג ע"ש עכ"ד. וכן הוא שיטת בעל המאור וכו' טעם הדויין הנכס"מ לעולם בחזקת ורשות האשה. וכ"כ במאירי בשם גדולי הראשונים. וע"ע טעם בתוס' ר"ד. וכן נוטה דברי הריטב"א ע"ש. ולדעתם אכתי אינו מבוואר לשון המשנה, (ויש לקיים פי' התפא"י ע"פ שיטת הרמב"ן החולק על ראשונים הנ"ל). גם האילת השחר טרח אה העידו על הן שחייב לאביו לשלם בעוד שנה ק' וזו והתומ, לא נחייבם ק' וזו שלמים, כיון שאפשר שאביו ימות בתוך השנה והבן יירשנו עכ"ל, (שהוקשה לו כונת הני תרי מלין). אך דבריו תמוהין לכאורה דשאני כתובה דסו"ס איכא שעבוד היום או מהיום, וכמבואר בש"ס ופוסקים דגובין ממשעבדי לכתובת אשה, ומזמן הנישואין, לא כן כן אצל נכסי אביו ליכא שום זכות שעבוד מעתה נכסים, וכ"כ בברכת אברהם ע"ש (ד"ה מיהא), אך למש"כ א"כ כפתור ופרח. אח"כ מצאתי עצם הסכרא מפורשת בנתה"מ (פי' סי' ס"ז מיג בסו"ד), אך לא כתב כן לפרש עצם המשנה והגמרא וצ"ע.

אבא וכו' כדאיתא בב"מ (ג). וכו' נשתעבדו נכסיו מיד וכו'. הנה אמת נכון הדבר שכן כתוב ברש"י שם ד"ה שרטי הקגאה ע"ש, אך קשה להבין דבר זה. ועי' בנתה"מ סי' ל"ט ס"ק י"ד דא"א לומר כן כפשוטו, אלא שהמלוה נתחייב ג"כ מיד להלוות לו כסף. וכ"כ הריב"ש (פי' קס"א) בדעת רש"י הובא בכיאר הגר"א שם (סי' ס"ב). ועי' ברבינו חננאל שם ובר"ף (ה' א"ב מדפיין) שכתבו להדיא דרק שיעגו שטר או הלוואה לידו. וכ"כ בחי' הר"ן בדעת הרמב"ם. ואף שכמה ראשונים חולקים (עי' ש"ך סי' ל"ט), מ"מ לראשונים הנ"ל ודאי לא דומה כתובה כלל. והנראה ליישב בזה ע"פ יסוד שאמר הגר"ח ז"ל (הובא לעיל שט"ו פכ"ח) דבכתובה לא מקרי חיוב גמור אלא חיוב על חיוב, דהא אין משתעבד לה בזה להתחייב מיד אלא לכשתתאלמן לשון ר' ברוך בעל ד"ב בכתובות סי' ג' א"ז, וכן כתב שם דודי המחבר שליט"א בכיאר חילוק חלות השעבוד של שטר כתובה לשאר שט"ח ע"ש (כד"ה ונראה), ולכן חל השעבוד נכסים מיד מכת האי חיוב דסו"ס דין זה חל מיד. ובספר צנפת פענח בענין שור תם מגופו משלם כ' כמעט מילה בענין גדר זה שנהי שחל בגוף השור

שעבוד, אך אינו חל אלא בהעמדה בדין, נמצא דמיד חל דין וחיוב בהשתעבד. שו"מ כ' עוד (כצ"פ מתנה עניים פי' הי"ג ע' 134) בזה"ל: והן הני חיובים דאיש לאשה וכו' רב מוטל עליו החיוב להשתעבד עכ"ל. והוא הדבר אשר דברנו.

אכן קשה טובא וכו' דהא כבר הוא בר תשלומין וכו' ועוד וכו' דמי כ"ה הכתובה וכו'. אמנם לפמש"כ הגר"ח ז"ל, ולפי מה שביאר המחבר שליט"א לעיל (שם שט"ו פכ"ח) יש לומר דהכי פריך רש"י, דלעולם כבר חל חיוב להשתעבד ולהתחייב אך יש לחקור האם די בזה למשווי האיש לגבאר בר תשלומין או"ד אין בזה כח מספיק. ובאמת הברכת שמואל (שם) הבין ביסוד חיוב זה דנהי דאדם יכול לחייבו עצמו ממון כגון חייב אני מנה בשטר וחל חיוב, מ"מ אפשר לגבי כתובה שאני הואיל וחיוב קלוש הוא חשיב קנין דברים בעלמא, ובוה הסכמי סלק"ד של התוס' הידוע בכתובות (נד: ד"ה אף) בשאלת ר"י לרבי אליהו דאיך אפשר לשעבד בשרת כתובה בלי נכסים שיש בהן אחריות ע"ש. וז"ל דסלק"ד, דרב חסדא מודה דהחיוב שחל מיד אינו בהחלט גמור אלא מודה להנ"ל, וזה דלא כמו שהוסבר בפנים בסברת רב חסדא, ודלא כמשמעות לשון דיוק המשנה (שו"מ מפורש ברש"י שאם תמות בחייו יירשנה), ולפיכך יפה הקשה.

שם וכו' ויש לדחות וכו' ולמה לא למד וכו' וכר"ב בר אושעיא. עי' בהערה הנ"ל.

כן וכו' דאי אפשר שיהא חיוב לעצמו. לכאור' יש מקום לתלות זה בבי' הדעות בשו"ע חו"מ (פי' סי' סע"ף פ"א): דראובן הלוה לבנו בשטר ומכרו לשמעון ומת ראובן, לא יאמר הבן כו' החוקתי למחול לעצמו (וזה שיטת בעה"ת ג"א, ר' הובא בטור), ויש מי שחולק ואומר שאף לעצמו יכול למחול, (והובא בטור בשם התוס'), עכ"ל. אך משמע דלכו"ע שייך חיוב לעצמו ורק פליגי אי אפשר למחול וצ"ע. אמנם בשו"ע אבה"ע (פי' ק"ה ע"י ר' הובא בש"ך כאן) מפורש להדיא שאפי' יורש מוחל בכתובה, דאיתא התם באשה שמכרה כתובתה ומת הבעל ואח"כ מתה, בנה יכול למחול והמכר בטל, ואפי' אין לה יורש, אלא הוא יכול למחול לעצמו כדי לבטל המקח ויורש הכתובה ע"ש. ולא הווכר שום חולק (כמו בחו"מ שם) דאין אדם מוחל לנפשו. ונמשך בתר הטור בזה שג"כ סתם כנ"ל, (ובבית שמואל שם [סי' י"ח] עמד בזה הסתייה [קצת], ולפי דברי דודי המחבר שליט"א ברעת ר' נתן בר אושעיא, ודבריו לעיל שט"ו פכ"ח ודבריו הגר"ח ז"ל יש ליישב לכאורה באופן נפלא ואכ"ס). וכן הוא בטור חו"מ סי' ר"יא סעי' ד' שמבואר מתו"ד דאינו שייך חיוב לעצמו, וכתבנו בזה במק"א עיין עליו, (אך בשו"ע שם הביא דין זה בשם ים שאומרי, ועי' ש"כ שהרגיש בזה משמעט שלא מילתא דפסיקא ליה, ואולי מכת הני דוכתי דמבואר להיפך כתבן הובא), וצ"ע רב. ובאמת התומים (כפי' סי' ס"ז פ"א מיג) ג"כ למד מהסברת דודי המחבר שליט"א דאי אפשר להיות גם המלוה וגם הלוה לעצמו, וא"כ אין כאן שעבוד הגוף וכו' והרי החוב נתבטל", יוכי משתעבד בעצמו מיניה וביה".

וע"ש מה שתמה בעיקר הסכרא דצריך ושייך מחילה, וע"ע בציון הסמוך.

שם. שו"מ בב"ק (קט). נידון בזה, ע"ש בגמ', רבא אמר וכו' דלא מצוי מחיל לנפשיה אבל לאחריני מצוי מחיל, וע"ש בחי' הרשב"א (ד"ה רבא) שדייק מאכאן, הא בעלמא מצוי מחיל לנפשיה כהוא עובדא דפרק הכותב (סוכות פ"ה), וע"ש דמירי באשה שמחלה כתובתה, וע"ש שפי' הרשב"א בשם יפירשו רבותא' דמירי שם שהן שלה בירושתה ומוחלת לנפשה, וסיים שכבר כ' בזה שם. אך משם יש לדחות דמירי אחרי שכבר חל חיוב לשלם ע"ש. אך ראה זה ש' בנתה"מ שם (כפי' סי' ס"ז פ"א) שהעיר (כד"ה ועוד נ"ל) מסוגיין מכות ג. והביא כמה מקורות מאירים לענינינו.

וע"ה זה וכו' ונמצא שלא באו להפסידו וכו' ובפרט צ"פ דאמרינן בסנהדרין (פ"א). והנה הא גופא צ"ע דמבואר ברש"י (סוף העמוד) ובכמה ראשונים שפטורים הוזממין מלשלם על הפסד הנכסי מלוג לפי שיוכלים לומר לא ידענו שיש לה נכס"מ. ההשיג עליו הרמב"ן בחיבוריו וכו"ה במלחמות ה' וז"ל: ומה שאמר רבינו שלמה ז"ל שיאמרו העדים וכו', א"כ אף בנכסי צאן ברזל יאמרו כן. ועוד בעיקר כתובה נמי יאמרו סבורים היינו שאלמנה נשאת ואין לה אלא מנה וכו' עכ"ל. ולכאורה תמוה כמש"כ מהגמ' בסנהדרין דזו טענה מעלייתא לומר רק לזה נתכוונו ולא לזה וצ"ע. ומצאתי מובא בשם משמרות כהונה שעמד בזה וכו' ליישב דצריך לומר שלא ידעי דסבר אי"צ התראה, וכ"כ התוס' בסנהדרין (ט: ד"ה ע"ה) ע"ש, ואכתי צ"ת דהנה עיין הפנ"י בסוגיין (ד"ה משנה) שדייק מלשון רש"י שהעדים לא העידו אגופא דכתובה היכי עבידא, אלא על הגירושין בלבד, ורק האשה לבדה תובעת כתובתה, וא"כ ק' האיך מחייבין העדין לשלם הרי יכולין לומר להתירה לשוק באנו ע"ש. הרי דפשיטא ליה דנאמנים לומר כן (וכמהוין מ"א). אך בערוך לנו וביד דוד תמהו עליו מכת התוס' סנהדרין הנ"ל (בדף ט) דמבואר דכל שהחיוב נמשך ממילא אין יכולים לומר כן. הרי מתולקת יסודית בין הראשונים ואף בין האחרונים בגדר טענת לא נתכוונו וכו' וצ"ע.

שט"ו פכ"ח

ויש דרדקש וכו' היה לו דרש"י לפרש וכו' גם שעות היו הקדש. ובאמת כן מבואר בב"ב (קכ:), ולב"ש דאמרי אין שאלה בהקדש, דתנן בינו ואומרים הקדש טעות הקדש. ולכאורה אינו מובן שמביא הש"ס מקור לשיטת ב"ש דאין שאלה, מהא דאמר הקדש טעות, אלא ע"כ דהן הן הדברים, וזהו באמת משמעות הש"ס שלנו דהן הן דברי בית שמאי. ועי' ברשב"ם בב"ב (שם ד"ה ולב"ש) וז"ל: דאפי' כשימצא לו החכם פתח של חרטה אינו יכול להתירו, דאע"ג דעוקר את הנדר מעיקרו ועושהו נדר של טעות, אפי' הכי גבי הקדש לא אמרי ב"ש

הכי, דאפי' כשנעשה ההקדש בטעות הידוע למקדיש חשבי ליה הקדש גמור, כ"ש היכא דהוקדש בלא טעות שלא יועיל פתח החרטה שימצא לו החכם להתירו עכ"ל.

ויש וכו' וי"א כן כ' רש"י וכו'. הנה נהי שלא כ' רש"י ממש כנוסח הג"ל, אך האמיהא דה"ה של רש"י הוא "בשאלה", ורש"י מסביר אך ורק מהו 'אין שאלה בהקדש', וע"ז יפה פירש שאין החכמים מתירין סוג נדרים כאלה. ועדיין לא קאמר הש"ס דזה המ"ד (ראין שאלה) היינו נמי המ"ד דהקדש טעות הקדש. וגם רש"י לא הקדים לפרשו כאן קודם עתו (רק אח"כ בדי"ה הקדש טעות), וא"כ שפיר כ' רש"י שאינו מוצא חכם שיתירו, ויחפש 'היתר' אחר. ולא דמי לפי' הרשב"ם, שם מוסב פירושו על ב' ההלכות בחדא מחתא ודו"ק.

ולכאורה מבואר מדברי רש"י וכו' שני ענינים נפרדים הם. הנה כן היה סלק"ד של הראשונים ב"ב שם, ע"י בתוס' (די"ה דתנן ב"ש אומרים הקדש טעות הקדש) וז"ל: תימה אדרבה מכאן יש להוכיח שיש שאלה בהקדש, דהא מוקמינן התם מילתייהו דב"ש דכי אמר שור שחור וכו' ואומרים ב"ש הקדש משום דדעתו ומחשבתו מבטלת אמירתו, וה"נ כי נשאל על הקדש כי אמר אדעתא דהכי לא קדשי נתיר לו כיון דאזלי ב"ש בחר מחשבה עכ"ל קושייתם. וכן הק' הרשב"א והרמב"ן (די"ה ויבית). אך אפי'

קודם שנביא פירוקם ומסקנתם אכתי מראשונים אלו מבואר היפך מש"כ בפנים, דאם בעצם ב' ענינים נפרדים הן, לא היו לומדים כוונת הש"ס דמיתלי תליא זה בזה, (אלא יאמרו שמשל דיוגמא בעלמא הוא), וע"כ מתמיהתם ראי' דחד דין וחד טעם המה. ומה גם שתירצו בשם רבינו תם, דהואיל וס"ל לב"ש דמחשבתו מבטלת אמירתו למיהו הקדש כ"ש שתבטל אמירתו את מחשבתו ע"ש. ולכאורה הו"ל לתרץ עכ"פ דשאלה בהקדש הוי רק תק"ח. ואם אמנם תמצא לומר שרש"י חולק, אך ע"י בכסף משנה (פי"ד מהל' נדרים ה"ז) שציטט כל דברי רש"י הללו עם דברי הש"ס (והשמיט חלק הקניניא) [סיים וידוע דהלכה כב"ה וכו'] יהושע וע"ש שסגנונו ונוסחתו מבואר ע"ד הג"ל.

אכן עדיין יש לדקדק. ע"י בספר טל תורה (להגאון ר' מאיר אריק ז"ל) בב"ב (שם בתוס') שכנראה דקדק להק' כן על הגמ' גופא, וע"ש.

ונראה וכו' להרויח קו' התוס' וכו'. וע"ע בפ"י רבינו גרשום כאן (די"ה בשאלה) שכ' פירוש חדש, דר' אליעזר סבר יש שאלה בהקדש כב"ה, והקנוניא דחיישינן היינו שאחר שיגרשנה ותגבתה כתובתה יבוא זה האיש ויתחרט בטענה שלא ניחא ליה שאשתו מפסדת את נכסי הקדש ויתיר נדרו ויחזיר את אשתו ויאכלו הנכסים, וזה היפך כל המפרשים

וכמש"כ בחשק שלמה שם (בהנהגותיו על רמ"ה). ואפשר רצה להרוויח קושיית התוס' ודו"ק, (אך כמובן לא רצה רש"י ללמוד כמותו ריש עור קמשונים בדרך החדשה הזו). וע"ע מש"כ בדעת רבינו גרשום בספר ראשי שערים להג"ר לייב גורביץ ז"ל (פס' נדרים סי' י"א, ב.). [וע"י בנתה"מ (סי' ג"ה סי' ב' די"ה ולפי"ז) עוד שלשה יישובים לקושיית התוס'].

והנה וכו' וא"כ כמה חיישינן לקנוניא וכו' יבוא לשאלה וכו'. וע"י בחשק שלמה (על רמ"ה את א) שרצה לפרש דהרמב"ם ס"ל כרבינו גרשום. אך כבר העירו עליו דהרמב"ם בפ"י המשניות פ"ו מ"ב מבואר כרש"י (ע"י פלגי מים הובא בעוביכת נז ציון 624), וע"ע בספר נזר הקודש (כג. את ח') שמפורש בירושלמי (נזיר פ"ה ה"א) להדיא דלא כפי' רגמ"ה.

אלא נראה דגם להרמב"ם היה קושיית התוס'. וכ"כ התוס' יו"ט (פ"ו מ"א די"ה הערב). אך ע"ע מה שיישב ברוח אחרת (אע"פ שכו' עדיין דסמך ארב הונא ע"ש).

אלא נראה וכו' הבין הרמב"ם דרב הונא וכו'. וע"ע בר"ן פ"א כתובות שג"כ עמד על הרמב"ם שפי' דסמך ארב הונא, ע"ש עמדו ונימוקו והובא בכסף משנה (כאן בעינין), וע"ע במפרשים שם בערכין פירושים שונים בדעת הרמב"ם, ע"י הפלאה שבערכין (די"ה אלא), ערך דל (די"ה המקדיש), זבחי צדק (די"ה המקדיש), עמודי אור (ק"ה את י"א), וע"ע בבני אהובה ה"ל אישות (פ"י ה"י).

לז"נ נפש נקי וצדיק זקני
 ר' אברהם יהודה בן ר' יוסף ברוך יאקאבאוויטש זללה"ה
 נלב"ע ח"י אלול תשע"ה
 תנצב"ה

מפתחות

מפתחות מקורות

תלמוד בבלי

שעא	לא : תוס' ד"ה בדרכי יצחק	פאה	
ג' דברים עלו במחשבה ליבראות וכו' וי"א פד	נד : על המטבע שיצא	פ"ה מ"ד	בעל הבית שהיה עובר ממקום למקום ואין לו מה לאכול נוטל לקט שכחה ופאה וכו' תעח
ראש השנה		פסחים	
צ	ו : יורש מדהו בבל תאחר וכו'	ל :	בעל חוב אביי אמר למפרע הוא גובה ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה וכו' עז, עט, שסו, שסז, שעא, שעב, שצד, תרכא
יבמות		ל :	כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה וכו' שעד
לז : ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא וכו' קלד		ל :	רש"י ד"ה כו"ע לא פליגי עז, פדה, פט, קז, קב, שיח, תא
סו. המכנסת שום לבעלה וכו' תקפט		לא.	לימא כתנאי ישראל שהלווה לנכרי על חמצו לאחר הפסח וכו' שסו, שסז, שסח
כתובות		לא.	והאמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה וכו' שעה, שעו, שעח, שפ
יב : הנואש את האשה ולא מצא לה בתולים וכו' תריג		לא.	יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם וכו' שעט, שצו
טז : הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא קסט		לא.	יתומים שירשו שטר חוב על אחרים אין בעל חוב גובה מהם תקז
יט. האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן וכו' שפא, שפג, שפד		לא.	רש"י ד"ה ואתי מלוה עח, תט, תיא
יט. תוס' ד"ה וכגון שפ, שפא, שפד		לא.	רש"י ד"ה כשהרהינו שסח
לג : תוס' ד"ה לאו ר, רה, רו, רח		לא.	רש"י ד"ה שאני קלח, שעח
מג : ומיגבא מאימת גביא וכו' תריג		לא.	רש"י ד"ה כי פליגי רא
נ : הבו לה מתמרי דעל בודיא וכו' שס		לא.	רש"י ד"ה תנן שצח
נ : רש"י ד"ה או דלמא שלט		לא.	תוס' ד"ה אלא שסח
נד : אע"פ שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה מוסיף וכו' תריא		לא.	תוס' ד"ה משתבענא שעט
נד : תוס' ד"ה אע"פ קב		לא.	ל"ק הא דאמר לו מעכשיו הא דלא אמר לו מעכשיו שסט
נד : תוס' ד"ה אם רצה רפ			
נה : סד"א הואיל ולאחר מיתה נמי איקרי שארו וכו' רצא			
נט : הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד עח			

נט:	רש"י ד"ה הקדש	עד, עח, תיא	צא:	ההוא גברא דהוו מסקי ביה וכו' שביק קטינא דארעא וכו' אתו לקמיה דאביי אמר להם מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם
פא:	ההוא גברא דנפלה ליה יבמה בפומבדיתא בעי אחוזה למיפסלה לה בגיטא מיניה וכו'	קעו	צט:	קו, קי, קיא, תקס, תקסג, תקסה
פא:	הרי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם וכו'	שפו, שפז, שפט	צא:	רש"י ד"ה דמי קטינא קז
פא:	לימא לה לאו בעל דברים דידי את וכו'		צא:	רש"י ד"ה מצוה קה
פא:	תוס' ד"ה רבי מאיר	קסג, שפט	צב:	רש"י ד"ה רצה תקב
פא:	תוס' ד"ה לא יאמר	שפו	צב:	תוס' ד"ה ראובן
פד:	מי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשין וכו'	קמב	צג:	תקיד, תקטז, תקיז, תקיט
פד:	רש"י ד"ה ינתנו לכושל	קמב	צג:	תוס' ד"ה אבל תקכד
פד:	ולר"ט דמנחי היכא וכו'	קמג	צג:	מי שהיה נשוי ג' נשים ומת כתובתה של זו מנה ושל זו מאתים וכו'
פה:	המוכר שטר לחבירו וחזר ומחלו וכו'	רפ, שפא	צג:	תוס' ד"ה וכן שלשה תקפג
פה:	תוס' ד"ה המוכר	פה, שפה	צג:	מי שהיה נשוי ארבע נשים וכו' תקצב
פו:	לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה וכו'	ק, קא, קג, קט, תקנה, תר	צג:	שנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים וכו' רלד
פו:	רש"י ד"ה פריעת	רפא	צד:	שני שטרות היוצאים ביום אחד וכו' רפה, תקב
פו:	תוס' ד"ה פריעת	צב, קד, קו, קיא, קטו, קכט, קנ, קסו, רצ, שכו, של, שלא, שלט, שמא, שצה, תקבא	צד:	רש"י ד"ה כגון תקצא, תקצב
פו:	תוס' ד"ה אמר	קג	צד:	תוס' ד"ה שנמצאת תקצא, תקצג
פז:	עד אחד מעידה שהיא פרועה וכו'	צד	צד:	הנהו תרי שטרי דאתו לקמיה דרב יוסף בחד כתוב בה' בניסן ובחד כתוב בניסן וכו' תקעט, תקפא
פז:	רש"י ד"ה ומוקי	צד	צו:	אלמנה שתפסה מטלטלין במזונותיה וכו' תרו
פח:	ונפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה	תקלח	צח:	אלמנה ששמה לעצמה תקסד
פט:	אלמנה מן הנישואין במאי גביא בעדי מיתה וליחוש דלמא גירשה וכו'	קה	ק:	כאן במקום שאין מכריזין תקס
צ:	תוס' ד"ה שמע מינה	עט	קב:	תוס' ד"ה אליבא עה, רסא
צא:	מי שהיה נשוי ב' נשים ומתו ואח"כ מת הוא וכו'	תקסב	קד:	חמתיה דר"ח אריכא אינתת אחוזה הואי ואלמנה בבית אביה וכו' רפח
צא:	פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהם יורשים וכו'	תרט	קז:	תוס' ד"ה חנן תקמט
צא:	רש"י ד"ה היינו	תקסד	קח:	אלא ר"ה מ"ט לא אמר כרבא וכו' תקנה
צא:	תוס' ד"ה מאי	תקסג, תקע	קט:	מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו וכו' תקיא

מא.	דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו	קני.	שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה וכו' תצר, תצז, תק
	קעג, קעד		
מא.	העושה שדהו אפותיקי לבעל חוב ולכתובת אשה וכו'		
	קעו, קעז, קעח, קעט		
מא.	רש"י ד"ה לא יהא		
מא.	רש"י ד"ה גובין		
מא.	תוס' ד"ה המזיק		
מח:	אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין		
	תקמ, תקעה		
מח:	רש"י ד"ה מפני		
מט:	רש"י ד"ה בקבלן		
נ.	יתומים שאמרו קטנים או גדולים וכו' קמו		
נ.	שט"ח היוצא על היתומין אע"פ שכתוב בו שבח אינו גובה אלא מן הזיבורית וכו' א"ל רבא הכי השתא בעל חוב דיניה מדאורייתא בזיבורית וכו' ס, תקח, תקי		
נ.	רש"י ותוס' ד"ה מאי עידית תקי, תקכג		
נ.	תוס' ד"ה כיון ס		
נ:	אין מוציאין לאכילת פירות מ"ט אמר עולא אר"ל לפי שאין כתובין וכו' רח"א לפי שאין קצובין, איבעיא להו לר"ח קצובין וכתובין בעי או דלמא קצובין ואע"ם שאין גתובים, וברש"י סא		
נ:	תוס' ד"ה או דלמא סא		
נא.	שאני פרנסה כיון דאית ליה קלא כמאן דכתיבא דמי סז		
נא.	רש"י ד"ה קצובין קלו		
סג:	התקבל לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי והוא אומר הולך ותן לה וכו' קמ		
קידושין			
ב.	תוס' ד"ה בפרוטה תעד, תפד		
ח.	אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן וכו' תלו, תלז, תמ, תמב, תמג, תמה, תמו, תמח, תמט		
ח.	רש"י ד"ה מנה תלו		
ח.	רש"י ד"ה במשכון תלז		
		ג.ג.	המודר הנאה מחבירו שוקל לו את שקלו וכו' תקנה
		ג.ג.	פורע חובו של חבירו פטור משום דהוי כמבריה ארי תקנו
		לג:	מחזיר לו אבידתו וכו' תכו
		סה:	ועוד אמר ר"מ פותחין לו מן הכתוב בתורה וכו' תנו
סוטה			
כה:	תוס' ד"ה בית הלל שנא		
גיטין			
ז:	תוס' ד"ה אמר קעט		
ל.	המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני וכו' צו		
ל.	מתו צריך ליטול רשות מן היורשים וכו' צז		
ל:	מת צריך ליטול רשות וכו' צז, צט		
ל:	רש"י ד"ה מלא מחט צט		
ל:	רש"י ד"ה שירשו קטו		
לו.	תוס' ד"ה מי איכא פב		
לז.	השביעית משמטת את המלוה וכו' פא		
לז.	רש"י ד"ה אלא על הקרקע רפא		
לז.	תוס' ד"ה שטר שיש פא		
מ:	עבד שעשאו רבו אפותיקי וכו' קעד, תו		
מ:	הקדש חמוץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד		
	שצז, שצח, שצט, תא, תב, תג, תד		
מ:	רש"י ד"ה אפותיקי קעד		
מ:	רש"י ד"ה הקדש שצז		
מ:	תוס' ד"ה במזיק קעד		
מ:	תוס' ד"ה הקדש קצט, שעג, שצז, שצט, תא, תב, תג, תד, תו, תיא		
מא.	העושה שדהו אפותיקי לאחרים ושטפה נהר וכו' קעא		
מא.	אמי שפיר נאה אר"י אינו גובה משאר נכסים וכו' קעד		

ח. תוס' ד"ה מנה	תלו, תלז, תמו, תמב	ו:	תוס' ד"ה כגון	תסז, תפז, תפח
ח. תוס' ד"ה משכון דאחרים	תמו	ו:	תוס' ד"ה ורבי	תסו, תעב, תפד
ח. תוס' ד"ה מנין	תמח	ז:	לעולם דנגח תורא דידן לתורא דהקדש	
ח. תוס' ד"ה צדקה	תמט		וכו'	תסח
יג:	אמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין שעבודא דאורייתא	ז:	כתיב מיטב שדהו וכו' מיטב אין מידי אחרינא לו והתניא ישיב לרבות שוה כסף	וכו'
	סז, סט, קא, קכד		תעג, תעה, תפז	
יג:	הדור יתבי וקאמרי הא דתנן האשה שהביאה חטאתה וכו'	ז:	הרי שהיו לו בתים שדות וכרמים ואינו מוצא למוכרן וכו'	תעה, תעז
יג:	רש"י ד"ה דלית	ז:	רש"י ד"ה מי שהיו	תעו
יג:	רש"י ד"ה לאו	ז:	רש"י ותוס' ד"ה ועוד מאי ק"ו להקדש	
יג:	תוס' ד"ה אמר רב פפא		תסב, תסט, תע	
טו.	מ"ט דת"ק דאמר מוכר עצמו אין מעניקין לו וכו'	ז:	לא צריכא דביומי ניסן יקרא ארעתא וכו'	
טו.	תוס' ד"ה ואידך	ז:	וה"נ גבי נזקין דיניה בעידית וכו'	תעט, תפ, תפא
טז:	תני חדא ענק עבר עברי לעצמו וכו'		תפב, תקכג	
	שצב	ז:	כל מילי מיטב הוא וכו'	
יט.	המקדש במלוה שיש עליה משכון וכו'		תסד, תפד, תפה, תפו	
	תנ	ז:	כשהן שמין בשלו הן שמין או בשל עולם	
יט.	תוס' ד"ה במלוה		וכו'	תפז, תצ
כט.	הוא לפדות ובנו לפדות הוא קודם לבנו וכו'	ז:	רש"י ד"ה ואי	תפב, תקו
	מלוה הכתובה בתורה וכו'	ז:	רש"י ד"ה כל מילי	תפה
כט.	רש"י ד"ה ככתובה	ז:	תוס' ד"ה אליבא	תסח, תפח
לב.	משל מי מאכיל ומשקה ומכבד לאביו וכו'	ז:	תוס' ד"ה הב	תפג
	קד	ז:	תוס' ד"ה לבעל חוב	תקכג
מז.	המקדש במלוה אינה מקודשת מלוה להוצאה ניתנה	ח.	קתני מיהא מציעא בינונית וזיבורית וכו'	
	רצז		תפט, תצ, תצא, תצב, תצט	
מז:	תוס' ד"ה לעולם	ח.	דבר תורה בעל חוב בזיבורית וכו'	
סה:	ואשה אומרת אלו שני עבדי וחבילה שלי וכו'	ח.	מכר לאחד או לשלשה בני אדם כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים וכו'	תסב, תצד
סה:	מאי דעתיך דילפת ממון מממון וכו'		תקב, תקג, תקו, תקי, תקכ	
	שפג	ח.	אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו שקליתו	
	בבא קמא		וכו'	תקה
ג:	רש"י ד"ה לשלם	ח.	רש"י ד"ה בדעולא	תצג
ו:	מיטב שדהו ומיטב כרמו וכו' אי בניזק שיימינן או בדמויק	ח.	רש"י ד"ה אילימא	תקב
	תסב, תסג, תסז, תסט	ח.	רש"י ד"ה בנזקין	תקג, תקו
ו:	אהני קרא כגון דאית ליה למזיק עידית וזיבורית ועידית לניזק וכו'	ח.	תוס' ד"ה אידי	תצא
	תסו, תצא	ח.	תוס' ד"ה מר	תצ, תצג

ח. תוס' ד"ה כולן	יד: שוה כסף מלמד שאין ב"ד נזקקין אלא לנכסים שיש להן אחריות וכו'
ח. תוס' ד"ה אי שתקת	קמח, קמט, קנג
ח. דאמר להו טעמא מאי אמור רבנן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין וכו'	יד: תוס' ד"ה ביתמי
ח. פשיטא מכר לוקח בינונית וזיבורית וכו' מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו	טו. רש"י ד"ה מגופו
ח. קצט, תקיד	טז: תוס' ד"ה ואי תפס
ח. ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון וכו'	טז: מה בין תם למועד וכו'
ח. תקטו, תקיז, תקיט, תקב, תקבב, תקכה	טז: מאי עליה אר"א במעולה שבנכסיו
ח. ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליה עסיקין וכו'	טז: רש"י ד"ה מן העליה
ח. תקכו, תקכז, תקכח	יח: אימור דשמעת ליה לר"ט נזק שלם מגופו מי שמעת ליה וכו'
ח. רש"י ד"ה עסיקין	כ. הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר וכו' ובתוס'
ח. רש"י ד"ה ואיכא	לג. שני שורין תמין שחבלו זה את זה וכו' אחד תם ואחד מועד וכו'
ח. תוס' ד"ה אבל	לג. קצג, קצד, קצה, קצז
ח. תוס' ד"ה מצי	לג. יושם השור בב"ד דברי ר"י, רע"א הוחלט השור וכו'
ח. תוס' ד"ה משהחזיק	לג. מכרו מזיק לרבי ישמעאל מהו וכו'
ט. ר"ה אמר או כסף או מיטב וכו'	רח, שעד
ט. תסד, תעג, תעה, תפד, תפו, תקכט	לג. ש"מ לזה ומוכר מטלטלין ב"ד גובין מהן, וברש"י
ט. רש"י ד"ה רב הונא	לג. רש"י ד"ה יושם
ט. רש"י ד"ה בדלית	לג. רש"י ד"ה במותר
ט. תוס' ד"ה רב הונא	לג. תוס' ד"ה שני
ט. פט, שעד, שצא, תעג, תפז, תקכט	לג. תוס' ד"ה איכא
ט. תוס' ד"ה פשיטא	קצו, רב, רד, רה, רו, רנג, שעג, שעד
י: רש"י ד"ה אלא לפחת	לג. תוס' ד"ה הקדישו
י: תוס' ד"ה לא נצרכה	לג. שמע מינה לזה ומכר מטלטלין ב"ד גובין לו מהם
יא: עשה עבדו אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה ממנו	לג. והתניא מכרו מכור חוזר וגובהו וכו'
יא: הלכתא גובין מן העבדים וכו' אפילו מיתמי	לג. קנב, קנה
יא: האחין שחלקו מה שעליהן שמין ומה שעל בניהן ובנותיהן אין שמין	לג. מכרו אין מכור הקדישו מוקדש וכו'
יא: רש"י ד"ה אפותיקי	רי, ריב, שצט, תב, תד
יא: תוס' ד"ה אנא	לג. שחטו וכו' לייתי לישתלם מבישריה וכו' המזיק שעבודו של חבירו וכו'
יא: תוס' ד"ה כגון	לג. קדמו בעלי חובות והגביהו וכו'
יא: עב, קמה, קמו, קנה, שעט, תקט	ריט, רכ, רלו

לג:	שור תם שהזיק עד שלא עמד בדין וכו'	לו:	רש"י ד"ה ורבי עקיבא	רלא
לג:	רש"י ד"ה שמע	לו:	רש"י ד"ה ראשון	קפב, רל, רלו, רעח
לג:	רש"י ד"ה ראשון	לו:	תוס' ד"ה ראוי	קכב
לג:	תוס' ד"ה משום	לו:	תוס' ד"ה ור"ע	ריב
	ריא, ריג, שצח, שצט, תב	לו:	תוס' ד"ה אי	רלח, רלט
לג:	תוס' ד"ה מדרבי	לו:	לעולם כר"י דאמר בעלי חובות נינהו וכו'	
לג:	תוס' ד"ה זאת	לו:	כגון שתפסו ניזק וכו'	רמ, רמא, רמג
לד:	ש"מ בעל חוב מאוחר שקדם וגבה וכו'	לו:	אם יש בו מותר בנוקיו יחזיר לשלפניו	
	רכו	לו:	רש"י ד"ה שתפסו	רמד
לד:	שור תם שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים וכו'	לו:	רש"י ד"ה יחזיר לבעלים	רמ
לד:	שבח מזיק נותן כשעת הנזק וכו'	לו:	תוס' ד"ה כגון	רמב, רמג
	רטו, רכג, רכד	לו:	תוס' ד"ה אם יש	רמד
לד:	כחש כשעת העמדה בדין וכו'	לט:	שור של חרש שוטה וקטן שנגח וכו'	
לד:	שבח נבילה איכא בינייהו וכו'	לט:	אם הוחזקו נגחנין מעמידים להם אפוטרופוס וכו'	רמה
לד:	רש"י ד"ה אילו	לט:	רש"י ד"ה שור של חרש	קנג, רנד
לד:	רש"י ותוס' ד"ה שאלמלא	לט:	תוס' ד"ה ורבי יוחנן	קכ
לד:	רש"י ד"ה שבח מזיק	לט:	תוס' ד"ה ואם	רמו
לד:	תוס' ד"ה אילו	מ:	שאלו בחזקת תם ונמצא מועד וכו'	
לד:	תוס' ד"ה הכא	מ:	רטז, רמז, רנא, רנב, רנג	
לה:	טענו חיטים והודה לו בשעורים פטור וכו'	מ:	הזיק השור ברשות שומר וכו'	רמד
	קכב	מ:	שומר נכנס תחת הבעלים לשמירת נוקין וכו'	רלז
לה:	ניזק אומר גדול הזיק את הגדול וקטן הזיק את הקטן וכו'	מ:	הועד בבית שואל והחזירו לבעלים וכו'	רנג
לה:	רש"י ד"ה רישא	מ:	א"ה בעלים אמאי משלמים חצי נזק וכו'	
לה:	תוס' ד"ה לימא	מ:	רנה, רנו	
לו:	היו שניהם של איש אחד שניהם חייבים וכו' ש"מ שוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה	מ:	רש"י ד"ה שבוק	רמא
	רכט, רלא, רלג, רלד	מ:	תוס' ד"ה הוה	רכא, רמב, רנו
לו:	שור שנגח ד' וה' שוורים וכו'	מד:	מסרו לשומר חנם וכו'	רלט
לו:	אי כר"ע דאמר שותפין נינהו יחזיק לכולן מיבעי ליה	מו:	וכן פרה שנגחה את השור ונמצא ולדה בצדה וכו'	רלה
לו:	ראשון ראשון נשכר מיבעי ליה וכו'	מו:	מנין שאין נזקקין אלא לתובע תחילה	
	רלו, רלח	מו:	תוס' ד"ה רביע נזק	רלח
לו:	רש"י ותוס' ד"ה ש"מ	מו:	תוס' ד"ה ה"ג	תעה, תפה
לו:	רש"י ד"ה רצה			
לו:	רש"י ד"ה ושלפניו			

מ"ט דרבנן סברי אחריות טעות סופר וכו' פח, רפג	יד.	משכוננו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו קב, ריב	מט:
והאמר שמואל שבח שפר ושעבוד צריך לימלך פח	יד.	בעל חוב יכול לגבות חובו מנכסי הגר שמת קל, תקמא	מט:
תוס' ד"ה שעבוד פח, רנט, תריב	יד.	שומר אבידה כשומר שכר וכו' תכו	נו:
המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינו שלו וכו' שז, שח, שיא, שיד	יד:	תוס' ד"ה פשיטא רלט	נו:
אין מוציאין לאכילת פירות וכו' והאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח וכו' רסח, שיב, שיט	יד:	לא מיבעיא אכלה דמשלמת מה שנהנית וכו' תקנו	נח.
הרי שגול שדה מחבירו והרי היא יוצאה מתחת ידו וכו' שכ	יד:	תוס' ד"ה אי נמי תקנו, תקנו	נח.
רש"י ותוס' ד"ה ויש לו שבח שז, שט, תקצג	יד:	כיצד משלמת מה שהזיקה וכו' מלמד ששמין אגב שדה אחר וכו' תעא	נח:
רש"י ד"ה לא בבעל חוב שיט	יד:	אכלה חזיו וכו' וברש"י תעב	נח:
רש"י ד"ה בגזול שיב	יד:	רש"י ד"ה סאה תעא	נח:
רש"י ד"ה לאכילת שמב	יד:	תוס' ד"ה שמין תעא	נח:
תוס' ד"ה תריץ רעו, שכ	יד:	רבי יוסי הגלילי ורבי ישמעאל אמרו דבר אחד וכו' תעב	נט.
הב"ע כשעמד בדין והדר זבין וכו' שכב	טו.	תוס' ד"ה ומאי ניהו תעב	נט.
וסבר שמואל לוקח מגולן לית ליה שבחא וכו' שיא	טו.	על כל דבר פשע וכו' מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון וכו' קמה	סב:
אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח וכו' תדע שכך כותב לו וכו' שכב, שכד, שכו, שכז	טו.	צא תן לו טבח ומכר פטור וכו' רכו	סח:
הא מתניתא מסייע ליה למר שמואל וכו' שכב, שלב	טו.	הניח להם אביהם טלית גזולה וכו' צד:	
אלא מעתה מתנה דלא כתיב ליה וכו' שלב	טו.	צג, קד	ה.
המוכר שדה לחבירו והשביחה ובא בעל חוב וטרפה וכו' שלב, שלד, שלה	טו.	שעד	ה.
איבע"א בבעל חוב ול"ק כאן בשבח המגיע לכתפים וכו' שלח, שמא, שמב	טו.	דכו"ע שבח שעל גבי גזילה דגולן הוא וכו' שלט	צה:
רש"י ד"ה יפה קמו	טו.	תוס' ד"ה שבח שכד, שמ	צה:
רש"י ד"ה תדע שכב	טו.	מעשה בחסיד אחד שלקח משני בני אדם ולא היה יודע מאיזה מהם לקח וכו' קמ	קג:
רש"י ד"ה בלוקח שכב	טו.	אמר איני יודע אם פרעתין וכו' קיח.	קח.
רש"י ד"ה את השבח שלד	טו.	רלב, תקנג	
תוס' ד"ה כשעמד שכב	טו.		
תוס' ד"ה בעל חוב טו.	טו.		

בבא מציעא

מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא ג' זוז והילך וכו' רחצ	ד.	ג' זוז והילך וכו' רחצ	ד.
תוס' ד"ה אין נשבעין סב, צד, צה	ד:	תוס' ד"ה אין נשבעין סב, צד, צה	ד:
רש"י ד"ה המקדש במלוה רחצ	ו:	רש"י ד"ה המקדש במלוה רחצ	ו:
המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו וכו' תמ	י.	המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו וכו' תמ	י.
תוס' ד"ה יכול תמ	י.	תוס' ד"ה יכול תמ	י.

טו:	בעל חוב דמסיק ביה שיעור ארעא ולא שבחא וכו'	לה:	רש"י ותוס' ד"ה לוקח הוי תקצט
טו:	שלד, שדמ, שמה, תקע, תקפו	לה:	ומאימת אכיל פירי וכו' תקצו
טו:	כי אית ליה זוזי ללוקח מצי מסלק ליה לבעל חוב	לח:	היורד לנכסי שבוי אין מוציאין אותו מידו וכו' שצד
טו:	הכיר בה שאינה שלו ולקחה וכו' שיג, שיד	לח:	רש"י ד"ה הרי זה זריז שצד
טו:	חזר ולקחה מבעלים הראשונים מהו וכו' שטז, שיז, שיח, שעב	לט:	מרי בר איסק אתא ליה אחא מבי חוזאי א"ל פלוג לי וכו' שצג
טו:	רש"י ד"ה המגיע שלח, שמא, שמב	מח:	ערבון קונה בשדה כנגד מעותיו וכו' תטז, תכא
טו:	רש"י ד"ה שבח שיד	נח:	בהמה ומרגליות אין להם אונאה וכו' תקס
טו:	רש"י ד"ה הניחא שמה, תקע	סה:	הלוח על שדהו ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד ל' שנים הרי היא שלי וכו' קפד
טו:	תוס' ד"ה כגון קעה, קפב, קפו, שלא, שמח	סו:	אפילו בשעת מתן מעות לא קנה קפד
טו:	תוס' ד"ה חזר שטז, שיז	סו:	אע"ג דאמור רבנן אסמכתא לא קניא אפותיקי הוי למיגבא מיניה וכו' קפד
טו:	תוס' ד"ה הא שנז	סו:	רש"י ד"ה אלף קפה
טז:	איהו בחובו חזינא אי אית ליה ארעא אחריתי וכו' שעב	סו:	המוכר פירות דקל לחבירו וכו' רפו, רצג
טז:	מה שאירש מאבא מכור לך וכו' רצב, שיח	סו:	רש"י ותוס' ד"ה לא מפקין רצג
טז:	תוס' ד"ה מה רצא	סז:	האי משכנתא באתרא דמסלקי אין בעל חוב גובה הימנה תנח
טז:	האומר לחבירו שדה שאני לוקח לכשאקחנה קנייה לך מעכשיו וכו' שיח	סז:	רש"י ד"ה אין בעל חוב קמט, קנב, קנד, תנח
לא:	השב תשיב אין לי אלא במשכנו ברשות ב"ד משכנו שלא ברשות ב"ד מנין וכו' תנג	עה:	תוס' ד"ה ערב תקלה
לה:	ההוא גברא דאפקיד כיפי גבי חבריה וכו' למימריה דסבר ר"נ דשומא הדרא וכו' תקצד, תקצה	פ:	הלוחו על המשכון שומר שכר וכו' תכז
לה:	אמרי נהרדעי שומא הדרא עד תריסר ירחי שתא וכו' תקצו	פ:	תוס' ד"ה דקא תלה
לה:	שומא הדרא מדין ועשית הישר והטוב קעד, תקסח, תקצח	פא:	לימא מתניתין דלא כר"א וכו' תכג
לה:	פשיטא שמו ליה לבעל חוב ואזל איהו ושמה לבעל חוב דידיה וכו' תקעה, תקצז	פא:	רש"י ד"ה ישבע תכג
לה:	שמו לה לאשה ואינסיבא וכו' בעל בנכסי אשתו לוקח הוי תקצט	פא:	רש"י ד"ה הלוחו תכג
לה:	אגביה איהו בחובו וכו' תקצח	פא:	תוס' ד"ה והא תלא, תמו, תמח
		פב:	אר"י מנין לבעל חוב שקונה משכון וכו' נה
		פב:	האי מאן דאוזפיה אלפא זוזי לחבריה וכו' תכה, תכט
		פב:	כאן שהלוח מעות כאן שהלוח פירות תכג
		פב:	אי בדלא שוו משכון שיעור זוזי וכו' תל

פב.	וקא מיפלוגו בדרכי יצחק וכו'	תל	קטז. ההוא גברא דחבל סכינא דאשכבתא
פב.	מנין לבעל חוב שקונה משכון וכו'		תנח מחבריה וכו'
	תלג, תלה		תנו רש"י ד"ה ה"ג
פב.	הכא במשכנו בשעת הלואה ובשומר		קטז. רש"י ד"ה רבא
	אבידה קא מיפלוג	תכו, תכח	
פב.	רש"י ד"ה בדלא	פא, תל	
פב.	רש"י ד"ה שקונה	תל	
פב.	תוס' ד"ה נימא	תיח, תכג, תמח	
פב.	תוס' ד"ה לא	תכה	
פב:	רש"י ד"ה במלוה	תכח	
פב:	תוס' ד"ה במלוה	תכה, תכט	
פב:	תוס' ד"ה אימור	תלה, תמו, תמח	
צט:	הני שקולאי דתברו חביתא וכו'	תעט	
קי.	יתומים אומרים אנו השבחנו ובעל חוב		
	אומר אביכם השביח וכו'	שמט, שנא	
קי:	אייתי יתמי ראייה דאינהו אשבחו וכו'		
		קפו	
קי:	רש"י ד"ה הניחא	תקסג, תקסד	
קי:	רש"י ד"ה ספק	שנ	
קי:	תוס' ד"ה סבר	שנ, שנא, שנר	
קיג.	ומחזיר את הכר וכו' ואם מת אינו מחזיר		
	ליורשיו וכו'	תנב, תרג	
קיג.	שליח ב"ד מנתח נתוחי אין אבל משכוני		
	לא וכו'	תנג, תנט	
קיג.	רש"י ד"ה מת הלוח	תנב	
קיג.	תוס' ד"ה מחזיר	תנב	
קיג.	תוס' ד"ה ואת המחרישה	תנח	
קיד.	ויסדרו בבעל חוב ק"ו מערכין וכו'		
		תנט, תרא	
קיד.	רש"י ד"ה הרי עלי	תרא	
קיד.	רש"י ד"ה מהו שיסדרו	תרב	
קיד.	רש"י ד"ה שמחזירין	תרב	
קיד.	תוס' ד"ה מה ערכין	תנט	
קיד:	משכנו ומת שומטו מעל גבי בניו וכו'		
		תנה	
קטו.	החובל את הרחיים עובר משום לא תעשה		
	וחייב משום שני כלים וכו'	תנו	
קטז.	חבל זוג של ספרים וכו'	תנו	

