הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

דברי התורה

רבי צבי הירש אוירבאך

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

דברי התורה

רבי צבי הירש אוירבאך

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/דברי-התורה/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 8
סימן ד 9
סימן ה 10
סימן ו 10
סימן ז 11
סימן ט 11
סימן יב 11
סימן יג 14
סימן יד 14
סימן טו 15
סימן טז 15
סימן כב 16
סימן כג 17
סימן כו 18
סימן כח 18
סימן כט 21
סימן ל 22
סימן לא 23
סימן לב 24
סימן לג 24
סימן לד 25
סימן לה 29
סימן לו 30
סימן לז 32
סימן לח 34
סימן לט 36
סימן מ 39
סימן מא 39
סימן מב 40
סימן מג 41
סימן מה 43
סימן מו 46
סימן מז 50
סימן מח 51
סימן מט 52
סימן נא 52
סימן נב 54
סימן נג 55
סימן נד 56
סימן נה 58
סימן נו 58
סימן נז 60
סימן נח 60
סימן נט 62
סימן ס 62
סימן סא 63
סימן סב 63
סימן סג 65
סימן סד 65
סימן סה 66
סימן סו 68
סימן סז 71
סימן סח 72
סימן סט 73
סימן ע 74
סימן עא 75
סימן עב 78
סימן עג 81
סימן עד 82
סימן עה 82
סימן עו 85
סימן עז 85

סימן עח 86
סימן עט 88
סימן פא 89
סימן פב 90
סימן פג 91
סימן פד 91
סימן פה 92
סימן פו 93
סימן פז 94
סימן פח 97
סימן פט 98
סימן צ 99
סימן צא 103
סימן צב 105
סימן צג 106
סימן צד 107
סימן צה 109
סימן צו 110
סימן צז 110
סימן צח 111
סימן צט 112
סימן קא 113
סימן קב 114
סימן קג 115
סימן קד 118
סימן קה 120
סימן קו 121
סימן קז 122
סימן קח 123
סימן קט 124
סימן קי 125
סימן קיא 126
סימן קיב 128
סימן קיג 128
סימן קיד 129
סימן קטו 130
סימן קטז 130
סימן קיז 132
סימן קיח 133
סימן קיט 133
סימן קכ 134
סימן קכא 135
סימן קכב 137
סימן קכג 138
סימן קכה 138
סימן קכו 139
סימן קכז 141
סימן קכח 142
סימן קכט 143
סימן קל 144
סימן קלא 145
סימן קלב 145
סימן קלג 146
סימן קלד 148
סימן קלה 148
סימן קלז 149
סימן קלח 149
סימן קלט 151
סימן קמ 152
סימן קמא 153
סימן קמב 153
סימן קמג 155
סימן קמה 155
סימן קמו 156

סימן קמז 157
סימן קמח 157
סימן קמט 158
סימן קנ 159
סימן קנא 159
סימן קנב 161
סימן קנג 161
סימן קנד 162
סימן קנה 164
סימן קנו 165
סימן קנז 166
סימן קסג 167
סימן קסד 167
סימן קסז 167
סימן קסח 168
סימן קעג 169
סימן קעה 169
סימן קעו 170
סימן קפא 171
סימן קפב 172
סימן קפג 174
סימן קפה 175
סימן קפח 176
סימן קצ 176
סימן קצא 178
סימן קצב 179
סימן קצד 179
סימן קצה 180
סימן קצו 181
סימן קצח 182
סימן ר 183
סימן רב 184
סימן רג 184
סימן רה 185
סימן רז 185
סימן רח 186
סימן רט 186
סימן רי 187
סימן ריא 188
סימן ריג 189
סימן ריד 190
סימן רטז 190
סימן ריח 191
סימן רכב 192
סימן רכה 193
סימן רכו 194
סימן רכז 194
סימן רכט 196
סימן רלב 197
סימן רלה 198
סימן רלז 199
סימן רלח 199
סימן רמא 200
סימן רמב 201
סימן רמג 202
סימן רמד 203
סימן רמח 203
סימן רנ 204
סימן רנב 204
סימן רנג 205
סימן רנה 206
סימן רנו 206
סימן רנח 207
סימן רנט 207

סימן רס 209
סימן רסא 210
סימן רסב 210
סימן רסג 212
סימן רסד 213
סימן רסו 213
סימן רסז 214
סימן רסח 214
סימן רסט 215
סימן רעב 215
סימן רעג 216
סימן רעד 216
סימן רעה 216
סימן רעז 217
סימן רעח 218
סימן רעט 219
סימן רפ 220
סימן רפא 221
סימן רפו 221
סימן רצ 222
סימן רצא 222
סימן רצב 226
סימן רצג 227
סימן רצד 228
סימן רצה 228
סימן רצו 229
סימן ש 230
סימן שא 231
סימן שג 232
סימן שה 233
סימן שו 233
סימן שז 234
סימן שי 236
סימן שיא 236
סימן שיב 237
סימן שטו 237
סימן שיח 238
סימן שכב 239
סימן שכה 240
סימן שכו 240
סימן שכט 240
סימן של 241
סימן שלב 242
סימן שלג 242
סימן שלו 242
סימן שלז 243
סימן שלח 244
סימן שלט 244
סימן שמ 245
סימן שמא 246
סימן שמב 247
סימן שמו 247
סימן שמח 248
סימן שמט 250
סימן שנ 250
סימן שנא 253
סימן שנג 253
סימן שנד 254
סימן שנו 255
סימן שנח 255
סימן שנט 256
סימן שס 256
סימן שסא 257
סימן שסב 258

סימן שסג 259
סימן שסו 260
סימן שסז 260
סימן שסט 261
סימן שע 262
סימן שעא 262
סימן שעג 263
סימן שעה 263
סימן שעו 264
סימן שעח 264
סימן שפ 265
סימן שפא 265
סימן שפב 266
סימן שפה 267
סימן שפו 268
סימן שפט 269
סימן שצ 270
סימן שצא 271
סימן שצג 271
סימן שצד 272
סימן שצו 273
סימן שצח 274
סימן שצט 274
סימן ת 275
סימן תג 276
סימן תה 276
סימן תו 277
סימן תז 277
סימן תח 278
סימן תי 279
סימן תיא 282
סימן תיד 283
סימן תטז 283
סימן תיח 283
סימן תיט 285
סימן תכ 285
סימן תכד 286
סימן תכה 288
סימן תכו 288
סימן תכז 289

סימן א

לרבי צבי הירש בן מנחם אוירבאך ז"ל:

סעיף א' (א) כגון בהמה שחבלה בחברתה עיין בסמ"ע (ס"ק ה') דהוא משום דאנן קי"ל כל דבר שאינו מצוי תמיד אין גובין בבבל מפני שאין סמוכין ואפילו אדם שחבל בחבירו נמי לא כמבואר (סעיף ב) וכדאי' ב"ק (דף פ"ד ע"ב. לפ"ז קשה מאי קאמר הגמ' ב"ק (דף ט"ו ע"ב) והשתא דאמרת פלגא נזקא קנסא האי כלבא דאכל אימרא משונה הוא ולא מגבינין בבבל ואמאי צריך, הגמ' טעמא משום דפלגא נזקא קנסא תיפוק לי' דאפילו אם ממונא הוי לא מגבינין כמבואר בב"ק דף פ"ד דאפילו אדם באדם נמי לא כיון דלא שכיחא, וע"כ צריך לומר דכוונת הגמ' היא להיפוך וכפי' תוס' שם ד"ה והשתא כיון דפלגא נזקא קנסא בבבל דוקא לא מגבינין אבל בא"י שפיר מגבינין, אבל למ"ד פלגא נזקא ממונא אפילו בא"י לא מחייב ע"ש, ובספר תורת חיים האריך להקשות על דברי התוס' וחולק עליו ע"ש, ולפע"ד מוכח כדברי תוס' מכח קושיא הנ"ל:

ב חוץ מחצי נזק צרורות. עיין לקמן (סי' שצ"ב ס"א) כלב שנטל חררה והלך לגדיש של בעל החררה אם הניחה בגדיש ואכל את החלה והדליק הגדיש על החלה ועל מקום החררה משלם נזק שלם ועל הגדיש חצי נזק, ואם היה מגרר את החלה על הגדיש והולך ושורף משלם על החררה נזק שלם ועל מקום הגחלת חצי נזק ועל שאר הגדיש פטור וכך הוא לשון הרמב"ם (פרק ב' מנזקי ממון הי"ז. והראב"ד תמה על הרמב"ם דאמאי פטור על שאר הגדיש דהא צרורות ע"י שנוי עכ"פ מרביע נזק לא מפטר. ומגיד משנה הרש"ל הניחו ג"כ דברי הרמב"ם בתימא. ולפענ"ד נראה ליישב דכוונת הרמב"ם כך היא דזה ודאי דמגרר הוי שנוי כמו שכתב הראב"ד בעצמו ועיין בסמ"ע שם סק"ג רק עיקר קושייתם אף ע"י שנוי מ"מ מרביע נזק לא מפטר. לפ"ז נוכל לומר כך דהא קי"ל פלגא נזקא קנסא כמבואר ב"ק דף ט"ו ובדין דלא לשלם כלל רק רחמנא קנסיה. כי היכי דלנטרי' ממילא יש לומר דודאי היכא דנגח בקרן ומכח נגיחה זו זרק צרורות ודאי חייב על הצרורות רביע נזק כיון דהוי ע"י שנוי רק באופן היכא דלא עשה נזק אחר בנגיחה זו רק בצרורות חייב לכל הפחות רביע נזק אבל היכא דמשלם באותו נגיחה חצי נזק שהזיק בקרן, וגם ע"י נגיחה זו הזיק בצרורות דפטור לגמרי על הצרורות כיון דאנן קי"ל פלגא נזקא קנסא בדין דלא לשלם כלל רק כי היכי דלנטריה וכיון דקנסינן ליה שמשלם חצי נזק על נגיחת קרן ממילא לנטריה תו לא שייך למקנסיה על צרורות וה"נ כאן בדין זה דרמב"ם כיון דקנסינן ליה דהא משלם על מקום הגחלת חצי נזק תו

לא שייך למקנסיה על שאר הגדיש מש"ה שפיר כתב הרמב"ם ועל שאר הגדיש פטור כן נראה נכון לפע"ד בעזה"י:

סעיף ה' (ג) וכן אם תפס הניזק שיעור מה שראוי לו ליטול אין מוציאין מידו הט"ז תמה על הרא"ש ב"ק (דף ט"ו) דחולק על הרמ"ה וס"ל דאף בבבל מהני תפיסה, וכן מבואר בסמ"ע (ס"ק ח"י) וטעמא משום דמן התורה מהני תפיסה דעביד אינש דינא לנפשיה ולא מפקינן עד דיהיב כל מה דמחויב מן התורה, ולעיל מניה כתב הרא"ש גופיה דתפיסה מהני רק מתקנת חכמים ולא מדאורייתא ע"ש ברא"ש בהקשותו על הר"ת ולפע"ד נראה לתרץ קושיית הט"ז על הרא"ש דהא קי"ל דאם בא הניזק לפני ב"ד ואמר קבלו עדותי כדי שאם אתפוס אח"כ כיון דאין דנין דיני קנסות כמו כן אין מקבלין עדות רק אחר תפיסה מקבלין עדות וכן מבואר בהדיא ברא"ש שם, וא"כ לפי דברי הרא"ש גבי גניבה מקבלין עדות לענין קרן רק שאין דנין דיני קנסות לפ"ז נוכל לומר מש"ה גבי כפל דאיכא בתוכו קרן אם תפיס מהני תפיסה מדאורייתא מחמת עביד אינש דינא לנפשיה אבל קנסא דפלגא נזקא דהוי כולה קנס א"כ אף אם תפיס אמאי מקבלין עדות דהא אין דנין דיני קנסות מש"ה הוצרך הרא"ש לומר גבי פלגא נזקא [דהא הרא"ש שם קאי על זה] דתפיסה מהני רק מפני תקנת חכמים שלא יוציאו מידי המוחזק:

סימן ד

סעיף א' יכול אדם לעשות דין לעצמו ובהג"ה דדוקא הוא בעצמו יכול למיעבד דינא לנפשיה אבל אסור לעשות ע"י וכו' ע' תומים מה שכתב ע"ד הרמ"א ועמ"ש לקמן (בסי' תכ"ה) אי"ה. יש מקום לעיין בהא דקי"ל דבקלב"מ מהני תפיסה אם יכול התובע לעשות את חברו שליח לתפוס דיש מקום לומר דמהני שליחות דהא מבואר ברש"י ב"מ (דף צ"א ד"ה אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו) וז"ל אלמא אפילו במקום מיתה נמי רמי תשלומין עליה אלא שאין כח ביד ב"ד לענשו בשתים אבל ידי שמים לא יצא עד שישלם וכו' אי נמי אי תפיס לא מפקינן מניה עכ"ל הרי מבואר בדברי רש"י ז"ל דגבי קלבד"מ אינו נפטר ביד"ש עד שישלם וגם מהני תפיסה ועיין בש"ך (סימן כ"ח ס"ק ב', וכיון דקיי"ל דתופס לבעל חוב במקום שאין חב לאחרים קנה כמבואר לקמן (סימן ק"ה סעיף ב') א"כ ממילא גבי קלבד"מ מהני תפיסת השליח. או דלמא כיון דמ"מ אין ב"ד פוסקין שתי רשעיות דכדי רשעתו אמרה רחמנא אין השליח יכול לתפוס בשביל המשלח וצע"י:

סימן ה

סעיף ב' אין דנין בלילה בתחלת דין וכ' הסמ"ע (ס"ק ז') היכא דקבלו עליהם שני הצדדים לדונם בלילה דמותר לדונם דלא גרע מקיבל עליו קרוב או פסול. והקשה באורים ותומים (סימן ז') על הרא"ש מס' יבמות (פרק מצות חליצה סי' ב') דתירץ על הא דאמרינן בסנהדרין (דף ל"ה:) הכל כשרים לדון דיני ממונות לאתויי גר, ותירץ הרא"ש דאיירי בלי כפיה, הקשה האורים על זה אי בקבלוהו מאי קמ"ל דגר כשר אפילו קרוב או פסול כשר בקבלוהו ואפילו כותי ראוי להיות כשר כש"כ גר כמבואר לקמן סימן כ"ב ע"ש מה שתירץ. ולפע"ד נראה לתרץ דהא הרא"ש מסיים בטעמא דלא שייך שימה ושררה אלא בכפיה אבל בלא כפיה כשר, ונ"ל כוונת הרא"ש הא דאמרינן קבל עליו קרוב או פסול לדון ג"כ כשר היינו דוקא אם ידע בתחלת דין שהוא קרוב או פסול אבל אם בתחלת דין לא ידע שהוא קרוב או פסול ואח"כ נודע לו יכול לחזור אפילו לאחר גמר דין וקנין אבל הכא בגר כיון שקבלו עליהם או שבאו מעצמם לא שייך שימה ושררה אף שלא נודע בשעת קבלה וגמרו הדין ואחר גמר דין נודע שהוא גר מ"מ דינו דין כיון דלא שייך שימה ושררה, כן נלפע"ד ליישב דברי הרא"ש (ומה שסיים האורים דכאן בגר בלא כפייה אינו יכול לחזור לא ידעתי מנא ליה הא ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצל"ה מה שכתב שם דבר נכון לדינא. ולפ"ז נ"ל ברור דאם קבלו עליהם את הגר להיות שקול כשנים לא מקרי תרתי לריעותא דגר אין בו פיסול עצמיית רק שלא יהיה בו שימה ושררה וא"כ כשבעלי דינין קבלו עליהם אין כאן שימה ושררה והרי הוא כשאר ישראל ואין כאן אלא חדא ריעותא ולזה מהני גמר דין וקנין:

סימן ו

אין הדיינים יושבים לדין פחות משוה פרוטה משום דפחות משו"פ לא אקרי ממון לענין גזל (סמ"ט. וכן הוא בגמרא דהטעם הוא משום דלא ניתן להשבון. והנה דעת המשנה למלך (פ"ו ממלוה ה"א) דעיקר הטעם דלא ניתן להשבון הוא מטעם מחילה. והמחנה אפרים (הל' גזילה פרק א') נקט בסברא דלא חייבה התורה להשיב אלא ממון ופחות משו"פ לאו ממון הוא ולכן אפילו כשלא מחלו הבעלים ג"כ אינו חייב להחזיר ע"ש ובהג"ה מבנו הגאון ז"ל. ולכאורה יש להביא ראיה להמחנה אפרים מסוגיין דב"מ (דף נ"ה:) דילפינן מקרא ואת אשר חטא מן הקודש לרבות פחות משוה פרוטה להישבון להקדש אבל להדיוט לא. ואם איתא דטעמא הוא משום מחילה וכדעת המל"מ. א"כ ל"ל

קרא דהקדש ניתן להשבון. תיפוק ליה דבהקדש לא שייך מחילה. דמאן מחי אלא מוכח כהמח"א דהטעם משום דלא הוי ממון לכן איצטרך קרא דמ"מ בהקדש חייב בהשבון:

סימן ז

סעיף ה אם העיד אחד מהדיינים. עיין בסמ"ע (סקי"ג) דפי' אם העיד אחד מהדיינים ועד אחר עמו אין נעשה דיין (דקבלת עדות מקרי דין ובעינן ג') ע"ש. ולכאורה צ"ע אמאי צריך לזה דהא בלא"ה נמי אין עד נעשה דיין דהא עד אחד מחייב שבועה ואח"כ הוא עצמו ידון על דבר זה או השבע או תשלם ואין עד נעשה דיין ואפשר לומר דסמ"ע סובר כשיטת הסוברים דטעם דאין עד נעשה דיין משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה וכאן לא שייך דין הזמה דלא יקבלו על עצמם דין הזמה כמבואר בסמ"ע סקי"ב ע"ש וא"כ יש לומר דסמ"ע סובר בעד אחד לא הוי דין הזמה עיין בב"מ (דף ד') ובקצוה"ח (ס"ס ל"ח) ומצי שפיר עד להיות דיין. ולכך צריך הסמ"ע (הטעם דקבלת עדות הוי דין ובעי ג') [לפרש בצירף א' עמו] ועיין במסכת גטין (דף ה') ע"ש. ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצלה"ה שכתב דבר נכון לדינא:

סימן ט

סעיף א' מאוד מאוד צריך הדיין ליזהר שלא ליקח שוחד אפילו לזכות את הזכאי ולחייב את החייב ואם לקח צריך להחזירו כשיתבענו הנותן עכ"ל המחבר, ועיין בסמ"ע דמפרש דוקא גבי ריבית דמחזיר אפי' בלא תביעה דכתיב וחי אחיך עמך אהדר לי' כי היכא דניחי בהדך ועיין בפרישה דכתב הטעם ג"כ ברבית דמחזיר בלא תביעה ובגזילה ג"כ בעי למיהדר אפילו בלא תביעה משום דכתיב והשיב מ"מ. ובחדושי כתבתי בזה ומטעם כמוס לא הצגתיו כאן:

סימן יב

סעיף ח' (א) מחילה א"צ קנין, ראיתי בס' מחנה אפרים (הלכות זכיה מהפקר סימן י"א) שדעתו נוטה דמחילה מהני אפילו אין הלוה רוצה אפ"ה החוב נמחל בע"כ ונפקא מינה דאם חזר אח"כ המלוה ותבע את החוב שמחל הלוה פטור כי כבר נמחל ושמיה מחיל' אפילו בע"כ של לוה והביא כמה ראיות על זה ועיין בר"ן כתובות (דף נ"ג סד"ה מוחלת) שכתב שם בשם הרא"ה וז"ל הרי אם רצתה תמחול כתובתה וכו' בעל כרחן עכ"ל, מבואר בהדיא דמהני מחילה בע"כ כסברת מחנה אפרים הנ"ל, (והנה המח"א כתב שם דלדעת

תוס' דמחילה הוי סילוק רשות פשיטא דמועיל מחילה בע"כ אך לדעת הריטב"א בשם רבו דמחילה הוי קנין מספ"ל והרי הראינו לדעת דגם הרא"ה דהוא רבו דריטב"א ס"ל דמהני מחילה בע"כ].

ב אינה צריכה קנין כתב בסמ"ע (ס"ק כ"ד) דהיינו דוקא דלא נקט המיחל שטר חוב בידו אבל בתפס שטרא לא מהני מחילה בלא קנין ועיין לקמן (סימן ק"כ סעיף א') אמר לו זרוק חובי והפטר וזרקו אפילו רחוק מהמלוה ונאבד קודם שהגיע לידו פטור שהרי הרשוהו לכך ועיין שם בש"ך (ס"ק ב') ועיין במשנה למלך (פרק ט"ז ממלוה ולוה ה' א') דכתב לפוסקים דסברי במחילה בשטר צריך קנין הכא במלוה ע"פ מיירי דאל"כ לא מהני מה שאמר זרוק חובי והפטר דלא עדיף ממחילה וכתב המשנה למלך דהא עיקר ראייתם של תוס' ורא"ש דמחילה לא בעי קנין דהא זרוק חובי והפטר לא הוי' ביה קנין ולפ"ז לשיטת רבינו ישעיה דבשטר בעי קנין ה"נ לא מהני זרוק חובי והפטר בלא קנין ע"ש ולפענ"ד נראה דהא תוס' ורשב"א ורא"ש סוברים במס' קדושין ד' ח' ע"ב דאם אמר לחברו זרוק מנה לים ואתחייב אני לך דאין חייב מדין ערב כיון דלא מטי הנאה לידיה דבר דעת ורמב"ן חולק עליהם וסובר דשייך שפיר ג"כ ערבות ועיין לקמן (סי' ש"פ סעיף א') בהג"ה שהביא שם אלו הב' דעות ולפ"ז תוס' ורא"ש שפיר מביאין ראיה דמחילה א"צ קנין מזרוק חובי והפטר דהא לא נוכל להפסיד למלוה חובו מדין ערב כיון דלא מטי הנאה לבר דעת אבל לשיטת רמב"ן ושאר פוסקים דגם בזה וכה"ג שייך ערבות אין ראיה מזרוק חובי דמחילה א"צ קנין דהתם הטעם משום ערבות כמו בזרוק מנה לים ואתחייב אני לך וכן אשה שאמרה זרוק מנה לים ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב אע"ג דלא מטי הנאה ליד בר דעת.

ולפי מה שתרצתי בקושי' משנה למלך על רבינו ישעיה נוכל לומר מה שחולקים הרמ"ה והטור לקמן (סי' של"ו) אם שכר אדם את חברו לשמור דבר של הפקר דיכול לומר לחברו טול מה שעשית בשכרך אם ההפקר אינו מגיע לשכרו ורמ"ה סובר דאם יש לבעל הבית לשלם צריך לשלם ליה מדידיה אם ההפקר אינו מגיע כדי שכרו עיין בסמ"ע דפירש כן דתליא בפלוגתא רמב"ן ורא"ש ורשב"א דהרמ"ה יסבור כשיטת רמב"ן דאם אמר לחברו זרוק מנה לים ואתחייב לך דחייב מדין ערב אע"ג דלא מטי הנאה לבר דעת א"כ ה"נ אע"פ שהוא הפקר חייב מטעם ערב כיון דהוא של הפקר הוי כאומר לו שכרך עלי. והטור אזיל בשטת אביו הרא"ש ורשב"א דהיכא דלא מטי הנאה לבר דעת לא שייך ערבות ה"נ כיון דמצוהו לשמור דבר של ההפקר לא שייך ערבות כיון דלא מטי הנאה לבר דעת מש"ה אם אין ההפקר מספיק לשכרו אינו חייב לשלם משלו, וסמך לזה מצאתי בשטה

מקובצת בשם הרשב"א בפרק המקבל דגבי הבטה בהפקר אינו חייב מטעם כיון דלא נהנה ממנו לא הוא ולא אחר ע"ש נלפע"ד כמו שכתבתי ועיין:

ג ובנה זה קצת, בסמ"ע ס"ק כ"א מביא דינא דלקמן (סימן קנ"ז) דשותפין שחלקו והלך אחד מהם והחזיק שלא בפני חברו אף שלא אמר לו שותף השני לך חזק וקני קנה ומקור דין זה נובע מתוס' ב"ב (דף גימל ד"ה רב אשי) חידשו לנו רבותינו בעלי התוס' בשותפים אם החזיק שותף אחד שלא בפני חברו אין צריך לומר לו לך חזק וקני וכן פסק הרא"ש. ולכאורה צ"ע טובא מתוס' ב"ב (דף נ"ג ד"ה נעל גדר ופרץ) דפלפלו תוס' שם אי גרסינן במתניתין לעיל (דף מ"ב) בפניו וכתב תוס' דיכול לגרוס בפניו ומה שהקשה רשב"ם דבנכסי הגר לא שייך בפניו מ"מ באחין שחלקו ונותן במתנה שייך בפניו אך מטעם אחר לא גרסינן בפניו ע"ש בתוס' מ"מ ס"ל לתוס' באחין שחלקו צריך להיות דוקא בפניו והוא נגד תוס' לעיל (דף ג') וצ"ע לפע"ד, ועיין במהרש"א:

סעיף ח"י (ד) אם רבים הם הפשרנים יש אומרים שאין הולכין אחר הרוב אלא צריך שיסכימו כלם. בתומים מביא בשם כנה"ג דתמוה דלמה כתב המחבר בלשון י"א דלא מצינו חולק על זה ע"ש מה שתירץ, ולפע"ד נראה דהא צריכים להבין דברי הר"ן בחדושיו לסנהדרין (דף ה' ע"ב) יפה כח פשרה מכח דין שנים שדנו בעלי דינין יכולים לחזור ושנים שעשו פשרה אין יכולין לחזור בהן וקשה כמו שהקשה תוס' ממה נפשך אי קבלה מהני אפילו בדין אינן יכולים לחזור ואי קבלה לא מהני אפילו בפשרה יכולים לחזור ותירץ דנוכל לומר דמיירי בזה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד והם לא רצו לברור השלישי דגבי דין לא מהני וגבי פשרה מהני (ולכאורה תמוה דאם בעלי דינין לא יתרצו לשנים אמאי גבי פשרה מהני דהא גבי פשרה צריך שיסכימו כלם א"כ הא אפילו בדין דאזלינן בתר רוב אפ"ה היכא דאחד אומר איני יודע לא מהני כמבואר במתניתין, וכן לקמן (סימן י"ח ע"ש. ועיין לקמן סימן י"ג) וא"כ אמאי מהני היכא דהסכימו דזה יברור לו אחד וזה יברור לו אחד והם יבררו השלישי והשנים לא עשו כן) וע"כ צריך לומר דר"ן סובר גבי פשרה מהני ג"כ רוב כמו בדין, ע"כ סובר הר"ן שפיר דבפשרה מהני אם לא בררו השלישי דבשלמא גבי דין י"ל מש"ה לא מהני כמו שכתב הסמ"ע (סימן י"ג ס"ק חית) דאיכא למימר אלו היה השלישי עמהם היה אמר טעם וסברא והיו השנים מודים לו אבל גבי פשרה סובר הר"ן דלא שייך זה מש"ה מהני אף אם לא יברורו השלישי וא"כ מוכח שפיר דר"ן סובר דגבי פשרה נמי א"צ שיסכימו כולם וחולק על המחבר ולכך הביא מחבר דין זה בלשון יש אומרים:

סימן יג

סעיף ו' ב"ד הגדול מודיעים להם דעתם והם דנין אותם דליכא למימר שיפסקו ב"ד הגדול את הדין דהא בעינן שיהיו בעלי דינים עומדים לפני הדיינים ועיין סמ"ע (סימן י"ד ס"ק ה') וש"ך (סימן זה ס"ק ח') ע"ש מקור דין זה נובע מריטב"א מס' מכות (דף ו' בד"ה שלא תהא סנהדרין שומעת מפי המתורגמין) וכן מבואר בנ"י סנהדרין פרק זה בורר דהטעם הוא שאין כח ביד ב"ד לעשות פסק דין משום דבעינן ועמדו ולכאורה קשה לפ"ז לשטת ר"ת ושאר פוסקים דסוברים דעדים יכולים לשלוח בכתב עדותם לב"ד דתורה לא פסלה רק אלם שאינו ראוי להגיד בע"פ אבל בראוי להעיד בע"פ אינו פסול אם שולחים עדותם בכתב לב"ד ואמאי הא בעינן ועמדו שני אנשים דעיקר קרא ועמדו קאי על עדים רק על בעלי דינין נמי קאי כמבואר פרק שבועות העדות וא"כ אמאי יכולים לשלוח כתב עדותם לב"ד דהא לא הוי ועמדו ועיין בריטב"א דמש"ה צריך שיפסקו דוקא ב"ד שטענו בפניהם מטעם דאמרינן בשבועות דקאי ועמדו על בעלי דינין נמי אבל עיקר קרא קאי על עדות וא"כ צ"ע ועיין בבדק הבית סימן זה דהביא ג"כ בשם ריטב"א דמש"ה פסול משום דבעינן ועמדו א"כ קשה קושיא הנ"ל ועיין:

סימן יד

סעיף ה' (א) אבל אם היה מסרב לבא לב"ד והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד לדון חייב לפרוע לו כל יציאותיו משעה שנעשה סרבן מקור לדין זה ממסכת ב"ק (דף קי"ב ע"ב) אבל לפתיחה לא משום דבעי למיתב זוזי לספרא והביאו נמוקי יוסף אף דקי"ל דאין המתחייב צריך לשלם לכשנגדו יציאותיו אבל סרבן חייב וזה מוסכם מכל הפוסקים ולכאורה צ"ע דהא מבואר שם בתוס' בד"ה דקבעי למיתב זוזי לספרא כשקורעין אותו משלם הוא שכר הסופר עכ"ל, א"כ נראה מדברי תוס' היכא דבא לב"ד נתיר את השמתא רק אם הוא רוצה שנקרע השטר שמתא צריך למיתב זוזי לספרא, וכן כתב התומים (סימן י"א) ופי' דברי התוס' דאם רוצה שלא יהי' לו הדבר לבושה ולקלון ימים רבים צריך ליתן שכר ספרא, אבל השתא מתירין השמתא מיד וא"כ אין ראיה לעולם נוכל לומר דאין צריך ליתן הוצאות מכח סרבנות רק כאן דאם הוא רוצה שנקרע השטר כדי שלא יהיה לו לקלון אזי צריך לשלם, אבל ודאי נראה דאם לא רצה ליתן שכר כתב פתיחא אין מתירין לו השמתא, ואף כוונת התוס' נוכל לומר כך כשקורעין אותה דהיינו כשמתירין לו ג"כ קורעין השטר שמתא אבל באמת אם לא נתן אין מתירין לו השמתא וכן מבואר בראש"ש ובתשובת הרא"ש כלל קל"ו ע"ש ועיין:

ב מי שאמר לחברו שילכו לדון במקום אחר ואני אבא אחריך והלך והשני לא הלך אחריו צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו. לכאורה נראה דודאי אם הלך הנתבע ותובע לא הלך אף אם אינו תובע אח"כ את חובו מ"מ הנתבע יכול לומר לו שהוא ודאי חייב לו יציאותיו מטעם מזיק ואני אין חייב לך כלום אם תרצה תבעני בדין אבל בלא זה אינו יכול תובע לומר אני לא אתבע את חובי כיון שלא הלכתי מ"מ סוף סוף מה שאני הלכתי היה על חנם והרי מזיק אותי וכן הדין אם התובע הלך ונתבע לא הלך אחריו ג"כ חייב מטעם מזיק. וראיתי בחדושי אנשי שם על מרדכי דמחלק בין תובע לנתבע וכתב דנתבע ודאי חייב אם לא הלך מטעם דאם לא הלך הוי סרבן וצריך לשלם כל יציאותיו, אבל גבי תובע יש חילוק ע"ש ולכאורה דבריו תמוהין דהא דנתבע חייב מטעם סירוב היינו רק אם יצא מחויב כמבואר בסמ"ע (ס"ק כ"ח) בשם ריב"ש אבל בלא זה אינו חייב וא"כ אין כאן חילוק אלא נ"ל בין תובע ובין נתבע לעולם חייב מטעם שהוא מזיק על הליכתו בחנם ועיין:

סימן טו

סעיף א' אבל צריך להקדים דין של תלמיד חכם אפילו בא לבסוף בתומים בסוף הסי' הביא ראיה דהיינו דוקא לתובע ת"ח אבל לא לנתבע ת"ח דאל"כ אמאי צריך רב יוסף לשלוח לרב נחמן (בשבועות דף ל') עולא חבירו עמית בתורה למשרי בתיגרא דהא כאן איירי שכנגדו היה ת"ח כמבואר בתוס' (ד"ה א"ו לשודא ע"ש ותיפוק ליה משום שכנגדו אלא ודאי לנתבע ת"ח אין כאן מצוה להקדימו, ובנתיבות דחה דאיירי שנתבע טוען ע"י מורשה ועיין באורים והוא דחוק ולפע"ד נראה שנוכל לדחות ראיית התומים דהא קיי"ל חכם שמחל על כבודו כבודו מחול א"כ נוכל לומר דאף בשביל הנתבע ת"ח מצוה להקדימו ואפ"ה צריך ר"י לשלוח עולא עמית בתורה דדלמא שכנגדו מחל על כבודו ורוב פעמים הוא כך דנתבע רוצה לעכב הדין ושפיר שלח עולא עמית היינו התובע עמית בתורה והוא לא ימחול על כבודו אבל באמת היכא דנתבע אינו מוחל על כבודו נוכל לומר דגם בשביל הנתבע לבד אם הוא ת"ח ג"כ מצוה להקדימו ועיין לקמן סעיף ד':

סימן טז

סעיף ד' האומר לחברו שטר שבידך זכות יש לי בו אם הלה מודה שיש לו בו זכות חייב להוציאו בב"ד. ומקור דין זה נובע מתוס' ב"ב (דף קמ"ט) ומהרי"ף מסכת גטין (דף ט') דמפרשי הא דאמר רב אשי התם היינו טעמא משום דלאו כרות גיטא היא היינו משום

דגט שחרור ילפינן לה לה מאשה וכמו גבי גט אשה צריך שיהיה הגט מובדל ומופרד ולא יהיה לבעל שום חלק בגט כמו כן גבי שחרור צריך להיות שלא יהיה להאדון חלק בשחרור, הלכך אם כתב לעבד כל נכסי חוץ מקרקע פלונית לא יצא לחירות כיון שיש לאדון זכות בשחרור ששייר לעצמו קרקע כל שהוא ונשמע מזה שאם יש לאחד זכות בשטר שביד חברו צריך להראות לו שטר זכיותיו כיון שיש לו חלק בשטר וכן כתב בספר תורת גטין שם ולכאורה צ"ע מסוגיא דקדושין (דף ס"ט) האומר לשפחתו הרי את בת חורין וולדך עבד הולד כמותה דברי רבי יוסי הגלילי וחכמים אומרים דבריו קיימים וכן פסק ביו"ד (סימן רס"ז סעיף ס"א הכותב לשפחתו הרי את בת חורין וולדך עבד דבריו קיימים, ולפי שטתם של תוס' ב"ב ורי"ף דמפרשים משום דלאו כרות גיטא שלא יהיה לאדון זכות בשטר שחרור דומיא דגט אשה א"כ אמאי פסקינן גבי שפחה אם אמר הרי את בת חורין וולדך עבד ששחרור קיים ששפחה משוחררת הא יש לאדון זכות בשחרור בולד דבלא זה התנאי היה הולד ג"כ משוחרר רק מפני תנאי של האדון שכתב בשחרור וא"כ לא הוי כרות גיטא וצ"ע:

סימן כב

סעיף א' (א) ויש חולקין דוקא אם קבל קרוב או פסול בדיין אחד או בע"א אבל אם קבל בתרי דאיכא תרתי לרעותא אפילו אחר גמר דין יכול לחזיר בו אבל אם קנו מידו בכל ענין לא יוכל לחזור. ולכאורה יש לעיין היכא דהוי קנין רק על חדא רעותא דיהיה עד פסול כעד אחד ואחר קנין קבל עליו כבתרי או לענין דיין דקבל פסול בדיין ואח"כ קבל עליו להיות כתרי או כשלוש וגמרו הדין אי מהני דהא י"ל גמר דין לא מהני על תרתי לרעותא וא"כ ה"נ לא מהני אך יש לומר דהא קיי"ל דקנין מהני על חדא רעותא ועל זה אין יכול לחזור דהא אין לאחר קנין כלום וא"כ גמר דין יועיל רק על חדא רעותא וזה מהני אף לשטת רמ"א וכנ"ל ולפ"ז י"ל ע"ד הש"ך (ס"ק ב') דחולק על הסמ"ע דסובר דהיכא דקבל עליו דיין כשר במקום ג' דהוי רק חדא רעותא דדוקא בקבל עליו קא"פ א' במקום ב' דאיכא תרתי שמות לרעותא חדא דקבל פסול להיות ככשר והשני דמקבל להיות יחיד כרבים משא"כ בקבל א' במקום ג' דשם חד הוא, וש"ך חולק וסובר דהוי תרתי לרעותא והסמ"ע הוכיח דינו מתשובת הרא"ש, ולהנ"ל י"ל דתשובת הרא"ש מיירי דהוי קנין רק על חדא רעותא דיהיה כתרי דיינים ואח"כ קיבל עליו דיהיה כג' וגמר הדין דמהני דהא לא שייך תרתי לרעותא דהא מכח קנין אזיל חד רעותא ולא נשאר אלא חד רעותא ומהני גמר דין:

ב ולעיל סימן י"ב וכו'. עש"ך (ס"ק ה') דפסק דאינו נקרא גמר דין אלא היכא דב"ד אמרו צא תן לו אבל חייב אתה ליתן לו לא הוי גמר דין אלא אם גמרו ב"ד ויצא מב"ד ע"ש [וכן נמשך אחריו הנתיבות סק"ז] ולכאורה משמע היכא דיצא מב"ד מהני חייב אתה ליתן לו, ולפע"ד דבר זה צ"ע דהא משמע מסוגיא דב"מ (דף י"ז) אף היכא דיצא מב"ד לא הוי פסק דין דנראה כמסתפקין בדבר וכן בב"ק (דף ס"ט) משמע ג"כ דלא הוי גמר דין ואף דלקמן (סעיף ג') מבואר דהיכא דיצא מב"ד הוי גמר דין היינו היכא דהטיל על עצמו חיוב ויצא מב"ד דלא הוי הדבר ספק אבל הכא גבי נאמן עלי אבא דמהני גמר דין וכיון דלשון זה לא הוי גמר דין רק כמסתפקין א"פ לא מהני אף אם יצא מב"ד וצ"ע:

ג נתבאר איזהו מקרי גמ"ד עש"ך (סק"ו) דהביא דעת הטור בשטת הרמב"ם דסובר דצריך גבי נאמן עלי אבא דהוציא ממון על פיו אבל בלא זה לא ע"ש, ולכאורה קשה א"כ בסנהדרין (דף כ"ד) לרבא דסובר באתן לך מחלוקת א"כ אמאי צריך לחלוק בסיפא גבי היה חייב לחברו שבועה ואמר דור לי בחיי ראשך ועיין ברש"י דפי' תרתי דאתן לך למה לי ע"ש ולשיטת הטור דסובר דכוונת הרמב"ם דפסק גבי נאמן עלי אבא דוקא דהוציא ממון על פיו ממילא לר' מאיר דסובר דיכול לחזור אף אחר שהוציא א"כ שפיר רישא רבותא לר"מ דאפ"ה יכול לחזור וסיפא רבותא לרבנן דאפילו לא הוציא רק שנשבע התובע בחיי ראשו אינו יכול לחזור וא"כ צ"ע אמאי הקשה הגמרא: סעיף ב' (ד) אבל אם כבר דן לפניו לא יכול לחזור בו בש"ך (סקט"ו) כתב דלשיטת בעל התרומות וטור כיון דסוברים דלא מהני קנין לדון לפני כותים ממילא בדיעבד אף אם כבר דן נמי לא מהני דבמה יתקיים הדין עכד"ק, ולכאורה מאי הוכחה היא זו. נהי דקנין לא מהני דהוי איסור אבל מ"מ אם כבר דן י"ל דמהני אך י"ל דכוונת הש"ך היא כך דהא גבי נאמן עלי אבא מהני גמר דין צריך דוקא קיבל מקודם וגדולה מזו פסק הש"ך לעיל (סק"א) דצריך דוקא קבלה בב"ד אבל קבלת חוץ לב"ד לא מהני כמבואר בירושלמי, קבלה בפני שנים לא מהני אף לאחר גמר דין וא"כ הכא דקבלה לא מהני אף שהיא בפני ב"ד דהא קבלה לאיסור לית ביה ממשא ממילא הוי כאלו לא קבל כלל ולא מהני ושפיר כתב הש"ך אם דן כותי לא מהני כלל אף בדיעבד:

סימן כג

סעי' א' ובלבד שלא יסתיר טענו' ראשונות כתב הש"ך (סק"ה) דאפילו בע"ד עדיין לא נסתלקו אם מכחישים לדיין לומר לא כך טענו אין הדיין נאמן לומר כך טענו ע"ש ובאו"ת (ס"ק ג') חולק עליו והביא מריטב"א קדושין (דף ע"ד) מוכח להיפוך דהקשה על

קושיית הגמרא להדרי ולדייני דהא י"ל דאיירי דסותר טענות ראשונות ע"ש. ולשיטת הש"ך לק"מ דהא היכא דסותר טענות אין דיין אחד נאמן אלא ודאי אין חילוק ע"ש, ולפע"ד נראה היכא דדיין אומר פלוני זכיתי וכך טען פלוני וכך טען פלוני והוא אומר להיפוך כך טענתי ולי זכית כיון דדיין נאמן לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי אף שבע"ד אומר להיפיך אמרינן כיון שהדיין נאמן לומר פלוני זכיתי ופלוני חייבתי ממילא נאמן לומר סבה שבגללו זכיתי מש"ה כיון דבע"כ נאמן הדיין על הפסק כל זמן שעומדיו לפניו אבל היכא דדיין אינו זוכר רק שאומר שזוכר כך טען פלוני ופלוני מכחיש אותו י"ל ד לא הוי רק כשאר עד אחד, ולפ"ז דברי הש"ך איירי דאין הדיין טוען רק כך היה טענתך שפיר דאינו נאמן אבל קושיית ריטב"א היא דלמא איירי שפיר דאומר הדיין כך זכיתי לפלוני וכך היה טענתך שפיר נאמן כנ"ל ועיין:

סימן כו

סעי' ד' שטר שכתוב בו שיוכל לתבעו בדיני אומות אינו רשאי לתובעו בפניהם. ואם מסר השטר לנכרי שיתבענו בדיניהם חייב לשלם לו כל מה שהפסיד יותר ממה שהוא חייב בדיני ישראל ויש לעיין היכא דנתן נתבע לתובע רשות שיתבע אותו בערכאות וכל מה שיפסיד יותר קבל עליו לשלם הוצאות ערכאות והלך התובע בערכאות יען שהנתבע אינו רוצה לשלם לו אע"ג שהוא עבר עברה חמורה דאורייתא כמבואר לעיל מ"מ אין צריך תובע לשלם להנתבע הוצאות מה שהפסיד יותר וראיה לזה מהא דמבואר לקמן (סימן תכ"א) היכא דאמר קטע ידי ואמר בפירוש ע"מ לפטור או סימא את עיני ע"מ לפטור פטור אף דעבר עברה שסימא את עין ישראל הנה י"ל בנ"ד אף דעבר עברה חמורה מ"מ כיון שאמר הנתבע בפירוש שיקבל עליו פסידא ע"י ערכאות חייב הנתבע לשלם לתובע הוצאות דערכאות וצ"ע:

הלכות עדות:

סימן כח

סעי' א' (א) ואם כבש עדותו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. בש"ך (ס"ק ב') כתב בשם מהרש"ל כל היכא דאמרינן חייב בדיני שמים אי תפס מפקינן מניה ע"ש ועיין בש"ך (סימן ע"ה ס"ק כ"ו. ולכאורה צ"ע מנמוק"י ב"מ (דף ס"ז) דהביא ראיה גבי אבק רבית דקי"ל דאין יוצאה בדינים דאפילו תפס הלוה מן המלוה האבק רבית שנטל מפקינן מניה רוצה הנ"י להביא ראיה מזה דאפילו לצאת ידי שמים אין המלוה מחויב להחזיר

האבק רבית דאל"כ אמאי לא מהני תפיסת הלוה ע"ש ולכאורה קשה דהא איתא בישש"ש ובש"ך הנ"ל דגבי לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה, א"כ מאי ראי' דגבי אבק רבית אין כאן חיוב אפילו לצאת ידי שמים. דאפילו אם נאמר דמלוה מחויב להחזיר לצאת י"ש אפ"ה לא מהני תפיסה:

ונראה ליישב דאפילו אם נאמר דגבי אבק רבית דאם היה מחויב לצאת ידי שמים מהני תפיסת הלוה וכן סובר הראב"ד, מ"מ י"ל דהם מודים לסברת מהרש"ל דבשלמא גבי גרמא בנזקין לא מתהני מזיק מידי ולכך אפילו יש כאן חיוב לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה אבל הכא גבי אבק רבית דמשתרשי מלוה מאיסור ולכך אם היה חיוב לצאת ידי שמים היה מהני תפיסה דלא לתהני מאיסורא ולכך הוכיח הנ"י שפיר מדלא מהני תפיסה מוכח מזה דאפילו לצאת ידי שמים אין כאן:

ועיין בתומים (סק"ד) הביא ראיה לדברי מהרש"ל ממסכת ע"ז בפרק השוכר את הפועל בא עליה ואח"כ נתן לה הוי אתנן ופריך הגמרא הא מחסרא משיכה וקשה הא חייב לצאת ידי שמים מטעם מי שפרע וכו' ע"ש. ולפע"ד אפשר לדחות ראייתו דאף דקי"ל דמקח שנעשה באיסור מהני דוקא:

קנין גמור אבל לענין מי שפרע לא מהני כמבואר (סימן ר"ט) וא"כ אפילו לצאת ידי שמים ליכא ועיין:

סעי' ב' (ב) אם כותי תובע לישראל ויש ישראל היודע עדות לכותי לא יעיד אם הם מוציאין ממון ע"פ עד אחד. ואם העיד היו משמתין אותו ועיין בסמ"ע היכא דהם אינם מחייבים רק שבועה ע"פ עד אחד לא היו משמתין אותו אם העיד וכן מבואר במסכת ב"ק דף קי"ד, ויש לספק היכא דעד אמר לבעל דין השבע שבועה דאורייתא נגדו ואני אשלם. ודעתו היה ג"כ מתחלה כשהעיד שישבע והוא ישלם ובעל דין אינו רוצה לשבע דאף בזה יש לומר דלא היו משמתין אותו:

סעיף י"א (ג) העדים ששלחו עדותן בכתב לב"ד אינו עדות דכתיב ע"פ שנים עדים מפיהם ולא כפי כתבם. הטור כתב דמלשון הרמב"ם (פ"ג מעדות) משמע דסובר כשטת רש"י דאף בראוי להגיד פסול מפי כתבם ע"ש, ובב"י ובכ"מ (פ"ע מעדות) הקשה על הטור דהרמב"ם כתב דאין שומע ואין מדבר אע"פ שראייתו ראיה מעולה ודעתו נכונה צריך להעיד בב"ד בפיו או שיהיה ראוי להעיד עכ"ל הרמב"ם, וכיון דכתב שיהיה ראוי להעיד בפיו מוכח דסובר כר"ת דמכשיר ראוי להעיד אפילו מפי כתבם ע"ש, ולפע"ד נראה ליישב דברי הטור דהנה לכאורה נ"ל היכא דהיו עדים בשעת קדושין וקדש לפניהם והעדים שומעים ואינם מדברים פסולים גם לענין קדושין אף ששניהם מודים ואין צריך

עדות רק על קיום המעשה דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקדושין וכאן היו עדים אפ"ה נראה דאם העדים שומעים ואינם מדברים והם מודים אין חוששין לקדושין מטעם סברת הרשב"א בקדושין (דף מ"ג) בסוגיא דהן הן שלוחיו הן הן עדיו דכתב דאם קדש ע"י שליח בכסף והיא מודית שקבלה מ"מ לא הוי עדי קדושין משום דאם היא מכחשת לא היה שליח נאמן מטעם נוגע בעדות דצריך שבועת היסת וכיון דצריך העד להודאת בע"ד אינו עדות דעדות שאין מתקיים ע"פ עצמם לא הוי עדות, ולפ"ז ממילא היכא דקדש בפני עדים אלמים שאינם יכולים לדבר אף ששניהם מודים לא הוי עדות כיון דאם שניהם מכחישים הם פסולים מטעם מפיהם ולא מפי כתבם ממילא לא נתקיים העדות ע"י עצמם ולא הוי עדות ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצלל"ה (סימן מ"ו) ע"ש. ולפ"ז מיושב שפיר דברי הטור דהא שפיר מוכח מרמב"ם (פ"ג מעדות) דכתב דמן התורה אין מקבלין עדות אלא מפיהם שנאמר ע"פ אלא מדברי סופרים חותכין דיני ממונות בעדות שבשטר ודאי מוכח דסובר כשטת רש"י דאף בראוי להעיד פסול מפי כתבם, ומה שכתב (בפ"ט מעדות) הנ"ל עד שיהיה ראוי להעיד בפיו רומז למה שאמרנו אפילו היכא דהוי עדות על גוף המעשה קדושין אף דשניהם מודים אם העדים אינם יכולים לדבר לא מהני קדושין משום דהעדים צריכים להודאות בע"ד ולכך כתב שפיר דצריך שיהיה בפני עדים שיהיו ראוים להעיד בפיהם כסברת רשב"א הנ"ל ואף שהרמב"ם חולק על הרשב"א וסובר דאם אשה מודה שקבלה הכסף מן השלוחים מהני הקדושין יש לחלק דהתם אינו פסול עצמיית רק מחמת נגיעת השבועה וכיון דאשה מודה נסתלק נגיעתם ולכך מהני הקדושין אבל גבי עדות שאינם יכולים לדבר דהוי פסול עצמיית אפשר דהרמב"ם מודה דלא מהני הודאתם ולא מהני הקדושין:

סעי' ט"ו (ד) אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ואם קבלו אין דנין על פיו. וכתב רמ"א וחוזרין ומגידין בפניו ועיין באורים ותומים דתמה דלקמן (סימן ל"ג סעיף י"ב) פסק רמ"א היכא דנפסק הדין כשהי' קרוב ופסלו העדות ואח"כ נתרחקו העדים אין יכול לתבוע אח"כ בעדות שנתרחקו, והטעם דעדים נוגעים להחזיק דבריהם ראשונים ואמאי פסק רמ"א כאן דאם העידו שלא בפני בעל דין דיכולים לחזור להעיד בפניו נמי נימא דנוגעים להחזיק דבריכם ראשונים והניח בצ"ע ע"ש, ולפע"ד נראה ליישב דברי רמ"א דהא מבואר בד"מ בשם מהר"ם פדוואה בשם רבינו ירוחם אף לשיטת הפוסקים דאם עבר וקבלו שלא בפני בע"ד לא מהני אבל אם נאנסו העדים או הלכו למדינת הים מודה ריב"א דמהני מה שדנו עפ"י אותה עדות וא"כ שפיר פסק רמ"א כאן דחוזרין ומגידין בפניו ולא שייך לומר דנוגעים לאחזוקי דבריהם ראשונים דאם נאמר דאינם יכולים לחזור

ח"כ מהני עדות ראשונה אף בלא הגדה שניי' כסברת ריי"ו הנ"ל דמה לי הלכו למדינת הים ומה לי דאינם יכולים לחזור ואדרבה מה שחוזרין ומגידין היא לחומרא דאם שינו בעדותן בפעם שניי' הולכין אחר עדות השני כמבואר בהג"ה כאן, אבל לקמן (בסימן ל"ג) גבי קרוב שפיר פסק רמ"א דאין יכולים להעיד אח"כ כשנתרחקו ולא הוי עדות כלל כן נלפע"ד:

סעי' י"ז (ה) וכן אם מצא עדיו כאן פסק הרמ"א דאם מצא עדיו בעיר אחרת ואין שהות לשלוח אחר בע"ד גובין שלא בפני בע"ד ודנין ע"פ העדות ההיא אע"פ שלא שלחו אחריו אמנם דעת הרא"ש וטור דבעינן דוקא שלחו לו ולא בא. ובט"ז לקמן (סימן ק"מ) ובאו"ת הקשו על הטור דפסק לקמן שאם יטעון המחזיק בפני ב"ד יעידו לי השוכרים בפניכם קודם שיבוא המערער שאם יבוא המערער לא יהיו השוכרים כשרים דהוי נוגעים בעדות טענתו טענה ומקבלין עדות שלא בפני בע"ד ע"ש והקשו הט"ז ואו"ת דהא פסק הטור דבעינן דוקא שלחו לו ולא בא ע"ש ולפע"ד נראה ליישב דברי הטור דהא מבואר במהרי"ט (ח"ג סימן ל"ב) אף דאנן קי"ל מקבלין עדות לנתבע שלא בפני תובע היינו דוקא אם התובע בא לגבות ממנו ועתה יכול להציל ולהגן מקבלין עדות שלא בפני תובע, אבל היכא דאינו רוצה לגבות ממנו רק טוען שנקבל עדותו כדי שאם יתבע ממנו יבטל תביעתו בכה"ג ודאי אין מקבלין עדות שלא בפניו, והביא ראי' מהך דינא דטור (סימן ק"מ) הנ"ל דכתב הטור מש"ה מקבלין עדות שלא בפני בע"ד כיון דאם יבוא המערער יהיו נוגעים בעדותן והוי כמו אונס תיפוק לי' דלהחזיק מקבלין שלא בפני בע"ד, אלא ודאי כיון דאין גובה ממנו עתה אין מקבלין שלא בפניו ולכך צריך טעם דהוי כמו אונס, ולפ"ז שפיר יש ליישב דברי הטור אף דהטור סובר כאן דבעינן שלחו לו ולא בא היינו דוקא לגבי תובע אם מביא עדים שלא בפני הנתבע, אבל הכא באמת היא להחזיק ומקבלין שלא בפני בע"ד רק משום דהיכא דלא מגבינין ממנו עתה דלא הוי להציל ולהגן אין מקבלין וכסברת מהרי"ט א"כ התם אם יבוא המערער יהיו השוכרים נוגעים ולא נוכל לקבל את העדות א"כ ממילא היא להציל ולהגן, ולכך שפיר פסק הטור (בסימן ק"מ) דמקבלין שלא בפניו כיון דהוי לנתבע והיא להציל ולהגן דלא נוכל לקבל אח"כ ומיושב דברי הטור ועיין בט"ז לקמן סימן ק"מ:

סימן כט

סעיף א' (א) אחר שהעיד לב"ד והוא לאחר כדי דיבור אין יכול לחזור בו וכו' לפחדו עשיתי אין שומעין לו אפילו נתן טעם לדבר וכו'. מבואר גבי עדות שהעיד בב"ד לא

מהני בשום אופן לחזור מדבריו ראשונים וכן מבואר במסכת סנהדרין, (דף מד) ע"ש, לפ"ז מיושב מה שקשה לכאורה דהא במסכת כתובות (דף כב) מבואר אמר ר"ה א"ר מנין לאב שנאמן לאסור את בתו מן התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש, ולכאורה קשה למה הוצרך טעם משום דרחמנא אמר את בתי נתתי ת"ל דהא אב נאמן בבתו קטנה או נערה שהוא ברשותו וא"כ ממילא אסורה משום שוי' לנפשה חתיכה דאיסורא אבל לפי הנ"ל אתי שפיר דגבי שויא אנפשה חתיכה דאיסורא מהני אמתלא כמבואר בכתובות דף הנ"ל אבל גבי עדות לא מהני שום אמתלא ושפיר קאמר ר"ה מנין לאב שנאמן מן התורה לאסור את בתו דהיינו בתורת עדות ולא מהני שום אמתלא שנאמר את בתי נתתי, ועיין בב"י סימן זה ועיין באה"ע (סי' י"ז סעי' ח') ובחלקת מחוקק סקי"ז דאפילו בעדות שהם נאמנים חוץ לב"ד מ"מ אם אמרו העדים אח"כ מבודין היינו נאמנים ע"ש ועיין:

סעיף ג' (ב) אבל אם אומר העד שפלוני הי' עמו ואותו פ' אומר שלא הי' עמו אין זו הכחשה דאין עד מדקדק מי הי' עמו בשעת עדות, ולכאורה יש לעיין בדין זה דהא הריטב"א במס' מכות (דף ו) הקשה על הא דקתני במתניתין הי' שנים רואין אותו מחלון זה ושנים רואין מחלון זה ומתרה עומד באמצע בזמן שמקצתן רואין אלו את אלו הרי אילו עדות אחת ואין נעשים זוממין עד שיזומו כולם, והקשה הריטב"א היכא יכולין להזמים כת עדות אחת מחלון אחד הא השנים שראו מחלון אחר יכולים להכחיש המזימם שהי' עמהם וא"כ לא הוי הזמה ע"ש בריטב"א שתי' כמה תירוצים ולפי דברי רמ"א הנ"ל מתורץ קו' ריטב"א כפשוטו דזה לא הוה הכחשה דאין עד מדקדק מי הי' עמו בשעת עדות אלא ודאי מוכח מדברי ריטב"א דבכה"ג הוי הכחשה ויש ליישב:

סימן ל

סעי' ו' (א) בדיני ממונות אע"פ שלא ראו המעשה כאחד עדותן מצטרפת, ולכאורה יש להסתפק היכא דקם אחד ומכחיש אחד מן העדים דהיינו ע"א אומר לוה בניסן ובא עד אחד והכחיש אותו, מי אמרי' בכה"ג כ"ש דינו של ריב"ק משום דאי אמרינן דיכול להכחיש העד בטל העדות והוה קם לממון והתורה אמרה לא יקום ע"א לממון, וגדולה מזו סובר הרא"ש בב"מ (דף ב) דעד מסייע אין יכול לפטור הישא דהנתבע הוי מתיך שאין יכול לישבע דא"כ הוי קם לממון וא"כ כש"כ הכא, או דילמא מ"מ בטל ההצטרפות וצ"ע: סעיף ז' (ב) הא דהלואה אחר הלואה מצטרפין כשתבע ממנו ב' מנין וכו' אבל אם המלוה מודה שלא הלוה לו אלא מנה אחת לא וכתב בסמ"ע (ס"ק כ"א) דוקא גבי הלואה אחר הלואה בעינן שיתבע שניהם אבל גבי הודאה אחר הודאה וכן הודאה אחר

הלואה אין צריך שיתבע שניהם דאפשר לומר דמאי דכבר הלוה לו הודה אח"כ בפני השני, ולא עוד אלא אפי' הלואה אחר הודאה אין צריך לתבוע שניהן דאיכא למימר דמה דרוצה ללות לו הודה מקודם ע"ש וכן מבואר בב"י, ולכאורה דין זה צ"ע דהא עיקר הטעם של ריב"ק דמ"מ תרווייהו אמנה מסהדי דאף אם נאמר דחד מעדים משקר מ"מ חייב לו מנה, אבל הכא היכא דעד ראשון בא על הודאה, ועד השני על הלואה אם הלוה אומר כדברי עד שני בזמן זה מאוחר הלוה לו א"כ מה שהעד ראשון מעיד על הודאה הוא שקר דבאותו שעה לא נתחייב לו, וא"כ נשאר החיוב עפ"י ע"א והיכן נוציא ממון עפ"י ע"א דלמא משקר, וצ"ע: סעי' י"ג (ג) צריך שיעיד כל אחד על דבר שלם אבל אם העידו על חצי דבר אינו כלום ועיין בסמ"ע (ס"ק לט) ולא דמי לעדי חזקה דשם ראו: כל מה שהוא להם לראות באותו שעה והוא שיטת התוס', ושיטת הרי"ף הוא דבעדי חזקה הטעם משום דמועיל עדותם במקצת היינו לענין הפירות דאם לא יבואו עדים אחרים להעיד על כל הג' שנים צריך המחזיק להחזיר הפירות של שנה ראשונה, והביאו התוס' ב"ק (דף ע, ולפי דברי רי"ף הנ"ל נוכל ליישב קו' התוס' ב"ק (דף כ"ד ד"ה במכירין) שהקשו אמאי לא משני שנגח שור של נכרי או של הפקר, ולפי דברי רי"ף הנ"ל כיון דאין שום תועלת בעדותן של ראשונים הוי חצי דבר ולא דמי לעדי חזקה אף בלא עדים אחרונים הי' צריך להחזיר פירות של שנה ראשונה מש"ה מהני עדותם, אבל הכא אם עדים ראשונים מעידים על נגיחת שור הפקר או של כותי אין תועלת כלום בעדותם ונקרא חצי דבר ועיין מ"ש לקמן (סי' לט):

סימן לא

שתי כיתי עדים המכחישות זו את זו, שבא עד אחד מכת זו וכו' ועיין בתומים שמסתפק אם יכול לפוסלו איש אחד ע"ש, משמע מתוס' ב"ק (דף ע"ג) ד"ה אי נמי דכתבו לרבא דס"ל מכאן ולהבא נפסל כל עדות שהעיד מקודם הן דיני נפשות אפי' לאסור אשה על בעלה כשר ע"ש, ואמאי דהא תוס' כתבו לעיל (ע"ב) דלרב חסדא לא שייך חידוש רק מה שנפסלין ודאי אבל פסול ספק הוי למפרע א"כ אמאי כתבו התוס' דאי אמרי' מטעם חידוש כשר אפי' לענין נפשות ולאסור על בעלה דהא אפי' לר"ה לא מהני לענין פיסול, אלא ודאי לר"ה כשר לכל עדות:

סימן לב

סעיף ב' השוכר עדי שקר להוציא מנה מראובן לשמעון פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ועיין בש"ך (סק"ב, ועיין בתומים דכתב לדינא אפי' לא אמר לו בלשון שליחות שיעיד עדות שקר אלא אמר אם תעיד אתן לך כך וכך ג"כ חייב בדיני שמים ע"ש, ולפענ"ד צ"ע דהא בב"ק (דף נה) תניא אמר ר"י ד' דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים וחד מהני ד' הוא השוכר עדי שקר להעיד מדקאמר הגמרא להעיד משמע דוקא שצוה אותו להעיד אבל אם, אינו מצוה אותו רק דאמר אם תעיד אתן לך כך וכך אפילו בדיני שמים פטור ואף שעשה מעשה רשע מ"מ אין אומרים לו שאינו יוצא ידי שמים עד שישלם ואין לומר מש"ה נקט הגמרא לשון להעיד לרבותא אף דאמר להעיד אפ"ה פטור בדיני אדם זה אינו אדרבה מסוגיא דהתם מוכח דרבותא אינו דפטור מדיני אדם אלא רבותא היא דחייב בדיני שמים וכן כתב תוס' שם (נ"ו בד"ה אלא) ע"ש וצ"ע טובא בכה"ג אם לא אמר בלשון צווי אם אינו יוצא ידי שמים אם לא שילם ועיין:

סימן לג

סעיף י"ב (א) מיהו אם נפסק הדין כשהיה קרוב העד ופסלוהו לא יוכל לחזור ולתבעו אח"כ בעדות זה שנתרחק דהואיל ונפסק הדין נפסק, וכתב הש"ך (סק"ט) דמש"ה אינו יכול לחזור ולתבוע בעדות זה שבודאי יאמר כדבריו הראשונים שלא יהיה כשקרן ולכאורה צ"ע דהא מבואר בסנהדרין (דף ל) למאן דחולק על ר' נתן אי אמרו העדים זה שלא בפני זה צריכים שניהם לחזור ולהגיד ולכאורה לסברת הש"ך קשה אמאי מהני דהא בודאי יאמרו כדבריהם הראשונים שלא יהיו כשקרנים וצ"ע ועיין נתיבות:

סעיף ט"ז (ב) קרובי נרצח יכולין להעיד על הרוצח בש"ך (סקט"ז) פסק אף דאנן קיי"ל גבי דיני ממונות אין צריך דרישה וחקירה מ"מ אם אמרו עדים אין אנו יודעים זמן הלואה לא מהני עדותם משום דהוי עדות שאין אתה יכול להזימה והביא ראיה לזה דהא אנן קי"ל עדים המכחישות זו את זו בחקירות פסול דמה בכך סוף סוף בגוף הענין עדותם מכוונת אלא ע"כ משום דהוי עדות שאין אתה יכול להזימה ע"ש ועיין בתומים דתמה לשטת הש"ך אמאי פסולין אם הכחישום בדרישות וחולק עליו ע"ש. ולפע"ד נראה ליישב דברי הש"ך דכוונת הש"ך דסובר אף דמכחישים בחקירות דהיינו זה אומר במקום פלוני וזה אומר במקום פלוני מ"מ כיון דגוף הדבר אין רוצה להפסיד התובע משום זה יכול להיות דאינם פסולים וא"כ אף דאחד משקר בזמן מ"מ הוי עדות לענין הלוה ושפיר כתב הש"ך דצריך לומר דפסולים מטעם עדות שאי אתה יכול להזימה אבל גבי הכחשה

בדרישות אם אחד מהן משקר או מי שהעיד על שמן או מי שהעיד על יין א"כ לא נשאר רק אחד מש"ה פסול דנוציא ממון ע"פ עד אחד כדלעיל (סי' למ"ד) ועיין. ולפ"ז נראה לסברת הש"ך דיש חילוק היכא דהכחישו ב' עדים בחקירות דבטל העדות לגמרי משום דהוי עדות שא"א יכול להזימה כיון דבטלין עדות בטלה לגמרי אבל היכא דהכחישו בדרישות דהיינו אחד אומר יין ואחד אומר שמן שהוא רק מטעם שאחד מהן משקר וע"כ י"ל דחייב שבועה דאורייתא כמו בכל שבועת ע"א. וע' בסמ"ע (סי' ל' סק"ט) כתב דאפילו תובעו התובע שניהן א"צ שבועה ע"ש ואורים ותומים חולק עליו ומסיק דצריך שבועה ולפי שטת הש"ך כאן נראה כדברי התומים דצריך שבועה ועיין:

סימן לד

סעי' א' (א) אפילו עד כשר שיודע בחבירו שהוא רשע אסור להעיד עמו עש"ך (ס"ק ג) דהקשה דמה בכך מ"מ העד כשר יודע שאמת הוא ובממון לא איברי סהדי אלא לשקרא ע"ש ונראה דהא מבואר ברשב"א ב"ק (דף צ) אע"ג דרב יהודא הנשיא יחיד מומחה אינו דן על ראייתו משום דהוי רק ע"א ושם הוא בממון, מבואר דלא כש"ך ע"ש:

סעיף ה' (ב) מי שבאו עדים שעבר על שבועתו אינו נאמן לומר שוגג או אנוס הייתי, עש"ך (ס"ק ז') זה קאי לסברה ראשונה ודוק עכ"ל, ודבריו צריכים באור ונראה בכוונתו דהא רמ"א כתב שבאו עדים שעבר על שבועתו דאין נאמן לומר שוגג הייתי דלשון עבר על שבועתו שייך היכא דקבל על עצמו דבר בשבועה, ואח"כ עבר עליה אבל אם יצא שבועת שקר מפיו לא שייך שעבר דהא מיד יצא מפיו לשקר אלא ודאי מיירי בשבועה דלהבא ושפיר כוונת הש"ך ועיין בנתיבות אך בסגנון אחר:

סעיף ז' (ג) גנב וכן גזלן פסולים לעדות מעת שגנב או גזל ע' באסיפת זקנים ב"ק פרק הכונס דכתב בשם גדולים דמזיק פסול לעדות עד שישלם ע"ש, ומטור חושן משפט (סימן שע"ח) נראה ג"כ דמזיק פסול לעדות דכתב שם כשם שאסור לגנוב ולגזול כך אסור להזיק הרי דמדמה מזיק לגנב ולגזלן משמע קצת דסובר דמזיק פסול לעדות כמו גנב או גזלן, ועיין ביש"ש פרק הכונס (סי' למד) דפסק דמזיק אינו פסול לעדות ונראה דמן התורה ודאי הכל סוברים דמזיק אינו נפסל לעדות דהא אפילו גזילה הוי לי' לאו שניתק לעשה (עיין ט"ז כאן, רק גבי גנב וגזלן רחמנא פסלי' משום דהוי רשע דחמס וכתיב אל תשת רשע עד וגבי מזיק לא שייך זה דהא אינו רשע דחמס, ובודאי מזיק אינו נפסל מן התירה רק עיקר פלוגתייהו אם מזיק פסול מדרבנן לעדות או לא:

ד החולק עם הגנב אינו נפסל בתומים תמה מאד אמאי לא הוי רשע דחמס כיון דמחזיק ממון חברו בידו לעכבו לא גרע מכופר בפקדון דפסול לעדות והוי רשע דחמס והאריכו בזה בקצות החושן ובנתיבות ובדברי משפט מא"א זקני הגאון זצל"ה ונפל מחלוקת ביניהם יש מן האחרונים שאמרו דטעם הוא גבי גזל, ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה הוא מטעם מזיק אבל באונסין פטור השני דהא קתני במתניתין דמרובה אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל ולא טובת ומוכר משלם דו"ה ולפע"ד נראה אפילו אם נאמר דגנב שני חייב באונסין מטעם דהוי ליה למהדר לרשות בעלים אבל היכא דגזל חמץ בפסח אפילו לרבי יוסי הגלילי דחמץ בפסח מותר בהנאה מ"מ אינו ברשות בעלים כמבואר במקור חיים ובספר דברי חיים. ולפ"ז אינו נקרא וגונב מבית האיש דהא אף אם יחזיר הגזלן לנגזל נמי לא הוי חזרה לרשות בעלים דהא חמץ אינו ברשותו דהכל מצווים עליו לבערו ובזה יתורץ קושיית תוס' כתובות (דף ל') לאקומתא בפסחים (דף ל"ב) דאוקים דמתניתין רבי יוסי הגלילי היא דסובר חמץ בפסח מותר בהנאה מש"ה האוכל תרומת חמץ בפסח בשוגג משלם קרן וחומש ובמזיד פטור כר' נחוניא בה"ק דכרת פוטר מתשלומין והקשה תוס' דהוי מצי לאקשוי' מעידן דאגבה קניא כרת לא מתחייב עד דאכיל ליה ולפי הנ"ל נוכל לתרץ דהא אף לרבי יוסי הגלילי אינו חייב באונסין דהא לא גנב מרשות בעלים דלמה יתחייב באונסין אי משום דלא אהדר דהא אף אם מחזיר לא הוי חזרה לרשות בעלים דהא חמץ אינו ברשותו אף לרבי יוסי הגלילי וא"כ אינו מתחייב בממון עד דאכיל ליה מטעם מזיק דהא בר דמים הוא לרבי יוסי הגלילי ובהאי שעתא חייב כרת משום הכי פטור אף בלא תחב לו חברו בבית הבליעה אבל בזר שאכל תרומה פריך הגמ' שפיר לאביי דהא משעת הגבהה קניא ומיתה לא הוי עד דאכיל ליה והוצרך הגמרא לאוקמתיה שתחב לו חברו בבית הבליעה ועיין:

סעי' י"ד (ה) אבל גבאי מנת המלך סתמא כשרים ואם נודע שלקחו אפילו פעם אחת יותר מן הראוי פסולים עסמ"ע (ס"ק ל"ה) דכתב מלשון הטור משמע שפעם אחת נודע הדברים ויכול להיות שעשו כן הרבה פעמים אבל משום שלקחו פעם אחת אפשר דלא מפסלי דיכול לומר דבטעות השומא לקח יותר ע"ש וזה דחוק, ולפע"ד י"ל בכוונת הטור דהא גבאי בכלל פסולי דרבנן כמבואר בסנהדרין (דף כ"ה ע"ב) תנא הוסיפו עליהם הרועים והגבאין והקשה תוס' כיון דסתם גבאי כשר רק אי ידעינן דשקל יותר א"כ הוי ליה גזלן ותירץ תוס' אע"ג דהחזיר היותר כיון דלא ידע למאן גזליה גרע מגזלן ועוד כיון דעדיין עוסקים בגבאות חיישינן שמא יחזרו לקלקולם ולפ"ז שפיר דאם נודע מפעם אחת

פסולים משום שמא לקחו כמה פעמים. אבל אם ידע בבירור שלא לקח אלא פעם אחת לא מבעיא לתי' ראשון דתוס' דלא ידע למאן יחזיר ודאי כשר אלא אפילו לתי' שני של תוס' י"ל דוקא היכא דלקח כמה פעמים חיישינן להכי אבל היכא דלא לקח רק פעם לא חיישינן לזה ושפיר דברי הטור:

סעי' יח (ו) כל מי שנוטל שכר להעיד עדותו בטל ואם החזיר הממון עדותו קיימת. ולכאורה צריכים להבין דהא מבואר (בסימן ל"ג) אם נפסק הדין כשהיה קרוב ואח"כ נתרחק אין יכול לחזור ולתבוע באותו עדות ועיין שם בש"ך דכתב בשם העיטור דאמרינן דודאי יחזיקו דבריהם ראשונים ע"ש וא"כ אמאי מהני הכא כשהחזיר הממון דהא י"ל להחזיק דבריו ראשונים וצ"ע אף שנלפענ"ד דכאן אינו פסול אלא מטעם קנס שקנסו חכמים שיבטלו מעשיו וא"כ אם החזיר מהני הגדה ראשונה וכן כתב התומים ועיין בלשון ר"ן סוף פרק האיש מקדש ובספר מחנה אפרים הלכות עדות ועיין מה שכתבתי סימן כ"ח ועיין בנתיבות המשפט:

סעי' כ"ג (ז) פסול מן התורה שהעיד עדותו בטלה אפילו קודם הכרזה ופסול מדבריהם אינו נפסל עד שהכריזו עליו. עסמ"ע (ס"ק נ"ו) דהביא בשם נמוק"י דלאותו עדות שנפסל בשבילו אפילו בלא הכרזה פסול ע"ש ועש"ך (ס"ק כ"ג) דהקשה דהנמוק"י לא כתב כן אלא למקשה דהוי ס"ל דפסול לעדות ע"פ עצמו א"כ כשמעיד לדידי אוזיף בריביתא אינו נאמן דהו"ל פסול אבל למאי דמשני אין אדם משים עצמו רשע ופלגינן דבורי' לא מש"ל דין זה ע"ש. ולכאורה רציתי ליישב קושיית הש"ך דהא הסמ"ע (ס"ק ס"ד) הביא בשם תשובת הרשב"א היכא דאמר אשתך זנתה עמי פלגינן דבורא אבל אם אמר אני זניתי עם אשתך לא פלגינן דבורא ע"ש, וא"כ ה"נ היכא דאמר אני לויתי ממנו בריבית לא שייך פלגינן דבורא שפיר צריך להביא דין של נימוק"י שלאותו עדות שנפסל בשבילו אינו צריך הכרזה א"כ יש לומר העדות בטל וכן מצאתי בנתיבות המשפט ע"ש אך לא נהירא דהא כל סברת רשב"א הוא רק משום דהתם לא שייך לומר אונס שום דאין קשוי אבר אלא לדעת וגם אם היה אונס יה ואל יעבור כמבואר בתשובת רשב"א ועיין בתומים (ס"ק כ"ג) אבל הכא ודאי שייך לומר אונס אף דאמר אני לויתי ממנו ברבית מ"מ היכא דהוי אונס גמור פקוח נפש מותר להלוות ברבית כמבואר ביו"ד (סימן ק"ס סעיף כ"ב) וא"כ שייך שפיר פלגינן דבורא ושפיר הקשה הש"ך:

ח אפילו פסול מן התורה אין לפסלו אלא בודאי אבל לא מספק כגון שהעיד ואח"כ באו עדים שעבר עברה שנפסל מן התורה אבל אם אין יודעים אם עבר קודם שהעיד או אח"כ מוקמינן גברא אחזקתו וכל מה שהעיד כשר עד דידעינן דעבר קודם לכן. לכאורה קשה

לי ממסכת מכות דף ה' באו אחרים והזימם באו אחרים והזימם כלם יהרגו ר' יהודה אומר אסטטית היא זו ואינה נהרגת אלא כת ראשונה בלבד. והקשה הגמרא אי אסטטית היא זו אפילו כת ראשונה נמי לא ותירץ רבא אם אינה אלא כת אחת נהרגת ולדברי ריב"ש הנ"ל מאי מקשה הגמרא נהי לר"י אסטטית היא זו מ"מ על הזמה ראשונה ליכא כאן שום רעותא והרי הם כשאר עדים המזימין ואין כאן אומדנא אטו כולי עלמא גבי הני הוי קיימו הוי לן למימר לאוקמיה בחזקת כשרות להרוג כת ראשונה אולם מצאתי בריטב"א מסכת מכות בסוגיא הנ"ל דפי' כיון דכת ראשונה קיימו השתא ואנו רואין לר"י שחושש שאסטטית היא זו וכת שקרנים הם ויש ספק דלמא בשעה שהוזמו כת ראשונה נמי בכלל אסטטית היתה אין מן הראוי שיהרגו ראשונים ע"ש. נראה מלשון ריטב"א דמצד הדין הזמה ראשונה הזמה מעליא היא אך לענין דיני נפשות מקיל בספק כל דהו ואין להרוג ראשונים:

סעי' כ"ט כל מי שנתחייב מלקות כיון שלקה בב"ד חוזר לכשרותו בסוף מס' מכות במתניתין כל חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתותן ובפי' הרמב"ם שם איתא דהיינו אם עשו תשובה וכן כתב הרב ברטנורא ע"ש ועיין בבעל המאור ורמב"ן דנראה מדבריהם אף שלא עשו תשובה וצריך עיון לענין עדות אם הוא כשר בלא תשובה אם לא דהא כתיב ונקלה אחיך לעיניך כיון שלקה הרי הוא כאחיך ובטור וש"ע כאן כתבו סתם כיון שלקה חוזר. לכשרותו והוא מרמב"ם (פרק י"ב מעדות) ולא כתבו בעשה תשובה ובפרק ב' מהלכות טוען משמע דצריך לעשות תשובה ע"ש בלחם משנה ולפע"ד נראה דלענין עדות ודאי אינו כשר רק אם עשה תשובה מ"מ צריך קרא ונקלה אחיך כיון שלקה הרי הוא כאחיך דהא ר"ח ורי"ף סוברים היכי דפסול לעדות אף אם עשה תשובה אינו כשר לעדות רק מאותו זמן דהעידו עליו דעשה תשובה ולא מעת דעביד תשובה אבל הכא גלי רחמנא ונקלה כיון שלקה הרי הוא כאריך דודאי כשר מאותו זמן דעשה תשובה אף שלא העידו עדיין עליו בב"ד כיון דכתב ונקלה מיד שנלקה הרי הוא כאחיך ועיין בסמ"ע שם דנקלה משמע מיד ועיין:

סעי' ל"א (י) ויש אומרים דגם במשחקים בקוביא צריכים להחזיר המעות שהרויחו. עסמ"ע (ס"ק ע"ח) דהקשה דהרא"ש כתב איפכא דדוקא למ"ד משחק בקוביא הוי אסמכתא יש איסור גמור במעות ומדאורייתא צריך להחזיר המעות אבל לדידן דסוברין דלא הוי אסמכתא א"צ להחזיר ע"ש, ולפע"ד י"ל דרמ"א סובר דרא"ש כתב אף לרבנן דסוברים דסוחרי שביעית א"צ להוציא ממון מתחת ידו כיון דלא גזל לשום אדם אפ"ה גבי משחק בקוביא אי אמרינן דהוי אסמכתא צריך להוציא מתחת ידו אבל לדידן דקי"ל

כר' נחמי' דאפילו סוחרי שביעית נמי צריך להוציא מתחת ידו אף דהוי הפקר גמור כיון דממון מכח איסור בא לידו א"כ ה"נ גבי משחק בקוביא אף דלא הוי אסמכתא אפ"ה צריך להחזיר., ועיין ברא"ש שם דכתב להדיא גבי משחק בקוביא למאן דסובר דהוי אסמכתא חייב להחזיר אפילו לרבנן אבל: לדידן י"ל דחייב גבי משחק בקוביא להחזיר אפי' אי אמרינן דלא הוי אסמכתא:

סימן לה

סעי' א' (א) קטן פסול להעיד וכו' ואם שהו מלבודקו זמן רב אחר שהי' לו י"ג שנים. ובדקוהו ונמצא לו שתי שערות הוא בחזקת גדול משעה שהיה לו י"ג שנים. והוא מתשוב' הרא"ש (כלל ל"ג סי' ה', ולפי דין זה יש לתרץ קושי' מהר"ם לובלין מה שהקשה על תוס' קדושין (דף ס"ג בד"ה בני זה) דהביא תוס' שם עוד שיטה אחרת והקשה תוס' מה אנו צריכין לנאמנות של אביו, ותי' תוס' שאביו העיד על מה שעבר שנה או שנתים שהי' גדול באותה שעה או שהי' גדול בשנים או בסימנים ע"ש, והקשה מהר"ם לובלין הא שנים בלא סימנים לא מהני לכולי עלמא ע"ש, ולפי דברי תשובת הרא"ש הנ"ל נוכל לתרץ שדברי תוס' נכונים דאיירי שעכשיו ראוהו בו סימנים ומחזיקין אותו שהביא שתי שערות משעה ראשונה שנעשה י"ג שנים אף שלא ראוהו אז סימנים מחזיקינן אותו שהי' לו אז א"כ שפיר דברי תוס' אם אמר האב שהי' באותו עת בן י"ג שנים ויום אחד או שהי' לו סימנים לחוד נמי מועיל כיון שיש לו עתה סימנים מחזיקינן אותו שהביא משעה שנעשה בן י"ג שנים ויום אחד:

סעי' ה' (ב) ונאמן לומר זכורני באשת פלוני שנעשה לה מנהג הבתולות כשנשאת, עסמ"ע (ס"ק י"א) שמקבלין עדות זה להגבותו על פיו מאתים לעיקר כתובה משום דרוב נשים בתולות נישואות, ומ"מ בעינן עדות זה ולא סמכינן ארובא לחוד משום דיש ריעותא קצת דאמרינן דרוב הנשאות יש לה קול וכתב הרא"ש ור"ן דבזה ג"כ בעינן שיהא גדול אחר עמו שהי' גדול כשכנסה עכ"ל, ועיין בכתובות (דף טז) הקשה הגמ' כיון דרוב נשים בתולות נשאת כי לא אתי עדים מאי הוי אמר רבינא כיון דאיכא למימר כל הנשאות בתולה יש לה קול וכיון דאין לה קול איתרע לה רובא והקשה הגמ' כי, אתי עדים מאי הוי הנך סהדי שקרא נינהו ע"ש, ולכאורה תימא דהיכא ס"ד לומר סהדי שקרא על עדים כשרים לומר דשקרנים הם בשביל שאין לה קול (ועיין ברשב"ם בבא בתרא דפי' דעדים אומרים שקר, ואפשר לתרץ דכוונת הגמ' כך היא דהא מבואר לקמן במתני' (דף כח) אלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן זכור הייתי בפלונית שיצאת בהינומא וראשה

פרוע משום דרוב נשים בתולות נשאת גילוי מילתא בעלמא היא ועיין בתוס' (דף ט"ז ד"ה וזו) הקשה תימא דתנן בפירקין אלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן זכור אני בפלונית שיצאת בהינומא וקאמר הגמרא מ"ט כיון דרוב נשים בתולות נשאות גלוי מלתא בעלמא היא, והשתא היכי מיירי אי יש לה קול למה צריך שום עדות לרב נימא דאזלינן בתר רובא ואי אין לה קול אתרע רובא. ותי' תוס' דרוב בתולות נשאת עדיף מרוב הנשאת יש לה קול וכוונת תוס' דרוב נשים בתולות נשאת יש רוב שיש להם קול אבל לפי ס"ד דגמרא דכולם יש להם קול הקשה הגמרא שפיר הנך סהדי שקרא כלומר הנך סהדי דאלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן הם סהדי שקרא כיון דליכא קול ומתרץ הגמרא דרוב נשים בתולות נשאת ומהם יש רוב שיש להם קול כדפי' תוס' ובזה מתורץ נמי מה שקשה לכאורה על הר"ן דהר"ן הקשה על המשנה כמו שהקשה תוס' אמאי לא נאמן אלמנה נשאתיך מכח מגו דאמר פרעתי ולכאורה קשה מאי הקשה הר"ן דהא הר"ן סובר במס' ב"מ פרק המקבל (דף ק"י) דמגו נגד המנהג לא אמרינן ולפי הנ"ל אתי שפיר דהא מתני' איירי [גם] אם יש עדים שיצאה בהינומא כמסקנת הפרק דאלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן ושפיר הקשה הר"ן דהא ליכא עדים גמורים על המנהג:

סימן לו

סעי' א' (א) עדים רבים שהעידו ונמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה. בסוגיא דמכות (דף ו') במתניתין אמר ר"י במה דברים אמורים בדיני נפשות אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר ופרש"י משום דכתיב והצילו העדה ומהדרינן אזכותא ועיין בתוס'. ולכאורה קשה לשטת רש"י דהא ר"י אומר בדיני נפשות נמצא אחד קרוב או פסול עדותן בטלה א"כ גם אם נמצא בעדים זוממין קרוב או פסול ג"כ הזמתן בטלה והתם לא שייך והצילו העדה דאם עדים זוממים בטלה עדים ראשונים קיימים ויהרג הנידון, ואפשר לומר דהא רש"י בסנהדרין (דף ט) פי' לר"י דסובר דוקא בדיני נפשות אבל בדיני ממונות תתקיים עדות בשאר פי' רש"י דכתיב והצילו העדה ומהדרינן אזכותא ולא יהרג לא הוא ולא הם ע"ש ולכאורה פשיטא דעדים פטורים, וע"כ צריך לומר דכוונת רש"י כך היכא דנמצא בעדים זוממים קרוב או פסול ובטלה הזמה ונמצא דעדים ראשונים אמת אמרו והי' ראוי להרוג הנידון מ"מ בעל דבר פטור (אמת בדיני ממונות תתקיים עדות בשאר) אבל בדיני נפשות דכתיב והצילו העדה ידונו הזוממין דהוי בהן קרוב או פסול עכ"פ הכחשה ולהכי שניהם פטורים כמבואר בכתובות (דף כ') גבי הזמה שלא

בפניהם נהי דהזמה לא הוי הכחשה מיהו הוי ע"ש (וה"נ י"ל אליבא דר"י. (ב) נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה עיין רמב"ם (פרק ב' מעדות הלכה ג') היו עדים מרובים ושנים מהם כוונו עדותן והשלישי אומר אינו יודע בחקירות תתקיים העדות בשאר ויהרג. ובאו"ת תמה מאד על הרמב"ם דהא מבואר בסנהדרין פרק היו בודקין (דף מ"א) אם אחד אומר אינו יודע תתקיים העדות בשאר ואמרינן כמאן דלא כר"ע ופרש"י דס"ל היכא דשלשה מעידים אין בהם הזמה עד שיוזמו שלשתן א"כ בשלישי האומר א"י לית ביה הזמה וכל העדות בטל דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה ותוס' פרשו דהשלישי דהאומר אינו יודע הוי כמו נמצא בהן קרוב או פסיל ע"ש וכיון דאנן קי"ל כר"ע גבי קרוב או פסול אפילו מאה כל העדות בטל וגם קי"ל כר"ש דאין זוממין עד. שיוזמו כלם א"כ אמאי פסק רמב"ם דאחד אומר אינו יודע תתקיים עדות בשאר ותירץ בדוחק ע"ש. ולפע"ד נראה לתרץ כוונת רמב"ם דהא לכאורה באמת צריכים להבין דברי רש"י דסובר דמש"ה אינו יודע בחקירות כל העדות בטל דאין עדים נעשים זוממין עד שיוזמו כלם דהא עד זה האומר אינו יודע בלא זה פסול שאינו יודע בחקירות ומה שייך הכא אין עדים נעשין זוממין וכו' אך דהא מבואר ברש"י מכות (דף ה' ע"ב ד"ה ר' עקיבא) דסובר דאינו צריך להקיש שלשה לשנים לענין דאין נהרגין עד שיוזמו כולם דזה ילפינן מדכתיב והנה עד שקר העד ע"ש ועיין בריטב"א שם במקומו וא"כ שפיר י"ל כיון דאין יכולים לסתור כל העדים לא הוי עד שקר העד אבל לר"ש דסובר דמש"ה צריך שיוזמו כל העדים דהקיש שלשה לשנים וא"כ אם עד שלישי אינו יודע בחקירות לא שייך הקש דהא שנים אם אומר אחד מהם אינו יודע לא הוי עדות כלל אבל גבי שלשה שייך הזמה לגבי שנים שיודעים ושפיר דברי רמב"ם דהא אנן קי"ל כר"ש ואתי שפיר היכא דשנים יודעים בחקירות והשלישי אינו יודע תתקיים עדות בשאר ולפי מה שכתבתי דדוקא לר"ע לא הוי עדות אבל לר"ש תתקיים עדות בשאר מיושב ג"כ קושית תוס' סנהדרין (בד"ה כמאן כר"ע) על רש"י:

ג אם נמצא באלו שנתכוונו להעיד קא"פ עדותן בטלה עש"ך (ס"ק ו') דכתב על קושית תוס' מה שהקשה על רש"י דפירש דאם העידו אחר כדי דבור הוי כשתי כיתי עדות לכל דבר משמע דאפילו גבי קרוב או פסול צריכים להעיד תוך כדי דיבור ותוס' הקשה על רש"י ותירץ הש"ך דאין כוונת רש"י רק על עדים זוממים ומה שכתב רש"י לכל דבר כוונתו היכא דהעידו אחר כדי דיבור אם הוזמה כת אחת אותה כת נהרגת ושאר עדות קיים, ולפע"ד שפיר הבין תוס' בכוונת רש"י דהא למ"ד מכאן ולהבא נפסל אזי גם אם ב' הכתות העידו בבת אחת והוזמה כת אחת אפ"ה כת שנייה קיימת דהא אף הכת שהוזמה

אינה נפסלת אלא מכאן ולהבא וממילא לא בטלה כת שניי' אף היכא דהעידו ב' כיתות בבת אחת דהא העדות [מתבטל משום] דהוי כמו נמצא בהן קרוב או פסול כמבואר בתוס' (דף ו' ע"ב ד"ה הרי אלו) ע"ש וא"כ לרבא דסובר מכאן ולהבא נפסל לא הוי על כת שהוזמה שום פסול עד אחר הזמה לפ"ז אף (באחר כ"ד) [בתוכ"ד] נמי לא בטל כת שלא הוזמה וע"כ אי אפשר לומר דכוונת רש"י דקאי על עדים זוממין דכת שנייה אינה בטלה היכא דהעידו אחר כדי דיבור דהא רבא לשטתו סובר מכאן ולהבא נפסל אלא ע"כ כמו שהבין תוס' בכוונת רש"י:

סימן לז

סעי' ט"ו (א) ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריו' ובא יהודה וערער וכו' אין ראובן מעיד לו עלי' עסמ"ע (ס"ק ל"ו) דכתב דטור סובר דמשום תרעומת ג"כ הוי נוגע דמשום הכי יעיד שקר אלא אפילו במכיר הלוקח ששדה זו של מוכר ושל אבותיו דאין עליו תרעומת אפ"ה חיישינן דיעיד שקר שמעמידה בפני בעל חובו ע"ש וכן כתב ב"י. והש"ך תמה עליו מאד דא"כ גבי פרה וטלית דאמאי פסקינן דמעיד אע"פ שאינו מכיר בה הא אע"פ שאינו שייך להעמיד בפני בעל חוב איכא חשש תרעומת ע"ש, ולפע"ד יש לתרץ קושיית הש"ך דלעולם נוכל לומר משום חשש תרעומת הוי ג"כ נוגע רק דסמ"ע סובר לקמן (ס"ק מ"א) גבי מטלטלין אפילו טוען המערער שראובן בעצמו גזלה לא חשיב נוגע דהא ראובן יכול לומר אני קניתי מאחר וסברתי שהיא שלו דגם העולם יאמינו לי שהוא כך אבל בקרקע כיון דשם בעלים עליו דבר מפורסם מי הוא בעלים, ולפ"ז יש לומר משום הכי גבי פרה וטלית מעיד אפילו באינו מכיר ולא הוי נוגע משום תרעומת דהא יכול לומר אני קניתי מאחר וסברתי שהיא שלו אבל כאן בקרקע שפיר הוי נוגע משום תרעומות דהא לא שייך זה כיון דשם בעלים עליו ומסתמא ידעת שהיא גזולה ואפ"ה מכרת לי ושפיר איכא תרעומות:

ב כדי שיבא בע"ח של ראובן ויטרפנה בחובו. בטור כתב אף דאית ליה נכסים אינו מעיד שמא עשה שדהו אפותיקי ע"ש. מקור דין זה הוא תוס' ב"ב (דף מ"ה) דהקשה הגמרא אי אית ליה נכסים מאי נפ"מ והקשה בתוס' דהא נ"מ טובא דלמא עשה השדה אפותיקי וגובה בע"ח ממנו ע"ש. ולפע"ד יש ליישב קושיית התוס' דרב פפא סובר דנמצאת שאינו שלו חוזר עליו אע"פ שמכר שלא באחריות ולפ"ז שפיר מאי חיישינן אי לבע"ח דלמא עשה אפותיקי דהא כמה פוסקים סוברים היכא דהיא אפותיקי מפורש גובה מלוקח אפילו הפירות שכבר אכל כמבואר לקמן (סימן קט"ו) נמצא לרב פפא דסובר נמצאת

שאינו שלו חוזר עליו אף אם מכר שלא באחריות והטעם כיון דנגזל גובה מלוקח אפילו הפירות שאכל וא"כ גבי אפותיקי נמי לפי שטת הפוסקים דסוברים דבע"ח גובה אפילו הפירות שאכל נמי לרב פפא הדין דחוזר לפ"ז ליכא נפ"מ למוכר דאם יגבה בעל אפותיקי יחזור לוקח עליו ולא הוי נוגע בשום חשש כמו היכא דקבל עליו אחריות מחמתיה ולא קבל עליו אחריות דעלמא דיכול להעיד כמבואר בסמ"ע (ס"ק מ') וה"נ כן ומיושב קושיית תוס' ועיין היטב:

סעיף ט"ז (ג) ראובן שמכר פרה או טלית לשמעון שלא באחריות ובא יהודה לערער להוציא מיד שמעון בטענה שקנאה מגזלן יכול ראובן להעיד וכו' עש"ך (ס"ק כ"ה) דהביא בשם הרמב"ם דהיינו דוקא כששמעון מכיר שפרה וטלית הם של ראובן וכולם תמהו על הרמב"ם כיון דקי"ל כרב זביד היכא דמכר שלא באחריות אפילו נמצאת שאינו שלו אינו חוזר אמאי מצריך הרמב"ם שמכיר שפרה וטלית הם של ראובן ע"ש. ולפע"ד יש לתרץ דברי רמב"ם דהא אנן קי"ל (סימן רכ"ו סעיף ה') היכא דמכר קרקע ואחר שקנה אותה באחד מדרכי הקניה יצא עליו ערעור כיון שלא נהנה עדיין הלוקח יכול לבטל המקח וצריך המוכר להחזיר המעות ע"ש והיא שטת הרמב"ם ונראה דהוא הדין במטלטלין דמאי שנא ולפ"ז מיושב שפיר דברי הרמב"ם דהא הדין של פרה וטלית איירי בכל ענין אף אם יצא הערעור תיכף ומיד לאחר מכירה קודם הנאת שימוש וא"כ באינו מכיר שפיר הוי המוכר נוגע דאם לא יעיד יבטל הלוקח המקח מטעם מום במקח כדינא (דסי' רכ"ו) הנ"ל ולכך הוצרך הרמב"ם לומר במכיר הלוקח שפרה וטלית של מוכר וא"כ המוכר לעולם יעיד ואף דסוגיא דפרה וטלית הביאה דברי ר' זביד י"ל דמהני רק על קושיית הגמרא דנמצאת שאינו שלו חוזר עליו או כמו שכתב הש"ך דגמרא לא הביא רק דרב זביד חולק על רב פפא ע"ש אבל מ"מ מטעם הנ"ל שכתבתי שפיר צריך הרמב"ם להביא במכיר שפרה וטלית של מוכר:

ד בתומים (ס"ק ט"ו) תמה דא"כ דמיירי דמוכר אמר שקנאה מגזלן א"כ אף דלוקח קבל דמיה מן המערער אין ביד המערער לחזור על המוכר דגם היא לקחה א"כ מאי שנא דנקט שלא באחריות אפילו באחריות מעיד דהא אין כאן נגיעה דמערער לא יחזור עליו, וגם הלוקח אינו חוזר עליו דהא לוקח אינו נותן חפץ עד שקיבל דמיו וא"כ מה טיבו של נגיעה יש כאן ולפע"ד יש לומר אף דמערער צריך להחזיר דמי החפץ מטעם תקנת השוק היינו דמים שנתן מ"מ אם שימש בה הלוקח צריך לשלם למערער שכר תשמיש ועיין ברמ"א לקמן (סי' ת"ז) מבואר דהלוקח צריך לשלם שכר תשמיש ע"ש וא"כ שפיר כתב המחבר שלא באחריות דאם הי' באחריות אף דמשלם הנגזל דמי החפץ מ"מ כיון

דלוקח צריך לשלם להנגזל שכר תשמיש יוכל הלוקח לחזור על הגזלן בעבור אותו שכר, דהא אחריות טעות סופר אפי' שבח ופירות והוי נוגע, ולכך כתב המחבר שלא באחריות שאינו יכול לחזור כלל על הגזלן אפי' בעבור שכר תשמיש ולא הוי נוגע כלל ולעולם יוכל להעיד:

סימן לח

א איכא נפקותא עש"ך (ס"ק ב) דהביא ראי' דאף בעל המאור יודה דבשטר איכא הזמה היכא דכתוב בו בזמנו כתבוהו דאל"כ אמאי הקשה הגמ' ריש פרק אחד דיני ממונות אמרינן גבי דיני ממונות נמי צריך דרישה וחקירה אמאי כשר אם כתב באחד בניסן בשמיטה ובאו עדים אחרים ואמרו ביום פ' עמנו הייתם שטר כשר ועדיו כשרים דחיישינן שמא אחרוהו וכתבוהו וא"כ מוכח דאינו צריך דרישה וחקירה דהא עיקר דרישה וחקירה היא כדי שיוכל להזימה היא ע"ש, והקשה הש"ך דהא לשיטת בעל המאור אין דין הזמה בשטר ע"ש, ולפע"ד נוכל לתרץ קושיית הש"ך דהא עדות בשטר כשר ולא הוי מפי כתבם דשטר הוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד והוי כאלו מעידים ע"פ, וזה דוקא היכי דהעיד בע"פ הוי עדות אבל היכא דאם העיד בע"פ לא מהני מטעם דהוי עדות שאינו יוכל להזימה א"כ בשטר ודאי לא מהני וא"כ שפיר הקשה הגמ' אי איירי דלא כתוב בשטר בזמנו כתבנוהו ואמרי' שמא מאוחר הוא א"כ לא הוי כנחקרה על זמן ולא עדיף מאלו העיד בעל פה דלא מהני כיון דצריך דרישה וחקירה א"כ הוי לי' לפסול שטר זה לגמרי, אבל היכא דכתוב בשטר בזמנו כתבנוהו, א"כ אלו העידו בע"פ הוי מהני ושפיר שטר כשר ולא הוי מפי כתבם משום דהוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד, ושפיר סובר בעל המאור אף דאם העיד בעל פה הוי בו הזמה מ"מ בשטר לא הוי דין הזמה: (ב) הרמב"ם (פרק כ"א מעדות ה"ד) כתב דאם עדים אמרו שהפיל שן עבדו ואח"כ סימא עינו אם הוזמו משלמין דמי עבד ודמי עין. ובכ"מ ובמגדול עוז כתבו כיון דמהני לענין תפיסה ובקל יכול לתפוס משום הכי חייבים ע"ש. ולכאורה קשה דהא מבואר במסכת ב"ק (דף ע"ד) עדים שהוכחשו ולבסוף הוזמו לאביי פטורים, ואמאי פטורים דהא מהני לענין תפיסה דהא בתרי ותרי מהני תפיסה וכן הקשה בקצות החשן ע"ש. ולפע"ד לא קשיא דכיון דלא נתקיים עדותן דהם רצו להוציא ממון מן הדין ואנו אין דנין כן כיון דאיכא כת אחרת המכחשת אותם ולכך לאביי פטורים אבל היכא דנתקיים עדותן אפילו לא מהני עדותן רק לתפיסה שפיר חייבים אם הוזמו: בטור סעי' ג' (ג) או שהעידו באחד שגנב ואין לו מה לשלם ובאו לחייבו להיותו נמכר בגניבתו והוזמו באחד מכל אלו לוקין.

ולכאורה צ"ע דהא במס' מכות (דף ב'.) איתא תנו רבנן ארבעה דברים נאמרו בעדים זוממים אין נעשין בן גרושה ואין נמכרים בעבד עברי ומסיק הגמרא דמש"ה אין זוממים נמכרים משום דכתיב בגניבתו ולא בזממו וע' רמב"ם (פרק כ' מעדות) העידו עליו שהוא נמכר בע"ע והוזמו לוקין ולכאורה קשה דהא אנן קי"ל גבי עדים זוממין משלמין ואין לוקין וה"נ כיון שהעידו עליו שהוא ע"ע א"כ רצו להפסידו מעשה ידיו והוה לן לחייבן ממון דגבי עדים זוממין קי"ל משלם ואין לוקין ואפשר לומר דהא דקי"ל גבי עדים זוממין משלמין ואין לוקין דוקא היכא דמקיים כאשר זמם בתשלומין אבל הכא דלא נקיים כאשר זמם בתשלומין דהם רצו לעשות אותו ע"ע והם לא יוכלו להיות עבדים דגזרת הכתוב היא בגניבתו ולא בזממו משום הכי אמרינן דלוקין ואין משלמין. וכן נראה בר"ן מסכת מכות דכתב דאם העידו שגנב אם יש ממון לעדים משלמין וגבי אם העידו שהוא עבד כתב דלוקין ע"ש, אבל על הטור קשה. דהטור נקט שהעידו באחד שגנב ואין לו לשלם וא"כ באו לחייבו ממון וא"כ אמאי כתב הטור דלוקין אמאי לא אמרינן דמשלמין כדין כל עדים זוממין דקי"ל דמשלמין ואין לוקין וצ"ע:

סעיף י"ד (ד) אין עדים זוממין לוקין או משלמים עד שיהיו כלם כשרים וראוים להעיד עב"י דפי' משום קרוב או פסול בטל כל העדות ואפילו אם נגמר שלא כדין הוי כאלו לא נגמר ואין עדים נעשים זוממין עד שיגמר הדין עכ"ל. ולכאורה צריכים להבין דאמאי הביא בסימן זה דמחמת קרוב או פסול בטל כל העדות ובפרישה כתב דכוונת הטור ג"כ כיון דקי"ל דאין עדים נעשין זוממים עד שיוזמו כלם כמבואר אח"כ בטור לכך בעינן כלם ראוים להעיד דאי אין ראוים להעיד ג"כ אין ראוים להזמה ע"ש ולפע"ד נראה דודאי בלא פסול מטעם קרוב או פסול לא נוכל לפסול מטעם אין אתה יכול להזימה דאל"כ אמאי צריך ר"ע להוסיף במתניתין על ר"ש דצריך קרא לקרוב או פסול דהא בלא זה נמי לא הוי עדות משום דאין אתה יכול להזימם כלם. אלא ודאי זה ליתא דאינו צריכים להזים כלם רק הכשרים ושפיר צריך קרא לקרוב או פסול דכל העדות בטל לפ"ז אפשר דכוונת הטור היא לשטת רש"י בסנהדרין (דף מ"א) דכתב הטעם היכא דשנים יודעים בחקירות ואחד אומר אינו יודע דפסול לר"ש דסובר דאין עדים נעשין זוממים עד שיוזמו כלם ותוס' חולק שם וסובר דהוי הטעם כמו נמצא קרוב או פסול ע"ש וא"כ יש לומר בכוונת הטור דסובר כשטת רש"י דזה לא הוי כמו קרוב או פסול רק משום דאין עדים נעשים זוממים עד שיוזמו כולם ושפיר הביא כאן דין זה ועיין:

הלכות הלואה:

סימן לט

סעי' א' (א) המלוה את חבירו בשטר גובה מן המשועבדי' אפי' לא כתוב בו אחריות דקי"ל אחריות טעות סופר. עש"ך (ס"ק ב) דב"י כתב הטעם דשיעבודא דאורייתא ומלוה ע"פ לית לי' קלא לא טרף ממשעבדי ע"ש, והנה תוס' מסכת גיטין (דף מח ע"ב) ד"ה אין כתב למ"ד דסובר שעבודא דאורייתא אמאי צריך מתניתין לאשמיעינן דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין אפי' הן זיבורית מפני תיקון העולם תיפוק לי' דהא דבר תור בע"ח בזיבורית ואמאי צריך תיקון עולם בזה, ולפע"ד נראה ליישב דהא מבואר (בסימן קיז) אפי' בעשאו אפותיקי סתם סוברים כל הפוסקים דלוקח יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות ואינו גובה מלוקח אבל אם היא עדיין ביד הלוה יש למלוה ברירה אם אפותיקי היא זיבורית יכול לומר קרקע אחרת אני רוצה כדיני ואם אפותיקי היא קרקע טוב ויפה יכול לגבות מאפותיקי אבל אם אפותיקי היא ביד הלוקח יכולים הלקוחות לומר למלו' הנחתי לך מקום לגבות אפי' היא זיבורית ושפיר צריך מפני תיקון העולם:

נלפענ"ד דאם נאמר שיעבודא דאורייתא אף דקי"ל אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן זיבורית דוקא גבי יתומים קטנים אבל גבי יתומים גדולים לא עשו תקנה וניזק גובה מן העידית כמבואר בסימן ק"ח אבל אם נאמר דשיעבודא לאו דאורייתא יש לומר דאפי' גבי יתומים גדולים ג"כ ניזק אינו גובה רק מזיבורית וכן נראה מתוס' שם, ולפ"ז מיושב מה שכתב מהרש"א גיטין (דף מ"ט) דמתוס' ד"ה אלא למאן מוכח דלא כרבינו יונה שהביא רא"ש בשמו דמיתומים גדולים הניזק גובה עידית, אבל מתוס' מוכח דאינו גובה רק זיבורית אפי' מיתומים גדולים ע"ש, ולפי דברינו הנ"ל נוכל ליישב דתוס' כתב כן, על מה שתירץ רב אחא בר יעקב על קושיית אביי על מר זוטרא ברי' דרב נחמן דהוא סובר שיעבודא לאו דאורייתא כמבואר בתוס' גיטין (דף מ"ח ע"ב) בד"ה אין נפרעין ובתוס' (דף נ' ד"ה כיון דדיני' מדאורייתא בעידית) מוכח דאביי ומר זוטרא סוברים שיעבודא לאו דאורייתא אבל הרא"ש כתב זה אליבא דידן דקי"ל שיעבודא דאורייתא לכן כתב דניזק גובה מיתומים גדולים מעידית:

סעיף ד' (ב) ויש חולקים בזה עש"ך (ס"ק י"ד) דהביא בשם רבינו ירוחם היכא דאמר לעד אחד כתבו ואח"כ לעד אחר כתבו אי קני בפני עד אחד ואח"כ קני בפני העד הב' יכולים לעשות שטר מזמן הודאה שנייי' דאי לגבות ממנו אין צריך לכתוב דין זה בשם רבינו ירוחם ובשם תשובת רשב"א שהרי ש"ס ערוכה פ' זה בורר הודאה אחר הודאה מצטרפין ע"ש, ולכאורה דין זה צ"ע מאי ראי' משם דהא גבי ר"י בן קרחה גבי הלואה אחר הלואה

או הודאה אחר הודאה נעשה משני עדים דבר אחד דודאי שניהן לא משקרי מש"ה מצטרפין אבל הכא היכא יכולים להצטרף דהא אף אם אמר לע"א כתבו או קנו מ"מ לא מהני לגבות מנכסים משועבדים דלית לי' לקלא, א"כ היכא נוכל לדון דשניהם מעידים ע"כ עדות שלו דדלמא אחד מהן משקר וצ"ע: סעיף י"א (ג) ויש אומרים שסופרים שבזמן הקודם היו חוששין לענין טריפת לקוחות שמא לא אמר להם כתבו וחתמו ותנו. עש"ך (ס"ק לד) דתמה דאף מיני' פסול דהא קי"ל מפיהם ולא מפי כתבם ע"ש, ולפע"ד יש לומר דכוונת המחבר לפי שסופרים (בזמן הקודם היו) חוששין שמא לא אמר להם א"כ אף שבאו עדים ואומרים שאמר להם הלוה כתבו וחתמו ותנו, מ"מ כיון דאינו כותב כן בשטר א"כ אינו מוכח מתוכו שנכתב מדעת הלוה ושפיר חיישינן דלמא לא אמר להם ואין לו דין שטר לגבות ממשועבדים כיון דאינו מוכח מתוכו, ועיין לקמן (סימן מ"ג) ובתומים שם:

סעיף י"ג (ד) כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו וכו' בד"א בשטר שיש בו קנין עש"ך (ס"ק מ' בסופו, דהביא דברי הרא"ש דהקשה על הרי"ף דפי' שטר הקנאה שיש בו קנין, והרא"ש תמה ע"ז וכ' הש"ך דלק"מ ע"ש, והנה ז"ל הרא"ש ב"מ (פ"א סי' לו) מה חילוק יש בין קניין לאין בו קניין [כיון שכתב בשטר פלוני לוה מפלוני מנה נשתעבדו נכסי לוה למלוה, דשיעבודא וכו'], ואי משום קלא שיוכלו לקוחות ליזהר עדים החתומים מפקי לקלא ולא הקנין עכ"ל, ולכאורה צריכים להבין באמת דברי הרא"ש דהא מבואר לעיל (סעיף א) דגבי הלואה או הודאה בפני עדים וקנו מידו גובה ממשעבדי אף בלא שטר הרי דקנין יש לו קול כמו שטר, ואמאי כתב הרא"ש דשטר אפיק קלא ולא הקנין, אך לפע"ד נראה כוונתו דהא במתניתין קתני כותבין שטר ללוה בלא מלוה ופריך הגמ' על זה דניחוש שמא כתב ליתן בניסן וכו' ותירץ רב אסי בשטר הקנאה, ואם איתא בסתמא שקיבל קנין משועבדים נכסיו למלוה א"כ אין צריך לומר כותבין ללוה בדוקא דהא אף למלוה כותבין כמבואר במסכת סנהדרין ולעיל (סעיף ג') ע"ש אלא ע"כ דמיירי דאמר בשעת קנין כתבו שטר ותנו אותו בידי ומבואר בהג"ה בטור ובהג"ה כאן (סעיף י"ג) כשאמר תנו אותו בידי דאסור ליתן למלוה [או כמו שכתב הרמב"ן כי אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד היינו דוקא היכא דקנין היה בפניו אבל היכא דהקנין היה שלא בפניו לא אמרינן לכתיבה עומד וממילא אינו גובה ממשעבדי דהא הטעם דקנין גובה ממשעבדי משום דיכול לכתוב וכאן אין יכול לכתוב] ושפיר הקשה הרא"ש דהא גם בשטר עושה השיעבוד אפ"ה אינו גובה משעת חתימה משום דעדים בשעת מסירה

מפקי לקלא ולא קודם ושפיר הקשה הרא"ש על הרי"ף מאי מהני קנין וא"כ לא תירץ הש"ך כלום על קושיית הרא"ש:

ה עוד הקשה הש"ך שם (בד"ה ועוד) לשטת הרא"ש בדעת הרי"ף דמחלק בין מכר להלואה דבמכר לא אמרינן לאביי עדיו בחתומיו זכין לו אמאי כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו ניחוש שמא טריף מהלקוחות שקנו בין חתימה למסירה שלא כדין עכ"ל, ונראה ליישב קושיא זו דאביי סובר דסיפא גבי מכר נוכל לאוקמיה דמוכר מודה דמכר קרקע זו ללוקח וא"כ הוי כמוכר שדהו בעדים דגובה מנכסים משועבדים כמבואר בהדיא ברמב"ן ב"ב (דף ק') וכן בטור לקמן (סימן רל"ה) ע"ש וא"כ לא קשה כלל מסיפא גבי מכר אבל גבי הלואה אפילו אם הלוה מודה שקבל מעות ממלוה אפ"ה לא עדיף מאם נתן המלוה ללוה מעות בפניהם אפ"ה אין כותבין עד שיהיה מלוה בפניו וימסור מיד למלוה כמבואר בש"ע כאן (סעיף י"ג) ולכך אינו מקשה רק מהלואה ואפשר שזה כוונת הש"ך במה שכתב ואף שיש איזה תירוץ אחר על זה: (ו) אבל שטר שאין בו קנין אפילו מסר מעות ללוה בפניו אין כותבין עד שיהיה מלוה עמו ויתן השטר ביד המלוה בפניו עסמ"ע (ס"ק מ"א) דהביא בשם תוס' דאליבא דכ"ע אם המלוה עמו לפני עדים תו לא חיישינן דודאי ימסרנו לידו מיד עכ"ל ועיין תומים שכתב שהיא דברי תוס' גיטין ע"ש ורש"י ב"מ (דף יג) כתב היכא דלוה בפניהם ונתן מעות בפניהם ע"ש, ועיין בנימוק"י דתמה אמאי צריך נתינת מעות דהא לא גרע מלאביי דסובר עבז"ל דמותר לכתוב שטר אעפ"י שאין מלוה בפנינו וכש"כ אי איכא מלוה בהדי' ע"ש בנימוק"י, ולפע"ד נראה ליישב שיטת רש"י דרש"י מדקדק לשון הגמ' דקאמר מלוה בהדי' משמע דאף דלא מסר הלוה שטר למלוה בפנינו א"כ ודאי יש לחוש דלמא לא נתן מעות ולא ימסור שטר, אבל אם מסר הלוה שטר ליד מלוה בפנינו יש לומר דרש"י מודה דאינו צריכים לראות נתינת מעות דלא גרע מעב"ז לאביי:

סעיף י"ז (ז) לוה שבא לב"ד בשטר חוב שבידו לכפות את המלוה להלותו עד זמן שקבע אפי' נתברר שמדעת המלוה נכתב אפ"ה יכול לחזור בו. זה דעת הרשב"א, והרמב"ן חולק ע"ז, עש"ך (ס"ק מ"ט) דהקשה על הרמב"ן מסוגיא דב"מ (דף צ"ט) השואל קורדם מחבירו בקע בו קנאו, לא בקע בו לא קנאו, אף דרב הונא מודה לענין אונסין, דחייב מיד אפ"ה יכול המשאיל לחזור בו, מוכח להדיא דאף דנשתעבד נכסי השואל מיד אפ"ה יכול לחזור בו, וגם תמה על הרשב"א דלא הביא ראיה זו, ולפע"ד לא קשה דהא עיקר סברת רמב"ן דסובר דצריך להלוות משום דהוי כמו חליפין כיון דנשתעבד נכסי הלוה בעבור זה משועבד ג"כ המלוה להלוות וזה שייך שפיר גבי הלואה דמלוה להוצאה נתנה

אבל גבי שואל קורדם אף דנכסי שואל משתעבד מ"מ לא עדיף מחליפין ובחליפין גמור ס"ל לתוספות ב"מ דף י"א ע"ב) דשאלה ושכירות אינה נקנית בחליפין וכמו שמבואר בח"מ (סימן קצ"ה) ע"ש ולכך אפשר לומר דאינו משתעבד ולכך לא הביא רשב"א ראיה משואל קורדם:

סימן מ

סעי' א' המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי אע"פ שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב. כיצד אמר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה וכו' הרי זה חייב לשלם אע"פ שהעדים יודעים שלא היה חייב לו כלום. ערמב"ם (פרק י"א ממכירה, ובכסף משנה דכתב הטעם של רמב"ם דמשום הכי חייב משום קנין אודייתא ועיין בקצות החשן דכתב ג"כ טעם של הרמב"ם משום אודייתא ע"ש, ולפ"ז נ"ל דמה דכתב הרמב"ם בלא תנאי כלל נראה לי טעמו דכיון דאודייתא אינו קנין רק בדיבור בעלמא הלכך אם מתנה בה תנאי אינו מקנה לגמרי לא קנה וכן נראה מהר"ן נדרים (דף כ"ז ע"ב ד"ה ונמצא) דכתב דכיון דלא הקנה לחלוטין לא הוי הודאה גמורה ע"ש היטב, ולפ"ז נוכל ליישב קושיית תוס' ב"ב (דף קמ"ח ע"א ד"ה שכיב מרע) דתמהו תוס' לימא איתא בבריא בהודאה מדקני בגר ע"ש ולפי הנ"ל נוכל ליישב דהא כל הסוגיא איירי שם בשכיב מרע ובשכ"מ הוא ממילא בתנאי דהא אם עמד חוזר וא"כ ליתא בבריא דבבריא אין יכול להקנות באופן זה בתנאי כנ"ל דקנין אודיתא אינו אלא בדיבור הלכך פריך שפיר הגמרא ליתא בבריא ועוד ראיה דקנין אודייתא על תנאי לא מהני ממס' ב"ב (דף קנ"ו ע"ב) מעשה במטרוני אחד שהיה בירושלים והיו לו מטלטלין הרבה ובקש ליתנם במתנה אמרו לו אין לו תקנה עד שיקנה ע"ג קרקע והקשה התורת חיים דהא יכול להקנות באודייתא ותירץ דלא רצה להקנות באדייתא שלא יזכה בהן המקבל בחייו ע"ש ואם איתא דקנין אודייתא על תנאי מהני קשיא דהא יכול להקנות לו שהם שלו אם ימות אלא ודאי אודייתא על תנאי לא מהני והוא לא רצה להקנות לו באודייתא קנין גמור שלא יכול לחזור אלא שיהיה דינו כמתנת שכיב מרע דאם עמד חוזר וא"כ הוי על תנאי ולא מהני כלל כנ"ל נכון:

סימן מא

סעיף ד' מי שהיה לו חוב על חברו בשטר ואבד השטר והרי העדים קיימים אע"פ שקנו מידו אם טוען שפרע הרי זה נשבע היסת אפילו הוא תוך זמנו כיון דאיכא רעותא וכו' אבל אם הפקידו מלוה אצל אחר והוא יוצא מתחת ידי הנפקד אין הלוה נאמן לומר

פרעתי וממני נפל ואתה מצאתו ונראה בדין זה שהשטר יוצא מתחת יד שליש אפילו השליש לא ידע מי הפקידו לשטת הרא"ש דמבואר לקמן (סימן ס"ה סעיף ג') דשטר שמונח ביד שליש ואין יודע מי הפקידו דאם מודה אחד לחברו סובר הרא"ש דיחזיר כיון דלא אתיליד רעותא ממילא י"ל לפי שטה זו אפשר דגובה ולכל הפחות מהני תפיסה אם הוא בתוך זמנו אף שלוה עומד וצוח אני מסרתי לו השטר כיון שהוא תוך זמנו הוי חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וצ"ע:

סימן מב

סעי' ה' (א) הי' כתוב בו מלמעלה דבר אחד ולמטה דבר אחר ואפשר לקיים שניהם מקיימים אותם עסמ"ע (סק"י) דכתב דאפילו הקיום הוא בדוחק מקיימין:

וש"ך (סק"ט) כתב דזה לא שמענו ע"ש ולפע"ד מבואר להדיא בהגהות מיימנות (פרק כ"ז ממלוה אות מ') בשם רבינו מאיר כדברי הסמ"ע דכתב וז"ל היכא דאי אפשר לקיים שתי הלשונות עליון ותחתון וסותרין זה את זה אבל היכא דאפשר לקיים לא אמרינן דסתרי אהדדי אפילו היכא דשתי הלשונות מרוחקין זה מזה כ"ש היכא דסמיכי אהדדי דלאו אורחא הוא לומר בתוך כדי דיבור שתי לשונות דסתרי אהדדי והביא ראיה [מב"ב קס"ו ע"ב] היכא דכתב למעלה קפל ולמטה ספל דאינו גובה אלא קפל דחיישינן שמא זבוב הסיר רגל הקיף ונעשה סמך אף שהיא חשש רחוקה מ"מ שלא יכחישו זה את זה מקיימין אפילו בטורח עכ"ד מוכח להדיא כדברי הסמ"ע:

ב ואם נמחק סכום של מטה הכל פסול דאפשר שהיה כתוב למטה רק דינר אחד ולכאורה נ"ל בזה דוקא היכא דנמחק ואינו ידוע מהיכן בא המחק זה דשפיר יש רעותא משה"ה פסול אבל היכא דידעינן דודאי נמחק באונס שפיר גובה סכום דכתוב למעלה דהא מבואר בש"ע כאן דהיכא דאפשר לקיים שניהם מקיימים וכתב הסמ"ע אפילו מדוחק וא"כ הכא כיון דלא חזינן דתחתון סותר עליון אזלינן אחר עליון וצ"ע:

סעי' ו (ג) אם נמחק מתחתון עסמ"ע (ס"ק י"ז) דפסק דכשהשטר ביד חנני או תן אותו שהשטר בידו גובה בו בין בחסרון ובין בנמחק ע"ש. וש"ך (ס"ק י"ג) חולק עליו ופסק דאם נמחק או חסר ושטר ביד חנני אינו גובה בו ע"ש, ולפע"ד דברי סמ"ע צ"ע דהא לשיטת סמ"ע דפסק היכא דנמחק שתי אותיות פסול ואינו גובה בו איירי דוקא כשהשטר ביד שליש כדכתב הסמ"ע בעצמו וא"כ מה טוען השליש אי טוען דלא ידע מי הפקיד אצלו הלוה או מלוה בלא"ה פסול כמבואר (בסימן מ"א וסימן ס"ה סעיף, א') ע"ש אלא ע"כ דשליש אומר אחד משניהם הפקיד אצלו או חן או חנני, א"כ לשיטת הסמ"ע אמאי פסול

דהא ע"כ מי שהפקיד אצלו היה יכול לגבות בו דהא אף אם חנני הפקיד אצלו לשיטת הסמ"ע אם היה השטר ביד חנני גובה בו ואפילו אם השליש מסופק מי הפקיד אצלו מ"מ אם אחד שניהם נותן הרשאה חייב הלוה לשלם וא"כ אמאי קתני פסול דמשמע פסול לגמרי אלא ע"כ דאף אם היה השטר עתה ביד חנני נמי אינו גובה ושפיר אינו גובה בו כלל היכא דהוא ביד שליש ואתי שפיר לישנא פסיל נמצא מוכח כדברי הש"ך אפילו אם השטר ביד חנני נמי אינו גובה בו:

סעי' י"ב (ד) כתוב בשטר סלעים וכו' עסמ"ע (ס"ק ל"ב) כתב ולפ"ז (בסעיף שלפני זה) דנכתב בשטר דאינון ונמחק הסכום מסתברא למימר דמהני תפיסה ועש"ך (ס"ק כ"ז) דתמה דהא אפילו גבי שובר שכתב דאינון ונמחק דאין דנין אלא פחות שבשובר ע"ש. ולפע"ד נראה דודאי היכא דלא ידעינן על איזה אופן נמחק ודאי פסול דהא איכא רעותא גדולה אבל היכא דידעינן דנמחק באונס ודאי שובר מבטל שטר וכן נראה מבעה"ת ע"ש, ולפ"ז י"ל דכוונת סמ"ע ג"כ היכא דידעינן דנמחק באונס וכן כתב התומים (ס"ק י"א) ע"ש. אך מ"מ קשה דאין לדבר סוף דכמה דבעי המלוה יתפוס כמו שתמה התומים באמת י"ל לפע"ד דהדין של. סמ"ע נמי ניחא היכא דכתוב בשטר פרוטות ונמחק א"כ יש לו שיעור דיכול לתפוס עד דינר ולא יותר דהא יותר מדינר ודאי לא היה דא"כ אסוכי מסכן להו כמבואר ב"ב (דף קס"ו ע"ב) ובש"ע כאן (סעיף ט"ו):

סימן מג

סעיף ח' (א) בד"א שגובה מבני חורין כשלא הקדימו העדים זמנו בכוונה עש"ך (ס"ק ט"ו וס"ק י"ט) דפסק דהעדים נאמנים לומר שהקדימו זמן דהיינו שכתבו שטר ללוה בלא מצוה דהוא טעות דעבידי למטעי וסברי כאביי דעדיו בז"ל ונאמנים אפילו בכתב ידם יוצא ממקום אחר ולפי דברי הש"ך י"ל דברי הרא"ש מסכת גיטין בסוגיא דנכתב ביום (דף י"ח ד"ה עד שעת נתינה) דהקשה הרא"ש לר"י איך כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ניחוש שמא יכתוב ליתן בניסן ולא יתן עד תשרי כמו דחיישינן גבי שטר חוב ותירץ (תוס') דגבי שטר חוב חיישינן שפיר משום דמאן דיזיף בצנעה יזיף ע"ש לפי שפעמים מוסר בצנעה וגם אם יוצא קול שאחר הכתיבה נמסר סברי לקורות לכך נמסר בידו לגבות מיום הכתיבה ולא מסקי אדעתייהו לומר אייתי ראיה ע"ש ולכאורה צריכים להבין דברי רא"ש דאם יוצא קול שאחר הכתיבה נמסר אמאי לא יאמרו לקוחות אייתי ראיה דהא במסכת ב"מ (דף י"ט) קאמר הגמרא מדאהדריה רבנן ש"מ קמו רבנן במלתא ומקמי דידי מטא לידיה ע"ש וגם תוס' בסוגיא דנכתב ביום תירץ דמאן דיזיף בצנעה יזיף

ולא ימסור בפני עדים ולא יצא קול אבל הרא"ש כתב אף שימסור בפני עדי מסירה ויצא קול שאחר הכתיבה נמסר לא יאמרו לקוחות אייתי ראיה קשה להבין ולפי דברי הש"ך הנ"ל י"ל דברי הרא"ש דלקוחות יטעו וסברי כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ולכך אפינו יצא קול שלא נמסר ביום הכתיבה לא יאמרו אייתי ראיה דהוא טעות דעבידי למטעי ואפשר מה דקאמר הגמרא ב"מ קמו רבנן במלתא עדיפא משני או אפשר דכוונת הגמרא כן היא כנ"ל:

סעיף י"ב (ב) שטרי חוב המאוחרים כשרים שהרי הורע כחו של בעל השש השטר שאינו טריף אלא מזמן השטר ואעפ"י שלא כתבו בו שהוא מאוחר הרי זה כשר במד"א דכתוב בו דאקני אבל אם אינו כתיב בו דאקני פסולים. הרב המגיד (פכ"ג ממלוה ה"ב) תמה על הרמב"ם דכתב סתם שטר חוב המאוחרים כשרים ולא ביאר דבריו דאינו כשרים אלא א"כ כתוב בהם דאקני, ותירץ הט"ז כיון דשטר מאוחר הוי כאלו שיעבוד בפי' דאקני ע"ש, ולפע"ד עדיין אין תירוצו מספיק דהא ע"כ הא דשט"ח המאוחרים כשרים איירי אפי' בלא הודיעו ללוה שמאחרים זמן השטר דאי איירי בהודיעו א"כ גבי מקח אמאי פסול מאוחר דהא מבואר בש"ך (ס"ק למד) דאם הודיעו למוכר שאחרו שטר מכר כשרים ע"ש, ומדפסק רמב"ם באותו פרק בשטר מקח מאוחר פסול וגבי הלואה מאוחר כשר ע"כ בלא הודיע איירי ושפיר הקשה הרב המגיד על רמב"ם, ולפ"ז דברי קצות החשן ס"ק ד' נדחו מטעם הנ"ל ועיין: סעיף י"ג (ג) אבל בשטרי מקח וממכר אפילו מאוחרים פסולים אלא א"כ כתב האיחור בפירוש. עש"ך (ס"ק למד) דאם הודיעו למוכר שאיחרו השטר מכר כשרים ע"ש, ולפ"ז נ"ל לפרש סוגיית הגמ' ב"ב (דף קע"א ע"ב) אמר רב המנונא לא שנו אלא שטר הלואה אבל שטר מכר אפילו מאוחרים נמי פסולים וכו' והקשה הגמ' אי הכי אפי' שטר הלואה נמי ותירץ הגמ' אין כותבין שובר, ולכאורה צריכים להבין סברת המקשה דסבר כותבין שובר אמאי מקשה אי הכי אפי' שטר הלואה נמי דלמא באמת פסול כמבואר בסוגי' שם וכן הרגיש הרמב"ן, ותירץ דמקשן סובר דמתניתין איירי דכתב בפי' דאחרוהו וקדמוהו דפסול מאותו זמן הכתוב אבל לח לגמרי א"כ קשה מאי מקשה הגמ' ב"מ באיזהו נשך יגבה מזמן שני דלמא באמת כן הוא מזמן שני גובה אלא ודאי ליכא למימר הכי דזה פשיטא וגם לשון פסולים משמע לגמרי אפי' מזמן שני, ולפי דברי הש"ך ניחא סוגיית הגמ' דמקשן סובר אפי' לר"י דפוסל מאוחר מ"מ היכא דהודיעו ללוה שאיחרו כשר ומתניתין איירי בהודיעו ללוה ע"כ מאוחר כשר אבל מוקדם פסול מטעם גזירה שמא יגבה מזמן ראשון אבל על רב המנונא דסובר דמתניתין איירי דוקא שטר הלואה אבל במקח וממכר אפי' מאוחר פסול שפיר מקשה

הגמ' ממנ"פ אי איירי בהודיעו ללוה שאיחרוהו א"כ אפי' במקח וממכר נמי כשר לפי דברי הש"ך ואי איירי בלא הודיעו אפילו שטר הלואה נמי פסול ע"כ צריך רב המנונא לתרץ דמתניתין סובר אין כותבין שובר לפיכך שטר הלואה כשר ושטרי מקח פסולים מטעם דרב המנונא:

סעיף י"ד (ד) שטר שזמנו כתוב בשבת או בעשרה בתשרי שטר מאוחר הוא וכשר, ואין חוששין שמא מוקדם הוא ובאחד בשבת או בי"א בתשרי נכתב אלא מעמידין השטר על חזקתו שהדבר ידוע שאין כותבין בשבת או ביו"כ ולפיכך איחרוהו ויש מי שאומר דאי אמר אישתבע לי חייב לשבע. עש"ך (ס"ק ל"ב) דהקשה על המחבר דפסק דשטר מוקדם אינו פסול לגבות מבני חרי א"כ אמאי פסק דצריך לשבע ע"ש ולפע"ד נראה דהא ודאי אף דקי"ל דשטרי מקח פסול בין מוקדם ובין מאוחר וכן גבי מתנה סובר הש"ך (ס"ק כח) דשטר מאוחר נמי פסול ע"ש, מ"מ היכא דכתוב בשטר זמנו בשבת או בעשרה בתשרי כשר אפי' בשטר מקח ומתנה דשפיר אמרינן דשטר מאוחר הוא ובכה"ג הוי כמו דפירשו איחור כיון דאנן ידעינן דלא בזמנו כתבונהו, וכן מוכח ממס' ב"ב (דף קע"א) דר"י סובר דשטר מאוחר פסול, מ"מ היכא דכתוב בו זמנו בשבת כשר מטעם הנ"ל, ולפ"ז שפיר הביא המחבר דין זה דיכול לומר אישתבע לי דלאו מוקדם היא ונפ"מ לענין שטר מקח ומתנה דאי מוקדם הוא פסול לגמרי אפילו לשיטת המחבר וכן פסק התומים ועי' אורים (ס"ק י"ח) ע"ש, שפיר כתב המחבר דאי אמר אישתבע לי דאינו מוקדם צריך לשבע כיון דאיכא ריעותא שזמנו בשבת או ביוד בתשרי כמבואר בסמ"ע (ס"ק כ"ה) ע"ש, ולפ"ז לא קשיא נמי מה שהקשה הש"ך (ס"ק ל"ג) ממנ"פ אי טוען שפרעו וישבע לי בלא"ה צריך לשבע ואי אינו טוען שפרע ישלם לו, ולפי הנ"ל ניחא דהוא רוצה לבטל המתנה אי המקח מכח טענת מוקדם ושפיר צריך לשבע כיון דאיכא ריעותא דזמנו כתוב בשבת:

סימן מה

סעי' ב' (א) ראש ב"ד שהי' יודע ענין השטר וקרא לפניו הסופר שלו הואיל והוא מאמין אותו ואימתו עליו הרי זה חותם השטר אעפ"י שלא קראו הוא בעצמו וכו' ואם אינם מבינין לשון השטר יתרגמו להן הקוראין והם חותמין. עש"ך (ס"ק ג') דכתב על מה שהביא ב"י באבן העזר (סימן ק"ל) אף בגט היכא דאין העדים יכולים לקרות אחרים קוראין לפניהם ומותרין לחתום. מ"מ היכא דאין מבינים לשון הגט פסול מטעם דהוי כעד מפי עד, דאל"כ מאי מקשה הגמ' גיטין (דף י"ט ודף י"א) והא לא ידעי למקרי לימא

דיתרגמו אחרים להם וקמ"ל דמהני אלא ודאי שמעינן דזה לא מהני, וכתב בש"ך דודאי בגט כיון דמועיל היכא דקוראין לפניהן הה"ד אם יתרגמו להם אבל בשאר שטרות סובר רשב"ג דאין רשאין לעשות כן ושפיר מקשה הגמ' ע"ש, ולכאורה צע"י דברי הש"ך דהא בדיעבד אף רשב"ג מודה דכשר לכמה פוסקים אפילו אינו יודע לחתום (כמבואר ברמ"א (סעיף ד) ע"ש ואף להפוסקים דפסלי לקמן גבי אינם יודעים לחתום אבל אינם יודעים לקרות כולי עלמא מודים דכשר בדיעבד כמבואר בש"ך (ס"ק ה') ע"ש ולפ"ז שפיר הביא ב"י ראי' אמאי הקשה הגמ' והא לא ידעי למקרי, ואין לומר דבשאר שטרות לא הכשיר רשב"ג הני מילי לכתחילה אבל בדיעבד כשר לרשב"ג כמו באינם יודעים לקרות אלא ודאי באינם יודעים לקרות ומבינים לשון הכתב גם בגט פסול מטעם דכתב ב"י דהוי כעד מפי עד:

סעיף ה' (ב) מקום שנהגו שסופר חותם ע"פ עד במכירת קולמס וכו' אם קבלו בני העיר לעשות עדותו כעדות העד כשר וכו' ואי איתנהו לסהדי קמן וקים לן בהו דלא ידעי למקרי אי אמרי אקרינן למאן דידע למקרי סמכינן עלייהו ואי לא אמרי הכי דייקינן בסהדותייהו על פה אי מכווני אשטרי מקיימינן להו עסמ"ע (ס"ק י"ב) דכתב דוקא בסתם אבל אי אמרי בפירוש דלא קראו ולא יהבי למאן דידע למקרי פסול אפילו אי מכווני אשטרא ועש"ך סקי"א דחולק על הסמ"ע ופסק אפילו אמרי בפירוש דלא קראו ולא יהבי למאן דידע למקרי מ"מ אע"פ שלא היה להם לחתום מ"מ כיון דמכווני אשטרא השטר כשר ע"ש. ובתומים תמה לשיטת הש"ך אמאי הקשה הגמ' גטין (דף י"ט) אמר אמימר האי שטרא פרסאה דחתימי עליה סהדי ישראל מגבינא ביה ומקשה הגמרא והא לא ידעי למקרי ותירץ הגמ' בדידעי למקרי. ולשיטת הש"ך מאי מקשה הגמ' דהא אם מכווני אשטרא כשר אף שלא קראו השטר ע"ש. ולפע"ד יש ליישב קושיית התומים דהא צריכים להבין תירוץ הגמרא דידעי למקרי מ"מ שטר הבא לפנינו אמרינן מסתמא אינם יודעים א"כ לא הוי מוכח מתוכו דפסול כמו שהביא השיך (סימן מ"ד ס"ק ד') שאין למדין משיטה אחרונה אפילו אמרו עדים שלא הרחיקו שיטה אחרונה מ"מ אין לו דין שטר כיון שאין מוכח מתוכו ע"ש וה"נ אף שהעדים או אומרים דיודעין למקרי מ"מ אינו מוכח מתוכו ופסול אלא ע"כ צריך לומר דהגמרא מיירי דאנן ידעינן דעדים יודעים למקרי ושפיר הוה מוכח מתוכו ולפ"ז נוכל לומר בשלמא בכל שטר הבא לפנינו אמרינן מסתמא יודעים עדים למקרי ושפיר הוה מוכח מתוכו אע"פ שהעדים אומרים שלא קראו השטר כשר כיון דמכווני אשטרא אע"פ דעשו שלא כדין שלא קראוהו השטר בשביל זה לא נפסל כשטת הש"ך אבל התם גבי שטר פרסאה סתם ישראל אינו יודע

לשון פרסי הלכך צריך הגמרא לתרץ דידעינן בבירור שהעדים מבינים לשון פרסי וכן מה שהקשה משטר פרסאה דמסרינן נהליה בפני ישראל נמי לא קשה כיון דלא חתמי וגם לא קראו ליכא עדי מסירה:

סעיף ו' (ג) ידקדקו העדים שלא ירחיקו מהכתב רוחב שני שיטין ואם הרחיקו שני שיטין פסול וכו' אפילו טייטוהו בדיו פסול שלא יאמרו חתמו על הטיוטא ולא על עיקר השטר עסמ"ע (ס"ק י"ד) דאפילו בשריטות פסול וע' ש"ך (ס"ק י"ג) דאפשר דבשריטות כשר ע"ש ועיין לקמן (סימן מ"ו סעיף ל"ב) הרחיק הקיום מהשטר שטה אחת או ב' שטין או יותר ומלא כל הריוח שריטות דיו כשר ואין חוששין לב"ד שקיימו על השריטות אלא על גופו של שטר ויש אומרים שחוששין לכך ע"ש ועש"ך (ס"ק פ"מ) דרא"ש נמי ס"ל דכשר אך מתוס' משמע דר"י פליג הלכך שטה אחת מטוייטת פסול דקי"ל כר"י ע"ש ולענין דינא עיקר כרמב"ם דכשר עכד"ק. ולכאורה קשה מאד אמאי אמרינן עדים אטיוטא חתמי מה שייך ענין חתמו דהא ניכר שאין בו רק נקודות או שריטות וכן הקשה הש"ך (סי' מ"ו שם) וכן הקשה תורת חיים ע"ש. ולפע"ד נראה ליישב דהא עדות מסורה לכל אפילו לעמי הארצות כמבואר בלשון רשב"ם ב"ב ע"ש לפ"ז יש לומר מש"ה אי איכא טיוטא בין גופו של שטר לעדים פסול דלפעמים יש עדים דסוברים כיון דיש טיוטא בין חתימתם לשטר רשאין לחתום אע"פ שאין יודעים גופו של עדות דהם סוברים דבשטר זה לא יגבה כלל משום הכי תקנו דשטר פסול אע"פ שהעדים הם צורבי מרבנן דלא פלוג וזה פי' הגמרא סהדי אמרינן אטיוטא חתמי בשביל טיוטא סוברים דשטר זה אינו ראוי לגבות בו ולפ"ז יש לומר דגבי ב"ד דאנן פסקינן דלא חיישינן לב"ד טועין אפילו יש טיוטא בין אשרתא לחתימת הדיינין כשר דב"ד ודאי לא אטיוטא חתמי רק על קיום השטר דלא חיישינן לב"ד טועין ועיין וא"כ מה שכתב הש"ך לקמן (סימן מ"ו שם) היכא דחתמי הדיינין והוי שם שריטות או נקודות בין חתימתם לאשרתא דפסול ולפי טעם שכתבתי י"ל דכשר גבי קיום:

סעי' ז' (ד) הא דאמרינן שאם הרחיקו שני שיטין פסול היינו למגבי ביה ממשעבדי אי נמי מבני חרי חיינו אם הלוה טוען פרעתי אבל אינו יכול לטעון לא היה דברים מעולם עיין סמ"ע (ס"ק ט"ו) ועש"ך (ס"ק י"ד) דאף לשטת הפוסקים (בסי' מ"ג ס"ק י"ב) גבי שטר חוב מוקדם דפסול לגמרי ויכול לטעון להד"ם מכל מקים מודים הכא דאינו יכול לטעון להד"ם מטעם שכתב רבינו יונה כיון שנתנה עדות זו להכשיר אלו מלאוהו בקרובים או בחזרת דברים עכ"ל. ולכאורה צ"ע דברי הש"ך דהא גבי מוקדם כתב הש"ך לעיל (סימן מ"ג ס"ק י"א) דאם המלוה בעצמו כתב עליו הזמן קודם שנראה בב"ד השטר כשר

ע"ש וא"כ מאי תירץ הכא. ודוחק לחלק דשם כתב רק לשטת המחבר דאמאי מהני הכא הכשיר והתם לא מהני] אך אפשר לומר דכוונתו דהתם איירי באופן דאין יכול לכתוב בשטר דמיירי ששטר נכתב מכל צדדיו כמו שכתב הש"ך (סימן מ"ג) הנ"ל אבל היכא דיכול לכתוב באמת אינו יכול לטעון להד"ם אף לשטת הש"ך דסובר לשטת רמ"א יוכל לטעון להד"ם היינו דוקא היכא דאין יכול לתקן אבל אם יכול לכתוב עליו אין יכול לטעון להד"ם ועיין. ועוד נ"ל לתרץ דהכא שאני דאין יכול לטעון להד"ם משום דאין צריך לעשות דבר חדש בשטר רק לתקן העיוות שלא יהי' יכול להזדייף במלאוהו בקרובים או בחזרת השטר משום הכי מהני הכא דאין יכול לטעון להד"ם לכ"ע אבל גבי מוקדם (דסימן מ"ג) דצריך לעשות דבר חדש בשטר לשנות הזמן ע"כ לכמה פוסקים יכול לטעון להד"ם:

סימן מו

סעיף א' (א) המוציא שטר חוב על חברו כל זמן שלא נתקיים יכול הלוה לומר מזויף הוא וכו' ואפילו אם הלוה מודה ואומר אמת שאני צויתי לכותבו אבל פרעתי או אמנה היא או כתבתי ללות ועדיין לא לויתי וכל כיוצא בזה הואיל ומפיו נתקיים הרי זה נאמן וכו' עש"ך (סי' פ"ב ס"ק ב') שכתב אפילו טוען הלוה שאמנה הוא ועדים יודעים מזה א"כ לפי דבריו העדים רשעים אפ"ה נאמן משום מגו. ובקצות החושן שם תמה על הש"ך כיון שאמר שעדים יודעים מזה דהוי אמנה א"כ עושה העדים רשעים דחתמי דעשו עולה והוי מגו במקום עדים ואינו נאמן והביא ראיה מעובדא דנהר פקוד ועיין שם מה שתירץ ולפע"ד נראה ליישב קושיית קצות החשן דהכא אף דאנו לא מהימנינן ליה דעדים יודעים מזה מ"מ גוף הדבר שאינו חייב למלוה שהוא אמנה שפיר נאמן במגו ולא דמי לנהר פקוד בב"מ (דף פ"א) דאמר דהלך באורחא דנהר פקוד מיהו ליכא מיא דכיון דמודה דהלך שם רק אמר דאין שם מים דאנן סהדי דיש שם מים ופושע הוא ולא מהני מנו אבל הכא הלוה אומר שני דברים אחד שהוא אמנה ושני דעדים יודעים מזה נהי דלגבי העדים אינו נאמן דמשוה אותם רשעים מ"מ גוף הדבר שהוא אמנה ואינו חייב נחמן ושפיר דברי הש"ך:

סעי' ד' (ב) אין מקיימין שטרות אלא בשלשה מפני שהוא דין ואם קיימו בשנים לא הוי קיום ויש מי שכתב מאחר שנהגו שהרב התופס ישיבה מקיים ביחידי מנהג כזה מבטל הלכה. וכן המנהג פשוט במדינות אלו ונ"ל הטעם דסבירא לן דקיום שטרות דרבנן דיחיד מומחה דינו כג' הדיוטות וכו'. ועש"ך (ס"ק ט') אא כרוב הפוסקים דסברי דאפילו אם

טוען הלוה בפי' הא אפ"ה לא בעי קיום מדאורייתא ודבר זה תמוה מאד דהא מבואר באבן העזר (סי' קמ"א סעיף נ"ג) שליח המביא גט במקום שאין צריך לומר בנו"ן דהיינו בארץ ישראל נותנו לה ונשאת בו ואם בא הבעל וערער לא גרשתי ומזויף הוא תצא והולד ממזר ולשטת הש"ך אמאי תצא דהא מסיק הש"ך דאפילו אם טוען בפירוש מזויף, מ"מ אין צריך קיום רק מדרבנן וכן תמה הבית שמואל בסימן הנ"ל וכן תמה התומים דלפי דברי הש"ך אינו אלא ממזר מדרבנן ע"ש. ולפע"ד יש לחלק דהכא גבי שטרות אפילו אם הלוה טוען בפי' מזויף מ"מ יש סברא לומר דשטר כשר הוא דלא חציף אינש לזייף ולעשות שטר שקר דהא כל פעולותיו רק לגבות מלוה עצמו ומסתמא אם יבא לגבות מלוה יעשה כל תחבולות ויברר ששטר מזויף הוא ע"כ יש סברא לומר דלא חציף לזייף לכן פסק הש"ך דאפילו טוען הלוה בפי' מזויף אין צריך קיום רק מדרבנן (כמו שכתב תוס') אבל גבי גט דאינו עשוי רק להפקיע מיד בעלה וכל היכא דראה הגט אפילו אינו מקיום בא"י מותרת לנשואין וא"כ אם אין הבעל בפנינו או מי שמכחיש אותה שפיר יש לחוש למזוייף מש"ה אי אתא בעל אח"כ וערער שפיר חוששין לטענתו ואם אינה מקיימת את הגט אוקמיה אשה אחזקת אשת איש וע"כ תצא והולד ממזר דאורייתא וקצת דומה לזה חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה דוקא בפני בעלה אבל שלא בפניו מעיזה:

ג אע"ג דאין יחיד מומחה בזמן הזה מ"מ לענין קיום שטרות דרבנן יש לסמוך עליו כן נ"ל טעם המנהג ונראה מ"מ דוקא באו עדים ואמרו שראו שיחיד מומחה קיים השטר או שלוה מודה לענין בני חורין אבל בלא זה לא מהני אף דהוא כיחיד מומחה מ"מ לא יקום עד אחד באיש אמר רחמנא וצ"ע. ואפשר לומר דגם זה נכלל בתקנת המנהג דכתב רמ"א דרב התופס ישיבה יהא נאמן על כך שקיים את השטר:

סעי' ז' (ד) ואין מקיימין את השטר משטרות אחרות אלא משתי שטרות של שתי שדות ולכאורה יש להסתפק היכא דהוי שטר של שדה אחת ויש ג"כ עד אחד על קיום אי מהני כמו שתי אומדנות דהוי שתי שטרות וה"נ כן. ולכאורה יש סברא דמהני לענין קיום דהא קי"ל עד אחד כשר ועד אחד מעיד בגדלו מה שראה בקטנו מהני לענין קיום ואם שנים העידו בגדלן מה שראו בקטנן לא מהני וכש"כ הכא דמהני אפילו שתי שטרות ושתי שדות ודאי שטר של שדה אחת של שלש שנים ועד אחד ודאי ג"כ מהני:

סעי' י"ג (ה) שנים שחתומים על שטר ומת אחד מהן צריך שנים מן השוק להעיר על חתימתו ואין העד החי יכול להצטרף עם אחר להעיד על חתימתו של המת שא"כ יצא שלשה רביעית הממון על ידו ואם לא נמצא אלא ע"א עם זה העד החי כותב חת"י בפני

עדים אפילו על החרם ומשליכו בב"ד עד שיוחזק כת"י בב"ד (הג"ה) וכ"ש אם היו עדים לקיים חתימת החי. לכאורה משמע מלשון רמ"א דהיינו דוקא אם יש שני עדים אבל עד אחד כיון דהוא צריך ג"כ על חתימתו לא מהני אף אם העד מן השוק מעיד קודם על חתימתו ג"כ לא מהני ובנימוק"י ב"ב (דף נ"ז ע"א) מבואר להיפוך דאם עד אחד מן השוק מעיד קודם על חתימתו אף שהעד החי אח"כ מעיד ג"כ על חתימתו אפ"ה כיון דאין צריך להעיד על מנה שבשטר דהא יש שני עדים על חתימתו, העד החי ועד אחד מן השוק מהני דאינו יוצא שלשה רביעי ממון אפומא דחד ע"ש, אך מתוס' כתובות (דף כ"א ד"ה על כתב ידם הן מעידין) נראה להדיא היפוך מסברת נימוק"י דהא תוס' הביא ראי' לרבנן אפי' העדים אומרים בפי' שעל כתב ידן הן מעידין אפ"ה אמרינן אמנה שבשטר הם מעידים דאל"כ מאי קאמר הגמ' ואי ליכא תרי אלא חד מאי קשיא דהא יש עצה שיאמרו בפירוש שעל, כתב ידך הם מעידים אלא ודאי לרבנן אפי' אמרו בפי' שעל כתב ידן הן מעידין ג"כ לא מהני ע"ש, וכאן בע"כ מיירי דאחד מן השוק מכיר חתימת החי דאל"כ לא הקשה תוס' דלימא על כתב ידן הן מעידין, וא"כ לשיטת הנימוק"י עדיין יש תקנה דעד מן השוק יעיד על חתימת החי וגם החי יעיד על חתימתו ואח"כ יעידו שניהם על חתימת המת, וליכא למימר דתוספות איירי דעד החי העיד קודם על חתימתו דא"כ גם חספא לא מהני כמבואר בש"ך (ס"ק ל"ח) א"כ שפיר קאמר רמ"א דצריך דוקא שני עדים לקיים חתימת החי:

סעיף ל"ב (ו) הרחיק הקיום מהשטר שיטה או ב' שיטין או יותר ומילא כל הריוח שריטות דיו כשר שהרי אינו יכול לזייף וכו'. ולכאורה יש לעיין היכא דב"ד נתנו שטר למלוה והקיום רחוק מחתימתם שיטה או ב' שיטין ואח"כ רוצה הלוה להחזיר להם השטר והדיינים רוצים לתקנו בשריטות דיו או המלוה בעצמו רוצה לתקן צע"י אי מהני דהא מבואר לעיל (סימן מ"ה סעיף י"ד) היכא דנראה פיסולו בב"ד שוב אין לו תקנה במילוי ע"ש, וא"כ כש"כ הכא דב"ד בעצמם עשו פיסול ודאי לא מהני תיקון, רק היכא דשטר לא יצא עוד מב"ד בזה מהני שריטות דיו, אבל היכא דיצא מתח"י לא מהני, ולפ"ז מיושב קושיית התומים דתמה אמאי פסול הרחיק הקיום שיטה אחת או ב' כמבואר לעיל (סעיף ל"א) דהא קי"ל לעיל (סימן מ"ה סעיף זיין) אף בשטר שיכול להזדייף אינו יכול לטעון להד"ם ע"ש, א"כ הכא כיון דאינו יכול לומר להד"ם והקיום באמת כשר ולכאורה קושיא עצומה היא, אך לפי מה שכתבתי ניחא דהא כל הטעם של רבינו יונה שממנו נובע דין זה לעיל (סימן מ"ה סעיף ז') אם הרחיקו העדים ב' שיטין מהכתב אינו יכול לומר להד"ם מטעם דהא יכול להכשיר השטר ע"י מילוי בקרובים או בחזרת השטר

כמבואר בש"ך (סימן מ"ה ס"ק י"ד) וא"כ השטר ראוי להכשיר אף לאחר שיצא מתחת ידם כיון שלא נראה הפיסול לב"ד אבל הכא גבי קיום אם הרחיקו הדיינים שטה או ב' שטין בין חתימתם לאשרתא ממנ"פ קודם שיצא מתחת ידם עדיין אין עליו שם מעשה ב"ד כמבואר ברי"ף יבמות פרק ד' אחין וכן מבואר (סימן זה סעיף ל"ה) כיון דבידם לכבוש עדותם ע"ש ובסמ"ע (ס"ק פ"ז) וה"נ כן דהא אם רצו כובשו לקיום ואח"כ כשיצא מתחת ידם שוב אין תקנה דלא גרע מנראה לב"ד פסולו דשוב אין לו תקנה כמבואר לעיל (סימן מ"ה סעיף י"ד) וכש"כ כשב"ד בעצמו עשאו פסולו והכא ע"כ אייריי דכבר יצא הקיום מתחת ידם דאל"כ לא הוי שם קיום עליו א"כ כשיצא מתחת ידם שוב אין לו תקנה ושפיר פסק המחבר היכא דהרחיקו הדיינין שטה אחת מקיום פסול ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן מ"ה ס"ק ד'):

סעיף ל"ז (ז) שנים החתומים על השטר ומתו ואין כתב ידם יוצא ממקום אחר ובאו ענים ואמרו אבל אנוסים היו הרי אלו נאמנים וקורעין השטר וכו' ואם יש עדים שהוא כתב ידם או שהיה וכו' אין קורעין אותו ונראה דצריכים לכתוב על השטר שאומרים שני עדים על השטר זה שהעדים פסולים או קטנים היו ודינו של שטר זה כתרי ותרי או יניח ביד ב"ד דאל"כ דלמא אזלי ב"ד אחר וגובים בו ועיין לעיל (סימן מ"ג) בסמ"ע וש"ך (ס"ק יו"ד) ע"ש וצ"ע:

באותו סעי' עדים שאמרו כתב ידינו הוא זה ואומרים בתוך כדי דבור אנוסים היינו מחמת נפשות הרי אלו נאמנים בתומים (ס"ק מ"ב) תמה על הריב"ש דסובר דאנוסים כשרים לעדות דאע"ג דעברו על לאו דלא תחללו מ"מ אינם נפסלים משום דהיו אנוסים ומובא באבן העזר (סימן מ"ב ס"ה בהג"ה) א"כ היכא ס"ד דגמרא כתובות (דף י"ט) טעמא דר' מאיר דסובר אנוסים מחמת נפשות א"נ משום יהרג ואל יעבור ופי' רש"י דשווי נפשייהו רשעים ע"ש דהא לשיטת הריב"ש אפילו יהיה בכלל יהרג ואל יעבור אינם רשעים משום דהיו אנוסים ע"ש ולפע"ד נראה לתרץ קושיית התומים דגמ' שם אזיל השתא אליבא דר"מ וסובר הגמרא טעם של ר' מאיר דאינו נאמנים קטנים ופסולים משום חזקה כמבואר בתוס' (ד"ה. חזקה) הכא משמע דלא אמרינן מגו במקום חזקה ע"ש ושפיר תירץ הגמרא גבי אנוסים מחמת נפשות אם אמרו לעדים חתמו שקר יהרגו, ואל יחתמו שקר ושפיר איכא חזקה על העדים שבודאי לא היו אנוסים משום הכי אינם נאמנים אבל לדידן שפיר באמת היכא דדינו יהרג ואל יעבור והעדים אמרו שעברו על זה באונס נאמנים משום הפה שאסר היא הפה שהתיר כמו דנאמנים קטנים ופסולים אף דהוי חזקה ועיין:

סימן מז

סעי' א' (א) מלוה שאמר על שטר שבידו שהוא אמנה או פרוע אם הוא חייב לאחרים ואין לו ממה לפרוע אלא מזה וכתוב בו נאמנות והוחזק השטר בב"ד או שהוא ביד שליש אינו נאמן עסמ"ע (ס"ק ב') ועש"ך (סק"ד) דתמה מאוד מה חילוק יש בין יש בו נאמנות לאין בו נאמנות הרי הלוה מודה דשטר פרוע הוא ומבטל בפי' נאמנות דיליה ואף שאין בו נאמנות ולוה צועק שהוא פרוע וטוען שישבע והמלוה אינו רוצה לשבע מ"מ גובה בע"ח ראשון מטעם שעבודא דרבי נתן א"כ אין יכול למחול וממילא אף שאינו רוצה לשבע גובה מלוה ראשון והביא ראיה ממוכר שטר חוב לחברו ולוה טוען שפרעו למוכר ישבע לי ומוכר אין רוצה לשבע מפסיד הלוקח משום שהוא נאמן לומר פרוע במגו דאי בעי מחיל ליה אבל הכא גבי שעבודא דר"נ דאינו יכול למחול מה חילק יש בין יש נאמנות לאין בו נאמנות וחולק הש"ך על המחבר ולפע"ד נראה לתרץ קושיית הש"ך דעיקר סברת הטור ומחבר היכא דמלוה מוציא שטר חוב ואין בו נאמנות לא מקרי חוב ברור כיון דמלוה אין גובה מן הלוה אלא בשבועה מי יימר דמשתבע מלוה ובחוב שאינו ברור סוברים כמה פוסקים דלא שייך שעבודא דר"נ ויכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את וא"כ מתורץ קושיית הש"ך דאפילו אין בו נאמנות מ"מ כיון דמלוה ראשון יש לו עליו שעבוד מדר"נ אף דמלוה שני אין רוצה לשבע לא מפסיד מלוה ראשון ולפי מה שכתבתי ניחא כיון דאין נאמנות בשטר א"כ אפילו בגוונא דאינו חב לאחריני ג"כ אין המלוה גובה אלא בשבועה וא"כ אין חובו ברור דאם לא ישבע אין גובה וא"כ לא חל עליו מתחלה שעבודא דר"נ אבל אם יש בו נאמנות אף דלוה טוען פרוע ג"כ גובה המלוה חובו כיון שיש בו נאמנות וחוב ברור וחל עליו שעבודא דר"נ הלכך מלוה ראשון גובה אף שמלוה שני טוען פרוע אבל גבי מוכר שט"ח שיכול למכור אף חוב שאינו ברור כמו כתובה וכדומה הלכך צריכים לטעם דמוכר נאמן כיון שיכול למחול אבל מבלעדי זאת לא היה המוכר נאמן ולפ"ז נדחה ראיית הש"ך שהביא ממוכר שטר חוב ובאמת סברת הש"ך שהביא ראיה ממוכר שט"ח נוכל לומר דאזיל לשטתו דסובר לקמן (סימן פ"ו ס"ק י"א) אף בחוב שאינו ברור שייך שעבודא דרבי נתן ולכך הביא לפי שטתו שפיר ראיה ממוכר שט"ח ועיין:

ב אם אין לו לפרוע אלא מזה. עש"ך (ס"ק ב) דכתב אע"ג דרבי נתן מיירי אפילו בדאית לי' נכסי' מ"מ הכא כיון דאית לי' פסידא ללוה הוי בכלל אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, ולקמן (ס"ק ח) מסיק הש"ך אפי' הי' לו נכסים בשעת הודאה ואח"כ לית לי' נכסי אינו נאמן ע"ש, ולכאורה צע"י דהא (בס"ק ג') כתב הש"ך דמש"ה

לקמן (סי' קכ"ו סעיף י"ד) כתב המחבר היכא דאית לי' נכסי' לנותן נאמן הנותן לומר שטעה דודאי קושטא קאמר דמפסיד עצמו וכן כתב לקמן (סימן קכ"ו) ע"ש ולפי סברא זו ממילא ה"נ היכא דקאמר אמנה או פרוע ואית לי' נכסי' ואח"כ אשתדפו או נתקלקל הל"ל ג"כ ודאי קושטא קאמר ואמאי כתב הש"ך אפי' הי' לו נכסים בשעת הודאה כיון דהשתא לית לי' אינו נאמן וצע"י:

סימן מח

א סופר שכא לכתוב טופסי שטרות כדי שיהיו מצויים אצלו הרשות בידו ויכול לכתוב הכל שם הלוה ומלוה ומעות רק שיניח מקום הזמן שלא יהי' מוקדם. עש"ך (ס"ק א, ונראה אם צוה הלוה לסופר לכתוב הכל אפילו הזמן נמי אין לסופר רשות לכתוב הזמן שלפעמים אין העדים מדקדקין ולא ידעו שהוא מוקדם כמבואר ברשב"א גטין (דף כ"ו) בסוגיא דהכותב טופסי גטין צריך שיניח מקום האיש ומקום האשה ומקום הזמן דכתב הרשב"א לכאורה מקום הזמן אמאי צריך שיניח הא עדים לא יחתמו ותירץ די"ל לפעמים משתלי העדים ויחתמו והביא בשם ירושלמי ע"ש ולכאורה צ"ע מסוגיא דנכתב ביום ונחתם בלילה פסול ור"ש מכשיר בגט והקשה תוס' אף דר"ש סובר משום שמא יחפה ליתא דזנות לא שכיחא ומשום פירות נמי ליכא כיון דנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות מ"מ ליחוש דלמא נכתב בלילה והקדימו הזמן ותירץ תוס' דלעולם אי העדים חותמין כשרואין שהקדימו הזמן אלא א"כ יודעים שביום הכתיבה נכתב ע"ש וזה התירוץ שייך ג"כ הכא הגם דמרגישין העדים שהוא מוקדם מ"מ ליחוש דלמא לפעמים משתלי העדים או יטעו וסוברים שאין זה מוקדם ויחתמו והדרא קושיית תוס' לדוכתא וצ"ע: (ב) ויכול לכתוב הכל רק שיניח מקום הזמן המחבר פסק כשטת תוס' דבשטרי ממון יכול לכתוב הכל אפילו תורף ובגיטי נשים אפילו טופס נמי לא כמבואר בסוגיא דגיטין (דף כ"ו, ולענין שטר שחרור אי שרי לכתוב טופס כתבו תוס' בסוגיא הנ"ל דמותר לכתוב טופס מדקתני לעיל בג' דברים שוו גיטי נשים לשחרורי עבדים ולא קתני בארבעה ש"מ דבשחרור מותר לכתוב טופס, ורשב"א גיטין פליג על התוס' וסובר דבשחרור נמי אסור לכתוב טופס, ומה שהביא תוס' ראי' אינו ראי' דמלתא דאיתא בקדושין לא קתני לעיל, ולפע"ד נ' דתוס' אזיל לשיטתו ורשב"א אזיל לשיטתו דתוס' סברי דגבי גט אינו רשאי לכתוב טופס ואם כתב אפי' בדיעבד פסול דגזרינן טופס אטו תורף כמו שסוברים כמה פוסקים כמבואר בריש גיטין באותה סוגיא הילכך שפיר מביא תוס' ראי' דבשחרור מותר לכתוב טופס דאל"כ אמאי לא קתני לעיל בארבעה דברים שוה וליכא לתרוצי

דמלתא דאיתא בקידושין לא קתני דהא מילתא ודאי ליתא בקדושין דהיאך תוכל לומר בקדושין אם כתב טופס פסיל השטר קדושין היאך נוכל להתיר אשת איש לעלמא משום גזירה טופס אטו תורף א"כ אמאי לא קתני לעיל בארבעה אלא ש"מ דבשחרור מותר לכתוב טופס, אבל הרשב"א אזיל לשיטתו דגבי גט נמי בדיעבד אם כתב טופס כשר רק לכתחילה אסור מש"ה פסק הרשב"א דגבי שחרור נמי אסור לכתחילה לכתוב טופס והאי דלא קתני לעיל בארבעה דמלתא דאיתא בקדושין לא קתני דגבי קדושין נמי לכתחילה אסור לכתוב טופס כמו גבי גט מש"ה לא קתני אבל לעולם גבי שחרור נמי אסור לכתחילה לכתוב טופס ונכון הוא לפע"ד:

סימן מט

סעיף ח' במה דברים אמורים כשאין משולשים לא בשטר ולא בשובר אבל אם משולשים בשטרות ולא בשובר על בעל השובר להביא ראיה לכאורה קשה הא מבואר בסמוך (סעיף טית) דאם השטר משולש ואין השובר משולש דשובר כשר ואינו גובה מאחד מהם וכן הקשה בט"ז ע"ש ולפע"ד נראה דלא קשה דהא גבי לוה שפיר מהני אף דמשולש בשטר ואין משולש בשובר כיון דע"כ שובר נכתב על אחד מהם שמשולש דאל"כ אמאי צריך לשובר דהא אחר אין יכול להוציא שטר חוב עליהם וא"כ ע"כ נכתב על שטר משולש ושפיר שובר כשר ואין גובה משום אחד מהם אבל הכא הוא להיפוך דשני יוסף בן שמעון הם המלוים וקי"ל הם מוציאין שטר חוב על אחרים אף בלא משולשים ושפיר הוא הדין היכא דמשולש בשטר ואינו משולש בשובר כיון דלא נכתב בשובר כמו בשטר אינו שובר על שטרות אלו ולכך על בעל השובר להביא ראיה ולפ"ז יש לומר אפילו קנה יוסף בן שמעון אחד השטר הלז מחברו נמי גובה שני שטרות דאוקמיה השני שטרות בתוקפם ושובר נכתב על שטר אחר ועיין:

סימן נא

סעיף א' (א) עד אחד בכתב ועד אחד בעל פה בלא קנין מצטרפין וכו' ואם אותו שמעיד בע"פ אמר בפני נמסר השטר הוי כשטר גמור לגבות בו ממשעבדי. הג"ה ודוקא וכו' אבל אם לא נמסר רק בעד אחד וכו' אינן מצטרפין לטרוף ממשעבדי עב"י דכתב דאם עד אחד בשטר אמר לא נמסר השטר בפני לא הוי שטר ונאמן רק אם העד אינו בפנינו אמרינן מסתמא עשו כהוגן ונמסר ג"כ בפני עד השני וצריכים להבין דהיכי נאמן לבטל השטר כיון דאמרינן מסתמא עשו כהוגן ונמסר ג"כ בפניו וכן האריך התומים והניח

בצ"ע ולפע"ד י"ל דשפיר כתב הב"י דהא מבואר לעיל (סימן מ"ו סעיף ל"ח) עד אחד החתום בשטר יכול לחזור בו ועיין בסמ"ע (ס"ק ק"ח) דעל זה לא אמרינן נחקרה עדותן בב"ד וא"כ שפיר יכול העד החתום בשטר לומר בפני לא נמסר דהשתא חוזר מגוף השטר יכול לחזור כש"כ דנאמן לומר בפני לא נמסר וממילא לא הוי שטר כיון שאינו חתום בו רק עד אחד: סעי' ו' (ב) הכותב כל נכסיו לשני בני אדם בעדות אחת והעדים קרובים לאחד ממקבלי מתנה ורחוקים מהשני הרי השטר פסול מפני שהיא עדות אחת אלא א"כ נסתלק אותו שהעדים פסולים לו מאותו ממון. עש"ך (סק"ו) דתמה מאד על דין זה וכתב דשטר אינו כשר רק אם נסתלק הקרוב קודם כתיבת השטר וגם על זה פקפק ע"ש. ולפע"ד י"ל דמחבר מיירי היכא דשמע מקבל מתנה דזיכה הנותן נכסיו ע"י העדים לקרוב ולרחוק ונסתלק הקרוב ואמר אין אני רוצה במתנה והא מבואר לקמן סימן רמ"ה סעי' י"א דמתנה בטל למפרע ואפילו שתק מתחלה בשעת הזכיה ואח"כ צוח ואמר אין רצוני לקבל המתנה ספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחלתו או לא והוי הפקר ע"ש א"כ יש לומר ה"נ איירי דצוח מיד כששמע וממילא הוי הפקר דהוי כמו שנסתלק קודם כתיבת השטר ושפיר סובר המחבר דכשרים לרחוק ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצלל"ה מה שכתב בזה:

ג ובעדות על פה בכי האי גוונא כשרים להעיד לזה שאינם קרובים עש"ך (ס"ק ח') שפי' מה שכתב בעדות ע"פ כשר היינו דוקא בכותב כל נכסיו לשני בני אדם וכה"ג דאין לעדים נגיעה משום קורבה אבל היכא שיש לחוש לנגיעה משום קורבה כגון שאין השטר מקוים ובאו עדים שהם קרובים לאחד ורחוקים מהשני לקיים השטר וכה"ג אף בעל פה פסולים ע"ש ודין זה של ש"ך צ"ע מר"ן גטין (דף ח') על הא דאמר רבא אחד זה ואחד זה עצמו קנה נכסים לא קנה פסק הר"ן דאם קרוב הביא גט אשה בחוץ לארץ וכתב בו מתנת נכסים נאמן לומר בפני נכתב ובפ"נ לגבי אשה אע"ג דלגבי גופיה או לגבי אשתו אין תורת עדות כלל אבל לגבי קרוב נקרא עדות רק רחמנא פסליה ולאו משום דמשקר דאפילו משה ואהרן אינם יכולים להעיד א"כ עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אפ"ה לגבי עדות קיום יש לומר דפלגינן דבורא דגלוי מלתא בעלמא היא אם כן אמאי פסק הש"ך דאם יש לחוש לנגיעה משום קורבה כגון שאין השטר מקוים ובאו עדים שהם קרובים לאחד ורחוקים מהשני לקיים השטר אף בע"פ פסולים הא הר"ן פסק דגבי קיום יש לומר דפלגינן דבורא דגלוי מלתא בעלמא היא אח"כ מצאתי בספר דברי חיים מדודי הגאון זצלל"ה שהקשה כן:

ד בית יוסף בסימן זה הביא ירושלמי דפרק אשה שנתארמלה דעד אחד בכתב לאו כלום ומה שאמר אמימר עד אחד בכתב ועד אחד בע"פ מצטרפין איירי דשנים חתומים רק על עד אחד יש קיום ועל השני אין כאן קיום ולכאורה צ"ע כיון דעל השני אין כאן קיום א"כ אינו נשאר רק עד אחד ובעד אחד בשטר סובר הירושלמי דלא כלום היא ולפע"ד נראה לבאר דברי הירושלמי טעמא דעד אחד בשטר לא מהני דבעינן דומיא דספר מקנה וא"כ הוי כמו מפי כתבם כמו שמבואר בתוס' כתובות (דף כ' ד"ה ור"י) וא"כ יש לומר היכא דחתם על השטר שני עדים דאין צריך קיום רק מדרבנן ומבואר לעיל (סימן מ"ו סעיף ז' בהג"ה) דעדי קיום נוכל לקיים אף מפי כתבם ע"ש וא"כ הכי נמי דאינו חסר רק קיום אפשר לומר דמש"ה מהני עד אחד אף דהוי מפי כתבם כיון דאינו חסר רק קיום מדרבנן ובדרבנן מהני אף מפי כתבם ועיין:

סימן נב

סעיף א' (א) אבל כלל קרן עם רבית פסול מפני שיבא לגבות בו הרבית עש"ך (ס"ק ב') דפסק דאם כותב המלוה קודם שנראה פסולו בב"ד כמה הוא הרבית מהני ע"ש ולכאורה קשה לי מתוס' ב"ק (דף ל') דתוס' הקשה על דברי חכמים דאמרי גובה קרן מנכסים משועבדים דהא העדים פסולים וכתב תוס' דאין לומר דכלל קרן עם רבית והעדים לא ידעו מזה דא"כ שטר פסול דדלמא יגבה קרן עם רבית כמו גבי מוקדם דפסול אפילו מזמן שני גזרה שמא יגבה מזמן ראשון וה"נ כן. ולפי דברי הש"ך י"ל דאיירי דמלוה כתב על השטר כך וכך היא רבית והעדים לא ידעו מזה בשעת כתיבת השטר ומהני לפי דברי הש"ך וצריך עיון:

ב מיהו אם חייב מודה צריך לשלם לו הקרן משמע מדברי רמ"א הקדושים דדוקא אם חייב מודה (ושילם) [חייב לשלם] מעצמו אבל אין לו דין שטר כלל אפילו נגד בני חורין ויכול לומר פרעתי ולכאורה צריכים להבין דהא (בסימן מ"ג סעיף ז') איתא שם שני דעות אם שטר מוקדם פסול לגמרי אפילו נגד בני חורין ע"ש והכא משמע דפסול לגמרי אפילו נגד בני חרי ורבית דמי למוקדם כמו שכתב תוס' ב"ק (דף ל') ע"ש ובתוס' ב"מ ולפע"ד יש לחלק דהתם גבי מוקדם הפיסול לא נעשה רק נגד לקוחות מש"ה פסק המחבר דאינו פסול רק נגד משעבדי אבל הכא דאם כלל הקרן עם הרבית הפיסול היא אפילו נגד בני חרי שיבא לגבות רבית משום הכי פסק הרמ"א בפשיטות דפסול לגמרי אפילו נגד בני חרי ויכול לטעון פרעתי אך בש"ך (ס"ק ד') הביא בשם ר"י נראה דמדמה לגמרי רבית למוקדם וצ"ע: (ג) בש"ך (ס"ק ג') משמע אפילו ברבית מן התורה היכא דכלל קרן עם

הרבית ועדים יודעים מזה אפ"ה עדים אינם פסולים לשטת תוס' ורא"ש ע"ש ולפע"ד י"ל בזה דודאי עדים פסולים מטעם דהם חתמו על השטר בשקר דהא בזה השטר גובה מלוה ג"כ רבית מלקוחות ורבית אינו חייב דוקא גבי רבית מפורש באמת אינו גובה רבית רק משום דלא תשימון ולעדים לא משמע להו לאינשי אבל גבי כולל קרן עם רבית יגבה שלא כדין ועיין. אחר זמן רב ראיתי בספר ישועות ישראל מהגאון אב"ד דקוטנא שהקשה ג"כ על הש"ך מהאי טעמא:

ד מיהו אם המלוה הלוה ע"י שליח והשליח עשה שטר וכלל קרן עם רבית גובה הקרן מ"מ דאמר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי לכלול הקרן עם הרבית עש"ך (סק"ה) דזה דוקא לשטת י"א דסוברים גבי כלל קרן עם רבית דאפילו חייב מודה אין צריך לשלם אבל לשטה ראשונה דסובר אם חייב מודה דצריך לשלם אין חילוק אם המלוה בעצמו הלוה או ע"י שליח ע"ש ולפע"ד נראה אפילו לשטה ראשונה יש חילוק בין הלוה בעצמו או ע"י שליח לפי סברת הסמ"ע (ס"ק ב') דפירש דמשום הכי לא מהני אם יכתוב על גביו משום קנס דנכתב בפסלות וכן פירש סמ"ע לעיל (סימן מ"ג ס"ק י) ע"ש וא"כ לפי זה יש לומר היכא דמלוה הלוה בעצמו שייך קנס אבל אם הלוה ע"י שליח דלא שייך קנס אפשר לשיטת הסמ"ע מהני כתיבת על גביו כיון דלא שייך קנס דלא הלוה בעצמו אלא ע"י שליח ולתקוני שדרתיך ולא הוי לשליח לכלול הקרן עם ריבית:

סימן נג

סעי' א' מי שיש לו שטר על חבירו במנה ואמר עשו לי שנים מחמשים חמשים אין שומעין לו. עש"ך (ס"ק א') הטעם איתא בש"ס ב"ב (דף קע"ב) דניחא לי' ללוה לפגום שטרא ולא יהא המלוה נאמן אלא בשבועה ע"ש, ועט"ז דהקשה דהא אפי' אם הלוה פורע מקצת חובו והמלוה רוצה להחליף שטרו והלוה רוצה שובר אין שומעין ללוה אלא מחליף אמאי יוכל הכא הלוה לטעון דניחא לי' לפגום שטרו ע"ש, ולפע"ד יש לתרץ קושיית הט"ז דודאי היכא דפרע מקצת חובו ומלוה רוצה להחליף ודאי ברירה ביד המלוה דמהיכי תיתי יקלקל שטרו וליתן לו שובר ולעשות שטרו פגום מש"ה הברירה ביד המלוה דממ"נ יהיה ללוה צד טובה דאם יכתוב לו המלוה שובר יפגום שטרו ואם יתרצה להחליף יהיה צד טובה ללוה שלא יהיה צריך לשמור שוברו מן עכברים אבל בנידון דידן אם ירצה המלוה לעשות שני שטרות של חמשים חמשים יהיה ללוה תרתי לרעותא דכל זמן שהוא שטר אחד אם יפרע מקצת ויתן לו שובר יפגום שטרו ואם יחליף יהיה טובה ללוה שלא יהא צריך לשמור שובר מן העכברים אבל אם יעשו שני שטרות

של חמשים חמשים דלמא כשיפרע לוה למלוה חמשים לא יתן המלוה ללוה שטר של חמשים ויאמר אבדתי ויהיה זקוק הלוה לשמור שובר וגם השטר השני לא יהיה פגום דהא שטר בפני עצמו הוא ע"כ הדין עם הלוה ואין שומעין למלוה:

סימן נד

סעיף א' (א) מי שפרע מקצת חובו אם רצה המלוה ב"ד יכתבו לו שטר וכו' ואם רוצה יכתבו שובר עש"ך (ס"ק ב') דהא דיש ברירה ביד המלוה דאם רוצה יחליף ואם רוצה יכתוב שובר הוא דוקא כשהגיע זמן הפריעון של כל השטר משום שהמלוה יכול לומר פרע שטרי ותו לא צריך מידי אבל כשלא הגיע זמן פרעון של כל השטר כגון שהשטר לשתי זמנים ופורע לו לזמן פרעון ראשון כה"ג הברירה ביד הלוה ומחויב המלוה להחליף השטר או לכתוב הפרעון על גביו אם ירצה הלוה ע"ש. ולכאורה קשה לי ממסכת כתובות (דף נ"ו) דהקשה הגמרא וסבר ר' יהודא דכותבין שובר והתנן ר"י אומר יחליף ולפי שטת הש"ך אפילו לר"י היה יכול להקשות דאף דר"י סובר באמת דכותבין שובר הוא רק טעם כדי שיוכל לכוף הלוה לפרעו והכא בכתובה היא תוך הזמן לא שייך זה כסברת הש"ך וכ"ע סוברים יחליף ועיין בתוס' שם ד"ה ר"י:

סעיף ב' (ב) הבא לפרוע חובו ואמר המלוה אבד לי השטר הרי זה יכתוב שובר וכו' ואם טוען הלוה טענת ודאי ואומר ששטר אצלו ועתה הניחו בכיסו ישבע המלוה היסת שאבד השטר ואחר כך יפרע חובו ויכתוב לו שובר. ולכאורה קשה דהא מבואר תוס' כתובות (דף פ"ט) במקום שכותבין כתובה חיישינן שמא כתב לה אחר וא"כ מוכח דלפי דברי הלוה א"צ ליקח שובר נאמן לוה ואמאי פסקינן הכא אם טען דשטר תחת יד המלוה נאמן המלוה בשבועה והכא יש חשש יותר שהוא תחת ידו, ולפע"ד אפשר לתרץ דהא אנן קי"ל כותבין שובר מטעם מי שאבד שטרו יאכל הלה וחדי כמבואר במס' ב"ב (דף קע"א) ע"ש ומכח זה נמי תקנו אפילו טוען הלוה בודאי שיש תחת ידו השטר נמי נאמן מלוה דאל"כ מה הועילו בתקנתן דכל פעם יטעון הלוה כן, אבל סוגיא דכתובות אזלא למ"ד אין כותבין שובר שפיר בעל נאמן שמא יש לה כתובה אחרת ולפ"ז שפיר יתורץ קושיית הש"ך (ס"ק ד') על גידולי תרומה דשפיר הוי תביעת ממון וצריך מלוה לשבע ועיין:

סעי ג' (ג) אמר המלוה אין שטרי עתה בידי כי הוא בעיר אחרת וכו' כשכותבין שובר אם זוכרין זמן השטר יכתוב שובר על שטר שזמנו כך וכך ואם אין זוכרין זמן השטר יכתבו סתם על סכום כך וכך ולא יכתבו זמן בשובר שמא איחרו עדים זמן הלואת השטר

ונמצא לפעמים זמן השובר קודם לזמן השטר ויחזיר ויוציא שטר חוב המאוחר ויטרוף בו וכו'. עיין תומים שהביא בשם קצת פוסקים ובשם תשובת הרא"ש דסוברים היכא דכתב זמן בשובר ולפי זמן השטר פרעון של שובר הוא תוך זמנו של שטר יכול המלוה לומר דשובר זה הוא פרעון מחוב אחר דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו והקשה התומים א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם דתקנו לכתוב שובר בלי זמן מ"מ יוציא המלוה אח"כ שטר מאוחר בתוך הזמן ויכול לגבות לפי שטת הרא"ש הנ"ל, ולפע"ד נראה ליישב קושית התומים דודאי היכא דמלוה אמר אבד שטרי וצריכים לכתוב שובר ועדים אינם יודעים זמן השטר וכתבו סתם שאמר המלוה אבד שטרי ופרע הלום שטר שסכומו כך וכך ודאי אם יבוא המלוה בשטר שהוא תוך זמנו ואמר הלוה פרוע והרי שוברו ודאי הלוה נאמן כמבואר (בסימן מ"א סעיף ד') היכא דנפל שטר חוב אפי' בתוך זמנו נאמן הלוה לומר פרוע ע"ש, א"כ מוכח דיותר יש סברא לומר פרוע בתוך זמנו מאשר נאמר דנפל מיד המלוה שטר כשר וא"כ ה"נ היכא דעדים כותבין דמלוה אמר אבד שטרי ופרע לוה וכותבין ללוה שובר בלי זמן א"כ אם יבוא המלוה אח"כ בשטר שהוא תוך זמנו נאמן לוה דשטר זה פרוע הוא ושקר דבר דאבד שטרי דודאי נזהר לשמרו אף שהוא תוך זמנו כמו (בסימן מ"א) אלא אמרינן שטר זה ודאי פרוע הוא ואין יכול לגבות, אבל היכא דלא כתב בשובר דאבד שטרי רק שפרע חובו יש לומר שפרע חוב בעל פה והי' בענין שהוצרך הלוה שובר כגון באומר לו אל תפרעני אלא בעדים וכדומה בזה י"ל דמלוה נאמן ששובר הוא על חוב אחר כיון דיש כאן חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ועיין:

סעיף ה' (ד) אם כתוב בשובר דינרי סתם מבטל כל שטר שיש לו עליו. לכאורה נראה דהה"ד היכא דבאו עדים שפרע על שטר חוב זה אבל אינם יודעים כמה אם כולה או מקצת ודאי לוה נאמן דכל השטר הוא פרוע וצ"ע בסוגיא דב"מ (דף ק"ג) אמר רב נחמן האי מאן דאוגיר ביתו לעשר שנין וכו' וכתב ליה שטרא ואמר ליה נקיטת חמש שנין וכו' [ופרש"י דמשכיר אומר דדר בו חמש שנין] מהימן משכיר אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא אלא מעתה אוזפיה מאה זוזי בשטרא ואמר ליה פרעתיך פלגא ה"נ דמהימן אמר ליה הכי השתא וכו' ולפי הנ"ל מאי מקשה הגמרא דהכא ע"כ מיירי שיש עדים שירד בתורת שכירות דאל"כ נאמן שוכר במגו דלקוח וא"כ גבי שטר נמי אם יש עדים שפרע הלוה ואינם יודעים כמה ודאי ג"כ הלוה נאמן דפרע כולה כמו גבי שובר סתם וא"כ שפיר דמשכיר נאמן וצ"ע:

סימן נה

סעי' א' (א) ואם קנו מיניה בב"ד חשוב ה"ז קנה אבל קנין אודייתא היכא דתלה בתנאי לא מהני עמ"ש בזה לעיל (סימן מ') ע"ש:

ב והוא שלא יהא אנוס עש"ך (ס"ק א') והוא שיהיה אונס דשכיח ולא שכיח ע"ש ודוקא לענין ממון או כדומה מהני טענת אונם אבל לענין גטין אין אונס מבטל תנאי משום צנועות ומשום פרוצות כמבואר בריש כתובות ובגטין. וכן פסקינן באבן העזר (סימן קמ"ד) ועיין תוס' כתובות (דף ג' ד"ה וסברה) דהקשה תוס' דהא כאן מן התורה לא הוי גט רק משום צנועות ומשום פרוצות אפקעינהו רבנן לקדושין ה"נ הל"ל באם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש ומת בתוך י"ב חדש נמי יהא גט מהאי טעמא דזימנין דלא מת וסברה דמת ומעגנא וכו' ע"ש:

ולפע"ד נראה ליישב קושית התוס' דהא מבואר באבן העזר סימן קמ"ד דקי"ל אין אונס בגטין כיון דלא התנה חוץ מאם יקרנו אונס ע"ש ולכאורה צריכים להבין מה מהני ועיין בית מאיר שם דהביא כיון דרצון חכמים שיהא גט וגם בעל מחל באונס דשכיח ולא שכיח והביא זאת בשם תשובת הרשב"א וזה שייך שפיר גבי אונס של תנאי התלוי בו דנוכל לומר משום דלא התנה מהני מחילתו ורצונו אבל גבי מת בתוך י"ב חדש אינו תלוי ברצונו משום הכי אינו גט ועיין:

סימן נו

סעיף א' (א) שליש בזמן ששלישותו בידו נאמן עסמ"ע (ס"ק ח') דהביא בשם תשובת הרא"ש דאם נמצא מחק או גרר אחורי השטר נאמן השליש לומר דתנאי השלישית היה נכתב עליו ונמחק ועש"ך (ס"ק ו') דהקשה על הרא"ש אמאי נאמן השליש דהא אפילו היה שטר ביד המלוה נמי פסול כיון דהיה בו מחק אפילו לשטת הסוברים אפילו בשטר שאינו מקוים ואמר הלוה פרוע נאמן השליש והיא שטת נמוק"י שהביא הש"ך (ס"ק ה') ע"ש מ"מ הכא כ"ע מודים דמאן יימר באיזה זמן היה כשר דדלמא היה בו מחק מעיקרא ע"ש. משמע מלשון הש"ך דאם היה ידוע דבשעה שנתנו לו היה כשר או הלוה בעצמו מודה או ע"פ עדים נאמן השליש לשטת נמוק"י ולפע"ד נראה לי אף באופן זה אינו נאמן השליש ופסול השטר דלוה יכול לומר באמת כשמסרתי לו השטר היה כשר ואני לא, האמנתי לו דהא אף אם ימסור למלוה מה איכפת לן דהא באמת אני חייב ואח"כ כשפרעתי נזהרתי לכתוב עליו מחק או גרר ולא האמנתי בשום פעם לשליש ואין השליש נאמן ועוד נראה לי דלא דמי לשטר שאינו מקוים דנאמן השליש לשטת נמוק"י

אם טוען הלוה פרוע דהתם כיון דשלישות עדיין תחת ידו כמקדם רק שאינו מקוים ולכך נאמן אבל הכא אף בשעה שמסרו לידו היה שטר בלא מחק והיה כח ביד השליש למסור למלוה מ"מ עתה שהוא עליו מחק או גרר א"כ יש קלקול בגוף השטר והוי כמו קרעים תחת ידו דאינו נאמן השליש כמו שליש שהוציא שלישותו מתחת ידו דהוי כאחר כנ"ל:

סעי' ה' (ב) שליש שהושלש שטר בידו וכו'. עש"ך (ס"ק כ"ז ובקיצור הדינים שבסוף הסימן אות י"ז) דכתב בשטר מכר או מתנה דכתב בקנין אם אינו יודע מי הפקידו יתנו ללוקח או למקבל מתנה ע"ש ועיין בשטה מקובצת במתניתין מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו דהביא בשם הריטב"א דאפילו שטר מכר או מתנה דנכתב קנין לא אמרינן אותו שנכתב בו קנין זכה כיון שמונח ביד שליש ידים מוכיחות יש כאן שע"פ תנאים נטל קנין ע"ש נראה מזה דחולק על דין זה דהש"ך:

סעי' ו' (ג) כיצד הרי ראובן שהשוה עצמו עם שמעון החייב לו שישלם לו על זמנים והפקיד השטר ביד לוי והתנה שאם לא יפרע לו זמן אחד יחזיר לו לוי שטרו ויגבה הכל בפעם אחד ולא פרע לו שמעון זמן אחד יחזיר לו לוי שטרו אע"פ שיודע שיהיה לשמעון טענות על זה כי לוי אין דיין בדבר רק שליש לכן יחזיר לראובן שטרו וקודם שיוציאנו מידו יאמר לפני עדים היאך בא השטר לידו ועל איזה תנאי ועדים יכתבו ויחתמו ויתנו הענין לשליש והוא ימסרנו לשמעון עט"ז דהקשה מאי מהני שעדים יכתבו הענין קודם שיוציא השלישות מתחת ידו דהא הוי מפי כתבם ע"ש. ולפע"ד נראה דלא קשה דהא לשליש יש כח כאשר יגזור כן יקום אף אם ישקר כמבואר בתוס' גטין (דף ס"ד) ע"ש ועש"ך (ס"ק א') דהביא בשם הרשב"א דיד שליש כיד בעלים ממש כ"ז שהשלישות בידו וא"כ הכא נמי היכי דאמר לעדים כתובו היכי הוי תנאי על שטר זה הוי כמו שאמר המלוה בעצמו כתובו כיון ששניהם עשו אותו שליש הוי כיד שניהם משום הכי מהני מה שאמר לעדים כתובו ולא הוי מפי כתבם כמו כל שטרות דעלמא כנלפע"ד ובזו סברא יש לתרץ מה שקשה לכאורה בהא דמבואר בב"מ (דף ל"ז) וכן פסקינן לקמן (סי' ע"ו) דשנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח הא פסקינן אי איכא דררא דממונא ובלא טענותיהם יש ספק לב"ד וליכא מרא קמא יחלוקו אף שאין החלוקה יכולה להיות אמת כמבואר בתוס' ב"ב בסוגיא דארבא ובנמוק"י פרק שנים אוחזין ואמאי פסקינן הכא יהא מונח אך לפי הנ"ל ניחא כיון דיד שליש כיד בעלים וספיקו של שליש כספיקו של בעל דבר לכן הוי כאלו בעל דבר בעצמו עשה הספק ולכך יהא מונח:

סימן נז

סעי' א' אסור להשהות שטר פרוע בתוך ביתו עסמ"ע (ס"ק א') משום דכתיב אל תשכן באהליך עולה שמא יחזור. ויתבענו הנה מבואר בכתובות (דף י"ט ע"ב) דאסיר לשהות ספר שאינו מוגה יותר משלשים יום משום אל תשכן באהליך עולה ורש"י פירש ספר שאינו מוגה תורה נביאים וכתובים וכן כתב הרא"ש [וכתב הרא"ש דכל שכן דאסור להשהות גמ' או פוסקים שאינו מוגה יותר משלשים יום וכן פסק רמ"א ביורה דעה (סימן רע"ט) ע"ש] ולפי זה יש ליישב בהא דמבואר בשבת (דף ק"ד) דתניא הגיה אות אחת חייב ומקשה הגמרא השתא כתב אות אחת פטור הגיה אות אחת חייב ותירץ רב ששת כגון שנטלו לגגו של חית ועשאו שני זיין רבא אמר כגון שנטלו לתגין של דלת ועשאו ריש וערשב"א דהביא ראיה דזה לא מקרי חק תוכות דאל"כ אמאי חייב במאי תקן ע"ש וער"ן שם דחולק על רשב"א ועיין באו"ח סימן ל"ב) דזה נקרא חק תוכות וא"כ קשה מאי מתרץ בגמרא רב ששת ורבא הא הוי חק תוכות ואפשר דכוונת רב ששת ורבא אם הגיה שאר ספרים נביאים וכתובים דגם הם צריכים הגהה משום אל תשכן באהליך עולה ובנביאים וכתובים חוץ ממגילה לא פסלי חק תוכות וחייב שפיר משום מתקן:

סימן נח

סעיף א' בהג"ה (א) וכן מי שהפקיד ביד אחד ואמר הנפקד פקדון של פלוני ה וא שחייב לו וכו' לא יוכל לעכבן הואיל ואינו יכול לברר שאותו פלוני חייב לו ועש"ך (ס"ק ז') דהקשה דהא בתשובת הרא"ש פסק דהיכא דחייב השליח בשביל תפיסתו לא מהני תפיסה ובסוגיא דבקרא בכתובות (דף פ"ה) פסק הרא"ש ואי לית ליה ראיה אלא מחמת תפיסה הוא זוכה מחייב בקרא לשלומי ע"ש וכן הקשה מהרי"ט ולפע"ד נראה לתרץ דהא הרא"ש הקשה באותו סוגיא אמאי לא הוי בקרא עד אחד ותירץ כיון דבקרא פשע דרועה חייב בלסטים מזוין וא"כ הוי בקרא בעל דבר ולא הוי עד וא"כ היכא תפס בע"ח בכח ואם הוי ספק אי הוי יכול רועה לעמוד כנגדו אף דקי"ל בח"מ (סימן ש"ג סעיף יו"ד) דרועה חייב משום מתוך שאינו יכול לשבע משלם או דהוי כאינו יודע אם פרעתיך מ"מ בע"ח יכול לומר אלו עמד נגדי הייתי גובר עליך ונטלתי ממנו בכח בכל אופן כיון שאינו בא לתפוס אך כיון שאתה פשע שלא עמדת נגדי חייב אתה לשלם ליתומים אבל מה איכפת לי אני יודע בברי שאף אם עמדת נגדי החזקתי בתפיסתו ואין אתה חייב ליתומים אף באמת שאתה חייב לשלם ליורשים לית לך עלי כלום אבל היכא דלא בא לידו בתורת תפיסה רק נתנו לו בתורת פקדון ועתה בא להתפיס בשביל חובו שפיר כתב

הרא"ש בתשובה דלא מהני ולפ"ז יש לומר גם כן דכוונת הרמ"א דמחלק בין היכא דבא לידו בתורת פקדון או בתורת תפיסה הוא ג"כ משום סברא הנ"ל ועיין:

סעי' ב' בהג"ה (ב) וכל זה דנתנו לו בפני ב' עדים אבל בפני ע"א לא אמרינן אתרע שטרא עש"ך (ס"ק כ"ג) דהקשה דהא תוס' ושאר ראשונים סוברים דאם פרע בפני ע"א נמי אתרע שטרא דאל"כ לא הקשה תוס' כלום מאבימי דשליח הוי ע"א ותירץ הש"ך דאפשר כוונתו דאי פקח הוא יפרע לו ואח"כ יתבע לו וממילא מחויב שבועה מן התורה ושפיר הוי מתוך שאינו יכול לשבע משלם ע"ש וזה תימא גדול כמו שתמה התומים לפי הכרעת רמ"א (בזה הסעיף) דאי תפס לא מפקינן מניה אפילו תפס בעדים ע"ש וא"כ לו יהיה דיפרע בפני עדים מ"מ הא כבר נפרע ולא גרע מתפיסה ומהני אפילו תפס בעדים ע"ש ולפע"ד יש לתרץ קושיית התומים דהא כל הטעם של הפוסקים דסוברים גבי טענת סטראי לא קרעינן ולא מגבינן ומהני תפיסה משום שטר בידי מאי בעי כמבואר ברא"ש ומזה מוכח דחייב לו ממקום אחר אלא מ"מ אתרע שטרא מכח חזקה דלא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ וזה שייך דוקא היכא דפרע הלוה בעצמו אבל ע"י שליח ואמר לשליח הולך לפלוני חוב שיש לו בידי בשטר ולא הזכיר לו לקיחת השטר ופרע שליח ולא לקח השטר אע"ג דשליח פטור מ"מ לא שייך לומר שטרא בידי מאי בעי דלוה יכול לומר אני סברתי ששליח יקח השטר כיון שהזכרתי לו שיש כאן שטר ממילא היכא דפרע שליח בעדים לכ"ע בטל השטר ודומה לזה מצינו פרק המפקיד (דף מ"ב) גבי כשותא ע"ש ולפ"ז מיושב דברי הש"ך מה שכתב על כוונת תוס' גבי אבימי וע' רשב"א קדושין (דף מ"ג ע"ב) מבואר להדיא גבי מעשה דאבימי דאי פקח ופרע שפיר הוי מתיך שאינו יכול לשבע משלם ע"ש כוונתו גם כן מטעם הנ"ל ועיין:

סעיף ד' (ג) מי שנושה בחברו שני חובות וכו' אפילו אמר הלוה הילך מעות אלו בשביל חוב פלוני והמלוה קבל ושתק יכול המלוה לומר בשביל חוב אחר לקחתי לכאורה צ"ע מאי מקשה הגמ' ב"ב (דף קנ"ז) אי אמרינן דאקני לא משתעבד אמאי קתני במתניתין זה היה פקח שיכול למשכנו ע"ש. ולפי פסק המחבר מאי מקשה דהא התם איירי במקום שכותבין ואח"כ יהיב זוזי וא"כ ממילא כשנתן חייב לו מעות בשביל הקרקע וגם עבור החוב אף שעתה נתן לו המעות בשביל הקרקע מ"מ יכול המוכר לומר אני קבלתי בשביל החוב ונשאר חיוב הקרקע ועל זה לא שייך דאקני וצ"ע:

סימן נט

מלוה שהוציא שטר מקוים וטוען הלוה שהוא פרוע ומלוה אומר איני יודע אינו גובה בו עיין אורים ותומים אם המלוה מותר לנסות הלוה ולתבוע אולי יודה שחייב לו וכתב דבזה יש הבדל אי מצא השטר בין שטרות קרועין אסור לתבוע דאולי בשגגה יודה והוא באמת שקר ואי אין מונח בין שטרות הקרועין מותר לתבוע ולנסותו ע"ש ולפע"ד נראה דמותר לתובעו ולנסותו דהא גדולה מזו מבואר בתוס' ב"מ (דף נ"ב ד"ה אמר אביי) נראה שם מתוס' דמותר בכדי האונאה דהיינו שתות למכור באונאה ביפה ובלבד שיחזיר לו אונאה אם יתבענו ע"ש, א"כ כש"כ הוא לשיטת תוס' דמותר הכא לתבוע ללוה כדי לנסותו:

סימן ס

סעי' ב' (א) המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב וכו' אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד להרמב"ם. ולשיטת הרמב"ם כמו שאינו יכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב כך אינו יכול למחול דבר שאינו קצוב וכן מבואר לקמן (סי' רל"ב) ע"ש. ולכאורה קשה דא"כ אמאי אמרינן בכתובות (דף ס"ח ע"ב) הא גדולה ויתרה הא הוי דבר שאינו קצוב וכן הקשה השטה מקובצת והפלאה ע"ש ולפע"ד נראה דהרמב"ם סובר דטעם גדולה ויתרה לא הוי לשון מחילה רק חכמים לא תקנו לה עישור היכא דנשאת ולא תבעה מה שהגיע לה דעיקר תקנת חכמים היא דשמין באב שהיא צריכה לפרנסה וכיון דלא צריכה יותר לא תקנו לה וראיה לזה דהא מבואר באבן העזר. (סימן קי"ג) היכא דאב צוה ליתן לבתו כך וכך אף אם נשאת בסתם אפ"ה גובית אח"כ מבואר מזה אף בשתקה לא הוי מחילה רק בעישור נכסים אמרינן כן וא"כ מוכח דעיקר טעם היכא דנשאת ולא תבעה לא תקנו חכז"ל כיון דאינה צריכה ולשון ויתרה נמי משמע כן מדקאמר לשון ויתרה ולא קאמר מחלה הרי דלא משום מחילה נגעה בה ובאותו סוגיא (דף ס"ט) קאמר ר"י שניה ויתרה ובזה לא שייך מחילה רק לשון הפסד ע"ש. ולפ"ז מיושב דברי רמב"ם דלעולם כמו שאינו יכול להתחייב עצמו דבר שאיני קצוב כך אינו יכול למחול דבר שאינו קצוב וגבי עישור נכסים אינו הטעם משום מחילה רק דלא תקנו חכמים באופן זה ואף שרש"י כתב לשון מחילה הוא לאו דוקא לרש"י כמו שהוכחתי בראיות הנ"ל:

ב וחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד עש"ך (סקי"ב) דהביא בשם בית יוסף ראיה לדבר רמב"ם מפרק הנושא את האשה (ק"ב) דלא אוקמיה בילדה שמע מינה דבר שאינו קצוב אינו יכול לחייב עצמו ע"ש ולפע"ד לא הבנתי ראייתו דעד כאן לא

קאמר רק שאינו יכול לחייב אבל אם מחויב בלא זה ודאי מהני קנין וא"כ הכא חייב מכח תנאי ב"ד רק שאין כתובים לא מהני לענין ממשעבדי ועל זה מהני קנין וכן מוכח בע"כ דאל"כ הוי ליה להקשות מגופא דסוגיא על הרמב"ם דפסק דברים הללו לא נתנו לכתוב ואמאי מהני קנין אלא ודאי היכא דבלא זה מחייב מהני קנין וה"נ כן וצ"ע: סעיף ו' (ג) המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם וכו' אבל בלשון חיוב חייב והוא שקנו מידו לכאורה קשה מסוגיא דב"ב (דף קמ"א) מתרץ הגמרא דלמא ר' מאיר היא תיפוק ליה דאפילו לרבנן מהני דהא התם במחייב איירי כמבואר בטור (סימן רנ"ג סעיף י"ב) ע"ש וא"כ מהני לדידן אף דקי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ מחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם מהני וצ"ע:

סעי' ז' (ד) ראובן הלוה לשמעון מנה ואחר זמן כתב לו שטר בקנין וכו' משכנתי לו קרקע פלוני זכה במשכונה עסמ"ע (ס"ק כ"ב) דכתב דמחבר איירי בשטר קנין ולא בקנין סודר דאל"כ פשיטא דקנה אפילו גוף הקרקע ע"ש ולכאורה צ"ע אדרבה גוף הקרקע קונה בקנין סודר אבל היכא דאין מקנה לו גוף הקרקע רק אכילת פירות אינו קונה בקנין סודר כמבואר בטור ובסמ"ע (ס"ק כ"א) ומבואר לקמן (סי' קצ"ה סעי' ט') ע"ש דהיכא דאין מקנה לו גוף הקרקע אינו קונה בקנין סודר וצ"ע:

סימן סא

סעי' ה' (א) כל דבר שנהגו במדינה לכתוב וכו' דעתו שיכתבהו כמנהג המדינה עש"ך (סק"ט) דמחלק היכא דידעינן דלוה ידע דמנהג לכתוב נאמנות אז אע"פ שלא נכתב כמו שנכתב דמי אבל אי לא ידעינן שלוה ידע מזה נוכל לומר דלמא לוה לא ידע מזה ולכאורה מהר"ן פרק האשה שנפלו לא משמע כן דכתב היכא דנכתב דאמר בפירוש שיהיה מתנה חלוטה עולם מהני וכתב הר"ן כיון דמנהג לכתוב כן בשטרות אמרינן באמר סתם לכתוב מהני כיון דידע שכותבין כן בשטרות מהני אפילו בשטר מברחת אך כתב שם דאפשר דאשה לא ידעה מזה משמע דוקא באשה אבל בסתם בני אדם אמרינן יודעין כיון דמנהג לכתוב כן בכל שטרות אע"פ שלא ידעינן שידע וצ"ע:

סימן סב

סעיף א' (א) אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית וכו' [הג"ה אפילו אלמנה ואפילו היו השטרות בידה עש"ך (סק"ו) דכתב בשם בעל התרומות ואם תקשה על הרמב"ם דסובר היכא דאמרה אחר נתן לי במתנה ע"מ שאין לבעלי רשות אינה נאמנת על הפירות שכל

מה שנמצא ביד אשה הוא בחזקת בעל מ"מ היה להאמין לה במיגו דאמרה לבעל אתה נתת לי במתנה ותירץ הבעה"ת לפי שבטענה הזאת מוציאה את הנכסים אף מירושה ואלו היתה טוענת אתה נתת לי היה יורשה ולא אמרינן היכא שהמיגו מגרע טענתיה כי הכא עכ"ל ולפע"ד יש ראיה ממסכת כתובות (דף פ"ט) מבואר היכא דאין כאן עדי גט בעל נאמן במיגו דלא גרשתיך ואמאי דהא אם אמר לא גרשתיך ממנ"פ היורשים צריכים ליתן לה כתובה דהא לפי דברי שניהם חייב כתובה ואם יאמר בעל פרעתי לפי דבריו אף יורשים פטורים וצ"ל מ"מ כיון דלגבי עצמו פטור אף שיש חשש נגד יורשים דלמא ימות בחיי' מ"מ מהני מיגו וכן כתב האסיפת זקנים שם וה"נ הוי ליה מיגו לגבי דידה אף דיש ספק דלמא תמות בחיי הבעל וא"כ אמאי אינה נאמנת וצע"ל:

ב ואם היו חלוקין בעיסתן או בשום דבר על האחין להביא ראיה לכאורה יש לדקדק על לשון המחבר חלוקין בעיסתן ולעיל גבי אשה נקט המחבר אם יש לה עדים שהיה לה ממון מיוחד.. ויותר יש לדקדק על לשון הרמב"ם (דבפרק ט' מנחלות הלכה ז') הביא אשה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית דצריכה להיות לה ממון מיוחד ואח"כ (בהלכה ח') הביא אלמנה או אחד מן האחין שהיו חלוקין בעיסתן שמא מעיסתן קמצו וא"כ קשה באשת איש נמי נימא הכי היכא שבעל נתן לה מזונות או ע"י שליש נמי תוכל לומר מעיסתה קמצה ואמאי הוצרך עדים להיות לה ממון מיוחד מוכח מזה כשטת הרמ"א באבן העזר (סימן ע') דאשה שקמצה מזונות הוי לבעל והגאונים האדירים הבית מאיר והבית יעקב תמהו בזה שהוא נגד תוס' נזיר (דף כ"ד) דשם מבואר להדיא היכא דקמצה מפיה שלא אכלה כדי שביעה הוי לעצמה וכן סובר הר"ן בנדרים אבל מדברי הרמב"ם ומלשון המחבר משמע כשטת הרמ"א הנ"ל. ומה שהקשו נראה דלא קשה דהא מבואר באסיפת זקנים כתובות פרק מציאות האשה (ד"ה העדפה ע"י הדחק) דסובר ר"ע העדפה ע"י הדחק לעצמה דהיינו שניערה בלילה או הרעיבה עצמה ולרבנן הוי דבעל ופי' הוא הטעם לרבנן כיון דבעל חייב ברפואתה וכיון דמכח זה תפול לחולי או מכח שדחקה עצמה למלאכה או במיעוט מזונות משום הכי הוי לבעל וא"כ לא קשה דתוס' ור"ן נדרים אזלי אליבא דר"ע ושפיר הוי לעצמה אבל רוב הפוסקים פסקו כרבנן. והכא וכן בש"ע אבן העזר פסק כרבנן העדפה ע"י הדחק לבעל ע"כ שפיר סובר הרמ"א הנ"ל אם צמצמה מזונות הוי לבעל ועיין:

סימן סג

סעיף א' (א) המוציא שטר חוב על חברו ובאו שנים ואמרו ממנו שאל לזייף לו שטר זה אע"פ שנתקיים השטר בחותמיו אין גובין בו לעולם ויש לעיין היכא דאין לוה בפנינו או שבא לגבות מיתומים או מלקוחות אם טוענין אנן מזויף או לא דיש לומר כיון דנתקיים שטר בחותמיו לא טענינן אנן ולכאורה משמע כן מתוס' כתובות (דף צ"ח ד"ה דעסיק) דאף דאנן טענינן ליתומים מזויף מ"מ היכא דשטר מקוים אין טוענין רק היכא דאתרע בנפילה לא מהני קיום ודימה תוס' להכא דשטר ריעא מ"מ היכא דלא הוי בפנינו אין טוענין כיון דמקוים הוא וא"כ כאן נמי י"ל כן אבל מטור דכתב ב"ד אחר משמע דאנן טוענין מזויף ויש לדחות וצ"ע:

ב בתומים (ס"ק א') הביא בשם גד"ת דהקשה אמאי צריך הבעה"ת להביא דין זה בשם הרמב"ם דהא הוא גמרא ערוכה מסכת כתובות (דף ל"ו) האי שטרא ריעא לא מקרע וכו', ולפע"ד יש לתרץ דהא הסמ"ע (ס"ק ד) דקדק מלשון אינו גובה בו לעולם דאפילו תפיסה לא מהני ע"ש, וזה הוא לשון הרמב"ם (פרק כ"ב הלכות מעדות) ושפיר צריך הבעה"ת להביא דין זה בשם הרמב"ם דהא דתפיסה לא מהני אינו מפורש בגמרא:

סימן סד

מי שהפקידו בידו שטרות ומת המפקיד וטוען הנפקד מחיים תפסתי אותם למשכון וכו'. אם יש עדים שתבעם ממנו מחיים ולא רצה להחזירם לו אז הויא תפיסה ואי לא לא מבואר להדיא דאף בשטרות נמי מהני תפיסה מחיים דלא יהיה נקרא מטלטלין דיתמי ועב"י (בסימן זה) דהביא בשם רבינו ירוחם דאף דגבי מטלטלין פסקינן דלא הוי דין קדימה דאם תפס אפילו בע"ח מאוחר אין מוציאין מידו מ"מ אם בע"ח תפס שטרות לא מהני רק חולק עם שארי בע"ח וכן פסק רמ"א (סימן ק"ד ס"ג) ע"ש. וע"כ צריך לחלק לענין מטלטלי דיתמי מועיל תפיסה מחיים אבל לענין דין קדימה בתר גובינא אזלינן ועדיין לא גבה באותן שטרות לא נקרא קדם וגבה ועסמ"ע (סימן ק"ד סק"י) ולפ"ז נוכל ליישב שיטת הפוסקים דסוברים דאף בכתובה נמי מהני תפיסה מחיים והביאו ראיה מפרק מי שהיה נשוי (דף צ"ג) דאוקמיה רישא בשתי תפיסות וסיפא בשתי תפיסות ופרש"י מטלטלין ע"ש וע"כ איירי בתפיסה מחיים דאל"כ מטלטלין דיתמי לבע"ח לא משתעבדי וא"כ מוכח דמהני תפיסה מחיים אפילו לכתובה, והר"ן ריש פרק אלמנה נזונות הקשה א"כ כיון דתפסה מחיים א"כ כולה מאתיים נמצאו בפעם אחת והדרא קושיא לדוכתה ולפי הנ"ל שפיר י"ל דתפסה שטרות מחיים ושפיר מהני תפיסה לענין

זה דלא נקרא מטלטלין דיתמי אבל מ"מ כיון דגבה רק שבעים וחמשה בפעם אחת כדאוקמיה הגמרא התם שפיר חולקים כמו דקתני במתניתין ושפיר יש ראיה מסוגיא זו ועיין תומים (סימן ק"ד סק"ד) דאף דלא מהני תפיסה בשטרות נגד שארי בע"ח מ"מ השטר גופה יכול לתפוס ע"ש וצ"ע:

סימן סה

סעי' ב' (א) וכן יורשי הנפקד לא יחזירו שום שטר שנמצא ברשות אביהם אלא א"כ יודעים מה טיבן עש"ך (סס"ק ט') דמסיק היכא דליכא מנהג ברור ודאי גבי כתובה נמי חיישינן לפרעון כמו גבי כתובת אשה שנמצא בשוק ע"ש, ולפע"ד יש לעיין בדין זה ע"פ מה שהביא המחבר (בסעיף ג') שטת הסוברים היכא דשניהם מודים מהני ולא חיישינן לקנוניא כיון דליכא רעותא רק ספק מי מסר וא"כ גבי כתובה ודאי ה"ל לגבות דהא אפילו לשטת הרי"ף דפסק במקום שכותבין כתובה ואינה תחת ידה אינה גובית משום דריעא טענתה ואיכא רגלים לדבר דפרע אבל היכא דליכא רגלים לדבר לכ"ע אינו יכול לומר פרעתי ועיין באה"ע (סימן ק' בהג"ה סעיף ו') דכתב היכא דיש עדים שנאבדה או נשרף דגובה ע"ש א"כ הכא ג"כ לשטת הרא"ש וטור היכא דמונח ביד אחר ולא ידע מי הפקיד אצלו לא אתיליד רעותא ושפיר יכול לגבות בו ועיין בתוס' כתובות (דף צ"ו) ד"ה נכסי ע"ש וצ"ע:

סעיף ג' (ב) יש אומרים אפילו שניהם רוצים לא יוציאם מתחת ידו אלא קרוע דחיישינן לקנוניא נראה מזה להדיא דלא יוציא מתח"י אפילו ללוה אם מלוה מודה דדלמא יחזור למלוה וכן כתב הש"ך (סק"י) ולפ"ז שפיר כתב הש"ך (לקמן ס"ק ס"ח) דהיכא דשובר מונח ביד שליש אפילו אמר מלוה להחזיר ללוה לא יחזיר דחיישינן דלמא יחזיר למלוה ע"ש מהכא נמי מוכח כן וממילא גבי מצא שובר אם מלוה מודה יחזיר ללוה והיכא דלוה מודה יחזיר למלוה ועיין (בס"ק מ"ט) וכן כתב בתשובת הרשב"א (סימן אלף ול"ה) ע"ש:

סעיף ט' (ג) המוציא שטר חוב בכלי יתננו למי שנותן סימן בכלי עיין בתוס' ורא"ש דהקשו אמאי יחזיר למי שנותן סימן בכלי ניחוש לשאלה ותירצו דתקנת חכמים כך היה דלא ניחוש לשאלה ולכאורה צ"ע דהכא הוי שאלה דיחיד דלוה השאיל למלוה כלי ומיד המלוה נפל או להיפוך [ולמה] הוי לן לחוש ועיין בתומים וי"ל דשפיר הקשו תוס' ורא"ש דהא במתניתין סתמא קתני דיחזיר למי שנותן סימן בכלי משמע אפילו כתוב בשטר כל מי שמוציא שטר זה יגבה בו נמי יחזיר למי שנותן סימן על זה הקשו שפיר ניחוש לשאלה שמא השאיל כלי לאחר מעלמא והוי שאלה דרבים ועוד יש לתרץ כוונת תוס'

דהא קתני במתניתין סתמא יחזיר למי שנותן סימן בכלי אע"ג דאין השטר נכתב על שמו רק על שם אחר והוא טען שהשטר ממושכן אצלו נמי יחזיר לו כיון שנותן סימן בכלי לכך הקשה תוס' אמאי יחזיר דהא יכול להיות שמאחר נפל רק הוא השאיל לו הכלי:

ד יתננו למי שניתן סימן עש"ך (ס"ק כ"ו) דפסק דלהפוסקים דסוברים דחיישינן לשאלה באיסור הה"ד בממון נמי חיישינן ע"ש. ולכאורה יש להקשות א"כ אבדה שאין בו סימן אמאי הרי היא שלו דהא קי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אפילו אם ספק אם ידע או לא נמי לא הוי יאוש כמבואר בב"מ דף כ"א ע"ב דפריך הגמרא הא לא ידע דנפיל מיניה ועיין במגיד משנה (פי"ד מגזלה ואבדה ה"ה) וז"ל ודע שנראה מהסוגיא שכ"ד שיש לחוש אם ידעו הבעלים בנפילתו א"ל אסור לפי ששם אמרו וכו' עכ"ל. א"כ לשטת הש"ך ניחוש דלמא השאיל לאחר ומשואל נפל ובעלים לא ידעו מנפילה ואמאי הרי הוא שלו דהא לשטת הש"ך לפוסקים דחיישי לשאלה גבי איסור גבי ממון נמי חיישי וצ"ע:

ה סימן בכלי עש"ך (סק"כ וסקל"א) דפסק דאפילו נותן סימן בכלי לא מהני לגבות ממשעבדי דדלמא אמר לו הלוה הסימן ע"ש והתומים חולק על הש"ך ולפע"ד יש להביא ראיה לשיטת הש"ך מב"מ (דף כ"ח) דהקשה הגמרא אי אמרינן סימנין לאו דאורייתא תכריך של שטרות יחזיר ה"נ וכי ניחא ליה ללוה לאהדרינהו למלוה ועיין בתוס' דדלמא באמת ניחא ללוה ע"ש. ולפי שטת התומים דאם נותן סימן מהני אפילו לגבות מלקוחות א"כ מאי מקשה תוס' דלמא באמת ניחא ללוה מאי מהני ניחותא דלוה מ"מ דלמא מוקדם הוא או שטר פרוע ויגבה מלקוחות וגבי לקוחות לא שייך ניחותא וגם הם אינם יודעים מנפילה אלא ודאי מוכח כשטת הש"ך דסימן לא מהני רק לגבי לוה אבל לא לגבי לקוחות ושפיר הקשה הגמרא, ותוס' שפיר הקשה דלמא באמת ניחא ללוה דלגבי לוה מהני ניחותא דידיה מוכח בהדיא כשטת הש"ך: סעי' ט"ו (ו) שנים אוחזין בשטר המלוה אומר שלי הוא והוצאתיו להפרע בו ממך ולוה אומר פרעתיו וממני נפל אם היה השטר שיכול לקיימו זה ישבע וזה ישבע וישלם לו הלוה מחצה. עסמ"ע לקמן (סימן קל"ח) דהביא שטת רש"י ורמב"ן היכא דאיכא ודאי רמאי אף שהחלוקה יכולה להיות אמת מ"מ יהא מונח ע"ש א"כ על זה קשה דהכא גבי אדוקים בשטר דאיכא ודאי רמאי אמאי יחלוקו נימא יהא מונח וכן הקשה תוס' ע"ש ולפע"ד אפשר לתרץ דהכא גבי שטר ליכא ודאי רמאי די"ל דלוה מ"מ אומר שפרע משום אשתמוטי דהא קי"ל כופר במלוה כשר לעדות מטעם זה אבל גבי זה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה לא שייך זה בודאי אינו חלוקה אמת מש"ה סוברים רש"י ורמב"ן יהא מונח:

ומה שהקשה נתיבות המשפט כיון דמדמה השטר לטלית ה"נ יאמר המלוה מה אתם שמין המחצה שלי יכתוב שובר על חצי ואין רצוני למכור חצי שט"ח שלי. לפע"ד לא קשה דהתם גבי טלית הטלית הוא גופא ממון לפיכך חולקין, אבל הכא גבי אדוקין בשטר צריכים להבין באמת אמאי נוציא ממון מן הלוה הא לוה הוא מוחזק ואית לן למימר המוציא מחברו עליו הראיה רק אנן אמרינן זה שהשטר שוה למכור הוי ג"כ מלוה מוחזק מש"ה אינו נוטל רק מה ששוה השטר למכור אבל יותר ממה ששוה אע"פ דנכתב בשטר על זה לא הוי מלוה מוחזק ואמרינן המוציא מחברו עליו הראיה ועיין בחדושי הר"ן ב"מ בסוגיא דתקפו כהן דמאי דאמרינן בגמרא אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה י"ל דלאו ודאי הוא אלא ספק ע"ש, וכן נראה מלשון הגמרא (דף ג') גבי שנים אוחזין דאיכא למימר תרווייהו הוא ואיכא למימר דחד מנייהו הוא ע"ש ואמאי יכול להוציא מיד הלוה מחצה אלא ע"כ מטעם הנ"ל ושפיר חולקין רק שווי' השטר דעל שווי' השטר נקרא שניהם מוחזקין ולא יותר ומיושב קושיית הנתיבות:

סימן סו

סעיף א' (א) אותיות אינן נקנין אלא בכתיבה ומסירה עסמ"ע וש"ך (סק"א) דיש מחלוקת בין הפוסקים אי מכירות שטרות דאורייתא או דרבנן ע"ש, והרא"ש וכמעט כל הפוסקים סוברים דמכירות שטרות דרבנן, ולפ"ז נראה טעם נכון דמשום הכי פסק הטור היכא דמחל שטר חוב שמכר א"צ לשלם ללוקח רק דמים שנתן והרא"ש ב"מ פרק שנים אוחזין כתב הטעם משום דמעיקרא זביני ריעי היא ועיין לקמן (סעיף ל"ב) ובסמ"ע (ס"ק ע"ו) ולפ"ז נוכל לומר [כיון]דאם היה מכירות שטרות דאורייתא לא הוי יכול למחול ולא היה צריך לשלם כלום דהא יכול לומר אין אני מזיק אותך רק דפוסקים סוברים דמכירות שטרות דרבנן משום הכי יכול למחול וע' בהרא"ש פרק הכותב וא"כ כל ההיזק בא מחמת שמכירה אינה מכירה גמורה וכיון דחסרון היא בעיקר המכירה שפיר א"צ ליתן לו רק דמים שנתן דהא מחמת שחסרון היה בעיקר המקח נעשה הפסד ללוקח ולפ"ז מיושב קושיית הב"י על הטור דהטור פסק היכא שבא בע"ח מוקדם והוציא שטר מלוקח או שבא אחר והביא ראיה שקנה תחלה מכח אחריות טעות סופר גובה לוקח כל דמי שוויי' השטר והקשה הב"י דהא לא עדיף ממחל וא"צ לשלם רק דמים שנתן לשטת הטור ע"ש ועיין לקמן סעיף ל"ד) ולפי הנ"ל ניחא דהתם אינו הפסד ללוקח משום דמכירה אינו אלא דרבנן דאף אם היה מכירה התורה נמי בע"ח של מלוה היה מוציא מלוקח או לוקח מוקדם ולא הוי חסרון בעיקר מכירה ולפיכך צריך לשלם ללוקח כל דמי השטר ועיין:

סעיף ג' (ב) הנותן נכסיו לאחד במתנת בריא מטלטלין אגב קרקע בקנין והיה לו שטרות אע"ג דשטרות בכלל נכסי אינון לא קנאם כיון שלא כתב לו קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה עסמ"ע דלאו דוקא הה"ד אם אמר קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה (לא) (נמי] קנה ועש"ך (סקי"ב) דחולק על המחבר ופסק דאע"ג דלא אמר ליה קני לך וכו' נמי מהני כיון דאמר נכסי הוי הכל בכלל נכסים והוי כאלו אמר בפי' קני לך איהו וכל שעבודא ע"ש ולפע"ד נ"ל בסייעתא דשמיא דבר נכון אף דבאמת נכלל שעבוד בכלל נכסים הא קי"ל שכיב מרע שאמר נכסי לפלוני והי הכל בכלל כמבואר במס' ב"ב (דף ק"ן) אמר נכסי לפלוני שטר אקרי נכסי וכו' הלכך שכ"מ שאמר נכסי לפלניא שטר אקרי נכסי וא"צ לומר קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה אף לפוסקים דסוברים גבי שכ"מ שאמר תנו שטר חוב לפלוני צריך לומר קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה כמבואר בחושן משפט (סימן רנ"ג סעיף כ') ועש"ך (סקכ"ט) אבל אם שכ"מ אמר נכסי לפלניא הוי שטר בכלל וא"צ לומר קני לך איהו וכו' כיון דשיעבוד נכלל בכלל נכסים אבל זה דוקא גבי שכ"מ לפי שגבי שכ"מ אם אמר הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני לפיכך אם אמר נכסי לפלוני קנה המקבל ג"כ את השטר דשעבוד נכלל בכלל נכסים אבל גבי בריא הנותן נכסיו במתנה מטלטלין אגב קרקע בקנין והיו בו שטרות נהי ששעבוד בכלל נכסים מי יימר ששעבוד אשר הקנה לו היה דעתו של הנותן ששיעבוד יהיה נגרר אחר השטר דדלמא היה כוונתו שיהיה לו קנין בפני עצמו ובפ"ע אין בריא יכול להקנות מלוה אגב קרקע כמבואר בח"מ (סימן צ"ה סעיף כ"ו) ובסמ"ע (ס"ק ס"ו) ועיין נמוקי יוסף פרק מי שמת ד"ה ש"מ שאמר הלואתי לפלוני ולפ"ז מיושב קושיית התומים דדברי הרשב"א סתרי אהדדי דסובר לקמן (סימן רנ"ג) דשכ"מ שאמר שט"ח לפלוני צריך לומר קני לך איהו וכל שעבודא ובשכ"מ שאמר נכסי לפלוני פסק דקנה המקבל אע"פ שלא אמר קני לך וכל שעבודא כמבואר לקמן (סימן רמ"ח) ולפי הנ"ל ניחא דהתם גבי שט"ח לפלוני יכול להיות שלא הקנה לו השיעבוד אבל הכא באומר נכסי לפלוני השעבוד נכלל בכלל נכסים אף שלא אמר קני לך וכל שעבודא אע"פ שדעתו היה שלא יהיה ע"י שטר רק שעבוד בפני עצמו נמי קנה דשכ"מ שאמר הלואתי לפלוני הלואה לפלוני ועיין:

סעיף כ' (ג) ראובן הפקיד שטרי חובות אצל שמעון ואמר לו שטרות שהפקדתי בידך תנם ללוי במעמד ג' כל זמן שלא חזר בו יש לשמעון לתנם ללוי וכו' ואם כתב לו והקנה לו הן וכל השעבוד שבהם והמחה אצל אותו שמופקדים בידו המחאה זו כמו מסירה ונמצא שהן קנוין לו בכתיבה ומסירה עש"ך (סק"ע) דתמה על המחבר דסובר דהמחאה הוי כמו מסירה דהא הוא פסק בעצמו (בסעיף ד') דחליפין אינו כמסירה ומעמד שלשתן וחליפין

חד דינא אית להו ושטת הרמב"ן שהביא בעל התרומות כתב דהמחאה אינו כמסירה וש"ך הניחו בצ"ע ולפע"ד נראה לתרץ קושיית הש"ך דמה שכתב המחבר לעיל דחליפין אינו כמסירה היא משום הכי כיון דשטר אינו גופו ממון וחליפין אינו קונה בדבר שאין גופו ממון כמו שכתב הש"ך עצמו (סק"י) דהא מטבע אינה נקנית בחליפין משום דהוי כאותיות כמו שמבואר בנמוקי יוסף פרק הזהב דטעם דאין מטבע נקנית בחליפין דהוי כאותיות משום הכי פסק המחבר דחליפין אינו כמסירה אבל הכא גבי מעמד שלשתן דקונה אף בדבר שאין גופו ממון דהא אנן קי"ל דמעמד ג' אפילו במלוה קונה וכש"כ בפקדון דהיינו אפילו יש לו מטבע בפקדון אצל חברו הרי לך דמעמד שלשתן אפילו בדבר שאין גופו ממון קונה שפיר פסק המחבר דהמחאה קונה במקום מסירה וחליפין לא מהני במקום מסירה ועיין:

סעיף כ"ו (ד) ודא יש אומרים שאם כתב לוה למלוה משעבדנא לך וכל מאן דאתי מחמתך שוב אינו יכול למחול וכו'. הג"ה יש אומרים הא דמוכר שטר חוב יכול למחול היינו שמוכר לא היה חייב ללוקח וכו'. עש"ך (סקפ"ט) דהביא בשם הראב"ן היכי דלית ליה נכסי למוכר לא מצי מחיל ובאמת הוא נגד כל הפוסקים והש"ך תמה דהא סוגיא ערוכה היא פרק החובל דתזבין כתובתה להא דחבלה בטובת הנאה ומשני כל לגבי בעלה ודאי מחלה ע"ש וא"כ מוכח אף דלית נכסי לאשה מצית מחיל ולפע"ד נראה לומר טעם של הראב"ן דהא מבואר ברמ"א (סעיף א') היכא דמכירה לא הוי מכירה ואין לו למוכר לשלם ללוקח מוציאין המעות מן הלוה ונותנין ללוקח מטעם שעבודא דר"נ ע"ש ולפ"ז י"ל דטעם של הראב"ן היא דהא טעם דמכירות שטרות יכול למחול הוא כיון דמכירות שטרות דרבנן וכן הוא סברת כמה פוסקים ממילא י"ל היכא דאין נכסים (ללוה) [למוכר]שפיר קאמר הראב"ן דאינו יכול למחול דמן התורה לא הוי מכירה וא"כ צריך מוכר להחזיר דמים שנתן וחייב לו הלוה מכח שעבודא דר"ן וגם אפילו לא שייך שעבודא דר"נ הוי מכירה מדרבנן משום הכי סובר הראב"ן היכא דלית ליה נכסי (ללוה) [לשוכר]לא מצי מחיל ממנ"פ ולפ"ז לא קשה קושיית הש"ך מכתובה דהא בכתובה סוברים כמה פוסקים דלא שייך שעבודא דר"ן וא"כ לא הוי מכירה אלא מדרבנן משום הכי אף דלית לה נכסי תוכל למחול והש"ך שהקשה מכתובה אזיל לשטתו דגם בכתובה שייך שעבודא דר"נ ולכך הקשה מכתובה:

סעי' ל"ב (ה) כשמוחל שטר או יורשיו צריכים לשלם כל מה שכתוב בשטר החוב מיפה בנכסים וכו' ומיהו שמין השטר כפי מה שהוא וכו' ואם מת ישלמו יורשיו וכו'. הג"ה אבל רבים חולקין וס"ל דאין צריך לשלם לו אלא הדמים שנתן לו עש"ך (ס"ק ק"ד) דתמה

על הרמ"א דהא כמה פוסקים סוברים דדינא דגרמי הוא רק מטעם קנס ולא קנסו בנו אחריו ואמאי לא הביא הרמ"א שום חולק בזה ע"ש ולפע"ד נראה דלא צריך הרמ"א להביא דעת היש אומרים דהא הרמ"א פסק כדעת הפוסקים דאין צריך המוחל לשלם רק דמים שנתן וא"כ י"ל אף דקי"ל היכא דקנסא דרבנן לא קנסו בנו אחריו אבל הכא כיון דמן התורה לא הוי מכירה ממילא מחויב להחזיר דמים שנתן כדכתב הרמ"א (סעיף א') רק מדרבנן הוי מכירות שטרות מכירה וכיון דמדרבנן חייב לשלם מדינא דגרמי והוי חיוב תורה וחיוב דרבנן ובזה היכא דהוי תרתי חיוב תורה וחיוב דרבנן לא מצאנו דפטרו בנו אחריו ולכך שפיר לא הביא הרמ"א דעת החולק דאפשר דכאן בטלה מחלוקת: סעי' מ' (ו) אם היה שימר שכר עליהן ונגנבו או אבדו אפילו בפשיעה פטור מלשלם. לכאורה קשה למה אצטריך מיעוטא גבי שטרות שאין בהם דין שמירה מדאורייתא תיפוק ליה דהא לא שייך ביה קנין מדאורייתא ואנן פסקינן במסכת ב"ק (דף ע"ט) ש"מ תקנו משיכה בשומרים ואחר העיון אפשר לתרץ דהא דמסיק תקנו משיכה בשומרים הוא רק מדרבנן אבל מדאורייתא כיון שנסתלקו הבעלים משמירה חייב השומר ולשון תקנו נמי משמע כן דהוא רק תקנה ולשון רש"י נמי מוכח כן וז"ל (בד"ה תקנו משיכה בשומרים) שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשיך נראה מלשון רש"י דמדאורייתא כיון שנסתלקו הבעלים מהשמירה חייב השומר רק דרבנן תקנו לשומר שצריך קנין הרי דמדאורייתא א"צ קנין ולכך אצטריך קרא למעט שטרות משמירה:

סימן סז

סעי' ב' (א) שביעית משמטת את המלוה וכו' ואם אינה משכונה אלא שסיים לו שדה בהלואתו אינו משמט זו היא שטת רמב"ם וע' ר"ן מסכת גטין (דף ל"ז) דהקש' בשם הרמב"ן דהא לא עדיף ממשכנתא וכתב דרמב"ם איירי באפותיקי מפורש ועב"י דהביא בשם הרשב"א בתשובה אף אם הוא מפורש ג"כ משמט וערשב"א בחדושיו לגטין כיון דיכול לסלקו במעות לא הוי כגבוי ע"ש. ולפע"ד י"ל בכוונת הרמב"ם דהא איתא בתומים (סקכ"ה) דגבי יורשי הלוה י"ל דאין שביעית משמטת דהא עיקר קפיד קרא על לא יגוש דהיינו שעבוד הגוף וכיון דשעבוד הגוף נפקע ממילא שעבוד נכסי נמי נפקע וגבי יורשים ליכא שעבוד הגוף לא שייך שמיטה ע"ש ולפ"ז י"ל דכוונת הרמב"ם בעשה אפותיקי מפורש כיון דאם שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים י"ל דליכא שעבוד גוף על הלוה ואין כאן רק שעבוד נכסי ועל זה לא אמר קרא שביעית משמט ושפיר סובר הרמב"ם גבי סיים לו שדה אינה משמטת ועיין: סעיף י' (ב) המלוה את חברו לעשר שנים אין שביעית

משמטת עיין קצות החושן (סק"ג) דהקשה אמאי אמרינן לחד לשנא בש"ס מסכת מכות דשביעית משמטת הא הו"ל כאלו התנה ע"מ שלא תשמע בשביעית שאינו משמט ע"ש ולפע"ד י"ל דאין כוונת הלוה להשתעבד רק אם יהיה לו פרוזבול אזי יגבה אחר עשר שנים דהא קביעת זמן היא רק לטובת הלוה כמבואר (בסי' ע"ב) וזה פשוט:

סעי' י"ז (ג) הכא מחמת עכו"ם הרי היא כעכו"ם ולכן מי שקנה שטר חוב מן העכו"ם על חברו אין שביעית משמטת עסמ"ע (סקל"ג) דהקשה להסוברים דהבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם רק לגריעותא אבל למעליותא לא אמרינן הרי הוא כעכו"ם אמאי אין שביעית משמטת ע"ש מה שתירץ ולפע"ד נראה דדברי רמ"א נכונים דבמסכת גטין (דף ל"ז) אמר רב יהודה אמר שמואל יתומים אין צריכים פרוזבול דר"ג ובית דינו אביהן של יתומים וערש"י דפי' דסוגיא איירי בחוב של אביהן המת וער"ן שם דפירש בשם הרמב"ן דסוגיא איירי בחוב שלהן שהם עצמן הלוו דאי איירי בחוב של אביהן, בלא טעם דברי רבן גמליאל וב"ד אביהן של יתומים נמי אין שביעית משמטת דהא מבואר בספרי דכתיב כל בעל משה ידו דוקא המלוה אבל לא יורשים מ"מ אם אחד לוקח שט"ח משמט דלא קנה לוקח אלא שעבוד נכסי אבל שעבוד הגוף נשאר אצל מלוה אע"ג דגבי לוקח לא קרינא ביה לא יגוש מ"מ כיון דאידך נוגש מחמתיה לא יגוש קרינא ביה ע"ש ולפ"ז הכא גבי לוקח שטר חוב מן הכותי שפיר אין שביעית משמטת דממנ"פ גבי לוקח לא קרינן ביה לא יגוש דלאו משה ידו הוא ואי משום מלוה ראשון הא כותי הוא וגבי כותי לא שייך שביעית ועיין בספר דברי משפט מאא"ז הגאון זלל"ה מה שתירץ בטוב טעם קושיית רשב"א על רש"י דפירש דבחוב של אביהן איירי ע"ש:

סימן סח

סעי' א' בהג"ה (א) או שטרי מחילות וכו' הרי הם כחרס. עסמ"ע (סקי"ד) מ"ש בזה ועש"ך (סק"ח) דהשיג עליו ע"ש. ולפע"ד י"ל דמיירי דיש למלוה שט"ח דסוברים כמה פוסקים דלא מהני מחילה בלא קנין ועיין (סימן י"ב סעיף ה') בסמ"ע (סקכ"א) ובש"ך (סי' רמ"א ס"ק ד') ע"ש וא"כ כיון דבמלוה בשטר לא מהני מחילה רק מכח שטר מחילה (ודאי) [דהוי]כמו קנין וכיון דשטר מחילה עושה פעולה לא מהני בערכאות כמו שטר מתנה ועל זה שפיר כתב רמ"א דעת החולקים דהא גבי מלוה בשטר נמי סוברים כמה שיטות דמהני אפילו בדבור בלא קנין ואם כן השטר הוא רק לראיה:

ב ופשרות שהם בעדים שלהם וכו' עסמ"ע (סקי"ג) אע"ג דקי"ל דפשרה צריך קנין וקנו מידו אפ"ה לא מהני כיון דפשרה נקרא דין והם פסולים לדון ומכח זה כתב הסמ"ע

דאפילו בלא שטר לא מהני פשרה שלהם ע"ש ולפע"ד דברי הסמ"ע צ"ע דהא מבואר (בסימן כ"ב סעיף ב') אע"ג דלא מהני קנין לדון לפניהם מ"מ אם כבר דן אינו יכול לחזור ע"ש וא"כ אף דפשרה נקרא דין מ"מ בדין גופא ג"כ מהני אלא ע"כ צ"ל כמו שכתב ב"י כיון דהם אינם בקיאין בטיב הקנין ע"ש:

סימן סט

סעי' ב' (א) נתקיים בב"ד שהוא כתב ידו עש"ך סקי"ב דפסק דלא כב"ח דסובר דבכתב יד צריך קיום מדאורייתא משום הכי לא מהני קיום ע"י דמוי והש"ך חולק עליו אף דדברי הב"ח נכונים דבכת"י צריך קיום מן התורה מ"מ מהני קיום ע"י דמוי ע"ש ולפע"ד נראה ראיה מפורשת מתוס' כתובות (דף כ"ח ד"ה קיום שטרות דרבנן) דנראה מדברי תוס' דאפילו דמוי משדה אחת מהני מדאורייתא והיכא דיש דמוי משתי שדות ודאי מהני במקום קיום מן התורה:

ב אפילו נתקיים בב"ד אין לו אלא דין מלוה ע"פ בעדים ואינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות אלא ממנו אם הודה שלא פרע אבל אם טוען פרעתי נאמן ונשבע היסת ונפטר וכו' ואם כתוב בו נאמנות אם נתקיימה חתימתו אינו נאמן לומר פרעתי דאלו פרעו לא היה מניחו בידו כיון שיש בו נאמנות לכאורה קשה אמאי צריך הטור ומחבר טעם שאלו פרעו לא היה מניחו בידו ת"ל דהא נתן נאמנות ולוה עצמו פסול טענת דידיה וכן הקשה נתיבות המשפט ולפע"ד נראה כוונת המחבר דאם כתב בהכת"י נאמנות גובין בו אף יורשי המלוה אף דלא שייך גבי יורשים נאמנות דהא הם אינם יודעים אם נפרע אם לא מ"מ כיון דכתוב בו נאמנות א"כ אמרינן מסתמא מדמונח השטר ביד המלוה ודאי לא פרע א"כ הוי לענין זה כמו מלוה בשטר דיורשיו גובין בו וה"נ כן כיון דכתוב בו נאמנות אם איתא דפרעו לא היה מונח ביד המלוה ושפיר לשון המחבר כן נראה לי נכון וכעין זה כתוב בספר ד"מ מאא"ז הגאון זלל"ה:

סעיף ה' (ג) המוציא כתב יד הלוה על יורשיו אע"פ שמודים שהוא כתב יד אביהם וכו' ואם הוא תוך זמן וכו' הואיל ומודים שהוא כתב יד אביהם גובה מהם וכו' עש"ך (סקכ"ו) שדין זה צ"ע דמה בכך דהם מודים מ"מ אם היה אביהם קיים אע"פ שהוא מודה היה נאמן לטעון פרעתי במגו דאינו כתב ידו א"כ נטעון אנן ליתמי דהא ב"ד טוענין ליורשים כל מה דמצי אביהן למטען ע"ש ולפע"ד נראה לתרץ דהא איכא פלוגתא בין תוס' ורא"ש ורמב"ן דתוס' ורא"ש סוברים דטענת דלא שכיח אין טוענין ליתמי דהיינו נאנסו אפ"ה טענת החזרתי טוענין ליתמי ורמב"ן סובר דודאי טענה דלא שכיח טוענין

ליתומים דאי אמרינן לא שכיח אין טוענין ליתומים לא היה טוענין להו החזרתי ועיין ברמב"ן פרק המוכר את הבית ע"ש דמכח זה הוכיח הרמב"ן דטוענין ליתומים אפילו מלתא דלא שכיח ועש"ך לקמן (סימן ק"ח ס"ק ח') ולפ"ז שפיר דברי המחבר דהכא במת הלוה תוך זמנו ויורשים הודו שהוא כתב יד אביהם ממנ"פ חייבים דהא לשיטת תוס' ורא"ש אין טוענין ליתומים מלתא דלא שכיח ולשטת הרמב"ן דסובר אפילו מלתא דלא שכיח טוענין ליתומים מ"מ היינו דוקא אם אתה תוכל לטעון בעבור יתומים אותה טענה עצמה שנאמן אביהם אף בלא מיגו והכא כיון דמזויף לא נוכל לטעון בעבור יתומים דהא הם עצמם מודים דכתב יד אביהם ממילא אף טענה אחרת שאביהן היה נאמן מכח מגו דמזויף נמי אין טוענין בעבורם כמבואר ברמב"ן הנ"ל ושפיר דברי המחבר ועיין:

סימן ע

סעיף ג' (א) אמר לו אל תפרעני אלא בעדים בין שאמר לו בשעת הלואה ובין שאמר לו אחר הלואה צריך לפרוע בעדים עסמ"ע (סקי"ב) דפסק אפילו מוחה הלוה מ"מ צריך לפורעו בעדים והש"ך (סק"ט) כתב דוקא קבלה בשתיקה ע"ש והרא"ש סובר דצריך לקבל בפירוש ע"ש. ונראה דאפשר לשטת הרא"ש דסובר שלא בשעת הלואה צריך לקבל בפירוש וכן לפי פסק הש"ך היכא דשתיק דמהני היינו דוקא אם לוה טוען פרעתי אינו נאמן אף בלא קנין מ"מ אינו עשוי לפרוע כסברת הר"ן מש"ה אינו נאמן אבל חזר מקבלה קודם פרעון וטען דאינו רוצה בתנאי זה דלמא ישכח התראה הוי כמו מוחה בשעת תנאי אפשר דא"צ לפרעו בעדים כיון דלא הוי קנין וצ"ע:

סעי' ו' (ב) מי שנמחק שטר חובו וכו' מי שמכר שדהו באונס ומסר מודעא קודם לכן בענין שמכר בטל המעות שביד המוכר יש להם דין מלוה ע"פ ואינו טורף ממשעבדי בכח שטר שבידו שאין לו דין שטר שלא ניתן לכתוב וגם נאמן לומר פרעתי והה"ד לכל שטר שלא נתן לכתוב עסמ"ע (סקכ"א) וש"ך (סקכ"ח) ועיין לקמן (סימן ק"ן סעיף ב') נתנה הממשכן לבנו וחזר ועשה שטר מכירה לבעל המשכונא אינו כלום והמעות שנתן יותר על המשכונא אינם אלא מלוה ע"פ ועסמ"ע (סק"ג) דוקא שהיה מכירה באונס או מכח איסור רבית משום הכי לא הוי אלא מלוה ע"פ אבל היכא דלא עשו איסור בקנינו הוי מלוה בשטר וט"ז חולק ותמה על סמ"ע דהא מקח שנעשה באיסור המקח קיים והא דכתב רשב"א איסור רבית דזה גורם שלא ניתן לכתוב ע"ש. ולפע"ד דברי סמ"ע נכונים ותימא על תמיהתו דהא דין של הרשב"א איירי שמכר קרקע לחברו וכתב לו שטר מכירה ומסר בידו אבל לא החזיק בקרקע וקונה אותה ועושה אותה שטר הודאה בעדים למוכר

כ"ז שיפרענו שחייב להחזיר אותה ואותה מכירה אינה כלום ופסק הרשב"א דמכר אינו כלום ועל המעות יוכל לטעון פרעתי כיון ששטר מכירה אינו שטר חוב כמלוה ע"פ נמי אינו ויכול לומר פרעתי ועב"י (סימן ע') דמבואר כן ממילא דברי הסמ"ע נכונים דהא מקח בטל מכח תנאי בלא איסור רבית ושפיר שטר חוב נמי בטל כיון שיש לו שטר מקח שנעשה באיסור ובשקר א"כ פירות שאכל הוא רבית גמור והוי כמו שטר שיש בו רבית וכלל קרן עם הרבית ששטר פסול כמבואר בח"מ (סימן נ"ב) ועיין תומים (סימן ק') שפסק כסמ"ע ע"ש:

סימן עא

סעיף א' (א) התנה המלוה עם הלוה שיהא נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו הרי זה נוטל בלא שבועה ואם התנה עמו שיהא המלוה נאמן כשני עדים אע"פ שהביא עדים שפרע הרי זה גובה ממנו בלא שבועה עסמ"ע (סק"ד) דהוכיח דנאמנות סתם נאמן המלוה נגד עד אחד משום הכי כשאומר שיהא נאמן כשני עדים ע"כ רוצה לומר שיהא נאמן טפי משני עדים אבל אם נאמר דנאמנות סתם אינו מועיל נגד עד אחד א"כ י"ל נאמנות כתרי דהיינו יותר מעד אחד אבל יותר מתרי לא ע"ש ולכאורה קשה אף אם נאמר דנאמנות סתם נאמן המלוה נגד עד אחד אבל אם הוציא כתב ידו על המלוה שקבל סכום פלוני ומלוה אומר שהוא סכום מפרעון אחר הדין עם הלוה כמבואר לקמן (סעיף ט') אבל היכא דנתן לו נאמנות כתרי ודאי יכול לומר שהוא פרעון מעסק אחר כמו שעדים אומרים שהוא מחוב אחר וכן מבואר בטור אבל אכתי האיך מוכח דבהכחיש עדים שיהא נאמן יותר משני עדים וצ"ע:

סעיף ג' (ב) הא דמהני נאמנות נגד עדים ה"מ כשמעידין בפנינו פרע אבל אם העידו בפנינו הודה שפרעו נאמנין שלא פסלם אלא לפרעון אבל הודאה מלתא אחריתי היא וכן אם העידו שמחל החוב נאמנים עש"ך (סק"ח) דחולק על הטור ומחבר וכתב מהרמב"ם אינו ראיה דהרמב"ם איירי בהודה לפני ב"ד דזה מהני לכולי עלמא אבל בפני עדים יש לומר דלא מהני ע"ש ולפע"ד שפיר דברי הטור דהא הרמב"ם סתם שני דברים וז"ל זה שהאמין למלוה כשני עדים מאי תקנתיה כשיפרע יקרע השטר או יעיד זה המלוה על עצמו שבטל כל השטרות שיש לו על פלוני או יעיד על עצמו שקבל כל החוב שיש לו על פלוני עכ"ל א"כ איך נוכל לומר דרמב"ם איירי לפני ב"ד כיון דכתב [כאן נחסר בהעתקה ונמצא בתקוני הטעות] ועוד הלא כתב ג"כ שיעיד על עצמו שבטל כל השטר ובבטל י"ל משום דמחל וכתב הש"ך בעצמו (סק"י) דמחילה נאמנים עדים לכולי עלמא א"כ שפיר

יש לומר מה שהביא הרמב"ם או יעיד על עצמו שקבל כל החוב שיש לו על פלוני ג"כ כוונתו שאמר כן לפני עדים ושפיר דברי המחבר וטור:

סעי' ה' (ג) בהג"ה ואם הביא עדים שפרעו מהני עש"ך (סקט"ז) תוכן הדברים דהיכא דאמר המלוה אם לא תכתוב על גבי השטר לא תהא נאמן דינו כאומר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ולפי שטת הרי"ף אף אם הביא עדים שפרע אינו נאמן ולדידן דקי"ל דאם אמר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני דנאמן אם הביא עדים שפרע כאן ג"כ נאמן ולפע"ד קשה דאף לדידן דקי"ל דנאמן אבל כאן אמאי נאמן דהא טעמא של תוס' והרא"ש דמאי דאמר ליה אל תפרעני אלא בפני פלוני כי היכי דלא לדחייה כמבואר בהדיא במס' שבועות וזה שפיר נוכל לומר במלוה ע"פ אבל הכא הא איירי במלוה בשטר דלא שייך דלא לדחייה דהא יש לו עליו שטר אפשר לומר דאם התנה עמו דלא יהא נאמן רק באם תכתוב על גביו כ"ע מודים דאף אם עדים אומרים שפרע ג"כ אינו נאמן וצ"ע:

סעי' י"ט (ד) אין נאמנות מועיל לגבי לקוחות וכו' וההי"ד למלוה מוקדם הבא לגבות שצריך לשבע אע"פ שכתוב בשטרו נאמנות ודוקא היכא דלית ליה נכסים בעבור הבע"ח מאוחר כמבואר לקמן (סימן קי"א סעיף ז') לכאורה קשה דהא מקור דין זה נובע מכתובות פרק מי שהיה נשוי (דף צ"ג ע"ב) ראשונה נשבעת לשניי' ופרש"י דאחרונה טוענת דלמא לא נשתייר כשיעור כתובתה [ועתוס' דכתב אף דשלישית נשבעת מ"מ מועיל מה שראשונה נשבעת לשניי' ע"ש] א"כ נראה דאף דנשאר לבע"ח מאוחר מ"מ צריכה ראשונה לשבע לשניי' וכן הקשה הפני יהושע בכתובות שם ועוד קשה דהא מבואר שם בסוגיא (דף צ"ד) דטעמא דבן ננס דסובר דאחרונה נמי צריכה לשבע משום דסובר דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה או חיישינן שמא תכסיף ופירש ר"ח וכן רבינו תם בתוס' ד"ה שנמצאת דאף דלא הוי רק חשש דשמא גזולה ויבא [הנגזל] אח"כ אפ"ה סובר בן ננס דאף אחרונה צריכה נשבע ורבנן סברי מה שגבה לא גבה וגם לא חיישינן שמא תכסיף וזה שפיר נגד בע"ח מאוחר אבל בנידון דידן הא הבעל חוב מאוחר יוכל לטעון לבעל חוב מוקדם דלמא הקרקע שאני גובה תבא עליה ערעור ולא אוכל לגבות כיון דאתה בע"ח מוקדם א"כ הוי לן למימר אף דאית ליה נכסי נמי צריך מוקדם לשבע ולפע"ד נראה דיש חילוק דהיכא דלוה קיים ובא בעל חוב לגבות דמשבעינן ליה למוקדם היינו דוקא היכא דלית כאן נכסי א"כ אנו רואין ההפסד לפנינו אבל היכא דאית ליה נכסים גם בעבור בע"ח מאוחר אין המוקדם צריך לשבע דזה אינו הפסד ברור רק חשש דדלמא יגבה קרקע מידך יוכל להיות דלוה ישלם לך שפיר לא חיישינן, אבל גבי יתמי דליכא כאן שום לוה שישלם רק נכסים, שפיר יש חשש, וצריך

המוקדם לישבע אף דאית לי' נכסי, ולפ"ז מיושב דברי מהרש"ל מתמיהת מהרש"א עליו בתוס' שם (ד"ה שנמצא) עיין שם:

ה אפילו התנה בפירוש שיגבה מלקוחות בלא שבועת המלוה. עש"ך (סקמ"ב) דכתב דאם תפס מלוה יכול לומר קים לי כהנך פוסקים דסוברים דנאמנות מועיל לגבי לקוחות כיון דנאמנות בתוך השטר הוא קודם ללקוחות ע"ש, ונראה דאף לשטת הרי"ף דסובר דלא מהני נאמנות לגבי לקוחות היינו דווקא לענין שבועה דצריך לשבע נגד משעבדי אף דכתוב בו נאמנות משום דחיישינן לקנוניא כמבואר ברמב"ן וכן כתב סמ"ע (סקל"ו) אבל אם לוקח טוען אני פרעתי השבע לי י"ל דאפילו לשטת הרי"ף מהני נאמנות דידי' דהא מבואר בש"ך (ס"ק ל"ע) וכן בט"ז דנתן לו נאמנות מפורש אפי' לגבי יורשים דמהני הנאמנות גם לגבי יורשים (כבש"ע סעיף י"ז) אזי אפי' אם טוענין היורשים אנו פרענו לך גם בזה מועיל הנאמנות ואין המלוה צריך לישבע ודלא כסמ"ע ע"ש, וכן הסכמת שאר אחרונים, ולפ"ז כיון דכל הטעם דלא מהני נאמנות נגד לקוחות הוא רק משום קנוניא משום חשש שמא פרע לו ועשו קנוניא על הלקוחות אבל מה שלקוחות אומרים אנחנו פרענו לך לא שייך זה ודאי מהני נאמנות, ולפ"ז מיושב קושיית התומים דהקשה על המחבר (סעיף י"ז) דאם כתב הלוה נאמנות עליו ועל יורשיו ועל באי כחו כונתו בזה דבחי כחו לא קאי דוקא נגד יורשיו רק על מקבל מתנה ג"כ והקשה התומים דהא אנן קי"ל דלא מהני נאמנות נגד לקוחות ואמאי תהני נגד מקבל מתנה ע"ש ולפי הנ"ל ניחא דנפקא מינה אם מקבל מתנה אומר אני פרעתיו לך השבע לי על זה שפיר מהני נאמנות כיון דקדם הנאמנות בשטר קודם קבלת מתנה וקנוניא לא שייך כאן באופן זה ואפילו גבי לקוחות מהני נאמנות ואין המלוה צריך לשבע:

סעיף כ"ב (ו) כשהאמין המלוה ללוה שהוא נאמן על השטר לומר פרעתי אפילו תוך הזמן נאמן ואם מת לוה תוף זמנו יש אומרים שאינו גובה מן היורשים שאנו טוענין שאביהם פרע וכו' ויש אומרים שחייבים לפרוע. עש"ך (סקנ"א) דהביא בשם הרשד"ם דתמה על סברא אחרונה דהא יסוד מוסד הוא דטענינן ליתמי וללקוחות ותירץ הש"ך דיכול מלוה לומר לאביכם האמנתי ולא לכם ע"ש וקשה על זה דמה תירץ בכך נהי דלא האמין אלא ללוה מ"מ אנן ב"ד טוענין בעבורם מה שהיה אביהם יכול לטעון וללוה נתן נאמנות ולפע"ד נראה דטעם של יש אומרים [והוא שטת הרא"ש פרק הכותב סוף סי' כ"א] דחייבים לפרוע משום דלא שכיח שיפרע ויניח השטר ביד המלוה אף שיש נאמנות בשטר ועיין באורים (סקנ"ב) דכתב דרגלים לדבר דלא פרע ולפ"ז מיושב שפיר דהא הרא"ש פרק הכותב סי' ח') בעובדא דשב מרגניתא ס"ל דמלתא דלא שכיח. אין טוענין

ליתמי ע"ש ושפיר אין [אנן] טוענין ליתומים דאביהם (פרע] דהא לא שכיח שיפרע ויניח השטר ביד המלוה ועל זה שאמרו [היתומים] שאביהם אמר להם שפרע כתב הרא"ש דיכול מלוה לומר לאביכם נתתי נאמנות ולא לכם:

סימן עב

סעיף ד' (א) המלוה על המשכון ונותן לו רשות להשתמש בו ונאנס אפשר שאפילו בנתינת רשות לבד הוי שואל וחייב, עסמ"ע ועש"ך (סקל"א) שדקדק על לשון אפשר דמשמע דהוי ספק מאי ספיקא איכא ע"ש, ולפ"ד אפשר לומר דספק עצום הוא דהא תוס' ב"מ בסוגיא דשליחות יד (דף מ"א ד"ה חדא) כתבו כיון דמשך לדעת בעלים להשתמש בהם חייב כאלו השתמש בה לכך לא ילפינן שליחות יד אלא משיכה שיש בה חסרון ע"ש עיקר כוונת תוס' כיון דאסור להשתמש אפשר יש לומר דלא ישתמש ולפ"ז הכא במלוה על המשכון ונתן רשות להשתמש כיון דנגע בה חשש רבית אפשר שלא ישתמש בה י"ל דאינו חייב באונסין משום הכי נקט בלשון אפשר:

סעיף ח' (ב) ראובן שאל משמעון סייף שהיה לו במשכון מכותי ואבדו ושואל ממנו ממון הרבה כמו ששואל ממנו הכותי לא ישלם לו אלא דמי שווי' דסתם סייף דעלמא. עש"ך (סק"מ) דהביא מחלוקת הפוסקים היכא דלא שכיח דשוה הרבה כל כך ופסק הש"ך כשטת שלטי הגבורים דאין צריך לשלם אלא כפי שווי' סתם אותו דבר ע"ש ונראה דיש להביא ראיה לשטת שלטי כגבורים מרש"י ב"ק (דף מ') שאל בחזקת תם ונמצא מועד שואל משלם חצי נזק ובעלים חצי נזק ופרש"י לכך בעלים משלמים ג"כ הואיל ול הודיעהו שהוא מועד ואוקמיה הסוגיא התם שהכיר בו שהוא נגחן ולכך שואל אינו משלם אלא חצי נזק משום דרוב פעמים אינו מועד, מזה ראיה להגהות מרדכי ושלטי הגבורים דאע"פ שהוא ידע שהוא נגחן משום דרוב עמים אינו מועד ולכך אין השואל משלם אלא חצי נזק כמו כן הכא וכן מוכח מתוס' שם (ד"ה אי הכי) דאיירי דלא אמרו ליה בעלים שהוא מועד רק השאילו סתם ולכך אינו משלם אלא חצי נזק מזה מוכח היכא דאינו רגיל להיות שוה כל כך פטור מדמי המותר אפילו פשע ועיין בתומים שהביא בשם חדושי גרשוני דאם הודיע שהוא של גוי והזיק חייב לשלם אף על עלילה ע"ש ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זלל"ה דכתב אבל אם פשע בשמירה ודאי פטור על עלילה ע"ש ונכון הוא:

סעי' י"ד (ג) אם הלוה תבעו ביתרון שהי' שוה המשכון יתר מכדי החוב ויש עדים בזה או שהמלוה מודה לו אלא שטוען שנאבד באונס ותובע דמי חובו ישבע המלוה שאינו

ברשותו ושלא שלח בו יד ושנאבד באונס וגובו חובו מהלוה שהרי אין הלוה יודע כיצד נאבד והוי כהלויתני ואיני יודע אם החזרתי לך. עש"ך (ס"ק נ"ה) וז"ל ושבועה זו שאינו ברשותו הוי דאורייתא דכיון דהי' ברשותו הי' חייב להחזיר א"כ בשבועה זו פוטר עצמו מתשלומין מה ששוה יותר וכמ"ש לקמן סימן רצ"ד סעיף ב' עכ"ל, והנה לכאורה נראה דלוה חייב לשלם מטעם דהוי כאומר איני יודע אם פרעתיך כמבואר בלשון הטור ומחבר רק כמלוה חייב שבועת השומרים, ממילא היכא דמלוה הוא חשוד דקי"ל לקמן (סימן צ"ב ס"ח) דחשוד השומר פטור ע"ש א"כ י"ל דהכא נמי כן אם המלוה חשוד [נוטל חובו] אח"כ ראיתי בספר שער משפט שנתעורר בזה, אך נ"ל דמ"מ פטור הלוה אף דהוי איני יודע אם פרעתיך ומלוה פטור דהא שומר חשוד פטור מ"מ כיון דאיכא רגלים לדבר כ"ז שלא נשבע שהוא ברשות המלוה כמבואר בסמ"ע לקמן (סימן רצ"ד ס"ק ג) משום הכי פטור הלוה דהא מבואר ברשב"א גיטין (דף ע"ח ד"ה וכן לענין החוב) היכא דאיכא רגלים לדבר לא מחייב, א"כ ה"נ אף דהוי איני יודע אם פרעתיך מ"מ כ"ז שלא נשבע המלוה הוא רגלים לדבר דאיתא ברשותו פטור הלוה, ולפ"ז נראה דאף דמלוה חשוד ואין יכול לישבע פטור הלוה, ואין מלוה גובה רק בשבועה וכיון דגבית מלוה מכח שבועה בא לא הוי שבועה דאורייתא דהא כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והכא אם לא נשבע אינו גובה לא הוי שבועה דאורייתא וכן נראה מדברי הש"ך הנ"ל דשבועה דאורייתא היא על. המותר דעל זה דוקא נשבע ונפטר אבל נגד החוב הוי רק מדרבנן ועיין:

סעי' י"ח (ד) ואם הוא בענין שאין יכול לטעון לקוח הוא בידי וכו' אבל דברים העשוים להשאיל ולהשכיר ויש עדים שראוהו עתה בידו אינו יכול לומר לקוח הוא בידי או החזרתים לך. עש"ך (סקפ"ח) דהביא ראיה להגהות אשרי דגם יורשים יכולים להוציא דברים העשוים להשאיל ולהשכיר מסוגיא דכתובות ואם יש עדים שהיתה של אביו אינו נאמן וכתב הש"ך בפשיטות דאין לחלק בין קרקע למטלטלין ע"ש, ולפע"ד יש לחלק דהתם גבי קרקע דאם אין למחזיק שני חזקה הדרא ארעא והדרא פירי משום דאמרינן ליה אחוי שטרך כמבואר במסכת ב"ב (דף ל"ג) משום הכי אם יש עדים אפילו יורשים יכולים להוציא אבל גבי מטלטלין אם אין המטלטלין בעין אין מוציאין כמבואר בתשובת הרשב"א מובא בסמ"ע (סקס"ב) ע"ש נוכל לומר דאפילו בדברים העשוים להשאיל אין היורשים יכולים להוציא:

סעיף כ' (ה) המוחזק במשכון שלא בעדים שאמרנו שיכול לטעון עליו עד כדי דמיו אם אינו שוה לשומת הבקיאים אלא החצי שהוא טוען עליו ואמר אני אטלנו בחובי לפי

שהוא שוה בעיני כדי חובי וכו' הדין עם בעל הכלי. המחבר סובר דאין נאמן יותר מכדי שווי' ואם בעל הכלי רוצה ליתן כפי שוויו לשאר בני אדם אף דמלוה טוען שהוא חייב לו יותר כפי דמיו ויש לו מגו דלקוח מ"מ צריך להחזיר לו אם נותן לו כפי שווי' ולכאורה צריך לומר דודאי אם יש עדים שהלוה עליו יותר אין צריך להחזיר וכן מבואר בש"ך (סקק"א) ע"ש, ולפע"ד אפשר דטעם הוא היכא דטען ממושכן דנאמן במגו דלקוח ולא הוי מגו להוציא כיון דהחזיר המשכון ששוה כל כך אבל אם תבע יותר אם צריך ליתן יותר מכדי שווי' הוי מגו להוציא וזה טעם של שטה זו:

סעי' ל"ה (ו) ראובן הניח משכון ביד שמעון ומת שמעון והניח בנים קטנים ובא ראובן לשאול משכונו מיד יורשי שמעון ואומר שהוא ממושכן ביד אביהם בחמשים וטוענין היתומים שאביהם צוה שהוא ממושכן במאה וכו'. עש"ך (סקקמ"ג) דהיכא דלא אמרו יתומים טענת ודאי דאביהם צוה שחייב כך אין היתומים יכולים לגבות יותר רק כפי שאמר לוה ע"ש ולפע"ד נראה דהא מבואר (בסימן ע"ג) בב"י וכן בכסף משנה (פרק י"ג ממלוה) דהקשה על מה שכתב הרמב"ם דהרי זה נשבע בנקיטת חפץ תמה הכסף משנה דהא א"צ לשבע רק שלא פקדנו ע"ש ולפי דברי הש"ך לא קשה כלל דהא דוקא כשטוענין ברי שאמר להם שהוא ממושכן אצלו במאה הלכך צריכים לשבע אותה שבועה של אביהם והיא בנקיטת חפץ ומאי הקשה על הרמב"ם אלא ודאי משמע אף דאין היורשים טוענין ברי נמי גובים כפי שווי' המשכון וכפי שטת הסמ"ע:

סעי' מ"א (ז) משכונו של כותי ביד ראובן ואמר לו ראובן לשמעון שיהיה שומר עליו ומת הכותי יש להסתפק אם זכה שמעון במה שהמשכון שוה יותר מהחוב, עש"ך (סקקס"ג) דתמה מה ספק איכא וכי גרע ממשכן של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל וזכה בה זכה במותר שכנגד החוב הגם שהיה בחצר המלוה שאינו משתמר מכ"ש כשהמשכון בפקדון ביד שמעון ע"ש ועיין בתומים דכתב דלא דמי לגר וכו' [חסר] א"כ י"ל דמיד שבח ליד ישראל ראשון קנה ע"ש ולפ"ז יש ליישב שטת רש"י פסחים (דף ו') כותי שנכנס לביתו של ישראל ובציקו בידו חין זקוק נבער ייחד לו בית אין זקוק לבער ופירש רש"י דלא קבל עניו אחריות ע"ש ותוס' תמה א"כ אמאי צריך ייחד ועוד מאי מקשה בגמ' למימרא דשכירות קנית ע"ש וער"ן דתירץ דאיירי בייחד דאמר לכותי הרי ביתי לפניך ממינא לא הוי קבלת אחריות אך קושיא שניי' של תוס' עדיין במקומה עומדת ולפע"ד נ"ל לתרץ דהא אחרונים מסופקים אם חמץ של הפקר נמי חייב נבער ופני יהושע מכריע דחייב לבער מכח מצות עשה דתשביתו וכן כתב מקור חיים (סימן תמ"ח) ע"ש וח"כ קשה אמאי חם כותי הפקיד חמץ אצל ישראל ולא קבל עניו אחריות אמאי אינו חייב

במצות תשביתו כמו גבי הפקר דהא הוי כמו הפקר דאם ירצה יכול להפקיע [חסר] כמו שכתב התומים אך י"ל דאינו דומה לחמץ של הפקר המונח ברשותו דהא הרא"ש כתב בסוגיא דפסחים שם דשומר השאיל מקום למפקיד ושפיר הקשה הגמרא למימרת דשכירות קניא מאחר דאינו נחשב מונח ברשותו כיון דהשאיל לו מקום למפקיד והא תנן אע"פ שאמרו במקום שמותר להשכיר נא לבית דירה אמרו ומה שהקשה הטורי זהב על הרא"ש דסובר גבי שאלה השאיל הנפקד מקום למפקיד אמאי אם קבל הנפקד אחריות מן הנכרי עובר בבל יראה דהא הוי כחמצו של כותי בביתו של כותי וקבל ישראל אחריות דאינו עובר בב"י ה"נ כיון דהשאיל לו מקום אמאי עובר ע"ש לפע"ד אפשר לתרץ דהא גבי חמץ גלי לן רחמנא דגורם לממון כממון דמי כמבואר בסוגיא דפסחים בעירו חמירא דבני חילא כיון דאילו מגנב או מתביד ברשותייכו קיימו כדילכון דמי כש"כ הכא דהא באמת הוא מקום הנפקד רק דהרי הוא כאילו השאיל המקום למפקיד משום הכי עובר בב"י ועיין:

סימן עג

סעי' ב' (א) המלוה את חברו וקבע לו זמן לפרעו אע"פ שלא קנו מידו וכו' טען המלוה ואמר היום הוא סוף הזמן שקבעתי ולוה אומר עד עשרה ימים קבעת הלוה נשבע היסת. לכאורה יש לעיין בזה דהא כל שבועה דכופר הכל היא טעמא משום דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו, אבל הכא דבאמת הלוה לו מנא לן דגם על זה נשבע היסת ועיין לקמן (סימן ק"א סעיף י' ובש"ך שם סק"ה) נראה דאם טוען הלוה אין לי מעות ומלוה אומר יודע אני בודאי שיש לך מעות או שאר דברים צריך לשבע היסת מדינא דגמרא ע"ש ולפע"ד צ"ע דהא מבואר ברמב"ם (פרק ה' ממלוה ולוה) דכתב אפילו טוען המלוה דיש מעות ללוה והחביא אותן מחרימין על זה שיש לו ולא יתן לבע"ח ע"ש מבואר אף דמלוה טען ברי שיש לו אפ"ה אין כאן מדינא שום שבועה וטעמו נראה דהא כל כופר הכל יש עליו שבועה משום דאין אדם תובע וכו' והכא לא שייך זה ומ"מ נראה דהכא שפיר אם הכחישו זא"ז בזמן דלוה נשבע היסת דלא חלקי חכמים בין כפירת ממון ובין כפירת זמן כמו שכתב סמ"ע (סק"ט, ואין להקשות (בסימן ק"ז סעיף ב') דאם טען היורש שאביו, לא הניח כלום ומלוה טוען ברי שאביו הורישו ממון דצריך היורש לשבע היסת התם שפיר היא כפירת ממון כיון דיורש טוען:

שאביו לא הניח כלום א"כ רוצים היורשים להפקיע חוב לגמרי לא שעבוד הגוף ולא שעבוד נכסי משום הכי ישבע היסת אבל דין דרמב"ם פרק ה' הלכות מלוה ולוה אינו

רוצה להפקיע לגמרי דיש עליו שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסי אם יהי' לו מש"ה אף היסת אין צריך, ועיין בקצות החשן:

סימן עד

סעי' ד' (א) המלוה את חבירו לזמן ובא הלוה לפרעו תוך הזמן וכו'. ומיהו אם משכן לו שדהו או אפילו שתי שדות אין יכול לכופו שיחזיר לו חצי המשכונא בחצי המעות. יש לעיין גבי שומא הדרה דקי"ל שומא הדר לעולם דאם שמו עפ"י ב"ד שתי שדות ואח"כ בא הלוה ורוצה לפדות שדה אחת אי אמרינן הכא כיון דאין יכול לפדות חצי משכון כמו כן אינו יכול לפדות חצי שומא או דלמא בשלמא הכא במשכון המלוה יכול לומר על חצי לא נתתי הלואה אבל הכא אדרבה הלוה צועק דאם מתחלה כשהיה לו מקצת מעות ע"כ היה צריך לטול גם עכשיו יכול לגאול חצי שומא ולכאורה יש ראיה מתוס' ב"ק ומתוס' ב"ב (דף ק"ז ד"ה רב אמר בטלה מחלוקת) קשה תוס' מ"מ יתן מעות ויפדה ואם נאמר דאין יכול לפדות חצי שומא לא הקשה תוס' מידי אלא משמע מדברי תוס' דיכול לפדות חצי שומא וצ"ע:

הלכות טוען ונטען:

סימן עה

סעיף ט' (א) מנה כי בידך שהלויתיך או שהפקדתי בידך והלה אומר איני יודע אם הלויתני או אם הפקדתי בידי ישבע היסת שאינו יודע ופטור, לכאורה צריכים להבין דהא קי"ל דאין נשבעין על טענת ספק כיון דפטור הוא גבי איני יודע אם הלויתני דדלמא לא ידע שהוא שכח ואמאי צריך לשבע ועיין לקמן (סימן צ"ג סעיף י"ג) מבואר דצריך לטעון שהוא יודע מזה החוב ע"ש ועיין בש"ך (סקנ"ו) שכתב ג"כ הכי ע"ש, ע"כ לפע"ד צריך לומר דאנו דנין לפי דברי המלוה שהוא בודאי יודע שחייב לו אבל אינו לוה רוצה להעיז ולטעון ברי שאינו חייב לו א"כ הוי כמו שטען מלוה שלוה ג"כ יודע שחייב רק בערמה אומר איני יודע ושפיר צריך לשבע היסת ולפ"ז שפיר מיושב דברי סמ"ע לקמן (סימן רל"ב סעיף י"ח בהג"ה) אם מכר לו טבעת בחזקת זהב ואח"כ שברו לוקח ונמצא בדיל שחייב להחזיר מעותיו ואם אינו מאמינו שנמצא בדיל נשבע שאינו יודע מזה ונפטר ובסמ"ע (סקמ"ג) הקשה דהא אין נשבעין על טענת ספק ותירץ סמ"ע דאיירי דטוען לוקח שאתה צוית לצורף לערב בתוכו בדיל וש"ך (סקי"ג) חולק על הסמ"ע דזה דומה לאיני יודע אם הלויתני דקי"ל דצריך לשבע היסת ע"ש, ולפי הנ"ל ניחא דברי

הסמ"ע דבשלמא הכא אנו רואין לפי דברי המלוה דטענת לוה הוי כמו טענת ברי ולכך צריך לשבע היסת אבל התם באמת לא ידע לוקח אם מוכר ידע מזה שנמצא בדיל אין צריך לשבע היסת דהוי טענת ספק כדברי סמ"ע ואפשר לומר שאם עברו זמנים טובא שדרך בני אדם באמת לשכוח אם לוה אם לא דאין לוה צריך לשבע היסת משום דמלוה בעצמו אינו יודע אם לוה יודע מזה ואין נשבעין על טענת ספק ונכון לפע"ד [ועיין בש"ך רנ"ה ס"ק י"ג]:

ב ואם חזר אח"כ ואמר נזכרתי שפרעתיך נאמן בשבועה, עש"ך (סקכ"ט) דהביא בשם מהרש"ל דדין זה אינו אלא לשערי רב אלפס דפסק גבי איני יודע אם פרעתיך דצריך התובע לשבע א"כ לא הוי כחוזר וטוען דדלמא לא ישבע אבל לפי מאי דקי"ל דנוטל התובע בלא שבועה אינו יכול לומר נזכרתי דאין לך חוזר וטוען גדול מזה ע"ש ולפע"ד יש ראיה לשטת מהרש"ל מתוס' ב"ק (דף צ"ו ע"ב ד"ה והלה שותק) למ"ד ברי ושמא ברי עדיף ניחא ולמ"ד לא ברי עדיף אומר ר"י שהוא מפרש דשתיקה כהודאה ולא הוי כאומר איני יודע עכ"ל א"כ צריכים להבין מה טוען אח"כ בשעה שהוא זוכה בגדול אם טוען איני יודע דל שתיקה דמעיקרא הא השתא אמר איני יודע ואי אמר אח"כ ברי ברשותי ילדה א"כ אף דהוי כאומר מתחלה איני יודע כיון דשתיק מ"מ יכול לומר עתה נזכרתי שברשותי ילדה אלא ודאי משמע דאינו יכול לומר נזכרתי הה"ד דאין יכול לומר נזכרתי אם אמר מעיקרא איני יודע אם פרעתיך דמה לי לרב הונא ורב יהודא באומר איני יודע אם נתחייבתי או לדידן באומר איני יודע אם פרעתיך א"כ משמע מתוס' הנ"ל כשטת מהרש"ל:

סעי' י"ב (ג) מנה לי בידך שהלויתיך והלה אומר איני יודע אם הלויתני ועד אחד מעיד שהלוהו או שאמר איני יודע אם פרעתיך הוי ליה מחויב שבועה ואינו יכול לשבע ומשלם. כל אחרונים תמהו על דין זה תיפוק ליה דחייב דהא טוען איני יודע אם פרעתיך וש"ך תירץ (בסקל"ה) דמיירי דטוענו ספק ע"פ העד ועודנה דחוק הוא דמ"מ לשון הטור משמע דאתינן עליה מטעם ברי ושמא ומתוך שאינו יכול לשבע ומשלם ולפע"ד י"ל כוונת הטור דמלוה אומר איני יודע אם הלויתיך [אבל יודע שלא פרע לו] ולוה אמר איני יודע אם פרעתיך דהסכמת ש"ך (סק"ל) וכ"כ הט"ז דלוה פטור אבל היכא דעד אחד מעיד על הלואה ולוה אמר איני יודע אם פרעתיך שפיר חייב הלוה ממנ"פ דעל פרעון מלוה טומן ברי שלא פרעו וברי ושמא ברי עדיף ועל הלואה אף דמלוה ג"כ מספוק מ"מ כיון דלוה לא נשבע להכחיש העד הוי ליה כשני עדים כמבואר בתוס' במסכת ב"ב בסוגיא

דנסכא דרבי אבא (דף ל"ד ע"א ד"ה הוי) והוי ליה מתוך שאין יכול לשבע ומשלם ושפיר דברי הטור:

סעיף י"ג (ד) טענו חטפת חפץ ויש לו עד אחד והוא אומר ודאי חטפת אבל שלי הוא ה"ל מחויב שבועה שאי"ל ומשלם עש"ך (סקמ"ב) הה"ד בכתב יד שיש בו נאמנות והוא מקוים בעד אחד והוא טוען פרעתי ג"כ אינו נאמן דכיון דאין מכחיש לעד ואין יכול לטעון פרעתי רק במגו דמזויף וכיון שיש עד אחד על הקיום לא הוי מגו וה"ל מתוך שאין יכול לשבע ומשלם ע"ש והקשו בספר הפלאה כתובות ובקצות החשן מתוס' כתובות (דף כ"ח ד"ה קיום שטרות מדרבנן) כתבו תוס' לחד תרוצא דאיירי דלוה מודה שכתבו רק אומר פרוע וקיום זה אינו צריך רק מדרבנן ולפי דברי הש"ך הנ"ל אמאי צריך להיות גדול עמו להיות שני עדים תפוק ליה דאפילו אין כאן רק עד אחד הוי ליה מתוך שאינו יכול לשבע ומשלם ולפע"ד יש לתרץ קישייתם דהא מבואר (בסימן מ"ו) דעידי קיום יכול להיות מפי כתבם כיון דקיום שטרות דרבנן א"כ י"ל לפי תירוץ תוס' הנ"ל דאיירי דגדול אינו מעיד בע"פ רק מפי כתב וא"כ אם אמר מזויף סבר תוס' להאי תרוצא דצריך קיום מן התורה ממילא אין צריך לשבע ע"פ עד אחד דהוי מפי כתבם אבל היכא דטוען פרוע אינו צריך קיום רק מדרבנן מהני מפי כתבם, ועודנה צ"ע:

סעי' י"ז (ה) וכן אם אומר לחברו נתחייבת לי מנה מפני שהודית לי שלקחת משלי אבל לא היתה ההודאה בעדים אין זה טענת ברי שאין זה יודע שחייב לו אלא בהודאת פיו והודאה שלא בעדים או אפילו בעדים ולא אמר אתם עדי אינו כלום מפני שיכול לומר משטה אני בך עש"ך (סק"ס) דכתב אף דטענת משטה צריך לטעון היינו דוקא אם תובע בברי שחייב לו אבל היכא דאינו תובע בברי רק מכח שהודה אנן טענינן ליה טענת משטה ע"ש ולפע"ד צ"ע א"כ האיך הביא תוס' סנהדרין (דף כ"ט ע"ב ד"ה כך) ראיה דטענת שלא להשביע אנן טענינן ליה מרב נחמן דאמר אדם עשוי שלא להשביע עצמו דלמא התם מיירי דאינו תובע בברי שחייב לו רק מכח הודאות נתבע ובזה אף טענת משטה טענינן ליה אבל באמת היכא דתובע טוען ברי שחייב לו יוכל להיות אף טענת שלא להשביע לא טענינן ליה וא"כ אין ראיה מרב נחמן וצ"ע ועיין בנתיבות המשפט:

סעיף י"ט (ו) טענו איני יודע כמה הלויתיך אבל לפחות הלויתיך שתי כסף ופרוטה וכו' ודוקא שטענו דבר שהוא אמוד בו. עש"ך (סק"ט) אם טענו דבר שאין אמוד בו מ"מ נגד דבר שאמור בו ה"ל מתוך שאינו יכול לשבע משלם ע"ש ולפע"ד היינו דוקא אם ב"ד יודעים כמה אמוד אבל אם ב"ד אינם יודעים בכמה אמוד לעת עתה בשעת הודעה רק שיודעים שאינו אמוד כ"כ על מה שתובע א"כ בשעה שהודאה יצא מפי הנתבע לא היו

ב"ד יודעים כמה היא כפירה לא מחייב הנתבע שבועה דלא הוי דבר קצוב כמה היא כפירה כמבואר לקמן. (סימן פ"ח סעיף כ"ג) ממילא לא הוי מתוך שאינו יכול לשבע משלם וצ"ע:

סימן עו

סעיף א' (א) אחד שלוה משנים בבת אחת מזה מנה ומזה ק"ק וכו': צריך ליתן ר' וכו' אבל אם הי' מלוה בשטר שעשו שטר עליו מחזיק שלש מאות והודיעוהו שלאחד מנה ושלאחד מאתים נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבוא אליהו. עש"ך (ס"ק ז) דזה דוקא אם כל אחד תובעו מאתים או אפי' כל אחד תובעו מנה יש לחוש לרמאי, אבל אם אינם תובעין כלל אמרינן מנה שלישית יחלקו ביניהם כיון דליכא רמאי עכד"ק ולכאורה דבר זה צע"י דהא מגמ' (לא) משמע דלרבנן תלוי אם החלוקה יכולה להיות אמת או לא והכא אין החלוקה יכולה להיות אמת ועיין בלחם משנה (פרק ד' מגזילה) דכתב דאיירי דשניהם מסכימים לזה ע"ש ולפע"ד נראה כוונת הרמב"ם שאנו אומרין יחלוקו ודאי אם שניהן אין רוצים לחלוק יהא מונח, אבל אם אחד רוצה החלוקה שפיר, אמרינן יחלוקו כיון דליכא ודאי רמאי דהא כל אחד טען שמא ויכול להיות דזה שרוצה בחלוקה הוא שלו וכיון שהוא מסכים לחלוק והוא רוצה שיתנו לכל אחד החצי א"כ שפיר החלוקה יכולה להיות אמת שפיר אמרינן יחלוקו כיון דליכא פסידא בחלוקה וכיון דליכא ודאי רמאי והחלוקה יכולה להיות אמת מש"ה יחלוקו ועיין:

סימן עז

סעי' ח' (א) שנים שהם ערבים בשביל אחד ופטר המלוה את אחד מהערבות י"א שיכול לגבות כל החוב מהערב השני. עש"ך (סק"כ) דכתב אפילו לפוסקים דסוברים בשני ערבים אין יכול לגבות מאחד אלא החצי היינו אם יכול לגבות מאידך אבל אם מחל לאחד שאין יכול לגבות ממנו גובה הכל מהשני ע"ש ולפע"ד דין זה צ"ע דהא לשטה זו דסוברים בשני ערבים אין יכול לגבות מאחד אלא חצי החוב הוי כמו ערב על ערב וא"כ כאן שמחל לערב ראשון ממילא נפקע ערב שני שזה דומה באם מחל ללוה אף שאין לו ודאי פטור הערב ה"נ כן וצ"ע דכפי הנראה הוו כשנים שלוו וכן נראה מנמוקי יוסף פרק המפקיד ע"ש:

סימן עח

סעיף א' (א) הקובע זמן לחבירו ותבעו תוך הזמן ואמר לו פרעתיך אינו נאמן דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו [הג"ה] וה"ה דאין יכול לומר מחלת לי. מקור דין זה ממרדכי ריש ב"ב עי"ש, ויש לעיין דהא הכא משמע דגובה אפי' בלא שבועה כיון דמצד עצמו אינו נאמן מחלת רק מכח מיגו דפרעתי וכאן אינו נאמן פרעתי דהא הוא תוך זמנו ע"כ אינו נאמן מחלתי ולכאורה צע"י דהא לקמן (סימן פ"ב סעיף י"א) מבואר ברמ"א אם טען מחלת צריך המלוה לישבע אפי' כתוב בו נאמנות שנאמנות לא קאי אלא על הפרעון ע"ש, א"כ משמע דמחילה הוי טענה לענין שבועה אפי' היכא דאין נאמן לומר פרעתי, ועיין בש"ך לעיל (סימן ע"ה ס"ק כ"ב) ע"ש, ולפע"ד נראה לתרץ בשלמא התם גבי שטר שהגיע זמנו שעומד לפרעון עומד ג"כ למחול שיעבוד ע"י פרעון וכיון דעומד לכך סברת הפוסקים דהה"ד אם טען הלוה מחלת ג"כ צריך לשבע לפי שעומד להפקע שיעבודו אבל הכא דתוך זמנו הוא דאינו עומד לפרעון דחזקה הוא אין אדם פורע תוך זמנו רק גבי מחילה לא שייך תוך זמנו ומחילה אינו נאמן מצד עצמו רק מכח מיגו פרעתי וכאן הוא תוך זמנו לא שייך פרעתי לכך לא תקנו שבועה כלל:

ב יש אומרים דלא אמרינן חזקה זו אלא במלוה אבל אם היו מעות מופקדין בידו ועוסק בהן לצורך אחרים הוי כשאר פקדון ויכול לומר דהחזירן אפילו תוך הזמן שקבע. עסמ"ע (ס"ק ו') דהביא בשם הגהות אשר"י דחילק בין מלוה דלהוצאה ניתנה ובין פקדון שאסור לו ליגע בו, וכן מבואר בהדיא בהגהות אשר"י (פרק השואל סי' ל"ב) בשם הר"ת דבפקדון נאמן לומר בתוך הזמן החזרתי כיון דאסור לו ליגע בו, ולפ"ז נראה לכאורה דאם הפקיד אצלו מעות מותרין על זמן ידוע א"כ אינו נאמן לומר החזרתי בתוך הזמן, אך נראה דאף אם הפקיד אצלו מעות מותרין על זמן נמי נאמן לומר החזרתי בתוך הזמן דהא כל טעם וסברא דאין נאמן במלוה בתוך הזמן לומר פרעתי משום דמלוה אין יכול לתבוע בתוך הזמן משום הכי ודאי לא פרע הלוה תוך זמנו אבל גבי פקדון אפילו מעות מותרין בכל עת וכל רגע אם בא המפקיד ותבע פקדונו צריך הנפקד להחזיר לו א"כ ממילא לא שייך אין אדם פורע תוך זמנו ולכך נאמן החזרתי אפילו בתוך זמנו וכן נראה מדברי הרא"ש (פרק המפקיד סימן כ"ו) דהביא בשם הראב"ד דהנאת שמוש של מעות מותרין גרע מהנאת שמוש דמי אבדה לפי שירא לשלוח בהן יד ולקנות בו סחורה שמא יבא המפקיד ויתבע פקדונו עכ"ל הרא"ש נראה להדיא דאף במעות מותרין אם יבא המפקיד ויתבע פקדונו צריך להחזירו בכל עת ורגע וא"כ אפילו במעות מותרין לא שייך חזקה זו אין אדם פורע תוך זמנו וכמו שכתבתי, ולפי זה מיושב מה שקשה לי במסכת ב"מ (דף ק"ג)

אמר רבא אמר ר"נ האי מאן דאוגיר ליה ביתו לחבריה לעשר שנים וכו' ועיין בתוס' שם ד"ה נקיטת פירש תוס' בלשון שני שכתוב בשטר בזמן כך וכך שכרתי חצרו של פלוני על עשר שנים במאה דנרים י' דינרים בכל שנה וטען השוכר פרעתי שכירות של חמש שנים ואסיקנא דשוכר נאמן עכ"ל, ולכאורה קשה אמאי נאמן השוכר כיון דבחד לשנא כתב ק' דינרים לי' שנים א"כ הוי תוך זמנו וחזקה אין אדם פורע תוך זמנו וכבר הקשה המהרש"א כן וכתב עוד על זה כיון דקי"ל כרב נחמן דקרקע בחזקת בעלים עומדת ע"ש ולפי סברא הנ"ל ניחא היכא אמרינן אין אדם פורע תוך הזמן היינו דוקא היכא דאין יכול לתובעו תוך הזמן אבל הכא אם נכתב בשטר שתי לשונות מאה דנרים לי' שנים עשרה דנרים לשנה ודאי ככלות שנה ראשונה יכול משכיר לתבוע משוכר שכירות דהוי כמו בתחלת שנה דהוי כולה למשכיר ואם לא ירצה השוכר ליתן יכול המשכיר להוציאו מביתו דהא אפילו במטלטלין נקרא משאיל מוחזק כמבואר בתוס' בבא בתרא (דף ס"א ע"ב ד"ה ארעתא) וכש"כ גבי קרקע א"כ לא שייך חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו שפיר נאמן השוכר ועודנה צ"ע:

סעיף ב' (ג) אם מת בתוך זמן ובא לטרוף מלקוחות המלוה בשטר להרמב"ם אינו צריך שבועה ויש אומרים שצריך. הג"ה ואם הלוה חי ואימר שפרעו יש אומרים דצריך המלוה לשבע שלא פרעו וגובה ויש אומרים דאינו צריך שבועה וכן עיקר, עסמ"ע (סקי"ג) דכתב דאף דנגד הלוה בעצמו יש מחלוקת בין הפוסקים אם צריך המלוה לשבע אבל נגד יתומים ודאי אין מלוה צריך דמלתא דלא שכיח לא טענינן ליתומים ע"ש, ולכאורה צ"ע טעם זה דהא דלא טענינן ליתומים לא שכיח היינו דוקא לפטור היתומים אבל להטיל על מלוה שבועה ודאי טענינן אפילו לא שכיח כמבואר ברא"ש בבא בתרא (פרק א' סי' ט') דכתב הרא"ש משום טענת וחשש גופיה של פרעון גובה מיתומים קטנים אפילו אם הוא לאחר זמן פרעון כיון דלא שכיח לפרע ולהניח שטר ביד מלוה דשטרא בידיה מאי בעי ואינו מועיל לדחות הפרעון רק שבועה מוטל על המלוה ע"ש. נראה דשבועה צריך המלוה לשבע נגד יתומים אף נגד לא שכיח וכן נראה בכמה מקומות, ולפע"ד לא הוצרך הסמ"ע לטעם זה דהא אף אצל הלוה גופיה לא היה למלוה רק שבועת היסת לאחר פרעון כשיתבע לוה למלוה כמבואר בש"ך (סקט"ו) ע"ש ומש"ה שפיר לא טענינן ליתומים רק היכא דרוצה לגבות מיתומים צריך לשבע אבל שבועה דאחר פרעון ודאי לא טענינן ליתומים כמבואר (סימן ע"ה סעיף כ') טען סבור אני שיש לאבא מנה בידך אין צריך לשבע ע"ש והכי נמי כן:

ד בש"ך (ס"ק ב') כתב בשם הרשד"ם דוקא מתחילה נעשה זמן פרעון כך אז אמרי' חזקה זו אבל הגיע זמן הפרעון בחיי אב ונתחסד עמו והרויח לו הזמן אינו גובה מיתומים קטנים וש"ך חולק עליו ע"ש ולפע"ד דברי הרשד"ם נכונים וברורים דהא מבואר ברא"ש בבא בתרא (פ"א סי' ט') דמש"ה אינו גובה מיתומים קטנים משום צררי היינו דוקא היכא דהגיע זמנו בחיי אב דדרך העולם היכא דאין ללוה לפרוע ומלוה נוגש ללוה מרויח ללוה זמנו על מנת שיתן לו משכון שיהא בטוח במעותיו אבל בתוך הזמן למה יקדים הלוה ויתן לו משכון ע"ש, א"כ מוכח להדי' מדברי הרא"ש כהרשד"ם דדוקא בתוך הזמן אין אדם מתפיס צררי אבל אם הגיע זמן בחיי הלוה מתפיס צררי שירויח לו הזמן, אך אפשר לומר דכוונת הש"ך דמיירי דידעינן בעת שהרויח לו זמן לא התפיס לו צררי, אבל בלתי זאת דברי הרשד"ם נכונים לדינא דאין יכול לגבות מיתומים קטנים שהגיע זמן בחיי אב עד שיגדלו:

סימן עט

סעי' ה' (א) טענו מנה לי בידך ואמר לו לא היו דברים מעולם ועדים מעידים שהלוהו וחזר ואמר פרעתיך הוחזק כפרן לאותו ממון וחייב לשלם ואין המלוה צריך לשבע. הנה במס' בבא בתרא (דף ה') כותל חצר שנפל מחייבין לבנותו עד ד' אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראי' שלא נתן ועיין רש"י דפי' שיביא עדים שתבע ולא נתן, וערא"ש דהקשה על פי' רש"י ופי' שם פי' אחר וז"ל כגון שעמד שמעון בדין וחייבוהו ב"ד לבנות עד ארבע אמות וסירב על צווי ב"ד הרי הוא בחזקת שלא נתן כדין גזלן עכ"ל, ולכאורה צריך להבין אמאי תלוי דין זה בדין גזלן הא בגזלן גופי' קי"ל לקמן (סימן שפ"א) הגוזל את חבירו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים, ולפע"ד נראה לתרץ דברי הרא"ש דהא הקשו התומים והקצות החשן אמאי גזלן נאמן לומר החזרתי היכא דגזל בעדים הא לא גרע מהוחזק כפרן, ומשום קושיא זו סוברים היכא דגזל לפני ב"ד באמת אין נאמן לומר פרעתי או החזרתי ולפי זה יש לומר דכוונת הרא"ש דהכא איירי דסירב לפני ב"ד שאין רוצה לבנות עד ארבע אמות לפיכך שפיר כתב הרא"ש דהוי כדין גזלן היינו גזלן שבא לפני ב"ד וגזל לפני ב"ד אינו נאמן לומר פרעתי והחזרתי:

סעיף ט' (ב) אינו מוחזק כפרן אלא א"כ כפר בב"ד ובאו שני עדים והכחישוהו אבל הטוען להד"מ וחייבוהו שבועה וכו', [הג"ה] ואפילו במקום דאיכא למימר דמה שהודה משום שראה עדים שבאו מ"מ הואיל והודה קודם שבאו העדים אינו הוחזק כפרן עש"ך (סקכ"ב) שכתב דמה שהקשה הסמ"ע על הב"י וד"מ שכתבו דין זה בשם מצאתי כתוב

דהא כבר כתבוהו הטור בהדיא לק"מ כי בטור אינו מפורש די"ל אפילו באו עדים אחר טענה שניי' והכחישו ע"ש. ולכאורה מגומגמים דברי הש"ך בזה ונראה בכוונתו דהטור איירי דחזר וטען טענה שנית וסתר טענה ראשונה ואח"כ באו עדים אבל מה שהביאו ב"י וד"מ בשם מצאתי כתוב איירי דלא טען טענה שניי' קודם שבאו העדים רק שחזר מטענה ראשונה קודם שבאו העדים ואמר כי טענתו ראשונה לא היתה אמת ואחר שבאו העדים טען טענה שניי' אפ"ה נאמן כיון שחזר מטענתו ראשונה קודם שבאו העדים וזה אין מפורש בטור ולכך כתבו בשם מצאתי כתוב:

סימן פא

סעיף ג' (א) בבריא נמי דוקא איהו גופי' מצי למטעון משטה הייתי בך אבל אם לא טען אנן לא טענינן ליה אבל ליורשיו אנן טענינן שמא לא כיון אביהם אלא להשטות. עש"ך (ס"ק יוד) דהביא המרדכי בשם רב סעדי' גאון דצריך לישבע שנתכוין להשטות משום דקשיא לי' דהא סוגיא ערוכה היא וש"ך תירץ נוסחא שלפנינו ע"ש ועיין בתומים דכתב דתירוץ של הש"ך דחוק, ולפע"ד נראה דבר נכון די"ל דפי' דהגירסא במרדכי הי' דפסק ר"י דאי לא טען אנן לא טענינן ליה ואף דסוגיא ערוכה היא י"ל דהגמרא פירש על הברייתא קודם דתקנו רב נחמן שבועת היסת שפיר צריך לטעון דכוונתו היה להשטות דאל"כ אינו נאמן דהא הוי הודאתו בפני עדים אבל לדידן דממילא צריך לשבע שאינו חייב מצד כופר הכל א"כ כיון דנשבע אפשר לומר דאף אם לא טען אנן טענינן דכוונתו היה להשטות קמ"ל המרדכי דאפילו נשבע היסת צריך לטעון בפירוש דכוונתו היה להשטות דאל"כ אמרינן דבשקר נשבע כמו שכתב סמ"ע בעצמו (סק"ב) ועיין:

סעיף י' (ב) הודאה בפני עד אחד הוי הודאה בין לשבע על פיו אם כפר בין לפרוע אם הודה שהודה בפניו ונראה לפע"ד היינו דוקא היכא דאם כפר צריך לשבע כיון דאמר אתה עד מש"ה אם הודה חייב אבל אם הודה בינו לבין עצמו אף שאמר בדרך הודאה גמורה ודאי לא מהני כמבואר בש"ך (ס"ק ס"ב) ע"ש וגדולה מזו מבואר בש"ך (ס"ק כ"ד) אפילו אם אמר רצוני שתודה בפני עדים ואמר הן סובר רמ"ה דמהני וש"ך חולק מכש"כ היכא דליכא עדים אף שהוא אמר שהודה בינו לבין עצמו בדרך הודאה גמורה מ"מ לא מהני כיון שיכול לכפור ומכח זה נלפע"ד דלא כדעת הגאון בקצות החושן דסובר דאפילו בקרקע היכא דאם מכחיש לעד א"צ לשבע מ"מ אם אומר לפני העד ואמר אתה העד מהני אבל לפי הנ"ל אינו כן אלא כיון דיכול לכפור ואין צריך לשבע דאין נשבעין על שעבוד קרקעות הוי מילי דכדי וכמו בינו לבין עצמו דלא מהני ה"נ לפני עד אחד וכדומה

לזה כתב הרמב"ן בבבא בתרא (דף ל"ט) מחאה בפני שנים ואין צריך לומר כתובו דדוקא בפני שנים אבל בפני עד אחד לא הוי מחאה כלל כיון דיכול לכפור ואין צריך לשבע נראה מזה כמו שכתבתי:

סעיף י"ח (ג) מי שמת ונמצא כתוב באחד משטרותיו שטר זה חציו לפלוני לא זכה אותו פלוני בחצי השטר, הודה בפני עדים בלא קנין אע"פ שאמר להם כתבו שטר זה אם לא אמר אתם עדי לאו הודאה היא. עש"ך (סקמ"ח) דתמה על הטור ומחבר דהא כיון דאמר כתבו שטר ודאי כמאן דאמר אתם עדי דמי וכן מבואר ברמב"ם ע"ש וכדי שלא יהיו דברי המחבר תמוהים כל כך נלפע"ד לתרץ דכוונת המחבר דהודה בפני עדים ואמר להם כתבו שטר אבל לא אמר כתבו שטר ותנו לידו דודאי אם אמר כתבו שטר למלוה הוי הודאה חזקה וברורה אע"פ דצריך לאמלוכי ביה לכמה פוסקים כמבואר (בסימן ל"ט סעיף ב') מ"מ הוי הודאה גמורה אבל היכא דהודה בפני עדים ולא אמר כתבו שטר ותנו ליד המלוה רק אמר כתבו שטר י"ל מה שהודה שלא להשביע אמר כן ומה שאמר כתבו שטר כוונתו דרוצה להלוות שיהיה השטר מוכן וא"כ שפיר כוונת דברי הרא"ש כמו שפירש בית יוסף ואינו נגד דברי רמב"ם:

סימן פב

סעי' י"ג (א) טען הלוה על השטר מקוים שחציו פרוע והמלוה אומר שלא נפרע ממנו כלום ועדים מעידים שכולו פרוע נשבע הלוה וגובה מחצה מבני חרי. עש"ך (ס"ק ל"ז) דחולק על הב"ח וס"ל דזה דוקא במלוה בשטר אבל במלוה ע"פ בכה"ג אינו גובה אלא מחצה ועל זה שכפר פטור לוה בלא שבועה ע"ש, ולפע"ד נראה ראי' מפורשת לדברי הב"ח דהא הרא"ש ב"מ (דף ב') הביא ראי' דעד מסייע פיטר משבועת התורה דהא אנך קי"ל כר' חייא קמייתא דחייב שבועה על השאר וילפינן מפיו ועד אחד ואי ס"ד דעד המסייע אינו פוטר לפרוך מה לפיו ועד אחד כשהן מחייבין שבועה אינן כיוצא בהן פוטרת משבועה שאם בא עד אחד אינו פוטר משבועה וכן פיו מודה מקצת אם בא עד אחד ואמר שאינו חייב או אפילו שנים אומרים כן אינם פוטרים אותו משבועה שחייב את עצמו דהודאת בע"ד כמאה עדים א"כ מבואר מדברי הרא"ש אלו דאפילו במלוה ע"פ נמי נשבע לוה וגובה רק מחצה ואף ששנים אומרים שאינו חייב כלום והוא מודה במקצת נמי צריך לשבע על זה שכפר:

עיין לעיל (סימן מ"ו סק"א) מה שכתבתי תי' נכון על קושיית קצות החושן שהקשה על הש"ך (כאן סק"ב):

סימן פג

סעי' ג' (א) אם הלוה אומר מחוב פלוני שפלוני ערב בו נתתים לך וע"מ כן קבלתם והמלוה אומר לא נתרצתי לקבלם אלא מחוב פלוני שאין לי בו ערב אם החוב שאמר הלוה שפרעו הוא מלוה ע"פ נאמן הלוה בשבועת היסת ונפטר הערב, מקור דין זה הוא מבעל התרומות (שער עשרים חלק שני) ובספר גדולי תרומה הקשה מאי שייך שבועה אצל הלוה דהא ליכא שום חילוק דהרי חייב זה כמו זה א"כ שבועה זו מאי טיבה ע"ש ובאמת היא צע"י, ולפע"ד אפשר לתרץ דאם יש ללוה נכסים במדינה אחרת שיכול המלוה לילך ולגבות מן הערב כמבואר לקמן (סימן קכ"ט סעיף י"א) וא"כ יש לומר דנ"מ ללוה שלא יגבה מן הערב וערב יגבה ממנו דראשון (דהיינו המלוה] נוח לו והשני [שהוא הערב] קשה ממנו כמבואר (בסימן ס"ו סעיף כ"ב) דאף להוציא שייך סברא זו דראשון נוח לו וה"נ כן משום הכי שייך שבועה ללוה:

סימן פד

סעי' א' (א) הפוגם שטרו לא יפרע אלא בשבועה עסמ"ע (סק"א) שהביא בשם בעל התרומות שאם בנו פגמו לא ישבע שהתקנה שהתקינו בו התקינו ולא בבנו ועש"ך (סק"א) דחולק עליו וכתב דלא מבעיא כשהיורשים אומרים אנו קבלנו מקצת פרעון ודאי צריכים שבועה אלא אפילו אם אמרו שאבינו אמר לנו שקבל מקצת חוב נמי יורשים צריכים לשבע ע"ש שהביא כן בשם רבינו ירוחם, ולפע"ד יש לומר היכא דיורשים אומרים דאבינו אמר לנו שקבל מקצת אינם צריכים לשבע דהא תוס' כתובות (דף פ"ז) הקשה אמאי קתני במתניתין הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה תהא נאמנת במגו שלא היתה פוגמת ותירץ תוס' דהוי מגו בדדמי וא"כ יש לומר היכא דיורשים אמרו שאבינו אמר לנו שקבל מקצת החוב לא שייך בזה מגו בדדמי דהם לא קבלו כלום רק אביהם אמר להם שקבל מקצת החוב ויש להם מגו דלא היו פוגמים ורבינו ירוחם דסובר דצריכים לשבע סובר כשטת הפוסקים דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה ולכך סובר ר"י דאפילו אמרו יורשים שאבינו אמר לנו שקבל מקצת נמי צריכים לשבע:

סעי' ד' (ב) הפוחת שטרו נפרע שלא בשבועה וכו' עסמ"ע (סקי"א) דכתב דהטעם דפטור משום דמלוה נאמן במגו ואין זה מגו להוציא כיון ששטר חוב בידו ועיין בתומים דתמה אמאי צריך לטעם מגו תפוק ליה במה דאמר שחייב לו שטרו בידו (ואי) [וכתב דהא] דאין צריך שבועה אינו מטעם מגו אלא חכז"ל לא תקנו שבועה אלא בפוגם ולא בפוחת ע"ש ולפע"ד יש לתרץ דהא מלוה עצמו מודה שנתן לו נאמנות א"כ אמאי לא נאמין

ללוה פרעתי בשלמא גבי שטרות דעלמא יש כאן חזקה שטרך בידי מאי בעי אבל הכא לא שייך זה ועיין במשנה למלך (פרק י"ד ממלוה) גבי פוגם שטרו הקשה אמאי נשבע ונוטל הא אבטל ליה חזקה דשטרך בידי מאי בעי ותירץ גבי פוגם דמ"מ יש כאן חזקה דשטרך וכו' ונקטינן] דפרע אדעתא לכתוב שובר מיד ונאנס ע"ש אבל הכא כיון דתיכף הוא פוחת (י"ל) [אין לומר] ודאי לא פרע דאי פרע היכא שטרו אצלו דזה אינו דהא נתן לו נאמנות א"כ אמאי המלוה נאמן מש"ה כתב הסמ"ע דנאמן מטעם מגו ועיין:

סעי' ה' (ג) עד אחד מעיד בשטר שהוא פרוע לא יפרע אלא בשבועה עש"ך (סק"ז) דהביא בשם הכסף משנה (פכ"ד מאישות) דכתב דדוקא היכא דלוה טוען ברי אז צריך המלוה לשבע אבל היכא דטוען ספק אין המלוה צריך לשבע והש"ך חולק עליו ופסק דאפילו טוען הלוה ספק צריך המלוה לשבע והביא ראיה מתשובת הרשב"א הובא בב"י (סי' ע"ב מחודש כ"ב) דגבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ואיכא ע"א שאומר שאינו חייב רק חמשין דצריך המלוה לשבע מוכח להדיא דלא כהכסף משנה וע' במשנה למלך (פרק ה' משאלה ופקדון ה"ו) ע"ש, ולפע"ד נראה לחלק דעיקר סברת הכסף משנה הוא דשבועה שתקנו חכמים דמלוה נשבע היינו דוקא היכא דלוה טוען ברי פרעתי משום דאם המלוה הי' טוען שמא נגד ברי של לוה אינו גובה כמבואר (בסימן נ"ט) א"כ עיקר גבייתו דמלוה אינו רק מכח ברי ושפיר היכא דעד אחד אומר שפרוע צריך המלוה לישבע להכחיש את העד אבל היכא דטוען הלוה שמא פרעתי א"כ אף אם הי' המלוה אומר שמא נמי גובה כמבואר (בסימן פ"ב סעיף ב') א"כ אם הלוה טוען שמא אינו גבייתו דמלוה מכח ברי לכן בכה"ג לא מחייבין למלוה שבועה אם יש ע"א דהא גבייתו אינו מכח ברי דהא אף בשמא נמי גובה המלוה היכא דלוה טוען שמא ואוקמי' אדאורייתא, אבל גבי מתוך שאיל"מ אם מלוה טוען שמא לא הוי הלוה מתוך, נמצא גבייתו דמלוה רק מכח ברי שלו מש"ה שפיר סובר הרשב"א דצריך מלוה לישבע אף דלוה טוען שמא ועיין:

סימן פה

סעי' ג' (א) ראובן הוציא שטר על שמעון ושמעון על ראובן מאוחר לשטרו של ראובן והגיע זמן הפרעון של ראובן קודם שלוה משמעון יכול שמעון לומר לראובן אלו חייב הייתי לך לא היה לך ללוות ממני אלא הי' לך ליפרע מחובך. עש"ך (ס"ק זיין) שכתב באריכות ופסק דלעולם שטר ראשון נמי כשר, והקשה (דהא ודאי) [על]שיטת הרמ"ה דפסל שטר הראשון בין באתרא דכתבי שטרי והדר יהבי זוזי ובין באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא ע"כ הכריח דרמ"ה לא כתב כן רק לרב ששת אבל לר"נ דסבר זה וזה

גובה לעולם כשר, וכן תמה הש"ך (ס"ק יוד) ע"ש דודאי לשיטת רמ"ה לעולם כשר ע"ש, ובאמת מבואר בשיטה מקובצת דהביא שיטות ופי' דקושיא ראשונה היא רק לרב ששת ועל זה תירץ רב נחמן דאיירי שלוה זה לעשר וזה לחמש אבל קושיא שניי' היא בין לרב נחמן ובין לרב ששת אי דמטא זמניה מ"ט דרבנן ואי דלא מטא זמניה מ"ט דאדמון בין במקום דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא ובין במקום דכותבין שטרי ואח"כ יהבי זוזי [ולפי] המבואר בשטה מקובצת שפיר דברי הטור:

סעי' ו (ב) שנים שיש לכל אחד שטר חוב על חברו במנה והיה בענין שהדין הוא שיעמוד כל אחד בשלו ומכר אחד מהם חובו לאחר הלוקח גובה מהלוה וחוזר הלוה וגובה מהמוכר מבני חרי עסמ"ע (סקכ"א) דהביא טעם בשם הטור כיון דאם לקח עידית ובינונית זה גובה וזה גובה משום הכי לא הוי כשטר פרוע ועיין בד"מ דהביא דמשמע מתשובת הרא"ש דחולק על זה וכן בעה"ת הביא חולקים ע"ש ולכאורה תמוה מסוגיא דכתובות (דף ק"י ע"א) דהקשה לוקמי' ביתמי דמגבי גבי וכו' וא"כ מוכח דאפילו לרב ששת לא הוי כשטר פרוע וכש"כ לרב נחמן וכן הקשה התומים ע"ש ולפע"ד נראה ודאי אף לפוסקים דסוברים דלוקח אינו יכול לגבות משום דהוי כשטר פרוע, דזה דוקא בשעת לקיחה הי' באופן דכל אחד יעמוד בשלו מש"ה סוברים דהוי כשטר פרוע אבל אם בשעה שלקח הי' באופן דאף מוכר עצמו, יכול לגבות דהיינו שטר חוב שלו הגיע זמנו קודם שטר חוב של חבירו א"כ ודאי מכירה מעלייתא הוי חף דאח"כ הגיע זמן שניהם מ"מ בשעת מכירה מכירה מעליא הוי אלא איירי דגם בשעת מכירה נמי כל אחד עומד בשלו בזה סוברים קצת פוסקים דהוי כפרוע, ממילא לא קשה דשפיר מקשה הגמ' לוקמי' ביתמי דהיינו דלא צריך לאוקמי' דזה גובה וזה גובה, דזה גובה קודם ואח"כ כשהגיע זמן שני גובה אלא די"ל דעתה שניהם הגיע זמן אבל כשנפלו לפני יתמי הי' זמנם קודם לשטר אחר ושפיר ירשו שט"ח:

סימן פו

סעי' א' (א) ראובן שנושה מנה בשמעון ושמעון בלוי מוציאין מלוי ונותנים לראובן. ועיין וכו' [הג"ה] ראובן שיש לו משכון מן הכותי והכותי חייב לשמעון יש אומרים דיכול שמעון לפדות המשכון מראובן ונותן לו קרן וריבית שעלה עליו וגובה חובו מן המותר וכן נ"ל מאחר שאין לכותי לפרוע בענין אחר שמעון יש לו כל זכות דכותי ואעפ"י שיש מי שחולק בזה נראה לדון כמו שכתבתי. עש"ך (ס"ק ד') דכתב דאף דהי' ברירה ביד כותי לפדות קודם זמנו ולנכות מן הריבית אפ"ה צריך ליתן כל ריבית שיעלה לזמן קצוב

ההוא, ובתומים חולק על זה ולפע"ד נראה בזה כדעת התומים דאל"כ אמאי צריך הרמ"א לומר כיון דאין לכותי נכסים לפרוע תיפוק לי' דהא גבי פקדון מבואר לקמן (סעיף ד') דאפי' אית ליה נכסי נמי מוציאין מיד הנפקד אלא ודאי כשיטת התומים מש"ה היכא דאית ליה נכסי לכותי אין מוציאין כיון שיש לו ריוח במה שמונח תחת ידו: סעיף ה' (ב) אין שמעון יכול למחול ללוי. עש"ך (ס"ק י"א) דהביא בשם הריטב"א ור"ן היכא דאין חוב ברור לא שייך שעבודא דר"נ והש"ך חולק ועיין בתוס' ב"ק (דף ע"א) מבואר אפי' חוב שאינו ברור נמי שייך שיעבודא דר"נ ע"ש ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן מ"ז):

סימן פז

סעיף א' (א) אבל הכופר בכל ואין עד אחד מכחישו פטור משבועת התורה בין במלוה ובין בפקדון. עסמ"ע (סק"ה) דכתב לאפוקי דעת רש"י דסובר גבי פקדון כופר בכל נמי חייב שבועת התורה ע"ש, ובהגהות דרישה ופרישה הקשה על דעת רש"י דסובר דהילך לא הוי אלא בפקדון א"כ אמאי פטור לו יהי' ככופר הכל הא דעת רש"י בפקדון אפילו כופר הכל חייב וכן הקשה הט"ז ותירצו די"ל מה דהודה הוא פקדון ומה שכופר הוא מלוה ע"ש, ולפע"ד י"ל דעיקר טעם של רש"י הוא כיון דלא שייך אין אדם מעיז וגם איכא חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו מש"ה אפילו כופר הכל נמי חייב ממילא יש לומר דסברת חזקה אין אדם תובע דהיינו לכל הפחות מקצת תביעה יש לו עליו מש"ה בכופר הכל בפקדון סובר רש"י דלא שייך חזקה אין אדם מעיז מש"ה כופר הכל נמי חייב שבועת התורה אבל הכא גבי הילך דבאמת יש לו עליו מש"ה אף דלא שייך חזקה אין אדם מעיז אפ"ה כיון דבאמת יש לו עליו מש"ה אף דלא שייך חזקה כיון דיש לו דין כופר הכל וחזקה אין אדם תובע לא שייך כאן דבאמת יש לו עליו מש"ה שפיר פטור משבועת התורה וכן מצאתי בלחם משנה פ' א' מהלכות טוען שכתב על דבר אחר סברא זו עי"ש, אח"כ מצאתי בזית רענן (ח"ב ריש סי' נ"ח ובחידושי תורה שם בפ' משפטים) שכתב ג"כ דסברת רש"י משום חזקה דאין אדם תובע עי"ש מה שכתב בזה:

ומדי דברי זכור אזכור מה דקשי' לי על שיטת רש"י דסובר גבי פקדון אפילו כופר הכל חייב שבועת התורה, דהא קתני במתניתין ב"ק (דף קי"ח) אם אמר איני יודע אם הפקדת אצלי פטור מלשלם ולשיטת רש"י הל"ל דהוי מתוך שאיל"מ דהא אם כופר הכל הי' חייב שבועה דאורייתא ועכשיו דאומר איני יודע הוי לי' מתוך שא"יל"מ וצע"י:

ב ואפילו אם יתן לו משכון על מה שמודה בו אינו חשוב הילך. [הג"ה] וי"א דמשכון חשוב הילך דהא אפילו שטר חשוב הילך. עש"ך (סק"ה) דפסק דאפילו המשכון מונח

אצלו משעת הלואה מ"מ לא הוי הילך והקשה דהא הרמב"ם סובר אפילו כתב יד שיש בו נאמנות כיון שאינו יכול לכפור נקרא הילך ותירץ דהתם בכתב יד אין יכול לכפור במעות עצמו שתובעו משא"כ הכא גבי משכון מ"מ יוכל לכפור המעות אינו הילך ועוד כתב הש"ך נפקא מינה אם נאבד המשכון ע"ש ולפ"ז מיושב הטיב לשון רמב"ם (פרק ד' מטוען ה"ד) דכתב וז"ל אין זה מודה במקצת שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדים בו עכ"ל ועיין בלחם משנה ומשנה למלך דהקשו למה כתב הרמב"ם כל נכסיו משועבדים ופירושם דחוק מאוד לפע"ד ולפי דברי הש"ך מיושב שפיר דברי רמב"ם דרמב"ם גלה לנו בזה דדוקא בכה"ג דכל נכסיו משועבדים, אז נקרא אין יכול לכפור אבל יש לו עליו משכון אע"ג דכתם נמי אין יכול לכפור מ"מ לא נקרא הילך כיון דתועיל כפירתו שלא יגבה מעות כמו שמבואר בש"ך הנ"ל שפיר מחויב שבועה דאורייתא כמו שכתב הרמב"ם שם (הלכה ו') ועיין:

סעי' ו' (ג') הודה במקצת ועד אחד מסייעו יש אומרים שפוטרו משבועה וי"א שאינו פוטרו [הג"ה] והעיקר כסברא הראשונה. עיין בש"ך (ס"ק ט"ו) אף דאנן קי"ל עד המסייע פוטר משבועה מ"מ היכא דהודה במקצת ויש כאן ע"א המסייעו, ויש כאן ג"כ עד אחד כמכחישו אפ"ה חייב שבועה דאורייתא דאוקמי' עד לגבי עד וסלק עדותן כמאן דליתא וחולק על תרומת הדשן, ועוד כתב הש"ך דאפילו יש כאן ב' כתי עדים המכחישין זה את זה אמרינן ג"כ סילק עדותן ואי הודה במקצת חייב שבועה דאורייתא ע"ש ולפע"ד דין זה צ"ע דהא אנן קי"ל לעיל (סי' ל"ד סעיף כ"ח) היכא דשנים העידו על אדם אחד שפסול לעדות ושנים הכחישום פסול גברא מספק ע"ש וא"כ אם משביעינן אותו ודאי ב"ד יודעין לפי כת אחת דנשבע לשקר ממילא פסול מספק וא"כ אמאי משביעינן הכא דהא היכא דאפילו יש חשש שמא יפסול לא משביעינן ליה כמבואר (בסימן ע"ה ולקמן סעיף ל"ג וכן לעיל סימן ע"ב) ע"ש, ואין להקשות הא לעיל (סימן ל"ד סעיף כ"ז) כתב די"א דבעל דין ועד יכולין לפסול, דהתם שאני דצריך להעיד בעל דבר וגם עד אמרינן דלמא לא יעידו ובפרט לפי מה שכתב בזית רענן (ח"ב סי' נ"ה אות ג' ד') ע"ש היטב אמרינן דבאם ישבע הנתבע א"כ האמת כדבריו בודאי לא יעיד התובע אח"כ בכדי שלא יעבור אלאו דלא תענה אבל הכא לא שייך זה כיון דתרי אמרו בתורת עדות ותרי הכחישו אותם ה"ל פסול מספק לאחר שבועה וא"כ אמאי ישבע כדי לפסול אותו וצע"י:

סעי' י' (ד) יש אומרים מי שחייב שבועה דרבנן אם קדם ותפס ולא רצה לשבע לא מפקינן מיניי. עסמ"ע (ס"ק כ"ב) דכתב דוקא אם תפס מעות ע"ש ולכאורה יש להסתפק היכא דטען על המשכון דקי"ל דצריך המלוה לשבע בנקיטת חפץ אם מלוה אינו רוצה לשבע

אי מפקינין מיני' משום כיון דתפיסה של מטלטלין לא מהני או דלמא כיון דהוא מוחזק ברשות מהני ולא מפקינין מיני' וראיתי בשיטה מקובצת בבא בתרא בסוגיא דאומן כתב בשם רבינו יונה דאם לא רצה לשבע לא מפקינין מיני' ע"ש נראה כיון דתפס ברשות לא מפקינין מיני' הה"ד כאן גבי משכון וצע"י:

סעיף י"א (ה) וכן נשבעין ונוטלין אעפ"י שהוא מדבריהם אינו יכול להפכה. עש"ך (ס"ק למד) דכתב דאם תפס המלוה יכול לומר קים לי כרש"י ותוספות דסוברים דיכול להפך, ואף (דסוגין) [דמבואר בש"ך לעיל ס"ק כ"ד] דאם תפס ואינו רוצה לשבע מנדינן ליה היינו שאין רוצה לשבע כלל ולא הפך אבל היכא דרוצה להפך י"ל קים לי כשיטת רש"י ותוס' (ועוד כתב נ"מ אחרים) ע"ש, ולפע"ד צע"י מנא ליה להש"ך (דין זה הא רי"ף) [דהרי"ף והרא"ש אינם מודים בזה דיכול להפך], דהא באמת כל שבועה דרבנן יכול להפכו רק בנוטל הוא הטעם כיון דרוצה ליטול יכול הנתבע לומר לית לך גבאי מידי, רק אם אתה רוצה השבע וטול כמבואר בריי"ף ורא"ש וכן כתב הש"ך (ס"ק ל"א) ע"ש ולפי"ז היכא דתפס מעות שלו, דע"כ בתפס מעות איירי דאל"כ לא מהני תפיסה [כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ"ב וש"ך ס"ק כ"ד] וממילא הוי מוחזק לגמרי רק צריך לשבע א"כ יש לומר דגם הרי"ף ורא"ש מודים בזה דיכול להפכו וצע"י:

סעי' י"ב (ו) אעפ"י שנשבעין ונוטלין אינם יכולים להפך שבועה על שכנגדן שלא מדעת הנתבע אם יאמר התובע אי אפשי בתקנה זו שתקנו לי חכמים אלא הריני כשאר התובעים וישבע לי הנתבע היסת שומעין לו וכו' עש"ך (ס"ק ל"ה בסופו) דתמה אמאי צריך הרמב"ם להביא דין זה בשם רבותינו דהא פשיטא וכי בשביל שתקנו חכמים לטובתי אפסיד ע"ש. ולפע"ד נראה דהא מבואר בבעה"ת (שער ז') דמש"ה תיקן רב נחמן שבועת היסת כדי להפיס דעתו של בעה"ב מ"ט חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו ע"ש ולפ"ז שפיר רבותא דין זה של הרמב"ם ואינו פשוט כל כך דהכא לא שייך להפיס כיון דיכול התובע לגבות בשבועה ושפיר צריך הרמב"ם להביא דין זה בשם רבותינו דיכול התובע לומר אי אפשי בתקנה זו וצריך הנתבע לשבע היסת, ולפ"ז יש לומר (דג"כ) (דזה] הוא הטעם של הפוסקים הסוברים (לקמן בסימן ק"מ ס"ב) גבי שני חזקה דא"צ לשבע כיון דלא שייך התם להפיס כיון דהוה בידו למחות ולא מיחה לא שייך להפיס דעתו:

סעיף כ"ה (ז) כל הטוען לחברו מענה שאף אם יודה לא יתחייב ממון וכו' כיצד אמרת ליתן לי מנה [ואומר לו] להד"ם אין משביעין אותו עש"ך (סקנ"א) דכתב בשם המרדכי דאם התובע הוא עני דאין הנותן יכול לחזור חייב הנתבע לשבע ע"ש. ולכאורה יש לעיין

בזה דהא אע"פ שתובע הוא עני אמאי פסק בפשיטות דצריך לשבע דהא יכול הנותן לאתשולי ולהתיר דבורו כמבואר ביו"ד (סימן רנ"ח סעיף ו') ואף אם אמר לפלוני עני מבואר ג"כ ביו"ד (סימן רכ"ח סעיף כ') אם לא עשה טובה להנותן יכול להתיר בלא דעת העני ע"ש וא"כ לא הוי ממון גמור ואמאי פסק בפשיטות דצריך נתבע לשבע אם כופר וצריך עיון:

סימן פח

סעיף ט"ז (א) וכן אם תבעו חטים והודה בהם ואח"כ תבעו שעורין וכפר כיון שהודה בתביעת החטים קודם שתובע שעורין אין כאן הודאה מקצת הטענה ומשלם החטים ונשבע היסת על השעורין [הג"ה] ויש אומרים דבהנך נמי רואין אם הנתבע מיהר להודות קודם שיספוק התובע לתובעו שעורין חייב עסמ"ע (סק"ל) ובש"ך ואורים דהקשו אמאי כתב הג"ה בלשון יש אומרים דמשמע דאיכא חולק ולעיל (סעיף י"ד) טענו חטים והודה בשעורים דאם כמערים דמיהר להודות קודם שיגמר זה טענתו לכ"ע חייב דחשבינן כאלו תבעו שניהם ולא הביא לעיל שום חולק וגם תרוצם דחוק דהא מבואר (בסימן פ"ז סעיף ג') דאפילו גבי הילך דפטור משבועה אם נראה כמערים חייב מוכח דאף בזה שמשלם שעורים נמי שייך כמערים, ולפע"ד נ"ל לחלק בפשיטות דהתם גבי טענו חטים וקדם נתבע ומיהר להודות שעורים אם נראה כמערים שפיר רואין כאלו תבעו שניהן דסתמא דמלתא דגם השעורין שהודה [היה] דעתו לתובעו רק שלא הספיק לתובעו שעורין משום הכי חייב שעורין וחייב שבועה על החטים אבל הכא אע"ג דמיהר להודות מה שתבעו (או דמהר להודות קודם שתבעו) א"כ עדיין בשעת תביעה. לא ידעו ב"ד מה שדעתו ג"כ לתובעו א"כ בשעת שהודאת החטים יצא מפיו לא הוי כפירה דבר שבמדה ומנין סוברים מקצת פוסקים דפטור משבועה ולכך הביא הג"ה בלשון ויש אומרים כנ"ל נכון:

סעיף כ"ד (ב) אמר לו בית מלא פירות יש לי בידך וזה אומר אין לך בידי אלא עשרה כורין וכו' דאל"כ היי ליה הילך עש"ך (סקמ"ז) דהרבה להשיג על גדולי תרומה דכתב דאיירי דתובע כיס מלא מעות ומשיבו איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל ואח"כ נמצא מה שהניח נאבד בפשיעה והשתא אזיל טעם הילך כיון דאינו בעין אפילו הכי פטור משבועה כיון דלא הוי דבר שבמדה, והש"ך חולק עליו כיון דאין הודאה אלא בפחות שבממון וכיון שנאבד אי אפשר לעמוד עליו הוי ליה מתוך שאינו יכול לשבע משלם ע"ש. ולפע"ד יש לומר דמיירי דהמעות נאבד מ"מ הכיס בעין וכיון שהוא תובע

כיס מלא מעות אפשר לעמוד עליו א"כ שפיר פטור משבועה דאורייתא כיון דלא הוי דבר שבמדה ואפשר לומר כוונת גדולי תרומה ג"כ על דרך זה:

סימן פט

סעי' ג' (א) בד"א כשיש עדים ששכרו ושעשה עמו מלאכה אבל אם לא היה שם שני עדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך נאמן לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך וישבע בעה"ב היסת ואם הודה במקצת ישבע שבועת התורה. עסמ"ע (סק"ט) דזה דעת הרמב"ם ולאפוקי משטת הר"י דכשבע"ב מודה במקצת אינו נאמן במיגו דלא שכרתיך דהו"ל מגו דהעזה ועיין בלחם משנה (פרק י"א משכירות הלכה ו') ועיין תומים דכתב דמשו' הכי להרמב"ם אמרינן כאן אפילו מגו דהעזה כיון דהוי לאפטורי מממון אמרינן מגו דהעזה ולפע"ד אינו צריך לטעם זה דהא כל הטעם דמודה מקצת צריך לשבע ואינו נאמן במגו דאי בעי כופר הכל מטעם אשתמוטי קא משתמיט ורמי רחמנא שבועה עליה כי היכי דלודי אבל היכא דלא שייך אשתמוטי נאמן במגו וע' בתוס' ב"מ (דף ג' ד"ה בכולי) וכן מבואר בתוס' (דף ה' ד"ה למ"ד. ולפ"ז הכא דצריך לשבע שבועה דאורייתא ולא שייך דכופר משום אשתמוטי שפיר נאמן מכח מגו דלא שייך אשתמוטי דהא השתא נמי מעיז ומה. לי כפר בכולו או במקצת [דהא אם היה דעתו להשתמט רק עתה ולפרוע אח"כ ל"ה נשבע לשקר דהא שבועה ליתא בחזרה ומדנשבע מסתמא דעתו לכפור לחלוטין ולעבור על לת"ג ועל שבועת שקר וכיון דכופר לחלוטין הוי העזה אפילו בכופר רק במקצת]:
ומה שקשה א"כ לר"י דסובר דתקנת שכיר אינו אלא במודה מקצת אבל אם טען פרעתיך הכל פטור א"כ לעולם יהא נאמן במגו דאי בעי אמר פרעתיך הכל כמו לדידן בשכרו שלא בעדים אף דהוי מודה מקצת נמי נאמן לשטת הרמב"ם וכן הקשה התומים לפע"ד י"ל דהא ע"כ לענין שבועה לא מהני מגו כמבואר ברמב"ם ובש"ע כאן דצריך שבועה דאורייתא ממילא י"ל דהכא אם [היה[טוען לא שכרתיך הוי טענה ברורה משום הכי אף אם טוען פרעתיך מקצת נמי הוי טענה ברורה כמו אם לא שכרתיך ושפיר נאמן בשבועה אבל לר"י הא טעמא דר"י הוא דאם טוען פרעתיך הכל משום ספק פטור משום דס"ל דהבעה"ב לא הוי ודאי שוכח רק כמה פעמים הוא יודע יפה בברי גמור משום הכי בכופר הכל פטור אבל גבי מודה מקצת חשדו שמא ישבע לשקר כי לפעמים שוכח משום דטרוד בפועליו ושכיר נשבע וכמ"ש תוס' ב"מ (קי"ב ד"ה אי הכי) ע"ש. ולכך לא מהני מגו כיון דמ"מ צריך לשבע אף דאמרינן דטענה דטעון השתא היא יפה כמו טענה

אחרת שיכול לטעון [מ"מ הא] אף טענת פרעתיך הכל לאו ברי גמור ושפיר לא מהני מגו כיון דצריך לשבע ולא רצו חכמים שישבע שמא ישבע לשקר:

סעיף ד' (ב) בעל הבית אומר שתים קצצתי לך ושכיר אומר שלשה המוציא מחברו עליו הראיה ואם לא הביא ראיה אע"פ שכבר נתן לו שתים הרי בעה"ב נשבע בנק"ח עש"ך (סק"ט) דהביא בשם הרמב"ן דפירש דמשום הכי קס"ד דבעה"ב נאמן בקציצה דקציצה דכיר חזקה אין בעה"ב עובר בבל תגזול ובל תלין ותמה עליו הש"ך דהא בזמנו איירי דליכא בל תלין ע"ש ולפע"ד נראה דכוונת הרמב"ן הוא דהא עיקר טעם דמודה מקצת ישבע שבועת התורה משום אשתמוטי ורמי רחמנא שבועה עליו כי היכי דלודי וכיון דקציצה דכיר ובקציצה לא שייך אשתמוטי דהא בשעה מועטת יהיה עובר בבל תלין שפיר קאמר הרמב"ן דקס"ד אף במודה מקצת אין צריך לשבע כיון דלא שייך אשתמוטי וע' מס' שבועות (דף מ"ה) ובתוס' (דבור המתחיל כי מטי זמן חיובא) ודברי רמב"ן נכונים:

סימן צ

סעיף א' (א) הנגזל כיצד ראוהו עדים שנכנס לתוך ביתו של חברו למשכנו שלא ברשות ולא היה כלום תחת כנפיו וכשיצא ראוהו שהיה לו כלים תחת כנפיו ואינם יודעים מה הם עסמ"ע (סק"ב) דכתב דוקא שעדים מעידים שראוהו כשיצא היה לו כלים תחת כנפיו רק שאינם יודעים כמה הם או שלא ידעו איזה כלים היו אבל אם אין העדים יודעים שהוציא כלים אין בעה"ב נאמן בשבועה להוציא דשמא לא הוציא תחת כנפיו אלא אבנים או צרורות ע"ש והש"ך (סק"ב) דכתב דכולם השיגו על המרשים דסובר אע"פ שלא ראוהו עדים שהיה כלים תחת כנפיו רק שראוהו נכנס ריקן ויצא בחבילה תחת כנפיו ע"ש ולי נראה דהרמב"ן במלחמות פרק הזהב (דף מ"ט) בפלוגתא דרב ור"י גבי דברים אין בהם מחוסר אמנה, נראה דרמב"ן סובר כשיטת המרשים ותימא שלא הביא הש"ך דברי רמב"ן אלו וצ"ע:

ב וי"א דבעינן נמי שטוען מידי דאורחא לאנוחי במקום שנכנס לשם והכי מסתברא. לכאורה משמע מדברי הרמ"א דדין זה שוה לדין שאינו אמוד, וקשה דהא (בסימן שפ"ח) פסק המחבר אם טען על דבר שאין דרכו להניח בכלי זה אינו נאמן ואם תפס אין מוציאין מידו והרמ"א לא חלק עליו וגבי אינו אמוד ודאי אפי' תפיסה לא מהני [דרק גבי אין דרכו להניח] היא בעיא דלא אפשטא כמו שהביא הטור הכא בשם הרמב"ם והטור גופי' הביא דברי הרמ"ה במקום שאין דרכו להניח אינו נאמן ע"ש, ולפע"ד נראה אף דהרמב"ם

ומחבר סוברין דדבר שאין דרכו להניח בעיא דלא אפשטא ומהני תפיסה דזה דוקא דהמזיק טען שמא אבל היכא דהמזיק טען ברי י"ל דהרמב"ם מודה דאין הניזק נאמן ולא מהני תפיסה משום הכי (בסימן שפ"ח) אייריי דמזיק טען שמא כמבואר במחבר משום הכי מהני תפיסה אבל הכא דגזלן טוען ברי ודאי נגזל אינו נאמן ולא מהני תפיסה ולפ"ז מיושב מה דהקשו על הרמב"ם ומחבר שהביאו דניזק טען כך וכך ומזיק טען איני יודע למה דוקא דמזיק טען איני יודע וכן הקשה הש"ך ולפי הנ"ל ניחא דהוכרח המחבר לומר דמזיק טען איני יודע משום סיפא דסיים דאם תפס אין מוציאין דדוקא היכא דמזיק טוען שמא מהני תפיסה אף באין דרכו להניח מהני תפיסה אבל בטוען מזיק ברי י"ל דהרמב"ם מודה דאינו מועלת תפיסה ועיין: סעיף ב' (ג) ראוהו עדים שנכנס למשכן את חברו ולא ראוהו בעת שיצא וכו' הרי זה פטור הטעם מבואר בסוגיא דשבועות עביד אינש דגזים ולא עביד עט"ז דהביא על זה תוס' בשם רוקח דאין בכלל זה מי שהוחזק לכך ולפע"ד נראה דהכא דלא ראוהו כשיצא אפילו בגברא דהוחזק לכך אין בעה"ב נאמן דתוס' בשם רוקח כתבו זה רק על מאן דנקיט נרגא בידיה ואמר אזיל ואקטליה ליה דקלא דפלניא ואשתכח דקטל ושדי דאפילו הכי לא אמרינן דאיהו קטל משום עביד דגזים ולא עביד ועל זה כתב תוס' דהא יש אומדנא דאיהו עביד ואפילו הכי מחזקינן אותו בחזקת כשרות אבל היכא דמוחזק לכך אמרינן שהוא עביד כיון דיש כאן אומדנא גדולה אבל הכא דלא ראוהו אם נעשה המעשה ודאי בעלים אינן נאמנים ושפיר דברי המחבר בכאן [דסתם ונקט] אפילו מוחזק לכך אין בעה"ב אמן ואפשר כוונת ט"ז ג"כ כמו שכתבתי:

סעיף ד' (ד) כשם שבעה"ב נאמן לשבע ולטול כך שומר של בעה"ב אפילו אשתו של שומר נשבעת שזה נטל כך וכך ומשלם הגזלן לבעה"ב אבל שכירו ולקיטו של בעה"ב שלא מסר להם שמירת הבית אינם בכלל זה עסמ"ע (ס"ק י"ד) דהביא בשם מגיד משנה דלא מהני בזה תפיסה ע"ש וסברת מגיד משנה הוא כיון דכל עיקר הוא מצד התקנה שתקנו חכמים והיכא דהוי ספיקא אוקמיה אדאורייתא ע"ש, מעשה שבא לפני באחד נשא אשה ואיזהו שבועות אחר נשואין יצאה אשתו מן הדת ר"ל ועיין באבן העזר (סימן קי"ח סעי' י"ט ברמ"א) ואם לא מתו הבן או הבת רק נהרגו או נשתמדו יש אומרים דלא שייך בזה דין חתנים ואפילו לא נתן האב צריך ליתן וסיים רמ"א שם וצריך להתיישב בדבר אם שייך בזה תקנת שו"ם ע"ש ובעובדא הנ"ל אבי המומרת התפיס כל המטלטלין מבעל ופסקתי דצריך אביה להחזיר כל המטלטלין מכח סברת מגיד משנה הנ"ל דדבר

שהוא רק מצד התקנה היכא דהוי ספיקא אוקמיה אדאורייתא ובעובדא הנ"ל ג"כ הוא ספק אם באופן זה נתקנה תקנה משום הכי פסקתי דצריך אביה להחזיר כל המטלטלין:
סעי' ז' (ה) מדליק אש בשל חברו האמינו לניזק לשבע ולטול כל מה דהוא אמוד שיהיה לו משלו, עש"ך (סקט"ו) דהביא בשם הטור דוקא הצית אש בבית חברו נאמן כל מה שיטעון שכן דרך כל דבר להניח בביתו אבל אם הצית אש בגדיש של חברו אינו נאמן אלא על דבר שדרכו להניח בגדיש כגון מוריגין וכלי בקר אבל על שאר דברים שאין דרכן להניח בגדיש אינו נאמן וכתב הש"ך דמשמע מדברי הטור דפסק דאם יש עדים שהיו שם חייב אפילו על דבר שאין דרך להניח בגדיש ע"ש, ולפע"ד מבואר בטור (סימן תי"ח) להיפוך אפילו הביא עדים שהיה מונח ארנקי בגדיש פטור ע"ש וכן מבואר ברשב"א ב"ק (דף ס"ג) ועש"ך (סימן תי"ח) ע"ש אבל נ"ל שכוונת הטור כך הוא דאם טוען שהיה מונח בגדיש דברים שאין דרך להניח נראה דאפילו על דברים שדרכו להניח נמי פטור דעל דברים שהוא טוען אינו נאמן כיון שאין דרך להניח ועל מוריגין וכלי בקר על זה לא טען אבל אם באו עדים ואמרו שהיה מונח שם דברים שאין דרכו להניח אף דפטור על אותן דברים מ"מ רואין כאלו מונח באותו מקום דברים שדרך להניח ועיין מס' ב"ק (דף ס"ב) מבואר כן להדיא ע"ש ולפ"ז שפיר לשון הטור דאינו נאמן ופטור לגמרי מכל וכל ולפ"ז יש ליישב לשון המחבר (סימן שפ"ח) דכתב מזיק ממון של חברו אם אין דרך להניח בכלי זה הוא פשע בעצמו ופטור המזיק ואח"כ מסיים המחבר אינו נאמן וקשה דהא מרישא שמעינן זאת דאפילו אפשר שמונח בתוכו אינו נאמן שכתב שהוא פשע בעצמו ובסיפא כתב דאם יש עדים חייב דהא כתב דוקא הוא עצמו אינו נאמן משמע אבל אם יש עדים חייב ולפי הנ"ל אתי שפיר דאם ליכא עדים פטור אף על מה שדרך להניח דעל מה שטען אינו נאמן דאין דרכו להניח ועל השאר לא טען אבל היכא דאיכא עדים אף שפטור על אין דרכו להניח כיון שפשע בעצמו מ"מ רואין אותו מקום כאילו היה מלא כלים שדרך להניח וחייב עכ"פ על דברים שדרכן להניח ומיושב לשון המחבר היטב:
סעיף ח' (ו) מי שיש עליו עדים שמסר ממון ולא ידעו כמה הפסידו ונמסר אומר כך הפסידני ומוסר כופר במה שטענו יתבאר בסי' שפ"ח דין זה הוא בעיא במס' ב"ק (דף ס"ב) ולא אפשטא ועיין בתוס' שם (ד"ה עשו תקנת נגזל במסור) דבעיא היא אפילו אין המוסר יודע כמה היה ההפסד דומיא דתקנת נגזל באשו שאין המבעיר יודע כמה הפסיד ע"ש וכן כתב הרא"ש, ולפ"ז יש ליישב דברי הרי"ף (בפרק הגוזל ומאכיל) דהביא ראיה מסוגיא זו דממון מסור אסור לאבד מדבעי באם עשו תקנת נגזל במסור הא אפילו בידים מותר לאבד אלא ודאי ממון מסור אסור לאבד ע"ש, ולכאורה צ"ע מאי ראי' היא

זו דלעולם נוכל לומר דממון מסור מותר לאבד אבל אין ב"ד יורדין לנכסיו לאבד ממונו ובעיא של גמרא היא אי עשו תקנת נגזל במסור דהיינו דב"ד יוכלו לכפות את המסור לירד לנכסיו ולפי סברת הר"י ורא"ש הנ"ל אתי שפיר דכתבו דבעי' של גמ' היא בשמא דאין מסור יודע כמה הי' ההפסד דומיא דאשו, ולפ"ז י"ל דסברת הרי"ף כך היא דאי אמרינן דממון מסור מותר לאבדו א"כ גבי מסור ליכא חזקת ממון והוי ליה למימר ברי ושמא ברי עדיף דהא כל הטעם דקי"ל לאו ברי עדיף משום חזקת ממון ובמלשין בשקר אין כאן חזקת ממון כיון דמותר לאבד ממונו מזה הביא רי"ף ראיה דממון מלשין בשקר אסור לאבד ואיכא כאן חזקת ממון ולכך לא אמרינן ברי עדיף ועיין במגיד משנה (פרק ט"ו מאיסורי ביאה הלכה כ"ו): סעי' י' (ז) המפקיד אצל חברו שק צרור ופשע בו המפקיד אומר חלי זהב ומרגליות היה בו ושומר אומר איני יודע שמא סיגים או חול היה בו ישבע בעל הפקדון ויטול עש"ך (סקט"ז) דהביא בשם הר"י מגא"ש דבדין זה דירושלמי חד בר נש אפקיד גבי חברא שק צרור דטעם דירושלמי דישבע ויטול משום דררא דממונא הוא משום הכי אמרינן ברי עדיף דהא ודאי אפקיד גביה אלא דלא ידע אי סוגין או מטכסין. והרמב"ן ז"ל חולק עליו בדין זה דודאי כי אמרינן מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור אפילו בדאיכא דררא דממונא איירי וראיה מסוגיא דשאלה ושכורה דהתם ודאי איכא דררא דממונא ואפילו הכי מקשה הגמרא והא ברי ושמא לאו ברי עדיף והרשב"א ז"ל דחה קושיא זו לפי שאין הנתבע מודה בשום חיוב שאם אומר בשעה שהיתה שכורה מתה אינו חייב כלום אבל בעובדא דירושלמי ודאי איכא דררא דממונא דאפילו היא סיגין כמו שהוא טוען מ"מ חייב לשלם דמי סיגין לעולם נוכל לומר ברי ושמא ברי עדיף, ולפ"ז יש לתרץ קושיית הנימוק"י בסוגיא דשאלה ושכורה דתוס' שם הקשה אמאי מקשה הגמ' לימא תהוי תיובתא דר"נ ור"י דהא צריך לשבע שבועת השומרים דכדרכה וע"י גילגול צריך לישבע דשכורה מתה וא"כ הוי ליה מתוך שאיל"מ, ותירץ תוס' דעל טענת שמא של נתבע אין מגלגלין דעיקר גלגול מסוטה גמרינן ואמרה האשה אמן אמן ואין מגלגלין אלא דוקא בטוען הנתבע ברי, ונמוק"י תמה דהא לקמן בסוגיא דמחליף פרה בחמור (דף ק') קתני במתניתין זה אומר גדול וזה אומר איני יודע זכה בגדול א"כ חזינן בטענת שמא של נתבע נמי הוי מתוך שאינו יכול לשבע משלם ע"י גלגול ולפי הנ"ל ניחא דהא הרשב"א הנ"ל כתב דגבי שאלה ושכורה ליכא דררא דממונא דאם טוען ששכורה מתה ליכא דררא דממונא דהא ליכא שום חיוב אבל גבי סוגיא דמחליף פרה בחמור ודאי חד עבד אית ליה אלא שאינו יודע אם גדול מכר או קטן וא"כ הוי שפיר דררא דממונא משום הכי אמרינן ברי ושמא ברי עדיף כשטת הר"י

מגא"ש הנ"ל והחיוב הוא משום ברי ושמא ולא מטעם מתוך שאינו יכול לשבע משלם ושפיר דברי תוס' לשטת הר"י מגא"ש:

סעי' י"א (ח) וי"א שלא אמרו אלא בטוען שאולים הם אבל בטוען גנובים הם אין בעה"ב נאמן וכן עיקר ואם הוחזק זה ונתפרסם לגנב אפי' בעה"ב טוען גנובים הם דינו כטוען שאולים. עש"ך (ס"ק כ"ב) דהביא בשם הפוסקים דבדברים העשוין להשאיל ולהשכיר אפילו לא הוי הצדדים לריעותא נמי בעה"ב נאמן וכתב אף שמדברי הרי"ף והרמב"ם משמע דצריך להיות הצדדים לריעותא לא שבקינן דבריהם הסתומים מקמי הרא"ש ור"ן וטור ור"י המפורשים ע"ש, ואפשר לומר דהכא הכל מודים דצריך להיות צדדים לריעותא דהכא מיירי מיד לאחר שהוציא הכלים בא בעה"ב וטוען גנובים ובזה לא שייך טענת שאולים כמו שמבואר בסמ"ע (ס"ק כ"ח) מש"ה צריך להיות כל הצדדים לריעותא:

סעיף ט"ז (ט) הנחבל כיצד ראוהו עדים שנכנס תחת ידו של חבירו שלם ויצא חבול ולא ראוהו בשעה שחבל בו זה אומר חבל בי וזה אומר לא חבלתי בו הרי זה נשבע ונוטל וכו'. ערמב"ם (פרק ה' מחובל ומזיק הלכה ד') דכתב הטעם שקנסוהו חכמים לאלו השוטים ובעלי זרוע שיהא נחבל נאמן ועראב"ד דכתב הטעם כיון שאין דרכו לחבול בעצמו מש"ה האמינוהו ע"ש, ולכאורה יש לתמוה על טעמא דהרמב"ם דהא על זה אנו דנין אם הוא אמת שהוא חבל בו או לא וא"כ שמא לא חבל בו מאי קנס שייך בזה, וע"כ צ"ל מטעם נאמנות הנחבל, ולפע"ד שלא יהיו דברי הרמב"ם תמוהים כ"כ י"ל דהא מבואר פרק החובל (דף צ"א) דיש אומד לנזיקין ועיין ברמב"ם (פרק א' מחובל הלכה י"ח) דכתב היכא דנאבד החפץ ואמר המזיק דלא הי' בו כדי להזיק וניזק אומר שהי' בו כדי להזיק ישבע הנחבל ויטול כמו שיתבאר עכ"ל ועראב"ד שם דכתב דהוי בכלל תקנת נחבל ע"ש, וא"כ י"ל דהרמב"ם סובר לענין חשש דלמא חבל בעצמו וגם יש חשש עוד דלמא לא הוי כלי שיש בה כדי לחבול בה חבלה זו, הנה אם ניחוש דלמא חבל בעצמו כיון שאין דרכו כלל דאטו בשופטני עסקינן כמבואר במס' ב"ק (דף פ"ה) מש"ה האמינו חכמים אבל על חשש דלמא לא הוי כלי שראוי להזיק חבלה כזו ע"ז כתב דקנס חכמים הוא שנאמן הניזק שהי' כלי שראוי להזיק חבלה כזו:

סימן צא

סעי' א' (א) חנוני על פנקסו כיצד וכו' וצריכים שישבעו כל אחד בפני חבירו חנוני בפני פועלים ופועלים בפני חנוני כדי שיתביישו יותר. עש"ך (ס"ק ה) כתב מלשון המחבר משמע דחנוני צריך לישבע תחילה דאם הוא לא ישבע פועלים גובין בלא שבועה

ואם חנוני רוצה לגבות אף דפועלים אינם רוצים לישבע צריך חנוני לשבע ממילא מוכח דחיובא דפועלים עדיף מחיוב דחנוני אף לשיטת המחבר דסובר דחנוני גובה מן הדין מבע"הב דהא סובר היכא דפועלים מתו גובה חנוני בלא שבועה ועש"ך (ס"ק י"ב) ע"ש מ"מ חיוב דפועלים יותר חזק מחיוב דחנוני דלגבי פועלים הוי לגמרי כאיני יודע אם פרעתיך ממילא מוכח היכא דאין שניהם רוצים לישבע נוטלים פועלים ולא חנוני כמבואר הכא דלגבי פועלים הוי כאיני יודע אם פרעתיך ולגבי חנוני הוי א"י אם נתחייבתי, לפ"ז נראה לפע"ד היכא שבאו יורשים לגבות לפי שיטות רוב הפוסקים דסוברים אפי' יורשי פועלים אינם גובין היינו דוקא היכא דגובה חנוני בעצמו אבל לגבי יורשים של חנוני בודאי הם קודמין וכן נראה לכ"ע דחיוב דפועלים יותר חזק ונותן ליורשי פועלים ולא ליורשי חנוני וראיתי בנתיבות המשפט דלא משמע כן ולפע"ד נראה כמו שכתבתי:

סעיף ב' (ב) בד"א כששניהם לפנינו ותובעים מבעה"ב אבל אם מת החנוני ופועלים לבדם תובעים או שמתו פועלים והחנוני לבד תובע נוטל בלא שבועה שהרי אין בעה"ב מפסיד כלום שהרי אינו משלם אלא תשלום אחד. עסמ"ע (ס"ק ז') דהביא בשם הרמב"ן דאם מתו פועלים יורשי פועלים גובים משום דהוי כא"י אם פרעתיך, ועש"ך (ס"ק יוד) דפסק כן ע"ש, ולפ"ז מוכח היכא דלוה טוען איני יודע אם פרעתיך גובים יורשי מלוה אף שהם טוענים א"י [ואף להחולקים על הרמב"ן, הוא מטעם המבואר בב"י בשם מגיד משנה ע"ש, וטעם זה לא שייך בנ"ד], כיון דיש חזקת חיוב אנן טענינן בעבורם, ולפ"ז יש ליישב דברי הר"ן שבועות (דף מ"ט) דכתב דאם נאמר דחייב ונשתעבד השומר משעת משיכה הוי טענת המפקיד טענת ברי ע"ש, ולכאורה הוא תמוה דהא אינו יודע המפקיד אם בפשיעה או באונס, ולפי הנ"ל אתי שפיר כיון דהוי חזקת חיוב מש"ה כיון דבעלים אין יכולין לידע אם בפשיעה או באונס אנן טענינן בעבורם כמו גבי יורשים מש"ה כתב הר"ן דהוי כמו טענת ברי ועיין:

סעי' ד' (ג) יש מי שאומר שאפי' אין החנוני טוען ברי שנתן אלא טוען שמצא בפנקסו שנתן לפועלים כך וכך הרי הוא כברי הואיל ויש רגלים לדבר שהרי צוהו בעל הבית לתת לפועלים. עסמ"ע (ס"ק ח"י) דאם כופר בעה"ב צריך לישבע היסת ועש"ך (ס"ק כ"ד) דכתב דפנקס דוקא מהני אם יש רגלים לדבר או שהוא מדוקדק היטב ולא טעה בשום פעם ואין חילוק בין לישבע להוציא או להשביע את הנתבע ע"פ פנקסו, ועיין בתומים דפסק לחייב הנתבע שבועת היסת אפי' על סתם פנקס וכתב תומים דהסמ"ע ג"כ חולק על ש"ך בזה דהא הסמ"ע כתב אם בעה"ב כופר שלא צוהו צריך לשבע ע"ש, ולפע"ד י"ל

דהסמ"ע אינו חולק דהא הכא איירי דחנוני טוען שצוהו ליתן לפועלים רק על נתינה לא ידע א"כ שפיר יש רגלים לדבר דהא טען דבעה"ב צוה ליתן ובפנקס מצא כתוב שנתן אע"פ שבעה"ב כופר צריך לשבע כיון דאיכא רגלים לדבר אבל היכא דלא ידע אם צוה בעה"ב רק בפנקס מצא כתוב שנתן כך יש לומר דצריך דוקא פנקס המדוקדק היטב וכסברת הש"ך:

סימן צב

סעיף ד' (א) הכופר בפקדון הוי חשוד אע"פ שלא נשבע וכו' הגה"ה מיהו אם רוצה לשלם הפקדון אע"ג דעבר על לאו דלא תחמוד אינו נפסל מקור דין זה הוא מתוס' ב"מ (דף ה' ע"ב ד"ה בלא דמי) דכתב דחמסן פסול מדרבנן דוקא שחצוף לחטוף מיד בעלים אבל מעלים חמסנותו ואמר נאבד לא נפסל ע"ש וא"כ נראה דוקא היכא דלא ידעו בעלים אם נאבד או לא אבל היכא דידע בעלים שהוא ברשותו נפסל, ולכאורה מהרמב"ן במלחמות לא משמע כן דכתב על קושיית בעל המאור דהקשה על תרוצא דאביי דמשום הכי משבעינן גבי טלית משום ספק מלוה ישנה ויהא נאמן במגו דלקוח ותירץ הרמב"ן דלמא עיניו נתן בטלית ורוצה לתפוס בשביל מלוה ישנה ולא תחמוד בלא דמי משמע להו ע"ש וכן הביא הנמוק"י וא"כ אפילו בכהאי גונא דלא העלים חמסנותו נמי אינו פסול אבל באמת זה אינו דהא ע"כ אם תופס טלית של חברו בשביל מלוה ישנה ופירש רש"י ומכיר בו ששכחה ומה לי אם טוען דיש לי גבך חוב ג"כ נראה בעיני בעלים לגזלן אם חוטף הטלית או שטוען שלי הוא ולא שייך הכא סברת התוס' כיון דחצוף לחטוף משום הכי פסול דהכא ע"כ צריך לחטוף וא"כ שפיר סובר הרמב"ן דאינו נפסל מטעם הנ"ל:
סעיף ח' (ב) היה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון שכנגדו אין יכול לשבע ולטול וכו' יש לעיין היכא דחשוד שומר טען איני יודע אם נגנב באונס או בפשיעה דודאי חייב להנך והנה להפוסקים דבשומר שאינו חשוד כשטוען איני יודע אם בפשיעה או באונס דחייב מטעם דהוי כאיני יודע אם פרעתיך כמו שכתבתי למעלה (סימן צ"א סק"ב) ועיין לקמן (סימן רצ"א) פשיטא דחייב חשוד השומר אם טוען איני יודע אם נגנב באונס או בפשיעה אך יש לעיין להנך פוסקים דסוברין דשומר שאינו חשוד אם טען איני יודע אם נגנב באונס או בפשיעה דחייב מטעם מתוך שאינו יכול לשבע משלם היכא הדין אם חשוד שומר טוען איני יודע אי באונס או בפשיעה אם חייב או לא מי אמרינן דפטור כיון דאי טען ברי שנאבד באונס היה פטור כמבואר הכא בדברי המחבר השתא דטען שמא נמי פטור או דלמא וכי משום שהוא חוטא נשכר דלא עדיף מאם לא היה חשוד

וטען שמא אי באונס או בפשיעה דחייב להנך פוסקים השתא שהוא חשוד נמי חייב כיון דטוען איני יודע וצ"ע: סעי' י"א (ג) נתחייב דחשוד שבועת היסת אין שכנגדו נשבע ונוטל אלא הרי הנתבע נפטר בלא שבועה ומכל מקום מחרימין סתם. עסמ"ע (סקלמ"ד) ובט"ז דאפילו חרם לנוכח יכול להטיל עליו ע"ש ולפ"ז נראה לי פשוט היכא דשניהם חשודים לפי שטת רוב הפוסקים דסוברים (בסעיף ז') דחייב הנתבע לשלם וכן גבי פוגם שטרו דחייב הלוה לשלם (כמבואר בסעיף ט') דודאי חייב התובע לקבל חרם מפורש דהא הוא ג"כ חייב שבועה אלא שאין מניחין אותו ממילא חרם מפורש עליו כסברת הסמ"ע וט"ז הנ"ל:

סימן צג

סעי' א' (א) אלו נשבעין בטענת שמא השותפים וכו'. יש לעיין היכא דטען ברי גזלת כך וכך מהשותפות אם צריך לשבע בנקיטת חפץ די"ל פטור משום חזקה אין אדם מעיז [ונ"מ היכא דלא חשדו בדבר אחר דאל"כ צריך לשבע ע"י גלגול] אח"כ ראיתי בנתיבות המשפט (סק"א) דפסק דבברי א"נ לשבע ע"ש ועיין בלשון הגמרא שבועות (דף מ"ח ע"ב) אלו נשבעין שלא בטענת ברי אלא טענת שמא משמע נמי בטענת ברי אין נשבעין: סעיף ט' (ב) תבע אחד מחם את חברו ואמר לו השבע לי כי עדיין השותפות קיימת ונתבע אומר חלקנו כבר וכו' לפי שאין משביעין היסת ואין מגלגלין אלא על טענה שאם יודה בה חייב ממון: עסמ"ע (סקי"ז) דהקשה הא מבואר לעיל (סימן פ"ז) בשם רב האי גאון אם תבעו לחברו שנתחייב לו שבועה מן התורה והשיב הנתבע דנשבע כבר דצריך לשבע היסת ואמאי פטור הכא אפילו מהיסת ע"ש מה שתירץ והש"ך (סקי"א) כתב דבחנם דחק דהא טעמא של רב האי משום תקנתא לתקנתא לא, עבדינן א"כ גם בשבועת השותפין אע"פ שהיא כעין דאורייתא מ"מ כיון שהיא מדרבנן תקנתא לתקנתא לא עבדינן ע"ש ולפע"ד נראה דלא תירץ הש"ך בזה כלום דהכא קתני דאין משביעין אפילו ע"י גלגול משמע כמבואר (סעיף י') וגלגול הוא מן התורה מואמרה האשה אמן אמן אלא ע"כ נשמע מזה היכא דעיקר שבועה היא מן התורה גלגול נמי מן התורה הוא אבל היכא דעיקר היא מדרבנן גלגול ג"כ מדרבנן ולא שייך על זה תקנתא ועיין בט"ז לעיל (סימן צ') ע"ש:

סעי' י' (ג) טענו עדיין שותפי אתה ונשאר לי אצלך כך וכך וזה אומר כבר חלקנו ולא נשאר לך אצלי כלום או לא הייתי שותפך מעולם הרי הנתבע נשבע היסת שאין לו בידו כלום ומגלגל עליו שלא גזלתני כלום מעולם ואין מגלגל עליו שלא היה שותפו או שכבר

חלקו מטעם שאמרנו. עסמ"ע (סקי"ח) דמשום הכי אין מגלגלין עליו שלא היה שותפו דלא ניחא לשותף בגלגול זה דשמא יברר עליו שהיה שותפו ועוד יש נ"מ אחרים בין הני גלגולים עכ"ל. ולפי דעתי נפ"מ פשוט דהא מבואר לקמן (סימן צ"ד סעיף ג') דאם הגלגול הוא בטענת ודאי של תובע אין יכול לפטור בתשלומין עיקר אבל אם הגלגול הוא בטענת שמא של תובע יכול לפטור מן הגלגול בתשלומין עיקר ע"ש ולפ"ז אם יכול לגלגל על טענתו שלא היה שותפו מעולם א"כ הוי טענת ברי ואין נתבע יכול לפטור עצמו בתשלומין עיקר אבל אם מגלגלין עליו רק שלא נטל וזה הוא טענת שמא של תובע יכול הנתבע לפטור עצמו בתשלומין עיקר דאם יוכל לגלגל עליו שלא היה שותפו ואין נתבע רוצה לשבע רואין כאלו נעשה שותף וצריך לשבע שלא גזלו כמו בכל שותף דנשבע על ספק אבל כיון דאינו יכול לגלגל שלא היה שותפו רק על חשד שלא גזל ממנו כלום יוכל הנתבע לפטור עצמו מגלגול בתשלומי עיקר כמבואר לקמן סי' צ"ד:

סימן צד

סעיף א' (א) כל מי שנתחייב שבועה בב"ד אפילו היסת יכול בעל דינו לגלגל עליו כל תביעה שיש לו עליו וכו'. וכן בקרקע הגם דאין נשבעין על הקרקעות אם צריך לשבע על מטלטלין ע"י גלגול צריך ג"כ לשבע על הקרקע וכדתנן נכסים שאין להם אחריות זוקקין וכו' והקשו תוס' ב"ק (דף ס"ג ע"א ד"ה רעהו) ובשבועות (דף מ"ב ע"ב ד"ה על) דהא קי"ל אין נשבעין להקדש מן התורה וגם גלגול לא שייך בהקדש א"כ למה צריך קרא גבי הקדש למעט הקדש מכפל גבי טוען טענת גנב דהא טוען טענת גנב אינו חייב כפל אלא א"כ נשבע וגבי הקדש לא שייך שבועה, דבשלמא גבי קרקע הוצרך מעוט דאפילו נשבע ע"י גלגול נמי פטרה תורה גבי קרקע מכפל אבל גבי הקדש לא שייך גלגול א"כ למה צריך קרא למעט טוען טענת גנב מכפל גבי הקדש, ולפע"ד י"ל דהא מבואר לקמן (סימן ש"א סעיף ט' ברמ"א) דהיכא כשהפקיד אצלו היה של הקדש ואח"כ פדאוהו או אפכא פטור השומר מדין שומרים עד שיהא תחילתו וסופו נכסי הדיוט וכן מבואר ברמב"ם (פרק ב' משכירות הלכה ה') לפ"ז שפיר צריך קרא לפטור טוען טענת גנב גבי הקדש דגבי הקדש נמי שייך שבועה ע"י גלגול דהיינו היכא דפדאוהו בעלים ושומר חייב לבעליו שבועה ממקום אחר יכול לגלגל עליו על זה שנגנב ממנו ואח"כ נמצא שהוא גנבו הוצרך קרא דאפילו הכי פטור מכפל דרעהו אמר רחמנא וצריך להיות תחלתו וסופו בהדיוט דהיינו רעהו וזה לא הוי תחלתו ברעהו ולפ"ז י"ל קושי' התומים דהקש' (סי' ע"ב סקנ"ז) דאמאי צריך קרא למעט כותי מדין שומרים [חסר] ע"ש ולפי הנ"ל ניחא דהא מבואר ברמב"ם

וכן לקמן (סימן ש"א) דכותי שהפקיד אצל ישראל ואח"כ נתגייר דאין לו דין שומרים כיון דמתחלתו לא היה ברעהו ושפיר הוצרך קרא למעט כותי מדין שמירה דאף לפוסקים דסוברים דהפקעת הפקדון היה מותר היינו דוקא היכא דרוצה להפקיע אבל כ"ז שלא גלה דעתו דרוצה להפקיע לא וכן כתב בנתיבות המשפט ע"ש וא"כ באותו עת שהי' כותי לא הי' רוצה להפקיע ועכשיו כשטוען שנגנב אין עוד יכול להפקיע כיון שנתגייר וס"ד לחייבו שבועה משום הכי צריך קרא גבי כותי למעט מרעהו דבעינן תחלתו וסופו ברעהו ועיין, ואין להקשות כיון דטוען עתה שנגנב דלמא היה דעתו להפקיע מתחלה זה אינו די"ל דאיירי דידעינן דהיה רוצה להחזיר וגם י"ל כ"ז שלא גלה דעתו בפירוש דרוצה להפקיע לא הוי הפקעת הפקדון ועיין לקמן (סימן רפ"ג סעיף ב' בהג"ה) משמע להדיא כן ע"ש:

סעיף ב' (ב) אין מגלגלין אלא כשהנתבע טוען ודאי ונתחייב שבועה אבל אם טען טענת ספק ונתחייב שבועה אין מגלגלין עליו. מקור דין זה מוכח מתוס' ב"מ בסוגיא דשאולה ושכורה (דף צ"ז ד"ה ביום) דאם נתבע טוען ספק אין מגלגלין דהא עיקר גלגול ילפינן מסוטה ובעינן דומיא דסוטה דטוען ברי על גלגול, ונראה היכא דתבע את חבירו והי' מודה במקצת וגלגל עליו טענות אחרות וקודם שנשבע נעשה חשוד נוכל לומר על גלגול נמי נשבע תובע ונוטל דהא נתבע טוען ברי והוה דומיא דסוטה, אך מדברי הרא"ש ב"מ בסוגיא הנ"ל (סי' ט) דהביא תירוץ של תוס' ואח"כ (בסי' י') כתב תי' אחר דעל גלגול לא אמרינן מתוך דהא עיקר דין של מתוך ילפינן משבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין יורשים א"כ לא אמרינן מתוך שאין יכול לשבע משלם רק בעיקר שבועה ולא בגלגול ולפי תירוץ שני של הרא"ש אפילו אם מגלגלין עליו וקודם שנשבע נעשה חשוד לא אמרינן על גלגול דתובע נשבע ונוטל וא"כ זה הדין תלוי בשני תירוצים של הרא"ש לתירוץ הראשון של הרא"ש אם קודם שנשבע נעשה חשוד על גלגול נמי נשבע תובע ונוטל ולפי תירוץ שני של הרא"ש פטור החשוד על גלגולים ולפ"ז מיושב דברי קיצור פסקי הרא"ש דהביא (בסק"ט) דין של תוס' גבי טענת שמא של נתבע אין מגלגלין ואח"כ (בסק"י) הביא היכא דאין יכול לשבע על גלגול לא אמרינן מתוך שאינו יכול לשבע משלם ולכאורה קשה למה הביא דין שני (של סק"י) כיון דפסק (בסק"ט) דבטענת שמא אין מגלגלין פשיטא דלא אמרינן מתוך דהא אין מגלגלין וליכא חיוב שבועה כלל ולפי הנ"ל ניחא לפי פסק (דבסק"ט) היכא דהוי מודה במקצת וקודם שנשבע נעשה חשוד תובע נשבע ונוטל גם על גלגול דהא נתבע טוען ברי אבל לפי פסק (שבסק"י) דעל גלגול לא אמרינן מתוך אזי בנ"ד על הגלגול אין תובע נשבע ועיין מה שכתבתי (סימן צ' סעיף י') ע"ש:

סימן צה

סעי' א' (א) אלו דברים שאין נשבעין עליהם מן התורה קרקעות אפילו של חוץ לארץ ועבדים ושטרות והקדשות וכו' הג"ה ואם התנה לשלם הכל לפי תנאו, עסמ"ע (סק"ו) דכתב דבעי קנין וכן מבואר בגמרא פרק הזהב וכן מבואר (סימן ס"ו וש"א) ע"ש, ולפע"ד נראה אף דקאמר הגמרא ב"מ (דף נ"ח) דצריך קנין היינו מן התורה כיון דנתמעט מדין שומרים מש"ה בעינן קנין כמו שכתבו תוס' שם (ד"ה אמר) דלא דמי למתנה שומר חנם להיות כשואל דאין צריך קנין דהתם משום דבלא תנאי ג"כ עליו חיוב לישבע כדין שומרים מהני בלא קנין אבל גבי דברים אלו דנתמעטו מכל מדין שמירה לא מהני בלא קנין ע"ש, ולפ"ז עכשיו כיון דתקנו דנשבעין על ההקדש שלא יזלזלו בהקדישות י"ל דגם בהקדש א"צ קנין כיון דבל"ז יש לו דין שומר מדרבנן, ולפ"ז יש ליישב מה שקשה על הרמב"ם (פ"ו משבת הלכה כ"ה) דכתב השוכר את הפועל לשמור את התינוק אם הי' שכיר שבת אחריות שבת עליו והקשה הלחם משנה אמאי לא הביא הרמב"ם דדוקא דקנו מידו כמבואר ברמב"ם (פרק ב' משכירות) ולפי הנ"ל אתי שפיר דהרמב"ם (פרק ה') משכירות ה"א הביא דדין תורה פטור בדברים הנ"ל ואם קנו מידו חייב באחריותן ואח"כ (בהלכה ב') כתב דתקנו חכמים דנשבעין על ההקדשות כדי שלא יזלזלו בהקדשות וא"כ כשמתנה הרי הוא כשומר חנם שמתנה להיות כשואל דקי"ל דאין צריך קנין כיון דבלא תנאו נמי היה חיוב לשבע ה"נ כן ע"כ לא הוצרך הרמב"ם להביא דדוקא קנו מידו דאין צריך קנין ועיין מה שכתבתי (בסימן ס"ו סק"ו) ע"ש:

ב דברים שאין נשבעין עליהן מן התורה קרקעות אפילו של חוץ לארץ וכו' וכן נכסי כותים לא שנא מודה מקצת ול"ש כופר הכל אבל שבועת היסת נשבעין אפילו על דברים אלו לכאורה נראה מדברי המחבר דקאי על כל מה שכתב למעלה דהיינו על עבדים ושטרות והקדשות ונכסי כותים דאין נשבעין עליהן שבועת התורה מ"מ שבועת היסת נשבעין וכן כתב המחבר לקמן (סימן ש"א) ע"ש אבל באמת נכסי כותי אפילו היסת א"צ לשבע וכן מבואר ברמב"ם (פרק י"ד מטוען הלכה ה') דלא תקנו שבועת היסת אלא לישראל ע"ש וכן פסק מחבר לקמן (סימן קמ"ט סעיף י"ד) ע"ש א"כ ע"כ צ"ל מה שכתב המחבר כאן אבל שבועת היסת נשבעין לא קאי על נכסי כותי ועיין בתומים (סימן פ"ט סק"ה) ע"ש:

ג ויש אומרים דתלוש ולבסוף חברו בקרקע וכו' עש"ך (סק"ח) דבית בודאי דינו כקרקע וראיה דהא משמע בכל דוכתי דבית נקנה בכסף ושטר וחזקה כמו קרקע ועמג"א (סי' תרל"ז סק"ז) וזה לשונו ויש לדחות דיש לומר כיון דהקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה

נקנה הבית עמו דמטלטלין נקנין אגב קרקע עכ"ל ועיין מה שכתבתי לקמן (סימן ער"ה) ליישב דברי הש"ך:

סעי' ו' בהג"ה (ד) ויש אומרים דוקא שתבע למלאות החפירות אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי היא כשאר תביעת ממון. עש"ך (סקי"ח) ועש"ך (סימן שפ"ז) דכתב דנראה אע"ג דקי"ל דשמין למזיק מ"מ היינו דוקא היכא שאי אפשר לתקן הכלי אבל אם אפשר לתקנו מחויב המזיק לתקנו ע"ש ולפע"ד נראה דמבואר תוס' ב"ק (דף מ"ט ע"ב ד"ה ברה"י) הקשה תוס' על פי' ר"י כיון דחייב לשלם על נזקי חצר א"כ על בעל החצר למלויי ע"ש וכן כתב הטור ורמ"א (סימן ת"י) היכא דאם כרה אחר ברשותו ונודע לבעל חצר פטור הכורה כיון דמשלם נזקי חצרו עלי דידך רמיא למלויי ע"ש מוכח להדיא דתוס' חולק על סברא זו אף דמזיק יכול לתקנו מ"מ כיון דמשלם לו נזקי חצרו א"צ לתקנו:

סימן צו

סעי' א' (א) אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן וכו' (הג"ה) ויש אומרים דאין נשבעין לו שבועת שומרים שהיא שבועת התורה אע"פ שתבעו כשהוא גדול וכו' משמע מזה כמו דאין לשומר דין שמירה היכא דמפקיד הוא קט כן אם שאל מן הקטן נמי אין לו דין שואל קודם תשמיש דהא קט אין יכול להשאיל מן התורה אף אם הגיע לעונת הפעוטות רק מתקנה דרבנן וגדולה מזו מבואר בטור בשם הרמ"ה היכא דלוה מן הקטן אינו חייב באונסין קודם שהוציא המעות כיון דאין לו כח להלוות ע"ש, וק"ו דשואל אין חייב קודם תשמיש דהא לוה לא גרע משואל כמבואר מסכת קדושין (דף מ"ז) ע"ש ותימא על הגאון האדיר מחנה אפרים דכתב (הלכות שומרים סי' י') דקטן שהשאיל מידי לגדול חייב דלענין שאלה לא כתב איש גבי משאיל ע"ש וזה אין ראיה כלל דהא מן התורה אין יכול להשאיל ולא הוצרך לכתוב בתורה דמשאיל צריך להיות איש והדין דין אמת דשואל מן הקטן דודאי פטור כמבואר בטור הנ"ל ופשוט ועוד נ"ל יותר אפילו הגיע לעונת הפעוטות פטור אף מדרבנן דדוקא לוה חייב כיון דמלוה להוצאה נתנה ואין ברשות בעלים לחזרה אבל גבי שואל אין עליו חיוב רק מטעם שמירה ועל זה פטרו רחמנא: הלכות גביית מלוה:

סימן צז

סעי' ו' (א) אם בא למשכנו שלא בשעת הלואה לא ימשכנו הוא בעצמו שעובר בלאו אלא ב"ד שלחו לו שלוחם ואף שלוחם לא יכנס לביתו למשכנו. שברא"ש ב"מ (דף קי"ג)

דאמר שמואל שליח ב"ד מנתח נתוחי אבל משכנו לא דהקשה הרא"ש א"כ אם לא ימצא בידו היאך יכפוהו לפרוע חוב ואנן קי"ל דפריעת בע"ח מצוה ומצות עשה מכין אותו עד, שתצא נפשו ע"ש לפע"ד נראה דתרוצו נכלל בקושייתו אף דשליח ב"ד לא יכנס לביתו מ"מ כופין אותו עד שתצא נפשו ומוכרח לשלם וצ"ע:

סעי' ח' (ב) כלים שעושין בהם אוכל נפש וכו' כגון הרחיים וכו' ואם חבל מחזיר, עסמ"ע (סקט"ו) דהביא דסוברים כמה ראשונים דהשיב תשיב קאי גם על כלים שעושין אוכל נפש והוי לאו הניתק לעשה וכן בנמוקי יוסף, ב"מ על מתני' מחזיר כר בלילה במהרש"א אבל תוס' סובר דאם חבל כלים שעושין אוכל נפש אינו לאו הניתק לעשה ועיין תוס' ב"מ (דף קט"ו ע"א ד"ה וחייב משום שני כלים) ועיין בתומים (סק"ד) ע"ש ועיין ברא"ה בספר החנוך (מצוה תקפ"ה ותק"א ותקצ"א) גבי בגד אלמנה כתב אף אם נאבד או נשרף אפ"ה פטור ממלקות כיון דחייב בתשלומין ועש"ך (סק"ד) וגבי כלים שעושים אוכל נפש מסכים לשטת הרמב"ם דהיכא דנאבד או נשרף חייב מלקות ע"ש (מצוה תקפ"ג) ולפע"ד דבריו צ"ע אי סובר כשטת תוס' דסובר גבי כלים שעושים אוכל נפש דלא הוי לאו הנתק לעשה א"כ מיד לוקה בשעת נטילה משום דעבר על לאו דרחמנא אמאי שוב אם נאבד או נשרף לוקה וע"כ צ"ל דסובר כשטת כמה פוסקים דגם כלים שעושין אוכל נפש יש בהן לאו שנתק לעשה א"כ אמאי חייב מלקות אם נאבד או נשרף דהא חייב בתשלומין ומקיים עשה וה"ל לפטור ממלקות וצ"ע:

סימן צח

סעי' א' (א) סדר גביית החוב כך הוא כשהמלוה מוציא שט"ח מקוים אומרים ללוה שלם וכו' ואפילו שמענו שנתייאש מדחוב לגמרי ואמר וי כחסרון כיס אינו יאוש. מכאן נראה דיאוש לא מהני בחוב ולקמן (סימן קס"ג ס"ג ברמ"א בהג"ה שני') בשם תשובת מהרי"ק היכא שהקהל הלוו לשר נראה דמהני יאוש בחוב ועט"ז ובחכ"צ שמפלפלים טובא בדין זה מ"מ קשיא דהכא משמע דלא מהני יאוש בחוב ולפע"ד אפשר לומר דוקא אם לוה עצמו קיים לא מהני יאוש בחוב משום דיש למלוה על לוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסי ושעבוד לא נפקא מכח יאוש כיון דלא מהני יאוש בקרקע וכן כתב בנתיבות המשפט לקמן (סי' קס"ג סק"א) אבל גבי יורשי לוה דלא הוי שעבוד הגוף כמבואר בר"ן פרק הכותב (דף פ"ה ע"ב) היכא דמית לוה אע"ג דאית ליה נכסי מ"מ לא הוי שעבוד הגוף על יורשים [לכן מועיל יאוש על שעבוד נכסי] וי"ל דהכא איירי דלוה קיים משום הכי שפיר פסק המחבר דלא מהני יאוש בחוב כיון שיש עליו שעבוד הגוף אבל לקמן (סימן

קס"ג) אייר נגד יורשים של לוה דלית ליה למלוה שעבוד הגוף משום הכי פסק הרמ"א דמהני יאוש בחוב: ועיין בחדושי אאמ"ו הגאון זצלל"ה שנדפסו בסוף ספר דברי משפט וכתב (בסי' ס"ה סק"א) דמה דכתב התומים להוכיח מרא"ש ב"מ דכתב דמשום הכי בעינן כרוכים דאל"כ הוי יאוש כתב הוא זלל"ה דיש לומר דכוונתו דאם לא היו כרוכים הוי יאוש מגופה של נייר ואם כן המוצא זכה בנייר ויכול לוה לומר לא אפרע עד דתחזיר לי השטר אבל לענין חוב גופה דהיינו הממון י"ל דלא מהני יאוש עיין שם (בסימן ס"ה סק"א):

סימן צט

סעי' א' בהג"ה (א) ואע"פ שיש לו מגו שהיה יכול להחזירם או לומר להד"ם אינו נאמן דהוי מגו במקום חזקה דכל מה שנמצא ביד אדם הוא שלו ויש חולקים בזה עש"ך (סק"ו) דכתב דליכא מאן דחולק ודאי אינו נאמן ע"ש וכתב עוד אך אם הלוה טוען שחייב לפלוני ויש לו מגו שהיה יכול ליקח מעות שבידו ולשלם לו כגון שלא ראו המעות בידו נאמן לכ"ע שיטלו האחרים חלק במעות דהא אינו נגד החזקה דבאמת היא שלו אלא שחייב לפלוני והביא ראיה מרמב"ם וטור ומחבר (סימן צ"ג סעיף י"ג) דכתבו היכא דטען אחד מהשותפים על מנה שבידו שיש לפלוני חוב עליו אם היה בידו כדי החוב נאמן במגו דהיה יכול לתנו לו ע"ש ולפ"ז מוכח מדברי הש"ך דוקא מה שנמצא תחת ידו ואמר של פלוני הם אינו נאמן מכח חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו אבל אם אמר שחייב לפלוני אינו נגד חזקה דהא באמת שלו הוא רק שחייב לאחר ע"ש ולפע"ד דלפי דבריו דאם אחד משותפים אומר על סחורה שתחת ידו שמכרו לפלוני או חלק של אחד מהם אינו נאמן אף דיש לו מגו מטעם הנ"ל מכח חזקה אבל באמת נלפע"ד דודאי נאמן אף דידועה דסחורה שתחת ידו שייך לשותפות מכל מקום היכא דיש לו מגו דהא מונחים תחת ידו שפיר נאמן כמו בכל מקומות דמהני מגו נגד חזקת מרא קמא ושפיר ודאי ג"כ נאמן שיש לפלוני חוב משותפים אבל הכא דאינו נאמן לומר שחפץ לפלוני היינו שמונחים תחת ידו הוי חזקה כל מה שבידו הוא שלו ולא מהני מגו ולפ"ז אפשר לומר אם אמר הלוה דחייב לפלוני ויש לפלוני ג"כ שעבוד אפשר לומר דאינו נאמן:

ב אינו נאמן וכו' לכאורה יש להסתפק היכא דבא לוקח או מקבל מתנה דהיינו שהקנה כל מטלטלין שלו מה שמונחים בתוך ביתו כשבאו לוקח או מקבל מתנה לגבות טען המוכר או הנותן שמקצת מטלטלין הם פקדון אצלו יש לומר דמוכר נאמן היכא דיש לו מגו דהא עיקר טעם של הרמ"א דאינו נאמן משום חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו

ושפיר אינו נאמן להפסיד לבעל חוב דאף באמת יוכל להיות דחייב לבעל חוב מכל מקום הנכסי שלו הן דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה אבל הכא ממנ"פ איתרע לגבי האי חזקה מה שביד האדם הוא שלו דהא סוף סוף אינו שלו [דשייך לזה] או לזה ושפיר נאמן מטעם מיגו, ולפ"ז יש ליישב דברי הרמב"ם (פרק ד' מזכי' ומתנה הלכה י"ג) שכתב מקבל מתנה שטוען ואומר זו שתחת ידי אינו מתנה בידי וכו' דבריו קיימים ונשבע היסת ותחזור מתנה לבעליו ועיין במגיד משנה דפי' דכוונת הרמב"ם דחייב לאחרים ע"ש וכן כתב המחבר לקמן (סימן רמ"ה סעיף זיין) ועיין במשנה למלך שם דתמה למה נאמן אפי' מיגו לא מהני משום חזקה דמה שביד אדם היא שלו ע"ש ולולי דברי מגיד משנה י"ל דרמב"ם איירי שמכר כל מטלטלין שלו מה שבתוך ביתו באופן דמהני קנין וכשבא לוקח או מקבל מתנה ליטול טען הנותן שמקצת מהם אינו שלו וע"ז שפיר נאמן מטעם מיגו דלא שייך כאן חזקה לכן כתב הרמב"ם שפיר דנאמן וצריך לשבע היסת:

סימן קא

סעיף א' (א) בא לפרוע אם יש לו מעות צריך ליתנם לו ואינו יכול לדחותו אצל מקרקעי וכו'. יש לעיין אם מן התורה צריך ליתן לו מעות היכא דיש לו מטעם זוזי אוזפי' וזוזי פרע או דלמא מן התורה בע"ח בזיבורית אפי' אית ליה זוזי ועסמ"ע לקמן (סימן ק"ב ס"ק י"א) מבואר להדי' דמן התורה אפי' היכא דאית ליה זוזי יכול ליתן לו קרקע זיבורית עי"ש [וחידוש שלא הביאו האחרונים דברי סמ"ע בזה] וכן נראה מדברי הרמב"ן ב"ב (דף צ"ב) ע"ש אך מדברי התוס' בב"מ (דף ע"ז) ע"ש משמע דמן התורה היכא דאית ליה זוזי ללוה צריך ליתן למלוה מטעם זוזי אוזפי' וזוזי שקיל דאל"כ לא הקשה תוס' שם דלבע"ח לא מסלקי בארעא כי אית לי' זוזי ע"ש, דהא לפי טעם של הרמב"ן ולטעם הסמ"ע הנ"ל א"צ ליתן לו מעות רק מדרבנן משום נעילת דלת והתם לא שייך נעילת דלת כמו שכתב תוס' בעצמו שם ע"ש, ועיין בתומים (ס"ק ו) דכתב ג"כ שהוא מדרבנן אבל מן התורה אפי' היכא דאית ליה זוזי יכול לדחותו אצל מקרקע ועיין בנתיבות המשפט לקמן כתב דמן התורה צריך לשלם מעות היכא דיש לו וראי' כמו בלוה חיטים צריך לשלם חיטים ע"ש, ולפע"ד אין משם ראי' דיש לומר דהתם כיון דלא עשו דמים מסתמא [אדעתא לשלם] לחיטין הלוה:

סעיף י' (ב) מגבין למלוה כל מטלטלין שימצאו ללוה. עש"ך (ס"ק ה') ועיין. מה שכתבתי לעיל (סימן ע"ג):

סימן קב

סעי' ב' (א) היה לו ג' או ד' שדות בינונית לא יוכל המלוה לומר תן לי משדה פלונית שהיא חביבה עלי אלא ברשות הלוה הוא ליתן לו מאיזה שירצה, עש"ך לקמן (סימן קי"ט סק"ו) דכתב היכא דהתנה עם מלוה ליתן לו עידית ומכר עידית יש למלוה ברירה לגבות מאיזה בינונית שירצה ע"ש ולכאורה מתוס' ב"ק (דף ו' ע"ב ד"ה כגון שהיתה עידית דניזק כזבורית דמזיק) כתבו תוס' ואפכא לא מצי למימר דכ"ע מודו דאין משלם אלא עידית שיש לו ואין צריך לקנות ע"ש ולפי דברי הש"ך שפיר יכול הגמרא לומר נפ"מ דעידית דמזיק כזיבורית דניזק אף דאין צריך לקנות מ"מ יכול לטול כנגד הזיקו מאיזה עידית שירצה ולר"ע יכול ליתן לו המזיק מאיזה שהוא רוצה כמבואר ברא"ש (לקמן סימן קי"ט) ע"ש ושפיר הוי לר"י ג"כ פעמים לחומרא לפי דברי הש"ך הנ"ל, אם כן משמע מדברי תוס' דאינו סובר כן ושפיר לא שייך חומרא לר"י רק לר"ע:

ב לא יוכל מלוה לומר תן לי משדה פלונית וכו'. ועיין בתומים (סק"ג) דהביא בשם המרדכי אף דקי"ל כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים היכא דתקנו לטובתו שומעין לו מ"מ היכא דהוי להוציא אין שומעין לו ולפ"ז יש ליישב קושיית חלקת מחוקק ובית שמואל (סימן קי"ב סעיף י"ב) דהקשו על המחבר דפסק דאם הניח מטלטלין ומקרקעי וע"י מטלטלין יהיו כמרובים דדינו כמרובים דהקשו אמאי הא הבנות יוכלו לומר אי אפשי בתקנת חכמים ע"ש ולפי הנ"ל אתי שפיר דהא אף בנכסים מועטים ג"כ בנים נקראו מוחזקים דהא אם מכר בנכסים מועטים מכרן קיים ועיין מס' ב"ב (דף ק"מ) וכן מוכח מהראשונים דבנים נקראו מוחזקים ושפיר אין הבנות יוכלו לומר אי אפשי דהא הוי להוציא:

סעיף ד' (ג) אין לו אלא עידית או בינונית או זיבורית יקחנה כמו שהוא. עב"י דיורשים שלא הניח מורישם אלא קרקעות והם רוצים לסלק לבע"ח מטלטלין שלהם נראה דהדין עם בע"ח דהנך מטלטלין לא היה שעבודו עליהן והביא מטור לקמן (סי' ק"ז סעיף ג') ע"ש ולכאורה דבריו תמוהין דהא משמע להדיא מטור דדוקא בקרקעות אינם יכולים לסלקו אבל במטלטלין יכולים לסלקו וכן מבואר בפרישה לקמן (סי' ק"ז) ע"ש ולפע"ד אפשר לומר (דב"י בסי' ק"ז) דמירי שמכרו יורשים כל נכסיו, של אביו (כמבואר שם) משום הכי אם הם רוצים לסלק הבע"ח במטלטלין אינו יכול לגבות מלקוחות דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין מ"מ במקרקעי אינם יכולים לסלק לפי [שהקרקע שמכרו] משועבדים לחוב אבל הכא איירי דנכסי אביהם עדיין בידם, משום הכי סובר הב"י דלא מבעיא בקרקעות שלהם ודאי אינם יכולים לסלק הבע"ח

אלא אפילו במטלטלין שלהם גם כן אינם יכולים לסלק כיון דאין שעבודו עליו וקרקע של אביהם היא בידם ולא שייך לומר נפרעין וכו' לפי שבידם הן ושפיר סברת ב"י וצ"ע:

סימן קג

סעיף ד' (א) ב"ד ששמו לטורף בנכסי לוקח וטעו בכל שהוא מכרן בטל אפילו הכריזו אבל אם היו נכסים בני חורין וטעו בשומא דינם כב"ד שמכרו בנכסי יתומים. עיין בתומים דתמה דוקא בנכסי יתומים משום דב"ד אביהן של יתומים הן עיין שם וכן כתב הטורי זהב ולפע"ד דבריהם תמוהים דמה יעשו גבי יתומים גדולים דלא שייך האי טעמא דב"ד אביהן של יתומים ועיין לעיל (סימן ס"ז סעיף כ"ח וסעיף כ"ט ע"ש) אלא נ"ל עיקר כסברת מגיד משנה דמשום הכי גבי יתומים אם טעו ב"ד פחות משתות מכרן קיים ממנ"פ אם מכרו בנכסי יתומים גדולים אם כן עליהם מוטל לפרוע חובת אביהם ואם מכרו בנכסי יתומים קטנים אף ע"פ שאין עליהן מוטל לפרוע חוב אביהם דלאו בני מיעבד מצוה מכל מקום אם טעו בפחות משתות מכרן קיים דב"ד אביהן של יתומים וביתומים גדולים אף על פי דלא שייך לומר דב"ד אביהם של יתומים מכל מקום הואיל ועליהן מוטל לפרוע חוב אביהם אם טעו בפחות משתות מכרן קיים כסברת מגיד משנה הנ"ל, ומכש"כ גבי לוה גופיה ודאי על הלוה מוטל לפרוע חובו משום הכי אם טעו ב"ד פחות משתות מכרן קיים אבל גבי לקוחות דלא שייך הנך שני טעמים דעליהן אין מוטל לפרוע חוב של מוכר וגם אין שייך לומר דב"ד אביהם של לקוחות משום הכי אם טעו ב"ד בכל שהוא מכרן בטל ועיין במשנה למלך (פרק כ"ב ממלוה הלכה ט"ו) דהקשה מהלכות נחלות ע"ש ולפי הנ"ל ניחא דביתומים קטנים ב"ד אביהם של יתומים ועיין ברש"י מסכת קדושין (דף. מ"ב ע"א ד"ה שום הדיינים) מבואר אף על גב דלא שייך טעם דב"ד אביהם של יתומים אפילו הכי מכרן קיים דרש"י פירש דאיירי בנכסי לוה אלא ודאי הטעם כיון שעל הלוה מוטל לפרוע חובו על ב"ד מוטל לעשות כך ולפ"ז מיושב קושיית מהרש"א דהקשה על תוס' קדושין (דף מ"ב ע"ב ד"ה הא) כתבו התוספות הוא הדין דהוי מצי, למימר דאיירי דטעו בפחות משתות והקשה מהרש"א א"כ הגדילו אמאי יכולים למחות ולפי הנ"ל י"ל דהא איכא שני טעמים הנ"ל הא דפחות משתות מכרן קיים אם כן יש לומר דשמואל סובר דטעמא משום מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן וגבי חלוקה לא שייך זה משום הכי אפילו פחות משתות נמי יכולים למחות אבל רב נחמן סובר דאיכא עוד טעם משום דב"ד אביהן של יתומים משום הכי אינם יכולים למחות כשיגדילו ועיין: סעי' ט (ב) ב"ד ששמו קרקע לבע"ח בין בנכסי לוה בין משועבדים וכו'

ולאחר זמן השיגה ידו של לוה וכו' מסלקין אותו מאותה קרקע ויש לעיין היכא דרוצה לוה לפדות רק שדה אחת מה דינו, ועיין (סימן ע"ד) מה שכתבתי דיש ראי' מתוס' ב"ק ומתוס' ב"ב דיכול לפדות לחצאין: (ג) מסלקין אותו מאותה קרקע אפילו שהתה בידו כמה שנים, יש להסתפק היכא דגבה בעל חוב מלוקח שלא באחריות ואח"כ נתעשר הלוה אם הלוקח יכול לכוף את הלוה דהיינו מוכר שלו שיפדה מן בע"ח אף דקי"ל היכא דמכר שלא באחריות אין ללוקח על מוכר כלום היינו דוקא באופן דלא שייך שומא הדרה אבל כאן דשייך שומא הדרה י"ל דיכול הלוקח לומר דקודם שגבה בעל חוב אם היה ללוה מעות היה צריך לשלם לבע"ח ולא היה לו לטרוף ממני השתא נמי כיון דשומא הדרה. אני רוצה להכריח את הלוה דהיינו מוכר שלי שיפדה הקרקע שנטרף ממני וראיתי ברמב"ן בסוגיא דפרה. וטלית דכתב על דין זה ויש לעיין ולבסוף כתב דנ"ל עיקר דאין לוקח יכול לכפות את המוכר שיפדה כיון שכבר נטרף ונפרע הבעל חוב יכול מוכר לומר לאו בע"ד דידי את ואפשר לומר דהרמב"ן אזיל לשטתו דסובר גבי שומא הדרה דצריך מלוה להקנות הקרקע ולוה צריך לעשות בו קנין כמו שמבואר בנמוקי יוסף בשם הרמב"ן אבל לדידן דקי"ל דאין צריך להקנות ואין הלוה צריך לעשות בו קנין רק שיסתלק מלוה ממנה דסילוק בעלמא מועיל י"ל דאפשר דלוקח שלא באחריות היכא דנתעשר הלוה יכול לכפות הלוקח את הלוה לפדות קרקע שלו מסברא הנ"ל וצ"ע:

ד ואם המלוה סתר ובנה ולא השכיח הקרקע בכך אינו נוטל הוצאתו הטעם משום דפליגי הגאונים בהוציא הוצאות ולא השביח אם צריך ליתן לו הוצאותיו ולכן פסק המחבר דמספיקא א"צ ליתן דהלוה נקרא מוחזק משום דבין כך וכך המלוה מחויב להחזיר לו השדה והספק רק על המעות ובמעות הלוה מוחזק כן מברר הט"ז והראה מקור לזה מבבא בתרא (דף כ"ד ע"ב) באילן הסמוך לעיר וספק זה קדם ספק זה קדם אמרינן דאילן כיון דלמיקץ קאי ספיקו נמי אמרינן ליה קוץ ואי משום דמי אמרינן ליה אייתי ראיה ושקיל ע"ש והסמ"ע והחכ"צ חולקים בזה וס"ל דדוקא התם כיון דהעיר קדם אזי קוצץ מקודם ואח"כ נותן דמים להכי הוי בני העיר מוחזקים משא"כ כאן בשומא הדרא דכמלוה יכול לומר לא אתן לך הקרקע עד שתתן לי הדמים שלי ומקודם צריך ליתן לו דמים לכן הוי המלוה מוחזק ע"ש בדבריהם הנחמדים ואאמ"ו הגאון זצלל"ה תמה על שטת המחבר והט"ז מהר"ן והנמוקי יוסף ב"מ (דף ט"ז ע"ב) גבי שטרא חלטאתא ואדרכתא דחדשו שם דכשהמלוה מביא עדים שב"ד החליטו לו השדה הגם שהלוה מוחזק עתה בשדה והמלוה טוען שבגזילה מחזיק בו והלוה טוען שחזרה שומתו ושכבר פרע להמלוה את החוב אזי מוציאין מהלוה ונותנין להמלוה כיון שב"ד הגבו

לו שדה זו הרי היא בחזקתו עד שיביא הלוה ראיה שחזרה שומתו [זולת אם ביד הלוה שטר החלטאתא אזי זה ראיה שהאמת כדבריו שחזרה השומא דאל"ה שטרא בידיה מאי בעי] ע"ש ולשטת המחבר וט"ז דהלוה נקרא מוחזק א"כ גם כאן יאמר הלוה כיון דבאם אני מחזיר המעות צריך להחזיר לי הקרקע ועל המעות אני מוחזק וש"ב הגאון מהו' משה יהודה זצלל"ה בעהמ"ח ספרי זית רענן ותפארת ירושלים השיב לו על זה לחלק בסברא ישרה דאין זה דומה לנידון של הט"ז וחכ"צ כלל דכשם שצריך בודאי להחזיר לו הקרקע כן בודאי דצריך ליתן לו הדמים רק שטוען פרעתי לך בזה מודה הט"ז דהמלוה מוחזק מפני שכבר היתה הקרקע בחזקתו וראיה ברורה הביא מדברי תשובת הרשב"א מובא בב"י (סי' כ"ט) גבי עובדא דכרם בתרי ותרי בתנאי דפסק דהלוקח מוחזק מפני שכבר יצא מחזקת בעלים הראשונים ובגטין (דף ע"ה ד"ה ולענין) גבי נתינה בע"כ פוסק הרשב"א בעצמו דמספיקא קרקע בחזקת בעלים עומדת והוא מטעם הנ"ל דכשם דהנתינה ודאי כן התנאי בודאי רק שהספק בקיומו הדרינן מלתא לחזקת בעלים ראשונים ועמל"מ ספט"ו מטוען:

סעיף י' (ה) קרקע ששמו לבע"ח ומכרה הבע"ח או נתנה במתנה או ששמוה לבע"ח מדעתו או שמת והורישה אינה חוזרת עט"ז דהביא דברי תוס' בהמפקיד דכתבו אע"ג דקי"ל מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו מ"מ שאני הכא דמן הדין אין צריך להחזיר רק משום ועשית הישר והטוב הלכך שני לא מהדר והקשה הט"ז (מסימן שי"ב) דמשכיר צריך להודיע לשוכר ל' יום קודם שרוצה להוציאו ואיתא שם דאם מכרה לאחר יכול השוכר לומר ללוקח או לשוכר שני לא עדיפת מגברא דאתית מניה כשם שמשכיר לא היה יכול להוציאני בלא הודעה כך אתה ומ"ש מהכא הא התם ג"כ אין מחויב להודיע מן התורה ולפע"ד לא קשה מידי דהא הראשונים הקשו גבי מצרן דקי"ל דאם מכר לוקח לאחר נמי צריך ליתן למצרן והתם נמי משום ועשית הישר והטוב הוא ואפילו הכי לוקח שני צריך ליתן למצרן והכא גבי שומא הדרה אמרינן דאם מכר בע"ח לאחר לא הדר ותרצו דהכא גבי מלוה אדעתא דזוזי נחית משום הכי גבי מלוה שומא הדרה אבל לוקח אדעתא דארעא נחית לכך לוקח לא מהדר אבל גבי מצרן תקנת חכמים הוא דצריך ליתן למצרן ולכך אין חילוק בין לוקח ראשון ובין לוקח שני לפ"ז לא קשה ממשכיר דצריך להודיע דהתם ג"כ תקנתא דרבנן הוא ולכך אין חילוק בין משכיר לאחר:

יא שמו קרקע לאשה ונשאת וכו' בעל בנכסי אשתו לוקח הוא וכו' עש"ך (סקי"ט) דפסק היכא דשמו מאשה אין מחזירין לבעל אף דקי"ל דבעל יורש את אשתו משום דהוי ראוי ואין בעל יורש בראוי ע"ש והתומים חולק על הש"ך וסובר דלא הוי ראוי ע"ש (סקי"ח)

ולפי עניית דעתי מדברי תוס' ב"ב (דף נ"ב ד"ה א"כ) נראה כדברי הש"ך דאם בע"ח גבה כבר הוי ראוי דתוס' כתב בזה הלשון ודאי אדם שיש עליו כתובת אשה ובעל חוב אע"פ שנכסיו משועבדים מ"מ אין ירושת בנו הבכור בטלה משום דמחוסר גוביינא וצריכה אדרכתא ואכרזתא ושומא ע"ש משמע אבל היכא דגבה כבר הוי ראוי ואין הבכור נוטל פי שנים ונפקא מינה להמחבר דסובר אם נתיקרה אין צריך ליתן למלוה רק שיעור חובו אם פדאוהו יורשי' אין בכור נוטל פי שנים וע' לקמן (סי' רע"ח):

סעי' י"א (ז) היתה השומא בטעות כגון שומר חנם שפשע וחייבוהו לשלם וכו'. עסמ"ע (סקכ"ט) דפסק היכא דלא ידע שומר היכן הוא אפילו הכי כשמצאו אח"כ הוי ליה שומא בטעות ויחזרו בו שניהם המפקיד ונפקד ע"ש משמע מדבריו דהיכא דלא ידע הנפקד היכן הוא ואח"כ נמצא החפץ אם הוזל יכול לומר למפקיד הרי שלך לפניך ומפקיד צריך להחזיר לו השומא וע' באסיפת זקנים ב"מ (דף ל"ד) דהביא בשם הרמ"ך להיפוך דוקא אם הוקר כיפי כשמצאן צריך להחזיר לבעלים כיון דאטרחה לבי דינא אבל אם הוזלו אין מפקיד צריך להחזיר שומא לנפקד דהא קני' נפקד משעתא דשלם לו ע"ש מזה נראה דהאס"ז חולק על הסמ"ע:

סימן קד

סעיף א' (א) מי שיש עליו בעלי חובות הרבה כל מי שקדם זמן קנין של שטרו קודם הוא לגבות [הג"ה] אבל מלוה ע"פ אם קדם המאוחר וגבה: מה שגבה גבה. עסמ"ע (סק"ג) דהביא בשם הטור דכתב בפשיטות היכא דשניהם מלוה ע"פ גובה המוקדם אפילו לשטת הרי"ף דסובר מלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדם וכש"כ דאנן קי"ל כשטת רב האי גאון ותירץ הסמ"ע דאפשר דרמ"א מיירי רק דקדם מאוחר וגבה אבל לכתחלה ג"כ ס"ל דמוקדם קודם ע"ש ועיין בתומים (סקי"ב) דהביא חולקים דסוברים אפילו בדיעבד נמי אם גבה לא גבה ע"ש ולפע"ד נראה דבר נכון דודאי משום הכי מהני במלוה ע"פ אם גבה מאוחר דזה הוי כמכירה לו משום הכי שפיר אין מלוה ע"פ מוקדם גובה ממנו אך זאת נראה ברור דוקא היכא דאגבה לוה מדעתיה הוי כזבינא מעליא וראיה ממסכת ב"מ (דף ל"ה) אגביה לוה מדעתו הוי כזבינא וכן מבואר לעיל (סימן ק"ג) ע"ש אבל אם ב"ד מגבהו לו י"ל דאם ידעו ב"ד שיש כאן מלוה ע"פ מוקדם לא היו מגבין ליה י"ל דהוי כמו שומא בטעות דאם ידעו ב"ד לא היו נותנין לו אע"ג דמבואר בטור בשם ר"י כל היכא דאמרינן מה שגבה גבה דוקא דהגביהו ב"ד קודם שידעו שיש שם חוב אחר ע"ש ועב"י ועש"ך (סק"י) הכא ג"כ י"ל דאם ידעו ב"ד היו נותנין לבע"ח מוקדם

ע"כ לא מהני אם ב"ד הגביהו לבעל חוב מאוחר אבל אם אגביה לוה מדעתו ודאי מהני מטעם הנ"ל דקי"ל לעיל (סי' ק"ג) אגביה לוה מדעתו לא אמרינן שומא הדרה משום דהוי כזבינא כמבואר במס' ב"מ (דף ל"ה) ממילא מלוה ע"פ מוקדמת אינה יכולה לגבות ממנו היכא דאגביה לוה מדעתו וזה פשוט:

סעיף ה' (ב) שעבד לו מטלטלין אגב קרקע דינם כמקרקע ואם קדם מאוחר וגבה מוציאין מידו עסמ"ע (סימן ס' וסימן קי"ג) מבואר דבזמן הזה אף דכתב לוה מטלטלין אגב קרקע אינו גובה מלוקח משום תקנת השוק ועיין באה"ע (סימן צ"א סעיף ה' בהג"ה) דכתב דמלוה בשטר גובה מן הבעל מנכסים שהכניסה לו היינו דוקא קרקע או מטלטלין אם כתבה לבע"ח מטלטלין אגב קרקע אבל אם לא כתבה מטלטלין אגב קרקע אין בעל חוב גובה מטלטלין משועבדים ע"ש ועיין בחלקת מחוקק ובית שמואל דהקשו דהא בזמן הזה אינו גובה מלקוחות אף דכתב מטלטלין אגב קרקע משום תקנת השוק ולפע"ד נראה דהא עיקר טעם של הרי"ף והרא"ש דפסקו היכא דלותה ואכלה אין בעל חוב גובה) דבעל לוקח הוי ומלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות אע"ג דבמקום פסידא לא שוויה רבנן כלוקח אבל הכא גבי לותה איהו דאפסיד אנפשיה דלא אבעי לאוזפה בלא שטר לאשה דקיימה לאנסובי ע"ש ולפ"ז היכא דלותה בשטר וכתבה לו מטלטלין אגב קרקע כיון דעשה כל מה דאפשר לעשות לא שייך איהו דאפסיד אנפשיה ושפיר נקרא פסידא לאחרינא לא עשו רבנן כלוקח ושפיר גובה מבעל ולכך כתב הרמ"א שפיר דבע"ח גובה כיון דאין לבעל דין לוקח באופן זה ואפשר דכוונת בית שמואל ג"כ על דרך זה: סעיף ו' (ג) הא דמקרקע צריך קדימה דוקא כשהיו בידו קידם שלוה אבל אם קנאם אחר שלוה מבעלי חובות הרבה וכו' אין בהם דין קדימה וכו' וכל הקודם וגבה זכה אפילו הוא אחרון עש"ך (סקי"ד) דאפילו להחולקים על רבינו יונה מודים בזה דלשון מה שגבה משמע או שהגביהו ב"ד או שהגביהו הלוה אבל תפס מעצמו לא מהני דקי"ל בכל דוכתא תפיסה לא מהני בקרקע דהא הביא ראיה מסוגיא דבעל חוב גובה חצי שבח אלא ודאי כיון דתפיסה שלא ע"פ ב"ד ולא ע"פ לוה לא מהני ע"ש ועיין בתומים דכתב דמב"י משמע אפילו גבה בע"ח מעצמו נמי מהני ע"ש ולכאורה ראיית רבינו יונה ראיה חזקה דלכל הפחות חד בעינן ולפע"ד נראה דאפשר דטעם הסוברים דאם גבה מעצמו נמי מהני משום כיון דזמנם שוה או בלוה ולוה ואח"כ קנה דהא תוס' כתובות (דף צ' ד"ה ש"מ) הקשה למ"ד בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה לא יהא אלא כלוקח דבעל חוב גובה מלוקח ותירץ תוס' דבעל חוב עדיף מלוקח משום נעילת דלת א"כ שפיר י"ל אף למ"ד בע"ח מאוחר מה שגבה לא גבה מ"מ היכא דזמנם שוה דשיעבוד שניהם חלו עליו

בשוה מהני אף אם גבה ע"פ עצמו דמסייע ליה סברא דנעילת אבל גבי לוקח לא שייך זה משום הכי אין לו אלא חצי שבח וגוף הדין של רבנו יונה דצריך דוקא ע"פ ב"ד נראה מתוס' גטין (דף נ' ע"ב ד"ה הכא) וז"ל ומהכא משמע דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה עכ"ל ודלמא איירי שלא גבה ע"פ ב"ד מש"ה לא מהני אבל לדידן היכא דזמנם שוה אפשר תוס' סובר דמהני אפילו שלא ע"פ ב"ד:

סעיף יג (ד) מלוה בשטר ומלוה ע"פ מוקדמת מלוה על פה קודמת. זה דעת רב האי אבל שיטת הרי"ף דמלוה בשטר מאוחר קודם משום דשיעבוד כמכר וכשם דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות שקנו אח"כ הה"ד דאינו גובה במקום שיש מלוה בשטר מאוחר, וכ' הטור (סעיף י"ד) דכששניהם מלוה ע"פ אזי לכ"ע מי שמוקדם בזמן הלואה הוא קודם לגבות והובא בסמ"ע (ס"ק ל"א ע"ש, וצ"ע אצלי מאה"ע (סי' צ"ג סעיף כ"ב) דפסק המחבר דמי שהניח נשים רבות אע"פ שנשאן זו אחר זו נזונות בשוה שאין דין קדימה במזונות ע"ש, וטעם הדבר מבואר בהשגות הראב"ד ובמגיד משנה לפי שחיוב מזונות היא כמלוה ע"פ לפי שאינו קצובין וכו' כדאיתא, בש"ס גיטין דמשום הכי אין מוציאין למזון אשה מנכסים משועבדים והוי כמלוה ע"פ ע"ש וקשה דאף אם נאמר שדין המזונות הוי כמלוה ע"פ הא הוי כשני מלוה ע"פ ונמי יש דין קדימה מלוה המוקדמת א"כ אמאי הניח נשים רבות ונשאן זה אחר זה נזונות בשוה לו יהי' כמלוה ע"פ נמי יש דין קדימה וכן ראיתי בבית מאיר (בסימן צ"ג) שהקשה קושיא זו ע"ש מה שתי', ולפע"ד כדי שלא יהי' כ"כ תמוה נראה לתרץ דהא הרמ"א פסק (בסימן זה סעיף א) דאם קדם מלוה ע"פ מאוחר וגבה קודם שגבה מלוה ע"פ מוקדמת מה שגבה גבה א"כ ניחא דהא אנן קיי"ל נכסי בחזקת אלמנה קיימי כמבואר באבן העזר (שם סעיף ט"ו) ובב"ב שם דעדיף ממשכן וא"כ הוי כמו כל נשיו הם מוחזקים אשה הנשאת קודם והנשאת אחריה ובמלוה ע"פ אם קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה ומשום הכי נזונות בשוה ושפיר פסק המחבר שם אע"פ שנשאן זו אחר זו נזונות בשוה וצ"ע:

סימן קה

סעיף א' (א) הלוה שחייב לשנים או יותר וכו' וקדם אדם אחד ותפס מהמטלטלין של לוה כדי לזכות לאחד מבעלי חובות לא זכה שכל התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה. עבקצוה"ח דכתב דלאו טעמא הוא משום אין שליח לדבר עבירה כיון דלמשלח לא הוי עבירה אלא לשליח בכה"ג מהני והביא ראיה מגטין (דף י"ב) דטעמא דרבנן דסברי יתננו לעני הנמצא ראשון דכתיב לא תלקט לעני והקשו תוס' ד"ה אלא לאביי דסובר

כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עבד מהני לקני' העני ע"ש וקשה דהא אפילו אי עביד מהני לא קני העני דאין שליח לדבר עברה מזה הוכיח הקצות החושן דהיכא דאין עברה למשלח הוי שליחות ולפע"ד משם אין ראיה דהא מבואר באסיפת זקנים בשם הר"ן היכא דשייך מגו דזכי לנפשיה זכי לחבריה לא מטעם שליחות הוא זכי רק כיון דיש לו מגו (ע"ש דף י"א) ולפ"ז נוכל לומר אף דעבר על לאו דלא תלקט מ"מ שפיר הקשה תוס' דיקנה עני כיון דאביי סובר דאי עביד מהני וזכה העני כיון דיכול לזכות לעצמו אם הלוקט הוא עני או אפשר אפי' הלוקט עשיר מיגו דאי בעי מפקיר לנכסי' והוי עני וחזי ליה זכי נמי לחברי' ולא מדין שליח כמבואר בר"ן הנ"ל ועיין, ולפי סברת הר"ן דסובר היכא דשייך מיגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי נמי לחברי' לא מטעם שליחות הוא, אפשר דאפילו בשביל נכרי נמי מצי לזכות אע"ג דקי"ל דאין זכי' לנכרי כמבואר מס' ב"מ (דף ע"ב) ע"ש מ"מ היכא דמצי זכי לנפשי' יכול לזכות ג"כ בעבור נכרי ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצלל"ה (סימן רס"ט):

סעיף ב' (ב) אם הלוה אמר לאדם אחד זכה בחפץ זה לפלוני או תן מנה זו לפלוני זכה לו וכו' ואין אחד מבעלי חובות יוכל לגבות מאלו שכבר זכה בהם אחר. מקור דין זה הוא מהרמב"ם (פרק כ' ממלוה ה"ב) ובמגיד משנה כתב ע"ז וכן מבואר במס' גיטין היכא דאמר ליה תנו זכה, ובלחם משנה הקשה מאי ראיה דהתם לא איירי בחב לאחריני וכן תמהו שאר אחרונים ולפע"ד אפשר לומר בכוונת הרמב"ם דהא הרי"ף ורא"ש חולקים גבי תופס לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים דהרי"ף סובר דלא מהני מצד הדין דהא לוה יכול לומר לאו בע"ד דידי את אלא מצד התקנה מהני והרא"ש סובר. דמן הדין מהני במקום שאינו חב לאחרים ועיין ב"מ (דף י') ברא"ש שם ובמ"מ (אפילו) לשטת הרי"ף דסובר רק מצד התקנה מהני ממילא מובן היכא דחב לאחרים לא עשו תקנה כיון דמן התורה עדיין המעות לא יצאו מרשות לוה וזה דוקא היכא דלוה לא עשה שליח אבל היכא דלוה עשה שליח שיזכה בחוב זה לפלוני אע"פ שחייב באחריות אם בא לחזור אינו חוזר א"כ חזינן דמצד לוה זכה מן התורה שפיר מהני אפילו במקום שחב לאחרים ושפיר מביא הרמב"ם ראיה מגטין אח"כ מצאתי בזית רענן (ח"ב סי' ס"ב א"ג) שמתרץ כן באורך:

סימן קו

סעיף ב' (א) ג' ראיות צריך להביא לב"ד ואח"כ יפרע שלא בפניו וכו', עש"ך (סק"ו) דחולק על תשובת מבי"ט דסובר היכא דמלוה מוציא שטר שאינו מקוים ולוה מודה

שכתבו ועדיין לא פרעתי אינו נאמן נגד לקוחות או נגד שארי בע"ח ע"ש ולכאורה קשה מרש"י ב"מ (דף ז') דרש"י סובר דתורף עדיף מטופס משום שיש בו זמן גובה מלקוחות לרשב"ג דסובר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ע"ש מבואר היכא דלוה מודה מהני הודאתו אפילו לגבות מלקוחות וכן הקשה התומים וכן מצאתי בת"ח ע"ש ולפע"ד נראה דלא קשה דהא התם בב"מ ר' אלעזר אמר כן היכא דזה נוטל טופס וזה נוטל תורף ונפ"מ לגבות ממשועבדים ור"א סובר דלא חיישינן לקנוניא כמבואר במס' ב"מ (דף י"ג) ע"ש הלכך שפיר פירש רש"י לרשב"ג דגובה ממשעבדי אבל לדידן דקי"ל דחיישינן לקנוניא שפיר פסק הש"ך אף דלוה מודה אינו גובה מלקוחות דחיישינן לקנוניא:

סימן קז

סעיף א' (א) אם ירשו קרקע ומטלטלין ואין מפורש בשטר שיגבה מטלטלין בין בחייו בין במותו והיורשים רוצים להגבות להבע"ח קרקע והוא רוצה לגבות מטלטלין הדין עם היורשים עסמ"ע (סק"ו) דכתב הטעם כיון דמך הדין מטלטלין דיתמי לבע"ח לא משתעבדי ולכאורה קשה דהא סמ"ע עצמו (סק"ג) כתב דהרא"ש סובר בזמן הזה מטלטלין דיתמי גובה בע"ח בלא תקנת הגאונים ע"ש וא"כ אמאי יכולים יתומים לסלק בע"ח בקרקע אפילו הניח להן אביהן מטלטלין ולפע"ד נראה ליישב לפי מה שכתבתי לעיל (סימן ק"א) דמן התורה אף לוה בעצמו יכול לסלק בקרקע אפילו היכא דאית ליה, זוזי כמבואר ברמב"ן ב"ב (דף צ"ב) וכן כתב הסמ"ע לקמן (סימן ק"ן) להדיא ע"ש ומשום הכי ממילא מיושב שפיר דהא אנן קי"ל אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית ועיין לקמן (סימן ק"ח סעיף י"ח) ע"ש דגבי יורשים אוקמיה אדאורייתא ומדאורייתא דינו בזיבורית ה"נ כן אף דהניח להן אביהם מטלטלין וקרקע יכולים היורשים לסלק הבע"ח בקרקע כדין תורה כנ"ל:

סעי' ב' (ב) טען היורש שאביו לא הניח לו ממון ואינו חייב לפרוע חוב אביו משלו אם טוען המלוה ודאי שאביו הורישו ממון נשבע היורש היסת ונפטר עיין מה שכתבתי לעיל (סימן ע"ג) ליישב הרמב"ם (דפרק ה' ממלוה) ע"ש:

סעיף ד' (ג) יורש שמכר כל נכסי אביו ואין בע"ה יכול לטרוף מהלקוחות כגון שמכרם לכותי וכיוצא בזה יש אומרים שגובה מהדמים שביד יתומים ויש אומרים שאינו גובה. עסמ"ע סקי"ד והה"ד במלוה ע"פ או מלוה בשטר ולא שעבד לו מטלטלין אגב קרקע עכ"ל ולכאורה קשה דהא מבואר באה"ע (סימן קי"ב סעיף י"ד) דאם מכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו ואין הבנות גובות מהן אפילו מן הדמים ע"ש ועיין בח"מ

ובית שמואל ועיין בתומים ע"ש ולפע"ד נראה אף דקי"ל גבי יתומים שמכרו בנכסים מועטים אין בנות גובות מדמי מכירה לצורך מזונות י"ל דהטעם הוא דהא הר"ן הביא בשם הרשב"א במסכת כתובות (ריש פרק מי שהיה נשוי) דגבי מזונות הקילו ועשאן כאלו לא חל השעבוד עליהן מעיקרא אלא בכל יום חל שעבוד מזונות מחדש ע"ש ולפ"ז י"ל אף דהטור ומחבר סוברין כשטה ראשונה דחייבים שאני הכא דחל השעבוד מעיקרא ושפיר חייבים מטעם מזיק אבל התם לא חל שעבוד מעיקרא לכך אין הבנות גובות מהן ודומה למה שכתב הרמב"ן בדיני דגרמי על סוגיא דבבא קמא (דף נ"ו) בתרוצא דרב אשי טמון אתמר משום דשווי' טמון באש וכתב הרמב"ן דאין מחייבין אותו מדינא דגרמי דפוטר המדליק משום דבשעת דשוי' טמון עדיין לא נתחייב המדליק כלום ע"ש ה"נ גבי מזונות סובר הרשב"א הנ"ל דהוי כאלו בכל יום ויום חל שעבוד חדש מש"ה לא נקראו הבנים מזיקים כסברת הרמב"ן ולכך בנות אינן גובין מדמים דזה לא נקרא גרמי ועיין:

סימן קח

סעיף ג' (א) אין נפרעין מיורשים קטנים בעודם קטנים וכו' אפילו היה עליו שטר מקוים ואפילו היה בו נאמנות. עיין לקמן (סימן ק"י סעיף ב') וסמ"ע (סק"ו) וש"ך (סק"ה) דאם תפס מעות מהני אפילו תפיסה לאחר מיתה ואפילו תפס בעדים אם יש לו שטר תחת ידו דהא אין נפרעין אמרו רבנן ע"ש וכן מבואר באסיפת זקנים ב"ב בסוגיא דרבה בר שרשום דף ל"ג בשם רבינו יונה רבה בר שרשום לא אכל עדיין דאל"כ לא אמר אביי זיל אהדריה עד דגדלי יתמי ומשתעי דינא בהדייהו כיון דאכל אע"ג דקי"ל דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אבל אם:

נפרע אין מחייבין אותן לאהדורי אלא מחייבין לשבע ע"ש הרי לך מבואר כדברי הש"ך ולפ"ז יש ליישב קושיית תוס' כתובות (דף צ"ד ד"ה נמצאת) דהקשו לאביי קשישא דאמר יתומים גדולים, ואין צריך לומר קטנים בין לשבועה בין לזיבורית למ"ד דסובר אין נזקקים אלא אם כן רבית אוכלת בהן היכא משכחת דגובה מיתומים קטנים בשבועה ע"ש ולפי הנ"ל דאם תפס מעות או תפס פירות ממקרקעי שהניח אביהם מהני כמו שכתב רבינו יונה הנ"ל רק דצריך לשבע משכחת לה שפיר דינו של אביי קשישא יתומים גדולים ואין צריך לומר קטנים היכא דתפס מעות ושהקנה לו מטלטלין אגב קרקע איירי דגובה מיתומים מטלטלין:

סעי' ה' (ב) מת המלוה ובאים יורשיו לתבוע וכו' וגם אומר השבעו לי וכו' ישבעו בנק"ח וצ"ע למה השמיט המחבר על דין זה דין של מתניתין בשבועות פרק כל הנשבעין אמר

רשב"ג אם יש עדים שאמר האב בשעת מיתתו שטר זה אינו פרוע נוטלים בלא שבועה והרמב"ם וטור הביאו דין זה ולמה השמיטו המחבר רמ"א וצ"ע וע' בתוס' שבועות (דף מ"ח ד"ה אם אמר) ע"ש: סעיף י"א (ג) במד"א שיורשי המלוה נשבעים ונוטלים מיורשי הלוה כשמת מלוה ואח"כ מת לוה וכו'. הג"ה ודוקא האפטרופוס אבל הב"ד שבא לפניהם לדון ובא השטר לידם ודאי קורעין אותו וכו' לכאורה לפי מה שמסופק בתומים לדינא היכא דיש כאן בע"ח מוקדם ובע"ח מאוחר ובע"ח מוקדם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דאין נוטלין יורשי מוקדם כלום משום דאין אדם מוריש שבועה לבניו ובעל חוב מאוחר יכול לגבות מיורשי הלוה דהוא חי יכול להיות שיורשי בע"ח מוקדם גובין דהוי כמו לגבי לקוחות א"כ קשה לכאורה אמאי פסק הרמ"א אם בא שטר זה לפני ב"ד קורעין אותו הוי ליה למימר דלא קרעינן דלמא אתי בע"ח מאוחר חי דגובה המוקדם לפי דברי תומים ועתה בקריעת השטר יפסידו יורשי המוקדם ועיין בתוס' כתובות (דף צ"ד ד"ה נמצאת) מוכח להדיא היכא דאיכא בעל חוב לפנינו חיישינן ועיין בשאר מקומות וצ"ע:

סעיף י"ד (ד) זה שאמרנו בדין זה אין אדם מוריש שבועה לבניו אין דנין מדין זה לכל הדומה לו אלא הרי הפוגם שטרו ומת אע"פ שאינו גובה אלא בשבועה הרי בניו נשבעין שלא פקדנו אבא וכו' עב"י (סעיף כ"ט) שהביא בשם בעל התרומות וכן אם אמרו בניו שאביהן אמר שכך וכך נפרע משטר זה נשבעין יורשין שלא פקדנו אבא וגובין. מבואר להדיא דכשבנו פוגם את השטר ג"כ צריך לשבע וכן מבואר בבעה"ת (שער י"ד חלק ב' סימן ו') ועיין לעיל סי' פ"ד בסמ"ע וש"ך וע' מה שכתבתי שם (סק"א) ותימא עליהם שלא הביאו שבעה"ת עצמו סובר דבבנו פוגם גם כן צריך לשבע:

סימן קט

סעי' ג' (א) וב"ד שהכריזוה כראוי ובדקו יפה ודקדקו בשומא אע"פ שטעו ומכרו שוה ק' בר' או ר' בק' מכרן קיים. עש"ך (סק"ב) דהקשה על הכסף משנה דסובר דאם עשו הכרזה אבל לא בדקו בשומא ואגרת ביקורית דינו כדברים שאין מכריזין דפחות משתות מכרן קיים אם כן הוה להו לש"ס לתרץ דרישא איירי דלא עשו אגרת ביקורית ע"ש ולפע"ד נראה דיש ליישב קושיית הש"ך דלא מצי הש"ס לתרץ דאיירי דלא עשו אגרת בקורית אבל הכרזה עשו דא"כ הא קתני רישא רשב"ג אומר פחתו שתות או הותירו שתות מכרן קיים דא"כ מה כח ב"ד יפה וכיון דעשו שלא כדין מה כח ב"ד שייך בזה דהא, לא עשו כדין ע"כ צריך הש"ס לתרץ דאיירי בדברים שאין מכריזין באופן שעשו כדין:

סעי' ד' (ב) אפוטרופוס או ב"ד שלא לצורך היתומים מוכרין שלא בהכרזה ופורעים, עסמ"ע (ס"ק כ') דסובר דדין זה הוי כמו לכרגא ולמזוני ולקבורה מזבנינן בלא אכרזתא ועיין ש"ך (ס"ק ד') דחולק וסובר דוקא אם אפוטרופוס רוצה לשלם אבל אם אינו רוצה לשלם מעצמו דצריך הכרזה כדין שמוכרין ב"ד נכסי לוה כמבואר לעיל (סימן ק"ג) ע"ש, ולפע"ד יש ראי' להסמ"ע מדברי הרא"ש כתובות פ' אלמנה נזונות (סי' כ') דהקשה על תירוץ הגמ' דאוקמי' מתניתין דשום הדיינין דאיירי בדברים שאין מכריזין עבדים ושטרות ומטלטלין תיפוק לי' דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי ואין לומר דאיירי דלוה אפוטרופיס לצורך היתומים דא"כ מוכרין שלא בהכרזה ע"ש, ולפי שיטת הש"ך נוכל לאוקמי' באמת שלוה לצורך יתומים אבל אינו רוצה לשלם מעצמו דצריך הכרזה לשיטת הש"ך אלא ע"כ מוכח מדברי הרא"ש כשיטת הסמ"ע דאע"פ שאין רוצה האפוטרופיס לשלם מעצמו גם כן אין צריך הכרזה ועיין:

סימן קי

סעיף ג' (א) נזקקין לנכסי ערב אעפ"י שהיתומים הם קטנים, הוא שיטת הרמב"ם וכן פסקו תוס' ב"ב (דף קע"ד) ד"ה מוקמי' ע"ש ולכאורה קשה אמאי לא יפרעו יתומים לערב דהא דאנן קי"ל אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים הוי טעם משום צררי אתפסי' והכא לערב ודאי לא התפיסו צררי כמבואר ב"ב (דף קע"ד) בסוגיא ההוא ערבא דנכרי ע"ש, וכן מבואר בתוס' (ד"ה ואם כתבו) ע"ש, וא"כ לשיטת הסמ"ע לקמן (סימן ק"ל ס"ק ב') היכא דפרע הערב שטר חוב חייב הלוה לשלם לערב (דהא מוכרח לשלם ערב) [בודאי קשה] ואפי' לשיטת הב"ח דחולק עליו עש"ך שם (סק"א) הוא מטעם דהוי לי' לחקור והכא לא שייך זאת וא"כ יגבה הערב מיתומים וצ"ע:

סעי' ט' (ב) או שכתבו העדים צוואתו בשטר וחתמוה בחייו או שכתב הוא עצמו צוואתו בכתב ידו הניכרת לב"ד. עסמ"ע (ס"ק כ"ו) דזה דוקא לשיטת הרא"ש דאין נזקקין לקיים שטר על יתומים קטנים אבל לשיטת הרמב"ם ורוב הפוסקים דסוברים דמקיימין א"צ ניכרת לב"ד ע"ש, ולכאורה יש לחלק דהא מבואר בש"ך לעיל (סימן מ"ו וסימן ס"ט) דבכתב יד אין מקיימין אלא בפני בע"ד ע"ש ובתומים, אך נראה דאף אם נאמר בכתב יד אין מקיימין אלא בפני בע"ד הכא מקיימין דהא הש"ך (סימן מ"ו ס"ק יוד) כתב דאף לשיטת הרשב"א דסובר מפני שמקיימין לא על מנה שבשטר אלא על עדים וע"ז כתב הש"ך דבכת"י לא שייך זה ועיין בתומים שם, ולפ"ז הכא ג"כ כיון שהם מעידים על כתב יד של המצווה ממילא מחוייבים היתומים לקיים צוואתו שפיר מהני לסברת הרשב"א

דהא מבואר (בסימן ל"ג סעיף י"ד) דיש מכשירים עידי צוואה אפילו הם קרובים לו ורחוקים לבניו ואף לפוסקים דפוסלים דבשעה שנמסר להם את העדות היו קרובים ע"ש והכא לא שייך זה:

סימן קיא

סעי' ח' (א) אבל אם מצא ביד הלוה בני חרי לגבות אפילו הם זבורית לא יטרוף ממשעבדי עסמ"ע סקי"ד דכתב הטעם דמן התורה בע"ח בזבורית אלא שלא תנעול דלת בפני לווין גובה בינונית ובמקום פסידא דלקוחות לא גזרו ע"ש ולפע"ד נראה דעיקר הטעם דמשום פסידא דלקוחות אמרו דאינו גובה מהם במקום שיש בני חורין אפילו הן זיבורית תדע דהא אפילו בנזקין דגובה מדאורייתא בעידית אפ"ה היכא דיש בני חורין אפי' זיבורית אינו גובה מלקוחות דחכמים עשו תקנה משום פסידא דלקוחות אלמא דעיקר טעם ותקנה לא הוי אלא משום פסידא דלקוחות ועיין לקמן (סימן קי"ט סעיף ב' וסעיף ד') דאפי' נזיקין שגובה מן התורה בעידית אפ"ה אינו גובה במקום שיכול לומר הנחתי אפי' הן זיבורית:

עיין בנתיבות המשפט (סק"ד) דכתב דאע"ג דקי"ל אם מכרה למזונות אינה יכולה לטרוף לכתובה אבל אם ב"ד מכרו קרקע לצורך מזונות יכולה אח"כ לטרוף לכתובה ע"ש ובאמת מבואר בבית שמואל באה"ע (סימן צ"ג) דאם ב"ד מכרו בשבילה נמי דינו כאילו מכרה היא וכן נראה ממהרי"ט במס' כתובות ע"ש:

ב לפיכך אם נתן הלוה מתנה לאחרים וכתב ר' לפלוני וש' לפלוני וכו' ואם יצא עליהם שטר חוב גובה מכלם וכפי החלוקה וכו' ערש"י גטין (דף נ' ע"ב ד"ה גובה) דאף לאחר שגבו אלו דהיינו שחלקו וגבה בע"ח מאחד מהם צריכים ג"כ שאר מקבלי מתנה לשלם לפי חשבון ע"ש ולכאורה קשה דהא מבואר בט"ז (לקמן סימן קע"ה) דאף דקי"ל אחים שחלקו ובא בע"ח וגבה חלקו של אחד מהן בטלה חלוקה אבל שותפים שקנו וחלקו ובא בעל חוב של מוכר ונטל חלקו של אחד מכן א"צ שותף שני לסייע אותו בתשלומין וא"כ הכא אמאי אם בא בעל חוב ונטל חלקו מאחד ממקבלי מתנה צריכים השאר לסייע, אבל נלפע"ד דהא דין זה איירי בשכ"מ כמבואר להדיא במסכת ב"ב ובגטין וכן מבואר לקמן (סימן רנ"ג סעיף ח') ע"ש א"כ י"ל כיון דמתנת שכ"מ כירושה שוי' רבנן וא"כ יש להם דין יורשים והוי כמו אחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם דבטלה החלוקה וה"נ כן, ולפ"ז מיושב דברי רשב"ם בבא בתרא (דף קל"ח) פירש רשב"ם דגובה מכלם דמיירי בשדות אפילו לאחר שגבה גובה מכלם דמקבלי מתנות שכ"מ כירושה שוי' רבנן

ע"ש ולכאורה תמוה אמאי צריך לטעם זה דמתנת שכ"מ כירושה שוי' רבנן וכן הקשה הבית מאיר (באה"ע סי' צ"ג) ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצלל"ה מה שכתב בזה (בסי' רנ"ג סק"א) ולפי הנ"ל אתי שפיר דגובה מכלם פרשב"ם כמו שפרש"י וא"כ קשה אמאי צריכים שאר מקבלי מתנה לסייע דהא גבי שותפים שחלקו אם בא בע"ח וגובה מאחד מהם אינו חוזר על שותף שני כמבואר בט"ז הנ"ל לפיכך הוכרח הרשב"ם לומר דמתנת שכ"מ כיורש שוי' רבנן כמו יורשים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם דבטלה מחלוקת ועיין במסכת ב"ב (דף קל"ג ע"א) השתא בירושה דאורייתא אמרת אלמנה נזונות מנכסיו מתנה דרבנן לא כש"כ ועיין ברשב"ם ובהרי"ף ורא"ש שם ושפיר דברי הרשב"ם השתא ביורשים דאורייתא בטלה חלוקה הה"ד ביורשים דרבנן:

סעי' י"ב (ג) הניחו הלקוחות בני חורין ביד הלוה ונתקלקלו בע"ח גובה מלקוחות וכו'. אבל אם לא נתקלקלו אלא שאין יכול לגבות מהן מחמת פשיעתו כגון שסילק שיעבודו מהם ולקח בקנין שלא יגבה מהם אינו גובה מלקוחות. לכאורה קשה אמאי צריך קנין דהא קי"ל מחילה א"צ קנין ועיין בדרישה (דהרא"ש) כתב כיון דאינו מוחל חוב גופי' מש"ה צריך קנין ע"ש, ולפע"ד נראה אף אם אינו מוחל חוב גופי' רק השיעבוד של קרקע זו נמי אין צריך קנין כיון דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה וא"כ לוה מוחזק לגמרי וא"צ קנין אלא י"ל מש"ה נקיט הטור ומחבר דלקח בקנין לישנא דש"ס נקיט דאיירי דאמר דין ודברים אין לי על שדה זו דצריך קנין ועיין ב"ב (דף מ"ג) ברשב"ם ורמב"ן ע"ש:

סעי' י"ג (ד) אם לא נתקלקלו אבל גזלן אנס אינו טורף ממשעבדי וכו'. עש"ך (סק"ט) דפירש דכוונת הרשב"א דאיירי במעט ממון וקרקע שוה יותר והתנה עם הנכרי כשיחזיר לו המעות יחזיר לו הקרקע וגוי אלם ואינו רוצה לקיים תנאו עיין שם, ולכאורה קשה אם כן אמאי צריך הרשב"א לנקוט דנכרי הוא לוקח מאוחר אפילו הוא לוקח מוקדם נמי יכול לוקח מאוחר לומר הנחתי לך משום דמצוים בעלי זרוע לפול ועיין בתומים דכתב דאם נפל ביד אנס קודם הלואה ודאי גובה מלקוחות ע"ש ולפע"ד נראה לפי מה שפירש הש"ך דברי הרשב"א הנ"ל מוכח אפילו נפל ביד אנס לאחר הלואה קרקע אחת ואח"כ לקח לוקח קרקע ג"כ בעל חוב גובה מלוקח ואינם יכולין לקוחות לומר הנחתי ושפיר דברי הש"ך הנ"ל) כנ"ל לדינא ועיין ברש"י כתובות (דף צ"ה) עיין שם:

סעי' כ' (ה) אע"ג דלא כתב דאקנה אם קנה והוריש גובה ויש חולקין. עסמ"ע (סקל"א) ועש"ך (סקי"ד) ואם קנה ונתן לאחר במתנת שכ"מ יש מחלוקת בין אחרונים אי הוי כמו יורשים ואינו צריך לכתוב דאקנה ע"ש ועיין בתומים דפסק דצריך לכתוב דאקנה ע"ש ונ"ל להביא ראיה דאם נתן במתנת שכ"מ שאינו צריך לכתוב דאקנה דלא עדיף מקבל

מתנת שכ"מ מיורשים דהא במס' ב"ב (דף קל"ג) אמר רב הונא שכ"מ שכתב כל נכסיו לאחר רואין אם ראוי ליורשו נוטלן וכו' והקש' הגמ' למאי הלכתא ואם נאמר גבי מתנ' שכ"מ צריך לכתוב דאקנה מאי מקשה הגמ' למאי הלכתא הא יש נפ"מ היכא דלא כתב דאקנה אלא ודאי דגובה מתנת שכ"מ אע"ג דלא כתב דאקנה (ע"ש סעיף ח'):

סימן קיב

סעי' א' בהג"ה (א) יש אומרים אף אם כתב לו דאקנה יכול לחזור בו כ"ז שלא קנה וי"ח (עש"ך סק"ב) דהקשה דאם נימא דיכול לחזור בו מאוחרין אמאי כשרין ניחוש שמא לוה חזר בו ויטרוף לקוחות שלא כדין ע"ש ולפע"ד נראה לעולם נוכל לומר דיכול לחזור ואפ"ה מאוחרין כשרין ולחזרה לא חיישינן וראי' לזה דהא מבואר בתוס' ב"ב (דף קי"ד ד"ה ניחוש) דאף במתנת שכ"מ יוכל לחזור אפ"ה לא חיישינן דלמא חזר והביאו ראי' ע"ז ע"ש, ויכול המקבל להוציא (מקבל) מיד יורשים, וא"כ ה"נ כן גבי דאקנה ועיין בתומים, אח"כ ראיתי בקצות החשן (סימן רנ"ג) דכתב די"ל דאף דלא חיישינן דלמא חזר אבל שמא יחזור חיישינן ע"ש, אך י"ל דזה ג"כ אינו חשש כמו שכתב תוס' במס' קידושין (דף מ"ה ע"ב ד"ה בפירוש) בשם רבינו תם שחולק על ר"מ מיוינא דלא דמי לחשש שמא ימות כיון דכל זמן שלא קידש מותרת דכל שעה איכא למימר עדיין לא קידש ה"נ קודם שבא לגבות מדאקנה אין כאן איסור אלא בשעה שבא לגבות ואז הוא חשש שמא חזר וזה לא חיישינן כנ"ל:

סימן קיג

סעיף א' (א) אין בע"ח טורף מהלקוחות אלא בקרקע שמכר או נתן הלוה אבל מטלטלין שמכר או נתן אינו טורף וכו', ואם נתנם במתנת שכ"מ המלוה טורף מהם כמו שיתבאר סימן רנ"ב. והיינו לאחר תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח ומתנת שכ"מ דינו כירושה לכן בע"ח טורף מהמקבל, (ועיין באבן העזר (סימן צ"ג סעיף כ' בהג"ה) מבואר דאם נתן מטלטלין לאחרים במתנת שכ"מ דאינה ניזונית מהן) והקשו דהא משמע בטור (סימן רנ"ג) דאינו גובה מטלטלין מתנת שכ"מ ע"ש, ולפע"ד נראה דיש לחלק דלפעמים גובה ממטלטלין ממתנת שכ"מ לאחר תקנת הגאונים ולפעמים אינו גובה, ערמב"ם (פרק טית מזכיי' ומתנה ה) שכ"מ שצוה ליתן לנכרי מתנת שכ"מ וכו' ועמל"מ שם ועבש"ע לקמן (סימן רנ"ו) ע"ש ולפ"ז יש לומר היכא דשכ"מ נתן כל המטלטלין לאחרים ולא שייר כלום ליורשיו א"כ מפקיע ומזיק לבע"ח דהא לאחר תקנת

הגאונים גובה בע"ח ממטלטלי דיתמי וא"כ עשה עבירה במתנתו הילכך לא מהני כמו בנותן מתנת שכ"מ לכותי דעשה עבירה כנ"ל אבל היכא דמצוה מחמת מיתה דקי"ל אפי' במקצת דינו כמתנת שכ"מ בכולה וי"ל או במתנת שכ"מ ולא שייר כדי פרנסתו ג"כ יוכל לחזור לפוסקים (בסימן ר"נ) ע"ש, וא"כ בשעת נתינה לא עביד עבירה רק אח"כ נתקלקלו המטלטלין אצל יורשים או שברחו ואינו יכול לגבות, שפיר י"ל דאינו גובה ממקבל מתנת שכ"מ, וממילא יש ליישב דברי הטור דסובר הכא דגובה ממקבל מתנת שכ"מ ולקמן (סימן רנ"ג) משמע דאינו גובה י"ל דאיירי באופן הנ"ל (ע"כ) [משא"כ הכא יש סברא לגבות (דאל"כ לא יועיל מתנת שכ"מ כלל):

סימן קיד

סעי' ג' (א) אם רוצה הלוקח לסלק המלוה במעות הרשות בידו וכו' ואם עשאה אפותיקי מפורש דאמר לי' לא יהא לך פרעון אלא מזו אינו יכול לסלקו במעות, לכאורה קשה אמאי לא אמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות דאית לי' בגוי' וראיתי בישׁ"ש מס' ב"ק דהקשה (כמו) כן ותי' כיון דעשאו אפותיקי מפורש הוי מלוה נגד לוקח כמו לוקח ראשון, ועיין לקמן (סימן קט"ז):

סעי' ד' (ב) ומשביעין את הטורף בנקיטת חפין שלא נפרע חוב זה ושלא מחלו ושלא מכרו לאחר וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה. עסמ"ע וש"ך (ס"ק ג) ע"ש ולכאורה צע"י שלא מצאנו שבועה זו כשבא לגבות מנכסי יתומים, וגם קשה היאך יכול לגלגל הא מבואר תוס' ב"מ (דף צ"ז ד"ה ביום) ולעיל בש"ע (סימן צ"ד) דאין מגלגלין רק ביש רגלים לדבר ע"ש, ולפע"ד נראה די"ל דלגבי יתומים מש"ה אין מגלגלין עליו שלא מכר שטר חוב לאחרים דהא מבואר בתשובת הרשב"א [והובא בספר דברי משפט מזקני הגאון זצלל"ה בסימן נ"ד] דלוקח שטר חוב צריך להודיע ללוה דקנה שטר חוב ממלוה ע"ש, ולפ"ז י"ל גבי יתומים ליכא חשש דלמא מכר שטר חוב לאחר דא"כ מסתמא הודיע לוקח ליתומים או לאביהם, אבל גבי לקוחות לא שייך זה ושפיר מגלגלין, ועל קושיא שניי' הנ"ל אמאי יכול לגלגל באין רגלים לדבר יש לומר דוקא היכא דשבועה היא לפטור אין מגלגלין רק ביש רגלים לדבר אבל היכא דשבועה היא ליטול ודאי מגלגלין אפילו אין רגלים לדבר דהא כללא היא כל היכא דהאי ידע והאי לא ידע צריך לישבע האי דידע כמבואר לעיל (בסימן צ"א) ע"ש ובכמה מקומות:

סימן קטו

סעי' ב' (א) בע"ח שטרף בחובו מיד הלוקח וכו' [הג"ה] דוקא שלא עשאו המוכר אפותיקי אבל אם עשאו אפותיקי גובה בע"ח כל השבח רק שנותן ללוקח הוצאותיו וכו', עש"ך (ס"ק כ"ו) דתמה לשיטת הפוסקים דסוברים גבי (אפותיקי) מפורש גובה בע"ח אפי' פירות מאי הקשה הגמרא [בבא מציעא דף ט"ו ע"א] לשמואל דסובר בנמצאת שאינו שלו מעות יש לו שבח אין לו והאמר שמואל לרב חנינא בר שילת אמליך וכתוב שופרא ושבחא ופירי בע"ח מי אית ליה פירי, הא יש לומר מש"ה אמר ליה כתוב פירא שמא עשאו אפותיקי מפורש דגובה אפי' פירי ע"ש, ולפע"ד נראה די"ל דאם אמרינן מש"ה אמר ליה כתוב פירא דחשש דלמא יגבה בעל אפותיקי מפורש דא"כ הי' ליה לכתוב באחריות ג"כ עמליהון כיון דבא בעל אפותיקי מפורש דמסיק שיעור ארעא ושבחא גובה בע"ח הכל ואין צריך ליתן אפילו הוצאה כמבואר בריי"ף ורא"ש, אלא ודאי דירא רק מנגזל דנגזל יגבה וא"צ לכתוב עמליהון דנגזל נותן ללוקח הוצאה כמבואר בתוס' ב"מ (דף ט"ו ד"ה תדע) ומיושב קושיית הש"ך הנ"ל:

סעי' ג' (ב) כל הדברים לא נאמרו אלא בלוקח אבל מקבל מתנה ששבחה מחמת הוצאה אין בע"ח גובה משבחה כלום כן מבואר בסוגיין בב"מ (דף ט"ו ע"א) וההי"ד בלוקח שלא באחריות נמי אין בע"ח גובה מלוקח השבח וטעמא דתרווייהו הוא משום דאין לו על מי לחזור כמבואר בסוגיין ועש"ך (סקכ"ח) דתמה על הרא"ש ע"ש וכמו כן ק"ל טובא על תוס' ב"ב (דף נ"ג ע"א ד"ה אמר) הקשה תוס' דהא שמואל סובר דיפה כח מתנה מכח מכר ע"ש, וקשה דהא בזה אינו יפה כחו רק לענין שבח דאינו טורף בע"ח שבח ממקבל מתנה משום דאין לו על מי לחזור [וכמו כן] בלוקח שלא באחריות דגם כן אינו טורף השבח משום דאין לו על מי לחזור וצ"ע:

סימן קטז

סעי' א' (א) לוקח שטרפו ממנו השדה כותבין לו ב"ד טירפא היאך טרפוהו ממנו בשביל חוב של המוכר וחוזר וטורף מהמוכר ואם קנאה בת"ק והוקרה אם היתה שוה אלף כותבין לו טירפא באלף וכן אם היתה שוה אלף בשעה שלקחה ובשעת טירפא לא היתה שוה אלא ת"ק וכו' בכולם כותבין לו טירפא באלף. עש"ך (סק"ג) דהביא בשם הרב המגיד דכתב בפשיטות דאם הוזלה אינו משלם המוכר רק מה שהיא שוה בשעת טירפא והש"ך כתב דמסתבר כן ולפע"ד יש ליישב דהא הסמ"ע (סק"ב) כתב דלשטת הטור דסובר דאפילו בשבחא דממילא אינו גובה רק חצי שבח בעל כרחך איירי דין זה אם

קנאה בת"ק והוקרה על אלף דבע"ח נוטל השדה כולה בעשאו אפותיקי מפורש ע"ש, ולפ"ז אפשר לומר דהטור והרב המגיד לא פליגי דהטור דכתב היכא דהוזלה צריך ליתן כפי מה שנתן היינו ג"כ בעשאו אפותיקי מפורש כמו ברישא וא"כ אפילו פירות שאכל גובה בע"ח דארעא דידי' הוא ועיין בש"ך (סימן קט"ו ס"ק י"ט) וא"כ לא הוי מכירה כלל מש"ה צריך המוכר ליתן ללוקח מה שנתן, אבל הרב המגיד איירי בסתם בע"ח שלא עשאה אפותיקי ושפיר כתב הרב המגיד דאין צריך ליתן רק כפי מה ששוה השתא ועיין בנימוק"י בבא מציעא בסוגיא דמוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינו שלו כתב שם כעין סברא זו, ולפ"ז אפשר דהטור והרב המגיד לא פליגי אהדדי:

ב י"א דוקא מוכר אבל נתן מתנה בעדים אינו טורפה בלא שטר דמתנה אין לה קול אלא בשטר הוא ממגיד משנה (פי"א ממלוה הלכה ה') בשם הרשב"א, כוונת ד"ק דאף דקבל הנותן אחריות על המתנה אפ"ה מתנה בעדים בלא שטר אינו גובה מנכסים משועבדים דדוקא גבי מוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים כמבואר במס' בבא בתרא (דף מ"א ע"ב) משום מאן דמזבין ארעא בפרהסיא זבין, כי היכי דליפוק קלא ע"ש ופי' הרשב"א והרשב"ם (דף מ"ב ע"א ד"ה מאן) כדי שיקפצו לוקחים ע"ש, וגבי מתנה לא שייך זה, דהא קי"ל לקמן (בסימן רל"ח) דהאי דכותבין שטר למוכר בלי לוקח הוא דוקא בשטר הקנאה או העיד על עצמו שכבר קנה באחד מדרכי הקנאה והיינו כשאומר שכבר קנה באחד מדרכי הקנאה בפני עדים והדין הוא דמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים דיש לה קול מש"ה כותבין שטר למוכר בלא לוקח דשטר זה אינו אלא לראי' בעלמא ועסמ"ע שם (ס"ק ג') ע"ש אבל אם הודה שמכר לו כבר אבל בלא עדים א"כ בשעת מכירה לא הי' לה קול והשתא בשעת הודאה ג"כ אין לה קול זאת לא עדיף ממתנה באחריות דגבי מכר יש לה קול כדי שיקפצו לוקחים אבל אם הודה שכבר מכר בעדים עתה אין לה קול דאין רוצה למכור עתה רק מכתיבת השטר יש לה קול כמו כל שטרות ממילא אין עדים רשאין לכתוב אלא א"כ הודה שקנה באחד מדרכי הקנאה בפני עדים אבל אם הודה המוכר שמכר לפלוני וקנה באחד מדרכי הקנאה אבל שלא בפני עדים אין העדים רשאין לכתוב אלא בפני לוקח, ולפ"ז יתיישב קושיית הרמב"ן על הר"י מגא"ש במסכת בבא בתרא (דף קס"ז) על מתניתין דכותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו דסובר הר"י מגא"ש דצריך להיות דוקא כשמוכר מעיד על עצמו שכבר קבל המעות ותמה הרמב"ן דא"כ מאי הקשה גמ' מסכת ב"מ (י"ג ע"א) וליחוש דלמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואוקמיה בשטר הקנאה. ולשטת הר"י מגא"ש הוי מצי לאוקמיה אפילו בלא הקנאה ע"ש היטב בדברי הרמב"ן ולפי הנ"ל אתי שפיר דהא

עיקר טעם של הר"י מגא"ש דצריך להעיד על עצמו שכבר קבל המעות כדי שלא יהיה חוב ללוקח ולענין זה מהני אם הודה מוכר שקבל המעות אפילו שלא בעדים אבל לענין טריפת לקוחות לא יועיל הודאתו דהא הודאתו דהשתא לא עדיף מנותן מתנה בעדים דאין המקבל גובה ממשעבדי משום הכי צריך להיות דוקא בשטר הקנאה או דמודה שהקנה ללוקח בעדים באחד מדרכי הקנאה ואז היה לו קול משעת הקנאה על כן צריך לאוקמיה בשטר הקנאה ועיין:
הלכות אפותיקי:

סימן קיז

סעיף א' (א) רק במעות עש"ך (סק"ב) דהביא בשם הרב המגיד דבאפותיקי מפורש אף יורשיו אינם יכולים לפדותה במעות שהרי היא כמכורה כיון שלא פדה האב ולא צוה לפדותו ע"ש ק"ל אמאי מהני אם צוה האב לפדותו דמה תועלת היא זו אם היא כמכורה מה תועלת בצוואתו זו וצ"ע:

ב עשה שדהו אפותיקי מפורש שאמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו ונמצא השדה לא היתה שלו יש אומרים דגובה משאר נכסים. עב"י דהרמב"ן ובעה"ת (בשער מ"ג) חולקים וסוברים כיון דהיא אפותיקי מפורש דאמר לו לא יהא פרעון אלא מזו הוי כלוקח שלא באחריות ואינו גובה משאר נכסים מש"ה לא קשה קושיית תוס' ב"ב בסוגיא דפרה וטלית (דף מ"ה ע"א ד"ה אי) על הא דאמר שמואל המוכר שדה שלא באחריות אין מוכר מעיד עליה מפני שמעמידה בפני בע"ח ופריך הגמ' ממנ"פ אי אית ליה ארעא אחריתי עלה דידיה הדר והקשה תוס' דהא איכא חשש דדלמא עשאה אפותיקי ע"ש ועל זה אמרו דלא קשה כלל דאף אם יטרוף נמי אין בעל אפותיקי יכול לגבות כמו בנשתדף דאינו גובה משאר נכסים ע"ש ולפע"ד עדיין קושיית התוס' במקומו עומד דלמא עשה שדהו אפותיקי מפורש וקבל עליו אחריות דעלמא דבהא ודאי אם נמצא שדהו שגזולה היתה ודאי גובה משאר נכסים ושפיר הקשה תוס' אפילו לפי סברתם וע"כ צ"ל כמו שכתב תוס' שם דבאמת הו"מ למימר כן וע' אורים ותומים (סק"ג ט'):

סעיף ה' (ג) עשה עבדו אפותיקי אפילו בסתם ומכרו בעל חוב גובה ממנו מפני שיש לו קול עיין בתומים (סק"ז) דודאי בעינן או שכתב בשטר אפותיקי או שכתוב בשטר שעבוד מטלטלין וקרקע דאילו בע"פ לא מהני ע"ש ולפע"ד נראה דזה אינו מוכרח די"ל דאם ידעו עדי שטר שעשה עבדו אפותיקי מוציאין קול אף שאינו כתוב בשטר דהא אף בשור תם אליבא דר' ישמעאל גובה מלקוחות מ"ט דאית ליה קלא דכיון דנגח תורא נגחנא

קרי לי' כדאיתא בב"ק (ל"ג ע"ב) ה"נ בעשה. עבדו אפותיקי אפילו שאינו כתוב בשטר רק בעדים אית ליה קלא דהא אפילו במטלטלין היכא דשייך דאית ליה קלא דהיינו גבי תורא נגחנא גובה מלקוחות ה"נ כן גבי עבד:

סימן קיח

סעיף א' (א) לוה שמכר נכסיו לשנים זה אחר זה וכתב בע"ח ללוקח שני דין ודברים אין לי עמך וקנו מידו אינו יכול לטרוף מלוקח ראשון שהרי אומר לו הנחתי לך מקום לגבות וכו' ואתה הפסדת על עצמך שהרי סלקת עצמך מהם לכאורה יש לעיין היכא דאשתדף בני חרי דקי"ל דטורף ממשעבדי כמבואר לעיל (סימן קי"א סעיף י"ב) עיין שם הכא היכא דכתב ליה דין ודברים היכי הוי דינו דהתם כיון דאי לא אשתדיף היה לו מקום לגבות לכן עכשיו כיון דאשתדיף ואין לו לגבות ע"כ גובה ממשעבדי אבל הכא דאף אם לא אשתדיף נמי אין גובה ממנו וגם מלוקח ראשון אינו יכול לגבות כיון דכתב (ליה) דין ודברים א"כ מה לי אשתדיף או לא או דלמא כיון דאם לא כתב ללוקח דין ודברים מצי, לגבות מלוקח ראשון כיון דאשתדף נכסי לוקח שני השתא נמי מצי לגבות וכן דעתי נוטה דבכה"ג גובה מלוקח ראשון כיון דהשתא אינו יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות וצ"ע:

סימן קיט

סעיף א' (א) ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון בבת אחת וכו', ואפילו לא נשאר בידו אלא עידית שא וכו'. עש"ך דכתב דמהרש"ל ביש"ש חולק על הרא"ש בזה וכתב דכן משמע מהר"ן, והש"ך כתב דמהר"ן לא משמע כן, ולפע"ד נראה דהא ודאי דהיש"ש מכנה את הנמוקי יוסף בשם הר"ן ובנימוק"י ב"ק מבואר להדיא טעם דמש"ה יכול לגבות זיבורית משמעון דאף אם הי' בינונית ביד שמעון נמי יכול לגבות זבורית בע"כ וכש"כ השתא ע"ש, וזה דוקא אם זיבורית ביד לוקח ראשון אבל גבי עידית אינו גובה בע"כ אם הי' בינונית בידו משמע להדיא דהשתא נמי אינו גובה: סעי' ג' (ב) מי שהיה לו עידית ובינונית וזיבורית וכו' ואם טען כל לוקח לזה שבא לטרוף ממנו אני לקחתי תחלה והנחתי לך מקום לגבות יש מי שאומר ששומעין לו ואינו יכול לגבות מספק זה דעת הרמב"ן וער"ן כתובות פרק מי שהיה נשוי דתמה דסוף סוף כיון דכל לוקח טוען אני לקחתי תחלה והנחתי לך מקום א"כ הוי כמו אשתדיף בני חרי דגובה ממשעבדי ה"נ כן ע"ש ולפע"ד נראה לתרץ דהא הרמב"ן מיירי דלא מכר לכולם כאחד רק שאינו כתוב זמן

בשטר ומפני זה טען כל אחד אני לקחתי מקודם וא"כ יש לומר דהא מלתא עבידי לגלוי דאתי סהדי ומסהדי מי לקח בראשונה [ועיין סמ"ע סקי"ח ועיין לקמן סימן שי"ז] וא"כ יש לומר דהא אנן קי"ל בסימן (קי"א סעיף י"ג) דדוקא אשתדיף בני חרי גובה ממשעבדי אבל אם נמצא קרקע ביד הגזלן אינו גובה מלקוחות כיון דסופו של בעלי זרוע ליפול ע"ש ה"נ כן כיון דיכול הדבר לבא לידי בירור דיבאו עדים ויעידו מי לקח ראשון שפיר יכול לומר הנחתי ושפיר דברי הרמב"ן ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצלל"ה מה שכתב בזה ע"ש:

סעיף ה' בהג"ה (ג) יש אומרים דאפילו אם קנה עידית באחרונה דוקא שמת המוכר אבל אם מוכר עדיין חי דיוכל להחזיר שטר הזיבורית למוכר ואז יצטרכו כולם לגבות מן המוכר וכו' כולן גובין מן הזיבורית והוא מטעם אי שתקית וערמב"ן דתמה דאם בכה"ג נמי נימא אי שתקית אם אפילו אם לא לקח אלא עידית לבד נמי אמאי לא י לומר אי שקלית בינונית או זיבורית דידי מוטב ואי לא אמכור זיבורית ואין אתה תוכל לגבות ממני דהא אין נפרעים מנכסים משעובדים ואפילו הן זבורית אלא ודאי הכא לא מצי למימר אי שתקית ע"ש ולפע"ד יש ליישב דהכא כמה פוסקים סוברים דיכול לומר אי שתקית משום דיכול לומר דאם לא לקחתי זבורית רק עידית בלבד ונשאר זבורית אצל המזיק או אצל לוה [דהיה הדין] אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין ואם כן כל זכות ויפוי כח לניזק או לבע"ח מכח מה שקניתי זבורית בתחלה משום הכי שפיר יוכל לומר כיון דכל זכות שלכם בא על ידי הלכך אם רצונכם ליקח זבורית הרי טוב ואי לא אהדר זבורית למוכר ויהיה כבתחלה כאלו לא קניתי וזה היא טענה טובה היכא דקנה זבורית או בינונית מן המוכר אבל על קרקע שלו שלא קנה מן המוכר אינו יכול הלוקח לומר לניזק או למלוה הבאים לטרוף אי שתקית מוטב ואי לא אמכור זבורית למוכר דטובה זו אינו בא על ידי לוקח דהא לא היה למוכר רק עידית לבד נמצא דהטובה אינו בא על ידי לוקח משום הכי אינו יכול לומר אי שתקית ומיושב קושיית הרמב"ן:

סימן קכ

סעי א' (א) המעות באחריות הלוה עד שיפרענו ליד מלוה או ליד שלוחו וכו' אמר לו זרוק לי חובי והפטר וזרקו וכו' ונאבד קודם שיגיע לידו פטור עיין מה שכתבתי לעיל סימן י"ב סק"ב בזה:

סעי' ב' (ב) בד"א בסתם שלא גלה המלוה דעתו שאינו רוצה לקבלו לפיכך אם זרקו לו ונאבד חייב וכו' אבל אם אמר לו הלוה הילך מעותיך ולא רצה המלוה לקבלם וזרקם

לפניו אם הוא במקום שמלוה משתלמת שם נפטר וכו' דפרעון בע"כ פרעון בגטין (דף ע"ח ע"ב) אמר רב אסי אמר ר' יוחנן לגטין אמרו ולא לדבר אחר וכתב רש"י (בד"ה ולא) וז"ל דגט הוא דבעל כרחה קנויה לה הלכך לאלתר הוי גיטא אבל בעלמא לא עכ"ל ובתוס' שם (ד"ה לגיטין) הקשה על רש"י דהא בדבר אחר נמי אמרו נתינה בע"כ הוי נתינה, וע"ש מה שתירצו, ולכאורה קושיית תוס' על רש"י היא קושיא עצומה דהא בחוב נמי פרעון בע"כ הוי נתינה, ולפע"ד נראה לתרץ דברי רש"י דמד"ק הכא נשמע דבר חדש דמדכתב רש"י גבי גט בע"כ קנוי' לה ולא כתב דמתגרשת בע"כ מזה נראה דכוונתו כיון דאשה יוצאת לרצונה ושלא לרצונה וכיון דגט הנכתב נכתב רק לשמה ושייך לה, לכן היכא דמטא לידה קנוי' לה קנין עצמיית וזה מוכח מלשון רש"י דכתב קנוי' לה וזה דוקא בגט אבל בחוב אף דפרעון בע"כ הוי פרעון מ"מ אם אין המלוה רוצה לזכות בחוב אינו קנוי' למלוה בע"כ רק דאעפ"כ פטור כמו שכתב הרשב"א לעיל בסוגיא דנתינה בע"כ (דף ע"ה ע"א ד"ה מכלל) ע"ש ולפ"ז מיושב קושיית תוס' על רש"י דה"ק דגבי גט קנוי' לה קנין גמור בע"כ אבל גבי חוב אף דלוה פטור מ"מ אינו קנוי למלוה קנין עצמיית כמו שכתב הרשב"א ולכך שפיר אמר רב אסי אמר ר"י לגיטין אמרו דבע"כ קנוי' קנין גמור ולא לדבר אחר דבחוב אף שהלוה פטור גבי פרעון בע"כ מ"מ אינו קנוי למלוה קנין גמור בע"כ, הן אמת דמצינו דעת ארבעה עמודי התורה הגאונים האדירים זי"ע דנקטו דבגט לא בעינן זכי' רק נתינה מדמתגרשת בע"כ דידה, ע' בהפלאה כתובות (דף פ"ו ע"ב בתוס' ד"ה האומר) ובקצוה"ח (סי' ר' סק"ה) ובדברי משפט (סי' קצ"ז) ובזית רענן ח"ב (ס"ס ל"ו) ועי"ש שמביא לזה דברי רש"י מס' עירובין (דף צ"ב ע"ב ד"ה אינה מתגרשת, אך גיסי הגאון מ' מאיר זצללה"ה האריך בזה בספרו אמרי בינה (בקונטרס הקנינים סי' ז' וסי' כ"ז) ויצא ללחום נגדם ע"ש בארוכה:

הלכות העושה שליח:

לגבות חוב:

סימן קכא

סעיף א' (א) שלח לו חובו או פקדונו על ידי שליח אם אמר המלוה לשלוח על ידו ונאבדו פטור וכו', אפילו שהשליח נכרי או חרש שוטה וקטן, עש"ך (ס"ק ד') דהביא בשם הרמב"ן דחולק וסובר דאם שלח ע"י נכרי וחרש שוטה וקטן צריך לומר והפטר ע"ש ולכאורה קשה על שאר הפוסקים דאמאי סוברים דאין צריך לומר והפטר הא אנן קי"ל דאם אמר לשומר קרע כסותי שבר כדי חייב עד דאמר ליה והפטר ועיין לקמן (סימן

ש"פ, וה"נ כן אם שלח פקדונו ע"י נכרי ולא אמר והפטר אמאי פטור, וצריך לומר כיון דמייחד לו פלוני הוי כמאן דאמר לי' והפטר דאתה האמנתיו והוי כמו שמוכח מדבריו שכוונתו להפטר דסוברים כמה פוסקים דפטור ועיין (בסימן ש"פ, ולפ"ז נראה דאם אמר סתם שלח ע"י נכרי או ע"י חרש שוטה וקטן ולא אמר והפטר יש לומר דחייב כמו גבי קרע כסותי אם אתי לידי' בתורת שמירה דחייב כל זמן שלא אמר והפטר ועיין בבא בתרא (דף פ"ז) ועיין לקמן (סעיף י"א) היכא דלא ייחד שום אדם לא שייך לומר אתה האמנתיו ועיין בנתיבות (סימן ק"כ סעיף א):

סעיף ה' (ב) טען המלוה או המפקיר אין זה כתב ידי ואין עדים מצויים לקיימו והנפקד אומר אני מכיר שהוא כתב ידך אם הפקיד אצלו שלא בעדים וכו' נאמן בשבועת היסת אני מכיר שהוא כתב ידך ועל פיו מסרתיו ביד שלוחך. עש"ך ס"ק כ"ז דהביא בשם הב"ח היכא דלוה נתן המעות ביד שליח קודם שהגיע לידו כתב יד של מלוה חייב הלוה דפושע הוא והש"ך הניח דין זה בצ"ע, ולפע"ד נראה דגבי לוה לא שייך לומר דפושע הוא דיכול לומר בממון שלי יכול אני לעשות מה שארצה ויכול לוה לומר מה פשעתי אדרבה טובה היא לך דהא קי"ל דאם אמר הלוה הולך מנה לפלוני מה שאני חייב לו דחייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר כמבואר לקמן (סימן קכ"ב) ע"ש, וא"כ ודאי לא שייך פשיעה בלוה, ולפ"ז נראה לי אף דעשה מלוה שליח אחר שמסרו לוה מעות לידו נמי פטור לוה מטעם הנ"ל, ועוד נ"ל אפילו הפקיד חפץ לשומר ושומר מסר החפץ לשליח להחזיר למפקיד ואח"כ נתן המפקיד כתב ידו פטור שומר ראשון לגמרי אף בשעה שמסר הנפקד הפקדון הי' מפקיד יכול לומר אין רצוני וכו' מ"מ הא חנן קי"ל כרבא דמשום אין רצוני לא הוי פשיעה כמבואר בסוגיא דב"מ (דף ל"ו) ועברא"ש שם ובש"ע (סימן רצ"א) רק דחייב משום את מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי והכא לא שייך כן דיכול השומר לומר סוף סוף את האמנתי' דמסרת עתה לו כתב ידך למסור פקדונך ולכך פטור שומר וזה פשוט: סעי' י"ב (ג) לוי שבא בשליחות ראובן לגבות משמעון חמשים דינרים שחייב לו וגבאו ממנו וכו', והשליח ישבע שבועת היסת לשמעון שכל החמשים נתן למלוה. ולכאורה ק' הא היכא דשליח מודה שלא נעשה שליח מסתברא דשליח שהוציא ממון בשקר ואמר דנתן למלוה ומלוה כופר דשליח חייב מטעם מזיק, וא"כ אמאי לא ישבע השליח שמלוה עשה אותו שליח ונתן למלוה המעות, ונראה דהטעם הוא דהא הרשב"א והר"ן קידושין (דף מ"ג) בסוגיא דהן הן שלוחיו הן הן עדיו דקאמר הגמרא והשתא דתיקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני עדים דיהיב למלוה והקשו אמאי משתבעי עדים דהא, אין נשבעים על טענת ספק דהא אין הלוה טוען ברי שלא פרעו למלוה ותירצו דמצטרפין

טענת הלוה שנתן לשלוחים וטענת מלוה שלא קיבל ונעשה על ידי שניהם טענת ברי מש"ה נשבעין ע"ש וזה דוקא היכא דאיכא חשד שנטלו אלו השלוחים המעות לעצמם אבל הכא כיון דשליח נשבע שנתן למלוה המעות א"כ אין כאן חשד שעיכב לעצמו רק חיישינן שמא לא עשה אותו המלוה שליח ועל זה הוא טענת ספק ולכך אין צריך השליח לישבע: הלכות הרשאה:

סימן קכב

סעיף ב' (א) העושה שליח בעדים להביא לו מה שיש לו אצל פלוני וביטל השליחות קודם שיתן זה לשליח לא ידע הנתבע בביטול ונתן לשליח ונאבדו פטור הנתבע הג"ה] וי"א דחייב אלא א"כ כתב לי' זיל דון ואפיק לנפשיך. קשה אמאי צריך הנפקד או הלוה לחוש על זה, וערמב"ן דתמה כן ועש"ך (סק"ח) ולפע"ד נראה דהא מבואר (בסימן ל"ט ס"ב) אפילו אמר כתבו וחתמו ותנו לפלוני צריך לאמלוכי בי' וכתב הרא"ש כתובות הטעם כיון דלא קיבל קנין יש רגלים לדבר דרוצה לחזור לכך צריך לאמלוכי ביה ה"נ כיון דלא כתב אורכתא דהיינו הרשאה שלא יוכל לבטל השליחות חיישינן דלמא ביטל מש"ה אין יכול לכופו ליתן המעות ע"כ אם ביטל השליחות קודם שנתן לו הנפקד חייב הנפקד כיון דלא כתב ליה המפקיד הרשאה גמורה כדין הוי ליה לנפקד מיד לחוש דלמא ביטל דיש רגלים לדבר דרוצה לבטל השליחות: סעיף ה' (ב) אם כתב דון וזכי ואפיק לנפשך מחצה וכו'. עש"ך (ס"ק כ"א) דהקשה דהא נראה מסמ"ע דאם כתב לו שליש ממה שיוציא ודאי יכול לדון ומדברי מהרש"ל משמע דאין צריך הנתבע לדון עמו דהוי כמקנה לו פירות דקל ע"ש מה שתירץ ולפע"ד נראה דאין כאן מחלוקת בין מהרש"ל ובין סמ"ע דכוונת הסמ"ע היא היכא דמקנה לו בשטר מחצה או שליש לחלוטין מעכשיו רק תנאי הי' ביניהם כל מה שיגבה. מחוב זה יחלקו לפי חשבון דזה ודאי הוי הקנאה גמורה ויכול לדון עמו על הכל אבל המהרש"ל מיירי דלא הקנה לו לחלוטין רק מה שיוציא יהי' לו בה חלק כך וכך זה שפיר דומה לפירות דקל ואין יכול לכופו לנתבע לדון עמו וא"כ אין כאן מחלוקת בין סמ"ע ומהרש"ל דהמהרש"ל מודה בזה היכא דהקנה לו לחלוטין מחצה או שליש בשטר דיכול לדון עמו והסמ"ע מודה היכא דלא הקנה לו לחלוטין רק מה שיוציא יהי' לו חלק בה דאין יכול לדון עמו ועיין בפסחים (דף ל"א) בסוגיא דהרהינו כי פליגי דזבין מלוה וכו' וקי"ל כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה דלא מהני ועיין בקצוה"ח:

סימן קכג

סעיף י"א בהג"ה (א) יכול אדם להרשות ללוה לדון עם ערב קבלן שלו. עסמ"ע (ס"ק יז) דהה"ד ערב דעלמא כשאין ללוה ג"כ יוכל ליתן הרשאה לדון עם הערב וכן כתב הש"ך (סקכ"ד) ולפע"ד יש לעיין בזה דהא צריך לכתוב זיל דון זכי ואפיק לנפשך וצריך להקנות הקנאה גמורה רק דחכז"ל תקנו דאפילו בדברים שאינו יכול להקנות מ"מ נעשה כאלו הקנה לו כמבואר [אף דקי"ל ב"ק פרק מרובה א"ש וכן כתב הש"ך לעיל (סק"א) דקי"ל הרשאה שליח שוי' היינו דאין יכול לעכב המעות עצמו] א"כ הכא גבי ערב דעלמא לא שייך לומר דנעשה כאלו קנה קנין גמור דנעשה כאלו הוא שלו דהא אין נפרעין מהערב תחלה ולכן אם יש ללוה לשלם פקע הערב לגמרי [א"כ בנ"ד] דומה כאלו מחל ללוה וא"כ ממילא נפקע הערב א"כ אפשר דמשום הכי כתב הרמ"א דוקא ערב קבלן דאפילו יש ללוה יכול לפרע תחלה מן הערב ולכך יכול להרשות לדון בכל ענין, וצריך עיון ועיין (סעיף י"ג) בסמ"ע וש"ך:

סימן קכה

סעי' ד' (א) ויש מי שאומר שאם בא השליח להחזיק בהם בשביל חוב שיש לו ביד המלוה אינו יכול עסמ"ע סקכ"א דהטעם הוא כמאן דאמר ליה זכי ע"מ שתתנו לידו ולכאורה צע"י אף אם הוי כתנאי מפורש ליתן המעות ליד המלוה או להמפקיד מ"מ יש לשליח מיגו דפרעתיך ונאמן ג"כ לומר חוב יש לי בידך אף שהי' כמו תנאי מ"מ לא אבד מיגו שלו כמבואר (בסימן ע"ב סעיף י"ז בהג"ה) בדברים שעושין בהם אוכל נפש דצריך להחזיר מ"מ כיון שהי' יכול לכפור שאין עליו עדים נאמן עד כדי דמיו במיגו וא"כ ה"נ אף דצריך לקיים תנאי להחזיר למלוה מ"מ יש לו מיגו דפרעתיך והי' נאמן אף עתה ג"כ יהא נאמן חוב לי בידך ועדיין מעותיך בידי אף דצריך לקיים תנאי וליתן למפקיד או למלוה מ"מ תיכף ומיד אחר נתינה יכול לגבות חובו וצ"ע ואפשר באמת מיד אחר נתינה גובה חובו ממלוה אך מלשון המחבר לא משמע כן דהו"ל למנקט כמו שנקט (בסעיף הקודם) והשליח חוזר וגובה ע"ש הכי נמי הל"ל כן וצ"ע:

סעיף ה' (ב) במד"א דהולך הוי כזכי במלוה או פקדון אבל במתנה לא הוי כזכי אפילו עשאו שליח לקבל ואמר לו הנותן הולך לו לא הוי כזכי. עסמ"ע (סקכ"ג) דכתב כיון דנותן אמר הולך ביטל שליחותו דמקבל דא"ל לזכותו, ולפע"ד צ"ע דהא מבואר בירושלמי מסכת גטין בפרק התקבל גבי ממון אי אפשר למקבל לעשות שליח רק בגט דתורה זכתה לה לעשות שליח משום דכתיב ושלחה לפ"ז אפילו אמר הנותן הרי לפניך ג"כ לא

מהני וכן כתב הנמוקי יוסף פ"ק דב"מ דבעינן שליח של בעל הממון ע"ש [וכ"כ תוס' ב"מ דף ע"א ד"ה בשלמא] ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצלל"ה (בסימן קפ"ב) ע"ש לפ"ז אין צריך לומר טעם ביטל השליחות תיפוק ליה דשליחות של מקבל לא מהני וצ"ע ובחדושי לגטין (דף י"ד) תרצתי קושיית רמב"ן בזה:

סימן קכו

סעי' ט' (א) אמר ראובן לשמעון במעמד שלשתן מנה שיש לי בידך תנהו ללוי ושמעון דוחה את לוי ולכן רוצה לוי לחזור ולתבוע מראובן אינו יכול ויש אומרים שיכול לחזור בו כ"ז שלא פטר את ראובן בפירוש וכו' עש"ך (סקל"ז) דלהיש אומרים יכול לחזור על ראובן אם הנפקד או לוה לא משלם לו כפשוטו דיש לממחה עדיין חוב עליה יותר מערב ע"ש וכן כתב לקמן (סקנ"ח) ע"ש ולפע"ד יש להביא ראיה מהר"ן גטין (דף י"ד) בסוגיא דהנהו גינאי דכתב דאם מרא דארעא מודה שטעה בחשבונו ולא פש גבי ולא מידי חוזר על גינאי וגינאי חוזר על אידך גינאי וצריך גינאי לשבע להכחיש העד דהיינו מרא דארעא ע"ש והובא בש"ך (סקס"ח) ע"ש א"כ מבואר היכא דהנפקד או הלוה לא משלם כפשוטו דיכול לחזור על הממחה דאל"כ אמאי הוי מרא דארעא עד דלוה או נפקד אינו חייב הא הוי נוגע בעדות דמשום הכי אמר שטעה בחשבונו דזה נוח לו לגבות ושני קשה ממנו דזה הוי נגיעה גמורה כמבואר בסוגי' דפו"ט ובכמה מקומות אלא, ודאי לשיטת הרא"ש ושאר פוסקים דסוברים דיכול לחזור על הממחה אם הנפקד או לוה לא שילם הוי לממחה עדיין חיוב עליו יותר מערב ושפיר הוי מרא דארעא עד דהא אינו נוגע דיכול לחזור על לוה שלו ואינו מוכרח לומר שטעה ושפיר הוי עד:

סעי' י"ח (ב) ראובן השכיר חפץ לשמעון בסך ידוע ליום וכו' אבל אם מודה כוי שעל שכר החפץ הבטיחו לתת לו ולא היה חייב לראובן אלא שכר אותו חפץ אינו חייב ללוי כלום אפי' דמי השכר שנשתמש באותו חפץ עד אותו היום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף דהיינו כשמחזיר לו החפץ, עש"ך (ס"ק ע"ו) דתמה דמה בכך דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מ"מ חייב לו הלואה מהשתא דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף כמבואר בריטב"א ע"ש, ולפע"ד נראה דיש לומר דנהי דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף מכל מקום אינו חוב ברור דיוכל להיות שנגנב החפץ או נאבד ואם יגנב או יאבד חייב השוכר בדמי החפץ ממילא יפטור מדמי שכירות כמבואר בש"ך לקמן (סימן ש"ט) בשם ראשונים ע"ש וכיון דאינו חוב ברור לא תקנו מעמד שלשתן כמבואר בפוסקים והביאם הש"ך (סק"א) ע"ש ולפ"ז הכא ג"כ אינו חוב ברור דלמא יגנב או יאבד החפץ ושוכר

כשומר שכר ויתחייב בדמי החפץ ויפטור מדמי השכירות ע"כ פסק שפיר המחבר דלא תקנו בזה מעמד שלשתן ועיין בקצות החושן דתירץ דאף דקי"ל דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף מ"מ כ"ז שלא החזיר לו החפץ לא הוי חוב כנראה מרש"י קדושין (דף מ"ח סוף ע"א) ומתוס' בבא קמא וכן כתב הבית שמואל (סימן כ"ח) עיין שם ולפע"ד נראה דלא דמי להתם דהתם בב"ק ובקדושין איירי באומן ושפיר יש סברא לומר דלית לך גבאי מידי אדרבא חפצי גבך משום הכי אף דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף היינו דוקא משעת חזרת חפץ נעשית מלוה למפרע אבל לא קודם] החזרה אבל הכא גבי שוכר דיש למשכיר חפץ גבי שוכר שהשכיר לו שפיר חייב בשכירות אפילו קודם שהחזיר לו חפץ דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וא"כ אמאי לא מהני ביה מעמד שלשתן ע"כ נראה כמו שכתבתי משום דאינו חוב ברור דדלמא נגנב או נאבד ויתחייב בדמי חפץ ויפטר מדמי שכירות ובחוב שאינו ברור לא תקנו מעמד שלשתן כנ"ל ועיין תומים שתירץ באופן אחר וקצת נוטה לדרך זה:

סעי' כ' (ג) מעמ"ש ע"י שליח כגון ששלח הנותן שלוחו לנפקד ליתנו למקבל לא מהני הוא מהרא"ש בסוגיין בגטין והוכיח כן מעובדא דאיסר גיורא ע"ש, ויש לספק כשמקנה במעמ"ש בתנאי ולא נתקיים התנאי האם אמרינן דתנאי בטל ומעשה קיים כיון דמעמ"ש לא, מהני ע"י שליח הוי כמו בחליצה דלא מהני תנאי משום דמעשה אי אפשר להתקיים ע"ש או דלמא הואיל דמעמ"ש הוי הלכתא בלא טעמא מהני תנאי ובמק"א הארכתי בזה:

סעי' כ"ב (ד) יש מי שאומר שאין חילוק בין ישראל לכותי במעמ"ש וכו' וכן כותי שאמר לישראל מנה לי בידך תנהו לישראל פלוני במעמ"ש ואמר הנפקד או הלוה כן אעשה קנה. עסמ"ע וש"ך וט"ז שדקדקו דלמה נקט המחבר ואמר כן אעשה דלמה צריך לומר כן ע"ש ולפע"ד נראה פשוט דלכך נקט המחבר ואמר כן אעשה דהא מעמ"ש גופיה יש מחלוקת בין הפוסקים אם קונה בעל כרחו או לא אף דמחבר הכריע דמעמ"ש ישנו בע"כ היינו דוק' במלו' ישראל דליכא פסידא ללוה דמה נפ"מ אם פורע לזה או לזה אבל במלוה כותי דאיכא פסידא ללוה דהא הפקעת הלואה מותר בכותי וא"כ מצי הלוה או הנפקד לטעון למקבל אתה גרמת לי הפסד וע' בתוס' בבא קמא (דף קי"ג ד"ה ולא אמרן) דזה נקרא הפסד ועיין לקמן (סימן שפ"ח בהג"ה סעיף י"ב) ע"ש ולפ"ז שפיר דברי המחבר היכא דכותי הוא המלוה או המפקיד (דהא גם בהפקעת פקדון הדין כן כמ"ש התומים סי' ע"ב סקנ"ז) ומקנה לישראל אחר במעמ"ש צריך הנפקד או הלום לומר כן אעשה דאל"כ יכול הלוה לומר למקבל אתה גרמת לי הפסד דכ"ז שבע"ח שלו הוא כותי

באפשרות שמפקיע הלואתו דהיה בימים הקדמונים דמותר על כן צריך לומר כן אעשה ונתרצה ועיין בתומים:

[בהג"ה] (ה) ואפילו נטל את שלו והציל הפקדון נוטל מן הפקדון כל מה שהוציא עליו עש"ך (סקק"ג) דאפשר דאפילו נתן ישראל שלו והציל הפקדון גם כן נוטל כל מה שהוציא דאם לא היה עושה כן היה נוטל כותי הפקדון ע"ש ולפע"ד נראה בפשיטות דחייב המפקיד לשלם כל מה שהוציא דדומה לשומר שקידם ברועים ומקלות דחו זר ונוטל מבעה"ב כמבואר בב"מ (דף צ"ג) ע"ש ואפילו שומר חנם דקודם נמי חוזר ונוטל מבעה"ב כמבואר בתוס' בבא קמא (דף נ"ח) ותוס' ב"מ (דף ל"א) ע"ש וכן מבואר בש"ע (סימן ש"ג) ע"ש ולפ"ז מה לי שהוציא ממון על רועים כדי להציל ומה לי הכא שהוציא ממון כדי שלא יגזול הפקדון ודאי צריך מפקיד להחזיר לו דהא אי לא נתן זה הממון שלו בודאי הי' נוטל הפקדון דהא הש"ך עצמו כתב (בס"ק ק"ב) דהכא איירי באופן דנכרי יכול ליטול הפקדון לפיכך נראה בפשיטות דצריך המפקיד להחזיר לו כל הוצאות וכן מה שכתב הש"ך (בס"ק ק"ד) דאפשר דאם כבר החזיר הפקדון למפקיד דאין צריך לשלם לו מה שהוציא כדין כל ספיקא דממונא לפי שהר"מ מפונטיי"ז חולק אבל לפי מה שכתבתי נראה בפשיטות דודאי צריך להחזיר לו דומיא דשומר שקידם ברועים ומקלות והחזיר הבהמה אעפ"כ צריך לשלם לו מה שהוציא והכי נמי כן דכבר החזיר הפקדון צריך לשלם לשומר הוצאותיו:

סימן קכז

סעי' א' (א) האיש שלוה מאשתו ואח"כ גרשה וכו' אין להם עליו כלום עסמ"ע (סק"א) דלשיטת המחבר דסובר דגבי לוה אפילו מעות שאינם טמונים [פטור אזי] גם כשבעל לא טען ברי אפ"ה אין לו עליו כלום, ויש לעיין אם הפקידה בידו י"ל דמודים הרמב"ם והמחבר דדינו כמו מקח דבשלמא גבי הלואה שייך לומר דלא ניחא לים לשוי' עבד לוה לאיש מלוה משום הכי אפילו במעות שאינם טמונים אין לה על הבעל כלום דיש לומר דודאי קים ליה בנפשיה שהמעות הללו שלו הן דלא עביד אינש [עבד] לאשתו אבל גבי פקדון לא שייך זה דינו כמו מקח אך לפי מה שהביא הבית יוסף בשם הרשב"א [דהטעם] דחוששים דשמא של הבעל היא המעות דאל"כ היה לה לוקח בהם קרקע יש לומר גבי פקדון נמי שייך טעם זה וצ"ע ואם תקשה לך למה נקט הברייתא וגם הפוסקים לוה מן האשה הל"ל הפקידה ביד הבעל אפשר לומר דלרבותא נקטיה דגבי פקדון יש

לומר דודאי חיישינן שמא של בעל הוא דהא בעל יהיה פטור אפילו מפשיעה דהא אשה עמו ובעליו עמו קרינא ביה ולכך נקט רבותא יותר אפילו במלוה חיישינן וצ"ע:

סימן קכח

סעי' א' בהג"ה (א) וי"א דוקא כשפורע ע לישראל אבל פורע לכותי חייב לכו"ע. ע' סמ"ע (סק"ד) דהטעם דכותי אינו מתרצה כ"א ברצי כסף ועי' ש"ך ס"ק ו' דחולק על הרמ"א והביא ראיה מהרשב"א בתשובה שהביא הב"י (בסי' זה) בנאמני הקהל שלוו מהכותי אלף דנרים דכתב הרשב"א דאין זה כפורע חיב שלא מדעתו משום דכל הקהל שותפים הם אבל בלאו"ה פטור מוכח דאפי' פרע בשבילו לכותי נמי פטור ע"ש ולפע"ד נראה דאין ראיה מהרשב"א דהא הרשב"א איירי שהכותי תפס הבהמות מאחד מהם ומוכרחים לשלם לו ועל זה כתב הרשב"א דכל הקהל שותפים הם אבל בלאו הכי ודאי פטור דהא כלל גדול הוא אין לך אדם נתפס על חברו וחברו יהא חייב ליתן לו וא"כ עיקר כוונת הרשב"א דאע"ג דסברא היה לומר דהקהל פטורים דבכה"ג פורע חוב ודאי פטור כמבואר בסמוך (סעיף ב') אפילו הכי חייבים דהוי כמו שותפים אבל היכא דפרע מעצמו לכותי י"ל כשטת הרמ"א דחייב לשלם לכולי עלמא: (ב) יש מי שאומר שכל זה שלא היה לו משל חברו בידו אבל אם היה בידו משל חברו ופרע חובו מה שעשה עשוי עסמ"ע (סק"ה) וש"ך (סק"ח) ועיין בית יוסף (מחודש ב') דכתב גם כן אף להרי"ף בתשוב' דס"ל דמי שפרנ' יתו' בתוך ביתו וכשהגדיל היתום תבע מה שהוציא עליו דהיתום פטור כיון שלא אמר בתורת הלואה נתן וכתב הב"י דזה דוקא היכא שאינו בידו משל היתום אבל היכא דיש בידו משל היתום לא אמרינן למתנה וגמילות חסד נתן אע"ג דלא אמר לשם חיב נתן ע"ש ולכאורה צ"ע (מאי ראיה הביא רשב"א הא) [בדברי] הר"ן בכתובות הביא (אותה) ראיה בפרק שני דייני גזרות דהמפרנס את חברו בסתם לא אמרינן לשם מתנה אלא בתורת הלואה מירושלמי פרק איזהו נשך היכא דדר מלוה בביתו של לוה בסתם צריך ליתן לו שכירות שמעינן דבסתם לא למתנה, נתכוין ע"ש ולפי הנ"ל אין ראיה משם דבשלמא הכא אית ליה למלוה מעות גבי לוה משום הכי אע"ג דלא אמר לשום שכירות מ"מ כיון דמעות מלוה בידו משום הכי, חין צריך הלוה לפרש לשם שכירות אבל באמת היכא דלית ליה מעות חברו בידו לעולם נוכל לומר דבסתם לשם מתנה מכוין וצריך לפרש דלשם חוב נתן וצ"ע:

הלכות ערב:

סימן קכט

סעיף א' (א) המלוה את חברו ואחר שהלוהו אמר לו אחר אני ערב או שתבע את הלוה בדין ואמר לו אחר הנח ואני ערב וכו'. עסמ"ע (סק"ב) דאמר לו הנח לו עתה ואם לא יתן לך לאחר זמן אני אתננו לך אבל אם פטרו לגמרי מבואר לקמן דהוי כערב בשעת מתן מעות וכן כתב הש"ך (סק"א) ע"ש שהביא ראיה מתשובת הרשב"א ע"ש ולפע"ד צ"ע ודאי אם אמר הנח לו ואני אתן לך שפיר דפטור לגמרי והוא נעשה בע"ת למלוה כמו ערב בשעת מתן מעות ונשתעבד אבל הכא דאמר הנח ואני ערב מוכח להדיא שאין כוונתו שיפטר לגמרי דאם הי' כוונתו שיפטר לגמרי לא שייך לומר לשון ערב כי הוא לבדו נעשה בע"ח וראי' לזה דהא אפי' בנשא ונתן ביד סובר הרמ"ה היכא דקאמר בלשון ערבות להשתעבד ללוה נמי מתכוין כמבואר בטור (סעיף כ"ב) אף דהרי"ף חולק על הרמ"ה אבל הכא מודה ועיין (סעיף י"ט) וכן נראה לקמן (סעיף כ') היכא דאמר אני ערב דלא לפטור את הלוה נתכוין ע"ש ועיין מס' ב"ב (דף קע"ד) דלשון ערבות אפילו לר"י לא הוי אלא ערב בלבד ע"ש:

סעי' ה' בהג"ה (ב) מי שנתן מתנה לחבירו ואמר ליתנה לו לאחר זמן והעמיד לו ערב י"א דהוי כערב בשעת מתן מעות ויש חולקין. עש"ך (ס"ק ט"ו) דהרי"ו (נתיב ט"ו ח"א) דייק לי' מתוס' גיטין פרק הניזקין (דף נון) דערב דכתובה לאחר נשואין משתעבד, ועיין תוס' ב"ב (דף קע"ד ד"ה בר מערב דכתובה) דהקשה אמאי לא פריך הגמ' ממתניתין וכן הי' רשב"ג אומר הערב לאשה בכתובתה והי' בעלה מגרשה ידירנה הנאה תיפוק לי' דערב דכתובה לא משתעבד אלא ודאי ערב דכתובה משתעבד ע"ש ובספר תורת חיים תי' על קושיית תוס' דממתניתין לא מצי למפרך די"ל דאיירי לאחר נשואין השתעבד כמבואר בתוס' גיטין פרק הניזקין הנ"ל, ולפע"ד נראה דאי אפשר לומר כתירוצו דמתניתין איירי דהשתעבד לאחר נשואין דאם כן קשה אמאי קאמר רשב"ג ידירנה הנאה שמא עשו קנוניא על הערב דהא במסכת ערכין (דף כ"ג) קאמר הגמרא דמש"ה גבי כתובה ידירנה הנאה כיון דמצוה עביד ע"ש וא"כ אי איירי דהשתעבד לאחר נשואין אמאי צריך לדור הנאה דהא לא עביד מצוה אלא ע"כ מתניתין איירי קודם נשואין ושפיר הקשה תוס' דהוי מצי למפרך ממתניתין:

סעי' ט"ו בהג"ה (ג) ואין הלוה נאמן פרעתי לו דה"ל לקבלן להתנות. עש"ך (ס"ק ל"ב) דהביא בשם הרב המגיד ובעה"ת דחולקים על זה ע"ש, ולפע"ד יש להליץ בעד הרמ"א דטעם של רמ"א הוא דבשלמא ערב פטור אי טעין הלוה פרעתי דהא ערב לא התחייב את עצמו רק בתנאי שאם לא יוכל להוציא מיד לוה יפרע הוא ואם כן שפיר היכא דלוה

טוען פרעתי אף דערב אינו יודע אם האמת אתו מכל מקים ספק הוא אם נתקיים התנאי דאינו יכול להוציא מיד לוה או לא והוי כאומר א"י אם הלויתיני דפטור כיון דספק הוא אם נתקיים התנאי דאינו יכול להוציא ומחויב ערב או לא נתקיים התנאי ואינו מחויב כמבואר בשיטה מקובצת ב"מ בשם הרמב"ן וריטב"א בסוגיא דשאלה ושכירות ע"ש [וכן ס"ל להר"ן קידושין דף ס"א ע"ש וטעמו מבואר באחרונים דס"ל דטעמא דא"י א"פ הוא משום חזקת חיוב ובו"ש ולא משום דאין ספק מוציא מידי ודאי ולכן בתנאי דמספקינן בעיקר החיוב פטור ועז"ר ח"ב ס"ס פ"א] אבל גבי קבלן כיון דנתחייב בלי תנאי דהא יוכל מלוה לגבות מקבלן אף שיש ללוה נכסים מש"ה שפיר סובר הרמ"א אף דלוה טוען פרעתי מ"מ הקבלן חייב דהא גבי קבלן אם הלוה טוען פרעתי הוי כאומר איני יודע אם פרעתיך דחייב:

סימן קל

סעיף א' (א) ערב או קבלן שפרעו למלוה בפני עדים אם פרעו קודם שנודע אם פרעו הלוה וטוען הלוה שכבר פרעו אינו חייב לערב כלום וכו', עסמ"ע (סק"ב) דבמלוה ע"פ איירי אבל במלוה בשטר והשטר הוא ביד מלוה חייב הלוה לשלם לערב ועש"ך (סק"א) בשם הב"ח דהה"ד במלוה בשטר אם הלוה יכול לברר שיש עליו תברא עכ"ל ועט"ז דמסכים לדברי הסמ"ע דדוקא במלוה ע"פ איירי ולפע"ד יש להביא ראיה לדברי הב"ח מדברי הרשב"א בתולדות אדם והביאו א"א זקני הגאון זצלל"ה בספר דברי משפט (סימן נון) דהקשה הרשב"א אמאי לא חיישינן לפסידא דלוה דלמא זבין מלוה שטר חוב ויגבה מלוה ע"י שובר ואח"כ מפיק הלוקח השטר דקנה קודם דפרע לוה למלוה, ותירץ הרשב"א אם פרע לוה למלוה לא מצי לוקח לגבות מלוה דמצי לוקח לומר למלוה לא ידעתי דקנית השטר חוב שלי ממלוה ואת הוא דאפסיד אנפשך דלא אמרית לי דקנית השטר ולא הייתי פרעתי למלוה והוי כפרע לוה למלוה ברשות לוקח עי"ש, וה"נ הוי ליה להערב להודיע ללוה שהמלוה רוצה להפרע ממנו ואז אם הי' מודיע ללוה הי' מראה לוה תברא דכבר פרע לו וא"כ אפסיד ערב אנפשי' במה שלא הודיע ללוה אך אפשר יש לחלק דהרשב"א לא איירי אלא בלוקח שטר חוב דלוקח צריך להודיע ללוה דלא שייך לומר אדרבה יודיע לוה ללוקח דלא ידע מי לקח שטר חוב זה אפשר אחד ממרחקים לקח אותו לכך הפסיד הלוקח אבל הכא נוכל לומר אדרבה כשלוה פרע למלוה הי' צריך להודיע לערב ששילם למלוה שיפטר הערב מערבות שלו, הילכך כיון דיש סברא

להשוות דברי הב"ח לדברי רשב"א ויש סברא לחלק ביניהם כנ"ל עכ"פ יוכל הלוה לומר קים לי כדברי הב"ח בדאית ליה תברא:

סימן קלא

סעיף ז' (א) שמעון יצא ערב לכותי בשביל ראובן והלך לו ראובן והוצרך שמעון לפרוע בשבילו לנכרי וכו' הדין עם שמעון וחייב ראובן לשלם כל מה שיברר שנתן לכותי וכו'. עסמ"ע (ס"ק י"ד) דהקשה הא לעיל (סימן צ"ג סעיף ט"ו) פסקינן דאין חייב לשלם לערב עד שיברר שהלוה לא פרע ע"ש תירוצו וד"ק תמוהין כמו שתמה עליו הט"ז ע"ש, ולפע"ד נראה לתרץ לעיל (בסימן צ"ג) משמע דלוי לא נתן שטר חוב לכותי על המעות דאי איירי ביש לנכרי שטר חוב על המעות מלוי ממנ"פ אם עודנה השטר חוב ביד כותי ודאי עוד לא נפרע מלוי ואם השטר חוב אינו עוד ביד נכרי אין הנכרי יכול לגבות מראובן דודאי לוי פרע לו כיון דשטר אינו עוד בידו וראובן איהו דאפסיד אנפשי' דלא אמר לנכרי שיקח שטר מלוי מש"ה אין ראובן יכול לגבות משותפו עד שיברר בעדים שלוי לא פרע אבל הכא איירי דשטר חוב הוא ביד כותי מראובן רק ראובן טוען שיש לו שובר מכותי הלכך הדין עם שמעון כיון דלא הודעת לי שיש לך שובר והנחת השטר חוב ביד כותי את הוא דאפסיד א אנפשך וחייב ראובן לשלם כ"מ ששמעון יברר שנתן לכותי בשבילו די:

סימן קלב

סעיף ב' (א) אשה פנוי' שערבה לאחרים ונשאת דינה כלוותה ונשאת שאם ערבה בע"פ וכו'. עש"ך (ס"ק ב') דכתב דכל זה כשהמטלטלין אינו בעין אבל אם הם בעין גובה מהם אפילו במלוה על פה דלא גרע מלותה דאם המעות בעין גובה מהם וכו' ע"ש, ובאמת היכא דהמעות בעין מבואר ברמב"ם דגובה מהם וכן פסק הרמ"א באבן העזר (סימן צ"א) אבל מה שכתב הש"ך דהיכא דמטלטלין בעין גובה מהם דבר זה תימא מאוד ועיין בתומים (בס"ק א') דתמה דלא מבעיא גבי ערבה לא שייך זה דמטלטלין בעין דהא לא קבלה כלום ממלוה אלא אפילו בלותה נמי דוקא היכי דהני מעות שלותה הם בעין אבל מעות אחר לא מכש"כ מטלטלין דאותם מטלטלין לא קבלה ע"ש ונכון אתו, ולפע"ד אפשר לומר דכוונת הש"ך מה שכתב היכא דמטלטלין בעין גובה מהם היינו היכא דאחד מכר לה מטלטלין וזקף עניה המעות במלוה אפ"ה אם המטלטלין שמכר לה הם בעין גובה מהם דנא גרע ממלוה דקי"ל דמלוה לאו ברשות בעלים לחזרה אפ"ה פסקינן דאם היא בעין גובה [וכדינא דהרמב"ם והרמ"א הנ"ל] ה"נ כן וזה נראה נכון לדינא:

סעיף ה' (ב) אחד שערב בשביל שנים כשיפרע המלוה יודיע בשביל איזה מהם הוא פורע כדי שיחזור עליו. עסמ"ע (סק"ז) דפירש דמלוה צריך לפרש בשביל איזה חוב קבל ועש"ך (סק"ו) דפירש דמלוה אינו חושש בשביל מי יפרע רק דערב יודיע בשביל מי פורע ובזה סגי ע"ש ולכאורה יש לעיין כיון דלמלוה אין חילוק בשביל מי יפרע הלא יאמר הלוה מי שתובעין אותו מה לך לפרוע בשבילי דהא מבואר לעיל סימן ק"נ סעיף ב' היכא דאמר ליה להכנס ערב ולא הרשהו לשלם וכו' משעמד הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים ופרע הערב בשבילו חיב הלוה לשלם לו ועסמ"ע (סק"ט) דפירש דאין צריך להמתין עד שירד המלוה עמו נדין דודאי יחזור עניו אבל הכא דמלוה אמר יש לו ברירה לפרוע על איזה חוב שירצה יכול הלוה לומר לו מה לך לפרוע בשבילי והרי הוא כפורע חוב של חבירו שלא מדעתו דקי"ל דפטור הלוה וה"נ לשיטת המחבר לעיל (בסי' ק"ל סעיף ב') ע"ש אבל להם להסמ"ע ניחא דפי' דצריך המלוה לפרש לערב בשביל איזה חוב קבל הפרעון א"כ פירש המלוה דבשביל אותו חוב של לוה זה קיבל ולכך שפיר גובה מלוה וצ"ע: סעי' ו' (ג) שנים שנכנסו ערבים ופטר המלוה את אחד מהם יש אומרים שיכול המלוה לתבוע כל חובו מהערב השני ועיין בסימן ע"ז. עש"ך שם (ס"ק כ') דאם מחל לערב שאין לו לשלם לכולי עלמא גובה מערב השני כל החוב ועיין מה שכתבתי שם דדין זה צע"י דהא על פלגא שנייי' נא הוי אלא ערב בעד ערב וכיון דמחל לערב אחד אין יכול לגבות מערב הב' כמו במחל ללוה אף שהוא עני אין יכול לגבות מערב ה"נ כן: תם ונשלם חלק ראשון, בעזר השם יתברך ויתעלה, אקרא לאלקים ויושיעני ואתחיל חלק שני. הלכות חזקת מטלטלין:

סימן קלג

סעיף ב' (א) אפילו אם מסר המערער החפץ למחזיק החפץ בעדים אם אין עדים שהיא עתה בידו נאמן בשבועת היסת לומר החזרתיו לך וכן נאמן לומר לקוח היא בידי במגו דהחזרתיו לך עסמ"ע (סק"ה) וש"ך (סק"א) דהביאו דברי רמ"א (בסימן ע"ב סעיף י"ח) דאם היה טוען בפני עדים לקחתיהו ממנו וראוהו אותו בידו במקום שאין נאמן לומר לקוח אע"פ שאחר זמן רב כשתבעו בדין עכשיו לא ראוהו בידו מ"מ אינו נאמן לומר לקוח במגו החזרתיהו כיון דלפי טענתו מקודם אינו עומד להחזיר עיין שם ולכאורה קשה לפי מה שמבואר בסמ"ע (סימן ע"ב סקס"ב) ובאורים (סקפ"ז) בשם תשובת הרשב"א דאף בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר היכא דאין החפץ בעין בידו אין להוציא ממון מנפקד דלא מהני רק להיות החפץ ברשותו אבל מ"מ אין יכול להוציא

המעות מיד ראובן א"כ אמאי פסק מור"ם שם דאינו נאמן אף שעכשיו לא ראו בידו דהא אף שמודה שחפץ בידו מ"מ הו"ל למימר דנאמן לקוח במגו דאינו בידו ובאין עתה בידו הא סובר הרשב"א דאין להוציא ממון ע"כ נראה מדברי רמ"א דבדברים העשוין להשאיל ולהשכיר במקום דאין נאמן לקוח אפילו החפץ עצמו אינו בעין צריך לשלם דלא כאורים וצ"ע וע' מ"ש לעיל (סימן ע"ב סק"ד):

סעי' ג' (ב) אם ראו עדים החפץ ביד המחזיק קודם שתבעו המערער לדין אפילו אמר בפניהם קודם שהראהו דעו כי הוא ממושכן לי בכדי דמיו קרינן ביה שפיר עדים וראה. (עסמ"ע סק"ח) דפסק דהיכא דטען טענה שאין נאמן מצד עצמו דהיינו בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דאינו נאמן רק מכח מיגו דלא הראהו לא אמרינן בכה"ג הפה שאסר וכו' כיון דהוא. עצמו הודה חוץ לב"ד מקבלין דבריו שאמר לחובתו ולא מה שהוא אמר שהיא משכן בידו ע"ש, ועש"ך (סק"ה) דחולק עליו וסובר דאפילו טען טענה שאינו נאמן רק מכח מגו מהני רק היכא דנאמן מכח מגו מ"מ צריך לשבע בנקיטת חפץ וכיון שראוהו בידו לא יוכל לשבע שהחזירו ע"ש ולפע"ד נראה ראיה לשטת הסמ"ע דחוץ לב"ד לא מהני טענה שאינו נאמן רק מכח מגו דהא במסכת ב"מ (דף ק"י) האי משכנתא דסורא וכו' ועתו' ד"ה אמר ליה דפירש דקושיית הגמ' דמחאה נראה דלא מהני רק כשאומר פלניא אכיל ארעאי בגזלנותא אבל היכא דאמר פלניא אכיל ארעאי במשכנתא זה לא הוי מחאה ועל זה תירץ הגמרא דשפיר הוי מחאה אפילו מוחה פלניא אכיל ארעאי במשכנתא ולכאורה קשה אמאי לא נאמן לומר לפירות הורדתיך במיגו דאמר בגזלנותא אכיל ארעאי וזה לא הוי מגו להוציא כיון דהיא תוך ג' שנים כמו שכתב תוס' בעצמו אבל לפי שטת הסמ"ע דסובר חוץ לב"ד לא מהני טענה שאין נאמן רק מכח מגו דחוץ לב"ד מקבלין דבריו לחובתו ניחא וצריך עיון:

סעי' ה' (ג) במה דברים אמורים וכו' אבל דברים העשוין להשאיל ולהשכיר ויש למערער עדים שהיה שלו וראו אותו עתה בידו וכו' אינו נאמן לומר לקוח נראה לי דאם יש עדים שמסר לו סתם [אפילו ליכא עדי ראה] ג"כ אינו נאמן לומר לקוח דדוקא בדברים שאין עשוין להשאיל ולהשכיר אפילו עדים מעידים שנתנו לו סתם נאמן לומר לקוח דהתם אמרינן כיון שהעדים לא ידעו לענין מה מסר כיון דלא פירש הוי כמו דליכא עדים כלל ונאמן לומר לקוח אבל בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דאפילו ליכא עדים כלל רק שראו בידו אינו נאמן לומר לקוח הה"ד אם עדים מעידים שנתנו לו סתם נמי אין נאמן לומר לקוח ועיין בטור (סימן קל"ד סעיף ב') ועיין בתוס' בבא בתרא בסוגיא דאומן (דף מ"ה ד"ה אבל מסר לו):

סימן קלד

סעי' ד' (א) אם הטלית יוצא מתחת ידי אחר ואומר בפני אמרת לאומן למוכרה לי ולקחתיו ממנו נאמן במגו וכו' אבל כשטוען שהאומן מכרו לי שאמר אתה מכרתו לו אינו נאמן לכאורה קשה טובא דהא מבואר לעיל (סימן קל"ג סעיף ז') דאפילו גבי דברים העשוים להשאיל ולהשכיר וטען שלקחתי מפלוני והלה טוען שנגנבו ממני אין מוציאין אותו מידו (והרמ"א חולק) ועבב"י וכן הביא הש"ך (סקי"ג) דאפילו אומר השאלתיו לפלוני נמי אין מוציאין אותו דזה נמי הוי בכלל אחזוקי אינשי בגנבא לא מחזקינן וא"כ הכא אמאי אם לא טען לוקח בפני אמר למוכרו מוציאין אותו מידו ועיין בדרישה וט"ז ושאר אחרונים ע"ש ולפע"ד כדי שלא יהיו דברי המחבר תמוהין כל כך י"ל דהא מבואר במסכת בבא בתרא (דף מ"ו) תנו רבנן נתחלפו לו כלים בכלים מבית האומן וכו' ומסיק הגמרא טעמא וכי אין אדם עשוי לומר לאומן מכור לי טליתי וטעה אומן ומכר טליתו של זה בטעות ע"ש ולקמן סימן קל"ו נמי משמע כן ע"ש ולפ"ז יש לומר דהא מצינן דלפעמים נוכל לומר דאומן טעה וסובר שנתן לו רשות למכור טלית וטעה ונתן טלית אחר וממילא יש לומר דהכא היכא דבא בעל הבית ותובע חפצו אף דהוא מכר לאחר יש לומר דלא מחזקינן בגנב דדלמ' נתן בעל הבית אחר רשות למכור טליתו וטעה כמו שמבואר בסוגיא הנ"ל וכי אין אדם עשוי לומר לאומן מכיר לי טליתי והיה בטעות מכירה משום הכי אם לא אמר בפני אמרת לי למוכרה מוציאין אותו מידו:

סימן קלה

סעי' ב' (א) עבד כנעני גדול דינו כבהמה ואין לו חזקה עד אחר שלשה שנים מאחר שהוא מהלך. לכאורה צ"ע למה צריך לטעם זה כיון שהוא מהלך תיפוק ליה דהא עבד כנעני נקנה בכסף ושטר וחזקה כמבואר לקמן (סי' קצ"ו) ע"ש וא"כ תוך ג' שנים משום הכי אינו נאמן דיכול לומר אחוי שטרא וכן בעבד קטן אמאי קנה לאלתר אמאי לא אמרינן ליה אחוי שטרא ונראה אף דעבד הוקש לקרקע מ"מ יש לומר דאין דרך לעשות שטר על קנין עבד משום הכי אין יכול לומר לו אחוי שטרא דהא מצינו שטרא לפרי לא עבדי אנשי ב"ב (דף ל"ג) ועיין לקמן (סימן קצ"ה סעיף ט') ע"ש ה"נ על קנין עבד אין עושין שטר משום הכי שפיר צריך לטעם כיון שהוא מהלך ועבד קטן שאין יכול להלוך לאלתר הוי חזקה ואפשר לומר דעבד גדול כיון דהוא מהלך ואין לו חזקה ממילא שכיח לעשות שטר ועיין מסכת גטין (דף פ"ו) ועיין פני יהושע גטין דף כ') ע"ש ואולי יש לומר דמשום הכי נקט טעם דמהלך ונוכל לומר דממילא נכנס לרשותו דאם טען לתשמיש לזמן קניתי

נמי אין נאמן דיוכל לכנוס מעצמו לרשותו אף דקי"ל דאם אמר לפירות ירדתי נאמן מסכת בבא בתרא (דף ל"ג) ולקמן (סימן קל"ז) התם כיון דירד לתוך שדה חברו אמרינן לא חציף אינש וכו' אבל עבד דיוכל לכנס יש לומר דאם אמר לתשמיש לזמן קניתי אינו נאמן וצריך עיון:

סימן קלז

סעי' א' (א) היורד לתוך שדה חברו ולקט פירותיו בעל השדה טוען שבגזל לקחם וזה אומר שמכרן לו נאמן בשבועת היסת עסמ"ע (סק"א) היכא דאמר תחלה אלך ואלקט ולקטן אף דעדיין מונחים בשדה של בעה"ב אפילו הכי נאמן נגד בעל הבית כיון דלקטן שייך לא חציף למימר אלך ואלקוט כשאין לו רשות ועב"ח וט"ז דחולקין עליו ובית יוסף כתב דטור סובר אפילו מונחים עדיין ברשות בעל השדה אפילו הכי כיון דלא ערער עד אחר לקיטה לוקט נאמן ולפע"ד יש להביא ראיה לדברי הסמ"ע דאפילו מונחים עדיין ברשות בעל השדה שייך לא חציף ולוקט נאמן מתוס' שבועות (דף מ"ו דיבור המתחיל עבד אינש) דהקשה אמאי צריך לטעם עבד אינש דגזים תפוק ליה בלאו הכי נמי נאמן במגו דאי בעי אמר דזבנא מניה דנאמן כמבואר בב"ב מטעם נא חציף ע"ש ואם נאמר היכא דעדיין מונחים ברשות בעל השדה אינו נאמן מאי מקשה תוס' דיהא נאמן במגו דהא בסוגיא הנ"ל איירי, דקטל ושדי וכיון דעדיין ברשות בעל השדה אינו נאמן לשטת הב"ח וט"ז אלא ודאי מוכח דתוס' סובר כיון דלקטן שייך סברא לא חציף ונאמן אפי' עדיין מונחים ברשות בעל השדה וכשטת הסמ"ע ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן צ' סק"ג):

סימן קלח

סעי' א' (א) שנים שהיו אוחזים בכלי אחד וכו' או יושבים בצד ערימה של חטים המונחים בסימטא וכו' זה אומר הכל שלי וזה אומר הכל שלי כל אחד מהם נשבע וכו' ויחלוקו בנתיבות המשפט (סק"א) תמה דהא תוס' ב"מ בסוגיא דרכוב ומנהיג כתבו דאם רכוב אינו קונה דלא הוי ג"כ מוחזק וא"כ מהכ"ת יהיו יושבין מוחזקין הא אין בישיבה קנין ותירץ דמיירי דמונח בד' אמות ע"ש ולא נראה כן מלשון הטור לקמן (סימן קל"ט) וגם מלשון המחבר לא משמע כן ולפע"ד י"ל דהא מבואר בתוס' קדושין (דף כ"ה ע"ב סד"ה בהמה גסה) בשם רבינו חיים היכא דמונח כלי בסימטא להיות שם לפי שעה הוי מקום סמטא כחצרו ע"ש וכן מבואר בנמוק"י ב"מ בסוגיא דראה את המציאה דמקום הכלי

קנוי לבעל הכלי ע"ש ולפ"ז יש לומר דהכא טוען כל אחד שחטים שלו הן שקנה וא"כ לפי טענתו הניח שם לפי שעה הרי היא כחצרו ומונחים בחצר וכיון, דיושבים בצד עירמה משתמר על ידם משום הכי נקראו מוחזקים ויחלוקו אבל גבי רכוב אף לפי טענתו השתא לא הוי מוחזק משום הכי אינו נאמן ואחר יכול לחטוף מידו ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצלל"ה וע' בב"ח לקמן (סימן קל"ט) דכתב דיושבים בצד עירמה דנקט לגלות שמונח בסימטא מכחם ע"ש:

ב ויחלוקו עסמ"ע (סק"ו) דהביא מחלוקת בין הפוסקים היכא דכל אחד טען אני ארגתיה לרש"י ורמב"ן כיון דודאי רמאי] יהא מונח ור"י והרא"ש סוברים כיון דהחלוקה יכולה להיות אמת] דגם בזה יחלוקו ודיעות האלו הובאו בטור ומדסתם המחבר משמע דסובר כר"י והרא"ש דיחלוקו ע"ש ולכאורה קשה דהא לקמן (סימן רס"ז סעיף ח') באו שנים זה נתן סימני האבדה וזה נתן סימנים יהא מונח אמאי הא נפקד תופס בחזקת שניהם כמבואר בתוס' ריש ב"מ [והרי החלוקה יכולה להיות אמת] ואמאי לא יחלוקו וכן ראיתי שהקשה בחדושי ב"מ מהגאון מאור הגולה מוה' עקיבא איגר זצלל"ה ולפע"ד יש לחלק בפשטות דהא הכא לא שייך לומר חזקה מה שביד אדם הרי הוא שלו דאדרבא דהא שניהם תופסים משום הכי אמרינן יחלוקו אבל התם ודאי אין דרך שנפל הטלית מיד שניהם דזה לא שכיח כלל בודאי מיד אחד נפל וא"כ מזה שנפל היא בחזקת ששלו הוא דהא חזקה מה שבידו בחזקת שלו לבדו היא משום הכי לא אמרינן יחלוקו וכעין סברא זו כתוב בתוס' ב"מ (דף ב' ד"ה ויחלוקו) וז"ל ובמנה אין דרך שיקנה עיין שם. וה"נ כסברא הנ"ל ובתפארת ירושלים שם מתרץ דאם ננקוט דהחלוקה אמת והם שותפין בזה א"כ שניהם רמאים דכ"א אומר דכולה שלו ולרמאי לא מהדרינן אבדה אפילו בסימן מובהק כמבואר ברמב"ם ושוב יש לחוש דלמא מאינש דעלמא נפל דהא המוצא אבדה מחויב להשתדל שינתן האבדה לבעליו מפני שהוא שומר אבדה וכמ"ש רש"י בבא מציעא (כ"ז ע"ב ד"ה היכי מהדרינן) עיין שם:

סעי' ח' בהגה (ב) ויש אומרים דאם אמר שחטפה ממנו נאמן ויחלוקו ולכן אם אמר שכרתיה לו בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים נאמן במגו שהיה אומר חטפה ממני. לכאורה קשה דהא הוי מגו להוציא ופסקינן לעיל (סימן פ"ב סעיף י"ב) דלא מהני ע"ש וכן קשה על הסמ"ע דהביא בסימן זה מגו להוציא ל"א [בשלמא על שורש הדין ב' דמקורו מרמב"ן ורשב"א ל"ק דהא הם ס"ל דאמרינן מגו א' להוציא אבל על הרמ"א וסמ"ע תקשי] ואפשר דכוונת הרמ"א היכא דחזר ותקפה ממנו דלא מהני וכן מבואר בש"ך (סקי"א) ע"ש בזה שפיר היכא דטען סתם שכרתיה אינו נאמן דאנן סהדי דלא מוגיר ליה בלא

סהדי דעד השתא חשיד ליה בגזלן אבל היכא דטעין שכרתיה בפני פלוני ופלוני נאמן במגו חטפה ממני דהשתא לא הוי מגו להוציא דהא מוחזק בה:

סימן קלט

סעי' א' (א) שנים שחלוקים בדבר ואין שים אחד מהן מוחזק בו כההיא ארבא דהיו מינצי עליה בי תרי וכל חד אמר דידי הוא כל דאלים גבר ואותו שתגבר ידו תחלה הוא שלו וכו' ואף אם תגבר ידו אין מניחין ליקח מזה שגברה ידו תחלה. זה שטת הרא"ש ועש"ך (סק"ב) דכתב דתוס' ב"מ (דף ו' ד"ה והא הכא) ושאר פוסקים סוברים דאם חזר ותקפה ממנו זוכה ולכן כתב דהתופס השני יכול לומר קים לי עיין שם ולפע"ד אפשר לומר דהרא"ש אינו חולק בזה דהא מבואר ברא"ש פרק חזקת (סימן כ"ב) דהאי כל דאלים גבר דינא הוא דכל מי שגבר ידו תחלה לא שבקינן ליה לאפוקי מניה וסמכו על זה דכל מי שהדין עמו קרוב להביא ראיות ועוד מי שהדין עמו ימסור נפש ע"ש דכתב עוד טעם על זה, ממילא היכא דאי אפשר לפסוק באופן אחר משום הכי פסקינן כל דאלים גבר וזה דוקא היכא דב"ד פסקו כן אזי כח ב"ד יפה כמו שמצינו בכרה מקומות בכתובות (דף ק') ועיין בח"מ (סימן ק"ד) בש"ך (סק"י) ע"ש אבל היכא דמנצי [וחטף] מדעתיה דנפשיה שלא ע"פ בי"ד יש לומר דגם הרא"ש מודה דיכול אח"כ לחטוף אחר כיון דלא עשו ע"פ ב"ד וממילא היכא דב"ד פסקו כל דאלים גבר נוכל לומר דגם תוס' ופוסקים הנ"ל מודים דאין יכול אח"כ לחטוף אחר ממנו וצ"ע [אכן מ"מ דין זה לאו אליבא דכ"ע הוא דהא איכא פוסקים דדינא דכל דא"ג לאו דינא הוא אלא סילוק דין וכן ס"ל להרשב"ם ב"ב (ל"ה ע"א ד"ה התם) וכן דעת הריב"א בתוס' שם (ל"ד ע"ב ד"ה ההוא) וע' בתפארת ירושלים (ריש ב"מ) ולדידהו אפילו כשב"ד פסקו כדא"ג מכל מקום מועיל תפיסה דאידך ושוב יכול לומר קים לי וצ"ע:

סעיף ב' (ב) אבל אם חטפה בלא טענה מוציאין אותה מידו ואין לו תקנה עד שישיב לכל אחד ואחד עש"ך (סק"ד) דהביא דהרמב"ן חילק וסובר דרק מחזיר למקומה ע"ש וע' באסיפת זקנים ב"ב (דף ל"ה ע"ב ד"ה אמרי) בשם רבינו יונה ראיה לשטת הרשב"ם דסובר דצריך להשיב לכל אחד מסוגיא ב"ב (דף פ"ז) היכא דנטל החנוני הצלוחית מיד התינוק למוד בה לאחרים ושואל שלא מדעת גזלן הוי, מוכח דאפילו היכא דנטל הדבר ממקום שאינו משתמר אפ"ה כיון דנעשה גזלן השבה מעליא בעינן וה"נ כן ע"ש ולפע"ד נראה דיש חילוק דשם נטל מבעלים ידועים משום הכי צריך להשיב ליד בעלים אבל

הכא אף בשעה שנטל לא היה לו בעלים ידועים כמו השתא נוכל לומר כשטת הרמב"ן דאין צריך להחזיר רק ממקום שנטל מתחלה:
הלכות חזקת קרקעות:

סימן קמ

סעיף א' (א) קרקע בחזקת בעלים עומדת וכו' אלא א"כ החזיק בה שמעון כראוי ובטענה אז אין מוציאין אותה מידו אלא נשבע היסת ועומד בשלו בסמוך (בסעיף ב') כתב המחבר דהיכא דהחזיק ג' שנים אין מוסרין אותי עה ועיין בהג"ה ולפע"ד נראה דהא מבואר בבעה"ת (שער ז') דהא דקי"ל צריך נשבע שבועת היסת משום חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו ויש עוד סברא כדי להפיס דעתו ע"ש ועיין מ"ש לעיל (סימן פ"ז סק"ו) וא"כ כיון לפי דברי המערער שהחזיק ג' שנים בגזל מ"ט לא מחית א"כ את הוא דאפסיד אנפשך הלכך אין צריך לתקנו שבועת היסת ועיין במסכת ב"מ (דף ק"י) אבל היכא דטען דמחה אבל לא הביא עדים אף דאינו נאמן מ"מ צריך המחזיק לשבע שבועת היסת דלא שייך לומר איהו דאפסיד אנפשיה דראה שפלוני אכל קרקע שלו בגזלנותא ולא מחה דהא איהו טוען דמחה אע"פ שאינו נאמן מכל מקום צריך לשבע כמו כל שבועת היסת דעלמא ובהכי מיירי (בסעיף א') ובחדושי לב"ב כתבתי בזה:
סעיף ח' (ב) בתים שהם לדירה וכו' ואם יוסיף לטעון ראיתיו שיצא ממנו בלילות אחר שישנו השכנים לא הוי חזקה אא"כ יביא עדים שיאמרו שכרנו ממנו הבית ודרנו בו ימים ולילות לכאורה צ"ע א"כ אף דלא טען כן מ"מ ליזהר בשטרא דדלמא יטעון כן כמו שכתב תוס' ב"ב (דף ל"ה ד"ה ואי לפירא ע"ש) וה"נ כן וצ"ע:
בהג"ה (ג) ואפילו יטעון המערער ברי לי שלא דר בו בלילה וכו' עש"ך סקי"א וזה לשונו והטור שכתב בשם ר"ת דאפילו טוען המערער ברי לי שלא דר בו בלילות מספיק אם העדים מעידין בסתם לא ידעתי מנא ליה הא ודבריו צ"ע עכ"ל הש"ך ולפע"ד נראה דהא הרא"ש כתב טעם של ר"ת משום דאי אפשר דאטו בכיפא תלו דלא ניימי פורתא ע"ש וא"כ אם נאמר היכא דמערער טען שלא דר בו בלילה לא הוי חזקה אכתי אי אפשר לטעון ברי אלא ודאי אפילו טען המערער ברי שלא דר בו בלילה נמי הוי חזקה וראיה לסברא זו דהא כתב הטור בסימן זה (סעיף י"ז) גבי אנא בשכינא גואי הוה דדוקא היכא דידעינן דדר בשכונא דאל"כ כל מערער יטעון זה וזה דבר שאין לעמוד עליו עיין שם הכא נמי כן דכל מערער יוכל לטעון שלא דר בו בלילות אלא ודאי דלא מהני טענה זו למערער

ומתורץ קושי הש"ך: סעיף י' (ד) אפילו אם כבר פרע שכר למחזיק. עט"ז שהקשה (מסי' כ"ח) וע' מ"ש שם (סק"ה):

סימן קמא

סעי' ט' (א) ניר לא הוי חזקה שאפילו אותם ימים שנר בהם אינם עולים לחשבון שלש שנים ויש חולקים וסוברים וכו' הואיל לבסוף אכל הפירות. ובבונה חורבתו נראה דמחבר ורמ"א (סעיף ח') פסקו בלא חולק דאינו מונה רק משעה שדר בו ועסמ"ע (סקי"ד) ולכאורה צריכים להבין מאי שנא גבי ניר הביא המחבר ויש חולקים דסוברים דניר הוי חזקה וגבי בונה חורבה סתם משמע דהכל מודים דאינו מונין רק משעה שדר בו, ולפע"ד נראה דיש לחלק בפשיטות בשלמא גבי ניר בע"כ צריכים לחשוב ניר לחשבון דהא בין שנה לשנה יש ג"כ ניר הלכך השוו חכמים מדותיהם שגם בראשונה יהא ניר עולה לחשבון אבל גבי בנה חורבה לא שייך זה דאם בונה בפעם ראשונה לפעמים אין צריך לבנות עוד עד מאה שנים משום הכי אין עולה למנין שני חזקה ועיין תומים (סק"ד): סעיף י"א (ב) אכלה ערלה שביעית וכלאים אע"פ שנהנה בעבירה הרי זה חזקה. הגה"ה ויש חולקים וס"ל דלא הוי חזקה יש לעיין היכא דאכל ערלה בחוץ לארץ דקי"ל דהיא הלכה למשה מסני ודאי אסור ספיקא מותר ועיין בקדושין (דף ל"ט) ויו"ד (סימן רצ"ד) ע"ש וא"כ יכול המחזיק לומר כיון דלא ידע שהיא ערלה ואכלתי בהתר והיה צריך למחות וכיון דלא מחה לא נזהרתי בשטרי או דלמא דמערער יוכל לומר כיון לדידי לא שוה מידי לזה לא מחיתי ולא מהני החזקה וצ"ע ועיין במג"א באו"ח (סימן תרמ"ט סק"כ) עיין שם וצ"ע:

סימן קמב

סעיף א' (א) אע"פ שאין חזקה בפחות מג' שנים אם הביא המחזיק עדים שהמערער הגביה כל פירות משדה זו על כתפו וכו' הוי חזקה מיד וכו' ואם טען המערער לפירות הורדתיו וכו' נאמן ואין בזה שום חזקה וכו' אבל אם יטעון לאחר ג' לפירות הורדתיו אין שומעין לו, עיין תומים (סימן קמ"ה) סק"ה דאם אין למחזיק עדים שאכל ג' שנים אעפ"י שמערער מודה שאכל ג' שנים רק שטען שבגזל אכל נאמן המערער ע"ש והביא כן מלשון הרמב"ם ונכון הוא, ולפע"ד מרי"ף מסוגיא דנסכא דר"א נראה מלשונו הטהור דאם מערער מודה שאכל שלש שנים אף דאין למחזיק עדים נאמן המחזיק לומר לקוח דכתב איזה פעמים היכא דמחזיק טען דאכל שני חזקה ומערער טען דאכל תרתי שנין

ע"ש, משמע להדיא דאם מערער מודה שאכל שלוש שנים נאמן המחזיק, וכן מבואר באסיפת זקנים בשם רשב"א על מתניתין (בדף נ') היו שנים מעידין מבואר להדיא דאם מערער מודה דאכל שלש שנים אף שטוען שאכל בגזלנותא מחזיק נאמן ע"ש, ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצל"ה דאם מערער טוען לפירות הורדתיו היכא דמערער מודה דאכל שני חזקה ואין עדים למחזיק ע"ש שמסופק אם נאמן או לא ע"ש ועיין מ"ש בשם אאמ"ו הגאון זצ"ל:

ב ואם יטעון לאחר שלש שנים לפירות הורדתיו אין שומעין לו. והוא משום דבעי למחות בתוך שלשה והוא סוגיא ערוכה במסכת בבא בתרא (דף ל"ה) אע"ג דרב אשי אמר לרב כהנא אי לפירות אחתי' מה הוי למעבד, פי' תוס' שם (ד"ה ואי) דלא סבר דנאמן רק שאל מה תקנתא ע"ש, והרמב"ן ג"כ סובר דלא ס"ד דר' אשי דנאמן דאל"כ הוי ליה להאמין כשאומר דפלניא גזלן במיגו דאי בעי אמר לפירות הורדתיו ע"ש, ולכאורה קשה דהא הרמב"ן. גופי' סובר דמיגו לחצי טענה לא אמרינן בסוגיא דנעיל (דף ל"ג ד"ה אמר ר' זביד) ע"ש, וע"כ צ"ל דזה לא כוי מיגו לחצי טענה דהא השתא דטעין דאכיל בגזלנותא דתשע מעות בעבור הפירות ואם טען ואמר לפירות הורדתיו ג"כ תובע מעות בעבור הפירות, אך ע"ג כיון דהרמב"ן ס"ל דהוי מיגו מעליא אם נאמן לפירות הורדתיו א"כ אמאי פירש הרמב"ן (דף ל"ג) על קושיית הגמ' אי הכי ארעא נמי דחולק שם הרמב"ן על תוס' דתוס' פירש דקושיית הגמרא היא רק על פירות והרמב"ן פי' דה דקושיית הגמרא דהוי לן להאמינו אפילו על גוף הקרקע משום דלא חציף אינש ע"ש, וזה תימא דהא על גופי' קרקע המערער נאמן דאכלה בגזלנותא במיגו לפירות הורדתיו דהא בתוך שלש מבואר כאן דנאמן לפירות הורדתיו ולא הוי מיגו לחצי טענה דהא הרמב"ן ס"ל דזה הוי מיגו מעליא וצע"ג, [והגם דהוי מיגו להוציא כיון דא"ל למערער חזמ"ק אמרי' מ"נ כדהוכיח התומים בכללי מיגו (סי' ט') מתוס' (ל"ה ע"ב ד"ה ואי) ע"ש, אמנם אם נימא דסברא דנא חציף אלים ממיגו ל"ק קו' הנ"ל, ועתוס' מרן רעק"א זי"ע במס ב"ב (חות י"ט) דחקר בזה והוכיח מהרמב"ן (דף ל"ג ד"ה לאו) בראייתו מהא דאתה אמרת לי לקוצצו דל"ח אלים ממיגו, אך תמה ע"ז דא"כ מדס"ל להרמב"ן דבליכא סהדי דאכל והוא אומר דאכל ב' שנים דנאמן על הפירות במיגו דלהד"ם ול"א דסברא דאחוי שטרך תסלק להמיגו מכ"ש דסברא דאחוי אינה מסלקת סברא דל"ח, וא"כ גם על הקרקע נאמינו אפי' באכל רק ב' שנים משום לא חציף, ובהדיא מבואר בכולא תלמודא בהיפוך, ובגמ' הקשה כן א"ה ארעא נמי ומתרץ משום דא"ל אחוי שטרך, ומזה יהי' מוכח דמיגו אניס מסברא דל"ח ודברי הרמב"ן סתרי אהדדי והניח בצע"ג, ולהנ"ל יתישב קושייתו דלעולם

ל"ח אלים ממיגו וסברא דאחוי לא מסלק מיגו ומכ"ש דלא מסלק הל"ח רק שם הטעם משום דהמערער א"ל תרווייהו סברא דאחוי ומיגו דלפירות הורדתיך וכנ"ל, ובתפארת ירושלים שם כתב באופן אחר דאחוי מסלק הל"ח וגם מסלק המיגו אך טעם הרמב"ן דבליכא עדים נאמן על הפירות במיגו ונ"א אחוי משום דח"ל להנתבע גם סברא דל"ח עי"ש, ולהנ"ל י"ל בהיפוך וכמ"ש, מכל מקום בין לתירוצו בין לתירוץ הזה נשאר ראי' חזקה מהרמב"ן דסברא דל"ח אלים ממיגו ומיושב קו' הנ"ל]:

סימן קמג

סעיף ד' (א)יש מי שאומר שאין מחזיקין בנכסי שבויים וכ' [הג"ה] דכל הני אינן יכולין למחות אז משום שאינם יודעים מי מחזיק בשלהן דנפיש טרדייהו. משמע מדברי רמ"א דגבי מחאה צריך שיאמר דפלניא אכל ארעא בגזלנותא וכדנקט הגמ' ב"ב (ל"ח ע"ב) וכן לקמן (סימן קמ"ו) לשון המחאה פלניא וכו' אבל אם לא אמר בלשון איש ידוע רק מי שאכל קרקע שלי היא בגזלנותא ולמחר אתבע אותו בדינא לא הוי מחאה כיון דלא אמר פלניא וכן מוכח מלשון הרמ"א כאן דכתב דאין יודע מי מחזיק בשלהם מכל מקים יכולים למחות בלשון מי שאכל בקרקע שלי היא בגזלנותא אלא ודאי מוכח דלא מהני:

סימן קמה

סעיף ד' (א) בכל אלו ישבע המערער שלא מכר ולא נתן לו כלום ותחזור לו הקרקע וישבע המחזיק שאינו חייב לו כלום מהפירות שאכל ויפטר, לכאורה קשה לי הא מבואר (בסימן ק"מ סעיף ב') היכא דהוי חזקה אין מוסרים אותו לשבועה ועסמ"ע שם (ס"ק ג) וא"כ הכא אמאי היכא שעד אחד מעיד שאכל ג' שנים ישבע המחזיק יפטור העד את המחזיק משביעה דהא עד מסייע פוטר משבועה וצ"ע אח"כ מצאתי בתומים שהקשה כן וע"ש מה שתירץ [ולפי מה שכתבתי לעיל בסימן ק"מ יתישב כאן]:

סעיף ו' (ב) כל המתחייב להחזיר הפירות שאכל אם לא היו ידועים ואין ב"ד יכולים לשער אותם וכו' הואיל ואין כאן מענה ודאית ישלם מה שמודה בו ומחרימין על מי שאכל יותר ולא ישלם. נלפע"ד פשוט שאם מערער טוען ודאי שכך וכך היו כפירות שאכל ומחזיק טוען שהי' פחות אין המחזיק נאמן אפילו בשבועה דאורייתא כיון דקי"ל הדרא ארעא והדרי פירא א"כ מחזיקין את המחזיק כגזלן וממילא יש כאן תקנת נגזל כמבואר לעיל (סימן צ') וצ"ע:

סימן קמו

סעי' ב' (א) אין מחאה בפחות משנים אבל באחד לא ואפי' מיחה בפני המחזיק ואפילו שמודה במחאה מתוך שיכול לומר לא מחית בפני וכו', מסמ"ע (ס"ק ד) ועב"י דהביא בשם. הרשב"א הטעם דלא מהני דיכול המחזיק לומר סברתי דלהשטות נתכוין ע"ש, ונראה דנפקא מיניה בין שני הני טעמים דאם טען המערער דמחיתי בפני שנים ומת אחד מהם ומחזיק מודה בזה דאם אמרינן דנאמן מטעם מיגו ה"נ נאמן המחזיק ואי אמרינן טעמו של הרשב"א הנ"ל דמחזיק יכול לומר סברתי דלהשטות מתכוין המערער זה דוקא שייך אם המחאה הי' בפני עד אחד אבל אם הי' מחאה בפני שני עדים ומת אחד מהם ואין מעיד השתא רק עד אחד ומחזיק מודה דלא שייך להשטות אין נאמן המחזיק:

סעי' כ"ב (ב) שנים שהיו עוררים על שדה זה אומר שלי וכו'. או שהביא כל אחד עדים שהיא שלו וכו'. וכל המתגבר ירד בה ויהי' אחר מוציא מידו ועליו הראיה. ערמב"ן ב"ב (ל"א ע"ב סד"ה אנן אחתינן) דהקשה אמאי אמרינן כל דאלים גבר דהא הגמ' פריך לקמן (ל"ד ע"ב) גבי זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי אמאי לא אמרינן שודא ותירץ הגמ' כיון דאיכא למיקם עלה דמלתא וא"כ הכא דכל אחד מביא עדים דליכא למיקם עלה דמלתא והל"ל שודא ע"ש ועיין בתומים (כאן ס"ק כ"ד) ולפע"ד נראה ליישב קושיית הרמב"ן דהא דאמרינן שודא כגון בשני טובי' במס' כתובות (פ"ה ע"ב) אמרינן שודא פי' דב"ד מעיינין ושוקלים בדעתם למי הי' דעת הנותן נוטה ליתן כן פי' רש"י וכן פסקינן לקמן (סימן ר"מ ס"ג ובסי' רנ"ג סעיף כ"ט) וא"כ ניחא דבשלמא גבי זה אימר של אבותי וזה אומר של אבותי שפיר מקשה הגמ' אמאי לא אמרינן שודא וענין שודא שייך ג"כ הכח כמבואר בתוס' ב"ב גבי ארבא דהיינו למי שיש לו שייכות בספינה ותי' הגמרא כיון דאיכא למיקם עלה דמלתא לא אמרינן שודא, אבל אם זה הביא עדים שהיא שלו וזה הביא עדים שהיא שלו לא שייך ענין שודא דב"ד יתנו לפי אומדנא שלהם למי שייך הקרקע דהא אומדנא לא עדיף מעדים ותרי עדים כמאה ותרי כאלף ולא שייך על זה קושיית הגמרא ולימא שידא דהא שודא לאא עדיף מעדים וכן מבואר לקמן (סימן רס"ז ס"ח) ברמ"א גבי זה הביא עדים שהאבידה שלו וזה הביא עדים שהיא שלו השני נותן ג"כ סימנים לא מהני ויהא מונח, ג"כ הטעם מכח סברא הנ"ל דאומדנא לא עדיף מעדים והוי כמו לזה יש שני עדים ולשני יש מאה עדים ע"כ לא מהני דתרי כמאה הלכך לא שייך שודא ואמרינן כל דאלים גבר, והרמב"ן דהקשה דנימא שודא אזיל לשיטתו דסובר בפירושא דשודא כפי' הר"ת דנמי שירצה הדיין יתן, אבל אנן דקי"ל כרש"י דשודא היא אומדנא הלכך לא אמרינן כאן שודא כנ"ל:

סימן קמז

סעיף א' (א) ראובן שמכר שדה לשמעון והי' לוי מעדי השטר ובא לוי לערער על השדה ולטעון שראובן גזל אותה ממנו איו שומעין לו ואין משגיחין על ראיות שיבוא וכו', ואומרים לו היאך תעיד על המכר ותבוא ותערער. עב"י דמביא בשם הריטב"א אפילו יש למערער עידי גזילה ע"ש ועיין בתומים (ס"ק א) דהקשה דאם מביא ראי' דראובן גזלה מה בכך שחתם על מכירה זו לא יהי' דמודה בפני עדים ובשטר מ"מ אמרינן דהכל מחמת אונס כמבואר בב"ב (דף מ"ז) ולקמן (סימן קמ"ט) והניח בצ"ע, ולפע"ד אפשר נתרץ הא דלא מהני הודאה לגזלן דוקא היכא דנתברר מקודם שגזלן גזל שדה זו ממנו אף שמודה אח"כ י"ל כיון דידוע שקרקע זו גזולה תחת ידו שמא מחמת אונס עביד אבל הכא איירי שחתם בעד קודם שערער א"כ מיד שחתם אנן מחזיקינן דקרקע ודאי של ראובן היא כיון שמודה ואף שבאו עדים אח"כ שראובן גזלה ממנו אין משגיחין על ראייתו כיון שפסל על עצמו כל העדות בזה שחתם בעד והודאות בע"ד כמאה עדים דמי:

סעי' ד' (ב) דיין החתים בקיום השטר יכול לערער וכו' מפני שדיינים יכולים לקיים השטר אע"פ שלא קראוהו. עיין תוס' כתובות דף ק"ט ד"ה לא שנא דהקשה מחזקת הבתים (דף נ"ב) אחד מן האחין שהי' נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו עליו להביא ראי' ומסיק רב בקיום השטר אמאי מהני דהא הדיינים חותמין אע"פ שלא קראוהו ותי' תוס' דהתם הדיינים ודאי רמי אנפשיהו לאסהודי לגמרי ע"ש, וצריכים להבין דהא אי אמרי' דייני קיום חתמו על קיום אעפ"י שלא קראוהו מנא ידעי שהעסק היא מאחים, ועיין במהרש"א דכתב מסתמא זה הנישא ונותן בתוך הבית הלך בפני ב"ד מה העדים לקיימן ע"ש ולפע"ד נראה דאין צריך לזה דהא מבואר ברמב"ן ב"ב (דף נ"ב) דצריך הדיינים שיודעים מי הוא המלוה בתוך השטר וכן מבואר לעיל (סימן מ"ו סעיף ב') עיין שם וכיון דיודעים ששם זה הנכתב בשטר הוא של אח הנושא ונותן בתוך הבית רמי אנפשייהו כמו שכתוב תוספות ואין אנו צריכים לדחוק כמו שכתב המהרש"א:

סימן קמח

סעיף ב' (א) וכן אם היו ד' 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 מהם ואני קניתי מכל אחד זכות שיש לו יש להסתפק היכא דירש יורש אחד מהמקיפים א"כ י"ל דהכא לא שייך לומר אי שתקית שתקית ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו בשלמא

גבי לוקח בשעה שמטא לידו זכה מכח אי שתקית אבל גבי ירושה בשעה שמטא לידו אין בעלים קיימים ושפיר צריך ליתן לו דרך דיכיל לומר דרכי גבך דלא שייך לומר אי שתקית ולא לחנם נקט הגמרא סברא אי שתקית או דלמא אפשר דעיקר כוונת הש"ס משום מה מכר ראשון כל זכות שיש לו בה א"כ אפילו בירושה יורש ג"כ כל זכות שתבא לידו ויכול לדחות אותו מן הדרך וצריך עיון:

ב ואם החזיק בדרך בדין חזקה ואומר היא דרכי אין מסלקין אותו אלא בראיה ברורה. עש"ך סק"ג דכתב דקאי אכל הסימן ואפילו הכי לא בעי חזקת ג' שנים אלא כיון שהוא מוחזק וטוען ברי הו"ל אינך מוציא וכיון שטוענין שמא אין יכולין להוציא אלא בראיה ברורה ע"ש ונראה דלא פליג על הסמ"ע דגם הש"ך מודה דלדברי הכ"מ דאיירי דהחזיק בו בע"כ ודאי לא קאי אלא אמאי דסמוך ליה אלא איירי דהחזיק בו ברשות בעל השדה דלא מחה וכיון דהוא טוען ברי וסבר שבודאי דרכו היא ואח"כ כשראה שגם אחרים מסופקים שמא יש דרך אצלם ובא וערער וטוען מה חזית דיש דרך אצלי שמא אצל אחרים הוא שפיר סובר הש"ך כיון דהוא מוחזק ה"ל אידך מוציא ואין יכול להוציא מתחת ידו אלא בראיה ברורה ולפי זה לא קשה קושיית נתיבות המשפט כנ"ל בכוונת הש"ך ועיין:

סימן קמט

סעי' י"ד (א) כותי שאכל כמה שנים קרקע הידוע כישראל וכו' תחזור השדה לבעלים בלא שום שבועה [סעיף ט"ו] ישראל שקנה מכותי קרקע הידוע שהיה של ישראל דינו כמותו ואין אכילתו ראיה. עש"ך (סקי"ג) דמשום הכי אפילו מישראל שקנה מכותי נוטל המערער ג"כ בלא שבועה כיון דכותי נוגע בדבר וכמבואר לעיל ברמ"א (סימן ע"ה) כשהיא ע"פ אחד שהוא נוגע אין משביעין ע"ש לכאורה נלפע"ד דאין ראיה משם דהתם נוגע. הוא ובעל דבר אינו יודע משום הכי א משביעין אבל כותי כשאמר לישראל קודם שמכר שקנה קרקע זו מישראל שפיר י"ל דצריך לשבע היסת נגד הלוקח ישראל וכשטת הראב"ד וכמו שטוען היורש אבא אמר לי שיש לו מנה בידך דמבואר (בסימן ע"ה סעיף כ"א) דהפוסקים סוברים דצריך לשבע ע"ש כיון דתבע מכח בעל דבר ע"ש הכי נמי כן אלא בעיקר דינו דהראב"ד צ"ע כמו שהשיג המגיד משנה הובא בסמ"ע (סקכ"ג) ולפע"ד י"ל דטעם של הראב"ד הוא דהא מבואר בבעה"ת (שער ז') דמשום הכי כופר הכל צריך לשבע היסת משום חזקה אין אדם תובע ומשום להפיס דעתו ועמ"ש בזה (בסימן פ"ז סק"ו ובסי' ק"מ סק"א) ולפ"ז שפיר דגבי כותי לא הוצרכו חכמים להפיסו וזה דוקא

היכא דאין הפסד לישראל אבל היכא דלקח ישראל הקרקע מכותי שפיר צריך המערער לשבע כיון דיש הפסד לישראל בכך ועיין:

סעי' י"ט (ב) אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל כיצד וכו' עד שיאכל ג' שנים רצופות אחר שהגדיל [הג"ה] ויש אומרים דאינה חזקה דהואיל וירד לשדה כשהיה קטן לא ידע שהיתה שלו שימחה עסמ"ע (סקכ"ט) דאפילו החזיק ג' שנים אחר שהגדיל אינה חזקה ע"ש ועיין במשנה למלך (פרק י"ד מטוען ה"ו) דפירש בכוונת הרמב"ם דכתב טען אתה מכרת לי דכוונתו כשהגדיל דהא קטן אין יכול למכור קרקע עד שיגדיל ע"ש ולכאורה קשה דהא המחבר הביא ג"כ לשון הרמב"ם דטען אתה נתת לי אתה מכרתי לי ואם אמר אתה מכרת לי א"כ אמאי קאמר המחבר דאם אכל ג' שנים אחר שהגדיל דמהני דהא כולי עלמא יודעים דאכל קודם וא"ת מתחלה נחית לקרקע שלא בתורת מכר לא מהני אח"כ שני חזקה כמבואר לקמן (סימן ק"ן) ע"ש ועיין רמב"ן בבא בתרא (דף ל"ט ד"ה כיון שמיחה) דהביא ג"כ הטעם דאין מחזיקין בנכסי קטן אפילו החזיק שני חזקה אחר שהגדיל דכיון בתחלה לא היה שלו ע"ש וצ"ע:

סימן קנ

סעיף ב' (א) נתנה הממשכן לבנו במתנה וחזר ועשה שטר מכירה לבעל המשכונא עטר המכירה אינו כלום וכו' ואינו אלא כמלוה ע"פ ועיין מה שכתבתי לעיל סימן ע' עיין שם:

סעי' ו' (ב') כמו שהדין בין ראובן ושמעון כן הדין בינו ובין יורשי שמעון וכו' ויש מי שאומר דכל מאי דמצי אביהן למטען ולהשביע טענינן להו ליתמי אפילו בשמא והיא שטת הרא"ש ונ"ל אף ליש אומרים היינו דוקא היכא דאכל פירות דיתמי הגם דהוא נאמן במגו דלקוח מ"מ צריך לשבע אבל אם טען דלקח מאביהם ואכל שני חזקה א"כ לא שייך ממון זה ליתמי לכ"ע א"צ לשבע ואין להקשות יהא נאמן במגו דלקוח דהא מבואר בש"ך (בסימן ס"ו סקקכ"ה וסימן צ"ה סקי"ז) דגבי שבועת היסת לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה ובמק"א כתבתי דמהרא"ש בסוגיא דאומן משמע אפילו בשבועת היסת נמי אמרינן מגו לאפטורי משבועה וצ"ע:

סימן קנא

סעיף ג' (א) גזלן כיצד וכו' ואם העידו שבפניהם מנה לו כך וכך מעות מוציאין השדה מיד הגזלן ומחזירין לו הבעלים הדמים עט"ז דהביא דבטור כתב אין קרקע יוצא מתחת ידו עד שיתן לו דמים ועיין מה שכתב בזה ולפע"ד יש לעיין דהא מצינו דלפעמים נותן

לו הדמים אח"כ כמו אילן סמוך לעיר דצריך לקצוץ ואח"כ נותן דמים וכן באפותיקי מפורש ועיין לעיל (סימן ק"ג) בהגהות טורי זהב מה שכתב בזה הגאון הנורא חכם צבי ע"ש והכא צריך עיון אי מסלקינן מיד מקרקע ואח"כ נוטל דמים כנראה מלשון המחבר דדוחק לאוקמיה כמו שכתב טורי זהב וצריך עיון:

בהג"ה (ב) ויש אומרים דאם ראו העדים נתינת המעות ולא מסר המוכר מודעא תחלה מכירתו מכירה דקיימא לן תלוה וזבין זביניה זבינא וכנ"ל עיקר. ולקמן (סימן ר"ה סעיף ה' בהג"ה) מבואר דלכתחלה לא כתבינן מודעא אלא א"כ ידעו שהוא אונס מיהו אם כבר נכתב מודעא ואח"כ הביא ראיה דאנוס היה המכירה בטלה ועסמ"ע שם (סקי"ג) דחיישינן לב"ד טועין ע"ש ובנתיבות המשפט (סקי"א) תמה דהא (משמע מהרא"ש) [קי"ל] דלא חיישינן לב"ד טועין וכמבואר (בסימן רנ"ה) ושאר מקומות ולפע"ד נראה ליישב קושייתו בטוב טעם דהא מבואר במסכת בבא בתרא במתניתין (דף ס"ד) לא מכר לו את הבור ולא את הדות וכו' וצריך ליקח לו דרך דברי ר' עקיבא וכו' ומודה ר"ע בזמן שאמר לו חוץ מאלו שאין צריך ליקח לו דרך ועיין באסיפת זקנים שם דהביא בשם הר"ן דהקשה אמאי לא אמרינן לשופרא דשטרא הוא כמו שמבואר (דף ס"ט ע"ב) וא"כ אמאי קאמר מודה ר' עקיבא ותירץ הר"ן דהתם גבי לוקח שפיר נוכל לומר דלשופרא דשטרא נכתב לפי שהוא חושש שמא אתי לב"ד דלא גמירי ומחמת שיהיה ספק להם יאמרו שהמוכר שהוא מוחזק ירד עתה ויחזיק ויהיה שלו כמקדם כיון שהוא ספק להם הלכך אמרינן שפיר גבי לוקח אם כתב בשטר דבר שאינו צריך אמרינן דלשופרא דשטרא נכתב אבל גבי מוכר אם כתב דבר שאינו צריך ודאי לטפויי מלתא קאתי דלא שייך לומר דלשופרא דשטרא כתב משום חשש ב"ד טועין דכולי האי לא חיישינן לב"ד טועין שמחמת שלא ידעו הדין בבירור יוציאו מיד המוחזק ויתנהו ליד הלוקח זה אינו חשש הלכך אמרינן לטפויי מלתא קאתי וזה כלל גדול בדינים הללו עכד"ק, ולפ"ז יש לומר דהא דקיי"ל לא חיישינן לב"ד טועין היינו להוציא כמו במסכת בבא בתרא (דף קל"ח) ובש"ע (בסימן רנ"ה) דהוי להוציא לא חיישינן לב"ד טועין כי טעות כזה לא שכיח שיטעו וכסברת הר"ן הנ"ל ממילא יש לומר היכא דבא להחזיק בקרקע אם יראו ב"ד דלא גמירי דנכתב מודעא ועדים חתומים עלי' יאמרו מסתמא ידעו העדים מהאונס ולא יוציא קרקע מיד המוכר דזה שכיח שיטעו מחמת ספק הלכך שפיר אין העדים רשאין לכתוב מודעא אלא א"כ ידעו מאונס בזה חיישינן לב"ד טועין שהוא להחזיק ועסמ"ע (סימן רט"ז סק"ב) כתב על ענין אחר כמו סברת הר"ן הנ"ל:

סימן קנב

סעיף א' בהג"ה (א) ויש אומרים דאפילו לא הביא עדים רק שאמרו בפנינו הודה לאבינו שמכרה לו נאמנים במגו שהי' אומרים לקוחה היא בידינו. לכאורה קשה דהא הודאה בינו לבין עצמו לא מהני אפילו עד אחד אמר שהודה לא מהני עש"ך (סימן פ"א סקכ"ב) וכש"כ לפני פסולים לכ"ע לא מהני אף דכתב (בהג"ה בסימן קצ"ה ובסימן רמ"א) דמהני אפילו לפני עדים פסולים ה דוקא היכא דלא צריך עדים כמו קנין או מחילה אבל הודחה דלא מהני בלא עדים ממילא לפני קרובים ופסולים ג"כ לא מהני ואפשר דכוונת הרמ"א דאמרו בפנינו ובפני עדים הודה ועיין לעיל (סימן פ"א סעיף כ"ט) דהיכא דמודה בפני עדים קבלתי ממך חוב מהני ואין צריך לומר אתם עדי אבל בלא עדים ודאי לא מהני אמנם באסיפת זקנים בבא בתרא (דף מ"ז ד"ה לא צריכא) מבואר דאף שלא היה הודאה בעדים נמי מהני ע"ש ומ"מ צ"ע דבשעת הודאה לא חשש על הודאה כיון שיכול לכפור אח"כ וצ"ע:

הלכות נזקי שכנים:

סימן קנג

סעיף ב' (א) היה בזיז טפח החזיק באויר החצר וכו' עסמ"ע (סק"ו) דפירש דבזיז טפח יכול לבנות עד סמוך לזיז ממש וגבי זיז פחות מטפח יכול לבנות ולבטל תשמישו ע"ש והט"ז חולק על הסמ"ע וס"ל דגבי פחות מטפח ג"כ אינו יכול לבטל תשמישו ע"ש, ולפע"ד יש להביא ראיה לט"ז דהא ברא"ש ב"ב (פרק חזקת סימן ע"ג) הביא בשם מפרש דכל היכא דאין לו דין חזקה בחלונות מ"מ אינו יכול לכופו לסתום חלון רק דיכול לבנות כנגדו והרא"ש שם חולק דכיון דאין לו דין חזקה למה לא יוכל לומר לסתום חלונו ע"ש והרמ"א (בסימן קנ"ד סעיף ז') פוסק כדעת הרא"ש וא"כ כיון דהמחבר פסק דאפילו בפחות מטפח יש לו חזקה לאלתר אם לא מיחה אף דיש לו היזק ראיה וא"כ מוכח דאם יוכל לסתור הזיז ע"י בנין יוכל לסתור כסברת הרא"ש הנ"ל אלא ודאי ע"י בנין ג"כ אינו יכול לבטל לגמרי הזיז כסברת הט"ז הנ"ל:

סעיף י"ח (ב) מי שהחזיק בכותל זה בקורה אחת אינו יכול להחזיק בקורה שניה שהרי לא מחל לו אלא על אחת בד"א כשהודה שאין כותל זה שלו אלא של חברו וכו' אבל אם טען כותל זה אני שותף בה הואיל ונשתמש בקורה אחת נאמן ומשתמש בכולה אחר שישבע שבועת היסת שהוא שותף בכל הכותל. עסמ"ע (סקל"ה) דרישא איירי באופן דאין יכול לטעון שהוא שותף אבל במקום דאיכא מגו נאמן כמו שמבואר (סוף סימן

קנ"ז) ע"ש והב"ח כתב דרישא נמי מיירי במקום דחם היה טוען שותף היה נאמן אבל הוא אינו טוען שותף רק טוען שהניח עליו קורה וחברו מחל לו על זה משום הכי אינו יכול להניח קורה שנייה אבל אם טען דנתן לו רשות להניח כמה קורות נאמן כמו שמבואר (בסימן קנ"ז) ובש"ך (סקי"ב) רומז על דברי הב"ח ע"ש, ולפע"ד י"ל דהכא לא דמי (לסימן קנ"ז) דהתם עד ד' אמות מקום וכותל לשניהן שפיר נאמן דלא הוי מגו להוציא אבל הכא כיון דמודה דכותל זה אינו שלו רק טען שנתן לו רשות להניח עליו כמה קורות אע"ג דיש לו מגו לא מהני דהוי מגו להוציא ואין רשאי להניח עליו קורה שנייה ועיין לעיל (סימן פ"ג וסימן פ"ד:

סעיף כ' (ג) ראובן החזיק בנעיצת קורות בכותל הידוע לחברו ונפל אותו כותל וחזר הבעל ובנאו אין לו לנעוץ על אותו כותל חדש וכו'. עסמ"ע (סקל"ז) משום דאזדא לה המקום שנשתעבד לו ע"ש ועב"י דהביא בשם תשובת הרשב"א דעיקר הדבר תלוי דהיכא דקיים דבר שנשתעבד אף היכא שנפל דבר שמזיק לאחר כמו דנפל כותל שיש בו חלון דאם חזר ובנה יכול לעשות ג"כ חלון כיון דדבר שנשתעבד קיים כמבואר לקמן (בסימן קנ"ד סעיף ט') וכן ברמ"א לעיל (סעיף ו') ע"ש ועיין במשנה למלך (פרק ז' מנזקי שכנים) דהביא תשובה המיוחסת לרמב"ן דראייתו נכונה דהיכא דדבר שנשתעבד קיים יכול לבנות אח"כ כותל עם חלון דהא אפילו באותו כותל ממש אם נפל הקורה אין אומרים נפלה אזדא אלא נותן קורה אחרת דהא קי"ל הוחזק להורדי אחזוק לכשורי ע"ש:

סימן קנד

סעי' ו' (א) מי שבא לפתוח חלון או לחצר חברו בין חלון גדולה ובין חלון קטנה וכו' בעל החצר מעכב עליו שהרי אומר וכו' תעלה בסולם ותראה ערמב"ן ונמוק"י דהקשו דהא מבואר במתניתין לעיל (דף ה') מארבע אמות ולמעלה אין חייב לבנותו אמאי אין יכול לומר תעלה בשרשיפא ע"ש ולפע"ד י"ל בפשטות דהכא יש לומר דלמא תעלה בשרשיפא משום הכי יכול לעכב עליו שלא לעשות חלון כלל בחצר שלו אבל התם דשייך חצר לשני שותפין שפיר מחייבי רבנן שיעור ארבע אמות כדי שלא להזיק חברו כיון שיכול לראות להדיא בכל עת שהוא בחצרו ושיעור ד' אמות מספיק אבל אין יכול לטעון שיעשה גבוה יותר דלמא יעמוד בשרשיפא דאם כן אין לדבר סוף דאפילו יעשה גבוה יותר דלמא יקח סולם גדול ושפיר אוקמיה שיעור קבוע להיזק ראיה כדרך ההולכים תמיד אבל הכא יכול למחות שלא יעשה חלון כלל מטעם הנ"ל:

סעי' ח' (ב) בד"א שיש חזקה להיזק ראי' בעושה מעש' כגון פותח חלון לחצר חברו אבל חצר השותפין אע"פ שעמדו שנים רבות בלא מחיצה כיון דממילא בלא עשיית שום מעשה הם מזיקים אין להם חזקה וכופים זה את זה לעשות מחיצה. עסמ"ע (סקכ"ג) דהביא דברי הרא"ש דהטעם דלא מהני כאן חזקה דדוקא היכא דמחזיק מזיק לבד שייך לומר כיון דלא מיחה הפסיד אבל כאן דמזיק זה כמו זה ועוד טעם אחר כיון דהיזק תדיר הוא והוא ברא"ש ריש ב"ב ע"ש ולפע"ד יש נפ"מ בין הני שני טעמים דהא אנן קי"ל (בסי' קע"ג עיף ג') באחין שחלקו דאין להם חלונות ולא דרך זה על זה וכן מבואר (בסימן זה סעיף כ"ז) אם החזיק ג' שנים וטוען שקנה ממנו או שמתנה נתנה לו לסברת המחבר לא מהני כיון שלא עשה מעשה בהיזק כמו גבי חצר השותפין ולסברת הרא"ש מהני כיון דהכא הוא מזיק רק לבעל החצר ובעל החצר אינו מזיקו וגם כיון דאינו הזיקו תדיר מהני חזקה ולא דמי לחצר השותפין כנ"ל ועיין ברא"ש מס' בבא בתרא (דף ז') ונראה להדיא כן ע"ש ועיין בקצות החשן (סי' ק"ס) שכתב נפ"מ בין גג לחצר:

סעי' ט"ז בהג"ה (ג) ואפילו למ"ד שיש לו חזקה הואיל והיה יכול למחות ה"מ בפותח לרשות חבירו אבל בפותח לר"ה וכדומה שאין בידו למחות לכ"ע לא הוי חזקה. עסמ"ע (סקל"ח) הביא תשובת הרשב"א דטעמא דמלתא דיכול (לקנות) [לבנות] ויאפיל נגדו דעתה נהנה מאויר חצרו יכול לבנות ויאפיל אבל חלון אין יכול לבנות נגד חלון חבירו שיכול לומר זה אל חזקיני ע"ש ולכאורה צ"ע דהא מבואר לקמן (סעיף כ"ו) אחד משותפין שרצה להגביה כותל המשותף ביניהם אע"פ שהוא מאפיל החצר אינו יכול לעכב עליו ע"ש ומקורו הוא מתשובת הריב"ש ועיקר של טענת מאפיל שייך גבי חלון דאורה מן הצד אבל הכא לא שייך זה כמבואר בב"י בשם הריב"ש דהא הוא נהנה מאויר חצרו והכא לא שייך שום חזקה דדבר הנעשה ממילא הוא וגם לא לבעלים שום היזק פשיטא דהא יכול להאפיל כמו בר"ה כמבואר הכא וצ"ע:

סעי' י"ח (ד) ראובן שיש לו בית אצל כותי וכו' עיין מה שכתבתי לעיל (סימן ס"ז סק"ג) ישוב נכון על קושיית הסמ"ע:

סעי' י"ט בהג"ה (ה) וכבר נתבאר בסמוך דיש חולקין דבריו צ"ע דהא אדרבה בסעיף זה מבואר כמו סברת יש חולקין שהביא הרמ"א לעיל ועיין סמ"ע (סקמ"ה) דמיישב תרי הסעיפים ועש"ך (סקכ"א) דהביא בשם הב"ח דסעיף זה הוא שטת הרשב"א שחולק על (סעיף י"ח) ע"ש ולפ"ז אפשר דכוונת הרמ"א דבסעיף זה דהוא דעת הרשב"א דחולק על (סעיף י"ח) וסובר ישראל שבא מחמת כותי אף שלא אמרינן למעליותא הרי הוא ככותי

אעפ"כ זוכה כמו כותי ויש לו זכות כוונתו להראות דהיינו דדין זה תלוי בסברת הרא"ש והר"מ וכה"ג מצינו לעיל (סימן ק"מ סעיף ב' בהג"ה) ע"ש:

סעי' כ"ה (ו) אם פתח בתקרת עלייתו כעין ארובה ומשם נכנס אור לביתו אם בא שכינו לבנות אין צריך להרחיק כלל לכאורה צריכים להבין דהא לעיל (סעיף י"ד) מבואר דאם עשוי לאורה הוי חזקה ע"ש וצ"ל דהכא איירי דאינו עשוי מן הצד אלא בתקרה למעלה נגד אויר הרקיע דהא אפשר להביט לחצר חבירו משום הכי אין לו חזקה אבל לעיל אף שהוא גבוה מאוד מ"מ יוכל להביט על ידי שרשיפא וכן נראה מדברי הב"י על הטור (סעיף כ"ט) ע"ש:

סימן קנה

סעי' א' (א) הבית והעליה של שנים לא יעשה בעל חבית תנור בתוך ביתו אלא א"כ יש לו על גביו גובה ד' אמות וכו' ואע"פ שהרחיק כשיעור אם יצא האש והזיקה משלם מה שהזיקה עש"ך (סק"ב) מ"ש בשם הרי"ף לחלק בין האי דהכא להאי (דסי' תי"ח) וע' בנתיבות (סק"א) מ"ש בביאור כוונת ד"ק ע"ש ולכאורה קשה דהא לקמן (סעיף ז' בהג"ה) גבי מרחיקין את הרחיים מן הכותל וכו' כתב הרמ"א ואם לא הרחיק והזיק בית חברו חייב לשלם משמע. להדיא דאם הרחיק כשיעור אם הזיק פטור ואמאי לא חייב כמו הכא ועל זה לא שייך תירוץ הש"ך כלום ולפע"ד נראה לחלק דהכא ברור הוא דאש ישרפה משום הכי אפילו אם הרחיק כשיעור חייב אבל התם גבי רחיים וכדומה כמעט אי אפשר להעמיד עליו משום הכי כתב הרמ"א אם לא הרחיק כשיעור והזיק חייב לשלם אבל אם הרחיק פטור וסברא זו מבואר בטור (סעיף מ"ט ונון) בשם בעל העיטור עי"ש ונראה להדיא כן ועיין לקמן (סעיף ט"ו וסעיף ל"ג) ועיין בקצות החשן ועיין בתשובת הרא"ש (כלל ק' סימן ד') נראה להדיא דאפילו הרחיק [את הרחיים מהכותל] כשיעור נמי חייב עיין שם וצריך עיון:

סעי' כ"ד (ב) מרחיקין השובך מהעיר חמשים אמה וכו' ונראה לי דיש לומר [דכשהרחיק נ' אמה ובכלל זאת אכלו זרעוני גינה דפטור בעל השובך] לפי מה שהביא נ"י טעם דחייב מה שאכלו זרעוני גנה דהוי כמו שן דשורו דחייב רחמנא לפי זה הא אנן קי"ל (בסימן שצ"ו סעיף א') דשמירה פחותה דהיינו דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה אע"פ שאין יכולה לעמוד ברוח שאין מצויה מ"מ פטרי רחמנא דהתורה מיעטה בשמירתן וה"נ כיון דהרחיק חמשים אמה דמילוי כריסא אף שהלכו יותר ואכלו זרעוני גנה מ"מ לא גרע משמירה פחותה דדי בכך אף דמבואר בטור בשם בעל העיטור אף אם הרחיק

חייב וכן בתשובת הרא"ש הנ"ל מ"מ לסברת נ"י פטור מטעם הנ"ל: (ג) ואם לקחו כמו שהוא אפילו בתוך בית רובע הרי הוא בחזקתו עט"ז דפסק דגבי קוטרא ובית הכסא לא מהני חזקה ולא טענינן ללוקח דמלתא דלא שכיחא היא (רק) שמכר בקנין מעות על זה צריך להביא ראיה ובזה לא אמרינן דטענינן ללוקח ע"ש. ולכאורה קשה א"כ בשובך סמוך לעיר בתוך חמשים דשייך לרבים בזה הביא הרמ"א לעיל (סימן קמ"ט סעיף ל"א) דלא מהני חזקה ועש"ך שם (סקל"א) א"כ אמאי בזה טוענין ללוקח ועיין בתומים שם (סקי"ח) ולפע"ד נראה דהכא אע"ג דכתב הטור והמחבר דטוענין ללוקח ל"ש נגד יחיד ולא שנא נגד רבים דהיינו דשובך הוא בתוך חמשים אמה של העיר מ"מ לכל אחד יש חלק בפני עצמו שפיר טוענין ללוקח דהוא עצמו נמי אם החזיק ג' שנים וטען שלקח מכל אחד רשות נמי נאמן כיון דלכל אחד שייך לו שדה בפני עצמו אבל התם (בסימן קמ"ט) מה שכתב הרמ"א הוא דבר ששייך לרבים ביחד ושפיר לא מהני חזקה, אח"כ ראיתי בנתיבות משפט (בסימן קמ"ט) שכתב קצת כעין סברא זו ולפ"ז מיושב קושיית הרשב"א הובא באסיפת זקנים ב"ב (דף כ"ג) מה שתירץ הגמרא ואי שמעינן הכא דכיון דיחיד אמאי פייסי' דהכא קתני ג"כ שובך מן העיר דהוא דרבים ע"ש ולפי הנ"ל כיון דבשובך כיון דכל אחד יש לו חלק בפני עצמו שייך שפיר פייסי' אבל התם גבי זיזין לרשות הרבים שייך לרבים ביחד לא שמעינן מהכא:

סימן קנו

סעי' א' (א) אחד מבני המבוי שאינו מפולש שבקש לעשות רופא וכו' עיין סמ"ע (סק"ג) דפירש רופא לגוף אבל לא רצה לפרש רופא היינו מוהל דהא המחבר פסק לקמן (סעיף ג') דכל מילי דמצוה שאין יכול למחות בידו ועט"ז דחולק על הסמ"ע דמה תקן הסמ"ע בזה דאטו רופא נפשות אינו מצוה ולפע"ד נראה דשפיר דברי הסמ"ע דהא מוהל ילדי ישראל מצוה רבה עביד משום הכי אין יכול למחות אבל כשהוא רופא לגופות בני אדם ובאים כותים גם כן ושואלין ברפואות ומרבה עליו כותים נכנסים ויוצאים אף דלפעמים באים גם כן ישראל משום הכי יכולים למחות:

סעי' ג' (ב) וכן יש לו ללמד תינוקות ישראל תורה בתוך ביתו וכו' לפי שטת המחבר דסובר (בסעיף ב') דעושה מלאכתו בחנותו ומוכר בשוק ואינם יכולים למחות וכו' היינו דוקא כשכבר הוחזק ע"ש אבל הכא אצל מלמד תינוקות ישראל תורה ודאי מותר לכתחלה וזה פשוט ומ"ש המחבר וכן לאו דוקא דהכא טפי מותר וקצת צ"ע במתניתין ב"ב (דף כ' ע"ב) בסיפא אבל עושה כליו ומוכרן בשוק ואינו יכיל למחות וכו' ולא מקול

התנוקות משמע מסיפא זו דדמי להדדי הני שני דינים ולשטת המחבר באמת יש חילוק דאינו יכול לישן מקול הפטיש ולא מקול הרחים דזה מותר דוקא אם החזיק וגבי קול תנוקות מותר לכתחלה אפילו לא החזיק וצ"ע:

סעי' ו' בהג"ה (ג) ולכן נראה לי דוקא מוכרי בשמים וכי האי גונא אבל בשאר דברים אין חילוק בין רוכל לאחר ולכאורה זה פשיטא ואפשר דכוונת הרמ"א דאף דהביא בהדי הדדי ג"כ סחורה אחרת עם [הבשמים] ס"ד דאם מונע אותו מסחורה אחרת לא יחזיר בעיירות עם בשמים וכי האי גונא אפילו הכי לא יחזור עם שאר סחורה שלא יפסיד לבני עיר:

סעי' ז' בהג"ה (ד) יש אומרים הא דבני העיר יכולין למחות בבני עיר אחרת היינו דוקא בדליכא פסידא ללקוחות שמוכרין כשאר בני העיר אכל אם נותנין יותר בזול וכו' אין מוכרי סחורות יכולים למחות ערמב"ן דחולק וסובר דאפילו מוכרין בזול נמי בני העיר יכולים למחות וכן הביא הבית יוסף בשם הרמב"ן ואפשר להסביר טעם של הרמב"ן דחושש לפסידא דמוכרים ואינו חושש לפסידא דלקוחות דהא איכא פלוגתא במסכת ב"מ (דף ל"ח) חי חששו להפסד מועט דקנקנים או לא עיין שם, ואף דאנן קי"ל דחששו להפסד מועט מ"מ יותר חששו להפסד מרובה ושפיר תקנו רבנן שלח ימכור אפינו בזול דהא גבי לוקחים אינו רק הפסד מועט ולגבי מוכרים איכא הפסד מרובה ועיין בבית יוסף דהביא בשם הנמוקי יוסף דמחלק דאם הוזל הרבה מותר ואפשר הוא מטעם הנ"ל דאם הוזל הרבה לא נקרא לגבי לקוחות הפסד מועט:

הלכות שותפים בקרקע ומצרנות:

סימן קנז

סעי' ד' (א) רוחב כותל זה כמנהג המדינה וכו' [הג"ה] ואם נהגו במחיצה קלה והאחד אומר לעשותה כולה משלו באבנים ולכנוס לתוך שלו או להפך בזה יש אומרים דחבירו יכול לעכב על ידו ויעשו כמנהג ויש חולקין מקור דין זה הוא ברא"ש ב"ב היכא דמנהג לבנות חומה של אבנים ואחד רצה לבנות בהוצא ודפנא על הוצאות שלו אין שני יכול לעכב ע"ש דכתב מלתא בטעמא וזה הוא שני שיטות ברמ"א ולכאורה צ"ע דהא (בסימן קנ"ד סעיף ט"ז) הביא המחבר לפסק הלכה גבי חלונות לפתוח לחורבה של חבירו הביא שטת הרא"ש דאינו יכול למחות וממילא לא הוי חזקה ואח"כ הביא פסק הלכה שיכול למחות שיהיה היזק ראייה אח"כ ולא בעי למיקם בדינא ודייני ע"ש אם כן יש לומר דהרא"ש אזיל לשטתו דסובר דגבי חלונות אין יכול למחות כשיבא לבנות חורבתו מוחה

אותו שיסתם חלונותיו כי יש שופטים בארץ משום הכי פסק הרא"ש דאם רצה לבנות בהוצא ודפנא על הוצאות שלו אין יכול לעכב וא"כ צ"ע לענין מה הביא הרמ"א כאן שטת הרא"ש דהא קיי"ל לעיל גבי חלונות שיכול לעכב דלא כהרא"ש ואפשר לפע"ד לתרץ דהתם גבי חלונות שהוא נהנה מאויר חורבתו משום הכי יכול השני לעכב דאינו רוצה אחר כך לעמוד עמו בדינא ודייני אבל הכא דאינו נהנה משל חברו משום הכי אף דגבי חלונות לעיל פסקינן דיכול לעכב אבל הכא אין יכול לעכב:

סימן קסג

סעי' ב' (א) [בהג"ה שניה בסוף], קהל שהלוו לשר ואמר לנכות להם בעניני המסים ואח"כ לא רצה ונתייאשו מן החוב וכו' עיין מה שכתבתי בזה לעיל (בסימן צ"ח סק"א):

סימן קסד

סעי' ד' (א) היה אחד מכיר מקצת האבנים והן שלימות וכו' או שמודה על קצתם ועל קצתם אומר לו איני יודע נוטלן אפילו הן גדולות וכו'. ואם אמר על כולם איני יודע יחלקו בשוה אף דהשני אומר ברי לא מהני דברי ושמא לאו ברי עדיף כמבואר במסכת בבא מציעא (דף קט"ז) ולכאורה מוכח מדין זה כסברת הרמב"ן שחולק על הר"י מגא"ש דסובר היכא דאיכא דררא דממונא כגון שהיה ספק אם הוא מלא סיגין או מטכסא [אזי גם איני יודע אם נתחייבתי חייב] ומובא בר"ן פרק שבועת הדיינים בסוגיא דמלוה על המשכון ורמב"ן חולק עליו והביא ראיה מסוגיא דשאלה ושכורה. והרשב"א דחה ראייתו ע"ש ומסוגיא הנ"ל מוכח להדיא כדברי הרמב"ן דהא הכא נוטל האחר אבנים שלימות כנגדן רק שהוא נוטל היפה וא"כ הוא דררא דממונא ולפי שטת הר"י מגא"ש מאי מקשה הגמרא ארב נחמן ור' יוחנן אלא מוכח להדיא כסברת הרמב"ן ועיין מה שכתבתי לעיל:

סימן קסז

סעי' א' (א) שתי גגות זו על גב זו והירק בינתים וכו' כל שהעליון יכול לפשוט ידו ולטול אותו מעיקרו הרי הוא שלו ובלבד שלא יאנוס עצמו והשאר של תחתון משמע מזה דהשאר לתחתון אפילו שרשים שטמונין בקרקע ולכאורה צריך לעיין במה תחתון קנה דהא רש"י פירש משום הכי לתחתון דר"ש כר"מ ס"ל משום דאפקורי מפקיר להו ע"ש מטעם שגנאי לו ליטול רשות מתחתון ע"ש אבל מ"מ קשה במה זכה ועיין בנתיבות המשפט דהביא בשם היערת דבש ג"כ קושיא זו ע"ש ולפע"ד י"ל דהא האס"ז הביא בשם

הרמב"ן דחולק על רש"י דר"ש סובר כר"י דאל"כ אמאי קתני ובלבד שלא יאנוס מה בכך מ"מ כל שיכול ללקוט אינו מפקיר ועוד קושיות אחרות אלא ר"ש בדר"י שייכא מכל מקום סובר מה שעליון יכול ללקוט של עליון משום, דתחתון אפקורי מפקיר לעליון ע"ש, ולפע"ד י"ל דר"ש סובר שני טעמים כשטת רש"י דעליון מפקיר מה שאינו יכול לטול להדיא ותחתון מפקיר לעליון מה שעליון יכיל לטול בהדיא דס"ל דשניהם גורמים את הירק א"כ זה וזה גורמים ומשום הכי חולקים כך מטעם שכתב רש"י והראב"ן כנ"ל:

סימן קסח

סעי' א' (א) שטף הנהר זתיו ושתלן בתוך שדה חבירו וכו' ואם עקרן הנהר בגושיהם יחלקו הפירות וכו' ואם לא נעקרו בגושיהן הכל לבעל הקרקע מיד וכו' ועיין במסכת בבא מציעא (דף ק"א ע"א) אלא כי אתא רבין אמר ריש לקיש לא שנו אלא שנעקרו בגושיהן ובתוך שלש אבל לאחר. שלש הכל לבעל הקרקע ועיין רמב"ם (פרק ד' משכנים הלכה ז') וז"ל שטף נהר זתיו ושתלם בתוך שדה חברו ואמר הלה זיתי אני נוטל אין שומעין לו משום יישוב הארץ וכו' ואם עקרן הנהר בגושיהן כששתלן יחלקו הפירות בעל השדה עם בעל הזתים וכו' ואם לא נעקרו בגושיהן הכל לבעל הקרקע מיד עכ"ל והראב"ד השיג עליו וס"ל דבעל הזתים נוטל ממנו דמי זתיו ליטע וכו' ע"ש. והמגיד משנה מתרץ דברי הרמב"ם דאם לא נעקרו בגושיהן הרי זה אבדה המותרת כזוטו של ים וכשלולותו של נהר וכו' והכסף משנה הקשה על הרב המגיד דא"כ אפילו כשנעקרו עם הגושין נמי יהא של בעל הקרקע כיון דהוי כזוטו של ים ובמשנה למלך תירץ קושיית הכסף משנה כיון דנעקרו בגושיהן דין קרקע יש להם דהרי פטורים מן הערלה וקרקע אין בו דין יאוש דקרקע אינה נגזלת ואינה בתורת יאוש וזה פשיטא לי' להרב המגיד עכ"ל ולפ"ד דברי המל"מ תמוהים דמאי ראיה הביא מערלה דודאי גבי ערלה פטורים כיון דצמח האילן מחמת קרקע ראשונה ג"כ משום הכי פטורים מערלה אבל הכא נעקרו האילנות בגושיהן ושטף בנהר ובשעה ששטף בנהר קודם שנוטע במקומו ודאי אין לו דין קרקע ושפיר הקשה הכסף משנה דאם הוי כזוטו של ים כתירוץ המגיד משנה א"כ אף אם נעקרו בגושיהן נמי יהא של בעל הקרקע וע"כ צ"ל כדברי כסף משנה ועיין מסכת גטין (דף ז' ע"ב) אמר ר' יהודה אמתי בזמן שהספינה גוששת אבל אין הספינה גוששת פטור ובתוספת שם ועיין רמב"ם (פ"א מתרומות הכ"ג) דפסק כר"י דדוקא בזמן שהספינה גוששת:

סימן קעג

סעיף ב' (א) אם חלקו בגורל לאחר שעלה הגורל לאחד מהם נתקיימה החלוקה לכולם [הג"ה] מיהו הרא"ש כתב בתשובה דאין הגורל קונה רק מברר החלקים אם החזיק אחד בחלקו החלוקה קיימת (עסמ"ע דכתב דמשטת המחבר משמע דגורל עושה קנין ורא"ש אינו סובר כן) ונראה לענ"ד דאף לשטת המחבר דגורל עושה. קנין היינו דוקא בשותפין שחלקו דמשום הכי הוה קנין דבבהיא הנאה דשמעו להדדי גמרי ומקנו להדדי כמבואר בסוגיא ב"ב (דף ק"י) ע"ש וזה דוקא גבי שותפין כיון דכל אחד מוחזק בכולן משום הכי מהני אבל היכא דלקחו שני בני אדם מאדם אחד שני קרקעות יחד (בפ"ע) ואמר המוכר שכל אחד יקנה קרקע בגורל אף שהפילו גורלות מ"מ כיון דעדיין לא קנה קרקע בקנין מהמוכר לא מהני גורל כלל וכן נראה מדברי רשב"ם התם להדיא בסוגיא שם [ועסמ"ע סק"ד]:

סימן קעה

סעי' ד' (א) וכן אם בא בעל חוב של אביהם וגבה חובו מחלקו של אחד מהם כגון שעשאו אפותיקי בטלה החלוקה וחולקין חלוקה אחרת הנה נחלקו בזה גדולי פוסקים האחרוני' הסמ"ע והט"ז, דעת הסמ"ע (ריש סי' ל"ז) דהה"ד אם שני לקוחות שקנו בשותפות שני שדות ואח"כ בא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהם צריך לוקח חברו לסייע לזה שנטל הבע"ח ממנו השדה והטורי זהב חולק דדוקא גבי אחין שחלקו הדין הוא כך דאח השני מסייע אותו משום דברא כרעא דאבוהי הוא ע"ש היטב בטורי זהב, ולפי זה יש לתרץ דברי תוס' גטין (דף מ"ח ד"ה אי לאו) בהא דאנן פסקינן אחין שחלקו לקוחות משום דאין ברירה וכתבו תוס' דהא דקי"ל באחין שחלקו ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהן כרב דאמר בטלה מחלוקת, לא משום דיורשים הוי אלא משום דהוי כלקוחות באחריות ויורשים דקאמר רב לאו יורשים ממש אלא כלומר כיורשין עכ"ל ולכאורה צ"ע למה תלה הגמרא טעם ביורשים וגם מאי כוונת תוספות בזה דהוי (למימר) כלקוחות באחריות, ולפי דברי הט"ז הנ"ל ניחא דהא הט"ז פסק דדוקא גבי יורשים היא דבטלה החלוקה משום דכרעא דאבוהן הם אבל בשותפים לא בטלה החלוקה כנ"ל וזה היא כוונת תוס' דלעולם נוכל לומר האחין שחלקו לקוחות הן משום דאין ברירה אך משום זה פסקינן דבטלה מחלוקת כרב משום דלענין זה הרי הם כיורשים משים דכרעא דאבוהן הם:

סעי' מ' (ב') המוכר שדהו לכותי או שוכר לו היו משמתין אותו עד שיקבל עליו כל אונס שיבא מכותי וכו' [הג"ה] ודוקא ששמתוהו תחלה וכו' עיין סמ"ע (סקע"א) דלא

בשמתיהו תליא מלתא כ"א בקבל עליו תחלה לסלק הזיקו מהכותי ומפני שמסתמא מכח השמתא היה מקבל עליו לשלם כל הזיקותיו משום הכי סתם מור"ם וכתב דשמתיהו תחלה עכ"ל ועיין ברא"ש בבא מציעא (דף ק"ח ע"ב) דמשום הכי החמירו חכמים שיכתוב לו שטר שעבוד על נכסיו ויחול השעבוד מהשתא ולכאורה קשה דהא מבואר לעיל (סימן קט"ו וסימן ס' סעיף ו') דאין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות מנכסים משועבדים מפני תקון עולם ומבואר במסכת גטין (דף נ') שני טעמים או מפני שאין כתובין או מפני שאין קצובין ופירש רש"י שם כיון דעדיין הפירות ושבח אינו בעולם בשעת כתיבה אין קול לאותו כתיבה, ואם כן קשה הכא אמאי אם היזק הכותי גובה מלקוחות שלקחו קודם שהזיק הכותי דהא לא היו כתובין וגם אין קצובין ויש ליישב:

סעיף נ"ח (ג) אם בתחלת המשכונא בא המצרן לערער ולעכב ולומר אני אלוה לך וכו' אינו יכול לעכב בידו כי יאמר בעל השדה זה נוח לי ואתה קשה ממנו וכו', לכאורה קשה אמאי קי"ל לעיל (סעיף כ') וכן מבואר ברמב"ם דכשטרפה בעל חוב של מוכר המצרן מסלקו ואם ירצה הנטרף לתת הדמים תחזיר לו שדהו לעולם ע"ש, והא כיון דקי"ל שומא הדר לעולם כמבואר לעיל (סימן ק"ג סעיף ט') א"כ יש קפידא ללוה שנוח לו המלוה וקשה לו המצרן כמו גבי משכנתא הנ"ל ואפשר לתרץ דאיירי דאמר הלוה בפירוש שאין מקפיד על זה אבל זה דוחק דהוי ליה להמחבר לפרש וצ"ע:

סימן קעו

סעיף ח' (א) השותפין שומר שכר הן שאם נגנב או נאבד מהשותפות ברשות אחד מהם חייב באחריותו וכו' אבל אם התחילו להתעסק ביחד אפילו אם אח"כ נתעסק בו כל אחד לבדו פטורים דשמירה בבעלים היא וכו' וכן קי"ל [לקמן סי' שמ"ו סעיף ט"ז ובסמ"ע שם סקכ"ו] לענין בעל בנכסי אשתו דהוי שאלה בבעלים אפילו בשעה שלא עשתה מעשה, ולכאורה קשה מסוגיא דבבא מציעא (דף צ"ז ע"א) אמר רבא מקרי דרדקי שתלא טבחא ואומנא ושפיר מתא כלהון בעידן עבידתייהו כשאלה בבעלים דמי ופירש רש"י אם משהיה זה במלאכתו שאל ממנו בהמה פטור וכן פסק הרמב"ם ועיין לקין (סימן שמ"ו סעיף י"ב) דיש כאן שני שטות שטה ראשונה סובר דבעינן שהוא יושב בו לעשות אם השאיל או השכיר לאחד מאלו שהיא עוסק במלאכתם הרי זה שאולה בבעלים ויוצא חובתו וי"ח וכו' ע"ש וא"כ קשה אמאי הכא גבי שותפין דאין צריך להתעסק בו כל אחד ודי בהתחילו לעסוק וכן גבי בעל בנכסי אשתו הוי שאלה בבעלים אפילו בשעה שלא

עשתה מעשה וכן הקשה בנתיבות המשפט (בסימן שמ"ו סק"ג) ע"ש ולפע"ד נראה לתרץ דדוקא גבי בעל בנכסי אשתו כיון שהיא משועבדת לבעלה ואינה יכולה להפקיע משום הכי נקרא שאלה בבעלים אף שלא בשעת מלאכה וכן גבי שותפין (בסימן זה) דלכמה פוסקי' אינם יכולים לחזור בתוך הזמן ואפי' להפוסקי' דסוברים דיכולים לחזור מ"מ כמה פעמים אינם יכולים לחזור דהיינו בסחורה שאין יכולין לחלוק משום הכי שפיר הוי שאלה בבעלים אף שלא בשעת מלאכה, אבל לקמן (בסימן שמ"ו סימן י"ב) דכיון דפועלים הם ופועל יכול לחזור אפילו בחצי היום משום הכי צריך דוקא שהוא יושב בו לעשות מלאכה דאל"כ אין לו דין בעליו עמו כיון דפועל יכול לחזור והיש חולקין דלקמן [והוא שטת הראב"ד] ס"ל דלהא לא חיישינן דדלמא פועל יחזור בו משום הכי לא בעינן דיעסוק במלאכתו כדאשכחן בב"מ (דף י') שאני פועל דידי כיד בעל הבית הוא וכי הדר ביה טעמא אחרינא וכו' אבל כל כמה דלא הדר ידו כיד בעלים הוא:

סעיף כ"ח (ב) שנים שהיו שותפין בחוב אחד וכו' [הג"ה] וכן בכל מקום דאיכא פסידא יכול אחד מהן לחלוק בלא דעת חברו ולהציל לעצמו, הנה היכא דקנה אחד מחברו להיות שותף בסחורה לא קנה דאף שנתן מעות מ"מ מדרבנן משום גזרה שמא יאמר נשרפו חטיך לבעלי' אם יראה שנפל דליקה יאמר לעצמי הצלתי (כמבואר בסוגיא ב"ק (דף קט"ז) כגון זה שותף חולק שלא לדעת חבירו אפילו יכול להציל כולה ע"י הדחק) וכן משמע בחולין (דף פ"ג) בארבעה פרקים וכו' אבל היכא דקנה אחד מחברו חצי כלי באופן שאין ראוי לחלוק בשום אופן (יש להסתפק ולומר] דקנה חצי כלי דהא דבר תורה מעות קונות רק מדרבנן משום גזרה והכא לא שייך זה ואפשר דהוי כמו שכירות דסובר הר"ן דמעות קונה ועיין (בסימן קצ"ח סעיף ו') וה"נ מעות קונות או דלמא כיון דשם מכר עליו לא פליג רבנן וצ"ע אחר כך ראיתי בספר שער משפט שמדבר קצת מזה:

סימן קפא

סעי' ב' (א) היו שני שותפים והציל אחד מהם הציל לאמצע ואם אמר לעצמי אני מציל הרי זה חלק מחבירו והציל לעצמו [הג"ה] ואם אמר שהציל לעצמו ואין לו עדים נשבע על כך ומחזיק לעצמו במשנה למלך (פרק י"ב מגזלה ואבידה) תמה על הרמ"א דהא (בסימן רצ"ב) פסק דהיכא דהשתמש בפקדון של חבירו צריך להביא ראיה דאמר קודם תשמיש דלעצמו הוא משתמש, ואמאי נאמן הכא בשבועה שאמר שהציל לעצמו ע"ש, ולפע"ד נראה לתרץ דברי הרמ"א דהכא הא איירי באין יכול להציל וכיון דאין יכול להציל א"כ הפקרא היא וממילא יצא מרשותם משום הכי נאמן בשבועה לומר דאמר

לעצמי אני מציל אבל התם אדרבה כיון דהוא משתמש בפקדון של חברו ושייך הריוח לבעל המעות רק דהוא אימר שהוציא רשות בעלים שאמר קודם תשמיש לעצמי אני משתמש הלכך צריך להביא ראיה שאמר כן כיון דיש לבעלים חזקת מרא קמא כמו שמצינו גבי דברים העשוים להשאיל ולהשכיר שאין נאמן לומר לקוח משום חזקת מרא קמא אח"כ ראיתי בים של שלמה ב"ק (פרק י' סימן מ"ד) דהקשה אמאי סובר המרדכי דנאמן בשבועה כיון דהסחורה שייך לשיירא ותירץ כיון דבא ליד גייס א"כ אין לבעלים ראשונים חזקת מרא קמא ע"ש, ע"כ יכול לומר בשבועה לעצמי הצלתי כנ"ל:

הלכות שלוחין:

סימן קפב

סעיף א' בהג"ה בכל דבר שלוחו של אדם כמותו חוץ מלדבר עבירה וכו' ודוקא שהשליח בר חיובא אבל אם אינו בר חיובא הוי שליח אפילו לדבר עברה, מבואר במסכת מכות (כ"ב ע"ב) במשנה דכשהוסיף לו עוד רצועה אחת ומת הרי זה גולה על ידו ובמסכת בבא קמא (דף ל"ב ע"ב) אוקמיה דטעה במנינא, ובקצות החשן (בסימן שמ"ח) הקשה כיון דטעי דיינא גופיה א"כ שליח ב"ד אמאי גולה כיון דאינו אלא שליח וב"ד היא המשלחו וכיון דהשליח שוגג אמרינן יש שליח לדב"ע כמבואר בתוס' קדושין (מ"ב ע"ב ד"ה אמאי) אם כן יתחייבו הדיינים גלות ואע"ג דמשלח נמי לא ידע מוכח מתוס' שם דיש שליח לדבר עברה ע"ש, ולפע"ד נראה לתרץ קושייתו דהא הרמב"ם (פרק ב' מרוצח ושמירת הנפש הלכה ב' ג') כתב וז"ל אבל השוכר הורג להרוג את חברו או שלח עבדו וכו' כל אחד מאלו שופך דמים היא ועון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים ואין בהם מיתת ב"ד, ומניין שכן היא הדין שנאמר שופך דם האדם באדם דמו ישפך זה הורג בעצמו שלא ע"י שליח ומפרש התם ג"כ טעם דאם הרג ע"י שליח או ע"י עבדו אין בהם מיתות ב"ד דכתיב מיד האדם ומיד איש את אחיו זה השוכר אחרים להרוג את חברו וכתיב ביה אדרוש דהיינו מיתה בידי שמים ועיין בכסף משנה שם, ולכאורה אמאי לא כתב הרמב"ם הטעם המבואר במסכת קדושין (דף מ"ב) דאין שליח לדבר עברה. או משום דהוי שני כתובים או משום דגלי רחמנא גבי שחוטי חוץ דם יחשב ע"ש, על כן נ"ל דהרמב"ם איירי בכה"ג שסובר השליח שמותר להרוג פלוני דהיינו ששליח היה סובר שב"ד גמרו הדין על פלוני להרוג או ששליח סבור שהוא מסור (וע' בסי' שפ"ח סעיף י') א"כ לא שייך אין שליח לדבר עברה [דגם הרמב"ם ס"ל כשטת תוס' הנ"ל דכשהשליח שוגג אמרינן יש שליח לדב"ע] ולכן חידש הרמב"ם דמ"מ גבי רוצח לא מחייב שולחו

מיתת ב"ד עד שיהרוג הוא עצמו דגזירת הכתוב היא מהפסוקים שהביא, ולפ"ז כיון דגלי רחמנא דגבי מיתה המשלח פטור בכל ענין אפילו היכא ששליח היה סביר שאין עברה לפ"ז גבי גלות ג"כ לא נוכל לחייב את המשלח דגלות הוי כעין מיתה דכיון דאם יצא רוצח חוץ לתחום מותר גואל הדם להרוג אותו, וכעין שכתב הריטב"א ריש מסכת מכות דמשום הכי אין חיוב גלות ע"פ עצמו שהרי יש חיוב מיתה כנ"ל, משום הכי גבי הוסיף לו רצועה אחת הרי זה גולה ע"י ולא שייך שליחות כנ"ל ועיין בנתיבות (סימן שמ"ח):

ב אבל אם אינו בר חיובא הוי שליח אפילו לדבר עבירה. מקור דין זה הוא בב"מ (דף י' ע"ב) וילפינן מחצר דגניבה, דלמ"ד חצר משום שליחות אתרבאי הק' הגמרא אמאי חצר קונה גניבה הא אין שליח לד"ע ומשני משום דאינו ב"ח, ולכאורה ק' אי אמרינן חצר משום שליחות אתרבאי היכי מהני חצר בגניבה הא בעינן שלוחו של בעל הממון, בשלמא אי אמרינן חצר איתרבאי משום יד שפיר אף דאינו עומד בצידו מכל מקום קנה כמו שכתב הנימוק"י ב"מ בסוגיא דחצר דהוי כמו יד אריכתא אבל למ"ד דחצר משום שליחות איתרבאי אמאי מהני הא בעינן שליח של בעל הממון, תירץ חדושי הר"ן וכן הביא האסיפת זקנים דמכל מקום קנה מטעם תקנת חכמים ע"ש היטב, מכל מקום קשיא מאי יוכל לתרץ בגניבה היאך חצר מחייב הגנב דהא בעינן חצר של בעל הממון, אבל נראה לי דהא גנב באמת אינו קונה גניבה רק לחומרא לענין חויב אונסין ובזה לא בעי' שליח של בעל הממון, ועיין באס"ז ב"מ (דף ק"ב) בשם הריטב"א דדוקא בגניבה בלחוד הוא דרבי רחמנא חיוב כפל ע"י חצרו ע"ש, לפ"ז יתיישב היטב לפע"ד סוגיא דגיטין פרק הזורק (דף ע"ז) דשם קאמר צריכא תרי קראי גבי גט וגניבה וקאמר הגמ' שם דאי אשמעינן גניבה משום דקנסי רחמנא, ולכאורה ק' דהא מחצר של גניבה לא שמעינן דחצר היא משום יד די"ל דקונה משום שליחות כמו שכתב רש"י בב"מ (דף י"א) ובתוס' שם (דף י' ע"ב ד"ה ואי משום שליחות) ע"ש, ולפי הנ"ל אתי שפיר דס"ד דגמרא דע"כ חצר דגניבה ג"כ מטעם יד דאי משום שליחות הא בעי שליח של בעל הממון והיאך חצר קונה הגניבה, על זה תירץ הגמ' גבי גניבה קנסא רחמנא, וממילא י"ל דחצר דגניבה דאינו קונה רק לענין חייב כפל ואונסין אין צריך שליחות של בעל הממון, ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצלל"ה דכתב (בסימן זה סק"א) דבשחרור אין צריך שלוח של בעל הממון כמו גבי גט והביא בשם אאמ"ו זצ"ל ראי' לזה מדברי הר"ן גיטין (דף י"א) בסוגי' דתופס לבע"ח, (וכן הביא ראי' זו בתפארת ירושלים ב"מ (אות ט') ובזה צדקו דברי הנו"ב קמא (ח' אעה"ז) ולאפוקי מדעת קצוה"ח (בסי' זה) ותשו' רעק"א זי"ע (בסימן קצ"ד) דנקטו בפשיטות דגם בשחרור בעינן שלוחו דבעה"מ):

ג בש"ך (ס"ק א') פוסק כרב סמא דהכל תלוי בין אם השליח עושה מדעתו או בע"כ ותמה על הנימוק"י בבא מציעא דכתב דהיכא דאמר לקטן שאין לו יד כלל שאין מבחין בין צרור לאגוז הוי כחצר לחייב שולחו והש"ך תמה על זה דהא מ"מ אין שליחות לקטן וכמבואר במתניתין ב"ק השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ועיין בתוס' ב"מ (דף יוד) דטעמא משום דלאו בני שליחות נינהו ע"ש, ולפע"ד כדי שלא יהיו דברי הנמוקי יוסף תמוהים כ"כ יש לומר דהא הרא"ש מס' קידושין (דף ט') כתב דבר חדש דהא דאין שליחות לקטן היינו כשעשה שליח לזכות לאחר אבל בקדושי קטנה שהיא זוכית לעצמה בשליחות אביה מהני שליחות וכן כתב הרא"ש שם (דף י"ט) ע"ש, ולפי זה יש לומר דכוונת הנימוק"י היכא דאמר לקטן טול לעצמך דבר השייך לפלוני דבכה"ג סובר הרא"ש דמהני שליחות לקטן ולזה נתכוין הנימוק"י, אבל בשולח את הבערה דלא שייך זכה טול לעצמך שפיר אין שליחות לקטן:

סימן קפג

סעיף ב' (א) הנותן מעות לחבירו לקנות לו קרקע או מטלטלין והניח מעות חבירו אצלו והלך וקנה לעצמו במעותיו מה שעשה עשוי וכו' [הג"ה] ודוקא בקרקע סתם אבל בקרקע מיוחד הואיל והיא מנהג רמאות ודאי מעיקרא קנאה למשלח ולא יכול לחזור בו. לכאורה קשה הא פסקינן באה"ע (סימן ל"ז סעיף ט"ו) המקדש בתו סתם או שאמר אחת מבנותיך מקודשת לי אין הבוגרת בכלל אפילו נתנה לו רשות לקבל קדושיה ודוקא דשויתי' שליח לקבל קדושין סתם ולא אמרה מפלוני אבל אמרה מפלוני גם הבוגרת היא ספק מקודשת, א"כ אמאי פסקינן הכא דבקרקע מיוחד ודאי משלח קונה ושם באה"ע פסקי' דהוי בוגרת ספק מקודשת אפילו כי אמרה מפלוני, ובבית שמואל שם הקשה ג"כ קושיא זו וע"ש מה שתי', ולפע"ד נראה לתרץ דהתם גבי קידושין יש לכל בת חזקת פנוי' משום הכי אף אם אמרה הבוגרת לקבל קדושי' מפלוני אינו אלא ספק קדושין דמשום דאמרה לקבל מפלוני בשבילה והוא יקבל בשביל בת אחרת דהיא מנהג רמאות ושארית ישראל לא יעשו עולה, בשביל זה לא נוכל להפקיע חזקת פנוי' משום הכי אינה אלא ספק מקודשת אבל כאן אם אמר המשלח לשליח לקנות לו קרקע פלוני א"כ אזיל ליה חזקת מרא קמא דמוכר דממנ"פ יצאה מרשות מוכר לרשות המשלח או לרשות השליח מש"ה אמרינן דאם סיים לו לקנות לו קרקע מיוחד מסתמא קנה השליח בשביל משלח דשארית ישראל לא יעשו עולה:

ב בש"ך (ס"ק ב') הביא בשם רבינו ירוחם דאם קנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו לא קנה חבירו אפי' אמר בפני עדים לצורך חברי אני קונה במעותי אפ"ה לא קנה חבירו אא"כ הודיעו למוכר והב"י חולק עליו והש"ך הסכים לדברי הרי"ו ע"ש ולפע"ד נ"ל ראי' לדברי ב"י מדברי תוס' ב"מ (דף ע"ג ע"א) ת"ר המוליך חבילה וכו' החמרים מעלים במקום היוקר כבמקום הזול ואין חוששין ובתוס' (ד"ה החמרין) פירשו דאחריות הדרך בחזירתם עם התבואה ממקום הזול הי' על בעל הבית והחמרין היו משתכרין במעות בהליכה ממקום היוקר בשום סחורה אפ"ה מותר דניחא להו דמגלו להו תרעא או מוזלו גבייהו ע"ש, ולפי שיטות הרי"ו וש"ך מכל מקום בעל הבית לא קנה א"כ היא ריבית בשביל הלואה שמוכרים סחורה במקום היוקר כבמקום הזול ודוחק לומר שהחמרין מודיעים למוכרין במקום הזול שקנה לצורך פלוני אלא מוכח כשיטת הב"י כיון שמתכוין שפלוני יקנה בקנינו קנה פלוני, ואפשר דהתם איירי שעשה שלוחים לקנות להם סחורה כבמקום הזול דבזה כולי עלמא מודים דקנה המשלח ועיין לקמן (סעיף ד'):

סימן קפה

סעי' ב' (א) אין שליח יכול לקנות לעצמו אפילו באותם דמים שהרשוהו בעלים למכרו מקור דין זה היא ממס' כתובות (דף צ"ח) אמר רב נחמן אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום ומסיק הגמ' טעמא דמאן שם לך, וערש"י דכתב דאם רצו היתומים להגבותה מעות לאחר זמן חוזרים ונוטלים אותה דמאן שם לך ממי קבלת מכירה זו לא מב"ד ולא מיתומין אבל היכא דשמת לאחרים יצאו מרשות יורשים שהרי נתנו לה רשות למכור עכ"ל, ועש"ך (סימן ק"ג סקי"ח) דהביא בשם מהרש"ל בתשובה אע"ג דשומא הדרא גבי כתובה שומא לא הדרה ועיקר הראיה היא מדברי רש"י הנ"ל דכתב דאמרינן מאן שם לך ואם רצו יורשין להגבותה מעות אחר כך חוזרים ומגבין אותה א"כ מוכח דגבי כתובה שומא לא הדרא דאל"כ תיפוק לי' דחוזרים מטעם שומא הדרא ע"ש ורמ"א בתשובה חולק עליו ע"ש, ולפע"ד נראה דהרמ"א נקט דאין ראי' מדברי רש"י דהא הר"ן הביא ראי' מסוגיא הנ"ל לדין של המחבר כאן דאין השליח יכול לקנות לעצמו ע"ש, וזה דוקא אם אמרינן מאן שם לך כסברת רש"י אבל אי לא אמרינן מאן שם לך א"כ כמו שיכולה למכור לאחר בלא אכרזתא כמו כן תוכל למכור ולהקנות לעצמה ולא שייך שומא הדרא דלא שייך דין שומא הדרא רק היכא דהוי גביינא דב"ד משום חובו למלוה ושפיר צריך רש"י לפרש הטעם דיורשים יוכלו ליתן לה מעות מטעם דמאן שם לך אבל לעולם נוכל לומר דגבי כתובה נמי שומא הדרא היכא דגבתה עפ"י ב"ד כנלפע"ד פשוט וברור:

סימן קפח

סעיף ב' (א) עושה אדם שליח איש או אשה וכו' ואפילו עבד ושפחה וכו' נעשים שלוחים למשא ומתן. כוונת המחבר למשא ומתן לאפוקי גיטין וקדושין דלא מצי עבד ושפחה להיות שלוחים כמבואר באבן העזר (סימן קמ"א) ובמסכת גטין (דף כ"ג) בשלמא חשו"ק לאו בני דעה נינהו נכרי נמי דלאו בר התירא הוא ופרש"י דאין קדושין וגטין נהוגים בהם ומידי דלנפשיה לא חזי לא מצי למעבד שליח ע"ש, ולכאורה קשה אמאי אמרינן בבבא מציעא (דף י') אי נמי איש דאמר לאשה אקפי לי קטן להך לשנא דאמרינן דשליח לאו בר חיובא מחייב שולחן ולפרש"י הנ"ל אכתי אפילו למ"ד דשליח לאו בר חיובא לא שייך שליחות כיון דלא שייך בנפשיה, ונראה לי לתרץ בפשיטות דהתם הא דאין שייכות בהם היא מחמת חסרון גופם דגופם לא שייך בהשחתה והקפה הוקש להשחתה בחד קרא לא תקיפו פאת ראשכם ולא תשחית את פאת זקנך כל שישנו בהשחתה וכו' אבל בסוגיא דגטין אין חסרון בגוף דהא עבד הרי היא כשאר אנשים אלא רחמנא אמר דכותי ועבד אין בתורת גטין וקדושין משום הכי שפיר אמרינן דנכרי ועבד אין יכולים להיות שליח כמו שפירש רש"י דמידי דלא חזי לנפשיה לא מצי למעבד שליח: הלכות מקח וממכר:

סימן קצ

סעי' ב' (א) בכסף כיצד מכר לו בית או שדה ונתן לו כסף שוה פרוטה קנה עש"ך (סק"א) דאם נותן לו בדמי הקרקע שטר חוב שיש לו על לוי לא קנה היכא דיכול למחול דדוקא גבי קדושין קי"ל דהיא ספק מקודשת דאשה סמכא דעתה דלא שביק לדידה ומחי לאחריני אבל גבי מכירה אם קנה קרקע ונתן לו שטר חוב שיש לו על אחר לא קנה דמוכר לא סמיך דעתו דלמא מחיל וכן מבואר ברש"י ור"ן במסכת קדושין ע"ש, אמנם בתוספות, בבא מציעא (דף ט"ז ד"ה האי שטרא) מבואר להיפך דדוקא באשה לא קנה דכסיפא לה למתבעי לבעלה כשימחול אבל במכר דלא כסיף למתבעה קנה וכן הביאו הקצות החושן והנתיבות המשפט ע"ש, ולכאורה קשה לשטות רש"י והר"ן מאי מקשה הגמרא בסוגיא דהתם על ברייתא התקדשי לי בשטר חוב ר' מאיר אומר אינה מקודשת וכו' האי שטר ה"ד אלימא שטר חוב דאחרים קשיא דר"מ אדרבי מאיר ע"ש, ולשיטות רש"י והר"ן הא נוכל לתרץ דהאי שטר חוב דאחרים איירי שהוא לקח שטר חוב מאחר וקידש בה אשה דהמלוה ראשון שלקח ממנו המקדש אותו מלוה] יכול למחול והכא אפילו ר' מאיר מודה דאינה מקודשת דבשלמא גבי בעל סמכא דעתה אבל

מלוה ראשון דאינה בעלה יראה שמא ימחול ולכך מודה ר"מ דאינה מקודשת ולשיטת תוס' שפיר וצ"ע:

ב ונתן לו כסף שוה פרוטה וכו'. יש לעיין היכא דנתן למוכר פחות משוה פרוטה ואומר לדידי שוה פרוטה מי מהני בתורת כסף, וער"ן קידושין בסוגיא דשיראי דמסתפק היכא דקידש אשה בדבר שאינו שוה פרוטה אי מצית אמרה לדידי שוה ע"ש ובית שמואל (סימן ל"א) הביא ספק זה בשם הר"ן ע"ש ולכאורה יש סברא דאם נאמר בקידושין מהני, אמירתה לדידי שוה הה"ד במקח וממכר ואפשר לומר דאף אם נאמר בקדושין לא מהני אפ"ה במקח מהני דהתם בקדושין אף שהיא אמרה לדידי שוה לי מ"מ לא הוי קדושין משום דרחמנא אמר כי יקח איש אשה ולא תלקח אשה לאיש אבל במכר במוכר תלה רחמנא יש לומר דמהני לדידי שוה לי אבל באמת נראה מדלא הביא שום פוסק דין זה משמע גבי מכר נמי לא מהני לדידי שוה לי ועיין ביש"ש קדושין (סימן י') דפסק בפשיטות דלא מהני בקדושין ע"ש, ולפ"ז נוכל ליישב היטב סוגיא דקדושין (דף י"ג ע"א) אמר רב אסי אמר ר' מני כשם שאין אשה נקנית פחות משוה פרוטה כך קרקע אינו נקנית פחות משוה פרוטה והקשה תוס' (ד"ה כשם) בתימא דהוי ליה למידק איפכא דהא קניני אשה ילפינן משדה ע"ש, ולפי הנ"ל ניחא גבי קדושין ודאי לא מהני כיון דהיא אמרה לדידי שוה לי א"כ היא עשתה כל קנין הקדושין בזה שהיא אמרה לדידי שוה ורחמנא תלה בבעל כי יקח איש אשה אבל גבי מכר במוכר תלה רחמנא שהוא מקנה ס"ד דמהני אם אמר לדידי שוה קמ"ל דלא מהני כיון שאין בו שוה פרוטה ולא הוי כסף אין בו דין כסף ולפ"ז מיושב ג"כ מה שתמה הרשב"א על קושיית הגמרא דהקשה אח"כ דאמר אע"פ שאין אשה נקנית פחות משוה פרוטה קרקע נקנית בפחות משוה פרוטה וחמה הרשב"א דהא קדושין ילפינן משדה עפרון היכא ס"ד דקרקע נקנית בפחות משוה פרוטה ואשה אינה נקנית יש לומר דס"ד משום הכי גבי קדושין לא מהני לדידי שוה לי כיון שהיא מכניסה עצמה לבעלה ורחמנא תלה בבעל כי יקח איש אשה אבל מכר תלה רחמנא במוכר ס"ד דמהני ומסיק הגמרא דברייתא איירי בחליפין אבל בתורת כסף לא מהני אף במכר:

סעיף ו' (ג) וכן יש אומרים שהוא הדין לאומר לחבירו הילך מנה ויהיה שדי מכור לך עצמך בו כיון שזכה במנה נקנה לו השדה והיא שיהיה אדם חשוב שהמוכר נהנה במה שהיא מקבל ממנו המתנה ער"ן מסכת קדושין (דף ז') דהביא בשם רבינו חננאל אם אמר הילך מנה ויקנה לך נכסי דהאי הנאה מיחשב ככלי דיהיב הקונה למקנה וקונה בו בתורת חליפין אותן נכסים ולפ"ז אף מטלטלין קנה בו ע"ש בדברי הר"ן, א"כ קשה אמאי

קי"ל הכא דבעינן דוקא אדם חשוב דהא הר"ן עצמו כתב בסוגיא הנ"ל דגם באדם שאינו חשוב גם כן יש הנאה רק שאין בו הנאה שוה פרוטה אבל הנאה יש ג"כ אפילו באדם שאינו חשוב א"כ אמאי בעינן באדם שאינו חשוב] להיות שוה פרוטה דהא הכא קונה מטעם חליפין ובחליפין קיי"ל דקונין בכלי אעפ"י שאין בו שוה פרוטה ובקצות החשן הקשה ג"כ קושיא זו ע"ש, ולפע"ד נראה ליישב דהא רש"י ור"ן בסוגיא הנ"ל פירשו דאדם חשוב הוא שאינו רגיל לקבל מתנות ושפיר הדין דאם אשה נותנת לבעל כסף והוא מקבל ממנה מקודשת דשפיר מוכח דמש"ה מקבל משום דרוצה לקדשה ויש לה הנאה דמקבל מתנה ממנה מש"ה מקודשת וכן הדין גבי ממונא (בסימן זה) אבל אם הוא אדם שאינו חשוב אף דיש לנותן הנאה כל שהיא שמקבל ממנו מתנה כסברת הר"ן הנ"ל מ"מ אינו מוכח דבשביל הקנין מקבל המתנה דבלא קנין קרקע או מטלטלין נמי מקבל מתנה מש"ה באדם שאינו חשוב לא קנה המקבל אבל גבי חליפין למ"ד דסובר בכליו של מקנה שפיר תירץ הר"ן דסובר דאף באדם שאינו חשוב נמי יש הנאה כל שהיא ומהני בחליפין דקונין בכלי אעפ"י שאין בו שוה פרוטה והתם בלא"ה לא שייך מקבל דהא ק"ס מיד חוזר לבעלים דקני ע"מ להקנות היא, ועיין בספר דברי משפע בסופו מה שהקשה אאמ"ו זצלל"ה על ט"ז יו"ד ע"ש:

סימן קצא

סעיף ד' בהג"ה (א) מכר לו קרקע בשטר או במעות וא"ל קנה לאחר שלשים יום ונקרע השטר תוך הזמן וכו' אם אמר לו קני לך מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה לא אמר מעכשיו לא קנה וכו' והנה אם משכיר אמר לשוכר אני משכיר לך דירה זאת לאחר שלשים יכול משכיר לחזור תוך שלשים יום כמבואר באבן העזר סימן מ' [לענין קדושין דהגם דבקדשה בכסף לא אמרינן כלתה מ"מ מועיל חזרה תוך ל' והה"ד בנ"ד] ולפ"ז יש להשוות דעת תוס' ב"ב (דף פ"ו ע"ב) עם דעת הנמוק"י שם דאיתא התם השוכר את הפועל לעשות עמו לגורן היום בדינר ולגורן יפה סלע מותר ומסיק הגמ' רישא דלא קא עביד מהשתא מחזי כי אגר נטר ליה סיפא דקא עביד בהדי' מהשתא לא מחזי כי אגר נטר ליה וכתבו בתוספות (ד"ה דינר ליום) וז"ל נראה לרשב"א דהא דתנן באיזהו נשך מרבין על השכר ואין מרבין על המכר האי דשרי להרבות על השכר כגון שנכנס מיד לתוך הבית דבענין אחר לא שרי להרבות דמיחזי כי אגר נטר עכ"ל ונמוקי יוסף חולק וסובר דאין צריך שיכנס מיד תוך הבית ע"ש ועיין בטורי זהב יו"ד (סימן קע"ו ס"ק ז') שכתב בשם דרכי משה ובשם הגהות מיימוני דמותר ע"כ נלפע"ד לדינא דאם

יכול המשכיר לחזור דהיינו שאמר אני משכיר לך הדירה לאחר שלשים יום ודאי אסור להרבות בשכירות כיון דאינו דר בו מהשתא הוי כפועל (התם) וגבי פועל אסור משום דיכול לחזור הכי נמי כן אבל אם אמר המשכיר לשוכר מעכשיו דאין המשכיר יוכל לחזיר מותר ואפשר דכוונת התוס' גם כן במה שכתבו כגון שנכנס מיד לתוך הבית דהיינו דאמר מעכשיו ועיין:

סימן קצב

סעיף ז' (א) המוכר או נותן לחבירו שדה בצד שדהו כיון שדש המצר וכו' ואם שביל של כרמים מכר הואיל ונעשה להילוך קנה בהילוך. והוא סוגיא דב"ב (דף ק') מודים חכמים לר' אליעזר בשביל של כרמים דקנה בהילוך ע"ש, ועיין ברי"ף ובראי"ש מסכתא בבא בתרא פרק חזקת דהביאו להלכה וסיימו דאמר לי' לך חזק וקני ע"ש, ולכאורה צריכים להבין ממנ"פ אי איירי שלא בפניו פשיטא דצריך לומר לך חזק וקני דלא עדיף מקנין גמור דצריך לומר לך חזק וקני ואי איירי בפניו אמאי צריך לומר חזק וקני דהא קיי"ל היכא דעשה הלוקח או מקבל מתנה קנין בפניו א"צ לומר לך חזק וקני כדלעיל (סעיף ב') ויש מקום לומר אף דבפניו אין צריך לומר הכא שאני בשלמא התם ניכר דלשם קנין עשה המעשה לכך בפניו א"צ לומר לך חזק וקני, אבל גבי שביל של כרמים שנעשה להילוך י"ל אף בפניו ג"כ צ"ל לך חזק וקני, וכעין סברא זו כתב במשנה למלך (פרק א' ממכירה הלכה ח') דהביא בשם תשו' לחם רב (סימן קנ"ב) דהיכא דדר בבית בתורת שכירות לא מהני חזקה אפילו בפניו עד דאומר לו לך חזק וקני כיון דדרך השוכרים כך ע"ש א"כ ה"נ גבי שבול של כרמים הואיל ונעשה להילוך אפילו בפניו צ"ל לך חזק וקני כן יש לומר בכוונת הרי"ף וראי"ש וטור וצ"ע לדינא:

סימן קצד

סעיף ב (א) מאחר שכותי אינו קונה קרקע מישראל ולא מקנהו לישראל אלא בשטר ישראל שלקח שדה מכותי ונתן דמים וקודם שיחזיק בה בא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקים בנכסי הגר זכה אחרון וכו' ונותן לראשון את הדמים. עסמ"ע (ס"ק יוד) וז"ל כן היא דעת רמב"ם וסייעתו וטעמם דאף דלא קנהו מ"מ בתורת משכון היא בידו עד שיחזיר לו הדמים אבל הרא"ש והטור סוברים דא"צ ליתן לו דמים כיון דלא בא ליד הלוקח מתחילה בתורת משכון עכ"ל, ועש"ך (ס"ק ד') דפסק דגם במטלטלין הרי הן כמדבר ע"ש ונראה דמכל מקום צריך ליתן ללוקח ראשון דמיו דהא קיי"ל בעל

חוב גובה מן ההפקר כמבואר במס' כריתות (דף כ"ד) ע"ש ברש"י ועיין במגיד משנה (פרק ב' מזכיי' ומתנה הלכה ט"ו) דכתב דבע"ח גובה מן ההפקר אף במטלטלין אף שזכה בהם אחר ע"ש וכן הרשב"א ב"ק (דף מ"ט) בסוגיא דמשכונו של גר כתב דלא דמי למטלטלין דיתמי מש"ה בעל חוב גובה אפי' במטלטלין ע"ש ה"נ גובה לוקח ראשון מן המחזיק כמו גבי קרקע כנ"ל עיקר ובנתיבות המשפט (סק"ה) לא כתב כן עיין שם ולכאורה קשה מסוגיא דקידושין דף (כ"ב ע"ב) ר' יהודא הנדואה גר שאין לו יורשים הוי חלש על מר זוטרא לשיולי בי' חזיי' דתקיף לי' עלמא טובא אמר לי' לעבדי' שלוף לי מסנאי ואמטינוהו לביתי וכו' איכא דאמרי דקטן הוי ודלא כאבא שאול כך גרסת רש"י ועיין בתוס', ולכאורה קשה דהא הרשב"א בתשובה (סימן רנ"ב) הובא בספר דברי משפט מזקיני הגאון זצלל"ה (בסי' קי"ז) כתב דאף דבעל חוב גובה מן ההפקר [כמבואר במסכת כריתות ובמ"מ הנ"ל] היינו דוקא היכא דהוי המטלטלין רגע בלא בעלים כגון גר שמת ובא אחר והחזיק בו אחר מיתת הגר אבל היכא דהוי פקדון ביד אחר דלא הוי רגע בלא בעלים אין בע"ח יכול לגבות ממטלטלין ע"ש, א"כ אמאי קאמר הגמרא דלא כאבא שאול ופירש רש"י דהא לאבא שאול יכול לזכות אף לאחר מיתת הגר, אמאי הא י"ל דאף אליבא דאבא שאול עשה כן וזכה בהן מחיים דהא אנן קיי"ל אין גובין מעבדי דיתמי ומש"ה זכה מחיים של גר כדי שלא יהי' רגע בלי בעלים ולא יוכל בעל חוב לגבות מהם, אבל אם ימתין עד לאחר מיתת הגר ירא שמא יבוא בעל חוב לגבות מהם וצ"ע:

סימן קצה

סעיף א' (א) בקנין כיצד יתן למקנה כלי כל שהוא ויאמר לו קנה זה חלף הקרקע או המטלטל שמכרת או שנתת לי וכו'. בתוס' בבא מציעא (דף מ"ו ד"ה שמע מינה) כתבו דגבי קנין סידור לא חששו שמא יאמר לו נשרף וכו' דכיון דלא קיבל המוכר המעות טרח ומציל פן יסרב הלוקח ליתן לו המעות, והר"ן ב"מ שם הביא ג"כ תירץ זה של תוס' ע"ש, ולכאורה צ"ע דברי ר"ן בקידושין (דף כ"ו) דכתב על מתניתין נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה ושאין להם אחריות אין נקנין אלא במשיכה כתב הר"ן דהא ודאי לא אתא למעוטי אלא קנין דנכסים שיש להם אחריות דהיינו כסף ושטר וחזקה דאינו קונה במטלטלין אבל הכי נמי דנקנית בהגבה ומסירה, וכתב הר"ן ז"ל הטעם דכמו שאם משכה מרשות מוכר לא שייך חשש נשרף חיטך כמו כן גבי מסירה והגבהה דהוי לי' להוציא ולהכניס לביתו ואי ממנע ולא עביד איהו דאפסיד אנפשי' ועוד דמסירה אינו קונה רק ברשות הרבים או בחצר שאינו של שניהם לא שייך זה ע"ש, וקשה דלמה צריך

הר"ן לזה דהא תוס' והר"ן הנ"ל הקשו ג"כ דיש חשש דיאמר נשרף חיטך בעליי' ותירצו דכיון דלא. קיבל עדיין המוכר המעות טרח ומציל, וא"כ ה"נ אם קונה הלוקח את החפץ בהגבהה או במסירה יטרח המוכר להציל, ואין לומר כיון דלפעמים נותן הלוקח דמים למוכר קודם הגבהה או מסירה דכאן יש חשש נשרפו חיטך, זה אינו דפשיטא דאין מבטלין קנין הגבהה או מסירה בשביל מעות שנתן דדי אם חכמים עקרוהו לקנין מעות אבל לא גרע אם נתן מעות ועשה קנין הגבהה או מסירה דדל מהכא קנין מעות יש כאן הגבהה או מסירה וצ"ע:

סעיף י"א (ב) אין קונין בשבת קנין סודר ואם קנו אף על פי שעשו עבירה קנו. היא מתניתין ביצה (דף ל"ו) ועיין רש"י ותוס' שם רש"י סובר דאפילו במצוה גמורה אפ"ה אין מקדשין בשבת ויו"ט ור"ת סובר היכא דלית לי' אשה ובנים מקדשין ע"ש ועי"ן כתובות דהביא בשם ירושלמי אילן דכנסין ארמלין צריכין למכנס מבעוד יום כדי שלא יהי' כקונה קנין בשבת אלמא אפילו במקום מצוה לא התירו, שאני נשואין דהוי מילתא דפרהסיא טובא אבל בלא"ה אפשר שרי ע"ש, ולפ"ז יש ליישב קושיית בית שמואל באבן העזר (סימן ס"ד) דפסק המחבר כירושלמי הובא בתוס' מסכת ביצה ומס' יומא דאלמנה אין חופה קונה כמו בתולה ע"ש, לפ"ז לשיטת הרמב"ם גבי בתולה צריך להיות יחוד הראוי לביאה ממילא גבי אלמנה צריך ביאה ולמה כתב המחבר צריך להתייחד עמה קודם שבת ע"ש, ולפי הנ"ל אתי שפיר דאם יתייחד עמה יכול להיות שבעל אף אם לא בעל מכל מקום כיון דליכא מלתא בפרהסיא מותר משום מצוה וכסברת הר"ן הנ"ל:

סימן קצו

סעיף ג' (א) כיצד התיר לו מנעלו או שהגעיל לו מנעלו וכו' או הגביה את רבו קנה ויש אומרים שהה"ד אם הגביהו רבו. בטור פסק היכא דהגביה רבו את העבד דלא קנה כתנא קמא דר' שמעון בסוגיא דקידושין (דף כ"ב) ולכאורה צ"ע הא הגבהה היא קנין עדיף ממשיכה כמבואר בכמה מקומות בש"ס וכיון דקי"ל דמשיכה קונה בעבד כנעני כל שכן בהגבהה וכן הביאו הרשב"א והר"ן ראי' זו דקיי"ל כר"ש דאם הגביה הרב את העבד דקנאו ע"ש ברשב"א קדושין בסוגיא הנ"ל וגם בספר קרבן נתנאל הקשה כן ע"ש, ולפע"ד נראה ליישב דברי הטור בטוב טעם דעיקר כוונת הטור דודאי במקום דמשיכה קונה דהיינו בסימטא או בחצר של שניהם ודאי הגבהה קונה דק"ו היא השתא דמשיכה קונה כ"ש הגבהה, אך אם עבד עומד ברשות מוכר דקיי"ל דמשיכה אינו קונה ברשות מוכר אבל הגבהה קונה אף ברשות מוכר בזה פסק הטור כת"ק דר"ש היכא דרב הגביה את

העבד דלא קנה דהא הסמ"ע כתב (בסימן קצ"ז ס"ק ג') הטעם דהגבהה קונה בכל מקום דמה שמגביה בידו כאלו מונח ברשותו וביתו ע"ש ומבואר בתוס' ב"ק (דף י"ב) דאין עבד נקנה אם עומד בחצירו מטעם חצר ע"ש, ולפ"ז שפיר פסק הטור כשמואל דמשיכה קונה בעבד כנעני וכל שכן הגבהה דקונה, וזה דוקא בסימטא או בחצר של שניהם אבל במקום שאין משיכה קונה הגבהה גם כן אין קונה בעבד כנעני מטעם הנ"ל, וקצת יש ראי' לדברי דהא הגמרא בקידושין דף הנ"ל) הקשה על שמואל דסובר דמשיכה קונה בעבד כנעני אמאי לא קתני משיכה ואם נאמר דשמואל סובר כר"ש אבל לרבנן משיכה אינה קונה מאי הקשה הגמ' דהא יש לומר דברייתא אתיא כרבנן ולכך לא קתני משיכה ולפי הנ"ל אתי שפיר, ואין לתרץ דכוונת הטור דמש"ה לא קנה אם הגביה הרב את העבד משום דאין דרכו לקנות עבד בהגבהה דהא מבואר בטור ומחבר (סימן קצ"ח) דהגבהה קונה אפילו אין דרכו להגביה, ועיין ביורה דעה (סימן רס"ז) פסק המחבר ג"כ כטור דאם הגביה הרב את העבד דלא קנאו:

סימן קצח

סעיף ה' (א) ולמה תקנו חכמים שלא יהי' מעות קונות נזירה שמא יתן הלוקח דמי החפץ וקודם שיקחנו יאבד באונס כגון שתפול דליקה וכו'. [הג"ה] וכן אם התנו בהדיא דמעות יקנה קנו. עש"ך (סק"י) דכתב דין זה לא נהירא לי וסובר דאפילו התנה בהדיא דמעות יקנה נמי לא קנה שאין יכול להתנות ולעשות קנין דבר שאינו קנין, ולפע"ד יש קצת ראיה לדברי הש"ך ממסכת קדושין (דף כ"ה) מתקיף לה ר' יוסף אלא מעתה פיל לר' שמעון במה יקנה וכו', ולשטת הרמ"א כאן דסובר דאם התנה בפירוש דמעות יקנה מעות קונת מאי הקשה הגמרא הא יכול להתנות שיקנה הפיל במעות דהא הרשב"א והר"ן הביאו ראיה מסוגיא זו דכי היכא דדבר הנקנה במשיכה לא מהני אם מתנה שיקנה במסירה כן להיפוך הדבר הנקנה במסירה לא מהני אם מתנה שיקנה במשיכה, כן אם נאמר דאם מתנה בהדיא דמעות יקנה קונה מאי פריך הגמרא, ואין לומר דקושיית הגמרא היא אליבא דריש לקיש דסובר משיכה מפורשת מן התורה ולדידיה ודאי לא מהני תנאו שיקנה. בכסף זה אינו דהא סוגיא הנ"ל אליבא דר"ש אזיל ור"ש כר' יוחנן ס"ל כדאיתא במסכת ב"מ (דף מ"ז ע"ב) אליבא דר' שמעון לא קאמינא דהוא ודאי סובר כר' יוחנן אלא ודאי ראיה לשטת הש"ך, ולשטת הרמ"א אפשר לתרץ דסוגיא דקדושין איירי במתנה דליכא מעות ולכך פריך הגמ' פיל במה יקנה לר"ש:

סימן ר

סעיף א' א' (א) המטלטלין ברשות הלוקח המשתמר לדעתו. [הג"ה] ויש חולקין וסבירא להו דבמכר או במתנה אם משומר לדעת המוכר או הנותן סני וקונה וכן נראה להורות מבואר לקמן (בסימן רמ"ג סעיף ט"ו) דקטן שנותנין לו צרור וזרקו אגוז ונטלו זוכה לעצמו וכתב הרמ"א ודוקא כשיש דעת אחרת מקנה לו אבל במציאה לא, והש"ך (סק"ו) תמה אמאי מחלק בהכי ובאמת כתבו תוס' ורשב"א והר"ן חילוק זה דהיכא דאין דעת אחרת מקנה אינו קונה אלא מפני דרכי שלום והיכא דדעת אחרת מקנה קונה אותו מן התורה כיון דיש לו יד מ"מ (בזה דקטן זוכה לעצמו לא מצינו שום פוסק לחלק בכך וגם) אין סברא לחלק כן דאם יש בכוחו לזכות למה לא יזכה במציאה ע"ש, ולפע"ד נראה לתרץ קושיית הש"ך וליתן טעם לחילוק זה דהא ודאי קטן אף דהוא בכלל צרור וזרקו אגוז ונטלו לא הוי שמירה מעליא רק יצא מגדר שוטה דאין לו יד כלל כמבואר במסכת יבמות (דף קי"ג) אמרי דבי ר' ינאי ונתן בידה יצתה זו שאין לה יד לגרש עצמה ע"ש והכא גבי קטנה היכא דהיא בכלל צרור וזרקו אגוז ונטלו יצאת מגדר שוטה ויכולה לקבל את גיטה מ"מ שמירה מעולה ודאי לא הוי אלא דאפילו הכי גבי גט מהני כיון דבעל מקנה לה גיטא, ולפ"ז שפיר חילקו רבותינו הראשונים דהיכא דדעת אחרת מקנה קטן קונה אף מדאורייתא דהא הרמ"א פסק כאן כרב פפא בב"מ (דף י"א ע"ב) דבדעת אחרת מקנה א"צ להיות משתמרת ואף דהרמ"א כתב דעכ"פ צריך להיות משומר לדעת המוכר או נותן מ"מ זה סתמא דמלתא אם נותן לקטן באותו עת משתמר לדעת הנותן או המוכר אע"ג דאח"כ אינו משומר מ"מ כיון דקנה קנה, ועיין בספר דברי משפט (סימן רמ"ג סק"ב) מה שהביא בשם אמ"ו זצלל"ה:

סעיף ג' (ב) כליו של אדם כל מקום שיש לו רשות להניחו קנה כו וכיון שנכנסו המטלטלים בתוך הכלי אין אחד מהם יכול לחזור בו. מלשון המחבר משמע כיון שהגיע לאויר מנא קנה, ועיין רש"י גיטין (דף ע"ט ע"ב ד"ה דהא לא נח) וז"ל ואין מחוצות כלי עשוין לאווירן לשמור דאין כלי עשוי אלא להניח בתוכו עכ"ל, נראה מדברי רש"י דאויר כלי אינו קונה, ולפע"ד נראה דרש"י הקדוש מודה דאם הגיע לפחות משלשה לשולי הכלי דקונה דהא כל פחות מג' כלבוד דמי, ולפ"ז מתירץ קושיית תוס' גיטין שם (ד"ה דהא) דהקשה על רש"י דסובר דאויר כלי אינו קונה ממס' ע"ז (דף ע"א) דקאמר הגמ' גבי יין נסך מכי מטא לאווירה דמנא קניי' יין נסך לא הוי עד דמטי לארעא דמנא משמע דאויר כלי קונה, ולפי הנ"ל אתי שפיר דכוונת הסוגיא דע"ז דכיון דהגיע לפחות משלשה לשולי הכלי ושפיר קאמר הגמרא כיון שהגיע לאווירה דמנא קניי' דהיינו

בפחות משלשה דהוי לבוד לשולי הכלי ויין נסך לא הוי עד דמטי לכלי ממש, ואין זה דוחק לאוקמי' בכהאי גוונא דהא במסכת גיטין (דף הנ"ל) אוקמי' נמי הגמרא היתה עומדת על ראש הגג וזרקו לה כיון שהגיע לאוויר הגג הרי זו מגורשת דאיירי בפחות מג' סמוך לגג דכל פחות מג' סמוך לגג כגג דמי ופירש הר"ן והרע"ב מברטנורה דהטעם היא משם לבוד:

סימן רב

סעיף א' (א) המקנה קרקע ומטלטלין כאחד כיון שקנה הקרקע וכו' נקנו המטלטלין עמהם. הנה בקנין אג"ק אי מועיל בהפקר דעת הקצוה"ח (סימן ער"ה) דמועיל והנתיבות (כאן סק"ב) חולק עליו וכן דעת אא"ז הגאון זצ"ל בספרו דברי משפט (סי' ער"ה סק"א) דבהפקר לא מהני קנין אג"ק משום דליכא דאח"מ ע"ש בדבריהם הקדושים, והנה לכאורה יש לדקדק במתניתין קדושין (דף כ"ו) נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ושטר וחזקה ונכסים שאין להם אחריות אינן נקנין אלא במשיכה והדר מפרש מתני' נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר וחזקה, צ"ע למה הדר תני כסף ושטר וחזקה דהא תניא ברישא הל"ל סתמא נכסים שאין להם נקנין עם נכסים שיש להם אחריות ותו לא ואפשר לומר דמתניתין בא להורות דמטלטלין נקנין אגב קרקע רק היכא דהוי דעת אחרת מקנה דהיינו במכר ומתנה דשייך בי' קנין כסף או שטר או חזקה אזי נקנין מטלטלין אגב קרקע אבל בהפקר דלא שייך הני קנינים דכסף ושטר אין נקנין מטלטלין אגב קרקע:

סימן רג

סעיף ו' (א) נחושת יש אומרים דהוי טבעא לגבי דהכא ויש אומרים דהוי פירא לגבי דהבא דעה הראשונה הוא דעת התוספות ודעה השניה היא דעת הרא"ש בפסקיו (פרק הזהב סוף סימן א') דנחושת הוי פירא ודהבא הוי טבעא לגבי נחושת, ולכאורה קשה דהא מחללין פירות על פרוטה ועל דהבא סובר ב"ש דאין מחללין ותירץ הגמרא (דף מ"ה ע"א) באתרא דסגיין חריפי ולא מצינו חולק על זה, ונראה ע"פ סברת הרמב"ן במלחמות דכתב דאף ריש לקיש סובר דהבא מטבע מ"מ אין מחללין משום דנידון על סופו דאח"כ מחלל על כסף ולגבי כסף הוי פירא ע"ש ולפ"ז י"ל לגבי קנין דהבא הוי טבעא לגבי נחושת:

סימן רה

סעיף ה' יש מי שאומר וכו' עיין בהג"ה. ועיין סמ"ע (ס"ק י"ג) ועיין מה שכתבנו בזה לעיל (סימן קנ"א סק"ב:

סימן רז

סעיף א' (א) המקנה לחבירו בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאים שאפשר לקיימם וכו' אם נתקיימו התנאים נקנה הדברים שהוקנה ואם לא נתקיים התנאים לא קנה וכבר נתבאר משפטי התנאים בטור אבן העזר, ערמב"ם (פרק ו' מאישות הלכה א' ב') וז"ל המקדש על תנאי אם נתקיים התנאי מקודשת וכו' וכל תנאי שבעולם וכו' צריך להיות בתנאי ארבעה דברים וכו' שיהיה תנאי כפול וכו' ואם חסר בתנאי אחד מהן הרי התנאי בטל וכאלו לא התנה כלל והרמב"ם מסיים בכל פעם ואם חסר אחד הרי תנאי בטל כאלו לא התנה כלל דאם אמר הרי את מקודשת לי אם תתני לי מאתים זוז ולא כפול לתנאי בטל התנאי ונתקיימו קדושין ואינה צריכה ליתן לו כלום וכפל ושילש לשון זה (בהלכה ד' ה' ו') ע"ש, הרי מבואר ברמב"ם להדיא דהיכא דלא התנה כדין תנאים התנאי בטל ומעשה קיים ואינה צריכה ליתן לו כלום, ופלא בעיני על רבינו הגדול הגאון קצות החושן (בסימן רמ"א) דחידש דאם לא נעשה כדין התנאים דלא כפלי מ"מ חייב להשלים תנאי מטעם שכירות ע"ש ותימא על גברא רבא קדישא הדין דכתב כן דהא מבואר ברמב"ם להיפוך, וראיתי בתורת גיטין (ריש סי' קמ"ג) דחולק עליו ועל ראיית הקצוה"ח מיבמות (ק"ו) מחלק הת"ג דרק בחלוצה משום דאין באפשרות חלות התנאי מש"ה נקטינן דכוונתם שתחייב לקיים התנאי משום שכירות, משא"כ בשאר תנאים אמרי' דאיהו דאפסיד אנפשי' ע"ש, ולפ"ז יש ליישב היטב קושיית המגיד משנה על הרמב"ם דתמה למה לא הביא הרמב"ם שם ג"כ דבדבר שאי אפשר לקיימו על ידי שליח תנאי בטל והמעשה קיים ע"ש, ולפי הנ"ל אתי שפיר דהיכא דאי אפשר על ידי שליח. דלא מהני שום תנאי בשום אופן משום הכי אף שלא נתבטל המעשה מ"מ חייב לקיים תנאי משום שכירות וכמו דאמרינן ביבמות (ק"ו) גבי חלוצה והרמב"ם לא הביא אלא דברים שהיה יכול להתנות כדין תנאים ולא התנה דלא מבעיא דהתנאי אינו מבטל המעשה אלא אף אין שום חיוב לקיים תנאי משום דאיהו דאפסיד אנפשי', אבל באי אפשר ע"י שליח דלא מהני תנאי כלל משום הכי אף דמעשה לא נתבטל מ"מ חייב לקיים התנאי ולכך לא הביא הרמב"ם זה:

סימן רח

סעיף א' (א) מקח שנעשה באיסור כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות וכו'. ונתקיים בקנין וכו' המקח קיים. כאן מבואר להדיא דמקח שנעשה באיסור מהני, ולכאורה קשה מאי הקשה הר"ן (פ"ק דקידושין) על דברי הרי"ף דסובר דביאה שאחר קידושין לענין שתעשה נשואין ביאה כל דהוא גומרת והקשה הר"ן היכא דמי אי איכא חופה ביאה למה לי ואי דליכא חופה כיון שביאת איסור היא דהא קיי"ל כל הבועל ארוסתו לוקה אינו בדין שתקנה ע"ש, ולכאורה צ"ע דהא קיי"ל מקח שנעשה באיסור באיסור מהני וגם הר"ן סובר (בריש כתובות) דאי חופה היא ייחוד אם היא נדה אע"ג דאסור לייחד מ"מ מהני בדיעבד ע"ש והב"ש (סימן ס"א) הקשה ג"כ כמו כן ע"ש, ולפע"ד נראה חילוק פשוט דודאי מקח שנעשה באיסור מהני דוקא היכא דהקנין היא היתר כדין תורה רק שנזדמן דקנין היא באיסור כגון בשבת או מצד איסור ריבית וכדומה שפיר לא נתבטל קנין בשביל כך, משא"כ בקושיית הר"ן דהקשה דאי אפשר בלא איסור אינו בדין שתקנה, אבל דברי הר"ן (בריש כתובות) דאיירי דהקנין היא היתר רק שנזדמן שפירסה נדה שפיר מהני אפי' נעשה בו איסור דהקנין לא נתבטל מפני שהוא בהיתר עפ"י דין תורה:

סימן רט

סעיף ו' (א) הפוסק על שער שבשוק וקבל דמים ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות מוכר חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק ואם חזר בו מקבל מי שפרע עש"ך (ס"ק י"ג) דפוסק דדבר שאינו ברשותו הוי כדבר שלא בא לעולם ומקבל מי שפרע ע"ש, ולפי זה קשה לכאורה דסוגיא דבבא מציעא (דף ע"ד ע"ב) מדייק הגמ' דר"ש לא קאמר כל שהכסף בידו וכו' דמעות קונה רק בחד תרעא אבל בתרי תרעא לא דאל"כ מי שפרע לר' שמעון בלוקח לית ליה, ולכאורה מאי ראיה דלעולם נוכל לומר דלר"ש אפילו בתרי תרעא נמי מעות קונות ומי שפרע משכחת לר"ש היכא דנתן הלוקח מעות על דבר שיצא השער ואין למוכר ברשותו מאותו המין וצריך הלוקח לקבל מי שפרע כמו שמסיק הש"ך, ולשטת הסמ"ע ניחא דאי איירי ביצא השער הוי ליה לר"ש קנין גמור דהא הסמ"ע כתב הטעם דמשום הכי הוי ביצא השער מי שפרע משום דבידו לקנות, ולפי זה לר"ש דמעות קונות הוי קנין גמור נגד הלוקח אבל לשטת הש"ך קשה כנ"ל ועיין בתומים ריש (סימן ס"ו) מה שכתב בזה ע"ש: סעיף ח' בהג"ה (ב) אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מכל מקום יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם וכן לסלק עצמו וכחו מדבר שלא

בא לעולם וכו'. עב"י באהע"ז (סימן ל"ט) דהביא בשם רי"ו וזה לשונו מוכח ביבמות פרק בית שמאי אין תנאי בנשואין שאם קידשה בלא תנאי ובעל בתנאי לא מהני התנאי ע"ש, וטעם של רבינו ירוחם כיון דעיקר נישואין צריכים להיות ע"י עצמו וכן כתב בהפלאה בסוגי' דקידשה ע"ת (דף ע"ג ע"א) וכן כתב הבית יעקב בכתובות דכיון דאין יכול להיות ע"י שליח מש"ה לא מהני תנאי, ולפי ענ"ד נראה שמתוס' פרק הכותב מוכח דמהני תנאי אף דקידושין היו סתם דהא הקשו שם (דף פ"ג ד"ה כדרב כהנא) דבלא רב כהנא נמי למה לא יוכל להסתלק בכותב לה בעודה ארוסה מידי דהיה אשאר כסות ועונה, דלר' יהודא בדבר שבממון תנאי קיים ור' מאיר לא פליג אלא משום מתנה על מה שכתוב בתורה תנאי בטיל ותי' תוס' דהכא איירי דאמר לה שלא בדרך תנאי ועוד דאשה ה"ל לאתנויה ומתני בעל ה"ל פטומי מילי בעלמא ע"ש, ולשיטת רבינו ירוחם לא הקשה תוס' דהתם גבי שאר כסות ועונה דהתנה בשעת קידושין שפיר מהני תנאי אבל הכא דקידושין הי' סתם, דכותב לה בעודה ארוסה, ובזה לא מהני תנאי מטעם הנ"ל, אפ"ה מטעם סילוק מהני דיכול להסתלק מדבר שלא בא לעולם ונראה מדברי התוס' דמהני תנאי בשעת נישואין:

סימן רי

סעיף א' (א) אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם לפיכך המזכה לעובר של אחר לא קנה וכו' ואם היה בנו קנה אפילו לא אמר לכשיולד, הטעם מבואר בגמרא משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ועבש"ך (סק"א) דדעתו של אדם קרובה אצל בנו שיהיה בנו קונה באופן המועיל באפשרות ע"ש, ועיין בספר דברי משפט (בסימן רפ"א סק"ב) דהביא בשם שער המלך (פ"ב מנחלות) דתמה על המהרי"ט בהא דאנן קי"ל כר' יוחנן בן ברוקה (ב"ב ק"ל ע"א) דיש רשות ביד אב ליתן לאחד מבניו כל נכסים בתורת ירושה חוץ מחלק בכור וסובר המהרי"ט דדינא דר"י בן ברוקה דיכול ליתן כל נכסיו לאחד מבניו בתורת ירושה היינו רק בדבר שבא לעולם אבל על דבר שלא בא לעולם לא מהני [וכן ראיתי ברשב"א קדושין] והקשה השער המלך דהא הנמוקי יוסף מסכת ב"ב (דף קכ"ו) כתב דהיכא דאמר על אחד מבניו פשוט שיטול פי שנים דנוטל הבכור פי שנים כדינו ומהשאר יטול פשוט פי שנים הביא הנמוקי יוסף יש אומרים דאינו חולק מהשאר פי שנים אלא במוחזק כדין הבכור כיון דאפקיה בהאי לשנא וי"ח ע"ש, אבל מ"מ לכולי עלמא נוטל פי שנים אף מה שלא היה בשעת מתנה רק חולקים אם נוטל בראוי ע"ש, ולפע"ד לא קשה כיון שאמר שאחד מבניו יטול פי שנים כוונתו מה שהשאר בניו יטלו ירושה יהיה פי שנים

לאותו אחד, מהנכסים שהן עכשיו ברשותו ואף אם יתעשר אחר צוואתו. ושפיר לא הוי דבר שלא בא לעולם. וטעמא דמלתא משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, רק עיקר מחלוקתם אם נוטל בראוי כיון דאמר פי שנים הרי הוא כבכור ואינו נוטל בראוי ועיקר גבי בנו אמרינן דעתו של אדם קרובה אצל בנו, וכדברי הש"ך הנ"ל דכתב דודאי הקנה לו בכל אופן שבעולם שיכול להקנות:

סימן ריא

סעיף א' (א) דבר שאינו ברשותו של מקנה אינו נקנה והרי היא כדבר שלא בא לעולם כיצד מה שאירש מאבא מכור לך וכו' לא אמר כלום [הג"ה] ויש אומרים דוקא בסתם אבל אם פי' ואמר שדה זו שאני אירש מאבא מכור לך קנה. דין זה נובע מר"ת ולכאורה צע"ג על דברי ר"ת דאם אמר שדה זו שאירש מאבא מכור לך כיון שהיא מבורר וגם ממילא מש"ה קנה לוקח מגמרא בבא קמא (דף צ') דקאמר הגמ' כמאן אזלא הא דאמר אמימר איש ואשה שמכרו בנכסי מלוג לא עשו ולא כלום כמאן כר' אליעזר ע"ש, וערש"י דאפילו מכרו שניהם ביחד לא עשו ולא כלום משום דכל חד יש לו קנין, אשה בגוף ובעל בפירות, ומש"ה לא חל המכירה כלל אפילו מכרי שניהם ביחד ואפילו מת בעל בחיי אשה לא מהני מכירה, וכן היא בחד תירץ בגמרא במס' בבא בתרא (דף נ') ע"ש, ולשטת רבינו תם אמאי קאמר הגמרא דאיש ואשה שמכרו בנכסי מלוג לא עשו ולא כלום דאמימר סבר כר' אליעזר ויש שייכות לשניהם לאשה בגוף ולבעל בפירות לו יהי' אם לא שייך לאשה כלום ועכשיו הכל לבעל מ"מ אם מת בחיי' חוזרות הכל לאשה, וא"כ אמאי לא יהי' מכירת האשה מכירה דהא לא גרע משדה זו שאירש מאבא מכור לך דקנה לרבינו תם, ונלפע"ד לתרץ דלא דמי לשדה זו בשלמא בשדה זו שאירש מאבא מכור לך שייך לכל הפחות קנין באותה שדה מיד דהא אב ודאי יכול למכור מש"ה כיון דמברר המקח וגם ירושה ממילא קא אתי מש"ה סובר ר"ת דמהני אף לרבנן (כמו שמחלק תוס' כתובות אליבא דר' מאיר כמו כן סובר רבינו תם גבי שדה זו מה שאירש מאבא מכור לך אליבא דרבנן] אבל הכא בדין של אמימר דאיש ואשה שמכרו בנכסי מלוג דשניהם אין יכולין למכור עכשיו דאיש אין יכול למכור עכשיו מפני שגוף הקרקע שייך לאשה והאשה לא תוכל למכור מפני שהפירות לבעל משום הכי לא עשו ולא כלום דשום אחד מהן אין יכול למכור הקרקע ולפי סברא זו מיושב קושיית פני יהושע כתובות (דף צ"א) דהקשה לסברת רבינו תם אמאי לא מהני גבי קדושין אם מקדש אשה לאחר שימות בעליך דהא אשה כשדה זו דמיא וגם ממילא הוא אם ימות בעלה ולפי הנ"ל אתי שפיר

דהא גבי אשה לא שייך עתה שום קדושין משום הכי לא מהני אבל גבי שדה זו שייך לאלתר מכירה דהיינו האב יכול למכור מיד משום הכי לא הוי דבר שלא בא לעולם:
ולפ"ז מיושב היטב קושיית בית שמואל באבן העזר (סימן צ' סעיף ט' בהג"ה) נתאלמנה או נתגרשה מכרה קיים והקשה הב"ש (סקל"ט) לשטת הפוסקים דסברי דאף בחיי הבעל מוציא מיד הלקוחות גוף הקרקע א"כ אמאי מהני מכירה אם נתאלמנה דהא אנן קי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ע"ש,. ולפי סברת ר"ת שפיר דלא גרע מאומר שדה זו מה שאירש מאבא קנה כיון דמברר המקח וממילא היא משום הכי קנה וכש"כ הכא דגוף היה שלה מחיים בשלמא לאמימר דסובר דאף שניהם ביחד ג"כ אינם יכולים למכור הוי קשיא אבל לדידן ודאי שניהם ביחד יכולים למכור מש"ה שפיר חל מכירה, ועוד באופן אחר נוכל ליישב קושיית הבית שמואל הנ"ל דהא מבואר בכתובות (דף נ"ט) בסוגיא דהמקדיש מעשה ידי אשתו דבאמרה קונם מה שאני עושה לפיך דסובר ר"י בן נורי דצריך להפר אף שלא בא לעולם משום דקונימות מפקיע מידי שיעבוד רק דאלמוה רבנן לשיעבודי' דבעל מש"ה חל לאחר גירושין, ועיין בהר"ן נדרים (דף פ"ו ע"ב ד"ה ועוד) דכתב דמש"ה לא הוי דבר שלא בא לעולם כיון דמן התורה חל לאלתר ע"ש וכן כתב מהרש"א בסוגיא דמקדיש ע"ש, ולפ"ז הא דאשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה בעל מוציא מיד הלקוחות משום דאלמוה רבנן לשיעבודי' דבעל משום איבה כמו שכתב רש"י ב"ק (דף פ"ח) וכן כתב הרשב"ם בבא בתרא (דף נ, לפ"ז לפי מקצת פוסקים דסוברים דאפילו בחיי בעל נמי מוציא מיד הלקוחות היא מדרבנן אבל מן התורה חל מכירה לחלוטין מש"ה אם נתאלמנה או נתגרשה שפיר מכרה קיים ולא הוי כדבר שלא בא לעולם כסברת הר"ן ומהרש"א:

סימן ריג

סעיף א' (א) המוכר פירות שובך או פירות כוורת לחבירו קנה ואין זה מוכר דבר שלא בא לעולם לפי שאינו מוכר יונים שיולדו או דבש שיבוא לכוורת אלא הוא מוכר שובך לפירותיו או כוורת לדבשה שהרי היא כמוכר אמת המים וכו'. לכאורה קשה אמאי צריך לעשות תקנה גבי אם אמר מה שתעלה מצודתי היום מכור לך דמהני משום כדי חייו כמבואר לעיל (סימן ריא סעיף ב' במחבר) וכן צייד עני שאין לו מה יאכל ואמר מה שתעלה מצודתי היום מכור לך ממכרו קיים משום כדי חייו, וכן מבואר בסוגיא ב"מ (דף ט"ז) ע"ש תיפוק לי' דיכול למכור מצודה לדגים, וקושיא זו הובא באסיפת זקנים כתובות (בסוגיא דמקדיש מעשה ידי אשתו) בשם הרשב"א, ועיין בקצה"ח (סימן ר"ט) דהביא גם

כן קושיא זו בשם ר"מ אלשיך ע"ש, והאס"ז בשם הרשב"א תירץ כיון דאינו נצמח מגופה לא מהני אע"ג דאמר מצודה לדגים ע"ש, ולפע"ד צ"ע מה קשה לרשב"א דהא אף אם הקנה לו מצודה גופה והמוכר הולך לצוד אם כן הוי גבי לוקח חצר שאינו משתמרת ולא קנה דחצר שאינו משתמרת לא קנה ואף אם איירי דמוכר השכיר עצמו למה שיצוד היום והוי כמו שכרו ללקט מציאות מ"מ יכול המוכר לחזור דפועל יכול לחזור וחכמים רצו שיהי' קנין גמור וחזק ולא יוכל לחזור, ואין לומר כיון דבדעת אחרת מקנה אין צריך חצר המשתמרת כמבואר לעיל (סימן ר', דהכא לא שייך דעת אחרת מקנה דהא הדגים שבים הפקר הם ואין להם בעלים. דבשלמא גבי יוני שובך או פירות כוורת הם משתמרים אבל ממצודת דגים שבים הפקר הם ואין משתמרים, ועיין קצה"ח (סימן הנ"ל) הקשה דיקנה מטעם חצר ודבריו צ"ע מטעם שכתבנו, ואפשר דכוונת הרשב"א מטעם הנ"ל:

סימן ריד

סעיף י"א (א) המובר את הבית מכר כל דברים הקבועים כגון הדלת וכו' ותנור והכירים והריחי' אם הם קבועים. זה גירסת הרמב"ם וכתב הב"י וגרסת ספרינו אינו כן אלא לא מכר תנור והכירים וכתב ב"י דהרמב"ם איירי במחוברים ע"ש, ולכאורה יש ראי' ממס' שבת (דף י"ח) דהקשה הגמרא אונין של פשתן מאי טעמא שרי משום דלא עביד מעשה וכתבו בתוס' ד"ה (אונין של פשתן) דמש"ה לא הקשה מרישא דבהנך דרישא לא קתני כלי אבל גבי אונין הוזכר תנור ע"ש, וכוונת תוס' דהא בארעא לא שייך שביתת כלים וא"כ ברישא אין שורין דיו וסימנים וכרשינן וכו' וב"ה מתירין דיכול לומר דאיירי בכלי שהיא מחובר לקרקע דלא שייך שביתת כלים, אבל באונין של פשתן קתני תנור שפיר הקשה הגמרא ומוכח דבזמן המשנה סתם תנור מטלטל כמו במתניתין ב"ב לא תנור וכרים וכגירסת רשב"ם, ועיין ברשב"א שבת (דף י"ח):

סימן רטז

סעיף ה' (א) האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך אפילו לא היו לו דקלים וכו' [הג"ה] ויש אומרים דאם אמר לי' קרקע ודקלים אני מוכר לך אעפ"י שיש דקלים בשדה אם יש לו דקלים במקום אחר צריך ליתן לו עוד שני דקלים ואם אין לו אין צריך לקנות וכו'. ערשב"ם בבא בתרא (דף ס"ט) בהא דאמרינן שס בגמרא אמר לי' ארעא ודקילי חזינן אי אית לי' דיקלי יהיב לי' תרי דיקלי ואי לית לי' זבין תרי דיקלי, ופירש הרשב"ם דמש"ה זבין שלא יהיה מחוסר אמנה אי יחזיר לו מעותיו ע"ש וכן כתב הרא"ש

א"כ מוכח כשטת הסמ"ע (בסימן ר"ט סקכ"ג) דהיכא דלא יצא השער ונתן מעות על מקח וחזר המוכר אין צריך לקבל מי שפרע ע"ש ועש"ך (סקי"ג) דחולק עליו ע"ש, ומהכא מוכח כשטת הסמ"ע וכן מהרי"ף נמי מוכח כן דכתב דאין מחייבין אותו לקנות רק אם רוצה המוכר שמקח יהא קיים צריך לקנות ע"ש, וחולק על יש אומרים שסוברים שמחויב לקנות ולשטת הש"ך אמאי לא אוקמיה דנתן מעות משום הכי חייב לקנות אלא ודאי אף דנתן מעות אם לא יצא השער אין צריך לקנות כשיטת הסמ"ע:

סעיף ט' (ב) הקונה שני אילנות בתוך שדה חבירו אין לו קרקע לפיכך אם מת האילן או נקצץ אין לו כלום וכו' הגדילו ב' האילנות ויאמר למוכר שלשה אילנות מכרת לי ויש לי קרקע. היא סוגיא בבא בתרא (דף פ"ב) דהקשה הגמרא וליחוש דלמא מסיק ארעא שירטון ואמר לו תלתא זבינת לי ואית לי ארעא אלא אמר ר' נחמן יקוץ וכן אמר ר"י ע"ש, ולכאורה צ"ע ממנ"פ היכא איירי אי איירי תוך ג' שנים של חזקה ודאי פשיטא דאינו נאמן לקוח אפילו אכל מכמה אילנות פירות וחי איירי לאחר ג' שנים ודאי נאמן אפילו באילן אחד דקנה קרקע כמבואר לעיל (סימן קמ"א) ע"ש [ועיין בנמוק"י דכתב בשם הרמב"ן אף דמוכר נאמן מ"מ יקוץ משום דצריך לעמוד בדינא ודיינא] ולפע"ד נראה לתרץ דיש לחוש דלמא אית ליה ללוקח שטר דכתב ביה סתם שמכר אילנות שהיא בתוך שדהו באותו מיצר או יביא עדים שמכר לו אילנות בתוך שדהו אבל לא יעידו כמה ועכשיו נראה שהיא שלשה ושפיר אם באמת היו שלשה בשעת מכירה קנה קרקע כמבואר במתניתין בבבא בתרא ואם היו שני אילנות לא קנה קרקע משום הכי יקוץ לא מבעיא אי אמרינן דלוקח נאמן מטעם כאן נמצא וכאן היה בודאי צריך לקוץ אלא אפילו אי אינו נאמן הלוקח שהיו שלשה אפילו הכי צריך לקוץ כמו שכתב הנימוק"י בשם רמב"ן הנ"ל ועיין בט"ז דכתב דמשום הכי נאמן המוכר דאילן מגזע יצא משום מגו דאי בעי מוכר מצי אמר מכרתי לך בזה אחר זה ודבריו צ"ע דממנ"פ אי לא אכל הלוקח ג' שנים ודאי אינו נאמן לומר דקנה קרקע דהמוכר נאמן לומר דלא מכר לו רק אילנות ואי אכל הלוקח ג' שנים ודאי הלוקח נאמן לומר דקנה ג"כ קרקע דהא אפילו באילן אחד אם אכל הלוקח ג' שנים נאמן ג"כ לומר דקנה קרקע כמבואר לעיל (סימן קמ"א סעיף כ') ע"ש אלא העיקר כמו שכתבתי:

סימן ריח

סעיף ז' (א) האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל אם פיחת כל שהיא מנכה לו מן הדמים ואם הותיר כל שהוא יחזיר לו, עסמ"ע (ס"ק כ"ז) שמשמעות לשון

זה הוא שמוכר לו בית כור בצמצום כמו שמודדין בחבל וכו' משא"כ כשא"ל בית כור עפר סתם דאם חסר או יתיר יכולים לבטל וכו' עכ"ל, וזו סברת הר"ן קדושין פרק האיש מקדש דמש"ה אמרינן היכא דפוחת כל שהוא ינכה דאף דאמר רבא כל דבר שבמדה אפי' פחות מכדי אונאה חוזר והיכא דלא אפשר להשלים בטל לגמרי, הכא לא בטל משום דאמר מדה בחבל עיקר קפידא היא שיעלה לחשבון שלא יהי' מחילה ע"ש, ולכאורה קשה לתירץ הר"ן מה פשט הגמ' ב"ב (דף ק"ג) דאם אמר בית כור סתם כחסר ויתיר דמי ממתניתין מדקתני בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל מכלל דסתם כחסר ויתיר דמי, ולתירץ הר"ן הנ"ל מאי ראי' ממתניתין דלמא לעולם אפי' בבית כור סתם דוקא בית כור שלם קאמר והאי דקתני במתני' דוקא מדה בחבל דדוקא אם אמר מדה בחבל הדין הוא דפיחת כל שהוא או הותיר כ"ש יחזיר אבל בבית כור סתם ולא אמר מדה בחבל אין הדין כן אלא ביטול מקח היא אבל לפי תירץ של תוס' ב"ב שם ניחא שפי' דמתחילה הי' נמי יודע שאינו מיכוון לגמרי שלא יהי' פחות או יותר שפיר פשט הגמרא ממתניתין:

סימן רכב

סעיף א' נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי וכו' ולפיכך אם נטל הדמים משנים ונטל מאחד מדעתו ומאחד בעל כרחו ולא ידע ממי נטל מדעתו וממי נטל בע"כ בין שהיה מקחו בידו בין שהיו שניהם תופסין וכו' כל אחד נשבע כתקנת חכמים בנקיטת חפין ונוטל חצי מקח וחצי הדמים, היא פירוש הרי"ף בסוגיא ולחזי זוזי ממאן נקיט דפירש דאם איירי דמקח ביד מוכר מוכר נאמן ועל זה תירץ הגמרא דמוכר לא ידע ממי מדעתו וממי בעל כרחו פסקינן הכא דיחלוקו בשבועה ועיין בתומים (סימן קנ"ח) דהקשה כיון דמקח בידו והא הוי ידוע למוכר שאינו של שניהם כי לא קבל רק מאחד מדעתי' ואין החלוקה יכולה להיות אמת והיינו הך דנפקד ואמאי יחלוקו. ולפע"ד נראה לתרץ דהא לכאורה קשה לפירוש הרי"ף דאיירי דמקחו בידו ואמר לחד מדעתי ומחד נקט בעל כרחו א"כ מאי מתרץ הגמרא אפילו תימא בן ננס הא גבי חנוני ודחי איכא שבועת שוא הכא איכא למימר דליכא שבועת שוא אימור בהדי הדדי אגביהה דהא להרי"ף דפירש דמוכר נאמן והא אמר מחד מדעתיה ומחד בע"כ וכשנשבעין שניהם דנתרצה להם הא הכא ג"כ איכא שבועת שוא אך ראיתי שהביא האסיפת זקנים בשם הרשב"א ואח"כ הביא דברי הרמב"ן דפירש על תירץ הגמרא חד מדעתיה ומחד בעל כרחך דהיינו דאמר מי שיתן מעות ראשון יקנה, ושניהם זרקו יחד לתוך חיקו והוא לא נתכוין למכור לשניהם ואינו יודע מי קדם בנתינת המעות ואפשר שהגיע לידו בבת אחת

וממילא שניהם קונים ושפיר מתרץ הגמרא אפילו לבן ננס ליכא ודאי שבועת שוא ולפ"ז ממילא החלוקה יכולה להיות אמת דהגיע המעות לחיקו משניהם בבת אחת ומיושב קושיית התומים:

סעיף ד' בהג"ה (ב) יש מי שכתב האומר שדה מכרתי ואינו יודע למי ובא אחד ואמר אני הלוקח נאמן. עש"ך (סק"ח) הביא מחלוקת הפוסקים בדין זה והג"א פרק המפקיד גבי מרי בר איסק חולק בהדיא על דין זה, ולפע"ד נראה דהרמ"א הוציא דין זה מסוגיא דקדושין (דף ס"ג) דאם אמר האב קדשתי את בתי ואינו יודע למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה דקי"ל דנאמן אף לכנוס וכתב רש"י הטעם דלא חציף לשקר דמירתת דלמא מכחיש אותו ויאמר ידענא דלא את יהיב קדושין ע"ש, א"כ הכא גבי מכירה שייך ג"כ לומר דירא לומר אני הלוקח דמוכר ידע דלא לקחה ונראה כגנב משום הכי פסק הרמ"א דנאמן לומר אני הלוקח אבל היכא דלא שייך מרתת י"ל דהרמ"א מודה דאינו נאמן והתם גבי מרי בר איסק דלא שייך מרתת דיצא בלא חתימת זקן ובא בחתימת זקן שפיר אינו נאמן א"כ י"ל דהג"א נמי איירי היכא דליכא מרתת משום הכי סובר דאינו נאמן ואם כן בטלה מחלוקת:

סימן רכה

סעיף ב' (א) בד"א כשהוציא המקח מיד הלוקח בב"ד של ישראל כגון שהי' המקח מטלטלין והי' גנובים או גזולין או שהיתה הקרקע גזילה וכו'. אבל אם עכום הוא שהוציא המקח מהלוקח וכו'. בין בערכאות שלהם אין המוכר חייב באחריותו וכו' שזה אונס ואין המוכר חייב באחריות אונס. כן מוכח בסוגיא דפרה וטלית דמתרץ הגמ' במכיר שהיא בת חמורו, וכן מבואר בכתובות (דף צ"ה) גבי את בר חד בניסן את דאין חוזר על המוכר אף שב"ד מוציאין מן הלוקח מ"מ אין יכול לחזור הלוקח על המוכר, ולפ"ז צ"ע טובא על התוספות כתובות (דף צ"ב ד"ה דינא היא) דהביא תוס' ראי' דטענינן ללקוחות מזויף דאי לא טענינן א"כ יש נפקא מיני' טובא אם ראובן משתעי עם המערער או שמעון משתעי עם המערער, וזה צ"ע מאוד דא"כ מאי קאמר הגמרא ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ויצאו עליו עסיקין דינא היא דמוכר משתעי דינא עם המערער מ"ט כיון דאם טרפת מיני' עלי דידי הדר וא"כ קשה אם המוכר טוען מזויף איך יכול לחזור על המוכר דהא המוכר צווח דמזויף היא וא"כ אם המערער טרף מיני' הוי אנוס ובאחריות אונס אין יכול לחזור על המוכר דאחריות אונס לא קיבל עלי', עוד קשה שכתבו תוס' מקודם דנפקא מיני' היכא דמחל לוקח השבועה למערער, וא"כ היאך יוכל הלוקח לחזור דיכול

המוכר לומר ללוקח את אפסדי' אנפשך דלא הוי לך למחול, וקושיא זו הקשה גם כן ג"כ בס' הפלאה, אמנם ראיתי בחידושי הרמב"ן המיוחס להרשב"א דכתב דבר חדש דמפרש מה דקאמר הגמרא דטרפית מיני' עלי דידי הדר כוונתו דלא ניחא לי להיות בדינא ודייני' עם לוקח שלי אודות אחריות מש"ה יכול המוכר לאישתעי דינא עם המערער, ולפי דברי הרשב"א מתירץ קושיות הנ"ל ושפיר דברי תוס':

סימן רכו

סעיף ה' (א) המוכר קרקע לחברו ואחר שקנה הלוקח באחד מהדרכים שקונים בהם קודם שישתמש בה יצאו עליו מערערין הרי זה יכול לחזור בו שאין לך מום גדול מזה וכו' [הג"ה] כל זה מיירי בערעור שלא נתברר עדיין לגמרי אבל ב"ד רואין שיש אמתלא בדברי המערער וכו' עסמ"ע (סקי"א) דהקשה דזה ניחא לפי דברי הרא"ש וטור דסברי דמיירי דעדיין לא נתן מעות למוכר אבל מור"ם שכתב דבריו אדברי המחבר והוא איירי כשכבר נתן מעות למוכר אין הלוקח יכול לחזור להוציא מעות מיד מוכר עד שיתברר דהיינו שהשטרות של מערער מקוימים לגמרי ע"ש. ולפע"ד נראה להדיא מנמוקי יוסף בבא קמא (דף ח') דלא כסמ"ע דאף אם נתן מעות יכול הלוקח לחזור מטעם אמתלא דכתב הנמוקי יוסף דעד שלא החזיק בה ע"כ איירי דקנה בקנין גמור באחד מדרכי הקניה דאי לאו הכי אפילו לא יצא עליו עסיקין נמי יכול לחזור בו אלא הכא איירי דקנה בקנין גמור ולפיכך יכול לחזור משום מקח טעות דקיי"ל כיון שיש בו מום במקח בטל המקח מעיקרו, וחייב להחזיר דמי והכא מקח טעות היא כיון שצריך לטרוח ללכת לב"ד ולבטל ממלאכתו עכ"ל מוכח להדיא אף דנתן מעות יכול הלוקח לחזור משום אמתלא כנ"ל לפענ"ד:

הלכות אונאה ומק"ט:

סימן רכז

סעיף א' (א) אסור להונות את חבירו בין במקחו בין בממכרו ואיזה מהם שאינה בין לוקח בין מוכר עובר בלאו. עסמ"ע (סק"א) ועיין בטור דכתב דמשום הכי אין לוקין עליו משום דניתן להשבון כמו גבי גזילה ע"ש. ולכאורה קשה דהא פחות משתות דאינו מחזיר, והרא"ש סובר (די"ל) דבפחות משתות נמי עובר ובזה לא שמענו דלוקה וכן במח"א הקשה כן. וראיתי בספר אמרי בינה מגיסי וש"ב הגאון מהו' מאיר זצ"ל שתירץ קושיא זו, ולפע"ד נראה דלא קשה דהא מבואר מסכת שבת (דף פ"ה ע"א) דכתיב. אלה בני

שעיר החורי יושבי הארץ וכו' ועיין תוס' שם (ד"ה לא תסיג) דהקשה זורע כלאים אמאי לא ילקה שתים משום לא תזרע ומשום לא תסיג ותי' משום דקרא נמי איירי בהסגת גבול ממש וזה ניתן להשבון מש"ה אף שנכלל בתוכו ג"כ דברים שלא ניתן להשבון ג"כ אין לוקין ע"ש, וה"נ דלאו אל תונו כולל שתות ויתר משתות וזה ניתן להשבון מש"ה אף דפחות משתות לא ניתן להשבון ג"כ אין לוקין כסברת תוס' הנ"ל, ועיין בהרמב"ן על התורה (פרשת בהר) דכתב דאף בקרקע ג"כ יש בו לאו דאל תונו ורק לענין חזרת האונאה נתמעט קרקע בדין אין אונאה לקרקעות ע"ש, ולכאורה קשה לדברי הרמב"ן אמאי אין לוקין דהא לא הוי לאו שניתק לעשה, אבל לפי הנ"ל אתי שפיר כיון דנכלל בתוכו באותו לאו היכא דאיכא חזרת אונאה מש"ה אין לוקין כסברת תוס' שבת הנ"ל:

סעיף ז' בהג"ה (ב) היה ידע הלוקחו בשעה שלקחו שנתאנה ושתק ומיד אחר לקיחה קודם זמן שיראה לתגר או לקרובו תובע אונאתו לא אמרינן דמחל הואיל וידע. ומוסכם מאחרונים דוקא בשתות דמקח קיים אבל ביתר משתות דקיי"ל דבטל מקח לא אמרינן דעשה כן כדי שיוכל לתבוע אח"כ דהא ביתר משתות בטל מקח אבל גבי אונאה שתות י"ל דעתו לכך כמבואר בסוגיא דב"מ (דף נ"א) ע"ש, אבל הב"ח סובר אפילו באונאה שתות אין יכול לתובעו אונאתו אלא אם אמר לפני עדים שיעשה כן ואחרונים חולקים עליו, ולפע"ד יש להביא ראיה לדברי הב"ח מרשב"ם בבא בתרא (דף פ"ד ע"א בד"ה ומתניתין) דכתב בהדיא דאין אדם נאמן לומר יודע אני שיש בו אונאה אפילו הכי גמרתי בדעתי לקנות הא ודאי לא עביד אינש ע"ש, ואמאי נימא לעולם לא היה בדעתו למחול אפילו הכי קנה כדי שיתבע אחר כך האונאה אלא ע"כ הרשב"ם סובר דזה אינו נאמן, א"כ ראיה לשטת הב"ח דאם לא אמר לפני עדים קודם שיעשה כן אינו נאמן שכוונתו לכך, וכן יש עוד ראיה לשטת הב"ח מבבא מציעא (דף נ"א) ר' יהודה אומר אין לתגר אונאה והקשה הגמרא משום דתגר הוא אין לו אונאה ומשני בתגר ספסר שנו מאי טעמא מידע ידע זבינתא כמה שויא ואחולי אחיל גביה ע"ש ואי לא נימא כשטת הב"ח מאי ראיה דאחיל גביה דלמא לא אחיל דכוונתו לתבוע אח"כ אונאתו דהא קתני סתם ומצי מיירי אפילו בשתות אלא ע"כ ראיה לשטת הב"ח דאם לא אמר מעיקרא לפני עדים דכוונתו לכך אינו נאמן:

סעיף ל"ו (ג) הקבלן יש לו אונאה וכו'. עיין באסיפת זקנים ב"מ (דף נ"ו ע"א ד"ה שכירות) דהביא בשם הריטב"א וזה לשונו ואלו בקבולת מלאכה ושכירות פועל פשיטא שאין בו אונאה דממכר אמר רחמנא והכא ליכא מכירה כלל ויש סעד לדבר [הרי בורח מבית האסורין והיה מעבורת לפניו ואמר לו] טול דינר להעבירני פטור [ואין לו אלא שכרו]

דיכול לומר משטה אני בך אבל בלאו הכי חייב [ליתן לו כפי פסקו] ול"ה אונאה עד כאן לשונו,. ולכאורה קשה דהא המחבר פוסק דקבלן יש לו אונאה ולקמן (סימן רס"ד) נראה הטעם דאין צריך ליתן לו רק כפי שויא מטעם משטה אני בך, קשה תיפוק ליה מטעם אונאה, ולפע"ד יש ליישב דהא עיקר טעם אונאה מבואר במסכת בבא בתרא (דף צ"ה) כי זבינו שוה בשנה א"ל מיהו פחות משתות לא ידע במנה ומחיל אינש שתות ידועה ולא מחיל ועיין ברשב"ם דפירש דאם ידע שאינו שוה לא יתרצה ע"ש ולפ"ז הכא גבי בורח מבית האסורין קים לן דאף אם ידע שהוא תובע יותר משויה נמי היה נותן משום הכי מטעם דין אונאה אין יכול לטעון רק כיון דאנוס הוא יוכל לומר משטה וזה שייך שפיר התם אבל הכא גבי קבלן שפיר יש לו דין אונאה כמו שפסק המחבר. ולפ"ז ניחא שפיר מה דקיי"ל באה"ע (סימן קס"ט) היכא דנתן מעות אין יכול לתבוע ממנו היא ג"כ מטעם שכתבתי דקים להו אף אם ידע שהוא תובע יותר משוי' גם כן היה נותן משום הכי אין יכול לתובעו מטעם אונאה ומשטה אין יכול לטעון שכיון שכבר נתן מעות לא שייך השטאה להוציא ממנו. ולפ"ז נראה לפע"ד לדינא אפילו אם שכר מחבירו את המעבורת לבד בכך וכך ובאמת אינו שוה כ"כ נמי אין בו דין אונאה אע"פ שמבואר (בסי' זה סעיף ל"ה) דבשכירות מטלטלין ג"כ יש בו אונאה אבל הכא קים להו דאף דידע שהוא תובע יותר משויה אפילו הכי היה נותן לו כדי להציל עצמו משום הכי אין השוכר יכול לטעון אונאה רק מטעם משטה כיון דהיה אנוס וא"כ אם אינו יוכל לתבוע רק משום טענת משטה היכא דנתן כבר השכירות של מעבורת דלא שייך משטה אין יכול להוציא מיד המשכיר כמבואר באבן העזר (סימן קס"ט):

סימן רכט

סעיף א' (א) המוכר חטים לחבירו מקבל עליו רובע קטניות לכל סאה וכו'. [הג"ה] ויש אומרים דבידוע שלא ערבן צריך לקבל עליו הכל. זה שיטת הרשב"ם דכתב דמשום קנסא אי ידעינן דלא עריב אפילו טפי מרובע נמי צריך לקבל עליו, ועיין בנימוק"י ואסיפת זקנים דהקשו דהא לא שכיח טפי מרובע ואמאי לא מנכה ע"ש, ולפע"ד יש להסביר סברת הרשב"ם דהא יש שני טעמים בגמרא טעם אחד רובע לא טרח אינש ועוד עד רובע שכיח טפי מרובע לא שכיח ואיהו הוא דעריב וממילא יש לומר היכא דידעינן דלא עריב א"כ על כרחך צריך לקבל אף שהוא אומר מנפה אני בטלה דעתו אצל כל אדם דלא טרח אינש, א"כ הרשב"ם סובר שיש עוד גם כן סברא דעד רובע מחיל אינש ממילא אף אם ינפה צריך לקבל רובע כמו שסוברת הכא שיטה ראשונה בהג"ה, ולפ"ז אף שהיא טפי

מרובע כיון דעד רובע מוכרח לקבל אף שיש שני רבעים נשארת הסברא על רובע לא טרח אינש, ולפי"ז יש לומר דאם יש כאן יותר משני רבעים לסאה אין צריך לקבל וצ"ע, וראיתי בספר פילפלא חריפתא דכתב בשם יש אומרים דנפקא מינה בין הני תרי לישנא אי משום דינא ואי משום קנסא, היכא דמודה מעצמו, דאי משום קנסא הוי מודה בקנס ופטור, והוא חולק עליהם דמודה בקנס אינו פטור אלא כשמחייב עצמו בקרן אבל היכא דפטר עצמו מכלום אינו פטור, ולפע"ד צ"ע דהיכא צריך להתחייב עצמו בקרן היכא דבאו עדים אחר הודאתו אבל לא באו עדים כלל פטור אפילו אינו מחייב עצמו בקרן, וגם על עיקר נפקותא שלו צ"ע דכתב דנפקא מינה בין הני תרי לישנא דאי משום קנסא היכא דמודה מעצמו פטור, הא מודה בקנס אינו פטור אלא בקנס דאורייתא אבל בקנס דרבנן חייב אף דמודה מעצמו כמו שמבואר בש"ך לקמן (סימן שפ"ח ס"ק נ"א) בשם ראשונים ע"ש וצ"ע:

סימן רלב

סעיף י"ח (א) המוכר דבר שיש בו מום וכו'. עסמ"ע (ס"ק מ"ג) ועש"ך (ס"ק י"ג) ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן ע"ה סק"א) ליישב דברי הסמ"ע: סעיף כ"ג (ב) המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן אם אין להוכיח אם קנאו לחרישה וכו'. אינו מקח טעות מפני שיכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך וכו'. ולא אזלינן בתר רובא להוציא מיד המוכר. נראה להמציא דין חדש דמבואר במס' כתובות (דף טו) ובמס' יומא (דף פ"ו) גבי תינוק משלך ואינו יודע אם ישראל או כותי הוא דאם רוב כותים כותי לענין נזיקין דאם נגח תורא דידי' לתורא דידן אפילו הוא תם משלם נזק שלם, ועיין במגיד משנה (פרק ט"ו מנזיקין) אע"ג דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב היינו דוקא בישראל דאיכא חזקת אבל בכותי לא שייך חזקת ממון אף דיוכל להיות דישראל הוא מכל מקום אזלינן בתר רובא, וכן כתב האסיפת זקנים בשם כמה ראשונים דלא שייך חזקת ממון גבי כותי, ולפ"ז נראה לי אם ישראל תובע את הכותי בטענת ברי מנה לי בידך והשיב הכותי אינו יודע אם הלויתני דחייב הכותי אף דקיי"ל ברי ושמא לאו ברי עדיף היינו דוקא גבי ישראל דאיכא חזקת ממון אבל גבי כותי לא שייך חזקת ממון אמרינן ברי עדיף:

ג אבל אם עדיין המעות ביד לוקח לא מבעיא אם רובם קונים לחרישה אלא אפילו כי הדדי נינהו המוציא מחברו עליו הראיה, לכאורה לשון המחבר תימא דהל"ל אפילו אם רוב קונים לשחיטה יכול הלוקח לומר לחרישה קניתי וכבר הרגיש בזה בדרישה ופרישה ותירץ היכא אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב היינו היכא דרוב בא לבטל

הקנין משום הכי מהני חזקת ממון וקיום המקח אשר נעשה דלא לבטל הקנין אבל היכא דרוב בא לקיים המקח מהני רוב אפילו להוציא ובנתיבות המשפט חולק על הדרישה ומביא ראיה מפרק המוכר פירות, ולפי דברי הדרישה הנ"ל יש לתרץ קושיית הראשונים במסכת כתובות (דף י) אמר ר' נחמן אמר שמואל משום ר' שמעון בן אלעזר חכמים תקנו להם לבנות ישראל לבתולה מאתים ולאלמנה מנה שאם אמר פתח פתוח מצאתי נאמן ומסיק הגמרא טעמא חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה ועברשב"א ור"ן דהקשו למה לי האי טעמא תיפוק ליה דהא על מנת שתהא בתולה כנסה ועליה להביא ראיה שנתקיים התנאי ועיין (בשם בעל המאור) שפירש דהכא איכא רוב נשים בתולות נשאת וגם יש לה חזקת הגוף ע"כ אי לאו טעמא דאין טורח בסעודה ומפסידה לא היה הבעל נאמן ועיין מה שכתב הר"ן ג"כ טעם נכון על זה והנה מבואר בתוספות שם (ד"ה חזקה) דלמ"ד לקמן דסובר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כתובה כלל ניחא, ועב"ש באהע"ז (סי' ס"ח סקכ"ד) דכתב דלמ"ד דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כתובה כלל דמקח טעות הוא צריך לקדשה פעם שנית ולעשות נשואין מחדש ע"ש ולפ"ז לפ"ד דו"פ הנ"ל לפי טענתה שפתחה סתום ורוב בתולות נשאת מסייע לקיים הקנין מהני רוב להוציא ממון ה"נ לפי דבריה קיימו הנשואין ורוב נשים בתולות מסייע לה מהני לפ"ד הדרישה ולכך צריך לטעם דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה:

סימן רלה

סעיף א' (א) ואם ירש מאביו שטר חוב דינו כמטלטלין ויכול למוכרו או ליתנו לאחר עסמ"ע (סקט"ו) דכתב דרבותא קמ"ל דאע"פ שיש בו שעבוד קרקעות לא תימא דין קרקע יש לו קמ"ל דלא לאפוקי מדעת הריטב"א ע"ש, וער"ן כתובות (דף נ"ג) דהביא בשם הרשב"א דאם אירס קטנה אפילו מדעתה נמי אית נה מזונות משום דקטנים. לאו בני מחילה נינהו אע"פ דקטן שהגיע לעונות הפעוטות מקחו מקח וממכרו ממכר במטלטלין דוקא אבל גבי קרקע לא והכא גבי מזונות לא גבי אלא ממקרקעי ממילא לא הוי מחילה ומסיק הר"ן אבל השתא דתקנו הגאונים דגובה ממטלטלין ודאי מהני אם מחלה בפירוש ע"ש, ולכאורה דברי הר"ן תמוהים דודאי אף דתקנו הגאונים דגבי נמי ממטלטלין מ"מ ודאי נשאר שיעבודה נמי ממקרקעי, וע"כ צ"ל כיון דיתומים יכולים ליתן לה מעות לא הוי כקרקע לענין זה א"כ אף קודם תקנת הגאונים נמי היו יכולים ליתן לה מעות בעד מזונות דהא הם יורשים וא"כ אמאי אינה יכולה למחול דהא אי בעי יורשים ליתן לה דמי מזונות צריכה לקבלה ואמאי לא מהני מחילה, ובתוס' כתובות (דף פ"ו ד"ה תיזול) כתבו

דפעוטית יכולה למחול כתובה לגבי אבי' אף דכתובה ג"כ אינה נגבית אלא ממקרקעי מדינא דגמרא כדאמר רבא לעיל (דף נ"א) אפ"ה מהני מחילה מטעם הנ"ל כיון דאי בעי יורשים ליתן לה מעות צריכה לקבלה מש"ה מהני מחילה, ואמאי לא מהני מחילה במזונות, ולפע"ד נראה ליישב דברי הר"ן דהר"ן סובר כיון דאם מכרו אחים קרקע של אביהם אינה גובית מנכסים משועבדים לא מיחשב כשיעבוד קרקע וכן מבואר באבן העזר (סימן קי"ב סעיף י"ד) דאם מכרה קרקע אינה יכולה לטרוף מנכסים משועבדים למזונות, וכמו סברא זו כתב הר"ן במסכת שבועות (ר"פ שבועות הדיינים) כיון דמלוה על פה אינו טורף מלקוחות לא מקרי שיעבוד קרקע, א"כ ה"נ גבי מזונות כיון דאם מכרה הקרקעות אין מוציאין למזונות מנכסים משועבדים כמבואר באבן העזר שם א"כ אינה גובית כלל מיתומים, א"כ נראה דשיעבודה אינה אלא על הקרקע מש"ה אינה יכולה למחול, אבל השתא לאחר תקנת הגאונים כיון דאם מכרו הקרקע גובית למזונות ממטלטלין דיתמי מש"ה יכולה הקטנה למחול בפירוש:

סימן רלז

סעיף א' (א) המחזיר אחר דבר לקנותו או לשכרו בין קרקע בין מטלטלין ובא אחר וקנאו נקרא רשע וכו' ויש אומרים שאם בא לזכות בהפקר או לקבל מתנה ובא אחר וקדמו אינו נקרא רשע וכו', וי"א דלא שנא. עבמהרש"ל מס' קידושין (ריש פרק האומר) דכתב היכא דטרח לקדש אשה ובא אתר וקדמו לא רשע נקרא ולא רמאי נקרא ואינו דומה לעני המהפך בחררה ואפילו להפוסקים דסוברים דגבי הפקר נמי שייך דין עני המהפך בחררה אפ"ה בקדושין שרי ע"ש:

סימן רלח

סעיף א' (א) כותבין שטר למוכר שמכר שדהו לפלוני אעפ"י שאין אותו פלוני לפנינו והוא שמיד הקנה לו השדה בקנין או שהעיד על עצמו שכבר קנה באחד מדרכי הקנייי' וכו'. עבסמ"ע (ס"ק ב') דהביא לשון הטור דאל"כ איכא למיחש שמא כתב ליתנו בניסן ולא נתנו עד תשרי ואזיל וזבנא לאחריני ביני ביני ואזיל האי ומפיק לשטרא שזמנו בניסן וטריף שלא כדין וכו', ולכאורה צ"ע על הטור דהא הרא"ש סובר בב"מ בסוגיא דשטר הקנאה דזה הוי כמו קנוניא ובלא נפל לא חיישינן לקנוניא כמבואר ברא"ש שם היכא דלא נפל לא חיישינן, וכן מבואר בנימוק"י ובחידושי הר"ן ב"מ (דף י"ט) דכותבין לנותן, אף שאין מקבל עמו דכולי האי לא חיישינן ע"ש, ומה שכתב הטור חשש זה הוי כמו

קנוניא וצ"ע, אבל לפע"ד נראה גבי שטר מכירה ודאי שפיר דלא כתבינן היכא דאין לוקח עמו דחיישינן שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי וא"כ יש לחוש שמא יבוא נגזל או בעל אפותיקי וגובה ממנו וכיון דגבי מכר יש בו אחריות יגבה מן הלקוחות אחר שטר מכירה וגובה שלא כדין מש"ה אין כותבין כשאין לוקח עמו, אבל גבי מתנה או גבי שטר מכר שכתב בהדיא שלא באחריות אפשר לומר דיכול לכתוב אעפ"י שאין לוקח או מקבל עמו, כמבואר בנ"י וחדושי הר"ן וכסברת רא"ש הנ"ל, ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן קט"ז סק"ב):

הלכות מתנה:

סימן רמא

סעיף ז' (א) לפיכך הנותן שור לחבירו ואמר לו על מנת שתחזירהו וכו' [הג"ה] המתנה עם חבירו לתת לו חפץ פלוני יכול לתת לו דמי החפץ משא"כ בתנאי בגיטין. עבש"ך (ס"ק יוד) ונ"ל דהאומר על מנת להחזיר יכול לתת אף דמים וכן פסק בתשובת הרא"ש הביאו טא"ע (סימן כ"ח) עכ"ל ויש לעיין גבי קדושין אם השאיל חפץ לקדש בו אשה ע"מ להחזיר אם אין החפץ בעין מה דינו דודאי אם החפץ בעין ונותן מתנה ע"מ להחזיר ודאי צריך להחזיר לו גוף החפץ כמו שכתב התרומת הדשן בתשובה ובאם אינו בעין יכול המקבל ליתן דמי כחפץ ומקיים בזה התנאי, רק יש להספק אם אינו בעין אם יכול ליתן חפץ אחר תחת אותו חפץ ומקיים תנאי בזה או לא, ומצינו חילוק בין דמים להחפץ ברא"ש ב"ק (דף י"א) על סוגיא דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן וז"ל הרא"ש דצריך לשלם לו בהמה וכלים שלמים והנבלה ושברים לגנב ולגזלן דבגנב כתיב חיים שנים ישלם ובגזלן כתיב והשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל ומהו מעות יכול ליתן לו דמה לי הן ומה לי דמיהן כיון שיכול לקנות בהן כעין שגזל אבל לא דבר שיצטרך לטרוח למוכרו ולקנות בדמים כעין שגזל עכ"ל, הרי דיש חילוק בין נתינת דמים למטלטלין א"כ הכי נמי יוכל להיות דדוקא אם נותן דמי החפץ אזי יצא בקיום התנאי אבל אם נותן מטלטלין אחרים אינו יוצא בקיום התנאי, או דלמא שאני התם דגזירת הכתוב היא כמו שהביא הרא"ש הנ"ל אבל הכא אם אומר על מנת שתחזירהו לי יכול להיות שאם נותן לו מטלטלין אחרים ג"כ יוצא בקיום התנאי וצ"ע:

סעיף ט' (ב) כל הנותן מתנה על תנאי וכו' והיא שיהיה התנאי כראוי ע"פ מה שנתבאר בטור אבן העזר סימן ל"ח, עיין במשנה למלך (פרק ו' מאישות הלכה ו' בסופו) שנסתפק היכא דהתנאי היה בלשעבר מה דינו דיש לומר היכא בעינן דיני התנאים דוקא בתנאי

דלהבא אבל בתנאי דלשעבר אין צריך להיות כתנאי בני גד ובני ראובן ע"ש, ולכאורה יש להביא ראיה מהא דמבואר בסוגיא דגטין (דף מ"ו) המוציא את אשתו משום איילנות סברי רבנן דיחזור, ומפרש הגמרא דר"מ היא דסובר בעינן תנאי כפול וכאן מיירי דלא כפליה לתנאי ע"ש, הרי מבואר דאף בתנאי דלשעבר בעינן ג"כ כתנאי בני גד וכן נראה מדברי תוס' גטין שם (ד"ה אי אמר לה הכי) ע"ש, וער"ן קדושין (דף ס"ב) על מתניתין המקדש ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת וכו', נראה ג"כ להדיא דאף בתנאי דלשעבר בעינן ג"כ כמשפטי התנאים: (ג) והיא שיהיה התנאי כראוי. ואחד מדיני התנאים הוא שצריך להיות תנאי כפול, ואי לא כפליה לתנאי לא מבעיא שהתנאי אינו מבטל המעשה אלא אפילו שום התחייבות נמי אין כאן לקיים התנאי וכדעת הגאון האדיר בנתיבות המשפט דהוי כמו פטומי מילי בעלמא, וגם אנכי הבאתי לעיל (בסימן ר"ז) ראיה מבוררת לזה מרמב"ם (פרק ו' מאישות) דאין כאן שום חיוב לקיים התנאי ובזה תרצתי לעיל קושיית מגיד משנה ע"ש. ובזה יש להסביר סוגיית הגמרא גטין (דף ע"ו) ורמינהו הרי זה גיטך על מנת שתשמשי את אבא שתי שנים על מנת שתניקי את בני שתי שנים מת האב או מת הבן אינו גט דברי ר' מאיר וחכמים אומרים אע"פ שלא נתקיים התנאי הרי זה גט יכולה היא שתאמר תן לי אביך ואשמשנו תן לי בנך ואניקנו קשיא דר' מאיר דר' מאיר קשיא דרבנן אדרבנן דר"מ אדר' מאיר לא קשיא התם בדלא כפליה לתנאי הכא בדכפליה לתנאי דרבנן אדרבנן לא קשיא מאן חכמים ר' שמעון בן גמליאל הוא דאמר כל עכבה שאינה הימנה הרי זה גט, ולכאורה צ"ע דאיך ס"ד דגמרא דטעם דרבנן משום דלא כפליה לתנאי א"כ אמאי צריכין רבנן לטעם שתאמר תן לי אביך ואשמשנו תן לי בנך ואניקנו תיפוק ליה משום דלא כפליה לתנאי, אך לפי הנ"ל מהא דס"ד דמקשן דאף דבדלא כפליה לתנאי דאין התנאי מבטל המעשה מ"מ יש עלי' התחייבות נקיים התנאי משום הכי סובר המקשן אף בדלא כפליה לתנאי אין התנאי מבטל המעשה מ"מ יש עליה חייב לקיים התנאי על כן קאמרי רבנן דיכולה היא שתאמר תן לי אביך ואשמשנו תן לי בנך ואניקנו כי אני מוכן לקיים התנאי ועל זה מתרץ הגמרא דעיקר טעם של רבנן היא דסברי כר' שמעון בן גמליאל אף על פי שכפליה לתנאי גם כן כוי גט כיון דעכבה אינו ממנה:

סימן רמב

סעיף ג' (א) כל מתנה בין של בריא בין של שכיב מרע צריך שתהא גלוי' ומפורסמת וכו' [הג"ה] ואפילו תפס המקבל והחזיק במתנה מוציאין אותו מידו וכו'. עסמ"ע (ס"ק

זיין) וז"ל בטור מסיק וכתב דהרא"ש ס"ל דאפילו החזיק במטלטלין מוציאין מידו עכ"ל ועיין במגיד משנה (פרק ה' מזכיי' ומתנה) דהביא דגם במתנת מטלטלין הדין כן, רק מה דנקט הרמב"ם לפיכך כל שטר מתנת קרקע וכו' לפי שאין שטר מועיל במטלטלין ע"ש במגיד משנה, ועיין בקצות החשן דכתב דאפשר לפי שטת הרמב"ם דסובר דמש"ה מתנה טמירתא פסול משום חשש שמא ימכור אחר כך ויפסיד לוקח לפ"ז יש לומר גבי מטלטלין לא שייך זה משום דצריך לשלם ללוקח מפני תקנת השוק ע"ש, ולפע"ד נראה דגם במטלטלין יש חשש דדלמא ימכור אחרי כן ללוקח בקנין סודר ויבוא מקבל מתנה ויטול מיד הנותן ואין צריך ליתן ללוקח דמיו משום תקנת השוק כמבואר בש"ך (סימן שנ"ו סק"ד) בשם תשובת מהר"ם אלשי"ך דהיכא דהחפץ עדיין ביד מוכר אין צריך ליתן ללוקח דמים מפני תקנת השוק (ועיין בספר דברי משפט מח"ז הגאון זצלל"ה דכתב דמכירה טמירתא אפילו לטעם הרמב"ם נראה גם כן דכשר ע"ש]:

סימן רמג

סעיף ז' (א) אמר להם זכו לו בשדה זו על מנת שתכתבו לו את השטר וכו' אע"פ שהחזיקו בשדה יכול לחזור בו שלא יכתבו לו שטר, לכאורה צ"ע דהא אנן קיי"ל כל דבר שאי אפשר לעשות על ידי שליח אין יכול להתנות עליו תנאי כמבואר באבן העזר (סימן ל"ח) וא"כ הכא נמי אי אפשר לקיים על ידי שליח כמבואר לקמן (סימן רמ"ד סעיף א') המתנה כגט שאין אדם יכול למסור דברים לשליח כיצד אמר לשלשה אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני אין זה כלום עכ"ל ואמאי יכול להתנות תנאי, ואפשר לתרץ ע"פ דברי הר"ן גטין פרק מי שאחזו ושאר ראשונים דאם מתנה בהדי שליח מהני ביה כל תנאי לפי שאין נעשה שלוחו אלא במה שנראה מתוך גלוי דבריו לפיכך כאן נמי יכול להתנות:

סעיף ט"ז (ב) השוטה אינו זוכה לא לעצמו ולא לאחרים והמזכה לשוטה על ידי בן דעת זכה. זה דעת הרמב"ם ועסמ"ע (סק"ל) דכתב דלא גרע בזה מקטן בן יומו ע"ש. ועיין במחנה אפרים ובקצות החשן דהקשי מהרא"ש כתובות (פ"ב סימן י"ד) גבי נכסי דבר שטיא דכתב הרמ"ה דהא דאמרינן בגמרא ולא אמרן אלא דאית ליה חזקה דאבהתיה אבל לית ליה חזקה דאבהתיה אמרינן כשהוא שוטה זבין וכו' דזה דוקא במכירה משום דבעינן דעת הלוקח להתחייב בדמים שיוכל המוכר להוציאם ממנו בדין אבל במתנה אם זיכה לו הנותן ע"י אחר לא אמרינן כן דהא חכמים תקנו ליה זכיה משום דדמי לקטן דאתי לכלל דעת גם זה היה עתים חלים ע"ש, מבואר מזה דדוקא כיון שהוא עתים חלים

אבל שוטה גמור דלא הוי עתים חלים אין מזכין לו ע"י אחר, ולפע"ד יש ראיה ברורה לשטת רמב"ם מסוגיא דבבא מציעא (דף ח') דאמר הגמרא השתא דאמרת מגו חרש ופקח שהגביהו מציאה מתוך שקנה חרש קנה פקח ופריך הגמ' בשלמא חרש קנה דקא מגבה ליה בן דעת אלא פקח במאי קנה ומסיק הגמ' מתוך שלא קנה פקח חרש נמי לא קנה אפילו למ"ד מגביה מציאה לחבירו קנה חברו הני מלי היכא דקא מגביה אדעתא דחבריה אבל הכא אדעתא דידיה אגבה איהו לא קנה לאחריני מקנה, א"כ מוכח להדיא כשטת הרמב"ם דלפי ס"ד דגמרא דחרש קנה כיון דפקח מגבה בשבילו ודאי ראיה אלא אפילו לפי מסקנת הגמרא דלא קנה חרש היינו כיון דפקח מגבה אדעתא דידי' אבל אם זכה לחרש ושוטה קנאו, וחילוק יש בין נכרי ובין חרש ושוטה דלנכרי אין זכין כיון דמחוסר מעשה להתגייר אבל גבי חרש ושוטה אין מחוסר מעשה דשמא יתרפאו ממילא משום הכי זוכין לשוטה ועיין מחנה אפרים ונתיבות כאן (סק"י) ועז"ר ח"ב ריש סימן כ"ז שתמה על זה מגטין ע' ע"ב]:

סימן רמד

סעיף א' (א) המתנה כגט שאין אדם יכול למסור דברים לשלוח כיצד אמר לשלשה אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני אין זה כלום וכו' ויש מכשירין באומר אמרו, דעה הא' היא דעת הרמב"ם ודעה השניה היא דעת הרמב"ן וק"ל טובא ע"ד הרמב"ם איך יפרנס סוגיא דבבא מציעא (דף צ"ח) אמר לו השואל שלחה לי ביד בני ביד עבדך ביד שלוחך וכו' ומתה חייב השואל, ולשטת הרמב"ם דבממון ג"כ פסול אמר אמרו אמאי חייב השואל דהא השואל לא אמר לבנו של משאיל או לשליח של משאיל הוי ליה אומר אמרו דפסול, אמנם לשיטות חדושי הר"ן ב"מ שם ולנמוק"י דפירשו בחד תירוץ דהחיוב הוא מטעם ערבות ניחא, אבל רש"י ותוס' שם פירשו מטעם שליחות חייב השואל אם כן קשה הוי ליה מלי ומלי לא ממסרן לשליח:

סימן רמח

סעיף י"ג (א) הנותן לחבירו כל נכסיו וכו', עיין מה שכתבתי לעיל (סימן ס"ו סק"ב) בזה דבר נכון בעז"ה:
הלכות מתנת שכ"מ:

סימן רנ

סעיף ט"ו (א) שכ"מ שכתב כל נכסיו לעבדו חוזר בנכסים ואינו חוזר בעבד לפי שיצא עליו קול שהוא בן חורין ואם כתב בפי' מהיום אם ימות יכול לחזור בו. מקורו מתוס' גיטין (דף ט' ד"ה ואינו חוזר בעבד) הקשה תוס' כיון דסתמא דעת שכ"מ לחזור בו אם יעמוד אמאי אינו חוזר בעבד ותי' תוס' דמסתמא דעתו כמו שיאמרו לו חכמים, וכתבו תוס' דאם כתב בהדיא מהיום אם ימות אינו מועיל מה שיצא עליו שם בן חורין וחוזר נמי בעבד ע"ש, וזה הוא שמבואר כאן בש"ע, ולכאורה צ"ע דהא מבואר במס' גיטין (דף ע"ב) דרב הונא סובר גיטו כמתנתו מה מתנתו אם עמד חוזר אף גיטו נמי אם עמד חוזר רבה ורבא לא סבירא להו הא דרב הונא גזירה שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה, והקשה הגמרא ומי איכא מידי וכו' ומסיק הגמרא כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקדושין מיני' ע"ש, ואמאי צריך לטעם זה. הא גבי עבד לא שייך אפקעינהו קנין עבד דא"כ הוי נכרי ודאי אסור בבת חורין אפ"ה אינו חוזר בעבד מטעם סברת תוס' הנ"ל דדעתי' כמו שיאמרו חכמים, א"כ הכא בגט יכולין ג"כ לומר טעם זה, ואפשר לחלק וצ"ע:

סימן רנב

סעיף ב' (א) מצוה לקיים דברי המת אפילו בריא שצוה ומת והוא שנתנו עכשיו לשליש לשם כך, במסכת בבא בתרא (דף קע"ד:) שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על הקדש וכו', והקשה הגמרא מכלל דרב ושמואל דלא נקט שטרא אמר תנו נותנין מלוה ע"פ וכו', וערשב"ם (דף קע"ה ע"א ד"ה ופרכינן) דהקשה דהא מצוה לקיים דברי המת מש"ה נותנין ותי' דלא היו להם ליתן בשביל דברי אביהם עד לאחר מיתה, ולכאורה מדברי רשב"ם משמע דהא דאמר נותנין בחיי אביהם קאמר א"כ אמאי הקשה הגמרא אדרב ושמואל דהא נותנים בחיי אביהם, וכן תמה בת"ח ע"ש, ולפע"ד נראה לתרץ דכוונת הרשב"ם דהא ודאי הא דקתני אמר תנו נותנין לאחר מיתת אביהם קאמר וכוונתו דסובר כמו שהביא, תוס' לעיל (דף קמ"ט ד"ה דקא מגמרו) בשם הר"ת היכא דראוי ליתן מחיים לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת דוקא הראוי ליתן לאחר מיתה יש משום מצוה לקיים דברי המת אבל דבר הראוי ליתן מחיים לא אמרינן מלד"ה ע"ש ה"נ כיון דאמר סתם תנו ולא אמר לאחר מיתה יכלו לקיים מחיים לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת ושפיר דברי רשב"ם:

ב כל דבר שנקנה במתנת שכ"מ אם קדמו היורשים ומכרו וכו'. בתוס' ב"ב (דף קמ"ט) הנזכר (בס"ק א') הקשו דלמה תקנו דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורין דמי תיפוק ליה משום דמצוה לקיים דברי המת, ולכאורה צ"ע מה הקשה תוס' דמשום מצלקד"ה אם קדמו יורשין ומכרו אין המקבל יכול להוציא מיד לוקח אבל אם נאמר דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו אם קדמו היורשין ומכרו יכול המקבל להוציא מן הלקוחות כמבואר ברמ"א כאן, א"כ מה הקשה תוס', אך אפשר לומר דקושיית תוס' כך היא דעיקר התקנה שהתקינו דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי היא משום שלא תטרף דעתו עליו וכיון דמצוה לקיים דברי המת יתקיים בע"כ דיבורו מצד מצוה לקיים דברי המת, ולמה צריך לתקנו דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורין דמי:

סימן רנג

סעיף ו' (א) שכ"מ שאמר נכסי לפלוני או שאמרו לו נכסיך למי וכו' אם הוא ראוי ליורשו זוכה בהם משום ירושה ונפקא מינה שאם אמר ואחריו לפלוני אינו כלום שירושה אין לה הפסק. דייק ונקט שכ"מ וכן איתא לשון זה במקור הדין בגמרא ב"ב (קל"ג ע"א, והנה לפי שיטת המחבר לקמן (סימן רפ"א סעיף ה') דלא שייך דינו של ר"י בן ברוקה אלא בשכ"מ שפיר, אבל קשה על רשב"ם ב"ב (שם בד"ה אמר ר"ה) דכתב דמש"ה נקיט שכ"מ משום דגבי בריא בעיא הא אי אמר ר"י בן ברוקה, דהא הרשב"ם בעצמו כתב (בדף קל"א ע"א ד"ה ושמע מינה) דאיפשטא הבעיא לגמרי דבבריא נמי קאמר ר"י בן ברוקה ע"ש, וכבר הבאתי ראי' דכמו דאקנה קנה והוריש גובה הבע"ח, אף דלא כתב דאיקנו, אבל אם נתנו במתנת שכ"מ סברי מקצת אחרונים דצריך לכתוב דאיקנו ומסוגיא זו (דף קל"ג) מוכח דאף דלא כתב דאיקנו נמי גובה ממתנת שכ"מ, דאל"כ מאי מקשה הגמ' למאי הילכתא דהא נפ"מ היכא דלא כתב דאיקנו דאינו גובה, אלא ודאי גם ממתנת שכ"מ גובה אף דלא כתב דאיקנו ועיין לעיל סימן קי"א סק"ה):

סעיף ב' בהג"ה (ב) ויש אומרים הא דשכיב מרע יכול להקנות הלואה שלו שביד אחרים היינו בהלוה שיש לו ביד ישראל אבל לא הלואה שיש לו ביד כותי בחדושי הגרשוני כתב דהיינו דוקא אם נותן לאחר אבל אם השכיב מרע נותן ליורש שלו אף בהלואה שיש לו ביד כותי נמי מהני דעיקר הטעם היא דבהלואה שיש לו ביד כותי לא מהני משום דלא סמכה דעתו של נותן דשמא לא יפרע הכותי אבל אם היא יורשו מבלעדי זאת מהני ועמ"ש בתשובתו עבודת הגרשוני [ובנתיבות כאן (ס"ק י"ח בסופו) לא נקיט כן]: סעיף כ"ד (ג) אמר נכסי לפלוני ולבניי חולקים אותו פלוני נוטל מחצה וכל הבנים

מחצה. בחדושי הגרשוני נסתפק היכא דאמר תנו מאתים לבני שמעון אם יתן מאתים לכל אחד ואחד, או לכולם יחד מאתים, והביא על זה דברי תוספות פרק קמא דחגיגה (דף ג' ד"ה חרש באזנו אחת) דהביאו דברי הירושלמי דכתב ולבני אהרן תעשה כתנות פלוגתא היא בירושלמי או שתי כתנות לכל אחד או אחד לכל אחד ע"ש [וערמב"ם פ"ב מחגיגה ה"א]:

סימן רנה

סעיף ב' (א) שכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי אם אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין, היא מימרא דרב ושמואל בבא בתרא (דף קע"ד ע"ב) וס"ד דגמרא דרב ושמואל איירי בדלא נקט שטרא ופריך הגמרא אמאי אמר תנו נותנין מלוה על פה היא ורב ושמואל דאמרי תרווייהו מלוה על פה אינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות ומסיק הגמרא אידי ואידי דנקט שטרא ולא קשיא הא דמקוים הא דאינו מקוים, ובתוספות שם (ד"ה ורב ושמואל) הקשה דהא דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי והשתא אמאי אין נותנין כמחלק כל נכסיו ע"ש, ולפע"ד יש לתרץ קושיית תוספות דקושיית הגמרא סובבת על רב דאיהו סבירא ליה בגטין (דף י"ג) דשכ"מ שאמר תנו מנה לפלוני מנכסי מנה זו נותנין מנה סתם אין נותנין חיישינן שמא מנה קבור קאמר הלכך אי אפשר לאוקמיה הך דרב ושמואל דשכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי היא מטעם דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי דהא לא אמר מנה זו והא חייש רב למנה קבור אלא על כרחך לא מצד דברי שכ"מ אתינן עלה אלא מחמת חוב דהודה שיש לפלוני חוב בידו ושפיר הקשה הגמרא הא מלוה על פה היא ורב ושמואל אמרי מלוה על פה אינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות:

סימן רנו

סעיף ג' (א) שכ"מ שהודה שיש ש לפלוני אצלו כך וכך וכו' אבל שכ"מ שצוה לתת לעכו"ם מתנה אין שומעין לו שזה כמו שצוה לעבור עבירה מנכסיו. נלפע"ד דוקא היכא דעביד עבירה אין שומעין לו אבל היכא דצוה לעשות דבר מנכסיו שהיא עולה ואין רוח חכמים נוחה הימנו מהני, דהא מבואר במתניתין ב"ב (דף קל"ג ע"ב) הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו, הרי מבואר היכא דאין עבירה אלא עולה שאין רוח חכמים נוחה ממנו מהני, וכן מבואר לקמן (סימן רפ"ב) ופשוט, ועיין במל"מ (פרק ט' מזכיי' הלכה יוד) דחקר בשכ"מ שנתן

מתנה בנכסים מועטים כיון דאיסורא קעביד האם מהני ע"ש, ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן קי"ג) ליישב הקו' בסתירת דברי הטור (שם) למ"ש (בסי' רנ"ג):

סימן רנח

סעיף א' (א) שטר מתנה שכתוב בו שיקנה פלוני שדה פלונית וכו' כיון שכתוב בו זמן ובזמן זה חי היה הזמן של שטר מוכיח שמחיים הקנה לו, הוא משום דקיי"ל כר' יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו דכוונתו הי' מעכשיו, ועיין בתוס' כתובות (דף ב' ע"ב ד"ה דלמא לאפוקי מדרבותינו) דכתבו דמרישא לא שמעינן לאפוקי מרבותינו דאיכא לאוקמי שאין כתוב זמן בשטר ע"ש, וחזרו והקשו מהא דתנן ג' גיטין פסולים וא' מהם אין בו זמן ע"ש, ובמהר"ם שיף ובהפלאה הקשו ע"ז דהא איכא לאוקמי' רישא דכתוב בגט הרי זה גיטך אם מתי דבכה"ג אינו נפסל משום שאין בו זמן ע"ש, ולפע"ד נראה דקו' תוס' הכי אזלא דמכל מקום תקשי סיפא דרישא דקתני מהיום אם מתי ה"ז גט הלא פסול משום שאין בו זמן, כיון דכתב בו מהיום, ואי דכתב בגט ה"ז גיטך אם מתי ובע"פ אמר מהיום, לא מהני כלל כמ"ש תוס' גיטין (דף פ"ד ד"ה כל התנאים, ואי דכתב בו זמן למה לן ההכשר משום מהיום ת"ל דזמנו של שטר מוכיח עליו, ומוכח דלא כרבותינו, ע"ז הוכרחו תוס' לתירוציהם שם:
הלכות אבידה ומציאה:

סימן רנט

סעיף א' (א) הרואה אבידת ישראל חבירו חייב לטפל בה וכו' ואם נטלה על מנת לגוזלה וכו' עובר וכו' נטלה לפני יאוש על דעת להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה אינו עובר אלא משום השב תשיבם. עש"ך (סק"א) שהביא דעת הרמב"ן ע"ש, ולפע"ד צ"ע דעת רמב"ן דהא תוספות הקשו דאמאי ליכא לאו דלא תגזול אי משום דבהתירא אתא לידיה מ"ש מכובש שכר שכיר ותירצו דהכא נתכוין לגוזלה לאחר יאוש אף דיאוש לא קני בגנב הכא בהתירא אתא לידיה, ונראה דסובר תוס' דבכה"ג יכול לקנותו ביאוש לחוד, אבל לפי שטת הרמב"ן במלחמות דתי' דהטעם דאם נטלה קודם יאוש על מנת לגוזלה ואחר יאוש החזיר דעובר בכולן, דאפילו למאן דאמר דיאוש בגניבה קונה מ"מ דמים צריך להחזיר, התם בגנב מרשות בעלים, אבל הכא אם נטלה ע"מ לגוזלה הוי כמונח בקרקע ונקנית מטעם יאוש באבדה, אבל נטלה ע"מ להחזיר הוי שומר אבדה ורשות שומר כרשות בעלים וממון שמונח ברשות בעלים לא מהני יאוש, א"כ לפי שטת

הרמב"ן קשה אמאי בנטלה ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגזול אינו עובר אלא משום השב תשיבם ולא אלאו דלא תגזול הרי כשנטלה על מנת להחזיר נעשה שומר שלהם והוי כמונח ברשות בעלים ולא מהני היאוש דאח"כ לפי שטת הרמב"ן הנ"ל דהוי יאוש ברשות א"כ הוי כאלו לפני יאוש ואמאי אינו עובר אלא תגזול ג"כ וצ"ע, ועיין בסוגיא דאונכרי בסוכה (דף ל') בתוספות ד"ה כי גזו וכו' ויש לישב: סעיף ג' (ב) כיצד המוציא במקום שישראל מצוים שם חייב להכריז שלא נתייאשו הבעלים וכו' אם רוב כותים לא היה חייב להכריז, בסוגיא בבא מציעא (דף כ"ד) אבעיא להו כי קאמר ר' שמעון בן אלעזר ברוב כותים אבל רוב ישראל לא או דלמא אפילו ברוב ישראל נמי אמר ובעי למפשט ממתניתין דמכשירין דכי קאמר ר"ש בן אלעזר ברוב כותים. אבל ברוב ישראל לא ובתוס' שם ד"ה כי קאמר רשב"א הקשה דאי איירי רשב"א ברוב כותים א"כ מה צריך לטעם מפני שבעלים מתייאשים ת"ל דיש לתלות דמכותים נפל דהוי רובא ע"ש מה שתי', ולפע"ד נראה ראיה מתוספות דלא כש"ך ביו"ד (סימן קמ"ו סק"א) דכתב דאף דאבידת כותי התירה התורה מ"מ כ"ז שהכותי לא נתיאש אינו שלו [והובא בדברי משפט מזקני הגאון זצלל"ה ע"ש], ומתוס' כאן מוכח דאינו כן דאפילו קודם שנתייאש הכותי נמי שלו מקרי דהא קתני בברייתא הרי הוא שלו מפני שהבעלים מתייאשין מהם [אבל בלא יאוש לשטת הש"ך אינו שלו מקרי] ותוספות שהקשו דאינו צריך להאי טעמא בע"כ סובר תוספות דאפילו קודם שנתייאש הנכרי נמי שלו נקרא, ולפ"ז נוכל לומר במה שכתב המחבר לעיל (סימן ע"ב סעיף מ"א) משכונו של כותי ביד ראובן והפקידו ראובן ביד שמעון ומת הכותי יש להסתפק אם זכה שמעון במה שהמשכון שוה יותר מהחוב, והקשה הש"ך (ס"ק קס"ג) מה ספק יש כאן הא פשיטא דזכה דלא גרע ממשכונו של גר ביד ישראל ובא אחר והחזיק דקנה והכא נמי הרי שמעון מוחזק ע"ש, ועיין בתומים (סימן ע"ב סקנ"ז) דתמה דספק עצום היא דהכא שאני כיון דהפקעת פקדון היה מותר א"כ תיכף כשהפקידו כותי ביד ראובן זכה בו ראובן אבל גבי גר מחיים של גר אין לשום אחד זכות בו מש"ה אם בא אחד והחזיק בו לאחר מיתת הגר קנה ע"ש, ולפי שיטת הב"ח וש"ך ביו"ד הנ"ל הקשו שפיר ומחליטים לדינא דזכה שמעון במה שמשכון שוה יותר דמה סברא יש כאן לומר שיזכה ראובן אי משום דהי' בידו להפקיע דהפקעת פקדון הי' מותר והוי כאבידת כותי כיון דכותי אינו יודע לא עדיף מאבידת כותי ואבידת כותי לפני יאוש ג"כ אינו שלו ויכול לחטוף אחר ממנו, ע"כ החליטו דזכה שמעון, והתומים שכתב דראובן זכה תיכף כשהפקידו אצלו אזיל לשיטת תוס' הנ"ל בב"מ (דף כ"ד) הנ"ל ומחבר כאן ג"כ סובר דאבידת כותי היתה מותר ואפילו לפני יאוש שלו היא, מש"ה

יש כאן ספק עצום כמו שכתב התומים דתיכף כשהפקיד הכותי אצל ראובן זכה ראובן מטעם הפקעת פקדון, ואי משום דאין הנכרי יודע והוי כאבידת כותי אפילו לפני יאוש הוי שלו ומש"ה זכה ראובן:

ג ואפילו העיר מחצה כותים ומחצה ישראל או אפילו רובה כותים והוא מצאה במקום שרוב העוברים שם ישראל חייב להחזיר, יש לעיין היכא דהיא מחצה על מחצה והכריז ולא אתא ישראל היכא הדין, ולפע"ד י"ל דרגלים לדבר דמכותי נפל דלא דמי היכא דמצא ברוב ישראל דאף אחר ההכרזה צריך להניח אצלו עד שיבוא אליהו כמבואר לקמן (סימן רס"ז סעיף ט"ו) דהתם שאני כיון דרוב ישראל היא א"כ מסתמא מישראל נפל אבל הכא בלא זה הוי ספק השקול יש לומר כיון דהכריז ולא בא ישראל גלוי מלתא דמכותי נפל. וקצת ראיה לזה לפי מה שכתב הנמוק"י דאף לצורבא מרבנן דמהדרינן אבדה בטביעות עינא וא"כ לא מייאש אפילו הכי היכא דהכריז ולא אתא צורבא מרבנן אמרינן מאינש אחרינא נפל והרי היא שלו כיון דאין בו סימן ע"ש, וא"כ חזינן דגלוי מלתא מהני, וא"כ יש לומר כן גבי מחצה על מחצה דאם הכריז ולא בא שום ישראל הוי גלוי מלתא דמכותי נפל והרי היא שלו וא"צ להניח, ולפ"ז מיושב לשון הרמב"ם (פרק י"א מגזלה ואבדה הלכה ו') עיר שישראל וכותים דרים בה מחצה על מחצה נוטל ומכריז ומסיים הרמב"ם ואם בא ישראל ונתן סימני' חייב להחזיר, ולכאורה קשה דמלתא דפשיטא הוא דכשישראל נותן סימני' דחייב להחזיר, ולפי הנ"ל יש לומר דכוונת רמב"ם רק להשמיענו הדיוק כיון דמחצה ישראל ומחצה כותים חייב להכריז כדי לברר את הספק, דוקא אם בא ישראל ונתן סימנים חייב להחזיר מש"ה לכתחילה צריך הכרזה אבל אם אחר ההכרזה המתין ולא בא ישראל יש לומר דיכול להשתמש בחפץ כיון דהכריז ולא בא ישראל גלוי מלתא דמכותים נפל כסברת נמוקי יוסף הנ"ל וצ"ע:

סימן רס

סעיף א' (א) המוציא בגל או בכותל ישן שאין זוכרים מי בנאו ולא הי' מימות עולם בחזקת זה שדר בו עתה וכו' הרי היא של מוצאה וכו' שאני אומר של עו"ג הקדמונים היא. בתוס' בבא מציעא (דף כ"ה ע"א) הקשה דליקני לי' חצרו לבעל הגל או לבעל הכותל ותירץ תוספות דאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם ע"ש. והרא"ש שם תירץ עוד תירוץ אחר דמה שנשאר מן אמוריים לא היה לאותו שנפל הקרקע לחלקו כי השלל היה מתחלה לכל ישראל ואחר שעמד שם הרי היה כאבוד מכל ישראל ואח"כ לא יוכל לקנות לו חצרו דלא עדיפא חצרו מידו הואיל ובאיסורא אחת לידיה

קודם יאוש ע"ש בהרא"ש, ולכאורה צריך עיון דמה בכך דהי' שייך לכל ישראל מ"מ סתמא קתני במתניתין משמע דאפילו לא היה מטמון גדול וא"כ לא היה מגיע במטמון זה שוה פרוטה לכל אחד מישראל ובפחות משוה פרוטה לא שייך מצות השבת אבדה כמבואר לקמן (סימן רס"ב סעיף ב') ע"ש, א"כ מיד כשזכה בקרקע היה מונח בתוכו אבדה שאין בו שוה פרוטה לכל אחד מישראל ולא שייך באיסורא אתא לידיה וא"כ קושייתם במק"ע יזכה לו מיד חצרו וצ"ע ועיין בישו"ש ב"ק (פרק ה' סימן י"ט וסימן כ') ע"ש: סעי' ט' (ב) ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו. עש"ך (סקכ"ו) וד"ק תמוהים וכן תמה הנתיבות, ועמ"ש אא"ז הגאון זצ"ל בדברי משפט (סק"ב) לישב דברי הש"ך וע' בתוספות ב"מ (דף כ"ו ד"ה אינו עובר) ע"ש:

סימן רסא

סעיף ד' (א) המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו וכו' השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו הרי זה אבד ממונו לדעתו אע"פ שאסור לרואה דבר זה לטול לעצמו אינו זקוק להחזיר שנאמר אשר תאבד ממנו פרט למאבד מדעתו [הג"ה: ויש אומרים דאבדה מדעת הוי הפקר וכל הקודם זכה, עש"ך (סק"ג) דפסק כטור ורמ"א ועיין בחדושי הגרשוני דהביא סוגיא דב"ב (דף פ"ז) דמוכח דאבדה מדעת לא הוי הפקר ובקצות החשן הוכיח ג"כ מסוגיא זו דלא הוי הפקר ע"ש, ולפע"ד נראה דיש לחלק דאינו דומה לסוגיא דבבא בתרא דעד כאן לא קאמרי דאבדה מדעת הוי הפקר וכל הקודם זכה אלא בהשליך כיסו ברשות הרבים והלך לו דמחשבתו ניכר מתוך מעשיו כיון שהשליך לרשות הרבים מסתמא אפקירי מפקר להו ומשום הכי הוי הפקר וכל הקודם זכה אבל התם גבי שולח את בנו ופונדיון וצלוחית בידו אינו ניכרת מחשבתו מתוך מעשיו דאפקורי מפקיר אדרבא שלח את בנו להביא לו שמן, בזה כ"ע מודים דלא הוי הפקר רק שאינו זקוק להחזיר דכל מקום אבדה מדעת היא אבל אינו הפקר שיוכל אחר לזכות בו:

סימן רסב

סעיף א' (א) כל אבדה שאינו שוה פרוטה בשעת אבדה ובשעת מציאה אינו חייב להכריז עליו. לכאורה יש לעיין אף דהוי בשעת אבדה ובשעת מציאה שוה פרוטה מ"מ יוכל להיות דבאמצע בין שעת אבדה ובין שעת מציאה לא היה שוה פרוטה ומייאש אז, ועל זה אפשר לומר משום ספק לא מייאש כמו גבי מחצה ישראל ומחצה כותי מבואר במתניתין דמכשירין דחייב להכריז וכן מבואר לעיל (סימן רנ"ט) ע"ש, אך מ"מ לפי ס"ד

דגמ' דאם בשעת אבדה אינו שוה פרוטה ובשעת מציאה הוקרה דס"ד דחייב להכריז אמאי דהא בשעת נפילה מייאש כיון שלא היה שוה פרוטה, ולפע"ד אפשר לומר דהא אבידה אינו ברשותו ודבר שאינו ברשותו אינו יכול להקנות ולא להפקיר ואבידה נקרא אינו ברשותו כמבואר ברמב"ם (פרק כ"ב ממכירה) ע"ש רק דמ"מ גלי לן רחמנא דמהני יאוש, אבל אם היא אבידה פחות משוה פרוטה דאינו נקרא אבידה בזה אפשר דלא מהני יאוש כיון דאינו ברשותו:

סעיף ג' (ב) אין המוציא מציאה חייב להכריז אלא בדבר שיש בו סימן בגופו או שראוי ליתן סימן במקומו וכו', עסמ"ע (סק"ז) דהוא יכריז אבדה פלונית מצאתי וזה יבוא ויאמר במקום פלוני מצאתיו כי שם הנחתיו כמבואר בראשונים עכ"ל, ורש"י בבא מציעא (דף כ"ב ע"ב) ודקא אמרת ברה"י מאו מכריז מכריז מקום פירש רש"י, ואינו מכריז שם האבדה אלא שם המקום מי שאבדה ממנו אבדה במקום פלוני יבוא ויאמר מה אבד וזה בא ואומר אבדתי שם חפץ פלוני עכ"ל רש"י, ותוס' שם (ד"ה או דליכא סימן) הקשה דהא תנן אמר את האבדה ולא אמר סימנין לא אמר כלום אלמא במה שמכוין החפץ אינו סימן ותירץ תוספות דהתם נמי לאו משום דחשוד כמשקר שהפסיד חפץ אלא משום דאפשר לומר כי היכי דאת אבדת חפץ ה"נ אימר אדם אחר אבד חפץ אבל הכא אין רגילות ששני בני אדם יאבדו חפץ זה כזה במקום אחד ע"ש. ולכאורה צריכים להבין דהא כיון דמוצא בעצמו אומר המקום אכתי ניחוש דלמא זה הדבר שמונח כאן מאדם אחר נאבד ומה שהוא אומר חפץ פלוני אבדתי היה במקום אחר, וי"ל דהא גבי כריכות איירי מתניתין ולרבא הא מיירי דאבידה הוי דרך הנחה כמו שכתב תוס' במתניתין וכן כתב הרא"ש דלא חיישינן לנפילה אלא שעמד לפוש ושכחו ע"ש, וא"כ שפיר תירץ תוספות כיון דהוא אומר שחפץ זה הוא ואם נאמר שהוא לא שכח חפץ במקום הזה למה הוא בא דהא אינו שלו ולמשקר לא מחזקינן אותו, אלא ודאי הוא שכח שם במקום זה, ואם שמא אחר ג"כ אבד חפץ כזה שם, על זה כתבו תוס' שפיר, דאין רגילות ששני בני אדם יאבדו חפץ כזה ובמקום אחד, ובחדושי לבבא מציעא הארכתי בזה:

סעיף י"ט (א) מצא כלי ולפני' פירות הפירות שלו והכלי נוטל ומכריז וכו'. ואם מראים הדברים שהם של אדם אחר חייב להכריז וכו' אם הי' אוגנים לכלי אעפ"י שפני' כלפי פירות הרי אלו שלו שאלו נשפכו מהכלי הי' נשאר מהם בתוכו מפני האוננים. הי' מקצת הפירות בכלי ומקצתם בארץ חייב להכריז. הטעם היא דכל היכא דיכול לתלות דמכלי נפל חייב להכריז אף דיכול להיות דמאיש אחר נפל ושייך למוציא מטעם יאוש אפ"ה חייב להחזיר, ונלפע"ד דעיקר הטעם היא לפי מה שמבואר ברשב"א גיטין בסוגיא

דשיירות מצויות דמש"ה חיישינן גבי שיירות מצויית לשיירא אחרת והגט משיירא אחרונה נפל והיכא דלא עברה שיירה בין נפילה למציאות הגט הוי לאלתר ולא חיישינן לשיירות ראשונות משום דאי משיירה ראשונה נפל הגט כשעבר השליח זה הדרך שם הי' מוצאו ע"ש היטב ברשב"א א"כ הכי נמי משום הכי היכי דיכול לתלות דמכלי נפל חייב להכריז דאי משני בני אדם נפל השני כשעבר דרך שם הי' מוצאו, דממה נפשך אי בעל הכלי אבד ראשון ואח"כ הלך בעל הפירות הי' מוציא את הכלי, ואי בעל הפירות הלך ראשון הי' בעל הכלי מוציא את הפירות מש"ה היכא דיכול לתלות דנפילה היא מבעל הכלי שפיר תלינן, רק היכא דיש הוכחה דלאו מכלי נפל ע"כ מאדם אחר נפל הפירות והא דלא הגביה את הכלי יכול להיות דלא ראה את הכלי או בבת אחת נפלו מהם, ולפ"ז יתישבו דברי בית שמואל (סימן י"ז ס"ק ס"ט) היכא דמונח ארנקי סמוך להרוג לא מהני כי יש לומר הארנקי מונח מאז ומקדם ואין לדמות דינים אלו להא דאיתא פרק אלו מציאות אם נמצא פירות סמוך לכלי עכ"ל, ובקצוה"ח תמה אמאי אינו דומה ע"ש, ולפי הנ"ל אתי שפיר דהכא גבי נמצא הרוג וארנקי סמוך להרוג לא שייך סברא הנ"ל דיכול להיות דהרוג הי' מונח שם ואח"כ הלך אדם אחר ואבד ארנקי דמה הי' לו להגביה, או להיפוך דאדם אחר אבד שם ארנקי בתחלה ואח"כ נהרג זה שנמצא שם ולא שייך דהי' לו להגביה דהרי נהרג, ושפיר כתב הבית שמואל דאין לדמות זה לדין של פרק אלו מציאות:

סימן רסג

סעיף ב' (א) הי' דרכו להחזיר כלים כאלו בשדה וכו' וכן אם מצא בהמה והכישה נתחייב לטפל בה וכו' שהרי התחיל במצוה. עסמ"ע (ס"ק ד', ולפע"ד נראה דיש חילוק בזה לדינא בין בעלי חיים ובין שאר מטלטלין דגבי דבר שאינו בעלי חיים כגון כלים שאינו לפי כבודו אין חייב להחזיר רק אם נטל על מנת להחזיר לקיים מצות השבה אז נעשה שומר אבידה עליו כיון דעשה קנין ודאי צריך להחזיר לבעלים, אבל אם לא נטל להחזירה א"כ מצד הקנין אינו חייב רק מצד מצוה על זה פטר רחמנא דכתיב והתעלמת, ועיין ברש"י בבא מציעא (דף למד) אמר רבה הכחישה חייב בה פירש רש"י אם הכישה הכאה אחת להשיבה נתחייב לאהדורה הואיל והתחיל בה, ובזה האופן נראה דאפילו בשאר מטלטלין דלאו בעלי חיים נמי חייב דהא נעשה שומר אבידה כמו כל שומר ודאי דאפילו זקן ואינו לפי כבודו נמי חייב אבל אם לא הי' דעתו מתחלה ליטול ולהכישה על דעת להחזיר, א"כ מצד שומר אבידה אינו חייב רק מצד מצוה, בזה יש חילוק בין

בעלי חיים לשאר מטלטלין, ובזה נמי אתי שפיר האבעיא בב"מ (דף למד) דרכו להחזיר בשדה וכו' חזינן דאף דלאו בעלי חיים נמי חייב, ולפי הנ"ל ניחא דהתם התחיל להיות שומר אבידה מש"ה חייב:

סימן רסד

סעיף ה' (א) וכן שנים שהיו באים בדרך זה בחבית של יין וזה בכד של דבש ונסדק הכד של דבש וקודם שנשפך הדבש לארץ שפך זה יינו והציל הדבש כתוך החבית אין לו אלא שכרו וכו' [הג"ה] ובעל היין חייב לשפוך יינו כדי להציל דבש של חבירו הואיל והבעלים אומרים לשלם לו ויש חולקים. ואח"כ כ' הרמ"א וי"א אפילו לא נשפך הדבש עדיין רק שנשבר הכד כל כך שהי' נשפך אם לא הציל זה הוי הפקר, ולכאורה צ"ע לשיטת הפוסקים דיכול לכופו שישפוך זה יינו אמאי הוי הפקר הרי בעל הדבש יכול לומר אם הוא אינו רוצה לשפוך יינו אני בע"כ אשפוך כיון דרוצה אני ליתן לו דמי יינו א"כ לא הפקיר את הדבש, וכן ראיתי באסיפת זקנים ב"ק (דף קט"ו) בשם הרא"ש דכתב דקושיית הגמ' היא רק באינו רוצה ליתן לו דמי יינו מש"ה זכי מטעם הפקר, אבל ברוצה ליתן לו דמי יינו אינו הפקר וצ"ע: סעיף ז' (ב) וכן מי שברח מבית האסורים והי' מעבורת לפניו ואמר לו העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו אין לו אלא שכרו הראוי לו ואם הי' צייד ואמר לי' בטל מצודתיך והעבירני נותן לו כל מה שהתנה עמו וכן כל כיוצא בזה. עסמ"ע (ס"ק כ') דכתב דיכול להיות שהי' כל כך דגים כפי שיעור פסיקתו ע"ש, ובקצות החשן כתב דנראה מדבריו שאם נראה לעינים בבירור שאי אפשר להעלות דגים כפי שיעור פסיקתו א"צ ליתן אלא כפי שהי' יכול לצוד, ומהרא"ש ב"מ (דף למד) משמע אם פסק יותר אפי' במקום שידוע בודאי שאינו כל כך הפסד נמי צריך ליתן לו כל פסיקתו ע"ש, ועיין בדרישה דכתב דרא"ש ג"כ סובר היכא דיכול להיות שידוע שההפסד היא כל כך ע"ש, ולפע"ד יש להביא ראי' מתוס' בבא קמא (דף קי"ו ד"ה להביא כרוב) דמסיים תוס' וצ"ל דמיירי שהוא מפסיד במקום אחר כיוצא בזה, משמע היכא דידוע בודאי דלא הפסיד כל כך אין צריך ליתן לו מה שהתנה:

סימן רסו

סעיף ה' (א) אמר לו אביו אל תחזיר את האבידה הרי זה לא ישמע לו. עסמ"ע (ס"ק ט) ועיין במ"ל (פרק י"א מאבידה) דכתב דאיירי דאמר לו אביו לעשות מלאכתו אפ"ה לא ישמע לו, דאל"כ פשיטא דלא ישמע דכתיב ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה

עמך ע"ש, והיא דברי תוס' קידושין (דף ל"ב ד"ה דרב יהודה) ע"ש, וחידוש שלא הביא המל"מ דברי תוס' אלו:

סימן רסז

סעיף ח' באו שנים זה נתן סימני אבידה וזה נתן סימני האבידה וכו' ע' מה שכתבתי לעיל (סי' קל"ח סק"ב) על קושיית מרן רעק"א זי"ע דלמה לא אמרינן כאן יחלוקו כיון דהחלוקה יכולה להיות אמת ע"ש:

סימן רסח

סעיף ג' (א) חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר. עש"ך (ס"ק ב') דהביא דמהרש"ל כתב בשם התוס' היכא דנפל דבר לחצר ובשעת נפילה הוי יאוש שלא מדעת אפ"ה קונה חצירו לאפוקי משיטת הנימוק"י והרא"ש, ומהרש"א חולק וסובר דמה שהקשה תוס' מלוקח מתגר הרי היא שלו ולקנה חצר לבעל התגר דאיירי ברוב כותים ולא שייך לומר באיסורא אתא לידי', והש"ך פסק דגבי חצר שייך נמי באיסורא אתא לידי' ולא קני' לי' חצירו, ולכאורה דברי מהרש"א צ"ע דתי' דגבי תגר איירי ברוב כותים דהא קיי"ל ברוב כותים אפילו יש בה סימן הרי היא שלו כמו שמבואר לעיל (סימן רנ"ט) ע"ש, ולפע"ד יש לומר דלעולם נוכל לומר דתוספות סובר דגבי חצר נמי שייך לומר היכא דבאסורא אתא לידיה דלא קנה דהא במתניתין סתמא קתני לוקח מתגר ולפעמים רוב ישראל ולפעמים רוב כותים וגם יש לפעמים מחצה על מחצה ומתניתין בכל אלו קתני הרי אלו שלו א"כ שפיר הקשה תוספות אמאי לא הוי לבעל התגר כיון דספק היא אי מישראל נפל או מכותי נפל אי מישראל שפיר קנה לוקח כיון דלגבי תגר באיסורא אתא לידיה ואי מנכרי נפל בעל התגר, א"כ השתא דאין לבעל אבדה זכות באבדה כיון שאין בו סימן ויש ספק מי זכה או תגר או לוקח ממילא הוי למימר דתגר יזכה בה, דהא מבואר ברא"ש פרק שנים אוחזין (סימן כ"ד) גבי משוך בהמה וקני כליו שעליו אם היא במציאה או הפקר דראשון דיש לו בו ספק קנין הוא נקרא מרא קמא אע"פ שיעשה אח"כ אחר קנין בו הראשון קנה וכ"כ הרא"ש (שם סימן ל"ב) גבי זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר ע"ש, א"כ ממילא הכא דלבעלים לית ביה שום זכות כיון דאין בו סימן רק ספק היא אם בעל תגר זכה או לוקח, שפיר הקשה תוספות יזכה בעל תגר, ושפיר קתני במתניתין צרורים נוטל ומכריז דהא גבי מחצה על מחצה חייב להכריז כמבואר במתניתין דמכשירין:

סימן רסט

סעיף ה' (א) טלית שמונח חציה על גבי עמוד וכו' ואם טלית מונח על גב דף והכה ועלה מכחו ג' טפחים קנאו. לכאורה נראה לי לדקדק מלשון המחבר כיון דנקיט ועלה מכחו ג' טפחים, דבהגבה מכחו כולי עלמא מודים דבעינן ג' טפחים אעפ"י שנחלקו רש"י ור"ת אם הגבהה צריך להיות ג' טפחים או סגי בטפח אחד כמבואר לעיל (סימן קצ"ח סעיף ב') ע"ש ועיין בסמ"ע (שם ס"ק ד') דטעם של רבינו תם דסגי בטפח כיון דהוא בידו הרי הוא כאלו ברשותו ע"ש, זה דוקא במגביה ביד אבל במגביה מכחו נקט המחבר דכ"ע מודים דצריך ג' טפחים ומדוייק לשון המחבר דנקיט הכא ועלה מכחו ג' טפחים דבלאו הכי לא יצא מתורת לבוד כמו שכתב הסמ"ע הנ"ל:

עיין ש"ך (ס"ק ד', ועמ"ש אאמ"ו הגאון זצ"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט ליישב קו' הש"ך:

הלכות פריקה וטעינה:

סימן רעב

סעיף ו' (א) מצוה מן התורה לפרוק עמו בחנם כמו באבידה אבל לטעון עליו הרי זה מצוה ונוטל שכרו, עסמ"ע (סק"י) דכתב דאי לא כתב רחמנא תרתי רק טעינה הוי אמינא פריקה נמי בשכר, וזה כפירוש רש"י בסוגיא ב"מ (דף ל"ב) ועמהרש"א דכתב דתוספות לא פירש כן, וע' במהר"ם שי"ף דהקשה על פירוש רש"י דכתב דאי כתב רחמנא טעינה לבד הוי אמינא פריקה ג"כ בשכר א"כ לר' שמעון דלא מסיימי קרא אמאי אמרינן תרווייהו בחנם הל"ל שניהם בשכר ע"ש, ולפע"ד שפיר דברי רש"י דאי לא כתב רחמנא פריקה רק טעינה שפיר הוי אמינא פריקה ג"כ בשכר אבל השתא דכתב רחמנא תרתי פריקה וטעינה אפילו לר"ש דסובר דלא מסיימי קרא מ"מ מוכרח לומר דפריקה בחנם, דהגמרא הקשה גבי הלך בעלים וישב לו פטור משום דכתיב עמו ומקשה הגמרא אי אמרת צער בע"ח דאורייתא אמאי פטור ומתרץ הגמרא מאי פטור פטור בחנם וחייב בשכר וממילא דר"ש ג"כ סובר צער בעלי חיים דאורייתא ומוכח דפריקה בחנם ולא קשה קושיית מהר"ם שי"ף:

הלכות הפקר:

סימן רעג

סעיף ז' (א) המפקיר את הקרקע כל הקודם והחזיק בה זכה וכו' אבל מדברי סופרים אינו הפקר עד שיפקיר בפני ג' [הג"ה] וי"א דאפילו בינו לבין עצמו הוי הפקר עסמ"ע (סקי"א) דכתב דהרמ"א קאי רק על דין תורה אבל מדרבנן בעי ג' ואינו נפקא מינה רק לענין איסור שבת ע"ש, ולפע"ד נראה לפי מה שכתבו הנמוק"י בבא מציעא (דף ל') וחדושי הר"ן שם דתירצו שני תרוצים אחד משום דר' ישמעאל בר' יוסי כדי שלא יכשלו בלאו מן התורה, ועוד דוקא בדבר ששייך ערמה צריך ג' אבל בנאו הכי לא ע"ש, ממילא יש לומר דלאו דוקא לענין איסור שבת הה"ד היכא דלא שייך ערמה מהני אפילו בינו לבין עצמו, ולפע"ד לשון הגמרא מסייע ליה להרא"ש והרמ"א מדלא קאמר הגמרא לשון בפני עד אחד רק בפני אחד, משמע כהרא"ש דאפילו בינו לבין עצמו הוי הפקר רק צריך אחד לידע שהפקיר, דאל"כ לא ידע שום אחד שהפקיר ומי יהיה חצוף ושוטה לזכות בו אם אינו יודע שהיא הפקר:

סימן רעד

סעיף א' בהג"ה (א) עשרה תנאים התנה יהושע וכו' ואחת מהעשרה תנאים היא שמהלכים בשבילי הרשות עד שתרד רביעה שניה, וכתב הרמ"א לא ידעתי למה השמיטן המחבר דהא הרמב"ם וטור הביאו, וקצת חידוש על הטור (דבסימן זה סעיף ח') הביא אלו עשרה תנאים ואחת מהן שמהלכין בשבילי הרשות עד שתרד רביעה שניה ולא הביא הא דרב פפא והא דידן אפילו טל קשה לה, דהא הרא"ש והרמב"ם (פרק ה' מנזקי ממון) הביאו הא דרב פפא וצע"ק:

סימן רעה

סעיף כ"א (א) הבונה פלטרין גדולים בנכסי הגר ובא אחד והעמיד להם דלתות קנה האחרון, [הג"ה] ויש אומרים דהה"ד אם עשה הראשון דלתות ולא נעל ובא שני ונעל קנה שני, דזה הוי תיקון וכן מבואר (בסעיף הקדום) דאם מתכוין לתקן קנה, ועיין במסכת גטין (דף כ"ב) עציץ וזרעים של אחד ומכרן לאחר החזיק בזרעים קנה עציץ מטעם אגב כמבואר שם, החזיק בעציץ אף עציץ לא קנה דהיינו דעשה תקון, ועיין רש"י שם דפירש הטעם דמטלטלין לא מקני בחזקה ע"ש, א"כ מוכח דבית אף דמעיקרא היה תלוש ולבסוף חיבר הוי כמו קרקע ממש, ולפ"ז מיושב שפיר דברי הש"ך לעיל (סימן צ"ה סק"ח) דפסק דבית הוי כקרקע ממש והביא ראיה דהא משמע בכל דוכתא דבית

נקנה בכסף ובשטר וחזקה כמו קרקע ע"ש, ועיין במג"א (סימן תרל"ז סק"ז) דחולק על הש"ך וכתב דכל קושיותיו יש לדחות דיש לומר כיון דקרקע נקנית בכסף ושטר ובחזקה נקנה הבית עמו דמטלטלין נקנין אגב קרקע ע"ש, וי"ל דעיקר ראיית הש"ך היא מחזקה דהא מהני אם עשה תיקון כמבואר (בסימן זה, וכן מבואר לעיל (סימן קצ"ב סעיף ג') דנעל דלת או שעשה מנעול לדלת קנה לוקח ע"ש, ואם נאמר דבית הוי כמטלטלין אמאי קנה הא תיקון במטלטלין לא מהני כמבואר בגיטין (דף כ"ב) אלא ודאי מוכח דבית הוי כקרקע ממש, וממילא מיושב גם מה דקשה עוד האיך הביא ראי' דילמא קנה מטעם חצר כמבואר בנימוקי יוסף בבא מציעא (דף ק"ב) וכן מבואר לקמן (סימן שע"ה) ע"ש, אבל לפי מה שכתבתי דעיקר ראיית הש"ך מחזקה שפיר, ובספר אמרי בינה מש"ב וגיסי הגאון מהו' מאיר זצלל"ה הביא דבר זה בשמי (בדיני טוען ונטען סימן ל"ז):

הלכות נחלות:

סימן רעז

סעיף י"א (א) מי שנסתפק לנו אם הוא בכור או פשוט כגון שנתערב עם אחר אינו נוטל פי שנים וכיצד עושין אם הוכרו ולבסוף נתערבו כותבים הרשאה זה לזה ונוטלין חלק בכורה ואם לא הוכרו כגון שילדו במחבואה אחת אין נוטלין חלק בכורה, הוא מסכת בבא בתרא (דף קכ"ז) אמר רבא תניא כוותיה דרב אמי בן ולא טומטום בכור ולא ספק וכו' אלא בכור ולא ספק לאפוקי מאי לאפוקי מדדרש רבא דדריש רבא שתי נשים שילדו שני זכרים במחבוא כותבין הרשאה זה לזה, ופירש רשב"ם וכן נימוק"י דאיירי של איש אחד ע"ש, ונראה דמוכח מהכא דהיכא דהיו לאיש אחד שתי נשים ואחת נתעברה קודם חברתה ושני' ילדה קודם. מוכח מהכא שהולד הנולד קודם הוא נקרא בכור לנחלה, דאל"כ אמאי צריך הגמ' לאוקמי' שילדה במחבואה דאין אנו יודעים איזה לידה הי' קודם תיפוק לי' דהא אב נאמן מי נתעברה קודם, וע"כ צ"ל דאין אנו יודעים מי נתעברה קודם, א"כ אף דידעינן דילדה אשה היום ושניה למחר מכל מקום יש כאן ספק דלמא זו ילדה לרע"א יום ושני' ילדה לרע"ב יום או לרע"ג, ועיין בנדה (דף ל"ח) דיכול להיות דזו שילדה שני' נתעברה קודם, והוא בכור אלא ע"כ צריך לומר דאזלינן בתר לידה ולא בתר שעת העיבור, ושמעתי משם גדול אחד שמסתפק בזה, ומסוגיא זו מוכח דאזלינן בתר לידה ולא בתר עיבור:

סימן רעח

סעיף ד' (א) הניח להם פרה מושכרת או מוחכרת או שהיתה רועה באפר וילדה הבכור נוטל בה ובולדה פי שנים [הג"ה] ויש חולקין. עסמ"ע (ס"ק ו') דלא מבעיא בה שנתפטמה דאין כאן דבר חדש דהרי גוף הפרה הי' מצוי ביד אביהן דודאי נוטל פי שנים, אלא אפילו בולדה דהוי גוף חדש דלא הי' מצוי אפ"ה כיון שנותן מהפרה שהיתה מצוי ביד אביהן ושבח דהולד בא ממילא הבכור נוטל פי שנים, ועיין (בסק"ז) דהביא דיש חולקין המה הרא"ש וטור דסברו דאין בכור נוטל פי שנים לא בולד ולא בשבח שהשביחה גוף הפרה, ולכאורה צ"ע אמאי לא יטול פי שנים אם השביחה הפרה ונעשה שמינה ודאי אף לדידן דקי"ל כרבנן דאין בכור נוטל פי שנים אפילו בשבח דממילא מ"מ בדיקלא ואלים ארעא ואסיק שירטון כולי עלמא לא פליגי דנוטל פי שנים כמבואר בבא בתרא (דף קכ"ג, ועיין בפרישה דכתב דסברת הטור היא דלאו כל פרה עומדת להשביח ע"ש, ותירוצו צ"ע דהא ודאי לאו כל ארעא עומדת לאסיק שירטון ולא שכיח כלל ואפילו הכי בכור נוטל פי שנים, ולפע"ד כדי שלא יהיה דברי הטור תמוהין כל כך נוכל לתרץ דכוונת הטור היא כך דטור קאי היכא דילדה פרה אין בכור נוטל פי שנים בולד כמו כן אם היה שבח באותה פרה בגופה ג"כ אין נוטל פי שנים כיון דילדה הוי שנוי ג"כ לגוף הפרה כמו שסובר הרא"ש ב"ק (פרק הגוזל עצים) היכא דפרה היתה רקנית בשעת גזלה ונתעברה אצל הגזלן וילדה דקונה גזלן ג"כ גוף הפרה ע"ש, דהלידה הוי ג"כ שנוי על גוף הפרה, ושפיר כתב הטור היכא דילדה פרה ואח"כ היה שבח באותה פרה בגופה אין נוטל פי שנים בשבח כיון דילדה הוי שנוי גם על פרה עצמה כנ"ל, אבל היכא דלא ילדה רק פרה ונתפטמה יש לומר דמודה הטור דבכור נוטל פי שנים דהוי כמו דקלא ואלים ארעא ואסיק שירטון דלכ"ע בכור נוטל פי שנים הכי נמי כן, וכן מבואר בנמוק"י דפרה ונתפטמה הוי כמו דקלא ואלים ובכור נוטל פי שנים ע"ש:

סעיף ח' (ב) שחט אחד ממכירי אביו בהמה ואח"כ מת אביו נוטל פי שנים במתנות של אותה בהמה, עסמ"ע (סק"ט) דאע"פ שלא הורמו המתנות עדיין בשעה שמת אביהן כמו שהורמו דמיא והיא סוגיא במס' בבא בתרא (דף קכ"ג) ת"ר הבכור נוטל פי שנים בזרוע בלחיים ובקיבה ופריך הגמ' האי הזרוע והלחיים והקיבה ה"ד ומסיק הגמרא הכא במכירי כהונה עסקינן ודאשתחיט בחיי אבוהון וקסבר מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיא, וכן במסכת קדושין (דף נ"ח) נמי איתא מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין והכי קיי"ל, ולפ"ז יש ליישב תמיהת השאגת אריה על תוספות פסחים (דף נ"ח ד"ה אתיא לחם לחם) דהקשה אמאי צריך קרא דאינו יוצא בטבל תיפוק ליה דבעינן שלכם

וטבל אין שלכם והביא תוספות תירוץ בשם רשב"א היכא דהוא עני ועדיין לא הפריש מעשר עני דמפריש והיא שלו ע"ש, ותמה השאגת אריה דהא סוגיא ערוכה בחולין (דף קנ"א ע"ב) דאפילו עני שבישראל מוציאין מידו מעשר עני ע"ש, ולפע"ד נראה ליישב דהא דהזהיר רחמנא לעני על מעשר עני היכא שהוא שדה שלו, אבל היכא דנתן לו אחר טבל שלא הפריש ממנו עדיין מעשר עני י"ל דעני מפריש ממנו מעשר עני והיא שלו דהא אנן קיי"ל מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמי והוי כמו שהפריש מעשר עני, והגע עצמך היכא דנתן לעני מעשר עני ונותן לו ג"כ מהחולין לאחר הפרשה ודאי זכה בשניהם וה"נ כן, וא"כ אתי שפיר דברי תוספות דאירי דנתן לו אחר לעני טבל שלא הופרש ממנו מעשר עני דשפיר מפריש והן שלו כמו שמבואר במסכת קדושין (דף נ"ח):

סימן רעט

סעיף א' האומר זה בני וכו' נאמן, [הג"ה] ונאמן על כל נכסים בין אלו שהיו לו בשעה שאמר כך אפילו נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס. לכאורה דברי רמ"א צ"ע אמאי נקט שנפלו לו שהוא גוסס דהא דתורה הימניה לאב א"כ אפילו נכסים שנפלו לו לאחר מיתה נמי נוטל, דבשלמא גבי בכור שפיר הוצרך הגמרא במסכת בבא בתרא לאוקמיה בנכסים שנפלו כשהוא גוסס אף דרחמנא הימני' לאב דכתיב יכיר, מכל מקום בנכסים שנפלו לאחר מיתה אינו נוטל פי שנים דאין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, אבל באומר זה בני דנאמן מן התורה נוטל אף בנכסים שנפלו לו לאחר מיתה, ואמאי נקט הרמ"א דוקא כשהוא גוסס, וצ"ל דמה דנקט רמ"א כשהיא גוסס היא לאו דוקא: סעיף ג' (ב) האומר זה בני וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן אמר עבדי וחזר ואמר בני אע"פ שהוא משמשו כעבד נאמן שזה שאמר עבדי לומר שהוא לו כעבד, עיין רמב"ן ב"ב (דף ל"ג) דהקשה דהא משמע שהוא יורשו ובנו לכל דבר ואמאי נימא מתוך שבידו להפקיר נכסיה או ליתן במתנה וכו', ותירץ דהוי מגו לחצי טענה כיון דהוא רוצה לפסלו לקהל ולקנות גופו ע"ש, ולכאורה קשה אמאי אמרינן בב"ב (דף קל"ד) האומר זה בני נאמן ופריך הגמרא למאי הלכתא או ליורשו פשיטא ופירש רשב"ם ותוס' דאי בעי יהיב ליה במתנה ועל נכסים שנפלו לו לאחר מכן באמת אינו נאמן דלא ידעינן שהוא בנו,. ולפי דברי הרמב"ן הנ"ל קשה אמאי יטול בנכסים שהם תחת ידו דהא הוי מגו לחצי טענה כיון שהוא טוען שהוא בנו ורוצה שיזכה אף בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן, וכן הקשה התומים בכללי מגו (סקל"א ול"ב) ע"ש, ולפע"ד נראה דעיקר כוונת רשב"ם דהא אנן קיי"ל הודאות בעל דין כמאה עדים דמי ועוד יותר מעדים דתורה אמרה כי הוא זה כמו שכתב רש"י קידושין

(דף ס"ה ע"ב) ע"ש. מש"ה ניחא היכא דאמר זה בני נאמן לא מטעם (מיגו) אתינן עלה רק מטעם הודאות בע"ד כמאה עדים דמי, אך יש לומר דאין לך אדם בישראל שאין לו יורשים א"כ הוי בהודאתו חב לאחרינא, על זה כתב הרשב"ם כיון דבידו ליתן לו א"כ לא מקרי חב לאחרינא, דסוף סוף אף דאינו נאמן משום דחב לאחרינא מכל מקום בידו ליתן לו אותם נכסים משום הכי לא מקרי חב לאחרים, אבל על נכסים שנפלו לו לאחר מכן אינו בידו ליתן לו ושפיר אינו נאמן משום דחב לאחרינא, וזה היא שפיר גבי אומר זה בני, אבל היכא דאמר בני וחזר ואמר עבדי התם לא שייך הודאות בעל דין דהא אמר תחלה זה בני ואחר כך אמר עבדי, ועל זה הקשה הרמב"ן דהוי לן להימני' מטעם מיגו ועל זה שפיר תירץ רמב"ן דהוי מיגו לחצי טענה ומיגו לחצי טענה לא אמרינן ועיין בתומים בכללו מיגו שהערה קצת מזה:

סימן רפ

סעיף י' (א) נפל הבית עליו ועל אמו יורשי הכן אומרים האם מתה תחילה. ויורשי האם אומרים הבן מת תחילה מעמידים נכסי האם בחזקת יורשיה שהם יורשים ודאים. ערמב"ם (פרק ה' מנחלות הלכה ו') וז"ל דמעמידין נכסי האם בחזקת יורשי' שהם יורשין ודאין אבל יורשי כבן הם ספק שאם מת הבן תחילה אין לאחיו מאביו בנכסי אמן כלום כמו שביארנו עכ"ל הרמב"ם, ולכאורה יש לדקדק למה כתב הרמב"ם טעם עוד שהם יורשי ודאי והגמ' ב"ב (דף קנח) קאמר הטעם דהוחזק נחלה באותו שבט, ועיין בתשובת הרא"ש (כלל פ"ד דין ג') שדקדק בדברי הרמב"ם ע"ש, ולפע"ד נראה ליישב דהא לכאורה צריכים להבין כיון דהוחזק נחלה באותו שבט כמבואר בגמ' בבא בתרא הנ"ל שהיא מייחסת אחר שבט אביה, א"כ היכא דיש לה בן אחר אם כן ממה נפשך נעקר נחלה מאותו שבט חולקים חצי נחלה, אך לשיטת הרשב"ם אתי שפיר דפירש דאפילו לת"ק דסובר דחולקים דוקא שלא נשאר זרע אחר דאם יש לה בן מאיש אחר הוא נוטל הנכסים משום שהוא ודאי יורש והם ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ע"ש ותוספות חולקים על זה, ולפ"ז יש לומר משום הכי נקט הרמב"ם תרי טעמים חדא דהוחזק נחלה באותו שבט דהיינו דלא נשאר לה זרע ואם נשאר לה בן מאיש אף דממה נפשך נעקר נחלה מאותו שבט מ"מ הוא נוטל כולה משום דאין ספק מוציא מידי ודאי שהם ספק שמא בן מת תחלה ואין יורש את אמו להנחיל לאחים מאב ואין ספק מוציא מידי ודאי:

סימן רפא

סעיף ב' (א) אמר פלוני בני יורש חצי נכסי ושאר בניי החצי דבריו קיימים, דהא קיי"ל כר' יוחנן בן ברוקה דבתורה כתיב והיה ביום הנחילו את בניו התורה נתנה רשות לאב להנחיל לאחד מבניו כל מה שירצה, ונראה דאף דמבואר ברשב"א קדושין (דף ס' ע"ב) דדבר שלא בא לעולם אין יכול להנחיל ע"ש וכן הסכמת אחרונים, דוקא היכא דנתן כל נכסיו לאחד מבניו שפיר יש לומר נכסים שנפלו לאחר מכאן אינו זוכה, אבל אם הנחיל חצי נכסיו יש לומר דזכה דהא קיי"ל המזכה לעובר לא קנה אבל בבנו קנה משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמבואר לעיל (סימן ר"י) ע"ש, ועש"ך שם דכתב דבכל אופן שיכול לעשות בעבור בנו שיקנה עושה, ה"נ אם נתן לבנו חצי נכסיו ואחרי כן נתעשר דהיינו כפל ממה שהיה לו יש לומר דכוונתו בנכסים שיש לו עכשיו יזכה בנו כדי שיהיה לו חצי נכסיו ממה שנפלו אח"כ כיון דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, חבל אם נפלו לו אח"כ נכסים יותר מכפל שיש לו השתא בזה אינו זוכה, [ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן ר"י) בזה] אע"ג דמבואר במסכת בבא בתרא (דף קכ"ח) האומר תטול אשתי כאחד מן הבנים נוטלת כאחד מן הבנים בנכסים של עכשיו ובבנים הבאים לאחר מכאן ועיין רשב"ם שם, מ"מ יש לומר דגבי אשתו לא שייך דעתו קרובה אליה ועיין ברא"ש שם אבל הכא אצל בנו יש לומר כמו שכתבתי, ועיין באהע"ז (סימן ק"ח) דמבואר דמשום הכי בעינן נכסים של עכשיו משום דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ודאי י"ל כמו שכתבתי:

סימן רפו

סעיף ב' (א) בד"א שאין תועלת לקטנים במה שלובשים הגדולים אבל גדול האחים הנושא ונותן בנכסים ויש תועלת לקטנים במה שהוא מלובש יפה וכו' הרי זה לובש מתפיסת הבית ואם מיחו בידו הרשות בידן, בנימוק"י (פרק קמא דבבא קמא) כתב דהא דקטנים יכולים למחות דוקא אם מיחו מתחילה בשעת לבישה אבל אם לא מיחו בשעת לבישה אמרינן דמחלו ואינם יכולין למחות ע"ש, ועיין בחדושי הגרשוני (סימן רפ"ח) דכתב בשם נמוק"י (פרק קמא דב"ק) דאם יהיב חד מן האחים מתנה לאחר מתפיסת הבית וחזו האחים ושתקו הוי מחילה וע"ש:

הלכות אפוטרופוס:

סימן רצ

סעיף ה' (א) ב"ד שהעמידו אפוטרופס ושמעו עליו שהוא אוכל ושותה וכו' יש להם לחוש שמא מנכסי יתומים הוא אוכל ומסלקין אותו וכו' אבל אם מינהו אבי יתומים אין מסלקין אותו שמא מציאה מצא, [הג"ה] ויש חולקין דאף כשמינהו ב"ד אין מסלקין אותו אא"כ באו עדים וכו', עיין רשב"א גטין (דף נ"ב) שתמה על הרמב"ם [ושטת המחבר] דמה חילוק יש בין מינהו ב"ד למינהו אבי יתומים ולכן חולק על הרמב"ם ע"ש, ולפע"ד יש להסביר טעם של הרמב"ם שמחלק בין מינהו ב"ד ובין מינהו אבי יתומים דהא אנן קי"ל כאבא שאול מינהו ב"ד ישבע, והטעם בההוא הנאה דנפיק עליה קלא דאינש מהימנא דסמיך עליו בי דינא לא אתי לאמנועי, אבל מינהו אבי יתומים לא ישבע דאתי לאמנועי, אם כן מטעם זה נוכל לומר דה"נ כן דהא אם נימא דאם אכל ושתה דברים שאינו אמוד בכך מסלקין אותו יוכל להיות בשביל זה ימנע את עצמו מלהיות אפוטרופס דחושש שמא יצליחו נכסיו ולא נודעה לרבים. מזה ופעם אחד שירצה לאכול ולשתות בכל אשר תאוה נפשו ויסברו שממעות יתומים הוא אוכל ומסלקין אותו ואתי לאמנועי, משום הכי גבי מינהו אבי יתומים אין מסלקין אותו, אבל מינהו ב"ד לא אתי לאמנועי מחשש זה בשביל דנפיק עליו קול דמהימן הוא, הלכך שפיר היכא דאכל ושתאי יותר ממה שהוא אמוד בו מסלקין אותו:

הלכות פקדון:

סימן רצא

סעיף ג' (א) בקש מחבירו שיתן רשות להכניס בהמתו או פירותיו לחצירו ונתן לו רשות ולא פירש כלום בשמירתן אינו חייב בשמירתן כלל. עש"ך (ס"ק ט') דתמה על הרמ"א למה שתק כאן ולא הביא יש חולקין ולקמן (סימן שצ"ח) מביא הרמ"א בעצמו י"ח וסוברים דבעל חצר חייב בהיזק דאתא לי' מינים עכ"ל, ולפע"ד יש לתרץ דהרמ"א לקמן (סימן שצ"ח) וכן הטור פסקו כתירוץ שני של תוס' בבא קמא (דף מ"ז ע"ב) דהיכא דהכניס ברשות בעל חצר בעל השור פטור אם הזיק שורו שור של בעל החצר אבל בעל החצר חייב בהיזק דאתי מחמתיה אבל בהיזק דאתא מעלמא כגון נגנב או אפילו בהיזק דאתי מעצמו כגון חנק את עצמו או נשברה כלים ברוח נמי פטור, משום הכי אתי שפיר דלקמן איירי בהיזק דאתא מניה ע"כ הביא הרמ"א יש חולקין דחייב בעל חצר בנתן לו רשות אבל כאן (בסי' זה) איירי משמירה דגנבה ואבדה משום הכי לא הביא הרמ"א יש חולקין דבזה פסק רמ"א דפטור בעל חצר:

סעיף ה' (ב) יש מי שאומר שהשומר זה מיד כשקבל עליו לשמור וכו' חייב עליו אם פשע ויש חולקין דאינו חייב עד שימשוך ובמקום שמשיכה קונה, עסמ"ע (סק"ח) דכתב דאם לא נסתלקו הבעלים משמירתם אלא שומרים קצת עמו הוי ליה שמירה בבעלים ופטור, ועש"ך (סקי"ב) דהניח בצ"ע דמנ"ל הא, ולפע"ד נראה דפוסקים דסוברים דחייב מיד כשנסתלקו הבעלים, החיוב היא מדין ערב כיון דסמיך דעתו עליו ונסתלקו משמירה, ולא דמי לאומר הכישה במקל ושלחו ביד עבד כנעני דפטור, דהתם סמכא דעתא דעבדו מנטרא אבל הכא כיון שנסתלקו הבעלים שפיר חייב בשמירה מדין ערב, ולפ"ז י"ל דאינו פטור אם בעליו עמו דהא מבואר בחדושי הר"ן ב"מ היכא דחיובא הוא מצד ערב לא פטרינן ליה מטעם בעליו עמו ע"ש (בדף צ"ט) וסברא גדולה היא, ושפיר צריך דוקא נסתלקו הבעלים, דקודם לכן אינו חייב מטעם ערב ופטור לגמרי כיון שלא עשה קנין כנ"ל, ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן ס"ו סק"ו) ע"ש, ולפ"ז מיושב דברי הטור (סימן שמ"ו) דכתב דאם המשאיל עם השואל במלאכתו בשעה שמשך את הפרה פטור ולכאורה צ"ע דהא הטור סובר כשטת התוספות ורא"ש דחיובו משעה שנסתלקו בעלים משמירה, א"כ למה נקיט הטור משך, ולפי הנ"ל א"ש היכא דנסתלק הבעלים משמירה חיובא מצד ערב לא פטרי בבעלים ולכך נקיט משך שעשה קנין:

סעיף ו' (ג) אם פשע בו ולא שמרו כראוי לענין אחד אע"פ שלבסוף נאבד באונס חשיב פושע וחייב לשלם, לפע"ד נראה דאינו חייב על תחלתו בפשיעה וסופו באונס אלא דוקא בשעה שבא האונס עדיין הפשיעה ראוי להיות, אבל אם בשעה שבא האונס נסתלק הפשיעה אף שיוכל להיות אונס מ"מ פטור אע"ג דאותו חשש אונס אשר היה מתחלה נשאר עדיין מ"מ פטור, וראיה לדבר מבבא קמא (דף נ"ב) בסוגיא דשור פקח שנפל לבור ביום פטור בעל הבור אע"ג דהיא תחלתו בפשיעה לענין לילה מ"מ אם נפל לבור ביום פטור דאותה לילה שעברה כבר עברה ונסתלק הפשיעה וטל חשש לילה העתידה לבוא עדיין לא הוי, ואם ירצה יוכל לומר עדיין יש לי פנאי לכסות דכי אתא לילה מכסינא, וזו היא סברת הרמב"ן במלחמות בסוגיא הנ"ל הרי דאם בשעה שבא אונס נסתלק הפשיעה אע"ג דאותו חשש אונס עדיין קיים דפטור, ולפ"ז יש ליישב היטב קושיית הפ"י דהקשה אמאי אם כסהו כראוי והתליע מתוכו דפטור דהא היא תחלתו בפשיעה תחלת חפירה וסופו באונס דהתליע, ולפי הנ"ל אתי שפיר היכא דכסה כראוי אף דתחלת חפירה היה פשיעה מ"מ כיון דכסהו כראוי אזדא הפשיעה אף דחשש אונס עדיין נשאר מ"מ פטור כסברת הרמב"ן הנ"ל ועיין, ובחדושי לב"ק הארכתי בזה, ועיין בספר דברי משפט בסוף הספר מה שנדפס שם מאאמ"ו זצלל"ה:

סעיף ז' (ד) המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות ואמר תן לי פקדוני ואמר השומר איני יודע אנה הנחתי פקדון זה או באיזה מקום קברתי הכספים המתן לי עד שאבקש וכו' הרי זה פושע וחייב לשלם מיד, הרשב"א במסכת גטין (דף י"ג) הקשה לפי גרסת הספרים דגרסי שם שכיב מרע שאמר תנו מנה לפלוני מנכסי נותנין מנה זו נותנין מנה סתם אין נותנין דגבי פקדון איכא לאפלוגי בין מנה זו למנה סתם חיישינן למנה קבור, הקשה הרשב"א הא אנן קיי"ל היכא דאמר.. השומר לא ידענא פשיעה היא אם חייבים היורשי' מטעם פשיעה. ותירץ הרשב"א דרב לשטתו אזיל דרב ושמואל הא אמרי מלוה על פה אינו גובה לא מיורשים ולא מלקוחות ומשום הכי במנה סתם חושש רב למנה קבור, ולכאורה אכתי קשה אמאי צריך הגמרא שם לפסוק הלכתא למנה קבור לא חיישינן תיפוק ליה לדידן אף אם חיישינן למנה קבור הא אנן קיי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשים, ואפשר לומר דשפיר צריך הגמרא לפסוק למנה קבור לא חיישינן היכא דלא הניח להם אביהם רק מטלטלין דאי חיישינן למנה קבור אף דחיוב היא מטעם כל לא ידענא פשיעה היא מ"מ הוי מטלטלין דיתמי ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב אבל כיון דאפסוק הלכתא דלא חיישינן למנה קטר לא שייך לומר דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי דאמרינן הם הם מטלטלין שהפקיד אצל אביהם והם מנה שהפקיד:

סעיף כ"ג (ה) מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חברו ונתנם השומר לאמו והחביאה אותם ולא טמנה אותם ונגנבו וכו' ואמרו חכמים ישבע השומר שאותו מעות עצמם הם שנתן לאמו וכו', עברא"ש (פרק המפקיד) דכתב מה דנשבע שומר שמסרן לאמו היא שבועת שומרים ע"ש, ולכאורה קשה לפוסקים דסוברים היכא דהוא רגיל להפקיד או לאשתו ובניו שומר ראשון פטור לגמרי מכל וכל א"כ הוי למימר דהוי כמו טענת החזרתי א"כ אמאי צריך לשבע שבועת שומרים וכן הקשה בקצות החושן ע"ש, ולפע"ד נראה דשפיר כתב הרא"ש דיש לו עליו דין שבועת שומרים דהא אנן קיי"ל דאין השומר יכול לסלק א"ע משמירה תוך הזמן כמבואר לקמן (סימן רצ"ג סעיף א') ע"ש, מ"מ פטור היכא דהפקיד אצל מי שרגיל להפקיד ורואין כאלו הוא בעצמו משמר יפה כל חד וחד לפי דינו, משום הכי פטור שומר ראשון דהא יוכל לומר הלא אין לו דין לוה על זה רק שומר וכיון דמסר לרגיל להפקיד (שפיר) הא עשיתי שמירה יפה, ושפיר סובר הרא"ש דצריך לשבע שבועת שומרים דשמר יפה, אע"ג דשני פשע מכל מקום מה הוי ליה למיעבד ופטור מכל מקום צריך שבועת שומרים:

בהג"ה (ו) ודוקא במעות וכיוצא בזה בדבר שאינו מסויים צריכים שניהם לשבע אבל בחפץ מסוים נשבע השני ולא הראשון, לכאורה קשה דהא מבואר בסימן רצ"ד סעיף

ד') מי שהפקיד אצלו גלימא והביא עדים שנאנס לו גלימא אע"ג שלא ידעו אם היתה גלימת המפקיד פטור משבועת שומרים, ואם המפקיד בעצמו אינו יודע אם היא אותו גלימא פטור אפילו משבועת שומרים והיסת ע"ש, וא"כ הכא דהא אמו נשבעת שכך וכך מאותו מין מטבע הפקיד אצלה אבל אין סימן למטבע ושומר טען שהיא מעות של פקדון א"כ ה"ל למימר ששומר פטור משבועה בשלמא לפי דברי הש"ך (שם סק"ו) דסובר דוקא שעדים אומרים גלימא כזו ממש שפיר, אבל לשטת הב"ח ונמשך אחריו הנתיבות המשפט דאינם צריכים העדים לומר כעין גלימא ממש מ"מ פטור אם כן אמאי צריך השומר לשבע וצ"ע:

סעיף כ"ד (ז) מכאן אתה למד שהשומר שמסר הפקדון לאשתו ובני ביתו וכו' ולא שמרו כדרך השומרים שהם חייבים לשלם לבעל הפקדון ובעה"ב פטור שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד [הג"ה] ואם אין להם כשלם יש אומרים דבעל הבית חייב לשלם ויש אומרים דפטור, שטה הראשונה היא שטת הרא"ש בבא מציעא (דף מ"ב) דפסק כרבינו תם דגבי רגיל להפקיד אם אין לשומר שני לשלם הראשון חייב, וכתב הרא"ש והא דאמר הגמרא גבי עובדא אותבינהו בקרטליתא ואגנוב נימא לה לאימא זילי שלים לא בשביל שיפטר איהו אם אין לה לשלם אלא לענין דינא קאמר אי מחייבא אימיה לשלם לבנה אי לא, והא דאמרינן בריש הכונס מסרה לרועה אחר נכנס הרועה תחתיו ומפרש הגמרא דמסרה לברזילא דאורחא דרועה למסור לברזילא, לאו למפטר רועה קמא אלא דלא מקרי פושע כשומר שמסר לשומר עכ"ל הרא"ש, ולכאורה ד"ק קשה להבין דהא אנן קי"ל דשומר שמסר לשומר לאו פשיעה היא כמבואר ברא"ש גופה דלרבא שומר שמסר לשומר לאו פושע מקרי, ואפשר לומר דכוונת הרא"ש דבאמת בשומר שמסר לשומר אף אם אין רגיל להפקיד אצלו ג"כ לא נקרא פושע מ"מ לא יצא שומר ראשון מחיוב שלו שהיה עליו קודם שנתן לשומר שני, א"כ ממילא אם פשע שומר שני הוי כאלו הוא בעצמו פשע כיון דאין המפקיד צריך לתבוע משני, אבל גבי אשתו ובניו, או גבי רגיל להפקיד יצא שומר ראשון מכל דין שמירה בין לענין שבועה ובין לענין חיוב ממון, דאם השני פשע צריך המפקיד לגבות משני, מטעם דהא יש לך גברא בחריקאי, רק אם אין לשומר שני צריך הראשון לשלם מטעם ערב כמו ערב שחייב אם אין נלוה לשלם, ושפיר דברי הרא"ש מה דקאמר ולא הוי פשיעה כמו שומר שמסר לשומר, כוונתו דהתם גבי אין רגיל להפקיד עיקר חיוב מוטל על הראשון אבל גבי מסרה לברזילא הרועה פטור היינו עיקר החיוב מוטל על ברזילא רק אם אין לשני לשלם הראשון חייב כמו ערב:

סעיף כ"ו (ח) שומר שמסר לשומר חייב וכו' אבל אם מיעט שמירתו כגון שהראשון

שומר שכר ושני שומר חנם וכו' עש"ך סקמ"ד דהביא בשם תרומת הדשן דאם השומר אינו יודע אם נאבד בפשיעה או באונס חייב דכל שומר צריך לשבע בבירור אבל לא שאינו יודע, וכתב הש"ך וכן עיקר ולא כמ"ש הנמוק"י (ריש פרק הגוזל ומאכיל) בשם הרא"ה דהא קיי"ל דשעבוד לא הוי בשואל עד שעת אונסים לפיכך השואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומתה בדרך והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכ' או לא פטו' דהוי אינו יודע אם הלויתני, אבל השואל חמור לרכוב עליו הוא ונתנה לשלוחו והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה כיון דפשע בזה דאין השואל רשאי להשאיל מאותה שעה שנתנה לשלוחו התחיל השעבוד ה"ל כאינו יודע אם פרעתיך וחייב והביא הש"ך שמהרש"ל חולק עליו דאי איירי שטוען המשאיל ברי לי שפשעת אפילו גבי דידיה נמי חייב ואי איירי שמשאיל ב"כ בא בטענת שמא אפילו גבי שליח נמי פטור דהוי כשמא ושמא ופטור אפילו באינו יודע אם פרעתיך עכ"ל, ולפע"ד י"ל דהא הרמב"ן הקשה אמאי פטור השואל במתה מחמת מלאכה משום דלאו לאוקמה בכילתא שאלתה דהא אפילו מתה כדרכה דלא מחמת ששואל פשע דהא מה"מ מה לי הכא אפ"ה חייב וכ"ש מתה מחמת מלאכה ותירץ הרמב"ן דגבי מתה כדרכה משאיל לא פשע אבל מתה מחמת מלאכה משאיל פשע דהוי ליה למידק שפיר אם ראויה למלאכה כזו ועש"ך (סימן ש"מ) דהביא ג"כ סברא זו, ולפ"ז שפיר הדין אם ידוע בודאי שמתה מ"מ פטור השואל אף דמשאיל טוען ברי דקדקתי היטב ויכולה לעשות מלאכה זו מ"מ כיון דאנן רואין דמתה מחמת מלאכה אמרינן לא דקדק היטב, אבל היכא דשואל בעצמו אינו יודע באיזה ענין מתה שפיר יוכל המשאיל לטעון ברי לא פשעתי ודקדקתי בה היטב ויכולה לעשות מלאכה זו ומה שמתה היא בענין אחר שלא מחמת מלאכה וה"ל ברי ושמא גבי אינו יודע אם פרעתיך דחייב:

סימן רצב

סעיף א' (א) אין הנפקד רשאי לשלוח יד בפקדון ואם שלח בו יד אפילו אינו מכוין לגוזלו אלא להשתמש בו קם ליה ברשותו וחייב באונסין וכו' דשליחות יד אינה צריכה חסרון, בסוגיא דב"מ (דף מ"א ע"ב) ילף רבא דשליחות יד אינה צריכה חסרון דלא תאמר שליחות יד לא בשומר חנם ולא בש"ש ותיתי משואל למה נאמר לומר לך דשליחות יד אינה צריכה חסרון ע"ש, ולכאורה, צ"ע דילפותא זו שפיר אליבא דידן דקיי"ל דשבועה שלא שלחתי בו יד היא רק מכח גלגול שפיר ידעינן דצריך לשבע ע"י גלגול, אבל לפי שטת תוס' ב"מ (דף ו') דסובר בחד תירוץ דשבועה דלא שלח בו יד נמי היא עיקר שבועה

מן התורה, אם כן צריכה לגופה בכל חד דצריך לשבע שלא בגלגול אפילו שנאנס חפץ מידו גם כן צריך לשבע שלא שלח בו יד אם כן מנ"ל דאינה צריכה חסרון וצ"ע:

סעיף י' (ב) המפקיד פירות אצל חבירו הרי זה לא יערבם עם פירותיו עבר ועירבן יחשוב כמה היו הפקדון ויראה כמה חסר הכל ויחשוב חסרון הפקדון וכו'. [סעיף י"א]:

נסתפק מהם ולא ידע כמה נסתפק יוציא לו חסרונו לחטים ולאורז קלוף ד' קבין ומחצה לכל כור לשעורין ולדוחן ט' קבין. במסכת ב"מ (דף מ') תנא בד"א שעירבן עם פירותיו אבל יחד לו קרן זוית אומר לו הרי שלך לפניך והקשה הגמרא וכי ערבן מאי הוי ולחזי לדידיה כמה הוי ופרש"י ויטול כל אחד לפי החשבון ע"ש, ולכאורה נראה מכאן ראיה לסברת החולקים על מגן אברהם (בסימן תמ"ג) דסוברים אם נחסר יותר מכדי חסרונם דמחויב למכור אפילו הכי אם הנפקד לא מכרו פטור דלא הוי אלא כעין השבת אבדה לבעלים ע"ש, דאל"כ מאי מקשה הגמרא וכי ערבן מאי הוי ולחזי לדידיה כמה הויין דמ"מ שפיר קתני במתניתין אינו יוצא לו חסרונות אלא כשיעור המפורש במתניתין אבל אם חסר יותר צריך לשלם למפקיד דהוי לשומר למכור, אלא ודאי אם לא מכר אפילו נחסר יותר מכשיעור נמי שומר פטור וצריך המפקיד לקבל החסרון, ועסמ"ע (סקכ"ח) משמע להדיא דאפילו חסר יותר מכשיעור זה נמי נפקד פטור, ועש"ך (סקכ"ב) דכתב ואין להקשות מה שכתב המחבר ויחשוב חסרון הפקדון ויתן לו אחר שנשבע דהא הוי מתוך שאינו יכול לשבע משלם דהא צריך לשבע דשל חברו נאבד והוא אינו יודע בבירור ע"ש מה שתירץ הש"ך, ולפע"ד לולי דברי הש"ך נ"ל דאין כאן קושיא דהא מבואר לקמן (סימן רצ"ד סעיף ד') דאם יש עדים שנאנס גלימא מן הנפקד אבל אינם יודעים אם היא אותה גלימא פטור, דשבועת שומרים אינו רק אם אינו ידוע שנאבד אבל אם יודעים שנאבד רק אינם יודעים אם היא אותה דבר שהפקיד פטור משבועה, וא"כ ה"ל כאן דהא אנן יודעים שפירות נחסרו רק אין אנו יודעים אם פירות שלו נאבדו או פירות דמפקיד ועל זה אין מוטל על שומר שבועה ולכך לא הוי מתוך שאינו יכול לשבע משלם:

ודין של רמ"א כאן (סעיף י') גבי טבעות נובע מסוגיא דבכורות (דף י"ח) דאם יש עדים שנאבד רק אינם יודעים אם היא אותה דבר שהפקיד אין מוטל על השומר שום שבועה ועיין ב"ח (סימן רצ"ד):

סימן רצג

סעיף א' (א) אין המפקיד יכול לתבוע הפקדון וכו' ואם הפקידו אצלו לזמן ידוע אין יכול להכריחו לקבל ממנו תוך הזמן, ערשב"א קדושין (דף י"ב) ומשנה למלך [פ"ז משאלה

ופקדון הלכה י"א] דנסתפקו בדין זה דשומר, דאפשר דיכול לחזור תוך הזמן דלא גרע מפועל דקיי"ל דיכול לחזור תוך הזמן ע"ש, ולפע"ד יש ראיה לפסק של המחבר כאן דאין שומר יכול לחזור תוך הזמן מסוגיא דבבא מציעא (דף צ"ב) אמר רב ל"ש אלא שומרי גנות ופרדסים ושמואל אמר לא שנו אלא שומרי גיתות וערימות וכו' קסבר משמר לאו כעושה מעשה דמי, והכי קיי"ל דאינו אוכל בתלוש רק מהלכות מדינה אבל לא מן התורה, א"כ ש"מ דמשמר לאו כעושה מעשה דמי הרי דיש לחלק בין פועל לשומר:

סימן רצד

סעיף ו' (א) נגנב הפקדון באונס ואח"כ הוכר הגנב אחד שומר שכר ואחד ש"ח עושה דין עם הגנב ואינו נשבע קדם ונשבע ואח"כ הוכר הגנב אם ש"ח הוא רצה עומד בשבועתו רצה עושה דין עם הגנב ואם שומר שכר הוא עושה עמו דין עסמ"ע (סק"ז) וש"ך (סק"ח) דפירשו דעושה עמו דין היינו דצריך לשלם וכן פרש"י ב"מ (דף צ"ג) ע"ש, ולכאורה קשה דהכא פסקינן דאפילו גבי שומר חנם קודם שנשבע עושה עמו דין ומשלם ואינו נשבע ולקמן (סימן ש"ג סעיף ח') פסקינן רועה שהיה לו להציל הטרפה או השבוי' ברועים ומקלות שומר חנם חייב אם יכול להציל בחנם אבל בשכר פטור, מ"ש מהכא דחייב לעשות דין עם הגנב הואיל ואינו מפסיד והא התם נמי אינו מפסיד דחוזר ונוטל מבעל הבית ואמאי בשכר פטור וי"ל קצת דהא הסמ"ע והרבה פוסקים סוברים שלא פשע היא ג"כ עיקר שבועה דרגלים לדבר דאלו לא פשע לא היה נגנב וכל זמן שלא נשבע יש קצת ראיה דפשע וג"כ אינו מפסיד דנוטל מן הגנב, ולמה ישבע על חנם דמצינו כמה פעמים דחוששין לשבועה לבטלה [בפרק המפקיד גבי יוצא הלה את הפקדון], אבל התם גבי רועה לא שייך זה ולכך שומר חנם בשכר פטור:

סימן רצה

סעיף א' (א) שומר חנם שאמר הריני משלם ואינו בשבע אם הי' הפקדון דבר שכל מינו שוה ומצוי בשוק לקנות כמותו וכו' הרי זה משלם ואינו נשבע אבל אם היה הפקדון בגד מצוייר ואינו מצוי בשוק לקנות כמותו חוששין שמא עיניו נתן בה ומשביעים אותו בנקיטת חפץ שאינו ברשותו ואח"כ משלם, נראה דאם אינו רוצה לשבע ב"ד כופין אותו שיטריח ולהעמיד לבעלים חפץ כזה ומנדין אותו שיחזיר לבעלים כעין חפץ זה, ועיין בספר דברי משפע מזקיני הגאון זצלל"ה דהביא בשם הריטב"א די"ל דבעה"ב צריך לטעון השבע לי שאינו ברשותו:

סעי' ב' (ב) נמצא כל שומר שנשבע שבועת השומרים וכו', [הג"ה] שלם ולא רצה לישבע ואח"כ הוכר הגנב קנה כל שבח דאתי מעלמא אבל לא שבח דמגופא. עש"ך (סק"ח) דהביא בשם הרשב"א דאם היה לשומר שכר עדים שנאנס או לשומר חנם עדים שנגנב ואפילו הכי רוצה לשלם לא מקני ליה כפילא דמתחלה לא אסיק בעלים אדעתי' דירצה שומר לשלם כשיהיה לו עדים ולא מקנה לו הכפל מתחלה וה"ל כמוכר כפל השתא דלא מהני שאין אדם יכול נמכור קונסיו, ופסק הש"ך אבל אם נתייקרה זכה השומר במה שנתייקר דזה יכול למכור ע"ש, ולכאורה דברי תימא הן דהא אינו יכול למכור דבר שאינו ברשותו וכן תמה הנתיבות (סק"ג) ולכן כתב דקאי רק אאם נאבד והוא ברשותו אבל בנגנב באמת אינו יכול להקנות לענין יוקרא ע"ש והוא דחוק, ולפענ"ד נראה כפשטות דברי הש"ך דאפילו בגניבה קנה לענין יוקרא, ויובן הדבר לפי מה שמבואר בשטה מקובצת בבא קמא (דף ל"ג) בשם רמ"ה והרא"ש דאף דקי"ל גבי גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולין להקדיש אבל אם הנגזל הוציא הגזילה אח"כ מהגזלן חל ההקדש ע"ש, וכן הובא בדברי משפט מאא"ז זצלל"ה (בסימן ל"ז סק"ח) ע"ש, [וע' בזית רענן ח"ב (סימן פ"ד) דאסבר' ליה היטב ע"פ דברי תוספות גטין (דף מ') דכשאינו יכול לסלקו בזוזי וגם הלוקח אינו יכול לסלקו בזוזי אזי גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה ולכן חל ההקדש והמכירה למפרע כמו דאמרינן בפסחים (דף ל"א ע"א) לאביי דאי זבין מלוה וקדיש מלוה שפיר אקדיש ושפיר זבין משום דלמפה"ג ע"ש בארוכה], ולפ"ז דוקא גבי קנס שלא היה שלו מעולם שפיר כתב הירושלמי דמעולם לא היה ברשותו דאין יכול למכור אבל קרן גופי' שהיה בעין אם הוציא מגנב ונתייקר שפיר קנה לוקח ושפיר דברי הש"ך ומתורץ קושיות נ"מ:

סימן רצו

סעיף ב' (א) אכל אם טען לא הפקדת בידי מאומה וכו' או שאומר אמת הפקדת בידי אבל החזרתי לך נשבע היסת ונפטר אפילו הפקיד בידו או השאילו או השכירו בשטר נאמן בשבועה בנקיטת חפץ לומר החזרתי במגו שהיה יכול לומר נגנב אם היה שומר חנם וכו' וכשם שאם היה טוען כן היה צריך לשבע מן התורה בנקיטת חפץ כך כשטוען החזרתי צריך לשבע כעין של תורה, עסמ"ע (סק"ג) דכתב דאם יש ביד מפקיד שטר אם טוען הנפקד החזרתי צריך לשבע שבועה דאורייתא, והש"ך (סק"ג) הביא בשם הרבה פוסקים דאם טוען הנפקד החזרתי אף שיש שטר ביד מפקיד אין צריך לשבע רק שבועה דרבנן, ובקצות החשן תמה תימא רבה לפי דברי הש"ך הנ"ל דכשטוען הנפקד החזרתי אף שיש

שטר ביד מפקיד אין צריך נשבע רק שבועה דרבנן היאך יתפרנס סוגיא דשבועות (דף מ"ה ע"ב) דאפקיד ליה בשטרא דהא מ"מ הדרא קושיא לדוכתיה הא יש לו מגו דאמר החזרתי ויהא נאמן נאנסו בלא שבועה דאורייתא במגו דהחזרתי, ותירוץ של רמי ב"ח לשטת הש"ך אינו דמה מועיל שהפקיד לו בשטר דאם יאמר החזרתי אין עליו באמת רק שבועה דרבנן, ולכאורה היא תימא רבה אבל אחר העיון נלפע"ד דעיקר סברא של הנך רבוותא דסוברים דאם אמר הנפקד החזרתי אפילו יש ביד מפקיד שטר אין לו רק שבועה דרבנן הוא משום דהורע כח השטר כיון דאם ירצה יאמר נאנסו א"כ כיון דיכול לבטל השטר אין שייך כל כך חזקה שטרך בידי מאי בעי וכמ"ש הרשב"ם ב"ב (דף ע' ע"א ד"ה ולטעמיך) משום הכי נאמן מן התורה בלא שבועה, אעפ"כ נלפע"ד לדינא דהמפקיד יכול לומר איני מחזיר לך השטר דהא אני ידעתי דלא החזרת לי, אבל אם טוען הנפקד דרוצה לשבע דהחזיר לו הפקדון ודאי צריך מפקיד להחזיר לו השער, דהא אם נשבע נאמן הוא אפילו ליטול שכר מטעם מגו כמבואר לקמן (סימן ש"ג) ע"ש לענין אם נשבע שנאנס כמו כן אם נשבע שהחזיר לו נאמן גם כן אפילו לטול שכר, ולפ"ז מתורץ קושיית קצות החשן דשפיר אינו נאמן נאנסו במגו דהחזרתי דאם יאמר החזרתי אף דאין צריך לשבע מן התורה מ"מ אין המפקיד צריך להחזיר לו השטר., והשומר ודאי רוצה שבעל הבית יחזיר לו שטרו דלא ניחא ליה שיהיה השטר ביד מפקיד דהא איכא כמה נפקותא דאם אין השטר ביד מפקיד אף אם ראה אחר כמה ימים חפץ זה בידו יכול לטעון לקחתי ממנו, אבל אם יהיה שטר זה ביד מפקיד אינו יכול לומר חזרתי ולקחתי ממנו דהא יש בידו שטר שהפקיד אצלו, ושפיר תירץ הגמרא במסכת שבועות דאפקיד ליה בשטרא ואין לו מגו דהחזרתי דאף אם נאמר דנאמן בלא שבועה מן התורה מ"מ אין צריך המפקיד להחזיר לשומר השטר כנ"ל, וא"כ אם טוען שנאנסה ונשבע צריך להחזיר לו השטר אבל אם טוען החזרתי ואינו נשבע שהחזיר אף דמן התורה פטור משבועה לכמה פוסקים מ"מ אין צריך בע"כ להחזיר לו השטר מטעם הנ"ל:

סימן ש

סעיף א' (א) שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים וכו' יתן מאתים לזה ומאתים לזה מפני שפשע וכו' לפיכך אם הביאו לו שנים כאחד שלש מאות בכרך אחד ותבעו כל אחד מאתים שלו נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח, מפרש בגמ' [ב"מ ל"ז ע"א] דטעמ' משום דאתון גופ' לא קפדיתו אנא קפידנא ועיין בתוס' שם (ד"ה התם דקא תבעי לי') פי' תוס' בסיפא לא נקט שני אבותיכם הפקידו לרבותא תני הכא דאע"ג דטענו ברי

אפ"ה פטור אפילו לצאת ידי שמים ע"ש, ולפע"ד דברי תוס' צ"ע דהא אי אפשר למתני בסיפא שני אבותיכם משום ר' יוסי, דבהא אפילו רי"ו מודה דנותן לזה מנה ולזה מנה, דבזה ליכא ודאי רמאי, והא מבואר בסוגיא דב"מ (דף ג) דטעמא דרי"ו דיהא מונח משום דאיכא ודאי רמאי אבל היכא דליכא ודאי רמאי מודה ר' יוסי דנותן מנה לזה ומנה לזה וא"כ מאי הקשה תוס' וצ"ע:

סימן שא

סעיף ד' (א) כל אלו אם קנו מידם להתחייב באחריותם חייבים. עסמ"ע (ס"ק ז', ועש"ך (ס"ק ז') דחולק על הר"ן ר"פ הנושא דסובר לדעת הרמב"ם [לעיל בסימן מ'] דאם הודה ואמר אתם עדי חייב דהה"ד כאן דאם מתנה שומר חנם או שומר שכר להיות כשואל נמי מהני אם אמר אתם עדי, והש"ך חולק עליו והביא ראי' מהרמב"ם דכתב בפירוש דצריך להתחייב עצמו בלי תנאי דהיינו בלי ספק מש"ה בנ"ד בעי קנין ע"ש, ולפע"ד יש לומר דהכא אם התנה להיות כשואל א"כ יש כאן ממון ברור לתבוע ממנו או הפקדון או מעות, ולית כאן ספק, ע"כ סובר הר"ן דלדעת הרמב"ם יוכל לחייב עצמו באתם עדי בלא קנין אבל היכא דהיא ספק אם יוכל לתבוע ממנו ממון, י"ל דהר"ן מודה דבעי קנין, ולפ"ז יש לומר דשומר חנם שמחייב עצמו להיות כשומר שכר גם הר"ן מודה בזה דבעי קנין, דאינו ברור עדיין אם יש לו ממון עליו דדלמא יהיה אונס ויפטר ע"כ בעי קנין ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן מ'):

סעיף י' (ב) אין השומר חייב אא"כ נתנו לו בתורת שמירה אבל אם נתנן לו לאבד פטור דדרשינן לשמור ולא לקרוע ולא לאבד, עסמ"ע (סקי"ד) דכתב אפילו אמר לו אח"כ שמרהו לי כיון דלא בא לידו מתחלה בתורת שמירה פטור עכ"ל, ודבריו צ"ע דממנ"פ אי אמר שמרהו אחר שאבד החפץ ההיזק כבר עבר, ואם אמר שמרהו קודם שאבד החפץ ודאי חייב וכן מבואר ברא"ש מס' ב"ב (דף ג') ע"ש, וסברא פשיטא היא דהא לא קנה מידי ואמאי אינו יכול לחזור בו, ואפשר דכוונת הסמ"ע מה דכתב דפטור דהיינו אם פשע אח"כ דפטור וזה ניחא טפי דהא מבואר כן (סימן רצ"א סעיף ב') דצריך ליתן לשם שמירה ויקבל עליו לשמור:

הלכות שומר שכר:

סימן שג

סעיף א (א) שומר שכר גם הוא אינו מתחייב בשמירתו עד שימשוך וכו' עש"ך (סק"א) דכתב ונראה דלא הוי שומר שכר אא"כ שכרו פרוטה וכן משמע באשר"י (ריש פרק השואל) עכ"ל, וע' ב"מ (דף צ"ד ע"א) אפילו תימא שלא קנו מידו בההיא הנאה דקא נפיק עליה קלא דאינש מהימנא הוא גמר ומשעבד נפשיה,, ולכאורה. צ"ע א"כ אמאי פטר רחמנא שומר חנם בגנבה ואבדה הא כל שומר יש לו הנאה זו דנקרא מהימן, וא"כ כל שומר יתחייב בגנבה [וע' תוספות לעיל דף נ"ח ע"א ד"ה אמר ר' יוחנן בתירוץ א'] וע"כ צריך לומר דלעולם חשיב הנאה ומהני לענין זה דיכול לחייב עצמו בתנאי דאם מתנה בפירוש להיות כשואל הא גלי דעתיה דחשיב אצלו הנאה [שו"פ] אבל מ"מ לא מהני שיהיה שומר שכר בשביל אותה הנאה בלא תנאי:

סעיף ב' (ב) שומר שכר חייב בגנבה ואבדה ויש אומרים שאפילו שמר כראוי ונתן הכספים תחת הקרקע בעומק מאה אמה וכו ואפילו אם אלו היה שם לא היה יכול להציל חייב בגנבה ואבדה אלא א"כ היה שם ולא היה יכול להציל, ועל זה פטרה רחמנא דלאו שם גניבה עליו, והיא שטת תוספות והרא"ש דסברי כיון דתורה חייבה שומר שכר בגניבה וכל גניבה קרובה לאונס ואפילו הכי חייב הה"ד אפילו היה אונס גדול שהיה חולה וכדומה כיון דשם גניבה. עליו חייב, והביאו ראיה מהירושלמי ומשאלתות דרב אחאי דכתבו דחייב עד דיתיב בהדה ואתו לסטין משמע להדיא כמו שכתב המחבר, ועיין בפלפולא חריפתא על הרא"ש (בפרק המפקיד סימן ז') דהביא ראיה דהרא"ש סובר כשטת הראב"ד דאם על בעידנא דלא עיילי אנשי דחייב דדלמא אם היה שם נעשה לו נס כדמצינו גם את הארי ודוב הכה עבדך, דאל"כ אמאי חויב הכא אם לא יתיב בהדה ע"ש, ולפע"ד אין ראיה דהא בלא יתיב בהדה ליכא פשיעה דהא אם מונח בחפירה בעומק מאה אמה ג"כ חייב א"כ אפילו תחלתו בגניבה וסופו באונס מבואר בתוספות בבא מציעא (דף צ"ג ד"ה אי הכי) דפטור לכ"ע, אלא עיקר דאינו חייב על תחלתו רק על סופו כיון דלא יתיב בהדה הוי עליו שם גנבה וחייב דלא חילק רחמנא בין אונס גדול בין אונס קטן רק אם שם גנבה עליו חייב כן נ"ל:

סעיף ח' (ג) רועה שהיה לו להציל הטרפה או השבויה ברועים אחרים ובמקלות ולא קרא רועים אחרים וכו' הרי זה חייב אחד שומר חנם ואחד שומר שכר וכו' אבל שומר שכר חייב לשכור רועים ומקלות עד כדי דמי הבהמה וכו' ואם לא עשה כן והיה לו לשכור ולא שכר הרי זה פושע וחייב, ואם יוכל השומר לטעון לבעל הבית אנכה לך מה שהוצרכתי הוצאות לשכור רועים ומקלות נחלקו בו אבות העולם הלא המה הרמב"ם והראב"ד

וטור, דהרמב"ם סובר דאין יכול לנכות מה שצריך הוצאות והראב"ד וטור סוברים דיכול השומר לנכות לבעל הבית מה שצריך הוצאות, ויש לעיין לשיטות הראב"ד וטור היכא דשומר שכר מודה שנגנב או נאבד ממנו דחייב לשלם אם יוכל השומר לטעון לבעל הלא אם לא נגנב היית מחויב לתת לי שכר שמירה גם עתה אנכה ממנו מן הפרעון שכר שמירה כמו דיכול לנכות הוצאות דרועים ומקלות לשיטות הראב"ד וטור, או דלמא הכא יכול בעה"ב לומר לשומר כלום פסקתי לך שכר אלא לנטורי לי נטירא יתירתא וכיון דלא נטרית לי כראוי שלם לי כל דמי הפקדון ולא תנכה כלום וצ"ע, ומצד הסברא נ"ל פשיט דאין יכול לנכות אפילו רוצה להעמיד לו חפץ כמו הפקדון ג"כ אין יכול לנכות:

סימן שה

סעיף ג' (א) היו הבעלים עמו בשעה שמשך החפץ לשמור פטור אף מפשיעה, עיין מה שכתבתי לעיל (סימן רצ"א סק"ב) דאף להפוסקים דסוברים דמשעה שנסתלקו בעלים משמירה חייב מ"מ לענין בעליו עמו לא פטרינן ליה, כמו שהבאתי בשם הר"ן דהיכא דחיובא מטעם ערב לא מפטר בבעלים ע"ש: הלכות אומנים:

סימן שו

סעיף א' (א) כל האומנים שומרי שכר הם וכולן שאמרו טול את שלך והביא מעות וכו' הרי האומן שומר חנם, כן הוא לשון המשנה. בבא מציעא (דף פ') ולכאורה קצת קשה אמאי נקיט במתניתין ובש"ע לשון כל האומנים, ובפרט לפי תירוץ ראש של הגמרא דמשום הכי הוי שומר שכר אפילו לר' מאיר דסובר דשוכר הוי כשומר חנם אעפ"כ אומן הוי כשומר שכר בההיא הנאה דתפיס ליה אאגריה, וכן פרש"י שם במתניתין הנ"ל כל האומנים שעושין מלאכה בבתיהם, א"כ משמע דדוקא קבלן הוי שומר שכר ואמאי נקט לשון כל, ואפשר דמשום הכי נקט במתניתין ובש"ע לשון כל לרבותא דלא מבעיא היכא דעשה אומן שבח בכלי ודאי הוה שומר שכר משום דיש לו הנאה לקדש בו אשה באותה כלי כמבואר במלחמות ה' שבועות (דף מ"ג) עי"ש, אלא אפילו אומן דלא עשה שבח בכלי ואין לו הנאה זו אף על פי כן הוי שומר שכר מטעמא דמבואר בגמרא, ובסיפא נמי ניחא דנקט וכולן גם כן לרבותא דאפילו באומן שעשה שבח בכלי ויש לו הנאה דיכול לקדש בו האשה והוי אמינא דאפילו אמר טול את שלך יהיה שומר שכר בשביל הנאה זו קמ"ל דלא הוי רק שומר חנם, ודע דאם נאנס הכלי משתלם שכירתו מן הבעלים ומבואר

בש"ך לעיל (סימן קכ"ו סקט"ו) ע"ש וכן כתב הבית שמואל (סימן כ"ח ס"ק ל"ח) ועיין בקצות החשן:

ב שומרי שכר הם. הטעם בזה מבואר בגמרא משום דבההיא הנאה דתפיס ליה אאגרי', ועוד דהא קיי"ל שוכר כשומר שכר דמי, וערשב"א קידושין (דף מ"ח) דהקשה דלמה לי טעמים אלו תיפוק לי' דהא הוי שומר שכר משום דהוי כמו מלוה על המשכון דקיי"ל דהוי שומר שכר ותי' מש"ה לא הוי כמלוה על המשכון כיון דלא גלי אדעתי' דתפיס לי' אאגרי', וער"ן דפסק דהיכא דתבע אאגרי' ותפס לי' מחשיב כמו מלוה על המשכון ע"ש, ולכאורה קשה מאי הקשה הרשב"א דהא מבואר (בסימן ע"ב) דמלוה על המשכון לר' יצחק אינו שומר שכר רק נגד מעותיו, והכא המעות היא שכר הפעולה אשר יש לו אצל בעל הבית, וא"כ אינו שומר שכר רק נגד שכרו, ושפיר קאמר הגמרא טעמים אחרים דיחשב שומר שכר על הכל, ועיין לעיל (סימן ע"ב סעיף ב' בהג"ה) ועש"ך שם (סק"כ): ועב"ש (סימן כ"ח ס"ק ל"ח) דכתב דאף דאנן קיי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף מ"מ כל זמן שלא החזיר הכלי אין שם הלואה כלל ע"ש, וקשה על ד"ק דאם כן מה הקשו הרשב"א והר"ן הנ"ל, דלמה ליה לגמרא טעמים הנ"ל ת"ל דהא הוי כמלוה על המשכון, ואמאי דהא כל זמן שאינו מחזיר הכלי אינו עליו שם הלואה כלל ואפילו הנאת מחילת מלוה לא מהני לשטת ב"ש ע"ש וצ"ע:

הלכות שוכר:

סימן שז

סעיף א' (א) השוכר פרה מחברו ונולדה בה מכה בפשיעת השוכר שלא מחמת מלאכה יש אומרים שהוא פטור מלשלם כיון שסופו להתרפאות מאותה חולי לא הוי אלא שבת ואין שבת בבהמה לפיכך אם מתבטלת כמה ימים פטור כיון שסופה להתרפאות ויש מחייבים, עיין לקמן (סימן ש"מ ס"ב) נכחש הבשר מאליו וסופו לחזור פטור, ולכאורה נראה כסתירה דכאן הביא המחבר שני דעות ולקמן פסק דפטור בלי שום חולק, ועסמ"ע לקמן (סק"ו) דעמד בזה וגם כאן (סק"י) הקשה על סתירה זו ותירץ (דבסימן ש"מ) דאיירי בנכחש הבשר מאליו שאני אע"ג דשם בשואל מיירי דחייב אפילו באונסין ואפילו בהיזק דאתי מאליו מ"מ בכה"ג דחוזר לא מקרי אלא שבת דפטור בבהמה, וע' ש"ך (סק"ה) דחולק על הסמ"ע דאין חילוק [וסובר דלהלכה לעולם פטור כמסקנת הרמ"א כאן], ולפע"ד נראה דהדין עם הסמ"ע דחילוק נכון יש דמשום הכי פטור כיון דגוף הנזק בעצמו לא הוי נזק כיון דיכול להתרפאות אף דצריך להוציא שכר רפואה מ"מ לא הוי אלא

גורם, רק דיש חולקים וסוברים כיון דבהמה עומדת למכור ואפחתא מכספא הוי נזק, ולפ"ז הא מבואר ברמב"ן בדיני דגרמי שלו וכן הביא הש"ך (סימן שפ"א ס"ק יוד וס"ק י"א) דאף דלא קיי"ל כר' שמעון בדבר הגורם לממון כממון דמי מ"מ קרן חייב רק מכפל מיעט רחמנא, וכן אין לו דין שמירה בגורם לממון או בדיני דגרמי כיון דאין גופו ממון, וה"נ כן כיון דגוף הנזק לא הוי נזק דסופו להתרפאות אף דצריך להוציא הוצאות רק כיון דעתה עומדות להמכר ולא יוכל למוכרה ואפחתא מכספא לא הוי רק גרמי, ואתי שפיר דכאן מיירי בהיזק בידים או מחמת שינה מלאכה מש"ה הביא המחבר דיש מחייבים, אבל אם הקלקול בא מצד שמירה פטור, דזה הכלל היא דכל דבר שהחיוב היא מצד דיני דגרמי או משום גורם לממון אינו חייב מצד שמירה כמבואר ברמב"ן וש"ך הנ"ל שהבאתי, ואפשר, שזה היא גם כן כוונת הסמ"ע ועיין, אעפ"י שמדברי הנתיבות (בסימן ש"מ) קצת לא משמע כן מ"מ נלפע"ד עיקר כמו שכתבתי:

ש"ט סעיף ב' (א) שכרה להוליכה בבקעה והוליכה בהר אם הוחלקה חייב שהחלקות יותר בהר מבבקעה ואם הוחמה פטור שבבקעה חמימותו יותר מבהר וכו', זו היא אקימתא דגמרא במסכת בבא מציעא (דף ע"ח) דגמ' פריך שם מ"ש רישא דלא קא מפליג ומ"ש סיפא דקא מפליג, ובחד תירוץ אקמינן התם דרישא דקתני השוכר את החמור להוליכו בהר והוליכה בבקעה דחייב ולא קא מפליג ר' מאיר הוא דסובר כל המעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן ע"ש, ולכאורה קשה לשטת רש"י סנהדרין (דף ע"ב) דפירש דמשום הכי גזלן חייב באונסין משום דכל הנאה שלו דחיוב דגזלן ילפינן משליחות יד דכתיב אם לא שלח ידו במלאכת רעהו וחיוב דשליחות יד היא משום דלא גרע משואל ע"ש היטב ברש"י דלא ס"ל כשטת התוספות דסברי דמשום הכי גזלן חייב באונסין דכתיב והשיב, ועיין בתוספות בבא קמא (דף נ"ו) ע"ש, אם כן קשה דהא הכא שכרו ממנו בעד דמים וחייב ליתן לו שכירות ורוצה גם עתה ליתן לו שכירות א"כ אף דלר' מאיר הוי גזלן כיון דעבר על דעת בעל הבית מ"מ אמאי חייב באונסין הא אין כל הנאה שלו וצ"ע, ולפי שטת רש"י הנ"ל נראה דאם גזל או גנב מכותי אינו חייב אם נגנב או נאנס דהא כל חיובו לרש"י הוא מטעם דלא גרע משואל וגבי כותי אם שאל ממנו פטור דתורה מעטה מדין שמירה, ועיין באו"ח (סימן תקפ"ו סעיף ג') ועמג"א שם (סק"ה) מבואר דגבי גזל כותי חייב באחריות ע"ש, ועיין בתוספות פסחים (דף כ"ט ד"ה בדין) מבואר להדיא דגבי גזל כותי חייב באחריות ע"ש:

סימן שי

סעיף א' (א) השוכר את הבהמה וחלתה ועדיין ראויה למלאכה וכו' אם אמר לו חמור סתם אני משכיר לך חייב להעמיד לו בהמה אחרת וכו' ואם אין בדמים ליקח בהמה אחרת שוכר בדמים בהמה אחרת עד שיגיע למקום שפסק עמו, עסמ"ע (סק"ו, ויש לעיין היכא דהשאיל לו בהמה ומתה בחצי מהו דינו, וכגון דמתה מחמת מלאכה דפטור השואל, אי נימא נמי אם יש בדמים ליקח או לשכור נמי יקח או ישכור דאמרינן נשתעבד נכסי משכיר [לשטת הרא"ש במשיכת החמור ולרמב"ם משועבדים לו כ"א על אותה בהמה], או דלמא כיון דשואל עושה מלאכה בחנם וכל הנאה שלו לא משעבד נפשיה, וגם יש עוד טעם דלא משעבד נפשיה לפי סברת הרשב"א שהביא:
הנמוקי יוסף (בבא מציעא בסוגיין) דעיקר חיובא מטעם אחריות דמשכיר, לפ"ז גבי שואל דהיא מתנה וגבי נותן מתנה סתם ליכא אחריות ה"נ גבי שואל כן וצ"ע:

סימן שיא

סעיף ו' (א) השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך ניתן לו שכר של כל הדרך ואם מצא השוכר מי שישכיר אותה לו עד המקום שפסק שוכר ויש לבעל הספינה עליו תרעומת, עסמ"ע (סקי"ב) והיא סוגיא דב"מ (דף ע"ט) והקשה הגמרא שם היכא דמי אי דשכיח לאגורי תרעומת מאי עבידתיה ע"ש, ולכאורה קשה מאי מקשה הגמרא דמצינן למימר דקא משכח לאגורה ואפילו הכי יש לו תרעומת מחמת טורח דצריך לאהדורי אחר שוכר אחר כמבואר לקמן (סימן של"ג סעיף א') וכבר הקשה כן הש"ך שם (סק"א) ע"ש, וכן מצינו גבי דבר אבוד דאמר צא ושכור מאלו נמי יש לו תרעומת מהאי טעמא, אם כן מאי הקשה הגמרא דהא שפיר יש לומר דיש עליו תרעומת מטעם טורח הנ"ל, ולפע"ד נראה דיש לומר דהא גבי ספינה כיון דהלך עם הספינה עד חצי הדרך דהוי התחלת מלאכה דהוי קנין בפועלים וגם במשיכת הספינה כמו שכתב תוספות וממילא חייב בעה"ב כל השכירות, אם כן הספן יכול לומר מה לי לטרוח אחרי שוכרים אחרים אם אתה רוצה זיל את וטרח אחרי שוכרים, וכיון דבעה"ב צריך לטרוח אחרי שוכרים אחרים שפיר הקשה הגמרא תרעומת מאי עבידתיה, אבל היכא דלא התחיל במלאכה א"כ לא נשתעבד בעה"ב ויכול לומר לפועל זיל כיון דתוכל להשכיר עצמך משום הכי שפיר יש לפועל עליו תרעומת מטעם טורח, וכן גבי דבר אבוד דהא פועל יכול לחזור מן התורה כי לי בני ישראל עבדים,, אם כן לא נשתעבד רק דפועל חייב מטעם מזיק וגבי מזיק קי"ל בעלים מטפלין בנבלה אם כן מוטל על הבע"ב לטרוח שיעשה פעולה שלו ושפיר יש

לו תרעומת בעבור הטורח, אבל הכא בספינה על הבעה"ב מוטל לטרוח אחר שוכרים כיון שכבר נתחייב בכל השכירות, וכן משמע לשון המחבר דכתב אם מצא השוכר מי שישכיר אותה לו עד מקום שפסק השוכר, נראה מזה דעל השוכר מוטל לטרוח אחר שוכר אחר:

סימן שיב

סעיף י"ז (א) המשכיר בית לחברו לזמן וכו' ואם אמר לו בית סתם ונפל חייב לבנותו או יתן לו בית אחר וכו', ע' בטור דהביא בשם הרמ"ה דאם אין למשכיר בית אחר אע"ג דקנו מידו אין צריך לשכור לו בית אחר כיון דאינו ברשותו לא חל קנין, אלא להכי קאמר שחייב להעמיד לו בית דאל"כ חייב להחזיר לו שכירות ע"ש, וטור הביא דלפי מה שמבואר ברא"ש הובא לעיל (סימן ש"י) גבי שוכר חמור במה שמשכו נשתעבדו נכסיו ליתן לו חמור אחר הכי נמי כיון שקנו מידו נשתעבדו כל נכסיו להשלים התנאי, ועב"י ודרישה ופרישה דהקשו אמאי צריך קנין דהא הרא"ש סובר גבי משכיר לו חמור אפילו בלא קנין כיון דמשך החמור נשתעבדו נכסי משכיר להעמיד לו חמור אחר ע"ש, ולפע"ד נראה ליישב דברי הטור דמשום הכי סובר הרא"ש במשיכת חמור נשתעבדו נכסי משכיר כיון דשוכר יש לו עליו ג"כ שעבוד שמירה ואחריות משום הכי ג"כ נשתעבדו נכסי משכיר, אבל גבי שכירות הבית דאין לשוכר עליו שום שמירת הבית, דהא בקרקע התורה מיעטה מדין שמירה משום הכי סובר העור דצריך קנין, ולפי מה שכתבתי לעיל (סימן ש"י) בשם הרשב"א דחיובא משום אחריות אם כן אין חילוק בין קרקע למטלטלין אם כן בלא קנין ג"כ חייב להעמיד לו בית אחר ואמאי הוצרך הטור קנין וצ"ע:

סימן שטו

סעיף א' (א) המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר משכיר עד סוף זמנו והוא שלא יהיה מנין בני בית האחר יותר מבני ביתו, ואם אמר לו המשכיר למה תטרח ותשכיר בית לאחרים אם לא תרצה לעמוד בו צא והניחהו והריני פוטר אותך משכירתו שומעין לו, ערמב"ם (פרק ה' משכירות ה"ה) דכתב שמקור דין זה נובע מדין השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך נותן לו שכר כל כדרך ואם מצא השוכר מי שישכיר אותה לו עד המקום שפסק שוכר ויש לבעל הספינה עליו תרעומת והביא הרמב"ם שם (בהלכה ד') וכן אם מכר כל התורה שבספינה לאיש אחר בחצי הדרך וירד

ועלה, הלוקח נוטל שכר חצי הדרך מן הראשון ושכר החצי מזה האחרון ויש לבעל הספינה עליו תרעומת שגרם לו לסבול דעת איש אחר שעדיין לא הורגל בו עכ"ל, והיא סוגיא דבבא מציעא (דף ע"ט) דתרעומת יש לבעל הספינה אם פרקה בחצי הדרך ומצא השוכר מי שישכור ע"ש, ומדאמר כגמרא דיש לבעל הספינה עליו תרעומת שמע מניה דבעל הספינה צריך לציית לשוכר, דאל"כ לא לציית לי' ולא להוי עליו תרעומת כדמוכח, פרק הזהב (דף נ"ב ע"ב) גבי אם מכירה אפילו לאחר י"ב חדש, וכן כתב בעל התרומות (שער ס"ט) לענין פרעון זוזי ע"ש, וכן פסק שם הרי"ף ע"ש, ולכאורה קשה אמאי שוכר יכול לכופו למשכיר אף על פי שהשני ישלם לו גם כן בעבור חצי הדרך השני כמו הראשון הא איכא רפסתא דספינתא מחמת פריקה וטעינה, אלא על כרחך צריך לומר כיון דספינה עומדת, לכך לפרוק ולטעון הלכך יכול לכופו, מכאן נלפע"ד לדינא אע"פ שהמחבר פסק כאן שהשוכר דירה מחברו ורוצה להעמיד אחר במקומו רשאי ובלבד שלא יהיה מנין בני בית האחר יותר מבני ביתו, היינו דוקא אם אין השוכר הראשון רוצה לפייסו למשכיר בשביל זה השני שידור עם בני ביתו מרובים אבל אם השוכר הראשון רוצה לפייס את המשכיר דהיינו בחצי הזמן רוצה השוכר ראשון להשכיר הבית לאחר עם ב"ב מרובים ולפייסו למשכיר בשביל זה שבני בית השני מרובים, הדין עם השוכר, כמו בספינה אע"ג דאיכא רפסתא דספינתא יכול השוכר לכופו למשכיר כנ"ל משום דספינה עומדת לפרק ולטעון ה"נ הבית עומד לדור בו אנשים הן עם ב"ב מרובים הן במועטין, אך עם בני בית מרובין נוטלין שכר טפי, וזאת היתרון השוכר ראשון רוצה לפייס אותו, ונהי דמלתא דפשיטא דאין השוכר יכול לכופו למשכיר שידור בו האחר דהיינו השוכר השני מכל מקום אם המשכיר אין רוצה בפייסו של השוכר הדין עם השוכר ראשון דאין צריך ליתן לו שכירות דלהבא מה שלא דר בו עדיין כנ"ל, ואחר כך ראיתי בספר נה"מ (סימן של"ג) שלא כתב כן ולענ"ד נראה כמו שכתבתי וצ"ע:

סימן שיח

סעיף א' (א) השוכר רחים מחברו שיטחן לו עשרים סאה בכל חדש בשכרו והעשיר בעל הרחים והרי אינו צריך לטחון שם אם יש לשוכר חטים שצריך לטחון לעצמו או לאחרים כופין אותו ליתן דמי טחינת עשרים סאה שזו מדת סדום היא ואם אין לו יכול לומר אין לי דמים והריני טוחן לך כמו ששכרתי ואם אין אתה צריך מכור לאחרים. עסמ"ע (סק"ג) דהביא פלוגתא בין תוספות ורא"ש דשטת תוספות כתובות (דף ק"ג ד"ה ולא אמרן) דהיכא דאינו יכול לטחון וזבין דאית ליה פסידא למשכיר אף דאינו יכול

לתבוע השכירות מכל מקום יכול לבטל המקח קודם הזמן, והרא"ש הקשה אמאי דהא מ"מ אוגיר ליה לזמן מה איכפת לי פסידא דידך ע"ש, ולפע"ד יש לומר טעם פלוגתתם דתוספות סובר דדבר זה דומה להיכא דשכר פועלים לדלות ואתא מטרא בחצי היום ואין צריך אח"כ לפועלים דאין צריך ליתן להם רק בעבור חצי היום כמו שמבואר במסכת בבא מציעא (דף ע"ז) ולקמן (סימן של"ד סעיף ב') ע"ש, ה"נ גבי רחיא דטוחן הוא אצל בעל הבית כפועל וצריך לטחון לו רק הוא נותן לו זאת בשכר רחיא א"כ כיון דמשכיר העשיר ואין צריך אין צריך ליתן שכר לפועל [וקצת מזה מצאתי בהפלאה כתובות שזו סברת התוספות], וסברת הרא"ש דהקשה על תוספות י"ל לפע"ד דהרא"ש סובר דשוכר רחים יש לו דין אריס לבעל רחיא ובאריס הא מבואר לקמן (סימן של"ד סעיף ג') דאף שבא המטר ולא הוצרך לדלות נוטל כמו שפסק דהאריס הוי כשותף ולא כפועל וכן מבואר בתוספות בבא מציעא (דף ע"ז, וגם עוד סברא אחרת כתב הרא"ש דיכול לומר מי הזקיקו לקנות רחים ויפסיד השוכר ולכך הקשה הרא"ש לשטתו שפיר:
הלכות חבירות וקבלנות:

סימן שכב

סעיף ב' (א) התנה עליו בעל הקרקע שיזרענה חטים וזרעה שעורים או שלא זרעה כלל או שזרעה ולא צמחה אע"פ שבא חגב וכו' והוכה רוב המדינה אינו מנכה לו מחכירו, עסמ"ע (סק"ה) וזרעה שעורים דיכול המשכיר. לומר אלו זרעת חטים היה מקוים בי ותגזור אומר ויקם לך ובלא זרעה כלל מצי המשכיר למימר אלו זרעת היה מקוים בי לא יבושו בעת רעה ובימי רעבון ישבעו. וזו היא סוגיית הגמרא בב"מ (דף ק"ו, וע' בתוספות שם (ד"ה לניסא) דהקשה דהא אמרן לעיל לזרוע חטים וזרע שערי דאמר ליה אלו זרעת חטין היה מקוים בי ותגזור אומר ויקם לך וכ"ש הכא דליכא הוכחה כלל כיון דלא זרע כלל ע"ש, ולפע"ד י"ל דהתם איירי דכל באגא זרעי שערי וא"כ אם הוא זרע חטים שפיר י"ל ותגזור אומר כיון שהיא מין אחר, ועיין בנמוק"י דהביא ראיה דאם נתקלקל רובא דבאגא וגם אותה שדה אף שהיא מין אחר נמי הוי מכת מדינה ע"ש, אבל הכא דלא זרעה כלל איירי דהיה לזרוע מין מה שכל באגא זרעי, ושפיר ס"ד די"ל אם זרעתה נמי נתקלקל כמו כל באגא, מ"מ סובר שמואל דחוכר חייב מטעם לא יבושו בעת רעה, וזה שפיר היא בגדר נס משום הכי הקשה מרועה נימא גמי אלו היה שם נעשה לו נס:

סימן שכה

א המקבל שדה מחברו לשנים מועטות לא יזרענה פשתן וכו' ואם קבלה ממנו לשבע שנים זורעה שנה ראשונה פשתן ע' רמב"ם (ופרק ח' משכירות הלכה ג') השוכר או מקבל שדה מחברו לשנים מועטת לא יזרענה פשתן שכרה או קבלה ז' שנים זרעה שנה ראשונה פשתן ואין שביעית מן המניין שכרה א"ק שביע א' שביעית מהמניין עכ"ל, ולכאורה צ"ע טובא במ"ש דבשכרה לז' שנים שנה ראשונה יזרענה פשתן ואין שביעית מן המנין וכיון דאין שביעית מן המנין א"כ בשנה שנייה נמי רשאי לזרוע פשתן כיון שהקרקע יהיה ביד השוכר שמונה שנים דאין שביעית מן המנין, ועל מתניתין דפרק המקבל לא קשיא דבמתניתין לעיל קתני קבלה ממנו לשבע שנים שנה ראשונה יזרענה פשתן די"ל דמתניתין איירי בשביעית בזמן הזה דאינו נוהג אבל על הרמב"ם צ"ע, ואפשר דהרמב"ם דנקט שנה ראשונה יזרענה פשתן משום סיפא נקט דבסיפא קאמר קבל לשביע אחד דשביעית מן המנין ואז אינו מותר רק בשנה ראשונה וצ"ע:

סימן שכו

א המקבל שדה מחברו לזורעה שומשמין וזרעה חטים ועשתה חטים ששוין כמו שהיתה ראויה לעשות מהשומשמין וכו' עשתה פחות ממה שהיא ראויה לעשות מהשומשמין משלם לו המקבל כפי מה שהיא ראויה לעשות מהשומשמין, לכאורה קשה אמאי לא יכול לנכות דהא הגמרא בבא מציעא (דף ק"ד ע"ב) אמר ליה רב אשי אמרי אנשי כחשא ארעא ולא לכחוש מרה, וע' תוספות (ד"ה סבר רב כהנא) דכתבו ואפילו למ"ד דחייש לכחש גופנא הכא מודה דלא חיישינן ע"ש, וע' מהרש"א שם דהתם גבי נזקין לא יפסיד המזיק יותר ממה שהזיק אבל הכא למה ישתכר האריס ע"ש, ואפשר דמש"ה נקט הגמרא עבדא חטין טפי מן שומשמין מש"ה סובר דאין יכול לנכות אבל אי עבדא פחות דאין משתכר יכול לנכות לפי סברת מהרש"א, אבל בש"ע כאן ובפוסקים כתבו דאפילו עבדה פחות אין יכול לנכות כחשא וצריך להבין למה לא ינכה דהא אינו משתכר, אבל לפי האמת ניחא דהא אנן קיי"ל לא חיישינן לכחשא דארעא ולכך אפילו עבדה פחות לא ינכה, עוד יש לומר דסברת תוספות דהכא גלי אדעתא דלא חייש לכחשא דארעא:

סימן שכט

א המקבל שדה מחברו לזמן ידוע ומת והניח בן לא יאמר תן לי מה שאכל אביך וכן הבן לא יאמר לי תן לי מה שעשה אבי אלא שמין מה שעשה עד עת מותו ויתן לו אפילו

שהתנה עמו לזמן קבוע, עסמ"ע (סק"א) דפירש דרישא איירי דכבר קבל אביהם כל שכרו משום הכי אין בעל הבית יכול לומר לא אניח לכם בשדה אלא תחזיר לי את המותר שאכל אביהן על עבודתו אין שומעין לבעל הבית אלא הדין עם היורשים לומר אנחנו גומרין עבודתו, ובבא שניה איירי דלא קבל אביהם עדיין כל שכירתו לפיכך הדין עם בעל הבית, וע' בנמוק"י בבא מציעא (דף ק"ט) דהקשה דהא גבי הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה ואמאי יכול הכא בעל הבית לסלק את היורשים, ותירץ דהתם גבי פרה שאולה כל הנאה שלו ולפיכך זכו הבנים בזכותה כל זמן שאלתה אבל בקבלנות שהוא מתעסק במלאכתו של בעל הבית יכול לומר אי אפשי בך שתעשה מלאכתי ע"ש, ולפע"ד עיקר כוונת הנמוק"י דגבי שאלה אותו תשמיש מה שהשואל משתמש הוא רק להנאת עצמו, אבל גבי שתלא דעוסק לצורך בעל הבית לפיכך יכול בעל הבית לסלק את היורשים, ולפ"ז נראה לי לדינא דהה"ד שוכר פרה לזמן ומת השוכר בתוך הזמן נמי יכולים בנים להשתמש בה כל ימי שכירות, וע' סמ"ע לקמן (סימן שמ"א) דלא משמע כן ע"ש, ואפשר דלאו דוקא נקט שם כן, ובעיקר קושיית הנמוקי יוסף יש לתרץ דהא הנמוק"י בעצמו מביא (באותו סוגיא) בשם הרמב"ן דאם קבל אביהם כל שכרו אין בעל השדה יכול לומר תנו לי מה שאכל אביכם יותר על מה שעשה כיון שכבר קיבל אביהם כל שכרו יכולים היורשים לומר אנחנו גומרין מלאכתו ע"ש, א"כ מוכח להדיא היכא דיורשי מקבל מוחזקים יכולים לטעון אנחנו רוצים לגמור מלאכתו, א"כ ממילא ניחא גבי הניח להם אביהם פרה שאולה דשם אין לבעל הבית להשיג שום דבר מאביהם השואל נמצא דיורשי השואל מוחזקים ושפיר יכולין יורשי שואל לטעון אנחנו משתמשין בה כל ימי שאלתה, ושואל נקרא מוחזק כמבואר בתוספות ב"מ (דף ק"ג ד"ה פרדיסי) ע"ש:

סימן של

סעיף ה' (א) טען האריס שהתנה שיקח החצי ובעל השדה טוען שלא התנה אלא ליתן לו השליש הולכים אחר מנהג המדינה, אם כן אם מנהג המדינה ליתן לו מחצה אע"ג דיש לבעה"ב מגו דשכירו ולקיטו הוא אפילו הכי צריך ליתן לו מחצה דלא מהני מגו נגד המנהג כמו שכתב בנמוק"י ובחדושי הר"ן פרק המקבל ע"ש, ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן ל"ה סק"ב) ליישב דברי הר"ן כתובות מה שלכאורה קשה על הר"ן מה שהקשה על מתניתין דפרק האשה שנתארמלה דלהמניה לבעל במגו ע"ש, ועיין בש"ך ובתומים בכללי מגו: הלכות שכירות פועלים:

סימן שלב

סעיף ד' בהג"ה (א) בעה"ב ששכר פועלי' וא"ל ליתן לו חפץ בשכרו יכול ליתן לו אחר כך דמיו הואיל ולא משך החפץ לא קנאו, לכאורה תמוה דלכל הפחות חייב הבעל בית לקבל עליו מי שפרע דהא אף אם קנה במלוה סובר המחבר לעיל (סימן קצ"ט וסימן ר"ד סעיף י') דאם חוזר צריך לקבל מי שפרע, ולפע"ד י"ל דהא הכא פועל משתכר אצל בעה"ב ועיקר עסק זה היא שטרח ועשה מלאכה להשתכר והוא התנה ליתן לו חפץ בשכרו בעבור מה שהרויח אצל בעה"ב שפיר י"ל דיכול ליתן לו דמיו בעבור החפץ דמה לי הן ומה לי דמיהן, וע' ברא"ש ב"ק בסוגיא דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן דפסק דשוה כסף אין צריכים הבעלים ליקח אבל דמים ממש צריכים ליקח דמה לי הן ומה לי דמיהן ע"ש, וא"כ ה"נ דהא הוא פועל ולא נתן לבעלים רק יש לו אצל בעלים שכר מלאכתו משום הכי יכול ליתן דמים ממש דמה לי הן ומה לי דמיהן דבעבור דמים יכול לקנות חפץ כזה כסברת הרא"ש הנ"ל, וא"כ כיון דבעה"ב מקיים עיקר פסיקתו משום הכי סובר הרמ"א דאינו עובר במי שפרע, אבל באמת דאם בעל הבית רוצה ליתן דבר אחר שוה כסף בעבור החפץ ופועל אינו רוצה אפשר דצריך בעל הבית לקבל עליו מי שפרע:

סימן שלג

סעיף ח' (א) אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך ועשאו אומן ואח"כ אינו רוצה לקחתו וכו' חייב, עש"ך (סקמ"א) דמה שכתב הסמ"ע דאומן צריך לטרוח רק ההפסד שיהיה כפי הפיסוק צריך להוסיף, זה דוקא בשעשה אומן משלו, אבל עשה משל בעה"ב כיון דס"ל אין אומן קונה בשבח כלי הרי הכלי של בעה"ב אין הטירחא מוטל על האומן ע"ש,. ונראה דמה שכתב הש"ך דס"ל אין אומן קונה אפשר לרווחא דמלתא כתב, דאפילו אם נאמר אומן קונה בשבח כלי. לא עדיף משותף ואמאי צריך אומן לטרוח יטריח בעה"ב, אבל זאת צ"ע דאפילו עשה משלו אמאי צריך לטרוח דהא י"ל דהוי כפועל דקיי"ל דצריך דוקא ליתן לו מעות כמבואר (בסימן של"ו):

סימן שלו

סעיף א' (א) השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו נותן לו שכרו משלם וכו' אבל אם שכרו לעשות בשל חברו סתם יכול טול מה שעשית בשכרך וכו', עסמ"ע (סק"ד, לכאורה צ"ע לשון זה אמאי צריך לומר טול מה שעשית בשכרך יאמר לא אתן

לך כלום שלא עשית לי כלום, וע' תוספות בבא מציעא (דף קי"ח ד"ה כאן בשל חברו) דהקשה כן ע"ש, וזה לפי הס"ד אבל הגמרא עדיפא מיני' הקשה אבל על המחבר צ"ע:
סעיף ג' (ב) שכרו לשמור כו דבר של הפקר יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך וכו', עסמ"ע ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן י"ב) בס"ד דבר נכון ע"ש, ואנן קיי"ל הבטה בהפקר לא קנה כמבואר (בסימן רע"ג סעיף י"א) ע"ש, ופלוגתא הוא בש"ס בבבא מציעא (דף קי"ח) ע"ש, ונראה דאף למ"ד דסובר הבטה בהפקר קונה דוקא גבי הפקר משום שאין לשום אדם זכות בו משום הכי זכה בו, אבל דבר שיש לו בעלים אף אם בעלים ניחא להו שאם ירצה אחד לזכות בו יוכל לזכות בו, מ"מ כיון דלא עשה קנין בגוף הדבר אין כח בהבטה להפקיע, משום הכי נקט הגמרא דוקא הבטה בהפקר, וראיה לדבר דהא בכמה משניות קתני דמטלטלין אין נקנין אלא במשיכה, מתניתין קדושין וכן מתניתין ב"ק קתני אם היה פקח שוכר את מקומו ע"ש וכן בכמה מקומות, משמע אבל בהבטה לא קני, לפ"ז יש ליישב קושיית קצות החשן כאן (סק"א) דהקשה בשם בנו הגאון ז"ל למ"ד דהבטה בהפקר קנה א"כ אמאי קתני בחד ברייתא טול מה שעשית בשכרך שומעין לו ע"ש, ולפי הנ"ל אתי שפיר דהבטה אין לו כח להפקיע מיד בעליו לכ"ע, אם כן יש לומר דברייתא איירי באבידה דאף שנתייאשו הבעלים מ"מ כל זמן דלא אתי ליד הזוכה. לא יצא מרשות בעלים כמ"ש הנתיבות המשפט (סימן רס"ב סק"ג) ע"ש. [אח"כ מצאתי בתפארת ירושלים ב"מ (אות ד') דנקט ג"כ דבאבדה כיון דלא יצאה מרשות הבעלים לא מהני הבטה לכ"ע, ומתרץ בזה קושיות תוספות ריש ב"מ ד"ה דבראיה בעלמא ע"ש ומיושב קושיות קצות החושן:

סימן שלז

סעף א' (א) פועל העושה מלאכה לבעל הבית בדבר מאכל הרי זה אוכל ממה שהוא עושה וכו' ואסור לחסמו שלא יאכל [הג"ה] ואם חסמו שלומי משלם ליה מלקא לא לקי. עסמ"ע (ס"ק ד') שלומי משלם כשיעור שהי' אוכל עכ"ל, ולכאורה צ"ע אמאי צריך בעל הבית לשלם לפועל אם חסמו דהא איכא פלוגתא בגמרא ב"מ (דף צ"ב) אם פועל משלו אוכל ואם משל שמים הוא אוכל וערש"י שם (ד"ה אי) דפירש דאי אמרינן משל שמים הוא אוכל הוי לי' כמתנת עניים, ועתוס' שם (ד"ה אי אמרת) דאי אמרינן משל שמים הוא אוכל אינו יכול לומר הפועל תני לאשתי ולבני דלא זכי ליה עד שהוא לועס וכן כתב רש"י (שם ע"ב) דאי אמרת משל שמים הוא אוכל אין לפועל שום זכות אלא כשנותן לתוך פיו, ואנן הא פסקינן דמשל שמים הוא אוכל, א"כ אמאי פסק רמ"א כאן

דאם חסמו צריך לשלם, הא לא הוי אלא כמבטל כיסו של חבירו דקיי"ל דפטור והכא נמי הוי כמבטל כיס חברו דהא אין לו שום זכות רק מה שלועס, וע' רמב"ן בדיני דגרמי שלו דכתב ג"כ דכל דיני דגרמי אין חייב רק אם גורם לחבירו היזק במה שחבירו כבר זכה, אבל אם גרם שלא יבוא חברו לידי זכייה לא חייב מצד גרמי והבאתיו לעיל (סימן ק"צ) א"כ ה"נ כן וצ"ע:

סימן שלח

סעיף ו' (א) אמר לכותי חסום פרה ודוש בה וכו' ישב כה קוץ בפיה וכו' אסור ואינו לוקה, עסמ"ע (סקי"ב) דאם לא אכלה מחמת אחד מכל אלו חייב לשלם ע"ש, לפע"ד דברי הסמ"ע צ"ע דהא אבעיא הוא בגמרא במסכת בבא מציעא (דף צ' ע"ב) אם ישב לה קוץ בפיה מהו וכן שאר האיבעיות אם חייב נשלם ד' קבין לפרה וג' קבין לחמור, ולכאורה צריכים להבין למה צריך לשלם דהא הבעה"ב יכול לומר מה אפסדתיך, אך אפשר ליתן טעם על זה דצריך לשלם מטעם קנס ועי' באסיפת זקנים (דף צ"א) בד"ה אי בעי הוי מיתב קמה פקיע עמיר, ואפשר עוד לומר טעם שהוא משתרשי ומגיע לבעל החמור הפסד, וזה דוקא באם עשה מעשה גמור, אבל בישב לה קוץ ספק אם צריך לטול את הקוץ מפי' והמע"ה, ומדוע כתב הסמ"ע לדבר פשוט דבאחד מכל אלו אפילו בישב לה קוץ דצריך לשלם, שוב מצאתי באס"ז בשם הריטב"א גבי אבעיא הנ"ל (בדף צ' ע"ב) דפטור מלשלם מוכח דלא כסמ"ע וצ"ע: (ב) ואינו לוקה, עש"ך (סק"ב) דתמה על הב"ח שכתב דהטור נתכוין אבל אי הוי לוקה אינו משלם ותמה הש"ך דהא בחסימה אע"ג דלוקה משלם משום דאין באין כאחד וכו', ולכאורה היא קושיא חזקה, אך יש ליתן מקום לד"ק ע"פ דברי האס"ז ב"מ (דף צ"א ע"א ד"ה ולענין פסק) דהביא בשם הרמ"ך וז"ל ומיהו היכא דלא משכה בעל התבואה לפרה ולחמור אלא בעלים הנהיגה עד הגורן בתוך התבואה נראה לומר דמלקות וחיוב מזונות באין כאחד ואין משלם אלא לוקה עכ"ל, ולפ"ז נוכל לומר דמה שכתב הב"ח אבל אי הוי מלקות אין לוקה ומשלם, לזה נתכוין:

סימן שלט

סעיף י' (א) אין בעה"ב עובר משום בל תלין אא"כ תבעו השכיר וכו' או שהמחוהו אצל שלחני ליתן לו וקבל עליו ליתן לו אינו עובר וכו', [הג"ה] ואם קנו מידו אין יכול לחזור בו, ונראה לפע"ד אף דשולחני עומד במקום בעלים מכל מקום אם שולחני לא נתן בזמנו אינו עובר בב"ת דגזרת הכתוב הוא לא תלין פעולת שכיר ארך ואצל שולחני לא עשה

הפועל שום פעולה, וסעד יש לדבר מסוגיא דפרק המקבל במס' ב"מ (דף קי"ב) ת"ר לא תלין פעולת שכיר וכו' יכול אפי' אין לו ת"ל אתך יכול אפילו המחוהו אצל חנוני ושולחני ת"ל אתך וכו', ולכאורה קשה דהא פלוגתא היא רבה ורב ששת אי חוזר או אינו חוזר, ועיין בתוספות בפירוש ראשון דכתב לרב ששת דסובר אינו חוזר דהיינו שאין יכול לתבוע מעות מבעלים ראשונים, ח"כ קשה אמאי צריך קרא לפטור את הבעלים מבל תלין, תיפוק ליה כיון דאין לו חיוב ממון לא שייך ב"ת, אך לפי מה שכתבתי ניחא דצריך קרא לפטור נמי את השולחני אף שחויב תשלומין מוטל עתה על השולחני שהוא במקום בעלים מכל מקום אינו עובר בב"ת מטעם הנ"ל: הלכות שאלה:

סימן שמ

סעיף ב' (א) נכחש הכשר מאליו וסופו לחזור פטור אבל אם נכחשה מאליה ומתה אח"כ חייב לשלם עיין מה שכתבתי לעיל (סימן ש"ז) בעז"ה דבר נכון ליישב דברי המחבר:
סעיף ג' (ב) השואל בהמה מחברו לילך דרך ידוע ובאו עליו לסטים באותו הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו חשיב מתה מחמת מלאכה, היא שטת הרמ"ה שהביא כטור משמו, ולכאורה קשה לשטת רמ"ה א"כ משכחת לה טוען טענת גנב בשואל אי אמרת לסטין מזוין גנב,. ובמסכת ב"ק (דף נ"ז) פריך הגמ' איתביה ונשבר או מת אין לי אלא שבירה ומתה גניבה ואבידה מנין אמרת קו"ח מה שומר שכר שפטור בו שבירה ומתה חייב בגניבה ואבידה שואל שחייב בשבורה ומתה אינו דין שחייב בגו"א וזו קו"ח שאין עליו תשובה ופריך הגמ' ואי ס"ד לסטים מזוין גנב הוא אמאי אין עליו תשובה איכא למיפרך מה לשומר שכר שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת לסטין מזוין ע"ש, ולשטת הרמ"ה קשה דהא בשואל ג"כ משכחת כפל בטוען טענת גנב אי אמרת לסטים מזוין גנב הוא וכן הרגיש בקצות החושן, ולפע"ד אפשר לתרץ ע"פ דברי מחנה אפרים (הלכות שאלה סימן ד') דכתב טעם חדש דמש"ה שואל פטור אם מתה מחמת מלאכה משום דהוי שאלה בטעות כיון דאין ראוי לאותה מלאכה שהשאיל לו הוי כשאלה בטעות, וגם לפי דברים עמוקים של חידושי הר"ן ב"מ (דף מ"ב) דכתב די"ל היכא דחלה ש"ש או תקפה עליו שינה שומר שכר פטור מ"מ לא משכחת כפל בש"ש בטוען טענת גנב דממנ"פ אי חפרה מאה אמה לא מהני גבי ש"ש, ואי טען שהי' חולה או תקפה עליו שינה א"כ לא פטור מטעם ששמר כראוי רק משום שנא הי' שומר באותה שעה, ובזה לא מצאנו כפל ע"ש היטב, ולפ"ז לא קשה כלל על הרמ"ה אף דפטור אם בא עליו באותו דרך לסטים מזוין דהוי כמתה מחמת מלאכה ובמתה מח"מ הוא פטור כיון דהוי שאלה בטעות כסברת

מחנה אפרים הנ"ל, ואם כן שפיר פריך הגמרא דלא שייך בשואל טוען טענת גנב אף לשטת רמ"ה כיון דהוי שאילה בטעות ולא שייך כפל כסברת חדושי הר"ן הנ"ל:

סעיף ד' (ג) השואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה וכו', [הג"ה] ויש אומרים דלא בעינן משיכה אלא מיד שנסתלקו הבעלים, מבואר ברא"ש בבא מציעא ובטור דאף להפוסקים דחייב מיד במזונות משעה שנסתלקו הבעלים מ"מ יכול המשאיל לחזור שאין רוצה להשאיל, ונראה פשוט לפע"ד דאם שואל התחיל ליתן מזונות אין משאיל יכול לחזור בו כמו שנתן כסף וע' לעיל (סימן קצ"ח, ועיין במחנה אפרים (הלכות שומרים סימן ז') דתמה על תוס' ורא"ש דסוברים דשומר חייב אף בלא משיכה מיד שנסתלקו הבעלים אמאי הא הרא"ש סובר דאם אמר זרוק מנה לים ואחייב אני לך פטיר ע"ש, ולפע"ד לא קשה דהכא שייך לומר דבההיא הנאה דקא נפיק עלי' קלא דאינש מהימנא הוא גמור ומשעבד נפשיה משום הכי סוברים תוס' ורא"ש דמשעה שנסתלקו בעלים משמירה חייב, אבל גבי זרוק מנה לים לא שייך זה משום הכי סוברים כמה פוסקים והרא"ש מכללם דפטור:

סימן שמא

סעיף א' (א) השואל מחבירו כלי או בהמה סתם הרי המשאיל תובעו בכל עת שירצה, עיין במשנה למלך (פרק א' משאלה ופקדון) שדקדק דהא עיקר הטעם דגבי שאלה יכול לתבוע בכל עת משום דהדרא בעינא א"כ אמאי כתב הרשב"א בתשובה וכן פסק רמ"א לעיל (סימן רמ"א) דאם נתן לו מתנה ע"מ להחזיר ולא קצב לו זמן יכול המקבל להחזיר לו מתי שירצה ואמאי הא מתנה על מנת להחזיר נמי הדרא בעינא כמו שאלה ותירץ המל"מ דיש לחלק דהתם במתנה ע"מ להחזיר כיון דסתם מתנה היא ע"מ שלא להחזיר והוא התנה ע"מ להחזיר ולא גמר לומר באיזה זמן ודאי כל זמן שירצה המקבל קאמר אבל בסתם שאלה שלא פירוש כלום כל שעתא לחזרה קיימא ע"ש, ולפי סברת המל"מ יש ללמוד דהיכא דהשאיל לחברו חפץ והתנה עמו על מנת. להחזיר בלא חסרון אינו תובע אותו בכל עת דסתם שאלה הדרא אף בחסרון וזה התנה שיחזירנו בלא חסרון ולא גמר לומר באיזה זמן ודאי גם כן כל זמן שאלתה קאמר ודומה (לסימן רמ"א) לפי סברת המל"מ הנ"ל:

סימן שמב

סעיף א' (א) אין השואל רשאי להשאיל אפילו שאל ספר תורה שעושה מצוה בשאלתו אינו רשאי להשאיל לאחרים, עיין במחנה אפרים (הלכות שאלה ופקדון סימן ו') דפסק בהאי דינא דאין השואל רשאי להשאיל שאם עבר השואל והשאיל לאחר יכולים הבעלים. להוציא מהשני אף בתוך ימי שאלה ע"ש, ולפע"ד מדברי הרא"ש גטין (דף כ"ט) לא משמע כן דהתם בסוגיא מסיק הגמרא כי פליגי היכא דאמר ליה שקול מינה חפץ והדר הב לה גיטא ואזל איהו ויהיב לה גיטא ברישא ר"י פוסל בו וכש"כ בשלוחו, וע' תוספות שם שחולק על רש"י וסובר כיון דתלה שליחות הגט בחפץ פוסל ר"י היכא דשלח שליח שני אפילו לא שינה השני ע"ש, וערא"ש דמסיים היכא דשלח שני הגט אינו גט אלא כשנתנו שליח שני החפץ לשליח ראשון ואח"כ יקחנו מידה ויחזור ויתננה לה אחר שהגיע החפץ לשליח ראשון ע"ש, א"כ מוכח מד"ק דאף שעבר השליח על דעת הבעל מ"מ לא בטל לגמרי השליחות, דהא מועיל היכא שנתנו לה שליח ראשון אחר שהגיע חפץ לידו, ממילא נשמע דהה"ד בשאלה היכא ששואל הראשון עבר והשאיל לאחר אין הבעלים יכולים להוציא (מן שואל הראשון) דלא כדברי מחנה אפרים הנ"ל:

סימן שמו

סעיף ג' (א) שאל הבעל ונתרצה להיות שאול לו אע"פ שלא התחיל במלאכת השואל וכו' אלא מזמין ומכין עצמו ללכת חשיב שפיר עמו במלאכתו, עש"ך (סקי"א) דחולק וסובר דאפילו באמירה בעלמא הוי שמירה בבעלים ע"ש, והביא ראיה מתוס' ב"ב (דף מ"ג ד"ה דאמר ליה, שמור לי היום) דהקשה תוס' דהא בעלים באמירה כמבואר פרק השואל, ותירץ התוס' דהתם באמירה משעבדי עצמן ליכנס במלאכתם מיד אבל הכא לא משתעבד עד למחר, מוכח דבאמירה אף בלא הכנה הוי שמירה בבעלים, ולפע"ד נראה דהדין היא שפיר דצריך מזמין ומכין עצמו ללכת כמו שפסק המחבר, והתם גבי שמור לי שאני כיון דהתחיל למשוך בשמירה שני ג"כ חייב בשמירה שפיר הוי בעלים עמו, אבל שואל את הפרה דהיא טובת השואל לבד, א"כ אין בעלים משועבדים לעשות לשואל, מש"ה צריך מזמין ומכין עצמו ללכת אם כן אין ראיה מתוספות ב"ב הנ"ל:

סעיף י"ז (ב) אשה ששאלה ואח"כ נשאת הרי הבעל לוקח ואין לו דין שומר וכו', [הג"ה] אבל לא מפטר מטעם שמירה בבעלים דהא אין החפץ שלה רק שאול בידה וכן גזלן שהפקיד וכו'. [וההה"ד בשומר שמס"ל ושומר ראשון הי' במלאכתו של שומר שני, שומר השני חייב], ונראה לפענ"ד לדינא היכא דשומר ראשון חייב לשלם ושומר עשה כן ושלם

לבעלים שומר שני פטור לשלם לשומר ראשון דהא קי"ל היכא ששילם שומר נעשה כאומר לו הרי פרתי קנויה לך מעכשיו א"כ שפיר בעליו עמו נקרא, ולפ"ז יש ליישב דברי, תוספות ב"מ (דף ל"ה ד"ה אגרה פ' יום) דמסקו דאפילו השאילה כל ימי שכירות מ"מ כיון שהיא באחריות השוכר מגניבה ואבידה ופשיעה אם הי' עם שואל במלאכתו דאז שואל פטור ושוכר חייב, ולכאורה תמוה כיון דשואל צריך לשלם לבעלים אפילו לרבנן היכא דפשע או נגנב א"כ שוכר ראשון לא נקרא בעליו כמבואר ברמ"א כאן וכן כתב הש"ך לעיל (סימן רצ"א סקמ"א) ע"ש, ולפי הנ"ל י"ל דכוונת התוספות דהא היכא דשומר ראשון צריך לשלם ושילם בלא אטרחי' לבי דינא נעשה שלו למפרע נקרא הוא בעליו עמו, ולפ"ז י"ל על מה שכתב השאגת אריה בדיני חמץ (סימן ע"ז) דחידש דחמץ של נכרי שקבל ישראל אחריות לא מהני ביטול כדי שלא יעבור בבל יראה ובל ימצא, דהא באמת אינו שלו רק לעבור על בל יראה גלי רחמנא דכדידי' דמי אבל באמת אינו שלו לכן לא מהני ביטול, ולפי הנ"ל יש לומר דמהני ביטול ממנ"פ דהא גלי רחמנא כיון דאלו מגניב בעי לשלומי כדידיה דמי ע"כ שפיר מבטל ממנ"פ אי לא מגניב הא לאו דידי' יהי' ואף דחשש יש דלמא מגניב מ"מ אם שלם אח"כ נעשה שלו למפרע כמבואר בב"מ (דף ל"ד) בתי' ראשון של רבא ושפיר היה יכול להפקיר:

הלכות גניבה:

סימן שמח

סעיף א' (א) אסור לגנוב אפי' כל שהוא דין תורה עסמ"ע (סק"א) דכמו חצי שיעורין לענין חלב ודם דאסור כן חצי שיעור לענין ממון ג"כ אסור מן התורה, דבר זה כתב המגיד משנה (פרק א' מגזילה) ע"ש, ולענין מלאכת שבת מצינו נמי דפחות מכשיעור אסור מן התורה כמבואר במסכת שבת (דף ע"ד) מתקיף לה רב יוסף וכי מותר לאפות פחות מכשיעור ופרש"י דהא קי"ל חצי שיעור אסור מן התורה עיי"ש. וכן כתב הגהות אשרי (פרק המוציא) כל שיעורין לענין חיוב חטאת אבל לאיסור דאורייתא בכל שהיא ע"ש, ולענין ד' אמות בר"ה דחייב מדאורייתא מבואר ברשב"א מסכת שבת (דף ח') דמותר לכתחלה לטלטל בפחות מארבע אמות בר"ה והביא ראיה ממסכת ערובין (דף צ"ח) ממתניתין עומד אדם ברה"י ומטלטל בר"ה ובלבד שלא יוציא חוץ מארבע אמות, מזה מוכח דתוך ארבע אמות מותר לטלטל לכתחלה ע"ש, ולכאורה יש לדקדק מה חילוק יש דלענין להוציא פחות מכשיעור דאסור מן התורה ולטלטל פחות מד' אמות בר"ה דמותר, וי"ל דהא מבואר בר"ן (פרק כלל גדול) על קושיא שהקשה דקתני ל"ט מלאכות וקתני

מוציא מרשות לרשות למה לא קתני המעביר ד' אמות בר"ה ותי' דמעביר הוי תולדה דמוציא לפי שד' אמות של אדם רשותו הן ומי שהוציא לחוץ ד' אמות הוי מוציא מרשות לרשות ע"ש היטב, ולפ"ז שפיר מותר לטלטל פחות מד' אמות דהא תוך ד' אמות רשותו הוא וכמו שמותר לטלטל בביתו וחצירו כמו כן הכא משום דלא הוי חצי שיעור כלל (רק חצי איסור] ומותר אפילו לכתחילה:

סעיף ב' (ב) כל הגונב אפי' שוה פרוטה עובר וכו'. עש"ך (ס"ק ב) ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן ט' בהשמטה):

סעיף ה' (ג) תשלומי גניבה אם יש לו מטלטלין יורדים להם וכו'. עסמ"ע (ס"ק י"ב) אפילו בנזיקין ואפילו יש לו כסף מזומנים אפילו סובין משתלם מהם דמטלטלין כל מילי מיטב היא, ולכאורה צ"ע דזה דוקא בנזיקין אבל בגנב וגזלן סובר רש"י ב"ק (דף י"א) בסוגיא דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזיקין ופי' רש"י ותוס' דגבי גנב וגזלן אין שמין השברים והנבילה אלא ישלם בהמה וכלים מעולים ושברים של גנב, דגזירת הכתוב הוא דגבי גנב כתיב חיים שנים ישלם וגבי גזילה כתיב והשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל ע"ש, והרשב"ם סובר בתורת שוי' יכול ליתן, ועיין תוס' פרק השואל וע' לקמן (סימן שנ"ד סעיף ה') ובש"ך (ס"ק ז') ע"ש, א"כ אמאי הביא סמ"ע הכא דין של נזיקין דהא כאן איירי בגנב ובגזלן ולא שייך דין זה, ואפשר דסמ"ע ג"כ לא קאי על דין דהכא, ויש לעיין היכא דגנב או גזל ממנו מעות אם יכול לסלק אותו בשברים שהם יוצאים וראוים למכור, דהא הרא"ש כתב הטעם דמש"ה אף לשטת רש"י יכול הגזלן לסלק אותו בדמים משום דמה לי הן, ומה לי דמיהן ויכול לקנות בעבור המעות חפץ כמו שהיה לו, אבל אם נתן לו מטלטלין יצטרך לטרוח ולמכרם ולקנות בדמים כעין שגזל, והיכא דגזל מעות ויסלק אותו בשברים אם ימכרם ויקבל דמים הוי כעין שגזל, אפשר י"ל דיכול לסלק אותו בשוי' וצ"ע, ועב"ש באה"ע (סימן כ"ז סק"ב) ע"ש:

סעיף ח' בהג"ה (ד) המראה לחברו לגנוב או שלחו לגנוב אין המשלח חייב דאין שליח לדבר עברה. מיהו אם השליח אינו בר חיובא יש אומרים דהמשלח חייב, עסמ"ע (סק"כ) וש"ך (סק"ו) דהאריך ופסק דאפילו לא ידע השליח שהיא גנוב אפילו הכי אין שליח לדבר עבירה, ולפע"ד מדברי הרמב"ם (פרק ב' מרוצח ושמירת נפש) כדברי רמ"א דכתב וז"ל אבל שוכר הורג להרוג את הנפש וכו' ומנין שכן הדין שנאמר שופך דם האדם באדם נראה דמו ישפך וכו' מלשון הכתובים מוכח דוקא הורג בעצמו שלא ע"י שליח ע"ש, ולכאורה תמוה למה לא הביא הרמב"ם סוגיא דקדושין דקיי"ל אין שליח לדבר עבירה ועיין בכ"מ שם, ולפע"ד י"ל דהרמב"ם איירי דשליח לא ידע שהיא עבירה שהי' סבור

שאותו פלוני חייב מיתה עפ"י גמר דין של ב"ד או שהוא מסור וכדומה, אף דבכה"ג אמרינן יש שליח לדבר עבירה מ"מ לענין מיתת ב"ד אין דנין את המשלח דגזירת הכתוב היא שופך דם האדם באדם דמו ישפך דוקא הורג בעצמו כמבואר ברמב"ם הנ"ל, וראיתי בנתיבות המשפט כאן דכתב מצד סברא דאין חיוב מיתת ב"ד על ידי שליח שוגג ע"ש, ולפע"ד מרמב"ם הנ"ל נראה כמו שכתבתי דהוא מצד גזירת הכתוב, לפ"ז נראה דוקא לענין מיתת ב"ד אין משלח חייב בשוגג של שליח אבל בשאר עונשין שפיר חייב משלח היכא דשליח היה שוגג ולא ידע שהיא עבירה כפסק רמ"א כאן ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן קפ"ב):

סימן שמט

סעיף ב' (א) אשת ראובן השאילה לאשת שמעון חפצים ויצא קול בעיר שנגנבו אם שמעון מודה שהחפצים באים לרשותו ואינו יודע מה נעשה בהם צריך לשבע שאינם ברשותו ושלא שלח בהם יד וגם האשה תשבע שאינם ברשותה, לכאורה צ"ע על שבועת הבעל וגם על שבועת האשה, על שבועת הבעל קשה למה צריך לשבע הא הוא אינו שומר כלל כמבואר בב"י ועסמ"ע (סק"ד) דדוקא גבי שומרים הטיל רחמנא שבועה משום דיש רגלים לדבר אבל בעל אינו שומר כלל, וגם על שבועת האשה קשה למה צריכה לשבע דהא חייבת לשלם, וראיתי בקצות החושן דתמה גם כן על זה וכתב דשבועה זו אינה אלא מדרבנן דכיון דמודה דחייבת לשלם תו ליכא שבועת השומרין, ולפע"ד נראה שהאשה צריכה לשבע אף במינו שוה ומצוי בשוק לקנות אף דמבואר לעיל (סימן רצ"ה סעיף א') דבר שמינו שוה ומצוי בשוק אין צריך לשבע שאינו ברשותו היינו דוקא היכא דצריך לשלם מיד אבל הכא דהאשה אין לה לשלם רק לכשתתאלמן או תתגרש אפילו מינו שוה חיישינן שמא עיניה נתנה בו, ולפ"ז צריכה האשה לשבע בנקיטת חפץ:

סימן שנ

א גנב חלבו של חבירו ואכלו משלם לו דמי חלבו, עש"ך כאן דהאריך אם טובת הנאה ממון או לא והוא פסק דטובת הנאה אינה ממון, ועיין לעיל (סימן ר"ג) דפסק רמ"א דטובת הנאה אינה נקנה בחליפין, והש"ך שם חולק וסובר דנקנה בחליפין כמו שהוכיח מסוגיא דקדושין ע"ש, ולפע"ד יש ליישב שיטת רמ"א דטובת הנאה אינה נקנה בחליפין דסברא היא דלא עדיף משאלה ושכירות דאינו נקנה בחליפין (דאינו אגב קרקע) כמבואר

בתוס' בבא מציעא (דף י"א ע"ב) ובעירובין כיון דאינו קונה לגמרי משום הכי סובר רמ"א דטובת הנאה ג"כ אינו ממון, והיינו היכא דאין לו באותו דבר רק טובת הנאה והקנה לאחר שיהיה לו ג"כ ג"כ טובת הנאה בזה פסק רמ"א דאינו נקנה בחליפין, אבל ישראל שיש לו תרומות ומעשרות ויש לו בה טובת הנאה והקנה לכהן או ללוי או לעני דלאחר הקנין יהיה שלו לגמרי מודה רמ"א ג"כ דנקנה בחליפין כמו שהקנה ר"ג לר"ע בסוגיא דקדושין דגבאי עני' היה ויד עניים אנן שפיר נקנה בחליפין ושפיר דברי רמ"א [אח"כ מצאתי בזי"ר ח"ב (סימן ע"ג) דחידש כן דהיכא דלגבי הקונה הוי ממון גמור הגם דלגבי המקנה הוי רק טובת הנאה מהני קנין חליפין ואגב וכתב שם הטעם משום דהחסרון בטהא"מ ובדבר שלב"ל ודבר שא"ב דל"מ קנין הוא רק מצד הקונה ולא מצד המקנה וכדהוכיח שם בראי', ובנ"ד דליכא חסרון גם מצד הקונה לכן מהני הקנין ע"ש, וע' באמרי בינה דיני הלואה (סי' ס"ג אות י"ח):

בטור סעיף ה' (ב) כתב הרמב"ם ז"ל גנב ומכרה לאחר שלא תהא קנוי' לו אלא לאחד ל' יום ובתוך ל' הוכר הגנב אינו משלם דו"ה אלא הכפל, אח"כ (בסעיף ט') כתב גנב שלימה וקטע ממנו אבר ומכרה או שמכרה חוץ מל' יום וכו' היא אבעיא דלא אפשטא אי חייב דו"ה, וכתב הרמב"ם ז"ל דמהני תפיסה והרא"ש כתב דלא מהני תפיסה ע"ש, ועיין בלחם משנה (פרק ב' מגניבה) כתב דכוונת הרמב"ם במה שכתב אח"כ או שמכרה חוץ מל' יום היינו שהוכר הגנב אחר ל' יום וחל מכירה קודם שהכירו הגנב ולכך פסק הרמב"ם דחייב דו"ה ע"ש, ודבריו תמוהין דהא קודם ל' לא היה מכירה כלל ואחר ל' הוי מכירה גמורה ופשוט דאם נמצא גנב לאחר ל' דחייב דו"ה, אלא נראה לפע"ד דכוונת הרמב"ם מה שכתב או שמכרה חוץ מל' יום היינו לאלתר הקנה לו גוף הפרה רק שייר הפירות של שלשים יום דהיינו מלאכה וכן פרש"י בבא קמא (דף ע"ח, וע' רש"י שם מה שפירוש חוץ ממלאכתה ע"ש:

סעיף י"ח (ג) עשה שליח לשחוט לו בשבת והשליח שחט בשבת, כתב הרמב"ם שהוא חייב שהרי אין בו חיוב מיתה לגנב ולדעת א"א הרא"ש ז"ל פטור משום שחיטה שאינה ראויה כר"י הסנדלר, עסמ"ע וש"ך ושאר אחרוני' מה שתמהו על זה, ומקור דין זה היא ברייתא ב"ק (דף ע"א) גנב וטבח בשבת גנב וטבח לע"ז גנב שור הנסקל וטבחו משלם דו"ה דברי ר"מ וחכמים פוטרים, ואוקמי' דברייתא איירי בטובח ע"י אחר והקשה הגמרא ור"מ אמאי מחייב שוחט לע"ז כיון דשחט בה פורתא אסרה אידך אסורי הנאה ולאו דמרא קא טבח ותירץ רבא באומר בגמר זביחה הוא עובדה ועיין ברש"י דפי' דקא סלקא דעתי' דישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף ע"ש, ותוס' חולק וסובר דאין צריך לזה

דאפילו למ"ד אין לשחיטה אלא לבסוף נאסרה בפורתא קמא שאיסור תלוי במעשה ולא בשחיטה ע"ש, ולפע"ד לפרש דברי רש"י דהא לכאורה קשה אמאי מקשה הגמ' כיון דשחט בה פורתא אסרה ולאו דמרא קא טבח ורבא צריך לתרץ באומר בגמר זביחה עובדה, ת"ל די"ל דאומר דהשחיטה תהא לע"ז וכיון דאמר בלשון שחיטה, א"כ אם אמרינן אין לשחיטה אלא לבסוף מתחילה לאו שם שחיטה א"כ לא אסרה אלא בגמר זביחה ושפיר ר"מ מחייב, ומה מקשה הגמרא וגם אמאי צריך רבא לומר באומר בגמר זביחה עובדה אלא דאמר סתם שחיטה לע"ז, מש"ה פירש רש"י דקא סלקא דעתי' ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף ומתחילתה נאסרה ושפיר צריך רבא לתרץ באומר בגמר זביחה הוא עובדה, וערש"י (דף ע"ב) דלמ"ד דאין לשחיטה אלא לבסוף אין נקראת שחיטה אלא לבסוף:

ד שם בתוס' (דף ע"א ע"ב ד"ה אסורי הנאה לאו דמרא קא טבח) הקשה דמה בכך דלא דמרי' קא טבח, הא כל טובח כי שחיט פורתא קניי' בשינוי מעשה ותי' תוס' דלא חשיב מעשה לקנות בכך עכ"ל, הנה יש לעיין באם שחט סימן אחד ומסימן השני שחט החצי האם נאמר בזה דלא הוי היזק ניכר, וזה רחוק מאוד מסברא דודאי הוי היזק ניכר, וקניי' בשינוי, דהא במס' גיטין (דף נ"ג) הקשה הגמרא למ"ד דהיזק שאינו ניכר שמי' היזק אמאי גזל חמץ ועבר עליו פסח יכול לומר הרי שלך לפניך [ופירש תוס' שם משום דאי היזק שא"נ שמי' היזק חשוב כמו היזק ניכר והוי שינוי] ע"ש, וא"כ כיון כאן דהיזק ניכר היא אמאי לא קניי', ולפע"ד נראה דבר נכון בסיעתא דשמיא דהא מבואר לקמן (סימן שנ"ד סעיף ה') גנב כלי ושברו או פחתו או נשבר אין אומרים יתן לבעלים השברים וישלים עליה אלא הגנב יטול השברים ויתן לבעלים כלי שלם או דמיו, ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור וישלים להם הפחת שומעין להם, ועסמ"ע (ס"ק י"א) דהביא בשם המגיד משנה דתמה על זה אמאי לא קנה הגנב בשינוי ואמאי אם רצו הבעלים ליטול הכלי וישלים להם הפחת שומעין להם, ותי' המ"מ דאיירי בשמו עליו והיכא דשמו עליו לא קניי' בשינוי, כמבואר ב"ק (צ"ג ע"ב בתוס' ד"ה עצים ועשאן כלים) דהיכא דעשה שינוי מעשה ולא נשתנה שמו בכך אינו קונה וכן מבואר לקמן (סימן ש"ס סעיף ו') ע"ש, ולכאורה צ"ע היכא דלא נשתנה שמו דלא הוי שינוי אמאי הברירה ביד הבעלים אם ירצו ליתן להם כלי אחר שלם או דמיו הל"ל דצריכים ליטול הכלי שבורה וישלים מה שנפחת, ודאי היכא דאיכא שינוי שפיר דאנן קיי"ל אין שמין לא לגנב ולא ולא לגזלן, [וכבר תמה בספר דברי משפט מא"ז הגאון זצל"ה (בסימן שנ"ד) ע"ש], ולפע"ד נראה דעיקר סברת המ"מ היא ודאי כלי גופא כיון דלא נשתנה שמו לא הוי שינוי, מכל מקום

אם הבעלים אינם רוצים ליקח הכלי לא נוכל לכופם די"ל מ"מ כלי דידי' מה שחסר ורוצה ליתן דמים בעבורו לא הוי כעין שגזל דרחמנא אמר והשיב את הגזילה אשר גזל וחיים שנים ישלם כמבואר בתוס' ב"ק (דף י"א, מש"ה צריך ליתן לו כלי כעין זו או דמים יוכל ליתן דמה לי הן ומה לי דמיהן, אבל היכא דהבעלים רוצים ליקח כלי שנפחת ולהשלים עליו צריך ליתן דכלי דידי' הוא ומשלים הפחת וסברה נכונה היא, ושפיר לפ"ז מה שכתב תוס' הנ"ל דלא חשיב שינוי לקנות בכך דהיינו דברירה ביד בעלים או ליקח הבהמה וישלים פחת או צריך ליתן בהמה אחרת ועיין: (ה) עמל"מ (פ"ג מגניבה) דתמה אהרמב"ם, בענין משביע עדי קנס, וע' דברי חיים (דיני נזקי ממון סי"ג) מש"ש משמי לישבו:

סימן שנא

א יש גנב שפטור מלשלם ואיזה זה שבא עם התשלומין חיוב מיתה כגון הגונב כים בשבת וכו'. עברמב"ם (פרק ג' מגניבה) דהביא גם כן על אותו ענין זרק חץ מתחילת ד' לסוף ד' וקרע בגד חבירו בהליכתו פטור ע"ש, והרמב"ם פסק כלישנא קמא דכתובות (דף ל"א) מש"ה גבי זרק חן דאי אפשר לאהדורי פטור, לפ"ז נוכל ליישב קושית תוס' שבת (דף צ"א) זרק כזית תרומה לבית טמא מאי, ומסיק הגמ' דהכא בעי לענין שבת כגון דאיכא פחות מכביצה אוכלין והאי משלימו לביצה וכו', ובתוס' (ד"ה אי) הקשה למה נקיט זורק, ולפי הנ"ל י"ל דהא הרשב"א שם הקשה נהי דהנחה היא דבר חשוב מ"מ עקירה דלא הי' אלא כזית אינו חשוב עקירה ע"ש, ולפי הנ"ל ניחא דכיון דאי אפשר לאהדורי חשיב עקירה בהדי הנחה, וג"כ ניחא דמש"ה נקיט הזורק דאי אפשר לאהדורי ושפיר עקירה נמי חשיב, ואפשר דרשב"א ג"כ נתכוין לזה:

סימן שנג

סעיף א' (א) נשתנה הגניבה ביד הגנב כגון שגנב טלה ונעשה איל קנאה בשינוי השם ואין להחזיר אלא דמי' וכו' אבל שינוי החוזר אינו קונה אפי' מדרבנן וכו'. עברא"ש פרק הגוזל עצים (סימן א') פסק גם כן דשינוי החוזר לברייתו אינו קונה אפילו מדרבנן והביא כמה ראיות וחד מנהון דהא פסק שמואל הלכה כר' שמעון בן אלעזר ואוקמי' רבא בכחש שחוזר, ולכאורה ראי' זו תמוה דהא ודאי אפילו למ"ד דשינוי החוזר קונה מדרבנן מפני תקנת השבים היינו דוקא נשתנה לעלויה אבל אם נשתנה לגריעותא ואינו רוצה לקנות ודאי דלא קנה כלל, [ועיין בתוספות צ"ה ע"ב ד"ה שבח שעל גבי גזילה], א"כ בכחש

החוזר לכ"ע יכול לומר הרי שלך לפניך, וי"ל דכוונת הרא"ש דהא רבא אוקמיה בכחשא דהדר ורישא קתני כל שבח שהשביח גזלן ידו על העליונה רצה נוטל שבחא אבל בהמה גופא לא קני ואמאי הא שנוי קונה ובשבח הוי שנוי למעליותא אלא ודאי שנוי החוזר לברייתו אינו קונה אפילו מדרבנן (וערמב"ן דהביא בשם בעל המאור דרשב"א סובר שנוי חוזר אינו קונה כלל וזה כוונת הרא"ש דהא רבא אוקמיה בכחשא דהדר אמאי קאמר רשב"א רצה ח"ל הרי שלך לפניך ולעולם רשב"א סובר שנוי קונה אם כן קתני ברישא רצה נוטל שבחו אבל בהמה גופה אינו קונה כיון דשנוי חוזר היא מזה מוכח דשנוי חוזר אינו קונה אפילו מדרבנן):

סעיף ג' (ב) אם יש עם היאוש שנוי רשות בין שנתיאשו ואח"כ מכר הגנב בין שנתיאשו אחר שמכרו קנה, [הג"ה] ויש חולקין עש"ך (סק"ד) דהביא ראיה להסוברים דשנוי רשות ואח"כ יאוש ל"ק מסוגיא דב"מ (דף כ"ב ע"א) דהקשה הגמרא לאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מברייתא דגנב וגזלן שנטל מזה ונתן לזה מה שנטל נטל ומה שנתן נתן בשלמא גזלן דקא חזי ליה ומייאש אלא גנב מי קא חזי ליה דמיאש ולשטת הרמב"ם ומחבר קנה אף דיאוש הוי אחר שנוי רשות, ולפע"ד י"ל עפ"ד האסיפת זקנים בשם הרמב"ן דמשום הכי הקשה מברייתא זו כיון דקתני נטל מזה ונתן לזה משמע לאלתר קודם שידעו הבעלים ולרבא דסובר יאוש שנא מדעת הוי יאוש א"כ הוי יאוש מהשתא אבל לאביי דסובר דל"ה יאוש ולא חל היאוש מהשתא אמאי קנה לאלתר, ולפ"ז מיושב קושיית הש"ך דהא פשיטא דאף דהרמב"ם ומחבר ס"ל דיאוש אחר שנוי רשות קונה אבל קונה רק אחר יאוש, ושפיר הקשה הגמרא מדקתני מה שנטל נטל ומה שנתן נתן דמשמע לאלתר כדברי רמב"ן הנ"ל דיו אם יקנה אחר יאוש אבל לא לאלתר:

סימן שנד

סעיף ה' (א) גנב כלי שברו או פחתו וכו' אין אומרים יתן לבעלים השברים וישלים עליהם אלא הוא יטול השברים ויתן לבעלים כלי שלם או דמיו וכו' ואם רצו הבעלים לטול הכלי השבור וישלים להם הפחת שומעין להם, עסמ"ע (סקי"א) דהביא בשם המגיד משנה דהכא איירי דעדיין שם כלי עליו משום הכי הברירה ביד הבעלים ועמ"ש בזה לעיל (סימן ש"נ סק"ד, ולפ"ז נראה דהא דמבואר לקמן (סימן ש"ס סעיף ח') גזל דקל מחובר וקצצו לא קנה דהיינו דצריך להחזיר וליתן לו דמי פחת [וכן בדין (דסעיף ט' שם) דגזל קורות גדולות ועשאן קטנות דל"ק היינו דצריך להחזיר לו קורות הקטנות

ולשלם לו דמי הפחת] אבל אם הנגזל אינו רוצה ליקח קורות קטנות צריך ליתן לו קורות כמו שהי' או דמיו, כי הכא, וזה נראה ברור לפי דברי מגיד משנה הנ"ל:

סימן שנו

סעיף ב' ברמ"א (א) ויש אומרים דאף בגנב מפורסם עשו תקנת השוק וצריך להחזיר ללוקח מעותיו אלא א"כ ידע הלוקח שזה הדבר שקנה גנוב שאז צריך להחזיר בלא דמים ואת הגנב אין צריך להחזיר מעותיו דודאי נתן לשם מתנה. עיין ש"ך (ס"ק ז') דחולק על הרמ"א ופסק דהגנב צריך להחזיר מעותיו דהא אנן קיי"ל כרב דאמר מעות פקדון ודברי הרמ"א תמוהים, ובנתיבות המשפט (סק"ב) כתב ליישב עפ"ד תוס' קידושין (דף מ"ו ד"ה דאיתמר) דכתב היכא דאינו יודע אם יחולו אם לא שמא נתן לשם מתנה ע"ש וה"נ יש לומר שמא הוי יאוש בעלים וקנה ביאוש ושינוי רשות מש"ה פסק רמ"א דמעות מתנה ע"ש, ולפע"ד תוס' קידושין כתבו כן אליבא דרב די"ל דהכא רב מודה, אבל לדידן דקיי"ל כתירוץ דרב אמי וקיי"ל מעות בעלמא חוזרים, א"כ מוכח להדיא דאפילו כשאינו יודע אם יחולו אם לאו מ"מ היכא דאינו חל מעות חוזרים, דהא קיי"ל כרב אמי מעות בעלמא חוזרים, ועיין בספר דברי משפט מזקני הגאון זצל"ה מה שתי' דברי רמ"א: סעיף ז' (ב) משכן הגניבה בין שמשכנה יתר על דמי' או בפחות מדמי' הבעלים נותנין לבעל המשכון מעותיו וכו'. עיין במשנה למלך (פרק ה' מגניבה) דתירץ על קו' הב"י דהקשה על הטור דאפילו אם החוב יותר על המשכון עשו תקנת השוק אמאי דהא ודאי לאו אדעתא דהאי משכנתא אוזפיה אלא הימניה, ותירץ המל"מ דהא הטור סובר דמלוה על המשכון יכול לומר לדידי שוה כמבואר לעיל (סימן ע"ב) ושפיר סובר דלעולם לא הימניה אלא על המשכון אוזפיה ולדידיה שוה ומכח סברא זו הקשה המל"מ על הראב"ד דחולק על הרמב"ם וס"ל דאם החוב יותר על המשכון לא עשו בו תקנת השוק דהא הראב"ד גופיה סובר די"ל לדידיה שוה והניח בצ"ע, ונראה דל"ק דאף דהראב"ד סובר די"ל לדידי שוה לא שכיח כלל שילוה יותר מכדי דמיו משום דשוה לדידיה והא מבואר לעיל (סימן ס') לגבי מכירות שטרות דלא עשו בו תקנת השוק כיון דלא שכיח ע"ש אם כן ה"נ כאן כיון דלא שכיח שילוה יותר מכדי דמיו לא עשו בו תקנת השוק [ועסמ"ע סקי"ח]:

סימן שנח

סעיף ד' (א) מותר ליקח מהאריס שהרי יש לו חלק בפירות ובעצים, עש"ך (סק"א) דחידש דדוקא גבי יאוש דהוי בע"כ משום הכי יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אבל

גבי דבר שאם היה יודע אינו מקפיד י"ל דמותר, וד"ק צ"ע דהא בסוגיין בב"מ (דף כ"א) מקשינן לאביי ממתניתין דמאימתי כל אדם מותרין בלקט משילכו בה נמושות ואמאי הא איכא עניים בדוכתא אחריתי דלא מיאשי, ופרש"י דפירש נהי דלגבי עניים דהכא הוי יאוש מדעת שראו שהלכו בה נמושות אבל עניים דעיר אחרת עדיין אינם יודעים והאיך מותרין בו עכ"ל, ולפי דברי הש"ך מאי מקשה הגמרא הא אם עניים בדוכתא אחריתי יודעים שהלכו בו נמושות נמי אינם מקפידים א"כ אף לאביי מותר, וא"כ ראיה לשטת תוספות שם (דף כ"ב ד"ה מר) דדבר זה נמי דומה ליאוש שלא מדעת ויש לדחות: הלכות גזילה:

סימן שנט

סעיף א' (א) אסור לגזול או לעשוק אפילו כל שהוא וכו', (ע' ש"ך סק"ב) דהביא דהמהרש"ל הכריע כשטת רש"י סנהדרין דגזל עו"ג אסור מדרבנן ע"ש, עיין בתומים (סימן ע"ב סקנ"ז) במ"ש והרי היא שלו ע"ש, ולפ"ז נוכל ליישב דברי רש"י במסכת חולין (דף ל"ט) אמר ליה רב אחא בריה דרב אויא לרב אשי לר' אלעזר יהיב כותי זוזי לטבח ישראל מאי וכו' ומסיק הגמרא אי אינש אלמא הוא דלא מצי מדחי ליה אסור ואי לא אמר ליה רישך והר, ופרש"י אפילו למ"ד דסובר גבי כותי מעות קונה ישראל כיון דשחיט מסלק ליה לכותי ואינו נעשה שלוחו וע' בתוספות שם, וע' רשב"א דהקשה על רש"י מה מועיל זה דישראל מסלק לכותי מ"מ יש לכותי קנין בו ע"ש, ולדברי תומים הנ"ל ניחא דאף דכותי קונה בשר לא עדיף מהפקעת פקדון שהיה לכותי מזמן רב שלו אפילו הכי הי' מותר כסברת תומים הנ"ל שהרי הוא שלו, והכא נהי דעל ידי מעות יש לכותי קנין בה לא עדיף מפקדון דמותר הי' להפקיע, והכא ודאי ישראל הפקיע כדי שלא יאסר בהמתו ולכך אי מצי מדחי לו מותר ודברי רש"י נכונים:

סימן שס

סעיף ו' (א) אבל הגוזל עצים ושיפן וקצצן או חקק בהם ועשה כלים וכו' [הג"ה] ואין נקרא שינוי אלא א"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי. עיין בתוס' ב"ק (דף צ"ו ד"ה דגזל דיקלא וקטלי') דכתבו דאע"ג דגזל בהמה וקטלה קני התם הוי שינוי דמנכר טפי ע"ש, נראה מדברי תוס' היכא דמנכר טובא קנה אעפ"י שלא נשתנה שמו בכך, וכן כתב הרשב"א שם גבי גובי דדיקלא דהקשה הרשב"א א"כ צמר וצבעו נמי צמר צבוע מקרי ותי' דשאני התם דנשתנה מראיתו ע"ש, ולפ"ז יש לישב מה דקשה על עיקר דין זה דבלא

ש"ה לא מהני שינוי מעשה מהא דאמרי' ב"ק (ס"ה ע"ב) ובש"ע לעיל (סימן שנ"ג ס"א) דגנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור נעשה שינוי בידו וקנאו, ואמאי דהא שור בן יומו קרוי שור איל בן יומו קרוי איל כדאמרינן בגמרא שם, ויהי' מוכח מכאן דאף דלא נשתנה שמו קנה, ולפי דברי תוספות ורשב"א הנ"ל אתי שפיר דהתם כיון דמנכר טפי קנה אף דלא נשתנה שמו בכך:

סימן שסא

סעיף ה' (א) לא הוי שינוי רשות אלא א"כ מכרו או נתנו לאחר [הג"ה] י"א דאם מכרו באחריות או נתנו בטעות או בע"כ לא מקרי שינוי רשות. עש"ך (סק"ג) דכתב בשם בעל המאור דאפילו בטעות הוי שנוי רשות גם ברמב"ן שם משמע דמודה ליה בזה ע"ש עכ"ל, ולפע"ד ד"ק תמוהין דהא מבוא' ברמב"ן ב"ק ר"פ הגוזל (ד"ה עוד כתב ה"ג) דמשום הכי נקט גבי גנב וגזלן ואנס הקדישן הקדש ותרומתן תרומה ומעשרותן מעשר משום דהוי שנוי השם מעיקרא טיבלא והשתא תרומה, ועל זה כתב הרמב"ן בתירוץ בתרא דמשום הכי לא נקט הגמ' משום שנוי רשות ואיכא למימר דלא הוי ממון כהן כיון דלא תקן פירותיו א"כ לא חל עליו שם תרומה וצריך להחזיר דהוי נתינה בטעות אבל משום שנוי השם שפיר תרומתן תרומה ע"ש היטב, מבואר להדיא דנתינה בטעות לא הוי שנוי רשות כשטת הרמ"א, וע' בתוספות ב"ק (דף ס"ז ד"ה מעיקרא חולין) ע"ש:

ב אבל בא אחר ונטלו מבית הגזלן שלא מרצונו וכו' אפילו אם אכלו השני חייב כשלם לבעלים, מדכתב המחבר סתם דחייב השני לשלם לבעלים אם אכלו משמע דאין חילוק בין אכלו למאכיל והיא שטת תוספות בבא קמא פרק הגוזל (דף קי"א ד"ה הגוזל) וכן מבואר בתוספות (ד"ה אין גזילה) דאף בגזלן מאכיל [לפני יאוש] לאחר חייב השני לשלם לבעלים, אבל שטת בעל המאור ונמוקי יוסף דבמאכיל לשני פטור אם אכלו אפילו קודם יאוש דהוצאה דגזלן היא ע"ש. ונראה לפע"ד דאף לשטת בעל המאור ונמוק"י דוקא אם נתנו לו לאכול בכה"ג פטור השני אפילו קודם יאוש כיון דנתן לו לאכול ואין יכול לעשות בו חפצו מה לי אכל הוא ומה לי אכל גזלן שפיר הוצאה דגזלן היא, אבל אם נתן להשני לעשות בו כל חפצו כיון דמטי לידיה ה"ל להחזיר לבעלים שהיא שלו, וכן משמע להדיא מדברי בעה"מ ע"ש, ולפ"ז מיושב קושיית המחנה אפרים (פרק ו' מגזילה) דהקשה לשטת בעל המאור מסוגיא דכתובות (דף ל') בסוגיא דזר שאכל תרומה דאוקמיה שתחב לו חברו לתוך פיו, ולשטת בעל המאור אף דלא חייב מיתה בידי שמים נמי פטור ע"ש, ולפי מה שכתבתי יש לומר דהתם דאדם שתחב לתוך פיו אינו מקפיד אם

יאכל או יעשה בו מה שירצה דבכה"ג גם הבעה"מ מודה דהשני חייב, ושפיר אוקמיה הגמ' בתחב לתוך פיו דמ"מ אף אם אינו חייב מיתה בידי שמים חייב לשלם ושפיר נפקא מינא בין אביי ורבא:

סימן שסב

סעיף י"א (א) היתה שוה בשעת הגזילה ד' ובשעת הוצאה מן העולם דינר משלם ד' כשעת הגזילה בין ששברה או שתאה בין שנשברה או אבדה מאלי' וכיוצא בזה, עסמ"ע (סקכ"א) דהטעם דאף בתברה או שתיא משלם ד' שלא יהא חוטא נשכר דאלו נשברה מעצמה היה צריך לשלם ד' כשעת הגזילה ועכשיו שנשברה בידים לא יתחייב אלא דינר עכ"ל, ויש לתמוה על רש"י מסכת גטין (דף נ"ד) אכל תרומה טמאה משלם חולין טהורין שלם חולין טמאין מהו אמר סומכס משום ר' מאיר בשוגג תשלומיו תשלומין במזיד אין תשלומיו תשלומין, וחכמים אומרים אחד זה ואחד זה תשלומיו תשלומין וחוזר ומשלם חולין טהורים, ומסיק הגמרא דחסורי מחסרא והכי קתני אכל תרומה טמאה משלם כל דהו אכל תרומה טהורה משלם חולין טהורין, שילם חולין טמאים מהו סומכס אומר משום ר' מאיר בשוגג תשלומיו תשלומין במזיד אין תשלומיו תשלומין וחכ"א אחד זה וא' זה תשלומיו תשלומין וחוזר ומשלם חולין טהורים, וע' רש"י בשוגג תשלומיו תשלומין דהא אוכל תרומה בשוגג במדה משלם ולא בדמים ובתוספות שם (ד"ה אכל תרומה טהורה) הקשה על רש"י דאפילו את"ל לפ"מ משלם ולא לפ"ד לא מפטר אלא א"כ משלם שיהיו שוין להסקה כשיעור תרומה טהורה שאכל דלא גרע מגזלן כדאמרינן בפסחים (דף ל"ב) היכא דמעיקרא שוי' ד' ולבסוף שויא זוזא לא תבעי לך דלפ"ד משלם ע"ש וכן הקשו הרמב"ן ורשב"א על רש"י והניחו בצ"ע, ולפע"ד נראה ליישב דברי רש"י על נכון דהא מבואר במתניתין (פרק ו' מ"ב דתרומות) בת ישראל שאכלה תרומה קוד' שבא ליד כהן ואח"כ נשאת לכהן משלמת קרן וחומש לעצמה, וטעמא כיון שאם היתה התרומה שאכלה בעין עכשיו לא היתה צריכה ליתן לכהן דהיא כהנת כמו שכתב הרע"ב ע"ש, אבל היכא דלא נשאת לכהן חייבת ליתן קרן וחומ' לכהן, מבואר משם דאם אכל תרומה בשוגג אף שלא בא ליד כהן חייב קרן וחומש לכהן, אם כן שפיר דברי רש"י דהא אנן קיי"ל המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור מלשלם מה שהפסיד לכהן רק משום כפרה דאכל תרומה צריך לשלם היכא דאכל בשוגג, על זה קאמר רש"י שפיר דלפ"מ משלם דנתכפר בזה, דהא מבואר ברש"י פסחים דאף אם שוי' מעיקרא ד' זוזי ולבסוף שוי' זוז דצריך לשלם ארבעה כמו בגזלן דעלמא דמשלם כשעת הגזילה, אבל לענין כפרה

איכפר לי' בתשלומי מידה ע"ש, א"כ מבואר בדברי רש"י אף דאינו שוה כמו שאכל נמי אכפר לי', רק התם בפסחים איירי דתרומה כבר באה ליד כהן א"כ שפיר צריך לשלם ד' זוזי דלא גרע מגזלן דעלמא, אבל הכא בסוגיא דגטין איירי שעדיין לא בא התרומה ליד כהן, אם כן מצד גזלן ומזיק פטור, שפיר יוצא אם שלם טמאים דלפי מדה משלם ונכונים דברי רש"י, אחר זמן רב ראיתי בת"י תרומות (אות מ"ד) דדעתו ז"ל דגם בתרומה שלא בא ליד כהן צריך לשלם ד' גריוי כשמעיקרא שויא ד' וכו' משום דתשלומי כפרה דידיה ל"ג מגזלן ע"ש, וכבר חזקנו דעתינו מרש"י פסחים (ל"ב ע"א ד"ה היכא) דלענין כפרה די בתשלומי מדה, ורק משום גזילה משלם ד' גריוי ולכן כשלא בא ליד כהן די בתשלומי מדה, ודברי הת"י תמוהים]:

סימן שסג

סעיף א' (א) גזל בהמה והזקינה או כחש שאינו יכול לחזור וכו' משלם כשעת הנזילה אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור או שנגזל עבדים והזקינו וכו' אומר לו הרי שלך לפניך, עש"ך (סק"ג) דהביא בשם הראב"ד דדוקא הזקינו אבל מת העבד או נשרף משלם דמיו דלאו כקרקע ממש דמי דהא פסקינן בגטין בהשולח דעבד שנשבה ופדאוהו לשם בן חורין אחר יאוש לא ישתעבד לא לראשון ולא לשני אלמא לאו כקרקע דמי דקנה נפשיה ביאוש, והש"ך כתב ע"ז דמשם אין ראיה דהא דמהני יאוש היינו בעבד שנשבה במלחמה דגלי קרא דחזקת מלחמה מהני ע"ש, וי"ל קושיית הראב"ד דהתם אין השבאי קונה את העבד אלא למעשה ידיו כמבואר בגטין בסוגיא הנ"ל דמוכח מכמה קראי, וקנין דמעשה ידיו אינו דבר הנצמח מגופו של עבד רק מעלמא קאתי וכמו שמחלק תוספות גטין (דף ע"ז ד"ה ידה גופיה מי קניא ליה, אבל גוף העבד יש לומר דקרקע ממש היא ופטור הגזל אפילו בנשרף כמו שנראה מהרמב"ם. ומהרב המגיד וערמב"ן גטין (דף מ"ז) ע"ש:

סעיף ז' יש אומרים דכשאין החצר עומד לשכר דאמרינן דאין צריך להעלות לו שכר אם חסרו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו אע"פ שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט על ידו מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה. ועיין ב"ק (דף כ"א) דחצר דלא קיימא לאגרא אין צריך להעלות לו שכר וקאמר הגמ' הטעם משום שנאמר ושאיי' יוכת שער, וכתב הנימוק"י דצריך זה הטעם אע"ג דזה נהנה וזה לא חסר מ"מ איכא הפסד מועט דמשחיר הכותלים לזה קאמר הגמ' דעביד תולעת שהישוב מועיל לבית, ולכאורה קשה אמאי קאמר הגמ' לעיל (כ' ע"ב) ר' יהודא אומר אף זה

הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב, ומתרץ הגמ' שאני התם משום שחרוריתא דאשייתא, וערש"י דזה בבית חדש אבל בבית ישן ליכא הפסד., ולדברי הנימוק"י משלים ישוב הבית הפסד מועט דשחרורית, ואפשר לומר דגבי בית חדש איכא הפסד טפי ואותו ההפסד אינו משלים ישוב הבית וכן כתב הלחם משנה (פרק ג' מגזילה) ע"ש מש"ה סובר ר"י גבי בית חדש צריך להעלות לו שכר, ולפע"ד א"צ לטעם זה דהא התם בעל העליי' בנה הבית אם ישרף או נפל אין בעה"ב נותן לו יציאותיו מש"ה ליכא הנאה דישוב הבית דלאו ברשות קיימא לענין זה מש"ה שפיר חייב:

סעיף י"א (ג) מי שהיה לו צמר וסמנים שרוין ובא אחר וגזלן וצבע הצמר בסמנים והוזל צמר הצבוע בענין שאינו שוה אלא כמו צמר לבן וכו' פטור, ע' ש"ך (ס"ק ט"ז, ועיין בספר אמרי בינה מאת ש"ב וגיסי הגאון מוה' מאיר זצלל"ה מה שהביא בשמי (בהלכות דיינים סימן ל"ט:

סימן שסו

סעיף א' (א) גזלן מפורסם [שעסקיו בכך ותשובתו קשה], הבא לעשות תשובה מעצמו אם אין הגזילה קיימת אין מקבלין ממנו כדי שלא ימנע מלעשות תשובה וכו' עיין במשנה למלך (פרק ד' ממלוה ולוה) דכתב דהיכא דעשה הגנב שנוי הוי כליתא בעינא ע"ש, וע' באסיפת זקנים ב"ק (צ"ה ע"א ד"ה בגזילה קיימת) דהביא בשם פריטי הרמ"ה דאף דהוי שנוי מ"מ לא עשו תקנה אף דקנה מחמת שנוי מ"מ לא עשו תקנה, ומבואר דלא כמשנה למלך וצ"ע:

סימן שסז

סעיף א' (א) הגוזל את חבירו אעפ"י שכפר בו הואיל ולא נשבע אם חזר והודה אינו חייב לרדוף אחר הבעלים להחזיר להם וכו'. עש"ך (ס"ק א') וז"ל אעפ"י שבא לצאת ידי שמים אינו חייב לרדוף אחריו וכו' וכ"ש כשלא הודה רק שבאו עדים שגזל אינו חייב לרדוף אחריו רק שיודיענו עכ"ל, ולפע"ד צ"ע טובא דהא מבואר בהדיא בבעל המאור בסוגיא בב"ק (דף ק"ד) דהיכא דלא הודה ובאו עדים שגזל לר' עקיבא צריך להוליך אחריו אפילו למדי, וגם הרמב"ן שם מצדד דאפשר לומר כן, ולפ"ז הא אנן קיי"ל כר' עקיבא ודאי צריך להוליך אפילו למדי, א"כ אדרבה בהודה אין צריך להוליך אחריו לכ"ע ובלא הודה להוליך אחריו לפי דברי בעל המאור דהא אנן קיי"ל כר"ע גבי גזל א' מחמשה

צריך ליתן לכ"א וצריך להוליך אפילו למדי, ולדברי הש"ך בלא הודה הוא כ"ש דאינו חייב לרדוף וצ"ע.) ב) אבל אם נשבע על שוה פרוטה ומעלה חייב לרדוף אחר הבעלים עד שיחזיר להם אפילו הם באיי הים מפני שכבר נתייאשו מאחר שנשבע וכו', עש"ך (סק"ו) דתמה למה המציא רמב"ם טעם חדש דהא בש"ס משמע להדיא דהטעם הוא כיון דנשבע בעי כפרה חייב להוליך אחריו משום כפרה וכן כתב הרא"ש ומהרש"ל ע"ש, ולפענ"ד לפ"ד הרמב"ם ומחבר מובן בסוגיא דב"ק (דף ק"ה ע"ב) תדע דאמר רב אידי בר אבין הכופר במלוה כשר לעדות בפקדון פסול לעדות והאמר אילפא שבועה קונה שבועה הוא דקנייא אבל כפירה לא קניא ומשני ה"נ דקיימא באגם, ולכאורה צריכים להבין אמאי קניא לחייב באונסין סוף סוף לא עשה קנין וגנב וגזלן וכן שליחות יד אינו חייב באונסין עד שיעשה בו קנין, דהא מבואר במתניתין ב"ק (דף ע"ט) הי' מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים פטור וכן בכמה מקומות, אבל לפי דברי הרמב"ם ומחבר אפ"ל כיון דגורם בשבועה שהבעלים נתיאשו ממנו הוי הפקעת מרשות בעלים אע"ג דקיי"ל יאוש כדי לא קני מ"מ כיון דאם מכר או הקדיש אח"כ מהני מכח יאוש ושנוי רשות הוי הפקעה מרשות בעלים וחייב באונסים, וכעין סברא זו כתבו תוספות ב"ק (דף ס"ז ע"ב בסוף ד"ה רבא) כיון דהועיל יאוש למוכרה חשיב גזלן ע"ש:

סימן שסט

סעיף ו' (א) בד"א שהמוכס כלסטים בזמן שהמוכס כותי או מוכס העומד מאליו וכו' הג"ה] וי"א דאפי' המוכס ישראל אם לא קנאו לעצמו רק גובה למלך אע"ג דאסור להבריח מכח דינא דמלכותא מ"מ אם אדם מבריח אין למוכס לכוף אותו וכו'. לכאורה דין זה צ"ע דהא מבואר לעיל (סימן כ"ח סעיף ד' בהג"ה) לענין דישראל אין רשאי להעיד לכותי מבואר בהג"ה שם דב' עדים יכולין להעיד שהרי גם בדין ישראל יתחייב על פיהם ועתוס' ורא"ש ב"ק (דף קי"ד, אעפ"י דבלא עדות השנים הי' יכול הישראל להפקיע הלוואתו והפקעת הלוואתו היו בימים הקדמונים מותר מ"מ הם אין עושין כלום רק שאינם רוצים שהוא יפקיע החוב מש"ה יכולים להעיד, ואמאי פסק רמ"א כאן כשיטת הר"ן נדרים דאין למוכס המלך לכוף אותו ליתן דהוי כהפקעת הלוואתו דהיתה בימים הקדמונים שרי הא בדין חייב דדינא דמלכותא דינא רק המוכס אינו רוצה שיפקיע וזאת הא מבואר לעיל (סימן כ"ח) דשרי:

סימן שע

סעיף ה' עני המנקף בראש הזית זתים של שכחה ונפלה לארץ עד שלא נטלם בידו ובא אחר ונטלם הרי זה גזל מדבריהם: [הג"ה] ואם כבר בא לידו הרי זה גזל גמור ומוציאין מידו, ולכאורה צריכים להבין דהא זה פשיטא וגם אפילו כשאינו מנקף, אבל מבואר בתוספות גטין (דף ס"א) בד"ה ליקט) דרבותא היא אע"פ שלא נתעכבו בידו ולא אחז אלא להפילה ע"ש וער"ן שם דכתב בפירוש דאף דלא נתכוונו לזכות אפילו הכי הוי גזל גמור ע"ש, אבל צ"ע אמאי הוי גזל גמור הגם דקי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו והה"ד יד דלא גרע מחצר, הא בתוספות ב"ב (דף נ"ד ד"ה אדעתא דצובי) חידשו דדבר המונח בחצר או בידו ואם היה יודע היה רוצה לקנותו אז ידו וחצרו קונין לו שלא מדעתו, אבל היכא שהוא יודע שיכול לזכות ואינו מתכוין לקנות לא קנה, וא"כ ה"נ דידע שהיא דבר שיכול לזכות ולא נתכוין לזכות לא קנה ואמאי הוי גזל גמור ועיין לעיל (סימן רע"ה בש"ך סק"ג, ואפשר לחלק קצת דהכא רוצה לקנות אותן פירות גופיה רק עתה אינו מתכוין לזכות י"ל דקנה:

סימן שעא

סעיף ב' (א) לפיכך אם אירע קלקול הבא מאליו כגון ששטפה נהר אין אחריות ההפסד על הגזלן שבחזקת בעלים עומדת ואומר לו הרי שלך לפניך אבל אם הפסידה הגזלן בידיו כגון שחפר בה בורות שיחין וכו' חייב להעמיד לו בית או שדה כמו שהיה בשעת הגזילה ישלם דמי מה שהפסיד, מבואר להדיא היכא דלא עשה הגזלן בידים אף די"ל דאם לא גזלו לא אירע בו הקלקול אפילו הכי פטור כיון דקרקע אינה נגזלת ובחזקת בעלים עומדת אומר לו הש"ל, ואם בא אדם וחטף פירות מגזלן מה שעדיין עומדים באילן הגזלן פטור, אף דנוכל לומר דאם היו ברשות בעלים משמר הפירות מ"מ פטור, וצ"ע מסוגיא דב"ק במתניתין (דף קט"ז) הגוזל שדה מחברו ונטלה מסיקין אם מכת מדינה היא אומר הרי שלך לפניך, ואם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה אחר, ומבואר בסוגיא דאם אנסוה לארעא דידיה ולא אנסוה כולי ארעתא חייב הגזלן וכן פסק המחבר (כאן סעיף ג') וצ"ע דהא מבואר מלשון הרמב"ם וטור ומחבר דדוקא היכא דעשה ההפסד בידים חייב הגזלן ואי לא אינו חייב, ולפעד"נ דהא מבואר ברשב"א ב"ק שם דמחמת גזלן חייב לא מדינא דהא קרקע אינה נגזלת ובחזקת בעלים עומדת ויכול לומר הרי שלך לפניך אלא מטעם קנס הוא, וכמבואר בירושלמי קנס קנסו חכמים בגזלן, ולפ"ז י"ל דוקא אם אנס קרקע והקרקע עדיין בעין קנסו ורואין כאלו היתה עדיין ביד גזלן משום

הכי חייב אבל אם נאבד הדבר שגזל או נשרף השטר וכן אם העבד מת או נשרף ג"כ פטור, [חוץ לשטת הראב"ד דסובר דאם נשרף העבד גזלן חייב, ועש"ך (סימן שס"ג וסימן שפ"ו) דפסק דפטור כיון דקרקע אינה נגזלת ובחזקת בעלים עומדת אין לו חיוב דגזלן], מ"מ היכא דמחמת גזלן נטלו ועדיין הדבר בעין קנסו חכמים וכמבואר ברשב"א בשם ירושלמי ורואין כאלו היה עדיין ביד גזלן משום הכי חייב להעמיד לו קרקע ושוי':

סימן שעג

סעיף א' (א) גזל שדה ומכרה והשביחה הלוקח וכו' ואם הכיר בה שהיא גזולה כשלקחה אינו נוטל מגזלן אלא שויו בלבד וכו' [הג"ה] ויש אומרים דאם קבל עליו אחריות בהדיא צריך ליתן מה שקבל עליו ויש חולקין עסמ"ע (סק"ו) דכ' אפי' לשטת הרא"ש דסובר דלא מהני אפילו פירש בהדיא אבל אם יש לו קרקע (מה שגובה קרקע) מהני אף לשטת הרא"ש ע"ש, ולפענ"ד נ' דלשטת הרא"ש ודאי לא מהני כיון דהכיר בה שאינו שלו אפילו זבינא ליומא אין כאן ולא נתכווין מעולם לשם מכר כמו שמבואר ברא"ש ע"ש, ה"ל כמו הלואה סאה בסאה דלא מהני אפילו אם יש לו קרקע כמבואר בב"מ (דף ט"ו, רק היכא דלא הכיר בה שאינו שלו הוי לי' שם זבינא, אבל גבי הכיר בה דלא הי' לו שם זביני אפי' יש לו קרקע לא מהני דמחזי כריבית:

סימן שעה

סעיף ב' (א) אמר לי' בעל השדה עקור אילנך ולך שומעין לו. אבל אם אמר הנוטע הריני עוקר אילני אין שומעין לו מפני שמכחיש הארץ. עסמ"ע (ס"ק ה') דהביא בשם רש"י דפי' שכבר הכחישו הנטיעות את הארץ ביניקתן מש"ה אפילו בחוץ לארץ אין שומעין לו, ויש לעיין היכא דעקר הנוטע את האילן אם מחיוב לשלם לבעל הקרקע מה שהוכחש הקרקע ע"י האילן או לא משום דהוי גרמא בעלמא, ולכאורה יש ראי' מתוס' שבת (דף פ"ה) ומתוס' חולין (דף פ"ב) דהקשה תוס' אמאי אין לוקה בזורע כלאים שתים משום לא תזרע ומשום לא תסיג גבול, ותי' תוס' דקרא איירי במסיג גבול ממש דאין לוקין בלאו דניתן להשבון ועוד הוי לאו שבכללות, שמעינן מדברי תוס' מקושייתו ומתירוצו דעל מה שגורם לחבירו הכחשת קרקע אין מחויב בהישבון, דאי תימא דמחויב בהישבון לא הקשה תוס' מידי דילקה, דהא הוי לאו שניתק לעשה דמה לי אם נותן גוף הדבר בחזרה או דמים בעבור הפסד, דמה לי הן ומה לי דמיהן כמבואר בכמה מקומות [ובמכות דף ט"ז], אלא ש"מ דאין מחויב לשלם הכחשת הקרקע משום דהוי גרמא בעלמא וצ"ע:

סימן שעו

א המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו לתוך תחומו אפילו מלא אצבע אם בחזקה עשה הרי זה גזלן ואם הסיג בסתר הרי זה גנב ואם בא"י הסיג הגבול הרי זה עובר בב' לאוין וכו'. עסמ"ע (ס"ק ב', מלשון המחבר והיא לשון הרמב"ם וכן מבואר ברש"י על התורה (פ' שופטים) דבא"י אם הסיג גבול עובר בשני לאוין ובחו"ל עובר רק משום לא תגזול ע"ש, וצ"ע דהא מבואר במס' סוכה (דף ל"א) לרבנן דסברי קרקע אינה נגזלת בתוקף את חבירו והוציאו מסוכתו וישב בה יצא כיון דקרקע אינה נגזלת ה"ל סוכה שאולה דכשר וכן פסקינן באו"ח (סימן תרנ"ז) ע"ש, א"כ קשה למה יצא דהא ה"ל מצוה הבאה בעבירה דהא עבר על לא תגזול [ובאמת הר"ן וריטב"א הקשו ג"כ קושיא זו אבל תירוצם צ"ע]:
הלכות נזיקין:

סימן שעח

סעיף א' (א) אסור להזיק ממון חבירו ואם הזיקו אע"פ שאינו נהנה חייב לשלם נזק שלם בין שהיה שוגג בין שהיה אנוס [הג"ה] ודוקא: שאינו אונם גמור כמו שיתבאר וכו', עש"ך (סק"א) דכתב דהלשון מגומגם והל"ל ויש אומרים, דהא מלשון הרמב"ם ומחבר משמע דאין חילוק ע"ש, ולפע"ד שפיר דברי הרמ"א דהא מבואר בכ"מ (פרק ו' מחובל ומזיק) דאף להרמב"ם באונס גמור פטור לכ"ע כמו שמבואר לקמן (סעיף ג') ע"ש, וא"כ שפיר דברי רמ"א דלא כתב בלשון ויש אומרים:
בטור כתב בלשון הזה כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חברו כך אסור להזיק ע"ש, נראה שמזיק ממון חברו פסול לעדות, ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן ל"ד סק"ג):
סעיף ב' (ב) נפל מן הגג והזיק חייב כשלם נזק שלם בין שנפל ברוח מצויה בין שנפל ברוח שאינה מצויה דלא מקרי אונס גמור, עסמ"ע (סק"ב) דהקשה על הטור דסובר דאם נפל ברוח שאין מצויה פטור הא מבואר בסוגיא דב"ק (דף כ"ז) דאם נפל מן הגג ברוח שאינו מצויה חייב על הנזק ופטור מארבעה דברים, מ"מ על הנזק חייב, וכן כתב הטור בעצמו (סימן תכ"א, ומחלק הסמ"ע דכיון דאם הזיק אדם ברוח מצויה חייב בד' דברים משום הכי ברוח שאינו מצויה נחתינן חד דרגא שאין לחייבו בד' דברים כי אם נזק, אבל הזיק בממון דלעולם לא חייב רק נזק משום הכי אם נפל מן הגג ברוח שאינו מצויה פטור על הכל ע"ש, לפ"ז נוכל ליישב קושיית תוספות בבא קמא (דף כ"ח ע"ב ד"ה אמר רבה) דהא ר' יהודה סובר נתקל לאו פושע גבי מעביר חביות ממקום למקום ונשברה

קאמר ר"י שומר חנם ישבע נושא שכר ישלם והכא סובר נתקל פושע ע"ש, ולהנ"ל אתי שפיר דר"י לתי' דרבה סובר דנתקל לאו פושע גמור משום הכי במתניתין דאיירי בשעת נפילה הוזק אדם משום הכי חייב (כמו שיש חילוק דאם נפל ברוח שאינו מצויה אם ההיזק נעשה לאדם חייב אבל אם נפל ברוח שאין מצוי' וההיזק נעשה לכלי פטור, והתם בבבא מציעא דאיירי דנשבר חביות דהיזק נעשה לממון משום הכי שומר חנם פטור, [וע' בדברי משפט מזקני הגאון זלה"ה מה שכתב בזה]:

סימן שפ

סעיף א' (א) האומר לחברו קרע את כסותי שבר את כדי על מנת שאתה פטור ה"ז פטור ואם לא אמר לו על מנת שאתה פטור הרי זה חייב וכו' בד"א כשבאו הכלים לידו תחלה בתורת שמירה כגון שהיו שאולים או מופקדים אצלו אבל אם לא באו לידו בתורת שמירה כיון שאמר לו קח כלי זו ושברו בגד זה וקרעו ועשה כן הרי זה פטור, היא מסקנת הסוגיא בבא קמא (צ"ג ע"א, ולכאורה קשה ע"ד תוספות כתובות (דף ל"ט ע"ב ד"ה קרע) דר' נחמן אמר רבה בר אבוה דמשום הכי קתני במתניתין דמפתה אין נותן הצער והאונס נותן הצער משום דמפתה דומה לאדם שאומר לחברו קרע שיראין שלי והפטר, וכתב תוספות אע"ג דלא אמר על מנת לפטור איכא למימר דמחמת הנאת בעילה מקלה לגמרי עכ"ל, וקשה דהא אם לא אתי לידיה בתורת שמירה אין צריך לומר והפטר ובאמר קרע כסותי לבד נמי פטור ויש לומר דהא לעיל (סימן רמ"ו סעיף י"ז ברמ"א) מבואר דהאומר לחבירו אכול עמי צריך לשלם לו מה שנהנה, אף דהאומר לחברו קרע כסותי פטור, ובקצה"ח כתב דבר אמת ונחמד דהיכא דחבירו נהנה ודאי חייב אף דהוי ברשות, דהא יורד לתוך שדה חברו משלם מה שנהנה, ורק בשבור כדי וקרע כסותי כיון דאין חברו נהנה רק משום מזיק מחייבינן ליה ומזיק ברשות פטור אבל נהנה ברשות חייב ע"ש בדברי קדשו, משום הכי שפיר כתבו תוספות אע"ג דלא אמר על מנת לפטור איכא למימר דמחמת הנאת בעילה מחלה לגמרי, דמבלעדי זאת היה הבועל חייב אם היא לא אמרה והפטר כיון שהוא נהנה בבעילה רק משום הכי פטור כיון דיש לה ג"כ הנאה בבעילה איכא למימר דמחמת הנאת בעילה מחלה לגמרי:

סימן שפא

א חמשה שישבו על הכסא ולא נשבר ובא אחרון וישב עליו ונסמך עליהם ולא הניחם לעמוד ונשבר וכו' האחרון חייב שהרי אומרים לו אלו לא נסמכת עלינו היינו עומדים

קודם שישבר וכו', עסמ"ע לקמן (סימן שפ"ג סק"י) דהקשה מ"ש הכא דחייבים כלם אם לא נסמך עליהם אחרון דהיה להם לעמוד ולקמן (סימן שפ"ג סעיף ד') חמשה שהניחו חבילות על בהמה ולא מתה ובא זה אחרון והניח חבלתו עליה ומתה אם היתה מהלכת באותם החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב, והא יכול אחרון לומר היה לכם לקח חבלתכם כשהנחתי את שלי, ותירץ הסמ"ע דהכא איירי דאף אם לא בא אחרון ג"כ היה נשבר הכסא משום הכי יכול לומר אחרון דעכ"פ הייתם צריכים לעמוד לאחר זמן כשישבר הי' לכם לעמוד מיד ע"ש, ולכאור' תרוצו צ"ע דהא מרש"י בבא קמא (דף י' ע"ב ד"ה לא צריכא) נראה שאין ראוי לשבר אם לא בא אחרון דמ"מ כלם חייבים, (וכן הקש' בספר דברי משפט מזקיני הגאון זלל"ה), ולפע"ד ליישב קושיי' הסמ"ע בס"ד בחילוק נכון דמבואר בתוס' בבא קמא (דף ו' ע"א ד"ה לאתוי') דהיכא דדחף שורו לשור ש"ח לבור שניהם חייבים אבל אם אדם דחף שור ש"ח לבור של חברו אדם הדוחף לבד חייב כיון דבר דיעה הוא ובעל הבור פטור, ולפ"ז ניחא דהכא גבי כסא שנשבר הוי אדם המזיק כלם חייבים, אבל לקמן (סימן שפ"ג) גבי חבילות דחמשה הראשונים שהניחו חבילות רק ממונם עשה ההיזק שהרי כשהם הניחו לא מתה הבהמה רק כשהניח אחרון עמדה הבהמה ומתה, אף אם ת"ל דהנחה של ראשונים ג"כ גרמו מיתת הבהמה, מ"מ גבי חמשה הראשונים הוי רק ממונם שהזיק ולגבי אחרון הוי כאלו הוא גופיה מזיק, כמו כיחו וניעו דמזיק בכדי דאזלי הוי כמו דאזיק אדם בעצמו כמבואר במס' ב"ק (דף ג') וע':

סימן שפב

א שור שהי' עומד להריגה מפני שהוא מזיק את הבריות ואילן העומר לקציצה מפני שהוא מזיק את הרבים וקדם אחר ושחט שור זה וקצץ אילן זה שלא מדעת הבעלים חייב לשלם לבעלים וכו' ואם טען אתה אמרת לי להרגו ולקצצו הואיל ועומד לכך הרי זה פטור, עסמ"ע (סק"ב) דהטעם דלמא לא היה לו פנאי ונתן לו רשות רק שכח הדבר שנתן רשות לזה עכ"ל, ולכאורה צ"ע למה צריך לטעם זה תיפוק לי' המוציא מחברו עליו הראיה,, וראיתי ברש"י בבא קמא (דף צ"א ע"ב ד"ה אנא) וז"ל וכי טעין ליה האיך אתה אמרת לי להורגו מסתמא קושטא קאמר כיון דלהכי קאי לא קפיד כולי האי ואנשי הוא דאנשי עכ"ל, ולכאורה דברי רש"י ג"כ תמוהים, ולפע"ד י"ל דכוונת רש"י וסמ"ע דאע"ג דהוא אמר שלא אמרתי פטור בלא שבועה דהוי כמו טענת ספק ואין נשבעין על טענת ספק דברי שלו לאו ברי גמורה היא, ולזה שפיר כתבו רש"י וסמ"ע טעם הנ"ל

דהא קתני סתם במתניתין ובש"ע דפטור ולא קתני שום שבועה ולכן פירשו הטעם דלאו ברי גמורה היא, אחר זה ראיתי באס"ז דכתב דכיון דקנסא בעלמא היא לא משבעינן ליה, ואם כן לשטת הרי"ף דהוא מדינא נראה שיש כאן חיוב שבועה, אבל להטעם הנ"ל אפילו לשטת הרי"ף נמי פטור משבוע' כיון דאין כאן טענת ברי:

סימן שפה

סעיף א' (א) המזיק את חברו היזק שאינו ניכר כגון שעירב יין נסך ביינו מן התורה הוא פטור אבל חכמים קנסוהו לשלם נזק שלם וכו', היא סוגיא בגטין (דף נ"ג) ור"י אמר דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד פטור מ"ט היזק שאינו ניכר לא שמי' היזק ומ"ט אמרו במזיד חייב כדי שלא יהא כ"א הולך ומטמא טהרותיו של חברו ואומ' פטור אני, וערשב"א שם דהקשה דהא לקמן (דף נ"ד) הקשה הגמ' גבי נפלו ונתפצעו אחד שוגג ואחד מזיד לא יעלו הרי דבדרבנן קניס ר"י שוגג אטו מזיד ומתרץ הגמ' התם טעמא משום דאתי לאיטרומא ויאמר לו שוגג הייתי אם כן הכא נמי קשה דיהא כ"א הולך ומטמא טהרות חברו ויאמר שוגג הייתי, ותירץ הרשב"א דמ"מ אין יכולים להוציא ממון משום זה, אבל התם גבי נפלו ונתפצעו מיסר הוא דאסריה אבל לאפוקי ממונא לא מפקינן, וחזר והקשה, א"כ מאי מקשה, הגמרא דר"י אדר"י ממבשל בשבת דקניס ר"י שוגג אטו מזיד דהתם לאו אפוקי ממונא היא אבל גבי מטמא ומדמע אפוקי ממונא היא א"כ משמע דהיכא דאסרי הוי כאפוקי ממונא, ולבסוף מסיק הרשב"א דהגמרא היה יכול לתרץ זה אלא דהגמרא ניחא לי' בטעמא דרויחא ע"ש, ולפע"ד אף שדברי הרשב"א נוטה דהיכא דאסרינן עליה דבר המותר לא הוי כאפוקי ממונא כמו שנראה מדבריו דכתב דהגמרא היה יכול לתרץ גבי מבשל בשבת דלא הוי אפוקי ממונא, לולי דברי קדשו היה אפשר לומר דכל היכא דאסרינן עליו דבר המותר הוי כאפוקי ממונא משום הכי פריך הגמ' ממבשל בשבת דר"י אדר"י, אמנם זה דוקא היכא דאסרינן עליו דבר המותר אבל גבי נפלו ונתפצעו מסיק הגמרא שפיר דקנסינן ליה משום דאתי לאערומיה משום הכי בין שוגג ובין מזיד לא יעלו, דהתם כיון דהיה בשעת נפילה אגוזי פרך האסורים רק עתה אנו רוצים להתירם משום דנתפצעו ונתבטל חשיבותם משום הכי אמרינן דקנסינן ליה משום דדלמא אתי לאערומי והאיסור כדקאי קאי, אבל ודאי לאסור עליו דבר המותר מעיקרא כגון המבשל בשבת הי' אפשר לומר דחשיב שפיר הפקעת ממונא:

סימן שפו

סעיף א' (א) קי"ל כר' מאיר, עש"ך (סק"א) דמביא דברי הרמב"ן בדיני דגרמי שלו דהביא ראיה דקנסא מקנסא לא ילפינן מדפריך הגמ' גטין (דף נ"ג ע"א) למ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק מהא דקתני העושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמיה היזק בדיני אדם נמי לחייב, ואי נימא דקנסא מקנסא ילפינן אמאי לא פריך הגמרא אפינו למ"ד היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק מ"מ מדרבנן חייב כדי שלא יהי' כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרות של חברו כמבואר בסוגיא הנ"ל אלא ש"מ דקנסא מקנסא לא ילפינן זו היא ראיית הרמב"ן, והש"ך מתרץ שטת שאר פוסקים דס"ל דילפינן קנסא מקנסא ע"ש, ולפענ"ד יש לתרץ בפשיטות דהא בבבא קמא (דף צ"ח ע"א) הקשה הגמרא לרבה דסובר הצורם אוזן פרתו של חברו פטור משום דכולהו שוורים לאו לגבי מזבח קיימי מתיב רבא העושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, מלאכה היא דלא מנכר היזקא אבל צורם דמנכר היזקא ה"נ דמחייב בדיני אדם, ומשני הה"ד דאפילו צורם נמי פטור מדיני אדם ולרבותא נקט העושה מלאכה דאפילו לא מנכר נמי חייב בדיני שמים, ובתוספות שם (ד"ה הא קמ"ל) כתבו בתירוץ א' דבגטין פריך הגמ' שפיר לחזקיה מהעושה מלאכה במי חטאת דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ואי אמרת שמיה היזק בדיני אדם נמי לחייב ואי אפשר לתרץ כמו בבבא קמא דלרבותא נקט מלאכה, כיון דחזקיה סובר היזק שאינו ניכר שמיה היזק והוי אינו ניכר כמו ניכר וליכא שום רבותא מה דנקט מלאכה, וא"כ מיושב קושיית הרמב"ן דלר"י לא היה הגמ' יכול להקשות דלר"י הוי שפיר רבותא דאפילו מלאכה דלא מנכר אפילו הכי פטור מדיני אדם משום דלאו לגבי מזבח קיימי ובדיני שמים חייב:

ב דדאין דינא דגרמי, עש"ך (סק"ג) דהביא בשם בעה"ת (שער נ"א חלק ו' דין ח') דפסקו דגורם דגורם פטור כדאמרינן במסכת שבועות (דף ל"ב) הכל מודים בעדי סוטה שפטור בעדי קנוי דהוי גורם דגורם, א"כ אם מסר שלהבת ביד חשו"ק ושרפו שטרות פטור [ע"ש דסיים דאלו אכלה דבר שגופו ממון חייב אבל אכלה שטרות שאינו גופו ממון פטור דזה הוי גורם דגרמי] והביא הש"ך דעת הרמב"ן דחולק על זה, והש"ך פסק כבעה"ת דפטור גורם דגורם, ולפ"ז נלפע"ד דאם שרף שטר ערבות של חברו דפטור דלא הוי אלא גורם דגרמי דלמא יפרע הלוה ורק אם לא יפרע הלוה צריך הערב לשלם וכיון דשרפו יפסיד המלוה מ"מ גורם גרמי הוי ופטור לשטת הבעה"ת והש"ך:

ג דוקא באדם חייב דיני דגרמי אבל בבהמה לכ"ע פטור, עש"ך (סק"ה) דדבר זה נובע מנמוק"י בבא קמא פרק שור שנגח ע"ש, ולפע"ד מתוספות ב"ק (דף נ"ד ע"א ד"ה חמור) לא משמע כן דהקשה אמאי קאמר הגמ' חמור דבור לר"י קשיא דלמא אתי חמור למעוטי שטרות שנפלו לבור ע"ש, ולפי שיטת רמ"א דאם שור מחק שטר חוב הבעלים פטורים כיון דבהמה לא עשה נזק בגופה והוי בכלל איש בור ולא שור בור, א"כ לא הקשה תוספות דלמא אתי חמור למעוטי שטרות דשטרות בבור ודאי דממונו שעשו גרמי ופטור: (ד) לפיכך הדוחף מטבע של חבירו עד שירד לים חייב. עש"ך (ס"ק ז') דהביא בשם צפנת פענח דאם הכה על בתי נפש או שאר כלי כסף הוי כפוחת צורתה של מטבע דפטור והש"ך הניח דין זה בצ"ע ע"ש, ולפע"ד מתוס' והרא"ש מס' ב"ק משמע דלא כספר צפנת פענח דהא מבואר בתוס' (צ"ח ע"א ד"ה השף) וברא"ש (פרק הגוזל סי' יו"ד) דדוקא היכא דשף מטבע של חבירו היא דפטור אבל היכא דסדק מטבע של חבירו בידים ודאי חייב, ולכאורה צריכים להבין אמאי פטור בשף וחייב בסדק, דהא הכא איירי דלא עשה קנין במטבע וא"כ לא הוי רק מזיק, ואף אי מיירי דעשה קנין מ"מ כיון דכוונתו לא הוי רק לחסר צורה ולא קנה המטבע כמבואר באס"ז ע"ש, וא"כ אמאי חייב בסדק סוף סוף יכול לומר לבעלים לא חסרתיך כלום, אלא ע"כ צ"ל דתוספות ורא"ש סברי דמשום הכי א"ל לרבה דפטור בשף משום דצורת מטבע הוי כאותיות כמבואר בנמוק"י ב"מ (מ"ו ע"א ד"ה ור' פפא) דמשום הכי אין מטבע נקנה בחליפין, והיינו דוקא בשף צורה של מטבע אבל בנסדק דעשה נזק בגוף המטבע חשיב היזק ממש דתוספות ב"מ (מ"ה ע"ב ד"ה אין) כתבו דמטבע חשיב נמי כלי הואיל וראוי לתלות בצוואר בתו ולשקול בו משקולת, א"כ שפיר דדוקא שף צורתה פטור דזה אין בו ממש ולא חשיב נזק גוף דצורה הוי כמו אותיות כדברי הנמוק"י הנ"ל אבל בנסדק בטל שם כלי והוי דבר ממש וחייב מטעם מזיק גמור, א"כ ממילא מוכח דכשהכה על הכלי ונתקלקל הכלי ודאי חייב לשטת תוספות והרא"ש וזה ברור:
הלכות נזקי ממון:

סימן שפט

סעיף ט"ו (א) שן ורגל אין חייבים אלא א"כ הזיקו ברשות הניזק אבל ברה"ר פטורים וכו' ומיהו אם התיז אבנים ברה"ר והלכו והזיקו ברשות הניזק או עץ ארוך מקצתו ברה"ר ומקצתו ברשות הניזק ודרסה עליו ברה"ר ושיברה כלים ברשות הניזק חייב. לכאורה צריכים להבין לפי טעם של רב אלפס בפטור דשן ורגל ברה"ר משום דאורחייהו היא

ואין הבעלים יכולים להזהר, א"כ אמאי חייב בהתיז אבנים ברה"ר והלכו והזיקו ברשות הניזק [וכמבואר בגמרא ב"ק י"ט ע"א], ואפשר לומר דהרי"ף א"ל גם הטעם המבואר בסמ"ע (כאן סק"ט) דכיון דשן ורגל מהלכי' תמיד ברה"ר הניזק נמי צריך לשמור שלא יוזק (וס"ל להרי"ף דבדאיתא להני תרי טעמי מפטר], ולפ"ז אתי שפיר דבהתיז אבנים מרה"ר לרשות הניזק ודאי לא היה לו להניזק להרחיק א"ע מלהניח שם כלים ברשותו משום הכי חייב המזיק (אבל היכא דהניח כלים על דף) [ובדינא דדף] ארוך שמקצתו יצא לרה"ר פטור לשטת הרי"ף [כמ"ש הרא"ש ריש בבא קמא בשטתו] דאי אפשר שילכו הבעלים אחריהם תמיד והוי ליה לניזק לשמור עצמו מזה [כיון שרואה שיש שם עץ ארוך הנוטה לרשות הרבים ומצוי שידרסו עניו בהמות ההולכות ברה"ר וישתבר הכלים]:

סימן שצ

סעיף ב' (א) כשכשה בזנבה כשכוש רב שאין דרכה לעשות תמיד והזיקה ברשות הרבים וכו' פטור ואם תפס הניזק גובה חצי נזק ממה שתפס וכו' [הג"ה:

[ויש אומרים דבכל ספק דינא לא מהני תפיסה. עסמ"ע (סק"ד) דהביא בשם הטור דאפילו הזיק לאדם אחד ברה"ר וברשות הניזק דינא הכי ואין יכול הניזק לומר ממנ"פ אם תאמר שהיא קרן תתחייב לי ג"כ בר"ה ואם תאמר שהיא רגל אית לי נזק שלם, ותמה הסמ"ע וגם הש"ך על הטור דממ"נ יש כאן חיוב על המזיק כמו שכתב הטור ומחבר (בסימן ר') בספיקא דדינא אי כליו של לוקח ברשות מוכר או אפכא קונה וקנה אחד מחברו בשניהן דקנה באחד מהן ממנ"פ ע"ש מה שתירצו, ולפע"ד דברי הטור נכונים ע"פ דברי הרשב"א דבגמ' ב"ק (דף י"ט) מבעיא כשכשה בזנבה מהו ופריך הגמ' וכי יאחזנה בזנבה וילך ומסיק הגמ' כשכוש יתרה מבעיא ליה, וכתב הרשב"א שם פירוש דהך סוגיא דאבעיא כך היא דאי אפשר לדמותה לשן ורגל דהך אורחא גמור וגם אי אפשר לדמות לקרן דקרן לאו אורחא כלל ולכך מבעיא הגמ' למאי מדמינן, כוונתו דנוכל לומר דממוצע היא בין קרן לרגל, ולפ"ז צדקו דברי הטור דהא הרי"ף והרא"ש (ריש בבא קמא) כתבו הטעם דשן ורגל פטור ברשות הרבים משום שאין הבעלים יכולים להזהר (הבאתי לעיל סימן שפ"ט) וגם סוגיא הנ"ל נמי משמע כן, ואם כן שפיר צריך לשלם המזיק חצי נזק דלא עדיף מקרן וקרן ברשות הניזק נמי צריך לשלם חצי נזק, אבל על הכשכוש שברשות הרבים אין ב"ד יכולים לחייבו את המזיק, דספק היא דלמא דמי לרגל ויש סברא שאין הבעלים יכולים לשומרה וכי יאחזנה בזנבה וילך משום הכי פסק

הטור דאין צריכים הבעלים לשלם רק חצי נזק ועל הכשכוש שברשות הרבים פטורים ואין כאן ממנ"פ:

סימן שצא

סעיף ו' (א) חיה שטרפה בהמה ואכלתה וכו' אבל כלב שהמית כבש וחתול שהמית תרנגולים גדולים ואכלום משונה הוא ואינו משלם אלא חצי נזק ודוקא בפחת שפיחתה מיתה אבל דמי נבילה משלם ברשות הניזק נזק שלם דזה אורחא היא. נלפע"ד דדוקא בכלב או חתול שאכלו אח"כ דאף בשעת אכילה ברשות בעלים היא מש"ה חייב נזק שלם., אבל בטרפה ארי ואחר טרפה אכלתה נלפע"ד דאינו משלם רק חצי נזק דממנ"פ מצד טריפת ארי משונה היא כמבואר בש"ע כאן (ומקורו מב"ק דף ט"ז ע"ב אמר שמואל ארי בר"ה דרס ואכל פטור טרף ואכל חייב כיון דלאו אורחה הוי לי' קרן, ואם מצד אכילה, אחר שבא ליד ארי ה"ל הפקר לכל דרחמנא שריא כמו זוטו של ים ומציל מן הארי דרחמנא שרי' דכתיב אשר תאבד ממנו ומצאתה דוקא היכא דאבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם אבל אם אינו מצוי' לכל רחמנא שרי' אפי' בלא יאוש כמבואר בתוס' ב"מ (דף כ"ב) עי"ש וברא"ש (דף כ"ד סי' ו') דאפילו בעומד וצווח הוי כצווח על ביתו שנפל עכ"ל, ולפ"ז מיושב היטב מה שתמה ים של שלמה ב"ק (פרק א' סי' ט') בהא דאמרינן דהיכא דהוי משונה מה שהמית ואכלה אח"כ חייב נזק שלם, א"כ מה הקשה הגמ' (דף ט"ז ע"ב) על שמואל מדתניא חיה שנכנסה לחצר הניזק טרפה בהמה ואכלה בשר משלם נזק שלם, ודילמא משלם נזק שלם על אכילה שאכלה אח"כ ע"ש, ולפי הנ"ל אתי שפיר דליכא חיוב כלל על אכילה אח"כ, דרחמנא שרי' כזוטו של ים, וכל עיקר החיוב אינו בא רק על תחילת המעשה דטריפה ושפיר הקשה הגמ' כנלפע"ד בעזה"י דבר נכון:

סימן שצג

סעיף ג' (א) הכניסן ברשות והניחו בעל החצר את זה שהרשהו בחצר לשמרו ואכלתן בהמתו של בעל הבית והוזקה באכילתן בעל הפירות חייב שכיון שראה הבהמה אוכלת דברים המזיקים לה והניחה חייב וכו'. נראה לפע"ד לדינא דהמחבר בדוקא נקיט כיון שראה הבהמה אוכלת דאל"כ אמאי חייב דהא בב"ק (דף מ"ז) בהא דקתני במתני' דאם הכניס הפירות שלא ברשות בעל החצר אם הוזקה בהן בעל הפירות חייב קאמר רב בגמרא לא שנו אלא שהוחלקה בהן אבל אכלה פטור מאי טעמא הוי לה שלא תאכל וכן פסקי' בש"ע (כאן סעיף ב') ועיין בתוס' ורא"ש דטעמא דפטור כיון שבמתכוין

מביאה הבהמה על עצמו דבר שמזיקו ועוד טעם כתב הרא"ש כיון דלא שכיח שתאכל הבהמה יותר מדאי ע"ש, וא"כ אמאי פסקינן דאם הכניס ברשות והניח בעל החצר את זה שהרשהו לשמרה ואכלה בהמתו של בעה"ב והוזקה באכילתן בעל הפירות חייב [היא קו' הגמ' (דף מ"ח ע"א) ומשני משום דקביל עלי' נטירותא ומרווחא דחצר מסלקו נפשייהו הילכך עלה דידי' רמי' נטירותא, והובא כאן בסמ"ע, אך לפ"ד הרא"ש דל"ש שתאכל יותר מדאי הדק"ל דאפילו בקביל נטירותא ליפטר], ובע"כ צ"ל דהטעם הוא כיון דראה והי' בידו למחות את הבהמה שלא תאכלנו משום הכי חייב דלא גרע משומר חנם היכא דיכול להקדים ברועים ומקלות ולא קדם דחייב כמבואר לעיל (סימן ש"ג סעיף ח'), אבל בלא ראה נלפע"ד אף דקבל בעל הפירות נטירותא על הבהמה ואכלה פירות יותר מדאי בעל הפירות פטור משום דלא שכיח שהבהמה תאכל יותר מדאי כסברת הרא"ש הנ"ל, אבל אם לא קבל נטירותא אף שראה שבהמה אכלה יותר מדאי ולא מיחה בה ומתה פטור, אף שמצוה עליו לעשות ולמנוע הבהמה שלא תאכל מטעם השבת אבדה כמו שכתב הרמב"ן גבי היודע עדות לחברו, ואין מעיד לו, מ"מ חיוב תשלומין ליכא על בעל הפירות, ולפ"ז מתורץ קושיית הישׁ"ש אמאי קאמר רבא (מ"ז ע"ב) אפי' חנק את עצמו חייב הא אונס הוא ולא גרע משומר חנם דפטור ברוח שאינו מצוי', ולפי הנ"ל ניחא דה"ק דחנק את עצמו והוא ראה חייב דלא גרע מש"ח שיכול להקדים ברועים ולא קידם דחייב, אבל היכא דלא ראה באמת פטור דאונס היא, ועיין בבעל המאור ב"ק (דף נ"ד) גבי כסהו כראוי מבואר סברא הנ"ל:

סימן שצד

סעיף ג' (א) המעמיד בהמת חבירו על גבי קמת חבירו המעמיד חייב לשלם מה שהזיקה וכו' [הג"ה:

[ואפילו הפירות ברשות הרבים דהוי כמזיק בידים, לכאורה צ"ע אמאי לא קתני שבעל הבהמה צריך לשלם מה שנהנה והמותר משלם המעמיד דהא בהמה שלו נהנית כמו שמצינו בכמה מקומות, ונראה לתרץ בטוב טעם דהא מבואר בתוספות ב"ק (דף ק"א ע"א בד"ה או דלמא אין שבח סמנים על גבי צמר) חדשו לנו רבותינו בעלי התוספות דהנאה שאינה באה לא ע"י מעשיו ולא על ידי מעשה בהמתו רק שממונו נהנה ע"י ממוצע פטור ואינו משלם אפילו מה שנהנה, ובתחב לו חברו אף על פי שאין זה על ידי מעשיו מ"מ גופו נהנה חייב אפילו על ידי ממוצע, וכן כתב הרא"ש שם (פרק הגוזל סימן י"ז) כשממונו נהנה ע"י אחר פטור וכ"כ מהרש"ל ביש"ש שם (סימן כ"ח) ע"ש,

ולפ"ז ניחא הכא דהמחבר סתם דהמעמיד חייב בכל דהכא בעל הבהמה לא עשה כלום ולא בא ע"י מעשה בהמתו רק שבהמתו נהנית דהיינו ממונו נהנה ע"י מעמיד לכך בעל הבהמה פטור לגמרי ואינו משלם אפי' מה שנהנה רק המעמיד חייב בכל, ועש"ך (סי' שצ"א סק"ב) דהניח דינא דתוס' ורא"ש הנ"ל בספיקא דדינא, וערשב"א פרק הכונס כתב בפי' כיון שהעמידה על הקמה הרי היא כאלו מאכילה בידים משמע לכאורה מדברי רשב"א כדברי תוס' ורא"ש הנ"ל ומדברי מחבר כאן נמי משמע כן:

סימן שצו

סעיף ג' (א) הוציאוה לסטים הם חייבים משעת משיכה וכו'. ודוקא שהוציאוה כדי לגוזלה אבל הוציאוה כדי לאבדה פטורים. היא דברי תוס' ורא"ש פרק הכונס (דף נ"ו ע"ב) שהביאו בשם הירושלמי דוקא שהוציאוה על מנת לגוזלה אבל הוציאוה כדי לאבדה פטורים., ועש"ך (סק"א) דכתב אבל על הבהמה עצמה חייבים אע"פ שלא היה דעתם אלא לאבד כדלעיל (סימן שפ"ו) גבי זורק מטבע לים הגדול עכ"ל, וצריך להבין כיון דהוי גזלן היכא דעשה קנין כדי לאבדה ודין גנב יש לו דמה לי גנב לאכול או לאבד וא"כ אמאי פטור על נזקי בהמה מה חילוק יש בזה לשאר גנב וגזלן, ונלפע"ד בכוונת השיך דהא תוספות פרק הכונס (שם ד"ה פשיטא) הקשה אמאי חייב הגזלן על שמירת נזקיו הא גזלן אינו שומר ופטור אפילו מפשיעה היכא דמקיים והשיב דהיינו פירות והרקיבו מקצתן דזה (הוי היזק ניכר רק) שנוי לא הוי משום הכי שומר חייב וגזלן פטור אף דנרקב מקצתן בפשיעה כיון דמקיים והשיב, אם כן הכי נמי אמאי חייב הגזלן אם הזיקה הבהמה. בשן ורגל דהא מקיים והשיב, ותירץ תוספות דשמירת בעליו אינו על גזלן כיון דלא קבל עליו שמירה אבל שמירת דעלמא ודאי הוטל עליו דהא התורה הטיל שמירה על בעלים כמו כן כאן דגזלן מתכוין להוציא מרשות בעליו ג"כ מוטל עליו החיוב ע"ש, וזה דוקא היכא דכוונתו להחזיק בה אבל היכא דכוונתו לאבדה פטור, דהא גזלן אינו שומר והא בעליו גופיה אם הפקיר שור ואח"כ הזיק פטור והכא נמי כן. אף דגזלן אינו יכול להפקיר דהא אינו שלו מ"מ כיון דאינו מחזיק לעצמו אינו מוטל עליו לשמרו, אף דההיזק בא מכח הוצאה דגזלן מ"מ זה לא הוי רק גרמא בעלמא כמו פרצוה לסטים ופורץ גדר דפטור מטעם גרמא והכא נמי כן, אבל אם נאבדה שפיר חייב כיון דעשה מעשה קנין השבה בעי מיעבד כמבואר (בסימן שפ"ו) ע"ש וכיון דנאבדה אינו מקיים והשיב ולכך חייב:

סימן שצח

סעיף ה' אם הכניס ברשות וכו', [הג"ה] ויש אומרים דכיון דנתן לו רשות שיכנוס הוי כאלו קבל עליו שמירתו, עש"ך לעיל (סימן רצ"א סק"ט) דהניח דברי הרמ"א בצ"ע וע' מה שכתבתי שם (סק"א) ליישב קושייתו:

סימן שצט

סעיף ג' א' וכן שיר שנח את הפרה ונמצא עוברה מת בצדה ואין ידוע וכו' המוציא מחברו עליו הראיה אפילו ניזק טוען ברי ומזיק שמא וכו', וצריך להבין מה רבותא היא הא אפילו היה מודה נמי פטור דהא קיי"ל פלגא נזקא קנסא ומודה בקנס פטור, דודאי פטור אפילו משבועה כמו שכתב המחבר, ובאמת הוא סוגיא ערוכה בבבא קמא (דף מ"ו ע"א) זו דברי סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המוציא מחברו עליו הראיה ואפילו ניזק ברי ומזיק שמא, וגם על הגמרא קשה כנ"ל, ולפעד"נ דשפיר רבותא היא דאע"ג דאיכא דררא דממונא וסובר סומכוס חולקין ורבנן סוברים אפילו הכי אע"ג דניזק טוען ברי ומזיק שמא מ"מ המוציא מחברו עליו הראיה דברי ושמא לאו ברי עדיף, אבל אי אמרינן ברי ושמא ברי עדיף שפיר חייב, ולא שייך לומר דהא אם היה מודה היה פטור מטעם מודה בקנס, דיש לומר דהרבותא הוא כגון דעדים אומרים אנחנו יודעים דהמזיק לא היה שם בשעת נגיחה, א"כ אינו יכול להכחיש בברי [וכן כתב הפנ"י שם] וממילא לא הוי מודה בקנס כיון שאין לו מקום לפטור, וזה דוקא אי אמרינן ברי ושמא ברי עדיף לא הוי מודה בקנס אבל לדידן דקיי"ל דררא דממונא וברי ושמא אפילו הכי מוציא מחברו עליו הראיה משום הכי אם מודה פטור מטעם מודה בקנס דהא יכול לטעון טענת שמא ופטור, וממילא פטור משבועה, ובזה יובן דברי תוספות בבא קמא (שם ד"ה דאפילו) דתירץ דמשום הכי לא אמרינן הכא מתוך שאין יכול לשבע משלם משום דמודה בקנס פטור, וקשה דהא מיירי דעדים אומרים דהוא לא היה בשעת נגיחה א"כ אין יכול להכחיש, אך מ"מ יכול לפטור עצמו בטענת הילך על הנגיחה והוי פטור הלכך לאו ברי עדיף, אף דהש"ך כתב (בסק"ב) דהגם דקיי"ל יוחלט השור מ"מ לא הוי הילך כיון דצריך שומא, מ"מ יכול לפטור עצמו דיאמר בפירוש הילך ולכך לא אמרינן ברי עדיף ועודנה צ"ע:

סימן ת

סעיף ג' (ח) היו שני שוורים הרודפים אחד גדול ואחד קטן וכו', עש"ך (סק"ו) דהביא בשם הטור דראב"ד סובר היכא ששניהם תמים ועדים אינם יודעים אם גדול הזיק או קטן הזיק פטור משבועה משום דהוי כטענו חטים והודה לו בשעורין וכן כתב המגיד משנה בדעת הראב"ד, ותמה הש"ך דלמה לי הטעם דהוי כטענו חטים והודה לו בשעורין תיפוק ליה דפטור משבועה משום מודה בקנס דפטור והניח דברי קדשם בצ"ע, ולפע"ד נראה די"ל לפ"מ שמבואר במגיד משנה (פרק ט' מנזקי. ממון הלכה י"א) בשם הראב"ד דאף דקיי"ל פלגא נזקא קנסא אפילו הכי שאני משאר קנסות דגבי פלגא נזקא מהני תפיסה ועיין רשב"א בבא קמא בסוגיא דשור שהיה רודף וכן בסוגיא דיוחלט השור דב"ד אומרים שלם אבל אין כופין ותפיסה ודאי מהני לשטת הראב"ד ע"ש, [ועז"ר ח"ב (ריש סימן מ"ג) דהוכיח דגם דעת ש"ע (סימן זה ס"ד) דמהני תפיסה והאריך שם בשטת הראב"ד להצילו מקושית הש"ך כאן (סקי"ג) ע"ש], ולפ"ז י"ל גבי שניהם תמים ועדים יודעים שאחד ודאי נגח ועל השני אינם יודעים ותבעו שניהם והוא כופר בשני י"ל דחייב שבועה דאורייתא לשטת הראב"ד דהא אם הודה מהני תפיסה, וגדולה מזו כתב הכ"מ (פרק כ"א מעדות הלכה ד') דהיכא דהפסידו בעדותם ממון שיכול לתפוס ונמצאו זוממין חייבים לשלם דזה נקרא הפסד ממון כיון דבקל יכול לתפוס ע"ש, ממילא יש לומר דחייב שבועה דאורייתא לשטת הראב"ד ושפיר דברי הטור, ומ"מ היכא דשניהם תמים ותובע טוען גדול הזיק ונתבע טוען קטן הזיק פטור משום דהוי טענו חטים והודה לו בשעורים אבל לא מטעם מודה בקנס, ומיושב קושיית הש"ך דהם מפרשים דברי הראב"ד והראב"ד סובר דמהני תפיסה וב"ד אומרים לו שלם רק דאין כופין כמבואר ברשב"א הנ"ל, ועיין תומים (סימן פ"ח) דחולק על הש"ך בזה וס"ל דזה לא נקרא מודה בקנס כיון דסוף סוף ודאי נגח שורו רק אם קטן הזיק אין לו לשלם החצי נזק שחייב דתם אין משתלם רק מגופו והוא מודה שגדול הזיק ויש לו לשלם חצי נזק וזה מקרי מודה בתשלומי קנס דחייב, ועיין בסוף ספר דברי משפט מה שכתב אאמ"ו הגאון זצ"ל ראיה לדברי תומים הנ"ל ע"ש, [ודע דמש"ל בישוב ד' הראב"ד עיקר הכונה משום דב"ד אומרים לו שלם, אבל בלא"ה לא מחויב שבועה משום תפיסה לחוד וכדמוכח מראיית הראשונים ריש ב"מ דע"א פוטר משבועה מר"ח קמייתא ועי']:

סימן תג

סעיף ב' (א) פחת הנבילה לניזק ושבח נבילה חולקים אותו המזיק והניזק וכו', עברא"ש ב"ק (דף ל"ד) דכתב דפליגי ר"מ ור"י היכא דליכא פסידא לניזק דר"מ סובר דניזק הוי ור"י סובר דפלגו, ולכאורה צריך להבין דברי הרא"ש ועיין פלפלא חריפתא דתמה עליו ע"ש וכתב ודאי היכא דנשבח מקצת דהיינו דבהמה בחייה היתה שויה עשרים ונבילה שויה י' בשעת מיתה ואח"כ שוה י"ב ודאי יש חלק למזיק כמבואר הכא, ונראה לפע"ד בכוונת הרא"ש דהנה בים של שלמה הקשה דקיי"ל דשבח נבילה פלגא ובבבא קמא (דף ל"ד ע"א) משמע היכא דנשבח הבהמה צריך ליתן המזיק כשעת היזק, ורצה לחלק דדוקא היכא דמתה הבהמה כתיב וגם את המת יחצון אבל היכא דלא מתה רק שנפחת מדמים אין לו למזיק חלק בו ע"ש וסמ"ע וב"ח חולקים ע"ש, ולי נראה דדוקא היכא דשבח בא מחמת הבשר דנתיקר הבשר אבל בהמה בחייה לא נתיקרה ודאי יש למזיק חלק בשבח אבל היכא דגם בחייה נתיקרה אם כן אם חשבינן כשער דהשתא בהמה ג"כ שוי' יותר [ובפנ"י גם כן כתב סברא זו] אין למזיק חלק בו, וממילא מתורץ קושיית הים של שלמה, ולפי זה יש לומר דכוונת הרא"ש מה שכתב היכא דליכא פסידא היינו דשוי' הבהמה השתא כמו שהיתה שוה בשעת הנזק ואם כן ליכא פסידא אם חשבינן שבח נבילה כיוקר דהשתא משום הכי חולקים בשבח נבילה ושפיר דברי הרא"ש:

סימן תה

סעיף ג' (א) נגח אשה ויצאו ילדיה פטור מדמי ולדות וכו' אבל אם נגח שפחה מעוברת וכו' שמין אותה כמה היתה שוה תחלה וכמה נפתחו דמיה עכשיו וכו', היא מימרא דרב פפא בב"ק (דף מ"ט) אמר רב פפא שור שנגח את השפחה ויצאו ילדיה חייב בדמי ולדות מ"ט חמרתא מעברתא בעלמא היא דאזיק, ובתוספות שם (בד"ה חמרתא מעברתא) הקשה דהא גבי בור תנן בסוף הפרק נפל לתוכו עבד או אמה פטור ולא אמרינן דהוי כחמור ולא נמעטיה משור ולא אדם עכ"ל, ולכאורה צע"ג על קושיית התוספות הא תוספות בעצמם כתבו (בדף ט') דכל ילפותא מה שאנו ילפינן גבי בור שור ולא אדם קאי על עבד ואמה דלגבי שאר בן חורין נלמד דפטור גבי בור מאש דכתוב עליו ולא על בור ולא על אש, וא"כ לא הקשה תוספות מידי דלעיל גבי בור עיקר קרא דכתוב ונפל שמה שור או חמור קאי על עבד ואמה וצ"ע, ועתוי"ט ב"ק (פרק ה' מ"ו) דכתב הטעם דמשום הכי אם עבד או אמה נפלו לבור דפטור ישיב לבעליו כתיב ובעל העבד אדון נקרא ולא בעל ע"ש, ולהנ"ל א"צ לזה:

סימן תו

סעיף י"ג, (א) נגח שורו והפקירו קודם שעמד בדין וזכה בו אחר פטור, נראה ודאי דאפי' זכה בו אחר קודם שעמד בדין ואם כן הוי שור שיש לו בעלים בשעת נגיחה וגם בשעת העמדה בדין אפילו הכי פטור, ולא דמי לנגח ואח"כ מכר או הוריש דחייב די"ל בשלמא כאן יכול הזוכה לומר אם אני לא זכיתי בו ג"כ לא היה לניזק זכות על חצי נזק כיון דאין לו בעלים ועל תביעת הניזק היה יכול לזכות בו דהוי גרמא בעלמא דפטור משום הכי פטור הזוכה אבל גבי מכר או הוריש לעולם היה לו בעלים על השור משום הכי חייב כנ"ל:

סימן תז

סעיף א' (א) שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין אע"פ שהוא מכור הרי הניזק גובה הימנו וחוזר הלוקח וגובה ממזיק שמכר לו, ואם הקדישו המזיק מבואר בסוגיא בבא קמא (דף ל"ג) דקדוש משום דרב אבוהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלי פדיון,, וכתבו תוספות שם דאיירי בקדושת דמים דאינו מפקיע מידי שיעבוד ותוספות גטין (דף מ' ע"ב ד"ה הקדש) כתבו דאפילו בקדושת מזבח איירי ואפילו הכי אינו מפקיע מידי שיעבוד כיון דאינו יכול לסלקו בזוזי, ולכאורה דברי תוספות תמוהין דהא לר' ישמעאל איירי ויכול המזיק לסלקו במעות וכן הקשה מהרש"א ותירץ כיון דלוקח אינו יכול לסלקו בזוזי משום הכי אמרינן למפרע הוא גובה ואין מפקיע מידי שיעבוד, וזה נמי תימא דסוף סוף נהי דלוקח אין יכול לסלקו בזוזי מ"מ כיון דהמזיק יכול לסלקו בזוזי הל"ל מכאן ולהבא הוא גובה כמו גבי הלואה כיון דהלוה יכול לסלקו בזוזי אמרינן מכאן ולהבא הוא גובה כמו כן הכא, ולפע"ד יש ליישב דברי תוספות לפי דברי ריב"א המובא באסיפת זקנים דאף. לר' ישמעאל דסובר יושם השור בב"ד ויכול המזיק לסלקו במעות היינו דוקא אם השור שוה יותר מחצי נזק אבל אם אינו שוה יותר רק כפי הנזק אזי אין המזיק יכול לסלקו בדמים ונוטל המזיק השור המזיק והביא ראיה מסוגיית הגמרא ע"ש, ולפי זה דברי תוספות גטין מיושב דמשמע דאיירי בהקדיש המזיק שור ואין שור שוה רק חצי נזק משום הכי אינו חל ההקדש רק משום דר' אבוהו, כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון ואף לר' ישמעאל אינו חל ההקדש רק משום דר' אבוהו, אח"כ ראיתי בזית רענן ח"ב (סימן ס"ד אות י"א) שהביא גם כן דברי הריב"א וע"ש מ"ש בזה:
סעיף ד' (ב) קידמו בעלי חובות של מזיק ותפסוהו בין חב עד שלא הזיק בין הזיק עד שלא חב לא זכה אלא הניזק גובה ממנו וכו', [הג"ה] ויש אומרים דוקא דיוכל הבע"ח

לגבות חובו ממקום אחר אבל אם היה השור אפותיקי מפורש לבע"ח וקדם בע"ח לנזקין בע"ח קודם, עסמ"ע (סק"ה) דפירש דוקא אם תפס בעל אפותיקי מפורש הוא קודם והה"ד אם תפס השור דאין מוציאין מידו ואם לא תפס אחד מהם חולקים בשוה ע"ש, ולפע"ד דבריו תמוהין דהא מבואר בטור היכא דבעל אפותיקי מפורש קודם חובו לניזק אין הניזק גובה ממנו וכן משמע ג"כ לשון רמ"א, אבל נראה לפע"ד דבר נכון בסייעתא דשמיא דהא אנן קיי"ל פלגא נזקא קנסא ומבואר בב"ק (דף ט"ו) דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי ובדין הוא דלא לשלם כלל רק רחמנא קנסי' כי היכי דלינטרא, וממילא היכא דאפותיקי מפורש הוא קודם לניזק לא שייך כאן קנס דלמי נקנוס, נקנוס למזיק שניזק יגבה שורו לית ליה פסידא דהא אפותיקי אינו גובה ממנו דהא קיי"ל גבי אפותיקי מפורש אם שטפה נסר אינו גובה משאר נכסים ולבעל אפותיקי ודאי לא שייך למקניס, ובדין דלא לשלם כלל רק דקנסיה ליה רחמנא כי היכי דלנטרא והכא דלא שייך קנס דין הוא דאין לו תביעה ושפיר בעל אפותיקי קודם, אבל אם ניזק קודם שייך שפיר קנס בשעת נגיחה למזיק תו לא פקע, כנ"ל נכון. לדינא בסייעתא דשמיא וכבר הובא זאת בשמי בספר דברי חיים מדודי הגאון זצלל"ה בדיני נזקי ממון (סימן י"ד):

סימן תח

סעיף א' (א) אין הנזיקין משתלמים אלא בראי' ברורה ובעדים כשרים. ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן ת"ו) בשם ים של שלמה דלהוציא מן העכו"ם לא אמרינן כך דינכם:

סעיף ב' (ב) שור שהי' רועה ונמצא שור הרוג בצדו אעפ"י שזה מנוגח וזה מועד ליגח אין אומרים בידוע שזה נגחו וכו' עד שיראוהו עדים כשרים. דאנן קיי"ל כרבנן דפליגי על רב אחא בבא בתרא (דף צ"ג, וס"ל דלא אזלינן בתר אומדנא, וע' רשב"ם דכתב דהגם דגבי שור שנגח את הפרה סובר סומכוס ממון המוטל בספק חולקין, התם הוא משום דהעמד פרה על חזקתה והשתא הוא דילדה בשעה שאנו מוציאין עוברה בצידה ומת מחמת הנגיחה ע"ש, ולכאורה סברת רשב"ם צ"ע דהא גבי שור שהי' רודף בבבא קמא סוף פ' המניח דספק אם בסלע לקה אם שור הזיקו סובר ג"כ סומכות דחולקין (וכן גבי שני עבדים דספק אם גדול מכר או קטן דחולקין ג"כ לסומכוס) אף דהתם לא שייך סברת הרשב"ם וצ"ע:

סימן תי

סעיף ו' (א) אחד החופר בבור ברשות הרבים וכו', אבל אם הפקיר רשותו ובורו או שהפקיר בורו שברשותו הרי זה פטור וכו', לפ"ז יש ליישב דברי תוספות בבא קמא (דף ל' ד"ה אפילו תימא) דהקשה האיך מצית לאוקמי כר"י דהא קתני מתניתין וכל הקודם בהן זכה ותירץ תוספות דנוכל לומר דכל הקודם בהן לאחר ל' זכה, ולכאורה תימא א"כ מאי הקשה הגמרא לימא דלא כר"י דסובר בשעת הוצאות זבלים אדם מוציא זבלו לרשות הרבים וצוברו כל ל' יום שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ, הא י"ל מתניתין איירי שהוזק בהם לאחר ל' וכן הקשה בפנ"י ע"ש, ונראה ליישב דברי תוספו' דהא אנן קיי"ל היכא דחפר בור ברשותו ואחר כך הפקיר רשותו ובורו פטור כמבואר כאן בש"ע, ומקורו מתוספות בבא קמא (דף כ"ח ד"ה אבל) דבשלמא חפר בור ברה"ר דחפר באיסור שפיר חייב, אבל בחפר בור ברשותו דחפר בהיתר והשתא דהפקיר לאו בעל הבור הוא ע"ש, לפ"ז שפיר דברי תוספות דלא מצי לאוקמיה מתניתין דקתני אם הוזק בהן חייב דהיינו לאחר ל' אבל קודם לכן פטור כיון שהוציא ברשות שע"מ הנחיל יהושע את הארץ, דא"כ (ממנ"פ פטור על הוצאות זבלים) [גם לאחר ל' יפטור דהא ההוצאה וגם מה שהניח כל ל' היה ברשות] ולאחר שלשים כל הקודם זכה., וה"ל כמו שהפקיר רשותו ובורו, וע"כ מתניתין דקתני דאם הוזק בהן חייב איירי אפילו לאלתר, ושפיר הקשה הגמ' לימא מתניתין דלא כר"י:

סעיף י' (ב) אחד החופר בור או שיח או מערה או חריץ ולמה נאמר בור שיהא בו כדי להמית דהיינו עומק עשרה טפחים, ע' יורה דעה (סימן. נ"ח) נפילה אסורה כיצד בהמה שנפלה אם היתה עומדת על רגליה כשנפלה אם מכריסה עד מקום שנפלה שם י' טפחים חוששין שמא נתרסקו אבריה אבל אם שוכב' ונתגלגל' צ"ל מקום י' טפחי' והט"ז שם (סק"א) הקשה על הטור דהכא לא מחלק וכן המחבר כאן כתב דוקא בור י' טפחים ולא מחלק היכא דבהמה עמדה סגי בו' טפחים [משום דחשבינן מכריסה עד ארעא ד' טפחים] ע"ש מה שתירץ בשם יש"ש, ולפע"ד נראה דלא קשה דהא לכאורה קשה היכא דבור פחות מי' טפחים אמאי פטור דהא הוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס דהא הטעם בפחות מעשרה דפטור משום דהוי אונס כמבואר ברמב"ם (פרק י"ב מנזקי ממון) ושאר פוסקים דאין חבט פחות מעשרה מ"מ הא הוי תחלתו בפשיעה דאם היתה עמדה היה כדי להמית וכמו שהקשה תוספות בבא קמא (דף נ"ג ד"ה לבעל הבור) והכא לא שייך תירוץ תוספות שם, ומזה הכרח לדברי הרשב"א שם (ד' נ"א) דהכא לענין תשלומין כיון דהיכ' דאגנדר דהיינו שוכבת על רגלים ונתגלגל לבור לא נקרא בור לענין מיתת בהמה,

[ממילא גם בעומדת דיש מכריסה עד קרקע הבור י' טפחים מ"מ פטור] דתרי בור כתב רחמנא אחד לענין מיתה ואחד לענין נזיקין שלא חייבה תורה לענין מיתת בהמה אלא כשיש לעולם כדי להמית אפילו בא גנדר ע"ש וזה נראה עיקר: סעיף יד (ג) החופר בור עשרה ובא אחר והשלימה לכ' ובא אחר והשלימה לל' כולם חייבים, עסמ"ע (סקכ"א, ולכאורה צריכים להבין דהא מבואר (בסימן תי"ח סעיף י') עשה אחד אש ובא אחר והוסיף אם יש בזה שעשה ראשון כדי שתגיע למקום שהלכה הראשון חייב, וכן הכא יש בבור מה שעשה ראשון כדי להמית ואמאי כולם חייבים, ולפענ"ד דכוונת המחבר לקמן (בסימן תי"ח) דראשון חייב איכא לאפלוגי היכא דהשליך אחרון מעט עץ דבלא אש של ראשון אינו יכול להלוך לשם דבזה אחרון פטור ודומה לאחד חפר בור עשרה ובא אחר והוסיף עוד טפח דראשון חייב ואחרון פטור, אבל אם אחרון הוסיף הרבה עצים דבלא אש של ראשון נמי יכול להלוך לשם באמת כולם חייבים כמו הכא גבי בור, וכן מבואר בתוספות בבא קמא (דף י' ד"ה מאי) וברשב"א וכן מדוקדק לשון המחבר לקמן (סימן תי"ח) דבבא ראשונה אם עשה אחד אש ובא אחר והוסיף כתב אם יש במה שעשה ראשון כדי שתגיע למקום שהלכה הראשון חייב נקט מלתא דפסיקתא דראשון חייב בודאי, ולגבי שני הדבר תלוי בספק אם מכח אש של שני נמי יכול להלוך לשם השני ג"כ חייב, ואם אינו יכול להלוך מכח השני פטור השני, ובבא שניה נמי נקט המחבר מלתא דפסיקא שאם אינו יכול להלוך מכח אש של ראשון שראשון פטור ואחרון חייב אפילו שהאש הלך מכח הצטרפות אש ראשונה מ"מ כיון דהוא גומר האחרון חייב וע': סעיף י"ח (ד) ואפילו בתל גבוה כל שהוא, ע' ש"ך (סק"ב) דהביא בשם מהרש"ל ביש"ש דבור פחות מג' טפחים פטור אפילו לענין נזיקין משום דכארעא סמיכתא דמי ולא מקרי בור אפילו לענין נזקין, אמנם מדברי המרדכי (סוף ב"מ) ומהרב לקמן (סימן תי"ד ס"ב) נראה דגם פחות מג"ט מקרי בור, ולכן הניח הש"ך דין זה בצ"ע לדינא, ולכאורה דעת מהרש"ל תמוה מגמרא בבא קמא (דף צ"א) מאי לאו מלמטה למעלה קא חשיב מטפח ועד עשרה מיתה ליכא נזיקין איכא, משמע להדיא דאפילו בטפח הוי שיעור נזיקין לענין בור וצ"ע, אחר זה ראיתי במגיד משנה (פרק י"ב מנזקי ממון ה"י) שהביא מחלוקת תנאים בתוספתא תנא קמא וסומכוס אם בעינן ג"ט לענין נזיקין או כל דהוא, וכת' המ"מ שהרמב"ם פוסק כת"ק דאמר כ"ש, ומן התימא שלא הביאוהו:

[ולכאורה יש לדחות לגמרי הקושיא על מהרש"ל ז"ל דזהו לצד איבעי' דש"ס שם דאין אומד לנזקין, אבל למסקנא דפסקינן יש אומד לנזקין אמרינן ממעלה למטה קא חשיב, אבל המהרש"ל ע"כ אין טעמו משום דיש אומד, דהא לזה אין מועיל שיעור ג'

טפחים, דהא לפעמים גם בחמשה וששה א"י ליזק [וכאשר פסק בפריטי רמ"ה מובא באס"ז ב"ק (צ"א ע"א סד"ה ולענין פסק כתב הרב המאירי ז"ל) דגם בנזקי בור יש אומד אפילו בחמשא ושתא טפחים אי חזי האי בירא למעבד כשיעור האי נזקא ע"ש] רק טעמו משום דפחות מג' טפחים לא נקרא בור כלל משום דכארעא סמיכתא דמי, ועל זה שפיר הקושיא מש"ס דגם בטפח קרוי בור, ודברי התוספתא הנ"ל הובאו בביאורי הגאון החסיד מוהרא"ו זצוק"ל (בסימן זה ס"ק כ"ה)]:

סעיף כ"ד (ה) התליע מתוכו ונפלו בו שוורים וכו', [הג"ה] ויש מחלקין הא דפטור בכה"ג דוקא שאם היו עוברים הגמלים היו נופלים עם הכסוי דאז לא פשע כלל לגבי שוורים וכו' אבל אם הוא שאם יעברו הגמלים לא יפול הכסוי רק יתרועע ואם יעברו אח"כ שוורים יפלו חייב אף בהתליע מתוכו דהואיל ופשע לגבי שוורים חייב אף בהתלעה, עסמ"ע (סקל"ח, ועיש"ש (פרק ה' סימן ל"ח) דהקשה דאמאי חייב מטעם תחלתו בפשיעה וסופו באונס הא לא בא האונס מחמת פשיעה כמו גבי פשע בה ויצאה לאגם ע"ש, ולפעד"נ דעיקר טעם של יש מחלקין היא מכת סברת הרמב"ן בסוגיא דבבא קמא (דף נ"ב) אבעיא להו כסהו כסוי שיכולה לעמוד לפני שוורים ואינה יכולה לעמוד לפני גמלים וכו' כתב הרמב"ן סברא דכרייתו פשיעה היא לחייב רק רחמנא אמר אם כסהו כראוי פטור אבל אם כסהו שלא כראוי עדיין שם כרייה מקרי ע"ש, ושפיר דברי הרמ"א אם כסהו כסוי שאם יעברו הגמלים יפול הכסוי לגמרי א"כ כרייתו לאו פשיעה היא ממנ"פ אם יעברו גמלים יפול הכסוי ופטור על שור פקח ביום ואם לא יעברו גמלים כסוי מעליא היא, אבל היכא דאם יעברו גמלים לא יפול הכסוי רק יתרועע ואם עברו אח"כ שוורים ונפלו חייב, משום הכי חייב אם התליע ולא עברו גמלים דעל כרייתו חייבה רחמנא, ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן רצ"א סק"ג: סעיף ל"ב (ו) שור שדחף בהמה לתוך הבור ומת אם מועד הוא בעל הבור משלם מחצה ובעל השור מחצה ואם תם הוא בעל השור משלם רביע מגופו ובעל הבור משלם ג' חלקים, היא סוגי' בב"ק (ד' נ"ג ע"א) שור שדחף את חבירו לבור בעל השור חייב בעל הבור פטור ר' נתן אומר בעל השור משלם מחצה ובעל הבור מחצה והתניא ר"נ אומר בעל הבור משלם ג' חלקים ובעל השור רביעי לא קשיא הא בתם הא במועד וכמו שמבואר בש"ע כאן, וע' תוספות (שם ע"ב ד"ה הא כרבנן) דמסיק דצריך לומר דסברת רבא היא עיקר דהאי כולי הזיקא עביד והאי כולי הזיקא עביד, וערש"י שם, (ע"א ד"ה אי קסבר) דהואיל דבלאו בור נמי מיית הוי כאלו המיתו כולו, וכן גבי בור הואיל דבלא נגיחת השור נמי מיית כאלו המיתו כולו דאל"כ לר' נתן אמאי דכי ליכא לאשתלומי מהאי משתלים מהאי דהא גבי שור ושור פסולי מוקדשין

לא שייך אנא תוראי בבורך אשכחתיה, ואי אמרינן דחצי נזק עביד אמאי משלם יותר ע"ש, ולכאורה צ"ע דהא מרבא גופיה ע"כ מוכח דסובר דהאי כולי הזיקא עביד והאי כולי הזיקא עביד דאמר רבא (שם ע"ב) שור ואדם שדחפו לבור לענין כופר ושלשים של עבד שור חייב ואדם ובור פטורים, וע"כ צריך לשלם כופר שלם דכופר שלם אמר רחמנא ולא חצי כופר וכ"ש היכא דמשלם רק חצי ודאי לא כמו שכתב הרמב"ן באותה סוגיא ע"ש, אבל נלפע"ד דמדרבא אינו ראיה דסובר דהאי כולי הזיקא עביד והאי כולה הזיקא עביד די"ל דאף דרבא סובר שהם ביחד עשו ההיזק מ"מ חייב שור כופר שלם דהא קי"ל שנים שהוציאו מרה"י לרה"ר וזה לבד אינו יכול להוציא בלא זה השני שניהם חייבים כמבואר במסכת שבת (דף צ"ב) ע"ש, ובאמת הקשה תוספות בבבא קמא (דף מ' ד"ה כופר אחד) דהא גבי שבת שנים שהוציאוהו מרה"י לרה"ר שניהם חייבים, ותירץ תוספות בתירוץ שני דהתם חטאת דלגבוה אין להקפיד אם מביאין שני חטאות אבל כופר דלחבירו למה ירויח זה במה שהשור לשנים ע"ש, א"כ ממילא הכא דלא ירויח שפיר אמרינן דאף אם נאמר דבעל השור פלגא עביד מ"מ חייב כופר שלם, ולפ"ז לא קשה קושיית הקצוה"ח (כאן סק"ד) על רש"י ב"ק שם דפי' הטעם גבי אדם ושור שדחפו לבור מש"ה אדם פטור דקלבד"מ, והקשה הקצה"ח דהא רש"י כתב פרק הפועלים דמהני תפיסה וגם חייב לצאת ידי שמים ולא שייך ליכא לאשתלומי מהאי ע"ש, ולפי דברי תוס' הנ"ל שפיר בעל השור חייב כופר שלם כמו שנים שהוציאו בשבת דשניהם חייבים:

סימן תיא

סעיף א' (א) תולדות הבור אבנו סכינו ומשאו וכי"ב שהניחם בר"ה וכו' ויש לו כל דין בור לחייב נזק שלם מתחילתו. (עסמ"ע (סק"ב) וז"ל לאפוקי שור דאינו משלם נזק שלם מתחלתו עד שיגח ג"פ עכ"ל, ועב"ח דכתב דזה דוקא אליבא דידן דקי"ל כשמואל אף דלא הפקיר חייב מטעם בור אבל לרב דסובר היכ' דלא אפקריה משור למדנו אינו חייב מתחלתו נזק שלם עד שנעש' מועד ע"ש, ודבריו תמוהין לפע"ד דגבי אבנו סכינו ומשאו אפילו לרב דאמר משור למדנו מ"מ חייב אפילו מתחלתו נזק שלם וכן מבואר בתוספות בבא קמא (דף ג' ע"ב ד"ה משורו למדנו):

סעיף ז' (ב) הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות והטיל בו גללים וטנפו כליו של בעל החצר פטור בעל השור דהוי הנך גללים בור ובור פטור בכלים כמו שנתבאר בסימן שקודם זה, עסמ"ע (סק"ט) דאם הוזק בו בעל החצר חייב בעל השור אע"ג דרחמנא אמר איש בור ולא שור בור מ"מ כיון דהיה דידיה בשעת נפילה דבעל הבית אינו רוצה שיקנה

לו חצרו דבר שיוזק על ידו ע"ש, ודבריו לפע"ד צ"ע אף דבעל הבית אינו רוצה לקנותו מ"מ הפקר היא דהא בהפקר קיי"ל לעיל (סימן רע"ג סעיף ד') דלא בעינן אתי לרשות זוכה, אלא נראה דעיקר הטעם כמו שכתב תוספות דהכא כיון דדרכו של בהמה להרביץ גללים משום הכי חייב דהוי פשיעה דידיה, וכן כתב בספר תורת חיים דהוי כאלו עשה הוא בעצמו ע"ש:

סימן תיד

סעיף א' (א) לא יוציא אדם תבנו וקשו לרשות הרבים כדי שידושו ויעשו זבל ואם הוציאו קנסוהו חכמים שיהיה כהפקר וכו' ואע"פ שהם כהפקר אם הוזק בהם אדם או בחמה הרי זה המוציא חייב לשלם, עסמ"ע (סק"ב) דכתב דכאן דממונו היא ה"ל כמפקיר נזקיו אחר הנחתו במקום שלא היה לו רשות להניחו דחייב, וק"ל אמאי צריך לזה אפילו לא הוי ממונו נמי חייב כמו חופר בור בר"ה דחייב וה"נ אם מוציא תבנו וקשו לרשות הרבים הוי תולדה דבור דחייב אפילו לא הוי ממונו מעולם וצ"ע:

סימן תטז

א הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו פטור מלשלם וכו'. [הג"ה] מיהו אם חפר בכותל וגרם להפילו חייב בנזקין דהוי חציו ממש ונראה דאם אחד חפר בכותל ועדיין היתה יכולה לעמוד ואחר זמן מחמת שריבה הרוח נפלה, בעל הכותל חייב דכיון דשלו היא עציו רמיא לסתור הכותל, ודבר זה מבואר בטור (סימן זה) וז"ל אפילו אם אחר מניח את כליו של שמעין ברה"ר במקום שיכולים להזיק חייב בעל הכלי לסלקו עכ"ל, ולפע"ד נראה דטור למד כן מדברי תוספות בבא קמא (דף מ"ח ד"ה אע"ג) דחידשו תוספות דאפילו אם חפרו אדם דבר חיובא בעל חצר חייב בנזקי הבור, אך תוספות מסיים שם בצ"ע ע"ש אבל הטור פסק כן בפשיטות:

סימן תיח

סעיף (א) אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו הרי המבעיר חייב בנזקו ובשבתו וברפויו ובצערו ובבשתו כאלו הזיקו בידו שאע"פ שאשו ממונו היא הרי היא כמו שהזיק בחצו וכו', בבבא קמא (דף כ"ב ע"א) אתמר ר"י אמר אשו משום חציו ור"ש בן לקיש אמר אשו משום ממונו וערש"י (ד"ה משום ממונו) וז"ל כשורו ובורו שהזיקו וקס"ד דאיכא בינייהו כגון שהדליק בגחלת שאינו שלו, דלר"י חייב דחציו הן ולר"ל פטור דלאו

ממונו היא עכ"ל, ובתוספות שם ד"ה אשו חולק על רש"י והניח דבריו בתימא עיין שם, ולפע"ד כדי שלא יהיה דברי רש"י תמוהין כל כך יש לומר בסייעתא דשמיא דכוונת רש"י היא כך דאם ראובן הדליק עציו של שמעון ושמעון יכול להציל שלא ילך למרחוק כמו שמבואר לקמן בסוגיא היכא דיכול לגודרה או לכבות שלא ילך לחצר חברו ולא הציל או לא כבה נראה דמי שהעצים שלו חייב ודומה למה שמבואר בתוספות לקמן (דף מ"ח בד"ה אע"ג) דכתב וז"ל דאפילו אם חפרו אדם דבר חיובא הוא חייב בעל החצר בנזקי בור ועלה דידיה רמיא למלוי עכ"ל, ולפ"ז למ"ד דאשו משום ממונא א"כ אש הוי כמו נזקי שור ובור וממילא מי שממון שלו חייב לכבות כמו גבי בור (בדף מ"ח) כיון דארעא דידיה צריך למלויי כמאן דכרייה דמי ע"ש הכי נמי כן, וזה דוקא אם חיוב אש משום ממונא אבל למ"ד דאשו משום חציו א"כ עשו אש כמו אדם המזיק לכל הדברים דחייב מיתה אף דלא הצית בגופו של עבד וכן חייב על טמון וארבע דברים היכא דלא כלו חציו כמבואר בסוגיא, א"כ כיון דהוי מזיק ממש ומבואר לעיל בתוספות (דף ו' ד"ה לאתויי) היכא דאדם ושור של חברו הזיקו ביחד אין בעל השור חייב רק האדם כיון דהוא בר דיעה הכי נמי כן, ושפיר חייב המדליק לר"י דהא נקרא אדם המזיק ובעל הגחלת לא הוי רק נזקי ממונו ופטור בעל הגחלת לר"י, ולפ"ז שפיר כתב רש"י דאיכא בינייהו בגחלת שאינו שנו, כוונתו כמו שכתבתי כגון דראובן הנך והדליק גחלת של שמעון והי' באופן דשמעון הי' יכול לכבות שלא ילך האש למרחוק ולא כבה דחייב בעל הגחלת לר"ל כמו גבי בור כיון דעליה רמיא למלויי' וכו', ומדליק חייב בעבור הגחלת, ועיין בנמוקי יוסף דכתב היכא דנפל דליקה מעצמה והיה יכול לכבות או לגדור ולא עשה כן חייב כמו שורו שלא נעל בפניו ע"ש, וממילא היכא דהדליק גחלת של הפקר ודאי חייב כמו עשה בור ברשות הרבים, אבל גחלת שיש לו בעלים על בעל הגחלת מוטל לכבות או לגדור כמו דאם עש' בור בחצר חברו דעל בעל החצר למלאות כמבואר בתוספות (דף מ"ח, ולפ"ז מיושב קושיית תוספות על רש"י דהתם גבי גץ שיצא מתחת הפטיש וכן הכופף קומתו דלא שייך לומר מי שממון שלו צריך לזהר אדרבה כיון דהוא עשה ואין לו בעלים ודאי המדליק צריך לזהר, וכן קושיית תוספות דיוכל כל אדם להפקיר, נמי מיושב כיון דאין לו בעלים ודאי על המדליק מוטל לשמור משום הכי שפיר המדליק חייב אבל רש"י איירי בגחלת שיש לו בעלים והלך אחר והדליק אותם שפיר על הבעלים מוטל לשמרו שלא יזיק אחרים ועתה נכונים דברי רש"י בעז"ה, ועיין בתוספות בבא קמא (דף כ"ט ד"ה פליגי) ובטור (סימן תט"ז) דכתב אפילו אם ראובן מניח כליו של אחר בר"ה במקום שיכולים להזיק חייב בעל הכלי לסלקו ע"ש:

סימן תיט

סעיף ב' (א) אם יש למזיק שני עידית אין הניזק יכול לומר לו תן לי מעידית פלוני וכו'. עש"ך (ס"ק ד') דהביא בשם יש"ש דחולק על הרא"ש וסובר דיש להניזק הברירה לגבות איזה עידית שירצה ע"ש, ולפע"ד יש להביא ראי' לשיטת הרא"ש דהא במטלטלין קיי"ל דמזיק יכול לסלק בכל מילי אפי' סובין דישיב אמר רחמנא והא ודאי במטלטלין ג"כ יש חילוק שמטלטלין אלו שווין יותר מאחרים אפ"ה יכול המזיק לסלקו באיזה מטלטלין שירצה אפילו פחות שבכלים ממילא מוכח כשיטת הרא"ש דאם יש למזיק כמה עידית יכול המזיק ליתן איזה עידית שירצה, אחר כתבי ראיתי בסמ"ע (סימן ק"ב) דהביא ראי' זו:

הלכות חובל בחבירו:

סימן תכ

סעיף ט"ו (א) כיצד שמין הה' דברים נזק אם חסרו אבר או חבל חבורה שאין סופה לחזור שמין אותו באלו הוא עבד נמכר בשוק כמה הי' שוה קודם שחבל בו וכו' [הג"ה] ואם הי' בעל אומנות כגון נוקב מרגליות וקטע לו ידו משערינן הזיקו כפי מח שהוא וכו'. עש"ך (סק"ג) דהביא בשם ים של שלמה דחולק וסובר דלגבי נזק אין חילוק בשום אדם שבעולם אלא שמין אותו כעבד שא"י לעשות שום מלאכה, והש"ך נראה דחולק על יש"ש ע"ש, ולפענ"ד עיקר כשיטת הרא"ש וכמו שפסק הרמ"א כאן, וראי' לזה דהא זה מוסכם דאם הוא בעל אומנות דהיינו נוקב מרגליות וקטע רגלו צריך ליתן לו דמי שבת כל ימי חליו מה שאין יכול לעשות מלאכתו, א"כ האיך נימא דאם קטע ידו ואין יכול לעולם לעשות מלאכתו לנקוב מרגליות חשבינן כאדם ועבד שאין יודע שום מלאכה דהיינו נזק, זה מילתא דתמוה דאם חשבינן אם קטע רגלו והוא בעל אומנות נוקב מרגליות לסך רב כל ימי ביטול מלאכתו, ואם קטע ידו שלא יוכל לעולם להיות נוקב מרגליות שמין אותו כעבד שאין יודע שום מלאכה וזה תימא [וכמו כן תמה תוס' ב"ק דף פ"ה ד"ה נהי דנזק כ"ש], אלא ודאי מוכח כדברי הרא"ש ורמ"א דלגבי נזק נמי מחשבינן אם הוא בעל אומנות משערינן הזיקו כפי מה שהוא: סעיף י"ח (ב) כיצד משערין הריפוי אומדין כמה ימים יחי' מחולי זה וכמה הוא צריך ונותן לו מיד וכו' וכן השבת אומדין אותו ונותן הכל מיד וכו'. מקורו ממס' בבא קמא (דף צ"א) חמשה דברים אומדין אותו ונותנין לו מיד ריפוי ושבת עד שיתרפא, ועיין בטור כאן דהביא שיטות האם מחויב המזיק ליתן הצער שיומשך אחר המכה דהר"י סובר דאין מחויב ליתן רק צער שיש לניזק בשעת

המכה אבל צער שיש לו אח"כ אין מחויב המזיק לשלם, ורבינו משולם סובר דצריך לשלם הצער שיומשך על הניזק אחר המכה והרא"ש כתב בתשובה (כלל ק"א) כדברי הר"י דצער וגם בושת אין משלם רק מה שיש לו בשעת הכאה, ולכאורה יש להביא ראי' לדברי ר"י ורא"ש מדנקיט הגמ' חמשה דברים אומדין אותו ונותנין לו מיד ריפוי ושבת עד שיתרפא, נראה דדוקא ריפוי ושבת אומדין עד שיתרפא אבל צער ובושת אין נותנין לו אלא מה שיש לו בשעת הכאה, אך לכאורה קשה לשיטת ר"י ורא"ש אמאי במתניתין (דף פ"ו) המבייש את הישן חייב וכן מבואר לקמן (סימן זה סעיף נ"ה) ולשיטת הרא"ש אמאי חייב הא בשעה שישן לא הי' להניזק בושת רק אח"כ כשניער והרא"ש סובר דאין חייב על בושת שבא אח"כ דזה לא הוי רק גרמא וצ"ע ויש ליישב:

סימן תכד

סעיף ד' (א) מי שחציו עבד וחציו ב"ח שהכהו אדם או נגחו שור נתבאר משפטו בטור יורה דעה סימן רס"ז, והנה בטור (סימן זה סעיף ו') כתב מי שחציו עבד וחציו ב"ח אם בעליו בני כפייה שיכולין לכפותן לשחררו חבלתו לעצמו ואם בעליו אינן בני כפייה כגון קטנים שאינן בני כפיי' חבלו בו חבלה שסופו לחזור כגון שהכה על ידו וצמחה וסופה לחזור אם נעשה ביומו הוא שלו וביום של רבו היא של רבו אבל אם אין סופה לחזור כגון שחסרו אבר חולקין בו רבו והוא, והרמב"ם לא חילק אלא כתב סתמא ביום רבו לרבו וביום עצמו לעצמו וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא ראשונה עכ"ל,, ונראה דהא דאם אין סופו לחזור כגון שחסרו אבר דחולקין בו רבו והוא, היינו דוקא בלא מכליא קרנא אבל במכליא קרנא כגון שהמית מי שחציו עבד וחציו ב"ח אין הדין שיחלוקו, אף שהיתומים קטנים שאינן בני כפייה אינם נוטלים חצי קנס כיון דלכי גדלי יכפו אותם וזמן ממילא קא אתי א"כ אינן נוטלים חצי קנס, ולפ"ז מיושב קושיית מהרש"א גטין (דף מ"ב) דאבעיא התם בגמרא אי מעוכב גט שחרור יש לו קנס או אין לו קנס ובעי הגמרא למפשיט מהא דקתני מי שחציו עבד וחציו בן חורין נותן חצי קנס לרבו וחצי כופר ליורשי' מאי לאו כמשנה ראשונה, והקשה במהרש"א דהא יכול לאוקמיה אפילו כמשנה אחרונה ואיירי ביתומים קטנים שאין בני כפייה דהא תוספות כתבו לעיל על הדין דנגחו שור יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו דאפילו למש"א נפ"מ כגון שהיתומים קטנים, ולפי הנ"ל מיושב קושייתו דתוספות לא כתבו סברא זו רק היכא דלא מכליא קרנא כגון בנגיחה אבל בכלייא קרנא דהיינו מי שהמית חציו עבד וחצי ב"ח לא

אמרינן דהקטנים יזכו בחצי קנס כיון לכי גדלי יכפו אותם והזמן ממילא קא אתי וא"כ צריך הגמ' לאוקמי' דברייתא מי שהמית חציו עבד וחציו ב"ח איירי למשנה ראשונה:
סעיף ה' (ב) מי שיצא לחירות לא הגיע גט שחרור לידו וחבלו בו אחרים פטורים, עב"י (סעיף ז') דדין זה מקורו מגטין (דף מ"ב) דהיא אבעיא דלא אפשטא מעוכב גט שחרור אם יש לו קנס או אין לו קנס ע"ש, עוד אבעיא שם (בדף הנ"ל) עבד שמכרו רבו לקנס מכור או אינו מכור תבעי לר' מאיר תבער לרבנן תבעי לר' מאיר עד כאן לא קאמר ר' מאיר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אלא כגון פירות דקל דעבידי דאתי וכו' תבעי לרבנן עד כאן לא קאמרי רבנן אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אלא כגון פירות דקל דהשתא מיהו ליתנהו אבל הכא הא קאי שור והא קאי עבדא, וע' בתוספות וברשב"א שם דהאבעיא היא רק כשמכר העבד לקנס אי הוי לרבנן כדקל לפירותיו אבל אי מכר קנס עצמו פשיטא דאפילו לר' מאיר לא קנה דהא לא עבידי דאתי כדקאמרינן ע"ש, וערשב"א שם דהקשה אשמעתין דאם מכר העבד לקנס אמאי לא אמרינן דאפילו לרבנן קנה מטעם דגוף העבד מכר לו לכשיגחנו השור ועשה שותף עמו שיהא שותפו לענין קנס, ולשאר דברים כגון למלאכתו ולעמוד לפניו יהיה של חברו דאטו שותפין שקנו עבד והתנו ביניהם כך מי לא הוי קנסיו לשותף זה ומה שנא הכא, והניח בצ"ע, ולפע"ד אחר העיון נראה דשפיר מיושב קושיית רשב"א דהא במעוכב גט שחרור היא אבעיא דלא אפשטא אי יש לו קנס או אין לו קנס ואם כן חזינן כיון דאין יכול לעשות עמו מלאכתו אף דיש בידו להתירו בבת חורין אפ"ה אפשר דלאו אדון קרינא ביה מכש"כ הכא דאין ללוקח שום שייכות בעבד וה לא למלאכה ולא להתירו בבת חורין רק לקנס א"כ ודאי אין לו שום זכיות בקנס דלאו אדון הוא, רק מכח המוכר יבוא זכיותיו של לוקח בקנס ועל זה שפיר אבעיא היא אי הוי כדקל לפירותיו כמו שפירש תוספות ורשב"א ועיין:
ג וחבלו בו אחרים פטורים, עסמ"ע (סק"ו) דהביא בשם הטור דאם כותבין הרשאה זה לזה יוכלו לגבות דמי החבלה ע"ש, ולי צ"ע (דמשמע הכא) אעיקרא דדינא] דבלא הרשאה מחזיק המחזיק דמי נזקו לעולם אמאי הא כתב הש"ך (סימן ע"ו סקט"ו) דאם אדם בעצמו אומר לשנים אחד מכם הלוה לי מנה ואיני יודע איזהו והם ג"כ אינם יודעים כתב הש"ך דמניח המנה ביניהם והם חולקין ולא אמרינן יהא מונח עד שיבוא אליהו כיון דליכא רמאי ע"ש, וכש"כ הכא י"ל דחולקין ואמאי פטור המזיק לגמרי בלא הרשאה וצ"ע:

סימן תכה

סעיף א' (א) כל חייבי מיתות ב"ד. לא היה בידינו להלקותן וכו', והנה מבואר בסוגיות הש"ס וגם לעיל (סימן תכ"ד סעיף ב') דגם חייבי מיתות שוגגין פטור מתשלומין, והאחרונים מסופקים אם היה ספק קים ליה בדרבה מניה אם פטור מתשלומין או לא כגון שהדליק גדיש בשבת בין השמשות וספק אם היה אז שבת או ע"ש אם ספק קלבד"מ פוטר מתשלומין, ולפע"ד יש לפשוט דחייב בתשלומין מסוגיא דמכות (דף י"ג) דמתרץ רבינא את דברי ר' עקיבא לעולם כדאמרינן מעיקרא שאם עשו תשובה ב"ד של מעלה מוחלין להם מאי אמרת הא לא עביד תשובה לא פסיקא ליה מלתא לכרת ע"ש, משום הכי חייבי כריתות לוקין אף שאין מחייבין שתי רשעיות מ"מ כיון דלא פסיקא מלתא לכרת דשמ' יעש' תשוב' משום הכי לוקין דספק הוא אם יהי' שתי רשעיות כ"כ בספק קלבד"מ דספק הוא דלמא לא יהיה חיוב מיתה דשמא עשה קודם שבת מש"ה צריך לשלם, וטעמא דמלתא דהא בקלבד"מ סובר רש"י בבא מציעא (דף צ"א) דמהני תפיסה דרש"י קאמר התם על תירוצא דרבא אתנן אסרה תורה וכו' דאף בקלבד"מ נמי יש לו חיוב רק ב"ד אין לו כח לענשו בשתים משום הכי מהני תפיסה, ולפ"ז בנידון דידן כיון דודאי חייב ממון רק ספק היא אם יש לו פטור של קלבד"מ ואין ספק מוציא מידי ודאי דהא בודאי קלבד"מ נמי יש חיוב רק דב"ד אין לו כח לענשי' משום הכי בספק קלבד"מ חייב דאין ספק מוציא מדי ודאי חיוב, ועיין בבעל המאור ורמב"ן שהאריכו מאוד בסוגיא הנ"ל, [וע' בתפארת ירושלי' שבת (אות ק"ד) מ"ש בדין זה]:

סימן תכו

סעי' א' א) הרואה את חבירו טובע בים או לסטים באין עליו וכו' אם יכול הוא להצילו בעצמו או שישכור אחרים להציל ולא הציל וכו' עובר על לא תעמוד על דם רעך, היא סוגיא בסנהדרין (דף ע"ג) ונראה משם וכן מטור וש"ע דדוקא היכא דישראל עומד בסכנה ויכול להציל בין בגופו בין בממונו ולא הציל עובר משום לא תעמוד על דם רעך וראיתי בהחינוך על התורה (פ' קדושים סימן רל"ז) דכתב דיש בכלל אזהרה זו שלא לכבוש עדות כדי שלא יאבד חברו ממונו ע"ש ולפע"ד צ"ע, וע' רמב"ן (בדינא דגרמי שלו) דכתב מה שהדין שהיודע עדות לחברו חייב הוא להעיד מתורת גמילות חסדים ודומה למי שרואה כיס של חבירו אבד ואינו מצילו ע"ש, נראה ג"כ להדיא מדברי הרמב"ן דאינו עובר על לא תעמוד על דם רעך:

סימן תכז

סעיף א' (א) מצות עשה לעשות אדם מעקה לגגו שנאמר ועשית מעקה לגגיך וכו'. [סעיף ו] כל המניח גגו בלא מעקה ביטל מצות עשה ועבר על לא תעשה שנאמר ולא תשים דמים בביתך, ע' בתוספות קדושין (דף ל"ד ד"ה מעקה) מבואר היכא דבונה בית מתחלה לעשות מעקה ואחר שבנאו נמלך או שעשה ונפל אין שם אלא עשה, [וחידוש שלא הביאו דברי קדשם] וממילא נראה היכא דטרוד במצוה דפטור מכח זה מעשה דמעקה דעוסק במצוה פטור מן המצוה, עש"ך (סק"ב) דמסתפק היכא דהוי שיתוף עם נכרי בבית [דפטור ממזוזה] האם חייב במעקה, משמע דאפי' מתחילה אינו מתכוין לעשות מעקה, ולכאורה קשה דלא דמי למזוזה דהתם במזוזה הוי רק עשה אבל הכא גבי מעקה איכא ג"כ לאו לא תשים דמים בביתך וצ"ע, ועיין במחנה אפרים (הלכות שלוחין סימן י"א) היכא דשכר אומן נכרי לעשות מעקה פסק דישראל הבעה"ב מברך על מצות מעקה, אע"ג דאין שליחות לנכרי מ"מ אם שכרו יד פועל כיד בעה"ב הוא כמבואר במס' ב"מ (דף י"א) אפילו לרב נחמן דסובר המגבי' מציאה לחבירו לא קנה חבירו מ"מ גבי פועל קנה בעה"ב את המציאה דידו כיד בעה"ב ה"נ כן ע"ש:

נשלם חלק שני:

אל ד' אקרא ויענני ברוך הנותן ליעף כח. ולאין אונים עצמה ירבה: