הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · טורי זהב

טורי זהב על שולחן ערוך
חושן משפט

רבי דוד הלוי סגל [הט"ז]

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

טורי זהב על שולחן ערוך חושן משפט

רבי דוד הלוי סגל [הט"ז]

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/טורי-זהב-על-שולחן-ערוך-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 8
סימן ב 13
סימן ג 14
סימן ד 17
סימן ה 18
סימן ז 18
סימן ח 20
סימן ט 21
סימן י 22
סימן יא 22
סימן יב 22
סימן יג 24
סימן יד 25
סימן טו 27
סימן טז 28
סימן יז 29
סימן יח 33
סימן יט 34
סימן כ 34
סימן כא 35
סימן כב 36
סימן כג 38
סימן כד 39
סימן כה 39
סימן כו 41
סימן כז 42
סימן כח 43
סימן כט 48
סימן ל 48
סימן לא 53
סימן לב 54
סימן לג 54
סימן לד 59
סימן לה 66
סימן לו 67
סימן לז 68
סימן לח 73
סימן לט 73
סימן מ 77
סימן מא 78
סימן מב 80
סימן מג 84
סימן מד 89
סימן מה 89
סימן מו 92
סימן מז 98
סימן מח 99
סימן מט 100
סימן נ 105
סימן נא 105
סימן נב 106
סימן נג 106
סימן נד 107
סימן נה 107
סימן נו 108
סימן נח 111
סימן ס 112
סימן סא 116
סימן סב 117
סימן סד 118
סימן סה 118
סימן סו 127

סימן סז 130
סימן סח 131
סימן סט 132
סימן ע 137
סימן עא 139
סימן עב 144
סימן עג 156
סימן עד 167
סימן עה 169
סימן עו 173
סימן עז 174
סימן עח 175
סימן עט 176
סימן פ 178
סימן פא 178
סימן פב 182
סימן פד 185
סימן פה 187
סימן פו 191
סימן פז 191
סימן פח 200
סימן פט 206
סימן צ 208
סימן צא 210
סימן צב 218
סימן צג 220
סימן צד 222
סימן צה 225
סימן צו 226
סימן צז 227
סימן צח 231
סימן צט 231
סימן ק 233
סימן קא 234
סימן קב 235
סימן קג 236
סימן קד 240
סימן קט 240
סימן קי 242
סימן קיא 243
סימן קיב 244
סימן קיח 244
סימן קכג 246
סימן קכד 247
סימן קכה 247
סימן קכו 250
סימן קכח 253
סימן קכט 254
סימן קל 256
סימן קלא 258
סימן קלב 260
סימן קלג 260
סימן קלד 261
סימן קלו 263
סימן קלז 263
סימן קלח 264
סימן קלט 265
סימן קמ 265
סימן קמא 267
סימן קמב 268
סימן קמג 269
סימן קמד 269
סימן קמט 269
סימן קנ 272

סימן קנא 274
סימן קנג 274
סימן קנד 276
סימן קנה 281
סימן קנו 286
סימן קנז 287
סימן קנח 289
סימן קנט 290
סימן קס 291
סימן קסב 291
סימן קסג 292
סימן קסד 300
סימן קסו 301
סימן קסז 301
סימן קסח 302
סימן קע 303
סימן קעא 304
סימן קעב 307
סימן קעג 309
סימן קעד 309
סימן קעה 310
סימן קעו 317
סימן קעז 323
סימן קעח 323
סימן קעט 323
סימן קפ 323
סימן קפא 323
סימן קפב 323
סימן קפג 327
סימן קפד 329
סימן קפה 332
סימן קפז 332
סימן קפט 333
סימן קצ 334
סימן קצא 336
סימן קצב 337
סימן קצג 337
סימן קצד 338
סימן קצה 339
סימן קצז 340
סימן קצח 341
סימן ר 341
סימן רב 344
סימן רג 345
סימן רה 347
סימן רז 348
סימן רח 353
סימן רט 354
סימן רי 356
סימן ריא 356
סימן ריב 357
סימן ריג 361
סימן ריד 361
סימן רטו 363
סימן רטז 364
סימן רכ 366
סימן רכא 368
סימן רכב 369
סימן רכג 371
סימן רכד 373
סימן רכה 374
סימן רכו 374
סימן רכז 375
סימן רמ 378

סימן רמא 379
סימן רמב 379
סימן רמג 380
סימן רמד 382
סימן רמה 384
סימן רמו 386
סימן רמז 387
סימן רמח 387
סימן רמט 389
סימן רנ 389
סימן רנא 395
סימן רנב 395
סימן רנג 397
סימן רנה 402
סימן רנו 404
סימן רנז 405
סימן רנח 405
סימן רנט 406
סימן רס 408
סימן רסא 413
סימן רסב 414
סימן רסג 416
סימן רסד 417
סימן רסה 418
סימן רסו 419
סימן רסז 420
סימן רסח 422
סימן רסט 424
סימן רע 425
סימן רעא 425
סימן רעב 426
סימן רעג 427
סימן רעז 427
סימן רעט 430
סימן רפ 430
סימן רפא 430
סימן רפג 433
סימן רפד 435
סימן רפה 436
סימן רפו 437
סימן רפז 438
סימן רפח 440
סימן רפט 440
סימן רצ 440
סימן רצא 440
סימן רצב 442
סימן רצד 444
סימן רצה 445
סימן רצו 446
סימן ש 446
סימן שג 446
סימן שד 447
סימן שה 449
סימן שו 450
סימן שח 450
סימן שט 451
סימן שי 451
סימן שיב 452
סימן שיג 454
סימן שטו 455
סימן שטז 455
סימן שיז 458
סימן שיח 459
סימן שיט 460

סימן שכא 461
סימן שכב 464
סימן שכד 466
סימן שכו 467
סימן שכח 467
סימן שלא 467
סימן שלב 468
סימן שלג 469
סימן שלד 473
סימן שלה 474
סימן שלו 474
סימן שלז 476
סימן שמ 478
סימן שמא 479
סימן שמד 480
סימן שמו 480
סימן שמח 481
סימן שמט 482
סימן שנא 482
סימן שנד 483
סימן שנו 484
סימן שנז 485
סימן שנט 486
סימן שס 487
סימן שסא 487
סימן שסב 491
סימן שסג 492
סימן שסד 497
סימן שסו 497
סימן שסח 498
סימן שסט 498
סימן שע 500
סימן שעא 500
סימן שעג 501
סימן שעה 502
סימן שעח 502
סימן שפ 503
סימן שפב 503
סימן שפד 504
סימן שפח 504
סימן שפט 505
סימן שצ 507
סימן שצא 509
סימן שצג 511
סימן שצו 511
סימן שצח 511
סימן ת 512
סימן תא 512
סימן תב 512
סימן תג 513
סימן תי 514
סימן תטז 515
סימן תיח 515
סימן תיט 515
סימן תכ 517
סימן תכא 518
סימן תכג 518
סימן תכד 519
סימן תכה 520
סימן תכז 520

סימן א

בטור אין פי' שבשביל ג' כו' נרא' לפרש דברים אלו דודאי אחת מהנהו תרי משניות מיירי מבריאת העולם והשני מקיומו אלא שלכאורה אין הכרע איזה מהם על דרך זה או על דרך זה דהא לשון קיום ולשון עומד שניהם שקולים הם. ע"כ הוכיח רבינו שמשנת רשב"ג מיירי מקיום ומשנת ר"ש הצדיק מיירי מבריאת העולם מדסדר רבינו הקדוש דברי שמעון הצדיק בתחלת הפ' אלא שאח"כ פירש רבינו כוונת התנא מהיכן למד לפרש כן דבריהם על זה כ' שמסתבר לו כן מצד עצם הדבר על פי הסברא וצריך אתה לידע שאותן שנאמר שבשבילם נברא העולם היו בשעת הבריאה דהיינו בשעה שברא הוא ית' את דבר זה העקרי ברא גם שאר דברים הנטפלים לו כי א"א לברוא דבר ההוא לבדו אבל אין אנו יכולין לומר שאותן הדברים העיקרים לא היו בשעת הבריאה אלא עתידים להיות דהיינו דין ואמת ושלום דשמא לה יבא לידי כך שלא יצטרכו לדין דהבחירה ביד האדם דהא אפשר להיות בלא דין והיאך תאמר שבשביל דין נברא העולם אלא ע"כ שתורה ועבודה וג"ח הם שבשבילם נברא שאר כל העולם והם היו אז בנמצא וע"ז מביא תורה שנאמר ה' קנני כו' וע"ז מפרש אמרה תורה כו' כלומר שהפסוק מתפרש כן ה' קנני שאני תורה הוא עיקר קנינו של הש"י וראיה לזה שהרי אני ראשית דרכו וע"כ אמר אני נבראתי לפני כל הברואים ודבר זה הוא ראיה שבעבורי נבראו כל שאר הברואים. עבודה היתה ג"כ בנמצא אז בשעת בריאת עולם דהיינו המקום של ב"ה שעתידים להקריב עליו ממילא הוצרך הש"י ב"ה לברוא גם שאר העולם וכ"ת הא לא יעשו העבודה רק ישראל אבל לא העכו"ם א"כ אין להם שייכות למקום העבודה ע"ז אמר שבחר בישראל מכל האומות ממילא הם טפלים להם שבשבילם נבראו.

ג"ח שהיא מדת חסד שגורמת כו'. לכאורה אין פי' לזה למאי נתכוין ולפי דברינו יפה אמר שהוקשה לו כיון שהוכרחנו לומר שאלו הדברים היו בנמצא בשעת הבריאה היאך היה נמצא ג"ח דאין זה שייך אלא לאחר הבריא' שיעשו חסד זה עם זה ושמא לא יצטרכו לזה כמ"ש בדין לז"א שקאי על מדת החסד שהיתה אז בנמצא וכ"ת מ"ש מדין דלמה לא נימא גם שם דקאי על מדת הדין לזה תירץ דמדת הדין שאע"פ שהיתה אז בנמצא מ"מ לא חפץ הוא ית' שבדין יברא רק בחסד הוא חפץ והמדה זו גרמה שיברא העולם כדאיתא בעלמא חסד אמר יברא וע"ז אמר שגורמת להיות רצון לפני הש"י ב"ה בבריאת העולם. אח"כ אמר אחר שנשלמה כוונת הבריא' היה חשש שמא יבא הירוס בעולם שלא יכלו בני ישראל לעסוק בתורה ובעבוד' מחמת קטטות ומריבות והשקר שיגבר בעולם כמו שהוא הולך וגובר באמת בעו"ה ובפרט בזמנינו על זה עשה הש"י ב"ה תיקון באמת ודין

ושלום למען יוכלו להשלים שלשה דברים שנברא בשבילם. בזה הביאור מתורץ כל מה שהקשה הב"י וגם יתר דקדוקים שלא זכר הוא ז"ל:

(**תו איתא שם**) כל הדן דין אמת לאמתו נעשה שותף להקב"ה כו'. הב"י כ' שתיבת לאמיתו מזהיר על שלא יצטרף הדיין אהבתו לזכאי או שנאתו לחייב פי' שלא יהיה הנאה לדיין בלבו במה שזיכה לזה או בהיפך ודבר זה נרא' שאסור מצד שלבבו נוטה לדבר זה יש לחוש בפעם אחרת יטה הדין בשבילו כי הוא כנוגע בדבר ובזה מתורץ מה שיש להקשות מההיא דאי' כל דיין שאינו דן דין אמת לאמיתו עליו נאמר משוד עניים מאנקת אביונים עתה אקום יאמר ה' וכו'. ולפי' הב"י קשה וכי בשביל הצטרפות אהבת הזכאי יהיה שוד עניים ולפמ"ש ניחא דהפסוק דקדק לומר עתה אקום וגו' דקשה עתה ל"ל אלא דה"ק עתה אע"פ שאין כאן עדיין שוד עניים אקום בשביל מה שאני רואה מה שיהיה לבסוף שוד עניים ודבר זה שמעתי לרמוז בפסוק גם אלה לחכמים הכר פנים במשפט בל טוב דמשה לשון בל טוב ולפ"ז א"ש דה"ק דעה שמכיר פנים לזכאי ויהא שמח בזכותו אע"פ שהוא במשפט ואין עושה עול מ"מ בל טוב הוא מפני סופו של דבר כמו שזכרנו. כל זה לדרך הב"י אבל לפמ"ש התו' בפ"ק דב"ב דף ח' לאפוקי דין מרומה אע"פ שהעדים מעידים אותו אין מחייבין אותו כדדרשינן בסנהדרין לאמתו שלא יטה את הדין עכ"ל. הרי שכתבו על תיבת לאמתו שלא כפי' הב"י. וצריך פי' על מ"ש שלא יטו את הדין דמה אזהרה צריך לזה הא קרא כתיב לא תטה משפט ונראה דמתכוין על זה שכ' רבינו הטור בסי' ט"ו בענין דין מרומה שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדבר זה ומסיק שם דיסתלק הדיין עצמו שלח לדון בזה כלום ע"כ כתבו התוס' תחלה לאפוקי דין מרומה שלא יפסוק על פי אותן עדים וכדי שלא יאמר א"כ בדין כזה אפסוק כהיפך להוציא ממון או לעשות שאר מעשה היפך העדות לז"א דלא יעשה כן כי שמא יבא להטות הדין האמת כי שמא הוא טועה בדעתו במה שהוא חושב שהדין מרומה אלא יהיה בשב ואל תעשה נמצא שפיר כתבו התוס' שלא יטה את הדין פי' אותו שזכרו כבר שנראה לדיין שהוא דין מרומה ופי' נכון הוא זה:

(**תו שם**). כ' רב האי ב"ד צריך שיהיה לו מזומן כו' איכא למידק מאי קמ"ל רב האי הא איתא בגמ' כן ואם בא למעוטי מנעל בשביל שאינו שכיח היה לו לכתוב וכ' רב האי שא"צ מנעל ונ"ל שבא לפרש שלא תאמר מה שאמר אשר תשים לפניהם כלי הדיינין היינו לפני ישראל שהקב"ה מצוה למשה שישים כלים אלו לפניהם שיהא מורא עליהם קמ"ל דעל הדיינין קאי האי לפניהם שיהיו מזומנים במושב ב"ד:

תו שם. כגון הודאות והלואות פי' וכו' הוצרך רבינו להביא פי' זה אע"ג דאין דרכו להביא פי' על דברי הגמ' כ"א שיש נ"מ לדינא לפי שיש כאן פי' אחר דהיינו בלא העדות דתובע אותו בעל פה והוא הודה מקצת והיינו הודאות או שכופר הכל היינו הלואות ורש"י מביא פי' זה ודחה אותו מצד הלשון דהא אידי ואידי הלוואות הן. ונראה פשוט דמאותן י"א שמביא רש"י דהלוואות היא כופר הכל פירושו וזה התובע רוצה להביא עדים אח"כ דאם תפרש דאין לו עדים אלא שמבקש ממנו שבועת היסת כדלקמן סי' כ"ד והא מן התור' פטור בזה ואין שייך בזה שצריך מומחין כיון דהדין עצמו אינו אלא מתקנתא דרבנן ובהדיא כ' רבינו בי"ד בסי' רה"ז בשם הרא"ש דכל תקנת חכמים א"צ מומחין כלל אלא ע"כ דבעדים קמיירי וע"כ הוצרך רש"י לדחות מצד הלשון אבל רבינו נשמר שלא תטעה באמת לפרש כן על כופר הכל בלא עדים ולענין היסת ובעינן מומחין לדבר שהוא מדרבנן גם בשאר דוכתי לזה הביא הפי' של הודאות והלוואות שאינו כדרך זה:

(**תו איתא שם**). אבל ריפוי ושבת דכין משמע דפגם אין דנין דפגם היינו נזק וקשה דבפ' החובל דף פ"ד פריך פגם ובשת דשכיח כעבידשליחותייהו דשכיח הוא ומשני אין ה"נ דהא רב פפא אגבי בשת ופריך והא ליתא לדרב פפא מדרב חסדא כו' ומסקינן לא עבדינן שליחותייהו רק בשכיח ויש בו ח"כ הלכך בשת דאין ח"כ לא עברינן שליחותייהו משמע דבפגם קיימא סברת המקשן דשכיח הוא ועבדינן שליחותייהו. ונראה דהאי פגם הוא טעות בגמ' אלא מבשת לחוד פריך אבל פגם ודאי לא שכיח ותדע דאי פריך מפגם קשה מי הגיד לו באמת שאין דנין אותו כיון דשכיח הוא בשלמא בבושת סמך המקשן על מה שהקשה אח"כ מדרב חסדא משא"כ בפגם אלא ודאי ט"ס הוא כן נ"ל ברור:

(**תו איתא שם**). וכשתפסו בשעת הנזק לכאורה קשה דאינו נותן טעם על זה אח"כ אלא אמר שלא יתפוס מידי אחרינא ומ"ש ב"י הגהות מיימוני דראיה מפ' הכותב דלא מהני תפיסה לאחר שבאו לידי בעלים תמוה הוא דהתם הטעם דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב וכל שבאו פעם אחת לידי בעלים דהיינו היתומים קנו אותם והוה ע"ז שם מטלטלי דיתמי ואין לבעל חוב אח"כ כח לגבות מזה משא"כ כאן דיש לו חוב עליו שישלם לו היזקו רק שאין לו דיינים בח"ל ויש לו זכות בתפיסה להוציא חוב שלו למה יגרע משום שבא ליד בעלים ונ"ל דכיון דחשו חכמים שלא יבא לידי פסידא יותר ממה שהזיק יש חשש גם במזיק עצמו דשמא יהיה שוה יותר ע"כ כתבו לו זמן לתפיסה דלא מהני אלא לזמן קצוב וכתבו לזה עד שיבא ליד בעלים דזה מסתמא זמן מועט הוא משא"כ במידי אחרינא אין שייך בזה עד שיבא ליד בעלים ע"כ לא מהני בהו כלל תפיסה וכל תפיסה שאמרו בזה הוא אפי' בעדים וכאן לא חשו בה משום נאמנות דהא בודאי חייב

לו לשלם היזקו אלא שאין לו דיינים שיכפוהו לזה בזה אמרו דהתפיסה היא במקום דיין וא"כ אפי' בעדים דא"צ כאן למגו:

(**תו איתא שם**). שכבר נפרע מנזקו כתקנת חז"ל שאמרו ואי תפס כו' תימה לי דהא זהו מדברי הרא"ש והרא"ש כ' בפ"ק דב"ק והביאו הטור סי' שמ"ט דלאו תקנה הוא אלא דינא דאורייתא כו' ומכח זה חולק על הרמ"ה שם דס"ל דרבנן עבדו ליה תקנתא דמהני תפיסה וצ"ע (אמר המגיה נלע"ד דהרא"ש בלשון את"ל קאמר ל"מ לדידי דס"ל דמאי דאמרינן אי תפיס לא מפקינן מיניה היינו מדאורייתא דפשיטא דמהני תפיסה אפי' בר"א אלא אפי' אי ס"ל לר"ת כס' הרמ"ה דהך תפיסה דמהני מתקנתא דרבנן הוא אפ"ה אין סברא לחלק בין דבר המזיק עצמו לדבר אחר וק"ל):

תו כ' שם הראב"ד שאם הודה כו' והרמב"ן הקשה לדבריו כו' קשה דלמא הראב"ד אמר דבריו במקום דהוה הודאה כגון בא"י ולא בא אלא ללמדנו דהודאה פוטרתו ואפי' באו עדים אח"כ ולא מהני מה שתפס תחלה דהא יליף לה מהאי דפרק מרובם מעשה דר"ג ור"י כמו שהביא ברא"ש פ"ק דב"ק וכן הקשה הב"י בי"ד סי' רס"ז ול"נ להקשות עוד על הראב"ד ממאי דקי"ל בסי' שמ"ח דאין הודאה פוטרת אלא במקום שמחייב עצמו עכ"פ אבל בפוטר עצמו מן הכל לא מהני וא"כ הכא אמאי מהני הודאתו דהא אינו חייב עצמו בכלום ואין כוונתו אלא לפטור אם יבאו עדים אח"כ וראיתי בכ"י פ' מרובה כ' בשם הראב"ד וז"ל שבזה"ז שאין דנין דיני קנסות וקי"ל אי תפיס לא מפקינן מיניה אם קדם הלה והודה ה"ז פטור אפי' באו אח"כ עדים ואפי' בדברים שפוטר עצמו מכלום לפי שכשם שאין דנין דיני קנסות בזמן הזה כך אין מקבלין העדות כו' ובזה מתישב ג"כ קו' ראשונה דהא עיקר דברי הראב"ד הם על זמן הזה. ונ"ל ליישב קושית הרמב"ן על הראב"ד דהא עכ"פ כשתפס לא מהני אלא א"כ יביא עדים בפני הב"ד ויראו שבדין תפס כמ"ש רבינו בסמוך בשם הרא"ש נמצא שהמזיק יכול לומר הנני מוכן בהודאה שלי להודות לפני ב"ד מומחין. אלא שאין לי ב"ד מומחין והיאך אתה תופס אותי ואתה סומך על העדים שיתברר על פיהם בפני ב"ד כי היכי דהב"ד שבזמן הזה מהני לך במקום שתפוס וחשוב כב"ד מחה ה"נ מהני הודאתו בזה כ"כ לענ"ד נכון בזה (ועמ"ש הרב ז"ל בי"ד סי' רס"ז):

בש"ע (**סעיף ב'**) ופגם בפרק החובל פ"ד ע"ב פריך ונעבד שליחותייהו בבושת ופגם דשכיח הוא וכו' ונ"ל דהרמב"ם לא גרם בגמ' אלא בושת לחוד ויש הוכחה לזה ע' מ"ש לעיל בביאורי הטור:

(**סעיף ג'**) אבל אדם וכו'. בב"ק דף י' אמרינן מכה לא שכיחא וצ"ל דלא שכיחא כולי האי כמו טריפה דעבד שם צריכותא:

(**סעיף ה**) אם תפס. פי' אפי' בעדים שאין טעם התפיסה כאן שיהיה לו נאמנות אלא הטעם שאין לזה הניזק דיינים בח"ל וכל שתפס א"צ דיינים כמ"ש הרא"ש הביאו הטור לקמן סי' שמ"ט ובכי הך תפיסה עביד אינש דינא לנפשיה:

בשם הרב הג' הגדול מוה' שמואל קאיידנבור בב"י בד"ה זהו כיונת רז"ל באמרם כל הדן וכו' אפ"ה לא הוי לאמיתו ולא משמע כן בש"ס דאמר דגורם לשכינה שתסתלק כו' וכי מאחר שדן דין אמת למה תסתלק ועוד שהם ז"ל הוכיחו מקרא משוד עניים וגו' דצריך לאמיתו וכי בשביל אהבה או שנאה איכא שוד כיון שדן דין אמת אכן דברי התוס' הם ברורין ע' פ"ק דב"ב וכ"כ הרשב"א ז"ל:

(**בב"י ד"ה מסקי' דלא עבדי שליחותייהו וכו'**) וע' בביאורי תו' אייזיק שטיין להסמ"ג תי' בע"א והוא יותר נכון:

(**בטור עד ואית בי' חסרון כיס כגון הודאות והלוואות כו'**) וה"ה לקבל גרים עיין בתוס' פ' החולץ ובנ"י שם דף תי"ט בשם ר"י ע"ש

(**בטור עד וכן מידי דלית ביה ח"כ כגון בשת כו'**) ובנ"י פרק החובל יש ט"ס וצריך למחוק בשת ע"ש ד"ה אדם באדם כו'.

(**בטור עד אין מועד בבבל ואפילו הועד בא"י כו'**) אע"ג דהאידנא אין לנו סמוכים אפי' בא"י מ"מ יכול להיות בא"י כשמסכימים כל חכמים שבא"י כמ"ש הרמב"ם פ"ד מה' סנה' וע"ל ב"י סי' רצ"ה הביאו:

(**בטור עד אבל כל קנס אין דנין כו'**) ובמוכר עבדו לעכו"ם דעת הרא"ש פ' השולח דגובין אותו דדוקא קנסות שחייבה תורה אין גובין אותו בבבל דבעינן מומחים אבל אם חכמים תקנו קנסות לעשות סייג לתורה למה לא יגבו אותו בבבל עכ"ל והביאו בי"ד סי' רס"ו ע"ש וא"כ צ"ל שמ"ש רבינו כאן וכל קנס כו' היינו קנס דאורייתא ומ"מ בתוקע לחבירו וכו' אפשר דגם הרא"ש מודה די"ל שעיקר הקנס היא מדאוריי' והקצבה הוא דרבנן וצ"ע ועי' במרדכי פ' השולח בזה:

(**בטור עד אבל מידי אחרינא לא שאם תועיל תפיסה וכו'**) ר"ל שאם תועיל תפיסה במידי אחריני אז ודאי אין לחלק בין שעת הנזק בין תפיסה אחר הנזק כי אין טעם לחלק דבשלמא בדבר המזיק יש לחלק בין תפיסה בשעת הנזק דאז אין נראה כגובה בבבל דהשעבוד של הנזק הוא על גופו אבל שלא בשעת הנזק הוי ברשות המזיק ואם תפס אח"כ הוי כגובה לכתחילה בבבל וכן הוא בהגהות מיימוני פ"ד מסנה' ע"ש ודו"ק:

בטור עד ואח"כ באו עדים ואי תפס מפקינן מיניה כו' ואפי' בח"נ דתם דקי"ל כמ"ד פלגא נזקא קנסא ואם הודה פטור בזמן הש"ס ומפקינן מיניה אף דתפס דלא כמ"ש הרמב"ם ור"א ומ"מ בפ"ט מה' נ"מ בסופו ע"ש וכן פסק בספר ל"מ שם וכ"כ רש"ל בישו"ש ס"פ המניח וע"ל סי' ת' ודו"ק ע"כ ממהרש"ק:

סימן ב

בטור וכן יראה מדברי הרמב"ם כו' הא דכ' רבינו לשון זה ולא כ' וכ"כ הרמב"ם נ"ל דעיקר חידושא של רבינו דאפי' אין עדות גמורה רק רגלים לדבר כו' ובריש דרמב"ם לא הוזכר מזה אלא דשם מיירי דיש עדות וגמורה אלא שאין חיוב מצד הדין מלקות על זה אמר רמב"ם דיש לחייבו אפילו מלקות אלא מדסיפא דרמב"ם יש להוכיח כן במה שכ' וכן יש ללקות אדם ששמועתו רעה כו' משמע שאפי' אין כאן עדות ברורה ומ"מ אין ראיה גם מזה דבזה לא כזכר רק מלקות אבל מיתה אימא לך דלא אלא בעינן דוקא עדות ברורה ורבינו כ' שאפי' אין בדבר כו' שהיה תתחייב (דנין) על פיהם בשעה שהיו דנין דיני נפשות כו' שמשמעותו דאף במיתה הוי כן אלא שבכל מקום יראה מדברי רמב"ם דגם הוא ס"ל כן מדכתב בפירוש ברישא דאין חילוק בין מיתה למלקות מסתמא ה"נ בסיפא שהרי כ' וכן יש להלקות כו' משמע דדינא דסיפא כמו ברישא אלא נקט מלקות כיון דברישא הזכירו תחלה ושם כתבו דרך לא זו אף זו:

(**תו איתא שם**) באותו סי' ואומרים לו עשה מה שישראל כו' כן איתא במשנה לענין גיטין כמ"ש ב"י ובסי' כ"ו כתב רבינו ואם הוא אלם כו' ומציל את שלו בדיני עכו"ם ולא כ' שם עשה מה שישראל כו' דהכא מדבר שא"צ דיינים אלא במי שעשה דבר שראוי לענוש ודינו פשוט בזה כ' שהכפייה תהיה ע"י עכו"ם אלא שאומרים עשה מה שישראל כו' ומזה מיירי גם במשנה. אבל לקמן מיירי בענין שצריך לדון בפני דיינים והוא אינו ציית לדין ישראל על כן כופהו ע"י דייני עכו"ם שידונו עליה ובזה ודאי לא יאמרו לעכו"ם עשה מה כו' דזה לא שייך אלא בעושה כפייה לקיים מה שנפסק כבר ובש"ע כאן לא זכר הך אומרים עשה מה כו' דמיירי ג"כ באם צריך שידונו אותו דיני עכו"ם וכמו שזכרתי:

(**תו איתא שם ולא לעבור על ד"ת כו'**) קשה מהי תיתי שיעברו על ד"ת ונ"ל דאף שיש כח לחכמים לאסור המותר מדברי תורה היינו דוקא בדבר שאינו מפורש לא לאיסור ולא להיתר דאז הוא מותר ממילא בזה יש כח לחכמים להחמיר משא"כ בדבר מפורש בפסוק להיתר כגון היתר הנאה מן חלב דמפורש בקרא בזה אין כח לחכמים לאסור על

כן אמר ולא לעבור על דברי תורה שבדברי תורה מפורש מקרי עובר על ד"ת ובי"ד סי' קי"ו הארכתי בזה ע"כ:

(**בשם הגאון המפורסם הרב מוהר"ר יונה בעל קיקיון דיונה**) וכ"ש כבוד בני א"י ויש לומר מאי כ"ס דקאמר ונראה דה"ק גדול כבוד הבריות שדוחה ל"ת שבתורה מכ"ש היכא שהתורה מסייעתו וזה שאמר והמחזיקים בתורת אמת ר"ל מהדין תורה עמו אלא שהדיין רוצה להענישו מפני צורך השעה ע"כ:

סימן ג

(**ס"ג בש"ע**) אע"פ שיחיד מומחה כו' זה מיירי בלא קבלוהו אבל אם קבלוהו מותר אפינו לכתחלה לדון יחידי וכן עשה זקיני מוהר"ר יצחק בר בצלאל מעשה ורש"ל נחלק עליו וכבר דחה ראייתו מוהר"ר יוסף כהן מקראקא בספר שארית יוסף ואני מצאתי כן בירושלמי פרק קמא דסנהדרין רבי אבא הוה דן לגרמיה כו' ומשמע שם כשבאו לפניו בסתם הוה בקבלוהו בפי' וכן הביאו להלכה מו"ח ז"ל:

(**שם**) ס"ב בהג"ה ואינם מומחים לרבים הוקשה לסמ"ע בזה כמ"ש בסעיף קטן ב' ולענ"ד נראה דלא קשה מידי דרמ"א פסק דיחיד מומחה לרבים הודאה בפניו מהני אבל מומחה סתם לא ועל זה אמר אח"כ דסמוכים לא מהני היינו למומחים סתם ונהי דדברי רמב"ם עצמם לא מתפרשי בהכי דהא כ' בזה אע"פ שמותר לדון יחידי מ"מ אין הודאה כו' זה מיירי ע"כ במומחה לרבים דאם לא כן לא הותר לו לדון יחידי מ"מ כאן בהעתקת המחבר לא הוזכר לשון יחידי יפה הגיה רמ"א לפרש הדברים ע"פ דעת הרא"ש וזה עיקר להלכה וכתב הרמ"ה דוקא דגמירי דינא אע"ג דלא סמיכי כן צריך להיית אבל גרסת דלא סמיכי לא יתיישב דהא לא שייך האידנא סמיכות ומאי אע"ג דקאמר:

(**בטור**) ויראה מדבריו דבעינן שלשתן גמירי אבל א"א הרא"ש כו' לכאורה קשה הא האי לישנא דמביא בשם הרא"ש הא איתא בפי' בגמרא בתי' דר' אחא בריה דרב איקא ריש סנהדרין דקאמר מדאורייתא חד כשר כו' אלא מעתה בג' נמי נגזור משום יושבי קרנות ומשני בג' א"א דלית בהו חד דגמיר וא"כ היאך מפרש הרמ"ה הגמרא וא"ל דהרמ"ה פוסק כרבא דמתרץ שם דמן התורה בעינן שלשה מומחים וכו' זה א"א לומר חדא דאפי' לרבא אין הכרח לומר דלא ס"ל הך סברא דאי אפשר דלית בהו חד דגמיר ובחד מינייהו גמיר סגי ג"כ משום שלא תנעול דלת וכו' ותו דבגמרא אמרינן איכא בינייהו בין רבא לרב אחא הא דשמואל דאמר שנים שדנו דיניהם דין אלא וכו' לרבא לית ליה דשמואל לרב אחא אית ליה ולמה לא אמר איכא בינייהו אי בעינן שלשה גמירי ולכל הפחות היה

לו לומר גם איכא בינייהו הזה להודיענו דלרבא בעינן שלשתן גמירי דוקא דזהו חידוש אלא פשוט שאינו מוכח כלל מדברי רבא והנראה לענ"ד דהרמ"ה והרא"ש תרוייהו ס"ל כרב אחא וכ"ת הא לרב אחא איתא לדשמואל והרא"ש פוסק בפ"ק דב"ק כתב דליתא לדשמואל אלא כר' אבהו דפחות מג' אין דיניהם דין וכמש"ר כאן הא לא קשיא דודאי נוכל לומר תירוצו של רב אחא אפי' אי ליתא לדשמואל אלא כר' אבהו דהא עכ"פ בעי' מדרבנן ג' וכן מבואר מדברי רש"י שכ' פ"ק דסנהד' בפשט שזכרנו דשמואל נקרא ב"ד חצוף כיון שעבר על תקנת חכמים ואפשר דלרב אחא לא סגי בהא דמקרי ב"ד חצוף אלא דלא הוי דינא לגמרי והא דאמרו בגמ' דלרב אחא איתא לדשמואל פירושו שיוכל לסבור שפיר כדשמואל לאפוקי מדרבא דודאי לא ס"ל כדשמואל ויש ראיה עוד לזה מדכתבו התוספו' דבעל הלכות גדולות פסק כדשמואל ולא הביא ראיה מדרב אחא דס"ל כשמואל אלא' פשוט דאין מדברי רב אחא הכרח לזה וע"פ דברי רב אחא פליגי הרמ"ה והרא"ש דהרמ"ה מפרש מ"ש בגמ' א"א דלית בהו חד דגמיר אין פירושו דאי אית בהו חד דגמיר הוה כשר אלא ג"כ פסול אלא דשם אמר בחד לא סגי מדרבנן דהחמירו משום גזירה של יושבי קרנות ע"ז פריך שם בג' נמי נגזור משום יושבי קרנות וע"ז משני דבג' אפי' ביושבי קרנות א"א דלית בהו חד דגמיר סברות בדינין ממילא אין פסול גמור בזה רק משום חומרא על כן לא גזרינן משום דבר זה כיון דאפי' אם אירע כן לא היה פסול גמור משום הכי כתב רבינו דלהרמ"ה בעינן דוקא שלשתן גמירי אבל להרא"ש דס"ל דאי לית בהו חד דגמיר פסול ממילא באית' חד דגמיר כשר. נמצא חולק על הרמ"ה וס"ל הא דאמר ובג' דא"א דלית בהו חד דגמיר פירושו דאז כשר:

(**בבית יוסף בסי' זה**) מביא ברייתא ת"ר דיני ממונות בג' וכו' וכתבו התוס' והרא"ש וכו' ומכאן יש ללמוד וכו' קשה אמאי לא דקדקו כן בקיצור מן הרישא דדיני ממונות בג' ע"כ בע"כ דאי בקבלו אפי' א' סגי ובח"ה של הרשב"א תירץ וז"ל דברישא איכא לאוקמי בקבלינהו ואמר להו דונו כמו שרגילים אתם לעשות דכיוצא בזה כתבו התוספת לקמן דבג' מצי למידן אבל ביחיד לא עכ"ל ולא הבנתי כוונתו דא"כ גם מסיפא אין הוכחה דאפשר דלא נתנו יפוי כח למומחה אלא א"כ באופן שאמר לשון זה אבל לא בע"כ. ואחי מהור"ר יצחק הלוי זלה"ה תי' דמרישא אין להוכיח דשמא מיירי בקבלו ואפ"ה אמר דרך עצה טובה דלא ישב ביחידי אלא בג' אבל בסיפא א"א לומר כן דאי דרך עצה טובה קאמר קשה אפי' במומחה יש עצה אלא ודאי דדינא קאמר וא"כ מוכח שפיר (וכן כתב מהרר"י זלה"ה):

(**שם ופחות מג' אין דיניהם דין**) ואפי' לא טעו נראה דיש נפקותא בזה דכשנתנו לו זמן ב"ד ואח"כ יבואו לפני ב"ד ג' ולא יחשבו הזמן ב"ד רק מזמן השני:

(**שם**) כ' הרמב"ם אע"פ שיחיד מומחה או שנטל כו' רבים מגיהים תיבת לרבים דק' להו הא בסמוך כ' שם הרמב"ם דנטילת רשות צריך ג"כ במומחה ע"כ הגיהו כאן מומחה לרבים דמזה אין צריך נטילת רשות ול"נ שאין צריכין להגיה דלהכי כתב הטור יחיד מומחה שהיא יתור ל' ולא אמר מומחה סתם אלא להכי נקט יחיד להורות שהוא יחיד בדורו במעלת המומחה ובזה ודאי אין צריך נטילת רשות:

(**שם ומדברי א"א יראה שאין חילוק בין יחיד וכו'**) נראה פשוט דלאו לענין נאמנות קאמר דיחיד מומחה נאמן כשלשה אם יכחישנו הבעל דין דאפי' משה רבינו אינו חשוב לענין עדות יותר משאר בני אדם אלא דהכא מיירי לענין שאין הבעל הדין מכחישו במה שאומר שנעשה לפניו אלא שהבעל דין אומר שאין כח לאותו ענין שנעשה בפני מומחה כמו שיש כח כשנעשה בפני ג' בזה אין הדין עמו אלא שיש לו כח כמו הב"ד:

(**שם**) לפיכך יראה רשות שנותן המלך וכו' פי' דלא תימא כיון דקי"ל דינא דמלכותא דינא ממילא יש זכות לדיין גם מצד המלך קמ"ל דאינו כן דהא אפילו מב"ד דישראל לא מהני דהא דוקא מיהודה בעינן אח"כ כ' גדולה מזאת כ' הרמב"ם כו' דהיינו אפי' באם לא טעו ונטל רשות מריש גלותא ל"מ:

שם וגדול' מזאת כ' הרמב"ם כו' קשה אמאי קאי גדול' מזאת אי מצד דר"ג חשיב מרשות ב"ד הא קודם לכן זכר תרוייהו ב"ד ור"ג ונראה דרבותא הוא דרמב"ם חושב אותו דנקיט רשות מר"ג בעל זרוע כיון שאינו הגון מצד עצמו דלא הוה גמיר וסביר כ"ש מצד מעלת המלך דחשבינן ליה בעל זרוע:

(**בשם הגאון המפורסם הרב מוהר"ר שמואל קאיידנבור זצללה"ה**) **בטור עד ויראה מדבריו דבעי שלשתם גמירי וכו'**. בש"ת ר"י מטראני ח"א מקשה דהאיך אפשר לומר כן דבעי ג' גמירי הא בגמ' דסנה' אמרינן א"א דלית בהו חד דגמיר ולא הוי לטור לייחס אל הרא"ש מה שהוא גמרא ערוכה ותי' דכוונת הרמ"ה לפרש דמ"ש הדיוטות אין פי' דג' הם שלא גמירי דינא כלל א"כ ליכא בינייהו אפי' חד שלא גמיר להכי קאמר כל דלא סמיכי מקרי הדיוטות בתלמוד וכדאמרינן בפ"ב דגיטין והא אנן הדיוטות ומסתמא גמירי וק"ל. ובס' בני שמואל כ' דהרמ"ה פסק כרבא דמדאורייתא בעי ג' סמוכים ומדרבנן בעי ג' דגמירי אלא דק' דה"ל דהא איכא בין רב אחא לרבא ע"כ:

סימן ד

בש"ע בהג"ה ס"א) י"א דוקא בחובו וכו' נראה ביאור הדברים דפליגי בפי' הברייתא פ' המקבל שאמרה לא תבא אל ביתו שהריב"ש ס"ל דאתה יכול לכנוס לביתו של הערב וכל מידי שאין חוב ממש אפי' בלא רשות ב"ד משא"כ בחוב חמש לא מהני אפי' רשית ב"ד וכאן א"צ אפי' רשות ב"ד נמצא תרתי למעליותא וכן מבואר בריב"ש שכ' וז"ל אלא שמטעם עביד אינש דינא לנפשיה יוכל לעכב את שלו אע"פ שיכול להציל בב"ד כו'. וי"א בתרא שהוא המרדכי ס"ל במידי דאינו חוב צריך רשות ב"ד דהא מביא ראיה מפ"ק דברכות רב הונא היה נענש על שעיכב זמורות של האריס בידו שהיה עושה דין לעצמו ואע"ג דאין זה איסור לא תבא אל ביתו וא"כ פי' הברייתא דלעיל אבל אתה נכנס לביתו של ערב היינו ברשות ב"ד ובחד דרגא לחוד עדיף דבר שאינו חוב מדבר שהיא חוב והסמ"ע דחק עצמו בחנם להגיה ולא עיין יפה במקור הדברים בכאן:

ותו בהג"ה רק בחפץ המבורר כו' מהרי"ק שורש קס"א באר היטב דברי המרדכי האלו דלא אמרו בגמ' דעביד אינש דינא לנפשיה אלא בענין שרוצה לטעון על החפץ שמבורר לנו שהוא שלו בזה יש לו כח להוציא ואינו עושה איסור בזה רק שאין לו רשות להכות ונראה כוונתו דלא יפה כחו בחלוקה הב' שיהיה נאמן עליו באמרו שהוא שלו כשתפסו בעדים אלא כל שאין לו מגו ודאי מוציאין ממנו אלא דנתכוין לומר דלא עשה איסור בזה משא"כ אם לא היה טענה לו על גוף החפץ אלא על איזה חוב מצד אחר עוש' איסור במה דעושה דין לעצמו דתופסו בלא רשות ב"ד. אבל בזה אין עושה איסור ומ"מ כשבאין לב"ד יקוב הדון ביניהם ולא מקרי זה מוחזק כל שהוציאו בפני עדים וכן משמע כוונת סמ"ע בסק"ג ומו"ח ז"ל חולק על דברי מהרי"ק הללו כי הבין ממנו דס"ל דיכול לתפוס באין חפץ מבורר לנו ותפיסתו הוי תפיסה ובאמת גם מהרי"ק לא נתכוין בזה אלא כמו שזכרתי. ונ"ל דבזה שכ' מהרי"ק שאין לו רשות להכותו אם עבר והכהו ואין עדים בדבר רק שהוא מודה בדבר אינו פטור במגו דלא הכיתי ה"ה עכשיו שהכהו ואומר שבדין הכהו דלא אמרי' כן וראייה מדברי רבינו הטור שכ' אבל אם אין יכול לברר שבדין יכול להוציא ממנו לאו כל כמיניה וכו' וקשה פשיטא ולפי מ"ש ניחא דקמ"ל דלא פטרינן ליה אפי' באין עדים בדבר ההכאה דלא הורשה להכות אלא בחפץ המבורר לנו דוקא כנ"ל:

(**בטור**) אין סותרין את דינו לכאורה קשה האיך ס"ד לסתור מה שנעשה בדין ותו דאפי' לכתחילה יכול למיעבד הכי ולמה לשון דיעבד ונראה דנתכוין בזה להיא מלתא דזכר רבינו בסי' ק"ח וז"ל אע"פ שלכתחילה דנין ליורשי המלוה שלא לפרע מיורשי הלוה שמת בחיי המלוה אם עבר הדיין כו' אין מוציאין מידם עכ"ל וז"ש כאן דאפי' הבעל דין

עצמו שעשה כהלכה דהיינו הלכה ואין מורים כן וכמ"ש דסד"א דוקא בדיין שיפ' כחו הוא דלא מהדרינן עובדא אבל לא בבעל דין גופיה קמ"ל דאפי"ה דין שלו שעשה בעצמו אין סותרין אותו כמו דאם נעשה לפני דיין. ושוב ראיתי בס' התרומות דף ל"ו דיני' שם כן להדיא בההיא דין דסי' ק"ח שזכרנו וז"ל וק"ל דעביד דינא לנפשיה וכו' עכ"ל ושמחתי שבדרך אמת נחני ה':

סימן ה

בש"ע (**ס"א אין דנין בשבת**) כ' באבן העזר סימן ס"ד דמי שיש לו עסק מקבץ שלשה ומסדר טענותיו לפניהם וזה יכול לעשות אפילו בשבת. ותו שם ואם הזמינו לבעל דין כו' נראה דקמ"ל דאין צריכין כאן לחוש לכבוד הב"ד ולהגיד התנצלות בפניהם כדרך שכ' רמ"א סימן י"א:

סימן ז

(**ס"ה בש"ע**) שתויי יין כו' בתשו' הרשב"א סי' קמ"ז [רמ"ז] מוכיח דכל שנתן דעתו כבר על הפסק מותר להורות אפי' באיסור והיתר אפי' אחר ששתה בסעודה גדולה:

(**אם ראוהו ביום כו'**) בטור לא הזכיר כאן ביום אלא בשעה שראויה לדון ומזה יליף מוחז"ל דה"ה אם ראיהו בשבת וי"ט ואע"ג דמדרבנן אסור נדון בהם מ"מ כל מאי דתיקון רבנן כעין דאורייתא תקון והוא תמוה דבסי' רנ"ג כ' רבינו עצמו שהראוהו ביום ותו מנ"ל להטור לחדש ליום והפוסקים לא הזכירו אלא ביום שהוא ראוי לדון מן התורה וה"ל להזכיר רבותא ותו דאם נאמר בנדון זה דרבנן תקנו כעין דאורייתא אמאי אמרי' דבדרבנן עד נעשה דיין כמ"ש רמ"א בס"ה. ותו מ"ש הסמ"ע ס"ק י"ח [כ'] בשם מהרי"ק דקרוב או פסול מן התור' הוא שלא בדקדוק דודאי כל הפסולים אפי' בדרבנן פסולים לז"ב כדאיתא במשנה ריש פ' זה בורר אימתי בזמן שהן קרובים או פסולים ומהרי"ק לא בא שם רק להתיר ליקח אוהב לז"ב דלא תימא דהוא ג"כ בכלל פסולים:

(**ס"ז המנדה חבירו כו'**) בסמ"ע ס"ק כ"א [כד] כ' דיליף מפ' יו"ד יוחסין נראה שרמז בההוא גברא שזלזל בדרבי יהודה ושמתי' וא"ל דעבד הוא ואכריז עליו דעבדא הוא ש"מ דאחר הנידוי היה דן עליו שהוא עבד ובאמת אין ראיה דשם היה דין מפורש כדאמר שמואל כל הפוסל במומו פוסל ונראה דהניח הדרכי משה בצ"ע מפני זה:

בטור וכ' הר"י אלברצלוני כו' יש לתמוה מאי מספקא ליה הא בכל מקומות אמרינן דנדחה תלמוד ירושלמי מפני תלמוד דידן תו יש להקשות לי"א קמא דפוסל עד י"ח וראיה

מיאשיה דהא שמואל ס"ל סוף פרק במה בהמה דביאשיה נאמר לשבח וכמוהו לא היה מלך אשר שב לה' כו' שכל דין שהיה דן עד י"ח שנה החזיר ואי נימא דהדין הוא כך מה מעלת יאשיה עוד י"ל יתור לשון שאמר חומרא יתירה ולא אמר חומרא לחוד ע"כ נרא' דהי"א ס"ל ג"כ שיש שבח ביאשיה משאר אדם בזה אלא דס"ל דעיקר השבח היה במה שהחזיר אחר שכבר דן אבל לכתחילה אסור גם בשאר אדם אבל בירושלמי משמע שגם לכתחלה מותר בשאר אדם מיד אחר י"ג שנה ונמצא יאשיה שהחמיר חומרא יתירה נהג דנהג שני חומרו' דבשאר אדם מותר לכתחלה והוא החזיר אף דיעבד. וע"ז כ' הר"י ברצלוני צ"ע אי הלכה כשמואל כלומר מה שאמר שמואל בן י"ח אם הלכה כן וכן יש לפסוק בכל אדם וחומרת יאשיה לא היה אלא במה שהחזיר אף דיעב' או דהלכה כר' אבהו דאף לכתחלה שרי ויאשיה החמיר בשתי חומרות ועדיין צריכין אנו לפרש כמ"ש רבינו בדיעה הא' י"ח שנה וב' שערות מנליה הא דב' שערות ונ' דהוי ספק מאיזה טעם החזיר עד י"ח שנה אם שנים גורם אע"ג דלא ה"ל שתי שערות א"ד שאז נתהוו לו שתי שערות ושערו' עיקר ע"כ אזלינן לחומרא דצריך י"ח שנים וגם שערות אבל הר"י ברצלוני במאי דס"ל כשמואל ס"ל דלא איכפת לן כלל בשערות אלא בשנים י"ח לחוד דלא הזכיר שערות דק"ל:

בשם (**מהר"ש זצלה"ה בטור**) עד וגר פסול לדון את ישראל כו' אכן לפי מ"ש הרא"ש פ' מצות חליצה דגר יכול לדון ד"מ אפי' ישראל שקבלוהו עליהם או בלא כפי' ורדיה והוא מומחה יכול לדון כשהוא שלא ע"י שררת עכו"ם וכ"כ הטור בי"ד סי' רס"ט וא"כ קשה למה לא הזכירו כאן דהא להדיא מוקי מתני' דהכל כשרים לדון לאתויי גר ואפילו באין אמו מישראל ואפי' לישראל ודלא כהרי"ף והרמב"ם:

(**תו בב"י ד"ה סומא**) באחד מעיניו כו' עד ואמר ר' יוחנן לאתויי כו' והא דלא תי' לדעת הרי"ף ורמב"ם דלאתוי גר כשאין אמו מישראל דמותר להעיד כדאי' בפ' החובל ואסור לדון משום דיכול לדון גר חבירו נקט מילתא דפסיקתא והרמב"ן ורשב"א תי' בע"א וכ"כ הריטב"א בקדושין דף י"ד ול"נ כמ"ש וק"ל:

(**תו בב"י ד"ה**) אין העד נעשה דיין כו' עד אבל אם לא העיד כו' ומשמע אפילו בנתכוונו או הוזמנו וזה דלא כמ"ש בכ"מ בפ"ג מהלכות סנה' דדעת הרמב"ם כרשב"א וליתא דא"כ דבריו סותרים זה את זה:

(**בא"ד עד ולהכחיש**) אפילו עד החתום בשטר כו'. בוודאי הרשב"א אינו חולק אבעל העיטור דבה"ע איירי דאין לו לדון בעניני גוף השטר משום דהוי כאלו חוזר ומגיד אחר

חתימתו אבל הרשב"א אירי דעד החתום בשטר יכול להיות דיין בקיום השטר מטעם שכ' הרשב"א בש"ת סי' תתקס"ט וק"ל:

(**בב"י ד"ה אין הדיין יכול לדון את אוהבו כו' עד מדלא קאמר פסול כו'**) ויש לתמוה דבהדיא פסק הרמב"ם פי"ג מה' עדות לפיכך האוהב והשונא כשר לעדות ופסול לדיינות ופסול משמע דיעבד וכך משמע מדבריו בפי"ו מהלכות עדות דמדמי אוהב ושונא לגר שאין אמו מישראל וכמ"ש הכ"מ שם וזה פסול אפילו בדיעבד דומי' דסריס וממזר לכן נראה דברי הטור עיקר דגם הרמב"ם מחלק בין שונא לשונא כו' וע' בפ"ו מהל' רוצח כ' הרמב"ם דשונא הוא שלא דיבר ג' ימים כו'. (ובזה מיושבת תמי' הכ"מ סוף פ"ו מה' עדות ע"ש ע"כ):

סימן ח

(**ס"ג בש"ע**) ומפצירין בם כו' ק"נ מההיא דפ' עשרה יוחסין דף ע"ו אושפזיכני דרב אדא גיור' הוה אימיה מישראל הוה מנצי עם רב ביבי מר אמר אנא עבדא סדר' דמת' ומר אמר אנא עבדינא כו' ועשה רב אדא שלום ביניהם ע"ש וא"כ איך עבר רב ביבי על דברי חכמים לדברי הרמב"ם וה"ל להמתין על הפצרה ונ"ל דדוקא במקום שידוע שיפצרו בו אחר שימנע אז ימתין משא"כ שם היה הגר רודף אחר השררה:

(**ס"ה**) אף בשליח ב"ד כו' הקשה ב"י יש לתמוה כו' ע"ש תמהתי על פה קדוש אשתמיט סוגיא דעשרה יוחסין אי' התם האי גברא דפקיר בשלוח' דרבנן ושמתיה רב יהודה ואזמיניה לדין לקמיה דרב נחמן א"ל ר"נ לר"י מ"ט שמתיה מר אמר ליה ציער שלוחיה דרבנן א"ל ר"נ ונגדיה ליה א"ל ר"י דעדיפא מיניה עבדינן ליה כו' ע"ש מבואר ביה מאי רבותא דרב זו עצמו קושית ר"ן לר"י ונראה לע"ד לפרש דברי הרמב"ם ורבינו שהזכיר פעם א' נדוי ופעם א' מלקות ואגב זה נבאר דק' בסוגיא דההיא גברא דציער לר"י דקרי ליה בר שווסקאל כדאי' התם ומ"ה שמתיה כדפרש"י שם שמנדין לכבוד הרב ומ"ט לא הודיע האמת לר"ן ותו דפירש"י דציער שלוחא דרבנן וחייב מלקות מאן דכר שמיה מלקות ותו דמאי השיב ר"י דעדיפא מיניה עבדינן מי נתן לו רשות להוסיף על החיוב. ונ"ל אע"ג דבאמת שמתא חמירא מן נגיד' כדמוכח פ' ואלו מגלחין. ד' י"ז היינו לפי עונש הנשמה אבל בעה"ז נח לבריות לסבול שמת' מהכאה ופשוט וזה היה ויכוח בין ר"י לר"ן דר"י היה רוצה להקניט לר"ן על שהזמינו כמביאר שם וע"כ אמר כמתחכם דאותו איש ציער שלוחא דרבנן דאינו חיוב אלא מלקות ואפ"ה הכרזתי עליו שמת' והקשה לו ר"ן מ"ט באמת והשיב לו דעדיפא מיניה כלומר דהוא חייב באמת שמתא אלא דרב מנגיד

ואותו יותר חמור בעיני העולם אבל אני עשיתי מה שהוא חמור באמת נמצא למידין דחייב שמתא ומלקות לפי ראות עיני הדיין יעשה לו ומש"ה הזכירו הפוסקים פעם א' מלקות ופעם א' שמתא ונקיט שמתא דיותר חמור בענין נאמנות השליח דאפי בזה נאמן כ"ש בהכאה הקלה ובסמ"ע ס"ק כ"ג א' דאינו נאמן בהכאה וק"ל א"כ מאי פריך ר"ן ונגדיה מר דלמא לא היו שם עדים ואינו נאמן השליח ב"ד למלקות ע' לעיל ב"י ק"ל. עי"ל שלא הזכיר הרמב"ם פלוני הקלני אלא לנאמנות דשליח אבל לא משמתינן על זה ובסוגיא זו משמע דשמתינן עליה ולפי מ"ש ניחא הכל

סימן ט

בש"ע ס"א כשיתבענו כו' כ' הסמ"ע ול"ד לריבי' אשתמיטי' דברי רש"י פא"נ דף ס"א וז"ל ריבית קצוצה וכופין אותו ב"ד להחזיר אם תבעו בחיים עכ"ל הרי גם בריבית בעינן תביע' והא קמ"ל דיוצא בדיינין כשיתבעו. ומעשה בא' שאין לו ממון רק מה שלקחו ממנו ברבית קצוצה עדיין לא החזירוהו לו ובא המלוה לקחת אותו ריבית מיד אותו האיש מדר"ן ונ"ל דאין צריך ליתן כיון שאין כאן תביעה מן הלוה שיחזירם אין כאן ממון כלל דהרי בעינן תביעה כנ"ל ועוד ראיה מי"ד סי' קס"א דכ' שכופין אותו נקיים עשה דוחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דנחיה כמ"ש בנ"י פא"נ וכאן לא מטי הריבית נלוה שיוכל להחיות עצמו ע"כ אין מוציאין ייידר"ן וק"ל:

(**ס"ה ואמר לבע"ד תנו**) וכי' כ' הסמ"ע ס"ק י"ב [י"ד] דאם לא אמר מתחלה כלום דאח"כ צריך לשלם שכר בטילה כפועל בטל ולא נלע"ד כן דהא איתא בסי' קכ"ח בפורע חובו של חבירו שפטור הלוה מטעם דיכול לומר מפייס הייתי כמלוה בלא דמים ק"ו כאן שיכול לומר הייתי הולך לדיין אחר שהיה פנוי ממלאכה ותו דכתבו התוס' ב' הכונס דף נ"ח בפי' דכל מי שעושה לחבירו שלא מדעתו אפי' אית ליה פסידא אין צריך לשלם דה"ל מבריח ארי דמצוה קעביד ה"נ לא שנא ומה שהביא סמ"ע ראיה מאבידה ל"ד לכאן דשם ברי הזיקא דאי לא זה המוציא אבידה היתה נאבדת לעד. וכתבו התוס' בנדרים דף ל"ג והרח"ש בפ' הכונס כל היכא דברי הזיקא חייב לשלם. ותו לפי דברי הסמ"ע היה לו לרמב"ם והטור לכתוב גם כאן דמשלם כפועל בטל כמ"ש גבי אבידה אלא ודאי אין כופין לתת שכר כפועל בטל בזה כיון שלא הותנה כלום תחלה ובסי' של"ה כתבתי עוד ראיות לזה ויש לקיים דברי הרב באם נותן לו מרצון דאין בזה איסור כל שאינו נוטל טפי משכר בטילה דמה שנוטל יותר הוה אגר דינא וזה צ"ע דעכ"פ יש לזה הפסד. ותו בס"ד כל דיין שיושב ומגדיל כו' הטור כ' בזה בשם רמב"ם וקשה דזה תלמוד ערוך גבי

בני שמואל ונראה דבגמרא משמע לפירש"י שעשו שלא כהוגן על שישבו בעריהם ולא היו מסבבים בערי ישראל למעט בהוצאות סופרים ושמשים:

(**ותו בס"ז זכות לעני**) ראיתי למהר"ל מפראג שכ' דבזה עדיף העני מעשיר דאם רואה זכות לעשיר יכול לשתוק ויליף לה מדכתיב ודל לא תהדר בריבו משמע להדרו נגד העשיר אסור כשהוא דיין אבל כשאינו דיין רק יושב לפני רבו יכול לשתוק ולא יפסיד לעני בדבורו:

(**בשם הרב מוהר"ר יונה זצלה"ה ותלמיד היושב ורואה זכות לעני כו**') הא דנקיט עני ועשיר י"ל ע"ד שפי' רש"י ע"פ לא תגורו של"ת היאך אני פוגם בכבודו של עשיר אזכנו עכשיו וכשיוצא לחוץ אומר לו תן לו כו' להכי נקיט עני ועשיר שהרב אינו טועה בדין וגם אינו רוצה להטותו אלא לפי שעה משום כבודו של עשיר עד שיצא לחוץ ויאמר לו תן לו אע"פ כן אל ישתוק עד כאן):

סימן י

בטור ואל ישים חילוק בין דין קטן וכו' יש להקשות דבפרק קמא דסנהדרין איתא כקטן כגדול תשמעון אר"ל יהא חביב עליך דין פרוטה כדין מאה מנה ופרכינן למאי הילכתא אי לעיונא ומפסקא פשיטא אלא לאקדומא. וכ"כ רבינו בסי' ט"ו שצריך להקדים דין של פרוטה וכו' וא"כ למאי הילכתא כתב רבינו זה כאן וכן הרמב"ם ע"כ לענין עיוני והא דבר זה פשיטא בגמרא ונ"ל דרבינו וכן הרמב"ם כתבו זה וקאי אדסמיך ליה דהיינו שיש למנוע עצמו בדין של פרוטה כמו במאה מנה אבל בגמרא דדרש מקרא דקטן כגדול תשמעון זה קאי שיש לשמוע בזה כמו בזה א"כ לא מיירי מן למנוע עצמו ועל כרחך לעיוני קאמר ועל זה קשה פשיטא:

סימן יא

כ' מהרש"ק בב"י ד"ה ראובן תובע לשמעון שהזמינו לדין כו' עד ס"ה כ"כ הרא"ש בתשו' לא מצאתי להרא"ש שכתב כן בתשו' אלא שר"י כ"א חי"ב כ"כ וצ"ע לקמן סי' ע"ט ופ' וע' ב"ח ע"ב:

סימן יב

בש"ע סק"ב שנאמר לא תגורו כו'. בסמ"ע פי' דיליף מדכתיב כי המשפט ול' משפט הוא גמר דין וא"א לומר כן חדא דהיה לו להתלמוד ולרבינו הטור לזכור הך כי המשפט. ותו דהא ב"י מביא תשובת רשב"א על א' שאיים לב"ד כו'. ועוד שא"כ יהא כל אדם

עושה כן והתורה אמרה ולא תגורו מפני איש הרי בזה לא התחיל לטעו' ואפ"ה כתוב שעובר על לא תגורו מפני איש וא"כ הוא נגד הגמ' שאמרה דוקא אחר שיודע להיכן הדין נוטה ע"כ נראה דעיקר לימוד הגמרא דלא שייך לומר לא תגורו אלא על מי שהוא דיין משום כל זמן שלא שמע או לא יודע היכן הדין נוטה אין שם דיין עליו ולא שייך עליו לא תגורו אבל אם יודע נטיית הדין חל עליו שם דיין ועובר על לא תגורו משום הכי בההיא דרשב"א שזכרנו דמיירי במומחה לרבים כמ"ש הב"י דכבר יש עליו שם דיין ע"כ חל עליו לא תגורו בכל גווני וזה נכון:

(**ותו איתא שם**) הדין אתם רוצים כתב מהר"ל מפראג מדאמר רב הונא אי דינא בעיתי אי פשרה בעיתי נרא' שאין לרדוף כל כך אחר הפשרה רק דאמרי להו אי דינא בעותי כו' עכ"ל:

(**ותו בס"ז**) אע"פ שנתרצו כו' בסמ"ע ס"ק (י') [טו] כ' בשם דרכי משה שאם אמר אחר הפשרה בפי' אני מוחל לך דמהני וק"ל ממ"ש המרדכי בשם ראב"ן בפ"ק דסנהדרין אבל המוחל ע"י הפשרנים צריך קנין דאי לאו הכי מצי אמר לפשרנים משטה הייתי בכם כיון שלא מחל בפני ב"ד ויכול לומר לפי שהייתם מפצירים בי לא יכלתי להשמט מכם אמרתי לכם דברי הבאי לדחות אתכם מעלי עכ"ל ונראה דדרכי משה איירי שאמר מעצמו אני מוחל לך בענין שלא היה דרך תשו' על הפצרת הפשרנים כגון שנתן ביד הפשרנים הן לשלם הן למחול ואחר שמצאו מה שימחול אמר זה אני מוחל לך אינו שייך השמטה. משא"כ באם הן מתחילין בפשרה ומפצירין בו שימחול והשיב זה אני מוחל לך מקרי השמט' ועוד נראה דאם הבע"ד עצמו מבקש ממנו דרך פשר' שימחול לו ואמר אני מוחל לך דכאן אין שייך השמטה דהא אין בוש מלסרב נגדו וראיה מדכתיב בסי' ו' פייסו התובע כו' וזה ראיתי ג"כ בתשובת מהר"ם מלובלין סי' מ"ז:

(**ותו איתא**) באותו סי' דוקא בשנים הב"י פי' כך דברי הרמב"ם וריף אבל בהגהות מיימוני כתב על דברי רמב"ם לאו דוקא ב' ה"ה א' וכ"כ בנ"י על דברי הרי"ף ע"כ נראה לית מן דחש להא מלתא וסגי אפילו בפני א' בקנין וכן פסק מוחז"ל:

(**ותו איתא באותו סעיף קנין דברים**) ע' מה שכ' ריש סי' ר"ג דיש לתמוה על רמ"א דיש סתירה בדבריו גם דברי סמ"ע בכאן סעיף קטן ט"ז הם דלא כמאן בסי' רמ"א:

(**ותו בס"ח מחילה אין צריכ' קנין**) כתב סמ"ע דוקא בלא תפיס שטרא וקשה הא כ' רמ"א בסי' רמ"א דאין חילוק בזה ואין לומר דכאן מיירי לענין פשרה דהא סיים אפילו מחיל' גמורה לא מהני וכדברי רמ"א שם הוא עיקר:

(**ותו באותו סעיף אין בדבריו כלום**) לפי זה בשידוכין הצד העובר לא נפטר בנתינת קנס. וי"ל דעיקר הקנין הוא על נתינת הקנס לחוד ובסי' רמ"ג סעיף י' הארכתי מזה:

(**ותו בס' י"ב**) ובנה זה קצת מ"ש סמ"ע לחלק בין הך יבין סי' קנ"ז דבריו סתומים ונלע"ד דהבדל זה יש ביניהם בסי' קנ"ז הוא החזקה שמחזיק לטובת שניהם שעי"ז יחזיק גם השני בחלקו משום הכי מהני מה שבנה הוא אבל כאן שהם מחולקים מי שיעש' בנין חלק פלוני ומי יעש' החלק הב' כי יש חיוב על שניהם לעשות וע"כ מה שבנה אחד מהם ורצ' לכוף על ידי זה את השני שיעשה המותר לאו כל כמיניה אכן אם היו מחולקים מי יזכה בחלק פלוני היינו בסי' קנ"ז:

(**בשם מהרש"ק בב"י דבר המתחיל**) **וכתב עוד שאלת ראובן הפסיד את שמעון כו' עד דה"ל כתלוה ויהיב כו'** ולקמן סי' ר"ה סוף סי' י"ב בב"י לא כ"כ בשם הרמב"ם והוא עיקר וכ"פ לשם בש"ע ס"ב [ס"ג] דפשר' דינה כמכר ויש ליישב בדוחק וצ"ע ועמש"ל בס"ד והוא נכון ע"כ:

סימן יג

(**בש"ע ס"א בהג"ה**) יכולים להשוות עצמם כו' למד זה מדברי מהר"ן סי' י"א והמעיין שם יראה דל"ד להכא דהתם אבי תרי נחית מעיקרא. וכן במהרי"ק שורש נ"ז משמע כן דוקא אבל אם אמר ליה סתם אתה תהיה בורר שלי לא היה בדעתו שישבו שני הבוררים בלא שלישי דגם לבע"ד ניחא ליה שיהיו דיינים רבים שמשובח טפי כמ"ש וכן נראה דעת הרב רמ"א כאן דקאי על ריש הסי' שכ' א' שאמר איש פלוני כו' דמשמע דסגי ליה בזה שהוא לחוד לדון לו אבל סתם לא סגי בב' אם זה עומד וצווח שרוצה לדון בפני ג' דוקא דלא סגי במה שהם מושווים ביחד כנ"ל (כ' מהרש"ק בטור עד ואפשר לומר דעת הרמב"ם ז"ל כו' וע' במהריב"ל ח"ג סי' צ"ו ובמהר"ש ד"מ סי' ב' מה שהקשו ע"ז וע"ל סי' ג' סעיף ב' וצריך לחלק בין יחיד מומחה לג' דמומחה יכול לכוף אפילו בציית דינא וע' בס' בני שמואל):

(**בהשמטות סעיף ז' בטור**) ואני כתבתי למעלה כו' איכא למידק דבס"ב כתב רבינו בג' הדיוטות לחלק בין אם הנתבע מסרב לירד לדין כלל ובין אם אינו רוצה בג' שבירר התובע ואח"כ כ' שהמומחה דן בע"כ ומסתמא הוה ג"כ החילוק כן דהא ג' הדיוטות במקום יחיד מומחה קיימי כמ"ש הב"י בשם התו' שם וא"כ מאי פריך כאן על הרמב"ם דגם הוא מחלק בזה לענין מומחה ונראה דהטור ס"ל דאין שייך זה בורר ביחיד מומחה דדוקא לענין ג' הדיוטות שייך כן דהב"ד של ג' לא יהיה לו שום גריעותא דהא עכ"פ יהיו

ג' רק מצד שיהיו נבררין בהסכמת הבעלי דינין אבל ביחיד מומחה א"ת שזה יברור לו ג"כ מומחה א"כ ישבו ב' מומחין ויהיה גריעותא למעלת המומחה שמעלתו הוא לישב יחיד דוקא ובזה בטלה מעלתו אלא ע"כ דבמעלת המומחה לא שייך זה בורר אלא כופה בכל וגוונא וע"כ מקשה שפיר אהרמב"ם וע"ז כ' אח"כ לתרץ דאפשר דלא נתנו ייפוי כח למומחה אלא כשלא בא א' מבעלי דינין לפניו תחלה ואומר לו שהוא מברר אותו אלא הבע"ד מעצמו שלח אחר בע"ד חבירו שיעמוד לדין עמו בפני פלוני מומחה אז יש לו כל המעלות אבל אם מתחלה הלך אל המומחה ואמר שהוא מברר אותו על הדין שיש לו עם פלוני בעל דינו אז בטלה מעלת המומחה והוא כהדיוט ודינו בזה בורר:

(**ע"ש ונתלין בדברי רש"י כו'**) לפי סידור ל' הרא"ש משמע שיש ב' מעלות בב"ד של זה בורר הא' דהבע"ד סבר דכל דיין עושה לו טובה אפילו מה שאין מצד הדין השני מצד מעלת הדיינים עצמם סעי"ז אין זכות נעלם מהם מה שאינו בב"ד אחר והרא"ש למד זה מדברי רש"י שעשה מזה ב' חלוקות במ"ש דסברי בע"ד כו' והדיינים עצמם כו' אלא דעל רש"י עצמו קשה מנ"ל ב' מעלות דלמא בחד סגי ונראה דהוא מדוקדק כן מלשון הגמרא דא"ת שאין כאן אלא מעלת הדיינים עצמו קשה למה אמר בגמרא מתוך שזה בורר יצא הדין לאמיתו דלשון יצא קאי אבעלי דינים שיקיימו הפסק ברצונם הטוב אלא הי"ל ידונו דין אמת דאז הוה קאי על עצם הפסק אלא ע"כ דמצד הבע"ד מדבר שבזה יש מעלה מצדם שברצון יקיימו הפסק והיינו משום שכל א' סובר שהוא הרויח יותר ממה שהדין נותן וכ"ת דבמעלה זו לחוד סגי קשה לשון יוצא הדין לאמיתו והי"ל שיצא הדין ל"ל לאמיתו דהא הבע"ד סברי שכל א' הרויח יותר מן אמתת הדין אלא ודאי שיש עוד מעלה מצד עצמו שהוא לאמיתו דהיינו שאין שום זכות נעלם מהם:

סימן יד

(**ס"א**) בד"א שזה טוען כו' נ"ל פירושו דבריש הסי' אמר ב' שנתעצמו וכו' והיינו כל שחלוקים על איזה דבר של מי הוא וכיוצא בזה שאין שייך בו תובע ונתבע שאינו ביד א' מהם אלא כ"א הוא תובע או במלוה או הניזק או נגזל שנתברר קצת שהוא מלוה או ניזק והנתבע דוחהו לב"ד הגדול באלו אין שומעין לו כיון שאין כאן שום נתבע נמצא שאין מועיל טענת לב"ד הגדול נלך אלא בנתברר שיש נתבע שומעין לתובע ודברי הסמ"ע בזה אין מבוררים לי:

(**ע"ש בהג"ה וי"א דבד"ח**) הוקשה לסמ"ע למה הכניס דעת הרא"ש לתוך דברי רמב"ם גם מה שהגיה רמ"א באותה מדינה ודחק עצמו ליישב נלענ"ד דהכל ניחא דרמ"א קמ"ל

דגם הרמב"ם דאינו מחלק בין ב"ד הגדול לבית הוועד וכתב אבל יש מקומות היינו דוקא באותה מדינה דאין כח עכשיו להוציא ממדינה למדינה כמו שהוא בב"ד הגדול וזה מוכח מדלא הזכיר הרמב"ם יש מדינות רק מקומות וע"ז כתב די"א ס"ל אפי' בזמן הזה הוה ב"ד חשוב כמו ב"ד הגדול דהיינו אפי' במדינה אחרת נמצא אפי' לשיטת הרמב"ם יש חילוק סברות בזה דהיינו לענין בזמן הזה:

(**בטור ס"א**) אבל אם א"י כגון כופר הכל באשר"י שמביא ב"י יש סברא דאם שניהם תובעין זה את זה ממילא הוה הדין בזה דשניהם יכולין לכוף זא"ז ובזה מיירי הגמ' דהגוזל בתרא אבל הרא"ש ס"ל להלכה כתירוץ בתרא דיש חילוק בין מקום וועד לבדה"ג ועכ"פ מביא סברא זאת לענין חילוק במקום הוועד עצמו אם כופין אותו לדון בעירו או לילך לוועד וכך הם ד"ר:

(**ע"ש וי"א**) לבדה"ג אין שומעין אלא להנתבע י"ל דהא גבי נתבע נמי יש חשש בזה שכל נתבע ישמיט עצמו מלשלם החוב שיאמר לבדה"ג אזלינא וי"ל דבזה יש תקנה דכל אדם יוכל ליזהר שלא יהיה לו עסק רק עם מי שהוא בטוח שלא יעשה לו עולה משא"כ לגבי התובע שא"א להיות נזהר מכל שיבא עליו בעלילה לתבוע אותו וא"ל א"כ גם במקום הוועד נמי ניחוש שכל עני יזמין את העשיר לשם וקודם שיוציא הוצאות יתן לו תביעתו שהרי אמרו גם בבית הוועד שמא יוציא מנה על מנה י"ל דלאו דוקא אמרו לשון זה דמסתמא בית הוועד אינו רחוק כ"כ כמו ב"ד הגדול ולא חשו רק לטובת התובע שלא יצטרך לשום הוצאה:

(**ע"ש אבל**) ר"ה דקדק מלשון הגאון פירוש דהגאון כתב לשון לאשתמוטי גבי לוה ומזה למד רבינו תם וכיון דלוה מצי טעין לאשתמוטי בודאי נתכוין בעל בה"ג כדי ללמוד ממנו דכ"ש תובע ע"ש סעיף ב' ועד"ז כ' הרמב"ם כו' שגם הרמב"ם כ' דין זה דיש מעלה לבית הוועד גם בזמן הזה והיינו בדרך זה שזכר הרא"ש יסדר טענותיו לפני בית דין כו' שכן כתב שם הרמב"ם קודם לזה שצריך שלא יהיו לו טענות ריקנית:

(**בשם מהרר"י**) **זצלה"ה בטור ונראה שאינו יכול להסתלק מאחד לחבירו כו**'. תימא דלעיל סימן ג' כתב דאם אין הבעל דין רוצה לבא לפני הדיין שבירר זה זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד אלמא דיכול להסתלק וצריך עיון ע"כ):

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה כתב בספר המצות אם יש שני ת"ח בעיר אחת כו' עד בלי סתירת ראייתו כו**' ולא קשה מידי דהטור מפרש לה כמ"ש בנ"י שם בגמרא הא דלוה מצי מעכב אירי אפי' במומחים וכגון מרב חסדא לרב הונא שהיה גדול ממנו מי קא

מטרחנא לך ולא איפכא ודלא כפי' הסמ"ג ק"ל וכך מבואר בתשו' הרשב"א שהביא ב"י מחודש ב' ע"כ):

סימן טו

(**ס"א בהג"ה**) אבל אם קרובו בא לדין וכו' הריטב"א למד דין זה מפ' בתרא דכתובות דק"ט והביאו הב"י ויש להקשות כיון דחזינן דנסתתם טענות בעל דין ממילא לאו שפיר עביד והיאך אנן למידין ממנו ואמאי כתב רמ"א להלכה דמהני כבוד קרובו לתלמיד חכם ונראה לפרש דהוקשה לריטב"א כיון דחזינן דבעובדא דכתובות אירע מכסו ממה שעשה ר"ן בדין קרובו של חכם כיון שבע"ד לא ידע כוונת ר"ן אלא היה סבור דדרך חניפות הוא הכא נמי ניחוש בעובדא דשבועות דהבע"ד לא ידע שנעשה כבוד לת"ח בשביל תורתו אלא יסבור דרך חניפות הוא לזה תי' דשאני בחבר עצמו דודאי ירגיש הבע"ד שנעשה בשביל התורה משא"כ שם שבע"ד ידע האמת שלא היה אפילו קרוב דת"ח ע"כ איסתתי' טענתו אבל באמת אם היה קרוב של ת"ח והיה זה ידוע לכל אין חשש סיתום טענות ונמצא שיש חשש סיתום טענות בקרוב ת"ח במקום שאין ידוע לבע"ד שהוא קרוב והו"ל להריטב"א לחלק בזה אלא שהריטב"א האמת נקט דשם ידוע שאינו קרוב כלל ואח"כ כתב ודעת מורינו כו' היינו לסברת ר"ן שהוא הי' קרוב והוא הי' סובר שגם הבע"ד ידע מזה וזה כ"מ אלא דוק' בלא פתחו וכו' וזהו מסברא ונמצא דשפיר פסק רמ"א בקרוב של ת"ח דהיינו במקום שהוא ידוע כן אלא די"ל דע"כ אין למידין לדעת הרמב"ם המעשה דר"נ דהא דכתב בסמוך דין האלמנה קודם לדין ת"ח ובמעשה דר"ן הקדים אפי' דין קרוב ת"ח אפי' בפני יתום כ"ש בפני אלמנה וע"כ לומר דלא קי"ל כר"ן כיון דחזינן דבא מכשול ממנו בסיתום טענות א"כ חולק על הריטב"א דלמד מדין דר"ן וקשה על רמ"א שפסק כריטב"א וכאן לא הביא כלום מדברי רמב"ם ונלע"ד לישב כי יש לדקדק עוד דאחר אותו מעשה אליה אסתלק מן רב ענן וקשה מאי איסור עבד רב ענן דשלח לר"נ שידון להההוא גברא ויש לומר לפי האמת כבוד התורה עדיף אפילו מיתמי אלא דאמרי' מסתמא ניחא לתלמיד חכם עצמו שידון יתום ואלמנה לפניו וקי"ל ת"ח שמחל על כבודו כבודו מחול ובמעשה דרב עון דשלח שידון ר"נ להההוא גברא דאנא ענן פסילנא ליה לדינא והוה לישנא יתירא וכי בלא"ה לא היה דן אותו ר"נ אלא ודאי נתכוין לומר שיקדים דינו ומקפיד על כך ש"מ שאינו מוחל על כבודו ורוצה שיעשה לקרובו לפי עיקר הדין ע"כ נענש רב ענן שלא נזהר בלשונו ובא מכשול עי"ז ואם כן

לק"מ על הרמב"ם שהוא מדבר בסתם ת"ח שמסתמא מוחל ע"כ וע"כ כ' שמקדימין יתום דמסתמא מקדימין ואומרים שהוא מוחל והכל ניחא בס"ד:

(**בשם מהרר"י זצלה"ה בטור**) מקדימין דין היתום וכו' לכאורה היה נגד דעת רב נאמן שהקדים דין ת"ח לדין יתום ונ"ל דלכך דקדק הרמב"ם באומרו היו לפני הדיינין דינין הרבה מקדימין דין היתום וכו' להורות דדוקא אם באו יתום ואלמנה ות"ח וע"ה כולם כא' דאז אנו נכולים לקיים שפטו יתום כו' וגם עשה דכבוד תורה לפי שמקדימין הת"ח לע"ה אז מקיימין שניהם ומקדימין היתום אבל אם אין שם כ"א יתום ות"ח מקדימין הת"ח משום עשה דכבוד תורה עדיף ע"כ:

(**בשם מהרס"ק בב"י**) **ד"ה צריך הדיין שיקדים לדון הדין כו' עד ולא חש לאסתתומיה טענה וכו'** ולהרמב"ם ל"ק מידי דהתם בדינא דיתמי הוא שהוא קודם לדין ת"ח ולכן איסתותם טענות' דאידך אבל נגד ע"ה ת"ח קודם למשרי' לי' תיגרי ברישא וק"ל וכ"כ ספר לחם משנה ע"ש ובכ"מ ע"כ:

סימן טז

(**ס"ב**) ואינו רוצה לקבל שבועתו נלע"ד דהא דהנתבע רודף אחר השבועה כוונתו שיוכל למכור נכסיו הן מטלטלי הן קרקעות שלא יאמרו מוכרח הוא' למכור ומזה הטעם בעצמו הוא בס"א שאם רוצה שיפסקו לו הדין כי היכי דיסבר העולם שהוא פטור ממנו ויקנו נכסיו ובאמת יש לו עדים ובסמ"ע כתב ג"כ סברא זאת שאם הנתבע מבקש לישבע תיכף בשביל נכסיו הדין עם הנתבע ותמהתי עליו דאין זיילי נכסי דהתם רק במבורר לדייני' שזה הנתבע מוכרח למכור את אשר לו אבל אם אינו מבורר אלא שהוא טוען כן הדין עם התובע וכאן נמי אין בירור ע"ז ועל עיקר הקושיא נ"ל דל"ד לכאן דכאן תולה התובע עיקר הטעם שלו שהוא רוצה שיהיו זיילי נכסי דלוה כדי שיהיה חובו בטוח כמ"ש בסי' אח"ז ונותן טעם בשביל שיש לו עדים ע"כ נותנים לו ל' יום להבאת העדים ותו לא משא"כ בסי' כ"ד דהטעם שאינו רוצה לקבל שבועה אולי יודה בזה שומעין לו כל שאין ב"ד רואין היזק ללוה בבירור כנלע"ד:

ע"ש אבל אם טען תחלה יש לי ראיה נראה דה"ק עכשיו ישיב לו בע"פ ונ"מ לענין זמן ב"ד דיתחיל מהיום ונראה שמש"ה אין. שומעין לו דהא כל טוען את חבירו בע"פ צריך לבטל כל שטר שיש לו כמ"ש ס"ס ע"ה. בשם הגאונים וזה אינו רוצה לבטל השטר ובזה ניחא לי הטעם של י"א שנשבע ונפטר ואינו נאמן כו' שמביא בסמוך דהא פוסל כל העדים והב"י כתב שנלמד מסי' כ' ומש"ה הקשה דלמא הכא שאני וכו' ולעד"נ דאלו

למדו משם ה"ל לחלק אם יהיה הראיה עמו במדינה כמה שכתוב סי' כ' ולפי הטעם שכתבתי ניחא דכיון דהשביעו כבר ביטל ראיותיו דהא מתחלה דחוהו הב"ד בשביל זה והוא קבל דבריהם והשביעו:

(**סעיף ד**') האו' לחבירו שטר כו' הב"י (בס"ס ח') עשה פלוגת' בין הרמב"ם להרא"ש ונרא' דהם לאחדים דרמב"ם לא מיירי שם רק אם בעל השטר אומר איני יודע אם יש לך או אינו מוציאו אז על כל פנים מוציאו ומזה נלמד ממילא דאם טוען ברי לי שאין שם זכותך ודאי נשבע היסת כשזה טוען ברי שיש שם זכות כמו באבד השטר ומזה מיירי תשובת הרא"ש שמביא הטור כאן שזה טוען בודאי שאין לך שום זכות בשטר וזה אינו מאמין ורצה השואל להרא"ש לומר שמה שתקנו הגאונים להוציא השטר לב"ד בכלל זה ג"כ דין זה ואין נותנין לו שבועה על זה מאחר שיכול להתברר ואין פוסקים שבועה בחנם כמ"ש הטור סי' ע"ה ובש"ע סי' פ"ד סעיף ל"ג ועל זה שאל אם צריך שיאמר הזכות בפי' והשיב הרא"ש שההוראה עצמה לא ישרה בעיניו לבטל מזה שבועת היסת ולכופו להראות השטר כי אין אדם רוצה להשביע וכו' אלא ודאי ישבע היסת שאין לו זכות בשטרו ולא מקרי כאן יכול להתברר ולבטל השבועה כנלע"ד ברור ונכון ע"כ:

(**בשם מהר"י זצלה"ה בטור וזה טוען יש לי ראיה כו' ואיני רוצה לקבל שבועתו כו**') י"ל מאי נ"מ אם ישבע עכשיו הלא אם יביא ראיה יסתיר הדין ונראה דאם כבר נשבע לא יכול להטיל חרם עבור עדות להכחישו ולפסול אותו אבל קודם השבועה יוכל להטיל חרם והב"ח תירץ בע"א ע"כ):

סימן יז

ס"א לא יהא א' מדבר כו' מ"ש הסמ"ע סק"א נראה לחלק בדבר דאף אם לא אמר כלום להא' יש איסור באמירה להשני והיינו אם קודם שהתחיל השני לטעון אומר הדיין קצר דבריך ומזה מיירי רמב"ם ורבינו מיירי שהב' טוען ומאריך בלשונו אז מותר לומר לו לא תאריך אלא דבר בקיצור וכן המנהג בכל יום אלא שאפ"ה אם אומר להא' בפי' דבר כל דבריך אז יש איסור באמירה להב' לקצר בכל גווני כנלע"ד:

ס"א בהג"ה ועמידה ע"י סמיכה מקרי עמידה הסמ"ע כתב שלא וסמכו העדים גם הדיינים ומוחז"ל חולק עליו וכתב להתיר בזה דהיינו שיהיה נחשב לגבי א' עמידה ולגבי שני ישיבה (א"ה אני דחיתי ראיות הב"ח דשאני הכא דמחד קרא ילפי' שהדייני' בישיבה והבע"ד בעמידה מדכתיב וישב משה ויעמוד העם ועדים לא עדיפי מבע"ד דהא קי"ל דאסמכתא בעלמא היא ומדרבנן ודאי בחד גוונא תיקן בעדים ובע"ד וכיון דכתיב וישב

משה ויעמוד העם משמע שאינן באופן אחר מה שא"כ בהידור ת"ח דאין לו ענין לגמר דין ועוד דשאני התם דאי אפשר לו לעשות בענין אחר דעל כל פנים צריך לגמור הדין ואם ישב בישיבה גמורה אין שם הידור כלל ואם יעמוד בעמידה גמורה אי אפשר לפסוק הדין לכך עביד מה דאפשר ויחשב כמאן דשרי מסאניה ידעל כל פנים מקצת הידור מיהא איכא ודוק ועיין בתוספות ד"ה אפרח עלי בר אווזא עכ"ה) ואני בע"ד נראה שמה שהניח רמ"א יסוד דמקרי עמידה זהו דבר שאינו ולא עמדתי על דעת רמ"א בזה דמהיכן למד דבר זה מתשובת ריב"ש סי' רס"ו אדרבה שם מבואר להיפך וזה לשונו ואפילו לכתחלה הוא מותר לפי שהיו הדיינין נסמכין על העמוד וכל שאם ינטל העמוד והוא נופל לא הוה מעומד דהא קי"ל בפ"ג דזבחים כתנא קמא דריב"ק דעמידה מן הצד לא שמיה עמידה ר"ל עמידה שא"א לה בלא סמיכה דכיון דלא קרינן בה עמידה והוא תלמוד ערוך רק שיליף ריב"ש בק"ו דמיקרי ישיבה מכח שחייה דמקרי גם כן עמידה ואפ"ה מקרי ג"כ ישיבה כ"ש שזהו לאו עמידה כלל וסבר הרב רמ"א שדין שחייה ועמידה ע"י סמיכה חד הוא וליתא דלא מייתי ריב"ש שחייה אלא ללמוד ממנה קל וחומר לעמידה ע"י סמיכה דלאו עמידה הוא גם הב"י לא הביא בשם ריב"ש בסוף סי' כ"ח רק לענין דמקרי ישיבה ע"כ תמוהין דברי הרמ"א בזה אף שהסמ"ע נמשך אחריו וכתב שכ"כ הריב"ש בסי' רס"ו לא עיין יפה שם דמי יחלוק על תלמוד ערוך בזבחים דף י"ט דלא הוה עמידה כלל וע"כ מה שהלכו סמ"ע ומוחז"ל אחר דברי הרמ"א אינו הלכה דהרי תלמוד ערוך לפנינו ולית דין צריך לפנים והלכה למעשה דלא מקרי ע"י סמיכה כלל עמידה לכל מילי רק ישיבה לחוד אחר כך הרצתי הדברים לפני מוחז"ל ואמר לחלק דבזבחים קמיירי לענין קידוש ידים ורגלים דבעינן עמידה מדאורייתא דכתי' לעמוד לשרת משא"כ כאן דהעמידה מדרבנן לכן כשר ע"י סמיכה וכן צוה לתקן בלוח הטעות בסוף הספר ואני אומר סבר לתקן ולא תיקן כלל דמנ"ל לחלק בין עמידה לעמידה דכיון שלמדו עמידת העדים מועמדו שני אנשים למה נחלק בין העמידות דאם נחלק ביניהם לא היה ריב"ש יכול ללמוד כלל מן זבחים דמקרי ישיבה ע"כ נלע"ד דלית לזה החילוק כלל ורמ"א אגב חורפיה לא דק בזה (א"ה נלע"ד דיפה דק רמ"א שסמך עצמו על סוף דברי ריב"ש שכתב וז"ל ועוד דמאי דאמרינן דיין בישיבה אינו אלא מדרבנן ואסמכתא בעלמא כיון דבדיעב' כשר וא"כ בעמידה ע"י סמיכה אפילו לכתחלה נמי עכ"ל משמע מזה אפילו בלאו טעמא דלעיל מכשיר בהכי כיון דאינו אלא מדרבנן ואין כאן עמידה ממש ואם כן ה"ה לענין עמידת העדים דהיא נמי אינה אלא מדרבנן וק"ו נמי איכא ועכ"פ היא קרובה לעמידה יותר מלישיבה שהרי עמידה ע"י סמיכה מיקרי ולא מיקרי ישיבה ע"י דבר אחר בשום

מקום ואף שכתב רדב"ז בתשו' שאין לסמוך על טעם א' שכותב הפוסק לצרוף טעמים האחרים הכא דמדרבנן הוא סמכינן ע"כ:

(**ס"ד אם התובעים רבים**) בסמ"ע פי' לדברים אלו ואין פירושו מובן יפה בפרט מה שסיים שהב"ד יכופו את שניהם דמשמע אפי' שניהם רוצים בכך הב"ד מוחין וזה דבר תימה ואבאר לך דעת המרדכי בזה דהתם שהתובעים רצו שהם יהיו כלם ביחד לפי שהם כאיש אחד ואינם רוצים שהנתבע יקח אוהביו אף על פי שלא יסייעו לו בדברים לפי שאפשר שע"י רמיזה יאמרו לו איזה דבר ונתבע רוצה שישבו אצלו וישתקו בזה כתב שהדין עם הנתבע ויעכב עליהם שלא יהיה בפני הדיינים רק הטוען בשביל כולם או יטענו זה אחר זה וכדי שלא תטעה לומר שהברירה ביד הנתבע כיון שאמרנו שהדין עמו ממילא יאמר הנני מסכים שתהיו כולכם בפני הדיינים וגם קרובים ישבו אצלי אינו כן רק א' יטעון בפני הדיינים וגם הוא דוקא ביחידי אבל אם השותפי' שותקים באם רוצה ליקח אוהביו וודאי אין להב"ד להכניס ראשם ונלמד מזה דכל צד יוכל למנוע את חבירו שלא יהיו אוהביו אצלו אפי' בשתיקה לא כמו שקצת נוהגים בזה היתר והוא מחוסר דעה:

(**ס"ה בהג"ה ודוקא שיודע הדיין כו'**) דברים אלו אינם מבוארים היטב בסמ"ע ואבארם כפי משמעות תשובת מהרי"ל סי' רכ"ב שכת' שאם שמע דברי בע"ד ולא ידע בשעת השמיעה שיהיה דיין ונעשה אחר כך דיין ברצון דמ"מ לא עבר הרב בלא תשא כיון ששמע בשעה שלא היה יודע שיהיה דיין וה"נ קאמר רמ"א דל"ת דאע"פ שהשמיעה היתה בהיתר מ"מ אם אח"כ נעשה דיין וה"ה למפרע עליו איסור מחמת השמיעה כיון שנזהר הדיין בלא תשא קמ"ל דכל שאין איסור בשעת שמיעה שוב אין כאן איסור מחמת הדיינות:

(**סי"ב בהג"ה**) יותר ממה שתבע כו' בדרכי משה למד זה מעובדא דרבינא וסיים בד"מ שכ"כ ריב"ש בס' רכ"ז ע"ש ותמיה לי דהא משמע איפכא דרבא אמר לפי הדין תתחייב לו כפי מה שגדר כר' הונא שכן הוא באמת כמ"ש התוספות רק שהוא מפייס ברצון טוב ליקח אגר נטירא וגם רבינא היה יודע עיקר הדין שכן הוא דאל"כ לא היה מבקש כפי מה שגדר אלא דלא רצה לדון לפני הדיין בזה דקי"ל בפ' ח"ה עביד אינש דזבין דיני' וגם רבא היה יודע שרבינא יודע הדין אלא דנתפייס ברצון הטוב שכן משמע הל' שאמר זיל פייסי' במה דאפייס דמשמע שדרך פיוס אמר רבינא כן ולא מחמת חסרון ידיעת הדין דא"כ הל"ל כמו שתבע ממך ולא לשון פיוס וכן פרש"י בהדיא הואיל ונתרצה בדבר ובזה נדחה מה שתי' בסמי"ע לומר דרבא היה סוב' שרבינא לא ידע הדין ומ"ש ואי לא

דייניא לך כרב הונא דהיינו דרך קנס שזהו דבר שאין השכל מקבלו דאמאי יקנוס אותו ומה פשעו דהוא היה סבר שא"צ ליתן לו כלום כיון דגם רבינא ה"ל לתקן שדותיו ואין להאריך עוד גם מריב"ש אין ראיה דריב"ש מיירי באחד שנתן לחבירו ברירה באחד מב' דרכים ופסקו הדיינים יותר מהברירה ואינו ענין לכאן דמיירי במי שאינו יודע שמגיע לו יותר אדרבה פתח פיך לאלם הוא וכראה שלא נתכוין רמ"א בזה רק כשרואה הדיין שהתובע יודע הדין ומטעם מחילה נגעו בה וגם בסתם היכא דא"ל דידע ומחל אמרי' כן ורבא שאמר ואי לא דיינינא לך כרב הונא היינו שרבינא עצמו גילה הכל לפני רבא ואמר אם יתן לי ברצון טוב אקח ממנו דבר מועט אבל אם יצטרך לבא לידי פסק דין ודאי לא אקח רק לפי הדין מש"ה אמר רבא ואי לא דיינינא לך כו' אבל כל שספק לדיין אם יודע הדין ומוחל או הוא טועה בדין מספק ישתוק הדיין אבל אם ברור לדיין שזה טועה בדין ודאי מצוה הוא שיגיד לו האמת כנלע"ד:

(**בטור סי**"ד) ואינו משמע כן בירושלמי כו' צריך להבין דעת רבינו מה הוקשה לו מירושלמי זה הלא גם הרמב"ם כתב דבריו מירושלמי דשם מבואר הדין שלא ילמוד הדיין זכות שאין מקבלין ע"א כמ"ש ב"י ומ"ש ב"י דרבינו משמע ליה דהירושלמי סתמא אמר אפי' לא ידע בע"ד כלום קשה דא"כ היה רבינו חולק על ההיא דע"א והוא מובא באותו ירושלמי עצמו ונ"ל דרבינו והרמב"ם חלוקים בפי' דברי הירושלמי דקשה בדברי ירוש' רישא אסיפא דברישא אמר דרב הונא הו' מקלל על מי שאומר אין מקבלין ע"א אלא הוא עצמו יאמר כן דוקא ובסיפא אמר דרב הונא פתח בכל זכות שיש לאדם ותי' הרמב"ם ע"ז דהרישא מיירי דלא התחיל כלל בזכות זה אבל בסיפא מיירי שהתחיל אלא שמפני החימ' והכעס נסתלק וכו' וע"ז הוקשה לרבינו דהא קתני כסיפא דר"ה התחיל בזכות משום פתח פיך וכו' וזה שייך בכל זכות אפי' אם אין הבע"ד יודע מזה כדאיתא בפ' ח"ה במשנה דחזקה שאין עמה טענה דאמר שם בגמ' דמשום פתח פיך היה לנו לטעון עבור מחזיק ושם לא קאי כלל אאם טען הוא מן הזכות ע"כ פי' רבינו הירושלמי בע"א דאמר תחלה רב הונא שלא ילמוד טענת עד אחד אינו נאמן לא אמר שהדיין לא יפסוק כל שלא אמר הבע"ד אינו נאמן עלי עד אחד אלא שהדיין מוכיח על פני הבע"ד ויאמר לו הרי העד מעיד נגדיך אולי עי"ז יודה על האמת עד שיאמר אינו נאמן עלי אז די בזה ואח"כ אמר רב הונא אם עשה הדיין כן שהוכיח על פני הבע"ד בזה והוא לא השיב א"נ עלי אז עכ"פ בשעת משא ומתן של הדיין יטעון הדיין כן בשביל הבע"ד דע"א אינו נאמן וז"ש רב הונא כי הוה זכות לבע"ד פתח ליה ע"ש פתח וכו' דהיינו עכ"פ בשעת משא ומתן של הדיין ועיונו בזכות זה נמצא דברי רבינו נכונים כראוי ועיין מ"ש סי' מ"ב:

(**ע"ש**) סי' י"ז (בשם מהרר"י זצלה"ה בב"י בירושלמי) רב הונא מקלל דיינ' דאמר מקבלין אתון חד סהיד ולקמן מביא בשם ירושלמי ר"ה כד הוה חזי זכו לבר נש כו' הוה פתח ליה ולכאורה סתרי אהדדי ונ"ל דבחד סהדי איכא ריעותא לכך לא פתחינן ליה לאפוקי היכא דאיכא וכו' בתחלה ודאי פתחינן ע"כ:

(**בשם מהרש"ק זצלה"ה בב"י**) **ד"ה ומ"ש שלא ילמד לאחד מבעלי דינין כו' עד דכיון כו'** אבל אההיא דע"א ל"פ הטור וס"ל ג"כ דלא יאמר הדיין וכו' דאל"כ יהיו דברי רב הונא בירושלמי סותרין זא"ז ודלא כסמ"ע וכ"כ בס' לחם משנה ודו"ק):

סימן יח

ס"א אבל ארבעה אומרים כו' מ"ש סמ"ע בשם מור"ש סק"ו וקשה לי מה בכך שנסתלקו שנים של אינו יודע מ"מ יש כאן רוב דהיינו ב' מתוך ג' והו"ל כאלו לא ישבו תחלה רק בג' והסכימו שנים מהם לדעת א' דהולכין אחריהן וע"ק לי לפי ידעת מור"ש לכתוב רבותא גדולה במקום שכ' הטור ב' מזכין וג' מחייבין וא' אומר איני יודע דיוסיפו הדיינים דאז כשנסתלק את האינו יודע פשיטא שאין כאן גמר דין דהא שקולים הם עדיפא הל"ל אפי' ב' מזכין וא' מחייב וב' אומרים א"י דאין רוב נגד המסולקים ויוסיפו וכ"ת אי נימא דלא יוסיפו נמי קשה אמאי לא נקט רבותא במקום ג' אומרים זכאי וכו' לימא רבותא אפי' ב' מתוך ג' הא לא קשיא כיון דקאמרי דחשבינא את האינו יודע כמאן דליתא והולכין אחר רוב הנשאר כיון שנגמר הדין בג' ה"ה בשנים מתוך ג' דבכל דוכתי הוה ב' מתוך ג' ככל הג' משא"כ לאידך יש מקום לטעות דדוקא בשקולים לא נגמר ע"כ היה לומר אפי' בשרוב לא נגמר הדין ובתשו' רשב"א שהעתיק סמ"ע סק"ט מבואר בהדיא כדברי ודבר ברור הוא אלו ראה רש"ל ההוא תשובת הרשב"א דהוי הדר ביה שוב ראיתי מחז"ל שפי' דברי הטור בד"א ע"פ הירושלמי וז"ל אם הוסיפו ב' דיינים וג' ויש להם דעה א' וב' אומרים שא"י דל"מ כיון דנחתי לדיעות וקשה עליו טפי לכתוב רבותא כמ"ש ועיקר להלכה למעשה בזה הולכין אחר הרוב ועל הרב בעל הסמ"ע תמיה רבה שהוא עצמו הביא תשו' הרשב"א הנ"ל ומביא ג"כ דעת מור"ש והם סותרים זא"ז:

(**ע"ש בהג"ה שאין רוב אלא בב"ד**) מ"ש הסמ"ע סק"י תמהתי על פה קדוש יאמר כן דלפי טעם שלו דנחתי לדיעות קהל שבירורו דהא בסימן ר"ו כתב דאפי' ביחיד שאמר כדשיימו ד' צריך הסכמות כולם ודבר פשוט הוא דוקא בקהל נקט דין זה דהיינו בעסקי קהל יש להם כח הן לדין הן לפשרה וכמ"ש בתשו' מיימוני דהל' שופטים דכל מה שמקבלין ע"פ טובי העיר הוה כקנין אפי' קבלו ועשו פשרה מש"ה אין הולכין כאן אחר הרוב כמ"ש

סי' י"ב דאם ביררו הן לדין הן לפשרה וצריך להתנות בפי' שילכו אחר הרוב אבל סתמא לא וגם בפשרנים דעלמא אי' בסי' י"ב סי"ח דאם רבים הם הולכים אחר הרוב וכן הוא בקהל ואפי' אם לא קיבל עליו בפי' שיעשו פשרה וזהו שסיים כאן הריטב"א שאין רוב אלא בב"ד ר"ל בדיינים שעושין דין דוקא אבל לא בעסקי הקהל והסמ"ע אפשר שנתכוין ג"כ לזה:

(**ס"ו ב"ד פוסקין בד"מ**) הסמ"ע סקי"ג נתן טעם דבד"נ אין פוסקין אלא בפני בע"ד דהוה מעוות שאינו יכול לתקן תמיה דשם בתשו' רשב"א אי' דגזירת הכתוב היא בד"נ שנא' עד עמדו לפני העדה ג"כ מ"ש סמ"ע דכאן מיירי דטענו לפניהם לא נלע"ד כן דודאי יכולים שני בע"ד לשלוח טענתם בכתב לאיזה ב"ד שירצו וישלח להם פס"ד ולעיל בסי' י"ג דפסק והב"ד לא יפסקו אלא יכתבו שאני התם דיטענו לפני ב"ד זה לא יתכן שב"ד אחר ישלחו להם פסק וזה נכלל בפסוק ועמדו שני האנשים לפני ה' שאותו הב"ד שעמדו לפניהם יפסקו דוקא ואולי גם דעת הסמ"ע כן ולא מיעט אלא א"כ טענו בפני אחרים כמ"ש ע"כ:

סימן יט

ס"ג ולא תבע נידויו כו' למ"ש הסמ"ע לחלק דהכא לא בעינן ב"פ שלשים קשה דבסה"ת כ' בפירוש כאן דצריך באמת ב"פ שלשים גם תמוה לי לפי דבריו דבסימן ק' ממתין ס' יום משום אשכוחי זוזי לפ"ז ה"ל להמתין ל' יום דאימר אותו שקנה נכסים ממנו הוא טורח אחר המעות כדאשכחן בסימן צ"ח אלא דבר פשוט הוא דאותן ב"פ ל' דסימ' ק' הן מצד הנידוי עצמו כמו בכל נידוי המוזכר בי"ד סי' של"ד וה"נ כן הוא דכל הנידויין שווין אלא דהטור לא בח להזכיר כאן כל פרט נידוי אלא בא לגלות דיש כאן נידוי וחרם:

[**בהג"ה**] ואם אינו רוצה כו' פי' שמפקיר בב"ד שאינו רוצה לשמוע בקולם ואין לך אפקרותא גדולה מזו ובחנם טרח בסמ"ע בזה:

סימן כ

לפיכך אם פירש ואמר אין לי ראיה ק"ל אמאי לא נאמן לומר טעיתי במה שאמרתי אין לי עדים מ"ש מסימן פ"א ס"ק מי שהודה שחייב ואח"כ נתברר שטעה דפטור וי"ל דשא"ה דאפשר שהוצרך להודות משום שיחשוב בדעתו שיש גזילה תחת ידו משא"כ כאן דמי הכריחו לזה לומר שאין לו עדים היה לו די לומר איני יודע אם יש לי עוד עדים והיה

מרויח בזה אולי ימצאון עוד י' עדים ויוכל להביאן אלא ודאי החליט הענין לומר שאין לו עדים ופסל כל העדים שיבואו כנלע"ד:

סימן כא

הרי זה פטור מקנין מ"ש הסמ"ע אפיילו עבר האונס כו'. שותא דמר לאידענא אבל אפשר לדמות זה למ"ש בסי' רכ"ז ס"ז לענין אונאה באם יברר שהיה אונס ונלע"ד דזה תלוי בפלוגתת הרא"ש ורשב"א מביא המחבר דעתם בי"ד סי' רכ"א סמ"א בנשבע לעשות הדבר ביום כלוני ועבר היום ולא עשה דלרשב"א אחר שעבר היום עברה השבועה ממנו ולהרא"ש הו"ל כאומר ליום פלוני ועדיין השבועה רובצת עליו אחר אונס כמ"ש בי"ד שם דבזר פליגי וכיון שלא נתברר הלכה כדברי מי יראה לע"ד דכאן בחלוקה הא' שיהא חבירו נאמן ליטול יכול זה לומר קים לי כרשב"א דהקנין בטל אחר יום פלוני כיון שהיה בו אונס אבל בסיפא שיפטר חבורו כיון שזה בא ליטול ולשבע יכול שכנגדו לומר קים לי כהרא"ש וכיון שלא באת אחר האונס נפטרתי שהקנין רבוץ עליך אח"כ זהו לפי גרסת של המחבר שכתב שאם לא יבא וכו' אבל הטור כתב ליום פלוני כ"ע מודים דהקנין עדיין עליו אחר שעבר האונס של אותו יום שקבע תחלה:

(**בסוף הסי'**) **וכל זה כשקנו כו'** מלשון רמ"א משמע דהוה אסמכתא ולא קנה וכ' ועיין בסי' ר"ז משמע דצריך קנין ב"ד חשוב כמבואר בסי' ר"ז לענין אסמכתא וזה דלא כמ"ש הסמ"ע דבסיפא אין צריכין ב"ד חשוב אמנם עיקר דמילתא פריכא לע"ד חדא דהיה להפוסקים להזכיר כאן ב"ד חשוב ותו דבמרדכי פ"ק דסנהדרין כתב בא' שרצה לתבוע הדיינין שפסקו לו שלא כדין וקבל על עצמו שאם לא יתבעם לזמן פלוני שלא יהא רשאי להזמינם אחר כך והעביר המועד נ"ל דיכול לחזור בו כ"ז שלא קבל עליו בקנין כ"א בדברים בעלמא דע"כ לא פליגי בפרק זה בורר בדור לי בחיי ראשך אלא באחר גמר דין דוקא עכ"ל ואי ס"ד דבלא קנין הוה אסמכתא היה לו לחלק מיניה וביה ואפילו מנין לא מהני כל שאינו בב"ד חשוב וגם מדכתב בלשון יכול לחזור בו משמע דלא הוה אסמכתא דאל"כ לא שייך חזרה דמעיקרא לא גמר והקנה באסמכתא ונלע"ד דכאן הוצריך הקנין לחזק דכאן הוצרך הדבר שלא יהא דבור בעלמא ומש"ה מדמי ליה לדור לי בחיי ראשך מש"ה סבר שהקנין אפילו בלא ב"ד חשוב וכ"ת מ"ט באמת לא הוה כאן אסמכתא נלע"ד דשאני בכל אסמכתות שאין הכחשה ביניהם רק שא' מקנה לחבירו וכן ההוא דפ"ד דנדרים ההוא דאתפיס זכוותיה בב"ד ואמר אי לא אתינא לזמן פלוני לבטלן זכותי דהוה שם אסמכתא התם מיירי שזה הודה לו שהזכיות שביד שכנגדו שהניח ביד בית דין המה

אמתיים רק שרצה לבטלם מטעם הקנין זה וכן פי' הר"ן שם בהדיא שדרך משכון ובטחון הניחם שיבא לזמן פלוני ע"כ הוה אסמכת' כיון דלא הוה בב"ד חשוב אבל הכא מיירי בהכחשה ביניהם בעיקר הענין ויש סברא לומר שגם שכנגדו אינו יודע האמת וע"כ גמר בדעתו שתוך זמן פלוני יכול לעמוד על אמיתת הדבר ולהשביע עליו ואח"כ הוא מאמין לשכנגדו וכן ההוא דמרדכי שזכרנו באם לא יברר תוך זמן פלוני שטעו הדיינים שוב יאמין להם שיפה דנו וזה אינו ענין לאסמכחא מש"ה לא צריך בכל סי' זה ב"ד חשוב כנלע"ד וכאן פסק מחז"ל דאין כאן אסמכתא רק שנתן טעם אחר ע"ש:

סימן כב

(**ס"א בהג"ה תרתי לריעותא**) נ"ל דאם מתחלה בשעת הלואה קיבל עליו פסול כבי תרי דמהני אפילו בלא קנין וע' מ"ש לקמן:

(**ע"ש שלא נודע שטעו**) נ"ל באם קיבל עליו דיין ע"ה שלא ידע דין תורה כלל אינו יכול לחזור אפי' טעה דהא לא יכול לומר שקבלו לדון דין אמת וראיה ממ"ש המרדכי פ' ז"ב בא' שאמר נאמן עלי אוחו העכו"ם וכו' הרגיש שהיה מטעים דבריו וקבל שוחד ורצה לחזור ופסק שם דלא הדר וקש' הא אפילו בישראל פסול מצי הדר אם טעה אלא ע"כ דהתם שקבל עליו העכו"ם לא יוכל לומר קבלתי שיאמר האמת דסתם עכו"ם אינו יודע האמת ה"ה במי שמוחזק לע"ה כנלע"ד:

(**ע"ש**) ישבע שלא קיבל עליו צ"ע ממ"ש בסי' צ"ג דכל טענה שאין נתחייב ממון אלא בשבועה אין משביעין עליו היסת דאע"ג דאם לא ישבע יתן ממון אפ"ה אין שייך בה היסת וה"נ אין כאן ממון למה ישבע היסת ומ"ש סמ"ע סקי"ג דהיינו היסת שאין כאן כפירת ממון לא ירדתי לסוף דעתו דא"כ גם היסת לא ישבע דגם בהיסת צריך כפירת ממון דאפשר דהכא מיירי שיש חילוק טענות ביניהם דרוצה לטעון עכשיו ולע"ד דאם קבל עליו כשר א' במקום שנים והוא כופר צריך לישבע שבועה דאורייתא:

(**ס"ג**) נגמר הדין ונשבע הא דכ' ונשבע הוא מיותר ונ"ל דאפי' לרש"י דהיציאה מב"ד חשוב גמר דין היא במקום שיש עכ"פ שום שייכות חיוב עליו בשום צד כגון בהיפך שבועה או כשאומר הריני משלם שהיה לו עכ"פ חיוב שבועה עליו משא"כ כאן שמרצון טוב מקבל עליו שבועה בוודאי יכול לחזור אפי' ביצא מב"ד אלא דוקא שבועה הוא גמר דין:

(**ע"ש אלא הריני משלם**) הסמ"ע כתב דיכול לומר ולתרץ דבריו מה שאמרתי איני נשבע אלא אהפוך ונכון הוא אלא כי מוחז"ל נחלק עליו ממאי דאמרינן פ' הדיינין אמר איני

נשבע פוטרין אותו מיד ולא מצי אמר דעתי היה להפך ואין זו קושיא דאנן ודאי אין מתרצין דבריו אבל אם הוא מתרץ דבריו כן פשיטא דמהני:

(**ע"ש בהג"ה**) ויש חולקין נראה דקי"ל כדעה קמייתא שהיא דעת רש"י בשבועות דף ל"ט דהוצאה מב"ד הוה גמר דין לכל דבר רק אם שתק אז יכול להפך כמ"ש השמ"ע בשם הטור מאחר דגם הרא"ש ס"ל כוותי' וכן פסק רש"ל בסידור דיינים שנדפסו בתשובת שלו הישנים:

(**ע"ש**) ולא יוכל לחזור בו ב"י כ' בזה דצריך אח"כ לשבע שבועה דאורייתא והעתיקו בסמ"ע ורמ"א לא זכרו ונראה טעמו דהב"י לא כ' זה אלא למ"ד שבועה דאוריית' מהפכינן אבל למ"ד לא מהפכינן והכי קי"ל בסי' פ"ז אין צריך לחזור ולשבע בנקיטת חפץ דהוא לא נתכוין מתחלה לשבועה דאוריית' דהא אין מהפכין אותה וסגי במה שנשבע אבל לעד"נ דיפה דן בב"י אפי' למ"ד לא מהפכינן דהא אמרינן בסי' פ"ז סי"ז דאם שניהם רוצים מהפכינן אף בדאוריית' וכאן נתרצו שניהם בהיפוך ודאי יכול לומ' שנתכוין הנתבע שיתרצה התובע לישבע שבועה דאוריית' מש"ה צריך התובע לחזור ולישבע בנק"ח כי לא הסכים תחלה בהיפוך אם לא בדרך זה:

(**בטור ס"א**) ונראה אפי' לא הוציא כו' כראה לתרץ דברי הרמב"ם דמה שאמר והוציא ממנו לא נתכוין שהוציא ממש אלא ה"ק לא מבעי אם פוסק שיפטר בע"ד אחר דמהני אלא אפי' באומר אתן לך דהיינו שפסק להוציא ממנו אפי' בזה מהני ובזה אין צריכין כמו שדחק הב"י והוה כאלו הוציא.

(**ע"ש בטור ס"ד**) וההוא דאמר לחברי' מהימנת לי כו' כיון שקבל עליו פסול כבי תרי ק"ל דמשמע מזה אלו קבלו בחד אין צריך קנין והא דאמרינן כאן דאם קיבל פסול חוזר עד שיגמור הדין וכאן בנאמנות אין שייך גמר דין וא"כ צריך ג"כ בזה קנין ותו קשה למה לא כ' רבינו בסי' ע"א רק דברי הרמ"ה אלו ואלו דברי הרא"ש והחילוק כ' כאן והלא שם מקומן ותו מ"ש הרא"ש שאין צריכין קנין דכל תנאי שבממון קיים זה אין שייך אלא בשעת מעשה דפשוט הוא מי שמתנה עם חבירו תנאי לאחר מעשה אינו כלום ונ"ל דלא הביא כאן רבינו דברי הרא"ש להלכה אלא כדי להקשות מהם על מ"ש הרמ"ה כאן דקבלו כבי תרי והוקשה גם לרבינו הקושיא שזכרתי דהא בחד נמי צריך קנין והביא רבינו דא"א הרא"ש כתב שא"צ קנין דמשמע אפי' קיבל חד כבי תרי א"צ קנין ודלא כהרמ"ה ומש"ה הביא דברי הרמ"ה לחוד בסי' ע"א דשם לא הביא סוף דברי הרמ"ה כמו שהביא כאן ומ"ש דכל תנאי שבממון קיים הוא עצמו מפ' דבריו ואמר כאדם האומר אל תפרעני אלא וכו' דהתם מהני אפי' אחר מעשה מצד קבלתו של הלוה כמש"ל בסי' ע'

בשמו דהוה כל שעה לגבי דידיה כשעת מעשה ה"נ כאן כשמקבל עליו דעיקר הטעם דאנן סהדי דודאי לא עבר על דבריו כיון דאין לו היזק בזה במה שיקיים דבריו יהא אפשר לו בתקנה שיקח כתב ממנו או שאר תקנה כמו שנזכר סימן ע' נמצא דהיה כאן כשעת מעשה וייפיר אמרינן דכל תנאי שבממון קיים:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה**) כ' הרא"ש בתשו' כלל הדיינ' סי' י' וכו' עד דאתו כדעת הרא"ש וכו' ובס' בני שמואל כ' דדעת הרא"ש בכל מקום שכ' יציאה מב"ד לאו דוקא אלא ה"ה בנגמר הדין בב"ד ואינם עסוקים באותו ענין ה"ל כיצאו מב"ד וכדעת ר"ת והאחרונים והביא ראיה מתו' ר"פ הדיינים שמביאין ראיה לדעת רש"י וז"ל והלכה כדברי חכמים משמע לאחר גמ"ד אע"פ שלא נדר בחיי ראשו עדיין עכ"ל ש"מ דלדעת רש"י ג"כ סגי בלא יציאה מב"ד אלא בגמר דין סגי וכשאינם עסוקים ועוד האריך שם בזה ע"ש. וע' ברא"ש ר"פ המפקיד דנראה מדבריו דשומר שאמר הריני משלם מתחייב בדיבורו אחר ב"ד אפי' בעסוקי' באותו ענין כמו ש"ח שאמר פשעתי:

(**בא"ד**) וכן דעת הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ז מה' סנהדרין וכו' כן עיקר ודלא כמ"ש בנ"י שדעת וכדעת הרי"ף ע"ש ע"כ:

סימן כג

(**ובלבד שלא יסתור**) משמע דאם יש חילוק טענות ביניהם אינו נאמן לסייע לא' מהן אע"פ דכאן מיירי במומחה כמ"ש הטור בהדיא ולעיל סי' ג' כתב שם דמומחה דינו כג' הדיוטות לכל דבר היינו במה שאינו תלוי בהכחשה אלא בהודאה שמודה בפניו הוה הודאה כמו בפני ג':

(**ע"ש**) ואפי' יש ב' עדים נראה דעת הרא"ש דכל שהם בעלי מעשה כמו דיינים או פרנסים הוה הדין כן מה שא"כ בשנים שמיוחדים לשמיעת איזה דבר או לראותו אז אין נאמנין טפי מאחרים ששמעו או ראו שמעידין להיפך וצ"ע בזה:

(**בשם מהרש"ק זצלה"ה**) **בטור עד אם אין בידו פסק דין כו'** נראה דמפרש הא דמקשה בגמ' ונחזי זכותא מאן נקיט קאי אסיפא דברייתא דא"נ בשאין בע"ד עומדין לפניו אמאי ליחזי זכותא וכן משמע מפרש"י בקושי' דניהדר ונדייני וכך פי' הר"ן ודלא כריטב"א בקדושין דכתב גם בפסק דין יכול להכחיש והקושיא קאי אירישא ע"ש ע"כ):

סימן כד

(**בהג"ה אע"פ שאנו יודעים שיש לו עדים שיודעים כו**') בסי' ט"ז כתב דזה מהני אפי' לא זיילי נכסי ומתרץ סמ"ע דגם שם מירי בזיילי נכסי והוא תמוה מאוד דא"כ היה לו לו' כן שם ונ"ל דשם מירי שהנתבע רוצה להביא עדים להכחיש טענות התובע ואינו חייב לו בתביעה שלו אבל הכא שאינו מכחישו רק שבא לתבוע ממנו בתביעה אחרת ואומר שיש לו עדים בזה בעינן שיהיה גם כן זיילי נכסיה שוב ראיתי בשם רש"ל שתי' כן:

(**בשם מהרש"ק בטור עד ונפקא מינה אפי' ימותו כו**') והתוס' פ' אד"מ תמהו ע"ז דלא גריעי מזיילי נכסי' דנתבע וא"כ קשה היאך הסכים הרא"ש לסברת הרשב"א מאחר שראה תמי' התוספת ולא דק עליו אלא דלישנא דזיילי נכסי לא שייך כו' ע"כ:

סימן כה

(**ס"א ואם אי אפשר להחזיר כו**') נראה דמיירי דלא נשא ונתן ביד ומ"ש והאכילה היינו ע"י הוראתו ואע"ג דהרמב"ם עצמו כתב והאכילה מיירי שהנשאל האכיל ע"י ציווי שלו וראיה דבפרק אד"מ אמרינן והא נתנה רבי טרפון לכלבים ומוקי לה רב חסדא שלא נתן ביד וכן דעת הב"י עצמו בדברי הרמב"ם ואף שכ' שמדברי רבינו משמע שמפרש דברי הרמב"ם שנשא ונתן ביד מדכתב אלא שהרמ"ה חולק וכו' אין זה הוכחה כ"כ דרבינו כתב שהרמ"ה חולק בפי' כך ובאמת נראה שגם הרמב"ם הכי ס"ל דאי בנשא ונתן מיירי קשה מ"ט פוטר הרמב"ם בדבר משנה פי' משיקול הדעת שכ' המחבר בסעיף ג' אף על גב דע"כ דיש חומרא בשיקול הדעת לענין לא נשא ונתן מטעם שאכתוב מ"מ בנשא ונתן דהוה לי' מזיק בידים כשיטא דאין לחלק וק"ו הוא לפ"ז ניחא מ"ש המחבר דלא נתכוין להזיק דהיינו אפי' לר"מ דמחייב בגרמא בדינא דגרמי מודה כאן כיון דלא נתכוין להזיק ונרא' דהכי ס"ל להרמב"ם בכל גרמי ובסמ"ע סק"ד חולק על הב"י ופסק אפילו האכיל בידים פטור שנתכוין להלכה למעשה ולא ידעתי למה נתחייב בשיקול הדע' בס"ג:

ס"ג (**אם נשא ונתן ביד**) ג' דיעות יש בזה הרי"ף ס"ל אפי' ר"מ דמחייב בדינא דגרמי מודה כאן דפטור אם לא נשא ונתן וכו' דאל"כלא יקבל אדם עליו להיות דיין ובנשא ונתן מחייב דה"ל מזיק בידים ורמב"ם ס"ל אפי' בלא נשא ונתן כו' חייב אלא בזה יש חילוק בין נשא ונתן או לא דבנשא כו' אין לנתבע שום עסק עם חבירו אלא הפסק קיים והדיין צריך לשלם ואם לא נשא כו' חוזר הדין משום פסידא דבע"ד ואם אי אפשר לחזור חייב הדיין משום אדם המזיק ואע"ג דבדבר משנה כתב לעיל דפטור דלא נתכוין להזיק התם אין שם דיין עליו כלל משא"כ כאן בשיקול הדעת דהפסק קיים מצד א' ושם דיין

עליו רק שקלקל ע"כ ישלם. י"א דמביא רמ"א הוא דעת הרא"ש דס"ל בדרך זה בשיקול הדעת לא מצינו בשום פנים שיהא חוזר הדין ורק לענין תשלומין יש חילוק ג' דחייבים וד' דפטורים ג' דחייבים הם החדא לטיבותא כגון הדיוט וקבלוהו או ג' הדיוטות ולא קבלוהו או מומחה ולא קבלוהו וד' דפטורין הם בתרתי לטיבותא והם ג' דהיינו מומחה וקבלוהו או ג' הדיוטות וקבלום או ג' מומחים דסמיכי ועוד יש א' לפטור אפי' בחדא לטיבותא דהיינו הדיוט דנקט רשות מריש גלותא והוא עכ"פ גמיר ובהנך דפטירי הם אפי' בנשא ונתן ובהנך דחייבים אפי' בדלא נשא ונתן ובכולי קם דינא אפילו אם הבע"ד לפנינו כיון שאין כאן עיוות ברור אלא דהדיין חייב לשלם משום קנס:

(**ע"ש בהג"ה**) מ"מ יש להם לחזור דברים תמוהים יש כאן דהא עכשיו קיימינן בשיטת הרא"ש דהוא מסקנת רמ"א ולרא"ש בכל ענין קם דינא אפי' יש גדול ממנו להחזירו כמ"ש הטור להדיא וא"כ איך נאמר לדיין שיחזור מן הדין ועל המרדכי שהוא כתב דברים אלו לק"מ דאיהו ס"ל כרמ"ה דמצינו אף בשיקול הדעת חוזר הדין אלא על רמ"א קשה וצריך לדחוק ולומר דהא מ"מ קאי על המחבר ולא על רמ"א דבסמוך ליה והוא דוחק מאוד:

(**ס"ד**) שנתן לו שלא כהלכה ואם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין ואם אין לו להחזיר כו' כצ"ל וכן הגיה הרב בכסף משנה שלו רק שלרוב צדקתו לא רצה לשנות הנוסחא דהרמב"ם כאן ממה שנמצא בפירוש הרמב"ם והוא רגיל בכך וכמה פעמים בס' ב"י שמעתיק כמה פעמים איזה דברים שיש בהן טעות דמוכח מ"מ מעתיקן כהווייתן ובסמ"ע רצה לקיים הגירסא שלפנינו בדחוקים רבים כאשר העיד הוא בעצמו ע"ש על כן לא העתקתיו:

בטור כתב הרמ"ה דיינא שטעה ולא הספיק התובע וכו' יש לומר לפ"ז אמאי לא משני הגמרא הכי על הא דפריך מתני' חברייתא דן את הדין ולימא דמתני' דתנן מחזירין היינו באם עדיין לא הספיק התובע להוציא מיד הנתבע ובברייתא מיירי שכבר הוציא בזה מה שעשה עשוי וישלם מביתו בשלמא לעיל לבעל העיטור בשם רב האי דמחלק אם הוא לפנינו או לא לק"מ דא"א לאוקמי ברייתא באינו לפנינו דבזה אין שייך לומר מה שעשה עשוי וזה ודאי א"א לשנות המעשה כיון שאינו לפנינו אבל להרמ"ה קשה כמ"ש וצ"ע:

(**בשם מהורר"י זצללה"ה בטור**) וסוגיא דעלמא אזלא כאידך כגון שסתם דתלמודא פריך ממילתא י"ל דכמה פעמים פריך ממילתא דלאו הילכתא היא ונראה דהתם מיירי כגון שהחולקים אינם בדור אחד להכי פריך אף מאותו דלא קי"ל כוותיה משום דאכשר אם היה בדורו היה מתרץ דבריו אבל מ"ש רבינו כששניהם בדור א' ותלמודא פריך ממילתיה דחד ע"כ (א"ה לא נהירא והנראה נכון הוא דודאי היכא דאשכחן בהדיא דלא

קי"ל כההוא מ"ד אין משגיחין בסוגיא דעלמא אבל היכא דלא איפסקא הלכתא כחד מינייהו אזלי' בתר סוגיא דעלמא וכאותה שאמרו פרק מי שהוציאוהו גבי הנך כללי דכייל ר"מ ור"י הלכה כר"י וכו' היכא דאיתמר איתמר היכא דלא איתמר לא איתמר ואפ"ה לא מקרי אלא שיקול הדעת ולא דבר משנה וק"ל:

(**שם בטור בשם מהרר"י**) ויראה שאם היה הטעות בש"ה מיד כשפסקו הדין קם דינא וקשה דלעיל כ' ואינו יכול לומר לבע"ד שזיכה תחזיר לו מה שנתן לך כי טעיתי והו"ל לאשמועינן רבותא דאף שלא הוציא קם דינא ויש לומר בדוחק דלעיל מיירי שהבע"ד כשקיבל הממון לא ידע שהדיין טעה בשיקול הדעת ואפשר דאם היה יודע לא היה מקבל ממון שאינו שלו מ"מ זכה כיון שכבר הוא בידו וכאן מיירי שהבע"ד טוען אני סובר כסברא זו שפסק הדיין:

(**בא"ה בב"י כ' הראב"ד**) שאין אדם בזמנינו וכו' אלא בשיקול הדעת כעין ההוא עובדא וכו' משמע דהרא"ש קרי ליה שיקול הדעת ובטור כתב משמו ולא היה ר"י טועה בש"ה ונראה דמ"ש בב"י אין רצונו שהיה ר"י טועה בש"ה אלא שאם דיין דעלמא יטעה בכיוצא מזה מקרי ש"ה אבל ר"י באמת לא טעה בש"ה שהרי ר' חייא בסברא בעלמא נחלק עליו ולא נחלקו הראשונים בדבר זה ע"כ :

סימן כו

(**ס"ב בהג"ה**) ולהעיד שזה חייב כו' בסה"ת מבואר שם דוקא שידוע שאינם מקבלין שוחד:

(**ס"ג**) בפני עכו"ם אינו כלום כו' תמהני על פה קדוש בעל הסמ"ע במ"ש בזה דמשמע מתשו' הרא"ש שאם כתב בפירוש שמחייב נפשו לדון בפני עכו"ם חייב לדון בפניהם והא כתב בהדיא בכלל ס"ג דין י"ג וכיו"ב דנתי על מה שנהגו לכתוב בשטרות בין בדין ישראל בין בדין עכו"ם והא דכתב בשטרות בין בדין עכו"ם צ"ל שלא בא לעקור על ד"ת אלא כגון שהוא אלם כו' מבואר לך דמ"ש הרא"ש כאן שאין הכוונה כו' לא בא לומר שאם כוונתו מפורשת בענין אחר דאזלי' בתר דעתיה כמו שהבין בעל הסמ"ע דזה ודאי שאין הב"ד מניחין לילך אל עכו"ם אלא הרא"ש אמר דבל' שכ' בשטר לדון בדיני עכו"ם אין בכלל זה שתהיה עבירה בדבר כגון שלא ישמט וא"כ תקשה לך וכי כ"ע רשיעי נינהו שיכתבו ל' שהוא עבירה לזה תי' אלא הכוונה שאם הוא אלם וכו' דזהו ג"כ ביאור דברי הרא"ש בתשו' שהביא הטור סי' ס"א שכ' והא דכותבין בשטרות בין בדיני עכו"ם וכו' ר"ל ואם תקשה לך ממנהג העולם שכותבין ל' זה בשטרות לזה תי' שכוונתם בדרך

שאין בו עבירה ונמצא שאם ימצא א' שכוונתו ממש לעקור ד"ת אין שומעין לו ומ"ש סמ"ע בפי' דברי הר"ן דמיירי בדרך שאין בו זכות והוא בדיני עכו"ם הוא תמוה וא"א כאומרו דאטו ברשיעי עסקינן שילך לפני עכו"ם במקום שאין בו ריוח וכי יצטרך הר"ן לכתוב דבר זה בתשו' ומש"ה צדקו דברי המחבר בזה שלא חילק כאן כמו שעלה על דעת הסמ"ע וצ"ע. ועוד נ"ל דחפי' אם רוצה זה שידונו לו ישראל באותו זכות שיש לו בדיני עכו"ם אין שומעין לו דהוה מתנה עמ"ש בתורה דהא כתב הרא"ש בתשו' כאן שאין הכוונה שלא ישמט שהוא כנגד ד"ת משמע שגם ב"ד ישראל לא ידונו לו בזה בדין עכו"ם כנלע"ד ברוד ונכון:

(**ע"ש שאין ב"ד מוציאין ממנו**) בסמ"ע סקי"ג כתב שזה תלוי בפלוגתא דמ"ע וכו' ומוחז"ל כתב בפירוש הך דאין ב"ד מוציאין ממנו משום דאין שייך כאן כפייה דיכול לומר לב"ד אתן לעניים ומתי שארצה אתן ואני תמה דוד אי לענין נתינה שיתן אדם לצדקה בזה אין כופין לקצת דעות משום דהוה מתן שכרה בצדה דכתיב למען יברכך וכמ"ש התוס' בפ' נערה שנתפתתה דהא דרבא אכפיה לרב נתן היינו בדברים אבל מה שאדם אומר אתן צדקה ודאי כייפינן ליה בכל הכפיות דהוה כמו נדר ובנדר פשיטא דכייפינן בכל מילי ואיך נעלם מעיניהם ברייתא ערוכה פ"ק דר"ה מוצא שפתיך תשמור זה ל"ת ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך פי' שיכפה אותך ליתן כפי מה שנדרת [אשר נדרת] זה נדר. בפיך זה צדקה הרי מבואר דב"ד כופין לקיים הנדר בזה ומ"ש בעה"ת שאין ב"ד מוציאין הוא בדרך אחר די"ל דאין כאן נדר גמור דיכול לילך לדיני עכו"ם אלא שאין הב"ד מניחין אותו ומ"ש מודיעין אותו שחל הנדר דהיינו שבודאי נתכוין שלא ללך ולעשות איסור וגמר בלבו לתת הקנס לאידך גיסא ע"כ מודיעין אותו שיש צד לנדר שיחול וקמיה שמיה ית' גליה תוכן דעתו כנלע"ד פי' הדברים על אמיתתן לא כמו שפירשוהו המחברים הנ"ל ואין כאן מי שחולק על הוראה זו כלל אלא בדבר שהוא תידוש בעיני המחבר דרכו לכתוב יש מי שאומר ע"כ:

סימן כז

(**ס"א לוקה עוד אחרת**) בטור לא כ' שעובר בב' לאוין וקשה מ"ט באמת אינו לוקה אלא א' בדין וי"ל מדכתבו התוס' בשבועות דף ל"ו הא דילפי' ל"ת באדם המקלל חבירו היינו דאתיא במה הצד מחרש ואביו ובפ' ד' מיתות דף ס"ו אמרי' דאזהרה שמענו באביו מכח אלקים לא תקלל א"כ אין כאן בדיין ב' אזהרות דהא במי שאינו דיין בא האזהרה מכח אלקים וכו' שהוא קאי על הדיין אלא דגלי לך קרא דאף אחר הוה כדיין בזה אבל לענין

מלקות כיון שכבר הלקו אותו משום דיין מלאו דאלקים לא תקלל האיך תלקה אותו שנית מחמת לאו זה מחמת חבירו שאין עליו אזהרה אלא מחמת אלהים לא תקלל וע"כ יש תימה על הרמב"ם והש"ע במ"ש ב' לאוין כנ"ל בזה דבר נאה ומתקבל:

(**בטור**) המקלל את המת פטור בב"י כתב נראה בעיני מדאיצטריך לעיל קרא בהנחנקים דחייב על קללות אביו לאחר מיתה משמע דבשאר כל אדם פטור תימה על פה קדוש יאמר כן דאימא לך דאין חילוק לענין לאו דקללת חבירו בין מחיים לאחר מיתה אלא לענין קללת אב דלאח"מ צריך דל"ת דהוקש גם בזה למכה דשם דשם אינו חייב לאח"מ קמ"ל דמקלל חמיר ממכה בזה משא"כ לענין שאר דברים שוה מיתה לחיים בכל דברים ע"כ העיקר כדרשת הת"כ שמביא גם בסמ"ג אח"ז (ע"כ):

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה המקלל את המת פטור כו' עד ונראה שטעמו וכו'**) ובהדיא איתא התם בברייתא היוצא ליהרג ובא בנו וקללו חייב אחר פטור משום דכתיב בעמך במקויים שבעמך אבל בנו חייב מידי דהוי לאחר מיתה ולא הוי צריך הרב ללמוד מדיוק וק"ל:

(**בטור עד אל יהי פלוני ברוך לה' כו'**) לגי' רש"י ס"פ שבועת העדות דאפכינן למתני' ומתני' איירי באיסורא דאית ביה ממונא וחכמים מחייבים דס"ל מכלל לאו אתה שומע הן ובאיסורא כ"ע ס"ל דאמרי' מכלל לאו אתה שומע הן וחייב א"כ קשה למה פסק הרמב"ם להתיר דלא כתרווייהו באסורא גרידתא דלא לקי וצ"ל דהם ס"ל כגי' לא תיפוך ומתני' איירי באיסורא לחוד ואפ"ה ס"ל לרבנן דפטור דקי"ל אלה כתי' ולא אלה בכלל ברכה וה"ה במקלל חבירו כתיב לא תקלל ובשתויי יין מודים דחייב ופסקו כרבנן ופי' זה מצאתי בחדושי הר"ן בשם הרמב"ן ע"ש ודוק ע"כ):

סימן כח

(**ס"א כתב הסמ"ע סק"א דצריך שיתיר לו הבע"ד**) תמוה הוא דהא אפי' התרה א"צ כמ"ש רמ"א בי"ד סי' רכ"ה סל"ב אם נותנין חרם וה"ה כאן שיש עליו אם לא יגיד:

(**ע"ש סק"ד תועלת בעדותו**) הסמ"ע סק"ד כ' דאם יש עדים שהודה על תביעתו ואמר להד"מ דפטור משבועה הוא תמוה בעיני ונ"ל דחייב שבועה וזה ממ"ש הטור סי' ל"ב בתחילתו שצריך לשבע שכוון להשטות וכן מסתבר לא"א הרא"ש וא"א דבאומר להד"מ פטור משבועה ה"נ יהא פטור באומר משטה וכו' מגו דאי בעי אמר להד"מ דהא כתב הטור סי' צ"ב בשם הרא"ש דאומרים מגו לפטור משבועה ממילא לא ישבע כאן רק שבועת היסת על כפירת הממון כמו מלוה ע"פ ולמה יוסיף לשבע עוד שכוון להשטות

אלא דבר פשוט הוא דגם באומר להד"מ צריך לשבע וכן משמעות הגמ' דאמר רב פפא פטור לאפוקי מדאביי דאמר חייב ממון וזה מוכח דגם בלשון הטור שם שכתב ואפי' אמר להד"מ פטור דאי משבועה אמר מאי אפי' אלא פשוט לענ"ד דחייב שבועה דאינו יודע לפחות משום הודאה שהודה ולא כמו שהבין הרב בעל הסמ"ע בזה ולכאורה י"ל כאן מצד אחר אין תועלת בעדותו ויש לחייבו שבועה זו בלא עדים דהיינו שיאמר לו הלא אתה הודית בניני עדים שאתה חייב לי ואם יבואו עדים תחייב שבוע' וא"ת להד"מ ה"נ תשבע לי מכח תביעתי בעדי' פי' שאתה הודית לי בפני עדים אע"פ שאינם כאן אלא שזה אינו דכל שאין עדים לפנינו לא יצטרך לישבע שום שבועה מספק משא"כ בתביעה בע"פ בזה לא ישבע בשביל שני שבועות וגם על הב"י שהביא הסמ"ע במי שאמר אני חייב א"צ להעיד מחמת שהיה שלא השביע והוא סותר דברי עצמו בש"ע סי' ל"ב שכ' אם הוא בענין שיכולין לומר שלא להשביע שעכ"פ צריכין להעיד וב"ד יבחינו כו' אלמא דעכ"פ צריכין להעיד ולא מצינו בפ' שבועת העדות דפטורים מלהעד אא"כ אמר ליתן לו מנה דיכול לחזור בו וכן העיקר מ"מ אין בכלל זה אם נותנים חרם בפי' הן קרוב הן רחוק דאולי עי"ז תתברר איזה ראיה כשרה כנל"ב ופשוט:

(**ס"ד**) ויש לעכו"ם ע"א הטעם בטור בדינינו עד המסייע פוטר וקשה ל"ל האי טעמא תיפוק ליה דכופר הכל פטור וכן הוא באמת במרדכי ואי משום שבועה שהיה העכו"ם צריך לישבע בדינינו הא לא עדיף מישראל חשיד דלאו בר שבועה הוא וא"כ מה הפסידו בדין ישראל בעדותו ונראה דמיירי כאן בכופר המקצת דבדין ישראל נשבע ונוטל כמ"ש סי' פ"ז אם הנתבע חשוד וחייב שבועה דאורייתא ועכשיו מפסידו בדיני עכו"ם ע"כ צריך לטעם דעד המסייע ובמרדכי איירי בכופר הכל:

(**ע"ש**) וכ"ש ב' עדים וכו' כ' רש"ל בתו' דב"ק דף קי"ג משמע דלכתחילה לא יעידו אפי' ב' מדכתבו אין משמתין אותו משמע דאסור לכתחילה וכדברי הרא"ש והמרדכי משמע דאפי' לכתחילה וכדי להשוות הדיעות יש לומר דהרא"ש והמרדכי מיירי במקום שאין היתר להפקיע הלואת העכו"ם דהיינו שיש לחוש לחילול השם והתו' מיירי מקום דליכא חילול השם כגון שתובע עכו"ם לישראל מנה לאבי בידך והלה כופר דלא יודע העכו"ם שישראל משקר לו ונמצא מפסיד לו מה שהיה יכול להפקיע ההלואה וכ' עוד רש"ל דוקא ב' עדים יכולים להעיד אם כופר הוא במקום שאסור להפקיע כמ"ש. אבל עד א' אפי' בזה אסור לכתחלה דסוף סוף יוציאו ממון ע"פ עדותו שלא כדין דהא כופר בערכאותיהם והביא ראיה מהמרדכי וכ' אח"כ ובהלואה דליכא חלול השם דמותר להפקיע נמי משמתינן להההוא עד א' אם הישראל רוצה לכפור וכ' עוד נראה שהיכא

שב' יהודים מריבים זה עם זה והלכו לפני ערכאותיהם ובא עד והעיד והוציאו ממון על פיו אף שלא טוב עשה וראוי להענישו דאף שנים לא יעידו אם לא ברשות הקהל שבעיר מ"מ לא משמתי' ליה דקי"ל כהמרדכי דכ' אין משמתין אלא בשביל שהרויח לעכו"ם ומפסיד לישראל אבל הכא דהרויח לישראל אחר לא ומש"ה אמר האי בר ישראל דידע סהדותא לעכו"ם ולא אמר סתם דידע סהדותא ומסהיד עכ"ל ול"נ האי מילתא בתרא לענ"ד דהא פי' בגמ' שהפסידו לישראל שלא כדין וה"נ כן דע"כ אי דצריך להחזיר מה שנטל שלא כדין אם יש עדות ע"ז ע"כ משמתינן ליה והא דנקט בגמ' עכו"ם לרבותא דאפי' בעכו"ם יכולים שנים להעיד כנלע"ד:

(**ס"ה בהג"ה**) שולחין אליו וכו' רבינו ירוחם כ' ז"ל אינו בא לב"ד קטן ממנו אלא שולחין לו ומעיד בפני ב"ד או בפני שלוחם עכ"ל ופי' בסמ"ע סקכ"ו דשולחין לו ג' אנשים ולא ידעתי ל"ל להביא סיפא דרבינו ירוחם שכ' או בפני שלוחם ונלע"ד דכיון שהולך בשליחות ב"ד לא הוי עליו שם עד מפי עד אלא שנלע"ד שיש גמגום בדברי רי"ו שזכרתי דמ"ש ברישא שולחין לו דמשמע שא"צ לזוז מביתו דאל"כ הול"ל שולחין אחריו והאיך שייך שיעיד לפני ב"ד ואם רצונו לומר שישלחו בית דין אחר פשיטא מאי אולמי דהאי ב"ד מהאי ותו דל"ל ב"ד אחר כיון דכתב אח"כ דסגי בפני שלוחם וכבר כ' מהר"ר לוי חביב בתשובותיו דספר רי"ו נדפס בהרבה טעותי סופר ואומר שזה נכון לענין דינא כמ"ש דא"צ לשלוח ג' אנשים כדעת הרב בעל הסמ"ע:

(**ס"ח מוציאין כל אדם לחוץ**) יותר נכון בדברי הרי"ף מוציאין כל אדם לחוץ ובודקין את כל אחד לבדו ולפי זה אין מקפידין על אנשים אחרים דלשם וכן מעשים בכל יום שלא להוציא אחרים בשעת קבלת העדות והא דכ' הטור והמחבר סי' י"ח דלאחר שמקבלין עדותן מוציאין כל אדם לחוץ לאו ממשנה זאת יליף אלא מדברי חכמינו זכרונם לברכה בברייתא שאמרו לאחר שקבלו העדות מוציאין אותן לחוץ והיינו את העדים ושלא ישמעו המשא ומתן של הדיינים מי מזכה מי מחייב וממילא אנו יודעים שגם שאר בני אדם לא יהיו אז שם אלא דהתנא הזכיר עדים שהם היו שם בבירור ובאשר"י גורס מוציאין כל אדם לחוץ (ע"כ):

(**בש"ע ס"י אלא א"כ הלך למדינת הים**) נראה לי אם בא לפנינו שטר מעשה בית דין שכתבו בו והשני העיד כמוהו דכשר דאמרינן זה לשון בית דין שרצו לקצר אבל העדים עצמן העידו בפירוש. ותו נראה דהך פסקא דרמ"א מהני אף אני כמוהו בשעת הדחק לכולי עלמא ואף שהבית יוסף כ' דהראב"ן חולק אילו ראה ספר הראב"ן שנדפס מחדש לא היה כותב כן דכתב בהדיא אין דנין אי אפשר מאפשר:

(**סי"ב חותכין דינין ממונות וכו'**) הבית יוסף הקשה על הרמב"ם שכ' דמן התורה אין גובין בשטר ממה דאיתא בכמה דוכתי דקיום שטרות דרבנן ומדאורייתא אין צריכין קיום ועדות שבשטר כמי שנחקרה בבית דין ולא בעי קיום וצריך עיון ותמהני דאמאי לא הוקשה לו מהא דאיתא להדיא פרק קמא דגיטין דף ג' אר"ל עדים החתומים על השטר וכו' ורבנן הוא דאצריך קיום וכו' משמע מיניה דמן התורה גובין בשטר אפי' בלא קיום. ונראה לפי עניית דעתי לדעת רמב"ם דלכאורה קרא מפורש בירמיה נגד דברי רמב"ם דכתיב וכתוב בספר וחתום ודרשי' ליה פ' קמא דקידושין על שטר מכירה אלא על כרחך כיון דהכתובים סותרים זה את זה דהא כתיב על פי שנים וכו' דרשינן ולא מפי כתבם צריך לומר היכא דגלי קרא דמהני שטר גלי ולא במקום אחר וכן בגט אשה גלי קרא ועל אלו דברים אמרינן דמן התורה אין צריך קיום ממילא ק"ו בשאר דברים שהם דרבנן שא"צ להם קיום רק מדרבנן ותו לא מידי וראיתי תי' אחרי' על קושית ב"י מה שלא נ"ל כלל:

(**סעיף ט"ו חוזרין ומגידין וכו'**) בתשו' רש"ל סי' י"א כתוב שאחר שהעידו שלא בפניו תו לא מהני בפניו וכן נמצא בתשו' בן לב ואין להם יסוד מגמ' ולא מפוסקי' ואדרבא מדברי רי"ף ועיטור שהעתיק רמ"א בסעיף כ"א וז"ל אלא סומכין על העדי' עצמם משמע דמהני אח"כ בפניו וכן פסק ב"י בשם ריב"ש וכ"פ מהר"מ אלשקר בתשו' וכן עיקר כמ"ש רמ"א כאן על פי ר' מנחם הארוך בב"י:

(**סעיף ט"ז שיפלו נכסים קמי יתמי**) מ"ש הסמ"ע ס"ק נ"ב בשם מור"ש בזה תמוה ל' דבאשר"י בב"ק מבואר דאפי' אין התביע' מבורר עדיין מעקלין הב"ד המעות עי' שם ולענ"ד נראה לדקדק עוד מ"ש הטור בזה ואין מקבלין עדות שלא בפניו לחוב ליתומים שלא כדין דאטי לאחרים עושין שלא כדין אלא נראה דהתם בסי' ע"ג ודאי תקנת חכמים היא כנגד הדין משום הפסד ממונו של זה כמ"ש הרא"ש בפרק קמא דב"ק שמצד תקנה עשו כן ואף שהרא"ש עצמו כ' דדין גמור הוא מ"מ כאן הריב"א ס"ל כדיעה קמיית' מש"ה אמר כאן דאף דמן הראוי לקבל עדות משום תקנה מ"מ כאן אינו כן כיון שדינו עם היתומים לא עבדינן תקנה לחוב ליתומים שלא כדין וע"ז קאי הראב"ד בדברי הטור שאם אמר שיקחו הב"ד המעות לידם שאין שומעין להם והוא גם כן מטעם זה:

(**בטור ואם הבע"ד אלם וכו'**) ממ"נ אי מיירי שהבע"ד הוא מוחזק לב"ד שהוא אלם קשה ל"ל ללמדינו דין זה במוחזק לאלם תיפוק ליה אפי' בסתם אדם כיון שיש הוכחה לזה ע"י עדים ודאי מכח זה נעשה אלם ואי לא מוחזק לן אלא ע"י הוכחה זה נעשה אלם קשה למה כ' אח"ז דאל"כ כל שיש לו עדים כו' למה תלה הקושיא באלם תיפוק ליה אפי'

בסתם אדם וכמ"ש ב"י בשם התוס' וז"ל דאל"כ יאמר כל אדם על חבירו שהוא אלם וי"ל דודאי איירי במוחזק כבר לאלם וקמ"ל כאן דל"ת א"צ כלל הוכחה קמ"ל דאפי' באלם צריך הוכחה אבל פשיטא שע"י הוכחה זו נעשה אלם אפי' לא היה מוחזק בכך.

(**שם ומודיעין לו עונשו של מעיד עדות שקר**) קשה ל"ל כת' רבינו שהוא ביזוי בעיני השוכרו וכמ"ש בגמרא הביאם ב"י ונ"ל לדקדק עוד לשון התלמוד אבבא אומנא לא חליף וכי דוקא באומן קמיירי אלא ע"כ דלפי המסקנא שפיר מאיימין עליו בנשיאים ורוח וגשם וכו' אלא דהמקשן הקשה דיאמר יש לי אומנות טובה שאותו שאני מעיד לו יתן לי מזונות וע"ז מתרץ דאאגרייהו זילי ממילא לא יתן לו אח"כ מזונות וז"ל רבינו ושהוא בזוי בעיני השוכרו כלו' שע"ז יתחזק עליו עונש המעיד עדות שקר דנשיאים ורוח וגשם וכו' וכמ"ש:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה וכ' עוד שם**) ובפ' בתרא דקמא וכו' עד אם יש עד אחד המסייע וכו' וצ"ע ברא"ש פ"ק דב"מ דפסק דאין ע"א מסייעו פטור למי שמחוייב לישבע ואילו יכול וע' תוס' י"ט במ"ס פ' המפקיד על משנה השוכר את הפרה כו':

(**בב"י ד"ה אע"ג דעד אחד היכא שאינו מכחישו וכו' עד בין רמיא עליה בין לא רמיא כו**') אבל בס' בנ"ש בשם העיטור באות ק' ובשם הריטב"א בפ"ב דכתובות כתב דגם לרב חסדא היכא דלא רמיא עליה כגון במה שלא יחשדוהו ליה כגון להעיד על חזקה וכיוצא קיימא לן כרבי מאיר דהיכא דלא רמיא עליה עדותו עדות עד ששים שנים וא"כ רב חסדא אף שנדחו דבריו בהיכא דרמיא עליה היכא דלא רמיא קיימא לן כר"מ כדמפרש רב חסדא דבריו ע"ש:

(**בב"י ד"ה והרמב"ם כת**') אם הבע"ד ת"ח כו' עד ואמר רמאי לנפשאי כו' נ"ל לפ"ז קשה מנ"ל להש"ס צורבא מרבנן שרי מהא דרב אסי דילמא שאני התם דאמר קמן אנא רמאי כו' ועב"ח ובס' בנ"ש:

(**בב"י ד"ה אין מקבלין את העדות**) כו' עד אפילו היה רבי ירמיה וכו' ובתו' פ' שום היתומים לא כ"כ והביאה הסמ"ע סי' ק"י סקי"ג אמנם נראה דהמדקדק בדבריהם פ' בגוזל יפרש כמו שכתב בפ' שום היתומים ודו"ק ודלא כרש"ל ביש"ש וכהב"י נ"ל:

(**בב"י ד"ה ואם קבלו העדות**) שלא בפכי הבע"ד כו' עד בשם גדולי האחרונים וכו' ולא נהירא דמבואר שם להדיא דגדולי אחרונים כתבו דאם מתו העדים או הלכו למדינת הים דנים ע"פ עדותם שקבלו שלא בפני בע"ד כו' ש"מ דאם הם כאן אין מקבלין אותם אפילו בדיעבד משום קנס שקבלו שלא בפני בע"ד אכן עיין ברד"ך בית כ"ו חדר ב' דמסופק בוה דשמא יוכל לחזור ולהעיד (ועיין במהריב"ל סוף ח"ג):

(**בב"י ד"ה וכן אם פתחו לו בדינא**) וכו' עד אפילו פתחו בדינא כו' ס"א נמחק ואפי' פתחו בדיניה וכ"כ בס' בנ"ש דא"כ דבריו סותרין זא"ז ולפי"ז סבירא ליה לרי"ו למאי דמשני רבינו כגון דנקט דסק"א אין חילוק בין פתחו ללא פתחו ולא צריכים לתירוץ כגון דפתחו כו' (ע"כ ממהרש"ק):

סימן כט

(**בש"ע בס"א אינו יכול להוסיף כו'**) אע"ג דבסי' מ"ו סעי' ל"ז פסק בעדות בשטר יכול לומר תנאי היה דברינו שאני התם בשטר דאפשר שלא בא להודיע הכל מפורש בשטר משא"כ בעדות ע"פ ששאלוהו ב"ד הי"ל לפרש גם ההוספה:

(**שם הואיל ושתקו**) כו' לפי מ"ש הסמ"ע בשם תשו' הרא"ש אם אמר סתם איני זוכר דאינו חוזר ומגיד את"כ ק"ל מההיא דפ"ב דכתובות במ"ש רב כהנא לרב אשי ידע לי מר סהדותא א"ל לא ידענא לסוף אדכר רב אשי אסהיד ליה ולפ"ז לא היה רב אשי נאמן כיון שאמר לא ידענא עתה אלא אמר סתם לא ידענא וא"ל דהך רב אשי היה שלא בב"ד ואמר תחלה לא ידענא דמשמע דבחד מעמד היו כל הדברים ובר מכל דין לא ידענא שותא דהרב בעל הסמ"ע בזה דהמעיין בתשו' הרא"ש עצמה יראה דלאו בתיבת עתה תליא מלתא אלא עיקר החילוק בין אומר לא נתתי מעולם לב לזה שאז אינו נאמן אח"כ להגיד עדות ובין אומר איני זוכר עתה ר"ל שגילה דעתו שצריך להזכיר בדבר וגם אם אומר סתם אוני זוכר הוא ג"כ דינא הכי דהוא ל' מסופק ומשמע דידע כבר אלא שאינו זוכרהו ומפני האריכות לא רציתי להעתיק הלשון כנלע"ד עיקר:

(**ס"ב נאמנים לגבי עצמן**) וכ"פ בסי' מ"ו וקשה ממ"ש הטו' בסי' ל"ח בשם ר"ת בעדים שאמרו עדות שקרי העדנו דאין משלמין על ממון פי עצמן ונראה דשם לא מיירי בהפסד דאפש' דלא היה שם הפסד רק מיירי התם מצד כאשר זמם דיש חיוב על עדים זוממים מזה הם פטורים דאין שייך במודה מפי עצמו וכן מבואר מתו' רפ"ק דמכות ד' ג' אבל הכא מיירי מצד גרמ' בנזקין שגרם לו הפסד יזה כו' צריך לשלם:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה ורב מתתי' וכו' עד שפטור אף משבועת היסת כו'**) היינו כשאין ע"א מכחיש לעד המסייע וה"ל לב"י לפרש ולא לקצר ודו"ק (ע"כ):

סימן ל

(**בס"ב בבדיקות עדותן קיימת**) נ"ל אפי' אמר לא כי מכחישו בבירור אין זה הכחשה שיבטל העדות כמו שיתבאר בסמוך מטעם דעבידי למטעי:

(**שם של שמן היתה**) ל' היתה מורה על אותו זמן גופיה שאתה אומר שהלוה לו של יין אני אומר שהיתה הלואה של שמן וממילא הוה כאומר בפי' לא כי ואף שבטור לא כתוב תיבת היתה מ"מ איירי במכחישו בבירור וסמך עמ"ש קודם לזה וסמוך לו דמיירי בלא כי ומ"ש סמ"ע ס"ק ח' דאפי' בלא אמר לא כי אמרי' אחד זמנא מסהדי והוה הכחשה לא נראה לענ"ד כן וע' הוכחתי לקמן בס"ג:

(**שם מנה שחור**) כו' מבואר בתוס' בפ' ח"ה דף מ"א דע"כ לא אמרי' שישלם הפחות אלא אם הוא בענין דעבידי למטעי ביה כגון בין מנה למאתים ובפ' ז"ב דף ל"א מבואר דמי חביות יין ושמן הוה כמו אחד אומר מנה וא' או' מאתים והנך נקראו בדיקות ולא מפסל אפי' אם מכחישים זא"ז בבירור אך צריך לתת טעם למה הצריך רבינו שיתבע התובע שניהן ולא יכחיש א' מן העדים ואמאי יגרע הוא מהכחשת עדים זא"ז בבדיקות ולא מפסל בכך ונותן בפאות וכן הוא באמת דעת נ"י כמ"ש הב"י בשמו וצ"ע על רבינו בזה ותו דהא בסי' קמ"א איתא בא' אומר אכלה חטין וא' אומר אכלה שעורין וא"צ שיאמר המחזיק שאכל שתיהן ונ"ל דסברת הטור בזה דאם היינו יודעים בבירור איזה שטעה אף שהוא בבדיקות מ"מ אין שם עדות עליו להוציא ממון על פיו אע"פ שאין כאן פסול לדינא מ"מ אין בהגדתו כדי לסמוך עליו אלא כיון דכ"א יש לו חזקה דכשרות ואין בטענות זה שום פסול עליו משו"ה מוקמי' כ"א אחזקתו דאמרי' שלא טעה משא"כ באם התובע טען כדברי הא' ומורה על השני באצבע שהוא טעה ודאי אין קם עדות עליו אבל באמת אם אמר מנה הלויתיו וא"י אם שחוב אם לבן או שאמר סתם מנה הלויתיו א"צ שיאמר בפירוש מה אותה המנה וזה דומה לחזקה דחטין ושעורין דשם אין המחזיק אומר כלום מה אכל ואעפ"כ אלו אמר שאכל וכדברי הא' היה השני מיפסל לעדות זו על ידו לחזקה זו כנלע"ד לדעת הטור:

(**בס"ג כמכחישין להקל**) יש לתמוה דהא כ' הטור בסי' זה סעי' ז' בשם הרמ"ה דכ"ז שלא הוברר שהם מכחישים זא"ז אנו מתרצים דבריהם דטעו בעיבורא דירחא ומוציאין ממון על פיהם ק"ו שאם אין אנו רואין שום ריעותא שלא לעשותם מכחישין זא"ז ואע"ג שכתבו התוס' ר"פ היו בודקין שהקשו שם בההוא דא' אומר בב' לחודש וא' אומר בג' דאמאי עדותן קיימת ונקטול גברא מכח דאמרי' דטעו בעיבורא דירחא מספיקא ותירצו דשיילין באיזה יום והם מכוונין ליום א' ע"כ שפיר אמרי' דטעו בעיבורא דירחא ע"כ מ"מ היינו דוקא לגבי נפשות דאנו מוכרחין לשאול באיזה יום כי הוא א' מהחקירות משא"כ בד"מ וכמבואר בדברי הרמ"ה שכתב דבכל מקום דאיכא למיתלי בעיבורא דירחא תלינן ולא הזכיר שיעידו דוקא ביום א' ותו נראה דאף התוס' שם לא קשיא להו אלא מאחר שאנו

רואין ריעותא אבל היכא שאין אנו רואין ריעותא ודאי מוקמינן סהדי אחזקת כשרות דידהו ולא נעשה אותן מוכחשת דהא מסקינן סוף קדושין דסוקלין על החזקה ותו דהא כתב ב"י סי' כ"ט בשם הר"ן דיש לתלות לתרץ דברי העדים אפי' במשמעות רחוקה שלא יהיו מוכחשים וכן פסק שם המחבר ורמ"א בסי' זה וז"ל בכל מקום שנוכל ליישב כו'. ותו קשה לי לפי דברי הרמב"ן דפסק תולין להקל ועושין העדים מוכחשים מ"ש מההיא דסי' ל"א בשני כיתי עידי המכחישין זא"ז דבאה כל כת בפ"ע ומעידה בעדות אחרת ואמאי נוציא ממון ע"פ שום כת א' מהם נימא מספק שזו היא כתה מוכחשת אע"כ דמועלת החזקה לכ"א מהן אע"פ שיש פסול ודאי ביניהם ק"ו כאן שאין שום ריעותא דמהני חזקה דלא יהיו מוכחשים ותו ק"ל דהרמב"ן הביא ראיה לפסק שלו ממאי דאיתא בפ' ז"ב דף ל' דבעי תלמודא לומר אליבא דרב דהודאה אחר הודאה אין מצטרפין דשמא לאו אחד מנה מסהדי ה"נ כאן תולין להקל מספיקא וקשה מאי ראייה משם התם לא נעשו העדים מוכחשים אי לא מסהדי אחד מנה משא"כ כאן דיהיו מוכחשין ע"כ נלע"ד ברור דלא אמר הרמב"ן כאן דמספק הוי מוכחשים אלא משום דהם מכחישין ענמם בשיעור הלואה כמה היתה וזו הוא בדיקות דעבידי אינשי דטעו בהכי כמ"ש בסמוך קודם לזה בסעי' א' בשם התוס' פ' ח"ה וא"כ אין הכחשה פוסלת העדים והוה כההיא דפ' ז"ב שזכרנו בשם הרמב"ן משא"כ בכל הנהו שזכרנו דע"י הכחשה יהיו פסולים ודאי מהני החזק' דכשרות שלהם ולפי"ז בההוא דחביות יין ושמן דלעיל סעי' ב' דמיירי בהכחשה דחקירות ופוסלת העדים אם יהיו מכיחישים זא"ז ע"כ אם לא אמר העד השני לא כי מוקמינן העדים בחזקת כשרות כי היכא דלא להוו מוכחשין ודלא כמ"ש בסמ"ע דמסתמא הויין שם מוכחשין דלא עיין כל הצורך בזה והכלל בזה אי הוה מילי דבדיקות בין העדים אז משוינן להו מוכחשין ואי מילי דחקירות הוא לא שוינן להו מוכחשין מסתמא וענין זה הרציתי לפני גדולים וקלסוהו רבנן:

(**בסעי' ה' הוחזר כפרן וכו'**) מ"ש הסמ"ע סקי"ט במה שמצטרפין כאן העדות לממון ולשבועה אף דהכא מיירי בזמן אחר ואפ"ה מביא לידי שבועה כיון שחפשר דאפקדון א' מרמזין ק"ל א"כ א' אומר ק' וא' או' ר' נמי לימא דעל הלואה אחד מעידים להתחייב גם שבועה אחר שישלם הפחות והא ודאי ליתא דא"כ הוי להו להפוסקים להזכיר שבועה בס"ב אלא יראה לענ"ד פשוט דבכל מקום שצריך אתה להשתמש חצי העדות לממון וחצי העדות לשבועה ודאי לא מצטרפין משא"כ כאן דהעדות מועלת לתשלומין חמשים זהובים ואותן תשלומין עצמן מביאן לידי שבועה דאורייתא מטעם שלא תהא הודאת פיו גדולה מעדים אלא דקשה במ"ש הטור בשם הרמב"ן בדרך הראשון של צירוף תשלומי

ת"ש ואין שם שבועה דאורייתא והא יש עכ"פ שבועה דאורייתא מכח העדים שמזקיקין לשלם ת"ש ונראה לתרץ דהא דהעדאת עדים מביא לידי שבועה דאורייתא ילפי' לה במסקנא בפ"ק דב"מ מפיו ועד אחד כמ"ש התוס' שם ד"ה אבל הודאה כו' והק"ו הוא מפיו שאין מחייבו קנס מחייבו שבועה ק"ו לעדים שמחייבין קנס דמחייבין אותו שבועה וכאן הוי העדות מיוחדת דהא אינם מעידים על ידם א' ולא מהני לענין קנס כמו דלא מהני בא' אומר נסתרת שחרית וא' אומר ערבית דלא מהני לענין איסור אישות כמ"ש ב"י בסי' זה מחודש ב' וה"נ דלא מחייבין קנס בעדות מיוחדת בשום אופן דאין חיוב קנס אלא על מעשה א' שראו שניהם כא' אבל בהך דהכא בתשו' הרא"ש אין כאן עדות מיוחדת דמיירי שבפי' אומרים ששמעו מפיו הודאה א' בשעה א' רק שזה שמע נ' וזה שמע ק"ן ואה"נ אלו הוי כאן עדות מיוחדת שזה מעיד נ' על יום א' וזה מעיד ק"ן ביום אחר מודה הרא"ש להרמב"ן דאין כאן שבועה דאוריית' רק שמשלם חמשים וההיא דא' אומר ק' וא' אומר ר' אמרי שכ"א מעיד על זמן מיוחד דמספיק אזלינן לקולא כדי שלא להוציא ממון או שבועה דהא אין כאן פסול לעדים אם נאמר כן והוה כההיא דרמב"ן שזכרנו אבל אם אמרו בפי' על א' זה מנה וזה מאתים צריך לשלם מאה וגם שבועה וכההיא דהרא"ש בפקדון כנל"ב ומוכרח:

(**סעיף ז' הלכך משתבע וכו'** ע' מ"ש סו' ל"ו סעיף א' מזה:

(**סעיף ח' והשני אומר בתשרי**) כ' הסמ"ע סקכ"ז דאם לא טען שפרע שניהם נשבע המלוה שבועה דאורייתא היא שלא בדקדוק דהא בעד א' מעיד בשטר שהוא פרוע אינו חייב רק שבועה דרבנן כדאיתא פ' הכותב ולקמן סימן פ"ז סעיף ה' כ' כן הסמ"ע עצמו אלא ע"כ לא דק כאן:

(**שם לפני הודה שפרעו**) מ"ש הסמ"ע סקכ"ט דבהודאה תחלה ואחר כך פרעון אין מצטרפין תמהתי אם יצא דבר זה מפה קדוש דהא מצינו כמה פעמים שהמלוה מאמין ללוה כמ"ש סי' ע"א ה"נ נימא דהמלוה ירא שמא יזדמן לו לפרעו ע"כ האמין לו תחלה בפני עדים והודה לו שנפרע. ותו מ"ש מא' אומר בניסן פרעו מנה וא' אומר בתשרי דודאי לאו אחד מנה מסהדי מכל מקום מועיל צירוף עדותן ה"נ נימא דהודאה קאי על מנה אחרת דמצטרף לפוטרו ממנה כיון דהלוה טען שפרע הכל ומה שלא הביא הטור כאן חלוקה דהודאה קודם הפרעון הא בסה"ת לא חשיב אפילו הודאה אחר הפרעון וא"כ סמך אדלעיל בזה ה"נ בדברי הטור בזה:

(**בסעיף י"א ב"ד אצל ב"ד** דוקא כל הב"ד כמ"ש הסמ"ע כיון שלא שמעו רק מן א' מהעדים ואח"כ בסעיף י"ב כ' כל שהעידו ב' עדים בב"ד יכולים שנים אי אפילו אחד

מהם לצרף והטעם שיש כאן עדות שלימה נמצא דחדא מתרתי בעינן לענין צירוף או ב"ד שלם מאחד שהעיד בפניהם או עדות שלם בפני בית דין ואחר כך בא אחר לצרף. ונלע"ד דבחלוקה השניה הויין ב' מן השוק לכל הפחות כמו אחד מן ב"ד דכל שהעידו שנים בפני ב"ד ושנים אחרים שמעו שקבלו הב"ד עדותן שוב אינו תורת עדות על אותה השמועה אלא מעשה בית דין ויכולים להעיד בפני ב"ד אחר על אותה שמיעה לדון עליה והכי דייק לשון המרדכי ישן שהביא ב"י דעדים ששמעו חקירת ב' עדים בפני ב"ד הוה כעד מפי עד ש"מ דכל ששמעו חקירת שני עדים בב"ד אחר ודאי מהני וכמ"ש גם לשון רמ"א מורה כן שהרי כתב אחר סעיף י"א אבל אחרים ששמעו כו' מ"ש המחבר שהעידו כ"א בב"ד אחר בזה דוקא לא מהני צירוף אבל לא בהעידו שנים לפני ב"ד אחד אלא שבסמ"ע סקכ"ז [ל"ה] כתב דלא מהני בשנים ששמעו שנחקרה עדות שנים בב"ד ואין מקום לדברים אלו לע"ד ועיינתי בד"מ ולא ראיתי שם אלא דברי המרדכי שהביא בית יוסף ומה שכתב ב"י בשם הנ"י בשנים ששמעו מפי עדים לא כלום הוא זה קאי אשנים שקבלו עדות ועיין בנ"י פרק ח"ה בפשט המחאה בפני שנים ותבין דעתי וזה נלע"ד ברור: (**בשם מהרר"י זצלה"ה בטור ועד של הק' אין לו צירוף וזקוק לש"ד** קשה אפילו בלאו האי סהדי ליחייב כיון שיש עדים על ת"ש וכדכתב הרא"ש בתשובה מי שתבע לחבירו ר' בפקדון כו' וי"ל בין פקדון דלא שייך לאשתמוטי להלואה דאימר אישתמוטי קמישתמיט ולכן אינו מתחייב שבועה עד דאיכא עד א' ע"כ) (א"ה לאו מילתא היא דההיא דהרח"ש מדר"ח קמייתא היא דנפקא לן ועיקר דינים דר"ח בהלואה הוא כדמוכח בגמרא דיליף לה מפיו וע"א במה הצד ואדרבה הרא"ש ז"ל בפרק קמא דב"מ הוצרך להביא עצות מרחוק לאגמורן דגם בפקדון איתא לדינת דר"ח קמייתא ע"כ):

(**גם ממהרר"י. בטור וכן אם העידו סתם דנין הדבר כמכחישין להקל** קשה דלעיל סי' כ"ט מביא הב"י שיש לנו לתרץ דברי שני עדים הנראין כמכחישין ע"כ):

(**בשם מהרש"ק**) **בטור עד א' אומר ק' והשני ר' וכו'** ומה שיש לדקדק בזה אהרמב"ם בפ"ג דנזיר דין ט' שפסק כן בב' כיתי עדים כתבתי בגליון הכ"מ פ"ג מהלכות עדות ע"ש: (**תו בב"י ד"ה וכן אחד אומר חבית של יין וכו' עד לפי שאין על כל חביות אלא ע"א כו'**) ולא נהירא שהרי על חבית א' יש ב' עדים אלא דמכחישים דחבית שאתה אומר של שמן אני אומר שהוא יין וא"כ יש בכלל מנה מאתים ואנן ס"ל כב"ה וא"כ בע"כ הוא דעדותם בטלה משום דהוי כהכחשה בדרישות דהוא כגוף וכמ"ש הרמב"ם וכמ"ש בבאורי הרא"ש בסמ"ג וכ"מ ע"ש:

(**תו שם ובספ"ק דמכות אמרינן וכו' עד בפלוגתא דר"י בן קרחה ורבנן**) לא דק דהתם פליגי בפלוגתא דר"נ ורבנן אעפ"כ יש ראיה מאותה סוגיא דמדמו איסורא דרשב"ג לממונא דרב נתן ואפילו אין מעידין כא' ה"ה לכל מילי אכן לפי מ"ש המ"ע ור"ן שם בשם הרשב"א ורמב"ן דהתם איירי בתרומה דרבנן דליכא מיתה כלל אין משם ראייה כלל היכא דאיכא איסור מיתה וק"ל:

(**תו שם אין צריך בדיני ממונות כו' עד אמנם בפ' השולח משמע וכו**') מצאתי לגדול א' דמיישב סוגיא זו אליביה דהלכתא והוא דס"ל להש"ס כשיטת הר"ן שבסמוך בגיטין ואיסורא שדינם כד"נ ואין מצטרפים וא"כ מקשה שם והא מר הוא דאמר אין מצטרפין ר"ל בגיטין לכ"ע כמו בד"נ ואפילו ריב"ק מודה ומשני דלמא ס"ל לזה כריב"ק אף ב"נ וגיטין אכן לא קי"ל בזה כוותיה כ"א בד"מ וכן פירש הרא"ש פ"ק דסנהדרין דלמא רבנן כו' כשמואל ס"ל ע"ש דף ל' ודו"ק:

(**תו שם וכתב הרמ"ה דוקא וכו' עד אבל בהודאה אחר הודאה וכו**') וקשה דא"כ מאי פריך בגמ' לרב מ"ש הלואה כו' הודאה אחר הודאה נמי אמנה דמסהיד האי כו' מאי קושיא הא בהודאה אחר הודאה אמרינן דאחד מנה קמסהיד ודלמא רב איירי בהכי דתבעו מנה א' ודו"ק:

(**תו שם עד ואחר יום או יותר הלוה וכו**'). הרב עצמו בכ"מ חזר מסברא זו וכתב כיון שע"א אומר שלוה ביום ב' ואחד אומר מקודם הא ודאי שיקרא קאמר עכ"ל והוא עיקר:

(**בא"ה עד ובנמוקי יוסף עצמו כתב וכו**') ואין דבריו מובנים לי דבמנה ור' איכא למימר דטעו ולא מכחשי ואין צריך לתבוע שניהם משא"כ בהלואה אחר הלואה ודאי אי תבע אחד מהם הוי הכחשה ואין אני רואה שום טעות בנ"י ודי"ק וכ"כ בסמ"ע ס"ק י"א ע"ש ע"כ ממהרש"ק:

סימן לא

(**בש"ע ס"ב וישבע על השא' בנק"ח כו**') כיון שעכ"פ משל' השטר האחד ולא תהא הודאת פיו גדול' מהעדאת עדים והקשה הראב"ד הא אין נשבעין שבועה דאורייתא על שעבוד קרקעות ושטר הוה שעבוד קרקעות ותי' בכסף משנה דכיון דהשטר אינו כשר למטרף בו לקוחות לא מיקרי שיעבוד קרקעות ועוד הקשה הראב"ד אפילו אי מודה כאן בפירוש לא הוה מודה במקצת כיון שא"א לו לכפור ואין מודה מקצת נשבע אא"כ אפשר לו לכפור וזה הניח בכ"מ בצ"ע ולפמ"ש הב"י ס"ס פ"ח בשם המגיד משנה דלהרמב"ם

לא אמרינן כן אלא בשטר שכל נכסיו משועבדים לק"מ דהכא אין הנכסים משועבדים בשטר זה:

(**שם שישרוף את הקטן**) ק"ל למה נתנו חכמים עצה בזה מ"ש מסימן רמ"ח שהמשיא עצה למכור בנכסי' דהוי רשע משום שמפקיע ממון מהשני וי"ל דשם יש איסור אפילו לדעת המוכר עצמו דאסור למכור לכתחלה משא"כ כאן לפי דעת המלוה שיודע האמת שחייב לו אין איסור:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה כתב במשרים נ"ב ח"ד וכו'**) עס"ה קצת פי' דהיינו מ"ש רב נחמן פ' ח"ה נהי דאיתכחשי באכילה באבהתא לא מתכחשי וקי"ל כוותיה וכמש"ל סי' קמ"ו:

(**תו שם מלו שיש לו על לוה וכו' עד ואפילו ללשון שני דר"נ וכו'**) ר"ל אפילו ללשון הב' דבעינן דוקא דררא דממונא בשבועות היסת היינו היכא דתביעתו תחלה הוא ממון ושמא הכא דתובע תחל' להראות השטר ולא ממון מודה גם הל' הב' ג"כ דלא בעינן דררא דממונא והב"י לא הבין כן וצ"ע לפי כוונתו בהרא"ש מה הוא פירושו:

(**תו שם שני מלוין שהוציאו וכו'**) עד ואע"פ שכתב בעל התרומות וכו' מן ואע"פ עד לא שבקינן כל הנך רבוותא מקמיה נראה לי דדברים אלו נדפסו בטעות בכאן ומקומן הראוי צ"ל אח"ז בסיום דברי ב"י במלוה א' על ב' לוין וכו' וכן כתב הרמב"ם בפ' כ"ג מהלכות עדות ואע"פ וכו' וק"ל נ"ל ע"כ ממהרש"ק (א"ה כך הגהתי גם אני בטח"מ שלי מסבר' וכ"מ בס' ג"ת ע"ש):

סימן לב

בשם מהרש"ק בב"י ד"ה מ"מ יכול לומר שלא להשביע וכו' עד ורבינו חולק עליו וכו'

הסמ"ע והב"ח השיגו בזה על ב"י הדין עמהם ע"ש וק"ל:

(**תו שם הרמב"ם כ' המודה בפני עדים וכו'**) עד דאם כמוסר דבריו כו' וע"ל סימן רנ"ה סי"ב דלכאור' לא פי' כפי' הרא"ש ויש לישב ע"כ:

סימן לג

בש"ע ס"ו אבי החתן כו' פי' אחר נשואין שלהם כן מבואר ברש"י פ' ז"ב:

(**ס"ח האיש עם אשתו ראשון כו'**) נ"ל דה"ק לא תימא כיון דפסול קרובים אתיא מכח לא יומתו אבות בעדות בנים והיינו דווקא בקורבות דתולדה אבל בקרוב דחיתון כשר אלא דעכ"פ פסול איש לאשתו לפי שנהנה מהממון שתזכה היא ולפ"ז הוא כשר לשאר קרובים קמ"ל דגם זה בכלל ראשון בראשון ויש בה פסול קורבה לפיכך אינו מעיד וכו':

(**שם ולא לאביה**) הסמ"ע ס"ק ט"ו מכשיר באבי אביה ותמהתי דהא כ' הטור בסי' ס"ו [בסט"ו] בשם רמב"ם דפסול בשני בעל כאשתו שכ' ולא יעיד לבעל בת אחות אשתו ולפי דעת הסמ"ע הוא כשר אפי' לבת אחות אשתו עצמה דהא בת אחות אשתו הוה ראשון בשני עם אשתו נמצא דהוי ליה עם הבעל ראשון בשלישי אלא ע"כ דהוה כאשתו ממש במקום ראשון בשני ולקמן נעתיק עוד בזה מה ששייך לדברי הטור סעיף כ"א. והא דלא כ' הרמב"ם אפי' אבי אביה דלא בא אלא לגלות דיש פסול קרובים אפי' בחיתון וכמ"ש בסמוך וממילא ידענו דה"ה אפי' חמיו דהא ה"ל ראשון בשני עם אשתו וע' בסמוך בביאור דברי הטור סעיף כ"א עוד מזה: אחר מיתה ולגבי דידהו ה"ל מעיקרא רחוק ולפ"ז אם מתנת שכיב מרע במקצת היא דבעי קנין כמ"ש סי' ר"ן היה פסול לכולה עלמא כיון דהעדות נוגע בו דהא אין יכול לחזור בו אח"כ כנלע"ד:

(**סט"ז ל"ש אם הלוה כו'**) בנ"י הביא ב' פירושים הראשון פרש"י דהלוה והערב כפרו שניהם בעיקר ההלואה וקרובי הערב באו להעיד ופסלום רב הונא בריה דרב יהושע כיון דחי לית ליה ללוה אזיל בתר ערבא וה"ל כאלו נכתב השטר על הלוה והערב וכיון שפסולים לערב פסולים גם ללוה והראב"ד כ' שטענותיהם על עסקי פרעון שהלוה והערב היו מודים בהלואה רק שהלוה אומר פרעתיך ובטענה זו נפטר הערב והביא המלוה אלו העדים שהודה בפניהם שלא פרעו נמצא הערב מתחייב עכ"ל מדהביא ב' פירושים נ"ל דיש מחלוקת בינייהו ונ"ל דבזה פליגי דלהראב"ד אפשר דכשר בנדון דרש"י דבנדון דרש"י לא היה מעולם שום חיוב לערב וללוה ביחד כל זמן שלא יבאו עדים כשרים ויעידו שלוה זה הלוה ואז יתחייב הערב וכיון דכאן העדים קרובים להערב וה"ל כאלו אינן כלל ונמצא לא הי' שום שותפות ברור ללוה עם הערב דהא אין שניהם מודים דהלוה הלוה ממנו משא"כ בנדון דהראב"ד ששניהם מודים בהלואה וא"כ שייך לומר כמו שאינם נאמנים לגבי הערב כך לגבי הלוה דכבר הם משותפים בבירור ופסק הטור ואחריו המחבר כר"ש דתרוייהו אינם נאמנים וז"ש ל"ש וכו' והסמ"ע ס"ק י"א לא עי' בנ"י שזכרתי שכ' בהדיא ושניהם כפרו בהלואה והאיך כ' איהו שאפשר שהערב לא יכפור גם פירושים אחרים ראיתי בזה לפרש הך ל"ש שכ' הטור ואינם עולים יפה בשום חילוק בין פרש"י להראב"ד זולת מ"ש בס"ד והוא הנכון:

(**בטור סי' זה ס"ו לפיכך שנים נשואין כו'**) רבים מקשים וכן רש"ל בתשו' סי' פ' כ' דרבינו לא דק בזה דהיה יכול בעל הזקנה להעיד אפי' לבת בנה עצמן דחורגו לבדו תנן דפסול כמ"ש הטור סי' ק"ח וכ"כ בסמוך דבעל אם אמו כשר וכדי שלא נשויה לרבינו הגדול בעל הטורים טועה ח"ו נראה לומר דדבריו נכונים וקמ"ל חידוש גדול דאי' בגמ' ר'

יוסי אומר חורגו לבדו תנן דפסול וה"ה גיסו לבדו ובהך גיסו יש פלוגתא והרי"ף מפרש ודאי לבן גיסו פסול דהא הוא לא בעל אחות אמו ובזה כ"ע מודים אלא ע"כ מאי דמיעט גיסו לבדו ר"ל אבל לא בני גיסו מאשה אחרת ורש"י פי' דממעט בני גיסו מאחות אשתו וכן הסכים הרא"ש דאע"ג דפסול לו מ"מ אינו פסול לו מטעם קורבת גיסו אלא הטעם שהוא בעל אחות אמו ונ"מ מזה דאלו היה פסול מטעם גיסו היה ג"כ חתן גיסו פסול ע"כ אמרו שהפסול מצד בעל אחות אמו וממילא כשר לחתנו ובא רבינו הטור לפרש דלא נטעה לומר כי היכא דבגיסו אין הכשר אלא בחתנו אבל בנו פסול ה"נ בחורגו לבדו דאין הכשר אלא בחתן חורגו ולא בבנו לזה כ' רבינו דחתן חורגו כשר אפי' לא השמיענו התנא דמזכיר חורגו לבדו מטעם דהוא שני בעל כאשתו גם ראשון בשני ולדעת א"א ז"ל א"א תרי בעל כאשתו בשלמא בגיסו לבדו י"ל דהוא גופיה קמ"ל דלא אמרינן תרי בעל כאשתו בראשון בשני אלא יהא כשר ע"ז הקדים דלבן בנו חשוב ראשון בשני ונמצא דמותרים זה לזה מצד תרי בעל כאשתו לדעת א"א ומזה נלמד דמ"ש התנא חורגי לבדו קאי אבן חורגו דכשר זהו שעולה בדעת רבינו:

(**עוד כ' הטור**) בסעיף ו' אבל לר"ת דפוסל ראשון בשלישי כו' איכא למידק דה"ל לומר אבל לר"ת פסול ונ"ל דבא לאפוקי מדעת סמ"ג דכ' דשלישי בראשון אינו פסול אלא דוקא לבן בן אחיו אבל לא לבן בן בנו של עצמו מטעם דאתפלג דרא הרבה דעת רבינו אינו כן ויליף לה מדכתב הרי"ף פ' ז"ב מר רב אשי אכשר באבא דאבא ראשון בשלישי הוא ולית הילכתא כוותיה אלא הוא שני בראשון אי אתפליג דרא מילתא היא אמאי קמשווה למר בר רב אשי טועה בדבר פשוט דיהיה אבי אביו ראשון בשלישי תיפוק ליה דדלמא אף איהו ס"ל דהוה ראשון בשני והיה מכשיר מטעם תתפלג דרא ולא פסלינן אלא ראשון בשני כגון ראובן עם בן שמעון אלא דלאו מילתא היא וא"כ למאי דלא קי"ל כמר בר רב אשי ופסלינן אפילו ראשון בשלישי פסלינן אפילו באתפליג דרא דהיינו בן בן מש"ה כתב רבינו אבל לר"ת דפוסל ראשון בשלישי פוסל גם בזה דלא אתפליג דרא ובזה נתיישב מה שהקשה רש"ל בתשו' על רבינו דכ' אבל לר"ת וכו' פוסל בבן בן בנו דהא מר בר רב אשי מכשיר אפילו באבא דאבא ונהי דלא קי"ל כוותיה מ"מ באבא דאבא מכשיר מר בר רב אשי פירשב"ם וכל יוצאי יריכו פסולין עד סוף כל הדורות ומילתא דתמי' הוא דאף באבא דאבא מכשיר בר רב אשי ואנן ניקום וניפסול עד דור רביעי וכן משמע לשון הרי"ף שכ' סבר מר בר רב אשי דאבא דאבא הוא ראשון בשלישי ומש"ה מכשיר ביה ולית הלכתא כוותיה דאב ובנו ראשון וה"ל אבא דאבא ראשון בשני ודברי ה"ג ור"ת בראשון בשלישי כתבתי פ' ז"ב עכ"ל הרי לך דאפילו דור רביעי לא כשר אלא

להרי"ף אבל לר"ת פסולים ונ"ל דלר"ת הוי טעות' דמר בר רב אשי בזה דהיה סבור אפליג דרא כשר ומש"ה כשר באבא דאבא ולית הלכתא כוותיה דלא מהני סברא דאתפלג דרא אלא לענין קורבה שמצד חיתון כגון לאשת שלישי בראשון כמ"ש הטור אח"כ בשם ר"ת אבל בקורבה מצד עצמו לא אם כן נמצא התלמוד דס"ל דלית הלכתא כוותיה ואפליג דרא בזה לאו מילתא ממילא אפילו בדור רביעי פסול כיון שהוא ראשון בשלישי ואף דלסמ"ג כשר בדור רביעי אפילו לר"ת מ"מ נראה להחמיר כהטור ע"פ אביו הרא"ש דשלישי בראשון פסול אפילו בבן בן בנו:

(**עוד כתב הטור סט"ו אפילו שני בנות אחין**) הקשה ב"י מנלן לרבינו לו' כן ונ"ל דרבינו ס"ל כיון דמצינו בגמ' סתם בעל כאשתו מנלן לחלק ולו' דבמקצת פסולין לא יהא בעל כאשתו בשלמא לרש"י והרא"ש דמפרשינן לעיל גיסו לבדו למעט חתנו מאחות אשתו דכשר ממילא דבראשון בשני לא אמרינן תרי בעל כאשתו משא"כ לרי"ף דקאי גיסו לבדו להכשיר בנו מאשה אחרת אבל בבנים מן אחות אשתו פסולין מנלן לחלק ולו' כן דבמקצת פסולין לא אמרינן תרי בעל כאשתו ולרמב"ם דסבירא ליה כהרי"ף לענין גיסו לבדו לק"מ דאיהו סמך על הירושלמי שהביא ב"י וע"כ הכשיר בתרי בעל בשני בשני אבל לרי"ף שלא הביא ירושלמי הזה ממילא הוה גם בזה בעל כאשתו וזו הוכחה שאין עליה תשוב' לע"ד:

(**עוד כתב הטור סעיף י"ט**) ובעל אמו ולחתנו דבר פשוט דאחתנו של עצמו קאמר דאי כפי' הב"י דאחתן בעל אמו קאי קשה למה לא חשיב גם בנו כדנקיט במתניתין חתניהן ובניהן וכן במ"ש הטור אח"כ ולכלתו קאי גם אכלת עצמו ולא אאשת אביו כדפי' ב"י וזהו פשוט דבבבא שחשב שהאשה פסולה לו חשיב הפסולים מחמתה וחשיב שם חתנו ובבבא דאיש חשיב הפסולים מחמתו וחשיב שם כלתו. וביש ספרים כתוב וכלתה וכלת בנה ואינה עיקר אלא כמשמעות הגירסא שלפנינו ובחנם יצא הרב ב"י בזה מן הפירוש הפשוט גם מה שהקשה ב"י אמאי לא נקט רבינו כלת בן בנו דפסול לר"ת הוא שלא בדקדוק דכתב רבינו בזה דלא אמרינן בזה בעל כאשתו כיון שהוא מופלג:

(**עוד כ' הטור סכ"א**) אבל אבי חמיו כשר לו יפה הקשה הב"י דהא ודאי פסול דראשון בשני הוא וחד בעל ועוד י"ל ממ"ש הטור וכלת בנו וזהו הגירסא שכ' בספרים דהיינו אבי חמיו ועוד יש הוכחה מירושלמי דבעי משה מהו שיעיד לאשת פנחס ש"מ דאהרן פשיטא ליה דפסול לה וכ"ת דתרתי מבעיא ליה זה אינו דהיה לו לו' דרך את"ל ותו שגם ר"ת הוכיח מירושלמי זה דמשה לפנחס פשיטא דפסול מדלא מבעיא ליה בזה ולא אמרינן דהבעיין בעי תרתי בעיות דהיינו אפילו למשה באשת פנחס. ותו דהפשטן

דהשיב דכשר היה לו לו' בריתחא דאפילו אהרן כשר וכמו שהוכיח התלמוד בדרך זה בסוגיא דפרק אלו טריפות בנעקרה צלע וחצי צלע. ורש"ל בתשו' רצה להכשיר אבי חמיו מטעם דאפליג דרא ולע"ד דא"א לו' כן דהא הטור כתב בשלישי בראשון מכשיר ר"ת באשתו והיה לו לכתוב רבותא אפילו בראשון בשני דהא מיירי שם בהפלגה וכן מתשובת הרא"ש בבית יוסף סי' י"ז וז"ל ושלישי בראשון לא אמרינן בעל כאשתו אפילו חד דגריס בירושלמי וכו' ש"מ הא בשני בראשון אמרינן ליה וזה מיירי גם כן בהפלגה דהא מייתי מהירושלמי ועוד ראיה גדולה ממ"ש הטור חורגו פסול לו אבל לא בנו וחתנו אע"פ שהן פסולין לאשתו הרי מבואר דחתן חורגו פסול לאשתו והיינו אם חמיו וא"ל דהך פסולין לאשתו קאי אבנו לחוד דהא לשון רבים קאמר אף ע"פ שהן וכו' אלא ודאי כמו שהגיה אחי אבי חמיו כשר כצ"ל והוא ממש בעיא דירושלמי משה לאשת פנחס דמותר אבל אבי חמיו פסול לו כנלע"ד עיקר וא"ל מ"ש מבעל אם אמו שהוא עמו ראשון בשני וחד בעל כמו אבי חמיו שהוא ראשון בשני עם אשתו ואמו הוא חד בעל ולמה יהיה פסול באבי חמיו לק"מ דתולדה דאשתו מלמעלה למטה מיקרבי' דעתיה טפי לגביה דאשתו נולדה על ידם ממאי דאיכא קירוב לבן אשתו מאיש אחר וזהו כוונת רבותינו באומרם חורגו לבדו וזהו סברא פשוטה:

(**ועוד כ' הטור סימן ל"א כגון לבנה ובתה כו'**) ק"ל למה לא נקיט אחותה עצמה וע"ק מ"ש עד שישאלנה פשיטא שפסול אחר הנשואין וכבר כתב זה כמה פעמים ונלע"ד דרבינו נמשך אחר הרמב"ם שזכר ג"כ לבעל אחותה ושם מבואר דלק"מ כי הוא כתב אבל אם הוא מגיע לקרובי ארוסתו כגון בעל אחותה אין פוסלין אותה עד שישאנה משמע דיש פסול לכתחלה וזה ג"כ כתב רבינו במ"ש עד שישאנה דמתחלה אמר לארוסתו עצמה דיש פסול לגמרי אבל לקרובים כשר מפסול לגמרי עד שישאנו ואז יהיה פסול לגמרי אף בקרוביה וממילא ש"מ דקודם הנשואין יש עכ"פ פסול לכתחלה ואפילו לבעל אחותה והיתר דאחותו עצמה ידענו מבנה ובתה כנלע"ד:

(**בשם מהרר"י בטור לפיכך שנים נשואין כו'**) לדעת א"א הרא"ש ז"ל כו' הקשה הב"ח הלא כשר הוא אפילו לבת בנה ובת בתה גופה ע' שם מה שתי' ול"נ דרבינו לא אתא לאשמועינן הדין דתרי בעל דבלא"ה נמי כשר אלא ה"ק לפיכך משום דאב ובנו חשובין ראשון בראשון ולא אמרינן דחשובין ראשון בשני כסברת מר בר רב אשי דאכשר באבא דאבא מ"ה לא אשכחי' הכשר אחר אלא בכה"ג דהיינו בת בתה אבל לפי דעת מר בר רב אשי שהאב ובנו נחשבין לראשון בשני נוכל למצוא עוד הכשר אחר לדעת א"א הרא"ש ז"ל דאפשר בתרי בעל אפילו ראשון בשני דהיינו זה האם וזה הבת:

(**ע"ש בטור אבל אבי חמיו כשר לו**) הקשה הב"י דהא ראשון בשני הוא וחד בעל כאשתו ולכ"ע פסול וצריך להגיה וכו' נראה דשפיר הגיה הב"י דבלא"ה קשה דאמרינן בגמ' וחורגו לבדו משמע דלא אשכחן ראשון בשני כשר אלא בחורגו ולפי גירסא זו אשכחן נמי באבי חמיו שהוא ראשון בשני וכשר לו אלא ע"כ צריכין להגיה ודלא כהב"ח (ע"כ מהרר"י):

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה כל הפסולים לדון כו' עד ופסק כרבנן כו**') אף שהתוס' במכות דף ו' ע"א ד"ה אלא מעתה הרוג יציל כתבו פי' שהוא בע"ד א"נ מפני שהוא שונא ושונא פסול לעדות עכ"ל. כוונתם לרבי יודא מקשה דס"ל דשונא הוא פסול לדבריו לא היו יכולין לדון ד"נ מפני הרוג ונרבע וק"ל ובס' בני שמואל רצה לדייק מזה דשונא גדול כזה כ"ע מודו דפסול וליתא גם הוא כ' למאי דפירש משום טריפה אפשר דכל שונא כשר ע"ש:

(**בב"י ד"ה הגרים אין להם קורבה כו**') עס"ה וצ"ע. ולא ידעתי מאי נסתפק האב ז"ל בזה הלא גמרא ערוכה שנינו פרק נושאין דף צ"ז ע"ב והביאו הרי"ף והרא"ש סוף פ"ק דיבמות דשני אחין תאומים שהורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה דלא חולצין ולא מייבמין וחייבין על אשת אח ופי' רש"י שחייבין כרת דהוי אשת אחיו מאמו הרי מבואר דדינם כאחין מאם ואם כן פשיטא דפסולין לעדות שהם ממש אחין מאם ומ"ש בגמ' ערוה לכל אסור וכו' היינו באחים שהיה לידתן שלא בקדושה ואיסורא הוא מדרבנן שלא יאמרו באנו וכו' כמבואר פרק ב' דיבמות מה שאין כן בתאומים שנולדו בקדושה אסורין וחייבין כרת מדאורייתא כאחים גמורים מהאם ודוק וברור:

(**בב"י ד"ה כתב המרדכי וכו' עד משמע מהכא דטריפה וכו**') ובד"מ כ' דיקא בדיני נפשות אבל לא בדיני ממונות אפשר שכשר להעיד ואף להפוסקים דבד"מ בעי ג"כ עדות שאתה יכול להזימה מ"מ יכולים להזים אותם ולחייבם ממון שהרי גם לנפשות אית פלוגתא בפרק הנשרפים ואין זה מוכרח דאפשר דשם איירי כשהעידו לא הי' טריפה וע' בכ"מ פרק כ' מהלכות עדות דין ו' וצ"ע ע"כ ממהרש"ק:

סימן לד

(**ס"ז ואעפ"י שהחזירו**) (") רבים מקשים על תמיהת הטור על הרמב"ם בזה במ"ש ואינו יודע למה לא יוכשרו כו' דהא כ' הוא עצמו בסוף סי' זה שצריך שיעשה תשובה ונראה לי דהני פסולים הוא מן התורה וכן הוא ברמב"ם להדיא ולכוונה זו סדרם רבינו בין פסולי

דאורייתא ע"כ תמה עליו אמאי לא יוכשרו עכ"פ מן התורה כמ"ש סי' ש"ס דגזילה הוי ליה לאו הניתק לעשה שיחזיר הגזילה וע"ז תי' דכיון דהחזיר ע"י כפי' לא שמיה חזרה: (**ס"ח אם יש עדים שידעו שחתמו**) פי' הסמ"ע שלא ראו בתוך השטר הזמן כו' דא"כ ה"ל עידי הזמה ודברים תמוהים כ' דא"כ ל"ל בזמנו כתבנו כו' הא ע"כ לא שייך כאן אחרוהו דהא ראוהו לשטר ביום פלוני בשעה שחתמוהו אלא נלע"ד דמיירי בשטר קנין דכשר אפילו לא נכתב השטר ונחתם עד אחר זמן מרובה כמ"ש בסי' מ"ג לכן אותן העדים שראו החתימה ביום פ' אינם פוסלין אותן כי אפשר ביום הנזכר בשטר נעשה הקנין אלא שנכתב ונחתם אח"כ וא"כ צריך שיאמרו בזמנו כתבנו פי' שהקנין נעשה ביום הנזכר בשטר דאל"כ שמא נעשה הקנין מקודם זמן הנזכר בשטר וכתיבת השטר וחתימתו נמשכת ונעשית אחר כך ולא הזכירו בשטר שהקנין נעשה בזמן מוקדם מיום שנכתב השטר:

(**שם**) והם שקרו ואמרו וכו' עיין בסימן מ"ג בסופו מ"ש ע"ז בדברי הטור:

(**סי"ד המוכסין סתמן פסולין**) נראה לכל דעת רבינו ורמב"ם דמוכס הוא לעצמו מה שלוקח ע"כ הוא נחשד אפילו מסממא כי אין עליו כ"כ מורא מלכות אם לוקח יותר מקצבתו אבל גבאי הוא שהמלך מאמינו להביא לו מס שנוטל ויש עליו מורא מלכות אם יטול יותר מקצבתו ויחזק לעצמו כי יהיה גונב כיס המלך והא ודאי לא חיישינן שיתן גם המותר למלך דאין אדם חוטא ולא לו:

(**סי"ו מפריחי יונים**) הטור חולק על הרמב"ם וכדי לבאר מחלוקתן אביא הסוגיא בקיצור תנן המשחק בקוביא פסול ופליגי בגמרא רמי בר חמא אומר משים דאסמכת' הוא ולא קניא ורב ששת אמר דלאו אסמכת' היא אלא לפי שאין עוסקים בישובו של עולם מאי בינייהו אומנות אחרת ותו תנן מפריחי יונים פסולים ופליגי אמוראי חד אמר דהיינו אחד אומר לחבירו אם תקדים יונה שלך ליונה שלי וחד אמר ארא פי' מלמד להביא יונים אחרים ויש בזה משום גזל ופרכינן מ"ד אם תקדימי כו' מ"ט לא אמר ארא א"ל ארא מפני דרכי שלום בעלמא ומ"ד ארא מ"ט לא אמר אם תקדימי א"ל היינו משחק בקוביא. וכתב הרמב"ם מפריחי יונים בישוב וכו' מדהקפיד דוקא בישוב ס"ל כמ"ד ארא ופ' ו' מה' גזילה כתב הרמב"ם דבקוביא עם ישראל יש בו משום גזילה ועם העכו"ם אין בו איסור משום גזל אלא שיש בו איסור שעוסק בדברים בטלים והקשה שם ממגיד משנה דהא אדחיא סברת רמי בר חמא דס"ל משום גזל ונדחק מאוד בכסף משנה בפרק יו"ד מה' עדות ליישב זה והרוצ' יעיין בדבריו ויש ג"כ קושיא בטור אליבא דרמב"ם דכאן כתב בשמו דפסול דוקא באין לו אומנות אחרת ובסי' ע' [ש"ע] כתב בשמו דפסול משום

גזל ונלע"ד נראה ליישב דברי הרמב"ם על נכון דודאי ס"ל דלא קי"ל כרמי בר חמא אלא כרב ששת דס"ל דלא הוי רק אבק גזל ומפריחי יונים ס"ל כמ"ד ארא וס"ל דג' חלוקות יש כאן דאורייתא ודרבנן ואבק גזל דהיינו משחק בקוביא ומפר' מאי דאמר ר"ש לפי שאין עוסקין כו' פי' אע"ג דאבק גזל בעלמא הוא ולא גזל גמור דהא לאו אסמכתא היא כמ"ש סי' ר"ז מ"מ יש עוד ריעותא דלית ליה שאר אומנות וחזקתו שאוכל אבק גזל ההוא אבל אי לא אכיל מיניה אין כח באבק גזל לפוסלו וזהו עיקר התי' של רב ששת להרמב"ם דהא רב ששת פליג על רמי בר חמא דס"ל דהיה גזל גמור ורב ששת ת"ל דלא ה"ל רק אבק גזל מש"ה אין פסול רק באין לו אומנות אחרת דאז אוכל מאבק גזל הזה ובזה ניחא מ"ס המגיד משנה ממסכת שבת פרק שואל מנה גדולה כנגד קטנה יש איסור משום קוביא דהיינו אבק גזל יש עכ"פ לכ"ע אבל בגזל דרבנן כגון ארא יש יפסול אפי' בלא אכיל וכ"כ התוספת שם דהא דאמרינן ארא מפני דרכי שלום בעלמא היינו למ"ד אי תקדמי אבל למ"ד ארא הוה גזל גמור הוא מדבריהם ומש"ה כשכתב הרמב"ם פ"ו מהלכות גזילה איסור גזל דרבנן לא כתב שם שאין לו אומנות אחרת כי בלא"ה יש איסור אפי' באבק גזל רק לענין פסול עדות בעינן זה אלא שרבינו הטור היה מפר' דברי הרמב"ם אלו דבפ' ו' דהלכות גזילי' דמיירי ג"כ לענין פסול עדית וע"כ כתב עליו בסימן ש"ע ויראה שפוסל בקוביא משום גזל ומש"ה אפילו ביש לו אומנות אחרת אסור כו' ולפי הבנתי היה לו להקשות דברי הרמב"ם גופיה אהדדי עם מ"ש כאן דבעינן אין לו אומנות אחרת אבל אם נפרש דברי הרמב"ם כמ"ש לא יקשה כן אלא דשם לא מיירי רמב"ם אלא לענין איסור לחוד דבזה יש איסור בישראל אפי' בלא אומנות אחרת ולפסול בעינן דוקא אין לו אומנות אחרת ועם עכו"ם יש איסור ולא שום פסול להרמב"ם ונמצא לפ"ז ב' קולות וחומרא אחת דהיינו נפל לו ממון בירושה שאוכל ממנו כשר משחק בקוביא כיון שאינו אוכל אבק גזל ועוד קולא אחת משחק בקוביא עם עכו"ם אפי' אוכל ממנו אין כאן פסולי עדות רק איסור כמ"ש בפ' ז' דה' גזילה מחמת שעוסק בדברים בטלים ונ' שאיסור זה הוא סברא דנפשיה ולא פי' דברי רב ששת שאמר כאן לפי שאין עסוקין כו' פי' דהרמב"ם קאי זה אישראל מטעם אוכל אבק גזל כמ"ש וחומרא אחת יש אע"פ שיש לו אומנות אחרת אלא שאין מספקת לו לכל אכילתו פסול דעכ"פ אוכל אבק גזל אבל הטור מפ' מ"ש רב ששת לפי שאין עסוקין כו' הוא מטעם שאינו יודע מטיב משא ומתן וא"כ אף איהו ס"ל דמפריחי יונים בישוב להביא גוזלות פסולין רק בהנך תרי קולא וחד חומרא הוי להיפך דלהטור אפי' משחק עם העכו"ם פסול מטעם שזכרנו אבל אם יש לו אומנות אף שאין מספקת לו אומנתו מ"מ כיון שיודע בטיב משא ומתן העולם

כמה קשה הוא הממון כשר הוא וס"ל בהנך אי תקדמי וכו' משחק בקוביא אין בהם גזל כלל מש"ה כשרים אם יודעים בטוב העולם ובזה נתיישב מ"ש הטור בסי' ש"ע עם מה שכתוב כאן גם מה שהקשה בכסף משנה על הרמב"ם גם בסמ"ע פי' בהנך תרי קולא וחומרא אחר שחולקים הטור והרמב"ם כמו שזכרנו ואפשר שנתכוין לכל מה שזכרנו:

(**סי"ח שכר לילך ולראות**) כו' משמע אם כבר ראה אין ליטול שכר על הליכה להגיד העדות ונ"ל דהיינו בדבר שאין לו טרחא אבל במקום שיש לו טרחא יכול ליטול שכר על הליכה דראיה דאמרינן סוף פרק האיש מקדש הנוטל שכר להזות מי חטאת דההזאה פסולה ואמרינן שם דבכ"מ שכר ההבאה ממקום למקום ושכר מילוי המים שרי ליטול דלא רמיא עליה האי טרחא ובהדיא מדמה לה האם נוטל שכר לדון ולהעיד ונוטל שכר הזאה מש"ה יכולים ליטול שכר טרחת ההליכה ואין זה בכלל מה אני בחנם כנלע"ד:

(**בטור ס"י דהוי כאוכל נבילות לתיאבון**) ברמב"ם ליתא האי לתיאבון ובאמת אין בו צורך. ונראה דקמ"ל הטור אע"ג דלא נעשה עדיין האיסור שלא נאכל עדיין מ"מ פסול מטעם חשוד שמא יעיד שקר ומדמה לאוכל נבילות דפסול בגמ' לדברי הכל מטעם דכי היכא דכי כפין אוכל נבילות ה"כ כפין ושקיל זוזי ומסהיד ה"נ בזה כיון דלא איכפת ליה בדבר שקר ורוצה להאכיל איסור לאחרים ה"נ אל יחוש להוציא ממון בדבר שקר בעדותו:

(**עוד כתב העור סי"ד ולא תנו עדים כו**') קשה מה צריך לכתוב שמנו הלוה והמלוה ונראה דכתב כן דל"ת דמאי דמונה מלוה הכל בכלל דהיינו הלואה בריבית כמ"ש התו' פרק איזהו נשך ע"כ הקדים הטור שהגאונים מנו בפירוש הלוה אצל המלוה ואפ"ה לא מנו הערב והעדים אלא ע"כ שהם כשרים כנלע"ד נכון מאוד:

(**בשם מהרר"י בטור ואפילו עד כשר היודע בחבירו שהוא רשע**) כתב הב"י ותמהני על רבינו אמאי לא מפיק ליה מדבר שקר תרחק וי"ל תמיהתו דהרמב"ם ז"ל הבין דהגמרא מיירי היכא שגבר העיד הרשע בפני בית דין והעד כשר אינו בא עמו בחברה לב"ד אפ"ה אסור משום מדבר שקר אבל היכא שבא עם הרשע בחברה אחת לבית דין זה לא נפקא מדבר שקר אלא מפסוק החמור ממנו דהיינו אל תשת ידך עם רשע שהוא בלאו שעניינו אל תסייעו להיות אתו עמו עד בין שראו המעשה יחד בין שלא ראו המעשה יחד:

(**ע"ש אבל טבח שנמצא אחריו נבילה הרי הוא כאוכל נבילות לתיאבון** רבינו צריך ליתן הטעם דהרי הוא כו' משום דטבח שנמצא אחריו נבילה עובר על לפני עור לא תתן מכשול והוא לאו שאין לוקין עליו והעובר על לאו שאין לוקין עליו אינו פסול לכך אמר דכאן מכל מקום הוא פסול משום דהוי כאוכל נבילות לתיאבון משום חימוד ממון אבל

בעלמא לאו שלוקין עליו אפילו היכא דליכא חימוד ממון הוא פסול ובזה ותורצו כל הקושיות שמקשים העולם בכאן ע"ש:

(**כ' הרמב"ם אע"ג שהגנב והגזלן החזירו וכו'**) ואינו יודע כו' עיין מ"ש הב"י ול"נ בע"א דהרמב"ם איירי אפילו שהחזירו ברצון וטעמו מדכתבו קרא לעד חמס לחידוש דהיינו אע"פ שאינן בני מלקות מ"מ הן פסולים כדלעיל סעיף י"ב ואי איירי בגזלן שלא החזיר עדיין גזילתו מאי רבותיה הרי עדיין לא יצא מכלל מלקות דזיל בתר טעמא דמ"ט אינן בני מלקות מטעם דניתן להשבון א"כ כ"ז שלא השיבו לא יצאו מכלל מלקות ומאי רבותייהו אע"כ דברה תורה אפילו שהחזירו דפסולין הם עד שיעשו תשובה:

(**ע"ש בב"י מחוד' ב' ודע כו' עד הרי דמגדלי בהמה דקה בא"י פסולין ותמיהני על הרי"ף כו'**) הב"ח כתב אישתמיטתי' שהביאום כו' ע"ש ול"נ שעיקר תמיהת הב"י למה לא הביאו הטור כאן בהלכות עדות (א"ה לפ"ז אין תירוצו של הב"י מתיישב כ"כ אף שיש לדחוק וליישב):

(**ע"ש בטור כתב הרמב"ם** (") **שנים שהעידו בא' שהוא פסול וכו'**) הב"ח הקשה מ"ש מב' כיתי עדים המכחישים זא"ז ונ"ל דבשני כיתי עדים כשבא' כ"א בפני עצמה ומעידה נשתנה הספק ממה שהיה בשעה שהיו מכחישות זא"ז שהרי בשעת ההכחשה היו הכתות יחד משא"כ בשעת העדאה לאפוקי האי גברא שלא נשתנה בשעת העדאה מבשעה שהעידו עליו (א"ה אין זה מבורר) או י"ל דבב' כתות מעיקרא לא מקבלינן סהדותייהו דתרי אתרי אם לא בהזמה דחדוש הוא לאפוקי בב' המעידים על א' דודאי מקבלין לפוסלו אלא שאח"כ באים שנים להכשירו מ"מ הוא נשאר (") בספק ע"כ ממהרר"י) (א"ה לענד"כ דלא דמי דבשלמא בב' כתי עדים איכא חד מנייהו דודאי כשר הוא וכיון דלא ידעינן הי מנייהו מוקמינן לתרווייהו אחזקתייהו אבל בחד גברא ליכא למימר הכי ואע"ג דלענין אשם תלוי הסברא איפכא דבחתיכה משני חתיכות כ"ע מודי דמחייב ובחתיכה א' פליגי נראה לע"ד דלא דמי דהתם אותה של חלב לא הי' לה חזקת כשרות ומעולם של חלב היתה ואיתחזק אסורא בודאי משא"כ בחתיכה א' לאפוקי בנ"ז דשתי הכתות היה להן חזקת כשרות ואף לאחר שנולד הספק האחת מהן היא בודאי כשרה מוקמינן לתרווייהו אחזקה קמייתא כיון דאיכא תרתי לטיבותא חדא חזקת כשרות לשתיהן קודם שנולד הספק וזאת שנית דאף לאחר שנולד הספק עדיין יש כאן כת א' ודאי כשרה לאפוקי בחד גברא דליכא אלא חזקת כשרות דמעיקרא וכיון דתרי ותרי לכל הפחות ספקא דרבנן היא ע"כ פסול הוא ודוק כי זהו כפתור ופרח ע"כ):

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה היתה העבירה שעבר עליה וכו**') עד דלא בעינן רשע דחמס וכו' אין זה קושיא דשמא בעבירה דאורייתא כגון אוכל נבילות לא בעי עד חמס:
(**תו שם קוברי המת וכו' עד דבקיאי בקביעא דירחא וכו**') ול"ק מידי דס"ל להרי"ף כיון דלא התרו בהן א"כ אין מחוייב מלקות לכן לא פסולי אלא מדרבנן אף שהיו חייבים אם התרו בהם:
(**תו שם העובר על השבוע' וכו' עד מ"מ רבינו סתר דבריו כו**') הריב"ש סי' רס"ו כתב שלענין עדות גם רש"י מודה דפסול כיון שעבר על ד"ת ולא פירש כן אלא לענין שבוע' וכך מוכח דעת הטור שכאן כתב בפשיטות ובסי' צ"ב לענין שבוע' כרב ב' דיעות וכן עיקר וק"ל וכ"כ הרש"ך סי' קע"ב:
(**תו שם**) הבא על ערוה בפרק זה בורר וכו' עד וכן מוכח מתוך רש"י וכו' והתוס' גבי הא דאמר ר"י פלוני רבעני לרצוני כו' כתבו דהא דחשוד על עריות פי' בקונטרוס לאו דאיכא סהדי שבא על ערוה אלא שהוא גס ומתייחד עמהם כו' הרי דתוס' לא סבירא להו כהרא"ש בדעת רש"י וכן יש לדקדק דפי' דר"נ ס"ל דכשר משום דבעי רשע דחמס ואם בא ממש הלא לא קי"ל כרבא אלא בחשוד בעלמא דפסול מדרבנן ולכך בעי רשע דחמס וצ"ע ע"ש:
(**בא"ה עד וב"מ נ"ב ח"ד וכו**') אינו מדוקדק דאדרבא דמבואר שם דפסק כהרא"ש ע"ש ובס"א מצאתי מוגה הסכים לדבריהם והוא נכון (בא"ה עד ולענין עדות אשה לכ"ע וכו') ויש מקום עיון למה השמיטו כל הפוסקים את זה בטא"ה סי' י"ז וע"ש סי' מ"ב:
(**תו שם טבח שנמצא אחריו נבילה וכו**') עד הרי בהדיא דס"ל וכו' לא ידעתי מאי קאמר דמה שכתב הרא"ש ע"י ממין אחר פי' שישוב בתשובה שלימה שיחזיר אבידה בדבר חשוב כו' ולעולם אפי' בטבח ששחט לעצמו ולא נהנה כלום וק"ל:
(**תו שם**) ונימוקי יוסף כתב שיטה אחרת וכו' עד משום לוה איצטריכא ליה וכו' וקשה דא"כ מאי פריך דילמא רבא דאמר לוה בריבית פסול לעדות איירי בריבית דאורייתא והדתנן במתניתין מלוה ולא לוה איירי בריבית דרבנן וכדמסיק. ושמא דניחא ליה לאוקמי מתניתין אפי' בריבית דאורייתא ובלוה וק"ל:
(**תו אי' שם**) ונימוקי יוסף כתב ושיטה אחרת וכו' עד ומכלל דבריו למדנו וכו' וליתא דבפ' א"נ כתב להדיא הנ"י גבי שטר שיש בו ריבית דעדים פסולין כיון שחייב מלקות ע"ש ובע"כ צ"ל דלוה שאני דמפסיד הוא טועה דלא מפסיל ליה משא"כ עדים:

(**תו שם העובר על גזל של דבריהם וכו**') ודע שדעת הרמב"ם וכו'. וע"ל סי' שנ"ט ס"ט שמביא ל' הרמב"ם פ"א מה' גזילה דעובר על לא תחמוד אפילו כי יהיב דמי ואומר רוצה אני עיין ב"י שם וצ"ע והעיקר דהרמב"ם ס"ל דעדים הם טועים ולכך פסול מדרבנן ודוק:

(**ותו שם הרועים אחד רועה וכו' עד הגבאים והמוכסי' וכי**') והרא"ש הביא הגי' הגבאים מעיקרא סבור וכו' המוכסין מעיקרא ס"ל דינא דמלכותא דינא כיון דחזי ליה לבסוף דשיילי טפי פסלינהו ע"כ מבואר דמוכסני' גם מעיקרא מסתמא שקלי טפי אלא דהכשירם מטעם דדמ"ד עד שידעו בבירור שלוקחים בידם יותר ואז פסול אפילו בסתם וא"כ מי שאמר סתם גבאי כשר דוקא בגבאי כיון דמעיקרא סברי מאי דקיץ שקלי אבל במוכסים אפי' בסתם פסול כדמעיקרא דהני מסתמא שקלי יותר וזה הטעם של הרמב"ם ורבינו ודוק:

(**תו שם אין אדם נפסל בעבירה וכו**') עד טענתו טענה וכו' וההיא עובדא דבר בינתום דבסמוך דאמר חד לדידי אוזפן ברבי' אלא דשם אפשר לא ביקש הרבית ממנו שיחזירו אלא כמ"ש בב"י בשם המרדכי לכן כתב בשם בעה"ת דאף בענין טענה מהני ודלא כמ"ש בס' בנ"ש דיש תימא למה כתב בשם בעה"ת מה שהוא גמ' דליתא:

(**תו שם**) וכתב הר"י יקר הנשבע להכחיש העד וכו' עד שדקדק כן מהא דבר וכו' וגרס בגמ' לדידי גנב קת' דבורטי' וכך גרס הריב"ש סי' של"ט והרמ"ה פ' חזקת אבל גי' ספרים דידן קמאי דידי גנב כו' וע"ש ברא"ש:

(**בא"ה עד ודוקא בפקדון וכו**') עי' בכתבי מהרא"י סי' רל"ה הטעם ולקמן סי' צ"ב ס"ח בב"י ובכמ"ע סי' ע"ה ס"ק י"ג ודלא כב"י:

(**תו שם וע' בתשובת הריב"ש סי' של"ט וכו' עד שלא העמידו וכו**') ור"ל אבל העד מודה שלקח ממנו הריבית אלא שלא מעמידו עכשיו בדין דאם העמידו בדין כבר נפטר ממנו ואינו יכול לפוסלו וזה דלא כראבי"ה. דלדידי' אם כבר נטל ממנו הרבית ה"ל נוגע בעדות דאומר כן כדי שיעמידו בדין על הרבית וכ"כ הריב"ש להדיא סי' של"ט דהרשב"א חולק אהראבי"ה ודלא כמ"ש הב"י ודוק:

(**תו שם פלוני רבע שורי וכו' עד וזה דעת הראב"ד וכו**') וכ"כ הרא"ש במס' מכות בפ"ק וצ"ע על הטור למה סתם דעתו דלא כאביו וצ"ע:

(**תו שם מאימתי חזרת מפריחי יונים כו' עד אלא שמסיים וכו**') אין זה לשון הברייתא אלא מלשון הש"ס היא ועוד דבגמרא פריך מהאי ברייתא למ"ד ארא:

(**בא"ה עד יונך ליוני וכמו וכו**') לפי מ"ש ב"י לעיל דכ"ש דהלכה כמ"ד ארא לא היה לו לשנות אכן כבר כתבתי שם דליתא:

(**תו שם וחזרת טבח וכו' עד כששחט לעצמו מיירי כו'**) ר"ל הא דקאמר בגמרא משלו פי' ששחט בהמתו לאכול הוא עצמו ולא להאכילה אחרים דאי משלו איירי להאכיל אחרים הא עברינן ליה ולפי"ז אין מקום למ"ש ב"י ועוד נ"ל הכרע דהוא סבור דמ"ש הנ"י דלאחרים היינו שוחט בהמות אחרים וליתא דהנ"י כ"כ אתיבת משלו שבש"ס וק"ל:

(**בטור על אותו הענין אחד ההלוה וא' הלוה אם בריבית קצוצה פסול מן התורה וכו'**) והתו' פז"ב לחד תי' כתבו דגם מלוה בריבי' קצוצה איכא למימר דאינו פסול אלא מדרבנן דלא משמע לי' כיון שנותן לו מדעתו ע"ש ויש לומר דפריך לאביי דלא בעי עד חמס מברייתא דאל תשת רשע אנו הגזלנים ומלוה בריבית כו' מבואר דפסול מלוה מיהא דאורייתא וא"ל דקרא הוי אסמכתא ואינו פסול אלא מדרבנן א"כ גם לאביי לא קשה דמודה דפסול מדרבנן בעי' דוקא חמס ושמא דעיקר קרא אגזלנים קאי דהוא דאורייתא ומלוי בריבית נקט דרבנן דתקנו כעין דאורייתא ודוק וצ"ע עד כאן מן מהרש"ק):

סימן לה

(**במקום שאין אנשים**) צ"ע ממ"ש רבינו סי' ת"ח דבגדרות צאן שאין שם אלא עבדים סד"א שומעין להם קמ"ל דלעולם בעינן עדים כשרים וכ"פ שם המחבר ומ"ש מהכא והב"י חולק ג"כ על הוראה זו שמביא רמ"א ונ"ל דכאן משום גדר נגעו בו (א"ה כן מפורש בהגה):

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה ואפי' לאחר שהגדיל הקטן וכו' עד אבל הפמ"ג כ' פ' י' וכו'** והכ"מ שם בשם הריב"ש כ' שדעתו כדעת הרא"ש ור"ן וכן עיקר ע"ש ע"כ):

(**בשם מהורר"י בטור אפי' הגיע לכלל שנים אין מקבלין עדותו**) מקשים מהא דתנן כל הכשר לדון כשר להעיד ולעיל סי' ז' כתב רבינו דמן י"ג שצה ולמעל' ראוי לדון אפילו לא הביא שתי שערות וי"ל דהא דאמרינן כל הכשר לדון ר"ל כל מי שיש בו צד כשרות להעיד וכל מי שיש בו צד פסלות להעיד יש בו צד פסלות לדון וקטנות הוא צד פסלות לדון ולהעיד מ"מ אינן שווין בשיעוריהן דלענין עדות מיקרי קטן עד ב' שערות ולענין לדון עד בן י"ג (א"ה כיוצא בזה כ' הסמ"ע סי' ז'):

(**ע"ש בב"י סעיף ו' כ' בשם התו' דהיינו עדות שאמר כך וכך היתה ישוה זו הקרקע כו' שום אותה יותר משווי כו'**) י"ל דזהו הפך הסברא וי"ל דאיירי בב' אחים או שותפין שחלקו וא' נטל מקרקעי וא' נטל דמי ועכשיו אנו רוצין לידע בכמה נישום הקרקע בזה אמרינן כיון דמיקרבא דעתי ר"ל מאחר דהקטן ראה שזה לקח הקרקע נגד מעות יסבור

בדעתו שהקרקע צריך להיות שוה הרבה יותר מאלו המעות דאל"כ למה לקח זה הקרקע נגד המעות שהם מעולים ביותר כיון דמיקרבא דעתיה לגבייהו ע"כ ממהורר"י.

סימן לו

(**בש"ע ס"א אפי' לא ידעו כו'**) מה שהקש' סמ"ע ס"ק ד' על רמ"א נ"ל ליישב דהא הרא"ש כ' על הרי"ף שלא נמצא זה בתלמוד דהי' לו לתלמוד לפרש דשיילינן אם ידעו זה מזה עכ"ל א"כ לרמב"ם דלא זכר כלום מזה ודאי מסתבר דס"ל כהרא"ש דאם לא כן הי' לו להזכיר דתלוי בידיע' וכמו שהוכיח הרא"ש מן התלמוד ע"כ נכוחי' דברי רמ"א דאפי' לרמב"ם דא"צ שיעיד הפסול בב"ד אלא פוסל בהעד שנתכוין להעיד מ"מ א"צ שידע הכשר מהפסול:

(**שם שטר שחתם כו'**) נראה דלהי"א דס"ב דסבירא ליה דבעינן תרתי הוה הכא תרתי בדרך זה דמה שחתמו הוא בראיי' המעשה ומה שהב"ד דנין על השטר הוה כאילו העידו מחדש לפניהם בע"פ וזה יתבאר עוד בסמוך:

(**אם העדים הכשרים זוכרים כו'**) קשה דבעדים בע"פ נמי נימא הכי וכ"ת ה"נ ויכול הכשר להעיד אח"כ בפני עצמו ולא נתבטלה אלא אותה הגדה זה אינו דא"כ מאי פריך בגמרא מה יעשו בשני אחים שראו בא' שהרג את הנפש כו' הא אפשר להעידו אח"כ בפני עצמו. ובסמ"ע סימן מ"ה ס"ק י"ג כתב וז"ל דאם העידו יחד גם עדות הכשרים נפסלי' שאני התם שהעידו בע"פ יחד וגם העידו בפני ב"ד שוב אין להם תקנה משא"כ בשטר כיון דלא הגידו יחד בע"פ יש להם תקנ' שיחזור ויעידו עכ"ל. ולא הבנתי דעתו דא"כ אמאי אמרינן בשטר שנתבטלו גם הכשרים הא להרא"ש תרתי בעינן כמו דאמרינן בסמוך. ונלע"ד דבמ"ש רבינו בסמוך נתיישב גם זה דלא הוי בשטר ביטול העדות רק בדאיכא תרתי דהיינו שצריך ג"כ שהב"ד דנין על השטר זה הוי דוקא כמו עדות בע"פ מש"ה ניחא הך דהכא שלא דנו על השטר הזה כלל עדיין אלא שרצו לסלק השטר ולשמוע עדותן של כשרים בע"פ נמצא דלא הי' צירוף רק בשעת חתימתן שהיא במקום ראיית המעשה ולהרא"ש תרתי בעינן. ועפ"ז נראה לפרש דברי תשובת הרא"ש כלל ס' בענין שטר מתנה שרצו לדון ע"פ עדים הכשרים החתומים על השטר עם הפסולים שיעידו בע"פ וז"ל אלמא כוונת העדות בשעת ראית המעש' תליא מילתא הלכך השטר פסול אבל העדים שלא הי' עמהם פסולים בשעת מעש' לא נפסל עדותם ויכולים להעיד בע"פ מה שראו המעש' הלכך העדים החתומים על השטר אם אחר שראו את השטר זוכרין את כל המעש' כמ"ש בשטר יבאו עדים ויעידו בב"ד עכ"ל:

(**וכתב בסמ"ע**) סי' מ"ה וז"ל דממ"ש הרא"ש כלל ס' דין ד' משמע דאפילו כשחותמין בשטר אין לכשרים לחזור ולהעיד אלא א"כ כשהפסולין לא היו עמהם בראיית ההלוא' אלא שישבו אחר כך וחתמו יחד ומש"ה אמרינן דהשטר פסול והעדות כשר ולא כשיהיו הפסולים עמהם וכוונו להעיד גם בשעת ההלוא' וזה סותר מ"ש הרא"ש בכלל ההוא סימן ג' דעד הקרוב החתו' על הלווא' עם עד הכשר נתבטל השטר ויכול עד הכשר להצטרף עם א' מבחוץ אחר כך ולהעיד ונדחקתי ליישב וכתבתי דמ"ש בדין ה' לא כתב כן רק לדעת הרמב"ם דבראיית העדות לחוד מפסל כל העדות ובסימן ג' כתב לשיטתו דתרתי בעינן עכ"ל הסמ"ע והוא תמוה מאוד ולע"ד הכל ניחא דה"פ של דברי הרא"ש במה שהעתקתי דהשטר הוא כראיית מעשה מש"ה השטר פסול רצונו כשבאין לדון מאז הוי תרתי וכמ"ש לעיל. ומ"ש לעיל אח"כ אבל העדאת עדים שלא היו עמהם פסולים כו' ר"ל כשם שאתה מודה באם היו עדים באותו ענין ולא חתמו הפסולים עמהם פשיטא שיכולים להעיד בפני ב"ד כיון דתרתי בעינן וכאן לא הי' צירוף בשעת מעש' כן הדבר הזה באותו העדות שהיו חתומים פסולים אלא שעכשיו אין דנין על השטר רק באין מעצמן ומעידין בע"פ הוי נמי כשר ולכונ' זו הילכך וכו' כנלע"ד ובסי' נ"א מבואר דבמקום ספק אימר חתמו הפסולים לשם מילוי לא נתבטל העדות ואין צריך מחדש בע"פ:

(**תו שם ואם הזמין התובע עדים כשרים**) משמע שצריך הזמנ' בפי' ולייחד אותם וכ"כ ב"י בשם הר"ש חכים ואח"כ כתב ומצוה להחרים כל מי שיודע וכו' משמע אפי' אינו מייחד אותם וב"י בשם הר"ש חכים תי' דרישא מיירי בשעת ראיית המעש' להעיד ואיני יודע טעם להפריש בין זה לשעת הגדה והנראה לע"ד דברישא שרואה חבורת אנשים ואומר להם אתם תהיו עדים הוי כאלו אומר לכול' אתה ואתה ואין שייך בזה לומר דלכשרים נתכוין כשאמר בפי' לשון הסותר זה אבל בסיפא אמרינן דמה שאמר כל היודע עדות כאלו אומר כל הכשר לי משא"כ ברישא דא"ל אתם הכשרים דהוי תרי לישנא דסותרין אהדדי דאתם משמעותו לכולם כל א' וא' ואין חילוק בהם בין לנוכח או שלא לנוכח אלא החילוק בין אומר אתם או כל מי שיודע כמ"ש הסמ"ע בשם דרכי משה וכן עיקר:

סימן לז

(**סעי' א' ואפי' על חלק השותף**) מדברי הסמ"ע סק"ה משמע דאם חלקו והמערער בא להוציא חלק השותף לחוד שהוא גזיל' אינו מעיד לו דשמא יחזור עליו אח"כ השותף השני ויאמר חלוקתם הי' בטעות דהא אותו השותף הב' אינו פוסל עידי המערער

ממילא יכול לומר כדין טרפו ממני והחלוק' בטל' למפרע וק"ל אמאי פירש הרשב"ם בהא דפרכי' נוגע בעדות הוא בלא חלקו תיפוק לי' אפי' בחלקו לא יעיד השותף לחבירו כשבאין לערער על חלקו לחוד וכן הפוסקים הי' להם לכתוב דין זה ולמה כותבין דוקא בשותפים שהם נוגעים דהיינו שהמערער רוצה לטרוף החלק הב' (ותו יתבאר בדברינו בס"ד בסי' קע"א ס"א) בהוכחות ברורות דא"ל בטל' חלוק' אלא באחין דוקא מטעם שהם כיורשין ואין הטעם משום חלוק' בטעות היתה ומש"ה הוויין דברי הרשב"ם כפשוטן דכל שחלקו יכול כ"א להעיד לחבירו בין אם המערער טוען על כל השדה בין על חלק א' מהן דאין לאחר אחריות על חבירו ולא מפסיל אלא בשלא חלקו מטעם שכ' רשב"ם ונ"י בהדיא דכל מה שיקח המערער הם יפסידו שניהם ולא הזכיר כלל מלקיח' מא' ואח"כ יחזיר הלוקח לגבות משני כנלע"ד:

(**סעי' ג' קודם שהעידו**) מ"ש בסמ"ע ס"ק ט"ו בשם המשרים ע"פ הגמ' פ"ב דסנה' יש שם ט"ס וצ"ל וכ"ה בפ' ז"ב דשם יש פלוגתא בזה ומש"ה אין לשון של ד"מ מתוקן דאם אינו נוגע למה לא יכול לפסול ושם בפ' ז"ב חשבינן לנוגע מטעם דצריך [דא"צ] לברר ולהביא כל העדות ע"ש:

(**סעי' ז' לא' מהחתומים**) כתבו התוס' בפ' אלו טרפות דף מז ומ"מ טוב לבעל נפש להרחיק מזה וכתב דרכי משה בשם ריב"ש דאם לא חתמו עדיין אע"פ שנכתב בספר זכרון של הסופר וקנה א' מהעדים אסור לו לחתום אח"כ:

(**סעיף י"ד בהגה אלא א"כ נשאר וכו'**) קשה אמאי לא ניחוש שמא יחוש הלוקח השני שמא יטרפו אחרי' אח"כ גם השדה הנשארת נמצא הלוקח הראשון חוזר עליו כמו דחיישי' בלוקח א' שלא יעיד לשני מטעם שמא יטרפו אח"כ גם את שלו י"ל דהא חזינן דהאי לוקח שני בשעת מקחו לא הי' חושש לשום אחריות דהא השד' הנשארת ביד מוכר היא שעבודו של הא' ע"כ לא יעיד שקר בשביל זה משא"כ בלוקח ראשון שיירא שלא יתקלקל שיעבודו שהיה לו תחלה דהיינו שדה שלקח הלוקח שני:

(**סעיף ט"ז בטענה שקנא' מגזלן**) הסמ"ע סקמ"א פי' דבמטלטלים לא שייך דכא ניחא דליקרוי' גזלנא והוא תמוה נע"ד דמנ"ל לחלק כן ותו דבפ"ק דב"מ דף טז טרח התלמוד למצוא מאי בינייהו דמ"ד דניקרי גזלן ובין מ"ד דניקו בהמנותי' ואמאי לא אמר דאיכא בינייהו מטלטלין דלמ"ד גזלנא ליכא חשש ולמ"ד משום נאמנות יש חשש במטלטלין כמו בקרקע דכן הוא פשוט ותו דבפ' איזהו נשך דף סז פי' התוס' גבי מחיל' בטעות שאכל פירות דהוי מחיל' משום דניחא לי' דניקו בהמנותי' אלא ע"כ דלמ"ד משום גזלנא יש חשש במטלטלין מש"ה כתב המחבר ורבינו תחלת סעיף ט' בטענה שדנאה מגזלן

פי' ראובן קנאה מגזלן לאפוקי אם טוען ראובן גזל' והוה חשש קריאת גזלן והא דכ' רמ"א בסמוך במקום שהמערער צריך ליתן לשמעון מעותיו וכו' הא בלאו הכי נמי נוגע בעדות דלא ניחא דליקרייא גזלנא י"ל דמיירי דמכיר בה הלוקח שהיא של ראובן המוכר כנלע"ד:
(**יכול ראובן להעיד לו וכו'**) א"ל הא ניחא ליה דלא להוי ללוקח תרעומת עליה כדאשכחן בתוס' פ' חזקת הבמים דף מ"ג ומשם מוכיח רבינו לכתוב דמיירי שלא באחריות ושמעון מכיר וכו' כמ"ש הב"י דאה"נ דגם זה מיירי במכיר בה הלוקח ואע"פ שכ' הטור דלדעת הרא"ש א"צ מכיר בה היינו לענין שאין צריך לשלם כדרב פפא אבל משום תרעומות צריך ונ"מ בעלמא אם יכול לחזור על המוכר או לא וצ"ל כן לסברת התוס' שזכרנו דהא ההיא דפר' וטלית שבסעיף זה הוא תלמוד ערוך:
(**סי"ז בהג"ה שהודה על הדבר**) א"ל אמאי לא יוכל לומר אח"כ שלא הודיתי אלא שלא יקחנה המערער וכההיא דסימן מ"ז בשטר אמנה שיוכל לומר לדחות בעל חובו כו' יש לומר שאני התם דכיון ששט"ח בידו הסברא נוטה דלא נפרע עדיין והוא אומר כדי לדחות ב"ח שלו כנלע"ד:
(**בטור ס"ד שהמערער צריך לשלם שכר טרחו**) קשה הא איתא סי' של"ו השוכר את הפועל לעשות בשלו והראוהו בשל חבירו דנותן לו השוכר שכרו משלו וחוזר ונוטל מבעה"ב מה שהנאהו וכאן כתב שיתן לו שכר טרחא ונראה דדוקא התם שכבר נגמרה מלאכתו ויש בפנינו חילוק בין שיעור ההוצאה לשיעור השבח בזה אמרי' דאין לו אלא במה שההנהו דהיינו שיעור אם הוא פחות מן ההוצאה אבל הכא שאין שכר לאריס אלא לאחר שיגמור כל מלאכתו ויקח אז חלקו בפירות וכאן מסלקו המערער בעוד שלא באו הפירות ואז אין חייב השוכר ליתן להאריס רק שכר טרחא והיינו מה שהשביח השדה עד הנה דאין שם שומא לפנינו שישלם לו אלא צריכין אנו לשער מה שהשביח הקרקע בטרחתו דהא כשתרצה לישום כמה שוה הקרקע עכשיו צריך לחשוב שיעור השבח כמה צריך להוציא על שבח קרקע כזו ליתן לפועל ונמצא שאותו המערער צריך ג"כ לשלם אותו שכר טרחא ואין כאן חילוק תשלומין בין אם יקבל האריס שכר מן המערער בין מן אותו ששכרו אלא דוקא אם היה גמר מלאכתו באות' הפירות היה לו הנאה טפי מן אותו ששכרו כיון שהבטיחו ליתן לו טפי משאר אריס הא ל"ק דלא יעיד שקר בשביל זה כיון שאין לו הפסד לעת הזאת ולא יחוש על מה שיוכל לבא עדיין לידי ריוח יותר כי יכול להשכיר עצמו במקום אחר וישלמו לו ג"כ טפי כיון שהוא אריס טוב. שוב ראיתי בסמ"ע פי' של"ו שכתב להגיה כאן כיון שהמערער צריך לשלם כו' ואין זה לכון לע"ד:

(**בסעיף ח' או שאנו יודעים שיש קרקע המספקת נגד חובו**) קשה הא א"א לידע זה שמא יש לו בעל חוב גדול וכ"כ תוספת בהדיא פרק ח"ה דף מ"ו וז"ל והתם אפי' איתי ליה ארעא אחריתי לא יעיד דחיישינן שמא יש לו בעל חוב גדול וכו' והא דקאמר לעיל אי דאית לי ארעא אחריתא עליה הדר לא תקשה היאך הדר עליה שמא יש לו בעל חוב גדול מזה דה"פ אי אית ליה ארעא אחריתא כדי כל החוב עליה הדר ואי לית ליה ארעא אחריתא כדי כל החוב אין פירושו אי ידוע לנו דבר זה שהרי א"א להוודע מה ב"ח יש לו אלא הכוונה דלמאי ניחוש בזה אי יבא הדבר שנמצאו לו קרקעות כדי סיפוק כל החובות וע"כ יש לתמוה על רבינו היאך כתב שאנו יודעים שיש לו קרקע כו' דזה א"א כמ"ש ותו קשה למה ליה להטור לחשש אפותיקי מפורש כיין שיש חשש משום לוה רשע וצ"ל דה"ה רבינו שיש עדים שלא זזה ידם מתחת ידו של זה שאין חויב שום חובות זולת חובות כשיעור שיש לו קרקעות מספיקים אלא שאין אנו יודעים היאך נעשה אותו החוב קמ"ל דבזה יש חשש שמא נעשה דרך אפותיקי מפורש ואע"פ דכאן אין חשש משום לוה רשע:

(**ס"ט יראה שפוסק כר"פ כצ"ל**) ותמה ב"י שהרי בפי"ט מה' מכירה פסק כרב זביד וע"כ כתב כאן ובכ"מ דגם כאן ס"ל כרב זביד אלא דגם לרב זביד צריך כאן שמכיר כו' מטעם דל"ת הא מיירי במוכר סתם ואחריות ט"ס ממילא יש כאן אחריות עכצ"ל דמכיר בה וכו' ממילא פטור אפילו אם קיבל עליו (אחריות והא דמוקי לרב פפא במכיר דהיינו אם קיבל בפירוש שלא יהיה עליו אחריות דאז צריך דוקא לרב פפא במכיר ולרב זביד א"צ אבל במוכר סתם צריך גם לרב זביד אלו דבריו בארוכה בכסף משנה ותמוהים הם דהא הך פרה וטלית מיירי במוכר בפירוש בלא אחריות דהא זה הוא סיפא של מוכר שדה שלא באחריות ותו שהרי לשון הרמב"ם כאן הוא בענין זה אבל אם לא הודה שמעון אין ראובן מעיד לאבד זכות יהודה שאם תצא מתחת ידי שמעון יחזור שמעון ויתבע דמים ויאמר לו מכרת לי דבר שאינו שלך שהרי באו עדים ואמרו שהיא של יהודה עכ"ל. ואם איתא דיש כאן אחריות למה תולה החזרה במה שמכר דבר שאינו שלו הא אפילו היה שלו חייב להחזיר מעותיו מצד אחריות אלא ודאי דגם בפרה וטלית מיירי שקיבל בפי' דלא יהיה עליו. אחריות ולא הוצרך הרמב"ם להזכירו כיון שכתב כן תחלה אצל ראובן שמכר לו שדה לשמעון שלא באחריות וע"ז נקט אחר כך פרה וטלית דשם אין הדין כן ודברי הרמב"ם אליב' דרבינו שלא יהיו סותרין זא"ז צ"ל דמ"ש הרמב"ם בפי"ט המוכר קרקע לחבירו והתנה המוכר שלא יהיה עליו אחריות אפילו נודע בודאי שזו הארץ גזולה ויצאת מיד הלוקח אין המוכר חייב כלום שכל תנאי שבממון קיים עכ"ל מיירי שהתנה

בפירוש שלא יהיה עליו שום אחריות שבעולם אפילו אחריות גזילה ועז"א רבינו דאפ"ה חוזר עליו בנמצאת גזולה מצד דלא הוה מכירה כלל דזה איך ימכור דבר שאינו שלו קמ"ל דהוה מכירה ונתן טעם כל תנאי שבממון קיים והיינו כרב פפא כיון דמיירי במוכר סתם שלא באחריות:

(**כתב הרמב"ם שאין מעיד לו עליה אלא א"כ הודה שמעון וכו'**) כתב הב"י בשם נ"י דוקא כשהודה שהיא בת חמורו מעיקר' אבל אם הודה לו עכשיו כשבא מערער עליה דאיכ' למיחש דמש"ה מודה לו כדי שיעיד לו עכ"ל ק"ל מ"ש מסי' ד' [מ"ו] דאם אומר שטר אמנה הוא זה אפילו קודם שנודע שחייב לאחרים אינו נאמן ה"נ אמאי מהני מה שהודה מעיקר' דלמא היה יודע שיש מערער וע"כ הוא מקדים לומר כדי שיוכל להעיד אחר כך ותשאר השדה בידו ומלבד זה איני מבין דברי נ"י דלמה לא נוקי שהודה בשעת הערעור ואנן מזהירין ומזכירין אותו שעי"ז לא יוכל לחזור ולגבות מן המוכר אע"פ שלא יעיד לו המוכר וע"כ בודאי הודה כמו שהוא אמת:

(**בשם מהרש"ק בטור עא"ע אא"כ שסילק עצמו ממנו וקנו מידו וכו'**) רבינו בטא"ה סי' צ"ב פסק שבנשואין לא מהני בקנו וכאן פסק דבשותף מהני וזה הפך דעת ר"י שכתב דבשותף לא מהני ובנשואים מהני ע"ש פ' הכותב ד"ה קנו מידו כו':

(**ע"ש אע"פ אפילו** [**אבל**] **אם אין המערער טוען אלא מל חלק השותף בלבד וכו'**) אע"ג שלא חלקו עדיין אלא טוען שהשותף מכר לו חלקו יכול להעיד ואין ענין למ"ש הב"י בשם הרשב"ם וק"ל:

(**ע"ש עא"ע דאם טרח לא וכו'**) והא דלא משני בגמ' הא והא דלית ליה פירא בארע' הא דטרח ולא טרח י"ל דהש"ס אתי לאשמועינן לאפוקי מסברת הר' יונה דהיכ' דלקח ממנו לעולם אינו מעיד וכצ"ל לדעת ר"י דהא דלא משני הא והא דאית לי' פירא בארע' וכאן שהתנה יותר דקמ"ל כשאין פירא בארע' מעיד לעולם אפי' בטרח ולאפוקי מסברת רשב"ם ודו"ק:

(**בב"י ד"ה וכתב בהגהת אשיר"י לפרש"י ורשב"ם וכו' עד אבל לפר"ח ורי"ף וכו'**) וצ"ע דהא הרי"ף העתיק הגמ' דהב"ע כשקנו מידו וכ"כ הר"י והר"י ר"פ הכותב ע"ש:

(**ע"ש בב"י ד"ה וכתב הרא"ש והוא דאית ליה ארעא כנגד חובו וכו' עד ובהגהת אשר"י כתוב תי' ראשון וכו'**) לא דק דאין כאן שני תי' לענין קבלן אלא החילוק מבואר בתו' הוא בעדות מלוה ללוה ומזה לא מיירי כלל בהג"א ומ"מ לענין מלוה ס"ל לרבינו כחילוק הראשון בתו' והב"י קיצר בהעתקת דברי תו' ושרי לי מאריה וק"ל ע"כ):

סימן לח

בש"ע אבל נאמנים לגבי ענמן וכו') בטור סימן מ"ו סעיף ל"ז כ"כ אלא דקשה למה הביא הטור כאן דעת ר"ח דפוסק באומר עדות שקר העדנו דפטורים מלשלם וי"ל דר"ח מיירי דפטור מצד הדין דכאשר זמם דאינו שייך במודה מפי עצמו וכן מבואר בתוס' פ"ק דמכות דף ג' ולא מיירי התם מהפסד שגרם העד בעדות שקר לאותו שמעיד עליו דאפשר דעדיין לא באו לידי הפסד אבל הטור בסי' מ"ו והמחבר כאן מיירי מצד גרמא בניזקין שגרם לו הפסד וזה צריך לשלם:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה ומה שנתחייבו העדים הניזמים וכו'** עס"ה דהא גמרא ערוכה היא וכו' עיין בדינא דגרמי להרמב"ן תמצא תי' אחר לפיכך חייב לשלם לשקר העדנו ע"ש ע"כ) :

סימן לט

(**בש"ע ס"ג טפי מל' יום וכו'**) ולפ"ז צריכין לומר דמ"ש בס"א אם יש עדים שקנו היינו תוך זמן הקבוע לו לפרעין דאלו אח"כ הי' יכול לטעון פרעתי וכן מוכח בסמוך:

(**סעיף ה'**) כשלא הוציא שטר. לכאור' משמע אפילו באו גם עידי הקנין לפנינו הוה ריע טענתי' כיון שאין בידו שטר וכהיש חולקין שכתב רמ"א סימן ע' ס"א אבל א"א לומר כן דהרשב"א כתב בפי' בתשו' בלשון זה ואע"פ שקנו ממנו עדים ולא עוד אלא שהעידו שהוא תוך זמנו נאמן לומר פרעתי משום דריע טענותיו וכו' ש"מ דבעידי ראיה דוקא כ' כן והטעם נ"ל כיון דעדי קנין יכולים לכתוב השטר אפי' מוחה בהם שכן הוא דעת הרשב"א סי' אלף ל"ד א"כ הוה ליה כאלו הוא כבר כתבוהו ואין כאן ריע טענותיו ובהא מתורץ מ"ש המחבר סעיף א' אם יש עדים שקנו ממנו אפי' כו' דמשמע דבעידי קנין בלא שטר אינו יכול לטעון פרעתי דהא גבי ביה ממשעבדי אלא ע"כ דהתם איירי בעידי קנין ומ"מ בעבר הזמן כתב בס"ג דיש חולקין דחיישינן שמא פרע והיש חולקין שכתב רמ"א ריש סימן ע' מיירי בעבר זמנו ומ"מ נרא' דאפי' בעבר זמנו לא הפסיד כלום אם תבעו לכתוב ונתעכב מצד הסופר והעדים והוא מוכח ממ"ש הב"י בשם הר"ן לענין שכתב אי משך מלתא דלא מבעיא וכו':

(**סעיף ז' אם לא היו קבועים כו'**) ולא שלחו וכו' סמ"ע פי' דהוה כמו או לא שלחו ובחנם דחק לפרש כן דהודאה צריכה להיות בפני ב"ד שיהי' עליהם שם ב"ד מתרי צדדין מצד א' נקרא מצד עצמו דהיינו שיושבין מעצמן במקום הקבוע להם ומצד השני מצד בע"ד דהיינו שהוא תש לגזירה שלהם ובא כששולחין אחריו ומש"ה כ' הרמב"ם תחלה אם

לא היו קבועים וגם לא שלחו ממילא הוה תרתי לריעותא פשיטא דאין עליהם שם ב"ד כלל אלא אפי' אם קיבץ אותם וכו' ומחזיק אותם בתורת ב"ד. אלא דמצד עצמן אינו ב"ד נכון שהקיבוץ הוא נעשה מצד בע"ד לא מעצמם אין כותבין והחלוקה השנייה דהיינו שיושבין קבועים אלא שבא מעצמו בלי שליחות אחריו דינו מבואר בס"ד (סכ"ט):

(**שם אפי' לא אמר אתם עידי**) ולפי פי' הסמ"ע ס"ק י"ט לא נתיישב לי דהא גרע טפי אם אמר אתם עידי שאין עושה ב"ד אותם ואיהו כ' דזה דרך כ"ש ונ"ל דלא נתכוין הטור בזה אלא לאפוקי אם הודה בפני עדים צ"ל אתם עידי דלא לימא משטה אני בך כמ"ש סי' ל"ב אבל הכא בפני ב"ד א"צ לתקון זה דבפני ב"ד לא שייך משטה

(**שם מכירין את שניהם**) לפי' הראשון של הסמ"ע דחשש שמא המלוה חייב לאיש אחר ומשנה שמו ע"כ צריך שיכירוהו למלוה קשה דכי בא לוה לבדו ג"כ ניחוש לזה דשמא המלוה עושה עמו קנוניא ולעד"נ לכאורה דשמא יקח הלוה א' מן השוק ויאמר זה יוסף בן שמעון וממנו אני לוה מעות ויתן אח"כ זה השטר למלוה שלו ששמו באמת יוסף בן שמעון ואא"כ יבא אותו שמן השוק לאותן העדים ויאמר נפרעתי ואבדתי שטרי תני לו שובר ויתני לו שלפי דעתם זה מלוה שלו וע"כ כותבין שטר ללוה בלא מלוה דאז אין חשש זה דודאי לא יכתבו שובר משום אדם אבל אחר העיון בסי' רל"ח גבי מכירה דבעינן ג"כ הכרת שניהם נ"ל דדא ודא אחת היא דחשש הוא שמא יביא הלוה א' מן השוק ויאמר זה שמו יוסף בן שמעון ולזה יוסף מודה אני שאני חייב לו ואח"כ יקח כ' הודאה ממנו ויתנו למי ששמו באמת יוסף בן שמעון וילוה ממנו מעות על אותו השטר הודא' וכשיבא יוסף בן שמעון לגבות חובו מהלוה בשטר זה ילך לאותו ב"ד ויברר בפניהם שמה שהודה הי' לאותו איש שקרא שמו יוסף בן שמעון בפניהם ונמצא שאותו יוסף בן שמעון באמת הוא נלקה שלא הודה לו מעולם וזה שייך אם בא עם א' שאין מכירין אותו אבל אה בא הלוה לבדו לב"ד אין כאן חשש זה ובזה אמרו כותבין ללוה אע"פ שאין מלוה עמו וכן לענין מוכר ולוקח יעשה כן ויהי' הפסד למי שהוא לוקח באמת ע"כ צריך שיכירו את המלוה מה שמו אם הוא לפנינו ואז אין חשש דשמא יהי' עוד אחר ששמו כך דלזה לא חיישינן:

(**סעיף ט' ולפיכך כותבין ונותנין כו**') הטור ס"י כתב בשם התוס' דאף במקום שנאמן לומר פרעתי טורף מן לקוחות וכ"כ ב"י בסי' ע"ט בשם הראב"ד דמשעת העמדה בדין יש לו קול ואי חייב מודה מצי טריף לקוחות. וק"ל היאך יטרוף לקוחות יאמרו הם שמא פרע הלוה וקנוניא אתם עושים עלינו ואומר שלא פרע כמ"ש הטור בשם הרמב"ם בסי' ע"ט סעיף ל"ה בשטר שהאמינו מלוה ללוה לומר שנפרע ובאמת מצינו עוד ראיה

בדברי התוס' פ' א"נ דף ע"ב ד"ה אמר אביי כו' דאע"ג דלא הוי שטר רק ע"פ הלוה טורף לקוחות ודוחק לומר דפליגי על הרמב"ם ותו דכלל בידינו דאין אדם נאמן בהודאתו לחוב לאחרים ונלע"ד דמיירי שהודה בשעה שהי' לו בני חורין לשלם ואותה שעה אמר לי' המלוה אל תפרעני אלא בעדים ע"כ לא שייך קנוני' בזה ככלע"ד:

(**ע"ש אפי' למ"ד שנאמן לומר פרעתי כו'**) נ"ל טעמא דאף שנאמן לומר פרעתי היינו אחר שנתנו לו הפסק אבל ודאי אין לכתוב דשמא כבר פרעו והב"ד שכותבין משמע עכ"פ שבאותו שעה לא פרע עדיין דאל"כ הוה שלא כדין לכתוב דבר בטל:

(**בטור ס"ג לפיכך אע"פ כו'**) יש לדקדק דמשמע לא מבעיא כי לא ראו ההלואה מהי תיתי לכתוב אם לא ראוהו ותו מאי דמסיי' שאולי אינו רוצה כו' למה מסתפק בדבר דזה ודאי דאין אדם חפץ ברעתו ונראה דה"ק לא מבעיא אם לא הי' אצל ההלואה שהודה הלוה שהלוה כבר מהמלוה פשיטא לא יכתבו שטר דדלמא הוי תנאי מפורש ביניהם בשעת ההלואה שלא יקח שטר ממנו אלא אפי' הי' אצל ההלואה ושמעו שלא הי' שם תנאי דסד"א ודאי לא הלוה לו אלא בדרך שיעשה לו שטר דאם לא יתן לו השטר יכפהו להחזיר לו מעותיו קמ"ל כיון שיש חילוק גדול כ"כ בין שטר למלוה על פה אולי חפץ הוא טפי להחזיר המעות ממאי שיעשה לו שטר והשתא ניחא לשון לפיכך וגם לשון אולי שהוא לשון מסופק כאילו יש לו סברא להפך והוא לפי פשוטיו של דבריהם נגד הסברא (**עוד כ' הטור ס"ח**) שהודה לו במטלטלין רש"י פי' הטעם דמטלטלי להוצאה נתנו וחוב בעצמא הוא ומלוה על פה ריע ממלוה על השטר ולא ניחא ליה לאלומיה אבל בקרקע גלוי מלתא בעלמא היא והרמב"ם נתן טעם דבמטלטלין איכא חשש שמא יגבה ויחזור ויגבה משא"כ בקרקע ולשני פירושים אלו לא יתיישב מ"ש הטור אחר כך אם המודה חייב באחריות וכו' דמה תיקון יש באחריות זו אבל בלאו הכי צ"ע על רבינו בזה דהא איתא בגמ' שם מטלטלין ואיתנהו בעינייהו מאי דמשמע דהא דאמר התם תחלה מטלטלין לא כתבינן היינו דליתנהו בעינייהו והיינו הלואה וכל הלואה היא באחריות ואפ"ה לא כתבינן ונ"ל דכוונת רבינו בהך אחריות כלומר באחריות נכסים לטרוף מהלקוחות שהתנה כן בפי' שעל מנת כן לקח המטלטלין שיהיו באחריות נכסים עליו א"כ ודאי כוונתו שיכתבו שטר עליו דאל"כ במה יטרוף הלקוחות ובזה ניחא מ"ש הטור משעה שהודה רצונו לומר יטרוף לקוחות משעה שהודה:

(**בפ"ב דגיטין דף י"ח בתוס' ד"ה מה מעשה ב"ד וכו'**) כתבו וז"ל דבשעת פסק דין איכא קלא כמו בשטר כדאמרינן בכל דוכתי בשעמד בדין דגבי ממשעבדי עכ"ל:

(**בשם מהרר"י בטור דקי"ל אחריות ט"ס**) קשה למ"ד שיעבודא דאורייתא ל"ל הטעם דאחריות ט"ס הוא הלא אפי' במלוה ע"פ מן הדין היה לגבות ממשעבדי ע"כ לא תקנו חז"ל משום פסידא דלקוחות אבל בשטר ליכא תקנה וי"ל דקשה בלא"ה מלוה ע"פ בעדים אמאי לא גבי ממשעבדי ע"כ משום דקים להו לרבנן דבעדים לחוד ליכא קלא ה"נ סד"א דתקנו רבנן למיכתב אחריות ובלא אחריות ליכא קלא קמ"ל ע"כ):

בשם מהרש"ק בטור אה"ע) שאולי אינו רוצה וכו' ובשו"ת הרא"ש כלל ס"ה ובפסקים שהעתיק הב"י סעיף ז' כ' הטעם הוא דזיל נכסיה ואין אדם רוצה שיכתבו שטר עליו ע"ש ולפ"ז אפי' בשטר שאינו מלוה אלא מכר וכ"כ הטור סי' רמ"ג ע"ש:

(**ע"ש עא"ע או שהוא מודה שלא תרעו וכו**') ויש מקום עיון בזה דהא כיון דהוא היה יכול לטעון פרוע אנן טענינן ליה ללקוחות שמא פרע ועכשיו עושים קנוניא אלא שבזה מ"כ בשו"ת ר"י מטראני די"ל דה"פ דר"ל היינו אם לאחר שיצא מב"ד בא מלוה לכתוב כיון שידוע לנו שלא פרע אלא שהוא מודה כותבים לו וגובה מהשתא ממשועבדים דקלא אית ליה וכמלוה בשטר דמיא והיינו דווקא היכא דמתחלה לא ציית לדינא ויצא בסרבנות ושמתוהו חזקה דלא פרעו עד דמודעי לב"ד וכדעת הרי"ף וכו' ולכן בסי' ע"ט כתב הטור בדעת הרי"ף וכאן כהרא"ש שאין בינייהו מידי ע"ש בח"ג סי' מ"ו ודלא כב"י ויתיישב תמיהת מהריב"ל ח"א דף ק"ט ועי' בספר בנ"ש:

(**ע"ש בב"י ד"ה לא לקח בקנין וכו' עד איכא מ"ד הלכתא כמר בר רב אשי וכו**') ומ"ש התוספת בסנהדרין בשם ריב"ן שכתב בשם רש"י שפסק כמר בר"א באודיתא הוא ט"ס שרש"י בחולין פרק בהמה המקשה כתב להדיא דלית הלכתא באודיתא וכ"כ התוספת שם בשם רש"י וכ"כ הרא"ש שם בסנהדרין וכ"כ הנ"י בחולין בשם רש"י וע' שם וראיה ברורות מהוכחת הרא"ש מפ' הכותב דרש"י ס"ל דלית הילכתא כמר בר"א כו' ע"ש:

(**בא"ד וע' בתשו' הרשב"א סי' אלף וקמ"ט וכו**') ע"ש דמבואר דסובר דהלכתא כמר בר"א וע"ל סי' ס"א סעיף י"ז שהעתיק בתשובת הרשב"א דמשמע שם דאינו מצריך אלא דכנפינ' ולא מצריך שישלחו כמו דס"ל למר בר"א צ"ל דהתם איירי שהודה ע"י תביעה ומהני הודאה כמ"ש בשם הנ"י לעיל אבל בשו"ת דאלף וקמ"ט מיירי בהודה מעצמו וק"ל:

(**ע"ש בד"א שאין כותבין וכו' עד והם כדברי הרמב"ם בפ"ז מטוען ונטען וכו**') אינו מוכרח בדבריהם כיון שהם מחוסרים גובייגא ויכול לתבעו פעם שנית ויצטרך לשלם בהלואה כיון שיהי' לו שטר עליו מה שא"כ בפקדון דאף שיהיה לו שטר עליו ולא יוכל לתבעו שנית דיהי' נאמן בהחזרתו במגו דנאנסו אף בשטר ובהדיא כ' הרמב"ם הטעם

במטלטלי דיוכל לתבעו שנית וכן משמע קצת במ"מ דלא כתב הרמב"ם גבי מטלטלי לאפוקי מרבוותא דס"ל אף בהלוואה מטלטלי בעינייהו כותבין אבל לא בא לשלול פקדון דלא שייך ביה דתבעו שנית ודוק אבל הרשב"א בתשובה סימן א' רי"א סובר כדעת הנ"י וצריך לדחוק בפי' הגמרא לדעת':

(**ע"ש כותבין שטר ללוה וכו' עד' משום דעולה הוא וכו'**) דאינו ענין לזה דהתם איירי שמעידים שצוה ליתן למלוה בתורת אמנה אלא עיקר הטעם דכאן הוא משום שאמר להדיא תנו בידי אבל כשאמר תנו למלוה בסתם נותנין וכ"כ בבעה"ת שער נ"ב להדיא טעם זה בשם הר' נתן ע"ש:

(**ע"ש כיצד אמר קנו וכו' עד לאו דוקא וכו'**) ולא דק דדוקא היא כיון דשלא בפניו היא אז לא אמרינן סתם קנין וכו' וכן כתב לעיל במחו' ה' בשם הרמב"ן ובזה שקטה תמיהתו שתמה לעיל על הטור וק"ל וכן כת' בסמ"ע סעיף קטן ט"ו:

(**ע"ש ואין כותבין שטר למלוה**) וכו' עד ויש לומר דשאני התם וכו' ולפי זה קשה איך דחו מזה שם דבשאר שטרות לא חיישינן דלמא שאני בשטר שלוה בו ופרעו דבשעה שנחתם לא מיחזי כשקרא אבל בשאר שטרות בשעת כתיבה מיחזי כשקרא חיישינן יכל שכן בחתימה מיהו בעיקר קושיית הב"י יש לומר על פי מה שכ' הרמב"ם פרק ו' מהלכות עדות מותר לכתוב הקיום בשטר קודם שנתקיים השטר שאין הכתיבה עיקר אלא החתימה כו' נראה דבחתימה חיישינן למחזי כשקרא עדות ולכך פסול ואין כותבין אלא דלפי זה ג"כ קשה מהתם מהא דשטר שלוה בו ופרעו משמע שגם בחתימה ליכא למיחש וצ"ע ועיין עוד במ"ש סימן מ"ו ס"כ דיש ליישב:

סימן מ

בב"י ד"ה האומר לחבירו חייב אני לך וכו' עד ואינו כתב ידו כלומר וכו') יש לפרש הל' כפשוטו דהא לקמן סימן ס"ט ס"ה פסק בשם הרמב"ן דכתיבת ידו מהני אפילו בלא חתם והעתיק ב"י בסעיף א' שם ל' בעה"ת בשם הרמב"ן שכן פרש"י ג"כ ע"ש א"כ כוונתו כאן אעפ"י שאינו כ"י דאלו הוי כ"י הוי כחתם ומה שפרש"י בהנושא דאלו חתם בו כו' ר"ל כ"י דהוה כחתם ודוק:

(**בא"ד עד כמ"ד עידי מסירה קונים וכו'**) וא"כ הברייתא דכתב לקמן ע"כ לר"י איירי בכה"ג בעידי מסירה או בכ"י המתחייב כו' וא"כ קשה מאי פריך לר"ל מיניה דהא בעידי מסירה בשטר או בכ"י המתחייב ליכא למימר משטה וגם לר"ל אין צריך לומר אתם עידי וצל"ע בבעה"ת:

(**ע"ש ומש"כ לעיל אבל המוכר לחבירו כו' עד ונמצא שהיה מטעה אינו חייב וכו'** ולא משמע כן בריב"ף ורא"ש וא"כ למה כתבו דהירושלמי חולק אהש"ס שלנו הא הירישלמי באר היטב איירי שטעה הלכך פוטר ר"י ואינו ענין פלוגתא שלהם דש"ס שלנו אלא מוכח דס"ל דאין חילוק וכן מוכח בתו' לדעת ר"פ ע"ש אכן בעל העיטור השיג על הרי"ף בזה ס"ל כדעת בעה"ת ע"ש באות ה' ודו"ק ע"כ ממהרש"ק):

סימן מא

(**סעיף א' בש"ע והוזקקנו לעדותן של עדים**). לאו נתקררה דעתי בפי' דבר זה כפי מה שראיתי מפרשים דבר זה דהסמ"ע פי' דקאי אעדים שיעידו על קיום חתימתן דהא הטור כתב בשם ר"י שעידי המחק הכירו החתימות ודבר זה כתבו כבר הב"ד ול"ל תו קיום. ועוד דהטור כתב ועמדו על דברי המעידים שהוא נמחר. וי"מ דרבינו ס"ל כפי' הראב"ד שמביא ב"י שהחתימות עדיין ניכרות וכו' וזה ג"כ אינו דהא בדברי הטור כתב שרא. ביד פלוני שטר המתחיל להמחק והכירו החתימות וכו' לשון עבר שכבר הכירו וכן פירשב"ם הביאו ב"י ריש סי' וזי"ל ופלוני ופלוני היו עדים שהיו חתומים בו כו' משמע שעכשיו אין שום חתימה לפני ב"ד. והנראה לע"ד בין לר"י בין לרשב"ם מיירי שבא לפני ב"ד נמחק לגמרי אלא דלפי' ר"י הוה הדין דבשעה שמעמיד עליו עדים צריך שלא יהא נמחק לגמרי ולרשב"ם אפילו אם גם אז נמחק לגמרי ש"ד וע"ז כתב הטור ע"פ ברייתא דאם עמדו על דברי עידי המחק דהיינו ששאלו את העדים עצמן שהם חתומים על השטר ואמרו שכן היו חתומים בשטר אז אין צריך ראייה יותר והא דצריך לחקור את עידי השטר משום דבעידי מחק לחוד לא סגי דאין שייך לעשות שטר ולטרוף בו ממשעבדי רק ע"פ עידי ההלואה בשלמא בשאר דוכתי דאיכא שטר שאינו מקוים מיד כשנתקיים הוי כאילו עידי השטר לפנינו משא"כ כהן שכבר נמחק הכל ובעידי השטר לחוד לא סגי דשמא פרוע הוא ע"כ אם לא נכתב בו והוזקקנו צריך ראייה דכל מה שהיה כתוב בשטר היה אמת והוויין אותן עדים שיעידו ע"ז במקום עידי השטר וע"כ כתב הטור ואי כתבו ב"ד שעמדו כו' אבל הרמב"ם סבירא ליה דהוזקקנו לעדותן של עדים קאי על עידי המחק וזה הוי במקום קיום בשאר שטרות וזהו שסיים רמ"א כאן דאם לא כתבו כן הוה כשטר שאינו מקויים דקשה פשיטא אלא דקמל"ן דזהו עיקר הטעם שהוצרכו לכתוב והוזקקנו כו' שהוא במקום קיום:

(**ס"ג בש"ע אין כותבין לו אפי' אם הביא עדים וכו'**) בטור כתב הטעם שמא פרעו אבל רשב"ם בפרק גט פשוט דף קס"א כתב הטעם דלמא חזר ומצאו וטריף והדר טריף ונ"ל

דהטור נקט הטעם שמא פרעו שהוא קיצר מן הטעם שכתב הרשב"ם דלא נקיט בקיצור משום דס"ל דמיירי אפילו מצאו תוך זמנו דליכא למיחש שמא פרעו ומ"מ חיישינן שמא יטרוף לקוחות שלא כדין אבל הטו' סבירא ליה דאפי' תוך זמנו חיישי לנפילה כמ"ש לקמן ע"כ נקט בקיצור שמא פרעו:

ס"ג (**בהגהה שטר צוואה**) הקשה בסמ"ע מההיא דסי' רנ"ה דשטר צוואה מועיל לטרוף בו אפי' ממשעבדי ונלפע"ד ליישב דעת רמ"א דיש חילוק בין כותב צוואה דרך כלל לכותב לשון שטר וחילוק זה נזכר בסי' ר"ן סעיף כ"א אבל לענין הלכה אין להוציא ממון נגד דעת הרשב"א ס"ס רנ"ג בזה ואין יפוי כח של שטר לצוואה וכמ"ש בהוכחה סי' מ"ג ס"ט ע"ש בדברינו:

(**שם וידוע זה בעדים**) נ"ל דמ"מ יש תועלת בהטפסה באם יאבדנו בלא עדים יש לו תקנה שיתבע את הלוה בע"פ אם יטעון פרעתי הרי גוף השטר קיים ויקח כתוב וחתום טענת הלוה מב"ד שבעירו וכ"ש אם יטעון הלוה להד"מ וא"ל יקח גוף השטר ויניח כאן הטופס דיש לחוש שמא יאבד הגוף השטר בדרך בלא עדים ואז יוכל לומר פרעתיך ונתת לי גוף השטר ובטופס נא יוכל לתבוע אח"כ:

(**שם כלי שטר שמטפיסים מעתיקים כו'**) כנ"ל לגרוס וה"ק כל שטר שאמרנו שמטפיסים דהיינו אם הוא לצורך מעתיקין אותו בדרך זה ומה שהקשה הסמ"ע דהא צריך בית דין להעתיק שטר כמו בנמחק שטרות התם לאו משום העתק הוא דצריך ב"ד אלא משום דצריך והוזקקנו כו':

(**שם אפילו שני עדים יכולים להעתיקו**) בעל הסמ"ע הוסיף כאן בנוסח הש"ע אפילו הם קרובים. זה לזה ואני אומר כבוד הרב הגדול במקומו מונח אבל כאן יצאה שגגה מתחת ידו דמ"ש בב"י בשם ריב"ש אפי' שני עדים החתומים הם קרובים ר"ל שהיה שם שלשה ושנים מהם הם קרובים זה לזה והכוונ' דאנן חשבינן השני קרובים כא' ונשארו שני כשרים וזה פשוט למעיין שם בריב"ש סימן תי"ג אבל בשני חתומים לחוד ליכא למ"ד שיהיה כשר בקרובים זה לזה דכל מידי דצריך עדים צריכין להיות כשרים וראוי למחוק דבר זה מהגהות הסמ"ע כדי שלא יהיו נכשלים בו הדיינים לענין הלכה ומעשה:

(**בשם מהורר"י זצ"ל בטור סעיף י"ב כתב בעה"ת יש מהמורים כו'**) א"ל ל"ל אמרינן איפכ' שיניח ההעתקה ביד ב"ד שאם יאבד גוף השטר יגבה בהעתקו די"ל עצה טובה קמל"ן דאם יוליך גוף השטר עמו שמא יאבדנו בלא עדים ולא יוכל לגבות כי יטעון הלוה פרעתיך ולא יהא למלוה ראיה לסתור דבריו אבל אם גוף השטר ביד ב"ד אין הלוה יכול לטעון פרעתיך ע"כ:

(**בשם מהרש"ק זצלה"ה**) בב"י ד"ה מי שנמחק שטר תובו וכו' עד וק"ל שאם אינה יודעים וכו' ושגגה היא ביד מורינו ז"ל דודאי גם לר"י צריך לידע מה כתוב בשטר אלא לאוסופי בא אף שיודעים מה כתוב בו איכא למיחש שמא הכל זיוף הוא ומצריך ג"כ שיכירו החתימות ושמא תאמר דהוי עד מפי עד דבמכיר' הוי כמעידים שראו העדים שהעידו שפלוני חייב לזה מנה ואם כן ליבעי דוקא העדים שחתמו עצמן שיעידו כן ולא החרים המכירים לזה כתב הריטב"א שהביא נ"י דסגי בעדים אחרים שמכירים דלא הוי כעד מפי עד כי על עיקר הכתב הם מעידים ולא על המנה וזה עדות גמור וקיום גמור וה"ז כאלו העדות נתברר לפנינו שהיה לפלוני שטר מכר או מתנה כו' ומ"ש הברייתא והוזקקנו לעדותם פי' לעדות המעידים שמכירין החתימות ונקרא בשטר ובחתימות וכך פי' רי"ו להדיא וכך יש לפרש דעת הרמב"ם ודלא כמ"מ ודעת רמב"ם ור"י שווין כנ"ל ברור ודו"ק:

(**בא"ה עד ולא אמרינן עשו עדים שליחותן וכו'**) וצ"ע ליישב דהא בגמרא אמרינן להדיא בשלמא ב"ד אלימא וכו' אלא עדים שעשו שליחותן כו' ומסיק דאינן חוזרין לעשות שליחותן ומזה הוציאו כל הפוסקים דאין עדים חוזרים לעשות שליחותן ע"ש על מתני' דמי שפרע מקצת חובו ושמא סביר' ליה לרא"ש דמזמן שני כותבין אף העדים ועי' לעיל סימן נ"ד סעיף א' בב"י כמ"ש בשם הרא"ש ודו"ק עי' שם:

(**בטור עא"ע וכן בשטרי מקח וממכר וכו'**) צריך לקרוע הראשון או לכתוב בפירוש בשני קאי אמכר דאלו במתנה אין צריך לכתוב זה הלשון אלא שטר מתנה בסתם דבמכר אמרינן אחריות טעות סופר ולא במתנה אלא אגב מכר נקט מתנה וכן משמע בסמ"ע סעיף קטן כ"א ק"ל ע"כ ממהרש"ק):

סימן מב

(**בש"ע סעיף ג' שיש לתלות במחק**) פי' שיש לתלות שהי' שם איזה דבר כתוב לחובתו וכ"כ הגהות אשר"י בפרק גט פשוט דהכל לפי מה שיראה הדיין:

(**שם ולא טעין נתבע בההוא ריעותא כו'**) נ"ל דא"צ שיטעון הריעותא ממש אלא כל שטוען איזה טענה והריעותא שייך לאותו דבר טענינן ליה. ואע"ג דהטור מסיים בזה וז"ל ונ"ל שאפי' לא יטעון הנתבע חייב הדיין לטעון כו' ש"מ לדיעה קמייתא לא אמרי' כן ונ"ל דהטור חולק וס"ל אע"ג דלא מתרמי האי ריעותא כלל לטענה דידיה אבל אי מתרמי גם דיעה קמייתא מודה דטענינן ליה וז"ל רש"ל על הטור תימה הלא לא יכול לטעון דעד א' אינו נאמן כמ"ש סימן י"ז ואולי יש לחלק בין זיוף דלית ביה ממש לעד א'

דמחייבו שבועה עכ"ל ולפמ"ש לעיל דלא נתכוין הטור לפסוק הדין כן רק שהדיין צריך להוכיחו לבע"ד על פניו בזה הרי העיד עליך לק"מ:

(**סעיף ד' כגון ב' או ד'**) הקשה הסמ"ע על העיר שושן דא"א לזייף מאות ג' לעשות ממנו אות אחר ולק"מ דאפשר לעשות מן ג' נו"ן:

(**סעיף ה' דיד בעל השטר על התחתונה**) בסמ"ע הביא כאן דברי מהרא"י סימן ר"ו בשטר שהיה כתוב בו וכל הא קיבל עליו בקנין ולא נכתב במנא דכשר וכו' דפסול שמא קנה בקנין אחר וכו' ודבר זו אינו הלכה דהא כתבו התוס' פ' א"כ דף ס"ו ד"ה ומניומי וכו' וסתם קנו מיניה היינו קנין סודר וראיית מהרא"י מתוס' פ' אע"פ דף נ"ה בשם ריצב"א אינו ראיה למעיין שם ועוד ראיה דלא כמהרא"י ממ"ש ריב"ש סימן רי"ב ס"א שטר שכתוב וקנו ממניו על זה יש לפרש באופן המועיל ועוד הארכתי בראיות ברורות ומשכתי ידי מלהעתיקן מאחר שראיתי הב"י כ' בספר בדק הבית סימן קצ"ה על דברי מהרא"י הללו וז"ל אין דבריו נ"ל דמסתמא אמרינן דקנו במנא דכשר והא דנוהגים לכתוב בשטרות אינו אלא לרווחא דמלתא עכ"ל ע"כ אין לסמוך כלל על דברי מהרא"י בזה אף שהביאו הסמ"ע (אמר המגיה אחר המחילה מעצמות הקדושים של הגאונים נ"ע נראה לפענ"ד שלא עמדו על עיקר דברי מהרא"י ז"ל שהם ז"ל הבינו שמהרא"י ז"ל פוסל השטר משום שלא הי' כתוב בו וקנינא מיניה במנא דכשר למיקני הא אם היה כתוב בו בדל"ב הי' כשר וחלילה שיעלה על דעת מהרא"י כזה פשיטא ופשיטא דסתם קנין חליפין היינו קנין סודר במנא דכשר למקני ביה ולא חיישינן שמא קנה בדבר הפחות משוה פרוטה או במוריקה או בדבר שאינו כלי אלא המציאות של מהרא"י ע"כ היה בשטר אחר שלא היה מועיל בו קנין חליפין כגון מטבע יוצא והיה צריך להקנותו אגב קרקע או דבר הדומה לזה. והנה השואל למהרא"י הביא ראיה מתוספת דפרק אע"פ דסתם קנין הוא חליפין וא"כ השטר בטל דלא היה מועיל קנין חליפין באותו הנידון והשיב מהרא"י דריצב"א חילק דקנו מיניה משמע שפיר קנין חזקה ר"ל שאף על פי שאינו קנין סודר מיקרי שפיר קנו מיניה סתמא וה"ה דקנין אגב קרקע או דקל לפירותיו הכל איכא למשמע מקנו מיניה וכ"ש כי האי לישנא שכתב קנין גמור ר"ל קנין המועיל דאף שאין קנין חליפין מועיל יש לנו לומר שהקנה אגב קרקע או במשיכה או בחוקה או כיוצא בה כדי שיהא השטר קיים. והכי מוכח מדכתב קנין גמור ולא כתב במנא דכשר למיקני ביה שהוא לשון שגור בפי הכל שאם כתב בדל"ב פשיטא שהיה השטר פסול דבאותו הדבר לא מועיל קנין סודר אלא מדשבקיה ללשון השגור ונקט לשון אחר דהיינו קנין גמור ש"מ דבאגב קרקע או משיכה או חזקה היה דהיינו קנין המועיל באותו הדבר

וא"כ היה מן הראוי לקיים השטר ומ"מ חזר בו מהרא"י מטעם דיד ב"ה על התחתונה ואמרינן מסתמא כוון לסתם קנין שהוא קנין חליפין וממילא השטר בטל כמו שהוכיח מתשובת ר"ש ור"ב זצ"ל וכיוצא בזה כתב הרי"ף בתשובה הביאו הטור סי' ה' סי"ב ראובן שהוציא שטר על שמעון כו' אם הזהוב שנתן בקנין הוא מטבע כו' אין מטבע נקנה בחליפין כו' ואף הראב"ד החולק שם היינו מטעם דנתתי הודאה משמע ולא דייקינן בתריה אבל בנדון מהרא"י אפשר דמודה ולו יהא חולק אף בזה מ"מ אנן כוותיה דהרי"ף קיי"ל כמ"ש הב"י בש"ע ואף שברמ"א הגיה עליו לא יהא אלא ספק דהמע"ה וא"כ דברי מהרא"י שרירין וקיימין ובזה אזדא לוה תמוהת הרב בעל ש"ך ס"ק י"א ודוק היטב בדברי מהרא"י סי' ר"ז בפסקים וכתביה ותשכח כדברי ע"כ):

(**סעיף ז' שהקפל הוא פחות וכו'**) כתב הסמ"ע מדתלי רמב"ם טעם בפחות ש"מ דס"ל דתלינן בזבוב גה לענין שמארכת באות דלא כרשב"ם ותוס' ולותא לע"ד דהא אמרינן בגמרא פשיטא למעלה ספל ולמטה קפל דהולכין אחר התחתון אלא מיבעיא ליה למענה קפל ולמטה ספל מי חיישינן לזבוב או לא משמע דבמעלה אין לו ספק כלל אי תלינן בזבוב אלא הולכין אחר התחתון בבירור ממ"נ הן אם נמחק לעיל מכח זבוב הן אם חזר בו ממ"ש למענה. ועוד ראי' ממה דאיתא בסוטה דף כ' דא"ר ישמעאל להההיא סופר בני הזהר במלאכתיך שמלאכת השמים היא והשיב הסופר אפילו למיחש שמא יבא זבוב וימחוק תגא דדל"ת ויעשה ר' לא חיישינן כי יש לי קנקנתום שאני מטיל לתוך הדיו ופרש"י שלא יהא נמחק לגמרי ואם אי' שהזבוב יכול להוסיף אות מאי שבחא דהאי סופר בהטלת קנקנתום הא איכא חשש שישנ' באות שדרכ' לקלקל ולמשוך הדיו קצת ולכאורה זה כתב רמ"א באבן עזר סי' קכ"ה סט ו דאם בא זבוב ומשך הדין לא ימחוק כו' ומ"ש שהקפל פחות וכו' לא נתכוין לו' מטעם בעל השטר על התחתונה אלא בא להורות פירושו דהאי קפל וספל שיש חילוק ביניהם והולכין אחר התחתון בין לקולא בין לחומרא ומ"ש הטור ש"ד בעל השטר על התחתונה לאו האי טעם על מה שאנו תולין בזבוב שהוא סברא רחוקה אלא אמרינן חזרה היא אבל אם למטה קפל בלאו זבוב אין לי אלא הפחות ולאו חזרה הוא ואין להקשות אמאי לא אמרינן כאן כמו דאמרינן בשאר לשונות הסופרים זא"ז בסי' ריי"ת ובסי' שי"ב דכבר כתב כ"י פרק השואל דוקא כשהם סמוכים כגון אסתרי מאה מעי וכו':

(**סעיף ח' בשובר יד בעל השטר על העליונה**) הקשה הסמ"ע מסי' ע"א במלוה דהימני' ללוה דאמרינן דוקא בשבוע' הימניה והטעם כיון דהחוב ברור וה"נ נימא כך ונ"ל דשם אין זכות ללוה רק מכח דבור המלוה שאמר שהאמינו ואין הלוה יכול לטעון ברי לי

שהאמנתני אפילו בלא שבועה דאין זה יודע מה בלב חבירו ומש"ה כל מה שיכול המלוה לו' לזה נתכוונתי הדין עמו ומטעם זה איתא בסי' ס"ה סעיף כ"ג בהג"ה שטר א' מחול לך כו' משא"כ בשובר שהוא מקלקל השטר ועיקרו עשוי לזה אלא שיש בו ל' מסופק והלוה טוען ברי ודאי הוה כמו שיש מחק בשטר ואין הנמתק ידוע דנתקלקל השטר אלא אי קשיא לי הא קשיא לי ממ"ש המחבר סי' מ"ט והוא דעת הרמ"ה דאי משולש בשטר ואינו משולש בשובר דיד בעל השובר על התחתונה וזה סותר למ"ש כאן ובאמת חולק שם רבינו הטור וס"ל דהדין עם בעל השובר ונ"ל דס"ל כמו דעה זו כאן שהוא נ"י והרמ"ה שם ס"ל כיש חולקין כאן ולפ"ז היה לו להרב רמ"א בסי' מ"ט לקבוע הלכה שלא כדברי המחבר שם שהם כהרמ"ה ולבד זה נ"ל לפסולן שם כדעת הטור דהא קימ"ל המוציא מחבירו עליו הראיה כמ"ש כאן כן עיקר וכנלע"ד ברור:

(**סעיף י"א ונמחק אותו סכום**) נ"ל אם בא שטר לפני ב"ד וכתוב בו סלעים ולא נכתב שום סכום רק הניח מקום פנוי אצל תיבת סלעים והאמין לוה למלוה שיכתוב שם איזה סך שירצה אפילו שנים אינו גובה בשטר זה כיון שיכול להזדייף ולכתוב יותר ממה שהלוה לו וכמ"ש בריש הסי' אע"ג דהיה יכול לתקנו קודם שבא לב"ד מטעם דכיון דהעדים חתמו על זה תחלה בפיסול שוב אין לו תקנה וכמ"ש בסי' מ"ה סעיף ט"ז כנלע"ד ברור ונכון:

(**סעיף י"ב ואי תפיס מפקינן**) פירוש בעדים דליכא מגו מה שהשאיר בסמ"ע בצ"ע היאך הוה הדין בהך שבסעיף שלפני זה דכתב דאינון ונמחק וכו' לענין אי תפיס בעדים ונלע"ד דכיון שיש מחק בשטר ה"ל כליתא לשטרת וה"ל כתביע' בע"פ ופשיטא דלא מהני תפיסה בעדים משא"כ בספק פי' של ל' השטר אם לזכות אם לחוב ומשום שהוא בא להוציא אמרי' יד בעל השטר על התחתונה מש"ה אי תפיס אפילו בעדים אמרי' ידו על העליונה ומש"ה כתב ב"י שכתב הטור דין דתפיסה מהני קודם דין שטר שכתוב בו דינרים סתם ולא כתב שכתבו קודם דאינון ונמחק דשם פשיטא דלא מהני כנלע"ד ועיין סוף סי' כ"ד סעיף ה' שיש ג"כ חילוק בין דינרי סתם לנמחק (א"ה הרב ז"ל לא ביאר הדברים כל הצורך ונראה דהטעם היא שאם תיעיל תפיסה במחק לא שבקת חיי דכל מאן דאלים ויש לו שטר מסך קטן ימחוק הסכום ויתפוס משל חבירו הרבה ונמצאת מדת הדין לוקה לאפוקי בנדרים סתם המחייב עצמו באותו השטר איהו דאפסיד אנפשיה וכן ראיתי במ"מ שהביא הב"י סי' נ"ד וכן ראיתי שוב בש"ך ע"כ):

(**בשם מהרש"ק בב"י דבר המתחיל אין כותבין שטר חוב כו' עד ור"י אמר אפי' בשטרות וכו'**) והכריע הרא"ש דלר"י גם בשטרות אינו כשר אלא לאלתר כיון שיש בו הרבה תנאים עיין שם וזו היא דעת ר"ח אבל בחדושי רשב"א לא כ"כ עיין שם:

(**עיין שם היה כתוב לשון שמשתמע כך וכו' עד אם תפס יותר בעדים וכו'**) עיין לעיל סוף סי' שמ"א בהא דפרדיסי בתוספת והרא"ש דרפיק בי כל פרדיסי דאית ליה הטעם משום שהוא מוחזק נ"ל דשם הוי כמוחזק שלא בעדים ודו"ק נ"ל:

(**ע"ש כתב א"א הרא"ש ז"ל כן כתב וכו' עד בשם רבינו סעדיה וכו'**) איבר' דהטור לקמן סי' קי"ג סעיף ד' לא פירש כן וכ"כ ב"י שם בשם בעה"ת והרמב"ן וכן כתב רי"ו עצמו בנ"ד ח"א ז"ל וטופסי דשטרי דאם לא כן חיישינן שמא הסופר כתבו בעצמו בלא צווי המשעבד עכ"ל וכ"כ הרמב"ם פי"ח מה"מ ומ"מ שם א"כ אין ראיה דמהני כשלא נאמר יד בעל השטר על התחתונה וק"ל ע"כ:

סימן מג

(**סעיף ז' וי"א דפסול לגמרי**) מ"ש הסמ"ע בשם מור"ש דלא לגמרי פסול והמעיין בתו' פ' א"נ דף ע"ב יראה דלגמרי פוסל ר"י ואפשר דהוכחת מור"ש ממ"ש הטור בשם הר"ר יונה סי' מה סעיף ז' דאפי' במוקדמים נראה לו לדון כן ולעד"נ דהר"ר יונה שם הוא דעה שלישית דמחלק בין טענת להד"מ לטענת פרעתי ולא הביאו הטור שם אלא לענין הרחקת שני שיטין דיש טעם לדבר משום דאפשר להכשירו במילוי א"ה נלענ"ד דברי מור"ש עיקר מדאכפל הטור למצוא אופן שיהי' השטר מוקדם ולא כתב בפשיטות דמיירי כגון שהמלוה מודה שהוא מוקדם ואף שאינו נאמן לפסול העדים נאמן הוא על עצמו אלא ודאי דהכא מיירי שאין העדים פסולים בעיקר ההלוא' אלא שאין לו דין שטר וממילא אם טוען להד"מ הוחזק כפרן אבל אם הי' המלו' מודה שהעדים הקדימוהו בכונה אפי' אם אמר להד"מ הי' נאמן וכן משמע מדברי התו' פ' המניח דף ל' ע"ב דלא הפסיד השטר אלא מתורת שטר אבל עדות העדים קיימת ואיני נאמן לומר להד"ם כיון שהעדים כשרים ומפיהם ולא מפי כתבם לא שייך הכא תדע דאי לאו משום שמא יגבה מזמן ראשון הי' גובה מזמן שני וגם אין נרא' לו' דמ"ש הטור ובמה יודע היינו לסברת רי"ף דמשמע אף לס' הרא"ש קאמר ולענין דינא ודו"ק ע"כ:

(**ס"ט יכולים לחתום על שטר אחר**) מ"ש הסמ"ע ס"ק ט"ז בשם רשב"א דעידי מתנה אינם צריכים להיות מזומנים ע"כ לא מיירי ביש בה אחריות נכסים דאל"כ הוה כהלואה כמ"ש סי' מ"א ס"א מכאן נ"ל דקי"ל כרשב"א לעיל סי' מ"א ס"ג הבאתיו לעיל דשטר

צוואה לא קאי לגוביינא דהא בפ' י"נ גבי שלשה שנכנסו לבקר את החולה מוכח דאין עידי הלוואה צריכין להיות מזומנים כמו שהביא זה ב"י כאן בשם רשב"א ואי אמרת דשטר צוואה קאי לגוביינא הא נפיק מיניה חורבא דיגב' הרבה פעמים ע"י הרבה עדות אלא ע"כ דלא קאי לגוביינא:

(**בטור ס"י עד שיביא ראי' שבא לידו בזמן שכתוב בו**) קשה דהא הרא"ש פסק כמ"ד עדיו בחתומיו זכין לו וא"כ אף אם לא הגיע לידו בזמן שכתוב בו זכה משעת חתימה ושמעתי אומרים לתרץ דכאן חיישינן שמא אמר לוה לעדים כתבו ותנו לידי דאז לא מהני עדיו בחתומיו כו' ואין זה ממש דא"כ מאי דוחקא דתלמודא פ"ק דב"מ דף י"ג דאוקי מילתא דשמואל דאמר לא חיישינן לפרעון דוקא באין חייב מודה הא אפי' אם מודה לא יחזיר משום טעם הנזכר ואימור ציוה שיתנו לידו דוקא אלא ע"כ דלא חיישינן בזה והטעם דלמ"ד עדיו בחתומיו זכין לו הוי זה כמו שטר שיש בו קנין לרב אסי יבכל גווני נשתעבד מיום החתימה ונ"ל דהרא"ש עצמו אף שכתב בפ"ק דב"מ שיש לפסוק כאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו מכל מקום לענין הלכה בטלה דעתו בשאר מקומות וס"ל דלא כאביי וכן דושמע הלשון בגיטין שכתב כדדייקינן בשנים אוחזין כו' ואיכא דמשני שם עדים כו' משמע מלשון זה דאינו הלכה ברורה ועפ"ז צדקו דברי הטור בהרבה חקומות דמוכח דלא קי"ל עידיו בחתומיו זכין לו:

(**סעיף ט"ו עד שיביא ראיה**) הסמ"ע הקשה דאף דיביא ראיה לא ליהני דניחוש לפרעון וקנוניא כמ"ש בסי' ח"א ותי' דכאן אין ריעותא דנפילה כיון שהוא עצמו מצאו ואני תמה עליו בזה דנהי דמצינו סברא זו בתשו' הרשב"א סי' אלף ל"ה שכ' במי שנפל לו שטר בחצר ומצאו קודם שבא ליד חבירו דלא איתרע כלל מ"מ הכא לא מיירי מזה דא"כ מהיכי תיתי שלא בא לידו בזמן הכתוב בו דהא לא חיישינן לזה אלא היכא דאיתרע בנפילה וקושיא מעיקרא ליתא והדבר זה כתבו התוס' והאשר"י ריש פ"ב דגיטין ועיקר כוונתם שם לאפוקי מפירש"י דכתב דכי אתיא אשה בגט למיטרף לקוחות אמרי' לה אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידך וממילא ה"ה בשאר ש"ח על זה כתב דאינו כן אלא מסתמא לא חיישינן לקדימה אלא היכא דאיתרע בנפיל' ואין בו חשש פרעון אלא שיש קנוניא כגון במקום שהלקוחות יודעי' שלא נפרע או בשטר מכר שיש אחריות נכסים שאין שייך שם פרעון אלא שיש חשש קדימ' ע"כ צריך להביא ראיה בזה שאין מוקדם אבל בעלמא לא חיישי' וזהו עיקר:

(**סעיף ט"ז**) דאפי' לא חתמו אלא לזמן מרובה) משמע דעכ"פ צריכין לחתום ובריש סימן ל"ט כתב דבעידי קנין לחוד טריף ממשעבדי אף אם לא נחתם כלל ולפי מ"ש לעיל

דמיירי התם דוקא בתוך הזמן לק"מ דהכא מיירי לאחר זמן פרעון תבעו והעדים חתמו תוך זמנו ובחנם טרח בסמ"ע ס"ק כ"ט בזה:

(**סעיף י"ג דוקא בפטרי הלוואה**) ברמב"ם לא משמע חילוק זה כמ"ש הר"ן עצמו ותו ק"ל דבפ"ב דגיטין דף י"ח נמאן דלא ס"ל כשמואל אלא אף בשאר שטרות בעינן עסוקים באותו ענין משמע שם דשאר שטרות דומיא דכתוב' וכתוב' לא אשתעביד במידי ביום שנכתב אלא הקנין שעושה בלילה הוא שעוש' השיעבוד דהא אין על הכתובה שם הלואה אלא מחייב עצמו בדבר שלא נתחייב מעולם ואפי' בכתוב' גדול' כמ"ש רבינו סי' ס' ושייר שטרות נמי דכותי' ותו ק"ל מ"ש מגט דמהני עסוקים באותו ענין בנכתב ביום ונחתם בלילה כמ"ש באבן עזר סימן קכ"ז לדעת הרא"ש והב"י בשם הרשב"א דלהרמב"ם לא מהני מטעה אחר כמ"ש ב"י שם ואני מטעם דאין שעבוד ביום ליכא למ"ד ונמצא ל' הר"ן בחילוק זה יחיד לגבי הרמב"ם והרשב"ם:

(**סי"ח מיחזי כשיקרא**) נראה דיש חילוק בזה דברישא דאם כותב שקר קנינו מפלוני וכתבני ומסרנו לפלוני כו' ביום פלוני אין פוסל רק מיחזי כשיקרא אבל בסיפא דאי כותב שקר קנינו ביום הכתיב' וא"כ יכתוב וכתבנו ומסרנו יש כאן פיסול דהא אותן הנכסים שקנה יום שלפני הכתיבה לא נשתעבד למלו' לטרוף לקוחות כל שלא כתבו לי דאיקנו וכשיסמוך יום הקנין ליום הכתיבה יוכל לטרוף אותם כל שלא נראה מתוך השטר שהקנין היה קודם הכתיבה דאז לא הי' יכול לטרוף עד שיברר שקנה הלוה קודם בקנין וע' מ"ש בסימן רצ"ט מזה:

(**תו שם מיהו אם כתבו כו**') סידר הסמ"ע הג"ה זו לסעיף כ' אלא מ"ש הסמ"ע וז"ל ומ"ש קנינו כו' חסר וי"ו פירושו כאלו כתב בוי"ו וקנינו הוא פי' תמוה ונ"ל ד"א בפי' הג"ה זו ודאי דקאי על מ"ש בסעיף כ' נמצאו משקרים ופסול וה"ק מיהו סגי אם כתב סתם במקום פלוני קנינו מפלוני וכתבנו וחתמנו ביום פלוני דלא מחזי כשיקרא דהמקים שזכר תחל' קאי על הכתיב' דבתרי' דודאי אם היה כותב קנינו מפלוני במקום פלוני וכתבנו כו' אז היה מוכח מוי"ו של וכתבנו שהיא מפסקת בין הזכרת המקום לכתיבה משא"כ עכשיו שכתב תחכ' שפיר י"ל דה"ק במקום פלוני נעשה זו דכבר קניני מפלוני ועכשיו כתבנו ונתננו ביום פלוני וזה מבואר בדברי רבינו ירוחם אלא דק"ל איך שיהי' פי' דברי ר"י לא היה לרמ"א להביאם להלכה דדברי המחבר סעיף זה חולק ע"ז כמ"ש נמצאו משקרים ופסול דמשמע דאין לכתוב קנינו מפלוני ביום פ' וכתבנו וחתמנו במקום פ' וכן מבואר בסה"ת בהדיא שער כ"ו וז"ל אבל אם כתב יום הקנין כותב אותו זמן במקום שהיה הקנין דמיחזי כשיקרא אם יכתוב בחדש שעבר ויכתוב שנכתב במקום שהוא עומד עכשיו

עכ"ל ש"מ דגם זה מחזי כשיקרא כיון דאיכא למיטעי שהמקום קאי גם על הקנין וכ"ש בדברי ר"י דלעיל דאיכא למיטעי שהקנין במקום הנזכר סמוך לו לפניו ונראה דמש"ה הביא הב"י בל' מחלוקת דברי ר"י על דברי הרשב"א שהם הדברים של סעיף כ' וצ"ע על רמ"א שמשמע מדבריו כאלו אין כאן מחלוקת:

(**סעיף כ"ג בשל ראובן כ' בה' בניסן**) כך היה מעש' בגמרא והטור והמחבר נמשכים אחר לשון הגמרא ובחנם הגיה בסמ"ע בזה:

(**בטור ואין נ' לחלק כו'**) דברי רבינו תמוהים בזה דהא בפ' א"נ דף ע"ב פרכינן אלא הא דאמר ר"י טעם במוקדם פסול משום גזירה שמא יגב' מזמן הראשון מ"ט לא אמר משום לא ניתן להכתב הא ע"כ צ"ל הטעם כמ"ש ר"י דאי מטעם לא ניתן להכתב היה ראוי להכשיר בנכתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי דהיה טורף מתשרי ואילך ע"כ הוצרך לטעם גזיר' לפסול אף בזה בשלמא להרמ"ה דבאמת מוקדם כזה כשר ולא נכלל במ"ש במתניתין ש"ח המוקדמים פסולים ל"ק דבזה לא גזרו חכמים כלל שמא יגבה מזמן הראשון ע"כ לק"מ אלא לרבינו דע"כ נכלל זה במתני' דאל"כ לימא מתני' רבותא דאפילו מוקדם כזה דניתן להכתב פסול אלא על כרחך דאה"נ דנכלל זה. במ"ש מוקדמים פסולים מכח בזירה א"כ מוכרח ר"י לומר הטעם משום גזיר' וזו תימא רבתי על הטור וכבר הקשתי קושיא זו לרבנים ותיקום ואין פותר אותו ליישב דברי הטור כהוגן בזה (א"כ נלע"ד לתרץ לפי סברת הטור דהכי פריך כיון דכל עיקר טעמו של ר' יוחנן אינו אלא לאוקמי מתני' כרבנן ל"ל למימ' הטעם משום שמא יגבה מזמן הראשון דבהכי אין לחלק בין כתב ללות בניסן וכו' ובין הקדימוהו ממש דלימא טעמא משום דלא ניתן ליכתב ובאמת אם כ' ללות כו' יהא כשר ומנ"ל לר"י כלל לומר דלרבנן אית להו גזיר' ומשני ע"כ טעמא משום גזירה דאי ס"ד משום לא ניתן ליכת' הא ניתן ליכת' מזמן שני ויגבה בו מזמן שני אע"כ משום גזירה וכיון דהטעם משום גזיר' ע"כ אין לחלק ודוק בזה ע"כ):

(**שם סי"ה שמא שקרו ואמרו בזמנו כתבנוהו וכו'**) קשה טובא אם כן אמאי פסלינן להאי שטרא נימא דמאוחר הוא והא דאמר בזמנו וכו' שיקרא הוא אלא השתא הם אומרים כן ולא נפסיד לשטרא דאינשי מספק וצ"ל דודאי מיירי שחוקרים העדים כן קודם שידעו שיש זוממים דאל"כ משוו אינהו נפשייהו רשעים באומרים בזמנו וכו' וקי"ל אין אדם משים עצמו רשע אלא ודאי דאומרים כן בלאו הכי נמצא ע"י זה נמשך להם פסול ע"י עדים וע"כ אין שייך לו' בזה שמא שקרו במ"ש שלא אחרוהו אבל ודאי במ"ש בזמנו כתבנוהו אין להאמין להם כיון שבאותו שעה הם נעשו פסולים ודיבור' אינו מועיל כלל

משא"כ בדבור ולא אחרנוהו אין שייך לו' כן שלא נעשו פסולים אלא מחמתו וע"כ אינם פסולים אלא משע' שהוחזק בב"ד:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה ואם הקדים זמן השטר וכו' עד אבל רבינו כ' וכו**') ומ"כ דרבינו מצא מבואר בש"ת הרא"ש הובא בטא"ה סי' קנ"ז שאם נתגרש' בגט מוקדם ולא נודע פיסולו עד שקידשה דלא תפסו בה קידושין ע"כ וא' ס"ל דכשר לגבות בו מבנ"ח אמאי לא תפסו בה קידושין כלל אלא מוכח דס"ל דפסולין לגמרי וכ"כ מהרא"י בכתביו סי' י"ג דזה טעמ' ונמוקו של הרא"ש הגם שהריב"ש סימן קכ"ה כ' דגם המכשיר בבנ"ח מוד' בגט אשה שהוא פסול היינו לענין שלא תינשא בגט זה אבל ודאי אם נשאת לא תנא למאן דמכשיר לגבות מבנ"ח דומיא במ"ש למעלה בגט שאין בו זמן דפסול ואפ"ה אם נשאת לא תצא ודוק:

(**תו שם במה יודע וכו' עד כשאין כ"י יוצא ממקום אחר כו**') וצ"ע אם כן מאי מקשה מר"ל דהא ר"ל דאמר עדים החתומים כו' בשכתב ידן יוצא ממקום אחר הוא כדמוכח בכתובות דף י"ח ע"ב ע"ש ובסי' מ"ו סל"ד ע"ש וצ"ע וכך הקשה מהריב"ל ח"א כלל י"ב סי"ו ע"ה ע"ש:

(**תו שם אבל המאוחרים כשרים כו**') עד ובפרק כ"ג לא כ"כ וכו' ואני מצאתי תי' נכון דהרמב"ם מפ' הא דפריך בגמרא ואי ס"ד דאקני כו' מאוחרים אמאי כשרים דאקני הוא ר"ל כל השטר המאוחר הוי כאלו הקנה בפי' שמשעבד לו גם הנכסים שיקנה אח"כ ולכך איחר זמנו משא"כ כשכתב הזמן של עכשיו לא שיעבד לו אלא הנכסים שיש לו עתה והיא סברא אלימתא א"כ לדידיה כל שטר מאוחר הו' דאקני בפי' ונשתעבד דכך מוכיח הל' אמאי כשרים דאקני הוא ש"מ דכל מאוחר הוי דאקני ולכן א"ש הא דנקט מתני' סתם מאוחרים כשרים והל"ל פסולים וכגון דלא כתב דאקני דהוי אמרינן דכ"ש מוקדם ממש דפסול ולדידי' כל מאוחרים שבעולם כשרים דהוי דאיקני ממש ודוק כי מאוד הוא נכון דברי הרמב"ם:

(**ע"ש אבל המאוחרים כשרים כו' עד ס"ה עד דמטיא זימנא וכו**') וזה מבואר להדיא בגמרא דע"ז שהעתיק הב"י בריש הסימן סבור רבנן כו' די"ב ?[י] בל' ולא טריף עד דמטא זימנא כו' וק"ל:

(**ע"ש ואם נכתב בלילה וכו' עד ולא חלק בפרק הנזכר וכו**') ויש תימה שהרי באר היטב בהלכות מלוה כר"ח וז"ל עדים שקנו מיד הלוה וכו' אם ידעו יום שקנו ממנו בו כותבין בשטר זמן הקנין ואם לא ידעו כו' ע"ש.

(**בטור עד ואין נראה לחלק וכו'**) ואף שרבינו בסי' ל"ט פסק כאביי דס"ל עדיו בחתומיו זכין לו לסברת הרמ"ה שפסק דלא כאביי כ"כ אבל לסברתו כשר לגמרי וצ"ע דהוא דוחק ע"כ ממהרש"ק:

סימן מד

(**בש"ע ס"א אלא שאין למדין משיטה אחרונה**) זו היא דעת הרמב"ן שהביא הטור ופירש"ל דהיינו דוקא היכא דליכא אויר שיטה ביניהם וממילא אם יש אויר שיטה אז למידין אפילו משיטה אחרונה עכ"ל. ובסמ"ע כ' אפי' אם יש אויר שטהורו' דלא חלקו חכמים ולפי דבריו ס"ל לרמב"ן בדין דאין למידין כו' כמו דס"ל להרא"ש בפיסול השטר דלא פלוג רבנן ובכל מקום פסול כיון דלא עשה כתחז"ל ה"נ לרמב"ן לענין אין למדין ולענד"נ כדברי רש"ל דבשלמא להרא"ש יש פסול בכל השטר כי לדידיה הוי חזרת השטר תקנת חכמים מש"ה שייך לומר לא פלוג משא"כ לרמב"ן דס"ל דאין כאן תקנה כלל וכמ"ש נ"י דחזרת השטר עצה טוב' בעלמא היא ואין שייך כאן לא פלוג אלא כל שאין חשש אין לחוש:

(**סעיף ט' תרי שריר וקים כשר**) נראה דמיירי ביש אויר שיט' וכמ"ש הסמ"ע ואפ"ה דעת הטור לפוסלו ונראה טעמו כיון דחזינן ריעותא שנכתב ב' פעמים שריר וקיים חיישינן שמא הרחיקו ב' שיטין והך ריעותא גרע טפי ממ"של בסמוך ביש מחק בסוף דשם כשר באויר שיטה והברצלוני מכשיר דס"ל דאין כאן ריעותא לגמרי דאפילו לכתחלה כתבינן שריר וקיים טובא:

(**סעיף י' ולא נמצא אותן כו'**) דשמא נגרר בדקות

סימן מה

(**בש"ע סעיף ה' אי אמרי אקרינן כו'**) נ"ל דבמקו' דההכשר תלוי בהקרו לפניהם לא מהני השאלה לשאול אותם אם הקרו כי יש לחוש שמא מתוך דברי הבע"ד ילמדו לשקר ולומר שהקרו לפניהם אלא שאם אומרי' מעצמ' כן מהני ואם לא אמרו כן מעצמם אינו מועיל אלא עד שיכוונו עדותן ואז אין צריכין שאלה אם הקרו לפניהם דמסתמ' אמרינן שהקרו לפניהם וג' דינים יש כאן א' אמרו שהקרו סגי. ב' לא אמרו צריך שיכוונו עדותן בע"פ. ג' ואם ברור לנו שלא הקרו פסול בכל גווני:

(**סע"י שיכול לכתוב בחצי כו'**) לפ"ז פסול בהתחילו לחתום באמצע השטה אפילו לא הניחו אויר שטה לפניה אם חתמו זא"ז אלא דאשגר' ל' הטור נקטו והטור כתבו משום סיפא זה תחת זה כשר מכל מקום אין למדין אפילו מהשלימה:

סעיף יא צריך ליזהר וכו'. בטור כתב וכן צריך ליזהר משמע דגם בזה יש פסול ואף על גב דכתב בלשון צריך ליזהר אין בזה כלום דגם הרא"ש כתב לשון זה ואפילו הכי כתב בהדיא דגם בגליון העליון יש פסול אם העדים חתומים וכו' וכ"כ הטור ברמזים:

ע"ש בסוף השטה שריר וקיים קשה שמא הוה כתוב שם חובתו של מלוה וי"ל דלא חיישינן בשום מקום רק ביש ריעותא דהיינו כל שישנו לאותו מקום ואפשר לבא לידי זיוף כמו באמצע שטה בזאח"ז בסמוך דאז כי יש חתך מקרי ריעותא וחיישינן למאי דאפשר לחוש משא"כ כאן בזה תחת זה דאלו ישייר אותו מקום כייר חלק אין עליו חשש זיוף מש"ה אם נחתך אין כאן ריעותא כנלע"ד נכון:

(**סט"ו הא דמכשרינן**) כו' נ"ל אפי' מאן דמכשיר בסעיף י"ד במילא שלא מדעת הלוה פוסל הכא דהלקוחות יאמרו בשעת שקנינו מהלוה הנכסים אז היה השטר פסול דהוה כאלו לא נכתב אז לגמרי אבל לעיל במה שלא היה מדעת הלוה אין בכך כלום כיון דנתקן באותו יום לא בעינן דעת הלוה בזה נמצא דהך פסקא דסעיף זה הוא אליבא דכ"ע והכי נקטינן ודברי הסמ"ע שהגיה והא וכו' ותלה הדבר הזה בפלוגתא דלעיל תמוהים הם:

(**סעיף י"ז הבא מכח העכו"ם**) ע' בפי' קצ"ד סי"ח:

(**סעיף י"ט היה השטר הוא ועדיו בשטה א' כשר**) מוחז"ל הקשה למה תקנו בזה שכשר ולכן אין לעדים לחתום באמצע שטה בזה אחר זה לתקנו איפכא דשטר הבא עם עידיו בשטה א' פסול וממילא יכולים לחתום באמצע שטה כי היכא דתקנו בשטה אחת בין עדים לשטר ולק"מ דאין כאו תקנה כלל לא בהכשר שטר עם עדיו בשטה אחת ולא בפיסול עדיו בשטה אחרת הפיסול הוא פשוט וברור כיון שאין העדים יכולים לצמצם לחתום סמוך נכתב ממילא לא שינוי העדים בשום דבר מדרך העולם במה שהרחיקו שטה אחת וע"כ פסול שטר בשיטה א' ועדיו בשיטה אחרת אבל אם בא לפנינו שטר ועדיו בשטה א' שהוא כשר מן הדין אמאי ניקום אנן ונעשה פסול מחדש ונימא שמא העדים שינוי וחתמו באמצע השטה שלא כדרך עולם זהו הכל פשוט וברור:

(**שם שמא סיימו השטר כו'**) ק"ל תיפוק ליה מטעם שמא היה כתוב שם חובתו וחתכו וי"ל דמיירי אפי' יש עדיין קצת חלק לכני השטה הראשונה באופן שנראה שלא היה שם שורה שלימה נכתבת כדרך שורה שלמה לכתוב אותה בלי הפסק בנתיים וכאן יש חלק לפני התחלת השטה שמתחלת באמצע (ח"ה לע"ד אין צורך דמעולם לא חיישינן לשיהא

כתוב חובת בעל השטר קודם התחלת השטר דהא אפשר למגזיי' ע"כ לא חיישינן בנגרר אלא ביני שטה או מאחורי השטר ממש נגד הכתב ליש פוסלים דלעול סי' מ"ד ס"ו אבל בנמחק קודם התחלת השטר ומכ"ש בנחתך פשיטא דכשר ע"כ):

(**סעיף כ' ואם יש בין חתימת עד א' וכו'**) קשה הרי נמחק מקום שבין עד לעד ב' פעמים והשטר פעם אחת ויהי' ניכר כבר אמרינן בגמרא דאין השינוי ניכר אלא כשחזר ונכתב על מקום הנמחק שני פעמים ולא כשהוא יחלק:

(**סעיף כ"א ואם כתבו העדים וכו'**) כתב הסמ"ע דה"ה אם יש מחק בין כ' לעדים ולא נכתב עליו השטר על הנייר ועידיו על המחק כשר דהוא ירא לזייף במעלה ולכתוב על המחק דהב"ד יאמרו שהיה על הנייר והיה נכתב אנחני סהדי ומחקו. ולענ"ד דלא מתכשר בזה דילמא יהיו לו עדים שלא היה כתוב כלום בין שטר לעדים ומעצמו נעשה שם המחק וא"ל לא ירא לזייף למעלה לעשות גם השטר על המחק:

(**בטור ט"י מ"מ אין למדין מחצי שטה**) מחז"ל כ' דהאי ומ"מ קאי אירישא דהיינו בזה אחר זה ולא נלע"ד כן אלא קאי אסיפא וכוונתו דלא תקשה אמאי הוי שטר כשר בזה תחת זה דשמא יעשה זיוף באלו שטה ומחצה לזה תי' דאף שהשטר כשר מ"מ אלו השטה ומחצה אין למדין מהם מש"ה אין לחוש לזיוף שיביאו לפני ב"ד שיהיה כתב בזיוף וכן הוא ברמזים שחבר הטור אבל ברישא בזה אח"ז ודאי דלמדין מהם כל שבא שטר כתוב לפנינו עם חתימת העדים לא חיישינן שמא היה אויר שיטה ומחצה דזה היה פסול וחזקה שאין עדי' עושין כן שלא כדין וכמ"ש ב"י בשם רמב"ן בהדיא בזה וכ"פ המחבר ש"ע בסי' מ"ד ס"ג:

(**סעיף ט"ו לפיכך שטר שעדיו מרובין אין מקיימין אותו אלא מעדיו שלמטה וכו'**) י"ל כיון דהטעם הוא שמא חתמו הראשונים למילוי ובאמת הם קרובים או פסולים א"נ מזה מוכח שלמטה יש עדים כשרים אלא שהרחיקו שני שיטין ובאו אלו למלאות ממילא יש כאן עכ"פ שטר כשר גמור (א"ה קושיא זו איני מכיר דאטו וד"י הוא שהעדים האחרונים כשרים מי לא מצי המלוה למיכתב שני אנשים ואח"כ בא לו אצל קרובים ומחתימם למילוי וק"ל ע"כ):

(**שם והגאונים לא חלקו וכו'**) קשה כיון דתלוי הטעם ברווחא שביק וכו' מנ"ל דפוסלין אפי' בחתמו פסולים לבסוף דהתם לא שייך הרווחה שביק וי"ל דרבינו הוכיח מדכתבו הגאונים הטעם בחתמו פסולים תחלה מכח רווחא שביק ולא מחמת שחתמו לשם מילוי אלא ודאי דלא מבעיא קאמר לא מבעיא בסוף פשיטא דכשר דאפשר דחתמו בלא

דעת הראשונים הכשרים אלא אפי' חתמו תחלה ר"ל [י"ל] דנעשה שלא מדעת הכשרים דרווחא שביק וכו':

(**בשם מהרש"ק בטור עד והם ממלאים אותה דבגיטין וכו**') ר"ל לחד פירושא כמ"ש רש"י ועי' בטא"ה סי' ק"ל דפסק הטור דגם בגט פסול כה"ג:

(**בב"י ד"ה וצריך שיקראוהו וכו**') עד ולפי דבריו צ"ל וכו' ועי' ב"י בטא"ה סימן ק"ל שם האריך לבאר דברי הרא"ש אלו האיך תלוי זה בפי' הרי"ף ע"ש:

(**ע"ש ואינו פסול כו**') עד דלכולהו אמוראי נמי וכו' לא דק דלאפוקי מר' אבהו כ"כ וכמש"ל בשם תיקון סופרים ק"ל ע"כ):

סימן מו

(**בהג"ה סעיף ד' קיימו בשנים לא הוי קיום**) הסמ"ע כ' שאם השני עדים מכירים החתימות וכן אם הלוה מודה על כ"י לפניהם מהני הקיום תמוה מאוד הא דהא אי' בגמ' קיום שטרות בשלשה ועז"א רמב"ם בא' מה' דרכים מקיימין כמ"ש בסעיף ז' וא' מהם כשהעדים מכירים החתימות ותו דהא כתב ב"י בשם ריב"ש ז"ל דנתי לפני מורי הר"ן כו' שני עדים כותבין עדותן שמכירין החתימות אלא שצריך עוד ב"ד לקבל עדותן מתוך כתבן וחותמין ונתקיים השטר עכ"ל הרי דלא סגי בב' עדים אלא שיועיל עדותן בכתב וכמ"ש רמ"א בס"ז ומש"ה אם מעידין שנים בכתב שמכירין החתימות אלו הן שחתמו לפניהם הן שהודה הלוה לפניכם שזה חתימתו אם הב"ד הדנין ע"ז השטר מכירין החתימות של העדים שקיימו ודאי מהני דמה לי ב"ד אחר שאלו העדים המקיימים שולחין להם עדותן בכתב ומה לי ב"ד זה שדנין על זה השטר אבל אם הב"ד אין מכירין אלו החתימות של שנים שקיימו אלא שיש ב' עדים שמכירין אותן אין על זה דין שטר מקוים כיון דהראשונים שקיימו אין עליהם רק שם עדים ולא ב"ד הוי כעד מפי עד משא"כ באם נתקיים השטר בג' דאז די בכך שיהיו שני עדים שמכירים חתימות שני עדים מהם כיון שיש כאן כבר שם ב"ד ואולי גם כוונת הסמ"ע כן במ"ש דמהני קיום היינו אם הב"ד עצמן יכירו את חתימתן אבל לא הוי עליו שם שטר מקוים לענין שיעידו אחרים על חתימתן כמו דמהני בב"ד של שלשה כנלע"ד פשוט:

(**סעיף ה' עומד וצווח וכו**') באבן עזר סימן מ"ב הביא רמ"א דאם מצא כתוב בשטר פלוני קידש פלונית ואין עדים חתומים מקיימים דאין חוששין לקדושין ותמוה הוא דהא התוס' והטור והמחבר פסקו כאן דאפילו עומד וצווח אין צריך קיום אלא מדרבנן וכמ"ש ב"י כאן ואם כן התורה הוי כמקויים ואפילו לדעת הגהת מרדכי שמביא הסמ"ע דאם הבעל

דין מכחיש החתימה צריך קיום מדאורייתא לא היה לו לרמ"א לסתום להקל דלא הוי קדושין אלא היה לו לפרש דוקא במכחיש וצ"ע לענין מעשה בפרט שמהרי"ק שורש ע"ד פסק דצריכ' גט וע' מ"ש סימן ק"י לענין קיום כתב ידו (א"ה זכורני כשהייתי בארץ תוגרמה ראיתי תשו' ארוכה לה"ה מוהר"י טייטצאק ומוהרשד"ם בא"ה סי' א' יע"ש כי כעת אין הס' בידי ע"כ):

(**סעיף י"ד כתב סופר ועד א'**) הסמ"ע כתב ומכל מקום גובה מבני חורין תמוה הוא מאוד בעיני היאך יוציא ממון מן הלוה בע"א כשכופר מכח כתב הסופר הא משמע בפ' המגרש דף פ"ח דאינו מהני כלום ובב"י בשם רי"ו כתב וז"ל ומ"מ גבי מבני חורין כפי' הירו' שכתב עד א' בכתב ועד א' בע"פ עכ"ל נראה ברור דרומז במ"ש כפי' הירושלמי כו' לומר דלפעמי' מהני קיום עד א' לחוד דהיינו ע"פ הירושלמי הביאו הב"י בסי' נ"א דאמר שם עד א' בכתב וע"א בעל פה מהו שיצטרפו ופריך שם והא ע"א בכתב לאו כלום כלומר דהוי מפי כתבם בשלמא בשני עדים אמרינן בסי' כ"ח מפני תיקון עולם מהני חתימתן משא"כ בע"א ותי' דמיירי דיש עוד אחד בשטר רק שאינו מקוים ואז יש כח לאותו שהוא מקיים לחייב שבועה ואפי' להוציא ממון אם יש עוד ע"א בע"פ שמעיד כדבריו וכתב המ"מ הביאו הב"י בסי' נ"א דלא קי"ל כן אלא ע"א בכתב לחוד לשבוע' הוה כשני עדים לענין ממון ורי"ו היה תופס כפי' הירושלמי וע"כ כתב ומ"מ גובה מבני חורין כפי' הירושלמי כלו' אם הוא בענין הנזכר בירושלמי שיש עוד ע"א בע"פ אבל אם אין לו רק אותן הב' עדים בשטר והא' אינו מקוים לית דין ולית דיין שיהיה לו כח לגבות אם הלוה כופר. אחר זה נדפסו תשובת רמ"א וכתוב שם סי' ק"י שיש להקשות על רי"ו הנ"ל מפ' המגרש כמ"ש ותי' שם דרי"ו ס"ל דהא דלא מהני קיום כתב הסופר היינו אם אינו לפנינו אבל אם הוא לפנינו ומעיד על כתיבתו לא גרע משאר עד א' בע"פ עכ"ל ונ"ל תמוה מאוד אמאי עדיף אם הוא לפנינו ממה שאינו לפנינו ומכירין כתב ידו:

(**סעיף ט"ו אם שני דייני הקיום כו'**) הסמ"ע כתב דלרבותא כתב הטור והמחבר בסי"ד הדיין ואחר עמו וגם מוחז"ל כתב דאין צריך אחר עמו לפי האמת וקשה טובא דהא בגמרא אי' ששמואל ס"ל עד ודיין מצטרפין ופי' הרא"ש דבעינן דוקא דיין ואחר עמו ולפי הנרא' מלשון הרא"ש דכתב והר"ר יונה כתב וכו' דהיינו דאתא לאפלוגי על מ"ש החלה דבעינן אחר עמו משום דהדיין אינו מעיד על מנה שבשטר וע"ז חולק הר"ר יונה וס"ל דדייני הקיום הוין כעדי השטר וממילא לה"ר יונה א"צ באמת לשמואל אחר עם הדיין אבל מלשון הטור שכ' וכ' הר' יונה כו' משמע דאין דעת הר"ר יונה לחלוק על מה שכ' תחלה. ונ"ל לפרש דעת רבינו דודאי הדיין בא להעיד על קיום השטר לא על חתימת'

לחוד אלא דאינו נאמן באומרו שזהו כתב ידם שחתום על הקיום דלענין הכרת החתימ' אינו אלא כאחד המעיד על החתימ' של הדיין בשלמא עד המעיד על כ"י דקי"ל על מנה שבשטר מעיד אין שייך להקשות כן דאנן אמרי' דהמעיד על כ"י כאלו לא הזכיר השטר כלל אלא אומר בפי' אני מעיד על ההלוא' משא"כ בדיין המעיד על כתבו כזו של הקיום דבזה אין שייך לומר כאלו לא זכר הכתב אלא אומר אני קיימתי החתימות דאין קיום בלא כת' אלא ע"כ דעיקר מעלתו מצד הכתב של הקיו' ובזה אע"פ שיש לו מעל' דאחר שהקיום הוא אמת ה"ל כמעיד על מנה שבשטר מ"מ צריך אחר עמו שיאמר שהקיום שלו הוא אמת ובדברי הר"ר יונה דבסמוך שכ' סגי בהכי אם שני דיינים מעידים כל א' על כתב ידו דהתם כל א' מסייע לחבירו דכל א' שמעיד על כ"י הוה כאומר מכיר אני חתימת ב' עדים של השטר משא"כ בזה דאין קיום על חתימת העד הב' אלא ע"פ עדות הדיין שמעיד שזהו כ"י ובזה אינו נאמן כ"א באחר עמו כנלע"ד נכון:

(**סעיף ט"ז אלא ששנים מן השוק מעידים על הדיין כו'**) בב"י כתוב בזה על הדיין ועל העד וכתב הסמ"ע דט"ס הוא והדין עמו דכיון דאינם מעידים רק על עד א' נא עדיף מאלו העיד בעצמו הדיין על חתימתו דלא הוי רק עד א' ולא עדיפים המעידים על הדיין מהדיין עצמו אלא דקאי אירישא שיש ע"א מעיד על חתימת ב' עדים ונמצא שיש כאן ב' עדים על כל א' וראיתי מפרשי' טעם הפסול בשני' מעידים על הדיין ועל העד מטעם דלא מצטרפי דלא עדיף מאלו העיד הא' עצמו על חתימתו ולא נ"ל כן דשאני העד עצמו דעל מנה שבשטר מעיד הוא ע"כ לא מצטרף עם הדיין ע"כ מטעם שכתבת דאין כאן שני עדות על שני העדים.

(**סעיף י"ט ויש מי שמכשיר**) נראה דלא קי"ל הכי דהא בסעיף כ' כ' רמ"א בזה לפסול מלבד מה שיש לעורר ע"ז מצד אחר:

(**סל"ב ואין חוששין לב"ד כו'**) רשב"ם פי' שאין דרכן של ב"ד לחתום ע"ז ולא ידעתי מי הכניס לסמ"ע לפרש בזה דרך רחוק:

(**סעיף ל"ג שמא הקיום הי' רחוק וכו'**) הקשה הסמ"ע אמאי לא אמר שמא הי' למעלה השטר ומחקו וכתב זה ונלע"ד לתרץ דא"כ אותן עדי' שישנן חתומים לפנינו על המחק הם בלא זיוף דאי ס"ד שזייף אותן דהיינו שהיו כבר על הנייר ומחקם וכתבם על המחק מה הרויח בזה דא"ל שעשה כן שלא יפסול השטר המזויף שעשה על המחק בשביל השטר על המחק ועדיו על הנייר או חשד אחר שלא ירגישו בזויף השטר א"כ כ"ש עכשיו שיהי' הכל על המחק שיחשדוהו כמו שעשה דאין השטר ועדיו על המחק פסול וחזקה שאין עדים עושין שלא כהוגן ומכח הוכחה זו ס"ד שיכולין לקיים מתוך הקיום קמ"ל

דפסול מטעם אחר וא"ל גם לטעם האחר למה לו לגוז העליון הי' לו למחוק ולכתוב עליו מה שירצה י"ל דשמא הוא רוצה שיהי' השטר אמיתי בידו:

(**סעיף ל"ז פסולי עדות היינו מחמת קורבה**) ואין לומר בזה אין אדם משום עצמו רשע דיש לומר שסמכו עצמם שהכל יודעים שהם קרובים ולא יבא לידי מכשול ואע"ג דבסעיף ל"ח כתב אפי' לא ראוהו עד אחר שנעשה חתנו ולא חייש שמא עשו זיוף וחתמו עתה שאני התם דזמן השטר נעשה מקודם זמן שנעשה חתנו ואי הוה חתמי עתה ודאי יבא מכשול והסמ"ע פי' דכאן אין שייך משים עצמו רשע כיון דהענין הוא אמת והוא תמוה מאוד דמ"מ הוי רשע כמ"ש ריש סי' ל"ז דאפי' אם הוא אמת אין להעיד עם רשע:

(**בטור סכ"ד ודוקא כה"ג וכו'**) בא ללמדינו שלא תטעה לומר כיון דחיישינן לשמא זייף מתוך חתימת האחרים א"כ כשיוצאין שני שטרות מתחת יד א' ועל שניהם חתומים כת אחת והא' מקוים נימא שמא זייף השני מתוך הראשון ולא יועיל מה שמכירין חתימתם בטביעת עין קמ"ל דלא חיישי' לזיופא אלא כשאתה צריך ללמוד מתוך דמיון הכתבים אבל אם היו ניכרים בלא דמיון וכל הרואה אותו מכיר בטביעות עין חתימת העדים לא חיישינן שמא עשה זיוף:

(**ע"ש והוא שיוצאין מתחת יד אחר**) נראה פשוט דקאי גם על שטר מקוים דלעיל שצריך להיות שטר מקוים ביד אחר דוקא דאלו הי' ביד עצמו ודאי חיישינן שמא זייף מתוכו בשלמא לרמב"ם פ"ו דה' עדות הביאו רמ"א בשם יש חולקין דס"ל דלא חיישינן כלל שמא זייף כתב מתוך כ' אלא החשש שמא זייף את הכל כמ"ש הרמב"ם בהדיא לפ"ז כשהוא מקוים אפי' תחת ידי מקיימין מתוכו אבל לסברת הטור דחיישינן לזייף כ' מתוך כתב גם בשטר מקויים ליחוש כן כמו בשני שטרי שדות ובסמ"ע כתב שירא לזייף מתוך שנתקיים בב"ד ואיני יודע מקום לזו הסברא וכן משמע ממ"ש הטור בסמוך כיון שאינו מצוי אצלו משמע דבמצוי חיישינן וכ"ש תחת ידו ממש דחיישינן לזייף מתוך הכתב:

(**ע"ש דכי היכא דאיכא למיחש כו'**) הדברים ברורים בפי' דברי הרמ"ה כאשר הבין רבינו הטור כפי מה שנבאר ואף שמשמע לכאורה כפי' ב"י דמטעם זיוף אותן שטרות עצמן קאמר הרמ"ה לא נחה דעת הטור בזה דהא עיקר הטעם בשני שטרות משום שאוכלין בפני הבעלים כמ"ש בסמוך ג"כ אין חילוק בין שאוכלין שני שדות של שני בני אדם ובין א' שאוכל אותם אלא ע"כ דהרמ"ה אמר כשם שיש לתלות בשטר שדה א' שיש תחת ידו דשמא זהו המזייף ראה אותו אצלו וזייף אחריו ה"נ י"ל בשני שטרות של ב' שדות יוצאים מתחת ידו וא"ל ממאי דאמרינן בגמ' כולי האי לא מצי מכווין משמע שאין חוששין דלמא אזיל חזי ומזייף י"ל דהרמ"ה מפרש הפשט בסגנון זה דדרך העולם הוא

שהחתימות של אדם משתנה קצת פעם אחת מפעם השני ונמצא שאם יש לכתב זה שאנו רוצים לקיימו דמיון לשני החתימות בכל השינוי קצת דנמצא ביניהם זהו קיום היותר טוב ומש"ה צריך כאן ב' שטרות וסברא כזאת הוזכר בהגהות מרדכי פ"ק דכתובות וע"ז פריך התלמוד מ"ש מתחת ידי עצמו דלא דחיישינן דלמא חזי הני שני שטרות שאצלו וזייף מתוך שניהם את השלישי ה"נ אם שני שטרות כל א' ביד אחר דלמא חזי אצל שניהם וזייף מתוכן ומשני כולי האי לא מצי מכוין ר"ל שיוכל לכוין כולי האי דמיון השני כתבי' כיון שאינו ביד א' וא"ל למה אמר רב שימי בגמ' דוקא ביוצא מתחת יד אחר אבל ביד עצמו לא הא אפי' אם הי' ביד אחר לא אלא צריך שיהא כל א' בפני עצמו ונ"ל דתלמודא קמ"ל שאם הם תחת יד עצמו ואע"פ שלא הי' בפעם אחת אצלו אלא הראשון יצא כבר מתחת ידו ואח"כ בא השני לידו ועכשיו מוציא זה השטר שלישי חיישינן והטור ס"ל דלא חיישי' כלל שמא ילך אצלו ויזייף כיון שאינו מצוי אצלו אלא עיקר הטעם דבעינן שני שטרות משום דבשטר א' יש בו חשש זיוף ועז"א תדע דהא משטר מקוים א' מקיימין אם לא ימצא תחת ידי ובספרים שלפנינו כתוב אפי' יוצא מתחת ידו והוא ט"ס דבספרים ישנים ליתא להאי אפי' יוצא מתחת ידו כלל ומי שרוצה ליישב הגירסא דהאי אפי' מכניס עצמו בלחץ זו הדחק ומעייל פילא בקופא דמחטא ונלע"ד דגרס' אם לא יוצא במקום אפילו יוצא והכוונה כמו שכ' בס"ד:

(**ע"ש סל"ג וא"א כ' אפי' באין לפסול כו'** טעמו שם דמוקמינן השטר אחזקת' וי"ל ממ"ש הטור בסימן זה סכ"ב דאין נ"מ בעדותן דפסול מספק ולא מהני חזקה לשטר ונראה ברור דהרא"ש קאי אדברי התוס' דבאומרים פסולים היו לא מהני תפיסה ע"ז כ' אינו מועיל ואה"נ דלכתחלה ספק פסולים הם ואין מוציאין ממון על פיהם:

(**ע"ש והרמ"ה כרב דאף תפיסת ב"ד כו'**) משמע כ"ש תפיסת עצמו וקשה למאי נ"מ אמרו בגמרא אין נאמנים לפסול השטר דהא א"א לבא לידי גבייי' ונ"ל דבהתפיסו הלוה עצמו קודם שבאו האחרונים מודה הרמ"ה דמהני דדוקא גבי ב"ד דאמרי' לי' אנן מסקינן לי' אנן מחתינן ליה וכ"ש תפיסת המלוה דלא מהני אבל אם התפיסו הלוה עצמו הוה כמו היראה ועי"ל דהרמ"ה מפרש הך דאין נאמנים לענין שובר שבאין אחרים לפסול העדים ואמרינן דאין מוציאין ממון על פי העדים האחרונים וכמ"ש ב"י בשם הגהות אשיר"י זה מצאתי ונכון הוא מאוד:

(**בשם מהרש"ק בב"י בד"ה**) ומ"ש אפי' הן הדיוטות כו' עד יש מחלוקת בתוספתא וכו'. נ"ל להגיה בירושלמי כי לא נמצאו אלו דברים לא בתוספות ולא בתוספתא כי אם בירושלמי מצאתי:

(**ע"ש ובתשובת הרשב"א כ' וכו'**) אלא שבירושלמי משמע וכו' וצ"ע שכל הפוסקים הביאו מירושלמי דשטר מקוים צריך קיום ולא פליגי אלא אי מצטרף עד ודיין וצ"ע:

(**עוד שם ג' שישבו לקיים השטר וכו'**) עד משחתמו אין מעידין וכו' וע' בר"ן הטעם וכמ"ש בסי' ל"ט מחו' כ' והוא עיקר ובש"ג בשם ריא"ז כ' דלמאי דקי"ל דלא כרב פפי לשיטת ר"ח ורי"ף אפי' משחתמו מעידים דלא חיישינן כלל למיחזי כשיקרא וכך משמט פרק הכותב דאפילו בחתימה לא חיישינן. ולשיטה זו יש להקשות קושית התו' דקשיא דרב אדרב דאלי הכא קאמר משחתמו אין מעידים כו' ובפרק כל הגט לא חיישינן כלל ע"ש וי"ל דמסקנת התלמוד שם הוא דלא כרב אבל רב גופיה ס"ל לחלק בין כתיבה לחתימה ודוק. וכ"כ הריטב"א בחדושיו דיש לחלק וכדעת הרמב"ם:

(**ע"ש וכתבו התו'**) אהא דדייני כו' עד ומסיק ראיה בקיום השטר וכו' ומיהו לפמ"ש רבינו בסימן ס"ב דראיה בעדות בעינן ואין נפקותא ע"ש ומש"ר שדיינים שאין מכירין וכו' עד לפי שקבלת העדות וכו' וכך משמע מדברי הר"ן בשם הרמ"ה גבי ג' שישבו וכו' ומת א' מהם כו' שכתב דאלו חתימי בי' ג' כו' כיון דכולהו חתימי לא חיישי' דלא במותב חד הוי עכ"ל הא אלו ידעינן בודאי דלאו במותב חד הוי דפסול וק"ל ע' ב"י מחו' כ"ג הביאו:

(**ע"ש וכתבו התוס'**) עד ראי' בקיום השטר ומיהו לפי מש"ר סס"ב דבעי' ראיה בעדות ואין מזה נפקותא שמקוים השטר לא הו"ל לב"י להעתיק דברים אלו דכתבו כן לפי דברי רב ששת וק"ל וכ"כ הב"ח:

(**ע"ש העדים שאין כ"י וכו'**) עד וכ"פ הרמב"ם בה' עדות וכו' ודלא כריטב"א בחדושיו שפסק כרב האי והרא"ם דקי"ל כר"נ מדפריך סתמא דתלמודא פרק ח"ה מדר"נ גם ש"ג כ' בשם ריא"ז שיש מי שפסק כר"נ ע"ש:

(**ע"ש כ' נ"י וכו'**) עס"ה בסוף סי' פ"ב ס"כ והמעיין שם יראה דקאי למאן דס"ל דנאמנים אפי' בכ"י יוצא ממ"א אבל למאן דס"ל דאין נאמנים נראה דדמי לדין שכתב הטור בסעיף נ"ג ודוק נ"ל:

(**ע"ש וכתב הר"ן**) והא דתנאי וכו' עד ודחה הר"ן ראייתו וכו' ויש לתקן דעת הרמב"ן ולהצילו מהר"ן ע"פ מ"ש התוס' פ' ח"ה דף מ"ט ד"ה מר רב אשי כו' ע"ש:

(**ע"ש כתב הרשב"א שנשאל וכו'**) עד כדין ירד לכרמו וכו' ול"ד למ"ש בפ' המקבל ובטור סי' שי"ז ס"ג. דאי לא עביד לגלוי אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת אע"ג דכדין ירד לשדה ואכל היינו דשם לא מיקרי מוחזק כיון דסופו לחזור בע"כ והוי משכיר מוחזק וכסברת ר"י פ' המוכר את הבית ודלא כתוס' פרק המקבל והרא"ש והרמב"ן גבי פרדיסי

שכתבו היפך סברת ר"י דשואל הוי מוחזק ובעל דברי ריבות תי' דהתם המשכיר מעולם אינו מודה לטענת השוכר שהשכיר לאותן השנים שטוען אבל כאן עכ"פ המוכר מודה שמכר לו השדה עיש:

(**ע"ש שכ' הרמב"ם**) עדים שאמרו וכו' עד וה"ה אם יצטרף וכו' ולא היא דא"כ הי' מהני ג"כ כשאחד מהם מעיד על חתימתו ועל חתימת חבירו כמש"ל סעיף י"ד אלא ברור דלהרמב"ם לא מהני גם ע"י צירוף ע"א דהוי כחרס ממש כנ"ל ודוק וכ"כ מהרש"ך בתשו' סי' פ' ע"כ ממהרש"ק:

סימן מז

(**בש"ע סעיף א**') מלוה שאמר כו' מה שקשה ע"ז מסי' פ"ז בענין אי מצי מלוה מוחל ללוה ע"ש:

(**ע"ש וכ' בו נאמנות**) בעניותי לא הבנתי חילוק זה דמאי מהני הנאמנות דהא לא האמינו ליה למלוה אלא כל זמן שיאמר לא נפרעתי או לכל הפחות שלא יאמר כלום אבל זה אמר בפי' שנפרע יאמר הלוה מה עלי לעשות במה שאין אתם רוצים להאמין לי באמת פרעתי למלוה אלא ע"כ דאמרינן ליה הי' לך ליקח השטר א"כ באין נאמנות נמי נימא הכי ותו ק"ל דעיקר המעל' של נאמנות שאין צריך למלוה שבועה שלא נפרע והרי צריך עכ"פ שבועה אחר הפרעון כמ"ש ס' ע"א א"כ יכול לומר הלוה פרעתיך וסמכתי עצמי שלא ישבע אח"כ לשקר ומאי שנא משבוע' שקודם הפרעון וצ"ע היטב ליישב זה ובטור והש"ע שכתבו מלוה שאמר שטר אמנה בו' י"ל פשיטא לאיזה צורך כתבו רבינו בשלמא בגמ' אמר זה דרך קושיא אבל רבינו כתב זה לפסק דין ולא הוצרך לזה דמי מעכב על ידו מלומר של אחרים הוא ונ"ל שלזה דקדק רבינו וכתב כפל ל' אינו חייב לאחרים אלא נראה דנתכוין בזה דבאמת הוא חייב לאחרים אלא שיש לו נכסים לשלם סד"א דהוא חושב שמא יעני ולא יהי' לו לשלם אלא מזה השטר וע"כ הוא מודה עכשיו בשביל העתיד קמ"ל רבינו דכל שאין מפסיד לאחרים בשעת הודאתו אע"פ שאח"כ אירע הדבר שבא לידי כך מ"מ נאמן הוא ומעיקרא לא חיישינן לזה וע"כ סיים רבינו אח"ז וכתב ואינם יכולים להפרע אלא מזה השטר וכי' ש"מ דברישא הוה הפוכו מזה:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה**) כתב הרשב"א שנשאל וכו' עד והשיב לענין וכו' וע' בשו"ת הרשב"א שהביא ב"י בא"ה סי' ק"י על ראובן שהוא ב"ח של שמעון וכו' נראה שהוא היפך מתשובה זו ומסכים שם עם הרמב"ם דכל מה שנמצא תחת יד הלוה אינו נאמן לומר שאינו שלו כו' וצ"ע ע"כ:

סימן מח

(**בש"ע ס"א שנמחל שעבודו**) הסמ"ע חולק על רמ"י לענין בני חורין וס"ל לסמ"ע דגובה מבני חורין ואני אף שאיני כדאי להכריע מ"מ דעתי נוטה לדברי רמ"י ומה שהביא סמ"ע ראיי' מדברי הרא"ש בב"י סי' נ"ה תמהני דמשם ראי' לרמ"י לא מבעיא לתי' השני של הרא"ש דפי' מ"ש ר' יוסי היינו באומר תחלה שיהא המעות שנתן מתנה כו' פשיטא דבלא תנאי זה פסול אפי' לבני חורין ומנ"ל לחלק ואפי' לתי' הראשון דלשם מפרש מה דאמר ר"י היינו לגבות מבני חורין הא סיים שם הטעם דקניא לי' במסיר' השטר היינו למאן דס"ל אותיות נקנות במסירה בלא כתיבה ומש"ה חזר לתרץ שם בענין אחר מאחר דקי"ל בעינן כתיבה ומסירה א"כ מוכח אם אין שם מסירה חדשה מלוה למלוה או לשליש ליכא מ"ד שיגבה מב"ח והא דלא גבי במסירה ממשעבדי צ"ל דאין על המסירה שני עדים אבל אם יש שני עדים ה"נ דהוי שטר גמור כמ"ש רמ"א בסמוך וכל דברי הרא"ש שזכרנו היינו לר' יוסי דס"ל אסמכתא קני' ולמדין אנו מזה היכא דלא הוי אסמכתא כגון בב"ד חשוב כן הוא ממש וכן הוא לשון רמב"ם פכ"ז מהלכות מלוה דשטר שנמחל שיעבודו הוי כחרס משמע דאין בו תועלת לגמרי וכ"כ רמ"א בהדיא סוף סי' נ"ה ודוקא בהתנה תחלה שיהא מתנה גובה מב"ח הא לאו הכי אינו גובה מב"ח ועוד ראיה מפ' ח"ה דף ל"ב ההיא דא"ל הב זוזי דפרעתי למלוה בשבילך והא שטרא ואמר הלוה לא פרעתיך ואמר הערב לאו הדרת ושקלת מנאי ואסיקנא שם דהוי שטר שנמחל שעבודו ולא גבי כלל ממלוה ע"כ נלע"ד דהדין עם רמ"י בזה דאינו גובה כלל בשטר שנמחל שעבודו אפי' מב"ח:

עוד חלק הסמ"ע על רמ"י ופסק דאין צריך שתהיה החתימה מכוונת נגד המשמעות הממרנ"י נלע"ד דיפה פסק רמ"י לא מבעיא אם רוצה לכתוב המשמעות למטה מן החתימה פשיטא דפסול דיש חשש שיחתוך המשמעות ויכתוב למעלה מהחתימה בלשון זה אני ח"מ חייב לפליני כך וכך פשיטא שלא יזיק לזה מה שהחתימה בסוף הנייר דהא אמרינן בגמרא לא לחזי אינש ח"י אלא ברישא דמגילתא ולא אמרו או בסופו דמגילתא ש"מ דכל שהוא למטה מריש מגילתא הוה יוכל להזדייף ולעשות כ"י עליו בזויף ואפי' אם המשמעות למעלה מהחתימה יש להקפיד דשמא יהי' לפעמים כשיעור ב' שורות ריוח ביניהם ויכול להזדייף שטר עליו ע"כ יש להקפיד שיהיה המשמעות מכוון נגד החתימה כנלע"ד:

ובענין ממרנ"י שלא נכתב עליה שום משמעות רק החתימות לחוד נ"ל שאינו גובה כלל בה כיון שהובאה כך לפני ב"ד בפסול דהא יכול לעשות זיוף ולכתוב עלי' כפי מה שירצה

ואף אם הלוה מאמינו מ"מ לאו כל כמיניה שמא חייב גם לאחרים בממרנו"ת ואין לו לשלם ומפסידו עי"ז ואע"ג דהי' יכול לתקנו קודם בואו לב"ד מ"מ אינו מועיל כאן כיון שבא לב"ד בפסול כמ"ש בסי' מ"ה ס"ד והארכתי בדבר זה סי' ק"ד ס"י וגם בלבוש כתב כאן לפסול אלא שנתן טעם אחר ועל אותו הטעם נחלק בסמ"ע אבל לפי הטעם שכתבתי אין מחלוקת להכשירו נ"ל:

(**מצאתי כתוב למהר"ל מפראג ז"ל**) דאף בכ"י אם לוה ופורעו אין חוזר ולוה בו דהוי שטר שנמחל שעבודו א"כ היה נלע"ד מי שיש לו ממרנ"י שכתוב עליו וליתר בטחון הניח בעל הממרנ"י מפץ א' פלוני ונפל חילוק ביניהם אם זהו החפץ או שאר חלוקים המלוה נאמן בשבועה במגו דאי בעי אמר אין כדבריך אלא שנאנס מידי כדין המלוה על המשכון שנשבע שנאנס כמ"ש סימן רנ"ז דאפי' המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ונשבע שבועה דאורייתא הא נמי דכוותיה וזה נראה לי פשוט וראיתי קצת דיינים טועים בזה על כן כתבתי דברים אלו:

סימן מט

(**סעי' ז' בהג"ה דבריו סותרים זא"ז כו'**) כדי לבאר דבר זה ולתרץ קו' רמ"א נבאר הסוגיא בע"ה ויתבאר דאדרב' על רמ"א יש כאן תימה רבה שנינו בפ' ג"פ שני יוסף בן שמעון בעיר א' אין מוציאין שטר זע"ז ואמרי' בגמ' אלא הא דתניא כשם שהם מוציאין על אחר כך מוציאין זע"ז במאי קמפלגי תנא דידן עם תנא ברא תנא דידן ס"ל כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו זמנין דאזיל לספרא וסהדי וא"ל כתבו לי שטרא דבעי' למיזף מיוסף בן שמעון חבירו ובתר דכתבו וחתמו נקיט ליה וא"ל הב לי זוזי דאוזיפתך ותנא ברא ס"ל אין כותבין ללוה עד שיהא מלוה עמו ופי' רשב"ם מסתמ' שניהם היו במעמד באותו מקום שכתב וכיון דאינהו ידעו ולא קפדי זע"ז לא חיישי' לשום רמאות כיון דלא חיישי' לנפילה עכ"ל. וי"ל מ"ט דתנא ברא הא אכתי יש חשש שיאמר הנתבע אני הייתי המלוה ואתה הלוה ופרעתני והחזרתיו לך כמ"ש טעם זה רשב"ם והטור. ועל הטור ק' ל"ל להאריך בטעם זה והי"ל לתת טעם הנזכר בגמ' לתנא דידן דיכול הנתבע לומר אתה עשית עצמך לוה וכתבו לך שטר בלא מלוה וא"ל דהטור והרשב"ם באו לתת טעם אפי' בשטר שאין בו קנין וכ"פ הסמ"ע זה אינו דא"כ מ"ט דתנא ברא דמוציאין ומאי מהני אין כותבין ואם יש איזה טעם לתנא ברא דלא חייש לטעם רשב"ם והטור הי"ל לתלמודא לומר דבזה פליגי ולא הי"ל דיש ביניהן פלוגתא אם כותבים או לא. ונלע"ד דהכל ניחא דהטור קמ"ל בטעם שלו דאע"ג דס"ל כותבין ללוה בלא מלוה מ"מ זמנין דתרווייהו בפני

עדים ואז יוכל המוציא לומר כיון שבאמת היית עמדי ולמה נתנו השטר לי ולא לך אע"כ שאני מלוה שלך באמת קמ"ל דאפ"ה יכול לומר אה"נ שהייתי עמך אלא דמעולם לא נתנו העדים לידך אלא לי נתנו אותו ואני החזרתי לך אחר הפרעון וזה דוקא לתנא דידן דס"ל דכותבין מן הדין ללוה לחוד אבל לתנא ברא דס"ל דאין כותבין ללוה לחוד בשום פנים מעולם לדידיה ודאי כל ששטר זה בידו הדין עמו והו' המלוה האמתי והטעם כיון דאין כותבין ללוה לחוד ע"כ היו שניהם אצל העדים ואין פטור לנתבע אלא מכח שא"ל אתה לוית ממני והחזרתיו לך והי"ל לנתבע ליזהר שלא להחזיר לו השטר שלם אלא קרוע בשלמא אם ס"ל כותבין ללוה לחוד לא קשה מידי דכשהחזיר השטר סמך עצמו על עיקר הדין שכותבין ללוה לחוד נמצא שאין על השטר דין שטר כלל רק חספא בעלמא ואע"פ שאירע עכשיו שהי' ג"כ המלוה אצל הלוה בפני עדים ומטעם זה הלוה לו מ"מ אפשר שהוא סמך על העדים שראו שהיו שניהם שם וחשב בדעת ושאם יצטרך אביא אותן עדים אבל אותו שלוה ממנו הוא לא הי' יודע מאותן העדים כי לא היו צריכין לו בעת ההיא שלקח המעות ומילתא דלא רמיא עליה לאו אדעתי' ע"כ לא יוכל לומר אח"כ שהוא המלו' ע"ז סמך עצמו שלא קרע השטר בשע' שפרע לו הלוה מאחר שא"צ עדים מצד הדין אלא דרך מקר' דהא לפי הדין א"צ לזה ע"כ סמך עצמו על עיקר הדין והחזיר לו השטר דלא עלת' על דעתו שיבואו עדים אח"כ ויעידו שהיו שניהם לפני העדים ומש"ה לא חשש כלל לדבר מלהזהר שלא להחזיר השטר שלם משא"כ בשאין כותבין ללו' לחוד אז בשעה שהחזיר את השטר ע"כ סמך עצמו כשירצה זה לתבוע יצטרך להשיב לו אני הלוה ולידי נתנו והחזרתיו לך ולמה לו כל זאת הא טפי הי"ל לקרוע השטר ממה שיצטרך אח"כ לבקש טענות דהא עכשיו הוא שטר מעליא כיון דאין כותבין ללוה לחוד וממילא מצד עיקר הדין היו באים שניהם ולא דרך מקרה כדלעיל א"כ הי"ל לקרוע אותו ומש"ה לתנא דידן אין מוציאין אפי' באם אירע שהיו שניהם לפני העדים והיינו הטעם של הטור שיאמר החזרתיו לך אלא שמתחלה היה סבור שלא יצטרך אפי' לטענה זו כדפרישית שיאמר אתה כתבת אותו בלא הלואה כלל ותנא ברא ס"ל דאין כותבין ללוה לחוד מש"ה מוציאין דאנן סהדי שהנתבע עכשיו הוא החייב דאל"כ הי"ל להחזיר אותו קרוע כדפי' וא"ל מנ"ל להטור ולרשב"ם דס"ל לתנא דידן אפי' באם אירע שהיו שניהם לפני העדים דאפ"ה אין מוציאין דלמא תנא דידן מודה בזה דא"כ לא היה לתלמוד לעשות מחלוקת בין תנא דידן לתנא ברא אם כותבין אם לאו הי"ל דכ"ע ס"ל כותבין אלא דתנא ברא איירי שהיו שניהם לפני העדים בשעת הכתיבה ותנא דידן איירי שכתבו לבדו אע"כ דאין חילוק בזה וזולת פי' זה בגמ' לפי' רשב"ם והטור לית נגר דלפרקניה בענין אחר

ובזה נתיישב דברי הטור ע"פ הגמ' ודברי המחבר דדוקא בשטר בקנין תליא מלתא דהא עיקר הטעם בגמ' דס"ל אין מוציאין זע"ז משום דכותבין ללוה כו' וזה יסוד מונח במתני' דכותבין שטר ללוה וכו' הוא דוקא בשטר בקנין כמבואר בס"ס ל"ט ואי בקנין תליא מלתא לפ"ז תמהון גדול על רמ"א דקשיא לי' על המחבר ל"ל הקשה ארשב"ם והטור שפירשו במתני' הטעם דאין מוציאין משום הטעם שיאמר אני המלוה א"כ תקשה לך אתנא ברא דס"ל מוציאין זע"ז ותו דהא בגמ' עיקר הטעם דאין מוציאין משום דכותבין שטר וכו' והיינו בקנין דבלא קנין ס"ל גם לתנא דידן דמוציאין כמו לתנא ברא ביש קנין אפ"ה אמרו רשב"ם והטור משום שאומר אני המלוה וכמ"ש המחבר אלא העיקר הברור כמ"ש דשני הטעמי' תלויים זב"ז וא"ל ל"ל נקיט בגמ' טעם של רשב"ם והטור י"ל דבגמ' נקט עיקר הטעם דהא גם לדעת רשב"ם ע"כ נחית לטעם שבגמ' כמש"ל והרב רמ"א אגב חורפיה לא נתן לבו ליישב דברי הטור והרשב"ם והמחבר בזה ומ"ש ב"י בשם המ"מ נראה מבואר כמ"ש וא"ל ל"ל משני בגמ' תנא דידן איירי בקנין ותנא ברא בלא קנין הא ל"ק דהא אמר תנא ברא כשם שמוציאין על אח"כ מוציאין זע"ז משמע אפי' בקנין דהא מדמי אותם להדדי והכל ניחא בס"ד ואין כאן מחלוקת בין הטעמים כדכתב רמ"א הטעם הא' בשם י"א אלא כ"ע ס"ל תרווייהו טעמי:

(**ע"ש י"א דאם הם מב' עיירות כו'**) בטור כתב דין זה בשם הר' ישעיה על הדין דהם מוציאין זע"ז ומדברי רמ"א כאן משמע שהי' גורס בטור וכתב הר' ישעיה וכו' אחר הדין של ולא אחר יכול להוציא כו' וכן שמעתי רבים מגיהים כן מפני שהוקשה להם מ"ש הטור שאל"כ אף אם יוסף בן שמעון כו' שזה קאי על החלוקה שהם לוו מאחר ול"נ דעיקר הגי' כמו שהוא לפנינו וגם ל' הר' ישעיה מורה כן שכ' מוציאין וכו' ל' רבים דהיינו זע"ז אבל אם אחר בא להוציא עליהם שייך ל' יחיד ונ"ל דמ"ש הטור אלמא וכו' שאל"כ וכו' הוא מדברי הר' ישעי' הוא דקאי אמתני' שאמר ב' יוסף בן שמעון בעיר א' אין מוציאין דמשמע דמתני' דוקא קמ"ל דמשני עיירות מוציאין וע"כ לו' שכתוב בו יוסף בן שמעון מעיר פ' לוה מיוסף בן שמעון מעיר פ' או לכל הפחות בחד עיר מהם סגי וקשה לו לר"י פשיטא דמהני זה מי גרע האי סי' משאר סימנים אלא על כרחך דמתני' קמ"ל אגב אורחי' דבכל מקום בעינן למיכתב שם העיר בשטר אפי' בשאר מלוה ולוה שאין עוד אחר כשמות שלהם מטעם שיש לחוש דילמא יש יוסף בן שמעון בעיר אחרת ויטעון הלוה שבכאן אני לא לויתי ממך אלא הפ' מעיר אחרת ששמו כשמי ומחשש זה נלמד עוד דגם שם עיר המלוה צריך לכתוב דשמא יש בעיר אחרת איש ששמו כשם מלוה שלו ויקח הלוה ממנו שובר ויפטור עצמו כאן ממלוה שלו והמשך דברי הרר"י כך הם במתני'

משמע דוקא בעיר אחת אין מוציאין הא בב' עיירות מוציאין וק' פשיטא דמוציאין כל שנכתב שם העיר אלא צ"ל דדיוקא דמתני' קמ"ל דבכל מקום צריכין לכתוב שם העיר אפילו בעלמא והטעם שאל"כ אף וכו' אבל א"ל דהאי אלמא הוא ל' הטור שלמד מן הר' ישעיה דק' מה חידוש למד ממנו יותר ממתני' דגם כן מפור' בה בעיר אחת אין מוציאין הא בב' עיירות מוציאין וע"כ נראה דהאי אלמא הוא ל' הר"י וקאי אמתני' כדפרי' ועוד יש סברא דל' זה אינו מהטור דהטור אינו רגיל לכתוב לשון אלמא אלא משמע או יראה מדבריו אלא ע"כ דברי הר"י הם:

(**סעיף ח' אבל אם הם משולשים כו'**) כ"כ הרמ"א וטעמו דבעל השטר אומר מהיות טוב א"ת רע כיון שראיתי ששלשתי בשטר זה היה לו להשליש גם בשובר ולכאורה קשה על הרמ"ה מההיא דבסמוך מלוה א' שהלוה לשני יוסף בן שמעון והיו משולשין וכו' ש"מ דמועיל כשהשובר אינו משולש וא"ל דהתם שאני דמונח בין הקרועים דבסוף פ"ק דב"מ מוכח דלא בעי' בין הקרועים אלא כשהוא ביד המלו' אבל ביד לוה לא בעינן כן ולק"מ דדוקא בלו' משני יוסף בן שמעון משולשין בשטרותיו ס"ל להרמ"ה דיש ריעותא אם אין שילוש גם בשובר כיון שידוע שיש לו שני מלוים שווים משא"כ כאן שהלוה שמו יוסף בן שמעון ואין לו אלא מלוה אחד פשיטא דאין צריך לשלש את השובר דמה איכפת ליה במה שהלוה המלוה עוד ליב"ש האחר דהא שני יב"ש מוציאין אפי' שט"ח על אחר וכ"ש שאותו יוסף בן שמעון שהשובר בידו מועיל ומש"ה אין כאן ריעותא אפילו להרמ"ה וזה פשוט. והטור הקשה על זה מה יועיל שישליש שטרות לגבי שובר כלום דהלוה יאמר אתה שנצרכת ראייה להוציא אתה מוכרח לפרש בהדיא אבל אני שאיני צריך רק להחזיק בשלי סגי אפילו בלשון מסופק דהמוציא מחבירו עליו הראיה. ועוד הקשה הטור מה צורך שילוש שטרו' כו' פי' אפילו את"ל דיכול לומר מהיות טוב אל תקרא רע והיה לך לשלש גם כן בשובר אכתי קשה מה צורך שישלש שטרות וכיון דאין בזה צורך יכול הלו' לומר לא ידעתי בזה ואפי' אם לפעמים רואה הלוה בשטר אפשר שלא הרגיש בשילוש דמילתא דלא רמיא עליה לאו אדעתיה והב"י הקשה על קושיא ראשונ' של הטור ממ"ש הטור אח"כ שמועיל שילוש שטרות לענין שובר נראה שרמז על מ"ש הטור בסעיף ט' בב' שטרות והיו משולשין כו' ואי מהא לא איריא דשם אין השילוש מועיל לענין שובר אלא דאם לא היה משולש לא הי' עליו שם שטר כלל ולא היה הלו' צריך לשובר דהא אחר אינו יכול להוציא שטר על יוסף ב"ש וכבר כתבנו בסימן מ"ב ס"ט [ס"ח] שראוי לקבוע הלכה כדעת הטור כאן דשובר שאינו משולש כשר ע"ש:

שוב ראיתי בספר משאת בנימין סימן צ"ה שכתב בגמרא מוכח כדברי הרמ"ה והטו'

לא הרגיש בזה דהיינו כיון שמפ' אביי דמתני' דנמצא לא' ששטרו של יוסף ב"ש פריע דשניהם פרועים מיירו בשני יוסף ב"ש שהלוה לא' וגם ע"ז אמר בסיפא דמתני' כיצד יעשו ישלשו דהיינו שיש תקנה לשני יב"ש המלוים שאם יפרע לאחד מהם ויתן לו שובר ממילא יפסיד היוסף ב"ש השני שיפטור עצמו בשובר שקיבל ע"כ ישלשו השטר ונמצא שלא יהיה כלום בשובר שנכתב סתם וכדעת הרמ"ה ואני אומר שא"א לפ' כן דתקשה לך אם תעשה תקנה למלוה מה תעשה להעני הלוה שישלם לאחד מהן במקום שהשטרות משולשים והוא יקח שובר סתם ולא יהיה בו ממש לפ"ז מה אית לך למימר שהלוה חייב לשלש השובר מכח זה לא היה להם לתקן בזה אלא שיפסול השובר לחוד כיון שאתה בא לכופו שלא כדין מה לנו לעשות עוד תקנה נוספת בשילוש שטרות בשלמא בדברי הרמ"ה לק"מ דאיהו לא אמר דרך תקנ' שישלש המלוה השטר אלא אם אירע כך אז חייב גם הלוה לשלש השובר מכח מהיות טוב וגומר משא"כ אם תפרש המשנה כן דכיצד יעשו ישלשו כו' קאי ע"ז והיה זה דרך תקנה לשלש השטרות והוא ללא צורך:

(**סעיף ט' ונמצא אצל המלוה השובר מקוים**) עיין מ"ש סימן ס"ה סי"ח למה בעינן כאן שיהיה מקוים וגם השטרות מונחים בין שטרותיו הקרועים ושם לא בעינן רק חדא מנייהו ויש מתרצים דשאני הכא דאיכא ריעותא בשובר כיון דהשטר משולש והשובר אינו משולש וטעו בזה דהא אפי' להרמ"ה אין זה ריעותא כלל כמ"ש בסמוך בשמו וגם המעיין בספ"ק דב"מ יראה שא"א לומר כן ואין להאריך בזה ע' בסי' ס"ה סעי' י"ח:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה**) ומיהו א"צ עדות כו' כ"כ הרא"ש ונ"י שם וכו' וראיות הב"י אינם מובנים למאי דפי' לאו אנא אלא אשה אחרת ששמה כשמי כו' דשמא הביאה ב' עדים ששמה כך והוא לא דק בצורתה שיהיה לו בה ט"ע להכירה פעם אחרת שהיא היא אבל בעה"ת פי' לאו אנא שמא אשה אחרת העלה שמה כשמי כו' ומזה מוכח שפיר דאי בעינן ב' עדים כשרים איך תוכל להעלות שם אחר כי העדים יודעים שהיא היא והאיך מצי למיהדר וע"ש ודוק:

(**ע"ש כתב ר"י בפ' ג"פ וכו**') עד עשוים כתקנה ומצאו וכו' ומ"מ לא הוי בהם טעות גמור כההיא דנפאתא דבסמוך ומ"ה לא כ' הרשב"א מטעם דבסמוך אלא מטעם שכותבים י' שטרות וכו' וכ"כ התוס' בשם ר"י בגיטין פ' התקבל:

(**ע"ש היו ב' בעיר וכו**') עד שם המקום פסול וכו' כן אמת לדעת ר"י וכן משמע בש"ג בשם ריא"ז שצריך דווקא לכתוב שם עיר הלוה מהאי דשמא וכו' ע"ש פ' ג"פ:

(**בטור א"ע מחזקינן להו בההיא שמא לחובתו וכו' פסק כאביי דפ' ג"פ לחובתו דרב זביד לא פליג עלי' אלא לזכותו וק"ל ע"כ ממהרש"ק**) :

סימן נ

(**ס"א בש"ע נאמן לומר וכו'**) והוה דינו כשאר כ"י הנזכר בסי' ס"ט דכל שיש לו מגו דקרעתי יכול לומר לא כתבתי אלא למזכרת או לטופס בעלמא רק שלא ישקר עיקר הכ"י ועמ"ש סי' ס"ט ס"ב:

(**ע"ש ואם נכתב שובר משום אדם**) פי' המוציאו לשטר זה ופרע לו ועשה לו שובר וכ"ה בנ"י שהביא ב"י ור"ל שהוא בענין שהיה חייב לשלם לו מן הדין דהיינו שהיה כתוב בו סתם שנתחייב לשלם לכל מוציאו ונתן לזה שובר ונלע"ד עוד דאם היה כתוב בשטר לפלוני ולכל מי שמוציאו ולא היה לאותו המוציאו כתיבה מאותו פלוני ונתן לזה שובר דמהני כיון דכבר פרע לו כדין דאותו פ' מסרו לו שהמוציאו אע"פ שאין כאן כתיבה רק מסירה לחוד הא אי' בסי' ס"ו סי"ז דיש פלוגת' בלוה שפרע ללוקח שטר בלא כתיבה ומסירה אי נפטר מהמלוה ומספק אין להוצי' ממון וכ"ש כאן דכתב לפ' ולכל מי שמוציאו וס"ל להרא"ש בסי' ס"א דא"צ כלל כח ורשות מזה כנלע"ד פשוט אע"פ דלא משמע כן מדברי הסמ"ע:

(**בשם מהרש"ק בטור עא"ע יוצאין אם הוא כ"י כו'**) ומיהו רשב"ם פי' דאיירי בכ"י ממש שמביא מתני' דהוציא עליו כ"י וצ"ל דס"ל דאינו נאמן במיגו דלא חיישי' כלל לנפילה דכל אינש מיזהר זהיר בשטריה והוי במקום עדים ע"כ :

סימן נא

(**בש"ע ס"ב ה"ז נשבע**) הסמ"ע מוקי לה ביש בו נאמנות דאל"כ פשיטא דנשבע וא"צ לזה דטובא קמ"ל דאע"ג דהוה כמחויב שבועה וא"י לישבע מ"מ לא הוה לגמרי כן דאלו בשאר מחויב שבועה ואי"ל משל' בלא שבועה כמ"ש סי' ע"ה והכא צריך שבועה כיון שאינו אלא ע"א הו"ל כב' עדים וחייב זה שבוע' שלא נפרע ומ"מ לענין הדין ביש נאמנות בודאי כן הוא כמ"ש הסמ"ע דהוא בטל דהא לא הודה לעד בזה מעולם נמצא שיכול לישבע להכחישו שלא היה בו נאמנות מה שאין כן לטענת פרעתי שמתחלה הודה לעד שהיה חייב והוה על זה כשני עדים:

(**סעי' ג' והיינו דוקא בדרך שלא נתבטל כו'**) לכאורה משמע דהיינו אם ברור לנו שלא נתבטל הכשר כגון שידוע לנו שרווחא שבק והפסול חתם עצמו ואעפ"כ ס"ל לדיעה קמייתא שהיא הרמב"ם דהוי בחרס ואפי' שבועה לא צריך נגד הכשר והוא תימה דבמה נפסל הכשר דמאי שנא מעדים רבים שזכר אח"כ בס"ד דנשארו הכשרי' בכשרותן וכן משמע מב"י אע"כ דהרמב"ם ס"ל דמן הסתם חמרי' בחתומין בו שנים דודאי להעיד באו

ולא אמרי' רווחא שביק והי"א ס"ל דאפי' בב' אמרי' מסתמא רווחא שביק ואע"ג דהטור הביא הרמב"ם עם הי"א הזה דהיינו בה"ג היינו לעיקר הדין שע"א בשטר זוקק לשבועה אבל במה שזכרתי ודאי פליגי נמצא דדינא הכי באם יש ודאי ביטול העדות כולו צריך העד הכשר להעיד בע"פ וכמ"ש הטור בשם תשו' הרא"ש ובאם שיש ודאי דרווחא שביק או בעדים רבים דאפי' מסתמא רווחא שביק כ"ע לא פליגי דעד הכשר א"צ להעיד בעל פה אלא מתוך הכתב ההוא זוקק לשבועה כי פליגי רמב"ם ובעל הלכות גדולות היכא שהחתומים שנים ואין ודאי שישבו לחתום בא' וכמ"ש כנלע"ד אע"פ ומוחז"ל לא כ"כ הנלע"ד עיקר כתבתי:

סימן נב

(**סעי' א' וי"א דפטור**) לא מצאתי מי שסובר כן ובסמ"ע כ' שהוא דעת התו' ותימה דהרי המרדכי בפ' איזהו נשך כ' ג"כ כדברי התוס" הנ"ל דהיינו דהא לא קנסו רבנן הוי בריבית מפור' אבל בנכלל קנסי' וחיישי' שמא יגבה הכל ואפ"ה פי' מהרי"ק לדברי המרדכי דדוקא מכח השטר לא גבינן בריבית נכלל אבל בהודאה גובה הקרן והוכיח כן מדברי התלמוד לרבנן דרבי מאיר ונמצא שאין שייכות להההיא דהתוס' לעיל ורבנן ולא מצאתי סברת הי"א הזה אלא מדברי הטור בי"ד סי' קסא שכ' ברבית הנכלל אין גובה קרן ורבית משמע גם הקרן אפי' אם הודה דומיא דרבית כמו שדקדקו לעיל מל' ר"מ בגמ' שאמר ל' זה ונראה דלא קי"ל כהך י"א כל עיקר כיון שמהרי"ק פי' בהדיא דגובה הקרן וכן משמעות המרדכי והגה"מ וגם דעת הטור יש לפרש דמיירי בלא הודאה:

(**בטור בשם הרא"ש**) אבל אם ניכר שנעשה בסכין ולא נעשה ממילא כמו שדרך השטר ליקרע בכפליו וכו' פסול פי' אם נקרעה בכפליו וניכר שנעשה מעצמוכדרכו שמונח זמן רב או משמשו בידים פשיטא דכשר בכל גווני אפי' נקרע לגמרי שתי וערב ואינו מעורה אפי' קצתו ואי ניכר שנעשה ודאי בסכין פסול בכל גווני אפי' מעורה קצתו ולא נקרע שתי וערב וה"ק הרא"ש אבל אם ניכר שנעשה בסכין בודאי ואין שום ספק לומר שנעשה כדרך השטר בקריע' כפלים ממילא אז פסול בכל גווני אבל במקום שיש ספק בקרע של כפיליו אם נעשה ממילא או בסכין אז הוויין חילוקים הנזכרים בסי' זה:

סימן נג

(**בש"ע ס"א בהגה**) ואפי' ידעי' וכו' כ"כ התוס' כי היכא דל"ת למה לי' לתלמודא טעמי' דלעיל תיפוק ליה דלמא פרע לי' ועשה ליה שובר כמ"ש בסעי' שאחר זה וא"ל עדיין י"ל

לימא הטעם גם ברישא משום חשש זה דאפי' ידעינן דלא פרע מ"מ שמא אח"כ יפרע לו הכל ויקח ממנו שובר ולא ידע לוה מן השינוי נ"ל דמיירי דאפי' אם אמר המלוה תחלפו לי השטר ותודיעו זה ללוה אבל בסיפא דחיישי' שכבר פרעו ול"מ מה שיודיעו לו דקשה גזל הנאכל וקשה הא אמרי' ר"ס נ"ד דהברירה למלוה או לתת ללוה שובר על מקצתו או להחליף השטר אמאי יהיה כחו של לוה עדיף כשאינו לפנינו מאם עומד וצווח דרצונו ליתן לו שובר ויפגום השטר דלא משגיחין בי' ואמאי אין שומעין למלוה עכשיו לעשות ב' של נ' ולהודיעו ללוה ונ"ל דדוקא אם פורע המקצת דאז רודף הלוה את המלוה לעשות א' משתים או להחליף או לתת שובר בזה יפה כח המלוה לברור לו א' מהם דהמע"ה משא"כ כ"ז שאינו פורע לו מוטב לו ללוה בשב וא"ת כיון דאיכא חד צד דלא ניחא לי' והוא אינו מבקש כלום מהמלוה אמרי' להיפך המע"ה:

סימן נד

(**בשם מהרש"ק בטור**) עא"ע יוצאין ביום א' השטר פסול וכו' ע' בש"ת הרא"י [הרא"ש] שהביא לזה והעתיק הב"י סי' ס"ה סוף סעי' ח' וצ"ע וכמ"ש בסמ"ע ובגי' הטור:

(**בב"י ד"ה ומ"ש רצה לכתוב לו שובר וכו**') עש"ה וכ' שכן דעת הראב"ד והתוס' פ"ק דב"מ גבי משנה דהוציאה גט ואין עמה כתובה כתבו ואע"פ שמודה בכתובה וגט בידה כותבין שובר דלא בהראב"ד ומה שיש לדקדק בזה בדברי הפוסקים ע' ברז"ה שם גבי דהטוען אחר מעשה ב"ד ובמלחמות ה' ותמצא נחת:

(**ע"ש ואם כתוב**) **בו דברים סתם כו' עד אבל בשובר אדרבא וכו**') והא דכתב הרי"ף והביאו הט"ו לק' סי' ע"א סל"ד דיד בעל השטר על התחתונה ע"ש התם כיון שיש למלוה שטר מקוים הוה הוא המוציא מהמלוה ורצה לסייע עצמו מהשט' אמרי' דידו על התחתונה והמלוה מחזיק בנאמנותו דהלוה בא להוציא משא"כ הכא המלוה בא להוציא מהלוה בכח השטר אמרי' איפכא ק"ל וע"ל בסמ"ע סי' מ"ב סקכ"ג (ולפמ"ש ל"ק מידי ע"כ):

סימן נה

(**בהג"ה ס"ב אלא מב"ח**) משמע כל החוב גובה כיון שקנה במסירה ב"כ הרא"ש בתי' הראשון אלא דבתירוץ השני כ' דבעינן כתיבה ומסירה ונרא' דהכריע רמ"א כתי' הראשון מאחר דהמרדכי ס"ל כוותי' כמ"ש רמ"א סי' מ"ח דמהני מסירה והיינו אפילו לענין משעבדי כל שחזר ומסרו בו ביום ואע"ג דקי"ל בסי' ס"ו בש"ח שמכרו בעינן כתיבה

ומסירה אפשר דהכא שאני דהשטר נכתב כבר על שמו רק שנמחל השעבוד וסגי בזה במסירת השטר לחוד ותו אפשר שגם הרא"ש בתירץ השני מודה כל שנתנו בפני עדים למלוה דמהני כמ"ש הרמ"א סי' מ"ח שמסרו בפני עדים והכא מיירי שנתנו להשליש בלא עדים וכמ"ש בסי' מ"ח כנ"ל דעת רמ"א ודברי הסמ"ע דחוקים בזה כמו שהעלה בצ"ע:

(**בשם מהרש"ק בטור**) עא"ע והפקידו החייב אצל זה ושני שמא לא לוה וכו' לכאורה משמע אפילו בשטר מתנת בריא ובקנין נמי הדין כן דשמא ציוה שלא ליתנם להמקבל כי אם לידו וכך מבואר בבעה"ת בדברי הר' נתן בר מאיר ומוקי למתני' דמצא דייתיקי כו' אפילו במתנת בריא ובקנין ע"ש וא"כ צ"ע שהרי בסוף סי' ר"ן כ' רבינו דעת הרא"ש לחוד דס"ל דבמתנת בריא זכה המקבל בקנין לחוד אף בלא שטר ויחזירנה למקבל ומתניתין איירי בש"מ דוקא וצ"ע אמנם נראה דרבינו בכיון שינה וכתב בלשון מלוה ולוה ולא בנותן ומקבל דס"ל בפשיטות דקנה בקנין לחוד אפילו באומר תתנו השטר לידי וכדעת הפוסקים בסי' ל"ט בב"י סעיף ב' וכמ"ש רבינו בסי' ס"ה סי"ז ע"ש ב"י דלא כסברת הרי"ף כל זה נעלם מהדב בנ"ש:

(**בטור עא"ע המתחייב וגם לא יחזירוהו וכו**') ל' זה לא מצאתי מאין הוציא רבינו ובאמת שהוא תמוה כיון שהפקידו הלוה למה ניחוש לחששא רחוק' זו שטעה ונמסר לו שלא כדין וצ"ע:

(**בב"י ד"ה כ' בעל העיטור באות שי"ן וכו' עד כיון דחייב ליה שבועה וכו**') משמעו' הלשון משמע דאף במה שמוד' אינו מקרי שליש ע"ז ואינו נאמן כיון דנשבע על המותר שמחולקי' וא"כ אין ראייתו ברור' מההיא דקדושין דשם נשבע על הכל ויש לפרש דעל המותר נקרא נוגע דסד"א דיה' נאמן דהא לכל א' יכול לומר דהחזרתי לך המותר ע"ז מבי' ראי' דאינו נאמן מאחר דגם בטענות המיגו הי' צריך לישבע אכן יותר נרא' כפי' הא' ממשמעות לשון הפוסקים ובס' בנ"ש הניחו בצ"ע (ע"כ):

סימן נו

(**בס' א' בהג"ה השליש נאמן**) בתשו' הרא"ש כלל ק"ה סי' ד' כתב בשליש שיצא שטר מתחת ידו שהשלישי אצלו ויש בו מחק והשליש אומר שתנאי היה כתו' שם ולא ידענ' היאך והשיב דאין המחק מגרע השטר כו' וסמ"ע מביאו בס"ק ח' ובעיני תמוה היא מאוד דהא אי' בסעיף ד' דאין השליש נאמן יותר מבע"ד עצמו וכו' וכאן אלו היה ביד בע"ד שטר כזה ודאי פסול היא כמ"ש הטור סוף סימן ע"ה בשם הרא"ש ביש מחק בין השיטות

ואע"ג דכ' המחבר סי' מ"ד סעיף ו' בגרר שמאחורי השטר כשר מ"מ הא כ' שם דיש פוסלין והיינו הרא"ש שזכרתי א"כ קשה למה יהא השליש נאמן יותר מאם הי' הבע"ד עצמו ואפשר שבאותו זמן שכ' הרא"ש תשו' זו היה סובר דמחק מאחורי השטר כשר כדיע' קמיית' דסי' מ"ד ס"ו וא"כ הי' תשוב' לאו דסמכא היא להלכ' כנ"ל פשוט (אמר המגיה לע"ד אין לדחות תשוב' זו מהלכ' ולעולם לא חייש הרא"ש בגרר אלא לטענות פרעון אבל לטענת תנאי לא חיישינן כלל בגרר מאחורי השטר דאין דרך לכתוב תנאי אלא תוך השטר ולא מאחוריו ונ"מ היכא דאין הלוה יכול לטעון פרעתי ואיכא המחק מאחוריו לא חיישי' כלל לתנאי וזה ברור בדברי הרא"ש שכ' המחק שאחורי השטר איני מגרע תוכו של שטר כלום ולא חיישי' לתנאי אחר כו' והדר כ' ולפרעון נמי לא חיישי' משמע דעד עתה לא מירי כלל בפרעון אלא מתנאי שהפרעון אינו קרוי גרעון של תוכו של שטר אלא ענין אחר בפני עצמו הוא ובזה ודאי השליש נאמן דמוכח התם ששניהם מודים בשלישותו ולפי דרכנו למדנו מתשו' זו דאין הגרר שאחורי השטר פיסול גמור כאלו נאבד השטר דהתם אפי' תוך זמנו אינו גובה אבל בגרר בעלמא אם הוא תוך זמנו גובה את שטרו ולא חיישי' לפרעון כמו שמבואר שם בתשו' אבל הסמ"ע מ"מ לא יפה עשה במקום הזה בקיצורו ע"כ הגה'):

(**ע"ש והוא שלא יהיה ביניהם הכחשה**) מוחז"ל כתב דזה דוקא בטוען דרך גזלה תפסת אבל כששניהם מודים דעשאוהו שליש דלא הוי נוגע איני חייב שבועה ואינו נ"ל כן אלא זה קאי אריש הסי' דאע"ג דמודים שניהם שעשאוהו לשליש וכן מוכח מהטור שכ' בזה והם אומרי' אי א' מהם יותר' הי' כו' דהיינו שהשלישות הי' יותר וכן משמע מפי' סמ"ע וכ"ה בסה"ת שער נ"ב דאין נאמנות לשליש אלא במאי דלית לי' הנאה וכ"כ ב"י בהדי':

(**שטר שהי' ביד שליש**) בטור כ' ואפי' אם נרא' כו' וק"ל דלא פסיק אפי' כלישנא קמא שמבי' ב"י דהא בעינן אי בעי קלתיה דוקא ונ"ל דרבינו דייק מל' הגמרא שאמר שם ההיא אתתא דנפיק שטרא מתותי ידה דמשמע באותו מעמד שהיו לפני ב"ד אז יצא השטר מתחת ידה ממילא אין כחן מגו באותו פעם ואפ"ה אמרינן ללישנא קמא מגו דאי בעי קלתי' תחלה ואע"ג דלא אמרינן מגו למפרע כמ"ש התו' פ' הכותב דפ"ד מ"מ גבי שליש שהאמינוהו עליהם אמרי' מגו למפרע ונ"ל שעל כוונה זו כ' בנ"י דשליש נאמן אפי' במקום דליכא מגו עכ"ל הביאו הב"י והוא תמוה לכאור' דהא אפי' ללישנא קמא צריך עכ"פ למגו דאי בעי קלתי' אלא דה"ק דליכא מגו כהלכתו אלא מגו למפרע ומש"ה כתב הרמב"ם שאלו רוצ' הי' שורפו והיינו למפרע וכה"ג אמרינן מגו כזה ובמרדכי פ' ח"ה כתב לענין דלא אמרינן מגו למפרע וז"ל ועוד ראיה מפ' זה בורר האי איתת' דנפק

שטרא מתותי ידה וכו' ונ"ל דגם מ"ש רמ"א בסמוך אבל במקום שיש מגו נאמן ה"נ אמר במקום שיש לו מגו כהלכתו לא למפרע דאז נאמן אפי' איו לו דין שליש אבל אם כבר יצא השטר מתחת יד השליש קודם בואו לב"ד או שנתנו ליד ב"ד סתם ובפעם אחרת בא ואמר פרוע בזה נ"ל פשוט דלא מהימן כיון דאין כאן מגו לגמרי:

(**שם התובע ישלם שכר השלישות**) כן העתיק הב"י בשם הגהות מרדכי וכ"ה בדפוסי' ישני' וז"ל רש"י היה מחייב לתובע לשלם שכר השליש כדאמרינן בב"ק מאן דכאיב ליה כאיבא ליזל לבי אסיא עכ"ל ותמהני דאין זה ראיה כלל ובסמ"ע נתן טעם שהיא לתועלת התובע והוא תמוה דמאי פסקא ואדרבא הא איהו ניחא ליה שיתנוהו לידו ולא לשליש ובהגהות מרדכי שנדפסו מחדש כתב שם שכר השליח וקאי אמ"ש בפרק ז"ב ואם הוצרך לשאול כותבין ושולחין וכו' וע"ז כתב שהתובע ישלם שכר ואע"ג דבסימן י"ד כתב המחבר בזה ששניהם יפרעו שכר השליח והוא מתשובת הרא"ש מ"מ הגהות מרדכי לא ס"ל כן ולפ"ז שפיר מייתי ראיה שם ובעיקר הדין בשכר שליש פשוט הוא מי שמבקש השלישות יתן השכר ומסתמא אמרינן שהוא לתועלת שניהם כנלע"ד ברור דנוסחא מוטעת היה לפני ב"י והרמ"א בהגהות מרדכי דלעיל:

(**סעיף ו' שבא הלוה עם אחר**) לא נתכוין בזה לענין נאמנות השליש דכבר כתב רמ"א ס"ב דאין חילוק בין נתנו המלוה לבד כו' אלא הכא ר"ל שהלוה מרוצה בעיקר השליחות בסך הממון עם האחר שאומר שהיא שלוחו של מלוה והוצרך לכתוב כן דאל"כ אין השליש באמן כמ"ש בס"א ודברי הסמ"ע אינם מובנים לי:

(**שם**) התובע יאמר לפני עדים היאך בא השטר כו' לא הוצרך כאן בית דין כמו שכתוב בס"ו אלא בפני בית דין וכו' נראר לי דהחילוק הוא בזה דלעיל שהשליש רוצה לעשות בענין שאם יבא אחר כך איזה חילוק בין בעלי דינים והוא לא יהיה נאמן להעיד יותר מעד אחד ע"כ הוא רוצה להעיד עכשיו מה שיצטרך להעיד אחר כך וכל עדות צריך ב"ד דאלו יעיד עכשיו לפני עדים היאך יגידו אחר כך העדים בפני ב"ד ה"ל עד מפי עד אבל בזה דאין רוצה להעיד שום עדות רק שהוא מתיירא שאם יתן הוא הש"ח ליד התובע יהי' הוא מוחזק וכשיטעון הנתבע שהוא אסמכתא לא ישגיחו בו נמצא שיהיה הנתבע ניזוק ע"י נתינת השליש ליד התובע וע"כ הוא מייחד עדות שלא תזיק נתינתו להנתבע כי אינו נותן לו רק בתנאי זה נמצא שהעדים שרואים דבר זה שפיר יעידו ע"ז בב"ד שלא היתה הנתינה ביד התובע מן השליש על צד הבירור ולא שייך בזה עד מפי עד ע"כ הגי בזה בפני עדים משא"כ לעיל שאין הדבר תלוי בנתינת השליש שאין הנתינה עצמו מזיק לנתבע אלא שהוא רוצה להעיד על חילוק שביניהם נמצא ה"ל עד מפי עד וצ"ל

בזה שאין השליש מתיירא שיהיו חילוקים אחרים מלבד טענות אסמכתא ע"כ סגי בפני עדים [ועי"ל] דה"ט דלעיל ס"ג אין נותנין הכתב לשום א' מהם שהרי אין אנו יודעים שיהיה שם ערעור אלא הכתב יהא מונח ע"כ צריך ב"ד שכל שהוא מונח ביד ב"ד אין שום חשש אכל כאן שנותנין הכתב ליד המלוה תיכף אין צריך ב"ד אך צ"ע מה יועיל הכתב מעדים דהא הוי מפי כתבם וכמו שמוכח מסימן ע' עמ"ש שם:

(**סעיף ז'**) אשה הנושאת ונותנת. עמ"ש סימן ס"ב ועיין מ"ש סימן ק"ח סעיף ח':

סימן נח

(**בש"ע ס"א וכן מי שהפקיד ביד אחד כו'**) זהו אפי' לסברא הראשונה דבסמוך שזכר רמ"א דאחר שחייב השליח לשלם לא יכול המלו' לעכבן וכו' שהתם הפסיד המלו' מחמת שאינו מקיים מאמר השליח לפי דבריו שהרי הוא אומר שנתן לו השליח על חוב זה והוא רוצה לשנות עכשיו ע"כ צריך שיאמר המלוה שאינו משנה כלום אלא השליח נתנם לו בפי' על חוב אחר אבל כאן בפקדון כל שטוען שהמפקיד שהוא השליח נתנם לו בשם איש פלו' לפקדון הוא אינו משנה כלום ממאמר השליח לפי דברי הנפקד והוא כמו ברישא באומר שנתנם על חוב אחר ובסמ"ע כ' שזהו דוקא כדעת החולקין דלעיל משא"כ לסברא הראשונה אע"פ שנתן לו בשם המשלח לא מהני כלום עד שיאמר על חוב אחר ולא דק בזה:

(**סעיף ב'**) טען הלוה ואמר וכו' ב' סעיפים הללו עד סעיף ד' צריך ביאור ונלע"ד שהם בדרך זה ועפ"ז יובן כוונת הטור ג"כ והכלל דתרי מיני סטראי בינהו (אתנהו) חד הך דסעיף זה שהוא סטראי סתם והב' הך דסעיף ג' בדמי השור שהוא גרוע מהך סטראי וס"ל לר"י הלוי ולהרמב"ם בהך סטראי סתם דאם יהב ליה באפי סהדי דרך נתינה לחוד ולא בתורת פרעון לא איתרע שטרא דיכול לומר דרך מתנה נתנם לי והרא"ש ס"ל דמתנה לא שכיחא ועוד פליגי רשב"ם ורא"ש דהרמב"ם ס"ל כאן בטל השטר לגמרי והרא"ש ס"ל אינו בטל רק אתרע לחוד ובסטראי דשור ס"ל לרמב"ם דיש בו ב' קולות דהיינו לא מבעי' אם יש עדים שנתנם לו דרך נתינה דמהני אע"ג דלא מהני בסטראי דעלמא מ"מ בסטראי דשור מהני אלא אפי' אין עדים אפי' על הנתינה אלא שהוא מודה בכך מהני לבטל השטר דאנן סהדי שעל השטר נתנן לו כיון שמודה שמדמי השור קיבל ור"י הלוי ס"ל דבסטראי דשור אין שם רק קולא אחת דהיינו דמהני עדות על הנתינה לחוד לבטל השטר אבל עכ"פ בעינן עדים על כך והטור ס"ל דבסטראי בעלמא הוא אתרע השטר לחוד ולא בטל כדעת הרא"ש לעיל ובסטראי דשור השטר בטל לגמרי והיינו על כל פנים

כדעת ר"י הלוי שיש עדים על הנתינה לא כהרמב"ם דמיקל לגמרי בסטראי דשור ובזה יתבאר לך דברי הטור במה שהביא פלוגתיהו וכמו שכתוב לסוף והכי מסתברא וע' מ"ש בזה אח"כ

(**סעיף ג' אם יש עדים שפרע**) הסמ"ע פי' דסטראי דשור גרע לדעת הרמב"ם משאר סטראי דכאן בטל השטר לגמרי ולעד"נ דלהרא"ש אפשר לומר כן אבל לרמב"ם ליתא דהא כ' חד לישנא דשטר בטל בתרווייהו וכן נראה לר"י הלוי יע"ל דהך שפרעו לאו דוקא הוא אלא ה"ק שיש עדים שקבל דמי השור דהיינו הנתינ' לחוד דבחד דרגא הוי קולא משאר סטראי כמ"ש הסמ"ע בשיטת ר"י הלוי שהוא בעל סברא זאת וכן היא בהדיא הל' בסה"ת בשם אבן מגאש שהיא ר"י הלוי וז"ל שהודה שקיבל דמי השור עכ"ל ומ"ש אח"כ המחבר ויש מי שכתב וכו' הוא הרמב"ם ומ"ש אף ע"פ שאין עליו עדים שפרעו מדמיו וא"כ אפי' בשאר סטראי השטר בטל בזה להרמב"ם ולמה חלקן רמב"ם לשני בבות אלא ע"כ דגם על הפרעון אין עדים וכ"ה בסה"ת בדעת הרמב"ם שכתב בשמו בלשון זה שאין עליו עדים שקיבל דמי השור עכ"ל והטעם דמיד דמודה שקיבל דמי השור אנן סהדי שדמי השור הם וממינא אין לו מגו דמגו במקום עדים הוא כנלע"ד דברים אלו על נכון: (**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה וכתב הרמב"ן כו' עד נ"ל שדעת הרמב"ן וכו'**) והתו' פ' ח"ה דף ל"ד ע"א ד"ה הוי מחויב שבועה וכו' בסוף הדבור והר"ן פ' הכותב בעובדא דאבימי ובפ' כל הנשבעין דף ל"ד והרמב"ן בחידושי ב"ב פ' ח"ה דף ל"ד חולקין ע"ז וס"ל דגם בע"א הוה איתרע שטר' ומוקי התם דאבימי אחר דתקנו רבנן שבועת היסת דאלו קודם לכן לא הוי מהימנו ע"ש ולפ"ז צ"ל דהרמב"ן כשהשיב לבעה"ת חזר מדבריו שבחדושיו וצ"ע וע' שו"ת מהר"מ מלובלין סימן קי"ד והב"י לא דק:

סימן ס

(**בש"ע ס"ג או כ"ז שצריך משמע**) צ"ע מ"ש ממי שקיבל עליו לזון את בת אשתו דאמר' פ' הנושא דאע"פ שיש נה מזינות אח"כ צריך לתת לה דמי מזונות (א"ה לע"ד אין כאן קו' דשאני התם שקצב ה' שנים לאפוקי הכא מיירי במחייב עצמו סתם כמבואר וכבר היה אפשר לחלק בענין אחר דשאני הנושא את אשה וכו' דלאו בדידיה לחוד תליא מילתא אלא ג"כ בדעת האשה והיא דעתה אפי' אם לא תצטרך הבת למזונו' משא"כ הכא דהכל תלוי בדעת הנותן אבל אין צורך לזה כי העיקר כמ"ש לחלק בין קוצב למתחייב סתם והיא גופ' אצטריך לאשמועי' דאע"פ שנתחייב סתם א"א לו להפטר בשנה א' וכיו"ב אלא מחויב לזונו כ"ז שיצטרך למזונותיו אבל בקוצב כ"כ שנים לית דין ולית דיין וז"ב ע"כ):

(**שם כפי מה שהיה נוהג וכו'**) כ' הרא"ש בפ' הנושא דמי שקיבל עליו לפרנס אדם א' צריך ליתן לו כדרך שנותן לאנשי ביתו:

(**שם ראובן שקבל עליו לזון שמעון ואשתו כו'**) ומבואר שם אפי' אותו סך שהגיע בחיי אשתו פטור דהוה כמלוה של אשתו כיון שלא הספיקה לגבות' ה"ל ראוי ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק:

ומעשה אירע במקומינו בא' שכתב לבנו ולכלתו שיתן להם מזונות ודירה סך קצוב ומת בנו אחר הנשואין ותובעת כלתו חלקה במזונות ודירה והיו בזה בעלי סברות לומר דפטור בזה דאנן סהדי שלא כתב לה מזונות ודירה אלא כ"ז שהיתה כלתו וראייה מנדונית חתנים באה"ע סי' נ"ב כשמתה בתו דקי"ל מספר אין מוציאין ממון נגד ר"ת שכתבו התוס' בשמו פ' נערה שנתפתתה דאנן סהדי שלא כתב לה אלא כדי שתתנה בתו מזה ה"נ כאן ולעד"נ דאין זה דומה לזה כלל והדין שלכנינו הוא מפורש במשנ' ר"פ הנושא דשנוי שם הנושא אשה ופסקה עמו לזון את בתה ה' שנים חייב לזונה אף שאשתו נתגרשה ממנו אפי' לאחר מיתתו חייבים היורשים לזונה ולא אמרי' שלא קיבל עליו אלא כ"ז שתהיה בת אשתו ולא עוד אלא אפי' כ' בשטר בהדיא בל' שאני חייב לזון בת אשתו אין לו אח"כ טענה מדכתב בת אשתו ש"מ כ"ז שאת אשתי דוקא דאל"כ אמאי אמרי' בסיפא שם הפקחים היו כותבין כ"ז שאת עמי כו' ש"מ שאין מועיל פטור בזה אלא כתובת ל' זה דוקא אבל לא מהני מה שנזכר בת אשתו וה"נ בדין זה אע"פ שכ' בשטר שיתן להזוג אין לו' כ"ז שהזוג קיים דלא עדיף ל' זה מל' בת אשתי שזכרנו ותו דאין יפוי כח בל' זה טפי מאומר פו"פ בעלמא כמ"ש רשב"א סי' תתק"ע והוא אותו הדין שזכר רמ"א כאן ובא"ע סי' קי"ז בא' שקיבל עליו לזון שמעון ואשתו כו' דקאמר התם בא' שנתן לראובן מזונות אם ישא פלונית כו' ומתה האשה ורוצה הבעל לתבוע גם חלקה ופסק שם דהך קבלה שקיבל עליו לזון שמעון ואשתו ה"ל כשנים דעלמא וממילא היה לכל אחד חוב על הנותן ה"ל ראוי ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק וכו' וזה טעם הדין שהביא רמ"א כאן למדנו בבירור מזה דעכ"פ חייב לתת לו חלקו ולא מהני כאן אומדנא דהא לא קיבל עליו לזונו אלא אם ישא פלונית דוקא וא"ל מ"ט באמת לא הוה כאן כמו בנדוניית חתנים דלעיל דאין זה דומה לזה כלל דכאן נתברר החיוב שלו על כל אחד מהם בפני עצמו בשעה שכתב שיתן מזונות לשניהם וכן קיבל עליו לזון את בת אשתו וכיון שנעשה מעשה הנשואין נעשה החיוב חוב גמור משא"כ בנדוניית חתנים דהוה החיוב מדידה לדידיה שכותבין ודין נדוניא דהנעלת ליה (אמר המגיה קשה לי מההיא דכתבו התוספת פרק נערה שנתפתתה דר"ת מוקי לברייתא דת"כ ששנו בה ותם לריק כחכם זה

הפוסק לבתו ממון הרבה ומתה בתוך שבעת ימי המשתה הרי הפסיד בתו והפסיד ממונו דמיירי שהחתן מוחזק בה ואם כדברי הרב ז"ל טפי הוה ליה למימר דמיירי שלא כתב ל' זה שיבואו עמה מבית אביה אלא פסק סתם וכבר היה אפשר לדחוק ולומר דלישנא דבריית' משמע להו שכתב ל' זה מדתני' הפוסק לבתו אלא שראיתי להרב מהרא"י בס"ס שכ"א דעדיפא מיניה דייק מהכא שאפי' אם זקף הנדוניא במלוה ולא הוזכר בשטר כלל שהוא ממון הנדוניא לא זכה בה הבעל דאזלינן בתר טעמא דאומדנא שלא כתב אלא ע"מ שתהנה בתו ומוכח לה מדמשני התוספת להההיא ברייתא דת"כ דמיירי כשהחתן מוחזק ולא מוקמי לה בזקפן עליו במלוה דהוי ניחא טפי דסתם פסיקא משמע שעדיין לא גבה ואי ס"ד דלישנא דהפוסק לבתו לא משמע אלא בכותב שיבואו עמה מבית אביה לבית בעלה ע"כ לא מוכח מידי א"ו דגם זקיפא במלוה על שם החתן דהיינו נדון מהרא"י מיקרי ג"כ פסיקא לבתו א"כ כ"ש כשכ' סתם שנותן נדוניא להזוג דזה ג"כ בכלל פסיקא לבתו וא"ל דהתם מיירי בשכתב בשעת פסיקא שיבואו עמה מבית אביה אף שאח"כ בשעת כניסה לחופה זקפן עליו במלוה לא מהני דבתר עיקר שעת פסיק' אזלינן שאף דשטרא אשתני גופיה לא אשתני דינא דהא לא הוזכר בדבריו ז"ל שום משמעות היאך היה כתיב בשטר תנאים הראשונים גם מדכתב וז"ל אבל בנ"ד דבטעם תליא מילתא לפי' ר"ת דלא זכה הבעל מכח אומדנא דדעתא דכל זמן שלא גבה אמרינן שלא זכה לו האב אלא על מנת שתהנה בתו משמע בבירור אע"פ שכתובים בכל ל' לא זכה בהן הבעל וא"כ טעמו של הרב בט"ז צ"ע וכן הרב רמ"א כתב באה"ע סי' כ"ב הפוסק מעות לבתו או לחתנו ועל זה מייתי פלוגתייהו דרש"י ור"ת משמע דאפילו בפוסק לחתנו נמי ס"ל לר"ת דלא זכה והיינו מטעם אומדנא כאמור ולא מטעם דקדוק הל' ואפשר הי' לקיים דברי הר"ב ז"ל מצד הענין לא מצד הלשון דדוקא בנדוניא הוא דאמרי' לא זכה הבעל בדברים הללו שאין עיקרן מתנ' לבעל אלא להבת והוא מקבל עליו אחריות מש"ה לא זכה בה כ"ז שלא הגיעו לידו לאפוקי מזונות וכיוצא שעיקרן מתנה ומיד שכונס זכה אלא שמדברי הרב מוהר"א מזרחי בראשונות סי' מ"ז נ' קצת דאין לחלק בזה שהרי כמה יגיעות יגע להחזיק החתן במתנות שכבר באו לידו ומטעם מוחזק ואפשר דלרווחא דמילתא נקיט התם מוחזק כדי לסתום פי החולקים כנרא' מתשובתו וגם הוא ז"ל גילה דעתו באותו התשו' לחלק בין מתנות לנדוניא מטעם האמור. אמנם לפי מה שכתב הרב רמ"א שם דאף באב הפוסק לבנו נמי אמדינן דעתיה שלא כתב אלא על מנת שיהנה בנו אם כן אין לחלק בהכי שהרי האב הכותב לבנו מתנה גמור' היא וזוכה בה מיד בכל מכל וכבר תפס עליו הרב בעל חלקת מחוקק שם ובספר בית שמואל לא תיקן כלום כי

מה שכתב דהרמ"א מסברא דנפשיה קאמר היא גופיה קשיא דלא דמי להדדי כי עוכלא לדנא והנלע"ד דמקום הגה' זו אח"ז בענין דתקנת ר"ת והקהלות ואיך שיהיה נלע"ד דינו של הרב בט"ז ז"ל אמת מתרי טעמי חדא דהפרש גדול יש בין נדוניא למזונות דבנדוניא יש שינוי בין שעת הכתיבה לשעת מיתת הבת דבשעת כתיבה לא זכה בגוף הנכסים שהרי הוא חייב באחריותן וגם אינו יכול למכרם משום שבח ב"א ובשעת מיתה הוא בא לירש את הכל בזה שייך למימר כיון שבשעה שהוא בא לזכות בנכסיה אינן ברשותו לא יזכה דאדעתי' דהכי לא כתבן האב לאפוקי במזונות ומתנות וכיוצא בהן שכבר משעת הכתיב' זכה בכל מכל מה"ת להפקיע ממנו בשעת מיתת האש' ממון שכבר זכה בו זכייה גמורה ואף שבנדונית האב לבנו לא שייך האי טעמא דלעיל מ"מ סברא גדולה ונכונה הוא לע"ד ועוד דמתני' ר"פ הנושא את האשה הויא סיעתן ועוד כיון דדינא דר"ת חידוש הוא אף בנדוניא גופא אמרינן הבו דלא לוסיף עלה ודוקא בנדוניא אמרו דלכל יש נדוניא דאמדינן דעת כל אדם שוה לאפוקי זה יצא מן הכלל להוסיף אמרי' בעין יפה נתן וגם הוא הפסד מרובה משא"כ במזונות ומתנות ובקל יש לחלק בדיני אומדנא כמ"ש התו' בכמה דוכתי הנה כי כן תבנא לדינא והדין דין אמת כמ"ש הרב בט"ז זלה"ה ע"כ הגהה) וכן ל' הברייתא שם בפרק נערה שנתפתת' כתב לה האב כסות וכלים שתביא עמה מבית אביה לבית בעלה בזה דוקא אמרי' אומדנא הוא דוקא שתהנה היא מזה כיון שעיקר הנתינ' תתיחס על שמה ובשביל זה מקבל הבעל נצ"ב שלה מה שא"כ בחיוב מזונות ודיר' שהאב נותן במתנה לזוג או כדי שישא פלונית כיון שנשא חל החיוב. שוב כשזכיתי ללמוד השמעת' דנדוניית חתנים עיינתי בסוגיא אליבא דר"ת שהעיקר לרבנן דר' נתן דס"ל דלא זכה החתן בנדוניא היינו מטעם שכתב האב פסיקתו שיבאו הנכסים עם בתו מבית אביה לבית בעלה מש"ה אף ע"פ שכנס' כל זמן שמחוסר מעשה דהיינו ההבאה מבית אביה לבית בעל' לא זכה וע"כ אזלי' בתר אומדנא דרבנן מדמי מחוסר זה המעש' להההיא מחוסר מעשה דר"א בן עזרי' התם שמחוסר כניסה לחופ' ורבי נתן מחלק בין מעש' דההבאה למעשה דכניס' נמצא לפי ההלכ' דקי"ל כרבנן דר' נתן דלא זכה החתן דוקא כשמחוסר דבר אחד ממה שהתנ' דהיינו הבאת הנכסים לרשות הבעל וע"כ לענין מזונות בת אשתו דשם לא מחוסר מידי אף דנתגרשה האם אח"כ מחוייב לזונה וזה ברור ואמת גמור וע"כ נר' שצריך לשלם חלק כלתו במזונות ודיר' לפי הדין:

(**סעיף ו' ועל התובע להביא ראיה**) ע' בסי' ר"ן ורפ"א דהוכחתי דיש בזה דעות חלוקות וע"ש להלכ':

(**שם דודאי נתן באופן המועיל**) ולפ"ז א"צ לחלק בין מקום שנושאין ונותנין בנכסים דאפילו במקום שנושאין כו' אמרי' דזיכה לו ע"י אחר זה מהני אפילו במטבע וזה כוונת הראב"ד בדברי רבינו הטור:

(**סעיף ח' אם אינו חב לאחרים**) משמע אם יש עליו חובות לאחרים ואינו בידו לשלם אינו נאמן לו' דעיקר החוב הוא של ראובן כיון שחב לב"ח ותמוה לי מאד דאף אם יאמר דעיקר החוב של לוי מ"מ לא ישתלמו בעלי חובות של לוי מזה השטר דהא השטר ביד ראובן ונהי דאין לו כח לגבות בלא כתיב' ומסירה מ"מ גם לוי לא יוכל לגבות כל שאין השטר בידי דאין שמעון חייב לשלם ללוי אף אם יתן לו לוי שובר כיון שהשטר ביד אחר כמ"ש בב"י סימן ס"ו מחוד"י ולפי גרסת הטור כאן ניחא שכתב שם הואיל ואינו חב לאחרים משמע שדבר ברור הוא שאינו חב לאחרים דאין בעלי חובות יכולים לגבות מזה כמ"ש וכ"ה הלשון בתשו' הרא"ש כמו בטור והמחבר לא דק כאן בהעתקות לשון זה שכתב אם אינו חב וכו' כאלו הוא מועיל אם הי' חייב וזה אינו ובסי' ס"ה סעיף י"ח תמצא פי' לזה בדברונו בס"ד:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה מצאתי בסה"ת שער ע"ד וכו' עד לגבי דידי' מהני כו'** ויש דוחים ראייה זו דודאי גם הרמב"ם מוד' דהיכא דהוא חוב כבר עליו כגון כאן שקיבל המוכר עליו אחריות פירות ושבח משא"כ היכא דמחייב' עצמו עוד בדבר שאינו קצוב בזה ס"ל להר"ב דאינו מהני ובזה יתיישב במה קושיות הראשונות שעליו):

(**ע"ש ומש"ר וא"א כתב בר"פ אע"פ וכו' עד ולי נרא' דאינם וכו'**) ול"נ דמטעם הי"מ שכתב הרא"ש דיש ענין זו לזו דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי אפילו אין לו והוא השגה על הרי"ף יותר מהשגת הראב"ד ודוק ע"כ:

סימן סא

(**בש"ע ס"ד כל המוציאו כו'**) בסמ"ע הקשה דהא אם כתב בפי' בלא הרשא' פשיטא דגובה בו בכל המקומות ולעד"נ הדברים כפשוטן דס"ל להמחבר כי היכא דס"ל להרא"ש בדינא דכל המוציאו וכו' אע"פ שמן הדין מועיל זה מ"מ במקום שנהגו שלא לגבות בטל הדין וה"ה בדין בלא הרשא' דאם יש מקום שנהגו שאפ"ה לא נגב' בלא הרשא' ודאי אזלי' בתרי':

(**שם ודוקא שהמוצא הי' ילוד כו'**) מזה נ"ל בא' שנתן ממרנ"י על עצמו בענין שלא חייב מן הדין רק שהתחייב עצמו בממרנ"י זאת ואח"כ הוציאו מי שלא נולד בשעת כתיבת

ממרנ"י אין יכול להוציא ממון עי"ז דלא אישתעבד מעיקרא לזה כי היכא דאמרי' הכא בשטר שכתוב בו כל המוציאו כו'

(**סעיף ו' אבל אם לא מצא כו'**) הסמ"ע מביא כאן ראי' דמהני באם כתב בפי' שידון בדיני עכו"ם כבר כתבתי סי' כ"ו דדברים תמוהים מאוד כתב בזה ומכאן אין ראי' דודאי כל שאין כאן איסור אם נמשין מדעת שניהם כגון שלא תשמטנו בשביעית ע"ז חל הקנין כל ששניהם מסכימים ע"ז בפירוש משא"כ בלילך לפני הדיינים עכו"ם שיש איסור אפי' אם שניהם מסכימים על זה בפירוש ודאי הקנין בטל בזה אפי' יש תנאי בפי':

(**סעיף ז'**) עד אלף זהו' נ"ל דוקא באופן זה שהוזכר עכ"פ סך היותר גדול דאם לא הוזכר סך כלל הוי דבר שאין לו קצבה ולא טריף לקוחות בשטר כזה דה"ל דבר שאין לו קצבה וכן כתב סמ"ע סי' ש"ך:

בטור סוף הסי' כתוב ולענין זה הוי עדות מעלי' כו' קשה דמשמע שיש עכ"פ חילוק ביניהם לענין חשבון במה שהוא רוצ' לעשות חשבון וא"כ יהא נאמן בזה במגו דאי בעי אמר משטה אני בך דהי' מועיל אם אומר כן כמ"ש לפני זה וי"ל דכיון שיש עדים שכבר עשו חשבון אנן סהדי שלא שיירו אז שום חשבון ממיל' הוי מגו במקום עדים ומ"ש הרא"ש שאינו מדריש בחשבון י"ל דלכאורה הא תפי מכחיש לא מהני מידי דהא יש עדים שעשו חשבון מה אית לי' למימר שמשט' בו הא כתב הטור דבר זה אח"כ וגם לא אמר משטה כו' ונראה דה"ק אלו הי' מכחיש היינו טוענים שלא להשביע כמ"ש סי' ל"ב ס"ז וכיון שאינו מכחיש אין אנו טוענים בשבילו וגם הוא עצמו אינו אומר כן:

(**סעיף ח' לוי נתן לי משכון**) פי' הסמ"ע נ"ל דחוק בזה וה"פ לוי נתן לי משכון שאמשכן אותו לצורכי וע"ז נתתי לו שטר אלא שבקש ממני שאכתוב לו השטר כאלו הוא שייך לראובן ועכשיו שהחזרתי לו משכונו החזיר השטר:

סימן סב

סעיף א' (**בש"ע**) אם ידוע שהיה לה ממו הסמ"ע הק' מסי' נ"ו דמשמע אפי' אין ידוע ומוקי לה דמירי במת' והוא תמוה מאד דלא הוזכר כאן מיתה ותו דמית' מאי עבדה הא בשעת כתיבה היה לה נאמנו' במגו וקושיא מעיקרא ליתא דאנן סהדי דכל מה שיש תחת יד אשה הוא של בעל' כפירו' רשב"ם פרק ח"ה דף נ"ב דאין להוציא ממון מחזקת האב וה"ה באשה ממון בעלה מש"ה לא מהני כאן מג' במקום עדים אבל בההיא דלעיל מיירי שהאשה אומרת זה הממון בא לידי מבעלי אלא שאני יודעת שבעלי היה בידו ממון מאחרים ואני רוצה לתת אותם למי ששייך ל' בזה מהני מגו ואף על גב דבא"ע סי'

פ"ו כתב דאינה נאמנת לומר משל פלוני היינו כשאומרת פלוני נתן לי זה החפץ דבזה ודאי משקרת משא"כ אם היא מודה שבעלה נתן לידה אלא שהוא של אחריה מהני מגו כולע"ד ברור:

(**שם**) אז צריכין האחים להביא ראיה מ"ש הסמ"ע בשם ר"י דבמטלטלים שהניחה האשה על היורש שלה להביא ראיה כיון שאין כאן שטר ק"ל מדברי המרדכי פרק ח"ה מייתי ת' מהר"מ על לאה אלמנת ראובן שניס' לשמעון והכניסה לו ספרים שהיו של ראובן בעלה הראשון ילא נשבעת על כתובתה ומתה ובא חנוך בן ראובן ותבע את שמעון ואומר שאמו לא נשבעת על כתובתה והספרים בחזקת ראובן אביו והשיב כיון שאלו היתה לאה קיימ' היתה נשבעת ומחזקת לעצמה ועכשיו שמעון בא מכחה מחזיק בלא שבועה ועל חנוך להביא ראיה ויליף לה מהא דאמר נן כאן ואם מת אותו שכתובין השטרות על שמו על האחין להביא ראיה רק במקרקע מוקמי' בחזקת מרא קמא שמע מינה דבמטלטלי דינם כשטר למהר"ם בזה וע"כ לומר דמהר"ם פליג אר"י א"כ אין להוציא ממון מן המוחזק דיכול לו' קים לי כמהר"ם ותו דהא מביא רמ"א בסמוך ודוקא בדבר שאינו ידוע שהיה של אחין כו' משמע דס"ל כמהר"ם דהא נתן כלל דבר שאין ידוע כנלע"ד:

(**בשם מהרש"ק בטור וכתב הרמב"ם דוקא באחין וכו'** עיין בב"י ונראה שט"ס הוא בספרים וכצ"ל כמ"ש הב"י עי' שם ע"כ):

סימן סד

בש"ע בהג"ה ואף על פי שאין לו מיגו לכאורה אין הכנה לדברים אלו דודאי כל שאין לו מיגו חייב להוציא מתחת ידו וכמ"ש בסמ"ע ונ"ל ליישב דברי רמ"א דהוא מפרש דברי הטור וש"ע בלא ידוע החוב דהא לא זכרו מזה כלום אלא כיון שתפס מחיים ואז היה לו מיגו דנאנסו כי לא ראו אותה שעה בידו ע"ב מהני אותה תפיסה גם עכשיו שאין לו מיגו כלל ע"כ יוכל לו' למשכון תפסתי' מחיים אבל להרשב"א לא מהני כיון שעכשיו אין לו מיגו ע"כ צריך דוקא בידוע החוב דהא לא מצי הרשב"א לאשכוחי האי מילתא דנאמן לומר למשכון תפסתים אלא בידוע החוב כו':

סימן סה

(**בש"ע ס"ב**) קודם שבא ליד אחר יפה פי' הסמ"ע דה"ק קודם שנולד לו להאחר ספק בשטר אבל אם לא נולד לו ספק לא איכפת לן במה שבא לידו וכן כתב הרשב"א להדיא

שם וז"ל דלא אמרו שיהא מונח אלא בנולד הספק להשליש עצמו וכו' ומ"ש המחבר בסמוך קודם שבא ליד היורש ה"נ לענין ספק קאי דעדיין אין היורש יודע מזה השטר ובת' רשב"א כתב בזה הל' ואפי' לקחו בבית יורשיו קודם שבא ליד היורש שאף שהוא ביד היורש כל שלא בא לידו הוה זה כמו שנפל לו שטר בחצר חבירו ומצאו קודם שבא ליד אחר שלא איתרע כלל עכ"ל ומו"ח ז"ל מגיה כאן ברשב"א בפני אחרים ומתוך כך פיר' דאף שהוא ביד היורש לית ריעותא עד שיתנהו ליד אחר ומתוך זה חולק על הסמ"ע ולעד"נ דברי הסמ"ע נכונים דהא בהדיא כתב רשב"א קידם שבא ליד היורש וכך פיר' המחבר בהדיא:

(**סעיף ג' אם שניהם רוצים כו'**) בטור כתב פי' אם יתפשרו כי' והסמ"ע פי' בזה ומתוך פירושו הוציא דין חדש דאפילו בשניהם רוצים צריך שבוע' והיא דחוק מאיד והנלע"ד בפי' הדבר הזה דהוקשה להטור כיון דלהרא"ש יש לזה השטר כל יפוי כח ויכול לטרוף לקוחות הא עכ"ל [ע"כ] כיון דמונח ביד שליש נכרע ממנו קצת ע"כ תי' דעיקר ההנחה ביד שליש היתה שיתפשרו מי יאמין לחבירו בשבועה כי האחד יכול להשביעו חבירו וע"כ סיים כ"ז שלא נתפשרו יהא מונח כלומר דלצורך זה היתה ביד שליש ובאמת אם הם מרוצים בלא שבועה ודאי אין כאן ריעות' ושפיר טריף לקוחות משא"כ בריעותא דנפילה דאין בידם לתקן הריעותא דנפילה כנל"ב:

(**סעי' ז וכן אם יש ללוה בני חורין**) הקשה רש"ל מ"ט לא חיישי' שמא יש לו ב"ח מאוחר שאלו ב"ח משועבדים לו ועכשיו שהחזירו השטר לזה יהיה הוא מוקדם כמו דחיישי' בסי' זה בסי"ד גבי שטר מתנה או מכר וכו' ותי' דהכא דאמר יחזיר לאו חזרה ממש קאמר אלא לגבות חובו מהיום קורעים השטר הא' וכשיבא ב"ח לטרוף ממנו שפיר טורף ומש"ל מיניה לא יחזיר ר"ל לענין משועבדים וכה"ג מחלק תלמוד' בפ"ק דב"מ גבי מתנה עכ"ל ואין ל' יחזיר סובל פירוש זה דהא גם בסה"ת שער נ"ב מדמה דין זה לשטר שאין בו קנין משמע דלגמרי יחזור וכ"כ הטור בת' הארוכה בסי' זה וז"ל אבל אם יש נכסים ללוה לא חיישי' לקנוניא עכ"ל ולעד"נ לתרץ קו' רש"ל דכיון דכל שטר יש לו קול מש"ה אמרי' דמסתמא אחר שנעשה שטר זה לא הרו' לו שום אדם דלאו כ"ע יודעים שלא נמסר השטר ליד המלוה ואת"ל שלוה משום אדם אחר בזה ודאי אותו מלוה סמך אמלתא אחריתי משא"כ בסי"ד החשש שמא אח"כ חזר ומכרו לאחר וחזר וקיבל עליו אחריות להעמיד השדה בידו ויש לו הרבה נכסים לשעבד ע"ז ועמ"ש בסעי' י"ד:

(**סעיף י"ג ובמקום שעידיו בחתומיו**) נראה דה"ק אם נודע שפעם אחד בא השחרור לידו קודם נפילה דכה"ג אמר בטור סי' ל"ט דעידיו בחתומיו זכין לו אז א"צ ראיה ודאי

אף אם (לא) בא לידו ביום הכתיבה מ"מ זכה למפרע דהכי איתא בהדיא בפ"ק דב"מ דף י"ט מדכתב הטור כאן שצריך להביא ראייה אימת מטא שחרור לידו ש"מ דלא ס"ל עדיו בחתומיו זכין לו ורבים דוחקים עצמן לבדות כאן חששא בענין שגם למ"ד עידיו בחתומיו וכו' צריך להביא ראיה ובתלמוד מפורש דאינו כן דבפ"ק דב"מ מוכח דלאביי אין שום חשש אם החייב מודה וכבר כתבתי מזה סי' מ"ג:

(**סעיף י"ח המוצא שובר כו'**) קשה כי מלוה מודה אמאי יחזיר ניחוש שמא כתבו ליתן בניסן ולא נתנו עד תשרי ובימים שבנתיים גבה מלוה את חובו מהלוה קרקע ומכרה ואתי לוה עכשיו ומפיק לשובר דכתב בניסן למפקא להאי ארעא שלא כדין וכה"ג פריך תלמודא פ"ק דב"מ דף י"ט לענין גט שחרור וי"ל דה"נ לא מהדרינן שובר אלא שיהיה פטור מהמלוה אבל לא למטרף לקוחות וכמ"ש בגמרא אצל שחרור שזכרנו כי היכא דמחלק תלמודא שם בין גט לש"ח דגבי גט אתי לוקח ואומר הא דהחזירו הגט לך היינו כדי שתנשא בו ולא לטרוף לקוחות וה"נ בשטר שחרור הוה כן מטעם שיאמר הלוקח לא החזירו לך לגבות אלא לפוטרך מן רבך ה"נ כאן בשובר יאמר לא החזירו לך אלא כדי להפטר מהמלוה שלך אבל לא לגבות בו משום אדם ומ"ה ל"ק אמאי אמר סתם יחזיר כמו שהקשיתי בסעיף י"ז על רש"ל דהחזרה היא כאן לגופיה של דבר דלא לגבות בו מה שא"כ בשט"ח דאין מחזירין אותו אלא לגבות בו ודאי לא יבא הלוקח לב"ד כלל כיון שרואה שהחזירו לו למלוה השטר כדאמרינן התם בהדיא בגמרא אלא דק"ל כיון דמחלק התלמוד והפוסקים כאן ש"מ דבכל גווני מהני בזמן שהמלוה מודה ניחוש שמא חב לאחרים בהודאתו כמ"ש סימן מ"ז דהיינו שמא חב לב"ח שלו ואין לו לשלם רק מהאי שטרא דכתב שובר על מקצתו והאי שטרא איתחזק בב"ד ולא מהני אם היה רוצה עכשיו ליתן לו שובר ע"כ אמר ששובר זה שזמנו מוקדם הוא של הלוה ובזה מפקיע את הלוה מב"ח שלו שלא כדין שמא באמת מיד מלוה נפל וי"ל דאין כאן חב לאחרי' דאפילו אם לא יודע [יודה] המלוה עכשיו לא יוכל ב"ח דמלוה לטרוף מן (המלוה) [הלוה] דהלוה צועק שמידו נפל וכיוצא פרשתי בסימן מ"ח [מ"ז] בחילוק הנוסחא שבין דברי הטור והמחבר בל' אם אינו חב לאחרי' ע"ש:

(**שם ואם הוא מקוים כשר**) משמע דבחדא סגי או שהוא מקוים או שנמצאו השטרות בין הקרועין וקשה דבסימן מ"ט ס"ח [ס"ט] כתבו הטור והמחבר גבי ב' יב"ש דבעי' שיהא השובר מקיים וגם השטרות מונחים בין הקרועים ונלע"ד דשם בעינן דוקא תרוייהו דהתם בעינן למפסל ב' שטרות שיש לו ללוה על ב' יב"ש והפסול ברור שם כל כך דאנן מחזקינן להשטרות בחזקת ודאי פרועים ולא מספק ונ"מ דאפי' אי תפס מן יב"ש א'

ויאמר כיון שאני מוחזק יכילנא למימר אתה הוא שלא פרעתני והשובר כתבתי על יב"ש האחר אנן מוציאין מידו דהא אנן סהדי שפרועים הם ולזה לא היה מועיל מה שהשובר מקוים אלא הטעם הב' מועיל לזה דהיינו מה שהונחו השטרות בין הקרועים וזה הוכחה ששניהם פרועים ובהא לחוד לא סגי כשאין השובר מקוים דיש לנו לומר כיון שיש לנו פנים לבטל השטרות שניהם מטעם ששניהם מונחים בין הקרועין והא' ודאי פרוע דהא יש שובר אחד ביד המלוה ממילא נאמר דגם הב' פרוע אע"פ שאין עליו שובר ויש פנים להפך דהא עכ"פ א' מהם אינו פרוע כיון שאין עליו שובר ואע"פ שמונחים בין הקרועים דזה אינו מזיק כשאין שובר ביד המלוה ממילא נאמר דגם הב' שיש עליו שובר אינו פרוע גם כן דהא האי גברא מניח גם שטרו' טובים בין הקרועים וע"כ ראוי לומר דהשובר חספא בעלמא הוא כדאמרינן בגמ' שובר שיוצא מתחת יד המלוה אינו אלא כמשחק בעלמא ואינו פוסל השטר אלא בצירוף שהשטר מונח בין הקרועים וכאן אין פוסל הצירוף בזה דהא חזינן שזה האיש אינו מקפיד ומניח גם השטרות כשרים בין הקרועים ואם כן מספיקא לית לן למפסל הני תרי שטרי שביד המלוה מש"ה בעי' שיה' השובר מקוים וא"כ אינו כחספא ויש לנו הוכחה ששטר אחד מהם פרוע וע"כ הניחו בין הקרועים וה"ה השני כי יגיד עליו ריעו זהו הטעם דבעי' בסי' מ"ט תרתי טעמי אבל הכא במלוה א' פשיטא דבחדא מהני או במקוים השובר או בנמצא השטרות בין הקרועים בכל א' מהם מהני השובר שנמצא ביד המלוה כנלע"ד נכון אחר העיון וראיתי רבים שגו בזה ומ"ש הוא ברור:

(**סעיף י"ט ואם אינו מקוים כו'**) זה קאי אאין השטר ביד השליש רק השובר לחוד והקשה ב"י כיון דנתקיים למה לי לנאמנו' השליש ולא דק דדוקא כשבא לפנינו במקום אז אמרינן ודאי הלוה פרעו והפקידו למלוה מה שא"כ כאן דעכשיו אנו אומרים לקיימו ואלו היה ביד המלו' לא הוי כלום דאמרינן שהכינו ליתן אבל השליש נאמן במה שאמר פרוע הוא השטר ואם לא היה השליש אומר כלום אלא מראה שובר שאינו מקוים לחוד לב"ד היינו אומרים מדהשלישו ודאי יש ביניהם איזה חילוק ואף על גב דבסי' זה כתב הטור בשטר המופקד לית ביה ריעותא שאני נפקד משליש דודאי היה חילוק ביניהם עד כי היו מוכרחים לשלש אותו ומטעם זה כתב בסמוך בסעיף זה אפילו שהחייב מודה כו' דחיישי' לקנוניא כיון שעכ"פ אנו יודעים שבדרך שלישות בא לידו של זה ודאי היה להם חילוק באותו פעם משא"כ באפשר לומר דרך פקדון הפקידו המלו' לחוד לא מחזיקין בזה ריעותא כנ"ל דעת הטור ומו"ח ז"ל חילק בין מת או הלך למ"ה והנלע"ד כתבתי

(**סעיף כ' בין מלפניו בין מלאחריו**) נ"ל פירושו בין שכתב הפרעון בפני השטר דהיינו בין השיטות ובין מלאחריו היינו מצד השני נגד הכתב שמעבר לדף ואפילו במקצתו פי' בגליון השטר בכל גווני מחזקינן בפרוע ולא אמרי' כאן שהמלוה הכין לזה בשביל הלוה דדוקא בכתוב על נייר אחר שייך לומר כן מטעם שמא יתבע ממנו בין השמשות ולא יהיה השטר אצלו כדאיתא בגמרא ספ"ק דב"מ ע"כ הכין ליתן לו שובר משא"כ בכיתב על גוף השטר ובסמ"ע כתב באם כ' הפרעון במקום שיוכל לחתוך אותו לאו כלום הוא ודברי' תמוהים כתב הא איתא ספ"ק דב"מ שובר היוצא אחר חיתום שטרות כשר ושם ודאי יוכל לחתוך ויצא לו לסמ"ע הוכחה זו מן לשון המחבר בסעיף כ"א ראובן נפטר וכו' הא אפילו חי הוה כן ועל כן חילק הסמ"ע בין יתמי למלוה עצמו בדין אם היה יכול לחתוך והוא דבר תמוה מאד שאין לזה שורש בגמרא ולא בפוסקים ואין הוכחה מל' סעיף כ"א ממ"ש ראובן נפטר וכו' דקמשמע לן שם דאף בשטרי דיתמי אנו מקלקלין שטר שלהם ולא אמרינן שאביהם כתב כן שלא להשביע עצמו כמו דאמרינן בסעיף כ"ב בחציו לפלוני קמ"ל דבלשון זה שכותב שהשטר פרוע לא אמרינן כן אפילו ביתמי וכמ"ש הטור בשם הרא"ש לחלק בין הלשונות כנ"ל פשוט וכן מעשים בכל יום בינינו שאנו כותבין קבלתי בשטרות וממרנו"ת אפי' במקום שיוכל לחתוך ודברי הסמ"ע תמוהין בזה

(**סעיף כ"א באחד משטרותיו מכתב ידו**) נ"ל הא דנקיט כתב ידו הוא לרבותא דלא מבעיא אם הוא כתב אחר או כתב הלוה פשיטא דאזלינן בתריה אלא אפילו כתב יד מלוה דאפשר כתבו דרך הכנה ליתן ללוה אי בשביל שלא להשביע קמ"ל דכל זה אינו אלא הוה פרוע ומוחז"ל כתב דאם הוא כתב אחר לא אזלינן בתריה ודבריו תמוהי' לע"ד אלא דכל שנתקלקל השטר באיזה אופן שיהיה הוה השטר פרוע:

(**בטור ס"ח והרמ"ה כתב כו**') הב"י הניח דברים אלו בצ"ע וראיתי רבים מפרשים זה בכה וזה בכה ואענה חלקי גם אני בס"ד דפליגי בזה בפי' המתני' דתנן מצא תכריך של שטרות יכריז דמסיק בגמ' דמכריז שטרות מצאתי והבעל אבידה ואמר המנין וס"ל להרא"ש ורבינו דמ"ה תנן שיהיו שטרות כרוכים כי היכא שיוכל הלה ליתן סימכין במנין דאי לא כרוכים שתא לא נפל אהדדי ומתייאש מש"ה כתב רבינו יכריז שטרות מצאתי למי שיאמר מנינם כו' וגילה לנו שהכריכה הוא העיקר חיוב הכרזה משא"כ בדברי הרמ"ה דלא הוזכרו הכריכה רק לסימן וכמו שיתבאר והנלע"ד בפי' דברי הרמ"ה הוא בדרך זה שהוקשה לו במה דאמרו בברייתא תכריך של שטרות ג' שטרות כרוכין זה אצל זה ופרכי' מאי מכריז המוצא מנין א"ה תרי נמי ומשני מכריז סתם ומפרש הרמ"ה דבעל אבידה

צריך שיאמר המנין וגם הכריכה והוקשה לו למה באמת שנה התנא ג' שטרות הלא סגי בב' כדפריך המקשן וה"ה בג' למה צריך בעל אבידה לומר סי' המנין ותי' דמתני' מיירי בחד לוה ומלוה וע"כ כשישנן ג' צריך שידע גם המנין דהנך תרי שטרי דחד לוה ומלו' אינון וא"כ שניהם יודעים בסימנים הן במנין הן בכריכות ודוחה לזה מ"ש בס"ו נקב יש בצד אות פלונית וכו' אלא דכאן יש סברא לומר להחזיר למי שאמר הסימן כיון שהב' ידע ולא בא עז"א אפשר דא' מכיר בדריכתן והר' אינו שם על לבו האיך היו כרוכים ע"כ לא בא וגם סי' המנין אפשר שאינו יודע כי הוא חושב שנאבדו ממנו במפוזר וכמ"ש בסמוך בשם הרא"ש אלא דהרא"ש ס"ל דמשום הכי הוא מתייאש מן האבידה ולדעת הרמ"ה עכ"פ לא נתייאש עדיין אלא שלא רצה לבא עדיין בשביל סי' זה ע"כ מצריכו שיאמר איתו שלפנינו סימן המנין וגם הכריכה ועי"ז יודע שעכ"פ מתחילה היו כן אלא שעיקר החשש שמא הוא נתנם כן ומן האחר נפלו בזה אמרי' כיון שעכ"פ היו מקובצים במקום א' ומונחים בכונה ביחד לא דרך מקרה ודבר זה ידוע לכל א' מהם שקבלום בקיבוץ אחד אף שאינו יודע עיקר הכריכה היאך היתה מ"מ יודע שהן מקובצים ביחד וא"כ היה לו לבא ולהגיד סי' דמנין משא"כ אם זה אינו אומר אלא הי' המנין אנו אומרים שמפוזרים היו וע"כ לא בא השני וא"ל למה הוצרך ליתן סימן הכריכה הלא די לומר שהיו מקובצים אף על פי שאינו יודע היאך היה השינוי די"ל דבר זה אומר מסברא לכך צריך שיאמר סימן הכריכה ולא סגי במקובצים לחוד וגם אם אומר זה סימן כריכות ולא אמר מנין אנו אומרים שמא על ב' מהם אומר שכרוכין היו והשאר מפוזרים ואף שעכשיו הם כולם כרוכים שמא בנתיים נעשה כרך א' נמצא שגם בזה שייך לומר שהב' לא רצה לבא כי הכריכות אינו שם על לב ומנין אין כאן ע"כ צריך שיאמר זה שני סי' המנין וכריכה ואם תאמר אכתי אמאי נותנין לזה ניחוש שמא האחר לא בא כי היה יודע שלא יחזירו לו בשביל סימן אחד י"ל דמ"מ היה לו לבא דשמא השני לא ידע כלל שום סימן ויהיה לו תועלת מזה שיתן לו:

(והמשך דברי הרמ"ה בקצרה נ"ל כן דאע"פ דבעלמא סגי בא' או במנין או בכרוכים והכא בעינן דוקא מנין עם כריכה או קשירה וא"כ צריך שיהא דוקא ג' יחד דאי לא הוה כאן מנין דהיינו שאין כאן אלא תרי איו להחזיר בשביל הסי' דכריכה או קשירה דמיירי בחד לוה ומלוה וא"כ הנך תרי שטרי יש כאן חשש מאחר שמצד עצמו של הסימן שהוא נותן אין ראוי להחזיר לו כיון שכל אחד יודע סימן הכריכה או הקשר מאחר שהיה ביד כל א' אלא העיקר ההוכחה הוא מחמת שהא' בא לב"ד והב' לא בא וע"ז י"ל שמא הא' שבא נתן על לבו ענין הכריכה והב' לא נתן על לבו ע"כ לא בא לומר סימן הכריכה וא"ל

עכ"פ אם ישנן ג' שטרות דשייך מנין למה צריך זה שבא לומר המנין וגם הכריכה ואמאי לא די בכריכה לחוד מאחר שהב' לא בא לומר סימן המנין י"ל בזה דאימור לא היה בכרך א' ע"כ הוא חושב שמא לא נפלו ביחד ומה לו להגיד סי' המנין ואחשוב כשקרן שתא לא יהיה כך משא"כ אם זה שבא דמר סימן המנין עם סימן הכריכה הרי אנו רואין שעכ"פ היו בכרך א' והיה לו לבא ולהגיד וא"כ נהי שהב' אינו יודע האיך היתה הכריכה מ"מ יודע שהיה בכרך א' והיה לו לבא ולהגיד סימן המנין. בד"א שאין שניהם לפנינו אז אומרים בכל גוני שיש ספק בסימן לא בא הב' כי הוא חושב מה לי לילד' לב"ד בסי' שאינו ברור כיון שאינו רואה שום מתנגד לפניו אבל אם שניהם לפנינו ואנו אומרים תנו סי' וא' אומר סימן הכריכ' לחוד והב' לא אמר כלום אז לא צריך זה שיאמר הסימן לומר ג"כ המנין אע"פ שהם ג' שטרות דיש הוכחה לפנינו כיון שהב' רואה שיש מתנגד לפניו והב"ד יתנו לו השטרות היה לו לומר סימן כמנין אף שיהיה לו ספק אם היה בכרך א' או לא מ"מ גם ספק זי' היה לו לומר כדי שלא יתנו לזה הב"ד עכ"פ אלא ודאי שזה שאומר הסימן הוא ניהו שאבד השטרות ושפיר מהדרינן ליה כנ"ל ברור ונכון (אמר המגיה בביאור דברי הרמ"ה ז"ל המפרשים כ"כ האריכו מענית וביחוד הרב בש"ך ז"ל והרבה להשיב על הרא"ש ז"ל ואני בעניי הכינותי את לבי ליישב דברי רבינו רבן של ישראל ז"ל כי הדבר חובה על כל יודעי דת ודין ומצאתי שאין בהשגות הרב הש"ך ממש ואגבן אפרש דברי הרמ"ה ז"ל כפי מה שתעלה מצודתי היום ונלע"ד דההכרח שהזקיקו להרמ"ה ז"ל לפרש דהכא מיירי בחד לוה ומלוה מלבד מ"ש המפרשים ז"ל שהוא משום דחזינן דהוצרכו ב' סימנים דהיינו כריכה ומנין עוד נלע"ד הכרח גדול מזה והוא דק"ל ז"ל מהא דאמר רבא בא"מ סימנים ועדים ינתן לבעל העדים הנה אף את"ל דהיכא דאנן סהדי שמען זה היה של פ' ובא אחר ונתן בו סי' ינתן לאותו האחר כיון שזה לא בא הדברים מוכיחים שאינו שלו אלא שמכרו לזה הנותן סי' מ"מ היכא ששניהם באים ותובעים וזה שאנו יודעים בו שהיה שלו אינו נותן שום סימן עכ"ז ונתן לו דהיינו הא דרבא ממש הימנים ועדים ינתן לבעל העדים ופי' הרא"ש ז"ל ורפי' לא ראו הנפילה אלא שמעידים שהיה שלו ואפילו סימן מובהק לא מהני והיינו דקשיא ליה להרמ"ה ז"ל אי ס"ד דמתני' מיירי בג' לווין וג' מלוין היכא פסק ותני דמהדרי' בסימן גם שלשתן לאיש א' אף שהמלוים האחרים וגם הלוים אחרים צווחו כי כרוכיא כל א' אומ' שלי הוא שטרי ומידי נפל ואנן סהדי דכל שטר ושטר מהם הוא של אותו הלוה או המלו' שנכתב על שמם ואינו של זה הנותן בהם סי' אלא ע"כ בחד לוה ומלוה עסקינן ולהכי מהני סימנים והנה לפ"ד הש"ך קושית הב"י דא"כ גם המנין ידע במקומה עומדת ומ"ש הוא ז"ל כיון

דאמר כל הב' סי' תו לא חיישי' אינו אלא סברא חצונית דכיון דידע הכריכה מסתמא גם המנין יודע והנך תלתא כחד חשיבי כמ"ש הוא ס"ל בעצמו ועוד ק"ל קושיא כללית וגדולה היא אלי לפ"ד ז"ל סברא הפוכה אני רואה כאן דכשלא בא אלא הא' ונתן סי' א' בין מנין בין כריכה לא מהני אף דאיכא למימר השני אודויי אודי ליה דאי ס"ד מן אחר נפל היה לו לבא לפני ב"ד ולתבוע את שלו ומדלא בא ש"מ לאו ממנו נפל או שאין לו סימן כלל וכששנים לפנינו ותובעים והאחד יודע סימן הכריכה' אף שא"י המנין והשני א"י לא זה ולא זה נותנין להיודע אף דאל"מ הכריכ' לא שם על לבו והמנין נשכח ממנו כאשר נשכח בהכרח מהאומר הכריכה נמצא כח ממון שאין לו תובעים מרובה מכח ממון שיש לו תובעים ונמצא ספק מוציא מידי ודאי וזו ודאי פליאה נשגבה מה תאמר זה שהוא לפנינו בודאי לא ידע אבל כשאין לפנינו אלא א' מהן אמרי' שמא גם האחר יודע מה לנו ולידיעתו אטו בידיעי תליא מילתא בתביעה תליא מלתא וכיון שאינו בא ותובע ודאי לאו ממנו נפל ותו שכתב דבשניהם לפנינו וא' אומר המנין והשני הכריכה נותנין להאומר המנין וא"כ תמיה גדולה כשאין לפנינו אלא אחד וזה אומר המנין אמאי לא ינתן לו דלמאי ניחוש לה אי לשמא האחר יודע שני הסימנים או המנין לחוד א"כ היה לו לבא כיון שהוא יודע שבסימן המנין לחוד נותנין וכל שכן אם זה שלפנינו הוא המלוה ע"כ היה לו להאחר שהוא הלו' לבא ממ"נ אם גם המלו' ידע סי' המנין א"כ יהא מונח עד שיבא אליהו ונמצא משתכר בהליכתו וכל שכן אם המלוה לא ידע אלא סי' הכריכה דיתנו לזה הלוה וא"כ ה"ל לבא האי אמרת שמא אותו האחר א"י אלא סי' הכריכ' ולכן לא בא א"כ פשיטא שיש לנו ליתן לזה האומר סי' המנין דלא יהא אלא האחר לפנינו וצועק ככרוכיא בסי' הכריכה אין משגיחין בו מכ"ש כשאין לפנינו ואינו תובע כלום ואלו דברי' שהדעת מחייבן והשכל גוזר עליהן והנרא' לע"ד נכון בדברי הרמ"ה הוא דק"ל אמאי לא מכריזין בתרי שטרי נמי ויתן סי' בכריכה וכמ"ש הרב בב"ח ואחריו נמשכו הט"ז והש"ך וכן בג' אמאי לא מכריזין הכריכה ותיסגי במנין לסי' או איפכא דהא בחד סי' סגי ועל זה קאמר בעי' מנין עם כריכה או קשירה שיהיו שניהם נעלמים דכיון דהנך שטרי דחד לוה ומלוה אינון אתי לידי תקלה אם תכריז המנין או הכריכה שהרי אתה קורא לרמאי והוא בא שבהזכירך איזה מהשני סימנים בין המנין או הכריכה אתה מעורר את הרמאי דבשלמא אם תכריז סתם אין הרמאי שם על לב לבא לב"ד דמי יימר דהנך נאבדו אבל כשאתה מזכיר איזה מהב' סימנים הרמאי נזכר ובא ותובע את שאינו שלו ויש בזה ב' מיני תקלות קטנה וגדול' הא' בג' שטרות שיבאו שניהם שאינו רמאי והרמאי כי ע"כ צריך שידע גם הב' סי' המנין אלא שבחנם אתה מזקיקו להיות מונח עד

שיבא אליהו והשני' והיא הגדולה בב' שטרות דכשאתה מכריז סתם שערי דהיינו תרי הרמאי נזכר ורץ ובא ונותן סי' הכריכה הידוע לו ונוטלן ואוחז שהם שלו באמת אינו בא כלל כי אין לו סימן והרמ"ה הזכיר הגדולה והיא בב' שטרות שאם תכריז יבא אותו שאינו שלו ויתן סי' הכריכה ויקחם וא"כ אזדא לה קושית הב"י דאם יודע הכריכה גם המנין יודע דאה"נ דהיודע הכריכה יודע המנין בהכרת אלא דאנן הכי קאמרי' אם תכריז כריכה אתה מעורר לרמאי לבא לב"ד וכן בב' שטרות אם תכריז מנין לאפוקי אם תכריע סתם והיינו דקאמר וה"מ שאין שניהם לפנינו רצה לומר בשעת הכרזה שאין שום אחד מהם לפנינו אלא המוצא בא להכריז אז צריך שיהיו שני הסימנים נעלמים אבל אם הם לפנינו רצה לומר שניהם או אחד מהם דין אחד להם דנותנין לזה הבא ונותן סימן בין שהוא סי' המנין או הכריכה כיון שהשני לא בא או בא ולא נתן סי' וחד מכללא דאידך נפקא מק"ו דכתיבנא וקרובין דברי אלה להיות כדברי הרב בב"ח והמעיין יבחין מאי בינייהו אמנם מ"ש הרב בב"ח דבתרי לווין וב' מלווין נותנין כאומר סימן דכריכה כו' אינו מוכרח לפי מה שכתבנו אדרבה הוכחנו שאין משגיחין בסימנים אם שכנגדו עומד וצווח שלי הוא ואנן סהדי דהאחד לא היה של זה הנותן סימן שהרי לא נכתב על שמו:

(**ומעתה אשיבה**) ידי על ההשגות שהשיג הש"ך על הרא"ש ז"ל אחת לאחת וז"ל ומה שכתב הרא"ש שערי מכריז והלה נותן סי' במנין כו' תמוה מכח מ"ש דבמתני' מוכח דעיקר אתא לאשמועי' דכריכה הוי סי' עכ"ל והוכחותיו כתיבות למעלה וז"ל דמקתני' במתני' כריכה משמע דעיקר רבותא דתנא לאשמועי' דסי' דכריכה לחוד מהני כו' דא"כ למה לי' למיתני כריכה כלל עכ"ל גם בעיני יפלא כי לע"ד אין כאן השגה ולא הכרח כלל דודאי איצטרך למיתני כריכה דאלת"ה לא היה צריך להכריז כמ"ש הרא"ש בהדיא שמא לא נפל אהדדי ומתייאש ודוקא בקשרי אמיץ שאינו נוח להפרד כמ"ש הטור ז"ל ומ"ש עוד מדקתני תכריך כו' ברישא אין זו ראיה כלל ולא מ"ש אח"כ הכי הל"ל תכריך או אגודה של שלשה שטרות דאדרבא מהכא סייעתא לדעת הרא"ש ז"ל דאי תנא הכי הו"א דבעי' תרי סימנים סימן הכריכה וסימן המנין להכי פלגינהו בתרתי בבי לאגמורין דלא ראי זה כראי זה דהמנין משום סימן והכריכה כדי שיוכל ליתן סי' ולא יתיאש והקדים הכריכה כדרך הסיבה הקודמ' למסובב שהכריכה סיבה לשיועיל סימן המנין להכריז והמנין הוא התכלית הבא באחרונה שמכחו הוא זוכה בשטרות ומ"ש עוד ומדפריך ש"מ קשר הוי סי' כו' ואי במתני' קשירה לחוד לא הוי סי' כו' איפכא איכא למידק דקשירה לא הוי סי' כו' ממילא נפל דודאי המקשה סליק אדעתיה מדפלגינהו בתרתי בבי דכל אחד מהם בפני עצמו הוי סי' ודייק מרישא ש"מ קשר הוי סימן אבל דברי הרא"ש לפי

המסקנא הם כמו שיבא בסתירה ומ"ש עוד וז"ל ועוד קשה על הרא"ש כו' מספקא ליה לש"ס אי מנין הוי סי' וכמ"ש התוספות כו' אמאי לא מוכיח מהכא עד כאן לשונו תמהתי על פה קדוש יאמר דבר כזה וראו עיניו ז"ל חצי הדבור הראשון ולא חצי האחרון שכתבו התוספת דמצי למידחי דמנין וחרוזות הוי סי' ה"נ הוי מצי למידחיה דכריכה ומנין הוה סי' ומה ענין שמיטה אצל הר סיני הלא דברי הרא"ש אמורים לפי האמת דקיי"ל מנין הוי סי' אבל ממתני' לחוד אין ראיה דאיכא למידחי דתרתי בעינן ובזה נדחה מאליו מה דכתב אח"כ דלפירוש הרא"ש קשה דהול"ל תכריך מכריז דאכתי לא ידעינן דבמנין לחוד סגי ואף לפי האמת דס"ל מנין לחוד סגי נמי לא קשה מידי דאין לנו להרבות בסימנים בשעת ההכרזה דזימנין דאיכא רמאי. ובשם החפץ גופיה פליגי ר"י ור"נ אי מכריזין גלימא או אבידתא סתם אבל כ"ע מודים דאין מכריזין שום סימן ובהודעת החפץ לחוד סגי וכל זה ברור כשמש בחצי השמים עטרה להרא"ש וקילורית לעינים ע"כ הגה"ה):

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה**) כתב הרא"ש בתשובות כלל ע"ז וכו' עד ה"מ דליתא וכו' ודברים אלו צ"ע דהא מסיק התם דוקא כשחייב מודה דחיישי' לפריעה בת יומא ואם כן אפילו ליתא קמן חיישינן ועיין בסמ"ע (ע"כ):

סימן סו

(**סעיף א**') מיהו יכול לתפוס הנייר כו' משמע מדבריו דלא כב"י שכתב כאן דמ"ש הטור בסימן ט"ו דהלוקח משתמש בנייר הוא חולק על מ"ש כאן בשם הרמב"ן שלא קנה אפילו הנייר כו' אלא גם הרמב"ן מוד' דיכול להשתמש ביה עד שיחזיר לו דמי הנייר ואז חייב להחזירו כיון דלא קנאו כדין מקח:

(**שם ולכל מי שמוציאו כו**') הוקשה לסמ"ע למה לא זכר כאן רמ"א שבא מחמתו של ראשון כמ"ש בסי' נ' וע"כ פי' דהכא מיירי שיש עדי' דהלוקח מסרו [מכרו] ליה והו' תמוה מאד דכיון שהשטר הזה נקנה בחליפין ודאי דינו כשאר מטלטלין דמי שהם תחת ידו נאמן לומר שקנאום וגם כאן מיירי בבא מחמת הראשון והרמ"א לא הוצרך להביא כאן מ"ש בסי' נ' דשם עיקר:

(**סעיף י' אבל לא יכול להקנות**) כתב הסמ"ע משא"כ בשאר דברים שיכול להקנו' כמ"ש סי' ל"ז כבודו במקומו מונח דשגג בזה דודאי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואע"ג דבכותב לו' למלו' דאיקני משעבד מה שעתיד לקנות שאני שעבוד בעלמא אבל לא קנין גמור והיא דעת התוספת וסמ"ע עצמו הביא' רס"ס וכאן מיירי בקנין אין חילוק בין שטרות לשאר דברים והא דנקיט שטרות הוא לרבותא דאע"פ שכבר נעש' הקנין ע"ז ויש

לו זכות מ"מ אינו יכול להקנות כל זמן שעדיין לא נכתב השטר וכמדומ' שלא עיין שם בריב"ש עצמו בזה שכן הוא בהדיא שם כמ"ש.

(**סעיף י"א טען לוי שלא מכר כו'**) הפי' הפשוט כפי מ"ש סמ"ע בתחל' שלוי אומר לראובן באמת נפרעתי משמעון ואפ"ה אין לי ליתן לך כלום כי לא מכרתי לך כלל נשבע לוי היסת ע"ז ומ"ש סמ"ע דקש' ע"ז למה נשבע לוי הא המע"ה הוא בלתי מובן דמ"מ צריך היסת.

(**שם וי"א שגם לעניין קנייתו וכו'**) א"ל יהא נאמן במגו דלהד"מ וכמ"ש בסי' ס"ד שאם אין עדים ודאי דמהימן במגו דלהד"ם או נאנסו דגם כאן מיירי בראו אצלו השטרות סמוך שבאו לב"ד אבל עדי' א"צ כאן דדוקא אם טוען למשכון תפסתי דלזה א"צ כתיב' ומסירה כמ"ש בסי' ס"ד צריך עדות שהפקידו אצלו וראה משא"כ כאן שטוען לקחתי ממך דאין קנין כלל בלא כתיב' ומסירה א"צ כאן אלא ראה וא"ל יהא נאמן לומר לקחתי במגו דמשכון הם בידי דטפי ניחא ליה לומר לקוח כדי שלא יוכל הלוה לשלם למלוה כנ"ל:

(**סעיף י"ז ויש מי שאומר כו'**) הסמ"ע מביא דמה שהצריך הרא"ש והטור שידע המוכר היינו לפטיר הלו' דוקא אבל לגבי לוקח שקיבל מן הלו' לא בעי' שידע המוכר וישתוק דבלא זה פטור הלוקח שקבל מן הלו' והם דברי ת"ה ולא עמדתי על דעתו דהא ילפי' לה מפירות דקל שלא באו לעולם ושם אי לא ידע ומחל מפקינן להו מן הלוקח וה"נ אף שיאמר לו הלוקח שהמוכר אמר לו בעל פה קני לך כו' לא מהני כ"ז שאין לו כתיב' ומסיר' כמ"ש ר"ס זה ותו דאם כן דלגבי הלוקח מהני תפיס' אף הלוה יהי' פטור כמ"ש הטור והמחב' בהדיא בתחלת סימן זה שאף שאין המכר כלום מכל מקום אי תפיס הלוקח כו' ש"מ דמש"ה גם הלו' פטור וכ"ת דזה דוקא לדעת החולק על הרא"ש כמשמעות דברי המחבר שכתב אחר כך דעת הרא"ש בשם יש מי שאומר כו' הא ליתא דהא רבינו הטור כתב אחר זה וכתב א"א הרא"ש ז"ל וכו' דמשמע דגם הרא"ש ס"ל הא דלעיל ותו דכבר כתב הטור בהדיא וז"ל והלוקח צריך להחזיר וכמדומ' שבעל תרומת הדשן הוכחתו מדסתם הרא"ש בזה חוזר וגוב' מב"ח ולא כתב מהלוקח ואי משום הא לא אריא דדוק מרישא איפכא דקאי הרא"ש בהדיא על דין המוכר עם הלוקח וע"ז כתב דודאי כשידע כו' ע"ש אלא נלע"ד הא דנקט בסיפא חוזר וגוב' מב"ח הוא לרבותא דסד"א שיכול לומר נתתי הממון למי ששטר בידו וסברתי שלו הוא כדין קמ"ל דצריך שירא' לו דוקא כתיבה ומסירה כנלע"ד ואף שאני איני כדאי להכריע על מהרא"י בת"ה מ"מ כתבתי דעתי דבלאו הכי אין לפסוק ולהוציא אפילו מן הלו' אפילו בלא ידע המוכר כיון שדעה אחת אינו סוברת כן וכל שאין הלכ' מכרעת אין להוציא ממון וכל מי שיסבור

לפסוק כדעת יש מי שאומר כו' יפסוק אפילו בלוקח בעינן שידע המוכר כו' ובלא"ה יחזיק הלוקח מעות שקיבל מהלו' שלא כדין כנלע"ד:

(**סעיף כ"א ולא חיישי' לחשדא כג**') תיקן בזה הטור והמחבר ג' קושיות הא' מ"ש בסעיף כ"ב שכתב אח"כ ששמעון נוגע בעדות הוא וה"נ נימא הכי והב' מאי מהני עד הב' הא אין כאן אלא עד א' כשר וע"ז תי' דכאן אין פסול מן הדין כיון שהיו החתימות בהכשר והעדים החתומים כנחקר' עדותן דמי רק משום חשד הי' לנו להחמיר כדאי' ביבמות בפ' כיצד חכם שאסר אשה על בעלה לא ישאנה מפני החשד מש"ה כתב דכאן אין חשד כיון שיש עוד עד כשר לאפוקי בסעיף כ"ב יש פסול מן הדין בשעת החתימות שחתם שמעון להנאתו אז אין מועיל העד השני

(**סעיף כו בהג"ה לא היה חייב ללוקח**) דאלו הי' חייב כבר שום חוב ממילא משועבד לו זה השטר מדר"נ ואין בידו למחול ממה ששייך לאחרים בב"י כתב דמדברי הרא"ש בת' כלל ס"ח דין ג' אפשר למשמע דהמוכר שט"ח לחבירו אם אין לו נכסים לפרוע ממנו אין יכול למחול עכ"ל ולא דק דהרא"ש מירי שם בנתחייב ללוקח כבר שום חוב וכמ"ש רמ"א כאן אבל אם לא חייב לו ממקום אחר כבר פשיטא שיכול למחול אע"פ שאין לו נכסים לשלם ההיזק ללוקח ואגב שיטפי' דהרב לא דק בזה:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה**) ואם כתב לו שטר מכירה וכו' עד ס"ה הכי נקטינן. ובס' בנ"ש חולק אהכרע' זאת והביא דעות הפוסקים דלא כהר"א ע"ש:

(**ע"ש ואם מת כתב הר' יהוד' וכו' עד דהתם על שמא הוא וכו**') י"ל דהתם שבועת הלוקח הוא על טענת שמא דהבעל אם הושיב' חנונית שלא גנב' כלום לכן יכול הלוקח להוציא בשבועתו אבל על טענת ברי דהלוה לא מצינו שיהי' הלוקח נשבע שלא נפרע המוכר אלא המוכר בעצמו או יורשיו נשבעים שלא פקדנו ולא הלוקח ודו"ק:

(**בטור עא"ע דאפילו למאן דבעי כתיב' א"צ וכו**') ע' בר"ן פ' הכותב שהביאו מהא דדייקינן בפ' ג"פ דב' יב"ש הדרין בעיר א' מוציאין ש"ח על אחרים ומפרשים דס"ל כרבא כו' הלכך לדידן דק"ל דאין אותיות לקנות במסירה ע"כ טעמא דמוציאין משום דיכול לטעון כתב קנין הי' לי ואבד וא"צ להביא ראיה עכ"ל מבואר דס"ל דגם נגד הלוה א"צ ראיה ולכך מוציאין על אחרים ודלא כרמב"ם ומ"ש ב"י דדעת הרא"ש כהר"י מגא"ש ליתא ודו"ק:

(**ע"ש עא"ע אבל רב אלפס כתב שכל שנקנ' וכו**') מה שיש לדקדק על דיעה זו מהגמ' דב"מ ד"כ ע"ב בתירוץ אביי בששטר כתובה יוצא מתחת ידו תמצא בבעה"ת שער נ"א סי' ג' ע"ב ע"ש:

(**ע"ש עא"ע אבל צריך עדים לענין התביעה וכו**') ויש לדקדק א"כ היכי קאמר בגמ' דב"ב דתנא ברא ומתני' פליגי בפלוגת' דאביי ורבא ותנא דמתני' דסבר מוציאין ס"ל כרבא דא"צ להביא ראי' הרי רבא גופי' מודה לדעת הרמב"ם והמ"מ דנגד הלוה צריך להביא ראיה א"כ למה ס"ל מוציאין ואין הלוה יכול לדחות ובס' בנ"ש ישבו בדוחק דתנא ברא ודמתני' פליגי בלוה כי היכי דפליגי אביי ורבא נגד המוכר ע"ש עוד צ"ע מאי מייתי אביי ראיה שם מהא דא' מן האחין כו' עליו להביא ראיה דלמא הא דקתני עליו להביא ראיה הוא לגבי לוה וגם רבא מודה בהכי וה"ל לרבא לדחות הכי ואפשר דעדיפא משני ליה גם לדעת הר"י מגא"ש והר"ן הנ"ל הי' רבא יכול לדחות דהברייתי' דא' מאחין אתיא כמ"ד אין אותיות נקנות במסירה ואיהו ס"ל כמ"ד אותיות נקנות במסירה וק"ל ע"כ ממהרש"ק:

סימן סז

ס"ב וי"א באתרא דלא מסלקי כו'. הסמ"ע הבין דהי"א קאי אסיים לחוד ובזה מהני מניעת סילוק יום אחד אבל במשכנתא דרישא הוי מניעת הסילוק דוקא עד סוף זמנו וגם מדברי מהרמ"י משמע כן ואני תמה על שני המאורות הגדולים שלא נתנו לב לעיין במקורו של דברים ומאין להו לחלק בלא מסלקי בין משכנתא לסיים והעיקר בזה דהי"א הוא הרשב"א והוא כ' סימן תתקפ"א וז"ל עוד השיב דשביעית משמטת אפילו אפותיקי מפורש ודלא כרמב"ם דהא' בפרק א"נ לא אשכח דלא משמט אלא באתרא דלא מסלקי ומיהו כך זמן שאינו יכול לסלק אפי' יום א' אינו משמט עכ"ל הרי לך דפתח באפותיקי שהוא דינא דסיים שזכר המחבר וע"ז כתב הרשב"א לחלק בין מסלק או לא ומביא ראיה מפרק א"כ ושם איירי ממשכנתא וע"ז כתב ומיהו כו' דהיינו לפרש מהו נקרא מסלקי בגמרא ש"מ דחד דינא אית להו לרשב"א לסיי ולמשכנתא וכ"ה בהדיא בי"ד סי' קעג דהביא הטור מחלוקת הראב"ד ורא"ש בסילוק של השנה במשכנתא דלהראב"ד איקרי לא מסלקי ולהרא"ש מסלקי וכתב ב"י בשם הרשב"א דס"ל כראב"ד והיינו הך י"א דכאן וי"א זה הוא חולק בב' דברים דדיעה א' צירף המחבר' לדעת הרא"ש דלא מיקרי לא מסלקי עד סוף זמנו כמ"ש ולדעת הרמב"ם דבסיים הוה עדיף ממשכנתא כמ"ש הרמב"ם פ"ט דשמיטה דמסיים אינו משמט בכ"מ וע"ז חולק הי"א שהוא רשב"א בתרתי חדא בסיים יש חילוק בין סילק או לא ועוד שעיקר החילוק שבין מסלקו או לא מסלקו הוא אפילו בשביל יום א' והסמ"ע הקשה הדיוקא אהדדי בדיעה הא' דמתחלה כ' אם יוכל לסלקו בכל עת דוקא ואח"כ כתב באין יכול לסלקו עד סוף זמנו ומתוך כך דחק ליישב ולפי מה שכתבתי אין כאן קושיא כל עיקר דתחלה כתב המחבר במה דכ"ע לא פליגי

דהיינו במסלקי בכל עת ואח"כ כתב מפלוגתא דידהו בפי' איזה מיקרי דלא מסלקי דלהרא"ש הוי דוקא עד סוף זמנו ולרשב"א אפי' יום אחד כנלע"ד ברור:

(**סעיף כ"ב שאפי' שלא בפניו**) עמ"ש בי"ד סימן קס"ב סעיף ה' מה שהקשה על ההיא מזה:

(**סעיף ל"ו**) מוציאין שטר מן המלוה) והסמ"ע כתב דגופו של נייר הוא של מלוה תמוה הוא לע"ד דהא כתב רבינו בהדיא דגופו של נייר הוא של הלוה ולפי הנראה שלזה נתכוין שצריך להחזיר את הנייר ללוה ותו דלפ"ז דחשיב הנייר משכון למלוה נאמר דכל החוב אינו משמט לפי דעת הי"א בסעי' י"ב דאף היתר על המשכון אינו משמט וכתב בירו' אפי' מחט אלא נלע"ד דאין כאן שייכות משכון דמעיקרא לאו אדעתי' דהכי אוזפי' אלא לראייה נקטיה מש"ה לא חשיב למשכון אפי' נגד הנייר וראייה מפ' הזהב דף ע"ט לר' יהודה הנשיא דאפי' להך פלגא דהוה דמי המשכון נמי משמט ואמרי' שם דמשכון דנקט הוא לזכרון דברים בעלמא ואע"ג דלא קי"ל כר"י הנשיא מ"מ כאן מודים דלא נקטי' למשכון כלל וא"ל ממ"ש בא"ע סי' כ"א דהמקדש אשה בשטר שמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת א"כ ע"כ משכון הוא הא ל"ק דבודאי באותה שעה שיהיב לה שטר לשם קידושין דעתי' על הנייר למתפס לנייר וע"ז סמכא דעתי' דכ"ע ידעי שאין מקדשין במלוה משא"כ בשאר דוכתי כנעלפ"ד:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה וכן המלוה לזמן וכו' עד כלישנא קמא דשביעית משמט' וכו'**) אני בעניי לא הבינותי דברי ריב"ף ז"ל דאדרבא מדלא כתב הרי"ף דמתני' איירי במלוה על משכון או במוסר שטרותיו כדמוקי ללישנא קמא מוכח דס"ל כלישנא בתרא דאין שביעית משמטת' ולכך אומדין וכו' דאי הוה ס"ל דשביעית משמט א"כ מאי אומדין כולי בעי לשלומי כדפריך התם ומוקי לה במלוה על המשכון או במוסר כו' ולכך גם דברי ב"י הן תמוהין בעיני:

(**ע"ש אפי' אין ללוה כלל וכו' עד איתא בתוספתא חמשה וכו'**) נ"ל דאין כאן מקומו אלא מקומו לקמן בסעי' כ"ט ואין לו פה שום חיבור וק"ל ואפשר דמביא ראיה לערב של לוה קאמר דמשועבד למלוה ויכול לכתוב דה' שלוו יכול לכתוב מטעם דכולן ערבאין זל"ז וק"ל ונ"ל ע"כ):

סימן סח

(**ס"א בש"ע**) שטרי הודאות שפ' הודה וכו' יש נותנין טעם שבאלו יכול לומר דרך שחוק אמרתי כן בפני הערכי ואף שצוויתי שיכתוב בס' הערכי מ"מ הכל היה דרך שחוק ואין

לזה טעם דכל שהערכי כשר להעיד לו הוי כישראל ולפע"ד הטעם באלו דכל מה שיש חלוקי דינים ביניהם ודינינו אין ממש בעדותם דאפשר שהם כתבו שהודה שהוא חייב והוא בענין שאין בו ממש באותה הודאה לפי דינינו וכן במחילות אפשר שהם חשבו זה למחילה ובאמת אינו מחילה ולפ"ז אם כתב כבל' זה ממש אמר פ' לפ' נאמנים בכל ענין ואנו דנין על הדברים כאלו נדברו לפנינו ועפ"ז מתורץ מ"ש הטור והמחבר שטרי הודאה שפ' הודה בפנינו שהוא חייב לו שהוא מיותר לכאורה ובסמ"ע כתב דממעט אם הודה שנפרע וכו' ולע"ד נראה דהכוונה היתה דוקא אם אין כותבין ל' שאמר פ' לפ' אלא כותבין שהם מעידים שהודה פ' בזה אפשר שלא הודה באמת והם חשבוהו להודאה וכן במחילת ופשרות ולפ"ז אפי' אם כתב שהודה לו שנפרע לא מהני שאפשר שהם הבינו מכלל דבריו כן ואף שנמסרו בפני עדים ישראל ה"ל מזוייף מתוכו כיון דיודע שהם כותבין לפי ראות עיניהם וכמ"ש משא"כ בש"ח שכתוב בהן ענין נתינת המעות הם נאמנים ואפי' לזה ס"ל לרמב"ם בס"א שצריך שיהי' כתוב שראו נתינת המעות משום שחיישי' שמא טעו באיזה ענין שטי"ז חייב לו כנ"ל נכון לסברת רמב"ם:

(**בטור וכ"פ הרמ"ה וכו'**) צ"ל דלא כ"כ אלא לענין הפי' במ"ש בגמ' ערכאות דקאי על השופט המקיים החתימות אבל יש חילוק ביניהם דהא להרמב"ם צריך בירור על העדים ועל השופט שצריך שיהיה ידוע לנו מן נאמנות העדים ג"כ אבל להרמ"ה א"צ לזה אלא כשידע מן נאמנות השופט ידע ממילא מן נאמנות העדים דלא מקבלי סהדי אא"כ מוחזק להם והרא"ש הק' על שניהם דא"א לידע מן נאמנות העדים וא"כ קשה על הרמב"ם בענין ידיעתינו משניהם ועל הרמ"ה מידיעת הערכאות מנאמנות העדים דכ"ז א"א דסתם עכו"ם מקבלי שוחדא אלא קאי על הערכאות:

(**ע"ש יראה מדבריו שא"צ שיהא כתוב בו כו'**) נראה שלמד כן מדנקט הרא"ש לישנא דסומכין עליהם משמע שיש קצת ענין שאינו ברור כ"כ אלא שאנו סומכין שמסתמא עשו כן דאי היה הדבר ברור דהיינו שכ' שם שראו נתינת המעות אין שייך סומכין אלא היה לו' אנו מאמינים להם שזהו שייך על דבר שאין בו חסרון כיס רק נאמנות וע"כ כ' הטור אלא שאנו סומכין וכו':

סימן סט

(**בש"ע ס"א**) ואינו נאמן לומר להד"ם פי' לא קבלתי ביום פ' כלום דכל שאינו נותן אמתלא למה כתב כן חייב לשלם ועמ"ש אח"ז:

(**ס"ב שנחתי וחתמתי**) ה"ה שאר אמתלאות כגון למזכרת או שלא להשביע כתבתי והחזקתי בביתי ונאבד ומצא זה אי לטופס בעלמ' כתבתיו בלא מתכוין על הכל נאמן במגו דפרעתי וכל זה נכלל במ"ש ב"י בשם סה"ת וכיוצ' בהן הואיל ולא כפר בעיקר החוב ולא כפר כתב ידו מגו דיכול לומר כו' עכ"ל ואין חילוק בין כתב שם חתימתו או בלא חתימתו כמ"ש בספרי' אחרים והנה הב"י הקשה כאן בשם הרב המזרחי הרבה קושיות בטור על דין זה ונלע"ד דלא ק"מ והעיקר הוא דכל זמן שיש לו מגו דפרעתי אז יכול לומר שכחתי ונאמן במגו ולא במקום שאין לו מגו דפרעתי ומש"ה בההיא דלא לחתום איניש אסוף המגיל' דלמא משכח וכו' ל"ק הא יכול לומר שכחתי וחתמתי כו' דחיישי' שמא יטעון אותו מתחלה בע"פ והוא לא ידע שיש שטר כתוב עליו ויטעון להד"ם על עיקר ההלואה ואחר כך יוציא זה הכת"י ואז לא יוכל לומר פרעתי דהא כבר הוד' שלא לוה ממילא לא פרעו וכ"ש גם טענת שכחתי וכו' לא יוכל לטעון כי היא טענ' רעועה ותין לו מקום רק ע"י מגו דפרעתי דוקא דהיינו שהיה יכול לומר באותו פעם שהוא אומר שכחתי משא"כ בזה שקודם אמירת שכחתי הודה שלא נפרע מצד תביעה אחרת על ממון זה ותמהני על הרב הגדול הנ"ל מה השיב בקושיא זאת דהא תי' זה הוא עצמו כ' בשם הרא"ש והמרדכי על קושיא אחרת אלא דעל הטור הוקשה לו דאע"ג דאינו יוכל לטעון פרעתי יוכל לומר שכחתי כו' והא ליתא דזה תלוי בזה כמ"ש וזה עצמו טעם הדין שכתב הטור דסמוך שהוחזק כפרן על פי כת"י ודברי הטור כאן היינו במקום שאומר מיד להד"ם ושכחתי בעוד שיש לו מגו דפרעתי ולא אחר כך דאי טען תחלה להד"מ לא מהני תו מגו למפרע אם ירא' כתב יד דלא אמרינן מגו כמו שהבאתי בסימן נ"ה ובזה נסתלק מה שהקשה עוד המזרחי דלדברי הטור ה"נ נימא דמודה בפני עדים שחייב לחבירו מנה יכול אחר כך לומר דרך אמנה הודיתי שהאמנתי לו שילוה לי אחר כך ולא תלו' לי במגו דפרעתי וזה ודאי אינו דהא כתב בסימן ע"ט מנה לי בידך אמר הן למחר אמר להד"ם הוחזק כפרן אמאי לא יוכל לומר דרך אמנה הודיתי ותמהתי דודאי נאמן בזה במגו דפרעתי כי היכא דמצינו ר"ס מ"ו בשטר דאינו מקיים דמצי אמר שטר אמנה הוא זה במגו דמזוייף וה"נ כן הוא בהוד' ע"פ עדים ופשוט הוא ולא הוצרך לכתוב אלא בטענת להד"מ הוא אינו נאמן לפי שבזה אין לו שום תירוץ על דבריו הראשונים וגם כאן הדין כן אבל בטענה אמנה יש לו תי' אלא שהוא תי' אינו נכון כ"כ ובזה מהני מגו דפרעתי ושזה מתורץ גם מה שהקש' עוד מסי' ע"ט למה הוחזק כפרן אין כאן קושיא דבטענת להד"ם הוא על כל פני' מוכחש והוא מגו במקום עדים עוד הקש' המזרחי מכח ק"ו דמה טענת שלא להשביע שהוא טענה טובה אפ"ה לא מצי טעון אותו כל שהוד'

בפני המלוה ק"ו לטענת אמנ' אומר אני ק"ו פריכא הוא דשאני טענת שלא להשביע שהיא בפני המלוה והיה מגו במקום עדים משא"כ בטענת אמנה שאפשרות הוא ודאי נאמן כ"ז שיש לו מגו והעיד ב"י שחזר המזרחי סוף ימיו מזה ואפשר שהוא מטעם שזכרנו כנלע"ד ברור:

(**שם**) ואין לדידן בזה אלא מה שעיניו רואות נ"ל דלפ"ז אין להאמין איתו בטענת שכחתי כו' דהא אין לו מיגו דפרעתי דהוא ירא שמא הדיין ירא' לו לפי ראיית עיניו דאינו נאמן בטענת פרעתי:

(**שם**) אם נתקיימה חתימתו דעת רב שרירא גאון דלא מהני כאן לקיים מב' שדות כדלעיל סי' מ"ו סכ"ו דהא אמרי' בגמרא דגם בזה יש חשש שמא חזי ומזייף אלא דבעדים לא חששו דמצי לכוין כ"כ כמ"ש שם והיינו דוקא בעדים החתומים על השטר דמן התורה א"צ קיום כלל אלא מדרבנן ומש"ה סגי בהכי אבל בח"י דצריך לקיים מן התור' לא מהני דרך זה והטור לא מחלק בין קיום בח"י לשאר קיום וכן הוא פי' דברי הטור ולא כתי' ב"י וביו"ד סי' רכ"ח סעיף ל"ח משמע דאפילו במידי דאורייתא מהני מה שמכיר החתימ' דהא מהני שם לענין נתינת רשות כמ"ש שם מתשובת רמב"ן (שם הביא הרב ז"ל ס"ק מ"ו עכ"ה):

ע"ש ואם לא נתקיימה חתימתו נאמן בשבועת היסת הטעם שאף שיש נאמנות יש לו' שפרע ולא איכפת ליה בשטר מגו שיכול לומר מזוייף הוא ולא היה דברים מעולם נשאלתי במי שנתן עיסקא לחבירו והתנה עמו בינו לבינו כל מה שלא יברר ההפסד בעדים ישלם מכיסו ועכשיו טוען לוה שהיה לו הפסד ורוצה שיאמינו לו מכח מיגו דלהד"מ כמו כאן ומלו' אומר שלא היה לו הפסד נ"ל דאין זה דומה לכאן דעיקר טעם מגו שיאמינו לו טענתו שטוען עכשיו וכאן אין הכחשה אלא רוצה לקיים התנאי שהתנ' ואמאי גרע תנאי זה מכל התנאים שהותנ' בין אדם לחבירו בלי הכחשה דעכ"פ צריך לקיים התנאי אבל מ"מ נראה דיש כאן מיגו דלהד"ם כיון שלפי דעתו יש באמ' הפסד בעיסקא יכול לומר מעיקרא שהבטחתיך לברר בעדים לא גמרתי באמת בדעתי זה כי סמכתי עצמי שאוכל לומר להד"ם וראייה לזה ממ"ש הרא"ש פרק הנשבעין בשם ר"י הלוי זצ"ל האי מאן דתבעי' לחבריה ואמר שותפי היית ופלגינא עמך ואתנאי עמך קודם החלוק' דתשתבע לי על שמא ומודה לי' חבריה דהיה שותפו אך שלא גזלו מעולם כלום אע"ג דליכא סהדי שהי' שותפו ויש לו מגו לא אפטר מההוא שבועה דלא אמרינן מגו לאפטורא משבועה עכ"ל וע"כ צ"ל שזה מודה שהיה תנאי מה שהיה חייב שבועה דאל"כ אין עליו שבועה כיון שהוא אחר החלוק' וגם כן א"צ שבועה שלא היה שום

תנאי דאין משביעין אלא בטענה שאם יודה בה יתחייב ממון ולא שבועה כמ"ש בסי' צ"ג ס"ט אלא ע"כ שמודה בתנאי ואפילו הכי מהני המגו כיון שהוא יודע באמת שלא גזלו כלום ומעיקרא שהיה מתנה עמו לישבע בסוף לא חשב לקיים כי סמך עצמו שיכול לומר להד"מ דהא לא היה עדות שהיה שותפו כלל כ"ש שאין עדים על התנאי ע"כ פטור משבועה אי לאו שאין אומרים מגו לאפטורי משבועה והכי נמי בנ"ד מהני המגו לפטור מן התנאי וא"צ לברר בעדים שהיה לו הפסד רק ישבע על זה כנלע"ד (אמר המגיה יש לי להשיב על ראיית הרב ז"ל דהתם הכי פי' שהתנה עמו בשעת חלוקה שישבע לו כפי החיוב המוטל עליו מצד הדין שהשותף נשבע בטענת שמא אלא כי היכי דלא להוי מחילה בחלוקה דקי"ל חלקו השותפין אין להם זע"ז שבועה מטעם מחילה וכיון שזה הודיעו שאינו מיחל שבועתו אינה נמחלת אף שחלקו ואין התנאי לחדש ענין ולא לחייבו בשום דבר אלא גילוי דעת שאינו רוצה למחול שבועתו שהוא חייב לו מאז ומקדם אמטו להכי סד"א דליהני מגו דה"ל כזה אומר עדיין השותפו' קיימת וזה אומר אמת שעדיין קיימת הוא אבל לא גזלתיך ואין עדים בדבר דהו' נאמן אי לאו דאין אומרים מגו להפטר משבועה לאפוקי בנדון הרב בט"ז ז"ל דהתנאי היה שישלם כל הפסד שלא יברר בעדים דודאי בלי תנאי לא היה חייב לשלם לו ההפסד בין שיכול לברר בעדים או לא והתנאי מחייבו לשלם על כיוצא בזה נאמר כל התנאי שבממון קיים ומה לנו ולמיגו שלו כיון שהוא מודה בתנאי וזאת היא כוונת הרב המגיד שהביא בש"ג ס"ז ס"ק י"א והניח בצ"ע וכוונתו באמת כמ"ש וצ"ע לדינא ודוק עכ"ה):

(**סעיף ד' והחתימו עד אחד עמהם**) פשוט הוא שם בת' הרא"ש דהאי עד אחד לרווחא דמילת' הוא והמחבר העתיק דברים כהוייתן ובאמת אפילו בלא עד אחד נאמן בפנקס וכן כתב הסמ"ע לענין דינא.

(**סעיף ה'**) אנו טוענים להם בסה"ת שער י"ג כ' בזה כיון דאביהם מצי למטען פרעתי טענינן להו משמע דבמקום שאין אביהם יכול לטעון פרעתי כגון שיש נאמנות למלו' חייבין היורשים לפרוע אחר שישבע המלו' ועוד נ"ל הוכח' דהא נתבאר לעיל סעיף ב' דכת"י שיש בו נאמנות עדיף משטר שאין בו נאמנות בענין שא"צ בעל הכת"י שבועה נגד הלוה ובשטר ודאי גובה מהיורשי' בשבוע'. והא דכתב אחר כך בסה"ת בענין נאמנו' דצריך עליו ועל היורשים היינו לגבות מיתמי בלא שבועה כמ"ש שם בהדי' גם מדכתב ב"י על דברי הטור כאן זה פשוט בכמה מקומות דטענינן ליתמי כל מה דמצי אביהן למטען ש"מ בלא נאמנות מיירי אבל בנאמנות הוי כשטר גמור אלא דבת' מיימון לס' משפטים סי' ל"ח כתוב שם דאי היה כתוב עליו נאמנות לחוד ולא על יורשיו ומת

היורשים א"צ לשלם דהא לא המנוהו עליהם ואפשר שפרע אביהם ולאו אדעתיה דכת' ליה נאמנות דנשקול מני' כת"י ומביא ראיה ממי שכתב למלוה בשטר שלו נקי נדר נקי שבועה דאפ"ה צריך שבוע' נגד היורשים דאמרי' שמא פרע ושכח השטר ק"ו בזה דמה התם אפי' ישכח דהמני' ה"ל לאפוקי שטרא מניה דהא שטר גמור הוא אפ"ה אמרי' בשביל תקנת יתומים דלמא פרע ושכח כ"ש הכא בכ"י זה דשכח לנאמנות ולא חש לאפוקי מני' דסמיך דמצי למטען כל שעה פרעתי דטענינן להו דלמ' פרעו' ובד"מ הביא זה. ופסק דיתומים פטורי' כ"ז שאין נאמנות עליו ועל יורשיו. ואלמלא שאין אני כדאי להכריע הייתי אומר שאין ראיה מההיא דנקי נדר דלא מצינו יפוי כח בתקנת יתומי' אלא לענין שבועה מי שרוצה להוציא מהם אבל זה לא מצינו שיהיו פטורי' לגמרי ממון שהי' אביהם חייב לתת בלא שבוע' אדרבא מצינו כמה פעמים דיתומים חייבין לשלם במקום שהאב היה יכול ליפטר כגון בשטר עסקא על היתומי' בסי' ק"ח דלא טענינן להו נאנסו אע"ג דאביהון ה"מ לטעון כן:

(**ע"ש**) ואם הוא תוך הזמן כו' קשה ל"ל כתב ידו מקוים הא קי"ל מלוה ע"פ גובה מהיורשים כמ"ש סי' ק"ח והנה בתוך זמנו פשיט' דלק"מ דשמא הכל זיוף אבל בהודה החייב קשה ל"ל כת"י מקוי' ותירץ הסמ"ע דשמא שלא להשביע וק"ל א"כ במלוה על פה אם הוד' ניחוש שמא פרע את ההלואה וההודא' היא שלא להשביע אלא ע"כ דמיירי בהוד' הודאה גמור' כגון שאמר תנו לו וזהו מדוקדק בל' הט"ו שכתבו שהודה החייב וצוה בחליו האריך בלשונו לכוונה זאת. ונ"ל דכאן איירי שהחול' לא עשה צוואה בבירור שחייב לו אלא כמסתפק אם ירא' לכם פלוני כת"י תנו לו ע"ז כ' הטור שחייב לו כך וכך בכת"י מש"ה צריך להיות הכתב יד אמת דלמא זייפו אחר כך וראי' לפ"ז דבאמת בסי' ק"ח לא כתב האי לישנא שחייב לו בכת"י ובמת בנידוי כ' הסמ"ע שמא על כת"י אחר נדוהו ב"ד ולא ידעתי מה ריעות' יש כאן מבשטר שנאבד דקי"ל ר"ס נ"ב (נ"ד) שכותבין שובר ומוחז"ל בס' ב"ח נתן טעם למת בנדויו דהיתומים טוענים שמא לא נדוהו רק בשביל שפסקו עליו שבועה שאינו חייב כלום ולא רצה לישבע והוא תמוה ביותר דהא כתב הטור נדוהו כדי שיתן ותו דא"כ כת"י מאי מהני דלמא כבר פרעו והנדוי היה בשביל דבר אחר ונ"ל דמיירי כאן שאין אנו יודעים בבירור כמה הוא החוב שנידוהו ליתן אלא סתם ומסתמא אומרים שעל חוב שהו' ברור שודאי חייב לו ע"ז נדוהו ומ"ה במלוה ע"פ בעדי' שהחוב ברור לא צריך זו ולא מידי משא"כ כאן שנעלם סך החוב ואכת"י אנו סומכים מש"ה צריך שיהא מקוים אבל אם ברור לנו על איזה סך נדוהו ודאי א"צ כת"י כלל ובזה נ"ל כוונת רמ"א שכתב בסמוך מיהו אם נדוהו כו' דלכאורה קשה היאך פסק

נגד דעת הטור ולמ"ש ניחא דרמ"א מיירי ביודעי' על איזה סך נדוהו ע"כ א"צ כת"י כלל כנלע"ד ברור ונכון:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה מי שלוה מחבירו כז**') עד אלא שנתנו בפני עדי' ולא נתנו בפני כו' כצ"ל וכן הוא בנ"י להדיא בשם ריטב"א ע"כ:

סימן ע

(**בש"ע ס"א**) ואפי' לת"ח בגמ' ס"פ איזהו נשך אמרי' דרבינא לא רצה להלות לרב אשי ר' זוז בלא שטר ועדים וא"ל רב אשי אפי' אנא שלח ליה כל שכן מר דטריד בגירסא ומשתלי וגורם קללה לעצמו משמע דת"ק הוא כ"ש והט"ז כתבה אפי' ת"ח נ"ל דלמ"ד בגמ' גורם קללה לעצמו הוי הת"ח כ"ש משאר אנשי' אבל למ"ד עובר משום לפני עור לא תתן מכשול הייתי אומר בת"ח אין שייך זה ע"כ כ' הטור אפי' ת"ח והטור רוצה לפסוק כמ"ד משום לפני עור דיש נפקותא בין הנך טעמי דלטעמא משום קללה אי אמר לא איכפת לי בקללה אין מוחה בידו אבל לטעם משום לפני עור יש איסור וע"כ כתב אסור להללות ומאי דאיתא בגמ' וכ"ש ת"ח דזה שייך שהוא שוכח יותר ממילא אין שייך ביה עונש של לפני עור לת"מ אבל מ"מ אף לת"ח אסור ולכן כתבו הט"ו לשון אפי' דשייך לענין איסור והיינו כמ"ד לפני עור וכו':

(**סעיף ב**') הביאם והפטר בטור הביא דברים אלו בשם הרמב"ם דגם הוא ס"ל אם הכחישוהו עדים שאין בכך כלום עכ"ל שס"ל דמאי דקאמר בגמ' צריך לברר היינו בכל מקום שיש אפשרות לברר שלא יצטרך שבועה אין אנו נותנין שבועה בחנם באם אי אפשר לברר או שאומרים העדים לא היו דברים מעולם אז נותנים לו שבועה וא"ל למה כתב הרמב"ם אם מתו או הלכו למ"ה ולא כתב רבותא דאם באו והכחישהו דקמ"ל רבותא אפי' בהלכו למ"ה ואפשר להתברר כשישובו וה"א דאין נותנין גם בזה שבועה קמ"ל דלא ומש"ה ניחא מה שהקשה סמ"ע על רמ"א שהגיה צריך לברר דבריו בדברי הרמב"ם דגם הרמב"ם ס"ל צריך לברר דאין נותנין לו שבועה:

(**סעיף ד**) (") שהרי אמר שקיים תנאו נראה פשוט אפי' אומר פרעתיך ביחידו' נאמן כיון שלא הי' אפשר לקיים תנאו שהרי מתו ונראה דלרבותא נקט כן דל"ת אם איתא דפרעיה בפניהם היה לו ליקח כתוב וחתום מהם. ע"ש אלא פורעו בפני ב"ד ק"ל אמאי לא סגי בפני עדים הא אמר בסמוך דאר העידו עדים שפרעו הרי זה פטור ואפשר לתרץ שצריך ליקח כתוב וחתום מהם ובעדים הוי מפי כתבם ולא התירו זה אלא לחתום בשטר כמ"ש הטור סי' כ"א וע' מה שכ' ס"ס:

(**סעיף ה**') והנה לא בתורת פקדון ורש"י כתב אע"פ שזה אומר שבשע' שקיבל והמעות היה דעתו לכך דברים שבלב חזינן דברים ונ"ל דלא בא רש"י למעט דאלו אמר בפי' שאין מקבל רק דרך פקדון שאז הוי פקדון וחייב הלוה באונס זה אינו דבתר הלוה אזלינן כיון שהוא אומר שנותן לשם פרעון אף שהמלוה אינו רוצה בכך הא קי"ל בסי' ק"כ דבפרעון בע"כ הוי פרעון אלא לא בא רש"י למעט רק שאם לא הוזכר שום דבר מההלואה ואז אם המלוה אומר בפי' לא לשם פרעון אני מקבל אז ודאי לא היי דברים שבלב והוי פקדון אבל אי הוה דברים שבלב דברים הוה כאומר בפי' דוקא לפקדון אני מקבל ואף שהלוה אומר שנתנו לשם פרעון מ"מ כל שאין אנו רואין שהלוה רוצה לעשות בע"כ של מלוה אמרי' מסתמא גם הוא מסכים עם המלוה שאינו מרוצה כ"א בפקדון בסמ"ע כתב דכאן לא אמרינן פרעון בע"כ הוי פרעון כיון שאין העדים לפנינו שצריך ליתן בפניהם הוי כלא הגיע זמנו עכ"ל ודבריו תמוהים מאד לענ"ד דאין כאן שייכות קיום התנאי כלל דהא כתב ב"י בשם התוס' דדרך בדיחות' אמר כן רב נחמן בגמר' הא אנא וכו' וכיון דפרעי' פרעי' דהיינו משום דאמרינן שלא היה מתכוין בתנאי זה רק להיות חובו בטוח ולא יוכל לו' פרעתי וכיון דפרעיה בע"כ הרי בטוח ואין לו הפסד גם מה שתלה זה בסמ"ע כאלו הוא תוך זמנו אומר אני דאין חילוק בפרעון בע"כ תוך זמנו או לאחר זמנו דגם תוך זמנו הוי כפרעון רק לענין הנזכר בסי' ע"ד שיש חילוק היינו חילוף המטבע אבל לא זולת זה כההיא דכאן כנלע"ד דכיון שכל מי שהודה המלוה הפרעון הוי כאלו פרעו בפני הני שהתנ' לפרעו בפניהם לכל מילי ממילא אם הוא רוצה להאמינו ולפרעו בינו לבינו צריך לקבלו אפילו בע"כ כמו אם היה שם אותן עדים שהתנה ולרווחא דמלתא אביא עוד ראיית מפרק מי שאחזו דף ע"ד דאיתא שם בראשונה היה נטמן יום י"ב חודש כדי שיהא זה הבית חלוט לו התקין הלל שיהא שובר הדלת וזורק לו מעותיו וכו' ואם איתא דכי אתני אל תפרעני אלא בפני פו"פ יכול הוא אחר כך לומר איני מקבל המעות אלא בפניהם מה הואיל תקנת הלל הלא המלוה יתנ' עמו שלא יפרענו אלא בפני אלו דוקא וכ"ת דמדינא יכול לעשות כן אלא דהלל התקין לבטל הדין זה אינו דהא התם יליף מדאצטריך הלל לתקוני שמע מינה בעלמא לא הוי פרעון בע"כ פרעון הכי איתא בגמרא ללישנא קמא ואמאי לא נימא דגם בעלמא הוי פרעון אלא דאצטריך תקנת הילל אפילו אם הוא התנה אל תפרעני אלא בפני אלו אלא פשוט שגם זהו בכלל פרעון בעל כרחו הוא ולא הוצרך הלל לתקן דבלא"ה אפי' מתנה עמו חייב לקבלו וכן למאי דקי"ל לדידן פרעון בעל כרחו הוי פרעון שוב ראיתי שגם מו"ח ז"ל כתב כמ"ש סמ"ע. דכאן לא אמרינן פרעון בע"כ הוי פרעון מפני שיש כאן תנאי ואמינא אנא אלו דקדקו רבנן בהאי

מלתא לא היו כותבין כן (אמר המגי' נ"ל להשיב בעד הרבנים הגדולים ז"ל דודאי תקנת הלל לא היתה משום לתא דתנאי דאם כן הוא יהא מתנה ע"מ שלא יהא חולש מעותיו ללישנה או תנאים אחרים כיוצא באלו ודבר זה אין לו תקנה ובודאי בתנאי אין כאן מקום לתקנה ולא הוצרך היילל לתקן דבל"ה אין הבית חלוט ולא עוד אלא השנה שדר בהו איסורא קעביד שכך הדין בכל התנאים שבעולם אם אין הלה מקיים התנאי המעשה בטל מעיקרא ונמצא מכר אין כאן ומה שדר בה הלוקח ע"ע איסורא קאכיל כדאמרינן בפ' הרבית ושאני ביה בבתי ערי חומה בסתם מכר דהתורה התירתה לאפוקי בתנאי ולא נתקיים אין כאן מכר (וע' בסמ"ע וב"ח סימן קי"א בענין המוכר ע"מ שלא ישתעבד לב"ח) ונמצא בדירתו שכר מעותיו הוא נוטל וזה ברור וד"ק ומהתימ' על הרב בט"ז ז"ל שהביא ראיה זו אמנם לענין דינא נלע"ד דבריו נכונים ונמוקו עמו מסבר' דנפשיה הכתובה למעלה עכ"ה):

סימן עא

(**סעיף א' בש"ע**) ה"ז נוטל בלא שבועה טעם הסמ"ע בזה נ"ל דאינו מספיק ונלע"ד הטעם דהמלוה יש לו על הלוה ב' תביעות האחת בשטר וצריך לשלם לו והב' בעל פה ויתחייב לו שבועה ויכול המלוה לומר בטלתי נגדך התביעה א' ונשאר הב' מה שא"כ בנאמנות לוה למלוה דאין שייך כו' שיהיה ע"פ שבועה דשבועה מאן דכר סחיה והוי כאלו אומר לו נתתי לך נאמנות ע"מ שתעשה לי דבר פ' שלח נזכר מעולם דודאי אין יכול לו' כן וכ"ת ה"נ יש ב' דינין ללוה על המלוה הא' שישבע הלוה ויפטר כיון שהוא בע"פ והשנית להפוך על המלוה ויטול ויכול הלוה לו' בטלתי הא' דהיינו ההיפוך ונשאר הב' זה אינו דהא מאמין לו בין שיטעון הלוה פרעתי כולו בין שאומר פרעתי מקצתו וכשם שפרעתי מקצתו אין ללוה על המלוה רק דין א' דהא במודה במקצת חייב שבועה דאוריית' ואין שם היפוך ה"נ פרעתי כלו דהא בחד ענינא האמינו בהנך תרי גוונא (א"ה אין להקשות דאכתי נימא איפכא שפטרו מדין היפוך אבל ישבע הלוה כיון שכבר הקישו למודה מקצת והתם אין לפרשו על שבועת הלוה ה"נ דכוותיה ועוד דעיקר הנאמנות הוא שיהא המלוה נאמן בשבוע' אי בלא שבועה וזה פשוט אבל עיקר טעמו של הרב אינו ברור בעיני ודברי הש"ך דחוקים יותר שכתב דאנן סהדי שלא פרעו דהאיך יפרענו ויאמינו למלוה ותלמוד ערוך בר"פ המפקיד דאורחי' דלוה להימניה למלוה דמקיים ביה קרא דכתיב תומת ישרים תנחם והנראה בעיני הוא דסתם נאמנות בלא שבועה משמע אם לא במקום שיש הוכחה ובמלוה המאמין ללוה בשטר אי ס"ד דלגמרי הימניה ל"ל למיכתב

שטר כלל ילונו בינו לבין עצמו וא"ל דלטובת הלוה לחוד נכתב השטר דהלוה מתיירא שלא ישביענו ולכך לא רצה ללות עד שיאמינהו דהא בלא הלואה כלל נמי אפשר לי' לאשבועי' בעלול' ועוד דשטרא גבי לוה ה"ל לאישתכוחי דיכתוב ליה מלוה ללוה וא"ל דהשתא נמי ילונו בעדים דהמלוה בשטר ה"ז משובח אפילו לענין שבועה בעלמא ודוק עכ"ה):

(**ע"ש**) אבל אם הביא עדים שפרעו משמע אבל נגד עד אחד מהני הנאמנות סתם כ' בסמ"ע שהקשה לו מת' הרא"ש כלל ס"ח סעיף י"ז בשטר שיש בו נאמנות סתם דהמלוה צריך שבועה נגד עד א' ואני אומר כבוד הרב במקומו מוכח וכאן לא הקשה כלום דעדיפא מזה ה"ל לאקשויי דשם בתשובה מבואר אפילו בנאמנות מפורש צריך שבועה דהא כתב שם נאמנות גמורה ובאמת ל"ק מידי דהעד אחד העיד שם ששמע בבית הקצבים שהודה מלוה ללוה ששטרו פרוע וע"ז לא מהני אפי' נאמנות מפורש דהודאה מלתא אחריתא הוא ואין זה בכלל נאמנות כמ"ש המחבר בסי"ג ע"כ פסק הרא"ש דצריך ושבועה כנלע"ד פשוט:

(**ע"ש**) אפי' היה ללוה מגו א"ל ממה שאמר בסמוך ודוקא דאיכא עדים בו המגו מבטל נאמנות דשאני הכא שיש נאמנות מפור' כשני עדים אמרי' דהוי כב' עדים דלא להני מגו כמו בכל מגו במקום עדים:

(**ס"ב**) הא דמהני נאמנות נ"ל פשוט דאין חילוק בין נאמנות סתם לנאמנות מפורש כשני עדים דבכהאי גוונא בין משתעבד אחר ההלואה וכן משמע מבואר למעיין בסה"ת שער י"ג ושער כ"ו דאשעת הלואה קאי וכן משמע שם בב"י:

(**סעיף ה'**) קלה וחמורה וגלגול לעולם כתב הסמ"ע דתיבת לעולם א"צ דמדהמני כב' עדים ידעינן שפטור בלא שבועה חלה וממורה וגלגול ומדחזר וכתבו ש"מ דאפילו אחר הפרעון יהיה פטור ומש"ה לא הזכיר הטור תיבת לעולם וקשה לי דאם כן אף תיבת קלה וחמורה אין בו צורך דמאחר שכבר כתוב בו נאמנות אפילו התם נפטר מגלגול שבועה וכמ"ש ר"ס זה אפילו במלוה ע"פ אלא נלע"ד דהאי תיבת לעולם הוא העיקר דייתור דשלא בשבועה קלה וחמורה אין ממנו הוכחה דאף שהוא ממילא א"א שכתבו משום ב"ד טועין וכההיא דהמוכר את הבית דף ס"ט דכתבי' דקנין כו' ואע"ג דכי לא כתב ליה נמי קנה אפ"ה שופרא דשטרא הוא וברמב"ם כתב משום ב"ד טועין ובתשו' רשב"ם סי' א' ב' יליף מההיא גמרא דלא מהני יתור לשון בשטר שאפשר שכתבו משום יפוי שטר ע"כ אין כאן הוכחה משום יתור לשון רק מחמת לשון לעולם וכמ"ש בסה"ת

שער כ"ו ושער י"ד סי' ב' וכמ"ש המחבר גם בסוף תיבת לעולם וראיתי בטור א' שהגיה רב המובהק גם בסוף תיבת לעולם וכנלע"ד.

(**סעיף ט**') הדין עם הלוה דלא מהני סטראי נגד עדים ה"נ נגד כת"י והטור בשם הרא"ש סיים אא"כ האמינו עליו כב' עדים ולא נתכוין בזה דאלו האמינו כב' עדים דאין מועיל כת"י דודאי מועיל כמשמעות סי' זה סעיף ד'. אלא דהרא"ש נתכוין בזה להוכיח שלא נאמר דאין כח בהודאה לסתור הנאמנות ע"כ כתב דאינו מועיל נגד עדים אלא א"כ פי' כבי תרי ובהודא' אפי' מסתמ' נקרא עדים ואין כח בשום נאמנות לסתור ההודאה וכ"כ מוחז"ל ודלא כסמ"ע שכתב מכח זה לחלק בין כת"י זה לכת"י דסעיף ד' בחילוק דחוק:

(**סעיף י"ד**) כי אם מפני שהיו רואין הב"י הקשה מסי' ס"א בשם הרא"ש דמה שמנהג לכתוב הוה כאלו נכתב בפי' ותי' דהכא אין מנהג פשוט לכתוב בכל העיר כן וק"ל שהרי כתב הטור כמו שרגילין לכתוב בכל השטרות ונלפע"ד דכאן מיירי שלענין נאמנות היו צריכין להתנות בפ' דוקא אלא שאר דברים היו כותבין מעצמן לשופרי דשטרי אלא דהעדים טעו וסברו שגם זו הוא כשאר שופרי וא"צ דעת הלוה

סעיף ט"ו) ונ"ל דוקא שאומר ע' מ"ש לעיל סי' זה סעיף ג':

(**סעיף י"ז**) אא"כ פי' שפטרו ממנו ומיורשיו הסמ"ע כתב דאין זו מהני אלא אם טוענים יורשי הלוה שמא אבינו פרע לך אבל אם טוענין אנו פרענו לך לא מהני אפי' פי' כן בהדיא שיהא גם על זה נאמן אפשר דאין לו כח לגרוע כח בניו בזה וכן אם האמין לוה למלוה וליורשיו עליו ולא מהני רק לפטור יורשי המלוה משבועה דלא פקדנו אבא שהחוב פרוע אבל אם יאמר לוה פרעתי לכם לא מועיל הנאמנות לפטור משבועה ע"כ ודבריו ותמוהין מאד בעיני דמ"ש בסוף בנאמנות לוה ליורשי המלוה דלא מהני אם אמר פרעתי לכם דבסי' ק"ח סעיף י"ז מביא ב"י דברי סה"ת שער י"ד אם האמין לוה למלוה וליורשיו על עצמו דאיכ' מ"ד דלא מהני אלא שלא יטעון ליתמי פרעתי לכם אבל אם יטעון פרעתי לאביכם לא מהני והוא חולק עליהם וטעמ' דאותו מ"ד נ"ל דלא נתן לוה למלוה ויורשיו נאמנות אלא במידי שלא יכול להעיז נגד פני הפורע ובוודאי לא יכפור לו היורש אם מקבל ממנו המעות משא"כ אם יאמר פרעתי לאביכם דודאי מעיז היורש לומר לא פרעתי בזה לא נתן לו נאמנות ובעה"ת עצמו ס"ל דהלוה האמינו ליורש בכל גווני הרי לפניך דעכ"פ יותר פשוט דמהני הנאמנות בטוען פרעתי ליורש של מלוה מטענת פרעתי למלוה שלא כדעת הסמ"ע ולפי מסקנת סה"ת מהני הנאמנות בכל גווני ה"ה נמי הכא מהני הנאמנות שנתן לוה למלוה וליורשיו על הלוה ויורשיו בכל ענין ולפי זה נ"ל דלא הזכיר הטור בא"ע סי' צ"ח מטענה יורשי הבעל שהוא במקום

הלוה של האשה אם אומרים אנו פרענו דזה פשיט' דאינו מהני מק"ו כיון שטענת אבינו פרע לא מהני במ"ש. אך קשה דבא"ע סי' צ"ח מסיק הטור דאין פטור מועיל גבי יורשים רק בקנין והיינו כאבא שאול פ' הכותב והכא פסק כסתם מתנה דהתם דפליגי על אבא שאול ורמ"א פסק שם שנ"ל להורות שאין הטור בפי' מועיל לגבי יורשים ועליו ג"כ תימ' דלא כ' כאן כלום על דברי הש"ע:

(**סעיף י"ח**) שיש בו נאמנות סתם פי' על הלוה ועל יורשיו דקראו סתם כיון דלא האמין נמי יורשי המלוה עליו דאם לא כן לא היו יכולים היורשים לגבות אפי' בשבוע' דאין אדם מורי' שבוע' לבניו כמ"ש סי' ק"ח וכן כ' הסמ"ע:

(**סכ"א**) מלוה שהאמין ללוה קשה דלמא לא האמין לו אלא בפניו שלא יעיז נגדו כמ"ש בסעיף כ' וי"ל דא"כ היה מקלקל יותר ללוה ממה שמועיל בנאמנות שנתן לו כי הלוה יפרע לו ולא יקח השטר שיסמוך על הנאמנות ואחר מיתת המלוה יצטרך לפרוע שנית ליורש המלוה וזה היורש א"א להנצל ממנו דעכ"פ ימות המלוה משא"כ בסימן כ' בנאמנות המלוה שאין חשש בזה ויש עכ"פ תועלת [דנהי] שלא מהני שלא בפניו מ"מ מהני כשיתבענו ללוה עצמו:

(**ע"ש משלם המקצת שהודה בו**) וכ' המגיד משנה שאין כאן ש"ד שהרי האמינו והך היסת חייב בין בכופר הכל בין במודה במקצת ותמי' לרבים ע"ז למה תהא האמנה זו עדיפא מתביע' בע"פ דהא הנאמנות אינו עושה רק שיהא השטר בטל אבל לא האמינו לפטרו משבועה דאוריית' במודה מקצת ובספר ב"ח תירץ דטעמא דש"ד במודה מקצת משום דאין אדם מעיז פניו בבע"ח כדאית' ריש בבא מציע' והכא שהאמינו מעיז ומעיז והלכך אפי' מודה מקצת נאמן בהיסת במגו בעי כפר כו' והוא תמוה דא"כ היסת נמי לא ליבעי כדאי' בפ' הדיינים דף מ"ב אבל בבנו מעיז ומעיז הילכך משיב אבידה הוא ומשיב אבידה פטור אפילו מהיסת:

(א"ה אין הנדון דומה לראי' דשאני במוצא מציא' ממש מפני תיקון העולם וכן בבנו משום דמעיז אם אתה מצריכו שבועה לא יודה לו אף במקצת וה"ל כמשיב אבידה לרש"י או משום מגו לדברי התוס' ז"ל ולעולם לא מיפטר אלא משבועה המתחדשת לו מחמת הודאתו במקצת אבל שיפטר מכח הודאתו במקצת מן אותה השבועה שהיה חייב בכופר בכל זה לא עלה על הדעת דבהדיא אמרי' רפ"ק דב"מ אי ס"ד בשתים חייב בג' היכי פטר ליה ר"ע האי איערומי קא מערים וכו' אימא ג' כי היכי דאיהוי כמשיב אבידה ומיפטר עכ"ה) ולפע"ד נראה כיון דבכלל הנאמנות של הלוה הוא בין שיאמר פרעתי כולו יבין פרעתו מקצתו דסתם נאמנות הוא כן כמ"ש סי' פ"ד ס"ה וכי האי

דבטוען כרעתי כולו דעתי שישבע היסת ה"נ במקצת דהא בחדא מחתא מחתינהו ושוה הנאמנות בתרווייהו ואף על גב שכתב הטור והוה כתביע' בע"פ מ"מ לאו לגמרי אלא לענין שאין הנאמנות פוטר משבועה (א"ה לעד"נ טעם נכון משניהם דאם אתה מחייבו ש"ד ממילא אינו יכול להפכ' על שכנגדו אם לא ירצה לישבע וע"כ ישלם בלא שבועת המלוה ונמצא הנאמנות מגרע כחו לענין זה דאלו אין לו נאמנות אין המלוה נוטל בלא שבועה ועכשיו שיש לו נאמנות יצטרך לשלם בלא שבועת המלוה ולומר דתהא הבריר' ביד הלוה אם לישבע ש"ד ולהיפטר או להשביע את המלוה אם רוצה לשלם ודאי לא מילתא היא דהא בהא תליא ודו"ק עכ"ה):

(**סעיף כ"ב**) אא"כ הביא עדים הקשה הסמ"ע כי איכא עדים מחי הוה לימא לא האמנתיך רק בפני שלא תעיז נגדי ותי' בדיחוקא ובאמת לא קשה מידי דע"כ האמין מלוה ללוה אפי' נגד יורשי המלוה דאל"כ הי' מקלקל לו כמו שכתבתי סעיף כ"א:

(**סעיף כ"ג**) והאמין למוצי' השטר בטור סי' ע"ז בסופו הביא ב' בשם רשב"א ורמ"א באותו הסי' בהג"ה סעיף י' דשנים בשטר יכול כל אחד מהם לגבות כל החוב ולא הוצרך נאמנות שאני התם דהלוה מודה דאינו פרוע רק שאומר שאתה אינך בעל דברים דידי רק על החצי בזה פסק שם שחייב לשלם כולו אבל אם טען שם פרעתי ה"נ דצריך נאמנות כמו כאן:

(**ע"ש**) ואם היו שותפים בחוב הקשה הסמ"ע מאי שנא דנקיט שותפין ותי' דאם היו שותפים מקרי פרעון הלוה לא' מהן ברשות ועל כן פטור הלוה ויורדים לנכסי המקבל אבל באינם שותפים צריך הלוה לשלם והוא יבקש מהמקבל מה שנתן לזה ונ"מ אם נכסי הלוה עידית ונכסי המקבל זבורית ותמוהין דבריו למה יהא כל כמיניה דזה המודה לגרום היזק לחבירו המלוה שיקבל פרעון זיבורית מה לי הפסד גדול מה לי קטן ונלע"ד דודאי אין לו כח להזיקו כלל אפי' בזה והא דנקט שותפין אין כאן קושיא לגמרי דנקט הפוכא דרישא דברישא לא מחייב אלא לא' מהם ועל כן לא איכפת לן במה שאמר שפרע לחבירו משא"כ בסיפא דשותפין הן ונתחייב לכל א' החצי הוי הדין באופן אחר דהודאת הא' פוטרת את הלוה מן החצי וחייב לפרוע החצי ואין שותף המוציא יכול לומר תן לי הכל ואני אדון בזה עם שותפי ובחנם טרח בסמ"ע בזה והוציא דין חדש מתוך תי' שלו ונלע"ד אינו נכון:

(**מדברי הטור**) באו"ע סי' ע"ה בסופו שכ' שאל' לא"א הרא"ש ז"ל כי ראובן שטוען קודם הנשואין כו' נלמד דין אחד דאם התנה לוה עם המלוה שלא יהיה לו נאמנות ואח"כ

בשעת הקנין הקנה לו סתמא והוא במקום שמסתמא כותבין נאמנים שהדין עם הלוה ואין למלוה נאמנות:

(**בשם מהרש"ק בטור**) עא"ע נאמנים העדים לומר ע"ז חתמנו וכו' ואפי' כ"י יוצא ממקום אחר וכמ"ש הטור סימן מ"ג ס"ח ודלא כמו שכתב שם בשם רמב"ן והטור בשם ר"י והרא"ש ואם כן צ"ע למה כתב כאן בשם בעה"ת בסתם כאלו אין חולק בזה ויש ליישב:

(**בב"י ד"ה**) ומ"ש שאם העדים בפנינו ומעידים וכו' עד לכתוב כן בכל השטרות וכו' ולא דק דהא הטור כתב במה שרגילין הסופרים לכתוב בכל השטרות כו':

(**בא"ה**) עד כשאין כאן עדים שיעידו כו' ולא דק דהרי הרא"ש כתב כל מי שמקנ' בסודר דעתו שיכתבו כמנהג המדינה כו' נראה דעל הסתם סומכין ועיין בשו"ת רבי בצלאל סימן כ"ה בזה:

(**ע"ש לפיכך אפי' מת לוה וכו' עד וכן המלוה כשבא וכו**') ולא ידעתי הרי רבינו בשם ר"ח והרא"ש כתבו דמעשים בכל יום דגובין בנאמנות מהיורשים בלא שבועה וכך יש להקשות על הטור א"ה דמסיק שם בשם ר"ח והרא"ש דקי"ל כאבא שאול דלא מהני נאמנות לגבי יורשים וצ"ע גם לקמן סי' ק"ח פסק דלא כר"ח אלא כרי"ף ורמב"ם ע"ש דלא כמ"ש בטא"ה וע' בתשובת הריטב"א בטא"ה ס"ס צ"ח ויתיישב לך קצת ודו"ק ע"ש בגי' הטור שם מה שכתבתי:

סימן עב

(**בש"ע ס"א**) משום חשדא הב"י הקשה הא דאמרי' בגמ' במלוה צריך למשכון פליגי ופרש"י להיות משתמש בו ופוחת מהחוב ותירץ דשם מיירי בהתנה מעיקר' ואדעתיה דהכי אוזפיה אבל הכא מיירי בלא דעת בעלי' ולכאורה משמע מזה דבשעת הלואה דוקא צריך להתנות וע"ז אמר לישנא דמעיקר' וכן משמע מדברי הסמ"ע. אבל ק"ל למה סיים ב"י אבל שלא מדעת בעלים אסור אם הוא אחר הלואה (אסור) אפי' הוא מדעת בעלים ותו מ"ש ממלוה על בית סתם דקי"ל דמותר בנכייתא והיינו אפי' לא עשה הנכייתא בשעת ההלואה דהלא לא אישתמיט שום פוסק להקפיד ע"ז שיהיה דוקא בשעת הלואה ותו דבפרק הריבית דף ס"ד איתא במתניתין המלוה את חבירו לא ידור כו' מייתי התוספת דמותר לדור בנכייתא וההיא מתניתין איירי לאחר הלואה דהא מדמי לה התם בגמרא להלוהו ודר בחצירו עיין שם אלא לענד"נ דהא דאמר ב"י מעיקר' ר"ל קודם שנשתמש והא דכתב ב"י ואדעתיה דהכי אוזפיה היינו דהתם בגמ' איירי מזה ווכתבו ב"י לראיה על סברתו דבהתנה תחלה איירי אבל לעולם ה"ה דמותר אחר דאוזפיה אם

התנה קודם שנשתמש דתו לא גזרו משום חשדא וכנ"ל כוונת רמ"א שכתב התנה עם הלוה מתחלה ר"ל קודם שנשתמש. ויש להקשות אהא דאמרי' במתניתין מותר להשכיר משכונו של עני מפני שהוא כמשיב אבידה ובמוצא אבידה שצריך למוכרן כ' רבינו סימן רס"ז בשם הרא"ש דיכול ליטלם לעצמו וכ' ב"י בשם הרא"ש דכיון דמשיב אבידה הוא לא חשדינן ליה וצ"ל דלא הושוו באן לגמרי אלא לענין היתר להשכיר אבל לא לענין חשד וראיה ממתניתין דפרק המפקיד דף ל"ח במפקיד פירו' אצל חבירו והולכין לאבוד רשב"ג אומר מוכרן בב"ד מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים הרי לפנינו דאף דשם הושוו למשיב אבידה אפ"ה הקפידו למוכרם בב"ד ולא אמרו שישים לעצמו ה"נ במתני' דנקט מותר להשכיר ר"ל דוקא לאחרים משום חשדא:

(**ע"ש שאין חילוק בין ספרים**) בסמ"ע מוקי למ"ש רמ"א בי"ד דמותר להלות על ספרים היינו דוקא בהתנה תחלה בשעת הלואה לא ידענא מאי קאמר דודאי בהתנה גרע טפי דהא ב"י מביא ת' הרשב"א בטח"ז ס"א דכל שהתנה מתחלה בשעת הלואה שילמד מתוכם הוי רבית קצוצה ובאמר לא קשה מידי דרמ"א כתב שם ע"פ ת' מהרי"ל על פי אגודה ולא ס"ל כרשב"ם וראבי"ה וכאן לא מיירי מאיסור ריבית אלא אי משתמיש בלא דעת הבעל אי מקרי שולח יד ומ"ש סמ"ע דבמשכון אפי' בת"ח יש איסור משום חשד ריבית דבר קשה הוא (א"ה נלע"ד ברור דט"ס הוא בסמ"ע וצ"ל חשש במקום חשד וכ"ה בהעתקת הש"ך וא"כ לא קשה מידי דודאי בריבית אף שהרשוהו הלוה אפ"ה אסור וז"פ וברור עכ"ה) מ"ש איסור גזילה במפקיד שלא יחשדו לת"ח ה"נ במשכון (א"ה הא ודאי ליתא ע"כ) והכא לא מיירי בת"ח ורמ"א נמשך שם סי' רצ"ב אחר אותו פוסק שכ' הדין במפקיד והוא למשכון ובס"ס רצ"ב הוכחתי מדברי המרדכי דבמפקיד אצל ת"ח ספרים הוי מיד שומר שכר ואפי' הרמ"א החולק על המחבר נראה דמודה בזה כיון שיש עוד סברא אחרת לזה בלא"ה והיינו שאין לת"ח ספרים כאלו משלו דאז דוקא נהנה כנלע"ד (ולעיל אחר תיבת שומר שכר צ"ל על ספרים בההיא הנאה שיכול ללמוד מתוך הספרים) ונראה דה"ה משכון הוי כן ותו דהא בלא"ה פסק המחבר דכל מלוה על המשכון הוי שומר שכר:

(**סעיף ד'**) הוי שואל וחייב בסמ"ע תמה על המחבר שסתם לפסוק כן ובב"י הביא תשובה אחרת דרשב"א דאפילו כבר נשתמש לא הוי שואל משום דאין כל הנאה שלו דהרי לא השאילו רק אחר שהלוה לו המעות וכן נראה מתשובת הר"ן בב"י וכ' שמספיקא אין להוציא ממון והלוה פטור מהחוב והמלוה מהיתר על החוב שלו ואשתומם על זו המראה מה חשב לעשות כאן מחלוקת דההיא ת' דרשב"א דאינו כשואל אפי' נשתמש

בו מיירי שהלוה דוקא בתנאי זה שילמוד מהם ע"כ הוי ש"ש אבל בת' זו שהביא בש"ע מיירי שהלוה סתם ואח"כ נתן לו רשות ללמוד מהם ברצון טוב ע"כ הוי כשואל גמור שכל הנאה שלו שהרי כבר הלוהו וכן דברי הר"ן בב"י מיירי גם כן שבשעה שהשאילו כוס של כסף התנה שישאלנו ג"כ הבגד צמר להשתמש בו אע"פ כן [ע"כ] אינו אלא ש"ש דאין כל הנאה שלו וזה פשוט :

(**סעיף ח**') ראובן שאל משמעון סייף בהגהת מרדכי שם מסיים בטעם זה דנטירותא דסתם סייף קבל עליה ולא נטירותא דסייף יקר עכ"ל ומדמ' להההיא דפרק הכונס אמר רבא נתן דינר זהב לאש' ואמר לה הזהרי בו שהוא של כסף ונגנב משלמת של כסף אבל הזיקתו בידים משלמת של זהב וא"כ מבואר דגם ההיא דסייף הוה הדין כן דאם הזיקו בידים משלם דמי סייף יקר וע"כ כתב כאן ואבד הסייף דהיינו שלא בפשיעה ולכאורה משמע דהך דינא דסייף מיירי מן עליל' שמעליל העכו"ם עליו לשלם לו הרבה בעד הסייף וכן משמע מדברי הסמ"ע שמדמ' דין זה להההיא דסוף שע"ח באחד שהזיק סוס של חבירו וכו' וקשה דא"כ יהא כאן פטור אפי' הזיקו בידים דהא התם בסוס הזיקו בידים להסוס אפ"ה פטור המכ' ממה שמעליל עליו העכו"ם ועוד ק' דהא בהגהת מרדכי שזכרנו מסיים ולא סייף יקר משמע דהסייף הוא באמת יקר ולא דרך על לה לכן נראה ברור שזה הדין מיירי שהסייף הוא באמת חשוב ויקר ומש"ה אלו הזיקו בידים חייב לשלם כל דמי שויו ממש כההיא דדינר זהב דפ' הכונס וכן נראין דברי רש"ל בפרק הכונס על הגהת מרדכי הזאת וז"ל באמת שצריך עיון גדול בשלמא גבי דינר זהב המפקיד גופיה פשע שא"ל של כסף היה אבל אם אמר סתם הזהרי בו פשיטא שחייבת וכל מה שאדם מפקיד גבי חבירו ואיבד אותו בפשיעה שמקבל עליו כל שויו הן רב והן מעט דאם לא כן מי שנתן לחבירו אבן טוב שוה ק' זהובים יכול הנפקד לומר סברתי שאיני שוה אלא זהוב א' ומ"מ אם העליל עליו העכו"ם מחמת אלמותו ביותר משויו פשיטא דפטור עכ"ל ונלע"ד לישב הגהת מרדכי ולתרץ קושיא רש"ל דודאי אבן טובה וכיוצא בו שתלוי בדעת המבינים מסתמא מחייב הנפקד עצמו בכל שויו שאפשר ששוה הרבה משא"כ בענין סייף וכיוצא בו מסתמא ידוע לכל שויו ואין בנמצא סייף ששוה הרבה ממש וכיון דלא שכיח לא מסיק אדעתי' וכמו שמצינו באונסא דלא קבל עלי' אונסא דלא שכיח כמו שמפורש בסימן רכ"ה מש"ה אין כאן חיוב אלא דפי אומד הדעת של סתם אדם וסייף סתם וטפי לא קבל עליו כן נ"ל.

(**סעיף י"ח**) שיש עדים שראוהו עתה בידו עיין בסי' רצ"ז שכ' הטור דאפי' אם רואין סימן בכלי שתחת ידו כמו שאומרים העדים שהיו בכליו של לוה אפ"ה כל שלא הכירוהו

עדים יכול לומר לקוח היה בידו במגו דחזרתי (א"ה באמת אין דברים אלו מוכרחין בדעת הטור ואדרבא ההיפוך כתב הטור סי' קל"ד ס"ב ודברי הטור בסי' רצ"ז כך פירוש' אף ע"פ שאלו היה אביהם קיים לא היינו מכריחין אותו להראותו לעדים כי יכול לטעון לקוח קודם שיראוהו העדים ביתמי לא טענינן להו הכי ודוק עכ"ה) אלא דצ"ע מ"ש ממה שאמר בסמוך שאם הוא מפורסם שהוא בידו אין כאן מיגו דירא לשקר ה"נ דלמא ירא מפני העדים שהם מכירים ויבאו להעיד שזה הוא הכלי:

(**ע"ש ואם יש עד אחד בזה**) פי' שראה המשכון אצלו וגם עתה בשעה שירד לדין ראה אותו בידו וצ"ע ליישב דעת רמ"א כיון דכבר קי"ל היסוד בדין זה דהא דאמרינן משואיל"מ דוקא אם הוא באופן שאם היו כאן ב' עדים על עדות של זה הא' אז היינו מחייבין ממון על פיהם אז אמרינן כל שיש ע"א וזה מכחישו ה"ל מחויב שבועה וכו' כמ"ש בסי' ע"ה וזה מבואר ברשב"א סי' אלף מ' שאם יש ע"א על ביאת המשכון תחלה לידו גם ראהו החלה בידו רק שאין העד יודע סך ההלואה ה"ל מחויב שבועה וכו' שאם היו ב' עדים היו מחייבין את המלוה דהא אין למלוה מגו אך שאח"כ כ' ויש ג"כ סברא להיפך דאפי' אם היו ב' עדים לא היו מחייבין המלוה כיון שמשך את המשכון קנאו מחבירו ומש"ה כ' כו' ולפ"ז גם בעד אינו נקרא מחוייב שבועה ובסברא זו לא פליגי דכל עיקר הטעם שאינו נקרא מחוייב שבועה וכו' משום דס"ל דאפי' בשני עדים שאינו יכול לטעון לקוח הוא בידו מלוה נאמן וזה סותר למה שכ' הטור סי' זה סעיף י"ג דהלוה נאמן ואם כן קשה דמשמע כאן לענין ב' עדים דמהני להוציא מיד המלוה רק בעד אחד יש פלוגתא והרי זה תלוי בזה ותו קשה למה תלה רמ"א פלוגתא זאת בהסכמת המחבר בסעיף נ"ג דהא כיון דקי"ל ריש סעיף זה דלוה נשבע ונוטל במקום שאין מגו למלוה אין מקום לו' דלא הוי מחוייב שבועה בעד אחד ואם בא רמ"א לחלוק על ריש הסעיף ה"ל לכתוב שם בל' זה י"א שהמלוה נאמן במקום שאין לו מגו וצריך לו' לפי מסקנת רמ"א כאן כסברא הא' דרשב"א דהלוה נאמן במקום שאין מגו למלוה יש לנו לפסוק דהמלוה ה"ל מחוייב שבועה וכו' אבל לקמן יתבאר בעזה"י ב"ה שיש לפסוק הלכה למעשה דלא הוי מחוייב שבועה כו':

(**ע"ש ושמעון טוען שראובן ח"ל**) פי' שרוצה לזכות בהחפץ של לוי מאחר שראובן אמר שלקחה מלוי וראובן היה בהסכמה אחת עם שמעון קמ"ל דאין שום נאמנות לראובן מאחר שאינו בידו ומ"ה חייב שמעון להחזיר ללוי ואין ראובן נאמן לו' החזרתי ולקחתי מלוי דהא איכא עדים וראה עכ"ל הרשב"א בב"י מחו' כ"ז ורמ"א לא זכר כאן ראה ובאמת דברי הרשב"א תמוהים דל"ל ראה דאין לו' מטעם שלא יהא לראובן מיגו דאי בעי שמעון

יאמר אתה מכרת לי או מכרתו לראובן דהא אין אומרים מגו כזה כיון שראובן בהסכמה ח' עם שמעון (א"ה נראה שהרב כוון למ"ש הטור בשם ת' הרא"ש ז"ל סי' זה סל"ג וז"ל אבל מה שביד אחר לטעון אין כאן מגו כי שמא חבירו לא היה רוצה לשקר ודוק ע"כ):

(**סעיף כ**') הדין עם בעל הכלי הטעם כמ"ש בב"י שלא מהימן במגו יותר ממה שהוא בעצמו טוען והוא מודה שהכלי אינו שלו אלא משכון היאך נתחזק' יותר ואפי' אומר שמתחל' הלויתיך עליו יותר אף שישאר בידו חביב הוא בעיני וק"ל ממאי דאיתא בגמרא שיכול לטעון עד כדי דמיו משמע דטפי לא ולדעת י"א נאמן אף ביותר מכ"ד ובודאי י"ל דהגמרא מיירי דטענת התובע והנתבע שניהם פחות מכדי דמיו אף ע"פ שהם מחולקים ובזה אמרינן הדין עם הנתבע אפי' אם טוען עד כדי דמיו אבל לא מיירי בטוען יותר על כדי דמיו בטענת חביב דכאן ומ"מ נ"ל דהכא מיירי במידי דשומא וכן מורה הל' לפי שומת הבקיאים וכו' אבל בדבר ידוע בשומתו ומצוי אצל כל אדם אין לטעון יותר מדמיו ועיין סי' זה סל"ה ועיין עוד מה שהקשתי מסברא זו חביב בעיני בסי' ק"ט ס"ב וע"ש.

(**סעיף כ**"**ג**) הדין עם ראובן מזה כתבתי בסעיף י"ח בענ"ד לא קי"ל הכי כמו שנכתוב בע"ה בסי' ע"ה סי"ד:

(**סעיף כ**"**ז**) וטוען הלוה ברי לי יש לתמוה דלחייב שבועה דאורייתא כדין כל שומר שטוען נאנסה ותו טענת ברי של לוה אין צריך כאן כי אפי' על שמא משביעין שבועת שומרים וסמ"ע תי' דמיירי שהיה יכול לומר כבר היה הרקבון קודם ההלואה ותמהני דהא בשבועת השומרים אין אומרים מגו כמ"ש ריש סימן רצ"ה ועוד תי' דכאן אין ש"ד כיון שיש חפץ בעין אלא שנפחת והתורה לא חייבה שבועה אלא דומיא דמיתה דכל' לגמרי (א"ה לפענ"ד נראין דברי הסמ"ע עיקר ולאו מטעמיה אלא דס"ל לבה"ת כמו שכתב המחבר לקמן סי' רצ"ד דביש עדים אינו נשבע אפילו שבועה שלא פשעתי בה וכאן שאכלו עש או עכברים וכיוצא אנן סהדי שנעשה באונס אלא דלא ידעינן אם פשע או לא ומש"ה אינו נשבע אלא היסת וצריך טענת ברי שנפחת ודברי הש"ך כאן אין ל' בעה"ת סובלם כלל גם עיקר דינו צ"ע ואין כאן מקום להאריך ע"כ) והוא יותר תמוה דבהדיא אמרינן בפרק מרובה מה לי קטלא כולה מה לי קטלא פלגא ונלע"ד דשבועת שומרים ליתא אלא במודה שנפח' רק שטוען שנעשה באונס מה שאין כן כאן באינו מודה או אפילו אינו יודע אם יש פחת דאין עליו שבועת שומרים מ"ה כאן ברישא מיירי שאינו יודע שנפחת אלא שאומר אם כן כדבריך שיש פחת ע"כ נעשה באונס כי שמרתי כראוי וע"כ כתב הטור א"כ אונס הוא מ"ה אינו חייב אלא היסת ומ"ש הטור ואם מודה

שלא שם אותו הטעם כיון ששם מצוי הרקבון ה"ל כודאי נפחת ובעה"ת כתב בל' זה ואם מודה שנפחת שפשע שנפחת וכו':

(**ומנכה לו מתוכו**) נ"ל דנקיט זה דלא תימא דהוה מודה במקצת שחייב לו חמשה מכיסו ולזה תירץ דהוה ליה הילך שמנכה לו מחובו.

(**איני יודע כמה נפחת**) ל' כמה הוא טעות סופר וצ"ל ואיני יודע אם נפחת (א"ה ודאי דהוקש לו דה"ל משואיל"מ ואין צריך למוחקו מש"ה דאיתא כאן הודאה כיון שהלוה חייב לו הרבה יותר ממה שנפחת המשכון או ממה שמודה לו שנפחת וכמ"ש בש"ך בשם הע"ש והוא פשוט אמנם מ"ש בש"ך דמיירי שהמלוה הניחו בב"ד וכו' נלע"ד אלא אפילו בסתם פטור שהרי המשכון כ"ז שלא הגביהו ב"ד ה"ל פקדון בעלמא אלא שהוא עליו כש"ש והלה חייב לו מעותיו תדע דהא אם נאנס צריך הלוה לשלם לו חובו ובפקדון מוכח בהדיא רפ"ק דב"מ דמייתי הא דתני רב"ח ד"ש וכו' ה"ד לאו דא"ל הילך ופיי' רש"י קחנ' בכ"מ שהיא ומוקי לה באם מתה בפשיעה ולפ"ד הש"ך לוקמה באינה לפנינו א"ו אף דליתא קמן כ"ה דאיתא ברשות' דמרה איתא וכן דמשכון דכוותה ודוק עכ"ה):

(**אם רצה להפך**) צריך להבין מהו ההיפך דהא א"צ היפך דאם הוא משכון ממילא לא מכר לו ובסמ"ע פי' שצריך לפרש כן בפי' ואולי יש חשש ערמ' והוא תמוה ולפעד"נ דה"פ דכל אחד יש לו חיוב על חבירו וגם צריך לפטור עצמו ממנו דהיינו שהמלוה מבקש מן הלוה דינר ורוצה להפטר מהג' שמבקש הלוה וכן להיפך דהוה על המלוה לישבע אהא שמשכון הוא בידו וממילא נפטר הוא מג' דינרים אבל אצ"ל שהלוה חייב לו דינר אחד דהא לא תועיל שבועתו בזה דהלוה לא יתן לו ואם כן כשאומר הלוה השבע אתה בפי' גם על זה שאני חייב לך אותו דינר ואני לא אשבע כלל לפטור עצמי זהו ההיפך:

(**סעיף כ"ט**) נשבע הלוה היסת בטור מסיים בשם הברצלוני במגו שאין לך בידי כלום וקשה ל"ל מגו כלל ובסמ"ע כתב תירוץ דחוק ולפענ"ד דמיירי כאן בענין שאין הלוה אומר שמכרו המלוה באיסור אלא שאמר שנתן לו רשות למכור רק שהמעות עדיין בידך ומלוה אומר לא מכרתיו מעולם רק נאנס ויש למלוה מגו בזה דאי בעי אמר אין מכרתיו בשעה שאמרת לי למכור אלא שאחר כך מצא בו הלוקח מום והחזיר לי בענין שנתבטל המקח והחזרתי לו המעות והיה המלוה מרויח בטענה זו שאין הלוה יכול להכחישו בבירור והיה טענת הלוה ספק וס"ל להברצלוני דאמרינן מגו להוציא קמ"ל דיש ללוה גם כן מיגו דאין לך בידי בלום ואז לא יוכל המלוה לטעון כן לעשות טענת הלוה ספק:

(**סעיף ל**) ה"ל שמעון מ"ש נעלם ממני פי' דבר זה דאי קאי אדינר הג' שישלם לו אבל ישבע שלא היה שוה יותר מג' דינרים מה מסיים ואם רצה להחרים וכו' על מה יחרים והלא אינו משלם רק דינר א' דמודה ועל השאר הוא נשבע וא"ל שהחרם הוא על מה שהביאו בחנם לידי שבועה זה אין מקומו כאן ובכל השבועות יש זה כמ"ש סימן פ"ז סכ"ב וכן מוכח ממ"ש בסמוך וכן הדין אם נפחת המשכון כו' ושם ע"כ משלם הכל כטענת הלוה ולשון וכן משמע דחד דינא אית להו ואם נפרש שמשלם הכל לא שבקינן לו לישבע כמה היה שוה וכ"כ הסמ"ע מטעם ששבועה זו באה בטענה אחת עם שבועת נאנסה מיד לוי וכיון שלא יכול לישבע אותה שבועה ה"ל כאילו אינו יכול לישבע גם שבועה זו וישלם כל תביעות המלוה דבר זה תמוה הוא ביותר אין לזה יסוד בשום מקום וכי סלקא דעתך שמי שטוען ב' תביעות על חבירו ומפסיד באחד נאמר שמפסיד גם בב' אע"פ שאלו הי' טוען אותה בפני עצמה היה זוכה בה ועכשיו הוא נפסד דברים כאלו מרפסן אגרא ואדרבא מצינו בסי' שנ"ד כתב הטור ס"ה בשם הרמב"ם חייב להחזיר לו דה"ל מחוייב שבועה כו' ואינו יכול לישבע על השאר ולפי מה שנ' כן ה"ל להחזיר הכל כיון שהי' בטענ' אחת ויש לנו לסתור דבר זה ממש בפר' השואל דף צ"ח בפשיטות ולרמי בר חמא וכו'. ואם נפרש כפי' הראשון דאין משלם אלא דינר אחד שהיה רוצה לפטור גם ממנו בטענת נאנסו והחרם דאם כן אין לזה שייכות כלל בתביעה ששוה יותר מג' דינרין והל"ל דין זה לחוד מ"מ לענין דינא נ"ל ברור שכן הוא דאין משלם רק הדינר הא' ועל השאר נשבע ונפטר:

(**ואם יש עדים ששמרו נפטר שמעון**) קשה אמאי לא ישלם הלוה את החוב כמ"ש בסעיף ב' כל שנאנס המשכון חייב הלוה לשלם החוב ויש לומר דהך ונאנס לאו אונס גמור הוא אלא הפוכו דפשיעה דנקט ברישא כמ"ש לעיל מיניה שלא פשע בזה ליפטר מהדינר הג' וכו' וזה מכוון ביתור ל' ששמרו כראוי ונאנס אלא ה"ק ששמרו כראוי ממילא שזאת הגנבה הוא בדרך אונס נמצא אין כאן תשלומין חוב דאפי' למ"ד מלוה על משכון הוה ש"ש מ"מ נגד חובו מפסיד אבל באמת אי הוה אונס גמור ודאי דצריך לשלם לו כל החוב אלא שבספר ב"ח ראיתי שכתב בזה דאפילו... יש עדים שנאנס פטור הלוה מן החוב כיון דהמלוה עצמו אינו יודע הוה כאומר הלויתיך ואיני יודע אם פרעתני דפטור ולא נהירא לפע"ד כל עיקר דגם באומר איני יודע אם פרעתני ויש עדים בבירור ודאי חייב לשלם דע"כ לא אמר בסימן נ"ט באומר המלוה איני יודע אם פרעתני דפטור הלוה אלא מכח השטר לחוד אבל ביש עדים פשיטא דחייב לשלם משום העדים מש"ה כאן נמי אי

הוה אונס גמור ויש עדים ע"ז או המלוה מהימן בעיני ראובן ונשבע שנאנס ודאי דצריך הלוה לשלם החוב ואין בזה שום ספק כנלע"ד ברור ופשוט:

(**ע"ש וע"ל סימן רצ"א**) נ"ל דמתכוין למה שיש שם בסעיף כ"ד פלוגתא אם פשעה אשת המפקיד ויש שם מאן דפוטר היינו דהמפקיד יודע דודאי שימסור על ידה משא"כ כאן שרגיל המפקיד להפקיד אצלו כ"ע מודו דחייב דמ"מ אינו דומה לאשתו:

(**סעי' ל"ד**) שהמשכון נאנס. פי' שמא נאנס דאילו ודאי הוה להיורש לישבע שבועת יורשים ונוטל כיון שהשטר ביד כ"כ הסמ"ע:

(**סעיף ל"ה**) שאביהם ציוה שהוא ממושכן במאה. הסמ"ע פ' דין זה ג"כ בטענת שמא והוא תמוה דהאיך ישבע הלוה היסת בסיפא בשלמא בסעי' שלפני זה יש שטר ביד היורש משא"כ בזה שאין שטר ולא משכון על המותר ע"כ בלפע"ד דמש"ה נקט שהאב ציוה כו' שיהיה טענת ברי ונשבע היסת:

(**אבל אם הוא מדברים העשויים**) בסי' קלג נתבאר דבעי' ג"כ שראו בידו של מחזיק וכתב הסמ"ע דהיינו דוקא אם המחזיק קיים וטוען ברי משא"כ ביתומים דדי ברד להוציא מכח עשוי להשאיל ולהשכיר וכו' ובמחילה מכבודו דלא דק דמוכח מדברי הרא"ש ס"פ המקבל דגם גבי יתמי בעינן ראה ובהגהת אשר"י ס"פ המקבל מפורש בהדיא אבל לא שוויה אותם ראה בעדים עתה בידו במגו דיכול לו' להד"ם או החזרתי לך נאמן לומר לקוח הוא בידי ואם מת או מכר טוענים ליורש וללוקח לקוח הוא בידו כאלו הוא קיים עכ"ל. ומה שהביא סמ"ע ראיה לסברתו מסי' רצ"ו דיש חילוק בין יתומים לאביהם בדבר שזה נותן בו סימן תמהתי שהרי שם בטור כתב טעם בזה דלא טענינן ליתמי אע"ג שהוא עשוי להשאיל ולהשכיר כיון שאין ראה דע"כ לא אמרי' התם דהוי טענה דלא שכיח אלא שיש עדים שבא תחילה לידו בפקדון זע"כ מוקמינן כאן בחזקתו ראשונה כל ספק ומש"ה קרי לה רבינו התם מלתא דלא שכיח משא"כ כאן דאין בירור האיך בא לידו דודאי אדם עשוי להקנות דברים העשוין להשאיל ולהשכיר כו' אלא שאין לו נאמנות ע"ז להחזיק בידו הצד שהוא ברשותו אבל אם יש לו מגו דהחזרתי לך דבר זה נותן לו נאמנות ואין כאן מלתא דלא שכיח כנל"ב. ונלע"ד פשוט דגם ביתמי בעינן עדים וראה והפוסקים קצרו כאן ולא זכרו רק עדים וסמכו עצמן עמ"ש בסי' קלג ששם מקורו. אחר כתבי זאת ראיתי למוהז"ל שכתב בשם רש"ל בפשיטות דכאן מיירי בראה וכן עיקר:

(**במיגו שהיה שאול בידי**) פי' בטענה זו היה יכול להוציא אפי' מיתמי כדאי' ס"פ המקבל רבה אפיק מיתמי כו' ובס' ב"ח כ' דברים ללא צורך:

(**סעי' לט**) מאחר שאינם בידו בטור סיים בזה בשם הרא"ש דלגבי לוי אין מגו כי אין מגו אלא מה שבידו לטעון אבל לא מה שביד חבירו כי שמא חבירו אינו רוצה לשקר וכבר הוכחתי ממ"ש ב"י בסי' זה מחו' י"ח דהרשב"א ל"ל האי סברא אבל לפי הנלע"ד דברי הרא"ש הללו הם תלמוד ערוך בפ"ח דף ל' ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בההיא ארעא ח"ל מפנניא זבינתא דא"ל דזבנא ממך א"ל לאו מודית לי דההיא ארעא דידי הוא ואת לא זבנית מנאי זיל לאו בעל דברים דידי את אמר רבא דינא קא"ל ופי' הרשב"ם האי עובדא מיירי אפי' בחזקת ג' שנים מפקינן מניה דהוי חזקה שאין עמה טענה שהוא אינו יודע אם היתה של אותו המוכר לו אם לאו ויחזרנו למערער והיא יגבה מעותיו אע"ג דליכא עדים למערער ולא אמרי' מגו דאי בעי אמר מנך זבנית ואכלית שני חזקה ויהיה נאמן גם עכשיו כיון שהוא בעצמו אינו יודע מפקינן מיניה כו' עכ"ל הרי ממש כדברי הרא"ש דכאן שאינו מועיל מגו כיון שטענה שלו היא גרועה עכשיו לפ"ד אלא שאומר מחמת דברי לוי שותפו הי"ל זכות ע"כ לא שייך מגו ובאמת דהרא"ש לא היה צריך לכתוב כאן דלוי אין יכול לישבע על תפיסת שמעון דשמא שמעון א"ר לשקר' כו' אלא דהל"ל בקצור דיכול ראובן לומר לשמעון אתה לאו בעל דברים דידי את בטענות התלוים בלוי כההיא דחזק' שזכרנו אלא הרא"ש כ"כ לרווחא דמלתא שאין שם מגו כלל כיון שתלוי בדעת אחרת ואפשר הרא"ש היה מפרש גם ההוא דח"ה בדרך זה דלא מהני מגו ללוקח כיון שתלו בדעת המוכר וראיתי למוחז"ל דאפקיה לההיא ת' הרא"ש מהלכתא מחמת שהביא חולקין עליו דההיא מדברי התוס' בשם ר"י בפ' האיש מקדש גבי הן הן שלוחיו הן הן עידיו בשותפין שנפטרים שניהם בטענה א' אמרי' מגו אע"ג דיש לחוש שיכחישו א' את חבירו מ"מ בטוח כ"א בחבירו שיאמר ג"כ כמו זה וכ"כ מהרא"י בת"ה סי' של"ד דלא אמרינן דליכא מגו בב' אלא בעדים שאין הדבר נוגע בעצמן אבל בשותפין ב' שיפטרו בטענה א' אמרי' מגו ובאמת אין כאן מחלוקת כלל דשאני באלו שיש עדיין עכ"ע טענה ברורה לאותו בעל המגו גם עכשיו שי"ל שהמגו לא יועיל דשמא יכחישנו חבירו בזה ודאי אמרי' מגו שהוא בטוח שגם חבירו לא יכחישנו וכן ההיא דפ' הכותב בעובדא דאבימי הוי מסיק זוזי בי חוזאי דאמרי' שם מגו שהי' יכול לומר להד"ם וכן ההיא דבטור זה סי' ק"מ בענין ב' שוכרים בבית המערער דנאמנים במגו כו' בכל אלו יש ג"כ טענה להפטר בשביל' אלא שאין כאן נאמנות עליה רק מגו דטעין טענה אחר' משא"כ בהך ת' הרא"ש שלפנינו שעכשיו אין לו טענה ברורה שתועיל לו התפיס' אפי' לפ"ד ג"כ לא יועיל לו מגו כההיא פ' ח"ה ממש וע"כ נרא' דאין שום חולק ע"ז אפי' רשב"א שהוכחתי בסי"א שחולק ע"ז מדהזכיר שם ד"ה [ראה] אפשר שכ' כן לרווחא

דמלתא ובאמת אין שם מגו כלל כיון דגם שם אין לו טענה להתופס שיועיל לו ע"פ הדין וע"כ קורא אני להך ת' הרא"ש הל' רווחא בישראל:

(**סעיף מ'**) זכה שמעון בכל המשכון משמע מדברי הסמ"ע דעיקר זכות שמעון מכח איסור ריבית דע"כ סילק ראובן נפשו מן המשכון דאל"כ הוה היא הלוה משמעון בריבית כמ"ש ב"י סי' קס"ט כו' ולפ"ד אם השכין ראובן לשמעון משכון של העכו"ם בלא ריבית זכה ראובן במותר שעל החוב ולע"ד לא נראה כן וראי' ממרדכי פ' הפרה בשם ראב"ן פסק דין זה מכח ההיא דהפרה משכונו של הגר שמת ביד ישראל ובא ישראל והחזיקו בו זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה השאר ה"נ כיון שנתן לו כבר מעותיו כל המשכון שלו עכ"ל משמע לא מטעם איסור ריבית נגעו בזה אלא מטעם שהוא כבר נסתלק מהשעבוד שהי"ל כבר על המשכון בשעת לקיחת המעות כמו שמסולק במשכונו של גר דליכא שם איסור ריבית ועוד ראי' ממ"ש שם מרדכי אח"כ מיהו מספקא ליה אם משכונו של עכו"ם ביד ראובן והלך ראובן למקום אחר והפקידו לשמעון ומת העכו"ם אם זכה בו שמעון או שמא כיון שמכח ראובן תופס אותו לא קנה שמעון עכ"ל והביאו לקמן סמ"א משמע דבעכו"ם לא מספקא לן אלא בנתנו ראובן לשמעון דרך פקדון דאכתי ברשותא דראובן קאי אבל משכנו אצנו אפי' בלא ריבית ודאי מסתלק ראובן בשעת לקיחת המעות ונלע"ד אפי' לא אמר העכו"ם לראובן שימשכנו אצל שמעון נמי הדין כן כל שחוזר וממשכנו ביד אחר מסתלק ממה שכבר זכה והא דנקט המרדכי שא"ל העכו"ם שימשכנו וכו' מעשה שהיה כך היה והמחבר רגיל להעתיק המעשה כמו שהיה וזה לא כסמ"ע שכתב בעינן צווי העכו"ם דוקא ועוד כתב אם יש יורשים לעכו"ם שיודעין מזה ורוצין לפדותו דאז זכה ראובן במותר המשכון לפי מ"ש הוכחת מרדכי גם זה אינו וב' זכה בכל המשכון תיכף אחר מיתת העכו"ם ושוב ראיתי שבס' ב"ח חולק על הסמ"ע בזה וכתב דלא בעינן צווי העכו"ם רק שגם הוא תלה ההיתר מחמת איסור ריבית כהסמ"ע והנלע"ד כתבתי וכן הן פשוטן של דברי המחבר שלא זכר כאן כלל שום דבר מריבי':

(**נשאלתי**) מהאלוף החסיד מוה' יונה דיין דק' קראקא ראובן שקנה משמעון יין בהקפ' ונתן לו משכון ע"ז והיה שוה יותר מן החוב ונגנב המשכון ועלה על דעת מכת"ר לפסוק בזה כ"ע מודו דהוה ש"ש ודמיא להההיא דאומנין ש"ש הם דלא בעי מטרח אזוזי ויש בידו כנגד מעותיו והשבתי דעתי העניה מסכמת לזה הלכה למעשה וראיה ע"ז ממ"ש בי"ד סי' רכ"ז במי שמודר הנאה מכל ישראל דאסור למכור להם וליקח מהם בזבינא מציעא דהוה הנאה ללוקח ולמוכר ע"כ ה"ה נמי כאן הוה ש"ש בשביל זה וא"ל דשאני נדרים דחמירי טרי דאפי' ויתור אסור במודר הנאה לראב"י כדאי' ר"פ השותפין ואפשר דלענין

ש"ש לא מיקרי הנאה הא ליתא דהא מצינו במי שמודר הנאה מכל ישראל שאסור ללות מהם והוא מותר להלות להם מעות באין לי הנאה מזה וקשה למ"ד מלוה על משכון ש"ש למה מתיר להלות להם הא יש לוו הנאה מזה פרוטה דרב יוסף דאפי' במלוה בלא משכון יש לו הנאה בשעת הלואה כמ"ש ב"י ר"ס ע"ב בשם הרשב"א דעיקר ההנאה הוא בשעת ההלואה א"כ ה"נ כאן נימא כן אע"כ צ"ל דבנדרים לא איכפת לן בהנאה דפרוטה דרב יוסף כדאי' בפ' אין בין המודר דף ל"ג לענין מחזיר אבידה למודר הנאה דאמר התם חד אמר אפי' נכסי בעל אבידה אסורין מהדר ליה ומשום פרוטה דרב יוסף לא חיישי' דלא שכיח וכתב שם הר"ן דלא שכיח שיבא העני ליטול המנה באותו שעה ולא הוי בכלל איסור הנאה ומיהו כיון דאפשר דאתי עני ומתהני מנה הוי ש"ש עליו ע"כ א"כ הרי הדברים ק"ו דמה לענין הלואה על המשכון דהוה ש"ש לענין גניבה ואבידה ואפ"ה לענין נדרים לא מיקרי הנאה ש"מ דבנדרים הקילו בזה מחויב דגניבה ואבידה ואפ"ה חזינן לענין מכירה למודר הנאה דאסור בזבינא מציעא ק"ו לענין זה דמקרי הנאה והוה ש"ש על המשכון שלקח בעד דמי יין אכן נראה לחלק בין המכירות דביין הוי בכל גווני טובת המוכר דמצינו בפ' אע"פ דף קי"ג כל מילי זבין ותתחרט בר מדחמרא פי' שאלו לא מכרו הי' מחמיץ הרי חזינן דשבחוהו רבנן למוכר יינו אבל בשאר מכירות אי קיבל המוכר משכון נ"ל דיש לב"ד לעיין באותו המקח אי הוי זבינא מציעא או זבינא דרמי על אפי' הוה טובת הנאה של מוכר והוא ש"ש על המשכון ואי בזבינא חריפא שיש לו הרבה קונים לא הוי טובתו של מוכר ולא הוי רק ש"ח:

(**שייך לעיל ס"ג**) הדין עם שמעון משמע בלא שבועה ואין האשה נאמנת לומר בלא רשותי השכין אותם דאחזוק אנשי ברשיעי לא מחזקי' כ"כ ב"י שם בשם מרדכי ותימא לי שהרי באה"ע פסק רמ"א סי' צ"ו סי"ד דהבעל נאמן בשבועה וכ"כ ב"י בשם ת' הרשב"א ושם בב"י מביא בשם מ"כ דאף בשבועה אין הבעל נאמן אלא היא נשבעת ללוה ולהלכה נראה עיקר דהבעל נאמן בשבועה (בשם מוהרש"ק):

(**בטור עא"ע בין הלוהו פירות בין הלוהו מעות וכו**') לשיטת הרי"ף והרמב"ם שפסקו כר"י הו"ל לפסוק ג"כ בין אם המלוה צריך למשכון והרי"ף והרמב"ם השמיטו וצ"ל דס"ל דהוא דרך דחיה אתמר דלא לאוקמי רב יוסף כתנאי אכן לפי האמת ר"י כתנאי וס"ל כרע"ק ובצריך למשכון גם רע"ק מודה דלאו מצוה קעביד ובזה מיושב קו' התו' אהרי"ף ע"ש אבל בס' המאור והנ"י איתא להדיא דלר"י הוי ש"ש אפי' במלו' צריך למשכון ע"ש:

(**ע"ש כל הגאוני' פסקו וכו' עד דהא דר"י דוקא שלא בשעת הלואה וצ"ע וכו**') ולק"מ דודאי מה שהוא כנגד החוב לכ"ע הוי ש"ש אפי' בשעת הלואתו שהרי משנה ערוכה

הוא הלוהו על משכון הוה ש"ש ובשעת הלוא' איירי כמבואר בהאומנין ודברי הר"י שכתבו התוס' איירי לענין חזרת עבוט אבל (לא) לקדש בו האשה דוקא שלא בשעת הלואה וכמ"ש הרי"ף והרא"ש בפ"ק דקדושין אבל להיות ש"ש אפי' בשעת הלואה לכ"ע וכ"כ הר"ן להדיא לר' יצחק בפ' שבועת הדיינים ע"ש:

(**ע"ש מ"מ מצינו למדין וכו' עד ובשעת הלואתו אבד קתא וכו'**) מ"כ ואני לא אבין וכי עדיף טפי בשעת הלואתו דאבד כו' משלא בשעת הלואתו דאי בדפריש אפי' שלא כנגד המשכון אבד ואפי' בשעת הלואה כ"ש שלא בשעת הלואה ואי דלא פירש אפי' שלא בשעת הלואה לא אבד אלא נגד המשכון וכ"ש בשעת הלואה ודברי הרב תמוהים מאוד עכ"ל:

(**בא"ה ובפסקי הדינים לדעתו וכו'**) וסיים ומכל אלו הראיות ברורות נראה דהל' כרבה וכשמואל כו' המלוה כו' אין המלוה נותן היתרון כו' והיינו כרבה ע"ש זה טעם רבינו בבירור:

(**ע"ש וכ' בהגהת אשר"י סוף האומנים וכו'**) עד דאע"ג דקי"ל כרב דס"ל ישבע כו' דברים הללו הם קשי ההבנה דאדרבא דשם אומרים דלעולם נשבע המלוה שלא היה שוה יותר מסלע ע"י גלגול ואף שמה שאינו ברשותו חייב ובה אינו רוצה להאמינו דלוה סבור דהמלוה לא קי"ל בגוי' אבל שישבע בשביל זה זה לא מצינו לשום אדם שיאמר זה ודוק שם ברש"י:

(**ע"ש כ' הרשב"א**) שאלת הלוה על המשכון ונתן לו רשות וכו' אחר הלוא' דאלו בשעת הלואה הוי כשוכר שאין כל הנאה שלו וכמ"ש בתשו' אח"ז בנ"ל וע' בסמ"ע:

(**ע"ש כל היכא שהמלו' צריך לישבע וכו'**) עד שאע"ג שהחלוק זה וכו' וקשה דה"ל להש"ס לתרץ כן קו' רב הונא בר תחליפא לוקמי מתני' בדבר המצוי ולא בשינוי דחיקי וק"ל:

(**ע"ש ואם לא נאבד המשכון וכו'**) עד שנשבעים שלא פקדנו וכו' וצ"ע בשו"ת הרא"ש כלל פ"ו סי' ד' והעתיק קצתו הב"י לקמן סי' ק"ח ס"ה דמבואר שם דא"צ לישבע כ"א קבלת חרם מאחר שהממון היה מוחזק לאביהם ע"ש:

(**בטור עא"ע אלא י' ומנכה לו ה' מחובו וכו'**) ס"א ומ"ו יצ"ו קיבל דכצ"ל ומנכה לזה מחובו וכו' ר"ל הנותן לו ונוטל המשכון משא"כ לטענתו לא הי' צריך ליתן כ"א ה' וק"ל ועיקר ודלא כמ"ש בסמ"ע ע"כ ממהרש"ק:

סימן עג

(**סעי' א**) בין במלוה ע"פ עיקר הרבותא הוא מלוה ע"פ דל"ת דוקא מלוה בשטר נותנין זמן ב"ד דכיון שכתב שטרא ובציר מל' לא טרח אינש לכתוב שטרא אבל מלוה ע"פ לא קמ"ל והכיאית' בפ"ק דמכות בהדי' ובסמ"ע כתב דהרבותא היא מלוה בשטר ובס' ב"ח כתב עוד רבותא אחרת במלוה ע"פ ובלי ספק לא עיינו כלל בפ"ק דמכות בזה:

(**ע"ש מיהו אם הלוה מוחה**) דעת הסמ"ע דאין זה אלא במי שהלוהו בקנין דמסתמא לכתיבת שטר עומד אבל במלוה סתם ולא הוזכר כתיבת השטר אינו יכול לחזור וליקח המעות ואפי' כת"יא"צ ליתן לו דעביד אינש דמלוה לחבירו על ל' יום על אמונתו ומתוך כך חלק על רמ"י שכ' בכל גווני יכול לחזור ולענ"ד נראה עיקר כדברי רמ"י משום דמ"ש בסמ"ע דעביד אינש להלות בלא שטר הוא דבר תמוה מאוד דהא איתא ס"פ איזה נשך דרבינא לא רצה להלות י' זהו' לרב אשי בלא שטר (א"ה אין מכאן ראיה שהרי רבינא לא רצה להלות לרב אשי עד דשדר ליה כת"י והאי גברא הא חזינן דלא קפיד שא"כ מיד בשעת נתינת המעות הי"ל ליקח שטר ועוד שאני רבינא דמילתא יתירתא עביד וכמ"ש ב"י רס"ט אבל שאר כל אדם בעדים וסגי וכמ"ש הטור בהדיא שם והרי יש לו עדים ואפי' בהלוהו בינו לבין עצמו וזה תובעו לפני ב"ד והלה מודה לו אלא שאינו רוצה ליתן כת"י הב"ד הן הן עדיו ובהכי סגי עכ"ה) והדבר פשוט הוא דכל המלוה מעות נתכוין לדרך הראוי לו דהיינו שישים לו ראיה ע"ז ובסמ"ע הביא ראיה לדבריו דמדהוזכר בדברי הטור שהי' שם קנין ואמאי לא דייק מסיפא איפכא שכתב שנתן לו זמן ע"ז שיעשה לו שטר כיון שאינו רוצה לעשות לו שטר למה יפסיד זה מעותיו אם ימכר זה נכסיו עכ"ל ודברים אלו שייכים גם בסתם הלואה בלא קנין אלא ודאי הא דנקיט קנין מעשה שהיה כך היה וע"כ צ"ל כן בהא דנקיט שם ושיעבד נכסיו זהו פשיטא ללא צורך דהא אחריות ט"ס ועוד הביא בסמ"ע מדברי הטור סי' ל"ט שכתב שיכול לכופו להחזיר המעות דוקא ביש קנין נלע"ד דלא נתכוין הטור בזה במ"ש שם לפיכך אם יאמר המלוה כיון שאינך רוצה לכתוב שטר החזיר לי מעותי שמעינן ליה כי בודאי לא הלוה לו אלא שיהי' לו שטר כל זה קאי על כל הנזכר שם לעיל מיניה דהיינו בין הלואה בעדים בלא קנין בין קנין בכולם יכול לכופו אחזרת מעות דטעם א' להם כנלע"ד עיקר (א"ה כ"כ גם הב"ח והש"ך בשם אביו ז"ל אמנם דברי הסמ"ע נכונים בטעמם כי האיך נוציא ממון מיד המוחזק מטעם אומדנא סתמית שהרי אנו רואין בכל יום תמיד לוין זא"ז ופורעין זל"ז בלי עדים ושטר דבשלמא בדאיכא עדים וקנו מיני' דהיינו נדון הרא"ש יש כאן גילוי דעת גדול דמהני כתנאי כפול דכל קנין לכתיבה עומד וא"צ לימלך אבל בלוה ממנו בעדים לחוד אין כאן

שום גילוי דעת לכתיבת השטר שהרי אין יכולין לכתוב בלא צווי והמלכה שנית וכ"ש בבינו לבין עצמו שעל אמינתו הלוהו וגם דברי הרא"ש והטור מדוקדקים מאוד לפ"ד הסמ"ע ז"ל וניחא טובא מ"ש הטור סי' ט"ל לפיכך אם יאמר המלוה דלפי דעת החולקים הול"ל ואם יאמר המלוה וז"ב לבקי בטבע לה"ק ודברי הרב ט"ז אינם מוכרחים כלל בזה גם לפ"ד דברי הטור שלא בדקדוק וגם רמ"א מדכתב אם הלוה מוחה משמע במקום דצריך מחאה דהיינו בקנין וע"כ נלע"ד דאין כופין אותו מספק עכ"ה):

(**סעיף ב**) הלוה נשבע היסת. משמע דוקא בענין זה שאין חילוק ביניהם לענין גוף ההלואה רק לענין ז"פ ממילא הוי כופר הכל וע"כ אין נשבע אלא היסת אבל אם יש חילוק ביניהם גם לענין סך הלואה כגון שהמלוה אומר מנה לי בידך לשלם עכשיו והלוה אומר אין לך אלא נ' לשלם לשנה זה הוא מודה מקצת בסך הלואה אע"ג דיש ג"כ כופר הכל לענין ז"פ מה בכך כיון שיש עכ"פ מודה מקצת ומקוים ביה כי הוא זה ה"ל כפירת זמן בחלק זה ככפירת נ' בגוף החוב וחייב ש"ד משא"כ כשאין כפירה בסך הממון רק בפרעון לא אשכחן כלל ש"ד ואף דזה דבר פשוט הוא מ"מ כתבתי להיות כי שמעתי איזה דינים פוסקים בזה במודה לו מקצת הסך שטוען עליו ואומר שאותו מקצת שהוא מודה אין הזמן פרעון עכשיו אלא אחר איזה זמן אין זה מודה במקצת ומביאים ראיה ממ"ש בגמ' פ"ק דב"מ כדרבה דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת ישבע חזקה אין אדם מעיז בפני בעל חובו והאי בכולי בעי דלודי והא דלא מודה אשתמוטי קא אשתמיט סבר עד דהוי לי זוזי ופרענא וכו' והאי מודה במקצת שמשתמט במקצת שהודה לו אם היתה כוונתו להשתמט באותו חלק שהוא כופר ה"ל ג"כ להודות כיון שלפ"ד לא יצטרך לו לשלם עכשיו כלום אע"כ לאו בכלל מודה במקצת הוא אלו דבריהם ואני אומר שאפי' שום התחלה לדבריהם אין כאן דלא עיינו בזה שהרי פי' התו' שם רפ"ק דב"מ דמ"ש רבה מפני מה אמרה תורה מקצת טענה ישבע לא מקש' מ"ש אלא הכי פריך יהא נאמן במיגו דאי בעי כפר הכל או נילף מהכא דלא אמרי' מגו בעלמא ומשני לפי שאין אדם מעיז ואח"כ פי' התוס' בסיפא דרבה שאמר ובכולי בעי דלודי כלומר דלח תימא מאחר דאינו מעיז א"כ אמת הוא שאינו חייב לו יותר ולמה ישבע יהא נאמן במגו דכפר הכל ומשני דאין זה העזה דקא משתמט ע"כ ואם איתא דמודה מקצת הטענה לשלם לזמן לא חשיב מודה במקצת כדברי הדיינים דלעיל דאין כאן אשתמוטי קא מישתמט הדרא קו' רבה לדוכתא למה ישבע מודה במקצת יהא נאמן מודה במקצת ומרחיב הפרעון דבזה ליכא לתרוצי דמשתמט לפי דבריהם ממילא אמר אמת:

(אמר המגיה) לפי דעת הדיינים הנ"ל אין כאן מיגו שהרי במודה מקצת לשלם מיד כיון

דאשתמוטי קא מישתמיט אין כאן העזה וכמ"ש התוס' לעיל אבל במ"מ לשלם לאחר זמן כיון דל"ש אשתמוטי לפי דעת הדיינים דלעיל א"כ הך מקצת דקא כפיר ליה העזה גמורה וא"א מיגו לאינו מעיז ממעיז אבל (עכ"ד) דברי הדיינים הנז' בטלין ומבוטלין ודברי הרב ט"ז שרירין וקיימין מטעם האחר שכ' לקמן עכ"ה) אלא פשוט דגם בזה שייך אשתמוטי קא משתמט דאע"ג שאומר לשלם אותו המקצת שהודה על זמן מה מתיירא הוא להודות הכל ולומר שהוא חייב לו לזמן שדואג שלא יהיה לו ג"כ ממון הרבה על אותו הזמן וי"כ הוא חושב שעכשיו יכפור לו מקצת עד שירחיב ה' את גבולו וישלם לו גם המותר וזה מוכח עוד מסתם הלואה דלא ניתן ניתבע פחות מל' יום כמ"ש תחילת סי' זה והיכא תמצא מודה בהלואה ע"כ אינו שייך לפי דבריהם אלא לאחר שעברו ל' יום וזה לא נשמע ולא נראה בשום דוכתא ע"כ נראה דאין מקום לדברי הדיינים הנ"ל ושפיר הוי מודה במקצת בזה:

(**סעיף ד**) ישבע המלוה היסת. בטור העתיק דברי הרמב"ם אלו ולא כתב שם היסת ונלע"ד דכן עיקר דהא נשבע ונוטל הוא וצריך נק"ח כמ"ש בסי' ע"ב בסעיף י"ז וא"ל למה לא יהי' בעה"ש ידו על התחתונה דא"כ יהא השטר בטל לגמרי דיכול לומר לק' שנים לויתי המעות וכבר נתבאר סי' מ"ה דבכל מקום שנתבטל השטר לא אמרי' בעל השטר ידו על התחתונה כמו אחר פסח ע"ש וודאי שעכ"פ נותנין לו כאן זמן ב"ד:

(**סעיף ה**) ראובן נשבע יש לתמוה למה לא יקח המלוה אותן דברים בחובו ובסמ"ע כתב דהוי כמו מכירה וק"ל מה לי ולשבועתו ירדו הב"ד לנכסיו ויתנו לזה כדי חובו דהא נכסוהי דאינש ערבאין לי' ושעבוד' דאוריי' ועוד ק' מ"ש שאם יתחרט כו' וימכור דמשמע כל שלא יתחרט לא ימכור וכ"כ הסמ"ע שאין תקנ' לגבות החוב עד שיתירו לו השבועה והוא תמוה מאוד וכי יש כח באדם לבטל חוב חבירו מכח שבועתו ותו מי עדיף זה ממקח שנעשה באיסור כגון שנשבע שלא למכור דקי"ל בסי' ר"ח אם עבר ומכר דהו' מכיר' ונלע"ד דודאי יש כח ביד הב"ד לשלם החוב לזה בע"כ אלא דכאן בא ללמד האיך יתנהג בענין השבועות כי אם ימכור הוא או הב"ד שהם כשלוחין בזה יעבור על השבועה הא' ואם לא ימכור יעבור על הב' ופסק הדין מוטב שיהי' בשב ואל תעשה דהיינו שלא למכור וכן הוא בהדיא בת' שם ומביא ראיה משבועה שלא אוכל ככר זה וכו' ע"כ אמר שיהיה פרעון בדרך זה דהיינו שלא ימכור ונמצא עובר על הב' שבועות שוא וחייב עליה מכת מרדות ולא מלקות כי אין מלקות בשב וא"ת (א"ה אין ענין כאן לשב וא"ת שהרי על אותה שעה שנשבע לשקר הוא לוקה משום שבועת שוא ואע"ג דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו הא אמרי' בכמה דוכתי בגמ' חוץ מנשבע ומימר

ומקלל את חבירו בשם וכן פסק הרמב"ם פ' מה' שבועות אלא דמלקות אין שייך כלל בזמן הרא"ש שהוא מארי דהאי עובדא ופשוט הוא ע"כ) ומתוך אימת המכות יתחרט ועי"כ יהיה לו פתח להתיר לו השבועה הא' שיוכל לקיים שפיר השבועה הב' אבל אם קדם ב"ח אין השבועה חלה עליו כלל כי הדין הוא בכל פרעון החוב של בעלי חובות דעלמא שמכין אותו עד שתצא נפשו כדין כל מי שאינו רוצה לקיים מ"ע כדאי' פ' הכותב בהדיא ולענין פרעון בע"ח מכין אותו עד שתצא נפשו ולא סגי במלקות ואלו לא היה מ"ע לא היה מכין אותו כ"כ שזהו דוקא אם עובר על עשה מן התירה והא שכ' אח"כ שם דיבור בעונש שבועה הנ"ל ושם אין שייך בשביל שאינו פורע חובו דהא אומרים לו שיהא בשב וא"ת אבל לא בא לפסוק העונש המגיע לזה אלא ה"ק כיון דפריעת ב"ח הוא דבר גדול וע"כ הוי דינא דמכין אותו עד שתצא נפשו ע"כ לא חלה כלל השבועה וכן יראה כל המעיין בת' הרא"ש כלל ח' סי' ג' לפ"ז פשוט שאם לא יתחרט מאימת המלקות ודאי יעשו הב"ד שלהם ויפרעו לזה בע"כ של לוה ובסמ"ע הבין שמ"ש הרא"ש מכין אותו עד שתצא נפשו הוא ג"כ להורות העונש של זה האיש והנלע"ד כתבתי אלא שעדיין צ"ע על הרא"ש בת' זו שפסק שלא ימכרו שיהא בשב וא"ת ומביא ראיה שהנשבע על ככר לחם זה שאוכל ואח"כ אמר שבועה שלא אוכל ושלא יאכל ויהא בשב וא"ת וזה כנגד האמת דבפסקים ספ"ז דשבועות פסק מוטב שיאכל וא"כ הדר מזה וכיון דהפוסקים אחרונים ה"ל לרבינו לפסוק כמו הפסקים ותו בטיו"ד סי' רל"ח פסק דמוטב שיאכל כו' ונלע"ד דהטור פסק כדברי הרא"ש שלא למכור שלא מטעם הרא"ש בת' דמדמה לככר שלא אוכל אלא אדרבה בככר קי"ל דיאכל כמ"ש בי"ד ומאותו טעם עצמו דאמרי' שם יאכל ממילא כאן לא ימכור והיינו דכשם דגבי ככר הוי הטעם שיאכל כי תיכף שנשבע שבועה ב' דהיינו שלא יאכל נשבע לשקר נמצא שהוא כבר בעונש עבירת ש"ש שאם לא יאכל יתחיל עבירה א' מחדש דהיינו שעובר על הראשונה משו"ה טוב לו שיעמוד במה שהוא כבר בו ולא יחדש עבירה אחרת וא"כ מוטב שלא ימכור כ"א לא ימכור הוא כבר בעביר' ש"ש משע' שיצאה השבועה מפיו אבל אם ימכור יתחיל עבירה אחרת חדשה שלא עבר עדיין נמצא דברי הטור כהוגן ע"פ הלכה ולא מטעם ת' הרא"ש אלא מטעם הפסקים כנלע"ד:

(א"ה ראיתי להר"ב ש"ך ז"ל שכ' כאן דברים שאינם נראין בעיני וז"ל בס"ק י"א וי"ל דוקא בכה"ג אבל כשנשבע סתם שלא לפרוע שום חוב אע"פ שקדם חוב שמעון חלה השבועה עכ"ל והוא תמוה מאוד דאף כשנשבע סתם שלא לפרוע שום חוב ודאי דלא חלה השבועה שהרי אין כאן כולל דברים המיתרים אלא דברים האסורים לבד איתנהו

דמה לי חוב שמעון או חובות שחייב לאחרים לכולם חייב לשלם גם סוף דברי הרא"ש מכחישין אותו כמו שהרגיש הוא ז"ל בעצמו ורצה להגי' ואין דבריו נראין לי כלל ודברי הרא"ש ז"ל כפשוטן מתפרשין לענ"ד דדוקא בנשבע קודם שנתחייב לשמעון בסתם שלא למכור בשביל שום חוב שיתחייב הוא דיש חלות לשבועה אבל אם כבר נתחייב לשמעון ונשבע סתם דהיינו שלא לפרוע שום חוב ודאי לא חלה השבועה שהרי אין כאן כולל כלל אלא דברים האסורים לבד שהרי הוא חייב לשלם לראובן כמו לשמעון ואם נשבע אחר שנתחייב לשמעון בל' זה שלא לפרוע שום חוב שיתחייב אין כאן מקום שאלה כלל דהרי לא נכנס שמעון בכלל שבועתו שלא נשבע אלא על חובות שיתחייב ולא על שכבר חייב והרי לשמעון כבר הוא חייב וז"ב. וא"כ הגהת הש"ך או כגון שנשבע סתם אחר שנתחייב שלא למכור משלו בשביל שום חוב שיתחייב וכו' הוא ט"ס ואין לה מקום ומ"ש עוד אבל המחבר נ"ל דוחק כו' וע"כ פי' כפשוט' כו' ולפ"ד צ"ל דל"ד למצה וסוכ' כו' עד וצ"ל דברי הרא"ש שז"פ הגיע קודם השבועה עכ"ל כל מעיין ישפוט בצדק שדבר זה א"א לאמרו שהרי הרא"ש כתב בפי' דדוקא אם קדמה השבועה להחוב ועוד דהוצרך להמציא באיזה אופן תתכן השבועה קודם לחוב כגון שנשבע סתם שלא לפרוע לשום חוב שיתחייב ואם איתא הא משכחת לה בפשיטות כיון שנשבע שלא לפרוע שום חוב שכבר הוא חייב ועוד דכבר הוכחנו דאם כבר הוא חייב לשמעון ונשבע בל' זה שלא לפרוע שום חוב שיתחייב פשיטא שאין חוב שמעון בכלל. ומ"ש עוד ואפשר דל"ד למצה וסוכה דלא חל עליו החיוב כלל באמצע השנה כו' משא"כ הכא כו' ואי הוה פרע ליה קודם זמנו הוי מפטר מיני' עכ"ל. אני אומר בחילוק זה חלוקין עליו כל חכמי ישראל התוס' בשם ריצב"א ור"י הזקן והרז"ה והרמב"ן והר"ן והריב"ש והב"י והרמ"א ושאר כל הפוסקים. שמדברי כולם נלמוד שאפי' בדבר שהוא חייב בו עכשיו אם כלל בשבועה דברים המותרים עם אותם האסורים השבועה חלה אף על האסורים התוס' בשם ריצב"א ור"י מדקשיא להו בשבועות דף כ"ד ע"א ד"ה אלא הן היכי משכחת לה מההיא דירושלמי דשבועה שלא אוכל מצה אגמרא דידן דאמר דאפי' בכולל כשרות לנבילות וטריפות לא משכחת לה ואם איתא לדברי הש"ך שאני הכא דאיסור נבילה וטריפה כל שעה הוא חל אפי' בשוה וגם מכלל תירוצם נשמע דליתא להאי דש"ך והרז"ה ז"ל דחאה להאי ירושלמי מהלכ' משום הך דנבילות וטריפות ואם איתא הא לא דמי תלמוד דידן להירו' והרמב"ן והר"ן והריב"ש הסכימו לתירוץ ר"י וכן הרב ב"י ורמ"א הביאום לפסק הלכ' בי"ד סי' רל"ט בהג"ה בהנושא אשה זקנה ונשבע לה כו' חלה השבועה שהרי כלל בזה דברים שהשבועה חלה בהם כו' אע"פ שמצות פ"ו כל שעה היא מוטלת עליו וכ"פ בש"ע

דאה"ע סי' קי"ח סט"ו ולא עוד אלא הרא"ש בעצמו כ' כן בפי' בת' הביאו בנו הטור ז"ל בסי' קי"ח דאה"ע סל"ו ששאלת אלמנה שהיתה אמודה בממון ופסקה מלדת וזה ידע שמעון ונשא' ונשבע שלא ישא אחרת כו' ת' אין יכולין להתיר לו שבועתו הרי דחל' השבועה על מצות פ"ו עם היות כל השעות שוות בדבר זה וממקומו הוא מוכרע שהרי אמרו דוקא באומר מצה בליל פסח או שלא אשב בצל סוכה דהיינו נמי מסתמא סוכת מצוה כדפי' הר"ן הוא דלוק' ואוכל ויושב אבל אם אמר סתם מצה אף שהוא עומד בלילי פסח וכן שלא אשב בצל אף שעומד בימי החג פשיטא דאסור לאכול ולישב ועיקר חלוקו של הש"ך אין לו טעם כיון דמהיכא דנפקא לן דאין שבועה חלה על דבר מצוה על כרחך אין חילוק בין נשבע לעבור על מצוה שהוא חייב בה מיד או לאחר זמן שאם נשבע שלא להניח תפילין למחר אין השבועה חלה וכן שלא ישב בסוכה וכו' אף שנשבע קודם החג פשיטא דלא חלה וזהו פשוט בגמ' והא דקי"ל דבכולל חלה מכח מיגו היא סברא פשוטה בכל התורה להאי מ"ד גם בשאר אסורין א"כ מאיזה טעם יש לנו לחלק בין מצו' שהוא חייב בה מיד למצוה שאינו חייב עליה עד לאח"ז ודוק כי זה ברור בעיני. גם מה שהגיה הש"ך בסקי"ג אינו נ' בעיני יע"ש והנלע"ד הוא דס"ל להרא"ש דהשבועה שנשבע לפרוע לשמעון היא שבועה כוללת איסור והיתר דלמא יהי' לו מעות בעין באותו הזמן ולא יצטרך למכור ויפרענו במזומנים ואיסור שמא תגיע השעה ודמים אין לו ויצטרך למכור כדי לפרוע וכיון דקי"ל דחייל' בכולל אף היא שביעת ביטוי מקרי והיינו דקאמר הרא"ש ומוטב שיעבור על שבועת ביטוי בשב וא"ת ר"ל שיש כאן ב' שבועות ביטוי הראשונה שלא למכור והשניי' לפרוע אעפ"כ אמרי' שיעבור על השניי' שהיא בשב וא"ת ואל יעבור על הראשונה בקום עשה וכיון שע"כ צריך הוא לעבור על שבועתו השניי' מכח שב וא"ת אף היא נקראת שבועת שוא. ולאחר שהביא הרא"ש ההיא דנשבע על הככר צריך להוסיף אמנם בנ"ז השניי' חלה בכולל ועכ"ז מוטב שיעבור על שבועת ביטוי בשב וא"ת ולא ימכור כדי לקיים שבועתו הראשונה ונמצאת השניי' ש"ש ע"כ שהרי א"א לו לקיימ' (והשאר נמחק). עוד נלע"ד דרך אחרת קלה וקצרה בהגהת ת' זו שהיא כתובה בר"ת ומוטב שיעבור על ש"ב וטע' המעתיק וחשב שרצה לומר שבועת ביטוי ואינו אלא ר"ס שבועה ב' דהיינו שבועה שנייה וגם אח"כ היה כתוב בר"ת ש"ש וחשב המעתיק שר"ל שבועת שוא ואינו אלא ר"ל שני שבועות וכצ"ל ומוטב שיעבור על שבועה שנייה דשב וא"ת ר"ל אע"פ שהשניי' היא מתקיימת בשב וא"ת מוטב שיעבור עליה בקום עשה שיאכלנה בקום עשה משיעבור על ב' שבועות ר"ל בשב וא"ת הוא עובר על ב' שבועות ביטוי ושוא והכי דייק לישנא דקום עבור דקום עשה הול"ל כי היכי

דפתח בשב וא"ת אלא שהי' כתוב בקום עשה משיעבור על ש"ש וטעה המעתיק כאמור ומחק תיבת עשה וג' אותיות מש"י וכתב בקום עבור והשתא אתי שפיר דינא דהרא"ש מכח ק"ו התם שהוא קום עשה אמרי' לזה אכול כדי שלא לעבור על ב' שבועות כ"ש הכא שהוא שב ואל תעשה דלא שבקינן למכור כדי שלא יעבור על ב' שבועות וזה נכון מאוד. ובתשובה אחת שהשבתי להרב מוהר"ר יוסף אלמושנינו ז"ל מבילגרד זה לי עשר שנים בענין חלות השבועה בכולל הארכתי ה' יזכנו להדפיסם עכ"ה):

(**ס"ו**) וסי' רל"ב. רומז בזה על ת"ה סימן ש"ב שכתב שהאחד שהי' בבית הסוהר ונתן כתוב וחתום איך שהוא נשבע שיתן לשמעון כל מה שיטעון עליו בלא אמתלא ואחר שנפטר ממצוקה תבעו שמעון והשיבו אתה ידעת אשר לא נשבעתי באמת רק הוכרחתי לכתוב כן מחמת שהייתי במצוקה וכל אשר לי היה בידך והשיב שמעון מכל מקום אתה מודה שנשבעת בלא שום אמתלא והשיב אין אנו אומרים שנשבע במקום אחר שלא שפניו כיון שנותן אמתלא לדבריו אבל אם טען באמת אני יודע שנשבעו לי והודאת בעל דין כמאה עדים צ"ע אי מהני אמתלא בזה ע"כ והנה רמ"א סי' רל"ג כתב וז"ל מי שהודה ברבים או כ' עליו שטר והודה בו שנשבע ואחר כך אמר שלא נשבע ונתן טעם למה אמר שנשבע נאמן וכ"ש אם האמת שלא נשבע עכ"ל מבואר הוא דאפילו ספיקא דת"ה באומר אמת אני יודע שנשבעת לי פשוטו הוא לרמ"א שנאמן לומר שלא היה שם שבועה כיון שנותן שם טעם ואמתלא למה כ"כ והעתקתי כל זה לפי מ"ש הסמ"ע כאן דאם כתב בכת"י שנשבע בפועל לא מועיל אחר כך התנצלות ותמוה לי דאם נותן טעם ואמתלא למה כ"כ אמאי לא יועיל דהא בההוא דת"ה היה כתוב שם בלי נתינת טעם ואמתלא ורפי' הכי מהני שם אמתלא שיוכל לומר גם ל' זה דלא יועיל הייתי מוכרת לכתוב כן א"כ גם לשון בפועל יכול לומר כן כיון שיש לו אמתלא ואם לא נותן אמתלא אפי' בלא כתיבה בפועל מהני ואם עדים כותבין ל' זה בכתב השטר נלע"ד דיש חילוק בדבר אם כתבו שזה הודה בפניהם שנשבע בפועל כל שיש לו אמתלא על ההודאה מהני נמי לבטל כתיבה בפועל ואם כותבין העדים שנשבע לפניהם או נתן ת"כ ודאי א"צ לכתוב בפועל כלל דבר הך בפועל לא מעלה ולא מוריד לע"ד אבל אם היא הודא' לא מהני בפועל על כל שיש לו אמתלא שהי' מוכרח לכתוב ההודא' ואי מעידים עדים ע"ז שנשבע פשיטא אין צריכין בפועל כנלע"ד:

(**ע"ש אע"פ שלא תבעו בתוך הזמן**) משמע דבתביעה תליא מלתא ומזה יליף בסמ"ע דאף שנשבע לפרוע לחבירו לזמן פלוני אין חומר השבועה עליו כל זמן שלא תבעו ויש להקשות על זה משטר שזמנו בשבת דכתב בסמוך דצריך ליתן משכון ביום השבת והך

ודאי שאין המלוה תובעו בשבת ואם לא חל עליו חיוב הפרעון ביום השבת משום שזה אינו תובעו כך אין עליו חיוב הפרעון מצד השבוע' ועוד ק"ל ממ"ש ב"י בשם הרשב"א על הנשבע לפרוע מנה לפלוני באדר ונשבע לאחר לפרוע באותו זמן וכתב בשטר הראשון כ"ז שיתבענו וכן בשני ועכשיו בא השני ותבעו שכ"ז שלא תבעו הא' חייב לפרוע להב' שהרי מצאה בשבועה מקום לחול כו' עכ"ל וכ"פ שם בש"ע סי"ח משמע דאי לא כתב לאחד כ"ז שיתבענו לא חלה השבועה הב' כלל דהחיוב רובץ עליו לפרוע לראשון אף שלא תבעו שוב מצאתי כ"מ בת' מהרלב"ח סימן קל"ז בשם הרשב"א הנשבע לפרוע לחבירו חוב שעליו ליום פלוני אם חברו בעיר ביום פלוני ולא פרע לו עבר על שבועתו אפילו שלא יתבענו חבירו עכ"ל ע"ש שהאריך בזה הכא בת' הרא"ש מיירי נמי באומר כ"ז שתתבעני וע"כ אמר כן זה כדי שישלם תוך הזמן ואין ידוע איזה זמן ושייך כן אפי' רגע אחד קודם הזמן הקבוע וא"כ מה הועיל בזה אלא ע"כ כ"ז שתתבעני תוך הזמן אשלם לו:

(**סעיף ז' באותו יום משכון**) הב"י כתב דגם השומא היא מותרת שישומו המשכון אם שוה כדי החוב כדי שיהי' זה נקי משבועתו והסמ"ע למד עוד היתר דאם נותן לו דבר שצריך למדידה. שמותר למוד בשבת כיון דלצורך מצוה היא ותמהני דאיתא בפ"ק דשבת דף ד' אמר רב ששת וכי אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חבירך הכי נמי למה יעסקו אחרים בשומא ומדידה בשביל זה שיקיים השבועה ומכ"ש שי"ל למלוה בשביל איסור שבת תרויח לו זמן עד יום א' ולמה יעשו איסור שבת בחנם וע"ק לי לפ"ז אמאי לא התירו לפרוע במזומנים דהא גם בזה ליכא אלא טלטול המעות שהוא מדרבנן ומה לי מדידה ושומא ומה לי טלטול המעות ואי לא פיות קדושים דב"י והסמ"ע הייתי אומר דלא נתכוין הרא"ש כאן אלא שיתן משכון לחוד דבזה אין איסור גמור שהרי נותנין משכון בי"ט כמ"ש בת' הרמב"ן שזכרנו ומבואר שם דלא התיר השומא שסיים בל' זה ואלו נותן המשכון בתורת פרעון היה צריך שומא משמע דהיה צריך לעשות כן ובאמת לא יעשה כן שוב ראיתי אח"כ ברמב"ן דעדיף טפי לשאול על השבוע' היכא דאפשר:

(**סעיף ח'**) בהגה מ"מ חייב לשלם מכח שבועתו לכאורה זה סותר מ"ש לעיל סס"ז בהגה כיון דפטור מן הדין פטור ג"כ מנד השבועה ולק"מ דלעיל פטור הפרעון אינו מצדו אלא גזירת הש"י ב"ה ששמיטה משמטת או מצד שמלוה עצמו מחל לו ע"כ גם השבועה בטילה כי לא נשבע רק שלא יעכב הפרעון משא"כ כאן שעיכוב הוא מצדו דקאי על מי שנתחייב לחבירו בשטר ויש פסול בשטר דמצי לבטל השטר נמצא שהוא המבטל השטר בזה שפיר אמרינן דיהשבוע' חלה עליו דמצד השבוע' חייב הוא שלא לעשות שום

ביטול מצדו ופשוט שאין בכלל זה שבועה בטעות דהיינו שבשעת שבועה היה סבור שחייב לו יהיה נשבע לשלם לו פשיטא ששבועה בטעות היתה משא"כ בהך שזכרנו שהתחייב לשכנגדו איזה חוב מדעתו אע"פ שאחר כך יכול לבטלו השבועה גורמת שלא יוכל לבטלו ובסמ"ע כ' דשאני הכא שאינו חייב ואפ"ה קבל על נפשו בשבועה והוא תמוה אי מצד החויב שהתחייב עצמו אפילו בלא שבועה נמי יכול לחייב אדם דרך חיוב כדאיתא בסי' מ':

(**נשאלתי**) מי שנתקשר בשבועה לשלם י' זהוביים פלוני ואם לא אפרע לך אתן קנס לצדקה י' זהובים ולא נתן על החוב רק ה' זהו' ותבעו בעד הקנס והשיב לא התקשרתי אלא באם לא אפרע כלל נ"ל דלכאור' חייב בכל הקנס דהא ההתקשרו' קאי על כל החוב כההוא דנשבע לפרוע לזמן והגיע הזמן בשבת דאמרינן כאן שצריך ליתן משכון שוה מנה דוקא דהשבועה היה על כל החוב אבל אחר העיון נראה דא"צ לשלם הקנס רק לפי הערך מה שלא פרע וראיה מפרק המקבל דף ק"ד ההוא גברא דקביל ארעא מחבריה ואמר אי מובירנא יהיבנא לך אלפא זוזי אוביר תלתא אמרי נהרדעי דינא הוא דיהיב ליה ש' זוזי ול"ג זוזי ותלתא זוזי ש"מ דלא מצי אמר כי אמינא אלפא זוזי אי אובירנא כולו אבל עכשיו לא ה"נ בהא דקנס ואף יע"ג דלת קי"ל התם בגמרא כן היינו מטעם אסמכתא כמ"ש בסי' ר"ז וההוא דשבת שזכרנו ל"ד לכאן דהתם אמר דרך חיוב אפרע חוב זה ודאי אכל פרוטה וזמנו נשבע אבל כאן אמר דרך שלילה אם לא אפרע אתן קנס יכול לומר אם לא אפרע כלל קאמינא ליתן כל הסך קנס ואם מקצתו אתן מקצת קנס כי הקנס לפי ערך החוב וחילוק זה ברור למבין ועוד ראיה ממ"ש רמ"א סימן ס' סעיף ג' מי שכ' לחבירו לזונו זמן מה כו' ע"ש אמנם אם אמר שבועה שאפרע לך מנה ביום פלוני ואם אעבור אתן בכל הקנס דהא שבועה היתה על הפרעון כולו כמ"ש בי"ד סימן רל"ח סט"ו שלא אוכלנה כו' וכל שעבר על השבועה חייב כל הקנס וע"ש בדברינו כנלע"ד ברור ונכון: (א"ה גם שם רומז הרב ז"ל לעיין בכאן עכ"ה).

(**ס"ט**) עוד נשאלתי במי שקובע זמן פרעון בחנוכה ונשבע על זה אם יש לכופו שישלם ביום הראשון של חנוכה כמ"ש בח"מ סימן ע"ג סעיף ט' פסק בש"ע מי שנשבע לפרוע בר"ח אדר חייב לפרוע ביום ראשון של החודש נלע"ד דלא דמי זה לזה די"ל הב"י שם בשם הרשב"א מיירי דאותו הדין מסתבר שהוא חייב לפרוע ביום החדש הראשון דאינו דומה לנשבע לפרוע בר"ח ניסן שהוא מלא שאי אתה מחייבו לפרוע בתחלת היום דשאני הכא דהימים מחולקים ושני ימים הם ואין תופסין את יום הראשון (נראה ט"ס וצ"ל ואנן תופסין כו') וביאר דבריו דשאני ר"ח ניסן שעיקר החילוק בו ביום עצמו בתחילתו או

בסופו בודאי כל היום כשע' חדא הוא משא"כ בר"ח אדר שהוא ב' ימים ואלו ב' ימים אין ענין אחד כי ר"ח הראשון שייך לתשלום החודש שעבר ור"ח הב' הוא התחלת החדש הבא נמצא הדבר כאלו היה מסופק באחד אם היה נשבע לשלם בחדש אדר או בניסן דודאי מכח החומרא צריך לשלם באדר הכי נמי באלו ב' ימים ר"ח משא"כ בימי חנוכה דכולהו חד ענינא הוי כמו יום ר"ח לענין תשלומין בתחלתו או בסופו נמצא שאין עובר על שבועתו אפי' אם משלם ביום האחרון וכל שכן אם לא נשבע וכתב סתם ז"פ בחנוכה שאין לכופו עד יום האחרון כנלע"ד פשוט:

(**סעיף י"ד**) לא יוכל למוכרו בפחות משנה במרדכי פרק הגוזל בתרא כ' דין זה בשם הר"י בר פרך באופן שלא יוכל לכופו מלמכור המשכון אמר שעברה השנה וכ"כ רמ"א בסימן שס"ט ונראה דהרבותא הוא שא"צ ליתן לו ל' יום אחר התביעה ובסמ"ע כתב רבותא היא אף על פי שהוא משכון של עכומ"ז ונותן לו רבית מכל מקום יכול לכופו להמתין ולא יפה עיין במרדכי דבהדיא כתב שם שהמשכון היה ספרים אלא כמ"ש עיקר וכאן לומר רמ"א מהמרדכי בזה דצריך עכ"פ להמתין לו שנה שלא ימכור המשכון ורמ"י מוקי דברי רמ"א כאן במקום שהשכין לו כאן משכון של עכומ"ז בריבית וסמ"ע נחלק עליו וכ' דלפוסקים משמע בכל ענין אדעתא דהכי השכינו שינהג עמו כפי מנהג העכו"ם מכל מקום נלפע"ד דאין זו אלא כשרוצה למכור המשכון ולגבות חובו אבל מ"מ אם רוצה לתובעו שיפרענו ממקום אחר כיון דסתם הלואה ל' יום אפי' במלוה על משכון יכול לכופו ואין למידים זה מדיני עכומ"ז דבדיני עכומ"ז כל שלקח משכון אינו יכיל לתבוע אחר כך בע"פ אפי' אינו שוה כל כך כמו בנותנים לו ערב בדיניהם משא"כ בדין ישראל ע"כ נלע"ד דיכול לתובעו בע"פ בכל גווני וכן דייק ל' רמ"א לא יוכל למוכרו ולא כ' שלא יוכל נתבעו וכל כי האי גוונא נראה שיש לנו לומר הבו דלא לוסיף עליה ממה דנמצא בהדיא:

(**סעיף ט"ו**) ואם אינו יודע כמה הוא שוה וא"ל ישבע שאינו יודע שהיה שוה יותר מדמי ההלואה כדלעיל סי' ע"ב סעיף י"ג דשאני הכא דה"ל גזלן גמור כיון שאינו יודע שויו היאך ימכרנו אלא ודאי דלא איכפת ליה בממון חבירו אבל ברישא שהוא יודע שלא היה שוה יותר לא הוי גזלן כמ"ש ב"י בשם ריב"ש דאינשי לא משמע להו למהוי גזלן בהכי:

(**סעיף ט"ז**) ע"פ ב"ד מומחין החילוק בין ב"ד מומחין ובין הדייטות מבואר בב"י בשם ריב"ש דבמומחין מקרי הם המוכרים לו אבל בהדיוטות לא מיקרי רק שמאים נמצא שהוא המוכר מעצמו ואז יש חשדא ובסמ"ע הק' ל"ל הביא מור"ם ר"ס ע"ב דמועיל ב"ד מומחין לענין שהוא ראוי להשתמש במשכון ולנכות ותי' דלא שכיח ליקח ג' מומחין

לשכירות ולפע"ד לא נראה דאדרבה התם ב"ד הדיוטות נמי מועיל דהא הביא שם רמ"א דבהתנו תחלה מותר וכבר הוכחנו שם בהוכחות חזקות דהיינו קודם התשמיש שמשמש במשכון סגי בהתנ' ולא עוד אלא אפי' בפני עדים סגי שם בהתנה כנלע"ד. (א"ה אפשר לדחות דשאני בהתנה עם הבע"ד עצמו דאיהי ידע וקמחיל כל מה שישתמש בו בעד אותו הסך שקצבו ביניהם אבל בב"ד שלא בפני בעל דין איכא למיחש לחשדא דבע"ד עצמו שיחשדוהו שבוקע בו יותר מן הראוי או בדברים קשים יותר מדאי וכיוצא בזה ואין מי שישגיח עליו שהב"ד ודאי לא יפשפשו אחריו בדבר זה אבל כשהוא משכירו לאחרים הוא משגיח עליו שלא יתקלקל לאפוקי במכירה לא שייך האי חשדא ולפ"ז בשכירות לעצמו אפילו בב"ד אסור ולכן לא הזכירוהו הש"ע והרמ"א עכ"ה):

(**ע"ש [סקי"ח הכל ללוה**) מוחז"ל מוקי להך דרבא בדבר שאין לו קצבה דאי יש לו קצבה מבואר דינו בסי' קפ"ג דחולקין ביחד ובחנם נכנס לזה דכאן מיירי שמכרו ביוקר שם לפי שכל אנשי אותה העיר מוכרין כן משא"כ בסימן רפ"ג דמיירי שהשליח קיבל יותר משאר המוכרים באותה ואם כן מתנה בעלמא היא ע"כ יש חלוקים אבל כאן מיירי בכל גווני וזה פשוט לעניות דעתי:

(**סעיף י"ט**) ביד חבירו חפץ לא שייך מחילה כתב הסמ"ע ה"ה מעות ועיקר החילוק הוא בין הלואה לפקדון דדוקא בהלואה שייך מחיל' וכן משמע במהרי"ק שורש צ"ד ולעד"נ דבמעות של פקדון שביד החנוני או שולחני שייך ל' מחילה שהרי מותר הנפקד להשתמש בו כמ"ש סי' רצ"ג ואם כן דמיא לע"ע שכתב מהרי"ק שם דאין גופו קנוי שייך לשון מחילה והך פקדון נמי אין גופו קנוי להמפקיד שהרי הנפקד יכול להשתמש בהם ע"כ מהני בו ל' מחילה כנלע"ד ברור (א"ה אחר המחילה מכת"ר הרב ז"ל דברים אלו אינן נראין בעיני כלל כי ודאי פקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא ויכול להקנותו לאחרים כ"ז שלא הוציאו שהרי את נאנס להמפקיד נאנס וכן לענין פסול המטבע הוא ברשות המפקיד כל זמן שלא הוציאו ואם כדברי הרב ט"ז ז"ל לא היה הבכור נוטל פי שנים במעות המופקדון ביד אחרים ותהא שביעית משמטתן וזה מבואר הביטול ועוד שאר הרבה נמנעות יתילדו על מ"ספ חותם לס' זו ומוכח מתוספת פא"מ דף כ"ט ריש ע"א ד"ה והוי שואל עלייהו דאם בא המפקיד קודם שהוציאם צריך להחזירם לו בעין והרב בעל ש"ך ז"ל שגג בכאן שגגה גדולה שכתב בסי' רצ"ב סק"ח וז"ל מותר להשתמש בהם מוכח בתוספות פא"מ דאפילו תובע אותם המפקיד קודם שהוציאם הנפקד אין צריך להחזיר אותם המעות עצמם אלא יכול ליתן לו מעות אחרים עכ"ל בבקשת המחילה מכת"ר לא ירד לסוף דעת התוספות דאדרב' מוכח מתוס' דלדידן דקיי"ל דהוי ש"ש כר"ן

דעלי' קאי הש"ך אם תובעם המפקיד קודם שהוציאם ודאי צריך ליתן לו את שלו דוקא ולא מעות אחרות וזה דהתוספת הוכיחו מההיא דפרק המפקיד דפריך ליה ר"נ לרב הונא דס"ל שואל הוי וחייב באונסין מההיא דהמפקיד מעות אצל שולחני אם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל הגזבר ואי אמרת אפי' נאנסו מאי אריא הוציא אפי' לא הוציא נמי ואי סלקא דעתך דאם בא המפקיד קודם שהוציאן צריך ליתנם לו הן עצמן ולא אחרות הא כ"ז שלא הוציאן אינו לוה עלייהו אלא שואל בעלמא ולא ברשותיה קיימי לפיכך לא מעל אע"כ אף בלא הוציא ברשותו קיימי ואין צריך להחזירן בעינייהו זהו הוכחת התוספת למ"ד שואל הוי וחייב באונסין ומינה ע"כ דלדידן דקיימא לן כר"ן דש"ש הוי דמחויב להחזירם בעינייהו דאם לא כן מאי פריך ליה ר"נ לרב הונא מאי אריא הוציא כו' וליפרוך לנפשיה דלדידיה מי ניחא דהא אף איהו י"ל דאינו צריך להחזירם לו והרי קנינהו לו דא"ל אף דקנינהו לענין שא"צ להחזיר מ"מ לא מעל כיון שאין הנפקד חייב באונסין דמשמע מדבריהם שהכל תלוי בצריך להחזירם בעינייהו ואף גזבר המשכיר בהמות הקדיש על מנת ליטול השכר לעצמו כיון שמסרו לשוכר מעל המשכיר אף שאין השוכר חייב באונסין ובל"ה מוכח בפשיטות מדברי התוספת דדוקא גבי שואל דאית לן הוכחה גמורה א"צ להחזירם בעינייהו אבל למ"ד ש"ש הוי אוקמ' אדיני' ככל ש"ש דחייב להחזיר הפקדון בעיין כמות שהוא וזה פשוט וברור ואם כן דינו של הרב ט"ז בנדון זה אינו נכון ול"ד כלל לע"ע אי הו"א דאין גופו קנוי דהתם אין לו עליו אלא חוב בעלמא ובמחילה סגי אבל בפקדון אף שמותר להשתמש בו כל היכא דאיתי' ברשותא דמרא איתא ואינו נקנה במחילה אלא בל' מתנה ודו"ק עכ"ה).

(**סעיף כ**') אין במשמעות ל' זה משמע אם אמר בפי' כן לא הוה בזה איסור רבית דעכו"ם על המשכון סמך וכ"כ ש"ע בי"ד קס"ט סעיף ו' בשם מהרש"ק בב"י ד"ה טענו הלויתיך מנה וכו' עד והרמב"ם פ"ד מטוען וכו' לא דק הב"י שהעתיקו כאן ומקומו הוא בסעיף י"ב ודו"ק וע' בסמ"ע וק"ל:

סימן עד

(**בש"ע סעיף א**') אפילו יש בזה כמה מדברות כ' הסמ"ע דבתוך הזמן אינו כופהו בזה דזה מיחשב סכנה גדולה מה שיעבור אח"כ דרך המדבר תמוה הוא מאוד בעיני (") דהא אפשר להמתין ביישוב עד שיזדמן שיירא ואף שהעיכוב הפסד למלוה מה איכפת לן בזה הא הזמן הוא תקנתו של ליה כמ"ש בסימן ק' שכתב אם יאמר התובע אני צריך

לילך לדרכי אומרים לו עשה שליח שישב כאן וימתין וכו' מה שא"כ בחילוף מטבע בס"ב דא"א לבטל ההיזק שיהיה אח"כ:

(**סעיף ג'**) והוא בזמן. הסמ"ע פי' דהיינו בתוך הזמן ומשום הכי חייב הלוה משא"כ בסי' ק"ד דפטור הלוה דמירי בהגיח זמנו ודבריו תמוהים כיון דשם עיקר הטעם משום פרעון דבע"כ הוי פרעון ואם כן בתוך הזמן נמי יכול לפרוע בע"כ כל היכא שאין ניכר הקלקול כמ"ש ריש סי' זה. וע"ק מאי מסיק רמ"א בפקדון טטור הנפקד דבתוך זמן ודאי אינו פטור כמ"ש רצ"ב ובסמ"ע הרגיש בזה ולא תי' כלום ובאמת דברי רמ"א כפשוטן דנמשך אחר דבריו בד"מ דהב"י הביא דברים אלו של רמ"א בשם מ"כ בשם הרמב"ן [הראב"ן] ואותו הכותב הוקשה לו על מ"ש אבל בפקדון פטור וז"ל ואני אומר אם הפקדון מעות ומותרין להשתמש שאינן כרוכין בקשר משונה אמאי לא חייב באחריותן כיון שיכול להשמש בהן ועל זה חלק הרמ"א בד"מ כיון שכלתה שמירתו לא יתחייב בע"כ ומה שתמה בסמ"ע דאדרב' כיון שא"ל טול שלך והוא לא נטל המעות גילה דעתו המפקיד שא"צ למעות ממיל' יש רשות להנפקד להשתמש מ"מ חייב אין מקום לתמוה זו דמהיכי תיתי דאזלת בתר דעת המפקיד זיל בתר דעתיה דנפקד שאינו רוצה להיות בשמירתו של זה עוד ע"כ פשוט ליה לרמ"א דפטור בפקדון כשהגיע הזמן אף על פי שמותר להשתמש בהם וע"ז רמז רמ"א במ"ש והוא בזמני ר"ל בהגיע הזמן וכן מצינו בל' התלמוד ריש ב"ב בא בזמנו כו' וכהנה רבות וכתב זה בשביל פקדון דסיפא שכתב אבל פקדון בכה"ג פטור ר"ל כשהגיע הזמן ומה שהקשה הסמ"ע סי' ק"ך דהלוה פטור אין כאן קושיא דהא גם שם הביא רמ"א וי"ח והיינו המרדכי פרק מי שאחזו שכתב בהדיא הטעם במ"ש בשם ראב"ן וע"ש במרדכי והיינו משום שיש רשות ללוה להשתמש הוויין ברשותו עד שיוציאם מחמת ידו כ"ז נלע"ד וכן ראיתי אחר כך בסב"ח ועיין מ"ש בישוב דברי הטור כאן עם סי' קצ"ח:

(**סעיף ד**) ומיהו אם משכן כו'. זה איירי במשכן לו שיאכל פירות בנכייתא שכן הוא סתם הלואה וכן הוא בסה"ת שער ס"ט וז"ל ויש לעיין אם משכן משכנו בק' זוזי שיאכל הפירות עד שיפרע מה שיאכל ממנו כדי שפרעו כו' עכ"ל והטעם דיכול לומר אכילת כל הפירות ניחא לעבוד השדה ולאכול ולא קצתו לפ"ז נ"ל דאם משכן לו מטלטלין ורוצה לפדות החצי' ולהניח החצי השו' לפי ערך שומעין לו וכופין על מדת סדום ובטור כתב וכן כתב א"א וכו' ותמה ב"י על מה שדימה דברי הרא"ש לדברי הרמב"ן ונרא' דברי הטור נכונים כי דברי הרא"ש הם בראובן שמשכן בית לשמעון שוה ר' זוז בק' זוז ואמר שמעון [ראובן] הנה לך חלק בבית זה בעד ק' זוז שלך בשומת ב"ד כי די לך שתהנ' מביתי נגד

הלואתך והשיב כי דבר פשוט בעלמא במלוה כ' על שוה ל' ובלא נכייתא שאינו יכול לכופו ליתן לו המותר ואף שאין לו הפסד במעותיו כלל כ"ש במרום שיש הפסד כמו כאן שדר בנכייתא כל הבית ואח"כ כ' ולא עוד אלא אפי' ישאר לו כל הבית כמו שהיה בשעת ההלואה אלא שרוצה שיחלטנו לו בתורת מקח אין כח בידו ע"ז וא"כ יש שפיר ראיה לדברי הרמב"ן במה שרוצה להפסידו אכילת כל הפירות בנכייתא כנלע"ד נכון בפסק זה דכל היכא דאין לו הפסד יש לכופו על מדת סדום במטלטלין:

סימן עה

בש"ע ע' סי' ע"ג סעיף ב' כתבתי בדין מודה מקצת באם מודה שחייב לו מקצת על איזה זמן לא עכשיו:

שיאכל הפירות עד שיפרע מה שיאכל ממנו כדי שפרעו כו' עכ"ל והטעם דיכול לומר אכילת כל הפירות ניחא לעבוד השדה ולאכול ולא קצתו לפ"ז נ"ל דאם משכן לו מטלטלין ורוצה לפדות החצי' ולהניח החצי השו' לפי ערך שומעין לו וכופין על מדת סדום ובטור כתב וכן כתב א"א וכו' ותמה ב"י על מה שדימה דברי הרא"ש לדברי הרמב"ן ונרא' דברי הטור נכונים כי דברי הרא"ש הם בראובן שמשכן בית לשמעון שוה ר' זיז בק' זוז ואמר שמעון [ראובן] הנה לך חלק בבית זה בעד ק' זוז שלך בשומת ב"ד כי די לך שתהנ' מביתי נגד הלואתך והשיב כי דבר פשוט בעלמא במלוה כ' על שוה ל' ובלא נכייתא שאינו יכול לכופו ליתן לו המותר ואף שאין לו הפסד במעותיו כלל כ"ש במקום שיש הפסד כמו כאן שדר בנכייתא כל הבית ואח"כ כ' ולא עוד אלא אפי' ישאר לו כל הבית כמו שהיה בשעת ההלואה אלא שרוצה שיחלטנו לו בתורת מקח אין כח בידו ע"ז וא"כ יש שפיר ראיה לדברי הרמב"ן במה שרוצה להפסידו אכילת כל הפירות בנכייתא כנלע"ד נכון בפסק זה דכל היכא דאין לו הפסד יש לכופו על מדת סדום במטלטלין:

(**סעיף ט**) א"י אם הלויתני דלא אמרי' ברי עדיף להוציא ממון וכ"כ הטור סי' רכ"ג ע"ש ואין התובע צריך שבועה אף ע"ג דבסי' צ"א ס"ג פסק רמ"א בכל מיני דהאי ידע והאי לא ידע נשבע האי דידע שאני התם שהאחד הוציא ברשות חבירו איזה סך נאמן בשבועה כמה הוציא ע"כ סי' ע"ט ובטור סי' קכ"ו סעיף י"ז:

(**סעיף י**) לא תבעו אדם כו' ואיני יודע אם החזרתי נ"ל דזה מיירי אף אם שכנגדו טוען אחר כך ברי לי שלא החזרת לי מ"מ הואיל ועיקר הודאתו של זה הי' על ידי עצמו פטור דאי לא תימ' הכי אלא גם השני הוא מסופק אם נפרע אם לא הרי בזה פטור אף לצאת ידי שמים כמ"ש סי' י"ח טענו שניהם ספק:

(**סעיף יא**) ודאי לי שאינך חייב לי. הסמ"ע כת' דאי לא אמר לשון ודאי לא הי' הדין כן ואחר העיון לא נרא' כן דהא מקור הדין זה ממרדכי פרק י"נ בשם מהר"מ שנלמד מההיא דאמרי' בגמרא לאו אחי את ועוד שכתב שם ראיה ממי שטוענו חיטין והודה לו בשעורין פטור ופירש רש"י משום שמחל לו על השעורין מדלא טענו אלא החיטין עכ"ל. הרי לך דהאי ודאי לאו דוקא וגם כן האי לישנא של המחבר שהעתיק מלשון הטור בשם מהר"מ אלא אמר בודאי אינך חייב לי כתוב במרדכי בסגנון זה אלא ודאי מה שאמר אינך חייב לי מחל לו בלב שלם והכי נמי כוונת רבינו והטור והמחבר דתרווייהו לשון מהר"מ הם שם וע"כ אמר ל' בודאי ולא אמר ודאי בלא ב' אלא קמשמע לן דאפילו אמר סתם אינך חייב לי אמרו דרך ודאי וזהו פירושו של בודאי בבי"ת כלומר דרך ודאי אמרו ומ"ש הטור התחלה אמר ודאי שאינך ח"ל הוא לאו דוקא כ"צ לדחק ולפרש לשון הטור. ועוד נ"ל דהמרדכי מדמה זה לטענת חיטין כו' לא מהני אם בא ואו' נזכרתי שאתה חייב לי וטעיתי תחלה דהא הוי מחילה כמו בטענת חיטין כנ"ל פשוט אף שראיתי למו"ח ז"ל שלא כ' כן:

(**סעיף יב**) או שאמר הנתבע א"י א"פ. כ"כ הטור ורבים מקשים ע"ז ל"ל העד הא' בזה דכבר נתבאר בסמוך בטוען איני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם בלא שבועה ולי נראה עוד לדקדק למה כ' רבינו הטור שני בבות בזה וכ' ב"פ ל"ש ולא כתב ולא כ' בקיצור והלה או' איני יודע אם הלויתני אם לאו או א"י אם פרעתי אם לאו ותו דל"ל לזכור כאן ברי ושמא ברי עדיף ולא סגי ליה בטעם דמחשואיל"מ ונלע"ד דרבינו כ' תחלה הדין דטוען איני יודע אם הלויתני דחייב כאן דיש עד אחד ועיקר הטעם מכח חיוב שבועה כו' אלא דקשיא ליה דהא אין שייך כאן מחויב שבועה כו' כיון דקיימא לן בכל התור' ברי ושמא לאו ברי עדיף להוציא כמ"ש סי' רנ"ג נמצא דהטוען שמא כטוען ברי שלא הלויתני וה"ל כמכחיש העד וישבע שאינו יודע כמו בטוען ברי לי שלא הלויתני עז"ת הטור דלאו כללא הוא דלא ברי עדיף דהא בטוען איני יודע אם פרעתי חייב בכ"מ והוא מטעם דהוה כאן ברי עדיף אף שהוא להוציא והוא מטעם שברי של התובע הוא טוב כיון שגם הנתבע מודה בהלואה משום הכי אמרי' כאן ברי עדיף הכי נמי כן הוא באומר איני יודע אם הלויתני מכח הע"א הוא ברי עדיף וזה בעצמו החילוק דסעיף ה' שזכר הטור וע"כ אמר הטור דבעלמא יש חילוק בין אומר איני יודע אם הלויתני לאומר איני יודע אם פרעתיך דבאומר איני יודע אם פרעתיך גרע טפי משום דשם הברי טוב אע"ג דהוא להוציא אבל בהך מלתא שיש ע"א מסייע להתובע אין חילוק בין ספק הלויתני ובין ספק דפרעתיך דכמו דבספק פרעתיך חייב בכל גווני מצד ברי עדיף ה"נ בספק הלויתני

כשיש ע"א דנשארה טענה שמא גרוע ושפיר אמרי' בו מחויב שבועה כו' והמשך דברי הטור כך הם דכאן שיש עד אחד אין חילוק בין איני יודע אם הלויתני לא"י א"פ כנ"ל נכון ובריר:

(**סי"ג**) הואיל ובא לידו בדין פי' שקנאו מחמת מעותיו וכ"כ רשב"א סימן תתקצ"ח ור"ל דמש"ה אם יש ספק בין מלוה ללוה בסך ההלואה שיש לו משכון ואין לו מגו כגון שיש לו ב' עדי' ורא' עתה בידו אפ"ה המלוה נאמן והלוה נקרא מוציא מחבירו וכבר ביאר רשב"א בעצמו סימן אלף ומ"ם שיש מחלוקת בזה שי"א שהמלוה אין לו אלא שעבוד והוא נקרא מוציא מחבירו ובפלוגתא זו תליא פלוגתא אחרת אם יש כאן ע"א שמעיד שראה ההלואה ולא ידע כמה אם נקרא מלו' מחויב שבוע' וכו' כמ"ש לעיל סי' ע"ב סי"ח וכבר כתבתי שם מה שיש לתמוה על רמ"א ויותר מזה יש לתמוה על הסמ"ע שכ' כאן דמש"ה המלוה נאמן כיון שאין העד מכחישו בסך ההלואה משמע דאם מכחישו אין המלוה נאמן בשבועה וזה אינו דודאי יכול לישבע נגד העד ומה שהקשה סמ"ע דהא אין ללוה מגו לק"מ דמ"מ נקרא המלוה מוחזק וכמ"ש הרשב"א בפי' וכמדומה שהרב בעל הסמ"ע לא עיין אז בסי' אלף ומ' רק בסי' תתקצ"ח וזה קרה גם להרב רמ"א בסי' ע"ב סעיף י"ח ומש"ה לא עלה על דעתם דפלוגתא זו בע"א אם נקרא המלוה מחויב שבועה ואי"ל תלוים בזה דאם יש ב' עדים על ההלואה ואינם יודעים הסך מי נאמן אבל האמת יור' דרכו כמ"ש ובסמוך סעיף י"ז [י"ד] יתבאר עוד היאך קי"ל ומה שהקשה סמ"ע מטוען פרעתי וע"א מעיד שלוה ולא פרע כו' א"צ להשיב ע"ז כי זה היא מפסק המחבר סי' י"ג והוא שלא אליבא דהלכתא כמ"ש הסמ"ע עצמו שם:

(**סעיף י"ד**) אבל אם מן התורה פטור בטור מסיים כאן בשם הרמ"ה דע"א היכא שאין הב' מחייבין אותו ממון אלא ע"י שבועת התובע אי איכא חד סהדא לא מחייב ש"ד דנימא מתוך שאי"ל משלם עכ"ל וסמ"ע מביאו ותימא שהמחבר לא הביאו והלא אין חולק בזה והוא מוכח ג"כ מדברי הט"ו סי' צ' ס"ג בע"א שנכנס למשכנו כו' כמו שאכתוב שם אי"ה ונ"ל דהרשב"א פליג על פסק זה שהרי כ' סי' א' ומ' לחד דעה דלא דק בזה דלא כתב הרא"ש שם שבאמת יהיה הדין כן דמהני תפיס' אלא דהאובד אבידה שובר כו' ומש"ה לא מייאש שהוא חושב שאוכל לתפוס משלו ולא יועיל לו שבועה אבל באמת כי תפיס מפקינן דהא באמת מצאו אחר והאיך נניח לו לתפוס מספק וראי' לזה דהטור לא כתב שם דמהני תפיס' וכן ברמזים לא זכר מזה אף ע"פ שמעתיק דברי הרא"ש וכן מצאתי בהדי' בסה"ת סוף שער ל"ו שכתב שאין הדין שיוכל להשביעו כלל רק שהוא סובר שיכול להשביעו ומש"ה לא מייאש ע"כ ממילא הכי נמי לדעת הרא"ש הוא סובר

דיכול לתפוס משלו אבל באמת אינו כן וכן הכא גבי תיבה פרוצ' ח"ו דמהני ליה תפיס' מספק ודברי הרב בעל הסמ"ע אינם מחוורים בזה: כתב המרדכי פרק הדיינין נשאל למהר"מ מי שקנ' קרקע מחבירו ויש לו שטר ובתוך ג' שנים טען המוכר חזרת ומכרת לי והלוקח מוחזק בקרקע והשיב נ"ל דא"צ לישבע אפי' שבועה דרבנן דאם איתא דחזר ומוכר' היה מחזיר לו השטר ולא דמי לנקוט שטרא דמלו' משתבע אפי' שיש שטר בידו דהתם להוציא והכא להעמיד דהתם נמי אי תפס אינו נשבע אפילו באין לו שטר אלא שטוען א' על תבירו מכרת לי קרקע ואינו מוחזק בו ואין לו שטר ומשיב לו להד"ם נ"ל שאין יכול להשביעו ומה דתיקן ר"נ היסת דוקא במלו' דלא שכיח לכתוב שטר עליה אבל קרקע כל הקונהו כותב שטר וזה אין לו שטר אין יכול להשביעו עכ"ל מזה יש ללמוד דלא נתקן היסת על מי שטוען טענה שאין מצוי להיות כן:

(**סעיף י"ט**) לכל הפחות שאתה חייב לו מה שקשה על זה מסימן פ"ח סכ"ז בשם הרא"ש דהוי כמזכיר בפי' שוה פרוט':

ע"ש דלק"מ ע"ש אין בהודאתו פחות מש"פ כתב הטור סי' רצ"ב סעיף ט"ז דבהודאת פירות סתם הוי אף מפחות מש"פ במשמע:

(**סעיף כ"ה**) כל עדים שיש לך נ"ל אם הוציא מלוה שטר שאינו מקוים והלוה טען פרעתי ומבקש מלוה שישבע לו והלו' אינו רוצה לישבע עד שיבטל השטר או יקרענו והמלו' אומר עכשיו איני יודע מעדים אבל אפשר שאמצא עדים לאחר זמן שאוכל לקיימו הדין עם המלו' דהא כאן א"צ לבטל העדים מטעם שאפרש עכשיו א"י אם יש לו עדים וכמ"ש ב"י בשם סה"ת ה"נ בדין זה שאפשר שימצא אח"כ עדים לקיימו ומה לו לעשות עכשיו ואין זה דומה למ"ש סי' ע"ב סט"ז דצריך המלו' לישבע תתל"ד שמא יוציא כו' דהתם יש תקנ' במה שישבע תחלה המלו' משא"כ כאן אין שום תקנה עכשיו בבירור דשמא לא ימצא עדים לקיימו ע"כ אין לנו למחות לו שעכשיו יהי' לו תביע' בע"פ עד שימצא עדים לקיימו וא"ל מהא דכ' ב"י סי' נ"ח בד"ה וז"ת כ' כו' בשם הר"ן שאינו בדין שישבע ואכתי לינקט מלוה שטרא בידו כו' התם מיירי בשטר דלא מקרעינן ליה ולא מגבי' ביה וממילא אין לו תקנ' משא"כ הכא ואפשר שיש לו תקנ' חייב עכ"פ עכשיו שבוע' כיון שאי אפשר בענין אחר ואולי יודה ולא ישבע ואח"כ יעשה כל מה שאפשר לו לתקנת עצמו כנלע"ד פשוט אף שמוחז"ל ר"ס פ"ג לא כ' כן: **נשאלתי** מי שפרע לחבירו סך מעות ואחר הפרעון בא המלו' והרא' לו מטבע א' מזויפת מתוכם ואמר קבלתיה ממך בפרעון חובי והלוה השיב איני יודע אם היתה מטבע זו באותן המעות הלא כבר אני מסולק ממך בשעת הפרעון בחזקת חוב ועכשיו איני יודע ויש בזה חילוק בין הדיינים

קצתם מדמין לאיני יודע אם אני חייב דנשבע ונפטר וקצתם מדמם לא"י א"פ: **תשובה** נ"ל כדברי האומר א"י אם אני חייב לך ותחלה נביא ראיה ואח"כ נאמר טעמא דמילתא אי' בפ' הזהב דף נ"א במתני' כמה תהא הסלע חסירה ויהא בה אונאה כו' עד מתי מותר להחזיר בכרכים עד שיראה לשולחני בכפרים עד ערבי שבתות ואם הי' מכירה אפי' לאחר יב"ח מחזיר' ומפרש בגמ' מדות חסידות שנו כאן ומפרש רמב"ן לקמן סי' רכ"ו הביא המחבר לשונו דאם הי' אפשר להוציא ע"י הדחק א"י יכול להחזיר' אא"כ מקבלה ממנו במדות חסידות אלמא כל שאין זה יכול להוציא' חייב להחזיר מן הדין הרי לפניך דא"ת בנדון דידן הוי כאו' א"י אם פרעתיך אמאי אמר במתני' אם הי' מכיר' צריך לקבל ממנו תיפוק לי' אפי' באין מכיר' אלא שהוא מסופק בדבר צריך להחליפ' לו דהא ודאי הי' חייב לו אותו הסלע וספק אם פרעו דכל שאתה או' שהוא בכלל א"י אם פרעתיך הוה כמו ודאי לא פרעתיך אלא פשוט שאין זה בכלל א"י אם פרעתיך. ועוד ראיה ממ"ש המרדכי ס"פ המפקיד והביאו רמ"א סי' רל"ב סי"ח מכרו לו טבעת בחזקת זהב ונמצא בו בדיל כו' ואם אינו מאמינו שנמצא בדיל נשבע שא"י ונפטר עכ"ל הרי לפנינו שזה הי' חייב לתת לחבירו טבעת של זהב ואפ"ה אמרי' כל שא"י אם הוא של זהב נשבע ונפטר ולא הוי כא"י אם פרעתיך ועכשיו נבאר הטעם דלר"ן דקי"ל כוותיה בפ' הגוזל בתרא דס"ל אומר א"י אם אני חייב לך דפטור מפרשי' התם טעמא דלא אמרי' התם ברי ושמא ברי עדיף אלא מספיקא לא מפקי' ממונא ואוקי ממונא בחזקתו ונראה שזה עצמו טעמא דמתני' בחיובא דא"י אם פרעתיך דדוקא בא"י אם אני חייב לך ועכשיו נולד ספק מוקמי' בחזקתו שהי' תחלה קודם הספק דלא הי' עליו שום חוב משא"כ בא"י אם פרעתיך אם נוקי הממון בחזקת קמא קודם שנולד הספק אז ודאי חייב לו ממילא נשאר החוב בתקפו נמצא בנדון זה שכבר פרעו נסתלק ממנו ועכשיו נולד הספק במטבע המזוייפת נוקי הדבר כמו שהיה בחזקה עד עכשיו והוא בחזקת פרעון טוב דרוב מטבעות אינן מזויפים והוה עכשיו כתובעו תביע' חדשה וזה טוען א"י אם אני חייב לך שישבע היסת שאינו ידע ופטור כנלע"ד ברור ונכון:

סימן עו

(**סס"א בש"ע**) ויש מי שאומר דבמלוה ע"פ הוא הרא"ש בדברי הטור דס"ל במלוה בע"פ אפי' לא תבעי ליה חייב לצאת י"ש ולאפוקי מדעת הרמב"ן שמביא הטור דאיהו ס"ל אפי' בזה פטור לצי"ש ואף שהטור הביא דברי הרמב"ן על דין שא' הלוהו ולא ידע מי הלוהו מ"מ חד טעמא הוא דמבואר בסה"ת להרמב"ן דאין חיוב לצי"ש אלא אי איכא

איסורא כגון גזילה ופשיעה שהנפקד לבדו פשע בו ולא המפקיד משא"כ במקום שאין פשיעה על הנפקד או לוה לבד ולפ"ז הטעם בא' שהלוו לו שנים כא' הא' מנה והא' ר' דיש פשיעה ג"כ על המלוים מש"ה פטור הלוה אפי' לציי"ש נמצא שיש שלשה מחלוקת בדברי הטור דיעה ראשונה ס"ל בכ"מ חייב לציי"ש והרמב"ן פוטר בכ"מ יי"ש והרא"ש מחלק דבמלוה בע"פ חייב לציי"ש ובשטר פטור ובסמ"ע לא כ' כן והנלע"ד כתבתי וכן ראיתי למוחז"ל:

סימן עז

בש"ע סעיף א' ודאי פרעו בעד חבירו פי' ולא יוכל מלוה לומר חלי הפרעון יהיה על חוב אחר. יבטור כתב כאן על דברי הרמב"ם וז"ל אלמא אף על פי שלכל אחד יש כדי כל החוב כו' יש לתמוה אמאי לא דייק מרישא דרמב"ם דכתב בהדיא דיפרע מאיזה מהם שיפרע [שירצה] וי"ל דה"א דמירי דאין לכל אחר כדי כל החוב רק לאחד יש והא קמ"ל רצה גובה מאותו שיש לו רצה ממתין לגבות החצי מן השני כשיהיה לו ודוגמא לזה מצינו בלשון הגמ' פרק כל הבשר דף ק"ד ונותן לכל כהן שירצה פי' התוספת שם שאין שם חבר והכי קאמר רצה נותן תיכף לע"ה רצה ממתין עד שיבא חבר ע"כ דייק הטור מסיפא דמשמע דאם היה לאחד כל החוב אינו צריך לתבוע לשני כלל אף אם יש לו גם כן:

(**סעיף ב'** וי"א דאם לא נתברר הדבר) זה דעת הרא"ש ע"פ פי' הר"י בר"ב בב"י. ולפענ"ד נראה דבהא פליגי בטור הרמב"ן עם הרא"ש דלהרמב"ן הוי השותף השני ממש בעל דין של המלוה כאילו לקח ממנו בעצמו ולהרא"ש יכול זה לומר שותף שלי לקח ממך ואני כבר סילקתי אותו שהחזיק בידו כנגד אותו הסך כדי לשלם לך כיון שהיא לקח ממך ואין זה ענין כלל למה שהביא הטור תחילה בשם רמב"ם וכתב עליו וכן כ' א"א הרא"ש דשם מיירי שלוה בפירוש ביחד שזה מודה שזה שלחו לשותפו להלוות מפלוני ועדיין המעות בשותפות שלא סילק את שותפו ולא קאי אלא שיגבה מאחד הכל ונראה פשוט לעניות דעתי דע"כ לא ס"ל להרמב"ן לחויב השותף השני אלא בשותפין סתם לכל דבר דכל שותף הוי שליח חבירו אבל בשנים שהניחו כל אחד איזה סך להתעסק בזה לחוד והלך אחד ולקח בהקפה שלא מדעת חבירו אין שייכות כאן לומר שהוא השליח אע"פ שהוא עושה לטובת השותפות כנלע"ד:

(**סעיף י' כל אחד יכול לגבות**) עמ"ש בסימן ע"א סעיף כ"ג דכאן מיירי שהלו' מודה שאין השטר פרוע רק שאומר לאו בעל דברים דידי את בזה פסק כאן דחייב לשלם כל

החוב אבל אם טוען פרעתי לחבירך כיון שלא האמין למוציא הכתב הוה כשטר שאין בו נאמנות:

(**ע"ש במגו דפרעתיך**) כת' רש"ל בת' סימן צ"ג הא דצריך למגו זה יש בו נ"מ דהיכא שאין מגו זה כגון שידוע שלא הי' לה מעות וכיוצא בזה דאינה נאמנת אבל היכ' דיכול' לומר פרעתי מהימני' ולא מצי למימר לה שטרך בידי מאי בעי דהא כ' על שם שניהם ומש"ה פסק בשנים שלוו בשטר א' ופרע א' מהם ולקח השטר לידו וביקש מהב' שיפרע חלקו והוא טוען פרעתי חלק שלי נאמן כי מיד שנפרע השטר נמחל שעבודו ואפי' בא ב"ח ומעיד לו אינו אלא עד אחד ואפי' אם טוען זה שלמתי לך אחר שפדית השטר מהימן בשבוע' ע"כ ונלפע"ד אי כתב המלו' לאותו שפרע התקבלתי ממך דמי החוב ה"ל השטר לראיה אא"כ נגד הב' וכמ"ש סי' ק"ל לענין ערב עם הלו' כמו שאוכיח שם בע"ה ורש"ל לא איירי בזה ולפי זה לענין ממרנו"ת שבינינו שאין שייך לומר נמחל שעבודא כמ"ש סי' מ"ח סעיף א' ודאי הוי ממרנ"י ראיה נגד הב' וצריך לשלם לו חלקו אבל נראה דכיון שמוכח מתוך הממרנ"י שבשעת חתימתו לא נתחייב עצמו נגד החותם עמו אלא מי שיהי' הממרנ"י בידו לאותו דוקא האמין ולא לחבירו החתום עמו ע"כ צריך גם בזה התקבלתי משום אדם שהוציא זו הממרנ"י בב"ד כמו שמצינו בסי' נ' סעיף א' ואם נכתב שובר משום אדם וכו' כמ"ש שם כנ"ל: (בשם מהרש"ק בב"י ד"ה ודע דבדינים הללו וכו' עד או אם לוו ע"פ וכו') וכך מוכח מש"ת הרא"ש כלל ע"ג סימן י"ג ע"ש אכן מש"ת הרשב"א סי' אלף וכ"ב מוכח להדיא דדוקא בשטר אמרי' כן מטעם דלא הי' להם להלוות בשטר א' ולא בע"פ ע"ש וכך משמע קצת ל' הטור והתוס' בסי' י"ז [סז] סעיף כ"ט ע"ש ב"י וצ"ע ע"כ:

סימן עח

(**בש"ע סעיף ב**') י"א דצריך המלו' לישבע שלא פרעו וגובה בו צ"ע דברי הג"ה זו אי איירי קודם הפרעון דצריך שבועה. כמשמעותן של הדברים שכ' וגובה בו קשה דאם כן צריך שבועה בנק"ח כדין שאר נשבע ונוטל והרא"ש בעל סברא זו כ' בהדיא שבועת היסת ואי מיירי כאן אחר הפרעון וכמ"ש הטור סימן שי"ז גבי שכיר שאמר ב"ה פרעתי תוך זמנו דפורע תחלה ואחר כך נשבע היסת לדעת י"א שמביא אחר כך דא"צ שבועה וכן עיקר היינו אפי' אחר הפרעון וכן מסיק בסה"ת בשער ט"ו דאין המלו' צריך שבוע' לפטור עצמו ואמאי פסק בסימן שי"ז דצריך שבועת היסת אחר הפרעון ואם כן ג"כ כאן צריך אחר כך היסת:

(**סעיף ג' דינו כמלו' בשטר**) ודינו מבואר בסימן פ"ב בטוען פרעתיך ויש שטר ביד המלו':
(**ע"ש ס"ד**) כשתבעו בסוף היום הסמ"ע כת' כאן בזה ג' שיעורים דמישלם הזמן דהיינו תחלה ואמצע וסוף תחלה הוה בתוך זמנו לגמרי ואמצע היום יכול לומר פרעתיך אבל לא תוך זמנו דליכא מגו וסוף היום יכול לטעון פרעתיך היום (ולא ידעתי איזה מקרי תחלה וסוף והי' להם לתת חוק וגבול לזה גם בס"ה שנתן לזה כלל הדינים והם ד' ולא זכר חלוקה זו דנאמן לומר פרעתיך היום ולא תוך זמני ומה שהביא סמ"ע ראיה מתוספות ריש ב"ב דף ה' המעיין שם יראה דלא חלקו כלל בין אמצע לסוף אלא דכתבו דביום ההוא ליכא מגו) והטור ושאר פוסקים ס"ל דאמרינן מגו ונלע"ד עוד דהתוספת לא כתבו זה אלא בתחלת הסוגיא דהוה מספקא לן אי אמרי' מגו במקום חזקה והיה קשה להו דיפשוט מזה דלא אמרי' מגו דפרעתיך היום והיו מוכרחים לומר דזה לא הוי מגו דהוה העזה אבל למסקנא דאמרי' מגו במקום חזקה מספיקא ממילא אמרי' נמי מגו זה ומפני הדחק כתבו התו' תחלה דזה לא הוי מגו כצ"ל ליישב דעת התוספות עם שאר הפוסקים ועל מ"ש הסמ"ע דדברי הטור קשים אהדדי לא הרגשתי בקושיא דכל זמן שיש אפשרות לפי ראות הדיין שא"א שפרעו היום מקרי תחלת היום ואחר זה מקרי סוף היום וניחא ליה לפ"ז מה שפרש"י פרק השואל סוף דף קי"ב ביומא דמשלם זמניה הוא אומר נתתי לך [בבקר] עכ"ל לפי מ"ש הוה גם כוונת הטור כן דהיינו בבקר שהי' אפשר או שפרע לפי ראות הדין:

סימן עט

(**סעיף א' בש"ע יותר ממאה עדים**) הא דנקט יותר כו' דאלו הוה בשוה עם העדים היה לנו לומר אוקי הודאתו ששקול כבי תרי נגד תרי סהדי ואוקי גברא אחזקת כשרות שלו ולא הוחזק כפרן משום הכי אמר דהודאה היא יותר מעדים וע"כ ההודאה עיקר ובתרה אזלינן וזה פשוט ובסמ"ע האריך בשביל קושיא זאת. זלפענ"ד הוא ללא צורך:
(**סעיף ב' והרי כפר**) א"צ מנ"ל לפרש הל' בענין שיהא כפרן דלמא ה"ק גם אתה חייב לי כסך הזה דא"כ לא הל"ל שאתה תובע ממני הל"ל כמו שאני חייב לך אלא ה"ק שאין כאן אלא תביעה בעלמא שאתה מעליל עלי ואדרב' אתה חייב לי וצ"ע רב בפסק זה דמשמע כאלו טוען להד"ם ואם יבואו עדים שלוה פעם א' הוחזק כפרן וכמ"ש הסמ"ע בזה ותימה דהא אין כאן אלא משמעות שאיני חייב לך דלמא ה"ק איני חייב לך מחמת שפרעתיך וכמו דאמרינן בסימן זה סעיף י' בהדיא והרוצה להוציא ממון ע"פ פסק זה עליו לברר ולתרץ תמיהא רבה זו והרצתי דברי לפני מוחז"ל והודה לדברי:

(**סעיף ט' ובאו ב' עדים והכחישו**) אבל עד א' לא נעשה כפרן ויכול לומר פרעתי אחר כך וק' דבסי' ע"ה סעיף י"ד בטור ובש"ע סעיף י"ג כ' דבעד אחד ה"ל מחשואיל"מ ותירץ בסמ"ע וכאן כתב כרשב"א שמביא ב"י דס"ל כן ולעיל כתב כרמב"ם ודבריו תמוהים דהא פסק בהדיא סי' ע"ה כרמב"ם והיאך מזכה שטרא לבי תרי ונלפע"ד דיש חילוק בעד אחד מכחישו לטענה קמייתא דאם הוא מודה תיכף לדבריו אלא שרוצה לפטור בטענה אחרת אז אנו חושבין העדות של עד אחד כאלו הוא שנים וממילא הוי משואיל"מ ומזה מיירי ההיא דסימן ע"ה שזכרתי אבל כאן מיירי שמתחלה טען להד"ם ועד אחד מעיד שלוה והוא מכחיש את העד אחד נמצא הוי כמאן דליתא וחייב שבועה כנגדו אלא שבשעת שבועה רוצה לתקן שבועתו ולישבע בענין שהוא פטור בעד אחד בזה הדין עמו דמ"מ נשבע להפטר מה לי שיהיה פטור מצד הכחשת העד מה לי שיהיה מצד אחר אדרבה אנו רואין צדקתו שמתקן שבועתו ע"צ היותר ברור ומש"ה כתב הטור כאן וכשבא לישבע חזר וטען וכו' להורו' על מ"ש ומ"ש הטור בסי' ע"ה בשם הרמב"ם בסי"ד ובא ע"א והכחישו כו' היינו בדרך שכתבתי תחל' דבשעת הכחש' הוד' לו הלוה אלא שטוען פרעתי ואמר שם כיון דבשעת הכחשה מודה לו הלוה אלא שטוען פרעתי' ע"ז אמרינן כיון שע"א מחייב שבועה בהכחישו והוא מודה לו ה"ל כשנים אלא דמ"ש איני יודע א"א ליישבו דהא כתב בסי' ע"ה ס' י"א דחייב מכח ברי עדיף ע"כ צ"ל דמ"ש הטור אפילו ע"א מכחישו לא קאי אלא על טענת פרעתי וכפי הדרך שזכרתי אבל באיני יודע אין שייך הכחשה אלא דקמ"ל דהוא בעצמו יכול לומר איני יודע בשעת השבועה ולא משוה עצמו לכפרן כנלע"ד ברור אחר העיון:

(**שם פרעתיך אחר כך נאמן**) הטור כתב ע"ז בשם הר"ר יונ' אפילו כפר חוץ לב"ד אינו נאמן אחר כך לומ' פרעתי ולכאורה הוא תמוה היאך נעשה כפרן חוץ לב"ד דהא לא מגלי אינש טענתו אלא בב"ד כמ"ש סימן פ' וי"ל דקאי על אם אומר אתם עידי דמהני אפי' חוץ לב"ד ולא כדיעה הא' אבל יותר נראה לי דהרר"י לטעמיה שכתב הטור סוף סימן קמ"ו משמו סעיף מ"ו. דהודאה אפילו חוץ לב"ד שבא לו חובה מכלל דבריו שנתכוין לזכות חשובה כמא' עדים ה"נ הוי כן אפילו בלא אמר אתם עדים דהא הוא נתכוין לזכותו במ"ש לא לויתי אלא שאנו לומדין חובתו מזה שלא פרעו וכיון ששם קי"ל כהרר"י שכ"כ שם בש"ע בשם יש מי שחולק וכו' ה"נ קי"ל כנלע"ד ברור ונכון אף שבש"ע לא הביאו מ"מ הלכה רווחת היא כנלע"ד:

(**סעיף י'**) אין לך בידי סתם פי' לאחר שתבעו בדין אומר ב':

(**סעיף י"ב בד"א כשלא קבל כו'**) כבר כתבתי סי' ל"ט הנלע"ד במקום שיכול לומר פרעתי לא טריף מלקוחות שיאמרו קנוניא עשית עלינו אלא דבמקום שברי לנו שלא נפרע מצי טריף אפי' מלקוחות מכח הודאה זו בב"ד והכא אמר באם יש ספק בפרעון אפילו הלוה יכול לומר פרעתי במקום שברור לנו שלא נפרע הן ע"פ עדים הן ע"פ הודאתו בשעה שהיו לו בני חורין מבלי חשש קנוניא יכול לטרוף מלקוחות דיש לזה קול ומ"ש הסמ"ע בענין שהחרימו הדייני' במי שלא בא על היריד לפרוע הכ"י שלו שביד המלו' או שעשו ב"ד פשר' לשלם לזמנים ועבר הזמן והחרימוהו ואחר כך טוען פרעתי לו הכת"י אין זה מקרי מעשה ב"ד דלא יהא נאמן לומר פרעתי כיון דלא סירב מתחל' כ"כ וטוען שמתחל' לא פרע לו מחמת שלא הי' לו וכל שכן אם מת שאין מוציאין מהיורשים ולקוחות עי"ז עכ"ל ונלע"ד כיון דמעש' בית דין יש לו קול ומסתמ' ידע שהחרימוהו ונתנו לשכנגדו כתוב וחתום אם איתא שפרע לו הו"ל ליקח הכתב ממנו וכבר כתב רמ"א בסי' ס"ט סעיף ב' פסק דאין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות והכי נמי בכ"י הזה:

סימן פ

(**בש"ע סעיף א' ונתחייב בה**) פירש הסמ"ע שאף שלא יצא הפסק עדיין אלא שנרא' מתוך טענתו שיתחייב וכן נרא' עיקר ומוכח כן מדכת' בד"א כו' אבל אם יכול לזכות כו' משמע אף על גב דלא זכה עדיין ה"נ נתחייב דרישא:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה כתב נימוקי יוסף פרק חזקת וכו' עד לא מהני ליה היכא וכו'**) והנימוקי יוסף והרשב"א לטעמייהו אזלי אבל דעת הרמב"ם אינו כן וכמ"ש סי' ע"ט סעיף ב' וע"ש בב"י וק"ל ואפשר דבנדון דהנ"י כולי עלמא מודו דשטר של מערער הוי כהכחישו העדים שאכל מקודם ד"ש קודם לג"ש חזקה ודוק נ"ל ודלא כמור"ם בהג"ה והמחבר יפה עשה שהשמיטו בש"ע גם דברי הסמ"ע תמוהים בעיני ע"כ):

סימן פא

(**בש"ע סעיף א'**) אלא להד"ם פטור פי' מממון פטור אבל שבועה צריך שאינו יודע משום הודאה ברורה שהודה שחייב לו כמו שהוכחתי בעזה"י בר"ס ק"ח ודלא כסמ"ע שכת' שם דפטור אפי' משבועה וע"ש:

(**בטור סי"ו אבל אי לא בעי לאסוקי אדעתיה**) קשה כיון דעיקר הוכחה ברישא מכח ערי ושכבי דודאי לא על חנם אמר כן ה"נ בזה שאמר אתם עדי לא על חנם אמר כן ומזה ה"ל להוכיח שיש שם עדים טמונים ונראה לדקדק עוד ל"ל ושכבי אלא דאי אמר ערי לחוד

ה"א דאותו שמודה חושב מאותם שישנים שם באותו חדר טועה בזה זה שאומר להם שיהיו עדים וסובר שיש מהם שאינם ישינים ובאמת הם ישנים וע"כ אינו משגיח לומר שיש עדים בכולה ע"כ אמר ערי ושכבי לגלות שמלבד שכבי אלו שבחדר יש שם אחרים שהם ערי ובזה יתורץ מה שלא מהני בסיפא אתם עדי דאפשר דעל אותם שהם ישנים אומר כן וטועה בהם שהם ערי והוא רואה באמת שהם ישנים ע"כ לא משגיח בהם ולא סלקא אדעתא שיש שם עדים שאינם ישנים:

(**סעיף ב' או ששתקו לצוואתו**) במרדכי מפורש בזה דמיירי בזה באשה שצוותה לבנה ליתן מנכסיה ז' זקוקים לקרובי' והבן שותק יאחר מיתתה טען שלא נשבעת על כתובתה ומה ששתק היינו שלא להכעיסה והשיב דשתיקה בשעת מיתה הו' הודאה ואפילו אין עדים אלא שהוא עצמו מודה ששתק ע"כ לא ירדתי לסוף דעתו דלא עדיפא כך שתיקותא ממי ששתק לפני ב"ד לחבירו שכתב רמ"א סימן פ' ס"א דאם נתן פעם למה שתק מתחלה יכול לחזור ולטעון וכאן הרי הבן נתן טעם טוב למה שתק דגם טעם זה מצינו בדברי רבותינו שעשו צוואת ש"מ ככתיב' ומסיר' מטעם שלא להכעיסו ולטרוף דעתו ותו דהא כ' המחבר סעיף ז' דשתק מתחלה ועד סוף לא הוי כהודאה ולא עדיף הך שתיקה בשעת מיתה מבריא שאמר אתם עדי שלא מהני שם וה"נ כן הוא דכל זמן שלא נשבעה על כתובתה הוי הממון של היורשים ולא חשו לדבריה ולפי הנראה שהמרדכי לא ס"ל הך סברא דסעיף ז' וכיון דבאמת הך דסעיף ז' הלכה רווחא היא ע"כ אין להוציא ממון ע"פ פסק זה כנלע"ד:

(**סעיף ד'**) תופס ממון פי' בסה"ת דה"ל כאלו נותן לו אז החוב וכ"ש אם הוא תופס בלא עדים ודברי הסמ"ע בזה שכ' אבל אם יש לו עדים יתבאר לקמן כו' תמוהים הם ואין להם ביאור לענ"ד:

(**סעיף ח' ומשלם על פיהם**) בסמ"ע דחק ליישב ל"ל לאמר שנתכוין שלא להשביע כמ"ש בסעיף י"ד ונלע"ד ליישב דברי המחבר שמיירי שהמודה טוען בפי' משטה הייתי בך ואם כן אזלת הטענה שלא להשביע דהא מודה שלא נתכוין להשביע רק נתכוין להשטות וזה ודאי אינו כיון שהודה בהודאה גמורה כנ"ל ליישב דברי המחבר אבל האמת יורה דרכו דהרמב"ם בעל סברא זו כ' בהדיא לחלק בזה דהיינו אם הודה בפניו או לא וכמו שכתב המחבר בסעיף י"ז לדיעה הראשונה שהיא דעת הרמב"ם ומש"ה כשהעתיק הטור דברי הרמב"ם בסימן ל"ב כתב וז"ל זה יש לו אצלי כך כו' ועכצ"ל בתיבת זה רמז שבפניו הודה ועל כן לא שייך שלא להשביע:

(**סעיף י"ד**) והוד' אחד ע"י שליח פי' בפני עדים וכן הוא בהדיא בריב"ש אבל בפני ב"ד אין צריך לומר אתם עדי כמ"ש סעיף כ"ב:

(**ע"ש מבעל דבר בעצמו**) בריב"ש שם כתב וז"ל כיון שהב"ד הכריזו שיבואו מי שיודע ויגיד הוי כאלו תובעים אותו ולא שייך שלא להשביע אף ע"פ שאינה תביעה לו ביחוד אבל לענין טענת משטה לא חשבינן הכרזה כתביעה משום דהתם דלא היו תובעים אותו ביחוד לא שייך משטה עכ"ל משמע דאלו היתה התביעה לו ביחוד היה שייך טענת משטה כגון דההודאה היתה בפני עדים לא בב"ד וכן י"ל כוונת רמ"א שכתב שלא היתה התביעה מבע"ד עצמו דהיינו תביעה בעדים שיהא שייכא מבע"ד עצמו מה שאין כן בב"ד שאין דרכם אלא להכריז תביעה סתם וכן מבואר שם בריב"ש וז"ל אבל בנדון זה שלא היה זה תובעו כלום רק שהב"ד הכריזו דרך כלל כל מי שיודע שיגיד אין כאן תביעה עכ"ל וא"ל ממ"ש הטור סימן זה והמחבר העתיקו בסעיף כ"ו דאם אמר ראובן לשמעון אתה חייב ללוי מנה שאין כאן טענת משטה וכו' שהרי לא תבעו לוי ולא השטה בו שישטה בהודאתו גם הוא עכ"ל התם מיירי שלא שלח לוי את ראובן שיתבע לשמעון בשבילו אלא ראובן אמר מעצמו לשמעון וזה מוכח מדסיים שם אחר כך שהרי לא תבעו לוי ולא השטה בו ואלו שלח לוי לתבוע את שמעון הרי ודאי השטה ע"י שלוחו ויכול שמעון לומר כשם שהשטית בי ע"י שלוחך כן גם אני השטיתי בך ע"י שלוחך אלא פשוט דלא מיירי התם משליחות כלל והסמ"ע כתב כאן דהטעם דוקא כשהבעל דין עצמו תבעו שייך השטאה ועד"ז מ"ש המחבר סי' כ"ד ולא כמ"ש בע"ש דאין יכול לטעון טענת השטאה משום דהכרזת בית דין לאו השטאה היא עכ"ל דלאו בב"ד תליא מילתא אלא כמ"ש עכ"ל סמ"ע ואני אומר לא כדברי זה ולא כדברי זה דאלו הסמ"ע שדימה זה לסעיף כ"ד משמע דגם שם איירי בשליחות ששילח לוי את ראובן כמו כאן שהב"ד הוא שלוחו של הבע"ד וזה אינו דאם כן שייך ודאי השטאה כמ"ש ואלו לדברי ע"ש תולה הטעם בהכרזת ב"ד דאלימא הוא ואין כאן השטאה קשה דהא מבואר בריב"ש אלו היתה התביעה לו בייחוד (לא) היה שייך השטאה כיון שההודאה היתה בפני עדים אלא כמ"ש כנלע"ד עיקר:

(**סעיף ט"ו**) ואפילו אמר אתם עידי זה דעת הראב"ד בדברי הטור ותמה ב"י כמה תמיהות ופי' בסמ"ע דקאי אנתבע שאמר אתם עדי והתובע שתק אבל אם אמר התובע אתם עידי והנתבע שותק ליכא למ"ד שיוכל לומר שלא להשביע וכו' ולא כב"י שפי' דברי הראב"ד שהתובע אומר אתם עידי כו' עכ"ל הסמ"ע וכן עיקר ומאוד אני תמה על ב"י שהרי הוא עצמו פירש כן בסי' ל"ב שדעת הראב"ד שמביא הטור כאן הוא כדעת המרדכי דכתב

בהדיא דקאי אנתבע ולמה הדר ביה הב"י כאן ועוד יש לי לתמוה לפי דעתו דקאי אמלוה שאמר אתם עדי מה צריך הטור לדייק הא בריא צריך כו' הא גמרא ערוכה הוא בפ"י דב"ב דבריא צריך א"ע אלא שיש עדיין להקשות מה שהקשה הטור ממה דאמרינן שכ"מ שהודה א"צ א"ע ולא נאמ' זה דגמ' בשום דוכתי רק בפרק ג"פ דף קע"ה בעי רבא שכ"מ שהודה צריך שיאמר א"ע או א"צ אדם משטה בשעת מיתה או אין משטה בתר דאיבעי הדר פשט' אין אדם משטה בשעת מיתה אם כן מאין יצא להטור דין זה ונ"ל דגרסת הטור היתה במסקנא שאין אדם משטה בשעת מיתה ואצ"ל א"ע וכן משמע בסה"ת שער מ"ב סימן ב' שגרס כן וממילא דייק מיתור ל' הגמרא שאמרה במסקנא שאין צ"ל א"ע דהוה פשיטא אלא על כרחך אתא לדיוקא וא"ל דאתי לדייק לענין משטה דמהני א"ע דזה תלמוד ערוך פרק ז"ב אלא ה"ק מצד שהוא שכ"מ א"צ שיאמר א"ע דהיינו לענין טענת משטה אבל להשביע ודאי צ"ל אתם עידי וגם זה פשוט אלא על כרחך קמ"ל דכי אמר מיהת מהני ולא צריך תו מידי לדבורו של תובע ודלא כהרב"י:

(**סעיף כ**"ד) ולא עוד אלא אפילו בבא יתירא כתב כאן כל הרישא דתלה טעם כיון שאומר א"ע ואין זה מדרך לא זו אף זו כיון שלא הוצרך כלל (לסברת) לאמירת א"ע לא הי' להמחבר לכתוב לרישא כלל ונראה דבאמת לא קאי הך ולא עוד אלא דוקא אם לא בא בהרשאת לוי דהא עיקר הטעם של הסיפא משום שהרי לא תבעו לוי ואיך יאמר שמעון שהשטה את לוי כמ"ש הטור ואי תפרש דמיירי כאן בהרשאת לוי ודאי יכול לומר השטיתי ג"כ בשלוחך כמוני כמוך וכמ"ש לעיל סעיף י"ד ואף על פי דברישא הוי טפי עדיף כשבא בהרשאת לוי היינו דיש שם הבירור מחמת אתם עדי לבטל טענת משטה וגם שלא להשביע וקמ"ל ברישא דאמירת א"ע מהני אפי' שלא בפניו ולענין זה הוי רבותא אפילו שלא בא בהרשאה אבל כאן מיירי דוקא שלא בא בהרשאת לוי כמו שכת' כנלע"ד פי' חריף וברור:

(**סעיף כח**) שכחת ונשבעתי פירו' שכחתי בשעה שנשבעתי עמ"ש מזה בסימן פ"ב סעיף י"ג:

(**סעיף ל"א**) הדין עם ראובן מה שהקשה סמ"ע דהא הרא"ש תולה דין זה דוקא במה שהשותפים ע"ק כמבואר בטור נ"ל דאדרבא על הרא"ש יש לתמוה ל"ל דבר זה לפסוק בלאו הכי כיון ששלמו מדעתם נפטר מהם ונ"ל דהיה קשה לו הא על כרחך מוכחא מלתא דהוצרך לשלם מכח השטר דאם לא כן למה ישלמו כה"ז והא לא הודה רק אחד מהם לפ"ד ונהי שהשטר בידו ויש לו מגו שיוכל לתבוע כל מה שנכתב בשטר ממנו אף לפ"ד אין מגיע לו רק י"ב זהובים וחצי החציה מהכ"ה זהובים והב' למה שילם עוד יב"ז

וחצי כיון שלא הודה בריוח הזה מש"ה כ' שהאחד היה מוכרח לשלם הכל לפי שנעשה ע"ק בעד חבירו לשלם הן קרן הן ריוח מזה מיירי ת' זו של הרא"ש אבל המחבר לא איירי מזה אלא שהוכרח לשלם לו מה שאמר והיינו באמת החצי מסך ההודא' כי עיקר תביעתו לא היתה רק ע"ז לפי מאי דקיימא לן דב' שלוו לא נעשו רק ערבים ולא קבלנים והרא"ש עצמו צ"ל דבשעה שכתב ת' זו היה סובר דהוויין השותפי' ערבים קבלני':

סימן פב

(**בש"ע סעי' א**) פרעתי דנאמן פי' במגו דמזיוף שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ונ"ל פשוט דדוק' באותה פעם שהוא מודה שכתבו הוא אומר תכ"ד אלא שפרעתי דאל"כ ה"ל מגו למפרע ולא אמרי' לי' כמ"ש התוס' בהכותב וע' במ"ש ס"ס ע"ה דהלוה צריך לישבע וא"צ המלוה לבטל השטר תחלה דאדרבה יוכל אח"כ לקיימו אע"פ שנשבע כבר שפרע דלא כמ"ש בהב"ח בסי' זה דצריך לבטל:

(**סעי' ג**) ישבע הלוה שאין לו הטור וסה"ת הביאו אחר זה דעת הגאונים דאין א' מהם יכול להכריח חבירו לשבועה כמ"ש מלתא בטעמ' דהנתבע אין חייב כלום עד שישבע התובע והתובע אינו חייב שבוע' עד שיהא ממונו מזומן ואם רצה התובע ישבע אם נתן לו מוטב ואם לאו ישבע שאין לו עכ"ל והב"י לא כתב על זה כלום ומ"מ פסק כאן כרמב"ם שהוא בעל סברא הראשונה כמו שהעתיק המחבר כדרכו של המחבר תמיד לפסוק כרמב"ם אע"פ שרבים חולקים עליו כ"ז שאין הרי"ף והרא"ש חולקין עליו ותמהני על הסמ"ע שכ' כאן בשם ב"י וז"ל האחרונים הסכימו על דעת הרמב"ם כו' ואין זה בב"י וכמדומ' שנזדמן לפני הרב בעל הסמ"ע מ"ש ב"י אח"ז בס"י בדין שהלוה טוען שמא מזויף כו' דברים אלו כתב הסמ"ע בשמו כאן אבל באמת הב"י לא זכר כאן כלל מזה ותמהני על רמ"א שלא הביא דעת הגאונים מאחר שהטור והס"ת הביאו דעתם האחרונה משמע דכן הוא מסקנתם ובסמ"ע ספ"ט סק"ד [סק"ז] הביא ג"כ הוכחה כזו מדברי הטור ועוד נ"ל ראיה מת' הרא"ש דס"ל כגאונים שכ' בכלל י"ג סי' ט"ו בא' שהי"ל ספרי' ביד בן אחותו ומת ואמר בן אחותו שצוה שיתן דמיהן להקדש והבת הוציאה שט"ח על אביה בסך גדול ונמצא שהכל משועבד לבת ופסק הרא"ש שבן אחותו ישבע שכך ציוה לו ואח"כ תשבע הבת שלא ירשה מאביה כלים בכדי השטר ומוציא הספרים מפני שקדם שטרה ואם לא תשבע כן יעשו כדברי בן אחותו והטעם שבן אחותו ישבע תחלה לפי שכ"ז שלא נשבע אין טענתו טענה כי אם דברים בעלמ' והיא לא תתחייב על טענה זו אבל לאחר שישבע נתקיימו טענותיו ונתחייב' הבת שבועה עכ"ל. והנה ק"ו דמה התם

שיש לו טענה מעליותא על הבת שהרי אין הבת סותרת דבריו ואפ"ה חשבי' לדברים בעלמ' כ"ז שלא נשבע הבן אחותו ק"ו כאן שחבירו מכחישו שאין כח בטענתו לחייב הלוה ותו כיון דהוא צריך כבר שבועה ודאי לא חל שבועה על הלוה כלל דלמה ישבע בחנם אם לא ישבע מלוה משא"כ בשבועת המלוה חל עליו לטובתו אבל [אף] אם טוען הלוה שאין לו מ"מ אפשר שימצא במקום אחר או יתעשר הלוה ונמצא שעכ"פ יש לו תועלת בשבועתו ומלבד כל זה כיון שיש לנו ב' דעות היה לנו לפסוק המע"ה ואין כח למלוה לכוף ללוה לישבע כ"ז שלא נשבע הוא שוב מצאתי בס' הר"ם מרקאנטי שפסק ג"כ כהגאונים וכן נראה הלכה למעשה ואין כח למלוה לכוף ללוה שישבע עד שישבע הוא תחל':

(**סעיף ד**) אם הוחזק הלוה כפרן הטור כתב זה בשם הראב"ד והקשה מוחז"ל מאי קא משמע לן הא תלמוד ערוך הוא וכמ"ש הטור ריש סי' ע"ט ותירץ דכאן הוחזק כפרן על ידי השטר יש כח ביד הלוה להחרים על כל פנים סתם כדמסיק כאן מה שא"כ ר"ס ע"ט דמיירי בנעשה כפרן ע"י הכחשת עדים ע"כ מוחין ללוה אפילו חרם סתם ומש"ה לא זכר לעיל ח"ס. ולפענ"ד אין זה נכון דהא אפי' כתב בפי' בשטר שלא להחרים סתם כמ"ש בסימן ע"א ס"ו וכן מבואר בסי' ע"ט שכתב הטור שרי"ף העיד שחזר בו רב האי ממ"ש דכפרן הוא כחשוד ושכנגדו נשבע ונוטל אלא אין לו עליו אלא חרם סתם ש"מ דחרם סתם יש לו עכ"פ עליו וקאי אכל כפרן שבתלמוד אבל דבר ברור דבכל כפרן יש חרם סתם ועיקר חדושו של הראב"ד במ"ש וחייבוהו ב"ד לפרוע שזהו לכאורה ללא צורך אלא דקמ"ל דאע"ג דכבר נפסק עליו לשלם וה"א דאפשר שאחר כך שילם קמ"ל כיון דאפילו בחוב בע"פ כה"ג דאמר תחלה לא לויתי ובאו עדים שלוה אינו נאמן אחר כך כו' פרעתי ע"כ בשטר אין כח לומר אשתבע לי זהו מכוון בל' הסה"ת שכתב וז"ל וחייבוהו ב"ד אינו יכול לומר אשתבע לי שלא פרעתיך שכבר אמרי שאינו נאמן עוד לומר פרעתיך ואיך ישבענו בטענת פרעון עכ"ל והיינו בדרך שכתבתי:

(**סעיף ו**) אבל אם תפס הב"י הקשה דהא גם בהדיוט הוי הדין כן לדעת הטור ותירץ בשם הרא"ה מטראני דבהדיוט מנדינן ליה אחר התפיסה ובת"ח לא מנדין ליה ואצ"ל כלל אלא החילוק היא דבהדיוט יכול הלוה לכופו שיקרע השטר שלא יתפס אותו אחר כך או שישבע ובת"ח אינו כופהו ואם יתפוס יתפוס ועל כולן ק"ל דהא בגמרא פריך והא משום דצורבי הוא משלחי גלימא דאינשי ומשני אלא לא מזדקיקינן לי' לדינא הרי לפנינו שאין לת"ח שום הרווחת ממון בעולם יותר מהדיוט אלא משפט אחד יהיה לכל ישראל ומש"ה לא קשה מידי מה שהק' ב"י ל"ל להזכיר הרא"ש דמהני תפיסה בהדיוט דהא

פשיטא מטעם שכתבתי ונ"ל דמסקנא בגמרא הוה כן דבהדיוט כשבא עם השטר לתבוע והלוה טוען פרוע הוא אנו פוסקים תיכף דין ביניהם שישבע בעה"ש ויטול אבל בתלמיד חכם אין אנו פוסקים שום דין ביניהם אלא דוחין אותו מן הדין ואין אומרים לתלמיד חכם השבע וטול כי זה נגד כבודו אלא מניחים הדבר ביניהם עד כי יוכל לעשות לו דין לעצמו דהיינו שיתפוס אותו וזהו מכוון בל' התלמוד במסקנ' דלא מזדקקינן להו לדינא ומש"ה באם שניהם ת"ח הוה הדין כאלו שניהם אינם ת"ח דא"ת לדחות הדין משום כבוד התובע יהיה הגנאי לנתבע שנראה שהוא אינו ת"ח ע"כ צריך להראות ששניהם שוים גם כוונת הטור והרא"ש נראה לפרש כן אבל בוודאי בכל ישראל מהני תפיסה ואין צריך שבועה דאין מחרימין את התופס והא דהביא הב"י ראיה להר"א מטראני מסי' ק"ח ס"י דמנדין אותו עד שישבע אין משם ראיה דשאני שבועה דהכא דהוא קולא דאין משביעין רק אחר בקשת הלוה שישבע המלוה אכן מ"מ נ"ל ברור דהא דמהני כאן תפיסה בלא שבוע' היינו משבועת המשנה שהיא חמור' כדין כל הנשבע ונוטל אבל מ"מ אם אחר הפרעין תובעו שקבל ממנו פרעון ב' פ' משביעין ליה היסת אפי' לת"ח ועמ"ש סימן פ"ו כנ"ל ברור:

(**סעיף ח**') וי"א שהמלוה נוטל בלא שבועה הוא דעת הרמ"ה בטור וז"ל כיון ששטר מקוים בידו אלא דרבנן הטילו עליו שבוע' לא יפסיד בשביל זה שאי"ל והכי מסתבר עכ"ל הטור ונלע"ד דאף על גב דבכלל דברי הרמ"ה הם גם שאר נשבעים ונוטלים החשודים אם יש להם שטר מקויים פוגם שטרו דהוא חשוד נוטל בלא שבועה מ"מ הטור לא הכריע כמותו רק בשבועה זו שאומר לא קבלתי כלום ואיני פוגם שטרו אלא דהלה טוען השבע לי שלא פרעתיך כיון ששבועה קולא היא שלא משביעין ליה רק אחר שבקש הלוה ע"כ ראוי שלא יתעכב הפרעון היכא שא"א לישבע מה שאין כן בפוגם שטרו אף על גב דהוא מדרבנן מכל מקום הוא חזקה דבלא בקשת הלוה משביעין ליה משום הכי לא הכריע הטור כהרמ"ה בזה כשהביא מחלוקת הרמב"ם והרמ"ה בסימן צ"ב סי"ג ועוד ראיה דבא"ע סימן צ"ג פסק באשה הפוגמת כתובתה שהיא חשודה שכנגדה ישבע ויפטור ובשמ"ע כתב זה לחלק בין כתובת אשה לשאר שטרות והוא תמוה מאוד מנא ליה לחלק כן ותו דהא לא מצינן דפוגם שטרו חייב שבועה אלא במתניתין דהכותב גבי פוגמת כתובתה ומינה יליף פ' הדיינים דמ"א בפוגם שטרו ואי סלקא דעתך דכתובת אשה שאני שט"ח וחמורה ממנה ענין חשודה האיך יליף לה פוגם דחוב לענין שבועה מאשה הפוגמת אלא ברור דאין לדברים אלו יסוד ובמ"ש הכל ניחא בעזה"י:

(**סעי' ט**) או הוציאני מכלל החרם עמ"ש סי' פ"ז סכ"ב שכתבו מזה דמוכח דמי שמהפך שבועה א"צ לקבל חרם עליו תחלה:

(**סעי' י**) ואם כפר ישבע היסת רמ"א לא כ' כאן כלו' בדין אם צריך שבועה על כפירת טענת לקיחת רבית וסמך עצמו עמ"ש בי"ד סי' קס"ט:

(**סעי' יא**) ויכול לטעון מחלת לי פי' שבזה יכול להביא המלו' לידי שבועה אע"פ שיש נאמנות בשטר ומכ"ש כשאין בו נאמנות דלא יטול רק ע"י שבועה:

(**שם והמדקדקים**) בטור כ' ועדיין יש לפקפק כ' סמ"ע בשם רש"ל עד שיכתוב בפי' נאמנות על טענת מחילה וק"ל דהל"ל שהמדקדקים כותבים באמת בפי' כיון שהם רוצים על צד היותר טוב. ונ"ל דגם בפי' לא מהני דיוכל לומר מחלת לי אותו דבר בעצמו שנתקשרתי נגדך ולבטל טענת מחילה דוגמא לדבר מודעא על ביטול מודע' אבל באמת נכלל גם מחילה בל' בכל ענין חוב זה אלא דלא מהני והש"ע פסק לקולא כיון דיש חולקין בלא"ה כמ"ש רמ"א:

(**סעיף יב**) נשבע הלוה היסת ונפטר ולא אמרינן דנשבע המלוה ויטול כיון דלפי דברי עצמו יש ריעותא בשטר זה שנעשה על תנאי אזיל ליה כח השטר ומזה הטעם כתב אח"כ דלא אמרינן מגו להוציא אע"ג דבסי' ל"ח בטענת סטראי מהני הרגו למלוה היינו בשט"ח הוה שטרא מעליא לפי דברי המלוה וחילוק זה כתבוהו התוספת פרק חזקת הבתים בד"ה שטרא מעליא ה"ל ואירכס וכתב בסמ"ע כאן וז"ל וע"ל סימן ע"ט ולקמן סימן צ"ג שאין אומרים מגו במקום חזק' כמבואר שם ובסימן קנ"ז הוזכר שם בטור מגו במקום חזקה בדברי הר' יונה וע"ל מה אפרש בו בס"ד כמ"ש הש"ע ויש מי שאומר וכו':

(**סעיף יג**) טען הלוה. סמ"ע הביא כאן דברי ב"י בסי' ע"ה בשם הרשב"א על מי שטוען שטרך פרוע הוא והא ראיה שלא נכתב חוב זה במזכרת נכסיך כשנשבעת לתת מזכרת כל נכסיך לגובה המס והשיב שהדין עם בעל השטר שאפשר ששכח לכתוב אותו במזכרת עכ"ל. וק' שהרי כתב המחבר בסימן פ"א סעיף כ"ח שאין שומעין לו כשטוען שכחתי ונשבעתי מטעם דחזק' דאדם מדקדק בשבועתו וי"ל דכשנזכר באותו ענין בפרט ונשבע עליו כי ההוא דלעיל ודאי רמיא אנפשיה איך היה ומדכר מתוך חומר השבועה משא"כ כאן שלא נזכר כלל מחוב זה בכלל שאר נכסיו ושכחה כזו מצוייה ולא מהני השבועה:

סימן פד

בש"ע ס"א הפוגם שטרו כ' ב"י בשם בע"ת אבל בפוגם בע"פ ודאי נשבע היסת ונפטר דהא ל"ל שטרא והמע"ה עכ"ל וכ' ב"י ופשוט הוא ובאמת ראוי לפרש מה צריך בעה"ת

להשמיענו בזה ונלפענ"ד דקמ"ל דלא תימא שהלוה לא נפטר ליה בזה בהיסת אלא בשבועה כעין דאוריית' כדרך שחייב המלוה לישבע כשהוא נוטל קמ"ל דסגי בהיסת ומוחז"ל הוקשה לו קו' זאת וכ' דקמ"ל דוקא בשטר בעדים הוי דין פוגם שטר' ונשבע ונוטל אבל בכת"י שאין טורף ממשועבדים אין בזה פוגם שטרא לישבע וליטול המותר אלא לוה נשבע היסת ונפטר אפי' לרמ"ה דסי' ס"ט דס"ל בכת"י אין נאמן לומר פרעתי מ"מ לענין זה לא הוי כשטר ודברים תמוהים כ' דהא לבעה"ת בכל כ"י נאמן לומר פרעתי והוה כמלוה ע"פ אפי' בלא פוגם כמ"ש ב"י בשמו סי' ס"ט שס"ל כהרמב"ם ולא כהרמ"ה ותו דלהרמ"ה הוי כת"י לענין פרעתי ממש כשטר דהא לענין שלא יטרוף ממשעבדי נתן טעם כיון של"ל קלא ממילא נגד הלוה עצמו הוי כשטר גמור בכל מילי וכיון דלא יכול לומר פרעתי הוה כשטר גמור דלא כתוב בו נאמנות ונשבע המלוה ונוטל המותר וכן בכ"מ שאין יכול לומר פרעתי הוה כשטר גמור ביד המלוה ונשבע ונוטל ומטעם זה נ"ל בממרני? אפי' לא נכתב בפי' אין שייך פוגם שטרא וחייב לשלם לו ואח"כ יתבעני שפרעו ב"פ וישבע המלוה היסת ואם הוא במקום שאין לו נאמנות רק אם נכתב בפירוש אז ודאי ברור שיש לו דין פוגם שטרו ממש וכן בכל כת"י בלא נאמנות במקום שאין יכול לטעון לומר פרעתי שפסק רמ"א סי' ס"ט דהוה לפי ראות הדיין אם פוגם המלוה הכת"י נשבע ונוטל המותר כנלע"ד:

בטור ס"ג כ' רב האי כת' אפי' בזמנו לא יפרע אלא בשבועה ק"ל מאי דפריך בגמ' מה בין זה לפוגם שטרו כמו שהביא ב"י סי' פ"ב נימא שיש חילוק זה ביניהם דפוגם ישבע אפי' בזמנו וי"ל דפוגם שטרו ילפי' מפוגמת כתובת' בפ' הכותב דף סז במשנה דחשיב שם אותן הנשבעי' אע"פ שיש להם שטר ואס"ד דאין חילוק אלא בענין זמנו ה"ל לחשוב גם בלא פוגם שטרו דנשבע עכ"פ אחר זמנו כמו דחשיב שם הרבה דברים שהם שייכים אחר זמנו משא"כ לתירוץ דגמ' א"ש דשם לא חשיב רק מה שהב"ד משביעים משא"כ באינו פוגם שטרו:

(**בשם מהרש"ק בב"י ד"ה כ' בה"ת שער כ"א דראייתו וכו' עד ס"ה משביע היסת וכו**') ואין זה ראי' כלל דהתם אילו העיד העד שקנה ממנו ואכלה ג"ש לא הי' היסת והתם אינו מעיד אלא שאכל ג"ש ואין זה מסייע ממש וק"ל:

(**ע"ש כת' בת' הרא"ש כלל ס"ח סי' י"ד וכו' עד וכיון שמת אינו מוריש וכו**') צ"ע בסי' ל"ו סכ"ט דאמרי' בשבועה אדם מוריש כו'. גם בסי' ע"א מחו' א' דבנאמנות א"צ המלוה לישבע נגד ע"א וע' בסמ"ע ע"כ:

סימן פה

(**סעי' א**) שזה יאמר לא מכרתי לך השדה אלא כדי שיהי' לי לגבות חובי זהו המשנה פ"ב דכתובות דף ק"י ופרש"י לפי שהי' זה מבריח מטלטלין ולא הי"ל מהיכן ימשכננו ועכשיו יטול את הקרקע וק"ל מה הרויח בזה דגם עכשיו אם ימכור הלוה את הקרקע הזאת לא יוכל מלוה לטרפ' מן הלוקח כיון דבשעת ההלואה לא הי"ל קרקע זאת הו"ל לוה וקנה ומכר דאין ב"ח טורף אא"כ כ' לו דאקני כמ"ש סי' קי"ב וא"כ ה"ל להזכיר כאן באם כ' לו דאיקני דוקא כמו שרגילים הפוסקים בהרבה מקומות ונלע"ד דכאן א"צ דאיקני לכ"ע כיון שזה המלוה היה יכול להפרע ממנו ולא הי' צריך למכור הקרקע שלו ע"כ משום שיהא חובו בטוח מ"ה מכרה לו ה"ל כאלו התנה עמו בהדיא שמוכר לו ע"ת שישאר שעבודו לעולם עלי' ומש"ה שפיר טריף אח"כ אם מכרה לאחר דאנן סהדי בכך כנלפע"ד ובסעי' ו' כתבתי עוד בעזה"י: (א"ה דין זה תמוה מאוד דהאיך אפשר להוציא מן הלוקח באומדנא כזו ומעולם לא שמענו כיו"ב ועיקר קו' הרב ט"ז ז"ל לפענ"ד אינה קו' דמסתמ' אין דעתו של הלוה למכור את הקרקע דא"כ לא הי' לוקח' ואף אם ירצה למוכר' מי יאמר דמיתרמי ליה לוקחין ואדאזיל ומזבנ' זה תובעו לדין ונוטל את הקרקע בחובו לאפוקי מעות שבקל יכול להבריחם. ואף לפ"ד ז"ל אין כאן הכרח כלל לשיטרוף את הקרקע מיד הלוקח דמ"ש כיון שזה המלו' היה יכול לפרוע ממנו ולא היה צריך למכור הקרקע שלו ע"כ ליתא כיון דבאתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי קיימינן אם כן לא הי' אפשר להפרע ממנו אלא א"כ ימכור לו את הקרקע ועוד דלו יהי' כן שהי' אפשר לו להפרע מבלי שימכור לו את קרקעו אם כן האומדנא כאידך גיסא מדמכר לו את הקרקע ולא נפרע ממנו ש"מ דשטר' דידי' לית ביה ממשא ואינו חייב לו כלום כדאמרינן באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטר' ע"כ נלע"ד שאם מכר הלוה את השדה לאיש אחר שאין המלו' טורף כלל מיד הלוקח ודלא כהר"ב ט"ז ז"ל ודו"ק ע"כ):

(**ע"ש אלא כדי שיהי' לו ממה לגבות**) בגמרא ס"ל לרבנן הכי ופריך אדמון דאם כן הי' לך למסור מודעא פרש"י שאינו מוכר אלא כדי שיכול למשכנו ורבנן אמרי חברך תברא אית ליה ויודיעוהו ולא יקח עוד השדה וקשה א"כ בכ"מ דאיתא דצריך מודעא נימא הכי דהי' ירא לעשות מודעא פן יודע לו ויבא לידי הפסד גדול וסמ"ע כ' דשאני הכא דסמך על השטר שבידו משא"כ בעלמא שאין לו על מה לסמוך כ"א על טענתו וקשה דהא השטר מתקלקל ע"י מכירה זו דהוא ראי' שהשטר נפרע מאי אית לך למימר דרבנן ס"ל דאין השטר מתקלקל בכך א"כ א"צ למודעא ול"ל למימר חברך תברא אית ליה ולפי הנרא' לק"מ דהכי פליגי אדמון וחכמים דמכירת השד' יש לו פנים לטובת הלוה דהוה

כמו הודא' כמ"ש התוס' ויש פנים לטובת המוכר שיהי' לו למשכנו וס"ל לאדמון דטובת הלוה עיקר דאי לטובת המלו' היה לו לתקן המודעא בסתר שלא תזיק לו המכיר' כדי שלא יהי' אחר כך' שום פתחון פה ללוה ורבנן ס"ל כיון דבאמת היה טובת המוכר אינו רוצה להזהר מערער הלוה כיון שמתקלקל הטובה ע"י שלא ירצ' לקנות' שיראה שזה חושב לחזור ליקח אותה וע"כ הוא סומך שהב"ד ידעו מעצמם כוונת המוכר שעושה לטובתו משא"כ בשטר זו [בשאר] מודעא שלא ידעו הב"ד איך הי' (א"ה אין זה מספיק דהתם נמי ע"כ איכא סהדי אאונסא דכל מודעא דלא כ' בה וידעינן באונסי' לאו מודעא היא ונלע"ד דמעיקרא לק"מ דהתם סברא הוא אגב אונסא גמר ומקנה וכ"ז שלא מסר מודעא אין לנו הוכח' שלא גמר ומקנה לאפוקי הכא שיש לו שטר מקוים ואנו רוצין לבטלו מכח מכירת השדה וכיון שאין מכירת השדה ראיה משום דחברך חברא איתליה א"כ אין לנו טעם לבטל את השטר וזה נכון בעיני ואפשר דלז' כיון הסמ"ע ע"כ):

(**ע"ש ס"ב יראתי שלא תמכור לי כלל**) הסמ"ע פי' שמא תבריחם ולא אוכל להוציאם בדין מה שאין כן בקרקע יטרוף לקוחות ע"כ וקשה א"כ כי יקנה ממנו גם כן לא מהני כלום כי יקח המטלטלין בעד המעו' שהוא נותן לו עכשיו וממה יגב' חובו ונראה לפענ"ד הטעם שהמלו' יש לו חשק לאותן המטלטלין ואי הוה אומר תן לי אותם בחובי פן לא ימכור אותם לו בעד חובו ויפרענו בדברים אחרים מה שאין כן בקרקע טפי ניחא למלוה שיחזיק הלוה כדי שיהי' חוב שלו בטוח כי עיקר שעבודו על הקרקע:

(**סעיף ו'**) חוזר וגובה ממנו הסמ"ע אוקי להא דוקא כשהמלו' מוקדם מכר שטרו להלוקח והלוקח גבה מן המלוה המאוחר וחוזר וגוב' מהלוקח אותה שדה עצמ' שנתן לו כי היא משועבדת לו לעצמו בשביל חובו על המוקדם דאותו שדה היה קנוי' להמוקדם בשביל חוב הקדום משא"כ אם המאוחר מכר שטרו ללוקח וגבה מהמוקדם אין המוקדם חוזר וגובה אותה מהלוקח בשביל חובו שיש לו על המאוחר וירצ' לומר שאותה שדה של המוקדם כבר היתי משועבדת וקנוי להמאוחר וכיון שהוא הלו' להמאוחר זכה בשעבוד של המאוחר שהרי בשעת הלואתו של מוקדם להמאוחר לא הלו' לו עדיין המאוחר נמצא דה"ל כאלו קנא' המאוחר אחר הלואתו ולא נשתעבד להמוקדם כל שאין בו דאקני אלו דבריו בתוספת ביאור. ולפעד"נ כפשטן של דברים דה"ה אם המאוחר מוכר שטרו מיירי דשפיר גוב' המוקדם אחר כך שדה שלו מהלוקח דשאני בשאר מקומות דלא נשתעבד למלו' מה שקונ' הלוה אחר ההלוא' כל שקנה הלו' מעצמו בלי ידיעת המלו' משא"כ כאן דהמוקדם הלו' אחר כך מהמאוחר דאנן סהדי שעשה כן בשביל החוב שהלו' כבר שיהי' בטוח בו (א"ה כבר השבתי על הרב ז"ל לעיל וכ"כ כאן דאין דבריו ז"ל נראין גם מ"ש הרב

הש"ך והסכים לדברי הב"ח אינו נראה בעיני דמאי דמייתי ראי' מיתומי' שגבו קרקע בחובות אביהם ב"ח חוזר וגוב' אותה מהן לפענ"ד לא דמי כי עוכלא לדנא דבשלמא התם ה"ל כאלו האב גבה אותו מחיים והורישו לבניו דב"ח גובה ממנה לאפוקי הכא אף אם המאוחר גבה בעצמו קרקע בחובו וחזר ומכר' לאיש אחר ודאי דאין המוקדם גוב' מן הלוקח ולמה יגרע זה הלוקח את השטר שזכה בשד' קודם שגבא' הלוה בעצמו ומכר' לזה הלוקח ומ"ש בש"ך תדע וכו' אין זה ראי' כלל דודאי קודם שקנא' הלוקח היה שעבודו עליה וכן בכל השדות שאדם קונה משועבדים לבעלי חובותיו קודם שימכרם אף שלא כתב דאקני ועכ"ז כשמכרם פקע להו שיעבודייהו ועמ"ש התוס' פ' כ"ש ד"ה משתעבדנא ליה ודו"ק ושוב ראיתי בהר"ן שהביא ב"י ס"ז שהוא מביא הראי' עצמ' מיתומים שהביא בש"ך וכן הב"ח גופי' מייתי לה ועדיין תמיה זו קיימת איברא דבלשון הר"ן היה אפשר לו להעמיד דברי הסמ"ע וגם הי' מתייישב שפיר מ"ש הר"ן כשמלו' שלו קודמת דר"ל שיש לה קדימ' לגבות ואין כאן מקום להאריך עכ"ה) וכעין שכתבתי ר"ס זה ואע"ג דשם יש הוכח' במה שמכר לו השד' ולא הוציא המעות בחובו וכאן אין הוכח' מ"מ גם כאן יש הוכח' מדשוי' נפשיה לעבד לוה למי שהוא כבר עבד לו והי' יכול ללות מאחר וכעין שכתב הטור סי' זה ס"ה אלא ודאי בשביל שיהא חובו' בטוח עשה כן והוא כאלו התנ' בהדיא כן וע"כ שפיר טריף המוקדם שדה שלו מהלוקח אח"כ ומוחז"ל מוקי לה ג"כ אפי' אם המאוחר מכר שטרו דלא כסמ"ע וטעמו בזה דאין כאן לוה וקנ' ומכר דהא לא מכר המאוחר ללוקח כלום רק שעבודו מכר לו וא"נ ה"ל כבת חורין הך שדה דבריו תמוהים דהא הוציא הלוקח השד' מיד המוקדם ואין לך מכיר' גדול' מזו ותו דאם שעבוד לבד מכר לו במה זכה זה המאוחר בשדה של המוקדם הלא גם הוא אין לו על המוקדם רק שעבוד בעלמא ואפי' אם היה המוקדם מוכר להמאוחר מכיר' גמורה מ"מ זה נעשה אחר הלואת המוקדם ולמאוחר לא נשתעבד לו והנלע"ד עיקר כתבתי:

הטור ס"ג כתב ואם יאמר כוונתי למוכר' ושאפרע ממנ' המעות קשה הא כבר סתר זה ותו ל"ל לכתוב שאפרע ונרא' דתחל' אמר שאין דרך לעשות הלוא' ואחר כך ימכור אלא ה"ל למכור מיד ולא ליקח מעות דרך הלוא' ועז"א שאם יאמר באמת לא כוונתי כלל להלואה אלא תיכף כוונתי מיד למוכרה דרך מכיר' וליקח המעות דרך פרעון אלא שהטעיתי את המלו' לומר דרך הלוא':

(**שם ס"ד**) כ' מדינא דגמרא היתומים כו' ק"ל כיון דבסמוך כ' רבינו בשם רמב"ן דאפי' יתומים כו' כיון דתופס בחיי אביהם ולמה כתב כאן דמפסיד בדינא דגמ' הא קי"ל דבמטלטלי דיתמי מהני תפיסה מחיי האב א"כ לימא ליתמי אנא תפיסנא מחיים והנה

גם בפרק בתרא דכתובות מצינו שם הך סברא דתפיס' מהני היינו לענין דאם יש ליתמי זבורית ולהך עידי' ובינונית אפי' לרב ששת דאמר בשל עולם הן שמין מ"מ יש ליתמי רווחא דהם לא יתנו אח"כ רק זיבורית דאין נפרעין מיתמי רק זיבורית וסתם שם בגמרא הך רווחא כיון דתפס המלו' תפס ואינו חייב ליתן להם בינונית וליקח זיבורית ומזה ל"ק לי דאפשר דלא חשבינן לי' תפיסה מחיים רק לאחר מותו ומ"מ מהני כיון שיש עכשיו ליתומים קרקע הוי אינהו ב"ח ויאמר להו המלוה עתה תפיסנא קרקע דידי אף שהיא בינונית כיון שעכ"פ מחוייבין אתם לשלם ולזה מהני תפיס' משא"כ בהך דרמב"ן שכתב רבינו בהדיא שתפס בחיי אביהם א"כ ליהני נמי לענין מטלטלי דיתמי. ואחר העיון י"ל אפי' מכח הגמ' שזכרנו דהא ברור הוא שזה מיקרי תופס מחיים דע"כ לא אמרינן בפ' הכותב דף פ"ה דלא הוי תפיס' אא"כ תבעו ממנו בחיי' אלא דוקא לענין נפקד כדפרש"י בהדיא שם כיון שהוא פקדון ברשותי' דמריה קאי אבל במלוה דנתנה להוצאה הוי תפיסה אפי' בלא תבעו מחיים וכן לקמן בטור סי' ק"ז לא נזכר רק שצריך תפיס' מחיים ולא זכר מתביעה מחיים רק בפקדון וכ"כ הטור בהדיא סי' ק"ח סל"ח דכה"ג הוי תפיס' מחיים וא"כ קשה על רמי בר חמא למה הי' סובר דהיתומים ירויחו הא איהו מיירי במטלטלין ובזה מהני ודאי תפיס' מחיים וכה"א [ונהי] דרמי בר חמא דאמר זה בגמ' אליבא דרב ששת אפשר דלא ס"ל ההוא דמהני תפיסה מחיים לענין מטלטלי דיתמי דרב נחמן הוא דאמר כן בפ' הכותב ורב ששת אפשר דפליג עליו אבל דברי הטור צריך נגר ובר נגר דלפרקינהו ליישב דבריו בזה (א"ה אנא לא נגר אנא ומפריקנא לה דודאי אין השטרות כגבויין וכפרועין כמ"ש הרמב"ן בפי' כדמוכח בגמרא בהדיא אלא דלענין גביית זבורית הקלו וקרינן לה תפיס' מחיים ומינה יליף הרמב"ן לענין חשש צררי שהיא תקנ' מחמת חששא קלה דמהני הך תפיס' אף שאינ' תפיסה גמור' אבל לדינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אא"כ תפס מחיים פשיטא דלאו תפיסה היא וכדאמרינן בהדיא פ"ב דפסחים ובפ' מי שהי' נשוי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה ומת ובא ב"ח וכו' מטלטלי שבק אבון גבך ומטלטלי דיתמיי לא משתעבדא לב"ח והך שמעתא הלכ' פסוק' היא כדמוכח בגמרא דאף רבא מודה בה וע"כ אזדא לה מ"ש הרב ט"ז ז"ל דרמב"ח אליבא דר"ש קאמר ולית לי' דר"נ גם מ"ש עוד הרב ז"ל ואם כן קשה על רמב"ח למה הי' סובר דהיתומים ירויחו הא איהו אייר במטלטלין ובזה ודאי מהני תפיסה מחיי' א"א להולמו שמשמע מדבריו שרמב"ח סבר כך ורבא פליג עלי' וליתא דבהדיא איתא בגמ' במקומות הנזכר דגם רבא מודה לי' לרמב"ח דמצי יתמי למימר אנן מטלטלי שביק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי

לב"ח אע"ג דתפיס מחיים דומיא דהך ופשיטא דהך דקאמר רבא הכא חדא דזה גובה וזה גוב' קתני לאו למימרא דאף ביתמי גבי דהא ודאי ליתא אלא ה"ק ע"כ מתני' לאו ביתמי קאי מדקתני זה גובה וזה גובה וזה ברור ע"כ):

סימן פו

(**סעיף ה'**) אין שמעון יכול למחול כ"כ הטור וק' דהא בפרק קמא דכתובות דף י"ט הקשו התוספת על מ"ש התלמוד האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן אם חב לאחרים ולהמניה במגו דאי בעי מחיל ותירצו דאין רוצה להפסיד חובו לגמרי ש"מ מזה דאי בעי מצי מחיל וכן כתב הרא"ש שם והאיך פסק הטור נגד אביו ולא הביאו ונ"ל דשם מיירי על הדרך שכתב ב"י בשם הרא"ש בת' דלא משתעבד לוי לראובן עד שיתברר בב"ד ששמעון חייב לו ולא מהני מה שראובן מודיע ללוי ואם כן אפשר למצוא בנדון זה דיכול שמעון במחול ללוי בשעה שאומר אמנה הוא זה כגון שלא נתברר עדיין בב"ד רק שהמלו' צווח ואומר שהוא רוצה לברר ששמעון חייב לו והולך ומברר נמצא דבאותה השעה יוכל למחול כיון שעדיין לא נשתעבד לראובן ואפ"ה מה שאומר אז שטר אמנה אינו נאמן כיון דאח"כ איגלאי מילתא למפרע שנשתעבד לראובן כן נלע"ד:

(**בטור סוף הסי'**) ולא נשתעבד לוי לראובן אלא לאחר הלוא' וכו' נראה ביאור דבר זה דודאי מתנ' יש לו רשות ליתן מש"ה כל זמן שהרויח שמעון זמן ללוי בשעת ההלוא' כדין הוא עושה אלא דלאחר ההלואה אז מכח ההלוא' נשתעבד לוי לראובן וההלואה עצמה היא של ראובן ע"כ א"י להרויח שמעון ללוי כי אין לו ליתן מתנ' משל אחרים ובשעת הלוא' הוי עדיין שלו:

סימן פז

(**סעיף א**) אם הוא מודה במקצת. הסמ"ע הביא בשם הר"ן במי שתבע לחבירו מאה זהובים דהיינו כ' זהובים בהלואה ונ' בעד שחבל בו ונשבע ע"ז שחבל בו והוא כפר בכל מקרי מודה מקצת דאנן סהדי שחייב לו כ' זהובים כיון שנשבע עכ"ל. ונלע"ד שהר"ן חולק על הרשב"א שהביא המחבר ס"ה שאין מודה מקצת מתוך טענת כפירה כו' ולהר"ן הוי מודה מקצת בהא דהרשב"א בק"ו דהא בדין הר"ן הוי עיקר ההודאה במקצת מחמת תקנת חכמים בנחבל שיהא נשבע ונוטל ואפ"ה מיקרי מודה במקצת ק"ו בדין דהרשב"א דחייב במקצת מן התור' כי כל האומר לא לויתי כאילו אמר לא פרעתי וחייב לו מן

התורה אלא ע"כ דפליגי וכיון שפסק בסעיף ה' כרשב"א לא קי"ל כהך דהר"ן ומש"ה לא הביאו רמ"א בש"ע:

(**שם**) דהא אפי' שטר כ' סמ"ע אפילו אם נותן לו עכשיו שטר מיקרי הילך. ולסברא קמייתא לא הוי זה הילך כיון דלא סמך עליה מעיקרא קשה מאי פריך בריש ב"מ דף ה' ולמאן דאמר הילך פטור ל"ל למעוטי קרקע משבועה הא כל קרקע הילך הוא מאי קושיא הא צריך קרא היכא דרוצה ליתן עכשיו קרקע דזה לא הוי הילך וקמ"ל דפטור מכח קרקעות מגזירת הכתוב אלא ע"כ דמה דפטרה תורה מודה מקצת בשיעבוד קרקעות היינו בדבר שכבר נשתעבד לא שעכשיו רוצה להשתעבד וא"כ גבי הילך נמי נימא הכי ועוד צ"ע על הטור שהסכים כאן לבעל העיטור דשטר הוי הילך ואמאי כתב בסימן פ"ח סעיף ל"ב דשטר הוי כמו קרקע ואין הודאה בשטר מחייב שבועה כשם שהכפיר' אינה מביאה לידי שבוע' הא בלאו הכי פטור מכח דהשטר ה"ל הילך בשלמא לסברא קמייתא ניחא דלא הוי שטר הילך ואע"ג דבריש ב"מ דף ד' אמרינן והאי שטר דקא מודה הילך הוא היינו לדעת המקשן שלא ידע טעמא לפטור רק משום טעם זה ולפי המסקנא הוי הפטור משום מידי אחרינא לא אמרינן דשטר הוי הילך ונרא' דהטור לא הסכים כאן לבעל העיטור אלא במשכון ולא בשטר:

(**סעיף ו'**) דה"ה בנשבע ונוטל בתשובת מיימון לס' משפטים סי' י"א [ס"א] יליף לה ממה שהוקשה לו מנסכא דר' אבא דהיינו הדין שזכר המחבר סי' ע"ה טענו חפץ חטפת כו' דשם קי"ל דאין הנחטף צריך שבועה ובנ' ידענא ובנ' לא ידענא מוכיח שם דהתובע נוטל בשבועה משבועה במקום שצריך הנתבע למגו כמבואר שם ואשתמיטתיה הנך דברי המרדכי שהביא רמ"א כאן ועמ"ש מילתא חדתא בסי' זה סעיף ל' ותמצא שיש כאן מקום לטעות ורמ"א קיצר במקום שיש לו להאריך. מעשה בא לידי בא' שהי"ל עד המסייע ונפטר משבועה אח"כ בא עד א' להכחיש העד הראשון המסייעו פסקתי שאין יכול לבטל פטור הראשון וראיה מדעולא דאמר כל מקום שהאמינה תורה עד א' ה"ל כבי תרי וכמו שפסק בא"ע סי' י"ז לענין עדות אשה באם התירו ע"פ ע"א:

(**סעי' י**) לא מפקי' מיני' נ"ל דהיינו להוציא ממנו ממון עד שישבע שבועת המשנה שחייב כמ"ש בשאר נוטלין אבל עכ"פ יכול לתובעו שישבע לו שבועת היסת שאין בידו משל זה כלום ומשמתינן ליה עד שישבע כמ"ש בסעי' ט' וכן לעיל סי' פ"ב ס"ז ע"ש מ"ש:

(**סעי' י"א**) מיהו יכול נראה דקאי אשבועה דחשיד ליה כו':

(**ע"ש**) אלא של היסת נראה כיון שכתב ב"י בסי' זה הכלל העולה דבשבועה דאוריית' ובשבועת המשנה בנשבעין ונוטלין לא מהפכינן ליה אבל בשבועת היסת בשבועת

המשנ' ובנשבעים ונפטרי' כגון נשבעים על טענת ספק מהפכינן כו' אלא דא"א לו לישבע כיון שטוענו ספק כו' עכ"ל מזה נ"ל במה שמצינו סי' פ"ט ס"ה בשכיר שמחולק עם בע"ה בקציצה דנשבע בע"ה בנקיטת חפץ ונפטר דיכול בע"ה להפוך על השכיר דהא בדרבנן מהפכינן מנשבע ונפטר כל שאפשר להפוך ותו דזהו טיבותא לגבי שכיר אם השכיר מחולק עם בע"ה אם פרעו אם לא דנשבע השכיר ויטול והשת' ניחא מ"ש מהרא"י סי' ל"ג דשבועה דרבנן חוץ מהיסת דבעי אנקוטי חפצא דמהפכינן לה לכ"ע מצי התובע למימר לא בעינא ממך אנקוט' חפץ כדי שלא יהפוך אליו שבועה חמורה כו' עכ"ל. ונתקשו רבים בזה דהא לא מהפכינן אלא היסת ולמ"ש ניחא בשכיר לענין קציצה דלפי הדין ישבע בע"ה היסת אלא משום להפיס דעת השכיר החמירו בנק"ח ונמצא שגם שבועה זו בכלל היסת ורמ"א הביא הך דמהרא"י על שבועת ספק והנלע"ד כתבתי. וכ' בס' בדק הבית דיש לתמוה בהך דלשתבע דחשיד ליה דהא טענת שמא היא ואפשר דחרם סתם קאמר ולא דק:

(**סעיף טו**) דס"ת לאו דוקא הוא הדין ספרים וסדורים של תפילות דהא יש שם שמות וק"ל הא איתא בפ' הדיינים דצריך ס"ת אלא בת"ח הקילו בתפילין ואי ס"ת לאו דוקא מה קולא יש בת"ח וא"ל דתפילין קילא משאר ספרים הא ודאי ליתא דטפי יש קדושה בתפילין במה שיש בסדורי תפילות דהא בתפילין נתקדשו שמות שבהן משא"כ בחומשין מכ"ש באותן שנדפסו דאין להם דמיון קדושת תפילין ואף שסמ"ע כתב דשאר ספרים עדיפא מתפילין לא נהירא כלל לפענ"ד (א"ה וכן ראיתי נוהגים בערי תוגרמא שאין משביעין בסדורי תפילות אלא בתפילין או בס"ת וכן נהגתי אני בכל מקום אשר ישבתי כסאות למשפט ע"כ) והנה במהרי"ו שמשם לקח דין זה ב' בשם הרא"ש וז"ל ס"ת או שאר חפץ עכ"ל. ונראה דה"ק הרא"ש ס"ת לשאר אדם או שאר חפץ לת"ח ועוד כ' מהרי"ו שם ראי' ממרדכי דשבועות והמעיין שם במרדכי יראה שלא איירי כלל בדין השבועה אלא לענין התר' ויש ללמד זכות בזה דבדורות האחרוני' הקילו בשבוע' וכמ"ש לקמן סי"ט ואפשר שגם בזה נהגו להקל.

(**סעיף כ"ב**) להחרים סתם כ' הסמ"ע דאין חילוק בין נשבע ונוטל לנשבע ונפטר לעולם זה שכנגדו צריך לקבל עליו בחרם ולפעד"נ דא"צ קבלת חרם בנשבע ונוטל וכן במי שנתחייב היסת והפכה על שכנגדו שא"צ המהפך לקבל חרם תחלה דהא עיקר טעם החרם שלא יהא כל אחד משביע על חנם והוא יתן לו איזה סך להפטר משבועת חנם וזה אינו שייך כאן דהא לאו ברצון מהפך עליו אלא בא להציל עצמו והל' מור' כן שכ' כל מי שחייב שבוע' כו' דהיינו שהתובע יש לו חיוב שבוע' על הנתבע משא"כ בהיפך שבוע'

אין לנתבע חיוב שבוע' על התובע דהוא אינו מבקש שבוע' אלא שמציל עמו ואומר שישבע התובע ואז יטול וכן בנשבע ונוטל יש לו זכות לתובע ויטול על ידי שבוע' ובזה מציל עצמו ע"י השבועה וחפץ הוא שלא ישבע אבל אין שייך בזה לומר הנתבע יש לו חוב על התובע שישבע לו ויש ראיה לזה ממ"ש המחבר סי' פ"ב ס"ט ואין הלוה יכול לו' או השבע וטול או הוציאני מכלל החרם כו' והתם קאי על ההפוך שבועה ואי ס"ד דגם בהיפוך צריך המהפך לקבל חרם היכא ס"ד לומר שהוא רוצה שהמלוה יוציאנו מכלל חרם דהא גם כי ישבע זה צריך לקבל בחרם תחל' וא"כ א"א לו להפטר מחרם דהא יאמר אשבע ואתה תקבל חרם ואחר החרם לא ירצה לישבע ובסמ"ע סי' פ"ב סק"ל משמע שהרגיש בזה ומש"ה פיר' דה"ק השבע וטול ואני לא אקבל בחרם תחלה או תתן חרם סתם ואיני יודע היאך אפשר לפ' כן דכיון דצריך קבלת חרם מאי צ"ל דלא יוכל הלוה לו' שישבע הלה והוא לא יקבל בחרם שהוא שלא כדין וסמ"ע עצמו הקשה קושיא כזו בסי' פ"ה ס"ג על הע"ש וז"ל וחלילה לומר כן כו' וא"ל דהיא גופה קמ"ל דצריך קבלת חרם אף כשזה נשבע זה אינו דא"כ למה אמר וזה אינו יכול לימר או השבע וטול ולא אקבל חרם סתם ועמ"ש סי' כ"ב סי"א. דמ"מ נ"ל דגם בשבועות הבאות על ידי שמא הנזכרות בריש סי' צ"ב כל שהוא נשבע ונפטר צריך המשביע ג"כ קבלת חרם:

(**שם ויענה המשביעו אמן**) הקש' הסמ"ע מסי' פ"ב דא"צ לענות אמן ותי' דהתם רוצה לצאת מב"ה ע"כ אין צריך להמתין בב"ה משא"כ כאן שהוא אצל השבועה יענה אמן כדי שיאוים יותר וחילוק תמוה הוא וקושיא מעיקר' ליתא דכאן אין שבועה ע"ז עד שיקבל זה שכנגדו חרם (א"ה א"ל ע"ז מהא דקי"ל אם אין התובע בעיר עכ"ז משביעין שאין מעכבין שבועתו של זה מפני תקנ' קלה כמ"ש סי' קכ"ג ס"ט דכשהוא בעיר צריך להחרים בבירור וק"ל ע"כ) מתחלה מש"ה כל שאינו עונה אמן לא יוכל לכוף חבירו לשבועה שאפשר שהוא חושב שאינו בכלל החרם כשאינו עונה אמן יכיון שעי"ז החרם הוא כופהו לשבועה ע"כ יעשה ע"צ היותר טוב מה שא"כ לעיל שאין החרם מביא ליד שום דבר רק שנתנו רשות לזה להחרים על כל מי שגזלו אין שום חיוב על שכנגדו לענות אמן ולא יהיה שם אצל החרם ומש"ה נ"ל במי שנתחייב היסת והפכה ואין הלה רוצה לישבע וליטול אלא רוצה להחרים סתם אין הנתבע צריך שיקבל עליו חרם בפי' או לענות אמן דגם חרם זה אינו מביא לידי שום דבר שיתחדש ע"י רק שהרשות בידו להחרים על כל הגוזלו כנלע"ד מל' הפוסקים אלא שהמנהג בהדייני' שאומרי' ע"ז הנתבע צריך שיקבל עליו בפי' חרם שאינו חייב לזה כלום:

(**סעיף כ"ה**) אפ"ה נשבע לו ק"ל מפ"ק דקידושין דף כ"ח בתובע לחבירו עבדי אתה דפרכינן שם הא מנדינן לי' דתנן הקורא לחבירו עבד וכו' ומ"ש מאומ' גזלן שלי אתה דהא גם גבי עבד הוא תובע ממון שלו מידו שאומר קניתיך וישבע ע"ז שאינו קנוי לו אלא ע"כ כיון שאינו בר שבועה (א"ה דבר זה אין לו שחר דאטו עבד כנעני לאו בר שבועה הוא והלא לכל הדברים לאשה מדמינן לי' וכי היכי דמשביעין את הנשים דהושוה אשה לאיש לכל דינין האמורין בתורה כדאי' בסי' צ"ו ה"ה עבד כנעני וכן לכל דיני עדות ונאמנות אשה ועבד שוין ומעיקרא קושיא אין כאן דשאני התם שהוא פוסלו בקהל ובהדיא אמרי' בקורא לחבירו רשע יורד עמו עד לחייו אבל אין הב"ד נזקקין לו ובתביעת ממון ודאי דצריך לישבע ואף אינו יורד עמו עד לחייו שהרי אינו כקוראו רשע דהא משבעינן ליה וז"ב. והא דאי' בירושלמי והרב הביאו פ' כ"ה הל' עבדי' וב"ד מוסרין שבועה לעבד ופסקו רמ"א סי' פ"ט אף דהי' אפשר לחלק בין נשבע ונוטל שלא רצה להפקיע ממונו של בעה"ב בשבועת העבד משא"כ בנשבע ונפטר עוד הי' אפשר לומר לולי דבריהם דהירושלמי בעבד בניחות' קאמר והוה ניחא שלא מנו הפוסקים בכלל הפוסלין לשבועה את העבדים אמנם אין צורך דודאי סתם עבד הוא בחזקת גנב וקוביוסטוס כדאמרי' בכתובות וב"ב הי' גנב וקוביוסטוס הגיעו ולכן פסול לשבוע' אבל אם היה מוחזק בכשרו' כטבי עבדו של ר"ג פשיטא דכשר לשבועה אף שפסול לעדות וז"ב ע"כ) לפי טענתו לא משביעינן ליה הכי נמי גבי הגזלן נימא כן ואין לתרץ דבכל פסול התלוי בממון שאפשר שהיה עליו מלוה ישנה ומורה היתר לעצמו וע"י שבועה יפרוש מזה משא"כ בפסול גוף כמו עבד שאינו לגמרי בר שבועה לפי טענתו דא"כ כל גזלן לא יפסל כי יתנצל לומר מלוה ישנה היתה לי אלא ודאי כל שלוקחו בגזילה אין שום התנצלות וכעין שפי' על נסכא דרבי אבא דכיון שחטף אין לו שום זכות להנצל (א"ה שא"ה דהו"ל מ"ש להכחיש העד ואילו"מ והתם נמי לא מפסיל ע"פ ע"א וז"ב ע"כ):

(**סעיף כ"ז**) נאמן אא"כ. ובמרדכי נתן טעם שאין שבועה חלה על שבועה ולא כטור שנתן טעם אחר:

(**שם**) עד שיביא ראיה כ' סמ"ע דאם טוען מחלת לי השבוע' דנאמן ותמיהני דא"כ מה הועילו חכמי' בתקנתן היסת דכ"א יאמר מחנת לי השבועה בשלמא בטענת נשבעתי שהיה נאמן בדורות הראשונים ל"ק דיש לו תקנה שיאמר לו אל תשבע אלא בפני עדים וכמו בפרעון אל תפרעני אלא בעדים משא"כ שיוכל לומר אתה מעצמך מחלת לי ביני לבינך מה עלי לעשות ונמצאת תקנת חכמים בטילה וכה"ג מקשים התו' פ' השואל דצ"ד ד"ה רב נחמן כו' דאמר א"י אם אני חייב לך צריך לישבע היסת דאל"כ כל אדם יאמר כן

וכה"ג פרכינן ריש כתובות במה שאמרו פתח פתוח מצאתי ומה הועילו חכמים בתקנתן כתובה כו' וכה"ג מקשים התוס' בכתובות דף צ"ו ד"ה יתומים כו' ותו דבמרדכי ס"פ קמא דב"מ אי' וז"ל ולפיכך מי שרוצה להזהר מכל הערמות אלו יאמר אני מתרה בו שלא יפרע לי אלא בפניכם עכ"ל ואכתי יאמר מחלת לו ומה תועיל התראה ע"כ נלע"ד פשוט דצריך לישבע היסת דמחל לו השבועה דמחילת השבוע' הוי טוען מחלת לי המעות דאם לא מחל לו המעות יתבענו עכשיו שנית המעות ואין זה דומה למ"ש סי' צ"ג ס"ט בטענה שאפי' הודה בה אינו חייב אלא שבועה אינו נשבע דהתם אינו טוען עליו ממין בבירור רק שבועה אבל הכא הוא אומר בבירור שיש לו ממון אצלו ואם אתה כופר השבע וזהו ודאי צריך היסת ומה שכתב סמ"ע ראיי' ממ"ש הטור סי' פ"ב (ובסמ"ע ס"ק ל"ז) ועדיין יש לפקפק כפי מה שפי' בו רש"ל כבר כתבתי שם הפי' בענין אחר ותו דאפי' לפי' רש"ל לא מהני שם טענת מחילה אלא שהמלו' ישבע אבל ודאי לא מהני כאן לפוטרו מן חיוב שבועה לגמרי ולהפסיד למלוה כנלע"ד:

(**סעיף ל**') הדין עם התופס ונאמן במגו כו' לפרש האי מלתא נעתיק מקומן של הדברים שנראין דברי המרדכי סותרין זא"ז דבפ' חזקת הבתים כת' המרדכי בשם הר"מ בסרח בת אשר שהיתה תובעת דודה ראובן מחמת שהיה בידו עזבון יעקב אביו ואשת יעקב לא נשבעה על כתובתה נמצא הנכסים של יורשי יעקב וראובן טוען שיעקב מחל לאמו כל הנכסים ופסק שאם החזיק ראובן בקרקעות ג"ש מגו דאי בעי אמר מינך זבינתא ה"נ נאמן בטענות שאביו מחל לה ונשבע ע"ז ואע"ג דיש לו ע"א המסייע מ"מ אין להאמינו כאן בלא שבועה דהא דע"א קם לפטור משבועה ה"מ היכא דמתוך דברי העד ודברי הנתבע מהימנינן לנתבע ובלא מגו מהימנינן ליה כיון דאיכא ע"א פטור בלא שבועה אבל הכא לא מהימנינן לנתבע אע"ג דאיכא ע"א כדבריו אלא ע"י מגו משום דקרקע בחזקת בעליה קיימא ולא מפקינן מחזקתו ע"י טענת נתבע וע"א אלא ע"י מגו דאי בעי אמר מינך זבינתיה היה צריך שבועה ה"נ שבועה בעי עכ"ל ובפ"ק דב"מ כתב המרדכי בשם הר"מ ז"ל אם העיד העד שלוה ראובן משמעון וראובן כופר אע"פ שהעד אינו יודע אם פרע ראובן מ"מ כיון דראובן אומר לא לויתי כאלו אמר לא פרעתי דמי ונשבע ראובן להכחיש העד אבל אם יש ביד שמעין משל ראובן נוטל בלא שבועה שהרי העד מסייעו לפטור משבוע' עכ"ל הרי לך מפורש דמ"ש אבל אם יש ביד שמעון כו' היינו בלא עדים דאל"כ פשיטא דלא מהני תפיסתו אא"כ בלא עדים ומכח מגו דלהד"ם וככל התפיסות שבתלמוד שאדם נאמן לטעון עליהם עד כדי דמיהם היינו מכח מגו דאלו בלא מגו היאך יכול לזכות בחפץ של חבירו שהיא מידה שאינו שלו ואפי' יש לו עד מסייעו לא מהני

להחזיק ממון אחרים דאין עד מסייעו מועיל אלא לשבועה אלא ע"כ מכח טעם מגו דאי בעי אמר להד"מ ואפ"ה מהני עד המסייעו לפטור משבוע' וא"כ סותר דברי עצמו בפ' ח"ה ונרא' ברור דעכ"פ יש חילוק בין קרקע למטלטלין והוא מבואר בפ' ח"ה דהא כת' שם הטעם דקרקע בחזק' בעליה קיימא אלא דצריך לבאר טעם חילוק זה דעכ"פ יש במטלטלין ג"כ הטעם משום מגו ומ"ש מגו ממגו ונלפע"ד דהחילוק הוא בזה דבקרקע אין שום זכות בעולם למי שרוצה להחזיק הקרקע לעצמו רק ע"י מגו דכל שיש ספק בדבר אין שייך שם תפיסה דאין תפיסה בקרקע דבחזקת מרא קמא קיימא רק שעיקר זכות ההוצאה של זה הוא ע"י מגו מש"ה לא עדיף מהמגו עצמו והיינו ההיא דפ' ח"ה שזכרנו אבל במטלטלים דמועלת התפיסה במידי שיש ספק ואם היה רוצה היה אומר אין לך בידי כלום והיה די לו בזה דקי"ל אין צריך לברר ונמצא שהיה שפיר מצי טעין בקיצור אין לך בידי כלום שמחזיקו בשביל חוב שלו ועכשיו שמאריך ואומר יש לך בידי חפץ ואתה חייב לי הוא שלא בהכרח ולפי טענתו של עכשיו צריך למגו דלהד"ם מש"ה עיקר זכות התופס לא היה בשביל המגו דאפשר שהיה יכול לטעון בענין שלא היה צריך למגו והיינו ההיא דפ"ק דב"מ משא"כ בקרקע שאין לו שום זכות בעולם רק ע"י מגו נמצינו למידין דדברי המרדכי בפרק ח"ה היא דוקא בקרקע ואע"פ שבשאלה שם הוזכרו גם מטלטלים מ"מ המעיין שם יראה דעל המטלטלין לא הוצרך להשיב שם רק על הקרקע ולפ"ד מצינו ג"כ במטלטלין דאין העד המסייעו פוטר מהשבועה במקום שצריך מגו בהכרח דהיינו מי שמפקיד אצלו בשטר והנפקד טוען החזרתיו לך דקי"ל בפרק המוכר את הבית ובסי' ק"ח דנאמן אף שיש שטר להמפקיד כיון דיש לו מגו דנאנסו ובזה הוא המגו הכרח כמו בקרקע דלעיל כיון דיש לו שטר ביד המפקיד ממילא אין פטור לזה רק ע"י מגו ושם אין עד המסייעו פוטר מהשבועה ועפ"ז נתברר דהרב רמ"א קיצר במקום שיש לו להאריך ולבאר בסי' זה ס"ו דהא דאין עד המסייעו פוטר משבוע' במיגו היינו דוקא בקרקעות או במטלטלין בדרך שהמגו הוא בהכרח דוקא כמו שזכרנו אבל לא בשאר מקומו' במטלטלין וזכינו עוד בזה לפרש דמ"ש המחבר והטור כאן דכל הנשבע לחבירו ונפטר ואח"כ תפסו בלא עדים שהוא לשבע דהיינו שהשבועה מתחלה לא היתה בשביל ע"א של התובע דא"כ כשנהפכה השבועה להתובע עכשיו ע"י תפיסתו לא היה צריך לישבע כיון שיש לו עד מסייעו אלא ע"כ דמיירי שהשבוע' של נתבע היתה ע"י מודה מקצת וכיוצא בזה כנלע"ד ברור כשמש בדין זה והרב רמ"א לא יצא ידי חובתו בזה שכתב הדברים בסתם ועכ"פ יש כאן חילוק מצד דברי המרדכי שסותרים זא"ז וע"כ צריך אתה לתרץ קושיא זו ולעשות חילוק:

(**ס' ל"ד**) לא נפטר משבועה פי' שמחוייב אח"כ לישבע על כפירתו דהיינו שפרעו וכעין שזכר רמ"א ע"ז ואפילו לי"א דסעיף י"ז שהביא רמ"א דאם נשבע כדינו מתחלה דנפטר מוד' הכא דאינו נפטר במה שת"כ דהא לאו כדינו היה דכאן לא היה רק תקיעת כף ואין שם איומים כ"כ כמו בשעה שמשביעין. אותו היסת וכן משמע בהגהת מיימוני דשבועות פי"א דהטעם משום חומר שבועה מת"כ ובסמ"ע כת' הטעם דלא נפטר כאן משבועה כיון שבתחלה בשעת שבועה לא הוציא עדיין שקר מפיו משא"כ עכשיו בשבועה שניה שנשבע שכבר פרעו וסבר' זאת אית' בתשובת רשב"א סימן תתקס"ד שהוא הי"א שבסעיף י"ז מ"מ כאן שהוא דעת הגהת מיי' א"א לומר כן מדתלי הטעם דוקא שאין חומר הת"כ כשבועה:

(**שם כגון שתקע כפו**) בהגה' מיימוני דלעיל מפורש ששניהם מודים שהיה שם ת"כ לפרוע לו מה שהיה חייב לו ואח"כ אומר שפרעו דלא נפטר משבועה ונראה דגם כוונת רמ"א כן דמה שאמר והוא כופר י"ל שיש כפירת ממון ביניהם אבל אינו כופר עיקר נתינת הת"כ ובסמ"ע הגיה כאן כגון שאמר שתקע כו' משמע שמפרש מ"ש והוא כופר דהיינו עיקר הת"כ ולא בדוק' הוא אלא ה"ה מודה בת"כ אלא דקמ"ל דצריך לישבע שנית כנלע"ד:

(**שם אבל אם אמר כו**') שם בהג"ה מיי' מסיק האי מלת' וז"ל אבל אם נדר אדם ליתן מתנה לחבירו ותקע לו כפו ע"ז וכופר ואומר לא תקעתי כפי פטור בלא שבועה א' שלפי דבריו לא נתחייב לו כלום כ"א בת"כ עכ"ל ונראה ביאור דבר זה דאין חילוק בין שבועה לת"כ בזה רק שכיון שעיקר החוב הוא מצד הת"כ או השבועה אין ב"ד פוסקין שבועה על שבועה משא"כ ברישׂ' דיש לו כבר עליו שבועה מכח כפירת ממון כתקנת חז"ל מש"ה אינו יכול לפטור עצמו בת"כ כמ"ש בסמוך ולפ"ז ה"ה. אם אומר שאר טענות על ת"כ או שבועה ע"ז ג"כ אין פוסקין שבועה ואפילו יש עדים על הת"כ או השבועה כיון שעיקר החיוב מתחלה אינו רק מחמת השבועה ע"כ יכול לומר מחלת לי על השבועה וכן איתא בתשובת הרא"ש כלל י' סי' ב' באחד שנשבע לאשתו שלא יצא בלי רשותה ואחר זמן יצא ואמר מחלה לי השבועה ופסק דלא שייך שבועה ע"ז דאם הוא משקר הרי עובר הוא על שבועתו דאין השבועה חל על שבועה עכ"ל והתם מיירי שנשבע בפני עדים כנראה למדקדק שם וא"כ יש לתמוה על הרמ"א שכתב כאן נאמן במגו שהיה יכול לכפור דמשמע הא במקום עדים אינו נאמן ואמאי הא יכול לומר מחלת לי הת"כ כמ"ש יהנה במרדכי פ"ק דב"מ אי' האי פסקא שא' טען שלא נתן לו ת"כ ליתן לו איזה דבר רק בתנאים פסק שם דנאמן מכח מגו דלא תקע כפו כלל ושם לק"מ כיון שהוא אומר

שבשעת הת"כ היה תנאי א"כ ע"כ אינו נאמן אלא כשלא היה עדים בשעת ת"כ. משא"כ ביש עדים על ת"כ ואינם יודעים מהתנאי מוכח דלא היה שם תנאי דהא אינם מעידין ע"ז וע"ז כתב דנאמן במגו דלא תקעתי כלומר דהא אין עדים על א"כ ואפשר שהרמ"א שאמר להאי מגו קאי דוקא על תנאי כך וכך ובזה צריך שלא יהא עדים שם אבל טענת מחלת לי ל"צ מגו אלא אפי' איכא עדים על ת"כ נאמן בזה אח"כ לומר מחלת לי כמ"ש הרא"ש כנלע"ד פשוט בזה:

(**סעיף ל"ה**) פטור בלא שבועה הסמ"ע הקשה מסימן צ"ה דאית' שם דנשבעין עכשיו על ההקדשות ונראה דלק"מ דבסי' צ"ה כתב הטור בהדי' אם להקהל תביעה מכח הקדשות כו' טעמא דהקהל הם יד עניים וכאלו העניים הם עצמן תובעין משא"כ כאן שנתן להנפקד מעות כיון שהוא כופר לו והתובע עצמו מודה עכשיו שהם מעות עניים וטובת הנאה שלו אין בכך כלום נמצא הנפקד לאו בע"ד דהעניים והוא ממון שאין לו תובעים דדוק' הבע"ד הם תובעים בשביל העניים וזה אינו שייך כאן שאינם יודעים מאומה א"כ אם הם תובעים מכח זה להנפקד בפי' בשם מעות עניים אפשר שהיה חייב שבועה אלא שאין עכשיו עסק בזה כנלע"ד: (א"ה לא ידענ' מאי קשיא להו דהא בהדי' פלגינן בס"פ החובל בין מידי דקיץ למידי דלא קיץ והא ע"כ לא קיץ וא"כ ה"ל ממון שאין לו תובעים ולהכי פטור משבועה וק"ל ע"כ):

(**סעיף ל"ו**) שנים או שלשה כתב סמ"ע ה"ה אם יש לו תביעה על רבים ונשבע לאחד מהם היינו דוקא כשנשבע אחד בארור והאחרים יענו אמן או הן הוי די בכך אבל אם נשבע א' מהשותפין בשם שהוא אינו חייב לא מהני עניית אמן האחרים ונראה דכוונתו לפי שלא קאי האמן אלא שאותו הנשבע אינו חייב ואפשר שהעונה אמן חייב ע"כ נראה דאין דבריו אמורין אלא כשתובע לרבים שכל אחד מהן חייב לו ע"כ לא די בעניית אמן אבל כשתובע לרבים שהם בשותפות חייבים לו די בזה אם א' נשבע והא' יענה אמן דאף א"ת שעונה אמן אחר הנשבע שאינו חייב מ"מ שפיר הוי שבועה דהא התביעה אכולם קאי ואם אחד אינו חייב ממיל' כולם אינם חייבים דהא תליא כנלע"ד:

(**בטור ס"י**) רש"י פי' שאין כופר הכל פטור מן התורה אלא בהלואה כו' קשה דהא רש"י עצמו פי' והב"י הביאו בסמוך לענין הילך דדוק' לענין פקדון שייך הילך כמ"ש הר"ן בשמו ונ"ל דהא יש פלוגת' בגמר' פרק הגוזל לענין אם מודה מקצת בפקדון בין רמי בר חמא לר' חייא ור' חייא דלעיל דאמר הילך פטור ס"ל כרמי בר חמי דתני' ד' שומרין צריכין כפירה במקצת אבל להלכה פסק רש"י כר' חייא בר יוסף דס"ל עירו' פרשיות כתי' כאן:

(**בשם מהרש**"ק) בב"י ד"ה כתב בכתבי מהרא"י וכו' עד ומהפכי' לה וכו' משכחת לה בשבועת השותפין דמהפך עליו דלישתבע דחשיד ליה בכך וכו' וכמ"ש הטור בסי"ז כנ"ל לדעת אותן הפוסקים דקי"ל כוותייהו וכ"כ סמ"ע: לסי' פ"ח כתו' במ' נ"ב ח"ב פרש"י וכו' עד אבל אם מחזיק נתבע בטענתו וכו' ולא טענו בשעה ידוע' דאל"כ קשה מאי פריך המתני' וכמ"ש הרא"ש על הרמ"ה וצריך עיון ודו"ק ע"כ):

סימן פח

(**ס"ד בש"ע ע"א מכחישו**) דמקרא דדרשינן בעד א' לענין שבוע' הוה כב' לענין תשלומין ופרש"י הואיל ואם היו ב' היו מחייבין אותו ממון על פיהם היחיד מחייבו שבועה עכ"ל משמע מלשונו בכלים נמי לא מחייב אלא בפרוטה דדוקא שוה פרוטה ממונא הוא וטעמא דמלתא דהא דאמרינן בכלים אע"פ שאין בו ש"פ אתיא מקרא דכלים לשמור והך קרא נאמר במודה מקצת לא בע"א וכמו שנזכיר בסמוך בשם הרא"ש ובסמ"ע כתב דבע"א וכן בשומרים לא בעי' כלים פרוטה וע' בסמוך שדבריו תמוהים מאד ובע"א (לא) בעינן לכ"ע פרוטה וכמ"ש בסמוך:

(**ס"ה**) שבועת השומרים כתב הרא"ש איכא מ"ד דלא מחייב אלא בכפירת שתי כסף דכי כתיב כסף או כלים בשבועת השומרים הוא דכתיב ואיכא מ"ד דלא בעינן כפירה בשתי כסף אלא במודה מקצת ואע"ג דכתיב כסף או כלים אמלו' הוא דכתיב דוקא וסברא קמא עדיפא מדאמרינן דטענת מלוה והעדאת ע"א לא בעינן ב' כסף לאשמעינן נמי בשבועת השומרין דהוה רבותא טפי דהא כסף או כלים בשומרים הוא דכתיב ומ"ש עירוב פרשיות יש כאן לא אמרו עיקר פרשיות יש כאן אלא אע"פ שאנו מערבין הפרשיות יחד לומר מ"ש בפ' זו כאלו כתב בפ' אחרת כו' ולא שאנו עוקרין אותה ממקומ' עכ"ל והנה דעת הרמב"ם היא כסברא השניה שהביא הרא"ש דעירוב פרשיות יש כאן וא"צ ב"כ בשומרין ונ"ל לדידי' כי היכא דא"צ ב"ב בשומרון ה"נ לא סגי בי' מחטין בפרוטה דהא הנך תרתי גמרינן להו מקרא דכסף או כלים ולהרמב"ם האי קרא קאי אמלוה ולא אשומרין וכיון דאין שם לימוד מפסוק אמרי' דפחות מש"פ לאו ממונא הוא אלא בעי' ש"פ ולהרא"ש שהביא רמ"א בשם י"א וכתב שכן עיקר ודאי הדין בשומרין ובהלואה שוה דבשניהם בעי' ש"פ מצד הסברא דאין ממון פחות מש"פ ואף ע"ג דיש כאן לימוד מכסף אוכלים מ"מ לא בא לרבות בכלים אלא שא"צ שתהי' התביע' ב' כסף ובסמ"ע כתב דלהרמב"ם אף בשומרים א"צ כלי בש"פ ודבריו תמוהין מאד ועכ"פ אפי' להרא"ש פשוט דלא קאי כסף או כלים על ע"א כדאמרינן בהדיא בגמ' דלא בעי' שם ב' כסף ה"נ

לא אמרי' שם הך דין די' מחטין בפרוט' דאידי ואידי נלמד מפסוק כסף או כלים והיכא דגלי גלי נמצא דבע"א מודה הרא"ש לרמב"ם דצריך פרוטה ולא בעי' ב' כסף כנלע"ד:

(**ס"ו**) שבועת היסת משא"כ בשבועת הדיינים שהוא כעין של תורה בסי' צ"ג בעינן שני כסף:

(**ס"ט**) אפילו הודה במטבע גם בטור כתב כך אבל אין שם מקום לקיימו דהא דבר זה הוא פלוגתא דרש"י ור"ח היא דלפרש"י אפי' הודה בשל כסף הוה ממין הטענ' כמ"ש הטור אחר כך דכל מטבעות אחת הן וא"כ אמאי כתבן כטור כאן. ונלע"ד דאגב ריהטא דרבינו הטור נמשך כאן אחר סידור דבריו ברמזים דשם כתב הפלוגתא ואח"כ האי ואפי' כו':

(**סעיף י"ב**) ולפיכך אם יש עדים אבל הרמב"ם ס"ל בפ"ט דנזקי ממון דבכמה שיש עדים לא פטרינן הודה לו בשעורים וכמ"ש שם מגיד משנה בשמו ותמהני על המחבר שלא הביאו:

(**ע"ש ואם כו'**) צ"ע דברי הרמב"ם הללו דאי יש הוכחה ברורה שמחל לו השעורין מה תועיל התפיסה ואי אין הוכחה ברורה שמחל לו בלא תפיסה נמי מנ"ל לאפקועי עי"כ חוב של זה ובסי"ז אכתוב מזה הנלע"ד:

(**סעיף י"ד**) ואם עשה כן לפי תומו הל' משמע דמיירי ג"כ במיהר להשיב אלא שלא עשה כן מחמת מערים אלא לפ"ת וע"כ אמר ואם עשה כן ר"ל שמיהר להשיב אלא שהי' לפי תומו גם מלשון הרא"ש שהביא ב"י שכתב ולא כקופץ משמע דבאמת ממהר להשיב אלא שאינו נרא' כקופץ דאל"כ היה לו לומר ולא קופץ בלא כ"ף הדמיון גם בריב"ף משמע הלשון כן אלא דק"ל מה שנמצא כאן בטור פטור מהשבוע' ומתשלומין דמה הוכחה יש לנו לפטיר חוב ברור בשלמא לענין שבועה שפיר דשמא אינו מודה מקצת אבל מתשלומין אין לך להפקיע מספק חוב ברור ושמא היה בדעת התובע תיכף להזכיר שעורין ואשר"י לא זכר אלא סתם פטור ויש לפרשו אשבועה קאי וברי"ף כתב בהדיא פטור מש"ד משמע דמתשלומין אינו פטור גם המחבר שלשונו כאן הוא ל' הטור לא כתב האי תיבה ומתשלומין אלא שבסמ"ע הגיה כן ומצאתי זה הדבק בסמ"ג שזכר ג"כ ומתשלומין ונלע"ד דבאמת יש גם בזה הוכחה דמחל לו השעורין מדאמר כור חטין יש לי בידך ואי ס"ד שרוצה לתבוע גם השעורין ה"ל לכללו בבת אחת ולומר כור חטין ושעורין יש לי בידך ולא לומר לשון שאינו מדוקדק וגם שעורים אלא מ"מ יש סברא לומר שמא האי גברא לא דק כ"כ בלשונו וע"ז אמרו אם כמערים דהיינו שיש ריעותא לפנינו שאנו רואין שזה קופץ דרך הערמה אנו מכריעים לומר שהוא לא דק בלשונו כ"כ ודעתו היה לומר גם שעורין אבל אם עשה כן לפ"ת ממילא אין ריעות' לפנינו ואנו אומרים דודאי

האי גברא דקדק בלשניה כדרך כל הארץ ומדלא אמר בחד בבא ודאי מחל השעורין. ולפ"ז אם אמר כור חטין ותו לא ואמר זה לפ"ת ודאי אינו פוטר מתשלומין וכן אם אמר יש לי בידך כור חטין דאפשר דעתו היה לסיים גם שעורין בזה חייב בתשלומין כנלע"ד:

(**שם אבל אם אחר שהודה לו בשעורין**) נראה דזהו דוקא בהך שהודה בשעורים תוך כדי דיבור יכול לומר ודאי כדבריך כו' ור"ל מש"ה אמרתי תחלה יש לי כור חטים בידך והיה דעתי לומר אח"כ זה אני מבקש עתה אבל יש לי עוד שעורין שאיני תובעך עכשיו ואתה מהרת להשיב קודם סיום דברי אבל אם כבר סיים דבריו ואחר כדי דבור הודה לו בשעורין וזה השיב לו ודאי כדבריך כ"ה לא מהני דאמאי לא זכר תחלה השעורין דאלת"ה ה"ל לכתוב האי אבל אם לאחר שהודה כו' לעיל סי"ב כנלע"ד:

(**סט"ז**) ואח"כ תבע התובע חטים צ"ל חטים ושעורים דאל"כ הא בלא"ה הוא פטור מחמת שאינו ממין הטענה:

(**סעיף י**"ז) נשבע היסת שאינו יודע צ"ל עיון דלא עדיף טענת הנתבע בספק מודאי ואכתי חטים ושעורים נינהו ופטור משעורים וסמ"ע כתב בזה דגם להתובע היה ספק ולא ירדתי לסוף דעתו דא"כ אין כאן היסת וא"ל דאח"כ אומר דעכשיו נזכרתי שודאי אתה חייב לי דא"כ בכ"מ נמי נימא הכי שמתחל' היה מסופק ולכן לא תבע השעורין אלא דהאי פסקא דרמב"ם קים ליה בדרבה מיני' דבהדיא איתא בפ' המניח דף ל"ה דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא דהיינו התובע טוען ברי והנתבע שמא ואפ"ה פטור וכבר הקשה כן הראב"ד וסה"ת שער ז' וכתב הראב"ד בהשגות פ"א דהל' טוען על קושיא זו מן הגמרא וז"ל ואיכא דדחי ליה כיון דהאידנא איכא היסת אי משתבע לא ידענא אי חטים הוו אי שעורים הוי הא אודי ליה דרך הודאה גמור' דאית ליה כל דהו ולאו דחייה הוא הלכך משלם ויש לזה פנים אבל היה צריך לגלות עכ"ל נראה ביאור דבריו בישוב דברי הרמב"ם דהרמב"ם ס"ל הטעם דטענו חיטין והודה בשעורין פטור משום דדרך דחייה אמר כן הרי יש לך שעורין ולמה אתה תובע חטין וכ"כ המרדכי בשם רש"י בפ' המניח כדרך שאמרו בטענת משטה אני בך בסי' ל"ב ובזה ניחא מה שיש להקשות על הרמב"ם שזכרתי בסי"ב דמ"ט מהני תפיסה דס"ל דיכול התובע לומר ברי לי שיש בידך שעורים ואף אם אתה לא הודית' מה לי בכך אבל לא מחל לו כלל והנה עפ"ז נתיישבו דברי הרמב"ם דס"ל בכ"מ שהודא' ודאי אמרי' דדרך חיוב הודה זולת במקום שיש הוכחה דנתכוין לדמיה דהיינו באומר מידי דלא תבעו דאז לא שייך הודא' ודאי נתכוין לדחותו ומש"ה הן אמר דרך ודאי שעורין אני חייב לך או אפי' באיני יודע אם חטין אם שעורין היה די לו לומר איני יודע אם חטין לחוד והיה ממילא פטור ומדאמר מילתא יתירא ודאי לדחי' אמרו וכ"ז קודם תקנת

היסת והיינו האי דפ' המניח משא"כ אחר התקנה דהיסת אין לנו הוכחה לדחיי' אלא אמרינן הוא חושב שיצטרך לישבע על מה שאומר א"י ע"כ הוא מדקדק ואומר איני יודע כדי שתהי' שבועתו בצדק ונמצא דהרמב"ם מיירי אחר שנתקן היסת וע"ז כתב הראב"ד דהיה צריך לגלות דכ"מ שאין הוכח' לדחייה אמרינן דהודא' גמור' היא ונתחייב בפחות אחר שישבע היסת שאינו יודע:

(**סעיף י"ח**) מלא עשרה יפה הגיה בסמ"ע בדברי הטור תיבת מלא אלא שה"ל עוד להגיה בטור שיש חילוף בדבריו וכן צ"ל אלא י' כדי שמן יש לי בידך והודה לו בקנקנים וכפר ליה בשמן וכ"ה בסה"ת שער ז' והמעיין באשר"י וברמזים יראה שגם לשונם צריך תיקון ואין להאריך בזה. ולפמ"ש הוי שיטת הטור והרא"ש כמו שיטת רש"י ורי"ף והוא מוכרח דאל"כ הי' להם להביא פרש"י והרי"ף ולחלוק עליהם ודברי רמ"א תמוהים הם כמ"ש הסמ"ע:

(**סעיף כג**) אין לך בידי אלא צרור בסמ"ע הקש' מסי' ע"ה שכתב שם אם תבעו הלויתיך מנה וזה השיב אמת הלויתני ואיני יודע כמה כו' וי"א דמסתמא אין בהודאתו פחות מש"פ וחייב ותי' דשאני התם דעל תביעתו שהי' דבר שבמנין השיב לו שכן הוא שהלוה לו דבר שבמנין רק שא"י כמה מש"ה חייב אבל כאן אומר שמעולם לא קבל במנין אלא צרור ביחד בלי מנין וכאשר הנחת טול ע"כ ולפ"ד אם הודה בכאן שקבל מתחל' במנין אלא שעכשיו א"י כמה ומה שהנחת טול חייב. ותמהני מאד דמ"מ אין כאן הודא' דבר שבמנין עכשיו ומה מועיל מה שהיה מתחלה במנין ותו דא"כ קשה על רבא שמקשה על אביי לפלוג בדידיה כמו שאביא בסמוך ולפ"ז קשה עליו טפי לפלוג בדידיה ולכתוב בסיפא דז"א עד החלון חייב דהתם יודע גם עכשיו במדה הו"ל אפי' בא"י עכשיו המד' חייב כל שידע מתחל' המנין אלא ודאי פשוט שזה אינו ואשתמיטתי' להרב בעל הסמ"ע דברי הרא"ש בזה בפרק הדיינים שכתב תחלה בשם ר"י הלוי באומר יודע אני שהמשכון היה שוה יותר ממה שהלויתיך אבל א"י כמה דה"ל משואיל"מ והקשו עליו גדולי עולם דהא אין חייב שבועה כיון דאינו מודה דבר שבמנין ומ"ש מטוען בית מלא פירות והלה אומר מה שהנחת אתה נוטל דפטור ותירץ הרא"ש וז"ל ונראה דל"ק דכיון שאומר יודע אני שהיה שוה יותר ממה שיש לי עליו והוד' ששוה פרוטה יותר שפחות מש"פ אין נחשב שווי בחפץ אחד ואם לא יגיע לש"פ אינו מונה אותו הלכך זה שאומר שהי' שוה יותר מסלע ע"כ בפרוט' הודה הרי יש כאן הודאת ממון וכיון שהודה בסתם אין בכלל הודא' זו אלא פחות שבממון אין יכולים להוציא ממנו אלא פרוטה והוי כאלו הזכיר בפי' ש"פ יותר ועל השאר ה"ל משואיל"מ ול"ד לבית מלא פירות מסרתי לך והלה אומר א"י

אלא מה שהנחת טול דהתם אין הנתבע משיב שמא אך כך הוא אומר מה שאמרת שבית מלא הפקדת לי מזה לא נתתי לבי לידע אם הוא ממש מלא וגם הטענ' אינ' כ"כ ברי שכן מורגל בלשון בית מלא שהוא קרוב להיות מלא קורין אותו בית מלא אבל זה א"י בודאי שכמו שהנחת אתה נוטל הלכך אין כאן הודא' כלום כיון שלא טען ולא השיב דבר שבמדה ומשקל ומנין שהרי לא טעין אלא חסרון פירותיה והלה אומר שלא חסרו כלום אבל האומר כך וכך פירות הפקדתי אצלך ואיני יודע כמה אם לפי טענת המפקיד היו שוין ב' כסף והנפקד אומר יודע אני שהיו שווין פרוטה ואיני יודע כמה היה שווין יותר יש כאן חיוב שבוע' אבל אם אומר פירות סתם ולא הודה בש"פ אין בהודאתו משמעות של פרוטה שאף מפחות מש"פ קרויין פירות עכ"ל וכדי להבין דבריו במ"ש לא היה ממש מלא ולא כ' א"י אם היה מלא או לא ועוד תמוה מ"ש גבי משכון ששוה יותר דאין יכולים להוציא ממנו יותר שא"צ לזה. אלא כוונת הרא"ש דבמשכון הוה השוה פרוטה מצומצם לא חסר ולא יתיר כיון דלעולם לא אפשר להוציא יותר הוה כאומר בפי' ש"פ משא"כ גבי פקדון שאע"פ שעכ"פ ש"פ מ"מ אפשר שהיה יותר ויצטרך ליתן לו דהא שלו הוא ממילא לא הוי דבר שבמנין וא"ל דהוה מנין מחמת שאנו נראה מה שביניהם כמ"ש התוס' שאביא למטה בסמוך לזה תי' הרא"ש מה שתירצו התוס' תחלה דלשון מלא אינו ממש ואם כן א"א לראות דבר זה. בזה מתורץ באם אמר התובע לשון שאפשר שאינו מלא ממש. אבל באומר כך וכך כו' אין חיוב גבי פירות בזה אא"כ אומר בפי' שוה אבל מסתם לא ולפ"ז היה אפשר לו לתרץ גם לעיל כן דשאני גבי פירות דאפשר דלא הודה לו בפרוטה אלא דעדיפא משני התם דאפילו גבי ממון י"ל אע"ג דודאי יש בו ש"פ בהודאתו מ"מ פטור כיון שע"פ הודאתו אין ש"פ מצומצם ולפ"ז אם הוא טוען ק' דינרין והוא אומר שק צרור הנחת טול יש כאן מודה מקצת הטענה דהא אפשר לנו לראות מה ביניהם ויש כאן עכ"פ ש"פ אלא דהטור כתב גם בזה שפטור דאיהו ס"ל כתי' השני של התוס' שאביא בסמוך דבעינן שם מנין דוקא ולא סגי במה שאפשר לב"ד לידע ומש"ה לא קשה ממ"ש בסי' ע"ה דעכ"פ הודה בפרוטה דהתם הוי מודה בפרוטה מצומצמת דאי אפשר שיהי' יותר ונמצא אין כאן התחלה לקושיא של הסמ"ע וא"ל איך פסק הטור נגד אביו הא ל"ק דהרא"ש בא להודיענו דאפי' לתי' הראשון יש פטור בפירות עכ"פ:

(**סכ**"**ד**) אפי' תבעו בית מלא פירות פי' דמתחלה הוי ס"ל לאביי בפ' הדיינים דף מ"ג דאם אמר בית סתם אלא לא הוי דבר שבמדה כיון שאינ' ידועה תביעתו אבל אומר בית זה מלא הוי ידוע' תביעתו והוי דבר שבמדה ומסיק רבא דאפ"ה לא סגי אע"פ שמצד התביעה הוי דבר שבמדה מ"מ בעינן שיטעננו דבר שבמדה ויודה דבר שבמדה והקשו

התוס' על רבא דאמאי לא הוי דברים שבמד' נרא' כמה חסר וי"ל שאין חסיר' אלא מעט נקרא מלא ואינו ידוע מה ביניהם א"כ בעינן שיזכיר שם מדה בהודאתו עכ"ל ויש לעיין לתי' התוס' הא' ל"ל לרבא לחדש דבעינן גם בהודא' בדבר שבמדה הא בלא"ה פטור הוא מטעם דהתביע' היא דבר שאינו במדה כיון דמלא הוא לאו דוקא ונ"ל דס"ל לרבא דמצד התביעה מקרי שפיר דבר שבמנין דגם כשאינו מלא מלוי גמו' מ"מ שם מלא עליו ג"כ לענין דבר שבמד' ואה"נ אם היה זה משיב לו חציו נתת לי ה"נ דהוי מקרי הודא' בדבר שבמנין וזה מוכח' מדלא אשמועינן מתני' דין זה דהוא פטור דהוי רבותא טפי וה"נ י"ל מ"ש סיפא זה אומר עד הזיז כו' דאפי' חסר מועט מקרי עד הזיז אלא שכיון שהשיב לו עד החלון הוי נמי לאו דוקא ותרווייהו מקרי דבר שבמנין משא"כ בזה שהוא טוען איני יודע ומה שהנחת אחה נוטל דהוא בעצמו אינו מודה דבר שבמנין רק שאנחנו נמדוד ונראה מה יהא חסר ויהי' דבר שבמדה אחר המדיד' ע"ז כתבו התוס' דאין שייך מדידה בזה כיון שיש כאן עכ"פ מעט חסר ומש"ה כתבו התוס' ואין ידוע מה ביניהם ר"ל דהמדידה שתרצה לעשותו א"א לעמוד עליה ונ"ל דאנן קי"ל כתי' שני של התו' שצריך שיזכיר שם המדה בתביעתו דאלו לתי' הראשון דהטעם משום שא"י מה ביניהם משמע דאם טוען נ' דינרים יש לי בידך וזה אומר מה שהנחת אתה נוטל דחייב שבועה מדאורייתא דהא ידוע מה ביניהם ובהדיא כתב בסכ"ג דפטור בזה אע"כ תי' השני הוא עיקר ומזה ראי' למ"ש קודם לזה אף אם נטל בשעת הפקדון דרך מנין מן המפקיד אך שעתה אינו יודע כמה היה דפטור כיון שלא הזכיר שם מדה בתביעתו ובסמ"ע העתיק תי' הראשון של תוס' בלשון זה אף שאינו מלא לגמרי נקרא מלא ולכך אין תביעתו ידועה ע"כ משמע שמפרש דבריהם מצד התביע' אין כאן מדה והוא תמוה מכח הקושיא שכתבתי דל"ל לרבא להזכיר הודא' בדבר שבמד' ועוד העתיק בסמ"ע תי' השני של התוס' שהזכיר שם מדה בתביעתו ובתוס' שלפנינו כתוב בהודאתו כמ"ש:

(**בטור סל"ח ז"ל אבל התוס' כתבו דאפי' מלוה ע"פ כו'**) יש לי תימה רבה בזה מההיא דפ' י"נ הביא רבינו סוף סי' ס"ב [פ"ב] טען הלוה על השטר חצי' פרוע כו' דפסקינן שם דישבע הלו' ש"ד כיון דמודה במקצת קשה ע"ז קושית התוס' דכאן הא אפילו במלוה ע"פ הוי שעבוד קרקעות וכבר קי"ל שיעבודא דאורייתא כמ"ש הטור כאן וליכא לשנויי דמיירי שאין לו קרקעות או שמחל כמ"ש התו' כאן דהא אמרינן שם גובה מחצה מבני חורין ש"מ דיש לו קרקעות ותו דאמר שם דלא גבי מלקוחות דאמרי אנן אעדים סמכינן ש"מ דיש שעבוד עכ"פ וא"ל ממ"ש הטור בסמוך לענין כת"י דאין לו דין שטר והא אפי' במלוה ע"פ יש שיעבוד לק"מ דהא בשטר הוי פטור אפי' במי שאין לו קרקעות מכח

דעכ"פ יש לו תוקף לגבות ממשעבדי אם יש לו נמצא דשפיר קאמר בכת"י דהוה כמלוה ע"פ ולא מחייב אם אין לו קרקע מאחר שאין לו תוקף אם יש לו ואם כן לק"מ דהטור מיירי שם באין לו קרקע אבל משם קשה ודאי דהא אין נשבעין לא על הודאת קרקע ולא על כפירת קרקע ומי שיכול ליישב דבריהם בדבר זה אומן יקרא ושכר הרבה יקח מן השמים. שוב נתגלה לי בחלומי תי' על קושיא זאת דמיירי שאח"כ מחל לו השיעבוד ומש"ה לק"מ דכל שאין לו כח לטרוף לקוחות הוי קרקע כמו מטלטלין דהא התוס' הקשו קושיא שלהם דוקא למאן דאמר שעבודא דאורייתא במלוה ע"פ והיינו שיוכל לטרוף לקוחות דאלו ב"ח ודאי גובה אפילו למ"ד שעבודא לאו דאוריית' נמצא דמ"ש התוס' דמחל לו המלוה השעבוד היינו הכח של טריפת לקוחות אבל מב"ח גובה וא"ל מאי פריך בריש ב"מ הא כל קרקע הילך הוא ומשני דחפר בה שיחין ומערות ולא מוקי לה שמחל השיעבוד דהתם עיקר התביעה על הקרקע עצמו שרוצה ליקח ממנו קרקע דוקא והכא מיירי שאחר שבאו עדים ראה זה שלא יתחייב לו שבוע' ע"כ אמר בפני הב"ד הנני מוחל לו השעבוד של טריפות לקוחות באותו החצי שיתחייב ליתן לי אלא אגבה אותו מב"ח שאמצא אצלו כ"ז שלא מכרם עדיין ואותן שכבר מכרם אינו מוחל לו השעבוד אלא בלאו הכי לא יוכל לטרוף אותם דהא יאמרו אנן אעדים סמכינן וזה הרבותא דקמ"ל דאין צריך למחול בזה השעבוד של הלקוחות כיון דאי אפשר לטרוף אותם אלא אותם שהם בנ"ח וב"ד נותנין לו הפסק לגבותם והיה שפיר טורף לקוחות ע"כ צריך למחול את שעבודם:

סימן פט

(**בש"ע סעיף ב'**) אפילו היה שכרו פרוטה פי' רבינו כאן ומסתברא כדברי הרמב"ם קשה הא הרמב"ם גופי' הדר בי' כמ"ש בסעי"א משכירות אם היה שכרו פרוטה אח' ובע"ה אמר נתתי' לא יטול אלא בשבועה וכן כל הנשבעין ונוטלין כו' משמע דבשבועה מיהא נוטל ופי' שם הכ"מ שלענין הלכה תי' הרמב"ן לדברי רבותיו שהם כדעת הראב"ד והוא תמוה מאד ותו דרבינו עצמו כתב כן בס"ס זה וא"ל דגם רצון רבינו להחמיר א"כ ה"ל לכתוב תיכף אבל מ"מ יש להחמיר אבל בהרמב"ם עצמו לק"מ כי תחלה כ' דעתו בכל הנשבעים ונוטלים דרך כלל צריך ב' כסף ואח"כ כ' בשכיר דאפילו בפרוטה סגי לענין הל' אבל לדברי רבינו קשה ולענ"ד דהרמב"ם כ' על פי רבותיו שנוטל בשבוע' אפי' בפרוטה כמ"ש המ"מ אבל רבינו מפרש מה שהק' הראב"ד מה יעשה העני כו' הק' ע"כ בכופר הכל והכל הוא פרוטה ודאי תקנו בזה שישבע ויטול דאל"כ הרי ילך בפחי נפש

א"כ ה"ה נמי במוד' מקצת א"צ ב' כסף דהא ע"כ אנו רואין שאין אומרים כאן כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תיקן וע"כ כ' רבינו דאינו מסכים להוכחת הראב"ד דאע"פ שלענין אם כל השכירות הוא פרוט' ודאי לא איכפת לן בב' כסף מ"מ במוד' במקצת שאין שם פחי נפש צריך ב"כ ומש"ה בסוף סי' זה דאיירי בכופר הכל וכו' אינו אלא פרוט' חייב שבוע' אפי' בפרוטה מטעם שלא ילך בפחי נפש כמ"ש כנ"ל ליישב דברי רבינו על נכון:
(**סעיף ג'**) וי"א אע"פ הטעם כיון שהוא שכרו שלא בעדים היה נאמן משום מגו דלא שכרתיך מעולם מש"ה כשיש ע"א שאם היה טוען לא שכרתיך מעולם היה נשבע נגד העד עכשיו שאומר נתתי לך שכרך נשבע מתקנת חז"ל כעין של תור' כאלו היה נשבע להכחיש העד ב"י בשם המ"מ:
(**ע"ש ביום ב' עד הערב**) לדברי הסמ"ע סקי"ג משמע דאי תבעו גם ביום ג' לעת ערב נותנים לו זמן ב' ימים וב' לילות והוא תמוה דאמאי אמרו נותנין לו כנגד יום התביעה היה להם לומר כפי משך התביע' דהיינו אפי' נמשכ' התביע' ח' ימים יהי' גם זמנה ח' ימים להיות נשבע ונוטל וזה לא נשמע ולא נראה גם מ"ש שלא תבעו ביום הג' וכשחזר ותבעו אחר כך בליל ד' איגלאי מילתא וכו' הוא תמוה מאד דודאי אם הפסיק עונ' א' מלתובע אזל לה המעלה דתוך זמנו לגמרי ובע"ה נשבע ונפטר וכמדומה שיש הוכח' לסמ"ע מל' רבינו שכתב כל' הרמב"ם עד סוף יום ד' משמע שא"צ תביע' בתחלת ליל ה' רק אנו מצרפים ליל ה' ליום ה' והנרא' לענ"ד לדקדק בלשון רבינו שכתב דין דתבעו עד סוף יום ד בשם הרמב"ם כאלו הוא דין מחודש ואין לזה טעם לכאור' וי"ל דקמ"ל דהא דאמרינן בגמ' שנותנין לו נגד התביע' פי' שנותנין זמן י"ב שעות של זמן שאחר זמן שהי' יכול לתבוע דהיינו שיכול לתבוע בליל ב' נותנין זמן אח"כ עוד י"ב שעות דהיינו יום הג' כיון שתבעו בסוף ליל ב' וה"א כיון דהזכיר התלמוד יום התביע' ה"א דיום א' נותנין דהיינו עד יום ג' ותו לא ע"כ כתב רבינו בשם הרמב"ם דגם אחר כך הוי כך דאם תבעו אפי' בסוף יום ד' דהיינו שלא פסק מלתבוע נותנין לו גם אח"כ כל יום ה' אם תבעו בסוף ליל ה' ונ"ל להגיה כל ליל ה' וזה נכון יותר וכן ראיתי מוגה בשם גדול אחד ועיקר כוונת הרמב"ם דלעולם נותנין זמן י"ב שעות אחר התביעה וכן אם התביעה ביום ה' יש לו כח בליל ו' וכן לעולם כל שלא הפסיק מלתבוע עונה א' נותנין לו זמן עונה א' וכן מבואר בר"ן פרק כל הנשבעים אלא דהוא כתב שתמיד נותנים לו יום א' שלם דהיינו אם תבעו ביום ב' על הפעולה של ליל ג' נותנין לו יום שלם וליטול ואין צריך תביעה בליל ג' וכן לעולם דוק בדבריו ותמצא כן:

(**סעיף ד' ה'**) נשבע בע"ה בנק"ח נראה דכלל בזה ב' דברי' דעל החלוקה הא' שאין הטלית בידו נמצא שהשבועה על הבע"ה ש"ד כדין מ"מ דהא מודה בא' ועל החלוקה שאין יכול לטעון לקוח והוא ביד האומן נשבע בעה"ב בנק"ח ונוטל כדין הנשבע ונוטל ודברי הסמ"ע סקכ"ג בזה נעלמים ממני ודברי הרמב"ם בזה צ"ע דבפ"ב מטוען מדמה אותן לשכירות ובפי"א דשכירות כ' שאין צריך נק"ח ועיין בסימן פ"ז סי"א כתבתי דיכול בע"ה להפך שבועה זו על השכיר אף שהוא בנק"ח כעין דאורייתא:

סימן צ

(**בש"ע סעיף א**) בין אם יאמר נכנסתי. הסמ"ע הקשה בסק"ג כיון שהוא מכחיש את העדים אפילו לא ראוהו עדים שהוציא כמ"ש רמ"א בסמוך ס"ג [ס"ב] וי"א והוא דעת רבינו ומתוך כך פי' מה שפרשו לענ"ד דודאי הכא מיירי בהכחיש את העדים ובהך מילתא דראוהו העדים נעשה עיקר ההכחשה דאי לאו הכי יכול לו' נכנסתי למשכנך אבל לא נטלתי כלום משלך אלא הכלים היו מתחלה תחת ידי והם שלי או שיאמר באמת לא נטלתי כלום אף שמתחילה אמרתי שאמשכננו לא היה רק גוזמא בעלמא ויצאתי ריקן לכך צריך שראו עדים שנכנס ריקן ויצא טעון בזה תיקנו חכמים שישבע הנגזל כמה נטל ממנו וישלם לו ושאינו חייב לו שום חוב אבל אם טוען טענה שאינו מכחיש את העדים כגון שאומר פקדון היה לו שם או לקוח היה בידי ממנו או שתפסתי בחובי שחייב לי וזה אומר איני חייב לו מעולם זה יתבאר בסעיף י"א שיש מחלוקת:

(**ע"ש נשבע היסת**) נראה סברתו דלא הוי חשוד כמו גזלן בשביל שמשכנו שלא ברשות דלא משמע לאינשי איסורא בהכי כדאמרינן לא תחמוד לאינשי בלא דמים משמע:

(**סעיף ב**) ולא נראה כלום. בגמרא אמרינן טעמא דעביד אינש דגזים ולא עביד כתבו תוספת בשם רוקח דאין בכלל זה מי שהוחזק בכך:

(**סעיף ג'**) היה עד אחד מעידו. לפמש"כ הסמ"ע ס"ק י"א [י"ג] דכיון דהיה חייב שבועה בב' צ"ל דיש חילוק ביניהם כמה נטל והעד א"י דאז היה הבע"ה צריך שבועה אם הוי ב' עדים כו' אבל אם אינם מחולקים בכך אין שום שבועה בב"ע אלא היה צריך לשלם ובזה מיירי בס' שס"ד ס"ג מש"ה הוי שם בעד אחד שמחוייב שבועה כו':

(**סעיף ח'**) בסי' שפ"ד דשם פסק בס"ז שאם המוסר א"י כמה נפסדו ע"י ישבע הנמסר ויטול וצ"ע דמשמע שמודה שנפסד הלה רק אינו יודע כמה וכמו שמשמע מל' דהכא שכת' דלא ידע כמה הפסידו וא"כ הו"ל נ' ידענא ונ' לא ידענא ולשקול הנמסר בלא שבועה כמ"ש גבי שומר:

(**סי"א והוא אומר לקוחים**) בב"י בשם סה"ת שאם טוען אתה מסרת לי בחובי דרך משכון הוי כטוען לקוחים הם בידי ותמהני שגדולה מזאת ה"ל להביא מ"ש סה"ת שם שמ"ט ס"ט דאפי' טענת תפסתי למשכון הוי כן דהיינו שמעצמי תפסתי ואפ"ה נאמן היכא שנאמן בטענת לקחתי וכ"ה דעת הרמב"ם בפ"ז דגזילה שאע"פ שהודה שמשכנו שלא ברשות כל שאין שם עדים ה"ז נשבע בנק"ח ונוטל המשכון ונ"ל פשוט דה"ה אם טוען בפקדון היה לי בידך דנאמן כי היכא דנאמן כאן בלקוחים בידי דהא יש לו מגו דלקוחים אע"ג דאנן סהדי שכל מה שתחת יד האדם הוא שלו מ"מ כיון שיש לו מיגו נאמן ודבר זה מלא בתלמוד ובפוסקים דהתופס בל"ע נאמן במגו דלהד"ם וה"נ כאן בעדות כיון שיש לו מיגו דלקוח ורבינו כתב כאן וז"ל לפיכך כל אלו החלוקים שייכים ג"כ בנגזל שנכנס א' למשכנו וכל היכא דהכא אינו נאמן וכו' והק' הסמ"ע סק"ד וכ"ז [סק"ה ונ"ז] דהכא משמע שאם אין שום ריעותא להיוצא דהיוצא נאמן בנכנס למשכנו וזה טוען לקחתי ובריש הסימן דאם אמר הכלים שהוצאת הם שלי אינו נאמן הגזלן בכל גווני והוא אזיל לשטתו שפי' שהם שלי דרך פקדון בביתך מש"ה מקשה מכאן ותירץ לחלק בין טענת לקחתי לטענת שלי הם ודבר תימא הוא דא"כ גם בטענת שלי הם יהא נאמן במגו דלקוח ותו דהכא בלא נכנס למשכן פשיטא שנאמן באומר שלי הם דלא גרע מטענת בחובי תפסתי' ובהדיא כתב רבינו כל היכא שנאמן היוצא כאן נאמן ג"כ הנכנס למשכנו ונ"ל פשוט ד"ר דכל טענה שמכחיש את העדים וכעין שפירשתי בס"א ממילא נעשה גזלן ע"י העדים אז נשבע הנגזל ונוטל מה שאין כן בכל טענה שאינו מכחיש את העדים כגון לקוח הוא בידי ואין שום ריעות' דהיוצא נאמן וממילא ה"ה אומר שלי הם בפקדון בידך במגו דלקוח ואפי' טענת בחובי תפסתי מעצמי לא נעשה גזלן אם אין שם עדים שנכנס למשכנו ואין חילוק אלא היכא דנאמן הנגזל צריך שבועה בנק"ח לדעת הר"י הלוה דהיינו הגזלן טוען לקחתי בפרעון או בפקדון בידך דאינו נאמן אם ריעותא להיוצא אז צריך הנגזל שבועה כיון שבא עליו בטענה שגזלה ממנו ותו דהא טוען עליו הרבה כלים עוד משא"כ כאן בטוען עליו שאולים הם ויש ריעותא להיוצא אין לבע"ה שבועה אלא היסת ויטול כלי זה כנ"ל לדעת רבינו וראיתי פרושים שונים בזה ואינם נכונים לע"ד. אבל נראה דהמ"מ חולק על רבינו בזה שהרי כתב בפ"ד דגזילה וז"ל באמת יש חילוק בין נכנס למשכון ומגלה דעתו ובין נכנס סתם שזה גילה דעתו שלמשכן בא אינו יכול לטעון טענת לקוח וזה מוסכם עכ"ל משמע אפילו במקום שאינו ריעותא דהיוצא דאז נאמן בנכנס סתם אפ"ה אינו נאמן בנכנס למשכנו וכ"נ דעת המחבר שלא הביא דעת רבינו בזה נכנס למשכנו שייכים חלוקים אלו גם הרמ"א לא הביאו כנלע"ד:

(**שם**) הואיל ויש לו עדים. הסמ"ע סקל"ג פי' דאין כאן עדים שהיא שלו אלא מסתמא הוא כו' תמוה הוא דהא בסעיף שאח"ז כתב שם שיש עדים שהוא שלו וגם שם תיקן הסמ"ע דאין עדים רק העידו שהוציא כלים כו' וא"א לומר מצד הל' וברמזים כתב בהדיא ואפי' הוציאם בהדיא בגלוי וכגון שיש עדים שהוא שלו וראו אותן עתה וכו' אבל אם אין עדי' שהיו שלו אין לו וכו' משמע דב' מילי נינהו ותו דבפרק ח"ה דף מ"ו ריש ע"ב מוכח מפי' רשב"ם דכל ראה היינו שהכירוהו תחלה ומה שהביא סמ"ע בזה. מכח שלא נזכר תחלה שום דבר מעדים לק"מ דהמעיין ברמב"ם פ"ט דטוען יראה דכתב שם לפני האי הואיל ויש לו וכו' וז"ל אבל דברים העשויים להשאיל ולהשכיר ה"ה בחזקת בעליהם כמ"ש וכו' עכ"ל מבואר שרמז עמ"ש בפרק הקודם לזה בחזקת מטלטלין בדברים העשוים להשאיל וכו' דבעינן שיש עדים שידוע לו ונמצא בהך כמ"ש מרמז על הך מילתא ושפיר קאמר הואיל ויש לו עדים שהדברים כו' הם ידועים לו והיינו ממש הך לישנא שזכר בפרק הקודם שם מכ"ז ש"מ דבעינן שיעידו העדים שהי' תחלה כלים אלו שלו ואף ע"פ שבסימן שס"ד כ"כ שכל שבבית אדם בחזקת שהוא שלו היינו דווקא כשנוטלו שלא בפניו כמבואר שם מה שאין כן בפניו ליתא להך חזקה כשזה טוען לקחתי כנלע"ד ברור:

(**סעיף י"ב**) הא דבדברים העשוים לפי מ"ש דהנך עדים שזכר כאן הם כמשמעות שמכירים שהם שלו שפיר נקט בלישנא דדוקא דברים העשוים כו' דאלו אין עשויים כו' ויש הריעותא דלעיל א"צ לעדים שיכירו בזה שהיתה שלו דא"ה [דשא"ה] שלא לקחם מכח הריעותא ובסמ"ע סקכה"ג [סקל"ז] דכתב וה"ה באינם עשוים וכו' ואין זה סותר מ"ש דאיהו אזל לטעמיה שמפר' הנך עדים לא ראו ממש וכמ"ש בסי' ק' סק"ה [בס"ק ל"ג] על כרחך דימה אותם להדדי לפי פירושו. אבל אם לא ראו ולא הוצרך לומר אם לא העידו שהי' שלו דזה בכלל ראה דכל שלא הכירוה תחלה לא הוי עתה ראו בידו דהא אין מכירין אותם:

(**סעיף טו**) והוא הדין לע"א ל"ד למ"ש בס"ב בע"א כו' דהכא אלו היה ב"ע לא היה צריך שבועה כיון שראו הגזילה ממש:

סימן צא

(**בש"ע סעיף א**) כיצד ב"ה לשון המשנה לא שיאמר כתוב על פנקסו שאתם חייבים לי כך אלא שאומר תן לבני כו' פי' דאין נאמנות לחנוני על פנקסו אלא דוקא היכא שב"ה מודה שהאמינו תחלה שיתן בשבילו:

(**סעיף ג**) והפועלים נתרצו כ' הסמ"ע סק"ט שאפי' שתקו מדלא כתב בסיפא רבותא איני רואה כאן הוכחה דסיפא קמ"ל אפי' נתרצו בפי' לא נפטר ב"ה כיון שלא היה במעמד שלשתן ובעיקר הדין נלע"ד דשתיקה אינה מהני כאן שיכולים לומר לא חששנו להשיבך כי לא קבלנו עלינו כמ"ש סימן פ"א:

(**ע"ש**) אין לפועל כלום פי' בלא הקדים תחלה לחנוני אין שייכות מעמד שלשתן כלל ובהקדים עדיף כאן מעמד ג' כיון דאפשר שפרע כמ"ש הסמ"ע סק"י ודלא כהר"ר ישעיה שהביא רבינו דאלימא ליה הך סברא דכאן דשמא פרע דאפי' בלא הקדים עדיף כאן מדין מעמד ג' בעלמא וכאן הבעל הבית פטור:

(**ס"ז**) קצבה כמה יתן. זה כתב רבינו ומקורו מהס"ת בשם הרמב"ן פ' ל"ט דס"ל דלא תיקנו רבנן שבוע' על החנוני רק אחר שמכחישין אותו הפועלים אע"ג דהמוציא הוצאת על נכסי אשתו או מכיר כליו וספריו בסי' שנ"ז צריך לישבע אפי' באין מכחישין אותו ש"ה דאיכא תרתי חזקה שליח עושה שליחותו ועוד דברי ושמא הוא וכ' אח"כ בשמו דאפילו לא קצץ כמה יתן הוה כקצץ שקיל בל"ש וא"כ תימה מ"ש ריש ס"ג דמסתברא כהרמ"ה דאפי' מת הפועל צריך החנוני לישבע כ"ש כאן שלא קצץ דהא צריך הב"ת לדמות לא קיצץ כקיצץ וכ"כ רבינו כאן אפילו לא קיצץ דמשמע קיצץ עדיף ומ"ש הסמ"ע סקי"ח בשם מור"ש דהכא ידוע שנתן אלא שאינו ידוע כמה תמהני מאד דהא הרמ"ה דס"ל לעיל חנוני נשבע בכ"מ ויליף לה ממוציא הוצאת על נכסי אשתו כמ"ש הר"ן הביאו ב"י ולית ליה הך חזקה דשליח עושה שליחותו ואם כן מ"ש הכא מחנוני דלעיל ותי' דבמוציא הוצאות על נכסי אשתו ומכיר כליו וספריו ג"כ ידוע שהוציא אלא שאינו ידוע כמה ואפ"ה נשבע כעין דאורייתא דהא דינים אלו משניות הם בפ' הגוזל בתרא ופ' מציאת האשה וברור הוא דגם מ"ש רמ"א ס"ג כמו שהוציא כו' דנשבע ונוטל היינו בנק"ח ובסמ"ע שכ' דהיסת קאמר הוא תמוה מאד דבזמן המשניות לא היה עדיין היסת אלא פשוט שזהו שבועת המשנה בנק"ח ואין בידי ליישב דעת רבינו אלא רבינו הביא זה לדעת הרמב"ן דס"ל לעיל חנוני אינו נשבע אלא כשהוא מוכחש וכ"ה דעת בה"ת דלעיל וכתב דאפילו לא קיצץ הוה כקיצץ ממילא נודע למאי דס"ל כהרמ"ה דצריך שבועה אפי' באינו מוכחש מהפועל לכל הפחות נלמד מזה דמהני שבועה אפילו בלא קיצץ ולא אמרינן דלא מהני שבועה למה שלא אמר בעל הבית בפירוש.

(**בהגה סעיף ז'**) וי"א דאף אם לא ירדתי לסוף דעת רמ"א דאין כאן מחלוקת דדברי המחבר כאן והג"ה זו הם תרווייהו של הרב ר"י בה"ת וכלל דידיה דכל שאין לו על החנוני הכחשה מפועלים נוטל בלא שבועה ואם יש הכחשה נוטל דוקא בשבועה.

(**ע"ש החנוני נשבע ונוטל**) נראה פשוט דהיינו דוקא באומר ב"ה תן מה שצריכים כמ"ש המחבר לפני זה דאי לא אמר כן בע"ה יאמר הפסדת בעצמך שהיה לך לשאול אותי כמה תתן משא"כ כשאומר תן מה שצריכים הוי כאומר כל מה שאומרים הם נאמנים ובסה"ת מבואר שיש קצבה לב"ה עם הפועלים רק שלא גלה הדבר לחנוני ואמרינן דה"ל לב"ה לפרש לחנוני מה יתן לו וכיון דלא פריש אפסיד אנפשי' וכאלו קבל עליו כל מה שיאמר הפועל דניתיב לה באגרא על כן נראה דהיינו ע"ד מ"ש:

(**בטור סי"א**) בע"ה שאומר לחנוני וכו' במתני' וכל הנשבעים הכי איתא אמר לחנוני תן לי בדינר פירו' ונתן לו וא"ל תן לי אותו דינר א"ל נתתי לך ישבע ב"ה שנתן אותו הדינר א"ל תן לי פירות א"ל נתתי לך ישבע החנווני ובגמ' איתא תניא אמר ר"י אימתי בזמן שהפירות צבורים ומונחים ועוררין עליהם אבל הפשילן בקופתו לאחוריו המע"ה וכיון שדרכו של רבינו להמשיך אחר תוספת והרא"ש אביו נעתיק שיטתם דהקשו אמתני' דקתני ישבע והא בימי המתני' לא נתתקן היסת לכ"ה ותירץ דמיירי ברישא שמדד החנוני לכליו של בע"ה ועודם ברשות החנוני ובסיפא נתן ב"ה דינר לחנוני ועדיין לא נטלו החנוני והוי חידוש שנוטלין בשבועה וכו' מתני' מיירי בנשבעין ונוטלין ור"י פליג במתני' דאין דרך חנוני למדוד אא"כ קיבל הדינר ולוקח בעה"ב בלא שבועה ולפ"ז ה"פ בברייתי' אר"י אימתי נחלקו חכמים עלי בזמן כו' אבל כו' מודים לי דהמע"ה והרא"ש אחר שהביא המתני' ובריייתא כתב לשון זה אבל הפשילן כו' ומודים ליה רבנן דלא ישבע ב"ה והלכה כרבנן בצבורים ומונחים עכ"ל נ"ל ברור דאזיל בשיטת תוספת דר"י בברייתא אתי לאפלוגי דרבנן ור"י פליגי אם ישבע ב"ה ויטול ולא כמ"ש הב"י דהרא"ש הלך בשיטת ר"ף ור"י אתי לאפרושי ומ"ש ומודה ליה באשגרתא לישנא והוא דחוק מאוד ועכמ"ש נ"ל פי' זה בדברי רבינו דקאמר ומדד פי' ר"ל בכליו של ב"ה וכמ"ש התוס' דאל"כ למה הוצרך רבינו לומר מדד כלל אע"כ כדפי' ומ"ש והניחם בחנות הוא כמ"ש התוס' שזכרתי וכתבו שם טעם דנו"ט הואיל ויצאו קצת מחזקת שכנגדם עכ"ל ולזה כיון ג"כ רבינו במ"ש שאין דרך החנוני להוציא פירותיו כו' ר"ל אין מוציאין כלל מחנותו והכא הוציא קצת ובסיפא הוציא ב"ה דינר קצת מרשותו אע"פ שעדיין לא נטלו החנוני כנל"פ והא דזכר הטעם שאין דרך החנווני אע"ג דזהו הטעם של ר"י בגמ' החולק מ"מ גם הת"ק ס"ל כן אלא שמכח זה ס"ל לר"י דהבע"ה פטור בלא שבועה ולת"ק מהני שישבע ויטול ולא שישבע החנווני ולפ"ז היה לנו מן הראוי לפסוק כדעת התוס' והרא"ש ורבינו שכתבו ומנהגא שלנו אחריהם גם בסמ"ע כותב שנ"ל שיטה אחרת ואולי נתכוין למ"ש (א"ה ראיתי להרב ש"ך ז"ל מנגח צפונה וימה וקרנים מידו לו לפוצץ הררי עד וברוח

שפתיו על רבותינו הקדמונים נ"נ ידבר נפלאות באמור לא מצאו כל אנשי חיל ידיהם בשטת אמר לחנוני תן לי בדינר פירות ינופף ידו על הלכות קבועות לתתם בית הכלא ותהיינה צרורות מלומר להם טועים אתם ידיו לא אסורות. והוא לבדו בירר לו דרך ישרה בעיניו וקבע בה מסמורות. ואני בעניי הכינותי את לבי ליישב דברי רבותינו הקדמונים ז"ל כי מפיהם אנו חיים והיו לנו למאורות. וע"ד הר"ב ש"ך בניתי דיק אשים עליה מצודות. וזה החלי בעזר צורי וגואלי) במ"ש על פי' הראב"ד דשבחוהו רבנן לשיטתי' וז"ל פי' דחיק מאוד לפר' ברישא שהפירות בידו של בעה"ב וסיפא בצבורין ומונחים עכ"ל. ולענ"ד אין כאן מקום קושי' דהרי התנא ביאר דבריו ברישא ונתן לו דהיינו לבעה"ב ובסיפא לא תנן ונתן לו כלל ור' יהודא דברייתא פי' יותר ואמר אימתי בזמן שהם צבורים וכו'. ומ"ש עוד וגם קשה מאוד לומר דר"י דקאמר אימתי קאי אסיפא ואח"כ קאמר אבל הפשילן קאי ארישא וכו' אבל אימתי כזה שמקצתו קאי על הסיפא לפר' ומקצתו קאי על הרישא לחלוק לא מצינו בכ"מ עכ"ל אין כאן טענה כלל כי הת"ק אמר שני דברים שישבע בע"ה בהפשילן ושישבע חנוני בצבורין וקא"ל בחדא מודינא לך דהיינו בצבורין ופלגינא עלך בחדא דהיינו בהפשילן וכן בההיא דשכיר דחכמים אמרו ב' דברים דשכיר נשבע בין שהודה בע"ה במקצת בין שכ"ב ור"י מודה להו במ"מ ופליג עלייהו בכ"ב ואימתי כזה ודאי מתיישב היטב על הלשון והאימתי דלעיל משונה מזה דבחד בבא מודה ופליג דקאמר אימתי בזמן כו' והוא אומר התקבלתי מהן ד"ז ובזה ודאי רבנן מודו דהא דקאמר או שאמר ב' קצצת כו' ובהא פליגי רבנן. ומ"ש עוד ואכתוב לקמן קו' נכונה כשיגיעני הש"י לשם אבאר שאין בטענתו ממש הרי מבואר דשיטת הראב"ד ברורה ונכונה. וזה יצא ראשונה וזאת שנית שטת רש"י ז"ל ואף שדבריו סתומין דאפשר לומר דר"י דקאמר אימתי בזמן שצבורין ישבע בע"ה פליג את"ק אבל לת"ק ס"ל דבצבורין ישבע החנווני וא"ל אי ס"ד דבצבורין ס"ל לת"ק דישבע החנוני מנ"ל לרש"י לומר דלר"י ס"ל ישבע בע"ה דע"כ כיון דס"ל לר"י דאין דרכו של חנוני שאינו מקיף למדוד עד שיקבל דינר ממילא עדיף כחו דבע"ה מחנווני אבל לת"ק לא ס"ל הך סברא דאין דרך חנוני וכו' ולכן נשבע חנוני ודאי מסתברא הך פי' בדברי רש"י דהא לא אשמועי' טעמא דאין דרך כ"א בדברי ר"י משמע דלת"ק ל"ל הך סברא והוה אתיא ניחא נמי דבסיפא דרישא ישבע חנוני מיירי בצבורין והיינו טעמא דישבע דאי בישנן ברשותו ובחנותו ממש מ"ט דת"ק דא"ל משום דאין דרך וכו' דזהו סברת ר"י אבל בצבורין בר"ה ניחא וקם ליה רש"י בשיטת הראב"ד בהך מלתא וכך היא חובותינו וכך הוא יפה לנו להשוות בין הדעות ולא להרבות במחלוקת כל היכא דאפשר. ואף שכתב במתני' דר"י פליג ארישא אבל

לא אסיפא אין מזה סתירה דה"ק ר"י דמתני' דקאמר כל שהפירות בידו ידו על העליונה ע"כ ל"פ אלא ארישא דהא אסיפא ל"ש כלל לומר האי לישנא אבל בברייתא אה"נ דפליג נמי אסיפא ויש לנו כיו"ב בריש עירובין גבי והרחב מי' אמות ימעט אמר אביי פליג בברייתא והדברים ק"ו דשם לא ה"ל להאריך והיה יכול לומר מבוי שהוא גבוה ך' ימעט והרחב מי' ימעט ורי"א א"צ דמשמע אתרווייהו ואפי' יאמר בכ"א א"צ לישנא קלילא הוא כ"ש הכא שהיה צריך להאריך עכ"ז ע"פ מדותיו של הש"ך הריני משיב על דבריו. מ"ש לתרץ למה כתב דר"י פליג ארישא משום דבסיפא ל"ש שאין החנוני מקיף שהרי פירותיו בידו עדיפא מיניה הול"ל השתא ומה במקום שחכמים מחייבין את בע"ה שבועה בהפשילן לאחוריו ר"י פטר ליה מטעם אין דרך כו' במקום שחכמים מחייבין את חנוני לישבע לכ"ש שחייבנו ר"י שבועה שהרי לקח את כדינר ועכשיו לא נתן לו פירות אלא שאומר שנתן לו קודם שיתן לו הדינר זמן רב והוליכם לתוך ביתו דאין זה דרך החנוני וע"כ ישבע וזהו ק"ו שאין עליו תשובה ומ"ש עוד דהל"ל אין דרד החנוני להקיף כבר הקשה זה הראב"ד וגם התוס' ותירצו בטוב טעם ומהתימא על הש"ך שלא שם עינו עליהם ומ"ש עוד דה"ל לסדר דבריו ארישא גדולה מזו יש לנו בסוף עירובין רש"א מקום שהתירו לך חכמים משלך נתנו לך שלא התירו לך אלא משום שבות והרבה כיו"ב יש לנו בתלמוד. ומ"ש עוד ועוד אכתוב וכו' שם יתבאר דלק"מ והנה בזו דברי רש"י ז"ל מחוורין כשמלה ושטתו נקיה מכל פסולת צלולה. ועד השלישי הריני בא ה"ה פי' התוס' בשם ר"ת ואיני נזקק להשיב על מה שכבר הקשו התוס' בעצמם כ"א על החדשות שחידש הש"ך מ"ש דהי"ל לפר' בכל כי האי ודאי אמרינן יגיד עליו ריעו. ומ"ש עוד מ"ט דרבנן לא עדיף משולחני דודאי ל"פ במציאות אלא דס"ל אע"פ שאין דרכו להיות נותן איסר וכו' איתרמי ויהיב. ומ"ש עוד דא"כ הי"ל לעשות צריכותא דאי אשמועינן רישא ה"א משום דסתם חנוני דרכו להקיף. פשיטא דמאי דנקט בש"ס עדיף דעיקר מלתא בטעמ' נקיט מ"מ חנוני דרכו להקיף משום דהפירות עבידי דמרקבי. ומ"ש עוד וכן י"ל עוד צריכותא לאידך גיסא בהא קאמר ר"י וכו' שתי תשובות בדבר חדא דאורחא דמילתא למיעבד צריכותא במילת' קמייתא דמצי למיעבד ועוד דכבר פירשנו דאף רבנן מודו בשולחני דאין דרכו להקיף וסתם שולחני כחנוני שאין דרכו להקיף דמי. ומ"ש עוד ועוד אכתוב קו' גדולה לקמן יתבאר בעז"ה: ועל רבעים אשיבה ידי ה"ה הרי"ף והרמב"ם וסייעתם מ"ש חדא ונתן לו משמע שנתן לו ממש וכן ר"י דאמר בידו משמע בידו ממש כבר תירץ הר"ן ז"ל כיון דאין דרך להניחם בר"ה עד אחר מכירה בידו מקרי. ומש"ע וע"ק כיון דע"כ לפי' הרי"ף כו' דבסיפא ג"כ בע"ה נשבע ונוטל כו' דהא איכא

למיטעי כו' דחנוני מקרי פירות בידו הא ודאי ליכא למטעי כיון דע"כ ר"י לאיפלוגי אתא. ומש"ע וגם לא הול"ל לישנא דכל שהפירות דהאי כללא ל"ל אלא הל"ל בקיצור רי"א ישבע בע"ה עכ"ל אומר אני יש לנו כיו"ב במתני' דריש הזהב רש"א כל שהכסף בידו ידו על העליונה והתם לא אתי לאיפלוגי אלא במאי דאמר ת"ק נתן לו מעות יכול לחזור בו בין מוכר בין לוקח וקאמר ר"ש דוקא מוכר חוזר ולא לוקח והיה מצי למימר ג"כ בקיצור רש"א לוקח אינו יכול לחזור בו ודוק כי ראיה זו נכונה עד מאוד וסותרת גם הקו' שלפניה דהא איכא למטעי וכו'. ומש"ע דלא הול"ל הפשילם בקופתו לאחוריו אלא הול"ל אבל הכניסם לרשותו המע"ה ודאי ל"ק דסד"א עד שיוליכם לביתו. ומש"ע דתן לי הפירות דבסיפא לא הוי דומיא דתן לי הדינר דברישא כל שאינם ברשותו ולא זכה בהם שפיר אמר תן לי. ומש"ע ועוד אכתוב קו' גדולה לקמן יתבאר בעז"ה. אמנם פי' הסמ"ג היא תמוה מאד שפי' דסיפא דמתני' מיירי בשניהם אדוקין בדינר ושפיר קמותיב הרב ש"ך למה יהא כח החנוני יפה יותר מכח בע"ה. ולענ"ד דהסמ"ג רוח אחרת אתו דס"ל דחנוני ושולחני שניהם דרכם להקיף ולכך כיון שיצא הדינר מעט מרשות בע"ה נראין הדברים שכבר לקח הפירות או האיסורים ומש"ה עדיפא טעיתי דחנוני ושולחני אף דלא מהני להו היכא שהפירות יצאו מרשותן ומונחים בר"ה כיון שכבר זכה בהם בע"ה בהוציאו אותם מחנות לר"ה ור"י כי פליג בפירו' אירשא לחוד פליג ובשולחני פליג בין ברישא שבע"ה פטור משבועה ובין בסיפא אין השולחני נשבע ונוטל היכא דשניהם אדוקים בדינר ולכך שינה לשונו. ומעתה אשובה אראה דרכו של הרב ש"ך ז"ל היתכנו דבריו אם לא ואומר כי ראיותיו ז"ל לא די שאינן מכריחות את פי' עוד א"א לאמרו כי מ"ש לאיזה צורך האריך התנא באמרו ונתתיו באונפלי שלך ויש לנו דוגמתו בפ"ק דכתובות מה טיבו של איש זה כהן הוא ובן אחי אבא הוא אע"ג דלא נפקא לן מידי כי אחי אביה הוא או בן רבקה הוא אלא דתרווייהו מלתא יתירתא נקטי כדי לאמת דבריהם ותנא אורחא דמלתא נקט. ומש"ע למה לא אמר התנא שהחנוני מכחישו כמו דקתני גבי חנוני על פנקסו הוא אומר נתתי והן אומרים לא נטלנו וכו' אלו דבריו ז"ל ואינן אלא תימה דמה לו לתנא לכפול דברים שהרי כבר אמר שהחנוני והשולחני שואלין הדינר וכיון שכן ודאי לא נטלו לאפוקי בחנוני ופועל ע"כ צריך להשמיענו פ"א שהם מכחישין זא"ז ואלמלי אין לנו על הרב ש"ך אלא זו בלבד החרשתי אבל עיקר דרכו נסתרה ממני פליאה נשגבה לא אוכל לה דהאיך אפשר לומר דמתני' מיירי בטענת שמא ומשום דבעודם בחנות היו טענותיהם ולא הספיק בע"ה להוליכם לביתו אף שהפירות מופשלין בקופתו לאחוריו ואין לחנוני עליו אלא טענת שמא עכ"ז ישבע דא"כ תקשי

לרב הונא ורב יהודה דאמרי בפ"ק דכתובות ובספ"ב דקמא מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דחייב דברי עדיף ומוכח בכתובות דנוטל בלא שבועה מדבעי לאוקמינהו כרבן גמליאל דאמר נאמנת כמ"ש כל הפוסקים ז"ל ואין סברא כלל לומר דאביי דבעי למימר הכי בהדרגה קאמר ואיהו נמי אחזקת גופה קסמיך והכי קאמר מדס"ל לר"ג דבדאיכא חזקת גופא נוטלת בלא שבועה בדליכא חזקת גופא בשבועה מיהא יטול דאין זה כלל במשמעות הש"ס כמבואר למעיין שם וכן מוכח בהשואל דבעי למימר אמתני' דהמשאיל אומר שאולה מתה והלה אומר א"י חייב ש"מ מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב דהוי תיובתא דר"י ור"ן אבל לר"ה ור' יודא ניחא ומוכח התם בהדיא בגמ' דהאי חייב דמתני' היינו בלא שבועה דהא כי מוקי לה במחוייב שואיל"מ ע"כ בלא שבועה היא ה"ה לר"ה דהא במשמעות המשנה בענין חייב ל"פ ועוד ממתני' גופא מוכח דרישא בלא שבועה היא מדקתני בסיפא ישבע השוכר משמע דברישא ליכא שבועה ועוד בל"ה מוכח שפיר מדאמרי' סתם חייב דברי עדיף משמע בל"ש ככל חייב שבש"ס בשלא הוזכרה שבועה אצלו והוא פשוט לדעת כל המפרשים וא"כ תקשי להו הך מתני' דחנוני ובע"ה השתא ומה במקום שזה מוחזק בחזקה גמורה ואין לחבירו עליו שום ראיה הגורמת חזקת ממונו אפ"ה אמרי דנוטל בל"ש בברי ושמא גבי חנוני דכבר יצאו הפירית מרשותו לגמרי וטוען שמא אינו דין שיעמיד בע"ה בשלו בטענת ברי דידיה ולא ישבע בטענת שמא של החנוני ובודאי אין להקשות מאלו הנשבעין בטענת שמא דהתם מפר' טעמא בגמ' משום דמורי בה התירא וזהו ודאי קו' גדולה שאין עליה תשובה. ועוד קלה מזו י"ל דה"ל למיחשביה בין הנשבעין שלא בטענה אף שזו קלה להשיב ולדחות מ"מ האמת יורה דרכו שפי' של הש"ך א"א להולמו. והראיה ברורה שמצא הרב ש"ך ז"ל בירושלמי לפענ"ד אינה מכרעת כלל דידוע הוא דהירושלמי לישנא קלילא נקט וה"פ ר"ח במחלוקת אר"י אימתי בזמן שהיתה הקופה מונחת בין שניהן ר"ל דבר זה קאי על מחלוקתן של רבנן ור"י במתני' דרבנן בהכי מחייבי שבועה ור"י פוטר או שדבר זה נחלקו בו דוקא אבל אם היתה יוצאה מתחת ידו של אחד מהן עוד היא במחלוקת פי' בתמיה וכי עדיין יש מחלוקת בדבר זה ודאי דלא דאין סברא כלל לומר שיחלקו חכמים ביוצאה מתחת ידי הא' מהן ודבר זה ידוע למורגל בל' ירושלמי שהוא מדבר בקצרה ובל' בתמיה וסומך על המבין ובזה מדוקדקת מלת עוד האמירה בירושלמי לאפוקי לפ"ד הש"ך היא מיותרת ולא עוד אלא סותרת הכונה שהרי בצבורין ומונחין בין שנ הן אין כאן מחלוקת ול"פ אלא בהיתה יצאה מתחת ידי אחד מהן וגם סוף דברי הירושלמי סותרין את דבריו לכאורה דמשמע פירות ומעות וטעם א' לשניהן שהרי מפרש הדא דתימא באכסנאי כו' אמאי דסליק מיניה

דהיינו קופה מונחת בין שניהם הנך רואה שראיות הירו' היתה עזר כנגדו ותמהני על הש"ך ז"ל איך מלאו לבו לומר שנעלמה מעיני רבי' הגדול הרי"ף ז"ל גמרת הירו' דמרגלא בפומי' כל היום הוא שיחתו ובפ' זה גופי' הוא מביאה וכן רבותינו בעלי התוספת ושאר הגאונים נ"נ דנהירין להו שבילהו אלא כיון דלית מהך ירו' לא תיובתא ולא סייעתא לא' מפירושיהם לא הביאוהו. ומש"ע וגם מהתוספתא קשה על פי' הרי"ף וכו' דהא לא קתני בתוספתא רי"א כל שהפירות בידו וכו' יש לנו כיוצא בה באלו עוברין דמ"ח אלא שתק לי' בברייתא ומהדר לי' במתני' הכא נמי אימור שתיק לי' במתני' ומהדר לי' במכילתא אחריתי שהמשניות והברייתות סומכות זע"ז פעמים שזו מארכת וזו מקצרת ופעמים איפכא וביותר נוסחא זו התוספתא דמוכח מתוכ' דלאו דוקא היא שבזו כתב רא"א אומר אני שאין פועלין נשבעין אלא במעמד חנוני ובגמ' דף מ"ז ע"ב משמע בהדיא דהגירסא לא כך היא וא"ת שזו אחרת היא אמאי לא הביאו' חכמי התלמוד לראי' שר' קיבל דברי ר"ח א"ו לאו דוקא הוא: ומש"ע וגם ע"פ רש"י ק' מל' התוספתא והירושלמי וכו' אם כן אמאי נקט ר"י אבל אם היתה יוצאה מתחת ידו של א' מהן המע"ה וכו' דאל"כ לא הול"ל יוצאה מתתת ידי הא' מהן דמשמע איזה שיהי' וכו' וגם לישנא דהמע"ה יהי' איזה שיהי' עכ"ל כבר השבתי ע"ז לעיל דכיוצא בה שנינו בריש הזהב רש"א כל שהכסף בידו וכו' אף דלא קאי אלא על המוכר ולא על הלוקח אם משך ומ"ש וגם לישנא דהמע"ה משמע יהי' איזה שיהי' אישתמטתי' תלמוד ערוך בפ' המדיר דמ"ו ע"ב דפריך מהא דאמר שמואל כל שנולד ספק ברשותו עליו הראי' מהא דתניא מחט שנמצא בעובי ב"ה וכו' לא הוגלד פי המכה המע"ה ואי דלא יהיב טבח דמי בעל בהמה בעי לאתויי ראי' ואמאי ספיקא ברשות טבח אתיליד דיהיב טבח דמי ומאי פשקא סתמא דמלתא כמה דלא יהיב אינש זוזי לא יהיב אינש חיותי' הא קמן דאע"ג דאפי' אי לא יהיב טבח דמי עליו להביא ראי' אע"פ שאינו הוא המוציא אפ"ה נקט לישנא דהמע"ה משום סתמא דמילתא וכו' הוא הדין והוא הראי' בנ"ד כיון דס"ל לרש"י דקאי אריש דא"ל תן לי בדינר פירות ונתן לו ע"כ ביד בע"ה היא או מונחת בינתים וא"ל היא גופא מנ"ל דקאי אריש ולא אסיפא ממקומו הוא מוכרח מדנקט ר"י בד"א בזמן שהקופה מונחת בינתים אבל אם היתה יוצא' וכו' פי' הקופה הנזכרת דאי אפירות היו יוצאות מיבעיא לי' או היו יוצאים וא"כ אריש קאי דאי אסיפא אין כאן קופה ולא תמחוי שהרי החנוני הוא א"ל נתתים לך והולכתם לתוך ביתך ועכשיו איננו רוצה ליתן לו כלום וקופה זו מה טיבה: ומש"ע וגם על פי' הראב"ד קשה וכו' א"כ לאיזה צורך הוצרך ר"י לומר אבל אם היתה יוצאה מתחת ידי א' מהן וכו' ולא הל"ל רק אם היתה יוצאה מתחת ידי בע"ה פטור עכ"ל וממילא

נפל מכח ההיא דר"ש דפ' הזהב וההיא דהמדיר דלעיל וק"ל וכיון שכבר פירשנו שיהו כל דברי רבותינו קיימין חזרה עטר' ליושנא אבל הרב ש"ך ז"ל ח"מ בדבר זה נוטל מה שחידש כיון שכל חכמי ישראל חלוקין על פירושו וגם הוכחנו למעלה שא"א לקיימו ממילא הדרין לכללין שאין משביעין כלל בטענת שמא אלא באותן שמנו חכמים ובפרט הדינים המסתעפים אין כאן מקום להאריך (עכ"ה):

סימן צב

(**בש"ע סעיף ג**') דשמא מלוה ישנה בסמ"ע סק"ז [סקי"א] הגיה דשמא ספק ונ"ל דא"צ לכך דבגמ' הקשה תחלה אמאי שאמר שמשביעין אותו נגד חבירו לא מהני שבוע' כיון שאתה חושדו לגזלן בממון ומשני דשמא מ"י נמצא דאינו גזלן ופריך אם כן' שבועה ל"ל ומשני שמא ספק מלוה כו'. הרי לפניך דלא איצטריך התלמוד להך סברא דספק אלא לתרץ למה משביעין אצל רבינו לא קאמר כאן שהוצרך לשבועה אלא אומר דאינו חשוד ומועיל לו שבוע' ובזה די כמ"ש שמא מ"י וזהו נל"פ:

(**סעיף ה**) שאם יתחייב שבועה להפטר הטעם דלחובתו מהני הודאתו שחשוד הוא ומש"ה יכול התובע לומר איני מאמינך וממילא אני אשבע ואטול וכתב רבינו בשם הרמ"ה וה"מ שאינו נאמן לומר חשוד אני בנשבע ונפטר כו' פי' דאי לא ניחא לתובע לישבע וליטול יכול לומר איני מאמינך וע"כ תשבע לי ואינך יכול להפכה עלי כי שבועה בנק"ח אין מהפכין כיון שאינך חשוד ואי חייב הנתבע היסת פשיטא שלא יאמין לו דלטובתו הוא אומר דאז נפטר התובע בלי היסת אבל בנשבע ונוטל ודאי נאמן על עצמו לומר שהוא חשוד לחובתו דאי לא ישבע לא יטול ואין כאן היפך כלל כמ"ש פ"ז סי"א:

(**סעיף ו**') אבל אם אמר בודאי רבינו הביא הך רישא בשם הרא"ש והך סיפא בשם הרשב"א וכתב דפליגי אהדדי וכאן בש"ע חזר והטיל פשרה ביניהם דהרשב"א איירי בטוען ודאי וא"ז מספיק דאם כן יאמר שידע בוודאי ויביישו ברבים בזה ונ"ל דהרשב"א איירי מיודעים הוכחה לדבריו דהיינו שאותן העדים שהוא אומר שיודעים מזה הם משמטים עצמם מלהעיד וזה יראה למדקדק בל' הרשב"א ואפשר לכוין גם ל' המחבר לזה שכתב אם יודעים בודאי:

(**סעיף ז**) שכנגדו נשבע ונוטל מה שתמה סמ"ע סקי"ג [סקכ"א] על רמ"א שהביא תי' אחרון תמהני שאין כאן קושיא כלל דודאי אם היינו יודעים כל שהוא ידוע שזה חשוד אז ליכא תקנה להחשוד לפטר לגמרי ומי שברור שאינו יודע שזה חשוד מן הדין א"צ שבועה דה"ל החשוד מ"ש ואיל"מ אלא שא"א לדעת שזה יודע שזה חשוד דמי יוכל

להעיד ע"ז דשמא שמע משום אדם שזה חשוד נמצא מ"ש רמ"א שאינו יודע שזה חשוד ר"ל שאין אנו יודעים שזה יודע שהוא חשוד ומ"ש אבל בלא"ה ר"ל שאנו יודעים בבירור שיודע שזה חייב [חשוד] מש"ה ניחא דחשו חז"ל שמא ידע שהוא חשוד ועשה עצמו כאלו לא ידע ולא שבקת חיי לחשודי' אנשים אלו ע"כ תקנו ששום אדם לא יטול אלא בשבוע' לפי היש אומרים:

(**סעיף י"א**) ומ"מ מחרימין סתם הא דהקשה סמ"ע סי"ח [סק"ל] למה לא יקבל חרם מפורש יפה הקשה ונראה דרמ"א גילה זה במ"ש וא"ז פטור מקבלת חרם דר"ל מ"ש המחבר מחרימין סתם פי' כאן שמקבל עליו זה החשוד בחרם מפורש ואף שהמחבר לא כוון לזה מ"מ רמ"א כוון לזה במש"ל מקבלת חרם ר"ל שהוא יקבל עליו בפי' ואין בזה שייכות ל' מחלוקת כיון שגם סברא הראשונה לא אתי למעוטי מחרם מפורש אלא ר"ל חרם סתם בלי שום ל' של שבועה ובזה ניחא מה שהקשה מסימן פ"ב ס"ט באינו חשוד שאם יאמר התובע אינו נשבע וכו' אלא מחרים סתם הרשות בידו דש"ה שבא להפטר מחרם מפורש ובזה הדין טעו דיכול לומר החשוד או השבע וטול או הוציאני מן החרם מפורש דהיינו קבלת חרם אלא תחרים סתם משא"כ לעיל שמיירי בחרם סתם ומזה א"א לו להנצל ודברי הסמ"ע תמוהים מאוד בזה גם מ"ש שבהיפך שבועה יש קבלת חרם על המהפך כבד שדיתי ביה נרגא בסימן פ"ז סקכ"ב:

(**סעיף י"ב**) ומוציא שטר על היתומים ל"ד למ"ש בסמוך ס"ט בפוגם בשם י"א דכיון ששטר מקוים בידו כו' דהכא עיקר השבועה באה מכח היתומים כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים ונמצא שזה בכלל מ"ש סימן ק"ח ביתומים מן היתומים שמת לוה בחיי מלוה אין אדם מוריש שבועה לבניו כ"ש בדין זה כאן דהוא עצמו בא לגבות מן היתומים וצריך שבוע' נגדו וא"י לישבע וה"ל כיתומים מן היתומים כמ"ש הרא"ש בסוף הנשבעין דאין זה בכלל הבו דלא לוסיף משא"כ בפוגם שטרו דשבועה זו אפי' בדאינו בא לגבות מן היתומים מש"ה אין למידין אותם מדין יתומים מן היתומים והוי בכלל הבו לא לוסיף כו':

(**בטור סעיף יא**) וכתב הרמב"ם שומר ולפע"ד השומר פטור לגמרי אלא שמחרימין סתם וי"ל מ"ש משניהם חשודים דאין שום תקנתא דרבנן ושבקוהו אדאורייתא ומשלם לדעת הרמב"ם דהיינו מחוייב שבועה כו' א"כ ה"נ נימא כן בהאי שומר שהוא חשוד כיון שאין התובע יכול ונ"ל דס"ל להרמב"ם דהא דקיימא לן כל מחויב שבועה וכו' ילפינן מקרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם ודרשינן ולא בין היורשי' פי' היכא שאמרו נ' ידענא ונ' לא ידענא דכה"ג גבי אביהם חייב לישבע ואיל"מ כמ"ש התוספת פרק ח"ה גבי נסכא דר"א א"כ דוקא בכה"ג שהתובע טוען ברי אמרה תורה כן משא"כ בטוען את השומר ספק

וסברא טובה היא לחלק כן דהאיך נאמר שישלם לתובע מה שהוא מסופק לו עצמו אם חייב לו:

(**שם**) והר"ר ישעיה כו' שבועה דאוריית' כו' פי' דאי הי' חייב שבוע מדבריהם כגון בשבועת השותפין דגם אין התובע יכול לישבע ודאי פטור הנתבע כשהוא חשיד דמן התורה [פטור לגמרי רק תקנו שישבע ובכה"ג שבקוהו אדאוריית' מה שא"כ כאן שהוא ש"ד שפיר אמרינן מתוך וכו' וי"ל על הרר"י קושית התוספ' שהעתיק המ"ע ס"ק י"ג [כ"א] דכאן אין שייך הב' תירוצים דשם דא"כ גם השומר לא ישלם מכח חששות אלו ויש ליישב קצת דסבירא ליה כתירוצא דא"כ לא שבקת חיו וכו' ושאני חשוד שומר שיש אפשר שלא יקבל עליו להיות שומר משא"כ לעיל בשאר משא ומתן א"א ליזהר.

(**סעיף י"ד**) כתב הרמב"ם היה חשוד כו' אף שהוא נלמד מק"ו ממ"ש בשמו בסי"א מ"מ קמ"ל דכאן מודה הרר"י להרמב"ם כיון שהוא מדרבנן וכמ"ש לפני זה אלא על הרמב"ם קשה ל"ל לכתבו וי"ל דקמ"ל דל"ת כיון שרבנן חשו לשותפין להשביעו ע"ט ספק משום דקי"ל דמורה היתירא לעצמו א"כ ס"ד אפי' בחשוד חשו לזו ותקנו שכנגדו ישבע דחשיד ליה בכך ויטול וכמ"ש בשם הרמ"ה ספ"ז לענין היפוך שבועה קמשמע לן דלא:

סימן צג

(**בש"ע ס"א טענת שמא**) רבינו האריך בזה וכתב אע"פ שאינו אומר ודאי אלא אומר סבור אני שתפסת משלי נראה דקמ"ל דעכ"פ צריך שיהיה חשוד בעיני התובע עליו מאיזה הוכחה שיש לו ולכך אומר סבור אני כו' אבל אם מודה שאין לו שום הוכחה לחשוד אותו אינו משביעו כמ"ש בסי' פ"ז סי"א לישתבע דחשיד ליה בכך כו': ושם בסמ"ע סק"ג הקשה מריש סי' ר"ך דמשמע דוקא בברי חייב שבועה ותי' דשם איירי בטוענו פחות מב' כסף וא"כ ע"כ צ"ל דשם איירי בשבועת היסת דאי בנק"ח הא פשוט שם אח"כ דצריך ב' כסף והוא תמוה. דסתם שבועת אפוטרופס היא שבועת המשנה ותו דא"כ קשה היה לרבינו לכתוב שצריך לחשוב עמו כדי שיתחייב שבועה בנק"ח אי יטענו עליו בברי ב"כ ע"כ נלע"ד דאותו חילוק דכתב רבי' בריש סי' ר"צ הוא מדברי הרי"ף נ.' הניזקין דאמר התם והלכה כאבא שאול דמינהו ב"ד ישבע מינהו אבי יתומים לא ישבע וה"מ בשמא אבל בטענת ברי כי גדלי יתמי וטעני' עליה וכפר מיהו ודאי נשבע וכ"כ רבינו עצמו אח"כ ומש"ה לק"מ דרבינו מיירי שם במינהו אבי יתומים דהא לא כ' וכאשר ימנו ב"ד אותו כו' אלא וכאשר ימנו ר"ל כל הנימנים הן מב"ד הן מאבי יתומים וע"כ הוצרך לומר אח"כ בברי דוקא:

(**ע"ש והאשה שהיא נושאת**) היא דעת הרמב"ם ורי"ף אבל הרא"ש ס"ל דאשה אינה כן אלא בתביעת כתובתה תליא מילתא וכמבואר בטור ובש"ע א"ע סימן צ"ז וכן עיקר כמ"ש שם בסוף הסי' וע"ש:

(**בשתי מעין כסף**) בשמ"ע סק"ז מביא הסכמת רבינו דבעי הודאה בפרוט' וצ"ע להלכה דבסי' ר"ץ מביא בזה מחלוקת הראב"ד והרמ"ה וברמב"ם לא זכר שום הודאה רק תביעת ב"כ ע"כ אין הכרע מד"ר והר"ן כתב דלרמב"ם א"צ הודאה והיינו מדלא הזכיר כלום פ"ט דשלוחין:

(**ס"ד בטור כתב**) בשם רבינו ישעיה ונ"ל שצ"ל אפי' כפר בכל ותיבת שהוא הוא ט"ס כנ"ל וכן מצאתי וב"י נדחק מאוד בפירושו וצ"ל דהא דבעינן כאן ב"כ הוא לענין שבועת המשנה אבל היסת מיהו בעי אפי' בטוענו פרוטה דהיסת אין לו שיעור וכ"ת דלא תקנו כאן כיון דספק הוא תובעו הא ליתא דכיון שיש כח בספק זה להשביעו בנקיטת חפץ בדורות ראשונים שלא היה היסת ה"ה האידנא אמר תקנת היסת דה"ל כטוענו ודאי והיסת א"צ שיעור ועוד ראיה מדברי המרדכי ס"פ הדייני' דמבי' הנך דמתני' דמשתבע מספק וכתב דיש בכלל זה אם חושד את חבירו ומצא תיבתו פרוצה דצריך היסת ופסק רמ"א סימן ע"ה סי"ו הא קמן דה"ה לענין הנך דמתני' דמשתבע מספק ואין שם ב' כסף דיש עכשיו היסת כנ"ל ברירא דהא מילתא אף כי לא הוזכר בפי' כאן מ"מ דבר ברור הוא כמ"ש:

(**ס"ב**) דא"א מגו לאפטורי משבועה יפה כתב סמ"ע סכ"ו דכאן לא איכפת לו במגו דהעזא כיון שעיקר השבועה אינה אלא מצד תקנת כחכמים שכך כתב הרא"ש להדיא בפרק הנשבעים גבי שבועת שכיר ע"ש דמהני היה מגו דהעזה מטעם זה:

(**ס"ד אע"פ שלא נתן שכר**) פי' דה"א כיון שעשה בחנם ודאי כוונתו לשם מצוה א"כ לא לחשדיה דמורה היתר לעצמו קמ"ל:

(**סי"ג שבועו' שותפין שפחתו**) סמ"ע סקי"ג [סקכ"ד] הביא דברי ב"י וחלק עליו נראין דבריו נכונים אלא שלפי מ"ש הב"י דאין לישבע על תקנת [ת"ק] דהוה כנשבע לשקר חלק עליו בעל הסמ"ע אבל באמת אין הטעם משום דהו' כנשבע לשקר אלא שלא יהא לעז על הב"ד דסברי הבריות הרי נשבע זה על הכל ולא נתנו לו כן וכפרש"י בהדיא ריש ב"מ דף ה' ע"ב מי יהבינן ליהי כולה וא"כ פשיטא דשייך זה החשש ג"כ:

(**ע"ש וישל' שמעון מכיסו**) סמ"ע סק"ד [סקכ"ה] כתב דהראב"ד ס"ל אפילו למאן דפוסק ההפסד לאמצע נראה דמפרש בזה מש"כ בדברי הראב"ד ואינו כן כו' שהוא בדרך זה דמתחלה אמר אלא שאינו מן הדין אפי' אם מודה לרמב"ם דההפסד לאמצע מ"מ אין

משלם כלום מכיסו ואחר כך אמר על עיקר הדין ואינו כן ובהשגות הראב"ד ליתא האי לישנא ואינו כן וכ"נ עיקר ועמ"ש סימן ע"ו [קע"ו] ס"ו והרמ"ה ס"ל ג"כ כרמב"ם לפ"מ שהסכי' להראב"ד דעכ"פ לא ישלם כלום מכיסו ואף שלא הביא כאן המחבר דעת הרמ"ה אלא דברי הרמב"ם לחוד היינו דעיקר הדין הוא בסי' קע"ז לענין הפסד על מי הוא וכאן לא בא רק ללמדינו דעכ"פ מהני שבועה להוציא מכיסו וזה לרמב"ן:

(**ששמעון ידע בודאי**) הב"י פירש דלענין גלגול א"צ טענת ודאי כמ"ש סמ"ע קט"ו [סקכ"ו] ונלע"ד הדברים כפשטן דהא מבואר בסימן צ"ד דמה שתובע מגלגל בספק אין משביעין עליה אא"כ יש רגלי' לדבר וכאן מה רגלים לדבר יש שזה יודע מה הפסיד ובזה מתורץ נמי מ"ש אחר כך אבל אי טוען שמעון שראובן יודע בודאי כו' וסיים עלה או ע"י גלגול ונדחק ב"י סי' צ"ד ל"ל ודאי לגלגול ולפי מ"ש ניחא עיין שם יהיה יכול ליתנו ללוי דמיירי שלא שמעו ב"ד שום הודאה ממנו שיש בידו מעות שותפות עד אותה שעה שטוען שיש ללוי חלק בזה:

(**בא"ע סי' צ**"ז) בסופו הוכחתי במי שבא להוצי' חוב ויש לו ש"ח והלוה טוען שמא תפסת משלי בהיותך שותף עמי אע"פ שחלקו השותפים חייב לישבע: ע"ש:

(**סט**"ו) שאם יברר ראובן צ"ל שזה מיירי במקום שאין שטר ביד העכו"ם על לוי אבל אם בשעת הפרעון ראובן לעכו"ם היה לעכו"ם שטר על לוי ולקחו ראובן מתחת העכו"ם אין לך ברור גדול מזה וכן משמע מסי' קנ"א בד"ר סי' [ס"ט] דשטר היא ראיה וכאן צריך עוד בירור אחר אימור אחר כך פרע לוי לו דא"ל דא"כ היה לו ליקח השטר ממנו דאין זו טענה כמ"ש סימן ק"ל ס"ג ועמ"ש סימן קל"א ס"ו:

(**סט**"ז) והעדים יכתבו ונ"מ דבשטר יכול לטרוף לקוחות של שמעון שהיה להם ליזהר שמא לא יפרע לעכו"ם ודברי הסמ"ע סקכ"ה [סקל"ז] אינם מובנים לי מה חילוק יש בדבר לדינא:

(**בשם מהרש**"ק **בב**"י **ד**"ה **ובן הבית פי' א' מן האחין וכו' עד וטעם רש**"י **וכו**' ול"נ דטעם רש"י דאל"כ היינו אפוטרופס דלעיל פרש"י וק"ל ע"כ):

סימן צד

בש"ע **סעיף א' ויש מי שכתב דין זה** צ"ע דיש לברר ההפוך ותחלה נעתיק הסוגיא דסוף פ' הנשבעין אמר רב הונא לכל מגלגלים חוץ לשכיר ופרש"י על כל שבועה דרבנן מגלגלין חוץ משכיר שהיא עצמה אינה מן הדין אלא להפיס דעתו של ב"ה וכ"כ התוס' בשם ר"י בטעמו דשכיר לפי שאינה מן הדין וכתבו ע"ז ואף על גב דע"א מעיד על כתובה שהיא

פרוע דנשבעת כדי להפיס בעלה כדאמרינן בכתובות מ"מ שייך גלגול דאינה פטורה מן הדין אלא מגזירת הכתוב דאין נשבעין על שעבוד קרקעות עכ"ל וקודם לזה כתבו דעת ריצב"א דרב הונא לאו דוקא נקט שכיר אלא ה"ה שאר נשבעין ונוטלין דתני מתני' בהדי שכיר דנשבעין נוטלין אלא דקמא נקיט והטעם בהנך כיון דהטעם שהשבועה לטובתה אין מגלגלין וא"נ לריב"א ובת"ה סי' שכ"ד כתב מי שבא לו היפוך שבועה ורוצה המהפך לגלגל עליו תביעות אחרות דאין מגלגלין כה"ג די"ל תקנתא לתקנתא לא עבדינן דהיפוך שבועה דרבנן נמי תקנתא הוא הכי משמע במרדכי פרק הדיינים ולא עבדינן תקנתא אחרינא אבל בסמ"ג במצות לדון בין תובע לנתבע כתב בשם רש"י דהיפוך שבועה כיון דברצון הנתבע לא חשיב בהו תקנתא לתקנתא וכו' ואחר כך מייתי ראיה בת"ה מספר ריצב"א שזכרנו כמ"ש בדין זה דאפי' התם נשבעין ונוטלין דקבעו חכמים שבועה זו עליו אפ"ה הואיל שבשבועה זו נוטל אין מגלגלין ולפר"י נמי משמע קצת כן היפוך שבועה נמי חשיב שלא כדין דלפי הדין הו"ל לישבע או לפרוע עכ"ל והנה ראיה הא' פשיטא דאין בה ממש כיון שהסמ"ג בשם רש"י ס"ל מגלגלין אין כח לפסוק נגדם ובפרט להוציא ממון ומפר"י שכתב ת"ה ל' מסופק שהרי כתב משמע קצת ולע"ד נראה דאין שם דמיון כלל דהאיך כתב בהיפך שלא מן הדין דמ"ש מן הדין הוה ליה לפרוע או לישבע אדרבא מדין התורה פטור בכל אלא שרבנן הטילו עליו היסת ושיהא הנתבע יוכל להפכה לא הוי תקנתא לתקנתא כמ"ש הסמ"ג אבל לא הצריכו לעשות משום תקנה לגלגול בהיסת דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תיקון וכמ"ש הרי"ף שם וממילא יש בה כח לגלגל כמו בשל תורה ועוד ק"ל על ראיה זו דת"ה דהיפך שבועה הוי שלא כדין כמ"ש דאם כן ה"ל לרב הונא לומר חוץ משכיר ומהפוך שבועה והא חזינן דהוצרכו התוספות לתרץ הא דלא חשיב ע"א מעיד על הכתובה שנפרעת ל"ל חשבה ודחקו עצמם לתרץ ע"ז ולא ר"ל דחשיב שכיר וה"ה ע"א בכתובה אף על גב דחד טעמא לשניהם להפיס דעת הבעל אע"ג [אע"כ] דקשה להו הו"ל לרב הונא למינקט בפי' גם ע"א בכתובה בשלמא לפי' ריצב"א דס"ל ה"ה שאר הנשבעין ונוטלין לק"מ דקמא נקיט כמ"ש התוספת להדיא מכל מקום משמע דאי לאו דקמא ה"ל למחשבי' ואם כן ע"כ עיקר ראיית הת"ה מפי' ריצב"א דס"ל ה"ה שאר נשבעין ונוטלין והא חזינן דלא קי"ל הכי דהא דוקא בשכיר קיימא לן דאין מגלגלין כמו שכתבו הפוסקים להדיא וכן נראה כוונת הב"י שהביא ראיה של ת"ה וכתב עליו וז"ל ומיהו הביא הסמ"ג דס"ל מגלגלין עכ"ל ובר מכל זה נראה לי תמי' דהיאך שייך כאן תקנתא לתקנתא דאם כן קשה היסת גופיה תקנה היא והיאך תיקנו שם גלגול הא הוי תקנת' לתקנתא אע"כ כדפרי' דהגלגול לא הוצרכו לעשות תקנה בו אלא ממילא

נתהוה גם מדברי הרמ"א משמע דלא החליט הפסק אלא כתב לשון יש מי שכתב כו' ונראה דאין לעשות מעשה להוציא ממון ע"פ פסק זה:

(**ע"ש אבל שכיר**) הטעם נתבאר בדברי רש"י ור"י כמ"ש בסמוך לעיל דהשבועה זו שלא מן הדין רק להפיס דעת הב"ה וטעם הסמ"ע בזה תמוה דהא מפורש כמ"ש:

(**סעיף ב**') אם טוען טענת ספק ונתחייב כו' ומבוא' באשר"י פרק השואל דה"פ שטענת הנתבע על הגלגול הוא ספק והוא נתחייב שבועה ממקום אחר ס"ד דלהוי חויב שבועה ואי"ל ומשלם הגלגולים אלא אין מגלגלין בזה ונ"ל דיש חילוק בזה דהכא דהוא טוען ספק בענין שצריך היסת על הגלגול בפני עצמו כגון איני יודע אם אני חייב לך דעכ"פ מהני הגלגול הזה שישבע בנק"ח גם על הגלגול כמו על עיקר השבועה ומש"ה ניחא מ"ש סימן צ"ג סי"ג ויגלגל עליו שאינו יודע בודאי סכום הפחת כו' דקשה הא איתא כאן אין מגלגלין בשמא דנתבע אלא ודאי כמ"ש וכאן לא אמרו אין מגלגלין אלא דלא הוי מחויב שבועה כמ"ש ולפ"ז הא דכתב רבינו בסי' ע"ה סי"ח וכן אם טענו מנה כו' והיסת על הגלגולים באמת צריך שבועה חמורה אף על הגלגול אם זה רוצה שיעשה על שניהם שבועה אחת אלא דלא נחית שם לזה דלא בא ללמדינו רק דלא הוי מחויב שבועה ועי"ל (ואי"כ) בשביל זה דלא שייכא להדדי ותו נ"ל דכאן מיירי שהגלגול דספק דנתבע בענין שלא היה עליו היסת בפני עצמו כגון איני יודע אם הייתי שותפך בזה לא מגלגלין וכמ"ש ב"י על דברי סה"ת בשם הראב"ד ואם פקח הוא יטעון על הגלגול איני יודע.

(**סעיף ו**) או השבע על כל דברים אלו נ"ע דכיון שטוענו תובע בגלגול בברי מדסיים ע"ז שישבע על הכל ויטול א"כ ל"ל גלגול להיסת הא בתביעה בפני עצמו יתחייב ג"כ היסת ולא ידעינן שום אופן שיהי' פטור מהיסת רק בטענת תובע בספק כמ"ש ס"ס ע"ה וכאן אייריי בברי ודוחק ליישב דמיירי שמהפך עליו בספק שישבע התובע דחשיד ליה בכך כמ"ש סימן פ"ז סי"א דאין זה משמעות ל' של ישבע ויטול דמשמע שאחר שבועתו ראוי ליטול ונ"ל ליישב דאי' פ"ק דקדושין דע"ח [דכ"ח] עד היכן גלגול שבועה דא"ל השבע לי שלא נמכרת לי בע"ע סד"א אם איתא דזבין ליה בע"ע ה"ל קלא ומ"ה אין יכול לגלגל עליו קמ"ל דאפ"ה מגלגלין ומפרש הראב"ד דהוא מרא דדין דבסעיף זה דאף דקמ"ל דיש בזה גילגול ומ"מ אם יהיה תובעו בפני עצמו מהני סברא זו דאם איתא דזבין ה"ל קלא דא"צ לישבע היסת ודמיא להההיא דס"פ המקבל אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם הא יש רואה יביא ראיה ויפטר ואיתא התם דמידי דאית ליה קלא חשיב כסהדי דק"ו היא כיון דמועיל סברא זו דאם איתא הו"ל קלא לענין להוציא ממון כדאיתא סי' קפ"ז כ"ש הכא לפוטרו משבועה ולאוקמי אדין תורה ועוד ראיה לזה דהא ר"ן דתיקן היסת אמרינן

הטעם בפרק הדיינים דמ"מ משום חזקה א"א תובע אא"כ יש לו עליו ואיתא ברפ"ב דכתובות נשים בשאות בתולות אתרע רובא משום דא"א דהוה בתולה ה"ל קול דרוב הנשואות בתולות יש לה קול הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא וא"כ כ"ש שנאמר מכח הך הוכחה דא"א כו' דאיתרע החזקה של אין אדם תובע כו' דרובא עדיף מחזקה ואפ"ה איתרע לה וא"ל א"כ למה סבירא ליה לקצת פוסקים דישבע היסת בההוא דין דבתולה כמ"ש בא"ע סימן ל"ו הא ל"ק דשם יש ג"כ רוב דמסייע לאשה דרוב נשים נישאות בתולות ואוקי רובה להדי רובא ואשתייר חזקה דר"נ לענין היסת זה שפיר כתב כאן המחבר דבזה לא מצי הנתבע לפטור את עצמו מן הגלגול במה שהיפך השבועה על עיקר הטענה אלא חייב לישבע מכח הגלגול או יהפך הכל על חבירו כן נראה לפי עניות דעתי:

סימן צה

בש"ע ס"א אבל הקדש לעניים בתשובת הרא"ש כלל י"ב דהאידנ' כל הקדש של חולין הם דאינו אלא לענייי:

(**סעיף ד**') להד"מ דברי המחבר תמוהין שפסק נגד הרמב"ם טור וכמ"ש הסמ"ע צריך להגיה בדבריו להד"מ חייב בהיסת ואם טען שאבד פטור וכ' המ"מ הטעם שפטור אפילו בהיסת כיון שהתובע א"י בברי שאין השטר עדיין ברשותו ולפ"ז אם הוא טוען בברי שהוא ברשותו עדיין ודאי צריך היסת וכמ"ש סי' שי"א סי"ד [ש"א ס"ג] ובזה ניחא לי מה שיש להקניות לפ"ד הרא"ש בסי' צ"ג דאמרי מגו לאפטורי משבועה ה"נ יהיה פטור בטוען להד"מ במגו דנאבד ולפמ"ש ניחא דהנתבע ירא שמא יטעון התובע ברי לי שעדיין יש השטר בידך וע"כ אין מגו בזה ואף שרבינו כתב כאן ולא נהירא לי על דברי הראב"ד היינו שאין נשבע מספק כדין שאר שבועת שומרין:

(**בטור ס**"ו) ורבינו חננאל פסק כר"א כו' כתב ב"י לא ידענא כו' ואית' בפ' המוכר את הבית דף ס"ו ר"א אומר כל המחובר לקרקע וכו':

(**ס"ט והראב"ד השיג עליו כו**') ואם פטרוהו משבועת פשיע' משבועת שאינו ברשותו לא פטרוהו תימא לי לפ"ז מאי פריך בפרק הזהב מבני עיר ששקלו שקליהן כו' דלמא התם מיירי משבועה שאינו ברשותו עדיין וחותני הגאון מהר"י השיב לי ע"ז דס"ל להראב"ד כרב האי שמביא רבינו בסי"ד דאין שום תקנה של שבועה על הקדישות ואין בזה כלום דרב האי כ"כ לפי המסקנא דבגמ' דאין נשבעין על הקדשות ס"ל לרב האי דאפי' היסת א"צ אבל מ"מ הסוגיא דפריך המקשן הקדש אהקדש ממה שמצינו שנשבעין על הקדש

בזה ודאי צ"ע מאי פריך דלמא ההיא שבועה על שאינו ברשותו עדיין (א"ה נלע"ד לתרץ דהתם פשיטא ליה לש"ס דהתם ע"כ לאו בשבועה שאינו ברשותו מיירי אלא בשבועה שלא פשעתי בה וכדפרש"י ריש דנ"ח נשבעין לגיזברין שלא פשעו בהם מדקתני נגנבו או נאבדו ולא קתני הלה אומר נגנבו או נאבדו משמע אפי' איכא סהדי דודאי נגנבו או נאבדו אפ"ה נשבעין וא"כ לאו שבועה שאינו ברשותו היא ולהכי דייק רש"י למימר שלא פשעו ול"ק סתם שבועת השומרין דהיינו שבועה כנגנבה א"ו בדאיכא סהדי מיירי ודוק ע"כ):

סימן צו

בש"ע סעיף א' ובא עד אחד אף ע"ג דבסי' ע"ה פסק המחבר דנשבע ע"פ טענת ספק כשיש ע"א תי' ב"י דהכא גרע טפי בתביעת קטן ותמוה זה דהא בשבועת השותפין משביעין בטענת שמא והיינו דמעמידין אפוטרופסים כמ"ש בסמוך ולא גרע קטן מגדול בטענת שמא ולפד"ר נכון הוא שכתב דהרמב"ם ס"ל בע"א בטענת ספק פטור משבועה דאורייתא וכן כתב המ"מ בהדיא דס"ל לרמב"ם כרבו שהוא ר"י הלוי שכתב רבינו בשמו כן בסימן ע"ה והב"י חלק על רבינו וכתב שבפ"ד מגזילה כתב היינו כו' מאוד תמוהים דבריו בזה דאדרבה איתא שם בדין י"ג שהקשה הראב"ד עמ"ש הרמב"ם ביש ע"א שגזל וב"ה אומר שכלי גזול הוא בידו ה"ל מחויב שבועה וכו' הא אין כאן טענת ברי ותירץ כיון דראו הכלי בידו ה"ל ברי והרמב"ם ס"ל גם כן הכי ובמשמעות ל' המ"מ שם:

(**סעיף ד**) **לפיכך עדים** כל האי לפיכך מיותר הוא לגמרי ונראה דנפקא מיניה אפילו אם רוצין לכתוב זמן בשטר וה"א דאין כאן היזק דהא יכול אחר כך להתברר שהי' קטן בזמן השטר מ"מ לא יעשה כן:

(**סעיף ו'**) אשת איש שנתחייבה וכו' פי' שיש תועלת עכשיו בשבועתה דהיינו שבועה שאין הפקדון ברשותה לא מהני לומר כל אשר לה הוא של בעלה משא"כ במידי דלית עכשיו תועלת כגון שתשבע שאין לה במה לשלם אין משביעין אותה כיון שכל אשר לה היא של בעלה ומ"ש בשם הרא"ש אשה שנתחייבה שבועה בשביל ש"ח שמחוייבת לשבע שם מיירי בפנויי' ובזה ניחא מה שהקש בית יוסף התשובות אהדדי:

(**ע"ש אבל אין בעלה**) כתב ב"י בשם סה"ת אם יש עדים שמעות עצמן של הלואה או מה דאתי מחמתיה קיים בוודאי שנפרע מהם המלוה עכ"ל וראיתי למוהז"ל שלמד מזה באם חייב לוה אחד להרבה בע"ח ומאחד מהם לקח סחורות בהקפה אם הם בעין או מה דאתי מחמתיה קיים אין לאחרים חלק בהם וכ"כ רבינו סי' ק"ח וסי' ר"פ ס"א בשם

הרמ"ה וכ"כ רי"ף בפרק אע"פ גבי מורדת עכ"ל ל"נ כן דודאי גבי לוה מיד שבא המעות לרשותו אף שהם בעין מ"מ אין עליהם שם מלוה שנאמר אלו מעות של פלוני דהא מלוה להוצאה נתנה רק שהמלוה יש לו שעבוד עליהם ע"כ לא עדיף משאר מלוין שיש להם ג"כ שעבודים עליו משא"כ בהך דסה"ת דהבעל אין לו שום שעבוד ע"ז הממון שבא מחמתיה דמלוה אף שהוא בעין על כן אין לבטל שום זכות בו ובזה מדחיא ג"כ שאר ראיות הנזכרים שם שאין להם שום דמיון ללוים שיש להם שעבודים כנ"ל:

(**בטור ס"ס זה ושואלין אותו איך נתת סי' כו**') בס' ב"ה נוסף עוד על תשו' גאון זה שם ואע"פ שאין לשמוע בד"א ביחידות מ"מ בעבור תקנה גדולה זו שאני: כתב בערוך ערך היסת שאשה שנשבעה בשביל מעות משביעין אותה לפי כבודה ולא דומה לסוטה ע"כ ונראה דלא נתכוין אלא שלא לבזותה כסוטה אבל מ"מ לא נגרע דינה מאיש דהא אית' בפ' הכותב האי אתתא דאתחייבא שבועה בבי דינא דרבא אמר בע"ד תיתי ותשתבע במתא כי היכא דתכספא כו':

סימן צז

(**סעיף ו**) ויש להם דין כו' פי' מיד שסלקם מהמחובר ה"ל מטלטלין ואפי' שליח ב"ד אסור למשכנם. כדין כלי אוכל נפש ועוד ה"ל מטלטלין דצריך להחזיר בשעת מלאכ' וזה אף בכלי שאין אוכל נפש כמבואר בסעיף שאח"ז:

(**סעיף י"ב בהגה**) וא"צ להחזיר ואע"ג דקי"ל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני שאני הכא דאמר רחמנא השב תשיב רבתה התור' השבות הרבה ולא משכחת לה אלא דמחזיר כלי יום ביום וכלי לילה בלילה ומהכא נפקא לן דקני הכי אמרינן בתמור' דף ו':

(**סעיף י"ד**) אלמנה בין שהיא צ"ל דה"ה כל פנויי' גרושה ובתולה אלא שדבר הכתוב בהוה שדרך אלמנ' להיות בעלת משא ומתן ואין זה מדרכן של בתולות ויש לו הוכחה ממתני' דהמקבל אלמנ' בין שהיא ענייה בין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה ר"ש אומר עשירה ממשכני' אותה עניה אין ממשכנין אותה מפני שאתה חייב להחזיר לה ואתה משיאה שם רע בשכנותי' פי' של זנות וא"כ כל פנוי' בכלל. רש"א אומר אין ממשכנין אותה וא"כ כשתאמר לת"ק דוקא אלמנה לחוד יש איסור יש כאן ב' פלוגתא וסברות הפוכות דלת"ק שהוא מחמיר בעשירות מקיל בגרושה ובתולה ולא מחייב רק באלמנה ור"ש דמקיל בעשירה יחמיר בגרושה ובתולה ובמתני' לא שנינו רק פלוגתא אחת והוכחה כזו מצינו בדברי המ"מ בפ"ג דמלוה אמ"ש הרמב"ם דאיסור חובל הוא

באלמנה אפי' בשעת הלואה והקשה הוא עליו דא"כ לר"ש אמאי אוסר בענייה משום שם רע הא חובל בשעת הלואה א"צ להחזיר וכ"ת דבהא נמי פליגי דלר"ש חייב להחזיר אפי' בחובל בשעת הלואה ולת"ק א"צ להחזיר בחובל בשעת הלואה א"כ קשה היה להם לחלוק בתרתי ולא מצינו מחלוקת אלא בעשירה לבד עכ"ל וא"כ קשה מק"ו היכא דהוה סברות הפוכות בפלוגתייהו היה להם לחלוק בפירוש בתרתי אלא העיקר דלת"ק נמי אין חילוק בין אלמנה ושאר

(**סעיף כ"ד אצ"ל שלא תטול**) פי' שאין פוסקין לה ליטול אלא אפי' תפיסתה לא מהני להבא ולא מיירי לשעבר והסמ"ע ס"ק נ"ו דחק עצמו בחנם:

(**ע"ש מיהו אם מעות נדונייתה**) לפי מ"ש הסמ"ע סקנ"ח דלהבא משמע ומש"ה ניחא כו' תמהני דלא תיקן כלום דעכ"פ מה שמותר על המזונות יגבה הב"ח כמ"ש בא"ע סימן נ"ג והמותר ליורשים ודכוותה כאן לב"ח וזה סותר מ"ש אח"כ דאינו גובה כלל מהנדוניא ונראה לפע"ד דכוונת רמ"א דאף לדעה דס"ל דב"ח גובה ממעות נדוניא שכ' המחבר בסעיף כ"ו ומ"מ מודה לענין מזונות שתוכל לתפוס ממעות נדוניא שברשותה רק המותר לב"ח ואח"כ בסעיף כ"ו הביא דעת י"א דאינו גובה כלל מעות נדוניא כנ"ל שהכריע רמ"א בפי' הדיעות האלו ומש"ה לא כתב כאן הי"א כמ"ש בסוף אלא דכאן הוא אליבא דכ"ע ואם הכניסה לו בית בנדונייתא לכ"ע אין ב"ח שלו גובה מבית זה דהא בא"ע סימן כ"א בסי"ד יש דעות במכירת צ"ב במטלטלין משמע דבקרקע כ"ע מודים דמכרו בטל וכ"כ בא"ע סימן קי"ח בשם תשובת הרא"ש ונ"ל דאי חשבינן להך קרקע שהיה ממושכן לשמעון כו' כאלו הכניסה לבעלה בנדונייתה הרי לא חל שעבוד עליו כדרך שלא יוכל למכרו עכ"ל:

(**בטור סי"ח**) אבל אית ליה תרי משמע שאע"פ שעושה מלאכה בתרווייהו מ"מ שרי למשקל חד דליכא למימר דלא עביד אינש אלא בחד מדאמר ברישא דוקא דלית ליה אלא חד וע"כ דעביד ביה עובדא דאל"כ פשיטא דשרי למשקל מניה אע"ג דעביד ביה ע"ז אמר אבל אית ליה כו' משמע נמי דעביד בתרוייהו וכן מוכח אח"כ דקאמר ודוקא כו' אבל כלי אומנות והיינו ידעביד בתרווייהו דהא גבי סידור ג"כ פשוט דאין מסדרין לו באותו שמונח בטל אצלו ומ"ש דלא עביד עבידתא דמתזן מאגרא נמי מיירי דעביד בתרווייהו אלא דלא מתזין מאגרא ואפ"ה שרי למשקל חד וא"כ קשה מהתוספתא שהביא המ"מ שהעתיק הב"י שהיה לו ה' ראיות אינו רשאי לחבול ואפי' א' מהם ואם נאמר דהתוספתא מיירי דכל הראיות הם לצורך ספיקו קשה הא די אם נניח לו ב':

(**ע"ש פרות המרכסות**) פי' להסיר הקליפה מן התבואה שנתייבשה:

(**בסכ"ה בית הערב**) וכל אלו כצ"ל ואח"כ שם דין הערב ולהנך [ואנך] כדין הלוה כנ"ל:
סל"ה [**סכ"ד**] ואח"כ נאמן לומר פרעתי הוצרך לזה דלא תקשה אי מלוה בשטר הוא הא אף אם לא יחזיר לו מ"מ יוכל לתבוע אותו בשטר מאי אמרת שמא יטעון במשכון שהחזיר א"כ אף בעדים נחוש כן ואם מלוה ע"פ הוא הא ודאי מעיקרא מהימניה ללוה בע"פ את המעות ואמאי לא יאמין לו עכשיו ע"כ כ' רבינו דאף אם יש לו שטר מ"מ יכול זה לומר פרעתי השטר כו':
סמ"ח [**ס"נ**] **כדרך שאחד מכל אלו אינה בכלל השבת העבוט כו'** ט"ס הוא דאמאי פשוט לו השבת העבוט טפי מסידור וצ"ל בכלל לא תבא אל ביתו וזהו פשוט בגמ' וכן הוא בסה"ת שמביא וגם מדברי הרמ"ה דהשבת העבוט שוה לסידור:
(**בשם מהרש"ק** (**בסימן צ"ו**) **בב"י ד"ה ומ"ש אם תובעין לקטן כו'** עד כז"ה בהגדיל הקטן ודלא כמשמע מפרש"י בהגוזל דף צ"ח בהא דאכפיה רפרם לרב אשי כו' ובכתובות פרש"י בעצמו בע"א והוא עיקר וכך מוכח בהגוזל דקי"ב גבי קטנים מי מחייבי וע' בסוף ש"ת ר"מ מפאדווא ע"כ):
בטור מצות עשה להלוות וגדולה הוא יותר מן הצדקה פי' אם יש לפניו ב' מצות האחד לתת לעני מתנה ב' להשאיל לעני יעסוק תחלה בהלואה לעני דאותו שנצרך לקבל מתנה כבר הורגל בכך ומשתדל לו בקלות משא"כ זה שאין דרכו לקבל מתנות אלא להלוות:
(**סעיף ד' ואפי' עשיר**) קשה למה אמר כאן לפי שעה ולא אמר סתם כמו בריש הסימן ותו מאי שייכות יש למ"ש ולההנותו אף בדברים מאי שייכות לזה כאן ונראה דיש לו ב' דיוקים בקרא דאם כסף תלוה את העני וגו' דסמוך העני לב' דברים אלו משמע דגם לעשיר יש מצוה מה שאין נוגע לב' דברים אלו דהיינו אם כסף דוקא כסף יש לעני ביחוד מצוה משא"כ להההנותו בדברים וליעצו כראוי יש מצוה אף לעשיר תו יש דיוק דדוקא סתם הלואה שהיא ל' יום העני קודם משא"כ הלואה לפי שעה יש בה מצוה אפי' לעשיר וע"כ אמר מצוה להלותו לפ"ש כלומר ולא בסתם שהיא ל' יום:
(**ס"ז שלא לצורך**) ונראה פי' דאם מוציאה לאותו הענין ששאלה מן השואל אפי' הוא מאבד אין כאן איסור כי ע"ד כן הלוהו ואם מוציאה שלא על אותה הענין שהלוהו ואינו נאבד ג"כ אין איסור כי לא הלוהו דוקא על עסק זה אלא היה סבר דמסתמא יעשה לאותו עסק שגילה לו וכל שיש לו קיום להמעות לא איכפת למלוה אף אם ישנה מה שאמר בפניו אין איסור אלא אם ישנה מן הצורך שהלוהו לכך והוא מאבדה באותו עסק. אבל בבית הערב מותר למשכנו ק"ל כיון דאמרי' בס"פ ג"פ ומביא לקמן סי' צ"ח ואין יורדים לנכסי הלוה עד שיתבעו והטעם בגמ' כיון דנכסוהי דבר אינש אינון ערבאין ואין הערב

משלם אלא שיתבע ללוה תחלה ושם ודאי אין חילוק בין קרקע למטלטלי דמטלטלין ודאי ג"כ אין לדיין להוריד למלוה קודם שיתבע דאל"כ היה לחלק בזה שם וא"כ קשה מנ"ל למדרש מקרא לביתו ולא לבית הערב כיון שראינו שכבר אסרה התורה למשכן לנכסים והם ג"כ ערבים וכ"ת יתורא לא מצינו למדרש אלא בערב קשה הא אמרי' בגמ' לצד שני לביתו ולא לשכר כתף ולשכר גמל כו' ונ"ל לתרץ דיש ב' יתורים בההוא קרא תיבה דלביתו דהל"ל לבית ע"כ צריך לנו ב' דרשות הא' בענין ההלואה עצמה שיש ג"כ היתר דהיינו גבי ערב והשנית שלא מעסק הלואה כלל שזכר הכתוב משאת מאומה אלא מידי אחרינא דהיינו שכר כתף וע"כ אמר בברייתא לצד שני ולא אמר ד"א כדרכו של תנא בשאר דוכתא אלא נתכוין שיש דרוש אחר שלא מענין הא' כלל דהיינו הלואה דבגווה משתעי קרא ובהא ניחא עוד מה שהקשה בברייתא למה לא כלל היתר דערב עם שכר כתף אלא עשה ממנו שני צדדים בשני בבית:

(**סל"ד**) וא"כ נאמן לומר פרעתיך בהיסת במגו דהחזרתי [ק"ל] עכשיו נמי שמחזיר לו המשכון למלוה למה לא יהא נאמן לומר פרעתיך דהא לא נתן המשכון שלא יהא הלוה נ"ל פרעתיך אלא בשביל שימצא לגבות חובו ובמה נתבטל ממנו הזכות הראשון שיהא נאמן לומר פרעתי דהא כאן מיירי בחוב ע"פ דאי בכתב פשיטא שאינו נאמן לומר פרעתי בכל גווני מטעם דשטרך בידי מאי בעי ונראה דדעת הר"י ברצולי בזה מדאמר לו אל תחזיר לי המשכון אלא בעדים והוא בכלל זה גם לא ישלם לו המעות אלא בעדים דהא משכון במקום מעות קאי עכשיו:

(**בסוף הסימן וקשה לדבריו כיון שצריך להניח כו**') לפי תי' ב"י קשה עדיין דחזינן דהרמב"ם ס"ל דמצע לאו היינו כסות לילה דהא במצע פסק שיניחנו ובכלי לילה כתב שיכול למשכנו רק שיחזירנו בלילה אלא ודאי דמצע צריך לו אפי' ביום וק' דבמתני' אמרי' ומחזיר לו הכר בלילה ומצע היינו כר כמשמעות כל הפוסקים:

(**ע"ש סי' צ"ח**) אם החייב מודה פי' לאפוקי דבכתובה דאמרי' בפ' הנושא דף ק"ד שאם שהתה כ"ה שנים ולא תבעה אמרי' דאחולי אחלו ובעי לאפלוגי שם דהיינו שאין הכתובה יוצא מתחת ידיה אבל אם הכתובה יוצאה מתחת ידיה גובה לעולם אבל בב"ח אינו כן אלא גובה שלא בהזכרה פי' שלא זכר לתובעו אפי' הכי גובה לעולם אפי' אין ש"ח יוצא מתחת ידי רק שהחייב מודה מ"מ אין כאן הוכחה שמחל לו וכל זמן שלא אמר בפי' שמחל לו לא הפסידו אא"כ אם הלוה טוען שמלוה מחל לו בפי' ואין הש"ח יוצא מתחת ידו ואין לו דין ודברים עליו וכ"ה לשון רבינו שכתב ולא אמרי' שמחל וכו' שאנן לא אמרי' כן מצד הוכחה שלא זכר לתובעו משא"כ אם טוען שבפי' מחל לו בודאי נאמן

וזה פשוט לענ"ד אלא שהסמ"ע סק"ב כתב ואם טוען שמחל לו דלא מהני וכן ראיתי עוד למוחז"ל שכ"כ מטעם דאין מגו דפרעתי וקרעתי השטר שמא יוציא הלה השטר ויהי' שקרן אומר אני דלא דקו כלל בהאי מילתא דמי היה מכריחו לומר פרעתי וקרעתי השטר הא ודאי הוי סגי לומר פרעתי לחוד והי' נאמן כיון שאין השטר לפנינו ה"נ בטען מחלת לי בפי' ובכל טענה שבעולם שאפשר לו להפטר ודאי מהימן כל שאין השטר לפנינו אפי' יוצא מתחת ידי אחר ולית דין צריך בשש דלא איירי כאן כלל מהכחשה אם מחלו בפי' או לא אלא באומדן דעת מדלא תבעו זמן הרבה אמרי' שבודאי מחל לו החוב בלב כמו גבי כתובת אשה שמסתמא מחלה אף שלא אמרה כן בפי' מ"מ בב"ח אינו כן זה הנלע"ד פשוט ושגגה יצא מלפני השליטים ולא דקדקו לעיין במקור דין כל הצורך ומ"ה סמך רבינו לזה עוד דין דכתב כל נכסים כו' דגם שם יש חילוק בין כתובה לש"ח ועל הכל סיים רבינו וכ' דלא אמרי' הכי אלא בכתובה:

סימן צח

(**סעיף ז'**) בש"ע שמא תכסיף י"ל כי יגבה המלוה קרקע נמי ליחוש שמא לא ישביח השד' שגבה ויתקלקל כי הוא יודע בעצמו ששטרו מזויף ולא השאר השדה בידו ודכוותי' מצינו בסי' ק"ט שצריך לכתוב באדרכתא והכרנו ששדה זו היתה מנכסי המת דאל"כ פסול דחיישי' היורש בטוח שיחזיר ויקח את שלו מתחת ידו ולא ישביח שדה זו וה"נ אמרינן לענין חזקה בסי' קמ"ה דכי אכלי רצופים לא הוי חזקה דלא אכלי כדאכלי אינשי ולא חש בהפסדא דארעא שאינו שלו וי"ל דלא חיישינן כאן להפסד דלא שכיח כאן כיון שאנו רואין שטר ברור בידו אלא בגביית מטלטלין דודאי יוציאה כמו שהוא דרך העולם במטלטלים אלא שיש לך לומר שיחזיר ויגבה ממנו אמרי' בודאי צריך שתהא אותו הגבייה בלי הפסד בעולם כיון שהמטלטלין לא ישארו בודאי בידו השתא נמי ניחא גבי קרקע אמאי מניחים לו לאכול הפירות שמא לא יהיה לו ממה לשלם אחר שיברר הלוה שהשטר מזוייף דיש לומר כיון שהשטר ברור בידו לא חשו חכמים אלא להפסד דוקא כליא קרנא דלוה היינו במטלטלין משא"כ בפירות:

סימן צט

(**בהגה סעיף א**) **במקום חזקה** אע"ג דבסי' ע"ח אמרי' מגו במקום חזקה תי' המ"מ במקום חזקה אלימתא כנזכר לא אמרי' מגו לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו עמ"ש בסמ"ע סי' (מ"ד) [מ"ז] סק"ד בפקדון שבידו כ' ריב"ש סי' תפ"א אם כתב בשטר

שיפרע כל זמן שיתבענו פלוני המלוה וחייב המלוה לאחרים יכולים האחרים להוציא ממנו החוב אע"פ שהמלוה אינו רוצה לתובעו:

ע"ש עד שיביא ראיה משמע דשבועה לא מהני לא שבועת הלוה ולא של אותו פלוני שאומר עליו שהוא שלו:

(**סעיף ב**) צריך לקיים שבועתו א"ל דהא הוי זה כנשבע שלא לפרוע ואין השבועה חלה די"ל שכיון שאין דין קדימה במה שאינו בעולם ואי בעי לא עסק אח"כ בהרוח' כלל ונמצא שיכול לישבע שיתעסק לב"ח המאוחר ובזה השבועה חלה ובזה מתורץ מה שהקש' הסמ"ע סק"ח למה לא נתן טעם משום קדימת מטלטלין:

(**סעיף ג**) אם ידוע בעדים וכו' בטור כתב בחפץ ידוע שהוא של ראובן ובסמוך גבי עשוי להשאיל כתב ויש לו עדים שהי' שלו היינו מעיקרא היה שלו והיינו כדברי הסמ"ע ולא כדברי בדק הבית שכתב עמ"ש ברישא צריך להחזיר לו ואמאי דלמא מכרו לו לשמעון וי"ל כיון ששמעון אינו טוען כן אנן לא טענינן עכ"ל וזה אינו כיון שחזקה שמה שתחת יד אדם הוא שלו ודאי אמרינן שמכרו לו על ידי כתב: בסב"ה במ"ש הסרסור צריך שבועה איני יודע שבוע' זו למה כיון שאין הבע"ה טוען ברי וי"ל דה"ק אם טען ברי חייב שבועה ואי לא חייב חרם סתם וקיצר במובן עכ"ל (הובא בב"ח) זה אינו שהחזקה שזכרנו הוי כטוען ברי ממש וכן משמע דעת רמ"א שפסק סתם צריך שבועה:

(**ע"ש ויש לו עדים**) כ' רש"ל בזה א"צ שהלוה יהא מודה דאי מודה אפי' באין עשויין להשאיל ולהשכיר הוי של ראובן שיש עדים שהיו שלו וכתב הטור דדוקא ב' עדים בעינן אבל עד אחד לא מהני והקש' הסמ"ע הא כל היכא שמהני ב' עדים מהני נמי ע"א כל שאינו מכחישו פי' כשב"ח טוען אמת שהיה שלך אלא שידוע שאתה מכרתו לזה הסרסור בזה נימא דגם כשיש ע"א שהיה שלו הדין עם שמעון כמו אם הי' לו ב' עדים שאינו מכחיש העד ותירץ דגם אם היה לו ב' עדים היה הסרסור חייב לישבע שלא קנאו משמעון ע"כ לא מהני ע"א כך היא כוונת הסמ"ע:

(**סעיף ד**) והוחזק התובע נ"ל דאי הוחזק קאמר דהא ודאי די בידוע לב"ד יחוד:

(**בטור ס"ד ששבועה זו תקנת הגאונים**) קשה הא איתא בסימן קע"ו סכ"ד בנשבע לב"ח אחד הוי שבוע' לק' וא"כ ל"ל טעם זה הא אפילו בשבועת הגמרא אמרינן כן וי"ל דהתם מיירי שכבר נשבע אבל לפי האמת אם אמרו לו תחלה אל תשבע אלא בפנינו ודאי צריך לשבע בפניהם כיון שהשבועה מן הגמרא משא"כ כאן דאפי' לכתחלה א"צ:

(**בטור סי"ט**) דמספר כתובה ילפינן יש להקשות הא כתב רבינו בסי' צ"ו סעיף ל"א אף אם התנה המלוה שיאסור את גופו וכו' נראה דהתם כתב כן שלא ברצון חכמים ואינו

עושה כראוי והכא שאני דתקנת חכמים לכתוב כן ומש"ה אמר דמספר כתובה ילפינן ר"ל דהיינו הנוסח הוא כך:

סימן ק

(**בש"ע סעיף א**') שאלו היה לו מטלטלין הל' מגומגם דמה טעם בזה אשלפניו ונרא' דה"ק שאלו היינו יודעים שיש לו מטלטלים לא היינו פוסקים עליו שיתנם דרך משכון אלא דרך גבייה והיינו מיד וא"כ א"א לומר שתקנת ב"ד של נתינת הזמן היה באופן שיתן משכון מטלטלין דהא בזה א"צ לבא לידי נתינת משכון אלא ע"כ שחכמים לא תקנו שיתן לו משכון וח"ל ממ"ש בסי' ע"ג סי"ד במכירת משכון דבעינן ל' יום מיום התביעה דשאני התם דהא מעיקרא אתו לידו בתורת משכון ולא בתורת גבייה ע"כ לא ימכרנו עד שימתין לו ל' יום מיום התביעה ויכול לפדותו ועיין בסי' ע"ב סי"ד בסמ"ע שם:

(**שם אומרים לו עשה שליח**) הוצרך לזה מפני שיאמר המלוה למה חששתם לתקנת הלוה טפי מדידי אמרי' ליה לך יש תקנה דעשה שליח:

(**ע"ש שמא יבריח**) לפמ"ש בסי' ע"ג דאפילו בתוך הזמן יכול לכופו לתת בטחון על החוב ואף שמלשון רבינו משמע הכא דוקא דקאי על הגיע הזמן פרעון נראה דהיינו אפי' לדעת מאן דס"ל בסי' ע"ב דא"י לכופו מודה כאן דהגיע הזמן

(**סעיף ג**') כותבין אדרכתא מיד ל"ד לסי' צ"ח דממתינים צ' יום דג' חלוקות בדבר דכשהוא בחזקת כשרות די לנו בזמן ל' יום ואין אנו מצריכים כלל צ' יום מטעם שמא לא מצא מעות ואם הוא מסרב אין לו שום זמן ואם הוא אומר אתינא ולא בא אנו צריכים לחקור אח"ז אם הוא עושה כן מטעם שאינו רוצה לציית ודחוי קמדחי ליה או מצד שמבקש מעות וע"כ בזה אין כותבין כלל אדרכתא עכשיו אלא מנדין אותו אם יחוש לנידוי לא ניכתוב אדרכתא ואם לאו דינו כמסרב וע"כ בהא דהכא שאומר תחלה מזויף ונתנו לו ל' יום ולא הביא ראיה הוי כמו שמתחיל השתא לתבוע אותו ע"כ כיון שלא בא ואמר אתינא מנדין אותו ואחר שיתברר שאינו חש בנידוי יהיה דינו כמסרב בזה אמרו שא"א להוודע שאינו חש בנידוי והוא מסרב אלא אחר צ' יום מטעם שמבקש מעות וסברא זו אנן לא פסקינן כן לדעתינו אלא סברא זו מועלת להאי מלתא לחוד שלא נחזקיהו במסרב במה שלא חש בנדוי כיון שיש לו עכ"פ תי' כל צ' יום ולזה מועיל התירוץ דוקא אבל כל שברור לנו שהוא אינו מסרב בהא ודאי סגי ל' יום לחוד והיינו הך דסימן ק' כנלע"ד אף שב"י וסמ"ע לא פירשו כן:

סימן קא

מחרימין כתב בשם ב"י ומיהו יקבל בחרם שאין לו מעות משמע דלא סגי בחרם סתם אלא הוא עצמו מקבל עליו בחרם:

(**סעיף ד**) **מופקדות ביד אחר** פי' אע"פ שיש לו קרקעות ומטלטלין ב"ח:

(**בהלואה**) הסמ"ע סק"ח כתב מכח אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח משמע במקום שאין ב"ח היה יכול לגבות מן הלוה ותמוה הוא דהא מסיק הרמ"א קודם הזמן ובזה אין חילוק דאפי' בלא ימצא ביד הלוה כלום אינו יכול לטרוף מהלוה קודם זמן וזה פשוט בסימן פ"ו ס"ט ובת' הרשב"א סי' אלף קכ"ב ליתא שם להאי קודם זמן שזכר רמ"א ושם הוי שפיר טעם דאין נפרעין ממשעבדים כשיש בעל חוב דהיינו שיש ביד הלוה לשלם מקרקע והלוה דלוה יש לו מעות אין מוציאין מזה לזה מדרבי נתן כיון שעכ"פ אפשר להשלים מהלוה קרקע וזה פי' אחר הז"פ של לוה דלוה אבל בדברי הרמ"א שכתב קודם הזמן א"א לומר כן אבל צ"ע על הרמ"א ג"כ למה כתב קודם הזמן שהוא דין פשוט ואינו נזכר בדברי הרשב"א והי"ל לכתוב כדברי הרשב"א ושם אין חילוק בין קודם זמן אלא לחלק בין יש ב"ח או לא וצ"ע ומ"מ לדינא נראה פשוט כמ"ש:

(**סעיף ה**) יכול להגבותם ק"ל דלמא ימחול ללוה כמ"ש סי' ס"ו ושמא לא יהיה לו אח"כ לשלם וג"כ א"ל דא"א לו למחול דמשועבד מדר"נ כמ"ש סימן ס"ו דהא כתב רמ"א אפי' יש לו שאר מטלטלין ובכה"ג לא הוי דינא דר' נתן ונרא' דמיירי במעמד שלשתן שאז אינו יכול למחול כמ"ש סי' צ"ו או ביש לו קרקע ואז אם ימחול יגבה קרקעותיו:

(**סעיף ו**) **דבמוכר סחורה** לפי הטעם שכ' הריטב"א דאנן סהדי וכו' כמ"ש סמ"ע ס"י דמהני קשה דהא בהדיא כתבו התוס' בריש המוכר פירות ד' נ"ב בב"ח דאדעתיה דזוזי אוזפיה וא"כ מנ"ל לחלק בין מכר להלואה:

(**סעיף ט**) **למכרה מיד** מ"ש הסמ"ע סקי"ב שעכשיו אין קונה מ"מ שמין אלו בא א' לקנותו כמה היה נותן לא עמדתי על דעתו דא"כ יהי' נעילת דלת בפני לוין דמה יעשה המלוה במידי דלית ביה קונה שצריך לזה ותו דהרא"ש כתב בכלל ח' ד"ח שלא יהא שום דיחוי בדמים דא"כ נעילת דלת בפני לוין ואפי' בהקדש אמרי' אין להקדש אלא מקומו ושעתו וזו היא שומא דב"ד שמין את הנכסים כמה הם שוין למכור מיד שברור שימצא המלוה קונה במעות ועוד ק"ל במ"ש רמ"א בסי' ק"ט ס"ב בשעת מגפה כו' ויש חולקין וכו' מטעם דאז אין שעת מכירה ולדברי הסמ"ע הא שמין כאלו בא א' לקנות גם לא הרגשתי בראייתו מסי' ק"ג דהתם בודאי עושים השומא בזול כפי הקונים הנמצאים

שם מ"מ אפשר שאפי' באותו זול לא ימצא מי שיקנה אז יקבלנה המלוה ע' דברינו סי' ק"ט תמצא לענין הלכה הנלע"ד:

(**בטור ס"א**) כיצד ראובן ק"ל ל"ל האי גוונא הל"ל בקיצור היינו שראובן ושמעון חייבים זל"ז ומת א' מהם ובאים היתומים לגבות החוב מהלוה שלהן במטלטלין והם א"צ לשלם ע"כ יגבה אותם קרקע כי היכי דלהדר ולגבי מנייהו דהכי אמרי' בהדיא בגמ' פ"ב דכתובות דף ק"י ואע"ג דהך גווני דנקיט רבינו הוא בגמ' פ' מי שהיה נשוי מ"מ קשה דהתם מעשה שהיה כך היה אבל רבינו דאתי לדינא ל"ל כולי האי וכ"ת (ונראה) דקמ"ל רבותא אע"ג דהחוב של הלוה ליתמי בא מכח מכירת קרקע א"כ האי ודאי אדעתי' דזוזי נחית תחלה בשעת מכירה דאי אדעתי' שקיל קרקע היה מחזיק קרקע שלו כמ"ש ב"י בשם הריטב"א מחודש ס"ג כיו"ב קמ"ל דאפ"ה יוכל להגבותה קרקע מכח פסידא ובזה מתורץ ל"ל שפייס בזוזי הא אפי' בטרף קרקע הוי הדין כן אלא דגם בזה קמ"ל רבותא דאע"ג דאיהו שילם חוב היתומים בדמים וגילה דעתו שרוצה להחזיק לעצמו ארעא וליתן להיתומים מעות אפ"ה יכול לתת להם אח"כ קרקע ובתוס' תירצו קצת בענין אחר ל"ל לפייסם:

סימן קב

במקום עידי עידית לא עמדתי על טעם דין זה דלפי טעם הסמ"ע סקי"ג אנן אמדינן דעתו קשה הא קי"ל דברים שבלב אינן דברים ולכל הפחות בעינן גילוי מלתא כמ"ש התוס' פ' אלמנ' ניזונית דף צו ד"ה זבין וכ"כ רבינו סי' ר"ד הגע עצמך אם יחייב עשיר את עצמו במתנה ונחסר אח"כ מעשרו קצת היוכל לחזור מן המתנה והא איתא סי' רצ"ג סי"ג [סי"ב] דדוקא בדבר מסוים שנאבד אז ההפסד על המקבל כו' ומטעם שנוכל לומר שלך נאבד וזה אינו שייך כאן ובגמ' שמוציא דין זה שם לק"מ דאיתא בפ' א"נ דף ס"ו ההיא גברא דקביל עליה אחריות ח"ל אי טרפו מנאי מגבית לי מעידי עדית א"ל מעידי עידית לא מגבינא לך דבעינ' למיקם קמאי אלא מגבינא לך מעידית דאית לי לסוף שטף מיא עידית וע"ז אמר שם דמצי א"ל השתא קיימי עידית במקום עידי עידית ונמצא דדוקא בזה שהיתה אמירה בפי' תחלה דהוא רוצה להחזיק אצלו השדה היותר טובה וע"כ יהיה כן גם עכשיו וע"כ לומר דאל"כ לא היה לבעל הגמ' להביא זה כל עיקר מ"ש תחלה שהיה מבקש ממנו עידי עידית כו' שזה לא היה רוצה לתת לו אטו בעל הגמ' כי רוכלא לחשוב וליזל מידי דלא צריך ליה אע"כ כמ"ש וא"כ קשה מ"ש המחבר האי דינא בקיצור בלי שום גילוי דעת תחלה. שוב ראיתי להרש"ל בפ"ק דב"ק סי' י"ג שכ' על דברי הטור כו'

וק"ל אמאי אינו גובה מהעידי' הנשארי' קיימים במקום עידי עידית מאחר שהוכחנו שאפי' בכותב לו סתם יכול לגבות אפי' מעידי עידית ובשני נוסחאות ראיתי בל' זה התנה עמו לפרעו מן העידי עידית וכו' וכ"ש שיש לתמוה למה גובה מבינונית ומסקנת רש"ל לחלוק על רבינו דכשכותב לו עידית גובה ממה שימצא עידית אצלו ועפ"ז אמרתי אני בלבי דאותה הנוסחא שהביא רש"ל הוא אמת בקצת אלא שיש עדיין שם דילוג וכצ"ל התנה עמו שלא לפרוע מעידי עידית אלא מן העידית ונפסדו כו' נמצא מכוונת דברי הגמ' שזכרנו והכל ניחא בס"ד:

סימן קג

(**סעיף ד**) **לטורף בנכסי לוקח** החילוק שכתב סמ"ע סק"ה בין לוקח ליתומי' הוא מדברי המ"מ שהביא הב"י אבל מדברי רבינו לא משמע כן שהרי הביא דברי הרמב"ם הכא על הבא לפרוע מנכסי לוה משמע שמפרש דברי הרמב"ם דנקיט טורף נכסי לוקח לרבותא דאפי' גבי לוקח שטורפי' ממנו בע"כ הוויין שלוחים לדידי' ומכ"מ בטל נמצא שאין חילוק רק בין יתומים לב"ח הן אם באים לגבות בנ"ח ממנו הן ממשעבדי וירא' הטעם דביתומי' הוויין הב"ד אביהם של היתומים ובמקומם הם עומדין ע"ב אין עליהם שם שליחות משא"כ בגביית ב"ח הוויין כשלוחים וכן מבואר בהרי"ף שהביא המ"מ בפ"ב ממלוה כנ"ל לדעת רבינו וכיון שהמ"מ כתב על דברי עצמו וכ"ז אינו שוה לי מהראוי לפסוק כדברי רבינו:

(**סעיף ו**) **שאם עבר הזמן** מה שהקשה סמ"ע ממשכון מטלטלין נראה דלק"מ דשאני מטלטלין דלהוצאה ניתנו לא הוי כח בשעת מכיר' למכור כי שמא יוציאם הלוקח ולא יוכל אח"כ לברר אם הם שוים יותר משא"כ בקרקע דהיא לפנינו ויוכל לברר שמכר בדין ושאינו שוה יותר ומ"ש הסמ"ע דכאן מיירי עפ"ג שמאין הוא תמוה דודאי לא הוי שתיק מזה:

(**סעיף ז**) אם נהגו שלא לירד בד"ר משמע דאף במקום שאין מנהג לבטל הדין אין לדון כך כמ"ש בשטר שיכול לירד בלא ב"ד וכן הוא מבואר בתשו' הרא"ש כלל ס"ד דין י"ג שכתב תחלה שהולכין אחר לשון הכתוב בשטר מיהו בנדון זה נ"ל דלאו כל כמיניה וכו' ומדברי המחבר כאן לא משמע כן וצ"ע ומ"מ נראה אפי' לסברת המחבר (א"ה אם אין ט"ס איני יכול להולמו הא אדרב' המחבר מעדיף כח השטר ע"כ) דגם בזה שומעין לשון השטר כל שאין מנהג לבטל דל"ד לענין אם כתוב בשטר שידון עמו בדין העכו"ם שאין שומעין לו בשום מקום כמ"ש בסי' כ"ו ס"ג דשאני הכא דאין האיסור רק משום שלא

נתנה התורה רשות לירד לנכסיו וכו' וכיון דהוא קבל עליו שירד לנכסיו יוכל לעשות כן משא"כ בדיני עכו"ם שאין בידם להתנות אכל מידי שהוא עבירה למקום:

(**סעיף ח**') מנכין לו רבינו כתב זה ביתומים מטעם שצריך שבועה כ' בסב"ח דלאו דוקא נקט יתומים וסמ"ע כתב ע"ז סקי"ב דיש רבותא ביתמי ונ"ל דה"ה בב"ח שצריך שבועה אלא דקמשמע לן אפי' ביתמי דהשבועה באה ע"י שמא נראה דמיירי שכבר עשאו שומא והכרזה בחיי אביהן רק שלא הספיקו להורידו לתוכה עד שמת האב ונשאר מחוסר שבועה נגד היתומים דשמא אח"כ פרע לו אביהם דאל"כ תיפוק לי' הא כתב בסמיך דקודם שומא והכרזה אין לו בה כלום:

(**סעיף ט**') אינו נוטל הוצאתו בענין מה שחולק הסמ"ע סקט"ו עם המחבר מי נקרא מוחזק נלע"ד כפסק המחבר ויש ראיה ברורה מתלמוד ערוך פרק לא יחפור דף כ"ד אם העיר קדם לאילן קוצץ האילן ואינו נוטל הדמים ואם האילן קדם קוצץ ונוטל דמים ספק איזה קודם קוצץ ואינו נוטל הדמים ופרכינן שם מאילן הסמוך לבור דמספק לא יקצוץ כלל ומשנינן התם ספק והכא ודאי פי' התם ודאי למיקץ קאי הלכך מספיקא נמי אמרינן יקיץ ואי משום דמי אמרי' לי' זיל אייתי ראיה דאילן קדם ושקיל ה"נ כאן כיון דמ"מ שומא הדרא אלא שיש ספק בתשלומין אמרינן זיל אייתי ראיה ושקול וא"ל ממ"ש בס"י היכא ששמה לב"ח שיש פלוגתא בגמרא רב אחי ורבינא וקי"ל כדברי המיקל והיינו שהדין עם הלוקח הא ל"ק דשם יש ספק בעיקר החזרה שיחזור השדה או לא בזה ודאי הדין עם הלוקח דלא יחזיר משא"כ כאן דהחזרה ודאית רק שיש ספק בתשלומין הוי ממש כההיא דלא יחפור שזכרנו ודברי המחבר נכונים הם. (א"ה יש לי להשיב בעד הסמ"ע דל"ד דהתם ממ"נ צריך לקוץ האילן תחלה קודם שיקבל הדמים דבהדיא אמרי' שם אם האילן קודם קוצץ ברישא והדר יהיב דמי וכיון שכבר קצץ צריך אח"כ להביא ראיה על הדמים וכן בפרק המקבל דף ק"י ביתומים אמרו אנו השבחנו דעליהם להביא ראיה כיון דאפותיקי מיירי וע"כ הב"ח גובה תחלה הכל ארעא ושבחא והדר מסלק להו בדמי שיעור שבחא הוא נקרא מוחזק וכמ"ש רש"י שם בפי' וכ"כ התוס' והרא"ש והטור סימן קט"ו ושאר פוסקים ואף הב"י גופיה כ"כ בעי' קט"ו מחודש ד' ומה שהוכיח הש"ך בסי' קט"ו דא"כ לאו דאפותיקי הוא דלא"ה מ"ט דר"ח הוא תמוה מאוד בעיני דהא ר"ח ס"ל דבארעא מסלקינן להו ואהא קאמרינן ולא היא מדר"נ ההיא דר"ן באפותיקי היא כדמסיק בהדיא בגמ' כיון דס"ל לר"נ (לר"ח) דבארעא מסלקינן להו ע"כ הם מוחזקין וז"ב כשמש וממילא משמע נמי דברישא נמי ע"כ באפותיקי מיירי אף דלח פריש לה עד לבסוף מדתני טעמא בהא דארעא לגוביינא קיימא דהיינו שמשלם במעות וסתמא

דגמרא הוא דמפרש ואזיל פלוגתייהו ואף לפ"ד ל"ד דהתם גובה בלא נתינת המעות לאפוקי הכא אינו מסתלק מן הקרקע עד שיתן לו דמיו תחלה והב"ח מוחזק בודאי ע"כ נלע"ד דברי הסמ"ע עיקר ע"כ:

(**ע"ש נשבע ונוטל**) כדין כל היורד ברשות י"ל על מה ישבע הא ביורד ברשות אמרינן בסימן שע"ה דידו על העליונה אם השבח יתר על הוצאה נוטל את השבח ואין שם שבועה כמ"ש בהדיא סימן שע"ה וכאשר נתבאר שם וא"ל דמתחלה שקיל הוצאות והמותר משבח נוטל חלקו דהא אמרינן ביורד ברשות הוי כאריס כמ"ש התוס' ורשב"ם בפרק ח"ה דף מ"ב ונראה פשוט בכמה מקומות דלא נטיל הוצאות תחלה כדאיתא בפרק א"נ דף ע"ז שיש חילוק מי שנותן הזרע ש"מ דבמקום שהאריס נותן הזרע היא משלו וכן איתא בפרק המקבל דף ק"ג איזה הוצאות הם על האריס ואיזה על הבע"ה וכן משמע בכולי דוכתי דאם השבח יתר על ההוצא' לא שקיל ההוצאות לחוד רק בכלל השבח הוא וא"כ אין כאן שבועה רק אם הוצאה יתירה על השבח ובעי למישקל הוצאות וח"כ קשה כאן על מה ישבע דהא נוטל השבח אף אם הוא יותר על ההוצאות ונלע"ד דהכא אם יש שבח יתר על ההוצא' אין נוטל רק הוצא' דהא כל אותו המותר הוי דינו כשבח דאתי ממילא דמחזי כריבית אע"כ דה"ק שנוטל לשבח דהכא מחמת הוצא' כשיעור ההוצא' וע"ז נשבע ונוטל וא"ל הא אמרו סתם כיורד ברשות דמי דהל"ק ע"כ לאו לגמרי קאמר כיורד ברשות דמי דהא אם ההוצא' יתיר' על השבח לא גבה כל ההוצא' דהא בהוציא ולא השביח אינו נוטל הוצאותיו וביורד ברשות ודאי נוטל ההוצא' [אע"כ] אע"ג שלענין שנוטל ההוצא' קאמר דהוי כיורד ברשות דצריך ג"כ שבוע' ולא אמרי' כאן כיון שהי' ברשות א"צ שבוע' כנ"ל:

(**ע"ש כגון שנתיקר**') כיון שהטעם משום ריבית לאו דוקא נתייקרו ה"ה השביחו ממילא גוף השדה וכ"ש לפי מ"ש אפי' בשבח היותר על ההוצא' אינו נוטל ויש מי שהקש' על מ"ש דהא דנוטל ריבית גמור. א"כ היאך אוכל המלו' פירות ולא קשה מידי דדוקא אם זה מקבל מעות אפי' (טפי ממה) כמה שנתן מחזי כריבית אף שבאמת מקח גמור הוא מ"מ אסור משום מראית עין:

(**סעיף י**') ומכרה הב"ח אע"ג דלא עדיף מגברא דחתי מחמתיה מ"מ במכרה או נתנה לא אמרי' כן והטעם מבואר בתוס' דאע"ג דאמרינן בעלמא מאי מכר הראשון לשני כל זכות שתבא לידו מ"מ שאני הכא שמן הדין אף הוא א"צ להחזיר אלא משום הישר והטוב הלכך הב' לא מהדר אך ק"ל מההיא דסימן שי"ב דהמשכיר צריך להודיעו להשוכר ל' יום קודם זמנו שרוצה להוציאו ואמר שם ג"כ המשכיר לאחר יכול השוכר לומר ללוקח לא

עדיפת מגברא דאתית מיניה כשם שהוא לא היה יכול להוציאנו בלא הודעה תחלה כן גם אתה ומ"ש מהכא והא גם התם אין האחד מחוייב להודיע מן התורה וי"ל דשאני התם שפשע במה שלא הודיעו משא"כ כאן שלא פשע מידי לא תקנו כאן משום הישר והטוב:

(**ע"ש מת והורישה**) בדברי רבינו כתוב דוקא שהורישה לאחד מיורשים והוא לשון מגומגם לכאור' דמשמע שיש עוד יורשים ובזה כ' אח"כ דלא הדרא וצריך לתקן דה"ק לאחד שהוא מיורשיו ולעולם אין שם יורש אלא הוא ואפ"ה הוי כמו מתנה:

(**בהגה**) ונפל לא' חלקו לא בינת אדם לי להכריע ולעצור במילין לא אוכל לא ירדתי לסוף דעת הרא"ש בזה דע"כ לא אמרינן בגמ' דהלוקח לא מהדר אלא בלוקח מב"ח דבזה לא תקנו הישר והטוב אבל באחין שחלקו תיכף שנפל' בירושה לפניה' הויין כולה במקום אבוהון ועלייהו רבעה המצוה דשומא הדרא וכ"א שוה בזה לא אמרינן בגמ' האחין שחלקו לקוחות הן אלא לענין החילוקים שביניהם עצמם כגון מחזירין זה לזה ביובל בפ"ק דגיטין דכ"ה ולענין בא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם בפ"ק דב"ק משא"כ לגבי אינש אחרינא וראי' מריש הגוזל ומאכיל דאמרי' מת והוריש לבניו לא הוי שינוי רשות דקי"ל רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי והא התם איירי מיורשים רבים דהא הגוזל בתרא את בניו תנן ואפ"ה לא מחשבינן אותם ללוקח נגד הנגזל אלא ע"כ כיון דכולם נתחייבו להנגזל נגד אביהם לא מהני חלוקה דידהו ה"נ מ"ש וא"ל דשם מיירי בלא חלקו ביניהם דהא רבא לא משכח ?פרוקא שם אמאי פטורים והוצרך לומר חסורא מחסרא כדפרש"י שם ואמאי לא אמר דבמתני' איירי שחלקו אלא ודאי דחלוקת' לא מהני לגבי הנגזל וה"נ לענין הלוה כאן:

(**ע"ש וי"א כשמתה**) עיין סימן קי"ב מזה:

(**סעיף יא**) היה ברשותו בדברי רבינו לא נתברר ולא כתב או שנאבד ואדרבה מיעט' במ"ש ברשותו דאז דוקא לא הוי שומא משא"כ בנאבד דהוי שומא ולא הדרא אם מכר' וכ"ת הא בנאבד איתא ברשות' דמפקיד כמ"ש סי' רצ"א וא"כ לא הוי שומא וי"ל דמ"מ על הנפקד להשתדלו ליד המפקיד כיון דבפשיעתו נאבד וע"כ היתה השומא בלי טעות משא"כ אם הוא ברשותו דאז אין מקום כלל לשומא וכ"כ ב"י בשם רש"י ור"ת אלא שהב"י עצמו כתב בשם ר"ן ור"מ דה"ה נאבד ותמהני שכתב כאן כסברא אחרונ' דמהראוי להקל כדעת רש"י דמספק קיימא לן קולא לנתבע דהוי שומא ולא הדרא אם מכר' הראשון:

(**ואם רצה מלוה**) אבל הלוה אין יכול לכוף לשום אדם שיחזיר לו אם מכרה או הורישה דאיהו הפושע שלא נתן מעות ואפילו אשתכח שלא ידע אז מהמעות מ"מ כיון דלפעמים

חביב לאדם טפי מעות מזומנים ומגבה לבע"ח קרקע הוי שפיר עליה שם שומא ולא הדרי ביה כי זבניה או הורשה:

סימן קד

(**סעיף א'**) מיהו כשבא לגבות וא"ל שמא המאוחר יקלקל השדה כדחיישינן סימן צ"ח כי בתשו' הרשב"א סי' אלף קי"ח כ' דלא חיישינן לקלקול קרקע אלא במקום דחיישינן לזיוף השטר שכבר נפרע וכו' כההיא דסימן צ"ח שהוא טוען שהשטר מזויף. אבל אם המלוה [הלוה] כו' הלשון משמע אפי' אם עדיין לא נתן אין המוקדם יכול למחות מליתן אלא דהב"ד לא יעשו כן שלא יעשו אחרים כן ויזיקו ואמת שכן הוא ברשב"א סימן אלף קי"א אלא דקאי שם כדעת במהר"ן ולא סבירא ליה מי שבזבז נכסיו שיש לו כח למלו' לעכב עליו אפילו תוך הזמן כמבואר שם וכיון שיכול לעכב עליו כמ"ש בסי' ע"ב (ע"ג) הכי נמי ודאי יכול למחות שלא יתן להמאוחר וצריך עיון על רמ"א בזה ובתשו' מיימוני ספר משפטים סימן מ"א כתב אי תפס לוה [מלוה] גופא ע"ש:

סימן קט

(**שמעון להיורש**) אבל אם הוא משכון ביד המלוה יכול לומר בתחלת ההלואה הלויתי יותר משויו לפי שהיה חביב בעיני ונ' דאע"ג דבסי' ע"ב ס"כ פסק רמ"א זה הדגן דהמחזיק אומר בתחלה היה בלבי שאם לא ישלם לי אזי אחזיק לעצמי הכלי כי הוא חביב לי מ"מ שומעין כאן להיורש כיון דהיורש מוחזק וכבר פסק רמ"א שם דהמוציא מחבירו עליו הראיה:

(**סעיף ג' כגון בשעת המגפה או בשעת מלחמה**) יש כאן תימה גדולה בב"י שמשם לקוח דין זה דז"ל הב"י כתב על הרשב"ץ על קרקע של יתום שנמכרה בזמן שהיה מגפה חזקה בעיר מכר זה בטל דאע"ג דקי"ל אין להקדש אלא מקומו ושעתו וה"נ למכר כמ"ש האחרונים היינו בזמן שנעשה המכר בזמן הראוי למכור אבל זה שמכר בזמן שאין ראוי למכור הוי כמוכר בלא אכרזתא והכי מוכח בפ' שום היתומים דתנן עבדים נמכרים בכסותן לשבח וכו' וכן מרגליות ופרה ומשמע דוקא כה"ג שא"א שישביחו בלי שום מעשה יותר ממה שהם שווים עכשיו מזבנינן להו במקומו ושעתו אבל בנדון זה שאם ימתינו עד שיעבור זעם המגפה ישוב למקומי השער בלי שום מעשה הוי כמוכר בלילה או שלא בשעת הכנסת והוצאת פועלים עכ"ל ואין דבריו נ"ל מההיא מתני' גופא שהביא הוא לראי' הזה הוא תשובתו דקתני וכן פרה אם ממתינין לאטליז משובחת והרי הכא

א"צ מעשה להשתבח ואפי' הכי קתני אין להקדש אלא מקומו ושעתו ודבר זה פשוט ואגב חורפיה לא דק וסעד מצאתי לדברי בת' הרשב"א שכתב אשה וב"ח שבאו לגבות מקרקע בזמן שהוזלו מפני מלחמות אין שמין להם אלא כדהשתא כדגרסינן בפ"ק דב"ק מי שהיה לו בתים כו' עד ואי לא שקלי כיוקרא דלקמיה וכל שכן כאן דאין ידוע עד כמה תשלוט המלחמה ושמא אף אם תשקוט לא יתייקרו כיון דהוזל זול עכ"ל ב"י והנה תחלה נבאר דברי הרשב"ץ והרשב"א הנ"ל דבערכין פרק שום היתומים איתא במשנה אע"פ שאמרו עבדים נמכרין בכסותן לשבח שאם תלקח לו כסות בל' דינר משבח מנה וכן פרה אם ממתינין לה לאטליז פי' ליום השוק משובחת היא וכן מרגליות אם מעלין אותו לכרך משובחת היא אין להקדש אלא מקומו ושעתו פי' רש"י אף ע"פ שאמרו עבדים נמכרים בכסות לשבח כסות יפה שלהן משובחת ומעל' דמיהם כגון גבי נכסי יתומים שאם תלקח לעבד כסות מל' דינר הוא משבחו מנה על דמיה שהוא שוה עכשיו אין לו להקדש אלא מקומו ושעתו בעבד ופרה שמעריך עצמו ומך ונדון בהשגת יד ולפי מה שיש לו נותן להקדש והיה לו עבד עכשיו שוה ך' זוז אין רואים כאלו לוקחין כסות בל' זוז ומשביח מנה ונמכר בק"ך זוז נמצא דמי עבד יתירים צ' זוז וכי יתן זה להקדש אלא כפי שעתו שמין אותו וכן פרה וכן מרגלית בכפר אין שמין אותה אלא לפי מקומה זה הוא ראיית רשב"ץ וראיית רשב"א מדאמרינן פרק קמא דב"ק אי שקלית כדינך שקול כמו השתא ואי לא שקול כיוקרא דלקמיה והתם קאי בתשרי זול ארעא ובימי ניסן יקרי ארעא שמע מינה דלפי הדין משלם לו כזולא דהשתא וכ"ש כאן כדמסיים לעיל והנה ב"י והרמ"א עשו מחלוקת בין רשב"ץ לרשב"א ול"נ דאין כאן מחלוקת ולתרץ גם כן קושית הב"י על רשב"ץ דה"ק רשב"ץ דבשעת המגפה אין שם שער כלל דאין לך אדם שמוכר באותו העת אלא ממתינים עד עבור המגפה וא"ל הא גם בערך פרה דהוי שער אע"פ שאפשר לו לעשות יותר טוב דהיינו שימתין ליום השוק שיהיה שם ואפ"ה מזבין ליה כדהשתא בהקדש שאני התם דעל כל פנים קרוי שער דיש מוכרין בלא יומא דשוק אלא דרוב אדם ממתינים עד יומא דשוקא מ"מ גם בשאר יומא יש שם שער מ"ה ל"ק כלל מפרה לענין אטליז ולא זכר הרשב"ץ זה דהוא פשוט בעיניו אלא דמכח עבד בכסותו דבשער של עכשיו יכול למכור ביוקר ואם כן ה"א דאם לא לקח לו כסות הוה כאין לו שער בלא זה ואפ"ה אמרינן דמזבין ליה כדהשתא בלא כסות לזה תירץ דשאני התם דמחוסר מעשה הוא הך קניית כסות ואפשר דאינו רוצה לעשות המעשה ומוכרו בלא כסות ע"כ הוה ע"כ שם שער עליו רק שהוא מוכן על תוספת ריוח שיהיה מחמת כסות משום הכי מזבין כי השתא וכן בשעת המגפה ב"מ לא מחוסר מעשה כלל ובודאי ישוב השער כבראשונה

הוי כאין לו שער כלל כי אין לך אדם שמוכר כלל אלא ממתינים עד שיבא השבח ממילא ובזה מתורץ קושית ב"י והרשב"א אינו חולק על דין מגפה אלא דמיירי בשעת מלחמה דיש ג"כ שער אלא דאינו טוב כמו אחר המלחמה ואין אדם ממתין מלמכור עד אחר מלחמה דאינו יודע קץ לזה מש"ה הוי שער אפילו בשעת מלחמה כיון שאין שער אחר להמתין לו ועפ"ז אינו מיושב מ"ש הרמ"א להשוות מלחמ' לדבר דבמלחמה יש עכ"פ שער ובדבר ב"מ אין שער כלל ובטל המכר וכן יש להורות ולא כדעה הראשונ' לפ"ד הרמ"א. ולא כי"ח אלא כמ"ש:

סימן קי

(**בש"ע ס"א**) שקיבל עליו לדון בד"י דאל"כ מי ציית לך העכו"ם שלא להוציא חובו וא"ל דהעכו"ם ממתין ברצון בשביל הריבית דאם כן קשה דאין שייך לומר אין נזקקין לנכסי קטנים דמשמע בלא ריבית אוכלת אין נזקקין דהיינו שאין פוסקין כן ואם כן יש אחד שרוצה להוציא אלא שאין נזקקין לו:

(**סעיף ד' קטנים שצוה מורישם**) בטור כתב ודוקא בציוה בשטר שכ' בכ"י תנו מנה לפלוני וניכר שהוא כת"י אבל אם צוה בעדים אין נזקקין שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד וקטן כשלא בפניו דמי עכ"ל וכתב ב"י דאף ע"פ שאין מקבלין עדות נגד הקטן מיירי שנתקיים הכתב בחיי אביו או שהדיינים שרואים את הכתב מכירים שהוא כתב ידם וממילא הוא נתקיים שאין כאן קבלת עדות שלא בפני בעל דין עכ"ל:

(**ע"ש ויצא ש"ח על המוריש**) בטור מביא ת' הרא"ש אם השטר מקוים מורידין הב"ח לנכסים ואם אינו מקוים אין מורידין שאין מקימין שלא בפני בע"ד ורבים תמוהים על זה האמר רבא בהגוזל בתרא דף קי"ב מקיימין שטר שלא בפני בע"ד וטרחו לתרץ דברי הרא"ש בזה ונ"ל בדרך זה דהטעם דמקיימין שלא בפני הבע"ד משום דמן התורה א"צ קיום כלל דב' החתומי' על השטר כמי שנחקרו עדותן בב"ד דמי אלא דרבנן הצריכו קיום הלכך מקיימין אפי' שלא בפני בע"ד כמ"ש התוס' שם וכאן מיירי בקטן ואפילו אם היו ב' החתומים אומרים בע"כ אותן דברים לא היינו מקבלים דבריהם ולמה יועיל יותר מפי כתבם מש"ה אין מקיימין שטר זה כנ"ל נכון לפי דעת הרא"ש בתשובה אלא שבפ' אלמנה ניזונית כתב הרא"ש וז"ל ובבאין מחמת אביהם אף בשטר דאז מקבלים כדאיתא בהגוזל בתרא דמקיימין השטר שלא בפני הבע"ד או אפילו במקוים אין נזקקים משום צררי כו' עכ"ל הרי שחולק בפי' וכבר הביא הב"י בשם הר"י בן הרא"ש דבמקום שהרא"ש בפסקיו סותר דבריו בתשו' הלך אחר הפסקי' שהם אחרונים והב"י תמה ע"ז

היאך שווינן להרא"ש טועה בדבר פשוט ולא ק"מ דודאי יש טעם נכון לפסוק כאן דאין מקיימין שלא בפני הבע"ד מטעם שזכרתי שלא שייך כאן ב' שחתומין על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי דכאן בקטן אין שייך חקירה בב"ד ובפסקיו מפרש הרא"ש כאלו כבר נחקרה בב"ד שיושבים עכשיו בדין זה ואינם צריכין לשום קבלה בביאור הדברים ניחא בס"ד יותר מכל מה שראיתי מפרשים ומתרצים דברי תשו' הרא"ש:

סימן קיא

(**בש"ע ס"ד בן אחר**) פי' שבא עליו מכח ממ"נ או מכח המתנ' או מכח הירוש' דעכ"פ חדא מהנך יש כאן והא דהוצרך רבינו בשם הרא"ש להאריך כאן ולומר שנשאר זכות לאביו באם תתבטל המתנ' שתחזור לו ואותו הזכות יורש הבן דתי' בזה שלא יוכלו הלקוחות דבן לומר האב כבר נסתלק בשעת המתנ' ועכשיו נתקבל' המתנ' אחר מיתת האב נמצא הוה כמו שזכינו מן ההפקר וכמו נכסי עכו"ם הרי הן כמדבר דעכו"ם מכי שקיל זוזי אסתלק מישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה במ"ש סי' קצ"ד מש"ה קאמר דעדיין נשאר זכות להמוריש והיורש יורש' ונראה דמיירי שמכר' הבן ובא ב"ח לטורפה ממנו מש"ה כתב רבי' דאיקני בזה ואצ"ל דהך דאקנו קאי על לוה וקנה כמ"ש סמ"ע סק"ה:

(**סעיף ה' בהגה וי"א דה"ה**) א"ל דאם כן לישמעינן בסיפא רבותא בלא אחריות (אחריו) אלא כשנותן לכולם בשוה י"ל דגם כן רבותא קמ"ל אע"ג דנתן לאחרון סך גדול מן הראשון ש"מ שהוא ודאי חביב עליו יותר ולא נתכוין שיגבה תחלה ממנו קמ"ל ובזה מתורץ גם מה שהק' על הי"ח דלימא ברישא רבותא דאפילו בנותן לכולם בשוה דא"כ היה צריך לו' בסיפא שלאחריו ג"כ ונותן בשוה ובאמת יש שם רבותא אפי' באינ' שוה וע' סי' תצ"ג ס"ט מדין זה:

(**סעיף ט"ו בהגה ולא מאחד מהם**) נרא' דאם עשאה אפותיקי סתם יכול ליטול אפילו מאחד מהם כל חלקו כדלעיל סי' ק"ז ס"ז:

(**סעיף י"ט שיאמר לו בכל פעם אחזירנה לך לאח"ז**) ק"ק מההיא דסי' מ"ב ס"ט בשטר שכתב זמנו אחר הפסח דכתב הרא"ש דעל פסח הבא ראשו קאמר דאם לא כן נתבטל השטר ה"כ נימא הכי דא"כ יתבטל השטר לעולם ולמאי נפקא מינה כתבו ואם דעתו שיעכבנו לעולם היה לו לתת במתנ' סתם וי"ל דאפשר שיש כאן נפקותא שעכ"פ כשימות המקבל תחזור המתנה לנותן כיון שאחר מותו א"א להחזיר נתבטלה משא"כ בהך דלא תליא רק בלאחר הפסח לא יועיל מה שימות הלוה

סימן קיב

(**סעיף א' ואיני גובה**) אותם מהלקוחות ואם מת ונפל קמי יתמי ע' סי' ק"ז ס"א וס' קי"א סך"א:

(**ע"ש בהג"ה כל זמן שלא קנה**) דה"ל מקנה דבר שלא בא לעולם ודינו כמוכר פירות דקל עד שב"ל דסי' ר"ט וי"ח ס"ל דלענין שעבודא שאני ויכול לשעבד אף מה שלא בא לעולם ונראה דהכי קי"ל שהרי בסי' קי"ג ס"ב מוכח גם כן בענין עבדים דשעבוד שאני:

(**סעיף ד' ואין כתוב בשם א' וכו'**) ומ"ש סמ"ע סקי"ב דאם קנה ביני ביני קנה השני ושכ"כ הטור והמחבר בסימן ק"ד אגב שיטפיה כן כתב דלא נזכר בטור ובמחבר מזה כלל:

(**סעיף ה' דבעל בנכסי אשתו**) הקשה הסמ"ע דכאן משמע דאפי' בחיים ובסי' ק"ג גבי שומא הדרא בעינן דוקא מתה האשה וחילק בין נכסי מלוג לנצ"ב כו' ותמיהני עליו דהא דין דכאן מקורו מסה"ת ונלמד מס"פ יש נוחלין ושם בפ' י"נ מייתי תקנת אושא דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי וההיא דסי' ק"ג מקורו בפרק המפקיד דף ל"ה ושם מייתי ג"כ תקנת אושא וא"כ חד גווני בתרווייהו. ולעד"נ דאין כאן קושיא מעיקרו דאיתא בפרק האשה שנפלו דף ע"ח מתניתין. בחייה ולפירות תקנת אושא בגופה של קרקע פי' קודם תקנת אושא היה גם כן הבעל לוקח בפירות השדה שלה אבל לא בגוף הקרקע ומצד תקנת אושא מקרי לוקח גם בגוף הקרקע לאחר מיתה ואם כן מ"ש הכא דלענין לוה וקנה דלא משתעבד לב"ח הוי הבעל לוקח אפילו בחייה עכ"פ על הפירות ואם כן לא טריף ליה הב"ח משא"כ בסי' ק"ג לענין שומא דלא הדרא ללוקח מטעם דאמרינן דהלוקח אדעתא דארעא נחית דהיינו שיחזיק הקרקע לעצמו וזה אינו שייך בבעל בחיי אשתו דאין לו שם לוקח רק על הפירות אלא דוקא לאחר מיתת האשה הוה הבעל לוקח אפילו בגוף הקרקע ולא עדיף הבעל בנכסי אשתי מב"ח דאוכל גם כן הפירות ואפ"ה שומא הדרא וא"ל אמאי מייתי סה"ת שהוא בעל דעה זאת מההיא דינא דאתיא מתקנת אושא הא תקנת אושא לאחר מיתה ולגוף הקרקע וה"ל לאתויי מתני' דהאשה שנפלו שזכרתי דמיירי בחייה ולפירות הא לא קשיא דתקנת אושא נכלל הכל כדפרכינן שם בפרק האשה שנפלו לימא תנינא תקנת אושא במתני' ומשני תנאי היא כנלע"ד ברירא ונהירא דעת הטור בהאי מילתא:

סימן קיח

(**א"י לטרוף מלוקח ראשון**) בדברי רבינו כתוב אבל אם כ' לראשון אין לי דין כו' גובה מהשני נרא' דקמ"ל בזה דוקא כשאין לו שעבוד על הא' ואם יש לו כגון שהי' לו על

אותה שדה אפותיקי מפור' לא יהא לך פרעו' אלא מזו ודאי אם כתב לו דין כו' אינו גובה מהשני דאפילו ה"ל בני חורין ביד הלוה לא הוי מצי לגבות דאין לו שעבוד רק על אותה השדה ואיהו דאפסיד אנפשי' שקלקל שעבודו ולא מצי לטרוף כנלע"ד:

(**שם**) אינו טורפה מהשני כו' הטעם שי"ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרינא שטרא למרי' וא"ל בס"ב שכתב וב"ח טורף אותה מלוקח ראשון נמי נימא הכי שיאמר הלוקח הא' מהדרנא השד' ללוקח הב' דוקא כאן שהלוקח הב' לקח מן הראשון דרך מכר יכול לומר כיון שאני יכול להחזיר כאלו לא לקחתי דמי שהיא אומר לו הלא אין לך זכות בשדה זו רק ע"י דמים שלי שלקחתי בעדם הוא יחזיר לי דמים שלי משא"כ בס"ב השו' ממילא של לוקח הראשון מכח שהוא שעבודו ולוקח השני לקח מן המלו' שעבוד של לוקח הראשון והוי כממון עצמו של לוקח הראשון ולא כאלו בא ע"י קנין מן השני ואין שייך ע"ז לומר מהדרינא למריה וסמ"ע סק"ה כ' בזה דהא אין לו ריוח בחזרתן ותמוה מאד הוא דהא כתב רבינו סי' קי"ט דכל מה דמצי למעבד הרי הוא כאלו כבר עשוי (א"ה אין מדברי הטור השג' כלל על הסמ"ע דהתם כיון דאית ליה רווחא אמרינן ודאי יחזיר השטר כדי להרויח להגבותם מהזיבורית וה"ל כאלו עשוי משא"כ כאן דאין לו ריוח כלל וכמ"ש הסמ"ע והוא פשוט עוד נלע"ד דכאן בלא"ה אי"ל הדרנא דאל"כ למה גבאה מעיקרא שהרי יודע היה שהמלו' ירצה לטרוף אבל התם ע"כ לא ידע דלא שדי אינש זוזי בכדי ואי ידע וזבין ע"כ משום שרוצה להחזיר השטר כשיבא המלוה לטרוף והוא מאמין למוכר וכן במקבל מתנה הוא מאמין לנותן שכשיחזיר לו שטרו לא יחזיק בקרקעות ויתן ויחזור ויתן גוף ופירות לאפוקי בס"ב אם יחזיר השטר לא יתן לו הלוקח שני מאומה ויחזיק בקרקעו לעולם שהרי שלו הוא שקנאו כדין וג"ז נכון ועיין בתוס' פרק ב' דייני גזירות דף ק"ט ע"ב ד"ה ורבנן ע"כ):

(**סעיף ד**) **אפותיקי לב"ח** מה שהק' סמ"ע סק"ט אפי' הוא מאוחר כו' ונדחק מאד בתרוצו ונלע"ד דאם הי' הבעל אפותיקי המאוחר הי' הב"ח המוקדם יכול לומר לו כל הנכסים משועבדים דידי נינהו ואני רוצה לטרוף מלוקח ראשון אע"פ שהלוקח ראשון יכול לומר הנחתי לך מקום מ"מ אני מפייסו שלא יאמר כן דטעמא דהנחתי לך מקום הוא לתקנת הלוקח אני אפייסנו שימחול על תקנתו כמ"ש רבינו ממש בזה בסי' קי"ט דהא עכ"פ תצא השדות של אפותיקי מיד הלוקח הראשון ולא שייך הנחתי לך מקום אלא לטובת הלוקח שאינו רוצ' להוצי' מידו השדה וכיון שהלוקח לא יעכב אז המאוחר אין לו כח לטרוף מב"ח מוקדם את האפותיקי כיון דכל שדות הלוה משועבדות לב"ח כיון שגם בעל אפותיקי אינו אלא ב"ח דהא יכול לסלקו במעות וראי' ממ"ש רבינו ר"ס קי"ז גבי

אפותיקי מפור' שאם משכנה אחר האפותיקי גוב' אפי' יש בנ"ח ולא אשמעינן רבותא אפי' משכנ' קודם האפותיקי גובה בעל האפותיקי אאע"כ דאין כח לבעל האפותיקי לטרוף כ"ז שיש ב"ח דעכ"פ שם בנ"ח עליו ולא לוקח גמור כנלע"ד:

סימן קכג

(**ס"א אבל הגאונים תקנו**) וכו' כך כתב רבינו וקשה הא רבינו ר"י ס"ז כתב שזהו הדין לפי התלמוד וצ"ל שמה שאמר והורו הגאונים הוא מדברי הרמב"ם וחולק עמו רבינו דהיינו דרבינו ס"ל דתקנת הגאונים היתה במלוה ע"פ אבל מלוה בשטר הוא מדין התלמוד אבל הרמב"ם ס"ל דמלוה בשטר היא הוראת הגאונים ממילא במלוה ע"פ אפילו תקנה ליכא:

(**ס"ט**) **אלא תקנה קלה** נלע"ד אם רוצה הנתבע להניח ממון התביעה בב"ד עד שיחרימו תחלה בפני המרשה שומעין לו שהרי אנו רואים שאין כוונתו לדחותו וזה בכלל מה שנזכר בסעיף ט' (ז') וכן נוטין דברי רש"ל בפרק מרובה וכתב רש"ל בפרק הנ"ל אף ע"פ שהקנה למורשה חלק בחוב יכול המרש' אחר כך למחול לנתבע כל החוב מידי דהוה אמכר שט"ח כו' והמרש' אינו משלם לו אלא ההוצאה שהוציא המורשה ולא שום שכר בטילה ומ"מ אם הוא קרקע או פקדון דנקנה לו גוף הממון שביד הנפקד אז לא יוכל המורשה למחול ומ"מ אם הודה המפקיד נאמן לכל מילי כיון שהמורשה אתא מכחו אך שהמורשה יכול להחרים על המרשה שאינו מודה מחמת קנוניא בזה:

(**סעיף י"ב**) **לא יבא לדון כו'** נראה פשוט שאם לא ידע מאלו העדות ודן עם המורשה שיוכל אח"כ לבטל המשפט בשביל עד שלו שיוכל להעיד לו:

(**סעיף י"ג**) **ואין הבעל אוכל פירות** מ"ש הסמ"ע סק"ך דאם היה אוכל פירות אינו מרשה את אשתו מאחר שלא יהיה נראה הנאה שלה אחר שתוציא מן הנתבע ומילתא דתמוה הוא מאוד ולא מסתברא כלל (כיון) שהגוף שלה א"צ הרשאה והכא לא מיירי שהקנה לה ממון באמת שתדין עליו דהא בהרשאה קיימינן וקי"ל שליח שוייה ואין למורשה כלום אחר שיוציא מן הנתבע אלא אמרינן כאן כיון שאפשר באשה להיות לה ממון בלא בעלה כגון אם נתן לה מתנה שאם כן שייך לומר אפיק לנפשך אע"ג שלא זכתה עכשיו כלל וכן מורה הל' שהרי אם נתן משמע באמת לא נתן אלא שאם אירע שנתן לה לא היה הבעל אוכל פירות (א"ה גם דברי הסמ"ע כך הם מתפרשין):

(**סעיף י"ד**) **שיזהר מלכתוב** לפי' הסמ"ע סקכ"א דבסודר תליא מלתא של מי יהיו היה להפוסקים להזכיר ענין הסודר ולא הכתיבה וכ"ת דהא בהא תליא דאם הסודר של העדים דוקא כתבינן וקנינ' הא ליתא דהא בימי חכמי התלמוד היה הקונה נותן סודר

ואפ"ה היו כותבין הל' וקנינא כמו דאיתא בפרק יש נוחלין אלא נלע"ד דיכולים העדים לתת סודר שלהם לעכו"ם להקנות לו רק שלא יכתב בל' השטר וקנינא מיניה דהל' מורה על שליחות שקנו בשבילו דאין שליחות לעכו"ם אלא שיכתבו וקנה העכו"ם דהיינו על ידי הסודר של העדים שע"י קונה חוב פלוני כנלע"ד ברור (א"ה דברי הרב שיגבו ממני):
(**סט"ו בהג"ה**) שלא בפניו כל זה כתב המרדכי בשם ריב"ק ואח"כ כתב עליו ואפשר לפרש נמי שמחלק בין אם הוא אלם ובעל טענות כמ"ש רמ"א בסמוך נראה מדעת רמ"א דאין מחלוקת שהביא המרדכי בסוף דעת ר"י להוציא חילוק אחר שמצינו הרשאה בהיתר ואפילו מצוה קעביד ואם כן גם בהרשאה שלא בפניו אם הוא באופן זה ודאי מהני ומ"ה נראה דדקדק רמ"א כאן וכתב דאין חבין לאדם שלא בפניו להורות דאם הוא באופן דודאי מצוה קעביד מהני מדקאמר והרי כתיב אשר לא טוב וכו' משמע דוקא במקום השייך קרא דלא. טוב וכו' דוקא מיקרי חובה וסמ"ע פי' לדברי מרדכי שיש מחלוקת בין ריב"ק לר"י אלא שרמ"א הכריע בריב"ק ואפילו במקום מצוה מקרי חובה כיון דרוב פעמים אין אדם מתרצה להיות מורשה ולעד"נ כמ"ש דבמקום מצוה דלא שייך חובה דניחא ליה לאינש למעבד מצוה:

סימן קכד

(**בטור אהא דאמרינן כ"ג דן ודנין אותו אלמא דמצי לשויא שליח וכו**') קשה לכאורה הא איפכא מורה דאין למנות מורשה כי שמא יתחייב גם כן שבועה ונ"ל דהמקשה פריך למה (אין) דנין אותו משמע בעצמו מוכריח לבא לב"ד ומי גרע משאר נתבעים דיכול להעמיד מורשה ומשני דלפעמים אין אדם מעמיד מורשה כגון שנתחייב שבועה ועל אותו פעם אמר דנין אותו שהוא עצמו מוכרח לישבע אם כן מוכח דמצי הנתבע להעמיד מורשה במקום תשלומין המגיעים עליו דהיינו שבכל התביעות ימנה מורשה ואם פסקו עליו שבועה ישבע הוא בעצמו והוא הדין אם מקבל עצמו גם בתשלומין כשירצה לשלם המורשה בשבילו וק"ל:

סימן קכה

(**בהגהה חזר לפלוני**) כן למד מריטב"א שכתב החזיר שאינו זכיה כלל עכ"ל משמע בכל גוונא וניחא תמיהת סמ"ע סק"ו:

(**ע"ש זכה בשבילו**) כו' דמ"מ יש חילוק במלוה אם בא המלוה אינו יכול לדחותו אצל השליח משא"כ בפקדון יכול לדחותי אצל הנפקד הב' אם נתנו לנאמן וזה מוכח מסי' ק"ך בענין החזרתי לאשת המלוה שיש חילוק בין מלוה לפקדון:

(**וי"א שכשהחזיר**) כ"ז הוא דעת הרמב"ם שהביא רבינו משמע אפילו לא העני וכנ"ל דרבינו דוקא העני קאמר דחייב השליח וה"ל כפושע דכ"ז שהוא ביד השליח הוא בעין וכשיחזיר ללוה יוציאם דמלוה להוצאה ניתנה וכן בנפקד בענין שהוא כפרן כמ"ש ואם כן בודאי יוציאם אבל בשאר פסידא כגון נאבד וכיוצא בזה פטור השליח וסברא זו נראה מן הראב"ד דקרא ליה פושע דוקא אבל הרמב"ם ס"ל דבכל גוונא אחריות שניהם חייבים באחריות כנ"ל:

(**ע"ש ואם מחמת אונסו**) קשה הא קי"ל בהכונס אסור להציל עצמו בממון חברו ואם כן כיון שמעות חברו בידו אסור להציל עצמו במה שיחזיר וי"ל דהכא עיקר האונס בשביל אותו ממון כמ"ש רבינו ס"ס קכ"ו וקשה מאי קמ"ל תיפוק ליה אפילו באו עליו גזלנים אחרים דפטור וי"ל דהכא אפילו אין עליו אלא אונס בעלמא פטור המחזיר ובזה ניחא מאי דאיתא פ"ק דגיטין. דרב אחא בר יאשיה היה לו פקדון ושלח אחריו רבי יוסי ורבי דוסתאי וקבלו הפקדון ובקשו הנפקדים שיחזירוהו להם ולא רצה ר"י ורבי דוסתאי נתרצה שאל ר"א אם יש סוסים ופרדים לאותן הנפקדים או שהם קרובים למלכות אמר להו אין א"כ שפיר עבדת וקשה לאיזו צורך שאלו כן אלא כמ"ש דמכיון דמכח איום בעלמא סגי והיה חוקר אם היה קצת ממש באיום וכמ"ש ניחא מה שהק' הסמ"ע סק"ד [סק"ט] ממה שאמר רמ"א בסמוך הדין עם ראובן ושם לא היה אונס רק ששמעון היה רוצה לעכב ממון של לוי בידו ואונס ממון לא מקרי אונס כמו שכתבנו אלא הכאות ויסורין. ואין להקשות מה שכ' סוף סי' קכ"ו ואפי' נטל את שלו להציל הפקדון נוטל מן הפקדון ככל מה שהוציא דשאני התם וכמ"ש ומה שתירץ הסמ"ע דהתם ה"ל שליח לא נלע"ד דבפ"ק דגיטין שזכרנו היה ר' דוסתאי ור' יוסי שלוחין של רבי אחא ואפ"ה ילפינן משם דמכח אונס פטור ותו גם מדברי המרדכי שם דהיינו בדין של רמ"א כאן מוכח דלא מיירי בעשאו שליח דהא מדמהו שם להולך מנה לפלוני ולא מהני שם מה שהוא שליח אלא לענין דלא מצי להחזיר אע"פ שלא הוחזק כפרן:

(**סעיף ב'**) אבל לא הוחזק כפרן וכו' ע"כ צ"ל דהנפקד אינו ברור לנו שהוא מהימן להמפקיד דאל"כ אינו חוזר כמ"ש סוף סעיף זה ואם כן לא נפטר הראשון מאחריות אפילו כ"ז דאינו חוזר ונטלו ומ"ה אם בא מפקיד לנפקד הראשון אינו חוזר אצל השני ומחייב לחזור וליקח ממנו וליתן לבעלים ומ"ש יכול לחזור ולא אמר מחויב דהשתא לא

עסיק בזה רק באם יש לו כח לחזור וממילא נשאר הוא בעל דברים להמפקיד וסמ"ע סקי"ג לא כ"כ והוא תמוה לענ"ד והאיך יפטר הנפקד מאחריות אם נתנן לאחר אם אין אנו יודעים שהוא מהימן אצל המלוה:

(**ע"ש דשליח מהימן**) נ"ל דהרבותא בזה אע"ג דעכשיו לא גילה דעתו דניחא ליה אלא בשאר יומי הוה מהימן אצלו:

(**סעיף ג**) **אבל אם יש לו נכסים כו'**. רבים מקשים מסוף סימן ק"ס דהנפקד פטור במה שמסרו לב"ח מטעם שאמר שהוא גובה ממך או משאר נכסך וה"נ נימא הכי ויהיה משלח פטור ולק"מ דהכא כל עיקר התרעומות דמלוה על המשלח שאומר הייתי מסלקו במידי אחרינא ולא במעות שבידך ובזה הדין עמו משא"כ לעיל שהמפקיד רוצה לדחות המלוה שלו מתשלומין ואין לו חילוק במה' יהיה הפרעון כי הנפקד אומר עדיין (הנפקד) הפקדון לפניך ויחזרנו לך הב"ח כשתשלם לו ומ"ה אמר שם או משאר נכסיך ובזה הדין עם הנפקד' זמ"ש רבינו והשליח חוזר וגובה אותה לאו דוקא אותם אלא חוב שלו גובה ממה שימצא:

(**שם**) **אפילו אם אין לו כו'**. כתב רבינו וכנגד המשלח אין לו מגו כו' תמוה הוא לי הא עדיין יש לו מגו דנאנסו המעות כההיא דסימן ק"ח במפקיד אצל חבירו בשטר וכן כאן יהיה נאמן לומר נתתים למלוה במגו דנאנסו וי"מ דה"ק שהך טענה דהחזרתי לך לא מצי טעין אף שיש לו מגו כיון דהולך כזכי וליתא דבסה"ת כתוב בהדיא בל' זה ולא מהימן במגו דמצי אמר החזרתי ש"מ דעיקר הטענ' היא בחובי תפשתי וכמ"ש הסמ"ע וצ"ל דלא נתכוין סה"ת בזה אלא דלא תטע' ותאמר כי היכי דיש לו מגו דנתתי לך נגד המלוה ה"נ ישנו נגד המשלח וע"כ נאמן לו' בחובי תפשתים וכבר עשיתי שליחותך וכאילו קבלם המלוה קמ"ל דמגו דהחזרתי לך לא מהני בזה אלא צריך מגו אחר דוקא כגון נאנסו או לא נתתי מעולם ואז מהני לטעון בחובי תפסתים אבל בלא"ה אינו נאמן כי לפי דברי השליח עצמו לא מצי להפסיד למשלח בשביל זכותו ובאמת יש לתמוה על סה"ת דודאי לדידי' חייב הלוה לשלם למלוה כיון שאין המלוה מוד' חייב להשליח ואע"ג שיש לשליח מגו נגד המלו' מ"מ יאמר המלוה ללוה מה לי אצל השליח את האמנתיה לשלוח על ידו ואתה חייב לשלם חוב שלי והסמ"ע כתב דבזה פטור הלוה מן מלוה ולא מסתברא מלת' כלל דלמה יפסיד המלוה בקלקל המשלח ולהפקיע ממונו אלא ודאי חייב לפרוע ואם כן למה יוכל השליח להזיק ללוה בזה אף שהמלו' חייב לו:

(**סעיף ט**') **כ"ז שלא עמד** פי' הא דאינו חוזר בחליו וחוזר אם עומד משום דמיירי במצוה מחמת מיתה שיכול לחזור כשעומד אפילו במתנ' במקצת כמ"ש סי' ר"ן אפי' הקנה

בקנין אם עמד חוזר ומש"ה אינו חוזר כאן אלא דק"ל הא דאמרינן פרק מי שמת דף קנ"א כל שאם עמד חוזר חוזר במתנתו בחליו דמשמע דהעמד' וחזרה שוין ממש הם וי"ל דכלל ההוא נאמר בכל גווני שהי' יפה כח של מתנת שכ"מ מכח שדבריו כמסורין דמי משא"כ כאן הוי יפוי כח של המתנ' מכח שמסר הממון ליד הזוכ' כמ"ש רבינו בהדיא בשם הרמ"ה דהוה הולך בש"מ כזכי גם במתנה משא"כ בברי בזה ס"ל שפיר כיון שעמד ליתא כאן דין שכ"מ לענין הולך הוה כזכי גם במתנה והוא כבריא ובסי' קס"ד [רמ"ט] כתבתי עוד מזה:

סימן קכו

(**סעיף ו**) **אינו נאמן לומר שפרעו** דברי המחבר בזה תמוהין ואין בידי ליישבם דאמאי אינו נאמן לומר אתה. גלית לי שפלו' המומחה לא רצה לשלם לך והאמנתי לך דהא מן הדין א"כ לשלם כיון דזאת ההמחאה היא בענין דלא קנה ופרעתיך משלי ותו דזהו דברי הרא"ש בד"ר סי"ב ולהרא"ש אפי' בענין דקני מצי אמר פרעתיך אחר שאמרת שהוא אינו רוצה לשלם לך כי הדין נותן שתוכל לחזור עלי כמ"ש המחבר ס"ט לסברא הב' שהוא דעת הרא"ש ובסמ"ע סקי"ג מוקי להא דמיירי שלא הודיעו אחר זה שאין המומחה חייב לו כו' ותמהתי דאי לא תבע ודאי לא פרעו ומה נאמנות שייך בזה ואי תבעו ממילא ידע שאין רוצה לקבל מן המומחה ואמאי לא נאמן לומר פרעתיך כיון שידעתי האמת שאין המומחה מחויב לשלם לך וע"כ פרעתיך מכיסי והמעיין בדברי רבינו בשם הרא"ש ז"ל מקור דין זה לק"מ דהתם מיירי שאמר פרעתיך בענין אחר כיון שאמר מתחלה שפרעו ע"י מע"ש וה"ל כאומר לא לויתי דהו"ל כאומר לא פרעתיך אך דברי המחבר א"א לי להולמ' ואין לדחוק ולומר דה"ק אח"כ אינו נאמן לו' שפרעו כיון שהודה שפרעו ע"י המחאה דזה אינו תלוי בנאמנות:

(**סעיף ט**"ו) **והנותן צריך לישבע** הא דאין הנותן צריך לשלם למקבל משום דנסתלק ממנו אפי' לדעת הרא"ש משום דהמקבל גרם לעצמו בהודאתו ואין לומר אמאי לא מצי למימר לא פטרתיך אלא לפי דעתי שהייתי סבור שחייב לך משום דמצי הנותן למימר איני מאמינך במה שאתה אומר שאתה יודע שאינו חייב לי אלא דק"ל ליחייב המומחה לשלם למקבל מטעם גרמא שעל פיו פטר הוא את הנותן מחוב שהי' לו עליו והי' לו לדקדק בהודאתו ומ"ש מהא דסי"ד דהנפקד גובה מהנותן מטעם שהיא גרם לו שיקבל עליו והיינו אפילו במתנ' וי"ל שאני הכא שהמקבל עצמו יודע מעיסקו של זה המומח' וע"כ אין שום פשיע' על המומח' לדקדק בהודאתו יותר מן המקבל שהוא מקבל זה

בפרעון חוב שלי אפי' להרא"ש שיוכל אח"כ לחזור על הממח' מ"מ עכשיו הוא סומך על המומחה ואינו רודף אחר הממח' כי הוא סבור שקיבל הפרעון מזה המומח' והי' לו להשים על לבו שמא יברר הדבר אחר כך דאינו חייב כלום והממח' לא ירצ' להודות לזה ומהיכן אקח התשלומין ומש"ה אדרבא המקבל פושע יותר מן המומח' דהי' לו לדקדק קודם הפרעון דכשהוא נוטל הספק ומניח הודאי ע"כ יותר ראוי שהוא יפסיד ולא המומח' דאין עליו חיוב הדקדוק כ"כ כמו שהוא על המקבל משא"כ לעיל שהחילוק בין הממחה שהוא הנותן ובין המומח' שהוא הלוה או הנפקד ושניהם בטעות אחד ע"כ ראוי שהגורם היזק הוא יפסיד:

(**סעיף כ"ב**) **הואיל ונתרצה כו'** נ"ל דאפי' לסברא בתריית' דלעיל ס"ט דלא נסתלק המקבל מהנותן מודה כאן דנסתלק כיון דהעכו"ם כבר פטור בדיניה' מן הנותן וזה יש ללמוד ממה שאמר אחר כך אם המקבל הוא עכו"ם וא"א להשמט ממנו דפטור הנפקד גם כאן הוא כן שזה המקבל גורם להפסיד להנותן:

(**ע"ש כן אעשה**) נראה דהוצרך לזה דאף ע"ג דמעמד ג' אפי' בע"כ הכא שאני כי אין אנו יודעין שח"ל רק במ"ש כן אעשה הוא מודה וזה פשוט וגם בישראל בענין זה בעינן שיאמר כן אעשה אלא דכאן קמ"ל דלא תימא בעכו"ם דלא מהני דמחמת אונס עשה כן:

(**ע"ש בהג"ה**) **אפי' נטל שלו כו'** צריך עיון דזהו דעת ר"י שבמרדכי בהגהות בתרא ונחלק עליו דכ' על זה שהר"מ מפינטייז"א פליג וס"ל דאין אדם נתפס על חבירו אלא בשביל מסים וכבר פסק כן המחבר בסי' קכ"ח ס"ב והיא הל" פסוק' בכל הפוסקים ואם כן למה הביא רמ"א כאן דעת ר"י שוב ראיתי במרדכי אחד מוגה שהאי דהר"מ מפונטיז"א צריך להיות קודם האי פיסקא וקאי אדלעיל מיניה שם בענין כלילא דכובס:

(**בטור סי"ג**) **וכן כתב בעל העיטור וכו'** כנראה דמוקי לה ירושלמי בפטרו בפי' בזה דוקא אמרי' באם ליכא ערמה פטור הממחה א"כ [א"נ] מיירי דהמקבל מעכב מליתבע עד שהעני ובזה כ"ע מודו דפטור הממחה [אלא] דלפי תי' זה לא מתיישב שפיר הא דקאמר בירושלמי אבל עשו ערמ' חייב [ולא] מתיישב ת' הרא"ש שהביא רבינו ס"ז [ס"ד] במה שאמר והעני מכשהי' [מי שהי'] חייב לו דמשמע אלו היה בשעת מעמד ג' עשיר היה הממחה פטור וצ"ל שהוא בדרך זה לדעת העיטור והרא"ש וסמ"ע סקכ"א [סקכ"ג] כתב דגם הרא"ש מודה באם העני אח"כ ול"פ רק על מ"ש שהמומחה דוחה בלך ושוב ואיני יודע האיך יפרש מש"ר בשם הרא"ש סכ"א או שאין לו נכסים וכו' משמע מצד זה שהעני יכול לחזור על הממחה דא"ל דעני היה מעיקר' דהיאך כתב אח"כ וכן אני אומר בכל מעמד ג' הא בזה פשיטא לכולי עלמ' הוה מקח טעות:

ע"ש וכן כתב א"א ז"ל בפרק המקבל הקשה ב"י דהא אין שם מעות לב"ה ביד השולחני ותו דהתם אפי' פטרו בפי' לא מהני ונראה דחדא מתרצא בחברת' דלא עדיף התם בפוטרו בפי' ואין לו בידו כלום מהיכא דקיבל עליו סתם ויש לו בידו וכי היכי דהתם מצי הדר על בע"ה מאחר שיאמר פטרתיך בפי' בטעות ה"נ יכול לומר כאן בטעות קבלתי עלי להפרע מזה וזה מכוון בל' הרא"ש שם שכתב וז"ל אם אין רוצה ליתן השלחני פשיט' דחוזר אפי' אומר אני סומך על השלחני במעמד ג' דהרי השולחני יכול לחזור בו כיון שאין בידו כלום עכ"ל מבואר דוקא במקום שאין לו בידו כלום יכול לחזור אפי' אם אומר אני סומך על השלחני דהיינו שפטרו בפי' אבל ביש לו בידו אינו יכול לחזור אם פטרו בפי' וממילא משמע דבמקום שיש לו בידו יכול לחזור מיהת כל זמן שלא פטרו בפי' וצ"ל דלהרא"ש ליתליה מ"ש רמ"א ס"ב וכן אם המקבל פטר הנותן לגמרי וכו' ונראה דמש"ה הביא רבינו הפרק שכתב שם הרא"ש כן כדי לעיין שם שהדברים מכוונים כן אע"פ שאינם מפורשים בפי':

(**סי"ג וי"א ודאי אם העני וכו'**) הב"י הקשה דהיינו דעת הרי"ף וסמ"ע תי' דיש חילוק לענין ידע המקבל או לא ידע ואינו יודע שום טעם לחילוק זה דכל שנתאנה הוא מקח טעות במ"ש הרמ"ה [הרמ"א] סי' רל"ב סעיף י"ח דאף שהוא נתאנ' אין לו להונות אחרים (א"ה איני יודע מה ענין ההיא דסי' רל"ב להכא דהתם ידיעת המאנה ודאי לא מעלת ולא מורדת לאפוקי הכא בידיעת המתאנה עסקינן דודאי אי ידע וסבר וקיבל מהניא מחילתו ודברי הסמ"ע פשוטים ע"כ) וצ"ל דעיקר שהבי' דעת הי"א משום סיפא דיש בה חידוש דכל שיש שם נאמנות גובה לוי בלא שבוע' דסד"א דאין נאמנות מועיל כלל לגבות בזה ובאמת היא נגד הסברא לכאורה דמ"ש ממ"ש בסי' ע"א ס"ג דאין נאמנות מועיל להודא' אם הודה שפרע וכיוצא בה שאין הנאמנות אלא על הפרעון ע"ש:

(**סט"ו דכיון שלא היו עדים כו'**) רבים תמהו דלמה לו טעם זה והא אי מברר בעדים שטעה מהני כי יש לו מגו גם כן נהימני' במ"ש טעיתי ותו דאם בא רבינו לתת טעם למה לא דקדק קודם ההודא' עדיין קשה במ"ש באם יש מגו דפרעתיך אם הוא אחר זמן דנאמן ואם נאמר דקאי אחלוק' ב' דלעיל דהיינו אפי' יש עדים ואפ"ה יכול לומר טעיתי מכח מגו דפרעתיך מה יאמר רבינו בזה למה הודה וסמ"ע סקל"ז [סקל"ט] כ' שיכול לומר סמכתי עצמי שתוך זמנו לא יתבטל אותי וכו' וק"ל הי' לרבינו לומד טעם שזכר הסמ"ע ונ"ל דס"ל דבהודא' שלא בפני עדים אינו חושש להודות מספק כיון שאין עדים בהודאתו ולכך כתב טעם זה להורות דבזה מוד' הרא"ש שמבי' רבינו אח"ז וסברא [דסבירא] ליה אדם מדקדק כו' אבל כאן מודה מטעם זה שסומך עצמו על הודאתו וכמ"ש ומ"ה שפיר

כתב רמ"א ודוקא אם הודה לו בפני עדים דהיינו אפי' הרא"ש מודה בלא עדים דלא אמרינן אדם מדקדק כו' אלא באין לו זכות אלא מכח מגו משא"כ כשמברר בעדים וכן מוכח מדברי הרא"ש בסוף פ"ק דגיטין בדין זה שהביא ראיה מאומר לחבירו אתה חייב לי מנה ואמר ליה למחר תנהו לו ואמר להד"ם שחייב ה"נ בדין זה שהביא שאדם מדקדק לחברו בהודאתו ובהך דא"ל מנה אתה חייב לי אית' בהדי' בפ"ק דבבא בתרא דף ו' דמיירי שהוד' בפני עדים וכן בטור סי' ע"ט כתב רבינו בדין דאמר לו מנה אתה חייב לי דהוחזק כפרן משמע דבפני עדים מיירי דבהודה בינו לבינו לא שייך הוחזק כפרן כנ"ל פשוט אף שמוחז"ל חולק על דברי הסמ"ע שכ' כאן הרא"ש מודה בהודאות בינו לבינו והנלע"ד ברור כתבתי:

(**סכ"ג סוחר שאמר כו**') נ"ל דכך היה מעשה שסוחר א' מכר חפץ לב"ה אחד והמחה את הסרסור אצל הב"ה במעמד ג' באופן שבעל הבית יתחייב ליתן לסרסור והסרסור נתקשר נגד הסוחר שיבי' לו המעות מבעה"ב ואח"כ עכב בעה"ב את המעות מחמת הסרסור כי בע"ד שלו הוא ופסק דאם האמת כן הוא מחריב לשלם לסוחר כי זה דומה כמו שכבר קיבל המעות מן הב"ה אבל אם הסרסור טוען ששקר טוען עליו וגזילה הוא בידו ואני לא קבלתי עלי לשלם מה שיגזלוך על כן פטור עד שישבע ובזה ניחא מה שהק' ב"י בזה:

סימן קכח

ס"ב בהגה כי הוצרך להתפשר כו' מדברי הסמ"ע סק"ז שנתן טעם ע"ז דהוה עליל' משמע אף אם כבר נתפשר הוה כן ונלע"ד מדכתב בהגהת מרדכי וז"ל המלמד הלך ולא פשר עם הגוי וכו' משמע דוקא דעדיין לא פשר כבר וה"ל עליו החוב לשלם דשפיר יכול לעכב מידי דהוה אכל תפיסות דעלמא וכן משמע מן הטעם שכ' וז"ל ב"ל דאין בה"ב יכול לעכב עליו אם יש לו עליו ילך ויתבענו ומפקי' מעותיו מב"ה דנכסי דאינשי אינון ערבאין בהו ותנן לא יתבע את הערב תחלה עכ"ל משמע עיקר הטעם דשמא לא יבא לידי חיוב דאין חל השעבוד על הנכסים אא"כ הוברר החוב על הלוה עצמו משא"כ בזה דאפשר דיבואו הרבה סיבות דלא יבא לידי פשרה אבל כל שהתפשר בברי ודאי נשתעבדו הנכסים תיכף וא"ל דלא הוי אלא גרמא בניזקין דפטור דאין לך ערב גדול מזה כיון דידוע מנהג העכו"ם שפוסקים שהבעה"ב מחויב להעמיד המלמד שהחזיקו בביתו ומעיקרא נעשה כמו ערב בעדו ויכול לתפוס כל שיש עליו בבירור חוב ע"י פשרה שעשה וא"כ מ"ש ורמ"א כאן הוצרך להתפשר ר"ל הוצרך לזה אבל עדיין לא נתפשר ואין כאן חוב ברור עדיין ולפי' הסמ"ע שקר' לזה עלילה ק"ל למה הצריך בהגהת מרדכי לתת

טעם מחמת נכסי דאינשי ערבאין בהדי' תיפוק ליה דלא ה"ל אלא עלילה ותו דמאי כ' אחר זה ואם יש עליו יתבענו מאי תביעה שייך בזה הא אינה אלא עלילה של עכו"ם לחוד אלא נלע"ד כמ"ש:

(**עוד שם בהגה שני' בשביל כל הקהל כו'**) ורבינו הביא עוד ת' אחרת בשותף אחד שהי' בידו שטרות של שותפין וגבו ב"ד כו' ופסק שם הרא"ש דלא הוה זה פרעון שלא צוה ליתן ויש לחלק דהתם גבו הקהל כל הממון בשביל ראובן לחוד שהוא חייב כפי אותו סך ע"כ אין לו עכשיו לו' יהי' גם בשבילך פרעון ויחזיר לשמעון חלקו:

סימן קכט

(**סעי' א**) **אבל אם קנו כו'** נ"ל דאין זה אסמכת' למלוה מכח הנאמנות שהאמין לו ולא תבעו ללוה בשבילו רק שאינו גומר ומקנה באמירה לחוד בלא קנין משא"כ בשעת מתן המעות שרוצה זה שהמלוה ממציא לו ממון בשבילו:

(**ע"ש בהגה בעד יום א' כו'**) שם ברשב"א איתא בנ' זה שאמרו עדים שמענו שמעון שאמר שהי' ערב לראובן בעד יום א' וע"ז פסק שמא נעשה לו ערב שילך בשליחות ולא בעסקי ממון ועפ"ז נ"ל במי שאמר לחבירו הלוה לו ואני ערב על יום א' ודאי נעשה ערב גמור ע"ז דאין שום בטול במ"ש על יום א' אלא י"ל שיום א' לחוד אני ערב וכל שלא תתבענו באותו יום אני איני ערב כנ"ל:

(**סעיף ב**) **נשתעבד הערב** בב"י רס"ז כתב דיליף בגמ' מפסוק אנכי אערבנו יקשה דהא מקשה ע"ז רב חסדא הא קבלן הוא מדכתיב תנה אותו כו' ומסיק דיליף מן בני אם ערבת לרעך ורבים מקשים אמאי לא כתב ב"י כפי המסקנא ומחוסר ידיעה מקשים כן דרב הונא יליף בגמר' מקרא דיהודה ורב הונא לטעמי' דס"ל אח"כ בגמ' דהלוהו ואני נותן ערב וא"כ לא הי' יהודה (אלא) ערב וכן ס"ל לר' יצחק אלא דלעיל תירץ ר"י אליבא דר"ח ורב חסדא דמקשה עליה מיהו לטעמייהו דס"ל אחר כך בגמ' דהוה קבלן וע"כ יפה הביא הב"י קרא מיהודא דהכא די"ל דגם רבא ס"ל כן והסמ"ע הביא קרא דאם ערבת לרעך אלו נחית למ"ש ולא היה מביאו אלא מן יהודה ילפינן שפיר והוא האמת דיהודא לא היה רק ערב וכפי מה שפסק לקמן סי' זה:

(**ס"ה**) **לקיים שבועתו** מה שסתר סמ"ע סקט"ז דברי הע"ש וכ' דעתו שיש נ"מ לענין התרה כו' בזה מתורץ נמי מה שהק' על רמ"י דאין זה דומה לפורע בשבילו שאף שתקע כפו מ"מ יש לו התרה וכל שהוא רואה שאין זה רוצה לשלם היה לו להתיר הת"כ וכן נ"ל עיקר להלכ' במקום שיש היתר אלא שראיתי בת' מהר"ם הנדפסי' מחדש סימן ע"ב

דת"כ אין לו התרה אלא על דעת למי שתקע לו כפו כמ"ש ר"ח עכ"ל וב"י ורמ"א בי"ד סימן רל"ט לא ראו תשובות אלו ועפ"ז נ"ל דאם ע"פ הלוה נשבע הערב אינו יכול לכופו אחר כך לפרוע כמ"ש רמ"י אמנם אם הוא בת"כ ה"ל כאלו פרעו בשבילו כדעת הסמ"ע:

(**סעיף ז'**) **ואינו מעורב עם הלוה והמלו**' ברמב"ם כתב כאן וקנו מן הערב והמחבר השמיטו שכבר כ' בס"ד דהרמב"ם אפי' קודם חיתום שטרות צריך קנין ולפ"ז ברישא שפלוני ערב בלא ?יו לא מהני קנין וטעם הענין כללו להרמב"ם דלאחר ח"ש לא מהני שום דבר אפי' לבנ"ח רק קנין ולמשעבדי לא מהני שום קנין רק קודם ח"ש ופלוני ערב ואז חתמו העדים על שעבוד הערב כמו על הלוה אבל כ' קודם ח"ש פלוני בלי וי"ו אז העדים לא קיימו עליה אלא על השטר דלעיל וה"ל כאחר ח"ש ויש לו לגבות מבנ"ח כשיש שם קנין אלא שדעת רבינו א"א לומר כן דהא כתב בהדיא שקנו מידו שהרי כ' והקנין הוא על הכל אבל אם כתב פלוני ערב אז הוא תחלת דבר ואינו חוזר על הקנין של מעלה וה"ל כערב בשטר בלא קנין עכ"ל ובדברי רבינו כתוב בשם הרמ"ה דלאחר ח"ש לא מהני בלא קנין אפי' לבנ"ח דקשה דא"כ צ"ל מ"ש במשנה דאחר ח"ש וגובה מבנ"ח דהיינו בקנין ואם כן אפי' ממשעבדי לגבי דכ"כ בשם הרמ"ה דבקנין בלא כתיבה גובה ממשעבדי וצ"ל דהרמ"ה ס"ל דסתם קנין עומד לכתיבה חשובה אבל לאחר חיתום שטרות הוה כתיבה וגרוע דנראה שהיא טפלה ונעשית לאחר הלואה ע"כ לא גבה אלא מבנ"ח מ"ש הטור בדברי הרמ"ה פלוני ופלוני ערב כו' הוא ט"ס תיבת פלוני שכתב ראשונה:

(**סעיף ח'**) **והערב חייב לשלם** לפי פי' הסמ"ע סקכ"ה דהטעם דאין בערב משום אסמכתא תימא מ"ש משני יוסף ב"ש בסימן מ"ט שהביא הסמ"ע עצמו דגם התם אין חיוב על שום אחד מב' יוסף ב"ש ולפי הנראה דלא מהני הא דליכא אסמכתא בערב אלא לענין אם גוף הדבר הוא בלא אסמכתא ובההיא הנאה דמהימני' משתעבד הערב אע"פ שהערב הוא אסמכת' משא"כ אם גוף הדבר הוא אסמכת' אין כאן חיוב כלל ממילא לא האמין לערב כלל ונ"ל דהרשב"א כאן מיירי שהערב לא נתערב על גוף אסמכתא אלא מלוה ולוה עשו ביניהם דרך אסמכתא שכל שלא יתן לו החפץ יתן לו איזה סך דמים ועל סך לחוד נעשה זה הערב וכן מבואר לשון השאלה שם וגם מהעתק רמ"א שכתב והעמיד לו ערב בעד הדמים דהיינו על זמן פלוני יתן לו השואל דמי שויו של החפץ והוא ערב בעד זה אלא שהאמינו זה לזה שקודם הזמן אינו אלא שואל דוק בת' ותמצא כן וכתב עוד שהערב קבל קנין ע"ז ממילא נגבי' לא הוי אסמכתא ולא הוה דרך תנאי כלל בזה דוקא פסק הרשב"א ואחריו רמ"א דהערב חייב וא"ל הא לגבי שואל עצמו גם כן לא הוי

אסמכת' כיון שהי' שם קנין הא לאו מלתא דדוקא קנין דב"ד חשוב בעי' להוציא מדין אסמכתא כנ"ל:

(**ע"ש בהגה**) **וחתם המלו' עצמו בעד** מ"ש הסמ"ע ע"ז בסק"ו דרמ"א לא דק נלע"ד נכונים דבאמת אם בם המלוה על הלוקח יכול לטרוף מטעם הב' נוח לי כמ"ש סי' קי"א אבל כאן מיירי שאין טוען כך אלא אומר בפי' שזה נוח לי כמו זה וברצון בטלתי השעבוד כי סמכתי על הערב בזה פסק דנפטר הערב דלפ"ד איהו דאפסיד אנפשי' וכן מצינו בסימן קמ"ו סי"ד [סי"ז] במ"ש אבל אם כופר כו' ועמ"ש פשוט וברור:

(**סעיף י"ב**) **טען הלוה כו'** מרי' דהאי דינא הוא מהר"ם בת' המיימוני והוא אזיל לשיטתי' שפסק גם בלוה שנותן דמי הלואה לאשת המלוה דפטור שהעתיקו רמ"א בס"ס ק"ך ואע"פ שכתיבה בסוף תשובת הרשב"א מ"מ של מהר"ם היא כנראה למעיין שם בסידור התשובות שהעתיק התלמיד תשובת מהר"ם בסוף וכ"כ בהדיא בתשובת מיימון מתחל' כ' הדין דמחזיר לאשת המלוה ואח"כ כתב שם ה"ה והוא הטעם ללוה שנתן דמי הפרעון לערב וכו' ואם כן למ"ש שם בסימן ק"כ בשם רש"ל דלא קי"ל דפטור הלוה אלא כהרא"ש החולק בסימן ע"ב פשיטא שגם כתשו' זו אין לפסוק אלא אפי' לדעת הרמ"א שפסק שם כמהר"ם וע"ל צ"ל שם לא נפטר אלא מכח שאשת המלוה היא בת דעת וגם שאר ממונו בידה וכ"כ שם סמ"ע כי היכא דל"ת מסי' ש"מ כמ"ש הסמ"ע שם וזה ודאי אינו גבי ערב שהרי אין שאר ממון המלוה בידו ואף שבממון זה לקחו לערב מ"מ לא האמין הכל להערב אלא טובים השנים מהאחד ע"כ לא יצא הלוה מחיוב המלוה עד שיחזירנו לידו ורמ"י וע"ש חולק מסברא דנפשי' על פסק זה כמ"ש הסמ"ע והסמ"ע נחלק עליו ול"נ שיפה כוון רמ"י שאף שלא יחד מוצא הדבר ממי יצאו הדברים אלו דקדק אח"ז הי' לו להסתייע מדברי הרא"ש שזכרתי וכן עיקר דכאן כ"ע מודים:

סימן קל

ס"א שכבר פרעו היינו בע"פ אבל בשטר לא כמ"ש הסמ"ע סק"ב ואפי' יש ביד הלוה שובר מ"מ עכ"פ הערב הי' חייב כ"ז שהיה השטר ביד המלוה ולא הי' יכול לדחותו שמא יש שובר כמ"ש ב"י בסי' קכ"ח סט"ו וא"כ ודאי חייב הלוה לשלם לערב בזה וז"ב ואף שיש מי שלא כ"כ (ע"ש) אינו חייב להערב כו' אע"ג דהקבלן הי' מוכרח לשלם למלוה אפי' כשאומר הלוה פרעתיך דאינו נאמן כמ"ש רמ"א סי' קכ"ט סע"ו מ"מ אומר הלוה אתה פשעת שהי' לך להתנות עם המלוה שלא תצטרך לשלם כשאומר אני פרעתי:

(**ע"ש אחר שמביא המלוה ראיה שלא נפרע**) פי' שהביא שטר שנכתב על הלואה ואין לחוש שמא נתן שובר ללוה דכתב ב"י סי' קכ"ט סי"ד דחששא רחוק' היא ואף ע"ג דבסמוך גבי ערב שתובע ללוה בשטר חוששין שמא פרע למלוה והחזירו וכו' שאני התם דאין השטר ביד המלוה ואינו ראי' לערב מה שאין כן כאן שהמלוה תובע לערב:

(**סעיף ב'**) **ולא נמצאו לו נכסים** פי' שלא עמד עמו בדין וחקרו הב"ד וראו שאין לו נכסים אלא אפשר שיש לו נכסים דאין הערב משתעבד כו' עמ"ש סי' ק"ט ס"ח.

(**ע"ש אפי' הש"ח בידו**) מ"ש הסמ"ע סקי"ג לחלוק עם בעל ע"ש הדין עמו ויש ראי' מפורשת מדברי התלמוד פרק ח"ה דל"ב ההיא ערבא וכו' דשם מיירי שהמלוה כתב התקבלתי כמ"ש שם נ"י בהדיא ואי יכול לומר פרעתי לערב מאי מיבעיא לן התם אי נאמן או לאו במאי דאמר לא שקלתינהו מינך פעם א' דהא כיון שאמר פרעתיך נאמן ממילא השטר בטל וה"ל אחר כך כתביעה בע"פ במ"ש הדרת ושקלית מינאי אלא ודאי כיון שכתב לערב התקבלתי אין הלוה יכול לומר לערב פרעתיך:

(**ס"ג**) **ואם כתב המלוה כו'** הסמ"ע סקי"ד כתב דאם יש עדים שפרע למלוה א"צ התקבלתי ק"ל דאף שיש עדים על הפרעון מ"מ כיון דאין לו ראי' משטר אמאי לא מהמנינן ללו' אם אמר פרעתיך ותו דדברים אלו הם מבעה"ת שער ל"ה ושם כתב בהדיא וז"ל ואצ"ל שצריך להביא ראי' שפרע אבל אם לא יביא ראי' זו שטוען הלוה פרעתיך נאמן ואין הש"ח שבידו ראיה כדי לעשות אותה מלוה בשטר כו' עכ"ל הרי לפניך דאף שיביא ראי' שפרע למלו' יכול לומר הלוה פרעתיך ומה שהביא ?הסמ"ע לזה היא מדכתב הטור כאן דאין יכול לגבות בלא התקבלתי אלא בחלוקה שאם אין לו עדים שפרע ונ"ל דלא זה הדרך בדברי רבינו דאם כן למה אמר הטור אפי' אם הש"ח בידו אין מועיל לו לגבות ממנו כלום שזה ל' מיותר שהרי כבר אמר אין גובה ממנו כלום באין לו עדים אלא דכוונת הטור בזה דתחלה כתב באין עדים אין גובה כלום אפי' בלא שום טענת פרעון אחר כך כתב דין אחר אפי' אם הש"ח כו' דהיינו בין ביש עדים שיש ללוה טענת פרעון או באין עדים שיוכל לומר לא פרעת עדיין למלוה אינו גובה אלא א"כ כתב התקבלתי והש"ע לא בא רק לומר שאין מן הש"ח ראי' מה שפרע:

(**סעיף ד'**) **כשכותב לו התקבלתי כו'** לענין התקבלתי אחר הפרעון שחולק הסמ"ע סקט"ו על רמ"א איני כדאי להכריע אבל נראה עיקר כהרמ"א דהא התקבלתי במקום עדות הוא ואחר פרעון אינו אלא כעד אחד אלא צריך שיאמר לו כן בעודו עוסק בפרעון שיש השטר בידו ויש ראי' מל' הר"ן שהביא ב"י וז"ל שכתב לו התקבלתי ממך מעות ונתן לו זכותו עכ"ל ומשמע שבשעת אמירת התקבלתי עדיין יש זכות בידו ואח"כ נתנו לו:

סימן קלא

(**סעי' ד**) **כי יש חולקין** נ"ל שהוא רבינו שכתב ונראה שאם תובע את הלוה שיוציאנו מן הערבות כי לא נתרצה להתערב בשבילו אלא על אותו זמן וא"כ לגבי מלוה נמי יכול לומר דאין אדם משתעבד יותר ממה שהתנה בפי' עד אותו הזמן ואע"ג שרבינו כתב סברא זו נגד הלוה אפשר דרבותא קאמר דאע"ג שאין המלוה תובעו ס"ד דהוה כמו תוך זמנו קמ"ל ומפני שאין כתוב בפי' הפלוגתא במלוה כתב המחבר וצריך להתיישב גם רמ"א כתב כי יש חולקים לא החליט המחלוקת אלא כלומר יש סברא שחולקין ובסמ"ע סק"ד כתב דהחולקים הוא מהרי"ו וא"א לאמרו כי באמת אינו חולק ואפי' היה חולק בפי' דעתו בטילה נגד הרמב"ן שהוא אבי כל הפוסקים ומהרי"ו הוא בתרא דבתראי ואין זה דרכו לחלוק מדעתו על גדולי הפוסקים הראשונים וכ"ש שלא הביאו דבריו כלל אלא ודאי דעל הטור קאמר ובזה ניחא לי מה שצ"ל להרמב"ן דכאן שס"ל שאע"פ שהערב מתרה במלוה שיתבע הלוה יכול המלוה לומר אין אני רוצה לתבוע עכשיו ללוה פליג על רב נחשון גאון שמביא הטור סי' קכ"ט ס"ד מ"ש הביאו ללוה פטור הערב עד שישבע הלוה ואם ברח הלוה פטור הערב כמ"ש שם הסמ"ע וקשה על הטור שהביא כאן דעת הרמב"ן להלכה ולמאי דפרישית שהטור חולק גם בזה על הרמב"ן ניחא:

(**ס"ה**) וראיה לדבר כו' נראה גם בלא ראיה פטור כיון שיש לפרש לשונו שאמר הריני כמו שהייתי לפטור מנ"ל לחייבו דהמע"ה וכן משמע ממ"ש אח"כ שהי"ל לפרש ערבותו אלא נ"ל דהאי וראי' כו' הוא לרבותא דאפ"ה ראוי ונכון לעשות כן מצד הטוב והישר:

(**סעי' ו**) **ישראל שהי' בידו כו'** ק"ל הא אין בערבות שום חיוב דאסמכתא רק מצד שהאמין לו כמ"ש כמה פעמים א"כ כאן שצווח הערב שאינו רוצה שיאמין לו במה ישתעבד ונ"ל שאותו הבטחה שהבטיח לעכו"ם שיתן על פיו של ערב הוי כאלו האמין לו ונתן לו באותה שעה כיון שא"א להפטר ממנו וע"כ נלע"ד פשוט דאם לא הודה תחלה שיתן לו ע"פ ערב אין כאן ערב כלל וע"כ העתיק המחבר והודה לדבריו כו' סמ"ע סקי"ב כ' מדהשמיט המחבר כו' דבריו תמוהי' מאוד וכמעט אין להם פי' דהא בהדי' כ' המחבר והודה לדבריו וזהו יסוד הדין ומה השמיט ע"כ נרא' עיקר כמו שפירשו הפוסקים בפי' ומש"ר שהכל יודעים שהוא בטוח היינו דוקא בלא ייחד לו שום אדם אבל ייחד לו שום אדם והודה לו ודאי א"צ שיהיה ידוע שהוא בטוח כנל"פ:

(**סעי' ז**) **שלא כדין ונאנסו** מה שהק' סמ"ע מסי' צ"ג ותי' דהתם עיקר הסמיכה על לוי כו' לא ידעתי שיחתו דהא גם התם נכנס השותף הא' לערבות בשביל לוי ונלע"ד דלק"מ

דשם מיירי שמא פרע לוי לעכו"ם ופטרו בפניך אלא שאח"כ בא עליך בעלילה ובזה ודאי מזל דידי' גרם כמ"ש רמ"א בסמוך ועמ"ש סי' צ"ג סט"ו:

(**ע"ש**) פיתקא של העכו"ם וניכרת נראה דצריך שיהא ניכר שנכתבה בעוד השטר ביד העכו"ם ולא היה עדיין כתב הפרעון כאן דאל"כ האיך יעיד העכו"ם על הישראל להוציא ממון ע"י:

(**ע"ש או שכתוב ביני שיטי**) נ"ל דשפיר גרסי' כתוב והיינו שהשטר עדיין ביד העכו"ם רק שנכתב פרעון ביני שיטי נמצא דעכשיו סגי בכתב מאן דהו דזה הוא במקום שובר וראי' לפ"ז דבדברי רבינו איתא בל' זה או שכתב בשטר ביני שיטי שפרעו כך וכך ואם איתא דשטר ביד הערב מה כך וכך הי"ל שפרע הכל אלא כדפרישית וא"צ לדברי הסמ"ע סקט"ו להגיה שכתב בלא ו' ולדבריו קשה אם העכו"ם כתב היינו רישא פיתקא ניכרת מה לי בפיתקא אחרינא או בגוף השטר:

(**סעיף ח'**) **ונעשו ערבים זה לזה** משמע דוקא בכה"ג אבל שותפים בעלמא לא מתחייב אחד בהפסד חבירו מכח עליל' וכ"מ הל' במרדכי פרק הגוזל בתרא שכת' בזה דא"ל אריא ארבעית לי אמצראי ובלא ערבות לא שייך לומר כן ועיין בסימן קע"ו סי"ב בהג"ה:

(**ס"ט**) **לא נשתעבד לוי** הטעם בדין זה כמ"ש סמ"ע סקי"ח דזבין אינש ארעא ליומא וק"ל הא בפ"ק דב"מ דף י"ד אמר שמואל אחריות ט"ס דוקא בשטר הלוא' אבל לא בשטר מקח דעביד אינש דזבין ארעא ליומא ולא קי"ל כן התם בדף ט"ו דפסק רבא דלא קי"ל כשמואל ונ"ל דדוקא לענין אחריות דגוף הלוקח עם המוכר לא אמרינן כן אבל לענין ערב לא וצ"ע לחלק:

(**סעי' י'**) **או אם לא יהי'** נ"ל דגם בד"ר דכת' אם לא יהי' ג"כ הכוונ' ופירושו כמו או אם והוא לשון הרמב"ם ור"ל שנתקשר בל' אסמכתא אם יהי' או שנתקשר בל' אם לא יהי' ואז ישתעבד והא דכ' אחר כך דסמכינן אם יתקיים כו' קאי אלא יהי'. ולפי' הסמ"ע סקכ"א קשה הי' לו לומר לא אשתעבד וגם כן קשה מ"ש אחר כך דסמכינן שיקיים התנאי דהא התנאי בהדיא אם לא יהי' וכו':

(**סי"ג**) **אין זה הערב חייב כלום** בד"ר בל' הראב"ד א"כ לא ברב לא במעט פירוש דבריו דודאי לא נשתעבד יותר מכדי הרב' ולא במעט וי"ל עכ"פ לא ישתעבד לו יותר ממה שיש לו וה"ה נמי לא פחות מהצורך לו עכשיו ואין לומר למה לא כ' הראב"ד בסימן ס' בדבר שאינו קצוב ג"כ דאזלינן בתר אומדנא וזה הקש' במ"מ ולא תירץ כלום ונ"ל דשאני הכא דאנו רואים עכ"פ שלא נשתעבד יותר ממה שיש לו על כן אזלינן לגמרי בתר אומדנא אפי' בפחות משא"כ בסי' ס' שאין שם צד בירור:

סימן קלב

(**ס"ה**) **כשיפרע המלו' כו'** ברמב"ם כתוב כשיפרע למלוה ר"ל הערב בשעה שהוא פורע למלוה יודיעהו על איזה מהלווים פורע כדי שיהי' אותו הלו' מחויב לפרוע לו ולא יוכל לומר לא פרעת בשבילי אבל המלוה אינו מקפיד על איזה פורע לו ונ"ל שאם פרע הערב סתם אינו יכול לתבוע אחד מהם עד שיפרע גם החוב השני או שיקח הרשא' מן המלו':

סימן קלג

(**סעיף ב'**) נאמן במגו דנאנסו נ"ל דהרמב"ם לית ליה האי מגו דהא בסי' ע' ס"ל באומר אל תחזיר לי אלא בעדים אפילו אחר הלואה אינו נאמן לומר החזרתיו שלא בעדים ופי' הר"ן בטעם דאנן סהדי דמשקר כמ"ש ב"י א"כ לא מהני כאן שום מגו דהוה מגו במקום עדים ואע"ג דאין שם מגו דנאנסו דהא בהלואה חייב באונסין מ"מ אחר הלואה אין צריך למגו דהא אינו חייב לשמוע לו ואפ"ה לא מהימן מטעם אנן סהדי וצ"ע על המחבר שפסק שם כרמב"ם וכאן פסק כסברא זו וצריך לדחוק ולומר דאע"ג דאנן סהדי מ"מ לא אלים כולי האי לומר בשבילו היכא דיש מגו דהוי מגו במקום עדים והוא דחוק:

(**סעיף ג**) **קרינן ביה שפיר כו'** מ"ש הסמ"ע סק"ח שמקבלין מה שהוא לחובתו לא ידענא טעם לזה אטו מי שאומר חוץ לב"ד לויתי ופרעתי מקבלין מ"ש לויתי ולא מ"ש פרעתי דודאי לא שייך בזה פלגינן דיבורא טפי מאומר כן בב"ד אלא עיקר הטעם כאן דצריך שיהא לו מגו בשעה שבא לפני ב"ד שפוסקים לו שבועה ולא בשעה שאמר חוץ לב"ד דהוה זה מגו למפרע:

(**ס"ד**) אמר המערער כו' רבי' הביא זה דלא כדעת הר"י שכתב שהדין עם המערער וכתב ב"י לתרץ דברי הר"י דס"ל אם היה הנפקד בפנינו ואמר החזרתיו בפני פ' ופ' ומתו דא"נ ותמהתי דאכתי קשה דאם היה הנפקד כאן שמא היה מברר בעדים שנתן לו ורבינו חדא מן גווני דמהימן נקט ומ"מ נ"ל ליישב דברי הר"י דמיירי דהנפקד הוא לפנינו והמפקיד תבעו והוא טוען החזרתיו לך בלא עדים וע"כ הדין נותן שהנפקד חייב מאחר שהתרה בו וא"ל אל תפרעני כו' אלא שהמפקיד לא רצה לדון עם הנפקד מחמת שחינו בטוח ורוצה להוציא מיד המחזיק ונראין הדברים שמיד הנפקד בא לידו של המחזיק דאנן סהדי שלא החזירו דאי החזירו היה מחזיר בעדים והוא בעצמו אומר שלא החזירו בעדים וע"כ מוכח שמיד הנפקד בא לו וא"ל הא איכא מיגו דנאנסו ביד הנפקד וא"כ נאמן לומר החזרתיו די"ל דס"ל כמ"ש הרמב"ם לפי טעם הר"ן דהוה מגו במקום עדים וס"ל דלא אמרי' מגו דנאנסו כמ"ש בס"ב ורבינו מקשה בדרך זה דאי אינו הנפקד לפנינו א"צ כלל

למגו דשמא היה אומר בפי' פרעתי בפני פלוני כו' או שהיה מברר עדותיו ואי תפרש שהנפקד לפנינו ואומר החזרתיו בלא עדים קשה שא"כ נאמן במגו דנאנסו ולא הוצרך לפרש זה שכבר כתב דין זה בסמוך בפי':

(**סעיף ה' בהג"ה**) **וי"א דצריך** קשה דלקמן סי' רצ"ז פסק דמוציאין מהיורשין בל"ש וכן קשה גם על רבינו וצ"ע:

(**סעיף ז'**) **והלה טוען שנגנבו** הרמב"ם ליתא זה והמחבר הוסיף כדי לתרץ מה שהקשה עליו רבינו דאפילו היה אותו פלוני לפנינו והיה אומר שהמערער מכרן לו לא היה נחמן כיון שהמערער טוען שהשאילה א"כ מה מועיל למחזיק שטוען שפלוני מכרן לו עכ"ל ותירץ ב"י דהרמב"ם ס"ל דטענת המחזיק שפלוני עשה גזל ומכרן לזה הוה כטוען גנובין ולאו טענה היא ול"נ לע"ד כאשר אוכיח אי"ה סי' קל"ד ס"ד דהא לאו מילתא היא וכאן בש"ע כתב המחבר שטוען באמת נגנבו וק"ל דא"כ משמע אבל אומר השאלתים נא ונלע"ד דהרמב"ם פסק ברישא אפי' אומר בפי' השאלתים צאותו פלוני אינו נאמן להוציי מן המחזיק כי הוא יאמר שמא אלו הי' מוכר שלי כאן היה מברר בעדים שקנאם ממך וזה בכלל טוענין ללוקח ומש"ה בסיפ' שטוען השאלתים לך ומעולם לא ידעתי שום אחר אלא אתה אומר לו שקנית מאדם אחר [נאמן] ורבינו חולק בזה כיון שהם דברים העשויין להשאיל אין סברא שמכרם דהא אין עשוים לכך וכל זמן שאין עדים לפנינו הרי הם בחזקת הבעלים הראשונים א"כ לא עדיף זה מפלוני עצמו ומה לי אם טוען השאלתי לך או לאותו פלוני כנ"ל עיקר פי' דרבינו אלא דקשה על הרמב"ם ממ"ש רבי' סימן קלד ס"ג והמחבר ס"ד אבל כשטוען כו' וע"ק מההיא דכתב רבינו בסמוך שמוציאין מהיורשים בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואמאי לא אמרינן שמא אלו היה אביהם קיים הים מברר שקנה אותם ע"כ נ"ל דהרמב"ם טעמא ברישא שזה המחזיק לא קיבל ממנו אלא מאותו אחר וכיון שתבעו לאותו אחר זכה האחר דהא אין שם עדי ראיי' משום זה הלוקח הבא מחמתו יש לו זכותו אע"ג דלגבי דידיה ה"ל ראה בעדים משא"צ בסי' קל"ד דאותו שבא מכחו הוא עצמו אין לו זכות דהיינו שראו אותו ביד האומן אלא דמ"מ אם אומר בפני מכרת נאמן במגו דלקחתיו ממך והאומן נתנו לי ועמ"ש בסי' קל"ד:

סימן קלד

סעיף ג' אף על פי שמסר לו בעדים כאשר הגיה הסמ"ע דהאי אע"פ קאי אשל מעלה כן משמע בטח"מ של קלף דשם הגירסא בזה"ל ואם העדים שראו החפץ וכו' ממילא הוה כאן התחלת דין אחר ומיירי באין עדים שבא לידו:

(**סעיף ד'**) אבל כשטוען שאומן כו' צ"ל לדעת הרמב"ם שזכרתי לעיל ס"ס קי"ג דמיירי כאן ביש עדי ראיי' ביד האומן וכן משמעות הברייתא בפ' ח"ה דף מ"ה ראה עבדו ביד האומן וטליתו ביד הכובס מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי לא אמר כלום בפני אמרת למוכרו לי נאמן ומוקמינן הסיפא ביוצא מתחת יד אחר וכעין שכתב רבינו כאן ומשמעות הסיפא דקאי נמי אראה טליתו ביד הכובס ומש"ה כי אמר בפני אמרת לאומן למכרו נאמן מגו דמינך זבנתה והאומו נתנו לי במצותיך אבל כי אמר זה האחר האומן שמכר' לי אמר לי כן אנן סהדי דלא כדין זבנה ליה והשתא עולה יפה הפירוש שכתבתי להרמב"ם בסוף סימן קל"ג דהיכ' דאין עידי ראייה באותו שאין לו חזקה רק באותו הבא מכחו יכול לומר אלו היה כאן היה נאמן ואני יש לי זכותו דטוענין ללוקח ומדברי רבינו אין הכרע לזה ומכאן יש סתירה למ"ש ב"י הבאתיו בסימן קל"ג ס"ד דטענות המחזיק שפלוני עשה גזל ומכרה לזה הוה כטוען גנובים ולאו טענה היא קשה דהא כאן גם כן הוי הכי לפי טענת המערער כאן לדברי הרמב"ם:

(**סעיף ו'**) **ואם אמר בפני הודה וכו'** רבינו לא הביא זה והיא גמר' ערוכה והך י"א דהיינו דוקא כו' הוא דברי התוספת והרא"ש ורבינו לא הביא כל זה ותמה ב"י כאן על מה שהשמיטו ומש"ה כתבו כאן דרך י"א אבל נלע"ד דאין כאן מחלוקת דרבינו לא הוצרך להביא זה דזה פשוט דהודה בלא נשתה' דאינו נאמן דכבר למדנו רבינו זה במ"ש ואם אמר שירשו מאביו דהוה כאביו ולא הוה חזקה דבכלל זה כל הבא מחמת אביו בשום טענה הן שהודה לו הן שאר זכיות מכח אביו ובמ"ש הרי הוא כאביו למדנו כמו שמועיל אצל האב מה שירד מאומנתו ובזה אין צריך הבן לומר בפני הודית לו לאבי דכי היכא דאם היה האב קיים וירד מן אומנותו ונשתהא אצלו היה מהימן לי' לקוחה היה בידו ה"נ אם נשתהא ביד הבן אחר מיתת אביו די בכך לומר אבי אמר לי שמכר לו דלמה יגרע מאביו שהיה נאמן ומ"ש התוספת בפ' מ"ה דף מ"ז וז"ל ונראה דבן אומן נמי דאמר לעיל שיש לו חזקה כי אמר בפני הודה היינו אחר ששהא כו' כתבו כן לרבותא דאפי' באמר בפני הודה בעינן אשתהא אבל באשתהא סגי באמת אפי' באומר אבי הגיד לי שמכרתי לו ובגמרא לא הוצרך לומר הך דינא דהודה בפני אלא משום גזלן דקמ"ל דשם לא מהני הודה בשום פני' דמחמת מורא הודה כמ"ש סימן קנ"ב כ"ז נ"ל ברור ובסמ"ע נכנס בחלוקים דחוקים בזה והוא עצמו נ"ל דלא העמיד דבריו בזה ע"כ לא העתקנוהו בחדושינו:

סימן קלו

ס"ב בהג"ה וכן כובסת עכו"ם כו' דין זה הועתק מת"ה והוא תמוה וי"ל על ת"ה עצמו שהרי דין מפורש הוא במרדכי פרק הגוזל בתרא והוא לא הביאו ולפעד"נ ללמוד מדברי המרדכי בזה חידוש אח' שכ' וז"ל ומכאן הבאתי ראיה על כובסת עכו"ם שהיתה רוחצת בגדים לכמה יהודים ואבדה סדין אחד ונטלה סדין א' מן האחרים ונתנה לו תמורות סדין שלו וצויתי להחזיר שהרי אותם יהודים אחרים לא נתייאשו מסדין שלהם אלא היו מרדפין אחר הכובסת מפני הסדין שלהם וגם קי"ל גנב ופרע חובו כו' דלא עשו תקנת השוק ומחזירו בחנם אבל ודאי אם הכובסת משכנה את הסדין לאותו איש הרי עשו תקנת השוק במשכנתא עכ"ל מדכתב שהרי הבעלים מרדפים אחריה וה"ל כאמת גמור ולפ"ז היה נראה במי שנתנה לו הכובסת סדין א' תחת שלו ואינו יודע של מי הוא ועי"ז הוא מונח ימים רבים אצלו עד זמן שא"א לבני אדם שלא יחקור אחר שלו ודאי מתייאש ממנו והכובסת סלקה אותו בדבר אחר ובת"ה סי' שי"ט לא מיירי אלא בשני' באים לפנינו וטוענים בעדו שיחזיר לו מה שאין כן באם לא בא שום אדם וצועק על סדין שלו אמרי' ודאי סלקה הכובסת אותו כל שנשתהה שם כמ"ש:

סימן קלז

(**ס"ב**) **אלך ואלקט כו'** הסמ"ע כתב דאמירה עכ"פ בעינן לר"ה ולע"ד לא נראה כן דהא כתב רבינו וכתב הר"ר חזקיה לאו דוקא שאמר בפרהסיא אלך ואלקוט אלא ה"ה נמי בצנעה והרמ"ה כתב דוקא בפרהסיא אבל בתורת גניבה וגזילה לא עכ"ל ואי על האמירה קאי הרמ"ה היאך שייך עליה בתורת גניבה אלא ע"כ על הענין קאי שעושה חלוקה אחרת בתורת גניבה ונראה דה"פ בפרהסיא היינו שתהא שם אמירה תחלה [או המעשה] בפרהסיא ואף שאין שם אמירה כלל ועז"א הר"ח דאפי' בלא אמירה כלל והמעש' עצמה בצנעה סגי בהכי כי א"צ הפרהסיא כלל והרמ"ה ס"ל דדוקא בפרהסיא בעינן הן מצד חמירה הן מצד גוף המעשה אבל אם היה הכל בצנעה כמו בגניבה לא מהני ומ"מ נראה באם הוא עושה דרך גניבה ממש דהיינו שממתין לכנוס כל זמן שיש בני אדם עד שיצאו בזה מודה הר"ח והכי ס"ל גם להתוספת אלא דהרמ"ה לא מיירי אלא מצנעא היפך דבפרהסיא ועז"א בתורת גניבה:

(**ע"ש ואפי' אם לקטם כו'**) בטור כתוב וז"ל ואפי' אם באו הבעלים ומצאוהו בשדה קודם שהוליכה לביתו נאמן כו' וכתב ב"י דלמד זה מדברי התוספת דמהני באם הפירות בשדה שאינו שלו מדלא כתבו התו' והניחם בשדה משמע דאיירי התו' משדה שאינה

של שניהם וק"ל דא"כ היה להם לכתוב רבותא דזה פשוט דרשות שאינו של שניהם לא גרע' כ"כ כמו רשות בעל השדה לענין כמה דינים ע"כ נלע"ד דגם רבינו כוונתו בהך לקיטה שהפירות הם בידו ובכליו לא שהם מונחים בארץ דכל שהם מונחים בארץ לא מהני לזה הטעם דלא חציף כמו היו מחוברין דמה לי שהפירות מחוברין עדיין בארץ או נתלשו דתרווייהו הם בכלל לקיטה וכל שלא נלקט עדיין אינו נאמן תדע לך דאטו אותן פירות שנתלשו כבר ומונחי' בארץ וזה בא ולוקטם מהקרקע וכי שייך לחלק בזה ולומר דכאן שייך לא חציף דזה ודאי אינו דכל עניני לקיטה מן הארץ לא שייך לא חציף ולא מהני אם עדיין לא לקטם אלא ודאי דרבינו מיירי שלקטם והם עדיין בידו או בכליו ולא מיקרי מוחזק כיון שהוא עדיין עומד על השד' והכל רואין אותם שהם משדה זו וע"כ האריך רבינו וכתב קודם שהוליכם לביתו שהוא ל' מיותר אלא להורו' מ"ש:

סימן קלח

[**ס"ו בהג"ה וי"א דאפי' מביא עדים**] תמוה לי דעת הרא"ש בזה חדא דהא כתב הרא"ש עצמו בסי' קכ"ו דאף במודה בפי' הודאה גמורה יכול אח"כ לומר טעיתי כשיש עדים כ"ש כאן שאין הודאה גמורה שיכול לומר טעיתי בשעה ששתקתי ותו ק"ל דהא בגמרא מבעיא לן אי הוה הודאה בזה או לא ומכח דלא אפשטא לא מפקינן מיד התוקף א"כ בשיש עדים לפנינו אלא שאתה רוצה לפסלן מכח הודאתו וכאן אין לך הודאה ברורה אדרבה נימא לאידך גיסא שאין כאן הודאה גמורה והעדים אומרים אמת וגדולה מזו אפי' בעדים עצמן כל היכא שא"א לומר שהם מוכחשים או מתורצים אז מיושבים דבריהם כל מה דאפשר כמ"ש רמ"א סימן ל' ס"ב כ"ש הכא דאומר שאין כאן הכחשה ויותר תימא לי ע"ד הרא"ש לפי מאי דבעי רב נחמן למפשט בגמרא מברייתא דקתני המע"ה מיירי בתקפה א' לפנינו משמע דאי מייתי ראיה דמהני והלא ק"ו הוא ומה לסברת הפשטן שהיה סבור דהודאה גמורה היא ואפ"ה מהני עדים דאל"כ מאי המע"ה דקאמר ק"ו לפי מה דלא אפשטא הבעי' דנאמר דמהני עדים וזו קושיא עצומה לבע"ד וכן י"ל מדברי רבינו עצמם שכתב אח"ז אין יכול לתקוף בלא ראיה משמע דעכ"פ ראיה מהני וכה"ג מצינו בגמרא פרק המדיר דף ע"ו דאמרינן יתרת מאי ראיה מייתי פי' כיון דראיה לא מהני אין שייך לומר עליו להביא ראיה וע"כ אמינא הגם כי איני כדאי להכריע מ"מ מאחר שראינו שאין דין זה מוסכם רק שרמ"א מביאו בשם י"א אין כח בזה לפסול עדות העדים בשתיקתו ששתק תחילה כנלע"ד:

רבינו הביא כאן בסוף סימן זה והביאו (**רמ"א**) [**בסי' רמ"א**] **בשני שטרות ביום אחד כו' דמשמע אם ידוע שנמסרו ביום אחד קודם לחבירו מהני** ולכאורה קשה ממ"ש רבינו סי' קי"ט ס"ד (ור"נ) [ור"י] פירש כיון דאין ניכר כו' אלמא ביום אחד אין קדימה ולק"מ דהתם קאי אשעבוד ב"ח דאין מתחיל לגמרי באותו יום אלא מזמן המחרת לענין טורף לקוחות ע"כ כל הלקוחות היום שוים משא"כ כאן דקאי אזכות מקבלי מתנות דכל שנמסר לו אפי' שעה א' קודם קנה וכיוצא בזה איתא בתוס' פ' ח"ה דף ל"ד בסופו:

סימן קלט

[**ס"א כל דאלים גבר**] ק"ל במ"ש הרא"ש כאן טעם כל דאלים גבר לפי שסומך על ראיות שיש לו הא אי' בסי' ק"ע גבי אמת המים כו' כל דאלים גבר ושם לא שייכי' דברי הרא"ש האלו דשם לא נפסקה הלכה לא כרב ולא כשמואל ולא שייך שיביא ראיה שהוא שלו וגם שאר דברי הרא"ש בזה שהביא ב"י לא שייכים שם וצ"ע שוב ראיתי בת"ה סי' שנ"ב דכ' בזה דאפשר כך היתה תקנת חכמים בזה לפסוק אע"ג דליכא טעמא:

[**סעי' ד' בהג"ה דבר שהפוסקי' חולקי' כו**'] בת"ה סי' שנ"ב כ' דאפי' למ"ד כל תיקו המע"ה והוא דעת הרא"ש שמביא רבינו סי' ל' ס"ד מודה הכא דחולקים כיון שאין א' מהם מוחזק ולפ"ז הוא הדין מידי דקאי בתיקו דהא בת"ה שם משוה אותם כי הדדי ועיין סי' קס"ז:

סימן קמ

ס"ב בהג"ה סברא אחרת) לפי פי' סמ"ע סק"ג קשה דהא לענין היסת אין חילוק בין קרקע למטלטלין ובמטלטלין נשבע בכל גווני ונלענ"ד דהמחבר פי' דברים אלו בדרך זה דהא לא סגי בזה שיש עדים שלקחה אלא צריך ג"כ שבועה שהחזיק כראוי דהיינו שאפשר שמיחה בפני עדים שמתו או שאר דברים שאין יכולין לברר לבטל חזקתו וע"כ אמר זה שהחזיק כו' אין מוסרין לו שבועה בעיקר החזקה אם החזיק כראוי אלא [אבל] ודאי צריך שבועה שלקחו ממנו:

(**סעיף ח'**) **ואם היה המערער רוכל** נראה ביאור זה דמסתמא לא חיישינן שמא יצא המחזיק בלילה דלמה לו לצאת בשעה שבני אדם ישינים אלא דחשו כיון שדרך בני האדם להיות טרוד בעיר כל היום ובא לביתו בלילה ואפשר זה המחזיק דר בו ביום שלא כדין ובלילה היה נשמט משם שלא יראהו המערער וכל שאינו רוכל לא חיישינן לזה

כ"ז שהוא עצמו לא טען כך מה שא"כ ברוכל שאפשר היה נטמן באותם העיתים שבא הרוכל לביתו וכיון שטענה טובה היא אכו טוענין ליה כן:

(**סעיף י'**) **אפי' אם פרעו** קשה מסי' כ"ח סט"ו דאם הנתבע חולה אין מקבלין עדות שלא בפניו אף על גב דאחר כך לא יוכל להעיד וא"ל דשאני התם דיש תקנה לקבל העדות כשיגדלו דה"נ יש כאן תקנה להחזיר השכר כמ"ש הר"ר יונה עצמו בד"ר ונראה דמצד התקנה עשו כן ואף שאין מן הדין כמו שדקדקנו שם סי' כ"ח מל' לחוב ליתומים שלא כדין משמע בעלמא עשו כזה מה שאינו מן הדין בזה ותו י"ל דשאני הכא דאין שייך שלא בפניו כי באותה שעה לא נודע עדיין מי יערער וא"ל כאן אמאי הוצדכו כאן לטעם זה שזכר הטור הא בלא"ה יש לקבל עדות המחזיק כיון שהוא הנתבע ובסימן כ"ח כתב בש"ע דלנתבע מקבלין שלא בפני התובע וי"ל דכאן קרקע בחזקת הבעלים כיון שיש לו עדות שהיתה שלו ממילא קרוי המחזיק תובע וע"כ צריך לברר חזקתו אלא דק"ל במ"ש כאן הטור כיון שאין מערער לפנינו לא הוה נוגע בעדות מ"ש מסימן ל"ו [ל"ז] ס"ז בטור בדין לוקח ראשון לא יעיד לשני וכ' שם ב"י בשם ר"י הטעם דחייש הלוקח הראשון שמא קרקע גזולה היא והיום או למחר יבא הנגזל כו' וכל שכן כאן שהשוכרים רואים שזה המחזיק גובה עדות ע"כ בודאי יודע הוא שיש לו תביעה מן המערער והם מרגישים בזה ויעידו שקר שלא יצטרכו לשלם שנית השכירות וצ"ע:

(**סעיף י"א דאי בעי אמרו לא דרנו**) לעיל סי' ע"ב כתבנו מה שקשה מזה דהא לא אמרינן בב' עדים מגו:

[**ע"ש נאמנים לומר דרנו ופרענו**] רבינו כתב ע"ז דלא נהירא כיון שבאים להעיד למחזיק להחזיקו בבית ואי אפשר להחזיקו אלא א"כ שיעידו שדרו בו ע"כ הקשה הב"י אדרבינו שהם יכולים להעיד ראינו שהשכירה המחזיק לאחר ולפ"ז מ"ש ר"ח מיגו דלח דרנו אין פירושו דהוו שתקו מלהעיד אלא פירושו דאנחנו לא דרנו אלא אדם אחר דר שם ונר' לתרץ דאין זה מגו דהם יראים שאותו פלוני שהם אומרים דהשכירה לא יכחיש אותם וזה אין סברא שלא יזכרו אותו האחר דירגישו בעדותם ששקר היא אלא דק"ל על רבינו הא אין אנו חושדין את העדים שיעידו שקר לטובתו של מחזיק אלא בשביל תועלת עצמם ובזה ודאי אי שתקו הוה ג"כ תועלת עצמם וי"ל דיש חשד שמא ימצאו עדים אחרים שיגידו שדרו בזה הבית ויצטרכו לתת שכר כי א"א שלא יבאו אח"כ מי שראו אותם בתוך הבית זמן זה ע"כ הם רוצים להעמיד הבית בחזקת המחזיק שלא יזיק להם עדות שדרו בו ובזה ודאי גם ר"ח מודה אלא דעיקר טעם דר"ח כיון שיכולים להגיד מה שטוב להם יותר דהיינו שהמחזיק או הבא מכחו דר שם וע"כ אמר ר"ח מגו דלא דרנו

אנחנו שם ובמו של"ל לפי ב"י וזה היה טוב להם ממה שנותנין אצבע בין שיניו שבודאי יתבע אותם בעד שכירות אלא ודאי דהאמת אתם על זה מקשה רבינו דיש לסתור מגו זה מכח שא"א להעיד אז שדר בו בלילה דהא מסקינן בפ' ח"ה דאין עדות של חזקתן של בתים אלא שכנים או שוכרים וכאן שכנים לאו הוו ע"כ הקשה רבינו שפיר דאין יוצאין מידי חשד נתינת שכרם בעולם אלא אם הם אומרים שהם שוכרים שדרו בו דכיון שהם מוכרחים לפטור עצמם וזה תלוי בזכות המחזיק ע"כ הם נוגעים בכל גווני ושוב ראיתי בחדושי רמב"ן שגם הוא חולק על ר"ת אבל מטעם אחר וקורא על דברי רבינו יתד הוא שלא תמוט:

סעיף י"ג בהג"ה שהיה עוברת דרך הבית) א"ל מאי ראיה היא זו שמא בשעת מכירה הניח לו דרך דעל המחזיק לברר חזקתו שלא תהי' שום סברא בעולם לבטל חזקתו אפי' דרך שמא וא"ל דמסתמא לא עבר דרך כל החדרים ואמאי לא יהיה לזה חזקה כלל בבית זה אפי' במקום שלא עבר בה הדרך מ"ש ממקום מסוים בסעיף ט"ו ובייש לו חזקה דכאן לא מהני סברא זו אלא לענין המערער מאחר שכבר הי' הבית שלו בבירור אלא שזה בא לזכות בו מכח חזקת ג"ש וזה לא מיחה ע"כ אמרינן כל שיש לו טעם על מה שלא מיחה מהני וע"כ אם היה עובר דרך עליו או ה"ה היה לו מקום מסויים בחצר די לו בזה למה שלא מיחה משא"כ בהך דסט"ו דבא אדם אחד מעלמא והחזיק במקום מסויים ודאי השאר אינו שלו:

סימן קמא

(**ס"ד ויש מ"ש שאינה חזקה**). היא דעת רבינו מטעם דלא חש למחות כיון ששומט ואוכל כגזלן וק"ל הא אמר בגמ' אמר רב הונא ג"ש שאמרו בעינן רצופין ומודה רב הונא באתרא דמוברי באגי פשיטא ל"צ מלשון מודה רב הונא משמע דשם די אפי' מפוזרות וכ"פ רשב"ם להדיא משמע כ"ש דמהני רצופות וע"כ צריך לדחוק ולפרש דה"ק מודה רב הונא באתרי כו' דבעינן דוקא מפוזרות אלא דקשה א"כ מאי פריך פשיטא ודלמא היא גופא קמ"ל דבעינן דוקא מפוזרות אלא ע"כ דאין זה בל' ומודה וי"ל דאם זה היה עיקר החידוש לא היה לו לומר לשון ומודה כיון שלפי פשוטו יש לפרש בהיפך דכ"ש רצופות ועמ"ש בסימן קמ"ט ס"ט דנראה העיקר כדעת רבינו:

(**ס"ו ולא הרויח כלום**) כ"כ רבינו רס"ה ואחר כך כתבו בסי"א דין זה בפי' תפתיח ובגמרא איתנהו תרווייהו ונראה עיקר דכאן מיירי שהצמיחה הרבה אלא שהוא לא אכל יותר

ממה שזרע דאין זה חזקה דלא אכל אלא מה שזרע ותפתיח היינו שלא הצמיח יותר והוא לקח הכל:

(**ס"י בהג"ה אלא שחת**) לפי' סמ"ע קי"ז קשה הא אפי' לא אכל כלל שחת של שנה ד' הוה חזקה כיון שאכל מה ששייך לאכול בג"ש דהיינו תבואה גמורה ומ"ש שכ"כ לפי דעת החולקין דלפי הנראה דגם הרא"ש מודה דזה דל"ד [דל"ב] אכילת שחת של שנה ג' כיון שאכל ג' תבואות גמורות מה יזיק שלא אכל שחת של סוף ג"ש דחדרבה אומר אני המתנתי עד שיהיו פירות גמורים ונלע"ד דמיירי בשחת שבתחלת החזקה אכל מיד ונמצא שלא אכל אחר כך אלא ב' שנים ב' תבואות ושחת של שנה ג' הוא בחשבון החזקה ואף דשחת בתחלה לא הוי בחשבון היינו שכל מה שגדל בשני חזקתו צריך שיהיה אכילה ברורה משא"כ שחת דבתשלום שנה הג' דאז אין שם אכילה אחרת בתשלום זמן החזקה ולא הוה למערער להמתין עוד מלמחות כיון שרואה שאוכל בכל שנה אכילה השייך בזה ומ"ש רמ"א שלא אכל בשנה ג' אלא שחת היינו לענין חשבון שני חזקה דלא חשבינן לשחת שנה א' כן נראה לעניות דעתי:

(**סי"א ערלה שביעית**) רבינו כשכתב דעתו לא זכר כלאים וכן בגמרא נ"ל דכיון דבא לחלק בין הזמורות שהם בהיתר ובין פירות שהם באיסור וזה לא שייך רק בערלה ושביעית דבאותה שעה שיש איסו' בפי' יש היתר בזמורות משא"כ בכלאים דאין היתר בזמורות יותר מפירות רק הטעם שהם מוקדמים קודם שהוסיף במאתים בהיתר ולא נאסרו הפירות אלא אחר שהוסיף וא"כ אין רבותא בזמורות יותר מפירות וכיון דרבינו נקט בהדיא חילוק שבין הפירות לזמורות הוה כ"ש בכלאים דיש חזקה בשעת היתר בין לזמורות בין לפירות אבל בתלמודא דלא הזכיר בהדיא החילוק בין פירות לזמורות נקט גם כן כלאים ומשום הכי בדעת הרמב"ם דסבירא ליה אכילת איסור הוא חזקה חשיב ג"כ כלאים:

סימן קמב

(**סעיף א' בהג"ה וה"ה אם שכרו**) כו' לפי' הסמ"ע דבשכירות אפי' לעולם לא אמרינן ביה דזבין דיניה לא ידענא טעמא דהא לא יצטרך לדון עמו ותו יש ראיה ממה שמצינו בגמרא פרק הזהב דף נ"ו דמבעי' לן אי הוי כמכר לענין אונאה ופשטינן מי כתיב ממכר לעולם ממכר סתם כתיב והאי ליומא מכר היא ש"מ דאי הוה כתיב ממכר לעולם הוי עיקר החילוק בין שכירות למכר דזה לעולם וזה לזמן ומינה דבשכירות לעולם הוי פשוט כמכר וצ"ע:

סימן קמג

(**סעיף ב' אין שומעין לו**) נ"ל דאפי' שבועה א"ל ואין יכול לומר אתה ידעת שהייתי במקום רחוק כיון דחזקה ברורה היא קיימ' במקום עדים:

סימן קמד

(**סעיף ד'**) **וי"א אפי'** (**שלא בשטר**) **כו'** נ"ל שצ"ל בלשון זה כי אין להמערער לחקור שלא ימכור אחר שדהו אם כו' אבל הכא יש לחקור אם יחזיק כראוי וכן הוא נכון לע"ד:

סימן קמט

(**ס"א בהג"ה או שלא היה עמו במדינ'**) תימא לי אמאי הוה חזקה יאמר לו סבור הייתי ששותף שלי העמידך במקומו כי אתה נאמן בעיניו שלא תקלקל הקרקע וסברא זו כתב רבינו ס"ו בשם הרמ"ה ונראה ראיה דמצינו במתני' האומנין והשותפין והאריסין אין להם חזקה ואמרי' בגמ' אריס שהוריד אריסין תחתיו יש לו חזקה מ"ט דלא עביד אינש דנחת אריסי לארע' ושתק ולא אמר כן גבי שותף ששנינו במתני' קודם אריס אלא ודאי דבשותף לא הוי חזקה בכה"ג גם הפוסקים לא חלקו בההוא דשותף אין לו חזקה בין אכל בעצמו בין העמיד אחר במקומו ונראה דרבינו מיירי בענין שאם אכלה השותף עצמו ה"ל חזקה דהיינו שאכלה כולה והא דסיים אלא ודאי לא חלקו חכמים וכו' ר"ל דוקא בין השותפין יש חילוק אבל כל שיש להשותפין חזקה ודאי אחר שהוא במקומו יש לו ג"כ חזקה ועי"ל דבאמת אם היה טוען כך היה מהני לו אלא שטוען שלא חש למחות מצד שיש לו שותף ועל טענה זו פסק שאינה טענה:

(**ס"ו בהג"ה לפי ראות עיני הדיינים**) נראה דבכלל זה אב ושאר קרובים שזכר כאן שנסתלקו משלחן אביהם מ"מ כיון שרואין שזה סומך על זה בעסקי נכסיו אין שם חזקה:

(**ס"ח האשה שהלות**') פירושו שטוענת שהלותה דאי הלותה ודאי לא שייך ע"ז מ"ש שכן דרך להשאיל וכן משמע לשון מהרא"י שהביא ב"י:

[**ס"ט אבל חפר בורות כו**'] בפ' ח"ה אי' ולא איש חזק' בנכסי אשתו והאמר רב אשת איש צריכה למחות במאן אלימא באחר והאמר רב אין מחזיקין בנכסי א"א אלא לאו בבעל אמר רבא לעולם בבעל כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות והאמר רב נחמן אין חזקה לנזיקין ופירשב"ם כלו' כל היכי דמזיק לחבירו אין יכול לטעון לקוח' משום דלא אחזיק כדאחזיקי אינשי לא חשש למחות ומשני אימא אין דין חזקה לנזקין פי' דלאלתר הוי חזק' ורב יוסף מוקי לה: שם בענין אחר וס"ל לרי"ף ורא"ש דאזלה לה אוקימת'

דרבא לגמרי ורבינו פסק כההוא אוקימת' ותימ' לי דא"כ דלדעת רבינו הוה חזק' במחזיק שלא כדרך העולם דהוא מקלקל למה פסק רבינו בסי' קמ"א ס"ד באתר' דמוברי ואכלו רצופין דלא הוה חזקה מטעם דלא אחזיק כדאחזיקי אינשי מ"ש מהכא דחופר בורות שכ' ולפי הנרא' דרי"ף והרא"ש דהכא ס"ל כדעת רבינו בסי' קמ"א ולא כהר"ר ישעי' שם ודעת רבינו צ"ע דמ"ש מקלקל הקרקע ע"י הזריע' כמבואר שם שלשנים הבאות תתקלקל הזריעה מקלקול דהכא בחופר בורות כו' וי"ל דכאן לא חשיב קלקול אלא לדעת האשה שאינה רוצה באלו אבל לדעת המחזיק חשיב זה תקון כי הוא צריך לבורות כו' משא"כ לעיל בלא מוברי הוא קלקול בכל עולם:

[**ע"ש וכן חזקת נזיקין**] הוא דעת ר"י הלוי וכו' עיין מ"ש סי' קנ"ה סל"ה ותימא לי על דעת הר"י הלוי אמאי לא משני כן בגמ' שזכרתי בסעיף זה דפריך האמר רב אשת איש צריך למחות דמיירי בחזקת תשמישין דעל זה לא יוכל להקשות והא' רב אין חזקה לנזיקין דהא גם רב מודה דבחזקת תשמישין שייך חזקה כדאית' פ"ק דבבא בתרא ד"ו וצ"ע:

[**סי"א**] **אין מחזיקין בנכסי אשת איש** רבינו כתב בשם הרמ"ה אפי' אמר זבינת' מינך ובעלך אינו נאמן כיון דאית לבעל פירות לא איכפת לה לידע מאן אכל להו עכ"ל וק"ל דמשמע אם כתב לה דין ודברים אין לי וכי' דאין לבעל פירות דיכול לומר זבינת' מינך ומבעלך מאי פריך בגמ' דלעיל שהבאתי ס"ט והא אמר רב אין מחזיקין בנכסי א"א לישני ליה דהא דאמרי' אין מחזיקין בנכסי א"א ע"כ לא מיירי מזה לדעת הרמ"ה [וטור] דא"כ הרמ"ה חולק על מ"ש רבינו בשם ר"י סמוך לזה דאפי' כתב לה דין כו' א"צ למחות דהא להרמ"ה צריכ' למחות שמא יאמר המחזיק קניתי ממך ומבעלך וצ"ל דהרמ"ה ס"ל בכל גווני אין צריכה למחות והא דכתב כיון דאית לבעל פירות נקטיה לרבותא לא מבעי' באין לבעל פירות פשיטא שאין חזק' לאחר כי האשה אומרת סמכתי על בעלי דהוא יורש שלי והבעל אינו חושש למחות כיון שעכשיו אין לו עסק בשדה אלא אפי' ביש לבעל פירות ויש חזקה מצד הבעל דלא מיחא ושביק למיכל פירי דידי' קמ"ל דלא הוי חזקה מצד שאשה אומרת לא איכפת לי:

[**סי"ב**] **ראובן שמכר כו'** דראובן סובר ששמעון העמיד אחר במקומו וא"ל מ"ש מאריס דסכ"ו דיש לו חזקה מטעם דהי' לו למחות שלא יקלקל אותו האריס השד' שי"ל דשאני במוכר לפירות ג' שנים שהוא מחוייב להחזיר הקרקע אחר ג' שנים כאשר לקחה ממנו מש"ה לא יעמוד שום אחר במקומו עד שיהיה לו מהימן דאומן משא"כ באריס שאינו חייב באחריות קלקול השדה [בדברי רבינו] סי' ט"ו דלא דמי לאומן כו' רבים מקשים הא גבי אומן נמי אמרי' סי' קל"ד דירד מאומנותו יש לו חזקה וי"ל דלק"מ דההי' דירד

מאומנותו כר היינו שמתחיל להחזיק לאחר שירד מאומנותו או בדבר שהיה בידו בעודו אומן ונשתהה אבל בלאו הכי אין לו חזקה במה שהיה בידו בעודו אומן על זה מקשה רבינו מ"ש מגזלן שעשה תשובה דאמרי' דאע"ג דלא נשתה' בידו אח"כ אלא תיכף שעשה תשובה נאמן ותי' דהתם בא לידו בעדים בתורת אומן כו' מש"ה אע"ג דלא ראוהו אח"כ בידו א"נ בלא נשתהה כיון דהריעות' ברור לנו וכן אם לא בא לידו בעדים בתורת אומן אלא שראוהו בידו אמרי' מסתמ' בתורת אומן בא לידו כיון שהוא רגילות משא"כ כאן שאין ריעותא ברור דגזילה לא שכיח ובזה אין עליו עדים אלא שהוחזק גזלן:

[**סי"ז אחר שנתגיירתי נאמן**] בד"ר סיים מידי דהוי אישראל הבא מחמת עכו"ם שנאמן לומר קניתי ממך עכ"ל וזה נראה דאפי' אומר קניתיה עד שלא נתגיירתי נאמן במגו דלקחתי אח"כ כמו ישראל הבא מחמת עכו"ם שאומר בפני קנאה ממך העכו"ם ולא הוצרך רבינו לפרש כן כי זה דבר פשוט הוא כיון שיש לו טענה א' שהוא נאמן עליה ודאי אמרי' מגו בשבילה וכ"כ בע"ש וסמ"ע סקכ"ז חלק עליו כיון שזכר המחבר אחר שנתגיירתי והנלע"ד דאין זה הוכחה וא"ל מ"ש מגזלן שעשה תשובה שאינו נאמן לדעת רבינו דכאן אף בשעת שהי' עכו"ם מ"מ קנאה מהמוכר אלא דלא היה לו חזק' ואין כאן שום חזקה לריעותא:

(**סעיף כ אבל אם אינו ידוע כו'**) א"ל דהא בסימן קמ"ו סל"ג כ' רבינו בשם הרא"ש שאין זה מגו טוב שירא לומר שלקחה ממנו כו' ואמאי לא נימא נמי הכא כן דירא שמא יש לו עדים דהיה של אביו דשאני התם דמאי שטען שקנה הוא טענה טובה שסובר שמא ימצא עדים שהמערער מכרה לו כמ"ש שם מה שאין כן כאן שטוען עכשיו טענה גרועה דהי"ל להזהר בשטרו:

(**סכ"א והרי זה גובה בשבועה**) גרסא זו בספרים ישנים ברמב"ם וכן העתיק בב"י רק בכסף משנה נדפס משבחה ולזה הסכים סמ"ע ס"ק ל"ו ולעד"נ עיקר כספרים ישנים ול"ד לסעיף כ"ב דכתב בלא שבועה דשאני הכא דלא החזיק כלל רק אחר מיתת אביהם ה"ל היתומים בע"ד דידי' לפי דבריו ע"כ מחוייב לישבע היסת מה שאין כן בסיפא שכבר היה מוחזק בחיי אביו ולפי דבריו לא היה ליורשים שום זכות בזה אחר מיתת אביהם:

(**ע"ש בענין הקול**) שכתבנו מה שהקשה הסמ"ע סקל"ד מסק"נ נלע"ד דלק"מ דע"כ לא אמרי' שם שהורע כח המגו אלא שאם ידוע שהי' של המערער אע"פ שלא ידענו שירד בתורת משכון אז הורע טענה לקוחה בידי מאחר שהקול מכחיש הטענ' ממש ואינו חפץ לטעון נגד הקול כיון שבודאי היה של האחר תחלה משא"כ כאן דאין עדים כלל שהיתה של אביהם כמ"ש הראב"ד בהשגה בפי' דברי הרמב"ם בדין זה שהקול יוצא דהיא של

אביהם בזה אין כח להקול לבטל המגו וע"כ שפיר אמרי' מגו בזה אי הוה הקול אחר ג' שנים כנלע"ד:

(**סעיף כב**) **שלא בשבועה** מה שמחלק הסמ"ע בין הך דהכא למ"ש הרמ"א סי' קלג דשם נקראו היתומים מוחזקים איני רואה שום הפרש ביניהם דכיון שהם דברים העשוים להשאיל ולהשכיר אזלא חזקתייהו לכל מילי ולענד"נ דרמ"א ס"ל ג"כ כהרא"ש דסי' קו [קן] ס"ו דצריך היסת:

(**סעיף ל"א**) בהקדש עניים כו' בד"ר סיים כאן שאם יודו ז' טובי העיר יש לו חזקה וקשה למה ליה חזקה ונראה שמיירי שמודו שמכרוהו אלא שאינם יודעים למי מהני חזקתו לו' שהוא הלוקח ומהני הודעתם אע"פ שאין לה קול וא"ל הא אמרינן בס"ס רכב דאם אמר א"י למי מכרתי ובא א' ואמר אני הלוקח דנאמן דשאני הכא דגרע טפי כיון דרגיל להיות קול אם קונה מהקהל:

סימן קנ

(**סעיף א'**) **אלא קול בעלמא** סמ"ע פי' והוא מודה שמשכן תחלה אצלו:

(**סעיף ב'**) **נתנה הממשכן לבנו וכו'** [נ' דצ"ל כתב הסמ"ע] זה קאי אסעיף שלפניו וכ"ה בגמ' דהיה מוכרח באונס למכור השדה מכח שהיה רוצה לכבוש שטר המשכנתא והציל עצמו בזה שנתן לבנו וע"ז פסק דהמעות הוה כמלוה ע"פ אבל מי שעושה ערמה ברצון ונותן לבנו ומוכר אח"כ לאחרים ה"ל המעות כמעות מלוה בשטר ואע"פ שאין כאן מקום מכר וכן מוכח בסוף סי' ע' שכ' הב"י תשובת רשב"א וז"ל דהאי שטרא נכתב שלא כדין כיין שיש במקח זה משום איסור ריבית כו' פי' ומ"ה ה"ל כמלוה ע"פ משמע דוקא כשיש איסור בקנין יש לו דין מלוה ע"פ וכן משמע מל' המחבר שם שכתב וה"ה לכל לכל שטר שלא ניתן לכתב עכ"ל ר"ל שלא ניתן לכתוב מחמת איסור ריבית או דהמכירה נעשה באונס אבל היכא שעשה ערמה וברצון ה"ל כמלוה בשטר דקלא אית ליה לשטרא וזה פשוט בעיני ולא כתבתיו אלא לפי שראיתי מגומגמין בדבר כיון שכתב המחבר סתם וע' סימן רמ"ב דין מתנה טמירתא [נ' דצ"ל עכ"ל]:

(**ע"ש אינם אלא כמלוה ע"פ**) הסמ"ע מוקי לה אמכירת אונס דוקא שעשה הערמה להנצל מן המאנס ולכאור' יש ראיה לפירושו מפרק איזהו נשך דף ע"ב דפרש"י על ההיא מלתא שנתן לבנו תחלה וז"ל מאחר שכבר נתנו לאחר במתנה ובע"כ כתבו לזה משמע אי הוה האי מלתא ברצון הוה שטר' מעליא אבל כי דייקת אשכחת איפכא דא"כ מאי פריך שם מההיא שטרא דשטר מוקדם דנימא לא ניתן להכתב גם בנ"י שם לא זכר רק מאחר

שכבר נתנו במתנה ותו לא ונראה דגם רש"י לא נתכוין אלא לומר מאחר שכבר נתנו במתנה ותו לא ועוד ראיה ברורה מסימן ר' דשעבוד נכסים לא מהני במוכר דשלב"ל או אינו מצוי אצלו וא"כ ודאי לא טריף לקוחות בשטר מכירה שמכר דבר שאינו מצוי אצלו כל שאינו כתוב בו שעושה דרך חיוב שזה מהני אפילו בדשב"ל וכ"ה כוונת הרשב"א שהביא ב"י בסס"א וכמשמעות ל' המחבר כל שלא ניתן להכתב משמע מאיזה צד שיהיה והא דהזכיר הרשב"א איסור ריבית שזהו עיקר הגורם שיהיה עליו שם לא ניתן להכתב ותמהני עוד ע"פ קדוש דהא מקח שנעשה באיסור הוא קיים כמ"ש סימן ר"ח א"כ למה נחלק כאן בין לא ניתן להכתב מחמת איסור או מצד עצם המקח ותו דאם נאמר דתליא באיסור גם בעושה כן מרצון יש איסור שלוקח ממון חבירו בתורת מקח שלא כדין ע"כ נלע"ד דכל שטר שאינו כשר ולא ניתן להכתב לא מקרי שטר כלל:

(**סעיף ג' אין לו בה חזקה**) [דעסמ"ע עד"ר שם] הוכחתי דהיינו דוקא במשכון וכדומה לו שלא נשתנה השם והענין מה שאין כן בבן אומן והאריס וכיוצא בו נשתנה השם והענין אחר כך אף שבתחלת ירידתן לתוכה לא היה חזקה מ"מ אם אח"כ בא לידו אם נשתהא בידו ג"ש וטוען בפני הודית לאומן ואריס ואני יודע שמכרת לו נאמן במגו שקניתי ממך:

(**סעיף ד' ורוצה לעכב**) כו' לא שאומר כן בפי' אלא לסוף אחר שאכל איגלאי מלתא שכן היה דעתו מתחלה וסמך נפשו אמגו דלקוח לא מהני וצריך להחזיר אם ידוע שבתורת משכון בא לידו תחלה ובדין זה מיירי כל סעיף זה ושאחריו ומ"ש להחזירה מיד ר"ל עם הפירות שאכל אחר שני המשכונא:

(**ע"ש ובשבועה**) דהא בעל דין שלו קיים וטוען ברי משא"כ בסימן קמ"ט סכ"א וכ"ב:

(**ע"ש קודם שיאכל הפירות כו'**) כיון דבקרקע אף לאחר שהמחזיק ג"ש לא שייך בה תפיסה כמו במשכון דמטלטלין דנאמן לטעון עליו עד כדי דמיו במגו דלקוח מש"ה בקרקע כיון שמודה שלא לקחה הרי היא עומדת בחזקת בעליה אלא שיש לו מגו ומגו כזה לא אמרינן דהוה מגו להוציא משא"כ בשכבר אכל מהני ליה מגו לפטורי וזה כוונת הטור בשם הר"ר יונה שכתב שלא מצינו מגו אלא במי שבא לזכות בממון וכו' בלשון לזכות רימז אמטלטלין שבידו שיכול לזכות ע"י טענת לקוחין מה שא"כ בשדה וראיה דכשכתב הטור בסוף הסימן בשם הר"ר יונה דין אחר כתב דנאמן במגו ולא הוה מגו להוציא כו' ש"מ שטעמו דהר"ר יונה לעיל הוא משום מגו להוציא:

סימן קנא

[**סעיף ג' מוציאין את השדה כו'**] רבינו כתב לא יוציא השדה מתחת ידו עד שיתן לו הדמים נ"ל דרבינו מיירי בלא מכרו דנגזל לשום אדם אלא הוא עצמו בא להוציא ואז יכול הגזלן לומר תן לי מעותי ואח"כ טול שדך משא"כ אם מכרה לאחר אז הלוקח מוציאה תיכף מהגזלן והגזלן מבקש את הנגזל שיחזיר לו מעותיו וכדרך זה כ' ש"ע סי' ק"נ דהוה המעות כמלוה ע"פ משמע דאינו תופס השדה בשביל המעות:

סימן קנג

[**סעיף ג' לבנות תחת הזיז**] פי' הסמ"ע סק"ו הוא דחוק לפע"ד חדא דלשון תחת הזיז לא משמע להסיר הזיז כמו שמצינו בס"ח לבנות תחת הצינור דשם פשוט הוא אין כח להסיר צנורו ותו דא"כ מאי ולבטל תשמיש דקאמר דמשמע היא קיים רק התשמיש בטל ויש עוד הוכחה מתלמודא לפי פי' הכ"מ בדברי הרמב"ם אלא שאין להאריך ונלע"ד הדברים כמשמעותן שבזיז עצמו אין לבעל החצר שום זכות אפי' בפחות מטפח רק שיכול לבנות בית תחתיה עד סמוך לו וממילא מבטל תשמישו משא"כ בזיז טפח דהחזיק באויר החצר פי' מה שהוא תחת הזיז. היינו כדרך תשמיש הזיז ולא הוצרך כאן לתת שעור להרחק' דאזלי' בתר תשמיש. הרגיל אלא אם הוא במשך ד' שאז לא אזלי' בתר תשמישיה אלא מרחיק י' טפחים שהוא רשות בפני עצמו מש"ה נתן שם שיעור להרחקה ומה שהביא סמ"ע מפי' המשניות לא הרגשתי שם בראייתו דה"ק שמא בלי ידיעתי תסיר גם הזיז ותכניס אותו המקום בבניינך:

[**דבטור כ' רבינו**] בסי"ב ונמצא שזכיתי בחצירך לשפוך בו מי גגי כו' והוא תמוה דהא בסי' קנ"ה סכ"ח פסק ראובן שמכר את הבית לא' וחצר לא' צריך לסתום החלונות וצ"ל דהכא מיירי ששייר המוכר לענמו וכ' זה למ"ד לא אמרי' מוכר בעין יפה מוכר:

[**ס"ה יסלקם לגמרי**] הא דהקשה הסמ"ע סק"י מסי' קנ"ד נראה דרמ"א תירצו בלשון זה וכוונתו דהכא אין עליו לטרוח לתבוע אותו כיון דהיזק בחצירו הוא יכול לסלקו ובעל הזיז יהיה מוכרח לתבוע אותו שלא יסלקו משא"כ בהיזק ראיה דסי' קנ"ד שיצטרך בעל החצר לתבוע את בעל החלון שיסתום חלונו כדי שלא יזיקנ' בראיה ובעל החצר אינו רוצה לבנות כותל בחנם נגד החלון לבטל ההיזק נמצא שיצטרך לתבוע את בעל החלון ולטרוח בדינא ודיינא:

(**סעיף ח'**) **אין בעל הגג יכול לעכב וכו'** רבינו תמה על הרא"ש שלא הביא אוקימתא דמזחיל' של אבנים ונראה ליישב דהא הרא"ש כ' יראה כו' כיון דפליגי הני אמוראי

ולא אפסקא הלכה כמאן החזיק המרזב דאזלי' בתר המיקל ולא יגע במרזב אך יכול לבנות תחתיו כר' ירמיה כו' ונראה כוונתו דמכח ספק אין לא מהם למחות שום דבר לחבירו ומש"ה נראה בדין דבונה תחתיו אפשר דס"ל לאינך אמוראי דיכול לבנות אפי' תחת המזחילה של אבנים כי היכא דלר' ירמיה מותר עכ"פ תחת המרזב של אבנים ומש"ה פסק הרא"ש שלבעל החצר אין רשות בשום דבר ליגע בגוף המזחילה וכן אין בעל המזחילה יכול למחות לבעל החצר לבנות בשלו כי אין חילוק בין אבנים לעץ אלא למ"ד שאם בא לבנות תחתיו בונה אליביה צריך התלמוד לדחוק ולומר כך וא"כ אין לבעל הגג כח למחות מלבנות בשלו דשמא קי"ל כאינך אמוראי בזה והא דנקט הרא"ש כרבי ירמיה לאו למימר' לרבי ירמיה יכול לבנות דהרא"ש מיירי לענין היתר המרזב לבנות תחתיו מצינו קולא כתי' רבי ירמיה אבל לענין המזחילה לא פסק כוותיה דאיהו מחמיר בשל אבנים כיון דאפשר לשאר תירוצים מותר הכל במזחילה כמו במרזב לר' ירמיה:

(**סעיף ט"ז ויש חולקין**) בכל כו' עיין מה שכתב סימן קנ"ה סעיף ל"ה.

(**סעי' י"ז כל ז' ימי החג**) בסמ"ע הביא הג"ה דבעינן גם ל' ובב"י כ' ולא בעינן ל' כיון דלא נחית מעיקרא אדעתיה דרשות רק אדעתיה דמצוה:

(**סי"ח אלא אם טוען**) כו' הריב"ם שמביא ב"י הוקשה לו מה ראיה יש בסמיכות קורות לומר שחצי הכותל שלו ותי' דמיירי הרמב"ם בכותל החוצץ בינו לחבירו דאף אם יש לא' כמה תקראות הסמוכות לכותל ולזה א' וטוען ששותף היה מעת היותה נאמן וקשה מ"ש רמב"ם תחלה בד"א כשהודה כו' להימניה במגו דאי בעי טוען שותף אני בכל הכותל ונ' דמשום זה פי' בסמ"ע סקכ"ג דמיירי בצריך להודות והדברים דחוקים ולק"מ דהריב"ש מפרש כל דברי הרמב"ם בכותל שבינו לחבירו אלא הטעם דעיקר החזקה מכח דשתק ומיחל וא"כ אין שייך מיגו דודאי אנו מאמינים לדבריו שמחל לו בשתיקתו אלא דאנן סהדי שלא מחל לי כל הכותל בשביל זה וע"ז קאמר בד"א שהודה כו' אבל אי טען בפי' הכותל זה אני שותף בו הן מצד המכירה הן מצד הנתינה אז היא נאמן וכ"ז לשיטת ריב"ש בב"י אך הוא בעצמו לא הסכים בפירוש זה שהרי כ' אך צ"ע מה צריך לקורה זו כלל כיון שהכותל חוצץ ביניהם כמ"ש ב"י ע"כ נלע"ד דמיירי הרמב"ם בכותל הידוע לו לבדו ע"פ העדים וכמשמעות סידור הדברים ברמב"ם וגם לשון מי שהחזיק בכותל זה כו' דהיינו מ"ש ריש ס"ז משמע שקאי על מ"ש תחלה שם שהכותל של ראובן לבדו וס"ל להרמב"ם כרמב"ן שמביא רבינו כאן דנעיצת קורה היה כמי אכילת פירות בשדה אלא דס"ל להרמב"ם דלא מהני ליה זה אלא ענין תשמיש דכותל כמ"ש נאמן ומשתמש

בכולו כו' דמשמע דלא מהני אלא לתשמיש נמצא דברישא אין חילוק טענה ביניהם רק שרוצה בהנחת קורתו להניח קורה א' עוד מצד מחילה בזה הדין עם בעל הכותל אבל בסיפא שטוען יש ליחלק בכותל שקניתי ממך והא ראיה שהשתמשתי בה בקורות נאמן ומשתמש כו' שוב מצאתי בכ"מ שכ' תשובה אחרת בשם ריב"ש דמיירי כאן בידוע לאחד מהם אלא שברישא מיירי שטוען מטעם מחילה וסיפא מיירי שטוען שותף אני ר"ל פרעתי החציה ולא מטעם מחילה משמע מזה בהדיא כמ"ש וריב"ש עצמו חזר בו:
(**ע"ש וי"א דדוקא כו**') היינו דעת הר"ר יונה בד"ר דס"ל כל שלא נתן תקרה אין לו חזקה בגוף הכותל אלא באבנים וה"ר יונה מיירי ג"כ בבא בטענה כמ"ש בהדיא ריב"ש סי' רי"א הביאו ב"י בסמוך נמצא שד' דיעות יש בבא בטענה הריב"ש ס"ל דאין מועיל נעיצת קורות לשום דבר זולת נעיצת קורות הללו ואפי' נתן עליו התקרה והרר"י ס"ל בנעיצת קורות לחוד כמו הריב"ש אלא בנותן התקרה מזה יש ראייה שלקח גם חצי אבני הכותל והרמב"ם ס"ל דאף בנעיצה לחוד הוה חזקה אפי' למקום הכותל בבא בטענה כי זהו כמו אכילת פירות השדה והרא"ש ס"ל דאף בלא תקרה ומעזיבה הוי כמו דס"ל להר"י בנותן התקרה דהיינו שזכה בחצי האבנים ולא בחצי המקום ודברי הרמ"א קשים עלי שכתב וי"א דדיקא כו' שהוא דעת הר"י דמיירי בבא בטענה היאך אומר בזה אם מודה שמתחלה היתה של חבירו ופרעו החצו אם כן היינו רישא שאומר מתחלה היתה כותל של שותפין דמה לי שטוען שמתחלה היה הבנין של שנינו או שטוען שלקחתי ממך החצי ותו אפי' לדבריו שיש חילוק להמניה במגו דאי בעי אמר מתחלה כו' ופי' הסמ"ע על דברי הרמ"א תמוהבכאן ואין בידי ליישב דברי הרמ"א רק שהוא פי' לדברי הר"י שמיירי גם כן בלא טענה ואין הכחשה ביניהם אלא שאומר בשעה שקניתי ממך זכיתי בחצי הכותל כי זהו בכלל המקח בזה אמרינן לא הוי ראיה אלא אם כן נתן התקרה ואם כן גם י"א הכ' שאין לחלק כו שהוא דעת הרא"ש מיירי גם כן בלא טענה והכחשה והמעיין שם באשר"י יראה להדיא שקאי על החזקה שבא בטענה ומצד נאמנות נגעו בה וכדפירש בסמוך ולענין הלכה נראה שיש לפסוק כדעת ריב"ש שפסק כהר"י בבא בטענה דבעינן סמיכת תקרה ומעזיבה דוקא ואז יש לו החציה באבני הכותל ובב"י כתב בשם הרא"ש בזה הכל הולך אחר המנהג:

סימן קנד

(**סעיף א' אלא כמו שבנאו**) מדלא הקפיד רק על מה שלא ישנה ממה שהיה דמיירי בדבר שהיה יכול לעשות אם לא היה שם בנין כלל אלא שעכשיו שכבר בנאו באופן

שבנאו אין לו כח לשנות דומיא דירשוהו או קנאוהו וקשה ממ"ש הרא"ש פ"ק בתרא גבי אחזיק לכשורי כו' בשם הר"ר יונה דאם לקחו ב' חורבא אחת ובנה זה בית וזה עליה יכול לומר אלו הייתי רוצה תחלה הייתי בונה בדבר הכבד יותר עכשיו לא הפסדתי דיני ונ"ל דשאני הכא שרוצה לשנות בענין שרוצה לבטל מה שזכה חבירו כגון עשיית הפתח וכיוצא בו מש"ה יכול אידך לומר אינך רשאי לשלוט במה שזכיתי להשתמש בחצר ועל ידי פתח שלך אני מתבטל ממה שזכיתי כבר משא"כ בדברי הרא"ש שזכרנו שלא זכה עדיין חבירו כלום אלא שרוצה זה לעשות בשלו בנין כבד יותר שנמשך מזה היזק לאחר זמן לחבירו בזה לא שייך לומר שזכה זה עכשיו במידי:

(**סעיף ב' בהג"ה אכסנאים ודיורים**). נ"ל דגם הרמ"ה ס"ל כן וכמ"ש רבינו סימן קנ"ו ס"ו בשמו דאי בעי לאוגורי לכמה אינשי דדיירי בה ש"ד והא לא כב"י שכתב לדעת הרמ"ה אסור להכניס דיורים מבחוץ לביתו אגב זה נכתוב פי' דברי הרמ"ה שצריכין ביאור ונ"ל דס"ל דהא דמתיר במתניתין לחלוק חדר לשנים כמ"ש רבינו בפי' לא בעי להתיר להושיב דיורים דהיינו אנשים שידורו שם באותו חדר שהוסיף אבל אם אין לו חדר מיוחד מותר ליקח אצלו אנשים דמקרי אכסנאי וקאמר הרמ"ה שמה שאסרו להוסיף אנשים שידורו בחדר מיוחד היינו אפי' אינו מוסיף בנין חדש אלא חולק א' לשנים דלא התיר במתני' דבר זה אלא לעשות אוצר ולא לדור שם בני אדם להוסיף בנין אדם אפי' לא רצה להכניס בו דיורין אסור מטעם שבחדר הנתוסף סמוך לביתו יכול להשתמש בו באיזה משא ומתן נוסף על שהיה לו מקדם ואם כן הדריסת רגל עכשיו יותר הרבה מבתחלה לחצר ואחר כך פי' מ"ש להוסיף דיורים אסור אע"ג דאינו עושה בנין חדש מ"מ אין איסור רק אחר שמוסיף דיורים אסור ר"ל חדרים ע"י שחילק אותם אבל בלא חלוק החדרים לגמרי מותר דכיון שאינו מוסיף כו' ודיורים שנקט הרמ"ה בכל דבריו במ"ם סתומה פירושו בני אדם הוי ומה שנקט דיורין בנו"ן הוא לשון חדרים ובסוף גרס ל"ש נתרבו דיורין כו':

(**שם**) (**שנים שיש להם בשותפות כו**'). כמ"ש הסמ"ע בדין הב' בסק"ה שיוכל להושיב אחרים במקומו ודאי כן הוא נכון בטעמו דהא מצי למכור חלקו אלא דק"ל לפ"ז למה כתב בדין הא' שם דאפי' אין השותף דר שם עמו בבית לא יכניס לאחרים רבים בביתו הכא נמי נימא אי בעי מצי מכר חלקו לאחרים רבים דזהו פשוט דשותף יכול למכור חלקי אפי' לשכים וכי תימא מאי טעמא אסר המרדכי להרשות לאחרים להשתמש בחלקו דהא מצי למכרו ל"ק דשם מיירי שהוא עצמו דר גם כן שם אלא שמניח לאחרים להשתמש אצלו ואין הקפידא משום שאותן אחרים הם רבים דאפי' בא' אסור כיון שהוא לא נסתלק מבית זה ושמו עליו אין לו להוסיף אצלו אדם זר שאין לו חלק בביתו אף

שמרדכי בשאלה כ' וא' מרשה את אחרים הרבים אין זה ראיה לעיקר התשו' והא ראיה שרמ"א לא הזכיר תיבת רבים אלא כמ"ש שלא יניח להשתמש אצלו אדם מן השוק אבל כי מסתלק ומניח אחרים במקומו לא ידעתי שום איסור דהוי כמכר ומשום הני לא חיישינן לקלקול הבית בזה כן נראה לפי עניות דעתי:

(**שם**) (**סעיף ג' י"א שצריך לזהר אדם וכו'**) נראה לי פירושו דכל כך הזהירו חכמים בעון זה שמסתכל בבית חבירו עד שיהא נתפס כגנב בשביל זה כיון שאין לו טענה על זה למה הוא מסתכל ומה שאמר עד שיה' נתפס ר"ל כ"כ הפליגו באזהרות דבר זה עד שבא לכלל דנתפס כגנב בשביל זה:

[**סעיף ה' בהג"ה של ב' אמות כו'**] בב"י כ' שכן הוא בגמ' ותמהני שאין כך בגמר' ולא ברי"ף אלא בתרי של ד' לא יעשה מא' של ח' [בא' של ח' לא יעשה תרי של ד'] וע"כ קשה למה כתב ואסיקנא ותו ק"ל על עיקר הדין בזה דאמאי לא אמר בגמ' ובסוגיא רבותא במקום שאם פתח א' של רוחב ח' לא יעשנו שנים בני ד' משום דא"ל בחד פתחא מצינא איצטנועי הא אפי' בב' של ב' לא יעשנו א' של ד' אף ע"ג דיש תרתי לטיבותא חדא דביש לו ב' פתחים שקל תמניא בחצר ד' לכל פתח ועכשיו לא שקיל אלא ד' בחצר ועוד דבשני פתחים לא הוה מצי לאצטנועי כמו עכשיו בחד פתח אלא ודאי דבזה שרי באמת דאין לו היזק בעולם ומ"ש סמ"ע סקי"ז דעכשיו ישתמש במשאות גדולות הוא תמוה מאד דאין אנו חוששין להיזק ראיה בשעת השימוש בחצר דהא בלאו הכי מטענת מיניה כל פעם שרואה אותו בחצר אלא דעיקר הקפידא משום דאף כשהוא יושב בביתו רואה אותי כמ"ש בגמ' בהדיא ואז אין חילוק בין משא גדול או קטן גם הטעם שכ' שהראיה שולטת יותר מפתח א' רחב איני יודע מנלן לחוש לסברא שלא הוזכרה בתלמוד והם סברות בלתי פשוטות ובנ"י שהביא ב"י בסמוך למבואר בפי' דמותר לעשות דלת אחד מן שני דלתות:

[**סעיף ז' בהג"ה כן ראוי להורות**] זה לא קאי רק אמ"ש שיש חזקה להזיק ראיה אבל מאי דמשמע שלאלתר הוי חזקה בידע ולא ערער בזה כתב בסוף אי בעינן חזקת ג' שנים ומיהו פשוט דמחילה בפי' או סייעו עמו הוי חזקה לאלתר לכ"ע כדלעיל סימן קמ"ב:

סעיף י' בהג"ה איזה חלון כו' בדברי רבינו יש כאן גמגום בסי' י"ז [בסי' י"ד] דמשמע דרשב"ם ור"ח פליגי ובאמת אין כאן מחלוקת ותו דרשב"ם עצמו [בב"י כתב ג"כ] דפי' במתני' שלא היה אורה מצד אחר ובדף שאחריו בגמרא מפרש חלון העשוי להאיר במקום אופל דאידי ואידי חד הוא וכ' בתשו' הרשב"א שהביא ב"י מחוד' סי"ג דר"ח ורשב"ם שוים בזה ע"כ נלע"ד דיש ט"ס וכצ"ל פי' ר"ח ורשב"ם שעשוי להכניס אורה

במקום אופל פי' שאין לו אורה במקום אחר והרמ"ה כתב דבלאו הכי כו' ור"ל שהרמ"ה חולק ויש גירסאות שכתוב שהן וכ"כ הרמ"ה ר"ל באין בהן לענין תוס' אורה דלא מהני חזקה:

[**סעיף ט"ו וה"מ במקום כו'**]. רבינו כתב זה בסי' י"א בשם תשובת הרא"ע בדין בין ב' שכנים שאחד מוציא זיז מעלייתו לר"ה כנגד אויר שלפני עליה של חבירו כו' דהאי שעשה תחלה עשה שלא כדין והעתיק המחבר תנאי זה לענין ב' בתים שר"ה מפסיק ביניהם אף שהלשון אינו מיושב דכאן לא היה לו לומר כנגד האויר שלפני עליית חבירו אלא כנגד עליית חבירו אלא דגריר בתר הרא"ש ונראה שדעת המחבר לפסוק כדעת הרשב"א בסי"ד שהביא דעתו בסל"א שיכול השני להגביי כתלו אע"פ שאפי' אחד אין לו חזקה ומש"ה הביא שם בלשון זה כ' הרשב"א כו' להורות דקי"ל כרשב"א גם בהא כהא דהזכירו בסעיף ט"ו כנלע"ד:

(**סעיף י"ח ראובן שיש לו בית**) **כו'**. יש כאן מקום עיון בדברי המחבר ורמ"א דיש להקשות דהכא אמרינן דלא אמרי' הבא מכח העכו"ם אלא לגריעותא ובסי' מ"ה סי"ז לענין הרחקת ב' שיטין וסי' ס"ו סכ"ה לענין שאם מחלו אינו מחול וסי' ס"ז לענין השמטת שביעית פסק המחבר דהוי כעכו"ם ובסמ"ע סי' מ"ה תי' דשאני התם דאין שם היזק ללוה ולא נתיישב לי חילוק הזה עוד קשה בדברי הרמ"א בסי"ט כתב דכבר נתבאר דיש חולקין והוא תמוה דהחולקין בסי"ח ס"ל דהדין עם ישראל הב' ונלע"ד ליישב כ"ז. דכל היכא שישראל מחייב עצמו נגד העכו"ם לא מפקע חוב שלו בכל מילי שהיה לו אף אם בא ליד ישראל דאם תאמר מפקע נימא שהקונה שטר מעכו"ם לא יצטרך ישראל הלוה לשלם אלא ע"כ דהקונה במקום מוכר קאי מש"ה ניחא הנהו דסי' מ"ה וסי' ס"ז שזכרנו משא"כ כאן בסי"ח שלא נשתעבד הישראל כלל לעכו"ם לשום דבר והכל ניחא בס"ד:

(**ע"ש בהג"ה אבל אם ספק אם החלונות כו'**) קשה ממ"ש המחבר סי"ו באם נמצא חלון פתוח לחורבה אין לו חזקה עד שיביא עדים שהחזיק קודם שנעשה חורבה י"ל דוקא הכא שזכות המחזיק בחלון הוא מטעם שזכה בחלון מהפקר וא"כ מי יוכל להוציא מחזקתו משא"כ בסי"ז דהוא טוען שבעל החצר מכר לו או נתן לו נמצא דעיקר זכות בעל החלון מצד שבעל החצר לא מיחה לו צריך להביא ראיה שזה היה יכול למחות ולא מיחה כדין כל המחאות שצריך לברר אכילתו:

(**סעיף כ' ועוד יכול הקונה**) לומר כו' ותי' הסמ"ע סקמ"ח דכאן אין היכר תמוה מאד הא מיירי כאן שהחלון נשאר בצד פנים כמו שהוא וכ"ז ראיה שלא סתם לגמרי ולעד"נ

דבסי"ב מיירי שהיה לבעל החלון חזקה גמורה אלא שע"י הסתימה בא לגרוע כחו משא"כ כאן לא היה לו חזקה ברורה מעולם כי אפשר שנסתמה תיכף ואת"ל שלא נסתמה תיכף אימור העכו"ם סתמה ועשה לו חזקה כל זה יוכל לטעון כיון שאין בירור לחזקה תחלה ומצאתי בס' מוגה א' בד"ר מניין שפתוחה היה ונסתמה ועוד יש לחוש כו' והוא נכון:

(**סעיף כ"א**) **מי שהית' לו חלון**) כו' נ"ל דברי רמב"ם אלו מיירי שהיה מתחל' חורבה או בקעה וקמ"ל דיש חזק' למחזיק בבקעה כמ"ש הריב"ש סי' תע"א וכן לחורבה וס"ל להרמב"ם ברשב"א רסי"ז דהוי חזקה בפותח לחורבה וע"כ אחר ובא חבירו אח"כ ועשה חצר וע"כ שפיר אמר רמ"א וכ"ז הוא בבונה נגד החלון שע"ג החצר דהיינו שאחר שעשה זה החלון עשה חבירו חצר ונמצא שהוא ניזק בראיה וע"כ רוצה לבנות כנגד החלון ואין אנו צריכין לפירוש הסמ"ע בהאי ועשה חצר בצדו שהוא דחוק. רבינו הביא תשובה לגאון ב' אחים שירשו קרקע ולא' נפל החצי החיצון ובו אמת המים שהיה משקה אביהם כל הגן והעביר הפנימי על חיצון אמת המים כדרך שעבר בחיי אביהם אחר זמן סתם החיצון האמה ולא הניחו לעבור וטען הפנימי שכבר החזיק כיון ששתק ולא מיחה טענתו טענה כו' ונראה כיון דרבינו הביאו והוא פסק בסי' קנ"ג וקנ"ז סט"ו למסקנת הרא"ש דכל מילי בעינן ג' שנים ולא אמרינן כיון ששתק מחל חוץ מנחתום וזה אמת המים ודאי לא עדיף משאר תשמישים אלמא בזה מודה רבינו דהוה חזקה כיון דאביהם היה מוחזק בזה ויסדו והלה יכול לומר דיירנא כי היכא דדרו בי' אבותי דכתיב תחת אבותיך יהיו בניך כדאמר רבא פ' השותפין דף ד' [ז'] אלא דנהרדעי חולקין ונהי דשם קי"ל כנהרדעי מ"מ הכא איכא עוד חדא לטיבותא דהבן שתק ומחל אמרינן דאיהו ניחא ליה לקיים המקרא תחת אבותיך כו' וכנ"ל להלכה אף שבש"ע לא הביאו וכנ"ל מדעת הגאון הזה מדאמר מחילה בטעות כי האי כו' כמש"ר כאן וקשה מנ"ל זה ואדרבא המע"ה שהיה כאן מחילה ברורה אלא ה"ק מחילה בטעות כי האי דאיכא סברא בטיבותא דניחא לי' לקיים הפסוק כל זמן דלא מוכח שיש טעות ואלו ידע לא עשה אמרינן מסתמא אף אם ידע היה עושה כן כנלע"ד:

(**סעיף כ"ח והיו חלונות פתוחים**) בד"ר היה כתוב והיו החלונות בה"א הידיעה וכנ"ל עיקר ונ"מ מזה בעיקרי החלונות שהיה לבית זה פתוחים וא"כ בזה סותם לגמרי אור של ביתו אפי' הכי הרשות בידו וראיה מדלא חילק רבינו בכך ואף ע"ג דבסמוך סילק רבינו ורמ"א סכ"ז לענין תוספת אורה דוקא היינו דשם נתן לו ב"ה לבעל החצר עילוי דמיה מסתמא נחשב ג"ז בכלל העילוי משא"כ כאן דאימור מכר לזה הבית בלא אורה

וכנ"ל מדברי הרא"ש פ"ק דבתרא שכתב וז"ל והשתא אפי' לדברי הר"י אם אין לו לבית אורה מצד אחר כ"א מה שיש לו חלון על חבירו כשעלו אהדדי ושמו הבתים והעליות זה כנגד זה היה דעתם גם עילוי האור כו' עכ"ל משמע דבשאר דינים כגון מוכר לשנים כא' לא איכפת לן במאפיל לגמרי וכן הוא דעת רבינו כמ"ש ואף בדברי התוס' שם משמע כן כנלע"ד:

ע"ש בהג"ה וי"א דאינו יכול לבנות (לכאורה תמוה הא הלכה רווחת מוכר בעין יפה מוכר בפ' המוכר בית ובסי' רי"ד ונראה דהי"א ס"ל כדעת התו' שזכרתי בסמוך דכל בית אמרינן שאינו יכול להאפיל עליו לגמרי וכאן מיירי במאפיל לגמרי ובזה לא אמרינן מוכר בעין יפה מוכר ובזה ניחא לי מ"ש רבי' בדברי הר"י ברצלוני וז"ל והכרע הוא שא"צ להרחיק דקי"ל מוכר בעין וכו' דקשה הא בתחלת דבריו הביא ג"כ ראיה זו ומאי חידש בהכרע' אלא ה"ק בהכרע' דקי"ל מוכר בעין יפה מוכר משמע לכל מילי אלא דהרמ"א הביא דעת הי"א

סימן קנה

(**סעיף א'** ו**בכירה טפח**) כו'. ובשיעור גובה לא תני תנא המדה וכתב רבינו בשם הרמ"ה דהוא ח' טפחים השלישי של ד' אמות כמו במעזיבה ואגב נפרש ד"ר בזה דגם הרשב"ם והריב"ח שמביא רבינו באו לתרץ ג"כ קושיא דהרמ"ה והוא על דרך זה דהרשב"ם ס"ל דכירה דאומר תנא במתני' מיירי בכירה פתוח מן הצד ואין השלהבת עולה ממנה רק שיש לו חשש מצד החום שילך דרך המעזיב' א"כ אין חילוק בין למענה בין למטה דגם למענה די במעזיבה טפח וא"ל למה כתב רשב"ם ג' טפחי' דרשב"ם בא לכתוב רבותא דבכל מקום אפי' בדנחתומים דבעי ג"ט ה"ה מלמעלה דסגי עכ"פ בג' טפחים ומש"ה כתב דסגי בג"ט ולא כתב דבעי ג"ט אלא ודאי דבאמת יש לו מקום דסגי בטפח ומש"ה סיים רבינו וע"כ כתב שתנורים שלנו כו' ר"ל דכיון שדין הכירה מוכרח מן התלמוד לדידי' דעל כל פנים סגי בג"ט למד היא לתנורים שלנו כיון שהם פתוחים מן הצד לא כתנור של התלמוד אלא ככירה של הש"ס וכתב ע"ז ולא נהירא לא"א כו' פי' מצד גדולות שלהם אינם דומים לכירה ואף אם נפרש כפירוש רשב"ם והריב"א כו' בא ג"כ לתרץ מ"ט לא חשיב גובה דכירה וקאמר הוא שהתנור של התלמוד מיירי בפתוח מן הצד ויש עליו מחיצות כ"ש בכירה וא"כ סמך התנא דנבעי בכירה ד"א ומזה נלמד לתנורים שלנו שהם פתוחים מן הצד ולפ"ז אין צ"ל בשלנו הטעם משום גדלות כמ"ש הרא"ש והכל ניחא:

(**סעיף ב' באוצר יין בא"י**) רבינו לא חילק בין א"י לבבל נ"ל שהי' מפרש מאי דאמר רב יוסף הני דידן אפי' דשרגא קשה ליה מיירי בכל יינות אפי' של א"י דמצינו משחרב ב"ה בטלו טעם הפירות ודברי ב"י דחוקים בזה. ע"ש ואם הוחזק כו'. פי' אפי' לרש"י ורי"ף שמביא רבינו סמ"ז דאסור לסמוך אפי' אין שם דבר הניזק עדיין שאני רפת הבקר דדירה היא וכיון דאין ההיזק מיד א"צ להרחיק דירתו וכן פרש"י:

(**סעיף ד' וחול הלח**) מדברי התוספת בגמרא מוכח דבמקום ששולט השמש אצל הכותל צריך להרחיק גם בחול יבש כי כשיתחמם יוסיף הבל כנלע"ד:

(**ע"ש או סד בסיד**). הכי איתא בהדיא בפרק לא יחפור במתני' בבא דגפת וזבל אא"כ הרחיק ג"ט או סד בסיד וכתבו התוספת דאפי' אם גורסין וסד בסיד מ"מ פירושו או סד דלא נפיש הזיקו כולי האי והא דמבעיא לו בגמרא אי בעינן תרוייהו ג"ט וסד בסיד היינו ברישא דמתני' שם דהיינו הרחקה מבירו דהזכירו בסי"ח ודברי ב"י כאן מאד תמוהים שכתב גבי גפת הוי האבעיא וכ"כ הוא ז"ל בשם רש"י בסמוך ותמהני על פה קדוש יאמר כן דלא עלה על דעת רש"י לפרש האבעיא רק אבבא ראשונה דהוא בור וכמ"ש ואין להאריך כאן וכן מוכח מדברי הרמב"ם דכתב גבי בור וסד בסיד כמש"ר בסי"ח בשמו והיינו מדאמרינן על האבעיא פשיטא וסד בסיד תנן כמ"ש ב"י בשם המ"מ ואלו בגפת כתב כאן או סד בסיד והב"י עצמו כ"כ בשם רש"י:

(**ע"ש הכל לפי הענין**) פי' דאם הוא מועט אינו יורד תיכף למטה אלא רגיל להיות נבלע בקרקע המעזיבה וע"כ אי מקרי ויורד למטה דרך המעזיבה לא נקרא גירי דיליה ובזה מתורץ מה שהקשה סמ"ע מסי' קס"ד דהוי גירי דיליה אם יורד דרך קרקע:

(**סעיף ה' בהג"ה ובגומא צריך ג"כ כו'**) צל"ע לפי דעת הרמב"ם דמתני' דתנא מי רגלים מיירי בגומא של מי רגלים כמ"ש המ"מ דהיינו השופכין שבתלמוד אמאי שנה התנא מי רגלים בהדי זרעים ומחרישה שייך בהו סד בסיד כמ"ש ב"י היה לו לשנותו מי רגלים בהדי אמת המים ונברכת הכובשין דרישא:

(**סעיף ו' אם היו אבנים צחיח סלע**) משמע דכל הכותל מלמטה למעל' סלע א' ובד"ר כתב ואם הכותל האבנים בנוי ע"ג סלע ונ"ל דרבינו גרם ברמב"ם ואם היו האבנים על צחיח וכן מוכח מצד הלשון דהאיך שייך ל' של אבנים שהוא לשון רבים על סלע א' וכן נלע"ד העיקר ונראה לי גם בשאר הרחקות א"צ להרחיק אם בנוי הכותל על גבי הסלע ובזה ניחא לי מה שהוקשה לי בד"ר ס"ט שדברי הרמב"ם בכותל אבנים דשם לא בעינן ג"ט אלא בגומא ודוקא ומביא ראיה מברייתא דכ"ד אי אבעי [בד"א דבעי] ג"ט כו' ועיקר הראיה עמ"ש רבינו וצ"ל הא דסגי בטפח כו' וקשה למה הכניס רבי' בנתים דין דבנה

ע"ג סלע דא"צ כלום ותו למה כתב בסוף בגומא דצריך ג"כ סיד וברישא לא זכר הסיד אלא נ"ל כוונתם ע"כ הא דאמרינן ברייתא אבל בכותל של אבנים טפח מיירי בהטלה לחוד דאי בגומא מ"ש מאמת המים דבעינן ג"ט וסיד ושם אין חילוק בין לבנים לאבנים ובמסקנת (וכמסקנת) הטור בסמוך בשם הר"ר יונה דא"ל דהכא מיירי דבנוי ע"ג סלע משום הכי די בטפח משא"כ ברישא זה אינו דהא אם היה על גבי סלע אינו צריך כלום אלא ע"כ דלא מיירי שם מגומא דאס"ד בגומא היינו רישא ממש דבעי ג"ט וסייד דלשיטת רמב"ם נפששא האבעיא דתרווייהו בעינן כמו שכתב בסמוך:

(**סעיף י"ב ראובן שהיה**) כו' ביאור הדברים כבר היה לראובן כותל אצל שמעון כמין ג"ם ועכשיו בא לעשות כותל כנגד הכותל של שמעון דהיינו שרוחב הכותל החדשה תהיה נגד רוחב הכותל שמעון מתחלת הכותל הישנה שלו צריך שירחיק ראובן הכותל החדש מכנגד רוחב כותל של שמעון משום דוושא ואלו לא היה לראובן כבר כותל ישינה כמין ג"ם לא היה עכשיו צריך להרחיק כאן כיון שיש דרך מפולש ביניהם אף שהוא קצר מ"מ רבים הולכים בין הכותלים מה שאין כן עכשיו שאין דרך כלל. ונ"ל ליישב סוגית התלמוד להרמב"ם דמתני' תנן מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו לא יסמוך לו כותל אחר אא"כ הרחיק ד' אמות ופרכינן וקמא היכא סמך ומשנינן ה"ק הבא לסמוך לא יסמוך כו' מתקיף לה רבא והא מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו קתני אלא אמר רבא ה"ק מי שהיה כותלו ברחוק ד' אמות ונפל לא יסמיך משום דוושא וכו' והקשה הראב"ד לפי דברי הרמב"ם דמיירי שהכותל ישן היה כמין ג"ם מאי פריך וקמא היכא סמך הא מצד ליכא דוושא ונלע"ד דהמקשן הראשון הבין ל' המשנה שהיה רוחב כותל הראשון כנגד רוחב של שמעון וע"ז הקשה וקמא היכי סמוך ומשני ה"ק הבא לסמוך כו' אבל כותל הישנה אין שם סמיכות עליה אלא כמין ג"ם היתה ועכשיו בא לסמוך ולעשות כותל חדש ולסמוך רוחב נגד רוחב ופריך רבא והא מי שהיה כתלו סמוך לכותל חבירו קתני ש"מ דאותה הסמיכה אחרת היתה כבר ואת אמרת שכמין ג"ם היתה ואינו סמוכה ואוקמא רבא ואף הכותל הסמוכה היתה כבר רחוקה ד' אמות אלא שנפלה לא יחזור ויבנה אותו סמוך תוך ד' אמות משום דוושא כיון שיש גם כן כותל כמין ג"ם ימנעו דוושא ומש"ה כל היכא שאין כותל כמין ג"ם אלא דרך מפולש בקעי בה רבים אפי' שהוא צר ולא יאמר אדם צר לי המקום כי קרוב הוא הדרך שם כנלע"ד ובסמ"ע כתב דרך אחרת והנלע"ד כתבתי:

(**סעיף י"ג בהג"ה ועד נ' שנה**) נראה שצ"ל ס' שנה שכן הוא בהדיא פ"ב דכתובות איזהו עיר ישינה ס' שנה:

(**סעיף י"ח בהג"ה וי"ח דבחדא מנייהו סגי**). הוא הרא"ש שהביא רבינו בסי"ח והיינו דס"ל דהאבעיא לא נפשטא בגמ' אי בעינן בהרחקת בור ושיח ג"ט וגם סיד או חד מנייהו סגי ומספיקא אין לכופו לשניהם ודעה הראשונה הוא דעת הרמ"ה שם והיינו דס"ל כהרמב"ם דכיון דאמר תחלה בגמרא פשיטא דוסד בסיד תנן לא משגחינן בדחייה אח"כ במ"ש המ"מ וב"י הקשה בסי"ב מ"ט לא הביא רבינו דעת הרא"ש שם לחלוק על רמב"ם שמביא רבינו סי"ב ולפמ"ש ניחא דנטר עד לבסוף דכולה חדא מלתא היא וא"כ הי"ל לרמ"א לכתוב הך וי"א לעיל בס"י על מ"ש המחבר וסד בסיד כו':

(**סעיף כ"א בהגה יש מי שחולקין**) לא ידעתי מי החולק ומ"ש הסמ"ע סקמ"ו בזה נראה דרומז על מ"ש המרדכי שם נשאל לרבינו מאיר על אודות ראובן שעשה צינור היא התשובה שכתב רבינו בשם הרא"ש זכרה המחבר בסימן ך' ופסק מהרמ"א דא"צ להרחיק רק ג"ט ונלע"ד דמ"מ מודה בדין זה של המחבר בעשן ובית הכסא שהרי גם במרדכי מביאו ושאני לענין הצינור ואפשר דהניזק יגדור בפני המים כמ"ש שם בהדיא ונלע"ד שאין לזוז מדברי המחבר שהם דברי ר"מהגאון והרא"ש והמרדכי ורב עמרם הכי ס"ל והחולקים לא כתבוהו מפורש:

[**סעיף כ"ד ואם לקחו כו'**] הטעם דטוענין ללוקח שהמוכר פייס את סביביו במעות ונ"ל שלא אמרו כן אלא במידי שהיה המוכר נאמן בחזקה שיש עמה טענ' אבל במידי דלא מהני חזקה כגון קוטרא ובית הכסא אין טוענין שהמוכר קני' בקנין והיה לו ראיה דזה מהני אפילו במידי שאין לו חזקה כמ"ש ס"ס זה מ"מ לענין ללוקח לא טענינן זה חדא דהא יורש ולוקח שוין בזה בגמרא וביורש אמרינן בכמה דוכתי' שאין טוענין בשבילו מלתא דלא שכיחא כמ"ש סי' ק"ח בעיסקא והא ודאי גבי כותל שדרך העולם לעמוד הכותל על סוף הגבול ממש ודאי לא שכיחא שיקנ' בקנין על זה דאל"כ היה גם חזקה מהני ותו ראיה דבגמרא דף כ"ג [נ"ג] פרכינן על מ"ש ואם לקחו הרי הוא בחזקתו והאר"נ אין חזקה לנזקין כו' ואי ס"ד דטוענין ללוקח שהמוכר היה לו קיבול קנין מאי מקשה מאין חזקה אלא ודאי שאין טוענין במילי דלא מהני חזקה ומזה נ"ל עוד דגבי גורן קבוע דהוויין הזיקא דגופא ולית בהו חזקה כדמשמע בטור סכ"ח ע"כ אין טוענין ללוקח מטעם שזכרנו ותמהני על הסמ"ע ס"ק נ"ו דגם בגורן ובורסקי טוענין ללוקח ולפי הנראה הוא ברור כמ"ש:

[**סעיף כ"ח לקוץ**] ורבינו שהביא דברי תשובות הגאון שפסק כרב אע"ג שהוא עצמו לא פסק כן בסי' קס"ז נ"ל שהכריע כאן כיון דמצינו מ"ד אפי' בלא היזק יכול ליטלם לעצמו ואע"ג דלא קיימא לן הכי מ"מ נצרף סברא זו לענין שיכולים לקוץ מאי דאזיקו:

[**סעיף ל"א וכרישים מהבצלים**] רבינו כתב ואין נראה כן בגמרא וכתב ב"י ואין זו טענה דמודה ר"י בגיריה דיליה כו' ותמהני דמאי גירי שייך בחרדל דהא לא בא עד לאחר זמן ונ"ל דזה עצמו קושית רבינו דבשלמא השדה איכא למימר דהוי וגירי הגומות שחופר ובבור כ"ע מודים מטעם דמרפה הקרקע תיכף אלא בכרישין וחרדל קשיא ליה לרבינו וי"ל לדברי הרמב"ם דבכרישין וחרדל מיירי בחורש תחלה לזרוע ונמצא דה"נ ג"כ בור כדפרכינן בגמרא זרעים תיפוק ליה משום מחרישה מש"ה הצריך ג"ט או מעט יותר והוא במקום סיד שצריך הרחק' בבור ואע"ג דבבור ס"ל לרמב"ם צריך בודאי תרתי ג"ט וגם סיד כמ"ש ס"ו מ"מ כאן דאיכו בור גמור כתב לשון ספק או מעט יותר ורבינו מיירי במפולת יד ואינו חורש קודם הזריעה כנלע"ד:

[**וסעיף ל"ב שזה נזק הבא מאליו**] ק"ל מ"ש מזרעים שמרחיק והא לא הוה ההיזק עד שיהיו שרשים שיחלידו הקרקע וכן בכרישין יחרדל כו' ונ"ל דדוקא בקלקול זרע לזרע אמרי' שאותו שזרע תחלה עשה קצת שלא כהוגן שלא היה לו לסמוך סמוך למיצר ממש דשמא ירצה גם חבירו לזרוע ויכריחהו להרחיק ואין זה מן הראוי וכן בבור שהוא סמוך למיצר ע"כ יחייב את השני להרחיק משא"כ גבי כותל שדרך העולם להעמיד הכותל על סוף הגבול ממש

(**סעיף ל"ה שסייעו עמו ביד**] כצ"ל וכן מצאתי ולא זו אף זו קאמר לא מבעיא ביד אלא אפי' בפה וכתב רבינו שהרא"ש ס"ל ג"ש משמע אפי' בסייע בידו וק"ל מ"ש מסי' קמ"ט [קמ"ב] במסייעו בהולכת פירות דהוה לאלתר חזקה וי"ל דהא אמרינן שם אם אומר לפירות הורדתיו נאמן ה"נ מצי אמר לזמן קצוב מחלתי ונאמן:

[**ע"ש בהג"ה וכן ראוי להורות**] נ"ל כוונת רמ"א דהביא הרבה פעמי' פלוגת' זו ולא הכריע וכאן הכריע וטרח בעל הסמ"ע בזה לחלק בהכרעת רמ"א סי' קנ"ג סט"ז ותמהני על פה קדוש דלפי הנראה נטר רמ"א עם הבאת פלוגתא זו באחרונה להכריע דהמע"ה וא"צ ג' שנים בכל מקום הגע עצמך לדעת סמ"ע דלעיל דבהרחקות שא"צ ג"ש דהיינו מגפת דס"ד עד הנה למה כתב רמ"א דוקא כאן הכרעתו ולא בגפת שהיא אפי' לדעת סמ"ע א"צ ג"ש אלא ע"כ דנטר עד לבסוף א"כ נאמר הא מלתא בלא שום חלוקים ובכולן הוא כוונת רמ"א כן כנ"ל פשוט בלי שוק ספק ורוח אחרת [ואגב] נזכיר ביאור בד"ר במ"ש סי' נ"ב אבל לדעת א"א הרא"ש שלכל דבר צריך ג"ש כ"ז שאינו מברר כו' ק' להבין כוונתו דאי קמ"ל שהג"ש צריכין בבירור ע"פ עדים פשיטא ותו למה כ' זה כאן טפי מבמקומות אחרי' וכן ל' אבל אינו מתוקן ואי כוונתו שבמקום שיש ספק בין מזיק לניזק אי עשה מחאה אז המחזיק חייב לברר דלא כרמב"ם הא ליתא דבכל מחאה צריך מערער להביא

ראיה שעשה מחאה ונראה ליישב דנתכוין רבינו כיון דגם להרא"ש אינו יכול לסלקו מיד עכ"פ אם היה מסייעו כמ"ש בסמוך בסל"ה וכן בחלוקה הג' שראה ושתק מודה הרא"ש דעכ"פ צריך לסבול ממנו קצת איזה זמן מש"ה כתב רבינו נהי דלהרמב"ם מהני המחילה להחזיקו עולמית אבל להרא"ש לא מהני אלא על זמן קבוע א"כ אם יפול בזה ראה ושתק איזה ספק שזה אומר בכה וזה אומר בכה צריך להסיר הזיקו תכף כדברי הניזק דאיהו מיקרי מוחזק:

[**סעיף מ"ב ואי לא מסלק לי' לריחא**] פי' דלא מהני סילוק אז לאהוי חזקה שזה טוען לא מכרתי לך מעול' שום קרקע והחזקה שלך אינה חזקה ולכך לא מחיתי ומשמע מכאן דכל סילוק ריחא מבה"כ שבביתו במקום דלא הוי חזקה לא מהני כיסוי כי זה יאמר דלמא לפעמים לא תכסהו ואצטרך לטרוח בדינא ודיינא:

סימן קנו

[**סעיף א' רופא או אומן**]. יראה אף ברמב"ם רופא אומן כוונתו או אומן שהרי סיים ולא ישכרנו לא לרופא ולא לאומן ומה שהקשה סמ"ע דאי נתכוין רבינו למוהל הא סיים כ"ש מצוה כו' תמהני מאי תיקן לפ"ז במה שפי' רופא נפשות דאטו זה אינו מצוה ונראה דלהכי כתב רבינו מילי דמצוה כגון לחלק צדקה או להתפלל בי' להורות דדוקא בענין מצוה התלוי בצירוף אנשים כמו אלו דחשיב משא"כ כשאפשר לו לילך לבתי האנשום שצריכין לכך מעכבין עליו שלא לעשותו מוהל אם הוא בענין שיבאו הרבה אנשים לביתו כנלע"ד:

[**סעיף ה' ואפי' היה מבני מבוי אחר**] תמוה הוא דהא עכ"פ הוא נותן מס למלך דמ"ש בסיפא דחשיב לטיבות' שנותן מס עמהם למלך כיון שגם ברישא מיירי בזה אלא ע"כ דעיקר רבותא בסיפ' שנותן עם בני המבוי המס ששייך למלך מאותה מבוי עצמו ולפז"נ דרבים האומרים שמביא רמ"א על זה מודים בזה דיכול לכנוס אפי' למבוי שיש שם בני אומנות דלאותן הרבים שהם רש"י ותוס' והם מפרשים מ"ש התלמוד ואי שייך בכרג' דהכא דהיינו במס ששייך למושל העיר הזאת הוא מעיר אחרת ובזה פשוט לבעל התלמוד שיש לו רשות לכנס לעיר רק לא לאותו מבוי ואם הוא בעל מבוי אחר עדיף טפי דיכול לכנוס אפילו לאותו מבוי אבל אם הוא נותן המס הפרטי השייך לאותו המבוי עצמו נראה דגם הם מודים שיש לו כח בכל:

סימן קנז

(**סעיף ד' דלבנות לא אקרי קנין דברים**). עי' מ"ש סי' ר"ג ס"א וסי' רמ"א ס"ג שם מה שיש להקשות בזה:

(**ואם נהגו לבנות מחיצה קלה**) תמוהין עלי הדברים הן מצד מקור של דברים דהוא הרא"ה בנ"י פ"ק דבתרא הן מצד העתק רמ"א והוא דהרא"ה כ' שם באם נהגו לבנות כותל אבנים ואמר א' אבנה תוך שלי ואבנה כותל של לבנים השני מוחה בידו שיכול לומר אני רוצה בכותל שאוכל לסמוך עליו ואע"ג דאתה רוצה לתת לי רשות לסמוך מ"מ לא ניחא לי ליקח מתנות כההיא דסי' קע"א ותמוה לי דשאני בסי' סע"א בחצר שאין בה דין חלוקה דהיינו ד' אמות ורוצה א' לחלוק ולתת לחבירו ד' אמות דאז ע"כ שזה שצריך להשתמש בכל הד' אמות ויכול לומר לא ניחא לי להנות משל חבירי במתנה וע"כ לא אחלק ואשתמש עמו משא"כ כאן אין על זה אלא לסלק היזק ראיה וכיון שבונה משלו ומסלק בכותל של אבנים מי ימחה בידו ומ"ש שרוצה שיהי' לו כותל שיסמוך עליו הוא תמוה מאוד מהיכן זכה לזה דלא מצינו דחייבו חכמים שניהם לעשות מחיצה בשביל תועלת סמיכת קורות עליה אלא בשביל היזק ראייה הגע עצמך אם הלך זה מחצירו ואינו רוצה להשתמש שם כלל וכי יכול לכופו לבנות עמו מחיצה וה"נ דכוותיה כיון שבונה הפסק כותל ומסלק היזק ראייה ממנו הרי כאלו אינו דר שם ועכ"ז אני תמה על רמ"א בזה דהרא"ה לא פסקו לדין זה אלא במנהג כותל אבנים ורוצה שיעשה לו כמנהג כדי שיוכל לסמוך עליה משא"כ בדברי רמ"א שכתב זה במקום שנהגו לעשות מחיצה קלה דאין ראוי לסמוך עליה ולמה ימחה עכשיו בידו לבנות משלו אין זה אלא תימה:

(**ע"ש או להפך**). פי' שהמנהג לעשות של אבנים והוא רוצה להכניס לתוך שלו ולעשות בהוצא ודפנא בהא פליגי נ"י הוא דעה הא' דס"ל אין רצוני לדון עמך תדיר כשיפול הכותל והרא"ש הוא היש חולקין שהביא רמ"א דס"ל דלא הצריכו חכמים לעשות כותל לדורי דורות דדוקא כשהכותל של שניהם יכול לומר אי אפשי להוציא ממון לבטלה בבנין של מחיצה קלה משא"כ כשזה בונה לבדו ומסלק ממנו היזק ראיה עכשיו די בכך ויתבאר בסמוך ס"ה דכן עיקר:

(**סעיף ה' אם אחר זמן**) כו'. כדי לבאר דבר זה נזכיר בקיצור דעת הפוסקים דבמשנה שנינו לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם ופרש"י הואיל ובתחלת הבנין חייבו חכמים לבנות בין שניהם אם נפל הכותל אחר ימים רבים אין הא' שנפל לרשותו יכול לומר אני בניתי' ופי' התוס' ע"פ מסקנת הגמ' דמתני' קמ"ל רבותא אע"ג דשהו הרבה ברשותו ואע"ג דהשותפין לא קפדי אהדדי מ"מ כאן שהוא הרבה יותר מדרך

השותפין קמ"ל דאפ"ה לא מצי לומר שהוא עשה הכל דאנן סהדי שבין שניהם עשאוהו כיון דהחיוב היה על שניהם והרי"ף לא הזכיר בטעמא דמתני' רק שדרך השותפין שאין מקפידין וכ' המ"מ דלהרי"ף מיירי מתני' באם רואין האבנים תחת ידו ויש עדים שמכירים אותו דאל"כ נאמן במגו דאהדרתינהו עכ"ל ועשה המ"מ כאן ב' שיטות דלהתוס' אין אומרים מגו אפי' במקום שיש מגו כגון בנשתהא זמן רב ואפי' באין מכירין ולהרי"ף אמרי' מגו בנשתהא זמן רב וגם ראו ומכירין האבנים דאין כאן מגו דהחזרתיו ונ"ל פשוט דלטענת אני בניתיה דוקא ס"ל לתוספות דלא מהני מגו כיון דאנן סהדי ה"ל מגו במקום עדים אבל נטענת לקוחה בידי מהני דגו אם לא דאין כאן מגו וכשיטת הרי"ף אך קשה לדברי הרא"ש שהביא רבינו דאם נהגו בכותל אבנים ואמר א' אעשה בשלי בהוצא ודפנא דהדין עמו אמאי אמרו דלא יהא נאמן לומר בניתיה כולה דמתחלה הי' החיוב על שניהם הא לא הוה החיוב על שניהם כי יכול לומר זה שנפל לרשותו מתחלה בשעת הבנין לא רצה לעשות כותל אבנים אלא היה או' די לי בכותל הוצא ודפנא ולא רצה לסייעני אפי' בחצי המקום של רוחב הכותל והוכרחתי לבנות בשלי ולעשות כותל אבנים כי אני לא רציתי להוציא ממון בבנין הוצין ודפנא ולכאורה קשיא קושיא זו ג"כ להר"י שהעתיק רמ"א בא' עני וא' עשיר דהתם נמי יאמר חבירו עני היה ורציתי להכניס בשלי [אלא] דודאי גילוי מילתא הוא אם הי' עני באותה שעה אלא להרא"ש קשה.

(**ע"ש ויש מי שאומר**) דדוקא כשהאבנים. בד"ר כתב כאן למה [לא מבעיא] אם טען לקחתי כו' לא תטעה לומר מדהוצרך רבינו יונה לכתוב דהוה [דלא הוה] מגו במקום חזקה אלא הוא גופא קמ"ל כאן דאפי' יש מגו במקום חזקה כגון שטוען אני בניתיה דאין מחזיקין הכותל בשל שניהם מ"מ אומרים מגו וכמ"ש לעיל סי' זה דלא ס"ל נהר"ר יונה דהוה זה מגו במקום עדים וה"ק ל"מ אם טען אינם מאבני זה הכותל דאז א"צ כאן לדחוק ולומר דהוה מגו במקום חזקה דהא אין כאן חזקה אלא אפי' אומר בניתי' דיש חזקה כנגדו דבסתמא שניהם בנאוה אפ"ה מהני מגו דהא אמרינן מגו במקום חזקה:

(**ס"ח**) **ואפי' טוען שפרעו כו'**. בד"ר כתב קודם שגמר בנין הכותל ונ"מ דבזה מתורץ מה שהוצרך רבינו לכתוב דאין כאן חזקה כו' תיפוק ליה אפי' יש חזק' הא אמרינן מגו במקום חזקה בסי' ע"ח דזה בעיא בגמ' ולא איפשטא ומספיקא פטור הנתבע וה"נ אמאי כייפינן לפרע חצי ההוצאה דאין כאן מוחזק דמסתמא אמרינן דפרוע הוא עכ"פ השתא ומש"ה כתב רבינו קודם שגמר בנין הכותל פירוש שטענתו פרעתי היא קודם שגמר הבנין ואז ליכא שום מגו דפרעתי עכשיו דהא גם עכשיו בשעת טענתו עדיין תוך זמנו הוא דהא לא נגמר הבנין ומ"ש רבינו אח"ז ול"ד בכל שורה ושורה אלא ה"ה קודם גמר

שורה נרא' דהוקשה לו אמאי הוצרכו לתרץ בגמ' כל שיפח זמנו מנ"ל הא דלמא לא קמ"ל אלא רבותא קטנה דהיינו קודם גמר מיעוט בתרא דכותל מקרי אחר זמנו וזה דומה ליום שנשלם בו הזמן דסי' ע"ח וזה הרבותא דקמ"ל מתני' אלא ע"כ דגם זה הוא פשיטא כיון דלא נשאר רק מיעוט ה"ל כאלו נגמר כולה וא"כ עיקר הרבותא דכל שורה הוא זמנו וממילא אנו יודעים דה"ה קודם גמר השורה כמו בקודם גמר הכותל:

(**סי"א נשבע בנק"ח**) שלא כו'. ק"ל הא בריש בתרא דף ו' בעי למפשט דבמקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לא אמרינן מה לי לשקר ודאי שאני התם דאינו נאמן משום דמי יימר דמחייבו לי רבנן ש"מ דטפי יש סברא לומר שאינו נאמן מכח מי יימר דמחייבו רבנן מסברא דאין אדם פורע בתוך זמנו ובתוך זמנו גופיה כתב ב"י סי' ע"ח שדעת רמב"ם שנוטל בלא שבועה וכאן דיש סברא דמי יימר דמחייבו לי רבנן צריך שבועה וצ"ע ליישב זה:

סימן קנח

(**סעיף ב' המוכר גינה**) כו' לפי המ"מ שהביא הסמ"ע ס"ק ד' דיליף לה מסי' ש"ך תמוה לי דהא שם מיירי בשדה וכאן כתב הרמב"ם אחר דין זה אבל אם מכר בבקעה סתם אין מחייבין אותו לגדור כו' ונלע"ד לפרש דברי הרמב"ם בדרך זה דבגינה יש זרעים ושייך שם כלאי זרעים ובשדה אם מכר לו סתם גינה לבד יד הלוקח על התחתונה איזה שירצה המוכר יכול ליתן לו וכשנותן לו המוכר גינה מעורב' בין גינותיו ולא יהיה שום גדר מפשיק יתחייב המוכר להרחיק מלזרוע בקצה גינתו זרע שהוא כלאים עם מין הזרע שיזרע הלוקח אבל אם יש שם גדר אין צריך להרחיק כמ"ש התו' פ' לא יחפור דכ"ה ד"ה א' גפנים כו' וע"ז כתב אפי' במקום שנהגו שלא לגדור פי' שבין ב' שותפין יש שם מיצר ביניהם או שהחזיק כ"א כבר להרחיק שיעור שעליו להרחיק משא"כ בגינ' מעורבת שאין מיצר מפסיק וכבר יש שם זרע של המוכר עד קצה החלק שנותן ללוקח מסתמא לא מכר לו אלא עד שיהיה שם גדר וזה דומה לחופר בור סמוך לשדה חבירו בשדה העשויה לבורות דסי' קנ"ה סי"ז דצריך להרחיק אפי' עושה בהיתר הכא נמי צריך הלוקח לתת חצי ההוצאה ולא אמרי' בזה בעין יפה מוכר:

(**סעיף ה' ויש מי שאומר**) תימא דאמאי דפריך בגמ' לא יעשה חזית לא זה כו' ומשני דלא כאביי כו' ה"ל לאוקמי ככ"ע ועשיית חזית משום שמא יפול הכותל ונ"ל דס"ל לדיעה זו דעשיית חזית ל"מ אם יפול הגדר דלא היה ניכר וא"כ עיקר חזית כ"ז שהכותל עומד ע"ז פריך לא יעשה לא זה ולא זה:

(**בטור סוף סי' זה מביא דברי הרמ"ה בענין היקף השדה של פנימי דחשיב ליה בתברת**') נראה דהרמ"ה קמ"ל דלא נטעה לומר דאותו שיעור של החיצון נגד הפנימי בזה יש הנאה לתרווייהו הן באורך הן ברוחב ע"כ ישלמו אותו השיעור ביחד והמותר מן החיצון דהיינו מה שבקרנות ישלם החיצון לחוד וא"א לפרש כן דהא אמרי' בגמ' דפנימי גורם היקף יתירא לחיצון ולפי מה שזכרנו אין כאן היקף יתר אלא דשיעור היקף אחד לשניהם ע"כ פי' הרמ"ה דלא די בזה אלא בקרנות מפסיד החיצון בשבילו דכל שיעור של הפנימי הוא עושה שהחיצון מתרחב בשבילו כמו כל דבר שאם השנים איזה פנימי לחיצון ודאי יתרחב החיצון ובהיקף חללו מבחוץ בשבילי וזה ההיקף יתירא שהפנימי גורם לחיצון בקרנות וכדי לידע מה שיעור בזה כתב הרמ"ה לחשוב כל השדות בתשבורת ותעשה כמו חדרים קטנים בכל חדר אמה על אמה ואח"כ תעשה כן מרובע הפנימי ותראה לאיזה שיעור הוא מגיע כמה חדרים כאלה יש בחיצון ותנכה בשיעור חדרים קטנים שבאו מן הפנימי הן שליש הן רביע וא"ל למה הוצרך לחשוב גם החיצון בתשבורת לא לחשוב רק הפנימי בתשבורת וכפי אותו הסך תנכם מן החיצון זה אינו דאם תעשה כן לא נדע מה ישלם ומה שיעור של היקף יתירא שעושה פנימי על כרחך מפרש שגם החיצון תעשה ממנו חדרים קטנים ותחשוב עם הפנימים הם שליש או רביע מן החיצון כן חייב ליתן לו לחיצון לאותו ההוצאה שהוציא וע"כ כתב הרמ"ה לפום דאתהני כו' והוא ניהו שיעור הקיפא כו':

סימן קנט

(**סעיף א' שאעמוד**) ק"ל ממ"ש בסי' קנ"ד ס"ג אבל פותח אדם לרה"ר פתח כו' מפני שא"ל הריני כאחד מבני רה"ר כו' אמאי לא יאמר לו רבים לא חזי לי בלילה כמ"ש בגמרא ובטור ועוד יש טעם ג' בגמרא רבים לא חזו לי אלא דוקא כי מעייני בי כמ"ש ב"י וזה נמי שייך בסי' קנ"ד וכזה יש להקשות גם ע"ז ממ"ש הטור בשם הר"ר יונה מביאו רמ"א דאם הגג שפל כו' וצ"ל דלא חששו אלא לטעם שרבים אינם רואים כשהוא יושב דאלו הטעם הא' דהיינו שאתה רואי אותי בלילה אין זה היזק גדול כי אין דרך אדם לעשות עסקיו בלילה וכן במה שרבים דוקא מעיינים לראות אין זה היזק גדול כ"כ כי כמו שרבים לא יעשו עבירה לעין כדי לראות כמו כן לא יעשה זה וירחיק עצמו מלראות בכל מה שיוכל ותלמודא דנקט שלשה טעמים לרווחא דמלתא ולזה נתכוון הטור במ"ש כשאני עומד ביום ולא זכר טעם הג' אלא כוונתו דהעיקר תלוי בעומד אלא דמצרף ליה עוד טעם של ביום וכן טעם הג' אינו אלא צירוף בגמרא:

סימן קס

(**סעיף ב' וי"א שאין העליון כו'**) קשה דהא הרמב"ם עצמו כתב דבין גג לגג צריך למחיצה עשרה טפחים כמ"ש המחבר לשונו בסימן קנ"ט ס"ב ובגמרא משמע בהדיא דבין גג לגג ובין חצר גבוה מגג שוין הן ובתרווייהו צריך י"ט ובב"י רצה לחלק ביניהם והוא דחוק מאד נגד משמעות הסוגיא ונלע"ד דכאן מיירי הרמב"ם דחצר גבוה י"ט יותר מהגג ולא הוצרכו לפרשו דסמך על מ"ש תחלה בין גג לגג דבעינן י"ט וגם בתלמוד מחלק כן גם הרי"ף שמביא הברייתא כפשוטה אם החצר למעלה מגגו ואין זקוק לי' טפחים דסמך על מ"ש כבר בין גג לגג דבעי' י"ט וה"ה בחצירו גבוה מגגו כנ"ל פשוט שאין מחלוקת בזה ואף שהמחבר כתב אח"כ וי"א דה"מ כו' הנלע"ד כתבתי:

(**סעיף ג' ואם החצר גבוה הרבה**) מה שמחלק בסמ"ע בין הך דלעיל דחצר הגביה מגג ובין הך דחצר גבוה מחצר נ"ל תמוה כיון דהגג נמוך מהחצר אין שם מזיק עליו כל היכא דגבוה הרבה ומסתלק היזק ראיה במחיצה מועטת למה יעשה בחנם ד"א ונלענ"ד דהרר"י דחילק כאן בחצר גבוה מחצר ה"נ בחנר גבוה מגג אלא דהר"י כתב דבריו אמ"ש בהדיא בגמרא דהיינו שני חצירות זו למעלה מזו דצריך התחתון לסייע בזה חילק הר"י ודין חיוב בעל הגג לבעל החצר כשהגג נמוך לא אתפרש בגמרא כלל ע"כ לא כתב עליו כלום ורבינו אף שכבר כת' דין שנמשך מחצר ולא כ' שם דעת הר"י דלא רצה לשנות דבריו ממקום שכתב כן הוא עצמו כנלע"ד:

סימן קסב

[**סעיף ז' בהג"ה וי"א דאין טענת ריבוי דרך**] כו' לא ידעתי איך קרב זה אל זה דמקור הדין זה מתשובת רשב"א הביאו ב"י סימן קס"א דכתב שם דאין בני מבוי יכולים לדחות זה על זה לפתוח פתח חדש מחצירו למבוי כמו שיכולין בני חצר לעכב זה על זה משום ריבוי דרך אבל במבוי אין שייך ריבוי דרך ומ"מ כל שבא א' מחיצונה לפתוח פתח למעלה מפתחו לצד פנים הפנימים מעכבין עליו לפי שאין זה מחמת רבוי הדרך אלא משום דכל חיצון א"ל אין לך להשתמש במבוי למעלה מפתחך ויכולים הפנימים לסתום כנגד פתחיהם כאלו הוא לגמדי שלהם לפיכך אם יפתח החיצון פתח לפנים מפתחו נמצא גוזל את הפנימים וזהו דין ה' חצירות למבוי כו' עכ"ל הרי לפניך דלא מיירי ברבוי הדרך שזכר המחבר היינו הקפה שיצטרכו הפנימים להקיף סביב האצטבא ואין לרשב"א עסק בזה ומל"ל דיש פלוגתא בזה דהא לפי דברי הרשב"א האלו יהיה עיקר ההקפדה בה' חצירות הפתוחים למבוי לענין פתיחת פתח אחר הפתח שיש לו כבר מצד הגזילה

וכל שאין שם גזילה יכול לפתוח פתח אבל מ"מ מאן לימא לן דלא איכפת לן בהיקף האצטבא ודברי הסמ"ע סקי"ח אינם מובנים לי דמצד הפתח ולפנים מאן דכר שמיה לענין אצטבא.

[**ע"ש בהג"ה ב' וי"א דכל כנגד חצירו**] וכו' נ"ל לפרש דברי הרמ"ה שמביא רבינו ס"ס זה דהרמ"ה מיירי במבוי שפותחין בו חצירו זה כנגד זה ומצד א' הוהחצר יתירא שאין כנגדה חצר בצד השני והיא הקרויה פנימית ואחר אותו החצר יש עוד כותלים זו כנגד זו עד שנעשה סתום אלא שאין באותן כותלים שום חצר פתוח אלא כמין גדר לחוד גדר מצד החצר וגדר מזה וגדר הג' שמחברם בצד הסתימה ואותו המקום בין הגדרים הם של בני המבוי כולם ואמר הרמ"ה שאותו הפנימי יכול לסתום כל רוחב המבוי כנגדו כיון שאחר הסתימה שהוא סותם אין שום חצר פתוח אלא מקום פנוי גדור בכתלים ואף שהמקום דשם אינו שלו מ"מ כיון שבני המבוי אם ירצו ללכת שם מוכרחים לעבור דרך עליו נגד חצירו של הפנימי והוא מוחה בידם ע"כ כולן ברשותן ופי' רבינו דבריו דאותן הכתלים הם שלו ג"כ דאל"כ שבני מבוי בנאו אותם היו יכולים עדיין שם לפתוח שם חצר א' אחר חצירו של פנימי משום הכי לא אבדו שם זכותם לילך שם כנגד פתחו של הפנימי אלא דהריב"ש כתב דכבר זכה הפנימי בזה שאין יכולים אח"כ לפתוח חצר חדש ויכול לסתום כל רוחב המבוי כנגדו והוסיף לומר דאפי' בחצר נגד חצר אלא שפתחו של חצר אחד מושך טפי כלפי סתימת המבוי זכה אותו בעל החצר שיכול לסתום כל רוחב המבוי דס"ל שכבר אבדו זכותן אותן שכנגד המקום אחר פתחו לפנים ורבינו חולק על זה בפשיטות דודאי אין לו לסתום כנגד חצר חבירו דהיום או למחר כו' ואזל לטעמיה דלא אבד שום א' תשמישו שאחר הפתח שעדיין יכול לפתוח בכל מה שירצה בחצירו זהו הנלע"ד ברור בדברי רבינו והרמ"ה לא ס"ל כפי' ר"ח בת' שהביא ב"י דבני המבוי מעכבין על הפנימי לסתום רוחב המבוי מכח רוב הנכנסים למבוי שיצטרכו לדחוק לתוך החצירות אלא תלמודא לא מיירי מזה כלל אלא כפרש"י שמביא ב"י ואף שב"י כתב שהרמ"ה כפירוש ר"ח לא ידעתי לכוין הדברים לפ"ז:

סימן קסג

(**סעיף ג' בהג"ה**) ואם שמו המס על כל א' מה יתן והתחילו לגבות לכאורה משמע דתרתי בעינא שימת המס והתחלת לגבות מאיזה אנשים וכן הבין בעל הסמ"ע ותמוה הוא מה תועלת בתחלת הגבייה בזו ותו בתשו' הרשב"א שם בסימן תת"ז כתב ג"כ בלשון זה תחלה וז"ל משעה שפסקו הנאמני' אותו מס על הקהל והתחילו לגבותו מאותו שעה

ואילך נתחייב ראובן בכל מה שיגיע לחלקו לפרוע בכל אותו מס והרי זה חוב עליו כשאר חוב עכ"ל. ואח"כ באותו תשובה כתב עוד י"ל והם כבעל חוב משעה שהוטלה הפסקא על פורעי המס כו' הרי דבפסקא לחוד תניא ולא בהתחלה לגבות וכן מבואר הדברים עוד סי' תשע"ז וז"ל בשעה שזקפוהו ואפילו היה עשיר והעני יפרע אפי' מגלימא דעל כתפי' עכ"ל וכן הדבר בשומת ההערכה סגי דמאותה שעה מוטל עליו החוב ודבר זה עצמו קרוי גבייה כיון שעוסקי' בגבייה ולא בא לאפוקי אלא אם שמו חיוב על הקהל שיסלקו סך פלוני באיזה זמן שיקבעו אח"כ נמצא שלא חל עליהם זמן פרעון באותו שעה בזה ודאי הוא הדבר תלוי בהערכה שישומו באותו זמן ע"כ כ' כאן והתחילו לגבות שהעמידו הערכה לגבות תיכף ע"פ אותו הגביי וכן לדידן שמנהגנו בכל שנה או שנתיים עושים שומא על כל א' וא' מבני הקהלה מה יתן לכל מה שיצטרכו הקהל תוך השנה זו הוה ג"כ החיוב עליו משעת עשיית השומא אף לאותו שיגבו בסוף השנה או שנתיים דקיימו וקבלו עליהם מן אותה שעה וכן במ"ש רמ"א באם היה עני והעשיר הולכין אחר זמן הגבייה ר"ל אחר עשיות הגבייה היינו עשיית השומא וע"ז כתב אח"כ שבא כעיר בין הזמן שנתחייבו במס ההוא ובין זמן הגבייה כו' פי' שהיו כבר הקהל חייבים איזה חיב קודם שבא זה לשם ובשעה שבא זה לשם עשו גבייה דהיינו שומא והערכה מה יתן כל א' לזה אין אנו אומרים כיון שהיה זה בשעת עשיית השומא חל עליו החוב של אותה גבייה כי מחלו בזה כיון שבעיקר החוב אין לו שייכות עמהם וזה מבואר שם בריב"ש סי' תע"ז דאין רשות ביד הקהל להטיל על זה שיתן עמהם בחובות קדומים ועל זה סיים רמ"א מיהו י"א דאי המס הוא תועלת הבאים חייב ליתן עמהם אע"פ שחוב ההוא כבר היה דהיינו שהקהל חייבים ליתן בתחלת כל שנה סך קצוב על כל שנה וזה בא אחר התחלת השנה חייב ליתן עמהם אע"פ שלא היה בשעת עשיית השומא זה מבואר בתשובת הרא"ש כלל ד' סי"ב וז"ל שאלה מס שהטיל השלטון על הקהל והקהל הוציא המעות ברבית עד זמן ידוע ובסוף הזמן חלקו המעות על הקהל ועתה יש בעיר אנשים שהיו פטורי' בשעה שהטיל השלטון הנתינה על הקהל או מפני שלא הי' בעיר באותה שעה או שהיו עניים והעשירו ואומרי' אלו לא הוציאו המעות ברבית בעת ההיא היו צריכי' לפרוע מיד נמצאו שבאותה שעה לא חל עליהם החיוב תשובה אם המס שהטיל הוא הקצבה שרגילי' ליתן בכל שנה ושנה נמצאו שהיה הקהל פטורי' עד זמן ידוע באותו המס שנתנו הרי יש בו תועלת לאותו הבא לדור עד אותו זמן ידוע מחמת אותו המס שנתנו הקהל כבר וחייבי' לפרוע חלקם המגיע' ואם באו או העשירו בחצי זמן חייבים בחצי חלקם הכל לפי הזמן ואם מס מחודש הטיל עליהם ואינו מקצבה

שנותני' לשנה אותן שבאו לעיר או העשירו אחרי שנתרצו לתת המס לשלטון פטורי' אע"פ שלוו הקהל בריבית המעות ופרעום אחר שבא מ"מ פטור עכ"ל והרי מבואר דלא תלוי בהיה החיוב בשעת עשיית השומא בזה אלא צריך ליתן לפי ערך הזמן שיש לו תועלת מאותה נתינה והך מס מחודש דנקט הרא"ש פירושו דרך מקרה פעם א' לחוד אבל אם המושל רוצה להטיל דבר חדש על הקהל להיות נוהג כן מהיום כל שנה ודאי הוי דינו כמו מס הרגיל שזכר ברישא והרב בעל הסמ"ע הבין דהך בזמן הגבייי' דנקט רמ"א קאי על מה שגובין מעות מן הקהל אחר פיסוק השומא ומתוך כך פי' דתרתי בעינן פיסוק וגבייי' ועוד הוכרח לפרש דמ"ש רמ"א עני והעשיר הולכין תמיד אחר זמן הגבייי' דהיינו שגובין המעות אחר שהעשיר ולפי דבריו היינו מוכרחים לעשות שומא חדשה בכל גבייי' בשנה אחת וזה לא נשמע ולא נראה אלא ברור הוא דהך גבייי' שזכר רמ"א פירושו העמדת הגבייי' והיינו עשיית השומא וכעין שזכרנו ובזה לחוד סגי שמאז חל עליו חיוב על כל השנה לתת כל מה שיגבה לפי אותו הערך עד עשיית שומא חדשה:

שם (**בהג"ה ונתייאשו מן החוב כו'** (שם במהרי"ק כתב ואף כי טענו היחידים שלא נתייאשו מעולם אלא שמו על השי"ת את יהבם שיהפוך לב האדון על היהודי' לטוב' ושבזמני' הבאים ינכה להם ואע"פ שעברו שני פורוענות שלא רצה לנכות להם נלע"ד שאין בטענה זו ממש אלא אם יש לאמת ולראות אם היה ראוי להתייאש כו' ומסיק דהוי יאוש מחמת רוע האדון שהרע לעשות מאוד כמה פעמים והאריך בזה ותמהתי שהרי מצינו בסי' ק"א ס"ג דבגזל אנס את בני חורין אינו טורף ממשעבדי מפני שעשויים בעלי זרוע ליפול וסוף שיגב' חובו הרי דאלימא סברא זאת שבשביל' אנו מעכבים את הפרעון של המלוה שיש שט"ח בידו ק"ו שבשביל סברא זאת נימא שלא להפקיע ממון היחידים שהלוו מעותיהם ואולי יקבלו הפרעון ולמה נאמר שלא יתנו ליחידים כלום מחמת שנתייאשו אין זה אלא תמו' ותו דלפ"ז מי שיש לו חוב אצל אחד והעני ה"נ נימא דהוה יאוש כיון דאינו ראוי לפרוע כעת וכ"ת דגזלן גרע טפי זה אינו דהא בפ' ח"ה דמ"ד מוכח דטפי מצוי להוציא מגזלן הגזילה ממה שמצוי להוציא חוב ממי שנעשה עני ויעשה עשיר שהרי אמרי' התם ולוקמי' בגזלן פי' שלא יעיד הנגזל לגזלן משום שכוונתו להוציא אח"כ הגזילה מידו ואלו בנעשה עני אמרי' שם בדמ"ה בתו' ד"ה מאי נפקא מינה דשפיר מעיד לו ולא חיישינן שמא יתעשר ותו דאפי ביאוש גמור איתא סי' רנ"ט דראוי להחזיר דינא דמלכות' ק"ו בזה לענין מעשה בזה להפסיד היחידים:

(א"ה נלע"ד דלק"מ דההיא דסי' קי"א שאני דמיירי בקרקע דאין קרקע נגזלת ולא שייך בה יאוש כלל ואדרבא תמה אני על הרב ט"ז ז"ל אדפריך ליה למוהר"ק תיקש' לי'

אתלמוד ערוך פרק הגוזל בתרא נטלו ליסטין את כסותו ונתנו לו כסות אחרת הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשים וכן במציל מן הליסטין וכו' אלא דמחלק בגמרא בין ליסטים עכו"ם לליסטי' ישראל לענין סתמא אבל בדשמעי' דאייאש כ"ע מודו דהוה ייאוש ואפי' רבנן דפליגי עליה דר"ש בסתם גזלן וזה ברור שם בגמרא. ובהכי אזדא ליה גם הקושיא השנייה דהתם נמי בקרקע איירי אבל בפרה וטלית היכי דמכר' ה"נ דהוי ייאוש והתם גופה מוכח דיש חילוק בין קרקע למטלטלין גם מה שהקשה מסי' רנ"ט לא ידענא מאי קושיא דשם גזר המושל להחזיר וכאן המושל גופי' הוא הגזלן אבל לדידי קשיא לי בעיקר דינו של מהרי"ק קושיא עצומה וזה נלע"ד דבחוב לא מהני יאוש כלל וכסתמיות לשון רבינו בנימין דמייתי מוהרי"ק ואף דקאמר אין זה ייאוש לגבי חוב מלת זה לאו דוקא ואף שמהרי"ק בנה עלייה דייק איהו גופיה רפי' בידיה כמבואר שם בתשו' ומאי דאתי עלי' מדין ק"ו מאבידה ודאי ק"ו פריכ' הוא לענ"ד דבאבידה גופא הא אמרי' פא"מ ונטלה לפני ייאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזל' עובר משום השב תשיבם ש"מ אף דבהיתר' אתו לידיה ואח"כ נתייאש ממנה אפ"ה מחויב להחזיר שהרי מצות השבה חלה עליו משעה שנטל' עד שישבנ' וכן בפריעת ב"ח שהיא מ"ע כמו סוכה ולולב חלה עליו משעת הלואה עד שעת פרעון וזהו פשוט בכולי תלמודא. דאף שנתייאש הנגזל לא נפטר הגזלן עד שישוב ואף לר"י שהביא הטור סימן שנ"ג שס"ח שס"ט דא"צ להחזיר כלום היינו הלוקח מגזלן אבל גזלן גופא ליכא למ"ד ובהדיא אמרי' פ' ח"ה דף מ"ד נהי דמייאש מגופיה מדמי מי מייאש ע"ש ברשב"ם וכן מוכח מתוס' פא"מ שם דכ"ו ד"ה מתנה בעלמא דאף לאחר ייאוש צריך להשיב משום והשיבאת הגזילה וא"כ לא מבעי' בנדון מוהרי"ק דבגזל' תפוס בזה ואף דרש"י כ' דלא שייך גזילה אלא בשעת נטיל' הא כתבו התוס' דאף מ"ע דהשב תשיבם נמי תיקן בחזר' ואף בנטלה על מנת להחזירה מוכח בגמרא דלעיל דאף כשנתייאש אחר כך לא פקע מיניה חיוב ההשב' וה"ה בהלואה. וכיון שמוטל על האדון לפרוע אף לאחר יאוש ונשתעבדו נכסיו א"כ מה שפרע' הדוכסות אחרי מות בעלה דינא הוא ואינו זכי' מן ההפקר ובודאי דלא דמי למציל מן הליסטים ששנינו שם בהגוזל בתרא אם נתייאשו הבעלים הרי אלו שלו דשאני התם כיון דכבר נתייאשו הבעלים מחפץ זה הו"ל חפץ זה ככל שאר ממון הליסטים ואין לבעלי' שום זכות בו יותר מבשאר ממון הליסטים והמציל מהם הרי הוא זוכה בממון הליסטין אבל הליסטין מיהו מחוייבים לשלם דאלת"ה למאי דאמרי' הכא בהגוזל בתרא אלא אי איתמר וכו' לא שנו אלא עכו"ם אבל ליסטים ישראל כיון דאמרו מימר מייאש דבגזלן ישראל סתמ' הוי ייאוש א"כ למאי הוצרך רבי לתקן בהגוזל קמא דף צ"ד ע"ב

דהגזלנין שהחזירו אין מקבלין מהן הא בלא"ה אין מחייבין להחזיר ואין לחלק בין באו להחזיר מחמת תשובה כדמוכח בתוס' ד"ה בימי רבי נשנית דרבי בתרווייהו תיקן ואין לומר נמי דהכי פריך המקשן מדחזינן דאם לא רצו לעשות תשו' מחזירין מהם בע"כ לא הי' לו לרבי לתקן ברצו לעשות תשובה דהא ליכא למיחש שמא ימנע דאא"ב אם לא החזיר מרצונו אין כופין איכא למיחש שמא ימנע דבמניעתו הוא מרויח שהרי אין כופין אא"א כופין מאי ירויח במניעתו הא יכפוהו ב"ד ויוציאו ממנו ע"כ שלא בטובתו הא ודאי ליתא דוודאי פעמים הרבה אין יכולת ביד ב"ד לשבר מתלעות עול. וכן מוכח מההוא דגזל אפדנ' דתורי מחברי' דמייתי התוס' בדבור זה. ימשנ' שלימה שנינו כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה אלא ודאי הדבר ברור כשמש דאף אי אמרי' דייאוש קני וסתם גזלה הוי ייאוש היינו לענין שלא להחזיר אותו הדבר בעין אבל דמיו מחוייב לשלם וממילא ה"ה בחוב דלא נסתלק' מעליו מצות פריעת החוב בשום אופן ייאוש בעולם בין היכא דאמר ווי לחסרון כיס או שאר מיני הוכחות שבעולם ואף שראוי להתייאש ובלסטים נמי אם החזירו החפץ ליד א' וא"ל קבל זה לשם פלוני שגזלתיו ממנו פשיטא ופשיטא שזכה בו הנגזל ואין צרך לפנים. ומש"כ מוהרי"ק לחלק בין ייאוש לייאוש דבחוב כיון דכל אשראי ספק אתי ולפעמים המלו' סובר שהלו' עני או אלם ואין דעתו לפורעו ואינו כך אבל בדבר שסתמא הוי ייאוש וא"צ גילוי דעת הבעלים פשייטא דמהני ביה ייאוש. מהאי דהגוזל בתרא הוי תיובתי' דהא קי"ל כעולא דאמר מחלוקת בסתם אבל בידוע ד"ה ייאוש קנו ופירש רש"י במתני' דאם נתייאשו היינו דאמר ווי לחסרון כיס והא הכא דבסתם לא הוי ייאוש וע"כ צריך גילוי דעת ובודאי כל גזילה מסופקת יותר אם תבא אם לא וגם הגזלן אלם הוא ואע"ג דס"ל דבסתמא לא הוי ייאוש מ"מ מהני גילוי דעת ואמירת ווי לחסייון כיס ואף דאיכא למיתלי הא דאמר ווי לחסרון כיס היינו משום דאיכא הנך אמתלאי דספק אתא והגזלן אלם ואפ"ה מהני וא"ל דהוא הכותנת כיון דבאמת איכא ריעותא שהגזלן אלם הוא באמת לכך מהני ווי לח"כ. הא לאו מלתא היא דהא חזינן דהאי ריעותא לא מהני לעשותו ייאוש מאיליו דהא למ"ד מסתמא לא הוי ייאוש קיימי' ואם כן קשיא במכ"ש לפ"ד מוהרי"ק ז"ל דהשתא ומה התם דלא היה כ"כ צדדים לומר ווי לח"כ שסתם מלוה משלם הוא אפ"ה תלינן אמירא ווי לח"כ באמתלאה כ"ש הכא דהמתלאות לפניו ודין הוא דלא תועיל אמירת ווי לח"כ וזו היא ודאי קושי' עצומה כלפי' סנאי' דמהרי"ק ז"ל. וע"ק דהא בזוכ' בזכי' גמורה בייאוש ושינוי רשות אמרי' בגמרא אם בא להחזיר מחזיר לבעלים הראשונים דמדת חסידות הוא להחזיר לבעלי' הראשונים הגע עצמך הרי שהחזיר ליד א' שיחזירהו לבעלים הראשונים האמור

נאמר שיזכה בו הלה זה ודאי לא עלה על הדעת ומה לי עכו"ם או ישראל בענין זה ובוודאי בלא"ה קשה נמי כיון שהדוכסים לא ניכתה אותן החמשת אלפים אלא על דרך פרעון החוב ולא בתורת הפקר ומתנ' מאיזה טעם יזכו האחרים שלא הלוו להאדון כלום בפרעון זה. ובהכי אזדא ליה כל מ"ש מוהרי"ק ז"ל לעיל והאריך להביא ההיא פלוגתא דר"י ור"מ בנותן ממון לחבירו שיפרענו לעכו"ם ושכחם והטור הביאו ססי' קפ"ג ופלפל הרב ז"ל אי שייך למימר אדעתא דדוכוס לחוד אפקרינהו ע"כ כל התשו' ואחרי נשיקת עפרות זהב לו אני בעניי לא באתי לידי מדה זו דמה ענין אדעתא דדוכוס בענין ההלואה שהלווה וודאי דכל מלוה מלוה ע"ד שיעשה בו הלו' כל מה שירצה ואם לאח"כ נתייאשו וזכה בהם הדוכוס לפ"ד פשיטא דהלוקח מן הדוכוס זכה לפי דעתו ואי דמיא הך פלוגתא דרבינו אפרים ור"מ לסיפ' דמילתא דמיא ר"ל להחזרה שהחזיר' הדוכסת ופרע' החמשת אלפים בשביל חוב בעלה דודאי בתורת חוב פרעה ולא בתורת מתנה והפקר וא"כ לא מבעי' לר"מ דצריכין לתת ליחידים חלקם כמאז בשעת הלואה דאדעת' דהכי פרעי' וניכתה המס אלא אפי' ר"א ורי"ק מודים בזה שהרי היחידים עומדים וצווחים ורוצים את שלהם ובמה יזכו הקהל בממון היחידים תכף כשפרעה הדוכסית זכו הקהל לצורך היחידים והו"ל הקהל כשלוחי היחידים דישראל נעשה שליח לישראל חברו לקבל מעותיו מן העכו"ם וזהו פשוט והדר הוה ליה אף לפ"ד כישראל שרצ' להתחסד ולהחזיר אחר ייאוש ושינוי רשות והחזירו ע"י שליח וא"ל זכה בו לפלוני דזכה ובודאי אין סברא כלל לחלק משום דלא אמרה הדוכסים זכו בו לה חידים שהרי כל הלשונות כשרות ושוות בפרעון כדאיתא בר"ס קכ"ה לבר מהחזיר שפקפקו בו ואין כאן מקום להאריך באופן דהנך מילי דמוהרי"ק ז"ל מרפסן איגרי ועוד קשיא לי קושיא עצומ' בראיה אחרונה שהביא מוהרי"ק ז"ל מהסמ"ג שכתב בהל' מקח וממכר דף נ"ח ע"ד דהא דאיצטריך למעוטי שטרות מאונא' היינו במוצי' שטרות לאחר יאוש שזכה בהן המוצאן וחזר ומכרן לבעלים הראשונים דהמכיר' היא דאורייתא כיון שהשטר נכתב על שמו וכ' עליו הרב ז"ל וז"ל והרי לך בהדיא דמהני ייאוש לענין חובות עכ"ל ואשתומם על המראה פה קדוש יאמר דבר כזה דמה ענין ייאוש השטרות לייאוש החוב לעולם אימא לך דייאוש בחוב לא מהני מהטעמים שכתבנו למעלה אבל בשטרות האבודי' ממנו ונתייאש מן השטרות ומצאם אחר ייאוש פשיטא דזכה בהן המוצאן שהרי בהיתירא באו לידו ואף על גב דאינו יכול לגבות בהם מכל מקום הרי הם שלו ויכול לעשות בהם מה שירצה לצור ע"פ צלוחיתו וכיוצא והמלו' לקחם ממנו לראי' ולטרוף מלקוחות. ולא די שאין לי ז"ל ראיה מכאן אדרבא מכאן מוכח בהדיא דאדרבא ייאוש לא מהני כלל וכלל בחוב לפ"ד

דמיירי שנתייאש מן החוב דודאי יקרא לאו ברשיעי עסיק שרוצה לגבות מה שאינו שלו ואי כדבריו דמיירי שנתייאש גם מהחוב ולכך זכה המוצ' בהשטרות וא"כ למאי קנו להו המלו' לגבות בהם ולטרוף ממשעבדי הא אינו יכול לגבות בהן כלל מן הדין כיון שנתייאש מהחוב א"ו אף דנתייאש לא מהני אלא לענין השטרות ולא לענין החוב ודוק היטב וא"כ דברי מוהרי"ק קשים להולמם ואם כי צעיר אנכי לימים ולא בינת אדם לי נ"ל שאין לעשות מעשה כדברי מוהרי"ק הללו וגם הרב רמ"א ז"ל אחר בקשת המחילה מעצמותיו הקדושים לא כוון יפה בהביאו דברי מוהרי"ק הללו להלכה בסי' רס"ב ס"ה ומהתימא על האחרונים ז"ל שלא הרגישו בזה ובודאי מקום הניחו לי מן השמים. ס"ד דברי הר"ב ט"ז קיימין לענין הלכה ולא מטעמיה עכ"ה):

(**שם**) **ואין צריכין לשלם חלק כו'** משמע דאם לא התייאשו ודאי צריכין לתת להם חלק וקשה הא בתר פסק' דהשת' אזלי' דהא כתב הרשב"א בתשו' סימן תשע"ז נשאל זה עשרה שנים קיימו הקהל עליהם חוב ועכשיו יש עליהם לשלם ונשתנ' הפיסוק בנתים מקצתן אומרים שיש לפרוע עכשיו לפי פסק הראשון ומקצתן אומרים לפי פסק של עכשיו. והשיב מנהג ידוע כמו בארצות הללו שלעולם הולכין אחר הפיסוק דהשתא הלכך הכל הולך אחר המנהג אבל ודאי מן הדין הולכין אחר פיסוק הראשון כמו שהיו חייבים חוב בעלמא כו' אך בשעת שזקפוהו אפילו היה עשיר והעני יפרע אפילו מגלימ' דעל כתפי' עכ"ל וא"כ ה"נ דניזל בתר השתא ואין ליחידים כלום אפי' לא נתייאשו ונ"ל דודאי אם היו היחידים עדיין בכלל נותני מס אלא שנשתנ' השומ' היו נחשבים אחר השומ' דהשתא כההיא דרשב"א דמנהג כן אבל בנדון דמהרי"ק שירדו היחידים מנכסיהם ואינם בכלל נתינ' ושומא כלל בזה אין שייך מנהג אלא שבקינן על הדין ועל כן היחידים נטלו [נוטלין] כפי מה שהיו נותנים להלו' (אפילו) [אם] לא נתייאשו. ומזה למדתי במעשה שהי' שפרעו כל הקהל שומא שלהם כל א' מה שמגיע עליו וכדי למלאות הגבייה הוכרחו אותם שכבר נתנו מס שלהן ליתן עוד איזה סך נוסף על מה שנתנו כבר והינו בשביל איזה עניים שלא נתנו ואח"כ העשירו העניים ומוכרחים לפרוע מה שלא נתנו תחלה אותו הפרעון יהיה לאנשי הקהל כפי השומ' של עכשיו וה"ה ליחיד שבא ליטול חלקו מאותו פרעון נוטל ג"כ כפי השומ' של עכשיו וכבר ראיתי מי שטעה בזה לומר שיטול כפי השומ' שנתן אז דלא כן הוא מצד המנהג שזכר הרשב"א ואין זה ענין להההוא דמהרי"ק שזכרנו אבל באמת דברי מהרי"ק צ"ע כמ"ש:

סעיף ו' ומי שמחל לו השר כו'] צריך ביאור להבין מהבין פסק זה לאדם בטל שקודם לזה אמרינן בתוס' שותפין שמחלו להם המכס מחלו לאמצע ואם אמרו משום פלוני

מחלנו מה שמחלו מחל לו והקשה רבינו שמחה מאי קמ"ל רישא ותירץ דמיירי שביקש א' מהם למחול לו מה שמחלו מחלו לאמצע כאלו הי' שליחם ואם אמרו משום פלוני מחלנו פי' שמעצמם אמרו כן בלא שום פיוס שלא בקשו על כך מחלו לו וכתב מהר"ם שיש לדחות דברישא איירי שבקש א' מהם למחול בסתם אע"פ שלא היה שם מי שביקע אלא הוא מחלו לאמצע כיון שמחלו בסתם אבל אם פירשו שמחלו בשביל פלוני אפי' הוא ע"י בקשתו מחל לו ע"כ באשר"י פ' בתרא דב"ק וכתב המרדכי עוד בשם מהר"ם דאם כבר פשרו הקהל עם השר ושוב ביקש א' לפטור מחלקו הציל לעצמו ופטור אבל אם קודם הפשרה ביקש אחד מהם מהשר לפטרו חייב דלאו כל כמיניה להקל על עצמו ולהכביד על אחרים אמנם אם השר מעצמו אמר פלוני לא יתן מס אלא פלוני ופלוני יתנו אותו פטור ואע"ג דהרגילו לתת ביחד כו' ואח"כ כתב דרך אחר שכל שהם שותפי' לגמרי יכול להיות אפי' אמר המלך מעצמו פלוני לא יתן כלום אעפ"כ חייב נמצא בהא פליגי ר' שמחה ס"ל אפי' אם אנו רואים שמנכה המלך מן הסכום הגבייה משום פלוני מ"מ אמרי' שאותו פלוני הוא שליח לכולם כיון שנעשה ע"י בקשתו משא"כ אם אמר המלך מעצמו כן ומהר"ם ס"ל דכל שרואין שמנכה ודאי לא אחל אלא לו אפי' אם נעשה דרך בקשה והיינו אם הזכיר בבקשה שמחל לו וכל שעשה קודם הפשרה של מלך עם הקהל אין אנו יכולים לידע אם מנכה בשביל חלקו או לא דאמרי' מסתמא מכביד על אחרים ולאו כל כמיניה להשתדל עליו ולהכביד על אחרי' רק שאם אומר השר מעצמו שפטרו בזה כ' מהר"ם ב' לשונו' ל' ראשון לפטור ואחרון לחיוב והביאו רמ"א דברי רבינו שמחה ואח"כ דעת מהר"ם בשם י"א וכפי ל' אחרון ורש"ל פסק כמהר"ם וכלישנא קמא דכל שיש פסידא יכול שותף לחלוק שלא מדעת חבירו כדלקמן סי' קפ"א וכ"ש כאן שהמלך חילק אותם קודם הפשרה וכנלע"ד דלישנא קמא עיקר דהא באדם בטל בסעיף שלפני זה פסק נ"י שקודם הקביעות של מס יכול לפטור המלך אותו וכן בשכחו אותו כ' רשב"ס דפטור ולא אמרינן לאו כל כמיניה להקל על עצמו ולהכביד על אחרים אלא ע"כ דס"ל בלישנא קמא דמהר"ם שאמיר' מעצמו בפי' מהני קודם קביעת המס ובסמ"ע סקל"ז כתב ליישב דין זה דאדם בטל שזכר המחבר עם דעת י"א ותמוה הוא דהא בפוטרו מתחלה מעצמו אין חילוק בין אדם בטל או שכחוהו להך דהכא ומ"ש התם דמהני טפי מהכא אלא כמ"ש:

סימן קסד

(**ס"א אם ירצה**) נ"ל אם יש חשש סכנה בתקרת הבית מחמת כובד בנין העלי' שיפול על התקרה וישברנה שחייב על העלי' לתקנה:

(**ע"ש בהג"ה וי"א דאין ב"ה כו**') הא דתירץ בסמ"ע סק"ד דברי רש"י אהדדי יש להקשות כיון דאין על התחתון שום שעבוד לעליון רק שהתחתון יעשה התקרה בשבילו למה לא יהיה רשות לתחתון לשנות בתקרה בכל מה שירצה ויש לומר דמתחלה שעבדו עצמם על זה דודאי יתקן התחתון מה דצריך לו ומסתמא יעשנה כמות שהוא עכשיו אך קשה לי מדברי הרא"ש שהקשה בפ"ב דב"מ שאמרו שעל העליון לתקן התקרה ממ"ש תחתון שבא לשנות לסכך בארזים שומעין לו דהיינו הדין שכ' המחבר בס"ו דמשמע דעל התחתון לתקן התקרה ותירץ שמיירי שיש לתחתון ג"כ עלייה דהיינו ב' עליות זו ע"ג זו ומאי קשיא ליה הא התם בתחתון שבא לשנות איירי בנפל כמ"ש שם רש"י בדף קי"ד וצ"ע רב והר"ן סבירא לפירש"י דבשותפין הוה חיוב התקרה וגם המעזיבה על התחתון ולא כהרא"ש ורבינו לדעת רש"י:

(**סעיף ג' חולקים בעצים**) כו' נ"ל דגם בזה מיירי באופן דליכ' מגו כמ"ש בסקנ"ז ס"ה והיינו שראו האבנים תחת ידו ולא מהני הך סברא דשותפין לא קפדי אלא דלא להוי אידך מוצי' מחבירו כן משמע מפרש"י שם בגמר':

(**סעיף ה' הרי בעל העליי**' כ' במ"מ הקש' הרשב"א למה לא יכוף בעל העליי' את בעל הבי' לבנו' וכ' שבירושל' אוקמ' כשאין ב"ה כאן ואין ב"ה יורדין לנכסיו וזה נרא' דעת הרמב"ם שאם אפשר לכפותו כופין אותו כמ"ש בתחלת הפרק וכאן מיירי שאינו רוצה לכפותו ע"כ וכן הוא דעת הטור וכמ"ש ב"י אלא שהרשב"א עצמו לא ס"ל כמ"ש הב"י בשם נ"י והמ"מ כ' ג"כ דלהרשב"א אין יורדין לנכסיו כלל דלא נשתעבד בו אלא זה הבית מכאן סתירה למה שכת' הסמ"ע סק"א דיש חילוק בין ס"ז לסעיף א' ואין כופין התחתון כאן לבנו' הבית דכיון דלהרשב"א אין יורדין לנכסיו ה"ה כאן הוא כן ולרבינו כופהו ויורדין לנכסיו כאן ממילא לא ס"ל כרשב"א דודאי לענין שעבוד נכסיו אין חילוק בין קלקל לנפל אלא ודאי הרמב"ם והרמב"ן ס"ל הא דנקט בדין נפל שיורד למטה היינו באינו רוצה לכפותו וע"ק ממ"ש סימן קס"ה שהעליון זורע למטה והיינו חזרת וכיוצא בו כמ"ש בסמ"ע וזה פשוט שלמעלה היו לו זרעי' אחרי' והאיך סגי ליה בהכי ולא יוכל לכופו אלא ע"כ דמיירי שאינו רוצה לכפותו ובמתניתין הווין אלו ב' דינים שווים ממש:

(**סעיף ז' וכן בקורות תקרה כו'**) צ"ע על רבינו שכתב דין זה סתם ולהרא"ש לא משכח ליה אלא בשני עליו' כמ"ש הסמ"ע סק"ד והוא מוכח שם במ"ש דהא אין על התחתון שום חיוב על התקרה ובדברי המחבר שהיא ע"פ הרמב"ם ניחא:

סימן קסו

(**סעיף א' סמוך לגינה**) כו' נראה לי דנקט גינה לרבותא דאפילו בגינה צריך לפנו' בסמו' לה ולרש"י דפי' נפל לתוך הגינה הוי נמי רבותא דאפילו תוך הגינה מן הצד חייב לפנות: (**ע"ש ואם נתרצה**) כו' כתב רבינו לשון זה ולא כתב ל' קיבל עליו שנזכר במשנה משום דלשון קבלה אפשר לפותרו שבע"כ קיבל עליו שלא רצה לילך עמו בדינא על כן כתב רבינו לשון רצון דבלא נתרצה אלא בעל כרחך קבלו לא מהני מה שפינה כי גם בזה יאמר בעל הכותל לא כוונתי אלא לדחותך ע"כ צריך לומר בפי' בפניו אנכי אעשה כדבריך והלך ופינה אח"כ אפי' שלא בפניו מהני והא דכ' רי"ף ורא"ש עד דמפנה ליה באפי' היינו בלא נתרצה אלא קיבל עליו בע"כ ופ"ה לפי גרסת הרא"ש דרבינו עושה פשרה בין הגרסאות ורבי' לא הוצרך לכתוב דמהני פינה לפניו ואע"ג דלא קיבל דממילא נלמד מק"ו מזה ונסתלקה מזה תמיהת ב"י על רבינו:

סימן קסז

[**סעיף א' שלא יאנוס**] אע"ג דכאן לא שייך אפקורי כיון שיכול ליטלו מכל מקום עשו חכמים גבול קצוב מה שהוא מצוי ואתי שפיר מה דהקשה ב"י מאי דמבעיא לן מגיע לנופו ואין מגיע לעיקרו הא עכ"פ יכול העליון ליטול דכיון דנתנו חכמים קצבה לדבר מצוי מספקא לן איזהו ג"כ בכלל הגבול דאינו מצוי:

[**ע"ש לא יטול**] כו' מה שחילק בסמ"ע סק"ג בין רבינו לרמב"ם הוא אינו מרומז בלשונם לחלק בזה ותו ק"ל כיון דאתה צ"ל משום מוחזק פוסקין אכתי ניתא דעכ"פ מה שהעליון יכול ליטול מהנוף יהיה שלו דבמה קרוי התחתון מוחזק ונלפ"ד דחלוקים הם ודעת רבינו דמספק חולקין וס"ל להלכה דכל ספיקא דדינא כן כמ"ש בסי' שפ"ח ס"ד ורמב"ם ס"ל כאן כיון שיש ג' תנאים ר"מ ס"ל כל הגדל בנתיים הוי של עליון ור"י ס"ל [של תחתון ור"ש ס"ל] כל שעליון יכול לפשוט כו' ובכ"מ קי"ל כר"י הן לגבי ר"מ הן לגבי ר"ש רק דכאן איפסקא הלכ' בהדיא כר"ש נמצא כל שיש ספק בדברי ר"ש בפי' דבריו הדרינן לכללא דהלכה כר"י דאע"ג דאיפסקא הלכה כר"ש מ"מ אימא לך דזה לא נכלל בדברי

ר"ש א"כ יוכל לומר התחתון אנא קי"ל כר"י והא דיצא כאן מן הכלל לפסוק כר"ש אייתי ראיה שזה נכלל בדברי ר"ש וכיון שהדבר שקול פסקינן כר"י דהוה של תחתון כנלע"ד:

סימן קסח

[**סעיף א' דמי הזיתים כמו שהיו**] כו' מה שהוקשה לסמ"ע כפל דין זה ומתוך כך למד דנעקרו בגושיהן א"צ לשלם מיד דמי הזיתים תמוה היא מאוד דהאיך ישתמש בעל הקרקע בזיתים של חבירו בע"כ כיון דצווח דלא ניחא ליה בפירות החצי ותו דהא בדברי רבינו שבק מלכתוב דין תשלומי זיתים שלא נעקרו בגושיהן עד לבסוף דכבר כ' דיני הפירות כתב דין דמי זיתים דצריך לשלם כמו שמוכרין לנטיעות בין תוך ג' בין אחר ג' דמשמע ל"ש נעקרו בגושיהן ל"ש לא בגושיהן ונראה לע"ד עיקר דזה הוא בעצמו כוונת המחבר שהוסיף שנית ידו לכתוב דין זה דמי זיתים ללמוד דאין חילוק בין תוך ג' בין אחר ג' ואגב העתיק לשון רבינו כמו שעומדין למכור אלא דתחלה שכתב לאחר ג' הכל לבעל השדה הוצרך תיכף להעתיק דברי נ"י דמ"ש תוך [אחר] ג' שנים הכל לבעל השדה אין דמי הזיתים בכלל רק זכות זה יש לו שא"צ לשלם רק כמו שהיה בשעת שטיפה כנלע"ד ברור ופשוט דאף תוך ג' שנים צריך ליתן לו דמי זתים אם ירצה אלא דאורחא דמילתא נקיט דמסתמא ניחא לאינש ליקח חצי הפירות כל זמן שמגיע לו ואחר כך יטול דמי הזיתים:

[**ע"ש הכל לבעל קרקע**] זה נ"ע ליישבו דלפי מ"ש הסמ"ע דקאי על השביח האילן והוא ע"פ המ"מ קשה מאוד דהא אפילו בנעקרו בגושיהן הוא שבח האילן לבעל השדה כמ"ש נ"י מטעם דאלו אנא נטעי הוי השבח דידי אפי' תוך ג' שנים ומטעם זה דקדקו הרמב"ם ורבינו והמחבר וכתבו ברישא יחלוקו בפירות בעל השדה כו' דמשמע אבל שבח האילן לא ונלע"ד ליישב דיש היתר אפי' לענין היתר ערלה דהיינו שיוכל לומר לעכו"ם עבוד אילן שלי ותטול פירותיהן ותן לי אילן שלך שעברו עליו שני ערלה ואטול פירותיו כמ"ש בהלכות ערלה סי' רצ"ד סי"ד או ימכרנו לעכו"ם ג' שנים וא"ל א"כ תוך ג' שנים יאכל בעל השדה כל הפירות דהא ל"צ לגושן של בעל האילן נ"ל דאם היה עושה כן מסתמא היה צריך להוזיל בדמיה עכשיו מרויח בגושי' ועל כרחך צריך לומר כן דקשה לך למה יקח בעל האילן את חצי הפירות תוך ג' שנים הא יש תקנה שימכרנו לעכו"ם או יחליפם ובשמעתא דפריך התלמוד אמאי יאכל בעל השדה חצי הפירות הא הוי ערלה ומשני דהוי קטינא וזרענא אה"נ דהוי מצוי לשנויי כמ"ש אלא דבלאו הכי שפיר משני ומש"ה כתבו רמב"ם ורבינו דכל שנעקרו בגושיהן שהוא מרויח מהם מה שלא הי' לו אלו החליפם עם

העכו"ם ע"כ אמרו חכמים דמלתא פסיקא שיאכלו שניהם הפירות כי אי אפשר לעשות קצבה בע"א אבל אי לא נעקרו בגושיהן אז ע"כ צריך תקנה זו להחליפם עם אילן עכו"ם ובזה אין צריך לשום זכות של בעל האילן ע"כ אין לו חלק באותן פירות בתוך ג' שנים שבאין ליד בעל השדה על ידי חליפין כנ"ל נכון והגון בדברי הפוסקים ופי' כפתור ופרח הוא זולת זו לית נגר ובר נגר דלפרקינהו:

סימן קע

[**ס"ב משקין על הסדר**] קשה דהא בגמרא איתא במיזל כ"ע לא פליגי כ"פ במסכר כו' ופירש"י שאם אינם סוכרי' את הנהר אלא דולין והולכין והנהר מושך כפשוטו כולי עלמא לא פליגי שכל הרוצה לדלות ידלה והתו' ביארו יותר אפי' אם הנהר פוסק כל הרוצה לדלות ידלה כיון שנהר מושך כפשוטו ומלשון רבינו משמע שהראשון הוא קודם ומעכב כל האחרים מלדלות וכן קשה על הר"ן שכתב במיזל כולי עלמא לא פליגי דשתי עילאי ותו דברמזים פסק רבינו בהדיא אמה המושכת על פני השדה אין האחד יכול לעכב על חבירו מלהשקות כשבא להשקות ביחד ונראה דכוונת רבינו והר"ן דבזה אין כח באחרונים למחות שלא ידלו הראשונים אלא נהרא כפשוטו ניזל ויש להם רשות לדלות תחלה ואה"נ אם רוצה האחרון לילך ולדלות ולהוליך המים לשדהו הרשות בידו אלא שאין דרך בכך לדלות קודם שמושך הנהר על פני שדהו וקא משמע לן בזה אף אם על ידי שדולה הראשון תחלה כדרכו אפשר שיפסקו המים מכל מקום אין לו רשות למחות לראשון וזהו כוונת רבינו שכתב שמשקים על הסדר ואין האחרונים יכולים למחות כנ"ל:

[**ע"ש ובור שהוא קרוב כו'**] רבינו מסיים בלשון זה ימלא בורו ואין צריך לסתום פי בורו מפני דרכי שלום משמע מן הדין צריך לסתום וקשה הא קיימא לן בסמוך כל דאלים גבר נראה דהא כל דאלים גבר היינו עד כדי צרכו כמ"ש רבינו עד שישקה תחלה אבל כאן מיירי שממלא בגומא אפי' ביותר מכדי צרכו עכשיו וזה מפני דרכי שלום ולפ"ז גם רבינו סבירא ליה כההוא י"א שהביא רמ"א דדוקא בבור שהיה קודם לאמה כיון שרוצה למלאות יותר מכדי צרכו אבל בכדי צרכו לחוד פשיטא שיכול לחפור אף לכתחילה כדי להמשיך המים כנלע"ד ברור:

סימן קעא

סעיף ב' כדי שלא יזיקו כו' מה שחלק הסמ"ע על המחבר ופי' דלא מיירי כאן בהיזק ראייה הדין עמו דפשוט הוא בריש בתרא למאן דאמר היזק ראייה לא שמיה היזק שכל מקום זקוק הוא למחיצה עשרה טפחים כדי שיהיה נתפס עליו כגנב ממילא ה"ה בשדה דאין שם שייכות היזק ראיה אלא דמ"ש הסמ"ע דא"צ מחיצה כלל אלא היכר לגבול שלא יטעה להשתמש בגבול חבירו ליתא לע"ד דעכ"פ מחיצה יו"ד טפחים בעינן מטעם דנתפס כגנב וכ"כ המ"מ בריש הלכות שכינים וז"ל במקום שאין היזק ראיה צריך עשרה טפחים מחיצה:

(**סעיף ג' כדי חרישת יום**) **וכו'** כתב הסמ"ע דאם דגיע לחלקו כדי פעולת יום ומחצה הפועלים נשכרים לזה ותימא עליו דבגמרא מבואר ההיפוך דפרכינן בגמרא מאי חרישת יום אי יום דחרישה הא יומא דזרעא לא הוי פי' דבשעת הזרע לא לחרוש שכבר נחרשה בשעת חרישה ומה שצריך יום א' לחרישה לא צריך יום ר" לזריעה והיאך ישכור הפועלים ליום הזריעה ואי יום זריעה תרי יומא דחרישה לא הוי פי' שביום וחצי צריך לשכור הפועלים בשעת החרישה קשה על רבינו הא ביום ומחצה לחרישה לא ימצא פועלים ואמאי כתב דחולקים אם יש שם שיעור יום חרישה ומשמע כ"ש אם יש יותר מכדי זה וע"כ נלע"ד דאם מגיע לחלקו כפי שיעור החרישה ליום ומחצה חולקין לענין זה שכל א' נוטל לחלקו שיעור יום א' והמותר הוא בשותפות ולא פרכינן בגמ' הא כ' יומא דזרעא לא הוה אלא כי כייפינן לחלוק בשביל יום א' דחרישה דיגיע לחלק א' וע"ז פריך מה יעשה הוא כשיגיע ימי הזריעה ובמסקנת הגמ' דיומא דחרישה הוי ג"כ יומא דזריעה א"ש דאי מגיע ליום אחד ומחצה דחרישה דעל כל פנים מאי דחזי ליה חולקין והשאר נשאר בשותפות ואז לא יהיה היזק גדול כ"כ במה שישכירו בין שניהם פועל אחד על המותר כמו שיהיה על א' ידהא צריך לשלם לפועל על יום שלם אף על פי שלא יש מלאכה על יום שלם כנלע"ד פשוט:

(**סעיף ד' יכול חבירו לכופו**) משמע מלשון זה שדברי הרמ"ה בטור מתפרשים שאם יש לראובן קרקע אצל זו של השותפות יכול שמעון לכפות לראובן שיחלוק ובסמ"ע העתיק לשון רבינו ותי' למה לא הביא מ"ש רבינו בשם הרמ"ה אבל נלע"ד פירושן של דברי הרמ"ה בדרך זה דעל מי שהוא רוצה בחלוקה קאמר שאם יש לו שדה אחרת אצל שדה זו של שותפות שאלו היה שם שיעור חלוקה היו צריכים לתת לו חלקו סמוך לשדה שלו והוא בענין שאמרו בסי' קע"ד תרתי שדות אחד נגרא כיון שיש לו זכות זה אמרי' שאנו יודעים ומכירים חלק המגיע לזה וע"כ כופה את חבירו לחלוק אע"ג שאין לחבירו

שיעור חלוקה וכההיא דבסמוך דאם היו מכירין את חלקו כופיהו לחלוק אף באין שיעור חלוקה והכי נמי הוה כמכירין כיון שאלו היה שם שיעור חלוקה היו צריכין לתת לו חלקו נמצא הוברר חלקו כנלע"ד ברור בלי שום דוחק:

(**סעיף ט' ואם יש בה דין חלוקה כו'**) הסמ"ע הקשה דברי הש"ע אהדדי מסימן שי"ו ותי' דהתם איירי שיש שם היזק ראיה וליתא דא"כ אמאי כתב שם דאינו יכיל לכופו לחלוק כי כיון שהבית אינו שלהם אינו כופיהו כיון דהלה מזיקו בראיה ובזה נסתר גם דברי מוחז"ל שתי' דהתם לא נתכוין הרא"ש אליו שהוא עצמו יכול לדור דלא מחיצה אלא שרוצה לכפותו לחלוק כדי שיוכל אח"כ להושיב אחר ולאו כל כמיניה לגרום לו הוצאות בשביל זה דקש' גם על זה מהי תיתי לכוף לחלוק באין היזק ראיה ואי מיירי שטוען עכשיו שיש לו היזק ראיה מכאן ואילך אז באמת כופיהו נלע"ד ליישב דברי הש"ע דס"ל בשכירות מקום בשותפות ודאי יתכוונו תחלה שלא יעשה הוצאה לבנות מחיצה במקום שאין קיים להם לעולם אלא כל מי שירצה לבטל היזק ראיה מעליו שלא יעשה הוצאה בחנם וזהו שכתב כאן חולקים דהיינו עיקר החצר ומ"ש סימן שי"ו דאין כופין אותו לחלוק היינו לעשות מחיצה משל שותפין ולפ"ז דברי הש"ע כאן אינם חולקין על הטור שכתב ותימ' היאך יעשה מחיצה כו' דאה"נ דאין כופיהו למחיצה רק שהטור הבין שכופיהו למחיצה ואף שב"י שכתב אין כאן תימא לא ירד לחלוק במ"ש מ"מ בש"ע נתכוין לזה גם הרמ"א לא נתכוין לזה ע"כ כתב דיש חולקין אבל לפי האמת נראה להלכה סברא נכונה כמ"ש דאינו כופיהו בהוצאה לבטלה:

סעיף י"א חוץ מאמה אחת] וזה רוצה עכ"פ ג"א שלו ועפ"ז נרא' ליישב מ"ש רבינו בסעיף ט' [י"ט] תשובה לגאון כו' ודאי ב' חלקי ראובן כו' פי' ששמעון אומר או אגוד הכל או תאגוד הכל וע"ז פסק דב' חלקי ראובן ודאי כבר נסתלקו כי הם שלו לגמרי ובזה נתבטלה טענת שמעון ואין על ראובן אלא להשאיר לו כשיעור שיהיה בצירוף שיעור חצר ועל אותו הצירוף יאמר לו גוד או אגוד דס"ל לגאון כמ"ש רבינו בסמוך דאין גוד או אגוד אלא כשיש שיעור חצר ובזה ניחא מה שהשאיר הב"י בצ"ע וא"ל לפי מ"ש בס"ד דכשיש לו אצל זה שדה א' דאמרינן שהוברר חלקו דשאני הכא דלא הוברר חלק השדה בשום צד אלא עכשיו בא ליטול כל חלקים שלו:

(**ע"ש ששאר שותף בה**) כו' בדברי רבינו כתב משתמש ברביע חלקו והכוונה א' דהאחד יטול ג"א והאמה הנותרת תשתמיש לשניהם וקרי להההיא אמה רביע חלקו בצירוף הג"א האחרות ור"ל רביע בחלק שאחה משתמש וא"צ למ"ש כסמ"ע סקי"ט וכ"ז שישתמשו לפי זמנים וקשה לינקוט בכה"ג אם הם שווים בהך ד' אמות יאמר כן אני

אטול ג"א ואשתמש בשותפות באמה רביעית ונראה דאם היה להם שוה בשוה לא היה יכולת ביד א' לומר אני אטול עכ"פ ג"א ועל השאר גוד או אגוד דזה יאמר דוקא על הכל גוד או אגוד משא"כ באם יש לזה ד"א יכול לומר לאו כל כמיניה להיותך שוה עמי כי עכ"פ אתה משתמש באמה שלי:

(**סעיף י"ג בשניהם כאחד אין שומעין לו**) מ"ש הסמ"ע בסקל"א דמוכח מלשון רש"י כו' נראה כונתו מדכתב רש"י לאו גוד או אגוד הוא אי לא א"ל קח את שתיהם או אקח את שתיהם עכ"ל מלשון אי לא משמע דטענת גוד או אגוד תלוי בזה דכשיצטרך לזה טענת קח את שתיהן וכמ"ש הסמ"ע אז מהני טענת גא"ג לענין טענת העילוי וא"כ גם רש"י ס"ל כהרמ"ה בטור וב"י העתיק בלשון רש"י אלא אמר לו קח את שתיהן דמשמע דבזה לא סגי ודלא כהרמ"ה ולעד"נ בכל גווני דא"צ לברירה גדולה כמו שנקט הסמ"ע אלא אפי' אומר טול א' כנגד א' בעילוי או אתה או אני כי מספיק ליה באחד מהן או טול לך שניהם הדין עמו ואע"פ שאינו אומר או אני אקח שתיהן ויש ללמוד זה ממ"ש הטור בשם הר"ר יונה בסט"ו לענין קטן וגדול דיכול לומר גוד או אגוד לענין עילוי רק שצריך שיאמר עוד ואם אין אתה חפץ בקטן אני אקח הכל ה"נ כאן יאמר ואם אין אתה חפץ בא' לבד תקח שתיהן דחד גונא היה דהא בגדול וקטן לא הוה גא"ג כמו בכאן באין תשמישן שווין וכי היכא דמתקן שם מה שקשה כן לנתבע במה שיקח התובע ה"נ מתקן כאן מה שקשה לו במה שהניחו ליקח שתיהן ומ"ש הרמ"ה שאין כאן טענת גא"ג היינו בלא צירוף לזה וא"ל למה כתב הרמ"ה והמחבר אלא אם ירצה כו' ותשאר בשותפות כו' ולק"מ דגוונא דרבותא א' נקט דא"כ ליתן לכשנגדו ב' צדדי הברירה אלא אפי' א' מהן:

[**ע"ש בהג"ה מה דביני ביני**] זה הוא דעת הרמ"ה דכתב כל מי שיקח המעולה יתן לחבירו דמים וכתב רבינו ע"ז וכ"כ הר"ר יונה אם יש להם עידית וזיבורית יכול לומר טול אתה מן העידית בשומא כדי שווי הזיבורית ומה שישאר מעידית יותר על שווי הזיבורית אני אטלנו אע"פ שאין בו שיעור או אתה תעשה כן עכ"ל משמע מלשון הר"ר יונה דאין די במ"ש כל מי שיקח בעידית יקחנו בתוס' דמים כמ"ש הרמ"ה דס"ל להר"ר יונה שיכול הב' לומר אני חפץ בעידית ואין לי דמים לשלם המותר ואין לסלקני בגא"ג ממה שחפץ אני בו בשביל חסרון דמים שיש לי ע"כ הוכרח לומ' שעכ"פ תוכל ליטול העידית כי אני משלם המותר ולא כתב רבינו וכ"כ הר"ר יונה אלא ששניהם ס"ל דשייך רע וטוב גא"ג דלא כרמב"ן וא"ל למה לא כתב הר"ר יונה כאן דצריך שיאמר אם אינך חפץ בקטן אני אקח הכל כמ"ש הר"ר יונה לעיל הביאו המחבר ס"י דשאני התם שאין בקטן שיעור שדה ואנן בעינן ששני צידי הברירה יהיו נכונים לחבירו משא"כ כאן דיש בקטן שיעור

שדה ונראה דכיון דרבים חולקים על הרמב"ן כאן קי"ל כהרמ"ה. ולא כיש מי שחולק שהביא המחבר כאן אך צ"ע לענין שזכרנו שצריך שיקבל תשלומי המותר אף שאין בו כשיעור שיש בזה מחלוקת כמ"ש היאך קי"ל להלכה בזה:

[**סעיף י"ד בהג"ה אבל מדברי הרא"ש**] כו' יפה תמה עליו הסמ"ע בזה ויש עוד ראיה לזה אלא שאין להאריך ע"כ נלע"ד דיש לפסוק כדיעה הא' שהוא ריב"ש שכתב הך בהדיא:

[**ע"ש או כדומה**] כו' נראה דרמז בזה לשט"ח וע"ז כ' שעתיד לגבותן לעיל סימן ס"ו ולא כתב רמ"א כלום אדברי המחבר כי סמך על מה שכתב כאן שהוא מקור של הדין גא"ג וא"צ למ"ש הסמ"ע בזה סי' ס"ו:

[**סעיף ט"ו ל' יום אין שומעין**] כו' בדברי רבינו בשם הרמ"ה האריך בזה וכתב דלנתבע כותבים זמן אלא א"כ היכא דמוכח דמכוין לאשתמוטי דהיינו דלא אמר כך תחלה ורבים מקשים דברי הרמ"ה אהדדי במ"ש תחלה דאם אמר הנתבע גוד אתה כו' אם אמר הנתבע תנו לי זמן כו' אלמא שנותנין לו זמן אע"ג דלא בקש מתחל' שיתנו לו בהמתנה ונראה דדוקא בסיפא דאמר התובע בפי' גא"ג יהבו לי זמן כו' והוא לא השיב כלום מוכח דאישתמוטי בעלמא הוא משא"כ ברישא דאמר מתחלה גא"ג סתם ואמר הנתבע גוד ותן במזומנים כי הוא חפץ יותר בזה ממה שיגוד הוא אפילו בהמתנ' ואמר התובע תמתין לי ל' יום ואז מש"ה לא אמר אני אגוד ותמתין לי המעות כי הוא חפץ יותר לקבל במזומנים כפי מ"ש התובע תחלה אלא שעכשיו בא לשנותו והוא אינו מסכים בשינוי משא"כ בסיפא דא"ל התובע בפי' גא"ג בהמתנה ולא חפץ כלל לקנות במזומנים [בדברי] הרמ"ה שם איתא דלמא אזיל ומזבין בזול פי' שהוא סומך ע"ז ויזלזל למכור נכסיו בזו יותר מדאי ותיבת ליה ט"ס הוא בטור:

סימן קעב

[**ס"א בד"א בשנים שקנו מן ההפקר כו'**]. בב"י כתב לכאורה נראה דר"י הלוי לא פי' כן אלא אפלוגתא דרב הונא ור"ח כו' ואח"כ כתב אבל מדברי הרמב"ם כו' ואפשר כו' כל זה תמוה מאוד דברור הוא דרבי יוחנן ס"ל ממש כר"ח ור"י מיירי בין בהפקר בין בירושה דקנייה כל חד בדינא דהיינו שאין א' כופה את חבירו לחלוק אא"כ יש לו בהפקר ד"א לכל פתח מה שזכה מצד פתחים וכפי מ"ש רבינו ס"ס זה ואם הוא בירושה וקנייה צריך שיהיה עכ"פ ד"א לפתח א' וכן בהפקר בפתחיהן שוות ואע"פ שגם חבירו יקח מ"מ הוא מעכב החלוקה עד שיהיו לשניהם כך וב"י העתיק בסמוך סיום דברי הר"י מגא"ש ולפניו אויר שיש בו ד' על ד' הוא ט"ס וצ"ל ד' על ח' וכן הוא בהדיא במ"מ ואין כאן שום

חילוק דעת בין הרמב"ם לשאר פוסקים דלכ"ע מתפרשין דברי ר' יוחנן בין בהפקר בין בירושה וקנייה כמ"ש וגם הקושיא שמקשה ב"י אינה קשה כלל לפי מ"ש דר' יוחנן לא נחית כלל לפרש דין פתחים מה שיש להם דבא לומר דכל א' מעכב החלוקה עד שיהיה לכל פתח ד"א דהיינו כ"א כדינו בעלמא:

[**סעיף ב' ואותו שהגיע**] כו'. מ"ש הסמ"ע סק"ו ה"ה אם הבית של פתח ח' כו' לע"ד אומר אף שזהו מדברי ב"י מ"מ אינו מסתבר דק"ל א"כ כי חלקו בלא עילוי אלא שוה בשוה נמי נימא שאילולי סד"א שנוטל הב' היה צריך להוסיף יותר עכנל"ד דלא אמרי' סברא זאת שהוא בכלל העילוי אלא במקום שנותן עילוי בעל הב' פתחים דאמרינן גם זה בכלל נתינת ממונו אבל לא בכלל ניכוי החשבון לאמור שלא היה נותן לו כ"כ:

[**כתב רבינו**] **בסוף הסי' ונראה לחלק כו'**. נראה ביאור דבריו דהוקשה לו מ"ש הרא"ש שהביא ב"י נמצא שצריך שיהיה בחצר ו' פעמים ד' על ד' כו' דאי מיירי הרא"ש במקום שיש פסידא דהיינו בהפקר שהיה לבעל ב' פתחים ח' אמות אה"נ דאינו יכול לכופיהו לחלוק ומש"ה השתא דתפיס הרא"ש בשיטת הגאונים שבהפקר דוקא יש לכל פתח ד"א ולא בירושה וקנייה ע"כ לא מצי הרא"ש למנקט ה' פעמים ד' דהיינו בהפקר שם צריך באמת ה' פעמים ד' דאין להפסידו לבעל ב' פתחים אלא ע"כ מיירי בירושה וקנייה דשם לא היה שום מעלה לבעל ב' פתחים על פתח א' כשהיה החצר של שניהם אלא דקמ"ל דע"ד דמ"מ יאמר בעל הב' פתחים עד האידנא היינו משתמשי' בשותפות בחלר משא"כ אם תחלוק דבודאי תחלוק עמו בשוה ואני צריך לכל פתח ד' אמות ע"כ יעכב החלוקה קמ"ל דאין שומעין לו כיון דלית ליה פסידא די לו בד"א ועוד ד' בחצר וה"ה בהפקר היכא שפתחיה' שוות ה"נ דכופהו לחלוק משא"כ בשאין פתחיהן שוות ובהפקר דמעכב החלוקה וזה ביאור ד' רבינו במ"ש ונראה לחלק כו' והרא"ש דמיירי באין פתחיהן שוות מיירי בירושה וקנייה שאז בכ"מ אין הפסד וזהו עיקר כוונת הרא"ש בדברים אלו שהיה לו פשוט במקום שיש הפסד לא יחלוק אלא א"כ לא יהיה לו הפסד דהיינו בהפקר וא' יש לו ב' פתחים וא' פתח א' אין כופיהו לחלוקה עד שיהיה שם ה' פעמים ד' על ד' אלא דבירושה וקני' היה ס"ד לומר כיון דלפתח צריך ד"א ממילא אם יש לא' ב' פתחים וצריך ח' בשביל הפתחים ואף ע"פ שצריך ליתן גם לחבירו כן ממילא ס"ד שצריך שיהיה בחצר כולו ו' פעמים ד' על ד' וכן בהפקר אם פתחיהם שיות דגם בזה אין פסידא זה אינו נכון כיון שעכ"פ אין לו הפסד בחלוקה ע"כ כופה אותו באם יש ד' אמות לפתח א' לחוד ומזה מיירי ר"י הלוי ואין מחלוקת כאן לגמרי רק רבינו מפרש דברי ר"י הלוי והרא"ש דלא כב"י שתמה על רבינו ב' תמיהות וחדא מתורצת בחברתה ע"פ הדרך שכתבנו:

סימן קעג

(**סעיף ג' אין להם דרך**) כו'. מ"ש בסמ"ע סק"ז דזה מיירי בחלוקה בלא שומא ועילוי קי"ל הא כתב הרא"ש פ"ק דבתרא ומביאו הב"י סימן קע"ב ע"ד במי שחלקו בתים בשומא ועילוי דנועל לכל פתח ד' אמות דזהו בכלל העילוי ולא דמי לחלון דאינו זוכה לו בהרחקת ד"א כנגדו דהני ד"א שכנגד החלון אינם מעיקר התשמיש של הבית כ"כ וכו' ועוד התם יש לבית אורה בלאו הכי כדפי' לעיל עכ"ל הרי דפריך מחלון דאחין שחלקו אד"א של פתח שהם בשומא וכן מבואר בהדיא בגמרא פ"ק דבתרא (דף ז) ד' דמיירי בחלוקה ע"פ עילוי ושומא ומייתי עלה נהרדעי לטעמייהו דאמר ר"נ האחין שחלקו לקוחות כו' אלא דברור דאחין שחלקו מיירי ג"כ בעילוי ושומא לא מיירי כאן במאפיל לגמרי ואע"פ שכתב רבינו כאן שמסלקו לא בעי למימר מאפיל לגמרי אלא שיש רשות לכופו שיסלקנו לאפוקי מדעת הרמב"ן סימן קנ"ד דאין יכול לכפותו לסתום רק שיכול לבנות כנגדו כנלע"ד:

סימן קעד

ס"א (**מדת סדום היא**) דזה לא חסר ולא כלום במה שיתן לחבירו סמוך למיצר שלו והכי היא שיטת רש"י ומה שתמה ב"י על הרמב"ם במ"ש כופין על מדת סדום בשניה' עידית נ"ל דהרמב"ם מפרש דלא כרש"י אלא מיירי שחלק א' טוב מחבירו ואפ"ה ס"ל דכופין אותו שיתן לחבירו בשומת ב"ד כיון שהיא סמוכ' לשד' שלו אלא דרב יוסף ס"ל דיכול לומ' מעלינ' כבר מריון שהיו נכסיו חשובין ה"נ ניחא לי' דוקא בנכסי' חשובים והכי קי"ל וכמ"ש רבינו בס"ה:

(**סעיף ד' אינו יכול לכוף את חבירו**) הלשון משמע אפילו בשווין ותימא דהא המחבר פסק כהרמב"ם דס"ל בשוות אפילו אינו בכור כופין על מדת סדום ורבינו כתב זה בשם הרא"ש דס"ל כהי"א דס"א משא"כ המחבר שאזיל לשיטת הרמב"ם ובמ"מ כחב ג"כ דברים אלו וכתב עליהם דינו כיבם וברישא בשנים שקנו כאחד כתב דינו כבכור וזהו ניחא דרמז בזה דמיירי בא' עדיף מחבירו כמבואר הדין בבכור דיש לו יפוי כח אף בזה לרמב"ם ובדרך זה אמר בסיפא דאם ג' קנו בשותפות כו' דאינו יכול לכוף כו' כיון דאינן שוות אלא על המחבר קשה למה כתב בסתם. בטור כתב אבל אם אחת קרובה כו' תמה ב"י על מ"ש אחת קרובה לנהר כו' ובגמ' איתא תרי ארעא אתרי נגרי נ"ל דרבינו היה קשה לו דאי תרי ניגרי שוות הן הא כמו שיש ספק באחד מהן יש ג"כ בשני ומה מעלה יש בא' יותר מחבירו ע"כ מפרש דה"ק דחד ניגרא הוא נמשך מן נהר לשדה א' ואח"כ

נמשך מאותו נגרא לנגרא אחרת לשדה חבירו וע"כ אמר על הראשונה שהיא קרובה לנהר דהיינו ע"י ניגרא שלה נמצא דה"ק רק ייסף זימני' שקרובה לניגרא מדויל אבל האי שקרובה לנהר ודאי לא מדויל:

סימן קעה

(**סעיף א' אלא שנים לראיה בעלמא**) ק"ל למה צריך ראיה דאי בשביל שאם יהיה הכחשה ביניהם לא היה צריך לכתוב דבר זה ותו דאפילו בעד אחד המסייע די לפטור מן השבועה וכמ"ש סימן ע"ה דהא כאן אין עליו בלא עדים רק שבועה וכמ"ש רמ"א סי' קפ"א ס"ב לענין לעצמי אני מציל ממילא עד אחד המסייע פוטר מן השבוע' ויש לתרץ ע"פ מ"ש הרמ"א ס' פ"ז ס"ו דבמקום שצריך מגו לא מהני עד אחד המסייע והכי נמי כיון דשותפים הם ואין להם חזקה וע"כ באם יש הכחשה ביניה' אינו נאמן אלא מצד מגו דלא היינו שותפים או מגו דהחזרתיו וע"כ לא סגי באן בע"א המסייעו:

(**סעיף ד' וכן אם בא ב"ח כו'**) בפ"ק דב"ק דף ט' פליגו רב ושמואל רב סביר' ליה בטלה החלוק' ושמואל סבירא ליה ויתר האח' חלקו דאחים שחלקו לקוחות הן וכלוקח שלא באחריות ואפסקא הלכה כרב ונ"ל מדנקט תלמודא וכן הפוסקים הך דינא באחים שחלקו ולא בשני לקוחות שלקחו ממוכר א' ב' שדות ובא ב"ח דמוכר וגבה חלקו של א' מהם דחייב הלוקח הב' לתת מחלקו החצי להלוקח האח' אלא ע"כ בזה אין צריך ליתן לו דדוקא באחין הוה הטעם משום דיורשים במקום אביהם קיימי דהא פי' רשב"ם בפרק בית כור דלשמואל כלקוחות הוה וכלוקח שלא באחריות ואף על גב דסתם אחריות ט"ס הוא היינו דוקא היכא דמכר א' לחבירו דיהיב זוזי דלא שדי איניש זוזי בכדי מה שאין כן כאן דלא יהבו זוזי אהדדי עכ"ל ואע"ג דלא קי"ל כשמואל בהא מ"מ אנו למדין בלקוחות ממש שחלקו אם נלקח חלק א' מהם אין הב' חייב באחריותו דהא לא שקיל זוזי מן הלוקח הב' וזה מבוא' בגמ' דאמר רב ס"לאחין יורשין הן ושמואל ס"ל לקוחות הן משמע דבלקוחות מודה רב לשמואל וראיה עוד מדברי הרא"ש פ"ק דב"ק דכתב בכל דוכתי קי"ל כשמואל אלא דסברא הכא יש לפסוק בב"ח שנטל חלקו של א' למפסק כרב לענין זה הוויין כיורשים דיתמי כרעי דאבוהון אינון לפרוע חובת אביהן בשוה עכ"ל וכתב רש"ל בפ' מרובה בתחילת דיני ברירה כתב דין זה מטעם דברא כרעא דאבו' כו' משמע פשוט שבשאר שותפין שקנו ממוכר וחלקו אין לא' על חבירו כלום ואפילו באחים שחלקו אין להם זה על זה כלום כמ"ש סי' קע"ג רק לענין פריעת ב"ח נתחייבו כבר כ"א לפרוע בעדאביהם אבל בשאר מילי הויין כלקוחות ממש פשיטא שאין לזה על

זה כלום אפי' לענין ב"ח דאל"כ למה הוצרכו לומר דהאחים הויין כיורשים. אלא שבעל הסמ"ע כתב בסי' ל"ז סכ"א [ס"א] דגם בשותפין שקנו הוה כדין כמו בב' אחים לענין בב"ח דאמרי' החלוקה היתה בטעות והלוקח השני צריך לתת מחלקו לחבירו רק דהתם לענין עדות שאני כיון שכבר הוא פסל אותם ותמהתי על הרב שיאמר כן דא"כ למה כתבו רש"י והרא"ש הטעם דעל שני האחים מוטל עליהן לפרוע חובות אביהן תיפוק ליה מטעם דחלוקה בטעות היתה וכן למה הוצרכו לומר ברא כרעא דאבוה בזה ותו דבריש פ"ק אמרי' לענין אחים שחלקו ונטל א' כספים וא' נטל קרקעות ובא ב"ח ונטל הקרקע ללשנא קמא התם ס"ל פשיטא דצריך בעל הכספים דאמר האי ברא והאי לאו ברא פי' דהא שניהם חייבים לשלם ולא אמרי' התם מטעם חלוקה בטעות היתה וכ"ש ללישנא בתרא דהתם אין לא' על חבירו כנלע"ד ברור דאין השותפין דומים לאחים בזה:

(**סעיף ה' או השותפים**) פי' בגוף השדה שלא חלקוהו:

(**סעיף ו' בהג"ה ואפי' אם**) אומר משמע שם בתשובת מיימון דאם תלה הקנין בכך תחלה ואח"כ בא המצרן לסלק הדרא ארעא למריה ירצה אם:

(**סעיף ט' אם המצרן חפץ**) כו' בד"ר כתב דהו"א דיתבטל המקח מכח שליח שעוות קמ"ל שאין זה עוות כו' ולמד זה ממה דאי' בגמ' זבין בר' ושוה ק' סבור מיניה דהמצרן מצי א"ל לתקוני שדרתיך כו' אמרי נהרדעי אין אונאה לקרקעות ופי' הרא"ש דמיירי שהלוקח הי' חפץ להחזירו ולבטל וקש' הא לפי מה שלא ידעו בני הישיב' דאין אונאה לקרקעות יכול הלוקח מצד עצמו לחזור כיון שנתאנה ואי לאו דברי רבינו והרא"ש הייתי מפרש דהיו בני הישיבה סבורים שהלוקח יצטרך לשלם למצרן כמו קלקל בשדה בס"ו וה"ק לתקוני שדרתיך כו' ואתה קלקלת בעצמך ע"כ תשלם וכן משמע מרמב"ם שכתב כאן אינו יכול לסלקו עד שיתן לו ר' ולפ"ז נוכל לומר דגם בני הישיבה היו יודעים שאין אונאה לקרקעות אלא שהיו סבורים דכאן הוה הלוקח בע"ד של מוכר וחייב להפסיד ק' מכיסו והמצרן יחזיק הקרקע רק בק' ועל זה הביא דברי רב נחמן דאפילו בכה"ג אמרי' אין אונאה והמצרן יקחנה דוקא בר' וכעין שכתב הרא"ש וז"ל וקאמר רב נחמן על מעשה כזה כו' ולפי ד' רבינו והרא"ש צ"ע דאי הוה ה"ל אין אונאה לקרקעית למה היו סבורים דהמקח בטל מ"מ המקח קיים דהא כל לוקח קונה על הספק אם ירצה המצרן ליקח יקח ואם לאו יחזיקנו לעצמו כיון דכאן אין המצרן לוקח בסך זה ממילא לא נעשה זה שלוחו וחייב לשלם ר' דהא אין אונאה לקרקעות:

(**ע"ש והוא יודע בודאי**) המ"מ נסתפק כאן אם משביעין אותו אפי' על הספק כיון שיש רגלים לדבר וכן נראה עיקר דכבר פסק רמ"א כן בסי' ע"ה ס"ג בכ"מ שיש רגלים לדבר:

ע"ש בהג"ה כפי שומת ב"ד הקרקע האי פסקא תמוה לי מאוד מלבד מה שהקשה לסמ"ע דהאיך פסק שישימו הקרקע ובריב"ש כתב דישומו החוב כמו שהיה שוה וטעמו דאין לב"ח הפסד בזה משא"כ כאן דישומו הקרקע יהיה נב"ח הפסד לא מבעיא אם יש למוכר הזה עוד קרקעות אלא דהתפשר עמו ולקח זאת בסך חובו מחמת שהיתה חביבה עליו וע"כ מוותר כנגדו קצת פשיטא שיהיה לו עכשיו הפסד דלא יוכל לתבוע אותו במותר עד כדי חובו כי כבר התפשר עמו אלא אפי' אם היה לו רק קרקע זאת מ"מ אם היה זה מוכר שטר שער חוב שלו היה נותנין לו עכ"פ דמי הקרקע וקצת יותר אולי יתעשר עוד או ימצא לו איזה נכסים במקום אחר וזה נכלול בריב"ש בכתבו ששמין החוב כמה היה שוה דהיינו קצת יותר על שויו הקרקע אבל מה שהקשה הסמ"ע בסקט"ז דהא יהיה הפסד למוכר שיהיה פטור מכל החוב לא ידענא מאי קשיא ליה דהא עכ"פ המקח קיים בינו לבין ב"ח והמוכר פטור ממנו אלא שהמצרן שרוצה נסלק הלוקח צריך שיתן לו הסך שנתן הוא דהיינו שמין כמה היה שוה החוב לימכר בשוק וחשבי' כאלו נתן לו אותו הסך במזומן וזה שנותן לו המצרן וזה מבואר בדברי הריב"ש סי' תכ"ג [תפ"ג] וז"ל נראה שהלוקח יכול לסלק בדינא דב"מ בכדי מה שישומו ב"ד שהיה שוה החוב ואע"ג דקי"ל קנה בר' ששוה ק' צריך ליתן לו ר' היינו אם נותן מעות בעין אבל אלו שקנאו בדמי חובם הרי הוא כהחליף קרקע במטלטלין ששמין המטלטלין כו':

(**סעי' י"א בהג"ה מיהו לכתחלה**) כו'. פי' כשבאים כול' יחד קנו ביחד ויש חולקים סבירא להו דלאו בביאתם תליא מילתא ויכול המוכרן לברר א' מהם למכור לו אבל כל שאינם באים ביחד כ"ע מודים דיכול למכור לא' מהם ומלשון רמ"א משמע שאפילו לדעה הא' אם עבר המוכר ומכר לא' אין השאר מסלקין אותו אף שבאו ביחד ואין מחלוקת רק לכתחלה כיצד יעשה:

(**סעיף י"ב וה"ה שאם קנאו**) וכו'. ובד"ר כתב כאן ואצ"ל ותמה ב"י על לשון זה וכתב לשון וה"ה ול"נ ליישב לשון רבינו דה"ק ברישא יפה כח הספק אפי' נגד הודאי ואצ"ל דמועיל הספק נגד אחר אף שהוא מוחזק דהא לית ליה לרבינו סברא דמועיל ספק נגד ודאי מסברא דמוחזק ואינו מוחזק:

(**סעיף ט"ז אינו רשאי לקנות**) כו' רביני מדמה זה לאפטרופס כמו שהעתיק סמ"ע ופשוט לפ"ז שאם עבר השליח וקנאו דלא מסלקינן ליה וק"ל למה כתב רבינו דין זה כאן הלא בסי' קפ"ה הוא מקומו בדין השלוחין ונ"ל דכתב זה לחרץ מ"ש אח"כ בשם גאון דלא מתבטל המצרנות בשביל זה דקשה דהא אנו רואין שמחל בפי' כיון שלא קנה הוא עצמו לזה כתב שחשש בשביל חשד שיאמר שלקחתי בזול ע"כ עשה פרסום כדי שיודע מה

שיתנו בעדה ואפי' [ואפ"ה] ס"ל לנאון דיש לעיין שלא יוזל לגבי לוקח דהיינו אפי' אחר תקנה זו יש חשש שמא לא ידקדק כל הצורך אלא מי שבא ראשון ויעשה קצבה יסכים עמו לטובתו ומה שהקשה סמ"ע סי' ט"ו [ס"ק כ"ו] הא מן הדין אין יכול לקנו' י"ל דמיירי אפי' בהקנה לשליח כבר והרשוהו לעשות כל מה שירצה ואין כאן רק חשד ובזה ניחא מ"ש המחבר אין יכול לסלק כו' וכתב רבינו הטעם שהדי מכר ואין לך מחילה כו' והא בע"כ הוצרך למכור לאחרים דאין השליח יכול לקנו' וכמ"ש סי' קפ"ח [קפ"ה] ומש"ה הוצרך הסמ"ע סקט"ו [ס"ק כ"ז] לפרש דה"ק ולא היה לו לילך בשליחות ולא ידעתי מה תיקן בה דיאמר השליח הרי הכל יודעים דאסור לשליח לקנות ואינו עושה רק שליחות וכמ"ש ניחא:

(**סעיף כ"ב אלא היכי דאקני ליה כו'**) קשה ממ"נ אי כבר הקנה לו קודם קניות הלוקח שדה שלו פשיטא שיכול לסלקו ואי אח"כ הא פסק סט"ו דהלוקח שקנה שדה של המצרן א"י לסלקו ונ"ל דכל שמא הלוקח ממצרן לסלק המקח מצד עצמו א"י כי כבר קדם הלוקח מבעל השדה וכאן המצרן מקנה לו בפי' אדעתיה דהכי שיהא הוא במקומו לענין במ"צ ואע"ג דאין המצרן יכול למכור זכותו היינו כשמכר דבר זה לחוד דאין הקנין חל על שום דבר ומזה מיירי רבינו בסכ"ט אבל כי מכר לו גוף השדה ואמר לו אני מוכר לך שדה שלי ואעמידך במקומי לענין המצרנות של זה מהני וזה מבואר בלשון הרמ"ה דכתב אלא היכי דאקני ליה כו' מלשון אלא משמע דקאי אדסמיך לי' דהיינו מכירת זכות:

(**סעיף כ"ג אלא בכעין מעותיו**) רבינו חולק ע"ז וס"ל דדומה להחליף שדה במטלטלין שנותן לו דמיהן וה"נ כן הוא והב"י דחה זה דמעות לענין טבי ותקולי הויין כמו קרקע בקרקע בסס"ב דיש קפידא בזה משא"כ במטלטלין דמצוי לקנות ואין קפידא בזה והעיקר כד"ר דבשלמא לענין החילוק בין קרקע לקרקע או מטלטלין אזלינן בתר דעת המוכר דאין אדם רגיל למכור קרקע אלא אם מקבל קרקע אחרת אבל לא בשביל מטלטלין משא"כ לענין טבי ותקולי דנהי דאם יש לפני המוכר טבין ותקולין חפץ לפעמים באחד מהם יותר מחבירו מ"מ אדם שמכר קרקעו אינו מונע המכירה בשביל טבין ותקולין וזה נכלל בדברי ריב"ש שהבאתי בסק"ה [בס"ט] גם בסמ"ע סקל"ח כתב דהדין עם הטור אלא שלא גילה כאן טעמו וכן עיקר להלכה:

(**סעיף כ"ו**) **משום יישוב הארץ** בסמ"ע כתב בסקמ"ד דמדכתב הטור דלנטוע חשוב טפי מבתים קמ"ל אם המצרן רוצה לבנות והלוקח רוצה לנטוע אין שם דין מצרנות ודבר תמוה הוא לענ"ד דודאי לא היה שתיק רבינו מלפרש דין זה בפי' ותו לא מצינו שחשו חכמים אלא ליישוב עדיף מדבר שאינו יישוב אבל בשני דברים של ישוב אלא שאחד

עדיף מחבירו לא בטלו מש"ה דין מצרנות דאל"כ למה אמר בגמ' בתי עדיף משום ישוב הארץ נגד זרעים דאין בהם ישוב כלל היה לו לומר רבותא דאפי' בישוב יש חילוק בין נטיעה לבתים ותו דא"כ בטלה דין מצרנות דכל לוקח יאמר אני רוצה לנטען והמצרן לא ירצה לנטוע אלא לבנות וא"כ בטלת ישר וטוב וד"ר נ"ל ע"פ מ"ש הרא"ש וז"ל אבל לנטוע אילנות יראה דחשיב טפי מבתים כדאמר בהשואל בבית שומעין לו בשדה אין שומעין לו משום ישוב העולם עכ"ל מבואר כוונתו דנקט החשיבות לרבותא דבעלמא מצינן דחשיב טפי וה"נ כוונת רבינו לראיה בעלמא שאין נטיעות בכלל זרעים דהא מצינו שחשוב אפי' מבתים אבל כל שהלוקח רוצה לנטעה והמצרן לבנות אין נראה כלל לבטל מש"ה דין מצרנות דהא גם הוא עוסק בישובו של עולם כנלע"ד:

(**סעיף ל' ומשתמש**) כתב סמ"ע סקנ"ג או משתמש ותמהני למה לא כתב כך על בונה וסותר דאו סותר קאמר:

(**סעיף ל"ב אם שהה המצרן כו'**) בד"ר בשם הרא"ש כתב דמשמע מרמב"ם דכל שלא ראוהו סותר ובונה מסלקו אפילו לזמן מרובה אלא שהרא"ש חולק וס"ל כמ"ש המחבר כאן ומשמעות הרא"ש ברמב"ם הוא כיון שזכר דוקא סותר ובונה כו' וא"ל דהא כתב הרמב"ם שאל"כ אין אדם לוקח קרקע כו' י"ל דכאן יש לו תקנה שיתרה לו המוכר במצרן אם ירצה ליקח בדמים אלו כמ"ש סי' ל"א:

(**ע"ש משעה שנתגלה כו'**) כתב ב"י תשובת הרשב"א דאפילו לא נעשה כרוז עדיין מכל מקום כל שנמכר בקנין ועדים קלא איתי ליה אם לא שנתכוונו להעלים הדבר:

(**סעיף ל"ו מכר כל כו'**) מדכתב שהרי היא ואחרת כו' משמע דאין לו אלא שנים או יש לו הרבה ואין רוצה למכור אלא שנים הוה נמי כן דאפשר שלא ירצה המצרן לקנות גם אותו השני ובתוך כך ימלך זה הלוקח ולא ירצה ליקח שני השדות ביחד ויהיה פסידא למוכר וכן משמע מסקנת סמ"ע סקס"ב [סקכ"ב] וא"ל ממ"ש ב"י ס"ס זה במחל"ז מעשה בא לידי ז"ל הלכך אם כל א' רוצה לעמוד בשלו קונים אותו ביחד ושמין ביניהם כמה דמי הבית כמה הם דמי החנות עכ"ל ש"מ דלא מועיל להא' שקנה הבית והחנות להחזיק שניהם אע"פ שאין השני מציין אלא לא' מהם התם שאני דלא קנה עדיין שום א' מהם אלא רוצים עכשיו לקנות משא"כ אם כבר קנה הא' שניהם אין המצרן לא' מהם יכול לסלקו כנלע"ד ברור:

(**סעיף מ' שלא קנסו בנו**). כו' בב"י נסתפק אי מיירי דוקא בלא קיבל עליו או אפילו בקיבל עליו ופסק בסמ"ע ס"ק ע"ב כסברא בתראה ותמהני שהרי כתב הרא"ש הא דאין ממתינין עד שיבואר ההיזק וידונוהו אז עד שיפרע שהחמירו חכמים לקנסו שיכתוב

לו שטר שיעבוד על נכסיו ויחול השיעבוד מעכשיו עכ"ל ומשמע דאפי' מלקוחו' טורף משעת הקבלה וכ"ש מיתמי וכיון שנשתעבדו מהיום ודאי אף אם הוזק אחר מות המוכר יפרע נזקו מן הנכסי' וא"כ רבינו מסתמא אזיל בתר שיטת הרא"ש אביו ואח"כ הביא דברי הגאון שלא קנסו בנו ע"כ הגאון לא מיירי מנדון הרא"ש ע"כ צ"ל דמיירי שלא קיבל עליו וס"ל דלענין תשלומין א"צ קבלה כמ"ש הרא"ש וא"ל למה לא תי' הרא"ש קושייתו בזה דמ"ה משמתינן ליה כדי שיצטרך גם בנו לשלם וי"ל דרבותא קמשני דאפילו לקוחות נשתעבדו משעת קבלה ואף ע"ג דגבי מלשינות כ' בסי' ק"ח ס"ב לא קנסו בנו אחריו אע"פ שכבר עמד אביו בדין מ"מ הכא דמקבל עליו בשטר משעבד נפשי' טפי אלא דק"ל מסי' שפ"ה במטמא ומדמע דלא קנסו בנ' אחריו אף על פי שנעשה ההיזק מחיים של אביו וכאן מחייב הגאון אם נעשה בחיי אביו והא הכא עדיף מהתם דלא ברי הזיקא כלל דהרבה פעמים שהעכו"ם דר אצל ישראל ואינו מזיקו ע"כ צ"ל דמיירי הכא דקבלו עליו לשלם ואפ"ה פטור הבן דלא נשתעבדו הנכסים אלא למה שיהיה היזק בחיים:

(**סעיף מ"ב אין בהם דין המיצר**) כתב בסמ"ע סקע"ג אפי' אם לוה לצורך א' מאלו כו' הוא תמוה מאוד דלא כתבו התוס' ורבינו דאפי' לוה כו' אלא בכרגא ומזוני וקבורה שהם מהדברים הכרחים לאדם משא"כ לענין רע ויפה שאין שם אלא הפסד ממון קצת וזה פשוט וכן משמע מדברי ב"י שכתב ומשמע לרבינו דבכרגי ומזוני הוו דומיא דקבורה עכ"ל ש"מ דלא אמרי' כן בשאר דברים וראיה עוד מדלא כ' רבינו כן אלא באלו דוקא ואף שברמב"ם נחשבי' אלו דברים בחד בבא מ"מ אין ראיה שהוא לא מיירי אם לוה לצורך אלו ונלע"ד פשוט שט"ס יש בסמ"ע ושייך בדין שלאחריו:

(**סעיף נ' ואין חבירו שראוי לקדם כו**') . מה שהקשה סמ"ע סקצ"א למה לא הביאו שת"ח יכול לסלק ונ"ל דעכשיו אין לנו דין ת"ח כמ"ש ס"מ מ"ח לכתחלה ימכור אפילו בזמן הזה לת"ח:

סעיף נ"א א' אם מכר א' מהם חלקו) הקשה ב"י לדעת הרא"ש ורבינו דאפילו אם יפול הבית יבנה אחר במקומו מקרי יש זכות כל שהוא לזמן ידוע האיך אמר הרי"ף שבעל הבנין מעכב על בעל הקרקע הא בעל הקרקע א"י למכור כלום דמה זכות נשאר לו ותי' דהבנין הוא על קצת הקרקע והחצי הא' נשאר לו וק"ל דאמאי כתב רבינו דמקרי שותף ועדיף ממצרן דע"כ לא אמרינן ריש סימן זה דשותף עדיף אלא היכא שאין גבולו ניכר וכל פסיע' ופסיע' שייך בשותפות משא"כ כאן לא היה באותו השאר רק מצרן לחוד:

(**שם הבית והעליה**). הנה תמה הסמ"ע דהא כתב בראשונה דהוה כשותף והנלע"ד עיקר דהא יש לבעל העלי' שליש בקרקע כמ"ש וזימן קס"ד ס"ה הוי שותף גמור:

(**סעי' נ"ב בקרקע**) כמו שנתבאר משמע אפי' יש לו זכות על איזה זמן לחוד כמ"ש המחבר בסעיף נ"ח והוא דעת הרמב"ם וכמ"ש הסמ"ע סקצ"ד וצ"ע דהא לא עדיף ממשכנתא דאין למלוה זכות בקרקע הסמוכה לקרקע הממושכנת כמ"ש לקמן המחבר בסכ"ח (א"ה לנ"ד הרב ז"ל גדולה מזו היה ליה להקשות לעיל סנ"א דמשמע דאפי' אם מכרה לבן המצר אם יש לבעל הבנין זכות בקרקע על זמן מה הרי הוא מסלקו וכמ"ש הסמ"ע סשצ"ד ולקמן סנ"ו פסק דאפי' אם מכר הממשכן את השדה לאיש אחר שאין מצרן אפ"ה אין המצוה מסלקו ונלע"ד דעיקר קושי' אין כאן דודאי לא דמי משכנתא להכא והכא עדיף דיש לו זכות וקנין בגוף הקרקע כל משך הזמן ההוא ויכול לעשות בו כל מה שירצה דשלו הוא לגמרי לאפוקי משכנתא דאינה אלא משכון בעלמא וזהו ברור עכ"ה):

(**סעיף נ"ג בהג"ה יש דין מצרנות בבתים**) נ"ל דאם אינם סמוכי' ממש אלא יש קצת דרך הילוך בני אדם ביניהם אין כאן דין מצרנות וכן משמע בב"י לפי הטעם שכ' בשם הראב"ד שבבתים יש מצרנות משום שדרכן לחברן בפתחי' וזה אין שייך כאן כנלע"ד.

(**סעי' נ"ד נותן לו בן המצר כו'**). דממ"נ אי מתנה היא הא לית בה מצרנית ואי לקוח' היא אין דרך המוכר לקבל אחריות יותר ממה שקיבל מהלוקח כך כ' ב"י:

(**סעיף נ"ז בהג"ה אין לו שייכות במרתף**) לא ירדתי לסוף דעתו כיון שפסק סנ"ח לענין שדה הסמוכה דמקרי המלוה מצרן כ"ש לזה שתחתיו ומ"ש הסמ"ע ס"ק ק"ט דהא גרע כו' הוא תמוה מאוד דהאיך יהיה מצרן טפי בקרקע שבצדו מקרקע שתחתיו ממשותו דהא כ' ב"י בזה וה"ה אם יש בית א' שאינו ממושכן אצל זה הממושכן שאין למלוה עליו זכות משום בר מצרא ומש"ה פסק גם במרתף זה שאין למלוה עליו זכות וא"כ כיון דפסק סימן נ"ח דבצדו יש זכות כ"ש בזה שתחתיו ואין בידי אלא לומר דכתב רמ"א לאותן דיעות דס"ל בשדה הסמוכה שאין למלוה דין מצרן אבל למאי דפסק רמ"א בסמוך שיש למלוה דין מצרן כ"ש בזה:

(**סעי' נ"ח וכן נראה עיקר**) נ"ל דלא הכריע כן אלא לענין שאם קנה המלוה השדה הסמוכה לשדה הממושכן שאין המצרן מסלקו אבל לא לענין שמלוה יסלק הא' שקנה כיון שיש הרבה גדולי' בחכמה ובמנין נגד זה וכבר נפסק לעיל שאין להוציא מלוקח במקום מחלוקת משמע ג"כ מדעת רבינו שכתב דאם כבר קנאה המלוה שאין המצרן מסלקו משמע דוקא בזה מש"ה לק"מ ממש"ר בשם הרמב"ם בסעי' מה או שכיר או ממושכן כו' דמשמע שבשניהם אינו מסלק את הלוקח ובנ"י נכתב עוד מזה ומ"מ לענין מרתף שתחת המלוה נלע"ד שיכול להוציאו וכמ"ש בסמוך:

(**סעיף נ"ט השוכר בית מחבירו כו'**). זה הפי' של דברי הרמב"ם שכתב השכירות אין בו דין המצר מה שהבין בו רבינו לפי דעת ב"י והביא ע"ז דעת הרא"ש שחולק ע"ז וכ' דשכירות ליומא ממכר הוא ולפ"ז חולק ג"כ על מ"ש המחבר בשם הרמב"ם תחילת סעי' ס' דאם נשכר בית אצל זה בשכירות דגם בזה ס"ל להרא"ש דשוכר דוחה את הלוקח וזהו שכ' שם רמ"א יש מי שחולק כו' ר"ל גם אריש וק"ל אמאי כ' רבינו בשדה הסמוכה לממשכן דאם קדם המלו' וקנאה שאין המצרן מסלקו הל"ל רבותא אפי' קנאה אחר כבר שהמלוה מסלקו ותו דהרא"ש בעצמו כתב בכלל נ"ד דין ג' הלכך כיון שאין לו חלק בקרקע אלא עד זמן קצוב אין לו קרקע דהוי כמו שכירות ואין בו דין מצרנות וכאן כתב רבינו שחולק על הרמב"ם וכבר השאיר ב"י את זה בצ"ע ע"כ נלע"ד דאין יפה כח למלוה או שוכר אלא שאם קדם מלוה וקנאה לשדה הסמוכה שאין המצרן מסלקו כיון שבאותה שעה היה לו ג"כ ישר וטוב משא"כ כשבאים אלו להוציא מן הלוקח שקנאה דהלוקח קנאה קנין עולמית והוא מצרז ערא ומ"ש רמ"א בס"ס יש מי שחולק היינו אסיפא דקדם המלוה וקנה שדה הסמוכה שאין המצרן מסלקו (א"ה כן הם דברי הסמ"ע ע"כ) והא דכתב רבינו שהרא"ש חולק על הרמב"ם בשכירות שיש בו דין מצרנות היינו לענין שכירות דוקא בשדה הסמוכה לשדה השכירות שעומדת ג"כ להשכיר דאינו יכול השוכר לומר אני בר מצרא לשכור גם זה והרא"ש ס"ל דיכול לומר כן דשכירות ליומי' ממכר הוא אבל דאי אין יפוי כח לשוכר בשדה הסמוכה להנמכרת לסלק את הלוקח וזהו דברי הרא"ש בתשובה נמצא להרא"ש לענין הלואה ושכירות דהוה השוכר והמלוה מצרן גמור לענין לשכור בית שאצל שדיהו אבל לענין קנין אין לו זכות רק שלא לסלק אותו המצרן אבל לא יסלק הוא את הלוקח וחולק גם על סנ"ט ולענין שכירות אותו הבית עצמו ודאי השוכר הראשון מסלק את השוכר שישכור אחריו הבא לדחותו אחר שכלה זמן שכירות הראשון ונראה שבזה מודה גם הרמב"ם (בטור סס"ח וכתב הרמ"ה אף על גב דאתידע כו'. ק"ל מאי אע"ג הל"ל אבל אי אתידע ליה כו' ונראה דה"ק לא מבעיא אי לא ידע עד בתר דהוציא השדה שלו מגזלן פשיטא שלא הפסיד אלא אפילו ידע תכף אחר סילוק גזלן ללוקח והנגזל לא הזכיר כלום רק משדה שלו עד שזכה בשדהו לא הפסיד שהרי הוא אומר המתנתי עד שאוציא שלי תחלה:

סימן קעו

(**סעיף א' אין השותף נגמר**) כו' דס"ד דהו' כשלוחי' זה לזה דנגמר באמירה כמ"ש סי' קפ"ה [קפב]:

(**ע"ש וכתבו שטר כו'**) כתב בסמ"ע סק"ד אם כתב בח"ח ובשבועה דאורייי' מהני ולא ידענא מאי בעי עונש שבועה יוחרם לקיום הקנין הא יש חילוק ביניה' כמ"ש רמ"א ס ' ר"ט ס"ד אלא נלע"ד דבלשון חיוב תניא מילתא שנתחייב א' לחבירו לעשות כן וזה מהני לכל מילי כמ"ש סי' ס':

(**ע"ש אם משך**) כו'. ל"ד משיכ' דהא בעינן הגבהה בדבר שדרכו להגבי' כמ"ש סי' קנ"ד [קצ"ח] ומ"ש סמ"ע ס"ק ו' דהוי כחליפין לא ידענא מאי קאמר דחליפין היינו לקנות על ידו מידי אחרינא אבל משיכה במעות כדי לקנות הן עצמן ודאי מהני (א"ה נלע"ד ליישב דברי הסמ"ע דה"ק אבל לא שכל א' ימשוך מעותיו של חבירו שיהיה שלו דאם כן ה"ל הפוכי מטרתא והרי הם כאלו לא משכו כלל דמה לי אם המנ' שחור היה של ראובן והלבן של שמעון כמו שהוא קודם המשיכה או איפכא כמו שהוא לאחר המשיכה מ"מ אין לאחד זכות בשל חבירו ומלת במטבע הכתיבה בסמ"ע היא ט"ס אלא כצ"ל בחליפין ולא מהני וק"ל עכ"ה):

(**ע"ש נשתתפו והתחילו כו'**) פי' בסמ"ע שערבו המעות נ"ל דהא דכתב ב"י בשם העיטור בשם רי"ף דבעינן נתערבו המעות היינו בשלא התחילו בעסק משא ומתן אבל כאן מיירי בהתחילו לישא וליתן עיקר הקנין בזה הוא ההתחלה בעסק משא ומתן שכ"א עוסק לטובות השותפות וע"ז כתב בית יוסף בשם ריב"ש דהויין כשכורין זה לזה וא"צ קנין אלא שיתחילו במלאכ':

(**סעיף ה' הפחת ביניהם בשוה כו'**): תמהני שלא הביא רמ"א בשם י"א דעת ר"י ורא"ש בד"ר דאפילו קנו לטביחה וטבחו באמת הוה לאמצע כיון דלא התנו תחלה אומדנא דמוכח הוא שכוונו שיהי' הכל לאמצע.

(**סעי' ו' לא אמרי' שישלם מביתו כו'**) בסי' צ"ג הביא רבינו דעת הרמב"ם שמשמע ממנו שצריך לשלם ההפסד מביתו אלא שאין ראובן נאמן בשבועתו על זה וכ"פ המחבר שם סי"ג וכאן משמע מדעת הרמ"ה שחולק ע"ז וכן כתב ב"י בשם תשוב' לרמב"ן ס"ב ואף שבסי' צ"ג פסק כרמב"ם מ"מ לק"מ עליה דלעיל לא בא רק ללמד דעכ"פ אין כח בשבוע' להוציא ממון וכאן דהוה עיקר הדין כ' דעת הרמ"ה לענין החיוב וראיתי מי שמחלק בדבר ואין טעם לחלוקו ועיין מ"ש סי' צ"ג:

(**סעיף ז' בהג"ה שליש הרויח**) פי' בהחוב עצמו יש קרן וריוח:

(**סעי' ח, התחילו להתעסק ביחד**) פי' בשע' א' אף שכל א' מתעסק בביתו וזה מוכח ג"כ ממ"ש נתעסק בו כל אחד לבדו וכו' וע"כ היינו לבדו בשע' מיוחד' דבשע' אחת רק שהוא זה שלא בפני זה פשיטא דאכתי הוויא שמיר' בבעלים:

(**ע"ש הראשון חייב כו'**) מ"ש הסמ"ע סקכ"ו דאם נגנב בשעה שנתעסקו יחד חינו חייב אלא רביע' כו' תמהני על פה קדוש יאמר כן כיון שהשמירה על שניהם בשוה דהא מה שהוא חיוב עליו דהיינו בשעה שעסק היא לבדו זה נסתלק אחר זה דלא נתרצה לשמור לבד אלא אותה שעה ונמצא אחר זה שלא קיבל עליו גם הא' רק שמירת החצי ולא יפסיד יותר מחצי הגע עצמך אם יש חכץ א' בשותפות לגדול עם קטן ושניהם שומרים החכץ וכי נאמר שאם יהיה נאבד באופן שבעלמא השומר חייב שהגדול משלם לקטן כלום מכיסו כיון שהקטן אינו בר תשלומין על שמירתו הא ודאי ליתא וע"ק הא אי' בפ' השואל בשכרה שלא בבעלים והדר שכרה בבעלים לא גמר שלא בבעלים את שכירות בבעלים שאחר זה אף על גב דלא נעשה משיכה חדשה ה"נ נימא דמשעה שקבלה שמירה ביחד אזל' שמירה שבתחלה. ונלע"ד דכך פשטן של דברים אם נגנב בשעה שעוסקין ביחד שניהם סובלים ההיזק בשוה כ"א שלא קיבל עליו שמירת חלק חבירו באותה שעה אלא החילוק היא אם נגנב בשעה שעוסק הא' לבדו אז ישלם הוא לחבירו כל חצי שלו ואם בשעה שעוסק הב' לבדו פטור מן הא' ויש לי עוד בזה ראיה בדברי סוגית התלמוד אלא שאין להאריך וכתב ב"י בשם המרדכי שכתב מוהר"ם אפילו בסתם שהתחיל שותף א' לשמור לבדו מקרי ש"ש וז"ש שיוכל השני לומר דעתי היה ג"כ לשמור אח"כ והמרדכי תלמידו חולק ע"ז ונ"ל דאין הלכה כתלמיד במקום הרב: (נשאלתי) ראובן שכר סוס משמעון על חדש א' ואחר יום א' שכר את שמעון עצמו עם כל הסוסים שיש לו על ב' חדשים ויהי בהיותם בדרך נגנב הסוס הא' ששכר תחלה והשבתי דפטור ראובן דאע"ג דהתחלת השכירות היה שלא בבעלים מ"מ כיון שאח"כ הוה שכירות מחדש והוא בבעלים שהרי שכר בעליו עמו ומפקיע השכירות שהיה בלא בעלים וא"ל הא אמרינן כאן דהראשון חייב כיון שהיתה ההתחלה בלא בעלים שאני הכא דיש כאן שכירות חדש ששכר הסוס הא' על חדש אחד ודמיא למ"ש בפרק השואל דף צ"ו ורבינו סי' שמ"ו ספ"ט במי שהיה בידי משל אשה אחת פרה בשכירות בבעלים [ונשאה] ומפקיע השכירות שלא בבעלים דמעיקרא ה"נ דכוותיה:

(**ע"ש בהג"ה חלקו שותפות כו'**) לא עיידתי על פסק זה דעיקר טעמו דהשותפין ש"ש ה"ל שכן כתב שם מהרי"ק סי' קי"ד בהדיא וא"כ קשה דאם לא נשאר אלא ביד א' אמאי הוה ש"ש דאחר אותה חלוקה אין לו שום הנאה ממנו אלא ע"כ דהך שמירה שייכא לשמירה שהתחילה בעוד השותפות קיימת ואז הוה כל א' שומר שכר לחבירו א"כ תימא להוי ג"כ שמירה בבעלים כיון דבתחלה היה השותף הב' ביחד ואין בידי ליישב אלא אם אותו שנשאר בידו היה מתעסק תחלה קודם השותף הב' נמצא דשם לא היה על אותו שותף

שום שמירה בבעלים בשעת התחלת השמירה דוקא וכאן לא נפסקת שמירה הראשונ' שהית' בבעלים צ"ע

(**סעיף י' ולא ישתתף בה עם אחרים**) נ"ל דאם נשתתף עם אחר ולא האמין הסחורות בידו רק שנותן לו חלקו בריוח עבור טרחתו שפיר דמי מש"ה ניחא מ"ש בסל"ט לקח שמעון כו' אפילו לכתחלה שרי ואצ"ל דמיירי שם דוקא בדיעבד:

(**סעיף י"א בהג"ה ואינו נאמן לומר כו'**) ואע"ג דאית ליה מגו דלהד"מ אנן סהדי דמשקר בזה דאין אדם אומר לפטור חובותיו כן הוא במרדכי בפ' החובל:

(**ע"ש אבל אם אין לשמעון עדות**) כו' לפי מאי שהעתיק הרמ"א כאן קשה הא מ"מ מודה שהיה כחוב שלו והיה מגו במקום עדים ובמרדכי יש לפנינו בשם מהר"ם כתוב בלשון זה ואם אין עדים שיודעים שחוב זה לא היה פרוע אז נאמן לומר אתה אמרת לי לפטרו במגו דאי בעי אמר לא פטרתי אותו דהשתא אינו מגו במקום עדים עכ"ל ובתשו' מיימון הל' נזיקין סי"ב כ' ג"כ תשו' זו וכתב בזה יכול להיות שאמר לפטרו משום דכבר פרעוהו עכ"ל וצ"ל גם כוונ' רמ"א דאם אין עדים שהחוב הוא שלו ואינו פרוע אז נאמן לומר שצוה לפוטרו בשביל שהוא פרוע וזהו עיקר החילוקים בין רישא לסיפא דמהני ליה המגו דלהד"מ ונאמן לומר אתה אמרת לפוטרו בשביל שהוא פרוע וכתוב שם ובמרדכי דכל שהוא משלם לו א"צ לשלם רק לפי מה שהיה שוה החוב למכור:

(**סעיף י"ב בהג"ה אם גנב**) כו' אדלעיל קאי דמיירי בשותפין אפי' במציאה אבל אם הם שותפין בעסק מיוחד לא ובנוסח ש"ע של סמ"ע כתב תחלה וכן אם גנב כו' עד סוף הג"ה ואח"כ כתב התחלת הג"ה מי ששכרו כו' עד וכן לפי זה תהיה גניבה בשותפות אפילו בלא התנה שום דבר תחלה ובב"י מחודשים ל"ה הביא דעת העיטור דמציאה וגניבה לעצמו ותמה על רמ"א שלא הביאו וכמדומה שלפי ההלכה אין להוציא ממון בזה בפרט נגד העיטור ועיין סי' קע"ז ונ"ל עוד מהא דאמרי' פ' השואל דהיתרא ניחא ליה דלקני דאיסורא לא ניחא ליה דליקני מש"ה אפילו אם כ' בפי' שאפי' מציאה יהיה בשותפות לא נכלל בזה גניבה דהא איסור יש בגניבת העכו"ם א"כ ודאי לא ניחא ליה בזה הריוח מסתמא ואפי' עכשיו הוא מרוצה מוקמי' ליה אחזקתו דהשתא הוא דאתרע:

(**סעיף י"ח ולא עשה כלום**) בב"י כתב על דברי רבינו ול"נ דהיינו נתן לקנות חיטין וקנה שעורים וכו' נראה דלא דמי דגבי חטין ושעירין אין כאן הוכח' שטעם בדין דאפשר שסבר אם ירצה להשתתף בשעורין טוב ואם לא אקח לעצמי משא"כ כאן שהניח חצי המעות בלא עסק אין זה רק שטעה לומר שהחלוק' כדין ודברי הסמ"ע אינו נכון כלל:

(**ע"ש ואם המעות שווין**) נראה דרעות ויפו' קאמר אבל טבי ותקולי א"צ ב"ד אלא יטול בפני עדים כמה שווין במנין טבין ותקולין דהא א"צ שומא ומש"ר אבל אם מקצתן חדשים כו' והטעם דאז צריך שומא כי לא כל החדשים שווים:

(**סעיף כ' נשא ונתן בדמים אלו**) לכאורה משמע דבכל גווני מיירי ויש לתמו' כיון שיכולת בידם לחלוק בנשתתפו לזמן והגיע הזמן למה יעכב עליו שישא ויתן עוד עמו וצ"ל דהך שותפין שנעשו אחראין זה לזה הוא נעשה אחר קביעות זמן של שותפות דמתחלה נמצא דבאות' שעה הוה כאלו פירשו בהדיא שימשך עוד זמן השותפות כיון שלקחו הממון לעסק השותפות ודבר זה אינו שייך במי שנעשה ערב קבלן בעד שותפו שלקח מעות לצרכו לבד וה"ה אם מתחלה בשעת קביעת הזמן של שותפו' קבלו המעות שנעשו עליו אחראין זה לזה מ"מ גם זה הוא בכלל הקביעו' זמן וכשיגיע זמן החלוק' אין א' מעכב על חבירו לחלוק בשביל שישא ויתן עוד עמו:

(**סעיף כ"ה בהגה אבל כשהם נתבעים כו**') בסמ"ע סקנ"ט מוקי לה במידי דלא מחסר גובייגא והוא תמוה דה"ל לרמ"א לחלק בזה בין קרקע למטלטלין כמו שמחלק הרמ"ה אלא נלע"ד דסתם לן כדעת המרדכי כטעם בנתבע דרגיל אדם דמשמט לירד לדין עד שיתבעוהו דזה כולל לכל נתבע וכן נראה עיקר להלכה:

(**סעיף כ"ו**) **שיוכל להחרים כו**') בסמ"ע ס"ק ס"ד כ' ואם הוא בעיר אינו יכול להחרי' כו' תמוה הוא אכתי יחרים על שלא ידע מזה ונעשה באמת שלוחו בטענה זו אלא שעכשיו משקר דאומר לתקוני שדרתיך טענה אחרת:

(**סעיף כ"ח לעצמו אני מציל**) בסמ"ע סקס"ז כתב נראה דבכל הני כו' לא ידעתי מה רוצה בזה דהא מטעם שיש לו הפסד יכול לומר אלך ואציל לעצמי כל מה שאוכל הן כסף הן סחורה והוא יטרח בחלקו כפי מה שיכול ואין כאן חשש גזל משא"כ בסעיף י"ח דבשעת החלוקה יש לפנינו מה שיחלוק ויש חשש גזל לזה צריך ב"ד אבל כאן א"צ אלא גילוי מילתא שמהיום אינו שותפו וא"צ ב"ד אלא עדים ועוד נ"ל ראייה ממ"ש המרדכי פ' הגוזל הביאו רמ"א סימן קפ"א דאם אומר שאמר לעצמי אני מציל דאין לו עדים ישבע שלא נתכוין להצילו אלא לעצמו וזוכה ש"מ דאפי' עדים לא בעי ואפילו בינו לבין עצמו מהני רק שיסלק נפשו משבועה כנלע"ד ברור ועוד נ"ל ראיה ברורה מתשובת הרי"ו סי' ק' שכתב שם להדיא דאם היה טוען שאמר לעצמי אני מציל מהני אף בלא ב"ד ע"ש דמשמע כן:

(**סעיף ל' או פטר שמעון את לוי**) ק"ל אם גילה שמעון ללוי בשעה שהשתתף עמו שהמעות של ראובן ואין לשמעון עצמו זכות בו הא פשיטא דל"מ אח"כ הפטור של

שמעון ללוי ואם לא גילה כן אמאי ל"מ באמת פטור דשמעון יאמר לוי לראובן ממי שקבלתי קבלתי ע"מ שאם יפטור אותי אהיה פטור ודוגמא לזה בסי' קכ"ב [קפ"ב] ס"ב בעבר השליח כו' ותו ק"ל ממ"ש אח"כ פטר וכו' וזה אין לו שייכות רק לרישא והלשון משמע אתרווייהו ובב"י כ' כאן בשם העיטור בלשון זה אפי' פטר ראובן את שמעון משבוע' ולא פטר שמעון את לוי משבועה כו' וזה ניחא דקמ"ל דראובן מצי לומר לא פטרתי אלא את שמעון ולא את לוי הבא מכח שמעון כיון שבאמת צריך לוי לישבע כנגד שמעון דהא לא פטרו אבל באם פטר שמעון את לוי ודאי מהני כמ"ש ומ"ש סמ"ע בזה סקס"ט תמהתי דלפי' לא הוה ענין דברי המחבר כלל מענין המקור שהם דברי העיטור שזכרתי דהא העיטור לא מיירי שפטר שמעון את לוי ואנן חזינן שהמחבר מעתיק דברי העיטור ונראה ברור שיש כאן ט"ס והאי או פטר את שמעון צ"ל ולא פטר שמעון וכעין דברי העיטור ממש ופטר שמעון ללוי הא (מהני אפי' אם נתנם לו מעצמו) לא בשולח שליחות דוקא ומה שהקשה הסמ"ע ממ"ש ס"י דאין רשות לשותף להשתתף עם אחר לא ידענא מה קשיא לי' דכאן עושה שמעון שותפות עם לוי בהסכמת ראובן אלא שלענין פטור משבועה מיירי כאן:

(**סעיף ל"ו**) **עם העכו"ם** צ"ל אצל העכו"ם:

(**סעי' ל"ז שאם יברר שמעון**) עיין מ"ש מזה סי' צ"ג סי"ח:

(**סעיף מ' הדין עם הנשארים**) כי אפשר שנתכוונו לזה לכתחלה ויוכל לומר ס"ת ממ"נ דידן ואת אייתי ראייה דלא נתכוונו לזה:

(**סעיף מ"ה הוצאות מזונותיו**) נ"ל הטעם דיכול לומר גם בביתך היית צריך למזונות ופשוט הוא דאם הי' העסק גורם לריבוי מזונות ממה שמוציא בביתו ודאי צריך לשלם מן השותפות וא"צ לדברי הסמ"ע ס"ק פ"ה דאיירי שיש לו דרך בלאו הכי שם:

(**סעיף מ"ח גם זה בכלל ההפסד**) עיקר הרבותא שם בתשו' בא' שהבטיח לחלק עם חבירו שכר והפסד קמ"ל דזה בכלל אבל פשוט שאם קנה שותף א' לצורך השותפות משי ונחסר המשקל שההפסד לו לבדו דהא השותפין ש"ש הם:

(**ע"ש בהג"ה** ויש חולקים דהא לא קיבל עליו שמירת גופו ובסוף סימן קפ"ח כתב המחבר כדעת החולקים והכי קיי"ל [מעשה] בשנים שקנו בשותפות בית והתנו ביניהם שכל זמן שירצה א' מהם להסתלק יתנו לו דמי חלקו ואח"כ הוקר הבית והיה נראה לכאורה שא"צ ליתן לו כפי מה ששוה עכשיו כמ"ש בא"ח סי' קנ"ד גבי ס"ת אבל באמת אין דמיון לשם כללו צריך ליתן כל דמים המגיעים על חלקו לעת הזאת כאשר הוכחתי בבאורי בא"ח סי' זה:

סימן קעז

(**סעיף א'**) **אבל לאומנו' אחר' כו'** נראה דאומנות המלך הוא דבר מצוי ומעיקרא סמכא דעתי' ע"ז ויש להקשו' ממ"ש רמ"א סי' קע"ד [קעו] אפי' אם גנב הוי לשותפות וכ"ש כאן באומנות הבא בשביל כונס אף שהי' אינה מן המלך וי"ל בזה ס"ל כעיטור שהבאתי בסי' קע"ו סעי"ב דגנבה לא הוה לאמצע ואותה דיעה שהביא רמ"א לא מחלק כאן בין אומנו' המלך לאחר' וזה סיוע למ"ש לפסוק כהעיטור:

(**סעיף ג' בהג"ה ודווקא שאינן כו'**) הב"י הוכיח כן מד"ר סי' קע"ו ודברי הסמ"ע סק"ה ק"ל דהא בסי' קע"ו סמ"ה בדברי רבינו דכשמת שמעון היה ראובן חי והתם משמע בשאלות הקדמונית ששניהם עסקו בשותפו' ועוד דהי' שם להרא"ש לתלות דין הרפואה באם השתמשו כל א' או לא ש"מ דלית לן בה ודברי ב"י ורמ"א נראין נכונים.

סימן קעח

(**סעיף א' אפי' או' בשביל כו'**) זה דעת רבינו שמחה ומהר"ם חולק כמ"ש בסי' קס"ג ורש"ל פסק כוותיה:

סימן קעט

(**נשתהה בידו**) עיין מ"ש לעיל סי' קנ"ט [קנז] דלרי"ף ורא"ש לא אכפת לן כלל בזמן רב דהוה כמו אומן דלא חלקום:

סימן קפ

(**שם**) **נתבאר דינא כו'** עיין מ"ש לתרץ קושית הב"י:

סימן קפא

(**סעיף ב'**) **בהגה נשבע על כך** פי' שנתכוין להציל לעצמו כך כ' ב"י בשם המרדכי וע' מ"ש בסי' קע"ו סכ"ח:

סימן קפב

(**סעיף ג' בטל המקח**) ולא מהני כאן אם התנה בין לתיקון כו' דאנו רואין דלאו שלוחו הוא כלל משא"כ בס"ג דאין שם רק טעות:

(**סעיף ו' נתן מעות לשלוחו כו'**) כדי לברר דברי רבינו כאן והמחבר והמגיה נביא הסוגיא בפ' ג"פ דף קס"ט ההיא איתתא דיהבה ליה זוזי להההוא גברא למזבן לה ארעא אזיל זבין לה שלא באחריות אתיא לקמיה דרב נחמן א"ל לתקוני שדרתיך וכו' זיל זבנה מיניה שלא באחריות והדר זבנא ניהלה באחריות ופי' הרא"ש מדהוצרך לקנותה שנית משמע דמיירי שפירש שקנאה לאשה דאי קנאה בסתם ודאי קנאה לעצמו ומאי הוצרך לקנותו שנית אלא ודאי שפירש השליח שהוא שליח האשה והאשה היא קונה השדה וכיון ששינה בשליחותו שסתם שדה אין קונין אלא באחריות בטלה שליחותו ואין כאן מקח לכך הוצרך לקנות שנית מן המוכר ומיהו אם ירצה השליח יחזיר לה המעות אלא אם אין בידו להחזיר קאמר שצריך לקבל עליו אחריות ע"ש וצ"ל דכאן א"צ המשלח לברר ששלחהו בסתם ולא התנה בין לתקוני כו' דע"כ לא אמרינן ליה בס"ד אלא בטעות השליח דדרך העולם כשמשלחין השליח נותן לו כח ורשות בין לתיקון בין לעיות דאל"כ לא ירצה השליח לילך בשליחותו שמא יטע' משא"כ כאן אנן סהדי דלא שלחו לקנות אלא באחריות דוקא דלא שדי איניש זוזי בכדי כמ"ש הרא"ש אלא שזה שינה במזיד ואמר שלא באחריות בפירוש דאלו בסתם הוי אחריות ט"ס וזה ודאי לא יעשה השליח שיוסיף דברים מדעתו במזיד להזיק למשלחו (נראה דצ"ל שמא יטע' וזה ודאי כו' למשלחו משא"כ כו' ט"ס ואף כו') ואף שהסמ"ע סק"י כתב דאף בזה צריך המוכר לברר מ"מ הנלע"ד כתבתי וזה דעת הרא"ש ולפי דעת הראב"ד דלא מיירי הסוגיא בקנה השליח סתם נוכל שפיר לומר דס"ל בזה כהר"ן הביאו הב"י דהיינו שמחוייב לתת לאשה דמים דלתקוני שדרתיך כו' אלא שאם האשה חפצה בקרקע תוכל להכריח השליח שיקבל אחריות על עצמו אבל אין לכפות האשה לדרך זה כי לא הסכימו תחלה רק באחריות המוכר דוקא אלא דלהר"ן מיירי הפשט מזה דקינה סתם ולהרא"ש הוה סברא מבחוץ כן בקונה סתם ואיני יודע למה כתב ב"י שיש פלוגתא בין הרא"ש והר"ן והא דכתב הרא"ש ומיהו אם ירצה השליח לחזור לה מעותיה אלא שאם אין בידו ר"ל גם לא ביד המוכר דאל"כ הי' ג"כ ביד השליח שיוכל לכפותו וזה פשוט והראב"ד הקשה מהא דרב נחמן דלעיל ממ"ש בפ"ב דקידושין אבל אם טעה שליח בכל שהיא מצי א"ל לתקוני כו' משמע דהמקח בטל ול"ל לרב נחמן לכוף השליח לחזור ולקנות היה לו לבטל המקח ותירץ אה"נ אלא שהמשלח לא רצה שם לחזור מן המקח ובדידיה תליא הברירה כך כתב הר"ן בשמו וכתב אח"כ עוד שרמב"ן כתב חילוק אחר על קושיא זו דבמעשה דר"נ מיירי בלא הודיעו למוכר מש"ה המכירה קיימת ונ"ל לדעת הרמב"ן מ"ש ליה ר"נ לשליח זיל זבנא שלא באחריות לא ר"ל קנין שני אלא כלומר החזק במקחך הראשון שהוא קיום

נמצא דלהרא"ש אע"ג דפירש הפשט בסיגנון אחר מ"מ לענין דינא מסכים עם הרמב"ם דבהודיעי למוכר שקונה לאשה תליא מילתא ובסתם המקח קיים:

(**כלל**) הדברים שלש שיטות יש כאן בהודיעו המקח בטל לגמרי ואז יכול השליח לסלק המשלח בדמי ולא לכופו שיקח הקרקע באחריות השליח וכן להיפוך אין המשלח יכול לכופו שיקבל עליו אחריות רק במקום שאין לשליח ולמוכר דמים ובלא הודיעו שהמקח קיים אפשר דס"ל כהר"ן דהברירה ביד המשלח ליקח דמים או קרקע באחריותו של שליח וכן דעת הרמב"ם ולהראב"ד אפי' בלא הודיעוהו יכול המשלח לבטל המקח אם ירצה ולהרשב"א אין חילוק בין הודיעו או לא דבכל מקום המקח קיים בין השליח למוכר ודין השליח עם משלחו הוא או ימכור למשלח באחריות או יתן לו מעות ולא נתיישב לי דעת הרמ"א שכתב ודוקא כו' שהביא דעת הר"ן בסתם ואח"כ מביא י"א דוקא שאין לו לשליח שהוא דעת הרא"ש בהודיעו ומה מחלוקת יש ביניהם הא יכולים אנו לומר בהודיעו מודה הר"ן להרא"ש ובסתם מודה הרא"ש להר"ן ולענין הלכה נ"ל כשיטת הרא"ש מאחר שהרמב"ם ס"ל כוותיה וגם הר"ן מסתברא שס"ל כן וכפי מ"ש כנלע"ד:

(**סעיף ט הרי זה מעביר כו'**) בגמ' מבעיא לן דבר זה אי חשבינן ליה למעביר דלא ניחא לאפושי שטרי עליה והיה רוצה למוכרן בפעם א' דקא א"ד אדרבא טובה היא לו דשמא לא יצטרך אח"כ למכור השאר ולא אפשטא וכ' רי"ף דסוגיא משמע דקי"ל ומעביר הוא ורב האי פסק דמוסיף הוא וראייתו מדאמרי' אח"כ בגמ' פשיטא אמר לא' ולא לשנים הא אמר ולא לשנים אמר לא' סתמא מאי ומסקינן לא' ואפי' לק' וכן היא גירסת רש"י ומפרש רב האי דהאי פשיטא כו' הוי כמו מה הוי עלה כלומר וקמ"ל תלמודא היא קי"ל בהך בעיא ומסיק אפי' למאה דהוה מוסיף וכ"ש אמר סתמא מכור ולא זכר לא' ורי"ף יש לו גי' אחרת פשיטא אמר לא' קפידא סתמא מאי ומסקינן אפי' לק' והקשו רבים על הרי"ף דהא פסק הוא דמעביר הוא וכן הקשו התס' בגמרא אהא דאמרי' לפי גירסא שלהם לא' ולא לשנים קפידא דהיינו הגירסא שזכרנו בראשונה דמסקינן אם אמר לא' סתמא ה"ה אפילו לק' ולעיל ס"ל דעביר הוה ותירצו ב' תירוצים הא דלעיל הוה מעביר משום דלא ניחא למוכר לטרוח ולעשות שני שטרות וכאן מיירי שהשליח עצמו מביא שטרות חתימות ואפ"ה כל שאמר לא' ולא לב' קפידא דלהרי"ף באמר לא' הוה גם כן קפידא דאיפשר דלא ניחא ליה להיות מדינין עם ב' אנשים כשיצטרך לדון עמהם ועוד תירצו דכאן בסוף איירי שהב' מכירות היו בשטר א' ואפ"ה כל שאמר לא' ולא לב' הוה קפידא ואם כן היה לרי"ף כן באמר לא' ומד"ר משמע שתופס עיקר כגי' ראשונה שכתב באמר לא' ולא לב' אז הוה דוקא קפידא ובאמר לא' סתמא לא הוה קפידא וכ"ז

כשהם בשטר א' והיינו כתי' הב' של התוס' דאלו לרי"ף הי"ל לחלק בין אמר לא' ללא אמר לאחד אלא שקשה מ"ש אח"כ וזהו לדעת רי"ף וכבר תמה ע"ז ב"י ונ"ל דרבינו לא הסכים כלל לגי' רי"ף דהוה קפידא שאמר לא' אלא שמ"ש וזהו לדעת רי"ף קאי אעיקרא דמלתא דהיינו לאפוקי מרב האי וצ"ל דכאן הוה בעיא דנא איפשיטא וק"ל דמעביר הוה וע"כ מסיים אח"כ אבל לרב האי כו' (והנה) הרמב"ם כתב לשון המחבר כאן עד סי"א שהוסיף שם המחבר בד"א כשמכרם וכו' והיינו הב' תיריצים שנ תוס' שזכרנו בסמוך ונ"ל דלא נתכוין הרדב"ם לזה גם מד"ר משמע שאיני כן שכתב וז"ל והרמב"ם כתב א"צ מכור לי בית סאתיים ימכר לו בית סאה לא קנה וכתב עוד הרמב"ם ח"ל מכור לי שדה ולא פי' אפי' מכרו לק' מכרו מכר ע"כ ותמה ב"י למה כתב רבינו שהרמב"ם לא חילק הא גם רי"ף לא חילק ועוד הקשה מאי הוצרך רבינו לכתוב וכתב עוד וכו' הא גמרא ערוכה היא ונלע"ד הכל ניחא דלדברינו קמ"ל מדברי רמב"ם יש ללמד תירוץ אחר על הקושיא דהא קי"ל לעיל מעביר הוה וכאן אמרינן חפי' לק' מלבד התירוצים דלעיל וזה מכח ב' הוכחות הא' שלא זכר כליס מהני תירוצים וז"א ראוי להשמיט שהוא דבר עיקר בדין ותו דיש לדקדק בלשונו שמתחלה כתב מכור סאתיים ואח"כ כתב מכור לי שדה אלא ע"כ בזה רמז לנו התי' דהיינו שלא חשו לאפושי שטרא אלא היכא שיש הפסק בין המכירות דהיינו שאמר לו מכור לי סאתיים והוא מכר לו תחלה סאה א' ונמצא שיצטרך לעשות אח"כ מכירה חדשה על הסאה השנית ויהי' אוושא מלתא משא"כ כשאומר לו מכור שדה בודאי נתכוין לעשות שליח על מכירה א' ולא על ב' דאל"כ איך יכול השליח למכור פעם שנית אחר שכבר קיים שליחותו דהא לא אמר לו אלא מכור לי שדה הלכך ע"כ מיירי דמכר לו הרבה בפעם אחת וע"ז יש לו רשות דסתם שדה א"ל כפי מה שיוכל למכור וע"כ מותר אפילו למאה כיון דהמכירה נעשית בפעם אחת מה שאין כן ברישא דאמר סאתיים שפיר מיירי דמכר בב' פעמים כיון שיש לו רשות ע"ז דנתן לו כח על מכירת סאתים ועדיין לא מכר אלא סאה וא"כ יש אוושא מילתא אבל לא כ"כ כיון שנעשה בפעם א' אלא דמ"מ אם אמר לא' הוה קפידא אפילו בפעם א' ואם כן נתיישב זה דעיקר החילוק בין מכירה א' לב' מכירות ונקט ב' מכירות אצל סאתיים ובשדה מכירה א' מטעם שזנרנו וא"ל לנקוט מכירה א' ג"כ אצל סאתיים דקמ"ל אפילו באומר בפי' מכירה אחד בשדה כל שאמר לא' הוה קפידא ולא אמרינן דכאן לא קפיד אלא על עיקר המכירה דתהיה בפעם אחת אבל לא על בני אדם אע"ג שאומר בפי' לא' קמ"ל וזהו שכ' רבינו שהרמב"ם לא חילק חילוק דלעיל בין שטר אחד או לא וכ' עוד כו' לשון שדה ומזה יש ללמוד תירוץ אחר ואפשר דגם רי"ף ס"ל כן ולענין הלכה נ"ל כגי'

רי"ף דיש קפידא אפי' באומר לא' וכמ"ש המחבר וכפי' התי' הב' בתוס' דלעיל מאחר שרבינו תפסו עיקר ורבי' פי' ג"כ דברי הרי"ף כן נ"ל:

סימן קפג

(**סעיף ח'**) **סחורה ידוע**. נ"ל דלענין שיקרא רמאי אינו אלא בייחד לו שם סחורה הידוע וכדאיתא רפ"ג דקדושין דרבה בב"ח שאמר לרב זיל זבנה לי להההיא ארעא כו' וכך כתב הר"ן וז"ל אבל בקרקע מיוחד כיון שנהג בו מנהג רמאות כו' וכן מוכח כל הסוגיא דהתם גבי אשה שייחד לו אשה פלונית אבל לענין תרעומות מ"מ מצי א"ל הפסדתני שהייתי נותן לאחר לקנות ונקט רבינו סחורה ידועה בשביל כסיפא דהוא רמאי והמחבר נמשך אחר לשון רבינו:

(**סעיף ב ואם היה יודע כו'**) מ"ש הסמ"ע דקאי משעה שאמר לו לקנות תמוה דשם בגמרא אי' דרבין אזיל לקדושי אשה לברי' וכן מעשה דרב' בב"ח כולם מבוארים דלכתחלה לא היו יודעים עד שבאו לשם אלא אשעת המקח קאי:

(**סעיף ג' וי"א דבכל ענין**) נראה דהכי קיימא לן כיון שהרי"ף והרמב"ם ס"ל כן ורבינו מביא דבריהם ולא כי"א קמא שאם אמר בפני עדים כו' ונראה טעמם דמסתמא אומרים דודאי לא חזר בו וניחא ליה דליקו בהמנותיה:

(**סעיף ד' וזבין ליה סתמא**) פי' שלא הודיעו בפי' שקונה לעצמו ולפ"ז האי דאמר ברישא ס"ב דשליח שקנה לעצמו מה שעשה עשוי היינו שמפורש בהדי' בפני עדים שקנה לעצמו:

(**ע"ש ואמר**) שקונה לעצמו מ"ש סמ"ע סקי"א משמע מרישא דאם נתן דמים משל עצמו בפי' לשם ראובן אינו יכול לחזור אפי' קודם משיכ' תמוה הוא דהא אין שום קנין עדיין ואע"פ דס"ל דהרמ"ה בע"ד זה אזל לטעמיה שכתב רבינו משמו בסי' קפ"ד בשליח שקונה לא' דאפי' אם חוזר בפי' לא מהני' שאני התם שנתן כבר מעות של פלוני משא"כ כאן שנתן מעות שלו וכל כמה דלא קנה אותו פלוני בקנין משיכה ודאי יכול זה לחזור תדע שכך הוא דהא רבינו מביא כאן דברי הרמ"ה להלכ' ובסימן קפ"ד הסכים עם הר"ר ישעיה שחולק על הרמ"ה וס"ל דחזר' בפי' מהני אלא ע"כ צריך לחלק כמ"ש ונלע"ד דמצי הדר ביה קודם משיכ' ורישא דנקט סתמא הוא לרבותא דאפ"ה אינו נאמן שמעון לומר לעצמי קניתי אלא קנאו ראובן אבל אם חוזר בו בפירוש ודאי מהני אלא א"כ יש תרתי לטיבותא דהיינו שהמעות של המשלח וגם מפרש שמא דמשלח בפני המוכר אז לא מצי הדר ביה עד דמודע למוכר והסמ"ע שכתב דמ"ש רבינו מדעת' דראובן לאו דוקא

הוא פי' תמוה דא"כ הא ג"כ ברישא קנאו אדעתא דראובן בסתמא ולמה לא אמר שם אלא כדפירשתי דתרתי לטיבותא בעי' ואע"ג דבסי' א' כ' דבמעות המשלח קנאו המשלח בכל ענין שאני התם דחזר דידיה לאו חזר' דהתם המעות של המשלח משא"כ כאן שבשעה שחוזר בו מייחד מעות אחרים לראובן כמ"ש סמ"ע סקי"ב אלא אי קשיא לי' הא קשיא לי' דהם סברו שצריך להודיע למוכר נמי הוא קונה דאי' בפ' הגוזל דף ק"ב אליבי' דבני מערבא כן ור' יוחנן פליג סתם דהכל תלוי בדעת השליח וכ' רש"ל שם סי' ל"ג כיון דלא הביאו הרי"ף ורא"ש הך דצריך להודיע ש"מ דלא קי"ל בבני מערבא וכבר כתב הרא"ש כן בהדיא וא"כ אנו רואין דהרמ"ה פסק כבני מערבא בזה ולא היה לו לרבינו להמחבר להביא דעת הרמ"ה בזה וצ"ע:

(**ע"ש בהג"ה ראובן שהיה יודע כו'**) הסמ"ע הקשה מזה דנתרצה תחלה בפי' לא מהני כלום ובסי' רס"ט משמע דמהני נתרצה לכ"ע ומוקי לה דהכא אומר שבפי' חזר בו קודם המקח ואמר לעצמו הוא קונה וקשה דהא אינו נאמן לומר כן דהא כשנתרצה תחלה לקנות ביחד דזכה לשניהם הוא מטעם דהוה כמו מגביה מציאה לחבירו כמבואר במרדכי בפ"ק דב"מ בשם ראב"ן וראבי"ה ומגביה מציאה פסק בסי' רס"ט ס"ו דאינו נאמן לומר לעצמי הגבהתי אפי' בעוד' בידו דאי מיירי הכא שחוזר בפירוש בפני עדים הא פשיטא הוא וא"צ לכתבו ובס' ב"ח מחלק בין נתרצה בהדיא להההיא דסי' רס"ט ולא מתיישב לי כלל ועל העיטור עצמו מריה דהאי דינא דהכא ל"ק אמאי לא מהני נתרצה תחלה מ"ש מהגביה מציאה לחבירו די"ל דמיירי דלית ליה מעות ע"כ לא מהני נתרצה דלא דמי למציאה שאפשר לו ג"כ להגבותה כמ"ש המרדכי פ"ק דב"מ בשם ראבי"ה ומ"ש כאן בסיפא אבל אם קנאה במעות ראובן כו' ולא אמר אבל אם היה לראובן מעות אורחא דמלתא נקט כל שיש לו מעות מוציא על חלקו וא"כ הוא פליג על ראבי"ה דהוא י"א בתרא בסי' רס"ט דמהני נתרצה אפי' באין לו מעות ודעת רמ"א בזה צ"ע ולענין הלכה ודאי נקטי' דמהני נתרצה כמ"ש סוף סי' רס"ט:

(**סעיף ו'**) **היה השער קלוב** פי' כגון דבר שמוכרים במדה והוסיפו לו א' ומ"ש סמ"ע דלפי ראות הדיין יש לפסוק כרי"ף והרא"ש יפה כתב ונלע"ד דכן עיקר מצד הדין דהא הרי"ף והרא"ש ועיטור אזלו בחד שיטה כמו שכ' ב"י ובתו' פ' אלמנה ניזונית דף צ"ח כתבו בד"ה (אר"פ) ור"ת ור"י ס"ל הטעם דהואיל שע"י מעותיו נשתכר וכן במרדכי פ' זה והגהות מיימון נמצא ה"ל רש"י יחיד לגבייהו ולא עוד אלא דצ"ל דגם רש"י ס"ל בקצת סברת הרי"ף דאל"כ תקשה לך ולרש"י אמאי חולקין נימא המע"ה כמו דאמרינן בסי' שי"ב לענין ב' לשונות דסתרי אהדדי ובשאר ספיקות אלא ע"כ דיש עכ"פ זכות בבירור

למשלח שמעותיו גורמים ויש עכ"פ זכות לשליח שהוא הולך אצל זה המוכר ואיני יודע איזה עיקר ואף שמפרש המוכר שהוא עושה בשביל שליח היינו העיקר אבל מ"מ מגיע קצת למשלח ומספק אמרינן שיחלוקו ולא מהני כאן מוחזק:

סימן קפד

(**סעיף א' המעות מעורבים**). רבינו פי' דברי הרמב"ם דאף שנתנו לו כל א' בצרור לבדו כיון שהשליח ערבם מקרי מעורבבים ונראה דדייק לה נפי הנוסחא של הרמב"ם בזה אם המעות מעורבות ולא אם היו מש"ה פי' דלא קאי העירוב אשעת נתינ' דוקא ומ"ש הסמ"ע דמשמעות הטור לפי הרמב"ם אם נתנם לו מעורבבים והשליח עושה צרורים דגם בזה הולכין אחר דעת השליח לא נלע"ד כן בדר"בינו דמה טעם יש בזה דכמו שלא מהני כשהם בעירוב והשליח לא מערב ופי' שקונה לא' מהם ולהרמב"ם ה"נ לא מהני שהוא עושה מהם צרורים אלא כמ"ש הרמב"ם היה כל א' מעותיו צרורים ר"ל כמו שהיו תחל' בשעת נתינה ונשארו כך ולא אזלינן בתר שליח חלא לענין עירב שעירב שלו מה שנותנין לו בצרורין הוה כמו שנותנין לו תחלה בעירוב אבל נתנו בעירוב פשיטא דלא בטל אח"כ שם העירוב ואין כאן ב' שיטות בדר"בינו כמו שעל' על דעת ב"י אלא המשך לשונו כן מתחלת הסי' ואם כל א' נתן לו צרור כספו ונשארו כך ובזה יצדק לשון רבינו שכתב למי שקונה במעותיו היינו שנשארו מפורדים בשעת הקנין כמו שהיו אז הוא שלו ולא אזלינן בתר מחשבות השליח לקנות לכולם ואם נתנו לו מעורבבות כתב זה בדרך לא זו אף זו לא זו בשעת נתינתו בעירוב פשיטא דהוא לכולם אלא דיש בזה פלוגתא אם חזר בפי' והכריע כהר"ר ישעיה דאמירה מהני דלא כהרמ"ה אבל הרמב"ם אפשר שמודה בזה ואף זו שאפילו ערבם השליח מהני כאלו ערבם מעיקרא וזה קמ"ל במה שהביא לשון הרמב"ם כו' אבל לענין צרורים אין שייך כ"א בנותנים וכמ"ש ונלע"ד ברור:

(**סעיף ב' ולא עוד**) כו'. זה דעת הרא"ש ורבינו אבל הרמב"ם לא כתבו ותמה עליו בב"י בצ"ע ונלע"ד דאף שהאמת כן הוא דדבריו צ"ע מ"מ נראה לתרץ דלא ס"ל להרמב"ם דין זה אלא ס"ל גילוי מלתא תחלה בעינן שאינו קונה לעצמו וז"ל הרי"ף ואם א"ל בתחלה שדה זו לעצמי אני קונה אותה ואני כותב שטר מכר בשם לוי כדי שלא יודע שלעצמי קניתי' ולאחר זאת תכתוב לי שטר מכר בשמי כופין את המוכר לכתוב שטר בשמו ואפילו אמר לעדים בפני המוכר עוד שטר אחר תכתוב על שדה זו מחייבין את המוכר לכתוב שטר אחר על שמו עכ"ל נראה ברור דמ"ש ואפילו אמר לעדים וכו' הוא גם כן בדרך שזכר תחל' שמגל' לפני המוכר שאינו קונה לעצמו אלא דקמ"ל בסיפא אפילו

לא אמר למוכר עצמו שיצטרך לכתוב שטר אחר אלא לעדים אמר זה דמהני כיון שגיל' תחלה בפני המוכר שאינו קונ' לעצמו דאלת"ה אלא בעדים א"צ גילוי מלתא אם כן כ"ש דא"צ לזה אם אמר למוכר תתן לי שטר אחר בלא גילוי מלתא ולמה הוצרך ברישא גילוי מלתא אלא כדפרישית ונראה שזהו גם כן דעת הרמב"ם במ"ש שהתנה עמו כמ"ש המחבר לשונו וכוונתו על גילוי מלתא שצריך עכ"פ לדבר שלא קנאו לעצמו ויש לתמוה על הרמב"ם למה לא כתב כן גם הרבותא שאפילו לא אמר אלא לעדים שיכתבו שטר אחר כמ"ש הרי"ף והוא בהדיא בגמרא ויש קצת לישב אלא שאין להאריך אבל מ"מ חזינן דגילוי מילתא עכ"פ בעינן אפילו להרמב"ם וכך פי' רש"י להלכה כהרמב"ם דגילוי מלתא בעינן מיהו בהא סגי ולא צריך לאמירת שיכתבו שטר אחר ונלע"ד שגם הרמב"ם ס"ל שצריך להזכיר ג"כ שרוצה בשטר אחר דע"ז יצדק לשון והתנה דאל"כ לא שייך לשון תנאי ולפי מ"ש צריך לפרש דבריו הא דכתב המחבר ולא עוד כו' גם כן בדרך זה כלומר תחלה כתב לשון והתנה דהיינו שצריך תנאי שיכתוב לו שטר אחר וגם הגילוי מלתא שאינו לוקח לעצמו ע"ז כתב שאפילו מתנה עם העדים לחוד ואינו מדבר לשון נוכח למוכר מ"מ מהני כיון שיש לו גילוי מלתא תחלה וכנלע"ד להלכה שאין כח לכוף למוכר לכתוב שטר נגד הרי"ף והרמב"ם ובעינן תרווייהו גילוי מילתא וגם תנאי אלא שהתנאי מהני אפילו אמר בפני עדים כמ"ש:

(**ע"ש בהג"ה ואם קנה קרקע תחלה**) (הג"ה זו אין בידי לישבה ונעתיק המקור דאיתא בספר העיטור שאלה לרבינו חפני כיון שקי"ל דבעינן מקנה מלוקח ראובן דזבין ארעא משמעון על שם לוי ולוי לא הרשהו וכתב שטר על שם לוי שהיה במרמ' וכיון שראה שמעון שלא בא לוי חזר בו מפני שלא הקנה לו כלום מהו והשיב שאינו יכול לחזור בו כדמוכח מהא דאמרינן הלוקח שדה בשם חבירו אין כופין אותו למכור ומההיא מוכחא דאין שמעון יכול לחזור בו אע"פ שלא הרשהו אלא עשאו שליח ואם בא לוי ואמר במעות קנה הדין עמו ביניהם עכ"ל. והעתיק זה הגהות מרדכי רק ששינה הנוסח קצת דבמקום שכתב במרמה כתב במכירה ובמקום הקנה לו כלום כתב הקנה לוי כלום ובמקום אם בא לוי כתב ואם יבא ואמר כו' ובב"י העתיק כמו בהגהות מרדכי רק בסוף העתיק כי במעותיו קנה ושם כתב במעות קנה והנה משמע מדברי רמ"א כאן שהוא מיירי שקנה תחל' בשם לוי ואח"כ אמר שלעצמו קנה אם היה הקנין במעות לוי לא יוכל המוכר לחזור בו ומשמע שלמדו ממ"ש הגהות מרדכי בסוף ואם יבא ויאמר במעותיו כו' וא"א לומר כן דהא קודם לזה כתב בעיטור שקנאה ללוי ולא יכול המוכר לחזור בו ותו מאי תלוי מכירת שמעון לראובן במעות לוי או של ראובן ובאמת התשובה עצמה מחוסרת

כו' ולא עיין בעיטור עצמו שכתב שם ואם יבא לוי אלא בהגהת מרדכי קיצר מילת לוי. והנלע"ד לפרש דהא דאמרינן בגמ' הלוקח שדה בשם חבירו אין כופין אותו למכור ופרושו בתחלת הסוגיא אין הלוקח יכול לכוף את חבירו שיחזור וימכור לו דמשמע עכ"פ קנה חבירו וקשה במאי קנה אי בקנין סודר של זה הא אמר בגמ' בפ' הזהב בכליו של קונה דניחא ליה לקונה דלהוי מקנה קונה ממנו כלי כי היכא דלהדר ולקני ליה החפץ והכי אמרינן בהדיא שם אלא דהגאונים תקנו בסודר של העדים כמ"ש רבינו סי' קצ"ה והעדים הוויין שלוחו של הקונה וכאן אין שייך לומר כן דהא לוי שוויניה שליח לזה בשלמא במתנה דמסתמא ניחא ליה שיקבל זכין לאדם שלא בפניו משא"כ במכר דאימור לא איצטריך ליה למזבין ארעא וכ"כ רמ"א בסי' קצ"ה ס"ג וע"כ צ"ל דמיירי שנתן לו השליח המעות דכאן לא בעינן דעתו כמ"ש רבינו בסי' ק"צ דאם א"ל הילך מנה ותהא השדה לפלוני קנה אותו פלוני אלא דאחר כך צריך שיאמר הקונה למוכר שדך קנוייה לי במה שנתן לך פלוני ופשוט שזה לא מהני בקנין סודר במה שיאמר אח"כ שיקנה לו הק"ס שנעשה כבר שלא בפניו שכבר הדר סודר למריה כמ"ש סי' קצ"ה ס"ה משא"כ במעות שישנן עדיין תחת ידו יכול להקנות השדה אח"כ על ידיהם ועפ"ז יתפרשו דברי העיטור שכתב בשאלה כיון דבעינן מקנה מלוקח ר"ל כליו של קונה כדפרישית אם כן אם לוקח ראובן בלי הרשאת לוי ושמעון המוכר רוצה לחזור כיון שרואה שלא בא לוי ומתוך זה מרגיש שלא עשאו שליח ע"ה רוצה לחזור כי לא הקנה לו כלום פי' לוי הקונה לא הקנה כלים להמקנה מכליו וא"כ לא הדר המקנה להקנות לוי והשיב שמתוך הגמ' דלעיל מוכח שקונה לוי כמ"ש לעיל והיינו ע"כ במעות כמ"ש בסמוך ומש"ה סיים כאן ואם יבא לוי ויאמר במעות קנאה ראובן ובזה א"צ דעת הזוכה כמ"ש בסמוך ואז לא יוכל שמעון לחזור וע"ז כתב הדין ביניהם שידרשו אח"ז אם האמת כו' שקנאה במעות כן הוא פי' דברי העיטור והגהות מרדכי בלי ספק ורוח אחרת כמו שעלה על דעת הגאונים רמ"א וסמ"ע בזה וגם עיקר הדין שכתב רמ"א לא ירדתי לסוף דעתו דהא קא עסיק בדינא דהמוכר שלא יכול לחזור בו ומאי איכפת לן בזה שהמעות של לוי ואי נתכוין דראובן לא יוכל לחזור נגד לוי כיון דקנה במעותיו קשה מ"ט באמת כיון דלח עשאו שליח ולפי הנראה שאין להוציא דבר הלכה מתוך הג"ה זו כי היא סתומה ואין לה ביאור:

סימן קפה

(**סעיף א' שלח לו דורון**) בסי' ש"ג כתב ב"י ע"ז וצריך להתיישב בדבר ונלע"ד דלא הוה בשביל זה ש"ש אלא כשיש הוכחה שהדורון בשביל השליחות כגון שאינו רגיל בזה או רגיל ועכשיו מוכח קצת דבהגהת מרדכי שם יליף מריבית ואף שם נרא' כן:

(**סעי' ה' יחזיר החפץ לבעלים**) קשה ממ"ש בסי' קפ"ב ס"ד שכל זמן שלא יברר המשלח שלא עשאו שליח בין לתיקון כו' אם כן ה"נ נימא שמסתמא לא עבר על דבריו ובסמ"ע סקי"ב תי' דכאן שאני שאומר בפי' אל תמכור אלא בנ' ולא תיקן כלום אדרבא כאן אתה עושיהו לרשע שיעבור על דעת משלחו ובמה שאומר לו בפי' ולא נחשדנו בזה טפי במה שעיוות על המשלח דאפשר שטעה וסברה שהשולח יסכים עמו ועוד מחלק בסמ"ע בין שליח בחנם לסרסור דהכא ולעד"נ דלעיל אין שם הכחשה בין משלח ללוקח מצד עסק השליח דהשליח עושה לפי דעתו כראוי ואף אם לא היה שם תנאי שהי' בין לתיקון וכו' רק שיש חילוק בין מוכר למשלח היאך נעשה בזה אמרינן דודאי עשה כדרך העולם שאין עושין שליח לחצאין משא"כ כאן אנו רואין שע"כ יש הכחשה בין שליח למשלח ובזה ס"ל לרמב"ם שאנו מאמינים למשלח טפי מן השליח וכמאן שלקח הלוקח החפץ מיד המשלח עצמו דמי:

(**סעיף י' בהג"ה ובמקום שאין מנהג**) רש"ל כתב על דברי מהרח"י אלו ונ"ל דבכל השדכנות סתמא כאלו מתנה ע"מ שיתקיים לקנין שעושין לקנס ואוושא מלתא טובא וכאלו גמר פעולתו ומ"מ אם עבר א' הקנס והוא אלם שאין שכנגדו יכול להוציא ממנו לא קנסוהו לזה עכ"ל ונראה פשוט דאף אם נתרצו שניהם בחזרת השידוך אחר כתיבת התנאים לא הפסיד זה שדכנות במקום שגובין השדכנות אחר כתיבת התנאים:

סימן קפז

(**סעיף ג' בהג"ה ודוקא בטענת שומרים**) זה דברי הרמ"ה בד"ר דצ"ע לפרשם כי יש להקשות מאי קשיא להרמ"ה מעובדא דת' דני והא התם שליח עשאו ושכיח הוא ש"ח ושפיר מיירי משומרין ונעתיק לך לשון התלמוד ההוא דאמר לחברא זבין לי ת' דני דחמרא אזל זבין ליה לסוף אמר זבני לך ת' דני דחמרא ותקיפו להו א"ר ת' דני תקיפי קלא אית להו זיל אייתי ראיה דמעיקרא כי זבנת להו דחמרא מעלייא הוי ואפטר ואי קשיא להרמ"ה דהא השבועה שיהיה צריך לישבע היא אינה שבועת השומרין דהא ישבע שהי' בשעת הקנין יין טוב א"כ מאי משני הרמ"ה ע"ז דהיה פקדון דמ"מ השבוע' איבה שבועת הפקדון ודברי הב"י בזה דכיון דבכ"מ באה השבועה ע"י שמירה מקרי שבועת השומרין

ק"ל וא"כ בטענת השבה בפקדון נמי נימא הכי ואמאי דימה השבה לפרעון גם דברי הסמ"ע דחוקין בזה שכ' דאזלינן בתר רובא ונלע"ד דטעם הרמ"ה דבכל מילי דהפטור אתי שלא במתכוין כגון בפטור השומרים מחמת נאנסו ודאי אי אפשר לומר שלא נעשה בפני רואים ע"כ יביא דוקא ראיה אבל במידי דתלי במעשה אדם כגון פרעון והשבה דאפשר דאף שהיה רואים כיסה עצמו בפניהם עבידי אינשי לפרוע בצינעה וע"כ פריך שפיר ממעשה דת' כו' לפי הנראה שם דלא עשאו שליח רק לקנות יין ואחר הקנייה ילך המשלח ויקחנו ואין על השליח שם שומר על היין כלל ואפי' אם החמיץ בפשיעתו יהיה פטור ונמצא דעיקר פטור שלו היה מכח שמקיים שליחותו וקנה לו יין טוב והיה לו לקחנו אח"כ תיכף וע"כ אם היה לו אפשרות לישבע שקנה יין טוב היה נשבע ולמה פסק לו רבא דיביא ראיה ע"ז דהא עיקר קלא אית ליה אינו אלא דוקא באם שיש בעלים המתעסקים עם היין ומכח זה יודעים הכל אם החמיץ שהדבר נשמע מפיהם של בעלים וכאן יוכל השליח לומר לא היה לי שום עסק עם שמירת היין וע"כ לא היה כאן קולולמה לא יפטור בשבועה שלקחתי יין טוב דשבוע' זאת אינה שבועת שומרין וע"ז תירץ דבאמת היה שומר אח"כ על היין וא"כ הי' צריך להתעסק בו כדין שומר וע"כ שפיר יוכל לומר אם איתא דהחמיץ הי' לו קול ע"כ הסברא היא דלקח יין רע תחלה ולא מהני בזה פטור בשבועה כיון דעיקר הפטור הוא אם החמיץ ולזה יש סתירה מחמת דאין קול ע"כ צריך להבי' ראיה שהיה טוב תחלה והיה קשה להרמ"ה אמאי לא הוזכר בתלמוד מה שעשאו נפקד על היין ע"כ אמר דהא בגמרא ברישא לא נזכר בהך עובדא שנתן לו מעות עכשיו על היין אלא ע"כ דהיה לו כבר מעות בידו כמשמעות הל' זול זבין כו' דמשמע אינך מחוסר נתינה אלא ההליכה לחוד דהרי מעותי בידך וא"כ הוה ממילא נפקד על היין שהוא חליפי המעות שהיו פקדון וזה מרומז בלשון הרמ"ה שכתב ואמר שקנאום והיו פקדון ולא אמר הפקידו אצלו אלא דממילא הוה פקדון כמ"ש ואה"נ דאי אמר ליה זיל קני והרי לך מעות ואחר הקנין היה פקדון בידך דאז הוה ג"כ דינא כמו שכתבתי אלא דלא מיירי כאן בזה כנלע"ד:

סימן קפט

(**בדברי רבינו**) ואין המקח מתקיים לקונה אלא א"כ יקנה לו המקנה אבל אם היה לו פקדון בידו וכוון לקנות בסכום ידוע שאמר ליתן לו למפקיד לא קנה ותמהו רבים למה לא יקנה לו רשותו כמ"ש סי' רס"ד (רסח) ונראה דהדברים כפשוטן דה"ק שאם יש לו פקדון והמפקיד כבר גילה דעתו שרוצה למוכרו בסכום ידוע אלא שלא מצא עדיין קונה

וע"כ הניחו בפקדון ועכשיו אומר הנפקד שלא בידיע' המפקיד שהוא רוצה להחזיק לעצמו אותו מקח ולתת למפקיד אותו סכום הידוע זה לא מהני שהרי אין כאן מי שהקנה לו ועיין סי' קפ"ה ס"ב בדין שליח ועוד י"ל דכאן לא שייך רשות דהא כ' רשב"ם בפרק הספינה דף פ"ה שרשות הנפקד שהחפץ מונח שם הוי רשות המפקיד:

סימן קצ

(**סעיף ב' שוה פרוטה**) מ"ש סמ"ע סק"א דכל שלא נתן בתורת שווי מקח אינו קונה לא הבנתי דבריו דהא כ' רמ"א סי"ז באמר ערבוני יקון קנה הכל. ועוד הא גם גבי קנין דאשה בכסף נלמד מעפרון כמו דאי' ריש קידושין וזה פשוט דבאשה קונה אותה דרך נתינה לחוד לא בתורת שיווי מה שהוא שוה:

(**סעיף י' ונותן לו מזבורית כו'**) נראה ה"ה במוכר לו מטלטלין שראוים לחלק הוא הדין כן דהחוזר בו ידו על התחתונ' וצריך לקבל עליו היזק הנזכר כאן דהא שוים מטלטלין לקרקע בזמן שראוים לחלק כדמשמע בסעיף י"ז:

(**ע"ש בהג"ה**) **ונותן לו כפי השער של עכשיו** מה שתמה הסמ"ע על הרמ"א נלע"ד ליישבו דיש להרמב"ם שיטה שלישית בזה דיש להקשות לפ"ד דמה שאמרה הברייתא מגביהו מן העידית קאי אהא דא"ל תן לי קרקע והיינו שהמקח קיים נגד מה שנתן כמ"ש הר"מ בהדי' לא קנה הלוקח את כולה משמע דכנגד מה שנתן מיהו קונה וכן מוכח מלשון הרמ"א בסט"ז דכתב דקנה נגד מעותיו ולשון קנין הוא כפי תנאי המקח וא"כ למה אמר לשון ומגביהו שזה שייך על לשון גביית חוב ממון בשלמא לפי' הרא"ש קאי ומגביהו מעידית אשאר נכסים ולא על זאת השדה הנמכרת הוי שפיר וק"ו לפי' הר"ן דקאי אתן לך מעותי ולא הועיל הקנין אבל להרמב"ם דמפרשו אתן לי קרקע ומאותה הנמכרת קשה מאי שייך לשון גבייה ע"כ אמר דמחד צד הוה ליה גביה דהיינו לשלם כשער של עכשיו כמו בבע"ח ולענין זבורית נשאר עליה שם מקח כמו במוכר חצי שדהו וכן בסיפא הוה שם מכר במה שנוטל כשער שפסק ושם גביית בע"ח לענין שצריך ליתן לו מהיפה אע"ג דשאר בע"ח דינו בבינונית שאני הכא דהו"ל כניזק כדאיתא בגמרא בזה כנלע"ד:

(**סעיף י"ג אינו יכול לחזור**) וא"ל נימא דמוקמינן אחזקת מרא קמא כדאמרינן בהמחליף פרה בחמור סימן רכ"ג דעל הלוקח להביא ראיה שאני התם דיש ספק בגוף הקנין משא"כ הכא דכבר יש מכר גמור בקנין או שטר או ע"י נתינת מקצת המעות דאלו שוין הן כמ"ש הרא"ש בפ' האומנין בשיטה זו רק שע"י אומדנא דהמוכר דעייל ונפיק אזוזי

אמרי' דנתבטל המקח למפרע וכיון שיש כאן ספק אין לנו כח לקלקל המקח הברור וזה נ"ל דאף אם לא תפס הלוקח את הקרקע תחת ידו אלא יד שניהם אין שולטת בה הוה של לוקח מטעם שכתבתי וזהו משמעותן של דברי הרמב"ם שאינם יכולים לחזור אלא שאם הקרקע תחת יד המוכר ואמר ברי לי שהייתי עייל ונפיק בדרך שנתבטל המקח מהני ליה תפיסתו וע"כ כ' אח"כ שאם המוכר תפס כנגד זה שנשאר כו' דאלו כנגד מה שנתן הא ס"ל להרמב"ם אפי' בעייל ונפיק שהוא בבירור קנה החצי שנתן הדמים כמ"ש ס"י לא קנה את כולה וכפי מ"ש בס"י בביאור דעתו ובטור כתב בזה המעות שבידו פירושו של הלוקח ודברי המ"ע דכל א' קנה החצי וגבי הלוקח תלוי ג"כ בתפיסה תמוהים מאד לענ"ד:

(**סעי' ט"ז וכ' הא דאמרי'**) נ"ל דהאי וכן ט"ס הוא וצ"ל וכל הא דאמרי' דקאי אמ"ש המחבר בס"י דלא קנה הלוקח את כולה ומשמע נגד מה שנתן קנה כמ"ש בסמוך והכי ס"ל גם להר"ן כמו שהעתיק בסמ"ע סקי"א בשיטת הר"ן ומאוד תמהתי ע"ז שאמר כאן הסמ"ע סקכ"ו דהר"ן קאי אערבוני יקון דל"ל זה הא כאן ס"ל דקנה נגד מעותיו גם בעייל ונפיק אזוזי דהיינו שהברירה ללוקח אם המוכר חזר בו במ"ש הוא בעצמו בשמו סקי"א:

(**סעיף י"ז אלא שבזה יש חילוק במטלטלין**) לכאורה משמע מזה דבקרקע אין חילוק וכ"כ הסמ"ע סקכ"ח ואשתמיטתה להרב מ"ש הר"ן בהדיא בפ"ק דקדושין אך חילוקא דיש כח לחלק ג"כ בקרקע אם ראויה לחלק לכל אחד שיעור שדה ותו דגם מצד הסברא אינו דהאיך נכוף לזה שיקח מה שאין ראוי לו כדי שימכרנה למי שיצטרך לצרפה לשדהו זהו דבר שאינו מתקבל ותו דהא הוא ק"ו ממ"ש הוא עלמו בבהמה טהורה דמקרי אין ראוי להתחלק כיון שאינה ראויה כ"כ כמו בחיים ק"ו בקרקע שאין בה שיעור שאינה ראוי' לכלום ולשון הרא"ש מורה כן שהקשה אדאי הוה כאן יד החוזר על התחתונה וגבי הא דזבין חמור לחבירו אמרינן בשביל עייל ונפיק כו' דנתבטל המקח לגמרי ותי' לפי שהחמור אינו ראוי לחלק והמוכר אינו רוצה להיות שותף עמו אבל מידי דבר חלוקה וכו' וכלל בזה כל דבר דהוה ביה חלוקה ורבינו שכ' אלא שיש חילוק במטלטלין מדבר בסתם מוכר קרקע שהיא גדולה דלא שכיח שימכור אדם ט' קבין לחודא ובזה אמר דבמטלטלין יש חילוק אפי' בדבר גדול ותו נראה דיש חילוק בין קרקע למטלטלין בענין זה דמטלטלין אין שייך שם יד החוזר על התחתונה אלא דאם יש כדי חלוקה נוטל כל אחד לפי חלקו ואם אין שם כדי חלוקה המקח בטל לגמרי ונותן לו מעות שנתן לו אבל במקרקעי אע"פ שיש שם כדי חלוקה אין שם חזרה לבטל המקח אם חוזר המוכר יד הלוקח על העליונה שיש לו כפייה שישלם לו כשער של עכשיו מן העידית וזהו מטעם

שהוא ניזק משא"כ במטלטלין אף אם הוא ניזק מ"מ הכל נחשב לעידית כדאיתא בפ"ק דב"ק כל מילי מיטב הוא במטלטלין אבל אם הלוקח חוזר אה"נ דקרקע ומטלטלין שוה דיש למוכר זכות על הלוקח שנותן לו מן הפחות שבו אבל הרמב"ם נותן למטלטלין כל דין קרקע ממש כנלע"ד פשוט:

סימן קצא

(**סעיף א' על החרס**) כו' מ"ש הסמ"ע דכאן לא איכפת לן במה שיכול להזדייף כמו דפסלינן בשטר סי' מ"ב דשטר קנין שאני לן הוא מבואר להדיא ר"ס מ"ב בהג"ה בשם הר"ן ובחנם תמה עליו מוחז"ל בס' ב"ח בזה:

(**סעיף ג' שטרי דידן**) ע' ס' ס"ח כתבתי שצ"ע לישב תשובת הרשב"א:

(**סעיף ד' או במעות כו'**) יפה תמה הסמ"ע סק"ט ועדיפא מזה הי' לו להקשות דתלמוד ערוך הוא ר"פ האומר לענין קדושי אשה רב ושמואל דאמרו תרוייהו הרי זו מתקדשת לאחר ל' יום אפי' נתעכבו המעות תוך ל' מקודשת וכ"פ בא"ע סי' ל"ה [מ] ומה שרצה הסמ"ע ליישב דמירי בנאבדו בענין שא"א להחזירם כו' תמהתי על פה קדוש יאמר כן דאין הדין כן דבהדיא פרש"י ר"פ האומר דהני זוזי לאו למלוה דמיין דשאני מלוה דנתנה להוצא' מקמי דחלו הקדושין ובא"ל התקדשי לי בהו לאו דידיה הוא אבל אלו לאו להוצאה ניתנו אלא ע"מ שתתקדש בהן ולהכי כי אכלה ומטי זמנא מקודשת הרי לך דלא אמרו שמתקדשת אלא הטעם [מטעם] דבשעת אכילה קאכלה דידה ולא מטעם דהוה חוב עליה לשלם כמו שעלה על דעת הסמ"ע דא"כ ה"ל מלוה והיינו דכתבו התוס' ביבמות דף צ"ג וי"ל דבקידושין דבכסף אפילו נתעכלו המעות חשוב כל שעה כאלו הוא בעין לשם קידושין דלאו למלוה דמיין דיש בידה רשות להוציאם שהמעות נשאר אצל התקנה ואם לא נעשה הקנין יהיה מוטל עליה להחזירו וחשוב כאילו הם בעין לשם קדושין דלאו למלוה דמיין דיש בידה רשות להוציאם בלא קדושין משא"כ בזה דאין לה רשות להוציאם אלא מחמת הקידושין נמצא דשלה היא אוכלת לשם קידושין אלא דלא מטא זמנא דקדושין עדיין ופשוט הוא דהני קידושין הויין אפי' בענין שאין לה לשלם מה שאכלה הויין קדושין כיון דבשעת אכילתה אכלה את שלה וה"ה נמי כאן במקח בנאבדו או בהוציאם ויש קצת ליישב דברי הרמ"א בדרך זו שמכר לו קרקע במקום שקונין בשטר או במעות שצריך שטר ומעות וכנלע"ד עיקר לדינא כיון דגליא לדעתיה שלא יקנה הכסף אלא בשעה שיקנה השטר אם נאבדו בתיך הזמן אינו קונה ועיין מ"ש סי' קצ"ו [קצ"ז] ס"ז דהג"ה זו צ"ע:

סימן קצב

(**סעיף א' והועיל במעשיו**). לקמן מפרש מאי הוה תועלת:
(**סעיף ג' שהעמיד דלתות**) הב"י הקשה על רבינו שכאן הביא דעת אביו דסגי בהעמדה בלא נעילה ובסי' רע"ה בנכסי הגר פסק דבעינן גם נעילה ותי' דיש לחלק דנכסי הגר אין שם דעת אחרת מקנה ע"כ בעינן טפי אלא דקשה מנ"ל לרבינו לפלוג בההיא ולענ"ד דא"א לומר כן דא"כ אמאי הקשה הרשב"א כלום מבונה פלטרין בנכסי הגר. כמ"ש ב"י אלא ע"כ דלענין הקנין שווים הם כדאיתא ס"פ ח"ה שכל שבנכסי הגר קנה בנכסי חבירו נמי קנה ודעת רבינו יש ליישב דבהעמדה הדלת לחוד לא קצה דלא מידי עביד דיכולים לכנוס שם אלא צריך שינעלוה אף שלא במסגרת אלא עכ"פ תהיה הדלת נעולה ע"י הסתימה דזה ג"כ מונע אחרים מלהכנס דסבורין דכבר זכה בהם וזהו הכוונה שכתב בסי' ער"ה דבעינן נעיל' בסתם והכא קמ"ל דא"צ לסגרה במסגרת כנלע"ד:
(**סעיף ז' קנה בהילוך**) עיקר הטעם כיון דכל הנאת השביל הוא ההילוך ע"כ קנה בהילוך מזה יש ללמוד במי שקנה מקום בבית הכנסת מחבירו וישב עליו הוה חזקה כיון דכל תשמיש המקום הוא בכך לכ"ע לא מצי לחזור בו כך כ' מהר"ר בנימין בתשובה:

סימן קצג

(**סעיף א'**) **אבל אם אינו צריך לקרקע כו'**. מה שהאריך בסמ"ע לחלק בלשון א"צ דכאן וכן האי דסי' צ"ה בענין א"צ כלל או קצת לא ידענא מי הכריחו לזה דדעת הרמב"ם כר"י הלוי רבו שמביאו רבינו בסימן צ"ה דבשומרים דוקא הוי ענבים העומדות לבצור כקרקע כיון שנותן לו שישיירו ויעמדו בקרקע וע"כ כתב המחבר סי' שי"א ס"ה סתם דהוה כקרקע משמע אפילו א"צ לקרקע כלל משא"כ לענין שאר דברים כגון שבועת מודה מקצת וקנין ואונאה ושחילוק בין צריך לקרקע או לא ומש"ה כתב כאן דהוי כמטלטלין לענין קנין ואונאה וכן בסי' צ"ה כתב לענין כפיר' והודא' בב"י ואתא למעוטי שומרין וכ"ה דעת הכ"מ בפ"א דמכיר' אליבא דרמב"ם ורבינו שכתב כאן ונראה דהמחבר דמי כו' דהא לענין שבועה כו' לא כתב זה דרך קושיא על הרמב"ם דאי פריך משבועת מודה מקצת הא כ' בסי' צ"ה דבאמת מחייב הרמב"ם גם במודה מקצת בא"צ לקרקע ואי פריך משבועת שומרין הא כבר כ' דיש חילוק בין זה ולקמן אלא רבינו טעמא דנפשי' קאמר כיון שהרא"ש והר"ח פסקו דלמוד' במקצת הוה כקרקע וכמ"ש בסי' צ"ה ה"נ יש לפסוק לענין קנין ואונאה והא דלא כתב רמ"א כלום בסי' צ"ה נראה דשם מיירי לענין שבועה ויש דיעו' במ"מ פ"א דמכירה הביאו ב"י כאן דלשבועה שאני:

סימן קצד

(**אינו קונה בחזקה כו'**). במה שחלק הסמ"ע על הב"י בס"א בענין פי' דברי המ"מ אין נפקותא לדינא דהא אף לפי' הסמ"ע הוה הדין דישראל הקונה מהעכו"ם צריך דוקא לשטר כמ"ש הרמב"ם בפ"א מזכייה ונלע"ד דרך אחרת בדברי הרמב"ם בכאן דלא מיירי כאן בחזקת ג' שנים דא"כ לא היה לו לכתוב בהל' מכירה דכאן לא מיירי מדיני חזקות אלא מגוף דברי הקנין כגון נעל גדר ופרץ ושאר תקוני קרקע ולא מיירי כאן בהכחשה כלל אלא שניהם מודים במקח רק שרוצה המוכר לחזור ומש"ה אמר כשם שישראל המוכר לעכו"ם קרקע אין לעכו"ם חזקה עד שיעשה תיקון בקרקע לענין שלא מצי ישראל לחזור בו ה"נ ישראל הבא מחמת עכו"ם ואמר שהישראל מכר לעכו"ם וגם הישראל מודה בכך אלא רוצה לחזור בו יכול לחזור אפי' שהישראל השני החזיק ועשה תיקון בקרקע כגון נעל וגדר לא מהני אלא צריך להראות שטר שמכר ישראל הראשון לעכו"ם כנ"ל לפי כוונת המ"מ ולשון הרמב"ם:

(**ע"ש בהג"ה מיהו שכירות וכו'**) נעתיק הדעות בקוצר ויתבאר דזה צ"ע אמר שמואל נכסי עכו"ם הן כמדבר מ"ט מכי מטי זוזי לידיה אסתלק וישראל לא קנה עד דמטי שטרא לידיה ופרשב"ם דהא אפילו בישראל חבריה ל"ק בזוזי עד שיכתוב שטר כו' עכ"ל והיינו במקום שכותבין שטר כמ"ש סי' ק"ץ ס"ז משמע דבמקום שקנה ישראל מישראל בכסף כגון במקום שאין כותבין שטר קנה ישראל מעכו"ם וכן השוכר מעכו"ם קנה בכסף לחוד כמו בישראל וכן אם אמר הלוקח מעכו"ם בכסף לבדו אקנה דזה מועיל בישראל כמ"ש סי' קצ"ב ה"נ מועיל כאן בעכו"ם כל זה כתב ב"י ר"ס קצ"ב לרשב"ם דאין חילוק בין ישראל לעכו"ם רק שאם קנה מעכו"ם נסתלק העכו"ם והוה כהפקר אבל הקונה מישראל כל שלא קנה הלוקח נשארה להמוכר אבל לא נרא' כן מדברי הרשב"א שהביא רבינו בסי' זה דכסף בעכו"ם ודאי קונה ואפ"ה אמרינן שאינו קונה כאן דסתם עכו"ם אנס הוא וה"ה בחזקה ולפי' לא מהני כלום אף במקום שקונה מישראל וכן משמע לשון הרמב"ם כמ"ש המחבר בתחלת ס"ב מאחר שהעכו"ם אינו קונה כו' דמשמע דאיני תלוי בדין ישראל אלא בכ"מ בעינן שטר א"כ אזלי להו הנך דינים שלמד ב"י מפרשב"ם ובסמ"ע סק"ה כתב דבשכירות שהוא לזמן מודו כ"ע דקנה בלא שטר ולא הבנתי זה דהא עיקר הטעם בעכו"ם משום דאנס הוא מה לי מכר מה לי שכירות ותו אפי' לסברתו יש תימא בדין השני שזכר רמ"א במה שהתנה הלוקח עם העכו"ם בכספא לחוד אקנה מ"ט מהני לשיטה זו דלא תליא מילתא בקנין לפי הדין או לא וא"ל דכל שגילה דעתו שסמכה דעתיה שרוצה לקנות אמרינן דלא ירא ממה שהעכו"ם אנס ומועיל קנינו ובזה לא דברו

חכמי' הא ליתא דודאי בטלה דעתו אצל כל אדם וראייה מדהוצרך הרא"ש לומר ואם הוא פקח אחר שניתן המעות יחזיק בו בתורת הפקר למה הוצרך לתורת הפקר הא אפי' מחזיק בתורת קנין מהני לפי שגילה דעתו דסמכא דעתיה אלא פשוט שאין זו סברא והיותר קשה דרמ"א מביא בסמוך דחזקה לא מהני בזה והיינו כרשב"א שמביא רבינו דלדעת רשב"ם ודאי מהני חזקה וא"כ לא היה להרמ"א להביא תחלה הדינים שנמשכו מפ' רשב"ם כיון דקי"ל כרמב"ם והרשב"א והראב"ד שהם רבים נגד רשב"ם וס"ל דלא איכפת לן בקנין זה אי מהני בישראל ולא היה לו לרמ"א להביא האי מיהו השכירות כו' וצ"ע:

סימן קצה

(**סעיף ח' כיון שמשך המקנה כו'**), מ"ש הסמ"ע בשם תשובת הרא"ש בדין העורות כו' ראיתי מי שכ' דאם הזכיר לו בפי' השחיטה כגון שאומר לו עורות בהמות אלו אני מוכר לך שאתן אותן לך לאחר השחיטה דוקא שחיטות מכר ואז אינו מפסיד הלוקח דאין עור של מתה הוה כשל שחיטה ע"כ ואינו נכון לע"ד דגם בזה ההפסד על הלוקח וראיה מפורשת ממ"ש בסי' קצ"ט דאם נתן דינר לטבח ליתן לו בשר שחוטה ומת השור מפסיד הדינר ה"נ הוה מיד באחריות הלוקח אלא שאין יכול ליתן לו עד אחר השחיטה:

(**סעיף ה' על מנת שתקנה לי מעכשיו**) בתו' מבואר בקדושין דף ס"ג דע"מ מהני לכ"ע וסיימו אח"ז ולכך טוב לומר ע"מ מעכשיו כו' עכ"ל ונרא' כוונתם דהוקש' להם דא"כ ישתמש ע"מ לב' דברים חדא דלהוי הוא כמו מעכשיו דתנאי לחוד בלא מעכשיו פשיטא דלא מהני כגון אם אמר תקנה לך סודר זה אם תקנה לי חפצך לאחר ל' יום פשיטא דמ"מ הוא במקום מעכשיו וכדאמרי' בעלמא כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי וא"כ האיך ישתמש עד בלעדן ע"מ לשון תנאי דפשיטא שצריך ג"כ תנאי ולא שיור במקח ע"כ טוב שנכתוב בפי' מעכשיו ונמצא שישתמש ע"מ לתנאי לחוד כנ"ל ודברי ב"י בזה דחוקים:

(**סעיף ט' י"א שאינם נקנים כו'**) מה שתמה ב"י על רבינו נ"ל כ' פלוגתא אצל שכירות נלפע"ד ליישב דרבינו למד כן מדברי הרא"ש שכתב ותימא למה לא השאיל להם מקום כמ"ש ב"י בשמו ולא זכר בקושיא למה לא השכיר להם דמשכירות ל"ק דמאי הרווחה יש בדבר כיון דיוכ"פ צריך ניתן לו מגו. אח"כ ומה לי אם יתן לו תיכף או אח"כ אלא משאלה קשה דלא היו צריכין כלל להמעות ואף דבתו' כתבו גם כן שכירות כקושיא של הרא"ש רבינו נגרר אחר לשון אביו ז"ל:

סימן קצז

(**סעיף ה' ברה"ר לא קנה**) כו' הרמב"ם גרס בגמ' בר"ה קנה משמע לכל אדם וכן פרש"י לפי שירא שיפסקו רבים בינו לבהמתו והטור גרס בגמ' אי בר"ה אי אדם חשוב הוא קנה ויפה תמה הסמ"ע על רמ"א שהגיה או בעיר בר"ה אלא שתמוה לי למה לא תמה ג"כ על הג"ה ראשונה של רמ"א אם בשדה או בסימטא הא א"א לקיימו על לשון המחבר דהא להרמב"ם עיקר החילוק שבין אדם חשוב לאחר הוא בסימטא ורמ"א החליט דבסימטא קנה כל אדם:

(**סעיף ו' תקנה להבא**) הב"י תמה על רבינו כאן ונ"ל ליישב ד"ר תחלה קאמר דהרמב"ם מפרש הסוגיא תקנה להבא הא מסתמא דתלמודא דקאמר לקנות מי א"ל קני ע"כ אין חילוק בין ותקנה לאומר לקנות ולפ"ז אם אומר משוך חפץ זה לקנותו עתה היה מהני ולפי פרש"י לא מהני אף בזה מטעם דלקנותו משמע דאתה תרצה לקנותו אבל אני איני מקנה לך ומש"ר וגדולה מזו פרש"י ואח"כ כ' בשם הרא"ש באומר משוך חפץ זה לקנותו קנה ולא איכפת לן לא בחששא דרמב"ם מכח להבא ולא חששא דרש"י מכח שאני איני מקנה לך אלא בזה הוה החילוק דדוקא באומר משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה חיישי' דעיקר הדבר שהוא מושך אינו בקנה לו עם הכלים אז אמרי' דאני איני מקנה כו' כחששא דרש"י משא"כ באומר משוך חפץ זה לקנותו ה"ל כאומר קנה אותו ואח"כ כ' שהראב"ד חולק על הרמב"ם ג"כ בלשון ותקנה שכ' שבזה קנה אלא שרבינו נסתפק אם חולק על פי' הרמב"ם בכללו ולא ס"ל להראב"ד מכח להבא ומפרש כרש"י או אפשר דס"ל ג"כ מכח להבא הוה החשש אלא שאינו לשון להבא אלא באומר לקנותו אבל באומר ותקנה לא משמע להבא אלא ותקנה תכף אחר המשיכה ומש"ה כ' רבינו והראב"ד השיג עליו ג"כ שהוא מורה על ספק כוונת השגתו ולא כ' וכן השיג עליו הראב"ד ובזה ניחא קושית ב"י על דעת רבינו:

(**סעיף ז' מעכשיו ולאחר ל' יום**) צ"ע היטב ממ"ש התו' פ' האשה רבה דף צ"ג ולרב דמספקא ליה אי חזרה הוה לא מהני מידי מה שעומדת באגם עכ"ל והטור פסק בא"ע סי' מ' בשם הרא"ש כרב ולא כר' יוחנן דאמר כולם קידושין תופסין בה ולא כ' דמספקא ליה וא"כ למה כ' כאן דמהני בעומדת באגם והיינו כר"י דס"ל משיכה אריכתא היא וביותר יש לתמוה אמ"ש ב"י בס"ס קצ"ה בשם התוספות ואחריו רמ"א שם דמהני מעכשיו ולאחר ל' יום אפילו אם נקרע השטר תוך ל' וזה אף דלא כר"י אלא כשמואל כמפורש בתו' פ' האשה רבה הנ"ל וזה פשיטא דלא הוה הלכתא כשמואל דע"כ ל"פ הפוס' בא"ע סי' מ' אלא אי כהלכתא כרב או כר"י אבל כשמואל ב"ע ס"ל דלא קי"ל כוותיה בזה וצ"ע

רב א"א ליישב זה ועל הרא"ש לא ק' במ"ש פ' האשה שנפלו דין דמשוך פרה מעכשיו ולא תקנה עד לאחר ל' יום דלכאורה אתיא כר"י די"ל דשאני התם דאמר לא מקנה אלא כו' דבזה כ"ע מודו דלא הוה חזקה דלא פליגי אלא באומר מעכשיו ולאחר ל' יום וכ"כ המרדכי בהדיא אבל הטור דפסק כן באומר מעכשיו ולאחר ל' קשה כמ"ש:

סימן קצח

(**סעיף ה' שהרי מצוי היא אצל בית**) נראש פשוט דאף שהרמב"ם כתב כאן שהרי הוא ברשותו הכוונה ג"כ כך שבזה מעות קונות שבודאי יציל וכמ"ש בפי' ע"ז בגמ' טעמא מאי שמא תפול וליקה כו' ומ"ש אח"כ וכן השוכר הוא קאי על עיקר הדין דמתחלה כתב כמ"ש בגמ' נתון ליהושע ומקומו מושכר לו ובזה ניחא תמיהת הסמ"ע:

(**סעיף ט' בהגה שלא ברשות בעל החצר**) במ"מ כ' שם דאל"כ ה"ל כפקדון ביד בעל החצר כדאיתא פ' הספינה ברשות הלה המופקדין אצלו לא קנה כו' עכ"ל והועתק דין זה דמופקדין אצלו בסי' ר' ונ"ל דה"ק המ"מ דכיון דהונח שם ברשות בעל החצר ודאי כי היכא שהיה נפקד של זה יהיה יפקד של שני מסתמא וכ"פ רשב"ם בהדיא פ' הספינה דף פ"ה ומ"ה יש תקנה בלא מסירה דהיינו שיקבל עליו אפי' בדבור בעלמא שהוא משאיל לו מקומו ולא תקנו בזה מסירה לספינה משא"כ בהונחה שלא לדעת ה"ל כר"ה ואיין שם תקנה אלא מסירה ונל"פ אם הונח מדעת ודאי לא מהני שם משיכה כמ"ש בסי' ר' ס"ב דמשיכה לא קנה ברשות המופקדין אצלו ולא ירדתי לסוף דעת הסמ"ע שכ' בסקט"ו דאם נתן לו רשות מקרי רשות שלו או שניהם חצר של שניהם דבשל מהני משיכה ובזה לא מהני:

(**סעיף ט"ו**) **י"א שחזרו הלואה** כמ"ש סי' ק"ך ס"ב:

סימן ר

(**סעיף א' בהג"ה מיהו אם המוכר כו'**) הג"ה זו צ"ע דבהגהת מרדכי פ"ק דב"מ כ' וז"ל אם מקנה אדם לחבירו פירות שהם בביתו ומשכיר לו מקומו ואין הפסק בין אותן הפירות לפירות ב"ה לא קנס ומקרי המצר שאינה משתמרת ובמציא' לא קנה חצר שאינה משתמרת מיהו במתנה מסיק רב פפא דזכי משום דדעת אחרת מקנה כו' ולא בעינן חצר משתמרת ואע"ג שאינו עומד בצדה עכ"ל ודברי' אלו צ"ע ליישבן ונ"ל דהא דאמר מיהו במתנ' כו' חזר ממ"ש תחלה דמתחלה היה ס"ל מכר ומציאה שוין ממילא ה"ה מתנ' דודאי אין שום חילו' בין מכר למתנה ואח"כ מחלק בין מכר למתנה ומציאה וחזר ממ"ש

תחלה שהם שוין אלא דהיאך שיהי' אנו רואי' שפסק כרב פפא דבדעת אחרת מקנה קנה במתנה ומכר אפי' בכך דאין הפסק דהא עליה קאי והוא משתמר לדעת המוכר דהא לא השכיר לו רק מקום הפירות ואף שהרמ"א כתב חצר עצמו כוונתו ג"כ כן דהא מזה למד דין זה ותו דאי השכיר לו כל החצר הוה משתמ' לדעת הלוקח וכ"ה בהדיא בתוס' פ"ק דב"מ דף י"א דזה מיירי דמשתמר לדעת המוכר ע"ש בד"ה וכי בצד כו' ועוד פסק רמ"א עצמו בזה דבמוכר אמרי' דעת אחרת מקנה אותן ואמאי כ' כאן דבמעורבי' לא קנה:

(**סעיף ב' עד שימשכם**) תימא דהא משיכה לא קנה בזה כמ"ש כל הפוסקים וברמב"ם עצמו כ' עד שיגביה הפירות או עד שיוציאם מרשותו בשכירות מקום כו' ובדוחק י"ל האי עד שימשכם ר"ל יוציאם מרשותו ונלע"ד שיש ט"ס וצ"ל כמ"ש ברמב"ם:

(**סעיף ז' היו הפירות בסימטא**) כ' הראב"ד ע"ז ערבב דבריו שלא פי' לאיזה כלי עירה והוא עוסק ובא לתוך כלי של מוכר וא"כ אפי' מדד כל הכור לא קנה דאפי' בסימטא כו' ונ"ל דעת הרמב"ם במ"ש תחלה היתה בסימטא מיירי בכליו של לוקח ולא בשל מוכר וכיון שהיתה שם מדידה קנה הלוקח וכ"כ בהדיא ב"י בשם רשב"א בדעת רי"ף שהוא כדברי רמב"ם וז"ל כור בל' כו' הכא מיירי דקפיד אמכירת כל הכור משום שצריך המוכר למעות ואין מקנה לו פחות מכור ולא יותר מכור ומש"ה לא קנה עד שימדוד כל הכור ומיירי שימדוד לתוך כליו של לוקח ומדצריך מדיד' צ"ל דאיירי בסמטא או ברשות שניהם דאי בכלים ורשות לוקח לא צריך מדיד' כיון שקיבל עליו מוכר קנה הלוקח ואי בר"ה הא קי"ל דכליו של לוקח אינו קונה אלא במקום שיש לו רשות להניחו שם ול"ק כמו ברשות מוכר אפי' מדד מוכר בתוכו עד שיאמר לו זיל קני ואי בכליו ורשות מוכר לא קנה אלא במשיכת הכלים אלא כדאמרי' שמודד המוכר לכליו של לוקח העומד בסימטא או ברשות שניהם וכיון שקפיד אמדידת כלי לא קנה עד שיגמור סאה אחרונ' עכ"ל וזהו בעצמו שיטת הרמב"ם ונמצא שיטת הרמב"ם ורי"ף דצריך מדידה דוקא בסמטא וברשות שניה' וכדעת רבינו בס"ה דדוקא בכלים של לוקח ורשותו לא בעינן מדד אבל בסמטא וכליו של לוקח בעינן מדד וזהו עיקר ההוכח' של רמב"ם ורי"ף דמיירי הא דרב ושמואל באומר כור בל' כו' דאיירי בסמטא מדאמר בסיפא כור בשלשים סאה בסלע ראשון ראשון קנה משמע שהוא מטעם מדידה וכמ"ש ב"י בשם נ"י ונ"ל שבחנם הגיה המחבר כאן במ"ש בספרי הרמב"ם הואיל ואין הפירות ברשות המוכר ולא ברשות הלוקח ובהעתק המחבר כאן כתוב ולא בר"ה וכן ראיתי בדברי המגיה של דפוס כסף משנה שכ' צ"ל בר"ה ולפי שאין תחת ידינו לא שלחתי בה יד עכ"ל ונ"ל כגי' הרמב"ם וא"צ להגיה דבא בזה לתת טעם למה הצריכו כאן למדידה דוקא ולא קניית כליו של

לוקח ע"ז תירץ שאין כאן רשות גמור ללוקח דאז לא צריך למדידה ולא רשות גמור של מוכר דאז לא הוי מהני מדידה אלא סימטא או חצר של שניהם וזהו ברישא וכן בחלוקה דרשות לוקח וכליו של מוכר מש"ה צריך מדידה ומהני מדידה כיון שהמוכר מודד ה"ל כאומר זיל קני וזהו בעצמו שסיים הרמב"ם ואלו לא היו הפירות בכליו של מוכר דהיינו חלוקה הב' אלא הוה גם הכלי של הלוקח לא צריך מדיד' וסיים שם ברמב"ם כמ"ש וז"ל שם דין ה' בתו' דאם היו הפירות ברשות הלוקח כיון שקיבל עליו המוכר למכור קנה הלוקח ואע"פ שעדיין לא מדד וזה לא כב"י דס"ל לרמב"ם ורי"ף לא בעינן מדד בסמטא דמבואר בגי' שזכרנו שכ' להדיא כמ"ש וא"ל ממה דכתב שם נ"י לעיל מזה בסמטא א"צ מדיד' אם נותן המוכר פירות לכליו של לוקח דע"כ לומר דהריטב"א שאח"כ פליג ע"ז דאין חילוק לומר דהכא דוקא בעינן מדידה כיון שאומר כור בל' סאה בסלע דא"כ מאי פריך על מדידה אי הוה ברשות וכלי לוקח הא י"ל דצריך משום דאמר כור בל' כו' ומ"ש ב"י מדלא הביא רי"ף הא דאמר רב אסי אמר רבי יוחנן דבעי למימר בגמ' דאפי' מדד והניח על גבי קרקע דסמטא קנה ובזה יש ספק בגמרא אם קבלוהו מיניה דרב אסי או לא ומש"ה לא פסקי דקנה בזה אבל בסמטא ולתוך קופתו של לוקח ודאי קנה ומיהו מדידה ודאי בעינן וכמשמעות דברי רבי זירא שם שאמר שמא לא שמע ר' אלא במדד לתוך קופתו משמע דמדידה עכ"פ בעינן ותו מדכתב רי"ף בהספינה שם בפשר דבר מאי דס"ל וז"ל אם ברשות הלוקח וליתנהו בכליו של מוכר הא אמרינן ברשות לוקח כיון שקיבל עליו המוכר קנה אע"פ שלא מדד ונ"ל כאן מדד ש"מ דאח"כ כי מוקי לה בסמטא או ברשות לוקח וכליו דמוכר הוי במדידה דוקא אפי' בסמטא וכליו דלוקח דזה פשוט דמ"ש רי"ף בסמטא היינו בכליו של לוקח דאלו כלי דמוכר לא קני כלל בסמטא אפי' מדד ולפי' ניחא לי להבין החילוק של רמב"ם כאן דבסמטא וכליו של לוקח דלא קנה באומר כור בל' עד שימדוד כו' ואלו ברשות לוקח וכליו קנה כמ"ש בשם הרמ"ה והיא שיטת רי"ף ורמב"ם ולפ"מ ניחא דדוקא בסמטא וכליו של לוקח דבעי' עכ"פ מדידה מש"ה באומר כור בל' חזינן שהוא מקפיד היאך תהיה המדידה וצריך לקיים המדידה כרצונו משא"כ בכלי של לוקח ורשותו ששם א"צ מדידה כלל וזהו ג"כ טעם הר"ר יונה שכתב רבינו בשמו דאם משך כל הסאה בפני עצמו קנאה אפי' באומר כור בל' מטעם דכאן א"צ מדידה כלל כנלע"ד בשיטה זו:

(**סעיף ח' ויש חולקין וס"ל**) כו' הוא דעת רבינו וקשה בסי' רע"ה ס"ח בדברי המחבר דכתב דחזקה לא מהני במקום שלא נתכוין לקנות וכן מוכח ממ"ש רבינו סי' קצ"ד ס"ה לא לשום קניי' וצ"ל דרבינו כאן ס"ל דמדידה זו מקדם נתכוון לקנותה:

(**סעיף ט'**) [ז] **פתח לו המוכר כו'**) פסק זה שהוא תשובת הרא"ש ברבינו צ"ע לכאורה דקשה כיון שלא משך הלוקח רק שחייב מצד שנקרא מזיק במה שיחמיץ אח"כ וראיה מההיא דס"פ המפקיד דאם הנפקד שלח יד והחמיצה משלם את כולה אפי' אם לא נטל אלא רביעית א"כ אפי' אדם בעלמא שעשה כן יתחייב ואי אדם בעלמא פטור דלא ברי היזקא גם זה יהיה פטור:

(**ע"ש ס"ט המדה של סרסור**) נ"ל שמיירי שהשאיל' תחלה לשניהם אבל אם השאילה למוכר לחוד אלא שהמוכר הודיע בשעת שאלה שהוא ימדוד בה למכור לא הוה שאלה רק למוכר לחוד וכן משמע מרשב"ם פ' הספינה דף פ"ז:

(**סעיף י'**) היתה המדה של אחד מהם א"ל הן של מוכר הן של לוקח דא"כ עדיף כלי של מוכר מכלי של אחר שהשאיל להם דבכלי של אחר צריך נתמלא דוקא ולא רשמים וכ"כ רבינו בהדיא ובכליו של מוכר מהני רשמים ונראה דלא רצה הרמב"ם לשנות לשון הגמ' שאמרה היתה המדה של אחד מהם ופירשו כל המפרשים דאלוקח קאמר וכ"כ הראב"ד על לשון הרמב"ם של אחד מהם א"א של לוקח עכ"ל משמע שבא לפרש ולא להשיג וכן משמע מלשון הרמב"ם שכ' והרי המדה של אחד מכם היא והוא סומך על הרשמים משמע דהלוקח קאמר דאי אמוכר היאך הוא סומך על רשמים ומה זכות יש למוכר שתהא קנייה אם נתמלא כזה וכן משמע דברי המ"ע אלא שבכ"מ כתב שם עוד בענין אחר ונמצא מ"ש רמ"א וי"א שאם המדה כו' שהיא דעת רבינו ולפמ"ש אין כאן מחלוקת דגם הרמב"ם ס"ל וכן יש לי הוכחות רבות מסכימות מהתלמוד בזה אלא שאין להאריך:

(**ע"ש בהג"ה עד שיערה אותה**) הלשון אינו מדוקדק דמשמע דאחר דמערה אפי' ע"ג קרקע קונה וזה אינו דהא בסמטא קיימינן ובהדיא כתב רבינו כי בסמטא בעינן כליו של לוקח ובסד"מ כתב כאן ואם המדה של מוכר לעולם הוי ברשות אפי' נתמלא עד שיערה אותה ר"ל שכ"ז שהוא בתוך הכלי אין שם תקנת הקנין מחמת הכלי או רשות של לוקח עד שיערה אותה אזי יצאה מרשות המוכר ויש שייכות קנין לכל א' כדינו דהיינו ברשות הלוקח קנה מיד ובסמטא בכליו של לוקח והרמ"א שכתב לא קנה עד שיער' אותה משמע דאחר העירוי קנה וזה אינו כמ"ש:

סימן רב

(**ס"ב בהג"ה עם לא מהני**) מה שהקשה הסמ"ע על הע"ש י"ל הא גופא מבעיא לתלמודא אי הוה האי עם דקרא לשון הפסוק וממילא א"צ המקנה לומר שום ל' לא עם ולא אגב או דלמא הפסוק אמר לשון הנותן לומר שהוא צ"ל עם וה"ה אגב וא"כ למסקנא מהני

עם אלא דמ"מ כיון דרש"י ס"ל דדוקא אגב בעינן כמ"ש הב"י והרמ"ה חולק עליו ודאי אין שומעין להרמ"ה נגד רש"י בפרט להוציא ממון ע"י זה:

(**סעיף ג' בהג"ה כל ספק ממון כו'**) בכל מקום שיש ספק בתלמוד ופוסקי' מי יזכה בממון לא מהני תפיסה לשום א' שיתפוס אחר שנולד הספק וזה הכלל בכל מקומות להתוס' בפ"ק דב"מ גבי תקפו להן מוציאין מידו אלא שהרמב"ם ס"ל דמהני תפיסה כמ"ש בסימן ש"ץ:

(**סעיף ה' אפילו שיאמר קני כו'**) בב"י הקשה מאי אפילו ונ"ל דהוצרך לכתוב כאן כן כיון דזה המחזיק בקרקע קני עבדים אפי' בלא אגב כמ"ש סמ"ע והיה אפשר לטעות ולומר דבאין עבדים בתוכה לא קני היינו דוקא בלא אגב:

סימן רג

(**סעיף א' אם אין המקנה מקפיד**) דברי הסמ"ע בזה תמוהים מאד ויתבארו בס"ג:

(**ע"ש בהג"ה מי שקנו ממנו שיעשה כו'**) וצריך עיון דברי הרמ"א דבתשובת רשב"א סי' אלף ל"ג כתוב שיש מחלוקת בין הגאונים די"א דקנין אתן אעשה כן הוה ק"ד וי"א דלא הוה ק"ד אלא באומר אחלק עמך הלכך כל שקנו מידו שיחזור כל זכיות שיש לו הוה ק"ג אבל במה שקנו מידו שיעשה שטר ממילה ה"ל ק"ד שאין מחילה אלא סילוק שיעבוד ואם קנו מידו שיסלק לאחר זמן שעבוד שיש עליו אין זה אלא דברים בעלמא עכ"ל דהיינו סברא דקנין אתן לא הוה ק"ד אלא ק"ג לפ"ז כתב דקנין להחזיר זכיות מהני והנה רמ"א פסק בסי' רמ"ה ס"ב בשם מהרי"ו דקנין אתן הוי ק"ד וכאן כתב דמהני קנין החזרת זכיות ויותר מזה יש לתמוה על הסמ"ע בסי' י"ב סק"ך דכתב מי שקנה מידו של התובע שיוותר וימחול לא הוי ק"ד וכו' דמשמע שהבין מ"ש הרמ"א כאן שיעשה שטר מחילה הוה ק"ד אבל כשנעשה מחילה הוה ק"ג והא ודאי ליתא שבתשובת הרשב"א שזכרנו מבואר דה"ה שיעשה מחילה הוי ק"ד וע"ל סי' רמ"ה ס"ג לענין הלכה כנלע"ד ודבדי הרמ"א דכאן הלכה הם שכן הסכים הרשב"א ואפשר דס"ל להרמ"א דמ"ש הרשב"א שם והלכך כל שקנו על שיחזיר זכיות הוי ק"ג הוא אליביה דכ"ע אף כמ"ד דאתן הוה ק"ד וממילא רמ"א סובר כמ"ד אתן ל"ק אבל להחזיר זכיות הוה ק"ג כמ"ש וק"ל ודברי הסמ"ע צ"ע שא"ל שהוא חולק על רמ"א דא"כ הו"ל להביא ראיה בנדון זה:

(**סעיף ג' בהג"ה ולפיכך המייחד מעות כו'**) כדי לבאר דין זה ולתרץ מה שהוקשה לסמ"ע בריש ס"ז נבאר תחלה ד"ר בס"ג וז"ל כיצד מכר לו פרה וכו' אע"פ שקיבל המעות לא נקנה החפץ כו' ואח"כ כתב ומשמשך הלוקח החפץ הוא נתחייב למוכר בדמים

מיהו דוקא בתורת דמים שלא ייחד המעות לפיכך משמשך הלוקח נתחייב המעות אבל בתורת חליפין שייחד לו המעות וא"ל באלו המעות ל"ק כיון שיחדם אם אבדו אינו חייב באחריותן לפיכך לא סמכא דעתיה דבעל המקח עד שיגיעו המעות לידו וכמו שלא זכה המוכר במעות כך לא קנה הלוקח החפץ אע"פ שמשכו ל"ק עכ"ל וודאי עיקר הטעם דמעות לא מיקני בחליפין הטעם משום דצורה עבידי דבטילה וי"ל לטעם האחר דמשום אחריות דהא ג"כ בחליפין שאר מטלטלין נמי הוי באחריותו של אותו שלא משך ונימא דלא סמכא דעתיה ואמאי אמרינן כיון שמשך בעל הפרה. את החמור נקנה פרתו לבעל החמור הא התם נמי אינו חייב באחריות ונימא דלא סמכה דעתיה ובמס"ע סק"ז כתב דאבידה לא שכיח ופסול מטבע שכיחא והך מלתא לא מסתברא כלל ותו דהא גם רבינו הזכיר גם במעות כאן רק אבדו ומה נשתנה אבידה זו מאבידה דמטלטלין ונלע"ד ביאור הדברים דיש ב' קנינים הא' בתורת מכירה דהיינו שא"ל בשם מכירה מכור לי בדמים אלו ונתחייב לו הדמים אח"כ והב' לענין חליפין זה חליפי זה והנה במעות אין שום קנין בעולם להקנות חפץ על ידיהם או לקנותם בחליפין משים דהויין מלתא דלית ביה ממש כיון דצורה עבידא דבטילה כמ"ש נ"י פרק הזהב תחלת דף מ"ז משא"כ במטלטלין דמהני זה אפי' בתורת חליפין ובזה אזדא לה קושית הסמ"ע סק"ב דמקשה הא אפי' בלא חליפין קונה דאדרבא רבותא קמ"ל כאן אפי' חליפין דלא מהני במטבע מהני במטלטלין ואח"כ ביאר רבינו בתורת מכירה של מעות דמשמשך המקח נתחייב בדמים כיון שאמר לשון מכירה אלא דגם בזה יש חילוק דאם היה בתורת דמים דהיינו שלא ייחד לו מעות אלא שאמר מכור לי פרתך בעד עשרה זהובי' שאתן לך שאז נתחייב לו הי' זהו' אבל אם היה בתורת חליפין דהיינו שמייחד לו מעות וא"ל מכור לי בדמים אלו דכיון שא"ל מכירה והוא משך החפץ ודאי קונה במשיכה ונשאר עליו חיוב בדמים אלו שייחד לו קמ"ל כיון דע"כ צריך אתה להזכיר כאן שם חיוב על הלוקח וכיון שלא חייב באחריות נמצא דלא סמכה דעתיה על חוב זה משא"כ במטלטלין דשם לא באנו להזכיר שם חיוב על הלוקח ותיכף הוא זה החפץ שביד זה באחריות של השני דמהני ביה ג"כ חליפין וסמכה דעתיה הכא על החליפין שיהי' תיכף ברשותו משא"כ במעות דע"כ עיקר החיוב על האדם שקנה ממנו שיעמיד לו דמים אנו ובאמת אין כאן חיוב וכיון דלא זכה במעות לא קנה הלוקח החפץ אע"פ שמשכו זה כוונת רבינו בלי שום ספק כנלע"ד בזה אלא דל' הרמ"א אינו מדוקדק כל הצורך שהתחיל המייחד כו' משמע שזה היסוד מונח על מה שכתוב אח"ז ואיך יכתוב אח"כ אבל בתורת דמים כו' משמע אף שמייחד כו' מהני מה שבתורת דמים וכבר הוכחנו מל' רבינו שאינו כן ומה שאמרי' בגמרא טעמא גבי חליפי

דמים הוא עצמו היחוד והא בהא תליא ובלי ספק שבכל מקום כוונת ר"מ איסרלס כמו שכ' לעיקר הפי':

סימן רה

(**סעיף ג' בהג"ה מתנה שכתוב בה כו'**) בריב"ש וז"ל שגם בנדון דידן אפשר שכיון שהמתנה היא באחריות הרי היא כמכר וכדאמרי' בפרק המקבל בדין בר מצרא וגם בטענות שמעון מזכיר שלא היו מאיימין עליו אלא למוכרם וקי"ל תלוהו וזבין זביניה זבינא כל שלא מסר מודעא ועוד שלא ה"ל לקבל עליו אחריות כההיא דלוקח מסקריקון וחזר ולקח מבעה"ב דאם כתב לו אחריות מקחו קיים כו' עכ"ל והקשה בסמ"ע סק"י מההיא דריש סי' רמ"ב ותירץ דהתם ידוע שהכל נעשה באונס וקשה פשיטא דלא מהני אחריות ועוד דהל' לא משמע כן בסי' רמ"ב שכתב שם רבינו כיון שהיה באונס ולא כתב אם היה באונס (א"ה בנוסחתינו לא כך ולא כך ולפי נוסחתינו אין הכרחו של הרב פ"ז ברור ע"כ) משמע דאאונס המתנה קאי ותו קשה מנ"ל לומר כאן שהיה מכר ונכתב מתנה משום הערמה אדרבה נימא שכפה אותו על כתיבת האחריות ומ"ש ריב"ש ראיה מסקריקון קשה דלא דמי להכא דהתם אחריות הוא מן הנגזל ללוקח ובזה אין הסקריקון מקפייד וזה ראיה שגמר ומקנה משא"כ באן דהאחריות לטובת המאנס עצמו דודאי אכפת ליה בזה וקפיד עליו ונלע"ד דריב"ש מיירי שלא כופהו אלא על האחריות וזה ידוע ומבואר בל' ריב"ש שזכרתי שלא מאיימין עליו אלא שימכור לו וזה מוכח דעכ"פ לא כפיהו שיתן מתנה באחריות ולכן המקח קיים ובזה אירי רמ"א ג"כ כאן משא"כ בסי' רמ"ב דלא ידעינן היאך נכתב האחריות שפיר דמסתמא אמרינן כשם שעיקר המכר נעשה באונס ה"נ כתיבת האחריות כנלענ"ד ברור ובאמת קושיא זו שהקשה הסמ"ע אינה קושיא דשם איירי דלא ידעינן אי הי' אחריות באונס וזה קמ"ל רבינו יונה דמסתמא אמרינן שהי' באונס כמו שמבואר שם בריב"ש אבל בלאו הכי צריך עיון ליישב הג"ה זו. דשם בריב"ש כתב תחלה כמ"ש הרמ"א כאן שמתנה כמכר והית' כוונתו לענין מסירת מודעא שצריך ידענא באונס אלא אח"כ שכתב בריב"ש ועוד כו' כמו שהעתקתי לעיל חזר מזה ומסיק כיון שהי' שם אחריות המקח קיים אם הי' באונס שהרי מדמה הריב"ש אותו לסקריקון דהתם אחריות מבטל האונס שהיתה מתחלה וא"כ ה"נ כאן במתנ' שכתב בה אחריות מבטל המודעא שהי' בתחלה וא"כ למה כתב כאן רמ"א דדינא דמתנה כדינא דמכר היינו לענין מודעא והכירו האונס דמזה איירי הכא כמ"ש לפני זה פשרה דינה

כמכר ובאמת הכא במתנה כיון שכתוב בה אחריות המקח קיים לגמרי אפי' מסר מודעא כמ"ש וצ"ע ליישב אותו:

(**סעיף ז'**) **לפיכך אם תבעו** מה שהקשה הסמ"ע ע"ז היאך יכירו העדים באונס י"ל כגון שהטמין העדים אחורי הגדר ושמעו שלא נתרצה המוכר אלא בהכרח עכ"ל הנ"י שהב"י הביאו מחודש ס"א ומה שהקשה סמ"ע ע"ז נראה דלק"מ דהמשכיר אינו סומך על העדים שהטמין בזה די"ל שהשוכר לא הוציא מפיו כלום אלא המשכיר התחכם לומר ראה כיון שאתה רוצה לכבוש שטר המשכנתא הנני מוכרח למכור לך וזה מדוקדק בלשון ב"י שכ' ששמעו שלא נתרצה כו' ולא כתב ששמעו מן המלוה כלום אלא כדפרישית ומודעא הוצרכה שלא גמר והקנה אגב אונס מיד והיא פשוט:

(**סעיף ח'**) **בד"א באונס** מה שחילק הסמ"ע סעיף קטן בין הך לס"ס קנ"א ברמב"ם לא משמע כן דהא בהלכות מכירה כתיב דין דבכאן דבגזלן אין צריך מודעא וסיים כמו שכ' בהלכות גזילה והיינו הדין שמביא רבינו ס"ס קנ"א ש"מ דדא ודא אחת היא ונלע"ד דרבינו ואחריו מור"ם סמכו עצמם כאן על מ"ש בסוף סי' קנ"א ואין חילוק בין הכא להתם כנלע"ד ברור ונכון:

סימן רז

(**סעיף א'**) **בהג"ה וקודם שנגמר המקח לגמרי**) בד"ר מבואר האי לגמרי דהיינו שכבר נתן לו המעות ולא כתבו עדיין השטר כו' משמע מזה אבל קודם נתינת המעו' מקרי תחלת המכר ומ"ש אח"כ אבל אם בתחלת המכר כו' משמע דתחלה ממש קאמר דהא סיים דודאי תחלת המקח ממש בעינן והיינו כ"ז שלא הושוו עדיין בקציצה אמר המוכר טובת הלוקח באותו פעם ודאי מצי הלוקח למימר לא הסמכתי בקציצה זו רק אחר ששמעתי שאתה מתנה לטובתי אבל אם כבר הושוו ואח"כ אמר המוכר טובת הלוקח אע"פ שלא נתן המעות עדיין מקרי קודם שנגמר המקח ולא מהני תנאי המוכר במה שהו' טובת הלוקח והא דכתב רבינו כגון שנתן המעות אלא שלא נכתב השטר להורות דלא נימא דזהו הוי כאחר גמר המקח לגמרי ואפילו אם התנה הלוקח טובת עצמו היה צריך קנין חדש קמשמע לן דעדיין מקרי תוך המקח:

(**סעיף ב**) **י"א דה"מ כשקנה בא' מן הדרכים** נ"ל פי' דברי הרמב"ם כל שהקדים הקנין לעשיית התנאי דהיינו שקנ' מידו שיקנה תיכף רק שהתנה תנאי על הקנין משמע שמחזיקו מיד ע"פ הקנין רק שמבקש ממנו איזה דבר וכיון שהוא בידו אין זה אסמכתא אבל אם לא קנה מידו עתה פי' שלא חל הקנין בסתם שהוא מעתה אלא אמר התנאי

תחלה דהיינו אם תעשה דבר פלוני אז תקנה דכונתו העקרית על עשיית דבר פלוני ונמצא שלא הקנה לו רק דרך אסמכתא כי התנאי עיקר ולפ"ז א"צ למ"ש הב"י (דף רנ"ד סוף ע"ב) על מ"ש הרמב"ם בד"א כשקנה כאחד מן הדרכים דר"ל אחד המיוחד דהיינו בחזקה והוכרח לזה משום דמהני אף שלא מעכשיו אבל לפי מ"ש טעמו דזה חשוב כאלו אמר מעכשיו מיירי מ"ש במה דברים אמורים כשקנה באחד מן הדרכים כפשוטו באחד מדרכי הקנאה כנ"ל:

(**סעיף ג'**) **כדי לילך במקום פלו'** בגמ' איתא ההוא דזבין נכסי אדעתא למיסק לא"י סליק ולא אתדר ליה מחמת חסרון מזונות או דירה אמר רבא כל דסליק דאדעתא למתדר והא לא אתדר ליה פי' המקח בטל כל שאמר כן בפי' שמוכר ע"מ כן וא"ד אדעתיה למיסק והא סליק ליה ופסק הרא"ש ובד"ר כא"ד אם פי' בשעת מכר ע"מ לדור שם במקום פלוני כו' המקח קיים כיון שעלה כו' ותמוה הוא הא ע"כ א"א לפרש האי לישנא אלא באומר לשון עלייה לחוד אבל במזכיר לשון דירה ולא הליכה כל כמה דלא מתדר אפילו ללישנא בתרא המכר בטל וכן מצאתי בפסקי הרא"ש להגיה בזו ע"ש ומודה דמקח בטל ע"כ נלע"ד דיש ט"ס בד"ר ונלע"ד [צ"ל ע"ד לילך] לדור במקום פ' שכן הוא ברמזים הטעם בזה אף שהזכיר גם הדירה מ"מ ההליכה הוא עיקרית אלא דמפרש לאן ילך וגם בדברי הרמב"ם כתוב ואינו יכול לעלות משמע שפוסק כא"ד ולא הוזכר הדירה ע"כ נלע"ד מי שמוכר ביתו ואומר שרצה לעשות איזה פעולה במקום פלוני והלך ולא מצא שם לעשות כן דהמקח בטל אע"פ שהלך כיון שלא הזכיר ההליכה ועוד נראה שאם אמר לילך ולדור הוה הדירה תנאי מחדש ואז גם הדירה מעכבת המקח משא"כ באומר לילך לדור דמשמע ההליכה לצורך דירה אז הדירה אינה בתנאי ועכ"פ אע"פ שהית' כוונתו בל' ספק ג"כ עליה מ"מ הוי דברי' שבלב ואינם דברים רק גילוי מלתא בפי' בעינן:

(**ע"ש בהג"ה ודוקא**) וכו' ולפי"ז נ"ל דמ"ש רבינו ס"ז במוכר חפץ וכו' צ"ל חפץ בקמ"ץ וסגו"ל (צ"ל ציר"י) ור"ל שהוא חפץ בזה וכ"ה לשון רש"י שמביא ב"י כאן:

(**סעי' ה או כשיתן המעות**) בסמ"ע סקי"ד הוקשה לו זה ודחק בישובו ונלע"ד דלא מיירי כאן באכילת פירות אלא בעיקר קיום המקח דנ"מ אם המוכר אין בידו מעות מזומני' לשלם לו כאשר התנה עמו ורוצ' המוכר לבטל המכר מטעם אסמכתא והמעות רוצה להחשיב' להלואה ולשלם לו במטלטלין בשומת ב"ד קמ"ל דאם אינו מחזיר לו כפי תנאו הוי מקח גמור ואינו יכול להוציא ממנו:

(**סעיף ז'**) **הלוקח מדעתו** לבאר דברי הרמ"ה וליישבם מקושיית רבינו נ"ל בדרך זה איתא בפ' איזהו נשך תניא מכר לו בית מכר לו שדה וא"ל כשיהיו לי מעות תחזירם לי אסור

הלוקח לאכול פירות דאין כאן מכר כיון שהוא חייב להחזירם כשיהיה לך מעות אחזירם לך מותר מ"ש רישא ומ"ש סיפא אמר רבא סיפא דא"ל מדעתו האי גברא דזבין ארעא לחברי' שלא באחריות חזיי' דהוה עציב א"ל מאי עציבת אי טרפו לך מינך מגבינא לך שופרא שבחא ופירי אמר אמימר פטומי מילי בעלמא נינהו א"ל רב אשי טעמא מאי הוה פטומי מילי משום דהלוקח בעי לאתנוי מידי דהוה לטובתו והכא מוכר קא מתני אלא מתני' דקתני לכשיהיו לך מעות וכו' דמוכר הוא דבעי לאתנוי וכו' ואמר רבא סיפא דא"ל מדעתו הא לא א"ל מדעתיה אף שהתנה הלוקח הוי תנאי ואסור לאכול פירות אמר אמימר לא תימא דא"ל מדעתי' אלא נעשה כא"ל מדעתי' אתמר ופירש"י דעיקר ההיתר דלעיל משום דהלוקח התנה לטובת המוכר ואין זה תנאי כלל ועפ"ז הקשה רבינו על הרמב"ם והא אין זה תנאי כלל ונלע"ד דרמב"ם לא גרס בגמ' בדברי רב אשי למימר טעמא מאי וכו' אלא כמו שהוא בדברי רי"ף א"ל רב אשי לאמימר והא רבא הוא דאמר סיפא דאמר מדעתו וכו' ותו לא ויש לי הוכחה רבא לזה דמשמע מדברי הרמב"ם שהעתיק המחבר ס"א בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה ש"מ דלא איכפת לן בין מתנה הא' טובתו של השני וכ"כ המ"מ בשם הרמב"ם פ' י"א דמכירה בהדיא וא"כ ע"כ ל"ג להך טעמא מאי הוה פטומי כו' אלא הרמב"ם מפרש דהוא פטומי מילי משום שלא אמר המוכר דרך האמת וצדק אלא להשקיט עצבו כדרך פי' פטומי מילי בההוא סוגיא שם גבי אתתא דש"מ דנפ"ז אם הי' המוכר מקבל עליו באמת וצדק הוה מהניא כמ"ש רש"י שם בההיא אתתא שזכרנו מש"ה פריך רב אשי לאמימר דרבא לא אשכח לאוקמי היתרא בסיפא דבריית' אלא בא"ל מדעתי' דלא הוי התנאי קיים ומש"ה מותר הלוקח לאכול הפירות הא לא"ה הוה אסור הא פטומי מילי נינהו מה שאמר הלוקח לכשיהיו לך מעות וכו' שלא אמר בדרך קבלה אמיתית וא"כ הפירות מותרים מצד שאין כאן תנאי כלל ואנן בברייתא בסיפא לא אתינן אלא להתיר לאכול פירות ולא לקיים התנאי ולמה לו לתלות ההיתר במדעתו דוקא ע"ז משני אמימר אה"נ נעשה כאלו אמר מדעתיה ומותר מצד שאין כאן תנאי אלא הלוקח אמרו דרך פטומי מילי לחוד ומזה אנו למידין דאם הוא מתרצה ברצון טוב בקבלה אמיתית להחזיר לו כשיתן לו מעות הוה התנאי קיים ואין כאן ריבית כיון שהוא עושה כן מצד עצמו לא מצד החיוב ואיך שיהיה לא קי"ל כהך פסקא דהא קי"ל בס"א כהרא"ש דהוה פטומי מילי אם אמר הא' טובת חבירו בגמר המקח וכאן אמר הלוקח טובת המוכר אחר המכירה סתם ודעת הרמב"ם ניחא במ"ש אבל אינו להלכ':

(**סעיף י"א ערבוני מחול לך**) וקשה הא קי"ל בסי' רמ"א מי שיש לו חפץ ביד חבירו ורוצה להקנות לו לא יאמר ממול לך אלא תקנה אותו וא"כ במה קונה כאן המוכר הערבון וא"ל דמיירי שנתנו בתורת פרעון ולפ"ז הי' ניחא במ"ש הב"י סט"ו בשם הר"ן והתוספת' שר"י האומר האיך יזכה הלה בדבר שאינו שלו וכו' דהתם לא מיירי בתורת פרעון אלא בתורת קנין וזה ליתא דא"כ דהכא מיירי שנתן לו בתורת פרעון אמאי לא קנה הכל הא קי"ל אם נתן לו בתורת פרעון קנה הכל ונלע"ד דכאן מיירי ערבוני הוא מעות לכך קנה במלת מחול לחוד או נ"ל דלאו דוקא קאמר מחול אלא זה לשון רבינו דאמר ערבוני מחול לך ובענין המועיל לזה:

(**סעי' י"ג בהג"ה לפיכך כשמוכר מקנה כו'**) פי' דתלה הקנין באם יעשה ולא בדרך תנאי שתקנה עכשיו ע"מ שתעשה לי דבר פלוני אח"כ הוי אסמכתא דכל שהוא ביד הלוקח כאלו הוא ביד אחרים כמ"ש בסמוך וצ"ל שהחפץ הנקנה הוא ביד הקונה בעד שיקיים התנאי דאל"כ לא שייך קנין כלל אפי' לא הוי אסמכתא דהדר סודרא למריה ורבינו לטעמיה דס"ל דגם מה שבידו היה אסמכתא:

(**סעיף י"ד בהג"ה וי"א**) דמעכשיו לחוד כו' הסמ"ע בס"ק מ' אסיק בכוונת רמ"א דכ' מעכשיו לאו דוקא שכן משמע ליה מהתו' והרא"ש ותמהני על הרב שבא להוציא ממון מספק פירושו ושותא דמר לא ידענא אלא אקח מן הבא בידי הרי"ף כ' בפי' על ההיא דנדרים שמביא שם בההוא גברא דאתפיס זכוותיה אמר אי לא אתינא עד ל' יומין כו' וכתב הגאון האי דינא ליתא אלא במתפיס זכוותיה ונראה מדברי הרא"ש שהי' לו בזה ב' פרושים דכתב בפ' ג"פ על דברי רי"ף האלו וז"ל והתוס' פסקו אפי' בלא אתפיס זכוותיה קנה והכי נהוג עלמא עכ"ל משמע שהי' מפרש דעת הרי"ף דהכי קאמר דלא מצינו כלל דתהיה אסמכתא קונה רק במתפיס זכוותיה לחוד אבל בלא"ה לא קנה כלל וכ"כ להדיא בפ"ג דנדרים בשם י"א ודחה זה שם אלא אסמכתא קונה בכ"מ ונ"ל דמעכשיו צריך לבד"ח דבהדיא כ"כ בהגהות מיימוני פי"א וז"ל אמנם רי"א פסק הא דאמרינן בגד"ח קונה היינו כשאומר מעכשיו אע"ג דלא אתפיס עכ"ל והיינו התוס' שהזכיר הרא"ש פ' ג"פ ולא הוצרך לזה שלא בא מעכשיו רק לגלות שעכ"פ איכא אסמכתא דקניא אפי' בלא אתפיס זכוותיה ולא הזכיר בד"ח אלא לפי שהוזכר בגמ' בההוא מלתא ובתשו' כ' הרא"ש כלל ע"ב סי' ז' וז"ל אסמכתא לא קניא אלא בקנין מעכשיו ובבד"ח וכן פסק ר' חננאל בשם רב האי גאון ור"ת ורי"א אמנם הרי"ף כתב דלא בעי בד"ח ואין לו טעם וראיה דכיון דרוב חכמי ישראל כתבו דאסמכתא לא קנה אלא בבד"ח לא מפקינן ממונא אפומא דרי"ף עכ"ל ונ"ל דהי' מפרש דברי הרי"ף בשם הגאון דלעיל דדוקא במתפיס

זכוותיה בעינן בו"ח עם מעכשיו אבל שאר אסמכתא סגי במעכשיו ועז"א דאין לנו טעם וראיה אלא בכ"מ בעינן בד"ח עם מעכשיו ונראה דדברי הרא"ש בסי' זה שאם קנה מיניה בבד"ח או מעכשיו צ"ל ומעכשיו דהא פשיטא דמעכשיו לחוד לא סגיא וכ"ה בספרים אחרים והיינו ע"פ דברי הרא"ש בתשו' ואח"ז נמשך רמ"א ואף שאח"ז לא הזכיר אלא בד"ח לחוד סמך רמ"א על מ"ש תחלה דצריך שניהם וכ"כ רבי' סי' קמ"ג בד"ח ומעכשיו ובהגהות מיימוני שכתבתי ג"כ מבואר בשם רי"א כן והא דכתב רמ"א בסמוך סט"ו בשם י"א דאפי' בלא התפיס מהני ר"ל לאפוקי מ"ד דבלא התפיס לא מהני לבטל אסמכתא בשום פנים והיא דעת י"א שהביא בראש בנדרים שזכרתי לעיל שדוחה אותם וע"ז כתב רמ"א דנהיגו עלמא דמהני בד"ח ור"ל גם במעכשיו כנלע"ד שאין כח להוציא ממון נגד האחרונים דבעינן תרווייהו וכפשוטו דברי הרמ"א:

(**סעיף ט"ו**) **לכתוב שט"ח** כצ"ל וכ"ה בס"א וכ"ה בהגהות מיימון פי"א דמכירה ובסמ"ע הי' כתוב לפניו שטר טוב ודחק לפרשו בפירוש זר והוא בחנם:

(**סעיף ט"ז**) קנין מב"ח אע"ג דמחילה א"צ קניין היינו מחילה ברורה משא"כ בזה שהיא תלויה וזה דומה למוחל ע"י פשרנים כמ"ש בס"ב [בסי"ב] ע"ש:

(**ע"ש מחל לו מעכשיו**) מקשה רבינו כאן כיון שיש מעכשיו בהא לחוד סגי לדברי הרמב"ם ונראה לפי עניות דעתי דודאי מעכשיו לחוד סגי אלא שהיו חוששים לפעמים שאדם מחייב עצמו בסך גדול אם לא יעשה השידוך ואין לו כספים לשעבד ממילא הוה משעבד עצמו בדשלב"ל ואע"ג דכתב רבינו בסי' זה בשם הרא"ש דאדם יכול לשעבד עצמו בכתובה גדולה אע"פ שאין לו מ"מ שם מוכח דהרי"ף לית ליה האי סברא ועי"ל דהכא דהוה אסמכתא כ"ע מודים שאין מתחייב במה שא"ל כיון שצריך מעכשיו ואם א"ל עכשיו נכסים אין שייך מעכשיו והיאך יחול השעבוד ע"כ עשו להיפך שזה הודה שחייב לזה סך גדול וזה יכול למחול מעכשיו חוב שלו אם יעשה זה השידוך:

(**סעיף י"ז אם אחזור**) כו' הסמ"ע סק"כ הקשה מן היש חולקים דסי"א ותי' דהתם כיון שהמוכר כו' קשה הא כתב בתשובת הרא"ש כלל ק"ח הביאו ב"י בסט"ו שכ' בשם הר"מ דבמשכון שייך אסמכתא והביא ראיה מההיא דאי לא פרענא לך גבה מהאי חמרא כו' והתם הוא ממש בכהאי גוונא דאומר תזכה בגוף החפץ ואפ"ה ל"ק ונלע"ד דפשוט דהכא אם אומר תזכה בגוף החפץ היינו מעכשיו וכ"ה בלשון התוספות בפ"ק דקידושין דף ח' וז"ל וכשרגילין לעשות שדוכים צריך להזהר שיאמר הריני מקנה לך בגוף החפץ מעכשיו וכך משמע לשון המרדכי:

(**סעיף י"ח אין זה מוציאו כו'**) נ"ל דדוקא בל' זה הוי אסמכתא דמשמע שיש כאן אסמכתא אבל אני גמרתי והקניתי שכן מורה כ"ף הדמיון דר"ל שאין קנין זה דומה לאסמכתא דבשארי מקומות אבל אם כתיב בלשון זה ושטר זה נעשה בענין שאין בי אסמכתא מהני שפיר שמודה שלא היה שם אסמכת' כלל דהיינו שנעשה בבד"ח והודאת בע"ד כק' עדים דמי ודבר זה עדיף ממי שצוה לכתוב ש"ח דבסט"ו כנלע"ד ברור:

(**סעיף י"ט בהג"ה**) וע"ל סי' ר"ט הסמ"ע ס"ק נ"ג פי' דברי רמ"א דכאן דוקא באין שם קנין אבל כשיש שם קנין אז השבוע' מחזקת הקנין ומחלק בזה בין הך לסי' ר"ט לדבר שלא בא לעולם ויש לו ראי' דבריב"ש סי' של"ה היתה דעת השואל כן דהשבועה מחזקת הקנין והשיב הריב"ש שזהו לר"ת דבד"ח מהני אבל להפוסקים דלא מהני אלא מעכשיו בעינן לא הוי השבועה במקום מעכשיו כו' ולדידן דקיי"ל כר"ת דסגי בבד"ח נשארה סברת השואל קיימת ותמהני על פה קדוש יאמר כן דהיאך מחלק בין הכא לריב"ש וסי' ר"ט דהא הריב"ש השיב להשואל אח"כ עוד תשובה אחרת בסי' שמ"א וז"ל ומה תאמר במה שהשיב הרא"ש במי שהקנה לחבירו מחצית מה שמרויח ונשבע לו התאמר כי השבועה מקיימת הקנין ועושה מה שלא בא לעולם כאלו בא אבל כוונת הרב שחייב להשלים מכח שבועתו עכ"ל הרי לפניך דמדמה הך דהכא דהיינו אסמכתא להההיא דדשב"ל בסי' ר"ט ובעל הסמ"ע הבדיל בענין זה מרחק רב אע"כ דעת הריב"ש דגם בזה אין השבועה מחזקת הקנין והא דכתב ריב"ש דלר"ת נוכל לומר דהשבוע' מחזקת הקנין לא החליט הדבר כן במסקנא אלא הוכיח להשואל על פניו שרצה לפסוק שם כן עז"א לפי סברתך תוכל לר"ת לומר כן אבל לא לשאר פוסקים כיון דלשאר פוסקים בד"ח אינו מעלה ומוריד אבל באמת אפי' לר"ת אין אומרים שבועה מחזקת הקנין ומ"ה לא מחלק רמ"א כלל בין הכא לסי' ר"ט ובר מכל דין דפשוטן של דברי הרמ"א מורים לעיל דבאמת לא קי"ל כר"ת ולא סגי בבד"ח אלא צריך גם מעכשיו כמ"ש בסעיף י"ז ואחר כ"ז עיינתי בד"מ שכתב כאן וז"ל ובתשו' ריב"ש סי' של"ה כתב באסמכתא אע"ג דלא קנייי' מ"מ צריך לקיים שבועתו וכו' אם מת יורשים פטורים וכן אם נשאל על שבועתו פטור עכ"ל הרי בהדיא כמ"ש והר"ב בעל הסמ"ע לא עיין כל הצורך בזה:

סימן רח

(**סעיף א' אם נשבע**) לפי מסקנת הסמ"ע סק"ג ק"ל מההוא דס"ס קצ"ה וס"ס רל"ה דהקונה קנין בשבת דהמקח קיים ולא אמרינן אי עביד לא מהני ע"כ נלע"ד לתרץ הדברים דכל שיש איסור בענין מצד עצמו אומרים אי עביד לא מהני כההיא דפרק האשה שנפלו

השתא דאמרי רבנן לא לזבין בנכסי אחיו אי עביד זבין לא הוה זבינא מטעם כל מאי דאמרי רבנן לא תעביד אי עביד ל"מ משא"כ במוכר בשבת שהאיסור מצד שהיום גורם וכן בפ' מרובה דף ע' זרוק לי גניבתך בשבת דמקנ' לי חצירי וכו' דקני אע"ג שהוא חייב מיתה כדאיתא שם ומש"ה נמי בנשבע שלא למכור נכסיו הוה האיסור מצד השבועה ולא מצד המכירה עצמה הויא מכירה בדיעבד ומש"ה נמי במקח שנעשה באיסור אין האיסור בעיקר מכירה רק בתוס' דמים ע"כ אי עביד מהני וסברא טובה היא לחלק כן דדוקא ביש ריעותא בעיקר המעשה הוי כאלו לא נעשה ופסק רמ"א כאן הוא עיקר כנלע"ד שכן ראוי לפסוק בפרט שהב"י ס"ל ג"כ כהרמ"א כאן ותו דכאן בעיקר דיני מכירה קיימינן משא"כ בי"ד לא נקטי' אלא אגב גרר' דאיסור שבועות:

(**ע"ש**) **ויתן כשער של היתר** דברי הסמ"ע בזה ברורים ואף שיש מי שחולק עליו ופי' דקאי גם אסיפא דהיינו דנתן לו כשער שהי' בזול א"א לומר כן דהא קודם שיצא השער קאמר:

סימן רט

(**סעיף א'**) **ויש להם אונאה** מה שהקשה ב"י מפ' איזהו נשך מה שעיזי חולבות היום מכור לך דמותר משמע אפי' יש בו אונאה ותי' בדוחקים ותמה אני דקושטי' מעיקרא ליתא דלרמב"ם ה"נ באין שם שיעור אונאה נאמר התם אבל בשיש שם שיעור אונאה לא מהני אמירת מה שעיזי חולבת כו' אבל אנן דקי"ל במשחק בקוביא כר"ת דאגב דבעי למקני גמר ומקני כמ"ש רמ"א סי' ר"ז ס"ג [סי"ג] ה"נ בחלב שאין המוכר ולא הלוקח יודע אמרינן אגב דבעי כו':

(**סעיף ב' במשחק בקובי**') ק"ל הא עיקר טעם הקובי' משום אסמכתא וכאן ברור הוא בידו כמ"ש שקדם ומשך כו' ובסי' ר"ז סי"א [סט"ו] כתב שם בשם הרמב"ם דכל שהיא בידו לא הוה אסמכתא וי"ל מה שהוא בידו כאן לא נחשב לכלום כיון שאינו יודע אם תבן אם זהב או י"ל שמה שאומר ומשוך איירי שאפ"ה אינו בידו דהיינו שמשך לסמטא וק"ל:

(**סעיף ג' שהיה בשוק**) כו' בפ' א"נ בתחלתו האי מאן דיהיב זוזי אתרעי חריפתא פי' קודם שיצא שער הברור ויש לו למוכר ומוכר בזול צריך הלוקחו שיראה את עצמו בפני המוכר בגורן או שיאמר בשוק הריני סומך עליך ואז המוכר מקבל מי שפרע אם יחזור בו אבל בלא"ה לא מקבל שיכול לומר סמכתי עצמי שתקנה במקום אחר והרמב"ם כתב זה בפ"ב דמכירה ולא ידעתי למה לא הביא רבינו דהמחבר דין זה שלא מצאתי דין זה בשום מקום:

(**סעיף ד' בהג"ה**) אלא כתב לו שטר עמ"ש בסי' ר"י סעיף א' מה שהוקשה לי ע"ז ומ"ש הסמ"ע סקי"ג דמיירי שמסר לו השטר אחר שבא לעולם שכ"כ בהג"מ ולא ידעתי ראיה מהג"ה זו שהרי לשונו שם וכיון דזבין וכתב שטר כמאן דתפיס דמי עכ"ל משמע שמיד שזבין נכתב שטרא וכן מוכח בסי' ר"י בב"י שהביא דברי הרי"ף בשם בעל העיטור ושם כתב השטר בשעת מכירה ע"ש דקאי אגמרא דמי שהי' נשוי בההוא גברא דזבין לכתיבה דאמיה כו' ואפשר דהסמ"ע ה"ק שיהא עכ"פ השטר בידו בשעה שבא לעולם:

(**ע"ש בהג"ה שנייה**) אבל אם אומר שיקנה וכו' ויש חולקין ונראה דהכי קי"ל כדמוכח ר"ס ר"י:

(**ע"ש וכן אם שאל וכו'**) בריב"ש חשב עוד דין ג' דחוב שהוא מחמת קנין יורדים לנכסיו משא"כ מחמת שבועה אין יורדין לנכסים אלא משמתין אותו עד שיקויים שבועתו:

(**ע"ש כך אין יכול למחול**) הטעם משום דעדיין לא נתחייב לו דבר שתחול עליו מחילה ואח"כ מתחיל החיוב אין המחילה הקודמת מפקיעת' כ"כ שם הר"ן וא"ל ממ"ש הרמ"א בס"ח שיכול לסלק עצמו דשאני סילוק שהוא אינו רוצה לזכות באותו דבר כלל וזה יש לו כח בידו לסלק עצמו שלא לזכות אחר כך משא"כ מחילה שאינה שייך אלא אחר החיוב והיאך תחול המחילה קודם החיוב וסמ"ע סקכ"ח תירץ דשאני התם שיש לו כבר שעבוד כו' ואשתומם על המראה דמשמע מדבריו דאם לא נשתעבד לו תחלה כלל לא יועיל הסילוק במה שקונה המתחייב וכמה סוגיות מלאות נגד זה דאמר ר"כ נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא יירשנה כו' כדאי' ר"פ הכותב והיינו מקודם נשואי אשתו כדמשמע שם ועי"ל בדבריו ממ"ש בא"ה וז"ל הכותב לאשתו בעוד' ארוסה דין ודברי' אין לי בנכסיך ובפירותיהם כו' וא"כ בעודה ארוסה לא חל השעבוד ואפ"ה קיים ובאמת קושיא זו מעיקרא ליתא כמ"ש ולא ירדתי לסוף דעת הרב הנ"ל בזה מה דחקו לזה:

(**סעיף ה' בהג"ה**) מ"מ אם טרח וכו' בת"ה סי' ש"ך איירי באומר לחבירו היום או למחר אמכור לך חפץ פלוני והבטיח להמציא לו ולא היה לו למוכר ובקש ולא מצא ואחר כך טרח ומצא ורצה לחזור בו ופסק דאדעתיה דהכי טרח כי היכי דליקום בהמנותי' וכ' אח"כ וז"ל וא"ל דלא שייך כאן דליקו בהמנותי' משום דסבר דהי' לו למצוא ביד חבירו ולא מצא ואין זה מחוסר אמנה מ"מ הרי הבטיח לו להמציא לו וגם הלוקח אמר אל תכזב בי והשיב שמעון להבטיחו בקנין כה"ג ודאי היה מחוסר אמנה אם לא מקיים עכ"ל משמע דוקא בכה"ג אמרי' דניחא ליה כו' ואמאי כתב רמ"א כן בסתם מוכר דבר שאינו ברשותו שהיה סבור שיהי' מצוי ביד חבירו וצ"ל דמיירי כאן בהבטיחו תחלה להמציא

לו בבירור ועוד אפשר דכאן איירי שלא היה הלוקח יודע בשעת המקח שאין למוכר אלא מוכר לו חפץ פלוני בחזקת שיש לו בזה אמרינן שנתכוונו להעמידה לפניו שלא יהא נחשב כדובר שקרים בעיני הלוקח אבל כעין ההיא דת"ה שהמוכר גילה ללוקח שאין חפץ פלוני בביתו רק שסובר להשתדלו וע"ז עשה מקח ע"ת בזה ודאי לא אמרינן דאדעתא דהכי מכרו וכו' כיון שלא הבטיחו דרך בירור להמציא לו זה ודומה למאי דאמרינן בפ"ק דב"מ די"ו הכא לא סמכא דעתיה כו' גבי ירושה דמי יימר שירש מאביו וא"כ כ"ש הכא דהא בירושה מקילינ' טפי לענין דשלב"ל כדאית' סי' רמ"א סק"א בסמ"ע ובסי' שע"ד יש חילוקי דינים לענין דליקו בהמנותי' ושייכי' ג"כ לכאן:

(**סעיף ט' מכר או נתן כו'**). הוצרך לכתוב זה שני פעמים אף שכבר כתב זה לעיל בשדה דאי מהתם ה"א דכאן ל"ק הענפים רק לענין זה שהפירות יהיו שלו אבל לא כשייבשו ואי בהא לחוד ה"א דוקא כאן שיש לכל א' חלק מיוחד לזה ענפים ולזה הגזע לכשייבש אבל לעיל בשדה דעכ"פ יש ללוקח כל השדה ה"א דלא שייר לעצמו מקום הפירות קמ"ל:

סימן רי

(**בהג"ה ודלא כיש חולקים**) כתב הסמ"ע סק"א דאלו החולקים חולקים ג"כ בדשלב"ל כו' ותמוה הוא דהא החולק כאן הוא הרא"ש שפסק כר"נ דאמר כשתלד מהני ובהדיא כתוב בשם הרא"ש ס"ס רי"ב באומר חוב זה לכשיב' לידי אתננו לצדקה דחייב דוקא מכח צדקה משמע אבל בהדיוט מיקרי דשלב"ל ונלע"ד דיש חילוק ביניהם הא ע"כ צריך לחלק דיש להקשות דר"נ אדר"נ דאיהו גופא פסק באיזהו נשך בפירות דקל דאף משבא לעולם יכול לחזור בו וצ"ל עכ"פ כדמחלק רשב"ם בפ' מי שמת דף קמ"ג דבכל עובר מודה דחשיב ליה בדבר שבא לעולם וגם הנכסים הניתנין הם בעולם אלא שצריך תיקון ל' כשתלד כו' מש"ה נמי מודה הרא"ש בדשלב"נ דלא מהני אף באומר לכשיבא כנ"ל ובד"ר כתוב בשם ר"ח דלית ליה זכיה לעובר אפי' בירושה ומבואר שם דאם יולד מודה ר"ח להרא"ש:

סימן ריא

(**סעיף ג' ואין צריך להחזיר**) הסמ"ע סק"ז מתמי' וכתב דאל"כ אין טעם למה א"צ להחזיר כו' ק"ל הא איתא בפ' מי שמת שם בהדיא שלחו מתם בן שמכר בנכסי אביו כו' וזה קשה בדיני ממונות ואין לו טעם ולא מצי לאוקמי אלא בדין אחר שם ואמאי לא אוקמי כפשוטו דמיירי שהבן א"צ להחזיר אפי' לא נתאכלו המעות ונצרך ע"ז שקשה בד"מ ואין

לו טעם ונימא דהך חידוש גופא קמ"ל (א"ה ולדידיה מי ניחא דע"כ קשה וקשה הוא כיון שהוא בא מכח אבי אביו אמאי יהא עדיף מגברא דאתא מחמתיה כיון שאבי אביו גופיה היה מחוייב לשלם ונלע"ד לפ"ד הסמ"ע דלק"מ דמילתא דפשיטא היא בלא נתאכלו המעות שהבן חייב לשלם דקי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשי' בהניח להם אחריות נכסים וא"כ א"א לאוקמי הא דשלחו מתם בהכי וק"ל ע"כ):

סימן ריב

(**סעיף א'** **אכילת פירות**) כו'. ה"ה אם אמר יאכל הפירות דכן הוא בגמ' פ' מי שמת שנ"מ שאמר ידור פ' בבית זה יאכל פירות דקל זה לא אמר כלום וע"ז קאי הרמב"ם וסבר לפי שאין בו ממש אבל רשב"ם ותו' פי' הטעם בזה דאין אדם מקנה דשלב"ל ומש"ה לא הביא רבינו האי דינא דאכילת פירות ונ"ל דאם איתנהו לפירות בעולם ואמר יאכל פירות דקל מהני לכ"ע ל"מ לרשב"ם ותוס' דמפרשו משום דשלב"ל פשיטא שקנס דהא כאן איתנהו אלא אפילו להרמב"ם דמפרש הטעם משום שא"ב ממש מודה בזה תדע דהא כתב רבינו בסי' רנ"ג ס"ד בשם הרמ"ה דאם אמר יאכל פירות דקל דמהני בש"מ ואי הוי דבר שאין בו ממש לא מהני אפילו בש"מ כמ"ש בסמוך ובוודאי הכי קי"ל כיון דרבינו לא הביא שום חולק ע"ז וכ"ת הא מביא רבינו שם מחלוקת בבריא בקנין אם מהני אותן לשונות שמועילות בש"מ וא"כ כיון שבש"ע שם לא הכריע בזה אין לנו להוציא ממון ולומר דמהני קנין בברי' זה אינו דשם לא הוי הטעם משום דאין בו ממש דהא הב"י כתב שם דהרמב"ם ורבו הר"י מגא"ש ס"ל כהרמ"ה דלא מהני קנין בברי ובלשונות אלו משום דלהבא משמע ולפ"ז אלו אומר בברי' בקנין יאכל פירות דקל היום הדבר פשוט דמהני ואפילו בקנין אתן לך כתב בסי' רמ"ה ס"ג דמהני ביה מעכשיו כנלע"ד:

(**ע"ש בהג"ה**) **רק שעה א'** שם בהגמ"ר בשם רב נחשון גאון כתב דמטעם זה אמרינן בגמ' פ' ידור בבית זה דלא אמר כלום משום דאינו משמע אלא שעה א' ולפ"ז צ"ל דאם מקנה לו גוף הבית דמהני בהדיא בגמ' שם א"ל שעה א' דדוקא בידור אמרינן כן שהוא לשון אקראי נמצא רב נחשון גאון חולק על הרמב"ם דפי' הטעם דלא אמר כלום משום שאין בו ממש ועכ"ז צ"ע למה לא הביא רמ"א דברים אלו דודאי במקנה גוף הבית הוא באמת מהני אפילו לרב נחשון שהרי גמ' ערוכה היא ולא ירדתי לסוף דברי הסמ"ע שכתב במקנה לו בית לדירה רק שעה א' משמע ומ"מ נ"ל כיון שאומר סתם בית לדור בו היינו לעולם וכמו שמוכח בס"ד בשדה לפירותיה (ע"ש וקנו ממנו ע"ז) וא"ל הא בסי' רי"א ס"ו כתב דצריך להביא ראיה שהיו המעות כו' דשם פרטו העדים אופן הקנאה שכתבו

אג"ק איכא למימר שהעדים לא בקשו בזה רק לומר שהיה שם קנין אגב קרקע וכתבו דברים כהווייתן ולא כוונו להעיד שהיה באופן המועיל ע"פ הדין משא"כ כאן שכתבו וקנו ממנו ע"ז משמע שמעידים שהיה שם קנין מספיק לזה אלא שלא רצו להאריך איך היה ובלשון הודאה של בע"ד כבר כ' רמ"א סי' ס"ו שאין מדקדקין אח"ז דודאי היה בדרך המועיל:

(**סעיף ג'**) **אמרינן ששייר לו** משמע דלא מהני זה אלא מטעם שיור דהמקום אבל אי הוה ע"מ ל' תנאי לא מהני כגון באומר ע"מ שתתן דבר פלוני והוא דבר שאין בו ממש כ"כ הרא"ש בהדיא בפ' המוכר את הבית דהאי תנא ס"ל דע"מ הוה ל' שיור וא"כ לדידן דקי"ל כמ"ד ע"מ תנאי הוה כמ"ש ב"י בסי' ר"ט לא מהני ליה להוציא זיזין וקשה על רבינו שפסק כמ"ד ע"מ הוי שיור ובס"ס ר"ט כ' דתנאי הוה וכתב שם דיכול להתנות על דשלב"ל וכ"כ ב"י שם בהדיא וז"ל ולפ"ז לדידן דקי"ל דע"מ תנאי הוה וכו' וכן קשה אמ"ש רבי' והמחבר בי"ד סי' ס"א באומר ע"מ שהלחיים שלי הוה תנאי כו' וכן מבואר בהלכות אשר"י פ' הזרוע דתנא דמתנות כהונה חולק עם תנא דהמוכר את הבית בפי' לישנא דע"מ וא"כ קשיא ד"ר אהדדי דהתם פסק כמ"ד בהזרוע דע"מ תנאי הוי ומ"ש כאן כיון דאמר ע"מ שייר לו מקום כו' ולא מהני בתנאי בעלמא הוא נלמד מפ' המוכר את הבית מבריית' דבן לוי דמכר שדהו ואמר ע"מ שמעשר ראשון שלו כי היכי דהתם הוי שיור למקום מעשר ה"נ הכא שייר למקום הזיזין וכמ"ש שם הרא"ש וכאן פסק כפי הדין מההיא דבן לוי ובי"ד סי' ס"א הקשיתי ג"כ דברי הרמב"ם אהדדי ע"ש וכגון דא צריך נגר ובר נגר דלפרקינהו: (א"ה אנא לא נגר אנא ומפרקינ' לה דודאי האי דהכא לאו קושיא היא דל"ד קאמר הטור ששייר לו מקום בחצר בתורת שיור ולאגמורן דע"מ שיורא הוא ולא תנאי אלא כלפי שהוצרך לומר דאף שלא הזכיר שיור בחצר כלל אלא מכר לו הבית וכו' שלא הזכיר שום שיור בחצר אלא בדיוטא שהיא בלאו הכי שלו אמרינן דכוונתו גם כן לשייר בחצר מקום להוציא בו זיזין וכו' בין שעל מנת הוא לשון שיור או לשון תנאי מהני ואמרינן דבתנאי זה שהתנה שדיוטא עליונה שלו אין כוונתו על הדיוט' אלא על הוצאת הזיזין שהשאיר לעצמו כח בחצר על ככה ולא בא הטור עכשיו לפרש החלוקים שבין לשון שיור ללשון תנאי שכבר פי' זה לעיל סימן ר"ט וזה פשוט. וכבר היה אפשר לי לומר דהטור כלל בלשונו דברי הרמב"ן שהביא ב"י ס"ס ר"ט דמחלק בין אומר ע"מ שתתן דודאי תנאי הוי לאומר ע"מ שהוא שלי שהוא לשון שיור לכ"ע והוא חילוק נאה ומתקבל וכתב שכך הסכים רבינו האי גאון ועוד רבים זצ"ל ואף שהרא"ש כ' חילוק אחר יש לנו לומר דס"ל להטור לענין דינא תרוויהו איתנהו ובהכי דייק דברי רבינו הטור טובא

אלא שאין צורך לזה כי הדברים פשוטים כמ"ש וממילא אזדא לה גם הקושיא השניה שהקשה מטי"ד וק"ל אמנם מ"ש בי"ד ס"ס ס"א דברי הרמב"ם אהדדי ודאי קושי' אלימת' היא ומ"ש הש"ך איננו נכון לענ"ד דאי אמרת ע"מ שיורא הוא מה לי קרקע או מטלטלין והנלע"ד נכון בדברי הרמב"ם הוא דרוח אחרת אתו ז"ל בפי' המשנה דס"ל דמה ששנינו במשנתינו ואם אמר חוץ מן המתנות אכהן המשתתף עם ישראל בפרת עצמו קאי וא"ל לשון זה בשעת השיתוף וכ"כ בפי' המשניות ואם התנה בעיקר השותפות שאינו משתתף עמהם במתנות אלא שהם עומדין במקומן עכ"ל וכ"כ בחבירו התנה הכהן עמו שהוא שותף חוץ מן המתנות וע"ז קאי הבריית' שאמרה ע"מ שהמתנות שלי נותן לכל כהן שירצה דהיינו במתנה בשעת השיתוף וס"ל להרמב"ם כשיטת הרמב"ן הנ"ל דכיון דאמר ע"מ שהוא שלי ולא אמר ע"מ שתתן מוכחא מילתא דשיורא הוי אבל הכא במשתתף ואמר ע"מ שהמתנות שלי יש לנו הוכחה אחרת לו' דאינו ל' שיור שהרי חצי המתנות בלא"ה הם שלו ולא הוצרך לשיירם אבל אם תאמר שהוא לשון תנאי ככל לשון ע"מ שבתלמוד אתי שפיר שרצונו שהו' מוכר לו כל המתנות בכלל חלקו אלא שמתנה שעכ"ז יהיה שלו ולא מהני כיון שלא א"ל ע"מ שתתנם לי והיינו דכתב שהאומר ע"מ לא שייר לו בעצמו של מתנות כלום הואיל ולא שייר לו בהן שותפות לא קנאן ודוק. אחרי כותבי הג"ה זאת בהיותי עדיין עסוק בהדפסתה נדפס ס' נקרא פרי חדש וראיתי שאף הוא רצה לתרץ קושית הט"ז ז"ל אבל לא עלתה בידו לפע"ד כמו שאבאר ז"ל ואע"ג דבמתנות ע"מ לאו שיורא שאני התם דבמתנות איתנהו בעולם וקנין איכא אלא שמתנה עמש"ב אבל הכא גבי מעשר כיון שאם אנו אומרים שהוא תנאי נתבטל המעשה לגמרי לפי שא"א מקנה דשלב"ל ע"כ דשיורו שיור למקום מעשר ודברי הש"ך בכאן אינם נכונים ודברי הרמב"ם נראין עיקר משום דסוגיין פרק הזרוע גבי מתנות דחוץ שיורא ע"מ לאו שיורא וכמה סוגיות דפ' המוכר ריהטא איפכ' דע"מ שיור' אלא צ"ל כדפי' ע"כ והעתקתיו מפני שאינו מצוי ולעד"נ דבריו אלו אין להם טעם דמ"ש דמתנות איתנהו בעולם וקנין איכא מה איכפת לן שהיה מועיל קנין אם היה מקנה אותם כיון שעכ"פ עכשיו בלשון תנאי אין בדבריו כלום מכח מתנה עמש"ב ומ"ש עוד אבל גבי מעשר וכו' נתבטל המעשה וכו' ואם רצונו מעשה המכירה היא גופא קשיא אמאי יתבטל כיון שגם שם התנאי הוא עמש"ב שהרי הרשיהו לתתו לכל מי שירצה. ואם דבריו שלא בדקדוק ור"ל התנאי הא גבי מתנות נמי נתבטל התנאי מכח מתנה על מה שכתוב בתורה מה לי נתבטל משום דבר א' או ב' דברים גם מאי דפשיטא ליה דטעמו של הרמב"ם משום מעמש"ב ל"נ דאף שהרא"ש כ"כ התוס' נסתפקו בדבר גם ממ"ש הרמב"ן בחדושיו בשם ריא"מ ורה"ג וכן

הסכים הוא לא משמע כן ומסתמא הרמב"ם אזיל בשיטתם גם הדעת נוטה לדבריהם (ומ"ש דברי הרמב"ם עיקר וכו' הוא שלא בדקדוק כי גם הש"ך מחלק בין הסוגיות אלא שאני הקשיתי עליו. כנזכר ולהיות המדפיסים אצים אינני רשאי להאריך ע"כ):

(**ע"ש בהג"ה**) **כן שייר גם לחבירו** בדברי תשובת הרמב"ן שמביא ב"י כתב אם אמר שיירתי לי ולפלוני דירה לא זכה אותו פלוני שהרי שיור יש כאן ומתנה אין כאן עכ"ל וע"כ צ"ל הכא דאמר שיירתי לפלוני דירה שאני נותן לו במתנה:

(**סעיף ד'**) ובין המקנה אותה לפירות ע"כ יש להם איזה דמיון מדאמר מה בין ולא אמר הדין בפשיטות ע"כ נ"ל גם במקנה שדה לפירות יש זמן קצוב דהיינו עד זמן שנלקטו הפירות הראשונות דאם אינו כן אלא בלשון זה אפילו ר"נ דלעיל ס"א מודה דלעולם קאמר וכן משמע מל' רבינו דאמר בסמוך יכול לזורעה ולנוטעה כ"ז שירצה עכ"ל משמע דגם במקנה שדה לפירות הוי קנין עולם וכן הקונה פירות כוורת דסי' ר"ך והיינו כל פירות שיבואו לעולם וכמו שפי' רשב"ם פ' הספינה דף פ"ה אהא דאמרו פירות פי' רשב"ם כו' [פירות כוורת פירשב"ם של] שנה א' משמע דהאומר סתם פירות שובך הוה לעולם וכן בהגהות מיימוני סוף פ"ה דמכירה שכ' וכן לבני בניהם ע"ע עכ"ל ונראה הטעם בכ"ז דכיון דאלו הקנה לו הגוף ודאי הוי שלו לחלוטין גם בהקנה פירות כוורת ושובך הוי כמוכר בהדיא שובך וכוורת לפירות שיבואו כמ"ש סי' רי"ג מש"ה יש לחלק שפיר בין הך לסי' ס' דהמקבל עליו לזון סתם לדעת הרא"ש דסגי בשנה א':

(**סעיף ו'**) דהשוכר אינו כן בדברי הרמב"ם כתוב על זה והשוכר אינו רשאי להשכיר והקונ' מקנה לאחרים מה שקנה ותמה הב"י והא כתב הרמב"ם פ"ה דשכירות לא אמרינן אין השוכר רשאי להשכיר אלא במטלטלין שמא גנבו אותם אבל בקרקע לא ומש"ה לא הביא כאן דבר זה ובסמ"ע תי' דבשדה שייך קלקול שלא יזבלנה משא"כ בבית שאפשר לו למסור בפני עדים ענין הבית כמה הוא נותן לו משא"כ בשדה שלא יודע ועיין ברמב"ם שם יראה דוקא במטלטלים אמר שם אין השוכר רשאי להשכירה הא דברים שאינם מטלטלים דינם שוה שדה כבית ולעד"נ דה"ק שאין השוכר רשאי להשכיר למי שיש לו דיורין הרבה מבני ביתו של זה וכמ"ש בסימן שט"ו דאינו רשאי אבל הקונה מקנה אפילו להרב' קונים שאומר אני אלמלא כן פירושו תקשה לך הא באמת יש חילוק זה בין שכירות לקונה ומ"מ לא חשיב ליה א"ו אה"נ קאמר ובאמת ובהכי קמיירי:

(**סעיף ז'**) **וי"א דלא קנה** י"א זה הוא הרא"ש דס"ל בין אמר יהיה להקדש או ינתן להקדש בזה גם נדר לא הוי ואם אמר אתננה שהזכיר חיוב על עצמו היה נדר אבל הרמב"ם שהוא בעל הדין הא' ס"ל גם באמר ינתן להקדש או יהיה להקדש הוה נדר ובזה מתורץ

קושית הב"י על רבינו ובפ' ד' וה' בההוא דתקע לחבירו משמע שם לע"ד מדברי התלמוד כהרא"ש וכ"מ בתו' כנ"ל:

(**סעיף ט'**) **וכן אם אמר כו'** זה דעת הרא"ש שזכרנו שמחלק בין יהיה לאתננו ונ"ל דהמחבר לא כוון כאן לפסוק כהרא"ש אלא נמשך למ"ש לעיל ויש מי שאומר וכו' וכל זה הסעיף שלאחריו וכוונתו שחולק על תחלת ס"ז דאין מחלק בין הלשונות והיש מי שאומר מחלק אלא שהכניס ביניהם דין קנה קרקע כמ"ש ס"ח דשייך לדלעיל מיניה דאפילו משום גמר בלבי' הו"ל כאלו נדר ובזה נסתלקה תמיהת רמ"א במ"ש דברי המחבר אינם נכונים ובסמ"ע תי' סקכ"ב ומחלק בזה והנלע"ד כתבתי בזה עיקר דאדרבא משמע ריש המפקיד דר"מ מחלק בדשלב"ל בין פירות דקל דעבידי דאתי לשאר דברים משמע דלרבנן אין חילוק וא"כ מנ"ל לחלק לענין לכשאקננו:

סימן ריג

(**המוכר פירות שובך כו'**) הסמ"ע כ' טעם לזה מדלא אמר פירות שובך פלוני או יונים שיולדו כו' וק"ל הא בפ' הספינה פירשב"ם כגון שאומר פירות שנה זו מה שיולדו בכל חודש הרי לפניך דדין זה מיירי שאומ' באמת כן ונלע"ד דאה"נ דמיירי באומ' שיולדו כו' ואפ"ה לא מיקרי דשלב"ל כיון שזכר הכוורת והשובך שהוא כולל כל מה שבתוכה דהיינו שהקנ' לו כל היוני' שבתוכ' כמו אמת המים שהוא כולל כל מה שיצוד ה"נ באו' פירות שובך שיולדו הוי כאומר מוכר אני לך היונים לפירותיהם ועי"ל שאומר אני מוכר לך שובך לפירו' כדין אילן לפירותי' דלעיל וקמ"ל כאן דאף דאין היונים מן השובך וה"א ולא מהני ל' שובך לפירותיה קמ"ל דמהני כמו באילן:

סימן ריד

סעיף א' בהג"ה וכל זה לא מיירי כו' ז"ל תשובת הרשב"א בב"י קודם מחודש ב' המוכר או הנותן כל שלא פי' ממכרו או מתנתו לא נכניס אנו בהקנאתו יותר ממה שהקנה אבל הסיפור דרך הודאה במה שכבר הקנה א"צ רק לספר ולהודות דרך כלל ואם כתב והודה לו כמספר מה שהי' עם מה שהוא רוצה להוסיף לו עכשיו ואמר מכרתי בית לפלוני ומצריו פ' ופ' והרי מיפה עכשיו כוחו בכך וכך הודה מה שיש תוך המצרים שאין זו שעת הקנאה עד שנאמר מדהל"ל ולא שיירית כו' עכ"ל וכתב הסמ"ע מכל זה נראה דדוקא בהודאה דרך סיפור בעלמא אבל אם כוון וכו' גם מור"ם ס"ל הכי אלא שנתן מכשול להמעיינים בדבריו עכ"ל ונ"ל דברי רמ"א ברורים ומאי דקרו ליה כרב מכשול

הוא האמת ברור לדעת רמ"א והדין עמו דעיקר הוכחת הסמ"ע ממ"ש הרשב"א כמספר מה שהיה וכו' אמאי לא דייק מתחלת דבריו שכתב אבל הסיפור דרך הודאה וכן מבואר בל' שכתב וא"צ לספר ולהודו' ש"מ דעכ"פ צריך הוא להודאה ולא דרך סיפור דברים בעלמא ותו קשיא דהא הראיות של הרשב"א מורים באצבע כן ההוא דעשיתי לעבדי ב"ח בפ' השולח דף מ' ושם א"ר יוחנן וכולן בשטר ופירש"י שם שכתב לו בשטר ל' זה ומסר לו הרי לפניך דלראי' מסר לו וה"נ בנדון זה דיליף הרשב"א משם שמודה עכשיו שכבר הקנהו וע"י הודאה זו יקנה עכשיו אותו הבית ע"כ נלע"ד דזה הדבר נראה עיקר דזה הוא עיקר החילוק אם מקנה לו עכשיו אותו אבל אם מודה שכבר הקנהו לו ולראי' מודה לו עכשיו א"צ לבאר הפרטים דדי שיזכי' הדבר כמו שנעשה דרך כלל והוא בהדיא בסי' ס' בד"ר בשם הראב"ד ז"ל האומר נתתי לפלוני וכך הוה הודאה ולא הקנאה ומי שהוד' שנתן אין בודקין אחריו וה"נ ממש דכוותי' והא דכתב הרשב"א עם מה שמוסיף עכשיו אורחא דמלתא נקט דאין דרך למכתב ל' הודאה לשעבר בשעת קנין אלא שרוצה להוסיף עכשיו איזה ענין ודברי רמ"א פשוטים ואין בהם מכשול:

(**סעיף ד' בהג"ה שיפסיד ביתו**) משמע דדוקא היכא דהוי הפסד ביתו בכללו וא"א בענין אחר אבל באם יש לו במקום אחר לעשות בית הכסא אף שיהיה לו הוצאה יתירה לא איכפת לן מידי דהוי אדרך שצריך המוכר לקנות לו דרך לבור ודות כמ"ש בס"ב כנלע"ד:

(**סעיף ו' חוזר ובונה כו**') זו סברת הרמב"ן שהביא רבינו לכאורה משמע משום שהוא יתור ל' שדיוטא עליונה שלי הוי כן כמ"ש ברישא דמילתא וקשה הא בסוף כתב שיש רשות לבנות אם נפל אע"ג דליכא יתור לשון והוא ג"כ דעת הרמב"ן ונראה לי דגם בלא יתור ל' הדין כן ועל זה מורה לשון הרמב"ן בד"ר שכתב ודאי הקונה וכו' היינו מסברא ומה שהצריכו בגמרא יתורא דע"מ לענין נפילה ס"ל להרמב"ן כר"ת שמביא הוא שדיוטא היא שורה עליונה וע"ז אמר אם נפל חוזר ובונה אם נפל הבית מחויב הלוקח לחזור ולבנות משום הך דיוטא כדי שתהא חזקה וכ"כ ב"י בהדיא שהרמב"ן ס"ל כר"ת:

(**סעיף י"א כרעי המטה**) רבינו כתב על דברי הרמב"ם ולא ידענא מה ענין מלבנות המטה אצל מכירת הבית משמע מדברי הסמ"ע דעל הרמב"ם הקשה רבינו דלא ה"ל לכתבם ולע"ד לא קאי אלא על התלמוד דבעי ר"י מלבנות של כרעי המטה מהו ופי' הרמב"ם דקאי אמכירת הבית אם זה נמכר עמו כמו מלבנות חלונות דלעיל מניה וע"ז הקשה רבינו דמה שייך זה למכירת הבית ורבינו הסכים לרשב"ם בזה דהבעי' בזה קאי על מכירת המטה וכ"מ בד"מ דזהו עיקר החילוק שבין הרשב"ם לרמב"ם:

(**סעיף י"ב**) **נותן לו הקטן כו'** פי' דעכ"פ מחויב לתת לו בית ולא עלייה אע"ג דהלכה כרבנן דר"מ דעליה בכלל בית מכל מקום כיון שאומר בית בביתי משמע דבר שהוא מן המעולה קאמר רק שבאותו מן המעולה יד בעל השטר על התחתונה שיוכל לתת לו מהפחות שבו וכן נוטה דעת רמ"א ולא כב"י שעשה מחלוקת בין רמב"ם לרבינו:

(**סעיף י"ג בהג"ה**) **או שקיבל עליו לעשותו** הג"ה זו מקומה בתחילת הסעיף אחר מ"ש המחבר המוכר מקום לחבירו וע"ז הגיה רמ"א או שקיבל עליו לעשותו ור"ל דל"ת דדוקא בבית חתנות כתב המחבר המקבל מחבירו לעשות אבל לא ברישא קמ"ל דהכל א' ונראה טעמו של הרמב"ם שכתב בית חתנות דאורחא דמילתא לעשות חדר מיוחד לבנו ואין שם שייכות מכירה ומ"ש סמ"ע דבריו דחוקים:

סימן רטו

(**סעיף א**) פרק המוכר את הבית אמרינן רא"א המוכר את החצר לא מכר אלא אוירה של חצר משמע דלת"ק דקיי"ל כוותיה דקנה אפילו בתי' וכ"ש אוירה וקשה ממ"ש בסימן רי"ד ס"ה יש מי שחולק לענין עומקא ורומא וי"ל דהתם איירי באויר שברומא דהיינו שיש רשות למוכר לבנות ברומא ולהניח החצר עם האויר משא"כ כאן דמיירי שקנה מה שבתוך מחיצת החצר הן האויר והן הבתים אבל לא האויר ששייך חוץ למחיצת החצר ובחנם דחק הסמ"ע בזה סק"א:

(**סעיף ב**) **האבן הגדולה** הב"י הקשה על רבינו כאן כמבואר בו יני"ל דרבינו נקט הענינים כדרך מלאכתם בתחלה כותשין זיתים במפרכת ואח"כ נותנין אותן ברחים ואח"כ בבית הבד אם כן נקיט תחלה האבן הגדולה שהיא פי' של מפרכתא האמור בגמ' אע"ג דלא זכר רבינו מן המפרכות כלום בפי' מ"מ היא בכלל האבן שזכר שטוחנין עליה שמתחלה כותשין עם מפרכתא ואח"כ נקיט הים והיינו שנקטא המתני' ג"כ ים והיינו מה שנקטא הברייתא יקבים דחדא היא ולא כמו שחילק אותם הרמב"ם ובזה מתורץ מה שהקשה הב"י למה לא זכר רבינו מפרכות גם מה שהקשה למה לא זכר העכירים דהיינו כובשים ותי' שנכלל במ"ש רחיים העליונה והוא תמוה דחילוק גדול יש ביניהם דהא בגמרא בברייתא תנא אם אמר היא וכל מה שבתוכה כולם מכורים לענין הרחיים העליונה אבל לענין העכירים לא מהני אע"ג דלתנא דמתני מהני מ"מ מצינו שיש חילוק ביניהם עכ"פ ונ"ל דרבינו לא הוצרך לכתוב העכירים שהיא נשמע מכלל הדיוק כיון שאמר שמכר הלוחות דהיינו הדפנים שנותנים סביב הוא ממילא נשמע לשאר דברים בשלמא בברייתא דתנא תחלה שמכר הנסרים סתם הוצרך לומר אח"כ שיש חילוק ולא מכר

עכירים כמ"ש רשב"ם בגמ' משא"כ הטור דנקט תחלה בפי' הנסרים שמכר מכלל הן אתה שומע לאו דאל"כ לכתוב סתם גם מה שהקשה ב"י למה לא נקט רבינו שלא מכר גלגל ונרא' דהוא נלמד מכח ק"ו מכח הקורה כיון דתרויהו תלושים הם והגלגל הוא טפל לקורה כיון דלא קנה הקורה לא קנה הגלגל ומתני' דנקט ליה הוא דרך לא זא"ז והא דלא נקט דמהני הוא וכל מה שבתוכה בענין העכירים משום דהוא בכלל מה שכתב הכל מכור חוץ משקין כו' שמע מינה דהשאר הכל מכורים כן נראה לי כוונת רבינו:

סימן רטז

(**סעיף ד**) שהמוכר בעין יפה מוכר וקשה ל"ל האי טעמא הא בלא"ה לא שייר אלא הגפנים דהגפנים הם יותר בכלל אילנות כמ"ש רשב"ם בהדיא ובסמ"ע סק"ז פי' כן לדעת הרמב"ם ובסמ"ע סק"ט כתב דבא לתרץ בזה דלא ניחא דקנה שניהם ולפ"ז אם היה איפכא שאמר א' לחבירו אני מוכר לך דבר פלוני והיה לו שני דברים וא' מהם קרוב יותר לשם ההוא שמכר אמרינן דצריך ליתן לו שניהם מכח דבעין יפה מכר כמו הכא באילנות ואע"פ שהא' קרוב יותר לשם אילנות וזה ודאי אינו דבהדיא אמרינן בגמרא ובסימן רט"ו ס"ו בד"א במוכר שהיה לו לפרש כו' ולא אמרינן שם מכח מוכר בעין יפה שקונה הכל דלא מהני עין יפה אלא הדבר הקנוי ודאי שיקנהו בכל פרטיו כמ"ש גם בסמ"ע וא"כ הכא ודאי לא קנה אלא מה שקרוב יותר לשם אילנות דהיינו גפנים עכנ"ל דהרמב"ם דהכא לא ס"ל האי סברא דהוי גפנים יותר קרוב לשם אילנות מדקלים אלא שוים הם לענין השם ומש"ה היה סברא שפיר לומר שניהם שייר ולזה מהני סברא דבעין יפה מוכר בשייר דלא שייר אלא הפחות דהיינו גופנא דדיקלא חשיבי טפי מגופני ואף ע"ג דאמרינן בפ' החובל גופנא קנה דיקלא דיקלא לא קנה גופנא הא כתבו תוס' שם דיש צד דדיקלא עדיף ע"ש ולפ"ז אם אמר א' לחבירו אני מוכר לך אילנות והיו שם גופנא ודיקלא אה"נ דצריך לתת לו שניהם כיון דשם אחד הוא להם אבל לפירוש רשב"ם דגופנא הוא יותר קרוב לשם אילנות אף במוכר אילנות אין צריך לתת הדקלים ולא מהני בזה עין יפה ובהא מילתא יש פלוגתא בין רשב"ם לרמב"ם:

(**סעיף ה'**) **האומר לחבירו** לדעת הרמב"ם שאומר קרקע ודקלים לא הוי ב' מכירות במ"ש בסמ"ע סקי"ד וחולק על רשב"ם בזה דס"ל דהוי ב' מכירות ואף שא' מהם בטל כגון דלית ליה דקלים נשארה מכירת הקרקע קיימת ולהרמב"ם לא מיירי התלמוד מזה כאן כלל ולפ"ז כל היכא דמכר א' לחבירו בפ"א ב' דברים בסך מה ונמצא שא' מהם אינו ברשותו ודאי הסברא נותנת דמכירת השני בטל דזה יוכל לומר כיון שכללתי אותם בסך

א' היתה המכירה א' וגם שוה בעיני הרבה ולא אקח א' מהם כפי שומת האנשים ומכ"ש בקרקעות דאין להם אונאה ובמ"מ כתב גם כן הכא לדעת הרמב"ם דמצי לומר לא הייתי קונה א' בלא חבירו וכ"כ רבינו הטור לדעת הרמב"ם דאם אינו נותן לו ב' דקלים דגם מקח הקרקע בטל יש להקשות אמאי סגי כשיקנה לו המוכר ב' דקלים ממקום אחר והא עכ"פ בשעת המכר לא היו בעולם ונימא דגם ממקח הקרקע יכול הלוקח לחזור בו וא"ל כיון דישנן בעולם חשיבי ברשותו דא"כ כי לית ליה דיקלי יהא המקח קיים ויכוף אותו הלוקח שיקנה לו ממקום אחר ואמאי תהא הברירה למוכר בזה ותי' בכ"מ שמצד שהוא בעולם חשיב כדשב"ל ומצד שאינו ברשותו מקרי דשלב"ל ומש"ה כשאומר המוכר הרי אני מקיים כמו שהבטחתיך ומחוייב אתה לקיים המקח הדין עמו וצריך לומר שעכ"פ מיירי שמצוי לקנות הדקלים דאל"כ ודאי אין שם מקח כלל על זה במ"ש ריש סימן רי"ג [רי"א] וסי' ר"ט מ"ה בדברים שאינם ברשותו וא"ל א"כ הדרא קושיא לדוכתיה יתחייב המוכר לקנות הדקלים כמ"ש הרמב"ם עצמו הביאו המחבר סימן ר"ט ס"ג נותן לו הביאו המחבר סימן ר"ט ס"ג נותן לו בשער שבשוק כו' די"ל דמיירי דאינו מצוי מאוד לקנות דקלים ולקיים המכר שמכר לו הקרקע אבל אם אינו רוצה ליתן לו כלל דקלים ודאי אינו כופהו של מקח הקרקע לחוד כ"ז לרמב"ם דחשיב ענין זה במכירה א' אבל הרמב"ם ס"ל דהוי כב' מכירות. ומעש' בא לידינו בא' שמכר לחבירו שני מקומות בב"ה באיזה סך ונתברר אח"כ דלא היה לו אלא מקום א' ואמרנו שדין זה הוא מחלוקת רמב"ם ורשב"ם שזכרנו ואין לנו כח להוציא ממון נגד הרמב"ם וכל המכירה בטילם וכן משמע ממ"ש סי' קפ"ב ס"ח שכתב ומיהו הלוקח יכול לחזור לומר איני רוצה לקנות אלא סאתים ביחד כנלע"ד:

(**סעיף ח' בהג"ה על הלוקח להביא ראיה**) נ"ל דכ"ש אם היו מחולקים בזה שהמוכר אומר מכרתים זה אחר זה ולוקח אומר בפעם אחת קניתים ועל הלוקח להביא ראיה ובזה מתורץ קושית הרשב"א והריטב"א על הרמב"ן בזה דאמאי יצטרך הלוקח להביא ראיה דהא ידוע שמכר לו אילנות ואנו רואין ענפי אילן נוטין ע"כ הם עדות על מכירת הקרקע דאמרינן כאן נמצאו וכאן היו עכ"ל ולפמ"ש ניחא דמש"ה המוכר נאמן לדעת הרמב"ן במיגו דאי בעי אמר המוכר מכרתי לך בזה אחר זה ובזה ודאי אפילו הרשב"א וריטב"א מודים דעל הלוקח להביא ראיה דכיון שיש ספק בעיקר המכירה אין שייך לומר כאן נמצאו וכאן היו וא"ל הא הוי מגו להוציא י"ל דקרקע בחזקת בעליה קיימת אלא דלוקח בא להוציא מן המוכר ובזה ניחא לך מה שהקשה הסמ"ע סקל"ב אמאי יקוץ הא אם יהיה מחלוקת ביניהם יהיה המוכר נאמן ותי' הא' הוא בנ"י ותי' הב' שלו דאם יש ספק

בדין הנזכר בס"ט דהמוכר אומר ב' מכרתי לך והעלו שרשים מתחת הקרקע דאז הלוקח נאמן כיון דלא שכיח לא עיין הרב בנ"י שם כתב להדיא דגם בזה המוכר נאמן אלא דק"ל גם על הטעם דנ"י דלא ניחא ליה לירד לדין הא עכ"פ ינצל מזה דהלוקח המחזיק באילן ע"כ יוכל לטעון קניתיה עם הקרקע במ"ש ס"ס קמ"א ואף שזה יוכל למחות מ"מ לא ינצל מלירד לדין ודוחק לחלק בין דין לדין ולפי מ"ש ניחא דעיקר נאמנות המוכר מכח מגו המוכר אינו רוצה לכתחלה לסמוך על המגו שמא יהיו עדים שממולם לא היה עסק לזה המוכר עם הלוקח אלא פעם א' ונמצא לא יוכל לומר שמכרם בזה אחר זה ע"כ צריך הלוקח לקוץ כנלע"ד:

(**סעיף י"א המוכר קרקע**) בד"ר נראה להגיה בדרך זה והרמב"ם כתב יש לו חצי קרקע כו' וכן אם שייר ב' אילנות יש לו קרקע הצריך להם ול"נ עכ"ל כנלע"ד ועל הדין הא' כתב ונ"ל דלמה יתן לו חצי הקרקע במשייר האילנות וכתב הדין של ב' אילנות בשם הרמב"ם אף ע"פ שכבר כתבו הוא עצמו כי היכי דלא תטעה לפרש מ"ש הרמב"ם בשייר אילנות דנותן לו חצי קרקע כו' ודמיירי שכל הקרקע צריך לאלו האילנות וע"כ הביא הך דסיפא דלא מיירי ע"כ בענין זה מדאמר בסיפא הקרקע שצריך לא ברישא:

(**סעיף י"ג עם חצי הקרקע כו**') לפי מה שרצה הסמ"ע סקצ"ח לחלק לדעת הרמב"ם בין הך דהכא ובין ההיא דס"ס קמ"א תמהתי דהא הנך תרווייהו נלמד ממימרא אחד ממ"ש בגמרא בפח"ה מכר לזה קרקע ולזה אילנות יש לו חצי קרקע והאיך אפשר לחלק ביניהם וכבר השאיר המ"מ דברי הרמב"ם בצ"ע:

סימן רכ

(**סעיף ז**) (טור ס"ט) המוכר את החמור כו' מביא דעת הרמ"ה בזה וצריך ביאור כי הב"י לא ביאר כל הצורך בזה, גם כ' שהחלוקה באם פי' רכיבה כו' כדי נסבה ולא נלע"ד כן כמו שאבאר גם ראיתי מי שפי' מ"ש הרמ"ה ב"פ חומרא לתובע וכו' הוא שלא מכח ספיקות התלמוד אלא מספיקא דמספקא ליה לעצמו אי מהני יתור לשון מ"ש למשוי וזה אינו שוה לי לגמרי, דאין מדרך שום פוסק שנסתפק באיזה דין לומר עליו חומרא לתובע כי אולי יהיה הדבר ברור בעיני אחרים מאי דמספקא ליה. ותו, דאין כאן יתור ל' לגמרי דהא מוכרח לומר למשוי דקי"ל כרבנן דס"ל סתם לרכיבה קאי. ונלע"ד ברור בפירוש דברי הרמ"ה בדרך זה שנינו בפרק הספינה המוכר את החמור לא מכר את כליו נחום המדי אומר מכר את כליו אמר עולא בשק ודיסק' וכומני דת"ק סבר סתם חמור לרכוב קאי ונחום המדי סבר סתם חמור למשוי קאי אבל אוכף ומרדע' ד"ה מכורין איבעיא

להו בעודן עליו מחלוקת אבל בשאינן עליו מודה נחום לרבנן א"ד כשאינן עליו מחלוקת אבל בעודן עליו מודים רבנן לנחום ולא איפשטא וע"ז אמר הרמ"ה דכיון דלא איפשטא האיבעיא אזלי' לחומרא דהמוציא מחבירו עליו הראיה ואמרי' דעולא קאמר אפי' בעודן עליו ס"ל לת"ק דאין שק וחביריו מכורין ממילא מה שמסיים עולא אבל באוכף כ"ע מודים דמכורים, מיירי דוקא בעודן עליו וע"כ אמר הרמ"ה אפי' לת"ק באוכף בעינן עודן עליו, אבל בשק לא מהני עודן עליו כיון דלא נפשטא האיבעי' בגמ' ולא הוצרך הרמ"ה לומר בזה קולא לנתבע כו', דזהו עיקר האיבעיא בגמ' וכיון דלא נפשטה פשוט הוא המע"ה וחומרא לתובע ולא הוצרך הרמ"ה לכתוב זה אלא במקומות שאינם מפורשים בגמ' דהוי בעי' בהו אלא הרמ"ה הכניס אותם בתוך האיבעיא בזה הורה לנו דהוי חומרא לתובע כו' כלומר גם זה בכלל האיבעיא בגמ' ומש"ה כ' הרמ"ה אבל אם פי' לרכיבה כו', הורה בזה חידוש גדול, דבזה אפי' אומר בפי' הוא וכל מה שעליו לא מהני כיון שפי' לרכיבה הורה כונתו במ"ש הוא וכל מה שעליו ר"ל השייך לרכיבה ולא כמ"ש ב"י בזה דכדי נסבה ומ"ש הרמ"ה דאם פי' למשוי שק מכור בעודן עליו זה פשוט דהא שייך למשוי והוא אמר בפי' למשוי אלא דבאינן עליו הוא נכנס בכלל האיבעיא בגמ' דהא אם תפרש דברי עולא בעודן עליו תלמוד דין זה דהא לת"ק סתמא לרכיבה והוי כאומר בפי' לרכיבה, וא"כ היה ראוי באוכף דקאי לרכיבה להיות נקנה אפי' אינן עליו ואפ"ה אמרי' להך סברא דדוקא בעודן עליו אבל לא באינן עליו ה"נ בזה שאמר למשאוי לענין שק ואף שהשק שייך למשוי מ"מ אפשר דלא קנאו כל שאינן עליו ומש"ה הוי חומר' לתובע כו' ואח"כ אמר באוכף דאם אינם עליו פשיטא שאינם מכורין ותרתי לריעות' יש כאן דאמר בפי' למשוי ואינן עליו אלא דבעודן עליו נכנס בספיקות התלמוד דאם תפרש דברי עולא באינן עליו אבל בעודן עליו מודה ת"ק דמכר השק דאע"ג דאין השק שייך לרכיבה ולת"ק סתם חמור לרכיבה מ"מ אהני הך בעודן עליו לפי סברא זו ה"ה נמי כאן שאומר למשוי ואפ"ה אפשר דקונה אוכף השייך לרכיבה כיון דעודן עליו ומש"ה זה חומרא לתובע כו' ואח"כ אמר אם פי' בין לרכיבה כו' בעודן עליו פשיטא דהכל מכור דיש תרתי לטיבותא אלא דבאינן עליו נכנס בספק דהא לת"ק סתמא לרכיבה קאמר ואפ"ה בעינן באוכף עליו לסברא שתאמר דעולא מיירי בעודן עליו דוקא גבי אוכף ה"ה בזה לענין שק אע"פ שאמר ג"כ למשוי זה נל"ב ולא יכחישנו רק המתעקש ומכחיש דבר אמת:

סימן רכא

(**בהג"ה היתה בחחילה קציצה**) כדי לבאר דבר זה נעתיק מ"ש הנ"י פ' האומנין אגמרא יפה ששה דינרין נותן להם שקל וז"ל כתבו האחרוני' ז"ל בשם רמב"ן דל"ד שחזר בע"ה סתם אלא אפילו פי' ואמר אין רצוני אלא בכך וכך ואזלו פועלים ופייסיניה כיון שהיתה קציצה ביניהם מתחלה ואם היה חוזר יש להם עליו תרעומת כשפייסוהו על דעת תנאם הראשון פייסוהו ול"ד להההיא תו' פי' דין זה שזכר כאן המחב' שאותו שתבע את חבירו צריך שיתן כדעת חבירו דהתם שאני דליכא קציצה אחרת עכ"ל וכ' אחר כך דהיינו דוקא כשהיה להם תרעומת אם חזר בו אבל אם היה אפשר לבע"ה לחזו' בלא תרעומת כגון שכבר חזרו הפועלים בהם או שאפש' להם למצא מקום להשתכ' בזה אמרי' כשחוז' בע"ה ואמר בפי' אין רצוני אלא בכך וכך ואולי פועלים פייסוהו כיון דאין להם אפילו תרעומת בטלה הקציצה הא' וכבר חזר ממנה וקצץ קציצה אחרת ואדעת' דהך קציצה נתפייסו עכ"ל משמע לי מזה דבמקום שיש תרעומת קיימא קציצה הא' היינו דוקא אם אזלו הפועלים וגילו דעתם שאין רצונם לעשות על פי השער שאמר עכשיו אז אמרי' ודאי גם בע"ה נתפייס וחזר מן החזרה לקציצה הראשונה אבל אם אחר חזרת בע"ה הלכו הפועלים בלי שום דיבור ועשו מלאכה ודאי אין להם אלא כמו שחזר בע"ה ואמר בפי' אין רצוני ליתן רק פחות דמש"ה כ' נ"י כשפייסוהו על דעת תנאם הראשון פייסוהו להורות דתליא מילתא בפיוס כמ"ש משא"כ בסתם דודאי קבלו דעתו במה שחזר בפי' והם לא אמרו כלום דודאי המשיכה או הקנין שעשה אח"כ היה על סך חזרה שחזר בו עכשיו כיון שיש בידו לחזו' מן הדין והוא חזר וא"ל מ"ש בנ"י בשם רמב"ן שאני הכא דליכא קציצה ולא אמר ש"ה דליכא פיוס אחר החזרה דקמ"ל רבותא אף אם היה פיוס ל"מ כיון שלא היה שם קציצה כלל ולפ"ז מ"ש רמ"א כאן אם חזר ומשכו סתם כו' צ"ע מאוד מאחר שאין לנו גילוי דעת מהלוקח דלא ניחא ליה ליקח בסך החזרה במה נתבטל החזרה שפי' המוכר בפי' שאינו רוצה ליתן בסך הראשון כמ"ש רמ"א עצמו היה תחלה קציצה ביניהם וחזר א' משמע שחוז' בפי' וא"ל דמיירי רמ"א כאן שהלוקח הרבה והפצי' בהמוכ' וכדרך שזכרנו בפועלים דלעיל שפייסוהו דלא ה"ל לרמ"א לשתוק מזה כיון שהוא מיסוד הדין ואין בידי לקיים דברי הרמ"א אלא בדרך זה דה"ק אם חזר א' מהן מן הקציצה ונתבטל המקח ואח"כ בא הוא עצמו ומשך בסתם ודאי אדעתיה דקציצה הא' משך דהא הצד שכנגדו לא גילה דעתו שמבטל הקציצה ואם כן הוה הדין כמו שכ' המחב' אם המוכ' הוא שתבע כו' אלא שאין ענין זה שייך להההיא דנ"י שזכרנו אבל הוא

אמת מצד הדין אך דאין לו מקור וצ"ע ולעיקר הדין נראים הדברים כמ"ש דכל שחזר המוכר בפי' מהקציצה הא' והלוקח בא ומשך סתם אדעתיה דקציצה הב' משך:

סימן רכב

(**סעיף א'**) **נאמן בעל המקח** בדין זה יש ב' שיטות הרי"ף לפ"ד הרא"ש ורבינו ס"ל כשנקט זוזי מא' הוא מעליותא דבזה מדכר דכיר למי זבין אפילו אם אומר שנתרצה למי שלא נתן מעות ונ"ל הטעם דכשלקח המעות ודאי רמי אנפשיה באיזה אופן לקחם אם להחזיק או להחזירם ואם כן צריך שידע למי יחזיר ובודאי ע"י המעות יודע האמת ומש"ה פי' דכי פריך וליחזי זוזי ממאן נקט פריך אפי' באין מקחו בידו יהיה נאמן דע"י לקיחת המעות יהיה נזכר לעיק' הדבר ומשני אה"נ אלא דהכא מיירי בנקט זוזי מתרווייהו ולא ידע כו' נמצא דאין מעליותיו במקחו בידו לסייע לא' רק בנקט זוזי משניהם אבל בנקט מחד הוי מקחו בידו ואין מקחו בידו שווים דנאמן המוכר ויש בד"ר ט"ס בהיפוך דברים וכן נ"ל להרי"ף כ"ז שמקחו בידו נאמן ל"ש נקט זוזי מתרווייהו מחד מדעתיה ומחד בע"כ ואינו יודע איזה מהן נתן המעות מדעתיה אומי מהם נתן המעות בע"כ ב' יש נקט זוזי מחד אפילו ידוע בעדים נאמן לומר שנתרצה לזה כו' דאי לגירסא שלפנינו תמוה היאך נאמן נגד עדים גם אינו מתיישב מ"ש אח"כ למי שלא נתן המעות והא מיירי עכשיו שקיבל משניהם אלא כהגהתי כן עיקר ומ"ש ידוע בעדים ר"ל עיקר נתינת המעות ידוע אבל לא ידוע איזהו מדעתו וכו' ומ"ש רבינו או מי מהם נתן בע"כ המעות ולא אמר בקיצו' מי בע"כ קמ"ל בזה דלא בעינן ב' ידיעות דהיינו שלזה מדעתו ולזה בעל כרחו אלא ידיעה זו סגי וראיתי מי שכ' ראיה לדברי רבינו כפי הנוסחא שלפנינו ממ"ש הרמב"ן בספר מלחמות וז"ל דאפי' נקט מוכר מאחד בפני עדים ברצונו נאמן לומר לחבירו מכרתי קודם לכן או אחר כך וקנה הטלית במשיכה וכו' ולא קרב זה אל זה דהרמב"ן לא מיירי אלא שיש עדים על אחד ומן הב' אינם יודעים מאומה ומש"ה יש לומר דבאמת קנאה הב' משא"כ בד"ר שכ' בהדיא ויש עדים שלב' בע"כ ודאי אינו נאמן נגד העדים וברור הוא כאשר הגהתי לע"ד ור"ח והרא"ש פליגי על הרי"ף בתרתי האחד לדידהו הוה נקט זוזי מחד הרבה לגריעותא אי הוא מעיד שנתרצה להב' דאנן סהדי דלא כן הוא והב' דס"ל באין מקחו בידו לא הוה שום נאמנות למוכר טפי מע"א דעלמא לכל מילי דדוקא כשיש מקח בידו דיש לו מגו אז הוא נאמן טפי משאר עד א' מש"ה פירשו דמאי דפריך ולחזי זוזי פריך אמקחו בידו דהיינו לא יהא נאמן באם מקחו בידו בהך גריעותא דנקט זוזי מחד לו' שנתרצה לכשנגדו ומשני דנקיט זוזי מתרווייהו וא"י לנו למי נתרצה בזה דוקא המוכר

נאמן בזמן שמקחו בידו שהוא יודע האמת והנה הרמב"ם סתם לכתוב דנאמן במקחו בידו ואין נאמן באין בידו ואי ס"ל כר"ח הי"ל לבאר ואף אי ס"ל כהרי"ף ה"ל לבאר באין מקחו בידו דנאמן בנקט זוזי מחד והסמ"ע כ' שאפשר שרמזו במ"ש אינו נאמן אלא כע"א וזה מיירי דוקא כשקיבל מב' דאי לא קיבל אלא מחד אינו מעיד אפי' כע"א וכו' אע"כ מיירי שקיבל משניהם ע"כ ולענ"ד אין זה כדאי שהרמב"ם ישמיט דין מחודש דנאמן טפי מע"א בנקט זוזי מחד ולרמז ברמז ותו מאי נגיעה יש כאן דאטו מי לא נוכל לומר דמיירי שכל א' מבע"ד מביא דמי מקחו בידו באופן שאין להעד שום נגיעה וזה נכלל במה שקרא להמוכר ע"א ונמצא דינו ככל ע"א עוד כ' הסמ"ע דהרמב"ם ס"ל בפשיטות דאי נקיט זוזי מחד דנאמן טפי מע"א ולא הוצרך לכתבו דהוא תמוה דהא הרמב"ם כ' בפי' דאם אין המקח בידו דהוה כע"א מאחר שאינו נוגע בעדות משמע דקמ"ל דעכ"פ יש לו מעליותא כשאר ע"א ולא גרע מיניה כ"ש דהל"ל דהוא נאמן לפעמים אפי' טפי דע"א כיון דנקט זוזי מחד עכ"ל נ"ל דברמב"ם יש לו שיטה ג' בזה וס"ל באין מקחו בידו אינו נאמן בכל גווני בעולם רק כע"א וכי פרכינן בגמ' דלחזי זוזי ממאן נקט פריך אאין מקחו בידו דמ"מ זה שמעיד כנגדו יתחייב שבועת התורה וזה שמסייעו יש לפטרו לגמרי כיון שזה מסייעו ומשני דנקיט זוזי מתרווייהו ולא ידענא ע"כ אין כאן שום עדות והוי דינא שכ"א ישבע כתקנת חז"ל וזה הפי' כתבו סמ"ע בשם בעל המאור וכתב שזה ג"כ דעת הרמב"ם דנ"ל ברור דהרמב"ם פי' כן גם בדברי הרי"ף בדרך זה דמעולם לא נתן שום מעלייתא באין מקרו בידו שיהיה נאמן טפי מע"ח דלשון הרי"ף פ"ק דב"מ הכי הוא וש"מ היכא דאין המקח יוצא מתחת ידו של המוכר אינו נאמן לומר מהא נקטינא מדעתי ומהא בע"כ והרא"ש הבין דברי הרי"ף אלו דאי נקט זוזי מחד דאה"נ דנאמן אבל הרמב"ם לא פי' כן אלא הרי"ף נקט לישנא דאמר בהדיא בגמרא היכי דשקיל לזוזי מתרווייהו דבזה לא מהימן טפי משאר ע"א וע"ז פריך התם הרי"ף דבריש ב"מ משמע דאי ידע מהימן טפי משאר ע"א וע"ז משני הרי"ף דבב"מ מיירי במקחו בידו אבל באין מקחו בידו אין לו שום מעלה משאר ע"א ובפרק עשרה יוחסין גרסינן גם לרי"ף ולא ידוע ובזה נסתלקה קושית הרא"ש בפ"י יוחסין על הרי"ף והכי מוכח סוף דברי הרי"ף בריש ב"מ שכתב ז"ל אבל היכא דניחא בידו דמוכר אלא שניהם אדוקים בו אין בעל המקח נאמן לומר לזה לא מכרתי אלא עד דמצרף אחרינא בהדיה בשאר עדות דעלמא עכ"ד משמע שאין לו מעלה בשום פנים על שאר ע"א כנ"ל נכון דעת הרי"ף ואחריו הרמב"ם וזה ג"כ כוונת רמ"א שכתב בתוך דברי הרמב"ם כאן ל"ש נקט זוזי מחד כו' עכ"ל ותמה עליו הסמ"ע וכתב לכן נראה דהג"ה זו קאי אירישא אמקחו בידו וכדעת הרי"ף ולמ"ש נתיישב

הכל דדברי הרמב"ם כפשטן כמו שהביא רמ"א כן עיקר וגם דברי הרי"ף מתישבים יפה לפי דעת הרמב"ם כנ"ל עיקר:

(**סעיף ג'**) **חייב לשלם** כתב הסמ"ע סק"ז ואינו יוצא ידי תשובתו כו' משמע דאין כופין אותו בב"ד המעיין ביבמות דף קי"ח יראה דלר' עקיבא הוי קנסא שקנסוהו חכמים וכן משמע בהמפקיד דף ל"ו לר"ע דלא מיירי בבא לצאת י"ש ע"כ בודאי כופין הב"ד לשלם והא דכתב תחלה דרוצה לעשות תשובה קמ"ל רבותא דאע"ג דבא התשלומין מכח הודאתו וסד"א דבזה לא קנסוהו רבנן קמ"ל כנלע"ד:

(**סעיף ד' בהג"ה**) **אני הלוקח כו'** מ"ש רמ"י ואחריו סמ"ע דצריך שבועה תמהני על ב' אריות שיאמרו כזה דלפי הנראה אין כאן שבועה דדין זה אי' פ' האומר דף ס"ג לענין קידושין שאם האב אומר קדשתי את בתי וא"י למי קדשתיה ובא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן וקי"ל שם כרב אסי דנאמן אפי' לכונסה ופירש"י הטעם דלא חציף אינש לומר לפני האב שקיבל הקידושין אני הוא דמירתת דילמא יכחישנו ויאמר ידענא דלאו את יהבת לי קידושין ומשם נלמד דין זה לענין מכירת השדה ואם יש כח לסברא זו להתיר ספק א"א ושם אין שייך שבועה ק"ו לענין ממון הקל דזכה בשביל זה וכ"מ לשון הג"מ פ"ט דאישות וז"ל ונראה לריב"א דמהימן דהואיל והמוכר מודה שאינו שלו מצי א"ל למוכר לאו את מודה דלאו דילך הוא זיל לעלמא ואם יבא אחר ויכחישנו בסהדי הריני מחזיר לו עכ"ל הרי לפנינו דלאו בע"ד דידיה הוא א"כ מי ישביענו ע"כ נלע"ד דאין לשבועה זו מקום ומש"ה לא הזכרוה בהגהת מיימ ולא רמ"א:

סימן רכג

(**סעיף א' המחליף**) **כו'** רש"י מפרש טעם למה נקט כאן מחליף וכמ"ש הסמ"ע ונראה דאין ה"נ דמצינו גם בפרה וחמור דין מוכר כזה דהיינו שהלוקח ומוכר מכחישין זא"ז שזה אמר ברי לי שילדה קודם לזה וזה אומר להיפוך אלא דלא מיירי כאן בהכחשה רק בספק שהוא לשניהם וזה לא שייך אלא במחליף:

(**ע"ש**) **וטען בעל הפרה כו'** משמע שאין חילוק ביניהם רק בזמן הלידה וק"ל מסימן ר"ך ס"י המוכר פרה סתם לא מכר הולד ואם אמר פרה מעוברת מכר הולד וא"כ קשה הכא ממ"נ אי אמר פרה סתם הא לא מכר הולד אפי' נולד אח"כ ואי אמר פרה מעובר' הא מכרו אפילו לולד קודם וא"ל דמיירי בסתם ושאני הכא דאפ"ה קנה הולד כיון שהיה במעי אמו בשעת משיכה משא"כ לעין דמיירי שכבר היה נולד דהא כ' רבינו שם בשם

הרא"ש דכשהיא מעובר' עדיין מכר הולד משמע לדיעה ראשונה שם אפי' במעוברת לא מכר הולד ונ"ל דבאמת לא כ' רבינו שם דרך פלוגתא:

(**ע"ש**) **אפי' אם הלוקח טוען ברי** לתרץ דברי הרמב"ם והמ"מ שהניח ב"י בצ"ע נלע"ד דס"ל להרי"ף דאף דקי"ל בריש הפר' כרבנן דפליגי אסומכוס ואמרו שם זה כלל גדול בדין המע"ה ואפי' הניזק אומר ברי והמזיק אומר שמא מ"מ כאן קי"ל כסומכוס דדוקא התם דזה בא להוציא מתחת ידי המזיק משא"כ כאן דקיימא באגם וסימטא אלא דזה לא מהני אלא לענין שלא נוקמי בחזקת מרא קמא ואפ"ה פליגי רבנן אסומבוס וס"ל בספק זה המע"ה דאנן קי"ל כסומכוס בזה דהא אין כאן מוציא מרשות חבירו כנ"ל כוונת הרי"ף וכן יתבאר עפ"ז דברי הרמב"ם שהעתיק המחבר כאן דמ"ש אפי' אמר המוכר א"י על הלוקח להביא ראי' פי' דאם טען הלוקח ברי והמוכר שמא והלוקח רוצה שיתנו לו כולה בזה הספק עליו להביא ראיה וסיים ע"ז דאם לא הביא ראיה יש בזה חילוק דין דאם טען המוכר ברי ישבע בנק"ח על ולד הפרה ויהיה כולו שלו אבל אם המוכר טוען שמא אפי' אם גם הלוקח טוען שמא יחלוקו וז"ש המחבר בס"ב זה אומר איני יודע כו' דיחלוקו בשם יש מ"ש דהיינו דעת הרמב"ם ושם אין על המוכר שבועה שאינו יודע דלא מצינו שבועה זו רק במקום שהלוקח בא להוציא מן המוכר ואין לו כח להוציא והדין הוא שיטול המוכר הכל כמ"ש בס"ה משא"כ כאן דעכ"פ חולקים דאז המוכר א"צ לישבע שא"י כדי ליטול החצי. וזהו בעצמו כוונת המ"מ שכ' וז"ל ומ"ש אפי' אומר המוכר א"י לאו למימרא כשהלוקח טוען ברי ולא הביא ראיה לדבריו ומוכר אומר א"י שישבע המוכר שא"י ותהיה שלו שהרי יתבאר לפנינו וכו' וכ' הב"י לא ידענא מאי תיקן במ"ש אלא הכוונה כו' דמ"מ ביד המוכר מעמידין אותם כ"ז שלא הביא הלוקח ראיה והדרא קושיא לדוכתיה כו' ואני אומר כבוד הרב ב"י במקומו מונח ולא עיין כאן כל הצורך גם לא דק בהעתקת המ"מ שהעתיק בל' הזה ואפי' אם אמר המוכר א"י שישבע המוכר שא"י לאו למימרא כו' הנך ד' תיבות שישבע המוכר שא"י הם ט"ס ואינו בדפוס של כסף משנה וסבר במ"ש על הלוקח להביא ראיה ר"ל ואם לא הביא ראיה תהיה של המוכר כולו ומש"ה הקשה על המ"מ הדרא קושיא לדוכתיה הא אמרינן בסיפא יחלוקו אבל לע"ד אינו כן אלא אם רוצה ליקח הכל יביא ראיה אבל בלא ראיה ביאר בסיפא זה אומר א"י כו' ונתיישב הכל בס"ד. והסמ"ע כ' לתרץ קושיית המ"מ מ"ט לא אמרי' ברישא יחלוקו דרישא מיירי שהי' ברשות המוכר ומש"ה המע"ה אפי' במוכר אמר שמא וחח"כ מתחיל דין חדש אע"פ שאין הפרה עומדת ברשות המוכר אלא באגם הוי כרשות המוכר ומיירי שגם המוכר טוען ברי ועל שניהם מסיק דאם לא הביא ראיה

ישבע המוכר דה ינו ברישא משום שהוא ברשותו ובסיפא מפני שהוא טוען ברי ומש"ה סיים בשניהם אומרים ח"י דיחלוקו וקאי על הסיפא דוקא ע"כ ותמוה מאוד הוא דכיון דלא קאי מ"ש עומדת באגם על הרישא לא נתברר ברישא ברשות דמאן היא דהא בגמ' מקשינן בל' זה נחזי ברשות דמאן הוא ונהוי אידך המע"ה ואמאי אמר הרמב"ם ברישא על הלוקח להביא ראיה הל"ל מי שהולד בידו על הב' להביא ראיה מלבד מה שאין הל' סובל בדברי המחבר:

(**ע"ש ישבע המוכר**) מה שפי' הסמ"ע סק"ג דאין זה הילך גמור הוא תמוה דהא בגמ' חשבינן ליה להילך ולא משכח לשבועה אלא בדקטעה לידו אלמא הילך הוא ומש"כ הסמ"ע דהשבועה מצד תקנת חכמים גם זה תמוה דא"כ לא היה צריך התלמוד לומר דקטעה לידו ותו דהמעיין בסוגיא שם יראה דבש"ד מירי ונ"ל דהרמב"ם מירי כאן דקאי באגמ' וכה"ג לאו הילך הוא כדאי' בב"ק ד' ק"ה ומשם למד בה"ת ש"ג הביאו ב"י סי' פ"ז ומבואר זה ברמב"ם שכ' דין זה שישבע המוכר אחר סמוך למ"ש שהפרה באגם כו' וא"ל למה לתלמודא לאוקמי בקטע:י לידו דניחא לתלמודא לאוקמי אפי' היא בפנינו כו' כנ"ל:

(**סעיף ב'**) **על הלוקח להביא ראיה** ואם לא הביא מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא שהיא מוכר כמ"ש ברישׁ סי' זה דהרא"ש ורבינו פוסקים כרבנן דסומכוס וע"ז כ' רמ"א דאפי' תובע טוען ברי ונתבע שמא מוקמי' לה בחזקת מרא קמא והוצרך לכתבו שנית אע"ג דהמחבר כתבו בס"א אפי' אם הלוקח טוען ברי כו' שם לא נתבאר רק שצריך להביא ראיה אם זה רוצה ליקח הכל וכאן נתבאר דכל שלא יביא ראיה לא יטול כלל דהא ליש מי שאומר שמביא אח"כ יחלוקו שפסק כסומכוס כמ"ש לעיל מכלל דלדיעה א' לא יטול כלל וחידש רמ"א בזה אפי' בתובע טוען ברי ובזה נתיישב מה שהניח סמ"ע סק"ו בצ"ע:

(**סעיף ד'**) **הודאה במקצת כו'** בגמ' פרש"י דהוה מ"ש שטענו עבד בכסותו בלייפי פי' בגד שלם עדיין מחובר פירושו שתובע עבד גדול וכסותו של אותו עבד והוא מודה לו בעבד קטן ורוצה לחתוך מכסות הגדול כפי הצורך לקטן והסמ"ע פי' כגון ו' אמות בגד שלא נעשה עדיין מלבוש ולא מתיישב לפ"ז לשון בגד שלם גם לשון רבינו משמע כן שכ' מאותו כסות:

סימן רכד

(**ס"א**) **כל מי שנולד כו'** לשון זה איתא בגמ' אלא שנחלקו בפירושו הרי"ף ורמב"ם מפרשינן דארשית ממש קאמר היינו באיזה מקום היה וההפסד על בעל החמור אם

מת בביתו והי"א הם התו' והרא"ש מפרשים דלאו רשות המקום קאמר אלא רשות בעל הממון היינו בעל הפרה שהחמור נכנס לרשותו משעת משיכת בעל החמור את הפרה וא"ל לפ"ז בסי' שלפנינו בס"א בספק אימת ילדה הפרה דאם הוא מוחזק דהיינו שהוליד ברשותו של בעל הפרה על בעל החמור להביא ראיה דהא נולד הספק אחר שמשך את החמור ונמצא שנקנה כבר הפרה לבעל החמור והוי נולד הספק ברשותו ועליו הראיה כבר כתבו התו' ע"ז בפ' המדיר וז"ל וצריך לחלק בין ספק שנולד לטיבותא כי התם לספק שנולד לריעותא כי הכא וסמ"ע סק"ג הקשה קושיא זו ודחק למצוא תי' ואשתמיטי' אז דברי התו' אנו:

(**סעיף ב' ה"ז ספק**) פי' אף אם שחטה תוך ג' ימים לקנייתה:

(**ועל הטבח**) **כו'** דין זה לכ"ע כמ"ש הסמ"ע ונ"ל שיש נ"מ לדינא בין הפירושים כגון אם נעשית המשיכה בסימטא ובחצר של שניהם ששם משיכה קונה כמ"ש סי' קצ"ג [קצ"ח] והוי לרי"ף בזה פטור הטבח כיון שאין הספק ברשות מקום שלו ולהרא"ש חייב כיון שמכל מקום הוא ברשות בעל הממון שהוא הטבח ואף שהפוסקים לא הזכירו זה לפי הדין כן נ"ל עיקר:

סימן רכה

(**סעיף ו' כ"א אונס ניסוך**) נ"ל דמ"מ אם קודם שאירע הניסוך כגון שהוא יודע שיתנסך כההיא דהרא"ש בתשו' שהביא רבינו שבא האנס לשלול הכפרים ששם היין והמוכר מתרה בו שיטול הלוקח היין או יבטל המקח והוא ילך שם ויטלנו ודאי שומעין למוכר דלאו כל כמיניה דלוקח לגרום לו הפסד בידים ובתשו' הרא"ש לא מיירי מזה אלא שגם המוכר רצה להניחו שם רק שמייפה כח הלוקח בזה שיהי' ברשותו ומזלו של מוכר והיה המקח בטל ומ"מ אף לפי הנידון שכתבתי אם יאמר הלוקח לך והצל יינך והעמידהו לפני במקום טוב הדין עמו רק שלא יכול לכוף למוכר שיהיה היין במקום סכנה ויהיו באחריות המוכר:

סימן רכו

(**סעיף ה' קודם שישתמש כו'**) מל' זה משמע דמ"ש בסיפא ואם נשתמש בה הלוקח כו' מיירי ג"כ שכבר קנה בא' מהדרכים הקונים דהא ע"ז קאמר הפוכא דרישא קודם שנשתמש וא"כ קשה הא בתשמיש לחוד קנה השדה כמ"ש בסי' קצ"ב ונ"ל דאה"נ דקנה בזה אלא דכאן בעינן שלא יהא בענין שהוא מום דהיינו דוקא כ"ז שלא נהנה מקרי

העירעור מום כמו שמורה הל' כאן שכתב שעדיין לא נהנה ובאו התובעים כו' דאלו נהנה קצת כבר סובל אח"כ ערעור התובעים ומש"ה בעינן כאן תרי מילי הא' עיקר הקנין והב' סילוק מומין דהיינו שאחר הקנין נשתמש בה ונתחייב עליו קצת ולא איכפת ליה אח"כ בערעור ומש"ה אי לא היה שם שום קנין אלא נשתמש בה דרך דייש אמצרי לחוד הרי זה במקום קנין וחסר עדיין סילוק מומין דערעור דאכתי מיחשב למום כנ"ל ביאור דברי הרמב"ם:

(**וערבו עם הארץ**) פי' עם שדה שלו הסמוכה לזה וכפי' המ"מ ורבינו בשם הרא"ש כ' כאן שיטה אחרת ותימא על רמ"א שלא הזכיר בשם י"א ד"ר:

(**אבל ב"ד רואין**) כו' דברים אלו כתבו רבינו בשם הרא"ש אלא ששם כ' ג' חלוקות דהיינו אם היה הערעור בדברים לחוד שאמר שיביא עדים אז דוקא אם החזיק אין יכול לחזור וקודם זה יכול לחזור ואם יש אמתלא כגון שאמר המערער יש לי שטר רק שאינו מקוים נטרינן ליה ל' יום לקיימו ואם גבר אמוד הוא נטרינן ליה טפי לפי ראות הדיין ואם אין שום ערעור לפנינו רק קול יוצא שיש ערעור אז אפי' לא החזיק לא יוכל לחזור ובדברי רמ"א כאן משמע דביש אמתלא אם החזיק אין יכול לחזור בו גם יש לתמוה למה לא כ' רמ"א דין דנטריה ל' יום כמש"ר ולק"מ דרמ"א קאי ארמב"ם שהעתיק המחבר דמיירי שכבר נתן המעות כמ"ש הסמ"ע סק"ח מש"ה אין שייך כאן רק ב' חלוקות דהיינו אם יש ערעור אם החזיק אינו יכול לחזור ואין שייך כאן להמתין ל' יום לקיים שטרו דהא כבר נתן המעות להמוכר לא מהני אמתלא רק שיוכל לחזור קודם שהחזיק והמוכר יחזיר לו מעותיו משא"כ בלא אמתלא א"י לחזור אפי' קודם שהחזיק זה נ"ל ברור וראיתי מי שחולק על רמ"א מכח דברי הטור שזכרתי ואין בזה ממש כי דבריו נכונים שם לפי מ"ש והוא פשוט:

סימן רכז

(**סעיף ג' שוה ע' בס**') מה שהקשה המ"מ על הרמב"ם ורבינו כמ"ש בסמ"ע סק"ה נלפע"ד דכל היכי דאפשר לקרותו בשם שתית מעות אזלינן בתריה משא"כ כשאין עליו שם שתות לגמרי אזלי' בתר המקח דהכל הוא כל שיש לו שם שתות מאיזה צד שהיה אזלינן בתריה ואין למידין ק"ו סך קטן מסך גדול אלא חכמים השוו מדותיהם דבשתות תליא מילתא וה"ט בשוה ס' בנ' ופרוטה כיון שעל האונאה אין שם שתות לגמרי אזלינן בתר מקח לחוד והוי מחילה וכמשמעות דברי המרדכי שהביא רמ"א בס"ד ומה שתמה הסמ"ע סקי"א על רמ"א שלא כ' כאן כלום על המחבר תמוה הוא דמה ה"ל לרמ"א לכתוב

כיון שראה שכ' המחבר מילתא דהוי לכ"ע דהיינו אפילו להמ"מ ולא כ' המחבר שום מיעוט בג' ופרוטה ורמ"א הוסיפו כאן:

(**סעיף ו' יש להסתפק**) מקום הספק כמ"ש בסמ"ע סקי"ד צריך לי עיון שהרי גמרא ערוכה בפ' המוכר את הפירות דף צ"ה התם באונאה מעיקרא שוה בשוה א"ל מיהו פחות משתות לא ידיע במנה ומחל אינש משמע דמתחלה דעתו על שוה בשוה וסיים הרא"ש וירא שמים וכו' ונ"ל דכשאינו ברי פחות משתות וירצה להחזיר לו לא יקבל ממנו דשמא הוי מחילה ונ"ל דאם גם המחזיר יר"ש יתן לו דרך מתנה:

(**סעיף ז'**) ואם יברר רבינו כ' על ל' הרא"ש ויש לדקדק כו' והקשה ב"י מה שייך דקדוק ופי' הסמ"ע סקי"ז אע"פ שעברו כו' ולא ירדתי לסוף דעתו מ"ש מאם לא מצא תגרים בעיר דמתחיל השיעור של שיראה אחר שבאו התגרים ותו למה לא הזכיר רבינו דין זה בבירור ונ"ל שקמ"ל רבינו כל שהיה לו אונס כשיעור ואחר כך עבר והוא טוען אמת שאח"כ חקרתי ונודע לי שטעיתי אלא שלא רציתי להחזיר לך מחמת שאמרתי בודאי לא תאמין לי שהיה לי אונס כי לא יכולתי אז לברר וע"כ המתנתי עד עכשיו שאוכל לברר ע"ז כ' רבינו שבאותה שהוא מברר יכול לחזור מיניה דאם היה יכול לברר ולא בירר בודאי מחל ולמד רבינו זה מלשון הרא"ש שכ' אם נתעצל ולא חקר שהוא מיותר דהל"ל כל ששהא בלא אונס ולא החזיר מחל אלא דקמ"ל מילתא אגב אורחא דל"מ מחילה אלא כ"ז שלא חקר אבל כל שהוא מודה מודה שחקר אלא שיש לו טענה אחרת כגון שהיה לו עיכוב מצד הבירור אמרינן תיכף שהוא מברר יכול עדיין לחזור בנלע"ד:

(**היה הלוקח יודע**) כו' מקור דין זה במרדכי שכ' וז"ל דאם ידע הלוקח ושתק עד לאחר זמן ותובעו לדין לא הוי שתיקתו מחילה מדחזינן כאן דלא פטרו רבא אלא משום דהוי בע"ה ולא משום שהלוקח ידע כשלקח שנתאנה עכ"ל וכ' ב"י ואינו מבין דבריו שזה היפך מה ששנינו מתי חייב להחזיר כו' ומ"ע ושתק עד לאחר זמן משמע לב"י דהיינו עד אחר זמן אונאה שהוא כדי שיראה וכו' והוקשה לו כי היכי דסתם כיון שעבר הזמן ע"כ ידע באונאה והוי מחילה ה"נ בזה שידע מתחלה דהא עיקר זכותו היה מכח שאח"כ אתבענו לדין והיינו ע"כ תוך שיעור כדי שיראה כו' דאילו אחר כך לא יפסקו עליו להחזיר כיון שידע ומחל ואין לומר שסמך עצמו על מ"ש תחלה שהוא לא ימחול לו כלל מ"ה אפילו אחר זמן כדי שיראה מהני לי' זה א"כ קשה ה"ל ליתן ה' ופלגא ולסמוך על מ"ש שהוא אינו מוחל לו כלל דמה לו מחילה דפחות משתות מיד או מחילה דשתות אחרי כדי שיראה כו' אלא ע"כ דלא סמך אלא על עיקר הדין שיוכל לתבוע לו תוך כדי שיראה וע"כ הוקשה לב"י אמ"ש המרדכי לאחר זמן והנה רמ"א תיקן זה בכתבו דאן קודם כדי

שיראה כו' דהמרדכי מיירי ג"כ מזה וע"ז. לאחר זמן ר"ל לאחר זמן המכירה ועכ"פ תוך כדי שיראה כתבתי זה כדי להוציא ממה שראיתי חולק על רמ"א להחזירה אלא א"כ קבלה ממנו במדות חסידות עכ"ל והמ"מ תמה עליו והניחו בצ"ע ונ"ל דדיוק הרמב"ם הוא מדתני בסיפא שאינו אלא נפש רעה וזה קאי ביכול להוציא כדאיתא בהדיא בגמ' ורישא וסיפא בחד מטבע איירי כדמשמע לשון המשנה וא"כ קשה הא ברישא מיירי באינה יוצאה בהוצאה דהא אמרינן הטעם בגמ' דאונאה בסלע עד יב"ח כיון דלא סגי ליה פרש"י אינו יוצא בהוצאה ומש"ה צ"ל דמיירי ביוצא ע"י הדחק ומ"ש דלא סגי ליה היינו בלא דחק ואם כן מוכח דבזה דוקא אמרו במתניתין השיעור עד ע"ש וע"ז אמר התנא דבמידת חסידות אפי' לאחר יב"ח יחזור ויקבל ממנו מ"מ ש"מ דאם אינו יוצאה לגמרי חייב לקבל ממנו אפי' מן הדין דלא יהיב ליה אלא חספא בעלמא והיינו כ"ז שמכירה שהיא שלו במ"ש הרמב"ם והיינו דאע"ג דבמתני' שנה התנא כ"ז שמכירה לענין מדת חסידות לא נתכוין התנא לחלק בין מדת הדין לחסידות אלא לחילוק ע"ש או יב"ח אבל לענין מכירה אין חילוק דודאי אף שחייב לקבל ממנו מן הדין דהיינו אם אינה יוצאה לגמרי צריך שיהי' מכירה דוקא וצ"ל דגם כוונת רבינו הוא כן במ"ש ובלבד שתצא ע"י הדחק וקאי אריש דאמר אין המתאנה חייב להחליפה היינו שתצא ע"י הדחק אבל אם אינה יוצאה ע"י הדחק חייב כל אדם מן הדין להחליפה ויפה כיון בעל ע"ש לע"ד ועל דברי הסמ"ע סקל"א שכ' דאם אינה יוצאה כלל אפי' מדת חסידות ליכא והביא ראיה מהמ"מ והטור לא ירדתי לסוף דעתו דהא לפי דברי המ"מ מיירי מתני' באין יכול להיציאה כלל וא"כ אפי' בזה הוא מדת חסידות לקבלה והיאך כ' לדעת רבינו דאפילו מדת חשידות ליכא בזה גם לא ידעתי שום מקור לזה עאם אינו יוצא לגמרי לא יהי' מדת חסידות לקבלה וגם לא נזכר באשר"י ולא ברמזים עכ"ל דיש לנו לפרש ד"ר עם הרמב"ם לאחדים וכמ"ש דכל שמכירה אפי' אחר יב"ח חייב לקבלה אם אינה יוצאה כלל והוא מכירה וחם יוצאה ע"י הדחק הוי חסידות לקבלה וע' מה שהבאתי ראיה מפיסקא זו לענין אחר בסי' ע"ה בסופו:

(**סעיף י"ט בהג"ה**) וי"א דספיקא כו' דעת הרא"ש דמספקא ליה אי הלכתא כרבה או כר' אבא ומספיקא לא מפקינן ממונא והסמ"ע כ' דהך הג"ה לא קאי אלא אמעות אכסרא לחוד תמהתי על פה קדוש מה שייכות יש לדין אונאה אם הוא שכיח או לא דדוקא בתקנתא דרבנן במשיכה שייך לחלק בזה עכ"ל נ"ל ברור דהי"א פליג אתרווייהו וגם פירות אכסר' לא שכיחא ומש"ה לא הביא רבינו פירות אכסר' דאין חילוק ביניהם והא דכ' רבינו לעיל סי' ר"ט ערימ' זו של חיטין כו' התם לא בא להשמיענו אלא דיש קנין בזה

ומש"ה הביא שם דברי הרמב"ם ואגב גררא העתיק גם זה דיש אונאה וסמך עצמו בדין אונאה אמ"ש בהלכות אונאה כנל"ב ופשוט ולענין הלכה אף שאיני כדאי להכריע מ"מ אענה חלקי דיש לפסוק כרי"ף ורמב"ם דיש אונאה בזה וכמ"ש ב"י דנקטינן כוותייהו ולא שבקינן פשיטותא דידהו משום ספיקא דהרא"ש כנ"ל:

(**סעיף כ"ב**) **להשביח דעתי** פי' כשם שברור ששוה יותר מזוז כך ברור המקח בלי טעות לגמרי ומשמע מזה כל שיודע שיש עכ"פ אונא' אלא שלא ידע שיעורו מהני מ"ש שאינו שוה אלא זוז דהא לא שייך כאן להשביח דעתו אלא דלהרמב"ם גם בזה הוה אונאה עד שידע השיעור של אונאה בבירור משום דבר שאין לו קצבה כמש"ר סי' רל"ב גבי מומין ובההיא לא קי"ל כוותיה כמ"ש שם וא"ל הא הביא רבינו כאן דברי הרמב"ם שכ' עד שיפרש כדי אונאה כו' היינו לומר שבדרך זה שוב לא שייך לומר להשביח דעתו אם לא ידע כלל שיש אינאה אבל באם שידע קצת שיש אונאה אע"ג שזה המוכר אומר שאינו שוה אלא זוז מהני כמ"ש ולענ"ד בסי' רל"ב ס"י מוכח כן מדעת רבינו:

(**סעיף כ"ג ע"י הסרסור**) מ"ש הסמ"ע ס"ק מ"ב דאפי' ידע הלוקח שהמוכר בע"ה תמוה מאוד דדלמא צוה בע"ה לסרסור שלא יתנו רק בסך קצוב יותר משוויה והוא מכר כן וכיון שהלוקח ידע שהמעות מגיע לבעל הבית המשלחו ודאי מפסיד הלוקח מכח עצמו ותו דנראה לי דמוכח כן מתשו' שמביא רבינו בסעיף ל"ה בחפץ שנתן שמעון לסרסור דסיים שם אם שמעון הוא בעל הבית אין שם אונאה הרי בהדיא כמ"ש ונראה לעניות דעתי דהכי קאמר רבינו בין שהלוקח' עצמו קונה מבע"ה רק שלח ידע שהוא הוא בע"ה או שהלוקח שלא הסרסור לקנות ובזה אע"פ שלוקח עצמו יודע שהמוכר בע"ה מ"מ כיון שהסרסור הוא הקונה והסרסור א"י שהמוכר הוא בע"ה יש שם אונאה והשתא ניחא הלשון שקנה ע"י סרסור דלפירוש הסמ"ע הול"ל שמכר ע"י הסרסור וא"ל לפי מ"ש דהלוקח העמיד הסרסור דא"כ אפילו בכל שהוא חוזר דמצי אמר לתקוני שדרתיך וכו' (די"ל דמיירי כגון שא"ל בפי' בין לתיקון בין לעוות):

סימן רמ

(**ס"ד**) **לידו תחלה** משמע אם היינו יודעים למי נמסר השטר תחלה מהני אם נמסר גם לב' בו ביום וזה דלא כמ"ש ב"י דביום אחד אין לחלק למי נמסר תחלה ומה שהביא ראי' מההיא דרמב"ח שמביא ב"י לקמן התם לא הוי סהדי על המסיר' אלא על הכתיבה לחוד שכתבה לו תחילה וכיון דלא כתבינן שעות לא קנה המוכר עד שימסור לו תחלה אי בשטר שיש בו קנין דמיד שחתמו לו תחלה קנה וצ"ל דבההיא דרמב"ח לא היה שם קנין:

סימן רמא

(**סעיף ג' מה שנטל נטל**) לפמ"ש הסמ"ע ס"ס ע"ג דבכ"מ שיש לו רשות להוציא שייך לשון מחילה ניחא ג"כ כאן וא"צ למ"ש הסמ"ע כאן מזה:

(**ע"ש**) **אבל קרקע לא** בב"י בסמוך מביא עוד תשובת רשב"א בעשה שטר מחילה על קרקע שלו שהוא מחזיק דמהני אי קנו מידו דלא כמו שעלה על דעת השואל שאין זה אלא סילוק דין ודברים דכיון דקנו מידו מגופו של קרקע קנו מידו ולפ"ז נראה דה"ה במוחל חפץ לחבירו דאמרי' לעיל דלא הוי מחילה מ"מ אם קנו מידו מהני דמ"ש מקרקע וא"ל דשאני שם בקרקע שהיה כתוב ל' המועיל ע"פ הדין דא"כ פשיטא שאין אחר קנין כלום אלא ע"כ כמ"ש דהקנין מתקן ל' מחילה כמו שמתקן ל' דין ודברים אין לי על שדה זו בר"פ הכותב כנלע"ד:

(**סעיף ד' ויש חולקים**) מביאים ראיה מסי' רי"ד בית מביתי אני מוכר לך דהוה עכ"פ מכירה אע"ג דלא סיים ונלע"ד להרמב"ם שהוא דיעה קמייתא מיירי הך דסי' רי"ד במרא' לו ביתו וא"ל א' מבתים אלו וה"ל כמו שסיים השדה ונראה דקי"ל כהיש חולקין דהא להרמב"ם הוה הדין במי שמקנה לחבירו ד"א אג"ק צריך לסיומי אותן ד"א בפי' כמ"ש המ"מ בזה וכבר פשט המנהג שמקנין אגב ד' אמות בלי שום סיום באיזה קרקע אלא ע"כ דקי"ל כי"ח שלא צריך סיום:

ע"ש (**ס"ט**) **בין שהתנה** עמ"ש סי' ר"ז:

(**סעיף ט"ו בד"ר**) בתשובת הרא"ש ואע"ג דאמר שלא יוכל למכור כו' צריך להבין מאי קאמר בזה ותו למה כפל הדברים דאמר אח"כ וע"כ כו' והיינו רישא ונ"ל דמתחלה אמר הרא"ש דיש ב' פירושם על לא יוכל למכור הפי' הח' שאין לו יכולת למכור כי אין לו כח ע"ז ואע"פ שהוא שלו ובדרך זה א"צ להזכיר בטילת המתנה והפי' הב' שאינו רשאי למכור ולפי דרך זה אתה מוכרח לומר למה אינו רשאי לפי שהמתנה בטילה מאז ואתה עושה איסור שאתה מוכר מה שאינו שלך ואמר ע"ז דפי' בתרא עיקר כמו לא תוכל לאכול ואח"כ אמר לפרש שהמתנה בטילה אפי' לפי' קמא דאי המתנה קיימת היאך אין לו יכולת למכור דמי מעכב על ידו אלא ע"כ דבכל גוונא המתנה בטילה:

סימן רמב

(**סעיף ג' תתחבאו כו'**) פי' הרשב"ם הטעם שמא נתנה לאחר כבר עכ"ל ואע"ג דבפרק הספינה דף ע"ז כתבו התוס' ד"ה חזרו בשטר וכו' דלא ניחא ליה לאינש שיצא עליו קול שנתן קרקעות לאחרים דשמא לא ילוו לו כו' וא"כ מ"ט לא הוה כאן מתנה כבר כ' ב"י

בס"ס זה בשם הר"ן דכל שיש טענה למה נתן בסתר לא מיקרי מתנה טמירתא והיינו היכא דמסתברא שאותו טעם הי"ל ושמעצמו בא ואמרו בלי דחיי':

(**ע"ש כתבו בשוקא וחתמו בפרהסיא**) הא דלא כלל בחד בבא כתבו וחתמו בשוקא לפרש שגם הכתיבה תהי' מפורסמת ואע"ג דסמוך אמרי' דל"צ שתהא הכתיב' מפורסמת מ"מ עדיף טפי שתהי' מפורסמת ותו דק"ל דעדי מסירה כרתי ויתפרסם בכתיבה לחוד:

(**ע"ש בהגה ואפי' תפס כו'**) פירוש מטלטלין וכמש"ר בשם הרא"ש ואפי' אם טוען המחזיק שבאמת נתנה לו במתנה גמורה וא"ל כתבו בפרהסיא לא מהני כיון דקי"ל במתנה סתם מפקי' מיניה ואפי' אם מחשב לי' לספיקא כתב הרא"ש דהוי ספיקא דדינא ומפקי' מיני' ורבינו כתב בשם הרמ"ה דאי תפס ואמר שבמתנה גמורה נתנה לו מהני תפיסה כיון דספיקא הוא אוקי ממון אחזקתי' אבל א"א כ' דלא מהני תפיסה עכ"ל משמע מדברי רבינו שהרמ"ה ס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא וכן הוכחתי בטוב טעם במ"א והב"י כתב דהרמ"ה לא מיירי מספיק' דדינא אלא שטוען שבאמת נתנם פי' בפרסום אלא שהעדים לא שמעו ובזה נאמן ותמהתי דהא הוי כמיגו במקום עדים ותו דהא כתב הרמ"ה דספיקא הוא כו' משמע דמהני תפיסה מצד שהוא ספק:

סימן רמג

(**סעיף א' לשלוחו של שמעון**) בהג"ה מרדכי שם כ' וז"ל נראה כיון שהודה שמעון לגזברים והם היו בשליחות לאה יכונה לאה עצמה להוציא דיד שלוחה כיד' ותו דלא גרע מתוקף לב"ה ועוד מדר"נ עכ"ל משמע דבעני מיירי שהגזברים הלכו כדי שיספיקו צדקה ואותה צדקה היתה לצורך לאה אלא שלא פרסמו' מפני הכבוד דאי פרסמו' פשיטא שלאה יכולה להוציא כי מה לנו שנדר בפניה או לא דזכתה ע"פ דיבורו של הפוסק צדקה ואפילו שלא בפניה כדמוכח מההיא דר"פ ד' וה' שמביא ב"י רס"ז אלא כדפרישית וקמ"ל דאפ"ה יכולה לאה להוציא מטעמים שזכר ומ"ש מדרב נתן היינו מה שנזכר בסי' פ"ו ונראה דגם דברי רמ"א כאן נ"ל דמיירי מזה ודברי הסמ"ע ס"ק ג' תמוהים בזה דאם נעשה הנדר באופן שכופין אותו לקיימו מה לי בפניו או לא וגם לא ידעתי היאך יפרש מ"ש הגהות מרדכי מדרבי נתן:

(**סעיף ד' אבל אם אינו ברשותו**) ונ"ל אם אינו גם ברשות הנותן כיון שעכ"פ היה כאן קנין כשיבא לרשות הזוכה אז מהני אפילו בדשב"ל כמ"ש סי' ר"ט ס"ד בדשב"ל דמהני אם קדם תפס:

(**סעיף ז' ע"מ שתכתבו שטר**) עמ"ש ב"י בס"ח בשם הרא"ש יש מקשין וכו' עד ואם חוזר מהתנאים גם המעשה בטל משמע דבאומר ע"מ שאתן לך ר' זוז גם החולקים על הרא"ש מודים דחוזר בזה ובזה מהכא שמעינן דתנאי שהוא להנאת המקבל הוה תנאי ולא בעינן שיהא דומיא דתנאי ב"ג וב"ר שהתנאי הוא להנאת הנותן דהא הכא שתכתבו לו קאמר והוי תנאי והמ"מ כתב באומר לחבירו שדי מכורה לך ע"מ שתתן לך ר' זוז חוזר בזה ובזה עכ"ל מבואר מזה דפליג על הרא"ש בהאי סברא דאם הא' מתנה בטובת חבירו דלהרא"ש לא הוי תנאי לגבי המקבל ולהמ"ע הוי תנאי וכמ"ש ר"ס ר"ז בדעת הרמב"ם אבל לענין שיכול לחזור בזה ובזה ס"ל כהרא"ש דלהרא"ש הוי עכ"פ תנאי לגבי הנותן:

(**ע"ש בהג"ה ע"מ שיכתבו השטרות**) בסמ"ע סק"ב הקשה דבישאו זא"ז לא חל הקנין קשה לי ע"ז דבהדיא פרכינן ריש קדושין דלהוי קדושין בחליפין שהיא ק"ס ומשני דחליפין איתנהו בפחות מש"פ ואשה וכו'. ואס"ד דקנין נשואי אשה הוה קנין דברים הל"ל מכח זה דקידושי אשה לא מקני בחליפין וי"ל דשם אמר דתקנה האשה לאיש פי' עי"ז הקנין כמו שהוא בקידושין גמורים וע"כ צ"ל דלא מקני בפחות מש"פ משא"כ כאן דלא מיירי רק שע"י קנין זה נתחייבה להתקדש לו אח"כ ע"ז אמר דהוה קנין דברים אלא דק"ל ממעשים בכל יום שאחד נותן לחבירו רשות ע"י קנין שיעשה שידוך בשבילו ואפשר דנותן לו כח להתחייב עצמו בקנס כנ"ל שהוא דעת רמ"א שלא הזכיר כאן הקנסות והרב רמ"י הקשה על דין זה מהא דאמרינן בס"ז דלא אמרינן יקיימו אחרים את התנאים שיתנו ר' זוז ובע"כ יתקיים המעשה משום שלגבי המקבל לאו תנאי הוא דלטובתו הוא והוא היה לו להתנותו מש"ה הוי פטומי מילי וזה לא שייך הכא בתנאים שהתנאים הוא טובת כ"א מהם שכ"א התנה שיהיה לו שטר על שכנגדו לתובעו בו מש"ה יקיימו העדים את התנאי ויתקיים הענין ע"כ וכמדומה שלא דק בזה בגוף תשובת הרא"ש דאם כן היו דברי הרא"ש עצמן סותרין זא"ז דהא תרווייהו דהרא"ש נינהו ובאמת לא הקשו כלום דבפ"ז שהתנאי תלוי ביד אחרים דהיינו באומר ע"מ שתתנו לו ר' זוז ושם שייך להקשות יתקיים הא' התנאי וממילא יתקיים המעשה משא"כ כאן דהוה התנאי תלוי בידו של הנותן ודאי בלא"ה יכול לחזור ולומר איני רוצה לקיים התנאי שהוא לחובתי ממילא בטל המעשה גם בסמ"ע חולק על הע"ש והאריך ואצ"ל לזה שהדברים נסתרין מעצמן שהרב בעל הע"ש חשב שדין זה הוא דעת רמ"א ואינו ראה שהוא דעת הרא"ש לא מלאו לבו לחלק:

(**סי"ב**) **שטר שכתב בו כו'** הטעם כיון שיש בו קנין זכה בו מחיים דזכין לאדם שלא בפניו והשטר אינו אלא לראיה ויש לעיין במ"ש רבינו ס"ד ודאי שטר הנמצא ביד הנותן

וכו' עד מהימן במגו דמחיים בא לידו וקשה דבריש' משמע במוחזק בב"ד לחוד סגי ששוב אין לו מגו ונראה דיוקא דרישא עיקר וסיפא כ"כ לרווחא אבל בהא לחוד סגי כל שאין מגו להנותן לא אמרי' שמא היה שם תנאי ולא נתקיים וכן משמע תחלת דברי התשובה שתלה הדבר בקנין לחוד דמשעת הקנין זכה המקבל וכ"כ רבינו בהדיא בשם הרא"ש בתשובה בס"ס ר"ן באם נמצא ביד אחר כו' דשם אין מגו להמקבל ואפ"ה זכה מחמת קנין ועפ"ז תמהתי מ"ש הסמ"ע ס"ק כ"ב דמיירי שמודה המקבל וכו' ונאמן במגו וכו' דהא מביא בס"ס ר"ן שזכרתי דאף בנמצא בידו זכה המקבל רק שצריך שלא יהא מגו להנותן ודברי המחבר מתוקנים שאין כאן ענין לשכחה דסי' ס"ה דשם מיירי בשטר הלואה כמ"ש בהדיא ס"ס ר"ן:

(**סעיף כ"ד בעודו באויר**) רבים מקשים הא ל"ל וגם בגמ' לא הוזכר זה אלא סתם זרק ארנקי בפתח זה ויצא מפתח אחר מהו אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לא ונראה דאה"נ דהבעי' מיפרשא אף כשיחזור לאחר שיצא מפתח אחר אלא דנקט רבינו כה"ג משום הסיפא דסופו לנוח שם דשם אין שייך חזרה רק בעודו באויר וגם הבעי' ע"כ מיירי בענין זה דהא מבעיא ליה באין סופו לנוח אי הוה כמונח כמו בסופו לנוח ש"מ דבחד גוונא מיירי:

(**מוציאין מידו**) יש לי תימא דבסי' ער"ה ס"ט כ' אם בא אחר והחזיק בה זכה האחרון ותרווייהו דהרא"ש והא ק"ו הוא דבכאן הוא מטלטלין והב' זכה בהן חזקה ותפיסה אפ"ה מוציאין כיון שהא' יש לו זכות מחמת בעיא דלא איפשטא כ"ש התם דבקרקע אין שייך תפיסה ואפ"ה זכה האחרון (א"ה גם הש"ך בסקי"ד תמה בדין זה על המחבר דאמאי לא מהני תפיסה להרמב"ם והניח בצ"ע ונלע"ד שנעלם מש"ך דברי הנ"י שהביא הב"י ס"ס זה דמתנה לעולם לא נפקא מרשות נותן עד דאתי לרשות מקבל עכ"ל וא"כ ל"ד לשאר ספיקות שבתלמוד וגם קושיא דט"ז נ"ל לתרץ דאדרבה היא הנותנת כיון דבקרקע לא שייך תפיסה דהארץ לעולם עומדת הרי היא כמו שהיתה וכמ"ש הרא"ש בפח"ה אבל במטלטלין דשייך בהו תפיסה חזקת ספק מהני כיון שאין שם מרא קמא ודוק ע"כ):

סימן רמד

(**סעיף א' אמרו לפלוני**) כו' לפר' ד"ר סי' זה נקדים עקרי הדברים בפ' המקבל דף ס"ה (ס"ו) קי"ל כר' יוסי באחד האומר לג' כתבו וחתמו ותנו אפי' הם ב"ד הגדול לא אמרי' שעשא' ב"ד ויכולים לומר לאחרים שיכתבו אלא שלוחין הן והם עצמן יכתבו ויחתמו דוקא וטעמא דידיה דמילי בעלמא מסר להם ומילי לא מימסרי לשליח אלא מידי דהוי

ממש ותו אמרי' שם דיש פלוגתא אם אמר לג' או לב' אמרו לסופר שיכתוב ולב' עדים שיחתמו ועשו כן דאיכא מאן דפסיל גם בזה משום דמילי נינהו וכן כתב המ"מ בפ"ב דגירושין ובב"י בא"ע סי' ק"ך בשם הר"ן פוסל מטעם דבעינן וכ' לשמה וכל שאין שומעין מפי הבעל לא מיקרי וכתב אבל בדין שני אין כאן פסול דאין זה אלא עושה שליח שלא בפניו ונראה דהך טעמא ס"ל לרבינו בא"ע דפוסל באומר אמרו וכאן כ' בזה דלא הוה מילי אלא ודאי דפוסל מטעם הר"ן דאיכא בגמ' מאן דמכשר בזה לר' יוסי לפי הדין אלא דלא יעשה כן בישראל מחמת גזירה שמא תשכיר עדים שיאמרו מעצמן לשופר בשם הבעל לכתוב ונראה שזה הדין שזכרנו באומר אמרו וכו' אין בין אומר אמרו לסופר שיכתוב ולעדים שיחתמו ובין אמר אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו דהנך תרווייהו שוים הם ומש"ה פרק ב' דגירושין לא זכר הרמב"ם רק אמרו לסופר ולא כ' אמרו לעדים אלא ודאי דא ודא אחת היא מאן דחש בהא משום מילי נינהו חש נמי בהא וזה נל"ב ובסמ"ע סק"ג כ' לחלק בין גט למחילה מטעם המבואר בספרו ע"ש ותמהתי על טעם שלו דלפי הנראה לא עיין התם דבהדיא איתא בסוגיא שם דלא חיישינן הך חששא שהסופר יחתום בלא ציווי הבעל שאין העד חותם אלא א"כ מפי הבעל דוקא ואפי' מאן דס"ל באומר אמרו דכשר והיה מקום לחוש שמא אמר הבעל לב' אמרו לסופר שיכתוב ולעדים שיחתמו והם מחמת הבושה אמרו לסופר לחתום לא חיישינן לזה כיון דאמרינן לא יעשה כן בישראל לא שכיחא והיותר תימא דהא בע"א סי' ק"ל כ' רבינו בשם הרמב"ם דחתם הסופר ועד כשר אפי' לכתחילה ומ"ש סמ"ע דלכתחילה פסול כשהסופר חותם באמת גם ב"י כ' כך בא"ע סי' ק"ל להרמב"ם אבל במחילה מכ"ת לא עיין יפה ברמב"ם דהרי כ' בפ"ב דגירושין אמר לב' כתב וחתמו ותנו לאשתי הרי אלו כותבין וחותמין ונותנין לאשתו עכ"ל משמע דאפי' לכתחלה חותם הסופר ע"כ נלע"ד דדברי הסמ"ע בזה מחמיהין אלא הטעם באומר אמרו דפסול משום דמילי לא ממסרי לשליח והרמב"ן ס"ל דלזה באומר אמרו כשר במתנה מאחר דבגט גופא איכא פלוגתא אם כשר ואם לאו ונהי דמחמירין בגט אפי' למ"ד כשר מ"מ לענין מתנה דממון הוא יש לסמוך על עיקר הדין להקל וזהו היש מכשירין ב"ז נל"ב:

(**ע"ש וכ"ש אם הם חתמו עצמן**) פי' דבזה שינו לגמרי ממה שציום הבעל ובהשגת הראב"ד כתב כאן ה"ה אם אמר תנו עכ"ל ונרא' כוונתו דה"ה אם אמר לג' תנו סתמא והם אמרו לעדים שיכתבו ויחתמו פסיל מטעם דמילי בינהו ובד"ר יש כאן היפוך דברים וכצ"ל לא קנה וכ"ש אם חתמו הם בעצמם והוסיף הראב"ד על דבריו וה"ה אם אמר תנו עכ"ל וכן משמע שהגיה הסמ"ע:

(**ע"ש וכן אם אמר לב**') ק"ק שהוא ק"ו דהא בזה אמרינן בגמרא לכ"ע דפסול משום דמילי לא מימסרי לשליח א"כ הוה זו ואצ"ל זו ונראה דמש"ה נקט רבינו תחל' לזה ונ"ל דקמ"ל דגם בכתיבת המתנה קפדינן כמו בכתיבת הגט וצריך בגט טופס הגט יהיה כמו שצוה הבעל ואפי' לר"מ דס"ל אפי' מצאו באשפה כשר מ"מ כאן הקפיד על הכתיבה בפי' כך כתבו התוס' שם וגם הרמב"ם קמ"ל בזה דבאומר לב' כתבו וחתמו דר"ל הכתיבה קפידא כמו החתימה וזה שמסיים ברמב"ם אלא הם עצמן כותבין כמו בגט ולא הוצרך כאן לנקוט אמר לג' כי בזה אין שום רבותא בג' יותר מבשנים:

סימן רמה

(**סעיף א**') **הכותב בשטר נתתי** עיין בר"ן פרק השולח בפשט המשחרר ב' עבדים כאחד דמי שנותן חצי נכסיו לאדם א' א"צ שיתן בכל כלי וכלי החצי אלא שמין את הנכסים והעתקתיו בי"ד סימן רס"ז סנ"ט:

(**סעיף ד**') **אין בעל חוב של הנותן**. ק"ל ל"ל נקיט רבינו שאם המקבל רוצה עכשיו לקבל השדה ואמר כבר הודית שנתת לי והנותן אינו רוצה לתת עכשיו שהדין עם המקבל וכן כתב רש"י ועוד קשה הא דכתב כ"ז שישאר ביד הנותן כו' דמשמע לענין זה מהני הא אפילו אם לא הודה מעולם לא היה בעל חוב יכול ליקח השדה זו כיון שיש למלוה מידי אחרינא לשלם וא"ל [שהית'] שדה זו אפותיקי לאותו ב"ח דא"כ וודחי ההודאה לאו כלום לקלקל שעבודו של זה ונ"ל דודאי כשהגיע זמן הפרעון ובא זה והודה ואומר נתתי לפלוני שדה זו שהיא בינונית ושעבוד בעל חוב פשיטא דאינו נאמן אלא דמיירי שכבר הודה קודם זמן הפרעון ובזה יש חילוק דכל שיש לו עכשיו נכסים אחרים לפרוע אף שהם זבורית מהני ההודאה שהודה כבר ואינה גובה מבינונית דהא בשעה שהודה כן אם היה הלוה רוצה למוכרה היה הב"ח מוכרח לקבל זבורית דאין נפרעין ממשועבדים במקום שיש ב"ח ה"ה נמי שמועלת ההודאה ההיא אבל אם אין לו עכשיו נכסים אחרים לא מהני אותה ההודאה הקדומה דהא אף אם הי' מוכרה היה מוכרה היה ב"ח טורפ' עכשיו ולרבותא זו לא נקט הנ"מ של רש"י שזכרתי כנ"ל נכון ולקמן בס"ז יתבאר דאם המקבל מהרב מלזכות באותה המתנה דבטלה והכא לא מיירי מזה שעיקר החלוק אם זכה מעולם או לא אבל עכשיו אין מהרב בזיכוי אם נעשה באמת:

(**סעיף ו**') **אבל אם לא היה** בסמ"ע סקי"א הקשה פשיטא ונ"ל דקמ"ל אע"פ שאמר ששמע מאביו שלא קיבל אותה מתנה אפ"ה אמרינן שמא לא ידע גם הוא ממה שזיכה לו ע"י אחר

(**סעיף ז'**) **נשבע היסת** הקשה רבינו ע"ז מה ענין שבועה לכאן וכתב הב"י והמ"מ נ"מ לענין ב"ח ונרא' לדקדק עוד לאיזה צורך הביא רבינו סיפא דרמב"ם טען הנותן כו' כמ"ש המחבר ס"ה שהוא דבר פשוט אלא מש"ה מביאו רבינו לדחות תי' זה דנ"מ לענין ב"ח דהא ע"כ סיפא דטען מיירי שהחזיק המקבל שני חזקה וכמ"ש המ"מ דאל"כ לא היה נאמן וא"כ גם הרישא מיירי מזה שהחזיק שני חזקה ופשיטא דבזה ב"ח גובה ממנו כיון שמוחזק בה שהיא שלו והנותן כבר הודה שנתנו לו ודאי גובה ממנו ולא מהני שבועה אלא ודאי דלא מיירי מבע"ח כלל ע"כ הקשה רבינו שפיר על הרמב"ם ובד"מ כתב על דברי הרמב"ם ונ"ל דאינו נאמן אפילו בשבועה מאחר שבא לחוב לבע"ח מיהו אפשר דבכה"ג נאמן בשבוע' מאחר שידענו בו שדבר זה לאו שלו היה מעיקרא וכמש"ר לדעת רש"י ובסמ"ע:

(**סעיף י' בהג"ה**) **ב"ח גובה ממנו** עסמ"ע סקי"ח פי' דמיירי בשטר ולע"ד דה"ה במלוה ע"פ כיון שאין לו במה לשלם רק מזה אין בידו להפקירו ולהזיק בידים לחבירו ויש הוכחה לזה ממה דקי"ל דאין אדם נאמן לומר על מה שתחת ידו שהוא של אחרים כמ"ש סי' צ"ט ואי יכול להפקירו יהיה נאמן במיגו דהיה עכשיו מפקירו שיוכלו אותן אחרים לזכות בהם אלא ע"כ דאין לו כח להפקירו:

(**סעיף י"א**) **ואם חזרו הבעלים** בדברי הסמ"ע סקכ"א תמהתי מאוד לפי סברתו דמוקמינן בחזקת בעלים הא' לא מהני כלל תפיסת שום אדם ומ"ש אח"כ בשחזרו בעלים הא' ותפסום שיהי' יפה כחם מחמת שהם בעלים הראשונים ממה שהיה בתחלה ג"כ בחזקתם אע"פ שלא היה בידם בדין חזקת מרא קמא דאיתא בפרק השואל במחליף פרה בחמור דהוי כאלו הוא ממש בידם כל שהוא באגם וקושיא מעיקרא ליתא דדוקא בההוא ארבא דדינא הוא כל דאלים גבר מצד תקנת חכמים לא פסקו שכל א' ישבע ויטול החצי כמ"ש התוס' והרא"ש ריש ב"מ והטעם דחכמים ידעו שלא יתקוף כי אם אותו שהדין עמו דהב' חושב בדעתו למה אטריח עצמי לתקטף היום או מחר יביא זה עדים ויוציא ממני מש"ה לא מהני אח"כ מה שיתפוס שני כי יש סברא שהא' תפס בדין כיון שהוא נתאמץ יותר מן הב' בתחלה משא"כ כאן שהספק הוא ספיקא דדינא וס"ל להרמב"ם שלא עשו כאן תקנה דאין שייך כאן כל אחד ישבע ויטול החצי גם כל דאלים גבר לא שייך בזה דהטעם דשם אין שייך כאן ע"כ הניחו אותו על הדין דמי שהוא מוחזק הדין עמו ומשום הכי כל מי שבא להחזיקבעצמו הדין עמו יהי' מי שיהיה בין הבעלים הא' הן אדם אחר וה"ה בכל ספיקיז דדינא הוה כן לרמב"ם כמובא בהרבה מקומות ולא הוצרך הרמב"ם לכתוב כאן שהב' יכול ג"כ ולתפוס אלא ללמדינו שמה שמועלת התפיסה אצלם

לא קאי על המקבל דלדידיה לא מהני תפיסה דממ"נ לית ליה זכות בזה אלא דבעלים הא' עם אותו אחר מהני כל מי שיכול להחזיק כמ"ש:
(**ע"ש**) **וי"א שאם היתה כו'** נ"ל דהך י"א מקומו בס"י אחר שכתב אלא הרי הוא הפקר וכל הקודם זכה בה וע"ז קאי האי וי"א:

סימן רמו

(**סעיף א'**) **מנכסיו כל שהוא וכו'** נ"ל דלהרא"ש דס"ל בסי' ר"ן בש"מ ששייר כ"ש דלא הוה מתנה דבעינן כדי פרנסתו ס"ל ג"כ בכתב כל נכסיו לאחרים ושייך קרקע כ"ש מיירי ג"כ בכדי פרנסתו ועיקר דין בכדי פרנסתו מבואר בגמ' אצל ש"מ שהוא גוף הדין ואיתא שם בגמ' מאן הוא דאזיל בתר אומדנא בש"מ שכתב כל נכסיו ר"ש בן מנסיא היא דס"ל גבי שמע שמת בנו כו' ש"מ חד דינא אית להו ולא עוד אלא אפי' איכא למ"ד התם דאיכא טפי אומדנא בשמע שמת בנו מאומדנא דסי' ר"ן בש"מ וכיון דאמרי' באומדנא דש"מ דלא בטילה אא"כ שייר כדי פרנסתו כ"ש באומדנא ששמע שמת בנו וכו' ותו דהא כ' הרא"ש בפ' מי שמת דטעמא דבעינן בש"מ כדי פרנסתו דמסתברא היא דמידי הוא טעמא אלא משום אומדנא דלא יהיב כל מה דאית ליה וימות ברעב אלא אדעתא דקא מת יהיב וההוא אומדנא לא ביטל אא"כ שייר לו כדי פרנסתו עכ"ל וה"ה והוא הטעם כאן בשמע שמת בנו הוא ג"כ משום דלא שביק איניש בריה ויהיב לאחרינא לא נתבטל האי אומדנא עד ששייר כדי פרנסתו לבנו ורבינו כתבו במקום שנזכר בגמ' ועוד נ"ל ראיה מדברי המ"מ פ"ו דזכי' שכתב: בהדיא דדין ששמע שמת נכלל בדין ש"מ כו' ולפיכך לא הוצרך תלמודא למנות דין דשמע שמת כו' הרי לפניך דאין שום חילוק ביניהם דאי יש חילוק היה לגמ' למנות גם שמע שמת ובסמ"ע לא כתב כן והנלע"ד כתבתי עיקר: הטורי זהב מכאן ואילך עד סוף הספר לא נדפס עד עתה בתוך ש"ע ח"מ הראשונים. כ"א בכרך מיוחד בשנת תקכ"ו וכעת הצגנוהו במקומו:
סעיף ב' **אבל לא בבריא** הרמב"ם ס"ל כן וכ' הר"ן אפי' לפ"ז אם אמר מהיום ולאחר מיתה אפי' בבריא אזלינן בתר אומדנא דהא חזינן דלא שביק נפשיה או אפשר דאפי' בכה"ג מיקרי שביק נפשיה כיון שהוא מסלק כחו מנכסיו שלא יוכל למכור אותה עכ"ל.
(**סי"ז**) **אכול עמי**. בשם מהרא"י יליף זה משבור כדי דחייב אע"ג דמותר לו לשבור וצ"ע על רמ"א דפסק בסי' שס"ג האומר לחבירי דור בחצרי פטור מלהעלות לו שכר והוא מתשובת ב"י שם וצ"ל דפליג על מהרי"ק דהכא ועל דעת רמ"א ל"ע. ולענין הלכה נראה

עיקר כהך דהכא דראייתו ברורה וראיה ע"ז מדברי ב"י בי"ד סי' קט"ו באומר דור בחצרי היינו בשכירות:

סימן רמז

(**ס"ג לבני ולבנותי כו'**) דאז ע"כ מפרשינן מ"ש השכ"מ נכסי לבני ולבנותי היינו לשון מתנה דהא בלשון ירושה לא מהני לבת וילפינן מזה דכל מי שאמר לבת לשון מסופק אי הוי ל' מתנה או ירושה אמרי' למתנה נתכוין אפי' בשכ"מ:

(**הראוי לבנות**). במרדכי שם מדמה לה להה"א דס"א בכדי שיאמר [בבריא שאמר לבני כו']. ונ"ל דמ"מ יש חילוק ביניהם דלהרמב"ם אמרי' לעיל דראוי לשניהם הוי לזכרים ושם אין חילוק בין אם כל החפיצים הם ראוים לשניהם ובין אם יש מקצת דבריה הראויים לשניהם אבל כאן אינו כן דדוקא אם יש מקצת דברים הראוים לשניהם יטלו הזכרים כיון שאפשר לקיים מאמרו שאמר והזכיר בנותיו על מה ששייך לבנותיו לחוד אבל אם כל החפצים הם ראוים לשניהם ע"כ לשתיהם הכל דאל"כ לא נתקיים מאמרו שאמר ולבנותי כנלע"ד:

אחת מהן בחייו נ"ל דלהכי נקיט בחייו דלא זכתה הבת ההיא מעולם אבל אם מת האב קודם כבר זכתה אותה הבת בחלקה אף שלא הגיע עדיין לידה ובנה יורשה:

(**ס"ד מחמת מיתה**) לרבותא נקטה דאע"ג דכתב בס"ג בשכ"מ בני הוי דוקא בן מ"מ כאן כיון שאמר ליתמי שאני דבלשון זה אין חילוק בין זכרים לנקבות או בין גדולים לקטנים אלא שחכמים עשו לפעמים תיקון בקטנים ולא בגדולים כמש"ר כאן:

סימן רמח

ס"א (**ואם עשה הצוואה במקום כו'**) צ"ע דברי רמ"א כאן דבריב"ש סימן נ"ב כ' וז"ל מ"ש כיון שאחריך לאשה במקום הבנות אינו כלום כיון שהבנות ראוים ליורשו זהו אמת אם הוא נעשה במקום שדנין דין ישראל אבל המצוה הזה הוו במיור"קא בחזקת עכו"ם וכן האשה וכן הבנות וגם ביהודית היה להם לדון בדיני עכו"ם כי כן נהגו מעולם קהל מיורק"א כרצונם וא"כ איך ילך ויסע למרחקים שידונו לו בדין ישראל יבואו במיורק"א וידונו בפני הגזבר שהוא עדיין [הדיין] שלהם עכ"ל מבואר כוונתו דאלו באין לפני דיין ישראל ודאי הם דנין להם דין ישראל אלא שלא הצריכום ריב"ש לילך למרחקים לדין ישראל אלא ידונו בפני עכו"ם כמו שקבלו עליהם מקודם וכ"כ ב"י בס"ס כ"ו בשם תשובת הרשב"א על א' שאנס אשה במקום שדנין בדיני עכו"ם כו' חלילה לעקור דין

תורה ולדון בדיני עכו"ם כו' וא"כ יש לתמוה שכתב ואם באו לדון בדיני ישראל שדנו להם בדיני עכו"ם והוא הפך המכוין בריב"ש שזכרנו:

(**ס"ד לא עשה כלום**) נ"ל טעמא דהרי אם נתן לו סתם להא' היה יורש שלו יורשו ואם כן כי א"ל ואחריך לפלוני כוונתו להפקיע מיד יורשיו דוקא ואף ע"ג דעדיין יכול ליתן לאחרים מ"מ אינו חושדו הנותן שיעשה מעשה לעבור על דבריו דהיינו שימכור או יתן קרקע רק היה חושש שממילא ירשו היורשים והפקיר כח היורשים במ"ש ואחריך וכיון שבא להפקיע מהם הפקיע לגמרי שאפילו אם יעשה איזה מעשה כגון מכירה או נתינה יהיה ג"כ בטל כנ"ל:

(**ס"ז לי או ליורשי כו**') כן דעת הר"ן בב"י אבל רבינו נראה דמחלק בין לי או ליורשי מ"ה ניחא מה שהקשה הר"ן על גירסא של רבינו מ"ש בב"י:

(**זרעה עומד במקומה**) בד"ר כתב הבעל אין עומד במקומה. כיון דה"ל ראוי כו' והקשה ב"י כיון דנותן אמר ובתראי לירתאי כי לית לברתי' זרע מאי הוי כיון דאחיו או בני אחיו ירתין דידיה וצ"ע ותמהני עליו דא"כ למה אמרינן בגמ' דאי אית ליה ברא הוא ירית כו' תיפוק ליה דהא עכ"פ יש לו יורש ומאי מסתפק אי אית לה בן או לא. ונראה דבד"ר נכונים דהא דקאמר הנותן ואחריו ליורשי ר"ל מי שהוא יורש שלו והיינו בתו וכל דאתי מחמתיה מ"ה זרעה עומד לאפוקי אותם שהיו יורשים אותו אחר מיתת בתו שלא יהיו יורשים מחמת בתו רק יקראו יורשים שלו בעת ההיא ואין זה בכלל דבריו של הנותן משא"כ הבעל דירת מכח בתו וה"א דהיא בכלל מה זדאמר ליורשי קמ"ל הטעם משום דה"ל ראוי כו' וכן משמע מלשון רמ"א שכתב בסמוך רק על היורשים שהיה לו בשעת נתינה:

(**אין יורשי יורשיו**) כו' מ"ש הסמ"ע ס"ק ך"ג [ך"ט] שא"א ליישב הסוגיא לפ"ז נראה דהוקשה לו למאי דאמרי' בגמ' תחלה ליורתי ואפי' לירתי ירתי ואחר כך מסקינן דאלו הוי ליה ברא לסבתא הוי ירית והא לפי דברי ב"י ורמ"א כאן לא ירית אפילו הבן כיון דמתה הבת בחיי הסבתא ולא זכתה הבת מעולם ודאי קושיא היא:

(**סי"א**) **אמר לתת לה בגדיה**. נ"ל דוקא לשון בגדיה דאז משמע כל בגדים שלה אבל אם אמר תנו לה בגדים אין לה אלא שני בגדים דמועט בגדים שנים כמ"ש סי' רי"ט [רי"ח] סך"ד מיעוט שדות שנים ואע"ג דבתשובת הרא"ש אי' בלשון זה ועל הבגדים שצוה לה הבעל כו' נ"ל דהאי לישנא בגדים הוא לשון הרמב"ם [הרא"ש] לא לשון המצוה אלא המצוה אמר בגדיה דהוה כאומר כמו בסעיף י"א נכסי לפלוני לא הוה דינא כן כמ"ש

הרא"ש בפרק המוכר את הבית שהקשה לפ' מי שמת באומר נכסי לפלוני אפילו גלימא בכלל הוא כו':

(**סי"ג**) **כיון דלא כ' כו'** בד"ר כ' כיון דלא היה כאן מסירה. ונראה דה"ק אעפ"י שהקנה לה בקנין ונאמר דהקנין היה במקום כתיבה קני לך כו' מ"מ אין כאן מסירה אלא ע"כ דהקנין הי' במקום מסירה וא"כ אין לך כתיבה וע"כ שפיר קאמר אח"כ אע"ג שפסק רשב"ם א"צ כתיבה ור"ל א"כ שפיר אמרי' דהקנין במקום המסירה ואח"כ חידש נמי דיש כאן כתיבה ומסירה מ"מ אין הכתיבה כראוי דהא בעינן קני לך:

סימן רמט

(**ס"א**) **האומר ליתן כו'** בפרק לולב וערבה א' ר' זירא לא לימא אינש לינוקא יהבינא לך מידי ולא יהיב ליה משום דאתי לאגמורי שקרא שנאמר למדו לשונם דבר שקר: (מי) שנותן לחברו מתנה ולאחר שבא לידו אומר איזה תנאי על המקבל אפי' הוא תוך כ"ד אין כאן תנאי זה הוכחתי בא"ע סימן ל"ח סעיף א':

סימן רנ

(**ס"א**) **ככתובין וכמסורין** בד"ר כתוב קונה לכשימות למפרע הקשה ב"י שהרי אמרו במתנת שכ"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה ונ"ל נ"מ דזה שקונה למפרע לענין אם מת המקבל בחיי הנותן ואח"כ מת הנותן דזכו היורשין של המקבל אפי' נולדו לאחר מיתת נותן כמש"ר והמחבר ס"ס קכ"ה והוא מטעם דזכו למפרע:

(**ס"ב**) **המתנה בטילה** מ"ש הסמ"ע ס"ק י' לענין מחילת חוב כן מצאתי בתשובת מהר"ם סי' תתל"ב:

(**ס"ג אפי' תפסו העניים כו'**) צ"ע דכאן הכריע רמ"א בבעיא זו דהיא ספק איסורא בענין הקדש דאין מוציאין מן היורשי' וכ"כ בי"ד סי' רנ"ט לענין שאם אומר לשון שמסופקים בכוונתו דהיינו דין דהכא ובי"ד סי' [רנ"ח סי'] ב' כתב באם אמר סלע זו לצדק' ואמר על אחר וזה הוי ג"כ צדקה והוא בעיא בגמ' דנדרים דף אי יש יד לצדקה כמו בקרבנות או לא והוא דעת הרא"ש והרשב"א שם מטעם דספק איסורא להחמיר כמ"ש ב"י שם וצ"ע וע' מה שכתבתי בי"ד סי' רנ"ט סעי' ה':

(**מטלטלין אלו לשמעון**) עמ"ש ע"ז סי' רנ"ג סעיף ב':

(**ס"ד**) **לא מהני תפיסתו כלום** יש להקשות ממש"ר והמחבר סס"י קכ"ה בשכ"מ שאמר לשליח הולך מנה לפלוני דאם המקבל הי' חי בשעת הכתיבה של השכ"מ להשליח דאין

השכ"מ יכול לחזור בו מטעם דהולך דשכ"מ כזכי דמי וקונה המקבל במשיכתו של זה הזוכה והתם מיירי בע"כ במצוה מחמת מיתה מדאמר שם עמד חוזר והוא סותר מ"ש כאן דלא מהני תפיסה כלום וכ"ת תפיסה דהכא הוא מעצמו בלי צוואת השכ"מ שיתפוס הא ליתא דמבואר שם במרדכי פ' מי שמת דלאה משרתת רחל היתה תופסת צררי משל רחל שהיתה שכ"מ על פיה של רחל לפי דברי' של לאה וזה מוכח שם דהא כתב שם שאם לא היתה ורחל מצוה מחמת מיתה לא היתה יכולה לחזור דהוי מתנת שכ"מ בקנין דמשיכתה הוי כקנין ואי ס"ד דתפסה מעצמה היאך היתה לאה זוכה במעות שכ"מ במקצת מה שתפסה מעצמה כיון שלא היה שם קנין ומשיכה צריך שתהי' מדעת הנותן אלא ע"כ שתפסה מרצון רחל וכן מבואר בתשובת מהר"ם סי' ל"ד ולפי הנראה דההיא תשובת מהר"ם היא ממש התשו' דבמרדכי דלעיל ובזה מבואר דא"א לחלק כמו שחילק הסמ"ע ס"ק י"א דאלו היה השכ"מ נתנו שיוליכנו לביתו הי' מהני שלא יוכל לחזור בו דהרי כאן משכתה לאה לביתה עפ"י מאמר רחל השכ"מ ואפ"ה לא מהני ויכולה רחל לחזור ע"כ נלע"ד דתפיסה דנקט רמ"א כאן דלא מהני הוא כולל לכל הקנינים דלא מהני לענין שלא יוכל לחזור והוא חולק על רמ"ה דסי' קכ"ה ואף שלח כתב הרמ"א כלום בס"ס קל"ה [קכ"ה] על המחבר שפסק כרמ"ה מ"ע האמת יורה דרכו כמ"ש אלא דעדיין ל"ע כמו שאכתוב בסעיף י"ג:

(**ס"ד**) **כדי פרנסתו** מה שחילק הסמ"ע בס"ק י"ב בין קרקע למטלטלין תמוה הוא דא"כ ישערו הקרקע ג"כ שהיו לו שיעור פרנסתו אחר כל ההוצאות כמו בסחורות דא"א בלא הוצאות ותו דא"כ ישערו הקרקע כדי שישכור פועל ע"כ נלע"ד דמשערין בכ"א מה שיותר על ההוצאות וברור הוא דאם היה רגיל לפרנס בני ביתו אצלי דגם זה בגלל אומדנא דלא שביק בני ביתו ויהיב לאחרי' וכמ"ש ריש סי' רמ"ו בשעה שמת בנו כו' ואפ"ה סתם רמ"א וכתב כדי פרנסתו דהיינו כפי מה שהיה תחלה. ורבינו דנקיט תחלה בני ביתו היא שייך ג"כ בסחורות אלא שדבר ביותר מוקדם:

(**ס"י**) **וצריכה קנין** פי' דבלא קנין יכולים היורשים לומר שמא יש לו נכסים במקום אחר והוא מתנה במקצת ולא קנה ואפילו מת ואם נכתב קנין ומת מפקינן מיורשים כדין מתנה במקצת בקנין ורע"ג דספק הוא כתב הרא"ש משום דיש כאן מתנה גמורה בקנין אלא דמחמת אומדנא הוא דאמרי' אם עמד חוזר. והאי אומדנא לא אמרי' אלא היכא שברור לנו שזה כל נכסיו עכ"ל וא"ל בס"ג בהקדיש כל נכסיו פסקו המחבר והרמ"א דאין מוציאין מיד היורשים מספק כיון שיש אומדנא נ"ל דשאני הכא דלפי הסברא מסתבר

טפי דיש לו עוד דאל"כ ה"ל לומר כל נכסי שכן הוא דרך הלשון הנותן כל נכסיו ועמ"ש בס"ס י"ז דבמצוה מחמת מיתה יכול לחזור אפילו בזה:

(**סי"ב**) (**שחזר בו לעצמו**) דגלי דעתי' דלא יהיב במתנת ש"מ להא' אלא במתנת בריא ובעי קנין [כירושה] בעלמא וא"ל כיון דמה שחילק תחילה ליורשים לא שמיה מתנה נחשב מה שנתן לאחרים כדין מתנה במקצת ובעי' קנין י"ל כיון שמזכיר באותו פעם יורשים ה"ל כמפרש נותן המקצת בתורת מתנת ש"מ דמהני בלא קנין כמ"ש בס"ט כצ"ל:

(**ראשון קונה**) נ"ל דמיירי אפילו בלא הפסיק במשמען של דברים ואפ"ה לא הוי כמתנה בכולי' ולא מהני קנין דאדרבא אמרי' כיון שהקנה בקנין דעתו לתת מקצת ואח"כ נמלך ויהיב גם המותר לאחר והוה הקנין הוכחה שהיה להא' מתנה במקצת:

(**סעיף י"ג**) **אם פי' שיהא כו'** תיקן בזה קושיית הטור דמתנת ש"מ במקצת בעי קנין וא"כ הוא כברי' לכל דבר כמו שהקשה רבינו לזה תירץ דמיירי בלא קנין ואפ"ה קנה כיון שפירש כו' ומ"ה מצוי [מצי] לחזור בו. [בין לעצמו כו'] הקשה הסמ"ע ס"ק [ס"ק מ"א] מס"ס קכ"ה והוא תמוה דהא לא מיירי מנותן ליד שליח אלא כתב לחוד ואי כוונתו להקשות על מה שכתב המחבר ע"כ דאפילו כתב וזיכה לא מהני דהיינו זיכה המתנה ע"י אחר א"כ יותר תמוה מה תירץ דמיירי הכא בא"ל שלא יתנהו עד שמת דהאיך כתב אח"כ אבל אם כתב וזיכה וקונה כו' [וקנו מידו] דאין לאחר קנין כלום דהא במפרש שלא יתן עד לאחר מיתה הוה כמצוה מחמת מיתה דלא מהני קנין וזיכוי כמ"ש בסי"ד ומ"מ הד"ר ואחריו המחבר צ"ע מההיא דס"ס קכ"ה דאמרי' שם ואפילו בהולך לפלוני הוי בשכ"מ כאומר זכי ולא מצי לחזור ואלו הכא אמר בפירוש זכי לפלוני וגם כתב לו בכתב ולא מהני:

(**משמע בטור דמהני**) ואף לפמ"ש רבינו בס"ס קכ"ה דאף אם בא ליד המקבל אם עמד חוזר השכ"מ שאני הכא שיש לו עוד מעלה אחרת שכתב לו בכתב כנלע"ד ומ"ש רמ"א צ"ע מנלי' נלע"ד דרבינו יליף לה מדאמרי' בגמ' כתב וזיכה מצי לחזור והב' קונה ואי ס"ד דאף אם הגיע ליד המקבל לא מהני הל"ל רבותא במקום שאמרו זיכה ע"י אחר הל"ל שהגיע ליד המקבל עצמו אלא ע"כ דאם הגיע ליד המקנל ה"ל כקנין דאם כ' וזיכה דמבואר בגמ' דמהני וכ"ז ביש עוד מעלה דהיינו שכתב לו אבל בלא"ה לא מהני ולפי דעת המרדכי דלעיל ס"ג בשם תשובת מהר"ם אפילו בא ליד המקבל לא מהני וכמ"ש שם כן נלע"ד:

(**ס' ט"ז אין בדבריהם כלום**) בד"ר כתוב שלא זיכה להם בחייו כנום כמ"ש סמ"ע [ס"ק ל"ו] מ"ט ומבואר בד"ר שאף שהיה קנין שם בשעת תנאי לא מהני לאחין ואין לטעות

מל' שכתב רבינו שלא זיכה כו' דאילו זיכה בפירוש להאחין שירשו אותו אחר מיתתו דמהני דהא מתנת בריא הוא וצריך שתהיה מהיום ולאחר מיתה וכאן לא אמר אלא שהם ירשו ואין קנין לאחר מיתה אלא ה"ק שלא זיכה להם כדין מתנת בריא ומ"ש שלא התנה אלא עם האשה כו' כ"כ דלא תימא אף התנאי של האשה אינו כלום נזה כתב שאצל האשה מהני זה תנאי שמסלק' עצמה מהחיוב כתובתה שני שלישים וכבר קי"ל בריש הכותב דאדם מסלק עצמו מדבר שב"ל באומר דין ודברים אין לי בנכסייך:

(**ס' י"ז לא גמר להקנות**) בפסקי מהרא"י סי' ר"ל כתב דאין לחלק ולומר בעם הארץ דלא בקיאים בדינא ועבדי כולי מילי בקנין אין אומרים שהקנין לגרועי אתי דא"כ כולי סוגיא אייריי דוקא בת"ח כו' ומ"מ נ"ל באם ראינו גלוי דעת שהוא סובר שצריך קנין אז ודאי אין הקנין מגרע:

(**הקרקע של המקבל**) נ"ל דהכי קאמר כל קנין מטלטלין אגב קרקע צריך שבשעה שמקנה לו המטלטלין יש לו הקרקע ומקנה לו שניהם זה אגב זה משא"כ כאן דהא מתנת שכ"מ אינו קונה אלא לאחר מיתה כמ"ש בסי' רמ"ח ס"ח [ס"ד] ובאותו שעה באה הקרקע ממילא להמקבל דכבר כלה כח המקנה שהרי מת ובאותו שעה לא שייך שיקנה לו מטלטלין אגב קרקע כי הקרקע ממילא ודומה למי שמקנה לחברו מטלטלין אגב קרקע של המקבל שפשוט שאינו מועיל כיון דאין לנותן זכות בקרקע ה"נ בזה דאין שם כח הנותן דכבר מת ואלו לא אמר אגב אלא היה אומר מטלטלי ומקרקע לפלוני היה שפיר קונה שניהם אחר מיתה אבל עכשיו שגמר להקנות בקנין אגב ואין זה לאחר מיתה ובחנם הגי' כאן בעל הסמ"ע:

(**ואין צריך בזה יפוי כח**) הריב"ש כ"כ דמסתברא שלא אמרו שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר או בקנין אלא במתנותיו אבל באפטרופסיס אינו כן דמה הוא נותן להם שנאמר לא גמר להקנות אלא בשטר והלא שטר אינו אלא לראי' שממנה אותו אפטרופס וק"ל הא איתא בסי' רמ"ו ס"ח דאם אין יפוי כח אפילו אפטרופס לא עשאו דכיון דהוי בהקנא' אמרי' שמא לא גמר לעשותו אפטרופס אלא בשטר ואין שטר כו' וכמש"ר שם בשם רבינו יונה ע"כ הריב"ש לא ראה דברי רבינו יינה אלו דאלו ראה וחלק עליהם ה"ל לכל הפחות להביאם וגם אין דרכו של ריב"ם לחלוק על ראשוני' גם מה שהקשה ריב"ש דהלא אין מקנה לו שום דבר לא ידענו קושי' בזה דהא מצינו בברי' שנותן הרשאה לחבירו שיהי' שליט בנכסיו דצריך קנין כמ"ש בסי' קכ"ב אלא דבשכ"מ סגי באמירתו וזה שאמר כתבו וחתמו דעתו לעשותו כברי' ע"כ לפי הנלע"ד דאין לפסוק כהגה זאת שהי' אליבא דריב"ש:

(**וכן אם קנו כו'**). זה מיירי אפי' במצווה מחמת מיתה כמו שהביא ב"י בשם הריטב"א וטעמו בזה דכיון שכתב בו מעכשיו הוי כמתנת בריא ועדיף משאר מתנת ש"מ בכולי' בקנין דאמרי' שאין קנין לא"מ דכאן מתחיל הקנין מהיום ונלע"ד פשוט דאף אם חזר בעודו שכ"מ לא מהני אם מת אח"כ באיזה פעם שיהי' דהוי כמתנת בריא ממש וכדאיתא בפ"ק דב"מ זהו מתנת בריא שהי' כמתנת שכ"מ כל שכתוב בו מהיום ולא"מ שפשוט שלא מהני שם שום חזרה בעודו חי ולפ"ז אין לשון רמ"א מדוקדק כאן דכתב וא"צ יפוי כח דמשמע מזה דאף בלא יפוי כח הוה דינא כיפוי כח וז"א בכ"מ דאמרי' בסי' זה יפוי כח הוה דינו דקונה לא"מ כדין מתנת ש"מ ויכול לחזור בו בעודו חי וכמ"ש ב"י בסי' י"א בשם תשו' הרמב"ן דאין יפוי כח מהני שתהי' מתנה מעכשיו וכאן הוי דינו כברי' ממש כיון שכתב בו מהיום וכמ"ש ואין כאן שום חזרה כנלע"ד ברור. ונ"ל עוד באם לא כתוב שמקנה לו לא"מ רק מהיום לחוד והוא מצוה מ"מ דכי עמד יכול לחזור בו אעפ"י שקנו מידו כמו דמצינו בס"ג דאפילו מתנה במקצת וקנו מידי יכול לחזור במצווה מ"מ וכן משמעות דברי רבינו בסי' כ"ה וז"ל אבל אם פי' בהדי' מחמת מיתה דאפי' הקנה לו בכל מיני הקנאות חוזר בו עכ"ל וא"ל לפ"ז אמאי אמרינן במתנת שכיב מרע בקנין דמגרע כחו נימא דמש"ה כתב לו קנין כדי שיקנה מעכשיו דסתם קנין הוא מעכשיו כמ"ש רמ"א סי' רנ"ח ס"ב ונימא דכתבו כי היכי דליהוי ככותב מעכשיו ולאחר מיתה לפי דברי הריטב"א דכאן יש לומר דאי הוה נתכוין לענין מעכשיו היה מפרש בפירוש מעכשיו:

סעי' יט (**דאז הוי מסירת השטר**) הב"י הקשה על רבינו כיון שיש בה קנין מהצורך למסירת השטר ותו כי נכתב בל' צוואה ומסרו מחיים מה הוה ולענ"ד ד"ר בדרך זה דמ"ש תחיל' ואם הי' בה קנין כו' לא קאי אק"ס דוקא אלא אכל הקניינים השייכים דהיינו שדי מכור' לך שכל שכתוב בשטר כן הי' הקרקע נקנית וע"ז מסיים ל"ש אם פי' הקנין בשטר דהיינו כ"א כפי קנינו השייך בו הן בדרך שטר קנין וכתוב בו בפי' שנעשה בק"ס או נכתב בל' זה שדי מכור' לך ול"ש נתן לו בע"פ בקנין חיישינן שמא לא גמר וכו' ובכולהו ל"מ מה שהגיע השטר מחיים להמקבל אלא דוקא יפוי כח מהני והטעם שמא לא גמר להקנות אלא לאח"מ ואין קנין לא"מ ובכלל זה ג"כ אפי' אין שם קנין רק שצוה לכתוב כתב וליתן להמקבל דיש ג"כ לחוש שמא לא גמיר ויהיב עד דמטא שטר' לידו ואין שטר לאח"מ ע"כ כתב דיש חילוק בזה השטר נכתב בל' צוואה אז מהני אם בא לידו מחיים כיון שאין שם במתנה שום קנין רק שציוה לכתוב השטר וזה כתנאי בעלמא הוא וכיון שנכתב נתקיימה צוואתו תיכף משא"כ באם כתב בשטר בל' קנין הן ק"ס הן שדי נתונה לך לא מהני הגיע לידו מחיים דכיון דהעיקר הקנין הו' שלא מחמת הצוא' לחוד חיישי'

שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין באותו שעה שתחול המתנה דהיינו שימות וזה מוכח מדכתב רבינו והרא"ש שכתוב בו שדי נתונה לך דומה לשטר מתנת שכ"מ שיש בה קנין והיינו כמ"ש:

(**סי' ך' שהו' סבור כו'**) לא הבנתי זה דאמאי כתוב בו והקנה לראשון אי עושה משום גירעון מאי סבור שבא לעשות כן גם בב' ואי טעה בשע' שנתן לא' וסבר דקנין מהני לאח"מ ה"נ נימ' בשני ולמ"ל לתלות שלא רצה לפחות מא' ונ"ל דלא מיירי כאן שחזר ממתנותיו של הא' אלא שחילק נכסיו וכתב לא' מקצת והקנה ושם הוי הקנין דבר מועיל כי הי' בדעתו לשייר לעצמו המותר וכשנמלך אח"כ ונתן המותר להב' והקנה שפיר שייך לומר דהי' סובר כמו שלהא מהני בקנין צריך שלא יפחות גם להב' ואינו יודע שהב' הו' מתנה בכולי' כנ"ל וזה מוכח מל' רבינו שכתב וחזר וכתב גם להשני ולא כ' וחזר וכ' לשני והשתא ניחא לי מה שקשיין ד"ר אהדדי דבסעי' ך"ג כתב דדוקא כשמיפ' כחו דהב' דאל"כ אף הב' לא קנה וכן סל"ב [ובסל"ב] כתב דלא בעי' בשני יפוי כח ולפמ"ש ניחא דלעיל שאני דאותה המתנה עצמה חזר וכתב להשני ובזה ל"ש טעמא הנ"ל וכמ"ש ואף שמל' הסמ"ע לא משמע כמ"ש דהוא כתב דמיירי כאן בלא יפוי כח דהא' דאל"כ הי"ל לעשות גם בב' יפוי כח משמע שפי' שמיירי מחזר' דראשון והנלע"ד עיקר כתבתי:

(**סכ"א וגמר להקנות לו מיד**) מל' זה נראה שא"צ לבוא לידו מחיים וכ"כ סמ"ע ולא גילה טעמו כאן ונ"ל דלא דמי להא דלעיל סי"ט דבעי' בצוואה שתבוא לידו מחיים דהתם עכ"פ נכתבת בל' השטר אלא שניכר ממנו שהוא דרך צוואי לביתו שיקיימו מתנתו כ"ז ששטר זה יוצא מת"י אבל כאן כותב כל ענינו דרך כלל ולא שום ל' של שטר ע"כ אינו מקנה על תנאי שיבוא הכתב לידו ובזה ניחא מ"ש רבינו הך דינא אחר שכבר כתב דין נכתב בל' צוואה דס"ל אחר דברי רמ"א צ"ע שכתב גם כאן הצוואה צריך שתבא ליד המקבל כו' הא כבר כתבו רבינו ותרתי ל"ל ותו דגם בריש סעיף זה פשוט דמהני ומ"ה כתב בסמ"ע דהך הג"ה קאי אירישא אך תמוה דהא רמ"א הזכיר צוואה ובירישא הזכיר שטר מ"מ האמת יורה דרכו:

(**ס' ך"ב ואחר כדי דבור כו'**) נראה דכ"ש אם אחר כדי דבור עמד והקנה דלא הוי אלא יפוי כח דהא עיקר היפוי כח דלעיל אצל קנין הוא בל' זה וקנינא מיני' מוסיף על מתנת' דא:

(**ס' ך"ה אינה כלום**) פי' רשב"ם אפי' אם החזיק אח"מ באותו שטר לא קנה דכח השטר לא עדיף מצוואתו שהיא ככתיבה וכמסירה שהרי לא גמר להקנותו אלא בקבלת השטר ואין שטר לאח"מ עכ"ל משמע מזה אפי' מתנה במקצת ובקנין לא קנה כ"ז שלא בא השטר לידו וכ"פ נ"י בפ"ק דב"מ מסוגיא דמתני' מצא ש"ח אם יש בו אחריות נכסים

כו' בשם הרי"ף והרמב"ם אבל רבינו מסיק בשם הרא"ש כאן דבמתנת בריא שהקנה המקבל קנה וכמ"ש רמ"א בסמוך וכ"כ המ"מ גם לשיטת הרמב"ם שהעתיק המחבר כאן וא"כ ע"כ הא דאמר כאן אעפ"י שהוא בעדים וקנו מידו איירי במתנת שכ"מ בכולו אבל במקצת לא דהוי כמתנת בריא וכ"כ המחבר בהדי' דברי הרמב"ם ומ"מ הוצרך רבינו להמציא לנו דהך דינא דנמצא דייתקי כו' דמיירי באומר בלשון שיכול לחזור בו דהיינו שאומר בפירוש מהיום אם לא אחזור בו דגם לדעת רבינו מיירי במתנה במקצת דצריכה קנין וכיון דיש קנין אי לא אמר בלשון שיוכל לחזור בו כבר זכה בו משעת קנין אע"ג דלא מטי שטר לידו נמצא דהך סעיף מיירי בב' גווני או במתנת ש"מ בכולי' או במקצת ואמר בפי' שיוכל לחזור בו ומבואר בד"ר דכל שכבר בא ליד המקבל בחיי הנותן תו לא חיישינן דלמא הדר הנותן דא"כ הי' מודיע כנ"ל הטעם:

(**סי' כ"ו ועיין לעיל סי' ס'**) עמ"ש שם ובסי. רפ"א כתבתי דהך פיסקא לפי ע"ד תמוה הוא:

סימן רנא

(**ס"ב עד שיביא ראי'**) מה שאמר בסמ"ע לפטור היורש משבועה תמוה הוא דהא אין עליו שייכות שבועה דהא אפי' טוען שמא לא מת מחולי זה על המקבל להביא ראיה ונ"ל אם המקבל טוען אתה היורש הודית לי שאת' יודע שמת מחולי זו אה"נ דנשבע היורש היסת שלא הודה לו כן דעכשיו הוה היורש בע"ד של המקבל משעה שהודה לו:

(**שבריא הי'**) מ"ש הסמ"ע ס"ק ה' דיפוי כח שייך גם בבריא נ"ל לחלק בדבר דההיא יפוי כח דסי' ר"ן סי"ח דמבואר בדברי רבינו סל"ד דהוא בלשון זה כגון תנו ואף כתבו לו זה שייך גם בבריא שרגיל לכתוב כן לגלויי שאינו מאותן שנותנין ואינם רוצים לתת שטר כי היכי דלא ליפשא שטרא עלויי' אבל ביפוי כח דקנין הוא בלשון זה וקנינא מיניה מוסיף על מתנתה דא אין לך ראיה גדולה מזו שנעשה בשכ"מ דאלו בבריא מאי תוספות איכא דקאמר הא מתנת בריא בלא קנין לאו כלום הוא מ"ה נ"ל בזה דאין להמקבל שום טענה על הנותן דאנן סהדי דשכ"מ הי' ואפי' היסת א"צ הנותן כן נ"ל ברור:

סימן רנב

(**רמ"א ס"ב כל דבר שנקנ'**) ז"ל הגה' מרדכי פ יש נוחלין היכא דהוי מטעם מצוה לקיים דברי המת אין זוכין כלל אלא שכופין היורשים לקיים מצות אביהם ואם אמר תנו חפץ זה לפלוני והיורשים נתנוהו או מכרוהו לאחר אין לו טענה על הלוקח או המקבל מתנה אפי' יהא אותו החפץ בעין שהרי לא זכה באותו חפץ מעולם אבל אם מטעם דברי השכיב

מרע ככתובין וכמסורין זכה באותו חפץ לגמרי ואם מכר או נתן יש לו דין על הלוקח או על המקבל שהחפץ נקנה לו בכ"מ שהוא ואם היה בעין יטלנו ואם אינו בעין יחזיר לו הדמים דה"ל כגזל ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה עכ"ל וזהו עצמו ממש דברי רמ"א כאן דדבר שנקנה במתנת שכ"מ זכה המקבל בחפץ עצמו והלוקח מן היורש היא לוקח דבר הנגזל משא"כ דבמקום שאינו נקנה מצד ש"מ אלא הוא בריא כיון שיש טעם משום מצוה לקיים דברי המת אין לו זכות בגוף החפץ רק שמוטל על היורשים לעשות כן ולא על הלוקח מ"ה דברי הסמ"ע ס"ק ה' דמוקי לה דוקא בקרקעות תמוהין והא בהדיא חזינן בהגיית מרדכי דמיירי במטלטלין כמו שהעתקתי שכתב ואם היה בעין כו' ומה שדימה זה לרבויי המישרים שהביא ב"י לא קרב זה אל זה דהמישרים כתב שאין ב"ח ומזונות אשה גובים ממתנת בריא אפי' ממה שנתנו יתומים דאין שם זכות בגוף המטלטלין רק שיעבוד כח החוב וכיון דגביית החוב ממטלטלין אינו אלא מדרבנן לא מיפקע מתנת בריא שהיא מדאורייתא מה שנתן האב הן מה שנתנו היתומי' אבל בדברי הגהות מרדכי דלעיל ואחרי' רמ"א כאן במתנת שכ"מ הוא מטעם דזכה המקבל בגוף החפץ והיורשים הם גזלנים במה שמכרו ומשום הכי פשוט דהנגזל חוזר ולוקח את שלו מיד הלוקח מן היורש ואין כאן תקנת השוק דלא תקנו תקנת השוק אלא במלתא דשכיח כמ"ש בסי' ס' בטור דלא שייך בשטרות תקנת השוק כיון דלא שכיח וזה לא שכיח טפי ששכ"מ יצוה ליתן מתנה לאחר והיורש לא יעשה כן אלא ימכרנה לאחר או יתננה ל' ואין אדם חושש ע"ז למנוע מלקנות וגם על הב"י אני תמה מאוד דהקשה על המישרים דכיון שמת נפלה נכסי קמי אלמנה והיאך תועיל מתנת היורשים ומוקי לדברי המישרים קודם תקנה דהרי בתוספת פ' נערה דף מ"ט כתבו כדברי המישרים וכתבו הטעם כמ"ש בסמוך דלא אתי גביית החוב מטלטלין שהוא מדרבנן מתקנת הגאונים ומפקא ממתנת בריא שהוא מדאורייתא ש"מ אפי' אחר תקנה מיירי וזה הלכה ברורה לפענ"ד דאין ב"ח וכתובה ומזונות גביין מטלטלי דיתמי שנתנו לאחר במתנת בריא ואע"ג דבד"מ דחיק לאוקמי דברי המישרים דוקא שנתן האב במתנת בריא אלא שלא נמסרה למקבל אלא ליתומים הוא דבר דחוק מאוד דלפי דרכו לא מתרצא קושית ב"י כיון שמת נפלו הנכסים לפני האלמנה האיך תועיל נתינת היתומים כיון דנתבטלה המתנה עצמו של אביהם דהא מתנת בריא נתן ולא היה שם קנין ולא מסירה כלל האמת יורה דרכו דאפי' לא נתן אביה כלל אלא הם נתנו לאחר אין ב"ח גובה מלוקח וא"ל שיתחייבו היתומים לשלם כדין מזיק שיעבודו של חבירו דכבר נתבאר בסימן ק"ז דיתומים שמכרו מטלטלין א"צ לשלם כנלע"ד בהאי מלתא ברירא וסבירא:

סימן רנג

סעיף א' רצו עושין דין בגמרא פרק יש נוחלין דף קי"ג יליף לה מדכתיב והיתה לבנ"י לחקת משפט אירעה כל הפרשה להיות דין מפרשים התוס' לענין זה שע"כ של בנים נעשים הדיינים העומדים שם בשעת הצוואה ולא מצי א' מן המקבלים לומר נלך לפני ב"ד אחר ומזה קשה על מש"ר ופירשב"ם דמיירי במתנה במקצת בקנין ולא נהירא דההיא יש לו דין מתנת בריא לכל דבר אלא מיירי בש"מ מחלק נכסיו כדפירש"י עכ"ל וקשה דהא מתנת ש"מ בלא קנין אינו גובה מן התורה אלא מדרבנן ואנן בילפותא דקרא עסקינן עכשיו וכבר הקשו התוספת כן כמ"ש ב"י ונ"ל דרבינו ה"ק דא"א לומר דמיירי במתנה במקצת כקנין [בקנין] בלא במתנה בכולהו נכסי והיינו לפי דין תורה בקנין והוי מ"מ עליה שם נחלה כיון שהזכיר שם מיתה כמ"ש התו' ולפי דין דרבנן מיירי בלא קנין דקני מטעם דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורים מ"ה כשכתב רבינו בתחלת הסי' דמחלק נכסיו לא זכר שום קנין דהוא מיירי לדידן אבל בגמרא באמת בקנין מיירי במתנת שכ"מ כמ"ש ובהא ניחא לי נמי ליישב פי' הרשב"ם ממה שהקשה עליו רבינו דלרשב"ם מיירי שנתן מתנת ש"מ במקצת בקנין ופי' בו שנותן מתנת שכ"מ וכל שזוכר בו שום מיתה מיקרי נחלה בפסוק זה כנ"ל [ונ"ל] זה שהטור הקשה עליו כיון שלא זכר הרשב"ם דמיירי שזכר מיתה וכמ"ש [ומ"ש הטור בענין דאינו יכול לחזור בו כו'] וקשה דהא איירי במתנת שכ"מ בכולה ויכול לחזור ואי איירי במעכשיו קשה דה"ל כמתנת בריא ממש כמ"ש הטור לעיל ונראה דהאי לעשות דין כלו' שלא יעשו דין באופן שלא יכול לחזור דהיינו שימסרו ליד א' מהן כלפי הצוואה ובזה קנה כמ"ש בסי' ר"ן:

(**ס"ב אני מניח**) מ"ש הסמ"ע ס"ק ד' דדוקא בשכ"מ כ"כ ב"י בשם הרא"ש וצ"ע מפ' שתי הלחם שמביא ב"י דמשמע אפילו בבריא:

(**כך וכך לפלוני בנכסי**) צ"ע דבמהרי"ק שורש צ"ד כתב להיפך דכתב שם מי שכותב לשון גרוע להראשון ואחר כך כתב ועוד לפלוני כך וכך היה השואל סבר דלשון זה הוא לשון מתנה ומהני לתקן גם ל' גרוע שאמר לראשון ע"ז השיב דאינו כן דגם ל' זה אינו ל' מתנה דהלשון ב' שכתב סתם לפלוני כך וכך ולא אמר בנכסי וגם לא אמר תנו לאו כלום הוא אפילו לגבי דידיה ומביא ראיה מגיטין דף ס"ה בגניבא יוצא בקולר כו' ולא מהני אי אמר ד' מאה זוזי לרבינא מחמרא דנהר פניא כיון שלא אמר תנו כו' ואע"ג דהאי מחמרא דומה קצח לאומר מנכסי עכ"ל ופשוט שם דאלו הזכיר לפ' כך וכך בנכסי דמהני על [ועל] דברי מהרי"ק שם יש לעיין דאמאי לאו אפילו בלא אמר בנכסי מטעם הנראה [הודאה] וכמ"ש ב"י בשם הרשב"א בסימן רכ"ב סעיף ג' ורמ"א מביאו בסי' ר"נ ס"ג באומר מטלטלין אלו

לפלוני דמהני מטעם הודאה וי"ל דשאני התם דאמר מטלטלין אלו דמשמע דהיו לפניו באותו שעה ומ"מ יש חילוק בין זה לאומר מנכסי דבל' מטלטלין אלו לא מהני רק מטעם הודאה לא ל' מתנה ונ"מ אם שניהם מודים שלא היה לו בידו אלא שבא להקנותם בל' הודאה זו לא קנה וכמ"ש ב"י בשם הרשב"א בהדיא משא"כ באמר לפלוני כך וכך מנכסי דהוי ל' מתנה כמ"ש מהרי"ק וכמ"ש בגמרא נכסי לך ואחריך לפלוני כו' והטעם נ"ל דאין שייך כאן ל' הודאה כיון שאומר מנכסי משמע דלא הי' של פלוני מעולם א"כ ע"כ ל' מתנה הוא אך דעת רמ"א צ"ע ומלבד כ"ז קשה מ"ש בנכסי לפ' דמהני כמבואר בסי' זה סק"ח [ס"ו] ונ"ל דיש כאן טעות סופר וצ"ל ל' מתנה או מנכסי אבל אם אמר כך וכך לפלוני לאו כלום הוא שוב ראיתי בד"מ שכתב ג"כ כמ"ש כאן בשם מהרי"ק שורש צ"ד ע"כ אמינא לפום חורפא דרמ"א לא דק שפיר במהרי"ק:

כמ"ש סוף סי' רנ"ב פי' דבעינן שישלש המעות לשם כך דוקא וממילא אם השליש הממון לשם פרעון כתובתה במזומנים צריך לקיים דברי המת:

(**ס"ז בד"א שזוכה כו'**) בב"י בשם מהרי"ל תמה על רבינו במ"ש כאן דאם הוא בנו לא הוי אלא אפוטרופוס דהא כתב רבינו בסי' רמ"ו כרשב"ם דיש חילוק בין אומר ל' ירושה דזכה לגמרי ובין אומר ל' מתנה דהוי אפוטרופס וכאן אמר לישנא דמשתמע לתרי אפי דהיינו נכסי לבני או יהא לבני דאיכא לפרשו לשון ירושה וגם לשון מתנה יש לפרשו לשון ירושה וכמ"ש רשב"ם להדיא ונ"ל דרבינו הכריע כרשב"ם בהך מילתא לחוד שיש חילוק בין לשון מתנה בפי' ללשון ירושה בפי' אבל באומר סתם נכסי לפלוני או יהא לפלוני והיינו ההוא דרב הונא כיון דאיכא לפרשו בבנו לאפטרופס וודאי מפרשינן כן דאומד' דעת הוא שלא נתכוין לעקור נחלה משאר בניו לגמרי דסתם אדם חביבין לי' כל בניו ע"כ ניחא לן לפרש לשון אפטרופס אלא אם הוא בענין דאנו רואים דלא נתכוין לאפטרופס דהיינו בין יורשים אחרים אז יש כאן הקנאה אלא שיש כאן חילוק באיזה דרך תהיה אי מצד ירושה באין הפסק או מתנה בזה אזלינן בתר הראוי אם הוא ראוי ליורשו כו' כנלע"ד ברור דעת רבינו והוא מסתבר:

סעיף כ"ד בטור וע"ז אמר דכיון דדרך בני אדם לחזור בו בתוך השיעור דעסוקין באותו ענין ע"כ ימתינו מלעשות דין זה עד שעה שלפי סבר' לא יחזור בו ולא יעשו בענין שלא יוכל לתקן אח"כ:

(**סי"ג**) **כגון חביות א'** הב"י הביא דעת הרא"ש דאם הקנה לו בחביותיו עשר חביות לא נתברר חלקו כו' תמי' לי מ"ש משור בשורי דאמרי' במנחות הביאו ב"י בסמוך דמראיהו מת כו' וזה דומה ממש לזה:

(**ס"ח או לפלוני בעל חובי**) אע"ג דש"ע לא כתב זה אלא בני אשתי מ"מ ה"ה בזה וחד טעמא הוא שכשם שצ"ל לפלונית אשתי משום סי' לאיזה פלונית ה"נ לפלוני ב"ח ואין כאן יתור לשון ואע"ג דכי כתב רבינו דעת י"א כ' וכן היכא דאמר לפלוני ב"ח ידו על העליונה ולא מיחזי כריבית כו' נראה דלרבות' קאמר כן דלא מיבעיא למ"ד דמתנה נתן לו דאין שייכות לזה המתנה דאין כאן ריבית אלא אפי' למ"ד דידו על העליונה דכיון דנתן לו הברירה בין החוב ובין המתנה ש"מ דהא שייכ' בהא ומיחזי כריבית קמל"ן דלא מיחזי כריבית עד שאמר בחובי וסמ"ע ס"ק י"ז לא כ' כן והנלע"ד כתבתי שדעת רמ"א נכונה בזה:

(**סי' י"ב שני צוואות**) תמהתי דמסקנת ת"ה שם סי' ש"ן דמטעם זה היה לומר כאן דתנאי הוא וחד צואה אלא דמטעם הראשון שם פסק כן דאומדן דעתו היא דדעתו קרובה אצל בת בנו וגמר ויהיב בלי תנאי ומה שיצוה שתקנה חגורה כדי להראות לה חיבה יתירה שהוא זוכר בשעת פטירתו מקישוטיה עכ"ל ולפ"ז ל"ד אמר ותקנה בהם אלא אפי' אמר שתקנה בהם וכן העתיק בב"י סכ"ד דברי ת"ה לקחת חגורה כו':

(**סעי' י"ג הואיל ולא סיים הנותן**) ולא ירדתי לסוף דעת רמ"א בהעתקה זו דהא בכל התורה אנו קי"ל שלוחו של אדם כמותו והי' בבירור [כבירור] הנותן עצמו ובגוף הדין בב"י כתוב בלשון זה וציוה שהאפוטרופסים יברר ממיטב העסק אותה המנה ויתנו לו ויזכם בו מיד והאפטרופסי' ביררו ויחדו בקרן זוית ולא נתנו לו ונאבדו אותן השטרות כו' ובזה פסק שפיר דהאפטרופסים לא יקיימו דברי המת עד שיתנו לו והוא לא אמר להם שיניחו בקרן זוית ולפי הנלע"ד קיצר רמ"א כאן לכתוב בלשון זה וציוה להאפטרופסים לברור לו היפה ליתן לו:

סעיף י"ד זכה באותו בית) בד"ר מסיים שכוונתו היה ודאי ליתן לו כמו שהוא דנותן בעין יפה הוא נותן עכ"ל וכתב רשב"ם דמיירי שלא היה לו בית אחר של ק' והי' סבור שאין מחזיק יותר ולשם חשובות אמר כן דמתנה גדולה נתן לו עכ"ל משמע אם היה לו בית אחר היה אמרי' על אותו בית נתכוין והמע"ה וצריך לתת טעם עכשיו נמי אמאי לא אמר' דמתנה בטעות היתה וכי ס"ד במי שאמר לחבירו הרי לך במתנה כיס זה מלא זהובים ויש בו יו"ד זהובים ונמצא שטעה שיש בו ט"ו זהובים שיצטרך ליתן לו כל הט"ו זהו' ונ"ל דטעמא הכא משום דהנותן שנותן לו ביתו אין דרך לשייר בו קצת אלא ניתן לו כולו בעין יפה כמו בדרך וע"כ הוא מפליג בשיעורו לפי דעתי ובאמת אלו הי' יודע האמת הי' מפליג יותר משא"כ בכיס זהו' שזכרנו שאין שייך שם שיעור ודאי מתנה בטעות הוא ואין נותן לו רק יו"ד זהובים ולפ"ז נ"ל דלאו דוקא ק' ונמצא ק"כ כמ"ש הב"י

אלא ה"ה יותר ובגמ' מעשה היה כך דאל"כ הי' להתלמוד' לומר דטפי לא כיון דדרך סיפור מעשה חשוב לה בגמ' ונ"ל עוד אפי' נמצא לו בית אחר פחות מק' א"צ לתת לו אלא אותו בית דהמע"ה דלא מהני עין יפה אלא לנכו' לו בההיא בית (דק"נ) דק"ך מה שיותר על הק' כיון דאמר ליתן לו בית סתם משא"כ ביש לו בית אחר אפי' פחות מק' נימא דלא נתכוין מעולם אלא על אותו בית וטעה והמע"ה ולא זו בלבד אלא אפי' אם אנו יודעים שהוא מכיר הבית השני בבירור שאינו מחזיק ק' מ"מ אמרי' דנתכוין עליו וכוונתו שהוא טוב כמו שהוא מחזיק ק' וזה מצינו אפי' במקח כמ"ש סי' רי"ח הי"ו רק דהתם בעינן שהלוקח ידע את השדה שאין בה כ"כ וכאן א"צ שיכיר המקבל כנלע"ד דדין זה ברור:

(**סט**"ו) אלא ק"כ [ק"ק] זהובים דמה שהזכיר כתובתה ר"ל שטר כתובתה שיהא נתכוין כמו שרגילין לכתוב ודין נדוניא כו' ולא קאי אנתינת הנדוניא:

(**סט**"**ז אם אמר ק"כ או ק"ק זוז**) בסמ"ע ס"ק נ"ח כתב שהחילוק שבין רישא לסיפא הוא דברישא לא אמר תנו דק"ל דאי לא אמר תנו הא אין כאן ולא כלום כמ"ש סי' זה ס"ב בהג"ה באומר כך וכך לפלוני וכמ"ש בשם מהרי"ק אלא ע"כ דגם ברישא אמר תנו אלא דקיצור לשון יש כאן ועיקר החילוק הוא בין אומר לנדונייתא בלמ"ד או בנדונייתא בב' כמ"ש בע"ש ומ"ש הסמ"ע שלא מצא החילוק זה נלע"ד שזהו תלמוד ערוך בס"פ נערה שנתפתחה לענין צואת ש"מ במזונות אשתו שהוא יחד לה קרקע למזונות ואמר למזונות ריבה לה מזונות ואם אמר במזונות קוצץ לה מזונות ופירש"י שם דאמר בחוב שיש לך עלי משמע שזו תהא פירעון לכך עכ"ל וע"ל לריטב"א דה"נ יש לחלק בלשון זה בנדונייתא משמע בחוב שיש להבת עלי יהי' זה פרעון והיינו בעת נשואיה ואפילו אם אמר כך על פלונית שאין חוב עליה לתת להנדוניא מ"מ משמע כן לשון זה בעת שהיא צריכה לנדוניא שכן משתמשת לישנא דבי"ת משא"כ אם אמר לנדונייתא דמשמע לצורך נדונייתא ומראה משום הוא לה על מה הוא נותן לה וכמו נותן דינר לעני ליקח בו חלוק שמביא ב"י ונלע"ד דאפילו דבסעיף שלפני זה אין חילוק בין לכתובתה ובין בכתובתה דאינה נוטלת אלא ב' מאות שאני התם דכל דאיכא לפרש שאמ' לשון יתר לכוונה שהתיבה עצמה מורה על זה יותר נכון לומר כן ממה שנאמר שכוונתו בשביל הלמ"ד המשמש' בתיבה מ"ה אמרינן שם דאמר לכתובתה שהנתינה תהיה ת' זוזי עם מה שיכתוב לה הבעל כמ"ש התוס' ס"פ נערה משא"כ באומרו לנדונייתא דאין שום משמעות בתיבה עצמה לאיזה צורך אמרו אנו מוכרחים לפרש' דכוונתו בשביל הלמ"ד או הבי"ת ואף על גב שהתוס' הקשו שם מ"ש לכתובתה ובכתובתה דאין חילוק ובלשון

למזונות יש חילוק ותירצו שם תרוצים אחרים באופן שעדיין קשה למה נחלק בין לשון לנדונייתא לבנדויית' מ"מ הריטב"א בעל דין זה נראה דס"ל כמ"ש והוא נכון טפי מהתירוצים שתירצו תוס' שם ע"ש ואע"ג שכ' רבינו ואם אמר תנו לבתי לנדוניא כך וכך חפצים והוקרו כו' שהוא ברשות היתומים רבינו ס"ל כפי' התוס' שזכרנו דאין חילוק בין לנדונייתא ובין לבנדונייתא כמו לכתובתה:

(**סי"ז ירשו אחריהם תחתיהם**) הקשה ב"י הא לא מהני לשון ירושה לאחרים ותירץ ל"ד ירש אלא יטול ע"ש שהאריך קצת בזה ותמהני על אשר נעלם מן הרב סוגיא שלימה בפ' י"נ דף קנ"ט דהתלמוד מקשה קושיא זו ומשני בראוי ליורשו ואליבא דהלכתא דקיי"ל דמהני תוך כ"ד לשון המתנה בב' שדות ושני בני אדם כמ"ש סימן רפ"א לא צריך תלמודא לזה אלא דלשון תנו של יורש שלו מהני ללשון ירושה של אחרים גם מ"ש הרב ב"י בכוונת רש"י שכתב מתו בלא בנים בדין לתרץ [בכדי לתרץ] הא ירושה אין לה הפסק גם זה א"א לאומרו דא"כ מאי פריך שם דף קכ"ט באומר נכסי לך ואחריך יירש פלוני דא"א לאוקמי לירשו דא"כ לא ירש שלישי ואסקי בתיובתא ואמאי לא מוקי לה במתו בלא בנים אלא ודאי דמ"מ ירושה אין לה הפסק גם בזה כיון דיש עכ"פ יורשים אלא כוונת רש"י היא דלא תקשה הא אין סברא שיהיה חש על אחרים יותר מבני בניו וכיון דלא אמר ואם מתו כו' אנו אומרים שלא חש לצמצם שיהיה הקרן קיים לבני בניו ואמאי חש לצמצם טפי באם משאיר לאחרים ע"כ פירש"י דאין אומרים שצמצם אלא באין לו בנים לבנו ממילא יותר להבן כל הנכסים שרואה שאין לו בנים ע"כ צמצם האב שלא יתנו לו אלא שקל כדי שיהיה נשאר קיים אבל רשב"ם פי' בב"ב דף קכ"ט שחש להשאיר לאחרים ולא לבני בניו וכך הם דברי הטור שסתם בזה וע"כ איו מקום למ"ש סמ"ע ס"ק ע"ב דבאין לו בנים יש לו הפסק ונמשך אחר דברי ב"י:

(**סי"ט**) **ואפילו אמר מנכסי** ל"ד למ"ש בס"ג אמר להם תנו לו ק' זהובים מיירי [מייני] דהתם יהיב ליה ק' זוזי ותליה בחמרא אמרינן דליפות כחו אמרי' משא"כ כאן באומר משלי קאמר:

(**סכ"ט אלא בשכן חבירו**) ב"י כתב דמשמע מזה דגם דיר' בעינן ולא סגי רגילות במשא ומתן לחוד וסמ"ע כתב אפי' אין דר אצלו קרי לו שכן ששוכן אצלו במשא ומתן ונראין לדברי ב"י דאל"כ הרי זה בכלל של לבו גס בו שמוזכר בתחלת הסעיף אלא ע"כ דכאן אין רגיל כ"כ הרבה אלא קצת ואז מועיל ג"כ בדירה אצלו שעושה ג"כ קירוב הדעת:

(**ובאו שנים שוין**) הסמ"ע ס"ק נ"א [ס"ז] פי' אלו הקדים א' אמרי' ודאי לו חייב תמהני דמה שייך הקדמה בחוב דבשלמא במתנה הי' לכל אחד לחוש שמא יבא האחד דבאמת

חושב דלאחד משלו [כל א' דשלו] הוא משא"כ בחוב דלא חשדי לאינשא ברשיעי שיבא האדם מן השוק ויאמר שחייב לו זה השכ"מ ותו דלפ"ז היה לו לומר שנים בשוה א"כ נלע"ד דהדברים כמשמען ששוין בשמותם וכעין שכתוב בהר"ן כאן שמביא ב"י וז"ל וכן האומר יש לי ר' זוז ליוסף בן שמעון והיה ב' יב"ש אבל לענין הקדמה אצ"ל דיהא המוקדם קודם כיון שחוב הוא מה לו לב"ח האמיתי להקדים נפשו דטפי היה לנו לומר לילך בתר אומדנא כגון שזה היה אוהבו ומורגל עמו ואפ"ה כתב הר"ן דלא אזלינן כאן בהלואת בתר אומדנא כ"נ בזה ומ"ש הרמ"א דהא ליכא אומדנא פירושו דבהלואה לא מהני שום אומדנא:

(**סל"א ואין לראשון רק המנה**) ק"ל א"כ ל"ל לומר לב' מנה לפלוני הא כיון שנותן לא' מנה נסתלק הרי ממילא הכל לב' דהא אין לו רק ב' בנים וי"ל דהוצרך לזה דהיה מסופק אם יש לו מעות מזומנים דדין ב"ח ממזומנים והיה דואג שמא יקח האחד כל המזומנים שימצא ע"כ הודה שיש להאחר ג"כ חוב כדי שיהיה ג"כ חלק במזומנים:

(**סל"ג ליפות כחו**) מדכתב תחלה בכ"מ שירצה ואע"פ שכתב אח"כ הם בעליונות כו' לא למעט בא אלא לירש דאלו למעט לא היה אומר ל' הן אלא ה"ל בבתים שאני דר ומשתמש היום בבתים העליונים או בתחתונים אבל לשון הן הוא תוספות ביאור על עין יפה נמצא דעליונות דקאמר כל העליונו' ועליונות שבעליונו' עכ"ל משמע קצת מזה אם לא אמר תחלה בכל בית שירצה אלא הן בעליונות הן בתחתונות ג"כ בא ליפות כחו מדלא אמר בעליונות או בתחתונות וצ"ע בזה:

(**ובא אחד**) עמ"ש סי' מ"א ס"ג:

סימן רנה

(**ס' ג' בשעה שהקדיש**) מ"ש הסמ"ע ס"ק ד' לפרושי האי מלתא כן כתב הכ"מ אבל הסמ"ע עצמו העיד עליו שהוא דוחק ותו קשה לי דלא מצינו חילוק בין בריא לחול' רק לענין קנוניא ולא לענין חזרה דאף דמצינו בסי' ר"ן דחול' יכול לחזור היינו כל משך חליו משא"כ כאן שיש זמן לחזרתו אצל חולה טפי מבריא זה לא מצינו ותו דבס"ת שהביא ב"י מבואר כאן וז"ל ויש מתרצי' דמיירי בשע' שהקדיש בתוך כ"ד הודה מה שהוד' אבל אחר שהקדי' לא דלא גרע הקדש מהדיוט דאינו יכול לחזור לחוב להם בהודאתו וכ"כ הרמב"ם עכ"ל הרי לפניך הפך הדברים בבירור ונלע"ד ליישב בדרך זה דברי הרמב"ם ונקדים לך דלאחר שהקדיש לא מהימן הנותן בשום פנים הן בבריא והן בחולי אכן הטעמים חלוקים דבבריא הטעם משום קנוניא ובשכ"מ שאין קנוניא הטעם

משום אחר שהקדיש אין כח בשכ"מ להפקיע מההקדש כמו מהמשועבדים כ"ז שאין השטר מקוים ודבר זה הקש' בעל המאור על הרי"ף כמ"ש ב"י בשם סה"ת דבשעה שהקדיש אם הוד' הודא' גמורה ודאי מהני הן בבריא הן בשכ"מ אפי' אחר שהקדיש תוך כדי דבור דהא קי"ל תוך כ"ד בדבור דמי בפ' יש נוחלין בר ממקדש אשה ומגדף ואם אין שם הודא' גמור' דהיינו שיכול לומר שלא להשביע שהי' מענ' עצמו כשהוא בריא כמ"ש נ"י בפ' כ"ש [ג"פ] אכן מצינו בהך מלתא חילוק בדבר בין בריא לחול' דרך הודאה עצמה שאמר בשעה שמקדיש לא הוי הודא' אלא שהוא מתקן אח"כ ואמר תנו את המנ' לפלוני לתקן בזה שלא עשה בשביל שלא להשביע בבריא לא מהני זה משום חשש קנוניא אבל בחול' שאין בו חשש קנוניא רק שאינו נאמן להפקיע מידי שיעבוד בזה נאמן לתקן דבריו הראשונים ובזה דברי הרמב"ם מבוארים דבבריא אינו נאמן בשום פנים להוציא מן ההקדש כל שאין הודא' ברור' בשעה שהקדיש אבל בחול' שאין בו חשש קנוניא נאמן כשאומר מנה לפלוני בידי באות' שעה רק שיש חשש שלא להשביע ויכול לתקן אח"כ כשאומר תנו וזהו שכתב אח"כ לפיכך אם אמר תנו ר"ל אפי' אחר זמן שהקדיש מהני דהו' בזה תיקון על טענת שלא להשביע וע"כ נותנין לו אפילו בלא שטר ואם לא אמר תנו ויש תיקון אחר שלא נאמר דהודא' שבתחלה בשעת הקדש היתה שלא להשביע דהיינו שיש בידו שטר מקויים ע"כ מהני שיכול לגבות מן הקדש עצמו מפני הצוא' ולא כשאר ב"ח שגוב' מן הפודה מן ההקדש דוקא וכמ"ש שם הרמב"ם בפרק ההוא בשאר ב"ח והמשך הדברים ההוא כך דבבריא יש חילוק דהיינו שמאחר שהקדש אין מועיל אפי' הודאה גמורה ממילא שמעינן דבשע' שהקדיש מועיל הודאה גמורה ע"ז בד"א בבריא שם אין חילוק רק בין שעה שהקדיש לאחר שהקדיש אבל בחולה יש חילוק אחר דאם אמר שלא בדרך הודאה גמורה יש חשש עדיין אם יאמר אח"כ תנו וכו' וע"ז מסיים לפיכך אם אמר תנו וכי' ומ"ש בסיפא ואם אחר שהקדיש אמר תנו ר"ל שבשע' שהקדיש לא אמר כלום רק אחר דהקדיש אמר תנו מנה לפלוני שיש לו בידי לא מהני לפקוע כח ההקדש כיון שכבר נעשה הקדש גמור והוי כשאר כ"ח שגובה מהפודה דוקא כנלע"ד אחר העיון בדברי הרמב"ם:

(**ס"ה חזר ואמר לנו אבינו פרעתיו**) כו' רבינו הביא ב' דיעות דיעה הא' ס"ל דאם טוען שאמר אבא פרעתיו אחר ההודאה בכל גווני נאמנים אלא בטוען שאומר אבא פרעתיו קודם ההודא' בזה יש חילוק דבאומר תנו אינם נאמנים כיון שהחליט בצוואה שהם ישלמו לו והרמ"ה ס"ל באומר שפרע קודם ההודא' בכל גווני אינם נאמנים כיון דאיכא סהדי ששמעו מפי המצו' שיש מנה לפלוני בידו אנן סהדי דלאו בטעות קא מוד' ואע"ג

שיש לו מגו דפרעתי אח"כ הוי כמגו במקום עדי' אבל אי ליכא סהדי על הצוואה מהני ליה מגו זה אלא דאי אמרו אמר אבא פרעתי אחר ההודאה יש חילוק דאם אמר תנו אינם נאמנים כיון שהפקיד להם לשלם מסתמא לא שילם הוא. ובלא אמר תנו נאמנים שאמר לפורעו [שפורעו] אחר ההודאה ולענין הלכה כיון שאין בדברי המחבר הלכה ברור' כמ"ש הסמ"ע ס"ק י"א נלע"ד דיש לפסוק כהרמ"ה דהא בסי' קכ"ז סי"ג פסק הרמ"א כהאי סברא כיון שהוד' בפני עדים אין נאמן שוב לומר טעיתי בהודאתי א"כ ע"כ קי"ל כאן כפירוש הרמ"ה כנלע"ד ברור:

(**ס"ו**) **כיון ששטר הצוואה** עמ"ש ס"ק מ"א ס"ג מזה ונראה דלכ"ע אם אפשר שלא ידעו היורשים שיש ביד זה שטר צוואה דנאמנים לומר פרענו כנ"ל:

(**ס"ח יכול ליטלם**) עמ"ש מזה בסי' ק"ח ס"ה [ס"ח]:

ואם לאו פי' אפילו במוסר מאחר דעד אחד הוא לא מוציאין על פיו ממון מחזקתו:

סימן רנו

(**ס"א והואיל ואיכא פלוגתא כו'**) בת"ה שם מביא דין שתוקי שיש לו דין גר כמ"ש רמ"א כאן והביא שם פלוגתא דהרי"ף והרא"ש לענין מתנת גר שכ"מ לאחר שהוא נזכר כאן בתחלת הסי' וכתב שם בהכרעה זו דחולקין ואם היתה כוונת רמ"א ג"כ לפסוק כהכרעה זו לא הי' לי להכריע תחילה כי"א שהרי כתב וכן נרא' עיקר דמשמע אפי' תפסו המקבל מתנ' מפקינן מני' ע"כ נ"ל דרמ"א כתב זה אפלוגתא דמצוה לקיים דבר המת בגר וכ"כ רמ"י והסמ"ע תמה עליו מכח ההיא דת"ה ואשתומם על המראה דאף אם תאמר דקאי אריש הסי' מ"מ צריך לפסוק גם בפלוגת' זו דמצוה לקיים כו' מאחר שלא הוכרעה ההלכה כדברי מי וע"כ יחלוקו אם שניהם מוחזקין ויפה פסק הרמ"א בזה אלא דלענין פלוגתא דריש הסי' הכריע כי"א לגמרי דלא כדעת ת"ה.

(**ס"ב זכה הבן**) הרא"ש פסק כך דזכה מטעם הפקר וכמ"ש הסמ"ע והביא הרא"ש ראיה מפ"ה דיבמות דף נ"ב העודר בנכסי הגר והי' סבור של גר אחר הוא קונה אע"פ שלא נתכוין לזכות בנכסי גר זה שהיה בעל הנכסים מ"מ כיון שהיתה כוונתו לזכות זכה ה"נ אם לא זכה מכח המתנה זכה מכח הפקר עכ"ל וק"ל מ"ש מפ"ק דב"מ דף יו"ד ראה את המציאה ונפל עליה לא זכה ופרכינן אמאי לא זכה מכח ד' אמות שלו ומשנינן כיון דנפל גילה דעתו דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני ופרש"י לא נתכוין לקנות כתקנת חכמים לסבור שנפילתו ניחא לו עכ"ל והלא ק"ו היא דמה הוא גופיה לא תועיל לו קנין אמיתי שלו מכח שטעה וסבר לקנות בדרך נפילה ק"ו להחרים

כמו הכא דנימא דכיון דלא נתכוין לזכות כ"א בתורת מתנה ולא בתורת הפקר נימא דנסתלק מיניה זכות דהפקר וי"ל דהרא"ש לא ס"ל כאותו תירוץ כמ"ש ב"י בסי' רס"ח ומ"ש הרא"ש מיבמות לא עמדתי על דעתו דשאני התם דהזוכה נכסי הפקר אין לו קפיד' מי הוא המפקיר מ"ה אין שייך שם טעות משא"כ לענין הקנין גופי' במה יקנה למה לא נימא דלא זכה ליה הפקר כיון דלא נתכוין בו ותו דאומדנא הוא דאלו ידע מתחלה שאין זכות ליתומה מכח המתנה לא הוי מזכה לה הפקר דהוא עצמו קודם לזכות מן ההפקר כמו שגילה דעתיה דהאידנא ויש לדמות זה למ"ש הטור בשם הרשב"א סי' רנ"ג סי"ג [סכ"ג] אם היה מונה והילך כו' שהרי גילה דעתו כו' ה"נ בזה דאנן ידענן דתחלה היה סבור שיהי' הכל שלו לבד מאותו חלק השייך ליתומה משא"כ עכשיו הוא קודם לעצמו וצ"ע רב ליישב זה בפרט להוציא ממון מאחר שזה החזיק אח"כ באותו מתנה:

סימן רנז

(**ס"ו אינו זוכה בו לאכול פירות**) כתב זה דל"ת דיש כח לנותן לחזור בו כל ימי חייו כמו שכ"מ דהא סתמא אמר בפ"ק דב"מ איזהו מתנת בריא דלא קנה אלא לאחר מיתה כמתנת שכ"מ ס"ד דאף זה בכלל וכ"כ המ"מ בשם י"א קמל"ן הרמב"ם דלענין חזרה לא הוי כשכ"מ אלא לאכול פירות לחוד ובזה נתיישב מה שתמה ב"י על רבינו במה שכ' דברים אלו בשם הרמב"ם ומ"ה כתב רבינו לפיכך הנוף קונה מיד ואינו יכול לחזור כו' וזה פשוט:

(**עם אשתו**) שם בתשובה בב"י היים והוא דאמר דשייר לעצמו לבד לומר שלא ידורו עמו אפי' בניו הקטנים ולא הנטלים עמו עכ"ל:

סימן רנח

(**ס"ב אפי' אין בו זמן**) בד"ר מסיים כיון שהוא בקנין קונה מיד כשהגיע לידו השטר ופי' בו ב"י דה"ק כשהגיע השטר לידו קונה למפרע מיום כתיבתו וכ"מ מדברי רמ"א שפי' כן מדכתב דכל קנין כמעכשיו ואף שהסמ"ע ס"ק ג' פי' מיד היינו כשהגיע השטר לידו נראין דברי הב"י עיקר ובזה נתיישב מ"ש רבינו בשם הרמ"ה לחלוק על סברא ראשונה דוקא דכתב בו זמן אבל אם אין בשטר זמן צריך מהיום ואע"ג דכתב בו מהיום לא קנה אלא מעידנא דמטי שטרא לידו וסבר ב"י דהרמ"ה לא ס"ל זמנו של שטר מוכיח עליו והוא תימא דאח"כ מביא רבינו דברי הרמ"ה דכתב הא דאמרינן זמנו של שטר וכו' ודחק בו ב"י דכתב זה אליבא מאן דפסק זמנו של שטר כו' ולפענ"ד דגם כאן ס"ל להרמ"ה זמנו

של שטר מוכיח עליו ומ"מ כתב דוקא בו זמן ר"ל שהוזכר זמן בשטר וכמש"ר תחילה ולא הביא מחלוקת של הרמ"ה אלא לענין דהרמ"ה ס"ל אפי' במהיום לא קנה אלא מעידנא דמטא שטרא לידי'.

(**אין אומרים זמנו של שטר כו'**) הטעם בד"ר בשם הרמ"ה דבשלמא הכותב לאחר [מותו] כיון שהמיתה מבררת הזמן מה צריך לכתוב זמן ע"כ להקנות לו מאותו זמן נתכוין אבל היכא דצריך לכתוב הזמן כדי שיוכל לברר מאיזה זמן מתחילין הל' יום אין אומרים זמנו של שטר כו' עכ"ל ותירץ סמ"ש [סמ"ע] דאימר לא היה מבורר לו באיזה יום יהיה אחר ה"ל [הל'] מהיום ע"כ כתב מהיום ולאחר הל' וכן דרך בני אדם ובדברי רבינו סיים הרמ"ה ובכולהו לא אמרינן כו' ר"ל אף שאלו נחשב [שחשב] בסמוך לא אמרי' בהו זמנו של שטר כו' כדאמרי' כל אחר [בלאחר] מיתה מ"מ אם נעשו בקנין יש להם מעלה כמו אחר מיתה:

סימן רנט

(**ס"א הרואה אבידת כו'**) מ"ש הסמ"ע דרואה והגביה קאמר אשתמיטתיה דברי הנ"י בזה בפשט דכהן והוא בבית הקברות וז"ל דמיד שרואה עובר על ל"ת ועשה וכי אמרי' בהמתין לה כו' לפי שהמתין ולא הכירה באבידתה ועדיין היה יכול להשיבה ולקיים עשה שבה דודאי הרואה אבידה ולא נטלה מיד כיון ששמר אותה לא עבר על עשה שבה אלא כשבטלו והולך לו וכשנתייאשו הבעלים ממנה נתבטלה עשה זו ולא מחמת המוצא כו' וכך הם דברי הרמב"ם שכ' הרואה אבידת ישראל כו' עכ"ל:

(**ומשום לא תגזול**) פירש"י לא תגזול לא שייך אלא בשעת נטילה כמו ויגזול את החנית לא תוכל להתעלם אינו אלא לכובש עיניו ונמנע מלהציל:

(**ס"ג שרוב העוברים שם עכו"ם**) מ"ש הסמ"ע ס"ק ג' בזה לא ידענא מה תיקן בזה דהא איתא בפ' לא יחפור דף ך"ד הנהו זיקא דחמרא דאשתכרין בי קופאי שרינהו רבא ופרש"י טמונים בין גפנים שבכרם והיא של ישראל ופרכינן לימא לא סבר להא דר' חנינא דאמר לעיל רוב וקרוב הולכין אחר הרוב ופירש"י כאן ישראלים מצויים יותר מעכו"ם ולא אזלינן בתר רובא דעלמא עכ"ל ש"מ דלמאי דקי"ל דאזלינן בתר רובא אזלינן כאן בתר רוב העולם ולא בתר רוב ישראל המצויים כאן בכרם א"כ היינו ממש כי הכא ואמאי חייב כאן להכריז נתלה המציאה ברוב העיר עכו"ם ונ"ל דשאני הכא כיון שאפשר להתברר ע"י ההכרזה דהאבידה של ישראל עבדינן כן ולא מהני כאן שום רוב אלא לענין יאוש בעלים דבמקום רוב עכו"ם הוי האבידה של מוצאו דאפי' נפל מישראל מייאש לה אבל

במקום דלא הוי יאוש צריך להכריז אפי' אם הרוב עכו"ם ומיעוט ישראל דלא מהני לזה רוב כלל כיון דאפשר בהכרזה וכהאי סברא אשכחן בתוס' פ' לא יחפור דף כ"ג ע"ב ד"ה חוץ לנ' כו':

(**ס"ו עוף חטף כו**') כתב הסמ"ע סק"ז אפילו חוזר והפיל באותה העיר כו' ק"ל למה כתבו רבינו והמחבר והוליכו למקום אחר דהא אפי' חזר והשליכו כאן הוה יאוש מיד בשעת החטיפה וי"ל דמ"מ אם חוזר ונפל במקום הזה או סמיך לא מייאש דרגילות הוא בשעת החטיפה לפעמים נופל הדבר החטוף מפיו מחמת שלא החזיקו בפיו היטב ע"כ לא מייאש כל זמן שהעוף סמוך למקום החטיפה וברמב"ם כתב השליחו לחצר אחרת:

(**ס"ז ואם הוא דבר כו**') תחלה נבאר דברי רבינו כי יש כאן מקום עיון רב במ"ש אם היו הבעלים מרדפין כו' וע"ז כתב והוא שיהיה בענין שאם עומדים כו' דמשמע שמיירי באמת אין עומדין שם ותו צ"ע במה שכתב על חלוקה הב' דאין יכול להציל במקום השטיפה אם עמדו שם כו' הא אפי' רדפו הוה יאוש כיון דא"א להציל ונ"ל דרבינו קאי בזה על נהר שיש בו מכשולות שזכר בסמוך דאם יש באבידה סי' לא מיקרי יאוש מסתמא ואמר ע"ז דלענין דבר שאין בו סי' לא מהני המכשולות אלא בענין שיהיה יכול להציל ע"י איזה פעולות תיכף במקום השטיפה ונזה הוה דינא דכ"ז שהוא עוסק באותן הפעולות ורודף להתעסק להציל אף אם קדם אחר והציל לא זכה דאנן סהדי דלא מייאש מחמת אותו שיקדים עצמו להציל וזה לא יוכל ליתן סי' דהיא סומך שיעידו עדים על חטיפתו ועסקיו להציל תיכף שנשטף אין לך סי' גדול מזה ומש"ר אי אפי' אינם שם כו' קמל"ן חלוקה הב' דכיון דאפשר להציל רק שלא ידעו הבעלים מזה דהוא יאוש שלא מדעת ולא מהני קדימת האחר ועל ב' חלוקות שזכר כבר כ' אח"כ ובא אחר והצילו דלא זכה וקאמר אח"כ אבל אם לא יוכל להציל תיכף אלא ע"י המכשולות זה לא מהני מידי דאף אם יש עדים שהקורות היו שלו מ"מ אמרי' שנתייאש מהם כיון שא"א להציל דההיא הצלה שע"י המכשולות לא מהני ליה רדיפתו כיון דהוא רחוק מכאן קרוב הדבר שיקדמנו הקורה לשם וזה אין בו סימן בודאי מייאש מינ' וה"ג אלא עד שילך למרחוק שם לא יועיל כו' ול"ג ושם בוא"ו וכוונת רבינו בבבא זו לפירושו דמ"ש שמועיל לו מה שיוכל להציל היינו דוקא מיד ע"י רדיפתו ועסקיו אבל לא מהני ההצל' שע"י המכשולת מטעם שזכרנו ואמר אח"כ על אותו הצלם דמהני דהיינו מיד אם עמד שם כששטף ונתייאש כו' הרי אנו רואין דלא ניחא ליה בההיא הצלה וא"כ סמך על המכשולות ודאי הוי יאוש ונרא' להוסיף כאן ו' א' ולגרוס ואם עמדו כו' ומש"ר אח"כ ואם סתמא הוא כו' לכאורה פירושי דלא היו שם הבעלים וכעין שפירש בתוספות שהביא ב"י אבל א"א לומר כן דזה

כבר זכרו רבינו כמ"ש או אפי' אינו שם אלא נראה דה"ק ואם סתמא שלא נודע אם היה באופן שנתייאשו דהיינו שלא היה אפשר להציל או היה אפשר להציל מסתמא לא הוה יאוש אך מדברי רמ"א נראה שהיה מפרש מש"ר אם עמדו שם כו' אמ"ש שלא הי' יכול להציל והוא דבר תמוה כיון שאינו יכול להציל אפי' רדפו הוה יאוש ובסמ"ע תיקן זה וכתב דמ"ש רמ"א והוא עומד ר"ל או שהוא עומד ביכול להציל ומה יעשה בדברי רבינו שכתב אם עמד שם שא"א לפרש כן גם מ"ש רמ"א וסתמא הוי יאוש הוא תמוה דבד"ר כתב לא הוי יאוש ובסמ"ע כתב שצ"ל גם בדברי רמ"א לא הוי יאוש ושכן ראה בכתיבת יד של רמ"א ומ"מ דרכו של רמ"א בדברי רבינו נסתר ממני והנלע"ד כתבתי:

סימן רס

(**ס"א הרי הוא של מוצאה**) כתב הרמב"ם ולמה לא יקנה בעל החצ' זה המטמון ומטעם חצירו ותהי' מציאה זו של בע"ה ותירץ מפני שאינו ידוע לא לו ולא לאחרים וה"ז כמטמון האבוד ממנו ומכל אדם ע"כ והתו' תירצו דאין חצר קונה כיון דאין סופו להמצא וכן במעות שנאבדו ובמרדכי הרבה תירוצים ע"ז וכתב ג"כ בשם רבינו ברוך דלא אמרינן חצר קונ' אלא בדברי הפקר גמור אבל לא באבידה ואפילו אי איכא יאוש כיון דלא ידע לא היה מפקרא עכ"ל ונ"ל דרבינו ברוך לא אתי לתרוצי קושית הרמב"ם דא"כ לא הוי מתרץ כלום דהא מה שהוא מונח מן האמוריים הוא הפקר אלא דינא לחוד קמ"ל רבינו ברוך ותימא על הסמ"ע שהביא ד"ר ברוך כאן לתירוץ הקושיא:

(**סעיף ג' של שוכר אחרון**) דמסתמא של ישראלים שמצאו נפלו [שיצאו חפשי] בעת שיצאו ומזה נלמד דאם יצאו הראשונים בבהלה לא מהני על [לא הוה של] אחרון:

(**לג' עכו"ם כו'**) בגמ' אמרינן כן ופי' רש"י והרא"ש ורבינו ה"ה לא' רק שיהיה אחרון והתוס' כתבו וז"ל בפחות מב' לא מיקרי רוב ומיירי שעדיין הי' שם דאל"כ הוה דב"ה שהוא בתרא עכ"ל וכן נרא' דעת הרמב"ם שהעתיק המחבר דבעי' ג' עכו"ם ונראה להשוות הדיעות דהתו' ורמב"ם מפרשים דמש"ה הוה שלו דאפי' אם היה בזה הבית אנשים אחרים אין לחוש שמא הם אבדו דאף אם הם אבדו מכל מקום נתייאשו כיון שיש כאן רוב עכו"ם ומ"ה צריך ג' עכו"ם דבשנים לא מיקרי רוב עכו"ם לענין שנתייאש אביד' ורש"י והרא"ש ורבינו מיירי שאין חשש שמא אבד איש אחר בבית זה דמיירי באופן שלא היו מצויים שם אחרים מ"ה ע"כ נפל מאותו שבבית ע"כ די אפי' בשל עכו"ם אחד שהוא אחרון ועד"ז כ' רבינו דאם שני עכו"ם והישראל ביחד אנו תולין אותו ברוב דהיינו שע"כ נופל מג' שבבית ונמצא אין כאן מחלוקת כנלע"ד ובסמ"ע ס"ק ה' פירש

דעת התוס' דיש ג' עם ב"ה כו' ולא נתיישב דאכתי ל"ל לאוקמי בכה"ג לוקמי בחד עכו"ם שהוא בתרא:

(**ס"ה וי"א דעל התיבה כו'**) מחלוקתם במ"ש בגמ' במתני' מצא מעות בחנות הרי אלו שלו בין תיבה כו' מצא מעות לפני השולחני הרי אנו שלו בין הכסא לשולחני א"ר אליעזר אפי' ע"ג השולחן הרי אלו שלו ומסקינן דהוכחתן דאלת"ה אלא של שולחני מאי אריא בין הכסא לשולחני של שולחני אפי' ע"ג השולחן נמי ותו ה"ל למיתני מצא בשולחנות כמו ברישא דתנא מצא בחנות וס"ל להי"א שהוא רבינו דמדהזכיר ר"א בשולחני דוקא שמה שנמצא על השולחן של מוצאו מכלל על התיבה של חנוני דאל"כ ה"ל לר"א לומר כן ברישא בחנוני ותו דהא הוכחתו מדלא תני מצא בשולחנות כמו ברישא וא"כ ברישא דתני באמת בחנות אין שם הוכחה ושפיר אמרינן דהנמצא על התיבה של חנוני והטעם יש לחילוק זה דע"ג התיב' אין דרך אחרים להניח שם חפציהם משא"כ על גבי השולחן דרך הבאים שם להחליף להניח שם מעותיהם. והרמב"ם ס"ל דמן הדין שוים חנוני ושולחני אין לחלק ביניהם והאי דנקט ר"א דינו בשולחני היינו שמשם אנו למדים דין זה והוכיח זה ממשנתינו דברישא בחנוני תנא סתם מצא בחנות ובסיפא בשולחני תנא לפני השולחני אלא ודאי גילה לנו בזה דע"ג השולחן היא של המוצאו וממילא ה"ה ברישא דע"ג התיבה ותנא סיפא לגלויי רישא וא"ל אמאי לא קאמר גם ברישא מצא לפני החנות כמו בסיפא דא"כ לא היינו מרגישין בשום קושיא מ"ה תני תנא לשון משונה זה מזה הוא כדי שנלמוד בשולחני וממילא נלמד גם בחנוי דחד טעמא כנלע"ד:

(**ס"ו עם נפילתה נמאסת**) לכאורה קשה הא לא אמרינן בגמרא סברא זו אלא לרבא דס"ל דיאוש שלא מדעת הוי יאוש יקשה עליו מברייתא דזתים וחרובים אסור ומשני דזיתים חזותה מוכיח עלי' ולא מייאש דניכר שנפל מאילן ופריך רישׁ' נמי אמאי מותר בקציעות ותאנה ומשני שאני תאנה הואיל ועם נפילת' נמאסת מפקרי להו הבעלים מעיקרא אבל לאביי דס"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ולפ"ז לדידן דק י"ל כאביי מנלן לסברא זו דעם נפילתה נמאסת וי"ל דכיון דגילה לנו התרצן סברא זו דחזותא מוכיח גבי זיתים וחרובים קשיא ג"כ אאביי אמאי מותר בקציעות ותאנים דנהי דיודע הבעל דנתרי מכח חשיבות' מ"מ לא מייאש מחמת שהמוצא לא יקחם מחמת החזותא וצ"ל הטעם גם לאביי משום דנמאסת בנפילתה ונ"ל מדנקט תלמוד' שהנפילה סיבה לענין שתמאוס ש"מ בקציעות מונח על השדה לא שייך לומר כן וא"כ צ"ל דבקציעות לא שייך כלל מחמת החזות' דכיון דמתייבשין תמיד על (אין השדה) [השדה אין] שם דראה כלל ומעיקרא אייאש ואצ"ל נמאסת בזה וכן משמע לשון רבינו:

(**ס"ז או ביותר**) הקשה לסמ"ע בזה פשיטא ונראה דנקטי' משום סיפא דאם הקב מתמרי' ושומשמין דאפי' מפוזר ביותר מד' אמות לא יטול חצי קב בב' אמות דאין הטורח כ"כ לגמור כל הנפזר משא"כ בקב בד"א שאם בא לגמור יהיה הטורח גדול וע"כ לא ילקוט כלל אפי' חצי קב כ"כ תוס' לחד תירוצ':

(**ס"ח חוץ לנ' אמה כו**') דאז נפקא לה מתורת מדדה וקם ליה בתורת מפריח ואיכא למיזל בתר רובא דעלמא כ"פ רש"י וא"ל הא פסקינן סימן רל"ב סכ"א דאין הולכין בממון אחר הרוב כבר תירצו התו' שם בפ' לא יחפור היינו דוקא היכא דליכא חזקה דממונא אבל היכא דאיכא חזקה דממונ' אזלינן בתר רובא עכ"ל ועמ"ש בריש סימן רנ"ט גבי אבידה ובב"י כתב דמש"ה תוך נ' הוא לבעל השובך דליכא למימר ניזל בתר רובא דעלמא ונימא מעוברי דרכים נפל דמתני' מיירי בשביל של כרמים וחוץ לנ' הוי שלו כיון דע"כ מעוברי דרכים נפל ולא מהני שובכים ואין כאן סי' מ"ה מייאוש עכ"ל ותמוה הוא דאי איירי מתני' בשביל כרמים אפי' חוץ לנ' הוי של בעל השובך כמש"ר והרמב"ם בהדי' ותו דאין כאן קושי' כל עיקר דניזל בתר רוב העולם כיון דאינה מדדה יותר מנ' כמ"ש רש"י ולעוברי דרכים לא חשו דאין דרך עוברי דרכים להוליך עמהם גוזלות וכמו דלא חשו לענין נודות יין הגדולים בס' רכ"ט ס"ט וכן מ"ש ב"י חוץ לנ' הוי של מוצאן משום עוברי דרכים ג"ז אינו אלא כפירש"י שאנו רואין שזה יוצא מתורת מדדין כו' וצ"ע דעת הנ"י בזה והנה גם בסמ"ע כתב בהך דחוץ לנ' אמה הטעם כיון דליכא למיתלי משובך נדדה אמרינן מעוברי דרכים נפלה עכ"ל ונראה שימשך אחר הנ"י בזה ועליו יש לתמוה יותר דאמאי תוך נ' של השובך לא אזלינן בתר רוב העולם דהיינו עוברי דרכים מבואר דלא איירי בשביל של כרמים ע"כ א"א לפרש הטעם עוברי דרכים אלא כפירש"י

(**ס"ט כל המוצא כו**'). דברי הרמב"ם קשה לכאורה להולמן דבמ"ש אפי' בדבר שיש בו סימן לא יגע ובגמ' משמע בספק הינוח לא יטול דוקא באין בו סי' דהא פרכיכן שם וניהוי מקום או קשר סי' וזה הקשה הב"י בשם סמ"מ ודחק לתרץ שיש להרמב"ם גירס' אחרית' והוא דחוק גם א"א לאומרו דגם לפי אותה גירס' יקשה לך מי הכריח לבעל התלמוד לבסוף להכניס גם יש בו סימן בכלל דהא מעיקרא לא מחלקינן בין אין בו סי' ליש בו אלא מצד הסבר' ואמאי לא תהי' כסברא קיימת מפי' למסקנ' מי דחה אותה ופי' הב"י דחוק ביותר שעיקר הפלפול בגמ' לדחות הטעמ' רבה דיאבד מעותיו תיקשה במ"ש באין בו סימן זכה המוצא במה יזכה בממון חבירו גם זה הקשה המ"מ הביאו הב"י דהא ספיקא היא אם דרך נפילה וזכה בו כדין דבר שאין בו סימן או בדרך הנחה כו' וכמ"ש בב"י ביאוש שלא מדעת עכ"ל. וזהו דעת הטור שכתב על הרמב"ם בזה ולא נהירא והב"י

תיקן דברי הרמב"ם שהוא ס"ל ביאוש ש"מ דהיינו שנא יטל אבל אם עבר ונטלה זכה כו' ותמהני דהא עכ"פ באיסורא בא לידיה וזהו עצמו דברי אביי בייאוש שלא מדעת דאפי' אין בו סי' הוי כיש בו סי' לרבה ושמע כן דמייאש לבסוף אמרי' דמעיקרא באיסורא אתי לידיה למפרע ה"נ לאביי באין בו סימן לא מהני למפרע כל שלא ידע בודאי שהיתה ידוע לבעל האבידה קודם שמצאה זה דכך לי הייאוש ביש בו סימן כמו הידועה שנפל באין בו סימן וזה פשוט ותו קשה מתלמוד ערוך פ' המפקיד דף נ"ו דפרכינן שם אמאי דאמרינן ספק הינוח אם נטל לא יחזיר אההיא דמניח גזילה ביניהם ומסתלק ומשני ויניח משמע בהדיא דבספק הינוח הוי יניח דהא מדמה אותם להדדי תו קשה ממה דפריך בגמ' מגנב שנתן כו' לאביי דלא הוי יאוש ולפי דברי הב"י לק"מ דנימא דאביי מודה בזה והנה נעתיק בזה דברי הרמב"ם דתחלה כ' כל סעיף זה עד חייב להכריז אח"ז כתב כיצד דרך הנחה כגון שמצא חמור או פרה רועים בדדך ביום ה"ז לא יגע בהם שנ' נדחים בדרך כו' מצא טלית או קורדם בצד הגדר ה"ז לא יגע בהם כו' כמו שמעתיק כאן בסעיף שאח"ז עד סוף הסעיף עכ"ז נ"ל דגם הרמב"ם ס"ל ביש בו סימן נוטל ומכריז אפי' בספק הינוח וכדעת שאר פוסקים שמביא ב"י בשם הרב המגיד והרמב"ם עצמו נפרש דבריו מתחלה כתב דין דרך הנחה דהיינו עפמ"ש אח"כ כיצד דרך הנחה כו' דבזה אין עליו שם אבידה לגמרי כמ"ש בהדי' בגמ' ע"ז אין זו אבידה ונתן הרמב"ם טעם בזה שנ' נדחים בדרך אצל אבידה משא"כ בזה וכיון דכן הוא לא יגע בו כלל אפי' ביש בו סי' מטעם דהא אין כאן אבידה כלל דהוי מקום משתמר לגמרי והוי כמונח בביתו ממש ובזה אפי' עבר ונטלו יכול להחזירו למקומו דודאי אם הוליכו לביתו לא יחזירנו למקומו מטעם שכתב הטור בשם הרא"ש דשמא באו הבעלים ויחפשו כו' ומזה לא מיירי הרמב"ם בכל הפרק אלא מיירי מעבר ונפל והוא עדיין כאן בזה יכול להחזירו ואח"כ כ' חלוקה שניה דהיינו אפי' נסתפק לו אם היא אבודה או מונח בזה מפרש הרמב"ם אח"כ במ"ש מצא גוזלות מקושרים דזה הוי ספק הינוח הנז' בגמ' והיינו באין בו סי' דיש זכות באין בו סי' אם הוי יאוש מדעת דהיינו במילי יקירי דסתם אדם מרגיש בנפילתן ובודאי ידע וכיון דידע מסתמא אייאש כיון דאין בו סי' בדבר זה אנו אומרים בספק הינוח כ"ז שמונח עדין לא יטלנה וירצה להחזיקו לעצמו בזכות שיש בדבר שא"ב סי' ואנו חוששין שמא בדרך הנחה הניחו ממילא לא מהני כאן מילי יקירי אלא דאם עבר ונוטנה לזה זכה בכל הזכות שיש בדבר שא"ב סי' דהיינו מילי יקירי כי אנו אומרים שדרך נפילה ההוא וא"ל מ"ש בספק זה שאנו הולכין לקולא כל שישנו בידו ובספק יאוש שלא מדעת שאין אנו יודעים אי הוי מדעת או לא אזלי' לחומרא עד שיהיה ודאי שהוא מדעת כמ"ש הב"י בשם המ"מ

בסי' זה הא ל"ק דבספק יאוש ש"מ הוי הדברים שוים מדעת כמו שלא מדעת משא"כ בספק הנחה ספק נפילה דטפי מסתבר דהוי דרך נפילה דהא לדעת המקשה בגמ' מותר לגמרי כיון דאפשר דמעלמא אתי והוא מטעם דאזלי' בתר רובא דעלמא אלא דהתרצן מתרץ דה"ל ספק ולכתחלה אנו מחמירין שלא יטול דשמא דרך הנחה הוא אבל בדיעבד אנו סומכין על הרוב דהוי דרך נפילה וזהו דרך נפילה וזהו כוונת הרמב"ם שכתב דאם עבר ונטלו דזכה בכל הזכות שיש בו סי' בעלמא במצא מציאה שהיא ודאי דרך נפילה ולא נתכוין לומר דזכה בכל גווני בזה דודאי לא עדיף ממוצא דרך נפילה ודאית דלא זכה אא"כ בידוע דנפל וכן זכר המ"מ אלשון זה דספק אם הוא דרך נפילה זכה בו כדין המוצא דבר שאין בו סי' כו' עכ"ל וה"פ של דברי הרמב"ם אפי' נסתפק לו הדבר ה"ז לא יגע בו ואם עבר ונטלו אפי' הוא עדיין לא הלך משם אסור להחזירו לשם ואח"כ מפרש במה הוא מדבר בחילוק ואמר דאם היא דבר שא"ב סי' לגמרי הן במקום הן קשר אז דוקא זכה וא"ח להחזירו אמר כפל ל' להורות דבזה אמר דבדיעבד זכה לענין שאינו חייב להחזירו אבל לכתחלה לא יטלנה וסיים ע"ז דכל דבר שיש בו סי' לא נכלל בזה אלא אפי' לכתחלה יטלנה ויכריז ואע"פ שלא הזכיר הרמב"ם נוטל ומכריז אלא חיב להכריז מ"מ הכוונה כדין כל חייב להכריז הנאמר בגמ' ופוסקים וע"כ כללו הרמב"ם לדין ספק הנחה עם דרך נפילה ודאית ולדין מוצא ברה"ר דשם ודאי נוטל לכתחלה ומכריז אפי' בהנחה ודאית כמו שזכר אח"כ בסרטיא נוטל ומכריז ובזה הורה לנו הרמב"ם דחייב להכריז אפי' לכתחלה נוטלו לשם כך ולא תטעה בל' הרמב"ם שכתב ואם היה הדבר שא"ב סי' וכו' מכלל דמעיקרא דאמר ה"ז לא יגע קאי איש בו סי' וזה מפורש אח"כ דודאי יגע (אם יגע) יכריז אלא דרך פי' כתבו הרמב"ם להורות דתחלה מיירי דוקא באין בו סי' ואסור להחזירו אם היה בענין שלא זכה בו בדין יש"מ דהיינו דאבידה לאו מילי יקירי ואפשר שלא ידע עדין בזה מורה הרמב"ם דיניח עד שיבא אליהו ואח"כ [וע"כ] פריך מזה שפיר מפ' [בפ'] המפקיד ולפ"ז אין מחלוקת כלל בין הרמב"ם לטור רק בספק הינוח דעבר ונטל דיש לו זכות להרמב"ם ולהטור אין לו זכות והוה כמונח בארץ עדין ולא כמ"ש הרמ"א כאן. כל אלה דברי הרמב"ם ניחא בס"ד:

(**סעי' י' מקושרין בכנפיהן ומדדין**) משמע מדברי סמ"ע דמפרש הך מדדין בגוזלות שאין יכולין לעוף עדיין אלא מדדין לחוד והוא תמוה דל"ל לתלמודא לאוקמי בכה"ג דהא לא בעי אלא לאפוקי סימן דמקנה [דמקום] וכשהן מפריחין כ"ש דניחא טפי ותו נראה לדינא דכאן אפי' ביש שובך תוך נ' והגוזל אינה מפריח אלא מדדה מ"מ ל"ש כאן לו' דתלינן בשובך דשאני הכא דחזינן שהוא מקושר בכנפיו וכבר הכינו איזה אדם לעצמו נמצא

שעכ"פ לא בא כאן מן השובך רק שאין בירור אם הכינו אדם א' כאן או נאבד מן אדם אחר וע"י דדוי וטלטול בא כאן אחורי גדר וכיון דאין בו סי' הוי יאוש. משא"כ בההיא דס"ח באינם מקושרים ודאי תלינן דמהשובך בא והך מדדין שהוזכר כאן לא בא אלא לאורייי דלא מיירי בקבועין ושוכבים במקום א' דאז הוי מקום סי' וכמ"ש אח"כ וכן אם מצאן קבועים כו' כנלע"ד נכון וברור:

(**הגפה**) פי' סתימת כותל של עץ או קנים וגדר הוא של אבנים. והא דמשמע בריש הסי' גבי צד הגדר דבכל גווני לא יגע אפי' ביש בו סי' שאני הכא דדרך הפועלי' להניח טלית שלהם בצד הגדר שעושין מלאכתן ממילא הוי מקום המשתמר וכן הוא בתוס' ורא"ש:

(**אבל יש חולקין כו**') לפמ"ש ריש סעי' זה אין כאן פלוגתא הכינו רק בחדא דהרמב"ם ס"ל בספק הינוח ואין בו סי' ועבר ונטלו דהוא שלו חולקין עליו שאר פוסקים וס"ל יהא מונח כו':

(**לא**) **הוליכו כו**' נ"ל ה"ה אם הוליכו לביתו והעמיד שם א' לראות אם יבא שם אדם לבקש מידי דג"כ יכול להחזירו אח"כ כיון שלא בא שם שום אדם אבל אם לא העמיד אדם שם לא מהני ליה מה שיעידו עדים שלא היה שם אדם דאפשר שבא ולאו אדעתייהו דמלתא דלא רמיא עליה דאינש לאו אדעתיה כמ"ש בסי' עט. ובד"ר יש כאן ט"ס וכצ"ל ואם נטלן ולא הוליכן משם יחזור למקומו כיון שאינה אבידה לא נתחייב בשמירתי. בהגבהתה ואם נטלן והוליכן לביתו כו' כצ"ל וכ"כ באשר"י שהביא ב"י:

(**סי"א**) **אביד**' **מדעת** עמ"ש ס"ס רסא:

סימן רסא

(**ס"ד דהוי הפקר**) זו דעת רבינו ונראה לכאורה להביא ראיה מהא דר"פ אלו מציאות באכנשתא דבי דרי עסקי' דאבידה מדעת היא והתם הוה של מוצאו אבל נראה שאני התם דאנן סהדי דזה לא יטריח עצמו בשביל קב בד' אמות ונר' לפענ"ד דדברי הרמב"ם עיקר וראיה מפ' הספינה דף פ"ז ולעיל סי' קפ"ח השולח בנו אצל החנוני וצלוחית בידו ונתן לו באיסר שמן ושיבר את הצלוחית ואבד את האיסר דס"ל לרבנן חייב לשלם הצלוחית והאיסר והשמן פרכינן והא צלוחית אבידה מדעת היא ופי' הרשב"ם ואע"ג דגם הפונדיון שנתן להתנוק הוי אבידה מדעת מ"מ בחזרה יפה מחייבים חכמים כיון דלא שדריה רק להודיע שישלח לו ע"י גדול אי סלקא דעתך דבמקום דהוי אבידה מדעת הוי הפקר הא זכי בו החנוני בפונדיון שקיבל מן התינוק ואמאי ישלמנו לאבי התינוק

אלא על כרחך דאין הפקר גמור אלא האי גברא לא חש לאיבוד מעותיו ואם ישבר ישבר ה"נ גבי מציאה כן הוא נלפענ"ד אלא שאין בידי להכריע:

סימן רסב

(**ס"א אפי' הוזלה אחר המציאה כו'**). וכתב המ"מ ע"ז שזהו דעת הרמב"ן כיון ששוה בשעת המציאה פרוטה חייב בכך וכן משמע מפ' אלו מציאות עכ"ל וכתב ב"י ע"ז וז"ל [וצ"ע] ובכסף משנה כתב ג"כ שדברי המ"ע כמתמוהין שכתב דעת הרמב"ם הוא כך [היפך] ממאי דאסקינן עכ"ל ותמהתי על אלו מאורות הגדולים איך נעלם מהם תלמוד ערוך בפרק הזהב דף נ"ה אבידה שוה פרוטה חייב להכריז אף ע"ג דזל פירש"י דזל בין שעת מציאה להכרזה למה לו להמ"מ לבקש משמעות בזה ובאמת אין שם רמז בפרק אלו מציאות:

(**ס"ב בידוע שהן של שותפין**) מ"ש הסמ"ע ס"ק ב' גם אני אתפיס משלך וכ"כ רבינו בס"ו ועמ"ש בסי' ע"ה דהיינו לפי דעת האובד אבל לפי האמת אינו כן ודלא כמ"ש בסמ"ע ע"ש:

(**ס"ג כיון שבא לידו כו'**) כתב המ"מ פרק י"ד דגזילה דכ"ז הוא בספק אם ידעו הבעלים מהנפילה ה"ז אסור:

(**ס"ו מעות מפוזרות** בגמרא אמרי' דזה לא הוי יאוש שלא מדעת דא"ר יצחק אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה וכן כתב רבינו דמרגיש שנפל וברמב"ם פרק י"ד דגזילה כ' אבידה שלא מדעת לא הוי יאוש כיצד נפל ממנו דינר ולא ידע דנפל ואף ע"פ שכשידע שנפל נתייאש ה"ז אינו יאוש עתה עד שידעו הבעלים שנפלה אבל אם עדיין אומרים הבעלים שמא נתתיו לפלוני או כיוצא בזה אינו יאוש ע"כ וקשה הא במעות אמרינן מסתמא הוה יאוש וי"ל דבא למעט בידוע שנחסר לו הדינר רק שלא ידע שנפל אלא סבר שנתנו לפלוני כמ"ש אח"כ וסיפא הוי פירושא דרישא ועוד נראה לי דהרמב"ם איירי באופן שהיה לו הרבה דינרין בכיס ונאבד אחד מהן כגון זה אין אדם מרגיש מיד עד שימנה המעות וכן מחלקינן סוף פרק הגוזל דף קי"ח הא דאית ליה זוזי אחרינא בכיסיה וכ"כ בסי' שנ"ה לענין גניבה וזה נכון גם לענין מציאה כאן כנלע"ד:

(**סי"ב עשוין כמגדל**) לדברי רבינו מקום הוי סימן במטבעות שהרי כתב בד"ה שמחזירין מטבע בסי' מקום וכו' וקשה ל"ל כמגדלין הא אין עשוין כמגדלין אמאי הן שלו נהי דאין כאן הוכחה דנימא ודאי הינוח מ"מ לא יצא מכלל ספק הינוח אע"ג דבזה ל"מ הנחה כיון דמיירי במקום שאין משתמר כלל דודאי אפי' אם הניחו שם ודאי ישכחו

אח"כ אלא דמהני לענין שלא מייאש שיכול להגיד סימן וכיון שיש סי' במקום דינו דנוטל ומכריז בשלמא בפירות מפוזרות ומעות מפוזרות דמהני י"ל דכיון דהם דרך פיזור יש הוכחה דלא נעשו דרך הנחה ואין כאן סימן מקום מה שא"כ במעות שאינן עשוין כמגדלין ומונחים בדרך שרגילין להיות מונחים אמאי לא נימא מספק דנוטל ומכריז כמו דמצאן אחרי הגפה דסימן ר"ס דבעי' דוקא מדדין שאם מצאן קבועים אמרינן דהוי מקום סימן וכמ"ש המ"מ בפט"ו מגזילה על דברי הרמב"ם בספק הינוח היינו ספק נפילה וצ"ל דשאני מעות שאין דרך להניח מעות ע"ג קרקע בלא כיס ע"כ לא אמרינן מספק דהוא דרך הנחה. וכתב בטור דשנים לא הוי סימן קשה כיון דשנים לא הוי סימן דמיעוט רבים שנים גם בג' ניחוש כיון דלא מכריזין פחות מג' הוי ג' כמו ב' דכשם שבב' אין ראיה ממה שלא אמר טפי ה"נ בג' וי"ל דכל שבא לאפוקי בין יחיד לרבים ודאי יאמר מה שיש רבים תחלה משא"כ כשבאין לחלק בין רבים לחשוב לרבים:

(**סי"ג בסימנין שאמרנו**) בד"ר כתב כאן בסימני מקום ודחק ב"י בפירושו ונראה שעיקר הגירסא בסימן מנין או מקום אבל אם יש [אין] סי' במנין או במקום:

(**ומאחר נפלה**) בב"י בשם הרמב"ם והוא מכר אחרת כיוצא בזה הא לאו הכי אין חוששין כשם שאין חוששין למכירה במציאה אחרת עכ"ל ואיני יודע למה כתב רמ"א לשון וי"א בנסדק דהא דיעה האחד שהיא דעת הרמב"ן ס"ל נמי בנסדק דהוי סימן דדוקא במידי דנעשה בשעה שנטבעה המטבע אין מועיל סימן כיון דבאותו פעם נטבעו הרבה:

(**סט"ו וי"א דסי' כו**') כיון שאינו ניכר מבחוץ אמרי' דבעלים לא ידעו מזה אלא מעצמו נפל לשם כיון שרגילות לבא אליו כ"כ התוספות:

(**סט"ז אחת אחת כו**') הב"י הקשה על הרמב"ם מאי סי' יש בשנים והוא מתורץ בדברי הסמ"ע ס"ק ב' [ל"ב] ומה שהקשה מדאמרינן בגמרא מאי בדי שוכא נ"ל דהרמב"ם מפרש מאי דאמרי' בברייתא בדי מחטין הוי כ"א מלתא באפיה נפשיה ובדי פירושו מסמורין מ"ה מפרש תלמודא מאי בדי שוכ' דתלי ביה מידי קרי ליה בדי והיינו מסמר שדרך תשמישו לתלות חפצים שלצורך האדם ומ"ה לא הזכיר הרמב"ם אלא מחטין לחוד והזכיר מסמורים דלא הוזכר בתלמוד אלא כדפרישית דזהו פי' של בדי ורבינו דנקט הסתומים נמשך אחר הרמב"ם לדינא אף דבעיקר הפירוש ס"ל כפי' רש"י שבדי דבוק למחטין ומה שהקשה ב"י לפי' רש"י דלמה דרך נפילה הם אמאי חייב להכריז לא ידענא מה קשי' ליה דכל ספק נפילה וספק הינוח אזלינן לחומרא זולת במעות כמ"ש בסי"ב: (שמנין סימן) בסמ"ע ס"ק כ"א [ל"ג] העתיק דברי ד"מ והיינו שהוקשה לד"מ למה אמרי' במטבע כל שאינן כמגדלין לא הוי סי' מ"ש ממחטין כל שהם שנים שנים כמ"ש כאן לזה

תירץ דמטבעות דרך כל אדם לשאת מעות אצלו ודרכו לאבד דרך נפילה משא"כ מחטין ויתדות דאין דרך ב"א לשאת אצלו אלא הצריך לו מ"ה יודע מניינם ומדקדק בכך אבל לא הבנתי מאי קא קשיא ליה דהא כשם שבמטבעות הי' הוכחה שבאו שם דרך הינוח כיון שהם כמגדלין ה"נ יש הוכחה במחטין כל שמוצאן זוגות זוגות דהוי דרך הינוח:

(**סי' כ"א וכל ת"ח כו'**) בסי' רמ"ו יש מחלוקת בין הנ"י לב"י האיך דין ת"ח בזמן הזה ונראה כיון דאין כאן אפקועי ממונ' משום אדם בבירור יש לסיווך על זה מ"ה כתב רמ"א כאן סתמא:

סימן רסג

(**ס"ב אלא יכניסם מן השדה כו'**) בעי' היא בגמ' לפי גי' הרא"ש מי נימא דהשב' מעליא בעינן כיון דלאו דרכו לחזור בעיר לא נחייבו א"ד בשדה הוא דאיחייב לי' מיהת וכיון דאתחייב ליה בשדה איחייב ליה בעיר תיקו. נמצא דמספקא לן אי פטור מכל אפי' בשדה א"ד חייב בכל אפי' בעיר וכתב הרא"ש דיש לפסוק לקולא כיון דבצד החמור יש זלזול בכבוד התורה שיזלזל כבודו להטריח בהשבה וס"ל לרבינו לפ"ז כיון דלא איפטר בהשבה אלא משום זלזול ע"כ חייב עכ"פ בשדה כיון דאין שם בחומר זלזול וא"ל כיון דייחייב א"ע בהשבה בשדה ממילא נתחייב בעיר מן הדין י"ל כיון דיש עכ"פ מצוה בפ"ע בהשבה בשדה שהיא משתמרת יותר בעיר כמ"ש הרא"ש לדעת הרי"ף שפיר י"ל דמה שעושה בהשבה זו אינה אלא לפנים מש"ה שעושה קצת טובה לחבירו כן נ"ל. ובזה מיושב מה שהקשה ב"י על רבינו דלא דק במ"ש ע"ז שיחזיר בעיר וא"ל לפ"ז מנלי' להרא"ש דהרי"ף הי' לו גרסא אחרית' דלמא גם הוא מפ' כמו הרא"ש אלא דהכריע מסברא לחלק כמו שזכרנו י"ל כיון דאלו כ"כ הרי"ף משום הכרעה דנפשי' היה לו להזכיר שיש איסור אם מחזיר בשדה [בעיר] כמו שזכר הרא"ש ולמה כתב הרי"ף הלכך לא יחזיר בעיר וזה קאי על האיבעיא והאיבעיא לא קאי אלא על החיוב או פטור ממילא מ"ש הלכך לא יחזיר קאי ג"כ אפטור לא שיהיה אסור:

(**וכן אם מצא כו'**) מלשון וכן משמע דוקא בהמה משום דאינקטא ניגרא דבריית' שלמדה לילך מרחוק מ"ה חייב להכריז אף בעיר אבל כלים לא כשמצאן במקום שאין דרכו ליטלם ולפי הטעם דסיים שהרי התחיל במצוה משמע ה"ה כלום שהתחיל בהם כ"כ ב"י ונ"י בשם הר"ן ותימה דהא בפ' כספינה בעי למימר בכלי כיון שנטלה צריך למיעבד השבה מעליא ומייתי ראיה מהך דינא דאמר רבה הכישה נתחייב בה ודחי שאני בהמה דאינקטא ניגרי ברייתא ונלע"ד דהרמב"ם ס"נ דהך מלתא גופי' מבעי' ליה בכאן בדרכו

לחזור בשדה כו' מי נימא דטעמא דרבה דהכישה תחייב מטעם ניגרי ברייתא ולא אמרינן כיון דאתחייב אתחייב ולפ"ז הכא א"צ להחזיר בעיר וכיין דלא אתחייב בעיר פטור נמי בשדה דהא בעינן השבה מעליא א"ד הטעם בהכישה דרבה כיון דאתחייב אתחייב ממילא אתחייב כאן גם בעיר והאיבעי' היא כפשוטו לענין דין אם נימא דבעינן השבה מעליות' ופטור לגמרי או אדרבה כיון שיש חיוב בתחלה חייב גם לבסוף אלא שיש ליתן טעם להאיבעיא דודאי אין הסברא ס"ל דבעינן השבה כו' אלא שיש להביא ראיה לצד השני דאזלינן בתר תחלה כיון דאמר רבה הכישה נתחייב בה והיינו מטעם דאזלינן בתר התחלה ממילא גם כאן הוי כך ואמרי' כיון דאתחייב א"ד טעמא דרבה לא כוי משום דאזלי' בתר התחלה ממילא מצד הסברא אמרי' בעינן השבה מעליות' וכיון דלא איפשטא האיבעיא אזלי' לחומרא ומ"ה נקט הרמב"ם וכן מצא בהמה כו' דהוי דינא דרבה דהכישה וסיים עוד שהרי התחיל כו' להורות דקי"ל כמה שנסתפק התלמוד שטעם זה הוא עיקר כנלע"ד בדברי הרמב"ם ואף שהב"י נסתפק בדברי הרמב"ם ובמ"מ אסי' דנ"ל עיקר דוקא בהמה כו' ומ"ש שהרי התחיל כו' ר"ל דאם לא יגמור המצוה ימשך היזק לבעלים מכח ניגרי ברייתא הנלע"ד כתבתי וא"כ אין חילוק בין בהמה לכלים כל שהתחיל אומרים לו גמור אפי' לא התחיל בדרך השבה רק בדרך מתעסק בעלמא כהנהו עיזי דהוי קיימי בי אביי כו' בפ' אלו מציאות ובמ"ש מתיישב מה שהקשה הראב"ד על הרמב"ם:

סימן רסד

(**ס"ג שטף נהר כו'**) זה מיירי שחבירו הי' ג"כ יכול להציל ע"י הדחק דאל"כ ה"ל הפקר וכמ"ש בס"ד [בס"ה] וכ"כ המ"מ בשם הראב"ד והמרדכי ר"פ ככונס:

(**או שהתנה כן בפני כו'**) בד"ר בד"א שהיה בעל החמור שם וזה לא התנה אבל אם לא היה שם או שהיה שם וזה התנה עמו או שהתנה כך בפני ג' כו' ויש לדקדק אמ"ש שהתנה בפני ג' ממ"נ אם יש שם בעל החמור אמאי לא יתנה עמו דוקא ואע"פ שיש שם ב"ד היאך ירשוהו בשל אחר כשהוא כאן ולא ישאלוהו אם ניחא ליה או לא ואם שאלוהו ואינו מסכים מה לב"ד בכך ואי מיירי שאין הבעלים שם הא א"צ תנאי כמ"ש תחילה וצ"ל דהא קמ"ל דאף שאין הבעלים שם מ"מ אם יש שם ב"ד צריך תנאי בפניהם וא"כ מ"ש אם שהתנה כך בפני ב"ד לדיוקא נתכוין דאם לא התנה לא ובסמ"ע סעיף ז' [סק"ח] אפי' היה שם חבירו ולא התנה כו' והוא תמי' מטעם שכתבתי גם סידור ל' רבינו מורה כן מדמחלק לב' בבי ולא כתב בד"א שהי' שם בעל החמור או ב"ד ולא התנה

אבל היה שם חייב כו' דאז היה משמע שקולים הם ואפי' במקום בעלים מהני ב"ד אלא ברור הוא דהבעלים עיקר וכן מוכח מדברי הנ"י בפ' הגוזל בתרא בשם הר"ן שחלק על גי' הרי"ף שגורס היו שם ג' מתנה עמו בפני ב"ד שכיון שבעל אבידה שם ל"ל שיתנה עמו בפני ב"ד הא בינו לבינו סגי אלא ודאי מיירי שאין הבעלים שם עכ"ל ואמאי לא קשה ליה גירס' הרי"ף בשביל זה דאי הבעל כאן ל"ל מתנה עמו תיפוק ליה אפי' אינו מתנה עמו אלא בפני ב"ד סגי וכדעת הסמ"ע שאפי' לא התנה עמו אלא עם ב"ד סגי ע"כ נלע"ד כמ"ש בביאור ד"ר:

(**ס"ד ודוקא שהתנה כו'**) ר"מ מפאדווא' כ"כ בפשיטות דמה שאמרו בגמ' ירד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו היינו בהתנה דאל"כ אפינו בהציל אין לו יותר משכרו דאין משלם לו דמי חמורו ובלא הציל כיון שלא נהנה אפי' שכירות א"צ ליתן לו ולא ירדתי לסוף דעת הסמ"ע ס"ק י"א דהשוה בזה לא התנה כהתנה. וכן אם עלה חמורו מאליו פי' של הניצול שכ"כ הנ"י פ' האומנין בשם הרמב"ן שהביא בשם ירוש' דניצול מאליו הוי כמו ירד להציל ולא הציל וכו' וב"י מביאו בסי' של"ד (אע"פ שהאמת אתו) זה מיירי שחבירו לא היה יכול להציל כ"א ע"י הדחק דאל"כ לא הוצרך לתת אפילו שכרו דמ"ש המבריח ארי מנכסי חבירו וכמ"ש ריש הכונס דא"צ לשלם אפי' שכרו רק במקום דברי היזיקו כההיא דשטף נהר כו' וזכה שם בהדיא דההיא דשטף נהר כו' מיירי ביכול להציל ע"י הדחק ודומה לנדון זה דשר שחטף משכון שזכר בסמ"ע ס"ק י"ב והיינו אותו הדין ממש שזכר. מ"א כאן ואם לא יצא כ"א ע"י השתדלות כו':

(**וכן כל אדם כו'**) הך פעולה או טובה שזכר רמ"א אינו ר"ל שמצילו מהפסד דא"כ ה"ל מבריח ארי מנכסי חבירו אלא שעושה לו טובה בהשגחת נכסיו דבכיוצא בזה כתבו התוס' בפ' הכונס דף נ"ח דאין זה בכלל מבריח ארי וכ"ה בר"ן פ' שני דייני גזרות שמשם מקור הדין זה וקאי אמי שעמד ופרנס חבירו סתם דלא אמרינן למתנה נתכוין:

סימן רסה

(**ס"א יותר מן הראוי לו**) לפי טרחו בהשבה אבל עכ"פ הוא אינו יותר משכר ביטולו שהוא סלע דההשב' הוא ב' דינרין ולישב בטל לגמרי היה נוטל דינר א' ופסק לזה בשכר ההשבה ד' דינרין שהוא סלע יכול ליטול כן הוא לדעת הסמ"ע באפשר שראייתו ממש"ר לגבי המותר דלגבי המותר כמי שאין לו מלאכה דמי ואי מהא לא ארי' דהת' אין שום היתר רק מחמ' הפסד מלאכתו משא"כ כאן דמצינו היתר אחר אזי יוכל ליטול אפי' הרבה יותר מהפסידו כמ"ש סמ"ע עצמו בס"ס רס"ד לדעת הרא"ש והטור:

(**שלו קודם**) מ"ש הסמ"ע ס"ק ה' דטרח' אחת היא בהצלת חמורו ושל חבירו קשה דמי לא עסקי' דלפעמים יש יותר טירח' בהצלת א' מבחבירו ואפ"ה אמרו סתמ' דמשל' לו דמי חמורו ונראה דשאני לגבי אביד' דלא ניחא ליה לאדם שיאבד משלו אפי' פרוטה א' כיון שכבר הוא ממונו וע"כ הוא טורח אפי' באם היה א' רוצה לתת לו דמי חמורו רק פחות קצת משא"כ כאן שרוצה להרויח עכשיו ממון שלא בא לידו עדיין במלאכה ודאי סתם אדם ניחא ליה שירויח פחות קצת בלי טורח כנ"ל בזה:

סימן רסו

(**ס"ה אל תחזיר**) פי' במ"מ שא"ל עסוק בריבית [בדיבורי] להביא לי גוזלות וכיוצא בזה יחזיר ולא יקבל ממנו עכ"ל. וכרמב"ם קיים שם בפי"א מגזילה וי"ל [וז"ל] שאם קיבל מאביו נמצא בעת שקיים מצות עשה של כבד את אביך בטל עשה של השב תשיבם ועבר על לאו לא תוכל להתעלם עכ"ל ונ"ל לדייק מלשונו דדוקא אם אירע השב' אבידה בשעה שקיבל מאביו אמרו כן ומ"ה כ' שאם קיבל מחליו דהיינו שהאב צריך לומר לו עכשיו שלא יחזיר כי צריך לו וכ"ה הלשון בגמ' שאם אמר לו אל תחזיר לא ישמע משא"כ אם הוא כבר עסק במצות כיבוד אב בא זה דבר ואירע לו' השבת אבידה דהוא פטור מטעם כל העוסק במצוה ובזה אין האמירה של אב לא מעלה ולא מוריד אלא אין מוטל עליו כלל מצות חיוב השבת אביד' וכמו שמצינו לענין שומר אבידה דהוי שומר שכיר מטעם דמתהני דפטור לתת ריפת' לעני בשעת שעוסק בהשבת אבידה כדאי' בפ' אין בין המודר דף ל"ג וא"ל דשאני הכא שיש ביטול עשה ול"ת דהא בנתינ' צדקה יש ג"כ עשה ול"ת עשה דנתן תתן כו' ועוד כמה עשין ול"ת דהשמר לך פן יהיה דבר כו' ודרשי' ליה בפ' בתרא דב"ק על נתינת צדקה ואפ"ה דחי לה השבת אבידה בשע' שעוסק בה וא"ל דשאני השבת אבידה דיש בקיומה עשה ול"ת מ"ה אמרי' דדחי לצדקה משא"כ כאן בכיבוד אב דאין בקיומה רק עשה לאו מלתא היא דהא כ' הרי"ף בפ' אלו מציאות לענין שידחה א' את חבירו לא חשבינן במעלות הדוחה רק העש' ולא הל"ת ע"ש בסוגיא דהיתה אביד' בבית הקברות אלא ע"כ דלא איכפת "לן בל"ת ובאמת אין ע"ז דחי' כלל אלא מטעם אחר דעוסק במצוה כו' וה"נ דכוותי' אלא דמ"מ אם האב כאן הוא מחויב למחול לבנו שיבטל ממלאכתו וישיב אבידה או ישיב הוא בעצמו דהא אמרי' אני ה' אלהיכם כולכם חייבין בכבודי אבל מ"מ על הבן עצמו אין נ"ל שום חיוב השבת אבידה כשהוא עוסק כבר בכיבוד אב וא"ל כיון שהאב חייב בהשבה לא אמרי' בבן דפטור מטעם עוסק במצוה

דא"כ גבי צדקה דשומר אבידה נמי נימא הכי דאותו בעל אבידה עצמו הוא חייב לתת ריפת' לעני' אלא ודאי כדפרישי' כנלע"ד:

סימן רסז

(**ס"א גינה וחורבה**) בד"ר כ' בזה יצא וקשה למה אמר לשון דיעבד כמו שדייקינן בלשון דיצא בהאל הקדוש בספ"ק דברכות גם לשון הרמב"ם כאן שסיים הרי זה קיים המצות משמע דיעבד וקשה דהא ילפינן ליה מקר' בגמ' ונ"ל שמפרשים מ"ש בגמ' רבתה התור' השבות הרבה ר"ל שההשבה חלוקה יש מהן לכתחלה ויש מהן דיעבד:

(**ס"ה סימנים שאינם מובהקים**) בסמ"ע ס"ק ז' חשיב אריך וגוץ גבי משקל והוא תמו' דבמ"מ חשיב גבי חיוור וסמוק ונ"ל דמ"ש הסמ"ע אריך וגוץ היינו שנותן מדה כמה הוא ארוך וגוץ ובמ"מ מיירי שאינו אומר אלא ארוך וגוץ סתם:

(**והרמאי כו'**) במ"מ מבואר דאפילו היות' חשוב לא מהני מטעם דהא מדאוריית' ילפינן לה דאין מחזירין להרמאי בסי':

(**ס"ו וי"א דבסי' מובהק כו'**) הוא דעת הרא"ש וקש' היאך מפרש מתני' דמשמע אפי' מובהקים לא מהני לרמאי דהכי אי' במתני' אמר את האבידה ולא אמר הסמנין פי' סימנין מובהקין דידה הכי מוקי לה בגמ' ה"ז לא יחזיר. והרמאי אע"פ שנותן סי' לאיתן לו ותו דבבריית' אי' בראשונ' כל מי שאבד אבידה היה נותן סי' ומחזירין לו משרבו הרמאין התקינו שיביאו ראיה כו' וכ' הרא"ש אבל בסי' מובהק יראה שמחזירין לכל אדם. ולא איירי אלא בסימנין שהחזירו קודם לכן. והא קודם לכן לא היו מחזירין אלא במובהקים ונ"ל דלא מהני סי' מובהק להרא"ש אלא לענין החזקה שאנו מחזיקין סתם אדם לרמא ע"ז מהני סי' מובהק אבל אם ברור שהוא רמאי אין מועיל לו סי' מובהק. וע"כ כ' הרא"ש דבסי' מובהק מחזירים לכ"א דהיינו שאין שם בירור אלא החזקה וזהו הפלוגתא בד"ר בין רמב"ם להרא"ש דלהרא"ש מהני סי' מובהק לדחות החזקה שהוחזקו רמאים ולהרמב"ם אלים החזקה דסי' לא מהני כאלו הוא ודאי רמאי דבודאי רמאי כ"ע מודים דלא מהני סי' ומה שקשה על הרא"ש מברייתא דבראשונה כו' י"ל דה"ק הברייי' בראשונ' קודם שנשנית המשנה דאמר את האבידה כו' היו מחזירין כו' בסי' שאינן מובהקים לסתם אדם משרבו הרמאין אמרו במתני' שאין מחזירין באין מובהק עד שיביא ראיה שאין רמאי אבל במובהק הוי כמו ראיה שאינו רמאי אבל ברמאי ודאי לא מהני סימן מובהק כלל נמצא דיפה כ' תחילה המחבר בס"ה דהרמאי לא מהני סימן מובהק והיינו לכ"ע ומש"ה לא כ' הרמ"א שם כלום אבל בס"ו דמיירי לענין הוחזק רמאי כ' די"א דסי' מובהק

מהני לזה אבל לא לודאי רמאי וסמ"ע סק"ח הבין הדברים בדרך אחרת והוא דחוק מאוד הן בסידור דברי הרמ"א הן בעיקר הסוגיא דודאי רמאי לא מהני סי' כלל כנלע"ד:

(**סעיף י' וי"א שזה שכנגד כו'**) בד"ר כ' ואפי' אם העיד שראה שנפל ממנו ע"א כמאן דליתא ומיהו א"א כ' דאותו שמעיד כנגדו ישבע כו' מדנקיט לשון אפי' משמע דכ"ש אם מעיד שהיה שלי שיכול לומר קניתי ממנו וקשה דהא ה"ל משוי"ל ומשלם דאלו היו ב' עדים שהיה שלו היה מחזירין לו כמ"ש בס"ט א"כ בעד א' ה"ל מחויב שבועה כו' כמ"ש בסי' ע"ה וצ"ל לדעת הרא"ש דלא ה"ל כאן מחויב שבועה כו' כיון דאפי' היו ב' עדים לא היינו מוציאים ממון בשבילם לחוד רק לכשתצרף עוד לזה חזקה שמסתמא ממנו נפל ולא אמרו מתוך שא"י לישבע משלם אלא כשמוציאין ממון ע"י העדים עצמם וסברא זו כתב הב"י בשם הרשב"א סי' ע"ה מחו' סכ"ה וצ"ע אם דומה זה להתם וגם הרמב"ם חולק שם על הרשב"א כמ"ש שם הב"י בתשובת הרשב"א ההוא ותו קשה לי דאם יש כח לעד זה להשביע למה הוצרך בגמרא להזכיר כלל דין ע"א דמ"ש מעלמא אלא משמע דבא ללמד דכאן עד א' כמאן דליתא דמי לגמרי ותו ק"ל דכאן אין שייך שבועת התורה נגד עד א' דהא אמרינן בפ' הכותב בעד א' מעוד שהכתובה פרועה שתשבע ומפרש רבא דאין זה שבועת התורה שכל השבועות שבתורה נשבעין ולא משלמין כו' וה"נ אין שייך נשבעין ולא משלמין דהא אחר השבועה לא יקח שום א' אלא יהי' מונח ולא מצינו שתיקנו חכמים שבועה ע"ז ונלע"ד דאין לחייב שבועה מספק בזה נגד העד גם לשון התלמוד מורה ע"ז שאמר עד אחד כמאן דלית' דמי:

(**סעיף י"ח לצורכה ולצורכו**) מה שהקשה הסמ"ע ס"ק י"ב התו' הקשו כן ותירצו דשאני בכסות דחשו שמא יניחנה שטוח' יותר מכדי צרכ' אבל בספר כיון שקבעו לו זמן א' ללמ"ד יום לא חיישינן לכלום:

(**סעיף כ"ה להשתמש בהם**) בד"ר כ' דז"ל וכן מי שהפקידו אצלו מעות יתומים לא ישתמש בהם והוא ש"ח עליהם עכ"ל וקשה מ"ש דנקט יתומים וי"ל דסד"א יתומים שאני דעל דרך דאי' בגמ' שם בי רחבה ה"ל זוזי דיתמי וסבר ר' יוסף דשרי לאשתמושי בהם ופי' הרא"ש אע"ג דשאר מפקיד אסור להשתמש כמ"ש בסי' רצ"ב מ"מ ס"ד דרב יוסף דזה דמי לאבידה שטרח בה ה"נ כן הוא בשביל הטובה שעשה ליתומים שהיו סמוכים אצלו וא"ל אבייי דהני כמעות אבידה דמי הואיל ולא טרח בהם וזה ג"כ כוונת רבינו אבל באמת דחוק הוא בפי' הגמ' דלפ"ז לא הי' לו לאבייי להביא שם לר"י החילוק שבין מעות אבידה לדמי אבידה כיון שגם הוא יודעו אלא שהי' נרא' לו לדמות לדמי אביד' והנ"י פי' דמיירי שהיה ביד רחבה מעות מציאה ואחר המציאה היה נודע דשל

יתומים הם ונשארו בידו משום דליתומי' קטנים לא הוי השב' מעליות' דכמקום שאין משתמר דמי וגילה לו אביי החילוק שבין דמי אבידה דטרח למעות אבידה דלא טרח. ונ"ל שגם הרמב"ם פי' כן מ"ה לא הביא הך מלתא זוזי דיתמי דבאמת הוי הך דינא ממש דלעיל והשתא לק"מ מה שתמה הסמ"ע ס"ק ז' על הרמב"ם שלא הביא הך מלתא שהביא הטור. אך ק"ל ממ"ש סי' רצ"ב ס"ז דלא הוי שואל אלא א"כ נשתמש בהם כבר במעות שהפקידו אצלו וכאן הוי שואל לדעת הרמב"ם אפי' לא נשתמש עדיין וע"כ לתרץ כמ"ש הרא"ש בשם הראב"ד וכן הנ"י שם בפרק אלו מציאות בפשט מה יעשה בדמים ר' טרפון אומר כו' דשאני פקדון הואיל והבעלים בידם לחזור וליקח כ"ז שירצו מסתפי הנפקד ליגע בהם פן יביאו הבעלים פתאום לקחתם משא"כ במעות אבידה שטרח ומכר ולא נודע של מי הוא אינו חושש מהבעלים ושפיר יוכל ליגע וא"כ קשה דמשמע כאן דהנהו זוזי דיתמי של מציאה ואלו הוי מעות אבידה כגון שהיה בידו מטלטלין וטרח ומכרן הוי שרי לרחבה להשתמש בהן וה"ל שואל להרמב"ם ואמאי הא הוי יודע שם הבעלים דהיינו היתומים והוי כההיא דסי' רצ"ב שזכרנו וי"ל דאפ"ה הוי בלא נודע כיון שעכ"פ יהיו המעות בידו זמן הרבה ולפ"ז אם יש אפטרופס ליתומים שחושש המוצא אבידה פן יבא פתאום לתבוע הימנו אפי' במעות אבידה לא הוי שואל כנ"ל לדעת הרמב"ם דס"ל דשומר אבידה הוי ש"ש:

(**סעי' כ"ז ואי אפשר כו'**). כתב הסמ"ע ס"ק ל' דאם טען ראיתי כו' הוא תמיה דמ"ש מטוען החזרתי לך אחד מהם דיש ג"כ חילוק דטוען ונטען ביניהם ואפ"ה חש חכמינו שמא ימנעו מלהגביה מציאה פן יבוא לידי שבועה וה"נ כן הוא כיון שזה המוצא אינו יודע שהבעלים רואים אותו ואם תזקיקהו לישבע כשיטעון הבעל ראיתי שהגבהת שניהם כ"א יתירא מזה פן יטעון עליו הבעל אח"כ כן ומכח זה ימנעו מלהגביה להשיב וק"ו מהחזרתי לך א' דשם יש תקון בדבר דיחזיר לו בפני עדים ואפ"ה חכמים חשו בדבר ק"ו בזה ע"כ נלע"ד שבכל גווני שמוצא בענין שיש עליו שם מציאה אין עליו שום שבועה כנלע"ד:

סימן רסח

(**ס"ג שלא מדעתו**) נ"ל ה"ה בד' אמות וראיה מדכתב הנ"י בפ"ק דב"מ דלא אמרו בד' אמות אלא כשעמד ונתנו לו בתוך ד' אמות הא קדמו לו הבעלים ולא זכו לו שמקום אותו הדבר קנוי הוא לבעליו עכ"ל הרי לפנינו דהד"א נקנו להבעלים אעפ"י שאין כוונת הבעלים לקנות דאדרבה דעתם להקנות להלוקח גם מעיקר הטעם של תקנות ד"א דלא

ליתי לאנצויי מוכח כן דאל"כ אכתי אתי לאנצויי ולומר לא היתה כוונתך שתקנה כו' כנלע"ד:

(**ס"ד**) (**ואם אח"כ בא כו'**). פי' אירע הדבר שראובן בעל החצר מוחזק שסגר ביתו ולא הניח לשמעון שיקח מביתו:

(**אם כבר נפסק**) יש לי מקום עיון על ראייתו של ת"ה בזה פי' ש"י דהיינו מפ' החולץ דף ל"ז ספק ובני יבם שבאו לחלק בנכסי יבם לבתר דפליג יבם בנכסי מיתנא פי' שמתחילה היו באין לדין הספק עם היבם בנכסי אחי היבם שמת דהיינו שהספק אומר אני בנו של מת ויורש הכל והיבם אומר אתה בני ואין לך כלום בנכסי אחי והיו חולקים כי כן דינם ממון המוטל בספק כזה חולקין ואח"כ מת היבם והניח נכסים הרבה משלו ובאים לדין הספק ובני היבם שהספק אומר ממ"נ אם אני אחיכם תנו לי חלק כמוכם ואם אני בן המת כבר שקל אביכם שלא כדין החצי החזירו לי ופסק שם ר' אבא קם דינא ופי' רש"י אחר שנעשה דין בנכסי היות אין זה יכול לחזור עליהם ומה שהוא שואל בנכסי והיבם אמרינן ליה אייתי ראיה ומזה יליף שם בת"ה וז"ל ונראה הטעם דודאי הסברא היא לעולם דשקיל הספק ממ"נ אלא היכי דכבר פליג עפ"י הדין אסח דעתיה מינה ומתייאש מאותו חלק דשקיל יבם ונעשה כממונו אם כבר נפסק דזה אותו א' שלקח בחצר חבירו מההיא שעתא אסח' בעל החצר דעתו עכ"ל וקשה ממש"ר סי' ל"א בב' כחות המכחישים זא"ז דאם יש למלוה שיש לו על לוה א' ב' שטרות מאלו הכתו' דמצי לגבות בשטר הגדול ובפני ב"ד אחר יגבה בשטר האחר ואמאי צריך לגבות בב"ד אחר הא אפי' בב"ד זה יגבה דקם דינא כיון שכבר גבה על פי הדין וא"ל דשאני כאן דהב"ד לא ידעו תחלה שיש שטר אחר והוי קצת כמו גבי' בטעות ז"א דהא בהחולץ מדמה זה לאחד שקנה שדה מד' ובא אחד שהיה לו דר' ואבד דפליגי חכמים ואדמון ע"ש. וי"ל דכיון שיש בהחולץ שם פלוגתא וס"ל לחד מ"ד דהדר דינא ומשמע שם מדברי הרא"ש דלא איפסקא הלכה בבירור דקם דינא אלא מצד דלא מפקינן מבני יבם מספיקא מ"ה ניחא בסי' ל"א דבא להוציא בשטר הב' ובזה אפשר דהדר דינא ולפ"ז נ"ל דאם חזר זה הקונה האחד ותפס משל הקונה הב' דלא מפקינן מיניה ולא שייך לומר דהוי ספיקא דדינא ולא מועיל תפיסה דאין כאן שום תפיסה באיסור לא לראשון ולא לאחרון דהכל ספק הוא וכמש"ש בסוף התשובה בהג"ה לענין תפיסה האחרון דלא הוי באיסור וה"נ י"ל כשחזר האחד ותפסו כנלע"ד לפי סברת בעל הת"ה אבל בסי' ר"פ שדיתי נרגא בעיקר ראייתו מצד אחר ע"ש ולפי הנלע"ד אין פסק זה ברור להלכה ובפרט שיש הרבה גדולי פוסקים שפוסקים כמ"ד הדר דינא כמ"ש ב"י בא"ע סי' קס"ג בשם הר"ז הלוי כנלע"ד:

סימן רסט

(**ס"ה ועלה מכחו ג"ט**) קשה מ"ש מזיל טריף אקן שמביא ב"י דשם לא בעינן שיטרפם ג"ט מן הקן וכדמשמע מדברי התוספות שמביא ב"י וז"ל שהרי קצת מפריחין למעלה עכ"ל ונ"ל דהכא מיירי שהדף מונח על הארץ וע"כ צריך שיהיה מוגבה ג"ט מן הארץ כי אין שם שום קנין כ"ש פחות מג"ט מהארץ ומש"ר אח"כ אבל לא עלה כו' היינו שהדף הוא גבוה מהארץ כן הוא ברמזים בהדיא דעיקר החילו' הוא בין עליה לירידה כמ"ש ב"י בשם התו' והרא"ש ע"כ שפיר מחלק אם הדף למעלה או למטה ובסמוך סק"ו כתב בזה בדרך אחר ולא ידעתי מנין לו דהא משמע בסמוך שכתב כיון שהיה מוגבה מכוחו ג"ט מהארץ משמע שעיקר קפידא מהארץ דוקא:

(**ס"ו תנה לי**) כתב רבינו בין אומר תחלה הגבהתי לצורכך אבל עתה אני רוצה לזכות בה כו' וה"ה אם מגביה מעצמו כו' ויש לפרש במה שכתב הגביה מעצמו דאף שאומר בשעת הגבהה שהוא מגביה לצורך חבירו ומ"ה לא מצי לחזור כיון דבשעת הגבהה נעשה שלוחו וזכה לו אלא דעכ"פ נאמן לומר לצורך עצמי הגבהתי באמת ומה שאמרתי שאני מגביה לצורך חבירי בלבי לא היה כן ונאמן כיון שהוא בידו עדיין ויש להקשות למה יגרע אומר יתנה לי מהגביה לחבירו בלי שום דיבור של אותו שרוצה לזכות במציאת חבירו ואמאי יכול לזכות לעצמו אחר שהגביה לצורך חבירו ובסמ"ע ס"ק ט' כתב דבאומר תנה לי יכול לחזור אף שאמר תחלה שמגביה לצורך חבירו בשליחותו והוא תמוה למה יוכל לחזור ממה שזכה כבר חבירו בהגבהתו של זה ותו דבמ"מ פי"ז דגזילה כ' אבל תנה לי לא נעשה שלוחו לזכות בה בהגבהתו אלא ליתנה לו עכ"ל משמע הא אם נעשה שלוחו ודאי מהני ולא יוכל לחזור ונלע"ד שהוא ע"ד שכמב הנ"י בפ"ק דב"מ וז"ל אבל הכא איהו גופא מימר אמר תנה לי אמר ליה [אמרת לי לא נטלתי] ע"ד לזכות בה לעצמי אלא ע"ד ליתנה לך כמו שאמרת ועכשיו איני רוצ' ליתנה לך עכ"ל מבואר דיכול לומר לא הייתי שלוחך בשעת הגבהה כלל ואף שאמרתי שאני מגביה לצורך חבירי היה בדעתי אחר הנתינה דוקא וכ"ה כוונת רבינו במ"ש גבי תנה בין אומר תחלה הגבהתי לצורכך דהיינו אחר הנתינה ומ"ה ניחא במגביה מעצמו לצורך חבירו דשם נעשה ודאי שלוחו בשעת הגבהה מיד לזכות בו אלא דאית ליה זכות ליטען בלבי לא היה כן וכדלעיל אבל אם מודה בדבר שנעשה שלוחו לזכות בשעת הגבהה נלע"ד ברור שאף באמר לו תנה לי אינו יכול לחזור בו כנלע"ד:

(**ראובן שאמר לשמעון**) עמ"ש סי' קפ"ד [קפ"ג] ס"ד ע"ז:

סימן רע

(**ס"ב סמוכים על שולחנו**) פירש"י משום איבה וכתבו התוס' דל"ש איבה אלא בבנו שדרכו לזונו תמיד ואם לא יפרנסנו אביו לא יפרנסנו אחר אבל אדם אחר מעלמא הסמוך לשולחן חבירו חנם כגון יתום קטן וכיוצא בו אין סברא שמציאתו לחבירו וכ"ש עבד או אמה שבשכר טרחה הם אוכלים עכ"ל ובכלל זה הוא ג"כ מי שפסק לבנו מזונות על שולחנו דמציאתו לעצמו דהא דרך חיוב הוא נותן לו וכעין שאמרו בפרק נערה דבת הניזונת לאחר מיתת אביה דמציאת' לעצמה דלאו מאחין קא מיתזנא:

(**אבל אם מת כו'**) דין זה הוא מקורו מתשובה אחת נעתקת בכנסת מרדכי שניות וז"ל וכי היכא דאין אדם מוריש זכות בתו לבנו ה"נ לא יוריש יגיעת בן א' לבניו האחרים ואם אמרו יגענו לאמצע יאמר אתון בדידכון ואנא בדידי כו' ותמוה לי דהא במעשה ידיה של בת שנינו משנה שלימ' דר"פ נער' שנתפתת' דמ"ו אע"פ שלא גבתה מת האב הרי הוא של אחין ופי' הר"ן שם דמשעה שבאה לעולם זכה בה האב כו' ולא אמרו אין אדם מוריש זכות בתו לבנו אלא מה שתעשה אחר מיתת האב כמבואר בפ' נערה וא"כ בהך מעשה ידי הבן הסמוך על שולחן אביו זכה בו האב דהא דמי למציאה ואמאי לא מורישו לשאר בניו בשוה ומלבד זה יש תמיהות רבות באותה התשו' למעיין בה דפסק כשמואל בפ"ק דב"מ דמחלק בין קטן לגדול ממש ולא כר"י דאמר לא גדול ממש אלא בסמוך על שולחן אביו תלי' מלתא וכל הפוסקים פסקו כר"י ועוד שם דבת גדולה הסמוכה כו' לר"י מציאת' לעצמה כיון שבגרת יצאתה מרשות אביה והוא דלא כהלכתא דגם בת מציאתה לאביה כל שהי' סמוכה כו' ע"ב נלע"ד דכך תשובה לאו דסמכא היא אלא דיש לקיים דברי הרמ"א מטעם אחר והיינו מכח דעת בעל העיטור שהביאו בד"מ כאן שכ' דבין [דבן] שסגל ממון לעצמו בחיי אביו אזלי' בתר אומדנא מדלא תבע לי' מחל ליה ל"ש מציאה ל"ש ריוח בסחורה ובאמת קשה ע"ז דלשון המתני' דפרק נערה דלעיל במעשה ידיה של הבת אע"פ שלא גבתה הרי הוא של אב דמשמע כ"ש אם גבתה ואדרבה אם גבתה מסתבר דלעצמה כיון דלא תבע ממנה וצריך לחלק דש"ה שכבר עשה הבן סגולת אוצר מממונא אז דוק מסתבר שמחל מדלא תבע וא"כ גם דברי הרמ"א כאן ע"פ דרך זה דוקא מיירי וא"כ קיצר במקום שהיה לו לבאר כן נראה לע"ד:

סימן רעא

(**ס"ב אבל קונה המוסירה**) המ"מ כתב על סעיף זה שהוא דברי רמב"ם שהם דברי המשנה מפורשת במציעא עכ"ל ותמהתי מאוד שאין בפ"ק שום משנה אלא מימרא דר'

חלבו בדף ה' [ח] דלא קנה הבהמה ע"י מוסירה במציאה אבל מקנין המוסירה לא מיירי ובאמת צ"ע האי פיסק' שמשמע דקנה כל המוסירה וקשה הא ראשה הב' היה על החמור ובסמ"ע כ' משום דבידו למשכה כו' ותמוה הוא דפ"ק דב"מ דף ט' א"ר אבוה כן הואיל ויכול לנתקה ולהביאה אצלו ואמרי' ע"ז דבדות' היא כו' ומ"ה מסקינן שם דרוכב קנה החמור ובית פגי' וכמ"ש בסעיף שאח"ז ובסמ"ע כ' דשם הטעם דבטלה המוסיר' שבראש הבהמה לגבי הבהמה כו' ולא משמע כן בסוגי' דלא הוקשה לתלמוד מ"ש בבריי' דהאוחז במוסיר' קנה כל המוסיר' מצד יכול לנתקה אצלו רק מכח דלא אמרינן כלל סברא כזאת הואיל ויכול כו' אבל אי הוה איירי להאי סברא שפיר קנה כל המוסירה אפילו מה שהיא בי' פגי' דאין שייך שם דבטל לגבי בהמה דאדרבה כיון שזה יכול לנתקה חשבינן כאילו כבר מנותקת מעל ראש החמור והכי ס"ל לר' אבוהו באמת רק דתלמוד' דחי דא"ל כלל הואיל ויכול וא"כ היאך נאמר דהרמב"ם סובר הואיל ויכול כו' וא"ל דבגמרא מיירי שיש עוד אחד שתפס בראש השני דהא כתב הטור בסי' זה אפי' כ"א שהגביה ראש שעל הקרקע לא קנה וכן משמע מרש"י וכ"פ בש"ע. ונלע"ד דכוונת הרמב"ם כאן במ"ש דקנה המוסירה לא על כל המוסירה קאמר לא דקמש"ל [אלא דקמ"ל] שם דיש לו קנין במוסירה אע"פ שאין לו קנין בחמור וסמך עצמו על מה שיכתוב שיעור הקנין במוסירה כמו כשיש עוד אחר שיתפוס החמור:

סימן רעב

(**ס"ו וכן בשעה שמדד**') פי' שצריך לילך עמה עד פרסה אחר הפריקה או טענה:
(**ס"ח**) [**ס"ט**] **וכן אם היתה כו**') נראה לישב מה שהקשה רבינו על הרמב"ם ע"ש דאה"נ דיש משום איבה בכל גווני דא"ל דדוקא כששניהם של עכו"ם אבל אם המשאוי של ישראל לא יקפיד העכו"ם כיון שרואה שאין מסייעו אף לישראל כמ"ש הב"י בשם המפרשים דא"כ קמ"ל בסיפא שכ' אבל בהמת עכו"ם כו' הפוכא דרישא דאם היה שניהם של עכו"ם אז הוי דוקא משום איבה משא"כ ברישא וא"כ ה"ל לומר בסיפא אבל בהמת עכו"ם ומשאו חייב משום איבה ואמאי כתב ל' אינו חייב כו' דמשמע לקולא קמל"ן אלא נלע"ד דקמ"ל בסיפא אבל בהמת כו' לאפוקי מחיובא דרישא דהוי מן התורה וע"ה א"ש דברישא מחלק בין חיוב מן התורה לפטור וכ"ת הא עכ"פ מחויב לפרוק מן התורה משום צב"ח ול"ל צער דישראל ונרא' דמיירי שהעכו"ם המחמר הוא פורק וטוען נמצא דאין שם צב"ח ובזה אין הישראל צריך לסייע לעכו"ם מן התורה אלא דאם הישראל שם חייב זה לסייע מן התורה משום צער ישראל דהוי בכלל צב"ח ומ"ש בס"ט וכן אם

הבהמה של ישראל כו' משום צער ישראל ול"ק משום מצות פריקה כמו שהקשה רבנו דמצות פריקה אינו אלא כשהבהמה רובצת תחת משאה משא"כ כאן שהישראל פורק אלא שצריך לסייע משום צער שלו בכל אילו נקיט חיובא מן התורה אבל כששניהם של עכו"ם אין שום חיוב רק מדרבנן בשביל איבה כנלע"ד ובסמ"ע פי' בדרך אחר ע"ש:

(**ס"ט וי"א דלפרק כו'**) לפמ"ש דיעה קמא ס"ל כן:

(**סי"ג מעבירין כו'**). בסמ"ע ס"ק י"א פי' שהולכין זה אצל זה ולעד"נ לדינא הסברא להיפך כיון דיכולין לילך זה אחר זה למה נטריח את הריקן לשהות לילך לאט אחר הטעון ובאמת יותר טוב לאותו שהולך אחר חבירו ונראה פי' הברייתא דמיירי ודאי לענין פגיעה וכמ"ש רמ"י והוא מוכח מדקתני בסיפא שם בגמ' וכן ספינות הפוגעות כו' וכמ"ש בסמוך ומ"ש אח"כ ל' תדח' וכאן ל' מעבירין וכן מה שכפל לכתוב בסעיף י"ד לק"מ דיש שם בגמ' לישנא דברייתא לענין ספינות וגמלים עולות מעלות גבוהות ול' התוס' לענין חמורים שרגליהם רעועות כו' והפוסקים ערבו אותם וכתבו כ"א בלשונו בגמ' ולאו תנא א' שנאם דתקשי על שנוי לשון וכן במה ששנה התנא האחד סתם הטל פשרה ביניהם והב' תנא ומפרש להם מעלים שכר כו' והפוסקים נגררו אחר לשון שניהם ודרך זה כתב סמ"ע עצמו סי' קס"ח:

סימן רעג

(**סי"ח מפקירין כו'**) מה שהקשה ב"י על רבינו ממה דאיתא ובט"ו באדר היו מפקירין כו' משמע שצריך ב"ד להפקיר נראה דלק"מ דה"ק ובט"ו באדר חקרו ב"ד אחר מי שעשה כן כדי שיהיה מפורסם וינהגו בו הפקר כנלע"ד:

סימן רעז

(**ס"ו אע"פ שיצא ראשו חי**) במשנה שנינו יש בכור לנחלה ואין בכור לכהן פי' לתת לו ה' סלעים פדיון. הבא אחר נפלים אע"פ שיצא ראשו חי ובן ט' שיצא מת הבא אחריהם בכור לנחלה ואינו בכור לכהן ופירש"י הבא אחר נפלים שיצא ראשו של נפל חי כגון שהיה תאומים א' נפל וא' שכלו לו חדשיו והוציא הראשון ראשו חי והחזירו ובא חבירו והקדימו זה האחרון בכור לנחלה דהראשון לא הפסידו ואע"ג דראשו שהוציא חשוב לידה מעליא וטעמא דגבי נחלה כתיב ראשית אונו מי שלב אביו דוה עליו אם מת יצא נפל שהוציא ראשו והוי כילוד דלאו בר קיימא הוא ואין לבו דוה עליו אבל לענין כהן בפטר רחם תלה רחמנא והרי הא' פטר את הרחם עכ"ל וכתב מהר"י כ"ץ מקראקא מדלא

קמ"ל מתני' רבותא דאפילו נולד כל הנפל ואח"כ נולד הב' דהוי בכור לנחלה אלא ודאי בכה"ג שהוציא ראשו דוקא הוי הב' בכור לנחלה. וא"ל דתנא קמ"ל רבותא לענין בכור לכהן דלא הוי בכור אף שא' לא יצא כ"א ראשו דהא הרמב"ם פ"ב דנחלות לא דבר רק מבכור לנחלה ואפ"ה כתב לענין זה דיצא הא' ראשו לחוד וכן הטור הזכיר יצא רובו של הראשון ולא הזכיר כולו אלא ש"מ דבכולו יצא לא הוי הב' בכור לנחלה ומכח זה פסק באשה שילדה ולד שהיה חי כמו ג' או ד' שעות ונולד לסוף ט' חדשים מטבילתה אבל לא פירש בעלה ממנה אח"כ תוך ימי עבורה ומת הולד דהולד שתלד אח"ז לא הוי בכור לנחלה ע"כ וכתב סמ"ע דבכור ראשית אונו הוא דכתיב משא"כ בנפל ולפ"ז אפילו נולד הנפל כולו נ"ל דהבן הילוד אח"כ הוא בכור לנחלה והא דכ' רש"י והחזירו משום רבותא דסיפא דתנן אח"כ ואינו בכור לכהן ולא כמו שכתב הר"י כ"ץ מקראקא דגם לענין בכור לנחלה אם נולד הנפל כולו אין הבא אחריו בכור לנחלה עכ"ל הסמ"ע ודברי הסמ"ע בזה מבוארין ברש"י ר"פ בהמה המקשה שאפילו נולד הנפל כולו אין השני בכור לנחלה ונקט ראשו משום רבותא דאינו בכור לכהן אלא מ"מ יפה פסק מהר"י כ"ץ בנדון שלו דהשני לא הוי בכור לנחלה דשאני האי מתני' דבא אחר נפלים דמיירי בנפל ודאי שהרי פי' רש"י שם בבכורות ובהמה המקשה דלא כלו חדשיו והשני שבא אחריו כלו חדשיו וזה א"א לדעת אא"כ מחמת שינוי הצורה שרואין בו שלא נגמרה בריאתו כמ"ש הביאו ב"י בסימן רע"ו דבעינן נמי סימנים או שיהיה למ"ד יום ואז יצא מתורת נפל מ"ה פרש"י שם בחולין דאפילו ביצא כולו הוי נפל אבל כל שאין אנו רואין בו רעותא ודאי אפילו ביצא ראשו חי לחוד אין השני בכור לנחלה דלא יהא אלא ספק נפל מ"מ אין להב' דין בכור מכח ספק. ותו דסברא הוא ליזיל בתר הרוב דהוי בן קיימא כמ"ש התוס' בפ' יוצא דופן דף מ"ד בד"ה דקים ליה כו' אלא דבאבילות הקילו מספק לומר שמא נפל הוא ומש"ה ודאי בהאי דמהר"י כ"ץ אין להב' דין בכורה כיון שלא ראינו שום ריעותא בהראשון שהיה חי קצת אפילו אם לא היה מוציא אלא ראשו חי לחוד נ"ל לדין כן דאין הב' בכור לנחלה שאין ריעותא בהראשון כנלע"ד:

(**ס"ט בגיותו ונתגייר**) קמ"ל רבותא דאע"ג דהבנים האלו היו הורתן ולידתן שלא בקדוש' מ"מ הבן הבא אחריו בקדושת לידה והריון אינו בכור לנחלה ולעיל ר"ס רע"ה כ' דהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה לא הוי בר ירושה כלל:

(**אין בכור לנחלה**) דהבנים של גיות אית להו יחוס אחריו כדכתיב מרודך בלאדן בן בלאדן משא"כ בישראל הבא על השפחה אין להבן יחוס אחריו כלל:

(**סי"א מי שנסתפק לנו**) כ' הב"י בשם תשובת הגאונים האומר לאחיו אני בכור לנחלה והלה כופר והביא הטוען כתב א' שכתב בו פלוני נולד ד' ניסן שנת י"ד והוציא כתובת אמו והיה זמנה ב' כסלו שנת י"ג. תשובה אין סומכין על זכרון זמן הלידה עם זמן הכתובה כי אינה צוואה כי י"ל טעה או שהיה חפץ לכתוב מה שכתב שלא באמת עכ"ל ונלע"ד דזה מיירי בכתב שכתב א' מעלמא שאינו אביו ואפשר שהכתיבה היתה שלח בדקדוק אבל הכותב זמן תולדות בניו לזכרון לא נסמך ע"ז לענין ירושה והלא מצינו בפי' צ"א אדם יכול לישבע על מה שמוצא בפנקס שלו וגם לא שייך הטעם השני שחפץ לכתוב על מה שלא באמת דאנו רואין שנתכוין לכתוב זמן הלידה כדי שיכול לידע אח"כ אימת יהיה בר מצוה ויהיה זמן גדלות שנו לכל מילי ותו דבסמוך אח"כ כ' דאביו נאמן לומר זה בכור אע"פ שאינו בכור ע"ש ע"כ נראה דאם היה כתב אביו מהני לענין בכור לנחלה: (**ואם הוכרו כו**'). דבבכורה כתיב יכיר אבל בחלק פשוט כותבין הרשאה אפילו לא הוכרו מעולם:

(**אינו יורש אחד**) דכ"א ידחנו והמע"ה ונראה פשוט שאפילו תפס מפקינן מיניה כמו בספק בכור דתקפו כהן מוציאין ריש ב"מ:

(**סעיף י"ב כל שבע**') שאז יוצא מרשות אמו לכנוס בברית מכאן ואילך מוטל על אביו דכתיב יכיר ועיין מ"ש סמ"ע סימן י"ד סעיף ל"ה דכאן מיירי שלא בהכחשה מאב ואם דלא כמ"ש שם בפרישה:

(**שלא הוחזק**) אבל אין שייך בזה הוחזק שאינו בנו דא"א בזה חזקה דאי ע"י עדים שהוא ממזר או שהוא עצמו אומר עליו כן תחלה שוב אינו נאמן לומר עליו אח"כ שהוא בנו משא"כ במוחזק לן שהוא בכורו היינו עפ"י עדים שהוא נולד בראשונה אלא שהאב יוכל לומר לא ממני הוא אלא ממזר הוא:

(**לא יוכל אח"כ לומר**) בב"י הביא בשם הנ"י אפילו תוך כ"ד וע' סי' רע"ט:

(**סי"ג וה"ה אם מת הבכור כו**') לא ידענא למה הביא רמ"א הגם דמהרי"ק כתב כן ע"ז לפי ששאלוהו על מעשה זו וכתב וכ"ש אם אמר כן בשעת מיתה בודאי לא כוון להשטות ממילא כ"כ באומר כן בחייו דמהני בכל ענין שאומר בני בכורי הוא:

(**י"ד כדרך שבודקין לגיטין**) עיין בא"ע סי' קכ"א כיצד בודקין:

סימן רעט

(**ס"ג וחזר ואמר עבדי**) מ"ש הסמ"ע דהא נאמן תוך כ"ד היינו דווקא שאמר שנולד מהשפחה כו' איני יודע מי הכריחו לכך דכל הנאמנות דכאן מיירי לענין ירש אותו או לאו ובזה מהני מ"ש אח"כ עבדי דלא ירש אותו:

(**ס"ד היה עובר על בית המכס כו'**) מה שמחלק הסמ"ע בין ליש חזקת כשרות או לאו א"א לחלק בכך דהא איתא בפ' עשרה יוחסין דף מ"ט מאי אפי' שניהם מודים לא מיבעיא קאמר ל"מ היכי דאית ליה חזקת כשרות דלא מהימנא אלא אפי' עובר דלית ליה חזקות כשרות לא מהימני הרי לך דלרבנן אפי' לבן בנו לית חילוק בין חזקת כשרות ממילא ה"ה לר' יהודה לגבי אחר אין חילוק וכאן לא מיירי אלא לענין ירושה וכמ"ש בסמוך גם מ"ש בדברי הרמ"ה בטור דלא מהימן לאחזוקי בשפחה היינו שאם תאמר שלא ירש אותו ע"כ צריך אתה לומר שאמר שפחה:

סימן רפ

(**ס"ד לא ירש שמעון ממנו כלום**) צ"ע ממה דאיתא בפ' החולץ דף ל"ז ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר פליג יבם בנכסי מיתנ' בני יבם אמרי אייתי ראיה דאחינא את ושקול אמר להו ספק מאי נפשייכו אי אחיכון אנא הבו לי מנתא בהדייכו ואי בר מיתנא אנא הבו לי פלגא דפליג אבוכון בהדאי ר' אבא אמר קם דינא פרש"י אחר שנעשה דין זה בנכסי המת אין זה יכול לחזור ולערער עליהם ומה שהוא שואל בנכסי היבם א"ל אייתי ראיה עכ"ל ר' ירמיה אמר הדר דינא פירש"י ומהדר ליה פלגא דנכסי מיתנא או פלוג להו כולא נכסי בשום וקי"ל כר' אבא כמ"ש הפוסקים שם א"כ ה"נ נימא קם דינא ולמה לא ירש שמעון כלום כיון דכבר שקל לוי שהוא הספק בחלק ראובן שהודה לו שהוא אחיו למה לא יוכל שמעון לומר קם דינא במה שנטלת מחלק ראובן וטפי קשה מתשובת תרומת הדשן הביאו רמ"א סי' רס"ח ס"ג אם כבר נפסק הדין במעשה הראשון א"כ הוי המעשה הב' לחוד כו' ולפ"ז למה לא יטול שמעון מאחר שכבר נפסק הדין תחלה במה שלא יטול לוי בחלק ראובן כלום נשאר הדין השני בלחוד ולעיל סימן רס"ח כתבתי מזה הנלע"ד:

סימן רפא

(**ס"ד ס"ז**) **דוקא שאמר כו'**. פי' אפילו תוך כדי דבור אלא דוקא כו'. ולא מהני ללשון כו' שם בנ"י מסיים אפילו באדם אחד ושדה אלא אמרינן תפוס ל' ראשון או תפוס ל' אחרון

עכ"ל דהיינו כו' שיש [דכשיש] סחורה בדבריו כמו מדה בחבל כו' תלוי בתפוס לשון ראשון כו' וגבי אומר בני הוא בסימן רע"ט הוי הכחשה דהוי כאומר לא עבדי גם מכאן תשובה לפסק רבינו בסימן רע"ט ס"ג בענין תוך כ"ד כפי מ"ש שם:

(**דינו כירושה**) אלא דמ"מ מהני כיון שכתב בלשון מתנה:

(**יכול למכור**) שם מסיים הטעם שהרי לא כתב לו שיקח מהיום ולאחר מיתה חלק ה' או ו' שבה דאל"כ לא היה יכול ליתנו לאחרים אבל עכשיו שאמר תטול חלק כ"א מיורשי ובמתנה שנתן לאחרים נתמעט כל א' מהיורשים א"כ נתמעט נמי החלק החתן שהרי לא נתן לו אלא כא' מהיורשים הפשוטים כו' עכ"ל ונראה דמטעם זה כתב ג"כ רמ"א בסמוך דב"ח קודם למתנה זו כיון שתלה מתנת הבת בירושת הבן לא חיילא עד שישתלם החוב תחלה:

(**שהיה לו בשעת נתינה**) במרדכי שם ס"פ יש נוחלין מסיים בנכסים הידועים שהיו לראובן בשעת פטירתו כגון דברים המסוימים וידועים לו בעדים שהיה לו בשעת המתנה ולא נכסים דאיכא לספוקי בהו שמא לאחר מכאן בא לידו עכ"ל וכן הביא כאן בד"מ דכל שאין ידוע אין לו כלום ותימה לי על מה שכתב המחבר בסי' ר"ן דאמרינן כאן נמצאו כאן היו הנכסים והוא ממש כנדון זה ועכ"ל דפליגי ותימה על רמ"א שלא הביא שם כלום רק כתב עיין סימן ס"ו [ס'] עכ"ל וכבר כתבנו סי' ס' שם מה שיש ליישב משם על מה שכתב בס"ס ר"ן אבל ממ"ש כמרדכי כאן א"א ליישב רק צ"ל דפליגי בזה מרדכי בשם ר"מ והרשב"א שהביא ב"י בס"ס ר"ן וע"כ לענין הלכה נראה לדון בזה כמ"ש בד"מ בסי' רנ"א בשם מהרי"ק שורש צ"ד ומהר"ם מפאדוי סי' נ"ב דבמקום פלוגתא דרבוותא אין מוציאין הנכסים מיד היורשים ועל המקבל להביא ראיה כנלע"ד אלא במ"ש רמ"א בסימן ס' ס"ו בשם רבינו חילוקים נתתי כו' דמהני וההלכה ברורה דכל המודה שנתן אמרינן שנתן באופן המועיל:

(**בכל אשר לו כו**') פי' אף בנכסים שיש לו בשעת מותו ולא היו לו מקודם דהא רגילין לכתוב בשטר חצי זכר שהחוב לא יחול רק שעה אחת קודם מיתתו ובדרך זה שפיר חל עליו באותה שעה כל מה שיש לו אז אלא דק"ל הא במאי דקי"ל סי' ס' ס"ו דבדרך חיוב יכול להתחייב אפילו בדבר שלא בא לעולם והוא שקנו מידו ובשטר חצי זכר שאין החיוב חל עליו עד שעה אחת קודם מיתתו הרי כבר הדר סודר למארי' וכמ"ש סימן קצ"ה ס"ה ועכ"ל דנעשה כאומר מעכשיו ולאחר זמן דמהני כמ"ש בסי' קצ"ה וא"כ אין לבע"ח שנעשה אחר שטר ח"ז שום קדימה על בעל שח"ז כיון דשיעבוד שט"ח מתחיל מעכשיו ומעשים בכל יום אינו כן דנוהגין להגבות לבע"ח תחלה קודם שיקח החתן

שטח"ז וכ"כ סמ"ע וז"ל צריך ליתן לו בכל אשר לו מיהו ג"כ דינו כירושה שגובין תחלה ב"ח וכתיבה מנכסיו כיון דנפטרו מהחוב בחלק ח"ז עכ"ל וטעמו שכתב כיון דנפטרו וכו' לא הבנתי כלל:

(**אין בע"ח קונה משכון**) לעיל סי' רע"ח סעיף ז' כתבתי בשם התוס' דהא דקי"ל ב"ח קונה משכון היינו במשכנו שלא בשעת הלוואתו אלא דאפ"ה לענין שעת הלוואתו שם אלים שיעבודו דמקרי מוחזק וכאן שכ' מהרי"ו אין בע"ח קונה משכון פירושו שם בסימן ק"ט דלאו לכל מילי קונה המשכון אלא דוקא לקדש בו אשה כדאי' בפ"ק דקדושין גם המלוה לא הוי אלא ש"ש אבל באונסים פטור ומש"ה לא הוי דיניה לגמרי ויש מ"ש כאן מסי' רע"ח דאמרי' דהבכור נוטל פי שנים ומקרי מוחזק בשביל המשכון וכאן לא מחשב הספרים דילי' וא"ל דשאני התם דלא בעי' שיהא לגמרי של האב אלא דהשיעבוד שלו יהא מוחזק ולא ראוי משא"כ כאן דבעינן שיהא הספרים לגמרי שלו דא"כ במשכון של עכו"ם אמאי אמרי' בסי' רע"ח דלא מיקרי מוחזק דהא ג"כ השיעבוד ברור בידו דודאי לא יתן לו המשכון עד שיתן לו המעות אע"כ דבעינן שיהא המשכון עצמו קנוי לו וא"כ מ"ש הכא דאמרינן דלא מקרי קנוי לו ותו דלמה יגרע מקדושי אשה דיכול לקדש כמ"ש מהרי"ו עצמו ורמ"י תמה ג"כ ע"ז וז"ל כבר נתבאר בסי' רע"ח דב"ח קונה משכון וצ"ע עכ"ל וכתב סמ"ע דלא דק ומחלק בין התם להכא דהתם מוחזק מיקרי ולא ראוי לפיכך בכור נוטל בה פי שנים אבל לענין שתטול הבת חלק שאינו תלוי במצוי אלא בקנוי לאביה קנין גמור מ"ה אינה נוטלת בו חלק כו' עכ"ל וע"כ ט"ס יש בדבריו שכ' שאינה נוטלת בו חלק דאדרבא נוטלת בשביל שלא היה של אביה קנין גמור וחילוק זה לא ידעתי טעמו וכמ"ש בסמוך וע' סי' ריי"א ס"ב הארכתי בדין שתים לענין ירושת אבי חמיו:

(**הוחלטו הספרים**) שם במהרי"ו כתב דלא בעי' החלט כבר אלא דכשאמרו בשעת הלואה אם לא אפדם לזמן פ' יהיו שלך מעכשיו ועבר הזמן ולא פדאם אז כבר קנה המוריש אין להבת חלק בהם ואי טען היורש ברי שאמר מעכשיו אין להבנות חלק בהספרים ונשבע ע"ז להחזיק בהספרים ושלא ניתן להבנות חלק אבל מספיקא לא אמרינן דאמר מעכשיו דמספיקא לא מפקינן ממונא בספרים מחזקת הלוה עכ"ל והוא תמוה מאד דאמאי לא נטעון בשביל היתומים כל מה שהיה מצי אבוהון למיטען דמ"ש מההיא דפ' שני דייני גזירות דף קט אי הוי אבוהון קיים הוי טוען תלם אחד כו' וכבר נתבאר בדברינו בסי' ע"ב סי' ל"ה ביתומים שטוענין ספק בסך ההלואה על המשכון שהניח אביהם אין כח ללוה להוציא מידם בטענתו והוא פשוט גם מצד הסברא ותו דהא אפי' במלתא דלא שכיחא כגון נאנסו בסי' כ"ח [ק"ח] כתב שם בשם י"א דטוענין בעד

היתומים כ"ש הכא דזה מלתא דשכיחי ותו דהא בסי' ר"ץ סי"ב כ' רמ"א דהאפטרופס יכול לטעון אפי' מידי דלא שכיח והיינו אפי' בדרך שמא וא"כ אי טען כאן האפוטרופוס או היתומים עצמם אמאי לא מצי למטען אלא דאם הוא בענין שלא היה האב יכול לומר לקוח הוא בידי ולא החזרתי דאז אי היה חילוק בין לוה למלוה היה הלוה נשבע ונוטל כמ"ש בסי' ע"ב סי"ח מ"ה גם נגד היתומים נשבע הלוה ונוטל ואולי מדרך הזה מיירי מהרי"ו כנ"ל וצ"ע בזה:

(**ס"ט דבריו קיימים**) דלא בעי' שיור במתנת המת כמ"ש בסי' ר"ן:

(**סעיף י' בן האח יורש הכל**) לפי שאין אדם מתנה עמ"ש בתורה כיון דלא אמר ל' מתנה על השאר לבני אחיות.

(**ולא אזלינן בתר אומדנא**) פי' שאומדין דעת הבנות היה שלא יירש האח כלל משלהם אפ"ה לא אזלינן בתר אומדנא דמ"מ אין כאן מעשה שתיעקר נחלה דאורייתא משא"כ בשמע שמת בנו בסי' רמו דממילא נשארה הנחלה בחזקת בנו כיון שהוא קיים וא"צ לזה שום מעשה:

(**כל הקודמת כו'**) ע' בד"ר באר היטב:

סימן רפג

(**ס"א דבר תורה**) דכתיב כי לבני לוט נתתי את ער ירושה:

(**הגר כו'**). דכקטן שנולד דמי:

(**ותנאי מועיל כו'**). פירוש ביכול לעקור הנחלה מהראוי לה משא"כ בישראל שצריך ל' מתנה דוקא כדלעיל:

(**אם אין עכו"ם יודעים כו'**) נראה לי הטעם דהפקעת הלוואתו שרי כמ"ש בסי' שנ"ט [שמ"ח] רק במקום שיוודע שיש חלול השם וכמ"ש שם בסי' שנ"ט [שמ"ח] וסמ"ע כי דבלא ידע מותר משום ראה ויתר גוים ובידע אסור משום גזל העכו"ם דאסור ואיני רואה חילוק בין ידיעה לענין גזל ובאמת אין כאן גזל וכמ"ש:

(**ס"ב ואם ראו כו'**) שלא לחזק יד הרשעים כו' משמע דס"ל דמן הדין דודאי ממון של המומר הוא לגמרי אלא כדי לתקן פרצת הדור יש צורך לקנסו בממון זה הרשות ביד הב"ד ואפילו בדרך זה יינתן הממון לבני המומר ויליף לה ממסור דאמרי' בהגוזל בתרא ולקמן סימן שכ"ח [שפ"ח] דאסור לאבדו ביד דלמא נפיק מיניה זרעא מעליא וק"ו כאן דכבר נפיק מניה בני ישראל דאין לאבד ממון השייך להם ולא יהבינן למומר רק לבניו ומשמע מדברי הרמב"ם דאם אין להמומר בנים לא יהבינן הירושה דמומר ליורשי המומר

ולא הנכסים שנשארו לשאר יורשי המוריש של המומר וכעין ההיא שכתב רמ"א בסמוך יורשיו אינן יורשים ונשארה כו' ואפילו יש לו אב או שאר קרובים לא ס"ל להרמב"ם שהב"ד יפקיעו הירושה ממומר ויתנו להם דא"כ לא היה להרמב"ם לכתוב אם יש לו בנים כו' דרך ספק אלא ינתן ליורשיו דאין לך אדם בישראל שאין לו יורשים וטעמא דהרמב"ם בזה דילפינן ממסור דלא חשו חכמים אלא לזרעא מעליא דנפיק מניה ולא חשו לשאר יורשיו ה"נ כאן ואע"ג דבמרדכי פ"ק דקדושין כתב דאבי המומר יורש בנו דלדידיה לא קנסו רבנן שאני התם דלא עשו חכמים שום דבר רק בזה הניחו על דין תורה שירש האב בנו משא"כ כאן שקנס חכמים כדי לתקן פרצות הדור ולסלק המומר מן הממון וודאי לא מועיל קרובי יורשי המומר שיתנו הב"ד להם הממון דאין הממון של המומר כלל רק כשיש לו בן ישראל אז לא סלקו הממון מאבי המומר בשבילו וינתן לו ובסמ"ע כתב הוא הדין אם יש לו אב ומביא ראיה מהמרדכי שזכרנו וממילא ה"ה אח או שאר יורש דהא שם במרדכי נותן טעם דהאי יורש לא עביד איסורא ומ"ט נקנסיה וכתב שמש"ה כתב רמ"א ישראל היורש קרובו המומר כו' סתם ואין ענין זה לזה דבודאי הממון שביד המומר כבר שפיר יורשין אותו קרוביו כ"ז שלא זכה בו אחר ולא שייך שם קנס שלא יורשו אותו כי היורש' לא חטא משא"כ כאן שקנסינן להמומר שיסתלק מהירושה ולא מועיל בזה זכות קרוב יורש רק בנו ותו תמהתי דהא בהדיא כתב דמ"א אחר כך במומר גדול אין יורשיו אותו כנלע"ד ברור:

(**וי"א שמניחין כו'**). גם רבינו מביא זה בשם אביו כאלו חולק על הרמב"ם ובאמת יש מחלוקת דהרא"ש ס"ל דאף במקום דאין בנים למומר מ"מ לא שבקינן למומר שיטול הוא הירושה אף במקום שאין משום לתקן פרצת הדור אלא משום דלא שבקינן לממון שהוא ביד ישראל שיאכלנו המומר בגיותו וכמ"ש באנו נערות גבי קנס דלא כמ"ש בסמוך בשם הרמב"ם וכ"כ הרא"ש בהדיא כמ"ש ב"י ע"כ כ' שיניחו אותו ביד ב"ד:

(**ויורשיו קרובי המומר**) כיון דעדיין לא זכה בהם שום אדם ממילא היורש יורשן:

(**שראוי לקונסו כו'**). לכאורה יש לתמוה לפי מסקנת ת"ה לא ק"ל הכי מ"מ צדקו דברי רמ"א ונכונים הם דכ"ז שהוא גדול אין מועיל שום ספק בטחון שיחזור בתשובה זולת בענין שרואין בו בבירור שחוזר בתשובה רק שמיראתו עושה בצנעה וא"א לו לברוח או שרואין בו שבזמן קרוב יברח ודאי שבכלל ממון ישראל יחשב וכמ"ש הריב"ש לענין אונסין בדיני י"נ:

(**גם יורשיו כו'**) הטעם דמסלקין המומר כמאן דליתא ממילא נשארה הנחלה ליורשי המוריש:

(**ובעל יורש את כו'**). בת"ה שם נותן טעם משום דבבעל אמרי' ידו כידה ע"כ לא אמרינן בזה דהמומרת כמאן דליתא ולא יזכה בממון אלא יורשי המוריש כמו דאמרי' בשאר יורשים של מומר דאמרינן לסלק המומר כאילו אינו אבל המעיין בדברי המרדכי בפרק קמא דקדושין יראה דלא נתכוין לזה דהא פריך שם אפסק זה דבעל יורש במקום אשתו מומרת מההיא דאמרינן בגמ' בזרעה דלא עבדי אסורא ואפ"ה קנסו דלא ירתי כתובת בנין דכרין ואלו לפי דברי הת"ה לא היה מקשה כלום אלא האמת כמו שתירץ התם במרדכי על קושיא שזכרנו דשאני בזרעה דלא אתי אלא מכחה ולא עדיפי מדידה מה שא"כ בבעל דאתי מכח זכות עצמו דדמיא למורדת כ"ז שלא גירשה דאם מתה יורשה כו' עכ"ל ובהא מתרצי נמי מ"ש משאר יורשי המוריש (גם יורשיו אינם יורשים) בסמ"ע פי' הטעם דמומר נחשב כמת ואין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל ליורשיו מן האב משא"כ בקטן כו' עכ"ל ולא ידעתי למה לו זה דהעיקר דחשבינן ליה למומר כאלו אינו בעולם:

סימן רפד

(**ס"ב אע"פ שמשיאין כו'**) דבנשואי אשה אמרי' ביבמות דמש"ה הקילו משום חומר שהחמירו עלה בסופה אם בעלה חי תצא מזה ומזה כדאיתא במסקנ' ואפ"ה סמכו חכמים דאשה דייק' ומינסב' משא"כ בירושה דאין שום חומר' על היורש אם משתכח דאכיל לאו דיליה.

(**ס"ד אף ע"פ שאין משיאין כו'**) הטעם דלענין נישואין החמירו בזה דאמרה האשה בדדמי לה שמת בעלה וכיון דאפשר שלא מת יש להחמיר לענין איסור אשת איש ואע"ג דחשש שלא מת הוא רחוק מן השכל מ"מ משום חומר איסור חשו בה אפילו לזה משא"כ בענין ממון לא חשו לחששה רחוקה כלל:

(**סימנין מובהקים**) פי' בסמ"ע לאו לגמרי מובהקים קאמר דבזה אפילו לנשואין מהני כמ"ש בא"ע סי"ג אלא לאפוקי חיור וסומק קאמר:

(**ואח"כ נשמע שמת**) הקשה בכ"מ דמשמע דתרתי בעינן ולעיל מיניה כתוב בכך דינא גופא דלא בעי' רק אבד זכרו לחוד והניחו בצ"ע. וסמ"ע תירץ דגם בתחלה כל שאבד זכרו וודאי הוי מסתמא קול שמת אלא דבסיפא קמ"ל רבותא דאף על גב דא"ל שמצא עדותן של אלו נתפשט הקול קמ"ל דאפ"ה יורדין לנחלה ע"כ וא"כ עכ"פ בעי' קול שמת ואין זה במשמע דא"כ ה"ל להזכירו ברישא כיון שהוא מעיקר הדין ולענ"ד דהאי ואח"כ דנקיט הרמב"ם פירושו או אח"כ וכהנה מצינו רבות בנ' הפוסקים ותלמוד וכוונתו דאם

הן מעידים על דבריו שחזקתן למיתה ואומרים ג"כ שאח"כ אבד זכרו או שלא מעידין על אבידת זכרו אלא שנשמע שמת מהני:

סימן רפה

(**ס"א שבוי כו'**) דברי רמב"ם אלו צ"ע רב ליישבם כי הראב"ד הקשה וז"ל רבותינו אמרו אפילו בלא שמעו שמת שמורידין קרוב לנכסיו והוא אומר אפילו בשמעו שמת אם ירדו לנחלה אין מוציאין מידם עכ"ל והמ"מ פירש דברי רמב"ם דמיירי שם שיורשים נכנסו למכור הנחלה בזה דוקא אם נכנסו בכח אין מוציאין אבל לא לכתחלה אבל ע"ד לעבוד השדה וליטול כאריס אפי' לכתחלה מורידין קרוב לנכסיו וצ"ע:

(**אבל היוצא לדעת כו'**). הקשה הראב"ד (דל"ל) ביוצא לדעת ששמעו שמת מנין לו שמוציאין אותו מידם עכ"ל ובאמת יש לכאורה עוד להקשות דברי הרמב"ם עצמו אהדדי שהרי כתב המחבר לשונו בס"ה ביצא לדעת אם שמעו שמת שמורידין קרוב לנכסיו ולפי מ"ש בסמוך בשם המ"מ דכאן מיירי לענין שרוצה להחזיק בנחל' ולמכור ולא יהיה כאריס ג"ז ניחא דמש"ה אין מוציאין כאן ממנו ומורידין אותו בתורת אריסות אלא קושית הראב"ד במקומה עומדת.

(**אבל היוצא לדעת**) היינו למקום רחוק וראוי לצוות לביתו ומדלא ציוה לא ניחא ליה דלירדו בו אחרים משא"כ בהולך למקום קרוב ואין סכנה חשב לבא היום או למחר ומדלא בא ודאי נאנסו יתבאר פרטיו בדברי רמ"א ס"ד:

(**ס"ב קרובים הראוים כו'**) דמסתמא יהי' נזהר בשמירו' שדה שלא לכלותו כיון שחושב שאח"כ יהיה שלו:

(**ואם שמעו כו'**). דאז סבר שהוא שלו אין צריך לתקן שיטול כאריס שלא יכלה את השדה:

(**ס"ה שמעו בו כו'**) זה קאי איצא לדעת דצריכין הב"ד לחוש לפסידה דיורשים גם לפסידא דהיוצא אולי שקר שמעו ועודנו חי:

(**ודוקא בתורת קרוב**) פי' לשמש בו כרצונו:

(**עד שיבא**) וכשיבוא כבר נתבאר בס"ב מחלוקת בזה לענין שמעו שמת וה"ה כאן דחד טעמא הוא:

(**ס"ו מפני שהקטן כו'**) בתוס' הקשו כמו שמושיבין אחר שאינו קרוב ולא חשו שיחזיק מפני שיהיה לו אח"כ דעת וולומר להנכרי הבא עידי מכירה כמו כן יהיה לו דעת לומר לקרובו אייתי עדים שזה הגיע לחלקך וי"ל דגבי קרוב סובר שאומר אמת שהרי של

אביהם היה השדה ולא אסיק אדעתיה לומר אייתי ראיה אבל לנכרי אסיק אדעתיה לומר אייתי עידי מכירה עכ"ל:

(**ס"ז וכבר חלקו**) לכאורה משמע דאי לא חלקו לא איכפת לן על שאינן סמוכין על שולחן אחד וא"א לומר כן דהא בהדיא כתב בריב"ש דכל שאינן סמוכים כו' יחשבו הרואים שכבר חלקו וזה החזיק בחלקו אלא ע"כ דה"ק כשכבר אינו סמוכים בז' ואם כן נראין הדברים שכבר חלקו וסמ"ע פי' דהך וכבר חלקו כמו או כבר חלקו דבחד מנייהו סגי דאין מורידין אבל אי הוי תרתי לטיבותא אז מורידין:

(**מירושת הקטן**) פי' אלא קרקעות דעלמא שבא להם אין חשש שיאמר זה שנפלו לחלקו בירושה:

(**ס"ח אבל במעות של קטן**) פי' בריב"ש סי' תצ"ה הטעם דגבי קרקעות יש לפנינו מעליותא דהיינו ברחוק טפי מקרוב ע"כ יש לנו לעשות עצהי"ט שאפשר משא"כ במעות שלא מצינו שום מעליותא ברחוק טפי מקרוב ע"כ שוים הם:

(**ס"ט ואין מורידין קרוב כו'**). וה"ה דיכול לומר מפני שהיא אשה ואין ממנין אפטרופס נשים כמ"ש בסי' ר"צ אלא רבותא נקיט אפי' היה איש לא הוי יהבינן ליה מטעם דאין מורידין לנכסי הקטן וסמ"ע כתב לתרץ זה דמידי הוא טעמא דאין ממנין נשים דאין מדרכן לצאת ולטרוח והכא ע"כ תטרוח בשביל חלקה כו' ע"כ מ"מ אין נראה לסמוך ע"ז לענין מעשה כיון שלא נתחדש בשום מקום ונראה עוד לתרץ דמיירי דהיתומים היו סמוך אצל אשה ובכה"ג ממנין אותם כמ"ש בסי' ר"צ סכ"ד וע' בתשו' ר"מ פאדווי סי' כ"ג אימת אין מניחין קרוב קטן בין האחים מחשש שמא יהרגוהו:

סימן רפו

(**ס"א ויש מי שחולק**) הוא דעת רבינו ישעיה בדרישה [כתב] שס"ל אפי' מסתמא לא אמרי' דמחלו זה לזה וצריכין לשלם כ"א מה שהוציא על עצמו וא"ל אמאי לא אמרי' כאן כמ"ש ריש סי' רפ"ח דאין שמין בגדים שכבר בלו י"ל דהתם היו כולם גדולים בשעת הוצאה וכיון שלא מיחו זה לזה מסתמא מתנו אהדדי משא"כ כאן דקטנים לאו בני מחאה ננהו ובכומ"ע תירץ דשאני התם דכולם גדולים וראוים למלבוש זה כזה וכיון שזה תיקן לו וזה לא תיקן לו מסתמא מחלו משא"כ כאן שאין ראוי למלבוש זה כזה וכן למזונות ע"כ לא אמרי' מסתמא נתרצה תחילה:

(**ס"ג אין שומעים להם כו'**) אע"ג דלעניין נדונית הבת אמרינן באה"ע סי' קי"ג דהולכין אחר נישואי הבת הראשונה שהשיא האב בחייו וצריך שיתנו היורשים גם לשניה כן

שאני התם דמתקנתא דרבנן יש לבת עישור נכסים א"כ מה שנתן לבתו בחייו גלי' דעתי' שזה הוא במקום עישור נכסים ומסתמא גם לשניה יתן כן אבל מה שנותן אדם לבנו אינו אלא דרך מתנה בעלמא לא דרך חיוב וא"כ אפשר שלפ"ז אין רצונו ליתן מתנה אלא שבקי' אירושתו:

(**שהרי לא זינה כו'**) כתב שם במהרי"ו סי' ק"ד דאפי' הקנה האב בקנין בשעת התנאים דהקנין לא קאי אאותו בן אלא קאי אאותו שכנגדו ששידך בתו לבנו שאם יעבור ולא יתן כמדובר ביניהם שיתן הקנס לכשנגדו ע"ש בא"ע סי' ך' [כ] סעיף ו':

(**ס"ה עד שישמחו בו כו'**). פי' שישאו נשים וישמחו בו כדרך ששלחו בו בעת נשואיו ויכול לומר דעת אביהם המשלח השושבינות היתה על כל בניו שיחזיר לכ"א חלקו:

(**הוא לאמצע**) הטעם במ"מ כיון דאם לא ישאו אחרים נשים אז פטר מהן מי שנשתלח לו והרי אביהן רצה לזכות לכל בניו וא"כ יהנה זה שנושא אשה במה ששלח לו לבד והאחרים לא יהנו מחלקן:

סימן רפז

(**ס"א ואפי' שכר עמלן כו'**). אף על גב דבשאר שותפין נוטלין שכר טרחם כאריס שאני אחים דמחלי אהדדי אשיר"י וכתב עוד דה"ה כולם גדולים נמי מחלו אהדדי:

(**היא היורשת**) כגון נשא ראובן את בת אחיו שמעון ומת ראובן בלא בנים ושמעון מת בלא זכרים אלא נקבות נמצא אשת ראובן יורשתו בכלל אחיותיה:

(**ששכר פועלים**) אע"פ שטרחו בזה מ"מ כיון דאין כאן חסרון כיס וגם לא טרחו בגופ' בהשבחת השדה אלא ע"י טורח אחרים מחלו אהדדי:

(**מודיעים לקטנים**) ה"ה קטנים המוטלין בעריסה מ"מ השמירה יכולה להתקיים על [ידי] שאר הקטנים לא מחשיב מלאכה בגופה כ"כ הנ"י רק בפני עדים כתב הסמ"ע אפי' שלא בפניו כמו במחאה דחברך חברא כו':

(**באחים הניזונים כו'**). נ"ל טעמו דכל שאינן ניזונים הוי כאחרים לגמרי מש"ה ה"ל ליטול רשות ממנו תחלה משא"כ בניזוני' לא איכפת לא' שישביח חבירו בנכסים ויקח לו השבח ועמ"ש בסי"ג:

(**ס"ב בהם סחורה**) הך סברא אמרינן בגמרא ברב ספרא דעביד עיסקא בנפשי' ורווח ואמרינן דרב ספרא לא שביק גירסתו וטרח לאחרינא וכתב רבינו דהוי זה כאילו פירש ואמר לעצמי אני עושה וק"ל כיון דעסק סחורה הוי כמו שכר פועלים ומיחשב לשבח מחמת נכסים ולדעת הרמב"ם שבסעיף א' אפילו אמר ראו לא מהני אלא בשבח מחמת

הוצאתן דוקא והא גם זה הוא דברי הרמב"ם וצ"ל דבהא פליג ג"כ הרמב"ם וחישב עסק סחורה מיחשב כמו טירחא בגופה לחפור ולבנות דנקיט בס"א ובסמ"ע כתב וז"ל לאו דוקא בסחורה ה"ה אם היה טורח נפשו בהשבחת נכסים כנ"ל ג"כ אמרינן כיון שהוא ר"ח כו' וכן הוא בגמרא ובטור שכתבו ג"כ ההוא דינה אהשבחו' נכסים עכ "ל ולא ידענא מאי קאמר דבגמרא אמרינן לה ברב ספרא דעביד עיסקא וכמו שהעתקתי בסמוך ולד"ר הוי זה הדין דוקא בסחורה דאלו בטירחא דגופא א"צ לטירחא דת"ח אפילו בהדיוט נמי א"צ לו' ראו ואם לדעת הרמב"ם וכמו שכתב דחשיב ליה סחורה כמו טירחא דגופיה לא היה לו להביא דעת רבינו הטור ע"ז:

(**שאינו מניח תורתו**) מסיק ב"י אפילו בת"ח בזמן אמרינן כן:

(**ס"ג אם קטנים וכו'**) הטעם דאלו בא לב"ד למלוך אם ירד שם ומשבח וישומו לו כאריס לא הוי הבית דין נותנים לו רשות לזה כיון דאין מורידין קרוב לנכסי קטן מ"ה אין לו כלום בחלק חבירו והוי השבח לאמצע משא"כ בגדולים אע"פ שהוא שלא בידיעת ב"ד מ"מ אם היה יודע שיש לו אח והיה בא לב"ד היו נותנים לו רשות כיון דמורידין לנכסי גדול שבוי גדול ע"כ חשיב כיורד ברשות ונותנו לו כאריס גם בחלק מכירו וזה מוכח בגמ' שאמר רב חסדא מי דמי התם ברשות והכא שלא ברשות ועוד קטן הוי ואמר רב אמי לא סיימוהו קמי דקטן הוי ש"מ דלא קפיד אלא אמה שהוא קטן אבל לא קפיד אשלא ברשות דגדול והיינו מטעם שכתבתי והקשה בסמ"ע על ששמים כאריס מההיא דסי' רפ"ה ס"ב בהג"ה דאם שמעו בו שמת ובא השבוי דאין הקרוב נוטל כלום בשבח מטעם דסמכא דעתיה ויהיה נזהר בשמירת שדה וה"נ כיון דלא ידע שיש לו עוד אחים סמכה דעתו ותירץ בדוחק דש"ה דעכ"פ היה חושב שמא לא מת והקול שקר ע"כ מחשב קצת כידע ומחל משא"כ לא ידע כלל עכ"ל והוא תמוה דא"כ היה לחכמים לתקן שם שיטול כאריס כמו בלא שמעו שמת שלא יפסיד השדה כדאיתא התם עוד הקשה ממ"ש רמ"א סי' זה סעיף א' דאם אינם ניזונים וכו' דה"ל יורד שלא ברשות דידו על התחתונה ותירץ דש"ה שדרים יחד וחלקו במזונות משא"כ כאן כשהוא לא ניזון במקרה מפני שלא היה עמו במדינה עכ"ל ונלע"ד דאין כאן קושיא דהתם שאפשר להודיע לחבירו ולא הודיע מקר' שלא ברשות אלא דבניזונין מחל לו כמ"ש שם הטעם משא"כ בזה דאין שייך לומר להודיעו כנ"ל פשוט:

סימן רפח

(**ס"ב הרשות בידו**) קושי' הסמ"ע בזה מסי' קע"ה יש להקשות כן ממש"ר בס"ס רכ"ז וז"ל ועוד כיון שבשע' החלוקה טעו הדיינים כו' ובזה אין לתרץ כתי' סמ"ע ונלע"ד דש"ה כיון שהעכוב בידם שהרי ברצון האחי' תליא מלתא כל שירצה א' מהם לתת הדקל מחויב אותו המקבל ליקחם מהם מעיקר' סמכו ע"ז שאח"כ יסלקנו אחד מהם משא"כ בסי' קע"ה שהעיכוב ברצון אותו האח א"נ [הג'] שבא עכשיו וכן בס"ס רכ"ז תלוי ברצון אנשי המבוי מ"ה בטל' החלוקה כנלע"ד:

סימן רפט

(**ס"א גוד או אגוד**) על טעם הסמ"ע קשה הא בב"ד מיירי כאן ובסי' ר"ץ ס"ג [סי"ג] כתב רמ"א דיכולים לעשות כל מה שירצו ונלע"ד הטעם ששמא לכשיגדלו היתומי' לא יהי' הבריר' ניחא להם בגוד או אגוד:

סימן רצ

(**ס"ב קרוב שלהן**) מדברי ב"י בשם רשב"א בזה משמע באם יש צורך ליתן שכר לאפטרופס בשביל טרחתו אין לב"ד למנות קרוב שלהן:

(**סי"ב אם ידוע**) במרדכי והב"י הביאו בי"ד סי' ק"ס דאם טוען אינו מאמין שהמעות של יתומים ופרעתי יותר נהי שא"צ לישבע שזה של יתומים דטענת שמא היא מ"מ ישבע האפטרופס שלא פרע אלא כמה שהוא אומר:

(**סט"ו אבל אין פוסקים כו**') הסמ"ע סקכ"ח הביא כאן ל' המ"מ כו' משמע דאף בפסיקת צדקה במקום דליכא חשיבות דיתמי מהני נטילת רשות מב"ד וק"ל דהא איתא בפ"ק דב"ב דף ח' רבא רמי צדקה איתמי והקשו עליו מההיא דאין פוסקין כו' והשיב דעביד לאחשובינהו והא רבא ב"ד הוי ואפ"ה אי לא משום חשיבות לא היה רשאי לעשות ע"כ נלע"ד דבזה אין חילוק בין ב"ד לאפטרופס וכ"מ ל' הברייתא אין פוסקין דמשמע גם הב"ד: (אם) מינה האב ב' אפטרופסים ומת א' מהם ע' בי"ד סרנ"ח ס"ה מ"ש שם:

סימן רצא

(**ס"א**) [**ס"ב או הנח סתמא**] בפ' האומנין איתא לימא כתנאי פי' הך הנך סתמא תנאי פליגי בי' אי הוה ש"ח והיינו ר' ורבנן דמייתי רבינו בס' ודחק אפי' תימא רבנן ע"כ לא פליגי רבנן עליה דר' אלא בחצר דבת נטירותא היא וכי א"ל עייל עייל ונטור לך קא"ל

אבל בשוק דלאו בר נטירותא היא כי אמר ליה הנח תיב נטור לך קאמר ליה ש"מ מזה דבהנח סתמא בבית הנפקד הוא עצמו פלוגתא דר' ורבנן ומה דאיבעי' לן בהנח סתמא אי הוי ש"ח היינו בשוק וא"כ גם המחבר ורבינו מיירי בשוק וע"כ אין אנו צריכין למ"ש הסמ"ע ס"ק י"א [סק"ד] דבהיזק דאתי ליה מחמת השומר חייב אפילו בהנח סתמא לרבנן דר' דלפי מ"ש דבשוק מיירי גם רבנן מודים דבהנח סתמא לא הוי אפילו ש"ח גם מדברי רבינו מוכח דבשוק מיירי מדכתב כאן אפי' ש"ח לא הוי ובסמוך פסק כרבנן דבסתם מקבל עליו נטירותא אלא ע"כ דכאן מיירי בשוק ובסמוך מיירי בחצר אלא דק"ל דמש"ר בשם הרא"ש והעתיקו רמ"א בסמוך דמה דאיבעיא לן דבהנח סתמא ולא איפשטא ואזלו לקולא דלא היו ש"ח מיירי בבית הנפקד והא בבית הנפקד פסק הרא"ש עצמו כרבנן כמ"ש הטור בסמוך וא"ל דהכא מודים אפי' רבנן כיון שההיזק של מנעלים בא לו מעלמא ולא מחמתי' כמ"ש בסמוך מ"מ האיבעיא בתלמוד לא קאי אלא אשוק וצ"ע ולמדנו מתשובת הרא"ש שיביא המחבר כאן דאמר הנח כאן לא הוי הנח לפני:

(**סכ"ג**) (**ותשבע אמו שהחביאה כו'**) בגמ' איתא בלשון זה תשבע אמו דהנך זוזי אותבינהו בקרטליתאי דאיגנב וק"ל למה לא תשבע על שגנבו המעות שנתן לה בנה לחוד ולמה לה להזכיר שהניחתם בארגז הא אפי' הניחתם במקום מגולה שהיא פשיעה ביותר גרועה ואפ"ה פטורה מהמפקיד כיון דלא ידעה דשל פקדון הם וי"ל דמ"מ צריך שתטעון האם טענה טובה לפי דעתה שהמעות של בנה וסברה שהמעות צריך להוצאה ול"צ קבורה וכמ"ש הרא"ש שם אבל אי היתה מניחה שלא בארגז כלל היתה עכ"פ מקלקלת בגד בנה לפי דעתה וחייבת לו וממילא תשלם להמפקיד במקום שחייבת לשלם לבנה:

נשאלתי באחד שנתן לחברו חפץ למכור בחנותו וקיצץ לו שכרו ואח"כ הלך המקבל מן החנות ונאבד החפץ וטען המקבל בשעה שהלכתי מהחנות אמרתי לך תשמור לי חנותי ואמרת הן והנותן כופר שלא קיבל שמיר' טען המקבל לפי דבריך אתה מודה לי שלא שמרת כלל וכיון שלפי טענתי אתה ש"ח שלי נמצאת חייב בפשיעה וכיון שאני מוחזק אני נשבע על טענתי ואפטור והשבתי דהמקבל חייב דאף לפי דבריו פטור הנותן אע"ג דהוי ש"ח מ"מ הוי שמירה בבעלים דכל שמירה בבעלים הוא דבשעה שהשומר קיבל עליו לשמור החפץ היה אז בעל החפץ משועבד להשומר באיזה הנאה בעלמא דאיתא בפ' השואל האי מאן דבעי למישאל מידי מחבריה ויפטור לימא ליה בשעת שאילה אשקיין מיא וה"נ היה להאי הנותן הנאה מהמקבל כי באותה השעה שקיבל עליו להיות ש"ח היה כבר משועבד לו המקבל שהוא ש"ש שלו דהא הנותן שהוא ש"ח פטור מגנבה

ואביד' והמקבל שהוא ש"ש חייב בגניבה ואבידה מש"ה היה שאלה בבעלי' ופטור אף מפשיעה כמ"ש ס"ס רנ"א כנ"ל:

סימן רצב

(**ס"א בטור**) בסי' זה כתוב דין השולח יד בפקדון הוה כשאר גזלן שאינו משלם אלא כמו שהיו בשעת תשלומין יש טעות דמוכח וצ"ל אלא שאינו משלם כו' דוק ותשכח:

(**ואם החזירה וכו'**). במרדכי שם כתב וז"ל שאין עליו דין שואל אלא שומר בעלמא ודעת שומר כדעת בעלים פי' שאם שאל השומר חפץ מהפקדון שבידו והחזירו למקום שהיה מונח תחלה הרי כאלו ידעו מזה הבעלים וכ' עוד ואפי' לר"ע דאמר כלתה שמירת שומר וצריך דעת בעלים בשעת החזרה ה"מ גונב דמעתה לא מהימן ליה אבל שואל מהימן ליה ולא כלתה שמירתו עכ"ל קשה דהא הכא קרו גזלן כיון שהוא שואל שלא מדעת ונימא ג"כ דתו לא מהימן ליה. ונראה דעת רמ"א וגם המרדכי דמיירי בשואל שלא מדעת אלא דמ"מ אינו דומה לגונב דאם ידע הבעל שזה גנב תו לא מהימן ליה משא"כ בשואל שלא מדעת דלא משמע להו לאינשי שיהיה גזלן בנך כמו דאמרי' בפ"ק דב"מ לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו. אבל קשה מאד על רמ"א ממה דאיתא בסי' זה ס"ו טלטלה לצרכו דהוה שואל שלא מדעת דהוא גזלן ואפ"ה חייב אפי' בהניחה על מקומה הראשון מטעם שכבר נעשה גזלן וכן משמע מדברי הרא"ש בב"י בסי' זה בסעיף י"א שכתב אפי' לר"ע כיון דברשות שלח בהן יד משמע שלא ברשות חייב אף בשואל ש"מ ע"ש. ע"כ נ"ל דהמרדכי לא איירי משואל שלא מדעת דבזה הוי ודאי ממש כגנב אלא דמיירי ששאל מן הבעלים החפץ שתחת ידו בפקדון וע"ז פסק דא"צ להחזירו מדעת בעלים דהא מהימן ליה:

(**ס"ג אבל שאר פירות**) נ"ל דקמ"ל כאן אף שראינו שנתקלקל השאר ויש קצת סברא לומר דהוא הגורם במה שנטל מהם מ"מ לא תלינן בזה כיון שאין דרכן של אותן פירות להתקלקל מחמת שאינן מלאין כמו יין:

(**ס"ה הרי גזלן**) מ"ש בסמ"ע ס"ק ו' דאל"כ הוי שליח לדבר עבירה זהו כשגגה שיצאה מלפני השליט דתלמוד ערוך בפ"ב דקידושין דף מ"ב דמעילה ושליחות יד הוי ב' כתובים הבאים כא' ואין מלמדין דדוקא בהנך תרי אמרינן יש שליחות לדבר עבירה אבל לא בשאר דוכתא וא"כ כאן מיירי בכל גווני ולא כמו שחילק בסמ"ע:

(**ס"ו לצורכ' ונשברה כו'**) וה"ל שואל ש"מ וה"ל גזלן זהו תירץ רב ששת בגמ' ושאר אמוראי שם מוקי לה שנטלה ע"מ לשלוח בה יד ולענין הלכה כולהו איתנהו וכ"כ הנ"י

לדינא במציעא דיש ג' דרכים בזה א' ע"מ לחסרה בשליחות יד ב' לגזלה כלה ג' לתשמיש שלא מדעת דה"ל כגזלן ומ"ה נקט רבינו הטור בזה שלח בה יד היינו לחסרה וכ"כ רמ"י ובחנם נחלק עליו הסמ"ע שהקשה עליו מכח הוכחה דרב ששת דאמר בגמ' נטלה לא קתני כו' דלדינא הכל שוים בגמ':

(**לצורכה כו'**). פירש"י כגון שמונחת במקום התורפה ומטלטלה למקום המוצנע שלא תשבר:

(**לצורך מקומה**) פי' שצריך להשתמש במקום שמונח החבית ואז לא נעשה גזלן והוי עדיין שומר אלא שיש חילוק אם אירע האונס מחמת שינוי המקום דוקא חייב דה"ל תחלה בפשיעה וסופו באונס דהיינו שמתחלה פשע כיון שיחדו לה הבעלים מקום כל שמשנה מאותה המקום ה"ל פשיעה בשמירה ואע"פ שנאבד באונס מ"מ בא האונס מחמת הפשיעה כמ"ש סי' רצ"א ס"י אבל בלא ייחד לו מקום אין כאן תחלתו בפשיעה דבכל מקום דוכתיה הוא הלכך ה"ל כולו באונס ופטור ודברי הסמ"ע בהא בפי' לצורך מקומו הוא שלא כהוגן כלל ובודאי יש איזה ט"ס בדבריו גם בפי' דברי רב רמ"א במ"ש מחמת שינוי מקום הדבר ברור כמ"ש:

(**ס"ז או במקום שאסור כו'**) בסמ"ע הוקשה לו שלא מצא סברא זו ואני מצאתיה מהר"מ סי' ת"ר והיא שנים שם במחלוקת (ב"י) רבינו אליעזר ברבינו יהודא וה"ר משה הכהן ס"ל דמסתמא לא משוי אינש רשיעא ובודאי לא היה דעתו רק להרויח לבעל המעות וראבי"ה ס"ל שם דאף שהוא חוטא מ"מ בפקדון שאין לו הפסד וביטול לבעל הפקדון אין לו אלא תרעומות בלבד ורמ"א הכריע כסברא קמייתא ונ"ל שהדין עמו שכן ימצינו להר"ן פ"ב דקדושין הביאו רמ"א ריש סי' קפ"ג דאפי' במקום שיש חשש שלא יחזקוהו כרמאי אמרינן מסתמא יעשה בהיתר אא"כ גילה דעתו בפני עדים ק"ו כאן דיש איסור גמור: (הדין) עם הנפקד הקשה בסמ"ע סעיף י"ד מסי' פ"א והיא תשובת הרא"ש דאם אומר אתן לך לא הוי אלא דברים ומ"ש כאן שחייב ליתן לו הרויח מכאן והלאה ותירץ דבסי' פ"א מיירי שלא הגיע זמן פירעון א"נ שלא תבע מעותיו עכ"ל ותמהתי דאם ישנן לחלוקים אלו למה לא חקר שם הרא"ש בתשובה אימת נעשה התנאי שיתן לו הריוח או אם תבע מעותיו אלא נלע"ד דיש חילוק בין חוב לפקדון דבחוב דניתן להוצאה אע"פ שהגיע זמן הפרעון וזה מעכבו אין עושה איסור בזה משא"כ בפקדון דאע"ג דהוא בענין שמותר להשתמש במעות מ"מ תיכף שהמפקיד בא לתבוע פקדונו ואמר שרוצה להרויח וזה מעכב עליו היה מבטל כיסו ואע"ג ששנינו המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומות היינו במקום שאינו מרויח אבל זה שמרויח מבטל כיסו חייב לשלם

גרם ההיזק כן איתא להדיא במרדכי פ' המפקיד דקרי ליה שם המבטל כיסו וזה אינו שייך בחוב אלא בפקדון שמיום תביעה ואילך חזר להיות בפקדון שאסור להשתמש ואם השתמש ה"ל גזלן כמו בשאר משא"כ בחוב שאף שחייב לשלם כשהגיע זמן מ"מ אם מעכב הפרעון ומרויח במעות אין עליו שם רשע כיון שהוא מוכן לשלם לו לאחר זמן וכנלע"ד עיקר להלכה דבחוב אפי' הגיע זמן פרעון ואמר אתן לך רווחים יכול אח"כ לחזור אא"כ נתן עליו שטר או ק"ס או בשעת נתינת מעות בתחלה אם מתנה ואמר אם יתעכב הפרעון אתן לך רווחים אז דווקא מהני משא"כ במעות פקדון אף במקום שמותר להשתמש בהם.

(**סעיף י' כמה חסר על הכל כו'**). כתב המ"מ בטעם שבועה זו מידי דהוי אנאנסו כתב סמ"ע ס"ק ב' דאם אין הנפקד מבקש להוציא יותר מכדי שיעור הרגיל להתחסר א"צ שבועה ונ"ל טעמו מדאמרינן בסמוך בנסתפק ולא ידע כמה דיוציא לו חסרונות ושם אין שייך שבועה דהא הוא עצמו לא ידע אם נחשד או לאו. אבל קשה לי דהא במתני' תנן סתמא יוציא לו חסרונות כו' ופי' תנא דברייתא דמיירי בעירבם עם פירותיו דאלו ייחד להם קרן זויות אומר לו הרי שלך לפניך ואפי' חסר טובא ופרכינן כי עירבם מאי הוה ליחזי לדידיה כמה הווין פי' ולמה ליה לתנא דמתניתין לתת שיעור בחסרון יוציא לו לפי ערך ומשנינן דמסתפק ולא ידע כמה איסתפק ואם איתא דבחסרון הרגיל דהיינו שיעורא דמתני' א"צ שבועה ל"ל לרבא דברייתא לאוקמא מתני' דהוצרך לתת שיעיר בשביל שערבם ונסתפק לימא דמיירי אפי' בייחד לו קרן זויות הוצרך לתת שיעור בשביל השבועה דאילו טוען שנתחסר יותר משיעור זה צריך שבועה כמו נאנסו ואילו בשיעור דמתני' א"צ לשבועה:

(**ס"ך אבל ת"ח כו'**) במרדכי מדמה לה להפקיד מעות אצל שולחני שזכר המחבר בסעיף י"ד (בס"ז) ולפ"ז הוה הדין גם בזה דמיד הוה ש"ש בשביל הנאה שיכול להשתמש וכשהוא ישתמש בהן יהיה חייב אפי' באונסין ותמוה הוא שלא הוזכר בדברי הפוסקים זה בפירוש:

סימן רצד

(**ס"א מיד נעשה עליו גזלן**) כתב סמ"ע ס"ק א' אפי' לא הפקיד בעדים כו' וכדבריו עיקר דכן מוכח בסי' נ"ח ס"ב אם אמר המלוה להד"מ הוחזק כפרן וכו'. ולא אמרי' דמ"ש להד"מ שפרעתיני אלא בתורת מתנה ה"נ כן הוא ואע"פ שבסי' ס"ז כתב הטור והמחבר במגו דלהד"ם והתם מיירי שיש עדים שראו בידו ולהד"ם היינו כדבריך שאתה טוען

פקדון הם בידי הוא להד"ם אלא משכון הם אצלי צריך לחלק דהתם האי להד"ם לישנא דפוסקים הוא דכתבו שיכול הנפקד לומר להד"ם ר"ל שיכול להכחישו על עיקר החילוק שבשניהם משא"כ בסי' נ"ח שאומר הבע"ד בעצמו להד"ם בוודאי לגמרי מכחישו:

(**ס"ד אפי' היסת ליכא**) דברי הרמ"ה אלו שהביא רבינו בשמו צ"ע מאוד דכיון דמדמה להדדי שמא וברי לענין אם הגלימא לפנינו להך שמא וברי דגלימא אמאי נקט הרמ"ה באיתנס דשומר מהימן משמע דווקא בטוען הנפקד טענת ברי דהך דאיתנס הוא של המפקיד אז הוא פטור הא אפילו שום [א'] אינו טוען ברי אלא היה הנפקד טוען שמא זו הגלימא הנפקדת והמפקיד טוען שמא לא היה זו ודאי אין לו כח להוציא אחרת כיון דגם למפקיד יש ספק א"כ גם בשמא ושמא דאיתנס נמי יהא הנפקד פטור ותו ק"ל דבאמת אין דומין זה לזה דהתם בגלימא לפנינו והמפקיד טוען שמא אין שייכות כלל להוצי' אחרת מן הנפקד דהא המפקיד אינו יודע מה יוציא ממנו משא"כ בהך דאיתנס יש מקום לטענת המפקיד לומר שמא זו היא שנאנסה היא שלך ושלי זיל שלם לי כי אתה צריך להחזיר מה שנתתי לך והביא ראי' אם תרצה לפטור ותו י"ל דאין דמיון זה לזה דשאני שמא דגלימא לפנינו דאין שום שבועת טענת שמא משא"כ באיתנס דיש שבועה אפי' בטענת ספק כמו כל שבועת שומרין דהיא על ספק ה"נ ישבע הנפקד מספק של המפקי' דזו היא שנאנסה וצ"ע רב ליישב דברי רמ"ה כי הם תמוהים מאוד:

סימן רצה

(**סעיף א' שכל מינו שוה**) בסמ"ע ס"ק א' פי' דתרתי בעינן ותמהני דהלא די במה שמצא בשוק לקנות כמותו ומסתמא הוי בזה (אינו) [מינו] שוה.

(**ס"ב ושאינו ברשותו**) בסמ"ע ס"ק ז' דחיק מאד בזה ולע"ד דיש לגרוס והרי אינו ברשותו וכן הוא ברמב"ם וז"ל שאירעו כך וכך והרי ברשותו ופשוט שיש שם ט"ס וצ"ל והרי אינו ברשותו וה"נ צ"ל כאן והביאור דבגמ' פ' הגוזל דף ק"ז אמרינן ג' שבועות כו' שבועה שלא פשעתי בה שבוע' שלא שלחתי בה יד שבוע' שאינה ברשותי וס"ל להרמב"ם דהא שאינו ברשותו לאו לישנא דהשבועה ממש היא אלא הוא לשון כולל להטענה שנשבע עליה אם שומר חנם הוא וטען נגנבה נשבע שאירע לי שנגנבה ועדיין אינו ברשותו. ואז צ"ל בפי' ואינה ברשותו אבל ש"ש שטוען שמתה ממילא אינה ברשותו ואז אין צ"ל בפי' שאינה ברשותו נמצא שהשבועה הנ"ל שחשב המחבר כאן הוא שאירע כך וכך באופן שאינו ברשותו כ"א לפי השייך בו כמ"ש דהוא דלא כמ"ש הסמ"ע דשלא ברשותו היא השבוע' הב' וכן משמע לשון הרמב"ם שלפנינו פ"ו דשאלה ע"ש:

סימן רצו

(**ס"א לפוטרו משבועה**) לטעם הסמ"ע סק"א קשה אמאן דאית ליה בסי' פ"ב דאמרינן מגו להוציא ונלע"ד הטעם דאף דיש סברא טובה מכח המגו שטענתו אמת מ"מ כל מה דאפשר לברורי מבררינן כיון שי"ל שע"י השבועה יפרוש אנו עושין כן דוגמא לדבר דאזלינן בתר רובא בכ"מ וכל היכא דיכול לברר לא סמכינן ארובא כמי שכתב המרדכי דיש חילוק בשם הר"י הלוי

(**ס"ג במקום שעדות מצויים**) מ"ש רבינו שהוא בענין שא"א כו' בא למעט מידי דלא שלטא ביה עינא וכפי מה שכ' המחבר סי' רצ"ד ס"ג ולא הוצרך כאן להעתיקו שנית ודברי הסמ"ע בזה דמסתמא צריך להביא ראיה תמוהים הם דלפי הנראה דהכל ענין אחד דכל ששלטה ביה עינא מקרי א"א שלא ידעי בה רבים:

סימן ש

(**ס"א שהי' לו לכתוב כו'**) מ"ש הסמ"ע ס"ק ב' דאכתי יש פשיעה שמא יבא ג' כו' לא מסתבר שהוא יכול לו' סברתי שלא יבוא שום אחר כמ"ש הסמ"ע עצמו ס"ק ה' ונ"ל דמש"ה לא סגי בכתיבת על אחד מהם דשמא יהא נאבד הכיס הנכתב עליו בפשיעה ויצטרך לשלמו ולא ידע למי ישלם המאתיים:

(**ס"ג ישלם לשניהם**) מ"ש הסמ"ע בשם הנ"י תוס' לא ס"ל הכי שהרי בפ' המפקיד דף ל"ו מקשי' אאותו מעשה דחסיד אחד שלקח כו' וכי לא בעי לצאת ידי שמים ולפ"ז לא היה קשיא כלום דהתם לא הוי לי' למידק:

סימן שג

(**ס"ב אא"כ היה שם לאו היה יכול להציל**) לא הבנתי זה דהאיך תולה יכולת שלו להציל לענין גניבה ואבידה דזה שייך דוקא בנאבד ע"י לסטים מזויין וצ"ל דקאי על שאר אונסין וה"ק אע"ג דהוקפה כו' ואירעו אונס מ"מ אינו פטור אא"כ היה בעצמו שם לא הי' יכול להציל מן האונס מ"ה חייב בגניבה ואבידה לשלם ואין טענת אונס מצילתן בזה ואף דמדברי המחבר כאן משמע דלא יכול להציל מגניבה מ"מ בדברי רביני אינו כן ולפי מ"ש יסבור בעל דיעה זו כמו הי"א שהביא רמ"א בס"י שהוא דעת רבינו:

(**ס"י**) **אין הדבר ידוע כו'** בב"י נתן טעם דמן הסתם יכול להציל כמ"ש הסמ"ע ס"ק ז' ומוקי לה דוקא בש"ש וק"ל הא אין הולכין בממון אחר הרוב כמ"ש רבינו ומחבר בסימן רל"ב סכ"א וכמו שהבאתי בסימן ר"ס ס"ח בשם התוספת וה"נ אמאי נוציא מן השומר

ולא ניחוש לשמא לא היה מוציא שוכרין או שמא לא היו יכולין להציל ותו מ"ל דאין שום מוצא לדין זה מהתלמוד ונלע"ד הטעם דלא פטרה תורה שומר אלא בשבועה וזה אינו יכול לישבע משלם דהא תיכף שאומר נאבדה חייב שבועה והוא אינו יכול לישבע לפ"ז אין חילוק בין ש"ח לש"ש:

[**סט"ו בביח הגנב**] הסמ"ע ס"ק טו מוקי לה בלסטים מזוין והוא תמוה דאף דמצינו בגמ' פ' אלו מציאות מאי נגנב בלסטי' מזוין מ"מ אין דרך הפוסקים לכתוב ל' סתם בזה ונלע"ד דלא נתכוין רבינו כאן באמת לומר שנגנבה ע"י שיצאת בפשיעה אלא אפי' אם הוליכה לאגם במקום שהבהמו' רועות חייב כאן בש"ש ולא הוצרך רבינו לבאר זה כיון שכבר פשט שלענין ש"ש א"צ פשיעה לגניבה:

סימן שד

[**ס"א אבל תקנו חכמים כו'**] הסמ"ע כ' בס"ק א' דגם השכירות הוי בכלל התקנה וכ"ה בגמ' ואני לא ראיתיו בגמ' דלא נזכר בכל הסוגיא כלום משכירות רק בס"פ השוכר את האומנין בעובדא דרבא בב"ח דתברו ליה פועלים חביות בפשיעה גמורה דא"ל רב שישל' שכרן משום אורחות צדיקים ישמור אבל לא מן הדין אפשר דדייק לה הסמ"ע מדמצינו בפשיעה גמורה שחייב הפועל לשלם החביות מדינא רק מצד לפנים משורת הדין הוא פטור כדאי' שם ס"פ השואל אז היה השכר לפנים משורת הדין ממילא במקום שפטור השואל מלשלם מצד תקנת חכמי' הוי נתינת השכר ג"כ מצד החיוב אי משום הא לא אריא דאפשר שגם במקום תקנת חכמים א"צ לשלם שכרן דבזה אין שייך שימנעו מלהעביר חביות כיון שלא יהיה להם הפסד מכיסם אלא דשם ס"פ השוכר קמ"ל רבותא דאפי' בגווני דחייב לשלם אפי' אחר התקנה מ"מ אם עניים הם אל יבקש מהם כלום אלא אדרבה יעשה עמהם חסד לשלם שכרן גם מל' רש"י ורמב"ם משמע שא"צ לשלם שכרן שהרי כתבו שאם אתה אומר ישלם אין לך אדם וכו' דבשביל התשלומין לחוד הוי התקנ' גם הסברא נותנת כן דאל"כ תקנת את הפועלים ולא תקנת את הבעלים שהפועל לא ישמור עצמו כלל כיון שעכ"פ נוטל שכרו כנלע"ד שאין כאן מתן שכר:

[**ס"ה הסבל**] כו' הרמב"ם ס"ל דהולכין אחר החזרה דהיינו שבכל ענין יוכל להחזיר לו החביות יין או דמיהם רק שבסך הדמים יש חילוק דאם מחזיר ביום השוק יחזיר ד' כיון שיכול למכור אז בד' רק שאם הי"ל יין ביום השוק ולא הי' יכול למוכרו ה"ל כשאר הימים וא"צ להחזיר רק ג' דרוב המפרשים פליגי בתרתי והיינו היא דרמ"א חדא דלא אזלי' בתר החזר' לענין חזרת ד' או ג' אלא כפי מה שהי' שוה בשעת שביר' וכיון שהי'

אז שוה ד' אף שלא הי' יכול למכור אלא יין שלו מ"מ שוה הוא אז ד' ויכול למוכרו ביום השוק אחר ועוד פליגי דאינו יכול להחזיר החביות יין רק אם שובר בשאר יומא אז יכול להחזיר החביות יין או ג' ואם שיברו ביום השוק מהדר ליה ביום השוק אפי' ביום השוק אחר מהדר לי' חביות יין או ד' ואם שיבר ביום השוק ומהדר לי' בשאר יומי צריך שיתן לו דוקא ד' שזה יכול לומר בשעת השבירה הייתי יכול למכו' בד' ולא נפטר בחזרת חביות וה"ה אם יש לו יין ביום השוק שמחזיר בו ה"ל יום השוק כשאר יומי דצריך לתת לו ד' ולא יין כיון ששברו בשעת היוקר ועכשיו יש לו יין בלא"ה למכר:

[**ואינו נפטר כו'**] הסמ"ע ס"ק ז' כ' אם בשאר לו יין מיום השוק כו' ודבריו תמוהים מאד כתב בזה דכיון דבשאר הימים החבית של יין אינו שוה אלא ג' האיך אפשר לומר דבנתינת ג' לא יפטור ובנתינת חביות יפטור הלא יותר טוב ליקח דמי החביות מה שהוא אז כיון שמצינו בכל פרטי דין זה דנקט יפטור בנתינת החביות ולא יצטרך לחזור בתר דמי ואיפכא לא מצינו ודבר פשוט נ"ל כיון דלא סגי בנתינת ג' כמ"ש בהדיא מטעם דחייב לו ד' מחמת שהי' ד' ביום השבירה כ"ש דלא סגי בנתינ' החביות שאינו שוה אז אלא ג' ויש לי ראי' ע"ז מדברי הרא"ש שכ' וז"ל ועוד כ' בגי' אחרינא אבל אית לי' חמרא לזבוני איבעיא לי' לזבוני וה"פ והא דאמר דמשלם בשאר יומי ד' כמו שהי' שוה ביום השוק ששברוה דל"ל חמרא לזבוני אבל אם הי"ל בההוא יומא חמרא לזבוני לא משלם אלא ג' דא"ל איבעי לך לזבוני חמרא דהיה לך והרי לא מכרת כל היין שהיה לך נמצא שלא הפסדתי לך ד' זוזי ולא נהירא דמ"מ הי' שוה ביום השוק ד' ואם לא הספיק למכור כל יינו באותו יום השוק ימכרנו ביום השוק הבא אחריו עכ"ל ולפמ"ש הסמ"ע דנתינת דמי שויו לא מהני וחביות מהני קשה למה דחה הרא"ש את הגי' ה"ל לקיימה בענין זה דה"ה בשאר יומי צריך לתת לו ד' כשלא הי' ביום השוק של השבירה יין למכור אבל הי"ל ולא הי' יכול למוכרה א"צ לתת לו ד' רק צריך ליתן לו החבית עצמה אלא בע"כ צ"ל כיון שלא מספיק נתינת ג' וודאי לא תספיק גם נתינת החכית שאינה שוה אז אלא ג' ע"כ נ"ל שדברי הסמ"ע תמוהים: [אבל יש לו יין אחר] הסמ"ע ס"ק ח' מחלק בין קנה אותו אחר השבירה או לא ואין סמך בזה ותו קשה דאמאי מחלק תלמודא בין יש לו יין לאין לו ולא מחלק ביש לו גופיה בין קנה אותו אח"כ לקנה קודם ותו דגם ע"ז קשה אמאי דחה הרא"ש אותו שזכרתי בסמוך הי"ל לפרשה באופן דאם יש לו יין ביו השבירה שלא מכרו יכול להחזיר לו חביות יין אלא ברור נלפע"ד דאין חילוק בזה דכיון שאמרו ביש לו יין ביום השוק של חזרה הוה כשאר יומי לדידי' וגם זה הוא בכלל ואין החביות שוה לו אלא ג' א"צ לקבלו ואע"ג דביום שוק של השבירה הי"ל יין ולא מכרו מ"מ היה אז

שוה ד' בעיני שאר כל אדם והולכין אחר שעת גזילה כפי שויו על שוק משא"כ לענין חזרה אחר שנתחייב לו ד' בעי למיהדר מה ששוה לניזוק ד' כנלע"ד פשוט דיין שיש לו בשעת שבירה לא מעלה ולא מוריד בזה:

סימן שה

[**ס"א שלא שלח בה יד**] לפמש"ל סי' רצ"ה ס"ב דכל שבועה לפי ענינה [י"ל] דהכא מיירי בטוען נאנסה לסטים מזויין ואפשר דהדרי' לידי' ע"כ נשבע שאינה ברשותו עכשיו ואין צריך לדוחק הסמ"ע בזה:

(**ס"ג** [**ס"ד**] אמר סתם פי' בשעת קבלת המשכון דאם קבל המשכון סתם כבר נעשה ש"ח וכל זמן שאינו מחזיר המשכון לאו כל כמיניה לפסוק ממנו על שמירת ש"ח וכ"כ במרדכי ס"פ האומנין שמשם למד רמ"א דין זה וז"ל בשעת קבלת המשכון אמר שלא אתחייב באחריות כו' וכן הוא בתשו' מיימון בסי' י"א בס' משפטים ע"ש בסמ"ע ס"ק ה' כתב דאחר קבלת שמירות המשכון צ"ל אח"כ ע"מ והוא תמוה מאוד דודאי אחר שקבל השמירה סתם אינו יכול להפטר אפי' באמירות ע"מ ורמ"א דנקיט כאן ע"מ לאו ללישנא דדוקא נקטי' ובמרדכי עצמו אין שם ל' ע"מ ובד"מ ראיתי בהעתק שהעתיק רמ"א דברי המרדכי והזכיר שם ל' ע"מ ושם מיירי מעיקר' אלא פשוט לענ"ד דהאי ע"מ אינו מעלה ולא מוריד דמעיקרא פטור בכל גווני ואח"כ אינו יכול לפטור עצמו בשום גווני כנלע"ד: (**סעיף ו' דה"ה השאילני כו**') הכלל בכל השמירה בבעלים באם יש לו איזה הנאה להשומר מהבעלים בשעת התחלת השמירה מיקרי שמירה בבעלים:

(**לך למחר**) דשמירה בבעלים בשעת שאלה דוקא והא דבעינן שיאמר למחר היינו גם בשמור לי ואשאילך או השאילני ואשמור לך הא לא אמר למחר הוי שמירה בבעלי' וכ"כ רבינו בשם הת"ה ומה שתמה רבינו וב"י על רמ"ה נלע"ד ליישב בשמור לי ואשאילך מקרי בעליו עמו כיון שאז משועבד הבעל שיתן לו כלי שלו בשאלה ואפי' אם לא יתן לו בידים מ"מ חייב הוא להראות ליה היכן מונח ולא ימחה לו ליקחנ' ובהשאילני ואשמור לך צ"ל דכאן הוי השאלה כמו ש"ש ופטור מאונסין והטעם פירש"י בהשאילני ואשאילך דהא אין כל הנאה שלו כמו שאר שואל וממילא ה"ה בזה שהרי אף הוא שומר שלו וא"כ ניחא לשואל להיות ג"כ שומר שבזה יפטור בשאלה מהאונסי' ואם לא יתרצה המשאיל לשומו לשואל ג"כ שומר יהי' השואל נפסד בזה וכיון שמקבל עליו המשאיל שמירתו של שואל ומהנה אותו בדבר זה מקרי שפיר שאלה בבעלי' ובסמ"ע ס"ח ז' כ' הטעם בזה דס"ל להרמ"ה לאו דוקא עמו במלאכה כו' ואני אומר אלו ס"ל להרמ"ה כן הוי כל הסוגי'

דפ' השואל כנגדו דבכ"מ עמו במלאכתו קאמר ותנאי בדברי' אלך לא משוה בעליו עמו כלל דא"כ ה"ל כל ש"ש שמיר' בבעלי' דהא אמר לי' שמור לי בתנאי שאתן לך שכר ותהי ש"ש שלי והנכון לע"ד כמ"ש ונראה דמספיק' אין להוציא ממון באלו נגד הרמב"ם והרמ"ה אף שאחרי' חולקים עליהם:

(**ס"ז לא הוי שאלה בבעלי**') פי' אם נאבד החפץ שהשאיל ביד ראובן חייב ראובן לשלמו ולא מצי למימר אתה שמעון שאול לי מחמת שאתה שומר שלי על כל שהשאלתי לך ונתתי ללוי בשבילך מפני שאין שמעון עצמו שומר הכלי ההוא אלא לוי:

סימן שו

(**ס"א** [**ס"ה**] **לענין**) ממון כו' מה שהקשה סמ"ע סק"י (ס"ק ט"ז) מסי' רל"ב לק"מ דהתם שאני כיון דמ"מ אסורה היא אין לך טעות גדול מזה ואדעתיה דהכי לא יהיבנא לך מעותי וכמו כל מקח טעות משא"כ כאן שבא לחייב את זה מספק וכ"כ ריב"ש בהדיא סי' רצח הביאו ב"י בקיצור (ביורה דעה) בסעיף יד סי' קיט וע"ש בדברינו סעיף יד ובחנם דחק בזה הסמ"ע:

(**ואע"ג דאין מנהגינו** [**דאנו נוהגין**] **לאסרו כו**') כתב זה לאפוקי מס' ת"ה סי' קפו שכתב שכל מידי שהמנהג בינינו בבירור לאוסרו אף שהוא מכח ספק היה לו לטבח ליזהר מזה ע"כ חייב ולא אמרינן בהגוזל קמא דפטרי' רק לטבח אלא זה טריפות לא הוה לטבח למהר מזה על זה חולק רמ"ה וכן מוכח מדברי רבינו דהא בנמצא סכין פגום הוה לדידן טרפות גמור ואפ"ה הטבח פטור אלא צ"ל דכ"מ שהטריפות בא מכח ספק אמרי' המוציא מחבירו עליו הראי':

סימן שח

(**ס"א ויש חולקין**) נראה דכן קי"ל וכן משמע פסק המחבר בס"ה בהוסיף עליו חלק על קצבתו:

(**ס"ב מעוברת ומניקה**) כ' רבינו בשם הרמ"ה דאם אמר לאשה זו אין יכול לשנות כלל אפי' למשוי כזה ואפי' הבעלים עמה ואם לא אמר לאשה זו אלא האשה שאמרה השכיר לי בהמתך יכולה לשנות למשוי כזה ואם אין הבעלים או השוכר עמה אלא נותנן לאחר אפי' לשינוי קל יותר אסור שאין השוכר כו' ומש"כ ורוצה לומר שהשוכר כו' קאי אחלוקה דלאשה זו וע"ד שכתב רבינו בסי' רי"א שב"א ס"ג ג' דברים אלו עצמן בשם הרמ"ה ובזה מתיישב תמיהת ב"י:

(**ס"ז הכתף**) בגמ' פרכינן הא בר דעת הוא לשדי' אם איתא דלא מצי בי' ומשני אביי בשחבטו לאלתר רבא א' נ"מ לאגר' יתירא דצריך ליתן לו רבי אשי א' סבר חולשא הוא דנקט ליה וכת' רבינו וקי"ל כוותי' לאפוקי מדרבא כו' פי' דאביי פשיט' דלא קי"ל כוותי' דאיהו ס"ל דאינו חייב אלא בחבטו לאלתר דוקא ואפי' רבא לא ס"ל כותיה דאיהו ס"ל בעי לשלומי יותר אף בלא הגיע לו נזק אלא דאין עליו חיוב רק אם הגיע לו נזק והוא נשאו ונ"ל דזה מיירי דוק' בשכרו סתם ושיעורו סתם ל' קבין בזה אמרינן דאם לא הגיע לו נזק ונשא עם התוספות א"צ כהוסיף לו שכר דהא חזינן דמשא זה ראוי לו אבל אם שכרו לשיעו' ידוע והוסיף לו למשאוי חלק למ"ד חייב להוסיף לו שכר אף אם לא הגיע לו נזק דלא שייך כאן לו' היה לו להשליכו דבאמת יש לו כח להוליך זה הסך אלא שלא רצה להטריח עצמו בשיעו' הקצוב והטיעוהו שסבר שלא הוסיף וכן במקום שיש שיעור ידוע למשא אדם חייב ג"כ לשלם כל התוספת אם הוא חלק למ"ד דמ"ש מההיא דס"פ (דס"ה) דנותן לו שכר התוספו' דכל שיש שיעו' ידוע הוה כאלו פי' אותו שיעור ואע"פ שיכול לשאת אותו מ"מ למה ירויח זה בכוחו של חבירו ע"כ נראה דצריך לשלם כל התוס' ומ"ה נקט רבינו שיעו' משאוי אדם כו' כנלע"ד פשוט:

סימן שט

(**ס"א אע"פ שעבר כו**') גם רבינו כ"כ והיינו הטעם דפליגי בפ' האומנין ר"מ ורבנן מעביר על דעת ב"ה וס"ל לר"מ דגזלן הוי ורשב"ג מיקיל ור"ח בר אבא מוקי מתני' דחייב באם משנ' להוליך במה שאמר ב"ה כר"מ וס"ל להפוסקים דאין הלכה כר"מ מ"ה כל שאין היזק מחמת השינוי אין חייב מחמת שעבר על דעת ב"ה וצ"ע על רבינו שכתב בא"ח סי' תרצ"ד לענין מגבת פורים שאין העני רשאי לשנות ממה שנתן לו ב"ה והיינו כר"מ ובפ' האומנין מבואר דהני דמיין להדדי וצ"ע:

סימן שי

(**ס"ב לרכוב עלי**') במה שיישב הסמ"ע דברי הרמב"ם תמוה הוא דהא ודאי כ"כ דליכא הוכחה אי נתכוין לטובת המשכיר או השוכר סברא הוא דנתכוין לטובת עצמו כדמוכח בסימן שי"ב ס"ז (סי"ז) באומר בית זה אני משכיר לך וכדי ליישב קושית רבינו נראה דכל ששוכר מחבירו סתם ואינו משכיר (מזכיר) רכיבה או משאוי אלא אמר ליה השכיר לי חמור זה ודאי נתכוין לכל מה שאפשר להשתמש בו ישתמש בו ואפי' לרכיבה כמנהג העולם ומ"ה ברישא שאמר לו בהדיא שכור לי חמור זה לרכוב עליו דהוי תנאי דרכיב'

לישנא יתירה ודאי נתכוין שיהיה משועבד לעולם חמור זה אפי' לאחר מיתתו משא"כ בסיפא דלמשוי אין שם לשון יתור אלא דוקא למשאוי התנה עמו אמרינן למיעוטא נתכוין כנ"ל:

סימן שיב

(**ס"א אם היה מושכר כו'**) לכאורה יש ללמוד מכאן דאם משכיר לו בית כל ימי חיי המשכיר שאז אינ' יכולה לפדותו שיכול למוכרו ולהוציא השוכר מביתו וזה ודאי אינו דהאיך יכול לקלקל מה שכבר השכיר לו ולא עדיף הלוקח מן המוכר אלא שזהו מיירי כמ"ש במרדכי פ' השואל ע"פ הירושלמי אותו בית שהוא דר בו היה נחלט לעכו"ם בשביל חוב ואם לא היה עכשיו פודהו לא היה חוזרת לעולם והיה לו עוד בית אחר ששכר לישראל אחר והוצרך למכור את הבית שהשכיר לאחר כדי שיוכל לפדות ביתו שהוא דר מן העכו"ם ולא מצא למכור רק בענין שיצא השוכר מיד הדין עם המשכיר דהוי כמו נפל ביתו דמשכיר אבל בשביל מזון אין לו למכור כדי להוציאו ואי לא משכח ישאל על הפתחים עכ"ל וקשה דהא בנפל ביתו מבואר בס' י"א דהיינו דוקא בשוכר בסתם אבל לא בזמן קצוב וצ"ע דהא הכא מיירי תוך זמנו אפי' המרדכי אפשר דמיירי בסתם:

(**ס"ה לחבירו בסתם**) פי' כך וכך לחדש ולא פי' לכמה חדשים כפי' המ"מ ונ"ל דאם לא אמר כלום רק אני משכיר לך בית זה מסתמא אדעתיה דמנהגא באותו העיר השכיר לו וה"ל כקוצץ זמנו קבוע כמ"ש בס"ח וסמ"ע ס"ק ד' באומר סתם אני משכיר לך הוי כמו ידור פלוני כו' דסגי אפי' ביום א' ולפעד"נ דשאני שכירות דמסתמא שוכר כמנהג העיר:

(**ס"ז אדם שאינו הגון**) נ"ל אפי' אדם הגון אלא שהוא שונאו א"צ לקבלו מדאצטריך למיכתב בסעיף ט' דאין להוציאו בשביל שהוא שונאו משמע בכה"ג שא"צ לקבצו:

(**ס"ט**) (**ונעשה שונאו**) נ"ל דהיינו דוקא דגרם השנאה הוא בפשיעת השוכר וכעין ההוא דפ' השואל בההיא איתתא דיהבא דוכתא להוא גברא שיניח שם יינו ע"מ שיקדשה והדר שדר לה גט ע"ז אמרינן שם כאשר עשה כן יעשה בו משמע דאי לא הוי הוא הפושע לא היתה האשה יכולה להוציא היין:

(**סי"א יכול להוציא**) פי' בשוכרו בסתם והיינו לכל חודש כמ"ש בסמוך בשם המ"מ מ"ה מיד שיכלה החודש א' או ב' יכול להוציאו אע"פ שלא הודיע מקודם דכיון דההודעה הוא תקנה וכאן שדוחיהו ע"י נפילת ביתו לא שייכא ההודע' אבל תוך ימי החדש אינו יכול לדחותו דאז הוא כקנוי לו ומיד שהתחיל יום א' בחדש מחויב להניחה עד סוף אותו החודש כמ"ש בסי"ד לענין שנה ובשכרו סתם ואמר כלום כבר כתבתי דאדעתא

דמנהגא נתכוין כ"ז נ"ל ברור אף שבסמ"ע הזכיר כחן שדר בו ל' יום הראשונים אין נ"ל חילוק מן הראשונים לאחרים:

(**סי"ד חדש א**') כתב סמ"ע ואפילו יום א' ונלע"ד דהיינו דוקא שדרך אנשי העיר לצאת מבתי השכירות לבת י' אחרים ששנרו להם באותו היום ולא מעכבים עד אותו היום בבתים שדרו שם כבר אבל בלא"ה אין לחייבו בשביל אותו יום או יומים כיון שצריך להתעכב כן:

(**סט"ו נתעברה לשוכר**) מה שתירץ בסמ"ע דברי רבינו בכאן עם מ"ש בי"ד דבי"ד מיירי שאומר כן באמצע השנה קשה דה"ל לרבינו לפלוגי בכך בי"ד ונלע"ד דרבינו גם כן מסופק בזה כמו הרשב"א שמביא ב"י מ"ה פסק בכ"מ לחומרא כאן בממון אמרינן כאן בממון אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת ובי"ד לענין איסור אזלינן לחומרא שמא גם העיבור בכלל כנלע"ד:

(**הרי חדש העיבור**) כו' עמ"ש בסי' מב ס' ק"ז (ס"ז) בשם הנ"י לחלק בענין אומר ב' לישני דסתרי אהדדי:

(**סי"ז אבל כ"ז שלא נפל**) משמע מדברי הרמ"א דאם רוצה ליתן לו בית כיוצא בזה יכול להוציאו ולכופו שידור בתוכו ודבר זה בודאי אינו דאפילו ליפה ממנו אינו יכול להוציאו תוך זמנו כמ"ש רמ"א עצמו ברישׁ סי' זה דאם המשכיר רוצה לבנות אין יכול להוציא השוכר אפילו ליפה ממנו והוא פשוט ג"כ מצד הסברא דהא שכירות ליומא ממכר הוא ובמוכר לחבירו בית סתם ונתן לו בית א' וודאי לא יכול אח"כ לומר צא מכאן ואתן לך אחר אלא במה שהחזיק החזיק ה"נ בשכירות ודברי רמ"א בכאן באין מדברי הנ"י ובפ' השואל בסופו וז"ל ונרא' מדברי הרמב"ם דאם התחיל לעמוד בבית קודם שנפל אמרינן דסגי הכא בד' אמות אבל הריטב"א כתב כיון דנחית לגוי' דכ"ע לא מצי משני ליה בית אחר עכ"ל ופשוט שביאור דברים אלו דמיירי שנפל הבית ומשמע מדברי הרמב"ם שאע"פ שתחלה נתן לו הבית א' לדור בו ונפל הא' דאח"כ אינו יכול לתת לו בית קטן אלא דוקא כמו שנתן לו תחלה כיון שהחזיק בבית גדול זה לא אמרינן אלא חזר הדין כאלו לא נתן לו עדיין ויכול ליתן לו בית קטן וריטב"א חולק דכיון דקודם נפילה החזיקו בבית גדול צריך לתת לה אחר הנפילה ג"כ בית גדול אבל כל זמן שלא נפל פשוט שאין יכול להוציאו אפילו לבית יפה מטעם דלא ניחא ליה לטלטל עצמו כדאמרינן ריש בתרא והובא לעיל סי' קסט (קס"ד) בהגה ראיתי בד"מ וז"ל וכתב נ"י לדעת הרמב"ם נראה דאפילו קודם שנפל יכול להוציאו וליתן לו בית אחר שהוא ד'. אמות ולא נרא' לריטב"א אלא אחר שהורידו לגויה לא יכול אחר כך לשנות לו אא"כ נפל עכ"ל הרי שהסיב דברי

הנ"י לדבר אחר דלדעת הרמב"ם אפילו לא נפל יכול להוציאו אפילו לבית גרוע ואני אומר שא"א לומר כן וע' ברמב"ם דלא מיירי אלא בנפל שכתב ונתן לו בית ונפל ושם למד הב"י דין זה לדעת הרמב"ם ואין להקשות ממ"ש בסי' של"ה ס"א גבי שכיר אם שכרו סתם למלאכת יום א' יכול לשנותו כו' דשאני שכיר שהמשכיר שכרו לטובתו לכל אשר יצונו משא"כ שוכר בית שהוא מכוין לטובת עצמו פשיטא שלא נתכוין שיצטרך לטלטל עצמו דאל"כ בכל חודש יטלטלנו המשכיר מבית לבית כנ"ל פשוט ורמ"א אגב חורפא רבה דידיה לא עיין כל הצורך:

(**נשרף הבית**) כו' הסמ"ע יפה הגיה כאן דחסר וי"א כו' מיהו נ"ל דלענין הלכה דקיימא לן כדיעה ראשונה דדינו כנפל דמ"ש זה מזה והדעה השניי' ס"ל גם בנפל דצריך לתת כל השכר ומפר' מאי דאמר בגמ' אי דאמר בית זה נפל לה אזדא לה היינו שישלם לו כל השכר וכיון דאנן קיל"ן דמנכה לו לפי החשבון הכי נמי בנשרף כנ"ל פשוט:

(**סי"ח אבל אם נפל**) פי' אפי' כולו והוא דעת רבינו ודלא כהרמ"ה דס"ל בנפלה עלי' כולו א"צ לתת לו ביתו שלא נשתעבד הבית לעלי' אלא בעוד' קיימו' וטעם רבי' החולק נרא' דהא דאמר עליי' זו שעל בית זה לא קאי לישנא דזו למעט דאם יפול העליי' שיסתלק השיעבוד דאם כן לא היה לומר כלל אחר כך שעל בית זה אלא ע"כ שכוונתו להיפך שהבית נשתעבד לעלי' זו כלומר כמות שהי' ולא שינה (ישנה) אותה ומ"ה כתב רבינו בהשגתו על רמ"ה וכן אם נפלה כולה חייב לבנותה לו כלומר כמות שהי' אבל בנפילת הבית מודה רבינו להרמ"ה דהלך השיעבוד כיון דאמ' בית זה כיון דאפשר לפרשו בדוקא ודאי מפרשינן לי' כן וכ"פ הרמ"ה (הרמ"א) בס' (בסי') זה ושוב ראיתי בפירו' רשב"ם כדברי רבינו בפרק המוכר את הבית דף ס"ג ע"ב ד"ה רב פפא כו' דמהני לישנא שאמר על בית זה אם נפלה הדיוטא שצריך לבנותה ע"כ העיקר כדברי רבינו ולא כב"י שחלק על רבינו בלי ראיה:

סימן שיג

(**ס"א בתרבץ**) רש"י פי' בגמרא דהיינו גינה קטנה שעולים בה מיני דשאים ויפה המרא' לעינים עכ"ל משמע דאין שייך שימוש באותה גינה שאינה עשוי' אלא למרא' עיניו מ"ה הזכיר רש"י שימוש בכותל הגינ' משא"כ ברחבה ששייך שימוש בה עצמה מ"ה הזכיר שם תשמיש הרחבה עצמה ובסמ"ע לא נחית לזה וע"כ הוקשה לו ודבר פשוט כמ"ש:

(**ס"ג של אחרים**) הב"י הקשה הא שכירות ליומא ממכר הוא ונ"ל דס"ל להרמב"ם כתוספות פרק הזהב דף נו דכתבו דשכירות לא קניא אלא דלענין אונאה יש קרא יתירה

דשכירות ממכר הוא מ"ה גם כאן לא קניא שכירו' רק לענין הגוף שיהא נקנה אבל לא לשום דבר אחר עמי וע"כ ל"ק מידי ממ"ש הרמב"ם והטור בריש סימן שט"ו דשכירות ממכר הוא דשם קאי על עיקר קנין עצמו ומה שהקש' סמ"ע על המחבר מסי' ר"ס יתבאר בסמוך דלק"מ:

(**ס"ד אפי' אחרים כו'**) נראה דל"ד לזבל של אחרים שהקשה סמ"ע ותירץ בדוחק ובאמת נר' לי דאין כאן קושי' דשאני אפר תנור דדבר ברור שיהי' דהא להכי קאי התנור מ"ה סמכא דעתא דשוכר ע"ז בשעה ששוכר החצר משא"כ בזבל הבהמות דלאו הכרח שיבואו שם הבהמות ואת"ל שיבואו מי יימר שיפלו שם גללים ועפ"ז ניחא קו' הסמ"ע על המחבר בס"ק ד' מסי' ר"ס גבי מציאה דדוקא בזבל קנה בעל החצר כיון דלא סמכה דעת בעל השוכר ע"ז משא"כ בצבי שבור שרגיל להיות טפי בשדה וסמכה דעתיה ע"ז כנ"ל דעת המחבר אבל הרמב"ם עצמו נ"ל דס"ל כדעת התוספת שזכרתי בס"ג:

סימן שטו

(**סעיף ב אא"כ יש לו פירות**) אין דברי הסמ"ע מובנים לי בזה דהא בתורת שכירות יכול להוריד אחר ואמאי לא חש לסברא שכתב שלא האמינו אלא לו דהא באלו דחשיב כגון בעל וכו' הא ע"כ אין לו בקרקע כלום והאיך יכול אח"כ למכור ולומר קנה הקרקע לפירותיה ע"כ נלע"ד דאה"נ דזה הוא עיקר כוונת הרמב"ם דכל שלא זכה בקרקע כלל אלא בפירותיה אינו יכול למכור הפירות דהא דשלב"ל הוא אלא בתורת שכירות מהני דהיינו שהוא מסלק עצמו ואדם יכול לסלק ולהתנות על דשב"ל כמ"ש סי' ר"י (ר"ט) מ"ה שכירות מהני שפיר שזה מסלק עצמו וזה נכנס תחתיו ע"פ השכירות שנותן לו עומד במקומו וגם מה שחילק בסמ"ע בין בית לשדה הוא דחוק מאוד וכתבתיו בסי' ריב:

סימן שטז

(**ס"א משכיר עד סוף זמנו**) טור מביא סיום דברי הרמב"ם שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא במטלטלין שא"ל אין רצוני להיות פקדוני ביד אחר אבל בקרקע וספינה שהרי בעלה עמה אין אומרים כן ויש מי שהורה שא"י להשכירו לאחר כלל ויתן שכרו עד סוף זמנו ויראה לי שאין זה דן אמת עכ"ל וכתב ב"י בשם המ"מ ולא אמרו שיש לו תרעומות אם מעמיד אחר במקומו אלא מפני שבעל הספינה אינו רוצה לדור עם השוכר ולסבול דעתו אבל בבית אפי' תרעומות אין לו עכ"ל משמע דמיירי בבית שאין המשכיר דר עמו וכן מוכח מד"ר שמביא אחר דברי הרמב"ם שאלה של הרא"ש

שפסק שאין יכול להושיב אחר במקומו ולא כתב לשון מחלוקת ביניהם. ומ"ש הרמב"ם שהרי בעלה ר"ל דבמטלטלין יש חשש שהשוכר השני מבריחים מן הבעלים במקום שאין עינים שולטות שם משא"כ בקרקע שהבעלים יכולים לראות תמיד עליה שלא תהא מקולקלת ואע"פ שאינו דר עמו באותו הבית מ"מ יכול לילך בכל עת לדרוש מה יעשה בביתו:

(**ובלבד שלא יהא כו'**) דברי רמ"א תמוהין לי בזה שדבר זה נזכר בתשו' הרשב"א אלף קמ"ה מחמת שהיא בתנאי מפורש כן כמו שנעתיק בסמוך ואדרבה בכל התשובה לא הזכיר שם אלא שהשוכר יכול להשכיר ולא הזכיר כלום ממנין בני הבית משמע דלא ס"ל כהרמב"ם דקפיד אבני בית אלא כמהר"ם שמביא המרדכי פ' האומנין שכתב דהא יכול למלאות ביתו דיורים ולפי הנראה בסדר תשו' הרשב"א ירא' דסוף אותם התשובות הם כולם תשובת מהר"ם ושם מבואר כמ"ש דמחמת התנאי פסק כן שהרי כתב וז"ל ומ"מ אין האב רשאי להכניס שם דיורין עמו אלא למי שישמשם ולא להכניס כלים אחרים עם כליו שכן התנ' ושייר שידיר שם עמו מי שישמשנו ולא לאחרים שיכניס שם כליו ולא כליו וכלים של אחרים אבל אם רצה להכניס שם אנשים במקומו כמספר אנשי ביתו ומשמשיו או להכניס שם כלים אחרים ככליו רשאי עכ"ל הרי לך דל' התנאי דוחקו לזה משא"כ אם כתב סתם שהאב שייר לעצמו ודאי אין להקפיד בזה וראי' עוד שבאותן התשובות סי' אלף נג כתב ג"כ הך דינא שאב ששייר לעצמו דירה שיכול להשכיר למי שירצה ולא זכר שם להקפיד אמנין בני בית אע"כ דבלישנא דתנאי דהתם לא הוי מוכח הך קפידא משא"כ בסי' אלף קמ"ה דלעיל הי' מפור' כן בתנאי והיותר תימ' על רמ"א שהבין שאין קפידא דמנין בני בית שם מכח התנאי אלא מצד הדין היה לו לפסוק דגם כליו של אחרים אינו יכול להכניס אפי' בעודו שם כמ"ש בתשי' הרשב"א והא ודאי ליתא דלא קפיד שום פוסק רק אמנין בני אדם אלא על כרחך דלישנא דתנאי דחקו לרשב"א כמ"ש ותו דבתשובת מהרי"ו סי' י' פסק בהדיא דכל המשייר לעצמו יכול להשכיר אפי' לבני בית מרובים ואפי' לרמב"ם דמחמיר בשוכר היינו דוקא בשוכר שאין לו זכות בגוף הבית אזלינן בתר דעתיה דמשכיר משא"כ במשייר לעצמו שיש לו כח בגוף הבית ועוד שהרי אם ירצה יכול למוכרו אפי' למי שיש לו בני בית מרובים ה"ה דיכול להשכיר עכ"ל: [חלק מסוים] היינו דעת הרמב"ן הביאו ב"י בסי' רט דמאי דאמרי בהשוכר את הבית ע"מ שהמעשר ראשון שלי לא זכו בו יורשיו כ"ז שלא אמר בפי' לי ולבני משום דהוי דבר שאינו מסיים משא"כ במסיים מקום לעצמו כגון חצי בית פלוני אם נכנס בכלל המכירה וממילא הוי לו וליורשיו ויכול ג"כ למוכרו למי שירצה (ואף) שמפי'

רשב"ם לא נראה חילוק זה כמבואר שם בב"י מ"מ הכריע ריב"ש בסי' רנז כרמב"ם (כרמב"ן) ומי יבא להכריע אחר גדול שבאחרונים כמותו והיינו כיון שאין כח זה מסוים במה שיכול להוציאו לצורכו אינו יכול למוכרו כנלע"ד ברור:

(**מי שנתן דירה כו'**) כבר חלק עליו הסמ"ע גם בעיני יפלא מצד אחר דהא מיירי כאן באיני מסויים דאומר סתם דנותן לו דירה דהיינו דמקנ' לו א' מביתיו לדירה וכן הוא מדברי הרמ"א בדין זה בתשו' הובאה בתשו' רש"ל סי' יז כהך דינא ממש וכתב שם בל' זה ראובן נתן במתנת ש"ח לבתו חזקה לדור בביתו אחריו כל ימיה כו' וכבר פסק רמ"א עצמו כדברי ריב"ש דכ"ז שאינו מסויים אינו רשאי למכור ואם נפשך לומר דכאן מיירי שנתן לו דירה בל' מסוים שסיים לו חלק בית פלוני צ"ע טפי אמאי פסק דא"י למכור רק למי שאין בני ביתו מרובים הא אותו החלק לא נכנס בכלל המכר או מה שנתן לאחרים אותו הנותן והוי כשאר נכסיו של המקבל ויכניס שם מה שירצה כמשמעות דברי ריב"ש בתשו' סי' רנז וכנ"ל עיקר החילוק כל שנתן לאחר דירה בל' מסוים חלק פלוני אז יכול המקבל לעשות בחלקו כל מה שירצה אפי' להשכירו או למוכרו להרבה ב"א ואם נתן לו סתם א' מביתיו לדירה אין לו כח רק לעצמו אבל לא למכור כלל ולא להשכיר כנלע"ד:

(**דלא גרע כח המקבל כו'**) תמהני דהא בתשו' הרשב"א אלף קמ"ה כתב וז"ל ואם באחרים כן כ"ש בנותן ומשייר כו' עכ"ל וגם הק' הסמ"ע על דברי הרמ"א מדברי התוס' ולפענ"ד א"צ להאריך בזה כו' ע"כ לא מתקיימי' דברי רמ"א אלו רקבשייר מקים מסוים ושם ודאי ישלו כח למכור ולהשכיר ומ"ש הרמ"א ואין המקבל צריך לאותה דירה כו' מבואר בתשו' רשב"א אלף קמ"ה דבמשאיל או נותן לא אמרי' שלא היה דעתו אלא לעשות חסד לזה דוקא דגרסי' בפ' אלו נערות הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאילתה כו' עכ"ל ונ"ל פשוט שאין בכלל זה אם גילה הנותן תחלה דעתו בפירוש שעושה דוקא בשבילו שהוא אוהבו והוא פושע ונעשה שונאו כמ"ש בסי' שי"ב כפי מ"ש שם וא"ל על דברי רמ"א שמא לא היה דעת הנותן אלא כ"ז שהמקבל עני דוקא דלפי הנראה אפי' אמר בפירוש כיון שאתה עני אני נותן לך ואח"כ נעשה עשיר דמ"מ עני היה באותו שעה וכההיא דריש פ' הנמצא (הנושא) שפוסק מזונות לבת אשתו ומת כו' דצריך הראשון עכ"פ לתת לה דמי מזונות ע"ש וע' מ"ש בסי' קנ"ד סעיף ב' בשנים שיש להם שותפות בבית:

סימן שיז

(**ס"א טענה בפני עצמה**) פי' אחר שיפרע לו החוב זה עכשיו ובסמ"ע כתב בס"ק ג' לחלק בין הלואה לשכירות והוא מלתא בדותא דאדרבה דהפוסקי' השוו הלואה לשכירות בכל מילי ותו דאי משום חשש מה ואמאי לא מהימן לומר נתתי שכרך מה שעבר בכל השנה ותו דהא אין המשכיר יכול להוציאו ומה חושש השוכר בזה ועוד עיקר קושית הסמ"ע בזה עיין במ"ש בסי' עח בסעי' ב' בפי' דברי רבינו בשם הרא"ש אלא דדברי רמ"א שם צ"ע כמ"ש שם:

(**אפי' ביום הל'**) א"ל למה לא כתב כאן החילוק שבין תחילת היום כמ"ש סי' עח דאמת אין בו חידוש לפ"מ שפרשתי שם מה הוא תחילת היום ואפי' התם לית ביה חידוש:

(**או ישבע השוכר**) א"ל כאן קרקע בחזקת בעלים עומדת כמו שאמרי' בסי' שיב לענין חודש העיבור דשאני התם דהספק בחזרה עצמה משא"כ כאן הספק בפרעון השכירות הוי כשאר תביעה והמע"ה בסמ"ע תירץ בענין אחר:

(**ס"ג**) **בחזקת אוכליהן** בגמ' פרכינן והא קי"ל קרקע בחזקת בעלי' קיימת ומשני ה"מ במלתא דלא עבידי לגלויי ופירש"י לעולם בתר קרקע אזלינן ומיהו ה"מ בספק שאינו עומד להתברר לעולם כי ההיא דמספקא לן בין תפוס לשון ראשון או אחרון אבל הכא מלתא דעבידא לגלויי היא ופירש"י בסוף שיבואו עדי שטר ויעידו ואטרוחי ב"ד תרי זימני לא מטרחינן שמא הדין עם המלוה וכ' סמ"ע ס"ק ט' ונראה דה"ה בסעיף שלפני זה בשטר שכתוב בו לי' שנים ואין ידוע אימתי מתחילין ג"כ מקרי אפשר לברר וכדאיתא פ' ח"ה דף ל"ה בפשט זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי כל דאלים גבר מטעם כיון דאיכא למיקם עלי' דמלתא דשמא יבואו עדים ויסתרו הדין הלכך אין ב"ד נזקקין להם עד שיבואו עדים וכיון דחזינן דכ"מ שאפשר להתברר אין ב"ד מכניסין ראשם בדבר זה ה"ה נמי הכא כן אלא דשם אין א' מהם מוחזק הוי כל דאלים גבר וכאן שבקינן ביד המוחזק ולא כמו שחילק בסמ"ע בזה דבזה אין שייך לברורי דאין להבדל זה טעם ולא עיקר: (שלא יוכל השוכר או הממשכן כו') כינה את המלוה בשטר על המשכון בשם ממשכן כמ"ש בסעי' שאחר זה אבל השוכר או הממשכן כו' ונקט כאן הנך תרתי משום דבריש הסעי' נקט ג"כ תרוייהו ובסמ"ע ס"ק יא הלך בדרך רחוקה לפרש הך ממשכן על המשכיר והוא אינו נכון כלל גם מצד הדין אינו אמת דאין על המשכיר שום שייכות בירור דכל שנשאר המברר בספק הוה כדין עם המשכיר דקרקע בחזקת בעליה קיימת:

סימן שיח

(**ס"א השוכר את הרחיים**) כדי לברר דין זה נעתיק הסוגיא בגמרא איתא בפרק הנוש' ההוא גברא דאגר ליה לחבר' ריחיא לטחינה פי' רש"י לא התנה לתת לו מעות למשכיר אלא שיטחון לו למזונות ביתו בשכרו עכ"ל איעתר משכיר זבין רחי' וחמרא לטחון בה מזונות ביתו א"ל לשוכר עד האידנא הוה טחינא גבך השתא הב לי אגרא א"ל השוכר מטחן טחינה לך ומסקינן דמצי אמר ליה שוכר למשכיר טחון וזבין באותו שלקחת וטחון ואותב מזונותיך באותו שאצלי ולא אמרן דלא ייהיב דמי אלא דלית ליה טחינה שאין השוכר מוצא לטחון בשכר כל שעה לפיכך אמר לי' אני יושב בטל אטחון לך ולא אתן דמים אבל כ"ז שמוצ' לטחון כגון זו כופין על מדת סדום וכופין אותו לטחון בשכר ונותן לזה דמים והקשו התו' על מ"ש טחון וזבין טחון ואותיב דמשמע שאין השוכר מפטר מהמשכיר אלא בזמן שהמשכיר יכול למכור הא אפי' אם אין המשכיר יכול למכור נמי אין השוכר יצטרך והפסיד מכיסו לתת דמי' להמשכיר ותירצו דאה"נ אלא דמ"מ הי' המשכיר יכול להחזיר משכירתו מהיום והלאה אע"פ שהוא תוך זמן כיון דגם לדידיה אית ליה פסידא ע"כ צריך שיהיה המשכיר יכול למכור הא בלא"ה מצי לבטל השכירות והרא"ש חולק דאפ"ה לא מצי לבטל השכירות דשני ו' ליומא ממכר הוא ומי הזקיקוהו לקנות הרחיי' ולהפסיד לשוכר הילכך כיון דתרוייהו שוות להו פסידא יותר ראוי שיפסיד המשכיר ויתקיים השכירות עד זמנו והא דאמר התלמוד טחון וזבין לרווחא דמילתא אמר כן עכ"ל הרא"ש וצ"ע דעת התוס' פשיטא שאם העיכוב מצד המשכיר שאינו יכול לבטל השכירות שכבר זכה בה השוכר ונלע"ד דברי התו' נכונים דיש לדקדק בגמ' שאמר שהעשיר המשכיר וקנה לו רחיי' וחמור ל"ל אלא דהענין הוא דהעשירים לא היה מספיק להם טחינת רחיים מה שאדם טוחן ברחיי' של יד או אפשר שאין מאכל עשירים אותו הקמח שאינו נטחן יפה כמו שנטחן ע"י בהמות נמצ' שמשעה שהעשיר הוצרך לרחיים של חמור וממילא בטל השכירות ודמיא להההיא דאמרינן בפרק אלמנה ניזונית הלכתא זבין ולא איצטריך ליה זוזי הדרא זביני וכמ"ש ר"ס ר"ז וה"נ כיון שנעשה עשיר והוצרך בע"כ לרחיים של חמור בטל השכירות כיון שגילה מתחיל' דעתו שלצורך מזונותיו יטחון לו הוה ממש כההיא שזכרנו מ"ה הוצרך לומר שהמשכיר יכול למוכרו מה שיטחון לו זה ע"כ לא בטל השכירות והרא"ש לא נחית לכל זה אלא פי' הפשט שבלא צורך והכרח קנה לו רחיים שניי' ע"כ יפה כתב לפ"ז שאין השכירות בטל וכן העתיק רבינו בריש הסימן וקנה רחיים כו' דמשמע רחיים כמו הראשוני' לענ"ד אין כאן מחלוקת לדינא בין התוס' להרא"ש דגם הרא"ש ורבינו מודים כנדון זה שזכרנו (ועפ"ז)

נרא' לפרש גם דברי הרמב"ם דכאן בסוף הסימן ואם אין אתה צריך מכור לאחרים דמשמע דבזה תליא מילתא ודאי ליתא לא לשוכר לחוש מהו יעשה משכיר בקמא כיון שהוא הגורם ולפמ"ש אתי שפיר דהרמב"ם נקט בלישנא והעשיר בעל הרחיים בענין שאין צריך כו' ור"ל בזה שבלא פשיעתו בא לו זה שא"צ אלא ממילא בא ע"י עשירות וכדרך שכתבתי נמצא דהיה יכול לבטל השכירו' וכשיטת התוס' אי לאו שיכול המשכיר למוכרו לאחרים ואע"ג דלא הזכיר הרמב"ם כאן מידי מביטול השכירות מ"מ נתכוון במ"ש כמו ששכרתיה ואם אין אתה כו' כנלע"ד נכון וכאן בש"ע לא הביאו פלוגתא בין רמב"ם לרא"ש ולענין דינא נראה לי נכון כמ"ש:

סימן שיט

(**ס"א שלא מדעתו**) זהו הוספת הרמב"ם וכמ"ש כסמ"ע דלא דנ"ל דדברי הרמב"ם הם תלמוד ערוך בפרק המניח בבריי' הממלא חצר חבירו כדי יין משבר ויוצא משבר ונכנס ואף ע"ג דמוקי לה התם במשבר להביא זכיותיו היינו למ"ד לא עביד איניש דינא לנפשי' (אבל למ"ד עביד אינש כו') והכי קיל"ן הוה הבריית' כפשוט' אלא דנראה לע"ד דרמב"ם מיירי כאן שהוא צריך למקום שהפירות מונחים שם דהוי דומיא דממלא חצר חבירו כו' שזכרנו אבל אם א"צ ה"ל זה נהנה וזה לא חסר אלא דמ"מ אם הוא מודיע שאינו מרוצה להיות נשכר לו ודאי גם בזה הדין עמו כן נ"ל לדעת הרמב"ם וגם רבינו אפשר שמודה בזה דהא יש ראיי' ברורה ע"ז כמ"ש וכנלע"ד להלכה דכ"ז שהוא צריך לאותו מקום א"צ להודיעו כלל בזה כההיא דהמניח מ"ה לא הזכיר הרמב"ם כלל הודעה לבעל הפירות וכן בחלוקה הב' שהטעהו א"צ להודיעו כיון שלא עשה כהוגן ומסתברא טעמא דרמב"ם בזה וכן מוכח לענ"ד והסוגיא דהשואל בענין זה שאחד הטעה את החשה ונתנה לו מקום להניח יין שלו ואח"כ גירשה והוציאה היין מביתה לשוק למקום הפקר והוצאת יין לקחה מיין עצמו ואמר רב אסי גמולו ישוב בראשו כאשר עשה כן יעשה לו ולא הוזכר שם הודעה שהודיעתו תחילה ואדרבא מוכח שם שלא היתה הודעה דאלו היתה הודיעתו לא היה רב אסי צריך להביא קרא דגמולו ישוב וגו' דמי יכריח לשום אדם להיות נשכר שלא ברצונו כיון שהוא מודיעו שאינו רוצה להיות נשכר לו אלא וודאי מיירי שלא הודיעתו ולא היתה צריכה לאותו מקום מ"ה הוצרך רב אסי לפוטרו וטעם שעשו שלא כהוגן אבל באין צריך לאותו המקום אין רשות להוציאו עד שיודיענו תחילה כנלע"ד עיקר:

סימן שכא

(**ס"א אלא אפשר**) כו' הקשו התוס' ז"ל זה הוא אפי' בלא אפשר אמאי ינכה לוכיון דלא הוי מכת מדינה ותירצו דקמל"ן אפי' יבשו ג"כ יאורים קטנים של שדות אחרי' דהוה מכת מדינ' אפ"ה אינו מנכה כיון שאפש' להביא ע"י טורח ולפ"ז לא מיחשב מכת מדינה כ"ז שיש אפשרות להביא ע"י טורח ועוד תירצו דודאי בחכירות לא היה צריך לטעם זה אפילו בלא אפשר נמי אין מנכה אלא משום קבלנו' איצטריך שלא יכול לומר לא אתעסק בה ואפ"ה לא משלם במיטבא לפי שאינו מחוייב להביא מנהרות אחרים הרחוקים ביותר וע"כ הוצרך לו' דלא יבש נהרא רבה ומצי לאתויי בדוולא ולכך מחוייב לעשותו בקבלנות עכ"ל ונראה לפ"ז במקום דלא אפשר והוא עושה מה שאינו חייב לעשות ומייתי ממקומות אחרים ודאי לא גרע מחוכר וכי היכי דבחוכר מנכה במכת מדינה ה"נ במקבל שנוטל במה שגדל בשדה זו יותר ממה שפסק תחילה לפי ערך ועפ"ז נ"ל לפרש ד"ר שכתב בזה באם קבלה ממנו ברביעי עתה שיבש המעיין צריך להוסיף בחלקו עכ"ל והיינו שאין הפסד בסך התבוא' בשדה זו ואפ"ה מוסיף לו. כיון שזה המקבל טרח והביא לה מים די סיפוקה כ' המ"מ בשם הרמב"ן דהא דמקשינן וגמ' אי דיבש נהרא רבא אמאי אינו מנכה הא מכת מדינ' היא דוק' אחכירו' מקשי' אבל בקבלנו' אע"ג דמכת מדינה היא לא מנכה ליה ומה שימצאו יחלוקו לפי מה שהתנו ולדבריו הסכי' הרשב"א עכ"ל דבר ברור הוא דזה מיירי דהמקבל לא טרח והביא מים ממקומות אחרים אלא הניח השדה כמות שהיא וע"ז בא הפסד בגידול התבואה ובזה קאמר שמה שנשא נוטל המקבל חלק לפי מה שהתנו וא"כ אין כאן מחלוקת. ורמ"א שכתב כאן אבל בקבלנות כו' אתי' לד"ה וצ"ע על הנ"י ריש המקבל שנ' דברים אלו של המ"מ שזכרנו וכתב שהאחרונים שכתבו כן בשם הרמב"ם [הרמב"ן] לא נתחוורו להם דבר [הרמב"ם] דכתב דקאי דוקא [אף] על הקבלנות עכ"ל והוא תמוה ביותר דהא הרמב"ם לא הזכיר כן רק בתחלה כתב השוכר או המקבל שד' כו' כמו שהעתיק כאן המחבר בתחילת הסי' וזהו גמרא ערוכה דמתני' זו בין לשכירות בין בקבלנות ומ"ש המ"מ דוקא אחכירו' ולא אקבלנו' היינו אדיוקא דדייקינן הא אם יבש נהרא רבה דמנכה לו בזה יש חילוק והיינו אם לא טרח והביא מים וכמ"ש ונמצא דגם המ"מ ורבינו אין ביניהם מחלוקת כלל ורמ"א בד"מ כתב שיש מחלוקת בזה ואחריו נמשך הסמ"ע ס"ק ד' והם נמשכו אחר הנ"י וככר כתבתי דצ"ע רב דאין כאן מחלוקת והוא מצד עצמו דבר רחוק דמחלק בין מכת מדינה דכאן למכת מדינה דסי שכ"ב ואין להחילוק של סמ"ע שום סברא דכיון דהוי כגידול התבואה דהכא מיפסד הוה ממש כאכלה חגב דסי' שכ"ב:

(**והא דאמרינן כו'**) בסמ"ע הביא כאן מחלוקת ר"מ פאדויה עם רמ"א והך יש חולקין שהביאו רמ"א הוא דעת רמ"פ ובעיני דברי שניהם תמוהים כמו שיתברר בירור גמור דדעת ר"מ פאדוי תמוה היא שס"ל שבכ"מ שיש קילקול להבא אין שייך מכת מדינה לנכה אלא לעולם בדין חזרה קאי ובבית האילן ובבית השלחין לא שייך חזרה כיון דאפשר לתקנו ע"י טורח הוא דבר שאין דעת סובלו דאם המקבל לא חש לאותו השדה כיון שאין שם האילן או בית השלחין ורוצה לחזור בו מהיום והלאה אמאי לא יוכל לחזור לפי דעת רמ"פ ואמאי כתבו התוס' בפ' המקבל דף קד שאין המקבל יוכל לחזור כו' וצריך לעבוד השדה כיון שאין מכת מדינה ומשמע דגם לענין חזרה תלוי' במכת מדינה אע"פ שהוא להבא. ותו ק' ממ"ש התוס' והטור בשם א"ח [ר"ח] בסי' שי"ב [ש"י] באם לאו בדרך הילוכה נטלה אלא שמחפשין בבתים אחר הבהמות הרי ההפסד של בעל החמור וחייב להעמיד לו חמור אחר שנעשה מלאכתו לאלתר ואמאי לא יחזור בו בעל החמור דהא הקילקול הוא להבא ותו ק' לפי דבריו דחשיב גזירת השר לענין ריבית למום ומ"ה פסק דמצי השוכר לחזור בו ואמאי אמרי' בסי' שי"ב [ש"י] באם הבריקה וראוי' עדיין למשא דא"ל השוכר הרי שלך לפניך וצריך לטלטל עצמו עמה זמן רב הא אין לך מום גדול מזה דאדעתא דהכי לא שכרה. ודעת רמ"א ג"כ תמיה שכתב בשוכר החמור ומת כיון דלא הוי מכת מדינה לא אמרינן שם נכוי וכאן שיש מכת מדינה הוה לעולם בדין נכוי הא אין ענין זה לזה דמכת מדינה אינה מועלת אלא שלא יפסיד השוכר בההי' מכה דלא מזלי' גרם אבל אינה מועלת למה שלא יוכל לחזור כל היכא דמצי מנכה והנלע"ד דבכ"מ [דנ"מ] במכת מדינה והוא בדרך זה דבכ"מ שנתבטל הענין ויפסד לגמרי כמו מת או נשבר בבהמה אם שכרה אפילו למשוי בסי' שי"ב [ש"י] או אפילו בהבריקה ושכרה לרכיבה או לכלי זכוכי' אין ע"ז שום שכירות כלל כיון דאינה ראוי' כלל למה [לזה] דינו תלוי בין אם אמר בהמה זו אי בהמה סתם וכמ"ש בסי' שי"ב [ש"י] אבל במקום שיש עדיין אותו דבר בעין שאירע בו הפסד לא מצי שום א' מהם לחזור ומ"מ אין דבר זה דומה למום דדין מום אין לו ענין רק אם היה קודם הוא מקח טעות משא"כ כאן דנעשה אח"כ והוה החילוק במזל של מי כמו שמור' ע"ז כל שיטי ההלכות במה שהזכירו תמיד בזה דמזלי' דמאן גרים וכלל החילוק בזה דאם הוא מכת מדינה בין כאן בחכירות קרקע ונלקה הקרקע: בין בשוכר בהמה הוה הפסד של המשכיר דמזלו גרם ומ"ה כתבו התוס' ורבינו בשם ר"ח בסי' שי"ב [ש"י] באם מחפשי' הבהמות כו' כמו שהעתקתי בסמוך דאז ההפסד על בעל החמור והטעם כתבו התוס' שם דאז לאו מזלי' של השוכר גרים כו' והיינו ממש טעמא דמכת מדינ' בכ"מ נזכר ממנו כדאית' פ' המקבל

דף ק וע"כ ה"נ בשדה בית השלחין מנכה לי מן חכירו אם הוא מכת מדינה אבל עכ"פ אין כאן חזרה ומ"ה אף בשדה אילן שנקצץ האילן אין השוכר חוזר בו אלא מנכה שיעור הפירות וכן ביבש המעין ואפשר לדלות בדלי וכמ"ש הרמ"ה בהדי' הבאתי לעיל בר"ס זה דאפי' קבלן לא מצי הדר ביה בדרך זה וכ"ש שוכר או חוכר ואם אינו מכת מדינה הוה ההפסד לשוכר כולו הן כאן בבית השלחין הן בהמה שהבריקה ואין מנכה לו כלום והשכירות כדקאי קאי כיון שעדיין ראוי למלאכת הראשונ' אלא שנתקלקל במקצת במזל השוכר ונמצא דה"ה בחנות שנשאל עליו ר"מ פאדווה הרי החנות קיים לענין הלואת הרבית אלא שנתקלקל קצת מחמת ההלואה באמנה מנכה לו שיעור המגיע לאותו חלק אם הוא מכת מדינה הגזירה ההיא וא"א לתקנה בשום ענין אפילו ע"י טורח וכמ"ש לעיל ואם אינה מכת מדינה הוה ההפסד של השוכר אבל עכ"פ אין כאן שום חזרה ונמצא שלפי' הדין יפה פסק הרב רמ"א כאן בהגה' שבכל מקום תלוי בנכוי כאן ולא בחזרה אלא שמ"ש בד"מ שהעתקתי בסמ"ע דלעיל דשאני בבהמה שאינו מכת מדינה איני יודע שום פירוש לזה דלפי מ"ש הכל שוה גם מ"ש בד"מ ולא דמי לקרקע שאכלה חגב אין לענ"ד שום פירוש לדברים אלו והדברים מחוורים כשמלה חדשה כמ"ש בס"ד [וכן] פסק מהר"ם כו' מה שהקשה סמ"ע על דברי מהר"ם בזה ס"ק ד' בסופו בסי' שלד במלתא דלא שכיחא דהוי פסידא דפועל ומכח זה פי' דברי המרדכי דחצי ההפסד קאמ' לא דק בזה דבהגהת אשר"י בפ' האומנין דף קמו כתב דין דמושל וכתב שם בפירוש ונותן לו כל שכרו ע"ש ועיקר קושיית הסמ"ע לק"מ דבסי' שנד לא מיירי ממכת מדינה ולא הוי פסידא רק לזה לחוד אבל בכ"מ שיש מכת מדינה אה"נ דכל ההפסד על ב"ה דמזל דידיה גרים ולא אזלינן בתר שכיח או לא וכן ראיתי בתשובת רמ"ה [רמ"פ] בסי' פ"ו דבמכת מדינה הי' כל ההפסד של ב"ה מכח דין זה דגזירות המושל של המרדכי שזכרנו והוא ברור והוא פשוט וכמ"ש גם רמ"א בסי' שלד לחלק בין מכת מדינה או לא.

(**ס"ב**) **ולא א"ל הזה** לכאורה משמע דלשון הזה דייק ליתור ואינו כן דע"כ צ"ל הזה דבלא"ה לא ידענו איזה בית השלחין משכיר לו אלא לישנא דבית השלחין הוא העיקר וכן איתא בגמ' מכדי דקאי גביה עסקינן מדקאמר זה בית השלחין דקאמר ל"ל ושפיר כ' הסמ"ע דאפי' עומד חוצה לה ומראה עליה ואו' בית השלחין זה הוי קפידא:

(**מחכיר לחוכר**) דהמשכיר אינו דורש בטובתו של חוכר אלא בוודאי שמא בעלמא א"ל דמתקרי כך כדאיתא ברישׁ סי' ריח סי"ח לענין גפני' משא"כ בא"ל חוכר למחכיר ודאי דרך קפידא קאמר כמות שהוא ואפי' אינו עומד בתוכה ולא אמר זו ונראה דהלכה כי"א

הללו דהא מסיק ב"י כן בשם אחרונים וגם רבינו הטור הכריע כן וע' מ"ש שמ"א [שמ"ב] ס"ז מזה דבר נכון:

סימן שכב

(**ס"ב**) **ודווקא בקבלנות** הגם כי איני כדאי להכריע מ"מ עצור במילין לא אוכל ואמינא תקפה עליו משנתו של הרב רמ"א בזה ואף שהסמ"ע נמשך אחריו ופירש דבריו מ"מ שניהם לא יצאו ידי חובתם בזה והא לך ל' הד"מ בזה בשם נ"י פ' המקבל דף קה דוקא בקבלנות אבל בחכירות לא יכול לכופו שיעבוד השדה ולומר לו חטין דארעאי קא בעינן אלא קונה לו מן השוק ומשלם לו חכירותו עכ"ל והוא פבאי וא"א לקיים דברי הד"מ בזה ותחילה נזכיר מה שקשה ע"ז ואחר כך נדון על הראיי' שלו דאין הראייה כלל דעל עיקר הדין שלו ק' דהא מתני' דסי' זה דהיינו לענין אכלה חגב איפכא הוא דמיירי דוקא בחוכר או שוכר ולא בקבלנות כדפירש"י בהדיא גם בסמ"ע ס"ק א' מביאו ועל מתני' זאת אמרי' בגמ' אמר ריש לקיש לא שנו אלא שזרעה ולא צמחה פי' דאז מנכה לו בשיש מכת מדינה אבל לא זרעה כלל יכול לומר זריע לך עוד כל ימי הזריע' פי' ואינו מנכה לו במכת מדינה וע"ז פריך בגמ' ועד אימת הוי זמן זריעה פי' שיכול המשכיר לומר לא תנכה לי כלום מחמת המכת מדינה אלא זיל טפל בה עוד ובזה מסקינן עד דאתו אריסא כו' פי' רמב"ם ורבינו דהיינו כ"מ לפי מנהגו והן הן הדברים עצמן שכתב כאן עד מתי חייב לטפל כו' והיינו מתני' דהכא דלא מיירי בקבלנות וכמ"ש ב"י בהדיא בשם הרי"ף וכן לרמב"ם וא"כ איך שייך למכתב ע"ז ודוקא בקבלנות ומלבד כ"ז נראה ברור דלדינא לא נתכוין יפה הרב רמ"א ואחריו הסמ"ע בזה דק"ל במקבל שדה וזרעה ולא צמחה דבר פשוט שאין בעל השדה יכול לכופו לזרע פעם אחרת וכ"ש פעם ג' דע"כ לא אמרה מתני' דחייב לטפל בהם וכן בסי' שכח אלא שכבר עבדה ויש תבואה כדי להעמיד כרי דהיינו שיעור סאתים לאו כל כמיניה דהמקבל להפסידו דהא כתב לו בלשון השטר אנא איקים ואיגור ואיקום קמך כרי כו' כדאמר בגמ' אבל כל שאין שם כלום וודאי כבר יצא המקבל ידי חובתו במה שעבד' פ"א דמזלייהו דתרווייהו קא גרים לה דאל"כ אמאי פטרה מתני' את המקבל כשאין שם כרי אמאי לא נימא שחייב לזרוע פעם אחר וכ"ת שמתני' איירי שבפעם אחרונה שזרע לה אירע לה כך זהו דוחק שא"א לאומרו ותו דא"כ הי"ל לר"ל שאמר ל"ש אלא שזרעה ולא צמחה כו' לו' דבריו אמתני' קמייתא דהיינו המקבל ולא עשתה ותו דמ"ש משאר מקבל ממון לעיסקא לצורך סחורה פלו' ועסק פ"א והפסיד מי יוכל הנותן להכריחו שיטרח להתעסק פעם אחרת אלא פשוט טפי מביעי בכיתחא כיון

דהמקבל כתב ליה אנא איקום ואיגור ואחרוש כו' והרי כבר עשה כן וכי נשתעבד לו למד [לעמוד] הרבה פעמים ולהפסיד בשבילו הוצאות בחנם בשלמא בחוכר ושוכר דקם ליה השדה ברשותו רק שרוצה לנכות לו מחמת המכת מדינה ודאי מצי אמר ליה המשכיר נפטור עצמו הלא תוכל עוד להרוויח כ"ז שהשדה ברשותך משא"כ לחייב המקבל לעבוד ולהוציא הוצאות פשיטא שאינו דהא כבר יצא י"ח וכיון דהורע מזלו בפעם הא' מה לו עוד לעשות ועוד נ"ל דלפי דברי הרמ"א דהמקבל שדה מחבירו יכול לכופו שיעבוד השדה ונתן לו חטים של קרקעו דוקא לא נ"ל כן דמטעם זה לא אמרינן ליה בפ' המקבל דף קח [ק"ה] אלא אם כבר עבד השדה ויש פירות ואין המקבל רוצה לכבוש [לנכש] ורוצה לתת לו חטין מן השוק מצי א"ל אנא חטין דארעאי בעינא והיינו כיון שיש כבר חטין ויכה בהן הבעל וחייב המקבל להשתדלם לידו משא"כ באם מתחילה אינו רוצה לעבוד כלל ולומר אני אשלם לך חלקך מי ימחה בידו וא"ל דדוקא בדיעבד שלח עבד השדה בזה אמרי' במתני' פ' המקבל דף קט [ק"ד] ובסי' שכח ס"ב דמשלם במיטבא מה שהיה ראוי לעשות אבל מתחלה לא סגיא בשום תשלומין אלא יכול לכופו שיעבוד השדה א"א לומר כן דהא מביא במתני' שם לשון השטר שכתב בו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא משמע שאין עליו שום חיוב אחר אלא זה דאל"כ הי"ל להזכיר שיכול לכופו שיטריח בשדהו ושוב נדון על הראייה של רמ"א במ"ש בזה בשם נ"י וז"ל הנ"י על דין חכירות אבל ודאי טעמי דחטי דארעאי קא בעינן קושטא היא וכל היכא דאיכא חטי בארעאי מצי א"ל הכי ומיהו לאו כל כמיני' לכופו אותו לטפל בקרקע כדי שיתן לו חכירות חטין משדה שלו שכל שאין החוכר רוצה לטפל בה הרשות בידו וראייה מדתנן המקבל שדה מחבירו ולא עשתה אם יש בה כדי להעמיד כרי חייב לטפל בה וההוא דקבלנות היה מכלל דבחכירות כל שאינו רוצה לטפל בה אינו יכול לכופו אלא זבין ליה משוקא עכ"ל הבין הרב רמ"א מזה דהנ"י מחלק בזה בין חכירות וקבלנות בענין אם יש לכוף אותו שיעבוד השדה דבחכירות א"י לכופו שיעבוד השדה כדי שישלם לו חכירתו מפירות שדהו ואלו בקבלנות יכול לכופו בזה ומ"ה אפי' אי זרעה ולא צמחה חייב לזרעה שנית בשביל שיקבל בעל השדה חלקו משדהו דוקא וזה א"א לאומרו דהא במתני' זו דמביא הנ"י המקבל שדה ולא עשתה מיירי שכבר עשה המקבל את שלו רק שלא צמחה כראוי ואין רוצה לטפל עוד בזה אמר תנא דמתני' דדוקא במקבל שבעל השדה יפסיד ע"י סלוקו של המקבל ע"כ כופיהו לטפל בה כל שיש להעעיד בה כרי משא"כ בחוכר שאין בעל השדה נפסד דהא אף אם נסתלק החוכר מלעבוד השדה חייב לשלם לו חלקו מ"ה חין עליו שום כפייה ומזה מביא הנ"י ראי' דאף דמצינו במתני' דהמקבל שלא רצה

לנכש כו' דצריך החופר ליתן מפירות השדה דוקא היינו כ"ז שיש פירות כבר אבל כל שאין שם פירות או שמתחיל' רוצה להובירה ולשלם לו חלקו בפירות אחרים ודאי אין המחכיר כופה לחוכר שיעבוד השדה בשביל תשלומי פירות שדהו דוקא דאל"כ גם במתני' דמקבל ולא עשתה פטור החוכר מן הטפול משום שאין לו הפסד לנעל השדה הא יש לו הפסד מכח תשלומי פירות שדהו דוקא אע"כ דאין שום סברא לכוף לעבודת השדה בשביל תשלומי פירות שדהו דוקא הן בחוכר הן במקבל ואף שבנ"י כתב בחוכר דין זה לא נקטי' לדיוקא דבמקבל כופיהו בשביל זה אלא אמתני' קאי דלא רצה לנכש דמיירי בחוכר ומסיק שם בגמ' דמצי לומר חטין דארעאי בעינא ע"ז אמר הנ"י דמ"מ אין חייב לטפל בשביל זה כדפרישית ומ"ש וההיא בקבלנות דדוקא בקבלנות כבר יש הפסד לבעל השדה אם לא יטפל ומ"ה חייב לטפל משא"כ בחכירות שאין לבעל השדה הפסד אלא לענין דוקא פירות שדיהו לזה אין כופיהו ואלו להבנת רמ"א שהנ"י דייק בתחילה דוקא בחוכר אין כופיהו בשביל תשלומי פירות שדיהו ובמקבל כופיהו האיך מביא ראי' ממתני' דהמקבל ולא עשתה דמיירי דוקא במקבל דשם לא נזכר רק דמקבל יש הפסד בסילוק המקבל ובחוכר אין הפסד אבל כל שהוא משלם את ההפסד אין חילוק בין מקבל לחוכר ואין כופיהו בשביל תשלומי פירות שדהו דוקא ומנלי' לנ"י להביא ראיי' משם דיש חילוק בין חוכר למקבל אאע"כ דלא נתכוין נ"י לזה כלל וכדפרישי' וכלל העולה דבזרעה ולא צמחה אין המקבל מוכרח לחזור ולזרוע כלל ומזלייהו דתרווייהו גרים לה והכא דמיירי בנכוי מחמת מכת מדינ' בזה אין חילוק בין חכירות לקבלנות דאין יכול לנכות מחלק בעל השדה כ"ז שאפשר עוד לזרוע וצריך לשלם חלקו והתשלומין יכול להיות אפי' בפירות מן השוק כנל"ב ורמ"א ואחריו רמ"י והסמ"ע לא דקו בזה אגב חורפייהו:

סימן שכד

(**ס"א ויש חולקין וסבירא להו כו'**) ק"ל הא בחכירות נמי צריך ליתן לו מאותו המין הגדל בשדהו כמ"ש בסי' שכב בערך לחם בשם הנ"י מטעם חטי דארעאי קא בעינא וא"כ שמא קפיד ע"ז המין שהתנה וצ"ל דהנך יש חולקין שהוא דעת הרמב"ם [הרמב"ן] ס"ל דאידחי בגמ' דף קח [קד] האי טעמא דחטי דארעאי קא בעינא והטעם בזה משום ביזרא כיון דנפל נפל:

סימן שכו

(**ס"א אלא תרעומת**) נ"ל דה"ק דהנותן יש לו תרעומת דא"ל אלו זרעת שומשמין אפשר שג"כ היה מצליח וא"כ היה לנו הרווחה טפי ומ"מ לדינא אין לו עלי' לכלים דדי בכך אי חשבינן לי' כאלו היתה שנה פשוטה בשומשמין:

סימן שכח

(**ס"א חייב המקבל כו'**) בסי' שכ"ב הוכחתי דאם הוא פחות' מכדי שיעור זה אינו יכול לכופו שיעבוד פעם אחרת אפי' תוך ימי הזריעה ודלא כמשמעות רמ"א דשם ע"ש:

סימן שלא

(**ס"א כיון שלא התנה**) והא דטפי ליה בשכרם דנעביד ליה עבידתא שפירתא הכי איתא בגמ' פרק הפועלים וק"ל ונחזי עבידתייהו דכה"ג פריך פ' האומנין דף ע"ו ומשני דא"א למיחזי ופסקו רבינו בסי' של"ב ס' א' בד"א שאין מלאכתן שוה ד' כו' ה"נ נחזי עבידתייהו כו' אי הוי טפי משאר פועלי' וי"ל דהכא שהב"ה בעצמו אמר שיוסיף להם על דעת שיעשו מלאכה יפה כיוונו שיעשו לו ע"צ היותר טוב שהם יכולים יובא לאפוקי שלא יתעצלו במלאכתן משא"כ בפ' האומנין שלא אמר להם בה"ב כלום רק הפועלים אטעו אהדדי ואמר פועל לחבירו שהב"ה יתן לו ד' דשכרכם על הב"ה ואז אין זכות לפועל לתבוע ד' רק מכח שאומר שעושה לו מלאכה יותר יפה משאר פועלים ע"כ צריך שיהיה באמת יותר יפה:

(**ס"ב הכל כמנהג המדינה**) בד"ר כ' כאן והרמ"ה פסק כרשב"ג פי' אע"פ שפסק להם מזונות בפירוש לא אמרי' כיון שבלא"ה יש להם מזונות ודאי אתי בתנאי לטפויי להוסיף להם וק"ל מ"ש מתשובת הרשב"א שמביא ב"י בסי' שט"ו שכתוב בשטר שיהיה לו רשות למשכנה או להשכירה למי שירצה דאמר התם כיון שבלא"ה יש לו רשות למשכנו למי שבני ביתו אינם יתירי' על שלו א"כ ל"ל בתנאי אלא ודאי לטפויי אתי אפי' למי שבני ביתו מרובים יכולים להשכירו וה"נ נימא כאן תנאי מאי מהני אלא לטפויי מזונות ונראה דטעמא דרשב"ג דע"כ לא נתכוין לטפויי דא"כ אין לדבר סוף מה תהיה ההוספה והיה לו לפרש אלא ודאי לא נתכוין להוסיף:

(**ס"ג כאחד וכשנים**) עמ"ש בסי' של"ב ס"ג מזה:

סימן שלב

(**ס"ג**) [**ס"ד**] **כמו ששאר פועלים נשכרים** ק"ל כי אמר לפועלים תעשו עמי מלאכה בד' כמו שנשכרים אחרים והפועלי' שותקין מנ"ל דסמכו על שיעור שכירות אחרים דלמא סבר וקבל בקציצה שזכר ב"ה ואמאי נתבטל השכירות מספק ונוציא ממון טפי מהקציצה וראיה לזה ממ"ש המחבר בסעיף זה אמר ב"ה שכור לי בד' ואזל השליח ושכר לו בג' ואמרו לו כמו שאמר בע"ה דסבר וקבל בג' וע"כ מיירי שאמר השליח שב"ה שלחו להשכיר לו בג' דהא בזה מיבעיא לן בגמרא מי אמרינן מהימנת לן דהכי אמר ב"ה כו' ש"מ דבשם הב"ה אמר השליח ואפ"ה לא הוי השכירות בטעות דהא ב"ה אמר בד' אלא ע"כ דכיון דאין לנו הוכחה שסמכו על דברי הב"ה עצמו אלא שאפשר שעיקר הסמיכות שלהם על דברי השליח ע"כ לא נתבטל מה שדיבר השליח עמו וה"נ מ"ש והמעיין בדברי ב"י שמביא דינים אלו בשם רבינו ירוחם לק"מ דכתב דינים אלו דרך שאלה דהיינו שהפועלים עצמן שאלו בפי' בשעת קציצה כמה אתה נותן לשאר פועלים משמע דע"ז דוקא סמכו וכ"ה בהטעו פועלים את ב"ה יכן מוכח ממה שהעתיק רמ"א כאן בסמוך קודם לזה כמו ששמו חבירכם ואמרו כמו ששמו חבירנו משמע דבעי' שהפועלים יזכירו בפירוש שסומכים על שכירות חבריהם אבל בלא"ה ודאי עיקר סמיכת' על הקציצה שקצץ בפירוש וכאן קיצר רמ"א במקום שהיה לבאר ומעשים בכל יום שאדם מוכר לחבירו חפץ ואומר כך נתנו לי סך זה ולא רציתי למכור בזה הסך ואחר כך נתברר שלא היה שום קונה בסך קיצבה שזכר הוא וכי בשביל זה יבטל המקח אלא על כרחך כדפרישית דבעינן גלוי מילתא שסמך עצמו על שכירות אחרים דדוקא אז תלוי בשכירתם כנלע"ד:

(**או שהפועלים הטעו כו**') בסמ"ע ס"ק ח' טרח ליישב למה נקט רבינו ירוחם בסיפא רוב הפועלים ובריש לא נקט דבריו מגומגמים מאד וכמעט אין להם פי' ובחנם טרח דבירושלמי גופי' שמקור דין זה משם ר"פ האומנין שם כתב באמת גם בריש רוב הפועלים אלא ע"כ דלאו דוקא היא בדברי רבינו ירוחם ויפה עשה רמ"י שכתב בשניהם בשוה:

(**ונותן להם כפחות שבפועלים**) וא"ל כיון שהם אמרו בפי' כמו ששאר פועלים נשכרים יש לנו לשום בשער הבינוני כמ"ש המחבר ס"ס של"א ונ"ל דההיא דסימן של"א הוי דוק' באופן הנזכר לשם שאומר כא' או כב' מבני העיר משא"כ אם אמר סתם חשלם לי כדרך שבני העיר משלמין הולכין אחר הפחות כנלע"ד:

(**ס"ה לא פייסנוך**) כו' עמ"ש בסי' רכ"א מזה:

(**לעיל [ס"ג] אין דעתם כו'**) הסמ"ע כתב שצריך להגיה בד"ר כאן והדין עמו דמבואר בדברי הרא"ש פרק האומנין דהך מלתא דאמרינן בב"ה אומר ג' והשליח אומר ד' והם אומרים כמ"ש ב"ה דעתייהו אעילויי' לא לפחות ממה שאמר השליח זה מיירי באומר שכרכם על בה"ב ואיכא דמיתגרי בג' ואיכא דמיתגרי בד' וזה דינו מבואר לעיל בסעיף א' דכל שמלאכתי ניכרת שהיא שוה ד' נותן לו ד' אלא דכאן קמ"ל דלא נימא כיון שאמרו כמ"ש ב"ה גרע טפי ואפילו במלאכתו ניכרת שהיא שוה ד' לא יטלו ד' דהוי כאלו סברו וקבלו מב"ה מ"ש ג' קמ"ב דאין זה מזיק להם דאעלויא אמרינן והוי דינו כאלו לא אמר כלום ודינו נתבאר בסעיף א' וכן הוא בהדיא בפסקי הרא"ש שחיבר רבינו דבזה בעי' מלאכתו שוה אף ביש נשכרים בד' וממילא כיון שעיקר תלוי במלאכתן שוה ד' מהני אפילו כולן נשכרין בג' ולא נקט יש נשכרים בד' אלא לרבותא דאפילו הכי בעינן מלאכתן שוה ד' וא"כ צריך למחוק בדרישא. [בד"ר] מלת או וכצ"ל ויש נשכרים בד' אם מלאכתן כו' והיינו ממש בדרך שכתבתי וראיתי מי שפירש ד"ר בלי תיקון דהיינו שכאן מהני יש שנשתכרו בד' אפילו באין מלאכתן שום ד' מטעם שכאן אמרו כמ"ש בע"ה וזה נחשב למעליותא ודחק לפרש דברי הרא"ש ע"פ כיונה זו ואינו נכון כלל בעיני דהיאך נאמר שאם אמר שכרכם על בה"ב שיתן להם ד' באין מלאכתן שוה ד' כיון שיש נשכרים בד' דאין לזה יד ורגל לומר כן דכיון שאין עליה' שום תביעה על השליח לשלם השכירות דהא שכרכם על בע"ה קאמר וא"כ כשיבואו לתבוע מבע"ה והוא אומר בהדיא ג' והם לא עשו מלאכה ששוה יותר מג' מי זהו ואיזהו שיחייב על בה"ב לתת טפי מג' ומאי איכפת לי במה שאמרו הפועלים לשליח כמ"ש ב"ה וכי בשביל זה יתחייב הוא יותר ממה שהתחייב עצמו בפירוש וזה מבואר בדברי התוס' שם שכתבו דעתייהו אעלויי דמיירי באומר שכרכם עלי דאי בשכרכם על בה"ב פשוט שלא ישלם יותר מה שהתנ' ואפילו הרא"ש דמוקי ליה בשכרכם על בה"ב היינו במלאכתן שוה ד' דיש סבר' לחייב ב"ה יותר כיון שעשו לו מלאכה תשובה מה שלא היה עולה על דעת בה"ב וזה ברור לא יכחישנו אלא המתעקש על האמת ויפה כוון בעל הסמ"ע והוא ממש כדברי הפוסקים והרא"ש שהכל עולה בקנה א' וא"א ליישב הדרישה [הד"ר] בלי הג"ה:

סימן שלג

(**ס"א דאם משך הבע"ה כו'** נלע"ד ה"ה אם לא משך רק שנתנה לחצירו של ב"ה קנאה הב"ה דרשותו קונה כמו משיכ' ומשמע במרדכי פ' האומנין דכל שהיה כבר דרך פקדון אצלו לא מהני מידי לענין זה ודבר פשוט שכל שקנאום ב"ה לכליו של קבלן לא מתבטל

הקנין אע"פ שחזר הקבלן ולקחם (שאינו דומה הבא טעין) פי' מצאתי כתוב בקובץ ישן וז"ל כ' בהג"ה היכא דאמרי חכמים דנוטל כפועל בטל היינו חצי השכירות וכן נמצא בתשו' רש"י וכן מייתי הר"ח א"ז בשם רבינו חננאל. ושוב מצאתי בתשו' שנית וז"ל מקובלני מרבותי מאי לפועל בטל פלגא דאגרא:

(**ס"ג שלש' שנים**) דכתיב מקצה שלש שנים כשני שכיר דתימא שהרי בהגהות מרדכי שם דדוק' יותר מג' שני' יש איסור אבל בג' שני' מותר וכדאיתא להדיא בפ' מפנין מעשה באחד שהיה משכיר עצמו על ג' שנים ולזה נראה דט"ס יש כאן וצ"ל בקבע יותר מג' שנים כנ"ל פשוט:

(**חוזר אפי' אם קיבל כו'**) כתב ב"י בשם הריטב"א בתשובה לא אמרו דפועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו באמירה אבל כל שנשתעבד בקנין לטפויי מלתא אתי שלא יוכל לחזור בו עכ"ל ותמיה לי מאי שנא מפועל שמשך ב"ה את כליו דהא משיכה קונה בקבלן כמ"ש בס"א ואפ"ה בפועל לא יוכל לבטל מה שאמרה התורה ולא עבדים לעבדים ולא מהני משיכ' ולמה יועיל קנין בזה ובפסקי מהרא"י סימן ר"ל כתב בנדון זה וז"ל ומה שקבלו קנין סודר הבעל עם הפועל שמא לא גמר להקנות אלא בשטר כו' דמיירי שם בענין קונה שאינו בקנין וכעין שמצינו בשכ"מ שמקנה בק"ס בסי' ר"ן דגרועי גרעי לקנין ואמר שם מהרר"י דאותו שטר ג"כ גרוע גרעיה כיון דשכירות א"צ קנין והיא עבד קנין שמא לא גמר להקנות אלא בשטר ושם מוכח דלא ס"ל כהך דריטב"א דאל"כ מנליה לומר דלא גמר להקנות אלא בשטר שלא כתבו בקנין כדי שלא יוכל לחזור בו אלא ע"כ דלא ס"ל כריטב"א בזה וכן עיק' כנלע"ד:

(**ס"ה ואם חזר ב"ה וקבלן סתם כו'**) כ"כ רבינו בשם הרא"ש וז"ל וה"מ שאינו נותן להם כל שכרן דוקא שבא להם האונס בחצי היום האחרון אבל אם בא להם האונס בחצי יום הראשון ואחר שעבר האונס קבלן ב"ה למלאכתו סתם אינו מנכה להם מה שביטל בשביל האונס עכ"ל ודברי הרא"ש האלו הם בפרק האומנין וז"ל והא דאמר הכא היכא דאניס שכיר או קבלן אינו נותן לכם אלא שכרן שלפני האונס ובפרק קמא דקדושין אמרינן דעבד עברי שחלה ג' שנים א"צ להשלים תירץ ר"מ דהתם מיירי שקיבל העבד כל שכרו אם נתן לו האדון לא ישלים ואם לא נתן ישלים ול"נ דהתם מיירי שחלה ג' ועבד ג' וכיון שאחר חליו קבל בע"ה למלאכתו ולא אמר לנכות לו מסתמא מחל לו אבל הכא שהחולי הי' סוף זמנו אין הוכח' שמחל לו עכ"ל יש לתמו' על תירוץ הרא"ש לפמ"ש רבינו בשמו דאפי' לא נתן לו עדיין יתן כל שכרו היאך שייך ע"ז לשון מחילה דאין זה קרוי מחול לך אלא אתן לך ובודאי צריך קנין ולא סגי אפי' אמר בפי' לא אנכה לך דאין

זה אלא מתנה דהא הממון תחת ידו והעבד בא להוציא וא"ל דזה הוי כמו שכירות חדש דהא אם חלה בסוף כ' הרא"ש דאין הוכח' שמחל לו ש"מ בהוכח' סגי וכ"ש באמיר' בפי' ובזה איך שייך שכירות חדש ותו ק"ל אמאי הפסי' ב"ה בשתיקתו יכול הוא לומר סבורני שתשלים לי אותן השני' שהיית חול' ומ"ה לא אמרתי לך כלום ותו ק"ל מהא דתנן בסוף פרק הכותב גר שנתגייר' אשתו עמו כתובתה קיימת שעמ"כ נתקיימה אמר רב הונא ל"ש אלא מנה ומאתיים שהם תנאי בית דין אבל תוספת אין לה וק"ל כר"ה שם דמזה יליף ריב"ש בסי' תע"ה דכל מידי שנתבטל החיוב אין לחייבו בשתיק' בעלמ' וכמו שנעתיק דבריו בסס"י זה שפסק רמ"א כן א"כ ה"נ כיון שנתבטל החיוב של השני' שהי' האונס ואין העבד יכול לתבוע שום דבר מהאדון והאדון שתק כשבא בסוף ג' במה יתחייב גם על הרב רמ"א יש לתמוה עוד דהא פסקו בסמוך מיהו אם כבר קבל כו' והיינו כדעת רבינו מאיר שגם המרדכי מביא דעת ר"מ ושם פסקי רמ"א וא"כ פסקו סתרן זה את זה דהא בגמ' דקידושין גבי עבד עברי איתא בפי' שחלה תחלה ואח"כ עבד ג' ואפ"ה ס"ל למהר"מ דאם לא הקדים תחלה השכר שא"צ לתת לו כל השכר וכיון שפסק רמ"א כדעת מהר"מ לענין דאם כבר נתן דיכול הפועל לומר לא אחזור דלא אעשה כדעת הרא"ש שצריך להחזיר היכא שחלה בסוף אלא קים ליה כמהר"ם ה"נ יכול ב"ה לומר קים ליה כמהר"מ דא"צ ליתן אף ע"פ שהאונס תחלה ואח"כ קבלו ואמאי פסק רמ"א תחלה דיש חילוק אם נעשה האונס תחלה או אח"כ אפי' לענין שצריך בע"ה ליתן מכיסו וכמדומה לי שהרב רמ"א לא עיין בדברי הרא"ש פ' האומנין בזה דגם הב"י לא כ' מראה מקום בזה רק ראה דברי הרא"ש שהביאו' רבינו ומדברי רבינו מאיר ראה במרדכי בתשו' מיימון ע"כ לא הרגיש שהם חולקין אהדדי אבל לפי האמת יש כאן מחלוקת בבירור ולענין הלכה אין להוציא ממון ודעת רבינו מאיר עיקר וכמו שסיים בתשו' מיימון דקנין ל"א שכן יש לפסוק הל' למעש' וק"ו כאן שיש תמיהת רבית לפי דעת הרא"ש כמו שזכרנו ע"כ אין לחלק בין קדימת החולי או האולם רק במוחזק תליא מלתא כנלפע"ד:

[**ס"ח שליח ציבור**] כו' האי פיסקא צ"ע רב להבין כוונת רמ"א יתחיל' נזכיר בבירור מה שנמצא בדברי האחרונים שמשם יצאה הג"ה זאת הריב"ש פסק בש"ץ שהיה לו תנאי עם הבוררים הראשונים שיהיה פטור ממס וכשחזר ושכר עצמו להבוררים השני' בסתם אמרי' ע"ת שכירות הראשון השכיר עצמו דוקא ומייתי ראייה ממ"ש רב האי גאון בתשו' והובא לעיל סי' שיב שהשוכר בית מחבירו בסך ידוע לשלם ועמד שם יותר ונתייקרו הבתים שאינו חייב לשלם יותר משכירות הראשון וכתב עוד וז"ל ואע"ג דאמרי' ס"פ הכותב בגר שנתגייר עם אשתו דכתוב' הראשונ' קיימת א"ר הונא ל"ש

אלא מנה ומאתי' אבל תוספת אין לה אא"כ חידשו זהו בשתיק' לבד שהדבר היה בטל מתחילה כשנעשה ואינו מתקיים עתה בשתיק' אבל השכירות הקיום שהאריכוהו על דעת התנאים הראשונים האריכוהו עכ"ל נרא ביאור דבריו שכל שאין חיוב בדבר עכשיו אין שום הכרח לומר דאף דלא הותנו דהוה כהיתנו כיון דהי' מעיקרא כן כההיא דתוספת כתוב' אבל מה שיש חיוב בדבר כגון שכירות הש"ץ דודאי יתנו לו השכירות ואם נאמר שיהי' שנוי בסך השכירות ממה שהיה בתחיל' היה לקהל להתנו' שלא יתנו לו כבראשונ' וכל שלא התנו ילמד סתום מן המפורש מעיקרא ולפ"ז נראה דאף אם לא קבלו הש"ץ בפי' מחדש אלא קבלוהו על שנה א' בפי' ואח"כ לא אמרו לו כנוס והניחוהו לעבוד עבודתו כבראשונה ודאי על שכירות הראשון הניחוהו וזהו ממש ההיא דרב האי גאון דמה לי שמניח אותו בביתו ולא אמר כלום ומה לי שמניחין הש"ץ על עבודתו ואף שכ' הריב"ש ששכרוהו הממונים השניי' שנית לאו בזה תליא עיקרא דמלתא אלא בא לו' שם במעשה שהי' כך שאף שדברי סתם אתו לשוכרו הוה כמחודש שיהי' פטור ממס שדבר זה הוא ממש שכירתו וע"ת הראשון נשכר וכן הוא דבר זה בתשו' מהרי"ק סי' קיח בב' שותפין שהי' פשר' ביניהן ע"פ פשרנין דאיזה משך זמן יתן ראובן לשמעון שותפו מאה דוקאט"י ויתעסקו ביחד בשותפות ואחר אותו זמן היו עוד שותפין שנה אחת וביקש שמעון מראובן שיתן לו גם בעד שנה ההוא מאה דוקאט"י והשיב ראובן על הראשונות אני מצטער שנתתי לך ע"פ פשרנין ועכשיו בשנ' זו ודאי איני נותן לך כלום ופסק מהרי"ק שהדין עם ראובן ומביא ראי' ממתני' דהכותב שהבאתי לעיל ומאי דאמר עלה ר"ת דוקאט"י כיון דמן הדין אין שום חיוב בנתינת הדוקאט"י דהא תרווייהו עסקו בשותפות ומעיקרא היה ע"י פשרנין. כלל העולה שכל מה שהוא ע"פ החיוב אז אומרים כיון שלא דברו בפי' סך החיוב ודאי אמעיקרא סמוך אבל כל שהיא תחלה דרך מתנה כההיא דתוספת כתובה ונתינת הדוקאט"י כל שלא הותנ' עכשיו דעבר זמן בטל הדבר והנה דברי הרמ"א צ"ע שכ' דוקא שחזר והשכי' עצמו כיון שזה אינו בריב"ש אלא מדברי מהרי"ק למדו כמה שזכרנו הנך רואה עין בעין שאינם דומים כלל ומהרי"ק לא פטר מן הדוקאט"י אלא מצד שהיה מתחלה בלי חיוב משא"כ בש"צ לפטור מן המס שזה היה מצד שכירות הש"ץ שלא רצה מתחל' להיות ש"צ כ"א בתנאי זה ה"ל כסך השכירות ממש. וכמו שאין כח לפחות מסך השכירות בשום אמתלא אף אם הניחוהו ולא קבלוהו בפירוש שנית וה"נ אין כח לפחות מה שפטרוהו ממס ודברי רמ"א עצמן מוכיחים שאין כח לפחות מן השכירות אף אם עמד עמהם בשתיק' דהא לא כתב אלא דלא אמרינן דנשאר על תנאי הראשון משמע דגוף השכירות קיים כבראשוה והוא תמוה ואמאי לא

נחשב גם התנאי על המס דהא מתחל' לא נתרצ' כ"א בתנאי זה וזהו שכירותו ע"כ נלע"ד דברי הרמ"א תמוהין בזה והעיקר דכל שהיה מתחל' דרך חיוב מצד עיקר הדבר שעל תנאי זה הי' דוקא לא גרע כלל עכשיו אפי' עמד בשתיקה כמו השכירו' עצמה ממש וכן הוא מעשי' בכל יום ששלוחי צבור בקהלות גדולות אינם צריכין להתקבל מחדש בכל שנה אלא נשארים בתוקפם ובכל זכיותיהם מדי שנה בשנה עד כי ימחול [ימחו] בהם הקהל בפי' כנלע"ד ברור ופשוט:

(**כתב רבינו בס"ד בשם הרא"ש**) כיון שקבלן אינו יכול לחזור בו ואם חזר ידו על התחתונ' שיכול להטעותו ואפי' בדבר שאינו אבד אם אינו מוצא פועלים אחרים לשכור עכ"ל ובתשובת הרא"ש כלל ק"ד סי' ב' כ' בזה וז"ל דדוקא לענין שוכר עליהם אם בא חבילה לידו היינו דוקא אם אינו מוצא פועל אחר אבל להטעותו כיון שהוא חייב לגומרה שהרי מן הדין אינו יכול לחזור אף אם הי' מוצא פועל ואף אם אינו אבד יפה עשה שהטעהו עכ"ל משמע דבקבלן בדבר שאינו אבד ג"כ שוכר עליו אם באה חבילו לידו ואינו מוצא פועל אחר והיא תמוה דלא מצינו שישלם פועל מכיסו רק במקום שיש גרם היזק לב"ה דהיינו בדבר האבד אבל לא בדבר שאינו אבד ודי לו לקבלן החוזר שיהא ידו על התחתונה ע"כ נלע"ד דיפה עשה רבינו שלא כתב בשמו רק שיכול להטעותו דבזה אין לו הפסד מכיסו משא"כ בשוכר עליה' שהם ישלמו מכיס' כמ"ש בדבר האבד דזה אינו כאן בדבר שאינו אבד כנ"ל ויש לפרש קצת גם דברי הרא"ש ע"ד זה:

סימן שלד

(**ס"א**) **ופסק הנהר כו'** צ"ל דלאו נהרא רבה קאמר דאם לא כן הוה מכת מדינה וכל ההפסד על ב"ה וכמו שהוכחתי מדברי המרדכי בסי' שכ"א בענין גזירות המושל שלא ללמוד כו' ע"ש וכן משמע ממ"ש כאן רמ"א ואם היה מכת מדינה כו' וסמ"ע חולק כמ"ש בס"ק ב' וכבר הוכחתי בסימן שכ"ח דליתי' לדבריו כמו שהבאתי מהגהת אשר"י ואלו ראה אותה לא היה כ"כ:

(**הוי כשאר אונס**) וה"ה באחד שהיה משכיר בית לחבירו ונתהוי שנוי אויר ב"מ שצריכין הכל לברוח נראה פשוט שההפסד של ב"ה חדא דזה הוא מכת מדינ' דא"א לדור בבתים שבעיר וא"ל דהא בבית גופא ליתא שום מכה דהא הגזירו' המושל שלא ללמוד במרדכי פ' האומנין פסק דלא הוי מכת מדינה כיון דרוב העיר לא ברחו מ"מ משמע במקום שצריכין הרוב לברוח ודאי הוה מכת מדינ' ועוד דעכ"פ הוה שום אונס על מכת דבר ח"ו וכיון דהבע"ה ושוכר שניהם לא ידעו הוי ההפסד על המוציא שהוא הבע"ה שהוא

המשכיר כ"ז נ"ל פשוט אלא שראיתי פסק א' נדפס בספר האלפסי דפוס קראקא בזה דהשוכר צריך לשלם כל השכירות וטעות הוא ומביא שם ראייה מתשובת מיימון סי' קכ"ט והמעיין שם יראה שאין שום ראייה משם הנלע"ד כתבתי.

(**ס"ד פסידא דמלמד**) עיין מ"ש בסי' של"ד ק"ד [ס"ה] אם חוזר ומקבלו סתם אחר שהבריא מה דינו:

(**דכל לומדי תורה כו'**) בת' רשב"א אלף ק"צ כתב בדין זה וז"ל ולענין פרעון תלוי בראיית ב"ה שאם רואין שמלמד זה הוא טורחו בלימודו הנאה לו בישיבתו בטל נותן לו שכרו משלם ואם לאו נותן לו שכרו כפועל בטל מאותה מלאכ' דבטיל מיני' עכ"ל:

סימן שלה

(**ס"א למלאכה ידוע כו'**) פי' שכורה היא למלאכה ידועה דווקא רק שלא הראוהו המלאכה מ"ה יכול שאין נותן לו מלאכה אחרת כיוצא בה או קלה צריך לשלם כפועל בטל מה שא"כ בהראוהו המלאכה שיעשה ליום א' כיון ששניהם ידעו המע"ה ובסמ"ע ס"ק ב' כתב דמיירי שלא הזכיר יום א' כו' ודבריו מגומגמין ואין להם פי' דהיאך יפרש דמ"ש ברישא השוכר את הפועל למלאכה ידיע דאי לא זכר היום היאך שייך אח"כ ונשלמה בחצי היום דהא קבלן הוה ומ"ש הסמ"ע באומר ליום א' יכול הפועל כו' איני יודע מקורו לזה דכיון דאמר בפי' מלאכ' זו ה"ל שניהם שווין ועל הפועל לפרש ולא לסמוך על ספק פי' שלו וכן מוכח גם בסיפא שכ' ואם שכרו בסתם למלאכת יום א' משמע דגם ברישא מיירי בזה אלא שהוא למלאכה ידוע:

(**ויש חולקין**) נראה טעמם דאפשר משום מצוה קעביד הלה שלומד עמו ולא משום תשלומין ופשוט דקיל"ן כיש חולקין דהמע"ה ומכאן נ"ל ראייה למה שכתבתי בסי' ט' ס"ה בדיין שאינו יכול לתבוע שכר בטילה אם לא גילה דעתו תחילה שישלם לו:

(**ס"ב ומצא מי שנשלחו אליו כו'**) בוודאי האמת כמ"ש סמ"ע בזה רק מ"ש הוא דאם מצא אותו כיון שעשה שליחותו שהגיע אליו הכתב נותן שכרו משלם זה אינו אמת דעכ"פ א"צ ליתן לו אלא שכר אותו דרך שהלך לחוד דהא איתא בסי' של"ד ס"ה [ס"ב] באם בא מטר שאינו צריך להשקותו אינו נותן לו כלום:

סימן שלו

(**ס"א**) **נותן לו שכרו משלם** מה שהקשה מסימן ל"ז והגי' במקום שהמערער. צ"ל שהמתערער לא נהירא כלל ועיין סימן ל"ז כתבתי פי' דברי רמ"ה לענ"ד:

ואין יכול לומר טול כו' פירש"י אע"ג דכל שוה כסף ככסף הכא גבי פועל כתיב לא תלין שכר שכי' מה דאיתניא בהדיא משמע:

(**ס"ב**) **או שהוא ברשותו** קשה הא בגמרא שם לעיל מיניה ופסקו רבינו בסי' קס"ו בכותל שנפל לגינתו של חבירו כו' דלא קניא ליה חצירו מטעם דלא נתכוון בעל הכותל להפילו לדחותו ומ"ה בעינן שם דפנינהו דווקא ולא שבאו שם ממילא לרשותו ובסמ"ע ס"ק ד' מתרץ דשאני הכא דיש לו אגרא גביה ואגב חורפא לא עיין בשמעתא דהא הך דינא דסי' קס"ו והך דהכא תרווייהו איתנהו במתניתין גבי אהדדי ועביד שם בגמרא צריכותא דאי איתמר הך דהכא ה"ח הכא משקיבל עליו ב"ה שיטלם בשכרו אין שומעין לו אחר כך לחזור כיון דאית ליה אגרא גבי' אבל ברישא דהיינו דהא סימן קס"ו דלית ליה אגרא גבי' ה"א אפילו משקיבל עליו שומעין לחזור בו קמ"ל ש"מ מזה דלפי המסקנא אין חילוק בין אגרא גבי' או לא דאי ס"ד דלפי האמת יש חילוק בין הך דסי' קס"ו ובין הך דהכא היאך שייך עוד לומר צריכותא דמשמע דחד דינא אית להו לתרווייהו וכאן דיניהם מחולקי' דהיינו ברישא צריך דווקא פינה וכאן לא צריך ע"כ נלע"ד פשוט דגם הכא ע"כ מיירי בפינה אותן לא צריך התלמוד והפוסקי' להזכירו כיון דמיירי ג"כ בשל הפקר דהיינו ששכרו ללקוט דבר של הפקר וכל ההפקר הוא ברשות הרבים וממיל' כי אמרינן בזה שהוא ברשותו ע"כ מיירי שהשוכר לקחם מרה"ר ופינה אותם לרשותו ואע"ג דנקט רבינו כאן גם כן לעשות בשלו היינו ג"כ כגווני דהפקר דהוא מונח ברה"ר ופינה אותם לרשותו אבל באמת אי הוה כבר ברשותו של שוכר לא מהני קיבל עליו ב"ה וכההיא דרישא וכמשמעות הלכה דתרווייהו שוים הם כנלע"ד פשוט:

(**ס"ג כתב**) רבינו בשם הרמ"ה ה"מ דליכא מידי כו' נ"ל פירושו עכ"פ צריך שיהא לזה הפועל תשלומין כיון שזה שכרו שיעשה לו פעולה זו אלא דכ"ז שעושה בשלו הוה שכרו עליו ומחויב לשלם מכיסו וכן אם הוא שכרו לעשות בשלו והראהו בשל חבירו כיון שלא א"ל שכרך על ב"ה הוה שכרו עליו אבל אם הוא שכרו בשל חבירו או בשל הפקר הרי ב"ה אומר לו טול מה שעשית בשכרך ואז ב"ה פטור כל זמן שיוכל ליקח שכרו מהפעול' עצמ' אבל אם אינו יכול ליקח שכרו משם כגון שהקדימו אחר או בשל חבירו וחבירו אינו רוצה לתת לו משלו צריך ב"ה לשלם לו כיון שהוא השכירו עכ"פ לעשו' הפעולה דאל"כ אמאי אמרו במתניתין שיכול לומר טול מה שעשית בשכרך היה להם לומר פטור לגמרי אלא כדפרישית ועכ"פ עדיף כוחו של ב"ה לענין הפקר דבשאר משכיר חייב לשלם משלו דווקא במזומנים כמו בפועל כמ"ש בשם רש"י בסמוך ס"א כיון שהוא השכירו אלא דבהפקר אם אין לב"ה מזומנים א"נ איזה חפץ דקפצים עליו זבינים דהוא

כמו במזומנים יכול לומר טול מה שעשית בשכרך ואין חייב לטפל ולהשתדל במזומני כנ"ל לדעת הרמ"ה. אבל רבינו חולק וס"ל דבשוכרו לשמור דבר הפקר אין שום חיוב על המשכיר כיון דזה ידע שהוא של הפקר אבל אם אין יודע חייב המשכיר לשלם מכיסו כדאיתא בסימן של"ח [של"ה]:

סימן שלז

(**ס"ג חטין העומדים לפת**) כ' סמ"ע דוקא חטים דסתמו לפת כו' וק"ל מהא דתניא בפ' הפועלים דף כ' ת"ר פרות הדשות בתרומ' ומעשר אינו עובר משום לא תחסום כו' ופרש"י כגון הקדים לתת תרומה בעודן שבלין מ"ה אינו עובר דסתם דיש שאמרה תורה לא הוי תרומ' ומעשר שאין רגילו' לתת תרומה ומעשר אלא אחר המירוח וכתבו תוספת ע"ז ותימ' דא"כ אפילו חולין מתוקנים לא יעבור דאין רגילין להיות מתוקנים קודם מירוח ונראה דטעמא דכתיב דישו דמשמע הראוי לו ומעשר ממון גבוה עכ"ל ויש לנו ללמוד מדברי התוספת דלא איכפת לן ברגיל להיות דאל"כ תקשי לך לפי האמת לדידי נמי יהי' פטורין של חולין מתוקנין קודם מירוח כמו שהקשה תוספת לפי' רש"י אלא ע"כ לדידהו לא תליא מלתא ברגיל להיות וכן מוכח נמי מדאצטריך קרא דרישו הראוי לו לפירושו ואמאי לא סמכא רחמנא דבלא"ה תרומ' ומעשר ממועט מכח שאינו רגיל אלא ע"כ אין חילוק בין רגיל ללא רגיל וזה פשיטא אין סברא לומר דלשיטת תוספת יהא זה מקרי רגיל דאין שייך לומר דפליגי בזה וא"כ הכי נמי לענין זה דחיוב חלה נמי לא מחלקינן בין רגיל לעשות ממנו עת או לא דהא גם לענין גמר חיוב חלה ילפינן לה מדיש כדאיתא התם בגמ' מה דיש מיוחד דבר שלא נגמר' מלאכתו לחלה וכו' ומ"ה אין חילוק בין חיטים ושעורים ושאר מינים כגון שהם נכללים בסתם דיש וראוים לעשות מהם חלה ולא מיקרי נגמר' מלאכתו עדיין כנלע"ד לשיטת התוספת אלא כיון דלפרש"י תלוי ברגילות יש להחמיר שלא יאכל פועל במידי דהפועל יודע שאין דרך ב"ה לעשות ממנו פת ואין חילוק בין חיטים ושעורים ושאר מינים אלא בדרכו של ב"ה תליא מלתא כנלע"ד:

(**ס"ט**) **למקום היפות כו'** יפה כתב הסמ"ע ה"ה בתאנים וענבים יכול למנוע עצמו עד המין הב' ור"ל שימתין מלאכול עד שיעש' פעולתו במין הב' ואז יאכל כדי שבעו ובס' פ"ח הבין דעת הסמ"ע שאף בשעת עבודת המין א' יאכל ממין הב' ע"כ חלק ע"ז אבל באמת לא כוון הסמ"ע בדבריו אלא כמ"ש (ס' קפ"ו):

(**ס"י**) **גפן שמודלת כו'** במה שחלק הסמ"ע ס"ק י' [כ"ד] על רמ"י באכל מתאנים וענבים במודל' נלע"ד שהדין עם רמ"י דבשני מינים אף במודלת מ"מ לא מקיים פי' ממין שאתה

נותן בכליו של ב"ה כדפי' בגמרא וזהו לימוד ברור בלי ספיקא ותו דלמא לא מיבעי לן בגמרא אפילו בב' מינים אם יש היתר במודלת וכן כל הפוסקים לא זכרו דין דאין מוציאין מה שאכל רק בגפן זה ואכל באחר אבל לא בב' מיני' ובמודלת ע"כ יפה פסק רמ"י דאסו' בזה טעמא הוא ממש לאיסור בב' מינים הן במודלת הן בלא מודלת ולית בזה ספיקא אלא לדיוקא דבגפן בגפן כן נלע"ד:

(**ולא מנכין לי**') הגם כי אני יודע בעצמי שאיני כדאי לחלוק על המחברי' מ"מ גליתי דעתי שאין להוציא ממון ע"פ פסק זה כי הרא"ש פסק זה מטעם דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא וסיים בזה כדאמרינן לעיל גבי משכנת' עכ"ל ור"ל מאי דאמרינן בפרק א"נ דף סז גבי אבק ריבית דהיינו משכון באתרא דמסלקי והוא אכל שיעור זוזי לא מסלקינן ליה בלא זוזי דכל סלוקי בלא זוזי אפיקי היא ואבק ריבית אין מוציאין בדיינים כמה שכתוב בי"ד סימן קעב משמע דמדמי להדדי האי דאבק ריבית עם הך דנשאר בגמרא באיבעיא דלא איפשטא כיון דבשניהם אין מוציאין מיד המוחזק ותמהתי על פה קדוש יאמר כן דתפיס' יוכיח דזה פשוט דאם ראובן נטל משמעון אבק ריבית ויש כבר שום ממון מצד אחר ולשמעון משל ראובן וודאי חייב להחזיר ואינו יכול לתפסו בשביל האבק ריבית וזה נלמוד מק"ו ממה שאמרו לא מסלקינן ליה בלא זוזי וכ"כ בי"ד בשם הרא"ש בסימן קס"א והא חזינן דבמקומות דהוי בעיא דלא איפשטא קי"ל המע"ה ואי היה ביד א' מהם משל חבירו ממקום אחר מצי להחזיק בו בשביל אותו ספק לא מיבעיא לרמב"ם דס"ל בכל דוכתא מהני תפיסה אפי' בספיקא דדינא אלא אפי' להרא"ש דס"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא וראייתו מפ"ק דב"ק גבי תקפו כהן מוציאין מידו ואפי' הכי אי היה תפיס מקמי דנולד הספק ודאי מהני תפיסה וכמ"ש התוס' שם ד"ה פוטר ממונו כו' וז"ל וי"ל דהתם נכנס בהיתר לכך מהני תפיסה כו' אע"כ דאין דומה ספיקא דאיבעיא ולא נפשטא להך דאבק ריבית דבריבית אין הטעם משום ספק אלא דאבק ריבית הוא דרבנן והם עצמו אמרו באם כבר נתנו לו אין איסור להחזיקו והוי כממון שלו מ"ה לא מסלקינן להמלוה מהשדה בלא זוזי דאם מסלקו בלא זוזי הוה ממש כמחזיק בשל חבירו משא"כ במקום שיש ספק דין דקי"ל דמהני תפיס' אם בא לידו כבר כמ"ש לעיל למה יגרע מה שחייב לו בשכירות ולא יכול לנכות לו אין זה אלא תימא לענ"ד:

(**סי"ג למוץ הענבים כו**') דבהנך אע"ג דאיכא איסורא כגון מוצץ ענבים וד"א או מלח או מהבהב אין בהם תשלומין אם עבר ועשה א' מהם דאע"ג דע"י זה נאכל ?טשי מ"מ אין לנו ברור לומר דבלאו אלו לא היה אוכל דשמא ג"כ היה אוכל אלא שעכשיו נטעמים לו

ביותר ע"כ אין שייך לומר שישנם המותרות שאכל ובזה ניחא מה שהקשה הסמ"ע ס"ק י"ח [כ"ט] למה כללם הטור יחד דלידיה גם באינך לא מפקינן מיניה:

(**סי"ט מחליש כוחו**) זה קאי אשאר פועלים ולא אפועל בכרם דאלו בפועל בכרם כיון שיש לו לאכול בכרם והוא יכול להתקיים שפיר ודאי יכול להרעיב עצמו תחילה כדי שיאכל אחר כך ענבים כדי שבעו וכמ"ש בסי' של"ח שאדם רשאי להרעיב בהמתי ודברי הסמ"ע ס"ה כ"ה [ל"ט] אינם נוחים לי שהוא מפרש דין זה אכרם וזה אינו:

[**לעיל ס"ג**] להתחייב בחלה בסמ"ע ס"ק י' [י"ד] כ' שהוא שנותן מים על קמח לערבן משמע אע"פ שעדיין לא עירבן וזה אינו דדוקא כשעירבן כמ"ש שם בי"ד ופשוט שט"ס יש בסמ"ע וצ"ל ועירבן יחד:

סימן שמ

(**ס"א אפילו היא קלה כו'**) כ"כ המ"מ ויליף לה מהא דאמרינן בפרק השואל ההוא גברא דשאיל נרגא מחבריה ואיתבר ואתא לקמיה דרבא א"ל זיל אייתי סהדי דלא שנית בה ואיפטר משמע שום שינוי בעולם אפי' מכבד לקל והקשה בסמ"ע מסי' ש"ח ומוקי להך דיש ענין לפנינו לתלות בו המיתה וזה תמוה מאוד דהא המ"מ מדקדק כן מלשון התלמוד שאמר סתם בלא שינוי דמשמע כל שנוי וא"ת דדוקא שינוי הגורם למיתה א"כ מנלי' להמ"מ דאפי לקלה דלמא דווקא לכבידה אע"כ מסתימת לשון התלמוד שינוי בכל גווני והנלע"ד דבכל גווני שינוי חייב כמשמען של דברים דנהי דמצי שואל לשנות למלאכה קלה כמו בשוכר בסי' ש"ח סי"א [שי"א] מ"מ דווקא כל שהוא בעולם אין המשאיל יכול לעכב על ידו אבל כל שאינ' בעולם מצא המשאיל קפידא לומר כיון שלא נעשה כמו שאמרנו אינך פטור מאחריות שבאה הבהמה לידך ודומה לזה ממש איתא ר"ס שי"א במ"ש שם המחבר שהקפידה גדול יש בספינה וגם רבינו כתבו בשם הרמ"ה שהקפידה מצאה מקום לנוח ונחה והיינו כל שאומר ספינה זו וטבעה א"י בעל הספינה להביא ספינה אחרת וחייב להחזיר שכר שקיבל אף שמתחלה ודאי היה יכול לשנות וכמש"ר שם בשם הרמ"ה בשוכר למשא ידוע כו' מ"מ עכשיו נטבעה יכול השוכר לתלות קפידתו בזה ולהוציא ממנו וכמו שפיר' שם הסמ"ע: ה"נ דכותי' ממש יכול לתלות קפידתו בזה כיון שלא עשית ממש כמו שאמרתי לך ולא היה לך לשנות כלל ולהפסיד ממוני כנ"ל פשוט שחייב אפי' במקום שאין לתלות המיתה בשינוי כלל ותמהני שהרי כסמ"ע עצמו נ' כן בסי' שמ"ב [שמ"א] ס"ז:

(**ס"ב**) **נכחש הבשר כו'** מה שחילק בסמ"ע ס"ב ד' בין הך ובין הא דסי' ש"ז לא ידעתי שום חילוק בין חיובא דשואל באונסין ובין חיובא דשוכר בפשיעה דכל שחייב בזה חייב בזה ומש"ר כאן נכחש הבשר מאליו לא נקטיה לדיוקא לומר דאם נכחש בפשיעה דחייב אלא כתב היפוכ' דכחש מ' מלאכה דפטור ע"ז כתב דאם לא הוי מ' מלאכה ור"ל אפי' בפשיעה פטור וכחכמי צרפת כמו שכתב ב"י ורמ"א בסי' ש"ז:

(**ס"ח**) **וע"ל סי' רל"א** פי' דשם נתבאר גבי מפקיד דאם החזיר לאשת המפקיד דפטור והטעם דשואל שאני שכל הנאות שלו ע"כ צריך להחזיר לידו דווק' ובמלוה על המשכון נתבאר בסי' ע"ב סל"א דצריך להחזיר לידו של הלוה דווקא וטרח שם בסמ"ע ליישב דמשכון הוי כשאלה ובסי' ק"ך כתבתי דעת רש"ל שיש לפסוק כדעת הרא"ש כאן ובכ"מ צריך להחזיר לידו דוקא:

(**והרי כש"ש**) הואיל וכהנה ממנה בימי שאילתה מהני שיהיה אח"כ ש"ש:

סימן שמא

(**ס"ו כלומר אין אתה כו'**) מ"ש הסמ"ע ליישב קושיי' הרא"ש שהביא רבינו הוא דחוק מאוד ונראה ליישב בדרך אחר דאלו היה כוונתו לומר בלשון בני אדם ה"ל לומר בטובך השאילני ולמה אמר בטובך אחר השאילני אלא בטובך קאי אשאל' לפרושי שיהא שאלה זו בטובך יותר משאר שאלות:

(**ס"ז**) **אפי' הוא כמוהו** מ"ש הסמ"ע כאן קאי אשבורה לא משמע כן בכל הנזכר אח"כ דמיירי בנשברה דמיירי לענין איסור לכתחילה ונראה דכאן אסור אפי' לכתחיל' דאפשר דהמשאיל סובר דהאי ארעא ניחא טפי לחרוש ואע"ג שהוא טועה דבאמת הם שוים מ"מ ה"ל שואל שלא מדעת על השדה אחרת:

(**שאלו לעדור כו'**) התוס' בהמוכר את הבית הקשו מכאן אהתם דאמרינן ארעתי תרתי משמע וכאן אמרינן כל משמע ותירצו שם כמה תירוצים ולפענד"נ דתליא מלתא במי שאמר ל' המסופק דכאן מיירי שהשואל אומר לשון המסופק כדאיתא בגמרא בהדיא האי מאן דאמר לחבריה אושלן מרא למרפק בה כו' ודאי נתכוון לטובתו והתם מיירי שהמוכר אמר ל' המסופק נתכוון לטובתו וסברא זו מצינו ריש המקבל האי דאמר ליה מחכיר לחוכר האי דא"ל מוכר להמחכיר ופסק רבינו בסי' שכ"ה ואחריו רמ"א שם בסוף הסי' וזה נ"ל נכון מאוד וכבר הסכימו עמי רבנים גדולים וקבעום במסמרות נטועים:

סימן שמד

(**ס"ג והפטר**) קשה הא עכ"פ חייב בפחות שבשיעור לפ"ד ותו אמאי כתב אח"כ דאינו נקרא מחוייב שבועה כו' ונ"ל דהך והפסידו לא נפסד לגמרי קאמר אלא הפסידו בסך שווין והשואל החזיר למשאיל את החפץ וטען איני יודע אם נפחת אם לאו ואמר למשאיל לפי דבריך השבע כמה הי' שוה וטול והשיב לו השבע והפטר ואם לא תוכל לשבע שלם והיה מן הדין ראוי לפסוק דה"ל נתבע מחיוב שבועה כו' ע"כ כתב הרא"ש דלא אמרי' כן כיון שאין כאן שבועת מודה במקצת דהא אין כאן הודאה ברורה כלל ותו דהרי מה שהודה לו כאן הוא נותן לו וה"ל הילך ועל השאר טוען איני יודע אין עליו אלא היסת שאינו יודע מהשאר אם נפחתו או לא ודברי הסמ"ע אין מובנים לי כלל:

(**ס"ד**) **ושכר אחת ומתה א' מהן כו'** כצ"ל בזמן שהמשאיל טוענו כו' בסידור לשון רבינו ורמב"ם משמע דאף בטוענו משאיל באינו יודע נשבע השוכר שאינו יודע קשה דהא אפי' היסת אין נשבעין על טענת ספק וגם דברי המחבר תמוהי' במ"ש כאן שמגלגלין על טענת התובע אם יודע ואף שאין רגלים לדבר וכמו שהקשה סמ"ע ומה שתירץ דדבריו כאן עפ"י פי' המשניות של רמב"ם תמוה הוא דהא בסי' צ"ד פסק בהדי' כדעת הרא"ש דאין מגלגלין בלא רגלים לדבר על טענת שמא של התובע וצ"ע:

סימן שמו

(**ס"ג**) **אלא מזמין כו'** הרא"ש הוכיח כן מדאמרי' ר"פ השואל בעלים באמירה מיקרי בעליו עמו ואח"כ אמרי' ספרא דמתא וטבחי כולהו בעידן עבידתייהו מקרי בעליו עמו משמע דבעי' דווקא עבידתייהו ותירץ דלאו דוקא עבידתייהו אלא כיון שמזמן עצמו לעבודתי מקרי עידן עבידתייהו וכתב רבינו ע"ז וכ"כ הרמ"ה אלא שחלק דוקא שלא פירש לו זמן אימת שירצה השואל יעשה לו מלאכתו לפיכך כיון שאם א"ל לעשותה עתה יעשה נמצא שמעתה הוא שאול למלאכתו אע"פ שעדיין לא עשה אבל כשא"ל לעשות מלאכה בזמן ידוע כ"ז שלא התחיל לעשותה אינו קרוי עמו במלאכתו וא"א כתב כסברא ראשונה עכ"ל וכ' סמ"ע דאף הרא"ש מודה בחילוק הרמ"ה והוא תמוה דא"כ למה חילק הרא"ש בין הזמנ' לאמירה דלמא גם אמירה לחוד סגי והקושי' מתרצה כה"ג לחוד דהיינו דבעינן בעידן עבידתייהו שא"ל לעשות מלאכה בזמן ידוע וההיא באמירה מיירי שלא פי' לו זמן:

(**סי"ג הרב כו'**) עיין בריש הלכות פסח מה שתרצתי עפי"ז לענין שאילה בבעלים:

(**סי"ז**) **מפני שהוא כלוקח** כדי לבאר דין זה נעתיק הסוגיא אמרינן בפרק השואל דקא מיבעי ליה רמי בר חמא כגון דאגרא איהי פרה מעלמ' והדר נסבא ואליבא דר"י דאמר בדוכתא אחריתא תחזור פרה לבעלים ראשונים נמצא דדין עם הבעלים ראשונים והשתא לאו בבעלים היא ובזה מיבעיא לי אי שואל הוי הבעל וחייב באונסין להבעלים א"ד שוכר הוי ופטור מאונסין ומשנינן בעל לא שוכר הוי ולא שואל הוי אלא לוקח הוי וכתבו התוס' אלא לוקח הוי ומיהו נ"ל דש"ח הוי וחייב בפשיעה ולפ"ז הלוקח בהמה לל' יום אע"ג דלא שואל הוי ולא שוכר הוי דהא בלשון מקח לקחה מ"מ ש"ח הוי עכ"ל ומשמע מדברי רביני הרא"ש דפי' דברי התו' בדרך זה באמת הוי בעל פטור מפשיעה אפי' במה ששכרה היא מעלמא כיון דלא הוי עליה דבעל אלא שם לוקח בנכסי אשתו וכאן דאין הבהמה שלה. אזל ממנו שם לוקח ולכלל שם שומר לא אתי לעולם מ"ה לא שייך עליו כלל שם ש"ח אבל אם היתה הבהמה שלה פטור מפשיעה בלא טעמא דלוקח הוי אלח אי אפי' בנכסי אשתו שומר הוי או שואל הוי אעפ"כ פטור דהוי פשיעה בבעלים נמצא דמ"ש התוס' דמ"מ ש"ח הוי לא באו להחליט בזה שום דין גבי בעל דהא בעל פטור בכל גווני כמ"ש הרא"ש ורבינו בהדיא אלא כוונת דעכ"פ יש עליו שם ש"ח אם הבהמה של אשתו ואע"ג דאין נ"מ לדינא מזה השם דהא פשיעה בבעלים היא שהרי תמיד עמו במלאכתו מ"מ נ"מ במקום אחר דהיינו בלוקח לל' יום דהוי ש"ח וזהו ג"כ כוונת המחבר שכתב מפני שהוא כלוקח ר"ל אם הבהמה של אשתו אז היה עליו שם לוקח נמצא עכשיו שאינה של אשתו אין לו שום שייכות כלל להך בהמה ואפי' ש"ח לא הוי משא"כ בלוקח לל' יום דהוי באמת לוקח וע"ז כתב רמ"א אבל לא מיפטר מטעם שמירה בבעלים כמו שפטור בנכסי אשתו ממש מטעם זה כמ"ש בסמוך דכאן לא שייך שמירה בבעלים כיון שהבהמה של אחרים כנלע"ד פשוט בזה ודברי הסמ"ע שכתב בזה שגם בפרה ששכרה היא מאחר שצריך לטעם דפשיעה בבעלים הוא תמוה מאוד ואינו מחוייב כלל גם בלא"ה אין דבריו מובנים בזה:

סימן שמח

(**ס"ח**) **אינו בר חיובא** מ"ש כסמ"ע בשם ד"מ שני דיעות נ"ל דלא קיי"ל כנ"ל דראייתו מכח מה שמצינו בדוד שלא היה נענש על הריגת אורי' שאין שליח לד"ע והא יואב לא ידע שנהרג אורי' שלא כדין שהיה סבור שחייב מיתה לפי הדין ומ"ה צוה דוד להורגו ע"כ וראייה זו איני מכיר בה דלא מצינו שנענש יואב ע"ז דדי בזה שלא ידע יואב לפטור

את דוד אבל לא לחייב את יואב ומלבד זה לא מסתבר לחייב את השליח במה שהוא עושה לפ"ד היתר ודעת רש"י ותוס' בפ' מרובה כהמרדכי והכי קי"ל:

(**לעיל ס"ב**) **על לא תגנובו** דאלו לא תגנוב קאי על גונב נפשות כדפירש"י ביתרו ובמשפטים מבי' רש"י אוזן ששמע על הר סיני לא תגנוב והלך וגנב כו' ק' הא לא תגנוב קאי אנפשות יש לתרץ דע"כ לא דרשינן דקאי אנפשות אלא משום כפל דלא תגנובו ואמרינן בריש פ' א"נ ד דרשינן דבר הלמד מענינו ולא תגנובו [תגנוב] קאי על נפשות כמו לא תרצח נמצא כיון דע"כ א' קאי על נפשות אז מסתבר טפי לדרוש לא תגנובו [תגנוב] על נפשות אבל אי לא היה כתב אלא לא תגנובו [תגנוב] לחוד היה לדורשו על מסתבר שקאי אממון וע"כ זה הגנב אי לא שמע אלא לא תגנוב היה לו לדורשו על ממון ואי שמע גם לא תגנובו כ"ש דהיה לו לדרו' אחד על ממון:

סימן שמט

(**ס"ג**) **אף לאחר שיגדיל** הא דאי' בפ' הגוזל קמא דף צח הוה עובדא וכפיי' רפרם לרב אשי ואגביה כי כשורא לצלמי ופרש"י ששרף שטר בילדותו ואגביה מיניה ככל הכתוב בשטר פרעון גמור מעידית כקורה הנבחרת משאר קורות לצור בה צורות עכ"ל צ"ל דעכ"פ לא היה קטן אלא ילד בשנים ובא רש"י להתנצל את רב אשי שלא עשה מעשה כזה אלא בילדותו לא בהיותו ת"ח אבל נראה עיקר כמ"ש רש"י בכתובות דף פו על האי לישנא על מידי אחרינא דהיינו שבא הדין לפני רב אשי והקיפו רפרם לרב אשי בראיות וסברות שיפסוק שיגבה התובע גיבוי גמור כו' וה"נ יש לפרש כן לענין דינם דשורף שטרות.

סימן שנא

(**ס"א**) **אלא היה מגררו כו**' בטור כתב וחיבר ידו למפתן הבית וביארו בסמ"ע ותמהתי למה כתב דבר זה דהא כתבו תוס' בפ' אלו נערות דף ל"א דגרסי' רב אשי אמר כגון שצירף ידו למטה מג' א"נ כדרבא משמע לתירוץ הראשון דלענין שבת בעינן הנחה על מקום ד' וכשצירף ידו למטה מג' לא בעינן מקום ד' דכלבוד דמי וכמונחת אארעא דמי א"נ אפי' צירף ידו למעלה מג' וכדרבא דידו חשובה כד' על ד' ודברי רבינו כאן ע"כ הם אליבא דרש"י ואין זה דרכו:

סימן שנד

(**ס"א**) **משלם אותה ואת גיזותי** סברת הרמב"ם בזה דלא הוי שנוי אלא כשנשתנה הגוף לגוף אחר כגון טלה ונעשה איל דהוי גוף קטן ונעשה גדול משא"כ כא' דנשתנה הצורה קצת לחוד דתחילה בשעה שהיתה מלאה הית' נראה בריאה ונעשה כחושה לא הוי שנוי ודברי סמ"ע בזה דחוקים דכתב דהוי מחמת שנוי החוזר לברייתו כשתתעבר שנית דהוי ודאי פנים חדשות כעין האי דסי' ש"ס ס"ו וראיה ברורה מפרק א"נ דף סד מה שרחילה גוזזת כך וכך מכור לך אסור ומסיק דלאו מני' קא רבי ופרש"י דגיזה הבאה אחר מכאן אינו גדל מאותה שהיתה כבר דהא כי שקלא להאי לגמרי הדר אתי אחרינא:

(**משלם כשעת הגניבה**) הטעם מפני תקנת השבים כמו שכתב הרמב"ם בפ"ב דגזילה דין ג' מביאו ב"י הא דכתב רבינו בשם הרמב"ם דגנב פרה מעוברת וילדה אצלו משלם דמי פרה העומדת לילד והפרה עם הילד ישאר לגנב לא משום דהגנב קנה את כפיי' בזה ע"י שינוי כמו שראיתי מפורשי' בזה דהיא שגגה דהא בהדי כ' הרמב"ם שם בסיפא בגניבה ריקנית ונתעברה דחוזר הפרה לבעליה ולא קנאה בשנוי אלא פשוט שאין כאן שנוי לגמרי בפרה להרמב"ם אלא דברישא שיש חיוב על הגנב לשלם החסרון שיש בתשלומין שלו שגזל פרה מעוברת שחייב להחזיר פרה מעוברת ועכשיו הכרה ריקנית שהרי ילדה אצל הגנב והולד ודאי קנה הגנב כיון שכבר נפרד מהפרה והגנבה צריך לשלם כעין שגנב וא"ל דיתן לו פרה ריקנית וישלים מה שהיתה שוה טפי בשעת הגניבה דהא כ' בסעיף ה' אין אומרים יתן השוורים וישלים עליהם הכי נמי ממש דכותיה שצריך ליתן הגניב' כעין שגנב ולא כשקלקלו ולהשלים החסרון ואין הגנב יכול לכוף לבעלים ליקח הפרה בשומא ולהשלים אבל אם באמת רוצים הבעלים לעשות כן הרשות בידם והשבח שבא מזמן הגניבה הן לענין גיזה הן לענין ולד הוא לגזלן ובסיפא דגזל פרה ריקנית כו' היה החילוק בזה דכל שהולד נפרד מהפרה קנאו הגזלן ומחזיר הפרה לחוד והולד מחזיק לעצמו והבעלים לא מצי לסלוקי בזזי אבל אם תבעו כשהיא עדיין במעי אמו אף שקנה דהא יש בו עכ"פ שינוי גמור מ"מ מצי הבעלים לסלוקי בזזי וליקח הפרה עם הולד שבתוכה והסמ"ע כתב דאם ילדה מחזיק הגנב הפרה אגב ולדה ואין הדעת סובלת זה וכמדומה שיש טעות סופר בדבריו כנ"ל פשוט:

(**בדברי**) רבינו הטור כתב בס"ג גנב בהמה ובשעת גניבה היה שוה זוז ובשעת העמדה בדין ארבע אם שחטה או מכרה משלם הכל קרן וכפל כשעת העמדה בדין וד' וה' כשעת טביחה ומכירה כו' משמע לכאורה דיש חילוק בין בשעת טביחה ושעת העמד' בדין בשיווי של בהמה וקשה דא"כ אפי' בקרן ישלם כשעת של טביחה כמ"ש ב"י בהדיא

בשם הרא"ש בזה ואפילו קרן אם נתייקרה ואיתבר ממילא משלם כמעיקרא כיון דהשתא לאו מידי עביד כו' ה"נ לאו מידי עביד בין טביחה להעמדה בדין. ותו דאמאי לא הזכיר רבינו כאן דנשתנה השער בין טביחה והעמדה בדין כמו שהוזכר אח"כ ע"כ נרא' פשוט דאין חילוק כאן בין העמדה לטביחה ורבינו דנקט בד' וה' כשעת הטביחה בקרן וכפל כשעת העמדה בדין נתכוין לכוונה זו דמיירי בשווה בין העמדה לדין לטביחה וע"כ אמר תחלה דרך כלל משלם הכל כו' דמשמע דכולהו בחד תשלומין הם אבל אם יש שינוי יתבאר אח"כ:

(**ס"ה**) **ואם רצו הבעלים כו'** בסמ"ע הביא קושית המ"מ ותירוצו והוא עצמו תירץ בסי' שס"ב דמיירי כשאין לגזלן מעות אלא מטלטלין ובא לשלם לו מהם דיכולים הבעלים לומר כיון שאין אתה משלם לנו מעות כדנינו עכ"פ תן לנו משברי כלים משלם ע"כ ולענד"נ דאין זה מספיק דהא נמי דינא הוא שיתן לו מטלטלין כשאין לו מעות והם נחשבים במקום מעות וכמו שאין לה בעלים ברירה איזה מעות יתן ה"נ במטלטלי:

(**ונלע"ד**) לתרץ הקושיא בדרך אחר דכיון דחזי' דתרתי דרשי' מאשר גזל חדא דקנה בשינוי וא"צ לתת לו הכלי ועוד דרשי' דלא יכול לכופו ליקח השברי' כמ"ש התוס' בפ"ק דב"ק דף י"א וא"כ אפ"ת שלענין שאין הגנב רוצה הוה בשינוי דנשבר הכלי כמו שהוא בשינוי כשהוא שלם והרשות ביד הגנב להחזיק לעצמו ה"נ נימא לצד אחרינא כשהגנב רוצה לכוף לבעלים שיקחו את הנשברים שהרשות בידו כמו שהרשות בידו לכופו לקבל כלי השלם שנשתנה ונימא שלזה נמי שווין אע"כ דתרי דינים יש כאן דבשלם שנשתנה הוה הבריר' ביד הגנב ובשינוי שע"י נשבר הברירה ביד הבעלי' ואין לכלי נשבר שום דמיון לכלי שלם שנשתנה:

סימן שנו

(**ס"א**) **אסור לסייע כו'** אפילו בספק אם הוא שייך לגניבה יש לזהר בו כן מבואר בריב"ש ולענין אימת המסייע חייב ע"ל סי' שמ"ח ס"ו ז"ח:

(**ס"ב**) **ואח"כ הוכר הגנב** לרבותא נקטיה דאפ"ה אין הבעלים נוטלים בלי דמי' במרדכי ריש אלו מציאות בשם רבינו גרשון מבואר דגם בגנב (אי) [אינו ידוע] עשו תקנות השוק: **ואפי'**. **הגנב א"צ להחזיר לו מעותיו** כתב בסמ"ע שכן הוא עיקר הגירסא ויש כאן מקום עיון על רמ"א במ"ש דודאי לשם מתנה כו' דהוא נגד ההלכה בפ"ק דב"מ דף ט"ו אמר רבא הלכתא כו' מעות יש לוו ושבח אין לו דהיינו כרב דצריך להחזיר המעות ומקור הדברים של הרמ"א אלו הוא ממרדכי פ' הגוזל בתרא וז"ל שם אבל הדברים שידע

ומכיר בהן שגנבן או גזלן לא עשו בו תקנת השוק דאפי' מנגב או גזלן לא יגבה הלוקח מעותיו למ"ד הכי רבה שאינה שלו ולקחה כו' דנתן לשם מתנה ובזה מטלטלין וקרקעות שוין דבתרווייהו שייך האי טעמא עכ"ל כסבור רמ"א ז"ל דהך אפי' מגנב אי גזלן שזכר המרדכי הוא אליבא דהלכתא ומש"ה כתב כאן דא"צ הגנב להחזיר כשידע הלוקח שהיא גנובה ותימה עליו דהא וודאי ליתא להלכה וכמ"ש וכ"פ רבינו והמחבר בסי' שע"ג דגובה הקרן מהמוכר כו' ובמרדכי לא כתב אלא לרווחא דמלתא דלא עשו תקנת השוק לגבות מהנגזל דמי דהא לחד מ"ד שם דהיינו שמואל ובפ"ק דמציעא ס"ל דא"צ להחזיר מעותיו ללוקח אפי' בגנב עצמו כל שידע הלוקח שהיא גניבה וס"ל דודאי נתן לשם מתנה ונהי דלא קי"ל כוותיה דשמואל בזה אלא כרב דצריך להחזיר מזה ראיי' עכ"פ דלא עשו תקנת השוק לגבות מן המוכר דמי המקח כנ"ל כוונת המרדכי בלי ספק ושוב מצאתי כן בס' ישש"ש שכתב דברי המרדכי הללו וכתב אח"כ ומיהו למאי דמסקינן הלכתא כרב דיש לו מעות ה"נ י"ל מעות מן הגנב שמכרו עכ"ל ורמ"א אגב חורפיה לא עיין יפה כאן ויותר תימה על הסמ"ע שכתב כאן על דברי רמ"א וז"ל דודאי נתן לשם מתנה וכיו"ב אי' בגמ' והטור והמחבר לקמן בסי' שעג בגזלן ע"כ וכמדומה שלא עי' בסי' שעג כלל דהא מבואר שם להיפך ודבר זה הוא כשגנה שיצא מלפני השליטים הגדולים האלו והא מלתא הצעתי לפני כמה גדולים רבנים ואין בהם פוצה פה ליישב הדברי' ואמרו שאין לפסוק כהג"ה הזאת:

סימן שנז

(**ס"א והכיר כליו כו**') פשוט דברי רבינו בזה דבאינו עשוי למכור כליו שצריך שיתן סימן בכלי לראיה שהם כליו אלא שיש חשש שמא ראה הכלי בסימניו תחלה בידו של אותן שמכרו ועוד יש חשש שמא היה צריך עכשיו למעות והוצרך למכור כליו לזה מועיל מה שראינו אנשים חתרו בקיר והוציאו חבילה אף שאין יודעים מה בחבילה מ"מ אנו אומרים כיון שיש אמתלא שראינו גניבה יוצא' מביתו של זה ודאי מועיל הסימנים שאומר שהי' שלו ולא מכרן וה"ה באין שם שום הי' רק שיש עדים שהיו כליו ויצא לו שם בעיר שנגנבו ממנו מהני שבוודאי לא מכרן כיון שבלא"ה אין עשוי למכור כליו וא"צ בזה חתירה בקיר וזהו דעת הרא"ש שהסכים רבינו עמו אבל בעשוי למכור דאז יש חשש טפי שמא מכרן לא מהני הסי' רק אחר שראו שנשאו אותן כלי' בעצמן מביתו דרך החתירה ובזה מתורץ כל תמיהות ב"י בסי' זה. מה שהקשה ב"י על מ"ש רבינו בשם הראב"ד דברי תימה הם דכיון דאיכא הכא יאוש ושינוי רשות למה מחזיר הגניב' עצמה

כו' תמהני מאד על תימה זו ובשביל זה נכנס לתי' דחוק דאין כאן קושיא כלל דכך היא ההוצעה דבעל דלוקח מחולקים אם יש כאן גניבה או לא כי הבעל טוען שדרך גניב' בא לידך כי לקחת מהגנב שלי ובוודאי לקחת בזול והנה תקבל מעותיך מפני תקנת השוק ותחזיר כלים שלי והלה טוען לא מגנב לקחתי ואף אם קניתי בזול אין לך עלי כלום בזה פסקינן אם אינו עשוי למכור כליו כו' אז הדין עם הבעל ונותן לו ע"פ שבועתו ואם אח"כ אומר הלוקח מאחר שאני חייב להחזיר לך כדין לוקח מגנב לא אחזיר לך גוף הכלי אלא אשלים המותר עד כדי דמי הכלי מאחר שיש לי יאוש ושינוי רשות אה"נ דהדין עמו אלא דכאן אינם מחולקים בזה אלא עיקר החילוק מי ירוויח זה שקנה בפחות משווין ומ"ש רבינו בסמוך הרי זה מוציא הכלי מיד המחזיק כו' פי' לפי טענת הלוקח שאינו חפץ בנתינת המותר עד כדי שוויו אלא רוצה להחזיקו בפחות ולא מיירי כלל אם רוצה להשלים המותר זהו לדעת הראב"ד אבל לדעת ר"י א"א דמיירי ביאוש דא"כ מה יש בין טענת הבעל ללוקח דאפי' טענת הבעל אמת שהוא לקח מהגנב מ"מ אין הלוקח צריך להחזיר לו כלל אפי' אם הוא שוה יותר דקנה ביאוש ושינוי רשות אלא מיירי בלא יאוש עדיין כ"ז נ"ל ברור:

סימן שנט

(**ס"ב**) **כיון שהם יפים** כ"כ הרא"ש וז"ל בההיא דמייתי הגמ' שרצו אנשי דוד ליקח גדיש של שעורים ולתת בעדו של עדשים ועדין לא היה בידם עדשים אלא רצו ליקח גדיש של שעורים של ישראל וכשנזדמן להם עדשים משל פלשתים יתנום לישראל אבל אם היו מזומנים העדשים מותר לזכות העדשים דעדיפי משעורים ורבינו הוסיף וז"ל ודווקא שידוע שזכות הוא לו כגון שעומד למכור אבל בחפצי ביתו לא עכ"ל ולכאורה קשה הא אותן שעורים דישראל לא נתברר שעומדין למכור ואדרבה הסבר' נותנת דבישראל אשר היו שרויי' על אדמתן היה להם בני בית הרבה מי ידע מה ימכור ומה יחזיק וי"ל דלא קפיד רבינו שיהא עומד למכור אלא כחפצים ומ"ש אח"כ אבל בחפצי ביתו כו' פי' שמחזיק לעצמו אבל בדדמי וכיוצא בהם אין חילוק ומ"מ תימה לי על הרא"ש מהא דאי' פ' המפקיד דף לח המפקיד פירות אצל חבירו אפי' הן אבודין לא יגע בהן מ"ט א"ר כהנא אדם רוצה בקב שלו מט' קבין ממקום אחר וא"כ ק"ו כאן נימא ניחא לי' במין שלו שהוא עמל בו ממין אחר אע"פ שהוא טוב ממנו וי"ל דהא מסקינן שם דאם חסר יותר ממה שרגיל להתחסר יכול למכרן וא"כ מ"ש כאן דמותר על סמך שנותנים לו פירות היפי' היינו שיש יותר הנאה עכ"פ בהך יופי של הפירות ממה שיש הנאה בסך מילוי חסרון

הרגיל להתחסר כנ"ל ליישב דעת הרא"ש אבל צ"ע ממה דאמרי' בפרק האיש מקדש דף מ"ה המוכר לחבירו חומץ ונמצא יין המקח בטל מטעם דאיכא דניחא לי' בחלא ואיכא דניחא לי' בחמרא ואפי' בדקדש אשה בכסף וצמצא זהב אינה מקודשת מהאי טעמא דלמא ניחא לה כסף א"כ קשה ה"נ נימא דילמא ניחא ליה בשעורים ותו ק"ל והא ודאי אסור ליקח בהמתו של חבירו שלא מדעתו למלאכתו ואע"ג דקיימא לאגרא דה"ל שלא מדעת וראייה ממ"ש בפ' הגוזל דף צד (צ"ז) בתוקף ספינתו של חבירו הביאו רבינו בסי' פט ס"ד דאפי' אם נטלה שלא מדעת בעלים מאם רצו הבעלים צריך ליתן הפחת כמו גזלן וכמ"ש סי' שס"ג ס"ה ולא אמרינן דמסתמא ניחא לי' ליקח שכר דהא מירי התם בקיימ' לאגרא ושוב ראיתי לרש"ל פ' הכונס שכתב על דברי הרא"ש האלו וז"ל לא נהירא כלל וכי שרי להסתחר בממון חבירו שלא מדעתו דדלמא חביב עליו יותר שעורים א"ד אפשר שלא ניחא ליה למכור את שלו כו' ולא אמרינן שזכין לאדם שלא בפניו אלא היכא שיש זכות בלי חסרון עכ"ל ונלע"ד שיפה פסק רש"ל שלא לסמוך על הרא"ש בזה רק שלפענ"ד דאם הוא צורך גדול יש להקל ליקח בלא דעת חבירו דמסתמא ניחא לבעלים בזה דליעבד מצוה בממוניה ואז אפי' אינו נותן פירות יפים מזה אלא אפי' בדכוותייהו שרי כן נראה לפי עניות דעתי הלכה למעשה:

סימן שס

(**ס"א**) **דלא עשו תקנת השבים בקרקע** דברי הסמ"ע בזה אין להם ביאור ונראה הטעם דקרקע אינה נגזלת ובע"כ יבא אח"כ לידי השבה דמצויים הן בעלי זרוע ליפול כמ"ש המחבר בסי' קיא ס"ג מש"ה לא עשו תקנה בזה משא"כ בקורות שאפשר שיתרקבו או שישרפו ולא יבא לידי השבה:

(**ס"ב אע"פ**) **שעבר** נראה דמיירי עכ"פ בדבר שמקפידים:

(**ס"ד אע"פ**) **כו'** בטור כתב וכ"כ הרמב"ם גזילה יש כאן השבה אין כאן הב"י האריך בפי' דבר זה ול"נ דרבינו מדקדק מדכתב הרמב"ם גזילה יש כאן והוא אינו אמת אלא דעל כרחך דהרמב"ם עצמו מפרש דבריו בסיפא במה שכ' השבה אין כאן לכך לענין זה יש גזילה דלא קיים מצות השבה אבל לא מצד גזילה עצמה והיינו כהרמ"ה:

סימן שסא

(**ס"ג**) **סתם גזילה לא הוי יאוש בעלים** פסק זה יש בו מקום עיון דכאן סתם רבינו דסתם גזילה לא הוי יאוש ובסי' שס"ח כ' רבינו ורמב"ם דדוקא בעכו"ם לא הוי יאוש ובישראל

הוי יאוש ודוחק לומר דהכא מיירי בעכו"ם ותו דהא בפ' האיש מקדש דנ"ב אי' ההוא גברא דחטף זוזי מחבריה וקדש בו אשה אמר רבא לית דחש להא דר"ש דא סתם גזילי הוי יאוש בעלים אלא קי"ל כרבנן דס"ל סתם גזילה לא הוי יאוש בעלים משמע מזה אפי' בישראל וקושיא זו הקשה מוחז"ל וכתב ע"ז דההוא דקידושין איירי מקידושין דאורייתא ושם אין לחלק בין עכו"ם לישראל ולא הוי קידושי תורה עד דשמעי' דאייאשי' והא דמחלקי' בסי' שס"ח היינו מדרבנן וכן לענין קדושי מדרבנן קנה מדעת רבנן ע"כ וא"א לומר כן דהא רבא פסק לה שם הלכה למעשה דא"צ גט ותו דכל הפוסקים פסקו לדין זה דהמקדש אשה בגזל קודם שנתיאשו הבעלים אינה מקודשת כמ"ש בא"ע סי' כ"ח: (שוב) ראיתי בתשובת מהרי"ל סי' צ"ז מעשה שאיש א' היה חייב לאשה א' איזה חוב וצותה האשה ההיא לאשה אחרת משרתת בבית האיש החייב לה שתקבל המעות בשבילה מן הב"ח שלה ועפ"ז מנה האיש המעות על השולחן וקרא למשרתת שלו שתקבל המעות בשביל האשה כאשר הפקידה ובעודו מונח המעות על השלחן בא תלמיד א' ולקח יד המשרתת בידו ובידו האחרת הניח המעות לידה ואמר לה הרי את מקודשת לי והיא שתקה ופסק מהרי"ל דאין שם קידושין לגמרי כיון דהמעות אינן של התלמיד ולית דחש לר"ש דא' סתם גזילה הוי יאוש בעלים ואע"ג דאיכא למימר התם דגזל דידה הוי כיון דהמעות היה שייך לה בשליחות האשה האחרת ואפ"ה אמר שם דלא מיקרי גזל דידה והסכימו עמו גדולי עולם מהר"ש ושאר רבותיו של מהרי"ל כתבתי זאת דלא כמוחז"ל שהחמיר כאן לענין קדשה בגזל שצריכה גט: שנינו בפ' הגוזל דף קי"ד נעלו מוכסים את חמורו ונתנו לו חמור אחר נטלו ליסטים כסותו ונתנו לו כסות אחרת הרי אלו שלו מפני שהבעלים נתייאשו מהם (דמסתמא נתייאשו הבעלים מיד וקנינהו ביאוש) המציל מן הנהר או מן הגייס אומן הליסטים אם נתייאשו הבעלים הרי אלו שלו א"ר אשי ל"ש אלא בליסטים עכו"ם דדייני בגיות' אבל בליסטים ישראל סתמא הוי יאוש דאמרו מי יימר כו' תנן התם עורות של גזלן אין מחשבה מטמאתן ושל גנב מחשבה מטמאתן ר"ש אמר חילוף הדברים של גזלן מחשבה מטמאתן ושל גנב אין מחשבה מטמאתן דס"ל סתם גזילה הוי יאוש בעלים וסתם גניבה לא הוי יאוש ופליגי עולא ורבא בהאי פלוגתא דעולא מפרש לה בסתם פליגי אבל בידוע שנתייאש ד"ה הוי יאוש ורבא ס"ל אפי' בידוע פליגי ופרכינן על רבא ממתניתא דלעיל נטלו מוכסין כו' דמשמע בין גזלן ובין גנב הוי סתמא יאוש דמוכסים היינו גזלן וליסטים היינו גנב ובתרווייהו תנן במתניתא דהבעלים מתייאשים מני אי רבנן קשיא גזלן אי ר"ש קשיא גנב בשלמא לעולא מוקי לה בידוע וד"ה אלא לרבא קשיא ומשני ר"ש היא דגם ליסטים דמתני' היינו גזלן ותרי גווני גזלן

קתני והנה יש להקשות טובא חדא דהא אפשיטא דקיל"ן בהך כרב אשי דישראל סתמא הוי יאוש מכח מי יימר דהא ליכא מאן דפליג וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ורבינו והא קיל"ן כרבנן דר"ש דסתם גזלן לא הוי יאוש ואין סברא לומר דרבנן ור"ש פליגי בעכו"ם דהא בעכו"ם לא שייך דינא טומאה וטהרה ותו קשה דא"כ מאי פריך בגמרא לעיל על רבא דלמא ה"נ מתרצא כן וזו קושיא כוללת לכל התירוצים שנרצה לחלק בין הך דרב אשי ובין רבנן דר"ש ה"נ נחלק אליבא דרבה ואמאי פריך תלמודא עליה ותו דהא בפרק האיש מקדש דלעיל אמרינן בהדיא דרבנן דר"ש מיירי אפי' בישראל כמו שזכרנו: (ועלה) על דעת רש"ל לומר דהך חילוקא דרב אשי בין עכו"ם לישראל מיירי בגנב וליסטים דקאמר במתני' היינו גנב ובזה דוקא יש חילוק אבל בגזלן אין חילוק ובכ"מ סתמא לא הוי יאוש ואע"פ שמדברי רבינו בסי' שס"ט [שס"ח] מבואר דבגזלן חילק הרא"ש בין עכו"ם לישראל כ' רש"ל עליו ששגגה גדולה הוא והרבה לגזם על רבינו הטור כי הרא"ש לא מיירי רק מגנב. והנה יש עליו לתמוה דהא גם הרמב"ם כ' כדברי רבינו בפ"ז [בפ"ו] דגזילה וז"ל המציל מיד לסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתייאשו הבעלים ואם ידע שלא נתייאשו חייב להחזיר אבל המציל מיד לסטים עכו"ם או מוכסן עכו"ם סתם הדבר שלא נתייאשו ומ"מ סתם ליסטים ישראל נתייאשו הבעלים וסתם עכו"ם לא נתייאשו מפני שהבעלים יודעים שהעכו"ם מחזירין מיד הגזלן אע"פ שאין שם עדים שגזל אלא בראיות רעועות עכ"ל הרי לפניך שפתח בליסטים וסיים בגזלן ורש"ל הרגיש בזה וכ' דהא דקאמר גזלן הוא לרבותא דבעכו"ם ליכא שום יאוש אפי' בגזלן אע"ג דגבי ישראל הגזלן סתמא לא הוי יאוש וגרוע מגנב אבל גבי עכו"ם שרוב הליסטים מזיונים רצחנים הם ה"א דמסתמא הוי יאוש קמ"ל דגבי עכו"ם בין גנב ובין גזלן בסתמא ליכא יאוש עכ"ל ודברי תועה הם דאם בא רמב"ם לומר לרבותא הל"ל אפי' בגזלן אלא משמע דביה קא עסיק תחלה במה שאמר לסטים ותו דהא במוכס גם הרש"ל מודה דקאי בעכו"ם ומוכס פשיטא שהוא גזלן: (והב"י) כתב בסי' שש"ח דכי אמרו רבנן סתם גזילה לא הוי יאוש היינו בעכו"ם והוא נדחה מתוך מה שכתבתי לעיל. והנלע"ד דרבינו תורת אמת היתה בפיהו וכן דרך כל הפוסקים בזה דגם הוא הוקשה לו סתירת ההלכות זע"ז דהיינו פסק דרב אשי דבישראל סתמא הוי יאוש מכח מי יימר ופסק הלכה כרבנן דר"ש דאפי' בישראל לא הוי יאוש ואותו החילוק שחולק רש"ל דליסטים דמחלק רב אשי הוא גנב דהוא סברת מפרשים שמביא רבינו בסימן שסט [שס"ח] כמו שנכתב שם בס"ד ורבינו לא ניחא ליה לפרש ליסטים בגנב ואע"ג דבמקדש מפרש כך ברישא דמתניתא נטלו מוכסים חמורו כו' ומ"ה פריך על רבה כמ"ש לעיל היינו דוקא ברישא

דתני מוכסים ותני ליסטים וכיון דמוכס היינו גזלן ע"כ ליסטים היינו גנב אבל ליסטים דסיפא הוי ככל סתם ליסטים שבתלמוד דהוא גזלן ואע"ג דגם בסיפא תני לישנא יתירא מן הגייס וא"ל דההיא דגייס פירושו גנב ומ"ה היה נראה לרבי' גם כוונת אביו שכתב ליסטים סתמא כלשון התלמוד ולא מפרש שום דבר ודאי פשוט שנתכוין לגזלן דאל"כ לא הוי שתק מלפרשו ובפרט שמדברי הרמב"ם נראה בפירוש שאגזלן קאי ע"כ פי' רבינו הדברים כפשטן והכל ניחא דפסק רב אשי אמת וגם פסק דרבנן דר"ש כי יש חילוק בדבר והיינו דכי חזינן בדינא דיאוש דלפעמים מהני מחמת צירוף איזה סברא אחרת שיש לסעד דהיינו ביאוש ושינוי השם דמהני אפי' בשינוי השם גרוע כמ"ש סי' זה ואע"פ שאותו שינוי השם אין בו סברא לקנות ע"י וכן היאוש מ"מ הצירוף מהני דנקנה ה"נ נימא כך בכ"מ שאין שם רק יאוש לחוד יש לומר דצריך יאוש גמור שריר וקיים ובמקום שיש עוד שינוי רשות אצלו מהני אפי' שאין כ"כ חזק ובריא ומ"ה בההיא דרבנן דר"ש לענין טומאות עורות אין שם שינוי רשות ואע"פ שיש שם שינוי השם קצת כמ"ש בפ' מרובה דף סו מ"מ אין כח בשינוי השם להועיל כמו שיש בשינוי רשות מ"ה לא מהני לרבנן דר"ש גבי עורות שינוי השם אלא בגנב אבל בגזלן לא מהני אלא שינוי רשות וזהו דבר פשוט וברור ומ"ה אם יש ספק ביאוש דהיינו בגזלן דאפשר דכיון דידע למאן ליתבע אז אמרי' מסתמא לא מייאש וכן בקידושי אשה דאין שם שינוי רשות דאע"ג דבא ליד האשה מ"מ בעינן שיהא הממון של הבעל קודם שתקח האשה הקידושין ממנו וראייה לזה מדכתב רבינו מצד החומרא יש להחמיר בקידושין דיאוש קונה תיפוק ליה דהא הוי שינוי רשות אע"כ דאין בזה משום שינוי רשות וזה פשוט מ"ה אמרינן ג"כ דאין כח באיזה גזילה לומר דהוי של הבעל מצד הייאוש כיון דיש סברא דלא אתייאש ואע"פ דכתב רבינו בסי' שנד דבקידושין מחמירין אפי' ביאוש לחוד דהיינו ביאוש בריא וחזק משא"כ בגזלן דכאן אבל במתניתין דהמציל מן הליסטים דמיירי שיש שם שינוי רשות דאל"כ לא היה קונה דהא קיל"ן דיאוש ושינוי רשות בעינן וא"ל הא אמרינן בסמוך ס"ה דהנוטל מן הגזלן דרך גזילה לא מיקרי שינוי רשות ע"כ לומר דהך דהמציל מן הליסטים שאני וצ"ל דהמציל דרך פיוס מן הליסטים כדמשמע מדברי רבינו ריש סי' שס"ח שכתב המציל מן הגזלן או הקונה ממנו כו' הרי דהשוה מציל לקונה והיינו ע"ד שכתבתי ומ"ה כיון דאיכא שינוי רשות בהדי יאוש מתחזק היאוש ואפי' בגזלן הוי יאוש לפעמים כגון בישראל דאמרי מי יימר ובהא דוקא קאי רב אשי שחילק בין ישראל לעכו"ם דבישראל מהני שינוי רשות לצרף דשם מועיל יאוש אבל בעכו"ם לא מהני צירוף דברור הוא דלא אתייאש מ"ה תנא בסיפא דסתם לא הוי יאוש אא"כ ידוע לנו דאיאוש משא"כ ברישא

דמתניתין דהיינו נטלו ליסטים כסותו דמיירי בישראל כדפירש רש"י במתניתין מ"ה אפי' בסתמא הוי יאוש כיון דאיכא ג"כ שינוי רשות אצלו ולפי דרך זה פריך שפיר על רבה בגמ' דאית ליה אפי' ידוע שנתייאש בודאי אמר דלא הוי יאוש א"כ ק"ו דלא מהני ליה צירוף דשינוי רשות לחזק היאוש דסתם דטפי מסתבר שיש חיזוק ביאוש בפי' ממה שיש חיזוק בצירוף סתם יאוש וא"כ מתני' דתני בגזלן הוי יאוש מני לא רבנן ולא ר"ש וא"ל דלרבה נמי מתרץ דמתניתא איירי בידוע ומ"ה מהני הצירוף דשינוי רשות זה אינו דכל עיקר שהצירוף מהני בסתם הוא בשביל שכיון שיש שינוי רשות אנן סהדי דמייאש אע"ג דלא אמר מידי והא חזינן לרבה דמפרש לפי שאין יאוש לבעלים כדאיתא שם בגמ' בסמוך וא"כ משמע דאין שום יאוש לגמרי ולא יועיל שום ענין לומר שיש בגזלן יאוש א"כ ה"נ מה יועיל שינוי רשות לזה ובהא סלקא שמעתתא כהוגן ואתיין דברי רבינו על מכונן דבסי' זה מיירי ביאוש עם שינוי השם לחוד בלא שינוי רשות ע"כ כתב דסתם גזילה לא הוי יאוש ובריש סי' שסח דמיירי עם צירוף שינוי רשות כ' שיראה מדברי אביו שיש לחלק בליסטים סתם שהוא גזלן בין ישראל לעכו"ם וכ"ה דעת הרמב"ם דדוקא במקום שיש שינוי רשות כ' ריש פ"ו דגזילה לחלק בין ישראל לעכו"ם ובפ"ה דגזילה כ' דסתם הוי יאוש בנטלו ליסטים כסותו והיינו בישראל וכמו שכתבתי והכל ניחא בעזר הצור יתברך:

סימן שסב

(ס"ו) **מכרה העכו"ם כו'** מיבעיא לן בגמ' כיון דתחלה וסוף ישראל עבדי רבנן תקנתא א"ד כיון דאיכא עכו"ם באמצע לא עבדי תקנתא ולא איפשטא ומ"ה אם תפס הנגזל לא מפקינן מיניה וכתב סמ"ע ס"ק ז' דבספיקא דתלמודא מודה כ"ע דתפיסה מהני ותמוה מאוד הוא שהרי בריש שפ"ח כתב דינא באיבעיא דלא איפשטא ומ"ש הסמ"ע שכ"כ הרא"ש תמהני וחפשתי ולא מצאתיו דכאן באיבעיא לא כתב כלום בפ' הגוזל אלא כתב סתם ועלתה בתיקו וכונתו דלא מהני תפיסה כמו בכל ספיקא דדינא ועיקרו בפ"ק דב"מ גבי תקפו כהן וכן ראיתי לרש"ל שכתב כאן על דברי רבינו שכתב דמהני תפיסה אבל ר"י ורא"ש לא ס"ל הכי אלא אי תפיס מפקינין מיניה והטור גופיה סי' שפ"ח גבי מסור וכאן לפום רהיטא לא דק עכ"ל ואני אומר דרבינו רגיל לכתוב בכמה מקומות הרבה כדעת הרמב"ם בספיקא דדינא דמהני תפיסה שכ"כ ג"כ בס"ס קס"ד ואם נטלו אין מוציאין מידו כו' ובסי' שפ"ג ס"ט ע"ש ונראה דהכי קיל"ן דאין להוציא כיון דזכה לתפוס לדעת הרמב"ם:

(**סי"ב**) [**וס"י**] **או אבדה** במה שפי' הסמ"ע דוקא מעצמה אבל סתם אבידה מקרי פשיעה וכ"כ בביאור יותר בסי' שנ"ד ס"ג לא נ"ל דברי הרב בזה דמשמע מדבריו דכל שנאבד בדרך סתם אבידה משלם וזה אינו דאי קא תברה או שתיי' להיין אמרו בגמ' דבאותו מעשה נעשה גזלן עליה אבל באי לא עשה מעשה אלא הניחה ונאבדה בדרך סתם אבידות אין עליו שם גזילה באותו שעה וזה נכלל במ"ש בסי' שנ"ד אבידה מאליה משלם וישלם זוז וולא אמרו שם ברישא דאם שיבר כלי או אבדה משלם ד' אלא דאבדו בידים כגון שהניחה במקום שאינו משומר ונגנבה זה נ"ל פשוט.

(**סי"ג**) **הגוזל כלי** עמ"ש בסי' שנ"ו על דברי הסמ"ע בזה:

סימן שסג

(**ס"א או כחשה כחש** פי' כחש ממילא כמו שאר מילי דחשיב כאן וכן פי' בסמ"ע והוא דבר פשוט אלא דלרווחא דמלתא אביא כמה ראיות לזה חדא מדאמרינן בגמרא בהגוזל דף צ"ו א"ר פפא לא הזקינה ממש אלא אפילו כיחשה ופירש"י דלא הוי שינוי בכולה גופה והא אנן הזקינה תנן ומשני כחשה כגון הזקינה דלא הדרא בריא הרי לפנינו דמיירי בכחשה ממילא מדאמרינן אפי' כחשה דהא הזקינה הוא ממילא ואי כחשה מיירי בידים אין שייך בזה לשון אפילו אע"ג דהזקינה בזה שינוי יותר גדולמן גחשה מ"מ דלא גרעטפי כיון שעשאו בידים וגם המקשן לא פריך מידי והא אנן הזקינה תנן דכי תנן הזקינה הוא בנעשה ממילא ושינוי גדול ור' פפא מחדש דין אחר בעושה כחש בידים דחייב אפי' בלא שינוי גדול. וגם התרצן נקט כגון הזקינה משמע דבחד גוונא איירי מכל זה נראה פשוט דאפי' בכחשה ממילא חייב בכחש דלא הדר ועוד ראייה דהא עיקר הטעם בכחש דלא הדר דחייב הוא מטעם שינוי שזה עיקר הרבותא דרב פפא דאע"ג דלא הוי שנוי בכל גופה מקרי שינוי כדפירש"י שזכרנו וכ"כ התוס' פ' דו"ה דף מ"ה ד"ה השתא כו' ובפ' הנזקין דף נ"ג ד"ה גזלן כו' שהעיקר הטעם שחייב לשלם בזה כדמעיקרא מטעם שנקנית לגזלן בשינוי וא"כ ה"ה ממילא דזה פשוט דבכ"מ שאמרינן בשינוי אין חילוק בין ממילא לבידים כמו טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור בפ' מרובה וכיוצא בו בפ' הגוזל קמא וכן בכל הנך דמתניתא דקא חשיב כמו הזקינה או מטבע ונסדק ופירוש והרקיבו כולן באלו חייב לשלם כמעיקרא אע"ג דאין לדבר הניזק בעין דאל"כ בסיפא דמטבע ונפסל חייב ולא יוכל לומר הרי שלך לפניך אלא וודאי ברישא חייב אפילו בעין כיון שהיה היזק הניכר אע"פ שנעשה ממילא דמ"מ הוי עליו שום שנוי והיינו כהך כחש דנקט הש"ע כאן דחלאים שאין להם רפואה דהוא ממילא וחייב כיון דקנה בשינוי ע"כ ישלם הפחת

וכ"כ בנ"י בהגוזל דכחש דלא הדר קנה מטעם שינוי מדמה לה גמרא לטלה ונעשה איל עכ"ל הרי לפניך דאפי' ממילא חייב מ' שינוי כמו טלה ונעשה איל. ועוד ראייה דאם לפרש כאן דמיירי שכחשה בידים א"נ בסיפא בכחשה דחזר יהא פטור אפילו בידים קשה מזה על הטור בסי' ש"ז דכתב בשם הרא"ש בשואל בהמה ונולד בה מום בפשיעה וסופה להתרפאות דחייב דלא כחכמי צרפת האיך מתרץ מה דאיתא כאן בכחשה דהדר פטור אפי' בידים ודברי הטור שכתב כאן הם תלמוד ערוך וא"א לחלוק עליהם וזו וודאי קושי' עצומה אלא פשוט דכאן מיירי בממילא ומ"ה פטור וחייב בלא הדר ואין לטעות ולהוכיח דפטור בממילא בלא הדר ממ"ש הטור וש"ע בסי' ש"מ ס"ה בכחש הבשר ממילא וסופו לחזור פטור אבל אם נכחש מאילי' ומתה חייב לשלם כיון שאינה בעין חייב לשלם כשעת השאלה עכ"ל משמע דאם אינה מתה פטור מלשלם אע"ג דלא הדר הא וודאי טעות הוא חדא דא"כ קשיא על מה שכתב ברישא נכחש מאליו וסופו לחזור פטור משמע דאם אין סופה לחזור אע"ג דעדיין חי חייב ותו קשה דבפ' השואל איבעיא ככחשה בשרה מ' מלאכה מהו וכתב שם סנ"י מי אמרינן כיון שהשאילה להשתמש בה והחזירה לו פטור אע"פ שכחש בשרא א"ד זה נמי בכלל אונסין הוא ושואל חייב באונסין ופשטי' דפטור כיון שהוא מ' מלאכה א"כ אם נעשה כן שלא מ' מלאכה חייב לשלם הפחת אע"פ שמחזירה בעין א"כ הרי אנו רואין דיש חיוב אפי' במחזירה בחיי' ואין לומר דהתם מיירי דהכחישה בידי' דהא כתב נ"י א"ד זה בכלל אונסין הוא כו' הרי אתה צ"ל דאין כאן משום פשיעה בידים אלא ממילא נמי חייב ככל אונסין שחייב בהם השואל אלא דבר ברור דהטור לא בא לחלק שם ולומר דבלא הדר חייב דזה פשיטא אלא לרבוותא קמל"ן אפי' בכחש דהדר שם חייב כל שמתה אחר הכחש קודם רפואתה לא מהני מה שהיתה אפשר להתרפאות דלא מהני זה אלא אם מחזירה כך ולא בא לידי תשלומין אבל כאן שמחה קודם החזרה ובא לידי תשלומין בזה צרין לשלם גם הכחש אע"ג דהיה אפשר להתרפאות ודבר זה הוא ג"כ בגזלן וגנב כמ"ש בהדיא בסי' שס"ג דגם בכחשה דהדר דאם אין לפנינו משלם הכחש ע"ש וא"ל למה יהא השואל חייב בכחשא דלא הדר דממילא בשלמא בגנב וגזלן מש"ה חייב משום שינוי וזה אין שייך בשואל הא לא קשיא דהא שואל חייב באונסין וכל שיש כחישה דלא הדר אמרינן מה לי מתה כולה מה לי מתה פלגא דהכחש הוא תחילת מיתת' וכמ"ש התוס' במרובה דף סה בד"ה מה לי כו' וכ"כ הטעם בסמ"ע ע"כ חייב כאן משום אונסא שמיקרי היזק דהיינו בלא הדר דהתורה לא חייבה את השואל אלא בשבורה ומתה והיינו לא הדר דאז חייב אפי' ממילא אבל בהדרה לא מיקרי היזק ופטור בממילא וחייב בידים ועוד ראי' מפרק מרובה דף

ס"ה א"ר קרן כעין שגנב ומפרשינן לה לענין יוקרא וזולא וכתבו תוס' שם ב' פירושים ויש בהם נ"מ לענין כפל וד' וה' בכחש שנעשה ממילא אכל לענין קרן פשוט דבכחש ממילא משלם כדמעיקרא וא"ל דשם מיירי שאין הקרן לפנינו אלא טבחו ומכרו וא"כ זה דומה למ"ש בסמוך דכל שבא לידי תשלומין משלם הפחת בכל גווני אבל אם יש הקרן לפנינו מחזירו כמו שהוא אע"פ שהוא כחש דלא הדר הא ליתא דע"כ לא מהני לפטור מה שהוא לפנינו אלא בכחש דהדר או אפי' בלא הדר ואינו ניכר דיכול לומר הרי שלך לפניך אבל בכחש דלא הדר והוא ניכר דהוי כתחלת מיתת' שזכרנו ודאי אין חילוק אם ישנו פה אם אינו פה דרחמנא אמר אפי' בלא טביחה ומכירה גניבה מחיי' אחיי' לקרן כעין שגנב וכאן ליכא כמו שגנב דהרי נשתנה לכחש דלא הדר לעולם והוה כמתה ואע"ג דגבי פירות שהרקיבו מקצתן אמרינן בפרק הגוזל דאומר הרי שלך לפניך התם איכא טעמא אחרינא דכיון שעיקר הפירות הם בעין לא משגיחינן במקצתן כמ"ש הר"ן דאורחא בהכי ואין זה דומה כלל לכחשה דלא הדר בריא ולבל יטעה הרואה באשר"י במרובה דכתב כחשה דממילא כיוקרא וזולא דמי כו' וירצה לומר דתרוייהו שוין ממש דזה אינו דכבר יש כלל ממתני' דפ' הגוזל דף צו גזל מטבע ונסדק דמשלם כשעת הגזילה ובנפסל אמרי' דאומר לו הרי שלך לפניך וההבדל ביניהם דברישא הוה ההיזק ניכר וחייב לשלם אפי' אם לפנינו מ"מ חייב לשלם הפחת אבל בסיפא דאינו ניכר משלם דוקא אם אינם לפנינו אבל אם היא לפנינו אומר הש"ל וגזל חפץ בשעה שהיה יוקר והוזל הוי אינו ניכר ועל כלל זה אמרה תורה גניבה מחיי' לגלות שבכ"מ שיש שייכות תשלומין כ"א לפי עניינו דהיינו ביוקר וזולא וכחש דהדר ואין הגזילה לפנינו ממילא בא לידי תשלומין ובכחש דלא הדר אע"ג שהגזילה לפנינו הוה כלא בפנינו מ"מ בא לידי תשלומין בהנהו תשלומין אמרינן בכולהו גניבה מחיי' אחיי' לקרן כעין שגנב ומשלם כעין שגנב נמצא שלא השוה הרא"ש כחשה דממילא ליוקרא וזולא בתשלומי קרן אלא לענין זה דמשלם כמעיקרא אבל במציאות התשלומין עצמן אין כאן מקומן בעלמא בחילוק שבין היזק ניכר לאינו ניכר וכל א' לפי שייכות תשלומין שלו אמרי' בו שהתשלומין יהיה כשעת הגזילה וזה ברור גם ס"פ הניזקין דף נב מוכח כך דפריך שם רב פפא אחזקי' דס"ל היזק שאינה ניכר שמי' היזק ממתניתין דגזל מטבע ונפסל דאומר לו הש"ל לפי הנראה דעיקר הקושיא מכח דחזינן החילוק שבין נסדק לנפסל הוא מכח שיש חילוק בין ניכר לאינו ניכר ועז"ק לחזקי' דס"ל היזק שאינו ניכר שמי' היזק ושם קאי על ממילא דהרי מטבע ונפסל היא ממילא ואפ"ה פריך מיני' לחזקי' אלא דיש לן מקום עיון בתוס' שכתבו שם בקושיתם דהא בכחשה בידי' חייב ובכחשה ממילא או הרקיבו מקצתם פטור כיון שהם בעין

משמע מדבריהם דאפי' בכחש דלא הדר כתבו כן דפטור בכחש ממילא דאי דוקא הדר האיך מביאים ראיה מזה להקשות מזה על רב פפא דהא ר"פ מיירי שם בכחש דלא הדר דהיינו המדמע ומנסך דעלה קאי חזקיה וע"ז מקשה ר"פ ואנו כבר הוכחנו דגנב וגזלן ושואל בכולן חייב בכחשה דלא הדר אפי' בממילא וע"כ א"א לומר אלא דהתוס' מיירי מכחשה דהדר דשם יש חילוק בין כחשה דבידים לממילא דבממילא דפטור הוא פשיטא כדאיתא להדיא בהגוזל קמא והא דחייב בידים בכחשא דהדר הוא אינו פשוט כ"כ דהרי כתבו התוס' ר"פ הנחנקין על מה שמקשי' אלא מעתה הכחישה באבנים ה"נ דפטור ופי' שם התוס' בפרק השולח דף מב דיש מחלוקת בזה דיש רוצים לפטור השואל או שוכר ומזיק בידים כל שסופה להתרפאות דלא הוי אלא שבת ואין שבת בבהמה אבל בשם ר"ח כתבו דחייב אפי' בהדר כיון שהוא בידים מקרי נזק ומשמע דכאן עיקר מדכתבו דיעה הראשונה בשם יש רוצים משמע דאין האמת אתם ובפרט שבכ"מ קיל"ן דברי ר"ח הם דברי קבלה ותו דגם הכרעת הרא"ש משמע כן בפ' השואל וכן מסקנת פ' החובל בשם הגדולים ואע"ג דכשהביא הטור דיעות אלו בסי' ש"ז לא הכריע בפי' מ"מ כאן דעת המחמיר לחיובא באחרונה משמע שכן עיקר ולא כרמ"א שכתב שהסברא הראשונה עיקר וטעמו לפי שסתם הטור בסי' ש"מ דבנכחש ממילא פטור וכמ"ש כבר כתב שם הסמ"ע דאין משם ראיה כלל דאינו דומה עושה בידים לממילא אפי' בהדר וממה שזכרנו יש לי ראייה שכן עיקר כסברת ר"ח שחייב בידים ודברי התוס' בהנחנקין הם לפי דעת יש רוצים שזכרו התוס' פ' השולח וכבר דחו אותם שם וע"כ נפרש דבריהם בפ' הנזקין דהכי מקשי' למה אסיק ר"פ בתיובתא דברי חזקיה דלמא חזקיה ס"ל ג"כ כר' יוחנן בההיזק ניכר דשם חייב אפי' אם הוא ממילא אלא דבהיזק שאינו ניכר דשם יש חדא לטיבותא בזה יש לחלק בין בידים לממילא דדוקא בידים כההיא דמטמא ומדמע חייב אבל ממילא פטור וע"ז מביאים ראיה דהא גבי כחשא דהדר דיש ג"כ חדא לטיבותא אפי' בהיזק ניכר וע"כ מחלקינן שם בידים חייב וממילא פטור ודלמא לחזקי' ס"ל כן באינו ניכר אע"פ שהוא לא הדר מ"מ נחלק בין ידי' לממילא ומה מקשה ר"פ נמצא דקושיתם עולה כהוגן אלא דלא ירדתי לסוף דעתם בתירוץ שלהם דכתבו מדס"ל לחזקי' לחייב באינו ניכר משיוע דהוי כניכר והוי שינוי מי הגיד להם דבשביל זה הוי שינוי והלא חזינן אפי' לר' יוחנן בההיזק ניכר בכחשה דהדר דלא הוי שינוי דכל החוזר לברייתו לא מקרי שינוי כדאיתא בהגוזל ואפ"ה חייב בעשה כן בידים וע"כ הטעם דמ"מ מיקרי אדם המזיק ואמאי לא נימא כן באינו ניכר דג"כ לא הוי שינוי ואפ"ה חייב לחזקיה מטעם אדם המזיק וא"כ שפיר נחלק בין בידים ובין ממילא לחזקי' ואמאי אסיק ר"פ בתיובתא

אע"כ לומר דר"פ לא ס"ל כלל לחלק בין איני ניכר לחזקי' כיון דמסתמא אמרי' היזק שאינו ניכר שמיה היזק משמע בכל גווני הוי ממש כניכר וא"כ אין התחלה לקושייתם וזה צ"ע רב ואין בידי אלא ליישב בדרך זה דהתוס' מוכיחים מדאמר חזקי' יתור לשון דאמר היזק שאינו ניכר שמיה היזק וחייב אע"כ ללמדינו דהחיוב הוא בהיזק ניכר ממש דהתם החיוב משום שינוי וממילא אין חילוק בין בידים לממילא וה"ה באינה ניכר חייב אפי' בממילא וע"כ שפיר מקשה ר"פ כנלע"ד בהאי סוגיא על נכון ואין להקשות מדברי התו' פ' הנחנקין שהבאתי לעיל שכתבתי דמאי פריך אלא מעתה הכחישה באבנים ה"נ דלא מחייב והיינו בלא הדר א"כ משמע דממילא פטור אפי' בלא הדר זהו שיבוש דשם בגמ' קאמר על מ"ש לעיל מיניה דמכה נפש בהמה אינו חייב עד שיעשה בה חבורה ע"ז פריך שם דאטו אם יכחיש בהמת חבירו באבנים מי לא חייב דהרי פשיטא דחייב מכח אדם המזיק וא"כ אין לדייק משם כלל הא מאילי' פטור דאין לזה שייכות באותן קושיא כלל דהאיך יתחייב מטעם מכה בהמה בהוזק' מאילי' אבל בשואל וגנב וגזלן שייך שפיר מאילי' דחייב מצד שהוא באחריות שלי וזה [וז"ב] נאם דוד ה"ה הלויא (ס"ד) משלם כפועל בטור לא כ' כפועל ומשמע לכאורה דמשלם כאלו הוא בטל ממלאכה ואינו כן דהא גרמא בעלמא הוא וכן הקשה רש"ל אצ"ל דה"נ קאמר חייב לשלם שכרו כפועל כנ"ל:

(**ס"ה**) **אינה עשוי לשכר** ובזה לא מהני אף אם ירד בתורת אגרא כ"כ נ"י בשם הרמ"ה: (**ואם עשוי לשכר**) פי' דכיון דשקיל שלא ברשות בעלים ה"ל עכ"פ גזלן מ"ה הברירה ביד הבעלים אם לוקח ממנו כדין גזלן דהיינו הפחת או ליקח ממנו כאשר נתרצה הוא בשעת התקיפה אא"כ דנחית בהדיא בתורת גזל אז אינה אלא גזלן לחוד וכ"נ מדברי רבינו ורמב"ם שפי' דמיירי מי שלקחה שלא מדעת אבל רש"י פ' דמיירי שלקחה בע"כ: (**ואם שכרו כו**') כ"כ רבינו בשם הרמ"ה ואע"פ שנכנס בה בתורת גזלנות כיון דקיימא לאגרא השוכר מגזלן צריך ליתן השכירות לבעלים שעדיין לא קנה הגזלן קנין גמור אלא להתחייב באונסין נמצא כשנוטל הגזלן השכר מן השוכר ממנו הנגזל הוא ניטל ע"כ והקשה הב"י כיון דכל הגזלנין משלמים כשעת הגזילה מה לי עשה בה מלאכה הוא עצמו מה לי השכירה לאחר ואדרבה עדיף היא מהשכירות לאחר משום דאית ביה שינוי רשות דשכירות ליומא ממכר הוא ומו"ח ז"ל כתב דמדברי המרדכי ויש פרק הגוזל בתרא שהביא ב"י ר"ס שס"א משמע כדברי הרמ"ה דכל ממון שלא נקנה ביד מי שהוא הרי הוא ברשות בעלים ול"נ דלא מיירי כלל מהך מלתא דאינו מדבר שם אלא מהקרן עצמו דהוא ברשות בעלים אפי' בא ביד ג' או ד' מהגזלן חייבין להחזיר לבעלים כו' אבל לא

מיירי משבח של הגזילה והך אגרא דשקיל ליה הגזלן מהשוכר ה"ל ככל שאר אשר ישבח ושייך בו תקנת השבים ונ"ל סברת הרמ"ה כיון שבא לו לגזלן מעות ה"ל כגוזל גזילה אחרת בשעה שלוקח השכר כיון דבאמת הוי של בעלי' ומ"מ נראה דאם כבר שלם השוכר לגזלן א"צ לשלם שנית לבעלים דזה הוא בכלל תקנת השוק הנזכר בסי' שס"ט דמה לי לוקח מגזלן או שוכר ממנו ול"ד למ"ש בסי' זה ס"י דאף שנתן השכר לראובן צריך לחזור לתתו לשמעון דהתם מיירי במקרקע שאינה נגזלת כלל וכן מבואר בסי' שע"ג בנגזל שטורף הפירות מלוקח כ"ז שהם בקרקע אבל לא כשאכלן כבר:

[**ס"י**] דור בחצרי נראה דלא קי"ל כהך פיסקא כמ"ש בסי' ר"מ [רמ"ו] סי"ז:

[**סי"א**] **וסמנים שרוי'** דאי הי' הגזלן שורה אות' קנה אותם בשינוי ופשיטא שחייב על הסממני' לשלמם:

סימן שסד

(**ס"ו**) **ועל השאר נשבע היסת** ולא אמרי' כיון דה"ל מחויב שבועה וא"י לישבע כו' לגבי מה שמודה יועיל נמי לגבי השאר דהשאר הוי כמו תביעה אחרת ועמ"ש מזה בסי' ע"י ס"ל דלא כסמ"ע ע"ש:

סימן שסו

(**ס"ג**) **ולקחו אחד** כו' מ"ש הסמ"ע דאפי' מבנו גדול כו' לא ידעתי כוונתו כי בודאי אין חילוק בין בנו גדול לאחר דאי מודיע לו שהוא משאילו שלא ברשות בעליו אפי' אחר נמי שיישאיל שלא ברשות כן הדין ואי אמר בפניו שהוא שלו אפי' בבנו נמי ותו נלע"ד פשוט דגם באחר ששאל כלי מבעלים והשאילו לאחר שלא ברשות אין חייב באונסין אלא עד שיחזירנו למקום שנטלו דהיינו לרשות המשאילו דהא כ' רמ"א בסמוך גזלן שהחזיר אם צריך דעת בעלים דינו כמו בגנב ובגנב איתא בסי' שנ"ה דאם גנב שלא מדעת א"צ אח"ז בהשב' דעת בעלים והיינו ממש דין זה וא"כ כ"ש בבנו והיותר תימה לי דהא סיים הרמב"ם עצמו כאן בסוף סעיף זה דאם החזיר לבנו קטן דחייב לשלם משמע בבנו גדול פטור כיון שהחזיר לו וכ"כ סמ"ע עצמו שם וא"כ אין לדבריו הבנה במ"ש תחלה דנתחייב באונסין בלוקח מבנו גדול ברשותו דהיינו שאלה דאם נתכוין בזמן שישנו תחת ידו עדיין פשיטא דלא עדיף משאר שואל ע"כ נלע"ד שאין בדבריו מקום בזה אלא מיירי כאן בבנו קטן כדמסיק בסוף:

סימן שסח

מיד ליסטים ישראל פי' גזלן וכבר הארכתי בזה בסי' שס"א ס"ב וגם הי"מ שמביא רבינו כאן פרשתי לשם ולא כפי' ב"י כאן ע"ש גם כתבתי שם דהמציל דהכא מיירי בדרך פיוס מן הגזלן והוי שינוי רשות והוא מוכח דאל"כ האיך קונהו המציל מן הגזלן והא בהדיא כתב רבינו והמחבר בסי' שס"א ס"ס דאם בא אחר ונוטלו מן הגזלן שלא ברצונו כאלו נטלו מבית בעלים ואע"ג דכבר נתייאשו הבעלים חייב להחזירו כ"ז שהוא בעין ומו"ח ז"ל בסי' שס"ט דהך המציל כו' מיירי שנטל בע"כ של הגזלן ולא דק דא"כ אין שינוי רשות וחייב להחזירו לבעלים הראשונים כיון דיאוש כדי לא קנה:

(**או מוכס עכו"ם**) מה שהקשה סמ"ע מסי' שס"ט על דברי הרמב"ם שהם דברי המחבר ומוקי למ"ש בסי' שס"ט ס"ה שהנגזל רואה שהמוכס נתנו לאחר מ"ה מייאש מהכסות עצמו הוא דחוק מאוד דלא הוזכר בזה כלל שהנגזל רואה חילוף זה וקושיא מעיקרא אין כאן לפע"ד דמ"ש בסי' שס"ט ס"ה בנוטלן מוכס כסותו ודאי מיירי ממוכס ישראל ולא הוצרך לכאורה [לבארו] לפי שכבר הזכירו כמ"ש ר"ס שס"ח והא דכ' אח"כ בסי' שס"ט בד"א שהמוכס עכו"ם כו' לא נתכוין לומר שהדין שהקודם לו דהיינו נטלו מוכסים מיירי מהעכו"ם אלא אעיקרא דמילתא קאי במה שהזכיר בסעיף ד' שם שהמוכס הוא גזלן מסתמא ע"ז קאי דהיינו דוקא מוכס עכו"ם כו' או מוכס העומד ממילא ואפי' ישראל וזה מוכח מצד הלשון שכ' בד"א שהמוכס כליסטים (מזוין) (בזמן) כו' והיינו מה שהזכיר בסעיף ד' שמלאכת הליסטים היא מלאכת הגזלנים דאי קאי אסעיף שלפנינו לא היה לו לומר אלא בד"א במוכס עכו"ם אלא פשוט דאעיקרא דמילתא דמוכס הוא גזלן קאי אלא שהכניס בנתיים גם דין זה דמוכסין שנטלו כסותו ולעולם זה מיירי במוכסים ישראל ועומד מאליו וסמך בזה עמ"ש כבר כנלע"ד פשוט:

סימן שסט

(**ס"ב**) **יאוש עם שינוי רשות** משמע אפי' אם נודע הגזילה קודם שינוי רשות וכמ"ש סמ"ע ריש סי' שס"ח (שס"א):

(**ס"ג**) **אע"פ שרוב ממונו** כ' רש"ל דאין שייך כאן מטעם דכל קבוע כמחצה על מחצה דלא אמרינן כן אלא במקום שהאיסור ניכר במקומו כמ"ש התוס' והרא"ש פ' ג"ה ול"ד להיא דר"ס שנ"ח דאסור לקנות דבר שרובה בחזקה גנוב תירץ במ"מ דהתם איירי בדבר שהוא קונה בחזקת גנוב או רוב אותו דבר גנוב כגון דברים שאין דרך אדם למכור משלו מ"ה אזלי' בתר רובא אבל הכא מיירי שאותו דבר שהוא קונה אינו בחזקת גנוב

כלל אלא המוכר הוא הגזלן מ"ה אפי' המיעוט משלו שרי והקשה רש"ל ס ס מ"ש כמו שהולכין בדבר הנקנה אחר הרוב אותו הדבר אע"פ שהמוכר אינו בחזקת גנב וגזלן ה"נ ניזול בתר רובא גבי מוכר אע"פ שאותו דבר אינה בחזקת גניבה אלא נראה שצריך לפרש שהמיעוט משלו הוא ודאי והרוב הוא כבמוחזק ומ"ה עייף האי מיעוט עכ"ל ומלשון הרמב"ם שכ' כאן אע"פ שהרוב ממנו גזול משמע אפי' בידוע בודאי ונלע"ד דכאן ודאי מן הראוי ליזול לקולא כיון דהמיעוט הוא ברור לפנינו שיש לו משלו מעט והוי כאלו מוכח בפני עצמן וע"כ ה"ל קבוע משא"כ בסי' שנ"ח אין היתר ברור לפנינו אלא דרוב הוא גנוב ע"כ אזלינן בתר רובא:

(**ס"ה נטלו מוכסין כו'**) נ"ל שזה קאי דוקא אמוכס ישראל כדאמרינן בגמרא דסתם גזילה בישראל מייאש וכדאמרינן בסי' שס"ט לחלק בין ישראל לעכו"ס וכבר נתבאר העיקר בסי' שס"א והא דאמר בסעיף עאח"ז בד"א במוכס עכו"ם קאי אמ"ש בס"ד דסתם מוכס גזלן אלא שהכניס בנתיים דין מוכס שנוטל כסותו ועמ"ש בסי' ש"ח:

(**ס"ו**) **כגוזל מן הגזלן** נ"ל דאם א"א להנצל מלתת מותרות אא"כ ישמוט ממנו ואז לא יתן לו אפי' חק שלו דאינו חייב להמסיר מעותיו לגזלן והגזלן הוא דאפסיד אנפשיה אלא דמ"מ יראה שיבליע לו בחשבון במקום אחר באופן שיגיע לידו המכס המגיע לפי הדין.

(**ס"ז**) **בין שאינו בעל השדה** בסמ"ע פי' דמיירי עכ"פ שהוא מאותן שיש להם שדות בבקעה כו' ולענד"ן דהרמב"ם כאן מיירי שכבר עשה המלך כרוז שכל מי שהוא עובר בגורן יתחייב לשלם כל מה ששייך למלך בזה הוי שפיר דינא דמלכותא כיון שהלה ידע מזה ולא השגיח קבל עליו מדעת משא"כ כמ"ש הטור לחלק בין אריס והיינו שלא הודיעו המלך תחילה כלום אלא בשעת הגבי' גובה במי שימצא בגורן בשביל הכל בזה יש חילוק בין שותף לאריס. וכתב רש"ל דאסור לזה האריס לקבול אל המלך על אחרים דגורם להם הפסד ואפי' עבר ותבעם והוציא מהם חייב להחזיר להם דמזלא גרם שגבאו ממנו בגזילה מ"מ נ"ל אי עבר והציל ואמר לגבאי המלך שיגבה מא' מאנשי הבקעה ונפטר בזה א"כ א"צ לשלם ואף לא נדון אותו כל שנתכוין להתירה לא ליזיק אין עליו דין מסור וגם לענין תשלומין שהרי אומר באמת הראיתי שאתם חייבים מן הדין ונהי דשרי להפקיע ממון הלוחה של עכו"ם מ"מ לא הוציאו ממך שלא כדין וכמ"ש סי' ק"ח [כ"ח] לענין עד ישראל לעכו"ם עכ"ל:

(**ס"י**) **תהיה השדה לנותן מס כו'** הסמ"ע מוקי לה דוקא בימיהם כו' ואיני יודע מנין לו זה דהא הלישנא בגמרא לא משמע כן דאמרינן ארעא לכרגא משתעבד משמע כל הארץ אף שהיא של בעלים גם מצד הסברא הוא דכל הארץ של מלך הוא ורשות בידו

לקחתה ממי שאינו נותן המס ממנה. ותו דא"כ אדמפליגינן בגמרא ובסעיף ט' בין מס שעל השדות ובין מס שעל כל איש לפלוג בדידיה במס שדה גופי' בין אם השדה של מלך או לא וצ"ע:

(**סי"א הנושא אשה כו'**) מה שהקשה הסמ"ע מר"ס רמ"ח ותירץ ע"ז תמוה מאד הוא דלפ"ז אף אם יש מנהג מיוחד בין ישראל בעיר זו שנשא אשה ממה שיש במקום אחר כגון לענין מעות כתובה דיש חילוק בין מעות א"י לשאר מקומות כדאיתא בפ' ב' דייני גזירות לענין מעות קפוטקי' כו' לא היה לנו לילך אחר המקום שנשא כגון דבשעה שנשא לא נתכוין על שעת תשלומי כתובה ואנן תנן בהדיא שם נשא אשה בקפוטקיא נותן לה ממעות קפוטקיא כו'. ותו תמוה מה שפי' טעם דר"ס רמ"ח מחמת דנפרש מ"ש ואחריו לפלוני כפשוטו ואפי' אם הראשון ראוי ליורשו והוא בגמ' פ' יש נוחלין דף קל"ג אמרינן א"ל רבא לר"ל והא אפסקינן דעל תנאי ששירש השני הורשה לראשון ומשני סבר יש לה הפסק ורחמנא אמר אין לו הפסק והוי מתנה על מ"ש בתורה והתנאי בטל אלמא דבכ"מ שאמר ואחריו דעתו לפסוק אלא שאין מועיל לו א"כ מאי אהני כאן במצוה זה שהיה במקום שדנין בדיני עכו"ם כל אותו הקהל (נ' דצ"ל אלא שדברי הריב"ש בע"א) כמו שהעתקתי שם סי' רמ"ח מ"ה לא הוציא גם דין זה מהם וכמדומה שבעל הסמ"ע לא עיין בזה ונק"מ מתשובת הרשב"א שמביא ב"י ס"ס כ"ו שמשם מקור הגה של רמ"א בכאן דהתם קאמר שיש באמת להרחיק מדיני עכו"ם וג"כ א"ל שידונו ישראל בזה בד"ג כי אין זה מיקרי דינא דמלכותא וכבר כתבתי שם מה שיש לתמוה על רמ"א בהעתקתו לריב"ש שם:

סימן שע

(**ס"ג**) **יש מי שאומר כו'** בסימן לד בארתי בס"ד והנפקותא שיש בין רמב"ם לרבינו ולפי אותן הדברים אין משמעות המחלוקת כמ"ש כאן המחבר וחלקו אלא לדיעה הא' שהיא דעת הרמב"ם דאינו נעשה פסול לעדות אלא שיאכל דווקא מאבק גזל כמ"ש שם:

סימן שעא

(**ס"ד**) **אנס המלך את הגזלן** א"ל דלא אנס אלא הגזלן בהא לחוד דקשה פשיטא דחייב הגזלן דהא אפי' לא אמרו לגזלן ולא מידי אלא סתמא לקחו ממנו חייב כיון דלא לקחו במקום אחר אלא בשלו כמ"ש ברישא אע"כ מיירי שאנסו וגזלו גם בשדות אחרות אצל אחרים וכשהגיע לגזלן אנסוהו להראות שדותיו והראה גם את זאת חייב אע"ג דמכת

מדינה היא וכ"כ רש"ל דבזה מירי אפי' במכת דדינה וא"ל הא אמרינן בגמרא ללישנא בתרא דאמרי ליה אחוי ארעתיך ואחוי נמי הא בהדייהו דמשמע דללישנא קמא לא אנסוהו אלא בהא לחוד והדרא קושיא לדוכתא אלא צ"ל דלא גרסינן לישנא אחרינא אלא כולא חד לישנא הוא וכ"מ מדברי התו':

(**שם**) בטור כתב בשם תשובת הרא"ש כפי שישבע שמעון כו' והקשה ב"י הא הוי חשוד שגזל כרם ונ"ל דכיון דכ"ז שלא עבדו לא עבר על לא תגזול כמ"ש בסמוך ועיקר הגזילה משום אכילת פירות ובזה י"ל דמירי שלקחה שלא בפניו והורה היתר לעצמו דכיון שהוציא הוצאה משלו על עבודת הכרם לא יקפיד עלי אם אוכל הכירות ולא נחשב לגזילה וכמו שמצינו לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו לחד תירוץ בתו' פ"ק דב"מ:

סימן שעג

(**ס"א**) **וי"ל דאם קיבל כו'** בגמרא מבואר פ"ק דב"מ דף ט"ו אליבא דשמואל בלוקח מגזלן ואינו יודע שהוא גזלן מחלקינן כן דאם קנו מידו של גזלן בשעת המקח שישלם השבח הזה ללוקח אז לא מיחזי כריבית מה שיטול אח"כ השבח מגזלן כיון דנתחייב כן קודם שעת הנתינת המעות ועוד מחלקינן אם יש לו קרקע לגזלן שיתן ללוקח בעד השבח לא מיחזי כריבית ופרכינן על הני תרי חלוקים וכי מותר ללות סאה בסאה היכי דקנו מיניה או יש לו קרקע ומשנינן התם הלואה הכא זביני ומ"ה מותר בהנך תרי וכ"ז אליבא דשמואל דס"ל לוקח מגזלן ולא הכיר שזה גזילה אין ללוקח שבח אבל אנן קיל"ן כרבא דפסק התם בכ"מ יש לו שבח בלא הכיר ס"ל להרמ"ה דלרבא מהני בהכיר בה שאינו שלו אם קנו מידו או יש לו קרקע כמו דמהני לשמואל בלא הכיר מהני לדידן כן בהכיר ורבינו מביא בשם הרא"ש דלא מהני בהכיר וז"ל כיון שידע שגזולה היא אין כאן זביני אפי' ליומא ולא נתכווין כלל משום מכר עכ"ל ואם כן להרא"ש אין נפקותא לחילוקא דקנו מידו או נותן לו קרקע דבלא הכיר א"צ לזה דהוי זביני מעליא ובהכיר לא מהני קנו מידו או קרקע כ"ז פשיטא אלא דהסמ"ע לא דק כאן בתרתי חדא דכתב הרא"ש מודה בשיש לו קרקע וחולק בקנו מידו וזה אינו דבגמ' פשוט דקנו מידו וקרקע שווין ותרווייהו מועילין דלא להוי כריבית אליבא דשמואל ותו דודאי להרא"ש לא מהני קרקע כיון דהלואה גמזרה הוא ודאי יש להקשות וכי מותר ללות סאה בסאה במקום שיש לו קרקע כמו שמקשה בגמ' דהכא להרא"ש אין שייך תירוצים דבגמ' לענין לא הכיר כלל חילוק שיש לו קרקע ורמ"א שהביא בדיעה קמייתא דמהני קבלה בפי' ה"ה יש לו קרקע

כמ"שרבינו בהדיא ולא חש להאריך כיון דיש חולקין דהוא הרא"ש וכוותיה קי"ל וכנ"ל פשוט וע' בחיבורי על י"ד ס"ס קע"ב מ"ש מענין אחריות ט"ס באותו הדין:

סימן שעה

(**ס"ח**) **וכן זה שנוטל השבח** דברי הסמ"ע דחוקים בזה ונ"ל דהדברים כפשוטן דכשיש שבח ידו על העליונה אין מחשבין הוצאה כל עיקר אלא מחשבין כמה שוה הקרקע עכשיו טפי אחר השבח באיזו שיעור נוטל מה שמגיע לו ובזה כ' בסיפא דאין צריך שבועה וברישא לא מיירי אלא בהוצאה יתירה כו' דאז ישבע כמה הוציא ויטול ובסי' ק"ב (ק"ג) ס"ט כתבתי יותר מזה:

סימן שעה

(**ס"ב**) **ברוח שאינה מצויה** במ"ש הסמ"ע לישב דברי רבינו הטור תמוה לי מנין לרבינו זה דיהא נחית חד דרגא דהא לענין נזק שוה אדם וכלים. ונלע"ד דלא מחייב רבינו בסי' תנ"א אלא באין לו מעקה כמ"ש שם דלא היה לו לעלות בגג שאין לו מעקה שיכול ליפול ברוח שאינה מצויה אבל הכא מיירי שיש לו מעקה אלא שנפל באונס למעלה מן המעקה שבאה רוח סערה כל כך הגביהו וזרקו אין לך אונס גדול מזה כנ"ל ובהא ניחא מ"ש אח"כ בשם הראב"ד לפטור טפי מרוח שאינה מצוי' כנ"ל ופירושו אותו רוח שאינה מצויה:

(**ס"ז**) **שניהם ברשות** פי' רבינו ע"פ דברי התוספת שניהם נכנסין לחצר בע"ה ברשות או שלא ברשות היזק דאתי בידים אפי' בלא מתכוין חייבים דה"ל לאסיק אדעתא דלמא כמו שנתן לו הבעל רשות כך נתן גם לאדם אחר רשות או כמו שהוא נכנס שלא ברשות כך נכנס אחר ג"כ שלא ברשות לפיכך חייבים ומ"מ בהיזק דממילא פטורים כ"ז שלא נתכוין אף שהיה לו ג"כ לחוש דלמא הבעל נתן גם לאדם אחר רשות ס"ס אשתכח דלאו הכי הוא אבל אותו שלא ברשות חייב אם הזיקו בידים לזה הנכנס ברשות אף בלא מתכוין דה"ל לאסוקי אדעתא דלמא גם אחר נכנס שלא ברשות קל וחומר דאשתכח שנכנס ברשות ואפילו בהיזיקא דממילא פטור ע"כ שיטת התוספת עם ביאור מדברי רש"ל וכתב עוד רש"ל וז"ל והא דשניהם ברשות או שלא ברשות הזיקו זא"ז בידי' אפי' בלא מתכוין חייבים דוקא בבני אדם שהזיקו זא"ז אבל אם נכנס א' ברשות והב' הכניס ממנו ברשות או שניהם שלא ברשות והזיקו א' ממון לחבירו שלא במתכוין פטור וכ"כ הרמב"ם והרחב"ד השיג עליו מהאי סוגיא הזיקו זה את זה אפי' שלא במתכוין חייב

ונראה לי דאיכא השגה דיש לחלק בין לאדם ממון לא כמ"מ דמיישב דברי הרמב"ם בענין אחר כו' עכ"ל:

סימן שפ

(**ס"ב**) **ה"ז חייב** נ"ל אפילו א"ל בפירוש ואני אשלם בעדך אפ"ה פטור זה שמקבל עליו לשלם שאין שליח לדבר עבירה וכן ראיתי טעם זה בדברי רש"ל:

(**ס"ד**) **וי"א דוקא** אין לשון זה מכוין דדברים אלו הם של המ"מ שפי' כן לדברי הרמב"ם שכתב מ"ש המחבר דהמשוי הוא הרודף וקיצר רמ"א כאן דהיה לו לכתוב דמיירי שידוע שאותו הכניס המשוי שלו באחרונה נמצא שהוא הרודף שכן הוא כוונת המ"מ וכן העתיק רש"ל בזה דאל"כ לא נודע מי יקרא רודף בזה זהו לפי דעת הרב המגיד אבל תמה אני למה לא נפרש דברי הרמב"ם כפשטן דודאי הרמב"ם ג"כ ס"ל דכולהו חייבים לשלם זה ההיזק וכההוא דנחשול שטבע' בים אלא דכאן קמ"ל הרמב"ם דלא נחייב את המשליך אלא אנו אומרים שמצוה עשה דכל המשוי של הספינה יש עליה שם רודף ומה שהשליך משל א' הוי כמשליך קצת מכל אחד ובין כולם השלימו לפי המשוי כנ"ל:

(**אבל**) אם אינה דאז אין על אחד מהם שם רודף והגל שבא עליהם הוא מזל דכולהו:

(**המשליכו חייב לשלם**) ואע"ג דאונס נפשות הוא מ"מ אסור להציל עצמו בממון חבירו כיון דאין בעל החמור רודף הוא במה שהכניס החמור כיון שדרך הוא כן אלא דמזלייהו גרם שנשתנה בקפיצה ולאו דוקא קאמר רמ"א שהמשליכו חייב לבד אלא מחשבין לפי הנפשות דהא מצילם הוא ובזה מתורץ קושית הב"י:

(**דאז החמור מיקרי רודף**) תמוה הוא זה דאם יקרא לחמור רודף ברישא נמי אלא דהחילוק הוא ברישא לא קרוי בעל החמור רודף וקפיצת החמור אונס משא"כ בסיפא קרוי בעל החמור רודף דאיבעיא ליה לאסוקי אדעתיה שיקפוץ החמור כיון שאין דרך להכניס החמור לשם ודאי הוא מטעם זה.

סימן שפב

(**ס"א**) **הואיל ועומד לכך** דאל"כ לא שבקת חיי לכל אדם שכל א' יזיק חבירו ויאמר ברשותך עשיתי:

(**כמיגו במקום החזקה**) אף ע"ג דבסי' מ' ס"ח פסקינן דאמרי' מגו במקום חזקה מ"מ חזקה דהכא היא אלימתא והוי כמו אנן סהדי דידוע הוא שאין אדם מרשה לקצץ נטיעותיו וכ"כ במרדכי בשם ראבי' וכ"כ נ"י לדיעה קמייתא אלא שאחר כך במרדכי

שם משמע דאמרי' כאן מגו ומוקי להך שיש עדים דהאילן שלו והוא קצצו דאל"כ נאמן במיגו לא קצצתי עכ"ל וצ"ע אם יש להוציא ממון יגד זה:
(**אבל נאמן לומר וכו'**) מה שהקשה סמ"ע ומתרץ בזה קשה על תירוצם דאמאי מהני ליה מגו כיון דאנן סהדי דמשקר כמו שכתבתי בסמוך ונלפענ"ד שיש כאן ט"ס וצ"ל אבל נאמן לומר במגו דלא הזקתי דלא היה שלך מעולם אלא שלי היא ורצה לומר אפילו ידוע בעדים שזה האילן של אבותיו מעולם מ"מ יכול לומר קניתיו ממך ודידי הזקתי מגו דאי בעי היה אומר לא הזקתי כלל כן נראה לפי עניות דעתי להגיה:
אין מנדין אותו וכתב בסמ"ק בהלכות שחיטה מ"מ לא טוב עושה הוא וצריך לפייסו:

סימן שפד

מעשה בראובן שביקש משמעון שימכור לו חפץ א' ומיאן שמעון והניח ראובן המעות לפני שמעון וזרק שמעון המעות ונאבדו פסקנו דשמעון פטור וראיה מפרק קמא דקידושין דף י"ג אם איתא דלא ניחא לה לישדינהו משמע אי שדתינהו פטורה ותו ראיה מפ' הפרה מביאו רבינו בסי' שע"ח דנהי דיש לך רשות להוציאו אין לך רשות להזיקו משמע דאם הוזק ע"י אפוקי פטור:

סימן שפה

(**ס"ב הבעל אוכל פירות כו'**). בסמ"ע הקשה מסימן תכ"ז ותירץ מה שתירץ ותמהתי שאין כאן קושיא כלל דדא ודא אחת היא וכיון דיתנו לו ב"ד כתוב וחתום שמהיום הגוף של נכסים הוא של הנמסר ויקחם [הרי הם] שלו ומה לי שממכור היא או הוא וזה פשוט לענ"ד דהא אלו לא תוכל למכור היא כגון שלא תמצא קונה צריך הוא ליקח איתו הזכות לעצמו כנ"ל פשוט:
נזק בא עליו בנ"י פ' השותפין מביא ירושל' אם יכנס אמת המים [ראה אמת המים שוטפת ובאה לתוך שדהו עד שלא נכנסו המים לתוך שדהו רשאי לפנותן למקום אחר כלי' חע"פ שנכנסין] לשדה חבירו אבל אם נכנסו המים לשדהו אינו רשאי לפנותו למקום אחר אלמא כל שמוטל הנזק עליו לאו כל כמיניה להטילו על חבירו עכ"ל:
(**אבל לא אונס ממון**) נ"ל אם לא הזכיר לו האנס שיתן ממון עצמו אלא אם רוצה להכותו שיראה ממון חבירו והוא מרגיש שיכול לפטור עצמו בממון שלו גם זה מיקרי אונס מחמת מכות כיון שלא אמר האנס בפי' שיתן לו ממון שלו:

(**ס"ג**) **אנסו המלך כו'** ברמב"ם כתוב בל' זה אנסו המלך למסור זה עד שיראה לו אוצרות יין או שמן או עד שיראה לו ממון חבירו ודקדק רש"ל מדלא זכר אצל יין או שמן של פלוני ש"מ דדוקא באנסוהו להראות ממון והראה ממונו של חבירו הוא דחייב דה"ל להראות ממון שלו ואם כן ה"ל כמציל עצמו בממונו של חבירו אבל אנסוהו להראות אוצרות יין ושמן אפי' הראה אוצרותיו של פ' פטור וא"צ לפייסו בממון שלו מאחר שלא אנסוה ממון עכ"ל משמע דגם בממון שאם א"ל ממון של עצמו פטור כשמראה ממון של פ' אף שיש לו שוה כסף שא"צ לסלקו בזה וכמו שסיים אחר כך לעיין יין ושמן וכמ"ש הסמ"ע אס רוצה האנס שיראה את גוף חבירו לתופסו כו' ונלע"ד דלא מצינו שום היתר להראות על גוף חבירו אע"פ שחבירו יוכל לסלקו בממון מ"מ כיון דרוצה להכותו עד שיתן ממון אמרינן מאי חזית דדמא דידך סומק טפי מדחברך דלא אשכחן היתירא באונס אלא להראות ממון חבירו אבל אם הזכיר לו שיראה הגוף של חבירו אע"פ שיוכל לסלק בממון הא גם הוא יכול לסלקו בממון עצמו וע"כ אין להראות על גוף חבירו כנלע"ד:

(**הרי זה פטור**) כתב הסמ"ע ש"מ לכתחלה [לא יראהו] ותמהני עליו שהרי סיים הרמב"ם שאם לא יראהו יכהו או ימיתהו וזה פשוט דאפילו לכתחלה יעשה כדי להנצל מסכנת מיתה וכ"ת שיתן ממון שלו וינצל מסכנה א"כ קשה מאי אהני בטעם שכתב שאם לא יראהו כו' אלא פשוט שאין על ממון שלו שום חיוב ממון כיון שלא הזכירו המאנס ועוד דאי' בפ' לא יחפור דף כ"ב בגמ' דנזיקין דפטור א"ר טובי' בר מתנה זאת אומרת גרמא בנזיקין אסור והא קמן דבלא שום אונס ה"א דמותר לכתחלה עד שהוצרך רב מתנ' להשמיענו בפירוש דמ"מ אסור לכתחלה אם כן כאן דאונס הוא ודאי מודה דאפילו לכתחלה כנלע"ד.

סימן שפט

(**ס"י בהגה**) **וצ"ע דמקרא זה בשן ורגל כו'** נראה ליישב דבאמת הוא דזה קאי אנזקי שן ורגל כדאיתא ריש ב"ק אלא דהוצרך לזה אף בקרן ואתה מוכרח לכך דאיתא בפ' כיצד הרגל דף כו ולא תהא קרן ברשות הרבים חייב מק"ו ומה שן ורגל דברשות הניזק נזק שלם בר"ה פטורה קרן שברשות הניזק ח"נ אינו דין שברשות הרבים פטורה א"ר יוחנן א"ק יחצון אין חצי נזק חלוק לא בר"ה ולא ברה"י ואם כן תקשי לך גם ברשות המזיק יהיה חייב מקרא דיחצון הא אין חילוק בחצי נזק וע"כ צ"ל דודאי ברשות המזיק הוה הק"ו במקומו דמה שן ורגל כו' ומוקמינן קרא דיחצון כו' על מסתבר דהיינו ר"ה

אבל לא על רשות המזיק דיש סברא לפטור מטעם אילו לא נכנסת כו' ועיקר פטור דשן ורגל ברשות המזיק הוא מטעם דכתב ושלח וביער בשדה אחר דוקא שדה אחר הולכת להזיק וע"כ נקיט הרמב"ם האי מלתא גבי פטור דקרן בר"ה כיון דלא אתי אלא מק"ו דשן ורגל ושן ורגל הוא מדכתיב ושילח את בעירה וגו' כנ"ל:

(**כגון פועלים הנכנסים כו'**) בפ' המניח פליגי ת"ק ואחרים בזה ת"ק ס"ל פועלים שנכנסו לתבוע שכרן מב"ה ונשכן כלבו דפטור בע"ה ואחרים ס"ל דרשאין פועלים [לתבוע שכרן] מבע"ה וע"כ בעל הבית חייב ומוקמינן פלוגתייהו בזה דאי שכיח בע"ה בשוק כ"ע ס"ל דלית להו רשות לכנוס לבית בעה"ב שלא ברשותו ואי לא שכיח כ"ע ס"ל דחייב דהא צריכים לילך לתבוע שכרן כי פליגי בשכיח לפעמים ובאו פועלים וקרו אבבא על הב"ה ואומר בע"ה אין ת"ק א"ל אין קום אדונתך משמע ואחרים ס"ל אין קום עול משמע וכתב הרא"ש מדלא הביא הרי"ף ברייתא זו ש"מ דס"ל דעכשיו אין הדין כן אלא כיון שאין דרך הב"ה להיות לו מעות בשוק ודרך הפועלים ליכנס לביתו של בע"ה כ"ע ס"ל דחייב בע"ה בניזקין ע"כ ומיום עמדי על דעתי הקלושה תמהתי על בנין זה של הרא"ש לסתור ברייתא מפורשת בתלמוד ולשנות הדין וזה משענת קנה רצוץ שאין בו כח לסתור דברים מפורשים בתלמוד מדלא הביאה הרי"ף. וצ"ל אדרבה מזה ראיה דפטור הבע"ה לכ"ע אפי' אמר אין כל כמה דלא אמר בפי' שיבא לשם דהא לא פליגי אלא בפועלים דהיינו דת"ק אינו מוציא פועלים מכלל שאר אדם דמסתבר שהוא חייב אלא דאחרים סבירא ליה דפועלים יצאו מכלל שאר אדם ואם כן כיון שלא הביא הרי"ף דין דפועלים משמע דהם בכלל שאר אדם דפטור בע"ה בכל גווני כל שאינו נותן לו רשות בפירוש ליכנס שם. שוב ראיתי לרש"ל בפרק המניח שסרבה לתמוה גם כן על הרא"ש שפסק נגד דין התלמוד בפרט להוציא ממון ועל שהשמיט הרי"ף הברייתא האריך לתרץ בענין אחר ונראה לי דיש לפסוק הלכה למעשה כדברי דש"ל דפטור בעל הבית אפי' בפועלים אבל לא מטעמיה במה שתירץ על השמטה של הרי"ף כי התירוץ שכתבתי הוא ברור ופשוט לפי עניות דעתי ואין צריך לפנים:

(**סעיף י"א**) **והרי היא מיוחדת כו'**. פי' ששניהן יכולים כו' והכלל כיון שלענין הכנסת הבהמה עביד והנחת הפירות של הניזק היא שלא ברשות פטור המזיק כל שהזיקה הבהמה כי אורחה אבל בנגיחה בקרן או נגיפה בגופה שזה הוא דרך שינוי הוי הדין כמו בקרן דחייב ח"נ אפילו ברשות הרבים:

(**סי"ד**) **אם היא של א'** פי' שבעל הפירות יוכל להכניס שם פירות שלו ואז אין רשות לבעל השורים להכניס שם שורו דיאכל הפירות וכשאין שם פירות יוכל בעל השורים

להכניס שם שורו ואז אין רשות לבעל הפירות להכניס שם שורו ומ"ה אמר אם הזיק בעל השור את הפירות דהיינו בשן ורגל חייב דה"ל לגבי פירות חצר הניזק אבל אם הזיק בקרן ר"ל שבעל הפירות הכניס שם ג"כ את שורו פטור דהא שלא ברשות הכניס שם בעל הפירות את שורו כן הוא הפי' בנ"י ונ"ל דאם הזיקו לשור של בעל הפירות בשן דהיינו דרך הנאתו כגון שנתחכך בו להנאתו והפילו דכל מידי דדרך הנאה קרוי תולדה דשן או דרך הלוכו דהיינו תולדה דרגל ה"נ דפטור בעל השוורים דהא לגבי שור ה"ל חצר המזיק ולא נקט קרן אלא דדרך קלקול השורים זה בזה היא דרך נגיחה שהיא תולדה דקרן ואם הזיקה בהמה של בעל הפירות לבהמתו של בעל השורים חייב דהא חצר הניזק היא לענין שורים אבל אם הזיקה בהמ' של בעל הפירות לפירות שהניח שם בעל השורים אף ע"פ שהמזיק הכניס בהמתו שלא ברשות מ"מ כיון שהדבר הניזק דהיינו הפירות הם ג"כ שלא ברשות קרוי לזה חצר המזיק דהניזק שבא להוציא צריך שיהיה הדבר הניזק שם ברשות:

(**סעיף ט"ו**) **או עץ ארוך** כתב בסמ"ע בעץ ארוך חייב נזק שלם כו' והאמת כן הוא לדעת ר"י בר שמואל שמביא הרא"ש בריש בבא קמא דחייב בזה ע"כ סבירא ליה דחייב כאלו עומדת ברשות הניזק עצמו ודרסה על דף ושיברה בו כלי דשם פשיטא דמשלמת נזק שלם:

סימן שצ

(**ס"ב**) **וי"א דבכל ספק דין כו'**. מה שתירץ בסמ"ע דקנס שאני הוא תמוה מאד חדא מנין לטור לחלק בזה ואדרבה נראה שאין חילוק כיון דתפוס וחייב קנס מדין תורה א"כ למה לא יזכה מכח ממ"נ מדין תורה. ותו דלפי דבריו אין דין זה מקושר שם דעת הרא"ש וסידור דברי הטור לא משמע כן אלא שייך דוקא לדעת הרא"ש ונ"ל דהא תליא בספק דינא אי מהני תפיסה דהרמ"ה ס"ל דתפיסה מועיל לספיקא דדינא וכן מוכרח בסימן רמ"ב ס"ס ג' להרמ"ה דמהני תפיסה בספק דין וכרמב"ם ומ"ה לא כליא זכותא דהלוקח שם דהא אף בספק הראשון יש לו כח לתפוס המוכר ע"כ האידנא שנולד ספק שני אתא עליה מכח ממ"נ ואפי' לא תפיס מהני שיתן לו אחד מהם אבל כאן דקיימינן לדעת ר"י והרא"ש דבספק דין לא מהני תפיסה מ"ה אחר שנולד הספק הא' לא היה שום אפשרות ביד הניזק להשתלם מן המזיק כמו שהוא חפץ ע"כ נתבטל אותו החיוב כאלו לא היה וכי נולד אח"כ הספק הב' הוי כאלו הוא לבדו ולא קדמו ספק אחר וע"כ סמך הטור דבר

זה לדעת הרא"ש ודבר זה הוא דומה למאי דאמרינן בפ' החולץ דף ל"ז בספק ויבם דקם דינא ולא מהני שם ממ"נ כנ"ל נכון:

(**ס"ה ונתגלגל למקום אמר כו'**). דבתר מעיקרא אזלינן ולא ה"ל צרורות אלא גופו וכתב הרא"ש פ' כיצד הרגל דהתיז' ברה"ר והזיקה ברה"י חייבת דאזלי' בתר סוף ואף על גבי דגבי דרסה על כלי ונפל למקום אחר ונשבר אסיקנא לעיל דבתר מעיקרא אזלינן הכא לא אזלינן אלא אחר המקום שנעשה הנזק דגלי קרא ברגל וביער בשדה אחר והביער היה בחצר הניזק עכ"ל וכתב רש"ל וז"ל א"כ דעתו דוקא כשהכל ברשות אז הולכין בתר מעיקרא שהוא ג"כ מקום הניזק וחייב לאפוקי בר"ה לא וא"כ נ"ל צרורות היכי משכחת לה אליביה מאחר שהכל ברשות נימא ניזול בתר מעיקרא ולא יהיה צרורות כמו דרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר אע"כ חילוקא רבה אית ביניהם דלא אמרינן בהו ניזיל בתר מעיקרא אלא כגון שדרסה על הכלי או שזרק כלי מראש הגג שעשה מעיקרא מעשה בגוף הכלי הניזק והיה ראוי לישבר כדמסיק רבה מנא תבירא תבר אבל גבי צרורות לא שייך לומר זיל בתר מעיקרא דבשעת התזה לא היה עדיין ראויה להזיק עד שיגיע למקום אחר לכן אפי' דרסה על הכלי בר"ה והתיזה לרה"י ונשבר פטורה דבתר מעיקרא אזלינן דבתחלת דריסה היה ראויה לשבר משא"כ לפי' הרא"ש שגם בכה"ג חייב עכ"ל ולענ"ד דלא כן הדרך בפי' דברי הרא"ש דדרסה על הכלי בר"ה והתיזה ברה"י דחייב אלא פשיטא דפטור גם לדעת הרא"ש דכיון דאילו נשברה שם היה פטור לא גרע בזה שנשברה ברה"י כיון שהכלי מונח שלא ברשות דבר"ה לא חייבה התורה גבי רגל וזהו עצמו הוא החילוק שחילק הרא"ש בין התיזה בר"ה כו' לנתגלגל ונשבר דבהתיזה בר"ה חייב כיון שהכלי הנשבר הוא מונח ברה"י ברשות ובזה חייבה התורה כיון שהביער בחצר הניזק משא"כ בדרס' בחצר הניזק על הכלי ונתגלגל למקום אחר בחצר הניזק דשם גם במקום הדריסה הוי חצר הניזק בזה אזלינן בתר מעיקרא ומשלם נזק שלם אבל בדרסה על הכלי בר"ה והתיזה לרה"י פטור כיון דהוי הכלי במקום הפקר לגבי ההיזק וכו' ומ"ש רש"ל בזה יש לכוין גם בדעת הרא"ש כן וכ"מ גם בדברי התוס' פ' כיצד הרגל דף יז ד"ה זרק כלי כו' וז"ל וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עכ"ל ואף על גב דאיתא לקמן סי' שצ"א ס"ז בנוטלת בר"ה ואוכלה ברה"י דחייב שאני התם דהא טלטלה לרה"י והוה כלקחה ברה"י וכמ"ש שם משא"כ כאן שניתז לרה"י:

(**בסס"ב**). על זה כ' הטור ולא נהירא דהאיך יתחייב כו' כ' ב"י דרבינו לא דק ואני אומר דיפה הקשה רבינו דהא ברייתא דקתני בין מלמעלה למטה פטורין ע"כ היינו באיפוכא מיפך כדמשני ר"פ וא"כ הוי חד צד כי אורחיה דהיינו במה שהוא מלמעלה למטה ולחד

צד שינוי במה שהוא בהיפך א"כ קשה על הרמב"ם למה כתב חייב נ"ש במלמט' למעלה ולא אפיך דהוה חד בשינוי דהיינו במה שהוא מלמטה למעלה והכי קאמר רבינו דלמה יתחייב בשינוי בחד צד דהיינו במה שהיא ממטה למעלה טפי מאורחא דהיינו מלמעלה למטה דיש שינוי גם כן בחד צד במה דאפכי וצריך לומר דהרמב"ם לא גרס בגמרא מלמעלה למטה פטורין:

סימן שצא

(**ס"א**) **דושלח את בעירה** בסמ"ע כתב להגיה וביער ואח"כ דחק בפי' מ"ש כאן נמי בבהמה שאוכלת כו' וכ"ז גרם לו דאישתמיטתיה סוגיא קמא דב"ק דאמרינן שם בהדיא דמושלח משמע שן ומשמע רגל דכתיב משלחי רגל השור ומשמע ישן דכתיב ושן בהמות אשלח בם ולא אצטריך וביער אלא ללמוד בשן ורגל היכי דאזלי ממילא בלא שליחות ואע"ג דבבריתא תני וביער זה השן ע"כ צ"ל לפי המסקנא דכיון דעכ"פ צריך למכתב בקרא וביער ללמוד על השן ורגל דחייב אפי' בלא שליחות ניחא ליה למידרש עיקר קרא דוביער על השן כן אתה מוכרח לו בגמ' ואמרינן תו התם דושלח משמע אף ע"פ שאינו מופסד לגמרי אבל וביער משמע דמבערו לגמרי ולא אמרינן כיון דשן מרומז ג"כ בל' וביער ס"ד דאינו חייב על שן אלא עד שיהיה מופסד לגמרי קמ"ל דלא כן אלא דילפי' מן ושלח וזה בעצמו כוונת הטור וש"ע דלא רצו למינקט קייא דוביער לחיובא דשן משום דבעי לאסוקי עליה דאפילו לא כלתה אותם לגמרי חייב והיינו מושלח ע"כ הוצרך להקדים דקרא דושלח קאי נמי אבהמה שאוכלת כנ"ל נכון ואמת גם לא כמ"ש הסמ"ע דזה נלמוד כיון דבדריסת הרגל אינו מפסיד לגמרי שזה אין לו מקור כלל אלא מקרא נלמנד בפי':

(**נתחככה בכותל כו**') מ"ש הסמ"ע נתחככה בבהמה כו'. נפלאתי מאד מנין לו דבר זה לחלק בכך ואין טעם דודאי גם בכותל ע"כ שייך היזק דאל"כ מה ישלם וא"כ נימא דנתכוונה להזיק הכותל אלא פשוט דטפי ניחא לן למיתלי במידי דאורחא ממידי דשינוי וכותל דנקט היינו אורחא דמלתא ושכיחי טפי:

(**ס"ז**) **יש מחייבין לשלם** הוא דעת הרמ"ה בטור ורש"ל כתב עליו ולא נהירא אף דמסקינן לקמן גבי פי פרה דלא אזלינן בתר לקיחה אלא אחר אכילה אפי' לחומרא היינו היכא דהיתה בלקיחה זו צד חיוב רק דלא הוי בר תשלומין שהוא חש"ו אבל אם הלקיחה בר"ה דלא הוי בר חיוב כלל דיש לה רשות ללילך ולאכול א"כ ראוי לפטור לכן בספק עומד ואינו חייב בודאי גם יראה מתוספת ואשר"י דלא ס"ל כהרמ"ה דגבי פי פרה לקמן

דחקו למצוא נפקותא למאי דהוה פי פרה ברשות הניזק לענין שראובן מושיט פירות של שמעון כו' והמושיט היה חש"ו למה לא תירצו פשוטו לענין לקיחה בר"ה דאי לא היה פי פרה ברשות הניזק לא היה חייב עכ"ל ותמוהין הם דבריו דהאיך כתב שהרא"ש חולק על הרמ"ה בזה והא בסי' ש"ץ ס"ה העתקנו דעת הרא"ש דגלי קרא ברגל דתלי במקום שנעשה הביעור דהיינו הך דהכא ממש דנתבאר במקום החיוב וחד טעמא לתרווייהו לחיובא ומה שהקש' רש"ל דמה דוחקיה דתוספת ואשר"י דמוקמי גמרא דפי פרה בחצר הניזק לענין מושיט חש"ו ולא אמר אם לקחה בר"ה והוליכו ברה"י נ"ל דלק"מ דבהא וודאי ליכא מאן דפליג דחייב דבשעה שבא לרה"י ה"ל כאלו נטלתו מחדש מאותו שעה ודומה למ"ש סימן שפ"ט [ש"צ] סי"א ואם היא הולך אחר הדלי כו' דלא נפסק שם כח התרנגול מן החבל אף ע"ג דבשעת עקירה הראשונ' הוה עקירה מכח גופי והולכת מעצמה והוי צרורות אלא כיון דתמיד הולך אחריה ומנענע אחריה מיקרי כח גופו ה"נ בהאי נטילה ופשיטא דחייב ומאי קא מיבעיא לן אי פי פרה כחצר הניזק או לא ע"כ הוצרכו למצוא נ"מ לענין מושיט חש"ו כנלע"ד ברור:

(**משום דפי פרה**) בטור בשם הרמ"ה לא כתב משום אלא מתחיל דין חדש פי פרה כו' ונ"מ אפי' במקום כו' לפי נוסח ב"י בשם ספר מדוייק ולכאורה קשה ל"ל זה הנ"מ הא כבר לענין חיוב בלקיחת בר"ה ואכילה ברה"י ולגירסא אחרת בטור ועוד יש נ"מ קשה ג"כ למה להו להתוספת ואשר"י למצוא נ"מ לענין מושיט וכמ"ש בסמוך בשם רש"ל ולפמ"ש בסמוך ניחא גירסא המדויקת ובל' הש"ע כאן דכתב משום כו' לא צריך לדין הראשון שהיא נטילה מר"ה כו' לטעם פי פרה בחצר הניזק אלא מטע' שזכרתי אלא דבא להשמיענו שיש לפנינו טעם דפי הפרה כו' וכתבו כאן לרווחא דמלתא והיינו שכתבו נ"מ וכו' כי לדין הראשון אין בו נ"מ דבלא"ה חייב כנ"ל ליישב לשון הש"ע:

(**סי"ב**) **הרי הדבר ספק** הסמ"ע כתב דכאן מיחשב שינוי שאין דרך אכילתה כו' ותמוה הוא דאי חשבת ליה לשינוי למה מהני כשתפס הניזק דאין מוציאין מידו עד כמו שהזיקה הא כל שינוי תולדה דקרן ואינו משלם אלא ח"נ וא"ל בזה גופיה מספקא ליה אי הוי שינוי וחייב ח"נ או כי אורחיה וחייב נ"ש דזה אינו דא"כ הוה ליה לספוקי מחצר הניזק לחצר הניזק אחר ונלפע"ד דלק"מ מההיא דס"ז לפמ"ש לעיל דבהלכה לרשות הניזק מן רה"ר מיחשב כנטילה ברשות הניזק והיינו שנושאת המאכל בפיה משא"כ הכא דמתגלגל המאכל בארץ עד רשות הניזק דמספקא ליה אי חייב נזק שלם או פטור לגמרי וכן הוא בודאי דהא דברי הרמב"ם האלו הם פירוש האיבעיא דאמרינן נתגלגל מאי וז"ל גלגול משמע שמעצמו מתגלגל והלשון של הרמב"ם מורה כן שכתב ותלשה פירות ולא

אמר ולקחה פירות אלא רצה לומר שתלשה ונפלה לארץ ומשם נתגלגל לרשות הניזק כנ"ל:

סימן שצג

(ס"ג) **כדי שלא יביטו בה** כתב רש"ל בעו"ה במדינות הללו פולין ואשכנז אין חוששין לזה לא אנשים ולא נשים ואפילו בלא זה מגלין זרועותיהן ואי אתא דינא כה"ג פשיטא שהאשה פטורה ואי טען ב"ה שמשום צניעות הנך נאמן בשבועת היסת ואי נראה בעיני הדיין דלא מוחזק בכך להיות בודל עיניו מראות ברע פשיטא דלאו כל כמיניה להוציא ממון עכ"ל.

(ס"ד) **שהשומר בגרנות כו'**. נראה דהרמב"ם מפרש מה דאמר רב פפא הכא בנטר בי דרא כו' דבבקעה יש שדות הרבה להרבה אנשים וממנין שומר א' דהיינו בעל שדה א' מהם ואין רשות לשום א' מהן לתת רשות לאיש נכרי להגדיש בשדה מן הבקעה רק עפ"י הסכמת אותו שהוא שומר ע"כ לק"מ מה שהקשה הסמ"ע שלא הוזכר תחלה משומר ושפיר מסיים שהשומר כו' שהיא עיקר הנותן רשות ומה שרצה לתרץ למה לא הביא הטור דעת אביו דאף לרבין דרבי הוי מעלה בשומר הגרנות שאפילו שלא ברשות הוי כסתמא דעלמא כתב רש"ל שיפה עשה הטור בזה דלא מצינו פלוגתא בלא רשות ומ"ש שלא ברשות דשדה מן שאר שלא ברשות והרא"ש עצמו לא כתב זה אלא דרך אפשר לומר כן.

סימן שצו

(ס"ד) **וי"א דאינו חייב כו'**. משמע דלדעת הש"ע חייב בנזקי בהמה וקשה שזה סותר למ"ש בס"ג כדי לאבדה פטורים ע"כ נ"ל דצ"ל י"א בלא וי"ו וכוונתו לפרש דברי הש"ע שהם דברי הרמב"ם שאין מבואר כוונתו על מה חייב כמ"ש הב"י בשם הראב"ד בהשגה ע"ז כתב רמ"א י"א דאינו חייב כו' ולא לחלוק על הקודם ולהביא פלוגתא חדשה:

סימן שצח

(ס"ג) **בנזקי החצר** פי' במה שנתקלקל משוייו אבל במה שהזיק הבור לאחרים פטור בעל השור דכתיב כי יכרה איש בור ולא שור בור:

(ס"ד) **בשעת נפילה חייב** פי' סמ"ע תם א"נ כו' ולא נלע"ד כן דהא הכא לא חשבינן הך נפילה לאונס דא"כ היה פטור כמ"ש סי' שצד אע"פ [אע"כ] דהכא מזיד חשבינן ליה כיון שנכנס שלא ברשות א"כ ודאי חייב בכל הנזק כההיא דירדה כדרכה והזיקה ונחבטה

בסימן שצד דמשלמת כל ההיזק והטעם שזה חשיב כשן ורגל דהזיקו מצוי ה"נ ממש כן ע"כ אפי' תם משלם נ"ש כנ"ל:

(**פטור מנזקי כלים**) הסמ"ע הקשה כאן ותירץ ולענ"ד דלק"מ דבסי' תג ותי מיירי דוקא אחר שנודע להניזק וכאן מיירי אפי' אם לא נודע לו שנפל השור אפ"ה פטור מטעם דהויין כלים ואין להקשות על מ"ש בס"ב דאם היזק שור הנכנס לשור בעל החצר דחייב ואמאי לא יאמר לו בעל השור היה הך להוציא השור שבא לחצירך שבעל לחצר יכול לומר סבור הייתי שלא יזיקני וע"כ לא הוצאתיו ביד חזקה וזה פשוט לענ"ד:

(**ס"ה**) **וי"א דכיון כו'**) לענין הלכה אין להוציא ממון מאחר שאין כאן הלכה מבוררת כדברי מי קיי"ל ע"כ אין להוציא ממון נגד רי"ף ורמב"ם וכ"פ הש"ע בסי' רצא וכ"כ שם רמ"א שיש מחלוקת:

סימן ת

(**ס"ג**) **ונשבע שבועות התורה** הסמ"ע מביא דעת המ"מ בזה ול"נ דלא זו הדרך בפלוגתת רמב"ם וטור אלא פליגי בטעם דטענו חיטים כו' למה פטור דהרא"ש וטור ס"ל הטעם דחשי' כאלו הודה לו התובע שאין לו אצלו שעורים והודאת בע"ד כק' עדים דמיא כמ"ש סי' פ"ח סי"ד [סי"ב] ומש"ה אף אם יש עדים לא מהני וה"ט נמי התם בסי' פ"ח דתפיסה לא מהני וכמ"ש סי' פ"ח שם אבל הרמב"ם ס"ל הטעם משום דאין כאן הודאה ברורה מהנתבע על השעורים דחשיב ליה כמו משטה אני בך ודרך דחייה אמר כן וכמ"ש סי' פ"ח בשם הראב"ד בזה וכ"כ הר"ן בשם הרמ"ה מ"ה כל שיש עדים חייב מצד העדים ואין אנו צריכים להודאתו של הנתבע בזה:

סימן תא

ס' ב' (**וי"א דאין חילוק**) הסמ"ע הקשה מסי' קע"ו ותרוצו דחוק. דנראה דלק"מ דהכא שאני דהבעלים חייבים ג"כ כיון שהוצרך לחפסו בשביל חלקו היה להם לשמור ג"כ כמו אותו התופס משא"כ לעיל שעל תנאי זה נתעסק כל א' שיהי' באותו פעם באחריותו אותו העסק:

סימן תב

(**ס' א' י"א** (**דאין חילוק**) הסמ"ע כתב דרמ"א לא דק דבזה אין פלוגתא והאמת כן הוא ובטור כתב כך דקדק מדברי רש"י ורין דעת ר"י כן אלא בין שהתחילו בבת אחת בין בזה אח"ז נפרעים כמו שפרשתי תחילה עכ"ל הך בזה אח"ז פירשו אחר שנפרדו זה מזה

כמ"ש שם הטור תחילה ולא הביא הטור דעת הר"י לחלוק אלא בדין השני שלדעת הר"י משלם יותר מח"נ כשהתחילו יחד וע"ז כתב דהוי כמו כמו בזה אחר זה אחר שנפרדו דאז פשיטא שאין על התם יותר מח"נ ולרש"ל ראיתי שכתב וז"ל מעולם לא חלקו התוס' ע"ז רק ט"ס הוא וקאי דוקא אההיא שדקדק הרא"ש מרש"י וכן ראוי להיות ואין דעת ר"י כן אלא נפרעין ממנו כמו שפרשתי תחילה אבל הא דזה אחר זה לית ביה פלוגתא וכן מוכח באשר"י שט"ס הוא עכ"ל סבר הרב דמ"ש הטור אין בזא"ז היינו הדין הראשון בהתחיל הא' וקידם הפרידה חזר זה וחבל בראשון דהיינו דין הראשון וע"כ חלק הר"י על דין הראשון שזכר הטור ואינו כן אלא כמ"ש ובדין הראשון שזכרו רמ"א כאן אין בו מחלוקת אלא שיש לתמוה על הש"ע למה לא כתב כאן מזה ובסימן תך"א גבי אדם כתבו ואפשר שזאת היתה תמיהת רמ"א ומ"מ יש לתמוה גם על הרמ"א למה לא כתב כאן בשוורי' דאפילו חבל הב' בא' יותר ממה שחבלו פטור מן המותר משא"כ באדם כמו שיתבאר לקמן וכ"כ רש"ל כאן שאפי' אם המית הב' לא' פטור והא' חייב בנזקי הב':

סימן תג

(**ס' ב'**) **לא אמרינן דמזיק יטול כו'** על מה שמחלק הסמ"ע בין הך לריש סי' ת"ד קשה כיון שזכתה התורם למזיק בשבח נבילה מנא ליה לחלק בשבח ונ"ל דאזלינן בתר משמעות הכתוב דואת המת יחצון דהיינו בשבח נבילה דוקא משא"כ בסי' ת"ד דאין שם נבילה ע"כ אין למזיק כלום בשבח הבהמה הניזקת וכן מצאתי לרש"ל בפ' המניח סימן ך"ט על קושיא זאת וז"ל דלא חולקין בשבח אלא היכי שמת הניזק וטעמא דאית ליה שותפות בגווה כדכתיב ואת המת יחצון אבל היכא שלא מת לית ליה זכי' בגווה עכ"ל:

(**סעי' ג'**) **על המזיק לטרוח כו'** מה שמחייב הסמ"ע למזיק אפי' בפחת נבילה וצריך לשום כפי מה שהיה שוה בחיותה כיון שלא נתן ההוצאה היא תמיה דהא גזירת הכ' דאותו הפסד לניזק מה שנפסד אחר המיתה וכי משום שלא נתן ההונאה שהיא מועטת והיה נלקה לשלם כל הפחת ומנ"ל לומר כן ונלע"ד דלא בא סעיף זה רק ללמד שהטורח על המזיק נמצא שיש ב' חיובים עליו הא' הטורח דהיינו ההוצאה ותשלום הפחת שנפחת ממה שהיה חי ולא מיירי כאן מנפחת אחר מיתה ואם לא שילם עדיין ההוצאה יכפנו עוד לשלם ההוצאה אבל יש פחת אחר מיתה ודאי על הניזק:

סימן תי

(**ס"ק ט**) **ואם היזקו פטור** במ"ש כסמ"ע בשם הרי"ף לחלק בזה קשה ממשנה פ' הגוזל בתרא נחיל של דבורי' שיש לו רשו' לילך לשדה חבירו להציל נחילו ואם הוזק משלם מה שהזיק והא התם לא הוי ג"כ אלא לפי שעה ועכצ"ל שאני התם שהוא הולך לשדה חבירו ודומה להוצאות זבלים אלא דק"ל ממה דאוקמינן בפ' בתרא דב"מ הך מתני' דהוצאת זבלים לר"ה דחייב בהיזק דלא כר' יהודה דאמר בנר חנוכה שהזיק דפטור אלמא דס"ל לת"ק דחייב ומ"ש זה מחופר סמוך לר"ה דכאן דהא בנר חנוכה הוא עושה ברשותו ואינו אלא לפי שעה ואפ"ה חייב לרבנן וצ"ע:

(**סי"ז אפי' לא מתה כו'**) מה שהקשה הסמ"ע ז"ל קשה כיון שזה כשמואל דחייב נמי בחבטה כו' א"כ הי' לו לומר בחבטה ואצ"ל בהבלא כו' אינו יודע מה קשה לו לסמ"ע בלשון הפוסקים יותר מלשון התלמוד שאמר ג"כ הכי ושמואל אמר הבלו וכ"ש לחבטו:

(**ס' כ"ד**) **ויש מחלק**. כתב רש"ל וק"ל רפ' המפקיד דלא אמרינן מגו שפשע לענין שיצא לאגם כו' כ"פ התוס' שם וכן הרא"ש גופא דלא אמרינן תחלתו בפשיעה כו' היכא שהאונס לא בא מחמת הפשיעה וכ"ל דלשון מגו לחוד ולשון תחלתו בפשיעה לחוד כי מגו לא אמרי' אלא היכא שהפשיעה והאונס הכל ענין א' ובענין א' הוא כגון הכא שהפשיעה בזה זה שלא יכשול ולא יפול בבור והאונס בשור זה שנפל נמי בבור ע"כ אמרינן שפיר מגו אבל התם שהפשיעה היא במה שיצאה לאגם דאיכא למימר שמא תגנוב או תאבד והאונס היא במיתה אין שייך מגו בזה אלא מכח תחלתו בפשיעה באת לחייבו לזה אף באונס א"כ היכא דלא בא האונס מחמת הפשיעה פטור עכ"ל:

(**ס"ק לז**) **ויש חולקין כו'**. כתב רש"ל מצאתי באשר"י ישן בהגהה וז"ל כ' בה"ג בתשובה בשם גאון שאם ישראל ועכו"ם היו שותפין בעסקא ועשו סחורה עם יהודי אחר ואנהו לישראל דעבד סחורה בהדייהו דין הוא דמחייב הישראל בכלל האונאה ואע"ג דליכ' לאשתלומי מהעכו"ם משתלם מישראל כר' נתן וצ"ע עכ"ל ולא דמי לברח או העני דאפשר לתשלומי מיניה. אם יתעשר ותו דהישראל שנתאנה נסמך על הישראל שיהי' נזהר מאונאה והוי כאלו הוא לבדו הזיקו ומ"מ היכא דנתאנה במקח טעות דאפי' בדיניהם מוציאין מיד המאנה כגון שחמתית ונמצאת לבנה כסף ונמצא בדיל התם ודאי אין הישראל משלם את הכל עכ"ל:

סימן תטז

ואף על פי שהפקירם בחנם דחק סמ"ע בהאי אפילו כי ריש ב"ק פליגי בה רב ושמואל דרב ס"ל דלא חייב בבור אלא כי אפקרינהו ממילא בהאי הכותל ואילן שנתנו לי זמן ונפלו תוך הזמן דחייב היינו בהפקירן ולשמואל אפילו בלא הפקירן הוי בור אבל רישא פטור לכ"ע אפילו בהפקירן כיון דהנפילה היא באונס ולא נתנו לו זמן ע"כ כתב שפיר כאן אף על פי דהפקירן וה"א שהוא בור. אלא אי קשיא לי במה שסיים הטעם משום שאינה תחלת עשייתה לנזק הא אמרינן בגמרא דמטעם זה היה לנו לחייבו מה שור יוכיח אלא עיקר הפטור מחמת שהוא אנוס בכפילה והוה ליה מפקיר נזקיו אחר נפילת אונס ולמה לא סיים כאן הטעם כן:

סימן תיח

(**סי"ח**) **וי"א דעבד קטן** כו' הסמ"ע כתב דעבד קטן חיי' כשרבו אצלו כמו בשור ותמוה לי הא עכ"פ אתי לכלל חיוב מצות ובודאי יסירנו הרב תימה לי על מה שאמרו דשורו גרע מעבדו דהא קי"ל בסי' רע"ב דצער בעלי חיים דאורייתא א"כ מ"ש שורו מעבדו דכמו שסומך עצמו שלא יניח הרב לשרוף עבדו ה"ה נמי לא יניח הרב בהמתו שם ויעבור על איסור דאורייתא דצער ב"ח וצ"ע:

סימן תיט

(**ס"א גובין מהמטלטלין**) בסמ"ע כ' שיש לו הוכחה מהגמרא דכאן ל"ד למלוה וכתב לפרש גם דברי הטור כן והוא תמוה שהרי כ' רואין כו' דמשמע שהוא עיקר הדין וכן מדסיים אלא יתן לו מטלטלים משמע דהמזיק לפנינו ותו דאישתמיטתיה דברי הנ"י ריש ב"ק בשם הרמ"ה דהא דמצי המזיק ליהב סובין היינו דלית לי' זוזי אבל אית ליה זוזי לא מצי לסלק אלא בזוזי וה"נ לב"ח כו' וכן יראה אי אית לי' מטלטלין וארעא לא מצי יהיב לי' ארעא כו' עכ"ל ואית ליה הוכחה לבעל הסמ"ע מן התלמוד מאי עביד לי' הרמ"ה ונהי דלא קי"ל כהרמ"ה בענין אם יש לו זוזי דלא צריך ליתן לו כמ"ש כאן אלא מצי יהיב ליה סובין מ"מ לענין קרקע ומטלטלין אמאי לא נימא כוותיה אמנם בתוס' פרק המוכר פירות דף צב כתבו בשם ר"ת וכן [כתבו התוס'] והמרדכי ריש ב"ק לדעת ר"ת הברירה ביד המזיק או ליתן לו מטלטלין או קרקע ואינו דומה לב"ח בזה ולענין הלכה כיון שאין לנו הכרע אין כח לניזק לכפותו למזיק שיתן לו מטלטלין נגד דברי ר"ת:

(ס"**ב כפי מה ששוה עתה כו**'. תמיהא לי הא מלתא טובא דבמקור דהאי דינא לא נראה כך הגם שזהו מדעת הרא"ש אעפ"כ תורה היא וללמוד אני צריך. איתא בריש ב"ק גבי נזקין דיניה בעידית א"ל איהו הב לי בינונית טפי פורתא א"ל אי שקלית כדינך שקול כי השתא ואי לא שקול כיוקרא דלקמיה פי' רש"י דקמ"ל קרא דכי ישיב לרבות אפי' סובין דאי בעי למשקל בינונית של מזיק וניחא ליה בה שקיל כיוקרא דלקמיה דהא שוה כסף הוא ולהכי אצטריך לומר דאייקר דאי אין סופה לייקר קרא למאי אתי פשיטא דאי בעי ניזק למשקל בינונית שקיל בע"כ של מזיק שאפי' בעידית יפה כחו ק"ו בבינונית אלא להכי אתא קרא דשקיל כיוקרא דלקמיה מתקיף לה רב אחא בר יעקב א"כ הורעת כחו של נזקין אצל בינונית וזיבורית דרחמנא אמר ממיטב ואת אמרת מבינונית וזיבורית נמי לא אלא אמר רב אחא אי איכא לדמויי לבע"ח מדמינן ליה ב"ח דיניה בבינונית ואי אמר ליה הב לי זיבורית טפי פורתא א"ל אי שקלת כדינך שקול כי השתא ואי לא שקיל כיוקרא דלקמיה מתקיף לה רב אחא בריה דרב איקא א"כ נעלת דלת בפני לוין דא"ל אילו הוה לי זוזי הוי שקלי כי השתא השתא דזוזאי גבך אשקול כיוקרא דלקמיה אלא כו'. וכתב הרא"ש דלא אמרינן הורעת כחן אצל בינונית כו אלא דוקא באומר לו אי בעית למישקל בינונית שקיל כדלקמיה דכיון דגלי דעתיה לתתה לו אם ירצה לקחת ביוקר כו' אבל אם אמר קרקע זו חביבה עלי ואיני רוצה ליתנה לך כלל לא כייפינן ליה כו' כמו אם יש לו כמה קרקעות עידית יתן לו איזה שירצה ולא יוכל לומר קרקע זו אני חפץ כו' וכן ב"ח אי א"ל שקול כיוקרא דלקמיה זבורית טפי בעי למיתב ליה כזולא דהשתא משום שלא תנעול דלת משום שא"ל אילו הוי בי זוזי הוי שקילנא כדהשתא וגם אתה חפץ ליתן אלא שאתה דוקני כו' עכ"ל. ומזה נמשך להטור דאם יש לו ב' עידית דאין הברירה להזיק רק כשאין מגלה המזיק דעתו כלל שזו חביבה עליו אבל אם גילה דעתו שרוצה ליתנה רק שיקחנ' ביוקר דלקמיה חייב ליתן לו כהשתא ולא ירדתי לסוף דעתו של הרא"ש דמאי מהני גילוי דעתו כשאומר שרוצ' ליתן לו רק שיקבלנ' ביוקר כיון דע"כ חביבא ליה ואינו רוצה ליתן אותה רק אחר שיתן לו ביוקר אז מבטל החביבו' כי זה חביב לי' טפי וזה סברא שא"צ לראייה וכיוצ' בזה מצינו בפ' הזהב דף נא מאניה תשמישתי' דיקירי עליה לא מזבין להו אלא בדמי יתיר א"כ הרי לפניך בודאי חביבה על הבעלים מאני תשמישתיה ואפ"ה מבטל החביבות בשביל מעות יתירים שנותנין לו והכא ג"כ אי ס"ד דאין על המזיק ליתן הבינונית מדינא רק מצד שהוא מגלה דעתו שחפץ ליתנה והיכן יש גילוי דעת דהא מתנה בפי' שאינו רוצה ליתן יותר מדינא רק ביוקר דוקא. תו תימא לי דאם אומר סתם שאינו רוצה ליתן לו בינונית רק עידית אין כופין אותו לתת

בינונית הא פרש"י בהדי' דאי לא אייקר פשיטא דשקול ניזוק בינונית בע"כ דמזיק שאפי' בעידית יפה כחו כו' הרי לך דרש"י פי' דבר זה קודם הקושי' והורעת כחן בבינונית ולא ידעי' עדיין מזה ואפ"ה פירש"י דאפי' בעידית יכול לכופו ק"ו בבינונית ש"מ שזה סברא פשוטה היא לכל רק שלענין שרוצה לתת לו ביוקר דלקמיה היה ס"ד שיש כח ביד הלוה לומר כן עד דפריך רב אחא שבזה יש ג"כ הורעת כח לניזקין וא"כ למה כ' הרא"ש דבלא גילוי דעת רשות ביד הלוה שלא לתת לו בינונית וכ"ש שיש להקשות כן גבי ב"ח שא"צ ליתן לו זיבורית במקום שאין גילוי דעת והא פשיטא דפשיטא יכול המלוה לומר אלו הוי זוזי אצלי הייתי קונה זבורית עכשיו שמעותי אצלך אתה כופה אותי ליקח דוקא עידית נגד רצוני וכדפריך המקשן א"כ נעלת דלת כו' אלא ודאי דהאמת הוא כן דהמקשן שמקשה הורעת כחן וכן המקשה שמקשה א"כ נעלת דלת הם מקשים על גוף הדין דכיון דדין תורה נזקין בעידית וכ"ש בבינונית אין שום מעלה בעוצם למזיק לבטל דינו כבינונית ממה שיש בעידית אפי' בלא שום גילוי דעת הניזק וכן בב"ח לענין בינונית וזיבורית אלא לענין אם יש למזיק ב' מיני עידית ורוצה דוקא ליתן א' והניזק רוצ' השני בזה לא מצינו יפוי כח להניזק שלא אמרה תורה אלא מיטב והרי יש לו ב' שדות מיטב] ולמה יקח דוקא מה שישר בעיניו דלא מצינו בזה אלא אי מיטב שלו אי של עולם אבל בשלו עצמו לא מצינו שום ספק ומסתמא הוי כמטלטלי לענין הלואה דיש ברירה להלוה לתת לו איזה טלטול שהוא חפץ כ"ז נלע"ד נכון אלא שהוא נגד הרא"ש (וזר) [וד"ר] וש"ע ועל כן יפה תמה רמ"י בע"ש על זה הדין יש' [שיש] ברירה להניזק שיתן לו כדהשתא יליף לה מבעל חוב לענין מטלטלין ומה שכ' סמ"ע דגם בבעל חוב הוי כן דאם הלוה מגלה דעתו לתת לו מטלטלין שחפץ המלוה אלא שישלמנה ביוקריה דלקמיה הדין עמו הא ליתא דהא אמרינן במטלטלין כל מילי ולא קפדינן כלל אם הלוה מגלה דעתו אי לא:

סימן תכ

(ס"ב) **עבד כנעני** מה שפירש' הסמ"ע תמוה מאוד דבעבד שלו בכל גווני חייב מלקות דבכ"מ שאינו חייב ממון חייב מלקות ולדידיה הוה פחות מש"פ אלא נראה דדוקא בשל אחרים חייב אבל בשלו פטור כיון שיש לו רשות להכותו ולהוכיחו כמ"ש רמ"א בי"ד סי' תכ"א סי"ג מ"ה פטור אף אם חבל בו כמו שמצינו שפטור הרב מגלות אם הרג תלמידו ע"י הכאה של הוכחה כדאי' בפ' אלו הן הגולין יצא הרב הרודה את תלמידו:

סימן תכא

(**סי"ג**) **חזר גם הוא מיד כו'**. בסמ"ע הגיה תיבת מיד כו' שט"ס היא ולא מתיישב כלל מ"ש אם התחיל האחד כו' דהא גם ברישא מיירי שהתחיל הא' אלא היה לו לומר אבל אם חבל בו מיד פטור דזה הוא היפוכא דרישא לפ"ד ונ"ל דאין כאן ט"ס דתחילה כ' באם התחילו שניהם כאחד ממש אז החיוב על שניהם בשוה ואח"כ אמר אם לאחר שחבל האחד וישב לו ובא השני וחזר וחבל בו הוי מעשה חדש וחייב כמו הראשון או משלמין במותר נזק שלם אבל אם ב' חבלו בשעה אחת אלא שא' התחיל קודם לחבירו ובעוד ברגזו ועוסק להכות את חבירו חבל בו השני המתחיל חייב ומ"ש הש"ע והטור חזר בו מיד בזה קמ"ל דתיכף לאחר גמר מעשה הראשון חייב גם השני בחזרתו לחבל וכ"ש אם שהה בנתיים והדברים ברורים כפשטן כמ"ש (כדי לאפרושינהו מאיסורא) הסמ"ע מחלק בין אם רגיל בכך או לא ואינו יודע טעם לזה החילוק דכיון דדינא הוא שיכול להציל ע"י הכאה את המוכה מה לי בזה שיש לו שנאה על המכה מ"מ הוא עושה מצוה להציל את המוכה וכי בכוונת הלב תליא מלתא ואף אין דרכו כן לפעמים אחרי' הרי לא יפה עשה באותן הפעמים אמנם בהאי מעשה שפיר קעביד ומצוה קעביד ומ"מ נ"ל לחלק ביניהם דמכה למכה א' מישראל אין פוטרין אותו אם לא שיש בירור גמור שלא יוכל להציל בענין אחר משא"כ במציל את קרובו אין מדקדקי' כ"כ ואפי' במקום שאין בירור שלא היה יכול להציל בענין אחר דקרובו כגופו דמי ואע"ג דאי' בסי' ד' דאין פטור על ההכאה אם יוכל להציל ממנו בלא"ה היינו במכה כדי להציל ממון אבל כאן שזה מכה קרובו והוה כמכהו בעצמו ואפי' בספק הצלה יכול להכות במכה וזה נ"ל מדוקדק בלשון הרא"ש והטור בקרובו כתבו כדי להציל קרובו ובא' מישראל כתבו אם אינו יכול להציל בע"א מורה על החילוק שכתבו והוא נכון:

סימן תכג

(**ס"א**) **נזק וצער לאשה** רש"י פי' בפרק הפרה דף מט דדין הנזק היא כמו שקצוב בכתובות לחלק בין סתר לגלוי והמ"מ כתב שמדברי הרמב"ם משמע שכל הנזק הוא לאשה וכן משמע מדברי הרא"ש בפ' הפרה שדוקא גבי בושת יש חילוק בין גלוי לסתר אבל לא בנזק גם דברי הטור משמע הכי וכ' רש"י (נ' שצ"ל רש"ל) שגם הרשב"א ס"ל דדוקא בשאר נזק אמרו שיהיה לבעל חלק בו משום דנתפייס משא"כ כאן כבר נתפייס שקיבל דמי הוולדות לא תיקנו רבנן ליה לחלק בנזק וכך לפסוק והסמ"ע לא ידע מאלו הדברים וע"כ דחק לחלק במה שחילק ראוי והוא חילוק תמוה דהא בא"ע לא מיירי

מטעם ביטול מלאכה דהא גם פגם חשיב שם. ופי' סתר וגלוי כתב רש"י דלענין בושת הוי פירושו ולענין אם ברבים אם בסתר ולענין נזק תלוי בנזק עצמו בגוף במקום גלוי וזה דלא כסמ"ע:

סימן תכד

(**ס"ג**) **בעבד כנעני** עמ"ש בסי' ת"כ בתחילתו:

(**ס"ט**) **ואם נתגרשה האשה** כ' רש"ל בפרק החובל סי' ל"א אשה שהולכת לחתנה ולותה בגד הראוי לה למלבוש לפי אומד ממונו ונגנבו או נאבד אפי' באונס חייב הבעל לשלם דוודאי הבעל ניחא ליה שתהיה מקושטת בין הנשים ולענין זה חשובה כאלו נשאה ונתנה בתוך הבית דהוי כדברים הצריכי' לגופה ושייך בהו תקנת השוק אכן תכשיטיה או אפי' מלבושים החשוב לה לפי ערכה אין חייב לשלם אפי' פשעה אם לא שנשאה ונתנה בתוך הבית ממש ועיקר הבית עליה עכ"ל עוד האריך שם לענין אבן טוב שהשאילה ע"ש:

(**ס"ז**) **וי"א ס"ת** בגמרא פליגי רב חסדא ס"ל ס"ת ורבה בר רב הונא ס"ל דיקלא דאכל מיניה תמרא ופסק הרמב"ם כרבה והרא"ש פסק כר"ח ובפרק ח"ה פליגי וג"כ לענין אם קיבל פקדון מן הקטן ושם לא הכריע הרא"ש והטור פסק ברמזים שם ובא"ע סימן פ"ו כרבה דא' דקל וצ"ע למה ונ"ל דבפקדון אין נפקותא ביניהם לדינא ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי ע"כ לא הכריע הרא"ש שם אבל כאן גבי בנו יש נ"מ לדינא דהא חייב האב לקנות לבנו ס"ת ללמוד עמו שהוא מצות עשה וא"כ יש נפקותא אם האב יכול לפטור עצמו במעות הללו לקנות לו ס"ת ובזה ס"ל לר"ח דיכול לפטור עצמו בזה ורבה בר רב הונא ס"ל דלא יכול לפטור עצמו מה שהיא חייב בלא"ה ע"כ יקנה לו דקל לפירות וס"ת [וא"ת] הא נמי נהנה האב שפוטר עצמו מלתת לו מזונות הא לאו מלתא היא דבלא"ה אין סאה חייב לזון את בנו אפי' כשהוא קטן כדאיתא בפרק נערה שנתפתתה ופסק הרא"ש דבר שהיא קולא לאב שיוכל לפטור עצמו בספר תורה והרמב"ם פסק חומרא לאב כיון שהוא חייב מן התורה וע"כ אין יוכל לפטור עצמו וחייב לקנות' לו דקל בעד החבלה וס"ת משלו ובפ"ו דפקדון כתב או דקל או ס"ת לפי שאין שם נ"מ לדינא כמו שזכרתי והטור בע"א וברמזים בפ' ח"ה שכתב דקל לא כתב דוקא דקל ולהכריע כרבה דבאמת אין שם פלוגתא כמו שכתבנו אלא דמר אמר חדא כו' אלא דדקל הוא מצוי טפי לקנות כי ס"ת אינה מצוי כ"כ דהא קי"ל אסור לאדם למכור ס"ח וא"כ ממי יקנה אם לא שיתן לסופר לכתוב מחדש וזה אינו מצוי כ"כ ע"כ נקט דקל

שהוא מצוי בכל זמן ובסמ"ע כ' לתרץ דברי הרמב"ם דכאן בש"ע מיירי שעדיין לא בא הממון כו' ותמהני אמאי לא הוקשה לו גם דברי הטור והרא"ש אהדדי גם רחוק הוא להכריע מסברות כאלו בין דברי האמוראים אם יש פלוגתא ביניהם:

(**ס"ט בטובת הנאה**) עמ"ש סי' שפח על דברי הסמ"ע בזה:

סימן תכה

(**ס' ה'**) **שאין בינינו ובינם מלחמה** כ' בסמ"ע היינו מצוה להורידן ולסבב להם המיתה וכ"כ התוס' כמדומה שיש כאן ט"ס ובספרי טורי זהב בי"ד סימן קנ"ח כתבתי שהב"י פי' בשם התוס' הא דאמרינן לא מעלין ולא מורידין פירושו שאין מצוה להורידן וכתבתי שם דבזה אשתמיטתיה תלמוד ערוך דמבואר דאיסור יש בדבר: [בסמ"ע] כתב עיין בשבט יהודה שכתב בזה תשובה למינים עד כאן לשונו. רצה לומר שכתב שם מה שאמרו טוב שבעכו"ם הרוג פירושו שמדה טובה יש בעכו"ם שהורגין החייב ואין בהם הצלה כל כך כמו בדיני ישראל שאומרים שמא טרפה הרג כן השיב חכם אחד לאפיפיור:

סימן תכז

(**ס"ד**) **שנאמר כי יפול הנופל ממנו כו'** בפ' הפרה דף נ"א ילפינן ממנו ולא לתוכו ושם מדמה לה לדין בור ומ"ה לק"מ מה שהקשה הסמ"ע ל"ל קרא דודאי ה"א דחייב כמו בקונה הקרקע עם הבור שבתוכו דחייב אע"ג דאי לא כרה הבור מ"מ עכשיו היא שלו ה"ה נמי דחייב לסלק היזיק הבא ע"י נפילה לקרקע שלו דהא בהבל שלו וחבטה שלו ניזק הנופל קמ"ל דפטור: כאן מביא סמ"ע בשם ד"מ בשם הרמב"ם חיוב הלויית תלמיד לרב עד כמה ומביא בשם ליקוטי מהר"ש האידנא מחלו ע"ז ויש לילך עמו או עם חבירו עד השער עוד שם בסמ"ע לפי שאינ' עשוייה לדירה ואפי' המחייבים בבית בקר מודים כאן שבה"כ אין גגיך שייך בו כלל כו' וכפי' (וכפרש"י) בראשית הגז עכ"ל ותירץ בזה דל"ת אמ"ש בסמוך דבשל שותפין חייב ופירש דשאני התם דמ"מ אפשר לפסוק על השותפין שיסלקו ההיזק משא"כ ברה"ר כדאיתא בפ' ח"ה בסופו דבני רה"ר מאן פייס ומאן ישבוק:

(**ס"י**) **עליו תבא ברכת טוב** זה נכלל בפסוק ופריו מתוק לחכי (בפסוק חכו ממתקים) פירשו חז"ל יש חיך מתוק מזה. הנ"ל די לאדם שיציל עצמו מהיזק אלא עוד נותנין לו שכר על זה: