

קנין מסירהע"ה ב'

(א) רשב"ם ד"ה ואותיות - קני ליה במשיכה כשיבא לידו שימסור לו המוכר. עי' מהרש"א דהק' דהא לרבי נתן בעי' משיכה, ולכך הגיה בדברי הרשב"ם שימכור לו המוכר, ובנימוקי הגר"ב הק' דהא לפי הרשב"ם בעי' מסירה ומשיכה, אולם נראה דכוונת המהרש"א דלפי ההו"א לת"ק אותיות במסירה, ולר"נ במשיכה ושטר, וא"כ הרי אף בדברי ת"ק יש לפרש דהכוונה למסירה ומשיכה, מ"מ בדעת רבנן משיכה היינו משיכה לבד בלא מסירה, וכך מבואר בתוס' ד"ה חסורי מחסרא, ע"ש, ולכך הגיה המהרש"א.

(ב) עוד הק' בנימוקי הגר"ב על המהרש"א דהא מבואר ברשב"ם ד"ה ובשטר דשטר מהני אבל מסירה לחוד לא מהני, והרי מיירי בדעת ר"נ דבעי' משיכה ושטר, ומדוע ביאר הרשב"ם דמסירה לחוד לא מהני.

וי"ל דהנה תוס' בארו דלהו"א משיכה דר"נ הוא כפשוטו, ולפי"ז הרי נמצא דפליגי בתרתי, חדא אי בעי' מסירה או משיכה, ותו פליגי אי בעי' אף שטר, ונראה דהרשב"ם מיאן בזה, ולכך ביאר דלפי ההו"א הרי מבואר ברשב"ם דטעמא דלת"ק בעי' מסירה ולא משיכה, משום דרק במסירה איכא קנין על הראיות שבשטר, וי"ל דר"נ ס"ל דע"י שטר אפשר לפרש הקנין, ומשו"ה סגי במשיכה עם השטר, וא"ש היטב לשון הרשב"ם דהרי אם רוצה לקנות בקנין אחד לחוד, הוא רק ע"י מסירה, ולכך ביאר הרשב"ם אמאי מסירה לחוד לא מהני.

(ג) ובתוס' ד"ה חסורי הק' אמאי לא אמר דלכו"ע בעי' משיכה, אלא פליגי אי בעי' שטר עם המשיכה, ולהנ"ל א"ש היטב דודאי משיכה לחוד לא מהני כיון דהוא קנין של הלוקח, ורק על מסירה יש צד דיועיל לחוד.

רשב"ם ד"ה ובשטר. לכאור' היה צריך לבאר להיפוך דמשום דלקנין אותיות שבשטר בעי' שיקנה ע"י שטר, ממילא המסירה היא רק בשביל לצור, אולם הביאור פשוט דהרשב"ם אזיל לשי' בע"ב דכל עיקר הטעם לרבנן דלא סגי במסירה הוא רק משום הטענה דהמסירה היא רק לצור.

(א) רשב"ם ד"ה ואותיות במסירה - שגופו ממון וכו'. עי' ברשב"א דהק' מ"ש משיכה ממסירה הא הראיה שבו אינה נמשכת ואינה נמסרת.

ובפשוטו י"ל בכוונת הרשב"ם דשאני קנין מסירה דהוא קנין מצד המקנה, ולכך מהני אעפ"י דאין גופו ממון, משא"כ משיכה דהוא קנין מצד הלוקח, [ובזה יבואר שי' הרשב"ם ב"ב קמ"ז ד"ה מודה דמהני קנין חליפין, ומשום דגם המקנה מעורב בקנין], אולם בלשון הרשב"ם משמע קצת דאינו חילוק בעצם בין ב' הקנינים, אלא דיש חילוק בין משיכת הלוקח למסירת המלוה, ומשום דהמלוה שהוא בעל השטר יש בכוחו לכלול במה דהוא עושה בנייר דיהא נכלל בזה גם התורת שטר שבו, אבל לגבי משיכה אין בכוח הלוקח למשוך אף את כח השטר שבנייר.

(ב) ועי' ברשב"א דכתב אם דעתו לומר דבעי' שימסרנו מידו לידו, ולפיכך קנה הראיה שבו, א"כ משונה מסירה זו משאר מסירות, ע"ש, ומבואר דאי נימא דיש דין מסירה מיד ליד א"ש עיקר דברי הרשב"ם דמשו"ה נכלל תורת שטר שבו במסירת הנייר, אולם צ"ע דא"כ מדוע המשיך הרשב"א והק' מ"ש מסירה ממשיכה, וצ"ע בכ"ז.

(ג) ובמהר"ח או"ז סי' ר"י כתב לבאר דמסירת השטר בשביל לקנות את הראיה, דמי למסירת מפתח דקונה את הבית במסירת המפתח, ומבואר חידוש גדול דמסירת מפתח מהני מדין קנין מסירה, ושייך קנין מסירה בקרקע.