כבא בתרא

ג.	מאי מחיצה פלוגתא וכו'	רפב
ג.	תוס' ד"ה כי רצו	רפב
ג.	תוס' ד"ה קנין דברים	רפב
כח:	תוס' ד"ה אלא	שיז
לב:	ההוא ערבא דאמר ליה ללוה הב לי מאה	
	זוזי דפרעתי למלוה עילוך והא שטרא	
	וכו'	קמא
לב:	רשב"ם ד"ה כי האי גוונא	קמא
לה.	שני שטרות היוצאים ביום אחד וכו'	
		רפה
לח:	פלוני אוכל בגזלנותא וכו'	שיד
מא.	רשב"ם ד"ה אמרי	תקפב
מא:	שלשה לקוחות מצטרפין וכו' וכולם	
	בשטר	סו
מא:	רשב"ם ד"ה מצטרפין	סו
מב.	תוס' ד"ה מלוה	סו
מב:	ומעידין זה לזה אמאי נוגעין בעדותן הן	
	וכו'	שיז
מד.	המוכר שדה לחבירו שלא באחריות וכו'	
	ומטלטלי לבעל חוב לא משתעבדי	
		קנו, קנז
מד:	וליחוש דלמא אקני ליה מטלטלין אגב	
	מקרקעי וכו'	קנט, קס, קסא
מד:	רשב"ם ד"ה לא משתעבדי	קנז, קס
מד:	רשב"ם ד"ה ואמר ר"ח	קסא
מד:	תוס' ד"ה והוא	קסא
נג.	רשב"ם ד"ה האי מבריח	תקנו
עו.	רשב"ם ד"ה ואותיות	שפד
עו:	תוס' ד"ה קני	פה, שפא, שפה
קיד:	רשב"ם ד"ה אף האשה	ש
קיד:	תוס' ד"ה מה אשה	רצא
קכד.	רשב"ם ד"ה ירשו שטר	נח, עט, רצט
קכד.	רשב"ם ד"ה ואם אמר	פו, רסט

קמד: רשב"ם ד"ה ואפילו יורש	שפא	קכד: בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית וכו' פ, פא
קנז: המלוה את חבירו בשטר וכו' דאיקני וקנה מאי וכו' רנח, רנט, רס, רסא, רסב, רסה		קכד: גבו קרקע יש לו גבו מעות אין לו, ור"נ אמר גבו מעות יש לו גבו קרקע אין לו פב, פג, פד, שצד
קנז: כי קא מיבעיא לן דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה ומוריש מאי רסו, רסז, רסח, רסט		קכד: יתומים שירשו מלוה אביהם וכו' גז, נח
קנז: דאיקני וקנה מהו וכו' נפל הבית עליו ועל אביו וכו' קח, קט, קיא, קיב		קכד: רשב"ם ד"ה מלוה פ
קנז: רשב"ם ד"ה המלוה רנח		קכד: רשב"ם ד"ה אבל לא ברבית פ
קנז: רשב"ם ד"ה אליבא דר"מ רסב, רסג		קכד: רשב"ם ד"ה גבו קרקע פב
קנז: תוס' ד"ה דאיקני		קכד: תוס' ד"ה אין הבכור פ
קנז: תוס' ד"ה מצוה רסג, רסה, רסו, רסז, רסח		קכד: תוס' ד"ה גבו מעות פג
קנז: רשב"ם ד"ה מצוה		קכה: ועוד הא אמר רב נחמן וכו' שצו
קנז: שטרי חוב המוקדמין פסולין והמאוחרין כשרין וכו' ער, עדר	צב, קיג, רצ, של, שלט, שמא	קכה: רשב"ם ד"ה ועוד פו, שא
קנז: לשבח קרקעות כיצד וכו' ערה, רעט		קלה: איזו היא דייתיקי וכו' ואיזה היא מתנה וכו' דש
קנז: את"ל דאיקני קנה ומכר וכו' לזה ולזה וחזר וקנה מהו וכו' רעז, רעח, רפד, רפה, שנא		קלו: הכותב נכסיו לבניו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה וכו' רצה, רצז, שג
קנז: רשב"ם ד"ה המוקדמין ער, ערב, רעג		קלו: רשב"ם ד"ה הכותב שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוני וכו' יצא עליו שטר חוב גובה מכולם פט
קנז: רשב"ם ד"ה מאוחרין ערב, רעג, עדר		קלח: רש"י ד"ה כאן בצווח קכג
קנז: רשב"ם ד"ה יחלוקו שכז, שנה, תקפד		קלח: האב תולש ומאכיל לכל מי שירצה וכו' שג
קנז: רשב"ם ד"ה הא מני ר"מ ערה, רפג		קלט: מי שמת והניח בנים ובנות וכו' תרה
קנז: רשב"ם ד"ה לזה רעז, רעח		קמ: פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין וכו' תרה, תרז
קנז: רשב"ם ד"ה חצי שבח שכג		קמ: אלמנתו מהו שתמעט בנכסים וכו' תרח
קנז: תוס' ד"ה גובה ערה, רעו, שכ		קמ: רשב"ם ד"ה פשיטא תרו
קנז: תוס' ד"ה את"ל רעט		קמ: רשב"ם ד"ה יתומים שקדמו תרז
קנט: בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת וכו' רסט, רצ, רצא, רצג, רצה, רצו, רצז		קמ: רשב"ם ד"ה אלמנתו תרח
קנט: רשב"ם ד"ה בן שמכר רצב		קמ: תוס' ד"ה מה שמכרו תרט
קנט: תוס' ד"ה מצוה ק		קמ: בת אשתו מהו שתמעט בנכסים אלמנתו מהו שתמעט בנכסים וכו' תרי
קנט: תוס' ד"ה ולימרו קסט, רצ, רצא, רצג, רצה, רצט, ש, שב, שצה		קמ: רשב"ם ד"ה אלמנה ובת תרי
קסט: והכא היינו טעמא דדלמא אזיל בעל חוב וטריף מיניה דלוקח וכו' תקעז		קמז: אע"ג דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול וכו' מודה שמואל שאם נתנו במתנת שכיב מרע דאינו יכול למוחלו פה
קסט: א"כ שטרי הלואה נמי וכו' תקעז		
קסט: תוס' ד"ה דמאן תקעז		
קעג: מנין לערב דמשתעבד וכו' תקל		

קעה: מה טעם אמרו מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין משום פסידא דלקוחות א"כ מלוה בשטר נמי וכו' נז, קח

קעה: רבה אמר דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין מ"ט שעבודא לאו דאורייתא וכו' והאמר רבה גבו קרקע יש לו גבו מעות אין לו וכו' נז, סט, צב

קעה: תוס' ד"ה לא מן היורשים **עב**

קעה: תוס' ד"ה דבר **קכה, שכח**

קעה: תוס' ד"ה לא **קמו**

קעו. הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין וכו' **סז, סט, קמז**

קעו. הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו גובה מנכסים בני חורין וכו' הוחזק כתב ידו בבית דין מאי וכו' וברשב"ם **עד, עה, עו**

קעו. רשב"ם ד"ה מאי **עג, עד**

קעו. תוס' ד"ה גובה מן היורשין **סז, קמז**

סנהדרין

ל: הלוואה אחר הלוואה אי מצטרפי **צה**

עב. כי אוקימנא רחמנא ברשותיה לענין אונסין וכו' **רנו**

מכות

ג. מעידים אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ולא נתן לה כתובתה וכו' **שעו, תריג**

ג. רש"י ד"ה כיצד שמין **תריג, תרטו**

ה. באו שנים ואמרו בחד בשבתא הרג פלוני את הנפש וכו' **רד, תריד**

ה. וכן לענין תשלומי קנס וכו' **רו**

ה. רש"י ד"ה מ"ט **רד**

ה. רש"י ד"ה ה"ג **רד**

ה. תוס' ד"ה דבעידנא **ר, רו**

ה. תוס' ד"ה וכן **רז**

ז. אילעא וטוביה קריביה דערבא הוו וכו' **קיט**

טז. והא איכא גול דרחמנא אמר לא תגזול וכו' **תלג**

טז. הניחא למ"ד נדר שהודר ברבים אין לו הפרה וכו' **תנו**

קעג: ואם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה יפרע מן הערב וכו' **תקלא, תקלג**

קעג: אמא אמיימר ערב דמשתעבד מחלוקת ר"י ור"י וכו' **תקלה**

קעג: רשב"ם ד"ה לא יתבע ערב **תקלב**

קעג: רשב"ם ד"ה גמר **תקלה**

קעג: תוס' ד"ה חסורי **תקלא, תקלו**

קעד. נכסי דאיניש אינון מערבין יתיה **עט**

קעד. ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה וכו' **קייג, קיד, תקמב, תקמח**

קעד. נפרעין מיתומים קונים וכו' **קז**

קעד. הלוחו ואני ערב וכו' **תקלו**

קעד. ההוא דיינא דאחתייה למלוה לנכסי דלוה מקמי דלתבעיה ללוה **תקלח, תקלט, תקמ, תקמא, תקעה**

קעד. רשב"ם ד"ה רב הונא **קיד, קנד, קסב**

קעד. רשב"ם ד"ה פריעת **קיד, קיט**

קעד. רשב"ם ד"ה תן לו **תקלה, תקלז**

קעד. רשב"ם ד"ה לא יתבע **תקלט**

קעד. רשב"ם ד"ה וקיימא לן **תקמ**

קעד. תוס' ד"ה ואם **קיז, תקנא**

קעד. תוס' ד"ה מקמי **תקמב**

קעד: ערב שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו אינו גובה וכו' **קיז, תקנא**

קעד: משה בר עצרי ערבא דכתובתה דכלתיה הוי וכו' **תקלז**

קעד: רשב"ם ד"ה דלהכי **קיד**

קעד: רשב"ם ד"ה אינו גובה **קיז**

קעה. המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים ע"י עדים גובה מנכסים בני חורין וכו' **נה, קג, רנח**

קעה. רשב"ם ד"ה המלוה **רנח**

קעה. תוס' ד"ה שעבודא **נח, סג**

קעה: אמר עולא אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה גובה מנכסים משועבדים מ"ט שעבודא דאורייתא וכו', וברשב"ם ובהרגמ"ה **נה, נו, נח, נט, עג, קיג**

מח. לעולם שמת לאחר ל' יום וכו' קלה
מח. כו"ע אית להו דר"פ דמלוה על פה גובה מן היורשים סא, קעא
מח. כו"ע חמש ולא חצי חמש וכו' האחין שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות וכו' קבט, קלו
מח. זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת וכו' תקמ
מח. רש"י ד"ה הכא קלו
מח. תוס' ד"ה ודכולי קלו
מח: ואיכא דמותיב לה אסיפא נתחייבו נכסים וכו' קלב, קלז
מח: תוס' ד"ה מלוה ק, קטז, קכה, קמח
מט: וכולן נפדין בכסף ובשוה כסף חוץ משקלים צד
מט: תוס' ד"ה וידידה קבח, רס
נא: וכי איתמר דר"ל ארישא איתמר מת לאחר שלשים יום וכו' צ

תמורה

ו. והרי השבת העבוט דאמר רחמנא לא תעבוט עבוטו וכו' תנד

ערכין

ו: כו"ע מלוה על פה אינו גובה מן היורשים וכו' ס
ו: רש"י ד"ה תשלומי קכה
כא. חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותן וכו' תר
כב. אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אלא א"כ רבית אוכלת בהם וכו' ק, קיט, קכ, קכא
כב. מרישא לא הוה מיזדקקנא לנכסי יתומים וכו' קפו
כב. רש"י ד"ה צררי קכא
כב: ומי חיישינן לשובר וכו' קכא
כג. המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה וכו' תרטז
כג. רש"י ד"ה בשאלה תרטז
כג. תוס' ד"ה בשאלה תריז

שבועות

לח: דינר זהב יש לי בידך וכו' פד
מא. האי מאן דאפיק שטרא על חבריה ואמר ליה שטרא פרוע הוא וכו' קע
מג. ענבים העומדים ליבצר וכו' שמג
מג: סלע הלוייתך עליו ושקל היה שוה וכו' תיג
מג: האי מאן דאזופיה אלפא זוזי לחבריה ומשכן ליה קתא דמגלא אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי וכו' תטו, תיח, תיט, תכ
מג: רש"י ד"ה אבד תטו, תיח
מג: רש"י ד"ה אבל תרתי תיט
מג: תוס' ד"ה אבל תרתי תיט
מג: תוס' ד"ה מתניתין תטו, תטז, תכ
מד. רש"י ד"ה ובדשמואל תכג
מד. תוס' ד"ה מכאן תלג
מד: לימא כתנאי המלוה את חבריו על המשכון וכו' תטו, תכא
מז. שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין קסט, קע
מח: ההוא דשכיב ושבק ערבא וכו' תקמב

עבודה זרה

י: רש"י ד"ה מאוחר רעג

מנחות

קח: בית בבתי אני מוכר וכו' רלג, שסז

חולין

קל: המזיק מתנות כהונה וכו' תקנה
קל: רש"י ד"ה שאין לו תקנה
קלא. הרי שאנסו בית המלך גרנו וכו' תקנז
קלד. גר שנתגייר והיתה לו פרה וכו' קלא

בכורות

טז. המקבל צאן ברזל מן העכו"ם ולדותיהן פטורין וכו' תס
טז. רש"י ד"ה ולדותיהן תסא
טז. תוס' ד"ה אין מקבלין תס, תסא
מח. מי שלא בכרה אשתו וילדה שני זכרים וכו' מת האב וכו' קל, קלב

תקלו	כג: רש"י ד"ה קבלן	הקדיש תשעים מנה והיה חובו מאה מנה וכו'
תנט	כג: רש"י ד"ה ממשכנין	תח
תרת	כד: אחד המקדיש נכסיו וכו' אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו וכו'	כג: המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב וכו'
תרי	כד: רש"י ד"ה אין לו	כג: אע"פ שחייבי ערכין ממשכנין אותן נותנין לו מזון וכו'

ש"ס ירושלמי

חולין פ"י ה"ד תנינן גר שנתגייר והיתה לו פרה וכו'	חגיגה פ"א ה"א הפריש חגיגתו ומת היורשים מהו שיביאו אותה וכו'
קלא	צא
	יבמות פ"ו ה"א עבדי צאן ברזל שמכרם לשעתה אינם מכורים קעו, קעט, קפ

ספרים

תקלג	חז"מ סימן קכ"ט	בעל המאור
תקיא	חז"מ סימן קמ"ח בב"ח	פסחים ל"א ע"ב
רצו	חז"מ סימן רי"א בב"ח ס"ג	ב"ק ח' ע"א
	ים של שלמה	ב"ק ל"ו ע"א
תפא	ב"ק ז' ע"ב	ב"מ ט"ו ע"א
	מים חיים	ב"מ ט"ו ע"ב
צו	גיטין סוף המסכת	ב"ב קע"ד ע"א
	משנה תורה להרמב"ם	שבועות מ"ד ע"א

שע, שעב	הלכות חמץ ומצה פ"ד ה"ה	שער ג' ח"ו
צד	הלכות שקלים פ"א ה"ט	המאירי
צ	הלכות חגיגה פ"א ה"י	כתובות פ"ו ע"א
צא	הלכות מחוסרי כפרה פ"א ה"יג	טור ונו"כ
תכו	הלכות נדרים פ"ז ה"א	יו"ד סימן ש"ה ט"ז, ובפרישה
ריד	הלכות נדרים פי"ד ה"י	חז"מ סימן כ"ח
סה	הלכות שבועות פ"ח ה"יג	חז"מ סימן ק"ב
שיג	הלכות גזילה ואבידה פ"א ה"ג	חז"מ סימן קי"ג
תלד	הלכות גזילה ואבידה פ"ג ה"ט"ז	חז"מ סימן קי"ד
קנא	הלכות גזילה ואבידה פ"ה ה"ה	חז"מ סימן קי"ד בב"ח
שטו	הלכות גזילה ואבידה פ"ט ה"ח	חז"מ סימן קי"ד דרישה סק"ו
תכו, תכו	הלכות גזילה ואבידה פי"ג ה"י	חז"מ סימן קי"ד דרישה סק"ז
קסח	הלכות מלוה ולוה פ"א ה"ד	

הלכות מלוה ולוה פכ"א ה"א	שכז, שגב, שג	הלכות מלוה ולוה פכ"א ה"א	תרג	הלכות מלוה ולוה פ"א ה"ה
הלכות מלוה ולוה פכ"א ה"ב	שלח, שמב	הלכות מלוה ולוה פכ"א ה"ב	קבו	הלכות מלוה ולוה פ"ב ה"א
הלכות מלוה ולוה פכ"א ה"ה		הלכות מלוה ולוה פכ"א ה"ה	תקנב	הלכות מלוה ולוה פ"ב ה"ב
שמז, שנה, תקסה, תקפז		הלכות מלוה ולוה פכ"א ה"ו	שפג	הלכות מלוה ולוה פ"ב ה"ה
שמה, שזו		הלכות מלוה ולוה פכ"א ה"ז	שפג, שצב	הלכות מלוה ולוה פ"ב ה"ו
שכה, שנו		הלכות מלוה ולוה פכ"א ה"ז	תלד, תנר, תנו	הלכות מלוה ולוה פ"ג ה"ד
תקמא		הלכות מלוה ולוה פכ"ב ה"א	סא	הלכות מלוה ולוה פ"ג ה"ה
תקנט		הלכות מלוה ולוה פכ"ב ה"ו	רסב	הלכות מלוה ולוה פ"ו ה"ב
תקצז		הלכות מלוה ולוה פכ"ב ה"ז	רסא	הלכות מלוה ולוה פ"ו ה"ג
תקסא		הלכות מלוה ולוה פכ"ב ה"ט"ו	קסז	הלכות מלוה ולוה פ"ו ה"ד
תקסה		הלכות מלוה ולוה פכ"ב ה"ט"ז	פו	הלכות מלוה ולוה פ"ו ה"ב
תקצח		הלכות מלוה ולוה פכ"ב ה"י"ז	קכא	הלכות מלוה ולוה פ"א ה"א
תקעו		הלכות מלוה ולוה פכ"ג ה"י	סג, לט, עב, קסד	הלכות מלוה ולוה פ"א ה"ד
תצה, תצז, תצח		הלכות מלוה ולוה פכ"ד ה"י	קמג, קנב, קנג, קסד	הלכות מלוה ולוה פ"א ה"ז
תקנב, תקנד		הלכות מלוה ולוה פכ"ו ה"ה	שעט	הלכות מלוה ולוה פ"א ה"ט
תקנג, תקנד		הלכות מלוה ולוה פכ"ו ה"ו	שעז, שעז	הלכות מלוה ולוה פ"א ה"י
תקנד		הלכות שלוחין ושותפין פ"ג ה"ו	קסב, קסה, קסז	הלכות מלוה ולוה פ"א ה"א
פו		הלכות טוען ונטען פ"א ה"א	תקסא	הלכות מלוה ולוה פ"ב ה"א
קסט		הלכות טוען ונטען פ"ג ה"י	תנח, תרג	הלכות מלוה ולוה פ"ג ה"ג
קכב		הלכות טוען ונטען פ"א ה"ט		הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"א
קמ		הלכות טוען ונטען פ"ה ה"א	קנג, קסד, ערה, רפג	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"ב
עב		הלכות טוען ונטען פ"ה ה"ב	עב, קנח, קסד, קסה, קסו	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"ג
סג, קצ, שז, תקעח		הלכות טוען ונטען פ"ה ה"ד	קפא	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"ד
שמג		הלכות טוען ונטען פ"ז ה"א	קעט, קפב, קפג, ריד	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"ו
תקיא		הלכות נזקי ממון פ"ב ה"ח	ריד, תיא	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"ט
רג		הלכות נזקי ממון פ"ד ה"ח	שעז, תקסג	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"י
רנז, רנב, רנג		הלכות נזקי ממון פ"ד ה"ט	קיא	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"א
רנד		הלכות נזקי ממון פ"ד ה"י"ב	תצד, תצז	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"א
קפט, רמד, רמט, רנא, רנב		הלכות נזקי ממון פ"ו ה"ב וד'	תקיט	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"ג
רמו		הלכות נזקי ממון פ"ו ה"ו	תצד, תצח	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"ד
רנה, רנד, רנה		הלכות נזקי ממון פ"ז ה"א וי"ב	תקט	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"ו
רכד		הלכות נזקי ממון פ"ז ה"ח	תקטו	הלכות מלוה ולוה פ"ח ה"ח
רכח		הלכות נזקי ממון פ"ח ה"ה	הלכות מלוה ולוה פ"כ ה"א וד'	
רנ		הלכות נזקי ממון פ"ח ה"ו	רפד, רפה, שנו, תקפד, תקפו	
רנז, רכד		הלכות נזקי ממון פ"ח ה"ז	רפז	הלכות מלוה ולוה פ"כ ה"ב
קעג, ריג, ריח				

תקסח	הלכות אישות פי"ט ה"ה	תצה	הלכות נזקי ממון פ"ח ה"י
תריא	הלכות אישות פי"ט הכ"א	ריג, רמט	הלכות נזקי ממון פ"ט הי"ב
	נמוקי יוסף	שלח	הלכות מכירה פ"א הי"ז
שעב, שיט	פסחים ל' ע"ב	שפא	הלכות מכירה פ"ו הי"ב
פט	ב"ק ז' ע"א	פו, פז	הלכות מכירה פ"ו הי"ב
תצג, תקא	ב"ק ח' ע"א	קמ	הלכות מכירה פ"כ ה"ב
שצר	ב"ק ט' ע"א	רלג	הלכות מכירה פכ"א הי"ט
רא, תמב	ב"ק כ"ב ע"א	רצד	הלכות מכירה פכ"ב ה"ב
קפט, קצה, קצז, תפב	ב"ק ל"ג ע"א	רצא, רצג	הלכות מכירה פכ"ב ה"ז
תקל	ב"ק ל"ג ע"ב	תקפט	הלכות מכירה פ"ל ה"ה
רלג	ב"ק ל"ז ע"א	תעט	הלכות שכירות פ"ג ה"ב וג'
שמז	ב"ב י"ג ע"ב	תמא, תמג	הלכות שכירות פ"ט ה"ד
רסה, שכד, שמו, תקס	ב"מ ט"ו ע"א	שטו	הלכות זכיה ומתנה פ"ו ה"כ
קנט	ב"ב מ"ד ע"ב	דש	הלכות זכיה ומתנה פי"ב הי"ג וט"ו
תיד, תכא	ב"מ פ"ב ע"א		הלכות מתנות עניים פ"ט הי"ג וט"ז
שיט, שכד, שכה, שנב	ב"ב קנ"ז ע"ב	תעז, תעח	
תקלב	ב"ב קע"ג ע"ב	שצב	הלכות עבדים פ"ג הי"ב
	ב"ב קע"ד ע"א	שצב	הלכות עבדים פ"ג הט"ו
שפ, שפא, תקמ, תקמז, תקמה, תקמו,		רחצ	הלכות נחלות פ"א הי"א
תקמוז, תקמח, תקמט, תקנ, תקעז		רחצ	הלכות נחלות פ"ג ה"ה
סח	ב"ב קע"ז ע"א	תרד	הלכות נחלות פ"י ה"ג
	ספר הזכות	תסא	הלכות בכורות פ"ד ה"ד
שב, שפו	כתובות פ"א ע"ב	קכז	הלכות בכורים פי"א ה"ג
	פירוש המשניות להרמב"ם	קלג, קלה	הלכות בכורים פי"א ה"כ
תח	גיטין פ"ד מ"ד	תרא, תרד	הלכות ערכין פ"ג הי"ד
	פני יהושע	תי, תיב	הלכות ערכין פ"ז הי"ד
תקעא	כתובות צ"א ע"ב	תח, תי, תיב	הלכות ערכין פ"ז הט"ז
	קובץ שיעורים	תריז	הלכות ערכין פ"ז הי"ט
קה	סימן שי"ט	תפו	הלכות אישות פ"ד הי"ט
	רא"ש	תנ	הלכות אישות פ"ה הי"ד
תלח	כתובות פ"ה ע"ב	תריא	הלכות אישות פ"ו הי"א
קב	כתובות פ"ט סימן י"ג	קסג	הלכות אישות פט"ז ה"ה וו'
תקסח	כתובות פ"י סימן ג'	שפט	הלכות אישות פט"ז ה"ז
תקסט	כתובות פ"י סימן ד'	קסז	הלכות אישות פט"ז הכ"ה
קעח	גיטין פ"ד	תקצ	הלכות אישות פי"ז ה"א
		תקלח	הלכות אישות פי"ז ה"ט
		תרז	הלכות אישות פי"ח ה"י

תקלח	כתובות פ"ח ע"א	תמב	קידושין ח' ע"א
תקפז	שלו, שלז, שמב, שמו, תקפז	תסד	בבא קמא פ"א סימן ב'
קכח	ב"ב קע"ה ע"ב	ע	בבא קמא פ"א סימן י"ד
קכ	ב"ב קע"ו ע"א	ריב	בבא קמא פ"א סימן ט"ז
	רמב"ן	תפח	בבא קמא ו' ע"ב
תקלט	כתובות פ"ו ע"א	תסג	בבא קמא ז' ע"ב
תמג	קידושין ח' ע"א	תקד	בבא קמא ח' ע"א
שלח	ב"מ ט"ו ע"א	תקכב, תקכח	בבא קמא ח' ע"ב
תקצד, תקצה	ב"מ ל"ה ע"א	תקל	בבא קמא ט' ע"א
תלג	שבועות מלחמות מ"ד ע"א	קצג, קצד	בבא קמא ל"ג ע"א
	ר"ן	ע	בבא קמא פ"ט סימן ו'
שפד	כתובות י"ט ע"א	תקפד	בבא מציעא פ"א סימן ל"ט
שפו	כתובות פ"א ע"ב	של	בבא מציעא י"ד ע"ב
תקכג	כתובות צ"ב ע"א	שכז	בבא מציעא ט"ו ע"א
תקעו, תקעט	כתובות צ"ד ע"ב	שיר, שדמ	בבא מציעא ט"ו ע"ב
תקנה	נדרים ל"ג ע"א	קפה	בבא מציעא ס"ו ע"א
תפו	גיטין ב' ע"א	תכט	בבא מציעא פ"ב ע"א
ריז	גיטין מ"א ע"א	תקפד	בבא בתרא פ"י סימן ט'
תמה	קידושין ח' ע"א	תקעו	בבא בתרא פ"י סימן כ"ה
תנא	קידושין מ"ח ע"א	תקלג	בבא בתרא פ"י סימן מ'
תיג, תיח	שבועות מ"ג ע"ב	רצו	בבא בתרא קנ"ט ע"א
	רעק"א	קט	רבינו גרשום מאור הגולה
ריב	ב"ק פ"ד מ"ז	קנו	ב"ב קנ"ז ע"ב
	רשב"א	קסח	ר"י מיגאש
תא	גיטין מ' ע"ב	תסה	ב"ב מ"ד ע"א
תלט, תמד	קידושין מ"ז ע"ב	תצח	ריטב"א
תקצה	ב"מ ל"ה ע"א	קמ	כתובות צ"א ע"ב
רפז	ב"מ ס"ו ע"ב	תקח, תקח	גיטין מ"ח ע"ב
	שולחן ערוך	שיג	גיטין מ"ט ע"ב
	אורח חיים	תקצד	גיטין ס"ג ע"ב
שעא	סימן תמ"ח ס"ג	קסא	ב"ק ח' ע"א
	יורה דעה	קמב	ב"מ ט"ו ע"ב
קכו, קכז	סימן ש"ה סט"ז		ב"מ ל"ה ע"א
	חושן משפט		ב"ב מ"ד ע"ב
סז, ע	סימן ל"ט ש"ך סק"ב		רי"ף
			כתובות פ"ד ע"א

תקעד	סימן קי"ד ס"ו	תקפא	סימן מ"ג סכ"ג
תקעב	סימן קי"ד ש"ך סק"א	ערה	סימן מ"ט ס"ב
תקעב	סימן קי"ד סמ"ע סק"ד	שיר	סימן ס' נתיבה"מ סקי"א
תקעד	סימן קי"ד קצוה"ח סק"א	שיר	סימן ס"ו קצוה"ח סקי"ד
שנט, שס, שסא, שסד	סימן קט"ו ס"א		סימן ס"ו קצוה"ח סקב"ו
שנה, תקפז	סימן קט"ו ס"ב	פה, פז, קב, קל, תקמא	
שכט	סימן קט"ו סמ"ע סק"ג		סימן ס"ט ס"ב ובסמ"ע סק"ה וש"ך סק"ו וז' עד
שס	סימן קט"ו סמ"ע סק"ח	קבב	סימן ע' ס"א
שכט, שסא, שסד	סימן קט"ו ש"ך סקי"ב	קלט	סימן ע' קצוה"ח סק"ז
שסג	סימן קט"ו ש"ך סקט"ז	תלה	סימן ע"ב ש"ך סק"ט
שס	סימן קט"ו ש"ך סקי"ז	תכו	סימן ע"ב ש"ך סקי"י
שסא	סימן קט"ו ש"ך סקי"ח	קבג, קלט	סימן ע"ד ס"ו
תקסד	סימן קט"ו ש"ך סק"כ	קמ	סימן ע"ח קצוה"ח סק"ז
שנו	סימן קט"ו ש"ך סקב"ג וכ"ד	קע	סימן פ"ב ס"ו
קפו, שכא, שדמ	סימן קט"ו ש"ך סקב"ו	שפב	סימן פ"ז ס"ב
שנט	סימן קט"ו קצוה"ח סק"ג		סימן פ"ו ס"ה וש"ך סקי"א
שכא, שכט	סימן קט"ו קצוה"ח סק"ד	שפ, שפא, שפב, שפה	
שסה	סימן קט"ו קצוה"ח סק"ה	שפב	סימן פ"ו ש"ך סקי"ד
תקפט	סימן קט"ו קצוה"ח סק"ז	תפג	סימן ק"ב ס"ב וג'
שסב	סימן קט"ו נתיבה"מ סק"ה	תקב	סימן ק"ב ש"ך סק"ג
קעב, רכא	סימן קי"ז ס"א	תק	סימן ק"ב נתיבה"מ סק"ב
קעג	סימן קי"ז ש"ך סק"א	שעה, תקצז	סימן ק"ג ס"ו
ריג	סימן קי"ז ש"ך סק"ב	תקצה	סימן ק"ג ס"ח
תקטז, תקיח	סימן קי"ט ש"ך סק"ד	תקעה	סימן ק"ג ס"ט
תקז	סימן קי"ט תומים סק"ה	תר	סימן ק"ג ס"י
קלט	סימן ק"כ ס"ב	רב, שעה	סימן ק"ג נתיבה"מ סק"ח
פז	סימן קב"ב ס"ד וש"ך סק"ט וי"ג	קבו, שכח, שסה	סימן ק"ד ס"ג
קג	סימן קס"ג קצוה"ח סק"א	שכט	סימן ק"ד סמ"ע סקי"ט
רמד	סימן קע"ו ס"ח	שכז	סימן ק"ד ש"ך סקט"ו
תכה	סימן ר"ד ס"ד	שכח	סימן ק"ד קצוה"ח סקי"א
קפה	סימן ר"ז ס"ט וסמ"ע סק"כ	תקלט	סימן ק"ו ש"ך סק"ב
רצד	סימן ר"ט ס"ד	תקמג	סימן ק"ח ס"י וסמ"ע סקל"ג ול"ד
רצג, רצו	סימן רי"א ס"ג	רפט	סימן ק"ט ס"ב
תמא, תמג	סימן של"ג ס"ד	רעט, רפג, רפו	סימן קי"ב ס"א
שז	סימן שע"ג סמ"ע סק"ג	קנט	סימן קי"ג קצוה"ח סק"א
שח	סימן שע"ג סמ"ע סק"ה	תקעז	סימן קי"ד ס"ב
שט	סימן שע"ג ש"ך סקי"י	תקסה, תקעד	סימן קי"ד ס"ג

תקצח	ב"מ ל"ה ע"א	רמד	סימן ת"א ש"ך סק"ג
תנג	ב"מ קי"ג ע"א	רמד	סימן ת"א קצוה"ח סק"א
שצד	ב"ב קכ"ד ע"ב	רכד	סימן ת"ד ס"ב
שצו	ב"ב קכ"ה ע"א	ריג	סימן ת"ז ט"ב
קב, קטו, קיז, תקמ	ב"ב קע"ד ע"א	קעג, ריג, ריד, רכד	סימן ת"ז קצוה"ח סק"א
עה	ב"ב קע"ו ע"א		

שיטה מקובצת

	שער המלך		
קע	הלכות מלוה ולוה פי"ט ה"ה	קב, קטו	כתובות פ"ו ע"א
		תקעא	כתובות צ"א ע"ב
		תעג	ב"ק ו' ע"ב
	תוספות הרא"ש	תסו, תפט, תצ	ב"ק ז' ע"ב
סח	קידושין י"ג ע"ב	תקד	ב"ק ח' ע"א
		תקיד	ב"ק ח' ע"ב
	תוספות רבינו פרץ	תקס	ב"מ ט"ו ע"א
עא	בבא בתרא קע"ו ע"א	שטז, תקע	ב"מ ט"ו ע"ב

תוכן המפתחות

א	יבום	ערבות - פרטים ודינים
אבידה	יולדת	ערכין
אחריות	ירושה	עשירות
איש ואשה	יתומים - כללים	פ
אלמנה	יתומים - פרטים	פדיון הבן
אפוטרופוס	כ	פועל
אפותיקי - כללים	כהונה	פריעת חוב
אפותיקי - פרטים ודינים	כיבוד אב	צ
ב	כתובה - כללים	צדקה
בגד	כתובה - פרטים ודינים	ק
בית דין	ל	קטן
בית המקדש	לזה ומלוה	קידושין
בכור	מ	קנין
בל תאחר	מבריח ארי	קנס
בעלות	מחילת מלוה ושעבוד	קרבן
ג	מחצית השקל	קרקע
גביית חוב - כללים ודינים	מטבע	ר
גביית חוב - ממשועבדים	מטלטלין	רבית
ולקוחות	מי שפרע	ש
גביית חוב - סדר	מלוה בשטר	שבועה
גזילה	מלוה הכתובה בתורה	שבח - כללים
גר	מלוה על פה	שבח - פרטים
ד	ממון	שבת
דברי קבלה	מעשר	שדה
ה	מצוה	שומא
הודאת בעל דין	מקח וממכר	שותפות
הענקה	משכון - כללים	שטר - כללים
הפקר	משכון - פרטים ודינים	שטר - פרטים
הקדש	מתנה	שכירות
ז	מתנות עניים	שליחות
זקיפת מלוה	נ	שמיטה
ח	נדר	שמירה
חוב	נזק - כללים	שעבוד - כללים
חזקה	נזק - תשלומי הנזק	שעבוד - פרטים
חלה	נזק - ענין תשלום ממיטב	שעבוד - בדבר שלא בא לעולם
חמץ	ס	ובראוי
חסידות	ספק	שעבוד - דברים המפקיעים
ט	ע	מהשעבוד
טוען ונטען	עבד	שעבודא דרבי נתן
י	עדות	ת
יאוש	ערבות - כללים	תקנת חכמים

מפתח ערכים

אבידה

בדין שומר אבידה שהוא כשומר שכר שפטור ממצות צדקה **תכו, תשנז**
 בענין שומר אבידה לגבי כל המצוות אם הוא פטור מפני עוסק במצוה **תכו, תשנז**
 טעם שיטת רב יוסף ששומר אבידה הוא שומר שכר **תכו, תשנז**
 טעם שהוזכר פרוטה דרב יוסף רק בסוגיא של גדרים **תכו, תשנז**

אחריות

החילוק בין שטרי הלוואה לשטרי מקח לענין אחריות טעות סופר **פח, תרלט**
 גדר האחריות בשטרי מקח

פח, תרלט, תשצא, תשצב
 בגדר וענין אחריות טעות סופר או אין טעות סופר **רנט, תשא**
 לרבנן שאחריות טעות סופר הוא אם מותר לכתוב שטר מאוחר שאין בו אחריות **עדר, תשז**

אחריות טעות סופר שייך רק לגבי נכסים שכבר קנה בשעת כתיבת השטר או אף לגבי נכסים שעדיין לא קנה **רפג, תשיב**
 דיני וכללי אחריות בקרקע גזולה שמכרה **שז**
 בענין חיוב יתומים באחריות על קרקע שאביהם מכר ואף שנטרף לאחר מיתתו **שעה**
 אם יש חיוב אחריות על דמי פיוס אם הלוקח פייס לבעל חוב בכסף **שעה**

הקנאת דבר שלא בא בעולם עם אחריות

תשכו

גדר קנין ע"י התחייבות באחריות **תשצא**

איש ואשה

בענין המחלוקת במה שלא ימכור בעל כלי אשתו כשעבר ומכר, ודמיונו לדין גביית כתובה **תקפט, תשצט**

טעם שהקדש אינו גובה מכסות אשתו

תר, תתג

מה שהמלוה אינו גובה מכסות אשת ובני הלוה הוא בבגדי חול או גם בבגדי שבת

תרג, תתה, תתו

למי שייכים בגדי האשה והבנים **תתג, תתה**
 נפלו נכסים מירושת האח לאשת הלוה אם הבע"ח יכול לגבות מהם **תתו**

גדר קנין הבעל בנכסי אשתו **תתו**

גדר הזכות בקנין פירות לבעל **תתו, תתז**

בענין מכירת הבעל את נכסי מלוג או צאן ברזל **תתז**

אלמנה

בדין גביית האלמנה מההיורש אף אם לא נודע איזה קרקע ירש מאביו **רפח**

אפוטרופוס

בענין שאין מעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו מפני שהשור הוא מטלטלין של יתומים

קנג

אפוטרופוס בענין נזקי הקטן ממונה לענין נכסי הקטן ולא על חובת הקטן לשלם **קנה, תרעז**

בענין העמדת אפוטרופוס לתם לגבות מגופן מהיתומים או ממיי שהלך למדינת הים

רמה, תרחצ

דמיון דין אפוטרופוס לשומר **תרעז**

אפותיקי

כללים

כללי אפותיקי סתם ומפורש, וביאור גדר אפותיקי **קעא, קפב, תרלג, תשסו**

דין אפותיקי ששטפה נהר וכדומה

קעא, קעב, קעה, תרצ

אם יכול לסלק באפותיקי מפורש לאחר העמדה

בדין **קעג, תרצ**

בגד

טעם שהקדש אינו גובה מכסות אשתו
 תר, תתג
 מה שהמלוה אינו גובה מכסות אשת ובני הלוה
 הוא בבגדי חול או גם בבגדי שבת
 תרג, תתה, תתו
 בענין קניית הבגדים ללובשן או בקניינם תתג
 למי שייכים בגדי האשה והבנים תתג, תתה

בית דין

טעם שמסלקין דיין שהוריד מלוה לנכסי לזה
 קודם שתבע ללוה, ולמה אינו בגדר טעה בדבר
 משנה תקמא, תשעט, תשפ
 גדר טעה בדבר משנה או שיקול הדעת אצל
 הדיין, והדינים בזה תשעט, תשפ, תשפא

בית המקדש

גדר חיוב הבאת קרבן בעלייתו לרגל, ואם זה
 חיוב קרבן או חיוב מפני הראיה, ונפק"מ לחיוב
 היורשים בזה צא, צב, תרמד, תרמה, תרמו
 טעם שעבוד להקדש ע"י הקרבן מפני שיש בו
 הנאה לאכילת המזבח או מפני שהוא חוב
 להקדש צא, תרמה
 אם יש בעולת ראייה חוב ממון צב, תרמו
 גדר מצות מורא מקדש תרמה
 ענין התשלומין לעולת ראייה בכל שבעת ימי
 החג תרמו

בכור

מעות הנגבות במלוה בשטר אם נחשבות שבח
 על השטר, ואם בכור נוטל פי שנים בשבח
 עט, תרלה
 ביאור דברי הרשב"ם שבכור נוטל פי שנים במעות
 שנגבו במלוה בשטר כי הוא מוחזק ולא ראוי פ
 ביאור החילוק בין גבו קרקע או גבו מעות לענין
 נטילת הבכור פי שנים
 פג, פד, שצד, תרלו, תרלז
 בענין דין המקבל צאן ברזל מהעכו"ם וולדותיהם
 פטורים מהבכורה, ובאיזה דור מדובר
 תס, תסא, תשסו, תשסז

אם אומרים שומא הדרא באפותיקי מפורש

קעג, תרצ

אם יכול הלוקח לדחות בעל האפותיקי סתם
 ללקוחות מאוחרים קפב
 טעם שאם מכר אפותיקי סתם ממכר עולם אינה
 מכירה קפג
 אם בעל אפותיקי יכול לגבות מיתומים קטנים
 קפו, קפח
 אם יכול למכור אפותיקי ממכר עולם ריז
 החילוק בין שעבוד לאפותיקי שלא, שנו, שנט
 ב' השעבודים על השבח שיש לבע"ח באפותיקי
 שנה

פרטים ודינים

אם גובין חוב ממטלטלין שעשאן אפותיקי ויש
 לזה קול, ואם גובים מיתומים מזה
 קמה, קמו, תרעה
 מי שעשה אפותיקי אם יש עליו חובה לפרוע
 החוב קודם שיגבה הבעל חוב קעד, תרצ
 עשה שדהו אפותיקי לכתובת אשה אם צריכה
 לגלות דעתה שאינה רוצה לחזר אחר ב"ד בכדי
 שלא יוכל לדחותה משדהו קעו
 עשה אפותיקי סתם לכתובה ושטפה נהר, אם
 גובה משאר נכסים קעח
 ביאור שיטת הרמב"ם שאם עשה שדהו אפותיקי
 לבעל חובו אינו יכול למכרו ממכר עולם קעט
 באפותיקי מפורש שלוה ופירש שאין לו אחריות
 אם גובה מהמשועבדים קפא
 דין אפותיקי סתם שביד הלוה אם המלוה יכול
 לגבות רק מזה קפג
 הלוה על שדהו ואמר אם לא תפרעני תהא קנויה
 לי, אם חל הקנין או הוא רק אפותיקי קפד
 אם יתומים יכולים לסלק בעל חוב בדמים
 מאפותיקי מפורש, והטעם קפז
 מכר אפותיקי ולא פירש אם מכר לשעה או
 לעולם רטו
 חילוק בין שעבוד לאפותיקי כשהלוה בשיעור
 שדה ולא שבח שנו, שנט, תשמ
 ביאור ענין טענת בעל אפותיקי שיכול לתבוע את
 השבח כי שדהו השביחה שנה

למ"ד למפרע גובה למה אין הלוקח מחייב לשלם הפירות שאכל עד הגביה **שעב, שעג, תשמה** ביאור הסברא של אביי שלמפרע הוא גובה וגדרו **שעג, שער, שעה, שצה, תשמה** למ"ד מכאן ולהבא הוא גובה אם מכר מלוה נכסי הלוה כשהגיע זמן הפרעון לפני שעשו ב"ד שומא והכרזה אם מועיל מכירתו **שער, תשמז** למ"ד למפרע הוא גובה א"א לומר שהטעם שיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותם משום שעבודא דר"נ **שצו** אם רבא מודה שלמפרע הוא גובה כשאין הלוקח יכול לסלקו במעות **תה** טעם שמסלקין דיין שהוריד מלוה לנכסי לזה קודם שתבע ללוה **תקמא, תשעט, תשפ** פורע חוב של חבירו אם נחשב מבריה ארי אף שאין מצוה **תקנו, תשפה** גדר תשלומי החוב משום נתינת הכסף או חלות חיוב תשלומין, והנפק"מ **תרכה** ביאור החיוב לאדם לפרוע מה שלוה **תרכה**

ממשועבדים ולקוחות

החולקים אם שעבודא דאורייתא או לא חולקים אם שייך התחלת גוביינא לפני זמן הפרעון או לא **נה** טעם שבמלוה על פה אינו גובה ממשועבדים למ"ד שעבודא דאורייתא ולמ"ד לאו דאורייתא **נז** כשהלוה מודה שלוה ואין עדים, אם יכול המלוה לגבות ממשועבדים **נט, ס** טעם שבעל חוב גובה מנכסים משועבדים **עז, שכח** ביאור דברי רש"י בדין גבייה מנכסים משועבדים אף שהקדישו לזה **עט, תרלה** בענין שעבוד קרקע קטן עבור חוב גדול **צט** דין גביית חוב ממטלטלין ולמ"ד שעבודא דאורייתא אם יש שעבוד על מטלטלין **קנב** ייחד הלוה מעות או חפץ לשלם אם המלוה קנהו או צריך גוביינא **רב, תרצב** לזה ואח"כ קנה נכסים ומת אם המלוה גובה מאותם נכסים **רפד**

כל תאחר

אם יש איסור כל תאחר ודין כפיה בהבאת הקרבן ע"י היורשים **צ, תרמב, תרמג** חיוב אשה בכל תאחר **תרמד**

בעלות

ביאור גדר בעלות האדם על חפצו **תשר, תשה, תשלג**

גביית חוב

כללים ודינים

אם מצרפים פרעון אחר פרעון לענין עדות **צו, תרנו** גדר דין פרעון ופקיעת החיוב עי"ז **תרנו** חילוק בין גדר פרעון בסתם הלוואה לפרעון בכתובה **צו, תרנז** ביאור ההבדל בין גביית חוב מיתומים לבין הגביה מהלקוחות **קה** ב' אופנים למלוה לגבות חובו, או בכפיית ב"ד או בלקיחת קרקעות **קסט, תרפג** בענין ההוכחה על שאין בעל חוב נוטל בראוי כבמוחזק **רצט, שב, תשכ, תשכא** למ"ד למפרע הוא גובה וביתומים שגבו קרקע נתבטל שעבודא דר"נ, אם חשוב ראוי לענין גביית חוב **ש** אם בעל חוב נוטל בראוי כבמוחזק **שב** ביאור המחלוקת אם בעל חוב למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא **שסו, שסז, שע, תשמא** טעם שאם הרהינו אצלו חמץ מודה רבא דלמפרע הוא גובה **שסז, שסט, תשמג** אם רבא מודה שלמפרע הוא גובה בקרקע אם אמר מעכשיו **שסט, תשרמ** מה מועיל אמירת מעכשיו לענין גבייה למפרע **שעא, תשרמ** בענין פסקו של הרמב"ם שישראל שהרהין חמצו לנכרי מותר בהנאה אחר הפסח וכרבא שמכאן ולהבא הוא גובה **שעא, תשרמ** למ"ד למפרע גובה למה אין בע"ח גובה את השבח כשלא הלוהו שיעור שדה ושבחו **שעב, תשרמ**

סדר ופרטים

מה שבעל חוב גובה מעידית הוא כיוקר שיבוא
או כזול הקיים **תפב, תשעא**

ביאור דברי הש"מ שלר"י ששמין טיב השדה
במלוח בשל עולם **תצ**

שיטות הראשונים באופן שיש ללוה רק בינונית
וזיבורית אם בעל חוב גובה בינונית או נדחה אצל
זיבורית **תצב**

יישוב סתירת הרמב"ם שפסק בב' שהוציא שטר
חוב זה על זה שבשלו הם שמין, ופסק שאם יש
לו בינונית וזיבורית בשלם עולם שמין

תצד, תצו, תצז, תק, תשעב

בענין דמיון שומת חוב לשומת נזק **תצו**

אם יש לבע"ח מקצת קנין גם בזיבורית מלבד
הבינונית **תקה**

טעם ששייך ללוקח טענת אי שתקת אחזיר
הזיבורית למוכר רק בשדה שקנה מהלוה ולא
בזיבורית שלו **תקו, תשעג**

ענין השומא וההכרזה בב"ד **תקנט, תשפו**

טעם שמכריזים אף שכבר שמו ג' שמאים

תקנט

אם שוויות הקרקע נשתנה ע"י קפיצת בע"ח עליה
באלף זוז **תקס, תשפז**

ביאור שיטת הרמב"ם שב"ד ששמו נכסי יתומים
לגביית בע"ח וטעו בפחות משתות מכרם בטל,
ובשומא ללוקח אף בכל שהוא **תקסא, תשפז**

ביאור מה שהלוקח מסלק לבעל חוב בכסף הוא
ע"י עילוי דמים **תקסב, תקסה, תשפח**

אם לוקח יכול לסלק בעל חוב בכסף ללא עילוי
דמים, והקשר בין זה לדין שיתומים אינם מעלים
בדמים **תקסה, תשפח**

החילוק בין שעבוד לאפותיקי לענין סילוק
בכסף **תקסז**

למ"ד שלוקח יכול לסלק לבע"ח בכסף אם
אומרים שומא הדרא ללוקח **תקסה, תשפט**

טעם המ"ד שאין הלוקח יכול לסלק לבע"ח
בכסף **תקסה, תשפט**

אם המלוה רוצה לקבל הקרקע בכל חובו והלוקח
רוצה שישומו בב"ד, אם שומעים לו, ואם
ליתומים שומעים בזה **תקסט**

כשמסר השעבוד לידו אם רבא מודה שלמפרע
הוא גובה **שסח, תשדמ**

כל גביה מהשעבוד הוא בעצם פרעון החוב וזה
דין ערבות **שצח**

אף שזכות קדימת הגביה היא אצל התובע אם
יש לנתבע הפסד נזקקין לו תחילה

תצט, תשעג

זכות הבע"ח בבינונית הוא גם אם היתה לו
בינונית וקנה זיבורית **תצט, תשעג**

חילוק בין מי שסובר שהגבייה הוא מדין שעבוד
או מדין גוביינא לענין עידית או בינונית לבע"ח

תקא

מכר שדותיו לג' בני אדם למה הדין שנכנסו תחת
הבעלים ולא אומרים שכל אחד דוחה לשני ואף
אחד לא ישלם **תקב**

בענין טענת אי שתקת שיכולים הקונים לטעון
לבע"ח אם הוא להלכה, והטעם **תקח**

ביאור מחלוקת הראשונים בדין מה מכר ראשון
לשני כל זכות שתבוא לידו, אם הוא דווקא
כשמכר באחריות או אף בלא אחריות **תקיד**

מכר שדותיו לשמעון ושמעון מכר בינונית ללוי
אם לוי דוחה את הבע"ח לקרקע של שמעון מדין
מה מכר ראשון לשני **תקיז**

ביאור השיטה שאם לוקח הזיבורית באחרונה
ומכר הבינונית ללוקח ב' אין בע"ח טורף אותה
ממנו **תקיט**

ביאור דברי רש"י בראובן שמכר כל שדותיו
לשמעון ושמעון מכר שדה א' ללוי שהבע"ח גובה
מעידית של שמעון **תקכ**

ביאור מה שהקונה נכנס תחת המוכר לשעבוד
חובותיו **תקכא**

ביאור דברי התוס' שטענת להכי טרחי וזבני
ארעא דלא חזיא לך מועילה אף כשלא שייך
הנחתי לך מקום **תקכב**

ביאור דין מה מכר ראשון לשני לגבי טענת אי
שתקית **תקכה**

מחלוקת במה שאין גובה מן הנכסים קודם
שיתבע ללוה אם הוא מנכסים משועבדים או בני
חורין **תקמ, תשעט**

נפלו נכסים מירושת האח לאשת הלוה אם
הבע"ח יכול לגבות מהם **תתו**

היה עליו שטר חוב וכתובת אשה מי גובה תחילה

תקצ

בענין אכילת הבע"ח פירות ממתי שבא האדרכתא לידו או שלמו ימי ההכרזה **תקצו** אם צריך לגביית בע"ח קנין בשדה

תקצז, תשמב

ענין הלימוד שמסדרין לבעל חוב ממה שמסדרין לחייבי ערכין **תרא, תתד**

בדברי רש"י שכתב שמסדרין לבע"ח בעת נטילת המשכון וכתב שמסדרין ל' יום אחר נטילת המשכון **תרב, תתה**

מה שהמלוה אינו גובה מכסות אשת ובני הלוה הוא בבגדי חול או גם בבגדי שבת

תרג, תתה, תתו

גזילה

מכר שדה והשביחה הלוקח ונמצאת גזולה, או נגזלה משובחת והוכספה ביד הגולן והושבחה ביד הלוקח, ממי ניטל ההוצאות **שז, שח, שט**

ביאור המחלוקת בקנה שדה והשביחה ונמצאת גזולה אם לוקח גובה שבח מהגולן **שיא**

חילוק בין דין גזל שדה משובחת והוכספה ביד גולן ומכרה, מדין גזלה מליאה פירות ואכל את הפירות **שיב, תשכה**

קנה שדה והכיר בה שהיא גזולה אם צריך להחזיר הפירות שאכל **שיג, תשכה**

אם הגולן יכול למכור חלקו בשדה הנגזל ויתחייב הלוקח להשיב **שיד**

ביאור הדין שקנה שדה שהכיר בה שהיא גזולה שאין לו השבח, וביאור דברי רש"י בזה **שיד**

ביאור דברי הרמב"ם שבקנה שדה והכיר שאינו שלו יש לו מעות, ובמקדש אחותו מעות מתנה, אף שבגמ' תלויים דינים אלו זה בזה

שטו, תשכז

מכר שדה שגול ואח"כ לקחה מהבעלים הראשונים אם מוציא מיד הלוקח, בהכיר בה שהיא גזולה ובלא הכיר בה **שטז, תשכז**

בהנ"ל אם הלוקח זוכה בה מיד או יש לו רשות להחזיק בשדה **שיז, תשכז**

ביאור שיטת התוס' שלוקח יכול לסלק בע"ח בכסף ע"י עילוי דמים, וכשאינו לו יכול לתבוע חלק בקרקע

תקע

טעם שאם יש ללוקח כסף אינו יכול לסלק לבע"ח בכסף

תקע

ביאור סתירת הטור שכתב שהלוקח יכול לסלק לבע"ח בכסף בלי עילוי דמים ואח"כ כתב שאף ע"י עילוי דמים אינו יכול

תקעא

חילוק בין אם הלוקח מעלה בדמים עד כנגד כל החוב או כשאינו נגד כל החוב **תקעג**

כשב"ד כבר עשו את השומא וההכרזה אם יכול הלוקח לסלק לבע"ח בכסף **תקעד, תשצ**

כשבע"ח ולוקח באים להעלות דמים מתי נותנים הקרקע ללוקח **תקעד, תשצ**

חילוק בין התקנה שאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין לבין התקנה שאין נפרעים מן הערב תחילה **תקעה, תשצ**

מלוה שבא לגבות מן הלוקחות אם יכולים לדחותו אצל לוח **תקעו, תשצ**

כשאינו נכסים ללוה ממנו גובה תחילה מהערב או מהלוקח **תקעז, תשצ**

ביאור השיטה שהלוקח יכול לדחות בעל חוב בטענת שמא **תקעז**

טעם שאין הלוקח אומר הנחתי לך מקום במי שטרפו מקח **תקעז**

ביאור השיטות בבע"ח שבא לגבות מהלוקחות שאצל א' כתוב כ"ה ניסן ואצל א' כתוב ניסן ללא יום, ממי גובה **תקעט, תקפ, תקפא, תשצב**

חילוק בין שעבוד ע"י דאיקני לשעבוד נכסים שיש ללוה בעת ההלוואה, לענין אופן החלוקה

תקפד, תשצז

אופן חלוקת ג' בעלי חובות א' של מנה וא' של מאתיים וא' של ג' מאות כשבאו כולם לגבות

תקפו, תשצז

בע"ח שגבה מקצת שדה הלוקח ולא נשאר דבר שאילו יחלק שמו עליו צריך ליתן דמיו, למה אין דנים להם דינא דגוד או אגוד **תקפז, תשצח**

טעם שבעל חוב אינו יכול לתת ללוקח חלק בשדה בעל כרחו אבל בעל אפותיקי כן

תקפח, תשצז

גר

גר שמת ללא יורשים אם יכול המלוה לגבות מנכסיו או פקע השעבוד **קג, תרסג, תשכט**
 החילוק בין מדה שנזקקים לנכסי יתומים קטנים מפני פריעת חוב מצוה לבין משכון של גר ביד ישראל ומת הגר שקנה הישראל מיד **קכ, תרסה**

דברי קבלה

ביאור דברי הרגמ"ה שמ"ד שעבודא דאורייתא לומד מהפסוק עבד לווה לאיש מלוה אף שהוא דברי קבלה **נו, תרכא**
 בענין לימוד דברי תורה מדברי קבלה **תרכא, תרכב**

הודאת בעל דין

גדר ותוקף הודאת בע"ד **רפא, רפב, תשי, תשיא**
 מתי נחשב הודאת בעל דין במקום שחב לאחרים **שפג**

הענקה

מבאר שאין הלכה כרבי נתן לענין שעבוד לגבי חיובים של הענקה כי הרי טרח בגופו **שצ, תשנג**
 יישוב סתירת דברי הרמב"ם שטובר שעבודא דרבי נתן ופסק בעבד עברי שמכר עצמו שאין מעניקים לו, והוא כת"ק שאינו סובר שעבודא דר"נ **שצא, תשנג**
 טעם שאין בעל חוב גובה מדמי הענקה שהגיע לעבד **שצב**

הפקר

בזמן הזה אם יש כח לב"ד בהפקרם **קסג, תרפ**
 אם הפקר ב"ד מקנה הדבר לשני או רק מפקיע מהבעלים **תרכד, תרכה, תרפ**
 חיוב שמירת בהמה של הפקר שתחת ידו **תרצח**

הקדש

טעם שבעל חוב גובה מנכסים משועבדים אף כשהקדיש הלוה, ואם יש חילוק בין קדושת דמים לקדושת הגוף **עז, עח, תרלד**
 ביאור דין הקדש מפקיע מידי שעבוד **עח, ריג**
 ביאור דברי רש"י בדין גבייה מנכסים משועבדים אף שהקדישו לווה **עט, תרלה**
 טעם שצריך לדין הקדש מפקיע בשור אפותיקי הרי לא דרע הקדש מלקוחות **שצז**
 החילוק בין קדושת הגוף לקדושת דמים בענין ההפקעה מידי שעבוד, וההסבר **שצח, שצט, ת, תיב**
 הקדש מפקיע מידי שעבוד אם הוא רק בשור תם שעשאו אפותיקי והקדישו קדושת הגוף **שצט**
 ביאור השיטה שהקדש מפקיע משעבוד בין בקדושת דמים ובין קדושת הגוף חוץ מהקדש קרקע **תא**
 ביאור שיטת הר"י שהקדש מפקיע רק בקדושת הגוף **תב**
 טעם שאם הקדיש שור תם למזבח לאחר שהזיק אין ההקדש מפקיע מידי שעבוד **תד**
 ביאור המחלוקת במה שמוסיף דינר כשפודה שדה משועבדת אם ההוספה מדין פדיון או משום חשש שומא שאינה מכוונת **תח**
 ג' דרכים בטעם הוספת דינר בפדיון שדה **תט**
 מה שהפודה רוצה לתת קובע שווי הקרקע ומה שמוסיף דינר הוא שיעור למטה בפדיון הקדש **תי**
 אם אשה לכתובתה או בע"ח יכולים לפדות קרקע מההקדש, ומה שמשביעים אותם **תי, תיא**
 הקדש מפקיע מידי שעבוד רק כשהוא ביד הקדש ולא כשנמצא ביד הפודה **תיא**
 מזיק הקדש ומשלם עידיית של ניזק שהוא זיבורית שלו אם מגרע כח ההקדש **תסט**
 בענין מה שממשכנין חייבי עולות ושלמים אף שאין מתכפר לו עד שיתרצה, הרי הכשר הקרבן וכפרתו אין נוגע לכח ההקדש **תר, תתג**
 טעם שהקדש אינו גובה מכסות אשתו **תר, תתג**

בענין פסקו של הרמב"ם שישראל שהרהיין חמצו
לנכרי מותר בהנאה אחר הפסח וכרבא שמכאן
ולהבא הוא גובה **שעא, תשדמ**

אם חמצו משועבד לנכרי מועיל האיסור הנאה
להפקיע מידי שעבוד שיש לנכרי בחמץ ונעשה
חמצו של ישראל ואסור בהנאה **שצח**

חסידות

בספק ממון ובא לצאת ידי שמים מתי יש חיוב
בזה ומתי הוא רק מחמת חסידות **קמ, תרעד**

טוען ונטען

ביאור דברי הרמב"ם שטענו חטים והודה
בשעורים פטור אף מדמי שעורים שהרי אומר אין
לי בידך שעורים **קכב, תרסו**
בהנ"ל אם מועיל תפיסת שעורים, והטעם

קכב, קכג, תרסו

בענין טוען ונטען על מעות ודמים ונחשב
כקרקע **תשעד**

יאוש

חילוק בין חוב לשעבוד לענין יאוש **קנא, תרעד**

יבום

ביאור המחלוקת במה שתיקנו חכמים שלא
ימכור היבם בנכסי המת, מה הדין כשעבר
ומכר **קעו**

ביאור דברי התוס' במי שהיה נושה באחיו ומת
והניח שומרת יבם שמוציאים מיבם, ולמה לא
ימחול היבם שהרי גם יורש מוחל **שפו, תשנ**
אם מטלטלין משתעבדים לכתובה אין שומרת
יבם צריכה לשעבודא דר"נ לגבות מן היבם שלזה
מן המת **שפט, תשנב**

יולדת

יישוב דברי הרמב"ם שפסק שיולדת נשתעבדו
נכסיה ואם מתה יורשיה חייבים להפריש עולתה,
ובעולת ראייה פסק שהיורשים חייבים רק אם
האב הפריש **צ, צא, תרמ**

ביאור החילוק בין חיוב הקרבן ליולדת לבין חיוב
הבאת עולת ראייה **צב**

הקדיש נכסיו ובא לגרש אשתו צריך להדירה
שחוששים לקנוניא שמגרשה בכדי לגבות
כתובתה מהקדש **תרטז, תתיב, תתיג**

זקיפת מלוה

גדר ודין זקיפת מלוה **פב, תרלו, תרנג**
תועלת זקיפת מלוה בשינוי מהות החוב
צה, תרנג, תרנד

חוב

גדר תורת ממון בחוב **פו, תרלח, תרנד**
תועלת זקיפת מלוה בשינוי מהות החוב

צה, תרנג, תרנד

חילוק בין חוב לשעבוד לענין יאוש **קנא, תרעד**
אם שייך פטור קם ליה בדרכה מיניה בחוב

תרנד

החוב והשעבוד אם הם דבר אחד שאם אבד
השעבוד בטל החוב או ב' דברים נפרדים **תרס**

חזקה

גדר ותוקף חזקת מרא קמא

תקפב, תשצג, תשצד, תשצה

היה לו חזקת ג' שנים וא' הוציא עליו שטר מכר
מבוררת **תשצד**

בענין הוצאת הבע"ח משדה שיש עליה חזקה

תשצד

גדר החזקה ותוקפתו במקום ספק במציאות
ובמקום ספק דין **תשצו**

חלה

ב' חלקים במצות חלה, איסור והפרשה, ממון
ונתינה, דינם לענין ספק **קלא, עתר, תרעא**

בענין תביעת הכהן בספק חלה **קלא, תרעא**

חמץ

טעם שאם הרהינו אצלו חמץ מודה רבא דלמפרע
הוא גובה **שסז, שסט, תשמג**

בשיטת הרמב"ם בנכרי שהלווה לישראל על
חמצו והרהינו אצלו מותר בהנאה אחר הפסח
אם הגיע זמנו קודם הפסח, ויבואר למה צריך
מעכשיו אם הגיע זמנו קודם הפסח

שע, תשדמ

ירושה

טעם שבעל חוב גובה ממתנת שכיב מרע

פט, תרלט

יישוב דברי הרמב"ם שפסק שיוולדת נשתעבדו נכסיה ואם מתה יורשיה חייבים להפריש עולתה, ובעולת ראייה פסק שהיורשים חייבים רק אם האב הפריש

צ, צא, תרמ

אם חיוב פדיון הבן שעל האב עוברת ליורשים

צ, תרמ

אם יש דין בקדשים לחייב את היורשים בחובת אביהם

צג, תרמא, תרמח

טעם שאם יורשים קרקע מצוה לפרוע חוב אביהם, והרי שעבודא דאורייתא

צח, צט, תרט

מצות פריעת חוב אם חל על כל היורשים או רק בבנים שירשו מפני כיבוד אב

קח

דין מי שמת והניח אשה ובעל חוב והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים שינתנו לבעל חוב והאשה או לא משתעבדים להם כי הם מטלטלין

קמב, תרעה

לוה ואח"כ קנה נכסים ומת אם המלוה גובה מאותם נכסים

רפד

בדין גביית האלמנה מהיורש אף אם לא נודע איזה קרקע ירש מאביו

רפח

בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בחיי אביו אם בנו מוציא מיד הלקוחות

רצ, תשיד

בהנ"ל אם בן הבן יכול לבטל המכירה

רצא, תשיד

ירושה הוא דין ממוני שזכותו כבר חל בחיי האב או מציאות שנוצר אחר המיתה

רצב, תשטו, תשטז

בהנ"ל למה אין אומרים שמוציא מהלקוחות מפני שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם

רצג, תשטז, תשיח

בהנ"ל מה הדין בשמיט ואכיל

רצד, תשיח

בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת ואח"כ מת אביו, אם יכולים הלקוחות לתבוע הנכסים

רצה

חילוק בין דין הנ"ל לכותב נכסיו לבנו ולא כתב מהיום ולאחר מיתה

רצה

ביאור שיטת המחבר שכן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו מוציא מהלקוחות הוא כשמכר לצורך קבורת אביו

רצו, תשיט

בן שמכר בנכסי אביו ומת בחיי אביו אם מחזיר ללקוחות המעות שקיבל מאביו

רצז, תשיט

מה שבעל אינו יורש את אשתו בראוי אם הוא גם לגבי שטר חוב או רק נכסים שעתידה לירש

רחצ, תשכ

כתב נכסיו מהיום ולאחר מיתה, איך קונים היורשים את הפירות לאחר מיתה

שג, שה, תשכא, תשכב, תשכג

ביאור סדר דברי הרמב"ם שתחילה כתב דין כותב נכסיו לבנו לאחר מיתה ואח"כ דין מתנת בריא

דש, תשכג

בדין כתיבת מהיום ולאחר מיתה בכותב נכסיו לבנו

שה, שו, תשכד

בענין גביית הבע"ח את השבח מן היורשים

שכו, תשלא

שעבוד הגוף של נכסי האב אצל היורש

של, תשלב, תשלג

בדין בן שירש ואח"כ נודע שיש עוד בן שצריך לחלוק עם השני בכל מה שהעלו הנכסים

שצג, תשנד

אם טוענים ליורשים טענת ברי במקום שמא תרפה

תרפה

אב שמת והניח קרבן מנחה לבי בניו אם נפסל המנחה מפני השותפות

תרפט

יתומים

כללים

בענין מצות פריעת חוב האב על היתומים, וטעם חיובם

ק, קד, קו, קז, קיג, קיד, רצ, תרסא, תרפט, תרצ

כשירשו מטלטלים אם יש מצוה לפרוע חוב אביהם

קד

מניעת קלון האב אם נחשבת ליתומים מצוה שמתן שכרה בצידה

קד

טעם שאין נזקקים לנכסי יתומים קטנים לפרוע חוב אביהם אף שהוא משום כיבוד אב

קו

מצות פריעת חוב אם חל על כל היורשים או רק בבנים שירשו מפני כיבוד אב

קח

ביאור החשש שהאב נתן לבעל חובו משכון, ולא חוששים שמע פרע החוב **קבא, תרסו**

בענין שאין המלוה יכול לגבות מעות ממי שחיב ללוה שמת שהחוב הוא מטלטלין של יתומים **קלח**

ביאור השיטה שבכל מקום שגובה מלקוחות גובה גם מיתומים **קמו**

אם הניזק גובה ממטלטלים של היתומים, והדין כשתפסם מחיים **קמט, קנא, תרעו**

בענין שאין מעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו מפני שהשור הוא מטלטלין של יתומים **קנג**

בזמן הזה שלא מצוי שיהיה לאדם קרקע אם גובים חוב ממטלטלים של יתומים **קסב, תרפ** טעם שאין שעבוד חל על מטלטלין של יתומים, וטעם ששונה ממלוה על פה שכן גובים מיתומים **קסד, תרפא**

בענין חיוב יתומים באחריות על קרקע שאביהם מכר ואף שנטרף לאחר מיתו **שעה, תשמז** לוקח שזקף עליו דמי מכירה במלוה ופייס בעל חוב במעות יכול לפטור עצמו מלשלם ליתומים אם מגבה להם אותה קרקע שלקח מאביהם באחריות **שעו, תשמז, תשמח**

יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה מהם מדין שעבודא דרבי נתן משום שאמר להם ליתומים קדם שעבודי **שעה, תשמח**

אף שבשעבודא דר"נ יכול מלוה ראשון לקבל פרעון מהלוה ולבטל שעבודו של מלוה שני, אולם יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה מהם **שפ, תשמח, תשמט**

כהונה

בענין המלוה את הכהן להיות מפריש עליו מחלקו אם צריך שיפסוק דמים

צו, תרנז, תרנט

בהנ"ל טעם שאם מת צריך ליטול רשות מן היורשים **צו, תרנט, תרס**

בענין טובת הנאה לבעלים בתרומה **צו, תרנז** כשמתו בני הכהן אם בניהם יכולים לגמור המכירה של זקנם **תרסא**

ביאור דברי הרגמ"ה שאם לא ירשו היתומים אחריות נכסים אין עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם **קט**

ביאור מחלוקת הראשונים אם כופין את היתומים לפרוע חוב אביהם **קי**

גדר אחריות נכסים שיורשים היתומים לחיבם לפרוע חוב אביהם **קיב, קע, תרסד, תרפט**

חיוב היתומים לפרוע חוב אביהם אם הוא רק בהלוואה או בכל החיובים **קיב, תרסד**

מי שסובר שחוששים לתפיסת צררי סובר שיתומים בני עשיית מצוה הם **קיג**

טעם שאין גובים מנכסי יתומים קטנים מטעם השעבוד שיש על הקרקע **קכט**

טעם שאין גובים מטלטלים מהיתומים **קכ, תרעו, תרפז**

אם בעל אפותיקי יכול לגבות מיתומים קטנים **קכו**

אם שייך שעבודא דרבי נתן ביתומים שגבו חוב אביהם **שא, שעט**

החילוק בין לקוחות ליתומים לענין תקנת חכמים להפקיע דין תורה למנוע מהם הפסד **תקט**

אם טוענים ליתומים טענת ברי במקום שמא **תרפה**

פרטים

יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם הבכור נוטל פי שנים כי מוחזקת ביד אביהם, זה שייך רק למ"ד שעבודא דאורייתא שיש למלוה זכות בגוף הקרקע של הלוה **נז, נח**

טעם המעשה בקטינא דארעא שפרעו היתומים יותר ממה שירשו **קט, קי, תרסד**

ביאור השיטה שבשטר היוצא על היתומים אין אומרים שהם לאו בני מיעבד מצוה **קיו**

בהנ"ל אם יש חילוק בין שטר שיצא עליהם עצמם או על אביהם **קיו**

החילוק בין מה שנוקקים לנכסי יתומים קטנים מפני פריעת חוב מצוה לבין משכון של גר ביד ישראל ומת הגר שקנה הישראל מיד **קכ**

כיבוד אב

בענין מצות פריעת חוב האב על היתומים, וטעם חיובם

ק, קד, קו, קז, קיג, קיד, תרסב, תרסג, תרסד
 בענין מצות כיבוד אב לאחר מיתה קד, תרסג
 מניעת קלון מאביו ובזיונו אם הוא ממצות כיבוד
 או מצות מורא קה, תרסג
 גדר חיוב הבן במזונות האב קז, תרסד

כתובה

כללים

חילוק בין גדר פרעון בסתם הלוואה לפרעון
 בכתובה צו, תרנז
 טעם שאלמנה גובה כתובה מיתומים ולא
 חוששים שגירשה סמוך למיתה ונתן לה
 הכתובה קה
 בענין מה שאין האשה גובה כתובה ממטלטלין,
 ולמה ממעות כן הרי הם גם מטלטלין

קסג, תרפ
 בענין הרוב הצריך לאשה הטוענת שנישאת
 בתולה וצריכה מאתיים ולא כאלמנה

קסט, תרפו, תרפז
 בדין גביית האלמנה מהיורש אף אם לא נודע
 איזה קרקע ירש מאביו רפח

אם מטלטלין לא משתעבדים לכתובה אין שעבוד
 על החוב ולא שעבודא דר"נ שפז, תשנא
 אם מטלטלין משתעבדים לכתובה אין שומרת
 יבם צריכה לשעבודא דר"נ לגבות מן היבם שלוח
 מן המת שפט, תשנב

טעם התקנה שישתעבדו מטלטלין לכתובה
 שפט, שצ

טעם התקנה בזמננו לגבות כתובה ממטלטלין
 ואפילו מיתומים שצ
 אם אלמנה או גרושה מן האירוסין יש לה כתובה
 בתנאי ב"ד אף אם לא כתב כתובה

תריא, תתיא
 כתב כתובה מן האירוסין גובה מבני חורין
 תריא, תתיא

בענין זמן חלות שעבוד הכתובה לאשה
 תשמה, תת

החילוק בין השעבוד בכתובה לשעבוד אצל בעל
 חוב תשצט

פרטים ודינים

אם פרע כתובה ב' פעמים ע"י עד אחד אם יכול
 לתבוע מעותיו ולהשביעה צד, תרנג
 בעל שהודה במקצת כתובה אם נשבע שבועת
 התורה, וטעם שאין זה כפירת שעבוד קרקעות
 קסז, קסט, תרפג, תרפד

עשה שדהו אפותיקי לכתובת אשה אם צריכה
 לגלות דעתה שאינה רוצה לחזור אחר ב"ד בכדי
 שלא יוכל לדחותה משדהו קעו

עשה אפותיקי סתם לכתובה ושטפה נהר, אם
 גובה משאר נכסים קעח

איך יכול החתן לשעבד עצמו לשלם דמי
 הכתובה כשאין לו כעת שום נכסים רפ, תשט
 מה שהאשה גובה מבינונית ובעל חוב עידית הוא
 כיוקר שיבוא או כזול הקיים תפב

חילוק בין חלוקה של שותפים שהטילו לכיס
 ונתמעט, לבין ג' נשים שתובעות כתובתן ואין די
 נכסים לתת לכולם מה שמגיע להן

תקפב, תשצו

אופן וסדר החלוקה לג' נשים עם ג' כתובות כל
 אחת במחיר אחר תקפג, תקפה, תשצו, תשצז
 אופן וסדר החלוקה בהנ"ל כשבאו לגבות
 בתפיסה תקפה, תשצז

בעלת כתובה של מאתים יכולה לסלק עצמה
 מדין ודברים עם בעלת כתובה של מנה

תקפה, תשצז

בענין המחלוקת במה שלא ימכור בעל כלי אשתו
 כשעבר ומכר, ודמיונו לדין גביית כתובה

תקפט, תשצט

היה עליו שטר חוב וכתובת אשה מי גובה
 תחילה תקצ, תשצט

ד' נשים שבאו לגבות כתובתם ונמצא שדה
 שגבתה הראשונה היתה גזולה ביד הבעל אם
 יכולה להחזיר ולגבות שדה אחרת תקצא, תת
 בהנ"ל כשהטילו שבועה על אשה האחרונה
 שבאה לגבות במקום שאחת מן הקרקעות שגבו
 הראשונות גזולה תקצב, תת

ב' דינים במבריה ארי מנכסי חברו
 תקנז, תשפג
 אם יכול לתבוע ממון מחבירו אחר שהציל
 נכסיו תקנז
 ביאור שיטת התוס' שמבריה ארי אין יכול לתבוע
 ממון רק כשאין הדבר ברור שיופסדו נכסי
 חברו תקנז
 טעם הפטור לשלם למבריה ארי תקנח, תשפו

מחילת מלוה ושעבוד

זמן מחילת השעבוד שיועיל לבטלו
 סד, תרכו, תרפו
 טעם שאם לא מחל השעבוד בשעת ההלוואה
 א"א למחול יותר סד, תרכו, תרנב
 בענין מחילה בטעות רצג, תשטז
 אם מלוה ראשון יכול למחול ללוה ועי"ז יופקע
 שעבודו של מלוה שני שפא

מחצית השקל

יישוב דברי הרמב"ם שאם לא נתן מחצית השקל
 ממשכנים אותו צד, תרמח, תרמט, תרנב
 בענין שעבוד נכסים במחצית השקל
 צד, תרמט

אם מחצית השקל הוא חיוב ממוני
 צד, תרמט, תרנא, תרנב
 גדר מצות מחצית השקל וזמן חלותו צד, תרנ
 נתינתו בשוה כסף או רק בכסף ממש
 צד, תרנ, תרנא
 טעם שאין מברכים על מצוה זו תרנא
 קבלתו מאשה וקטן תרנא, תרנב
 דמיון ערכין למחצית השקל תרנב

מטבע

ענין כח המטבע בקניה פד, תרלז, תרלח
 ביאור מה יעקב תיקן מטבע בשכס תרלז
 החילוק בין מטבע לשאר חפצים תרלז

מטלטלין

אם גובין חוב ממטלטלין שעשאן אפותיקי ויש
 לזה קול, ואם גובים מיתומים מזה קמה, קמו

בענין השבעת בעלת כתובה רביעית אולי תכסיף
 השדה ולא בשאר הנשים בהנ"ל תקצג
 דין שבועה לאשה שגובה כתובתה מיתומים
 גדולים תקצב
 סדר גביית כתובת בנן נוקבן מן היורשים,
 והחילוק בין נכסים מרובין למועטין

תרה, תרו, תתז, תתח, תתט
 בהנ"ל מתי חל חיוב המזונות תתט
 בענין הנ"ל כשהיתומים קדמו ומכרו בנכסים
 מועטין אחר העמדה בדין, ודין השבח שנעשה
 אחר העמדה בדין תרו, תתח
 בדין מה שאלמנה אינה ממעטת ואין עושים לה
 הפרשה, אם נחשב כנכסים מרובין כדי לעשות
 הפרשה לצורך הבנות תרח, תתט, תתי
 ביאור דברי התוס' שחילקו בין כתובת בנן נוקבן
 שכל שהיו מרובין וכו בהם יורשים לבין כתובת
 בנן דכרין שהולכים לפי שעת מיתה
 תרט, תתי

בדין שהאלמנה דוחה את הבת כשאין די מזון
 לשניהן תרי, תתי
 ביאור המחלוקת בעדים זוממים שהעידו שגירש
 אשתו ולא נתן כתובתה אם שמין ההפסד לבעל
 או לאשה תריג, תתיא, תתיב

לזה ומלוה

כשאין עדים מעידים שהלווהו אם כפירת הלוה
 נחשבת כפירת שעבוד קרקעות נח
 כשהלוה מודה שלוה ואין עדים, אם יכול המלוה
 לגבות ממשועבדים נט, ס
 אם הרווחת זמן נחשב כשעת מתן מעות
 רסב, תשג

ביאור גדר מלוה להוצאה ניתנה רחצ, תשיט
 שדה הלוה המשועבדת למלוה נחשבת בני חורין
 או משועבדים שסה
 אם מלוה ראשון יכול למחול ללוה ועי"ז יופקע
 שעבודו של מלוה שני שפא
 ראה: חוב, מלוה בשטר, מלוה על פה

מבריה ארי

כשהערב פורע למלוה אם נחשב למבריה ארי
 תקמט, תשפג

סמיכת המלוה אינו על מטלטלין, ואם אחר
 התקנה סומך על זה **קסח, תרפב**
 אם הבחירה ביד הלוה אם לתת למלוה
 מטלטלין **קסח, תרפב**
 ב' דרכים במה שמטלטלין לא משתעבדים לבעל
 חוב **שעט**
 אם מטלטלין לא משתעבדים לכתובה אין שעבוד
 על החוב ולא שעבודא דר"נ **שפז, תשנא**
 טעם התקנה בזמננו לגבות כתובה ממטלטלין
 ואפילו מיתומים **שצ**
 טעם שמטלטלים נקראים מיטב משום שנמכרים
 ביוקר במקום אחר, ואם אין נמכרים כלל במקום
 זה אם גם נקראים מיטב **תפה**

מי שפרע

אם הוא דין ממון או איסור **תכה, תשנו**

מלוה בשטר

דין שעבוד נכסים במלוה בשטר **נה, רסא**
 החילוק בין מלוה בשטר למלוה על פה לענין
 שבועה על כפירת השעבוד **סו, תרל**
 למ"ד שעבודא לאו דאורייתא יש למלוה בשטר
 מיד כח לגבות מן הלקוחות ע"י התקנה **סט**
 מעות הנגבות במלוה בשטר אם נחשבות שבח
 על השטר, ואם בכור נוטל פי שנים בשבח
עט, תרלה
 ביאור השיטה שבשטר היוצא על היתומים אין
 אומרים שהם לאו בני מיעבד מצוה **קיז**
 בהנ"ל אם יש חילוק בין שטר שיצא עליהם
 עצמם או על אביהם **קיז**
 גדר שעבוד הגוף של הלוה למלוה **שפב**
 בענין מה שאדם משלם יותר מלוה בשטר ממלוה
 על פה **תרסא**
 ראיה: מלוה על פה

מלוה הכתובה בתורה

ביאור מה שמלוה הכתובה בתורה ככתובה
 בשטר למ"ד שעבודא לאו דאורייתא
קכד, תרסז
 טעם שלמ"ד מלוה הכתובה בתורה כשטר גובה
 כל הה' סלעים מהאחים שחלקו **קכט**

אם הניזק גובה ממטלטלים של היתומים, והדין
 כשתפסם מחיים **קמט, קנא, תרעו**
 טעם שאין גובים מטלטלים מהיתומים
קנ, תרעו, תרפז
 דין גביית חוב ממטלטלין ולמ"ד שעבודא
 דאורייתא אם יש שעבוד על מטלטלין
קנב, תרפג
 בענין שאין מעמידין אפוטרופוס לתם לגבות
 מגופו מפני שהשור הוא מטלטלין של יתומים
קנג
 אם שייך במטלטלין שעבוד וערבות
קנה, קסד, קסט, שעט, תרפא, תרפב, תרפג, תרפד
 שעבוד מטלטלין אגב קרקע אם הוא מדין שעבוד
 נכסים או מדין קנין גמור **קנו, קנז, תרעח**
 קנין מטלטלין אגב קרקע הוא דין בחלות הקנין
 או המעשה הקנין **קנז, תרעח**
 שעבד מטלטלין שעתיד לקנות אגב קרקע שבידו
 אם נשתעבדו אף שבשעה שבאו לידו כבר מכר
 את הקרקע **קנט, תרעח**
 הקנה שעבוד על מטלטלין בקנין סודר או קנין
 גמור על תנאי, אם הוא בגדר אסמכתא שלא
 קונה **קס, תרעט**
 בזמן הזה שלא מצוי שיהיה לאדם קרקע אם
 גובים חוב ממטלטלים של יתומים **קסב, תרפ**
 אם שייך שעבוד על מטלטלין של הלוה רק
 כשיודע מתקנת הגאונים שיגבו ממטלטלין
קסג, קסג, תרפ
 בענין מה שאין האשה גובה כתובתה ממטלטלין,
 ולמה ממועות כן הרי הם גם מטלטלין
קסג, תרפ
 טעם שאין שעבוד חל על מטלטלין של יתומים,
 וטעם ששונה ממלוה על פה שכן גובים
 מיתומים **קסד, תרפא**
 בענין מה שגובים מיתומים ממטלטלין אחר
 התקנה ולא מלקוחות אם לא שעבדם אגב
 קרקע **קסה, תרפא**
 טעם שבכדי לשעבד מטלטלין צריך לשעבד כל
 מטלטליו אגב קרקע **קסו, תרפא**
 בענין שעבוד על מטלטלין כשיש קול
קסז, תרפא

במלוה הכתובה בתורה אם הם כשטר אם
נשתעבדו הנכסים שקנה אחר שנתחייב

רס, תשא

מלוה על פה

טעם שבמלוה על פה אינו גובה ממשועבדים
למ"ד שעבודא דאורייתא ולמ"ד לאו דאורייתא

נז, תרלב

בענין מלוה על פה קצובה אם גובה
ממשועבדים

אחר התקנה שהפקיעו חכמים השעבוד במלוה
על פה מפני הפסד הלקוחות הרי זה כאילו נמחל

השעבוד

אם במלוה על פה אין נשבעין על כפירת שעבוד
קרקע

החילוק בין מלוה בשטר למלוה על פה לענין
שבועה על כפירת השעבוד

ביאור דברי הרי"ף שר"פ סובר שעבודא דאורייתא
ומה שאמר מלוה על פה גובה מן היורשים שלא

ינעול דלת והעמידו על דאורייתא

אם יש חשש נעילת דלת במלוה על פה מן
היתומים

ביאור המחלוקת אם מלוה על פה מוקדם
נגביתו למלוה בשטר לגבות מנכסים בני חורין

אם יכול להוסיף שטר במלוה על פה

עו, עדר, תרלד

אם שייך חובת ממון במלוה על פה או רק במלוה
בשטר

מלוה על פה מוקדמת אם הוא קודם לגביית
מלוה בשטר מאוחרת מבני חורין

טעם שאין שעבוד חל על מטלטלין של יתומים,
וטעם ששונה ממלוה על פה שכן גובים

מיתומים

בענין מה שאדם משלם יותר מלוה בשטר ממלוה
על פה

קסד, תרסט

קכז, קכח

קכט, תרסא

קכז, תרלז, תרלח

אם שייך תורת ממון בפחות משוה פרוטה
תפו, תשעא

ביאור מה יעקב תיקן מטבע בשכם

החילוק בין מטבע לשאר חפצים

מעשר

מי שהיו לו נכסים ואינו מוצא למוכרם לפי יוקר
שיבוא עד כמה מאכילים אותו מעשר עני

תעה

ביאור הסוגיא בדמיון האכלת מעשר עני לנצרך
כמו שומא בניזיקין

ב' סוגי שומות לענין נתינת מעשר עני

תעה, תעט

מצוה

גדר וחיוב מטבע שטבעו חכמים במצוה
תרמה

מקח וממכר

בשטר מכירה גובה ממשועבדים מפני הקול
שיוצא ע"י העדים

בענין מה שאין מכירה ללא פיסוק דמים
צז, תרנח

מכר שדה והשביחה הלוקח ונמצאת גזולה, או
נגזלה משובחת והוכספה ביד הגולן והושבחה

ביד הלוקח, ממי ניטל ההוצאות

שז, שח, שט, תשכד

ביאור המחלוקת בקנה שדה והשביחה ונמצאת
גזולה אם לוקח גובה שבח מהגולן

החילוק בין לקוחות ליתומים לענין תקנת חכמים
להפקיע דין תורה למנוע מהם הפסד

הלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו והיה השדות
המקיפות אותה לא' הבא מכח ד' אם דוחה

בטעת אי שתקית

ביאור מחלוקת הראשונים בדין מה מכר ראשון
לשני כל זכות שתבוא לידו, אם הוא דווקא

כשמכר באחריות או אף בלא אחריות

יסוד דין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא
לידו

מכר שדה שלא באחריות ויצאו עוררים על זה,

אם יכול לחזור בה

תקכו, תשעה

ממון

ענין כח המטבע בקניה

טעם שקונה משכון שלא בשעת הלוואה לענין
גניבה ואבידה תמח, תשסא
טעם שהמלוה צריך למכור המשכון בב"ד
תרג

פרטים ודינים

כשהמשכון בא ליד המלוה קונה אותו קצת לפי
מ"ד שעבודא דאורייתא נו
אם הלוח חייב לשלם לפני שהמלוה החזיר
המשכון, אף כשהמשכון אינו שוה כהחוב
תיג, תיד, תשנו

נתן משכון ששוה הרבה פחות מהחוב ואבד
המשכון, אם צריך לשלם החוב והטעם תטו
מבאר שאין הלוח יכול לומר למלוה שנתן
המשכון לפירעון בעל כרחו תיח
לקח קתא ונסכא עבור המשכון ונאבד הקתא
והנסכא קיים או נאבד אחר אבידת הנסכא, כמה
משלם תיט

מתי אם אבד המשכון אבד כל כספו תכ, תכט
מי שסובר שערבון קונה כנגד כולו אינו סובר אבד
קתא אבד אלפא תכא
הדין אבד קתא אבד אלפא זוזי שייך רק במשכנו
בשעת הלוואתו תכט, תשנו

ביאור המחלוקת באבד המשכון אם הפסיד
תל, תשנח

אם בעל חוב קונה משכון שלא בשעת הלוואה
וחייב באונסים, ומה הדין במשכון בעת
ההלוואה תל, תלב, תלג, תשנח
קידש אשה במנה והניח משכון מפני שאין
המשכון מתנה, האם כשהיה מתנה כן היתה
מקודשת תלו, תשנט

ביאור החילוק בין קידושין במנה והניח משכון
לבין משיכת המשכון לקנותו תלט, תשס
משכנו שלא בשעת הלוואה והחזיר את המשכון
בלילה וברכו הלוח אם הוא רבית דברים

תמט, תשסא, תשסב, תשסג

בענין הלימוד שאין מצוה להשיב המשכון בלילה
ליורשים תנב, תשסד

טעם הצורך בלימוד להחזיר המשכון בלילה
כשמשכנו שלא ברשות, ולולי הלימוד אם היה
צריך להחזיר תנב

טעם שאם קנה שדה ויצאו עליה עסיקין
משהחזיק בה בדייש אמצרי אינו יכול לחזור
בה תקכז, תשעו

מוכר קיבל אחריות המקח ויצאו עליו עוררים אם
יכול הלוקח לטעון שיבוטל המקח מיד ויעכב
המעות בידו תקכח, תשעו

בענין המחלוקת במה שלא ימכור בעל כלי אשתו
כשעבר ומכר, ודמיונו לדין גביית כתובה

תקפט

תוקף מכירה כשיש עליה שעבוד לענין מכירה
לגוי ועובד בשבת וכדומה תשמ

משכון

כללים

אם נתינת משכון הוא תחילת גביה או חשוב
כגבית החוב תיז

חילוק בין אונס לאבידה במשכון תיז

חילוק בין דין משכון קטן לדין ערבון תכא

ביאור הטעמים שהאדם לוקח משכון להיות
בטוח במעותיו ושלא יכפור הלוח תכג, תשנו

חילוק בין הלווה מעות על המשכון לבין הלווה
פירות תכג, תשנו

בנטילת משכון יותר שוה מהכסף אם קיים מצות
הלוואה תכד, תשנו

לקח משכון בנכיתא להשתמש בו ולפחות
מהחוב אם הפסיד בזה מצות אם כסף תלוה

תכח

ביאור השיטה שבמשכון שלא בשעת הלוואה
פטור מהאונסים תלג, תשנח

חטף משכון מהלוה אם לוקח, כשהוא בעין או
כשנאבד תלד, תלה, תשנט

ביאור הטעם שבעל חוב קונה משכון הוא על זה
שומר שכר כיון שיכול לקדש בו אשה ולא אמרו
מפני שהחוב שיש עליו שוה יותר לימכר בשוק

תלה, תמט, תשנט

טעם והוכחה שאין אומרים מנה אין כאן ומשכון
אין כאן בהתחייבות תלט, תמ, תשס

ביאור החילוק במשכנו אחר זמן הפרעון לבין
משכנו בשעת ההלוואה לענין תוקף ואלימות
המשכון תמו

לר"ע שהוחלט השור עד מתי יכול להודות ולהיפטר רד

בשיטת הראשונים שלר"ע הוחלט השור לניזק מיד בשעת נגיחה, ובדברי מ"ד שהוחלט בעת העמדה בדין ריב, תרצד

גדר ודין מזיק שעבודו של חברו ריח, תרצד
אם יש חיוב לשמור שלא להזיק, או החיוב רק לשלם אם הזיק רלח, תרצז

דין תפס הניזק את השור שהזיק אם מחייבו בשמירת השור גם על חלק הבעלים בו רמ, רמא, רמג

גדר דין שמירה שחל על ניזק שתפס שור שהזיק רמא

ביאור המחלוקת בניזק שתפס שור בטעם שנעשה שומר שכו רמא, רמג

בדין הזיק שור ברשות השומר רמד, תרחצ

פרטים ודינים

ביאור ההוי אמינא שאם אין למזיק כסף שהמזיק גובה מקרקעות ולא מבגדי המזיק קמח, תרעה
בענין שאין מעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו מפני שהשור הוא מטלטלין של יתומים

קנג

יישוב הסתירה בדברי רש"י שבמועד שנגח כתב משלם מביתו אם אין הנוגח שוה כל הנוק, וביושם השור כתב שלכתחילה יתן כסף קצ

טעם שב' שוורים תמין שחבלו זה בזה משלם במותר חצי נזק אף שבעל השור הראשון כבר נעשה שותף קצד, תרצא

בענין הלימוד לדין ב' שוורים תמים שחבלו זה בזה קצה

ביאור דברי הנמקו"י בב' שוורים תמין שחבלו זה בזה שמחשבים רק החיוב שאפשר להשתלם מגופו קצז

שור תם שהזיק אם בעליו חייב לשלם כסף או יכול לסלק הנזק מהשור קצט

אם שייך לומר בשור תם למפרע הוא גובה אף לשיטת התוס' שקודם העמדה בדין אין חיוב קנס כלל ר

בענין מה ששליח ב"ד מותר לתפוס משכון בשוק ובעל חוב אסור תנג, תשסד

החזיר המשכון בלילה ומת הלוח לפני שנטלו בחזרה מה דין המשכון תנה

הלוח את חברו עני או עשיר ונכנס לביתו ליטול משכון אם בעשיר לוקה שהרי אינו צריך להחזיר לו ולא ניתק לעשה תנו, תשסה

ביאור דברי רש"י שחובל ריחיים ורכב לוקה שלש תנז, תשסה

חבל זוג של ספרים אם יש בו משום ריחיים ורכב וכמה לוקה תנז

מלוח תפס סכין העושה אוכל נפש בלא עדים אם קנה המשכון תנח

בענין כניסת שליח ב"ד לביתו של הלוח תנח
בענין מה שממשכנים חייב ערכין שהגזבר נכנס לביתו לקחת תנט

מתנה

טעם שבעל חוב גובה ממתנת שכיב מרע פט, תרלט
אם שייך לזכות לאחר מתנה ע"י עצמו תרנט

מתנות עניים

החילוק בין מתנות עניים לצדקה תעו, תשע
כמה גדרים במקבלי מתנות עניים תעז

נדר

טעם שהמודר הנאה מחבירו פורע חובו כשהלוח לו על מנת שלא לפרוע תקנה, תשפה

נזק

כללים

ביאור המחלוקת בשור תם שהזיק, אם יושם השור ודינו כאפותיקי מפורש או יוחלט ונעשה הניזק שותף בשור קפח, קצא, רכה

דין תם ומועד שחבלו זה את זה קצג
חובת האדם והגביה מן השור הם ב' דברים נפרדים ר, תרצב

למ"ד למפרע הוא גובה אם צריך גביה לבסוף רא

בהנ"ל ביאור שיטת בעל המאור באופן התשלומים

כלו, תרצו כשאין הניזק בטוח שיזכה בדין אם צריך לשמור חלקו בשור שלא יזיק עוד, ומה דין המזיק בזה רלח, רלט, תרצו

בענין העמדת אפוטרופוס לתם לגבות מגופן מהיתומים או ממי שהלך למדינת הים רמה בדין שאל שור בחזקת תם ונמצא מועד, וחיובו למשאיל רמוז, רמח, תרצט

כשיצא השור מיד השומר והזיק למה הניזק גובה מגוף השור רק כשאין לשומר לשלם

רמט, תרצט

שור שהזיק כשהיה אצל השומר כמה צריך השומר לשלם רמט, תרצט

טעם שהרי"ף והרמב"ם השמיטו הדין ששאלו בחזקת תם ונמצא מועד, ומה סברתם בדין זה

רנא, רנב, רנג

דין הועד בבית השומר והחזירו לבעלים

רנד, רנה, תש

ניזק שהרוויח זמן למזיק ולא כתב לו בשטר 'דאיקני' אם נשתעבדו נכסים שקנה אחר שהרוויח רסב, תשב, תשג

נזק

תשלומי הנזק

בענין הלימוד לר"ט ששור תם משלם נזק שלם קצב

החילוק בין תשלומי נזק מגופו או מהעליה

קצב, רלב, תרצא

אם הניזק גובה ממטלטלים של היתומים, והדין כשתפסם מחיים קמט, קנא, תרעו

דין תפיסה בגוף המזיק אצל הניזק

רמט, תרצט

ביאור במה שיכול השואל להיפטר מתשלומי נזק השור רנה, רנו

בדברי ר"י ששמין בדניזק שאין אומרים למזיק שיטרח להביא תסז

למ"ד בדניזק שיימינן אם זה מגרע כח הניזק או מיפה כוחו תסח, תסח

השומות שעושים כשאכלה הבהמה ערוגה בבית סאה תעא, תשח

שור שחייב מיתה אם נחשב לאו בר קטלא קודם העמדה בדין וחילוק בזה למחוייב קנס שנחשב לאו בר תשלומין קודם העמדה בדין רד טעם שלא נחשב בר קטלא קודם שנגמר דינו רז

בדין מכר המזיק שור תם שהזיק אליבא רבי ישמעאל רח, תרצד

דין הקדיש שור תם שהזיק אליבא רבי ישמעאל רי, תרצד

מכר שור תם שהזיק קודם העמדה בדין אם ניזק גובה מהלוקח, והטעם רטז, תרצד

שחט את השור אם חייב המזיק לשלם עבור פחת שחיטה, אף שהמזיק שעבוד חבירו חייב ריז, תרצד

בדין בעל חוב שקדם וגבה משור תם שהזיק

ריט, רכ, תרצה

טעם שניזק קודם בגבייתו משור תם לפני בעל חוב מאוחר רכ, תרצה

ביאור הדין בשור תם שוה מאתיים שנגח שוה מאתיים ושבח ועמד על ד' מאות, והדין כשפיטמו מזיק רכב, רכג, תרצה

דיו שבח המזיק שנוטל הניזק כשעת העמדה בדין אליבא ר"ע רכד, תרצה

דין כחש השור איך ומה משלם המזיק

רכו, תרצו

דין פחת נבילה למזיק בשור תם וביאורו רכז בענין חלוקת שבח הנבילה אף שהמזיק נשכר

רכח, תרצו

ב' שוורים של איש אחד שהזיקו ממי גובה הניזק רכט, רלא, תרצו

גדר שוויות חצי נזק שחייב שור תם רלב

ב' שוורים תמין שהזיקו לדעת ר"ע שיוחלט השור אם המזיק יכול לסלק בכסף, ואם ידו על העליונה לתת איזה שור שירצה רלג, תרצו

חילוק בין דין ב' שוורים תמין שהזיקו לפרה ספק מעוברת שנגחה שהניזק גובה בטענת ממה נפשך רלד, תרצו

בדין מזיקים שותפים שמשלמים לפי מנין המעות, והדין בב' שהטילו לכיס רלד

באופן תשלום נזק שהזיק שור כמה שוורים, וביאור בדברי הגמ' ראשון ראשון נשכר רלו

דין מיטב נתחדש בו דין במעשה מזיק או מצד
תשלומין **תסד, תשסח**

ביאור מה שאמרו על הפסוק מיטב שדהו שמדובר
שיש עידית לניזק וזיבורית למזיק, ולא אמרו
שאין לניזק קרקע כלל **תסו**

כשאין למזיק עידית של הניזק משלם באופן אחר
רק כשזה טובה לניזק **תסז**

מזיק הקדש ומשלם עידית של ניזק שהוא זיבורית
שלו אם מגרע כח ההקדש **תסט**

גדר עידית דניזק וגדר עידית דמזיק, אם הם ב'
דברים נפרדים **תע**

תשלומי כסף נחשב לקיום דין מיטב או הוא רק
סילוק הניזק **תעג**

מחלוקת בגדר חיוב מיטב ואם חיוב הוא משום
חיוב ממון **תעד, תשסט, תשע**

במה שניזק גובה מבינונית הוא מדין מיטב או דין
חדש **תפא**

טעם שמטלטלים נקראים מיטב משום שנמכרים
ביוקר במקום אחר, ואם אין נמכרים כלל במקום
זה אם גם נקראים מיטב **תפה**

בענין ב' המאמרים או שכל דבר נקרא מיטב ומה
שאמרו שצריך לתת או כסף או מיטב **תפו**

בענין השאלה אם במיטב שלו שמין או בשל
עולם, ואם שייך שאלה זו לפי רבי ישמעאל
ששמין בדניזק **תפז, תצ**

ביאור המחלוקת לפי ר"ה שאמר או כסף או מיטב
וכשאין לו אפילו סובין, אם המזיק יש לו זיבורית
אם צריך ליתנה להניזק או אם יכול ליתן סובין
תקכט

ספק

טעם שספק מלוה לא חייב לשלם משום ספק
מצוה דאורייתא **קטו**

טעם שאין בספק ממון ספק איסור גזל **קטז**

בספק ממון ובא לצאת ידי שמים מתי יש חיוב
בזה ומתי הוא רק מחמת חסידות **קמ, תרעד**

ענין הנחת כסף בספק פרעון ביד ב"ד או ביד
שליש **קמא, תרעד**

עבד

אם גובין את העבדים מיתומים **ע, קמד**

קביעת המחיר של הקרקעות לענין תשלומי
הניזק **תעב, תשסט**

אכלה חזיו אם שמים לפי המשוויר או רואים
כמה יפה **תעב**

כפי מה שמין התשלומים כפי המחיר כעת או כפי
היוקר שיבוא **תעט, תפ, תשע**

ביאור בהוכחת הגמ' שבשל עולם הן שמין ממה
שהבע"ח גובה מהבינונית כשיש ללוה בינונית
וזיבורית **תפט**

ביאור שיטת התוס' למ"ד בשל עולם שמין שאם
אין למזיק עידית דעלמא הניזק גובה מעידית
שלו **תצא**

אם הלוקה יכול לדחות את הניזק אצל זיבורית
בטענת אי לא שתקית אחזיר הזיבורית למוכר

תקג

בענין טענת אי שתקת שיכולים הקונים לטעון
לניזק אם הוא להלכה, והטעם **תקה, תקיא**

בשיטת הרמב"ם כשקנה ג' שדות בזה אחר זה
נכנס תחת הבעלים אפילו אם לקח עידית
באחרונה **תקט**

טעם שאין לוקח ראשון יכול לומר אי אפשר
בתקנת חכמים כשלא השאיר בידו רק עידית

תקיב, תקיג, תשעד

אם מועיל דין מה מכר ראשון לשני לגבי אמירת
אי אפשר **תקיב, תקיג**

מכר כל שדותיו והלוקה מכר שדה אחת אז הניזק
יכול לגבות מאיזה שרוצה אם הוא גם כשהיה
בב' שטרות **תקטו, תשעד**

החילוק בין כל קנס לקנס תשלום חצי נזק

תרצב

ענין תשלום ממיטב

ביאור הגמ' שחוב על המזיק לשלם ממיטב
הארץ **קצב, תרצא**

ביאור דברי רש"י בשיטת רבי ישמעאל ששמין
לפי מיטב של הניזק **תסב**

ביאור המחלוקת כשאין למזיק כמו עידית של
הניזק אם יכול לתת בינונית שלו שעדיף
מהניזק **תסג, תסו, תשסז, תשסח**

ביאור גדר דין תשלומי מיטב

תסד, תסה, תפח, תשסח

ענין התקנה שאין גובה מהערב עד שישבע הלוה
 שאין לו כלום **תקנב**
 התקנה שאין נפרעים מן הערב תחילה לא שייך
 בגובה מהלוקח **תקעה**
 בענין הכלל שנכסי אדם ערבין לו **תשצו**

פרטים ודינים

הדין כשכתב הלוה לערב התקבלתי אף שלא
 קיבל, בכדי שיהא ערב קבלן
קיוז, תקנא, תרסה, תשפד
 ביאור המחלוקת בענין עדים קרובים לערב
 שהעידו על הלוה, והקשר לזה לפריעת חוב
 מצוה **קיט, תרסה**
 בענין מה שלא צריך פסוק אלא ללמוד שערב
 סתם משתעבד אבל בקבלן יודעים מסברא
תקל, תשעז
 בענין הלימוד בהתחייבות של ממון מחיוב שאין
 בו ממון **תקל, תשעז**
 התנה המלוה שיפרע ממי שירצה אם יכול
 לתבוע מהערב תחילה כשיש נכסים ללוה
תקלא, תשעז
 התנה המלוה שיפרע ממי שירצה ומת הלוה אם
 גובה מהערב או ימתין עד שיגדלו היתומים
תקלג, תשעז, תשפד
 בענין הדין שאין נפרעים מנכסים שהם ערבים בו
 לפני תביעת הלוה **תקלד**
 קבלן שנשא ונתן ביד שאין למלוה על הלוה כלום
 אם אין לו שעבוד או יש לו שעבוד רק גביה
 מהקבלן קודם **תקלו, תשעח**
 אף שנפרעים שלא בפני הלוה צריך להודיעו אם
 אפשר **תקלח, תשעח**
 ביאור השיטות לענין ערב של יתומים שפרע
 למלוה לפני שהודיעו ליתומים אם ההודעה היא
 מהמלוה או מהערב **תקמב**
 מת לוה בחיי מלוה ועברה גביית המלוה
 ליתומים ואח"כ מת המלוה אם בניו יורשים את
 החוב, ואם גובים מן הערב **תקמב**
 טעם שאם מת לוה והניח בנים קטנים אין נפרעין
 מן הערב **תקמד, תשפא**
 כשיש משועבדים אם המלוה גובה מן הערב,
 והטעם **תקמה, תשפב**

בענין אם עבד כקרקע או כמטלטלין
ע, עא, קמד, תרלג, תרעה
 גביית חוב מעבד שמכר הלוה ללקוחות **קמד**
 היקש עבדים לקרקעות אם תלוי במחלוקת אם
 העבד כקרקע או כמטלטלין **קמד, קמה, תרעה**
 מבאר שאין הלכה כרבי נתן לענין שעבוד לגבי
 חיובים של הענקה כי הרי טרח בגופו

שצ, תשנג
 יישוב סתירת דברי הרמב"ם שסובר שעבודא
 דרבי נתן ופסק בעבד עברי שמכר עצמו שאין
 מעניקים לו, והוא כת"ק שאינו סובר שעבודא
 דר"נ **שצא, תשנג**
 טעם שאין בעל חוב גובה מדמי הענקה שהגיע
 לעבד **שצב**
 טעם ששחרור מפקיע מידי שעבוד **תג**
 למ"ד למפרע הוא גובה איך מיישבים המשנה
 בעבד שעשאו רבו אפותיקי שכופין את רבו
 ראשון וכותב שטר שחרור **תו**
 ביאור המחלוקת בעבד שעשאו רבו אפותיקי אם
 העבד כותב שטר על דמיו **תו, תז**
 אם היו לומדים שוה כסף בכסף בפדיון עבד מדין
 שוה כסף בניזקין אם היה העבד צריך לתת מיטב
 שדהו בפדיונו **תעד, תפד**
 ענין תקנת זמן בגט שחרור **תשצה**

עדות

טעם שאין לקבל עדות קרובים **תשיא**

ערבות

כללים

כל גביה מהשעבוד הוא בעצם פרעון החוב וזה
 דין ערבות **שצח**
 ב' עניני שעבוד, כללי מדין ערבות, ושעבוד מיוחד
 מדין מקצת קנין **תפא, תק**
 טעם שערב סתם משתעבד **תקלה, תשעז**
 ביאור דברי הרשב"ם בטעמים למה לא יתבע ערב
 תחילה **תקלט, תשעט**
 גדר חיוב הערב **תקמה, תשפה**
 כשהערב פורע למלוה אם נחשב למבריא ארי
תקמט, תשפג

יש לו חמש משועבדים וחמש בני חורין וצריך לפדות אותם ואת בנו אם כהן טורף ממה שמכור ללקוחות, וביאור גדר משועבדים

קבו, תרסז, תרסח

ביאור דברי הרמב"ם בהנ"ל קבו, תרסח
אם יכול האב לפדות הבן ע"י שליח

קבו, תרסח

ב' חלקי דינים בפדיון הבן, חוב ממון ומצוה, והנפק"מ לענין גביית הכהן מקרקעות משועבדים

תרסח

בענין מה שאין פודין בקרקעות וביאורו

תרסח, תרסט

טעם שלמ"ד מלוה הכתובה בתורה כשטר גובה כל הה' סלעים מהאחים שחלקו

קבו, קלו, קלז

ביאור המחלוקת במי שבכרה אשתו וילדה ב' זכרים ומת בתוך ל' קודם שנשתעבדו נכסיו אם הכהן גובה מירושה המשותפת שלהם קל

בהנ"ל אם גביה משדה המשותפת הוא בתורת ודאי או ספק קלב, תרעא

בענין מי שיש לו רק חצי מהה' סלעים אם צריך לתת לכהן וישיאר חייב קלה, תערב

גדר חיוב דמי פדיון על היורשים לאחר מיתת האב קלו

ענין הפרשת הכסף לפדיון אף שאין קדושה בכסף תרעג

פועל

בענין יד פועל על העליונה לענין חזרה תמ

ב' אופנים בחזרה משכירות הפועל תמא

מתי יכול הפועל לחזור בו בפסיקת השעבוד ומתי אינו יכול לחזור בו תמא

הטעם שאם פועל חוזר באמצע מלאכה בעה"ב שוכר עליהם תמב

פריעת חוב

החולקים אם שעבודא דאורייתא או לא חולקים אם שייך התחלת גובינא לפני זמן הפרעון או לא נה

נה

ענין המחלוקת במקור מצות פריעת חוב ק

יש ללוה רק זיבורית ולקבלן יש בינונית אם גובה מהקבלן או רק מהלוה תקמו, תשפה

בדין ערב שפרע קודם שהודיעו ליתומים

תקמו, תשפה

ערב שלא תבע את היתומים תחילה אם חוזר וגובה מהם, והטעם תקמח

ערב שהודיע ליתומים אם פטור, ומה הדין אם פרע תקנ, תשפד

כשהמלוה בא לגבות מהערב אם צריך הערב לטעון בעצמו שיביא ראיה או טוענים עבורו

תקנג, תשפד

ערב שהיה מורשה לשלם החוב ושילם קודם שיגבה מהלוה אם חוזר וגובה במלוה על פה

תקנד, תשפה

חילוק בין התקנה שאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין לבין התקנה שאין נפרעים מן הערב תחילה תקעה

ערכין

בענין מה שממשכנים חייב ערכין שהגזבר נכנס לביתו לקחת תנט

דין מסדרין לחייבי ערכין ודין הישג יד הם ב' דינים נפרדים תרא, תתד

ענין הלימוד שמסדרין לבעל חוב ממה שמסדרין לחייבי ערכין תרא, תתד

אם ערכין הוא מלוה הכתובה בתורה

תרא, תתד

דמיון ערכין למחצית השקל תרנב

עשירות

הלואה את חבירו עני או עשיר ונכנס לביתו ליטול משכון אם בעשיר לוקה שהרי אינו צריך להחזיר לו ולא ניתק לעשה תנו, תשסה

בענין קשר העשיר לצד עניות תשסה

לפי איזה רכוש נידון עשירות האדם תשסט

פדיון הבן

אם חיוב פדיון הבן שעל האב עוברת ליורשים

צ, תרמ

קידושין

ביאור דברי הרמב"ם שבקנה שדה והכיר שאינו שלו יש לו מעות, ובמקדש אחרותו מעות מתנה, אף שבגמ' תלויים דינים אלו זה בזה שטו קידש אשה במנה והניח משכון מפני שאין המשכון מתנה, האם כשהיה מתנה כן היתה מקודשת תלו

ביאור הטעם שהניח משכון לקידושין אינה מקודשת תלו, תמה

ביאור דברי הראשונים בביאור מנה אין כאן משכון אין כאן במקדש במנה והניח משכון

תמו, תשס

טעם שא"א לקדש בהתחייבות ויכולים לקדש במלוה של אחרים תמד, תשסא

התחייב לתת לה מנה בקנין גמור אם חל החיוב ומתקדשת תמה, תשסא

אם בע"ח קונה משכון כשהגיע זמן הפרעון אם יכול לקדש אשה בחוב של אחרים ע"י מסירת המשכון תמו, תשסא

המקדש במלוה שיש עליה משכון אם צריך להחזיר המשכון בפועל בשעה שקידשה

תנ, תשסד

חלות בכסף קידושין שנעשה ע"י הקידושין תרעג

בענין הפקעת המיאון את הקידושין תשמו

קנין

קנין מטלטלין אגב קרקע הוא דין בחלות הקנין או המעשה הקנין קנז, תרעח

קנין אגב הוא מן התורה או מתקנת חכמים תרעח

אופן הקנין כשהתכוון לקנות לאחר ל' יום אם יש שום זכות בדבר רפו, תשיד

בענין עשיית קנין בשדה חבירו כשעדיין לא בא לידו שיח, תשכט

בענין קנין אומן בשבח כלי תלב

אם שייך להיות קונה ומקנה ע"י עצמו או דווקא ע"י שליח תרנט

הקנאת דבר שלא בא בעולם עם אחריות תשכו

גדר קנין ע"י התחייבות באחריות תשצא

בענין מצות פריעת חוב האב על היתומים, וטעם חיובם

ק, קד, קו, קז, קיג, קיד, רצ, תרסא, תרפט, תרצ טעם הצורך בכפיה לפרוע החוב ולא די בגביה מחמת השעבוד קא, תרסג

ביאור מה שנזקקים לנכסי יתומים גדולים למ"ד פריעת חוב מצוה קג

מצות פריעת חוב אם חל על כל היורשים או רק בבנים שירשו מפני כיבוד אב קח

חיוב היתומים לפרוע חוב אביהם אם הוא רק בהלוואה או בכל החיובים קיב, תרסד

גדר ויסוד מצות פריעת חוב

קטו, קיח, קיט, קנד, תרסה, תשלד

טעם שספק מלוה לא חייב לשלם משום ספק מצוה דאורייתא קטו

ביאור המחלוקת בענין עדים קרובים לערב שהעידו על הלוה, והקשר לזה לפריעת חוב מצוה קיט

החילוק בין מה שנזקקים לנכסי יתומים קטנים מפני פריעת חוב מצוה לבין משכון של גר ביד ישראל ומת הגר שקנה הישראל מיד קכ

כל זמן שצבורים המעות ליד המלוה ולא באו לידו אם עדיין תורת פרעון עליהם קמא, תרעד, תרעה

חלות שם פרעון על הכסף בהפרשה בלבד תרעד, תרעה

אם יש חיוב לתת מטלטלים לחוב אם המלוה רוצה קמט, תרעה, תרעז

אם יכול אדם לפרוע חוב חבירו בעל כרחו של המלוה תרצב

אם מותר להשכיר עצמו בכדי לפרוע חובו תשנג

ראה: גביית חוב

צדקה

החילוק בין מתנות עניים לצדקה תעז, תשע

קטן

אפטרופוס בענין נזקי הקטן ממונה לענין נכסי הקטן ולא על חובת הקטן לשלם קנה, תרעז

טעם הפטור של הקטן לשלם הנזק תרעז

קנס

טעם שקנס משמט בשמיטה משעת העמדה בדין הרי גובה ממשועבדים והוא כשטר שיש בו אחריות פא, תרלה, תרלו

ביאור דין מודה בקנס פטור אם שייך אף שכבר חל החיוב או הקנין בעת עשיית המעשה

רב, תרצג

אם מה שאין חיוב קנס בשעת מעשה ומודה בקנס פטור הם דבר אחד רו, תרצג

בדין מודה בקנס פטור ריד

החילוק בין כל קנס לקנס תשלום חצי נזק

תרצב

קרבן

יישוב דברי הרמב"ם שפסק שילדת נשתעבדו נכסיה ואם מתה יורשיה חייבים להפריש עולתה, ובעולת ראייה פסק שהיורשים חייבים רק אם האב הפריש ז, צא, תרמ

חיוב טורח היורשים בהבאת קרבן אביהם אם כהנים שלוחים של ישראל ז, תרמב

אם יש איסור בל תאחר ודין כפיה בהבאת הקרבן ע"י היורשים ז, תרמב, תרמג

חיוב אשה בכל תאחר תרמד

ביאור החילוק בין חיוב הקרבן ליולדת לבין חיוב הבאת עולת ראייה זא, צב, תרמד

גדר חיוב הבאת קרבן בעלייתו לרגל, ואם זה חיוב קרבן או חיוב מפני הראיה, ונפק"מ לחיוב היורשים בזה זא, צב, תרמד, תרמה, תרמו

טעם שעבוד להקדש ע"י הקרבן מפני שיש בו הנאה לאכילת המזבח או מפני שהוא חוב להקדש זא, תרמה

אם יש בעולת ראייה חוב ממון זב, תרמו
אם יש דין בקדשים לחייב את היורשים בחובת אביהם צג, תרמא, תרמח

בענין מה שממשכנין חייבי עולות ושלמים אף שאין מתכפר לו עד שיתרצה, הרי הכשר הקרבן וכפירתו אין נוגע לכח ההקדש תר

אב שמת והניח קרבן מנחה לב' בניו אם נפסל המנחה מפני השותפות תרפט

קרקע

למ"ד שעבודא דאורייתא היכן מצינו מודה במקצת הטענה ישבע והרי כפר בקרקעות ואין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות סב, סה

כל חיוב שעיקרו קרקעות נחשב לכפירת שעבוד קרקעות ואין צורך שהתביעה תהיה בפועל על קרקע סד, תרכה

דמי הקרקע אם הוא כקרקע לענין שבועה

סד, תרכה

דין המוכר שדה לחבירו ונמצאת גזולה שגובה ממשועבדים אפילו ללא שכתב אחריות פח בענין שעבוד קרקע קטן עבור חוב גדול

צט, תרסב

ביאור ענין מחובר לקרקע הרי הוא כקרקע

שמ, תשלה

רבית

משכנו שלא בשעת הלוואה והחזיר את המשכון בלילה וברכו הלוה אם הוא רבית דברים

תמט, תשסא, תשסב

אם הרווחת זמן הוא רבית קצוצה תשסב

בענין רבית קצוצה ואינה קצוצה תשסב

שבועה

למ"ד שעבודא דאורייתא היכן מצינו מודה במקצת הטענה ישבע והרי כפר בקרקעות ואין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות סב, סה

דמי הקרקע אם הוא כקרקע לענין שבועה

סד, תרכה

אם במלוה על פה אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקע סד, תרכה

טעם הצורך בלימוד שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים הרי מטלטלין לא משתעבדים ובקרקע אין נשבעים על כפירת שעבוד קרקע

קע, תרפז, תרפח

בדין אין אדם מוריש שבועה לבניו

תקמב, תקמג

בחוב מטלטלין ואח"כ קנה קרקע אם נשתנה תוקף החוב לענין שבועה תרכח

אם נשבעים שבועת היסת על שעבוד קרקעות

תשנב

שבח

כללים

ביאור המחלוקת אם שבח שנטרף חשוב קצוב
לגבי גביית אחריות ממשועבדים **שכ**

ביאור ההוכחה על שבעל חוב גובה את השבח
שכב, תשל

בענין גביית חוב משבח שבמתנה **שכג, שלב**
בענין גביית השבח שבא מחמת הוצאה

שכד, תשל

בענין גביית השבח מן היורשים **שכו, תשלא**
בענין גביית חוב משבח שהשביחו יתומים,
והטעם **של, תשלא**

ג' צדדים בדין גביית בעל חוב את השבח

שלב, תשלג

ביאור המחלוקת אם בעל חוב גובה את השבח
שלג

חילוק בין גביית חוב לגביית גזל לענין הפסד
השבח **שלה**

אם בע"ח גובה פירות שאינם צריכים כבר לקרקע
ועומדים להיתלש **שלה, שלט, שמב, תשלה**
בשיטת בעל המאור שבעל חוב אינו גובה כלל
פירות **שמ, תשלד**

חילוק בין שעבוד לאפותיקי כשהלוה בשיעור
שדה ולא שבח **שנוז, שנט, תשלח, תשלט**

ב' השעבודים על השבח שיש לבע"ח באפותיקי
שנח

לוקח גובה אחריות משבח קרקע אף שאין לו
שעבוד בה **שנט, שס, תשמא**

אם שייך חיוב אחריות בעד השבח בשעת
המכירה **שסב**

טעם שהלוקח גובה הוצאות השבח מהנגזל

שסד, תשמא

פרטים

מוכר משלם דמי שבח ללוקח שגבה ממנו בעל
חוב ואינו ריבית **שיט, תשל**

אף שאין מוציאין לאכילת פירות אם עמד בדין
עליהם דינם כקן **שכב, תשל**

בדין גביית בע"ח את השבח בלוה שכתב דאיכני
למלוה ט' ולשני לא כתב וקנה שדה והיא ביד

הלוה **שכו, תשלא**

טעם שאין גובה אחריות שבח מהשבח עצמו

שכט

אם חל שעבוד הגוף על היתומים לפרוע חוב
אביהם על כל השבח שהושבחו נכסי הירושה או
על שבח היתר על היציאה **שלא, תשלג**

ביאור המחלוקת אם בעל חוב גובה את השבח
ואינו נותן כלום או נותן הוצאות ללוקח

שלב, שלה, שלז, שנג, תשלג

אם שיעור ההוצאות ממעט מעצם הגביה או הוא
חיוב צדדי, ואם יכול לסלק ללוקח בכסף

שנג, שנד, תשלח

ביאור דברי רש"י שכשבעל חוב גובה הקרקע
מהלוקח חוזר הלוקח בטענת פרעתי חובך ואף
שהפרוע חובו של חבירו הניח מעותיו על קרן
הצבי **שלד, תשלד**

ביאור שיטת רש"י שאם בע"ח גובה פירות שאינם
גמורים אינו נותן יציאות ללוקח **שמא**

טעם שאין בע"ח גובה מפירות תלושים **שס**
אם בעל אפותיקי יכול לגבות שבח מן הלוקח אף

שלא הלוה כי אם שיעור השדה ולא השבח

שרמ

ביאור דברי רש"י שאין הלוקח יכול לסלק לבעל
חוב במעות ויכול לומר שיתן לו בשדה שיעור

השבח **שמה, שנה**

ביאור דברי הרי"ף שהבעל חוב נותן דמים על
השבח ולא חלק בקרקע **שמו, תשלו**

אם בעל אפותיקי צריך לתת ההוצאות על
השבח **שמח, שנו**

דין בעל חוב שבא לגבות קרקע משובחת
מהיתומים והם אומרים אנו השבחנו

שמט, שנו, שנא, תשלז

דמיון דין הנ"ל לספק אם האילן קודם לעיר או
העיר קודם **שמט, תשלז**

ענין הבעלות של היתומים על השבח בקרקע

שנ

ביאור מה שהבע"ח גובה את השבח מדין
דאקני **שנא, תשלז**

סדר חלוקת השבח בין ב' מלוים שגבו מלוקח
שהשביח את הקרקע **שנב**

יורד לשדה חבירו והשביח אם קונה בזה
שותפות **שנד**

גדר השמירה של השותף בנכס המשותף
לשניהם רמג

שותפים שקיבלו לחלוק אם נחשב קנין דברים,
והדין כשקיבלו עליהם לעשות מחיצה אם
נשתעבדו הנכסים אף שאין בזה שעבוד הגוף

רפב, תשיא

באיזה קנין קונה שותף בנכסים כשנסתלק שותפו
ממנו שיח, תשכח

חילוק בין חלוקה של שותפים שהטילו לכיס
ונתמעט, לבין ג' נשים שתובעות כתובתן ואין די
נכסים לתת לכולם מה שמגיע להן תקפב

שטר

כללים

ביאור גדר תוקף השטר שהוא כמו קרקע
סג, תרכד, תרכז

אם יכול להוסיף שטר במלוה על פה

עו, עדר, תרלד

ביאור מה שאמרו שהשטר הוא כמו משכון

פא, תרלה

תוקפו של שטר שכתוב בו אחריות

פב

מעלת השטר שנכתב בו דאקני

פו, תרלח

יסוד הרשאה במכירת שטרות

פז, תרלח

החילוק בין שטרי הלוואה לשטרי מקח לענין
אחריות טעות סופר

פח, תרלט

אחר שיש שעבוד בשטר מדרבנן נחשב מכירתו
מדין תורה

קטז

דין השעבוד בשטר המאוחר והמוקדם
טעם על היכולת להקנות שטרות

שפד, שפה, תשנ

פרטים

בענין שאין הקרקע כתפוס בידו בשעבוד אלא
כשיש שטר

סה, תרכט

בשטר מכירה גובה ממשועבדים מפני הקול
שיוצא ע"י העדים

סו

הקול יוצא בשטר ע"י ההתאספות לכתוב
השטר

סו

דין שטר שהוחזק כתב ידו בבית דין אם גובה
ממשועבדים, וביאור האיבעיא בזה

עד, עו

ביאור הטעם שהלוקח נוטל חלק שדה לחצי שבח
המגיע לו מהבע"ח

שנה

ביאור ענין טענת בעל אפותיקי שיכול לתבוע את
השבח כי שדהו השביחה

שנח

אם בעל חוב גובה שבח מקרקע שכבר נמכרה
בעת ההלוואה ואין לו שעבוד בה

שנט, תשמ

אם הלוקח נוטל חצי שבח משום אחריות הקרן
או משום אחריות השבח

שסא, שסד, תשמא

שבת

טעם תיקון עירובי חצירות

תשסב

שדה

הלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו והיה השדות
המקיפות אותה לא' הבא מכח ד' אם דוחה
בטעת אי שתקית

תקיא

שומא

ביאור שיטת הרמב"ם שב"ד ששמו נכסי יתומים
לגביית בע"ח וטעו בפחות משתות מכרם בטל,

תקסא

ובשומא ללוקח אף בכל שהוא

תקעד

בענין ההוכחה ששומא הדרא

תקצד, תת, תתא

אם קנה מידו שהשומא לא תחזור אם חוזרת,
וטעם שלא די בויתור

תקצה, תתא

סברת המ"ד ששומא לא הדרא

תקצו, תתא, תתב

ביאור סברת נהרדעי ששומא הדרא עד י"ב
חודש

תקצו, תקצז

ביאור שיטת הרמב"ם שאם גבה בע"ח ראשון
לבע"ח שני אין הלוה מוציא מידו מדין שומא

תקצה, תתב

ביאור דברי רש"י שבעל בנכסי אשתו שהוא
כלוקח אינו צריך להחזיר קרקע הנגבית ללוה

תקצט, תתב

מדין שומא הדרא

שותפות

ב' אנשים בשם שווה שלקחו שדה בשותפות
סספק מי הוא הלוה אם בעל חוב גובה מהם

קלב, קלד, קלו, תרעא, תערב

שמיטה

טעם שקנס משמט בשמיטה משעת העמדה בדין הרי גובה ממשועבדים והוא כשטר שיש בו אחריות פא, תרלה, תרלו

שמירה

גדר חיוב השומר על פשיעה בחפץ רנו, רנו, תרצו
גדר דין שמירה שחל על ניזק שתפס שור שהזיק רמא

ביאור המחלוקת בניזק שתפס שור בטעם שנעשה שומר שכר רמא, רמג

בדין הזיק שור ברשות השומר רמד, תרצו
בדין שאל שור בחזקת תם ונמצא מועד, וחיובו למשאל רמו, רמח, תרצט
כשיצא השור מיד השומר והזיק למה הניזק גובה מגוף השור רק כשאינו לשומר לשלם

רמט תרצט
שור שהזיק כשהיה אצל השומר כמה צריך השומר לשלם רמט

טעם שהרי"ף והרמב"ם השמיטו הדין ששאלו בחזקת תם ונמצא מועד, ומה סברתם בדין זה רנא, רנב, רנג, תרצט

דין הועד בבית השומר והחזירו לבעלים רנד, רנה, תש
ביאור במה שיכול השואל להיפטור מתשלומי נזק השור רנה, רנו, תש

שעבוד

כללים

טעם שבמלוה על פה אינו גובה ממשועבדים למ"ד שעבודא דאורייתא ולמ"ד לאו דאורייתא נז

גדר שעבוד קרקע ותוקפו כמו קרקע סג, תרכד, תשלז
תוקף שעבוד שאינו מביא לידי גביה סג, תרכד, תרעא

זמן מחילת השעבוד שיועיל לבטלו סד, תרכו, תרפו
ביאור שיטת הרא"ש בענין שעבוד אם הוא מה"ת או לא סט, תרלא, תרלב

בענין שטר שאין בו עדים ומסרו בפני עדים, לענין גביה ממשועבדים עד, עה

מעות הנגבות במלוה בשטר אם נחשבות שבח על השטר, ואם בכור נוטל פי שנים בשבח עט, תרלה

ביאור המחלוקת בטעם שהמוכר שטר ומחלו מחול, אם משום שמכירת שטרות הוא מדרבנן או שאינו יכול למכור אלא השעבוד נכסים ולא הגוף פה

בענין השיטה בהנ"ל שמכירת שטרות מהני מדין הרשאה, וכשמחלו אומר הלוה לאו בעל דברים דידי את פז, תרלח

אם צריך לכתוב בשטר שעבוד קרקעות דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי קסא
נכתב בשטר קנס אם יאחר ונכתב דלא כאסמכתא תרעט

ביאור דברי הרשב"ם ששטרי חוב המוקדמים פסולים דוקא כשלא קנה מידו לשעבד נכסים, והמאוחרים כשרים מפני שאיקני קנה ואף שלא קנה מידו בעת הכתיבה, וביאור הציורים בדברי הרמב"ם ער, ערב

חילוק בשטר המאוחר בין הלוה בניסן ונכתב השטר בתשרי, לבין שכתבו השטר ביום ההלוואה אלא שאיחר הזמן שכתב בו ערב
לרבנן שאחריות טעות סופר הוא אם מותר לכתוב שטר מאוחר שאין בו אחריות עדר
בענין כתיבת שטר מתנה לבנו שצריך לכתוב מהיום ולאחר מיתה רצה

ביאור בדברי התוס' שהמוכר שטר חוב ומחלו מחולן מדרבנן, הרי אשה שמכרה כתובתה יכולה למחול שפד

שכירות

מבאר שאין הלכה כרבי נתן לענין שעבוד לגבי חיובים של שכירות כי הרי טרח בגופו שצ
בי אופנים בחזרה משכירות הפועל תמא

שליחות

בענין עומד על גביו אם הוא מדין שליחות תשעח

יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם הבכור נוטל פי שנים כי מוחזקת ביד אביהם, זה שייך רק למ"ד שעבודא דאורייתא שיש למלוה זכות בגוף הקרקע של הלוה נז, נח

כשאין עדים מעידים שהלווהו אם כפירת הלוה נחשבת כפירת שעבוד קרקעות נח

בענין ההוכחה שרבא סובר שעבודא דאורייתא ממה שאמר שט"ח היוצא על היתומים גובה מהזיבורית ט

כשאין כח לטרוף מהלקוחות אם נחשב שעבוד קרקע או הוא כמו מטלטלין סב, תרכג

במחילת השעבוד אם כפירת הלוה נחשב לכפירת שעבוד קרקעות סג, סד, תרכג

טעם שאם לא מחל השעבוד בשעת ההלוואה א"א למחול יותר סד, תרכו, תרכז

בענין שאין הקרקע כתפוס בידו בשעבוד אלא כשיש שטר סה, תרכט

אחר מחילת השעבוד אם נשתנה תוקפו של החוב תרכז

ביאור דברי הרי"ף שר"פ סובר שעבודא דאורייתא ומה שאמר מלוה על פה גובה מן היורשים שלא ינעול דלת והעמידו על דאורייתא סז, תרכח

למ"ד שעבודא לאו דאורייתא כשכתב לו נכסי אחראין לך, אם נשתעבדו נכסיו עב

אם יכול הלוה לשעבד קרקע שאינו שלו רסג

כשהמלוה אינו רוצה לקחת את הקרקע שנשתעבד לו אם נכנס לרשותו בעל כרחו

שסו, תשמב

אם מלוה ראשון יכול למחול ללוה ועי"ז יופקע שעבודו של מלוה שני שפא

בענין חזרה משעבוד 'דאקני' קודם שבאו הנכסים לידו תשה

הגיע זמן הפרעון אם יכול המלוה למכור את הנכס המשועבד לו תשמג

בדבר שלא בא לעולם ובראוי

אם יכול לשעבד נכסיו לחיוב שעדיין לא בא רא, תרצב

אם כתיבת דאיקני מועיל לשעבד נכסים שעדיין לא בא לידו, והטעם

רנח, רסב, רסה, תשא, תשב, תשה

אם יש דין קנין ע"י השעבוד עג, תרלג
ביאור כח השעבוד, וטעם שצריך לכתוב בשטר עד, פו, קב, תרלח, תרנו

טעם שבעל חוב גובה מנכסים משועבדים עז, תרלד

מתי מועיל מחילת השעבוד, ואם רק בשעת חלות החוב צו, תרנו

יסוד ענין שעבודא דאורייתא צט, תרנה, עתר, תרצב, תשמג

חילוק בין חוב לשעבוד לענין יאוש קנא, תרעז
טעם ששעבוד אינו בגדר אסמכתא

קסב, תרעט
חיוב ממון ושעבוד נכסים הוא מדין ערבות

קפח
טעם ששעבוד חזק יותר מקנין רסח

גדר שעבוד הגוף ושעבוד נכסים רפא, תשי

החילוק בין שעבוד לאפותיקי שלא, שנו, שנט
יסוד ענין שעבוד נכסים קודם חלות החיוב

שנח, תשלט
ב' עניני שעבוד, כללי מדין ערבות, ושעבוד מיוחד

מדין מקצת קנין תפא, תק
יסוד המחלוקת אם מועיל שעבוד בפירוש

תרכב
החוב והשעבוד אם הם דבר אחד שאם אבד

השעבוד בטל החוב או ב' דברים נפרדים תרט
אם שייך דין שעבוד וחוב לעצמו תרעג

חילוק בחלות השעבוד לפני מכירה ולאחר המכירה תשו

החילוק בין השעבוד בכתובה לשעבוד אצל בעל חוב תשצט

פרטים ודינים

ביאור שיטת הרשב"ם שלמ"ד שעבודא דאורייתא לומד ממשכון, ומ"ד לאו דאורייתא מדובר הכתוב במשכון שלא בשעת הלוואה נה

החולקים אם שעבודא דאורייתא או לא חולקים אם שייך התחלת גובינא לפני זמן הפרעון או לא נה, תרכא

ביאור דברי הרגמ"ה שמ"ד שעבודא דאורייתא לומד מהפסוק עבד לזה לאיש מלוה אף שהוא

דברי קבלה נו, תרכא

לוה ששעבד למלוה כל הנכסים שעתיד לקנות,
וקנה שדה ואח"כ לוה ממלוה שני, איזה מלוה
קודם רפז, תשיד

המשעבד דבר שלא בא לעולם אם צריך שיהיה
ראוי לשעבדם כשיבואו לעולם רצ, תשיד
חילוק בין שעבוד ע"י דאיקני לשעבוד נכסים שיש
ללוה בעת ההלוואה תקפד, תשצו
הקנאת דבר שלא בא בעולם עם אחריות
תשכו

דברים המפקיעים מהשעבוד

ביאור דין הקדש מפקיע מידי שעבוד עח, ריג
טעם שצריך לדין הקדש מפקיע בשור אפותיקי
הרי לא דרע הקדש מלקוחות שצז, תשנד
אם חמצו משועבד לנכרי מועיל האיסור הנאה
להפקיע מידי שעבוד שיש לנכרי בחמץ ונעשה
חמצו של ישראל ואסור בהנאה שצח, תשנד
החילוק בין קדושת הגוף לקדושת דמים בענין
ההפקעה מידי שעבוד, וההסבר
שצח, שצט, ת, תיב, תשנה

ביאור השיטה שהקדש מפקיע משעבוד בין
בקדושת דמים ובין קדושת הגוף חוץ מהקדש
קרקע תא, תשנה
הקדש מפקיע מידי שעבוד אם הוא רק בשור תם
שעשאו אפותיקי והקדישו קדושת הגוף
שצט, תשנה

ביאור שיטת הר"י שהקדש מפקיע רק בקדושת
הגוף תב, תשנה
טעם ששחרור מפקיע מידי שעבוד תג, תשנה
טעם שלא מנו מה שמכירה מפקיע מידי שעבוד
כמו ההלכה עשה שורו אפותיקי ומכרו שאין
המלוה גובה ממנו תג, תשנה
טעם שאם הקדיש שור תם למזבח לאחר שהזיק
אין ההקדש מפקיע מידי שעבוד תד, תשנה

שעבודא דרבי נתן

גדרו וענינו, ומה דינו לגבי חיוב שמירה של שומר
וחיוב תשלומי נזקים רנו
אם שייך שעבודא דרבי נתן ביתומים שגבו חוב
אביהם שא, שעט

במלוה הכתובה בתורה אם הם כשטר אם
נשתעבדו הנכסים שקנה אחר שנתחייב

רס, תשא
לוה מעות וכתב 'דאיקני' ואח"כ הרויח לו זמן,
אם זה כשעת מתן מעות ולא מועיל מה שכתב
לשעבד הנכסים שקנה אחר ההרווחה

רסא, תשב
אם יכול הלוה לשעבד קרקע שאינו שלו, או
שנמצא ביד המוכר רסג, רסד, תשג, תשד
ביאור דברי התוס' שהקנאת שעבוד בדבר שלא
בא לעולם נחשב לא עבידי דאתו רסו, תשה
ביאור הטעם שאיקני וקנה משעבד

רסז, תשו, תשז, תשח, תשיב
ג' מדרגות בדבר שלא בא לעולם, קנין אליבא
ר"מ, שעבוד אליבא ר"מ, ושעבדו אליבא רבנן

רסח
טעם הצורך ב'דאיקני' לשעבד נכסים שהבן יורש
מאביו ולא אומרים שכמו שיכול למכרם יכול
לשעבדם רסט

ביאור דברי הרשב"ם ששטרי חוב המוקדמים
פסולים דוקא כשלא קנה מידו לשעבד נכסים,
והמאוחרים כשרים מפני שאיקני קנה ואף שלא
קנה מידו בעת הכתיבה ער, תשו
טעם הצורך לדין דאיקני וקנה בשטר חוב מאוחר
ולא אומרים שחלות השטר הוא בעת כתיבתו
רעג

אם הלוקח דוחה להבעל חוב אצל נכסים שהלוה
קנה ומכר אחר הלקיחה ערה, רעז, תשז
לוה מאחד ואח"כ משני וכתב לשניהם דאיקני,
מי יש לו דין קדימה לגבות מהנכסים שקנה אח"כ
רעז, תשח

בהנ"ל ביאור דברי הרשב"ם בטעם שמשעתבד
לשני רעח, תשח
טעם שדי בשוה פרוטה לשעבד נכסים שלא הגיעו
לרשותו רפא, תשי

ביאור שיטת הרמב"ם בלוה ולוה ואח"כ קנה או
ב' שטרות היוצאים ביום א' אם קדם וגבה גבה,
וביאור שיטת הראב"ד בזה רפד, תשיב, תשיג
אופן השעבוד בלוה לוה וקנה רפה, תשיב
לוה ששעבד למלוה כל הנכסים שעתיד לקנות,
אם יכול לחזור בו קודם שבאו לידו רפו, תשיג

מבאר שאין הלכה כר"נ לגבי חיובים של שכירות
והענקה כי הרי טרח בגופו **שצ, תשנג**

ישוב סתירת דברי הרמב"ם שסובר שעבודא
דרבי נתן ופסק בעבד עברי שמכר עצמו שאין
מעניקים לו, והוא כת"ק שאינו סובר שעבודא
דר"נ **שצא, תשנג**

למ"ד למפרע הוא גובה א"א לומר שהטעם
שיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב
חוזר וגובה אותם משום שעבודא דר"נ **שצו**

תקנת חכמים

יסוד הדין שיכול לומר אי אפשר בתקנת חכמים
תקיז

אף שבשעבודא דר"נ יכול מלוה ראשון לקבל
פרעון מהלוה ולבטל שעבודו של מלוה שני,
אולם יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח
שפ

שעבודא דר"נ הוא רק לגבי שעבוד נכסים ולא
שעבוד הגוף **שפא, שפב, תשמט**

אם המלוה נאמן לומר שטר אמנה הוא כשחב
למלוה שני שלא יוכל לגבות משעבודא דר"נ
שפג, שפד, תשמט, תשנ

אם מלוה ראשון יכול למחול ללוה בשעבודא
דר"נ **שפז, תשנא**

אם מטלטלין לא משתעבדים לכתובה אין שעבוד
על החוב ולא שעבודא דר"נ **שפז, תשנב**