(א) עי' ברמב"ן דכתב "אבל לפיכך אותיות נקנות במסירה מפני שהמסירה והמשיכה וההגבהה שוין בהן שאין גופן מכור וקנוי והראיה שבהן אינה נמשכת ומוגבהת במשיכתן ולפיכך לא הצריכו בהן הגבהה ומשיכה, ותקנת חכמים היא שיקנה משעה שהוציא הלה ראיותיו מתחת ידו וגמר והקנה אותן לו" ומבואר דמעיקר הדין כל הקנינים לא מהני על הראיות, אלא דתקנו דקונה משעה שהוציא הראיות מתח"י וגמר והקנה אותן, וצ"ב הא מ"מ ליכא מעשה קנין על הראיות, והגבהה משיכה ומסירה אינו על הראיות שבו, אלא רק על הנייר, ואיך מוציא הראיות מתח"י.

(ב) וי"ל דהרמב"ן נמי ס"ל כמו דנתבאר לעיל בדברי הרשב"ם דבעל השטר יכול לכלול לתורת שטר שבו בנייר, אלא דהרשב"ם ס"ל דמה"ט יש חילוק בין מעשה קנין מצד המלוה למעשה קנין מצד הלוקח, אולם הרמב"ן ס"ל דלענין הוצאת הראיות מתח"י יש למלוה כח לעשות שיהא גם השטר בכלל, וממילא אין מעלה למשיכה והגבהה על מסירה.

(ג) ועי' בריטב"א ובחי' הר"ן דהביאו לדברי הרמב"ן, אולם כתבו רק לתחילת דברי הרמב"ן דשטרות שאין גופן ממון כל הקנינים שוין בהם, אולם לא ביאר הריטב"א דא"כ מדוע באמת מועיל, ואולי ס"ל דכל הכלל דדבר דדרכו בהגבהה בעי דוקא הגבהה הוא רק בדבר שגופו ממון, אולם בשטר אין גופו ממון כמו מטלטלין, ולכך אף דודאי יש שייכות בין השטר לראיות שבו, אינו סיבה לומר דמה"ט בעי' רק הגבהה, דהא בלא"ה אין גופו ממון לגמרי, אלא כל הקנינים שוין בהם, וצ"ע בזה.

(ד) עי' בש"ך ס"ק כ"ב דהאריך להוכיח כדעת הרמב"ן דסגי במסירה לחוד, והנה הרמב"ן בתו"ד ביאר דטעמא דמהני הוצאת הראיות מתח"י משום דאין קנין השטרות אלא מדרבנן, אולם הרי דעת הש"ך ס"ק א' דמכירת שטרות מדאו', ומ"מ ס"ל דמדאו' סגי בקנין מסירה לחוד, כיון דכל מהות הקנין הוא בכדי שיהא הוכחה לגמ"ד של המוכר דהוציא את הראיות מתח"י. (ה) והנה בתוס' הוכיחו מהא דס"ל לרבנן דבעי' כו"מ דבעי' קנין חשוב טפי באותיות, ובש"ך שם דחה דהא דבעי' כתיבה הוא משום דשאני מטלטלין דעלמא דהתפיסה מוכחת דקנה מה שבידו, משא"כ בשטר דליכא הוכחה מכח התפיסה דקנה אף את השעבוד, ולכך בעי' כתיבה, ובעי' נמי שיכתוב קני לך איהו וכו', עכ"ד.

והנה הרי בגמ' מבואר דטעמא משום דאין מילי נקנין במילי, ונחלקו תוס' והרי"מ בכוונת הגמ', דלתו' כוונת הגמ' דמשום דצריך לפרש קני לך איהו וכו' חשיב מילי, אולם הא דשעבוד מילי אינו חידוש, אולם להרי"מ כוונת הגמ' דשעבוד הוי מילי ואינו חלק מהשטר ומשו"ה לא מהני ע"ז מסירה, וא"כ הרי א"ש תו' לשי' דע"כ כוונת הגמ' דכיון דשעבוד הוי מילי, בעי' קנין אלים, ולא סגי במסירה כיון דהוא מילי, וצ"ע כוונת הש"ך.

ובעיקר דברי הש"ך, יל"ע דהנה בש"ך ס"ו ס"ק י"א כתב דיכול לקנות בשטר בלא עדים, ומשום דסגי בשטר קנין ולא בעי' שטר ראיה, וצ"ע דלדברי הש"ך הכא הרי בעי' שיהא לו הוכחה ע"י שעטר דקנה אף את השעבוד, ומוכרח דס"ל להש"ך דמ"מ סגי בשטר קנין כדי שיהא הוכחה מתפיסת השטר דתופס אף את החוב, וצ"ע בכ"ז.

(א) תוס' ד"ה רבי נתן - וכל הנך אותיות וכו' שאין דרך להגביה וכו'. יל"ע דהנה למסקנא דפליגי אם אותיות במסירה או במסירה ושטר, הרי מבואר בתוס' דמסירה היינו עם משיכה, וא"כ הרי י"ל דבשטר שדרכו להגביה הוא קונה במסירה עם הגבהה, וכן מבואר בדברי הרא"ש, נואין לומר דס"ל לתוס' דבשטר שדרכו בהגבהה, סגי בהגבהה לחוד בלא מסירה, דא"כ בשטר הפקר יועיל הגבהה לחוד, ובתוס' הרי סתמו דא"א לזכות בשטר מהפקר, ולא כתבו דרך בשק מלא שטרות הוא דלא מצי לזכות, ורק להו"א דלר"ג בעי' משיכה הוא דיש להק' הא דרכו בהגבהה, אולם לשון תוס' דמיירי על כל שמעתתין.

(ב) ואולי י"ל, דהנה לגבי ספינה הרי לת"ק בעי' משיכה, ומבואר בגמ' דמיירי בסימטא, ועי' בתוס' ד"ה ספינה דהביאו מר"י דאעפ"י דמסירה ברה"ר מהני, מ"מ נקט משיכה לאשמועי' דאפילו בסימטא דבעי' משיכה, מהני מסירה לאותיות, והוכיחו

מזה תוס' דמסירה דאותיות אינו מסירה לחוד, אלא מסירה עם משיכה, שהרי מסירה בסימטא לא מהני, עכ"ד, והנה הרי הא דלא מהני מסירה בסימטא הוא משום דדרכו במשיכה, [אולם עי' להלן דלכאור' ע"כ דתוס' ס"ל כטעמא דהרא"ש], וא"כ הרי ע"כ דמיירי בשק מלא שטרות, דרך בכה"ג דרכו במשיכה.

תוס' ד"ה אי כרבי - דלא מצינו מסירה אלא בספינה ובבע"ח. עי' ברא"ש דביאר דמסירה דידהו הוי כמשיכה דאוחז בחבל ומנענעו, משא"כ בשאר מטלטלין, ע"ש, ונראה דאין כוונת הרא"ש דבאמת הוא מדין קנין משיכה, דהא מהני אף ברה"ר, וכן אינו מושך כולו, ועי' פרישה סי' קצ"ח סוס"ק י"ב דהק' כן, אלא כוונת הרא"ש לבאר דהא דחשיב כתפוס בספינה ע"י שאוחז בספינה הוא משום דיש לו כח של משיכה על כל הספינה, אולם באמת הוא רק דין מסירה, ומה"ט לא בעי' לתנאי קנין משיכה, כיון דהוא קנין מסירה לחוד.

ועי' בתורי"ד דכתב דטעמא משום דכל דאפשר במשיכה לא מהני בו מסירה, וכן בקצוה"ח סק"ח כתב בתו"ד דזהו כוונת תוס' דלא מהני מסירה על הנייר כיון דאפשר למושכו.

(א) שם - א"כ אפילו לקנות וכו' כ"ש לקנות גם השעבוד וכו'. ומבואר דתוס' דנו אי סגי באותיות במסירה לחוד, או דבעי' נמי משיכה, וכדכתבו בסו"ד דלפי ר"י בעי' מסירה עם משיכה, וע"ז הוא דכתבו תוס' דכיון דלא מהני מסירה במטלטלין, לא מהני מסירה לחוד בשטר.

(ב) ובתוס' כתבו דא"א לקנות הנייר, וכ"ש דאינו קונה השעבוד שבתוכו, ועי' בקצוה"ח סו"ס ס"ק ח' דביאר בכוונת תוס' דא"א לקנות השעבוד בלא שיקנה אף את הנייר, וכיון דלא קנה הנייר ממילא לא קנה אף את השעבוד, ומה"ט תמה הקצוה"ח על הרמב"ן דאיך מועיל מסירה לחוד, הרי לגבי הנייר ודאי דלא מהני מסירה, וממילא איך יקנה השעבוד בלא שיקנה את הנייר.

(ג) והנה בשו"ת מהר"ח או"ז סי' ר"י הביא לדברי התוס' דמיירי בשק מלא שטרות דאין דרכו בהגבהה, דאל"כ בעי' הגבהה, וכתב דע"כ הוא, דכיון דמבואר בגמ' דמיירי בקנה לו אף את גוף הנייר, דהא כתב ליה קני לך איהו, ע"כ דהמשיכה היא בשביל הנייר, והמסירה בשביל האותיות, כיון דלא שייך באותיות משיכה או הגבהה, ואם היה רוצה לקנות רק את האותיות לחוד סגי במסירה לחוד, דהוי כמקנה לו בהמה באפסר שאול או שאומר לו קני לך הבהמה בלא האפסר, וי"ל דזהו נמי דעת הרמב"ן, אולם עדיין קשה דהרי המהר"ח או"ז הוכיח דע"כ דסוגיין מיירי גם בקונה את הנייר דהא כותב לו קני לך איהו, וא"כ אף דליכא קו' על הרמב"ן איך קונה השעבוד בלא הנייר, מ"מ אכתי תקשי איך מועיל המסירה על הנייר, הא לא מהני מסירה במטלטלין, ויתכן דס"ל להרמב"ן כהשי' דאין הנייר של המלוה, אלא הוא רק כראיה על החוב, ואי"צ לקנות את הנייר.

(ד) וי"ל דודאי אם אינו קונה הנייר אינו קונה את השעבוד, אולם ס"ל לרמב"ן דאין הכוונה דזה ב' מילי בפנ"ע, ועביד קנין אחד לנייר וקנין אחד על השעבוד, אלא דבשטר עצמו נכלל הנייר והשעבוד, והדבר הנקנה הוא השטר, ובקנין השטר נכלל הנייר והשעבוד, וכיון דס"ל לרמב"ן דטעמא דלא מהני מסירה משום דכל שדרכו בהגבהה ובמשיכה לא מהני בו מסירה, א"כ הרי בעצם שייך מסירה על הנייר, אלא דבעי' משיכה דעדיפא טפי, ומשו"ה ס"ל דכ"ז דוקא במטלטלין דעלמא, אבל הכא כיון דחלק מהשטר לא שייך בו מסירה, ממילא כל השטר נקנה במסירה לחוד, דחשיב השטר דבר דאין דרכו בהגבהה, כיון דעל חלק מהשטר לא שייך הגבהה ומשיכה, אולם תוס' ס"ל כהרא"ש דהחסרון הוא משום דלא מהני מסירה רק בספינה

ובבע"ח, וכיון שהוא חסרון בגוף הקנין דלא מהני מסירה על מטלטלין, לא יועיל מה דהדבר הנקנה הוא השטר, דסו"ס לא חייל קנין על הנייר, וממילא אף את השעבוד לא קנה.

עוד יש לדון דכיון דהאותיות הוא חלק מהנייר, ממילא חייל תורת שטר אף על הנייר, ושפיר מהני מסירה אף על הנייר. (ה) ובתוס' הק' עוד דע"כ לא מהני מסירה לחוד, דהא מסירה בסימטא לא מהני, ובש"ך ס"ק כ"ב כתב דכיון דלא שייך משיכה בשטר, מהני מסירה אף בסימטא, ועי' בקצוה"ח שם דזה תלוי בטעמא דלא מהני מסירה בסימטא, דאי נימא דהוא משום דשייך במשיכה צדקו דברי הש"ך, אולם אי נימא כדברי תוס' קדושין כ"ה ב' דרשות המוכר לעולם קודם, ממילא אף בשטר לא יועיל מסירה בסימטא, וסיים הקצוה"ח "מיהו הרמב"ן בחידושו נראה דעתו נוטה דבמטלטלין נמי נקנה במסירה אפילו בסימטא".

והנה בגמ' פריך לרבי ספינה נמי תקני במסירה, ועי' ברמב"ן דביאר דכוונת הגמ' אף מסירה, ולא רק משיכה, ומהא דקתני ספינה במשיכה, משמע דרק משיכה ולא מסירה, ולס"ד מיירי ב' הברייתות בסימטא, ופליגי רבי ורבנן אי מהני מסירה בסימטא, והא דקתני אותיות במסירה היינו רק ברה"ר, ואשמועי' דלא בעי' כתיבה, אולם מסתפק הרמב"ן דכמו דחזי' דמהני מסירה אף בדבר שדרכו בהגבהה ומשיכה, ה"ה באותיות מהני מסירה אף בסימטא, וצ"ב מה כל הספק של הרמב"ן הא כיון דטעמא דלא מהני מסירה בסימטא להרמב"ן משום דהדרך לקנות בסימטא הוא ע"י משיכה, הרי כיון דחזי' דלא אכפ"ל דהדרך לקנות הוא ע"י הגבהה, מה אכפ"ל מהו דרך הקנין בהך מקום, ועוד צ"ב הרי שטר דרכו בהגבהה ולא במשיכה, וא"כ מה אכפ"ל דדרך הקנין בסימטא הוא ע"י משיכה, הרי סו"ס אין דרכו בהגבהה אלא במשיכה, הא כיון דאין קנינו במשיכה, ממילא יועיל אף מסירה, וצ"ע.

ועי' בקצוה"ח סק"י דהביא בקצרה לדברי הרמב"ן, ולפי"ז צ"ל דהא דנקט הקצוה"ח מטלטלין, הוא לאו דוקא, וכוונתו רק לגבי אותיות.

(א) שם - ע"כ נראה לר"י וכו'. כוונת תוס' דבעי' לקנין מסירה ובעי' נמי לקנין משיכה, והא דהק' אמאי נקט אותיות נקנות במסירה, היינו דהא בכל משיכה יש ג"כ מסירה, ומדוע נקט מסירה, ועי' תי' דיש ב' נפק"מ.

והנה נתבאר לעיל דלפי הרא"ש הא דלא מהני מסירה במטלטלין משום דלא שייך בהו בהו כלל כל החפצא של קנין מסירה, הרי ודאי דאין כוונתת התוס' דבעי' לב' קנינים, דהרי הא דאיכא נמי משיכה, אינו סיבה דמה"ט יועיל מסירה במטלטלין, אלא כוונת תו' דזה צירוף במעשה קנין, דהוא מעשה מסירה עם משיכה, ובמסירה שיש עמה משיכה ליכא חסרון דמסירה במטלטלין, כיון דע"י המשיכה דמי למסירה בבע"ח ובספינה, וכן מורה לשון הרמב"ן "מסירה שיש בה משיכה היא".

(ב) והנה בתי' קמא תי' דנפק"מ למסירה מיד ליד, דאעפ"י דבעלמא לא בעי' מיד ליד, מ"מ בשטר בעי', ומבואר דמלבד המשיכה בעי' נמי מסירה מעליא, והנה מבואר מדבריהם דאעפ"י דבעלמא לא בעי' מסירה מיד ליד, מ"מ יש חפצא של מסירה מיד ליד דהיא מסירה מעליא, ויש היכ"ת דבעי' למסירה זו.

ומצינו כן ברמ"ה יד רמ"ה ע"ו ב' אות כ"ו דכתב דאעפ"י דהיכא דמצי למיעבד משיכה לא מהני מסירה, כ"ז היכא דלא מסר ל' דליקני, אבל היכא דמסר ל' מקנה ללוקח ביד' דליקני קנה, ומבואר דיש אלימות במסירה היכא דנותן לו מיד ליד, אעפ"י דבעלמא לא בעי' שיהא מסירה מיד ליד.

(ג) והנה בתו' בארו רק אמאי לא מהני מסירה לחוד, אולם לא בארו אמאי לא סגי במשיכה לחוד, ועי' ברא"ש דכתב דטעמא מסירה מיד ליד משום דבעי' קנין חשוב לקנות השטר, וי"ל דמה"ט נמי בעי' משיכה ומסירה.

אולם לכאור' יש מקום לבאר בעוד אופן, דהנה ברשב"ם ביאר דלא מהני משיכה אלא בדבר שגופו ממון, ונתבאר לעיל דמבואר ברשב"א דאי נימא דבעי' מסירה מיד ליד, א"ש עיקר דברי הרשב"ם אמאי מהני המסירה על הראיות שבשטר, אעפ"י דאין גופו ממון, ולפי"ז הרי יש לבאר אף דברי התוס' עד"ז, דמשיכה לחוד לא מהני כיון דאין גופו ממון, ומסירה לחוד מיד נמי לא מהני כיון דאין מועיל מסירה במטלטלין ובסימטא, ולכך בעי' למסירה מיד ליד, כדי שיהא נכלל בקנין המשיכה גם הראיות, ומשיכה מהני במטלטלין ובסימטא, [ומובן לפי"ז לשון הגמ' אותיות נקנות במסירה, דק' הרי בעי' נמי משיכה, ולהנ"ל א"ש, דבעצם הוא קנין מסירה, אלא דאיכא חסרון דלא מהני מסירה במטלטלין, ולזה מהני הצירוף של משיכה].

אלא דהא גופא קשיא, דהא בתו' ד"ה ? בארו דטעמא דלא מהני מסירה בסימטא משום דיכול לקנות במשיכה, ואי נימא דלא מהני משיכה על אין גופו ממון, הרי שפיר צריך להועיל מסירה מיד ליד אף בסימטא, ובקצוה"ח ס"ק ? כתב דכוונת תוס' להק' עפ"י שי' ר"ח כהן דטעמא דלא מהני מסירה בסימטא משום דהוא ברשות מוכר, אולם לכאור' צ"ע דא"כ מה מועיל הא דהוי מסירה שיש עמה משיכה, סו"ס הרי לא שייך כלל חפצא דמסירה בסימטא, [ואפ"ל דבאמת כל המסירה היא רק בזמן המשיכה, דיש לו אחיזה, שלא ברשות מוכר, אולם צ"ע אי שחייב כה"ג מסירה מיד ליד, דכל המסירה מהני רק אחרי שכבר משך את החפץ, אולם למה דנתבאר לעיל דגדר הדין הוא דהוי קנין מסירה, אלא דזה מסירה שיש בה גם מעשה משיכה, שפיר י"ל דמהני מה דיש לו מסירה המועלת אחרי המשיכה].

אולם יתכן לבאר, דהרי בקצוה"ח ביאר דכל קו' תוס' דכיון דאינו קונה את הנייר ממילא אינו קונה את השעבוד, וי"ל דכל קו' תוס' מסימטא הוא רק על הנייר, איך קונה את הנייר בסימטא, וממילא אינו קונה אף את השעבוד, נזזה דלא כנתבאר לעיל דאף הנייר חשיב בר הגבהה מחמת שהוא חלק מהשטר].

והנה יש לדון בגוונא דכתב שטר על דבר הנקנה במסירה, כגון בספינה, אי מהני מסירה לחוד על השטר, או דבעי' אף משיכה, דאי נימא כהרא"ש דטעמא דלא סגי במשיכה לחוד, משום דבעי' קנין שחוב, הרי בגוונא הנ"ל בעי' ב' קנינים, אולם אי נימא דטעמא משום דלא מהני מסירה משום חסרון מסירה במטלטלין וכו', הרי שפיר יועיל מסירה לחוד.

(ד) עי' בטור סוף סי' רמ"ח דהביא משו"ת הרא"ש כלל ע"ה סי' ב' דמהני חצר וכתובה במכירת שטרות, וק' הרי שי' הרא"ש דבעי' דוקא מסירה ולא מהני משיכה, וא"כ מ"ש חצר דמהני, וצ"ל דמ"מ חצר הוי קנין חשוב טפי ממשיכה, ולכך מהני בצירוף כתיבה, ולמה דנתבאר לעיל דטעמא דלא סגי במשיכה משום דאין גופו ממון, י"ל דבחצר ליכא חסרון אין גופו ממון דסו"ס האין גופו ממון נמי בתוך חצירו, וצ"ע.

והנה בתו' ע"ז א' כתבו להוכיח מעובדא דמלוגא דמהני תפיסה מחיים, דסגי במסירה לחוד, וכבר נודע הקו' דהא בגוונא דתפיסה אף מסירה ליכא, דהא ליכא דעת אחרת מקנה, [ועי' קצוה"ח סי' ס"ד סק"א], אולם להנ"ל י"ל דמשכח"ל דמ"מ משכח"ל בקנין חצר, וכל הקו' היא רק דהא ליכא כתיבה, ועדיין צ"ע.

ובטור שם הביא מהרא"ש דהשואל נסתפק דשמא כיון דנתן ליורשים רק ה' זהובים, ממילא השטרות הפקר וכל הקודם זכה, וצ"ע הרי לתוס' והרא"ש בסוגיין ליכא דין זכיה של שטר מהפקר כיון דליכא דעת אחרת מקנה, וע"כ מוכח דכוונתן הרא"ש דיזכו בזה בקנין חצר, וממילא לא בעי' דעת אחרת מקנה, דרק במסירה צריך דעת אחרת מקנה ולא בחצר.

(ה) עי' בש"ך ס"ק כ"ה דנקט להל' דמהני זכיה מהפקר כיון דפסק כהרמב"ן דאף משיכה מהני, ומשיכה מהני בהפקר, אולם בקצוה"ח ס"ק י' חלק דאף להרמב"ן לא מהני משיכה, דהא טעמא דמהני מסירה בשטרות, משום דלא שייך משיכה על השעבוד, וכיון דעיקרו הוא מסירה, אף במשיכה בעי' דעת אחרת מקנה, עכתו"ד, ולכאור' נראה מדברי הקצוה"ח דלהרמב"ן לא מהני רק מסירה, ותמוה דהא מבואר להדי' ברמב"ן דכל דבריו באו לבאר אמאי לא בעי' משיכה, אולם ודאי אין כוונתו לבאר דלא מהני משיכה, וכן הרי מבואר להדי' ברמב"ן ד"ה אי דמהני נמי משיכה כמו מסירה.

ואולי י"ל בכוונת הקצוה"ח, דכיון דמבואר ברמב"ן דטעמא דמהני קנין שבטר משום דגמר בדעתו כשהוציא את ראיותיו מתח"י, הרי ודאי דלא שייך סברא זו בהפקר, ובדעת הש"ך י"ל דכוונת הרמב"ן רק לבאר איך יוצא השטר מתחת יד המוכר, אבל בהפקר דבלא"ה אינו ברשות מוכר שפיר קונה ע"י מסירה לחוד בלא דעת אחרת מקנה.

(א) בעיקר דברי התוס' דבהפקר שטרותיו אין המחזיק זוכה כיון דליכא דעת אחרת מקנה, עי' בש"ך ס"ק כ"ה דהביא משו"ת מהר"ם לובלין סי' כ"ב דהק' דתיפו"ל דליכא כתיבה, דהא קיי"ל דבעי' כו"מ, נוכן הרי תוס' הוכיחו כדבריהם מלישנא דעד שיכתוב וימסור, ומוכח דתוס' מיירי גם לרבנן].

ועי' בחי' ר' העשיל ובהגהות תפארת שמואל דתי' דמיירי בכתב לאחד ולא מסר לו, ואח"כ הפקירו, וזכה בזה מי שכתב לו, דמ"מ אינו קונה בלא דעת אחרת מקנה.

(ב) ובמהר"ם תי' דלא הצריכו כתיבה רק מצד המוכר, אבל היכא דהפקיר את השטר, ס"ד דזוכה במסירה לחוד אף בשעבוד שבו, והנה אי נימא כהשי' דהמסירה הוא רק על הנייר, ולא על השעבוד, הרי לא שייך שיועיל מסירה על השעבוד, ומה אכפ"ל דהפקיר את החוב, הא מ"מ א"א לקנות שעבוד במסירה, ורק אי נימא כהשי' דבאמת המסירה מועלת לקנין על השעבוד, אלא דבעי' אלימות בקנין המסירה ע"י הכתיבה, א"ש דבהפקר סגי במסירה לחוד, אלא דמ"מ בעי' דעת אחרת מקנה.

אלא דצ"ע דהא בתוס' מבואר דטעמא דבעי' מסירה מיד ליד, כיון דצריך לקנות השעבוד שבתוכו, ולהנ"ל הרי גם הסיבה דבעי' לכתיבה הוא בשביל לקנות השעבוד, ותוס' הרי הוכיחו כדבריהם מרבנן דבעי' כו"מ, וא"כ לכאור' א"א לומר דטעמא דלא מהני מסירה לחוד בהפקר משום דבעי' מסירה מיד ליד, הרי הא בעי' מסירה מיד ליד והא דבעי' כתיבה הוא מאותו טעם, וי"ל דהא חזי' לרבי דסגי במסירה ומ"מ בעי' מסירה מיד ליד, וע"כ כיון דהמסירה היא צורך המשיכה, משו"ה ס"ל לרבי דבעי' משיכה אלימא, ולכך בעי' מסירה מיד, אולם מ"מ לא בעי' מעשה קנין אלים, ולכך לא בעי' כתיבה, מ"מ מה דבעי' לקנין, בעי' שיהא קנין אלים, וה"ה לרבנן י"ל דאעפ"י דלא בעי' בהפקר כתיבה, מ"מ בעי' מסירה לאלומי למשיכה, ובעי' שיהא מסירה מיד ליד.

ועוד צ"ב דהרי חסרון הקנין בשעבוד בפשוטו הוא משום דשעבוד הוא דבר שאין בו ממש ואין תופס בו קנין, ומה"ט ס"ל להראשונים דרק מדרבנן מהני קנין שטרות, וכיון דתקנו דאינו קונה אלא בכו"מ, מהיכ"ת דבהפקר יועיל מסירה לחוד, הא לא מצינו דתקנו רבנן דחוב נקנה במסירה לחוד, ומוכרח דס"ל דאין התקנה מחמת דשעבוד אינו בר קנין, אלא משום דא"א לסלק את הבעלים מהשעבוד, ובעי' קנין אלים לסילוק הבעלים, וצ"ע.

(ג) ועי' בש"ך דהק' דהא אף באמר קני לך איהו לא מהני בלא שיכתוב ואטו הפקר עדיף מאמירה, ועי' בקצוה"ח ס"ק ט' דתמה דודאי הפקר מהני להוציא את הראיות מתחת יד המפקר, משא"כ באמירה דלא נפיק מתח"י עד שיכתוב, אולם כתב הקצוה"ח דעדיין ק' איך זוכה המחזיק בשטר, הרי בעי' כתיבה.

(ד) והנה לפי הרשב"ם בע"ב דיסוד הדין דבעי' כתיבה, משום דמצי טעין לצור, ונתבאר שם דגדר הדין הוא דבעי' דהמסירה מצ"ע תוכיח על מסירת השעבוד, הרי י"ל דכ"ז שייך לגבי המקנה, אבל לגבי הזוכה ודאי דהוא זוכה בכל מה שיכול, ואין סיבה לומר דלא זכה רק לצור, ומשו"ה לא בעי' כתיבה בהפקר, אולם הרי תוס' ע"ז א' כתבו דמההיא דמלוגא מוכח דסגי במסירה, והרי התם מיירי בתפיסה של השטר, ולהנ"ל הרי בכה"ג לא שייך לומר דלא תפס את החוב, וסגי לכו"ע במסירה לחוד, וע"כ דתוס' ל"ל להאי סברא, וא"כ הדק"ל איך מועיל זכיית המחזיק בשטר בלא כתיבה.

ה) ועי' בקצוה"ח שם דביאר דס"ל לתוס' דלא בעי' שתבא הכתיבה ליד המקבל, ובהפקיר איהו וכל שעבודי' הוי ככתיבה, דהפקר בדיבור הוי ככותב, ומשו"ה סגי במה דהגיע השטר ליד הזוכה, אעפ"י דלא הגיע הכתיבה לידו, ונלפי"ז י"ל דהש"ך בס"ק י"א דס"ל דבעי' שיגיע הכתיבה ליד הלוקח, פליג לשי' על המהר"ם], וצ"ב דהן אמנם דיצא השעבוד מהמפקיר, מ"מ איך זכה המקבל בשעבוד, הא בעי' כתיבה, וצ"ל דכוונתו כדכ' בסו"ד דממילא יכול לזכות בשעבוד ע"י שזוכה בנייר, ועדיין צ"ב דהרי הדיבור של ההפקר הוא לרשות הפקר ולא לזוכה בפנ"ע, וי"ל דלהסוברים דא"צ שיגיע הכתיבה לידו, ע"כ דכל הכתיבה הוא לאשוויי לשטר דין אפשרא על החוב, ויל"ע דא"כ עדיין הוי מילי במילין, ועוד יל"ע דהא מבואר בסעיף ד' די"א שצריך שתהא מסירת השטר קודם כתיבת השעבוד, וא"כ אף דהפקר ככתיבה, מ"מ הוא קודם המסירה, ואיך מועיל.

והוסיף הקצוה"ח דאף אי נימא דבעי' שיגיע הכתיבה לידו, היינו משום דלא נפיק השעבוד מרשות הנותן כ"ז דלא הגיע לרשות זוכה, אבל בהפקר דיצא מרשותו ומהני בדיבור, אי"צ כלל כתיבה, אלא זוכה בשעבוד ע"י שזכה בנייר, ע"ש, ונהחילוק בין דרכו של הקצוה"ח לדרכו של המהר"ם, דלמהר"ם ליכא דין כתיבה בהפקר והוא זוכה בשעבוד בלא כתיבה, ואינו צריך לזכות בנייר בשביל לזכות בשעבוד, ולקצוה"ח איכא דין כתיבה, אלא דמתקיים דין כתיבה בהפקר ע"י דיבור, ואינו זוכה בשעבוד, אלא זוכה בנייר וממילא הוא זוכה בשעבוד].

ועכ"פ לדבריהם א"ש דברי התוס' לגבי מלוגא דשטרא, דודאי בתפיסה דבעי' להוציא מרשותו בעי' כתיבה.

ו) עוד הק' הש"ך דתיפו"ל דהלואה זוכה בחוב מיד כשהפקיר המוכר, והביא לזה ראייה מהא דמבואר ב"ק מ"ט ב' לגבי משכון ביד גר ומת דפקע השעבוד, ואין אחר יכול לזכות בו, ובש"ך תי' דמיירי בשטר שיש לו על הגוי, ועי' בתומים ס"ק ט"ו דתמה מ"ש, ועי' באולם המשפט דציין לתו' גיטין מ"ז א' ד"ה אדעתא דכ' דמפקיר אדעתא שיזכה בו ישראל ולא אדעתא שיזכה בו נכרי, ומיושב דברי הש"ך דלכך אין הגוי זוכה בחוב.

ובקצוה"ח ס"ק י"א תי' לקו' הש"ך, עפ"י"מ דיסד בס"ק ט' דאעפ"י דמהני הפקר כמו כתיבה, מ"מ כ"ז שלא היה מסירה על הנייר לא מהני כתיבה לחוד על השעבוד כיון דהוי דבר שאינו ברשותו, ורק ע"י שיזכה בנייר יזכה אף בשעבוד, ובהפקר ע"י שמפקיר הנייר מפקיר נמי את השעבוד, אולם כ"ז אחר ג' ימים, אבל תוך ג' ימים דלא יצא השטר מרשותו של המפקיר, אף השעבוד לא יצא מרשותו, ומשו"ה אין הלואה יכול לזכות בלא שיבא הנייר לרשותו, וכיון דזכה המוצא בנייר זכה נמי בשעבוד, אבל אחר ג' ימים זוכה הלואה בשעבוד, והסוגיא ב"ק מ"ט ב' דמיירי גבי גר שמת דממילא נעשה הפקר, זוכה ממילא בשעבוד נכסים.

ז) ועי' קצוה"ח סי' ס"ו ס"ק י"ב דהביא מהסמ"ג דכתב דנפק"מ לשטר בנכסי הגר, וביאר הקצוה"ח דהא דמיאן בתי' תוס' דנפק"מ למפקיר, משום דתלוי במחלוקת רש"י ותו' ב"מ י"ב א' אם הפקר חשיב דעת אחרת מקנה או לא, ע"ש, ונצ"ל דאעפ"י דמבואר בגמ' דלא מהני מסירה בהפקר, מ"מ כבר ביאר בקצוה"ח סי' שס"ב סוף סק"א דיאוש לא הוי בכלל דעת אחרת מקנה, וצ"ע דהרי הרא"ש ב"מ י"ב א' ס"ל כדעת רש"י דהפקר הוי דעת אחרת מקנה, והכא כתב לנפק"מ דתוס', וע"כ צ"ל דאעפ"י דהפקר הוי דעת אחרת מקנה לא סגי בזה למסירה כיון דליכא מסירה מהבעה"ב, ושור"ר דכן הוכיח באילת השחר ב"ב ע"ו א', אולם הקצוה"ח נקט דכל דאיכא דעת אחרת מקנה מהני מסירה בהפקר, ועי' בקצוה"ח סי' ס"ד סק"ב דבהקנה את השטר באגב מהני משום דאיכא דעת אחרת מקנה, והרי אינו מוסר לו את השטר, ומ"מ סגי משום דאיכא דעת אחרת מקנה].

והק' הקצוה"ח דלפי הסמ"ג הדק"ל קו' הש"ך אמאי אין הלואה זוכה ממילא בשעבוד, ותי' הקצוה"ח דס"ל דמיירי בשטר קנין, דהתם אין מי שיזכה בשדה, ומ"מ הזוכה בשטר לא זכה בשדה, כיון דלא היה דעת אחרת מקנה.

ח) בקצוה"ח סק"א הק' מ"ש יאוש דמבואר בתוס' בע"ב דזוכה המוצא בשטר, מהפקר דאינו זוכה בו מדאו', ותי' הקצוה"ח דשאני יאוש דחייל אף על דבר שאינו ברשותו, אבל הלואה אינו זוכה בזה כיון דבאיסורא אתא לידי', אבל בהפקר דאינו חל על דבר שאינו ברשותו, בעי' מסירה ודעת אחרת מקנה, עכתו"ד, וצ"ע דא"כ מדוע כתב הסמ"ג דבגר בעי' דעת אחרת מקנה,

הא גר דמי ליאוש, ויזכה בו המחזיק בלא דעת אחרת מקנה, ואף אי נימא כדברי הקצוה"ח דמיירי בשטר קנין, אכתי קשה דמ"מ כיון דזכה בשטר יזכה נמי בשדה, אף בלא דעת אחרת מקנה, כמו ביאוש, והקצוה"ח הרגיש בזה בתו"ד, ולא נתבאר כוונתו, וצ"ע.

ט) ונמצא מכל דברי הקצוה"ח הנ"ל דהא דבהפקר אין זוכה המוצא אלא ע"י דעת אחרת מקנה הוא משום דאינו ברשותו, והא דאין זוכה הלוח משום דמיירי תוך ג' ימים, וכ"ז שלא זכה בנייר אינו זוכה בשעבוד, אבל המוצא זוכה בנייר וממילא זוכה בשעבוד.